



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

المصنعة في لشمهاك

تتميز بـ

تكونت من الذهب والفضة والبرونز والفضة والفضة

الفضة والفضة والفضة والفضة والفضة

المصنعة في لشمهاك

المصنعة في لشمهاك

بـ

المصنعة في لشمهاك

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القضاء و الشهادات

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

الحقايق

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريرات الكمبيوترىة

الفهرس

٥	الفهرس
٢٩	القضاء والشهادات
٢٩	اشاره
٢٩	المجلد ١
٢٩	اشاره
٣٣	تقرظ آبه الله العظمى السبب كلباىكانى
٣٥	كلمه المؤلف
٣٧	كلمه المؤلف فى الطبعه الاولى
٤٣	كتاب القضاء
٤٣	اشاره
٤٥	القضاء فى اللغه والإصطلاح
٤٧	القضاء فى الشربعه:
٤٩	صفات القاضى
٤٩	اشاره
٥١	مقتضى الاصل
٥١	اشاره
٥٢	١ - البلوغ
٥٢	٢ - العقل
٥٣	٣ - الإيمان
٥٤	٤ - العداله
٥٤	٥ - طهاره المولد
٥٥	٦ - العلم
٥٥	اشاره
٧٠	الضبظ:

- ٧ - الذكوره: ٧٢
- السمع، البصر، النطق: ٧٧
- مسائل ٧٩
- اشاره ٧٩
- المسأله الاولى: (الكلام فى قاضى التحكيم) ٨١
- اشاره ٨١
- هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟ ٨٢
- هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب؟ ٨٤
- وهل يشترط الأعلميه؟ ٨٧
- وهل يشترط الأعلميه فى البلد؟ ٨٧
- نفوذ قضاء الفقيه فى زمن الغيبه: ٨٨
- المسأله الثانيه: (فى حكم تولى القضاء) ٩٤
- اشاره ٩٤
- هل له أن يبذل مالاً ليلبى القضاء؟ ٩٩
- المسأله الثالثه: (هل يجوز الرجوع إلى المفضل مع وجود الأفضل؟) ١٠٠
- المسأله الرابعه: (هل يجوز للقاضى الإستخلاف؟) ١٠٧
- اشاره ١٠٧
- هل القضاء قابل للوكاله؟ ١٠٨
- المسأله الخامسه: (فى حكم ارتزاق القاضى من بيت المال) ١١٣
- اشاره ١١٣
- موجز الكلام فى أخذ الاجره على الواجبات: ١١٤
- ما ورد فى خصوص القضاء: ١٢١
- هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟ ١٢٤
- المسأله السادسه: (فى طريق ثبوت ولايه القاضى) ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- أمور أخرى تثبت بالإستفاضه: ١٣٢

- المسأله السابعه: (فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد) ١٣٦
- اشاره ١٣٦
- لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى: ١٣٧
- المسأله الثامنه: (فيما يتعلّق بانعزال القاضى وعزله) ١٤١
- المسأله التاسعه: (هل ينعزل القاضى بموت الإمام؟) ١٤٦
- اشاره ١٤٦
- لو مات القاضى الأصلى فهل ينعزل النائب عنه؟ ١٤٩
- المسأله العاشره: (هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟) ١٥٢
- المسأله الحاديه عشر: (هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟) ١٥٦
- آداب القاضى والقضاء ١٦١
- اشاره ١٦١
- آداب المستحبه ١٦٣
- آداب المكروهه ١٦٦
- مسائل ١٦٩
- اشاره ١٦٩
- المسأله الاولى: (هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟) ١٧١
- المسأله الثانيه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه) ١٧٨
- المسأله الثالثه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البيّنه) ١٨٠
- اشاره ١٨٠
- حكم تجديد المرافعه: ١٨٠
- حكم نظر الثانى فى حكم الأول: ١٨١
- متى يجوز النقض؟ ١٨٥
- بم يتحقق الحكم؟ ١٨٨
- هل يجب على المجتهد الإعلام بتغير رأيه؟ ١٨٩
- المسأله الرابعه: (فى تتبع الحاكم حكم من قبله) ١٩٤
- المسأله الخامسه: (فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين) ١٩٧

- المسأله السادسة: (فى تعدد وعداله مترجم الحاكم) ----- ١٩٩
- المسأله السابعه: (فى شرائط كاتب القاضى) ----- ٢٠٣
- المسأله الثامنه: (فروع حول عداله الشاهدين) ----- ٢٠٤
- اشاره ----- ٢٠٤
- بحث الحاكم عن عداله الشاهدين: ----- ٢٠٤
- انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم: ----- ٢١١
- هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟ ----- ٢١٣
- السؤال عن التزكيه وكيفيه ثبوتها: ----- ٢١٥
- كيفيه ثبوت الجرح: ----- ٢١٦
- حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل: ----- ٢١٩
- المسأله التاسعه: (فى تفريق الشهود عند الشهاده) ----- ٢٢٢
- المسأله العاشره: (فى ما يعتبر فى الشهاده بالجرح) ----- ٢٢٧
- المسأله الحاديه عشره: (فى الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها) ----- ٢٢٩
- المسأله الثانيه عشره: (فى الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها) ----- ٢٣٠
- المسأله الثالثه عشره: (هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟) ----- ٢٣١
- المسأله الرابعه عشره: (فى تعنيت الحاكم للشهود) ----- ٢٣٣
- المسأله الخامسه عشره: (لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشهود) ----- ٢٣٤
- المسأله السادسه عشره: (فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين) ----- ٢٣٥
- المسأله السابعه عشره: (فى حرمه الرشوه) ----- ٢٣٦
- اشاره ----- ٢٣٦
- موضوع الرشوه: ----- ٢٣٧
- حكم الرشوه فى غير الحكم: ----- ٢٣٨
- حكم الهديه للقاضى: ----- ٢٤٠
- المسأله الثامنه عشره: (هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم؟) ----- ٢٤٤
- كيفيه مجلس الحكم ----- ٢٤٩
- اشاره ----- ٢٤٩

- المقصد الأول ٢٥١
- اشاره ٢٥١
- الوظيفة [الأولى]: (التسوية بين الخصمين) ٢٥١
- الوظيفة الثانية: (ترك تلقين أحد الخصمين) ٢٦٠
- الوظيفة الثالثة: (أمر الخصمين بالتكلم) ٢٦٢
- الوظيفة الرابعة: (ترغيب الخصمين في الصلح) ٢٦٣
- الوظيفة الخامسة: (رعايه العدالة في ورود الخصوم عليه) ٢٦٥
- الوظيفة السادسة: (عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامه المدعى دعواه) ٢٦٦
- الوظيفة السابعة: (استماع دعوى الذى على يمين صاحبه) ٢٦٧
- المقصد الثانى ٢٦٩
- اشاره ٢٦٩
- المسأله الأولى: (هل تسمع الدعوى المجهوله؟) ٢٦٩
- المسأله الثانية: (هل يشترط الجزم فى الدعوى؟) ٢٧٣
- المسأله الثالثه: (فى حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب) ٢٧٩
- المسأله الرابعه: (فى حكم الدعوى على القاضى) ٢٨٢
- المسأله الخامسه: (فى استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم) ٢٨٣
- المقصد الثالث ٢٨٥
- اشاره ٢٨٥
- ١ - الإقرار وجمله من أحكامه: ٢٨٦
- اشاره ٢٨٦
- هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟ ٢٩٣
- حكم ما لو ادعى الإعسار: ٢٩٥
- هل يحبس حتى يتبين حاله؟ ٢٩٨
- ٢ - الإنكار وجمله من أحكامه: ٣٠٠
- اشاره ٣٠٠
- حكم ما إذا حلف المنكر: ٣٠٦

- ٣١٣ حكم ما إذا رد اليمين:
- ٣١٦ اليمين المردودة في حكم البينه أو الإقرار؟
- ٣١٨ حكم ما إذا نكل المنكر:
- ٣٢٥ لو بذل اليمين بعد النكول:
- ٣٢٨ هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البينه؟
- ٣٣٠ بعض أحكام البينه:
- ٣٣٣ حكم جرح المدعى عليه البينه:
- ٣٣٤ حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:
- ٣٤٣ أحكام قيام البينه على الغائب والصبي والمجنون:
- ٣٤٨ حكم ما لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه:
- ٣٥١ ٣ - الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:
- ٣٥٦ ٤ - حكم ما لو قال في الجواب « لا أدري » :
- ٣٦١ مسائل تتعلق بالحكم على الغائب
- ٣٦١ اشاره
- ٣٦٥ المسألة الأولى: (في المراد من الغائب)
- ٣٦٨ المسألة الثانية: (يقضى على الغائب مطلقاً أو في حقوق الناس؟)
- ٣٧١ المسألة الثالثة: (لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)
- ٣٧٣ المقصد الرابع
- ٣٧٣ اشاره
- ٣٧٣ [البحث الأول: (في اليمين)
- ٣٧٣ اشاره
- ٣٧٥ لا يستحلف أحد إلا بالله: □
- ٣٧٩ عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله: □
- ٣٨١ استحباب تقديم العظة وتغليظ اليمين:
- ٣٨٦ الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:
- ٣٨٨ الثاني: حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليظ:

- ٣٩٢ كيفية استخلاف الأخرس:
- ٣٩٣ هل يشترط كون الاستخلاف في مجلس الحكم؟
- ٣٩٧ البحث الثاني: (في يمين المنكر والمدعى)
- ٣٩٧ اشاره
- ٣٩٩ حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك
- ٤٠٦ هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والإستصحاب؟
- ٤٠٩ متى يحلف المدعى؟
- ٤١٣ مسائل ثمان
- ٤١٣ المسألة الأولى: (متى تتوجه اليمين على الوارث؟)
- ٤١٧ المسألة الثانية: (لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)
- ٤٢٠ المسألة الثالثة: (هل تسمع الدعوى في الحدود مجزده عن البينة؟)
- ٤٢٣ المسألة الرابعة: (منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)
- ٤٢٤ المسألة الخامسة: (لو كان له بيته فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)
- ٤٢٦ المسألة السادسة: (فيمن يقبل قوله بلا يمين)
- ٤٣٠ المسألة السابعة: (حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)
- ٤٣٢ المسألة الثامنة: (حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركة)
- ٤٣٥ البحث الثالث: (في اليمين مع الشاهد)
- ٤٣٥ اشاره
- ٤٣٩ حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة
- ٤٤٠ الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين
- ٤٤٨ حكم ما لو كان المدعى جماعه والشاهد واحد
- ٤٥٠ عدم جواز الحلف من غير علم:
- ٤٥٢ لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:
- ٤٥٧ حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:
- ٤٦٠ هل للممتنع عن اليمين شركه مع الحالف؟
- ٤٦٤ حكم ما لو كان في المدعين صغير

مسائل خمس ٤٦٧

المسألة الاولى: (حكم ما لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي) ٤٦٧

المسألة الثانية: (حكم ما لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً) ٤٧٠

المسألة الثالثة: (حكم ما لو ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده) ٤٧٧

المسألة الرابعة: (حكم ما لو ادعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبهت) ٤٨٤

المسألة الخامسة: (حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً) ٤٨٥

المجلد ٢ ٤٨٧

اشاره ٤٨٧

بقية كتاب القضاء ٩٤٧

اشاره ٩٤٧

الكلام في: كتاب قاضٍ إلى قاضٍ ٩٤٧

اشاره ٩٤٧

حكم إنهاء الحكم بالكتابه ٩٤٧

حكم إنهاء الحكم بالقول مشافهه: ٩٥٢

حكم إنهاء الحكم بالشهادة: ٩٥٣

دليل المنع من العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ وردّه: ٩٥٨

لا يعتبر الإشهاد في هذه الشهاده: ٩٦٠

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس: ٩٦٠

ما ينهى إلى الحاكم: ٩٦١

حكم إنفاذ الشبوت لو أخبر الأول به: ٩٦٤

حقيقه الإنفاذ ٩٦٦

صوره الإنهاء: ٩٦٧

حكم ما لو تغيّر حال الحاكم الأول: ٩٦٩

لا أثر لتغير حال المكتوب إليه ٩٧١

مسائل ثلاث ٩٧٢

المسألة الاولى: (حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر) ٩٧٢

- المسألة الثانية: (حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض) ٩٧٥
- المسألة الثالثة: (عدم وجوب دفع الحجة على المدعى) ٩٧٦
- الكلام فى: بعض أحكام القسمة ٩٧٩
- اشاره ٩٧٩
- مشروعيه القسمة: ٩٧٩
- حقيقه القسمة: ٩٨٠
- حكم نصب القاسم ٩٨٣
- صفات القاسم: ٩٨٤
- هل يشترط الرضا بعد القرعه؟ ٩٨٦
- وهل يشترط القرعه؟ ٩٨٧
- هل تتحقق القسمة بالصلح؟ ٩٨٩
- عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره: ٩٩٠
- فى أجزاء القاسم الواحد وعدمه: ٩٩١
- الكلام فى أجره القاسم: ٩٩٢
- النظر فى المقسوم: ٩٩٨
- أقسام القسمة: ١٠٠١
- كيفية القسمة: ١٠٠٧
- مسائل ثلاث ١٠١٠
- المسألة الاولى: (فى الدار التى لها علو وسفل) ١٠١٠
- المسألة الثانية: (فى قسمة الأرض التى فيها زرع) ١٠١٢
- المسألة الثالثة: (فى قسمة القرعان المتعدده) ١٠١٥
- النظر فى اللواحق وهى ثلاث: ١٠١٩
- الأولى: (لو ادعى بعد القسمة الغلط) ١٠١٩
- الثانية: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً) ١٠٢٤
- الثالثة: (لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين) ١٠٢٩
- الكلام فى: أحكام الدعاوى ١٠٣٧

- تعريف المدعى: ١٠٣٧
- الشروط المعتبره في المدعى: ١٠٤٠
- (البلوغ) ١٠٤٠
- إشتراط العقل: ١٠٤٢
- أن لا يدعى مالا لغيره: ١٠٤٣
- أن لا يدعى ما لا يجوز تملكه: ١٠٤٤
- إشتراط كون الدعوى صحيحه لازمه: ١٠٤٥
- هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟ ١٠٤٦
- هل يجب إجابته المنكر لو التمس اليمين من المدعى؟ ١٠٤٨
- هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟ ١٠٥٠
- هل نفتقر صحه الدعوى إلى الكشف؟ ١٠٥٣
- هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟ ١٠٥٧
- الكلام في: التوصل إلى الحق ١٠٦١
- اشاره ١٠٦١
- ١ - إن كان الحق عقوبه: ١٠٦٣
- ٢ - إن كان الحق مالا: ١٠٦٤
- إن كان الحق عيناً ١٠٦٤
- إن كان الحق ديناً و صورها] ١٠٦٧
- اشاره ١٠٦٧
- الاولى] - أن يكون مقراً بالحق وبأدلاً له: ١٠٦٨
- الثانيه - أن يكون مقراً ممتنعاً من البذل: ١٠٦٨
- الثالثه - أن يكون المدين جاحداً للحق: ١٠٦٩
- حكم الإقتصاص من الوديعه: ١٠٧٤
- لو كان من غير جنس الموجود: ١٠٧٧
- جواز تولى بيع الوديعه: ١٠٧٨
- لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟ ١٠٧٨

مسألتان ١٠٨٢

الاولى: (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له) ١٠٨٢

الثانيه: (لو انكسرت سفينه في البحر فما هو حكم ما خرج منه؟) ١٠٨٧

الكلام في: الإختلاف في دعوى الأملاك ١٠٩١

اشاره ١٠٩١

المسأله الأولى: وفيها صور: ١٠٩٣

الصوره الاولى: لو تنازعا عيناً في يدهما ولا يتنه ١٠٩٣

الصوره الثانيه: لو كانت يد أحدهما عليها ١٠٩٧

الصوره الثالثه: لو كانت يدهما خارجه وفيها صور: ١٠٩٧

اشاره ١٠٩٧

١ - أن يصتق من هي بيده أحدهما ١٠٩٧

٢ - أن يصتق من هي بيده كليهما ١١٠٢

٣ - أن يكذب من هي بيده كليهما ١١٠٢

٤ - أن يقر من هي بيده لأحدهما غير المعين. ١١٠٣

٥ - أن يقول من هي بيده ليست لي ولا أدري لمن ١١٠٥

المسأله الثانيه: في تعارض البيئات ١١١٠

اشاره ١١١٠

متى يحصل التعارض؟ ١١١٠

صور تعارض البيئات: ١١١٢

اشاره ١١١٢

الصوره الاولى: كون العين بيد المتداعيين: ١١١٢

الصوره الثانيه: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أو الخارج؟ ١١١٩

صور الشهاده المشتمله على السبب ١١٢٦

١ - شهادتهما معاً بالسبب: ١١٢٧

٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق: ١١٢٩

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات ١١٣١

- النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها: ١١٣٥
- حكم ما لو أقر الثالث لأحدهما: ١١٣٨
- الصورة الرابعة: كون العين لا في يد أحد ١١٣٩
- مورد تحقق التعارض ١١٣٩
- الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه ١١٤٢
- هل اليد من المرجحات؟ ١١٤٤
- هل الشهاده بقدملك أولى؟ ١١٤٨
- حكم الإستناد إلى الإستصحاب في الحكم والشهادة: ١١٥٥
- الشهادة بالإقرار ١١٥٨
- تقدم الشهاده بالملك على الشهاده باليد ١١٥٨
- تقدم الشهاده بسبب الملك على الشهاده بالتصرف ١١٥٩
- المسأله الثالثه: (إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان) ١١٦١
- اشاره ١١٦١
- حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشيء: ١١٦٦
- لو كان المقر له غائباً ١١٦٧
- لو كان المقر له ممن يمتنع مخاصمته ١١٦٩
- لو كان المقر له مجهولاً ١١٧٠
- المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف في العقد الواقع) ١١٧٢
- المسأله الخامسه: (لو كان شيء في يد إنسان وادعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينه) ١١٧٤
- الكلام في: الإختلاف في العقود ١١٨٥
- مقدمه: ١١٨٥
- حكم الإختلاف في الاجره ولا بينه ١١٨٦
- حكم الاختلاف في الاجره مع البينه ١١٩١
- حكم الاختلاف في العين المستأجره ولا بينه ١١٩٤
- حكم الاختلاف في العين المستأجره مع البينه ١١٩٥
- حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهى في يد البائع ١١٩٧

- ١٢٠٠ وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟
- ١٢٠٣ وهل لهما الفسخ؟
- ١٢٠٤ حكم ما لو فسخ أحدهما دون الآخر
- ١٢٠٧ حكم ما لو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما
- ١٢٠٩ حكم ما لو ادعى شراء المبيع من زيد وادعى آخر شراؤه من عمرو
- ١٢٠٩ اشاره
- ١٢١١ وهل لهما الفسخ؟
- ١٢١٣ حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراؤه منه
- ١٢١٣ اشاره
- ١٢١٥ وهل للمولى خيار الفسخ؟
- ١٢١٩ مسائل
- ١٢١٩ المسألة الاولى: (لو شهد للمدعى بملكه الدائنه منذ مدة فكذبتهما ستها)
- ١٢٢١ المسألة الثانية: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكه أو التسليم)
- ١٢٢٣ المسألة الثالثة: (حكم دعوى رقيه الصغير المجهول النسب)
- ١٢٢٣ اشاره
- ١٢٢٤ حكم ما لو كان كبيراً.
- ١٢٢٨ المسألة الرابعة: (حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحه له وفي يد كل بعضهما)
- ١٢٣٠ المسألة الخامسة: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)
- ١٢٣١ المسألة السادسة: (لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينه)
- ١٢٣١ اشاره
- ١٢٣٢ حكم ما لو ادعى ذلك وبدهما عليها مع البينه:
- ١٢٣٨ حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث
- ١٢٤٤ حكم ما لو كانت في يد أربعة.
- ١٢٤٩ المسألة السابعه: (حكم تداعى الزوجين متاع البيت)
- ١٢٤٩ اشاره
- ١٢٥٥ حكم ما لو ادعى أبو الميته أنه أعارها بعض المتاع

- الكلام فى: دعوى الموارىث ١٢٤١
- وفىه مسائل: ١٢٤١
- المسأله الأولى: (لو مات المسلم عن ابنىن فتصادقا على إسلام ١٢٤١
- اشاره ١٢٤١
- حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر: ١٢٤٣
- حكم ما لو ادعى كلّ منهما أنه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر: ١٢٤٤
- المسأله الثانيه: (حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى أول رمضان واختلفا فى تاريخ موت الأب) ١٢٤٤
- المسأله الثالثه: (لو كانت دار فى يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه إرثاً) ١٢٤٨
- اشاره ١٢٤٨
- ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟ ١٢٧٠
- حكم ما لو لم تكن البينه كامله ١٢٧٣
- حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره ١٢٧٥
- المسأله الرابعه: (حكم ما إذا ماتت امرأه وابنها وتنازع زوجها وأخوها فى تاريخ موتهما) ١٢٧٧
- المسأله الخامسه: (حكم ما لو تنازع وارث الميـت وزوجته حول شىء من التركه) ١٢٧٩
- الكلام فى: الإختلاف فى الولد ١٢٨٣
- مقدمه: ١٢٨٣
- صور الاختلاف فى الولد ١٢٨٥
- فروع ١٢٨٩
- كتاب الشهادات ١٢٩٣
- اشاره ١٢٩٣
- مقدمه مباحث الشهادات ١٢٩٧
- أذكر هنا بثلاثه أمور مستفاده من الكتاب والسّنه فى ١٣٠٠
- اشاره ١٣٠٠
- الأمر الأول: فى اعتبار التعدد فى الشهود ١٣٠١
- الأمر الثانى: فى حرمه كتمان الشهاده وشهاده الزور ١٣٠٣
- الأمر الثالث: فى مصاديق الشهاده العادله ١٣٠٥

- ١٣٠٥ اشاره
- ١٣٠٦ تعريف الشهاده لغه وشرعاً
- ١٣٠٩ الطرف الأول: صفات الشاهد
- ١٣٠٩ اشاره
- ١٣١١ الأول: البلوغ
- ١٣١١ اشاره
- ١٣١٢ الأخبار في شهاده الصبي
- ١٣١٦ الأقوال في شهاده الصبي
- ١٣٢١ الوصف الثاني: العقل
- ١٣٢١ اشاره
- ١٣٢٢ لا تقبل شهاده الساهى والمغفل
- ١٣٢٤ الوصف الثالث: الإيمان
- ١٣٢٤ اشاره
- ١٣٣٠ قبول شهاده الذمى فى الوصيه
- ١٣٣٠ ذكر نصوص المسأله
- ١٣٣٠ اشاره
- ١٣٣٦ ١ - هل تقبل شهاده الذمى فى الوصيه بالولاية؟
- ١٣٣٦ ٢ - هل تقبل شهاده الذمى خاصه أو تقبل من مطلق أهل الكتاب؟
- ١٣٣٧ ٣ - إختصاص القبول بالوصيه
- ١٣٣٧ ٤ - هل يتقدم المسلمان الفاسقان على الذميين؟
- ١٣٣٩ ٥ - هل تقبل شهاده المسلم العدل الواحد مع ذمى واحد؟
- ١٣٣٩ ٦ - هل يشترط كون الموصى فى غربه؟
- ١٣٤١ ٧ - هل يشترط إحلاف الذمى؟
- ١٣٤٣ ٨ - ما المراد من (الضروره)؟
- ١٣٤٤ ٩ - هل يشترط فى القبول عدم من يقوم مقام المسلمين؟
- ١٣٤٤ طريق ثبوت الإيمان فى الشاهد

- هل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟ ١٣٤٤
- الوصف الرابع: العدالة ١٣٥٤
- اشاره ١٣٥٤
- البحث في ما يزيل العدالة ١٣٥٤
- الإصرار على الصغائر كبيره ١٣٤٣
- هل يقدر ترك المندوبات؟ ١٣٤٩
- هل تعتبر المروه؟ ١٣٧٠
- مسائل ١٣٧٧
- المسألة الاولى: (في عدم قبول شهاده المخالف في أصول العقائد) ١٣٧٧
- المسألة الثانيه: (في عدم قبول شهاده القاذف) ١٣٨٠
- حدّ توبه القاذف ١٣٨١
- هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟ ١٣٨٥
- المسألة الثالثه: (في حرمه اللعب بألات القمار مطلقاً) ١٣٨٨
- المسألة الرابعه: (في عدم قبول شهاده شارب المسكر) ١٣٩٤
- المجلد ٣ ١٣٩٧
- اشاره ١٣٩٧
- بقيه كتاب الشهادات ٢٣١١
- اشاره ٢٣١١
- بقيه الطرف الاول (في صفات الشاهد) ٢٣١١
- أدامه وصف العدالة] ٢٣١١
- أدامه بيان مسائل] ٢٣١١
- المسألة الخامسه: (في الغناء وردّ الشهاده به) ٢٣١١
- جهات البحث في المسأله ٢٣١١
- في ما نسب إلى الكاشاني والكفايه ٢٣٢١
- في ما قيل من منع صدق الغناء في المرائي ٢٣٢٧
- في إستثناء الغناء في الأعراس ٢٣٢٩

- ٢٣٣١ فى حكم الرجز
- ٢٣٣١ فى حكم الحداء
- ٢٣٣٢ حكم الشعر المتضمن للكذب
- ٢٣٣٣ حكم هجاء المؤمن
- ٢٣٣٥ حكم التشبيب
- ٢٣٣٨ حكم الشعر إنشاءً وإنشاداً
- ٢٣٣٨ حكم الإكثار من الشعر
- ٢٣٣٩ المسألة السادسة: (فى حرمه استعمال آلات اللهو)
- ٢٣٤٢ فروع فى استعمال آلات اللهو
- ٢٣٤٥ حكم استماع أصوات آلات اللهو
- ٢٣٤٧ هل الإشتغال بالملاهى كبيره؟
- ٢٣٤٨ حكم الدف فى الإملاك والختان
- ٢٣٥٠ المسألة السابعه: (فى الحسد وبغضه المؤمن وأن التظاهر بذلك قاذح)
- ٢٣٥٠ البحث الأول: فى الحسد
- ٢٣٥٤ البحث الثانى: فى بغضه المؤمن
- ٢٣٥٧ المساله الثامنه: (فى حرمه لبس الحرير وردّ الشهاده به)
- ٢٣٥٧ المبحث الأول: لبس الحرير
- ٢٣٤١ ١ - لبس الحرير فى حال الحرب:
- ٢٣٤٣ ٢ - لبس الحرير فى حال الضروره:
- ٢٣٤٤ صلاه المرأه فى الحرير
- ٢٣٤٤ إجمام المرأه فى الحرير
- ٢٣٤٧ فى وظيفه الخنثى
- ٢٣٤٨ هل يجوز للصبى لبس الحرير؟
- ٢٣٤٨ فى حكم مالائتم الصلاه فيه
- ٢٣٧٢ فى حكم التكأه على الحرير
- ٢٣٧٤ المبحث الثانى: التختم بالذهب

- ٢٣٧٤ - - - - - ١ - حكم التختيم بالذهب والتحلّي به
- ٢٣٧٥ - - - - - ٢ - حكم الصلاة في الذهب
- ٢٣٧٦ - - - - - ٣ - في موارد الجواز
- ٢٣٧٨ - - - - - المسأله التاسعه: (في أحكام اتخاذ الحمام)
- ٢٣٧٨ - - - - - ١ - حكم اتخاذ الحمام
- ٢٣٧٩ - - - - - ٢ - حكم اللعب بالحمام
- ٢٣٨١ - - - - - ٣ - حكم السباق بالحمام
- ٢٣٨٤ - - - - - المسأله العاشره: (في قبول شهاده أصحاب الصنائع المكروهه)
- ٢٣٨٥ - - - - - عدم انحصار القادح فيما ذكره المحقق
- ٢٣٨٧ - - - - - الوصف الخامس: إرتفاع التهمه
- ٢٣٨٧ - - - - - اشاره
- ٢٣٨٨ - - - - - في ضابط التهمه
- ٢٣٨٨ - - - - - اشاره
- ٢٣٩٠ - - - - - المسأله الاولى: (في شهاده من تجر شهادته نفعاً إليه)
- ٢٣٩٠ - - - - - فالأول: الشريك
- ٢٣٩٢ - - - - - والثاني: صاحب الدين إذا شهد للمجور عليه
- ٢٣٩٢ - - - - - والثالث: شهاده السيد لعبده
- ٢٣٩٣ - - - - - والرابع: شهاده الوصى فيما هو وصى فيه
- ٢٣٩٦ - - - - - عدم قبول شهاده من يستدفع بها ضرراً
- ٢٣٩٨ - - - - - المسأله الثانيه: (في أن العداوه الدينيه لا تمنع القبول)
- ٢٤٠٠ - - - - - هل تقبل شهاده رفقه الطريق على اللصوص؟
- ٢٤٠٣ - - - - - المسأله الثالثه: (في شهاده الأنسباء)
- ٢٤٠٣ - - - - - ١ - في شهاده الوالد لولده وبالعكس والأخ لأخيه
- ٢٤٠٤ - - - - - ٢ - في شهاده الولد على والده
- ٢٤٠٨ - - - - - ٣ - في شهاده الزوجه لزوجها وبالعكس
- ٢٤١٣ - - - - - ٤ - في شهاده الصديق لصديقه

- المسألة الرابعة: (في عدم قبول شهادته السائل في كفه) ----- ٢٤١٤
- فالاولى: في المراد ب « السائل بكفه» . ----- ٢٤١٥
- الثانية: في حكم السؤال تكليفاً. ----- ٢٤١٦
- الثالثة: في أخبار النهى عن سؤال الناس . ----- ٢٤١٩
- الرابعة: في حكم السؤال مع التصريح بعدم الحاجة ----- ٢٤٢١
- الخامسة: في من سأل مع الضروره ----- ٢٤٢٢
- السادسة: في حكم السؤال كتابه ----- ٢٤٢٢
- السابعة: في الطفيلي ----- ٢٤٢٢
- المسألة الخامسة: (في شهادة الأجير والضيف) ----- ٢٤٢٣
- الأول: في شهادة الضيف ----- ٢٤٢٣
- والثاني: في شهادة الأجير ----- ٢٤٢٤
- لواحق وهي ست مسائل: ----- ٢٤٢٨
- المسألة الاولى: (في أن المعتبر استكمال الشرائط عند الأداء) ----- ٢٤٢٨
- المسألة الثانية: (في شهادة المملوك) ----- ٢٤٣٣
- المسألة الثالثة: (في تحقق اسم الشهادة للسامع والمختبي) ----- ٢٤٤٩
- حكم تحمل الشهادة وأدائها مع الاستدعاء وبدونه ----- ٢٤٥١
- المسألة الرابعة: (في حكم التبّرع بالشهادة) ----- ٢٤٥٧
- ١ - في حقوق الأدميين ----- ٢٤٥٧
- ٢ - في حقوق الله ﷻ ----- ٢٤٦١
- ٣ - في الحقوق المشتركة ----- ٢٤٦٥
- المسألة الخامسة: (في شهادة المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل) ----- ٢٤٦٧
- في التوبه موضوعاً وحكماً ----- ٢٤٧١
- وهل يعتبر فيها الإستغفار؟ ----- ٢٤٧٤
- المسألة السادسة: (في ما إذا تبين في الشهود ما يمنع القبول بعد الحكم) ----- ٢٤٧٧
- طريق ثبوت الفسق قبل الحكم ----- ٢٤٧٨
- الوصف السادس: طهاره المولد ----- ٢٤٨١

- ٢٤٨١ اشارة
- ٢٤٨٦ حكم ما لو جهلت حاله
- ٢٤٩١ الطرف الثانى: ما به يصير الشاهد شاهداً
- ٢٤٩١ فى أن الضابط العلم أو الوثوق؟
- ٢٤٩٤ هل تجوز الشهاده استناداً إلى الإستصحاب؟
- ٢٤٩٧ حكم الشهاده على إقرار المرأه
- ٢٤٩٧ اشارة
- ٢٤٩٧ فى مستند الشهاده:
- ٢٤٩٧ ١ - المشاهده
- ٢٥٠٢ ٢ - السماع
- ٢٥٠٥ حكم الشهاده استناداً إلى الإستفاضه
- ٢٥٠٩ فرع: (هل يتحقق التحمل لو سمعه يقول للكبير هذا ابنى وهو ساكت؟)
- ٢٥١١ الفرع الأول: (الشاهد بالإستفاضه لا يشهد بالسبب)
- ٢٥١٤ الفرع الثانى: (إذا شهد بالملك مستنداً إلى الإستفاضه هل يفتقر إلى مشاهده اليد؟)
- ٢٥١٥ لو تعارض اليد والسماع المستفيض فأيهما المرجح؟
- ٢٥١٨ ثلاث مسائل
- ٢٥١٨ الاول: (فى أن التصرف فى الشىء شاهد على الملك)
- ٢٥٢١ هل يشهد بالملك لمن فى يده دار مثلاً؟
- ٢٥٢٧ المسأله الثانيه: (فى ثبوت الوقف والنكاح بالإستفاضه)
- ٢٥٣١ المسأله الثالثه: (فى حكم شهاده الأخرس وكيفيتها)
- ٢٥٣٢ وهل يشترط تعدد المترجم؟
- ٢٥٣٤ وهل تكون الترجمة شهاده فرع فى القضيه؟
- ٢٥٣٧ ٣ - السماع والمشاهده
- ٢٥٣٧ فى شهاده الأعمى فى العقد وعلى العاقد
- ٢٥٤٢ حكم ما لو تحمل وهو مبصر ثم عمى
- ٢٥٤٧ الطرف الثالث: أقسام الحقوق

- ٢٥٤٧ حقّ الله
- ٢٥٤٧ اشاره
- ٢٥٤٧ ١ ما لا يثبت إلا بأربعة رجال
- ٢٥٤٧ اشاره
- ٢٥٤٨ ما يثبت به إتيان البهائم
- ٢٥٤٩ فى ثبوت الزنا بغير الأربعة رجال أيضاً
- ٢٥٥٦ ٢ ما يثبت بشاهدين
- ٢٥٥٩ حقّ الأدمى
- ٢٥٥٩ اشاره
- ٢٥٥٩ ١ ما لا يثبت إلا بشاهدين:
- ٢٥٥٩ اشاره
- ٢٥٦٤ هل يثبت العتق والقصاص والنكاح بالشاهد والمرأتين؟
- ٢٥٦٩ ٢ ما يثبت بالشاهدين والشاهد واليمين وغيرهما
- ٢٥٦٩ اشاره
- ٢٥٧٠ ١ - شهاده الرجلين
- ٢٥٧٠ ٢ - شهاده الرجل والامراتين
- ٢٥٧٣ ٣ - شهاده الرجل مع اليمين
- ٢٥٧٤ شهاده الامراتين مع اليمين
- ٢٥٧٧ هل تقبل شهاده النساء منفردات مطلقاً؟
- ٢٥٧٨ هل يثبت الوقف بشاهد وامراتين وبشاهد ويمين؟
- ٢٥٨٠ ٣ ما يثبت بالرجال والنساء مطلقاً -
- ٢٥٨٠ اشاره
- ٢٥٨٤ وهل تقبل شهاده النساء منفردات فى الرضاع؟
- ٢٥٨٦ مورد قبول المرأه الواحده
- ٢٥٨٨ وهنا فروع:
- ٢٥٩٠ وهنا أيضا فروع:

- هل يجوز للمرأة تضعيف المشهود به؟ ٢٥٩١
- حكم شهادة الخنثى المشكل ٢٥٩٤
- لو شهدت النساء في شيء فيه حقان ٢٥٩٥
- كلّ موضع يقبل فيه شهادة النساء يعتبر كونهن أربعاً ٢٥٩٥
- مسائل ثلاث ٢٦٠٠
- المسألة الاولى: (في أن الشهادة ليس شرطاً في شيء من العقود إلا الطلاق) ٢٦٠٠
- المسألة الثانية: (في أن حكم الحاكم نافذ ظاهراً لا باطناً) ٢٦٠٦
- المسألة الثالثة: (إذا دعى من له أهليه التحمل فهل يجب عليه؟) ٢٦١٠
- دليل القول بالوجوب ٢٦١٠
- دليل القول بعدم الوجوب ٢٦١١
- القول بالكراهه ٢٦١٣
- هل وجوب التحمل كفاي أو عيني؟ ٢٦١٦
- في وجوب الأداء وكونه على الكفايه أو العينية ٢٦١٨
- جواز التخلف إن كانت الشهاده مضرّه ٢٦٢٥
- الطرف الرابع: الشهاده على الشهاده ٢٦٣١
- اشاره ٢٦٣١
- ١ - في محلّ قبول الشهاده على الشهاده ٢٦٣٢
- ٢ - في أنه لا تقبل الشهاده على الشهاده على الشهاده فصاعداً ٢٦٣٦
- ٣ - في العدد المعتبر في الشهاده على الشهاده ٢٦٣٧
- ٤ - في مراتب التحمل ٢٦٤١
- ٥ - في أنه متى تقبل الشهاده على الشهاده؟ ٢٦٤٧
- ٦ - في أحكام تتعلق بالأصل والفرع، وهي في فروع: ٢٦٥١
- ٧ - الكلام في شهادة النساء على الشهاده ٢٦٦٥
- ٨ - في اعتبار تسميه الفرعين الأصل وتعديلهما إياه وفيه صور ٢٦٧٠
- ٩ - في قبول الشهاده على الشهاده على الإقرار وأثر ذلك ٢٦٧٢
- الطرف الخامس اللّواحق ٢٦٧٩

- وهي قسمان: ----- ٢٦٧٩
- القسم الأول: (في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد) ----- ٢٦٧٩
- اشاره ----- ٢٦٧٩
- المسأله الاولى: (في أن توارد الشاهدين على المعنى الواحد شرط) ----- ٢٦٧٩
- المسأله الثانيه: (في أنه لو شهد أحدهما على وقوع السرقة غدوه والآخر عشيه) ----- ٢٦٨٣
- المسأله الثالثه: (في أنه لو شهد أحدهما على كون المسروق ديناراً والآخر درهماً) ----- ٢٦٨٥
- المسأله الرابعه: (في أنه لو شهد أحدهما على كون الثمن ديناراً والآخر دينارين) ----- ٢٦٨٩
- القسم الثاني: في الطوارئ ----- ٢٦٩٦
- وهي مسائل ----- ٢٦٩٦
- المسأله الاولى: (لو مات الشاهدان قبل صدور الحكم) ----- ٢٦٩٦
- المسأله الثانيه: (لو فسق الشاهدان قبل صدور الحكم) ----- ٢٦٩٨
- ١ - لو كان ذلك في حق الأدميين ----- ٢٦٩٨
- ٢ - لو كان ذلك في حق الله ﷻ ----- ٢٧٠١
- ٣ - لو كان ذلك في حق مشترك ----- ٢٧٠٢
- المسأله الثالثه: (لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل صدور الحكم) ----- ٢٧٠٣
- المسأله الرابعه: (لو رجعا عن الشهاده قبل صدور الحكم) ----- ٢٧٠٥
- الصوره الاولى: أن يرجعا عن الشهاده قبل الحكم ----- ٢٧٠٥
- الصوره الثانيه: أن يرجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به ----- ٢٧١٠
- الصوره الثالثه: أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ----- ٢٧١٣
- الصوره الرابعه: أن يرجعا بعد الحكم وتسليم المال إلى المحكوم له لكن عينه قائمه. ----- ٢٧١٨
- المسأله الخامسه: (في ما لو رجع الشهود وكان المشهود به قتلاً أو جرحاً) ----- ٢٧٢١
- لو قال بعض تعمدنا وبعض أخطأنا ----- ٢٧٢٤
- لو قال أحد شهود الزنا بعد الرجم تعمدت ----- ٢٧٢٧
- حكم ما لو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا ----- ٢٧٣٢
- المسأله السادسه: (في بعض أحكام شهاده الزور) ----- ٢٧٣٧
- المسأله السابعه: (حكم ما لو شهدا بالطلاق ثم رجعا) ----- ٢٧٣٩

٢٧٤٩ حكم ما لو شهدا بنكاح امرأه ورجعا

٢٧٥٣ فروع

٢٧٥٣ الفرع الأول: (في ضمان الشاهدين إذا رجعا)

٢٧٥٧ الفرع الثاني: (في حكم الضمان لو كانوا ثلاثة)

٢٧٥٩ الفرع الثالث: (لو قامت بينه بجرح الشهود ونقض الحكم فمن الضامن؟)

٢٧٦٥ مسائل:

٢٧٦٥ المسألة الأولى: (في تخالف البينتين على من أعتق)

٢٧٧٠ المسألة الثانية: (في ما لو شهدا بالوصيه لزيد وشهد وارثان بالرجوع إلى عمرو)

٢٧٧٢ المسألة الثالثة: (في ما لو شهدا لزيد بالوصيه وشهد واحد بالرجوع إلى عمرو فهل له الحلف معه؟)

٢٧٧٣ المسألة الرابعة: (في ما لو أوصى بوصيتين منفردتين)

٢٧٧٥ المسألة الخامسة: (في ما إذا ادعى العبد العتق وأقام البينه)

٢٧٧٧ تعريف مركز

سرشناسه: موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا

عنوان و نام پدید آور: القضاء والشهادات تقرير ابحاث زعيم الحوزة العلمية آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الكليپايگانی (قدس سره الشريف) / تالیف علی الحسینی الميلانی.

مشخصات نشر: قم: مركز الحقائق الاسلاميه، ۱۴۳۲ ق. = ۱۳۹۰-

مشخصات ظاهري: ج.: نمونه.

شابك: دوره ۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۳-۳؛ ج. ۱-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۸-۸؛ ج. ۲-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۹-۵؛ ج. ۳-۹۷۸-۹۶۴-۲۵۰۱-۵۶-۴:

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: قضاوت (فقه)

موضوع: گواهی و گواهان (فقه)

شناسه افزوده: حسینی میلانی، سید علی، ۱۳۲۶ -

شناسه افزوده: مركز الحقائق الاسلاميه

رده بندی کنگره: BP۱۹۵/م۸۴ق۶ ۱۳۹۰

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی: ۲۳۷۶۵۵۵

ص: ۱

تقريظ آيه الله العظمى السيد گلپايگانی

□
الحمد لله الذى علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، وأفضل صلواته وأزكى تحياته على أشرف أنبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد العرب والعجم، وعلى آله وأصحابه البرره أولى الفضل والكرم. وعلى أعدائهم اللعن المؤبد الأتم، إله أن يحيى الله العظام بعد الرمم وبعد، فان العلم نور يقذفه الله فى قلب من يشاء ومن أتى العلم فقد أوتى خيراً كثيراً. وقد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء، وجعلهم ورثه الأنبياء.

□
ثم ولدنا العلامة الحجه السيد على الميلانى آيده الله تعالى قد صرف عمره الشريف وزهره شبابه فى طلب العلم وكسب الفضيله وكتب محاضراتنا وابحاثنا فى الفقه من (كتاب القضاء) وعرض علينا ما كتب، فاطلنا عليه ووجدناه جامعاً للمسائل، حاوياً للمطالب، محتوياً على النكات والدقايق، وافياً بالمراد.

وقد استجازنا فى طبعه ونشره، فاجزنا له ذلك، سائلين المولى جل شأنه ان يوفقه لمراضيه، ويكثر فى العلماء والمجدين امثاله، فله تعالى درّه، وعليه سبحانه اجره. والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمه الله وبركاته.

قم المقدسه فى ٢٨ شهر رمضان المبارك ١٤٠١ هـ

محمد رضا الموسوى الكلپايگانى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين.

وبعد:

فهذه أبحاث (القضاء والشهادات) كما استفدتها من إفادات سيدنا الاستاذ الكبير، زعيم الحوزه العلميه في عصره وسيد الطائفه في أوانه، آيه الله العظمى، السيد محمد رضا الموسوي الكلپايگاني، قدس الله سره، أقدمها في طبعه جديده محققه، تخليداً لذكره وخدمه للعلم وأهله، راجياً من الله أن ينفع به، وهو ولي التوفيق.

الحوزه العلميه - على الحسيني الميلاني

٢٥ ذو الحجه ١٤٢٥

ص:٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيما خليفه الله فى الارضين، الإمام الثانى عشر الحجة ابن الحسن العسكرى ارواحنا فداه، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

اللهم إنا نرغب إليك فى دوله كريمه تعزّ بها الإسلام وأهله وتذلّ بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاه إلى طاعتك والقاده إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامه الدنيا والآخرة.

وبعد:

فإن لكلّ موجود من الموجودات التى يشاهدها الإنسان نظاماً دقيقاً متقناً يسير عليه ولا يحيد عنه، وذلك «صِيْنَعَ اللَّهِ الَّذِي أَنْتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ» (١)، كما يشاهد الإنسان كذلك نظاماً كلياً محكماً وسنناً إلهيه ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها، وتلك سنّه الله «وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّهِ اللَّهِ تَبْدِيلًا» (٢).

ص: ٩

١- ١) سورة النمل ٢٧: ٨٨.

٢- ٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٦٢.

ولم يكن الإنسان الذى خلقه الله تعالى وكرمه وفضّله على كثير ممن خلق - كما قال عزّ من قائل: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً» (١) - بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحية، بل إن الإنسان أحق وأولى منها فى أن يكون له نظام، لأن الموجودات الاخرى قد خلقت لأجله، وسخّرت له، وجعلت تحت سلطنته، لتعينه على السير فى الصراط المستقيم المرسوم له، حتى يصل إلى الغايه المنشوده التى لأجلها خلق.

فكان لابد للإنسان أيضاً من نظام يحدّد له تصرّفاته فى مختلف شؤونه الخاصه منها والعامه، ويتناسب مع شتى حالاته، وذلك النظام هو الذى يعبّر عنه ب (الدين) ، ويعرف بأنه (ما شرع الله لعباده على لسان رسله)، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وآله وسلّم، وكان ما جاء به هو النظام الأتم والقانون الأدق، ومن ثمّ كان خاتم النبيين وكان هذا الدين خاتمه الأديان.

إن الدين الإسلامى هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الإنسان ويتلائم مع فطرته التى خلق عليها، وإنه النظام الذى يتكفّل سعاده الإنسان ورقّيه إلى أعلى درجات الكمال، ويأخذ بيده إلى ما فيه خيره فى عاجله وآجله.

لقد اهتمّ الدين الإسلامى بكلّ ناحيه من نواحي الحياه الإنسانيه بالقدر اللّازم من الإهتمام، وعلى هذا الأساس، بذل بالنسبه إلى صيانه حقوق الإنسان وحفظ النظام العام إهتماماً بالغاً، للأهميه الكبيره لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرّع لها القوانين الحقيقه الثابته، وحدّد علاقته بالإنسان بالإنسان، وما يجب له

ص: ١٠

وعليه تجاه الآخرين، وصله الفرد بالمجتمع وحدود المسؤوليات الفرديّة والإجتماعية، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياة.

وقد أشارت الآية الكرّيمه: «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ . . .» (١) إلى طريقه الإسلام في معالجه المشاكل التي تعرض الإنسان والمجتمع في هذا المقام. وتوضيح ذلك بإيجاز هو:

إن الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار إلى الكمال المعنوي والفوز برضى الله عز وجل والقرب منه، وذلك لا يتحقق إلّا بتنميته الروح الإنسانية المودعه فيه، وفطرته السليمه التي خلق عليها، وتعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات وأنزل معهم الكتاب والحكمه والميزان لتحقيق هذا الغرض، وقال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إنما بعثت لأتمّم مكارم الأخلاق» (٢)، فجاء بتعاليم أخلاقيه ساميه، وعلم الكتاب والحكمه، ودعا إلى تهذيب النفوس، وأمر بالعدل والإحسان، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغى، وقد نجح - إلى حدّ بعيد - في هذا المجال، فكان في نفس كلّ إنسان - مسلم متأدّب بآدابه - وازع داخلي يمنعه من الإقتراب من أموال الآخرين، والنيل من أعراضهم والتعدّي على حقوقهم.

وقد جعل في الشريعه الإسلاميه - إلى جانب ذلك - الأحكام القضائيه والقوانين الجزائيه، لتكون سدّاً أمام من لم ينتفع بالآيات والحكم، ولم تؤثر فيه

ص: ١١

١-١) سورة الحديد ٥٧: ٢٥.

٢-٢) مجمع البيان ٥: ٣٣٣.

المواعظ والآداب، فمال مع غرائزه النفسانيه التي تحمل الإنسان على أن لا يقتنع بحقوقه، وتدفعه إلى الظلم والتعدي على حقوق الآخرين، فجعل (القاضي) لأن يكون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات، وجعل (الحديد) فيه بأس شديد، تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغي في المجتمع.

ومن وقف على جزئيات تلك التشريعات في الفقه الجعفري، عرف مدى الدقة المبذولة فيها من جهه، ومدى تلائمها مع الفطره الإنسانية من جهه أخرى، ولا عجب، فإنها تشريعات متّخذة من أخبار أهل بيت الوحي والرساله، وهي مستمدّه من جدّهم عن الله عزّ وجل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد وينظم أمورهم، وذلك قوله تعالى: «أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ» (١).

وحينئذ، يسقط عن الاعتبار والإعتماد سائر التشريعات المنسوبة إلى السماء، فكيف بالقوانين الوضعيّة الحديثه؟ .

فشكر الله سعي علمائنا الأبرار الذين نَقَّحوا هذه المسائل، ورووا أخبارها وجمعوا آثارها، وكتبوا هذه البحوث العلميه الراقية، ودرّسوها وخلّدوها إلى يومنا الحاضر.

وعندما انبثقت الثورة في بلادنا ضد النظام الإمبراطوري، وأطاحت به، وطالبت الأمة بالعودة بها إلى أحكام الإسلام، وأقيمت المحاكم الشرعيه، قام سيدنا الاستاذ الأكبر فقيه الامّه وزعيم الحوزه العلميه، المرجع الديني الكبير، آيه الله العظمى الحاج السيد محمدرضا الموسوي الكلپايگاني دام ظلّه الوارف،

ص: ١٢

بتدريس « كتاب القضاء » (١) لإعداد ثلّه من الفضلاء للتأهل بتولّي هذا المنصب الخطير.

والحق إنها بادره منه - دام ظله - جديره بالتقدير، فإن القضاء إذا صلحوا وساروا على النهج الصحيح، وحكموا بالحق وهم يعلمون، وأقاموا العدل، قام المجتمع بالقسط وساده الأمن وانتشر فيه الصلاح، وأما إذا تولّى القضاء من ليس أهلاً له، أو اتّبع هواه عند الحكم، أو جار فيه، انتشر الفوضى واختل النظام وفسدت البلاد والعباد.

هذا، وقد وقّفت لتدوين ما يليه سيّدنا الاستاذ في بحثه الشريف، وعرضته عليه، فلاحظه وأقرّه، فلما اكتمل، استأذنته في نشره - نزولاً عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل - فأذن بذلك.

□
وإني إذ أقدم هذا المجهود العلمي - مع تعليقات على بعض مواضعه - إلى زملائي الفضلاء وإخواني العلماء، أسأل الله عزّ وجلّ أن يمنّ علينا بدوام وجود سيّدنا الاستاذ، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، إنه سميع مجيب.

على الحسيني الميلاني

قم المقدّسه - الحوزه العلميّه

١٨ رمضان المبارك ١٤٠١

ص: ١٣

(١ - ١) وقد كان بحثه سابقاً في كتاب البيع، وطبع الجزء الأول منه بتقريرنا باسم (بلغه الطالب في التعليق على بيع المكاسب).

القضاء في اللغة والإصطلاح * القضاء في الشريعة * وجوب القضاء

ص: ١٥

هو لغه لمعان كثيره ولا حاجه إلى بيانها، فليراجع كتب اللغه (١).

أما في عرف الأصحاب، فقد قيل: هو فصل الخصومه بين المتخاصمين وتطبيق الأحكام على موارد الجزئيه، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عباره عن الحكم الكلى إلهي بغض النظر عن تطبيقه.

وقيل: هو الولايه على تطبيق الحكم الجزئي في الموارد الجزئيه (٢).

ص: ١٧

١ - ١) كالصحيح والقاموس وتاج العروس وغيرها، فمن تلك المعاني: الحكم والصنع والحثم والبيان والإتمام. . . ولكل واحد منها شواهد في الكتاب والسنة وكلمات العرب، وقد تكون له معان أخرى بحسب اختلاف موارد الإستعمال أو أداء التعدييه الوارده في الكلام. والظاهر - كما عن بعض اللغويين - أن تلك المعاني كلها ترجع إلى معنى واحد وهو انقطاع الشيء، بمعنى تحتمه وتمامه. الصحاح ٦: ٢٤٦٣، القاموس ٤: ٤٣١، تاج العروس ١: ٣٩٦.

٢ - ٢) وفي المسالك (١٣: ٣٢٥): «عَرَفُوهُ شَرْعاً بِأَنَّهُ: وِلايَهُ الْحُكْمَ شَرْعاً لِمَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْفَتْوَى بِجَزْئِيَّاتِ الْقَوَانِينِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى أَشْخَاصٍ مَعِينَةٍ مِنَ الْبَرِيَّةِ بِإِثْبَاتِ الْحَقُوقِ وَاسْتِيفَائِهَا لِلْمُسْتَحَقِّ». وفي المستند (٧: ١٧): «وِلايَهُ حُكْمٌ خَاصٌّ أَوْ حُكْمٌ خَاصٌّ فِي وَاقِعِهِ مَخْصُوصُهُ وَعَلَى شَخْصٍ مَخْصُوصٍ، بِإِثْبَاتِ مَا يُوْجِبُ عَقُوبَةَ دُنْيَوِيَّةٍ شَرْعاً أَوْ حَقٍّ مِنْ حَقُوقِ النَّاسِ بَعْدَ التَّنَازُعِ فِيهِ أَوْ بِنَفْيِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا». وفي الكفايه (٢: ٦٦٠): «وِلايَهُ عَامَهُ بِالنِّبَايَةِ عَنِ النَّبِيِّ وَالْإِمَامِ خُصُوصاً أَوْ عَمُوماً». وفي الدروس: «وِلايَهُ شَرْعِيَّةٌ عَلَى الْحُكْمِ وَالْمَصَالِحِ الْعَامَةِ مِنْ قَبْلِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ». وهذه التعاريف مشتمله على (الولايه) مع أن القضاء ليس ولايه، كما أن القضاء ليس فصل الخصومه. . . إذ قد يتحقق ذلك بالصلح ونحوه. ومما ذكرنا يظهر أن الأولى هو ما ذكره السيد الاستاذ دام ظلّه من أنه نفس الحكم. أي عند التنازع والخصومه لغرض رفعها، سواء كان في إثبات حق أو نفيه لأشخاص معينين في نزاع خاص أو في المصالح العامه للمسلمين، كالحكم بالهلال ونحوه.

أقول: والظاهر أن القضاء هو « الحكم » ، وهو أحد معانيه المذكوره في اللغه، وهو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالى: « وَ قَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ . . . » (١).

إلا أن هذا الحكم الذي يجب إطاعته وتنفيذه، لا بد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى، قال عز وجل: « يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ » (٢).

أو من قبل النبي صلى الله عليه وآله، أو الإمام عليه السلام، إما خصوصاً أو عموماً كما في روايه أبي خديجه: « ولكن انظروا إلى رجل . . . » (٣).

وهو حكم مطابق للحكم الإلهي، فليس فصل الخصومه من القاضى بفتوى الفقيه أو الفقهاء، بل إنه حكم يصدره، ومن آثاره وخواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء، - وهذه حيثيه أخرى للتفريق بين المفتي والحاكم (٤) - إلا إذا قطع

ص: ١٨

١-١) سورة الإسراء ١٧: ٢٣، بل (الحكم) أول المعانى المذكوره للقضاء فى القاموس والصحاح، فيكون المراد من (القضاء) نفس الحكم الصادر من القاضى من باب الولاية، فإنه الذى يقطع النزاع ويتم الأمر ويحتمه إن كان صدوره بالشرائط المعتره شرعاً، ومن هنا يعبر عن القاضى بالحاكم، ويؤمر بالتحاكم إليه.

٢-٢) سورة ص ٣٨: ٢٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣/٥، أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٤-٤) إن « القاضى » يغير « المفتى » و « المجتهد » و « الفقيه » بالحيثيه وإن كانت الأوصاف هذه كلها مجتمعته - بناءً على اعتبار الإجتهد - فيه، لأن القاضى يسمّى قاضياً وحاكماً باعتبار إزامه بالحكم الذى يصدره، وأما إذا كان ما يصدره مجرداً عن هذا الإعتبار فإنه يسمّى مفتياً، لأنه حينئذ يخبر عن الحكم فقط، وهو باعتبار مجرد الاستدلال على الأحكام يسمّى مجتهداً، وباعتبار علمه بتعين ما توصل إليه ظنّه حكماً شرعياً فى حقه وحق مقلديه يسمّى فقيهاً.

أحدهم بعدم تماميته بعض مقدمات حكم من الأحكام، أو لم يقل بولايه الفقيه (١).

وبالجملة، فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضى بعنوان الولاية والسلطنه الشرعيه (٢)، لا- بعنوان الإخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره.

ولهذا الحكم آثار شرعيه، كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم ضمان القاضى - مع عدم تقصيره فى مقدمات الحكم - إلى غير ذلك.

القضاء فى الشريعه:

ثم إن القضاء أمر ثابت فى الشريعه لا يمكن المناقشه فيه، وتدلّ عليه الآيات (٣). والروايات البالغه حدّ التواتر عندنا (٤).

فإنها تدلّ على ثبوت أصل القضاء فى الشريعه الغراء، من قبل الله عزّ وجل بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عزّ وجل، كذلك تقضى بوجود ولى يقضى بينهم فى موارد

ص: ١٩

١- ١) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعى من الأدله الشرعيه.

٢- ٢) المجمعوله له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً أو عموماً.

٣- ٣) كقوله تعالى: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ» (سوره النساء: ٦٥) وقوله: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ» (سوره النساء: ١٠٥) وقوله: «... فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...» (سوره النساء: ٥٩) وقوله: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ...» (سوره الاحزاب: ٣٦) وغيرها من آيات الكتاب.

٤- ٤) وسيأتى ذكر نصوص بعضها لدى التعليق على قول المحقق «... ينفذ قضاء الفقيه...» الشرائع ٤: ٦٨.

الإختلاف، حسماً للنزاع ودفعاً للخصومه، وأنه لا يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدىً من غير وليّ يرجعون إليه عند الخصومه والنزاع ليرفعها، ويأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل إن القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق قدس سرّه فى (الشرائع) لا يتعرّض لهذه الناحية، لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

و جوب القضاء:

هذا، ولا يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط المعتره الآتيه (١). وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب: فإنه واجب كفاي، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائيه المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامى، وقد يجب عيناً فى صوره عدم تصدى أحد له، ومتى لم يتوفّر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصد له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير على ذلك؟ الظاهر ذلك، لتوقف حفظ النظام عليه أولاً (٢)، ولأنه لو لم يكن ذلك لتصدّاه غير أهله، وهو ينافى الإراده التشريعيه لله عزّ وجلّ ثانياً.

وهذا الواجب كفاي كما تقدّم، ومع عدم قيام أحد به فالكلّ معاقبون.

ص: ٢٠

١- ١) بل إن الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » وعنه أيضاً: « لسان القاضى بين جمرتين من نار حتى يقضى بين الناس فيما فى الجنة وإما فى النار » وفى الخبر: « من حكم فى درهمين فأخطأ كفر » وفى آخر: « القضاء أربعة ثلاثه فى النار وواحد فى الجنة » وفى آخر: « أى قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء ». بل فى بعض الأخبار: إن القاضى إذا حكم بالحق وهو لا يعلم فهو فى النار، انظر: وسائل الشيعه ٢٧: ١٩/٨ و ٢١٤/٣ و ٣٢/٥ و ٢٢/٦ و ٣٢/٤، ٢٢/٦.

٢- ٢) أى ولو فى الجملة، لأن حفظ النظام يتحقق به وبأمور أخرى، كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وحلّ المنازعات بالصلح ونحو ذلك.

البلوغ * العقل * الايمان * العدالة * طهاره المولد العلم * الضبط * الكتابه * الذكوره * السمع والبصر والنطق * الحريره.

□
الأصل: عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، لكن □ قام الدليل - نقلاً وعقلاً - على نفوذ حكم أشخاص... فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا- ريب في نفوذ حكمه، لأنه خليفة الله في الأرض وصاحب الولاية الكبرى المقتضيه لنفوذ حكمه... وقد قال عز وجل «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (١)، كما لا ريب في ولاية الأئمة المعصومين من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم، للأدلة المعتبره الدالّاه على ذلك كتاباً وسنّه، ومن ذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ» (٢)(٣).

□
ولا- ريب في أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد تصدّى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات... وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصّلاه والسلام... وهذا يدلّ على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص وتوليتهم القضاء (٤)، فمن يصح نصبه لهذا الأمر؟ ومن الذى ينفذ

ص: ٢٣

١- (١) سورة النساء ٤: ٦٥.

٢- (٢) سورة النساء: ٥٩.

٣- (٣) فالمراد من «أولى الأمر» فيها - كما فى الأخبار المعتبره - هم الأئمة المعصومون من أهل بيت الوحي والرساله دون غيرهم.

□ □
٤- (٤) فالحاصل: إن الحكم فى الأصل لله عز وجل كما قال: «إِن الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» ثم إنه جعله لأشخاص معينين ونصبهم له، وهم الأنبياء والأوصياء، وقد أمر الناس بالرجوع إلى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضى بحكم هؤلاء، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع إليهم، قال سبحانه: «يُرِيدُونَ أَن يُتَّخَذُوا كَمَا كُنْتُمْ إِلَىٰ الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» (سورة النساء ٤: ٦٠). ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصى أو شقى» وسائل الشيعة ٢٧: ١٧/٢. ابواب صفات القاضى، الباب ٣. ثم إن هذا المنصب الجسمي قد أذن للتصدى له من قبل الأئمة عليهم السلام لمن توفرت فيه الصفات المذكوره فى الإذن، ومن هنا نشرع فى بيان تلك الصفات على ضوء تلك الأدله.

حكمه وإن لم يكن منصوباً بالخصوص؟ وما هي صفاته؟

١ - البلوغ

قال المحقق قدس سره: « ويشترط فيه البلوغ » (١).

أقول: لا ريب ولا خلاف في اشتراط البلوغ في القاضى، فلا ينعقد القضاء لغير البالغ (٢)، لأنه قاصر محتاج إلى الولى، ولا تنفذ أعماله في حق نفسه ولا ولايه له عليها، فكيف يكون ولياً على غيره؟

٢ - العقل

قال: « وكمال العقل » (٣).

ص: ٢٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٢- ٢) أى حتى المراهق الجامع للشرائط - عدا البلوغ - ويدل عليه الإجماع المصرح به في كلمات جماعه من الأصحاب، وهو العمده بعد معتبره أبى خديجه: « أنظروا إلى رجل... ». وأما كونه قاصراً محتاجاً إلى الولى في تصرّفاته فقاصر عن الدلاله على المنع، إذ يمكن لهذا الشخص المفروض جامعته للشرائط عدا البلوغ أن يتصدى للحكم بإذن وليه. ثم إن الأدله الاخرى الظاهره في العموم تخصّص بالمعتبره المذكوره، ومثلها الاخرى: « اجعلوا بينكم رجلاً... ».

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

أقول: لا ريب ولا خلاف في اشتراطه واعتباره في القاضى كذلك، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه (١).

٣ - الإيمان

قال: « والإيمان » (٢).

أقول: قد يراد به الإيمان المقابل للكفر، فلا ينعقد القضاء 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 » (٣) وقال صلى الله عليه وآله وسلم: « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » (٤).

وقد يراد به الإيمان بالمعنى الأخص، وهو كونه إمامياً اثني عشرياً... قال في (الجواهر) (٥): هو من ضروريات مذهبنا، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيره البالغه حدّ الإستفاضه بل التواتر، الناهيه عن الترافع إلى قضاءه الجور وحكام المخالفين - إلا عند التقيه - والمقتضيه عدم جواز التصرف في ما حكم به قاضى الجور وإن كان حقاً (٦).

ص: ٢٥

١- ١) بالإجماع والاعتبار، لوضوح الأمر، وإن أدله الإذن في الحكم منصرفه عن المجنون قطعاً، وإطلاق معقد الإجماع يعم من كان جنونه دورياً، وأما تعليل بعضهم بمثل ما ذكر في المتن في البلوغ، فغير تام كذلك، والعمده الإجماع.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٣- ٣) سوره النساء: ٦٠.

٤- ٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٧٦.

٥- ٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٣.

٦- ٦) وتجد طائفه من هذه النصوص في الباب الأول من أبواب صفات القاضى من وسائل الشيعة، وأول تلك النصوص ما رواه عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أيما مؤمن قدّم مؤمناً في خصومه إلى قاض أو سلطان جائر فقاضى عليه بغير حكم الله، فقد شركه في الإثم ». وإلى اشتراطه يشير الإمام عليه السلام في معتبره أبي خديجه بقوله « رجل منكم ».

قال: « والعدالة » (١).

قال بعض علمائنا المعاصرين: هذا الشرط يغنى عن اشتراط « الإيمان » .

ويمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه: « لَا يَتْلُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ » (٢)، لأن الولاية على القضاء ونفوذ الحكم، عهد من الله تعالى، والفاسق ظالم فلا يناله عهده (٣).

ويدل عليه النصوص الكثيرة (٤).

٥ - طهاره المولد

قال: « وطهاره المولد » .

ص: ٢٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٢-٢) سورة البقره ٢: ١٢٤.

٣-٣) ولأنه منع من الركون إلى الظالم في قوله عز وجل «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ الذَّارُ» ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم إليه والاستناد إلى حكمه ركون عرفاً، وإن تنظر بعض أعلام العصر في الاستدلال بالآيه الكريمة في هذا المقام.

٤-٤) كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « اتقوا الحكومه، فإن الحكومه إنما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي [كنبى] أو وصى نبي » وسائل الشيعه ٢٧: ١٧/٣. أبواب صفات القاضى، الباب ٣. ويدل عليه ما دل على اعتبار الإيمان. ولأن الفاسق قاصر عن مرتبه الولاية على الصبى فكيف بهذه المرتبه الجليله. ولأن شهادته مردوده فالقضاء أولى.

أقول: لا- دليل يدل عليه بالخصوص. قال في (الجواهر): « هو واضح بناءً على كفره (١)، أمّا على غيره، فالعمده الإجماع المحكى، وفحوى ما دلّ على المنع من إمامته وشهادته إن كان وقلنا به. . . » (٢) ولكن لا يحضرني الآن دليل لهذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك، ألّهم إلاّ بتفسيح المناط أو إثبات الأولويّه، والإنصاف: إن كلّ ذلك مشكل، فالعمده الإجماع المحكى عن جماعه (٣).

٦- العلم

إشاره

قال: « والعلم » .

□
أقول: لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعيّه وأنه يشترط كون القاضي عالماً، فعن أبي عبد الله عليه السلام قال: « القضاء أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة: رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة » (٤).

فهل المراد من العلم (٥) في هذا الخبر ونحوه هو الإجتهد المطلق أو يعمّ

ص: ٢٧

١- ١) كما في بعض الأخبار، وقد حملت على معان أخرى كما هو مذكور في محله.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣.

٣- ٣) والأصل الأوّلي المذكور سابقاً، وفي مباني تكمله المنهاج: « هذا، مضافاً إلى أن قوله عليه السلام في صحيحه الجمال المتقدمه: ولكن انظروا إلى رجل منكم ط ينصرف إلى غير ولد الزنا جزءاً » .

٤- ٤) وسائل الشيعه ١٨: ١١.

٥- ٥) البحث في هذا الشرط في جهات نذكرها باختصار، ونقتصر على الأقوال وبيان الخلاف فيها: الوجه الاولي: إنه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضي، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ حكمه، ويدل عليه - قبل الإجماع - الكتاب والنصوص المستفيضه بل المتواتره من السنّه الشريفه، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام » . ومن أخباره ما ذكر في المتن، وما رواه أبو عبيده عن أبي جعفر عليه السلام قال: « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكه الرحمه وملائكه العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » وسائل الشيعه ٢٧: ٢٠. والثانيه: قال أكثر الأصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلاً بأهليه الفتوى، قال المحقق: « ولا ينعقد لغير العالم المستقل لأهليه الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء، ولا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه » شرائع الإسلام ٤: ٦٧. وقال العلامة قى القواعد: « فلا ينعقد قضاء . . الجاهل بالأحكام ولا- غير المستقل بشرائط الفتوى، ولا- يكتفى بفتوى العلماء، ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه » قواعد الأحكام ٣: ٤٢١. وفي المسالك ١٣: ٣٢٨: « والمراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعيّه، وعلى اشتراط ذلك في

القاضي إجماع علمائنا، ولا- فرق بين حاله الإختيار والإضطرار، ولا- فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلع على فتوى الفقهاء وغيره، والمراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا- يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الإجتهد». وصریح كلام المسالك دعوى الإجماع على اشتراط الإجتهد المطلق، وقد حكى الإجماع على اشتراط الإجتهد عن جماعه، وبه صرّح فى الرياض، ومن قبلهم الشيخ قدس سرّه وستأتى عبارته فى المتن. ومن هنا يظهر أن ما ذكره الشيخ فى المبسوط بقوله: « وفى الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ويستفتى العلماء ويقضى به» المبسوط ٨: ١٠١ ليس قولاً لأحد من قدماء أصحابنا. نعم، عن المحقق الأردبیلی (مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١٨) نفى الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد، واستشكل المحقق القمى فى (جامع الشتات ٢: ٦٨ - حجرى) الحكم باشتراط الإجتهد على الإطلاق، ولم يستبعد جواز المرافعه للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقة بالواقعه تقليداً فى حال الإضطرار، وفى الجواهر: « بل قد يقال: إن المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن . . . ». والثالثه: هل يشترط فى المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفي التجزى؟ فيه أقوال، فالأول: ما عرفته من العبارات المزبوره فى الجبهه الثانيه من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً، كما قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى المسالك. والثانى: جواز المرافعه للمجتهد المتجزى مطلقاً، وإليه ذهب صاحب المستند (١٧: ٣٩) تبعاً لغيره. والثالث: التفصيل بين صورته التمکن من المرافعه عند المجتهد المطلق وصوره فقده، وهو مختار صاحب الكفايه حيث قال: « ولا- يبعد القول بالإكتفاء بالتجزى عند فقد المجتهد المطلق» كفايه الأحكام ٢: ٦٦٢.

المتجزي وعلم المقلد الذي يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضاً؟

لقد حكى الإجماع على لزوم كون القاضى مجتهداً، والقدر المتيقن منه هو (المجتهد المطلق) وأما بالنسبة إلى غيره فنقول: تاره يقال: بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ ووجوب الإمتثال، وأخرى يقال: بأنه بيان لحكم الإمام عليه السلام فيكون كناقض الحكم، فبناء على الثانى: ينفذ حكمه، سواء كان مقلداً أو مجتهداً مطلقاً أو متجزياً، وعلى الأول: يكون لحكمه موضوعيته، فيتوقف جواز الرجوع إلى المقلد والمتجزي ونفوذ حكمهما على حجه شرعية، ومع الشك فالأصل عدم النفوذ.

وقد استدلل لجوازه بروايه أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه» (١)، فإن كلاً من المقلد والمجتهد المتجزي «يعلم شيئاً. . .» .

وقوله عليه السلام: «فإنى. . .» يكشف عن أن القضاء منصب، وليس وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والروايه تعمّ زمان الغيبه والحضور معاً.

ص: ٢٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣/٥. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

لكن قال المجلسي قدس سره (١): هي خاصه بزمان الحضور، ولم يكن القضاء في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمة ويرجعون إليهم.

وفيه: إن ظاهر قوله عليه السلام: « يعلم شيئاً . . . » اشتراط كونه عالماً، سواء مع الواسطه أو بدونها، فلا اختصاص بزمان الحضور، وسواء علم بالكبريات وعرف تطبيقها على الموارد الجزئيه باجتهاده أو لم يكن كذلك، خلافاً للعلامه المذكور حيث استظهر منها الدلاله على اعتبار الإجتهد. . . والروايه مشتهره بين الأصحاب كما في (المسالك) ، وهو يجبر ضعف سندها (٢) لو كان، يرويها الشيخ الكليني قدس سره (٣) عن أحمد بن محمد بن خالد، وطريقه إليه صحيح، وأحمد ثقه، و « أبو خديجه » ضعفه الشيخ (٤) ووثقه النجاشي (٥) والعلامه في (المختلف) (٦) وأبو علي في كتاب (الرجال الكبير) (٧) ولدى التعارض بين الجرح غير المفسر والتعديل، فالتعديل مقدّم (٨).

ص: ٣٠

١-١) ملاذ الأختيار ١٠: ١٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٣-٣) في الكافي ٧: ٤١٢/٤ لم يروه عن أحمد بن محمد بن خالد.

٤-٤) الفهرست ١٤١: ٣٣٧.

٥-٥) رجال النجاشي ١٨٨: ٥٠١.

٦-٦) يذكر العلامه في المختلف ٣: ٢١٢، فيه قول.

٧-٧) منهج المقال: ١٥٧.

٨-٨) ما ذكره السيد الاستاذ دام ظلّه الشريف هو أحد الأقوال في المسأله، وقد ذكر جدنا العلامه المامقاني قدس سره فيها سبعة أقوال في مقباس الهدايه في علم الدرايه ٢: ١١١ - ١١٧. فليراجع. أقول: بل ينبغي أن لا يرتاب في وثاقه الرجل، لأن المنقول عن الشيخ قدس سره توثيقه في موضع آخر، فإذن، يتعارض قولاه ويتساقطان، ويبقى توثيق النجاشي قدس سره بلا معارض. هذا، مضافاً إلى ما ذكره علماء الرجال في محلّه من أن للشيخ اشتباهات، والنجاشي لم يشاهد له اشتباه، وقد كثر توثيقه.

إلا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: « وأما الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنهم حجتى عليكم وأنا حجة الله » (١) ومقبوله عمر بن حنظله: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحكما إلى السلطان وإلى القضاء أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم فى حق أو باطل، فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وما أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى: « يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ » (٢).

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم، ممن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرماننا وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً، فإنى قد جعلته عليكم حكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله، وعلينا رد، والراد علينا كالراد على الله، وهو على حد الشرك بالله» (٣) لزوم كون القاضى مجتهداً.

وهذه الروايه أيضاً مشتهره بين الأصحاب كما فى (المسالك) (٤) كذلك، ويكفى لاعتبارها اشتهاها بالمقبوله بينهم، بل لا يوجد فى سندها من توقف فى توثيقه إلّا « داود بن الحصين » قال الشيخ: واقفى (٥)، لكن وثقه النجاشى (٦)، فهى

ص: ٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠١.

٢- (٢) سوره النساء ٤: ٦٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ١١.

٤- (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٥- (٥) رجال الشيخ ٣٣٦: ٥٠٧.

٦- (٦) رجال النجاشى ١٥٩: ٤٢١.

موثقه معتبره (١). أقول: ويمكن الجمع بين روايتي أبي خديجه وعمر بن حنظله بأن يقال: بأنه لا- تنافى بين منطوقيهما، وإنما التنافى بين مفهوم روايه ابن حنظله ومنطوق روايه أبي

ص: ٣٢

١- ١) هي في الوسائل: « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظله. . . » قال: « ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسى. وإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد ابن عيسى نحوه » فطرقها تنتهي إلى « داود بن الحصين » وقد وثقه النجاشي، واستظهر في تنقيح المقال (تنقيح المقال ١: ٤٠٨) من عبارته كونه إمامياً اثني عشرياً، لأن من عاده النجاشي التعرض لمذهب من كان غير اثني عشري، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفي فيتقدم عليه، لأنه أضبط من الشيخ في علم الرجال. هذا من ناحيه داود بن الحصين. وإنما ضعف الروايه من ضعفها من جهه « عمر بن حنظله » نفسه، لأن أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا- تعديل، لكن عن الشهيد الثاني أنه قال: « لكن أمره عندى سهل، لأنى حققت توثيقه من محل آخر وإن كانوا قد أهملوه » (الرعايه: ١٣١) وقد أشار بذلك إلى ما روي في الكافي في باب وقت الصلاه عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن يزيد ابن خليفه قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عمر بن حنظله أتانا عنك بوقت. فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا لا يكذب علينا، لكن أشكل في سندها بأن راويها « يزيد بن خليفه » ولم تثبت وثاقته، وأجاب في تنقيح المقال - مع تصريحه بعدم ثبوت وثاقته في ترجمته - بتلقى الأصحاب لها بالقبول في بابها حيث لم يردها أحد منهم، فتدبر. وقد ذكر روايه أخرى في توثيق عمر بن حنظله، وهي في التهذيب في باب العمل في ليله الجمعة ويومها، عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن أبان عن إسماعيل الجعفي عن عمر بن حنظله قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: القنوت يوم الجمعة. فقال: أنت رسولى إليهم فى هذا إذا صليتكم. الحديث (تهذيب الأحكام ٣: ١٦/٥٧) قلت: لكن الراوى لها هو ابن حنظله نفسه. وكيف كان، فإن وثاقه الرجل محلّ تأمل، فالعمده فى اعتبار روايته هذه بالخصوص أمران: أحدهما: ما ذكر فى المتن من تلقى الأصحاب إياها بالقبول حتى اشتهرت بالمقبوله، بناء على اعتبار ما كان بهذه المثابه من الأخبار. والثانى: كون صفوان بن يحيى فى سندها قبل داود بن الحصين، وهو ممن نقل إجماع العصابه على تصحيح ما يصح عنه، بناء على تماميه الكبرى فى محلها.

خديجه، فإن مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا ولم ينظر في حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء، ومنطوق هذه: «... يعلم شيئاً. . . لكن التنافي هو بالإطلاق والتقييد، فالمنطوق مقيد والمفهوم مطلق، وحينئذ يتقدم خبر أبي خديجه لأنه منطوق أولاً (1) ولأنه مقيد ثانياً، فتكون النتيجة: «... قد روى حديثنا ونظر في حلالنا و حرامنا» وهو يعلم شيئاً من قضايانا. . .

وقد يقال: إن روايه أبي خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدلّ على نفوذ حكم من « يعلم شيئاً» سواء كان « راوياً» و « ناظراً في الحلال والحرام» أو لا- فلا- يتم الجمع بينهما بما ذكر، إلا أن يقال: بأن الميزان هو: « العلم» كما في روايه « القضاء أربعة» وأن « الروايه» و « النظر» ليس لهما موضوعيه، بل اعتباراً كمقدمه وطريق لحصول « العلم». . . وبعبارة أخرى: التقييد ب « الروايه» و « النظر» محمول على الغلبه لا- الإ-حتراز، لأنه ظاهر في الطريقيه لا- الموضوعيه حتى يكون وصفاً يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجه الإعتبار، ويؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من « عرف الأحكام» ولكن لم يرو شيئاً من حديثهم، فلو كان التقييد ب « الروايه» احترازياً كان المعنى: من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا إليه وإن كان عارفاً بأحكامنا وعالمًا بشيء من قضايانا.

□
ويؤيد ما ذكرنا: أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الإمام عليه السلام في الواقعه ثم يقضون به، كما في روايه عبد الله بن طلحه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجل دخل على امرأه. . .

ص: ٣٣

١ - ١) أي بناء على أن المنطوق أظهر من المفهوم، وأما بناء على عدم التفاوت بينهما من هذه الجهة فلا- وجه لهذا الوجه، وتفصيل المطلب في الاصول.

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

فقال: يضمن مواليه. . .» (١).

وفي أخرى: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لَمَّا وُلِّيَ أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (٢).

وحينئذ، فمن «يعلم شيئاً. . .» سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الإمام عليه السلام حاكماً، ويكون حكمه نافذاً، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضى العالم بالأحكام تقليداً، فضلاً عن المجتهد المتجزى.

إلا- أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: إنَّ المعتمره تشترط: «العلم بشيء من قضاياهم» أى الأحكام وكيفية القضاء بين المتخاصمين، والمقبوله تشترط «الروايه» و «النظر فى الحلال والحرام» و «معرفة الأحكام» أى: الإجتهد، فيكون الشرط المعتمره: الإجتهد مع العلم بشيء من قضاياهم، جمعاً بين الخبرين بناء على ظهورهما فى المعنيين المذكورين، فلا ينفذ حكم المتجزى فضلاً عن المقلد.

هذا كله، بناء على ظهور معتمره أبى خديجه فى جعل منصب القضاء لمن «يعلم شيئاً» من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح، خلافاً لبعض أعلام المعصر حيث قال: «إن الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداءً، وذلك لأن قوله عليه السلام: فإنى قد جعلته قاضياً، متفرّع على قوله عليه السلام: فاجعلوه بينكم، وهو القاضى المجعول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه: أن المستفاد منها أن

ص: ٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩: ٦٢/٢. أبواب القصاص، الباب ٢٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الإمام عليه السلام قاضياً، فلا دلالة فيها على نصب القاضى ابتداءً. . . (١).

أقول: ما ذكره يخالف ظاهر الرواية، لأن قوله عليه السلام « فإنى قد جعلته. . . » تعليل، أى: لا ترجعوا إلى من ليس منكم، بل ارجعوا إلى من جعلته قاضياً منكم وهو الذى ينفذ فيكم حكمه وترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فإنى قد جعلت ذلك الرجل قاضياً. فالحاصل: إن جعل الإمام عليه السلام هو عله نفوذ حكمه وجواز الرجوع إليه.

هذا، والعجب من صاحب (الجواهر) قدس سره قوله بعد استظهار إرادته الأعم من المجتهد من معتبره أبى خديجه: « نعم، قد يقال بتوقف صحه ذلك على الإذن منهم عليهم السلام. . . » مع أن نفس هذه الرواية داله على الإذن.

ثم قال: « ولو سلم عدم ما يدل على الإذن، فليس فى شىء من النصوص ما يدل على عدم جواز الإذن لهم فى ذلك. » .

وفيه: إن مجرد عدم وجود نص على عدم الإذن لا- أثر له، وقد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد فى حق أحد، فالنفوذ محتاج إلى الدليل، وعدم ما يدل على عدم الإذن ليس بدليل.

قال: « بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك » ولولا كلمه « بل » لارتفع الإشكال ودلّ الكلام صدرأ وذيلاً على أن عموم ولايتهم - مع فرض عدم الدليل على الإذن - دليل، وبه يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر.

ص: ٣٥

قال: « بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد، وإنما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. »

أقول: وهذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبة. نعم، إذا كان المناط تعلم الحكم - سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدلة أو الأخذ من المجتهد - لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: « ويمكن بناء ذلك بل لعلّه الظاهر على إرادته النصب العام. . . » (١).

أقول: يعنى أن مقتضى « فيأني قد جعلته حاكماً » و « فإنهم حجّتي عليكم » أن للمجتهد أن ينصب العامي، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامي ما للمجتهد. . . قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من الخبر الثاني منهما فقط.

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

قال في (الجواهر): « وأما دعوى الإجماع التي سمعتها فلم أتحققها، بل لعلّ المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالاً ثلاثة. . . » (٢).

أقول: هذه عبارته الشيخ في شرائط القضاء من (المبسوط):

« لا ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعدالة والكمال. وعند قوم - بدل كونه عالماً - أن يكون من أهل الاجتهاد، ولا يكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والإجماع ولسان العرب وعندهم

ص: ٣٤

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٩.

القياس. وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً. . . والأوّل هو الصحيح (١)» (٢).

وقال في (الخلافاً): «لا- يجوز أن يتولّى القضاء إلاّ من كان عارفاً بجميع ما ولى، ولا يجوز أن يشدّ عنه شيء من ذلك ولا يجوز أن يقلّد غيره ثم يقضى به.

وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولا يكون عامياً ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه. وقال في القديم مثل ما قلناه.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ما وليه إذا كان ثقة ويستفتى الفقهاء ويحكم به. ووافقنا في العامي أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم، وأيضاً: توليه الولاية لمن لا يحسنها قبيحه في العقول، بأدله ليس هذا موضع ذكرها بينها في غير موضع، وأيضاً: ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته، وليس على ما قالوه دليل. . .» (٣).

فالشّرخ - قدّس سرّه - يدعى الإجماع على اشتراط الاجتهاد مرّتين.

فما نسب إليه في (الجواهر) عن (التنقيح) لا وجه له.

وقد ادّعى هذا الإجماع أيضاً جماعه منهم الشهيد الثاني قدّس سرّه (٤).

نعم، إن مثل هذا الإجماع - حيث يوجد على معقده أخبار - لا يعتمد عليه،

ص: ٣٧

١-١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٩٩ - ١٠١.

٢-٢) قد ذكرنا أن هذا القول ليس لأحد من أصحابنا الإماميه، ويتضح من عبارته في الخلافاً أن مراده من « وفي الناس من أجاز» هو « أبو حنيفة» ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامه أو علمائهم ب « الناس» في الأخبار وكلمات الفقهاء.

٣-٣) كتاب الخلافاً ٦: ٢٠٧ / المسأله ١.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٢٨.

إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هي المدرك له (١)، فهي المرجع، وقد استظهرنا منها عدم الإشتراط.

هذا، ولا أقلّ من دلالة الإجماع وغيره على شهره القول بالإشتراط بين الأصحاب، وذهاب المشهور إلى هذا القول، يدلّ على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدلّة في المعنى الذي استظهرناه منها، حتى ادّعوا الإجماع على الإشتراط، وهذا ما يمنعنا من الجزم بما استظهرناه، ويرجح القول باشتراط كونه مجتهداً مطلقاً أو في خصوص مسائل القضاء، على أن التصديّ للقضاء مع الجهل بالمسائل التي سيبتلى بها والأدلّة التي يحتاج إليها، خلاف ما هو المرتكز في أذهان المتشرّعه.

وأما الجاهل العامي فلا يجوز له التصديّ قطعاً.

وهنا مسائل:

(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم، لعدم الدليل، ونصب المعصوم عليه السلام القاصر عن درجة الإجتهد لا يقتضى جوازه للمجتهد، لأن له الولاية العظمى الثابتة له من الله تعالى (٢).

ص: ٣٨

١- ١) ويقويه قول الشيخ « دليلنا إجماع الفرقه وأخبارهم » هذا مضافاً إلى أنه إجماع منقول، وقد تقرّر عدم حجّيته، مع أن في خصوص إجماعات الشيخ بحثاً ذكر في محلّه.

٢- ٢) وذلك هو المخرج عن الأصل، لأن موضوع أدله الإذن هو « العالم » و « الراوى للحديث » ونحو ذلك، والمقلد العامي لا يصدق عليه شيء من هذه العناوين، ولأن الأصل عدم تأثير نصب المجتهد. فإن قيل: فقد نصب المعصوم عليه السلام من كان قاصراً عن مرتبه الاجتهاد. قلنا: إن الكلام إنما هو في زمان الغيبه، وأما إذا نصب الإمام عليه السلام في زمان حضوره القاضى غير المجتهد فإن فعله عليه السلام حق لأنه معصوم وله الولاية الكبرى.

وقد يقال بالجواز، لعموم أدلّه ولايه الفقيه (١) الداله على أنّ كلّ ما ثبت للإمام عليه السلام فهو ثابت للمجتهد، ومن ذلك نصب القضاة، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استناداً إلى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له.

وتحقيق الكلام في هذه المسألة موكول إلى ما تقرّر في مبحث ولاية الفقيه.

وكيف كان، فإن فتوى المشهور باشتراط الإجتهد في القاضي تمنعنا من الجزم بالوجه الثاني.

(الثانية) قال بعض أعلام العصر: حكم القاضي في الشبهه الحكميه - وهي القضية التي يكون منشأ الترافع فيها الإختلاف في الفتوى، كما إذا تنازع الورثه في الأراضى، فادّعت الزوجه ذات الولد الإيرث منها، وادّعى الآخرون حرمانها، فتحاكما إلى القاضي - إرشادى لا- مولوى، لأنه حينئذ تنجز للمتنجز وهو تحصيل للحاصل وهو محال، فلا- يتصور الحكم في الشبهات الحكميه. وعليه، يكون المراد

ص: ٣٩

١ - ١) كالتوقيع الشريف: « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم » و « مجارى الامور والأحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرماه » وسائل الشيعه ٢٧: ١٤/٩. أبواب صفات القاضي، الباب ١١. و « اللهم ارحم خلفائي. قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون حديثى وستى » وسائل الشيعه ٢٧: ٩١/٥٠. أبواب صفات القاضي، الباب ٨. وهذه الأدلّه فيها بحث سنداً ودلاله، وقد أجاب المانعون عن الاستدلال بها في المقام صغرى وكبرى، فليراجع. واكتفى المحقق النراقى في المستند بأن قال: « ربما يحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه، ولم أتحققه ولم أره في كتابه، ولا أرى له وجهاً أصلاً. . . وتوهم: أن عموم الولاية فيما للإمام فيه الولاية ثابت للمجتهد ومنها الإذن الخاص فى القضاء، مدفوع، بأن للإمام الإذن للأهل والقابل، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً على من له الأهليه، وهي لغير المجتهد غير ثابتة، ومن ثبت له لا يحتاج إلى النائب لثبوت الإذن له عن المنوب عنه. . . » مستند الشيعه ١٧:

٢٦.

من روايه عمر بن حنظله هو الفتوى لا الحكم، وحينئذ، تبقى روايه أبي خديجه بلا معارض (١).

وفيه: أولاً: إنه لا- ظهور لروايه عمر بن حنظله في الشبهه الحكميه، بل النزاع في « الدين » من حيث الشبهه الموضوعيه أكثر وأظهر، وكذا « الميراث » فقد يترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعيه.

وثانياً: إن الحكم يعتبر فيه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتبارى ينتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بين « الفتوى » و « الحكم » ظاهر، وليست المقبوله ظاهره في الأولى.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الأحكام، والعلم المعتبر في القاضى؟

□ إن كان المراد من « عرف أحكامنا » هو معرفه الأحكام الواقعيه، كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعي فقط، ومع الشك فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه، لأنها شبهه مصداقيه، كما إذا قال: إقتد بالعدل، فشك في عداله زيد، فلا يجوز له الائتمام به.

وإن كان المراد: كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام، فما هو الحكم في صورته اختلافهما في معرفه هذه الجبهه فيه؟ وبعبارة أخرى: هل ينفذ حكم الحاكم في القضيه مع العلم بالخلاف؟

أقول: لم تلحظ الخصوصيات في « الرجل » العالم بشيء من قضايا الأئمه عليهم السلام، والعارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين... فإن هذه الدقائق لم تكن ملحوظه عند

ص: ٤٠

الأمر بالرجوع إلى هكذا عالم، بل يكفي كون الرجل عالماً مشاركاً إليه بالعلم، وعلى هذا عمل الناس في هذه الأزمنة أيضاً، وليس معنى الروايات هذه مجملاً عندهم.

وأما في موارد العلم بالخلاف فنقول: إن حكم الحاكم ملزم ونافذ، إلما في صورته كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف، فلو كان المدعى يعلم بأن المال الذي يدعى تملكه ليس له - بل لخصمه - لكن أحضر لدى القاضي شاهدين فحكم بأنه له، فإن هذا الحكم لا يجوز له التصرف في هذا المال، لأنه عالم بالخلاف وبكذب دعواه، وليس عدم نفوذ حكم القاضي حينئذ ردّاً لحكمه، بل إنه ردّ من المدعى لدعواه هو وإقرار بكذبه فيها.

ولو علم المحكوم عليه بمخالفه الحكم للواقع، كما إذا علمت المرأة بأنها ليست بزوجه لزيد، لكن حكم القاضي بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم - حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان المال مورد الترافع - فلا يجوز لزيد وطؤها، وعلى المرأة أن لا تمكّنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللاً للحرام.

فالحاصل: إن حكم الحاكم لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدّس سرّه: « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» (١).

أقول: هذا مما لا يحتاج إلى الدليل، فلا بدّ من أن يكون القاضي ضابطاً -

ص: ٤١

بالإضافة إلى العلم - بهذا المعنى (١).

الكتابه:

قال: « وهل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردد. . والأقرب: اشتراط ذلك. » (٢)(٣).

أقول: إن كان عدم علم القاضى الجامع للشرائط بالكتابه موجبا لوقوع الخلل فى الحكم أو مقدماته فهو، وإلا فإن الكتابه بنفسها لا ضروره لها، وعلى هذا عمل أصحاب الحوائت والكسبه، فإنهم يكتبون مطالباتهم فى الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان، وأما إذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب.

ومع إخلال الجهل بالكتابه فى الحكم أو مقدماته، يشترط العلم بالكتابه فى القاضى مع عدم وجود عارف بها يطمئن إليه ويستعين به، وإلا فلا حاجه.

ص: ٤٢

١- ١) وقد اشترطه العلامه فى القواعد (٣: ٤٢١) والشهيدان فى الدروس (٢: ٦٥) والروضه (٣: ٦٢) والسيزوارى فى الكفايه (٢: ٦٦٤)، وفى الرياض (١٥: ١٢): الظاهر عدم الخلاف فيه، لكن فى مفتاح الكرامه (١٠: ١٠): قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الأصحاب كالتحرير وظاهر غيره، وعن الأردبيلي: ما نجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثير وضبط هذه الواقعه، وفى الجواهر والعروه لا دليل عليه بالخصوص. قال فى الثانى: إلا دعوى انصراف أدله الإذن كما لا يبعد فى الضبط ونحوه، أو الشك فى الشمول حيث أن الاصل عدم الإذن. وظاهر عباره المحقق هنا وفى النافع الجواز لمن تساوى فيه الذكر والنسيان، لكن فى القواعد كغيره: ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٧.

٣- ٣) وقد نسبه فى المسالك إلى الأكثر (المسالك ١٣: ٣٢٩)، وفى شرح اللمعه إلى الأشهر، بل عن السرائر إلى مقتضى مذهبنا، لكن لم يذكروا على اعتبار هذا الشرط دليلاً بالخصوص، ودعوى تبادر اشتراطه من أدله الإذن أو انصرافها إلى العالم بها محل نظر. فما ذهب إليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط فى صورته توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه.

قال المحقق قدس سره: « ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط » .

أقول: قد ادعى عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأة.

واستدل بوجوه:

الأول: قوله تعالى «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (١)، فإنه ظاهر في قيموميه الرجال على النساء، ولازمها سلطنه الرجال وحكومتهم عليهن دون العكس.

فإن قيل: الآيه وارده في مورد الزوجين.

قلنا: وهل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنه في شئونها مع زوجها، وتكون لها السلطنه في خارج دارها وعلى غير زوجها من الرجال؟

فإن قيل: الآيه المباركه تنفى ولاية النساء على الرجال، وأى مانع من ولاية المرأة على النساء؟ أمكن الجواب: بأن ذلك مقتضى الإجماع المركب.

﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ (٢) قال الفاضل الجواد قدس سره:

« أى: الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأى والتدبير والعزم ومزيد القوه فى الأعمال والطاعات والفروسيه والرمى، وأن منهم الأنبياء والأئمه والعلماء، وفيهم الإمامه الكبرى وهى الخلافه، والصغرى وهى الإقتداء بهم فى الصلاه، وأنهم أهل الجهاد والأذان والخطبه. إلى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن.

ص: ٤٣

١- ١) سورة النساء ٤: ٣٤.

٢- ٢) سورة النساء ٤: ٣٤.

قال في الكشاف: وفيه دليل على أن الولاية إنما تستحق بالفضل لا بالتغلب والإستطالة والقهر (١).

قلت: هذا مما أجراه الله على لسانه، فإننا لم نجد فيمن تقدّم على علي عليه السلام - بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم - فضيله يستحق بها الولاية، كما عرف في محلّه (٢).

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

ويشهد بذلك ما ذكره الفاضل المذكور، من أن فيهم النبوه والإمامه والولاية، ولم نجد إلى الآن انعقاد القضاء لامرأه، ولو كان ذلك جائزاً لتصدّى له بعض النساء الفاضلات، كالصدّيقه الطاهره وعقيله بنى هاشم عليهما السلام، ولو بالنسبه إلى النساء خاصّه، بل إن حضور النساء عند القاضي الرجل - في حال جواز انعقاده لامرأه - مرجوح مرغوب عنه شرعاً.

على أنا قد استشكلنا في إمامه المرأه للنساء واقتدائهنّ بها في الصّلاه، لعدم وجود دليل معتبر يدلّ عليه (٣).

هذا، والآيه نازله بعنوان حكم إلهي في قضيه، رواها الشيخ أبو علي

ص: ٤٤

١-١ (١) الكشاف ٢: ٦٧.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام ٣: ٢٥٧.

٣-٣ (٣) قال سيدنا الاستاذ في التعليق على قول صاحب العروه «يجوز إمامه المرأه لمثلها» قال: «في غير صلاه الميت اشكال». وهذه المسأله قد اختلف فيها كلمات الأصحاب تبعاً للأخبار الوارده فيها. راجع الصلاه من مصباح الفقيه وغيره.

وهى تدلّ على أن للرجال الولاية على النساء، وليس لهنّ عليهم ولاية.

فهى مخصّصة لعمومات الحكومه بالعدل (٢).

الثانى - قوله تعالى: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ»، فإن هذه الآية ظاهره فى أن للنساء على الرجال حقوقاً، ولكن «لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» (٣).

الثالث - قوله تعالى: «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ» (٤) واستلزام تصدّى المرأة القضاء للخروج عن البيت وإسماع صوتها الرجال وغير ذلك من الامور المنهى عنها فى الشرع، فى غايه الوضوح، وتعبير الأصحاب والصحابت عائشه بنت أبى بكر على خروجها من بيتها إلى البصره - من هذه الجهه - ونهيهن إياها عن الخروج وتذكيرهم لها بأمر الله وحكمه بأن تقرّ فى بيتها، مشهور.

الرابع - قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «أنظروا إلى رجل» .

لا يقال: إنه ليس للرجل موضوعيه، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصيه فى مثل

ص: ٤٥

١-١) مجمع البيان فى تفسير القرآن ٢: ٤٢.
٢-٢) كقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء ٤: ٥٨) وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا إِعْدِلُوا» (سوره النساء ط: ١٣٥) وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا» (سوره المائده ٥: ٨) .

٣-٣) سوره الأحزاب ٣٣: ٣٣.

٤-٤) سوره الأحزاب: ٣٣.

هذا المقام، وأن مناسبه الحكم والموضوع تقتضى الموضوعية، فالرواية هذه مقيّده للروايات المطلقة إن لم تكن منصرفه عن النساء.

الخامس - ما ورد في وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ المرويه في (الفقيه)، بإسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام: «يا على ليس على المرأة جمعه - إلى أن قال - ولا تولّى القضاء» (١)، وهذا النفي وضعى كما لا يخفى.

والرواية وإن كانت غير تامه سنداً (٢)، إلا أن روايه الأصحاب لها واستدلّالهم بها يجبر ضعفها، كما تقرّر هذا المعنى بالنسبه إلى حديث «على اليد.» ونظائره.

وربما يقال: إن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «ليس على النساء.» ولا تولّى القضاء لا يدلّ على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب. وفيه: ليس الأمر كذلك فى كلّ مورد، فإن هناك موارد جاء فيها: «ليس على.» بمعنى «لا يجوز.»

السادس - النبوى «لا يفلح قوم وليتهم امرأه» (٣).

السابع - ما عن مكارم الأخلاق: «إن إقامه للصلّاه.» ولا تولّى المرأة القضاء» (٤)، وهى مطلقه تعم الحكم الوضعى والتكليفى معاً (٥).

ص: ٤٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٦/٢. أبواب صفات القاضى، الباب ٢.
- ٢- (٢) لأن روايتها بين مجهول ومهمّل.
- ٣- (٣) حديث نبوى رواه العامه، انظر المجموع فى شرح المهذب ٢: ١٤٢.
- ٤- (٤) بحار الانوار ١٠٣: ٢٥٤/١.
- ٥- (٥) ويستدل له أيضا بما يلى: ١ - ما رواه جابر بن يزيد الجعفى قال: سمعت أبا جعفر محمد بن على الباقر عليه السلام يقول: «ليس على النساء أذان ولا إقامة ولا جمعه ولا جماعه.» ولا تولّى المرأة القضاء ولا تلى الإمامه ولا تستشار» وسائل الشيعة ٢٠: ٢٢٠/١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ١٢٣. ٢ - ما روى فى الوسائل عن الكلينى بسند عن أبى جعفر وبآخر عن أبى عبد الله عليهما السلام قال: - فى رساله أمير المؤمنين عليه السلام إلى الحسن عليه السلام: «لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها.» قال فى الوسائل: «ورواه الرضى فى نهج البلاغه (٤٠٥/٣١) مرسلًا نحوه» وسائل الشيعة ٢٠: ١٦٨/١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٧. ٣ - ما رواه الشيخ الكلينى فى الكافى مسنداً عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «كلّ أمر تدبّره امرأه فهو ملعون» وسائل الشيعة ٢٠: ١٨٢/٤. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٩٦. ٤ - ما دلّ على ترك طاعة النساء والنهى عن مشاورتهن. وسائل الشيعة ٢٠: ١٨١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٩٦. ٥ - ما دلّ على نقصان عقلها ودينها. ٦ - ما دلّ على عدم صلاحيتها للإمامه فى الصلاه للرجال أو مطلقاً. ٧ - دعوى انصراف الأدلّه المطلقة عن المرأة. ٨ - الأصل، فقد تقرّر أنه عدم الإذن. والحق: أن هذه

الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع وغير ذلك - بمجموعها - تشرف الفقيه على القطع بالحكم في هذه المسألة.

السمع، البصر، النطق:

وهل يشترط السمع والبصر والنطق؟ قيل: نعم، واستدلّ له بأنه لولاها لتعذر القضاء، وبأنه مقتضى الإطلاقات، فإنها منصرفه عن الأصم والأعمى والأبكم، ولا أقلّ من الشك في شمول أدله الإذن لهم.

أقول: لا ينبغي الإشكال في الإشتراط فيما إذا توقف القضاء على ذلك.

الحرية:

وهل يشترط الحرية؟ قال في (المبسوط): نعم (1)، وقال المحقق:

ص: ٤٧

« الأقرب: إنه ليس شرطاً » (١).

وقد استدلّ للأول في (المبسوط) و (المسالك) وغيرهما بأمرين:

أحدهما: إن من كان لغيره ولاية عليه لا يكون ذا ولاية.

والثاني: إن القضاء منصب عظيم، والعبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

والجواب: أما عن الأول: فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبرة فيه وأذن له المولى في تصدى القضاء، فلا مانع.

وأما عن الثاني: فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد إن كان واجداً للشرائط المعتبرة، كالحجّ (٢).

ص: ٤٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢-٢) لكن قد يجاب عن الجواب الأول بأنه إذا جاز ذلك فليجز بالنسبة إلى غير البالغ - ولا سيما المراهق - وعن الثاني: باحتمال انصراف تلك الإطلاقات عن العبد. هذا، ولا أقل من الشك والأصل هو العدم. لكن الذي يسهل الأمر انتفاء الموضوع في هذه الأزمنة.

فى قاضى التحكيم * حكم تولّى القضاء هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل عند التعدّد؟ هل يجوز للقاضى الاستخلاف؟ حكم ارتزاق القاضى من بيت المال * بم تثبت ولاية القاضى؟ جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد * ما يتعلق بانعزال القاضى وعزله * هل ينعزل بموت الإمام؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحه؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق قدس سره: « يشترط فى ثبوت الولاية اذن الامام عليه السلام أو من فوض إليه الإمام » (1).

أقول: لا ريب ولا خلاف فى هذا، وقد أشرنا إلى ما يدل على ثبوته، وهذه الكلمه من المحقق قدس سره كمقدمه لقوله بعده: « ولو استقضى أهل البلد قاضياً 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 وبسط يده واضح، لأن النبى وأمير المؤمنين - صلى الله عليهما وآلهما وسلم - كانا يرسلان القضاء إلى البلاد، فلا- ينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضى المنصوب من قبل المعصوم. وأما فى زمن الغيبه - أو الحضور مع عدم بسط اليد - فإن الإذن العام الصادر منهم عليهم السلام - كما تدلّ عليه الروايات - يقتضى نفوذ حكم القاضى الذى استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر فى مرافعاتهم، على الخلاف فى الصفات المعبره فيه، والقدر المتيقن هو المجتهد المطلق.

فعليه، لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط اليد، وكسب إذنه.

وأما في زمن الغيبة أو عدم بسط اليد، فالإذن العام يكفي لنفوذ حكم من كان هذا الإذن شاملاً له. ولقد أشكل الأمر هنا على الأصحاب فقالوا: إن كان من رجع إليه أهل البلد مجتهداً، فالإمام قد أذن في الرجوع إليه مطلقاً، وإن لم يكن مجتهداً، فلا اعتبار بحكمه مطلقاً، فأى ثمره لهذا الكلام؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائدة في العبارة، وعلم المراد من عنوان المسألة.

وقيل: المراد من قوله: «لو استقضى» هو القاضى العام فى البلد لعموم أهله، ومن قوله «نعم.» هو من استقضاه الخصمان فى واقعه خاصه، من غير أن يعرف بأنه قاضى البلد.

أقول: لكن الأولى ما ذكرناه.

هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

قال المحقق قدس سره: «ولا يشترط رضاهما بعد الحكم» (١).

أقول: فى المسألة قولان، فالمشهور هو النفوذ وكفايه الرضا قبل الحكم، فليس لهما الرجوع عن حكمه ولا يشترط رضاهما بعد الحكم، وقيل: يشترط رضاهما بعد الحكم أيضاً.

أقول: مقتضى الدليل التعبدى تأثير رضاهما بالحكم بعده فى بعض الموارد، مثل كون الديه على العاقله (٢)، وفى بعض الموارد لا يتوقف الحكم على

ص: ٥٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢-٢) يعنى: إنهما لو تنازعا فى قتل، فقال أحدهما بكونه عن عمد وقال الآخر هو عن خطأ، فحكم بكونه خطأ، فلو رضيا بهذا الحكم بعده وجبت الديه على العاقله، فأثر رضاهما به بعده لزوم الديه على طرف ثالث وهو العاقله.

الرضا أصلاً، كما إذا تنازعا في الرضاع مثلاً بأن قال أحدهما بتحقيق الرضاع الموجب للحرمه في مورد، وقال الآخر بعدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد والأدله، فإنه لا أثر لرضاهما بعدئذ. والحاصل: إن تأثير رضاهما على القاعده، إلا إذا دلّ الدليل في مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبه إلى غير المتخاصمين.

□
ويمكن أن يستدل لكفايه الرضا السابق في جميع الموارد بروايه الحلبي قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعه في الشيء فيتراضيان برجل مئاً. فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط» (١) بأن يقال: فرق بين لسانها ولسان معتبره أبي خديجه التي جاء فيها: « فإني قد جعلته قاضياً فتلك تعلل نفوذ الحكم بالجعل، وهذه بالرضا، وظاهرها نفوذ حكم من رضى المتخاصمان من الأصحاب بحكمه، إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسوط.. »

نعم، يشترط كونه واجداً للشرائط المعتره، وحينئذ، يكون الرضا دليلاً على النفوذ كالإذن مطلقاً، وعلى هذا، فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الإذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا. . إلا أن يدعى دلاله ما في ذيلها وهو قوله عليه السلام: « إنما هو الذي.. » على لزوم الرضا بعد الحكم، أي: بأن يكونا مطيعين للحكم ومنفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا، ويدل قول المحقق: « ولا يشترط رضاهما بعد الحكم » على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

ص: ٥٣

قال: « ويشترط فيه ما يشترط في القاضى المنصوب عن الإمام» (١).

أقول: أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمره له أصلاً، لأنه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعتبره فى القاضى المنصوب، من الإجتهد وغيره، يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الإمام عليه السلام ومأذوناً له فى الحكم.

وقال جماعه: بأن هذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الذى بيده الحكم ونصب القاضى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعتبره وإن لم يأذن له الإمام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد، كزمن النبى وأمير المؤمنين عليهما الصلاه والسلام، أو مع عدمه، فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه إن لم يكن واجداً للشرائط فلا- أثر لحكمه، وإن كان واجداً لها فقد دلت المقبوله وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الإمام فى الحكم.

وعن 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، وإنما منع الإمام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط والسيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر، يصح الترافع وإن لم يكن واجداً للشرائط، فيكون حاصل البحث: إن الإمام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط إنما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره - وإن الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ إلى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه -

ص: ٥٤

فمفاد قوله: إذا لم يكن سيف وسوط، هو أنه ينفذ حكمه وإن لم يكن مجتهداً، ويكفى علمه بالحكم في الواقع المتخاصم فيها. وكذا معتبره أبو خديجه، فإنها ظاهره في عدم لزوم الاجتهاد، بل يكفي كونه عالماً ببعض القضايا، والرضا بالحكم عله لجواز الرجوع إليه.

وقوله تعالى: «يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (١)، يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: وفي هذا القول نظر، فإن الآيه وأمثالها لم نتمسك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق، بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟

وأما روايه أبو خديجه، فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدّم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك، فتراضوا بالرجوع إليه، لأنه مجعول حاكماً من قبلى، فإذا حكم فقد حكم بحكمننا، ومع التسليم بما ذكره، فإن النسبه بين هذه الروايه والمقبوله هي العموم من وجه، فيقع التعارض ويتساقطان، ويرجع إلى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً، وأنه يتقدّم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الاخرى، لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، ولأنه خاص أيضاً، بل لقد احتملنا سابقاً، كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه والنظر فى الأحكام،

ص: ٥٥

والمعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون احدهما مؤكده للاخرى. نعم، لا- يشترط الإحاطه بجميع الأحكام والقضايا، بل يكفي كونه مجتهداً متجزياً (١).

فالحاصل: إن كان المستفاد من المقبوله والمعتبره هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم، فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد المتجزى، وأما إذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج إلى دليل. ولو فرض الإطلاق في « يعلم شيئاً »، فإن المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه، ولعله لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامى قاضياً للتحكيم مشكل جداً (٢).

ص: ٥٦

١- ١) أى بغض النظر عن الاجماع على اعتبار الإجتهد المطلق.
٢- ٢) وحاصل الكلام فى هذه المسأله فى مقامات: الأول: فى مشروعيه التحكيم، والمشهور كما فى المسالك (١٣: ٣٣٢) والرياض (١٥: ١٤) والكفايه (٢: ٦٦٤) جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً، واستدلوا عليه بعموم قوله تعالى: « وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » وعموم ما دل على وجوب الأمر بالمعروف، وبخصوص « من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى » (المغنى ١١: ٤٨٥)، وهو خبر نبوى عامى. قال فى مفتاح الكرامه: « واستدل عليه أيضا فى الخلاف بأخبار الفرقه، ويشير إليه حسن أبى بصير يزيد بن إسحاق وغيره من الأخبار. فكأن من أنكر الدليل عليه من الأخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثه بكمال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف ». هذا، وصريح عباره المحقق والعلامه فى أول القواعد كغيرهما نفوذ حكم قاضى التحكيم فى كل الأحكام، قال فى المسالك (١٣: ٣٣٢): لوجود مقتضى فى الجميع وعموم الخبر، وعن العلامه أنه استشكل ثبوته فى الحبس واستيفاء العقوبه. الثانى: قد نص المحقق والعلامه والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنسوب، بل فى المسالك - كغيره - وقوع الإتفاق عليه، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظلّه، خلافاً لبعض أعلام العصر فى مبانى تكمله المنهاج. وقد بحثوا - بناء على الإشتراط - عن تصوير قاضى التحكيم فى حال الحضور والغيه، لأنه إن استجمعها كان مأذوناً وإن فقدت فيه لم يجز له القضاء. والثالث: هل يشترط رضا الخصمين بالحكم بعده؟ قال فى الروضه: قولان أجودهما العدم، عملاً بإطلاق النصوص. وقد نسب هذا القول إلى المشهور، ونقل الخلاف عن العلامه فى بعض كتبه، وعلى المشهور، يجوز الرجوع قبل تمام الحكم حتى لو أقام المدعى شاهديه فقال المدعى عليه للقاضى عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

لا دليل على اعتبار هذا القيد، والأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر والحرَج.

وهل يشترط الأعلميه فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، وأما الكبيره، فإنه يستلزم العسر والحرَج، والأدله مطلقه.

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

وقال صاحب (الجواهر) قدس سرّه باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسدادياً، لأنّ الإنسدادى غير عالم، وقد اعتبر الشارع كونه عالماً بالأحكام، إلّا إذا كان عالماً وقاطعاً بحكم الله تعالى وإن كان عن طريق ظنى، لأنّ ظنّيه الطريق لا- تنافى قطعيه الحكم، وأما مع كونه ظاناً بالحكم فى حينه، فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه.

أقول: وهذا متين، إلّا إذا صادف كون جميع الفقهاء فى عصر من العصور

ص: ٥٧

□
١- ١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦٣. وعهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشر رضى الله عنه مذکور فى نهج البلاغه.

قال المحقق قدس سره: « ويعم الجواز كل الأحكام » .

أقول: هذا إشاره إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا في هذا الحكم، أو من فصل، فقال بنفوذ في بعض الأحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه في زمن الغيبه:

قال المحقق: « ومع عدم (١)الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت (٢)، ولو عدل والحال هذه إلى قضاء الجور كان مخطئاً (٣) .

أقول: وفي (الجواهر): نعم لو توقف حصول حقه عليه ولو لامتناع خصمه

ص: ٥٨

١- ١) أى عدم حضوره، وفي نسخه: ومع غيبه الامام. . . .

٢- ٢) من الأخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبه - بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه » فيها - خبر أبي خديجه الذي ذكره المحقق في المتن. ومنها: مقبوله عمر بن حنظله الذي جاء فيه: « ينظران إلى من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنى قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما بحكم الله استخف وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله. قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا. . فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما. . . ». ومنها: خبر داود بن الحصين: « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف. . . فقال: ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه، ولا يلتفت إلى الآخر ». ومنها: خبر النميري، فقد جاء فيه: « ينظر إلى أعدلهما وأفقههما في دين الله فيمضى حكمه ». ومنها: التوقيع الشريف: « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه أحاديثنا. . ». راجع أبواب صفات القاضى من وسائل الشيعه.

٣- ٣) للنهي عن ذلك في النصوص المعبره الكثيره، كخبر أبي خديجه ومقبوله عمر بن حنظله وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الأول من أبواب صفات القاضى من وسائل الشيعه.

عن المرافعه إلّا إليهم جاز (١).

وقال السيد قدّس سرّه في (العروه): لا يجوز الترافع إلى قضاء الجور اختياراً، ولا يحلّ ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقاً إلا من طرف حكمهم، وأمّا إذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليته (٢).

أقول: لكن الروايه (٣) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم وإن كان حقاً، إلّا أن تحمل الروايه على صورته شكّه بكونه محقاً، وأن أخذه بحكمهم حالكونه شاكاً غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صورته العلم ولم يبعد كلام السيد قدّس سرّه.

وعن (الكفايه) (٤): إن حكم الجائر بينهما فعل محرم والترافع إليه يقتضى ذلك، فيكون إعانه على الإثم وهي منهي عنها.

وأجاب في (الجواهر) بمنع كونه إعانه أوّلاً، ومنع حرمتها ثانياً. . .

أقول: أما الحكم، فإنه يصدر من القاضى اختياراً، وليس الترافع إليه إعانه عليه، لأنه ليس له أثر في تحقّقه - فليس من قبيل إعطاء السوط لأجل الضرب

ص: ٥٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥.

٢-٢ (٢) العروه الوثقى ٣: ٩.

٣-٣ (٣) يعنى روايه عمر بن حنظله قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء أيحلّ ذلك؟ فقال: من تحاكم إليهم في حقّ أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم له، فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» الحديث. وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٤. أبواب صفات القاضى، الباب ١. وقد تقدّم الكلام فيما يتعلّق بالسند.

٤-٤ (٤) كفايه الأحكام ٢: ٦٦٤.

ظلماً - وإن كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمراً، فإن كلامه هذا ليس مؤثراً في تحقق القتل، مع فرض اختيار زيد وقدرته على الترك. هذا وجه ما ذكره أولاً. ووجه ما ذكره ثانياً هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صورته عدم توقف إنقاذ الحق وإحقاقه على الترافع إليه، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم، وإن كان في سائر الموارد حراماً، وإذ ليس هذا الحكم إثماً، فليس الترافع إليه إعانه على الإثم.

هذا إن أراد عدم حرمة الحكم.

ويمكن أن يراد عدم حرمة هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع إلى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب واسترجع الحق منه، كان رجوعه إليه إعانه على الإثم - إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه - ولكنها والحال هذه ليست إعانه محرّمه، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه وحفظ المال.

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

هذا، واستدلّ في (الجواهر) بخبر علي بن محمد قال: «سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لك ذلك إن شاء الله، إذا كان مذهبكم فيه التقيه والمداراه لهم» (1) قال: بناءً على ما في (الوافي) (2) من أن: المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم. يعني إذا اضطر إليه كما إذا قدمه الخصم إليهم.

أقول: إن كان هذا معنى الروايه، فستكون معارضه لروايه ابن حنظله الدالّه

ص: ٦٠

١- ١) كذا في الجواهر المطبوع (٤٠: ٣٥) ، وفي الوسائل: . . . عن علي بن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام قال: سألته . . .

. باختلاف يسير. وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٦/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١١.

٢- ٢) الوافي ١١: ٩٠٤.

على أن المأخوذ بحكمهم سحت وإن كان حقاً ثابتاً، إلماً أن تحمل تلك على صورته التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر، وتحمل هذه على صورته الإنحصار والضرورة، أو تحمل هذه على صورته العلم بكونه محقاً، وتلك على صورته الجهل أو الشك بكونه حقاً له، كما تقدم.

ويحتمل أن يكون المراد: إنهم يقولون - مثلاً - بصحة الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد، ونحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير « ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم. » (١) وتخرج بذلك عن مبحث القضاء.

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: « إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فقتلوا وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم » (٢).

ومورد هذه الرواية خصوص حال التقيه، والعبادات في تلك الحال صحيحه نصاً وفتوى، وأمياً المعاملات، فلو عامل طبق أحكامهم تقيه فهل تصح حال كونها باطله عندنا؟

قال في (الجواهر): لم يحضرنى الآن كلام للأصحاب بالخصوص (٣).

أقول: وكيف كان، فهي وارده في حال التقيه، ولا مناسبه لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، إلا إذا كان الإنحصار من جهة التقيه، فهي دالّة على الجواز

ص: ٦١

١- (١) التهذيب ٩: ٣٢٢/١١٥٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ١، وهو للصدوق قدس سره بإسناده عن عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال ٢: ٢٥٣: قد وقع الرجل في طريق الصدوق في باب من يجوز التحاكم إليه، وهو غير المذكور في الكتب الرجالية لأصحابنا.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦.

حينئذ. وفي (المسالك): « يستثنى منه ما لو توقّف حصول حقه عليه، فيجوز كما يجوز الاستعانة على تحصيل الحق بغير القاضى، والنهى فى هذه الأخبار وغيرها محمول على الترافع إليهم اختياراً مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحق، وقد صرح به فى خبر أبى بصير (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « فى رجل كان بينه وبين أخ له مراه فى حق، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه، فأبى إلما أن يرافعه إلى هؤلاء، كان بمنزلة الذين قال الله عزوجل: « أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ » (٢) الآية » (٣).

أى: فإنها ظاهره بل صريحه فى اختصاص النهى عن الترافع إليهم، بصورة التمكن من الترافع إلى القاضى العدل، وقد وافقه فى (الجواهر) على ذلك وأضاف: بأن الإثم حينئذ على الممتنع.

وقد استدلل لجواز الترافع إلى الجائر - حتى مع التمكن من العادل إن كان عالماً بكونه محققاً - بخبر ابن فضال قال: « قرأت فى كتاب أبى الأسد إلى أبى الحسن الثانى عليه السلام - وقرأته بخطه - سأله: ما تفسير قوله تعالى: « وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ » (٤) فكتب بخطه: الحكام: القضاة. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضى، فهو غير معذور فى أخذه ذلك

ص: ٦٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ١١/٢. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٢-٢) سورة النساء ٤: ٦٠.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

٤-٤) سورة البقرة ٢: ١٨٨.

الذى قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (١).

أقول: والتحقيق أنه لولا- أدلّه النهى المطلقه، لحكمنا بجواز الترافع إلى قضاء الجور مع العلم بالحق أو الشك، سواء تمكن من الترافع إلى العادل أو لا- بمقتضى الآيه الكريمه والروايه الوارده فى ذيلها، لكن الآيه مطلقه وتلك الأدله وارده فى خصوص قضاء الجور، وأنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشك فيه، فمقتضى الجمع جواز الرجوع إلى الحاكم الجائر فى صورته العلم أو الشك بكونه محققاً، مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضى العادل، وأما فى صورته العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقاً، كما لا يجوز الترافع إلى قضاء الجور فى صورته التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محققاً.

واستدلّ المحقق الآشتياني للجواز - فى صورته توقّف أخذ الحق على التحاكم إلى قضاء الجور - بقاعده نفي الضرر والضرار فى الشريعة (٢).

وفيه: إن قاعده نفي الضرر لا ترفع الضرر، أى: إن الحكم بحرمة الترافع إليهم فى صورته التوقف ضررى، ولكن لا دلالة للقاعده على كون عدم نفوذ حكمه حينئذ ضررياً كذلك، فلا تقتضى القاعده هذه إلا رفع الحرمة التكليفيه، وأيضاً: إن كان معنى « السحت » فى قوله عليه السلام: « وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً » (٣) بمعنى الإثم رفعته قاعده نفي الضرر، وأما إن كان بمعنى حرمة الأكل، فإنه حكم ضررى مجعول، ومن المعلوم أن القاعده لا ترفع الحكم الضررى المجعول.

ص: ٦٣

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٥/٩. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

٢- ٢) كتاب القضاء: ٢١.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٤. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

قال المحقق قدس سره: « تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، وربما وجب ووجوبه على الكفايه. . . » (١).

أقول: فيه مطالب:

الأول: تولي القضاء مستحب، وظاهر كلامه أنه مستحب ذاتاً.

الثاني: إنه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث: إنه قد يجب.

الرابع: وجوبه حينئذ كفاي.

وفي (الدروس): ولو وجد غيره، ففي استحباب تعرّضه للولاية نظر، من حيث الخطر وعظم الثواب إذا سلم، والأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به (٢).

وفي (الروضه): وفي استحبابه مع التعدد عيناً قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق (٣).

ص: ٦٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٢- ٢) الدروس الشرعيه ٢: ٦٦.

٣- ٣) الروضه البهيّه في شرح اللمعه الدمشقيه ٣: ٦٢.

وفى (كشف اللثام): ويستحب التولية على الأعيان إلا من وجبت عليه عيناً، لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً (١).

وفى (الرياض): استحبابه - أى قبوله - عيني، فلا ينافى ما قدمناه من أنه واجب كفائى (٢).

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائى، وهو: ما وجب الإتيان بالواجب على الكل ويسقط بإتيان البعض، بخلاف العيني، وسقوط الوجوب يكون إما بالإطاعة وإما بالعصيان وإما بارتفاع الموضوع، ومحل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلّفين على الميت، فإنه لا يبقى موضوع

ص: ٦٥

١- ١) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ١٠.

٢- ٢) رياض المسائل (١٥: ٢٦) وفى القواعد (٣: ٤٢٠): ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائها على الأعيان وتجب على الكفايه. وفى الكفايه (٢: ٦٦٥): تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه القيام بالشرائط المعتمده فيه، وهو من الواجبات الكفائيه، وقد يتعين وجوبه عند الأمر من الإمام عليه السلام أو الإنحصار فيه. وفى مفتاح الكرامه بشرح عباره القواعد المتقدمه (١٠: ٥) « ويستحب التولية لمن يثق من نفسه» أى بأن لا يخرج عن الشرع. وقد أجمعت الامه كما فى المبسوط - ما عدا أبا قلابه لأنه كان يحتمل أنه غير فقيه - على أنه طاعه وأمر مرغوب عقلاً ونقلاً والاستحباب العيني لا ينافى الوجوب الكفائى. فالدليل على الإستحباب - بعد العمومات وبعض الأخبار - هو الإجماع المذكور، وفى الرياض: لا خلاف فى شىء من ذلك عندنا خلافاً لبعض العامه. وأما دليل الوجوب على الكفايه، ففى مفتاح الكرامه: يدلّ عليه - بعد مرسل ابن أبى عمير والخبر النبوى - عموم ما أوجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، والإجماع كما فى المجمع، والإعتبار من تحصيل النظام ودفع المفساد. وفى الرياض: هو من فروض الكفايه بلا خلاف فيه بينهم أجده. ثم إنهم تصدّوا لرفع التنافى الظاهر بين الحكمين، فذكروا وجوهاً لأجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسيد الاستاذ مدّ ظله لم يرتض بشىء منها.

للوجوب، إذ لا يجب إلاّ صلاه واحده عليه، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدّين، فكيف يكون الشى الواحد واجباً ومستحباً معاً؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه، وأنه إذا ترك فالكُلّ معاقبون على ذلك؟

وقيل: الواجب الكفائى ما يجب فعله على المجموع.

ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه. . .

فالحاصل: دعوى عدم التنافى بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عبارته المحقق، وأمّا الذين لا- يوافقون على ذلك، فقد حاولوا توجيهها، فى (المسالك): : وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه، أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولعظم فائدته تولاه النبى صلى الله عليه وآله وسلم ومن قبله من الأنبياء بأنفسهم لأمّتهم ومن بعدهم من خلفائهم، وحينئذ، فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبه حيث لا- يتوقف على إذن خاص. وقوله « وربما وجب » يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الإمام له، وفيما إذا انحصر الأمر فيه ولم يعلم الإمام به أو لم ينحصر بالنظر إلى الوجوب الكفائى، أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف فى حال الغيبه. وقوله « ووجوبه على الكفايه » يعنى به على تقدير وجوبه عنده، وإنما يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعينه عليه الإمام، وإلاّ كان وجوبه عينياً كغيره من

فروض الكفايات، إذا لم يحصل منها إلا فرد واحد (١) ..

أقول: إن كان مراد المحقق قدس سره تولّى القضاء والتصدي لهذا المنصب، فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذي لا حكم وجوبى عليه - إلأى حال تعيين الإمام ونصبه - فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، ولا مورد للإستحباب غيره، فإن نصبه كان واجباً عينياً وإن نصب جماعه كان كفاثياً، ولا يجتمع الإستحباب مع الوجوب الكفاثى.

وإن كان المراد أن يجعل نفسه فى معرض ترفع الناس إليه - وإن كان هناك قاض - فإن كان التصدى واجباً عليه، كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمه، وإن كان واجباً عليه وعلى غيره كفايه، كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمه كذلك، إذ لا يكون ذو المقدمه واجباً والمقدمه مستحبه.

وإن كان المراد من التولّى نفس القضاء وفصل الخصومه، فإن كان فى زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به، كان واجباً عينياً عليه، ومع الإذن العام يكون واجباً كفاثياً، فلا يتصور الاستحباب.

وإن كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، كان واجباً عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: إن من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذاً، كان وجوب القضاء عليه كفاثياً، سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره، لأن الواجب الكفاثى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، وهذا هو مراد من عبّر بالواجب العينى حينئذ.

ص: ٦٧

فظهر أنه لا يتصور الإستحباب.

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامّة، فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً إلى الأحاديث المحذّره... وأجيب عنه في (المسالك) وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره (١) ولزوم شدة الإحتياط فيه.

ثم إن الأحكام التي ذكرها المحقق قدّس سرّه في هذه المسألة بالنسبة إلى زمن الحضور (٢) لا ثمره للبحث عنها بالنسبة إلينا، نعم يحتمل وجود الثمره في قوله: « ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام: قال في الخلاف: لم يكن له الإمتناع... » (٣).

أقول: وجه ما ذهب إليه المحقق قدّس سرّه: أن الإمام لا- يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العيني، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين في واجب كفائي، لم يخرج بذلك عن كونه كفائياً، ولا يلزم بامتناله مع وجود غيره.

ووجه ما ذكره الشيخ قدّس سرّه في (الخلاف) هو: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيّره - لا أنه يجتمع حينئذ حكمان - فيكون كحال الإضطراب وطروء العنوان الثانوي.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق والشيخ في المسألة، لاختلاف الموضوع، وأن الإمام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائي عينيّاً بالعنوان الأوّل.

ص: ٦٨

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٨.

٢-٢) وهو قوله: وإذا علم الإمام أن بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له، ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه، ويحل قتالهم طلباً للإجابة .

٣-٣) كتاب الخلاف ٦: ٢٠٩، المسألة ٢.

قال المحقق: « ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرّف نفسه. . . » (١).

أقول: علم الإمام عليه السلام بالأمر يكون في ظرف إرادته وإشائه لأن يعلم به (٢)، فعلم الإمام كبصر البصير، ودليل الوجوب في حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف، فيكون - بناء عليه - واجباً من باب المقدمه. . . وهذه العبارة كالتمهيد لقوله:

هل له أن يبذل مالاً ليلى القضاء؟

« وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلى القضاء؟ قيل: لا، لأنه كالرشوه » (٣).

أقول: أما في الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح، وأما في زمن الغيبة حيث الأمر بيد السلطان، ولا قاضى يقضى بالحق، فإن راجعه فاشترط عليه بذل مال، فهل له أن يبذله لتصدى ذلك لغرض الحكم بالحق وإجراء الأحكام الإلهية وأداء الواجب عليه؟

لا يبعد الجواز بل الوجوب مقدّمه للواجب، نظير الضرائب التي تعينها الحكومات لأداء بعض الفرائض كالحج، حيث يجب دفعها مع الإمكان لأجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضى به، وإلا فلا وجوب.

ويشترط - على أى حال - أن يثق من نفسه القيام بالحق والالتزام بالأحكام، وليس هذا رشوه ولا كالرشوه. نعم، يحرم هذا المال على آخذه.

ص: ٦٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢-٢) تدل على ذلك النصوص الواردة عنهم عليهم السلام والمخرجه في أصول الكافي في الباب الذى عقده الشيخ الكليني قدس سرّه بنفس هذا العنوان.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

المسأله الثالثه: (هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيله مع استكمال الشرائط المعبره فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز» (١).

أقول: لا- خلاف ولا إشكال في ذلك، وفي (الجواهر) (٢): وإن كان المفضول أروع، لأن الملاك - وهو العداله المانع من الاقتحام في المحرّمات وترك الواجبات - موجود في كليهما، والشرائط المعبره متوفّره فيهما، والأعلم مقدّم على غيره.

قال المحقق قدس سره: « وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردّد، والوجه الجواز، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضول والأفضل معاً في الأهليه، ولزوم العسر والخرج على العامي في معرفه الأفضل، وأن الصحابه كانوا يتصدّون لذلك من غير توقف ولا إنكار، مع أنهم كانوا متفاوتين في الفضيله، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك.

وأجيب عن الأوّل: بأن الأهليه لكلّ منهما تجوّز التصدي وتوجب نفوذ

ص: ٧٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٢.

الحكم، ولكن جواز رجوع المترافعين إلى المفضول مع وجود الأفضل أول الكلام.

وعن الثاني: بأنه إن كانت معرفه أصل الأهلئيه ممكنه له، فإن معرفه الأعلمئيه ممكنه أيضاً.

وعن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام - وهو الأفضل من جميع الجهات، وصاحب الولاية العظمى بنص من الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم - ليس عملهم حجه عندنا.

ووجه المنع: إنه مقتضى مقبولة عمر بن حنظله (1).

وفيه: إن هذا في ظرف المعارضه، وأما في غيره فلا دليل على تقدم قول الأعلم. بل يفهم من المقبولة نفسها أن لكليهما صلاحيه الحكم وأهليته، وإنما حكم الإمام عليه السلام بتقدم قول الأعلم لدى الاختلاف بينهما. ويشهد بهذا قوله عليه السلام في معتبره أبي خديجه: « أنظروا إلى رجل منكم يعلم... » وإلا لقال من أول الأمر: ... إلى رجل أعلم... »

وأن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول، فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

ص: ٧١

١ - ١) إذ جاء فيها: « قال: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم؟ فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر » قال في المسالك (١٣ : ٣٤٤) : إنها نص في المطلوب. لكنه خدش فيها سنداً بقوله: لكن قد عرفت ما في طريقها. فإن تم الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهره فهي العمده وإلا فلا. أقول: لكن القرينه الداخليه المشتمله عليها هي المانع عن الاستدلال بها للمدعى، كما ذكر سيدنا الاستاذ دام بقاه.

وفيه: إن هذا أول الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى.

سَلَمْنَا، ولكن ما الدليل الشرعى على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟ (١).

وقد رتب في (المسالك) القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير في تقليد من شاء منهم؟

وفيه: أن الظاهر كون الملازمة من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، وكأن صاحب (الجواهر) قدس سره وافقه على هذه الملازمة - وإن لم يصرح بها - لاستدلاله بنفس هذه الأدلة للقول بجواز العدول عن الأفضل، وإن أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منّا في الجواب.

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمة فإنه قال: «الوجه الجواز، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام» وهذا يرتبط بحال حضور الإمام عليه السلام ونصبه للمفضول، ولا يفيد بالنسبة إلى حال الغيبة، فيكون فرض المسألة خالياً عن الثمره، ضروره أنه عليه الصلاه والسلام أعلم بما يفعل حينئذ، ولا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له وعدمه (٢).

ص: ٧٢

١ - ١) واستدل للمنع أيضاً بالإجماع المحكى عن بعضهم، قال في مفتاح الكرامه بشرح قول العلامة: «ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وإن كان المفضول أزهد» دليل هذا الحكم الإجماع الذى حكاه المرتضى فى ظاهر الذريعة والمحقق الثانى فى حواشى كتاب الجهاد من الشرائع. والجواب عنه: إنه موهون بتحقيق الخلاف فى المسأله، وإن تم فهو إجماع مستند وليس بحجه لعدم كاشفيتها عن رأى المعصوم عليه السلام.

٢ - ٢) أى لا ثمره فى أن نبحت عن جواز نصب الإمام القاضى المفضول وعدم جوازه مع وجود الأفضل، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول إليه والتحاكم لديه لو فعل الإمام عليه السلام ذلك، لأن خطأ هذا القاضى ينجبر بنظر الإمام الذى نصبه، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال: ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وان كان المفضول أزهد إذا تساوى فى الشرائط. أما حال ظهور الإمام عليه السلام فالأقرب جواز العدول إلى المفضول لأن خطأه ينجبر بنظر الإمام.

وفى (المستند) اختار الجواز، للأصل والإطلاقات (١).

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل»، لأن مورد الشك إن كان جواز التصدي للمفضول وعدم جوازه، فلا ريب في أن الأصل هو البراءة، وإن كان نفوذ حكم المفضول وعدم نفوذه، فلا ريب في أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

وأما التمسك بإطلاقات الروايات، فلا بأس به، لأن الروايات الواردة في الباب مطلقه، ففي احداها: «... يعلم شيئاً...». وفي أخرى: «... عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا...».

لا يقال: إن هذه الاخبار في مقام الردع عن الترافع إلى قضاء الجور والأمر بالترافع إلى قضاء الحق والعدل، فلا إطلاق فيها.

لأننا نقول: إن الراوى يسأل الإمام عليه السلام قائلاً: «فكيف يصنعان؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعم لمبين ذلك، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، لا سيما مع التفات الراوى إلى الجهات المختلفه، وأنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم إن الراوى لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعميه وعدمه، وهذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الإمام عليه السلام.

أللهم إلا أن يدعى تقييدها بما ورد في ذيل المقبوله، وهو قوله عليه السلام «... أفقهما...». لكن يجاب عن ذلك: بأنه ناظر إلى خصوص حال التعارض كما تقدم، أى: إنها مقيده في موردها لا بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل

ص: ٧٣

منهما لدى الاختلاف فقط.

وقال السيد قدس سرّه: لا يبعد قوه هذا القول - يعنى: تقديم الأعلم - لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الدالّه على الرجوع إلى المرجّحات عند اختلاف الحاكمين، من الأفقيه والأصديه والأعدليه، مع امكان دعوى عدم كونها إلا فى مقام بيان عدم جواز الرجوع إلى قضاة الجور فلا إطلاق فيها. . . .

ودعوى: أن مورد أخبار المرجّحات التى هى العمده فى المقام خصوص صورته اختيار كلّ من المترافعين حاكماً أو صورته رضاها بحكمين، فاختلفاً، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع إلى الأعلم مطلقاً، مدفوعه: بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقاً، كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين، بل فى صورته عدم العلم بالاختلاف أيضاً، لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها، بأن كانا مختلفين فى الحكم من جهة اختلاف الفتوى، وأما إذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع إثبات الحق بالبينه واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك، فلا دلالة فى الأخبار على تعيين الأعلم (١).

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه:

أحدها: تقدّم قول الأعلم مطلقاً.

والثانى: تقدّم قوله لدى الاختلاف.

والثالث: إنهما إذا رجعا إليهما فحكما بحكمين مختلفين قدّم قول الأعلم، وإلا فيجوز الرجوع إلى المفضول ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما فى الحكم.

ص: ٧٤

والروايات المقيده وارده فى مورد الترافع إلى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، وهى غير متعرضه لصوره المراجعه ابتداء.

إلا أن يقال: إنه لما كان قول الأعلّم هو المقدم، حكم الإمام عليه السلام بتقدمه فى صورته التعارض، وإلا لما حكم بذلك فى تلك الصوره.

بل إن السيد - رحمه الله - يقول بعدم جواز المراجعه إلى غير الأعلّم لو لم يعلم بموافقته فتواه لقول الأعلّم، لأن ذلك كالخبرين المتعارضين، حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

وعلى هذا، فيجب على المراجع إلى غير الأعلّم مراجعته الأعلّم من ذى قبل، فإن لم يجده مخالفاً لفتوى غيره جاز رجوعه إلى غير الأعلّم، ولكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الأخبار وإلا فلا وجه له، ولعله من هنا قال فى (الجواهر) بمنعه كلّ المنع.

هذا، والتوسعه فى الترافع وعدم وجوبه إلى الأفضل لا يلازم التوسعه فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل إلى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيه، ويكون فتوى الأعلّم هنا أقرب إلى الواقع، أما هنا فإن اشتراط ذلك يؤدي إلى التضيق على المكلفين، فالتوسعه هنا نظير التوسعه فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، ولأنه ليس الغرض هنا الوصول إلى الواقع فقط. وعلى هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلّم فى حق الأعلّم إذا كان طرفاً فى النزاع وعدم جواز الردّ عليه، لأن الغرض فصل الخصومه لا- كون القضاء طريقاً إلى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب إليه.

ومما ذكرنا يظهر ما فى قولهم: إن قول الأعلّم يفيد الظن الأقوى قياساً على

الدليل في مورد التعارض، ففيه - كما تقدم سابقاً، لو سلّمنا كون الظن الحاصل من قول الأعمى أقوى - إنه ليس الغرض هنا تحصيل الواقع.

وكذا قولهم: إن تقديم المفضل على الفاضل قبيح، ولذا نقول بقبح تقدّم من تقدّم على أمير المؤمنين عليه السلام، لأن ذلك في الإمامه العامه والرئاسه الكبرى، حيث الغرض منها إجراء الأحكام الواقعيه والوصول إلى الواقع، لكن الغرض هنا فصل الخصومه وحسم النزاع، وقد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص: ٧٦

قال المحقق قدس سره: « إذا أذن له الإمام فى الإستخلاف جاز. . . » (١).

أقول: يقع البحث عن ذلك تارة فى زمن الحضور، وأخرى فى زمن الغيبه.

أمّا بالنسبه إلى زمن الحضور، فإن نصب الإمام أحداً وأذن له فى الإستخلاف، فلا كلام فى الجواز، وإن صرح بالمنع فلا كلام فى عدمه، وإن أطلق، فإن كان هناك شاهد حال - مثلاً - على الإذن فيه كإرسال الوالى إلى بلاد واسعة بحيث لا تضبطها اليد الواحده فهو، وإلا فلا (٢).

ولا ثمره عمليه لنا فى البحث عن ذلك، نعم فيه ثمره علميه، فقد ذكروا فى كتاب الوكاله أن كل ما اشترطت فيه المباشره شرعاً فلا يقبل الوكاله، وكل ما لم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه (٣).

ص: ٧٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢- ٢) والدليل على ذلك هو أن الحكومه حق للإمام عليه السلام، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه، فله الإذن فى قيام غيره بها وله المنع، ومع إطلاقه يتوقف الجواز على أماره تدل على إذنه.

٣- ٣) فمن الأول: العبادات التى تعلق غرض الشارع بتحققها من المكلف مباشره، ومن الثانى: البيع والطلاق ونحوهما من العقود والإيقاعات التى تعلق غرضه بوقوعها، سواء كان المباشر المالك والزوج بأنفسهما أو غيرهما.

وجعل الإمام القاضى فى زمن الحضور، يدلّ على أن القضاء من الأمور القابلة لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشرة، فيقع الكلام فى أن ذلك توكيل منه عليه السلام - أى: أن القاضى المنصوب من قبله إنما يقضى وكالة عنه - أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب والجد له ولياً على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه، كما يجوز له جعل الولي عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟

إن كان جعله من باب الوكالة، تمّ ما ذكره المحقق قدّس سرّه، من أنه إذا أذن له فى الإستخلاف جاز، لأنه يكون حينئذ وكيلاً فى القضاء ووكيلاً فى التوكيل فيه، وإن كان جعله من باب الولاية، فلا حاجة إلى الإذن فى استخلاف غيره للقضاء، فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعترهه فى القاضى، نظير من جعلت له الولاية فى أمور الصغير من قبل وليه ليكون ولياً عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينئذاك توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

وكذا الأمر بالنسبه إلى من عين لأجل القيام بأمور وقف من قبل حاكم الشرع، فإن كان وكيلاً فى ذلك، لم يجز له استخلاف غيره إلا- مع الإذن الصريح أو شاهد الحال، ولو مات الحاكم بطلت وكالته، وأما إذا جعل الولاية له عليها، لم يجب عليه الإستيدان فى الإستخلاف، ولا معنى لأن يكون ولياً بشرط المباشرة، ولم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه إن كان الجعل بنحو الوكالة، فعليه إحراز الإذن فى الإستخلاف، وإن كان بنحو الولاية فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكالة؟

وأما بالنسبه إلى زمن الغيبه، فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذناً أو وكالة أو

ولايه؟ فيه خلاف، فعن (جامع المقاصد) : إن القضاء من الأمور القابلة للتوكيل (١)، ومال إليه في (الجواهر) ، وعن (المسالك) عدم الجواز (٢).

أقول: لا نصّ في المسألة، ولا يمكن الجزم بوجوب المباشرة في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بدّ من مراجعته إلى الأصل.

قال في وكاله (الجواهر) (٣): إن المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكالة في كلّ شيء، ثم ذكر الأصل وعموم أدلّه الوكالة.

قلت: أما الأصل الذي ذكره - وهو عدم اشتراط المباشرة في القضاء - فإنه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة، وما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعه بمشروعيه الوكالة، فمندفع بأن المشروعيه لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك، وهناك موارد لا تجوز فيها الوكالة قطعاً، وموارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصالة عدم الوكالة بمشروعيه الوكالة بنحو الإهمال، لأنه مع الشك في أصل المشروعيه، فالأصل عدمها.

والحاصل: إن المباشرة ليست من قيود المكلف به، بل الحاكم بها هو العقل، وحينئذ، لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، ولو سلّمنا جريانه، فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء.

وأما الأدلّه العامه، فإن إرجاع القاضى أمر القضاء إلى المقلد، إما يكون عن طريق جعل التوليه له، كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم، كأن

ص: ٧٩

١-١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٨: ٢١٧.

٢-٢) مسالك الأفهام ٥: ٢٥٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٨١.

يجعله متولياً على موقفه أو ولياً على الصغار للقيام بأمرهم، وإما يكون عن طريق التوكيل بأن يوكله في أمر القضاء، كما تجوز الوكالة في أمور أخرى، كالبيع والطلاق ونحوهما.

لكن الولاية إن كانت من جهة أن لازم جعل الحكومه صلاحية الحاكم لتفويضها إلى غيره، فإن هذا يتوقف على استفادة هذه الناحية من أدله الجعل وهي غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى « كالروايه » و « النظر » وغير ذلك، وهذا تحديد من الإمام، وكون القاضى متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات، معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الإمام، وهذا لا يقول به أحد.

ونحن فى التوليه على الأوقاف لا نقول بجواز توليه المتولى غيره، لأن جعل الحاكم إياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته.

وإن كانت من جهة تنزيل الإمام الحاكم منزلته وإثبات الولاية العامه له، فله أن يجعل مقلده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد، ففيه: أن الإمام قد تعرض لأمر القضاء وللنصب له كلاً على حده وانفراد، وهذا يدل على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء وأنه لم يجعل القاضى نازلاً منزلته، ومع الشك فى جعل الولاية له على نصب غيره، فالأصل العدم كما هو واضح. فالحاصل: عدم تمامية إرجاع أمر القضاء إلى المقلد عن طريق الولاية.

وأما الوكالة، فهي ثابتة وجائزه فى كثير من العقود، ولكن ثبوتها فى 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 إلا ما استثنى كالنذر واليمين ونحوهما. أما الدليل الخاص، فغير موجود، نعم، هناك دليل يمكن الاستدلال

بإطلاقه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « من وَّكَل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (١).

وتقريب الإستدلال: إنه لا-ريب في أنه إذا لم يكن المتكلم في مقام بيان جهه من جهات الكلام لم يجز التمسك بالإطلاق بالنسبه إليها، وهذه الروايه تدل على مضي الوكاله في كل أمر يجوز فيه التوكيل، وأن الوكاله باقيه حتى الإعلام بالعزل، وليست في مقام الدلاله على صحه الوكاله بأى نحو كانت، إلا أنه قد يكون لتلك الجهه التي ينظر إليها المتكلم في الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر إلى ذلك اللازم، مثلاً قوله تعالى: « . . . فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا . . . » (٢) في مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء، فيجب على فاقد الماء التيمم، ولكن يجوز التمسك بإطلاق « الماء » فيها - بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق ما يصدق عليه الماء - وإن لم تكن الآية الكريمة ناظره إلى هذا الحث، لأن لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم، فكان لنا أن نقول: إن الآية بإطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد ما يصدق عليه الماء يجب التيمم.

وهنا كذلك، فإن الإمام عليه السلام في مقام بيان أن الوكاله إذا ثبتت، كان عمل الوكيل في ما وَّكَل فيه ماضياً حتى يعلمه بالعزل، ولكنه قال قبل ذلك « على إمضاء أمر من الأمور » ولازم هذا جواز الوكاله في كل أمر لم يقد دليل على عدم

ص: ٨١

١- ١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦١/١. أبواب الوكاله، الباب ١: « محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن معاويه بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: من وَّكَل . . . محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن خالد الطيالسي عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد ومعاويه بن وهب جميعاً مثله»
٢- ٢) سورة النساء ٤: ٤٣.

جوازها فيه، وإلا- ليّين ذلك في نفس الكلام، فيجوز التمسك بإطلاق هذا الكلام، بأن يقال بجواز الوكالة في القضاء، لأنه أمر من الأمور عند العرف، ولم يتم دليل شرعى على عدم قابليته القضاء للوكالة.

فالظاهر تماميته هذا الإطلاق وأنه لا- مانع من التمسك به (١) إلا- إذا قيل: بأن القضاء من الأمور التي يعتبر فيها أهل العرف المباشره، ولا يقبل التوكيل عندهم، لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكالة فيه، ووجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفاً.

هذا، وقد جوّز بعض المانعين التوكيل في مقدمات الحكم، كاستماع الشهاده والتحليف، وأشكل عليه في (الجواهر) (٢) بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلاً للوكالة فالحكم بالأولويه. ووجه ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن أهل العرف يقسمون الأمور إلى ما يقبل الوكالة و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع والشراء، ومن الثانى: الأكل والشرب، فصاحب (الجواهر) يقول: إنه إن جازت الوكالة في استماع الشهاده والتحليف - مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها وتحليف المنكر - كانت جائزه في نفس الحكم بالأولويه.

والصحيح: أن كلّ أمر كان للوكالة عرفيه فيه ولا منع من قبل الشرع، كان مشمولاً ل « الأمور » في الروايه المذكوره، والله العالم.

ص: ٨٢

١ - ١) كما أجاز في العروه التمسك بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه بدعوى شموله للوكالة، بناءً على أن المراد من الوفاء بالعقود هو العمل بمقتضاها، إن لازماً فلازماً وإن جائزاً فجائزاً.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٨١ - ٣٨٢.

قال المحقق قدس سره: « إذا ولى من لا- يتعين عليه القضاء، فإن كان له كفايه من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال (١)، ولو طلب جاز، لأنه من المصالح، وإن تعين عليه القضاء ولم يكن له كفايه، جاز له أخذ الرزق، وإن كان له كفايه قيل: لا يجوز له أخذ الرزق، لأنه يؤدى فرضاً (٢).

أقول: إرتزاق القاضى من بيت المال إن لم يكن له كفايه من ماله جائز، سواء كان القضاء متعيناً عليه أولاً، فله أخذ مؤنته من بيت المال، والحاكم يعطيه منه لا بعنوان الاجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التى أعد لها بيت المال. وإن كان عنده ما يكفى المؤنه، فأخذه من بيت المال يكون قهراً بعنوان

ص: ٨٣

١-١) المراد من بيت المال - كما يستفاد من كلمات الفقهاء - هو البيت الذى يجمع فيه ما يشترك فيه جميع المسلمين من الأموال ويصرف فى مصالح جميعهم كبناء المسجد ونحو ذلك، وأما ما يجمع فيه الزكاه والخمس وغيرهما مما يكون مختصاً بطائفه منهم، فلا- يكون من بيت المال فى شىء ولا يجوز صرف ذلك فى المصالح العامه بل يعطى لمستحقه. فما يظهر من بعض من أن المراد هو الأعم ليس على ما ينبغى - قاله المحقق الآشتياني (كتاب القضاء: ٢٥).

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

الاجره على القضاء، فيدخل في مبحث (1) جواز أخذ الاجره على الواجبات وعدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام في أخذ الاجره على الواجبات:

إن العمل الذى يقوم به الإنسان المكلف تارة يكون ذا منفعه وأخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه، فلا معنى لأن يطالب بالعمول، سواء كان واجباً أو لا، وإن كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له، جاز له المطالب بالعمول منه فى صورته عدم منافاه أخذ العمول للمطلوب منه الإتيان به، فلو أمره زيد بالخروج للصيلاه على ميث فطالبه بشيء فى مقابل امثاله - الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها وقد كان واجباً عليه كذلك - جاز، ولكنه يتنافى مع قصد القربه المعتبر فى الصيلاه على الميت، فيشكل أخذ الاجره على فعله هذا، إلا أن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالاً لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فإن قام بالعمل إطاعه لزيد جاز أخذ الاجره وإن كان لا بقصد ذلك لم يجز، وحينئذ، فلو أعطاه مالاً لأن يطيع الله ويمتثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربه فى العمل لم يجز له الأخذ، لعدم صلاحية هذا العمل للمقربيه، وإن قلنا بأن كونه داعياً إلى الداعى لا يضرب بقصد القربه وأنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى، ولا

ص: ٨٤

١ - ١) محصّل كلام سيدنا الأستاذ هو دخوله فى هذا البحث فيما إذا كان له كفايه من ماله فى كلا الصورتين: توليه القضاء بعنوان الواجب الكفائى، وتوليه بعنوان الواجب العينى بتعيين الإمام عليه السلام أو لعدم وجود غيره، خلافاً للمحقق، حيث جوز له الأخذ من بيت المال فى الصوره الأولى - وإن جعل الأفضل الترك - وقال بالنسبه إلى الثانيه: قيل لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدى فرضاً.

يضرّ في ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو إليه، جاز له أخذ الأجره على العمل.

□

وفصّل بعضهم الداعى الراجع نفعه إلى الفاعل، بين ما إذا كان منفعه من الله سبحانه، فلا يضرّ بالقصد، وإلا لما كان لذكر الأجره التي في القرآن للذين آمنوا وعملوا الصالحات وجه، وإن كان منفعه من غيره عزّ وجل فيضرّ بالقصد.

هذا، وفرق بين الواجب التعييدي والواجب التوضييلي، ففي التوضييلي، يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل وأن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع والحرف، فإنها واجبات توصلتيه ويجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفاثياً، وأما إذا كان عيئياً، فلا يجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد، كان معالجه المرضى واجباً عيئياً بالنسبه إليه، لوجوب حفظ النفوس المحترمه، فلا- يجوز له أخذ الاجره، ومن هنا كان الأطباء المتدينون سابقاً يتقاضون الأجره عوضاً عن الحضور لدى المرضى، ويعتبرون عن ذلك ب « حق القدم» .

وظاهر قول العلّامه في (القواعد): « ويجوز أخذ الأجره على عقد النكاح ويحرم الأجر على الإمامه والشهاده وأدائها» (١) هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. وقال في إجاره (القواعد) (٢) « هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أي: إذا كان واجباً عيئياً « والجواز لا معه» أي: لا مع الوجوب العيني وكونه كفاثياً.

وفصّل الفخر في (الإيضاح) (٣) بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت، وما لا يشترط فيجوز... .

ص: ٨٥

١-١) قواعد الأحكام ٢: ١٠.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٩٤.

٣-٣) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ٢: ٢٦٤.

وفى (جامع المقاصد) (١) معلقاً على « هل يجوز » من عبارته القواعد المزبوره: « إن كان واجباً على المعلم والمتعلم عيناً أو كفايه لم يجر أخذ الأجره عليه، لأن المعلم مأخوذ بالتعليم ومؤديه، فيمتنع أخذ الأجره كسائر الواجبات » وتَنْظُر في كلام الفخر قائلًا: بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم في كتاب التجاره، وهو صريح كلام الأصحاب، وما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطاً بالتيه، مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائي، فسيأتى الكلام عليه، وأما العيني - توصلياً كان أو تعبدياً - فوجه المنع من أخذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره إنما يصح حال كونه مالكاً لما يعطيه في مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملك الإنسان ما يملكه عيناً أو عملاً ويأخذ العوض، ولذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث في ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، وأما إذا كان العمل واجباً عليه شرعاً ولا يجوز له تركه، فإنه لا يملك ذاك العمل، بل عليه القيام به وتسليمه لله، وحيث لا يملكه بل كان ملكاً لله سبحانه، فلا قدره له على أن يملكه الغير، سواء كان تعبدياً أو توصلياً، وأضاف في (الجواهر) بأنه لو أخذ عوضاً عنه لزم الجمع بين العوض والمعوض، لكن الأولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

وفى الواجب الكفائي، قد صرح الأ-كثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجر أخذ الأجره عليه، وإلاً جاز، لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائي - عندنا - يتعلّق بالمكلفين، أى بكل واحد منهم كالواجب العيني سواء كان عبادياً أو لا، والفرق

ص: ٨٤

بينهما حينئذ: أن العيني لا- يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائي، فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، وعليه، فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب، لا- يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجره عليه، لكونه أكلاً للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائي المتعين وغيره في عدم جواز أخذ الأجره.

وذهب جماعه من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجره، وقالوا في وجه الجواز: بأن هذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب - لأن لها مائيه ويبدل بأزائها المال لرفع الحاجه، ويجوز أخذ المال في مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، ومع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، والثاني: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، وقد يجب الأخذ للإتفاق على من يجب الإتفاق عليه، والثالث: وجوب العمل مع الخيار في أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: ولا منافاه بين الوجوب وأخذ الأجره على العمل، نعم لو صرّح بوجوب الإتيان به مجاناً لم يجز، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإتفاق الواجب مثلاً أخذ، وذلك لا ينافى وجوب العمل، ومع الشك في اشتراط المجانيه في هذا الواجب وعدمه كان له الأخذ كذلك، جمعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

واختار السيد في (العروه) (1) الجواز مطلقاً (2) قال: « للأصل والإطلاقات

ص: ٨٧

١- ١) العروه الوثقى ٣: ١٩.

٢- ٢) أى: بعد أن ذكر الأقوال في المسأله، ولا- بأس بإيراد نصّ عبارته: « اختلفوا في جواز أخذ الأجره على القضاء من المتخاصمين، أو أحدهما أو غيرهما، مطلقاً أو مع الضروره أو مع عدم التعين عليه أو مع الأمرين، وعدم جوازه مطلقاً على أقوال، فعن جماعه الجواز مطلقاً كما حكى عن القواعد والنهائيه والقاضى وعن المفاتيح نقله عن بعضهم، وعن شرحه إسناد جواز الأخذ إلى المشهور وظاهره إطلاق الجواز، وعن جماعه المنع مطلقاً، بل عن المبسوط أنه قال: عندنا لا يجوز بحال، وظاهره الإجماع عليه، وعن المعتمد الإجماع عليه مع عدم الحاجه، وعن الكفايه نفى الخلاف فيه مع وجود الكفايه في بيت المال قال: ومع عدمها ووجود الحاجه قولان أشهرهما المنع، وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضروره ومع التعين والكفايه لا يجوز قولاً واحداً، وفي المستند دعوى ظهور الإجماع على عدم الجواز مع الكفايه» .

وعدم الدليل على المنع، سوى دعوى الإجماع والشهره أو عدم الخلاف، ولا حجّيه فى شىء منها، لا سيما مع ما مرّ من وجود الخلاف بل دعوى الشهره على الجواز، وسوى ما هو المشهور المدعى عليه الإجماع من المحقق الثانى من عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وقد بيّن فى محلّه عدم الدليل عليه، لمنع الإجماع - مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعينى التعبدى - ولضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

وقد استدلّ على المنع بوجه:

منها: إنه مناف لقصد القربه.

وفيه: إنه يختص بالتعبدى ولا يشمل التوصلى، وهل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ إن نتيجة القضاء كنتيجة الطهاره من الخبث، فكما أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصد القربه، فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه وهو يتحقق من غير حاجه إلى قصد القربه، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم، إلا- أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربه فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

وقد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بدّ من قصد

□
وقصد الإمتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبد الله ويمتثل أوامره لأنه خالقه ورازقه، وأخرى: يعبده ويطيعه خوفاً من عذابه، وثالثه: طمعاً في جنته، ورابعه: طلباً للمزيد من فضله. ونحو ذلك، وقد يعبد الله تعالى لأنه أهل للعباده، وتلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام والأئمة المعصومين عليهم السلام.

فإن كان المعتمد عدم وجود شيء من الدواعي النفسانية والامور المادية، كان الأخذ منافعاً ولم يكن عمله مقرباً ومسقطاً للتكليف، وإن كان المعتمد الإمتثال والقيام بالعمل وتحققه في الخارج - وإن كان الداعي إليه هو الأجره - جاز أخذها، وكأنه يأخذ الأجر على إطاعه الله وامثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعي إلى الداعي، فأما الإمتثال خوفاً فغير مضر.

ومنها: التنافي بين الوجوب وأخذ الاجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد في العمل وإلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شيئاً بأزائه أو لا يأخذ، بل إن العمل حينئذ يوجد في الخارج مملوكاً لله، وهذا نظير ما إذا كان أجيراً لزيد في خياطه مثلاً، فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

□
وأجاب عنه السيد قدس سره (1) بعد قوله: « إنه مختص بالواجب العيني » بوجهين أحدهما: « منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكيه نظير الملكيه للناس » .

□
وتوضيحه: إن الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله، فمثلاً عندما ينذر دفع كذا من المال في سبيل الله، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه، لكن ذلك

لا يخرج عن ملكه، فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً، فالوجوب التكليفي لا يقتضى سلب الملكيه، وكذلك العمل إن وجب لا يخرج عن ملك العبد.

□ والثانى: « لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان إحدى الملكيتين فى طول الأخرى، فإن الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضاً مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى » .

□ وتوضيحه: إن سلمنا كون الفعل ملكاً لله، فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الإشكال بأنهما لا يجتمعان، لأن اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن إحدى الملكيتين فى طول الأخرى، نظير ملكيه العبد التى هى فى طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلاً لكنه مع ما فى يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعينه، والشارع قد أمضى هذه الملكيه ووافق على هذا الإعتبار إلا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر والخنزير، وبالنسبه إلى طرق معينه كالمنازله والربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن الله عز وجل مالك السماوات والأرضين، وسنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها، إلا فى المورد الذى جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى فى آيه الخمس: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ لِْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ» (١) الآية.

□ والحاصل: إن الملكيه الطوليّه موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله وعمله وهى ممضاه من قبل الله سبحانه، فيجوز له بيع ماله وعمله وأخذ العوض، وإن كان هو وما يملكه لله تعالى.

ص: ٩٠

أقول: هذا توضيح الجواب وتقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله، وأنه عندما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه لله ويأخذ الأجر عليه، فغير واضح، لعدم اعتبار ملكيته ما كان موصوفاً بكونه لله لأحد عرفاً.

ومنها: إن أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، والعقلاء لا يعتبرون الملكيه في هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالإلزام الطبيعى.

وأجاب السيد قدس سره عنه بوجهين، أحدهما: اختصاصه بالواجب العينى التعينى، والثانى: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائى فى ذلك، لا أقل من حبّ كون معبوده مطاعاً.

ومنها: إن أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط، ولا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب الإتيان به مطلقاً.

وأجاب: بأن هذا الإشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطاً، وأما إذا جاء به بنحو الإطلاق وقصد ذات العمل - لا العمل الذى كان بأزائه كذا - فلا مانع.

على أن هذا - لو تمّ - يتمشى فى التعديّات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم إنه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأجره على القضاء:

□ □
كالصحيحه التى رواها فى (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 إنه «سحت» لأن السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: إن ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال. أي: فلا بد من حمل الرواية على الوجه الأول، إلا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثاني. على أنه إن كان من جهه كون السلطان جائراً، فإن للإمام عليه السلام الولايه على الإذن في القضاء في سلطنه السلطان الجائر.

□
وكالصحيحه عن الشيخ الصدوق في (الخصال) عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «كلّ شيء غلّ من الإمام فهو سحت، والسّحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمه، ومنها أجور القضاء، وأجور الفواجر، وثمر الخمر والنبيذ المسكر، والزبا بعد البيئه. فأما الرشا - يا عمار - في الأحكام، فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلّى الله عليه وآله وسلّم» (٢).

فقال المانعون: بأن الصحيحه هذه ظاهره في أن المراد من «أجور القضاء» فيها ما يأخذه القضاء في مقابل القضاء، وإن لم يكن ما يأخذونه من «الولاة الظلمه»، كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلاً، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواجر وثمر الخمر..

..

وأجاب المجوّزون - كالسيد قدّس سرّه (٣) - بأن الظاهر أنها ناظره إلى

ص: ٩٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢١/١. أبواب صفات القاضي، الباب ٨.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٩٥/١٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٣-٣) العروه الوثقى ٣: ٢٠ - ٢١.

الاجور التي كان القضاء يأخذونها من «الولاه الظلمه» ، فأجورهم إن كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت، لا مطلقاً، من جهة أن الظاهر كون الضمير في «ومنها» راجعاً إلى «ما» في «ما أصيب» فتكون الحرمة من هذا الحيث.

أقول: والظاهر أنه إن كان هذا الضمير راجعاً إلى ما ذكر، لجاء بلفظ المذكور لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، ومجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلاً على ما ذكر. وبالجملة:

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

نعم، لا- تدلّ على حرمة الإرتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، ولا سيما مع الحاجة والضروره، فإن ذلك لا مانع منه، ويكون القاضى حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك في مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه إلى الله تعالى، مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب والغزوات، ويعطى كلّاً حسب جهده ومقامه. . . لكن لا بعنوان العوض» (١).

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكين، ففيه خلاف. . .» (٢).

أقول: وبناءً على الجواز، فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معاً؟ إن كان بعنوان الأجر فهو إما جعل وإما إجاره، وحينئذ، يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، وإن كان قد قضى ولم يقصد كونه مجاناً ضمن

ص: ٩٣

١- ١) وإختار في مباني تكمله المنهاج (١: ٥) الجواز واستدل عليه بقول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده إلى مالك الأشتر رضى الله عنه: «وأكثر تعاهد قضاتك وافسح له بالبدل ما يزيح علته وتقل معه حاجته إلى الناس» قال: وطريق الشيخ إلى عهده عليه السلام إلى مالك الأشتر معتبر.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

أجره، فهل يضمنه المحكوم له لأنه المنتفع بحكمه، أو كلاهما لأنه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم، ولا يشترط في وجوب دفع العوض وجود المنفعة؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

قال المحقق: « أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره. . . » (١).

أقول: لا إشكال في حرمه أخذ الأجره على الشاهد، بناءً على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقاً، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضي في حرمه الأخذ بناءً عليه بلا فرق بينهما، فلا وجه لأن يكون أخذ الأجره عليها أشد حرمه منه على القضاء. نعم، يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً.

وهل يجوز أخذها على تحمّل الشهاده؟ قال في (الجواهر): قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعيينه عليه، لكن الأولى تركه (٢).

وهل يجوز أخذها على مقدّمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامه الشهاده لا تحصيل المقدمات، ومن أن الشهاده واجبه وتحصيل مقدماتها مقدّمه للواجب فهو واجب، فلا يجوز أخذ شيء في مقابل مقدّمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده، كأجره السيّاره التي تقلّه إلى بلد

ص: ٩٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٤.

آخر، لأجل الحضور فى مجلس الشهاده والقضاء مثلاً، إلا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: « ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم وصاحب الديوان ووالى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعدّ للمصالح، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الآداب والسنن» (١).

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

ص: ٩٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

قال المحقق قدس سره: « تثبت ولايه القاضى بالإستفاضه » (١).

□
أقول: لم يتعرّض رحمه الله لثبوت ولايه القاضى بالعلم والبيّنه، لأن ثبوتها بهما لا ريب فيه (٢)، فالولايه تثبت بشهاده عدلين بها وإن لم يحكم بها حاكم، كما فى (المسالك) وغيرها، فتكون نظير الاجتهاد، فإنهم ذكروا أن الاجتهاد والأهليه للمرجعيه فى الأحكام الشرعيه تثبت بشهاده عدلين من أهل الخبره، من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البيّنه الشامل للمورد. نعم، لو أنكر منكر ولايه القاضى مدّعياً عدم نصب الحاكم إياه للقضاء، أو أنكر اجتهاده - بناءً على اشتراطه فيه - وقعت المرافعه، وتوقف ثبوت الولايه على حكم الحاكم فيها حينئذ.

وحيث لا علم ولا بيّنه، تثبت ولايه القاضى بالإستفاضه، ومع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده والتحاكم إليه.

ص: ٩٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٠.

٢- ٢) ولعلّه لهذا السبب أيضاً لم يتعرض « لثبوتها بسماع التوليه من الإمام عليه السلام نفسه، وإقراره عليه السلام بها، وبحكم الحاكم بها بناءً على ثبوتها به.

وهل المراد من الإستفاضه الخبر المفيد للعلم، أو الشيع المفيد للظن المتأخم للعلم، أو يكفى فى صدقه إفادته للظن؟

فى (المسالك): هى إخبار جماعه، لا يجمعهم داعيه التواطى عاده، يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم، على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول (١).

وفى (الجواهر) (٢) فسير الإستفاضه بالشيع الذى يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعاً أو حكماً.

فإن أراد المحقق الشيع المفيد للظن، كان نظير خبر الواحد والبيئه، غير أنه فى البيئه يشترط العداله والعلم الحسى بالموضوع وغير ذلك ولا يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه - فىهم الكبير والصغير والمسلم وغير المسلم - نبأ، أفاد المجموع الظن وإن لم يفد كل واحد من الأخبار الظن بوحده.

والظاهر: أن المحقق لا يريد ما ذكر فى (المسالك) و (الجواهر)، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعينه، بعد أن لم يتعرض للعلم والبيئه فى طريق ثبوت الولايه، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم أو الاطمئنان مسلم، ولذا تعرض للإستفاضه غير المفيده لأحدهما رأساً. . . بل الظاهر: أن مراده من الإستفاضه هو الشيع المفيد للظن، فهو الحجه فى ثبوت الولايه للقاضى (٣).

ص: ٩٧

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٥.

٣- ٣) الإستفاضه من: فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاً بمعنى «كثر»، فإذن، يعتبر فى الخبر المستفيض تكثر رواته، ولذا عتب فى المسالك بأنها إخبار جماعه، وفى الجواهر بالشيع. ثم اختلفت كلماتهم فى حد هذه الكثره المعبره. وقد يستظهر من عباره المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين فى صدق «المستفيض» على خبرهم، بخلاف عباره الجواهر ونحوها، فإنها ظاهره فى تحقق صدقه باتحاد المعنى وإن تعددت الألفاظ. ثم هل المعبر فى الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أو الظن الغالب المتأخم للعلم أو مطلق الظن؟ أقوال، قد عرفت نسبه الشهيد الثانى الأول إلى المحقق ولكنها غير تامه وقد قال رحمه الله فى آخر المسأله: وسيأتى رجوع المصنف عن الجزم باعتبار العلم إلى الإكتفاء بمتأخمه على تردد فيه، وعلى القولين الآخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الآحاد، ويؤيد ذلك قول الأصحاب فى الكتب الفقهيّه: هذا الخبر مستفيض بل متواتر.

ولعلّ وجه كلام الشهيد الثانی - حيث ينسب المعنى المذكور إلى المحقق - هو قول المحقق في آخر المسأله: « ولا يجب على أهل الولایه قبول دعواه مع عدم البینه وإن شهدت له الأمارات ما لم يحصل یقین » .

ولكن الذى يقوى فى النظر، أنه قد تطرّق إلى هذا الحیث على فرض عدم تحقق الإستفاضه، إذ قال قبل ذلك: « ولو لم یستفض . أشهد الإمام علیه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين . » فلا یدل كلامه المذكور على أن مراده من الإستفاضه ما یحصل منه العلم والیقین .

ثم قال فى (المسالك) (١) فى بیان وجه كلام المحقق: إن كان المراد من الإستفاضه ما یوجب العلم، فإنها تفسد ذلك لأنها أولى من البینه، وإن أريد ما یفید الظن، فهو حجه فى كلّ مورد لا طریق إلى إقامه البینه علیه ولا طریق إلى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت السیره على الإعتماد على الإستفاضه . .

والشیخ قدّس سرّه ذكر فى (المبسوط) (٢) ثبوت ذلك بالإستفاضه، ثم

ص: ٩٨

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإمامیه ٦: ٨٦.

استدلّ لحجّيه الإستفاضه فى مورد آخر بالأخبار، وذلك يدل على أن مراده من الإستفاضه ما يفيد الظن وإلا لم يستدل بالأخبار.

وصاحب (الجواهر) تمسّك بالسيره والأخبار لحجّيه الإستفاضه بغض النظر عن إفادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه قدّس سرّه أنها حجه عند العقلاء مطلقاً.

□
ومما استدلّ به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن البينه إذا أُقيمت على الحق، أيحلّ للقاضى أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» (١).

قال المجلسى والكاشانى « قدّس سرّهما » فى شرحه (٢): إن الاستفادة من الخبر الحكم بظاهر دعوى متولّى الأمر، وأنه لا يجب الفحص عن باطن الأمر، فإذا ادّعى الولايه وتولّى الأمر فلا يجب السؤال عن باطنه.

قال أحدهما: المدعى للتزويج يقبل منه، وكذا القصاب بالنسبه إلى المذيحه فلا يسأل عن باطن اللحم، والشاهد كذلك، فإنه يحكم بحسب ظاهره ولا يسأل عن باطن حاله، فكأن جواب الإمام عليه السلام فى خصوص الشاهد: إنه يحكم بحسب ظاهر الأمر، ولا حاجه إلى السؤال عن باطن الشاهد وحقيقه حاله إن كان ظاهره ظاهراً مأموناً.

ص: ٩٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٨٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٢، وقد روى هذا الخبر مع اختلاف فى بعض ألفاظه.

٢- ٢) مرآه العقول ٢٤: ٣٠٣، الوافى ٩: ١٠١٥.

أقول: لكن هذا المعنى لا- يساعده لفظ الروايه، ففي الروايه: « فإذا كان ظاهره » وهو ضمير مفرد لا يصح عوده إلى الشهادات والبينه، إلا أن يجعل المرجع له أحد الفردين أو الأفراد، وهو خلاف الظاهر.

وجعل صاحب (الجواهر) مرجع الضمير « الحال » و « المطلب » أى: فإذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً، فتكون الروايه وارده فى مورد الشيع، وأما على ما ذكره، فتكون أجنبه عن محلّ الكلام، لكن ما ذكره فى (الجواهر) مشكل أيضاً.

وفى الروايه احتمالات أخرى، والحاصل إنه لا دلالة تامه لها على الحكم (1).

□
ومما استدل به: صحيحه حريز قال: « كانت لإسماعيل ابن أبى عبد الله عليه السلام دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبه إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندى كذا وكذا ديناراً، أفترى أن أدفعها بيتاع لى بها بضاعه من اليمن؟

□
فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بنى، أما بلغك أنه يشرب الخمر؟

ص: ١٠٠

١- ١) أى لإجمال لفظ الروايه. وأما سنداً فهى مرسله، إلا أن « يونس » فيها هو يونس بن عبد الرحمن كما جاء فى الوسائل عن الصدوق، ويونس بن عبد الرحمن من أصحاب الإجماع، فتكون الروايه معتبره بناءً على تصحيح ما يصح عن أحدهم. لكن راويها عن يونس هو: « محمد بن عيسى » وهو: ابن عبيد ابن يقطين أبو جعفر العبيدى الأسدى الراويه عن يونس حتى قيل له « اليونسى » نسبه إليه. وهذا الرجل قد وثقه النجاشى (رجال النجاشى ٣٣٣: ٨٩٦) قائلاً: جليل من أصحابنا ثقه عين كثير الروايه حسن التصانيف. وضعفه الشيخ قائلاً: ضعيف استثناه أبو جعفر ابن بابويه من رجال نواذر الحكمه وقال: لا أروى ما يختص بروايته، وقيل: إنه يذهب مذهب الغلاه. . . (الفهرست ٢١٦: ٦١١). إلا أنه قد تقرر تقدم رأى النجاشى على رأى الشيخ عند التعارض، ولا سيما وأن الظاهر هنا كون سبب تضعيف الشيخ ما ذكره عن الصدوق تبعاً لشيخه ابن الوليد، على أنه قد تقرر أيضاً اعتبار خبر الثقه وإن كان فاسد المذهب.

فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس.

فقال: يا بني لا تفعل.

فعصى أباه ودفع إليه دنائره، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها.

فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج، وحج إسماعيل تلك السنه، فجعل يطوف بالبيت وهو يقول: اللهم أجرني وأخلف علي، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له: مه يا بني، فلا والله مالك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمته.

فقال إسماعيل: يا أبة، إنى لم أره يشرب الخمر، إنما سمعت الناس يقولون.

فقال: يا بني، إن الله عز وجل يقول في كتابه «يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصدق لله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، فإن الله تعالى يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه» (١).

فإنها صريحه فى اعتبار الشيعاء بين الناس وترتيب الأثر عليه، بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه، ولكن لو كان هذا الشيعاء كالبيته فى الحجيه، للزم إجراء الحدّ عليه، وهو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص، وأن لا يسلم

ص: ١٠١

١-١) وسائل الشيعه ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعه، الباب ٦. رواها الكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن حماد بن عيسى عن حريز. وهى صحيحه أو حسنه بإبراهيم بن هاشم.

الإنسان ماله، ولا يأتمن أحداً على شيء إلا بعد الوثوق بدينه وأمانته، بل الشيعاء لا يقتضى التفسيق، والغالب فى الشيعاء عدم الإستناد إلى الحس، فإن الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر وإجراء حدّ شرب الخمر عليه بالإستناد إليه غير جائز. نعم، ترك تزويجه فى محلّه، لأنه محل شبهه وإن لم يكن العقد لشارب الخمر باطلاً.

وبالجملة: إن أفاد الشيعاء العلم أو الإطمينان العقلانى - وهو الذى يعبرون عنه بالعلم ويرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعاً - فهو، وإلا فليس بحجه إلا أن تقوم السيره على جعل الشيعاء كخبر الواحد فى ترتيب أثره عليه، ولا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس - ما عدا المحتاطين منهم - ولكن فى اتصالها بزمن المعصوم وإمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالإستفاضه:

قال المحقق: « وكذا يثبت بالإستفاضه النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق » (١).

أقول: يكفى فى ثبوت النسب - كما لو شك فى كون زيد هاشمياً مثلاً - شيعاء ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، وكذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القرية الفلانيه موقوفه للجبه الكذائيه، كفى ذلك فى ثبوت الوقف، حيث لا طريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، وأما مع عدمهما كالموت فى السفر - مثلاً - فلا طريق إلى الثبوت إلا الشيعاء، فتقسم الأموال وتترتب الآثار... وكذا الأمر فى الملك المطلق،

ص: ١٠٢

فإنه لا طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياع، لأن تواطى الناس على ذلك محال عادة، وكذا النكاح والعتق.

والدليل على كفايه الإستفاضه فى ثبوت هذه الامور هو السيره - كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجيه خبر الواحد - فإن أهل العرف يرتّبون الأثر فى مثل هذه الامور على الإستفاضه فيها، لأنها مفيده للوثوق النوعى عندهم.

أقول: ونفس إقامه الدليل على الإعتماد على الإستفاضه، دليل على أنهم لا يريدون من الإستفاضه ما يفيد العلم أو الإطمينان المتأخم له، وإلا فنفس العلم أو الإطمينان دليل.

وفى (المسالك): الإستفاضه المفيده للعلم دليل حجيتها هو العلم، والمفيده للظن دليل حجيتها السيره، ولكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه ومنها الولايه على القضاء، لأنه لولا الإستناد إليها يلزم العسر والحرج، لعدم إمكان إقامه البيئه (١).

وعن بعضهم دليل آخر على حجيه الإستفاضه وهو: إن الحجه لا تقام عند الحاكم وإلا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض، وقد نصب الحاكم قاضياً آخر، ولم يعتبر الشيعاء ولا البيئه إلا بحكم، وتوقف قبول البيئه على ولايه الثانى على الحكم، فإن كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول، فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولايه القاضى الجديد، بناءً على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى، فلا ينفذ حكمه، وكذلك الأمر بناءً على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى، لأنه مع وصول الخبر ينزل، فلو أراد أن يحكم، لم ينفذ حكمه بولايه

ص: ١٠٣

الثانى. وإن كان الحاكم بثبوت الولاية هو القاضى الثانى نفسه، فإن ثبوت ولايته يتوقف على حكمه، وحكمه يتوقف على ثبوت ولايته، وهذا 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.

وقال فى (المسالك): « وهذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط، وقد جوزه العلامة فى القواعد » (١)(٢).

لكن فيه: إنه لا يوافق قواعد الأصحاب، وقد حكموا ببطان الوكالة المعلقة، أى: لا يصح تعليق الوكالة على شرط، ولا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلاً لها مع كونها من العقود الإذنيه، فإن إبطاله للولاية التى ليست منها يكون بطريق أولى.

وقيل: بالفرق بين الولاية والوكالة، لأن الوكالة من العقود. فلا بد لها من الصيغه الممتنع فيها التعليق شرعاً، والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة، فيجوز فى الولاية ما لا يجوز فى الوكالة، فيجوز أن يكون الأول معزولاً عن الولاية فى ظرف ثبوت ولاية الثانى، فحينئذ يحكم بولاية الثانى وينعزل هو عن القضاء.

وهذه بحوث علميه بحته ليست محلاً للإبتلاء فعلاً، نعم يجرى البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة، كأن يوكل الثانى ويرسله إلى البلد، فإنه بوصله إليه ينعزل الأول، ومن البحوث العلميه قول المحقق:

ص: ١٠٤

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١ - ٣٥٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٣.

« ولو لم يستفرض، إما لبعء موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب، أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولاية» .

وكيف كان: « لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين» .

ص: ١٠٥

قال المحقق: « يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكلّ منهما جهه على انفراده» (١).

أقول: لا ريب فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد، على أن يكون لكلّ منهما جهه على انفراده، كجعل أحدهما قاضياً فى الأموال والآخر فى الدماء والفروج ونحو ذلك.

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

أقول: وهل يجوز التشريك بينهما فى الولاية الواحده؟ قولان، اختار المحقق قدّس سرّه الجواز، والصحيح: المنع، لأن الولاية من الامور ذات الإضافه فلا يمكن التشريك فيها، إلا أن يراد من التشريك إناطه نفوذ حكم أحدهما بموافقه الآخر. . . .

ومع التعدّد، فحيث أن كلّ واحد منهما جعله الشارع قاضياً بالإستقلال، وليس نفوذ حكمه مشروطاً - فى زمن الغيبه - بموافقه الآخر وإمضاء حكمه، كان النافذ حكم السابق منهما فى الحكم فى الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه - إلا مع طلب

ص: ١٠٦

المترافعين أو العلم بالإشتماء فى الحكم - كما هو الحال فى إجراء العقد للصبى من قبل كل من الأب والجد...

لو اختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فإن اختلف المترافعان فى تعيين القاضى، فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعى الترافع عنده؟ قيل: نعم، وأدعى عليه الإجماع، لأن المدعى هو صاحب الحق. وفيه نظر، وفقاً للسيد صاحب (العروه) (١) قدس سره، إذ ليس للمدعى الحق، لا على القاضى - لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه، والحال أن نظر القاضى فى المرافعة حكم واجب - ولا على المدعى عليه، لأنه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق، وإن أمكن ثبوته فى علم الله سبحانه.

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً، فإن للمدعى عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعى، وكذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، وحينئذ، قالوا: يرجع إلى القرعة لتعيين القاضى، لأنها المرجع عند التداعى كما سيأتى.

فتحصّل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعى، ويبقى الإجماع إن كان، وإلّا فالقرعة هى المرجع أيضاً.

وأما فى صورته التداعى، بأن يكون كل منهما مدعياً ومنكراً، كأن يدعى أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والآخر الصلح فلا خيار، فإن توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو، وإن سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناءً على نفوذ

ص: ١٠٧

الحكم الغيابي، وإن رجع كل واحد من المترافعين إلى واحد من الحاكمين، وحكم كل منهما غياباً، قال الأكثر بالقرعه، لأن أحد الحكّمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها.

لكن مقتضى القاعده بطلان الحكّمين معاً، لأنه إن أريد بالقرعه العثور على الواقع، كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع، فهو، ولكن في المورد حيث مقدّمات الحكم في كلا الطرفين تامّه، ويراد ترتيب الأثر على كل واحد باعتباره حكماً مطابقاً للواقع، كان الحكمان متضادّين، ومقتضى القاعده سقوطهما، لكن لم أجد من أفتى بذلك.

وتفصيل المسأله: إنه إذا حكم كل من الحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو التقارن، فالوجه سقوط الحكّمين، وإنما يتصور ذلك في الحكم الغيابي، والحكم الغيابي يتصور في حالين:

الأول: أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الآخر، فتاره يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم، وأخرى يمتنع عنه مطلقاً، فإن أبي عن الحضور مطلقاً، طلب الحاكم من المدعى الشهود ثم يحكم حكماً غيابياً على الخصم وينفذ هذا الحكم في حقّه بلا كلام، وإن أبي عن الحضور عند هذا الحاكم مع الموافقه على الترافع عند غيره، فهل يسمع كلامه أو لا، فيحكم عليه غياباً؟

الصحيح: إنه لا وجه للإلزامه، بل يرجع إلى القرعه.

الثاني: أن يكون الحكم غيابياً بالنسبه إليهما معاً - بأن يكون أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر، فيرجع كل منهما إلى حاكم بلده بعد عدم اجتماعهما في بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات، فيحكم كل واحد من الحكّمين حكماً غيابياً على الخصم الآخر - فأى الحكّمين النافذ؟

إن علم الأسبق منهما زماناً فهو المقدم، ومع عدمه فالقرعه هي الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، ومع العلم بوقوعهما في زمان واحد، فمقتضى القاعده سقوطهما، لأنهما كالسيبين المتمانعين، وبعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد، ودليل اعتبارهما واحد، فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان.

وقيل: إنهما كالخبرين المتعارضين، فيحكم بالتخير.

قلت: إنما يحكم بالتخير بين الخبرين المتعارضين في صورته الإمكان، لا في كل خبرين متعارضين، وفيما نحن فيه، لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضى الآخر كونه لعمرو، كيف يحكم بالتخير؟

قال السيد قدس سرّه: إن أدلّه نفوذ حكم الحاكم منصرفه عن مورد التعارض بين الحكمين، فدليل اعتبار الحكم لا يشمل.

قلت: إذا كان كذلك ارتفع فرض التعارض في كل مورد، على أنه لو قيل بحجّيه حكم الحاكم في صورته عدم وجود حكم معارض، كان لازمه جعل حال الحكم قيداً للموضوع وهو محال.

واحتمل السيد الرجوع إلى حاكم ثالث، فيكون حكمه رافعاً للنزاع.

قلت: وهل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ والصحيح: سقوط الحكمين معاً، فإن تراضيا بعدئذ بالتراجع عند حاكم ثالث فهو، وإلا فيرجع إلى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم إن التداعي يكون تارة في الشبهه الحكميه، كأن تعقد البنت الباكراه العاقله الرشيدته نفسها لرجل - بناءً على صحته - ويعقدها الولي لرجل آخر - بناءً على استقلاله في ذلك - فيقع النزاع بين الرجلين...

وكما لو وقع النزاع في الحبوه بين الولد الأكبر وسائر الورثه، فاختلف

الطرفان فى الحكم تبعاً لمقلديهما - مثلاً - .

وأخرى فى الشبهه الموضوعيّه، كأن يتنازعا على مال، فإن كان فى يد أحدهما، كان الآخر مدّعياً وصاحب اليد منكرًا، فإن أثبت المدعى ملكيته له فهو، وإلاّ - حلف المنكر على أنه ليس للمدعى وأبقى فى يده، وإن لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعى.

وقد أجرى فى (المستند) هذا التفصيل فى الشبهه الحكميه أيضاً (١).

والحق - وفاقاً للسيد قدّس سرّه - كونهما متداعيين فى تلك الشبهه وإن كان لأحدهما يد، لأن اليد حجّه فى صوره الجهل بمدركها، فيحتمل أن تكون على وجه صحيح، وأما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلاً فليست بحجّه . . . فلو كانت المرأه تحت من عقد له الأب، وجاء من يدعى سبق عقد الجد له عليها، ووقع النزاع حول الأقدم، كان احتمال صحه اليد فى محلّه، فيطالب الخصم بالبينه، فإن جاء بها وإلاّ حلف صاحب اليد وبقيت تحته، ففى هذه الصوره حيث النزاع على الأسبقيه، وليس المنشأ هو الاختلاف فى الحكم، يحتمل صحه اليد، وكان من قبيل المدعى والمنكر لا المتداعيين.

ص: ١١٠

١-١) مستند الشيعه فى أحكام الشريعه ١٧: ٩٥.

المسألة الثامنة: (فيما يتعلق بانعزال القاضي وعزله)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا حدث به ما يمنع الإنعقاد انعزل، وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون والفسق، ولو حكم لم ينفذ حكمه » (١).

أقول: إذا فقد القاضي أحد الشروط المعتبره، سقط حكمه عن الإعتبار ولم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداءً واستدامه، فلا وجه للإستصحاب، لأنه أصل وهو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع، فهل تعود التولية أو لا بدّ من نصب جديد؟

إختار فى (المسالك) الثانى ووافقه فى (الجواهر) قال: لا تعود بزوال هذه العوارض، للأصل.

أقول: والمراد من الأصل، إما استصحاب حال الجنون - مثلاً - وإما أن التولية تحتاج إلى دليل، وبعد زوال الجنون فالأصل عدم التولية، فيكون نظير الوكاله إذا جنّ الوكيل...

والحق: أنه إن نصب شخص الإمام عليه السلام أحداً بخصوصه للقضاء، كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، وأما إذا كان حكم النصب كلياً، سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه، فإنه مع زوال العارض يشمل الحكم

ص: ١١١

الكلى وينفذ حكمه، نظير: « صلّ خلف من تثق بدينه » (١)، فلو حدث في إمام الجماعة فسق لم تجز الصلاة خلفه، فإن تاب وعاد جاز الائتمام به لقوله عليه السلام: « صلّ » لأن معناه: جواز الصلاة خلفه في كل زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته. . . ولعلّ كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الإمام عليه السلام بشخصه، وهذا جار في المنصوب من قبل المجتهد أيضاً، بناء على أن له ذلك.

هذا كله في الإنعزال القهري، فإن القاضى ينزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له، وإن لم يعلم الإمام عليه السلام بذلك، لأنهم إذا شاءوا علموا كما في الأخبار.

وربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء، وبين غيره كالجنون، فتعود في الأوّل قياساً على السهو والنسيان دون الثانى.

أقول: وفيه إنه يشترط في القاضى العقل، وإن زواله يوجب العزل، سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء والجنون، وأما في حال النوم والسهو والنسيان ونحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق قدس سرّه: « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه: لا، لأن ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً » (٢).

أقول: إن كان في العزل مصلحة فلا إشكال في جوازه، ومورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهياً، وقد استدلل المحقق قدس سرّه للعدم بما سمعت،

ص: ١١٢

١-١) وسائل الشيعة ٨: ٣٠٩/٢. أبواب صلاة الجماعة، الباب ١٠.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

لكنه مصادره محضه.

وقيل: لأنه عبث، والإمام عليه السلام لا يفعله.

وفيه: إنه إن عزله فلا يكون عبثاً.

وقيل: إنه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه.

وفيه: إن عزله مع رفع هذه الشبهه، فلا إشكال، على أن لزوم ذلك أمر ثانوى، والعنوان الثانوى قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء ويترتب على ذلك المفسده، فلا بدّ من البحث فى جهه أخرى، وهى أنه هل يجوز عزل القاضى عن القضاء أو لا؟

لقد ذكرنا سابقاً: أن الولاية على القضاء أمر اعتبارى عرفى قابل للجعل، كالزوجه والملكيه ونحوهما، فهى موجوده بين أهل العرف، وقد جعل الشارع هذه الولاية للنبي والإمام عليهما الصلاه والسلام، ثم رخص المجتهد فى ذلك أيضاً، فهل يستفاد من نفس التمكّن من الجعل التمكّن من العزل كذلك؟

أمّا بالنسبه إلى الإمام عليه السلام، فلا ريب فى انعزال من يعزله، وأمّا بالنسبه إلى المجتهد، فهذا مشكل، بل لا بدّ من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متولياً على وقف أو نصبه ولياً على أمر من الأمور من غير سبب يقتضى ذلك شرعاً، إلّا أن يدعى النيابة العامه للمجتهد، بأن يكون له فعل كلّ ما فعله الإمام عليه السلام. . . وهذا يتوقف - بالإضافة إلى إثبات ذلك من ناحيه الأدله - على إثبات فعل الإمام عليه السلام ذلك، إلّا أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاة، ولكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعلّه أرجع القاضى من ذاك البلد ليرسله إلى بلد آخر.

وكيف كان، فيحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على جواز النصب.

نعم، كل شيء يتوقف على الإذن - لا الجعل - جاز الرجوع فيه عن الإذن.

ولو عيّن الواقف أحداً للتولية على الوقف، فليس له عزله عن التولية، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف، وقد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانة، قالوا: بل يجب حينئذ ضم أحد إليه. وهذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفي للدلالة على جواز العزل.

هذا، وليس من شأننا البحث عن حكم الإمام عليه السلام، لثبوت عصمته، على أن نفس إرادة الإمام مرجحه، إذ لا يتصور التوقف له في مورد التعارض بين طرفي الفعل والترك، ولا يشترط أن يكون لفعله مرجح، بل يكفي عدم المرجوحية للفعل.

وعلى فرض جواز العزل، فهل ينزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر إليه كالوكيل؟ قال في (المسالك): قولان، أظهرهما الثاني، لعظم الضرر في ردّ قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل (1).

وفي الأصول: إن الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجهاً إلى من كان له الحق، كذلك يحتمل أن يتوجه إلى مدعى الباطل منهما، ودليل «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 منصوباً لذلك من قبل الامام، ثم بان له أنه لم يكن له ذلك، فإن حكمه باطل، وكذا من باع مال غيره متخيلاً أنه وكيل عنه في ذلك، ثم ظهر العدم.

ص: ١١٤

وفى الثانى: إن الأولويّه ممنوعه، إلا أن يقال بأن الولاية على القضاء وكاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلك بتنقيح المناط.

وبما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسك باستصحاب بقاء نفوذ الحكم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظاً أو كتب إليه: أنت معزول - مثلاً -، وأما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول، ففيه فروع:

منها: أنه لا ينعزل إلا بعد قراءه الكتاب، سواء وصل إلى يده أو لا، فلو وصل إليه الكتاب وحكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا إشكال.

ومنها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشرة، بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه، ولو بقراءه غيره له.

ومنها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته. . .

قال فى (الجواهر) (1) إن هذه احتمالات بارده، أطنب فيها العامه فى كتبهم لغرض صيروره الكتاب ضخماً.

قلت: ويمكن أن تثمر هذه الفروع فى الإجازات والوكالات التى يكتبها الفقهاء للأشخاص. . . ولكنها قليلة الجدوى.

ص: ١١٥

قال المحقق قدس سره: « إذا مات الإمام عليه السلام قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبنا انزال القضاة أجمع. وقال فى المبسوط: لا ينزلون، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته. والأول أشبه» (1).

أقول: علل فى (المسالك) (2) القول الأول بقوله: لأنهم نوابه وولايتهم فرع ولايته، فإذا زال الأصل زال الفرع، ووافق فى (الجواهر) فيه وأضاف: فإن أمر كل عصر إلى إمام ذلك العصر. أى: إن قضاء ذلك العصر ينزلون بموته، ثم ينصبهم الإمام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

واستدل للقول الثانى: بأن ولايه القضاء قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الإمام، ومع الشك تستصح، وقد أيد ذلك فى (الجواهر) (3) وغيره بما فى الانعزال من الضرر العام للخلق، بخلو البلدان من الحكام إلى أن يجدد الإمام اللاحق نواباً فتعطل الأحكام.

والصحيح أن يقال: إن كل فرد من الناس إذا وكل أحداً أو أنابه أو أذن له فى

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧١، المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٢٧.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥٩.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٦٤.

شئونه الخاصه والأمور التي بيده، فإنه إذا مات ينعزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام، من غير فرق في ذلك بين الإمام وغيره، فإن كان القضاء كذلك، بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام، وأن القاضي ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك وكاله عنه، انعزل القضاء بموته، لأن من قواعد المذهب انعزال الوكيل والنائب بموت الموكل والمنوب عنه.

وإن كان القضاء نظير نصب المتولّى على الموقوفه أو الولاية على الصغار، فلا- ينعزل بموت من نصبه، لأنه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكاله والإذن.

وبما ذكرنا يظهر الحال في التمسّك بالإستصحاب، لعدم انعزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم إن كانت من باب الوكاله فقد بطلت، وإن كانت من باب الولاية، فلا شك في بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكاله، لعدم الأثر.

ويمكن تقريب الإستدلال بأن يقال: إن الولاية قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياه الإمام، فلا ريب في انقطاعها بالموت، وقد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة، ولا ريب في بقائها بعد موت الإمام، ومع الشك في كونها مقيده أو مطلقة يستصحب كلى الولاية، فلا ينعزل القاضي بموته وينفذ حكمه.

ولكن يشكل: بأنه يبتنى على القول بجريان الإستصحاب مع الشك في المقتضى.

ويمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد في الولاية، وليس هذا الاستصحاب مثبتاً، لخفاء الواسطه، وحينئذ، يسند بقاء الولاية المطلقة إلى الشارع.

وأما استصحاب نفوذ الحكم، ففيه: إن استصحاب الحكم مع الشك في تحقق موضوعه غير جائز، كما لا يجوز استصحاب قيام زيد مع الشك في وجوده.

وأما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فيرد عليه: إن لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب وتوضأ به مده من الزمن، وغسلت به الثياب ونحو ذلك، ثم انكشف الخلاف، لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك بمانع عن القول بنجاسه الماء.

إلا أن يقال: بأن لزوم الضرر يقتضى القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة، وأما أصل ولايتهم على الحكم، فلا تثبته قاعده نفي الضرر، لأنه أمر تكويني.

قال في (المسالك): « والأظهر هو الأول، وقد يقدح هذا في ولاية الفقيه حال الغيبه وأن الإمام الذي قد جعله قاضياً وحاكماً قد مات، فيجری في حكمه ذلك الخلاف المذكور، إلما أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية، فإنها ليست كالتولية الخاصة بل حكم بمضمون ذلك، فأعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك، كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذی اليد مقبول الخبر وغير ذلك، وفيه بحث» (١).

قلت: وهو خلاف ظاهر المعبره حيث قال عليه السّلام « فإني جعلته حاكماً» ولم يقل: فحكمه نافذ - مثلاً - فلو كان حاكماً إلهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الإمام، بل ظاهر الرواية أن الحكومه لغير النبي والإمام متوقفه على الجعل وهو بيد الإمام عليه السلام، فيكون الحاصل: إن من كان معنوناً بتلك العناوين

ص: ١١٨

مجعول ولياً من قبل الإمام، وليس هذا الجعل مقيداً بزمان حياته، بل هو نظير جعل التولية على المسجد لإمام الجماعة من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب، وأما كون المسألة نظير الوكاله أو الحكم، فكل ذلك خلاف الظاهر.

وبالجملة: إن كان توليهم للقضاء مستنداً إلى النيابة من ناحيه الإمام أو إلى الوكاله عنه، كانت ولايتهم فرع ولايه الإمام وبموته ينزلون، وإن كان جعلاً من قبله وسلطنه لهم على الحكم، فلا ينزلون بموت الإمام.

فالحق في المسألة ما ذكرناه (١).

لومات القاضي الأصلي فهل ينزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق قدس سره: «ولو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه، لأن الاستنايه مشروطه بإذن الإمام عليه السلام، فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينزل بموت الواسطه. والقول بانعزاله أشبه» (٢).

أقول: لو أذن الإمام للقاضي الأصلي في نصب القضاء، بأن يكونوا وكلاء عن الإمام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم، لم ينزلوا بموت القاضي الأصلي، لكونه واسطه في النصب فحسب، وهذا واضح، ولو كان ذلك من قبل

ص: ١١٩

١-١) من بناء الخلاف فيها على كيفية الاستظهار من أدله الإذن، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بزمن الحياه - من معتبره أبي خديجه ونحوها من تلك الأدله - هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الإمام، وهذا البحث يختص بزمن الحضور، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولايه الفقيه الذي قد مات الإمام الذي جعله قاضياً وحاكماً وغاب الإمام المتأخر عنه، لأن المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المجدد من اللاحق لغيابه، لكن المحقق والجماعه جعلوا المعتبره من أدله النفوذ في زمن الغيبه كما تقدم.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

نفسه لا- الإمام، فلا- ريب في انزالهم بموته، وهذا واضح أيضاً، ولو أمره الإمام بإنشاء النصب وجعل الولاية على القضاء فلا ينزلون، لا بموته ولا بموت الإمام، لما تقدّم في الفرع السابق.

هذا كله في مقام الثبوت.

وفي مقام الإثبات: إن علم الأمر من الإمام عليه السلام أو بالقرائن الحافّة بالكلام، فلا بحث، وإن شك في كيفية الأمر وفي نفوذ حكم القضاء المنصوبين بعد موت القاضي الأصلي، فلا مجال لاستصحاب كلى الوكالة أو النيابة، لعدم جريانه مع الشك في المقتضى، مضافاً إلى أنه مسبّب عن الشك في كون الجعل من قبل الإمام، والأصل عدمه، كما أن الأصل عدم جعل الولاية والسلطنة، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضي الأصلي.

وأما في حال الغيبة، فلا- ريب في نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، لأن له الولاية على القضاء، فإن قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء، فلا كلام، وإن قلنا بأن له ما للإمام، جاء فيه التفصيل المذكور في الفرع السابق.

وأما في الأمور الحسينية، فتاره: يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها، فإن أعماله نافذه، ما دام الفقيه الناصب له حياً وينزل بموته ألبته. وأخرى: يجعل الولاية له بالاستقلال، فلا ينزل بموته.

وأشكل المحقق الآشتياني في أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف في الأمور المستقبلية، لعدم الدليل على ذلك (1).

وفيه: إن هذا صحيح، ولكن الفقيه يجعل الولاية في حال حياته، ثم تبقى بعد

ص: ١٢٠

موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت - نظير علقه الزوجيه التي لا تزول بموت العاقدين - لأن ذات الولاية المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها، حتى يقوم الدليل على زوالها.

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولاية الخاصه لثالث؟

الظاهر: لا، لأن غرض الشارع في الأمور الحسينيه يتحقق بالإذن.

وتظهر الفائده في أنه مع الجعل لا يمكن العزل، وقد تدعو الضروره إلى العزل بخلاف الإذن، فلذا يكون التصرف بنحو الإذن حتى يتمكن من ذلك.

ص: ١٢١

المسأله العاشره: (هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحه فى نظر الإمام عليه السلام، كما اتفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام. وربما منع من ذلك. . . » (١).

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء، مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلاً. كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام، أو حمل فعل الإمام على بعض الوجوه.

وقد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقيه، لأنه كان منصوباً من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام لخالف القوم، كما وقع بالنسبه إلى بعض الأمور التى أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها، كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون « وا عمراه » (٢).

وقيل: إن الأئمه عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه وشده، لم يكونوا يتقون فى

ص: ١٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٨: ٤٦/٢. أبواب نافله شهر رمضان، الباب ١٠.

أمر القضاء، وكانوا ينهاون عن التحاكم إلى قضاء الجور والمخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقص بعزل معاويه، فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الإمام مع بيعه سائر المسلمين والولاه له، وأما شريح، فإن الإمام لم يؤله ولم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلاً: « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصى أو شقى » (١).

وقيل: إن الإمام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. وهذا هو المستفاد من الروايات، وهو أحسن الوجوه فى المسأله.

وقيل: إنه كان يحكم، ولكن لا يترتب على حكمه أثر. وهو خلاف الظاهر.

وفى (المسالك): المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك، وفى حديث الدرع الغلول ما يرشد إلى ما ذكرناه (٢).

أقول: ولندكر 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 شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه » (٣).

ومنها - ما رواه المشايخ الثلاثة عن سلمه بن كهيل قال: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: « وإياك أن تنفذ قضيه فى قصاص أو حدّ من حدود الله أو

ص: ١٢٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٧/٢. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

٢- (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٦٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ١٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ٣.

حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إن شاء الله. « (١).

وأما حديث الدرع الغلول، فهذا نصّه عن الكليني قدّس سرّه، بسنده عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال: « دخل الحكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة. فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: إن الله يقول «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ». فقال: قول الله: «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ويمينا! ثم قال:

□
إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمَرَّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحه. فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيتَه للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً.

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

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

قال: فغضب على عليه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضى بجور، ثلاث

ص: ١٢٤

مرّات. قال: فتحول شريح وقال: لا أقضى بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ويلك - أو ويحك - إنني لمّا أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بيّنه وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنه. فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه وإحده. ثم أتيتك بالحسن فشهد. فقلت: هذا واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بشهاده واحد ويمين، فهذه ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً. ثم قال:

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

ص: ١٢٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

المسأله الحاديه عشر: (هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟)

قال المحقق قدس سره: « كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه، كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه. ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله» (١).

أقول: هذا مذهب الأَكْثَر، بل ادعى عليه الإجماع، لكنه غير معلوم، واستدلّ على ذلك بأن الحكم شهادته وزيادته، فكل من لا تقبل شهادته في حق أحد لا ينفذ حكمه فيه، وقد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات ونفوذ حكم من ذكر، كالولد على الوالد والعبد على مولاه، وفي أصل قبول هذه الشهادة أخبار متعارضه، سيأتى التعرض لها في محلّها إن شاء الله تعالى.

وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له، إلا إذا رجع حكمه إلى الإقرار، وهذا بحث آخر، ويدلّ عليه - مضافاً إلى الإجماع المدعى - انصراف الأدلّه عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع إلى الغير، فإن قوله عليه السلام «أنظروا إلى رجل منكم... فتحاكموا إليه» ظاهر في وجوب ترفع الخصمين عند من كان واجداً للشرائط المعتمره، وإن كان أحدهما كذلك.

ص: ١٢٦

قال السيد صاحب (العروه) (١) قدّس سرّه: نعم له أن ينقل حقّه إلى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير، وإن انتقل إليه بعد ذلك بإقاله أو نحوها. . .

وهل ينفذ حكمه لمن له عليه ولاية خاصه كالأبوه والوصايه؟

قيل: نعم، لأن الحكم ليس لنفسه، وقيل: لا، لأنه هو المنازع في الحقيقة، واختاره السيد وهو الأظهر.

وأما المولّى عليه بالولاية العامه، فالصحيح نفوذ حكمه، وإلا- لم يرتفع النزاع في هذه الموارد، لأن كلّ قاض وليّ الأيتام والمجانين ونحو ذلك.

وإذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، كما إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من جهة الإرث، فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه، لكن لأخيه مطالبته بالترافع عنده، وهل ينفذ حكمه حينئذ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ في حصه أخيه ولا ينفذ في حصه نفسه. وهذا فيه بحث، لأنه إذا ثبت كون المال إرثاً، كان النصف الآخر للحاكم في الفرض المذكور، وإلا لزم التفكيك بين اللّازم والملزوم.

وأجاب المحقق النراقي قدّس سرّه (٢): بأن اللّوازم الشرعيّه ليست كالعقليّه بل هي قابله للإستثناء.

وفيه: إنه لا يمكن المساعدة عليه، لأن الواقع لا ينقلب عمّا هو عليه، لأن

ص: ١٢٧

١- (١) العروه الوثقى ٣: ١٦.

٢- (٢) مستند الشيعة ١٧: ٧٥.

هذا المال، إن كان لأبيهما واقعاً كان الحاكم وأخوه شريكين فيه، وإن لم يكن له، فليس لأحدهما فيه شيء. نعم، يمكن التفكيك في فصل الخصومه، بأن ترفع بالنسبة إلى حصّه أخيه وترفيع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه في حصته خاصة.

ولما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر، فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، وذلك في حال الشك في كون المال إرثاً، نظير ما إذا تيقن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو، فيجب على الأول الإجتنب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية، فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه إن كان طاهراً واقعاً، جاز لهما شربه، وإن كان متنجساً واقعاً، وجب عليهما الإجتنب عنه.

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

وقد فرّق السيد (١) في مسأله الشركه في صورته كون مورد الدعوى عيناً، بين ما إذا كانت الدعوى بعد إفراز الحاكم حصته عن حصه أخيه وبين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره في مال، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما، نفذ حكمه في حصّه شريكه لا- في حصّه نفسه. مثلاً: إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من طرف الإرث وترافعا إليه فحكم لأخيه، نفذ في حصّه أخيه ولا ينفذ في حصّه نفسه، ولا يشترك مع أخيه في تلك الحصّه التي ثبتت لأخيه، إلا إذا كانت الدعوى في عين وقد قسّمها أخوه مع ذلك الغير وأفرز حصّته، إذ حينئذ يشترك معه في تلك الحصّه لإقراره بالشركه، وأما قبل

ص: ١٢٨

القسمه فلا يشترك معه، فلاخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها، وأما إذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الأقوى.

وفيه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين والدين، وإن لم يستلزمه فكذلك، فالتفريق بينهما لا وجه له.

ولو تنازع جماعه مشتركون في مال مع غيرهم، فأقاموا شاهداً واحداً وحلف بعضهم دون بعض، فإنه يثبت حصّه الحالف دون غيره، لأن يمين كل واحد منهم جزء، ولولاه فالخصومه باقيه.

ص: ١٢٩

أشاره

وهي قسمان:

* الآداب المستحبه

* الآداب المكروهه

ص: ١٣١

قال المحقق قدس سره (١): « النظر الثاني في الآداب (٢) وهي قسمان: مستحبه ومكروهه.

فالمستحب: أن يطلب (٣) من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه وروداً متساوياً، وأن ينادى بقدومه إن كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول إليه، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم (٤).

ولو حكم في المسجد صلّى عند دخوله تحية المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها، وقيل: يستقبل القبلة لقوله عليه السلام: خير

ص: ١٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٢ - ٧٦.

٢-٢) لم يتعرض السيد الأستاذ دام ظلّه في الدرر للآداب توفيراً للوقت، لكننا نذكر متن عبارته المحقق قدس سره مع بعض الفوائد الأخرى التي ذكرها الأصحاب في هذا المقام، لئلا يخلو الكتاب من هذا المبحث، وقد صرحوا بأن كثيراً من هذه الآداب لا دليل عليه بالخصوص.

٣-٣) في المسالك (١٤: ٣٦٥): أن يطلب قبل قدومه إلى البلد. فإن لم يتيسر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل. قال: قيل: ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين تأسياً بالنبي صلّى الله عليه وآله وسلّم حيث دخل المدينة في ذلك اليوم. قال في الجواهر: وهو كما ترى. قال: نعم في كشف اللثام: ينبغي له أن يقصد الجامع إذا قدم ويصلّي ركعتين ويسأل الله العصمه والإعانه.

٤-٤) لأنها كانت في يد الأوّل بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، فيتوصل بذلك إلى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوالهم.

ثم يسأل عن أهل السجون ويثبت أسماءهم وينادى فى البلد بذلك ويجعل له وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده وإلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه (٢).

وكذا لو أحضر محبوساً وقال: لا خصم لى، فإنه ينادى فى البلد، فإن لم يظهر

ص: ١٣٤

١ - ١) وفاقاً للأكثر ومنهم الشيخ فى النهايه (٣٣٨) ، ولم يظهر وجه كونه الأظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبلة، قال فى جامع المدارك: والجلوس مستدبر القبلة لا دليل على استحبابه، بل المستحب بنحو الإطلاق الجلوس مستقبل القبلة، وذكر فى وجه ذلك كون الخصوم مستقبلي القبلة لعلهم يخافون الله ويرجعون عن الظلم. ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبار القبلة للقاضى.

٢ - ٢) فى الجواهر (٧٤ : ٤٠) : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه: منها - أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ما حبس به مالا - أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما عرفته فى الفلس، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره ردّ إلى الحبس، وإن أذى أو ثبت إعساره نودى عليه فلعلّ له خصماً آخر، فإن لم يظهر خلّى سبيله، وإن كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلقى. ومنها - أن يقول: شهدت على البيه فحبسنى القاضى، يبيح عن حال الشهود، فإن كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضاً محبوساً وبحث وإلا أطلقه. ومنها - أن يقول: حبست ظلماً، ففى المسالك: إن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجّه، والقول قول المحبوس بيمينه. وفيه: إنه يمكن العكس عملاً - بأصالة الصحه فى فعل القاضى. وإن كان للمحبوس خصم غائب ففى إطلاقه وإبقائه فى الحبس وجوه: الإطلاق، لأنه عذاب وانتظار الغائب قد يطول، والإبقاء مع الكتابه إلى خصمه، فإن لم يحضر أطلق، والإطلاق مع المراقبه إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه أن يعجل، فإن تأخر لا لعذر تركت المراقبه. وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل، وهو جيّد، إذ المدار على الجمع بين الحقيين ». وأورد عليه فى جامع المدارك بأنه: كيف يكون من المستحبات! فإن المدين مع إظهار العسر يحبس حتى يتبين حاله، ومع تبين إعساره لا مجوّز لحبسه، فكيف يكون السؤال عن حاله وموجب حبسه مستحجاً!

له خصم أطلقه. وقيل: يحلفه مع ذلك (١).

ثم يسأل عن الأوصياء وعن الأيتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه، إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصى عجز.

ثم ينظر في أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعه ومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه. ثم ينظر في الضوال واللّقط، فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب نفقته ثمه، ويتسلّم ما عرّفه الملتقط حولاً إن كان شىء من ذلك في يد أمناء الحاكم، ويستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان والجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر، ويحضر من أهل العلم (٢) من يشهد حكمه فإن أخطأ تبهوه، لأن المصيب عندنا واحد، ويخاوضهم فيما يشبهه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرره.

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن، وكان على بيت المال (٣).

ص: ١٣٥

١ - ١) فى الجواهر (٤٠: ٧٥): إستحسنه بعضهم. وفيه: أنه لا وجه مع عدم خصم له، والأصل البراءة، ولذا نسبه المصنف إلى القليل مشعراً بتمريضه.

٢ - ٢) فى المسالك (١٣: ٣٧٣): المراد بأهل العلم المجتهدون فى الأحكام الشرعية لا مطلق العلماء، وخالفه فى الجواهر حيث قال: ولا يعتبر فيهم الاجتهاد لأنه ليس المراد تقليدهم. وفى المستند: إنه لا ينحصر من ينبغى إحضاره بالمجتهدين، إذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما فى المسالك ليس بجيد. لكن فى جامع المدارك: وكذلك إحضار أهل العلم حال الحكم لكونه فى معرض السهو والخطأ، فمع الإطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً إذا أخطأ، ومع عدم الإطمئنان كيف يجوز له الحكم حتى يقال: يستحب إحضارهم للتنبيه على الغفلة والخطأ.

٣ - ٣) قد تقدّم فى الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضى فى الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ فى الحكم، بل يكون على بيت المال. قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى. وفى الوسائل: باب أن أرش خطأ القاضى فى دم أو قطع على بيت المال. وقد جاء فيه: عن الأصبغ بن نباتة قال: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام: أن ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٦/١٠. أبواب آداب القاضى، الباب ١٠، وهو - كما ترى - وارد فى مورد ديه الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقه، وللسيد فى العروه فى صورته كون مورد الحكم مالا تفصيل، فراجع العروه ٣: ٢٩.

وإذا تعدّى أحد الغريمين عرّفه خطأه برفق، فإن عاد زجره، فإن عاد أدبّه بحسب حاله، مقتصرًا على ما يوجب لزوم النمط.

آداب المكروهه

والآداب المكروهه: أن يتخذ حاجبًا وقت القضاء (١)، وأن يجعل المسجد مجلسًا للقضاء دائماً، وقيل: لا يكره مطلقاً، إلتفاتاً إلى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (٢)، وأن يقضى وهو غضبان (٣) وكذا يكره مع كل وصف

ص: ١٣٦

□
١- ١) للنبوى العامى (مسند احمد ٥: ٢٣٨): « من ولى شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره» قال فى الجواهر (٤٠: ٨٠): بل ربما قيل بالحرمة، بل عن الفخر أنه قرّبه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضربهم، بل فى المسالك: هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. قال: وإن كان الجميع كما ترى، ضروره كون المراد كراهه اتخاذه من حيث كونه حاجباً فلا ينافى الحرمة من جهه أخرى. وفى جامع المدارك: لا يخفى أن المستفاد من هذا الحديث الحرمة أو الكراهه لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء.

٢- ٢) فى المستند (١٧: ٥٩): « القضاء فى المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للأكثر كما فى المعتمد، لمرسله ابن أسباط: جئوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والأحكام والضالّ والحدود ورفع الصوت. ومرسله الفقيه: جئوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالّ والحدود والأحكام. والإستدلال بالنبوى: جئوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوصاتكم، منظور فيه. وقيل باستحبابه كذلك، لأن المسجد للذكر ومنه القضاء، ولكونه أفضل الأعمال اللائق بأشرف البقاع. وقيل بالإباحه، للأصل وفعل على عليه السلام، حتى أن دكه قضائه مشهوره. وقيل: بكراهه الدائم دون غيره، جمعاً بين أدله المنع والجواز. . . » .

□ □ □
٣- ٣) يدل عليه ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى وهو غضبان». وفى روايه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لشريح: «. . . وإن غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان». أنظر باب كراهه القضاء فى حال الغضب من وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٣/٢. أبواب آداب القاضى. الباب ٢.

يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعه الأخييين وغلبه النعاس (١).

فلو قضى والحال هذه نفذ إذا وقع حقاً، وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه (٢)، وكذا الحكومه (٣)، وأن يستعمل الإنقباض المانع من اللحن بالحجّه، وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم.

ويكره أن يرتّب للشهاده قوماً دون غيرهم، وقيل: يحرم، لاستواء العدول فى موجب القبول، ولأن فى ذلك مشقّه على الناس بما يلحق من كلفه الإقتصار (٤).

ص: ١٣٧

١-١) يدل على ذلك ما رواه الشيخ الكلينى بإسناده عن سلمه بن كهيل فى وصيه أمير المؤمنين لشريح: « ولا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم» وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١. وما رواه العامه فى النبوى: « لا يقضى إلا وهو شبعان ريّان» وما ذكروه فى آخره: « لا يقضى وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون». قال فى المستند (١٧: ٦٢): وقد صرحوا بكراهه سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وإن لم أعر على نص عام. ويمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور فى المروى عن الأمالى.

٢-٢) فى الجواهر (٨٣: ٤٠): « فى مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره... بل الظاهر إلحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما... ».

٣-٣) فى الجواهر (٨٣: ٤٠): بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر... وما اتفق وقوعه منه عليه السلام أو من النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح.

٤-٤) نسب القول بالحرمة إلى الشيخ قدّس سرّه فى المبسوط. وقد نقل فى الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف فى مفروض المتن... فراجع (الجواهر ٨٣: ٤٠).

هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟ * حكم ما لو لم يعرف الحاكم عداله البينه * هل للحاكم الثانى نقض حكم الاول؟ * فى تتبع الحاكم حكم من قبله * فى دعوى إن المعزول حكم عليه بشهاده فاسقين * فى تعدد وعداله 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 اسبوع * هل يجب عليه كتابه المحضر؟ * يكره له أن يعنت الشهود * لا يجوز له أن يتعتع الشاهد * يكره له أن يضيف أحد الخصمين * فى حرمه الرشوه * فى إحضار الخصم إلى مجلس القضاء.

قال المحقق قدس سره: « وهنا مسائل: الأولى: الإمام على السلام يقضى بعلمه مطلقاً، وغيره من القضاة يقضى بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله تعالى على قولين، أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد بالحكم» (١).

أقول: أما حكم قضاء الإمام بعلمه، فلا ثمره للبحث عنه (٢) إلا من جهة أنه

ص: ١٤١

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٥.

(٢-٢) ذكروا أن للإمام أن يقضى بعلمه مطلقاً، أي في حق الله وحق الناس، واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (سوره ص ٣٨: ٢٦). ومن السنة بأخبار منها: ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - وقد وصفوه بالشهرة - قال: « جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فادعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقه باعها منه. فقال: قد أوفيتك. فقال: اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا، فأقبل رجل من قريش فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أحكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدعى على رسول الله؟ فقال: سبعين درهماً ثمن ناقه بعثها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ فقال: قد أوفيته، فقال للأعرابي: ما تقول؟ فقال: لم يوفني، فقال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ألك بينه أنك قد أوفيته؟ قال: لا، فقال للأعرابي: أتحلف أنك لم تستوف حقك وتأخذه؟ فقال: نعم، فقال رسول الله: لأتحاكمن مع هذا إلى رجل يحكم بيننا بحكم الله، فأتى على بن أبي طالب عليه السلام ومعه الأعرابي، فقال على عليه السلام: مالك يا رسول الله؟ قال: يا أبا الحسن، أحكم بيني وبين هذا الأعرابي، فقال على عليه السلام: يا أعرابي ما تدعى على رسول الله؟ قال: سبعين درهماً ثمن ناقه بعثها منه. فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيته ثمنها. فقال: يا أعرابي أصدق رسول الله فيما قال؟ قال الأعرابي: لا ما أوفاني شيئاً. فأخرج على سيفه فضرب عنقه. فقال رسول الله: لم فعلت يا على ذلك؟ فقال: يا رسول الله، نحن نصدقك على أمر الله ونهيه، وعلى أمر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحى الله عز وجل، ولا نصدقك على ثمن ناقه الأعرابي، وإنى قتلته لأنه كذّبك لما قلت له: أصدق رسول الله. فقال: لا ما أوفاني شيئاً. فقال رسول الله: أصبت يا على، فلا تعد إلى مثلها. ثم التفت إلى القرشي وكان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به. » ومنها: ما رواه الصدوق بإسناده عن ابن عباس، وذكر قضية عن أمير المؤمنين عليه السلام نحو القضية المذكورة. ومنها: ما رواه الصدوق بإسناد عن عماره بن خزيمة بن ثابت عن عمه: « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاع فرساً من أعرابي فأسرع ليقضيه ثمن فرسه فأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيسأله بالفرس ولا يشعرون بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاعها، حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم، فنأدى الأعرابي فقال: إن كنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه وإلا بعته، فقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم حين سمع الأعرابي فقال: أو ليس قد ابتعته منك؟ فطفق الناس يلوذون بالنبي وبالأعرابي وهما يتشاجران، فقال الأعرابي: هلم شهيداً يشهد أني قد بايعتك، ومن جاء من المسلمين قال للأعرابي: إن النبي لم يكن يقول إلا حقاً، حتى جاء خزيمة بن ثابت فاستمع لمراجعه النبي للأعرابي فقال خزيمة: إني أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي على خزيمة فقال: بم تشهد؟ فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله شهادة خزيمة بن ثابت شهادتين وسماه ذا الشهادتين. »

وهذه الأخبار تجدها في وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧٤. أبواب كيفية القضاء، الباب ١٨. ومنها: خبر درع طلحه المذكور سابقاً. واستدل له أيضا بفحوى الأدلة الدالة على قضاء غير الإمام بعلمه، وبأن عصمه الإمام تمنع من التهمة، وبوجوب تصديق الإمام في كل ما يقول. وأما الإجماع، فقد حكى عن كتب جماعه من الأصحاب، كالإنتصار والخلاف والغنية والإيضاح وغيرها. هذا، وربما نقل الخلاف في هذه المسألة عن بعض القدماء.

إذا ثبت أن الإمام عليه السلام لا يقضى بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من

ص: ١٤٢

القضاء بعلمه بالأولويّه، ولكن قد وجدنا أنه قد قضى بعلمه فى بعض الموارد، إلا أن هذا بوحده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لابد من ملاحظه الأدله بالنسبه إليه.

وأما غير الإمام من القضاء، فلا كلام ولا إشكال فى حكمه بعلمه فى الشبهات الحكميه، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثه فى حكم الحبه - لاختلاف فتوى مقلديهما فى المسأله، فرضى الطرفان بالترافع عند مجتهد ثالث، حكم بينهما بما رآه، ولزم عليهما قبول حكمه.

وإنما الكلام فى الشبهات الموضوعيه، كما إذا تنازع زيد مع عمرو فى مال، وعلم القاضى بأنه لزيد، فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لا؟ الحق هو الأوّل، وفاقاً للمشهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، وقد حكى عن بعضهم التفصيل بين حق الله وحق الناس، فأجازته فى الأوّل دون الثانى، وعن آخر التفصيل على عكسه، لما تقرّر فى محلّه فى القطع الموضوعى، من أنه إذا أخذ القطع فى موضوع الحكم بما هو طريق له، قامت الإماره مقامه فى العمل - بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص - فإذا كان الظن الحاصل من البينه بما هى طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها، فإن العلم أقوى من البينه، فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويّه (١).

ويدلّ عليه - بعد الإجماع - ما ذكره من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم، أو إيقاف الحكم، واستلزامه عدم وجوب إنكار المنكر، وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

ص: ١٤٣

١- ١) وأشكل عليه بعدم معلوميه العله فى البينه حتى يقاس عليها العلم.

ويدلّ عليه أيضاً: عموم ما دلّ على الحكم بالحق والقسط والعدل، فإذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك وكان على عمرو قبوله.

وأشكل المحقق العراقي قدس سرّه على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم والحق والقسط والعدل هو الحكم والحق وأخويه في نفس الواقعه، ولازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا- من آثار الحجج عليه، ولكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافي ما في قوله: « رجل قضى بالحق وهو لا يعلم »، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعاً ولا تكليفاً . . .

ويمكن رفع المنافاه: بأنه وإن كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم، لكن هذه الروايه تقضى باعتبار أمر آخر مع ذلك، وهو كون القاضى عالماً بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم وفصل الخصومه.

وأما حمل الروايه على بيان شرطيه العلم في أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هذا القاضى، من جهه تجزيه على القضاء بغير علم وإن كان نافذاً، فخلاف الظاهر.

فيكون حاصل الجمع: إن الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقه، وإن كان هذا العلم جهلاً مركباً في نفس الأمر، ومع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالماً بالواقع فلا ينفذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، ومع علمهما بعدم المطابقه، فيؤثر الحكم في رفع الخصومه خاصه، فظهر أن العلم بوصف الطريقيه جزء لموضوع الحكم، وتقوم البيئه والأيمان مقامه مع عدمه، مع

الفرق بينهما من جهة أن العلم حجه بذاته ولا سبيل للجعل إليه، بخلافهما.

هذا، ولكنَّ المستفاد من طائفه من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى: « وَ لِيُحْكُمَ أَهْلَ الْأَنْبِيَاءِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ » (١) وقوله تعالى: « وَ أَنْ أُحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ » (٢) أن على الحاكم أن يحكم « بما أنزل الله » ، وظاهر ذلك أن « ما أنزل الله » هو موضوع الحكم بين الناس، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلاً، وإلا لم يجز الحكم لأنه افتراء على الله تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فإن علم به حكم بحسبه، ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلاً ولا شرعاً.

وأما اليقينات والأيمان، فلا تحمل على ما هو الغالب كما قال في (الجواهر)، بل إنها طريق شرعي لإحراز الموضوع - وهو الواقع - عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم ولا لليقينات والأيمان في فصل الخصومه.

وأما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي قَضِيهِ الْمَلَاعِنَةُ: « لَوْ كُنْتُ رَاجِعاً مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا » الظاهر في توقف الرجم على اليقينة بالرغم من علمه بالواقع، فلا يمكن حمله على مورد الشك.

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

ص: ١٤٥

١- ١) سورة المائدة ٥: ٤٧.

٢- ٢) سورة المائدة ٥: ٤٩.

وأما المتخاصمان، فلا- يحكم عليهما بالعمل بما أنزل الله، بل عليهما العمل بالحكم وتنفيذه، نعم، لا يكلفان بذلك في صورة علمهما بالخلاف، نعم، الحكم يفصل الخصومه بينهما.

هذا، وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم، فأفتوا فيها بالجواز.

منها: تزكية الشهود وجرحهم.

قلت: قد يقال بترتب الأثر هنا شرعاً على إقامه البيه للتعديل، وأنه لا يكفى علم القاضى بالعداله، ولكن يندفع هذا باستلزامه للدور أو التسلسل، على أنه قد حكى الإجماع على الجواز فى هذه المسأله.

ومنها: تعزير من أساء الأدب فى مجلس القضاء وإن لم يعلم به غير القاضى حتى لا تقل أبه القضاء.

ومنها: الإقرار فى مجلس القضاء وإن لم يسمعه غير الحاكم.

أقول: أما نحن، ففى سعه من إقامه الدليل على الجواز فى هذه الموارد، إذ المختار هو الجواز مطلقاً، لكن على من استثناها بيان ذلك (1).

ص: ١٤٦

١ - ١) وأما قول المحقق فى آخر المسأله: ويجوز أن يحكم... فالمراد منه أنه لا يشترط فى حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد بالحكم. وهو إشاره إلى خلاف بعض العامه. وفى القواعد: لكن يستحب. قال شارحوه: دفعاً للتهمه، لكن فى الجواهر: لم نتحقق دليله... .

المسأله الثانيه: (حكم ما لو لم يعرف عداله البينه)

قال المحقق قدس سره: « إذا أقام المدعى بينه ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدّلها، قال الشيخ رحمه الله يجوز حبسه لقيام البينه بما ادّعاه، وفيه إشكال، من حيث لم يثبت بتلك البينه حق يوجب العقوبه» (١).

أقول: في المسأله قولان، وقد جعل بعضهم الخلاف في المسأله مبيّناً على الخلاف في أن العداله في البينه شرط، فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها، فيكون قيام البينه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفي في ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها، ومع الشك فيه فالأصل عدمه.

وقد يؤيد الأول: بأن الأصل في الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، وبأن الأصل في فعل المسلم هو الصحه، فتحمل الشهاده على الصّحه ويحكم على طبقها.

وفي ذلك كله نظر، إذ لا يقتضى شيء من هذه الوجوه جواز حبسه، ولا سيّما في حال استلزام ذلك بقائه في السجن مدّه من الزمن، فأما أصاله الصّحه، فهي تجرى في فعل المسلم لا بالنسبه إلى شخصه، وأما كون الأصل في كلّ شخص مسلم هو العداله، فليس هذا أصلاً عقلاً يبنى العقلاء عليه أمورهم، وإجراء أصاله

ص: ١٤٧

الإسلام بالنسبة إلى من شك في كونه مسلماً في بلد أكثر أهله مسلمون، هو من باب الغلبه، وليست العدالة في هذا الحد بين المسلمين.

فالحق - وفقاً للمشهور - عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق، بل هو كذلك حتى على القول بمانعيه الفسق، لأنه - ولو سلم تماميه قاعده المقتضى والمانع - لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع، على أن مقتضى القول بتماميه القاعده في المقام هو الحكم رأساً لا الحبس ريثما يثبت الحق.

وبالجملة، فما لم تثبت عداله اليينه لا يجوز الحبس.

ص: ١٤٨

اشاره

قال المحقق قدس سرّه: « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلاّ أبطله، وكذا كلّ حكم قضى به الأوّل وبان للثانى فيه الخطأ، فإنه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ. . « (١).

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق، ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأوّل أو انزاله مثلاً، قال المحقق قدس سرّه: ينظر الثانى فى حكم الأوّل، فإن كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال، وإن وجدته مخالفاً للحق أبطله. وفى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم عليه، فلا يجوز له بعد الحكم الإباء عن قبوله أو المطالبه بتجديد المرافعه عنده أو عند حاكم آخر، لأنه ردّ عليه، والرادّ عليه كالرادّ على الإمام عليه السلام.

ولا إشكال فى عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع

ص: ١٤٩

مره أخرى، ولو رضى المحكوم له بذلك فقليل: لا مانع من ذلك، وقيل: لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له.

ومنشأ الخلاف هو هل يصدق الردّ بذلك أو لا؟ والأقوى هو القول الثانى، لصدقه حينئذ، على أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم، لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأوّل فى الحكم أو فى بعض مقدماته، كان له الترافع معه عند حاكم آخر... .

هذا كلّه بالنسبه إلى المحكوم عليه.

حكم نظر الثانى فى حكم الأوّل:

وأما بالنسبه إلى الحاكم الثانى، فقليل بوجوب النظر عليه فى حكم الأوّل، وقيل: لا يجب عليه ذلك، وقيل: بل لا يجوز.

ومنشأ الخلاف هو الخلاف فى صدق الردّ على النظر كذلك، لكن الظاهر العدم، كما أن جريان أصاله الصّحه فى حكم الحاكم الأوّل لا يقتضى حرمة النظر والسؤال عن الواقع فى ذلك المورد، ولا دليل على وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقداً وشك فى صحته، لم يمنع الإحتياط بإجرائه مرّه أخرى جريان أصاله الصّحه فيه، فالظاهر جواز النظر فى الحكم وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح، نعم، لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك، وأما القول بالوجوب فمشكل جداً، لأن الشك فى صحه حكم الحاكم الأوّل الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

وهل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجارية فى البلد؟ الظاهر: لا، إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم

الأوّل، فحينئذ، يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق « ينظر » فظاهره وجوب النظر، وبه صرّح في (الجواهر) (1) وقال في (المسالك) (2) بوجوب النظر في صورتين، إحداهما: دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل في حكمه، والثانيه: كون الغريم محبوساً ولم يفصل الأمر بعد.

أقول: إن كان النظر في مورد لم تفصل الخصومه فيه، فلا مانع منه بل هو واجب، وإن كان بعد تمام حكم الحاكم الأوّل، لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه، فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا- جوازه، لأن المفروض تمام الحكم فالردّ عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأوّل في الحكم. نعم، على الحاكم الثاني حينئذ مراجعه الغريم، فإن كان عنده ما يجب عليه أدائه، وجب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأما النظر في الحكم، فلا- وجه له. وحمل عبارته المحقق عليه غير صحيح، ولذا استشكل في (الجواهر) في الفتوى بوجوبه، وحمل في (المسالك) كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، وحمله في (الجواهر) على إرادته النظر إن شاء. وفيه: إن أدله حرمه النقض وإنفاذ الحكم، نعم المورد الذي احتمل صدقه فيه، فلا- يجوز النظر، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحة. . . فظهر: أنه لا بدّ من حمل عبارته المحقق قدّس سرّه على معنى آخر غير وجوب النظر، وما ذكره الشهيد الثاني هو الأولى.

بل لا يجوز النظر حتى مع تراضى الخصمين، خلافاً لصاحب (الجواهر)

ص: ١٥١

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٩٣.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٨٨.

قدّس سرّه، إذ لا وجه لذلك أيضاً، مع صدق النقض والردّ على هذا النظر، وحمل عبارته المحقق على هذا الوجه في غير محلّه.

ولا ينافي ذلك ما ذكره الأصحاب في آداب القضاء من نظر الحاكم الثاني في المحبوسين، إذ لا منافاه بين استحباب النظر وعدم جواز تجديد الحكم، بمعنى أن ينظر في المحبوسين، فمن وجده محبوساً بحكم حاكم تركه في الحبس...

نعم، يجب تجديد النظر في صورته دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الأوّل على خلاف القواعد والأحكام المقررة في القضاء، فإن كان حكمه عن تقصير فهو ضامن، وإن كان عن قصور فضمانه من بيت المال.

فالحاصل: إنه مع حكم الحاكم الأوّل وفصل الخصومه بحكمه وحبس المحكوم عليه، لا يجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم عليه عن أداء الحق، وإن رضى المحكوم له بذلك.

وقد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر، إلا في صورته دعوى المحكوم عليه مخالفة الحاكم الأوّل لأحكام القضاء في حكمه، فإنها مورد البحث والكلام، فقييل بلزوم النظر وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح، وأنه ينفذ حكم الحاكم الثاني وإن استلزم النقض.

أقول: إن استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل، وإلا وجب النظر، إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

وأما التبع لحكم الحاكم الأوّل والتفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه والبحث عن صحته وعدم صحته من غير موجب لذلك، فغير جائز، إلا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأوّل بوحده لا يكفي للحمل على الصحة، فلو حكم على الغريم بأداء الحق وأخذه منه وأعطاه لمن له الحق، فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لأنه نقض

لحكمه أو لأنه ليس مورداً للإبتلاء، وأما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصاً، فعندما حضر الحاكم الثانى وأراد استيفاء الحق، فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوّغاً لاستنقاذ الحق، لكن عبارته المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى، فإن ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

وكيف كان، فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، إلّا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادّعى المحكوم عليه الإعسار، سمعت دعواه وطولب بالبيّنه وأمهل حتى اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصورة مشكل.

وأما لو ادّعى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل فى الحكم، فهل يكون سماعها رداً على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه إن كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه والمحرم نقضه، هو الحكم الصادر بحسب القواعد والأدلة الشرعية، فكلّ حكم لا يكون كذلك فليس حراماً نقضه، فلا وجه لقول صاحب (الجواهر) « وإن اقتضى نقض الأوّل ». وأما إذا صدق عليه النقض، فلا مناص من الإلتزام بتخصيص أدلّه سماع الدعوى لأدلّه نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم، إلّا إذا كان عن جور أو تقصير.

ويكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم - مع وجود الأدلّه الآمره بحمله على الوجه الصحيح - هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور، لأن هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخص: إن الحق وجوب النظر فى هذه الصورة، وعليه يحمل عبارته المحقق كما فى (المسالك)، وأما حملة على صورته تراضى الخصمين أو صورته صدور الحكم

من الحاكم الأول من غير استنفاذ للحق كما في (الجواهر) ، فغير صحيح كما تقدّم، وقد عدل هو قدّس سرّه عن ذلك أيضاً، وحمله على إرادته النظر إن شاء، وقد تقدّم ما فيه أيضاً.

متى يجوز النقض؟

وكيف كان، فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الإجتهادي المعتبر، ولا- يختص جواز النقض بصورة مخالفته الحاكم الأول للإجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. وبعبارة أخرى: إن كان الحكم الأول طبق الموازين الشرعيّة فلا يجوز نقضه، سواء بالقطع النظري أو غيره من الأدلّة المعتبره أو الظن الإجتهادي، وأما إذا كان الحاكم الأول مقصّيراً في اجتهاده، أو قد حكم غافلاً عن دليل معتبر في المسألة فأخطأ على أثر ذلك في الحكم، جاز نقض الثاني حكمه، سواء كان عن قطع أو غيره.

والأوضح أن يقال: إن أمكن للحاكم الثاني أن يعذر الأول في حكمه - وإن كان مخالفاً له في الرأي - فلا يجوز نقضه، وإن لم يمكنه ذلك نقضه بلا إشكال، بل إن هذا ليس نقضاً في الحقيقة، وإنما يكون تنبيهاً على الخطأ في الحكم.

ولا- فرق في هذا بين العقود والإيقاعات وغيرها، حتى الأحكام الوضعيّة كالطهاره والنجاسه ونحوهما، ولا بين حق الله سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشئ عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك، وإنما يجوز نقضه بالقطعي من إجماع أو سنّه متواتره أو نحوهما، فمندفعه أولاً: بأنه إجماع منقول، وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الإجتهااد عنده بعد تبدّل رأيه أو عند الحاكم الثاني، فلا يكون حجه حينئذ ولا

يصدق عليه النقض، لعدم وجوب تنفيذه بعد ظهور بطلانه.

وحيث لم يجز النقض وجب على الحاكم الثانى إنفاذ حكم الحاكم الأوّل وإن خالفه فى الرأى، ولكن هل يجب عليه متابعه الحاكم الأوّل حينئذ عملاً بالنسبه إلى نفسه ومقلّديه، أو يكتفى فى التنفيذ بمقدار فصل الخصومه به؟ ظاهر (الجواهر) الأوّل، والمختار هو الثانى، لئلا يلزم القول بالتصويب.

وكما لا- يجوز نقض الحكم بالحكم، كذلك لا- يجوز نقضه بالفتوى، بل يبقى الحكم فى مورد النزاع على قوته ونفوذه وإن تبدل الرأى، ولا- فرق هنا أيضاً بين العقود والإيقاعات والأحكام الوضعيه، وكذا الأمر فى العبادات، فلو توضّأ بماء محكوم بالطهاره صحّ وضوؤه وصلاته به. قالوا: والدليل هو الإجزاء.

أقول: الإجزاء تاره يكون بالحكم الظاهرى، وأخرى بالحكم الاضطرارى الثانوى. أما فى الثانى، فمع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقه، وأمّا فى الأوّل، فمعه يبنى الحكم بصحّه الصلاه على القول بالإجزاء. وكيف كان، فإنّ بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح.

وأما الفتوى، فيجوز نقضها بالحكم، وحينئذ، يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلّديهم تنفيذ هذا الحكم وإمضاؤه، فلو كان مذهبه - إجتهداً أو تقليداً - نجاسه عرق الجنب من الحرام مثلاً، واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام، فتنازع مع البائع فى صحه البيع وعدمها، وترافعا إلى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحه البيع، فحكم بصحته، لزم على المشتري العمل بحكمه وجاز له التصرف فى ذلك المائع، ففى هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهاره ويبنى عليها وينقض الفتوى بالنسبه إليه بذلك الحكم.

وأما بالنسبه إلى سائر الموارد، فيعمل على طبق مذهبه وهو القول

بالنجاسه، وحتى أنه إذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بطهاره عرق الجنب من الحرام مرّه أخرى، يبقى على ذلك، ما لم يقع نزاع ولم يرجع إلى الحاكم.

وحيث حكم بطهاره هذا المائع، فلو لاقاه مائع آخر، فهل يحكم بطهاره الملقى كذلك أو لا؟ إن كان النزاع في صحه البيع وبطلانه، فحكم الحاكم بصحّه البيع دون طهاره المائع، فقبل في هذه الصوره يحكم بصحّه البيع وطهاره المائع الأول دون الملقى.

وإن كان النزاع في نفس الطهاره والنجاسه، فمع الحكم بالطهاره يترتب جميع آثار الطهاره عليه.

□
وسيجيّ تتمه لهذا الفرع إن شاء الله تعالى.

وبالجملة، فإن الحكم ينقض الفتوى، من غير فرق بين أن يكون الحكم في العقود والإيقاعات والأحكام الوضعيه، فيجب تنفيذ الحكم مطلقاً، إلا في صوره القطع بمخالفته للواقع.

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى، فالظاهر ذلك، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدّل رأيه في المسأله واختار القول بنشر هذا العدد للحرمة، قال في (الجواهر) ببقاء الزوجيه، وهو مشكل، لأنه بناء على الطريقيه، فقد انكشف الخلاف وظهر له بطلان هذا العقد من أصله، وبناء على السببيه حيث يحكم باستمرار الحكم، ففيه: أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علقه الزوجيه بينهما، فالعقد باطل من أصله، فكيف يستمر الحكم؟

وكذا الكلام في ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقاً، ثم تبدّل رأيه وأفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن وإلا لم تصح الصلاه فيه. وتفريق صاحب (الجواهر) - بين النكاح حيث اختار فيه العدم وبين الثوب حيث اختار

فيه النقض - غير واضح، وإن ادّعى في (منيه الطالب) الإجماع على عدم النقض، وتمسك في (الجواهر) بالسيره، لأنه لو تم ذلك كان لانزمه رفع اليد عن الحكم الواقعي في ذاك المورد ونظائره، وقد ذكر السيد الأستاذ دام بقاه في (الحاشيه على العروه) في مسأله عدول المجتهد عن فتواه: أن الأحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقه، إلا أن يدعى العسر والجرح، وفيها إشكال آخر، فإن الجرح يرفع التكليف ولكنه لا يغير الحكم الشرعي.

بم يتحقق الحكم؟

وهل يشترط في وجوب امتثال الحكم كونه صادراً في مورد نزاع وتخاصم؟ لا إشكال في صدق الحكم إن كان في مورد النزاع، كما لا- إشكال في نفوذ الحكم الصادر في غير المورد المذكور كالهلال - مثلاً -، وأما إذا حكم في مورد نزاع قبل التحاكم إليه، ففي نفوذه إشكال، إلا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهه كونه منصوباً من قبل الإمام عليه السلام، وأنه كما ينفذ حكم الإمام من غير تخصص فهو كذلك، ولكن في صدور مثل هذا الحكم من الإمام تأمل، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

ولا إشكال في تحقق الحكم بلفظ « حكمت » و « أنفذت » ونحوهما كقوله: « إُدفع إليه ماله » بقصد الإنشاء.

وهل يتحقق بقوله: ثبت عندي؟ الظاهر: العدم، ولذا يمكنه نقضه بعدئذ.

وهل يتحقق الحكم بالفعل، كأن يعطى الشئ لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه إشكال، للشك في شمول الإطلاقات له.

والقدر المتيقن من الحكم كلّ لفظ ظاهر في إنشاء الحكم، فلا يكفي الفعل والكتابه ونحوهما.

هذا، ومع تغيير رأى المجتهد يجب عليه إعلام مقلديه بذلك؟

أقول: أما بالنسبة إلى المجتهد، فإنه مع تغيير رأيه - بحيث يكون الرأى الثانى مقتضياً لفساد الأول من الآن على الأقل - يجب الإعلام لأمرين، أحدهما: إن لازم تغيير رأيه كذلك بطلان عمل مقلديه بالرأى السابق، والآخر: وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإرشاد الجاهل، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد إعلام مقلديه بتغيير رأيه.

وأما مع العدول لدليل ظنى لا يقتضى فساد الإجتهد الأول فقليل: لا يجب الإعلام، وهو مشكل، لأنه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق، لا يبقى له ظن بذلك الرأى بل ينقلب إلى الشك.

فالحق: أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعى أو بدليل ظنى، فإن كلاً منهما يرفع طريقه الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير. ودعوى القطع بعدم وجوب الإعلام غير واضحة، والتمسك بسيره العلماء واختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد، يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه الصلاه والسلام.

وأما بالنسبة إلى المقامد، فإن المقامد إذا لم يعلم بتغيير رأى المجتهد يعمل بالفتوى التى تعلمها، فإن لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم، ومعه، فلا يجب على المجتهد الإعلام، إذ لا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه، وإن كان شاكاً فى تغيير رأى مقلده، كان له استصحاب بقاء الرأى السابق، أو استصحاب عدم تغييره، وحينئذ، فلا إثم عليه فلا موضوع للنهى عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه كذلك، وإن علم بتغيير الرأى، وجب عليه العمل

بالرأى اللاحق.

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقة وقد كان الرأى متغيراً فى الواقع، فإن أفتى المجتهد بصحّ عمله فهو، وإلا فقد قيل بجريان الإستصحاب هنا.

وتوضيحه: إنه لو تيّقن سابقاً بأن الواجب فى الصلاه ثلاث تسيّحات ثم شك فى صحّ هذا اليقين، كان مقتضى دليل الإستصحاب هو العمل على طبق اليقين السابق، وهنا المقلّد متيقّن من صحّ صلاته - مثلاً - ومع الشك فى صحه يقينه بالصحّ يستصحب، فإن تمّ استفاده هذا المعنى من دليل الإستصحاب كانت صلاته بدلاً عن الواقع، وأما على قول الجماعه الذين يستبعدون استفاده هذا المعنى من الدليل، فلا- سبيل إلى تصحيحها، إلاّ- بما تقدم من أن الإجتهد اللاحق لا يوجب بطلان الإجتهد السابق فلا يجب الإعلام، وأعمال المقلد صحيحه، لأن كلاً من الرأيين مستند إلى دليل ظنى.

وعن المحقق القمى قدّس سرّه: إن المقلّد إن عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صحّ عمله، لكن فى (العروه): عمل الجاهل المقصّر الملتفت باطل وإن كان مطابقاً للواقع، وقد ذكر الاستاذ فى (التعليقه) إن هذا إن كان عبادياً ولم تتمش منه القربه (1)، وأما التوصلى فصحيح، وأما إذا اتفق مطابقته للواقع وتمشّى منه قصد القربه فلا تجب الإعاده.

وعنه قدّس سرّه: إن طابق العمل فتوى المجتهد وشك فى مطابقه الفتوى للواقع، فيحمل على الصحّ بعد العمل.

ص: ١٥٩

قلت: الحمل على الصّحة بعد العمل له صور:

١ - أن يشكّ بعد العمل، كأن يشكّ بعد الفراغ من الوضوء في تحريك خاتمه مثلاً، فهنا يحمل على الصّحة عند الكلّ.

٢ - أن يعلم - في المثال المذكور - بعدم تحريكه للخاتم في حال الوضوء، لكن يحتمل نفوذ الماء إلى تحته. وهذه الصورة خلافية.

٣ - أن يعلم بعدم التحريك وعدم النفوذ معاً، فلو أن مجتهداً أفتى بعدم إخلال ذلك في صحّ الوضوء وشك في مطابقه هذه الفتوى للواقع، فهل يحمل الوضوء على الصّحة الواقعية؟ مقتضى كلام القمى: نعم. وهو مشكل جداً.

كالإشكال فيما قد يقال بصحة العقد من المجتهد أو مقلّده إذا أوقعه على خلاف الإجتهد أو التقليد، وكان موافقاً لأحد الآراء في المسألة، بل الأصل في العقود هو الفساد. هذا في صورته الاحتمال. وأما مع وجود الطريق عنده إلى بطلان هذا العقد، فلا يحكم بصحّته بالأولوية.

وأما لو أتى بالأعمال مدّة من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الإلتفات إلى وجوب التقليد، يجب عليه ذلك، ثم إن كلّ ما طابق من أعماله السابقة فتوى المجتهد الذي يريد تقليده، فصحيح، لأن فتوى المجتهد تكون طريقاً إلى الواقع، وإلا، فإن أمكن الحكم بصحّتها على بعض القواعد فهو وإلا لزمته الإعادة. . . .

ولو أوقع العقد وتنازعا في صحّته تبعاً لفتوى مقلّديهما، وجب الرجوع إلى حاكم ثالث، وحكمه نافذ في حقهما.

والحاصل في مسأله الإعلام بتغيّر الرأى: أنه إن كان المجتهد يرى صحّ أعمال المقلّد حسب الفتوى السابقة، فلا يجب الإعلام، وأما مع القطع ببطلانها

فيجب. قال في (الجواهر) (١): « بل الظاهر اتّحاد الحكم والفتوى في ذلك » يعنى: إنه ينكشف له بطلان الحكم من حينه لا أنه ينقضه الآن.

والمقلّد إذا شك في تغيير رأى المجتهد استصحب وكان عمله صحيحاً، والمراد من الصحّ أنه إن طابق الواقع فهو، وإن كان على خلافه كان معذوراً، وقد أدرك مصلحة العمل بالحكم الظاهري بناء على الأجزاء، وليس المراد من الصحّ هو صحه عمله سواء طابق أولاً. وإذا كان الأمر كذلك، لم يجب على المجتهد إعلامه بتغيير رأيه.

نعم، يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفتوّ المصلحه على المقلّد.

إلا أنه قد يجاب: بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل إجراء المقلّد هذا الإستصحاب الذى لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع؟ الأقوى: إنه لا يجوز له السكوت، لأنه هو السبب في وقوع المقلّد في خلاف الواقع فيجب عليه الإعلام من هذه الجهة، لا- من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بخلاف ما إذا لم يكن هو السبب، فلا يجب عليه الإعلام والمنع عن إجراء الإستصحاب، إلّا في الدماء والفروج لأهمّيها عند الشارع.

وكذا الأمر في صورته تيقّن المقلّد بعدم تغيير فتوى مقلّده وكون عمله طبق الفتوى السابقة، مع تغييرها في الواقع، فهنا جهل مركب، ولا حكم ظاهري، فإن الأقوى حينئذ وجوب الإعلام وإن طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لأن هذا

ص: ١٤١

المجتهد لما تغيّر رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الأعمال.

وأما ما عن المحقق القمي من صحه عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير، فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبنى على ما ذكروا في الأصول من أنه إذا قامت حجّة، وكان عمل الشخص بلا التفات إليها، ثم صادف العمل تلك الحجّة، صح عمله وجاز للعبد الإحتجاج بتلك الحجّة، وإن كان حين عمله جاهلاً بها، لكن فيه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتفاقاً تكفى لصحه العمل، أما مطابقته للحجّة التي، فلا يعلمها لا توجب صحه العمل عقلاً، بل العقل يجوّز مؤاخذه المولى للعبد في مثل المورد.

ثم إنه لو كان كلّ من الصحيح والفساد معلوماً، ثم شك في صحه عمله، جرت أصاله الصحه، وأما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليتمسك به.

ص: ١٦٢

المسأله الرابعه: (فى تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق قدس سره: « ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم من كان قبله » (١).

أقول: ليس على الحاكم الثانى تتبع حكم الأول، حملاً لذلك الحكم على الصحه، وإن جاز له ذلك، سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا، للأصل.

وأشكل فى الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الأول، فعليه ترك التتبع لئلا يؤدى إلى ذلك وحمل الحكم على الصحه وإنفاذه، نعم، إذا طوب بالحكم فى المسأله كان عليه الفحص والتتبع.

وفيه: إن العثور على خطأ الحاكم الأول لا- يوجب القدح فيه ألبته حتى لا يجوز، إذ لا يسلم من الخطأ إلا أهل العصمه عليهم الصلاه والسلام. نعم، لو علم بأن تفحصه سيؤدى إلى العلم بفسق الحاكم الأول، لم يجز له التتبع، إلا إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه مثلاً.

وبالجملة، فإن النظر فى حكم الأول يحتاج إلى مسوغ، كأن يطلب المحكوم عليه ذلك، أو يتوقف عليه إحقاق حق، أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، والعثور على الخطأ ليس بقادح.

ص: ١٦٣

وقد حمل في (الجواهر) (١) قول بعضهم بلزوم النظر على الثاني، على صورته عدم تمام حكم الحاكم الأول، أو تراضى الخصمين بتجديد النظر.

نعم، لو علم الثاني بفساد حكم الأول، وجب عليه التبع، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس، وقيل: لو رضى المحكوم له بذلك في حقوق الناس.

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

قال في (الجواهر) : بلا - خلاف أجده بين من تعرض له متما، وأوضحه بقوله: لأنها دعوى لا - دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه في إطلاق ما دلّ على قبول كلّ دعوى من مدّعيها من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ « البينه على المدعى » وغيره (٢).

أقول: وأيّ دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى والنظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فإن قيل: لعل وجه الدلالة أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور، فإن الحاكم الثاني يطالبه بالبينه وينظر في القضية.

قلنا: إن الأمر الإجتهادى والحكم الشرعى ليس من الأمور التى تقام البينه عليها، بل يجب عليه النظر فى حكم الأول وأدلتة - عند دعوى الجور - ثم الحكم فى القضية عن علم.

ص: ١٦٤

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٣.

فظهر أن مورد النظر في حكم الأوّل دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثاني بفساد حكمه، ومن هنا قال المحقق:

« وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأوّل أبطله، سواء (١) كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » (٢).

وقيل: إن الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام - خصوصاً أو عموماً - له الولاية على الناس وحكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه، لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم. هذا ما قاله بعضهم، ولذا حمل كلام المحقق على صورته كون الحاكم الأوّل معزولاً، ولا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى.

لكن فيه: إن النظر في حكم الأوّل في صورته العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور، ليس نقضاً لحكمه و ردّاً عليه، وهو وإن كان له الولاية، إلا أنه قد ولي لأن يحكم بالحق، ومع الجور في الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه، والمولى عليه إن علم بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقة بأموره، يجوز له الردّ عليه، فلو عقد له امرأه وظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجية، لأنه كان ولياً عليه لأن يوقع عقداً صحيحاً، وحيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، ويترتب الأثر على رده عندما يكون متمكناً منه.

ص: ١٦٥

١-١) قول المحقق « سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » إشارته إلى ما عن الشيخ - وتبعه بعضهم - من أنه لا ينقض حق الآدمي إلا - مع المطالبة، لأن صاحب الحق ربما أسقطه، وأما إذا كان حقاً لله تعالى فإنه ينقضه لأن له النظر في حقوق الله تعالى.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

المسألة الخامسة: (في دعوى أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين، وجب إحضاره وإن لم يقيم المدعى بينه، فإن حضر واعترف ألزم » (١).

أقول: إذا ادعى أن له عند الحاكم المعزول حقاً من دين ونحوه أو قال: ارتشى منى، وجب إحضاره للفصل بينهما بحسب الموازين الشرعية، كغيرها من الدعاوى.

وإن ادعى أنه قضى عليه بشهادة فاسقين عنده وعادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شيء، لأن المفروض حكمه بشهادة شاهدين عادلين، فإن جاء المدعى بالبينه لجرهما فهو وإلا فلا تسمع دعواه.

وإن ادعى أنه قد حكم عليه بالجور، لأنه قد حكم بشهادة فاسقين عنده أيضاً، ففي هذه الصورة قال المحقق: يجب على الحاكم إحضار الحاكم الأول وإن لم يقيم المدعى البينه، ثم بعد إحضاره يطالب المدعى بالبينه، فإن أقامها فهو وإلا فإن اعترف الحاكم الأول بما يدعيه المدعى ألزم، وما قطع به قدس سرّه هو مذهب الأكثر. وقيل: لا يحضر الحاكم إلا أن يذكر المدعى أن له بينه بذلك.

وعلى تقدير إحضاره - سواء قلنا بجوازه مطلقاً أو بعد ذكر المدعى وجود

ص: ١٦٦

البينه - فإن أقام المدعى البينه حكم الحاكم فى القضية بحسب الموازين الشرعيه، وإن اعترف الحاكم أزم، وإن قال: ما حكمت عليك بشهاده فاسقين كان منكراً والخصم هو المدعى « وإن قال: لم أحكم إلا بشهاده عادلين، قال الشيخ: يكلف البينه، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه» ويكون خصمه المنكر، فإن أقام البينه فهو وإلا حلف الخصم.

قال المحقق: « ويشكل بما أن الظاهر استظهار الحكّام فى أحكامهم، فيكون القول قوله مع يمينه، لأنه يدعى الظاهر» (١) وهذا مذهب الأكثر، فعلى من ادعى خلاف الظاهر - وهو الخصم - إقامه البينه على دعواه، كما هى القاعده المقرره فى نظائر المسأله.

ومورد البحث فى هذه المسأله هو الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام فى زمن الحضور والمعزول من قبله، وأما قبل العزل، فلا تسمع دعوى المولى عليه، وبه صرح فخر المحققين فى (شرح القواعد) (٢) ومن هنا قيد المحقق ب (المعزول) (٣).

ص: ١٤٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٢-٢) إيضاح الفوائد فى شرح القواعد ٤: ٣٢٠.

٣-٣) والحاصل: أن فى المسأله خلافاً فى موضعين أحدهما: فى وجوب إحضار الحاكم الثانى للحاكم الأوّل المعزول، فقال المحقق والعلامة فى القواعد: وجب إحضاره وإن لم يقم المدعى بينه، ونسبه فى المسالك إلى الأكثر وقال: وهو الأقوى. وقد استدل له بأنها دعوى شرعيه يشملها عموم: « البينه على المدعى واليمين على من أنكر» فيجب سماعها وترتيب الأثر عليها بإحضار المدعى عليه، وهو الحاكم المعزول، والنظر فى المرافعه، وإن لم يقم المدعى بينه له بذلك، قال فى الجواهر: بل وإن صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، ولاحتمال إقراره، وأبهبه القضاء لا تنافى ذلك. وعن بعضهم: لا تسمع مطلقاً، وقيل: لا تسمع إلا أن يذكر المدعى أن له بينه عليه بذلك، لأن الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب فيعمل بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحججه بخلافه، ولأن فتح هذا الباب موجب للطعن فى الحكّام. وهذا القول اختيار فخر المحققين. والثانى: أنه على تقدير إحضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم إلا بشهاده عدلين، فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر إلى البينه وإلا قدم قول المدعى؟ اختار الشيخ فى المبسوط الثالث، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه، فعليه البينه حينئذ. واختار فى المسالك الثانى قائلاً: وهو الذى مال إليه المصنف والعلامة وأكثر المتأخرين، وهو قول الشيخ أيضاً فى الخلاف وابن الجنيد، لادّعائه الظاهر كسائر الأئمة إذا ادعى عليهم خيانه. وقد أشكل المحقق على قول الشيخ بما سمعت، وفى القواعد: وفيه نظر، لأن الظاهر من الحكّام الاستظهار فى حكمهم فيجب عليه اليمين لادّعائه الظاهر. وقد ردّ دليل الشيخ: بمنع كون مطلق نقله المال موجباً للضمان، بل إنما يكون سبباً للضمان مع التفريط، والأصل عدمه، وبأن هذا يؤدى إلى امتهان الحكّام وزهدهم فى الأحكام. وقيل: إنه يصدق بغير يمين، لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال. وقد حكى الشيخ هذا القول فى المبسوط، قال فى المسالك: واستحسنه الشيخ فخر الدين فى شرحه بعد أن رجح القول الثانى، ولا نعلم به قائلاً من الأصحاب، وفى مفتاح الكرامه: حكاه الشيخ وهو الصواب. هذا، وظاهر السيد الأستاذ موافقه المحقق فى كلا الموضوعين.

المسأله السادسة: (فى تعدّد وعداله مترجم الحاكم)

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا افتقر الحاكم إلى مترجم، لم يقبل إلا شاهدان عادلان ولا يقنع بالواحد، عملاً بالمتفق عليه» (١).

أقول: إذا افتقر الحاكم إلى المترجم، فقد حكى الإجماع على اشتراط كون

ص: ١٦٨

(١ - ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

المرجم بالغاً عادلاً وإن كانت سيره قائمه على القبول وترتيب الأثر مع الوثوق والإطمينان وإن لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً، فالناس في حوائجهم الشخصية يكتفون بالطريقه النوعيه لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك.

إنما الكلام في التعدد، فهل يكفي المترجم الواحد البالغ العاقل، أو لابد من التعدد؟ فهل هو كالبينه حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفي الواحد؟

إن كانت الترجمة شهادة، فلا بد من التعدد لقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (١) وإن كانت إخباراً، أمكن القول بكفايه الواحد بناء على شمول أدله حجه خبر الواحد لجميع الإخبارات.

قال المحقق بلزوم التعدد، لأنه القدر المتيقن من الحجه، وكأنه قدس سره غير جازم بكون الترجمة خبراً أو شهادة، إذ لو كان جازماً بكونه خبراً لأفتى بكفايه الواحد، وإن كان جازماً بكونه شهادة لأفتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن، لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضى عدم لزوم التعدد مع الشك في حجه ترجمه الواحد.

وقيل: الروايه خبر والشهادة خبر، ولكن اشترط في حجه الثاني أن يكون المخبر متعدداً، فأدله حجه خبر الواحد تقتضى حجته إلغافى مورد الشهاده حيث قام الدليل على لزوم التعدد، ومع الشك في كون الترجمة شهادة، يتمسك بعموم أدله حجه خبر الواحد، أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل (٢).

ص: ١٦٩

١-١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٢-٢) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمده الأدله على حجه خبر الواحد هي سيره، وهي قائمه على اعتبار خبر الثقة في الأحكام والموضوعات على السواء، ولما كان اعتبار سيره متوقفاً على عدم ردع الشارع، فإنه في كل مورد قام الدليل الشرعي على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعاً في ذاك المورد، وحيث لم يرد نص في اعتبار التعدد في خصوص الترجمة ليكون رادعاً عن سيره، جاز الإكتفاء بترجمه الواحد. وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به في الجواهر عن هذا القول.

وأجاب في (الجواهر) بأن الشهاده غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان، وليست الشهاده خبراً مقيداً بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك. هذا أولاً.

وثانياً: إن عمدته الأدله لحجيه خبر الواحد هو السيره، وهو دليل لثبى يؤخذ منه بالقدر المتيقن، وهو غير ترجمه (1).

فإن قيل: إن آيه النبأ (2) مطلقه، ومفهومها عدم وجوب التبين عند إخبار العادل، والمترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد.

وأجاب في (الجواهر): بأن التبين غير واجب، ولكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الآيه، ولا منافاه بين عدم وجوب التبين ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص.

وأيضاً: آيه النبأ وارده في مورد موضوع خاص يحتاج إلى البيئه.

وأيضاً: آيه النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست في مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هي في مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر والتعويل على قول الفاسق، وبعبارة أخرى: ننكر أن يكون للآيه مفهوم.

والحاصل: إنه لا إطلاق للآيه الكريمة.

والأولى أن نقول: إن لم تكن ترجمه في مورد الحكم ومقام الترافع - نظير الواعظ الذى يقرأ الروايه على المنبر وبتترجمها - كفى الواحد، والسيره قائمه على

ص: ١٧٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧.

٢-٢) وهى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بَنِيًّا فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُكُمْ بِحُورِ عَلِيٍّ مِمَّا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾
سوره الحجرات ٤٩: ٦.

قبول هذه الترجمة، بل الترجمة في هذه الحالة نظير الرجوع إلى أهل الخبره عرفاً، وإن كانت في مورد الحكم وتوقف القضاء عليها، اشترط فيه التعدد.

وبالجملة: إن كليهما إخبار، غير أنه في مورد الترافع شهادة فيعتبر التعدد، وفي مورد غيره إخبار، وحيث تكون الترجمة للشهادة في مورد الترافع فإنها تكون شهادة على الشهادة، وعليه، ففي الشهادة على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين.

وكذا في مورد لا يسمع الحاكم الشهادة، فمع الحاجة إلى مسمع الحاكم يكفي الاثنان وإن لزم أن يكون الشهود أربعة.

المسألة السابعة: (في شرائط كاتب القاضى)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اتخذ القاضى كاتباً، وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً، ليؤمن انخداعه، وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً » (١).

أقول: ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً. وقد قال المحقق: « إذا اتخذ » لكن في (المسالك): ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً، لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضرات والسجلات والكتب الحكمية، والحاكم لا يتفرغ لها غالباً، ومن المشهور أنه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كتاب.

وذكر في (المسالك) (٢) أوصافاً أخرى اشترطها في الكاتب استحباباً حيث قال: ويستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسده، لكيلا يخدع من غيره بمال وغيره، وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل، وأن يكون جيّد الخط، ضابطاً للحروف لئلا يقع في الغلط والاشتباه.

وعن بعض العامة: إن الكتابه هي للتذكّر، فلا يشترط في الكاتب وجود شيء من هذه الأوصاف، بل يجوز أن يكون غير مسلم ولا عادل.

أقول: يحتاج إلى هذه الأوصاف في الكاتب حتى على القول بعدم الإعتبار بالقرطاس، وذلك من جهات أخرى، كاشتغال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلاً، لكي يتمكن من استئمانه عليها ويحصل الإطمئنان بها.

ص: ١٧٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٩٦.

قال المحقق: « الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما اطرح، وإن جهل الأمرين بحث عنهما» (١).

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه وطالبه الحاكم بإقامه البينه، فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم ولا حاجه إلى التزكيه، وإن عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وإن جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه - إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانها - فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهما السلام قال:

« كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إِذَا تَخَاصَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ قَالَ لِلْمُدَّعَى: أَلَيْكَ حُجَّةٌ؟ فَإِنْ أَقَامَ بَيْنَهُ يَرْضَاهَا وَيَعْرِفُهَا، أَنْفَذَ الْحُكْمَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيْنَةٌ، حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِاللَّهِ مَا لَهَذَا قَبْلَهُ ذَلِكَ الَّذِي ادَّعَاهُ وَلَا شَيْءَ مِنْهُ. وَإِذَا جَاءَ بِشُهُودٍ لَا يَعْرِفُهُمْ بِخَيْرٍ وَلَا شَرٍّ قَالَ لِلشُّهُودِ: أَيْنَ قِبَائِكُمَا؟ فَيَصْفَانِ، أَيْنَ سَوْقِكُمَا، فَيَصْفَانِ، أَيْنَ مَتْرَلِكُمَا؟ فَيَصْفَانِ، ثُمَّ يَقِيمُ الْخِصُومَ

ص: ١٧٣

والشهود بين يديه، ثم يأمر فيكتب أسامى المدعى والمدعى عليه والشهود، ويصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما وأسواقهما ومحالهما والربض الذى ينزلانه، فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان.

فإن أتوا خيراً وذكروا فضلاً رجعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما وأحضر الشهود، فقال للقوم المثين عليهما: هذا فلان ابن فلان، وهذا فلان ابن فلان، أتعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: إن فلاناً وفلاناً جاءنى عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح أنكما قالوا، فإن قالوا: نعم، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه.

فإن رجعا بخبر سيئ وثناء قبيح دعا بهم، فيقول: أتعرفون فلاناً وفلاناً؟ فيقولون: نعم. فيقول: ااعدوا حتى يحضرا، فيقعدون، فيحضرهما فيقول للقوم: أهما هما؟ فيقولون: نعم، فإذا ثبت عنده ذلك، لم يهتك سرّ الشاهدين ولا عابهما ولا وبّخهما، ولكن يدعو الخصوم إلى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلا يفتضح الشهود ويستر عليهم، وكان رؤوفاً رحيماً عطوفاً على أمته.

فإن كان الشهود من أخلاط الناس، غرباء لا يعرفون، ولا قبيله لهما ولا سوق ولا دار، أقبل على المدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلا خيراً، غير أنهما قد غلطا فيما شهدا على، أنفذ شهادتهما، وإن جرحهما وطعن عليهما، أصلح بين الخصم وخصمه، وأحلف المدعى عليه، وقطع الخصومه

قال: « وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما. . . وقال في الخلاف: يحكم، وبه روايه شاذه» .

أقول: لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما، من جهة الشك في إسلامهما، فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم والتفحص عن حالهما، وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور، لأن الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم إليه، ومن شرائط الحكم بالحق عداله الشاهدين في مورد قيام البيئه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق.

ومذهب المشهور أن عداله أمر زائد على الإسلام بل الإيمان أيضاً، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٢) فإنه ظاهر في أن عداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافياً لما قيد بالعداله مع وجود كلمه « منكم» ، وهذه الآيه المباركه تقييد الآيه الأخرى: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ» (٣) بالمنطوق أو بمفهوم الوصف، والظاهر من الآيه - لكونها في مورد الشهاده - بيان الحكم الوضعي، أي: إن شرط قبول الحكم موقوف على كون البيئه عادله.

ص: ١٧٥

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٩/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ٦، عن تفسير الإمام العسكري: ٢٨٤.

٢- ٢) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

وعن الشيخ في (الخلاف) والمفيد وابن الجنيّد (1): عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدين مع العلم ياسلامهما، قالوا: والآيتان تدلان على قبول شهاده المسلم، والتقييد المذكور غير تام، لعدم حجيه مفهوم الوصف، وقال تعالى: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا. . .» (2) وهو ظاهر في أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك في كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين.

أقول: إنا لو سلّمنا ما ذكروا بالنسبه إلى الآيتين، فإن هذه الآية الثالثه الداله على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل: استشهادوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم، فإن أرادوا التمسك بإطلاق الآيتين، كان من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه. وحيث أن الدليل الدال على اشتراط العداله لا يوضح معنى العداله، كان للقائل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين، أن يقول بأن الإسلام عداله، لكننا نقول: لا إشكال في أن أحكام الإسلام مبنيّه على العداله، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلاً، لأنه يأتي بجميع الأحكام ويطيعها فعلاً وتركاً، فإن أرادوا من قولهم: «الإسلام عداله» هذا المعنى، فهو صحيح، وإن أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فإن أثر التفوه بالشهادتين - كما في الروايات - هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين، وهذا أمر تعبدى لا يفيد العداله كما هو واضح.

نعم، قيل: إن الأصل في المسلم أن يكون عادلاً، لأن الإعتقاد إن كان كاملاً جاء العمل بالأحكام قهراً، فلا يعصى هذا المسلم ربّه إلا نادراً، وحينئذ، فمع الشك في عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور وحكم بعدالته، من باب أن الظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب، وهذا الأصل يبتنى على القول بأن الإسلام غير العداله،

ص: ١٧٦

١-١) كتاب الخلاف ٦: ٢١٧ / المسأله ١٠، حكاه عنه العلامه في المختلف ٨: ٤٩٩، الإشراف (مصنفات الشيخ المفيد ٩: ٢٥).

٢-٢) سوره الحجرات ٤٩: ٦.

وأن العدالة ملكه، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

ولكن الحق أنه مع وجود الدواعي الكثيره المختلفه إلى المعصيه، لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل والغالب في بعض الأزمنه هو الفساد، وبه روايه (١)، وكذلك زماننا.

قال في (المسالك) بالنسبه إلى مذهب الشيخ قدس سره: إن هذا القول وإن كان أمتن دليلاً. لكن المشهور الآن بل المذهب خلافه... (٢).

أقول: ومراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك، وإن كانت عليه روايات عديده (٣)، حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها

ص: ١٧٧

١- ١) في سفينه البحار ٥: ٣٩٤: الدرّه الباهره: قال أبو الحسن الثالث عليه السلام: إذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحدٍ سوء حتى يعلم ذلك منه، وإذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل فليس لأحدٍ أن يظن بأحدٍ خيراً حتى يبدو ذلك منه. نهج - قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم تظهر منه خزيه فقد ظلم، وإذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن رجل الظن برجل فقد غرر.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٠٣.

٣- ٣) قد أخرج قسم منها في أبواب الشهادات من وسائل الشيعة ومنها: ما عن علقمه قال « قال الصادق عليه السلام - وقد قلت له: يا ابن رسول الله، أخبرني عن تقبل شهادته ومن لا تقبل - فقال: يا علقمه، كل من كان على فطره الإسلام جازت شهادته. قال فقلت له: تقبل شهاده مقترف الذنوب؟ فقال: يا علقمه، لو لم تقبل شهاده المقترفين للذنوب لما قبلت إلا شهاده الأنبياء والأوصياء عليهم السلام، لأنهم المعصومون دون سائر الخلق، فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة والستر وشهادته مقبوله وإن كان في نفسه مذنباً، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله داخل في ولاية الشيطان» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٥/١٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١. ومنها: ما عن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام « في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخران. فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهاده الزور أجزت شهادتهم جميعاً، وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه، إنما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٧/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. ومنها: مرسله يونس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن البيئه إذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضى بقول البيئه؟ فقال: خمس أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والأنساب. فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٢/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. وقد ذكر هذا الخبر في الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه. ومنها: ما عن عبد الله بن المغيرة قال قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين. قال: كل من ولد على الفطره وعرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته « وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٨/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٤١. وقد أطال في الجواهر البحث عن هذه الأخبار ودلالاتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها، في صلاه

الجماعه من كتاب الصلاه، لمزيد من الإطلاع انظر جواهر الكلام ١٣: ٢٨١.

فى مواضع أآر؁ بل إن التفآص عن الشهاده كان معمولاً- به فى زمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم؁ كما دلت على ذلك الروايه المذكوره سابقاً؁ وهى وإن كانت ضعيفه سنداً (١) لكن عليها العمل.

وقال السيد فى (العروه): « لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود إذا كان جاهلاً بذلك ثم يطلبها منه؁ ولو قال: لا- طريق لى إلى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل؁ وطلب من الحاكم الفحص عن ذلك؁ هل يجب عليه أو لا-؟ قد يقال بوجوبه... والأقوى عدم وجوبه عليه؁ لمنع كون الحكم مطلقاً وإلا- لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه

ص: ١٧٨

١- ١) لأنها من أخبار التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام؁ وفى ثبوت هذا التفسير له عليه السلام بحث بين علمائنا وكلام طويل مذكور فى كتب الحديث.

أيضاً، مع أنه ليس كذلك قطعاً (١).

□
أقول: ليس المراد من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إنما أفضى بينكم بالبيئات والأيمان» ترك النظر في الدعوى، إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى أنه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصلاة، حيث تجب الصلاة مع الوضوء في حال وجدان الماء، وإلا وجبت مع التيمم بعد الفحص واليأس عنه في الحدود المعينه لذلك شرعاً، غير أن الشارع لم يحدّد وجود البيئه بل أحال الأمر إلى العرف، وأهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين في بلدهما وعشيرتهما، بل روى ذلك عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أيضاً، فحاصل معنى الحديث: أنه إن كان هناك - مع الجهل بحال الشاهدين - طريق متعارف إلى معرفه حالهما، فالفحص عن ذلك لازم، وإلا فيكون الحكم بالأيمان. . . وهذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين - لو امتنع المدعى عن إحضارهما - إن أمكنه ذلك، لأن الحكم واجب عليه، فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان والمتعارف. . . فالحق مع المشهور.

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق قدس سره: «ولو 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

ص: ١٧٩

صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، ووجه الإنتقاص: 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، وإلا فلا طريق إلى العلم بالعدالة الواقعيه لأحد، بل الإكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (١).

وفيه: إن ظاهر اشتراط شى لشى هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، وكذا الأحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس، أريد الغنم الواقعي، والبول الواقعي، ولو أريد الاشتراط العلمى لكان بيان ذلك بتعبير آخر، ألا ترى إلى قول الشارع فى مسأله الإقتداء فى الصياله حيث العدالة فيه شرط علمى لا واقعي: «لا تصلّ إلا خلف من تثق بدينه» (٢) فلو صلّى خلف من وثق بعدالته وانكشف الخلاف، لم تجب عليه الإعاده ولا القضاء، بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صلّ خلف العادل، فإنه ظاهر فى الشرطيه الواقعيه، ويترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

وقد ذكر صاحب (الجواهر): أن الأصل هو الواقعيه فى الشرائط، وهذا الأصل غير واضح عندنا، ولعله يريد الظاهر، ولقد كان الأولى التعبير به دونه، لأن الظاهر أماره.

وقال فى (الجواهر): الفسق بعد الحكم لا- ينتقض الحكم، قال: بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، وإن المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقاً، لا بأن

ص: ١٨٠

١-١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٨: ٣١٩/١. أبواب صلاه الجماعه، الباب ١٢.

يقول الخصم - بعد إحراز الحاكم العدالة -: لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه والتفحص عن ذلك (١).

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق قدس سره: « ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر » (٢).

أقول: أى إنه لا يجوز الإعتماد على حسن الظاهر، بل لابد من معرفه باطن الشخص على أثر معاشره والمخالطه معه، وهذا مبنى على أن العدالة ملكه، فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما، ولا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الإطلاع عن طريقها إلى الجهات الباطنيه، لأن الإئناء يترشح بما فيه.

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

وقد شبّه صاحب (الجواهر) (٣) العدالة بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادّعى المدّين الإعسار لم يقبل منه ولا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لابد من التحقيق، فالملكه أيضاً كذلك، فإن كثيراً من المعاصي لا يتظاهر بها أهلها، فلا يكفي حسن الظاهر، وخالفه استناداً إلى الأخبار الكثيره الدالّه على جواز الشهاده تعويلاً على حسن الظاهر.

ص: ١٨١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١١٣ - ١١٤.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

وسياتى فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى البحث تفصيلاً عن جواز الشهاده استناداً إلى طريق من الطرق والأمارات الشرعيه كالأيد والبينه، وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به، وملخصه:

أنه لو شك مثلاً فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا، جاز التكلم به، لعدم جواز التمسك بأدله حرمه الكذب حينئذ، لأنها شبهه مصداقيه، وعليه، تجرى البراءه عن الحرمة، إلا أن يقال بالاحتياط إن كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه، كالفروج والدماء، وأما الإخبار عن شىء بنحو الجزم - مع الشك فى تحققه - فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، إذن، لابد من العلم فى الشهاده، فإن 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 والطريق، فتجوز الشهاده اعتماداً على الطريق الشرعى. هذا كله أصولاً.

وأما فقهاً، فإن الروايات الواردة فى الجواز كثيره (١)، وتفصيل المسأله فى كتاب الشهادات.

بل فى (الجواهر) إن حسن الظاهر بنفسه عداله (٢)، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: إن البحث هنا علمى، مرجعه إلى أن العداله شرعاً هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، وإلا فالجميع متفقون على تحققها بذلك، بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه والصحبه المتأكده فى سرّه وعلانيته.

ص: ١٨٢

١- ١) ذكرنا بعضها فى الهامش المتقدم.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

أقول: والمختار أن العدالة هي الملكة وحسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العدالة، لكن الملكة تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيته مستنده إلى الإعتقادات الراسخه وتوجب ترك المحرمات والعمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكة على الندم والتوبه.

ولا ريب في أن العلم بحسن الظاهر أيضاً يتوقف على المعاشره كذلك، فإن الصفات التي ذكرت في الروايات - المستفاد منها الإكتفاء بحسن الظاهر - لا- يمكن الإطلاع عليها عادةً إلا بها. . . فالحاصل: إن الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر، عملاً بالأخبار خلافاً للمحقق، وليس حسن الظاهر هو العدالة خلافاً للجواهر، بل هو طريق إليها، وعليه، فتقوم الطرق الشرعيه مقام العلم في الشهاده.

ثم إن المستفاد من تلك الأخبار عدم وجوب التعمق الشديد في حالات الشخص.

السؤال عن التزكيه وكيفيه ثبوتها:

قال المحقق: « وينبغي أن يكون السؤال عن التزكيه سرّاً، فإنه أبعد من التهمه » (١).

أقول: وهذا واضح، لأنه إن سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكيه، إما حياء وإما وفاء وإما خوفاً وإما رجاء، وإن كان يعلم بعدالته فأجاب بالإيجاب وشهد بذلك، لآتهم من قبل الخصم بأنه زكاه

ص: ١٨٣

لأحد الأسباب المذكوره.

قال: « وتثبت مطلقه وتفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه» (١).

أقول: إن التزكيه تفتقر إلى المعرفة السابقه بباطن المزكى على أثر المخالطه، ولا تكفى الشهاده تعويلاً على حسن الظاهر عند المحقق، لكن فى (الجواهر) (٢) « تفتقر إلى المعرفة الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه، وأن ما يصدر من ذلك من آثارها، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سرّاً وعلانيه إلا الحسن» أى: إن علم بالعداله فهو وإلا كفى الظن بحصول الملكه، وكذا يكفى الشهاده بحسن ظاهره بالمعنى المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصريحه فى عدم كفايه حسن الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التى لا يستفاد منها الحسن فى جميع ما يظهر منه سرّاً وعلانيه، قال: وهذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر، فيتحدّد القولان.

ثم إن الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل، فيكفى أن يشهد بعدالته. وقيل: بل يلزم أن يقول فى حقه: عادل مقبول الشهاده، إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده، كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسه، وربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده. . . وسيأتى لذلك تتمه قريباً إن شاء الله.

كيفية ثبوت الجرح:

قال المحقق: « ولا يثبت الجرح إلا مفسراً، وفى الخلاف: يثبت مطلقاً» (٣).

ص: ١٨٤

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١١٦.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

أقول: فى هذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العدالة ولا الجرح إلا مفسراً بذكر سبب التعديل دون التفسيق، وقيل: بالعكس، وهو مختار المحقق قدس سره.

ووجه تفصيل المحقق هو: إن تفسير العدالة يحتاج إلى ذكر جميع الواجبات وأنه يعملها كلها، وذكر جميع المحرمات وأنه يتركها كلها، وهذا أمر يستلزم العسر والحرج، فلذا تكفى الشهادة بالعدالة مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره، لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

وأيضاً: أسباب الفسق ممّا وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلداً لمن يرى حرمه فعل من الأفعال وليس حراماً عند من يقلده الفاعل، كانت شهادته بذلك عند الحاكم إغراءً له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. . فلا بدّ من ذكر السبب حتى يتضح الأمر وترتفع الجهالة.

وقد أُجيب عن الوجه الأوّل: بالمنع من لزوم الحرج، وعن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العدالة كذلك، وعليه، يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معاً.

ثم إن المعدّل أو الجارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العدالة، وأن أى شى يضرّ بها وأى شىء لا يضرّ بها، وأن يكون عالماً بفتوى الحاكم فى المسألة، لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فإن أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين، رتب الأثر على شهادتهما، سواء فى الجرح والتعديل من غير حاجه إلى ذكر السبب، وإن علم الحاكم بالإختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العدالة، فلا يرتب الأثر، وكذا إذا احتمل الإختلاف.

وفى (الجواهر) استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع وإن اختلف

الإجتهد فى تشخيصه (قال) : ومن هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به، وكذا التطهير والتنجيس وغيرهما وإن كانت هى أيضاً مختلفه فى الإجتهد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح. . . .

وأورد 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 بدّ من إحراز الواقع، وأيضاً: أصاله الصحه جاريه فى عمل غاسل الثوب، فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف، بخلاف الحال فى الشهاده، فلو شهدا بمالكيه زيد للدار، وأراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده، توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره والملكيه وما نحن فيه فرقاً.

أقول: فى مسأله الشهاده، إن شهد بوجود ملكه العداله فى المشهود له قبلت الشهاده، وإن شهد بالعداله فلا تقبل، لأنه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، وأما الحمل على الصحه الواقعيه - كما هو الحال فى الطهاره والملكيه - ففيه تأمل، ويحتاج إلى تتبع كلماتهم فى ذلك.

ثم إنه لا بدّ أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، وبعباره أخرى: يشترط أن ينشئ الشهاده، لا- أن يخبر عن العداله مثلاً للفرق الواضح بين مفهومي الشهاده والإخبار لغه وعرفاً.

ويجب تعيين المزكى أو المجروح، فلا يكفى القول المجمل، بل كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسأل الشاهدين فى حضور المدعى عليه: هل هو نفسه أو أنه شخص آخر غيره؟

وهل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى وعلى» كما عن آخر، أو لا يشترط؟ الذى

يقوى في النظر هو الثاني، وفاقاً لصاحب (الجواهر) ، ولكن لا- لما ذكره قدّس سرّه، فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى والمانع، وهي محل بحث كما فصل في محلّه، على أن تلك القاعده لا مجال لها في بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوّ الشاهد - بناء على أن شهاده الولد على والده غير مسموعه - فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولدًا له.

بل لأن الإطلاقات والعمومات تعتبر العداله فحسب، وتفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادّعى العدم فعليه إقامه الدليل المخصص، لكن في موارد الشك، كما إذا شك في كون الشاهد خصماً للمدّعى عليه، فلا بدّ من إحراز عدم الخصومه وإلّا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهات المصادقيه.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه، ويكفي العلم بموجب الجرح » .

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

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل:

قال: « ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدّم الجرح . . . » (١).

أقول: في حال اختلاف الشهود بالجرح والتعديل يتقدّم الجرح، لأن حاصل شهاده المعدّلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. . . فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفي على المعدّلين، فيقدّم الجرح ولا تعارض بين الشهادتين. وعلى هذا الأساس لو قال الجارح: رأيتّه يفعل كذا

ص: ١٨٧

يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل والترم يأتیان الواجبات وترك المحرمات بعد هذا التاريخ، قدّم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

إنما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين الشهادتين، كأن يقول الجارح: رأيتَه يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، ويقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر إلى بلد آخر، فإنه تتعارض البيّتان، قال المحقق: « ولو تعارضت البيّتان في الجرح والتعديل، قال في الخلاف: وقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً» (١).

أقول: القول بالتوقّف في صورته التعارض يكون تارة: بمعنى رفع اليد عن شهاده الطرفين، فلا يحكم بالفسق ولا بالعدالة، بل يحلف الخصم، وأخرى: لا يحكم بشي ولا يحلف الخصم، لكن في (الخلاف) أيضاً: « إذا تعارضت البيّتان على وجه لا ترجيح لأحدهما على الأخرى، أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف وأعطى الحق، هذا هو المعوّل عليه عند أصحابنا، وقد روى أنه يقسم نصفين» (٢).

□
أما عدم تحليف الخصم، فمن جهه انصراف قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» عن صورته التعارض بين البيّتين، وحينئذ، فإن أمكن التنصيف وإلا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً.

وأما لو قال أحدهما: هو الآن عادل، وقال الآخر: هو الآن فاسق، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان؟ الظاهر هو الثاني، فيتساقطان.

ص: ١٨٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٣٧.

وقال في (الجواهر): وقد يقال أيضاً « إن هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق وإلا حكم به»
(١).

أقول: إن أراد صورته التعارض بين البيتين، فإنه مع جريان الإستصحاب لا- حاجه إلى الجرح والتعديل، بل تستصحب الحالة السابقة ويترتب الأثر، إلا أن الفقهاء لم يتعرضوا للإستصحاب هنا، بل قالوا إن للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطة، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البيئه مع عدم العلم، لأنها الكاشفه عن الواقع.

اللهم إلا- أن يقال بأن إقامه البيئه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع، لا أنها تكشف عنه، وحينئذ يقوم الإستصحاب مقامها.

لكن الظاهر أن حجيه البيئه هي بعنوان تميم الكشف، ولعله لذا ذكر صاحب (الجواهر) المطلب بعنوان: قد يقال.

ثم إنه نقل عن (كاشف اللثام) (٢) احتمال تقديم شهادته التعديل لدى التعارض، للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض، خلافاً لمن قدّم شهادته الجرح ثم قال: « وهو جيد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقاً » .

فإن قول بعضهم بأن الإسلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات، ضعيف، وقد ضعفه كاشف اللثام أيضاً، واختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

ص: ١٨٩

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢١.

قال المحقق قدس سره (١): « لا بأس بتفريق الشهود، ويستحب فى من لا قوه عنده» (٢).

أقول: إن الميزان الشرعى للقضاء هو البيّنات والأيمان كما فى الحديث الشريف، ولكن هل تعيّدنا الشارع بالأخذ بذلك، أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات والنظر فى القرائن وغير ذلك ما يستكشف به الواقع ويتوصّل به إلى حقيقه الحال (٣)؟ قال المحقق: « لا بأس بتفريق الشهود، ويستحب فى من لا قوه عنده» .

ص: ١٩٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢- ٢) هذا كلامه قدس سره هنا، وسيأتى فى المسأله الرابعه عشره: يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر والأديان القويّه، مثل أن يفرّق بينهم، لأن فى ذلك غضاضه لهم، ويستحب ذلك فى موضع الريبه. وقال فى النافع فى الآداب المستحبه للقاضى: وتفريق الشهود عند الإقامه فإنه أوثق، خصوصاً فى موضع الريبه، عدا ذوى البصائر لما يتضمن من الغضاضه. وقال العلامة قدس سره فى القواعد: وينبغى للحاكم إذا طلب الإستظهار فى موضع الريبه أن يفرّق الشهود خصوصاً فى من لا قوه عنده، ويكره إذا كان الشهود من ذوى البصائر والأديان القويه. وفى الرياض: عدا ذوى البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الأعيان، فلا يستحب تفريقهم بل ويكره وربما حرم، لما يتضمن تفريقهم من الغضاضه والمهانه بهم، بل وربما يحصل فى ذلك كسر قلوبهم.

٣- ٣) إستفاد السيد الأستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرين الآتين عدم الإختصاص بتفريق الشهود، وأن للحاكم التوصل إلى معرفه الحق بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع.

أقول: إن إطلاق الآيه الكريمة: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (١) وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ» (٢) يشمل ما إذا شهدا معاً أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن في صورة التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطأهما في الشهاده، بخلاف ما إذا شهدا معاً. . . هذا بحسب القاعده وقطع النظر عن الأخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالإستحباب في صورته كون الشاهد لا قوه عقل عنده، ولعل وجهه عمل النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما في بعض الموارد.

وفي (الجواهر): قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العداله وطلب المدعى الحكم. وهذا غير واضح، إذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك إلا التأكد والإطمئنان. . .

وكيف كان، فلا شبهه في الجواز، ويدل على ذلك روايات منها:

□
ما روى عن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أتى عمر بن الخطاب بجاريه قد شهدوا عليها أنها بغت، وكان من قصيتها أنها كانت يتيمه عند رجل، وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله، فسببت اليتيمه، فتخوفت المرأه أن يتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتى أمسكنها، فأخذت عذرتها بأصبعها، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأه اليتيمه بالفاحشه وأقامت البينه من جاراتها اللاتي ساعدنها على ذلك، فرفع ذلك إلى عمر، فلم يدر كيف يقضى فيها، ثم قال للرجل: إيت علي بن أبي طالب عليه السلام واذهب بنا إليه.

ص: ١٩١

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

فأتوا علياً عليه السلام، وقصّوا عليه القصة، فقال لامرأه الرجل: ألك بينه أو برهان؟ قالت: لى شهود، هؤلاء جاراتي يشهدن عليها بما أقول، فأحضرتهن، فأخرج على بن أبى طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه، وأمر بكل واحد منهن فأدخلت بيتاً، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بكل وجه، فأبت أن تزول عن قولها، فردّها إلى البيت الذى كانت فيه، ودعا إحدى الشهود وجثى على ركبتيه ثم قال: تعرفينى أنا على بن أبى طالب وهذا سيفى، وقد قالت امرأه الرجل ما قالت ورجعت إلى الحق وأعطيتها الأمان، وإن لم تصدقين لأمن السيف منك، فالتفتت إلى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الأمان على، فقال أمير المؤمنين: فاصدقى، فقالت: لا- والله، إلا أنها رأّت جمالاً وهيئه، فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر، ودعتنا فأمسكناها فافتضتها بأصبعها، فقال على عليه السلام: الله اكبر، أنا أوّل من فرّق بين الشاهدين [الشهود] إلا- دانيال النّبى. فألزم على المرأه حدّ القاذف وألزمهن جميعاً العقر، وجعل عقرها أربعمائه درهم، وأمر امرأه الرجل أن تنفى من الرجل ويطلقها زوجها، وزوجه الجارية، وساق عنه على المهر. فقال عمر: يا أبا الحسن، فحدّثنا بحديث دانيال، فقال على عليه السلام: إن دانيال. . . (١).

وما عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: « إن شاباً قال لأمير المؤمنين عليه السلام: إن هؤلاء النفر خرجوا بأبى معهم فى السفر، فرجعوا ولم يرجع أبى، فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله فقالوا: ما ترك مالا، فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم، وقد علمت أن أبى خرج ومعه مال كثير، فقال

ص: ١٩٢

أمير المؤمنين عليه السلام: والله لأحکمَ بينهم بحکم ما حکم به خلق قبلى إلا- داود النبی علیه السلام. یا قنبر أَدع لى شرطه الخميس فدعاهم، فوَكَّل بكلّ رجل منهم رجلاً من الشرطه، ثم نظر إلى وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون: إني لا أعلم ما صنعتم بأبي هذا الفتى؟ إني إذاً لجاهل. ثم قال: فزقوهم وغطّوا رؤوسهم، قال: ففرّق بينهم وأقيم كلّ رجل منهم إلى أسطوانه من أساطين المسجد ورؤوسهم مغطاه بثيابهم. ثم دعا بعبيد الله بن أبي رافع كاتبه فقال: هات صحيفه ودواه، وجلس أمير المؤمنين عليه السلام في مجلس القضاء، وجلس الناس إليه، فقال لهم: إذا أنا كبرت فكبروا، ثم قال للناس: أخرجوا.

□

ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه، ثم قال لعبيد الله: أكتب إقراره وما يقول، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: في أي يوم خرجتم من منازلكم وأبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل: في يوم كذا وكذا. فقال: وفي أي شهر؟ فقال: في شهر كذا وكذا، قال: في أي سنة؟ فقال: في سنة كذا وكذا. فقال: وإلى أين بلغتم في سفركم حتى مات أبو هذا الفتى؟ قال: إلى موضع كذا وكذا. قال: وفي منزل من مات؟ قال: في منزل فلان ابن فلان. قال: وما كان مرضه؟ قال: كذا وكذا. قال: وكم يوماً مرض؟ قال: كذا وكذا. قال: ففي أي يوم مات؟ ومن غسّله؟ ومن كفّنه؟ وبما كفّتموه؟ ومن صلّى عليه؟ ومن نزل قبره؟ فلمّا سأله عن جميع ما يريد، كبر أمير المؤمنين عليه السلام وكبر الناس جميعاً، فارتاب أولئك الباقون، ولم يشكّوا أن صاحبهم قد أقرّ عليهم وعلى نفسه، فأمر أن يغطّى رأسه وينطلق به إلى السجن.

ثم دعا بآخر، فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه وقال: كلاًّ زعمتم أنى لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، ولقد كنت

كارهاً لقتله، فأقرّ.

ثم دعا بواحد بعد واحد، كلهم يقرّ بالقتل وأخذ المال.

ثم ردّ الذي كان أمر به إلى السجن فأقرّ أيضاً.

فألزمهم المال والدم.

ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك. . . « (١).

ص: ١٩٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٠.

المسأله العاشره: (في ما يعتبر في الشهاده بالجرح)

قال المحقق قدس سره: « لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهده لفعل ما يقدح في العدالة، أو أن يشيع ذلك في الناس شياً موجباً للعلم... » (١).

أقول: يشترط في الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدين لفعل ما يقدح في العدالة، أو أن يشيع ذلك الفعل منه في الناس شياً موجباً للعلم واليقين، وإلا فلا تجوز الشهاده به، وأما في الشهاده بالعداله، فلا يشترط ذلك بل يكفي حسن الظاهر، من جهه أنه - كما في الأخبار - الطريق إلى معرفه العدالة والكاشف عن وجود الملكه الراسخه، وإن كان احتمال الخلاف موجوداً، فقد ورد في تلك الأخبار (٢) من كان كذلك تقبل شهادته، ومن هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح والشهاده بالعداله.

وقد تقدم أن الشهاده استناداً إلى البينه والاستصحاب جائزه.

وعن (المسالك) (٣): إن لم يبلغ المخبرون حد العلم، لكنه استفاض وانتشر

ص: ١٩٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) قد تقدم ذكر بعضها، ففي مرسله يونس: «... فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وفي روايه عبد الله بن المغيره: « كل من ولد على الفطره وعرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته » ونحوهما غيرهما.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٣: ٤١٣.

حتى قارب العلم، ففي جواز الجرح وجهان، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتّباعه إلاّ ما استثني، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدّعيه للمعاينه، كما مرّ في نظائره.

وأورد عليه في (الجواهر) (١)بقوله: وفيه ما لا- يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، وعدم الدليل على الإكتفاء بمثله، وحرمة القياس على البينه التي مبناها التبعّد، ومن هنا، كان ظاهر المصنّف وغيره اشتراط العلم.

أقول: إن البحث هو في الشهاده بالجرح، فإن قلنا بعدم جواز الشهاده استناداً إلى البينه، بل ولا بالإستناد إلى العشره، فنقض (المسالك) غير وارد حتى يتوجّه إشكال (الجواهر) عليه.

هذا، وتجاوز الشهاده بالعداله استناداً إلى حكم الحاكم، وحكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الآخر، ولكن ليس للأوّل ولا لغيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه، وأما شهادته فغير مسموعه.

ثم هل للأفعال ظهور كالأقوال بحيث يجب الأخذ به؟ فيه خلاف، والظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف، وإنما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، وإلاّ فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأوّل وفاقاً للسيد قدّس سرّه (٢).

ص: ١٩٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٤.

٢-٢) إذ قال: إنه يكفي ظهوره بملا-حظه الحالات والمنضمات وأنه من الظنون المعتره، وخلافاً لصاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال بأنه: من الظن الذي لا دليل على حجّيته بل الدليل على خلافه.

المسأله الحاديه عشره: (في الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق قدس سره: « لو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته. . . » .

أقول: لو ثبتت عداله الشاهد حكم الحاكم باستمرارها بالإستصحاب، غير أنه - لما كان للإستصحاب كاشفيه نوعيه بنى العقلاء على العمل بها كما تقرّر في الاصول - يشترط عدم الفاصل الطويل بين زمانى اليقين والشك، لأن ذلك يؤدّى إلى ضعف الظن بالبقاء والكاشفيه النوعيه المذكوره.

قال: « وقيل: إن مضت مده يمكن تغيير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولا حدّ لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم » (1).

أقول: وهذا قول ثان في المسأله - قال في (الجواهر) - وإن كنّا لم نتحقّق القائل بذلك منا (2). وعن (المبسوط) (3) عن بعضهم تحديده بسته أشهر، ولا دليل عليه، بل الإستصحاب حجّه حتى يتبين ما ينافى العداله.

ص: ١٩٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٦. أقول: وجعله المحقق العراقي قدس سره من خرافات العامه، لكنه الأحوط في القواعد (٣: ٤٣٢) إذ جاء فيه: والأحوط أن يطلب التزكيه مع مضيّ مده يمكن تغيير حال الشاهد، وذلك بحسب ما يراه الحاكم من طول الزمان وقصره. وقال صاحب مفتاح الكرامه (١٠: ٥١) : ولا ريب في استحبابه.

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١١٢.

المسأله الثانيه عشره: (في الحكم باستمرار العداله حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق: « ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه وكتب عليه قضاء سنة كذا» (١).

أقول: كان ينبغي ذكر هذه المسأله في الآداب، والأمر سهل.

ص: ١٩٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

المسألة الثالثة عشره: (هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: « كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر. . . » (١).

أقول: لا- يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه ولو ازمها كالدّواه والقرطاس، وقيل: يجب عليه الدّواه، ولو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال - وكانت الكتابه واجبه عليه - وجب عليه الكتابه، وفي (الجواهر) (٢): لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً، وإن نسبه في (المسالك) إلى الأشهر تاره وإلى المعروف بين الأصحاب أخرى، معللاً له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، وكما لو أقرّ له بالحق وسأله الإشهاد على إقراره، إلا أنه كما ترى، ضروره أن الحجّه حكمه والإشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل وكذا كتابه الإشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه وإعطائها بيد من حكم له دخل في إحقاق الحق ووصول صاحبه إليه كالحكم نفسه، بحيث إذا لم تكن كتابه لم يتحقق الحق وتحصيله، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتسليمه لأهله.

وقد يستدلّ لوجوب الكتابه بقوله تعالى: « . . . وَ لِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ . . . » (٣).

ص: ١٩٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٧.

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

فإنه ظاهر في الوجوب، وقد أكدته بالنهي عن الإيذاء عنها، وأجاب في (الجواهر): بأنه في غير ما نحن فيه، وهو محمول على ضرب من الكراهه، للقطع بعدم وجوب ذلك (١).

وفيه: إن المستفاد من الآية الكريمة هو الملاك العام وهو: عدم إباء الكاتب والشاهد عن الكتابه والشهادة عند الحاجة واحتمال ضياع الحق بدون ذلك، وخصوصيه مورد الآية لا تخصص، ولذا استدل بها الأصحاب في غير الدين.

وأما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابه، فإن أريد القطع بعدم وجوبها أولاً وبالذات فهو حق، وإن أريد القطع بعدم وجوبها عليه وإن بذل له ما يلزم وطولب بها واحتمل ضياع الحق لو لم يكتب، فتلك دعوى بعينه.

وقد يستدل بقوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّوْا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ» (٢) بناء على ما هو الأظهر من أن «يضار» أصله «يضارر» فأدغمت الراء في الراء وفتحت لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب إلا بالحق، ولا يشهد الشاهد إلا بالحق وإلا كان فسقاً (٣).

نعم، في الآية السابقة ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشادياً، وهو قوله عز وجل «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ...» بناء على أنه يتوجه إلى جميع الآية لا الجملة الأخيره منها، ولكن الظاهر دلالة الآية على الوجوب في حال المطالبه ووجود

ص: ٢٠٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٢٨.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣-٣) القول الثاني: إن أصله «يضارر» بفتح الراء الاولى فأدغمت، فيكون المعنى: لا يدعى الكاتب على وجه يضر به وكذلك الشاهد، لقاعده نفى الضرر. وقد ذكر في مجمع البيان القولين، قال: والأول أبين.

الحاجه كما ذكرنا.

المسأله الرابعه عشره: (فى تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق: « يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر. . . » (١).

أقول: أى يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوى البصائر والفهم والأديان معامله من ليسوا كذلك.

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

قال: « ويستحب ذلك فى موضع الريبه. »

أقول: ويظهر من قول أمير المؤمنين عليه الصّلاه والسّلام: « أنا أوّل من فرّق الشهود » (٢) إن هذا الأمر لم يكن جارياً إلا فى موارد الشبهه والريبه.

ص: ٢٠١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٧.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧٧/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٩.

المسأله الخامسه عشره: (لا يجوز للحاكم أن يتتبع الشهود)

قال المحقق: « لا يجوز للحاكم أن يتتبع الشاهد، وهو أن يداخله في التلفظ بالشهاده أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهى ما عنده وإن كان يتردد.

ولو تردد في الشهاده لم يجز ترغيبه في الإقدام على الإقامه ولا ترهيده في إقامتها.

وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه ويجوز (١) ذلك في حقوق الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لماعز عند اعترافه بالزنا « لعلك قبلتها، لعلك لمستها، وهو تعريض بإيثار الإستتار» (٢).

أقول: وكل ذلك واضح.

ص: ٢٠٢

١- ١) وفي المسالك (١٣: ٤١٨): يستحب. قال: يستحب له ذلك تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم في قضيه ماعز بن مالك لما جاء إلى النبي وأقرّ عنده بالزنا، وكان يعرض له بالتأويل ويقول له: لعلك قبلتها لعلك لمستها. إيثاراً للإستتار. والروايه مشهوره.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

المسأله السادسة عشره: (فى أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

قال المحقق قدس سره: « يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه » (١).

أقول: ووجهه واضح، فإن فيه ترجيحاً له على صاحبه، وقد 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: تحوّل عنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم إلاّ ومعه خصمه » (٢).

وكذا يكره أن يذهب إلى دار أحدهما دون الآخر، بل كلّ ما يقتضى ترجيح أحد الخصمين على صاحبه.

ص: ٢٠٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٣.

قال المحقق: « الرشوه حرام على آخذها » (١).

أقول: لا- يجوز أخذ الرشوه، وهى حرام على آخذها، بالإجماع بل بالضروره من الدين، ويدل عليه قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (٢).

والأخبار فى هذا الباب متواتره، وفى جملة منها: إن الرشا فى الحكم كفر بالله (٣).

وفى بعضها: إنه شرك (٤).

فلا ريب فى الحكم.

ص: ٢٠٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ١٨٨.

٣- ٣) عن سماعه عن أبى عبد الله؛ عليه السلام قال: « الرشا فى الحكم هو الكفر بالله ». وعنه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: « وأما الرشا فى الحكم فهو الكفر بالله » أنظر وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٢ و ٢٢٣/٣ و ٨. أبواب آداب القاضى، الباب ٨. وعن عمار بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: « فأما الرشا فى الحكم، فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه ويرسوله صلى الله عليه وآله وسلم » وسائل الشيعه ١٧: ٩٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٤- ٤) عن الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث قال: « وإن أخذ الرشوه فهو مشرك ». وسائل الشيعه ١٧: ٩٤/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

إنما الكلام فى موضوع الرشوة، وكلمات الأصحاب من الفقهاء واللغويين فى ذلك مضطربه:

قال المحقق: « ويأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل، ولو كان إلى حق لم يأثم » (١).

أقول: وعن (جامع المقاصد) (٢): « إن جعل من المتحاكمين رشوه » لكن ظاهر الرواية (٣): إن أجره على القضاء غير الرشوة، فلذا كانت الأولى سحتاً والثانية كفرًا.

وقيل: ما يبذله المتحاكم رشوه ولو كان بعنوان الجعالة والأجره.

وفى القاموس: فسّر الرشوة بالجعل (٤).

لكن فى مجمع البحرين: قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى ابطال حق أو تمشيه باطل (٥).

وقال السيد: هى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له، حقًا

ص: ٢٠٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢-٢ (٢) جامع المقاصد فى شرح القواعد ٤: ٣٧.

٣-٣ (٣) يعنى: ما عن عمار بن مروان قال قال أبو عبد الله عليه السلام: « كلّ شىء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيرة، منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمه، ومنها أجور القضاء وأجور الفواجر وثمر الخمر والنبيذ المسكر والربا بعد البيئه، فأما الرشا - يا عمّار - فى الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم ورسوله ». وسائل الشيعة ١٧: ٩٥/١٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٤-٤ (٤) القاموس المحيط ٤: ٣٣٤.

٥-٥ (٥) مجمع البحرين ٢: ٧٠٣.

كان أو باطلاً، أو ليعلمه طريق المخاصمه حتى يغلب على خصمه، ولا فرق في الحرمة بين أن يكون ذلك لخصومه حاضره أو متوقعه» (١).

أقول: فإذا كانت الكلمات في بيان حقيقه الرشوه مختلفه ومضطربه، فإنه في كل مورد يشك في صدق عنوان « الرشوه » فيه مثل « أجور القضاء » يكون المرجع أصاله الحلّ، لكونها شبهه مصداقيه لأدله حرمة الرشوه، إلا أن تثبت الحرمة من دليل آخر وبمعنوان غير عنوان الرشوه.

والقدر المتيقن من الرشوه: أنها ما يبذله للقاضي حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآيه المباركه المذكوره أولاً، إلا- أن الأخبار المستفيضه الوارده في الباب الخامس من أبواب ما يكتسب (٢) به، تدلّ على أن الرشا في الأحكام « سحت » و « كفر »، وهي بإطلاقها تعمّ ما إذا كان البذل لإحقاق الحق.

لا يقال: إنها وارده في مورد الآيه الكريمة.

لأنه يحتمل أن يكون قيد « بالإثم » غالبياً، لأن غالب الرّاشين يتوصّلون بالرشوه إلى أكل أموال الناس وإبطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقاً - أي حقاً كان الحكم أو باطلاً - حرام بالكتاب والسنة، وأما إذا توقّف إحقاق الحق على بذل شيء - بحيث لو لم يبذله لوقع في الضرر العظيم وضاع حقه - جاز البذل، لتقدّم قاعده نفي الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم دفعاً لأذاه وتحفظاً من ضرره.

حكم الرشوه في غير الحكم:

ص: ٢٠٦

١-١) العروه الوثقى ٣: ٢٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٩٢ - ٩٧.

وأما في غير الأحكام، فإن أخبار الرشوة وإن كانت وارده في مورد الحكم والأحكام، إلا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الأخبار هو حرمتها في غير الأحكام أيضاً، فقد روى الشيخ الصِّدوق قَدَس سرّه، عن الأصغ بن نباته، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أَيُّمَا وَالِ احْتَجَبَ عَن حَوَائِجِ النَّاسِ، احْتَجَبَ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَعَن حَوَائِجِهِ، وَإِن أَخَذَ هَدِيَّتَهُ كَانَ غُلُولًا، وَإِن أَخَذَ الرِّشْوَةَ فَهُوَ مُشْرِكٌ» (١).

فهل تقيّد إطلاق الرواية بالروايات المقيّده، أو أن ظهورها آب عن التقييد؟

الظاهر هو الثانى، و « حوائج الناس » يعمّ غير الأحكام كما لا يخفى.

وروى الشيخ الصِّدوق قَدَس سرّه أيضاً، عن سيدنا أبى الحسن الرضا عليه السلام، عن آباءه، عن أمير المؤمنين فى تفسير قوله تعالى: «أَكَاوُنَ لِلشُّحِّ» قال: « هو الرجل يقضى لأخيه حاجته ثم يقبل هديّته » (٢).

ويمكن أن يقال - ولا سيّما بالنظر إلى هذين الخبرين - أنه ولو فرض كون الرشوة فى الحكم فقط، فإن كون الرجل منصوباً - شرعاً أو عرفاً - لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم، يقتضى وجوب ذلك عليه، وأن مطالبته أو أخذه شيئاً فى مقابل عمله سحت.

وبالجملة، فإن الرشوة فى الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها، والظاهر أنها كذلك فى مطلق الحكم إن كان البذل بعنوان الرشوة، سواء أثر فى كيفية الحكم أو لم يؤثر، وأما فى غير الأحكام، فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ

ص: ٢٠٧

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٩٤/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٩٥/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٥.

على من كان موظفًا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.

ثم إنه لا- فرق في « الرشوه» بين المال المبذول له وبين العمل النافع الذي يعمل له، كخياطه ثوب مثلاً أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بالثمن المتعارف، أى بأن يقدمه على غيره في المعامله، وهل هذه المعامله باطله حينئذ؟ قيل: لا، لأنه نظير البيع عند النداء، وقيل: نعم، لأن الحكم الوضعى هذا مترتب على الحكم التكليفى، فلما كانت الرشوه محرّمه، وكانت هذه المعامله مصداقاً لها، كانت باطله.

وأيضاً: لو دفع إليه الخمس أو الزكاه حتى يحكم له، فإنه حرام، ولا تبرء ذمه المعطى من الخمس والزكاه حينئذ.

وفى هذه الأيام يقول بعض جهله القضاة: إن أعطيت كذا للمستضعفين نجوت من العقوبه مثلاً، فإن هذا المال رشوه ولا يملكه المستضعفون.

وكذا يحرم احترام القاضى وتبجيله والثناء عليه إن كان بعنوان الرشوه، ولو أثر ذلك فى نفس القاضى فحكم له، كان مرتكباً للحرام أيضاً.

وبالجملة، فإن كل ما قصد به التوصل إلى حكم الحاكم كان رشوه محرّمه، وإن شك فى بعض الأفراد فى الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه، فالبراءه جاريه خلافاً لصاحب (الجواهر) (١).

حكم الهديه للقاضى:

ص: ٢٠٨

وأما الهدية، فهي في نفسها أمر مرغوب فيه، وقد كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والأئمة عليهم السلام يأمرون بها ويقبلونها، إلا- أنه لا ريب في حرمة الهدية للقاضي والعامل، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول ». و « سحت » (١)، وفي حديث عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال « . . . ما بال العامل نبهته على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا أهدي لي، فهلاً جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أيهدى له أم لا- والذى نفسى بيده لا- يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة. . . » (٢) وهذا الحديث يدل على أن أخذ العمال مطلقاً - أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم - الهدية حرام، ولا يبعد صدق عنوان « الرشوه » على هذا المال، وتخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور، خلاف ظاهر الأخبار.

□
وأما صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال: لا بأس » (٣).

فإن كان المنزل ملكاً له فلا بأس بأن يأخذ شيئاً حتى يتحول عن ملكه، وإن 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 إليه، وأما بناء على أن الوقف مال محرر، فلا يكون ملكاً ولا متعلق حق لأحد، فإن سبق إلى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبراً، فلا بأس بأن يطالب بشى فى مقابل قيامه عن هذا

ص: ٢٠٩

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٣/٦ و٧. أبواب آداب القاضي، الباب ٨.

٢- (٢) مسند أحمد ٥: ٤٢٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٨/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٥.

المكان، وإن لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

□
وهذا البحث جار في المسجد ومكان المصلى، وكذا في سوق المسلمين، حيث قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إليه كان أحق به إلى الليل» (١).

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

فتلخص، إن الرشوه هو ما يبذل للقاضي أو الوالى أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه، سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

وإن بذل للقاضي مال وجهل عنوانه فهل يحمل على الصحه؟

قال السيد: نعم (٢)، وهو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم على الصحه هو أن لا يكون فاعلاً لمحرم، ولكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقه مثلاً حتى يجوز له أخذه. وبعبارة أخرى: الحمل على الصحه إنما يفيد الحل مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هديه ويشك في كونها هديه صحيحة أو فاسده، فيحمل فعل المسلم على الصحه ويجوز التصرف في المال المأخوذ.

هذا، ولا ينفذ حكم الحاكم الآخذ للرشوه وإن كان حكمه بالحق، لصيرورته فاسقاً بأخذها، وعليه ردّ ما أخذ على صاحبه.

قال المحقق: «ويجب على المرتشى إعادته الرشوه إلى صاحبها، ولو تلفت

ص: ٢١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٤٠٥/١. أبواب آداب التجاره، الباب ١٧.

٢- (٢) العروه الوثقى ٣: ٢٥.

قبل وصولها إليه ضمنها له» (١).

أقول: القول بالضممان هو المختار، وعن بعضهم نفي الخلاف فيه، ويدلّ عليه عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (٢).

ص: ٢١١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

٢-٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٤/١٠٦.

المسأله الثامنه عشره: (هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً » (١).

أقول: ظاهر « أحضره » هو الوجوب، وفي (القواعد) (٢): إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم، لزمه أن يعديه ويستدعى خصمه إن كان حاضراً، سواء حزر المدعى دعواه أو لا. قال في (الجواهر) (٣): بلا. خلاف أجده فيه، بل في (المسالك) (٤) نسبته إلى علمائنا وأكثر العامه، وكذا عن ظاهر (المبسوط) (٥) الإجماع عليه.

فإن كان إجماع على وجوب الإحضار فهو، وإلا ففي ما ذكره من تعلق حق الدعوى به، نظر واضح، لأن الحاكم كما يحتمل صدق المدعى في هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً، وحيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق، كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

ص: ٢١٢

- ١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.
- ٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٣٤.
- ٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٤.
- ٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٣.
- ٥-٥ (٥) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

وكذا الكلام في قولهم: إن مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم، فإن لزم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدمات رفع الخصومه، ولكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم، بل له النظر في القضية بحسب الموازين الشرعيه ثم الحكم على الخصم حكماً غائباً.

فظهر سقوط كلا الوجهين، فالعمده هو الإجماع إن تم.

قال في (الجواهر) (١): « لكن الإنصاف أنه لا يخفى عليك ما في دعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل في المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى. . . » وعليه، فلا يجب الإحضار ويتعين الحكم الغيابي، والغائب على حجته.

وبناء على الوجوب، فلا فرق بين الأشخاص المحترمين وغيرهم:

قال في (كشف اللثام) (٢): سواء كان من أهل الصيانات والمروات أو لا. . . قال في المبسوط (٣): « لأن علياً عليه السلام حضر مع يهودى عند شريح. . . » وهذا يعنى أن جميع المسلمين في الحقوق والأحكام على حدّ سواء، ولا فضل لأحد منهم على أحد فيها (٤).

ص: ٢١٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٦.

٢-٢) كشف اللثام ٢: ٣٣٤ ط حجرى.

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

٤-٤) وقد استشكل في الحكم بوجوب الإحضار مطلقاً جماعه، فعن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه في شرح الإرشاد (مجمع الفائده ١٢: ٩١): في الوجوب بل الجواز تأمل إن لم يكن إجماع، إذ مجرد الطلب إلى مجلس القاضى والدعوى ضرر وإهانته، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل، وكون الظاهر صحه دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر، على أن تحرير الدعوى لا يضرّه بوجه. وفي المستند (١٧: ١٣٨) بعد كلام له: وبالجملة: لا- وجه تاماً لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالأقرب التخيير، والأولى البعث إليه وإخباره بأنه يحضر أو يحكم عليه. وفي الكفايه (٢: ٦٨٠) - بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً إلى المعروف من مذهب الأصحاب - والأحوط أن لا يحكم بإحضار قبل تحرير الدعوى، لأن في الإحضار في مجلس الحكم نوع إيذاء. وقال السيد فى العروه (٣: ٣٠): والأقوى عدم وجوب إحضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره، بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه إذا أسقط حق حضوره. وقال السيد الخونسارى: فإن تم الإجماع فلا كلام وإلا فيشكل، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه إلزامه؟

ولا فرق في ذلك بين تحرير المدعى دعواه وعدم تحريره لها:

قال المحقق: « سواء حرّر المدعى دعواه أم لم يحررها » (١).

قال: « أما لو كان غائباً لم يدعه الحاكم حتى يحرر دعواه، والفرق لزوم المشقه في الثاني وعدمها في الأوّل » .

أقول: هذا المقدار من المشقه لا يرفع وجوب الإحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، وإلا لانتفت الفائده من نصب الحاكم والرجوع إليه، وهى فصل الخصومه ورفع النزاع... فلا وجه لهذا التفصيل، لكن تقدّم التأمل في أصل وجوب الإحضار، فعلى الحاكم أن يحكم في القضية بحسب الموازين، ثم الغائب على حجه.

قال: « هذا إذا كان في بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفه يحكم » .

أقول: أى وإلا سمع بيئته إن كانت، وكتب بالأمر إلى خليفته.

قال: « وإن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجه وإن كان غائباً » .

أقول: وحيث يكون غائباً يكون على حجه، فإن حضر وأثبت بطلان دعوى المدعى سقطت الدعوى، كما سيجيء في محلّه إن شاء الله تعالى.

ص: ٢١٤

وحيث يجب على الحاكم إحضار الخصم، فعلى من تكون مؤنه الإحضار؟ هل على الحاكم أو على المدعى أو على المدعى عليه؟ في المرّة الأولى المؤنه على المدعى، لأنه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنه، لأن عمل الرسول محترم ولم يقصد المجان، إلا أن يقال: لما وجب الحكم على الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنه إحضار المدعى عليه، لأنه مقدمه للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، ولكن الصحيح أن الواجب على الحاكم هو أصل الحكم.

ثم، إذا أرسل إليه وأبلغه الرسول إحضار الحاكم إياه، فإن أجاب فهو، وإلا فیرسل إليه أحد عمّاله للمرّة الثانيه، فإن لم يجب أجبر على الحضور، فعلى من تكون المؤنه فيما عدا المرّة الأولى؟ قال الشهيد الثاني (1): فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعى فتكون المؤنه عليه، ومن أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنكافه عن الحضور فعليه المؤنه.

أقول: مقتضى القاعده الأولىه توجه المؤنه إلى الملتمس، وأما توجهها إلى الخصم الممتنع، فيتوقف على كونه السبب الأقوى في لزوم المؤنه والضرر، والظاهر أن المدعى هنا هو السبب للضرر اختياراً، وليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى في السبب للضرر. وفي (الجواهر) (2): لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر، لأنه لاجعاله ولا إجاره، وأما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل في المرّة الأولى كذلك، لا يجب على المدعى دفع المؤنه.

ص: ٢١٥

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٣ - ٤٢٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٨.

وفيه: أنا قد ذكرنا سابقاً: أن عمل المسلم محترم، والمفروض عدم إتيانه بالعمل بقصد المّجان، فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلّها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلي لا دليل عليه.

قال المحقق: « ولو ادّعى على امرأه، فإن كانت برزه (١) فهي كالرجل، وإن كانت مخدّره، بعث إليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها» .

أقول: وجه هذا كلّ واضح لا يخفى.

ص: ٢١٦

١ - ١) المراد من المرأه البرزه هي غير المخدّره كما هو مقتضى التقابل بينهما، لكن المرجع فيه العرف والعاده كمانص عليه جماعه.

إشاره

وفيها مقاصد:

الأول: في وظائف الحاكم.

الثاني: في مسائل متعلقه بالدعوى.

الثالث: في جواب المدعى عليه.

الرابع: في كيفية الإستحلاف.

ص: ٢١٧

فى وظائف الحاكم

[الوظيفه] الأولى: (التسويه بين الخصمين)

قال المحقق: « التسويه بين الخصمين فى السّلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات والعدل فى الحكم » (١).

أقول: جعله التسويه بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب (٢)، وبه صرّح فى (الجواهر) (٣).

قال: « ولا تجب التسويه فى الميل بالقلب، لتعذّره غالباً » .

أقول: وأما ما ورد عن الإمام الباقر عليه السّلام من أنه « كان فى بنى إسرائيل قاض، وكان يقضى بالحقّ فيهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا

ص: ٢١٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٩.

٣-٣) بل لقد نسبه فى المستند إلى صريح المحقق، ويتضح ذلك من قوله بعدئذ: ولا تجب التسويه فى الميل بالقلب لتعذّره غالباً.

متّ فاغسليني وكفّيتني وضعيني على سريري وغطّى وجهي، فإنك لا ترين سوءاً، فلما مات فعلت ذلك، ثم مكث بذلك حيناً، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، 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 الذي رأيت إلا في أخيك فلان، أتاني ومعه خصم له، فلما جلسا إليّ قلت: اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما إليّ كان الحق له ورأيت ذلك بيناً في القضاء، فوجه القضاء له على صاحبه، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان مع موافقه الحق» (١).

فقد حمّله صاحب (الجواهر) (٢) على ضرب من الحثّ على المراتب العاليه (٣).

قال: « هذا كلّه مع التساوى فى الإسلام أو الكفر... » .

أقول: أى إنما تجب التسويه - على القول بها - مع التساوى بين الخصمين فى الإسلام أو الكفر، أى كونهما مسلمين أو كافرين، وأما إذا كان أحدهما مسلماً،

ص: ٢٢٠

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٥/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٩. وهى بإسناد الشيخ الكليني قدّس سرّه صحيحه أو حسنه بإبراهيم بن هاشم القمى.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٤٢.

٣ - ٣) وفى المستند (١٧ : ١١٥) : إن المؤاخذه كانت على ما قاله بقوله: اللهم . . حيث أظهر باللسان ما كان فى قلبه وإن لم يظهره على الخصمين. فتأمل. وقد استدل به فى مفتاح الكرامه على استحبابها فى صوره الإمكان، قال: نعم، إن أمكن ولو بجهد استحَب كما أشار إليه فى الدروس، لما رواه ثقه الإسلام والشيخ الطوسى فى الأمالى عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان فى بنى إسرائيل قاض. . . الكافى ٥ : ٥٥٦/١٠، التهذيب ٦ : ٢٢٢/٢.

جاز أن يكون الذمى قائماً والمسلم 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 والآخر كافراً، وهو صريح الكتاب (٢) والأخبار المستفيضة إن لم تكن متواتره (٣). . . هذا إذا لم يكن في الحكم ضرر، وأما إذا كان فيه ضرر، فإن كان الضرر المترتب متوجهاً إلى حياه الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضييه وقعت حياته في خطر، ترك الحكم بالعدل، ولكن ليس له الحكم بالباطل، وإن استلزم الحكم ضرراً على المدعى عليه زائداً على أصل ما يقتضيه، لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، وإن استلزم ضرراً على المدعى، فإن كان باختيار نفسه فالأمر واضح، وإن كان الضرر يتوجه إليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم

ص: ٢٢١

١- ١) ولما ذكره الأصحاب في كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس يحجب شريح في حكمه له مع يهودى في درع وقال: «لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا تساوهم في المجلس». قال في المستند (١٧: ١١٦): وضعفه منجبر، وهل يختص ذلك بالمجلس أو يتعدى إلى غيره أيضاً؟ الظاهر: التعدى كما اختاره في الروضه، وإليه ذهب والدى في المعتمد، واستقواه بعض المعاصرين، للأصل، واختصاص النصوص بحكم التبادر، واختصاص المورد بالمسلمين وخلو ما ظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه.

٢- ٢) كقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (سوره النساء: ٥٨) وقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ» (سوره المائده ٥: ٢) وقوله تعالى: «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ» (سوره ص ٣٨: ٢٦).

٣- ٣) تجدها في الأبواب المختلفه من كتاب القضاء من وسائل الشيعه، ويدل عليه الروايات التي يستدل بها على وجوب التسويه بين الخصمين في أنواع الإكرام، وسيأتى ذكر بعضها.

عليه، فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

وإن تعارض ضرران على أثر حكم، كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلاً فقول: مقتضى قاعده نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد، وفيه: إن مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم في القضيّه أصلاً.

وأما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الامور الاخرى، كالسلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات ونحو ذلك، ففي وجوبها خلاف، ففي (المسالك) (١) نسبه الوجوب إلى الأكثر، بل ادعى عليه الشهره، وقد يستدل له بقوله تعالى: «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٢) ونحوه، بناءً على أن التسويه بينهما في هذه الامور أيضاً من مقدمات الحكم، فيكون معنى الآية وجوب العدالة في الحكم ومقدماته.

بل قيل بوجوب التسويه بينهما في رد السلام، فإن سلم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلم الآخر، فيردّ عليهما معاً مرّه واحده بقوله: «عليكما السلام» إلا إذا طالت المدّه عرفاً، فيردّ السلام على الأول حينئذ.

أقول: لكن استفاده وجوب التسويه بينهما في هذه الامور من الآية الكريمه مشكله.

واستدلّ أيضاً بروايات على وجوب التسويه كذلك:

١ - محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الحسن بن محبوب، عن عمرو بن أبي المقدام، عن أبيه، عن سلمه بن كهيل قال: سمعت علياً

ص: ٢٢٢

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٨.

٢-٢) سوره ص: ٢٦.

عليه السلام يقول لشريح. «... ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك، حتى لا- يطمع قريبك في حيفك، ولا يئأس عدوك من عدلك...» (١).

وهذه الرواية يبنى اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصحّ عن أحد الرواه الذين عرفوا ب « أصحاب الإجماع » ، فلا تقدر جهاله الراوى الذى هو بعده، وهنا فى سند هذه الرواية من أصحاب الإجماع: « الحسن بن محبوب » (٢) ولولاه فهى غير معتبره، لوجود « سلمه بن كهيل » فيه.

وأما من حيث الدلالة، فقد قال المحقق العراقى قدّس سرّه: يستفاد من تعليله عليه السلام التساوى بهذا المعنى عدم وجوبه، وكون الأمر إرشادياً، فلو حكم بالعدل واقعاً وعلم الخصمان بذلك واطمأننا بذلك، لم يلزم مراعاة هذه الامور، وكان فى سعه بالنسبه إليها (٣).

أقول: وما ذكره قدّس سرّه يتم بناءً على كون « حتى » تعليليه، وأما بناءً على كونها غائيه، وأن الإمام عليه السلام قد ألزمه بالتسويه حتى لا يطمع... فلا، والظاهر هو الثانى، ولو سلّمنا كلامه، فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا

ص: ٢٢٣

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

٢- (٢) أى بناء على عدّ الكشى إياه منهم، وهذا نص كلامه: « تسميه الفقهاء من أصحاب أبى إبراهيم وأبى الحسن الرضا عليهما السلام: أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء وتصديقهم وأقرّوا لهم بالفقه والعلم، وهم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذكرناهم فى أصحاب أبى عبد الله عليه السلام، منهم: يونس بن عبد الرحمن، وصفوان بن يحيى بياع السابرى، ومحمد بن أبى عمير، وعبد الله بن المغيرة، والحسن بن محبوب، وأحمد بن محمد بن أبى نصر. وقال بعضهم مكان « الحسن بن محبوب »: الحسن بن على بن فضال، وفضاله ابن أيوب، وقال بعضهم مكان فضاله بن أيوب: عثمان بن عيسى. وأفقه هؤلاء يونس بن عبد الرحمن وصفوان بن يحيى » رجال الكشى: ٤٦٦.

٣- (٣) كتاب القضاء.

تشرب الخمر لأنه مسكر، لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذي لا يسكر وحتى إذا مزج بالماء، كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

□
٢ - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر ابن الخطاب: « ثلاث إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن. قال: وما هنّ يا أبا الحسن؟ قال: إقامة الحدود على القريب والبعيد، والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط، والقسم بالعدل بين الأحمر والأسود.

قال عمر: لعمرى، لقد أوجزت وأبلغت» (١).

قال بعض أعلام العصر: إن قوله عليه السلام: « إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن» يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر (٢).

وفيه: إن كانت الأخبار الدالة على وجوب تلك الأمور معتبرة سنداً ودلالة، لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الرواية، والمراد من هذه الرواية التأكيد على أهميه الأمور الثلاثة، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب في

ص: ٢٢٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٢/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ١. وهو للكلينى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيد الله بن على الحلبي عن الصادق عليه السلام. وفيه « إسماعيل بن مرار» وهو مختلف فيه، فقد ذكر فى تنقيح المقال (١: ١٤٤) عدّ الشيخ إياه فى باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه، ولم ينقل عن النجاشى فيه شيئاً، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهانى قدس سرّه توثيقه ووافقه عليه، أما السيد الخوئى (٤: ٩٦) دام ظلّه، فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه. فراجع.

٢-٢) جامع المدارك: ٦/٢١.

حرمه فعلها أو تركها على القاضى لم يذكرها الإمام عليه السلام فى هذه الروايه، فتكون نظير قوله تعالى: «إِنَّ تَجْتَبُوا كَبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نَكُفَرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (١) فإنه لا يقتضى خروج الصغائر عن كونها معاصى منهيّاً عنها.

□
٣ - السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: « من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره وفى النظر وفى المجلس » (٢).

والأمر ظاهر فى الوجوب.

□
٤ - السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: « إن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام، فمكث عنده أياماً، ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحوّل عنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم نهى أن يضاف الخصم إلّا ومعه خصمه » (٣).

فإن الاستفادة منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحبّ والإختصاص واللطف لأحد الخصمين دون الآخر.

□ □
٥ - عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « إذا تقدّمت مع

ص: ٢٢٥

١ - ١) سورة النساء ٤: ٣١.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/١. أبواب آداب القاضى، الباب ٣. وهو للكلىنى عن على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى - وهو الحسين بن يزيد - عن السكونى - وهو إسماعيل بن أبى زياد - عن أبى عبد الله عليه السلام. ولقد كثر البحث عن وثاقه النوفلى والسكونى بين الأعلام، إذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيق لهما. نعم، عن الشيخ فى كتاب العده دعوى إجماع الطائفة على العمل بروايات السكونى (العده فى اصول الفقه ١: ٤٩). نعم، هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات بناءً على أنه قد التزم فيه بالروايه عن الثقات، فلاحظ. وتأمل.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٤/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٣. بالاسناد المتقدّم.

مانع من التعدى منها إلى غيرها، بل إن المستفاد من قوله عليه السلام « حتى لا يطمع قريبيك في حيفك ولا يئأس عدوك من عدلك » هو لزوم ترك كل أمر يورث طمع القريب في حيفه ويأس البعيد من عدله.

ص: ٢٢٧

قال المحقق: « لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج » (١).

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلاً: قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذي لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى « أعطيتك طلبك » فيكون مدعياً يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول « لا- تطلبني » فيكون منكرراً لا- يحتاج إلى إقامه البينه، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: « لأن ذلك يفتح باب المنازعه وقد نصب لسدها » .

أقول: ولكن هذا لا- يكون دليلاً لعدم جواز التلقين في جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدي إلى سرعه حل النزاع وسد باب المخاصمه في بعض الموارد، فالدليل أخص من المدعى. هذا أولاً. وثانياً: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضية، غير محرم، فالصحيح عدم الحرمة (٢) إلا إذا استلزم

ص: ٢٢٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٠.

٢- ٢) إذ الإجماع المدعى لم يعلم تحققه، والنص مفقود، والتعليل المذكور ضعيف، بل لقد استضعفه بعض القائلين بالحرمة كالمحقق النراقي حيث قال: وأما ما ذكروه دليلاً على عدم الجواز مطلقاً من إيجابه فتح باب المنازعه، فضعيف، لمنع عدم جواز فتحها عليه أولاً- وعدم إيجابه له على الإطراد ثانياً. ومن هنا قال صاحب الكفايه: لا أعرف على أصل الحكم حجه فلتأمل فيه مجال، وعن المحقق الأردبيلي أنه مال إلى الجواز إن لم يرد بذلك تعليم ما ليس بحق. هذا، إلا إذا استلزم التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسويه بناء على وجوبها، وإلى هذا الذي ذكره السيد الاستاذ دام بقاءه أرجع صاحب مفتاح الكرامه كلمات القائلين بالحرمة استناداً إلى التعليل المذكور حيث قال: والمراد من العبارات على اختلافها أن الواجب على القاضى أن يجهد نفسه في سد باب المنازعه ولا- يتعرض لشيء يفتحه، لأنه منصوب لقطع المنازعات، وقد استأمناه على الحكم من غير حيف وميل، فإذا لقن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر فقد خانه ولم يكن ساوى بينهما، وإن لقن الآخر كذلك ليساوى بينهما فقد ألجأهما إلى دوام المنازعه. وهذا مراد الأصحاب، فالحجّه عليه واضحه فبطل ما فى الكفايه.

التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، ولم أجد في النصوص ما يقتضى حرمه التلقين بخصوصه.

هذا، ولا مانع من الإستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم، إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك.

ص: ٢٢٩

قال المحقق قدس سرّه: « إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما: تكلّما، أو ليتكلم المدعى، ولو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» (١).

أقول: لم أجد نصّاً يقتضى استحبابه، والظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلاً (٢).

قال: « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر» .

أقول: لأنه ينافى التسوية، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الآخر، غير جائز لا مكروهاً (٣)، اللهم إلا إذا كان ذلك بحيث لا ينافى التسوية، مثل ما إذا كان أحدهما حاضراً قبل الآخر وهو لا يعلم بكونهما خصمين.

ص: ٢٣٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٠.

٢-٢) لعدم النص أولاً، ولوقوع الخلاف في الحكم المذكور ثانياً، قال في المستند (١٧: ١١٨ - ١١٩) : « وظاهر الحلّي عدم الإستحباب حيث قال: ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين، والمستحب له تركها حتى يبدأ بالكلام، فإن صمّتا فله أن يقول لهما حينئذ: إن كنتما حضرتما بشيء فاذكراه» .

٣-٣) كما قال في المسالك (١٣: ٤٣٠) : وقد تقدم أن التسوية فيه واجبه، وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فأما أنه استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط: التحريم، لأنهما عبّرا بصيغته النهي كالسابق، وهو حسن، لاشتراكهما في المقتضى له، وفي الدروس: لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب، وذكر كراهه تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً.

قال المحقق: « إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً، لزمه القضاء، ويستحب ترغيبهما فى الصلح. . . » (١).

أقول: فى صورته وضوح الحكم يلزمه القضاء ولا سيما مع المطالبة به.

والترغيب فى الصلح حيثئذ معناه أن يتراضيا - بترغيب من القاضى - بعدم صدور الحكم وبفصل الخصومه بالمصالحة (٢)، لكن المحقق قدس سرّه يقول فى الوظيفة السابعه - كما سيأتى -: « ويكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال »، إلا أن يجمع بين كلاميه: بأن ترغيبهما فى الصلح هو قبل الحكم وفى صورته جهلهما به، وأما بعد ما حكم وعلم به، فيكره أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك فى موارد، ومن الموارد التى على القاضى الترغيب فى المصالحة فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس وهو يعلم بعدم عداله

ص: ٢٣١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.
٢- ٢) لقوله تعالى: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» (سورة النساء ٤: ١٢٨) وقوله: «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» (سورة الحجرات ٤٩: ١٠) وغيرهما، وفى صحيحه هشام بن سالم: «لأن أصلح بين اثنين أحب إلى من أن أتصدق بدينارين» وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٩/١. أبواب الصلح، الباب ١. وعن جماعه: انه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به. وقيل: إن المستحب للقاضى الترغيب فى أصل الصلح، وأما التوسط فيما يصطلحان به فيحوّله إلى ثالث.

نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم في هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين في المصالحة أو حلّ النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر في القضية والحكم فيها إلى الحاكم الجامع للشرائط إن لم يتوافقا على الصّحح.

هذا، وأما مع عدم وضوح الحكم، فلا- يجوز التعجيل في الحكم، بل يستحب إحضار العلماء والفضلاء في مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقلّ الإشتباه والخطأ مهما أمكن.

ص: ٢٣٢

الوظيفة الخامسة: (رعايه العدالة فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ورد الخصوم مترتّين، بدأ بالأوّل فالأوّل، فإن وردوا جميعاً، قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب أسماء المدّعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومه معه. وليس معتمداً، ويجعلها تحت ساتر ويخرج رقعته رقعته ثم يستدعى صاحبها، وقيل: إنما يكتب أسماءهم مع تعسر القرعه بالكثرة» (١).

أقول: إذن، فى المسأله أقوال متعدده، لكن المشهور - كما عن (المسالك) - هو القول الأخير (٢).

ص: ٢٣٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

٢- ٢) وفى النافع لم يذكر إلا- قولاً واحداً حيث قال: « وإن اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعى من يخرج اسمه» المختصر النافع: ٢٨١.

الوظيفة السادسة: (عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامه المدعى دعواه)

قال المحقق: « إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهى الحكومه ثم يستأنف هو » .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفه القاضى الإستماع إليها، فلو تكلم الآخر فى خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عندما تنتهى دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك، وذلك، لأحقية السابق فى الحقوق المشتركة مطلقاً، أى سواء فى القضاء أو الفتوى أو الدرس، فإن الأسبق أحق، وكذا الأمر فى الأموال المشتركة، فمن سبق إلى مكان مشترك فهو أحق به.

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن - بالإضافة إلى المخالفه للوظيفة الشرعيه -؟ فيه تردد.

ولو أسقط السابق حقه سقط.

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومه، فلقد كان من سيره النبى ^ﷺ صلى الله عليه وآله وسلم أنه إذا كلمه أحد لا يستمع إلى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الأول، إلا بإذنه.

قال المحقق: « إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى على يمين صاحبه » (١).

أقول: لا ريب فى أولويته من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه، ولو ابتدرا معاً فقد ذكروا: أنه يسمع الحاكم من الذى على يمين صاحبه - مع أنهم قالوا فى مسأله ورودهما معاً عليه بالقرعه - وقد استندوا فى ذلك إلى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام:

« قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام » (٢).

ويؤيده صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه سابقاً: « إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه - يعنى: عن يمين الخصم » (٣) بناء على عود الضمير إلى الخصم. . .

وعن الشيخ فى (المبسوط) (٤) نسبه إلى روايه أصحابنا، ثم ذكر الأقوال فى

ص: ٢٣٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٨/٢. أبواب آداب القاضى، الباب ٥.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٨/١. أبواب آداب القاضى، الباب ٥.

٤-٤ (٤) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٤.

المسأله ثم قال: « وبعد ما روينا القرعه أولى »، وعن (الخلاف) قوه القول بالقرعه، قال: « لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول » (١).

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم - بعد الروايه - هو الأولى، لأنه بناء على كون الإستماع وظيفه شرعيه، فحيث لا يمكنه الإستماع إليهما معاً للتراحم، كان الحكم هو التخيير عقلاً، ومعه لا جهاله حتى يرجع إلى القرعه. . . لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود في المقام.

قال: « ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما، فيقدم دفعاً للضرر » (٢).

أقول: لكن هذا في صوره حلّ النزاع بذلك، وأما لو توقّف على الإستماع منهما، فلا أثر لتقديم المسافر، سواء كانا متداعيين أو لا، والعجب من الشراح كيف لم يلتفتوا إلى هذه النكته. نعم، هذا الفرع يفيد في صورته تعدّد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفي إحداهما قدمت تلك الدعوى دفعاً للضرر.

قال المحقق: « ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال » .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة وعبارته السابقه في الوظيفه الرابعه.

ص: ٢٣٦

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٤ / المسأله: ٣٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨١.

في مسائل متعلّقه بالدّعوى □

المسأله الأولى: (هل تسمع الدعوى المجهوله؟)

قال المحقق قدّس سرّه (١): « قال الشيخ: لا- تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرساً أو ثوباً، ويقبل الإقرار المجهول ويلزم تفسيره، وفي الأول إشكال» (٢).

ص: ٢٣٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

٢-٢) ذكروا أنه لا- خلاف في صحه الوصيه بالمجهول والإقرار بالمجهول، فيقبل دعوى الوصيه به والإقرار به، بل في الرياض عن التنقيح الإجماع على ذلك (الرياض ١٥: ١٦٣)، ثم وقع الخلاف بينهم في الدعوى وأنه هل يشترط في سماعها كون المدعى به معلوماً معيناً أم تسمع الدعوى المجهوله كما هو الحال في الوصيه والاقرار، على قولين: فالأول عدم الجواز، وقد حكى هذا القول عن الشيخ وابن إدريس وجماعه من القدماء والمتأخرين. والثاني: الجواز، وبه صرّح المحقق في النافع بقوله: وفي سماع الدعوى المجهوله تردّد والأشبهه الجواز، والعلّامه في القواعد حيث قال: والأقرب سماع الدعوى المجهوله، والشهيد الثاني في المسالك والروضه، بل نسبه في المستند إلى أكثر متأخرى المتأخرين بل الأكثر مطلقاً (حكاه عنهم في الرياض ١٥: ١٦٢ - ١٦٣). واستدل للقول الأوّل: بأنه لا- يترتب على هذه الدعوى الأثر وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بالإيجاب. واستدل على الثاني: بأنه مقتضى عمومات الدعوى والمدعى والحكم، وبأن عدم سماع هذه الدعوى قد يوجب الضرر على المدعى، وأجابوا عن دليل الأوّل: بمنع عدم الفائده، وبأنه ينافى قولهم بقبول الإقرار بالمجهول، وحينئذ يبقى تعيين الحق أمراً آخر، وأما وجوه الفرق التي ذكروها بين المقامين فلم يتم شيء منها كما ذكر السيد الاستاذ دام بقاءه.

أقول: وجه الإشكال عدم الفرق بين الدعوى والإقرار فى ذلك.

وقد استدلل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى إذا كانت مجهولة.

وأورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن أُلزم بالتفسير، فليلزم المدعى بتفسير دعواه المجهولة.

وذكر بعضهم فى وجه الفرق: إن أثر الإقرار ثبوت حق للمقرّ له - ولو 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 يرتّب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطرّ بنفسه إلى التفسير، لأنه يدعى حقاً لنفسه عند المدعى عليه.

وأشكل عليه: بأن مجرّد هذا لا- يكفى لدفع الإيراد بأن وظيفة الحاكم هو الحكم، وهذا متوقف على استماعه، بلا- فرق بين الدعوى والإقرار.

ويمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به ويلزم المقرّ بالتفسير، وأما فى الدعوى المجهولة، فإن أصل الحق مشكوك فيه، وحينئذ، فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير، فإن شاء المدعى أن يفسر فهو.

ولكنه أيضاً لا يكون جواباً، فإن القضاء واجب على الحاكم، سواء فى القضيّة المقطوع بها والمشكوك فيها.

وقال صاحب (الجواهر) بعد ذكر الوجوه المذكوره والإشكال فيها:

« فالتحقيق أن يقال: لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه، التي من أفرادها ما لا يقبل الدعوى. . . أما المجهوله التي كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه، فلا مانع من قبولها، وفاقاً لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا النادر. . . » (١).

أقول: ذكر هذا الشيخ في (المبسوط) (٢)، ولعل وجه دعوى انصراف الإطلاقات الوارده فى القضاء عن المورد الذى لا يفسر فيه المدعى دعواه. وهنا تاره: عندما يطالب بالتفسير، يترك الدعوى ويرفع اليد عنها فلا كلام، وأخرى: يدعى النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعى الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول: « أسألوه فإن لم يقرّ 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 إن كانت وصيه سمع الدعوى فيها ».

أقول: لما تقرّر فى كتاب الوصيه من أنه يصح الوصيه بالمجهول، وقد بحثوا هناك عن المقدار فى ما إذا أوصى ب « شىء » أو « شىء كثير » أو « جزء من المال » ونحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحه الوصيه بالمجهول.

قال الشيخ قدس سرّه: « والفصل بينها وبين سائر الحقوق. . . إن تملك المجهول بها يصح، فصح أن تدعى وصيه، وليس كذلك غيرها، لأن تملك المجهول

ص: ٢٣٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٠.

٢-٢ (٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٥٩.

به لا يصح» .

أقول: لا- ريب في جواز تملك المال المجهول كماً وكيفاً، وهل يجوز تملكه؟ نعم يجوز تملكه هبه، كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له: وهبتك الصندوق بما فيه، أو وصيه، فإن ادعى تملك شيء مجهول لا بالوصيه والهبة والصلح لم تسمع دعواه، لعدم جواز تملك المجهول بغير هذه الطرق.

وحيث أن الإقرار بالمجهول مسموع، فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعه أيضاً؟ قيل: نعم، لوجود الفائدة، وفي (الجواهر) (1) عن الدروس: فيه وجهان، وذكر لعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقاً، لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه، وأجاب عنه في (الجواهر) : بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه، ولا- فرق في ترتب الفائدة ووجودها بين كونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق.

ص: ٢٤٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥١.

المسأله الثانيه: (هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ قدس سره (١): « فإن كانت أثماناً، فلا بدّ من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه وهو: أن يذكر القدر والجنس والنوع. . . فإن كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره، فلا بدّ من أن يقول: صحاحاً أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كلّ هذا. قالوا: ليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف إلى نقد البلد؟ هلاً قلتى يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف إلى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى إخبار عمّا كان واجباً عليه، وذلك يختلف فى وقت وجوبه باختلاف الأزمان والبلدان، فلهذا لم يسمع منه إلا محرّره، وليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلهذا انصرف إلى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه، فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن، ولا بدّ أن يكون موصوفاً.

هذا إذا كانت أثماناً.

فأما إن كانت من غير الأثمان، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون عيناً قائمه أو تالفه، فإن كانت عيناً قائمه نظرت، فإن كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب، ضبطها وطالب بها، وإن ذكر قيمه كان تأكيداً، وإن لم يذكرها جاز، لأن الإعتقاد على ضبط الصفات، وإن كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها

ص: ٢٤١

كالجواهر ونحوها، ذكر قيمتها، وأما إن كانت تالفه نظرت، فإن كان لها - مثل كالحبوب والأدهان والأقطان - وصفها وطالب بها، لأنها يضمن بالمثل، وإن لم يكن لها مثل - كالعبيد والثياب، فلا بدّ من ذكر القيمة» .

قال المحقق: « وفي الكلّ الإشكال، ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار» .

ثم قال قدس سرّه: « ولا بدّ من إيراد الدعوى بصيغته الجزم . . . » (١).

أقول: فسّر صاحب (الجواهر) قدس سرّه كلام المحقق بقوله (٢):

« التي يستدلّ بها على جزم المدعى بما يدّعيه، كما عن الكافي والغنيه والكيبرى وظاهر الوسيله بل في الكفايه نسبته إلى الشهره» وعلّل قول المحقق: « فلو قال: أظنّ أو أتوهم، لم تسمع» بقوله: « لأن من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان ردّ اليمين على المدعى وهو منتف، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه، وهو منتف هنا أيضاً» أى: لا فرق بين النكول والردّ، وحيث أن كلّاً منهما منتف هنا، يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال في (الجواهر): « ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً» (٣) أى: لأن الدعوى هو الإخبار عن جزم.

قال المحقق قدس سرّه: « وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمه ويحلّف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى» (٤).

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلّي.

ص: ٢٤٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

وفى (الجواهر) عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل والسرقه ونحوهما من الامور التى يعسر الإطلاع عليها ولا يمكن الجزم فيها بسرعه، ولا تسمع فى غيرها.

وعن (الإيضاح) (١): إنه قوئى عدم اشتراط الجزم.

لكن عن (الرياض) (٢) الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل إنهم بين قولين: اعتبار الجزم، والإكتفاء بالتهمة فى مقامها.

وقال فى (المسالك) (٣): تبه بقوله: إيراد الدعوى بصيغه الجزم، على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان فى اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه، دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم إلى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، والأمر كذلك، فإن المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر، لأنه إذا كان للمدعى بينه يشهد له بحق وهو لا يعلم به، فله أن يدعيه به عليه وإن لم يعلم سببه فى نفس الأمر ما هو.

أقول: كأن ثانى الشهيدين قدس سره (٤) يريد أن قول المحقق: « بصيغه الجزم » وعدم قوله بالجزم القلبي، هو لأجل وجوب السماع فى هاتين الصورتين وإن لم يكن يقين قلبى، كما تجوز الشهاده بالحق استناداً إلى الإقرار وإن لم يكن يقين قلبى، وكذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى ويفتى به تاره عن علم، وأخرى بالاستناد إلى أماره، وإن لم يجزم بذلك الحكم.

ص: ٢٤٣

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤: ٣٢٧ - ٣٢٨.

٢-٢ (٢) رياض المسائل ١٥: ١٦٢ - ١٦٣.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٣: ٤٣٧.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٣٨.

لكن الظاهر من (الجواهر) (١) استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم فى الموردین و يجب سماعها وإن لم يكن عن يقين، فإنه - إذن - يمكن دعوى الجزم فى كل مورد.

أقول: إن كانت استفاده صاحب (الجواهر) من كلام المحقق صحيحه، ورد عليه إشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغه مع عدمه فى القلب كذب وتبدليس، ولكن استفاده هذا المعنى منه غير تامه، بل الحق ما ذكره صاحب (المسالك)، وهو الظاهر من قول المحقق رحمه الله: « بصيغه الجزم ».

وهل الجزم شرط للسمع؟ قال به جماعه بل قيل إنه المشهور، لأن من لوازم الدعوى هو الحلف عند ردّ اليمين، ولأن الدعوى لا تصدق مع عدمه. وقال فى (الجواهر): والتحقيق إحاله الأمر إلى العرف، وفى مورد التهمه تصدق الدعوى، ولو سلم عدمه يصدق التشاجر والتخاصم، ومع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم.

ثم استشهد رحمه الله بالأخبار الواردة فى تهمه القصار ونحو ذلك (٢).

ص: ٢٤٤

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣ - ١٥٤.

٢- ٢) ذكر المحقق الآشتياني (كتاب القضاء: ٨٨) رأى صاحب الجواهر بقوله: « وقد فصل بعض مشايخنا فى المقام بين موارد التهمه وغيرها، فحكم بوجوب السماع وعدم الإشتراط فى الأول، وبعدهم وجوبه والإشتراط فى الثانى » ثم ذكر تأييده ما ذهب إليه بالنصوص الواردة فى تحليف الأمين مع التهمه، وهى: (١) خبر بكر بن حبيب: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه. قال: إن اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شىء » (٢) خبره الآخر عنه عليه السلام: « لا يضمن القصار إلا من جنت يده وإن اتهمته أحلفته » (٣) خبر أبى بصير عنه عليه السلام أيضاً: « لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً » وهذه الأخبار ونحوها تجدها فى الباب « ٢٩ » من أبواب كتاب الإجاره من وسائل الشيعه. ثم إنه أجاب عن الإستدلال بهذه الأخبار بنحو ما سينقله السيد الاستاذ دام بقاءه عن المحقق العراقى.

وأما استدلال صاحب (الرياض) (١) عليه بأن الدعوى توجب التسلّط على الغير بالإلزام بالإقرار أو الإنكار أو التبريم، وهو ضرر عليه منفي، ففيه: أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعى.

وأما لزوم ردّ اليمين، فإن ذلك غير لازم في موارد كثيرة.

وعن المحقق العراقي قدّس سرّه (٢) الاستدلال بالأخبار الواردة في القصار والصبّ باغ، لجواز الدعوى المجهوله التي قامت الأماره على تهمة المدعى عليه، فإن تم هذا الحمل بالنسبه إلى تلك الأخبار، فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه، ولو شك في تخصيصها فالأصل عدمه (٣).

ص: ٢٤٥

١-١) رياض المسائل ١٥: ١٦٣.

٢-٢) كتاب القضاء.

٣-٣) هذا، ولا بأس بذكر ملخص عباره المستند في بيان الأقوال في المسأله، وهي هذه: « ذهب المحقق وجماعه إلى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغه الجزم، وهو المحكى عن ابن زهره والكيدي والتقيح، ونسبه في الكفايه إلى المشهور وفي المعتمد إلى الأكثر. وحكى عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين والشهيدين في النكت والمسالك عدم الإشتراط، وهو ظاهر المحقق الأردبيلي واختاره بعض فضلائنا المعاصرين، ولكن المنقول عن الأوّل عدم الإشتراط في التهمه، وعن المحقق الثاني عدم الإشتراط فيما يخفى عاده ويعسر الإطلاع عليه، كالقتل والسرقه ونحوهما، والإشتراط في نحو المعاملات، وهو ظاهر الدروس والروضه، وقيل: لعلهم أرادوا بذلك ما ذكره ابن نما فيتحدان، وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين، ونقل في شرح المفاتيح عن الشهيد الثاني وابن نما القول بعدم الإشتراط مطلقاً ثم قال: وقوى المحقق الشيخ على عدم الإشتراط فيما يخفى عاده، وظاهره تغاير القولين، ولعلّ مراد من حكم بالإتحاد فهم « من التهمه» ما يخفى، ومن حكم بالتغاير حمل التهمه على مجرد التوهّم الذي هو أعم من الظن. وتردّد الفاضل في القواعد والإرشاد والتحرير، وهو ظاهر الصيمري والمفاتيح وشرحه والكفايه وإن كان كلام الأخير إلى عدم الإشتراط أميل. وقال والدى المحقق: والتحقيق عندي عدم سماع الدعوى إلا مع احتمال إقرار الخصم أو شهاده بيّنه لها أو ادعاء المدعى سماع أحدهما، والأقوى عدم الإشتراط مطلقاً مستند الشيعة ١٧: ١٤٩.

وفى (المستند) (١): إذا كانت الدعوى بحيث لا يترتب عليها فائده فلا تسمع، مثل أن يعلم من قبل أنه لن يقتر ولا يحلف ولا يردّ اليمين - بناءً على عدم الحكم بمجرد النكول - فلا تسمع هذه الدعوى، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده عليها.

ص: ٢٤٦

١-١) مستند الشيعة ١٧: ١٥١.

المسألة الثالثة: (في حكم مطالبه المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق قدس سره: « إذا تمت الدعوى، هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد، والوجه أنه يتوقف، لأنه حق له، فيقف على المطالبه» (١).

أقول: إذا حرّر المدعى دعواه والمدعى عليه حاضر، فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه، أو لا يطالبه به إلا بعد التماس المدعى ذلك؟ لا إشكال في جواز مطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه وإن لم يلتمس منه المدعى ذلك، إلا إذا رفع المدعى اليد عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاكم الجواب من المدعى عليه، فإن لم يسقط حقه ولكن لم يلتمس من الحاكم المطالبه بالجواب فلا يجب كذلك، فإن التمس وجب على الحاكم ذلك عند الأكثر، لأن ذلك مقدّمه للقضاء الواجب فيجب.

ويمكن الخدشه في ذلك: بأنه ليس القضاء موقوفاً على جواب المدعى عليه في كل مورد، بل للحاكم أن يطالب بإقامه البينة من المدعى، فإن أقامها حكم. هذا أولاً. وثانياً: لو فرض توقف الحكم عليه، وأنه قد يقرّ بالحق، فلا حاجه إلى البينة، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء ومقدمته على الحاكم؟

ص: ٢٤٧

وفى (المبسوط) (١) ذكر فى المسأله قولين، ثانيهما: عدم التوقف، قال: إن نفس طرح الدّعى عند الحاكم مطالبه بالجواب، وقد نقله صاحب (الجواهر) (٢) عن (المسالك) وقال: إن هذا لا- ينفى التوقف، واستدل فى (الجواهر) لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، والثانى: كون ذلك حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم فى مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعاً، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطلبه بالجواب على دعوى المدعى؟ إن هذا مشكل، ولعل مراده من الحق هو الولاية والسلطنه على المترافعين لفصل الخصومه، وهذا صحيح، لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فإن لم يطالب، فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية؟ لا وجه للوجوب، نعم، له ذلك لغرض فصل الخصومه وحسم النزاع.

وأما الأصل، فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب.

اللهم إلا أن يريد من الأصل أن مقتضى الإطلاقات والعمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، ومع الشك فى شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به، فالأصل عدمها، ويكون مرجع ذلك إلى تخصيص أدله وجوب القضاء، والأصل عدمه.

وكيف كان، فإنه يبقى عليه أنه إن أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، وإلا فإن لم يطالب بالجواب فعلاً فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم وإن قلنا

ص: ٢٤٨

١-١) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٨٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٧.

بإطلاق أدلّه القضاء، فيبقى صورته التماس المدعى، وهنا يمكن أن يقال بأن أدلّه القضاء لا تشمل هذه الصورة، بأن يحكم بعد قيام البينه ولا- يطالب المدعى عليه بشيء، فإن قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » ونحوه منصرف عن مثله، لا سيما وأن المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاء كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعى.

ص: ٢٤٩

المسأله الرابعه: (فى حكم الدعوى على القاضى)

قال المحقق: « لو ادعى أحد الرعيه على القاضى، فإن كان هناك إمام رافعه إليه، وإن لم يكن وكان فى غير ولايته، رافعه إلى قاضى تلك الولاية، وإن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته» (١).

أقول: إن كان النزاع فى زمن حضور الإمام، فإنه يرجع إليه، وإن كان فى زمن الغيبه، وكان النزاع مع حاكم، فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته، فإن لم يكن فى الولاية ففى غيرها وإن كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم.

والدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقات أدله القضاء.

ص: ٢٥٠

المسأله الخامسه: (فى استجاب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق قدس سرّه: « يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم، ولو قاما بين يديه كان جائزاً» (١).

أقول: قال فى مفتاح الكرامه (٢): لما روى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى. وقول على عليه السلام فيما تقدم: « لولا أنه ذمى لجلست معه بين يديك» وأصل البراءه وأصل الإباحه - مع ضعف السند وعدم وضوح الدلاله على الوجوب - شواهد على الإستجاب. ولعل السرّ أنه أقرب للتسويه، والخطاب معهما أسهل، وأمرهما أوضح.

ص: ٢٥١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٢- ٢) مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه ١٠: ٣٥.

فى جواب المدعى عليه

قال المحقق قدس سره: « فى جواب المدعى عليه، وهو إما إقرار أو إنكار أو سكوت » .

أقول: جواب المدعى عليه للدعوى التى يقيمها المدعى، له صور، وقد أضاف بعض الأصحاب إلى ما ذكر المحقق صورته رابعه وهى أن يقول فى الجواب: لا أدرى (1)، وأضاف آخر صورته خامسه وهى: أن يصرف الدعوى عن نفسه

ص: ٢٥٣

١ - ١) قال الآشتيانى والسيد قدس سرهما (كتاب القضاء: ٩٠، العروه ٣: ٤٧) إن فى عدّ « السكوت » جواباً مسامحه، وفى المسالك (١٣ : ٤٤٢) : وإنما جعل السكوت جواباً، لأنه إذا أصرّ على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعى، فهو فى الحكم كالإنكار، فكان فى معنى الجواب. لكن قال الآشتيانى: التوجيهات التى ذكروها له من كونه فى حكم الإنكار إذا أصرّ عليه أو غير ذلك لا تخرجه عن المسامحه، كما لا يخفى. أقول: يندفع الاشكال بأن يجعل المراد من « الجواب » هو « الموقف و « الرأى » و ما يقابل به المدعى عليه دعوى المدعى، فيعمّ « السكوت » وهو استعمال شائع. ثم قال الآشتيانى: إنما الإشكال فيما ذكره شيخنا الاستاذ دام ظله وفاقاً لجمع من متأخري الأصحاب من أن هناك جواباً آخر للمدعى عليه لم يتعرض له الأصحاب، بل ظاهرهم الحصر فى المذكورات، وهو قوله « لا أدرى » فهل أدخلوه وأدرجوه فى المذكورات أو غفلوا عنه؟ وإدراجه فى المذكورات مشكل، ونسبه الغفله إليهم أشكل. ثم ذكر+وجوهاً فى الجواب عن هذا الإشكال، فراجع.

ويوجهها إلى غيره، كأن يقول في الجواب: لست أنا طرف الدّعى بل هو فلان.

١ - الإقرار وجمله من أحكامه:

إشاره

قال: « أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف » (١).

أقول: إذا أقر المدعى عليه، وكان إقراره مطابقاً لاعتقاده، كان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد، وجب عليه ردّه إليه عند مطالبته به، سواء أقرّ بذلك بلسانه أو لم يقرّ، وحيث كان إقراره جامعاً لشرائط الحجّيه المذكوره في محلّها، فإنه يلزم بما أقرّ به والعمل على طبقته.

ولكن هل هذا الإقرار الحجّيه يتوقّف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم، أو أنه بعد تماميه حجّيته، يترتب عليه الأثر من قبل المدعى بلا- توقف على الحكم، ولسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما هو الحال في الإقرار الجامع لشرائط الحجّيه الذي يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعه والتحاكم إلى الحاكم بلا خلاف؟ .

لا إشكال في أن فصل الخصومه من آثار الحكم، فمع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه، فهذا الأثر يختصّ بالحكم، وأما غير هذا الأثر من الآثار، فقد قال جماعه بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، ووجه هذا الإحتياط هو: أنه كما أن فصل الخصومه متوقف على الحكم، فكذلك غيره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه، يكون الأمر بيده وتوقف الآثار كلّها على حكمه وإن قامت الحجّيه

ص: ٢٥٤

بعد الإقرار للمدعى على أخذ ما يدّعيه، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الإحتياط، وإن كان مقتضى إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحجّه وبه قال جماعه.

ويدلّ على حجّيه الإقرار بناء العقلاء وسيرتهم على الأخذ به، سواء حكم الحاكم أو لا، وقد أمضى الشارع هذه السيره بقوله: « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، فالإقرار حجّه وإن لم يحكم الحاكم، نعم، يحتمل أن يكون للحكم موضوعيه فى مورد النزاع، فالأحوط أن يكون ترتّب الآثار بعده.

ثم هل البيّنه كالإقرار أو أن حجيتها متوقفه على الحكم؟ قال غير واحد من الأصحاب - بل قيل: إنه المشهور - بالفرق بين الأمرين (٢) وأن الإقرار حجّه وتترتب عليه الآثار - عدا ما يختص منها بالحكم - بخلاف البيّنه فلا يترتب عليها أثر مطلقاً، فلا يجوز له التصرف فى المال ما لم يحكم الحاكم، فالبيّنه حجّه بعد الحكم فى مقام المرافعه إلى الحاكم، وأما مع عدم الترافع إليه وقيامها فهى حجّه والأثر مترتب عليها.

وقيل: لا فرق بين الإقرار والبيّنه، فكما أن الإقرار حجّه وللمقرّ له التصرف فى المال وترتيب الأثر وكذا لغيره بإذنه، فكذلك البيّنه بعد قيامها. نعم، يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم، ويكون أثره عدم سماع الدّعى بعد ذلك، فإن كانت

ص: ٢٥٥

١- ١) قال فى وسائل الشيعة ٢٣: ١٨٤/٢، الباب ٣: « وروى جماعه من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم أنه قال: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

٢- ٢) وقد وقع البحث والكلام بينهم حول الوجوه التى ذكروها للفرق بينهما وما يترتب على ذلك من ثمره، وربما بنى الخلاف فى المقام على الخلاف فى حجّيه البيّنه، فعلى القول بعدم حجّيه البيّنه إلا للحاكم، توقّف ثبوت الحق على حكم بخلاف الإقرار، وعلى القول بعموم حجّيتها لم يتوقف كالإقرار. وإن شئت التفصيل فراجع الكتب الاستدلاليه المفصله.

حجّيه البيّنه متوقفه فى مقام التخاصم على حكم الحاكم، فكذلك الإقرار، من دون فرق بينهما.

ثم، هل الإقرار تتقدر حجّيته بمقدار ضرر المقرّ أو أنه كالبيّنه فى الطريقيه إلى إثبات حق المقرّ له؟ مثلاً: إذا أقرّ بأن لزيد على ذمّته كذا من الدراهم، يكون إقراره حجه، وأما إذا أقرّ بالنسبه إلى عين خارجيه بأنها لزيد، فهل يفيد عدم كونها له فقط، أو يفيد مع ذلك كون العين لزيد أيضاً، فيكون الإقرار طريقاً إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبيّنه؟ وجهان.

قد يقال بالأوّل، لأن ذلك حدّ دليل حجّيه الإقرار وهو « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »، وأما كون الشىء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج إلى دليل آخر، بخلاف البيّنه، فإن مفاد دليل حجّيتها - وهو: « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان » - كون الشىء لمن أقامها فضلاً عن دلالتة على عدم كونه للمنكر.

أقول: والوجه الثانى غير بعيد، فإنه لما يقرّ بكون الشىء لزيد، يلزم بما أقرّ به - خصوصاً بعد حكم الحاكم - وكون الشىء لزيد هو من مصاديق ضرر المقرّ كذلك، فلا فرق بين البيّنه والإقرار من هذه الجهه، وإنما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناءً على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: (أحدهما) عدم كون المقرّ فيه للمقرّ، و (الآخر) كونه للمقرّ له، فيقال بكونه حجه فى الأوّل فقط - وهو عدم الملكيه - لأنه مقدار الضرر. ولكن لا وجه لهذا المعنى، بل إن نفس ملكيه زيد للشىء المقرّ فيه من مصاديق الضرر، فيشملة « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

وكذلك لا فرق بين الإقرار والبيّنه فى سماع دعوى ثالث لذلك الشىء الذى تنازعا فيه، لأن 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 المقرّر له أو مقيم البيئه، فلا يقتضى الحكم عدم سماعها، لأنها دعوى جديده يجب سماعها والنظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.

وأما اليمين، فليس لها حجّيه شرعيه بالنسبه إلى غير الحاكم، فليست كالبيئه والإقرار فى ترتب آثار الحجّيه، بل إن الآثار كلّها تترتب عليها بالحكم (١).

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق قدّس سرّه: « وهل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا، لأنه حق له، فلا يستوفى إلاّ بمسأله» (٢).

أقول: وهل يحكم الحاكم على المقرّر قبل مطالبه المقرّر له بالحكم؟

لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب، كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا يبعد الوجوب وإن لم يتوقف عليه، لأن الحكم من شأن الحاكم ووظيفته بعد الإقرار والمطالبه.

وأما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن (المبسوط) (٣): ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى.

وظاهره الحرمة.

قال: لأنه حق للمدعى فلا يستوفى إلاّ بمسأله.

أى: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. ولكن هذا التعليق غير تام، لأن كونه حقاً لا ينافى أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفاً على إذنه أو مطالبته، ولا

ص: ٢٥٧

١- ١) فى المسأله أقوال: فقول: هى كالبيئه، وقيل: هى كالإقرار وقيل: هى شىء ثالث، وعلى الأوّل هى كالبيئه على الإطلاق حتى بالنسبه إلى الثالث أو لا؟ تعرض المحقق الأشتيانى للمسأله بالتفصيل.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٣- ٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٥٨.

يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك.

فالصحيح هو الرجوع إلى الأدلة أو الأصول، وحيث لا دليل في المسألة، فإن الأصل مع الشك في الحرمة هو عدم الحرمة، ومع الشك في الوجوب فهو عدم الوجوب، إلا- أن استفاد الوجوب من إطلاقات أدلة الحكم والقضاء، فمقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسأله المدعى. هذا من الناحية التكميلية، وأما وضعاً، فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم، لكن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه. . . » هو الإطلاق، فليس الحكم مقيداً بالمطالبه والمسأله من المدعى.

هذا، مع أن الحكم قد يكون حقاً للمنكر، كما إذا لم يقيم المدعى اليئنه فيحلف المدعى عليه، فإن الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعى، نعم، يجوز لمن كان حقاً له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه إن كان قابلاً له.

إذن، يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبه، إلا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً، تمسكاً بإطلاقات الآيات والروايات فيقال بأن الحكم وظيفه الحاكم بعد تماميه المقدمات، سواء سئل بذلك أو لا، وأما مع المطالبه فالحكم واجب بلا كلام.

قال: « وصوره الحكم أن يقول: ألزمتك. . . » .

أقول: كل لفظ ظاهر في الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم، وأما « ثبت عندي » ونحوه، فليس صورته له، لعدم ظهوره فيه.

وهل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، وهو مشكل، لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، وشمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: « ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه

أقول: وحيث حكم، فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقاً أو في صورته الإلتماس أو لا يجب؟ قيل: يجب، لأن الكتابه من تبعات الحكم ولواحقه، فيجب كتابه الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى، ولأنه إن لم يكتب لضاع حق المقر له، وقيل: لا يجب، لأن الذى يفصل الخصومه ويقطع النزاع هو الحكم، وأما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، لا من آثار الحكم ولواحقه، وحيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وإنقاذه، فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً، فلا تجب الكتابه.

وقيل: تحرم الكتابه، لأنها قد تكون إعانه على الإثم، كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور، فكانت سبب الظلم لأحد، أو ارتكاب محرّم من قبل الحاكم الجائر، فتكون إعانه على الإثم الصادر منه.

وفصل بعضهم بأنه إن كان إحقاق حق المقر له متوقفاً على الكتابه وجبت وإلا فلا.

وعلى القول بوجوب الكتابه، فلا يجوز له أخذ الأجره عليها، بناء على عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، وحيث لا يجوز له أخذ الأجره، فإنه لا يجوز له أخذ شىء فى مقابل الدواه والقرطاس أيضاً، فظهر أن الحكم هنا يتفرّع على الحكم فى الفرع السابق.

هذا، ولو قَصِرَ فى تطبيق القواعد والأحكام أو خالف فى شىء منها، فإنه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ، وإن كان حكمه حقاً، لقوله عليه السلام «... ورجل

ص: ٢٥٩

قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار. . .» (١) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، ولعل السرّ في ذلك: أن الحكم له جهة تعبدية، ويعتبر فيه قصد القربة، وأن يكون على طبق الأحكام والقواعد المقررة لذلك من قبل الشارع، فإن لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرّمة لم ينفذ ألبتة، وعليه، فلو حكم بالحق رياء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

ويحتمل أن يكون السرّ في ذلك: اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادراً عن المقدمات الصحيحة والمشروعه، فمع انتفاء الشرط ينتفى المشروط.

ولو شك في كون إصدار الحكم واجباً تعبدياً أو توجّهياً، فإن الأصل في الواجبات هو التعبدية. . . وسيأتي مزيد تحقيق لهذه المسألة إن شاء الله تعالى.

هذا، ولو أجاب الحاكم المدعى بكتابه الإقرار والحكم، لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه، أو يشهد على الاسم والنسب شاهداً عدل، حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، وقد اتفق حصول هذا التزوير في زماننا من بعض المزوّره، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع - وهو مكفوف البصر - وذكروا عنده أن فلاناً حاضر عندكم يقرّ بأنه قد باع داره لفلان ونحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويراً من الرجلين، وقد أدى الأمر إلى النزاع والخصومه. . . إذن، يشترط أن يكون الحاكم عارفاً للشخص من حيث اسمه ونسبه، وإلا فيشترط شهادته شاهدين عادلين.

قال المحقق: «ولو شهد عليه بالحليه جاز ولم يفتقر إلى معرفه

ص: ٢٦٠

أقول: وهل يغنى ذكر أوصافه وملامحه الذاتيه عن ذكر الاسم والنسب؟ قال المحقق: نعم، لكن في (الجواهر) عن (السرائر) الإشكال فيه، إلا أن عبارته السرائر تدلّ على خلاف ذلك. فليراجع (٢).

وكيف كان، فما ذكره المحقق قدّس سرّه هو الأظهر، لكن يجب ذكر الحليه بحيث يأمن معه من الاشتباه والتزوير.

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟

وكيف كان، فإن امتثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو، وإن امتنع من أداء

ص: ٢٤١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٣.

٢- ٢) وهذا نص عبارته السرائر: « وإذا أقرّ إنسان لغيره بمال عند حاكم، فسأل المقرّ له الحاكم أن يثبت إقراره عنده، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته: لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً بالمقر بعينه واسمه ونسبه، أو يأتي المقر له بينه عادله على أن الذي أقر هو فلان ابن فلان بعينه واسمه ونسبه، لأنه لا يأمن أن يكون نفسان قد تواطأ على انتحال اسم إنسان غائب واسم أبيه والانتساب إلى آباءه ليقرّ أحدهما لصاحبه بمال ليس له أصل، فإذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيره كان مخطئاً مغرراً. وقال في مسائل خلافه: مسأله: إذا حضر خصمان عند القاضي، فادّعى أحدهما على الآخر مالاً فأقرّ له بذلك، فسأل المقرّ له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً والقاضي لا يعرفهما، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب، لأنه يجوز أن يكونا استعاراً نسباً باطلاً وتواطأ على ذلك، وبه قال ابن جرير الطبري، وقال جميع الفقهاء: إنه يكتب ويحليهما بحلاهما التامه ويضبط ذلك. قال رحمه الله: والذي عندي أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء، فإن الضبط بالحليه يمنع من استعاره النسب، فإنه لا يكاد يتفق ذلك. ثم قال رحمه الله: والذي قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما، فإن ذلك يمكن استعارته، قال رحمه الله: وليس في ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع إليه. قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب: الذي ذكره وذهب إليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوى في نفسى، وهذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر في نهايته شيئاً لا يعمل ولا يرجع فيه إلى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع إليه . . . ». كتاب السرائر ٢: ١٦٢.

الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وللغريم أن يغلظ له القول ويخاطبه بما يكرهه في حدود الشرع، ولو لم يفد ذلك كله حبسه الحاكم بالتماس الغريم، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي الْخَبْرِ الضَّعِيفِ الْمُنْجِبِ بِعَمَلِ الْأَصْحَابِ - « لِي الْوَاجِدُ بِالدِّينِ يَحُلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ مَا لَمْ يَكُنْ دِينُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ » (١) لَكِنِ الْعُقُوبَةُ فِيهِ مُطْلَقَةٌ، فَالظَّاهِرُ إِنَّا طَهَّرْنَا بِنَظَرِ الْحَاكِمِ، إِلَّا أَنْ فِي جَوَازِ حَبْسِهِ لِنَظَرِ نَصِّ خَاصٍ، فَفِي الْمَوْثُوقِ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: « إِنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ الرَّجُلَ إِذَا تَوَيَّ عَلَى غَرْمَائِهِ، ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيَقْسَمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ » (٢).

وفى هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطلة السابقة منه، وأن يكون تحذيراً له عن المماطلة فيما يستقبل، وأن يكون لغرض حمله على الإقرار بما يملكه من الأموال، ويدلّ الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أولاً بأداء الحق، بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فإن أبى فعلى الإمام ذلك بعد بيع ماله، وفى خبر السكونى: « إِنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْغَرْمَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ فَيَقُولُ لَهُمْ: إِصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ وَاجْرُوهُ، وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ » (٣).

بل عن الشيخين فى المقنعه والتهذيب مرسلًا: « قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: إنه قد حقّ لى أن آخذ البرئ منكم بالسقيم، وكيف لا يحقّ لى وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه

ص: ٢٤٢

١- ١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٣٣. ٤. أبواب الدين، الباب ٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٦/١. أبواب القسمه، الباب ٦.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٨: ٤١٨/٣. باب حبس المديون ٧.

حتى يترك» (١) فهذا يفيد جواز الإيذاء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إلا أنه لم يذكر حدّه في الروايات، فيرجع ذلك إلى نظر الحاكم.

فالحاصل: إنه يلزم أن تكون أحكام القضاء وعقوباتهم مطابقه للأدلة الشرعية والموازن المقرره الإلهيه، فما تداول في هذه الأيام من بعضهم من الحكم بالسجن ودفن كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل، وكذا مصادر الأموال، فإنه لم يجعل الشارع هذه العقوبه على جرم في الشريعة المقدسه، ولو علم بوجود أموال مغصوبه في أموال أحد، فاللزام استرداد ذلك المقدار فقط ودفعه إلى صاحبه أو إلى ورثته، لا أن يجعل في صندوق المستضعفين، أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى.

حكم ما لو ادعى الإعسار:

قال المحقق قدس سرّه: «ولو ادعى الإعسار. . .» .

أقول: أي لو أقرّ بالحق ثم ادعى الإعسار، فإن استبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره، لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنظِرَةٌ إِلَيْهِ مَيْسَرَةٌ» (٢) وللموثق الآتي ذكره وغيره.

قال: «وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان. . .» (٣).

أقول: قال في (الجواهر) (٤): أشهرهما عملاً وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالأصل والكتاب روايه الإنظار، يعنى الموثقه: «إن علياً عليه السلام

ص: ٢٤٣

١-١) تهذيب الأحكام ٦: ١٨١/٣٧٥.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ١٦٥.

كان يحبس في الدين، فإذا تبين له حاجه وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالاً» (١).

وروايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: « إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: إن مع العسر يسراً» (٢).

ومراده من الأصل هو أنه مع الشك في وجوب أن يصير أجيراً أو يسلم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدي دينه، فالأصل عدم الوجوب. والمراد من الكتاب الآيه الشريفه المذكوره آنفاً.

والروايه الاخرى ما رواه السكونى: « إن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه وإن شئتم استعملوه» (٣).

لكن الشيخ قدس سره عمل في (النهايه) (٤) بروايه السكونى، وعن ابن حمزه التفصيل بين ما إذا كان يتمكّن من العمل فيستعمل، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسره.

وقد رجح صاحب (الجواهر) (٥) الروايه الأولى على الثانيه، لموافقتهما للكتاب، وقيل: إن روايه السكونى غير مخالفه للكتاب حتى ترجح الأولى عليها،

ص: ٢٦٤

-
- ١-١) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/١. باب حبس المديون ٧.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/٢. باب حبس المديون ٧.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ١٨: ٤١٨/٣. باب حبس المديون ٧.
 - ٤-٤) النهايه في مجرّد الفتوى: ٣٥٢/١٦.
 - ٥-٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٦٥ - ١٦٦.

لأن المتمكن من العمل ليس معسراً، وبهذا المعنى صرح العلامة في (المختلف) (١)، ولذا لا يستحق الزكاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: إن كان لفظ « المعسر » ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلاً، سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا، وافقت الروايه الأولى لظاهر الكتاب، وإن ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوه، لم توافقه، والظاهر أن « المعسر » هو الذى ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، لأن أكثر الناس يحصّلون مؤنتهم عن طريق العمل وإجاره أنفسهم فى مختلف الصنائع والحرف والأشغال. . . لكن روايه السكونى تخالف الكتاب من جهه أخرى، وذلك أنها تدلّ على تسليمه إلى الغرماء، وليس فى الكتاب دلالة على ذلك.

ويحتمل أن تكون روايه السكونى موافقه للأصل، فإنه إذا كان مال المدين أقلّ من حقوق الغرماء أو مساوياً لها، منعه الحاكم عن التصرف فى ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لأن تصرفه فى ماله يوجب الضرر فى حقوق أولئك إلا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعه وحرفه لها ماله يبذل بأزائها المال، والغرماء يطالبون بحقوقهم، كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه وتسليمه إلى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله وتشغيله - كما يمنعه ويحجره عن التصرف فى أعيان أمواله - لأن المفروض ماله عمله، فتكون روايه السكونى غير مخالفه للأصل، إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن، والمنع عن تضييعه والسعى وراء وصوله إليهم.

نعم، لا يجوز حمل المدين على عمل حرجى، أو إجباره على تحصيل المال

ص: ٢٤٥

عن طريق غير متعارف، كأن تؤمر المرأة بالتزوج لتأخذ المهر وتقضى الديون، أو يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ونحو ذلك.

وبما ذكرنا يجمع بين الروايتين، بأن من كان ذا صنعه وحرفه يستعمل ويحسب عمله عوضاً عن ديونه، نظير من عمل في بناء المسجد مدّه وطلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلاً عن مبلغ معيّن من سهم الإمام عليه السلام في ذمّته، ومن لم يكن كذلك ولا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسره.

هل يحبس حتى يتبين حاله؟

قال المحقق: « وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب الفلس » (١).

أقول: لو أقرّ بالحق وادّعى الإعسار وجهل حاله، ففي المسأله صور أربع:

الصورة الأولى: أن يكون حالته السابقه الإعسار، والدائن يصدّقه في ذلك، لكنه يدّعى يساره الآن، والمدّين يدّعى بقاء حاله الإعسار.

الصورة الثانية: أن يقترّ بالدين وباليسار سابقاً، أو وجود مال الدائن عنده إن كان أصل الدعوى مالاً، لكن يدّعى الإعسار الآن، فيقول له الدائن: أنت على يسارك السابق، أو أن مالي موجود عندك الآن.

الصورة الثالثة: الجهل بحالته السابقه.

الصورة الرابعة: أن يكون سابقاً معسراً تاره وواجداً أخرى.

وتفصيل الكلام في الصورة الأولى: إنه في هذه الصوره يجب على الدائن

ص: ٢٦٦

الذى يدعى يسار المدين إقامه البيه على دعواه، لأن قول مدعى الإعسار هو الموافق للأصل، فإن أقام البيه حكم على المدين بدفع المال وأداء الحق، ولا معنى للإنظار، وإن أبى حبس، وإن لم يقم البيه أحلف مدعى الإعسار، فإن حلف أنظر، وإن ردّ اليمين على من يدعى اليسار أحلف، فإن حلف حكم على المدين بأداء الحق، فإن أدّى فهو وإلا حبس، وإن امتنع عن اليمين فليل: إنه مع ردّ اليمين على المدعى ونكوله، يكون النكول سبباً للحكم بضرره، لأن النكول عن اليمين المردوده هو بمثابة يمين المدعى عليه، وقيل: النكول لا يوجب ذلك وتبقى الدعوى مجمله، والمرجع فى صوره إجمال الدعوى - فى غير مسألتنا - هو الاصول والقواعد، أما فى هذه الصوره فى محلّ الكلام، فالمرجع هو قوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (١) فإنها تدلّ على أن وجوب الإنظار مشروط بكونه معسراً، أى إن للدائن مطالبه حقه من المدين إلا فى حال كونه ذا عسره، فإن أحرز الشرط ترتب حكم وجوب الإنظار، ومع الشك فلا يحكم بوجوبه، فله المطالبه بحقه وأن يطلب من الحاكم حبسه إن امتنع عن أدائه.

ولو أقام مدعى الإعسار البيه على ذلك، قال بعض الأصحاب بحجيه تلك البيه، بناء على إطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»، وقيل: لا تقبل منه البيه لأنه منكر، لقوله عليه الصلاه والسلام: «البيه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢) وسيأتى تحقيق المسأله فى محلها إن شاء الله تعالى، وعلى الأول، فهل يحتاج إلى ضمّ اليمين إلى البيه؟ قيل: لا، لأن

ص: ٢٦٧

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥. فى حديث فذك عن تفسير على بن إبراهيم القمى.

البينة حجه تامه، وقيل: نعم، لأن البينة على النفي ليست بحجه، فلا بدّ من ضم اليمين إليها.

٢ - الإنكار وجمله من أحكامه:

إشاره

قال المحقق: « وأما الإنكار، فإذا قال: لا حق له على، فإن كان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينة، فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعى: ألك بينه؟ وإن شاء سكت، أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبه بالبينة، وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينه عرفه الحاكم أن له اليمين، ولا- يحلف المدعى عليه إلا- بعد سؤال المدعى، لأنه حق له، فيتوقف استيفاؤه على المطالبه» (١).

أقول: حاصل ما ذكره قدس سره أنه إن طرح المدعى دعواه عند الحاكم وقال المدعى عليه: لا حق له على، فالمدعى إما لا يعلم بأن عليه إقامه البينه على ما يدعيه، فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها، وإما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك، فإن لم يكن عنده بينه على دعواه أو لم يقمها، أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه، لأن ترتب الأثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه إياه، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر، وكذا لو استحلفه المدعى ولم يحلفه الحاكم، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدعى، فترتب الأثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلا الأمرين: استحلاف المدعى وإحلاف الحاكم إياه بعد ذلك بإذن المدعى.

ص: ٢٦٨

وهل المراد من قوله: « ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى » وأن الحاكم لا يحلفه إلا بعد إذنه، هو الأثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعه بدون أحد الأمرين، لأنها حينئذ لغو، بل قد يقال بحرمتها، للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عز وجل: « وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ » (١)، هذا بالنسبة إلى المدعى عليه، وأما الحاكم، فإن قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا، حرم على الحاكم إحلافه، لأنه يأمره بالمعصية حينئذ.

وأما وضعاً، فلا يترتب على هذه اليمين أثر، وهذا هو المراد من قول المحقق قدس سره:

« ولو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين، وأعادها الحاكم إن التمس المدعى » (٢).

ولقد استدلوا لعدم تأثيره وضعاً بأن: إحلاف المدعى عليه حق للمدعى، وما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه، لتوقف استيفاء حق المدعى على مطالبته.

وفيه تأمل، لأن مجرد كون ذلك حقاً للمدعى، لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه وهو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم إليه يجب عليه النظر في القضية بحسب الموازين الشرعيه، لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعده على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى، بالاستناد إلى

ص: ٢٦٩

١-١) سورة البقره ٢: ٢٢٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

مجرد كون الحلف حقاً للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم والقضاء كتاباً وسنه هو نفوذ حكمه ووجوب امثاله وإن كان صادراً بدون إذن المدعى، ولا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقاً للمدعى، لا يكون دليلاً على عدم جواز حكم الحاكم وعدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه في إحلاف المدعى عليه.

كما أن هذا الحق لا يجوز له منع المدعى عليه من الحلف إن أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين، حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين إليه إلاّ - بقصد إسقاط حقه وإبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه والعدول عن مطالبته فيما نحن فيه، وأما بقصد إبقاء النزاع والخصومه فلا.

وقد اعترض في (الجواهر) على استدلالهم بما ذكر، بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه، لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال، وذلك، لأن الحق كالمال، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال، فكذلك الحق، ولا يلزم الإيذن الصريح منه بالحق، وعليه، فإن مجيئه بالخصم إلى الحاكم وطرح الدعوى عنده، يكفي شاهداً على رضاه بإحلاف المدعى عليه والحكم في القضية.

ومن هنا قال في (الجواهر) (1): فالأولى الاستدلال لذلك - بعد الإجماع - بظاهر النصوص الآتية في اشتراط الرضا الذي لا بدّ من العلم به، وشاهد الحال إنما يفيد الظن، فتأمل.

ص: ٢٧٠

أقول: إذن، لا بدّ من النظر في الأخبار، وقد وجدنا هذه الأخبار دالّة على لزوم الإستحلاف، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهذه الأخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزلة الشارح لإطلاقات « البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر » أو المبيّن لإجمالها، إذ تضمّنت كيفيه اليمين وأن المدّعى يستحلف المنكر، فلو فرض عدم دلالة الأخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدّعى، فلا ريب في أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المدعى.

وبهذا البيان يتمّ دلالة هذه الأخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصحاب، ويكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فإن العلم برضا صاحب المال بيع ماله لا يكفي لجوازه، بل لا بدّ من إظهار رضاه الباطن والتصريح به. ولعل السرّ في ذلك أنه كثيراً ما يندم البائع عن بيع متاعه، فمع التصريح بالإذن والرضا لا يؤثر ندمه، بخلاف ما إذا أريد الاعتماد على رضاه، فيمكنه إنكار الرضا أصلاً، ولا طريق إلى إثبات الرضا الباطني، وهنا كذلك، فإنه إذا قال له « إحلف » لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار، بخلاف ما إذا أريد الاستناد إلى الرضا.

فحاصل المستفاد من الأخبار: أن لإستحلاف المنكر موضوعيته في قبول حكم الحاكم في تلك القضية.

هذا، وليس في الروايات أن يقول المدّعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلف، فما الدليل على أن استحلافه إيّاه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ وأن على الحاكم الإستيذان منه في إحلاف المنكر؟ وحيث لا دلالة في الأخبار على اشتراط الإذن، فما هو وجه القول بعدم الإعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدّعى؟ ثم إنه إذا أحلفه في حضور الحاكم وحلف، فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف عليه؟ وهل المراد من

اللهم إلا أن يكون الدليل هو الإجماع، وأن سيره المسلمين منذ صدر الإسلام حتى الآن هي على إحلّاف الحاكم المنكر بعد مطالبه المدعى، وإلا فإن المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه، بل قيل: إنه يعتدّ بيمينه الواقعة بعد التماس المدعى وإن لم يكن في محضر الحاكم، وهو مقتضى إطلاق معتبره ابن أبي يعفور: « إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادل؟ قال عليه السلام: نعم. . . » (١).

لكن الظاهر أنها محمولة على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حلّ النزاع بينهما، فإن المتخاصمين يتحاكمان إلى الحاكم ويفوضان الأمر إليه، فتجرى في مجلسه جميع المقدمات بإذنه وتحت نظره، ثم يحكم في الواقعة بحسب الموازين المقررة في الشرع، فلا إطلاق لها إذاً، ويشهد بما ذكرنا أن في الرواية: « قلت: وإن كانت له عليه بينه عادل؟ » أى: هل اليمين تذهب بحقّه وإن كانت له عليه بينه؟ لأنه قد يتفق غياب البينة وهما مستعجلان في فصل خصومتها، فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان، فإن المراد من البينة هنا هي البينة التي تقام عند الحاكم كما هو واضح، وبقرينه المقابلة بين هذه البينة واليمين، يعلم أن المراد من اليمين في الخبر هي يمين المنكر عند الحاكم.

ثم إن الإجماع المدعى على لزوم إذن المدعى في يمين المنكر، مستند إلى فهم الأصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات، أو إلى السيرة المستمرة التي

ذكرناها، وأما كونه إجماعاً تعبدياً غير مدركى فبعيد جداً، والأظهر استناده إلى السيره المستمره القائمه على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم إليه، وأنهما ليسا مختارين في حلّ النزاع بينهما حينئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينه ويذكره بإقامتها إن كان غافلاً- عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: ألك بينه؟ وإن لم يكن غافلاً، فهذا يكشف عن قيام السيره على أن أمر المترافعين بيد الحاكم، وأنه لا يجوز لهما التقدّم عليه في شأنهما، نعم، القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعى.

وليس المراد من « الإحلاف » أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه، لأن المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، وهذا هو مراد من عبّر ب « الأمر » أيضاً.

وقد روى الشيخ الصدوق معتبره ابن أبي يعفور المذكوره بزياده جملة « من حلف لكم على حق فصّدقوه » (١) وقد يدعى كونها مطلقه، لكنها محموله على ما ذكرنا، ولا سيما وأن الجملة في ذيل تلك الروايه.

وفي روايه أخرى: « . . . وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه » (٢).

□
وفي أخرى لعبد الله بن وضاح: « كانت بينى وبين رجل من اليهود معامله، فخاننى بألف درهم، فقصدته إلى الوالى فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام

ص: ٢٧٣

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٤/ ذيل ح ١. كيفيه الحكم، الباب ٩.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٠.

فأخبرته: أنى قد أحلفته فحلف، وقد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (١).

وقد استشهد فى (الجواهر) بما فى هذا الخبر - من أنه قد أحلفه عند الوالى لا الحاكم - على كفايه الحلف وإن لم يكن عند الحاكم.

لكن لعل هذا الوالى الذى حلف عنده كان من الولاه الذين لهم الولاية على الحكومه ونصب القضاء بعد الترافع إليه، فلا يستفاد منها كفايه الحلف عند غير الحاكم، والقدر المتيقن منها ما ذكرناه.

وكيف كان، فلو حلف سقطت دعواه فى الدنيا وإن لم تبرء ذمته إن كانت يمينه فاجره بالإجماع، وفى الحديث: « . فأىما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار» (٢).

قال المحقق قدس سره: « ثم المنكر إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل » .

أقول: عندما يطرح المدعى الدعوى وينكر المدعى عليه، فإما أن يحلف مع إذن الحاكم، أو يردّ اليمين على المدعى، أو ينكل فلا يحلف ولا يردّها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: « فإذا حلف سقطت الدعوى» (٣).

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى ولا حق له على المنكر، ثم إن

ص: ٢٧٤

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤٠: ٨٤.

أثر هذه اليمين هو أنه إن كان صادقاً فكالأول، أى: إن كان الشئ المتنازع فيه له حقاً فهو، وإن كان كاذباً فكذلك، أى لا يكون الشئ له باليمين، ويحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبة إلى المنكر نفسه، وأما بالنسبة إلى المدعى، فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشئ بحسب الظاهر، وهذا معنى سقوط دعواه، وأما بالنسبة إلى الحاكم، فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، وأما بالنسبة إلى سائر الناس، فإنهم إذا أرادوا التصرف فى الشئ المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه.

قال المحقق: « ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه » (1).

أقول: وإذا سقطت الدعوى، فهل للمدعى التقاض من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحداً؟ ادعى الإتفاق على عدم جواز التقاض منه إن كان مورد النزاع ديناً، وأما إذا كان عيناً، فالمشهور على الجواز، وقال جمع بالعدم وبقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فى العين المتنازع فيها وإن لم يكن تصرفاً منافعياً، لكونها بيد المدعى عليه، كأن تكون عبداً ويعتقه فى سبيل الله عزّ وجل، أو يبرأ ذمه المنكر قربه إلى الله تعالى، لأن ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضى لعدم كون المنكر مديناً للمدعى، ومقتضى الإبراء كونه مديناً له.

أقول: إن مقتضى القاعده هو جواز التقاض منه، إلا أن يقوم الدليل على المنع، إذ ليس الحكم من المملكات والنواقل للأموال، وإلا لما قال صلى الله عليه وآله وسلم: « . . . فأئماً رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار » فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وإن أثم فى اليمين

ص: ٢٧٥

الكاذبه، نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة.

وحيث لا- تصبح العين ملكاً للحالف بيمينه، فإما أن تكون ملكاً بلا- مالك أو تبقى على ملك المدعى؟ والأول ساقط، فثبت الثاني، فللمدعى التصرف في العين أينما وجدها، غير أنه يكون حينئذ راداً على الله، لمخالفته لحكم الحاكم، ولكن لو فعل ذلك خفيه، أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم إلا- أن يقال بوجوب التزام المدعى بترتيب آثار ملكيه المدعى عليه وإن كانت العين ملكاً له في اعتقاده، وأن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعى نفسه، فعليهم الإستيذان من المنكر إن أرادوا التصرف فيها، وقيل بوجوب ذلك عليهم إن لم يكونوا عالمين بكونها ملكاً للمدعى في نفس الأمر، إلا- أن الكلام في أثر إذن المدعى عليه، حيث قد حلف كاذباً وهو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعاً بل هي باقية على ملك المدعى، فإنه لا يجوز له الإذن، ولو أذن لم يؤثر، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعيين كليهما في التصرف في العين.

قال المحقق: «ولو عاود المطالبه أثم ولم تسمع دعواه» (1).

أقول: أى إن الحاكم بعدما حكم بأن الشئ للمنكر، أو بأنه ليس مديناً للمدعى، لا يجوز له سماع الدعوى مره ثانيه، ولا استماع شهاده بينه المدعى على مالكيته للشئ المتنازع فيه، قال المحقق: «ولو أقام بينه بما حلف عليه المنكر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور، بل حكى عليه الإجماع، وذلك لحكومه خبر ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لاحقاً له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له:

ص: ٢٧٤

وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول الله: من حلف لكم بالله فصدّقوه وإن سألكم بالله فأعطوه، ذهب اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له» (١) ونحوه من الأخبار، على: «البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر» (٢).

وهنا قولان آخران، قال المحقق (٣): «وقيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، وقيل: إن نسي بيّنته سمعت وإن أحلف» والثالث: إنها تسمع مطلقاً، قال المحقق: «والأول هو المروى» وتلك الأقوال مخالفة للنصوص الواردة في المقام، وهي تدلّ على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى، وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً، وقد عمل الأصحاب بتلك النصوص إلا من شدّد.

قال المحقق: «وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين، وهنا أولى» وهذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحلّ مفاصّته. . .» (٤).

أقول: لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه، فهل يكون إقراره بالكذب كالبيّنه التي يقيمها المدعى بعد يمين المنكر في عدم التأثير، أو يؤثر هذا الإقرار؟

إن دليل حجّيه الإقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قد حلف أو لا، ودليل

ص: ٢٧٧

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٥/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٩.
 - ١- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
 - ٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.
 - ٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

حجيه اليمين وذهابها بحق المدعى مطلق، فهي تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار، لذهاب الأصحاب إلى ذلك، أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع، لحكومته دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار، لأنه رافع لموضوعه؟

المستفاد من المعتبره: « إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحديته فحلف لى عليه، ثم إنه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذة، وهذه أربعه آلاف درهم ربحتها، فهي لك مع مالك واجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه، ورفعت المال الذى كنت استودعته وأبيت أخذه، أستطلع رأيك فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، فإن هذا الرجل تائب والله يحبّ التوابين» (1) كون الإقرار مسموعاً، وأنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل إن تلك الأدله منصرفه عن صورته تكذيب الحالف نفسه. بل إن اليمين من الطرق العقلانيه، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السيره وبناء العقلاء، لكن اعتبارهم لليمين والخبر، مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، وعليه، فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد ويمين الحالف، لأن عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين، وأنها ليست مصداقاً عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. . . وكذلك البيئه لو أكذب الشاهدان أنفسهما بعد الشهاده. . .

ص: ٢٧٨

وأما بقاء مالكيه المدعى على المال، فهو مقتضى خبر مناهي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، حيث ورد فيه النهي عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي: « في حديث المناهي: إنه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (١). وكذا قوله: «... فإنما قطعت له قطعه من النار» .

□
وفي خبر عبدالله بن وضاح: « كانت بيني وبين رجل من اليهود معامله فخانني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجره، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيره، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن فأخبرته... فكتب: لا- تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته، لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه، فقد مضت اليمين بما فيها» (٢).

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ « الظلم» فيها من باب المشاكلة كما في قوله تعالى: «فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (٣)، وإلا فإن أخذ الحق ليس ظلماً حقيقه، نعم هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً... .

فتحصّل: ثبوت ملكيه المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البيئه التي يقيمها المدعى بعد حلف المنكر، فقد دلّت النصوص على تقدم اليمين وعدم سماع البيئه بعدها.

هذا، وفي كلمات صاحب (الجواهر) أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب

ص: ٢٧٩

-
- ١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.
 - ٣- ٣) سورة البقره ٢: ١٩٤.

بحق المدعى على المنكر.

وفيه: إنه لا- يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، وإنما له المطالبة بماله وإيقاع أنحاء التصرفات فيه، ومن الواضح أن هذه التصرفات من آثار سلطته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال.

فالصحيح: أن أدلّه ذهب اليمين بحق المدعى تمنع عن تصرفه في ماله الذى بيد المنكر بعد يمينه، لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له، والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذى بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال وحلت له مقاصته إن امتنع من تسليمه.

وفى (المسالك): « أما لو أكذب الحالف . . . كما يحلّ له مع امتناعه من التسليم، لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمه الخصم، فلا وجه لسقوطه » (١).

أقول: هذا يتوقف على عدم تمامية إطلاق أدلّه « ذهب اليمين بحقه » كما ذكرنا، وإلا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ثم إنه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه، أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد (٢): والإنصاف أنه ليس كلّ البعيد إن لم يكن الإجماع على خلافه.

□
والصحيح هو الثانى وفقاً للجواهر، لأن اليمين مقدّمة للحكم - كاليينه - وفصل الخصومه يحصل بالحكم، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى

ص: ٢٨٠

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٥٠.

٢- ٢) العروه الوثقى ٣: ٦٤.

بينكم بالبيّنات والأيمان» أى: إن الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام اليينه أو تحقق اليمين، فكلّ واحده منهما فى موردها مقدّمه لحكم الحاكم، وبه ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه ولم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استئناف الدعوى.

هذا كله إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: « وإن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف ».

أقول: إن ردّ المنكر اليمين على المدعى قالوا: يجب على المدعى أن يحلف، وليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفى، بل بمعنى أنه إن أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدمه لإحقاق الحق، فإذا حلف حكم له، ووجب على المنكر تسليم الشى المتنازع فيه إليه.

ويدلّ على ذلك: الإجماع والأخبار المستفيضه أو المتواتره كما فى (الجواهر) (1)، وهذه نصوص طائفه من تلك الأخبار، نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضاً:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « فى الرجل يدعى ولا يئنه له. قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له » (٢).

٢ - عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: « فى الرجل يدعى عليه

ص: ٢٨١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٧٦.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

الحق ولا يبيّنه للمدّعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حقّ له» (١).

٣ - الصّيدوق بإسناده عن أبان عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا أقام المدّعى البيّنه فليس عليه يمين، وإن لم يقم البيّنه فردّ عليه الذى ادّعى عليه اليمين فأبى، فلا حقّ له» (٢).

٤ - الكليني عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعه، عن بعض أصحابه، عن أبان، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يدّعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بيّنه. قال: يستحلف المدّعى عليه، فإن أبى أن يحلف وقال: أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحق، فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله» (٣).

٥ - يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

بشهاده رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى فهي واجبه عليه أن يحلف ويأخذ حقه، فإن أبى أن يحلف فلا شيء له» (٤).

٦ - عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: قلت للشيخ عليه السلام: «خبّرني عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله. قال: فيمين المدّعى عليه،

ص: ٢٨٢

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٢/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٢/٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٢/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.

فإن حلف فلا- حق له، وإن ردَّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو، لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيّنه لا نعلم موضعها، أو غير بيّنه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع البيّنه فإن ادعى بلا بيّنه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

فتحصل: أن للمنكر ردَّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه وحكم له، وأما إذا كانت دعواه ظنيّه، فقيل: لا تسمع الدعوى الظنيّه مطلقاً، وقيل: بل تسمع، إذ قد تقوم البيّنه على طبقها، وتكون دليلاً ومستنداً لحكم الحاكم، لكن لا أثر لردّ المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، وكذا لو كان المدعى يدعى شيئاً لغيره، كولى الصغير الذى يدعى على أحد حقاً للصغير، لأن يمينه لا تثبت حقه وإن كان جازماً به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، وكذا الأمر لو كان المدعى وصياً لميت فيدعى وصيته بشى فينكر الوارث - مثلاً - ذلك، فإن أقام البيّنه على دعواه فهو وإلا حلف الوارث أو أقّر بالحق، ولا يردّ اليمين على الوصى.

وقيل: لقد قام الدليل على أن البيّنه على المدعى، وعلى المنكر أن يحلف أو يردّ أو ينكل، وهذا الدليل مطلق، فيشمل صورته ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين

ص: ٢٨٣

(١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٤. وفيها « ياسين الضرير » وليس لائمه الرجال فيه مدح ولا ذم.

أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم في صورته رد المنكر اليمين وعجزه عنها - لكونه ظاناً أو لكون الحق لغيره - بسقوط الحق المدعى، لا بأن يكون عجزه سبباً لتخيير المنكر بين الأمرين الآخرين.

والجواب من وجهين، فالأول: إن أدله تردد أمر المنكر بين الامور الثلاثة منصرفه عن هذه الصوره، فليس له الرد فيها، ويبقى الأمران. والثانى: إنه مع الشك فى إطلاق الأدله - بعد التنزل عن القول بانصرافها - فيؤخذ بالقدر المتيقن، وهو ما عدا هذه الصوره.

وحيث لا يمكن الرد - لأجل لغويته يمين المدعى أو عجزه عنها - فهو مختير بين الإقرار والحلف.

اليمين المردوده فى حكم البيئه أو الإقرار؟

وهل اليمين المردوده فى حكم بينه المدعى أو فى حكم إقرار المدعى عليه؟ قولان.

وجه الأول: إن الذى على المدعى هو البيئه، وعلى المنكر اليمين، فإن رد المنكر اليمين على المدعى وحلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فى حكم البيئه.

ووجه الثانى: إن إقرار المدعى عليه يثبت حق المدعى، فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسلم لما يدعىه إن حلف.

وقد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات، منها: أن المدعى عليه إذا أقام بينه على أداء المال مثلاً، حلف المدعى، فإن كانت اليمين المردوده نازله منزله البيئه، جاز للمنكر إقامه البيئه بعدها، وإن كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها، لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: والأقوى أن اليمين المردوده طريق مستقل لإثبات حق المدعى، وما

ذكروه فى وجه القولين ضعيف، وليس طريق إثبات الحق منحصرأً بالبينه والإقرار بل هى ثلاثه طرق: البينه والإقرار واليمين المردوده، ولكل واحد منها أحكامه وآثاره، وأما الثمره التى ذكروها فغير مرتبه، لأن اليمين المردوده لا تصلح لنفى أداء المدعى عليه الدين بل هى تثبت أصل الدين، وحينئذ فللمدعى عليه إقامة البينه على الأداء، كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينه على الأداء سقط الحق، وإن لم يكن عنده بينه حلف المدعى، لأنه المنكر للأداء، ولا معنى لإقامتها على نفي ما تثبته اليمين المردوده التى جعلت لخصم النزاع بينهما، إذن، يجوز أن تقام البينه فى مقابل اليمين المردوده - لو اختلف مدلولاهما - كما ذكرنا. وحينئذ، نبحت عن مقتضى الأدله أو الاصول فيما إذا أقام المنكر البينه بعد يمين المدعى مثلاً، فإن شملت إطلاقات أدله البينه هذه البينه فهو وإلا فيرجع إلى الأصل، من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. . .

فالحاصل: أنه لا وجه للحصر المذكور، وحينئذ، تقيد أدله البينه على المدعى واليمين على من أنكر، بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعى، فهى عليه لا على المنكر.

ثم إن أثر اليمين المردوده يتوقف ترتبه على حكم الحاكم، فهى من مقدمات الحكم، والذى يثبت الحق هو الحكم، وبه تنفصل الخصومه وينقطع النزاع كما ذكرنا سابقاً، فيكون معنى قوله عليه السلام - فى مرسله أبان -: «... أن يحلف ويأخذ ماله» إنه يحلف ويحكم الحاكم ويأخذ ماله.

قال المحقق: «ولو نكل سقطت دعواه» (١).

ص: ٢٨٥

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردودة، فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز إعادته الدعوى فى ذلك المجلس، وفى إعادتها فى مجلس آخر قولان، وفى (المسالك) (١): إن كان ترك اليمين لسبب وجيه وعذر مقبول أمهل، وإلا كان ناكلاً تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الأخبار تعرض للنكول، بل فيها: «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فإن قال فى المجلس «لا أحلف» مثلاً فقد أبى أن يحلف، ولا يبقى له حق، فإن حكم الحاكم سقطت الدعوى ولا تسمع بعدئذ، وإن لم يحكم الحاكم لم تسقط وبقيت وجازت المطالبة بالحق، ولكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، وأما الإمهال، فإن كان لجهه عقلاييه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الأخبار عن ذلك، وإلا فلا وجه لإمهال الحاكم إيّاه، وهذه المهله - أى مقدار طالت - فقد أحر إحقاق حقه بنفسه ولا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

وهذا العذر الموجّه لا بدّ أن يكون له أمد، إما عرفاً وإما بتحديد من الحاكم.

وأما إذا ردّ اليمين على المدعى، فادعى أنه ظانّ بالحق غير متيقّن به، فلا يمكنه الحلف، فإن كان المنكر متيقناً قيل له: إحلف، وإن كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعى، بقيت الدعوى، ورجع الحاكم إلى الاصول العمليه، وأفتى فى المسأله بما أدى إليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: «وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد، قال الحاكم: إن

ص: ٢٨٤

حلفت وإلا جعلتك ناكلاً...» (١).

أقول: المراد من قوله: « وإلا- جعلتك ناكلاً» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه إن حلف المنكر سقطت الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى، فإن نكل المدعى سقطت الدعوى كذلك، وإن نكل المنكر فلم يحلف ولم يرد قال المحقق: « قال الحاكم... » .
ثم قال: « ويكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً، لا فرضاً» ولم يقدّم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم، إلا أن يقوم إجماع على ما ذكره قدس سرّه.

قال: « فإن أصرّ، قيل: يقضى عليه بالنكول، وقيل: يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقه وان امتنع سقط» (٢).

أقول: إن أصرّ المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما: إنه يقضى عليه بالنكول، قال به جماعة من المتقدمين، والآخر: يقول له الحاكم: ردّ اليمين على المدعى، فإن ردّ وحلف ثبت حقه، وإن امتنع المدعى عنه سقط حقه، وهو قول جماعة من الأصحاب...
قال المحقق: « والأوّل أظهر وهو المروى » .

ولقد استدلل للقول الأوّل بأخبار:

منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البيّنه على المدعى واليمين على من أنكر» فقد فصل بين المدعى والمنكر، فجعل البيّنه وظيفه للمدعى واليمين وظيفه

ص: ٢٨٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

للمنكر، والتفصيل قاطع للشركة، أى: إنهما ليسا شريكين فى السيئه واليمين، بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، وأما «رد اليمين» فمن الأحكام الطارئه، مثلاً: حقيقه الصلاه منوطه بتحقيق أجزائها وشرائطها المحققه لها أولاً وبالذات، وأما ركعه الإحتياط - مثلاً - فمن الامور الطارئه عليها، . . . وحينئذ، لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، وأما إذا لم يردّها عليه عن اختيار، كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، وأما 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.

وبعبارة أخرى: مقتضى الدليل الأوّل هو الحكم بنكوله إذا لم يحلف، وإن ردّ كان أمراً طارئاً، واقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه وهو الردّ، وأما إذا لم يحلف ولم يرد، بقى الدليل الأوّل على مقتضاه، وهو الحكم بنكوله.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس، كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر ولم يكن للمدعى بينه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت لأمّته جميع ما تحتاج إليه، ثم قال: ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عزّ وجل، ثم قال: ايتونى بوليّه، فأتى بأخ له فأقعدّه إلى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه وصحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك وبينه، إنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين: واللّه الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع

المهلك المدرك الذى يعلم السرّ والعلانيه: إن فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان - أعنى الأخرس - حق ولاطلبه بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (١).

فإن الظاهر منها أن الإمام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، وذلك يقتضى أنه قد امتنع عن ردّ اليمين على المدعى، للإتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد.

وما أشكل عليه فى (الجواهر) (٢): بالقطع بعدم إرادته هذا الظاهر، ضروره اشتراط الحكم بنكوله عن ردّه أيضاً، فلا بدّ فى إصلاحه حينئذ من تقدير، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له. . .

ضعيف، لأنه لو ردّ لحكم الإمام عليه السلام على المدعى باليمين قطعاً، ولحكى الإمام الصادق عليه السلام ذلك ألبته، إذ لا وجه لحكايه بعض الواقعه وترك البعض الآخر مع كونه محتاجاً إليه، لكن لا مانع من عدم حكاية ما هو المحرز منها، وهو ما ذكرنا من عدم ردّه اليمين على المدعى، بل إن حكم الإمام عليه السلام بأداء الحق قرينه على ذلك.

وأما قوله: على أنه قضيه فى واقعه لا عموم فيها. . .

ففيه: أن الإمام الصادق عليه السلام قد ذكر القضية فى جواب السؤال عن كيفية إحلاف الأخرس حينئذ، مستشهداً ومستدللاً بها، ولم يكن ذلك منه مجرد حكاية لها حتى لا يكون لها عموم.

ص: ٢٨٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٠٢/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٣٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٤.

فتحصّل: أن الروايه تدلّ على كفايه عدم ردّه - مع علمه بأن له ذلك - للحكم عليه بدفع حق المدعى، ولا يلزم أمره بالردّ ثم الحكم بذلك إن امتنع عن الرد.

□
ومنها: روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، المتقدمه سابقاً.

فهذا الخبر يدلّ بظاهره صدرراً وذيلاً - على روايه الشيخ الكليني قدّس سرّه، وذيلاً على روايه الشيخ الصدوق قدّس سرّه في الفقيه - على القول الأوّل، لأن حاصل القدر المتفق على روايته: أن المدعى عليه إن حلف سقطت الدعوى، وإن لم يحلف فعليه الحق، إلا - أن يردّ - هو أو الحاكم من قبله - اليمين على المدعى، ولا - يحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين، فإن حلف المدعى ثبت حقه وإلا سقطت الدعوى.

ثم إن الجواب عن دعوى (الجواهر) (1) بأن اختلاف متنه موجب للترزل فيه، هو أن التزلزل يكون في حال اختلاف متن الخبر في الكتاب الواحد، وأما هذا الخبر، فقد رواه الصدوق قدّس سرّه بلفظ يختلف عن لفظ الكليني قدّس سرّه، وقد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره (2)، مع أن المحتمل تعدّد نفس الروايه، ومحلّ الإستدلال روايه الكليني، ومع التزلزل، فإن الدليل الذي اتفقا عليه ظاهر في الدلاله على القول الأوّل.

ص: ٢٩٠

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٤.

٢- ٢) تعرضوا لهذه المسأله كثيراً في صورته وقوع الاختلاف في لفظ الحديث بين روايه الشيخ الكليني والشيخ الطوسي قدّس سرّهما، فقدّموا روايه الكليني على روايه الشيخ قائلين بأنه أضبط في نقل الأخبار، لأن الكليني لم يشتغل بغير الحديث وقد عمل الكافي في عشرين سنه، بخلاف الشيخ فله كتب كثيره في علوم مختلفه، ولذا نصوا على وقوع اشتباهات كثيره في تهذيبه.

وليس مخالفه ما تدلّ عليه روايه الفقيه لفتوى أبي حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامه هو في الخبرين المتعارضين حكماً لا المختلفين زياده ونقصاناً.

واحتمال تقدير جمله، بأن يقال: فإن لم يحلف - أي المدعى عليه - وردّ اليمين على المدعى فحلف - فعليه. ضعيف جداً.

هذا، وقد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول، وأفتوا على طبقه في لزوم ضمّ اليمين إلى البينه في الدعوى على الميت، ولا دليل لهم غيره، وهذا جابر لضعف سنده.

ثم إن صاحب (الجواهر) بعد أن ذكر أدلّه الطرفين قال: « وبذلك كلّ ظهر لك أن أدلّه الطرفين محل نظر. . . نعم، قد يقال: إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء في الفرض بأحد الأمرين، وأن اختيار أمر ثالث. . . خرق للإجماع المزبور، يتّجه القول حينئذ إنه يردّ اليمين منه على المدعى، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه، ولظهور حصر استخراج الحقوق في مضمّر يونس بالأربعه، ومجرّد النكول خارج عنها، بل لعلّ النصوص المستفيضة أو المتواتره الدالّه على انحصار كيفية القضاء بين الناس بالبينات والأيمان تقتضى ذلك. . . » (١).

أقول: أما الإجماع المركب، فممتنع هنا، وأما أصالة عدم ثبوت الحق بدون ردّ اليمين على المدعى، فمعارضه بأصالة عدم وجوب ردّ اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر، إن كان من جهه نكوله فالحق ثابت، وإن كان الحكم مترتباً على اليمين أو الردّ فلا يحكم عليه بدفع الحق.

ص: ٢٩١

فظهر أنه لا- مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعاً وفى الثانى غير حاصل قطعاً، وحيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما، لا- يجرى الإستصحاب أبداً، إلا- أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضاً معارض بأصاله عدم جعل جواز الردّ أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالردّ على الحاكم.

والحاصل: إنه لو افترت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، وقالت الأخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر بردّ اليمين على المدعى - أو يردها هو من قبله - فإن حلف حكم بثبوت الحق وإلا- حكم بسقوطه، فإن كان القولان متباينين - نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه، وقالت الأخرى بحرمتها - فلا مجال للإستدلال لأحد القولين بالأصل، وإن كان القولان غير متباينين، كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه، كأن تقول احدهما بوجوب السوره فى الصلاه، وتقول الأخرى بعدم وجوبها، مع اتفاقهما على أجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره، لعدم الشك فى أجزاء الصلاه الواجده لها. . . وعلى هذا، فإن كان مقتضى القول بكفايه النكول عدم لزوم الردّ على المدعى مع عدم المنع عنه، ومقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعى اليمين المردوده ونفوذ الحكم بذلك قطعاً، فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاريه كما فى (الجواهر) .

هذا، فإن ردّ اليمين على المدعى فنكل، فقولان كذلك، وهنا أيضاً يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصل الذى ذكره فى (الجواهر) (١) يجرى فى حال قبول الطرفين لترتب الأثر على ردّ اليمين على المدعى مع عدم وجود قول ثالث فى البين.

وأما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق فى مضمرة يونس بالأربعة. ففيه نظر، إذ الرواية فى مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقاً، وإلا فإن إقرار المدعى عليه مثلاً من أسباب ثبوت حق المدعى، وليس له ذكر فى الرواية.

وأما قوله: بل لعلّ النصوص المستفيضة... ففيه: أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب اليه على المدعى بأن نقول: إلا فى حال ردّ المنكر اليمين عليه، وبين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردّها على المدعى، فحينئذ تجب على المدعى لا- المنكر، لكننا ذكرنا سابقاً بأن اليمين توجب الإطمئنان نوعاً بصدق الحالف، وإن الإمتناع منها يكشف - نوعاً - عن الكذب، فهى مؤثره وجوداً وعدمًا، فميزان القضاء هو بينه المدعى ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين...

لو بذل اليمين بعد النكول:

وكيف كان، فقد قال المحقق: « ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه » (٢).

أقول: لو بذل المنكر يمينه، فإن كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله، فلا ريب فى عدم الالتفات إليها، وهو المشهور بل عليه الأكثر بل ادعى عليه الإجماع،

ص: ٢٩٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٧ - ١٨٨.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

لأن الحكم قد فصل الخصومه وقطع النزاع ولا يجوز نقضه، وإن كان بذله قبل الحكم وبعد النكول فكذلك، لأن النكول حينئذ كاليمين والإقرار واليمينه في تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا- أثر لبذل اليمين - بمعنى حلفه هو أو ردّ اليمين على المدعى - ولا يلتفت إليه

إنما الكلام في كيفية تحقق النكول، فالمحقق قدس سرّه على أنه يقول له الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً، ويكرر ذلك ثلاثاً، واكتفى صاحب (الرياض) بالمرّه الواحده (1)، وعن (كاشف اللثام) (2) إنه لا- يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً وإلا مرّه، وهذا هو الأظهر.

وأما بناء على القول الثاني من أنه لا يحكم عليه بالنكول، بل تردّ اليمين على المدعى، فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل الحكم، فإن حلف المدعى لم يلتفت إليه كذلك، لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق إلى المدعى، وبذلك ينقطع النزاع.

قال في (الجواهر) (3): إن أدلّه القولين لا- يعارضها إطلاق ما دلّ على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به، (قال): بل في الرياض دعوى اختصاصه - بحكم التبادر وغيره - يمينه قبل الحكم عليه، بنكول أو إحلاف المدعى برّد اليمين عليه ولو من الحاكم.

قلت: وأما بناء على ذكرنا من أن ما دلّ على ذلك ظاهر في تأثير اليمين وجوداً وعدمًا، وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق، فلا

ص: ٢٩٤

١-١) رياض المسائل ١٥: ٩٥.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ١٤٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٨٩.

تصل النوبه إلى الإطلاق والتقييد أو دعوى الإنصراف.

وفى (الرياض) (١١): هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرّه، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول، ففي نفوذ القضاء إشكال: من تفريظه وظهور عذره، ولعلّ الثانی أظهر وبالأصل أوفق.

وأشكل عليه فى (الجواهر) بأنه: ليس فى شى مما وصل إلینا من الأدلّه وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول، والأصل البراءة، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلاً عن دعواه الجهل، خصوصاً بعد ملاحظه الاستصحاب وغيره.

أقول: ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول، فإن الحكم نافذ والأصل براءة ذمه الحاكم عن وجوب الإعلام، لكن تمسك صاحب (الجواهر) باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت قبل البذل لو شك فى بقاءه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الردّ شرعاً قبل صدور الحكم، وبعد الحكم حيث يشك فى بقاء التأثير وعدمه، يجرى الاستصحاب كذلك، فيقع التعارض بين الإستصحابين.

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعى اليمين المردوده عليه - قال فى (الجواهر) - فالمتّجه جوازه للأصل، من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم، أى: إن الردّ وحده ليس موضوع الحكم الشرعى، بل هو الردّ ويمين المدعى بعد، فإن أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعى فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع

ص: ٢٩٥

الحكم الشرعى، فلذا يلتفت إليه.

ولو بذلها بعد حلف المدعى اليمين المردوده وقبل حكم الحاكم فقولان، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم، فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله ويلتفت إليه، ومن أنه لما حصل سبب الحكم وموجهه، فقد قامت الحجّه التامه للحاكم لأن يحكم على طبقها، فيجب عليه إصدار الحكم، لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم، نظير الإقرار، فلو أقر المنكر بما يدّعيه المدعى ثبت الحق ولزم الحكم بذلك، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت إليه وإن كان قبل الحكم.

هل يأمر الحاكم المدعى بإحضار البيّنه؟

قال المحقق: « ولو كان للمدعى بينه لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له » (١).

أقول: هذا شروع فيما يتعلق بالمدعى من الأحكام، وظاهر « لم يقل » عدم الجواز، ويشهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول « وقيل: يجوز » ووجه عدم الجواز: إن الحق للمدعى وليس للحاكم إجباره على إقامة البيّنه لإحقاق حقه، ولكن هذا الدليل هو بالنظر إلى القاعده الكليه فى الحقوق، فالقاعده العامه فيها هى: أن من كان ذا حق على أحد، لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، وأن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر وإن كان له بينه على ما يدّعيه. . . فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام ولا يقتضى حرمة أن يقول له « أحضرها » من باب الإرشاد والتنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقاً، والجواز مطلقاً، والتفصيل المذكور، وقيل: يجوز إن كان الغرض تعليمه المسأله.

والظاهر أنه إن كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

ص: ٢٩٦

هذا بحسب القواعد الكليّة، وأما بالنسبة إلى مورد المخاصمه، فهل مدلول الأخبار الدالّة على أن « البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر » هو أن اليمين على من أنكر إن لم يكن للمدّعى بينه، أو لا بل يجوز إحلاف المنكر وإن كانت البيّنه حاضره؟ فى الوسائل « باب أن المدّعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر. . . » (١) والنصوص الدالّة على ذلك كثيره:

ففى خبر محمد بن مسلم: « فى الرجل يدّعى ولا بينه له قال: يستحلفه. . . » .

فهذا الخبر وارد فى مورد عدم وجود البيّنه، فله استحلافه حينئذ، فالظاهر هو الوجه الأوّل، وأن ميزان المرافعه هو إقامه المدعى البيّنه، فإن لم يكن عنده بينه فله استحلافه، فإن ردّ اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل سقطت. . . وأن وظيفه الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان.

وفى خبر عبيد بن زراره: « فى الرجل يدّعى عليه الحق ولا بينه للمدّعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق » (٢).

وفى خبر يونس: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين. . . » (٣).

وفى مرسله أبان: « فى الرجل يدّعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينه. قال: يستحلف المدّعى عليه. . . » (٤).

فمفاد هذه النصوص وغيرها: أن ميزان المرافعه عند الشرع ذلك، فكيف

ص: ٢٩٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٧.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٨ / ٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤١ / ٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٢ / ٥.

نرفع اليد عنها ونقول: إن إقامة البينة حق للمدعى وله رفع اليد عن حقه؟ ويؤيد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينة.

قال: « وقيل: يجوز وهو حسن » .

أقول: أى: يجوز الإلزام بناءً على ما ذكرنا فى معنى « لم يقل » ، لكن القول بجواز الإلزام غير تام.

بعض أحكام البينة:

لو كان للمدعى بينه، فهنا ثلاثة أحكام، الأول: ما تقدّم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها » .

والحكم الثانى قول المحقق: « ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى » .

والحكم الثالث قوله: « ومع الإقامه بالشهادة لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضاً » (1).

والدليل على هذه الأحكام الثلاثة قول المحقق فى ذيل الأول:

« لأن الحق له » أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله أن لا يحضر البينه، وأن لا تدلى بشهادتها مع حضورها، وألا يحكم الحاكم فى القضية بعد إقامتها، بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ، فإن حلف كان له الإنصراف عن حقه، وإن امتنع أو ردّ اليمين على المدعى، فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

وكيف كان، فإنه يستفاد من هذه الأحكام مطلب آخر، وهو أن للمدعى أن

ص: ٢٩٨

يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده وقبل حكم الحاكم له، إلا أننا ذكرنا سابقاً أن المنسبق من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » بضميمه أدلّه « البيّنه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه » أنه لو كان للمدعى بينه على دعواه، فلا تصل النوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو وإن كان له الإنصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين إقامه البيّنه وبين المطالبه بيمين المنكر حقاً له، فغير معلوم، بل لا يبعد أن يكون من جملة الأحكام المقرره لمجلس القضاء وفصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البيّنه، فإن لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقاً له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى، خلافاً لمن قال بذلك.

هذا، ولكن ظاهر بعض الأخبار - 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: وإن كانت عليه بيّنه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاها قبله مما قد استحلفه» (1).

فهى ظاهره فى وجدانه البيّنه قبل رضاه بيمين المنكر، إلا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البيّنه وقبل الحكم.

والمستفاد من روايه أبى العباس: « إذا أقام الرجل البيّنه على حقه فليس

ص: ٢٩٩

عليه يمين» (١) أنه لا أثر لردّ اليمين بعد إقامه البينه بل يحكم الحاكم له.

وفى روايه محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢).

فإن كان لفظ « يستحلف» مبيّناً للمعلوم، كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر، وإن كان مبيّناً للمجهول، كان المعنى أنه مع إقامه البينه على حقه لا يستحلف المدعى مع البينه، والثاني هو الظاهر.

وفى روايه القاسم بن سليمان عن عبيد بن زرار: « فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينه للمدعى. قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحبه، فإن لم يفعل فلا حقّ له» (٣).

وفى روايه يونس: « فإن لم يكن شاهد، فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف» (٤) فإن مفهومها أنه إن كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: إن له المطالبه بيمين المنكر مع وجود البينه بمقتضى روايه ابن أبى يعفور، وأما أن يفعل ذلك بعد إقامه الشهاده فلا دليل عليه، بل مقتضى أدلّه الحكم مثل «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٥) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ.

ص: ٣٠٠

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٣/٢. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٨.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤٣/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٨.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧. و « القاسم بن سليمان» من رجال كامل الزيارات.
 - ٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٧.
 - ٥-٥) سوره ص ٣٨: ٢٦.

وظاهر عبارته (الجواهر) أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال: « لكن قد يقال: إن له الحكم وإن لم يسأله المدعى، لأن ذلك منصبه ووظيفته. . . » (١).

فإن 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 إن التمس المدعى سؤال الحاكم البينة، فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك؟ ذهب إلى الثاني جماعة وقالوا: له أن يقول: من كان عنده شهادته فلا يكتمها، لأن الأمر بالشهادة قد يوهم الإدلاء بالشهادة وإن لم تكن عن علم. ولكن هذا لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا يكون معنى الأمر بالشهادة ما ذكره، ولا يتوهمه أحد، بل إن عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فالحق هو القول الأول.

حكم جرح المدعى عليه البينة:

قال المحقق قدس سره: « وبعد أن يعرف عداله البينة يقول: هل عندك جرح؟ . . . » (٢).

أقول: وكيف كان، فإن أقيمت الشهادة وعرف الحاكم عداله البينة، فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم، وسأل الإنظار في إثبات الجرح، أنظره الحاكم ثلاثه أيام، وإن قال: لا، حكم للمدعى. . . .

لكن في الرواية (٣) إمهاله أمدأ يحضر فيه الجرح، بل هو مقتضى أدله

ص: ٣٠١

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١.

القضاء، ولعله لذا احتتمل فى (كشف اللثام) (١) تنزىل إطلاق العبارة على ما إذا كانت البىنه فى محلّ بعىد بىه لا تحضر فى ثلاثه أيام، واعترض علىه فى (الجواهر) (٢) ووجه العبارة بأن التأخىر ثلاثه أيام لقاعده لا ضرر ولا ضرار، إلا أنه كلام لا يمكن قبوله، لأن الخصم على حجته، فمتى أثبت الجرح بطل الحكم وسقطت الدعوى، فلو انقضت الثلاثه أيام وأثبت الجرح كشف عن بطلان الشهاده وأن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعىه، أى: إن العداله المعتمبره فى الشاهد هى نظىر العداله المعتمبره فى شاهد الطلاق، لا العداله المعتمبره فى إمام الجماعه.

وىحتمل أن وجه تحدىد الأصحاب الأمد بثلاثه أيام هو: أن المستفاد من الروايه كون الأمر بىد الحاكم، وىهئذ، فمقتضى الحكم بالحق والعدل هو الإنظار ثلاثه أيام، لا أنه يكون ذلك بلحاظ قاعده لا حرج أو قاعده لا ضرر.

قال: « فإن تعذّر الجرح حكم بعد سؤال المدعى» (٣).

أقول: إن تعذر الجرح مده الإنظار - وهى ثلاثه أيام - أو الأمد الذى يمكن الإتيان بالبىنه فىه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد، حكم علىه الحاكم بعد سؤال المدعى ذلك عند المحقق.

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق قدس سره: « ولا يستحلف المدعى مع البىنه إلا أن تكون

ص: ٣٠٢

١-١ (١) كشف اللثام ١٠: ١٠٤.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٣.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

الشهادة على ميت . . .» (١).

أقول: في هذا الفرع حكمان:

الأول: إنه لا يستحلف المدعى مع البيئه، والدليل على ذلك الإجماع المدعى، مضافاً إلى النصوص الواردة فيه، مثل خبر محمد بن مسلم إذ قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيئه على حقه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢).

□
وخبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا أقام الرجل البيئه على حقه فليس عليه يمين، فإن لم يقم البيئه فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين، فإن أبي أن يحلف له فلا حق له» (٣).

لكن في الخبر في وصيته أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: « وردّ اليمين على المدعى مع بيئته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء» (٤) ولكنه ليس بحجه، لضعفه، ولم يأخذ به أحد من الأصحاب، فضعفه غير منجر، وقد حمل على بعض الوجوه، ولكن الأولى في الجواب عنه ما ذكر.

وبالجملة: فالحكم في الفرع الأول خال عن الإشكال.

والحكم الثاني: إنه لو كانت الشهادة على ميت أستحلف المدعى على بقاء حقه في ذمه الميت استظهاراً، قال في (الجواهر) (٥):
بلا خلاف أجده فيه بين من

ص: ٣٠٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٣/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٨.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٣/٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٨.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٤.

تعرّض له، كما اعترف به غير واحد، والعمده في الاستدلال عليه هو النصوص مثل:

□
ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: « قلت للشيخ: خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه. قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا- حق له، وإن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه، فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو، لقد مات فلان وإن حقه لعليه وإلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع بينه، فإن ادعى بلا- بينه فلا- حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» (١).

وبالجمله، فلا إشكال في أصل الحكمين المذكورين، إنما الكلام في جهات:

[الأولى]: هل بينه في الدعوى على الميت ساقطه عن الحجية إلا إذا ضم إليها اليمين، أو أنها باقية على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهة أن المدعى عليه لو كان حياً وادعى وفاء الدين وأنكر هو ذلك، لوجبت عليه اليمين؟ وثمره هذا البحث واضح، إذ على الأول، لا حجيه للبينه بدون اليمين مطلقاً، وأما على الثانى، فيترتب الأثر على بينه لو كان معذوراً عن اليمين.

[الثانى]: هل يمكن التعدى عن مورد السؤال في النصوص إلى غيره أو لا؟

للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء إلى احتمال الإبراء، أو الوفاء بواسطه غيره في حياته، أو بواسطه وصيه بعد موته.

ص: ٣٠٤

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٤.

والتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن، بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه.

والتعدى عن الدين إلى العين.

والتعدى عن البيئه إلى الشاهد الواحد واليمين.

[الثالثه]: إنه بناءً على عدم التعدى عن مورد النص إلى الموارد المذكوره، فلو ادعى عيناً على ميت، فهل تسمع دعواه وتكفى البيئه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلاً؟ وبناءً على التعدى والإلحاق، فهل تسمع دعواه لو كان معذوراً عن اليمين، ويكفى لإثباتها بالبيئه أو هي حينئذ ساقطه؟

[الرابعه]: هل الوجوه والإحتمالات التى يذكرها الإمام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد الله تقتضى قصور حجه البيئه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: إن التعدى والخروج عن مورد النص إلى الموارد الاخرى يحتاج إلى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص، ووجود ذلك الملاك بالقطع واليقين فى غيره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبه الحكم والموضوع، فيحكم به فى كل موضوع وجدت فيه تلك العلة، وأما تعديه الحكم من موضوع إلى آخر من باب « حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد » فهو قياس باطل، وأما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى، وتحصيله مشكل.

فالمتعين هو الاستظهار من النصوص والدقه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره. . .

ففى خبر عبد الرحمن: « . . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيئه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حقه لعليه، فإن

حلف وإلا- فلا- حق له، لأننا لا- ندرى لعله قد وفاه بينه لا نعلم موضعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيئه، فإن ادعى ولا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت له عليه الحق» (١). وهو ظاهر فى أن يكون المدعى نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه.

اللهم إلا أن يقال بأن ما ذكره الإمام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل، ولكنه مشكل.

وأما دعوى الإطلاق فى «المطلوب بالحق» فمشكل أيضاً، لا سيما بالنظر إلى ما جاء بعده من قوله: «فعلى المدعى اليمين...» . وإن حقه لعله» .

وكذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور فى الخبر، وهو قوله عليه السلام «لأننا لا ندرى لعله قد وفاه 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، إذ يحتمل كون هذا الكلام تعليلاً للحكم بوجوب اليمين على المدعى نفسه.

نعم، لا مانع من التمسك به للتعدى عن الدين إلى العين، وعن الوفاء إلى الإبراء ونحوه.

وبالجملة، لا نتمكن أن نستفيد من هذه الرواية جواز حلف الولى أو الوصى أو الوارث - مثلاً - بدلاً من المدعى، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلاً عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجة للحالف فقط، ولا

ص: ٣٠٦

(١-١) تقدم تخريجه ص: ٢٨٥.

أثر ليمين غير ذى الحق وإن كان وليه وكان عالماً بالواقع، وسيأتى وجهه فى محلّه إن شاء الله تعالى.

وهل يتعدّى الحكم من الميت إلى الغائب والطفل والمجنون؟

قولان، ذكرهما الشهيد الثانى قدّس سرّه فى (المسالك) (1) واختار العدم تبعاً للمحقق وخلافاً للأكثر.

وكيف كان، فعلى التعدّى لا حجيه للبينه إلا بضمّ اليمين إليها، وكذا فى الموارد التى لا يتمكّن المدعى من اليمين لأنها حقّه ولا يتولّاه غيره، وقال جماعه: بأنه إن وجب الجمود فى كيفية اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، وأما إن كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف - كما هو ظاهر الخبر الآخر - فلا مانع من يمين الولى - مثلاً - حيث يقيم الدعوى بدلاً عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حق هذا الطفل لعله، إن كان عالماً بذلك، وإلا لم يحلف، فإن ادعى وارث الميت على الولى العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه، كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك.

ولو فرض كون الولى عالماً بأداء الميت حق الطفل، لم يجز له المطالبة بشى، ولكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره.

هذا كله بناءً على القول بسقوط البينه عن الحجيه ما لم تضم إليها اليمين، وإن كان المدعى غير متمكّن منها، إلا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه ويحكم له بها.

ص: ٣٠٧

ثم إن صاحب (الجواهر) (١) قدس سره لما كان يميل إلى القول بالتعدى بالنسبه إلى بعض الموارد، اعترض على معاصره القائل بكفايه البيئه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر - لأن الدليل إنما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى، فيبقى ما عداه على الأصل، وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم - بأن ظاهر الفتوى والنص - خصوصاً 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 إلى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام، هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل، فعلى المدعى يمين. وكتب: أيجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده. وكتب: أو تقبل شهاده الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: نعم من بعد يمين» (٢).

ثم قال قدس سره « إلا أنه - كما ترى - مناف لمذاق الفقه، فقد يقال إن للوارث الحلف على مقتضى الإستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو - مع أنه كما ترى أيضاً، خصوصاً إذا كان المستصحب غير معلوم له وإنما شهدت به البيئه - لا يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط فى حجيه البيئه التى هى فى الحقيقه المثبتة،

ص: ٣٠٨

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٦ - ١٩٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.

أو يقال بالإكتفاء بيمين الوارث مع البيئه في إثبات مفادها الذى لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث، لأنها من الحجج المثبتة للموضوع في نفسه (١).

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة، بل يكفي يمين واحده من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده في تماميه حجيه البيئه التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وإن أقامها أحدهم، فتأمل، فإنه دقيق نافع وإن 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، ولا يكون منه على البت لأنه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت في يمين الإستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشئ منها.

قلت: لكن الشك في ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدله حجيه البيئه زائداً على القدر المتيقن، وقد تقرّر في محلّه جريان الأصل في السبب، فلو أريد الرجوع إلى الأصل في هذا المقام، كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حجيه البيئه، ويكون الحاصل حجيتها في المورد، من غير توقّف على ضم، اليمين إليها.

ثم قال رحمه الله « نعم، قد يقال - بعد استبعاد سقوط الحق مع البيئه العادله خصوصاً مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه ولو بالسيره

ص: ٣٠٩

القطعيه، واستبعاد سقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه - إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه» (١).

لكن فيه: أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق، والمفروض أن هذه اليمين هى للإستظهار، وحيث لا أثر لهذه اليمين، فإن المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيره القطعيه، فلا بدّ من الأخذ بالبينه.

ومن فروع المقام ما ذكره فى (المسالك) بقوله: « لو أقر له قبل الموت بمدّه لا يمكن فيها الإستيفاء عاده، ففى ضمّ اليمين إلى البينه وجهان، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو إبراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحق. وهذا أقوى» (٢).

قلت: والصحيح هو الوجه الثانى، وأما ما أورد عليه فى (الجواهر) من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفّار، ففيه: أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله حيث قال عليه السلام: « لأننا لا ندرى لعله قد وفّاه. . . » يقتيد إطلاق صحيح الصفّار، فلا يشمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. . . ومما ذكرنا يظهر الإشكال فى قوله بعد ذلك: « مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لأنه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذى يقتضى كون اليمين للاستظهار.

ص: ٣١٠

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٨.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٣.

قال: ثم إن ظاهر قوله: « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضاً، لكن ظاهر اليمين في الخبر المزبور اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده.

أقول: لكن مقتضى التعليل في الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحكام قيام البينه على الغائب والصبي والمجنون:

قال المحقق قدس سرّه: « ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب، ففي ضمّ اليمين إلى البينه تردد، أشبهه أنه لا يمين، ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال » (١).

أقول: ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب إلى المدعى، وهذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجيه البينه هنا أو لم نقل بذلك، فإنه بعد قيام الحجة على الحكم وتمايمه الحكم من قبل الحاكم، يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال، لأن الغائب على حجته، فلو حضر وظهر براءه ذمته من الحق المدعى، استرجع المال المأخوذ منه إليه. . . .

وهل المراد من الكفاله هنا هو الضمان؟

إن الضمان المصطلح في الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين، فينتقل الحق من ذمه المدين إلى ذمه الضامن، ويكون هو المطالب بالحق في حال عدم وفاء المدين بالحق، لكن يشكل، أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى، لعدم ثبوت اشتغال ذمه القابض - فلا - معنى لأن يضمنه غيره، لأنه من قبيل ضمان ما لم يجب وهو باطل - وإن لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمه، وأما العين،

ص: ٣١١

فإن ضمانها يكون بنحو التعهيد لأخذها وردّها إلى صاحبها. وحينئذ يقع الشك في هذا المورد، لأنه - لما يدعى المدعى الحق على الغائب ويقيم البيّنة على ذلك ويحكم الحاكم له، ويدفع إليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا - يشك في أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك. وبعبارة أخرى: هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته؟

هذا في غير ما نحن فيه مشكل، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب، أمكن الضمان فيه على تقدير، نعم، يبقى فيه إشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق، إلا أن يدفع بأن التعليق هو في المنشأ لا في الإنشاء.

هذا، ولا حاجة إلى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب إلى المدعى، لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهراً على البيّنة وحكم الحاكم بالحق، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص، وإلا لم تكن حاجة إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما إذا حضر وثبت براءه ذمته، والنص المشار إليه هو:

□
ما رواه الشيخ بإسناده عن أبي 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 البيّنة، ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: ولا يدفع المال إلى الذي أقام البيّنة إلا بكفلاء» (١).

ويمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل، لكن في (الجواهر) أنه لم يعثر

ص: ٣١٢

على قائل به، ولعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا، حيث يراد بذلك المسلم، وكذا قولهم: يشترط إذن العلماء في كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

□
قال في الوسائل: وعنه، عن أبيه، عن سعد بن عبد الله، عن أيوب بن نوح، عن محمد بن أبي عمير، عن جميل مثله.

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: « إذا لم يكن ملئاً » (1) فإنه ظاهر في تكفيل القابض إذا لم يكن ملئاً، وأما إذا كان ملئاً فلا يجب.

ولعل الوجه في ذلك أنه إن كان فقيراً ولم يؤخذ كفيل، ضاع حق الغائب على تقدير براءة ذمته، لأن المفروض إفلاس المدعى، والمفلس في أمان الله. ومن هذه الرواية يعلم أيضاً أن المدعى يكفل من جهة المال الذي يأخذه لا من جهة شخصه، ولذا لو أقام المدعى عليه البيه على براءة ذمته، أخذ الحاكم حقه وأرجعه إليه وإن لم يكن المدعى حاضراً.

هذا، وليس في الروايات ذكر لليمين، ومن هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا. ولو سلم عموم التعليل في روايه الدعوى على الميت الدال على لزوم اليمين في تلك الصورة لما نحن فيه، كانت روايات هذا المقام مخصصة لتلك الرواية، وتكون النتيجة لزوم اليمين في كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهة أداء حق المدعى إلا الغائب، فلا يلزم في الدعوى عليه ضم اليمين إلى البيه، إلا أن يقال بلزومها هنا

ص: ٣١٣

١- ١) قال في الوسائل ٢٧: ٤٩٤ / ذيل ح ١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦، بعدما رواه عن جميل: ويأسناده عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام نحوه وزاد: « إذا لم يكن ملئاً ». ورواه الكليني عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن مثله.

أيضاً، من جهة أنه لا- منافاه بين اشتراط اليمين هناك، واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفى لزومها، بل إن المراد من البيّنه هو البيّنه مع اليمين، ولكن هذا الإحتمال خلاف الظاهر، لأن ظاهر الأدلّه كفايه البيّنه بوحدها.

هذا، وجميل من أصحاب الإجماع، والروايه معمول بها عند الأصحاب، فلا يقدر إرسالها في حجيتها (١).

ثم إن صاحب (المسالك) قال في شرح عبارته المحقق قدّس سرّه: وإنما اعتبر المصنّف الكفيل، لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البيّنه، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءة الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البيّنه، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعدّرها، كما لو كان المدعى على الغائب وكيل المستحق، فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل، ولا شك في أن الكفاله واليمين احتياط واستظهار، إلا أن ثبوتهما يحتاج إلى دليل (٢).

وقد استغرب صاحب (الجواهر) صدور هذا الكلام منه قائلاً بأنه (٣): لو اشترطنا اليمين، فإنه متى تعدّرت عليه - كما لو كان المدعى على الغائب وكياً - لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين، إلا أن يقول بأن هنا روايتين، إحداهما تفيد الإستظهار بالكفيل، والاخرى تفيد الإستظهار باليمين، وفيما

ص: ٣١٤

١ - ١) فيه ردّ على المحقق الأردبيلي قدّس سرّه (مجمع الفوائد ١٢: ٢٠٤) حيث طعن فيها بالإرسال، وقد طعن فيها أيضاً بمجهوليه « جعفر بن محمد بن إبراهيم » و « عبد الله بن نهيك » قلت: أما « ابن نهيك » فهو ثقه، وأما « جعفر بن محمد بن إبراهيم » وهو الموسوي فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقه، لكنه من رجال كامل الزيارات. وكيف كان، فالظاهر صحة الطريق الثاني، وأما الطعن بالإرسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الأصحاب لما يصح عن تلك الجماعة.

٢ - ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٤.

٣ - ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٣.

نحن فيه يمكن التمسك بكلّ منهما ولا- يجمع بين الأمرين، بل إن حلف فلا- يكفّل، وإن كفل فلا يحلّف، وأورد عليه في (الجواهر) بأنه: لا مانع من الجمع بين الأمرين، ومن هنا اعتبر في (القواعد) ضم اليمين إلى التكفيل (١).

(قال): ولكن لا يجب شيء من الأمرين، لا فيما نحن فيه ولا في صورته الدعوى على الميت، بل إن القضية تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البينة، وأما اليمين والكفيل فلا إحتياط والإستظهار.

أقول: يتوجّه هذا الكلام في خصوص كون المدعى عليه غائباً، لأن الرواية الدالّة على اعتبار ضم اليمين إلى البينة في حال كون المدعى عليه ميتاً، تختص بموردها ولا تشمل محلّ الكلام، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الإحتياط والإستظهار، وقد استفاد في (الجواهر) (٢) أن أخذ الكفيل في حال عدم الملاءة - كما في روايه محمد بن مسلم - هو للإستظهار أيضاً، وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل، ولكن ظاهرها توقف دفع المال إليه في هذه الحالة على التكفيل.

وعن الأردبيلي قدس سرّه (٣) الإشكال في دفع المال إلى المدعى، لأنه قد يستلزم الضرر على الغائب، وأن الخبر غير عام، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق، وهو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه في مثل هذا الحكم الذي يستلزم الضرر غالباً، لا يمكن القول بحكومه أدلّه لا ضرر.

ص: ٣١٥

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٣.

٣-٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢٠٥.

هذا كله بالنسبة إلى الغائب، وكذلك المجنون والصغير، فإنه بنفس البينة يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى، من دون حاجه إلى ضمّ اليمين إلى البينة، لعدم شمول روايه اعتبار اليمين الوارده في خصوص الميت لهما، وقياسهما عليه باطل بالضروره، فالأشبه أنه لا يمين، وفقاً للمصنف وجماعه.

حكم ما لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه:

قال المحقق: « ولو ذكر المدعى أن له بينه غائبه، خيره الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم... » (١).

أقول: ذكر جماعه: أنه لو ذكر المدعى بعد طرح دعواه عند الحاكم أن له بينه على ما يدعى ولكنها غائبه، خيره الحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البينه وبين أن يحلف غريمه المنكر، وليس للمدعى ملازمه الغريم ولا مطالبته بكفيل.

وليس في عباره المحقق قدس سره ذكر لمده الصبر، وأما التخيير بينه وبين إحلاف الغريم فهو مقتضى القاعده، ولا حاجه إلى دليل خاص يدل عليه، لأن الخيار بيده وأن يمين الغريم حق ثابت له، بل له اختيار إحلاف الغريم حتى مع حضور البينه.

هذا ما ذكره المحقق قدس سره هنا، لكن في (النافع) (٢): « ولو قال: البينه غائبه، أجل بمقدار إحضارها، وفي تكفيل المدعى عليه تردد، ويخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل ».

وقد ذكر الشهيد الثاني قدس سره في (المسالك) أدله الطرفين، فدل على عدم

ص: ٣١٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

٢-٢) المختصر النافع: ٢٨١.

لزوم أخذ الكفيل هو: أن الأصل براءة ذمه المدعى عليه من إعطاء الكفيل، ولا دليل على جواز الإلزام بإعطاء الكفيل، ودليل اللزوم: إجمال ضرر المدعى، فيدفع الضرر بأخذ الكفيل. قال في (المسالك): وهو الأحوط (١).

إذن، في المسألة ثلاثة أقوال.

وقد أشكل في (الجواهر) (٢) في التأجيل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البينه بعد انتهاء المده، سمعت الشهاده بلا خلاف، ولم يقل أحد بأنه يجبر على الإحلاف بعد المدّه مع عدم حضور الشاهدين، وإن كان المراد تعيين الأجل للكفاله، بناء على جواز أخذ الكفيل، كان له وجه، وتكون الثمره خروجه من الكفاله عند انقضاء الأجل، ولكن هذا لا يتلائم مع عباره (النافع) حيث تردّد في أخذ الكفيل، فيكون التأجيل لغواً.

لكن في قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: « إجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضيّه » (٣) دلالة على لزوم تعيين الأجل، فمع انقضائه لم يمهل، إلا أنه لا قائل بذلك، فالأولى حملة على مجرد الإمهال حتى حضور البينه، مع احتمال حملة - وإن كان بعيداً - على كون الشهاده على جرح بينه المدعى بعد إقامتها، فيجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما.

وهذا كله لو فرض تماميته سند الخبر.

وهل يلزم التكفيل؟ استدللّ للعدم بأن المدعى قد اختار الصبر حتى حضور

ص: ٣١٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١.

البينه، فلا- وجه لإلزامه المدعى عليه بإعطاء الكفيل أو ملازمته إياه أو المطالبه بحبسه، لأن حق المدعى غير ثابت، فكيف يقال بإضرار المدعى عليه فعلاً، كأن يحبس أو يلازم، دفعاً للضرر المحتمل توجهه على المدعى.

فإن قيل: إذن، يؤخذ منه الكفيل، لأنه إن كان ضرراً على المدعى عليه، فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه إلى المدعى.

قلنا: إن قاعده نفي الضرر ليست مشرعه، بل إنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الأولى المجعول حالكونه ضررياً، وفيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفي الضرر لكونه ضررياً.

فإن قيل: إن حرمه الإلزام بالكفيل حكم ضررى، فترفعه القاعده ويحكم بالجواز.

قلنا: إن هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، ولا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الآخر.

وأما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى (المسالك) (1) ففيه: أن الأحوط هو العكس، لأن معنى الإحتياط هو الإتيان بالفعل مثلاً لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب والاستحباب، وأما هنا، فإن فى أخذ الكفيل ضرراً فعلياً على المدعى عليه، وفى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، وأما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل، مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر، فالأحوط الترك.

ص: ٣١٨

وقد يفضّل بأنّه إذا كان المدّعى عليه مليئاً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءة ذمه الخصم، فلا- يكفّل، وإلا فيكفل، والوجه في ذلك وجوب مراعاة الحاكم لأقلّ الضررين في حال دوران الأمر بينهما.

وهذا أيضاً ضعيف، لأنّه يلاحظ أقلّ الضررين إن كانا متوجّهين إلى شخص واحد لا شخصين.

وعلى التكفيل، فهل يتعين في ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه، أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

وإن كان له شاهد واحد، وذكر أن الآخر غائب، فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر، والأشبه: أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣ - الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه:

قال المحقق: « وأما السكوت، فإن اعتمده أُلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يبين، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل... والأوّل مروى... » (١).

أقول: إن سكت المدعى عليه أو قال: لا أدري، فتاره: يكون سكوته لا عن عناد، بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير في الأمر والجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئن الحاكم ويصبر حتى يزول خوفه، وتاره: يكون سكوته عن عناد ولجاجه، فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق قدس سرّه:

الأوّل: الحبس حتى يبين الجواب.

الثاني: إجباره على الجواب بالضرب ونحوه.

ص: ٣١٩

الثالث: أن يقول له الحاكم: إما أجبت وإما جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدعى، فإن أصرّ على السكوت ردّ الحاكم اليمين على المدعى.

وهل هذا البحث والخلاف قبل إقامة المدعى بينه أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام.

الأولى: أن يقيم المدعى دعواه عند الحاكم، فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت.

والثانية: أن يقيم الدعوى ويطلبه الحاكم بإقامه بينه، ثم يسأل المدعى عليه فيسكت.

والثالثة: أن يقيم الدعوى ولا بينه عنده عليها، فيسكت المدعى عليه عن الجواب.

لا ريب في عدم كون الصورة الأولى محلّ الخلاف والأقوال.

وأما في الصورة الثانية، فإن علم الحاكم بعدالة الشاهدين، فإنه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصورة الثالثة، والحق: أن جواب المدعى عليه ليس حقاً للمدعى، وأنه لا دليل على وجوبه عليه شرعاً، نعم، هو مقدّمه للعلم بالحال وفصل النزاع.

ولننظر فيما يمكن أن يستدلّ به للأقوال في هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نصّ في المسألة بالخصوص، وقول المحقق والعلامة قدس سرّهما بالنسبة إلى القول الأوّل: « والأوّل مروى » يمكن أن يكون إشاره إلى

النَّبِيُّ المشهور: « لئِ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته » (١) الذي ذكروا انجبار ضعفه بعمل الأصحاب. وقد أجيب: بأن الظاهر من « الواجد » هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى، ويشهد بذلك أن الإمام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين والغريم كما في الأخبار.

أقول: وفي الاستدلال به والجواب عنه نظر.

أما في الاستدلال، فإنه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجباً على المدعى عليه، إما من جهه كونه حقاً للمدعى وإما من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحينئذ، فلو شككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث، وأما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا يجوز حبسه، كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مديناً. . . وقد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقاً تأملاً وإشكالاً، اللهم إلا أن يكون اجماع، فسقط الاستدلال.

وأما في الجواب، فمن جهه أنه لو فرض ظهور لفظ « الواجد » فيما ذكر، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام، فلا مانع من دعوى إلغاء خصوصية المال هنا بمناسبه الحكم والموضوع، فيكون معنى الحديث: لئِ الواجد عن أداء ما للناس - مالا كان أو حقاً - يحلّ عقوبته وعرضه.

واستدل للقول الثاني: بأن إجباره على الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وفيه: إن هذا أيضاً متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه، وإلا - فإن أدله وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف والمنكر. . .

ص: ٣٢١

واستدل للقول الثالث: بعموم الروايات الواردة في باب « أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر، فإن ردّ اليمين على المدعى فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل بطلت » كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « في الرجل يدعى ولا بينه له. قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له » (١).

وبالرواية الواردة في الأخرس (٢)، إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم، بل يكفي لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهه القياس.

□
وبروايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣).

فالأظهر هو القول الثالث، وإن قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

وقد يستدلّ للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لأن المدعى عليه إن كان يعلم بصدق المدعى فهو مقرّ وعليه دفع ما يدّعيه، وإن كان ينكر ذلك، وجب عليه ردّ اليمين على المدعى، وحيث امتنع من ذلك بسكوته، فإن الحاكم يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت دعواه وإلا سقطت، فالحاصل: أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

وفيه: إن الإقرار أو الإنكار لا بدّ من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، والعلم الإجمالي المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

وقد يعترض: بأنه لو كان السكوت في حكم النكول - كما تمسك لذلك

ص: ٣٢٢

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٧.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٠٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣٣.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٤.

بالروايات العامه - فیرد الیمین علی المدعی، کان اللّازم أن یرد مجرد عدم جواب الصغیر والمجنون والغائب والمیت موضوعاً لجواز الردّ علی المدعی.

وفیه: إنه قیاس مع الفارق.

وأما رأی صاحب (الجواهر) (١) قدّس سرّه، فهو بقاء النزاع علی حاله، فیکون بحکم الدعوی علی المیت بلا بینه.

وفیه: إنه مشکل جدّاً، فإنه یؤدی إلى عدم ثبوت دعوی أبدأً، ولا ریب فی بطلان نسبه هذا الحکم إلى الشارع، وعلیه، فلا مناص من سماع الدعوی، ومع سکوت المدعی علیہ یحلف المدعی بمجرد ذلك أو بعد ردّ الحاکم الیمین علیہ، وإن کان الثانی هو الأحوط، فإن لم یحلف سقطت الدعوی.

بل ربما یربما یرد ما ذکرناه هو طریق فصل النزاع حتی فی صوره الحبس أو الضرب، لأنه قد لا یجب المدعی علیہ بعدهما ویرد المرجع ما ذکرناه، وعلیه، فهل یجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطریق الذی یحتمل سلوکه بالتالی؟ الحق: هو العدم.

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو کان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفیده للیقین » (٢).

أقول: هذا إن لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتکلم الذی یکتفی بالظن بالمراد منه، فلا حاجه إلى مترجم لتحصیل الیقین بكونه مقرّاً أو منکراً.

قال: « ولو استغلقت إشارته بحیث یحتاج إلى المترجم لم یکف الواحد . . . » .

ص: ٣٢٣

١-١ (١) جواهر الکلام ٤٠: ٢١١.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٦.

أقول: إن القول بافتقاره إلى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من قبيل الشهاده، وأما بناءً على كونه من باب الرجوع إلى أهل الخيره في فهم اللغات مثلاً فلا يعتبر التعدد.

٤ - حكم ما لو قال في الجواب « لا أدري » :

إذا أجاب المدعى عليه بقوله « لا أدري » ، فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو، وإلا فوجه:

منها: سقوط الدعوى، لأن المدعى - بعد فرض عدم البيئه - يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أولاً، لا يجب عليه دفع شيء.

ومنها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا- حق للمدعى في ذمته استناداً إلى الأصل، فإن شك في مشروعيه هذه اليمين وسقوط الدعوى بها، فالأصل هو العدم، ولكن تعارضه أصاله عدم استحقاق الحق.

ومنها: إن يرد اليمين على المدعى.

ومنها: إنه منكر وعليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال في (الجواهر): « ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه في الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم، وحيث، فإذا كان جوابه لا أدري ولا أعلم ونحو ذلك، فهو منكر، ضروره عدم كونه إقراراً كضروره عدم كونه ساكتاً فليس إلا الإنكار، وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافي كونه فرداً آخر له، مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه وإن لم يعلمه في نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكرًا لا يتوجه عليه إلا اليمين

لموافقته للأصل وغيره، ولا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب - من غير خلاف فيه يعرف بينهم - من اعتبار الحلف على البت في فعله نفيًا وإثباتًا، المنزّل على الصورة الغالبة من الإنكار، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» (١).

ومنها: ما ذكره السيّد قدّس سرّه - ولا يبعد كونه الأصح - وهو التفصيل بين صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدراية وبين صورته عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه (٢): « إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا- أدرى، فإما أن يصدّقه المدعى في هذه الدعوى أو لا- فعلى الأوّل: إن كان للمدعى بينه على دعواه فهو وإلا فلا حق له، لأن المفروض تصديقه في عدم علمه، ومعه ليس مكلفاً بالأداء في مرحله الظاهر، لأن الأصل براءة ذمته والمدعى أيضاً معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينه واعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا خلاف في سقوط دعواه حينئذ. ويمكن أن يستدلّ على ما ذكرنا بالأخبار الواردة في ادّعاء رجل زوجيّة امرأه لها زوج، وأنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه، كموثقه سماعه (٣) وروايه يونس (٤) وحسنه عبد العزيز (٥)، فإن المفروض في هذه الأخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى وكذبه، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيّة وغيرها.

ص: ٣٢٥

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢١١ - ٢١٢.

٢-٢ (٢) تكمله العروه الوثقى ٣: ١٠٤.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٢. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٣. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعه ٢٠: ٣٠٠/٣. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.

وعلى الثانى، فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلاً بحسب الظاهر، لأنه منكر من هذه الحيثية، فالمنكر قسماً: منكر للإشتغال الواقعى، ومنكر للإشتغال بحسب ظاهر الشرع، وللمدعى أن يحلفه على نفي العلم إن ادعى علمه بثبوت الحق، فإن حلف كفى فى سقوط الدعوى، وإن ردّ اليمين على المدعى أو الحاكم ردّها عليه فحلف ثبت حقه، ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه اليينه بعد ذلك ولا يجوز له المقاصه» .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً.

وأما إذا كانت متعلّقه بعين فى يده وأجاب المدعى عليه بقوله: « لا أدري »، فقد ذكروا: أنه إن كانت تحت تصرف تلك اليد فقط، ولم تشاركها يد أخرى فى الأخذ والوضع من الصندوق الذى وضعت تلك العين فيها مثلاً، كانت اليد المنحصرة حجه، وإلا وجب على المدعى إقامة اليينه، فإن أقامها حكم له وإلا فبما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع - ومن هنا أيضاً لا يمكنه ردّ اليمين على المدعى - تكون الدعوى ساقطه ظاهراً.

وقال السيد رحمه الله ما ملخصه: بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعى على الميت، اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه، كما يظهر من خبر حفص بن غياث (1)، فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذى يد، بل يظهر

ص: ٣٢٦

□
١-١) وهو: « عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفیحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه وبصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» .

منه جواز الشهاده باليد، مع أن أمر الشهاده أصعب، بل وكذا إذا كانت في يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له، ولا يضّر قوله: لا أدري من أين صارت في يدي وأنها في الواقع لى أو ليست لى (١).

لكن قال فى (المستند) فى هذه الصورة: إن ردّ اليمين على المدعى فحلف كانت له، وإن لم يدّع عليه العلم أو ادّعى وحلف على نفي العلم لا- يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعى، لأنه يشترط فى دلاله اليد على الملكيه عدم اعتراف ذيلها بعدم علمه بأنه له أو لا (٢).

قلت: والأولى ما ذكره السيد قدّس سرّه، لأنه مقتضى قاعده اليد.

ثم إنه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صورته تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايته، وأنه لا أثر لليمين حينئذ - لأن الغرض منها إزالة الشك فى صدقه، فمع العلم به لا أثر لها - يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه، من دون حاجه إلى يمين المدعى عليه على ذلك.

وقال بعض أعلام العصر: وإذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم، فقد يقال مع تصديق المدعى له، فإما أن يكون له بينه فهو، ومع عدمها لا- حق له، لعدم كون المدعى عليه مكلفاً بالأداء فى الظاهر والمدعى معترف بذلك، فلا يجوز مطالبته، ومعه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى، وكلّ دعوى مسموعه يكون الفصل فيها بالبينه واليمين، وذلك لعدم اليينه وعدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر (٣).

ص: ٣٢٧

١-١) العروه الوثقى ٣: ١٠٦.

٢-٢) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٥.

٣-٣) جامع المدارك: ٦/٤١.

وفيه: أنه ليس الشك في الصدق ملحقاً بالعلم به في عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هي للإستظهار في حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشك في صدق هذه الدعوى.

وإنما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينًا، لأن الصحيح - كما ذكر الشيخ الاستاذ قدس سرّه (1) - إن قولهم بعدم وجوب الفحص في الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون الفحص من السهوله بحيث لا يصدق معه الشك والشبهه عرفاً، فلو توقّف ظهور حقيقه الحال في المنازعه على حق، على مراجعه دفتر الحساب، لم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك في صدق الدعوى وتمسكه بأصالة العدم حينئذ. . . وما نحن فيه من هذا القبيل، فالحلف لا بد منه في هذا المقام.

ص: ٣٢٨

□
(١ - ١) آيه الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدى الحائرى طاب ثراه، مؤسس الحوزه العلميه.

إشاره

الأصل - لولا- الدليل - عدم نفوذ الحكم على الغائب، إلا أنه لا ريب في سماع الدعوى ونفوذ الحكم عليه، وفي (الجواهر) (١) الإجماع بقسميه عليه، وقد يستدل لذلك بالأدلة التاليه:

١ - إطلاق أدله القضاء، كقوله تعالى «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٢).

٢ - إطلاق أدله الحكم بالبينه واليمين، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» (٣).

إلا أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدله غير تام، لعدم الإطلاق الشامل للغائب فيها، بحيث يمكن أن يكون دليلاً للجواز، لولا الأخبار الخاصه والإجماع، لأن هذه الأدله في مقام بيان الحكم على الإجماع، فهي تبين أصل القضاء وتشريعه من غير تعرّض للشرائط والخصوصيات، ويكون معنى «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»: إنى لا أفضى بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزه، بل

ص: ٣٢٩

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢٠.

٢- ٢) سوره ص ٣٨: ٢٦.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٢.

أقضى بينكم بالبينات والأيمان، بل إن هذا الحديث ونحوه منصرف عن صورته كون أحد المتخاصمين غائباً.

□
٣ - ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مِنْ أَنَّهُ قَالَ لِهَنْدِ زَوْجِهِ أَبِي سَفِيَانَ - بَعْدَ أَنْ أَدَّعَتْ أَنَّهُ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي -: « خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » (١) وَكَانَ أَبُو سَفِيَانَ غَائِباً.

□
وفيه - مع الغرض عن سنده، وعمّا قيل من أن كون أبي سفيان غائباً غير معلوم - أنه لا ظهور له في كون ذلك من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ من باب الحكم، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

□
٤ - ما روى عن أبي موسى الأشعري: « كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إِذَا حَضَرَ عِنْدَهُ خَصْمَانِ فَتَوَاعَدَا الْمَوْعِدَ، فَوَفِيَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَفِ الْآخَرَ، قَضَى لِلَّذِي وَفِيَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَفِ. أَى مَعَ الْبَيْنَةِ » (٢).

وهذا الحديث - مع الغرض عن سنده - صريح في حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدلّ به لصورته غياب أحدهما من الأوّل.

٥ - خبر جميل: « الْغَائِبُ يَقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيْنَةُ وَبِإِيعَاقِ مَالِهِ وَيَقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَهُوَ غَائِبٌ، وَيَكُونُ الْغَائِبُ عَلَى حِجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ، وَلَا يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيْنَةَ إِلَّا بِكِفْلَاءٍ » (٣).

٦ - خبر محمد بن مسلم: « الْغَائِبُ يَقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيْنَةُ وَبِإِيعَاقِ

ص: ٣٣٠

١-١) حديث عامي - انظر: مسند أحمد ٦: ٣٩ - ووصفه صاحب الجواهر بالمستفيض، انظر مسند أحمد ٦: ٣٩.

٢-٢) حديث عامي، انظر: الحاوي الكبير ١٦: ٢٩٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.

ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجة إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام بينه إلا بكفلاء إذا لم يكن ملئياً» (١).

٧- إطلاق ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «القضاء أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في الجنة» (٢).

لكن الظاهر كونه في مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدل به في المقام.

وبعض ما ذكر يتقيد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» (٣) وإن كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» في كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع: الحكم في القضييه جزماً ويكون الغائب على حجة إذا قدم.

وما عن علي عليه السلام قال: «قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهني إلى اليمن: إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر. قال: فما شككت في قضاء بعد ذلك» (٤).

وما رواه العياشي في تفسيره عن الحسن عن علي عليه السلام: إن النبي

ص: ٣٣١

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٥/ذيل ح ١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٦/٢. أبواب آداب القاضي، الباب ٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٧/٦. أبواب آداب القاضي، الباب ٤.

صلى الله عليه وآله وسلم بعثه ببراءه - إلى أن قال - فقال: « إن الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر، فإنه أجدر أن تعلم الحق» (١) بناء على ظهورهما في الإطلاق، ويكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معاً، فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر وسماع كلامه، وقد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد، ولكنه خلاف الظاهر.

وأما ما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام من أنه قال: « لا يقضى على غائب» (٢) فلا يعارض ما تقدم، لضعف سنده (٣)، ولإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

وبعد، فهل يقضى على الغائب في كل دعوى وعلى كل حال؟

يتضح الأمر في هذا المقام في مسائل:

ص: ٣٣٢

-
- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٧/٧. أبواب آداب القاضى، الباب ٤.
 - ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٦/٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٦.
 - ٣-٣) لأن راويه أبا البختری - وهو: وهب بن وهب - ضعيف كما نصّ عليه علماء الرجال.

المسألة الأولى: (في المراء من الغائب)

قال المحقق قدس سره: « يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضراً، وقيل: يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» (١).

أقول: لا- إشكال ولا- خلاف في أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعاً عن الحضور. ولا- خلاف في صدق « الغائب » على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، وأما إذا كان أقل منها، فعن يحيى ابن سعيد القول بعدم الصدق (٢)، ولعلّ دليله أن القدر المتيقن من « الغائب » هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه. وهو ضعيف، لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

وإن كان حاضراً في البلد وغائباً عن مجلس الحكم، فالمشهور أنه كالغائب عن البلد، فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، قال في (الجواهر) (٣): وإن لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط وتعليق الإرشاد: يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

ص: ٣٣٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٦.

٢- ٢) الجامع للشرائع: ٥٢٧.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢٢.

إلا أنا لم نجد في المبسوط ما نسب إليه، والشيخ قدس سره لم يتعرض لمسألتنا، ويمكن أن يكون قد تعرّض لها في موضع آخر من كتابه.

وفي (المسالك) (١): إن كان غائباً عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا، سواء كان بعيداً أم قريباً، وكذا لو كان حاضراً في البلد وتعذر حضوره في مجلس الحكم إما قصداً أو لعارض، ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً، لعموم الأدلة، وقال الشيخ في المبسوط (٢): لا يحكم عليه حينئذ، لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، ولأنه ربما وجد مطعناً ومدفعاً وجاز في الغائب للمشقه بطول انتظاره، والأظهر الأول.

ولعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر في المجلس، أو حملوا « الغائب » في أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه، بناءً على عموم التعليل الموجود فيها، لأن ظهور « يقضى على الغائب » أقوى من ظهور العله في تلك الأدله، ويجوز حمل العله على الإستحباب أو العليه الناقصه. . . لكن في الحكم على الغائب عن المجلس تردّد، وإن كان ما ذهب إليه المشهور هو الأظهر، وكونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا، ولا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور في المجلس، إلا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم، هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في (القواعد) (٣) التوقف

ص: ٣٣٤

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٧.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٦٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٥٤.

فيه، بل عن (التحرير) (١) الجزم بعدم سماع بينته إلا- لأخذ المال لو اعترف باعترافه - ومرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال - والتردد إذا لم يتعرض لجحوده، من اشتراط سماعها به ولم يعلم، ومن تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه وأن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟

قال فى (الجواهر) : لا يخفى عليك إطلاق النصّ والفتوى ومعقد الإجماع (٢).

أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحداً، فيلزم فى صوره إقرار المدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعد الإقرار، نعم، له أن يأمره بدفع ما أقرّ فيه لو كان متساهلاً فى تسليمه. . . وإلا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم فى القضية، إلا- أن يقال بأن الله عزّوجل قد أذن للحاكم أن ينشئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى، إن كان لحكمه أثر زائد على الإقرار - لأن المسلم به أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار، وأن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه - كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الإشتباه - مثلاً - فى الإقرار.

قال فى (الجواهر) : نعم، قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه، بناءً على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر، وقد عرفت الكلام فيه سابقاً، والمتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم، لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

ص: ٣٣٥

١- ١) تحرير الأحكام ٥: ١٤٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٢١.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكله.

المسأله الثانيه: (يقضى على الغائب مطلقاً أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق قدس سرّه: « يقضى على الغائب فى حقوق الناس، كالديون والعقود، ولا- يقضى فى حقوق الله تعالى كالزنا واللواط، لأنها مبنيه على التخفيف» (١).

أقول: ولذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس، فإنها مبنيه على الإحتياط. . .

فإن قيل: فلماذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين، بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر؟

قلنا: إن احتمال خطأ البيئه يلغيه دليل حجيتها، فلا مجال حينئذ لدليل درء الحدّ بالشبهه، وإلا لتوقف إجراء الحدّ على العلم بالواقع فى القضيئه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين، أو إقامه البيئه على أن المتهم فى هذه القضيئه ليس هو بل غيره، فهذا الإحتمال يدرأ به الحدّ.

قال المحقق: « ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخصّ الناس كالسرقه، يقضى بالغرم، وفى القضاء بالقطع تردد» .

ص: ٣٣٦

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق الله معاً كالسرقة، يقضى عليه في حق الناس، وأما القضاء بحق الله - وهو القطع - فقد تردّد فيه المحقق قدس سرّه، قال شارحوه: إنه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء.

وذكر في (الجواهر) (1) في وجه التردّد: إن السرقة علّة للأمرين، فإذا قامت البينه عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك: بأن الأحكام الشرعيه معرّفات لا علل حقيقه، ومعنى هذا الكلام: إن الأمور المذكوره في كلمات الشارع بعنوان العلّه ليست عللاً حقيقه يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها، بل هي معرّفات.

أقول: إن العقل لا يمكنه إدراك أن الشيء الكذائي علّة للشيء الكذائي في الأحكام الشرعيه، فلولا بيان الشارع أن الجنابه علّة لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك، وحينئذ، فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني علّة للشيء الفلاني وجب التصديق بحكم الشارع بالعلّيه، لكن الفرق بين العلّيه المدركه بالعقل - كعلّيه النار للحراره - والعلّيه الوارده في لسان الشارع هو أنه في الأوّل يستحيل التفكيك بين النار والحراره إلا عن طريق الإعجاز، أما في الثاني، فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولاً عمّا جعل علّه، ولذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العلّه، وهو يكشف عن عدم العلّيه التامه. . . .

إذن، ليست الأحكام الشرعيه معرّفات، بل هي علل ومعاليل كسائر العلل والمعاليل الاخرى.

وعليه، فلو أقرّ الحاضر بالسرقة مرّتين ترتّب الأثران، وإن أقرّ مرّة واحده

ص: ٣٣٧

يؤخذ منه حق الناس ولا يحكم عليه في حق الله، فلا يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هي علل، ولكن في هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرّتين، والإقرار مرّه واحده عله لترتب أحد الأثرين، وذلك، لأن مبنى الشارع في الحدود الإلهيه على التخفيف، فلا بدّ من إقرارين، وأما في حقوق الناس فعلى الإحتياط، فيكفي الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، ولكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر والغائب، وحينئذ، فلو سرق حكم بقطع يده وبالغرم معاً، لعموم الأدله، ودليل درء الحدّ بالشبهه لا يشمل هذا المقام، ولا مخصص تام سناً ودلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه في الحقيين بلا فرق، إلا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه: (لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)

قال المحقق قدس سرّه: « لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينه، ففي الإلزام تردّد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الأداء، وبين الحكم وإلغاء دعواه، لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأول أشبه » (١).

أقول: الوكيل تاره: وكيل في المرافعه فقط، وأخرى: هو وكيل في المرافعه والمطالبه بالحق معاً، وحيث يكون له المطالبه بالحق، فإن ادعى الغريم تسليمه إلى الموكل، طالبه بإقامه البينه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، وإن لم يكن له بينه على تلك الدعوى، فلا يمكنه إحلاف الوكيل، لأن يمين الوكيل لا أثر لها، وحينئذ تسقط دعواه ويلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق وعدم إبراء صاحب الحق إيّاه، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

وأما قوله: « لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء ». .

فقد يجاب عنه: بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

وأما القول بأنه لو لم يلزم، لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه،

ص: ٣٣٩

ففيه: أنه يحتمل أيضاً توجه الضرر إلى الغريم، لاحتمال صدقه في دعوى الأداء.

وهل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟

إن كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر، لأن الدعوى بعد الحكم لا تسمع، وإلا كان له وجه، نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب، حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

وفى المسأله وجهان آخران:

أحدهما: تفصيل صاحب (المستند) (١) بين ما إذا كان الوكيل وكياً في دعوى الإبراء والوفاء أيضاً، فالتوقف، وبين ما إذا لم يكن وكياً فالإلزام.

والثاني: التفصيل الذي لم يستبعد السيد (٢) قدس سره قوته، وهو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدعى عليه من الأول، فعلى الأول الإلزام، وعلى الثاني فالتوقف.

وإن لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم، فلا وجه لأخذه له، فحيث يلزم، يدفع الحق فإنه يدفعه إلى الحاكم حتى يسلمه إلى صاحب الحق عند حضوره.

ص: ٣٤٠

١- (١) مستند الشيعة ١٧: ٣٠٩.

٢- (٢) العروه الوثقى ٣: ٤٥ - ٤٧.

فى كئفئه الإستحلاف

والبعث فى أمور ثلاثه:

[البعث] الأول: (فى الئمن)

إعلم أن المستفاد من الأخبار الكئفره كراهه الئمن الصادقه وكونها موجه مطلقاً، فعن أبى عبد الله عليه السلام قال « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه» (١).

وعنه عليه السلام قال: « لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين، فإنه عزوجل يقول: «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٢) (٣).

ص: ٣٤١

١-١) وسائل الشئعه ٣٣: ١٩٨/٣. كتاب الأئمان، الباب ١.

٢-٢) سوره البقره ٢: ٢٢٤.

٣-٣) وسائل الشئعه ٢٣: ١٩٨/٥. كتاب الأئمان، الباب ١.

وعن أبي جعفر عليه السلام في روايته: « وإني لأكره أن أقول (والله) على حال من الأحوال » (١).

ولكن تزول الكراهه بل يترجح الإتيان بها في كثير من الموارد، بالنظر إلى الأثر المترتب عليها، كبيان أهميته المطلوب أو التأكيد عليه ونحو ذلك، ولذا كان النبي والأئمة عليه وعليهم الصلوة والسلام قد يحلفون في كلامهم، فعن الرضا عليه السلام: « بلغني أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا، لا وقرابتي من رسول الله ما قلته قط. . . » (٢).

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما إذا وقعت المرافعه على زوجيته امرأه مثلاً أو ملكيه دار، ونحو ذلك.

ويحرم الحلف بالأوثان والأصنام، فالحلف باللائت مثلاً حرام وإن كان على ترك محرم أو الإتيان بواجب، ولا كفاره عليه في صورته المخالفه.

ولو حلف على ترك واجب أو فعل حرام، فقد يقال بحرمة هذا الحلف، ولو خالف لم تجب عليه الكفاره.

ص: ٣٤٢

١- ١) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٧/١. كتاب الأيمان، الباب ١.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦١/٧. كتاب الأيمان، الباب ٣٠. وما رواه أبو جرير القمي قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك. . . وسألته عن أبيه أحى هو أم ميت؟ قال: قد والله مات. . . وما عن صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام: رفع إلي أن مولايك المعلّى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال. فقال: والله ما كان. . . » وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٣. وما عن نجيح العطار قال: « سافرت مع أبي جعفر عليه السلام إلى مكه، فأمر غلامه بشيء فخالفه إلى غيره، فقال أبو جعفر عليه السلام: والله لأضربنك يا غلام. . . » وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٥/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٨.

قال المحقق قدس سره: « ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً » (١).

أقول: إن اليمين تكون في موارد ثلاثة:

الأول: في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلاً، كأن يحلف الرجل على ما يقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعي.

والثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترك أمر مرجوح فعله، وأثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه إن كانت بالله عزوجل.

والثالث: اليمين في مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففي الأول: يجوز الحلف بغير الله تعالى؟ إن الأخبار الواردة في النهي عن اليمين بغير الله هي فوق حدّ التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة وحملوها على الكراهه، ولم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا في الأخبار حلف الأئمه بغير الله في محادثاتهم ومحاوراتهم (٢)، وفي (كتاب القضاء) للمحقق الآشتياني: أن عليه السيره، وأجاب عن ذلك: بأن الأخبار الناهيه عن اليمين تصلح لأن تكون رادعه عن هذه السيره، وفيه: إنها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إرادته الحرمة من تلك الأخبار (٣).

وأشكل: بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى

ص: ٣٤٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢- ٢) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله: « لا وقرابتي من رسول الله . . » وقد تقدم.

٣- ٣) بل في الأخبار ما يقتضى ذلك، مثل قوله عليه السلام: « وإنى لأكره أن أقول والله . . » بناء على أن المراد هي « الكراهه » الإصطلاحيه.

عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « من حلف بغير الله فقد أشرك » (١) وفي حديث آخر « فقد كفر » (٢).

وفيه: إن الحديتين - مع الغض عن سندهما - محمولان على اليمين الموجهة للكفر والشرك، كأن يحلف المسلم باللائت والعزى، أو بالأب والابن - تعالى الله عن ذلك - ونحوهما. . . ويشهد بذلك وجود لفظي الشرك والكفر في الحديتين، لأن من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر والشرك لا يكون كفراً وشركاً، ويؤيد ذلك سيره المتشرعه.

وفي الثاني: لا إشكال في جواز الحلف بغير الله وعدم وجوب الكفاره على مخالفته.

وأما الثالث - وهو مورد البحث والكلام - فقد دلت جملة من النصوص بصراحه على أنه لا يحلف إلا بالله، وإليك بعضها:

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يحلف اليهودى ولا النصرانى ولا المجوسى بغير الله، إن الله عز وجل يقول: «فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٣).

٢ - عن جراح المدائنى عن أبي عبد الله عليه السلام: « لا يحلف بغير الله. وقال: اليهودى والنصرانى والمجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل » (٤).

٣ - عن الحلبي قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الممل

ص: ٣٤٤

١ - ١) مستدرک وسائل الشيعة ١٦: ٥٠/٥. كتاب الأيمان، الباب ١١.

٢ - ٢) سنن البيهقي: ١٠/٢٩.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٥/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل» (١).

٤ - عن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟

قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز وجل» (٢).

٥ - عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله» (٣).

٦ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمة. قال: لا تحلفوهم إلا بالله» (٤).

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» (٥) وما أشبه هذا. فقال: إن الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عز وجل» (٦).

٨ - عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله عز وجل «وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ» (٧) «وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ» وما أشبه ذلك. فقال: إن لله

ص: ٣٤٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٥. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٦. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٥-٥) سورة النجم ٥٣: ١.

٦-٦) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٧-٧) سورة الليل ٩٢: ١.

عزّوجل أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به» (١).

٩ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله. . . » (٢).

١٠ - عن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله. . . » (٣).

فهذه الأخبار تدلّ على أنه لا يستحلف أحد إلاّ بالله عزّ وجل، ولو كان كافراً بإنكار أصل واجب الوجود فضلاً عن غيره، وقد ورد في بعض الأخبار (٤) أن اليمين بغير الله يؤدّى إلى ترك الحلف بالله، أي أنه في المورد الذي يترجّح فيه اليمين، لا بدّ من الحلف بالله حتى لا يعظّم شيء في مقابله عزّوجل، لأن الحلف يكون عادة بماله أهميه وجلاله وعظمه، فالإلتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له وإثبات لعظمته ونفى لعظمه شيء سواه، وأما الإستحلاف في مورد المرافعه، فلا يجوز بغير الله عزّ وجل وإن رضى الطرفان بالحلف بغيره.

وهناك أخبار وارده في الاستحلاف بغير الله تعالى، سندكرها قريباً.

ثم إن ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شيء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم في ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

« وقيل: لا يقتصر في المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم إلى هذه اللفظه

ص: ٣٤٦

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/٣. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٠/٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦١/٥. كتاب الأيمان، الباب ٣٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٩/٢٥٩، الباب ٣٠ و٢٦٤، الباب ٣١.

الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سَمِيَ النور إلهاً» (١).

أقول: هل يستحلف المجوسى الذى يسمّى النور آلهاً بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له: « احلف بخالق النور» مثلاً وإن كان غير معتقد به؟ ظاهر (المبسوط) (٢) حيث قال: « فإن قيل: كيف حلفته بالله وليست عنده يمين؟ قلنا: ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الأخبار هو الأول، وأما قول الشيخ: « ليزداد إثماً ويستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

وكذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، ومن يعتقد بإله غير الله، ومن يعتقد بإلهين كالثنويه، ومن يعبد الأصنام. . . لإطلاق الأدله.

عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله:

قال المحقق: « ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه، كالكتب المنزله والرسل المعظمه والأماكن المشرفه» (٣).

أقول: ويدلّ على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفاً، فلا يجوز الحلف بغير الله وإن تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل إن المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع، لأن هذه اليمين محرمة إمّا تكليفاً ووضعاً وإمّا وضعاً فقط، على الخلاف، لأنه على الأول يكون الصّليح على أمر محرّم فعله، وعلى الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلاً للمال بالباطل.

ووجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الإستفاده من

ص: ٣٤٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٦: ١٩٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

أدله النهى عن الاستحلاف بغير الله، ومع الشك في الحرمة التكليفية تجرى البراءة، وحينئذ لا يحكم بفسق المحلف والحالف، أما مع الشك في الحكم الوضعي فالأصل عدم النفوذ، والقدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق وعدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى، وإن كان من الكتب المنزلة أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفة.

لكن في بعض الأخبار ما ينافي تلك الأدلة، وهذه نصوص تلك الأخبار:

١ - عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التي أنزلت على موسى عليه السلام » (١).

٢ - عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « سألته عن الأحكام. فقال: في كل دين ما يستحلفون به » (٢).

٣ - عن محمد بن قيس قال: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى على علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه وملته » (٣).

ولعل بالنظر إلى هذه الأخبار قال المحقق قدس سره:

« ولو رأى الحاكم إحلاف الذمى بما يقتضيه دينه أردع جاز » (٤).

لكن المشهور عدم جواز إحلاف اليهود والنصارى بغير الله، للنصوص التناهي عن ذلك عموماً وخصوصاً، وقد أجابوا عن خبر السكوني بضعف سنده،

ص: ٣٤٨

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٦/٤. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥٧/٧. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٧/٨. كتاب الأيمان، الباب ٣٢.

٤ - ٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

وفى (الوسائل): حمله الشيخ على أنه مخصوص بالإمام، وعلى هذا حملت الأخبار الأخرى أيضاً، وأما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد إخبار عن شرائعهم.

والحاصل، إن هذه النصوص لا تصلح معارضة للنصوص السابقة، لقصور بعضها سنداً والبعض الآخر دلالة. . .

وهل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط؟

الواجب هو الحلف بذات الله المقدسه، أى المسمى بلفظ الجلالة والأسماء الحسنى، فيجزى أى اسم كان من أسماء الله سبحانه وتعالى، أو أى صفة من صفاته الخاصه به عزوجل.

استحباب تقديم العظه وتغليظ اليمين:

قال المحقق: « ويستحب للحاكم تقديم العظه على اليمين والتخويف من عاقبتها » (١).

أقول: بأن يذكر له مما ورد من ذلك فى الأخبار مثل:

١ - « من حلف بالله كاذباً كفر ومن حلف بالله صادقاً أثم » (٢).

٢ - « إن يمين الصبر الكاذبه تترك الديار بلاقع » (٣).

٣ - « من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله » (٤).

ص: ٣٤٩

١ - ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ١٩٩/٦. كتاب الأيمان، الباب ١.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٣/٢. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٣/٤. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤ - « اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر » (١).

٥ - « . . . إن اليمين الكاذبه وقطيعه الرحم ليزران الديار بلاقع من أهلها وتثقلان الرحم، وإن ثقل الرحم انقطاع النسل » (٢).

٦ - « قال الله عز وجل: لا أنيل رحمتي من يعرضني للأيمان الكاذبه. . . » (٣).

قال المحقق: « ويكفي أن يقول: والله ماله قبلي حق ».

أقول: والدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: « وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعى، بل هو مستحب استظهاراً في الحكم » (٤).

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله في الأيمان، ويدل فعل أمير المؤمنين في إحلاف الأخرس كغيره من الأخبار على جواز التغليظ في اليمين، وقد استدل به على الإستحباب.

قلت: وفيه: إنه عليه السلام كتب تلك الكلمات وغسلها، وأمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فإن كان الأخرس يعرف القراءة تحقق التغليظ، وإلا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم إن الإمام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء، من دون رد لليمين على المدعى، وهذا يخالف سائر الأخبار والقاعده المقرره في فصل الخصومه وكيفيه القضاء، مع أن فعل الإمام عليه السلام لا يدل على استحباب التغليظ، وإنما

ص: ٣٥٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٤/٧. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٧/١٥. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٠٨/١٧. كتاب الأيمان، الباب ٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٨.

على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ في اليمين في غير محلّه.

وقد يستدل بما رواه صفوان الجمال: « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام: رفع إليّ أن مولاك المعلّى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال، فقال: والله ما كان - إلى أن قال المنصور - فأنا أجمع بينك وبين من سعى بك، قال: فافعل. فجاء الرجل الذى سعى به، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يا هذا أتحلف؟ فقال: نعم والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ويلك، تبجل الله فيستحي من تعذيبك ولكن قل: برئت من حول الله وقوته وألجئت إلى حولى وقوتى، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتاً. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصدّق عليك بعد هذا أبداً، وأحسن جائزته و ردّه» (١).

ولكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة.

واستدل بروايه السيد الرضى قدس سرّه عن أمير المؤمنين عليه السلام: « أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برى من حول الله وقوته، فإنه إذا حلف بها كاذباً عوجل، وإذا حلف بالله الذى لا إله هو لم يعاجل، لأنه قد وحّد الله سبحانه» (٢).

وهذه الرواية لا تدلّ على الإستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، ويشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم...

واستدل بروايه الراوندى قدس سرّه عن الرضا عليه السلام عن أبيه: « إن رجلاً وشى إلى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على

ص: ٣٥١

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٩/١. كتاب الأيمان، الباب ٣٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٠/٢. كتاب الأيمان، الباب ٣٣.

الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئاً من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا - يعني الصادق عليه السلام - فقال الحاجب: قل والله الذي لا إله إلا هو، وجعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق عليه السلام: لا تحلفه هكذا. . . فقال المنصور: فحلفه إذاً يا جعفر، فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل: إن كنت كاذباً عليك فبرئت من حول الله وقوته ولجأت إلى حولي وقوتي. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم إن كان كاذباً فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً. . .» (١) وهذا أيضاً لا يدل على الاستحباب.

فالإنصاف: إنه لا دليل على استحباب التغليظ، ومن هنا قال في (المسالك): هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، وذكروا أنه مروى، وما وقفت على مستنده (٢).

وكيف كان، فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه، ما لهذا المدعى على شيء مما ادّعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم» (٣).

أقول: كما في روايه إichلاف الأخرس، وروايه نهج البلاغه، وغيرهما.

قال: «وبالمكان، كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمه، وبالزمان، كيوم الجمعة والعيد وغيرها من الأوقات المكرمه»

ص: ٣٥٢

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٧٠/٣. كتاب الإيمان، الباب ٣٤.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٤٧٨.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٧.

أقول: ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله، من وضع اليد على المصحف الشريف في حال أداء اليمين.

قال: « ويغلظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها، والأزمان التي يرى حرمتها » .

أقول: يدلّ عليه ما رواه الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه « أن علياً كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم، والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين » (١).

وما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبيه « إن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم، ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم » (٢).

قال: « ويستحب التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلّت عدا المال، فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع » .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور، بل ادّعى عليه الإجماع، لكن تقدّم أنه لا دليل عليه، وأما النهي عن التغليظ في المال الأقل من نصاب القطع، فقد ورد في خصوص كونه عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، وهو ما رواه محمد بن مسلم وزراره عنهما عليهما السلام جميعاً قالوا: « لا يحلّف أحد عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على أقلّ مما يجب فيه القطع » (٣).

ص: ٣٥٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٨/١١. كتاب الإيمان، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢٦٨/١٢. كتاب الإيمان، الباب ٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٨/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٩.

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ:

قال المحقق: « لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، ولم يتحقق بامتناعه النكول» (١).

أقول: استدلل له بالأصل، أى: إن الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، وقبله إطلاقات أدلّه القضاء وكيفيه الحكم، مضافاً إلى قوله عليه السلام: « من حلف بالله فليصدق، ومن حلف له بالله فليرض، ومن لم يرض فليس من الله» (٢) وفى (الجواهر) (٣): بلا خلاف أجده إلا عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامه من وجوبها عليه وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

لكن بناءً على كون الإحلاف وكيفيته حقاً للمدعى، يجب عليه الإجابة، وفى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله: « . . . فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه بينه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له. . .» (٤) فإن ظاهرها أن الامتناع عن اليمين المغلظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى كيفيه بل المراد - كما عليه الأكثر - هو الإمتناع عن أصل اليمين وأنه إن لم يحلف فلا حق له.

وذكر فى (الجواهر) وجه خلاف بعض العامه بقوله: ولعل وجهه أنه لا

ص: ٣٥٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٣: ٢١١/١. كتاب الأيمان، الباب ٦.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٤.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٤.

فائده فى استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه، مضافاً إلى استمرار السيره على توجيه اليمين مغلظه على المنكر... (قال): إلا أن ذلك كله كما ترى.

أى: لأن اللغويه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه وتشديد الأمر عليه، لئلا يقدم على اليمين الكاذبه (١)، ولأن اتصال هذه السيره بزمن النبى صلى الله عليه وآله وسلم. غير معلوم، ولو سلم، فإنها لا تدل على وجوب الإجابة وأنه لو امتنع كان ناكلاً..

فالحاصل: إن فى المسأله قولين: الوجوب، وهو لأصحابنا، وعدم الوجوب، وهو لبعض العامه (٢)، ولا قائل بالإستحباب.

وعن آخر من العامه: التفصيل بين التغليظ الزمانى والمكانى، فتجب الإجابة عليه فيه، وبين التغليظ القولى فلا- تجب، ولعله لإطلاق أدله اليمين، وأما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى والمكانى، فلائن للمدعى أن يؤخر استحلافه إلى يوم الجمعة أو إلى المسجد مثلاً، وليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك. قال فى (الجواهر): وفيه: أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس... لكن فى (كشف اللثام) الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، (قال): أما بالزمان والمكان

ص: ٣٥٥

١- ١) كما عن أمالى الشيخ: «اختصم امرؤ القيس ورجل من حضرموت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى أرض فقال: ألك بينه؟ قال: لا، قال: فيمينه. قال: إذن والله يذهب بأرضى. قال: إن ذهب بأرضك بيمينه كان ممن لا ينظر الله إليه يوم القيامة ولا يزكّيه وله عذاب أليم. قال: ففزع الرجل وردّها إليه» وسائل الشيعه ١٨: ١٧٢.

٢- ٢) روضه الطالبين ٨: ٣١٢.

فيجبر عليهما، فإن اليمين حق للمدعى... (١).

أقول: إن التغليظ مطلقاً مستحب للحاكم، على المشهور، والمستحب يتسامح فيه، إلا أنهم دققوا النظر في المسألة من جهة ترتب أثر النكول وعدم ترتبه على الإمتناع عن الإجابة.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: « لا يحلف أحد عند قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ على أقل مما يجب فيه القطع » (٢) - بناءً على قراءته بالتشديد - جواز التغليظ في الحقوق والأموال كلها مطلقاً إلا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره أو غيره من الأماكن المشرفة، وسواء كان التغليظ مكانياً أو زمانياً؟

الإينصاف: إن استفاده هذا الحكم الكلى من الخبر مشكل.

قال فى (الجواهر): ولو ادعى العبد - وقيمه أقل من نصاب القطع - العتق، فأنكر مولاه، لم يغلظ، ولو ردّ فحلف العبد غلظ عليه، لأن العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال (٣).

التانى: حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليظ:

قال المحقق: « لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه » (٤).

ص: ٣٥٦

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٤ - ٢٣٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٨/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٩.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٥.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظة انعقدت يمينه، ولو خالف وجبت عليه الكفارة، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل إن مفاد بعض الأخبار كراهه اليمين المغلظة ومرجوحيتها. . . وليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحاً - كما هو الحال في متعلق النذر - بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً. واستحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلزم استحباب إجابته الحالف إليه.

أقول: لكن يمكن القول بأن أدله استحباب إجابته دعوه المؤمن وقضاء حاجته، توجب زوال الكراهه وتحقق الرجحان لليمين المغلظة، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك، ونظير ما إذا نذر الولد ترك شىء كشرب التتن مثلاً حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك، لأن فعله حينئذ يترجح على تركه، ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هناك أخباراً تدل على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر، ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها، جاز له المخالفة بل استحباب ولا- كفاره عليه. . . فعن سعيد الأعرج: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، وإن لم يتركها خشى أن يآثم، أتركها؟ قال: أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها» (١).

واستدل في (الجواهر) لما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخر عن لزوم

ص: ٣٥٧

اليمين» (١). أى: إنه لما حلف على أن لا يجيب، فقد لزمتم اليمين، وحق المستحلف فى إحلافه متأخر عن لزومها، وهذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه، لأنه مع فرض عدم استحباب الإجابة لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، إلا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: وما ورد من أن طرّو أولويّه المحلوف على تركه يبيح الحلّ، لا- يجدى، إذ لا أولويّه للحالف وإن التمسه الخصم، أى طلبه منه. . .

وهذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج ونحوه، الظاهر فى جواز المخالفه بل استحبابها.

قال: لكن فى (الدروس) (٢): ولو حلف على عدمه، فى انعقاد يمينه نظر، من احتمالها على ترك المستحب، ومن توهم اختصاص الإستحباب بالحاكم. وقد اعترض عليه بقوله: وفيه أنه لا خلاف أجده فى اختصاص الإستحباب به، بل فى (الرياض) (٣): نسبته إلى ظاهر النص والفتوى، بخلاف من عليه الحلف، فإن الأرجح له ترك التغليظ بل الأرجح له ترك الحلف بالله. . . ومن هنا قال فى (كشف اللثام) (٤) معروضاً بما سمعته من الدروس: واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ فى غايه الضعف».

ص: ٣٥٨

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٦.

٢-٢) الدروس الشرعيه ٣: ٩٦.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ١٠٧.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ١١٦.

قلت: لكن (كاشف اللثام) ممن قال بالفرق بين التخليط القولي وبين التخليط الزماني والمكاني، فاختار لزوم الإجابة في الثاني دون الأول، وعلى هذا المبني، فلا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابة.

ثم إن اليمين تاره: تكون في المرافعات الماليه، فهنا يمكن أن يقال بتخير المدعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدعى، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييري مكروهاً في نفس الوقت؟ وأخرى: تكون في الجنایات، فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص في حقه، فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعيني، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكرهتها؟ فمن هنا قال في (الجواهر) (1): ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسأله بعد من إشكال. . .

وكذا الأمر بالنسبه إلى التخليط، ولذا قال قدس سرّه: بل وكذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك. . .

قال: بل لا- يخفى استبعاد رجحان التخليط للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف، وإن كان مخالفاً للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه، كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص: أن ما ذكره المحقق قدس سرّه مشكل.

أقول: تاره: يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه في موضوع واحد مثل: « أنقذ الغريق، ولا تغصب» فيمن اتفق غرقه في مكان مغصوب، وحينئذ، يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

وتاره: يتوجه أحد الحكمين إلى ذات الموضوع والآخر إلى ذاك الموضوع مقتيداً بأن لا يتوجه إليه حكم آخر، وحينئذ، لا ريب في تقدم الحكم الأول على الثاني في حال اجتماعهما، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر - قبل حصول

ص: ٣٥٩

الإستطاعه - أن يزور أبا عبد الله الحسين عليه السلام في كل عرفه، ثم حصلت له الإستطاعه، وانحلال نذره المذكور، خلافاً لصاحب (العروه) قدس سره، لأن الشرط في وجوب الحج هو الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وحيث تحقق ذلك كانت الإستطاعه متحققه ووجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجه إلى ذات الحج، والأمر بالوفاء بالنذر - في حقيقته - متوجه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (1).

وفيما نحن فيه، إن كان الأمر بالحلف المغلظ متوجهاً إلى ذات اليمين من دون قيد الرجحان، وكان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح، فإنه يتقدم أمر الحاكم باليمين المغلظه، إجابته لالتماس الخصم وتنحل اليمين السابقه.

كيفية استخلاف الأخرس:

قال المحقق: « وحلف الأخرس بالإشاره، وقيل: وضع يده على اسم الله في المصحف، أو يكتب اسمه سبحانه ويضع يده عليه، وقيل: يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع أُلزم الحق،

ص: ٣٦٠

١- ١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعه الشرعيه بالإضافة إلى الإستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الإستطاعه الماليه والبدنيه أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفه، لأن الوفاء بهذا النذر واجب ولو حج لفات هذا الواجب، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعه الشرعيه، كالعقلى في المنع من الوجوب. وقد ذكر سيدنا الاستاذ في حاشيه العروه أن الشرط في وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعه من حيث المال والبدن وتخليه السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها، ولذا يجب الحج في الفرض المذكور. العروه الوثقى ٢: ٢٢٩ / المسأله، ٢٤٢ / المسأله ٣٢.

استناداً إلى حكم على عليه السلام في واقعه الأخرس» (١).

أقول: فالأقوال في كيفية استحلاف الأخرس مختلفه، ومستند الأخير صحيحه محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقاً، وربما يستظهر منها التعيين، ولكن الأصحاب لم يعملوا بها بهذا الوصف، إذ لعل الإمام عليه السلام كان عالماً بحقيقه الحال وواقع الأمر في تلك الواقعه، وقد يؤيد ذلك بحكمه بعد امتناعه عن الشرب من دون ردّ لليمين على المدعى، وقد يقال بكونها قضيه في واقعه لا سيما بالنظر إلى ما ذكر، أو أن ذلك كيفية من أنحاء استحلاف الأخرس.

والحق أنه لا يستفاد منها الحصر، لأن لفظ اليمين الذي كتبه الإمام عليه السلام يختلف من حيث التعليل عمّا جاء في الأخبار الأخرى، ولذا احتاط في (الجواهر) (٢) بالجمع بين الإشاره المفهمه التي بها يتم العقد والإيقاع وغيرها من الأخرس، وبين الكيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء، وإلا فالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم؟

قال المحقق: «ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه إلا مع العذر، كالمرض المانع وشبهه...» (٣).

أقول: لقد ادعى الإجماع على هذا الحكم، وظاهر (الجواهر) أن الإستحلاف في مجلس القضاء والحكم - أي كونهما في مجلس واحد - من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارته المحقق هذه كقوله: «لا يستحلف أحد إلا بالله...»

ص: ٣٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٨.

ونحوه، ويكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. . . قال في (الجواهر)
(١): ولعله لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره، بعد الشك أو الظن بعدم تنازل الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء للحكام لغير
الغرض ولو للإتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسباق ذلك منه، خصوصاً النصوص المستفيضة المشتملة على الشكوى من نبي
من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الأذن، فقال: « إقض بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمى يحلفون
به » (٢). الظاهره في مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الإستتابه فيه حينئذ.

لكن في (المسالك) جعل المراد من العبارة الكراهه، فإنه قال: قد تقدّم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد ونحوه،
وحيثئذ، فالنهي عن الإستحلاف في غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه إنما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنه
التغليظ، وإلا لم يتم النفي والنهي مطلقاً، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها. . .

بل ظاهر (السرائر) (٣) أن استحلافه في مجلس الحكم من الامور المستحبه للحاكم، فإنه قال: « وينبغي للحاكم أن لا يحلف
أحداً إلا في مجلس الحكم. . . » فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. . . وبناء عليه، يتوجه البحث عن استحباب
ذلك للحالف أيضاً وعدم استحبابه.

ولكن الأكثر على الأول، وهو جعل « لا يستحلف » عزيمة، ولذا تعرّضوا

ص: ٣٤٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٠.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

٣-٣ (٣) السرائر في الفقه ٢: ١٦٤.

لنفوذ الحكم وعدمه بدون ذلك، ولو كان مكروهاً أو مستحباً لم يكن لذلك البحث هنا وجه، ولما تمسكوا بالأصل.

أقول: إلا أن الشك الذي ذكره في (الجواهر) مسبب عن الشك في شرطيه الإستحلاف في مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فيكون المرجع هو البراءة، وتكون النتيجة نفوذ الحكم، وأما الخبر الذي ذكره قدس سره فإن ظهوره في المباشرة ليس لفظياً، نعم، اللازم العقلي لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك إلى اسمه تعالى هو المباشرة، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، وحيث لا قرينه فلا حجة للمخاطب على الترك.

ثم إن بعض الامور تقبل الوكالة عرفاً كالعقود، فتشملها أدلة الوكالة وإن كانت أدلة تلك الامور ظاهره في المباشرة، لأن أدلة الوكالة تنزل الغير منزله الموكّل، فإن كان الاستحلاف منها شملت أدلة الوكالة كذلك، ولم يلزم مباشرة الحاكم له، بل يكفي استحلاف وكيله، ويكفي استحلافه سواء كان في المجلس أو غيره، عملاً بإطلاق «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، وإن كان الاستحلاف من الامور غير القابلة للتوكيل كما هو الأصل في العبادات، فالمباشرة لازمه. . .

هذا كله، إلماع العذر، كالمرض المانع من الحضور وشبهه، فإن الأكثر - بل نفى الخلاف فيه - على أن الحاكم يستتبع من يحلفه في مكانه، وكذا المرأه التي لا- عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال، فإنه يرسل إلى منزلها من يستحلفها. . . وقيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، وقيل: بالتوقف حتى يزول العذر.

قلت: لكن أدلة الوكالة مطلقه تعم صورته الإختيار والإضطرار، فإن كان

الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقاً وإلا- فلا كذلك، اللهم إلا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، وعند الإضطرار، فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه، وإلا فالثالث، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر. . . وإن كان القول بعموم أدله الوكاله - إلا ما خرج بالدليل - غير بعيد، ويشهد به تجويزهم لذلك عند الإضطرار، وقد تقدم سابقاً بإشاره إلى ذلك (1).

ص: ٣٦٤

١-١) فى البحث عن جواز التوكيل فى القضاء وعدمه.

إشاره

قال المحقق قدس سره: « اليمين تتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر، وعلى المدعى مع الرد ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم» (١).

أقول: الأصل في اليمين أن تتوجه على المنكر، وقد أستثنى من ذلك موارد، ذكر المحقق ثلاثه منها:

أحدها: رد المنكر اليمين على المدعى.

والثاني: ثبوت الدعوى بيمين المدعى مع الشاهد الواحد في دعوى الدين.

والثالث: ما إذا كانت دعوى المدعى في القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه إليه اليمين، على تفصيل ذكر في محله.

وتتوجه اليمين على المدعى في الدعوى على الميت مع البيئه، وفي الموارد التي لا تعلم حقيقه الحال فيها عادة إلا من قبل المدعى، كما إذا طلقت المرأه فادعت كونها غير طاهره عند الطلاق.

والحاصل: إن الأصل توجهها على المنكر، وهذا الأصل قانون كلى مستفاد من الأخبار (٢)، ويكون هو المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعى

ص: ٣٤٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٣. أبواب كيفيه الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٣.

أو المنكر. . . وقد جاء في أكثر تلك الأخبار: « واليمين على المدعى عليه » لكن الفقهاء يعبرون عنه بـ « المنكر » ، ولعله من جهة أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين، كما إذا أقر بما يدعيه المدعى.

□
وهذه الأخبار تقيّد إطلاق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (١) إن كان مطلقاً.

قال: « ولا يمين للمنكر مع بينه المدعى » (٢).

أقول: ويدل على ذلك النصوص أيضاً (٣).

قال: « لانتفاء التهمة عنها » .

أقول: أى لما يقيم المدعى البينه وهي حججه شرعيته من دون ضم يمين إليها تنتفى التهمة عن الدعوى.

قال: « ومع فقدها، فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية، فهو أولى باليمين » .

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقاً، فإنه مع فقد المدعى للبينه، يكون المنكر مستنداً إلى البراءة الأصلية، إذ الأصل براءة ذمه المنكر عما يدعيه المدعى، وحيث ادعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فإن حلف سقطت الدعوى.

وأما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه، فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءة ذمه المدعى عليه، وأما « إنما أفضى بينكم. . . » فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء، وليس فيه تعرض إلى

ص: ٣٤٤

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٤١. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ٧.

من عليه البينه ومن عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى، وأما تقدّم البينه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لأمن يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، وليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام، بحيث يكون المرجع لدى الشك لولا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك

قال المحقق: « ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم» (١).

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، وفيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائماً، لأن المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقاً، كان مجرد عدم علمه بالحق كافياً لعدم ثبوته، ولا حاجه إلى نفيه كونه مديناً للمدعى.

والثانى: لزوم كون الحلف على البت والقطع، سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع ونفي العلم به، بل إن اليمين يجب أن تكون دائماً مع الجزم واليقين بنفي الدعوى مطلقاً.

أقول: والذى وجدنا فى النصوص هو الحلف والاستحلاف على نفي

ص: ٣٦٧

المدعى، ولم نجد فى شى منها أن يحلف على نفى العلم (1) وكيف كان، فالمعتبر هو الجزم، سواء قلنا بأن نفى المدعى يستلزم نفى العلم به أو لا، وقد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه وأن يحلف على نفى العلم به، وأما على القول بلزوم اليمين على نفى المدعى على البت، فلا يكفى اليمين على نفى العلم حينئذ.

وبناءً على القول الثانى، لو ادعى عليه ديناً ولا بينه له، وجب عليه الأداء فى صورة العلم بكونه مدينًا، ومع الشك لا يجب، لأصالة البراءة، فإن ادعى علمه بذلك ونكل المدعى عليه عن اليمين، ثبت الحق ووجب عليه الأداء، وحينئذ، يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفى العلم فى كل مورد، مع أنه مخالف لظواهر النصوص المشار إليها، ومن هنا، فقد حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالمًا، فهناك يحلف على نفى العلم.

ثم إنه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه ولم يطلب منه اليمين على نفى العلم، سقطت الدعوى، لأن الجواب بنفى العلم بمنزله الإنكار، فإن لم يكن له بينه ولم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة.

هذا، وهنا فروع يشكل حكمها وإلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق:

« فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر، حلف على الجزم، ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا

ص: ٣٤٨

١ - ١) أنظر: خبر عبد الرحمان بن أبى عبد الله، وخبر ابن أبى يعفور، وخبر كيفية احلاف الأخرس، وقد وردت نصوصها فى الكتاب.

يعلم» (١).

أقول: أما في الفرع الأول، فلاّ أنّ الابتاع مثلاً فعل نفسه، فإذا أنكر حلف على الجزم، وأما في الفرع الثاني، فلا تتوجه عليه اليمين، لأنه فعل الغير، فإن ادّعى عليه العلم بفعل أبيه الميت - مثلاً - كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا، وظاهر قوله: « فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، وأما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقية وتسمع بينه المدعى حينئذ، وسيأتى بيان ذلك قريباً.

ومن الفروع ما ذكره بقوله: « وكذا لو قال قبض وكيلك» .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فإن كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، وقيل: لا يجوز، لأنه فعل الغير.

أقول: لكن قد يحصل له العلم والجزم بعدم القبض وإن كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لأن المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهه الجهل به غالباً، فإن علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه وكيلك الساعة العاشره من صباح يوم الجمعة، وقد 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. . .

فإن لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، وكذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدّع عليه ذلك، وحيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء، وجب عليه دفع الحق.

وفي (الجواهر) عن كشف اللثام: « فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة. وفيه: إنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل. . . » (٢).

ص: ٣٦٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٣.

أقول: ليس في (كشف اللثام) (١) ما يفيد ذلك، وهذا نصّ كلامه معلّقاً على قول العلامة: « ولو قال قبض وكيلك حلف على نفى العلم» بقوله: « دون البتّ، لأنه فعل الغير وإن قيل أن يده وقبضه قبضه» نعم، في (القواعد) (٢) فرع آخر ذكره بقوله: « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق وإن نفى الدعوى على رأى» .

هذا، ولكن قال المحقق الآشتياني (٣) قدّس سرّه: إنه لو ادّعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه - لا- أنه يحلف لنفيه - لأن علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلاً مركّباً، ولا يكون حجّة للحاكم حتى يحكم على طبقه.

وفيه: إنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدّقه الموكل، فإن هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفاً، وإن احتمل عقلاً كونه جهلاً مركّباً، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً، ولا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبة حينئذ، فلماذا لا تسمع؟

ومن الفروع ما ذكر في (المسالك) (٤) و (الجواهر) (٥): لو ادّعى عليه أن عبده

ص: ٣٧٠

١-١ (١) كشف اللثام ١٠: ١٢٩.

٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٧.

٣-٣ (٣) كتاب القضاء.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٤٨٦.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٢٤٣.

جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه، فأنكر، فوجهان، من أنه فعل الغير فيحلف على نفي العلم، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدعوى عليه، فيحلف على البت.

فعلى الثانى: إن لم يحلف يكون ناكلاً، بخلاف الأول فلا يكون ناكلاً بعدم الحلف، فإن كان للمدعى بينه على الجنايه فهو، وإلا سقطت دعواه.

ومنها: 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، أو لا، لأنه فعل الغير؟ قولان.

وعن الشهيد: إن العبد يخالف البهيمه من وجهين: أحدهما: إن البهيمه لا- تضمن جنائتها إلا مع التفريط، بخلافه، والآخر: إن جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه، بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط، فإن المالك يضمن جنائتها ولا تتعلق برقبته.

ومنها: لو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن فى تسليم المبيع وأبطل حق الحبس وأنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لابد من اليمين على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

ومنها: لو طوب البائع بتسليم المبيع، فادعى حدوث عجز عنه وقال للمشتري: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى يمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ويحتمل الحلف على نفي العلم، لأن متعلقه فعل الغير.

ومنها: ما لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا، فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضاً، لأن الاخوه رابطة جامعهم بينهما، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم.

ثم إن المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً إلى نفسه مع الإلتفات، وإن لم يكن مستنداً إلى «غيره» .

هذا، وقد اعترض صاحب (الجواهر) على القول الأول، بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: « ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى - المتعلقه بفعل الإنسان نفسه نفيًا وإثباتًا وبفعل الغير إثباتًا - يمينًا على البت أو ردًا، وإلا كان ناكلاً قضى عليه به أو بردها من الحاكم، ولا يجديه الجواب بنفى العلم وإن صدقه المدعى فضلاً عما لو ادّعه عليه أيضاً، فإن جميع هذه الفروع مبته على ذلك، وقد تقدّم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشه في ذلك، ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسيبها ذلك. . . » ثم إنه قدّس سرّه انته إلى القول: « وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقه جميعها، وأنه لا فرق في الحكم فيها بين القول بتعلقها في فعل الغير أو فعل المدّعى عليه، في الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقاً أو إذا ادّعى عليه، وإلا كان طريق إثباتها منحصرًا في اليينه. . . » (١).

قلت: لكن الأظهر كون اليمين على البت، لأنه مقتضى أدلّه وجوبها على المنكر، فإن كانت الدعوى على الواقع وهو ينكرها، حلف على البت، سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره، وإن كانت على علمه وهو ينكره، حلف على نفيه كذلك مطلقاً.

ولو كان شاكاً في صدق دعوى المدّعى، لم يمكنه اليمين، سواء كانت على فعل نفسه أو غيره، فلا يمكنه ردّ الحلف على المدّعى، وإذ ليس للمدعى بينه على دعواه - كما هو المفروض - تسقط الدعوى، لانحصار سبب الحكم في بينه المدعى ويمين المنكر، وكلاهما منتفیان، فإن ادّعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديده وكان له الحلف على نفيه.

ص: ٣٧٢

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البتّ مطلقاً.

وهل اليمين بنفى العلم تفصل الخصومه كيمين المنكر على عدم الحق، فلا يستمع إلى بينه المدعى بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأوّل، وهو ظاهر قول المحقق قدّس سرّه: « فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم » (١) أي: فيكفيه فاصلاً للخصومه، بمعنى أن الحاكم إن حكم على طبقها لم تسمع بينه المدعى بعدها على أصل الدّعى، لأن معنى « واليمين على من أنكر » و « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » هو القضاء بكلّ يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادّعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم، فصلت الخصومه.

على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدّعيه من الحقّ هو رضاه بيمين المدعى عليه في نفي دعواه علمه بالواقع، وقد دلّت الأخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه (٢)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم، وبصدوره تنفصل الخصومه ولا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فإنها تسمع، لأن الخصومه باقيه وليس للحاكم إحلافه، لما تقدّم من أنه لا يستحلفه إلا بالتماس المدعى.

وبعبارة أخرى: عندما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، وحينئذ، لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق، لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفي العلم - مع حكم الحاكم - فصل الخصومه وعدم سماع البينه.

فيكون الحاصل: إن الحلف على نفي العلم لا ينفي الواقع، ولكنه لا يبقى المجال

ص: ٣٧٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٩.

لأن يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شيء بإقامه بينه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الأمارات والاصول، وإلا كان له الحلف على نفى الواقع بالاستناد إلى الحكم الظاهري، فما هو المستفاد من الأدلة؟

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد أماره على الملكيه، فكلمًا كان تحت سلطنه الشخص من غير معارض يكون له ملكاً له (١)، ومن هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه، ويجوز لغيره الإخبار - في غير مورد المرافعه - عن كون الشيء ملكاً له استناداً إلى كونه تحت يده.

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والإستصحاب؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد؟ قولان.

ويدل على الجواز:

١ - خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدى رجل، يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز

ص: ٣٧٤

هذا لم يقيم للمسلمين سوق» (١).

بل قد يستظهر من قوله « وتحلف عليه » أن كلما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهادة كذلك.

٢ - خبر على بن إبراهيم في تفسيره بسنده عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث فدك: أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر: « أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البيه؟ قال: إياك كنت أسأل البيه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: فإذا كان في يدى شيء فادّعى فيه المسلمون، تسألنى البيه على ما في يدى وقد ملكته في حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده، ولم تسأل المؤمنين البيه على ما ادّعوا على كما سألتنى البيه على ما ادّعت عليهم. . . » (٢).

وأما الصدق على هذا الخبر لائحته مع حسنه سنداً (٣).

ويدلّ على جواز الشهادة و الحلف اعتماداً على الإستصحاب: خبر معاوية ابن وهب قال: « قلت له: إن ابن أبى ليلى يسألنى الشهادة عن هذه الدار، مات فلان وتركها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له. فقال: إشهد بما هو علمك. قلت: إن ابن أبى ليلى يحلفنا الغموس. فقال: احلف، إنما هو على علمك » (٤).

ص: ٣٧٥

- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.
- ٣- (٣) ويكون صحيحاً بناء على كون « إبراهيم بن هاشم » ثقه.
- ٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٦/١. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

ويدلّ على الجواز في خصوص الشهاده خبره الآخر: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له العبد والامه قد عرف ذلك فيقول: أبق غلامى أو أمتى، فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (١).

لكن يعارضه المنع الوارد في ذيل خبر آخر له، وإن كان صدره دالاً على الجواز كذلك، وهذا نص الخبر بتمامه « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنه ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث في داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل يكون له العبد والامه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى، فيؤخذ بالبلد، فيكلفه القاضى البينه أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه، أنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

وهذا الذيل والخبر المتقدم كلاهما واردان في مورد الترافع، فحمل المانع على هذا المورد والمجوز على أن المراد من الشهاده فيه هو الإخبار عن الواقع استناداً إلى الإستصحاب، خلافاً الظاهر، والأولى الجمع بينهما، بحمل الخبر المانع على الكراهه، لأنه ينافى رغبه الشارع وترغيبه في انعتاق الإماء والعييد بشتى

ص: ٣٧٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ١٧.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

الوسائل مهما أمكن.

هذا كله بالنظر إلى الأدلة الخاصه.

ويمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدله الإستصحاب واليد، إذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، وعليه، فإن شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكيه بلا ريب، وكذا فى الإستصحاب، فحيث يستصحب طهاره الثوب - مثلاً - وتجاوز الصلاه فيه، يجوز الحلف على هذه الطهاره أيضاً، ولا مقيّد بكونها طهاره واقعيه حتى لا يجوز الحلف.

ثم إن الدعوى تبرز تاره: بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت، وإن كانت فى الواقع متعلقه بفعل الغير، كأن يقول له: « الذى فى يدك لى » وأخرى: 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 ولا شاهد له فلا يمين عليه » .

أى: لما تقدّم مراراً من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « البينه على المدعى واليمين على من ادعى عليه » .

قال: « إلا مع الردّ أو نكول المدعى عليه على قول » .

أى: بناءً على القول بتوجه اليمين على المدعى مع نكول المدعى عليه، وأما على القول الآخر فيثبت حق المدعى بنكول المدعى عليه من دون يمين.

قال: « فإن ردّها المنكر توجهت، فيحلف على الجزم، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً » .

أى: وتفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: « ولو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك إلا برضا المدعى. وفيه تردد، منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط » (١).

أقول: والظاهر أنه تفويض لا إسقاط، وهو مقتضى عمومات وإطلاقات « واليمين على المدعى عليه »، إذ القدر المتيقن خروج صورته الرد مع حلف المدعى، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه في الحلف الثابت له قبل الرد، ولا ينافيه ما في النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: « لأنه رضى . . . » لأن المراد هو أن اليمين التي كانت برضاه تذهب بحقه، لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الإستحقاق . . . » .

أقول: قد يدعى المدعى الحلف ولا يذكر سبب الإستحقاق، وقد يذكره أيضاً، فإن لم يذكر السبب حلف المنكر على نفي الحق، وإن ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفي الحق، وله أن يحلف على نفي الإستحقاق بحيث يعم ذاك السبب وغيره، إذ لا فرق بين نفي عين المدعى وبين نفي الأعم.

وعن الشيخ: يلزمه الحلف على وفق الجواب، لأنه لم يجب به إلا وهو قادر على الحلف عليه (٢).

ولكن مقتضى إطلاقات أدله البينه هو الأول.

قال المحقق قدس سره: « ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب

ص: ٣٧٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٠٧.

مدّعياً والمدعى منكرًا، فيكفي للمدعى اليمين على بقاء الحق، ولو حلف على نفى ذلك كان آكد، لكنه غير لازم» (١).

أقول: أى أنه لا-خلاف هنا على أن له أن يقول: والله لم أبرء ذمتك، أو: والله ما أقبضتني حتى، وله أن يقول: والله إن حتى لباق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسألة خلافية.

قال: « وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول، كالعق والنسب والنكاح وغير ذلك، وعلى القول الآخر تردّ اليمين على المدعى ويقضى له مع اليمين، وعليه مع النكول» (٢).

أقول: إن بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينه ولا يمين فيها على المنكر، مثل الدعوى فى الحدود، فلو أحضر زيدا عند الحاكم وادّعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق، فلذا لا يسمعها الحاكم، وأمّا لو كان له بينه على ذلك حكم بوجوب الحدّ عليه. وبعض الدعاوى يحلف المنكر فيها على النفى عند عدم البينه، مثل الدعوى على مال أو حق.

وبعض الدعاوى وقع الخلاف فيها بين العامّة والخاصّة، مثل الدعوى على الطلاق والنكاح، فالأصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينه المدعى، وخالف بعض العامه، فمنع من توجه الحلف على المنكر فى الأبواب المذكوره، لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، والنكول عن اليمين نازل منزله البذل والإباحه، ولا مدخل لهما فى هذه الأبواب، وخالف بعض

ص: ٣٧٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

آخر منهم، فخصّ التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدّ.

ولكنّ عمومات وإطلاقات « واليمين على المدعى عليه » و « على من أنكر » تبطل ما ذهبوا إليه، وما ذكر في وجه المنع استحسان محض، وقد تقدّم أن اليمين تتوجّه على المنكر في كلّ مورد أوجب حقاً، بخلاف الدعوى في الحدود.

مضافاً إلى خصوص ما رووه: « إن ركّنه أتى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال: يا رسول الله، طلّقت امرأتى البتة. فقال: ما أردت بألبتة؟ قال: واحده فقال: والله ما أردت بها إلا واحده، فردّها إليه، ثم طلقها الثانيه في زمن عمر والثالثه في زمن عثمان» (١) حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق، من جهة أن قصده ذلك لا يعرف إلا من قبله، فلذا أمره صلّى الله عليه وآله وسلّم بالحلف.

ولكن استحلافه على أنه قصد المرّه - ولم يكن الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد مبدعاً بعد - وجهه غير واضح.

ص: ٣٨٠

قال المحقق قدس سرّه: «لا- تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق، وأنه ترك في يده مالا» (١).

أقول: يشترط في صحة الدّعى على الوارث في حق على المورث أمور:

الأول: علم الوارث بموت المورث.

والثاني: علمه بثبوت الحق على المورث واشتغال ذمته به.

والثالث: العلم بوجود تركه في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الامور شرط، ولذا لو صدق المدعى الوارث على عدم أحد هذه الامور الثلاثة لم يكن للدّعى عليه وجه، فضلاً عن توجه اليمين عليه الذى أشار إليه المحقق بقوله:

«ولو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الامور، لم يتوجه».

ثم قال قدس سرّه: «ولو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف

ص: ٣٨١

أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم، كفاه الحلف على نفي العلم.

قال: « نعم، لو أثبت الحق والوفاء وادّعى في يده مالاً، حلف الوارث على القطع» (١).

أقول: لا- إشكال فيما ذكر، لأنه بعد ثبوت الحق والوفاء بالبينه مثلاً، تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلّقه بأمر راجع إلى نفس الوارث، فإن كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفي العلم.

ولكن هل الدعوى مشروطه بهذه الامور، أو أن الإستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأوّل كما ذكرنا، بل لا ريب في اشتراط الأمر الأوّل حتى يتمكّن من الدّعى، إذ تقدّم في محلّه أنه يشترط في صحه الدعوى كونها عن جزم، فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

ولو صدق الوارث في دعوى الجهل بكون مورّثه مديناً، كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، وأما لو كان متيقّناً من علمه أو شك فيه، جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه.

وهل يحلّفه على نفي العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ إن ادعى علمه بالامور كان عليه اليمين على نفي العلم.

وهل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟ قولان. وتظهر ثمره الخلاف في البيئه التي يقيمها المدعى بعدها.

ص: ٣٨٢

وعن الشيخ: إنه لا يشترط في صحّ الدعوى أن يدعى المدعى على الوارث العلم، بل للمدعى إبراز الدعوى، وللوارث حينئذ الحلف على نفي العلم، فإن حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومه.

لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفي العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك، بعيد جداً.

وقال المحقق قدس سرّه: « لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير » .

وهذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقه وإلاّ - فإن ادعى علم الوارث حلف على نفيه، وإلاّ - لم يحلف لأنه على فعل الغير، ومع الحلف تنفصل الخصومه وينقطع النزاع، وقيل: لا تسقط الدعوى باليمين على نفي العلم.

لكننا نقول - بناء على ما عرفت فيما مضى في مسأله يمين الموكل - إنه إن كان الوارث متمكناً من اليمين على نفي أصل الدعوى، جاز له ذلك، وإلاّ وجب عليه اليمين على نفي العلم وإن لم يكن يدعى عليه العلم، حتى ولو كان المال الذى بيده للمدعى فى الواقع، إلاّ أن يقال بانصراف أدلّه « اليمين على من ادعى عليه » عن هذا المورد، لكن قد تقدّم أن الأظهر عمومها للمورد، وأن اليمين على نفي العلم تقوم مقام اليمين على نفي الواقع، لأن الغرض من الدعوى على المورث فى الحقيقة هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك، وإلاّ لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه.

وبعبارة أخرى: إن اليمين على نفي العلم أثرها سدّ الطريق على المدعى بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق.

واختار صاحب (الجواهر) قدّس سرّه كفايه اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق، واعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوّش غير منقح عندهم، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً، كما لو ادّعى مدّع على عين في يد آخر أنه سرقه سارق وبياعه أباك من دون أن يدّعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك.

ص: ٣٨٤

المسأله الثانيه: (لو ادعى على المملوك فمن الغريم؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه، ويستوى في ذلك دعوى المال والجنايهه .

أقول: يعنى أن المدعى عليه فى الحقيقه هو المولى، وعليه، فيكون العبره بإقراره وإنكاره لا- بإقرار العبد وإنكاره، سواء كانت الدعوى فى المال أو كانت فى جنايه ارتكبها العبد... ولكن فى المسأله تفصيل، وبيان ذلك:

إنه فى كل دعوى يكون الضرر متوجهاً فيها على المولى، تكون العبره بإقرار المولى وإنكاره، فلو ادعى على المملوك ملكيه مال معين بيده، كان المولى هو المدعى عليه فى الواقع لأنه الغريم، إذ العبد وما فى يده لمولاه، فإن أقر المولى، أخذ المال ودفع إلى المدعى، وإن أنكر حلف، وكذا لو كانت الدعوى جنايه، فعلى القول بأن ديه خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار بإقرار المولى وإنكاره، ولا فرق فى الجنايه بين ما يوجب استحقاق العبد وغيره، لأن الغريم هو المولى على كل حال، وأما على القول بأن هذه الديه على العبد نفسه لا على المولى، كانت العبره بإقرار العبد وإنكاره، فإن أقر صبر حتى ينعقد فيؤدى وإلا حلف على النفى.

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق.

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً فى حال رقيته، فهل المعتبر إقرار

المولى وإنكاره لأنه الغريم، أو يعتبر إقرار وإنكار العبد، لكونه هو المباشر والمدعى عليه؟ وجهان، وتظهر الثمره فيما لو أقرّ المولى بالجنايه وأنكر العبد، والأوّل مشكل، لأنه وإن كان هو الغريم، لكن ليس المولى مالكاً لحياه العبد، وقد تقرّر أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو أقرّ العبد بهذه الجنايه، فإن إقراره ينتهي إلى ضرر المولى، لأنّ المفروض وجوب قتله فعلاً قبل الإنعتاق، وحينئذ يتوجّه الإشكال بأن دليل: « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ليس على إطلاقه ليشمل صورته استلزامه الضرر لغيره.

فظهر أن في المسأله تفصيلاً، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك. . .

وقد تلخّص أنه يدور أمر الإعتبار بالإقرار والإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجّه الضرر والخساره على المولى يكون الإعتبار بإقراره وإنكاره، وحيث يتوجّه على نفس العبد بأن يؤدي الحق بعد الإنعتاق، كان الإعتبار بإقراره وإنكاره.

وعن (القواعد) (1): « وإذا ادّعى على المملوك، فالغريم مولاه، سواء كانت الدعوى مالاً أو جنايه، والأقرب عندي توجه اليمين عليه، فإن نكل ردّت على المدعى وتثبت الدعوى في ذمه العبد يتبع بها بعد العتق » .

وظاهره وجوب اليمين على العبد وإن كان الغريم مولاه، فإن نكل لم تؤثر يمين المولى.

ص: ٣٨٤

(١ - ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٥.

وفى (الجواهر) (١): ومراده على الظاهر الإشاره بذلك إلى توجّه سماع الدعوى على العبد منفرداً، أو اقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولى. . .

قلت: ولكنّ توجّه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء، وليس قولاً للعلامة حتى يقول: والأقرب عندى.

ويحتمل: أنه وجّه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير.

وفيه: إنه لو كان مراده ذلك لوجّهها على المولى، بأن يحلف على نفي العلم.

ص: ٣٨٧

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٥٥.

المسألة الثالثة: (هل تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيّنه؟)

قال المحقق: « لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البيّنه » (١).

□
أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم المدعى البيّنه المعينه شرعاً فى كلّ مورد، لأن الحدود حق الله تعالى وقد اشترط فى ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البيّنه، بل إنه تعالى يحب عدم تعقيب ما يوجبها وترك إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (٢).

قال: « فلا يتوجّه اليمين على المنكر » .

وأما فى حقّ الآدمى، فتسمع الدعوى المجزّده عن البيّنه ويستحلف المنكر، لأن اليمين أحد طريقي إثبات حق الآدمى، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه.

قال: « نعم، لو قذفه بالزنا ولا- بيّنه فادّعاه عليه، قال فى المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه إشكال، إذ لا يمين فى الحدّ » .

□
□
أقول: كان ما ذكرناه فى خصوص الدعوى فى حق الله تعالى كحدّ الزنا وشرب الخمر، ولو اشتركت الدعوى بين الله وبين الآدمى كحدّ القذف كأن يقذفه

ص: ٣٨٨

١-١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٠.

بالزنا ولا بينه، فهل لليمين أثر في ثبوت الحدّ وعدمه أو لا؟ الصحيح هو الثاني، لإطلاق النصوص الواردة في المقام والدالّة على أنه « لا يمين في حدّ »:

□
(١) عن البنزطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفي، ولم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين في حدّ ولا قصاص في عظم» (١).

وهذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظنّ أن للقاذف الذي لا بينه له، أن يستحلف المقدوف لكونه منكراً كسائر المرافعات، فقال الإمام عليه السلام: إن اليمين لا تؤثر لا في إثباته ولا في نفيه.

(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: « لا يستحلف صاحب الحدّ» (٢).

والظاهر أن المراد من « صاحب الحدّ» هو من يجب إجراء الحدّ عليه، ويحتمل أن يكون المراد: إن الذي يريد إجراء الحدّ - وهو الإمام - لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: إن رجلاً استعدى علياً عليه السلام عليّ رجل فقال: إنه افتري عليّ، فقال علي عليه السلام للرجل: أفعلت ما

ص: ٣٨٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/١. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤. وهو مرسل، وفي طريقه « سهل بن زياد» وقال الشيخ الحر قدس سرّه بعده « محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام مثله» قال صاحب الجواهر قدس سرّه: وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في روايه التهذيب بل وكذا في روايه الكافي المنجبر مع ذلك كله بالعمل... ومراده من روايه التهذيب هو الثاني ومن روايه الكافي هو الأوّل، لأن ابن أبي عمير لا يرسل إلّا عن ثقة وأحمد بن محمد بن أبي نصر - وهو البنزطي - من أصحاب الاجماع، وأن الأمر في « سهل» سهل عنده.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/٢. أبواب مقدمات الحدود الباب ٢٤، وهو معتبر.

فعلت؟ فقال: لا، ثم قال على عليه السلام: ألك بينه؟ قال: فقال: ما لى بينه فأحلفه لى. قال على عليه السلام: « ما عليه يمين» (١).

خِلافاً للشيخ قدس سرّه فى (المبسوط) (٢) إذ قال: « جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف» أى: ترجيحاً لحق آدمى على حق الله عزّ وجل، ومن الحالف حينئذ؟

فى العبارة احتمالان:

أحدهما: أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا ولا بينه، فيدعى المقذوف عليه ذلك، فينكر ويمتنع عن اليمين ويردّها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردودة ليثبت الحدّ على القاذف.

والثانى: أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زانى، ثم لما أريد إجراء حدّ القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف ولكن لا بينه له على ذلك، فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحدّ على القاذف، فإن لم يحلف لم يثبت الحدّ.

وكيف كان، فما ذهب إليه ينافى تلك النصوص الدالّة على أنه لا يحلف لا فى إثبات الحدّ ولا فى نفيه، فإن كان للقاذف بينه على الزنا سقط الحدّ وإلا ثبت، قال الله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...» إلى آخر الآيه (٣).

وليس حقّ آدمى فى هذه المسألة منفصلاً عن حقّ الله تعالى ليرجح فيها حقّه على حقّ الله، بل الحقّان كلاهما واردان على الحدّ، بخلاف مسألة السرقة حيث الغرم والقطع أمران مختلفان، ولذا يمكن إثبات الغرم دون القطع فى بعض صورها، كما سيأتى أيضاً.

ص: ٣٩٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٦/٣. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤، فيه « غياث بن كلوب» وهو مجهول.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإمامية ٨: ٢١٥ - ٢١٦.

٣- ٣) سورة النور ٢٤: ٤.

المسألة الرابعة: (منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: « منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم » (١).

أقول: قد عرفت فيما تقدّم أنّ السرقة توجب في حال ثبوتها أمرين: أحدهما: حق الآدمي، وهو المال المسروق، والثاني: القطع، وهو الحدّ الشرعي وهو حق الله تعالى، وقد عرفت أنه لا ملازمه بين الحقيين، فقد يثبت أحدهما في مورد دون الآخر، فمن ادّعى عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهة حق الآدمي، فإن حلف سقط الغرم.

« ولو نكل لزمه المال دون القطع، بناء على القضاء بالنكول، وهو الأظهر » عندنا وجماعه « وإلا حلف المدّعي » ليثبت الحق وإلا سقطت الدعوى.

قال المحقق: « ولا يثبت الحدّ على القولين » .

أقول: أي لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها، لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعي المقرر.

قال: « وكذا لو أقام شاهداً وحلف » .

أقول: أي لأنه لا يمين في حدّ كما تقدّم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهة.

ص: ٣٩١

المسألة الخامسة: (لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: « لو كان بينه فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال: أسقطت البينه وقبلت اليمين، فهل له الرجوع؟ قيل: لا. وفيه تردّد، ولعلّ الأقرب الجواز » (١).

أقول: في المسألة قولان، والأقوى هو الجواز وفقاً للمحقق وغيره، وخلافاً للشيخ (٢)، ووجه التردّد عند المحقق هو التأمل في أن إقامه البينه حق للمدعى أو أنه حكم شرعى، ولو كان حقاً، فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أو لا؟

والظاهر: أنه حق لا يقبل الإسقاط، ومع الشك في كونه حقاً قابلاً له، يكون الأصل بقاءه، وكذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكماً، فالظاهر هو جواز الرجوع إلى إقامه البينه، أو إليها بعد إقامتها وقبل حلف المنكر.

ولا- يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال إنه 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

ص: ٣٩٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩١.

٢-٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ١٩٠.

استصحاب حكم المخصص والتمسك بعموم العام، وقد تقرّر في محلّه أن التحقيق هو الثاني.

قال: « وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر » .

أى: ثم عاد إليه قبل الحلف أو ردّ المنكر اليمين على المدعى ثم عاد إلى اختيار الحلف الذى يقوم مقام الشاهد الثانى.

ص: ٣٩٣

المسأله السادسة: (فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعه فروع، أفتى في الثلاثه الاولى منها بقبول قول المدعى بلا يمين، وتردد في الرابع، لكن في (المسالك)
(1) ذكر أكثر من عشرين فرعاً، ذهب في جميعها إلى القبول كذلك، فالفروع الثلاثه هي:

الأول: « لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول » أى لينفى عنه الزكاه « قبل قوله بلا يمين » .

الثانى: « وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان » أى: فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه.

الثالث: « وكذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول » أى: ليتخلص عن الجزيه، بناء على عدم شمول « الإسلام يجب ما قبله »
(2) لهذا المورد، وأما بناء عليه، فلا يطالب بالجزيه وإن لم يدع ذلك.

ثم إن الدليل فى هذه الفروع هو عدم الخلاف كما فى (الجواهر) (3)، وأن الحق فى هذه الموارد لله عز وجل، مع أن الحق فيها لا يعلم إلا من قبل المدعى.

ص: ٣٩٤

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠١ - ٥٠٣.

٢-٢ (٢) فى مجمع البحرين ١: ٢٦٤: « فى الحديث: الإسلام يجب ما قبله والتوبه تجب ما قبلها من الكفر والمعاصى والذنوب » .

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٢.

وهناك نصوص في خصوص بعض فروع المسأله مثل أن يقول: « لا زكاه على » مثلاً (١).

والفرع الرابع قوله: « أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا بالسن ء ليتخلص من القتل، فيه تردد، ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البينه » (٢).

أقول: ينشأ التردد من إن قتل الكافر الحربى حدّ من حدود الله تعالى، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، وقد تقدّم أن لا يمين فى حدّ، وأن الإنبات لا يعلم إلا من قبل الشخص، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ، وهذا مشكوك فى بلوغه.

ومن أن الإنبات أماره شرعيه على البلوغ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر، ولا يقبل قول من ادعى خلاف الظاهر إلا مع البينه، وإذا لا بينه هنا، فإن أقل ما ثبت به الدعوى هو اليمين، فقول: يحلف الآن لوجود الأماره الشرعيه على البلوغ المعتبر فى صحه اليمين، وقيل: يصبر حتى يعلم ببلوغه، وعلى الأول، إن حلف لم يقتل وإلا قتل، وعلى الثانى، إن حلف سقط الحدّ، وإن نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لكن يرد على القول الثانى: أنه إن بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجه إلى هذا البحث، وإن أسلم، فإن قلنا بمقتضى « الإسلام يجب ما قبله » فلا يحلف ولا شىء عليه، وإلا، فإن حلف سقط الحدّ وإن نكل قتل.

ص: ٣٩٥

١ - ١) الباب ١٤ من أبواب زكاه الأنعام: « باب ما يستحب للمصدق والعامل استعماله من الآداب وأن الخيار للمالك والقول قوله » وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظله الروايه الاولى من تلك النصوص وتطرق على ضوئها إلى بعض القضايا التى وقعت فى البلاد، فأبدى تضجّره منها وثبّه على وجوب الإنتهاء عنها.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩١.

هذا إن لم نقل بأن كون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بكونه طبيعياً، وإلا فإنه مع الشك في كونه بالعلاج أو بالطبع، فلا يجوز قتله وإن لم يدع الإنبات بعلاج، إلا- أن يتمسك بأن الأصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت... اللهم إلا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

ومعنى قول المحقق: « لا يقبل إلا مع البينه» إنه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البينه قبل والإقتل، وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: « لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافي تحقق الشبهة الدارئة (قال): بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصاً في مثل الفرض» (1).

وهل يقبل قول مدعى الإنبات بعلاج في غير مورد الحد الذي أمرنا بدرئته بالشبهة؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع، ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع، ادعى كونه صغيراً في حال إجراء العقد، وأن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه وليس طبيعياً ليدل على البلوغ، فهل يسمع قوله - لا سيما وأنه مطابق للأصل - أو لا بل يسمع قول المشتري وهو مقتضى أصله الصحة؟

أقول: أما أصله الصحة، فتجرى عند الشك في الصحة بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبره، ومع الشك في بلوغ البائع فلا يجرى هذا الأصل، لأنه لا- يحرز البلوغ... لكن الصحيح عدم قبول قول البائع في هذه الصورة، لأن إنبات الشعر ظاهر في البلوغ، والمناقشه في هذا الظهور ممنوعه، وهو متقدم على الأصل وإلا لم تتقدم أماره على أصل في مورد.

قال في (الجواهر): ومما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالإحتلام

ص: ٣٩٦

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٣.

خاصه، لإمكان إقامه اليينه على السنّ واعتبار الإنبات، لأن محلّه ليس من العوره، وعلى تقديره فهو من مواضع الضروره، وعلى كلّ حال، لا يمين وإلازم الدور، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، والبالغ قد لا يحلف أصلاً، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها، فلا دور... فالدليل على عدم اليمين في المقام كونه شبهه مصداقيه للبلوغ المعتبر تحقّقه للحالف في صحه يمينه.

هذا، وقد ذكروا في المقام فروعاً، والضابط الكلّي هو: إن كان الطرف في الدّعوى هو الله تعالى محضاً، فلا يشترط اليمين، وكذا إن كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس.

وفي (المسالك): ضبطها بعضهم بأنه كلّ ما كان بين العبد وبين الله تعالى، أو لا يعلم إلا منه ولا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحدّ أو التعزير (١).

وفيه - كما في (الجواهر) (٢)- إن ذلك كلّ مع عدم الخصومه، وأما معها فلا، فقول ذى اليد مثلاً حجه إلا إذا خوصم، فحينئذ تتوجه عليه اليمين...

ص: ٣٩٧

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٤.

المسألة السابعة: (حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق: « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين، قيل: يحبس حتى يحلف أو يقَرّ. . . وكذا لو ادّعى الوصى أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث. وفي الموضوعين إشكال، لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها» (١).

أقول: في المسألة فرعان:

الأول: لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا ولا وارث لزيد حتى يطالبه به، فإن أقرّ عمرو بالدين وجب عليه الأداء، وإن أنكر وجب عليه اليمين، فإن حلف على الإنكار فلا شيء عليه، وإن نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الردّ لموت الدائن وعدم الوارث، وأنه يستحيل تحليف المسلمين والإمام عليه السلام، وعن الشيخ في (المبسوط) (٢): يحبس حتى يحلف أو يقَرّ.

الفرع الثاني: لو ادّعى الوصى على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله، ثم شهد شاهد واحد بما يدّعيه الوصى، وأنكر الوارث ذلك، فإن كان الوارث يعلم بالعدم، حلف على النفي على البت، وإن لم يعلم حلف على نفي العلم، ولو نكل

ص: ٣٩٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

٢- ٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢١٤.

لم يمكن ردّ اليمين على الوصى، لأنه يدعى حقاً للفقراء فلا- يجوز له أن يحلف عنهم، وحينئذ يحكم على الوارث بالنكول، ويلزم بدفع الحق، وقيل: يحبس حتى يحلف أو يقرّ.

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 وعدمه على سواء.

ولو ادعى الوارث على أحد حقاً لمورثه استناداً إلى ما وجدته مسجلاً في ثبته، فإن حلف زيد على النفي فهو، وإن حلف على نفي العلم فكذلك، وإلا فلا مجال للردّ على الوارث، وعليه دفع الحق بمجرد النكول.

وكذا الأمر في كلّ مورد لم يمكن فيه الردّ، فإنه يحكم على المنكر بالنكول ويلزم بدفع الحق، وأما مع إمكانه، فإن حلف المدعى ثبت الحق وإلا سقطت الدعوى.

ولو كان صاحب الحق هو الإمام عليه السلام فعلى المنكر اليمين، فإن لم يحلف ثبت الحق ولا يردّ على الإمام.

المسأله الثامنه: (حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركه)

قال المحقق: « لو مات وعليه دين يحيط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث، وكانت بحكم مال الميت، وإن لم يحط انتقل إليه ما فضل عن الدين » (١).

أقول: في الكتاب مطلقاً تدلّ على انتقال مال الميت إلى وارثه مطلقاً، مثل قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ . . .» (٢).

وقد قيد ذلك في آيات، كقوله تعالى « . . . مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ » فيكون مقتضى الجمع: انتقال ما فضل من المال إلى الوارث بعد إخراج الوصايا والديون. . . وعليه: فإن استوعب الدين وأحاط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث شيء منها.

والقول بانتقالها إلى الوارث يبتنى على التجوز، إما في المطلق، بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر وغير المستقر، وإما في المقيد، فيكون المعنى: إستقرار الملك بعد الوصيه والدين.

ص: ٤٠٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

١-٢) سورة النساء ٤: ١١.

ومع التنزّل عن هذا الدليل وغيره، فإن الأصل عدم انتقال المال إلى الوارث وبقاؤه على ملك الميت، لأن الملكيه أمر اعتبارى فيجوز اعتبارها له، ومع الشك في البقاء يستصحب، إلّا- أن يقال: بأن العقلاء يفرّقون في هذا الإعتبار بين الحيّ والميت، وهو بعيد، وعلى هذا الأساس يتّضح معنى الوصيه، فإنها في الحقيقة تصرّف المالك في ماله بعد حياته.

وأما بناء على أن الملكيه من عوارض الوجود، وأنها أمر يقوم بنفس المالك، فإن مات زالت، فلا يتم الإستصحاب، وعليه، يكون المال بعد موت مالكة بلا مالك، لكن يكون بحكم مال الميت وتجرى عليه أحكامه.

وأما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله إلى وارثه، ومع جريان أصاله العدم في المسبّب يزول الشك في بقائه على ملك الميت. ففيه: إنه أصل مثبت وهو ليس بحجه.

وكيف كان، فإن تم هذا الأصل فهو، وإلّا وصلت النوبه إلى الإحتياط، ومقتضاه العمل طبق الوصيه وأداء الدين بإذن الوارث.

قال المحقق: « وفي الحالين للوارث المحاكمه على ما يدّعيه لمورّثه، لأنه قائم مقامه » (1).

أقول: وسواء على القولين - القول الثاني وهو الإنتقال، والقول الأوّل وهو عدم الإنتقال - فإن الوارث يطالب بحقوق الميت، إما لأنه المالك، وإما لأنه قائم مقامه.

ص: ٤٠١

ولو ادعى ديّان الميت على المدين فحلف على الإنكار، لم يجز لهم مطالبته فيما بعد، فإن جاء الوارث وأقام البيّنه على المدين، فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأوّل.

ص: ٤٠٢

قال المحقق: « يقضى بالشاهد واليمين في الجملة، إستناداً إلى قضاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وقضاء على عليه السلام بعده » (١).

أقول: لا ريب ولا خلاف في القضاء بذلك في الجملة، والقدر المسلّم منه أن تكون الدعوى في الدين، فيشهد الشاهد ويحلف المدعى، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الإجماع ونصوص المسأله، الحاكيه لقضاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وأمير المؤمنين عليه السلام مثل:

(١) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يجيز في الدين شهاده رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل » (٢).

(٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « ان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق » (٣).

(٣) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « كان

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٤/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل ويمين المدعى» (١).

٤) عن حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « حدّثني أبي عليه السلام أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم قضى بشاهد ويمين» (٢).

٥) عن أبي بصير قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد. قال فقال: كان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق، وذلك في الدين» (٣).

ثم إن كان المراد من البيئه في قول رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والأيمان» وفي أخبار: « البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه» ونحوه هو ما يبين الشيء (٤) فلا كلام، وإن كان المراد منها شهاده الشاهدين في الواقعه - كما هو المنسقب إلى أذهان المتشرعه عند الإطلاق - فإن ثبوت الدعوى بشاهد ويمين في بعض الموارد، إنّما يكون من جهه الأدله المعبره الداله عليه، فتكون تلك الأدله مخصصه للخبرين المذكورين، من حيث الإكتفاء هنا بشاهد ويمين المدعى، ومن حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

وما ورد في بعض الأخبار المتقدمه من أنه « كان رسول الله . . . » و « كان على

ص: ٤٠٤

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٤-٤) وقد جاءت هذه اللفظه بهذا المعنى في مواضع من القرآن الكريم، قال عز وجل: «لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البيئه» سوره البيئه ٩٨: ١ وقال: «وما تفرّق الذين أوتوا الكتاب إلّا من بعد ما جاءتهم البيئه» سوره البيئه ٩٨: ٤.

عليه السلام. . .» فظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك، ولم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصة بها أو نادر الوقوع.

٤) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمه بن كهيل على أبي جعفر فسألاه عن شاهد ويمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة.

فقالا: هذا خلاف القرآن.

فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالوا: إن الله يقول «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» .

فقال قول الله: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد ويمينا! .

ثم قال: إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمَنَّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحه، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره. فقال له عبد الله بن قفل: إجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً.

فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال له شريح: هات علي ما تقول بينه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلواً يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوك ولا أقضى بشهاده مملوك.

قال: فغضب علي عليه السلام وقال: خذها، فإن هذا قضى بجور ثلاث مرّات.

قال: فتحوّل شريح وقال: لا أفضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور، ثلاث مرات.

فقال له: ويلك - أو ويحك - إني لما أخبرتك أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هات على ما تقول بيّنه وقد قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه فقلت: رجل لم يسمع الحديث. فهذه واحده.

ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أفضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بشهاده واحد ويمين. فهذه ثنتان.

ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولاً يوم البصره فقلت: هذا مملوك، وما بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً.

ثم قال: ويلك - أو ويحك - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» (١).

قلت: وشريح مخطئ من جهات آخر أيضاً لم يشر الإمام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «ويشترط شهاده الشاهد أولاً وثبوت عدالته ثم اليمين» (٢).

أقول: لا-ريب في اشتراط ثبوت عداله الشاهد، إنما الكلام في لزوم تقدّم الشهاده وثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

ص: ٤٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٥/٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة

« ولو بدأ باليمين وقعت لاغيه وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامه ».

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهادة واليمين، فهذا الذي لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهادة، ومع الشك، فالأصل عدم النفوذ، لأنه المرجع في كل مورد شك في نفوذ الحكم فيه.

وأما الإستدلال - لاشتراط تقدم إقامة الشهادة على اليمين - بتقدم ذكرها عليها في نصوص المسألة، ففيه:

أولاً: إن التقدم المذكور في النصوص لا يقتضى التقدم في مجلس القضاء وكيفيه المحاكمة.

وثانياً: لقد ذكرت اليمين في بعض النصوص مقدمه على الشهادة (١).

ومن هنا نقول: إن الظاهر أن نصوص المسألة ليست بصدد بيان كيفيه مطلقاً، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، وهو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد ويمين المدعى، من دون تعرض للخصوصيات، لكن المؤثر يقيناً هو صورته تقدم الشهادة على اليمين، ونفوذ الحكم في صورته العكس مشكوك فيه، فالمرجع هو الأصل المزبور.

وفي (المسالك) (٢): « أما اشتراط إقامة الشهادة أولاً، لأن المدعى وظيفته البينه لا اليمين بالأصل، فإذا أقام شاهده صارت البينه التي هي وظيفته ناقصه ومتممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين، فإنه ابتداء بما ليس وظيفه ولم يتقدمه

ص: ٤٠٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٩/١٥ - ١٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٠٩.

ما يكون متمماً له» .

وفيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا إقامة الشاهد الواحد واليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين، وليس في شيء من النصوص إشارة إلى أن وظيفته هنا إقامة البيهه - كسائر الموارد - وأن يمينه تكون متممه للوظيفة الناقصه من جهه عدم الشاهد الآخر.

وعن (كاشف اللثام) (١) الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، وإنما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوَى جانبه.

وفيه: إنه استحسان لا أكثر.

والحاصل: إن المثبت للدعوى كلا الأمرين، الشهاده واليمين، حالكونها متقدمه على اليمين، وصوره العكس مشكوك فيها من حيث النفوذ وعدمه، والأصل هو العدم، وعلى ما ذكرنا، فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعى من المال في هذه الدعوى.

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين يختص بما إذا كانت في الدين، أو تثبت في مطلق ما كان مالاً، أو كان المقصود منه المال، أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال؟

قال بالأول جماعه، واختار الثاني آخرون بل نسب إلى المشهور، ويشهد للثالث إطلاق عدّه من الأخبار: كخبر منصور بن حازم، وخبر حماد بن عيسى،

ص: ٤٠٨

(١-١) كشف اللثام ١٠: ١٣٩.

(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق » (١) و « كان » له ظهور في الاستمرار.

(٢) عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال: « أجاز رسول الله صلى الله عليه وآله شهادة شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق » (٢) و « أجاز » هنا بمعنى « الإنفاذ » .

(٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: « إن جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ 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 واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله » (٣).

(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 وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق » (٤).

(٥) عن جابر بن عبد الله قال: « جاء جبرئيل إلى النبي صلى الله عليه وآله

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٧/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٧/٩. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٣. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٤. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد» (١) وهذا الخبر أيضاً ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك، وهو بإطلاقه يشمل المال وغيره.

□
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» (٢) والمراد بضميمة الأخبار الأخرى والإجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين، والمراد من « الخصم » هو نفس المدعى.

واستدلّ للقول الأوّل - وهو التخصيص بالدين - بعدّه من الأخبار المذكوره، كخبر محمد بن مسلم وخبر 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» (٣).

وقد حمل إطلاق النصوص السابقه على التقييد في هذه النصوص، وأُجيب عن خبر درع طلحه - حيث كان النزاع في العين - بأنه إنما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح « ما أقضى إلا بشاهد آخر معه »، ضروره عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالى.

□ □
وقد يستشكل في هذا الحمل: بأن أخبار « الدين » تحكى حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين في الدين، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير:

ص: ٤١٠

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٩/١٦. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٨/١٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، الباب ١٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦٨/١٠. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلاً.

بل دعوى اختصاص « الدّين » بالمال، ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب « الدّين » (١).

وفى (الجواهر) (٢): إن حمل المطلق على المقيّد إنما يصح بعد فرض التقيّد وعدم قوّه المطلق من حيث كونه مطلقاً، وهما معاً ممنوعان، لإمكان عدم إرادته التقيّد فى النصوص السابقة، ضروره أن القضاء بهما فى الدّين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل: إنه لا مانع من حمل أخبار الدّين على نقل الإمام عليه السلام حكم رسول الله وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصية - نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا - ثم يقول بنحو الحكم الكلّى: « لو كان الأمر إلينا أجزنا. . . فى حقوق الناس » وربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ « فى الدين وحده »: « وقضى رسول الله. . . » ولم يقل: « كان رسول الله يقضى. . . ».

هذا كلّ بعد الإغضاء عن قصور السند فى بعض الأخبار التى أخذت مقيده للإطلاقات (٣).

ص: ٤١١

١- (١) راجع وسائل الشيعة ٨: ٦٧، كتاب الحج، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الأحاديث: ٤، ٥، ٨: ١١٣ الباب ٢٨، الحديث: ٩.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٧٣.

٣- (٣) فى طريق خبر حماد بن عثمان: « معلى بن محمد » وهو البصرى، والراوى لأحدها هو « القاسم بن سليمان »، ولم تثبت وثاقه هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال. نعم هما من رجال كتاب كامل الزيارات.

وبعد، فإن مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين، والحكم بالشاهد واليمين في غيره من الحقوق الماليه، وهل يجوز التعديده عنها إلى مطلق حق الناس؟ إن مقتضى الإطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه.

ولعل وجه تقييدهم بالحقوق الماليه ما روى مرسلًا عن ابن عباس: « إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار على بذلك في الأموال وقال: لا تعدو ذلك» (١).

لكنه - كما في (الجواهر) - ليس هو من طرقنا، ولا معروف النقل في كتب فروعنا. . .

فالأولى ما ذكره من احتمال فهم الأصحاب « المال» من نصوص « الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من « الدين وحده» هو « المال وحده» فتخرج الحقوق التي ليست بمال.

وأما « حقوق الناس» في صحيحه محمد بن مسلم، فينصرف إلى الحقوق الماليه، فلا إطلاق له. . .

وكيف كان، فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد ويمين إذا كان مورد النزاع عيناً.

كما لا ريب في كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهاده، للنصوص الدالّه على ذلك، ومنها:

(١) عن منصور بن حازم: « إن أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز» (٢) أي: فهو نافذ.

ص: ٤١٢

١- (١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٥.

(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق » (١).

ثم إنه - بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت في الحقوق المائيه - لم يفرّقوا بين أن يكون مورد الدعوى مالاً، و أن يكون من الحقوق التي تترتب عليها آثار ماليه، ولذا ذكر المحقق قدس سرّه أمثله من القسمين، ثم ذكر الضابط في المسأله قال (٢):

« ويثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين » فإنه حق مالي صرف، « والقرض » فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقاً مائياً له على ذمته « والغصب » كذلك، فإنه وإن كان مغايراً للمال مفهوماً، لكنه لما يدعى عليه غصب شيء له، فإنه يستلزم كون ذلك الشيء ملكاً له « وفي المعاوضات » يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال « كالبيع والصرف والصلح والإجاره والقراض والوصيه له » في مال عيناً أو ديناً، « والجنايه الموجهه للديه كالخطأ » فمن ادعى جنايه فقد ادعى موضوع الديه، فهي حق يقصد بها المال، أما لو كانت جنايه موجهه للقصاص فلا، لأن القصاص حق وليس مالاً « وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحرّ بالعبد » إذ تثبت الديه دون القصاص، فإنه لا يقتل الوالد بالولد والحر بالعبد « وكسر العظام » حيث يتعذر القصاص وتجب الديه، فتكون الدعوى ماليه « والجائفه » وهي الجنايه التي تصل الجوف، « والمأمومه » وهي التي تصل أم

ص: ٤١٣

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٥. وهي صحيحه.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

قال قدس سره: « وضابطه ما كان مالاً أو المقصود منه مالاً» أى: بخلاف القصاص ونحوه. . .

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهة أخرى، وهى أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفى ترتب الأثر المالى مطلقاً وإن لم يكن هو المقصود بالذات؟ ولذا اختلفوا فى بعض المصاديق كالنكاح، فقد قال المحقق:

« وفى ثبوت النكاح تردّد. »

أى: لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالاً وغير مال، فإن قلنا بالثبوت حتى فى صورته كون ترتب المال من اللوازم البعيده، ثبت النكاح بالشاهد واليمين، لأن المهر والنفقه - إن كانت الدعوى من الزوجه - وإرث الزوج مال الزوج بعد موتها - إن كانت الدعوى من الزوج - من الآثار المترتبة على النكاح، وإن كان المقصود منه بالذات هو التناسل وإقامه السنه وكف النفس عن الحرام، والنفقه والمهر تابعان (1).

قال قدس سره: « أما الخلع والطلاق والرجعه والعتق والتدبير والكتابه

ص: ٤١٤

١ - ١) فالحاصل: أن فى المسأله أقوالاً: أحدها: عدم الثبوت سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه، وقد نسب هذا القول فى الروضه وغيرها إلى المشهور (الروضه البهيّه ٣: ١٠٢). والثانى: الثبوت كذلك، ذكره الشهيدان لكن فى الروضه: لا نعلم قائله، وكذا قال غيره، والثالث: الثبوت إن كان المدعى الزوجه، وهو مختار العلامه فى القواعد (٣: ٤٤٩) حيث قال: أما النكاح فأشكال، أقرب الثبوت إن كان المدعى الزوجه، وفى مفتاح الكرامه: تبعه عليه الشهيد فى غايه المراد. قال: لأن دعوى المرأه النكاح تستلزم مالاً ما وهو مناط الشاهد واليمين، أما الزوج فلا مال يدعى بدعواه الزوجيه والتوارث بعيد جداً، ويقرب إذا كان التداعى بعد موت المرأه، ومثله قال الشهيد الثانى. والرابع: التوقف وعليه المحقق هنا - أما فى النافع فلم يذكر النكاح أصلاً - وتبعه الشهيد فى الدروس.

والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء، فلا» .

أقول: لكن الخلع إذا ادّعه الزوج يثبت بالشاهد واليمين، لدخوله في الضابط الذي ذكره، من جهة أنه مشروط ببذل الزوجه مالا إلى الزوج ليطلقها به، فحيث يدعى الرجل ذلك فإنه يدعى حقا مالياً.

قال: « وفي الوقف إشكال، منشؤه النظر إلى من ينتقل، والأشبه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم» .

أقول: هذا في الوقف الخاص، وأما العام فلا تتضمن دعواه المال، لأن الموقوف بالوقف العام لا مالك له، بل يكون كعتق العبد لله، ولو قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم، فإنه يتعدّر حلف جميعهم، ولا فائده في يمين بعضهم.

أقول: وصفوه الكلام في هذا المقام هو: أن الأصل الأولى هو عدم ثبوت شيء إلا مع العلم، ثم إن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» قد أصبح أصلاً ثانوياً، فتقبل كل دعوى أقام المدعى فيها البيّنه على دعواه ويحكم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئيل عليه بالشاهد واليمين - فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق، وأن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه إضافياً - ثم قيّد إطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس، فلا يقبل ذلك في حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من « حقوق الناس »، وقد تقدّم عدم جواز التعويل على ما روى عن ابن عباس، فإن تم ما ذكرنا من انصراف « حق الناس » إلى « الحق المالى » فهو، وإلا فهي شبهه مفهوميه مردده بين الأقل والأكثر، والأقل هو المتيقن، والمرجع فيما زاد عنه هو « إنما أفضى بينكم. . . » فيقبل الشاهد واليمين في كل ما كان مالا من حقوق الناس.

و « الحق المالى » أيضاً مردّد بين ما هو حق مالى بالذات وما هو حق مالى

مطلقاً - سواء كان مالاً بالذات أو بالتبع - وهنا أيضاً يؤخذ بالقدر المتيقن - وهو الحق المالى المقصود بالذات - وإن لم يكن عنوان الدعوى مالاً - مثل البيع، ولذا قال فى (الجواهر): « ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكاله عن المال وإن كانت بجعل، وكذا الوصيه، واختلافهم فى العتق » .

وأما فى موارد الشبهه المصداقيه، فلا يؤخذ فيها بعموم العام، بل المرجع هو الأصل. نعم، للمتداعيين العمل بالإحتياط فى صوره الشك.

حكم ما لو كان المدعى جماعه والشاهد واحد

قال المحقق: « ولا تثبت دعوى الجماعه مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم » (١).

أقول: هذا لا إشكال فيه، لأن الدعوى حينئذ تنحل إلى دعاوى متعدده وإن كانت شهاده الشاهد الواحد كافيه لجمعها، فإن حلف جميع أفراد الجماعه ثبتت الدعوى « ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع » لأن مقتضى الأدله السابقه ثبوت الدعوى المالىه بالشاهد ويمين المدعى، فمن حلف مع الشهاده ثبت حقه وكان له استيفاء سهمه، سواء كانت الدعوى فى حق الإرث أو حق الشركه، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شىء، وهنا فروع:

[الأول]: هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلا يترتب على بذله اليمين بعدئذ أثر، أو لا يكون كذلك؟ قالوا: لا يكون كذلك، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر

ص: ٤١٦

الشاهد الثاني بعد، فحينئذ، يلزم على الحاكم أن يصبر حتى يحضر، لأن حق المدعى باق، ولذا لا يأمر المدعى عليه باليمين - إلا إذا رفع المدعى اليد عن إقامه الشهاده وقنع بيمين المنكر، فحينئذ يأمر المنكر بذلك - فهنا كذلك، فإن الممتنع عن اليمين يبقى حقه ويترتب الأثر على يمينه في الزمان اللاحق.

[الثاني]: لو ورث الحالف الناكل، فهل للوارث أن يحلف حتى ينتقل إليه سهم الناكل؟ نعم، لما تقدّم من أن النكول لا يقتضى الحرمان بل الدعوى باقيه، فلا مانع من أن يحلف مرّه ثانيه لإثبات سهم أخيه - مثلاً - الناكل حتى ينتقل إليه بالإرث، وهل يلزم تكرار الشهاده حينئذ؟ وجهان، من أن الدّعى واحده والمفروض إقامه الشهاده قبل موت الناكل، ومن أن المدعى لهذا السهم فعلاً غير المدعى سابقاً، والأقوى عند العلامة هو الأوّل، لأن اختلاف المدعى لا يوجب اختلاف الدعوى.

[الثالث]: ذكر كاشف اللثام (١): إنه لو مات المدعى قبل الحلف والنكول، يحلف وارثه على أن هذا المال كان لمورّثه، وإنما يحلف لتعلّق حقه بهذا المال، لكن يتوقف تملكك الوارث للمال على عدم البيئه للمدعى عليه على إبراء المورث إتياءه أو نقل المال إليه مثلاً، وهذا بخلاف ما لو كان المدعى هو المورث نفسه، فإنه إذا حلف ثبت حقه من دون توقف على ما ذكر.

أقول: إنما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء - مثلاً - فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الآن وشهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلاناً مات وله عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء، ولا يتوقف

ص: ٤١٧

مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بيئته . . . ولعلّ هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب (الجواهر) فيما ذكره كاشف اللثام.

[الرابع]: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه وإن لم يدفع إليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم، لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف إلى الناكل فى صورته تكذيبه الدعوى.

[الخامس]: لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادته الشاهد ويمينه أو مطلقاً، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال إلى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن، ووجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعى الآن دعوى جديده، فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق - إلا إذا أثبت المدعى عليه الانتقال - وهل يلزم إعادة الشهاده كذلك؟ قال العلامة: الأقوى نعم.

أقول: إن كانت هذه دعوى جديده، بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل إلى المدعى عليه، فلا بد من إقامة الشهاده أيضاً، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث، فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال إلى المدعى عليه، وإن لم تكن دعوى جديده، فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة وغيره هنا، تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: « ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً » (١).

ص: ٤١٨

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً، ولا سيما في مورد المرافعه، ويدلّ على ذلك النصوص الصريحه مثل:

□
١ - عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يحلف الرجل إلا على علمه » (١).

□
٢ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلا على علمه » (٢).

□
٣ - عن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يستحلف الرجل إلا على علمه ولا تقع اليمين إلا على العلم، استحلف أو لم يستحلف » (٣).

قال في (الجواهر) بعد عبارته المتن: « وإن كان هو مقتضى الاصول العقلية » (٤).

قلت: لعل مراده ما في (القواعد) (٥) وغيره من أن من شرط اليمين الجزم، والجزم لا يتحقق إلا مع العلم.

هذا، وقد تقدّم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد كما تجوز الشهاده أو لا؟ وقد قلنا بجوازها في كلّ مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استناداً إلى

ص: ٤١٩

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٤٦/١. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٢ - ٢) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٤٧/٢. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٣: ٢٤٧/٤. كتاب الأيمان، الباب ٢٢.

٤ - ٤) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨١.

٥ - ٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٧.

اليد أو غيرها من الأمارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الإستصحاب، على إشكال فيه.

وهل يحلف على أنه ماله واقعاً وأنه له بحسب الحكم الظاهري؟

إن حلف على أن ما بيده ملك له واقعاً استناداً إلى اليد، فإن لازم ذلك تجويز الكذب في هذا المورد، وإن أريد الملكيه الظاهريه، لزم التخصيص في الأصل العقلي والنصوص الوارده في المسأله لعدم الجزم المعتبر في اليمين، مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: إنا نقول بالتخطئه في الأحكام الواقعيه والظاهريه معاً، والحكم الظاهري يمكن تعلق العلم به مع الشك في الحكم الواقعي، وحينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهري، فمرادهم من « لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً» هو عدم جواز يمين الوارث مثلاً استناداً إلى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائي للمورث.

قال في (الجواهر) (١): 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 إشكال بل منع فيهما، لعدم العلم المعتبر في الحلف...

وفيه: أولاً: إن الفرق بين اليد والبينه غير واضح، وثانياً: إنه قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهري، وعلى هذا، فلا فرق بين اليد والإستصحاب.

والملكيه الظاهريه هي المراد من روايه حفص بن غياث (٢).

ص: ٤٢٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩١ / ح ٢ وقد تقدم نصها في الكتاب.

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف:

قال المحقق: « ولا يثبت مالا لغيره » (١).

أقول: قال في (الجواهر) (٢): وإن تعلق له به حق، بلا خلاف، بل قد يظهر من (المسالك) (٣) وغيرها الإجماع عليه.

ويدل على ذلك - مع ما ذكر - ظواهر أدلة القضاء، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » ، فإنه ظاهر في كون البينات والأيمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما، وهو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره.

قال في (الجواهر) (٤): لكن في كشف اللثام: إلا- الولي لمال المولى عليه، فإن الحالف إما المنكر وإما المدعى له، أما الولي فقوله بمنزلة قول المولى عليه. (قال): ولم 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 لأجل مال العبد.

قال المحقق: « فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد، فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم » .

أقول: وعلى ما ذكرنا، فلو مات المدين ولا تركه له، وقد عرف الدائن مدينا للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد، فهل له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادته الشاهد حتى يستوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه إن حلف الوارث، وأما

ص: ٤٢١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٢.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٣: ٥١٦.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

يُمينه هو فلا- أثر لها، لأنها في مال الميت وإن تعلق له به حق، وترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبنى على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، ولو كان الدين مستوعباً لم يجز له التصرف في شيء من المال، فإنه - بناء على هذا - يكون يمين الوارث في ماله لا في مال الغير.

وتعرض في (الجواهر) (1) لمسأله 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 ولم يترك مالا يفي لتنفيذ الوصيه، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلاً يطلب من فلان كذا من المال، فقيل: الوصيه بحكم الدين في ترتب الأثر على يمين الوارث فقط، وفي (الجواهر): إن كانت الوصيه كليه غير متعلقه بالمال فهي كالدين، وإن كانت متعلقه بالمال - ولو بعنوان الكلى في المعين كالعشره دنانير من المال، أو الحصه المشاعه - فالحكم يبتنى على القول بانتقال ما للميت إلى الوارث بالموت وعدمه.

أقول: الوصيه تاره: تتعلق بالفعل - وإن كان مشتملاً على المال - فهنا صورتان:

الاولى: أن يكون مراد الموصى صرف كذا من ماله قبل انتقاله إلى الوارث، فبناء على أن الملكيه أمر اعتبارى، يكون المال للميت وعلى الوصى صرف المال الذى أوصى به فى المورد الذى عينه، وفى هذه الصوره لا يحلف الوصى ولا الوارث ولا الموصى له، لأن المفروض كون المال للميت، وحلف كل واحد من هؤلاء يكون فى مال الغير فلا أثر له. . .

ص: ٤٢٢

وكذا الأمر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

والصوره الثانيه: أن تكون الوصيه بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال إلى الوارث، أى يكون تملك الوارث له مقدماً فى الرتبه على تملك الموصى له، ففي هذه الصوره يحلف الوارث أو الموصى.

وبناء على كون المال الموصى به فى حكم الدين - بمعنى جعل المورث على ذمه الوارث كذا من المال، بأن ينتقل إليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغوله بصرف ما عينه المورث فى كذا بحكم الوصيه - فلا إشكال فى أنه يحلف حينئذ.

وأما لو كانت الوصيه مضافه إلى المال بنحو الحصه المشاعه، فلا يحلف.

وأخرى: تكون الوصيه بنحو النتيجة، كأن يوصى بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتى، فإن قبل الموصى له الوصيه فلا أثر لحلف الوارث، بل المؤثر يمين الموصى له، لأن المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلى فى المعين، وسواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت فى حكم مال الميت ثم ينتقل إلى الموصى له بحكم الوصيه، أو قلنا بانتقاله إلى الوارث بالإرث ثم إلى الموصى له، أو قلنا بانتقاله إلى الموصى له رأساً. وإن لم يقبل الموصى له الوصيه فهنا تأتى الأقوال، وعلى كل حال فليس له أن يحلف، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله إلى الموصى له بعد القبول.

وكذلك الكلام فى المال الذى تعلق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه إلى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلاً بذمه الميت فلا يحلف مستحقه، فإن قلنا بانتقال المال إلى الوارث حلف الوارث، وإن قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، وحيث لا يحلف الغريم، فهل له إحلاف المدعى عليه؟ قال فى

(الجواهر) (١): نعم، لأن الدليل على عدم حلفه هو الإجماع وانصراف الأدلة، وأما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فإن حلف المدعى عليه برأت ذمته، وإن نكل ثبت الحق بمجرد إن لم يمكن الرد.

وأما 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 وأراد الوارث تخليص ذمته، كان له ذلك، ولكنه ليس بواجب.

وعلى القول ببقاء المال فى ملك الميت أو فى حكم ملكه، فقد قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، وهنا قال فى (الجواهر): اللهم إلا- أن يقال إنه قد ورث حق الدعوى به وإن صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به، ولكنه كما ترى، ولم أجد ذلك محرراً فى كلام الأصحاب.

قلت: وما أشار إليه من التأويل فى هذا الإحتمال هو الظاهر، لأن حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبة على تملكه، فلا يثبت هذا الحق بالنسبة إلى مال الغير إلا فى صورته الوكاله عنه.

ولو أحلف الغريم المدين فحلف، سقطت دعوى الغريم تجاهه، ولكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه، فإن حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث، فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم، لأن سقوط الحق من جهة لا ينافى عدم سقوطه من جهة أخرى.

قال المحقق: « وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن، لم يحلف، لأن يمينه لإثبات مال الغير» .

ص: ٤٢٤

أقول: هذا واضح ولا إشكال فيه، نعم، لو ادعى رهانه المال وأراد إثباتها من غير تعرّض لمالك المال، ثبتت بالشاهد واليمين وإن كان المال ملكاً للغير، إذ المفروض إرادته إثبات رهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالاً لمورّثهم:

قال: « ولو ادعى الجماعه مالاً لمورّثهم وحلفوا مع شاهدهم، ثبتت الدعوى وقسم بينهم على الفريضة. . . » (١).

أقول: إن حلف الجماعه كلّهم أخذوا المال المدعى وقسموه بينهم حسب الفريضة، سواء كان المال عيناً أو ديناً.

« ولو كان وصيّته قسموه بالسويّه إلا أن يثبت التفضيل » من الموصى.

وإنما يحلف جميعهم، لأن هذه الدعوى تنحلّ إلى دعاوى متعدّده.

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم » وهذا واضح ولا إشكال فيه.

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

« ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شرکه » .

يعنى: سواء كان المدعى به فى الأصل ديناً أو عيناً، وقيل: يكون له معه شرکه مطلقاً، وقيل: بالتفصيل بين الدين فلا يشارکه، والعين فله معه شرکه.

أقول: إن حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجية وإثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عيناً مشترکه بين أخوين فقال

ص: ٤٢٥

لأحدهما: إنى أريد غضب سهم أخيك دون سهمك، فدفع إليه نصف العين، كان الأخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعاً ولا حق للغاصب فى إفراز السهم إجماعاً. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معاً والغاصب إلى الحاكم، فحلف أحدهما دون الآخر.

ف قيل: باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقى بيد الغاصب، لأن نكول الممتنع لا يسقط حقه، ويمين أحدهما لا- يوجب فرز حقه عن حق الآخر، فالشركه باقيه، وقيل: بعدم الشركه مطلقاً - أى سواء فى العين أو الدين - لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف - وقيل: بالتفصيل بين العين والدين، فلا شركه فى الدين، لأنه بالقبض ينفرز سهم كل واحد عن سهم الآخر، فيكون ما قبضه الحالف ملكاً له.

ولو أقرض رجلان مالاً مشتركاً بينهما رجلاً، كان له تبديل الكلى فى ذمته بمال معين فى الخارج، فيكون مشتركاً بين الدائنين، ولكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما، لأن حق أحدهما لا- يتعين دون الآخر وإن أذن، بل يكونان شريكين فى ذلك النصف، فإن وقع النزاع بينهم وترافعوا إلى الحاكم، فحلف أحد الشريكين وامتنع الآخر، ثبت نصف الدين الكلى بحكم الحاكم، لكن ليس للمدين تعيين النصف إلا مع إذن الآخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج ولا يتعين إلا برضا الشريكين.

ثم إنه أشكل فى (المسالك) على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: « وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادعى على آخر مالاً، وذكر سبباً موجباً للشركه كالإرث، فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه.

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، لأن أعيان التركه مشتركه بين

الورثه والمصدق معترف بأنه من التركة، بخلاف الدين فإنه إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه. . . .» .

ولم يفرّق في (الجواهر) (1) بين العين والدين حيث قال (2): « والتحقق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضاً إلا أنها كليته. . . .» أى: كما لا ينفرد الحق في الشيء المشترك في الخارج إلا مع رضا الشريك، فإن ما فى الذمه كذلك، فيكون الخارج مصداقاً لما فى الذمه ومشاركاً، ولو أوجد فى الخارج بإذن الشريك مصداق نصف ما فى الذمه، كان مشتركاً بينهما، فلو لم يأذن الشريك فى جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك.

لا يقال: إذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره.

لأننا نقول: إن المدين بعد الشهاده والحلف يدفع نصف الحالف إليه، لكن الحالف الآخذ للنصف يعلم ويقرّ بمشاركه أخيه له فى ذلك بحكم الإرث.

هذا، وقال المحقق قدس سرّه فى كتاب الشركه: « إذا باع الشريكان سلعه صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه» (3).

وفى إقرار المفلس: « لو أقر بعين أو دين ودفع مقداراً، تشارك الشريكان فى ذلك المقدار» (4).

ص: ٤٢٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥١٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٨٦.

٣-٣) شرائع الإسلام ٢: ١٣٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

هل للممتنع عن اليمين شرکه مع الحالف؟

وهنا قال: « ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شرکه » (١).

ومن هنا يظهر أن رأى المحقق يختلف، ففي صورته التنازع يفتى بعدم الشرکه، وفي صورته عدمه يقول بالشرکه، ويدلّ على ما ذكره في كتاب الشرکه روايات:

(١) عن أبي حمزه قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما، وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقضى أحدهما ولم يقتض آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله » (٢).

(٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله إلا أنه قال: « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما » (٣).

(٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتهما العين والدين فتوى (٤) الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذى للآخر أيرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله » (٥).

وقال في (الجواهر) (٦) في شرح العبارة: « لكن هذه النصوص بل والمتمن وما

ص: ٤٢٨

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/١. كتاب الشرکه، الباب ٦.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/١. ذيل الحديث كتاب الشرکه، الباب ٦.

٤-٤ (٤) توى: هلك.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعه ١٩: ١٢/٢. كتاب الشرکه، الباب ٦.

٦-٦ (٦) جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٠.

شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، وما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض، ولو زعم القسمة الفاسده ونحوها، وحينئذ يتَّجه الجزم بشركه المقبوض، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركه الآخر فيما قبض، وله مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول إن أجازته ملكه وتبعه النماء، وإن ردّه ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين، ولو تلف قبل اختيار الشريك كما فى المسالك، بل فى التذكرة التصريح فى تعيين حقه به ولا يضمنه للشريك، وقد أطنب فى المسالك فى تحقيق ذلك وأنه من الفضولى، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركه فيما قبضه شريكه.

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعيه، وذلك لأنه وإن اتَّجهت الشركه مع إجازته القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الإجازة فى مثله، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجد فى المقام لغير ثانى الشهيدين، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا- وجه له، بل المتجه حينئذ بقاءه على ملك الدافع، وذلك لأن القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم إجازته الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركه، ونىه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فى ذلك وإن وافقتها نيه القابض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه القابض، وما فى ذمه الغريم حصه له لم يجد، لعدم صحه مثل هذه القسمة.

ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه، فإن حصل تمت وإلا- رجع على القابض وشركه فيما قبضه، تهجس بلا- دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم

صحته قسمه الدين، وللمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض، وحينئذ، فإن لم يكن ثمة إجماع، أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الإجازة بل ولا- بعضه، اللهم إلا- أن يقال إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصه القابض بتمحض المقبوض مالا- للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك» (١).

إذن، قد فرّق المحقق وجماعه بين مورد الدعوى وغيره، ولذا أشكل في (المسالك) الفرق، ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين والعين، وقد أشكل في (الجواهر) على هذا الفرق.

وعن جماعه التفريق بين الإقرار والمقام، وأشكله في (المسالك) بأن سبب الملك في المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصية. . . ويكون أثر اليمين من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه إليهم.

هذا، وفي (الجواهر): نعم لو أراد الاستقلال بذلك، صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حوّل عليها على إشاعتها أو نحو ذلك، مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين.

والظاهر أن مراده من «أو حوّل عليها» أن يحوّل شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه ما يقابل حقه في هذا المال، فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه.

قال: نعم قد يتّجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركة، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه

ص: ٤٣٠

أو نحو ذلك، والعلم السابق بحصول الشركة لا يقتضى التشريك فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها.

أقول: يمكن أن يقال بأن الشك فى بقاء الشركة مسبب عن الشك فى نقل الشريك حصته مثلاً، وجريان الأصل فى السبب لا يثبت بقاء الشركة فى المال إلا-على القول بالأصل المثبت، وهذا هو مراد صاحب (الجواهر)، ولكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركة فى هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها، فالإستصحاب فى العين تام، وفى الدين مشكل لشبهه الإثبات.

قال: « مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع » (١).

أقول: إنه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون إرفع إليه حقه، فإن علم الآخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه إعطاؤه حقه، وإن كان شاكاً فكذلك، للأصل، فإن أراد بعدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع عدم ثبوتها فى العين، فهو غير تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع، كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردّت عليه أو نحو ذلك.

أقول: يعنى إذا وقع النزاع فى الإبراء، فادّعاه المديون وأنكره هو فرضى بيمين المديون، فإذا حلف سقط حقه، وكذا لو ردّ المديون اليمين عليه فنكل عنها، فإنه يثبت بذلك عدم الشركة بظاهر الشرع.

هذا، ويختص المال بالحالف مع غيبه الشريك وإن جاء وحلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون، ولو كان ثمة شركة له فيما أخذه

ص: ٤٣١

لترتب عليها آثارها، كالشركة في النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده.

حكم ما لو كان في المدعين صغير

قال المحقق: «ولو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه، فإن كمل ورشد حلف واستحق، وإن امتنع لم يحكم له» (1).

أقول: لقد تقدم أنه لا يحلف أحد في مال غيره، وعليه، فلا يحلف ولي الصغير - مثلاً - في مال الصغير، بل يصبر حتى يكبر، فإن حلف مع شهادته الشاهد ثبت حقه وإن امتنع فلا. . .

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟

قيل: نعم إن كان المال عيناً، والأظهر هو العدم مطلقاً، لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: «وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه» .

أقول: وإن مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه، فإن حلف استوفى نصيبه، وهل يحتاج إلى إعادة الشهادة؟ الأقوى: العدم مطلقاً، خلافاً لمن فصل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حجه، وما إذا كان العنوان الوصيه فيلزم.

هذا كله فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد واليمين، ولو أن بعض الجماعة أقام البينه على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى، فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت - إن لم يدع الإبراء أو نحوه - وبذلك يثبت حق جميع الورثة،

ص: ٤٣٢

ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا تكون البيئه حجه لمن أقامها فقط، لكونها طريقاً إلى الواقع وكاشفه عنه، ولازمها اشتراك جميع الورثه فى المال حتى الغائب والمجنون، ولازم البيئه حجه.

وأما فى الدين، فإنّ تطبيق المديون المال على عين خارجيه موقوف على إذن جميع الورثه، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية، وبناء على هذه الولاية، فللحاكم أن يرفع من قبل الصغير الذى يكون تحت ولايته، بأن يقيم البيئه على حقه مثلاً، وأما بناء على عدم هذه الولاية، فإنه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه.

المسأله الاولى: (حكم ما لو قال: هذه الجاربه مملوكتى وأم ولدى)

قال المحقق قدس سره: « لو قال: هذه الجاربه مملوكتى وأم ولدى، حلف مع شاهده وثبت رقيتها، دون الولد لأنه ليس مالاً، ويثبت لها حكم أم الولد بإقراره» (١).

أقول: لو كانت جاربه فى يد شخص، فادعى أحد أنها له وهى أم ولده، فدعواه تشتمل على جهات:

الأولى: كون الجاربه مملوكته

والثانيه: إنها أم ولد.

والثالثه: لحقوق الولد به.

والرابعه: حرّيه الولد.

فإن أقام شاهداً على دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان:

احدهما: كون الجاربه مملوكته، لأن الجاربه مال، وقد تقدّم ثبوت الحق

ص: ٤٣٥

والثانيه: كونها أم الولد، لأنه قد أقرّ بذلك، وحينئذ، يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز بيعها، وعدم انتقالها إلى الورثه بموته، وغير ذلك من الأحكام.

وأما الجهه الثالثه، فلا تثبت بالشاهد واليمين، لأن الولد ليس مالا.

وأما الجهه الرابعه، وهى حرّيه الولد، فلا تثبت بالشاهد واليمين كذلك، لأنها ليست بمال، إلا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد واليمين هو الأعم من صورته إثبات المائيه وصوره نفى المائيه، لإطلاق الأدله.

وفيما نحن فيه، حيث ينكر من بيده الولد حرّيته، فهو على هذا التقدير مال، والذي يدعى حرّيته ينفى مائيته، فإذا كانت أدله الشاهد واليمين مطلقه، أثرت الشهاده واليمين من هذه الجهه أيضاً، وحكم بحرّيه الولد.

لكن هذا يتوقف على إطلاق الأدله، بل الأظهر أن هذه الأدله وارده فى مورد إحقاق المدعى حقه بالشاهد واليمين، وأما إنكار حق لخر فهى منصرفه عنه، ومع التنزل عن ذلك، فإنه لو شك فى ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحرّيه بالشاهد واليمين، بل لا بدّ من إقامه البيّنه.

وأما الحكم بالحرّيه - بناء على الملكيه آنأ ما - ثم الإنعتاق، ففيه:

إن الملكيه آنأ ما تتحقق فى مورد دعوى الولد مالكيه أحد عموديه، فإنه إن أقام شاهداً وحلف مع شاهده، ثبت وتملك آنأ ما ثم انعتق عليه، وأما فى هذه المسأله فهو يدعى أن هذا الولد حرّ منذ وجد، فليس له حاله الرقيّه سابقاً، فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد.

وقال في (الجواهر) (١): وأما الحرّيه، فبناء على ثبوتها بالشاهد واليمين، فقد يقال بعدمه هنا، باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. وفيه: إن انتفائه واقعاً يقتضى ذلك لا عدم الحكم به في ظاهر الشرع، وحينئذ يمكن إثباتها بهما، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر... فهي حينئذ كدعوى السرقة، ودعوى: أن حرّيه الولد ليست من حقوق المدعى كى تدرج فى ضابط الشاهد واليمين، يدفعها: أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولدأ له.

أقول: وفي جوابه وجوه من النظر:

فأولاً: ليست الحرّيه حقاً من الحقوق، بل هى عدم تعلّق الحق.

وثانياً: ليست الحرّيه من الحقوق الماليه لو كانت حقاً.

وثالثاً: سلّمنا، لكن هذا الحق للحرّ نفسه، ولا معنى لأن يقال بأن حرّيه الولد من حقوق الأب.

فالحق: إن الإشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، ويبقى الولد فى يد من بيده الجارّيه حتى ترتفع بإقراره مثلاً.

وأما قوله: بل قد يقال إن الحكم بملكّيه الجارّيه يقتضى الحكم أيضاً بملكّيه الولد الذى هو من نمائها التابع لها... .

ففيه: إن هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكاً للجارّيه، فيكون ملكاً لمولاها بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حرّاً كما تقدم، فما ذكره غير تام.

ص: ٤٣٧

المسأله الثانيه: (حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً)

قال المحقق قدس سرّه: « لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم » (١).

أقول: الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعى وقفه الدار عليه من الورثه أو غيرهم، فإن الوقفيه تثبت بالشاهد ويمين المدعى، وبذلك تخرج الدار عن التركه فلا- يؤدى منها الدّين وإن كان مستوعباً، ولا تقسم بين الورثه بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صوره الوقف.

فإن انقرض هؤلاء، فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على إقامه الشهاده والحلف مرّه أخرى أم لا بل يكفى لذلك حلف البطن الأوّل وشهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنتقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. وهذا البحث يتوجّه فيما إذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطون لا الترتيب.

فالوجه الأوّل: هو التوقف على تجديد الحلف والشهاده، لأن دعوى الوقفيه على نفسه وعلى نسله تنحلّ فى الواقع إلى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيّاً، وكون الدار وقفاً على نسله من بعده، فيمينه وشهاده شاهده تثبت الدّعى الاولى، وثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثاني وشهاده شاهدهم.

ص: ٤٣٨

والوجه الثانى: كفايه حلف البطن الأوّل مع شهاده الشاهد، لأن البطن الثانى يتلقّى الدار من البطن السابق لا- من الواقف، والمفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وفقاً عليه وعلى نسله.

وبعبارة أخرى: إن كان الواقف يجعل الدار للبطن الأوّل مشروطاً بانتقالها منهم إلى البطن الثانى دون سائر الورثه - نظير إيقاف الدار على زيد مادام حياً وانتقالها بعد موته إلى جهه إقامه المأتم على سيد الشهداء عليه السلام - فلا حاجة إلى إثبات البطن الثانى للوقفه، وإن كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأوّل، والثانى للبطن الثانى بعد انقراض الأوّل، لزم الحلف وإقامه الشهاده على الثانى.

وظاهر (المسالك) اختيار الوجه الأوّل، وقد ذكر وجوهاً على ذلك:

أحدها: التنظير بالإرث، قال: « كما إذا أثبت ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات، فإن وارثه يأخذه بغير يمين» (١).

وأجاب فى (الجواهر) (٢) بأن تملك المورث موضوع فى الدليل الشرعى للإنتقال إلى الوارث، ولكن لا دليل فى مسأله الوقف على أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم، إن أقيمت البيهه كانت كاشفه عن ملكيه هذا البطن ونسله.

والثانى: قوله: « ولأنه قد ثبت كونه وفقاً بحجه يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين» .

أقول: إن أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط، بمعنى أن الموجب لأخذ

ص: ٤٣٩

١- ١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩١.

البطن الأوّل، يوجب أخذ الثاني بالأولويّة، ففيه: إن ذلك ممنوع، إلا إذا ثبتت الوقفيه بالبينه. وإن أراد أن ثبوت الوقفيه يستلزم الدوام، لأن الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه: إن الذى ثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لأن الوقف لا يثبت بالشاهد واليمين، فيكون نظير جواز الصلاة فى الثوب المحكوم بالطهاره استصحاباً، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاة فيه.

والثالث قوله: « ولأن البطن الثانى وإن كانوا يأخذون عن الواقف، فهم خلفاء عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين... »
(١).

وفيه: إن هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: إن أصل الوقفيه لا- يثبت بالشاهد ويمين البطن الأوّل، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى وجب عليهم إعادته الشهاده واليمين، ولا ملازمه عقلاً أو شرعاً بين قول البطن الأوّل وقول البطن الثانى.

ثم قال فى (المسالك): « وإن قلنا بالثانى، لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأوّل، وعليه، فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلاً- للفقراء، وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلته، فالحكم كأول، وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، وعادت الدار إرثاً » (٢).

وفيه: إنه لا- وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم، لا- يثبت الوقف وهو أمر آخر، اللهم إلا- أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، وحيث تعود الدار إرثاً، فهل

ص: ٤٤٠

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

يشترط في استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أو لا؟ فيه بحث.

ثم قال قدس سرّه: « وهل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان» (١).

أقول: وهذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إراثاً لا يبقى مورد لهذا البحث.

قال: « ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف المنقطع. . . أي: إنه مع غض النظر عن الإشكال من جهة تعذر حلف جميعهم، لفرض عدم الإنحصار، يكون وقفاً متعذراً المصرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف.

وفيه: إنه إن كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث، فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، والأولى في الوقف الذي تعذر مصرفه أن يصرف في مطلق وجوه البرّ أو إلى الوجه الأقرب إلى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقي سائرهم، صرف نصيبه إليهم، فإن لم يبق منهم إلا واحد، صرف كل الوقف إليه، قال في (المسالك):

« وهل أخذ الآخرين يكون يمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ يمين أم لا؟ فإن قلنا بعدم افتقاره إلى اليمين فهنا أولى، وإن قلنا باليمين ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقي من غيره فيفتقر إلى الحلف. ومن كونه قد حلف مرّه وصار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل وتاره أكثر» (٢).

لكن الأقرب - وفقاً للجواهر (٣) - عدم التوقف على اليمين.

ص: ٤٤١

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٣.

هذا كله بالنسبة إلى حكم ما إذا حلف المدّعون أجمع.

قال المحقق قدس سرّه: « وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدّعين وقفاً» (١).

أقول: وإن امتنع جميع المدّعين للوقفية عن اليمين، اشتركوا مع سائر الورثة في الدار، وقسمت بينهم حسب الفريضة في الميراث، لكنهم حيث يعترفون بالوقفية، يكون ما وقع إليهم وقفاً، فلا يتصرفون فيه التصرف الملكي، ومع موت الناقلين تنتقل سهامهم إلى ورّاثهم، وعليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معاملة الوقف، لإقرار مورّثيهم بالوقفية.

ولو ادّعى هؤلاء على سائر الورّاث بأن جميع الدار وقف ففى (المسالك) :

« وجهان مبنيان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعه. وربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا-؟ فإن منعه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، وإن جوّزناه جاء الوجهان. والحق: مجيؤهما وإن منعه من الوقف المنقطع الأوّل، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آبؤهم، ولأن البطن الثانى كالأوّل، لأن الوقف صار إليهم بالصيغة الاولى عن الواقف، ولأن منع الثانى من الحلف يؤدّى إلى جواز إفساد البطن الأوّل الوقف على الثانى، وهذا لا- سبيل إليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، وهو خيره الشيخ فى المبسوط والمصنف وغيرهما» (٢).

ص: ٤٤٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٤ - ٥٢٥.

قلت: وما ذهبوا إليه هو الأقوى.

وأما إشكال صاحب (الجواهر) قدس سرّه من « أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف، لأنه حينئذ يكون يميناً للغير»
(١). فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لآبائهم.

قال المحقق: « وإن حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً، تقضى منه الديون وتخرج الوصايا، وما فضل ميراثاً»
(٢).

أقول: أى ينتفع منه الجميع، ولكن الناقلين الذين يعترفون بالوقفه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، وكذا الأمر بالنسبة إلى ورّاثهم وإن أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبة إلى ما بأيديهم حجه، فلو أقرّ المورث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعه عنده من فلان وليس من جملة أمواله، وجب على الوارث دفع الشيء إلى مالكة بلا بينه.

ومن ادعى الوقفيه ونكل عن اليمين جاز لو ارثه أن يحلف عليها، فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأوّل، ويترتب على يمين وارث الناكل أنه إن كان الوقف على الأولاد بالسويّة وامتنع أحدهم عن اليمين، كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفيه - فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها - وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً، فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الإرث؟

قال المحقق والعلامة قدس سرهما: نعم.

ص: ٤٤٣

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

والأقوى - كما تقدّم - هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف، لأنه ليست الوقفية على البطن الثاني تابعه للوقفية على البطن الأول، وأيضاً: ليست يمين البطن الثاني تابعه ليمين البطن الأول.

قال المحقق: « وما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً » .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفاً.

قال: « ولو انقضى الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقّهم بامتناع الأول » (١).

أقول: وهذا واضح، وقد عرفته آنفاً أيضاً.

ص: ٤٤٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

المسأله الثالثه: (حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه وعلى اولاده بعده)

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى الوقفيه عليه وعلى اولاده بعده وحلف مع شاهده، ثبتت الدعوى، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» (١).

أقول: هذا مذهب المحقق وجماعه، وفي (المسالك) (٢) بنى المسأله على أنه إن كان الأولاد يتلقون الدار مثلاً من الواقف فيحلفون، وإن كان من البطن الأول فلا، ووجه ما ذكره المحقق قدس سره قوله: « لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى: إن ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يغنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

وفى (الجواهر): « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا- منازع لهم فيه، لا- فى مثل الفرض» (٣).

قلت: وهذا هو الأولى.

قال المحقق: « وكذا إذا انقرضت البطون وصار إلى الفقراء أو المصالح» (٤).

أقول: أى لا يلزم أحد بالحلف حينئذ، بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناءً على ما ذهب إليه صاحب (الجواهر)

ص: ٤٤٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٨.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٧.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

يجب على الفقراء مثلاً الحلف إن كانوا محصورين، وأما في حال عدم كونهم محصورين، فالوقف باطل، لعدم صحة اليمين من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضَعَفَه في (الجواهر)، وقال: بل مناف لظاهر الأدلّه.

هذا كلّه في وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادّعى التشريك بينه وبين أولاده، افتقر البطن الثاني إلى اليمين». في (الجواهر): قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، وقد بيّن المحقق وجه ذلك بقوله:

«لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أي: لما تقرّر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، ومن جهه أخرى، قد تقرّر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

وخالف السيد صاحب (العروه) قدّس سرّه فقال (1): الأقوى عدم الحاجة إلى الحلف (قال): لأن الطبقات المتأخره وإن كانوا يتلقون من الواقف، إلا أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأوّل ثبت في حق الجميع.

وفيه: إنه ليس في المقام إلا إنشاء صيغته واحده فيقول: وقفت لأولادي، إلا أن هذا الإنشاء ينحلّ بعدد الأولاد في البطن الواحد، ولكنه حيث يوقف على الأولاد وأولادهم يقول: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، وحينئذ، يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفاً على اليمين.

وعلى ما تقدّم، قال المحقق: «فلو ادّعى اخوه ثلاثه أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أي: وثبت ذلك بالنسبه إليهم «ثم صار

ص: ٤٤٤

لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أرباعاً» فهنا مسائل:

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم، فإنه لا يفرق بينه وبين الثلاثة، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم وأعطوا حصصهم باليمين، فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

ووجه ذلك ما تقدّم من كون التلقّي عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثة من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم، فالآن كذلك، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، ولذا قال المحقق: «ولا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لأنه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى، ويوقف له الربع».

(الثانية) وإذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ في (المسالك): «في تسليمه إلى وليه أو يوضع في يد أمين وجهان. . .» (١).

توضيح الأول: إنه يجعل عند وليه، لأن لولده سهماً بإقرار الثلاثة، وما للولد يكون عند وليه.

وتوضيح الثاني: إنه يجعل عند أمين من غير الثلاثة، لأنه قد لا يحلف عند كماله، ويحتمل أن يأبى وليه عن رده، فإن كان الوارث منحصراً بالثلاثة، فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهه، ومع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفية من جهه أخرى، يكون الربع للميت، ومنه تقضى ديونه وتنجز وصاياه، وإن لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثة.

وقد اختار صاحب (المسالك) الوجه الثاني، حيث قال بعده (٢): «وهذا هو

ص: ٤٤٧

١-١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٩.

وفى (الجواهر) : قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه لما عرفته فى الوجه الأصح، وحينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه ويحرم الثلاثة منه، لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً، إلا أنى لم أجد قائلاً بذلك، ولعلّه قوى للاحتياط فى مثله. . . (١).

(الثالثة) لو مات الولد قبل البلوغ، عادت الدار أثلاثاً، وبقي الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته إلى موته. وحيث أن الثلاثة قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فيصل النماء إلى ورثه الولد.

(الرابعة) قال المحقق: « فإن كمل وحلف أخذ، وإن امتنع، قال الشيخ يرجع ربه على الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم. وفيه إشكال، ينشأ من اعتراف الإخوه بعدم استحقاق الربع» (٢).

□
أقول: ذهب الشيخ رحمه الله إلى ردّ الربع إلى الثلاثة، لإثباتهم أصل الوقف عليهم، والولد بنكوله عن اليمين يجرى مجرى المعدوم، فتبقى الدار بين الثلاثة كما كان الأمر قبل ولاده الولد. ولأن الواقف جعل الإخوه الثلاثة أصلاً فى استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد فى جملة المستحقين على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقيه بحالها على الاصول كما كانت، نظير ما إذا مات إنسان وخلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٨.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

فالألف بينهم، وإن حلف اثنان منهم فهو لهما، وإن حلف واحد فالألف له.

□
فللشيخ رحمه الله على ما ذهب إليه وجهان، وقد أشكل المحقق وغيره في الأوّل منهما، بأن الإخوة معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد، فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟

لكن الشيخ نفسه قد تعرّض لهذا الإشكال وأجاب عنه، وهذا نصّ كلامه:

«فإن قيل: الثلاثة إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق ومعزى إلى سبب، فإذا عزى إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقرّ به، كقولهم: مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله، فردّ ذلك زيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، وكذا من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير، عادت إلى المقر، كذلك ههنا» (١).

وفي الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأوّل فالفرق بينه وبين محلّ الكلام واضح، لأنه مع ردّ زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه، وأما الثانى، فلا نسلم بعود المدار إلى المقرّ مع عدم قبول المقرّ له، لأن المقرّ يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم إعطاؤها للمقرّ له بأى نحو كان.

هذا، وما ذهب إليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثة أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسأله، وقد ذكر وجهان آخران:

الأوّل: صرفه إلى الناكل بالرغم من نكوله، لاعتراف الإخوة له بالاستحقاق دونهم، إلا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفاً بالوقفه أو ممتنعاً عن اليمين، وأما فى صورته انكاره لأصل الوقفيه واعترافه بعدم الاستحقاق، فلا

ص: ٤٤٩

وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم، مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح، إلا أن الشيخ قد وجه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

ويمكن القول هنا بأن كون المال للإخوة بأحد سببين:

الأول: كون المال إرثاً، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الأوّل، إلا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر.

والثانى: السبب العارض والعنوان الثانوى وهو الوقفيه. وحينئذ، فإن إقرار الإخوة بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الأوّل للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فإن مجرد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثاً، من غير حاجة إلى أن يحلفوا على الإرث، وعلى هذا، فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل إليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الإخوة الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

الوجه الثانى: أنه وقف تعذر مصرفه، لأنه لا يصرف إلى الثلاثة لاعترافهم بعدم الإستحقاق، ولا إلى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع إلى الواقف أو ورثته، أو يصرف فى أقرب الوجوه إلى غرضه أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه): قال المحقق: «ولو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأن الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع إلى حين الوفاء، فإن بلغ وحلف أخذ الجميع، وإن ردّ كان الربع إلى حين الوفاء لورثه الميت

والأخوين، والثالث من حين الوفاة للأخوين» (١).

وهذا مذهب الشيخ قدس سره، قال المحقق: « وفيه أيضاً إشكال كالأول » .

أقول: إن ردّ فلا- يعطى ورّاثه شيئاً، بل يصرف إلى ورثه الواقف فإنهم طبقه الأولى وينكرون الوقفيه، وإن لم يكن له ورثه فيصرف إلى الحالفين.

هذا، وأضاف في (الجواهر) (٢) فرعاً وقال: ولو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم، فقال البطن الثاني بعد وجودهم: إنه وقف تشريك، ففي القواعد: كانت الخصومه بينهم وبين البطن الأول، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصّيتهم من النماء من حين وجودهم (٣). وفي كشف اللثام: وإن نكلوا خالص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، وإن تجددوا أو ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثه، ولكن لا يجدى نكلهم إلا- المدّعين، فإنهم لما ادّعوا الاختصاص حلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم، إن انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثاً (٤). والله العالم.

ص: ٤٥١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٥٢.

٤- ٤) كشف اللثام ١٠: ١٤٦.

المسأله الرابعه: (حكم ما لو ادعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبهت)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبهت. قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه. وهو بعيد لأنه لا يدعى مالاً» (١).

أقول: لو ادعى عبداً هو الآن بيد غيره، فقال إنه كان لي وقد أعتقته، فأنكر الذي بيده العبد ذلك. قال الشيخ (٢): يحلف المدعى مع شاهده ويستنقذ العبد. وقال المحقق قدس سره: « هو بعيد، لأنه لا يدعى مالاً» وقد تقدم أن الذي يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده، وتقدم أيضاً أن الحرّيه ليست مالاً. وأما بناء على كون الحرّيه حقاً من الحقوق، فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فإن هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، ولا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره، فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطالب هناك، فإن هذه الدعوى هنا لا تثبت.

ولعلّ نظر الشيخ إلى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، وهو أنه يرثه من جهه الولاء.

ص: ٤٥٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٩٦.

المسأله الخامسه: (حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً)

قال المحقق قدس سرّه: « لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً فإن كان خطأ أو عمد الخطأ حلف وحكم له، وإن كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد وكانت شهاده الشاهد لوثاً، وراز له إثبات دعواه بالقسامه» (١).

أقول: لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً واحداً فتاره: يدعى ما يوجب المال، وأخرى: يدعى ما لا يوجهه، ففي الصوره الأولى، كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ، حلف المدعى مع شهاده الشاهد وحكم له، لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد واليمين.

وفي الصوره الثانيه، كما لو كان القتل المدعى عمداً موجباً للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهاده الشاهد الواحد، لعدم كونه حقاً مائياً، وتكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثاً، وراز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

وتوضيحه: إن قتل العمد يثبت بأمر:

١ - البينه.

٢ - إقرار القاتل، ويكفى مره واحده.

ص: ٤٥٣

٣ - القسامه فى صوره اللوث. و اللوث أماره دون البينه، أى أن يكون هناك قرينه موجه للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامه، مثلاً: لو وجدت جثه شخص مقتول مضرج بدمائه وبالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطخ بالدم، فتقام القسامه، وهى أن يقسم خمسون رجل - أحدهم ولى المقتول - بأن فلاناً هو القاتل، فيثبت القصاص حينئذ وإن لم يكن هؤلاء عدولاً. ولو كانوا خمسه وعشرين رجلاً - حلف كل واحد منهم مرتين، ولو كانوا أقل كزروا اليمين حتى الخمسين، ولو كان الولى وحده حلف خمسين مره، ولو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين، حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أُقيمت البينه على النفى. وهنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثاً وجاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه، فإن أُقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

المجلد ٢

اشاره

ص: ١

الكلام في: كتاب قاضي إلى قاضي

إعلم أن حكم الحاكم موضوع لأحكام بالنسبة إلى غيره من الحكام، كوجوب الإنفاذ في بعض الموارد، وعدم جوازه في بعض الموارد، ووجوب التفحص عن دليله في موارد، وعدم جوازه في أخرى.

ثم الحكم الذي يصدره الحاكم، يمكن إنهاؤه إلى الحكام الآخرين: بالقول، وبالكتابة، بشهادة العدلين، وبإقرار المحكوم عليه بذلك الحكم.

حكم إنهاء الحكم بالكتابة

وبالنسبة إلى إنهاؤه بالكتابة قال المحقق (١): «أما الكتابة فلا عبره بها».

أي: فلا تكون موضوعاً لشيء من الأحكام، قال: «لإمكان التشبيه».

وهذا التعليل يتوجه في عصرنا بالنسبة إلى الأحكام التي يصدرها الحكام أو ينهونها بواسطة الهاتف أيضاً، لإمكان التشبيه في الصوت بسهولة جداً.

وأضاف في (الجواهر): «وعدم القصد إلى الحقيقة، وعدم الدليل شرعاً على اعتبار دلالتها».

وقد ادعى الإجماع على عدم العبرة بالكتابة، وحكى عن بعضهم نفي الخلاف فيه، وقيل: لا-مخالف إلا أبو علي ابن الجنيد الإسكافي، والأردبيلي حيث اعتبرها في صورته العلم بالكتابة، وكونه قاصداً لمعناها، قال: ولهذا جاز العمل

بالمكاتبه في الروايه، وأخذ المسأله والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولأنه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتأخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيده للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فإنه يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقف، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيده، ويمكن أن لا ينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يؤمن فيها التزوير، أو لم يعلم قصد الكاتب إرادته مدلول الرسم (1).

وأجاب عنه فى (الرياض) بقوله: وفيه نظر، لأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً، ولم نجده فى نحو محل البحث مما يتعلق بموضوعات الأحكام التى لم تتوقف عليها مطلقاً، ولو كان الظن للعلم متأخماً، ومجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادته الشاهدين لا يوجب قطعته ولا حجيته إلا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث إفادتها المظنه وهو ممنوع، بل كلمه القائلين بحجيتها وسماعها هنا مطبقه على أنها من جهه الأدله الأربعة التى سيأتى ذكرها، وهى أدله قاطعه أو ظنيه ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه، ومثلها لم يقيم على اعتبار ظن الكتابه، بعد إمكان دفع الضروره - التى هى الأصل فى تلك الأدله - بالشهاده على الحكم وإقامه البينه وإنفاذ الحاكم الثانى الحكم بها.

وعلى الجملة، لو كان السبب لاعتبار شهادته الشاهدين هو إفادتها المظنه أمكن ما ذكره، أما لو كان قضاء الضروره وغيره مما هو كالدليل القاطع، فلا وجه

ص: ٤٤٢

له ولا- لقياس الكتابه بالشهاده، ولا- بالإكتفاء بالروايه المكاتبه، وأخذ المسأله، ونحوهما مما ذكره، لأن مستند الإكتفاء بهذه الامور المعدوده فى نحو الأحكام الشرعيه إنما هو من حيث قضاء الضروره، وانسداد باب العلم بها بالكليه، وعدم إمكان تحصيلها إلا- بالمظنه، وأن عدم اعتبارها حينئذ يوجب إما الخروج عن التكليف، أو التكليف بما لا يطاق، وهما ممتنعان قطعاً، عقلاً وشرعاً، وهذا السبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم (١) . .

وقال فى (الجواهر) بعد كلام الأردبيلى المذكور: التحقيق: أن الكتابه من حيث أنها كتابه لا دليل على حجيتها قطعاً مطلقاً، سواء فى إقرار وغيره، بل عن ابن إدريس فى نواذر القضاء التصريح بأنه لا يجوز للمستفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطه - إلى أن قال - بغير خلاف من محصل ضابط لاصول الفقه، وبنى على ذلك عدم حجيته المكاتبه، قال: لأن الراوى للكتابه ما سمع الإمام يقول، ولا شهد عنده شهوده أنه قال، وإن كان فيه ما ستعرف.

نعم، إذا قامت القرائن الحاليه وغيرها على إرادته الكاتب بكتابتها مدلول اللفظ المستفاد من رسمها، فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار والأمصاى على ذلك، بل يمكن دعوى الضروره على ذلك، خصوصاً مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف والوفاق، ونقلهم الإجماع وغيره فى كتبهم المعول عليها بين العلماء . . . ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابه فيما نحن فيه - بعد انتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات - بمنزله إخباره بالحكم، فإن قلنا بقبوله قبلت وإلا فلا.

ص: ٤٤٣

وربما أشعر التعليل الأول في عبارته المصنف، والثاني في عبارته غيره بإرادته غير هذا الفرد من الكتابه، كما أنه يمكن حمل كلام ابن الجنيدي ومن وافقه على ما ذكرنا، فيعود النزاع لفظياً.

وتحمل الروايتان على العمل بالحكم بالكتابه، بمعنى إيجاد الحكم بها باللفظ، لا على العمل بها من حيث أنها كتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها على كونها منه، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها (١). ..

قلت: والتحقيق هو النظر في الجهات الموجبه للشك بحجيه الكتابه والمفرقه بينها وبين القول، والذي يوجب الشك في الاعتبار ليس إلا احتمال الكذب، أو احتمال السهو والنسيان، أو احتمال عدم القصد.

أما الأول فالمفروض عدمه للوثاقه.

وأما غيره من الاحتمالات، فكلها منتفيه بالأصل.

والفرق بين القول والكتابه هو: مجي احتمال التشبيه في الثاني دون الأول، ولذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبره بالكتابه، وإن كان احتمال عدم القصد في الكتابه أقوى منه في القول، لكنه يندفع بالأصل كما تقدم، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابه وكونها خط فلان.

وأضاف في (السرائر): إحتمال التزوير (٢)، وهو - كما في مجمع البحرين -: تزيين الكذب. ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابه.

وأما الإجماع المدعى فهو منقول، وتبقى الروايتان:

ص: ٤٤٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٤ - ٣٠٥.

٢-٢) السرائر في الفقه ٢: ١٨٧.

١ - عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «إنه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض، في حدّ ولا غيره، حتى وليت بنوا أميه، فأجازوا بالبينات» (١).

٢ - عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي مثلها (٢).

وهما - بناء على اعتبارهما بعمل الأصحاب (٣) - محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام في مورد عدم حصول الإطمينان بالكتابه، وقصد كاتبها لما كتبه.

فالعمده في الاستدلال على عدم العبره بالكتابه هو عدم الدليل النقلى على العبره بها، إلا أنا نستدل بالسيره العقلائيه القائمه على الإعتبار في حال الوثوق والإطمينان، ولا رادع عن هذه السيره، والروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص.

والحاصل: إن الاحتمالات مشتركه بين القول والكتابه، فحيث تنتفى عن الكتابه قبلت كالقول بلا فرق.

ص: ٤٤٥

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٧/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٨/١. كتاب القضاء، الباب ٢٨.

٣-٣) سند روايه السكوني: الشيخ بإسناده عن سعد بن عبد الله عن أحمد عن أبيه عن ابن المغيره عن السكوني عن جعفر عليه السلام. . قال المحقق الرشتي: سند روايه السكوني إلى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظلّه صحيح، والسكوني عامي إلا أن رواياته معمول بها عند الأصحاب، فلا شين فيها من حيث السند. قال في الوسائل بعد روايه السكوني: «وعنه عن محمد بن عيسى عن محمد بن سنان عن طلحة بن زيد عن جعفر. . .» وفي (محمد بن سنان) و (طلحة بن زيد) بحث كما لا يخفى. وكيف كان، ففي الجواهر (٤٠: ٣٠٣) عن المختلف (٨: ٤٢٨) وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضةين. وسيأتي بعض الكلام حول (السكوني) و (طلحة بن زيد).

قال المحقق قدس سره: « وأما القول مشافهه، فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف: أنه لا يقبل» (١).

أقول: المراد من « القضاء به » هو إنفاذ الحاكم الثاني إياه، ووجه التردد هو: أن هذا خبر واحد عن الموضوع، وفي اعتباره بحث وخلاف، ولعل مذهب الأكثر هو العدم ولزوم قيام البيئه، ولكن يشكل فيه من جهة أن خبر الواحد عن الموضوع المحوّل إلى المخبر والذي لا يعلم إلا من قبله يعتمد عليه، فلو وكلّ أحداً في طلاق زوجته فأخبره بإجراء الصيغه اعتمد على خبره، ولو أعطى الثوب المتنجس لأن يغسله فأخبره عن تطهيره إياه اعتمد عليه، ولو أخبر الأجير في الصلاه عن الميت عن أنه قد صلّى كان خبره حجه (٢). . . فالقضاء من هذا القبيل، فالأظهر هو القبول.

ص: ٤٦٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

٢- ٢) واستدل له بأدلة القضاء من جهة أنها كما تدل على نفوذ إزامات القاضى، كذلك تدل على قبول إخباراته بالقضاء، فإنه عندما يخبر عن إزامه، يترتب عليه استمرار ما كان منه من الفصل بين المتخاصمين، فيجب أن يقبل، للملازمه العرفيه بين نفوذ الإزام ونفوذ الإخبار بالإزام، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الأول. وبعبارة اخرى: إن إخبار الحاكم الأول بالفصل بين المتخاصمين فى القضية يعتبر فضلاً كذلك، فإما يستمر حكم الفصل الأول وذلك إن كان صادقاً فى إخباره، وإما يكون فضلاً جديداً من جهة أنه عند إخباره قد انقذح فى ضميره عدم خصومه بين المتخاصمين ولو بقاء، فكما أنه إذا رأى عدم الخصومه حدوثاً نفذ رأيه، كذلك إذا رأى عدمها بقاءً، فيكون إخباره بعدم الفصل بمنزله إزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومه. ولكن الإشكال فى دلاله أدله القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نفوذ الزاماته، وأن الملازمه العرفيه المذكوره فيها تأمل، فتأمل. .

قال المحقق قدس سره « وأما الشهادة، فإن شهدت البيه بالحكم، وبإشهاده إياهما على حكمه تعين القبول » (١).

قال في (الجواهر): لعله لعموم ما دلّ على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم عليهم السلام، ولذا كان الرادّ عليه رادّاً عليهم، وما دلّ على حجية البيه. ثم إن المحقق قدس سره ذكر أن تكون الشهادة على الحكم وعلى الإشهاد معاً احتياطاً، وذلك، لأن الحاضر فى مجلس الحكم قد لا يلتفت إلى ما وقع مع خصوصياته، لكن عندما يشهد على الأمر يصغى إليه ويلتفت إلتفاتاً كاملاً، فتكون شهادته حينئذ أتم (٢).

وقد ذكر المحقق لما ذهب إليه من تعين قبول الشهادة وجوهاً أربعة:

فالأول ما ذكره بقوله: « لأن ذلك مما تمس الحاجة إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر، فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه.

لا يقال: يتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.

لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا تسمع. .

ص: ٤٦٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٦.

أقول: وأيضاً الشهادة على الشهادة لا تسمع مع إمكان الشهادة على الأصل، ولذا قال بعضهم بأنه مع إمكان الشهادة على الأصل، يجوز الحكم طبق الشهادة على الشهادة، كما يجوز على نفس الشهادة على الأصل، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها تسمع ولو مع إمكان الشهادة على الأصل.

وأيضاً: الشهادة على الشهادة لا تسمع في الحدود، بخلاف الشهادة على الحكم فإنها حجة فيها أيضاً.

ولا تقبل الشهادة على الشهادة إلا مرةً واحدة، وأما إنفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان، ففيما لا تكون الشهادة على الشهادة حجة لا محيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات إلا بإنفاذ الحكم.

وإذا لا يشترط في الشهادة على حكم الحاكم عدم إمكان الشهادة على الأصل، فإن للحاكم الثاني استماع الشهود في القضية من جديد، وله أن يحكم استناداً إلى الشهادة على حكم الأول، كما أن له إجراء الحدّ استناداً إلى الشهادة على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود.

هذا توضيح ما قرره صاحب (الجواهر) (1) في شرح عبارته المحقق في جواب لا يقال.

وصاحب (المسالك) قرره بنحو آخر وهو: أن في الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، لأنها لا تسمع إلا مرةً واحدة، بخلاف الشهادة على الحكم، فإنها تسمع في الثالث. وتوضيح ذلك: إن الشهادة على الأصل هي المرتبة الأولى لإثبات المدعى، والمرتبة الثانية هي الشهادة على الشهادة بعد تعذر

ص: ٤٦٨

الشهادة على الأصل، وحجيتها، مخصوصه بتلك المرتبه، وأما الشهاده على الحكم التي هي في المرتبه الثانيه عن شهاده الأصل، فلا تختص حجيتها بتلك المرتبه، بل الشهاده على الشهاده على الحكم حجه أيضا، وهي المرتبه الثالثه. إنتهى.

لكن هذا في الحكم الأول المستند إلى الشهاده على الأصل، وصاحب (المسالك) لم يتعرض للشهادة على حكم الحاكم الثاني المستند إلى الشهاده على الشهاده، والمستند إلى الشهاده على الحكم المستمر باستمرار الزمان، فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبه على الفرق بين الشهاده على الحكم، والشهادة على الشهاده، والمسالك نبه على قصور الشهاده على الشهاده عن الشهاده على الحكم بمرتبه، لكن الأول مشتمل على فوائد أكثر.

قال في (الجواهر): إن ما ذكره صاحب المسالك فرض نادر (1).

قلت: وليكن نادراً، فإن الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومه فيه أيضاً من باب اللطف.

وظاهر هذا الوجه هو التعليل لثبوت الحكم، وإذ ثبت ووصل إلى الحاكم الثاني وجب القبول والإنفاذ، لأن ملاك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور.

والوجه الثاني ما ذكره بقوله: « ولأنه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد » .

أى: الحكم بالإنفاذ موقوف على أمرين: أحدهما: قبوله الحكم، والثاني:

ص: ٤٦٩

كون الحكم واصلاً إليه بطريق مشروع، ولو لم يكن الوصول بالبينه مشروعاً لبطلت الحجج.

قال في (المسالك): لأن الحاكم يموت فيبطل حكمه (١).

قلت: يعنى إن الحكم لا يبطل بالموت، لأنه ليس كالوكالة مثلاً، بل المراد أن الحكم يبقى بلا أثر، إذ لا طريق إلى إثباته مع عدم اعتبار البيئه.

قال: فإن الشهود تصير طبقه ثانيه بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجج والانتفاع، وهلم جراً بالنسبه إلى الحاكم الثاني والثالث، فيستمر الانتفاع بالحججه.

أقول: يحتمل أن يكون مراده أن الشهاده على الإنفاذ يستمر أثرها، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهاده على الشهاده، فيكون فى المره الثالثه بلا أثر. والظاهر هو الأول.

هذا، ولا نصّ فى مورد هذا الوجه، بل هو مقتضى عمومات أدلّه القضاء ونفوذ حكم الحاكم.

والوجه الثالث: ما ذكره بقوله: « ولأن المنع من ذلك يؤدى إلى استمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتّصلت المنازعه » (٢).

أقول: إن الغرض من جعل الحاكم هو الفصل بين الخصومات، فلو لم ينفذ حكم الحاكم الأول من قبل الثانى لزم تفويت الغرض، ولكن تماميه هذا الوجه

ص: ٤٧٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩.

تتوقف على ثبوت حكم الأول بطريق مشروع.

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: « ولأن الغريمين لو تصادقا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم به الأول، فكذا لو قامت البينه، لأنها تثبت ما لو أقر الغريم به لزم» (١).

يعنى: إن إقرار المحكوم موجب لثبوت الحكم، وحينئذ يجب عليه ترتيب الأثر على الحكم، والبيهة تثبت ما يثبت الإقرار.

أقول: إن الحاكم الثانى عندما يريد إنفاذ حكم الأول، لا بد له من ثبوت الحكم عنده وثبوت وجوب الإنفاذ عليه.

وقد اشتملت هذه الوجوه الأربعة على دليل الأمرين معاً.

وقال صاحب (الجواهر) (٢) قدس سره: إن هذه الأدلة الأربعة يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث للإكتفاء بالشهادة فى إثبات حكم الحاكم، ومن آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأول، إلا أن الأولى الإستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجته البينه والقضاء بها، وفى الثانى إلى عموم حكم الحاكم، وأن الرادّ عليه رادّ علينا، وأن حكمه حكمهم، وما ندرى أن النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوش.

ويشكل عليه: بأن مقتضى الدليل عدم جواز الردّ، لا وجوب الإنفاذ.

وفيه: أن وجوب الإنفاذ هو مقتضى عمومات وجوب القضاء لفصل الخصومه.

ص: ٤٧١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠٨.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض وردّه:

قال المحقق قدس سرّه: «لا- يقال: فتوى الأصحاب أنه لا- يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا- العمل به، وروايه طلحه بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: إن علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا في حدّ ولا غيره، حتى وليت بنو أمية، فأجازوا بالبيّنات.

لأننا نجيب عن الأوّل: بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع، لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته.

ونحن نقول: فلا- عبره عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً، وإلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر رحمه الله في الخلاف (١).

ونجيب عن الرواية: بالطعن في سندها، فإن طلحه بترى والسكوني عامي، ومع تسليمها نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً، ولو شهد به فكأن الكتاب ملغى» (٢).

أقول: هذا جواب المحقق عمّا يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض إلى قاض.

فالأوّل: الإجماع، وقد أجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، وتوضيح الجواب هو: إن الإجماع إن كان، فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض آخر، لا عدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلاً، لا سيما مع إسهاد

ص: ٤٧٢

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٢٢٥، المسألة ٢١.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٧.

الحاكم إياهما حين إصداره الحكم.

وبالجملة، فإن معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنه كتاب، وأما مع ثبوت الحكم عند الثاني فلا ريب في وجوب إنفاذه.

والثاني: الروايتان. وقد أجاب عنهما بالطعن في السند، قال: فإن طلحه بترى والسكوني عامي (١).

قال: ومع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها، فإننا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهدا به، فكان الكتاب ملغى، بل عملنا هو بالحكم الذي قامت عليه البيه.

ومما يمكن الاستدلال به للمنع هو: إن حكم الحاكم الثاني خروج عن قانون القضاء، لأن أدله القضاء جعلت الميزان الشرعي المقرّر له في البيه واليمين، فإذا

ص: ٤٧٣

□
١- ١) أما طلحه بن زيد ففي (تنقيح المقال ٢ / ١٠٩) عدّه الشيخ رحمه الله تاره من أصحاب الباقر عليه السلام قائلاً: « طلحه بن زيد بترى ». وقال في (الفهرست ١٤٩ / ٣٧٢) « طلحه بن زيد له كتاب، وهو عامي المذهب إلا أن كتابه معتمد... ». قال جدنا رحمه الله « قد تفرد الشيخ رحمه الله بقوله: إن كتابه معتمد، ولم أقف عليّ من نطق به غيره، وذلك لا ينفع إلا فيما علم انه من كتابه، لأن النتيجة تتبع أحسن المقدمات. ونقل المولى الوحيد رحمه الله عن خاله - يعنى المجلسى الثانى - الحكم بكونه كالموتق. قال: ولعلّه لقول الشيخ رحمه الله كتابه معتمد، ويروى عنه صفوان بن يحيى ». وأما السكونى - وهو إسماعيل بن أبى زياد - فموجز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ١ / ١٢٧) أن الشيخ والنجاشى لم يتعرضا إلى مذهبه. لكن العلامة نصّ على كونه عامياً، بل نفى ابن إدريس الخلاف فى ذلك، ونوقش بعدم وجود عاميته فى كتب الرجال، وما ادعاه ابن إدريس لا دليل عليه، وأنه لا يبعد كونه فى تقيه شديده لاشتهاره بين العامه، وكونه من قضاتهم، لا سيما وأنه مذموم عندهم كما لا يخفى على من راجع كتبهم الرجاليه. هذا بالنسبه إلى مذهبه. وأما بالنسبه إلى رواياته، فعن الشيخ دعوى إجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقّه، ونقل عن المحقق توثيقه، وهو من رجال كامل الزيارات، لكن عن ابن بابويه: لا - أفتى بما ينفرد السكونى بروايته، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها.

حكم هذا الحاكم كان حكمه لا عن طريق البيئه واليمين.

والجواب عنه: إن المراد من حكم الثانى ليس إنشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكه زيد للدار أو زوجه هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الأول، وهذا فى الحقيقه إقرار وإثبات لحكم الأول وإنفاذ له، والظاهر اتفاق الأصحاب على وجوب إنفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الآخرين.

لا يعتبر الإشهاد فى هذه الشهاده:

ثم هل يعتبر فى هذه الشهاده أن تكون مع إشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقاً، أو مع حضورهما مجلس الحكم وسماعهما لفظ الحاكم؟

الظاهر: عدم اعتبار شىء من ذلك، فإن مقتضى إطلاق أدله حجيه البيئه سماع هذه الشهاده، ولا يعتبر فى قبولها الإشهاد، ولا حضور المجلس مطلقاً.

على أنا لا نجد فرقاً بين هذه الشهاده وغيرها، ودعوى عدم الخلاف فى اعتبار الإشهاد فى هذا المقام كما عن صاحب (الرياض) (1) قدس سره كما ترى، نعم، ينبغى قيام الحاكم بالإشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق قدس سره.

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس:

قال المحقق: « إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون

ص: ٤٧٤

الحدود وغيرها من حقوق الله» (١).

أقول: وعلى هذا، فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحدّ توقّف على ثبوت موجه عنده، بحسب الموازين الشرعيه المقرره للثبوت بالنسبه إلى كلّ موجب للحدّ، ولا يكفى ثبوته عند الحاكم الأول لأن يحكم به، نعم له إجراء الحدّ بعنوان تنفيذ حكم الأول، فإن للحاكم الأول إجراء الحدّ بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً كان المأمور أو مقلداً.

ودليل هذا القصر هو الإجماع، وقوله عليه السلام: «الحدود تدرأ بالشبهات».

وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكور بأنه لا شبهه مع قيام البيئه المعبره، فلا يدرء الحد.

ويمكن دفعه: بأن البيئه قامت عند الحاكم الأول، وقيامها تقتضى إلغاء الشك والشبهه، وأما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البيئه، فالشبهه باقيه بالنسبه إليه، فليس له الحكم.

ما ينهى إلى الحاكم:

قال المحقق قدس سرّه: «وما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما: حكم وقع بين المتخاصمين. والثانى: إثبات دعوى مدع على غائب.

أما الأول: فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم وأشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر، ثبت بشهادتهما حكم

ص: ٤٧٥

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده، لا أنه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر، إذ لا علم له بذلك، بل الفائدة فيه قطع خصومه الخصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة.

وإن لم يحضرا الخصومه، فحكى لهما الواقعة وصوره الحكم، سمى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم، ففيه تردد، والقبول أولى، لأن حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً» (١).

أقول: إن الذي ينهيه الحاكم الأول بالكتاب إلى الحاكم الثاني أمران:

أحدهما: الحكم الذي حكم به بين المتخاصمين، فإن حضر شاهداً الإنهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم في الواقعة، بل وأشهدهما على حكمه، ثم جاء فشهدا بحكم الحاكم الأول عند الثاني، فإنه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلى الثاني إنفاذه وفصل الخصومه المتجدده بين الخصمين في نفس تلك الواقعة، وليس له الحكم بصحة حكم الأول في الواقع، لأنه لا علم له بذلك، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم.

وإن لم يحضر شاهداً الإنهاء مجلس التخاصم، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعة، شارحاً صورها للنزاع وحضور المتنازعين عنده وصوره حكمه، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصه، وأشهد الشاهدين على حكمه، ففي ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثاني تردد عند المحقق قدس سره، لكن قال «والقبول أولى» قال في (الجواهر): «وفاقاً للأكثر، بل لم أجد فيه خلافاً، سوى ما يحكى عن الشيخ في الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوى الاجماع

ص: ٤٧٦

عليه، إلا أنى لم أجد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضى عدم جواز الإنفاذ فى غير صورته القطع، لأنه قول بغير علم، خرج ما خرج وبقي ما بقى» (١).

وقد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد (٢) - بخلاف مسأله الإنهاء بالقول مشافهه حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: « وأما القول مشافهه فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت، ففى القضاء به تردد، نصّ الشيخ فى الخلاف أنه لا يقبل» وهو كذلك، لما ذكرنا سابقاً من حجيه قوله فيما هو مرجوع إليه ومحول عليه ولا يعرف إلا من قبله، فإذا أخبر بأنى قد حكمت بكذا وأشهد الشاهدين على ذلك، كان إخباره حجه كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبه إلى الإنشاء المسموع منه، فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبه إلى إخباره عن ثبوت حكمه، وبذلك ينقطع الأصل الذى تمسك به المانعون.

قال المحقق: « وأما الثانى - وهو إثبات دعوى المدعى - فإن حضر الشاهدان الدعوى وإقامه الشهاده والحكم بما شهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الآخر، قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعه وأشهدهما بما صورته: إن فلان ابن فلان الفلانى، ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففى الحكم به تردد، مع أن القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهاده

ص: ٤٧٧

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٣١٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٦.

أقول: هذا هو الأمر الثاني، وهو أيضاً على قسمين:

فالأول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحاكم عليه، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم، وكان على الثاني إنفاذه.

والثاني: أن لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الأول بها وبحكمه فى الواقعه، مع ذكر اسم المدعى والمدعى عليه وتعريفهما، كأن يخبرهما ويشهدهما بما صورته: إن فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان ابن فلان الفلانى كذا، وشهد له بدعواه شاهدان عادلان وهما فلان وفلان، فحكمت وأمضيت، فهل يقبل الحاكم الثانى هذه الشهاده ويحكم بذلك؟ تردّد فيه المحقق، ثم رجّح القبول على نحو ما عرفته فى المسأله السابقه، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمّن للدعوى وشهاده الشهود، لكن لما كان الغائب على حجّته إذا قدم، فإنه ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه، وكذا غير ذلك مما له مدخله فى بقاء الخصم الغائب على حجّته.

هذا كلّه فى الحكم.

حكم إنفاذ الثبوت لو أخبر الأول به:

قال المحقق قدّس سرّه: «أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثانى، وليس كذلك لو قال «حكمت» فإن فيه تردّداً» (٢).

ص: ٤٧٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٨.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٨.

أقول: وأما لو أخبر الحاكم الأول الثانى بثبوت الدعوى عنده، أو قال بعد سماع الدعوى وشهادته الشاهدين « ثبت عندى كذا» فلا يجوز للثانى أن يحكم به أو يقول « ثبت عندى كذا» ، لعدم الثبوت عنده، ولا أن يقول: « أنفذت حكمه» لأن الثبوت ليس حكماً كى يندرج فى أدله الإنفاذ.

وبالجملة، فإن موضوع وجوب الإنفاذ هو « الحكم» لا « الثبوت» .

قال عليه السلام: « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله وعلينا ردّ، والرادّ علينا الراد على الله، وهو على حدّ الشرك بالله» (١).

اللهم إلا إذا حصل الإطمينان بثبوت الأمر عند الحاكم أو الحكام الآخرين وسائر الناس، ولذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الاستاذ (٢) بقوله: « ثبت عندى» . وكان رحمه الله لا- يحكم، لأنه لم يكن يرى - تبعاً لبعض مشايخه - ولايه للحاكم فى مثل ذلك.

ثم إنه قد ذهب بعض الأصحاب - على ما حكاه فى (المسالك) (٣) - إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه وهم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين وأشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا ليس من محل الضروره المسوّغه للإنفاذ المخالف للأصل.

وأجاب عنه فى (الجواهر) (٤) بأن ذلك ليس قولاً لأحد من أصحابنا، ولم نعرف أحداً حكاه غيره، وبأن الضروره المذكوره فى الدليل إنما هى حكمه أصل

ص: ٤٧٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦/١. أبواب صفات القاضى، الباب ١١.

٢- ٢) آيه الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدى قدس سرّه مؤسس الحوزه العلميه.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٥.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣١٦.

المشروعيه للإنفاذ، لا أنها علّه يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا، وبأن الضروره قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم الكون فى البلاد المتباعده من الحاكم الأول.

حقيقه الإنفاذ

هذاء، وليس « الإنفاذ » إرشاداً إلى العمل بحكم الحاكم الأول فقط، كما هو الشأن فى عمل نقله فتاوى الفقهاء وإرشادهم العوام إلى العمل بفتاوى مقلّديهم، بل إن المراد من الإنفاذ حكم الثانى بوجوب إطاعه حكم الأول ولزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع، بغض النظر عن صحته وسقمه، فله أن يقول: يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد وإن كنت لا أعلم بصحة هذا الحكم. هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم، والدليل عليه قوله عليه السلام: « فإذا حكم... » .

وليس من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولذا يكون فاصلاً للخصومه، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك.

لكن يمكن أن يقال: بأن للحاكم الثانى أن يجعل حكم الأول حجّه فى الحكم كما يحكم استناداً إلى البيئه مثلاً، فله أن يحكم فى أصل القضية حكماً من عنده استناداً إلى نظر الأول فى الواقعه وحكمه فيها، ولا ينافيه ظاهر الحصر فى قوله صلى الله عليه وآله وسلم. « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (١)، لجواز حمله على الحصر الإضافى، وقد أجاز ذلك المحقق النراقى (٢)، ومنعه المشهور

ص: ٤٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٢- (٢) مستند الشيعه ١٧: ١٠٢.

مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم، إذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلاً، وبأن المفروض جهله بملاك حكم الأول، فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه، وعلى هذا فليس له الحكم به، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع.

□
واستدل النراقي بأن حكم الحاكم الأول حكم الله في الواقعه، لأدله حجيه حكم الحاكم، فهو حجّه، وحيثنذ، فكما يجوز للحاكم الثاني الاستناد إلى البيّنه واليمين ونحوهما من الحجج، كذلك له أن يستند إلى هذه الحجّه، فيحكم على طبق حكم الأول حكماً مستقلاً، كما له أن ينفذه.

والأقوى ما ذهب إليه، إلا- أن يكون إجماع على خلافه، لكن الأحوط في المقام هو إنفاذ حكم الأول وعدم الحكم بنفسه في الواقعه.

صورة الإنهاء:

قال المحقق قدس سرّه: « وصورة الإنهاء: أن يقص الشاهدان ما شاهدها من الواقعه، وما سمعا من لفظ الحاكم، ويقولان: وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه، ولو أحالا على الكتاب بعد قراءته وقالان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك، جاز» (١).

أقول: أى إن تحقق الإنهاء يكون بشرح الشاهدين كلّ ما شاهدها من الواقعه في مجلس الحكم، من حضور المتخاصمين ودعوى المدعى وإنكار المدعى عليه ثم إقامه الأول البيّنه على دعواه، ثم بحكاية لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم والتصريح بإشهاده إياهما على حكمه.

ص: ٤٨١

ويقوم مقام هذا كله إحالتهما الحاكم الثاني على الكتاب الذي كتبه الحاكم الأول بالواقعه بعد قراءته وأن يقولوا: أشهدنا الحاكم أنه حكم بذلك.

قال المحقق: «ولابد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه، ولو أشتبته على الثاني أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» (١).

أقول: هذا من شرائط الإنهاء بالشهادة، فلا بد من أن يكون الأمر الذي يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشئونه بحيث ترتفع الجهالة عنه، فلو كان مورد الدعوى غضب مال مثلاً وأرادا الشهادة بذلك، لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعه، من زمان الغضب ومكانه وغير ذلك بحيث ترتفع الجهالة، وإلا لم يسمع الثاني شهادتهما، بل يجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتضح الأمر و يرتفع الاشتباه.

ولا خصوصيته لتوضيح المدعى - وإن قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى» (٢) - بل يكفي وضوحه من أينما كان، نعم، بما أن المدعى هو الذي يدعى شيئاً ويطلب من الحاكم النظر في دعواه، فهو المخاطب بإثبات ما يدعيه بطريق شرعي، كشهاده غير الأولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك.

وهل يعتبر في الإنهاء كونه إلى قاض معين أو يكفي توجه الكتاب إلى مطلق القضاة؟ حكى الأول عن بعض العامة، وفيه: إنه لا وجه لهذا التقييد، بل إن البيه حجه وإن لم يكن معها كتاب مطلقاً، فلا يختص الإنفاذ بالمكتوب إليه.

ص: ٤٨٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

حكم ما لو تغير حال الحاكم الأول:

قال المحقق: ولو تغير حال الأول بموت أو عزل، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه، ويقر ما سبق إنفاذه على زمان فسقه (١).

أقول: لا-ريب في نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط والصفات المذكوره في أول كتاب القضاء، ويعتبر كونه على تلك الصفات في حين إصداره الحكم، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عزل عن القضاء أو جنون أو عمى - بناءً على اشتراط البصر - أو غير ذلك، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه ووجوب إنفاذه على الحاكم الثاني، وقد استثنى المحقق تبعاً للمشهور من ذلك الإسلام والعدالة، وأنه يشترط بقاءه على ذلك بعد الحكم كذلك، فلو تغير حاله بكفر أو فسق لم يعمل بحكمه - وليس الأمر كذلك في سائر الامور المشروطه بالعدالة، كإمامه الجماعة والشهادة بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغير حاله بعد الحكم وقبل العمل.

أما إذا تغير حاله بعد العمل بحكمه، فلا ريب في عدم بطلان الحكم بذلك.

وهذا الذي ذكره جار في مورد فتوى المجتهد أيضاً، فلو أفتى بفتوى فمات، لم يقدح ذلك في العمل بفتواه، نعم في (الجواهر) : « الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداءً بفتاوى الأموات » (٢) وأما إذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد، فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده.

وهذا بخلاف ما إذا تغير حاله بفسق أو جنون، نعم، العمل الذي أتى به على

ص: ٤٨٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٠.

طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام، ويقرّ ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه.

وقد استدلّ لما ذكره المحقق قدّس سرّه بأمرين:

أحدهما: إن ظهور الفسق يشعر بالخبث الباطنى وقيام الفسق يوم الحكم.

والثانى: إنه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلاً، فلا يجوز العمل به وإنفاذه.

لكن كلا الأمرين واضح الضعف، ولا يقاومان إطلاقات الأدلّة، ومن هنا ذهب جماعة كالأردبيلي (١) والنراقي (٢) إلى عدم الفرق بين الفسق والموت، أخذاً بإطلاقات أدله حجّيه حكم الحاكم، إلا أن ذهاب المشهور إلى ما ذكره المحقق، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه، يمنعنا من الجزم بعدم الفرق.

وربما يؤيد المشهور بما ذهب إليه بعض الأصحاب من الفرق بين الفسق وغيره من الموانع فى بعض الموارد.

فمن ذلك: ما لو تغيّر حال الشاهدين بعد أداء الشهادة وقبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلاً، لم يقدح ذلك فى قبول الشهادة وترتّب الأثر عليها، بخلاف ما لو تغيّر بفسق فلا تعتبر.

ومن ذلك أيضاً: ما لو تغيّر حال شاهدى الأصل قبل الحكم بشهادة شاهدى الفرع، فإنه يمنع عن الحكم إن كان التغير بفسق، ولا يمنع إن كان بغيره.

ويؤيده أيضاً: جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق.

ص: ٤٨٤

١-١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢١٦.

٢-٢) مستند الشيعة ١٧: ١٠٢.

ولو وصلت النوبه إلى الأصل، فالأصل هو عدم جواز العمل والإنفاذ.

هذا كله بالنسبه إلى تغيير حال الحاكم الأول الكاتب للكتاب.

لا أثر لتغير حال المكتوب إليه

قال المحقق: « ولا أثر لتغير حال المكتوب إليه في الكتاب، بل كل من قامت عنده البيئه بأن الأول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام » (١).

أقول: إن أنفذ الحاكم الثاني الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما، لم يقدح ذلك في إنفاذه، وإن تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالإنفاذ، على المشهور، ومن المعلوم أن ذلك لا يقدح في حكم الحاكم الأول، بل كل من قامت عنده البيئه من الحكام بأن الحاكم الأول قد حكم به وأشهدهم على ذلك، عمل بها، لعموم دليل حجيتها، إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام، لأن حكمه حكم الأئمه عليهم السلام.

وهكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، وإن كان المخاطب بالكتاب حاكماً معيناً بمفرده.

ص: ٤٨٥

المسألة الأولى: (حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق: « إذا أقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه أُلزم، ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الإتفاق غالباً، فالقول قوله مع يمينه ما لم يقيم المدعى بينه، وإن كان الوصف ممّا يتعدّر اتفاهه إلا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر» (١).

أقول: لما قامت الشهادة، فإما يقرّ المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ما عليه بلا إشكال، وبلا خلاف كما فى (الجواهر) (٢).

وإما ينكر، وحينئذ، فإن كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه وعلى غيره - كما لو جاء فى الشهادة على الحكم بأن محمد بن أحمد مدين لفلان كذا، فإنه يحتمل الإتفاق على هذا الشخص وعلى غيره بكثره - سمع قوله مع يمينه، إلا إذا أقام المدعى بينه على أن هذا هو المقصود.

وعن بعضهم: بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك، كما فى المثال المذكور.

ص: ٤٨٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٩٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٢.

وإن كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاهه إلا نادراً - كما إذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفه الكذائيه والمهنه الفلانيه - لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه، بلاخلاف بين من تعرّض لذلك كما فى (الجواهر) ، وذلك لأنه خلاف الظاهر.

هذا، وفى المسأله تفصيل، لأنه إذا أنكر كونه المحكوم عليه، فتاره: يدعى المدعى كونه هو على التعيين، وحينئذ، ليس للحاكم الثانى إنفاذ حكم الأول فى حق هذا الشخص، بل تجرى أحكام المدعى والمنكر. وأخرى: يتردد المدعى بين هذا وشخص آخر يشترك معه فى الاسم والوصف، فإن كان هذا التردد من المدعى من أول الأمر، كان المورد من فروع مسأله الدعوى على المردد، كدعوى ولّى المقتول بأن أحد هذين قاتل أبى، وفى صحه هذه الدعوى بحث وخلاف، وبناء على صحتها، يطالب المدعى بالبينه، ومع عدمها يحلف الرجلان إن كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع تردّ اليمين على المدعى.

ولو شهد الشاهدان على معين، وحكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشتبه، فلا ريب فى صحه الحكم، فإن وقع الإشتباه من عدم ذكر الحاكم الأول للأوصاف والمشخصات بالتفصيل، جاء ما ذكره المحقق من أنه إن كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق... . بخلاف ما لو كان الوصف مما يتعدّر اتفاهه إلا نادراً وقد ذكره الحاكم الأول بالتفصيل، فإنه لا يلتفت إلى إنكاره، لأنه خلاف الظاهر، وإن كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلاً على غيره غير بعيد.

قال المحقق: « ولو ادعى أن فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب، كلف إباتته فى إثباته، فإن كان المساوى حياً سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم وأطلق الأول، وإن أنكر وقف الحكم حتى يتبين » (1).

ص: ٤٨٧

أقول: ووقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره - مع إنكار ذلك الشخص - في غاية الإشكال، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى كانت على كلى المسمى بهذا الاسم وقد صدر الحكم عليه كذلك، ثم اشتبه المصداق الحقيقي بغيره، لكن صحه الدعوى على الكلى المرّد محلّ خلاف. هذا كلّه مع كونه حيّاً.

قال المحقق: « وإن كان المساوى ميّياً وهناك دلاله تشهد بالبراءه، إمّا لأن الغريم لم يعاصر، وإما لأن تاريخ الحق متأخر عن موته، ألزم الأول وإن احتمل وقف الحكم حتى يتبين » (1).

أقول: وهذا أيضاً مشكل، بعد كون المدعى قد خصّ هذا الشخص في الدعوى، وأقيمت عليه الشهاده وصدر الحكم.

وقد فصّل بعضهم بين ما إذا ذكر الاسم والوصف، وكان الوصف محتملاً للاتفاق فيه مع غيره من أول الأمر، وبين ما إذا كان متعذراً اتّفاقه من أول الأمر ثم اتفق بعد ذلك، فحكم بالبطلان في الأول دون الثاني.

ص: ٤٨٨

المسأله الثانيه: (حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: « للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل: لا يلزم الإشهاد، ولو قيل: يلزم كان حسناً. . . » (١).

أقول: هذا لثلاً يطالبه ذو الحق به مره أخرى، والدليل على هذا الحكم: قاعده لا ضرر ولا ضرار، هذا إذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه، وأما مع عدمه وعلم المحكوم عليه بالحق فيما بينه وبين الله، فلا- كلام فى وجوب أداء الحق بالمطالبه، إذ ليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مره أخرى، ولو قيل: يلزم الإشهاد كان حسناً، حسماً لمادّه المنازعه أو كراهه لتوجه اليمين.

هذا، ولكن فى الحكم بجواز الامتناع من التسليم إلا- مع الإشهاد نظر، لأن أداء حق الناس واجب، والمماطله غير جائزه، غايه الأمر، إنه لو حدث نزاع بعد ذلك، ترافعا إلى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعيه، فمجرد احتمال حدوث النزاع مره أخرى لا يجوز تأخير أداء حق الناس، ففيما ذكروه تردّد، والله العالم.

ص: ٤٨٩

المسأله الثالثه: (عدم وجوب دفع الحجه على المدعى)

قال المحقق: « لا يجب على المدعى دفع الحجه مع الوفاء. . . وكذا القول فى البائع. . . » (١).

أقول: دليل عدم الوجوب: كون الحجه ملكاً له، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « الناس مسلطون على أموالهم » (٢) ولأنها حجه له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقاً.

ص: ٤٩٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢- ٢) عوالى اللئالى ١: ٢٢٢/٩٩. وعنه بحار الأنوار ٢: ٢٧٢/٧.

إشاره

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصه، وقد تعرّض الأصحاب قدّست أسرارهم لها في كتاب الشركه، وذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهه استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الأموال المشتركه بين الشركاء، لتوقف فصل الخصومه على القسمة في كثير من الأحيان.

مشروعيه القسمة:

ومشروعيه القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الاخرى ثابتة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم: «B وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ» (١) إذ الاستفادة من هذه الآيه المباركه إمكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمة، من دون حاجه إلى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقق الفرز وتعيين الحصص في المال، فالآيه ظاهره في تشريع القسمة، لأن تكون طريقاً للوصول إلى هذا الغرض وإلا قال - مثلاً -: وإذا حضر البيع أو الصلح. . .

وذكروا أيضاً قوله عز وجل: «B وَتَبَّئَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ» (٢) ولكن في دلالتها على تشريع القسمة نظر، لأن الماء كان لهم خاصه ولم يكن مشتركاً، وقد

ص: ٤٩٣

١-١) سورة النساء ٤: ٨.

٢-٢) سورة القمر ٥٤: ٢٨.

أمر سبحانه يجعل قسم من الماء للناقه.

ومن السنّه: ما روى من أن « عبد الله بن يحيى » كان قسّاماً لأمر المؤمنين (١) وقد قسّم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ خيبر على ثمانية عشر سهماً (٢)، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « الشفعه فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه » (٣). قال في (الجواهر): « وغير ذلك من النصوص، وإجماعاً بقسميه، بل ضروره » (٤).

ثم إن القسمه تاره: تكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض، واخرى: تكون قسمه مهاياها، بمعنى تقسيم الإنتفاع من الشىء المشترك بحسب الأزمنه، كالدائنه المشتركه بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً.

حقيقه القسمه:

ثم، إنه تاره يختلط مال اثنين بعضه ببعض، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان:

أحدهما: إنهما يشتركان فى المجموع بنحو الإشاعه، كما هو الحال فيما إذا ورث الأخوان هذا المجموع معاً. والثانى: إن كلّاً منهما يملك حقّه ومملوكه الواقعى فقط، وإذ لا طريق إلى التمييز فلا بدّ من التراضى بينهما بالتقسيم، بأن تنتقل عين مال كلّ واحد إلى الآخر فى مقابل عين ماله، فيكون فى الواقع تبديلاً.

ص: ٤٩٤

١-١) سنذكر ترجمه هذا الرجل قريباً.

٢-٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٣٣.

٣-٣) سنن البيهقى ٦: ١٠٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٦.

وتاره أخرى: يكون الإختلاط بين المالين موجباً لاشتراكهما بالإشاعة عند العرف، كأن تختلط حنطه هذا بحنطه ذاك، فلا يصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتمييز والإفراز والتعيين، والمراد جعل المال الذى يشترك الاثنان فى تملكه مفرزاً إلى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد.

قال المحقق قدس سرّه فى كتاب الشركه: وهى تمييز الحق من غيره (١)، وكذا قال فى (المسالك) (٢) و (الجواهر) (٣) بل نسب إلى المعروف بين الأصحاب، وعليه السيد صاحب (الوسيله) (٤) والأولى التعبير بالتعيين وفقاً للسيد صاحب (العروه) حيث قال: والأولى التعبير بالتعيين، لأن الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلك (٥)(٦).

نعم، فى مثال الشياه على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز.

فالأولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعين حق كل من الشريكين خارجاً، إذ المفروض أنهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل إلى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيماً عقلياً، فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلّى.

وأما احتمال أن تكون القسمة تعيين ما يملكه كل واحد من الشريكين خارجاً، بمعنى أن كل مال من الأموال المملوكة هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما

ص: ٤٩٥

١-١) شرائع الإسلام ٢: ١٣٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ٤: ٣١٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

٤-٤) وسيله النجاه: ٢٦٢.

٥-٥) العروه الوثقى ٢: ٢١٨.

٦-٦) قال السيد الاستاذ دام ظله فى حاشيه الوسيله: «فالمناسب فى تعريفها أن يقال: القسمة هى نقل سهم كل شريك من الحصه التى بيد شريكه بأزاء سهم شريكه فى الحصه التى بيده» .

مالكاً للنصف الثاني من المال الذي بيده بأزاء تملكه النصف الآخر من المال الذي بيد شريكه، فتكون القسمة في الحقيقة بيعاً، لأنها - على هذا - تبادل الأموال بعضها ببعض بحسب السهام، لكن الشريكين ينشآن القسمة ولا- نظر لهما إلى المبادله والمعاضه الواقعه.

فيضعفه: إنه إن كان المراد من النصف هو النصف المرّدد، فإن المرّدد لا- وجود له في الخارج، وإن كان المراد منه النصف المعين، فهذا خلف للفرض، ولو كان كذلك لم يكن حاجه إلى التقسيم، فيرجع الأمر إلى الكلّي ويكون من قبيل تعيين الكلّي في المصداق، نظير تملك الكلّي في المعين كالصاع من الصبره، إذ يتعين كلّي الصاع بالصّاع الذي يدفعه، وإن كان بين الموردين فرق من جهه أخرى، وذلك أنه مع تلف شيء من المال المشترك يكون التلف من كليهما، بخلاف ما لو تلف من الصبره مقدار، فإنه من مالكة، حتى إذا بقي منها صاع واحد كان لمستحقه ولم يشاركه صاحب الصبره.

وأما احتمال أن يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الأحد اللابعينه بناءً على أن الملكيه أمر اعتباري، فيجوز أن يباع الواحد المرّدد لأنه قابل للتملك كما يقبل الكلّي ذلك، نظير بيع ثمرة الشجره قبل وجودها، فيكون التقسيم في حقيقته إخراج كل فرد من حال عدم التعيين إلى التعيين.

ففيه: ما تقدم من أن الواحد المرّدد لا وجود له ولا حقيقه، والملكيه وإن كانت أمراً اعتبارياً، لكن يشترط في متعلقها أن يكون أمراً قابلاً للوجود في الخارج.

والتحقيق هو النظر في حقيقه الشركه، وبذلك يتضح معنى القسمة، والحاصل: إن التقسيم هو التعيين، لأن معنى الشركه هو تملك كل من الشريكين

للنصف مثلاً من المال بنحو الإشاعه، وحيث يراد إخراج الملك عن الإشاعه وتعين حق كل واحد من الشريكين، يقسم المال بحسب السهام، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلاً، فيتحصل أن معنى التقسيم إخراج المال عن حال كونه مملوكاً للشريكين بالإشاعه إلى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه، بتعيين مصاديق كل الأجزاء لكل منهما، وهذا الوجه أحسن الوجوه في هذا المقام.

حكم نصب القاسم

قال المحقق: « ويستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان (١) لعل عليه السلام » .

أقول: هذا الحكم لا ريب فيه كما في (الجواهر) (٢)، لأن نصب القاسم من المصالح العامه، وعن (القواعد) (٣) الاجماع عليه. وإن تعبيره ب « النصب » يفيد أن ذلك منصب من المناصب، ولازم ذلك أن يكون للقاسم ولاية على التقسيم كما للحاكم ولاية على الحكم، ويكون ما فعل نافذاً على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين، ولو لم يرض أحدهما

ص: ٤٩٧

١- ١) واسمه عبد الله بن يحيى كما في المبسوط ٨ / ١٣٣ وقيل إنه الحضرمي الذي ذكره في تنقيح المقال ٢ / ٢٣٣ عبد الله بن يحيى الحضرمي وقال: قد عدّ الشيخ الرجل من أصحاب أمير المؤمنين، وفي رجال البرقي إنه من أصحاب أمير المؤمنين الذين كانوا شرطه الخميس، وإن أمير المؤمنين قال لعبد الله بن يحيى الحضرمي يوم الجمل: أبشر يا ابن يحيى، فإنك وأباك من شرطه الخميس حقاً.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٦.

٣- ٣) لم اعثر عليه في القواعد وإنما نسب اليه في الجواهر ٤٠: ٣٢٦.

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه ولياً على الممتنع، وكان التقسيم نافذاً.

وإذ كانت القسمة منصّباً، وكان القاسم منصوباً من قبل الإمام أو الحاكم، لزم وجود الشرائط الآتية فيه: قال المحقق قدّس سرّه:

صفات القاسم:

« ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة » (١).

أقول: لا- شبهه ولا خلاف في اشتراط كونه بالغاً عاقلاً، إذ لا عبره بأفعال الفاقد للبلوغ والعقل، كما لا ريب ولا خلاف في اعتبار الإيمان والعدالة فيه، لأن صاحب هذا المنصب ذو ولاية، وقد قال الله عزوجل: «**B** لَا يَتَّأَلُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ » (٢).

قال: « والمعرفه بالحساب » (٣).

أقول: وكذا نحوه مما تحتاج إليه القسمة غالباً.

قال: « ولا يشترط الحرية » (٤).

أقول: ظاهر (الجواهر) الإجماع على عدم اشتراط الحرية في القاسم، فيجوز أن يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتمره بإذن المولى (٥).

قالوا: ويشترط فيه القصد، بأن يقسم المال ويفرز الحقوق مع القصد والإنشاء، كما يصدر الحاكم الحكم كذلك.

ص: ٤٩٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ١٢٤.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٠.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٠.

٥- ٥) جواهر الكلام ٤٠: ٣٢٧.

قال: « ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة » (١).

أقول: أما بناءً على عدم كون القسمة منصباً من المناصب، فإنه حيث يريد القاسم القسمة الإجبارية، فإن القدر المتيقن من القسمة النافذة قسمة المؤمن العدل، ولا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك به لأجل نفوذ قسمة مطلق القاسم، وأما قاسم الإمام ففي الخبر إنه كان من شرطه الخميس وكان مبشراً بالجنة.

وأما إذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين، فلا حاجة إلى العدالة والإيمان، إذ المفروض رضاهما بما يفعله - كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما - نعم، لا بد من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفاً، لأن عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد.

وقيل: لا مانع من أن يتصدى الصغير عملاً من باب مقدمه للتقسيم، كأن يكون أداه ووسيله لذلك.

وفيه: إنه لا- يتحقق الإيفاز إلا- بالتقسيم والقرعه، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم، وبالقرعه يتعين حق كل واحد من الشريكين، فالتقسيم إذاً عمل يترتب عليه أثر، فلا- يجوز أن يقوم به الصغير، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعه ليكون مقدمه يجوز قيام الصغير به.

إذن، لا بد من كونه مكلفاً بالبلوغ والعقل، ولكن لا يشترط فيه الايمان والعدالة، قال المحقق: « وفى التراضى بقسمة الكافر نظر، أقربه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم » (٢).

أقول: وما قرّبه هو الأقوى، فإنه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى

ص: ٤٩٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠.

صوره كونه معيناً منهما، وليس للقاسم سلطنه حتى يمنع، عملاً بقوله تعالى: «B وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» (١).

نعم، فيما قيل إنه منصب من المناصب الشرعيه كالقضاء مثلاً، وقيل إن له ولاية على المقتسمين، فلا بد له من الإيمان والعدالة، ويكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص أو العام أدام الله وجود نوابه في الأنام.

هل يشترط الرضا بعد القرعه؟

قال المحقق قدس سره: «والمنصوب من قبل الإمام تمضى قسمته بنفس القرعه، ولا يشترط رضاهما بعده» (٢).

أقول: لا خلاف ولا إشكال في ذلك، لما تقدم من تحقق الولاية له من جهة كونه منصباً، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً، كما ينفذ حكم الحاكم في حق المتخاصمين.

قال: «وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه. وفي هذا إشكال، من حيث أن القرعه وسيله إلى تعيين الحق وقد قارنها الرضا» (٣).

أقول: إنما الكلام في القاسم الذي رضياً بتقسيمه، ففي اشتراط رضاهما بعد القرعه قولان، ودليل الاشتراط هو: أن كلا منهما يريد التصرف في السهم الذي وقع له، فلا بد من رضاهما معاً بالتقسيم والقرعه بعدها حتى يجوز لهما التصرف، لأن ذلك هو القدر المتيقن، ولا يوجد إطلاق يؤخذ به في المقام. ودليل العدم هو:

ص: ٥٠٠

١-١) سورة النساء ٤: ١٤١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠ - ١٠١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٠ - ١٠١.

إن المفروض رضاهما بالقرعه، وهذا الرضا يكفي لجواز التصرف، لأن « الناس مسلطون على أموالهم » .

أقول: إن كان دليل السلطنة: « الناس مسلطون على أموالهم » مشرعاً جاز التمسك به لعدم الإشتراط، وإن لم يكن مشرعاً بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه وجواز تصرفه فيه بأنحاء التصرف في حدود الشرع المعينه من قبل الشارع فلا، لأن القدر المتيقن من الأدله الشرعيه لجواز التصرف حينئذ صورته الرضا بعد التقسيم والقرعه.

هذا، ولكن بناءً على ما تقرر من كون القسمة من الامور التي بها يفرز المال المشاع وتزال الشركه، فإنه يلزم رضى الشريكين، ويشترط كون القرعه بطيب النفس، وحيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعه، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهه، ففي البيع مثلاً- يشترط شروط، وحيث أُجريت صيغته البيع بشروطها لا- يشترط أن يقول كل من المتبايعين بعدها: رضيت، إذ لا دليل عليه، فالإشكال الذي ذكره المحقق قدس سرّه وارد، والأقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعه بعدها.

وهل يشترط القرعه؟

هذا، وعن جماعه القول بأن الأمر يتحقق بالقسمة عن تراض، وهي كافيه لتعيين الحقوق من دون حاجه إلى القرعه، لا سيما وأنه لا تعرض للقرعه في الأخبار، وأن القرعه لكل أمر مشكل، وأنه ليس في نصوص الشركه إشاره إلى أن زوالها يكون بالقرعه، بل لقد قال بعضهم بأن الأخذ بالقرعه هنا متابعه للعامه، وفي (المسالك): « بل ينبغي أن يتعين بتراضيهما على القرعه وتخصيص كل واحد

من الشركاء بحصته وإن لم يحصل القرعه، كما تصح المعاطاه في البيع، إلا أن المعاطاه يتوقف لزومها على التصرف من حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضاً منه بكون ما في يده عوضاً عن الآخر. أما القسمة فإنها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، وما يصل إلى كل منهما هو عين ملكه لا عوضاً عن ملك الآخر، فيكفي تراضيها عليها مطلقاً، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كالبيع معاطاه، واشترط في الدروس تراضيها بعد القرعه في غير قسمه منصوب الإمام عليه السلام مع اشتغالها على الرد خاصة (١)، وهو حسن، وفي اللّمعه: اکتفی بتراضیہما علیہا من غیر قرعہ مطلقاً (٢). وهو أجود، واختاره العلامة في القواعد (٣)(٤).

وقد أشكل على ما ذكر، بأن قياس القسمة على المعاطاه مع الفارق، لأن المعاطاه - بناء على إفادتها الملك وجواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين - بيع عند العرف، وقد أمضى الشارع ذلك، وأما القسمة فعنوان آخر، ولا يوجد في نصوصها إطلاق يفيد نفوذها ولزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل ولا حاجة إلى القرعه، وقوله تعالى: «B وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ» (٥) لا إطلاق فيه، ولا يبين كيفية القسمة، وحينئذ، فإن تحققت القسمة مع القرعه كانت المعامله متحققه

ص: ٥٠٢

١-١) الدروس الشرعية ٢: ١١٧.

٢-٢) الروضه البهيه ٣: ١١٧.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٠.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٦ - ٢٧.

٥-٥) سوره النساء ٤: ٨.

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقترع عليه؟ فيه إشكال، وحينئذ تستصحب الشركه.

وبناءً على لزوم الرضا بعد القرعه، يشترط رضاها حتى لو كان القاسم الإمام أو المنصوب من قبله، وحيث يكون التقسيم عن إجبار، يلزم رضا الحاكم لأنه ولي الممتنع.

عدم الفرق بين قسمه الرد وغيره:

ثم إن القسمه تاره: تشتمل على ردّ، وذلك عندما يخرج لأحد الشريكين النصيب الأوفر من الآخر، فيؤخذ شيء من صاحب الزيادة في مقابلها ويدفع إلى الآخر، لعدم إمكان تقسيم المال المشترك إلى سهمين متساويين، فيحصل التعديل بين الحقين، وأخرى: لا- تشتمل عليه، فبناءً على عدم اشتراط الرضا بعد القرعه، لا يفرق بين الموردین. وفصل بعضهم فاشترطه في الصورة الأولى، لأنه في تلك الصورة توجد معاوضه أخرى، وهى المعاوضه بين ما يؤخذ من صاحب النصيب الأوفر وما يأخذه من سهم الآخر، فلا بدّ فيها من رضا الطرفين.

والجواب - كما فى (الجواهر) (١)- أن قسمه الردّ قسم من القسمه المفروض إفرادها بالقرعه، وان استتبت وجوب الردّ على من خرج له النصيب الأوفر بها، فهو استحقاق آخر يتبع القسمه المزبوره، وليس هو معاوضه مستقلة خارجه عن القسمه كى يعتبر فيها التراضى، وسيأتى تفصيل الكلام على هذه المسأله حيث يعنونها المحقق قدّس سرّه.

ص: ٥٠٤

قال المحقق قدس سره: « ويجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة ردّ، ولا بدّ من اثنين في قسمة الردّ، لأنها تتضمّن تقويماً، فلا ينفرد الواحد به، ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك» (١).

أقول: أما في صورته عدم اشتغال القسمة على ردّ، فلا خلاف في كفاية القاسم الواحد، لتحقق القسمة به كما يتحقق البيع بالواحد، سواء كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم أو كان منصوباً من قبل الشريكين بأن يوكله في ذلك، وأما صورته اشتغالها على ردّ، فقد ذكر المحقق أنه « لا بدّ من اثنين ».

وفي (المسالك): القسمة إن اشتملت على ردّ فلا إشكال في اعتبار التعدّد في القاسم حيث لا يترضى الشريكان بالواحد، لأن التعدد يشترط في المقوم مطلقاً من حيث أنها شهادة (٢).

وقد أشكل في (الجواهر) على ذلك بوجوه:

الأول: ما سمعته من نصب على عليه السلام قاسماً واحداً.

الثاني: إن التقويم غير منحصر في قسمة الردّ، فإن كثيراً من الأموال المشتركة المختلفه كالحوانات ونحوها لا تقسم إلا بالتقويم وإن لم يكن فيها رد.

الثالث: إن التقويم لا مدخلية له في القسمة وإنما هو من مقدماتها (٣).

قلت: إن اطمأن الشريكان بأنه قد قسم بالعدل من جميع الجهات كفي

ص: ٥٠٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٢ - ٣٣٣.

القاسم الواحد، ولا حاجة إلى التقويم، سواء كانت القسمة عقداً أو إيقاعاً أو حكماً، على اختلاف الوجوه والأقوال - وإن كان كونها بالعقد أشبه - ولعلّه من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام إلى المقوم، ولذا لو قسم أحدهما برضا الآخر كفى، نظير ما ذهب إليه بعضهم من جواز تولّي الواحد لإجراء عقد النكاح وكالّه عن الزوجين، فإن قسّم القاسم وشك في كونه بالعدل، وذكر أنه قد قسم بالعدل، كان قوله متضمناً للشهادة، فلا بدّ من شاهد آخر معه، ولعلّ ذهاب المحقق والجماعه إلى لزوم التعدّد في صورته الاشتمال على الردّ، هو من جهة أن الغالب في مثل ذلك وقوع الإحتياج إلى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام في أجره القاسم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وأجره القسام من بيت المال، فإن لم يكن إمام أو كان ولا- سعه في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين» (1).

أقول: هذا بالنسبة إلى القاسم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام، فإن أجرته تكون على بيت المال، لأنه معدّ للمصالح وهذا منها، لكن ذلك يختص بصوره إجبار الإمام المتقاسمين على التقسيم، وأما وجوبها على بيت المال في المورد الذي لم يأمر فيه الإمام بالقسمة فبعيد، فكان الأولى التقييد بما ذكرناه، وحيث طلبا من الإمام عليه السلام إرسال القاسم لأجل التقسيم كانت الاجره عليهما، لأن عمله محترم وهما قد طلباه، فعليهما الاجره لا على بيت المال وإن كان فيه سعه.

وأما إذا طلب أحدهما دون الآخر، فأمر الإمام بالتقسيم، فهل عليه دفع ما

ص: ٥٠٦

يجب على الراضى منهما أيضاً من بيت المال؟ الظاهر هو العدم.

والمشهور ف بل ادعى الإجماع ف على أخذ الاجره من كليهما، وإن كان أحدهما ممتنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم و إجباره، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الأمرين - بقاء الشركه والتقسيم - على السواء، فأمر الحاكم بالتقسيم، قالوا: لأن التقسيم له أثر ونفع بالنسبه إليه أيضاً.

وفيه: إن توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شىء عليه، وتحقق الإجماع فى هذا الغرض بعيد.

وكذا لو رضى بالتقسيم من غير أن يطلبه، أو رضى الحاكم به من قبله، فإنه لا يجب عليه شىء إلا عدم الإمتناع عن التقسيم، وكذلك الحاكم إن رضى من قبله بالولاية. . . .

فالأقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الاجره على من طلب التقسيم.

هذا، ومقتضى القواعد كفايهرفع اليد عن المال وعدم وجوب تسليمه.

قال المحقق قدس سره: « فإن استأجره كل واحد بأجره معينه فلا بحث» (1).

أقول: إن استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لأجل التقسيم بأجره معينه، وجب عليهما معاً دفع الاجره، وإن استأجره كل واحد بالاستقلال وبأجره معينه قال المحقق: فلا بحث، وهو صريح فى الجواز.

وقد أشكل عليه من جهة أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما، فإذا استأجره أحدهما لهذا العمل لم يصح استئجار الثانى إياه له، لأن هذا العمل مملوك للأول،

ص: ٥٠٧

فكيف يأخذ مالاً بأزاء هذا العمل من الشريك الثاني؟ وبعبارة أخرى: إنه يتحصّل من إفراز سهم الموجر كون سهم الآخر مفروزاً كذلك، فيكيف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ما حصل؟

فإن قيل: فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلاً من طرف البائع للإيجاب، ومن طرف المشتري للقبول، في معاملة واحده؟

قلنا: إنه قياس مع الفارق، كما هو واضح.

وقد أشكل عليه أيضاً: بأن فرز مال أحدهما مقدمه لفرز مال الآخر، فإذا أوجر من قبل أحدهما كانت إجاره الثاني باطله، لأنها تكون على عمل وجب عليه القيام به بإجاره الأول من باب المقدمه.

لكن فيه: إن العمل واحد، غير أن الذى يتحصل منه أمران، وليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمه للآخر.

وقد ذكر في (المسالك) الإشكال الأول وقال: « وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرّف في نصيب الآخرين تردداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقيين، فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقيين، وحينئذ، إن فعل ما على كلّ واحد منهم بالتراضى فذاك، وإن أطلق عاد الكلام في كيفية التوزيع» (١).

وقد أشكل على هذا الجواب: بأن الإجاره للتقسيم المستلزم للتصرف في مال الشريك بدون إذنه، غير صحيحه، وأما إذا كانت الإجاره في مورد لا يستلزم

ص: ٥٠٨

التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالمًا بوزن المال أو مساحه الأرض مثلاً عاد الإشكال.

أقول: هذا كله بالنسبة إلى التصرف الخارجى، لكن الإفراز فى حد ذاته تصرف، فلا يجوز القيام به، ولا يتحقق إلا مع إذن الشريك، وحينئذ، تكون إجاره الأول باطله.

وكما يمكن أن يكون القاسم عالمًا بخصوصيات المال بحيث لا يحتاج إلى التصرف فى نصيب الشريك الآخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال، فيكون نظير ما إذا وكله فى شراء دار مثلاً، فإن معناه أنه إن رضى مالكةا وباعها فاشترها منه، وإما إذا لم يرض لغت الوكاله، فيكون كبيع الفضولى مع عدم إجازه المالك، فلو باع شخص مال غيره فضوله، أى أنشأ تمليكه الغير بدون رضى المالك، فإن هذا فعل لغو وليس حراماً، لأن المفروض عدم وقوع التصرف فيه.

وهنا، إن كان التقسيم فى الحقيقه إجاره مشروطه بإجازه الشريك، ففيل بعدم الصحه أيضاً، وقال فى (الجواهر): إذا كان إنشاء الإجاره مشروطاً بإجازه الآخر، فإن إجاره الأول باطله للتعلق، وإن كان إنشاءً مراعىً بإجازه الآخر - مثل بيع الفضولى - فإنه إنشاء منجز لكنه مراعىً شرعاً، فإن رضى الثانى بالإجاره تمت وأثرت الإجازه، فهذا معنى قول صاحب الجواهر: اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعىً صحتها بوقوع الثانى (1)، ولكن فيه: إن المراعى فى بيع الفضولى أن المالك يجيز نفس عمل الفضول، وهنا إن أجاز الثانى نفس عمل الأول كان عمله

ص: ٥٠٩

مضمئً بهذه الإجاره ولا يكون شريكاً معه فى الإجاره، وإن كانت إجاره الثانى بمعنى إنشائه الإجاره، عاد الإشكال، ولذا قال هو: والتحقق عدم صحه الثانى حيث تصح الاولى من دون مراعه للثانى مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً.

هذا، ولو وُكّل أحد الشريكين الآخر فى التقسيم، فاستأجر الشريك أصله عن نفسه ووكاله عن شريكه من يقسم المال، وجب عليهما معاً دفع الاجره.

قال المحقق قدس سرّه: « وإن استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجره لزمهم الاجره بالحصص، وكذا لو لم يقدرُوا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويّه» (١).

أقول: إدعى فى (الجواهر) إجماع الطائفة على مراعه الاجره بالحصص (٢).

واستدل له الشيخ قدس سرّه بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائة سهم والباقى للآخر، ويحتاج إلى اجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، وربما لا يساوى سهمه ديناراً واحداً، فيذهب جميع المال، وهذا ضرر، والقسمه وضعت لإزاله الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه (٣).

واستدل له (كاشف اللثام) بقوله: ولأن الاجره تزيد بزيادة العمل، والعمل يزيد بزيادة المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريباً، وأن تحمل المشقه أكثر، وكمن ردّ عبداً قيمته مائة، فعمله أزيد ممن ردّ عبداً قيمته خمسون، والغموض فى قله

ص: ٥١٠

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٥.

٣-٣ (٣) كتاب الخلاف ٦: ٢٢٩، المسأله ٢٦.

النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر (١).

وفى (القواعد) وغيرها احتمال التساوى، للتساوى فى العمل (٢)، فإنه ليس إلا إفرزاً أو حساباً أو مساحه، والكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض، وقله النصيب توجب كثره العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الأنصاء، فإن لم يجب على الأقل نصيباً من الاجره أزيد فلا أقل من التساوى.

قال فى (الجواهر): ولكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى وأبى حنفيه ومالك موافقتنا على ذلك، نعم، هو محكى عن أحمد بن حنبل، ونقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترك، فإن له الاجره بالحصص مع التساوى فى العمل (٣) ..

قلت: ومثله حمل المال المشترك من مكان إلى آخر، فإن له الاجره بالحصص.

لكن التحقيق اختلاف الموارد، وأنه لا تدور الاجره مدار نتيجة العمل فى كل مورد، مثلاً: لا يفرق فى الاجره بين حمل الحنطه وحمل الرز من مكان إلى آخر - مع وحده المسافه واتحادهما فى الوزن - وإن كان الرز أعلى من الحنطه، وصاحب المطبعه يطبع كل ملزمه من الكتاب بأجره معينه، فهو يأخذ أجرته فى مقابل عمله، من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلميه النفسه مادياً ومعنوياً، أو يكون كتاباً وضيعاً كذلك، ففى هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، وأما فى حمل المال المشترك أو تقسيمه، فالسيره العقلايه على النظر إلى نتيجة العمل بالنسبه إلى كل

ص: ٥١١

١-١) كشف اللثام ١٠: ١٦٨.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٦١، ايضاح الفوائد ٤: ٣٧٠.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٦.

واحد من الشركاء، فإذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسّمت الأجره عليهم بالحصص، لأن حرمان صاحب التسعه أعشار من الإستفاده من المال - لأجل الشركه - تسعه أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعه أعشار استفادته، فعليه تسعه أعشار الاجره.

فالحق هو الاستدلال بالإجماع وبقاعده نفى الضرر، كما عن الشيخ قدّس سرّه في (الخلاص) (١).

النظر في المقسوم:

قال المحقق قدّس سرّه: « وهو إما متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان، أو متفاوتها كالأشجار والعقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، لأن الإنسان له ولاية الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً» (٢).

أقول: قسّم المحقق قدّس سرّه المقسوم إلى قسمين، أى إلى المتساويه أجزاءه من حيث الوصف والقيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب والأدهان، وإلى متفاوتة أجزاءه كالأشجار والعقار، وقد حكم فى القسم الأول بجواز إجبار الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه، قال فى (الجواهر): بلا- خلاص أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الإتفاق عليه، ولعلّه العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمه المفروض شرعيّتها (٣)، وأما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى.

ص: ٥١٢

١- ١) كتاب الخلاص ٦: ٢٢٩

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠١.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٧.

قال المحقق: « ويقسم كَيْلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان وغيره، لأن القسمة تميز حق لا بيع» (١).

أقول: وحيث يراد التقسيم، فإنه يقسم المكيل والموزون وغيرهما كَيْلاً ووزناً وغير ذلك متساوياً ومتفاضلاً، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلك لأن القسمة - كما سبق في أول البحث - معاملة مستقلة يقصد بها تمييز حق أو تعيين حق، لا بيع، فلا يشترط فيها ما يشترط في البيع، من القبض في المجلس في النقيدين والعلم بالوزن والوصف وعدم الإشتغال على الربا، وحينئذ، فإذا قسم بالتساوي بحسب العين أو بحسب القيمة جاز، وإن كان مع الجهل بالوزن أو الوصف، ط وكذا لا يثبت في القسمة الخيار لأحد المتقاسمين.

قال ثاني الشهيدین: لو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى، وإليك نص كلامه:

« وأما قوله متساوياً ومتفاضلاً، فالأصل في القسمة أن تكون بنسبه الإستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين كان إفرازه نصفين، وإن كان بينهما أثلاثاً كان إفرازه كذلك، والتفاضل في الثاني بحسب الصورة وإلا فهو متساو حقيقه، لأن مستحق الثلث له فيما في يد صاحب الثلثين ثلثه ولصاحب الثلثين فيما في يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمة على هذا الوجه موجه للتسوية بينهما بالنظر إلى أصل الحق، وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زياده على حقه، فليس ذلك بداخل في حقيقه القسمة بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترك قوله

ص: ٥١٣

قال فى (الجواهر) : وفى أن معنى كلام المحقق هنا أنه لو فرض كون الاشتراك فى جَيِّد الحنطه وردئتها، بحيث كان المَنَّان من الردىّ يساوى المنّ الواحد من الجَيِّد، فلو أخذ أحدهما المَنِّين فى مقابل الواحد من الجَيِّد جاز ولا يلزم الربا، لأنه تقسيم أى تعيين لحق كلّ واحد وليس بيعاً، وإن 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 الجَيِّد والردىّ، فإن أخذ المَنِّين من الردىّ فى مقابل المنّ من الجَيِّد ليس تقسيماً إجبارياً، بل من التقسيم المشتمل على الرد (٢).

قال المحقق: « والثانى، إما أن يستتزر الكلّ أو البعض أو لا- يستتزر أحدهم، وفى الأول لا يجبر الممتنع كالجواهر والعضائد الضيقه، وفى الثانى: إن التمس المستتزر أُجبر من لا يتضرر، وإن امتنع المتضرر لم يجبر. . . » (٣).

أقول: هذا حكم المقسوم المتفاوته أجزاءه، وتفصيله أنه إما أن يستتزر كلّ الشركاء بقسمته أو بعضهم، أو لا يستتزر أحدهم.

أما الثالث، فالحكم فيه واضح، فإنه يقسم بلا كلام، وأما إذا كان المال مما

ص: ٥١٤

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٣٨.

٣- ٣) شرائع الاسلام ٤: ١٠١.

يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء، فلا- يقسم إلا- برضاهم جميعاً، ولا يجبر الممتنع منهم، بل لا يجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلا بد من التقسيم بطريق آخر من بيع أو صلح أو مهايه، وإن كان الضرر متوجهاً إلى بعضهم، فإن امتنع المتضرر لم يجبر، لقاعده نفى الضرر، وإن كان الملتمس للقسمه وهو المستضر أجبر من لا يتضرر، وعلى كل حال، فلا بد من أن لا يكون الضرر فاحشاً أو موجباً للسقوط عن المائيه، وإلا قسم بنحو آخر.

وإن استلزم بقاء المال على الشركه ضرراً أكثر من الضرر اللّازم بالتقسيم قسّم.

وأما إذا توقّف التقسيم على الردّ، قسّم المال كذلك بلا إجبار، كما سيأتي.

ولو كان الأقل ثمنياً أكثر مرغوبيه، فهل يراعى في القسمة جهه المرغوبيه أو يراعى جهه المائيه؟ وجهان مبتّان على حدّ دلاله قاعده لا ضرر ولا ضرار، فإن كانت رافعه لخصوص الضرر المالى، فالمفروض عدمه هنا لأجل التعديل بالقيمه، وإن قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى أيضاً، منعت التقسيم المضر بالغرض وإن لم يلزم الضرر المالى.

أقسام القسمة:

فظهر أن القسمة على قسمين: قسمة إجبار و قسمة تراض، وقد ذكر المحقق هذا بقوله: « ثم المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع وتسمّى قسمة إجبار، وإن تضمنت أحدهما لم يجبر وتسمّى قسمة تراض » (١).

فإن لم يكن فى البين ردّ ولا ضرر أُجبر الممتنع عن التقسيم، لأن الإنسان له

ص: ٥١٥

ولايه الانتفاع بماله، والإنفراد أكمل نفعاً، والمفروض عدم المانع من إعمال هذه الولايه، وهذه قسمه الإجبار، وإن كان هناك ردّ أو ضرر فلا يجوز إجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسم بأى نحو تحقق به رضا جميع الأطراف، وهذه قسمه التراضى. وعلى هذا الأساس قال المحقق: « ويقسم الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض » أى المتساويه الأجزاء قسمه إجبار، لأن المفروض عدم الضرر وعدم الردّ فيها « وإن كان ينقص بالقطع، لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمه » قال: « وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار » لأن التعديل رافع للضرر المانع من الإجبار.

لكن فى (المسالك): ومنهم من قسمها ثلاثه أقسام:

قسمه الإفراز، وهى أن يكون الشىء قابلاً للقسمه إلى أجزاء متساويه الصفات كذوات الأمثال وكالثوب الواحد، والعرضه الواحده المتساويه، ولا إشكال فى كون هذا القسم إجبارياً، مع بقاء الحصص بعد القسمه منتفعاً بها أو حافظه للقيمه كما مر.

والثانى: قسمه التعديل، وهى ما تعدل سهامها بالقيمه، وهى تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً:

فالأول - ما يعدّ شيئاً واحداً كالأرض التى تختلف قيمه أجزائها. . . ومقتضى عباره المصنف قسمه هذه إجباراً، إلحاقاً للتساوى فى القيمه بالتساوى فى الأجزاء، ويحتمل عدم الإجبار هنا لاختلاف الأغراض والمنافع، والوجهان جاريان فيما إذا كان الإختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد المختلف الأشجار، والدار الواحده المختلفه البناء. والأشهر الإجبار فى الجميع.

والثانى - ما يعدّ شيئين فصاعداً، وهو ينقسم إلى عقار وغيره:

فالأول، كما إذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً، ولهذا داراً.

ولا- يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران والحانوتان أم تباعداً، لشدّه اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنيه فيلحقان بالجنسين المختلفين... ولو كان بينهما دكاكين متلاصقه لا يحتمل أحدها القسمة - وتسمى العضائد - فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها، ففي إجبار الممتنع وجهان، أظهرهما العدم، وسيأتي.

وأما غير العقار، فإذا اشتركا في عبيد ودواب أو أشجار أو ثياب، فإما أن يكون من نوع واحد أو من متعدد.

فإن كانت من نوع واحد وأمكن التسويه بين الشريكين عدداً وقيمه، كعبدين متساويي القيمة بين اثنين وثلاث دواب متساويه القيمة بين ثلاثه، فالذى اختاره المصنف والأكثر أنه يجبر على قسمتها أعياناً ويكتفى بالتساوى في القيمة، بخلاف الدور لشده اختلاف الأغراض فيها... وفي القواعد: استشكل الحكم في العبيد (١). . . ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الإجبار هنا، والمذهب هو الأول (٢).

ولو لم يمكن التسويه في العدد، كثلاثه أعبد بين اثنين على السويّه أحدهما يساوى الآخريين في القيمة، فإن قلنا بالإجبار عند إمكان التسويه، فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمة، والثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض... .

ولو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بين اثنين قيمه أحدهما مائه وقيمه الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليخص من اخرجت له

ص: ٥١٧

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٢.

٢-٢) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ١٤٧.

القرعه الخسيس به ويربع النفيس، ففي إجبار الآخر وجهان مبنيان على المسأله السابقه، فإن قلنا: لا إجبار هناك فهنا أولى، وإن قلنا بالإجبار هناك فهنا وجهان، أصحهما: المنع، لأن الشركه لا ترتفع بالكلية.

ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفه، كالعبد التركي مع الهندي والثوب الابريسم مع الكتان مع تساويهما في قيمه، ففي إجبار الممتنع وجهان مرتبان، وأولى بالمنع هنا لو قيل به في السابق.

وكذا القول لو اختلف قيمتهما وأمكن التعديل.

ويظهر من المصنف وجماعه عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمه، فأما الأجناس المختلفه كالعبد والثوب، والحنطه والشعير، والدابه والدار، فلا إجبار في قسمه أعيانها بعضها في بعض وإن تساوت قيمتهما.

والثالث: قسمه الرد، بأن يكون بينهما عبدان، قيمه أحدهما ألف وقيمته الآخر ستمائه، فإذا ردّ أخذ النفيس مائتين استويا.

ولا خلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراضى، وسيأتى الكلام فيه، انتهى كلام الشهيد الثاني قدس سرّه (1).

أقول: وحاصله: أنه مع اختلاف الغرض لا- يجوز الإجبار، وإن أمكن التعديل في القيمه بلا- ردّ، قال في (الجواهر): وهو كما ترى، لا- نعرف له مدرراً ينطبق على أصولنا إلا دعوى حصول الضرر في بعض دون آخر، وهي مجرد اقتراح، وإنما صدر من العامه على أصولهم الفاسده.

ثم قال: اللهم إلا أن يكون في مختلف جهه الشركه فيه، بمعنى عدم الشركه في

ص: ٥١٨

مجموع آحاده وإن تحققت في أفراده بأسباب مستقلة، فإنه لا- جبر في قسمه بعض في بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فيه بالمعنى المصطلح وإن جازت بنوع من الصلح ونحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا إفراز، وذلك لأنه معها يكون له النصف من كلّ منهما مثلاً، ولا يجب عليه معارضه ما يستحقه في أحدهما بما لصاحبه في الآخر، إذ ليست هي بإفراز حينئذ، بخلاف ما لو كانت الشركه في مجموعه، فإن له حينئذ نصفاً منه وهو يمكن انطباقه على أحدهما.

ومن ذلك يظهر لك اعتبار الإشاعه في مجموع الأعيان المشتركه التي يراد قسمتها بعض في بعض، بل لا موضوع للقسمه في غيره ممّا آحاده مشتركه بأسباب مستقلة من دون شركه بمجموعه، وليس المراد في الأول اعتبار نصف المجموع مثلاً كي يرد حينئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترك دون بعض أو قسمه بعضه بالإفراز والآخر بالتعديل، والمعلوم خلافه نصاً وسيره، وإنما المراد زياده مصاديق النصفيه بملاحظه الشركه في المجموع على وجه يصح قسمته بعض في بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلاً، فتأمل فإنه دقيق نافع... إلى آخر ما ذكره قدس سرّه (١).

وملخصه: عدم إمكان القسمه بالقيمه في صورته اختلاف سبب الشركه، فلو اشترك أخوان في مال بالإرث وفي آخر بالشراء، كان النصف المشاع من كلّ واحد لكلّ واحد من الأخوين، وحينئذ، لا يقسم هذان المالان بأن يجعل بعضه في مقابل بعض بالقيمه، وظاهر كلامه يعم المثلى والقيمي معاً.

ولم يتضح لنا وجه هذا التفصيل، لأن كلّ مال مشترك بالإشاعه يكون

ص: ٥١٩

نصف كل جزء لهذا والنصف الآخر منه للآخر، حتى يصل إلى الجزء الذي لا يتجزء، من دون فرق بين اتحاد سبب الشركه وتعدده، وعلى هذا، فإنه تجعل المصدايق الخارجيه لكلى النصف ثم تعين لكل واحد بالقرعه، نعم، إن النصف الكلى لثما وراثه لا يكون مصداقاً لكلى النصف من المال الذى اشترياه، ولكن إذا قسّمت الأموال من حيث المجموع بلحاظ قيمه إلى قسمين، مع غض النظر عن سبب الملكيه، تحقق المصداق للمملوك، وبالقرعه يتعين المالك لكل نصف.

وعلى الجملة، إن اختلاف سبب الملك لا- يوجب اختلاف الملك، والسيره قائمه على التقسيم، من دون نظر إلى أسباب التملك، فإن ما تركه الميت لورثته بالإشاعه، ويقسم بينهم من دون نظر إلى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت لها.

قال المحقق قدس سره: « وإذا سألا القسمة ولهما بينه بالملك قسّم، وإن كان يدهما عليه ولا منازع لهما قال الشيخ فى المبسوط: لا يقسم (١)، وقال فى الخلاف: يقسم (٢)، وهو الأشبه، لأن التصرف دلالة الملك» (٣).

أقول: إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتاره: يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالإشتراك، وأخرى: تقوم اليينه على ذلك عنده، وثالثه: لا علم ولا بينه بل لهما يد على المال.

فعلى الأوّلين: لا إشكال ولا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال.

ص: ٥٢٠

١-١) صرح فى المبسوط بجواز القسمة. راجع المبسوط ٨: ١٤٧ - ١٤٨. ولم اعثر على منع القسمة فى المبسوط.

٢-٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٢، المسأله ٣٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

وعلى الثالث فعن (المبسوط): لا- يسمع قولهما بل يطالبان بالبينه على كون المال لهما، وعن (الخلاص) إنه يقسم وعليه المشهور (١)، واختاره المحقق بقوله: هو الأشبه، وفي (الجواهر): بل لعله لا خلاف فيه بيننا، بل قد يظهر من بعضهم الإجماع عليه (٢).

وجه المنع: احتمال كون التقسيم حكماً، والحكم يتوقف على البينه.

ووجه الجواز: إن اليد والتصرف دلالة الملك... وهذا هو المختار.

والإحتياط الذي ذكره صاحب (الجواهر) قدس سرّه ليس بلازم.

كيفية القسمة:

إن الحصص لا تخلو من أربع حالات، فتكون القسمة المحتاجة إلى التعديل على أربعة أقسام:

الأول: أن تتساوى الحصص قدرها وقيمه.

الثاني: أن تتساوى الحصص قدرها لا قيمه.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمه لا قدرها.

الرابع: أن تختلف الحصص قدرها وقيمه.

قال المحقق: «الحصص، إن تساوت قدرها وقيمه، فالقسمة بتعديلها على السهام، لأنه يتضمن القيمة، كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين (٣)... وهذا هو القسم الأول، وحيث يتحقق التعديل - كما

ص: ٥٢١

١-١ (١) كتاب الخلاف ٦: ٢٣٢.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٤٣.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

ذكر - تصل النوبه إلى القرعه لأجل تعيين حصه كل واحد من الشريكين، وسيأتى بيان كيفية القرعه.

قال: « وإن تساوت قدرأ لا قيمه، عدلت السهام قيمه وألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين» (1) وهذا هو القسم الثانى.

وأما كيفية القرعه: « فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدرأ وقيمه كما فى القسم الأول، أو قدرأ فقط كما فى القسم الثانى « فى رقعته ويصف كل واحد بما تميزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصوناً فى ساتر كالشمع أو الطين، ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله» .

أو « أن يكتب كل اسم» من اسمى الشريكين « فى رقعته، ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه، فله ذلك السهم» .

قال فى (الجواهر): والظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع وعدم الصون فى ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبوره، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى ويفعلان ما يفيد، وإن كان الأولى الاقتصار على المأثور والمعهود (2).

قلت: ومن ذلك عدم وجوب كتابه رقعتين، بل يكفى أن يكتب رقعته واحده عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعته على احدى الحصتين، فيكون ما خرج لصاحب الاسم، والحصه الثانيه للآخر.

ص: ٥٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٤٤.

قال المحقق: « وإن تساوت الحصص قيمه لا - قدرأ مثل أن يكون للواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمه أجزاء الملك متساويه، سويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً» (1) ويعطى لكل واحد سهمه، وتكون العبره بالتعديل من حيث القيمة، بأن يعطى لصاحب السدس ما يساوى سدس المجموع قيمه، ولا يكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحه مثلاً.

ص: ٥٢٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٢.

المسألة الأولى: (في الدار التي لها علو وسفل)

قال المحقق قدس سرّه: « لو كان لدار علو وسفل، فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز» (١) بلا خلاف ولا إشكال في (الجواهر) (٢).

قال: « وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» (٣) أي: لما تقدم من أن المانع من الإيجار هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم.

قال: « ولو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع» (٤).

أقول: قال في (القواعد): « بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل» (٥) أي كما في الوجه الأول المتقدم، وعلله « كاشف اللثام» بقوله: « لأن البناء تابع للأرض والعلو للسفل، فإنما يجبر على قسمه تأتي على الأرض، ولأن من ملك شيئاً من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة وهواه إلى السماء، فلو

ص: ٥٢٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٢.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٥-٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٤.

جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفلى عن الهواء والعلو عن القرار» (١).

قلت: مضافاً إلى أنه قد تحدث حادثه توقع النزاع بينهما كما إذا انهدم سقف السفلى، فإنه يقع النزاع بين مالك السفلى ومالك العلو فى تعميره.

وهناك وجه ثالث من التقسيم لا يجبر الممتنع فيه كالثانى، وقد ذكره المحقق بقوله: « وكذا لو طلب قسمه كل واحد منهما منفرداً» (٢) أو طلب قسمه أحدهما وبقاء الثانى على الشركه فامتنع الآخر عن ذلك.

وعلى الجملة، إن صور التقسيم مختلفه، والملاك العام ما ذكره المحقق قدس سره سابقاً من أنه: متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر، ومتى لم يلزم أجبر.

ص: ٥٢٥

١-١ كشف اللثام ١٠: ١٧٧.

٢-٢ شرائع الاسلام ٤: ١٠٤.

المسأله الثانيه: (فى قسمه الأرض التى فيها زرع)

قال المحقق قدس سره: « لو كان بينهما أرض وزرع، فطلب قسمه الأرض حسب، أُجبر الممتنع » (١).

أقول: وقد نقل هذا عن الشيخ، بل الظاهر أنه رأى المشهور، وفيه تأمل، لأنه إذا طلب أحدهما قسمه الأرض حسب فقال الآخر: لا، بل يقسم الكل، أى الأرض وما عليها، فلماذا يجبر هذا ولا يجبر ذاك؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق: « لأن الزرع كالمتاع فى الدار » (٢).

أقول: يعنى فرق بين الأرض والبناء وبين الأرض والزرع، فإن البناء تابع للأرض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فإنه لا يتبع الأرض بل هو كالمتاع فى الدار، فيجوز بيع الأرض مجرداً عن الزرع لعدم التبعية، كما تباع الدار ولا يباع معها المتاع الموجود فيها، ومن هنا، فإذا أراد أحدهما تقسيم الأرض وحدها أُجبر الممتنع، ولازم هذا أنه إذا طلب الآخر تقسيم الزرع أيضاً أُجبر الآخر على ذلك لفرض الاستقلال.

قال: « فلو طلب قسمه الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك

ص: ٥٢٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

بالسهام غير ممكن (1)، وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة» (2).

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف في إمكان التعديل وعدم إمكانه، لكن الزارعين - وهم أهل الخبرة بالتقسيم في جميع الحالات - إذا توقّفوا في كيفية التقسيم، يبيعون الزرع ويقسمون ثمنه.

قال: «أما لو كان بذراً لم يظهر، لم تصح القسمة، لتحقق الجهالة» (3).

أقول: لا خلاف في هذه المسألة، لأن البذر الذي يظهر من الأرض لا يمكن تقسيمه، لعدم المساواة بين الحب الموجود في هذا الجريب من هذه الأرض وبين الموجود في الجريب الآخر، وإن كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل جريب معلوماً، ولأنه لا يعلم الفاسد من غيره في البذر الموجود في هذه الأرض، فما ذهبوا إليه من عدم صحّة القسمة حينئذ هو الصحيح، بل لا عرفيه للقسمة في هذه الصورة.

قال: «ولو كان سنبلًا، قال أيضاً: لا يصح، وهو مشكل، لجواز بيع الزرع عندنا» (4).

أقول: قال الشيخ في (المبسوط): «فإن كان بينهما أرض فيها زرع، فطلب

ص: ٥٢٧

١-١) المبسوط في فقه الامامية ٨: ١٤١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤.

أحدهما القسمه، فإما أن يطلب قسمه الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فإن طلب قسمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها، على أى صفة كان الزرع، حباً أو قصيلاً (١)، أو سنبلاً قد اشتد، لأن الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسمه فالزرع مثله، وأما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. وأما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال:

إما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلاً، فإن كان حباً مدفوناً لم تجز القسمه، لأننا إن قلنا: القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، وإن قلنا: بيع لم يجز لمثل هذا، وإن كان الزرع قد اشتد سنبله وقوى حبه، فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصيل فيها كالشجر فيها، ولو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» (٢).

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيداً، وإن حاول صاحب (الجواهر) بيانه، فلاحظ وتأمل.

ص: ٥٢٨

١-١) القصيل ما قطع من الزرع أخضر.

٢-٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ١٤١.

المسأله الثالثه: (فى قسمه القرخان المتعدده)

قال المحقق: « لو كان بينهما قرخان متعدده، وطلب واحد قسمتها بعضاً فى بعض، لم يجبر الممنوع » (١).

أقول: لو كان بين الشريكين أملاك متعدده، مستقل بعضها عن بعض، بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال - بخلاف ما إذا كان التعدد - تعدد الغرف فى دار واحده، فإن العرف يرى الملك واحداً - فالمشهور عدم جواز الإيجابار على تقسيم بعضها ببعض، بأن تجعل قطعه من العقار فى مقابل قطعه، بخلاف ما إذا كان الملك واحداً، فلا مانع من جعل غرفه فى مقابل غرفه.

وهذا يكون فى الدور المتعدده، والأراضى المتعدده، والدكاكين المتعدده، والحبوب المختلفه كالحنظه والشعير، أما فى الثياب - مثلاً - فيجوز مع التعديل فى قيمه.

وكلمات الأصحاب فى عدم الإيجابار هنا مطلقه، أى سواء أمكن تقسيم كل واحد على حده أولاً، وسواء كانت متجاوره أولاً، وعن ابن البراج أنه قال: إذا استوت الدور والأقرحه فى الرغبات قسمت بعضها فى بعض. قال: وكذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حده جمع حقه فى ناحيه.

ص: ٥٢٩

وفى (الجواهر) التأمل فى تحقق هذه الشهرة، لكن الظاهر تحققها - كما فى (المسالك) - ولم ينقل الخلاف فى (المختلف) و (مفتاح الكرامه) إلا عن ابن البراج قدس سره، نعم، نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب (المدارك) (١).

وأشكل فى (الجواهر) فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعده إيصال الحق إلى صاحبه، فإن أمكن التقسيم لكل على حده بلا ضرر، فالمتعين تقسيم كل واحد، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض، وإن لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع، خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر الضيقه.

لكن وجه ما ذهب إليه المشهور هو: إن التقسيم عباره عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الآخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فإن كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، وأما إذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفاً كالغنم والإبل مثلاً فإن قلنا لأحدهما: أعط حَقَّك من الغنم فى مقابل حَقَّك فى الإبل، كانت معاوضه ومبادلته عند العرف وليس تمييز حق عن حق.

وبعبارة أخرى: إن أدله القسمه منصرفه عمّا إذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف، وإن موردها هو المال المتحد وإن كان له أجزاء متعدده كالدار المحتويه للبيوت المتعدده.

فهذا وجه ما ذهب إليه المشهور، وما ذهبوا إليه هو الأظهر.

قال المحقق: « ولو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر، وكذا لو كان

ص: ٥٣٠

بينهما حبوب مختلفه» (١).

أقول: هذا لا خلاف فيه كما في (الجواهر) (٢) ولا إشكال، لما تقدّم من أنه في كلّ مورد أمكن التقسيم بلا ضرر، أُجبر الممتنع عنه على ذلك.

قال: « ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت لبنتها» (٣).

أقول: أى لأن الأصل هو الأرض، والأشجار توابع كالأبنيه، كما عرفت سابقاً.

وعن الشيخ: ويفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاوره له، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحده، لأنه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعه فيه مما بقى، وأصل هذا وجوازه على الشفعه، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعه فهو الملك المجتمع، وكلّ ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاً متفرقه» (٤).

قلت: إن الشيخ قدس سرّه يعطى ملاك الوحده والتعدّد في هذا المقام بهذا الكلام، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور.

ولم يفرق المشهور في الملك بين المتّحد سبباً والمختلف كالشراء والإرث وهو الصحيح، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقاً.

ص: ٥٣١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٤ - ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٤-٤) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ١٤٥.

قال المحقق: « ولا تقسم الدكاكين المتجاوره بعضها فى بعض قسمه إجباره، لأنها أملاك متعدده يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده، فهى كالأقرحه المتباعده» (١).

أقول: وعن العلامه فى (الإرشاد) الحكم بأن الدكاكين المتجاوره يقسم بعضها فى بعض دون الدور والأقرحه (٢)، وظاهر (الجواهر) (٣) موافقته على ذلك قال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض والبناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، ولعلّه لذا حكم فى (الإرشاد) بالجبر، وهو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده. وفيه: إن الأرض التى عليها الشجر تكون أرضاً واحده عند العرف وإن كان شجرها مختلفاً، لأن الأشجار توابع للأرض، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض، وكذا الأمر فى الدار، لكن نظر العرف فى الدكاكين إلى البناء والأرض تابع له، ولذا يقولون: باع زيد الدكان، أما فى الأرض المشجره فيقولون: باع زيد الأرض.

مضافاً إلى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضه والمبادله، بخلاف الحال بالنسبه إلى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للإفراز عندهم دون ذاك.

ص: ٥٣٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢- ٢) إرشاد الاذهان ١: ٤٣٤.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٩.

الأولى: (لو ادعى بعد القسمه الغلط)

قال المحقق: « إذا ادعى بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه، فإن أقام بينه سمعت وحكم ببطلان القسمه، لأنه فائدتها تمييز الحق ولم يحصل، ولو عدمها فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط» (١).

أقول: لا فرق بين أن نأخذ (الغلط) بمعنى الإشتباه أو بمعنى عدم صحه التقسيم وإن كان عن عمد. وقوله (لم تسمع دعواه) أى مع عدم البيئه، ومن المدعى عليه الغلط؟ إنه القاسم، وقال ثانى الشهيدين: « لا فرق فى عدم سماع دعوى الغلط فى القسمه بمجردها بين كون القاسم منصوب الامام ومن تراضيا به وأنفسهما، لأصاله صحه القسمه إلى أن يثبت المزيل، ولأن منصوب الإمام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم» (٢).

قال المحقق الآشتيانى قدس سره: « وقد تنظر فيه الاستاد العلامه بأن مرجع

ص: ٥٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٥.

دعوى الغلط فى القسمه إلى إنكار أصل القسمه، فليس هناك قسمه مسلم الوقوع بين الشريكين قد وقع النزاع فى صحتها وفسادها حتى يحكم بصحتها، ولا- يتوهم جريان هذا الإشكال فى سائر المقامات أيضاً، بأن يقال إن مرجع نزاع المتبايعين فى صحه البيع وفساده إنكار أصل البيع، فإن البيع العرفى هناك متحقق مسلم الوقوع بينهما، وإنما يدعى أحدهما فساده من جهه عدم مراعاة بعض ما اعتبر فيه شرعاً، وهذا بخلاف المقام، فإن مرجع النزاع فيه إلى إنكار أصل القسمه العرفيه، ضروره أن القسمه من دون التعديل لا تسمى قسمه عرفاً أيضاً، والحاصل أن القسمه عباره فى العرف عن التمييز والإفراز حسبما عرفت سابقاً، فإن سلم وقوعها فلا معنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، وإلا فمرجع النزاع إلى أصل وقوعها» (١).

قلت: حاصل كلامه عدم انقسام القسمه إلى الصحيحه والفساده، بل أمرها يدور بين الوجود والعدم، وليس الأمر كما ذكره، بل فى القرآن الكريم: «Bتِلْكَ إِذًا قِسْمَةٌ ضِيزَى» (٢).

قال الآشتياني: « ثم أجاب دام ظلّه عن الإشكال المذكور بوجهين، أحدهما:

أن يكون المراد بالقسمه هى صورتها، لا القسمه الحقيقيه فيقال: إن الأصل صحّه ما وقع من صوره القسمه المسلمه بينهم» .

قلت: ولم يتّضح لنا معنى هذا الكلام.

قال: « ثانيهما: أن يكون المراد منها سبب القسمه، أى فعل القاسم الذى هو

ص: ٥٣٤

١- ١) كتاب القضاء للاشتياني: ٣٢٦.

٢- ٢) سورة النجم ٥٣: ٢٢.

سبب لتحقق التمييز، فإنه قد يقع ولا يترتب عليه التمييز والإنعزال، وقد يقع ويترتب عليه، وقد يقع ويشك في ترتيبه عليه، فالأصل الترتب نظراً إلى أصاله الصحه في الفعل الواقع من المسلم» (١).

وكيف كان: « فإن أقام بينه سمعت وحكم ببطلان القسمه» وذلك كما قال المحقق « لأن فائدتها تمييز الحق ولم يحصل» التمييز، لبقاء مقدار من حق أحدهما في سهم الآخر، وطريق إقامه البينه - كما في (المسالك) - أن يحضرا قاسمين حاذقين لينظر أو يمسخا ويعرفا الحال ويشهدا (٢)، فإن شهد القاسم - وآخر معه - بصحه القسمه قال العلامة: إن كان عمله بأجره فهو متهم وإن كان مجاناً اعتبرت الشهاده ووقع التعارض بين البينتين (٣)، لكنه مشكل - كما في (الجواهر) - لأن شهاده الإنسان في حق نفسه غير مسموعه، بل لا تقبل في عمل الغير الذي يرجع إليه، نفعه، نعم، يكون قوله حجه في صوره شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعه.

وكيفيه إقامه الدعوى عند الحاكم على القاسم أن يقول للحاكم: لقد قامت البينه عندي على وقوع الخطأ في القسمه فيقول له: أحضرها، كذا عن (مفتاح الكرامه) وقيل: لا تسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البينه، وهذا مشكل.

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينه، فإن كان له بينه وأقامها سمعت وترتب الأثر على ذلك.

ولو عدم المدعى البينه، فهل له التماس اليمين؟ قال المحقق: كان له... فمن

ص: ٥٣٥

١- ١) كتاب القضاء للأشتياني: ٣٢٦.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٥.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٥. ما نقل عن العلامة مفهوم كلامه لا صريح كلامه.

يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق: الشريك. وهل يحلفه مطلقاً؟ قال المحقق: لا، بل إن ادعى على الشريك العلم بالغلط.

وتوضيح ما ذهب إليه المحقق هو: إنه إن ادعى على الشريك علمه بالغلط - بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل - فإن أقرّ الشريك فلا كلام، وإن أنكر أحلفه الحاكم، فإن حلف على نفي العلم سقطت الدعوى، وإن نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول، وأما على القول بعدم كفايه النكول ردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبتت وإلا سقطت.

أما القاسم فلا- يحلف، لأنه إن حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير وهو المدعى عليه، وإن أقرّ لا يعتبر إقراره، لأن نفعه يعود إلى المدعى، والمفروض أن الشريك لا يصدقه.

فإن كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فلا يحلف بالأولوية.

وقال جماعه بجواز حلف الشريك على نفي الواقع، بل قيل إنه المشهور بين الأصحاب خلافاً للمحقق.

ولو أنهما قسّما المال بأنفسهما، فادعى أحدهما وقوع الغلط وأنكر الآخر، فلا يحلف المنكر مع عدم البيه إلا على نفي العلم بالغلط والاشتباه.

هذا كلام المحقق، وقد وافقه في (الجواهر) خلافاً للآخرين.

أقول: والحق ما ذهب إليه المحقق، لأن القاسم لا يحلف، لأن يمينه في حق الغير ولا يحلف الشريك على نفي الواقع، لأنه في فعل الغير، فتبقى اليمين على نفي العلم، وكذا الأمر فيما إذا قسما بأنفسهما، فإنه لا يمكن إحلاف الشريك على نفي الواقع، مع أن المدعى قد شاركه في هذا التقسيم حسب الفرض.

وقال المحقق الكنى ما حاصله (1): إن الغلط يكون تاره: بمعنى المصدر المبني للفاعل، وعليه، فلا يمكن إحلاف الشريك على نفي الغلط من القاسم، وأخرى: يكون بمعنى المصدر المبني للمفعول، فهنا يجوز إحلافه وله الحلف على نفي وقوع الغلط إن كان عالمًا، فمن قال بعدم الجواز، فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى. وبذلك يجمع بين القولين.

أقول: وبناء على كون (الغلط) بمعنى المصدر المبني للمفعول، يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك، كما إذا كان بنفسه دخيلاً فى القسمه أو ناظرًا لها، وحينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه، وكذا لو ادعى عليه وجود شىء من حقه فيما بيده من المال، فله أن يحلف على القطع والبت إن كان عالمًا وإلا ردّ.

ولعلّ هذا هو مراد من نصّ على جواز إحلاف الشريك وإن لم يدع عليه العلم.

ص: ٥٣٧

الثانيه: (إذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة، ولو كان فيهما بالسويه لم تبطل ط ولو كان فيهما لا بالسويه بطلت. . . » (١).

أقول: قال الشيخ قدس سرّه في (المبسوط): « إذا كانت يدهما على ضيعه ثلاثين جريباً فاقتسماها نصفين، فبان ثلثها مستحقاً، فإن المستحق يتسلم حقه، وأما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين، إما أن يكون معيناً أو مشاعاً، فإن كان معيناً نظرت فإن حصل في سهم أحدهما بطلت القسمة، لأن الإشاعه عادت إلى حق شريكه، وذلك أن القسمة تراد لإفراز حقه عن حق شريكه، فإذا كان بعض ما حصل له مستحقاً كان حقه باقياً في حق شريكه، فأما إن وقع المستحق في نصيبهما معاً نظرت، فإن وقع منه مع أحدهما أكثر مما وقع مع الآخر، بطلت القسمة أيضاً لما مضى، وإن كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه وينصرف، وكانت القسمة في قدر الملك الصحيح صحيحه، لأن القسمة إفراز الحق وقد أفرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه، هذا إذا كان المستحق معيناً، وأما إن كان

ص: ٥٣٨

فنقول: إذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما، ثم ظهر كون بعض المال مستحقاً لغيرهما، فتاره: يكون المال المستحق للثالث معيّنًا، وأخرى: يكون مشاعاً، فإن كان معيّنًا فهنا صور:

الأولى: أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الآخر، فهنا تبطل القسمة بلا إشكال ولا خلاف، لبقاء الشركة حينئذ في النصيب الآخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين.

والثانية: أن يكون المال المستحق في مال المتقاسمين كليهما بالسويّة، وهنا لا تبطل القسمة بلا خلاف ولا إشكال، لأن الغرض من القسمة - وهو إفراز كلّ واحد من الحقيين عن الآخر - حاصل، فالقدر المسلّم به زوال الشركة الكائنه بينهما بهذه القسمة، وأما كون الثالث شريكاً مع كلّ واحد، فهذا فيه بحث سيأتي. وما عن بعض العامة من احتمال بطلان القسمة هنا لتبعض الصفقه، ضعيف، لأنه مبني على أن القسمة بيع، وقد تقدّم أنها معامله مستقلة وليست بيع.

والثالثة: أن يكون المال المستحق فيهما لا بالسويّة، ففي هذه الصورة تبطل القسمة، لعدم تحقق الشرط في القسمة وهو التعديل بعد إخراج سهم الثالث. وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة، كما في الصورة الثانية، فلا حاجة إلى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقص في حصّه أحدهما بأخذ المال المستحق، ولم يظهر به تفاوت بين الحصّتين، مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، لوضوح

ص: ٥٣٩

بطلان القسمة حينئذ، لعدم تحقق التعديل.

وكذا الأمر لو ظهر في نصيب أحدهما عيب، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخير بين أخذ الأرش والفسخ بالإقاله. وفيه: إن أدلّه الإقاله لا تأتي في القسمة، لأنها ليست ببيع كما تقدّم (١).

وكذا لا يأتي في القسمة خيار الغبن لما ذكرنا.

ولما ذكرنا أيضاً: لا حرمه لما يحدثه أحدهما فيما بيده من بناء ونحوه لو ظهر الاستحقاق - بخلاف البيع، فإن ذلك له حرمه لو أراد الفسخ - فيكون نظير ما إذا بنى داراً على أرض ظاناً بأنها ملكه فبانت لغيره، فلا يستحق شيئاً على صاحب الأرض - إلا إذا كان مغوراً فإنه يرجع على من غره - نعم له نقل الأعيان التي تكون له مع الإمكان، وكذا لو استعار كتاباً ثم صحّحه ظاناً بأن ملكه، فليس له مطالبه أجره في مقابل عمله من مالكة.

نعم، لو كان الحاكم هو السبب في الضرر، أمكن القول بكون الضرر على بيت المال.

هذا كله إن كان المستحق معيناً.

قال المحقق قدس سره: « وإن كان المستحق مشاعاً معهما، فللشيخ قولان (٢):

ص: ٥٤٠

١- ١) اللهم إلا أن يقال بجريان عمومات الإقاله في كل معاهده، سواء كانت حاصله بالعقد أو غيره، لأن الإقاله هي بمعنى إزالة الأثر. فتأمل.

٢- ٢) قال الشيخ (المبسوط ٨: ١٤٢): « وأما إن كان مشاعاً في الكل، بطلت في قدر المستحق ولم تبطل فيما بقي، وقال قوم تبطل فيما بقي أيضاً، والأول مذهبنا، والثاني أيضاً قوى، لأن القسمة تميز حق كل واحد منهما عن صاحبه، وقد بان أنه على الإشاعه. والعلة الجيدة في ذلك أنهما اقتسماها نصفين وثلاثها لثالث غائب، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره، كانت القسمة باطله، ويفارق هذا البيع، لأن لكل واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكه. »

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق، والثاني: تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريك، وهو الأشبه» (١).

أقول: لو ظهر كون ثلث الأرض مستحقاً لغيرهما، فإن كان مع سهم كلا الطرفين، شارك كلا منهما فيما وصل إليه بالإشاعه، فالقسمه بين المقتسمين متحققه وليس الكلّ شركاء في الكلّ، لكن شركه الثالث معهما يتوقف على الإذن، وحينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمة التي أدت إلى هذه الشركه فضوله؟ الظاهر ذلك، كما إذا كان أخوان شريكين في مال فمات أحدهما، فقسم المال بين الباقي منهما وابن الميت، ثم ظهر للولد أخ، فإنه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً، ويستقل عمهما بالنصف الآخر، فإذا حضر الأخ وأجاز القسمة هذه صحّت، وفيما نحن فيه، إذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما، بمعنى انحلال الشركه الاولى وحدوث شركه جديده، فيكون نظير ما إذا قسم المال المشترك بين أربعة إلى قسمين يشترك كلّ اثنين منهما في قسم.

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف، وكان أحدهما يسوى عشرين ديناراً، والآخر يسوى عشرة دنانير، فلو طالب أحدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا، وتبقى ثلثه أرباع النفيس للآخر، فقد تبدلت شركتهما بهذه القسمة إلى نحو آخر من الشركه، ولما ذكرنا قال في (الجواهر) (٢): ربما ظهر من تعليل المصنّف وغيره الصحه مع الإذن، على أن تكون حصته مشاعه معهما، وحينئذ فلهوقها كاف.

ص: ٥٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٦.

وبالجملة: إذا أمضى يكون شريكاً مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعاً في الفرض المذكور أولاً، وهذا كله فيما إذا كان التقسيم بالتعديل، وإلا بطلت القسمة.

ولو كان في سهم أحدهما حيوان مثلاً، فتلف، فإن كانت القسمة صحيحة فهو في ملكه، وإن كانت باطلة ثبت الضمان، سواء كان التلف بسببه أو بسبب غيره، لأن المأخوذ بالقسمة الباطلة حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

ص: ٥٤٢

الثالثه: (لو قسم تركه الميت ثم ظهر عليه دين)

قال المحقق قدس سرّه: « لو قسم الورثه تركه ثم ظهر على الميت دين، فإن قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه، وإن امتنعوا نقضت وقضى منها الدين » (١).

أقول: مذهب المحقق قدس سرّه هو أن التركه تبقى على حكم مال الميت، فإن أدى الورثه الدين كان لهم المال، وإلا كان للديان أخذ التركه فى مقابل حقّهم، وبعبارة اخرى: إنه يتعلّق بالتركه حق الورثه، بأن تكون لهم بعد أداء دين مورّثهم، ويتعلّق بها حق الديان. بأن يأخذوها فى مقابل الدين إن امتنع الورثه عن أدائه، فتكون التركه مورداً لتعلّق حقّين طوليين، كالمال المرهون.

وقال العلامة فى (القواعد): « ولو قسم الورثه التركه وظهر دين، فإن أدوه من مالهم، وإلا بطلت القسمه، ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصّه من الدين، ولو اقتسموا البعض وكان فى الباقي وفاء، أخرج من الدين، فإن تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم إن لم تؤدّ الورثه » (٢) وحاصل العبارة: إن الورثه يملكون التركه ملكيه متزلزله، فإن أدوا الدين استقرّت وإلا أخذ الديان التركه.

ص: ٥٤٣

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٦.

وكيف كان، فإن قسّم الورثة التركة وظهر الدين، فتاره: يكون الدين مستوعباً لها، واخرى: لا يكون كذلك، فبناءً على مختار (القواعد) وبعضهم قد قسموا مالاً هو لهم، فالقسمة صحيحة، وحينئذ يتعلّق حق الديان - المتعلّق سابقاً بكلي التركة - بالسهم المتشخصه بالتقسيم والمتحققه خارجاً بيد كل واحد من الورثة، فإن أدوا جميعهم الدين فقد استقرّ ملكهم، وإن أدى بعضهم دون بعض، فقد استقرّت مالكيه من أدى دون من امتنع.

قد يقال: إن هذه التركة تكون كالمال المرهون الذى ليس لصاحبه، ولا يجوز للمرتهن التصرف فيه إلا مع إذن الآخر، فكيف تكون قسمة الورثة للتركة صحيحة بدون إذن الديان، حتى يتشخص بهذه القسمة متعلّق حقهم بعد أن كان كلياً؟

لكن يمكن الجواب عنه: بأنه لا مانع من التصرف غير المنافى لحق الديان، فإن أدله الإرث والقسمة تقتضى جواز التقسيم، ولا يعارض ذلك مقتضى أدله وجوب أداء الدين، غير أن متعلّق حق الديان أصبح شخصياً بعد أن كان كلياً، وهذا لا مانع منه، لأنه يكون نظير ما إذا أدوا نصف الدين قبل التقسيم وبقي النصف الآخر، نعم، لو كان الشأن بحيث إذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه إلا مع الإذن، بطلت القسمة وإن لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ما عليهم.

وعليه، فلو مات المورث وعليه الخمس، واقتسم الورثة التركة، فأدى بعضهم ما عليهم وامتنع البعض الآخر، فعلى التقدير الأول: يكون من أدى ما عليه بالنسبة - من المال الواجب أدائه من جهة الخمس الذى كان على الميت - مالكاً لما بيده، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيما بيده، وعلى التقدير الثانى: لا يجوز

لأحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله. إلا أن في هذا المورد بالخصوص نصاً يقتضى الوجه الأول (١).

إذن، يصح التقسيم بناءً على الملكيه المتزلزله إلا في الصورة المذكوره، وإن هذا المقدار من التصرف بدون إذن الديان لا مانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما إذا اشترى مالاً مع خيار الفسخ للبائع مده معينه، فلا مانع من أن يقسما المال بينهما، فإن أخذ البائع بالخيار في المده، استرجع ما في يد كليهما ولا إشكال فيه.

وأما على مبنى المحقق، فيشكل بأنه كيف تصح القسمة في مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع أنه للغير؟

وأجيب: بأن المال وإن لم يكن للورثه، إلا أنه متعلق لحق شرعى لهم، فحيث أدوا الدين تنتقل التركة إليهم وتكون ملكاً لهم، فهم في الحقيقه قد قسّموا مالاً متعلقاً لحقهم، ويملك كل واحد منهم ما وقع إليه، بأداء المقدار المتعلق من الدين به، ويكون الحاصل: صحه القسمة بالنسبه إلى من أدى وبطلانها بالنسبه إلى من امتنع، بمعنى عدم جواز تصرفه فيما وقع إليه لا بمعنى بطلان القسمة.

ولو ظهرت وصيّه تملكه بعد القسمة، فإن كانت بإنشاء تملك مال بعد الموت، فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له، فإن قبل كان المال ملكاً له، وإن

ص: ٥٤٥

□
١ - ١) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين. قال: يلزمه ذلك في حصته) وسائل الشيعه ١٩: ٣٢٤ / باب ٢٦ / إذا أقر واحد. وعن أبي البختری وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: « قضى على عليه السلام في رجل مات وترك ورثه، فأقر أحد الورثه بدين على أبيه: إنه يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك عليه من ماله كله. . . » التهذيب ٩ / ٣٧٢ (٢٣).

كانت وصيه بتمليك مال إليه، فإن ملكه الوصى كان ملكه، وإلا كان في حكم مال الميت، فلا يتصرف فيه أحد ولا يقسم بين الورثه.

ومحلّ الكلام فيما إذا قسّم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصيه التملكيه، ففي (الدروس) (1) و (المسالك) (2) إنه إن كانت الوصيه وصيه مال من غير إضافه لها إلى مال معين، كانت كالدين، وإن كانت مضافه كأن يوصى بدفع عشر ماله مثلاً، كانت كالمال المستحق في الحكم المذكور سابقاً.

أقول: جعلهم الوصيه في الصوره الاولى كالدين، فيه تأمل، لأنه في الدين ذمه الميت مشغوله، وأما إذا قال: إُدفعوا من مالي مائة أو ادفعوا هذه المائة، كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصى، لا باقياً في حكم مال الميت حتى يكون كالدين، ولا للوارث كما اختار صاحب (الجواهر) (3) في الدين، ولا يصح أن نعتبر الآن اشتغال ذمته بعد الموت، إذ لا عرفيه لذلك.

ولو أرسل وقال: إُدفعوا مائة، فإنه لا مناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له، فلو عادلته المائة عشر المال كان العشر له بالإشاعه، ويمكن أن يكون كالصاع من الصبره، وحينئذ، يكون لهم التصريف في المال، حتى إذا بقي المقدار الموصى به وانحصر الكلّي في الفرد، منعوا من التصرف فيه، لأنه ملك للموصى له.

بخلاف ما إذا كان بنحو الإشاعه، فلا يجوز التصرف في شيء من المال إلا بإذن الموصى له، لأن المفروض أنه يشار بهم في كلّ جزء جزء من المال. وكيف كان

ص: ٥٤٦

١-١) الدروس الشرعيه ٢: ١١٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٥٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦٨.

فليس هذا كالدين.

وبناءً على ما ذكرنا، يكون حكم قسمه هذا المال حكم قسمه المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث، وقد تقدّم الكلام عليه.

ولا- يبعد أن تكون القسمه صحيحه حتى لو كان مع التصرف المحرّم لعدم الإذن - نظير ما إذا غضب مالاً وباعه لنفسه معاطاه فضوله فأجاز المالك، فالبيع صحيح وإن كانت تصرفاته محرّمه، لجواز اجتماع الحكم التكليفي - وهو حرمة التصرف - مع الحكم الوضعي وهو الصّحّه. ولو كان مورد القسمه أرضاً فقشّموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الآخر، لم يجز لصاحب هذا منع الماء، ولو قسموا داراً كبيره لها بابان، فكان لكلّ من السهمين باب، فلا يجوز لأحدهما الدخول من باب الآخر - إلا مع إذنه - وإن كان هذا الباب أوسع أو أقرب، بخلاف ما إذا كان للدار باب واحد ولا يمكن إحداث باب آخر، فلا يجوز لهذا منعه.

هذا، وهل لوّلى الطفل أو المجنون المطالبه بالقسمه؟ إن كان في القسمه مفسده للموّلّى عليه، فلا ريب في العدم، وهل يكفي عدم المفسده أو يشترط وجود المصلحه له؟ قولان، ومع تساوى الأمرين ف الشركة وعدمها من حيث المصلحه، فهل يجوز له أن يطالب بالقسمه؟ قولان، وقيل: في هذه الصوره تكون أجره القسّام على الولى نفسه.

أقول: والأحوط أن لا- يطالب الولى بالقسمه إلا في صوره وجود المصلحه للموّلّى عليه، لأن الاجره تكون على الولى عليه لا على الولى.

وحيث يطلب الشريك القسمه ولا مفسده للمولى عليه، فهل يجبر الولى؟ الظاهر ذلك، وكذا العكس لكن عليه الاجره.

ص: ٥٤٧

تعريف المدعى:

اختلفت كلمات الأصحاب في تعريف « المدعى » الذي استفاض ذكره في نصوص كتاب القضاء، فعرفوه بتعاريف:

قال المحقق: « وهو الذى يترك لو ترك الخصومه » أى: هو الذى يخلى سبيله ويسكت عنه لو سكت عن الخصومه. وهذا التعريف للمحقق وجماعه بل قيل إنه المشهور.

« وقيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمراً خفياً » (١) أى: منافياً للظاهر الشرعى قال فى (الجواهر) « وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصه عن بعض، وبالمعطوف عليه خاصه عن آخر. وحينئذ تكون الأقوال أربعه » (٢).

وقد نوقش الأول بعدم الإنعكاس أو عدم الإطراد، فقد يترك المدعى الدعوى أو المدعى عليه وتبقى الخصومه، فلو أودع مالاً عند شخص فادعى رده عليه فأنكر صاحب المال، لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد.

وأجاب فى (الجواهر) بأن مطالبه المدعى باليمين والمنكر بالبينه لا يخرج المدعى عن كونه مدعياً، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص.

ص: ٥٥١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧١.

وفى (العروه) : إن هنا دعويين، احدهما: الإيداع عنده، والثانيه: دعواه الردّ، فلو ترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومه الثانيه، ولكن الاولى باقيه (١).

والمراد من « الأصل » فى التعريف الثانى هو القاعده الكليه، أعمّ من الأصل والأمارات كاليده والإستصحاب، فالأصل فى اليد دلالتها على الملكيه، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له أنت تدعى خلاف الأصل.

وقد يراد من « الظاهر » معنى غير « الأصل » ، كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا فى الدخول، فادّعت الزوجه وادّعى الزوج العدم، كانت دعوى الزوج مخالفه للظاهر.

ولو أسلم الزوجان، فادّعت الزوجه التقارن فالنكاح باق، وأنكر الزوج فهو باطل، فإن مقتضى الأصل هو عدم الإسلام المقارن، وأصالة عدم المقارنه مثبتة.

هذا، ولكن الأولى - وفقاً للجواهر - هو الرجوع إلى العرف فى تشخيص المدعى من المنكر، وفى مورد التداعى - حيث يصدق « المدعى » على كليهما - يطالبان معاً بالبينه، وحيث يشك يعين المدعى من المنكر بالقرعه.

وفى العرف: المدعى هو من يريد إثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم، أو يريد التخلّص من حقٍ لغيره عليه، كأن يدعى إرجاع الأمانه وتسليم الوديعه وأداء الدين.

فيكون الحاصل وجوب إقامه البينه على من كان عند العرف مدّعياً واليمين على من كان عندهم منكرًا، لأن الخطابات الشرعيه مثل « البينه على المدعى

ص: ٥٥٢

واليمين على المدعى عليه» أو «على من أنكر» ونحوها، ملقاه إلى العرف العام، وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الأحكام في هذه الموارد - وإن قيل بذلك في خصوص المدعى - فتشخيص الموضوع بيد العرف، نعم، قد يخطأ العرف في تشخيص موضوع من موضوعات الأحكام، وحينئذ لا- يوكل الشرع الأمر إلى العرف في ذاك المورد، بل يعين موضوع حكمه بنفسه، وهذا لا ينافي كون خطابه ملقاه إلى العرف.

فالتحقيق في المقام ما ذكرناه، ومن عرّف المدعى بنحو من الأنحاء المذكوره، فقد لحظ المعنى الأكثر انطباقاً في الموارد في نظره، وجعله عنواناً كلياً، وإلا فلا دليل في الكتاب والسنة ولا قرينه على تعيين أحد تلك التعاريف.

وحيث عين العرف المدعى - ولم يخطئه الشارع - توجه إليه الوظيفة الشرعية في إقامة الدعوى، سواء ترك المخاصمه لو ترك أولاً، وسواء كانت دعواه مخالفه للأصل أو الظاهر أو موافقه.

ثم إنه قد يختلف الأمر باختلاف مصب الدعوى.

ففي الإجاره مثلاً قد يدعى المستأجر وقوع الإجاره بمائه، ويدعى الموجر وقوعها بمأتين، فهنا كلّ منهما يدعى شيئاً وينكر ما يدعى الآخر، فيقع التداعى وعليهما البيئه، وقد يكون مصب الدعوى المأه المختلف فيها، وحينئذ يكون القائل بالمأتين - وهو الموجر - مدعياً وعليه إقامة البيئه، والمستأجر منكرأ وعليه اليمين، فإن أقام الموجر البيئه ثبتت المأه على المستأجر وإلا حلف وسقطت دعوى الموجر.

وفي الدين: إن طالب الدائن بالمال وأنكر المدين، كان الأول هو المدعى، وإن قال المدين: قد أدت الدين، انقلب مدعياً وكان عليه إقامة البيئه على الأداء.

وفى البيع، كأن يقول بعت بعشرين، ويقول المشتري: بل بعشره، أو يقول: بعتك بعشرين ديناراً من ذهب، فيقول المشتري: بل من فضّه، أو يقول: بعتك هذا الشيء، فيقول: بل وهبتنى إياه، وتظهر الثمره فى الفرض الأخير عند تلف العين مع الفساد، فإن كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ، وإن كان هبه فاسده لم يضمن.

ولو كان مورد المخاصمه هو الضمان، فهذا يدعى اشتغال ذمه الآخر وذاك ينكر، وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، ولا ينظر إلى الإختلاف فى عنوان المعامله وأنها كانت هبه أو بيعاً، أما إذا كان مورد النزاع هذه الناحيه، فإنه يقع التعارض بين الدعويين، لجريان أصاله العدم فى كلا الطرفين.

ومع الجهل بمصّب الدعوى ومورد المخاصمه يعين بالقرعه.

وكيف كان، فإن الملاحظ هو نظر العرف فى تعيين المدعى والمنكر، ويؤخذ بنظر الإعتبار مصّب الدعوى، إذ الأمر يختلف باختلافه كما مثلنا.

الشروط المعترفه فى المدعى:

(البوغ)

وكيف كان، فقد ذكر المحقق قدس سرّه الشروط المعترفه فى المدعى بقوله: « ويشترط فيه: البلوغ، والعقل، وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولايه الدعوى عنه، وما يصح منه تملكه، فهذه قيود أربعه، فلا تسمع دعوى الصغير» (1).

أقول: الشرط الأول الذى ذكره هو « البلوغ » ثم قال: « فلا تسمع دعوى الصغير » وعندنا فى اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق تأمل ونظر إلا أن يكون إجماع، لأن دعوى انصراف أدلّه القضاء عن دعوى غير البالغ، ضعيفه، لأن

ص: ٥٥٤

الغرض من نصب القاضى حفظ الحقوق والنظام، وإن الله عز وجل لا- يرضى بضياع حقوق غير البالغين، ومثلها دعوى أن المتبادر من أدلّه القضاء وسماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً، فإن فى تلك الأدله عمومات وإطلاقات تشمل الصغير قطعاً، كقوله تعالى: «**B**فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (١)، ومع وجود هذه الأدله لا وجه للتمسك بالأصل كما فى (المستند) (٢).

وأما قوله - فى توجيه عدم سماع دعوى الصغير - بأنه قد يحتاج إلى امور يشترط فيها البلوغ مثل إقامه البينه.

ففيه: إنه لا دليل على اشتراط البلوغ فى إقامه البينه، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعيه فلا وجه لعدم قبولها، والأدله الرافعه لآثار قول الصبى منصرفه عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب ونحوه، نعم، الإعتبارات المحتاجه إلى الإنشاء غير مسموعه منه، كما أنه إذا وصل الأمر فى المخاصمه إلى اليمين فلا يحلف ولا يحلّف.

وبعباره اخرى: البلوغ ليس شرطاً فى أصل الدعوى، فإن دعوى الصغير تسمع، لكن الامور المترتبه وأحكام فصل الخصومه وموازن القضاء، يشترط فى بعضها البلوغ، كالحلف والإقرار، فلا يحلف ولا يحلّف ولا يترتب الأثر على إقراره، وحينئذ، يقوم وليه مقامه فى هذه الامور، وبعضها لا يشترط فيه البلوغ كإقامه البينه، وحينئذ، يترتب الأثر لعموم الأدله، وانصراف « عمد الصبى خطأ» (٣) ونحوه عن مثل ذلك.

ص: ٥٥٥

١- ١) سورة ص ٣٨: ٢٦.

٢- ٢) مستند الشيعة ١٧: ١٤٤.

٣- ٣) كتاب الخلاف ٢: ٣٦١/١٩٧، ٥: ١٧٥/٣٩.

بل قال المحقق الكنى قدس سره (١): إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلة واعتبروا قول الصبي في موارد، كقبول قوله في إنبات الشعر بالعلاج، وكما لو أوقع معامله فقال البائع بطلانها لكونه صغيراً فأدعى البلوغ فإنه تسمع دعواه ويحكم بصحة معامله. نعم، إن كان متعلق دعواه مالا فلا تسمع، لأجل الصغر، لأنه لا سلطنه له على مال، فلا سلطنه له على دعوى متعلقه بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لا من جهة أن الصبي مسلوب العبارة، لكن الدعوى ليست من شؤون المطالبة بالمال، فإنه إذا أثبت المال بالبينه أمكن أن يباشر المطالبة وليه أو الحاكم نفسه، وليس إثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنه له على المال، ولذا يجوز للأجنبي أن يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك في الحقيقة كالكشف لأمر مخفي.

إشتراط العقل:

قال المحقق: « ولا المجنون » (٢).

أقول: الشرط الثاني الذي ذكره المحقق وغيره هو « العقل »، ويدل على اعتباره ما دلّ على اعتبار البلوغ، لكن مقتضى عمومات أدله القضاء سماع دعواه في غير التصرفات الممنوعه، كما إذا ادعى على شخص أنه جنى عليه، فإن الشارع لا يرضى بالجنايه على المجنون ولا يترك الجاني عليه من غير مؤاخذه وعقوبه.

وعن المحقق الأردبيلي قدس سره وجماعه (٣) اشتراط كونه رشيداً، فلا

ص: ٥٥٦

١-١ (١) كتاب القضاء: ٤٢٥.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

١-٣ (٣) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٥.

تسمع الدعوى من السفیه، بل عن (المعتمد) دعوى الإجماع علیه، لكن الأدله القائمہ علی وجوب إحقاق الحق وحفظ الأموال والنظام تقتضى وجوب سماع دعواه، نعم لا- تسمع فی الدعاوی المتعلقه بالمال، بل إن دعواه فیها تسمع أيضاً، لأن الدعوى وإثبات الحق شیء والتصرف شیء آخر. وأما دعوى الإجماع علی هذا الشرط، ففيها منع واضح.

أن لا يدعى مالاً لغيره:

قال: «ولا دعواه مالاً لغيره إلا أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (١).

أقول: إدعى فی (الجواهر) (٢) عدم الخلاف فيه، لكنهم يحكمون بسماعها فی بعض الموارد وهو ليس واحداً ممن ذكر، فلو غضب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم، وقيل فی الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه.

قلت: وبغض النظر عن حكمهم بالسماع فی هذه الموارد، فإنه لا مانع من أن يدعى الإنسان حقاً لغيره ما لم يستلزم التصرف فيه، ودعوى انصراف «B فَاخُكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ» (٣) عنه، غير مسموعه، اللهم إلا أن يقال بأن الدعوى نفسها تعتبر تصرفاً فی مال الغير، وعليه، فيشكل أن يبادر إلى الدعوى أخذاً بشاهد الحال واعتماداً علی إذن الفحوى من المالك، لأن الفحوى وشاهد الحال لا يشملان هكذا تصرف اعتبارى، بل يتوقف سماعها منه علی الإذن الصريح من المالك.

ص: ٥٥٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٧.

٣-٣ (٣) سورة ص ٣٨: ٢٦.

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك وذويه، فالظاهر الاستماع في ما لا يستلزم تصرفاً في ماله من غير ولاية ولا وكالة، لانصراف أدله المنع حينئذ، والقدر المتيقن من الإجماع غيره.

ثم إن المشهور قيام الوكيل والوصى والولى مقام صاحب المال في جميع مراحل الدعوى، واستثنى بعضهم إحلاف المدعى عليه، إلا أن مقتضى عمومات أدله الولاية والوكالة والوصاية... هو جواز الإحلاف أيضاً، كما عليه المشهور.

أن لا يدعى ما لا يجوز تملكه:

قال المحقق: «ولا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً» (١).

أقول: ويشترط في الدعوى أن يكون موردها أمراً جائزاً شرعاً وعقلاً، فلا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً ونحوهما مما لا يصح تملكه له، ولا تسمع دعواه زوجته احدى محارمه، وقيل: له دعوى الأولويه بالخمر مثلاً لأجل فائده محلله، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلاً، أو يأخذ العذره للتسميد، كما لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام، أو يدعى ثمنها على مستحلها بناءً على جواز بيعها ممن يستحلها، والدليل على الجواز عمومات أدله القضاء بعد عدم تمامية دعوى انصرافها عن مثل ذلك.

ص: ٥٥٨

قال المحقق قدس سره: « ولا بد من كون الدعوى صحيحه لازمه، فلو ادعى هبه، لم تسمع حتى يدعى الإقباض، وكذا لو ادعى رهناً» (١).

أقول: مثل بالهبة قبل الإقباض وبالرهن قبله، للدعوى غير الصحيحه اللازمه، لأن الموهوب ما لم يقبض لم يملك، وفي الرهن قال المحقق: « وهل يشترط في الرهن القبض؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح» (٢).

أما اشتراط كون الدعوى صحيحه، فدليله واضح، فلو ادعى الهبه وأقر المدعى عليه لم يلزم بشيء، بل لا بد من أن يدعى هبه صحيحه كأن يقول له: وهبني ذلك وأقبضتني إياه.

وأما اشتراط كونها لازمه، فإن الهبه إذا لم تكن إلى ذى رحم - وكانت العين باقيه - جاز للواهب الرجوع حتى مع الإقباض، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لو ادعى عليه الهبه فأنكر، إذ يكون الإنكار رجوعاً، نظير ما إذا أنكر الزوج الطلاق، فإن إنكاره رجوع.

وبالجملة، فاشتراط الصّححه لا ريب فيه، ولذا لو قال: هذه ثمره نخلى، لم تسمع، إذ يمكن أن لا تكون ملكه، إلا إذا صرح في دعواه بكونها ملكاً له كما سيأتي، لكن عن المحقق الأردبيلي الإشكال في اشتراط اللزوم، فقد قال رحمه الله: « ما المانع من أن يدعى الصّحه أولاً فيثبتها ويدعى اللزوم؟ ثم أنه يرد عليهم مثله

ص: ٥٥٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٢: ٧٥.

فيما إذا ضمَّ إليها دعوى القبض، إذ لعلَّ الموهوب له أجنبي، على أنه يرد مثله في دعوى البيع، إذ على هذا لا بدَّ من دعوى انقضاء المجلس أو الأيام الثلاثة في الحيوان، ولا قائل به» (١).

وأورد عليه في (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الصحَّه بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدعى عليه، ضروره رجوع ذلك إلى التهيؤ للصححه مع تمام ما يعتبر فيها، وهبه الأجنبي مع القبض صحيحه ويترتب عليها الأثر وإن جاز له الفسخ، فإن المراد باللازمه المقتضيه للاستحقاق على المدعى عليه، لا كون المدعى به أمراً لازماً على وجه لا يكون به خيار للمدعى عليه. . . » (٢).

قلت: والصحيح أنه ليس الإنكار فيما نحن فيه رجوعاً كالطلاق، فإن الحكم المذكور يختص بالطلاق، ولذا لا يكون إنكار البيع فسحاً له، والقول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد، إلا أن يكون هناك إجماع.

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود؟

قال: « ولو ادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينه، فادعى علم الشهود له، ففي توجه اليمين على نفى العلم تردّد، أشبهه عدم التوجه، لأنه ليس حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردوده، ولأنه يثير فساداً» (٣).

أقول: لو لم يكن مورد الدعوى مالاً كقوله: لى عليك كذا من المال، ولا سبباً كالبيع كقوله: هذا المال الذى بيدك قد بعته إياه، بل ادعى أمراً له فيه نفع من حيث

ص: ٥٦٠

١-١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٧، بتفاوت. وعنه جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٧٨.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦.

إثبات حق له أو إسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند إليهم المدعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم.

أما لو ادعى فسق الشاهدين، فله طرح دعواه عند نفس الحاكم، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فإن كان له بينه أقامها، وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، وكذا لو تمكّن من إثبات كذب الشاهدين، أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى... لكن لا يسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهادة. وإن لم يكن عنده بينه، فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟

إن أقرّ بذلك، فلا إشكال فى أنه يؤخذ بإقراره، ولا يجوز له الاستناد إلى الحكم فى أخذ ما يدّعيه على المنكر، وإن لم يقر، فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومه، نعم، مع علم المدعى بفسق الشاهدين لا يجوز له ترتيب الأثر مع تردده فى كون مورد الدعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك، فحيث يحكم الحاكم له وهو لا يقرّ بفسق شهوده يجوز له التصرف.

وحيث، فلو ادعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين، لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجه على المدعى اليمين بنفى العلم، كما لا يثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا باليمين المردوده على المنكر، لأن توجه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقاً لازماً للمنكر، ولأنه يوجب التزلزل فى الأحكام الصادره من الحكام ويؤدى إلى التسلسل.

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلفه، لأنها دعوى فتشملها عمومات « البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه » (1)، ولأن لها أثراً بالنسبه إليه.

ص: ٥٦١

وفيه: إنه إذا لم يلزم علمه بفسق شاهديه زوال الحكم الصادر، لم يكن للمدعى عليه اثر فى دعوى علم المشهود له بفسق الشاهدين، فلا تسمع هذه الدعوى.

وأما لو ادعى فسق الحاكم، وكان له بينه، فله أن يطرحها عند حاكم آخر، قيل: ويشترط أن يصرح فى طرحه الدعوى على فسق الحاكم الأول بوجود البينه، كأن يقول له: عندى شهود على فسق فلان الحاكم.

وأما مع عدم وجود البينه فلا تسمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً، وفاقاً للمحقق قدس سره، فإنه لا يبطل الحكم بحال، نعم، فى دعوى الزوجية لو أقام البينه وحكم له، ثم ادعت عليه المرأة - قبل الحكم أو بعده - العلم بفسق الشاهدين فأقر، لم يجز له الأخذ بهذا الحكم، وأما لو كان متيقناً بأنها زوجته، وجبت عليه النفقة مع المطالبة، أخذاً بإقراره وإن لم يجز لها إلزامه، لفرض بطلان الحكم بفسق الشاهدين.

هل يجب إجابته المنكر لو التمس اليمين من المدعى؟

قال المحقق قدس سره: « وكذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمه إلى الشهاده، لم يجب إجابته، لنهوض البينه بثبوت الحق»
(١).

أقول: إن للمنكر أن يرضى بيمين المدعى، فإن حلف فهو، وإن اختار إقامة البينه كان له ذلك، ومع إقامتها لا يسمع طلب المنكر يمينه معها، نعم، فى الدعوى على الميت يحلف مع البينه، وكذا مع الشاهد الواحد فى الدعوى المالىة.

ص: ٥٦٢

لكن عن (القواعد) مع ذكر الحكم المذكور: « ولو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته» (١).

وتوجيه الفرع الأول هو ما لو ادعى المدين البراءه أو الإبراء، فكأن البينه أثبتت أصل الدين واليمين تثبت اشتغال ذمه المدين الآن، ففي الحقيقه يدعى المدين الإبراء أو الأداء، والدائن ينكر ذلك فيحلف، وكذلك لو شهد الشاهدان بأن زيدا قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعى عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعى على العدم.

وتوجيه الفرع الثاني هو في العين الموجوده، فإذا شهدت البينه بكونها لزيد لم تسمع مطالبه عمرو منه اليمين، نعم، لا مانع من الحلف بل يستحب في رضاه بها، لقوله عليه السلام لشريح: « وردّ اليمين على المدعى مع بينته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء» (٢).

وقال الشيخ في (المبسوط): « وكيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه ولا شيئاً منه، ولا اقتضى له ولا شيء منه، ولا أحال به ولا- بشيء منه، ولا- أبرأه ولا عن شيء منه، ولا اقتضى له مقتض غير أمره فأوصله إليه، وأن حقه لثابت. قال: فإن ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أحال به، لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذي ادّعاه عليه لانه ما ادعى عليه غيره، وإن كانت الدّعى مبهمه فقال: ماله قبلي حق أو قد برئت ذمتي من حقه، احتاج إلى هذه الألفاظ كلها حتى يأتي بجميع

ص: ٥٦٣

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضى، الباب ١.

ومن الناس من قال: أى شىء ادعى، فإن المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى، فإذا قال هذا أجزاءه، لأنها لفظه تأتي على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغولة بالدين أجزاءه أن يقول: ما برأت ذمتك من حقى.

وهذا القدر عندنا جائز كاف. والأول عندنا أحوط و أكد. وأما قوله: إن حقى لثابت، فلا خلاف أنه ليس بشرط» (١).

هل يلزم بالجواب عن دعوى الإقرار؟

قال المحقق: « وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد، منشؤه أن الإقرار لا يثبت حقاً فى نفس الأمر، بل إذا ثبت قضى به ظاهراً» (٢).

أقول: لو ادعى زيد على عمرو الإقرار له بشىء، كأن يقول له: قد أقررت بكون هذه الدار لى، أو يقول: لقد أقررت بأنى غير مدين لك، فهل يلزم الحاكم عمراً بالجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردّد المحقق قدس سرّه بينهما.

وجه عدم الإلزام هو: أن الإقرار لا يثبت حقاً واقعياً للمقرّ له، لأن الإقرار ف وإن ألزم الشارع المقرّ بما أقرّ على نفسه - ليس طريقاً لإثبات الحق بحيث يرفع شك المقرّ له فى تملك المقرّ فيه، فلو أقر له بكون الثوب له وكان المقرّ له جاهلاً أو شاكاً فى ذلك، لم يرتفع معه الجهل أو الشك، لأن أثر هذا الإقرار هو الحكم الظاهرى فقط

ص: ٥٦٤

١- (١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٠٦ - ٢٠٧.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

بجواز تصرّفه في الثوب، فإذا لم تكن الدّعى مثبتة لحق لازم ولم يكن الإقرار موجباً لحق واقعي، فإنه مع عدم البيّنه للمدّعى على الإقرار - لا تسمع الدعوى، ولا يحلف المدّعى عليه على إنكاره، ولا يكون نكوله عن اليمين مثبتاً للدّعى.

ووجه الإلزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدّعى، والمفروض جواز تصرّفه في المدّعى به ظاهراً مع ثبوت الإقرار بأحد المثبتات، ولا يلزم أن يكون مورد الدعوى مالاً أو سبباً لانتقال مال، بل إنّ ترتب الأثر المذكور - وهو الحكم بجواز التصرف ظاهراً - على الإقرار كاف لصحة الدّعى عند الحاكم كي يلزمه بالجواب.

وظاهر المحقق في المقام هو التوقّف، بخلاف الفرع السابق حيث قال « أشبهه عدم التوجّه ».

واستقرب الشهيد الثاني في (المسالك) تبعاً لجماعه الوجه الثاني (1).

واختار المحقق العراقي الأول فقال: إن الوجهين « مبنيان على أن الأحكام الظاهرية، هل فعليتها فرع وصولها إلى المكلف بحيث لولاه لا تكون فعلية بعينه، بخلاف الأحكام الواقعية من الوضعيات والتكليفات، إذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها، غايه الأمر لا تنجز لها.

وحيث قد حققنا في محلّه عدم تبعية فعليتها للوصول، فلا بأس بسماع مثلها. . . ».

وفي (الجواهر) وجّه الوجه الثاني بقوله: « لأن المدار على ثبوت الحق

ص: ٥٦٥

ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أو مع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والأخذ به، وإن لم يعلم استحقاقه من غير جهة إقراره الذى له الأخذ به ما لم يعلم كذبه، لجواز استناده إلى سبب لا يعلم به، ولأنه إذا سمعت دعواه بالبينه توجه له اليمين على عدمها، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (١): البينه على المدعى واليمين 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 والعجز عن إثباته، فيكفى جوابه براءة ذمته مما يدعيه عليه، فإنه يأتي على ذلك كله، ومثله آت هنا.

اللهم إلمأ 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 وإن لم يعلم الواقع.

وفيه: إن الإقرار كما يؤخذ بظاهره وإن لم يعلم صحته وقد ادّعا على خصمه، كذلك البيع عليه مثلاً، له الأخذ بظاهره أيضاً ما لم يعلم فساده وقد ادّعا على خصمه، فكما لا يلزم هناك الجواب بنفي البيع ويكفيه الجواب ببراءة الذمه كذلك هنا، فتأمل» (٢).

أقول: والأقرب هو الوجه الأول، إذ ليس كلّ دعوى يلزم الحاكم بسماعها

ص: ٥٦٦

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٢. ظاهر كلامه أنه متأمل فى كفايه اليمين على براءة الذمه عن اليمين على نفي الإقرار بالدين مثلاً.

والنظر فيها، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس ونفوسهم وأعراضهم، فيلزم أن يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعى تعلّقه به. وبعبارة أخرى: لا بدّ أن تكون نتيجة الدعوى والمرافعة إثبات حق يدّعيه المدعى وجلب نفع إلى نفسه أو دفع ضرر عن نفسه، وكلّ دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأما في المورد الذي يتحقق النفع ويثبت للمدعى بنفس الحكم الصادر من الحاكم - وأما قبله فلا يوجد شيء - فيلزم الدور، لأن نظر الحاكم في ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه.

هل تفتقر صحة الدّعى إلى الكشف؟

قال المحقق: « ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في النكاح ولا في غيره » (١).

أقول: إنّ صحة الدّعى التي اشترطناها لا تحتاج إلى الكشف والتحقيق عن الأسباب، سواء كانت الدعوى في الأملاك من الأعيان والديون أو في العقود من النكاح وغيره، وقد تبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامه فيه، ودليلنا على عدم الحاجة هو الإجماع.

قال: « وربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل، لأن فائته لا يستدرك » (٢).

أقول: لأن للقتل أقساماً وأسباباً مختلفه، من العمد والخطاء وشبه العمد، ومن أن القتل مستند إليه بالمباشره أو بالتسيب، وأنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره. . . فلكلّ واحد من هذه الأقسام والحالات حكم، فلو أجمل في

ص: ٥٦٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

الدعوى لم يترتب حكم واحدٍ منها، فلا بدّ من الكشف وذكر التفصيل وإلا لم تصح دعوى القتل ولا تسمع.

وفى (الجواهر) - كما عن جماعه - الإشكال في ذلك، وقد يستفاد أيضاً من تعبير المحقق ب «ربما»، وذلك لأنه قد يترتب على الإجمال أثر كلي، بل قيل: إنه يمكن بحكم الأصل تشخيص أنه خطأ، بل ربما ظهر من المحقق الأردبيلي سماع دعوى الكلي وإن لم يترتب عليه حكم، ولكنه مقدمه لإثبات الخصوصية فيما بعد (١).

قلت: إن تعيين كونه خطأ بالأصل مشكل جداً، فلو أردنا إجراء هذا الأصل لجرى في الجميع، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر، وقلنا بكفايه احتمال ترتب الأثر لوجوب السماع، فإنه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة، وبالجملة: الأصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضية ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعية من السبب واليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفقاً للأردبيلي، وذلك لمقتضى الإحتياط الشديد الموجود في الدماء.

وعلى الجملة: لا فرق بين القتل وغيره في ذلك، فإنه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلي في غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً وإلا سمعت - إن لم يثبت الإجماع على خلافه - لشمول أدلّه وجوب القضاء له، ولما جاء في بعض الأخبار من بيان الامام عليه السلام الحكم الشرعي في موارد، مع عدم ذكر المدعى السبب.

فهذه هي القاعدة الكلية، وعلى ضوئها يظهر الأمر في مختلف الموارد والأمثلة، فإن كان للكلي أثر ادّعاء وإن كان للخصوصية أثر ادّعاها، وفي المتباينين

ص: ٥٤٨

تسمع الدعوى إن كان العلم الإجمالي منجزاً، ومع دوران الأمر بين الأقل والأكثر كان الأقل هو المتيقن.

قال المحقق: « ولو اقتضرت على قولها: هذا زوجي، كفى في دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية، لأن ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية، ولو أنكر النكاح لزمه اليمين، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجية، وكذا السياق لو كان هو المدعى» (١).

أقول: إن الأثر الذي ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى، بل يكفي دعوى ملازمه، فلو اقتضرت المرأة على قولها: هذا زوجي، كفى في دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولوازمها، كالمهر والنفقة وغيرهما.

ويترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً أنه لو أنكر الزوج النكاح لزمته اليمين، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول، وبرد اليمين على المرأة على القول الآخر، فإن امتنعت سقطت دعواها، وإن حلف ثبتت الزوجية، وعن (التحرير) « وفي تمكين الزوج منها إشكال، من إقراره على نفسه بتحريمها، ومن حكم الحاكم بالزوجية» (٢).

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدعى للزوجية، إذ يترتب على ذلك الآثار الشرعية وحقوق الزوجية، والإشكال المذكور موجود، من إنكار المرأة للزوجية فلا يجوز لها تمكينه من نفسها، ومن حكم الحاكم بالزوجية.

ص: ٥٦٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٥: ١٥٧/٦٤٨٤.

أقول: أما بالنسبة إلى الحاكم نفسه، فهل ينهى الزوج المقرّ بحرماتها على نفسه عن وطئ المرأة - مع إلزامه بدفع النفقه مثلاً - أخذاً بإقراره، أو لا ينهاه عن ذلك، ترتيباً لجميع آثار الزوجية التي قد حكم بها؟ وجهان. اللهم إلا أن نلغى اعتبار الإقرار في هذه الحالة فيقدم الثاني، لكن لا يفتى بذلك أحد. . . نعم، لا يبعد الإلغاء فيما إذا كان الإقرار عن نسيان مثلاً ثم تذكّر ورجع عنه بعد قيام البينه. فالصحيح: إن الإقرار بالنسبة إلى ما كان على الزوج مقدّم على الحكم، إذ لا يقول أحد بإلغاء الإقرار في هذه الحالة.

□

وأما وظيفه الزوج المنكر للزوجية، فإن كان عالماً بعدم الزوجية، فإن مقتضى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « فأيا امرء قطعتم له. . . » (1) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطئ، وأما دفع النفقه فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالاً وتنفيذاً للحكم، بل يحرم على المرأة أخذها، وهل يجوز لها الأخذ في مقابل بقائها في دار الرجل؟ فيه إشكال، وأما إذا كان إنكاره لها من جهه الشك مثلاً فإن جميع الآثار مترتبة بالحكم.

وأما إذا كان المدعى للزوجية هو الرجل والمرأة تنكر، فإن كانت تعلم بعدم الزوجية، كان عليها الإمتناع عن التمكين، ولا يجوز لها المطالبة بالنفقة، وإن كانت تنكر كاذبه أو شاكة وجب عليها ترتيب الأثر على الحكم.

وأما المهر، فإن الرجل إن ألزمها بالتمكين ووطئها عملاً بحكم الحاكم، فقد وجب عليه دفع مهر المثل لأنه عوض البضع.

ص: ٥٧٠

هل تسمع دعواه أن هذه بنت أمته أو ثمره نخله؟

قال المحقق: « ولو ادّعى أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثم تصير له، وكذا لو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال أن تكون حرّة أو ملكاً لغيره» (١).

أقول: ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدّعيه المدعى بصراحه ووضوح: أنه إذا قال: هذه بنت أمتي، فهل تسمع هذه الدعوى أولاً؟

وهذه الدعوى تتصور بوجهين: أن تكون هي بيد زيد وهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى، وأن تكون بيده فيدّعيها زيد فيقول هذه بنت أمتي، بمعنى أنه إذا لم يدّع ذلك تثبت دعوى زيد.

وكيف كان، فإن هذه الدعوى أعمّ من أن يكون موردها حقاً لازماً، وحيث أنها ليست صريحه في ذلك فلا تسمع.

وكذا لو ضمّ إلى تلك الدعوى قوله: ولدتها في ملكي، أو ادّعى هذه الجهة دعوى مستقلة، كأن يقول: هذه ولدتها أمتي في ملكي.

قال المحقق قدس سرّه: « وكذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصّرح بأن البنت ملكه، وكذا البينه» (٢).

أقول: وكما لا تسمع الدعوى الصريحه، كذلك لا تسمع البينه غير الصريحه، فإن قالت بأن هذه مملوكة فلان، سمعت، ولو قالت: ولدتها أمها

ص: ٥٧١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

حالكونها فى ملكه، فلا تسمع، لأنه يمكن أن تكون الأم مملوكة ولا تكون بنتها مملوكة له، كأن يكون قد حرّرها مثلاً.

قوله: « وكذا البيئه » ليس تكراراً، بل المراد أنه ما لم يصرّح المدعى فى الدعوى فلا تسئل البيئه التى يقيمها، ثم البيئه لا تسمع شهادتها ما لم تشهد بصراحه، وحيث شهدت بالملك فلا تسئل عن السبب، فيحتمل أن يكون قوله: « وكذا البيئه » معطوفاً على « لا يفتقر » المتقدم عليه.

قال: « ومثله: لو قال: هذه ثمره نخلى » (١).

أى: فلا تسمع هذه الدعوى لكونها أعم، إلا أن يقول: هذه ثمره نخلى وهى ملك لى.

قال: « وكذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكة، لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافى الملك » (٢).

أقول: ولو قال هذه الثمره من نخل من هى بيده، فهل له أن يدعى بعد ذلك كونها ملكاً له؟ نعم، لأن قوله السابق ليس إقراراً بعدم ملكيته وملكيه صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر إنكاراً بعد إقرار، فتسمع هذه الدعوى منه ويطالب بالبيئه، بخلاف ما لو أقر بالملكيه، فليس له أن يقول بعد ذلك: لكن هى ملكى.

وهذا معنى عباره المحقق.

وفى (المسالك): ظاهر عباره المحقق والعلامة إنه إذا لم يفسر بالخلاف فهو إقرار (٣).

ص: ٥٧٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٦٧، بتفاوت.

وأشكل عليه في (الجواهر) بعدم ظهور عبارتيهما في ما ذكره (١)، فليس « لو فسّر» قيداً حتى يكون إقراراً.

قلت: وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

ثم إن صاحب (المسالك) بعد ما استظهر من عبارته ما ذكر، أشكل على المحقق الفرق بين الإقرار والدعوى فقال: « والفرق بين الدعوى والإقرار لا يخلو من إشكال، لأن الإحتمال قائم على تقدير الإقرار والدعوى، والعمل بالظاهر في الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، والفرق باشتراط التصريح فيها دونه، رجوع إلى نفس الدعوى، وفي الإرشاد: أطلق عدم سماع الدعوى والإقرار معاً، ولم يعتبر التقييد في الإقرار بتفسيره بما ينافي الملك، وهذا هو الظاهر» (٢).

أقول: إن إشكاله وارد بناءً على ما فهمه من عبارته، لأن الصراحة شرط في كلا الأمرين، إلا أن يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف وظهور الإقرار كاف، لكنه مشكل.

هذا، وفي (الجواهر) بشرح: « وكذا لا تسمع البيئه. . . » ما لفظه: « لكن عن لقطه المبسوط والتذكرة: سماع الدعوى والبيئه في الثاني، بل عن الأخير الإجماع عليه، ولعله لأصالة تبعيته النماء للمال حتى يعلم خلافه، وهو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكيه لها وإلا- انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، وكلام الأصحاب هنا في الدعوى على آخر» (٣).

قلت: إن محلّ البحث هو أن تكون بنت أمه زيد بيد عمرو، فيراجعه استناداً

ص: ٥٧٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٦.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٦٧.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٥.

إلى كون الام عنده، فالإرتكاز يتبع ما إذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد.

والأردبىلى أمر بالتأمل فى المقام بعد أن ذكر عدم السماع (١).

ولعلّ وجهه: إمكان القول بالسماع، لأن من ملك النخله فقد ملك تمرها عند العرف إلا أن يقوم دليل، ولذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد، فىلزم صاحب اليد بإقامه البينه على انتقاله إليه بالبيع مثلاً.

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام إجماع أو دلالة نص عليه، بل الذى يريدون إثباته كون الدعوى صريحه، فإن كانت الملازمه العرفيه و التبعية بين الثمره والنخله أو بين الأمه والبنت تامه فهو، وإلا- لزم البيان و الكشف عن سبب الملك، والظاهر تماميه هذه الملازمه ما لم يكن الفرع بيد غيره، لأن اليد دلالتها على الملكيه أقوى من الملازمه المذكوره.

قال المحقق: « ولا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته» (٢).

أقول: يعنى إن مثل هذه الدعوى ظاهر فى الملكيه ولا حاجه إلى التصريح، للفرق بين الثمره والنخل وبين الغزل والقطن، فهناك المغايره حقيقته وهنا هى فى الصوره فقط، فالدعوى تسمع وعليه إثباتها كسائر الدعاوى.

ص: ٥٧٤

١-١) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٩.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

إن كان الحق عقوبه * إن كان ديناً حالات الغريم *

الحق إما عقوبه وإما مال، فإن كان الحق عقوبه كالقصاص، فالأقوى وفقاً للمسالك وغيرها - بل عن (الكفايه): لا أعرف فيه خلافاً - وجوب رفع الدعوى إلى الحاكم (١)، فإن ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول، وقيل: بل الأمر بيد الحاكم، فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يأمر به شخصاً آخر.

وأما إذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول إليه فيجوز له أن يستوفى حقه، وهذه الصوره هي القدر المتيقن من إطلاق قوله تعالى: «B وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَيْهِ سُلطاناً» (٢).

فيكون الحاصل: عدم جواز مباشره القصاص مع التمكن من الرفع إلى الحاكم، خلافاً لصاحب (الجواهر) قدس سره حيث استند إلى الآيه المزبوره قائلاً بالجواز مطلقاً.

نعم، لا ريب في عدم مؤاخذه الحاكم لصاحب الحق إن باشر الأمر من دون إذنه، إذ لا إشكال في ثبوت هذا الحق له، لكن لما كان أمر الدماء خطيراً ولا بد فيه من الإحتياط الشديد، نقول - تبعاً للأصحاب - بلزوم رفع القضييه إلى الحاكم

ص: ٥٧٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٦٨، مستند الشيعة ١٧: ٤٤٣، كفايه الأحكام ٢: ٧٢١.

٢-٢) سورة الاسراء ١٧: ٣٣.

وإجراء الحكم بإذنه، حتى لا يلزم الفساد في المجتمع الإسلامي والهرج والمرج في البلاد، ويتأكد ما ذكرناه فيما إذا علم بترتب المفسده العظيمة، كوقوع المقاتله بين طائفتين وإراقه الدماء المحترمه.

ومن جواز مباشره الحاكم يظهر أنه لا يجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك إن راجعه في القضييه، وإن كان ذلك حقاً ثابتاً له، خلافاً لصاحب (الجواهر) حيث قال بأن إطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم (١).

ومن ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع إلى الحاكم والإستيذان منه في إجراء القصاص حكمه يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام في المجتمع الإسلامي، وعليه، فلو أمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لا يترتب على فعله مفسده، جاز، كما هو الحال بالنسبه إلى الحقوق المائيه كما سيأتي.

٢ - إن كان الحق مالاً:

وإن كان الحق مالاً، فتاره: يكون عيناً، وأخرى: يكون ديناً،

[ان كان الحق عيناً]

فإن كان عيناً فقد قال المحقق قدس سره: « من كانت دعواه عيناً في يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنه، ولا يفتقر إلى إذن الحاكم » (٢).

أقول: فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً، لكن قيده بما لم تثر فتنه، وفي (الجواهر) فسّر قوله: « ولو قهراً »: « بمساعدته ظالم أو بنفسه » وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك » (٣).

ص: ٥٧٨

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

لكن ينبغي تقييد مساعده الظالم بصوره انحصار طريق استنقاذ العين بذلك، بأن لا يمكنه الاستنقاذ بنفسه أو بمساعده من ليس بظالم، بل يجوز ذلك في صوره الإختيار أيضاً، بل يمكن القول بجواز إتيان الأمر المباح بمساعده ظالم، وأما إعانته، فقد قلنا في محلّه باختصاص حرمه إعانته الظالم بأن تكون الإعانه في ظلمه.

ولا يخفى، أن المراد من « الظالم » في هذا المقام هو غير « الطاغوت » الذي نهى الرجوع والتحاكم إليه في الكتاب والأخبار، وقد تقدّم البحث عن حكم الرجوع إليه في إحقاق الحق.

ثم قال في (الجواهر): « وإن استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك » (١).

وعن (الإرشاد) جواز الإنتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر » (٢) وعن (مجمع الفائدة) : « ما لم يحصل معه أمر غير مشروع » (٣).

قلت: لا- ريب في عدم جواز التصرف في مال أحدٍ إلا- بإذنه، فلا يجوز الدخول في دار إلا بإذن صاحبها، فإن كانت العين في الدار فدفعتها إليه صاحب الدار من دون حاجه إلى الدخول فهو، ولو توقّف أخذها على الدخول وجب الإستيذان منه فإن امتنع فمن الحاكم لأنه ولي الممتنع، وحيث يمكنه ذلك مع الإذن، فلا دليل على الجواز بلا إذن.

ولا إطلاق لدليل سلطنه الناس على أموالهم، ليشمل مفروض الكلام

ص: ٥٧٩

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢-٢ (٢) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٢.

٣-٣ (٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٩٧.

ونحوه، فإن لم يتمكن من تحصيل الإذن من الحاكم رفعت قاعده نفى الضرر حرمة الدخول بلا إذن.

وأما إذا استلزم انتزاع العين ضرراً على من هي بيده، ففيه قولان، ولكن الحق هو الجواز مع التوقف، فيجوز له انتزاعها حتى مع كسر القفل والصندوق ونحو ذلك.

بل قيل: إن له أن يطالب بحقه ويحاول انتزاعه ممن وضع يده عليه وهو يعلم بكونه لمن يدعيه، مهما بلغ الأمر، إذ لا فرق بين هذه المسألة ومسألة دفع اللص عن المال حيث يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله ويحفظه من اللص حتى لو انتهى إلى قتل اللص، ولو قتل هو كان شهيداً كما في الروايات (١)، لكن في (الجواهر): « ما لم تصل إلى حدّ وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس والأموال وغيره من الفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وإن كان مباحاً في نفسه أو مستحباً بل أو واجباً. . . » (٢).

وكيف كان، فالقدر المتيقن من الجواز صورته عدم لزوم الخسارات الكثيرة، مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلك، لأن قاعده نفى الضرر جعلت للإمتنان، ولا مورد لها في هذا المقام.

هذا كله في صورته علم من بيده العين بكونها للشخص الذي يدعيها.

وأما لو كان جاهلاً فإن طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو، وإن لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً، فإن عجز فلا مناص من الرفع إلى الحاكم، ولو استلزم

ص: ٥٨٠

١- ١) عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من قتل دون عقال - عياله - فهو شهيد » وعن أبي جعفر عليه السلام عنه: « من قتل دون ماله فهو شهيد » وكذا عن الرضا عليه السلام. وسائل الشيعه ١٥: ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢/٦ و ٩ و ١٤. أبواب جهاد العدو، الباب ٤٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٧.

الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لِيُ الْوَاجِدُ بِالْدِينِ يَحْلُ عَقُوبَتَهُ وَعَرْضُهُ» (١). وفيه تأمل، لأنه ظاهر في العالم دون الجاهل (٢).

ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها إلى صاحبها، لحبس أو مرض، فهل يجوز له أن يدخل الدار مثلاً ليأخذ ماله؟ لا بد هنا من إذن الحاكم، لأن المفروض عدم إنكاره للحق وكونه قاصراً عن تسليمه، فيلزم أن يستأذن الحاكم ويدخل الدار مع إذنه، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك.

وحيث يراجع الحاكم ويطبق بينه على دعواه ويثبت حقه، فهل له المبادرة إلى أخذ الحق قبل صدور الحكم من الحاكم؟ قيل: نعم، بناء على حججه البينة للمدعى.

هذا كله في العين.

[ان كان الحق ديناً و صورها]

اشاره

صور كون الحق ديناً:

وقد ذكر المحقق حكم ما لو كان الحق ديناً بقوله:

« نعم، لو كان الحق ديناً، وكان الغريم مقرأً باذلاً لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم، لأن للغريم تخييراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» (٣).

أقول: ولو كان الحق الذي يدعيه الشخص ديناً، فلا يخلو الغريم عن حالات:

ص: ٥٨١

١- ١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٣٣/٤. أبواب الدين والقرض، الباب ٨.

٢- ٢) أقول: على أن الاستدلال به يتوقف على إسقاط خصوصيه « الدين » وهذا أيضاً لا يخلو عن تأمل.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

الأولى - أن يكون مقرراً بالحق وبإذلاً له:

والحكم في هذه الحالة: عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه، لأن للغريم تخييراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت في ذمته من دون تعيينه، قال في (الجواهر): بلا خلاف بل ولا إشكال (١).

هذا، وقد أشكل على موضعين من عبارته المحقق هذه.

أحدهما - قوله: « من دون الحاكم » من جهة أن إذن الحاكم لا دخل له في هذا الفرض، مع أن المستفاد من عبارته جواز أخذه بإذن الحاكم.

والثاني - قوله: « أو تعيين الحاكم مع امتناعه » من جهة أن المفروض كونه مقرراً بإذلاً، فما ذكره لا وجه له، لأنه خلاف الفرض.

وقد أرجع صاحب (الجواهر) الضمير في « امتناعه » إلى التعيين فقال: « أي امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما، لأن له الولايه العامه في ذلك » (٢).

قيل: ولا بد أن يجعل المراد من البازل حينئذ هو البازل الشأني، وإلا فلا يستقيم ما ذكره.

قلت: ولكنه خلاف الظاهر.

والأولى ما في (القواعد): « إن كان باذلاً فليس للمدعى الاستيفاء بدون إذنه، وإن كان ممتنعاً فليس له بدون إذن الحاكم » (٣).

الثانيه - أن يكون مقرراً ممتنعاً من البذل:

والحكم في هذه الحالة كسابقتها، فلا يجوز التقااص إلا بإذن الحاكم، لأنه

ص: ٥٨٢

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٨٨.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢: ٢١٣.

ولّى الممتنع، سواء كان معذوراً أو بلا عذر، لأن الحق الثابت في ذمته كلى وتعيينه لا يكون بدون إذن المدين أو وليه في حال امتناعه - وإن لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنه، بل لا يجوز التقاص خفيه كذلك - هذا بحسب مقتضى القواعد.

لكن مقتضى إطلاق بعض الأدلة الآتية في الصورة الثالثة هو الجواز.

الثالثه - أن يكون المدين جاحداً للحق:

وفي هذه الحالة خلاف بين الأصحاب، قال المحقق قدس سره: « ولو كان المدين جاحداً وللغريم بينه، تثبت عند الحاكم والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردد، أشبهه الجواز، وهو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط (١)، وعليه دلّ عموم الإذن فى الاقتصاص » (٢).

فذهب المحقق قدس سره هنا - والأكثر كما فى (المسالك) وغيره - إلى الجواز (٣)، والقول الثانى: عدم الجواز، وهو خيره المحقق فى (النافع) (٤). وقد أشار هنا إلى دليل الجواز بقوله: « وعليه دلّ عموم الإذن فى الاقتصاص » من الآيات والروايات، فمن الكتاب قوله تعالى: « **B** فَمَنْ إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ » (٥) وقوله تعالى: « **B** وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ » (٦) وقوله تعالى: « **B** فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ » (٧).

ص: ٥٨٣

١-١) كتاب الخلاف ٦: ٣٥٥، المسألة ٢٨، المبسوط ٨: ٣١٠ - ٣١١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٠٨.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٦٩.

٤-٤) المختصر النافع: ٢٧٦.

٥-٥) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

٦-٦) سورة البقرة ٢: ١٩٤.

٧-٧) سورة النحل ١٦: ١٢٦.

إلا أن في انعقاد إطلاق هذه الآيات بحيث يمكن الاستناد إليه في قبال القواعد تأملاً.

ومن السنّه أخبار:

١ - ما عن ابن رزين قال: « قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنى أخالط السلطان، فتكون عندى الجاربه فىأخذونها والدائبه الفارهه فىأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال، فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه» (١).

وهو ظاهر فى كون كلام الإمام عليه السلام جواباً عن السؤال عن الحكم فى المسأله لا إذناً له فى الأخذ، فىكون الحاصل: جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصيه.

ويبقى الكلام فى أنه هل تتحقق حينئذ مبادلته قهريه بين المالىن، أو يكون المال المأخوذ مباحاً له التصرف فيه وما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة؟

وأما الأخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان، فلا يجوز حتى ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنه والحكومه، فىكون نظير ما إذا غصب المتولّى لموقوفه مالاً وصرفه فى شئونها، فإنه يضمن فى ماله الشخصى ولا يؤخذ من أموال الموقوفه.

٢ - ما عن أبى العباس البقباق: « أن شهاباً ماراه فى رجل ذهب له بألف درهم واستودعه 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

ص: ٥٨٤

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٢/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣. والسند صحيح.

السلام فذكر له ذلك. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف» (١).

٣ - ما عن أبي بكر الحضرمي قال: « قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقِّي؟ قال: فقال نعم، ولكن لهذا كلام، قلت: وما هو؟ قال تقول: اللهم إني لا آخذه ظلماً ولا خيانه، وإنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني لم أزد عليه شيئاً» (٢).

قال الشيخ الحرّ: « هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف» .

وفى (الجواهر): « أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك، حتى لا- ينافى غيره من النصوص، ولا ريب في استحباب القول المزبور، وإن أطنب بعض الناس (٣) بدعوى الوجوب الذي يمكن تحصيل الإجماع على خلافها» (٤).

٤ - ما عن جميل بن دراج قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل المدين فيجحد، فيظفر من ماله بقدر الذي جحد، أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم» (٥).

٥ - ما عن إسحاق بن إبراهيم: « إن موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن الرجل دفع إليه رجل مالاً ليصرفه في بعض وجوه البرّ، فلم يمكنه صرف المال في الوجه الذي أمره به، وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال،

ص: ٥٨٥

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٤ عن الشيخ قدس سرّه - وقد قال الشيخ بعده: الحسن بن محبوب عن سيف بن عميره عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام نحوه. التهذيب ٦ / ٣٤٨.

٣-٣) نسبه في المستند إلى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٠.

٥-٥) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٥/١٠. أبواب التجاره، الباب ٨٣. فيه « على بن حديد» فعن الشيخ: ضعيف جداً، وقد ضعفه غيره أيضاً.

فسأل: هل يجوز لى أن أقبض مالى أو أردّه عليه؟ فكتب: إقبض مالك مما فى يدك» (١).

لكن هذه الروايه مجمله، لأنه لما لم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به، فما هو وجه الأخذ منه فى قبال المال الذى كان له عليه؟ لأنه إن كان المال موجوداً فتحصل بين المالىن المعاوضه القهرىه بلا موجب، وإن لم يكن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفريط، ولعلّ الروايه كانت تشتمل على قرائن وخصوصيات لم تصل إلينا، وإلا فلم نجد فى الأخبار على مورد أذن فيه الإمام عليه السلام بالتصرف فى مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه.

فقد دلّت هذه الأخبار بإطلاقها على جواز الأخذ من مال المقر الممتنع والمدىن الجاحد، سواء تمكّن من الإستيدان من الحاكم أولاً، وسواء كان ماله الذى بيد الغاصب عيناً موجوده أو غير موجوده.

ولو رفع الأمر - مع ذلك - إلى الحاكم، فإن كان عالماً بصدقه أذن له، وإلا لم يجر له الإذن حتى مقيّداً بكون المدعى عالماً، كأن يقول له: قد أذنت لك فى الأخذ إن كنت عالماً بحقّك، بل لا بدّ من إقامه البينه المثبتة لحقه عند الحاكم.

هذا، وقد استدللّ للقول بعدم الجواز: بأن التسلط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضروره وهى هنا منتفیه، ولأن الممتنع من وفاء الدين يتولّى القضاء عنه الحاكم ويعين من ماله مايشاء، ولا ولايه لغيره.

وأجاب فى (المسالك) بأن كون التسلط على مال الغير بغير إذنه خلاف

ص: ٥٨٦

١- ١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٥/٨. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣. والظاهر اعتبار سنده. ولكنه فى مورد الوديعه كما استدلل به فى المستند.

الأصل مسلّم، لكن العدول عن مقتضى الأصل لدليل جازٍ وهو هنا موجود (١).

وفى (الجواهر): « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم» (٢).

قلت: ليس المورد من قبل الشك السببي والمسببي، بأن يكون الشك في جواز الأخذ مسبباً عن الشك في توقّفه على إذن الحاكم، حتى يكون جريان الأصل في السبب - بأن يقال الأصل عدم وجوب الرجوع إلى الحاكم، وعدم توقّف الأخذ على إذنه - مزيلاً لموضوعه في المسبب فيجوز الأخذ، بل إن هنا علماً إجمالياً بجواز الأخذ، إمّا بالاستقلال وإما مع إذن الحاكم، وانتفاء كلّ واحد منهما بالأصل يلزم ثبوت الآخر عقلاً لا شرعاً.

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الأصلين، فإنهما يتساقطان ويكون المرجع قاعده نفي الضرر والضرار في الإسلام.

وكيف كان، فإن ما ذهب إليه المشهور هو الأقوى، لأن النصوص الدالّة على الجواز تخصّص عمومات « لا يحلّ مال امرئ» (٣) وبها ينقطع الأصل المزبور، وكأن الإستدلال بأن الممتنع من الوفاء بالدين يتولّى القضاء عند الحاكم ويقوم مقامه، إجتهد في مقابله تلك النصوص.

وهذا الخلاف هو في صورته وجود البيّنه والتمكّن من الوصول إلى الحاكم، قال المحقق:

« ولو لم تكن له بيّنه أو تعذّر الوصول إلى الحاكم ووجد الغريم من جنس

ص: ٥٨٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٧١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٠.

٣-٣) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠/١. أبواب مكان المصلّى، الباب ٣.

ماله، اقتصَّ مستقلاً بالإستيفاء» (١).

قال فى (الجواهر) : بلا خلاف فىه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله المزبوره وغيرها (٢).

حكم الإقتصاص من الوديعه:

قال المحقق: « نعم، لو كان المال وديعه عنده، ففى جواز الإقتصاص تردّد، أشبهه الكراهه» (٣).

أقول: اختلف الأصحاب فى جواز الإقتصاص من الوديعه، فذهب الشيخ فى (الاستبصار) والمحقق وأكثر المتأخرين كما فى (المسالك) و (الجواهر) إلى الجواز على كراهه (٤)، وذهب الشيخ فى (النهايه) وجماعه إلى التحريم (٥)، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهرها فى هذه المسأله.

فمما يدلّ على الجواز: عموم الأدله السابقه فى المسأله المتقدمه، وخصوص:

١ - خبر أبى العباس البقباق: « إنّ شهاباً ماراه فى رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم. قال أبو العباس فقلت له: خذها فكان الألف التى

ص: ٥٨٨

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩١.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٤-٤ (٤) الاستبصار ٣: ٥٣/١٧٢، ذيل الحديث. مسالك الأفهام ١٤: ٧١. ايضاح الفوائد ٤: ٣٤٧. الدروس الشرعيه ٢: ٨٦. قواعد

الأحكام ٣: ٤٤٨. مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١٠. جواهر الكلام ٤٠: ٣٩١.

٥-٥ (٥) النهايه: ٣٠٧. غنيه النزوع ٢: ٢٤٠. الكافى فى الفقه: ٣٣١. جواهر الفقه: ٢٢٨ - ٢٢٩، المسأله ٧٩٢.

أخذ منك، فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له. فقال: أما أنا فأحِبُّ أن تأخذ وتحلف»
(١) فقد دلَّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهه.

٢ - وخبر على بن سليمان قال: « كتبت إليه: رجل غصب مالاً أو جاريه، ثم وقع عنده مال لسبب وديعه أو قرض مثل خيانه أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه)، أيحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله» (٢).

ومما احتجّ به القائل بالتحريم - بعد عمومات النهي عن التصرف في مطلق الأمانه، والعمومات الدالّه على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه:

١ - ما عن سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لى عنده مال، فكابرنى عليه وحلف، ثم وقع له عندى مال، آخذه (فآخذه) لمكان مالى الذى آخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبت عليه» (٣).

٢ - ما عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه، ثم يستودعنى مالاً إلى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا، هذه الخيانه» (٤).

٣ - ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: « كنت عند أبي عبد الله عليه

ص: ٥٨٩

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٢/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٥ نفس الباب السابق.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٤ نفس الباب السابق.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٦/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣.

السلام ودخلت امرأه وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عمّاذاً؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد أخي مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء، فأخبرته بذلك فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أذ الأمانه إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» (١).

قال فى (المسالك): وفى هذا الحديث دلالة من ثلاثه مواضع . . .

قلت: والوجه هو الجمع بين الطرفين، بالحكم بالجواز على كراهه، فيحمل خبر أبى العباس - الظاهر فى عدم الكراهه - على بعض الوجوه، كأن يكون رجوعه إلى الحاكم وحلفه عنده أحب إلى الإمام عليه السلام دفعاً لتوهم الخيانه، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمه الرجل وخلاصه من العقاب الأخرى من هذه الناحيه، وهذا الأمر أحب إليه عليه السلام، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبه إلى من كان مديناً لشخص، فمات الدائن وقد استقرّ عليه الحج، أن لا يسلم المال إلى وارثه فى حال علمه بأنه لا يستأجر من يحج عن الميت، بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحج عنه.

ويحمل خبر ابن أخ الفضيل أيضاً - الدال على المنع من وجوه - على بعض الوجوه كما فى (المسالك) (٢).

ومع إمكان هذا الجمع الدلالي لاتصل النوبه إلى الترجيح أو التسايط.

ص: ٥٩٠

١- ١) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٣ نفس الباب السابق.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٧٢.

لو كان من غير جنس الموجود:

قال المحقق: « ولو كان المال من غير جنس الموجود، جاز أخذه بالقيمة العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بإلطاطه، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس» (١).

أقول: لا- خلاف في شيء من ذلك بيننا كما في (الجواهر)، فالحكم في متحد الجنس ومختلفه سواء، وهو مقتضى إطلاق الأدلة السابقة وخصوص خبر ابن رزين في الجارية والدائبة الفاراه. وهذا في صورته تلف المال الذي في ذمه الغاصب واضح.

وأما مع وجوده، فالكلام في أنه هل يكون الذي بيده ملكاً له بهذا التقاص، بأن تتحقق المبادله القهرية بين المالكين، أو يكون ما يأخذه صاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويز الشارع له أخذ مال الغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرفاته في ملكه، نظير ما لو كسر شخص إناء إنسان، فإنه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكاً لصاحب الإناء، بمعنى أن المال الذي دفعه كان في مقابل الإتلاف، ولكن لا يخرج المكسر عن ملك صاحب الإناء، وتظهر الثمره في الصلاه فيه مثلاً؟

ولا يبعد أن يكون الوجه الثاني هو الأطهر، إن كان الأمر نظير كسر الإناء، دون ما إذا كان نظير إلقائه في البحر مثلاً حيث المالىه غير منتفیه.

ص: ٥٩١

جواز تولي بيع الوديعه:

قال المحقق: « ويجوز أن يتولى بيعها وقبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقه التربص بها» (١).

أقول: إن كان التربص واجباً رفع وجوبه بدليل نفى الحرج، لكن له أن يتملكها ثم يبيعها ولا حرج في هذه الصورة، نعم، بناءً على اعتبار المماثلة بين الوديعه والمال الذي في ذمه الغاصب يتم ما ذكره، كما أن ما ذكره صاحب (الجواهر) (٢) من أنه يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهي إلى ما يساوى حقه في الجنس ثم يأخذه مقاصه، لا يمكن مساعدته عليه.

والعمده هو إطلاق الأدله، فإن مقتضاه عدم اعتبار المماثلة مطلقاً، أي سواء أمكن الاقتصار في المقاصه على الأخذ من جنس حقه أو لم يمكن.

لو تلفت الوديعه قبل البيع فهل يضمن؟

قال المحقق: « ولو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها (٣)، والوجه الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك، ويتقاصان بقيمتها مع التلف» (٤).

أقول: قد وقع الخلاف في الضمان بالتلف قبل البيع للإقتصاص، فإن هذا

ص: ٥٩٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٤.

٣-٣ (٣) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ٣١١.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

يريد حقه من المدين وذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا، فإن كان المثلن والثلن متساويين من حيث القيمة، فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين، وإن كان هذا أكثر فحقه باق بمقداره، فإذا لم يضمن كان له التقاص مره اخرى، وهل يضمن؟ قال الشيخ: لا، وقال المحقق: « الوجه الضمان » .

وجه الأول: إن تسلطه على المال كان بإذن من الشارع، وحينئذ، لا ضمان مع كون اليد مأذونه.
ووجه الثانى: هو إن مجرد الإذن الشرعى لا يقتضى عدم الضمان.

أقول: إن كان المستفاد من النصوص جواز الاقتصاص مع خلوها عن الإذن فى التصرفات الاخرى وحتى عن الإمساك زماناً ثم التقاص - والمفروض أنه لم يكن عنده وديعه - فالضمان متحقق بلا- كلام، وإن تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام.

قال فى (الجواهر): إنه لا منافاه بين إذن الشارع وبين الضمان، بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانه، فيندرج فى ما دلّ على عدم ضمانها، كما أنه ليس فى شىء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعاً وحكماً، إذ ليس إلا الإذن فى القبض لاستيفاء حقه، وهو أعم من الإئتمان الذى لا يستعقب الضمان كالإلتقاط ونحوه، وليس كلّ ما أذن الشارع فى قبضه يكون أمانه، خصوصاً القبض لمصلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضى الائتمان المزبور، وحينئذ، فتبقى قاعده ضمان مال المسلم المستفاده من عموم « على اليد » وغيره بحالها، ويتقاصان بقيمتها مع التلف.

قلت: الإستدلال بالحديث يتوقف على عمومه للمقام، لكن قاعده اليد جعلت حكماً مغيباً بوجوب الأداء، وفيما نحن فيه يبنى الأخذ على عدم الردّ ويريد

التقاص، بل إن هذه القاعده منصرفه عن اليد غير العدوائيه، وإذا سقطت القاعده ولا دليل غيره، فالأصل عدم الضمان.

ثم قال في (الجواهر): « مضافاً إلى أن القبض للمقاصه هو قبض ضمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم » (١).

وفيه: إنه فرق بين الموردين، ففي قبض السوم أقدم القابض على القبض بانياً على دفع العوض، وقد أذن المالك بالقبض إذناً مقيداً بالعوض، وإذن الشارع في القبض هناك تابع لإذن المالك.

وفيما نحن فيه، قد عرفت عدم شمول قاعده اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبين المقامين فرق واضح.

وبناء على شمول القاعده للمقام، يقع البحث في أنه هل أذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الإذن أعم؟ أما مع الشك في ثبوت الضمان وعدمه، فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو « ليس على الأمين إلا اليمين » (٢).

لقد تقرّر في محله أن الحق استصحاب حكم المخصص، فيكون الحكم في المقام عدم الضمان، مثل ما إذا قلنا بعدم شمول القاعده من أول الأمر.

وقال العراقي: « يمكن أن يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك في صيرورته ولياً على التصرف، فأصالة عدمها حاكمه على الأصل المزبور، بعد الجزم بأن ولايته السابقه على حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولايته غير جار، لأنه من باب استصحاب الكلّي من القسم الثالث » .

ص: ٥٩٤

١- (١) جواهر الكلام ٤٠: ٣٥٤.

٢- (٢) انظر رساله قاعده ضمان اليد ضمن (اشاره السبق): ٣٨.

قلنا: هنا مطالب:

الأول: إن الولاية هنا ليست غير إذن الشارع في التصرف، فإنه بمجرد الإذن الشرعي يكون الأمر موكولاً إليه، ولا نغنى بالولاية إلا ذلك.

الثاني: لو سلمنا أن الولاية أمر زائد على الإذن، فإن اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف والتعدد في الولاية نفسها، فإذا كان لشخص ولاية في التصرف في المال من جهة الائتمان في اليوم الماضي، وثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص، لم يتحقق له فردان من الولاية.

والثالث: إن عدم ثبوت الضمان بالتصرف بالأمس، كان من جهة إذن المالك، واليوم من جهة إذن الشارع، فعدم ثبوته واحد، ومع الشك يستصحب بلا مانع.

ص: ٥٩٥

الاولى: (من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له)

قال المحقق قدس سره: « من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له » (١).

أقول: هذه قاعده كليته تنطبق على المصاديق المختلفه، فمن ادعى ما لا يد لأحد عليه، سواء كان درهماً أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أو غير ذلك، وسواء كان بين جماعه أو لا، قضى له من غير بينه ويمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء، وللحاكم أن يعتمد على هذه السيره فيجعلها طريقاً إلى الواقع ومدركاً لحكمه، إذ لا يشترط في حكم الحاكم أن يكون في مورد المرافعه دائماً.

فالملاك عند العقلاء أن يدعى المدعى الشيء الذى لا يد لأحد عليه ولا يكون معارض لهذا المدعى، ولذا أضاف فى (القواعد) قيد عدم منازعه أحد له (٢)، وهو ظاهر (المسالك) حيث قال بعد ذكر الروايه الآتيه: « ولأنه لا منازع له حتى يطلب منه اليه » (٣).

ص: ٥٩٦

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٤٩.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٧٦.

والمراد من « اليد » في قوله « ما لا يد لأحد عليه » هي اليد الفعلية، بأن لا يكون لأحد يد على الشيء حين الدعوى، والمراد من « قضى له » أن يحكم الحاكم - إن رجع إليه في القضية - بكون الشيء ملكاً للمدعى، فكأنه يطبق في تلك القضية الشخصية الفتوى الكلية بأن من ادعى شيئاً ولا - معارض له فهو له، نظير ما إذا أفتى فتوى كليه بكون الحبوّه للولد الأكبر، ثم إذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود ضمن تركه هذا الميت - وهو يعلم بأن زيداً هو الولد الأكبر - حكم بكونه لزيد من جهة أنه من الحبوّه، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية، فيكون بحكم الحاكم بمنزله ذى اليد.

وقد استظهر من (المسالك) أن المراد من « قضى له » عدم التعرّض له، وعدم منعه من التصرف في العين، وهو بعيد.

فالدليل على هذا الحكم هو السيره العقلانيه، وعلى طبقها حكم الإمام عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم في قضية هي من مصاديق تلك القاعده الكليه التي ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قدس سرّه:

« ومن بابه أن يكون كيس بين جماعه فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون: لا ويقول واحد: هو لى، فإنه يقضى به لمن ادّعاه » (1).

□
أى: كما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت: عشره كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى

ص: ٥٩٧

ومن الأصحاب من استدلّ بهذه الروايه على الحكم في غير هذه المسأله.

قلت: ومع كون الدليل منحصراً بها يشكل التعدّي عن موردها، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن من مدلولها.

وأما إشكال المحقق الأردبيلي بعدم إحراز كون «يونس» الراوى عن منصور هو «يونس بن عبد الرحمن» الثقة (٢)، فقد أجاب عنه في (مفتاح الكرامه) بأن الشيخ وإن لم يذكر اسم أبيه في التهذيب، لكن المذكور في النهايه: يونس بن عبد الرحمن (٣).

واستدل في (الجواهر) للحكم المذكور بأصالة صحّه قول المسلم وفعله، بل كلّ مدّع ولا معارض له (٤).

وأشكل عليه: «بأن من المحقق في محلّه عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحه بمعنى الصدق، فيكون الأصل في قول المسلم الحجّيه إلا- ما خرج بالدليل، بل ظاهر الأدله خلافه، نعم، الصحه بمعنى عدم اللغويه أو المشروعيه قام الدليل على وجوب حمله عليها، لكن الصحه بهذا المعنى لا ربط لها

ص: ٥٩٨

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧٤/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٧.

٢-٢) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ١١١.

٣-٣) سند الخبر صحيح، وما ذكرناه عن مفتاح الكرامه، هو صريح الشيخ الحر في وسائل الشيعه وتجده في النهايه: ٣٥٠ ط لبنان.

٤-٤) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٧.

بالمقام ولا تنفع المستدل أصلاً، كما لا يخفى.

هذا، مضافاً إلى ما أفاده الاستاذ العلامة من أنه لو كان الأصل في قول المسلم الحجّيه والصّيدق، لكان وارداً على اليد أيضاً لو كان في مقابله يد نظير البيه، فلا يحتاج إلى إقامه البيه، وهذا مما لا يذهب إليه أحد» (١).

أقول: إن المراد من أصاله حمل قول المسلم وفعله على الصّحّه هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه، وسماع كلامه في كلّ أمر يتعلّق به على الصّحّه، فلو ادّعى كون الشىء له - ولم يكن له معارض - سمع قوله من جهه أنه أبصر بأمره وبمعرفة ما يملكه وما يتعلّق له به حق ويعود إليه من غيره، وبهذا التقريب يندفع الإشكال المذكور، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبه إلى ما فى يد غيره، غير وارد، لو صوح أنها دعوى بالنسبه إلى أمر راجع إلى غيره، وقد ذكرنا أن مجرى الأصل المزبور هو الامور المتعلقة بنفسه، ومن هنا يقبل قوله إن قال بالنسبه إلى شىء فى يده: إنه ليس لى، وإن كان له يد عليه، وليس قبول قوله هذا من جهه كونه إقراراً.

وقد استظهر صاحب (الجواهر) من الخبر المذكور قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله ليس لى، قال: بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور فى قبول دعوى المدّعى ولو بعد قوله: ليس لى، بناءً على إرادته الحقيقه من قوله كلّهم. قال: ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً، لأصاله صحه قوله معاً باحتمال التذكر وغيره، لعدم المعارض (٢).

قلت: ما ذكره يتوقّف على أن يكون القائل هو لى من جمله القائلين: لا، وليس فى الخبر ظهور فى ذلك، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقن وهو أن لا يكون منهم.

ص: ٥٩٩

١- ١) كتاب القضاء للمحقق الآشتياني: ٣٥٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٩.

وقال ابن إدريس بعد الرواية: « فقه هذا الحديث صحيح، وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وإنما لم يثبت صاحب سواه، واليد على ضريين: يد مشاهده ويد حكميه، فهذا يده عليه يد حكميه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادّعاء عليه حكميه، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعه واحده أو متفرقاً هو لى، لكان الحكم فيه غير ذلك، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادّعاء غيره، لم يقبل دعواه بغير بينه، لأن اليد المشاهده عليه لغير من ادّعاء، والخير الوارد في الجماعة أنهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لا- من طريق الحكم ولا- من طريق المشاهده، ومن ادّعاء له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينه، ففقهه ما حرّزناه، وأيضاً، إنما قال ادّعاء من حيث اللغه، لأن الدعوى الشرعيه من ادّعى في يد غيره عيناً أو ديناً» (١).

وما ذكره قدّس سرّه مشكل جداً، ولو كان هنا يد وكانت العين في الحقيقه للغير وقد تلفت بتلف سماوى، لزم أن يكونوا ضامنين له، وهذا لا يقول به أحد.

ص: ٦٠٠

الثانية: (لو انكسرت سفينه في البحر فما هو حكم ما خرج منه؟)

قال المحقق قدس سرّه: « لو انكسرت سفينه في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه، وبه روايه في سندها ضعف » (١).

أقول: لقد نسب هذا الحكم إلى الأشهر عن الأصحاب، والأصل فيه روايه قال المحقق: في سندها ضعف.

قلت: عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها، وهي خبر الشعيرى، قال: « سألت الصادق عليه السلام عن سفينه انكسرت في البحر، فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق منها. فقال: أما ما أخرج البحر فهو لأهله، الله تعالى أخرجهم لهم، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به » (٢).

إنما الكلام في حكم المسألة بحسب القواعد مع غض النظر عن الروايه، سواء قلنا باعتبارها سنداً بالإنجبار أو قلنا بعدمه لعدم الموافقه على الكبرى أو عدم ثبوت عمل المشهور بها. . .

قد يقال: إن الوقوع في البحر في حكم التلف وإلا- فليس الإخراج بالغوص من الامور الموجهه لانتقال الملك، وحيث كان في حكم التلف فقد خرج عن ملك

ص: ٦٠١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٢/٢. أبواب اللقطه، الباب ١١.

مالكه، فمن أخرجه ملكه، كما تملك المباحات بالحيازه.

إلّا أنه مشكل جداً.

نعم، إنما يتم في صورته إعراض المالك، بناءً على كون مجرد الإعراض مخرجاً عن الملك، وقد استشكل في (الجواهر) في ذلك بأن زوال الملك يتوقف على سبب شرعي كتوقف حصول الملك عليه (1).

لكن الظاهر: أن العقلاء يعتبرون الإعراض مخرجاً، فمن أعرض عن شيء له خرج عن ملكه عندهم، ولأن « الناس مسلطون على أموالهم »، لكن الكلام في الصغرى، فإن كان الوقوع في البحر مصداقاً للتلف الذي يزول معه اعتبار الملكيه أو مقروناً بالإعراض المخرج عن الملكيه، كان ما أخرجه الغائص ملكاً له.

وكيف كان، فالحكم في المسأله ما ذكره، للخبر المذكور، لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور (2) خلافاً للجواهر، واحتمال إرادته كون الجميع لأهله، كما في

ص: ٦٠٢

(١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠١.

(٢-٢) أقول: هذا سند الخبر: محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله، عن منصور ابن العباس، عن الحسن بن علي بن يقطين، عن أميه بن عمرو عن الشعبي. وفيه ضعف من جهات، وانجبار ضعفه بالعمل - بناءً على القول به - يكون فيما إذا علم بأنه الذي استند إليه الأصحاب وأفتوا عليّ طبقه. لكن في المقام خبر آخر وهو: « محمد بن يعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين قال: وإذا غرقت السفينه وما فيها فأصابه الناس، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم) وسائل الشيعة الباب ١١ من أبواب اللقطه، وهو في الكافي ٥ / ٢٤٢، وسنده معتبر على ما تقدم منا في بعض تعليقات الكتاب. والخبر الأول وإن ذكره الشيخ في النهايه - وبعض الفقهاء في الكتب الفقيهيه - غير مذكور في التهذيب على ما ذكر مصحح الوسائل حيث قال « ما وجدت غير الحديث الذي رواه الكليني في ج ٥ ص ٢٤٢. ورواه الشيخ في التهذيب سنداً ومنتاً » انظر: التهذيب ٧ / ٢١٩. وفي الخبر الثاني زياده على الأول، وهي جمله: « وتركه صاحبه » وفيها إشاره إلى قضيه أن الإعراض مخرج عن الملك، ومن هنا يتم حمل الحكم في الأول على هذه القاعده، ولا حاجه إلى الحمل على اليأس كما في السرائر، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق الرشتي من منع كون الإعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يملكه القابض بالحيازه قائلاً: « إذ لا دليل على ذلك »، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعده بلا كلام.

(الجواهر) وعن بعضهم الجزم به [\(١\)](#)، خلاف الظاهر إنصافاً.

ص: ٦٠٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٠.

الكلام في: الإختلاف في دعوى الأملاك

إشاره

وفيه مسائل:

ص: ٤٠٥

الصورة الأولى: لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينه

قال المحقق: « لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بينه، قضى بينهما نصفين، وقيل: يحلف كلّ منهما لصاحبه» (١).

أقول: لو تنازعا عيناً ولا بينه لأحدهما، فتاره: تكون العين في يدهما معاً، وأخرى: تكون في يد أحدهما خاصة، وثالثه: تكون في يد ثالث.

ففي الصورة الأولى، لا خلاف في أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الآخر لذاك، إلا أن الخلاف في توقّف ذلك الحكم على أن يحلف كلّ من المدعيين لصاحبه وعدمه، فظاهر المحقق قدّس سرّه هنا وجماعه الثاني (٢)، واختار في (النافع) - كما قيل - الأول، وعليه جماعه، بل قيل إنه المشهور (٣)، وتظهر الثمره في صورته نكول أحدهما بناءً على التوقف، فإنه يحكم بكون كلّها للآخر.

واستدل للقول الأول: بأن هذه الصورة من مصاديق قولهم عليهم السلام:

ص: ٦٠٧

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٢- (٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٢٩، المسأله ١. غنيه النزوع ٢: ٤٤٤. اصباح الشيعة: ٥٣١.

٣- (٣) المختصر النافع: ٢٧٧. كشف الرموز ٢: ٥٠٧. المهذب البارع ٤: ٤٨٧. كفايه الأحكام ٢: ٧٢٥. مسالك الأفهام ١٤: ٧٨. جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٣.

« السبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » (١) وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (٢) بتقريب: إنَّ كلَّ واحد من المدَّعين قد وقعت يده في الحقيقة على نصف العين المتنازع فيها، لأن يده على النصف الآخر معارضة بيد الآخر، فيكون كلُّ واحد منهما ذا يد على نصف العين ومالكاً له بمقتضى يده، ومدَّعياً لملكيه النصف الآخر الذى هو فى يد صاحبه، والآخر ينكر دعواه، فكلُّ منهما مدَّع ومُدَّعى عليه، وحيث أنه لا بينة لأحد الطرفين، وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران، فإذا حلفا حكم بالتنصيف.

واستدل للثانى: بأن كلَّ واحد منهما يدعى ملكيه كلَّ العين، ولا ريب فى مخالفه دعوى أحدهما للواقع، وحيثُ، فلا كاشفيه ليد أحدهما بالنسبة إلى ملكيه الكلِّ، لوجود المعارض، بل يتساقطان، فلا مدَّعى ولا مدَّعى عليه، ويكون الحكم هو التنصيف، وقد ادَّعى عليه الإجماع، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر، حيث روى « إن رجلين تنازعا دابته ليس لأحدهما بينة، فجعلها النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بينهما » (٣) فيكون المورد نظير العين التى يدَّعيها اثنان ولا يد لأحدهما عليها، فالحكم هو التنصيف لا القرعه، للنص والإجماع، وليس مورداً للحلف.

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف، بأن يحلف كلُّ واحد على ما يدَّعيه ونفى ما يدَّعيه الآخر، ثم يقع البحث فى كيفية الحلف.

ولو فرض أن كلَّ واحد جاء ببينه على ما يدَّعيه، فإن البيتين تتعارضان،

ص: ٦٠٨

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤ الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣/٣. ابواب كيفية الحكم، الباب ٣.

٣- ٣) سنن البيهقى ١٠: ٢٥٥.

فإن حلف أحدهما طبق بينته حكم له، وإن لم يحلفا أو حلف كلاهما حكم بالتنصيف.

وربما يجمع بين القولين الأولين في المسألة بأن القول بالحلف هو في صورته مطالبه الخصم، والقول بعدم لزومه هو في صورته عدمها، وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم.

وصاحب (الجواهر) ينكر شمول قاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» لهذه الصوره، بتقريين:

ففى الأول: بسقوط اليد بالمعارضه، فلا مدعى عليه، فيحكم بالتنصيف، عملاً بالنص، أو من جهه أنه طريق عقلائي، إذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليمين معاً فيحكم العقلاء بذلك.

وفى الثانى: إنه لا مدعى فى هذا المقام، من جهه أن كلاً منهما ذو يد، فكلّ منهما مدعى عليه، ولذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينه على ما يدعى، ثم قال: اللهم إلا أن يقال إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لاحدى البينتين...

قلت: ولكن لا دليل على كون اليمين مرجحه فيما نحن فيه.

قال: أو يقال: إن لكلّ منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه ولا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كلّ منهما ميزان القضاء. وكأن هذا هو الذى فهمه الإصبهاني فى كشفه عن المصنف فى النافع.

ثم إن صاحب الجواهر تنظر فيما ذكره كاشف اللثام.

وحاصل كلام (الجواهر) هو اختيار القول الأول (1).

ص: ٦٠٩

لكن الإنصاف أن القول الثاني غير بعيد، لأن أهل العرف يرون لكل واحد منهما يداً على النصف، فتحقق صغرى قاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» .

أما حق الدعوى، ففي سقوطه بإسقاط صاحبه تأمل، وعلى فرضه، فإنه لا يحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه.

وحيث رضى المدعى بيمين صاحبه وحلف، فقد ذهب اليمين بحقه، وعلى هذا يمكن حمل القول الثاني، أى إنه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما، بل إن حلف الخصم أخذ الكل، فلا تنصيف، فالقول بالحلف هو فى صورته تحقق التداعى بينهما، لكن يبقى الكلام فى كفايه الرضا باليمين هنا، مع أن المورد ليس مورداً حقيقياً لقاعده المدعى والمنكر، إلا أن يقال بعموم نصوص «ذهب اليمين بحقه» لهذا المورد.

ولو لم يكن بينهما تداعى وقد ماتا والعين فى أيديهما، فهى على النصف بينهما، لعدم التداعى، وعلى تقديره من الورثه، فإن حلف أحدهما دون الآخر برضاه أخذ العين كليهما، وإن تداعيا فالقولان.

وإن ادعى أحد الشريكين فى تركه على الآخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبه المورث مثلاً، فهنا يحلف الآخر على نفى العلم.

ولو ادعى الآخر هذه الدعوى كذلك، وقع التداعى، فيحلفان على نفى العلم.

وعلى القول الثانى، فمن الذى يحلف أولاً؟ المتجه وفاقاً للجواهر يتصل الأسبق منهما، ومع الاقتران قال: يقدم من كان على يمين صاحبه، ويحتمل القرعه أو جعل الأمر بيد الحاكم نفسه.

الصورة الثانية: لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره: « ولو كانت يد أحدهما عليها، قضى بها للمتشبث، مع يمينه إن التمسه الخصم » (١).

أقول: والصورة الثانية: أن تكون يد أحد المتنازعين على العين، وهذه الصورة هي المصداق المتيقن لأدله: « البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه » فصاحب اليد هو المدعى عليه والآخر المدعى، والمفروض عدم البيئه، فيحلف من هي بيده، فإن حلف قضى بكونها له، وإن نكل عن اليمين فالقولان: من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين.

الصورة الثالثة: لو كانت يدهما خارجه وفيها صور:

إشاره

قال: « ولو كانت يدهما خارجه، فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف وقضى له » (٢).

١ - أن يصدق من هي بيده أحدهما

أقول: والصورة الثالثة: أن تكون العين في يد ثالث ويدهما معاً خارجه عنها، فهنا صور، ذكر المحقق الاولي بقوله: (فإن صدق من هي في يده أحدهما أحلف وقضى له) ووجه ذلك: أن العين تكون بإقرار الثالث ملكاً لزيد مثلاً، فيكون زيد صاحب اليد على العين والمدعى عليه وعمرو هو المدعى، وحيث أنه لا بيئه في المقام، فإنه يحلف زيد ويقضى له، كذى اليد في قيام الشاهد الواحد فعلاً على ملكه.

ص: ٦١١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

لكن هنا بحث، من جهة أن ذا اليد في هذه الصورة هو الثالث، وقد كانت العين في يده من أول الأمر، فإن صدق زيداً في دعواه كون العين له، فإن القدر المسلم به من تأثير هذا الإقرار خروج العين عن ملك الثالث، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وأما حجية هذا الإقرار فيما زاد عن ذلك - وهو كون العين لزيد المقر له - فإنها مبنية على القول بحجية الإقرار بالنسبة إلى الغير، وهذا أمر مختلف فيه، كما تقدم في محلّه، فإنه - بناءً على القول بعدم ترتب الأثر على الإقرار بالنسبة إلى الغير - تخرج العين هنا عن ملك الثالث، ولا يكون زيد ذا يد عليها حتى لو سلّمها الثالث إليه بعد الدعوى، بل تكون عيناً لا يد لأحد عليها، وتجرى حينئذ أحكام تلك الصورة.

وبالجملة، فقول الأكثر بكون زيد المقر له ذا يد، يتوقف على أن يكون إقرار الثالث حجه شرعيه بالنسبة إلى زيد، فيكون ذا يد على العين ومدّعى عليه، وإلا فلا دليل على ذلك، نعم، ذكر في (المستند) دليلين:

أحدهما: بناء العقلاء على جعل زيد في مفروض المسألة ذا اليد على العين ويعاملونه معاملة المالك للمال، وهذا نص كلامه: « ويدلّ على كونه للمصدق له: إنه حينئذ يكون ذا اليد، فإن ظاهر العرف أن من أسباب صدق اليد كون الشيء تحت تصرف من ثبت أنه مباشره، كالوكيل والأمين والمستودع والمستأجر والمستعير، أو أقرّ بذلك. . . » .

والثاني: الروايات، حيث قال: « ويدلّ عليه أيضاً أنه أقر الثالث بكونه له، ومن أقر شيئاً في يده لأحد فهو له. . . للمستفيضة الدالّة على من أقر بعين لأحد فهو له:

كمرسلة جميل: في رجل أقرّ أنه غصب رجلاً على جاريتته وقد ولدت

الجاريه من الغاصب، قال: تردّ الجاريه وولدها على المغصوب إذا أقر بذلك أو كانت له بينه» (١). . .

وصحيحه سعد بن سعد: « عن رجل مسافر حضره الموت، فدفن مالا إلى رجل من التجار، فقال: إن هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا- كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له ما مرّ، ولا يدرى صاحبه ما الذي حمّله على ذلك، وكيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء» (٢).

ومثلها صحيحه إسماعيل الأحوص. . . (٣).

وصحيحه أبي بصير « عن رجل معه مال مضاربه فمات وعليه دين، فأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربه، أيجوز ذلك؟ قال: نعم، إذا كان مصدقا» (٤) أي لم يكن متهماً.

ويؤيده أيضاً روايه المهتدي: « إن أخي مات فتزوجت امرأته، فجاء عمي وادّعى أنه تزوّجها سراً، فسألته عن ذلك، فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ما كان بيني وبينه شيء قط. فقال: يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها» (٥)(٦).

ثم إن الحكم لزيد المقرّ له يتوقف على يمينه، أما الثالث فلا يمين عليه وإن كان ظاهر عبارته (القواعد) وجوبها عليه حيث قال: « ولو كانت في يد ثالث حكم لمن

ص: ٦١٣

- ١-١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٧/١. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٦١.
- ٢-٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٣/٦. كتاب الوصايا، الباب ١٦.
- ٣-٣) المصدر ١٩: ٢٩٣، ذيل ح ٦.
- ٤-٤) المصدر ١٩: ٢٩٦/١٤. كتاب الوصايا، الباب ١٦.
- ٥-٥) المصدر ٢٠: ٢٩٩/١. أبواب عقد النكاح، الباب ٢٣.
- ٦-٦) مستند الشيعة ١٧: ٣٥١ - ٣٥٣.

يصدّقه بعد اليمين منهما» (١). نعم، يتوجّه عليه اليمين إن طالب عمرو بها، وهل يحلف على نفي العلم بكونها له أو على البت؟ قال جماعة بالأول، وفي (الجواهر): الظاهر توجّه اليمين عليه على البت لأنه مدّعى عليه (٢).

قلت: ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدّعى عليه في هذه الصورة، وقد أشرنا إلى ذلك.

وكيف كان، فإن نكل زيد حكم بكونها لعمرو، إما بمجرّد النكول وإما مع اليمين المردوده على القولين، وإن نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف.

ثم إن لعمرو أن يدّعى على الثالث دعوى جديدة، بعنوان كونه السبب في تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له، فيكون الثالث حينئذ مدّعى عليه وعليه اليمين، فإن نكل عنها لزمه الغرم، إما بمجرد وإما بعد اليمين المردوده، والوجه في صحه هذه الدعوى على الثالث كونه السبب في تلف المال من عمرو - وإن كان تملك زيد له بحكم الحاكم - لأن السبب أقوى من المباشر.

وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد في خبر عمر بن حنظله: « في رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء فذلك رضى لى وهو لازم لى، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر له ذلك كله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها» الحديث (٣).

ص: ٦١٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٦٥/١. كتاب الوكاله، الباب ٤.

وكيفما كان معنى الرواية، فإن محلّ الإستدلال قوله عليه السلام: (وذلك أنه هو الذى ضيّع حقها) فإن هذا التعليل يشمل ما نحن فيه، وحيث أن دعوى عمرو على الثالث هي بعنوان كونه المضيّع لحقّه، فإنه يلزم الثالث الغرم.

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه؟ الظاهر هو الأول، فيكون نظير ما إذا أقرّ بكون العين لزيد فدفعها إليه بحكم الحاكم، ثم أقرّ بكونها لعمرو، فإنه يلزم بدفع ثمن العين كلّهُ.

ولو أراد الثالث أن يحلف، فهل يحلف على البت أو على نفي العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعى؟

قيل بالأول.

وأشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه بإقراره وحكم الحاكم، فلو أراد الحلف على البت كان فى مال الغير، بل عليه أن يحلف على نفي العلم بكونها له.

أقول: إنه بناءً على ما ذكرنا فى كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث، يتعيّن اليمين على البت، لأن الإلتلاف فعل نفسه.

على أن الإلتلاف لا يدور مدار العلم، فمن أتلف مال غيره ضمن، سواء كان عالماً أو جاهلاً أو ناسياً، إذ الموضوع للضمان هو الإلتلاف وهو هنا متحقق حسب دعوى المدعى.

هذا، وفى (القواعد): « ولو كانت فى يد ثالث، حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما» (١).

ومرجع الضمير فى « منهما» هو المصدق، أى الثالث والمصدق المقرّ له.

ص: ٦١٥

وأشكل عليه في (الجواهر) بأنه لا أثر ليمين الثالث في حكم الحاكم بكون العين للمصدق، قال: ويمكن تعلق « منهما» بقوله: « يصدقه»، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له، وحينئذ، تكون كعبارة المصنف. لكنه خلاف الظاهر (١).

٢ - أن يصدق من هي يده كليهما

والصوره الثانيه: أن يصدق كليهما، قال المحقق « وإن قال: هي لهما، قضى بها بينهما نصفين، وأحلف كل منهما لصاحبه» (٢).
أقول: في هذه الصوره، تخرج العين من يد الثالث، وتكون كالصوره التي هي في يد المتنازعين، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين.

وحينئذ، يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعى عليه تضييع نصف المال عليه، فإن حلف - بتأ على نفى العلم على القولين - فهو، وإلا وجب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما.

ويترتب على القول بالتحالف: أنه إن حلفا بالتنصيف وإن نكلا- فكذلك، وإن حلف أحدهما دون الآخر كانت العين كلها للحالف، وكان للناكل منهما الرجوع على الثالث، فإن حلف فهو وإلا وجب عليه الغرم وهو النصف، لأن المفروض أنه قد ضيع عليه النصف بإقراره بكون العين لهما معاً.

٣ - أن يكذب من هي يده كليهما

والصوره الثالثه: أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قدس سره « ولو دفعهما أقرت في يده» (٣).

أقول: إن كذب الثالث كليهما كانا مدعين وهو المدعى عليه، وحيث لا بينه

ص: ٦١٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٠٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

لهما، يجب على الثالث اليمين على نفي كون العين لهما، وهل يشترط تعيين المالك أو يكفى إنكار كونها لهما؟ قالوا بالثاني، فإذا حلف أقرت العين في يده وارتفع النزاع.

وعن المحقق الأردبيلي (1): إنه يحلف على نفي العلم بكونها لهما لا على البت.

ولعلّ الوجه فيما ذكره هو: أن اليمين على نفي كونها لهما، يمين في ملك غير الحالف، ولا فائده لليمين في ملك الغير، سواء كان نفيًا أو إثباتًا، ووجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: إنه يكفى لتوجه اليمين إليه كون مورد اليمين في يده، فيقولان له: إن الذي في يدك لنا، فيحلف على نفي كونه لهما.

وكيف كان، فإذا حلف سقطت دعواهما، وإن نكل، فإن كان نكوله بالنسبة إلى كليهما معاً، كانت العين كالعين التي هي في يد المتنازعين، فيتحالفان على القول المشهور ويحكم بالتنصيف، وعلى قول المحقق قدّس سرّه يحكم به من دون تحالف، وإن نكل عن اليمين لأحدهما دفعت العين للذي حلف له بناء على كفايه النكول، وبعد الردّ واليمين على القول الآخر، ولا يغرم الثالث النصف الآخر، لبطلان قوله «ليست لكما» بنكوله، ثم للآخر أن يدعى على ذي اليد، فتكون صغرى لقاعده «البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه» فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فالقولان.

٤ - أن يقَرَّ من هي بيده لأحدهما غير المعين.

والصوره الرابعه: أن يقَرَّ بكون العين لأحدهما لا- على التعيين. وفي هذه الصوره تكون العين كالعين التي هي تحت يدهما، فيحكم بالتنصيف على ما تقدم في تلك الصوره.

ص: ٦١٧

لكن عن (القواعد): « قرع بينهما، لتساويهما في الدعوى وعدم البيئه » (١) وعن (التحرير): « فمن خرجت باسمه حلف وكانت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما » (٢).

وعن (التذكرة) التحالف، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما، وإلا فللحالف (٣).

وفى (المستند): « قيل: يحتمل القرع، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسّمت بينهما. ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءً بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما (٤).

أقول: بل الأوجه الثانى، لروايه السكونى: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على ذلك، فقال: أيهما أقام البيئه فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان (٥).

لكن الظاهر من الروايه التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها، فالقول به - كما فيما إذا كان فى أيديهما معاً - أوجه.

وحكم الفاضل فى (القواعد) بالقرع بينهما من غير ذكر حلف. كان حسناً لولا الروايه المذكوره.

أقول: قد عرفت وجه القول بالتنصيف.

ص: ٦١٨

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٦٩.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ١٨٦.

٣-٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨١ (حجرى). وعنه كشف اللثام ١٠: ١٨٩.

٤-٤) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٤.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٣/١. أبواب الوصايا، الباب ٢٥.

وأما القول بالقرعه، فوجهه ما ذكره العلامة في (القواعد) (1)، إذ مع تساويهما في الأمرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولاً، لتردده بين الشخصين، والأمر المجهول يعرف بالقرعه.

ف قيل: يحلفان مع ذلك، لأنه بالقرعه يعين ذو اليد فيكون المدعى عليه، ويكون الآخر المدعى، فإن لم يحلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته.

وقيل: بعدم لزوم اليمين مع القرعه، لأنها قد عيّنت صاحب المال، فلا حاجة إلى اليمين حينئذ.

لكن الصحيح عدم الحاجة إلى القرعه مطلقاً، بعد وضوح الحكم بظهور الأدله في التنصيف.

٥ - أن يقول من هي بيده ليست لي ولا أدري لمن

والصوره الخامسة: أن يقول الثالث: ليست العين لي ولكن لا أدري لمن هي، أو يقول: لا أدري أنها لي أو لهما أو لغيرهما.

والحكم في هذه الصوره هو الحكم في العين التي لا يد لأحد عليها - وإن كان بين القولين المذكورين فرق من جهه سنذكره - وقد ادّعاها اثنان، وقد ذكر في (العروه) فيها وجوهاً:

الأول: إجراء حكم المدعى والمنكر، لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فمع حلفها أو نكولهما تقسم بينهما، ومع حلف أحدهما ونكول الآخر تكون للحالف لقوله عليه السلام: البيئه للمدعى... إلخ، ولروايه إسحاق بن عمار: « فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه؟ قال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها

ص: ٦١٩

قال السيد رحمه الله: « وفيه: منع صدق المدعى والمنكر، بل كلّ منهما مدّع، فيكون من التداعي. وأما الروايه فمختصه بصوره البيئه فلا تشمل المقام» (٢).

والثاني: التحالف، للتداعي، فإذا حلفا قضى بالتنصيف بينهما.

والثالث: القرعه، من جهه أنه أمر مجهول، والقرعه لكلّ أمر مجهول.

والمختار هو الوجه الثاني تبعاً للسيد في (العروه).

وقد نسب الأول - تبعاً للمستند - إلى المحقق الأردبيلي (٣)، لكنّ كلامه يفيد اختياره للوجه الثاني لا الأول، ويشهد بذلك عدم ظهور روايه إسحاق فيما نسب إليه.

أما الثالث، فقد اختاره المحقق النراقي، فقال ردّاً على القول الأول:

« الحلف أمر شرعى يتوقّف على التوقيف، ولا أرى دليلاً على حلفهما هنا والحكم بنكولهما أو نكول الناكل، والروايه مخصوصه بصوره إقامتهما البيئه، والتعدّي يحتاج إلى الدليل، والقرعه لكلّ أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به على عليه السلام فى روايتى أبى بصير وابن عمار.

الاحولى: بعث رسول الله غ إلى اليمن فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك، قال: يا رسول الله، أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعاً فى طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه، كلهم يدّعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذى

ص: ٦٢٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى، الباب ١٢.

٢-٢) العروه الوثقى ٣: ١٢٦.

٣-٣) مستند الشيعة ١٧: ٣٥٥، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٢٢٧.

خرج سهمه وضمنته نصيبهم (١). الحديث.

والاخرى: إذا وطى رجلان أو ثلاثه جاريه في طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً، أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد له، يردّ قيمه الولد على صاحب الجاربه» (٢) الحديث.

وعمل بها الأصحاب طراً في مورده من غير إحلاف (٣).

وأجاب السيد فى (العروه) عن الاستدلال المذكور بأنه: « لا واقع مجهول فى المقام حتى يعين بالقرعه، لعدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما. والروايتان مخصوصتان بموردهما» (٤).

قلت: كأن المحقق النراقى يريد إلغاء خصوصية « الولد» المتنازع فيه الذى لا يمكن القضاء بتنصيفه، ولا طريق إلى معرفه من هو له، لا باليمين ولا بالبينه، حتى يتمكن من التعدى منه إلى المال، لكن الإنصاف أن إلغاء هذه الخصوصيه فى الروايتين أصعب من إلغاء الخصوصيه فى روايه إسحاق.

وبما ذكرنا يظهر عدم قابليه الروايتين للمعارضه مع عمومات « البيئه على المدعى واليمين على من أنكر»، وجعل مدلول العمومات: إن كل بينه على المدعى وكل يمين على المنكر، لا- أن كل مدّع ومنكر عليه البيئه واليمين يخالف ظاهر تلك الأخبار، ولو تم ذلك لسقطت عن الإستدلال حتى فى موارد وجود المدعى

ص: ٦٢١

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٨/٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٦١/١٤. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٣.

٣-٣) مستند الشيعه ١٧: ٣٥٥ - ٣٥٦.

٤-٤) العروه الوثقى ٣: ١٢٧.

والمدعى عليه، ومن هنا لم يوافق عليه النراقي نفسه.

فالحاصل: إن الذى يدعى كون الشيء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً، يصدق عليه « المنكر » عرفاً، فتشمله العمومات، كالروايه الوارده فى قضيه فذك، وروايه ابن أبى يعفور (1) وغيرهما.

□
إذن، يوجد عندنا دليل على الحلف فى المورد، وأن دعوى التعارض الذى ذكرها رحمه الله فى غير محلها.

فتلخص: إن الصحيح هو الوجه الثانى.

ثم، هل الرجوع إلى القرعه يختص بمورد الأموال فقط أو يمكن تعيين الحججه الشرعيه بها كذلك؟ لا ريب فى ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالقرعه، وفى بعض الأخبار يتعين ذو اليد فى بعض الموارد عند التردد بين شخصين، فللقائل بالقرعه فى مسألتنا أن يقول بحلف ذى اليد للمدعى، فلا يرد إشكال (الجواهر) .

وأما الفرق بين قول الثالث: « ليست لى ولا أدرى أنها لمن » وقوله: « لا أدرى أنها لى أولهما أو لغيرهما » فهو: أنه فى الأول ينفى كون العين له فيخرج

ص: ٦٢٢

□ □
١- ١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فذك: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر: أتحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البيئه؟ قال: إياك كنت أسأل البيئه على ما تدعيه على المسلمين. قال: فإذا كان فى يدى شىء فادعى فيه المسلمون تسألنى البيئه على ما فى يدى، وقد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البيئه على ما ادعوا على كما سألتنى البيئه على ما ادعيت عليهم - إلى أن قال - وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « البيئه على من ادعى واليمين على من أنكر ». وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥. وعن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه أن لا حق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه. وسائل الشيعه ١٨ / ١٧٨.

بإقراره عن أطراف الشبهه، بخلاف الثاني، ولذا احتمل فى الثانى القضاء بكون العين له، لكون يده عليها وأن جهله لا ينفى ملكيته للعين، وحينئذ، يمكن إحلافه على نفي العلم، فإن حلف أُبقيت العين فى يده، وإن نكل أخذت منه وسلّمت إلى المدعين ويقضى بينهما بأحد الوجوه المذكوره.

ص: ٦٢٣

قال المحقق قدس سرّه: « يتحقق التعارض فى الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخرا أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخرا ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق» (١).

أقول: كان موضوع البحث فى المسأله الاولى تنازع الشخصين فى ملكيه عين خارجيه، ولا بينه لأحدهما على دعواه، وقد تقدّمت صورها وأحكامها.

وموضوع هذه المسأله حصول التنازع بين الشخصين فى ملكيه العين مع فرض وجود البيئه، فإن كان لأحدهما بينه دون الآخر وكانت بينه جامعه للشرائط، قضى له بها، ولا تصل النوبه إلى إحلاف الآخر كما هو واضح، وإن كان لكلّ منهما بينه فهنا صور.

..

متى يحصل التعارض؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها - كيفيه تحقق التعارض فى الشهاده والمراد منه، بأن ذلك يتحقق « مع تحقق التضاد» بين البيئتين، بأن لا يمكن

ص: ٦٢٤

التوفيق بينهما بنحو من الأنحاء، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا إنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوه، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت» بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم، فإنه حينئذ يعمل بالبينه الثانيه لإمكان صدقهما معاً.

وقد يتحقق التكاذب بين البيئتين، وهو تاره: يكون بتكذيب احدى البيئتين للأخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وأنهما كانا حاضرين عنده حينذاك، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد في الزمان المذكور، فهما يكذبانها من غير تعرّض منهما لواقع القضييه وأنه هل أوصى زيد بكذا أولاً؟

وأخرى: يكون التكذيب بالنسبه إلى الواقع فيقولان: لم يوص زيد بكذا، وأن ما شهدت به البيئه الاولى مخالف للواقع، إلا أنهما قد لا يكذبان تلك البيئه، لاحتمال اشتباه الشاهدين وعدم تعمدهما للكذب.

هذا، وقد وقع البحث بين الأصحاب في الفرق بين التعارض والتكاذب موضوعاً وحكماً، فعن العلامه في محكي (القواعد) التصريح بكون التكاذب غير التعارض، والجزم بكون الحكم فيه هو التسايط مطلقاً (1)، بخلاف التعارض، وعن الشيخ إجراء حكم التعارض عليه إن كان من قبيل الصوره الثانيه (2)، والأول أولى.

ص: ٦٢٥

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨.

٢- (٢) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ٢٦٢.

وحيث يتحقق التعارض بين البيّتين، على وجه يقتضى صدق كلّ منهما تكذيب الأخرى، ففي المسأله صور:
أحدها: أن تكون العين في يد المتنازعين كليهما، وقد ذكر المحقق قدس سرّه حكم هذه الصوره ودليله بقوله:

الصوره الاولى: كون العين بيد المتداعيين:

« يقضى بينهما نصفين، لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه فيقضى له بما في يد غريمه» (١).

فالحكم في هذه الصوره هو جعل العين بينهما نصفين - نظير صوره النزاع حول العين مع عدم البيّنه واليد لأحدهما عليها - بلا إشكال كما في (المسالك) وفي (الجواهر) بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن وأبى على (٢).

اذن، لا اختلاف في الحكم بالتنصيف، ولكن اختلف في وجه هذا الحكم وسببه.

ف قيل: لتساقط البيّتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، وقيل: لأن مع كلّ منهم مرجحاً باليد على نصفهما، فقدمت بينته على ما في يده، وقيل - كما في المتن -: لأن يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بينه عليه، فيقضى له بما في يد غريمه، قال في (المسالك): بناءً على تقديم بينه الخارج على

ص: ٦٢٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٨١.

الداخل، قال: وهذا هو الأشهر (١).

فالوجه المذكور في سبب الحكم في المسألة ثلاثة، وتظهر فائده هذا الخلاف في اليمين على من قضى له، فعلى القول بالتساقت، يلزم لكل من المتنازعين يمين، وهذا هو مذهب المشهور في المسألة السابقة، خلافاً للمحقق، فإن حلفاً بالتنصيف وإلا قضى بها للحالف دون الناكل، وإن نكلاً - جميعاً فالحكم هو التنصيف أيضاً، وعلى القولين الأخيرين - تقديم بينه الداخل، وتقديم بينه الخارج - لا يمين، لترجيح كل من البينتين باليد على القول الأول منهما فيعمل بالراجح، ولأن البيئه ناهضة بإثبات الحق على القول الثاني منهما فلا يمين معها.

قال في (الجواهر): لكن في التحرير - بعد أن ذكر تعليل المصنف بما سمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينه الخارج - قال: وقال يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثاني (٢).

وفي التنقيح - بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأ دائراً بين الأخيرين، وأنه على أولهما يقضى لكل منهما بما في يده، وعلى ثانيهما يقضى له بما في يد غريمه - قال: يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفاً أو نكلاً فالحكم كما تقدم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى بها للحالف.

وعن مهذب أبي العباس التصريح باليمين بناءً على كون المنشأ دخولهما (٣).

أقول: هذه عبارته (التنقيح) في هذه المسألة: « هذا هو القسم الثاني، وهو أن يكون في يدهما، فإن قلنا يقضى للداخل قضى لكل بما في يده، وإن قلنا يقضى

ص: ٦٢٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٨١. جواهر الكلام ٤٠: ٤١٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١١. تحرير الاحكام ٥: ١٨٥/٦٥٤٠.

٣-٣) المهذب البارع ٤: ٤٩٦.

للخارج قضى لكل بما فى يد الآخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين، سواء أقاما بينه أو لم يقيما، ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فإن حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدّم، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للحالف» (١).

ذكرنا نص عبارته، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه» مرتبطاً بقوله « أو لم يقيما» وقد يقويّه قوله قبل ذلك « قضى» فى كلتا حالتى تقديم بينه الداخلى وتقديم بينه الخارج. فيكون الحاصل أنه قد ذكر ثلاثه وجوه، فالأول: القضاء له بما فى يده، بناءً على تقديم بينه الداخلى، والثانى: القضاء له بما فى يد غريمه، بناءً على تقديم بينه الخارج، والثالث: التحالف فيما إذا لم يقيما بينه.

ثم إن صاحب (الجواهر) وجّه كلام أبى العباس ابن فهد الحلّى - الذى نقله عن (المهذب البارع) بقوله: « ولعلّ ذلك منه خلافاً فى أصل المسأله، وهو أن تقديم بينه الداخلى بمعنى إسقاط بينه الخارج لا أنها حجه، فيرجع الحاصل كما لو لم تكن بينه على المنكر منهما اليمين، وهو الذى قوّاه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوّى فى نفسه، لاشتمال دليل تقديم بينه الداخلى على اليمين كما ستعرف» .

ووجه كلام العلامة فى التحرير والمقداد فى التنقيح بقوله: « كما أن القول باليمين - مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج - لعلّه لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام: إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابّه فى أيديهما، وأقام كلّ واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام،

ص: ٦٢٨

فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه، فقال: أحلفهما فأيتهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه. قال: أفضى بها للحالف الذي هو في يده (١).

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول، وإن لم نقل به في غيره.

إلا أنه خبر واحد وفي سنده ما فيه، والمشهور نقلاً وتحصيلاً على خلافه، فلا يصلح مقيداً لما دلّ ممّا تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه» (٢) . .

أقول: قال المجلسي قدس سرّه في (مرآة العقول) في روايه إسحاق المذكوره: «حسن أو موثق» (٣)، على أنك قد عرفت عمل المشهور بها في المسأله السابقه، وذلك يجبر ضعفها إن كان.

وحيث، تصلح هذه الروايه لتقييد أدله البيئه على المدعى واليمين على من ادعى عليه، فلا- مانع من القول بالتحالف في هذه الصوره، جمعاً بين الأدله.

وبعباره أخرى: إن يد كل واحد هي في الواقع عند أهل العرف على نصف العين، فكلّ منهما يقيم البيئه لأنه يدعى النصف الآخر الذي بيد غريمه، ويحلف على إنكار كون هذا النصف الذي بيده لغريمه، ودليل هذا التحالف هو روايه إسحاق المزبوره، وقد عرفت اعتبارها.

ص: ٦٢٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢/٢٥٠. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١١ - ٤١٢.

٣-٣) مرآة العقول ٢٤: ٢٨٧.

ولا يعارضها ما عن أبي جعفر عليه السلام قال: (بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم علياً إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدّثني بأعجب ما ورد عليك، فقال يا رسول الله، أتاني قوم قد تبايعوا جاريه، فوطأها جميعهم في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلّفوا فيه كلّهم يدّعيه، فأسهمت بينهم، فجعلته للذي خرج سهمه وضمّنته نصيبهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق) (١).

لأنها في غير ما نحن فيه، لأن ذا اليد فيها واحد منهم وهو آخرهم، ولأن الولد حرّ فليس مالاً، وكلامنا في دعوى الأملاك.

ومثلها رواه تميم بن طرفة: « إن رجلين ادّعيا بغيراً، فأقام كلّ واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما» (٢). إذ لا ظهور فيها لكون يدهما عليه، بل جاءت في نسخه «عرّفا بغيراً» وحينئذ، تكون ظاهره في غير المقام.

فالحاصل: إنه لا- مانع من الحكم بمفاد روايه إسحاق بن عمار، وقد أفتى جماعه بذلك وإن لم يستند إليها بعضهم صريحاً، وصاحب (الجواهر) لم يناقش في دلالتها وإنما ضعّفها سنداً، وقد عرفت جوابه.

وقيل: إنه لما كان يدّعي كلّ واحد منهما كلّ العين، فإن يده لا تكون على النصف بل على الكل، فتعارضان، وإذا تعارضتا تساقطتا، فيكون الحكم في المقام حكم صوره عدم تحقق يد من أحدهما على العين، وهو التنصيف كما تقدم.

لكن المشهور هو التنصيف بعد التحالف.

ص: ٦٣٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٨/٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥١/٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

ثم إن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه - بعد أن خدش في روايه إسحاق بما سمعت - استوجه أن يكون سبب حكم المحقق قدّس سرّه بالتنصيف كون هذا الحكم هو مقتضى العدل، وأنه ميزان من موازين القضاء من غير حاجة إلى تحالف، لا أنه مبني على تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، لأن يد كلّ منهما على الكلّ لا النصف، ولأن المشهود به كون الجميع له لا نصفه.

ثم استدل على ذلك بخبر الدرهمين (1) وبقاعدته توارد السببين الممكن إعمالهما معاً على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح، وبإطلاق قوله عليه السلام: «لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين (2) وبإطلاق النبوي: «إن رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبي صلى الله عليه وآله وسلم بينهما» (3)، وبالمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «في البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كلّ واحد منهما وليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما فالبيته فيه على المدّعي واليمين على المدّعي عليه» (4).

هذا، وعن ابن أبي عقيل اعتبار القرع التي هي لكلّ أمر مشكل في

ص: ٦٣١

□

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٠٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الصلح «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك. فقال: أما الذي قال هما بيني وبينك، فقد أقرّ بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما».

٢-٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٥/١. أبواب المضاربه، الباب ١.

٣-٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٥.

٤-٤) أقول: إن هذه الأدلة بعضها مرسل وبعضها مطلق يقيده خبر إسحاق بن عمار، فيكون الوجه ما ذهب إليه السيد الاستاذ دام بقاه، إلا إذا قيل بعدم تماميه سند الخبر المذكور من جهه عدم ثبوت عمل المشهور به أو من عدم جهه موافقه على جبر الشهره لضعف الخبر.

خصوص ما نحن فيه، لأن التنصيف تكذيب للبيتين.

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد في مقابله النص (١).

وفيه: إنه ليس اجتهاداً في مقابله النص، بل لعله يחדش في ظواهر هذه النصوص.

قلت: لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه، لا- أنه يقضى لمن خرج اسمه، فإن حلف قضى له وإلا احلف الآخر وقضى له بحلفه.

وعن ابن الجنيد: التحالف مع تساوى البيتين، فإن حلف أحدهما استحق الجميع، وإن حلفا اقتسماها، ومع اختلاف البيتين يقرع، فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ العين (٢).

قال في (الجواهر): لا دليل عليه، بل ظاهر الأدلة السابقة خلافه.

ثم نقل في (الجواهر) عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار - الذى هو التنصيف، تساوت البيتان عدداً وعداله وإطلاقاً وتقييداً أو اختلفت - إلى الأشهر بل عامه من تأخر إلا نادراً. قال: « خلافاً للمهذب، وبه قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلك بما إذا تساويا فى الامور المتقدمه كلها، وحكموا مع الإختلاف فيها لأرجحها، واختلفوا فى بيان المرجح لها، فعن المفيد اعتبار الأعدليه خاصه هنا وإن اعتبر الأ-كثريه فى غيرها، وعن الإسكافى اعتبار الأكثرية خاصه، وفى المهذب اعتبارهما مرتباً بينهما الأعدليه فالأكثرية، وعن ابن حمزه فى اعتباره التقييد أيضاً مردداً بين الثلاثه غير مرتب بينها، وعن الديلمى اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له

ص: ٦٣٢

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٢ - ٤١٣.

٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ٣٧٢. كشف اللثام ١٠: ١٩١ - ١٩٢.

أصلاً) قال في (الجواهر): ولم أعرف نقل هذه الأقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره... وعلى كل حال لا أعرف دليلاً يعتد به على شيء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت (١).

هذا كله في الصورة الأولى.

الصورة الثانية: كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أو الخارج؟

والصورة الثانية: أن تكون العين في يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره: « يقضى بها للخارج دون المتشبه إن شهدتا لهما بالملك المطلق» (٢).

أقول: نسبه في (الجواهر) إلى المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه قال: بل عن الخلاف والغنيه والسرائر وظاهر المبسوط الإجماع عليه، بل عن الخلاف والأخير نسبه إلى أخبار الفرقه (٣).

قلت: والصريح منها في الدلالة: المرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام: « في البيتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان، أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما وليس في أيديهما، فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما فاليئنه فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (٤).

وضعها منجبر بما عرفت.

ص: ٦٣٣

١-١) المهذب البارع ٤: ٤٩٤. المقنعه: ٧٣٠. الوسيله: ٢١٨. المراسم: ٢٣٤. رياض المسائل ١٥: ٢١٣. جواهر الكلام ٤٠: ٤١٤ - ٤١٥.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٦.

٤-٤) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.

وقد استدل له: بالتعليل الوارد في خبر منصور قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل في يده شاه، فجاء رجل فادّعاها، فأقام البينه العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب. فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بينه، لأن الله عزّ وجل إنما أمر أن تطلب البينه من المدعى، فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذي هو في يده. هكذا أمر الله عزّ وجل» (١)، دلّ على أن البينه المسموعه هي بينه المدعى، وأن عليها يترتب الأثر حتى في صوره وجود البينه للمدعى عليه.

أقول: وهذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض، وهو قولهم عليهم السلام « البينه على المدعى واليمين على من ادّعى عليه» فيكون ظاهراً في عدم قبول بينه المنكر، وأن الميزان في مقام المرافعه سماع بينه المدعى، فإن كانت له بينه وإلا فيمين المدعى عليه، فهكذا أمر الله عزّ وجل.

واختار السيد في (العروه) القول بسماع البينه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، قال: إن الاقوى سماع البينه من المنكر في صورته التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، فيجوز للمنكر مع عدم البينه للمدعى أن يقيم البينه فراراً من اليمين، وإن ادعى صاحب الرياض الإجماع على عدم قبولها منه.

قال: ويدل على ما ذكرنا بعد منع الإجماع - مضافاً إلى عموم ما دلّ على حجّيه البينه، وإلى عموم مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إنما أفضى بينكم

ص: ٦٣٤

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥ الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم. وفيه « محمد بن حفص» ولم أجد توثيقاً له. انظر: تنقيح المقال ١٠٨/٣.

بالبينات والأيمان - خصوص أخبار المقام . . .» .

قلت: إن تَمَيُّكُك بهذه العمومات لسماع البيته من المنكر، في غاية الإشكال، وكذلك جوابه عن الإستدلال بالخبر المشهور «
البينه على المدعى واليمين على من أنكر» للقول الأول: بأن المراد منه بيان الوظيفة الأوليه للمدعى والمنكر، وإلا فلا مانع من
سماع البيته للمنكر أيضاً، قال: « وأيضاً: يمكن أن يقال: القدر المعلوم من الخبر أنه لا يلزم المنكر بالبينه وإنما يلزم باليمين، لا أنه
لا تقبل منه البيته» (١).

فإنه - وإن سبقه إلى ذلك صاحب (الجواهر) حيث تنظر في دلالته على القول الأول، مع قطع النظر عن خبر منصور، قائلاً: «
ضروره عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينه بخلاف المنكر فإن له على المدعى البيته. . .»
(٢) - خلاف ظاهر الخبر، لا سيما مع النظر إلى خبر منصور، ولأن التفصيل قاطع للشركه، فلا تكون البيته حجه من كليهما ولا
اليمين، ولكن الأولى هو النظر في نصوص هذه الأخبار، فلا بأس بنقل بعضها:

□
١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في كتاب على عليه السلام: أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه فقال: يا
رب كيف أفضى فيما لم أر ولم أشهد؟

□
قال: فأوحى الله إليه: أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم [تحلفهم] به وقال: هذا لمن لم تقم له بينه» (٣).

□
٢ - عن أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « في

ص: ٦٣٥

١-١) العروه الوثقى ٣: ١٥٢ - ١٥٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.

كتاب على عليه السلام أن نبياً من الأنبياء . . .» (١).

٣ - عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: « أن نبياً من الأنبياء شكاً إلى ربّه . . .» (٢).

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 سنّه ماضيه من أئمه الهدى (٣).

٥ - عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض . . .» (٤).

٦ - عن جميل وهشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البيئه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (٥).

٧ - عن بريد بن معاويه عن أبي عبد الله عليه السلام: قال « سألته عن القسامه. فقال: الحقوق كلّها البيئه على المدعى واليمين على المدعى عليه إلا فى الدم خاصه. الحديث» (٦).

٨ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن الله حكم فى

ص: ٦٣٦

- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.
- ١-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.
- ١-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣١/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ١.
- ٢-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.
- ٢-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.
- ٢-٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٤/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣.

دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أن البيه على المدعى واليمين على المدعى عليه، وحكم في دمائكم أن البيه على من ادعى عليه واليمين على من ادعى، لثلا يطل دم امرئ مسلم» (١).

أقول: والإنصاف ظهور الأخبار الأربعة الثانيه في أن ميزان القضاء في مقام المرافعه كون البيه على المدعى، وكون اليمين على من أنكرو، وأنه لم تجعل البيه على المدعى عليه في الشرع في مورد إلا لحكمه مخصوصه بذلك المورد (٢).

واستدل صاحب (الجواهر) لسماع بيته المدعى عليه بعموم ما دل على حجيه شهاده العدلين كتاباً وسنه.

قلت: وأيضاً: يمكن الإستدلال له بالسيره، فإنها قائمه على قبول خبر العدل الواحد فضلاً عن العدلين، لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد في الموضوعات.

لكن المرسله المنجبره وخبر منصور يختصان العام، ويصلحان للردع عن السيره في هذا المقام. . .

ص: ٦٣٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٥/٦. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٣.

٢-٢) أقول: وخير دليل على القول الأول خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: « قلت للشيخ عليه السلام: خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، وإن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيه فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حق له، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، ولو كان حياً للزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٦/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٤. وهو خبر قد اعتمد عليه صاحب الجواهر نفسه في المباحث السابقه. .

واستدل السيد فى (العروه) بأخبار خاصه وبخبر فذك حيث قال: « وإشعار خير فذك، فإن أمير المؤمنين عليه السلام 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 السلام أنه لم فرق بينه عليه السلام وبين الناس فى طلب البينه، ولو كان لا يقبل من المدعى عليه البينه لكان أولى بالإنكار عليه فى مقام المجادله» (١).

قلت: أما بعض الأخبار الخاصه التى أشار إليها فيكفى فى وهنها إعراض المشهور عنها، وأما دعواه إشعار خير فذك بما ذهب إليه، ففيها: إن التمسك به لعدم حجيه بينه المدعى عليه أولى، لأن دلالتة على ذلك أوضح مما قاله، فقد ورد فى ذلك الخبر:

« إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر: أتحكام فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين؟ قال: لا. قال: فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعت أنا فيه من تسأل البينه؟ قال: إياك كنت أسأل البينه على ما تدعى على المسلمين. قال: إذا كان فى يدى شىء فادعى به المسلمون تسألنى البينه على ما فى يدى وقد ملكت فى حياه رسول الله غوبعده، ولم تسأل المؤمنين البينه على ما ادعوا على كما سألتنى البينه على ما ادعت عليهم ط وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢).

وهو ظاهر بل صريح فى أنه لا يطلب البينه من ذى اليد ولا يحكم على طبقها إذا أقامها.

ص: ٦٣٨

١- (١) العروه الوثقى ٣: ١٥٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم - بعد إقامه المدعى بينته - المدعى عليه هل عنده بينه على الإنكار أولاً... وأيضاً، فقد تقدم في المباحث السابقه الخبر (١) الدالّ على أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين إذا لم يعرفهما ويوقف الحكم فى القضية حتى يرجع رسوله، فإذا رجع وظهر عداله الشاهدين حكم. ولم يتضمن هذا الخبر سؤاله صلى الله عليه وآله وسلم من المدعى عليه فى تلك الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينه عنده على جرح الشاهدين أو إنكار دعوى المدعى... .

ومن هنا كان القضاء للمدعى - بعد إقامه البينه الجامعه للشرائط - أمراً مسلماً بين المسلمين.

وكيف كان، فقد قال المحقق فى هذا القسم: « وفيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد ». .

وهذا القول هو: تقديم بينه الداخل على بينه الخارج، قال: المحقق: وهو بعيد، وفى (الجواهر): بل لم تتحققه قولاً له (٢).

وفى المسأله أقوال أخرى: فقد فضّل بعضهم فقال بعدم حجيه بينه المنكر مع القول بصلاحيّتها للمعارضه مع بينه المدعى، وبعباره أخرى: المستفاد من أدلّه القضاء هو عدم القضاء ببينه المدعى عليه، ولكن لا تدل على عدم صلاحيّتها للمعارضه مع بينه المدعى وإسقاطها عن الحجيه، فإذا سقطتا يقضى بالعين للحالف.

ص: ٦٣٩

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٩/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤١٧.

أقول: وحاصل هذا القول: عدم القضاء بينه المدعى مع وجود بينه المدعى عليه أو احتمال وجودها.

لكن يردّه: أنه إذا كان كذلك، فلماذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك، وهو القضاء للمدعى بمجرد إقامه البينه، من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينه عنده وعدم وجودها، كما هو شأن الفقيه في مقام الإفتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفحص واليأس عمّا يعارضه.

وأما القول بتقديم البينه المشتمله على ذكر السبب منهما، فلا دليل عليه في الأخبار، كالقول بالتقديم بالأعدليه، وأما تقديم الأكثر عدداً منهما، فقد يدل بعض الأخبار عليه.

□
لكن المختار هو القول الأول، وهو الأخذ بينه الخارج، تبعاً للمشهور، والله العالم.

هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق.

صور الشهاده المشتمله على السبب

وأما لو اشتملت الشهاده على ذكر السبب، فهنا ثلاث صور:

فالأولى: شهادتهما معاً بالسبب، قال المحقق قدس سرّه:

« ولو شهدتا بالسبب قيل: يقضى لصاحب اليد، لقضاء على عليه السلام وقيل: يقضى للخارج، لأنه لا بينه على ذى اليد كما لا يمين على المدعى، عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركه وهو أولى» (١).

ص: ٦٤٠

أقول: ففي هذه الصورة قولان، نسب أولهما إلى الشيخ، والثاني إلى المشهور، وقد أشار المحقق قدس سره إلى دليل كل منهما.

فدليل القول الأول:

□
ما رواه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابته في أيديهما، وأقام كل واحد منهما البيه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف، فقيل: فلو لم يكن في يد واحد منهما وأقاما البيه قال: أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين، قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيته، قال: أفضى بها للحالف الذي هي في يده» (١).

ومحل الاستدلال: « فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً بيته. . . » .

وهل معنى ذلك أن بيته ذى اليد مقدّمه على بيته الخارج، أو أنه حينئذ يكون في الحقيقة من تكاذب البيتين فيتساقطان، ويقضى لصاحب اليد بعد حلفه لأنه مدعى عليه ولا يمين على المدعى؟ وجهان مبنيان على شمول أدلّه حجيه البيه لصوره التكاذب وعدمه.

والأظهر هو الوجه الثاني، من جهة إيجاب الإمام عليه السلام الحلف أيضاً، فإنه لو كانت بيته ذى اليد حجه متقدمه على بيته المدعى فلا حاجة إلى الحلف، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجيه بيته المدعى عليه، أو حجيتها بمقدار

ص: ٦٤١

صلاحيتها للمعارضه مع بينه المدعى، فيتساقطان، فإذا تساقطتا كانت مثل صورته عدم بينه، وعلى ذى اليد اليمين، فإذا حلف قضى له.

وهذا كله بناءً على اعتبار الخبر كما تقدم.

ومثله ما رواه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابته كلاهما أقاما بينه أنه أنتجها، فقضى بها للذى هي في يده، وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

وهذا أيضاً ظاهر في التساقط كسابقه.

ودليل القول الثانى:

ما رواه منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت له: رجل في يده شاه، فجاء رجل فادعاهما وأقام بينه العدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، وجاء الذى فى يده بالبينه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، قال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذى هي فى يده بينه، لأن الله عز وجل أمر أن تطلب البينه من المدعى، فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز وجل» (٢).

وهذا الخبر يعارض خبر إسحاق، بناءً على الوجه الأول، وبقطع النظر عن الإسناد فى كليهما، وحينئذ يرجع إلى العام كما هو القاعده فى كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان، والعام هنا هو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البينه على المدعى واليمين على من أنكر» فإنه يدل على أنه لا تسمع بينه ذى اليد، لاشتماله على

ص: ٦٤٢

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٠/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

التفصيل القاطع للشركه، وهو يعم صوره ذكر السبب وعدمه مطلقاً.

فإذن، يحكم في هذه الصوره بتقديم بينه الخارج، ومن هنا قال المحقق قدس سرّه: « وهو أولى» وهو المختار.

٢ - أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:

الصوره الثانيه: أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق، وهذه الصوره لم يذكرها المحقق قدس سرّه، اعتماداً على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه، بناءً على ما ذهب إليه في الصوره الأولى، لأنه إذا دلّت الأدلّه على تقديم بينه الخارج في صوره شهاده كلتا البيئتين بالسبب، فإنها تدل على تقديمها في صوره عدم شهاده بينه الداخل بالسبب بالأولويه القطعيه، كما هو واضح.

قال في (الجواهر): « وعلى كلّ حال، فما عن المجلسي من حمله النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى وروايه، يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضاً، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم في ذلك على وجه لا تقيه في إظهار الحق فيما بينها، خصوصاً مع نسبته إلى علي عليه السلام.

على أن المحكي عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا، وأنه الذي تدلّ عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه» (١).

٣ - أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق:

والصوره الثالثه: أن تشهد لذي اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلق، قال المحقق قدس سرّه: « أما لو شهدت للمتثبت بالسبب وللخارج بالملك المطلق،

ص: ٦٤٣

فإنه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب مما لا يتكرر، كالنتاج ونساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغه. وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بيّنته بالملك المطلق عملاً بالخبر، والأول أشبه» (١).

أقول: ذكر في هذه الصورة قولين، أحدهما: تقديم بيّنه الداخل، وإليه ذهب الأكثر، وهو الأشبه عند المحقق، والثاني: تقديم بيّنه الخارج، وإليه ذهب جماعه.

وقد استدللّ للقول الأول: بخبر عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما في دابّة إلى علي عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البيّنه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه. . . فخرج اسم أحدهما فقضى له بها.

وكان أيضاً إذا اختصم إليه الخصمان في جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيّنه جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده» (٢).

قلت: لكن ليس في الخبر - لا في السؤال ولا في الجواب - تعرض لليد، وأنه بيد من كانت الجاريه، إلا أن يقال بأنه عليه السلام قضى للذي أنتجت عنده من جهه كونه ذا يد، وإلا لقضى لمن ادّعى اشترائها، فإن ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدّم، ولكنه مع ذلك لا يخلو من الإجمال، إلا أن المشهور أفتوا على طبقه، ولعلهم فهموا منه ما لم يتّضح لنا.

ص: ٦٤٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

وأما دليل القول الثانى، فقد أشار إليه المحقق بقوله « عملاً بالخبر » وهو « البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر » أى: إنه لا اعتبار لبيّنه المدعى عليه أصلاً.

واستدل للأوّل أيضاً بعمومات حجّيه الشهاده، فتكون كلتا البيّنتين حجّه، لكنّ تقدّم بيّنه الداخلى إما من جهه اعتضادها باليد وإما من جهه تأييدها بخبر ابن سنان المزبور.

لكنّ القول الثانى يقول بتخصيص عمومات « البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر » لعمومات حجّيه شهاده العدلين، أى: إنه فى مورد المرافعه لا تسمع بيّنه المنكر.

فإذا كان مقتضى « البيّنه على من ادعى . . . » عدم سماع بيّنه المدعى عليه كما تقدّم، فإنه لا معنى لتقدّم بيّنه المنكر من جهه تأييدها بما ذكر، فلو أردنا أن نقول بالقول الأوّل، فإما يكون من جهه التعبد بخبر ابن سنان، وقد عرفت ما فيه، وإما من جهه التسايط ثم القضاء لذى اليد، لكن يتوجه على المحقق حينئذ أنه إذا كان هذا هو المبني، فلماذا قال فى غير هذه الصوره بتقدّم بيّنه الخارج؟ (١).

الصوره الثالثه: كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع إلى المرجحات

الصوره الثالثه: من صور تعارض البيّنتين: أن تكون العين فى يد ثالث، قال المحقق قدّس سرّه: « ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البيّتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهوداً، ومع التساوى عدداً وعداله يقرع بينهما، فمن خرج

ص: ٦٤٥

١ - ١) أقول: ولعلّه من هنا قال صاحب الجواهر: ولعلّ الأوّل الإستدلال له بإطلاق قول أمير المؤمنين المتقدّم يعنى: روايه إسحاق بن عمار التى جاء فيها: « فإن كان فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بيّنه، قال، أفضى بها للحالف الذى هى فى يده » وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالإنجبار.

اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضى له، وإن نكلا قضى به بينهما بالسوية» (١).

أقول: نسب هذا القول إلى الأشهر بل المشهور، بل ادعى الإجماع عليه، ولكن بالتبع لكلماتهم يظهر عدم إمكان الوثوق بما ذكر، فقد قال بعضهم: بالقرعة، وقيل بالترجيح بأحد الأمرين، وقيل بكليهما، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه. . . فنقول:

أما أدلّه «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» فلا يمكن الرجوع إليها في هذه الصورة، لأن كليهما ذويتيه وليس لأحدهما يد على العين، نعم، أثر البيئتين نفى الثالث، لأن العين هي في الواقع لأحدهما لكنه مجهول، ولذا قيل هنا بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل عملاً ببعض الأخبار، لكن أخبار القرعة هنا تشتمل على اليمين أيضاً. . . وكيف كان، فالأولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها:

١ - عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل. . . وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغله، فقامت البيئه لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا، وقامت البيئه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بيئه واستحلفهم. . .» (٢).

٢ - عن داود بن سرحان «عن أبي عبد الله عليه السلام: في شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الأولان» واختلفوا. قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء» (٣).

ص: ٦٤٦

١-١) شرائع الاسلام ٤: ١١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٩/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥١/٦. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣ - عن الحلبي قال: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا، قال: يقرع بينهما فأَيُّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق» (١).

٤ - عن سماعه قال: « إن رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابته، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، وأقام كل واحد منهما بينه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم رب السماوات السبع ورب الأرضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. أيهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج سهمه. فخرج سهم أحدهما ففضى له بها» (٢).

٥ - عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابته، وكلاهما أقاما البيئه أنه انتجها، ففضى بها للذي في يده وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين» (٣).

٦ - عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابته في أيديهما، وأقام كل واحد منهما البيئه أنها نتجت عنده، فأحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، ففضى بها للحالف. فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيئه؟ فقال: أحلفهما، فأَيُّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه؟ قال: أفضى بها للحالف الذي

ص: ٦٤٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٤/١١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٧ - عن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأه فلان، وجاء آخران فشهدا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدّلوا، فقال: يقرع بينهم، فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها» (٢).

٨ - عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان « يختصمان» بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين وكان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع « وربّ الأرضين السبع» أيّهم كان له الحق فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف» (٣).

٩ - عن عبد الله بن سنان قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن رجلين اختصما في دابّه إلى على عليه السلام، فزعم كلّ واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده، وأقام كلّ واحد منهما البيه سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامه ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع وربّ الأرضين السبع وربّ العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، أيّهما كان صاحب الدابه وهو أولى بها، فأسألك أن يقرع ويخرج اسمه. فخرج اسم أحدهم فقضى له بها» (٤).

- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ١٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٢/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ١٢-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.
- ١٢-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

هذه هي نصوص المسأله، وهي مختلفه، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الأصحاب فيها:

فبين من اقتصر على اعتبار الأعدليه خاصه، كالمفيد، ومن اقتصر على اعتبار الأكثرية كذلك، كالإسكافي والصدوقين، نعم، ذكر قبل اعتبارها أن أحق المدعيين من عدل شاهدها، فإن استوى الشهود في العدالة فأكثرهما شهوداً، وهو ليس نصاً في اعتبار الأعدليه.

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصه ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعه بعدهما، كالشيخ في موضع من (الخلاف) قائلاً إنه الظاهر من مذهب الأصحاب، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقاً، من دون بيان له ولا ذكر قرعه، كالديلمي والشيخ في موضع من (الخلاف)، لكنه ذكر القرعه بعد العجز عن الترجيح مدعياً عليه إجماع الإماميه.

وبين من فضل بعين ما في العبارة، لكن مقدماً للأكثرية على الأعدليه، كالحلي في (السرائر) وعزاه إلى ظاهر الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع عليه.

وبين من اقتصر على القرعه خاصه، كالعماني.

النظر في أخبار الترجيح وطريق الجمع بينها:

ف نقول: إن هذه النصوص على طوائف:

الاولى: ما يدل على التنصيف، كخبر غياث بن إبراهيم، والحكم بالتنصيف قد يكون من جهه تساقط البيتين، فتكون مثل صوره دعوى المدعيين بلا بينه، والدليل على التنصيف هو ما ذكر هناك.

لا يقال: التنصيف يوجب العلم بالخلاف.

لأننا نقول: فرق بين الوصول إلى الواقع والعثور عليه، وبين الحكم الفاصل للخصومه، والحكم بالتنصيف هو طريق لفصل الخصومه.

وقد يكون من جهه العلم بكلتا البيتين بعنوان فصل الخصومه، فإنه وإن شهدت كل واحد بكل المال، إلا أنه يؤخذ بنصف مدلول كل واحد منهما، ويجمع بينهما ويحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، نظير الجمع بين الروايات.

الطائفة الثانيه:

ما يدل على التنصيف بعد اليمين، كخبر إسحاق بن عمار، وعلى هذه تحمل الطائفة الاولى الساكته عن لزوم الحلف، فيكون وجه الجمع هو التنصيف بعد الحلف.

الطائفة الثالثه:

ما يدل على القرعه، فمن خرج اسمه كان الحق له، كخبر داود بن أبي يزيد العطار، فإنه يدل على أن طريق الحكم هو القرعه بلا تحليف فيما إذا كانت المرأه بيد ثالث بالأولويه، وكخبر سماعه، وكخبر عبد الله بن سنان.

وهذه الاخبار وإن كانت ظاهره فى تماميه الحكم بالقرعه وبلا يمين، إلا أنها قضيه فى واقعه، ويمكن أن تحمل على الطائفة الدالّه على أن الإقتراع هو لتعيين من عليه الحلف وهى:

الطائفة الرابعه:

كخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى، وكخبر الحلبي، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعه لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ، يكون الحكم باليمين عملاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » .

ص: ٦٥٠

ويتحصل مما ذكرنا: إن قاعده فصل الخصومه هو الامور الثلاثة الآتية: البينه واليمين، ثم التنصيف وذلك في صورته فقدانها للينه أو وجدانها لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معاً، ويكون التنصيف فيما إذا كان مورد النزاع قابلاً له، وإلا فلا سبيل إلا القرعه.

وأما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالأكثرية عداله أو عدداً، مع الالتزام بالترتيب أو عدمه، فلم نجد له دليلاً فى الأخبار، إلا خبر أبى بصير الذى قضى فيه لأكثرهم بينه واستحلفهم، وكيف كان، فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بيته راجحه على بينه الآخر لهذه الجهة أو تلك، فالفاصل للخصومه هو اليمين، تحكيمياً للقاعده الكليه فى باب القضاء، لأننا علمنا من خبر أبى بصير أن معنى مرجحيه الأكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينه، فكذلك الكلام فى صاحب البينه الأكثر عداله.

وقد يستأنس لذلك بتقديم الإمام عليه السلام الأكثر عدداً، أى سواء كانت الاخرى أعدل أو لا.

ولو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف والقرعه، تقدمت أدله القرعه، فمن خرج اسمه حلف وقضى له.

هذا هو طريق الجمع بين هذه الأخبار فى هذه الصوره.

قال المحقق قدس سره:

« وقال فى المبسوط يقضى بالقرعه إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيد، وإن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الاخرى. والأول أنسب بالمنقول» (١).

ص: ٦٥١

وقد ضعّف في (الجواهر) ما عن المبسوط قال: وإن قيل في توجيهه: إنه جمع بين ما دلّ على القرعه وخبري تميم بن طرفة وغيث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور.

لكن فيه: إن المفروض في خبري سماعه وابن سنان من أخبار القرعه المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً، وفي أخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفة، فليس في ما ذكره جمع بين النصوص، بل في خبر إسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً، فأيهما حلف ونكل الآخر كانت للحالف، فإن حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبي علي (١).

حكم ما لو أقرّ الثالث لأحدهما:

قال العلامة قدّس سرّه في (القواعد): « ولو أقرّ الثالث بالعين لأحدهما، فالوجه أنه كاليد» (٢).

قال كاشف اللثام: « تقدّم على قيام البيئتين أو تأخر، لقيام المعنى القائم في اليد فيه، وجزم به في المقصد السابع. ويحتمل العدم بعد إقامه البيئتين، لكشفهما عن أن يد المقرّ مستحقه للإزالة، فأقراره كإقرار الأجنبي» (٣).

وفي (الجواهر): « بل قد يشكّل - إن لم يكن إجماع - اندراج ذلك قبل إقامه البيئتين فضلاً عما بعده فيما دل على حكم ذي اليد بالنسبة إلى الدخول والخروج،

ص: ٦٥٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٢٩ - ٤٣٠.

٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨.

٣-٣ (٣) كشف اللثام عن قواعد الأحكام ١٠: ٢٥٢.

ولعلّه لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين إقرار الثالث وعدمه فتأمل جيّداً» (١).

قلت: إنما يتّجه احتمال العدم فيما إذا لم يكن الثالث وكيلاً للمقرّ له، لأنّ البينه قامت على عدم كونه مالكاً للعين، ولم تنف وكالته ولم تسقط يده عن الإعتبار، فلو أقرّ بكونها له وادّعى وكالته عنه، كانت يده يد المقرّ له وترتب الأثر على إقراره.

الصورة الرابعة: كون العين لا في يد أحد

الصورة الرابعة: أن لا تكون العين في يد أحد، والظاهر أن حكم هذه الصورة حكم ما إذا كانت في يد ثالث، فما ذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدّس سرّه: « ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» (٢).

أقول: لا خلاف ولا إشكال في ذلك، لأنّ المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد في الشهادة، فتصدق البينه على الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: « ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين، وربما قال الشيخ نادراً: يتعارضان ويقرّع بينهما» (٣).

أقول: علّل في (الجواهر) ما ذهب إليه المشهور بعدم صدق اسم البينه على

ص: ٦٥٣

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١١.

الشاهد واليمين (١)، وفي (المسالك) بأن الشاهد لا يستقل بالحجيه، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجه ضعيفه، ومن ثم اختلف في ثبوته بها، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه والذى يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمه، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبيئات، وفى الخلاف أيضاً (٢).

وقد ذكر المحقق الآشتيانى وجوهاً لكنها استحسانيه.

قلت: وربما يشكل على تعليل (المسالك) بأنه مع الحجيه لا يبقى أثر للضعف والقوه، بل يتحقق التعارض.

والتحقيق أن يقال: إنه إن صدق اسم البيئه على الشاهد واليمين، فلا- كلام فى قدرته على المقاومه مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من « البيئه » فى نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص، ومقتضى التقابل بين البيئه واليمين فى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والأيمان » مغايره لليمين وإن كانت مع شاهد، فالحق عدم صدق اسم البيئه وعدم تحقق التعارض بينهما.

فإن قيل: التعارض هو بين الحجّتين لا بين البيئتين، حتى يقال ليس الشاهد واليمين بيئه.

قلنا: مقتضى النظر فى النصوص الواردة فى علاج تعارض البيئتين هو أن المراد البيئه بما هى لا بما هى حجه، فلا وجه للتعدى عن موردها.

ص: ٦٥٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٨٩.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عمّا استدل به الشيخ قدس سرّه في فصل الرجوع عن الشهاده من (المبسوط) على ما نسب إليه المحقق من القول بالتعارض والقرعه، وإنما قال « وربما » لعدم صراحه كلام الشيخ، ولذا اختلف العلماء في فهم عبارته:

فعن الشهيد حكاية ذلك عنه في (الدروس) صريحاً، وعن فخر المحققين نسبة التردد إليه، وقد رجّح صاحب (المسالك) فهم الفخر بعد نقل عبارته الشيخ (1).

ص: ٦٥٥

١ - ١) نص عبارته الشيخ: « إذا شهد شاهدان أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنه أوصى بثلث ماله لعمرو، وقال عمرو: احلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه، لأن الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه، لأن الشاهد واليمين أضعف من شاهدين، لأن الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبننا يقرع بينهما إذا عدم التاريخ، فإن خرج اسم صاحب الشاهدين أعطى الثلث، وإن خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه وأخذ الثلث » المبسوط ٨ / ٢٥٣ - ٢٥٤. فالمحقق نسب إليه القول بالتعارض والقرعه لكن مع كلمه « ربما »، لأن كلامه ليس صريحاً، والشهيد نسب إليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله « وعلى مذهبنا يقرع... » والمحكي عن فخر المحققين (إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٩) نسبة التردد إليه لاختصاره على نقل قولي العامه في ذلك، واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك (مسالك الأفهام ١٤: ٩٠) قائلاً: « والذي يظهر أن هذا ليس حكماً بالتعارض، لأن القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هي عادته، ومذهبهم أن الوصيه المعينه كالثلث مثلاً لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول. ومذهبنا: إن الثاني يكون رجوعاً عن الأول إن علم الترتيب، وإن اشتبه أقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الإشتباه، فلما ذكر حكم الوصيه على القولين على مذهب المخالف، وكان مذهبنا يخالف القول الأول على تقدير تقديم الشاهدين، ذكر ما يوافق مذهبنا على تقديره التعارض لثلاث - يوهم أن مذهبنا على تقدير التعارض، ولثلاث - يوهم أن مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما في الموصى به، وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على ترده حيث اقتصر على مجرد نقلهما، وإنما فرع ما يناسب القول الثاني من مذهبنا، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد. وقول المصنف: وربما قال الشيخ... يدل على احتمال الأمرين، وكذلك فعل العلامة في القواعد نقلاً عن الشيخ ». قلت: إن الشيخ قدس سرّه قد وضع المبسوط للدلاله على كثره الفروع في فقهننا، وأنه ما من فرع ذكره العامه إلا وهو موجود في أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً أو تلويحاً من أئمتنا، فالقول بأن عادته الحكايه عن المخالفين كما في المسالك، أو إنه اقتصر هنا على نقل قولي العامه كما في الجواهر عن الفخر، يخالف الغرض الذي وضع لأجله المبسوط، فليتأمل.

وكيف كان، فلا ريب في ضعفه.

قال المحقق قدس سره: « ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .

أقول: فالحاصل عدم صدق « البينه » على الشاهد الواحد مع اليمين، وحينئذ لا يقع التعارض بينه وبين البينه مطلقاً، بل يقضى بما قامت عليه البينه ولا يلتفت إلى الشاهد واليمين.

الحكم بالقسمه يختص بمورد إمكانه

قال المحقق: « وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمه، فإنما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجه » (١).

أقول: قد ذكرنا سابقاً: أن فصل الخصومه بالتنصيف يكون في كلّ مورد أمكن فيه ذلك، قال في (المسالك) إن العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمه لكنه تجوز بها في إمكان الشركه، ولو عبّر بها كان أولى (٢). ومن هنا قال في

ص: ٦٥٦

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

١-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٢.

(الجواهر) مازجاً بالمتن: فى موضع يمكن فرضها بإمكان الإشتراك فيه وإن لم يقسم فعلاً كالعبد والأمة، دون ما يمتنع لامتناع الشركه فيه (١).

وكيف كان، فقد ذكرنا سابقاً أنه فى كلّ موضع لم يمكن التنصيف - كما إذا كان مورد التداعى هو الزوجه - فالحكم هو القرعه، ويدل عليه مرسل داود بن أبى يزيد العطار عن الصادق عليه السلام: « فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخرون فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود وعدلوا، قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها» (٢) وعمل الأصحاب به جابر لضعفه.

ولم يذكر الإمام عليه السلام فيه اليمين، فيقتد - كما تقدم - بما دلّ على أن من خرج اسمه بالقرعه فعليه اليمين، مثل خبر الحلبي الذي يعمّ الأموال وغيرها.

لكن فى (المسالك) إنه لا فائده فى الإحلاف بعد القرعه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نكوله، وهو منفى هنا (٣).

وأجاب فى (الجواهر) بقوله: « وفيه: إنه لا مانع منه، وإنما المنفى التنصيف بينهما على تقدير النكول منهما، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما، نعم، لا تعرض فى الخبر لليمين، ولا ينافى إطلاق ثبوتها فى غيره، خصوصاً بعد ما عرفت أن القرعه لإثبات الرجحان الذى يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالأعدليه والأكثرية، . . . » (٤).

ص: ٦٥٧

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢/٨. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٩٢.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٣.

قلت: وما ذكره تام إلا قوله: « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما » الظاهر في أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجه لهما، فإننا نقول بأن مقتضى البيئتين تحقق العلم الإجمالي بكونها لأحدهما، وإن لم يحصل العلم الإجمالي بكونها بينهما، فلا ريب في إفادتهما نفى كونها لثالث، فلا يجوز تزويجها من ثالث، فلا مناص حينئذ - أى في صورته نكولهما - عن القرعه مره ثانيه، فيكون من خرج اسمه أولى بها بلا يمين.

قال في (الجواهر): « ومما ذكرنا يظهر لك النظر في كلام الفاضل حيث قال: « فصل: في أسباب الترجيح لحجه على اخرى، وهي ثلاثه: الأول: قوه الحجه كالشاهدين، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين، ولو اقترنت اليد بالحجه الضعيفه احتمل تقديمها والتعادل » (1).

ووجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص، فلا يتحقق التعارض، والترجيح فرع التعارض كما هو واضح.

هل اليد من المرجحات؟

ثم ذكر العلامة السبب الثاني من أسباب ترجيح احدى البيئتين على الاخرى بقوله: « الثاني: اليد، فتقدم بينه الداخل على الخارج على رأى، والأقوى العكس » .

أى: فتكون اليد سبباً لتقدم بينه الداخل على بينه الخارج، على رأى بعض الأصحاب القائلين بحجيه بينه ذى اليد، واختار قدّس سرّه العكس، وهو تقديم

ص: ٦٥٨

بينه الخارج فلا تكون اليد مرجحه، لما تقدم من عدم حجيه بينه ذى اليد، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «البينه على المدعى واليمين على أنكر» فلا تسمع بينته حتى تكون يده مرجحه لها.

ثم ذكر قدس سره هنا فروعاً، فقال:

« إلا أن يقيمها بعد بينه الخارج على إشكال، فلو ادعى عيناً فى يد غيره فأقام بينه فأخذها منه، ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له، نقض الحكم وأعيدت إليه على إشكال» (١).

قال كاشف اللثام: « من انقلاب الداخل خارجاً، والعكس بإقامه الخارج البينه بالحكم فيها، وهو اختيار الشيخ، ولكن بناء على تقديم بينه الداخل لانكشاف بينته لذى اليد. ومن اتحاد الدعوى، فلا يختلف الحال بتأخير إقامه البينه وتقديمها، واليد الطاريه لإقامه البينه لا دلالة لها على شيء، وهو الأقوى» (٢).

وتبعه صاحب (الجواهر) حيث قال: « وفيه أيضاً مالا- يخفى، ضروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، والفرض أنها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقاً» (٣).

لكن فى (كشف اللثام): « نعم، لو رافع إلى حاكم لا يعلم بالحال، فلا إشكال فى الإعادة إليه» (٤).

ص: ٦٥٩

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٨ - ٤٨٩.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٥٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٤.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٢٥٥.

ثم قال العلامة: « ولو أراد ذو اليد إقامه البيئه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل، فالأقرب الجواز » (١).

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل - أى إثبات ملكيته وثبته فى سجلّ الدعاوى لدى الحاكم - غرض مقصود، فربما احتاج إلى الإثبات فى المستقبل ولا يمكنه لعدم حضور الشاهدين أو موتهما أو غير ذلك.

وذكر شراح (القواعد) للعدم وجهين، أحدهما: إنه لا- بينه إلا على خصم، والآخر: إن الملك ثابت له بدون البيئه بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع، فلا فائده للبيئه، وتحصيل الحاصل محال (٢).

وقد أجابوا عن الوجهين: بأن التسجيل فائده عقلائيّه، ولا مانع من إقامه البيئه مع عدم الخصومه الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل وعدم تمكنه من إثبات دعواه حينذاك بسبب من الأسباب.

قلت: والأقرب هو الجواز، والفرع بيتنى على القول بحجيه بيئه الداخلى كما لا يخفى.

ثم قال العلامة: « ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز » (٣).

أقول: وهذا أيضاً مبنى على حجيه بيئه ذى اليد كما ذكرنا.

ثم قال: « ولو أقام بعد إزاله يده بيئه الخارج وادعى ملكاً سابقاً، ففى التقديم بسبب يده التى سبق القضاء بإزالتها إشكال » (٤).

فى (كشف اللثام): « من سبق يده وأنه الداخلى والبيئه تشهد له بالملك

ص: ٦٦٠

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٠.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

المستند إلى ذلك الزمان. ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البينه بعد القضاء للخارج قبل إزاله اليد فهي بينه الداخل» (١).

وفيه: - كما في (الجواهر) - ما لا يخفى، من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج (٢). نعم، إذا كانت بينه الداخل حجه وتقدم على بينه الخارج، فالظاهر التقديم، لأن بينته حينئذ تشهد بأن العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً.

ثم قال العلامة: «وإذا قدمنا بينه الداخل فالأقرب أنه يحتاج إلى اليمين» (٣).

قال في (الجواهر): كأنه مناف لما ذكره سابقاً من إسقاطها اليمين، اللهم إلا أن يفرق بين معارضة البينه وبين معارضة مجرد الدعوى، فتسقط على الأول، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني (٤).

قلت: لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد.

ثم قال العلامة - بشرح الفاضل الهندي -: «وإذا قامت البينه على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعى أو ثبت الدين عليه بينه أو إقرار فادعى الإبراء، فإن كانت البينه بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله اليد وتوفيه الدين، وإن كانت غائبه طولب في الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض، وليس له المطالبة بكفيل، للأصل.

ثم إذا أقام البينه استرد، وربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثه أيام، كما هو

ص: ٦٦١

١-١ كشف اللثام ١٠: ٢٥٥.

٢-٢ جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

٣-٣ قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٤-٤ جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

حكم مدعى جرح الشهود، ولكنه واضح الضعف» .

قال: « ولو طلب الإحلاف أنه لم يبعه منه أو لم يبرء، قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البيئه» (١) فإن حلف ذاك استوفى العين وإن نكل أُبقيت في يد هذا.

ثم قال العلامة: « ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» (٢) لكونها إنكاراً بعد الإقرار، فإن ادّعى بعد ذلك شرائها مثلاً منه سمعت هذه الدعوى، لعدم منافاتها لإقراره السابق، فإن أقام البيئه حكم له وإلا حلف الطرف الآخر وأُبقيت في يده.

أما لو ثبت كون العين لغيره لا- باعترافه بل بيئه ذاك أو حلفه، سمعت دعواه كونها ملكاً له، للفرق بين ثبوت الملك للآخر بالإقرار والثبوت بالحجه.

هل الشهاده بقدّم الملك أولى؟

قال المحقق قدس سرّه: « والشهادة بقدّم الملك أولى من الشهاده بالحادث مثل أن تشهد احدهما بالملك في الحال والاخرى بقديمه، أو احدهما بالقديم والاخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم» (٣).

أقول: إذا تعارضت البيئتان في الملك، ولكن اختلفت احدهما بزياده التاريخ، بأن قالت احدهما بأن هذه العين لزيد في الحال وقالت الاخرى هي لعمره منذ سنه، أو قالت تلك: هي لزيد منذ سنه، وقالت هذه هي لعمره منذ سنتين، فهل زياده التاريخ والشهادة بقدّم الملك يوجب الأولويه والترجيح لبينه عمرو

ص: ٦٦٢

١-١) كشف اللثام ١٠: ٢٥٦.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

أولاً؟ ذهب المحقق إلى الأول، وجعل العلامة في (القواعد) احتمال احدي البينتين على زياده كزياده التاريخ من أسباب ترجيح البيئه (١)، وفي (الجواهر) نسبه هذا القول إلى الشيخ وابنى إدريس وحمزه، بل في (المسالك) نسبه إلى المشهور (٢).

و وجه تقديم متقدمه التاريخ هو: إن تلك البيئه تثبت الملك لعمر و في وقت لا تعارضها البيئه الاخرى فيه وهو السنه الاولى في المثال، وإنما تعارضها فيها بعدها، فتساقطان في محل التعارض ويثبت الملك لعمر و في السنه الاولى بلا معارض - ولهذا كان له المطالبه بالنماء في ذلك الزمان - والأصل في الثابت دوامه.

قال في (الجواهر): ولم أجد في شيء من النصوص إشاره إليه، إلا ما في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام: « وكان إذا اختصم إليه الخصمان في جاريه، فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها، فكانا إذا أقاما البيئه جميعاً قضى بها للذي أنتجت عنده» (٣).

أقول: « كان» ظاهر في الإستمرار، لكن من البعيد تكرّر هذه الواقعة بحيث يصح التعبير بهذا اللفظ، إلا أن يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضيّه الجاريه. وقوله: « قضى للذي أنتجت عنده» له ظهور في كونه زايد، فتكون الصحيحه في غير ما نحن فيه، لأن المسأله مفروضه فيما إذا كان مورد الدعوى في يد ثالث. . . وكيف كان، فالإستناد إليها في هذا المقام محلّ تأمل.

فهذا هو الذي ذهب إليه المشهور.

وعن غير واحد من الأصحاب: احتمال التساوي بين البينتين وعدم تقدّم

ص: ٤٤٣

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٧.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٥/١٥. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٢.

المتقدمه التاريخ، بل احتملوا تقدّم المتأخره، لأنها تشهد بانتقالها من زيد إلى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيد منذ سنتين ولا تنفى انتقالها عنه، وإذا لم تقدم لإمكان استناد شهادتها إلى اليد - وهى تحتمل الملك وغيره - فلا أقل من التساوى.

وأما إذا شهدت المتأخره التاريخ بسبب الملك، كما لو شهدت بأن عمراً اشتراها من زيد، قدّمت على الاخرى قطعاً، خلافاً للعلامه فى (التحرير) (١) لأنها لما صرّحت بالشراء علم أنها اطّلت على ما لم تطلع عليه الاخرى، فإن تلك وإن شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلاً إلى الآن، لكن غايته أنهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيله فى المده.

أقول: ومقتضى قاعده تقدّم الإثبات هو تقديم البيئه المتأخره التاريخ مطلقاً، أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب، خلافاً للمشهور فى الأول وللتحرير فى الثانى. وأما ما ذكره فى (الجواهر) تبعاً لكاشف اللثام من « أن هذه البيئه لما لم تعرّض لسبب الملك، أمكن استناد شهادتها إلى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد وأنها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى » (٢) فخروج عن فرض المسأله، لأنها مفروضه فيما إذا كان الشىء فى يد ثالث، وسيصرّح بذلك صاحب (الجواهر) نفسه بقوله: « هذا كلّه، مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما » .

وكيف كان، فلا يمكن مساعدته على ما ذهب إليه المشهور.

ص: ٦٦٤

١- ١) تحرير الأحكام ٥: ١٨٨/٦٥٤٤.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٨.

فإن لم تقدم المتأخره التاريخ، تتعارضان وتتساقطان، ويكون المرجح هو الأصل، ومقتضاه كون العين لزيد.

ولو أطلقت احدهما وأرخت الاخرى، قيل: تساوتا، لاحتمال الاطلاق، هذا التاريخ وغيره، زائداً أو ناقصاً، فلا زياده في احدهما على الاخرى إلا بالتعرض للتاريخ، وهو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

وفيه: إن المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الإستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم، فالمتجه العمل بالإستصحاب أيضاً، اقتصاراً فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه وهو الملك فى الحال، فيبقى غيره مستصحباً.

ولو شهدت احدهما بسبب الملك كالشراء مثلاً فقول: تقدم على المطلقه، قال فى (الجواهر): وقد مرّ فى خبر أبى بصير ما يؤيده فى الجمله.

وفيه: كما فى (الجواهر) (١) أيضاً إنه كما يحتمل أن يكون حكم الإمام عليه السلام فيه من جهه تقديم البينه المقيده على المطلقه، كذلك يحتمل أن تكون بينه المدعى متقدمه تاريخاً، فمن هذه الجهه حكم الإمام بكونها للذى ادعى الدار وأقام البينه عليها، ولعله من هنا قال: يؤيده فى الجمله.

هذا كله إذا لم تكن العين فى يد أحد المتداعيين.

وأما إذا كانت فى يد أحدهما، فإن كانت بينه الداخلى أسبق تاريخاً - قال فى (المسالك) - فهو المقدم لا محاله (٢)، وعن (الخلافاً) نفى الخلاف فيه، وذلك

ص: ٦٦٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٣.

لاجتماع مرجحين فيه، وهما اليد وزيادة التاريخ.

لكن فى (القواعد): ولو شهدت لذى اليد بالقدم، تعارض رجحان التقدم إن قلنا به وكون الآخر خارجاً (١).

قال فى (كشف اللثام): فىحتمل التساوى لاشتمال كلّ على مرجح، وتقديم الخارج لعموم دليله، وهو الأقوى، والعكس كما فى المبسوط (٢) والخلاف (٣) ونفى فيه الخلاف، لاجتماع مرجحين فيه ولعموم دليله. ويضعف: بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، ولا عبره بيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بيّنه، وبأنه على القول بترجيح بيّنه الخارج لا عبره بيّنه الداخل أصلاً، لأنها ليست من شأنه، وإذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه أو غيرها معنى (٤).

وفى (الجواهر): الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، وحينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، وتنزيل بيّنه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بيّنه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره بيّنه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه (٥) ..

أقول: إنه فى صورته وجود البيّنه للخارج دون الداخل، فلا- ريب فى أنه يحكم له كما هو واضح، وإن لم يكن له بينه حلف ذواليد، وإن كان لكليهما بينه - والمفروض حجيه بينه ذى اليد أخذاً بعموم دليل حجيه البيّنه - فلا وجه للقول

ص: ٤٤٤

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢- (٢) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٨٠.

٣- (٣) كتاب الخلاف ٦: ٣٤٢، المسأله ١٥.

٤- (٤) كشف اللثام ١٠: ٢٥٩.

٥- (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٠.

بالتساقط، بل تقدم بينه ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين، فما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر، لكن المختار عندنا أن بينه الداخِل غير مسموعه مطلقاً، كما تقدم ويأتى.

وإن كانت بينه الخارج أسبق تاريخاً، ففي (الجواهر) عن الخلاف الجزم بتقديم بينه الداخِل كذلك مدّعياً عليه الإجماع والأخبار، ولعلّه لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادّعى داراً فى يد رجل وأقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى (كشف اللثام) : يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه (١).

وفى (المسالك) ذكر ثلاثه أوجه:

أحدها: ترجيح اليد، لأن البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال فتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، ولهذا لا يزال بها.

والثانى: ترجيح السبق، لأن مع إحداهما ترجيحاً من جهه البينه ومع الاخرى ترجيحاً من جهه اليد، والبيهه تتقدّم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهه اليد.

والثالث: إنهما متساويان لتعارض البينتين (٢).

أقول: إن كان للداخِل بينه وهى مسموعه، فعلى هذا المبنى تتقدّم بينته فى هذه الصوره كالصوره السابقه، وأما على المختار من أنه لا بينه للداخِل، لكون قوله

ص: ٦٦٧

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٣.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» مخصّصاً لعموم أدلّه الشهاده، فلا- ريب فى تقدّم بينه الخارج، لأن بينه ذى اليد غير مسموعه، ويده لا تصلح لمعارضه بينه الخارج.

هذا، وفى (المسالك): إعلم أن إطلاق عباره المصنّف يقتضى عدم اشتراط إضافه البينه بالملك القديم والتعرض لذلك فى الحال، وهو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والإستمرار، فلا- يفتقر إلى التصريح باستمراره.

والثانى - وهو المشهور -: إن الشهاده بالملك القديم لا تسمع حتى يقول: وهو فى ملكه فى الحال، ولا أعلم له مزيلاً، حتى لو قال: لا أدرى زال أم لا، لم يقبل، لأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الإنتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك فى الحال، ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذلك البينه عليه، وعللوا عدم قبول الشهاده مع قوله لا أدرى زال أم لا- مع أن مؤداها قريب من قوله لا علم له مزيلاً -: بأن الأولى تقتضى تردداً وريبه، فهى بعيدة عن أداء الشهاده (١).

وفيه نظر: لأن الجزم الواقع فى الشهاده بالصيغتين الاوليين إنما استند إلى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى، وإلا فالتعبير بالاستمرار لا يتفق، لأن الأسباب الموجهه لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلاً- ونهاراً، فإن منها ما يمكن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه، والإستناد إلى الإستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله: لا أدرى زال أم لا كما

ص: ٦٦٨

يتأذى بقوله: وهو ملكه في الحال، لأنه إذا لم يدر هل زال أم لا، جاز له استصحاب البقاء والحكم به في الحال، وكون الصيغه بعيده عن أداء الشهاده في حيز المنع.

ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمه، مع أن الشهاده بالملك السابق لا ينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى.

والحق: إن إطلاق الشهاده بالملك القديم لا يسمع، لعدم التنافي بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وإن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، وذلك يتحقق بهذه الصيغ وإن كان الاقتصار على ما لا يشمل على التردد أولى.

حكم الاستناد إلى الإستصحاب في الحكم والشهادة:

أقول: هنا فروع متعدده:

فمنها: إنه هل للحاكم أن يحكم بالاستناد إلى الإستصحاب، كما إذا علم بكون العين لزيد سابقاً ثم لما ادّعاها عمر يشك فيستصحب بقائها على ملك زيد؟ إن قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه.

ومنها: إنه هل للشاهد أن يشهد مستنداً إلى الإستصحاب؟ وإذا جاز ذلك، فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لا مدرك لشهادته إلا الإستصحاب، أو مع تصريح الشاهد باستناده إلى الإستصحاب، أو تصريحه بالجهل بالأمر في الحال؟ وهل يعتبر ذلك شهادة؟

ومنها: إنه لو قال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس، ثم سكت بالنسبه إلى الحال، فهل للحاكم أن يحكم بكونها لزيد في الحال أخذاً بالإستصحاب؟

قال في (الجواهر): لا مدرك للمسألة بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهادة عرفاً، فلا حكم للمشكوك فيها فضلاً عن غيرها، ولا ريب في عدم صدق الشهادة بالملك في الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك، بل قد يشك في صدقها مع التصريح بالإستصحاب، بل ومع قوله: لا أعلم له مزيلاً، فضلاً عن قول: لا أدري زال أم لا، وجواز الشهادة بالإستصحاب لا يقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، وإنما المعلوم كونها شهادة عرفاً قوله هو ملكه في الحال، ولعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بإرادته تحقق الملك الحال من قوله لا أعلم له مزيلاً نحو القول إن هذا الأمر قطعي لا أعلم فيه مخالفاً، ففي الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المعارضه (1).

قلت: قد يقال: صحيح إن الحاكم لا يحكم في هذه الحالة بالملكيه الفعلية للمشهود له استناداً إلى هذه الشهادة، إلا أنه لما شهد الشاهد بالملكيه السابقه فقد ثبت ملك أمس عند الحاكم بالشهادة، فإذا شك الحاكم نفسه في زوال تلك الملكيّه بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له، لكن هذا في صوره عدم كونها في يد عمرو، لأن يده حينئذ مقدمه على الإستصحاب المذكور، ولذا قيل إن للحاكم الحكم استناداً إلى الإستصحاب في صوره عدم وجود يد معارضه له.

قلت: لكن نفس الإدلاء بالشهادة له بالملكيه، له ظهور عرفي في الشهادة على الملكيّه الفعلية وإن لم يضم إليه ضميمه، وإلا فما الداعي للشاهد على الشهادة على الملكيّه السابقه مع أن النزاع حول الملكيّه في الحال؟ فإذا كان الملاك هو الصدق العرفي فالظاهر تحققه، ولعلّ هذا وجه اطلاق المحقق قدّس سرّه.

ص: ٤٧٠

وهنا فرع آخر تعرّض له المصنف في المسألة الخامسة.

قال في (الجواهر): وما عساه يظهر من بعض الناس من الإجماع على كون الشهادة المزبوره كالشهادة على الملك في الحال في الإنتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الاولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الإنتقال التي منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاع أحد، وحينئذ، فما دلّ على الأخذ بشهادة العدلين من قوله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «البينه على المدعى» شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هي الغالبه، لندرته البينه المطلعه على العدم، لم أتحققه.

فإن تمّ كان هو الحججه وإلا فالمسأله محلّ نظر، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال في يد مسلم.

نعم، ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما في خبر حمران (1) المشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين، فلاحظ (2).

هذا كلّه في الشهاده بالملك.

ص: ٤٧١

١ - ١) قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه، ادعى الرجل أنها مملوكه له وادّعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضى في هذا على عليه السلام، قلت: وما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق وهو مدرک، ومن أقام بينه على من ادّعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذي ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادّعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حره مثلها فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل البينه على ما ادعى ولم تقيم المرأه البينه على ما ادعت، خلّى سبيل الجاريه تذهب حيث شاءت» وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢/٩.

أبواب كيفية الحكم، الباب ١٢.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٢ - ٤٤٣.

الشهادة بالإقرار

وأما لو شهد بأنه أقرّ له بالأمس ففي (القواعد): « ثبت الإقرار واستصحب موجه وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالّي » (١).

وفي (كشف اللثام): « كما إذا سمعنا نحن منه الإقرار حكمنا بالملك للمقرّ له إلى ظهور المزيل، والفرق بين ثبوت الملك بالإقرار وثبوته بالبينه واضح » (٢).

وفيه نظر - كما في (الجواهر) (٣) - فلو أخذت العين من زيد بإقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم، أشكل رفع يده هذه بذاك الإقرار، لأن اليد الفعلية تعارض إقرار الأمس، وإن سقطت يده أمس بالإقرار اللاحق لها، لكشفه عن كونها يد عدوان مثلاً.

كما أن اليد الفعلية هذه لا تسقط بالبينه السابقه عليها التي رفعت يده بها عن العين.

تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأنها محتمله » (٤).

أقول: أي إن الشهادة باليد محتمله للملك وغيره، فتكون الشهادة بالملك

ص: ٦٧٢

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢-٢) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٦١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٤.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

نصاً في الملك، والشهادة باليد ظاهره في الملك، والنص متقدم على الظاهر عقلاً ونقلاً.

لا يقال: لا يوجد عندنا نص في خصوص تقدم النص على الظاهر.

□

لأنه ليس المراد ذلك، بل المراد أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أفضى بينكم باليّنات والأيمان » و « البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه » صريحان في أن البينه حجه على الملكيه، سواء وجدت يد أولاً.

تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف

قال المحقق: « وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف » (١).

أقول: أى، لأن التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكاله ونحوها، وحينئذ، تكون الشهادة بسبب الملك - كالشراء مثلاً - متقدمه على الشهادة بالتصرف، من باب تقدم النص على الظاهر، فإن ذلك قاعده جاريه في كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هم بحكم الواحد.

هذا فيما إذا شهدتا بالنسبه إلى زمان واحد. وأما لو قامت الشهادة على اليد الفعلية والشهادة على الملك السابق، فسيأتى الكلام فيه.

هذا، وفي (المسالك): « ولا فرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أن يده على العين منذ سنه، وشهدت بينه الملك بتاريخ متأخر، أو بأنه يملكه في الحال - وتأخره، لاشتراك الجميع في المقتضى وهو احتمال اليد بخلاف الملك. وفي هذه المسأله قول بتقديم اليد على الملك القديم، وسيأتى الكلام

ص: ٦٧٣

فيه» (١).

قال في (الجواهر) : وهو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عمّا نحن فيه، وهو ما عرفت من إرادته بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلّقهما بمورد واحد (٢).

ص: ٦٧٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٥.

٢-٢) جواهرالكلام ٤٠: ٤٤٥.

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه، حاضراً كان المقر له أو غائباً»
(١).

أقول: إذا كان شيء بيد شخص، فادعى أحد كونه له، فتاره: يقول المدعى عليه: هو لى، واخرى: يقر به لمعين فيقول: هو لفلان، وثالثه: يقر به لمجهول فيقول: ليس لى ولكن لا أستى مالكة أو لا أعرفه.

ولو أقر به لمعين، فتاره: هو ممن يمكن المخاصمه معه، واخرى: لا يمكن المخاصمه معه كأن يكون طفلاً، وتاره: يكون حاضراً، واخرى: يكون غائباً.

فإن أقر بالشى لمالك معين بأن قال هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمه وتوجهت إلى المالك، سواء كان حاضراً أو غائباً، وليس له أن يحلف ذا اليد، إذ لا يحلف أحد على مال لغيره.

وهل أن قوله: هو لفلان، يدخل الشى فى ملك فلان المقر له أو يخرج عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى إثبات كون المال له، وعلى الأول يحكم الحاكم بكونه للمقر له، وعلى المدعى المرافعه معه، فيكون المقر له هو المدعى عليه، وهل للمدعى إحلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أولاً؟ فيه قولان،

ص: ٦٧٥

كما سيأتي.

ولكن إذا كانت في يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى البيئه لدى الحاكم على كونها له لا للمقر له، فأخذها الحاكم ويدفعها إليه؟ لأنه إن كان المقر له حاضراً أو يمكن حضوره، فالبيئه مؤثره كما هو واضح، وإن كان غائباً حكم للمدعى ثم الغائب على حجته، نعم، لا يمكن إقامة البيئه بأن يكون ذو اليد هو المدعى عليه، لأنه لا يمكن له اليمين في مال المقر له، إلا إذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين، بأن يقيم البيئه على الملكيه المستتبعه لوجوب تسليمها فيحلف ذو اليد على عدم وجوبه.

وأما إذا سلم المدعى عليه العين إلى المقر له، فإما هي باقيه بيد المقر له، وإما هي تالفه، وهل للمدعى أن يدعى عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفى العلم فإن لم يحلف غرم؟ قال المحقق: نعم، وهذه عبارته: « وإن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين، لأن فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل أورد^(١) وعليه العلامة في (القواعد)^(٢)، وقد نسب إلى الشيخ في أحد قوليه^(٣)، وفي (المسالك) : يجوز إن كانت تالفه^(٤)، أى، فإن كانت العين باقيه أمر باستردادها. . . وأما إذا لم يمتنع وحلف على نفى العلم فلا شىء عليه.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل، والأقرب أنه يغرم، لأنه حال بين المالك وبين ماله بإقراره لغيره» .

ص: ٦٧٦

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

٣-٣ (٣) المبسوط فى فقها الاماميه ٨: ٢٦٦.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٤: ٩٨.

ووجه قول الشيخ هو: إن الإمتناع لا يستلزم العلم بكونها للمدعى، بل لا يضمن حتى مع الإقرار بذلك، لأنه لا يصدق عليه عنوان التلف حينئذ، فلا وجه للضمان.

قلت: والتحقيق أن الحكم بالغرم بالإمتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفر ثلاث مقدمات: أحدها: أن يكون الإقرار لغيره بمنزلة الإلتلاف للمال. والثانية: أن يكون الإمتناع عن هذه اليمين بمنزلة الإقرار للمدعى. والثالثة: أن يكون العلم بكون العين للمدعى جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع، وأما إذا لم يكن للعلم دخل في الضمان - كما هو الصحيح، لأن اليد كافيته في ثبوت الضمان - فلا أثر لليمين على نفي العلم.

هذا، وفي (المسالك): « إذا ادعى شيئاً على إنسان، فقال المدعى عليه: إنه ليس لى، فإما أن يقتصر عليه أو يضيفه إلى مجهول أو إلى معلوم. فإن اقتصر عليه أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا اسميته، ففي انصراف الخصومه عنه وانتزاع المال من يده وجهان، أصحهما - وهو الذى لم يذكره المصنف - أنها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر إن ما فى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزِيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً، وعلى هذا، فإن أقر بعد ذلك لمعين قبل، وانصرفت الخصومه إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعى البينه عليه أو يحلفه» (١).

قلت: ولا يخفى ما فيه، لأن قوله: « ليس لى » يزيل ملكيته يقيناً لأنه إقرار، وهذا الإقرار يسقط يده عن كونها أماره للملكيه، نعم، لا ملازمه بين إزاله الملكيه للمال وإزاله الملكيه لليد، فتكون يده مثل يد الوكيل والأمين والمستعير

ص: ٦٧٧

والمستأجر، لأن إقراره يزيل الملكيه للعين ولا يفيد كون يده عدوانيه، بل تبقى على حجيتها، وعلى ما ذكرنا تنصرف الدعوى عنه، إذ لو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، وأما بناءً على ما ذكره من عدم صدور ما يزيل الملكيه منه فيجوز المرافعه معه، وعلى ما ذكرنا - من عدم الملازمه المذكوره - يترتب الأثر على إقراره فيما لو أقرّ بعد ذلك لشخص معيّن.

قال: « والوجه الثانى: إنها تنصرف عنه بذلك، ولأنها تبرء من المدعى عليه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعى بينه على الإستحقاق فذاك وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة» (1).

قلت: وهذا صحيح فى صورته تماميه الملازمه المذكوره، مع احتمال كون يده عليها مشروع، فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر.

فظهر أن الصحيح هو إبقاء العين فى يد المدعى عليه، فإن قلنا بأن إقامه البينه لا تتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين، سمعت ويعطاها، وإلا أبقيت فى يده. . وإن قال: « هى لقطه» فله أن يدفعها إلى الحاكم، لأنه مال مجهول مالكة فيرجع إليه، وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطه.

ثم ذكر فى (المسالك): إنه « إن أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان: أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه. . . والثانى: من لا- يمتنع مخاصمته ولا- تحليفه، كما إذا أضافه إلى شخص معيّن، فهو إما حاضر وإما غائب، فإن كان حاضراً روجع، فإن صدق المدعى انصرفت الخصومه إليه، وإن كذبه فيه أوجه. . . وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومه أيضاً. . . » .

ص: ٦٧٨

وسياتى التعرض لكل ذلك...

ثم قال: « وحيث ينصرف الخصومه عنه وطلب المدعى إحلافه أنه لا يعلم أن العين له، ففي إجابته قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعدما أقر لغيره هل يغرم قيمه؟ فيه قولان مذكوران في محلّه. فإن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فله إحلافه، فلعله يقرّ فيغرمه قيمه. وإن قلنا: لا، وهو أحد قولى الشيخ، فإن قلنا: النكول وردّ اليمين كالإقرار، لم يحلفه، لأنه وإن أقرّ ونكل وحلف المدعى لا يستفيد شيئاً، وإن قلنا كالبيّنه، فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف وكانت العين تالفه أخذ قيمه» (١).

وأشكل عليه فى (الجواهر) بقوله: « وفيه - بعد الإغماض عمياً فى تقييده بتلف العين - أن غايه ذلك كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لو أقرّ به هو، وليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينه على ذلك، ولا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح. ولذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل» (٢).

قلت: وجه التأمّل هو احتمال كون إطلاق الشيخ من جهة أنه لا يرى كون النكول وردّ اليمين كالإقرار بل كالبينه. وكيف كان، فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول وردّ اليمين بمنزله الإقرار والقول بكونهما بمنزله البينه.

ص: ٦٧٩

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧ - ٩٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٦.

حكم ما لو أنكر المقر له الملكيه للشيء:

قال: المحقق قدس سره: « ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم، لأنها خرجت عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له، ولو أقام المدعى بينه قضي له » (١).

أقول: وحاصل ذلك سقوط يد المدعى عليه المقر مطلقاً، أي، فلا تكون أماره على الملك ولا تكون كاليد الأمانيه مثلاً، فكأنها يد عدوانيه فينتزعها الحاكم منه ويحفظها. وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشهيد الثاني في (المسالك) في هذه المسألة.

والثاني: وهو المنقول عن (التحرير): إنها تترك في يد المدعى عليه المقر، إذ لا منازع له إلى قيام حجه، لأنه أقر للثالث وبطل إقراره فكأنه لم يقر (٢).

قال في (الجواهر): وفيه: إن بطلانه بالنسبه إلى تملك المقر له، لا بالنسبه إلى نفيها عنه، كما هو واضح (٣).

والثالث: وهو المنقول عن (القواعد) (٤): إنها تسلّم إلى المدعى، لخروجها عن ملك المقر له بإنكاره ولا منازع فيها للمدعى. قلت: وهذا هو الأقرب.

وأما قول صاحب (الجواهر): « وهو بعيد لكونها في يد ». ففيه: إنه أي يد يريد، أما يد المقر فقد زالت بإقراره، وأما يد المقر له، فمنتفيه بإنكاره، وأما يد

ص: ٦٨٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ١٦١/٦٤٩١. وعنه كشف اللثام ١٠: ٢٤٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٧.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

الحاكم فهي لأجل حفظها حتى يظهر صاحبها وقد ظهر، فيدفعها إلى المدعى ولا حاجه إلى البيئه ولا اليمين، كما في (القواعد)

ولو رجع المقر له عن إنكاره وصدق المقر في كون الشئ له، فعن (التذكرة) أن له الأخذ، عملاً بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى، فتعارضاً وبقي الإقرار سالماً عن المعارض (1).

لكن في (الجواهر) منع زوال حكم الإنكار بالتصديق، فلا أثر للتصديق الطارى، وحينئذ، يحكم بأحد الوجوه الثلاثة المذكوره، وقد عرفت المختار منها، قال: ومن هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلظت بل هو لى، لم يقبل منه.

لو كان المقر له غائباً

هذا كله، فيما إذا كان المقر له حاضراً. قال في (الجواهر) ثم الحكم فى المقر له الغائب كالحكم فى الحاضر، بالنسبه إلى تصديقه وتكذيبه، وللمدعى إقامة البيئه وأخذه قبل معرفه حاله، ولكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقه، كما له أيضاً إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر (2)، أى بناء على أن للمدعى حق التحليف عليه، كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فإن نكل عن اليمين على نفي العلم، فإن لم يقَر ولم يرد اليمين أحلف المدعى، فإن حلف فهل ينتزع العين ويغرم؟ قال فى (القواعد): الأقرب الثانى (3).

فيكون نظير ما إذا أقر بكون العين لزيد ودفعت إليه ثم أقر بكونها لعمره

ص: ٦٨١

١-١) تذكره الفقهاء ٢: ١٤٩ (حجرى) .

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٧.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

فيغرم له بدل الحيلولة، ولا- يبعد أن يكون الحكم كذلك إن أثبت المدعى الحق بالبينه، ولو استرجع العين من الغائب ودفعها إلى المدعى وجب عليه - أى على المدعى - رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة.

وحيث يدعى كونها لغائب، فإن ادعى استيجاره العين منه مثلاً، فالحكم قبول قوله، نظير قول ذى اليد، فإن أثبت المدعى كون المال ملكه، فقد ظهر بطلان الإجاره، وإن لم يتمكن من ذلك أحلف المدعى عليه على الإجاره وأبقيت العين بيده.

ولو أقام البينه على الإجاره، فبناء على سماعها منه، هل تقدّم بينته على بينه المدعى باعتضادها باليد أولاً؟

فى القواعد: إشكال (١).

قلت: لا إشكال فى أن بينه المدعى من بينه الخارج، فيحتمل أن تكون بينه الآخر من بينه الخارج أيضاً، لكونه مقرراً بعدم كونها له، فيتساقطان، ويحتمل أن يكون نفسه ذا يد لكونها بيده الآن فتكون من بينه الداخل، فعلى القول بتقدم بينه الخارج فالأمر واضح، وعلى القول بتقدم بينه ذى اليد - لحجيتها وتأيدها باليد - قدّمت، وهذا وجه توقف العلامة.

لكن فى (الجواهر): الأقرب أنهما معا خارجان (٢).

قلت: لكن جعل بينه من له الانتفاع بما فى يده من بينه الخارج، بعيد جداً.

وإن لم يكن مدعياً للإجاره مثلاً، فهل له إقامه البينه كذلك أو لا، لكونه

ص: ٤٨٢

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٦.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٨٨.

أجيباً؟ قال العلامة: يمكن أن يكون طرفاً للخصومه بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له، فيحلفه على نفي العلم، فله أن يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين، وإن كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقرّ له. . .

واختار في (الجواهر) عدم الجواز، فإنه إذا ثبت بالبينة كون العين للمقرّ له، فلا مجال لليمين على نفي العلم، وأيضاً: لما كان ملك المقرّ له ثابتاً بالبينة، فلا أثر للإقرار في إثباته حتى يدعى عليه المدعى الإلتلاف بالإقرار.

قلت: لكن الصحيح ما ذهب إليه العلامة، لأنه - بناء على حجه بينه الداخل - إن لم يكن عنده بينه كان عليه اليمين على نفي العلم، وإن كان له بينه جاز له إقامتها على إثبات ملك المقرّ له لتؤثر في سقوط اليمين عنه، اللهم إلا - أن لا يكون هذا الأثر مجوّزاً له لإقامه البينة على ملك المقرّ له، إذ لا معنى لأن يقيم أحد بينه على ملك غيره.

نعم، يبقى الإشكال في أنه لا ملازمه بين ثبوت ملك الآخر وعدم علم المقر، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة وإعطاء العين للمقرّ له، فيحلفه على نفي العلم، ويكون أثره أنه إذا امتنع عن اليمين غرم.

لو كان المقرّ له ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقرّ المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه، كما إذا قال هي وقف على مسجد كذا، أو هي ملك لطفل صغير، فهل يكون طرف الخصومه ولي الصغير أو متولّي الموقوفه؟

إن كان للمدعى بينه أقامها وحكم له، وإلا فلا يحلف الولي والمتولّي، إذ لا أثر ليمينهما، إذن، لا يغني في هذا الفرع إلا البينة، وأما اليمين على نفي العلم، فالحكم

كما تقدم، فإن حلف فهو وإلا غرم، وكيف كان، فإن الخصومه تندفع عن المدعى عليه.

وفى (المسالك): « وإذا قضى له الحاكم بالبينه وكان الإقرار لطفل، كتب الحاكم صورته الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته إذا بلغ » (١).

لكن فى (الجواهر): « قلت قد يقال: بعدم الحجته له، لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل. فتأمل » (٢).

قلت: وجه التأمل: إن الوكيل عمله عمل الموكل، أى إن الموكل يقيمه مقامه وينزل عمله منزله عمل نفسه، فإذا قضى على وكيله قبل، وليس عمل الولى عمل الصغير، بل قيام الولى بالامور المتعلقة بالصغير حكم إلهى، كما جعل الولاية للحاكم بالنسبة إلى الغائب، حيث يحكم عليه بعد تماميه مقدماته، ويكون الغائب على حجته إذا حضر، فالصغير مثله، فهو على حجته إذا بلغ. هنا كله إذا أقر بالعين لمعين بمختلف صورته.

لو كان المقر له مجهولاً

قال المحقق: « أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومه وألزم البيان » (٣).

أقول: لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولاية، فإن كان للمدعى بينه أعطاها إياه، وإلا بقيت فى يد الحاكم، وهل يلزم البيان؟ قال به

ص: ٦٨٤

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٤: ٩٧.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٣٥.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

المحقق، وفي (الجواهر) : لا، لأنه ينافى الإقرار الأول، قلت: إلا إذا عيّن المقر له في المره الثانيه، مدّعياً النسيان في المره الاولى
(١).

ولو قال المدعى للعين: هي وقف عليّ وأقرّ بها من هي في يده لآخر وصدّقه الآخر، فقد عرفت انصراف الخصومه عمّن هي في يده إلى المقر له، لكن هل للمدّعي إحلاف من كانت بيده على نفي العلم؟ في (المسالك) وجهان. « من حيث أن المدّعي قد اعترف بالوقف والوقف لا يعتاض عنه، ومن أنه مضمون بالقيمه عند الإتلاف، والحيلولة في الحال كالإتلاف، وهذا أقوى» (٢).

ص: ٦٨٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٤٨.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٩٩.

المسأله الرابعه: (لو وقع الإختلاف فى العقد الواقع)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا ادعى أنه أجره الدابه، وادعى آخر أنه أودعه إياها، تحقق التعارض مع قيام البيتين بالدعويين، وعمل بالقرعه مع تساوى البيتين فى عدم الترجيح» (١).

أقول: إنه وإن كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر، فيدعى هذا بأنه قد أجره الدابه، ويدعى ذاك بأنه أودعه مثلاً إياها، لكن النزاع فى الحقيقه هو فى الملك، للثمره الواضح ترتبها من هذه الناحيه على دعوى كل واحد منهما، وبالنظر إلى ذلك ذكر المحقق قدس سرّه هذه المسأله فى مسائل الإختلاف فى الأملاك (٢).

وما ذكره المحقق قدس سرّه هو أحد الصور الأربع المتصوره فى هذه المسأله.

والصوره الثانيه: أن تكون العين بيد شخص وهو يقرّ بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد أجرنى إياها، ويقول المالك: قد أودعته إياها، أو يدعى المالك الإجاره وذو اليد العاريه... فإن كانت مستأجره ملك الشخص منفعتها فى المدّه المعينه دون ما إذا كانت وديعه، لكن يترتب على كونها مستأجره

ص: ٦٨٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٢.

٢-٢) فيه إشاره الى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سرّه.

لزوم دفع بدل الإيجار إلى المالك... وهذه الصورة من الاختلاف في العقود وإن كان لهذا النزاع ثمره مائيه.

والصورة الثالثة: أن يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث، فيقول أحدهما: قد آجرتني إياها ويقول الآخر: قد استودعني إياها.

والصورة الرابعة: أن يتنازعا، فيقول أحدهما: إنها لزبي وقد آجرتني إياها، ويقول الآخر: إنها لعمرو قد استودعني إياها.

فالحكم في الصورة الأولى التي ذكرها المحقق قدس سره هو ما ذكره من أنه إن كان لأحدهما بينه حكم له، وإن أقامها معاً، فإن ترجحت أحدهما على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح - على ما تقدم من الكلام عليها - حكم لها وإلا فالقرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا فالحكم هر التنصيف للعين إن كانت قابله له، وإلا فهما شريكان فيها على النصف.

وفي الصورة الثانية يتحقق التداعي بين المالك والمتصرف، فإن كان لأحدهما بينه حكم له، وإن كانت لكليهما، فإن ترجحت إحداها على الأخرى فهو وإلا تعارضتا وتساقطتا، وحينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين، ويقسم مال الإجاره بينهما كذلك.

وربما يجعل المالك في هذه الصورة ذا اليد وبينه المتصرف خارجاً، فيبتنى الأمر على حجيه بينه الداخل، فعلى القول بها تقدم بينه ذى اليد - المالك - وعلى القول الآخر تقدم بينه المتصرف، فلا تكون الصورة من قبيل التداعي حتى ينتهى الأمر إلى القرعه، وقد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن، ويبتنى الأمر على تقديم بينه الداخل والخارج كذلك.

وهكذا يكون طريق فصل الخصومه في صورتين الباقيتين، لأنهما من مصاديق التداعي كذلك.

المسأله الخامسه: (لو كان شيء في يد إنسان وأدعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينه)

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى داراً في يد إنسان وأقام بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تسمع هذه البيئه. وكذا لو شهدت له بالملك أمس. لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا تدفع بالمحتمل.

وفيه إشكال، ولعل الأقرب القبول» (١).

أقول: لو ادعى داراً - مثلاً - في يد إنسان وأقام المدعى بينه أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، أو كانت في ملكه أمس مثلاً، فهل تسمع البيئه؟ قولان، وقد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: إن اليد أماره على الملكيه الفعلية لصاحبها، وبينه المدعى تشهد باليد والملك السابقين، ولا ريب في تقدّم الأماره الفعلية على الأماره القائمه على الملكيه السابقه. وبعبارة أخرى: اليد الفعلية المشاهده بالعيان - حيث نرى العين في هذه اليد - ظاهره في الملكيه الفعلية لصاحبها، ومقتضى اليد السابقه هو احتمال الفعلية لصاحبها، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل.

وأجيب: بأن اليد الفعلية وإن كانت دليل الملك الفعلي، لكن اليد السابقه المستصحبه والملك السابق المستصحب أولى، لمشاركه تلك اليد لهذه في الدلاله

ص: ٦٨٨

على الملكيه الفعلية، وانفردهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد، إلا أن تقوم الحجج الشرعيه على انتقال العين إليه بطريق شرعى، نظير ما إذا أقرّ بكون الشئ الذى بيده ملكاً لزيد أمس وادّعى كونه له اليوم، فإنه يجب عليه إقامة الحجّه الشرعيه على انتقاله إليه من زيد بطريق شرعى صحيح، وكذا لو أقرّ بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادّعى أداء الدين مثلاً، كان عليه إقامة الحجّه على الأداء.

وفى المقام يكون حكم بينه المدعى حكم إقرار المدعى عليه، فيجب على ذى اليد المدعى عليه إثبات شرعيه يده على العين، وإلا تقدّمت بينه المدعى - بضميمه الإستصحاب - على يده، فليس المورد من مقابله المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لا يدفع المقطوع بالمحتمل.

والثانى: إنه إن كان مدّعا هو الملكيه أو اليد بالأمس فلا تسمع، وإن كان الملكيه أو اليد اليوم، فإن شهادته بينته غير مطابقه لدعواه، لأنها تشهد باليد والملك أمس، والبينه غير المطابقه للمدعى غير مسموعه.

وأجيب: بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين إلى اليوم، يوجب المطابقه بين الدعوى والشهاده، فإن هذه الشهاده - بضميمه عدم العلم بالناقل الشرعى - شهاده بالملكيه الفعلية وهى مسموعه.

وبالجملة: إن كانت الشهاده بملكيه أمس شهاده بملكيه اليوم فهو، وإلا، فإن الإستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهاده، وحينئذ، يقع البحث فى تقدّم هذا الإستصحاب على اليد أو معارضته لها، لأنه أصل وهى أماره.

وقد يחדش فى اليقين السابق فيختلّ الإستصحاب، بأن يقال - كما عن

(كشف اللثام) (١). بأن البينه ليست كاشفه عن الواقع كالإقرار، فليس مفادها هنا الملكية الواقعيه حتى تستصحب إلى اليوم.

لكنه كما ترى، لأن البينه حجه شرعيه، إذا أُقيمت بشرائطها أُلغى احتمال الخلاف وأفادت ما يفيد اليقين، فالحاله السابقه للإستصحاب متحققه، كما لا يلتفت إلى احتمال عدم كون اليد السابقه يد ملك لو شهدت البينه بكون العين بيد المدعى أمس.

فظهر أن محطّ الكلام هو الخلاف في تقدّم الإستصحاب على اليد وعدمه، والمختار هو الأول، وبيان ذلك: إنه وإن كانت اليد مقدّمه على الإستصحاب في موارد كثيره، ولكن لا يوجد عندنا إطلاق يقتضى تقدّمها عليه على كلّ حال، بل إن اليد الفعلية المسبوقه بالآخرى المستصحبه - أو المسبوقه بالملك المستصحب - يد ضعيفه عند العقلاء، لا تصلح لمقاومه هذا الإستصحاب فضلاً عن التقدّم عليه، ولذا يفرّق العقلاء بين الدّعوى على ذى اليد وبين الدّعوى على يد مسبوقه بيد اخرى، ففي الصوره الثانيه يسقطون اليد عن الإعتبار، ولا أقل من أنهم يطالبون صاحبها بإقامه الحجه على انتقال العين إليه بطريق شرعى صحيح.

وبتقريب آخر: إن اللّمازم الشرعى للملكيه السابقه التى أثبتها البينه: بقاء تلك الملكيه حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين، فإذا شهدت البينه بملكيه أمس، كان لازمها الملكيه الفعلية لولا الإنتقال، وقد عرفت أن

ص: ٦٩٠

الإستصحاب ينفي الناقل، فتكون بينه المدعى مسموعه ومتقدمه على يد المتصرف.

هذا، وفي (المستند): «لو تعارضت اليد الحائيه مع الملكيه السابقه أو اليد السابقه، ففي تقدّم الحائيه أو السابقه قولان، كلّ منهما عن الشيخ في كلّ من المبسوط والخلاف، وتبعه على الأول جماعه ولعلهم الأ-كثرون، ومنهم من المتأخرين: الكفايه والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين. وعلى الثانى الشرائع، ويظهر من الإرشاد الميل إليه. ويظهر من التحرير وجه ثالث وهو التساوى» .

ثم أورد أدلّه الأقوال، ثم قال:

«والتحقيق: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه، فلا يبقى لشي منهما حكم، ولكن أصل اليد لا يعارضه شيء، وهو باق بالمشاهده والعيان، والأصل عدم التسلّط على انتزاع العين من يده ولا على منعه من التصرفات التي كان له فيها حتى بيعها وإجارتها، إذ غايه الأمر عدم دليل لنا على ملكيته، ولكن لا دليل على عدم ملكيته أيضاً، وأصالة عدم الملكيه بالنسبه إليه وإلى غيره سواء مع ثبوت أصل الملكيه، فلا يجرى فيه ذلك الأصل أيضاً، مضافاً إلى إمكان حصول هذه التصرفات كلاً أو بعضاً بالتوكيل والإجاره والولاية والإذن وغيرها، فيبقى أصالة عدم التسلّط وأصالة جواز تصرفاته خاليه عن المعارض، وإلى هذا يشير كلام من قال: إن احتمال كون اليد الثانيه بالعاريه أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها، فإن المقصود الأصلي من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها على ما فيها، وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العاريه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، وليس هذا معنى الحكم بأنه ملك» إنتهى كلامه رفع مقامه (١).

ص: ٦٩١

فإن قيل: كما أن الملكيه أو اليد السابقه يقتضى استصحاب الملكيه، كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الأول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات أيضاً. وبه يندفع أصاله عدم التسلط.

قلنا: ليس تسلط الأول كالمملكه التى إذا حدث يحكم لها بالإستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو مما يمكن تقييده بقيد، والمعلوم من التسلط الأولى هو تسلطه مادام يحكم له بالمملكه ويعلم له الملكيه، فالمعلوم ثبوته أولاً ليس إلا ذلك المقيد، فبعد انتفاء الحكم بالمملكه والعلم بها، ينتفى القيد ويتغير الموضوع.

ثم إنه كما أن نفس اليد المشاهده الحائيه ومقتضياتها - سوى الملكيه - لا معارض لها، فكذلك أيضاً كون البيئه على غير ذى اليد وكون من يدعيه مطالباً بالبيئه وذى اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك، فيدل على كون وظيفه الأول البيئه والثانى اليمين قولهم: « البيئه على المدعى واليمين على من أنكر »، وروايه فدك المتقدمه.

فيكون البيئه على المالك السابق واليمين على ذى اليد، ولا يمنع ذو اليد من شىء من التصرفات، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحاليه غير ذلك أيضاً.

مع أنه يمكن جعل هذين الأمرين دليلاً - برأسه على الملكيه أيضاً بالإجماع المركب، ويسقط به الاستصحاب بالمره، لعدم صلاحيته لمعارضه الدليل مطلقاً .

وقد أورد السيد فى (العروه) محصل هذا الكلام واعترض عليه بوجه:

الأول: إنه فى بيان المعارضه عبر بقوله: إن اقتضاء اليد للملكيه يعارض استصحاب الملكيه.

مع أن المعارضه بين نفس اليد والإستصحاب، لكن من حيث حكمهما، لا بين حكم اليد ونفس الإستصحاب، فلا وجه للتعبير المذكور.

والثاني: إنه إذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذبيها وغيره سواء، فلو أراد المدعى أن يتصرف فيها لا يجوز لذى اليد منعه، لأن الأصل عدم تسلطه على ذلك.

قلت: فيكون الحاصل أنه ليس لكلّ منهما منع الآخر من التصرف، فتكون العين كالمباحات التي من سبق إلى شيء منها كان له، نعم، ليس لثالث أخذها، ولهما منعه من ذلك.

والثالث: بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية، كيف يجوز للغير أن يشتري منه أو يستأجر أو يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك، مع أنه ليس وكيلاً ولا -وليّاً ولا مأذوناً من قبل المالك؟ لأن المفروض أنه يدعى الملكيه لا الوكالة أو الولاية أو نحوهما، فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الأشخاص في جوازها له ولمن يشتري منه مثلاً.

والرابع: ما ذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغير مقيّد ببقاء اليد، ممنوع، بل هو كالملكيه في عدم التقيّد باستمرار اليد.

والخامس: لا نسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده (1)..

قلت: ليس الشرط في صدق «المدعى» عدم المعارض عند العرف، فالمدعى عندهم من لو ترك ترك، وهذا صادق على صاحب البيئه هنا، و«المنكر» صادق على ذى اليد.

وقال العلامة في (القواعد) في هذه المسألة: «ولو شهد أنه كان في يد المدعى بالأمس قبل، وجعل المدعى صاحب يد. وقيل: لا يقبل، لأن ظاهر اليد الآن

ص: ٦٩٣

أى: إن اليد لها ظهور فى الملك الفعلى، لكن لا كل يد بل اليد غير المسبوقه بالعدوانيه مثلاً، وذلك، لأن حجيه اليد - كما ذكرنا - مستنده إلى بناء العقلاء مع إمضاء الشارع، وتشهد بذلك روايه حفص بن غياث (٢)، والعقلاء لا يعاملون اليد التى هذه حالها معامله المالك الفعلى، بل يقدمون استصحاب الحاله السابقه ويحكمونها على هذه اليد إلى أن يثبت الناقل الشرعى.

فتلك عباره (القواعد) فى المسأله، وقد قال سابقاً: « ولو شهدت البينه بأن الملك له بالأمس ولم تتعرض للحال، لم تسمع، إلا أن تقول: وهو ملكه فى الحال أو لا نعلم له مزياً، ولو قال: أعتقد أنه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله إشكال، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار واستصحاب موجه، وإن لم يتعرض الشاهد للملك الحالى. ولو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس انتزع من يده فيستصحب، بخلاف الشاهد فإنه عن تخمين، وكذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، لأنه استند إلى تحقيق» (٣).

ص: ٦٩٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

٢-٢) عن أبى عبد الله عليه السلام « قال له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال: الرجل: أشهد أنه فى يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفحلّ الشراء منه؟ قال نعم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك: هو لى وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام، لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق» وسائل الشيعه ٢٧:

٢/٢٩٢. أبواب كفيه الحكم، الباب ٢٥.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٠.

قلت: الفرق المذكور بين البيئه والإقرار لا ريب فيه، ولكن لا أثر له بالنسبه إلى الملكيه الفعلية، فإنه لا بدّ من إجراء الإستصحاب لإثباتها، سواء كان اليقين السابق حاصلًا بالبيئه التي هي عن تخمين أو بالإقرار الذى هو عن تحقيق، وإذا جرى الإستصحاب لتمايمه أركانه تقدّم على اليد من دون فرق بين البيئه والإقرار.

وكذا الأمر لو علم الحاكم بكونها للمدعى بالأمس، فاليقين السابق متحقق، فله إجراء الإستصحاب، وأخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى.

ولعلّ السرّ فى اختلاف كلمات الأصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى، لما تقدّم من أن مبنى حجّيه اليد هو السيره العقلائيه وبناء أهل العرف، والحق: إن كاشفيه اليد فى هذه الحاله التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفه عرفاً، والإستصحاب هو المحكّم، فدعوى المدعى مسموعه.

وفى (المسالك) بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال:

« وقد تقدم البحث فيه، والفرق بين هذه والسابقه الموجب لإعادته البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه والسابقه الثابته بالبيئه والملك السابق كذلك، والسابقه وقع فيها التعارض بين البيئتين المدالّه احدهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره، والاخرى على الملك السابق، فلا تعرّض فيها للمعارضه بين اليد السابقه والحاليه، وقد تأكّد - من إطلاقه الحكم هنا وفى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل - أن إضافه ذلك غير شرط، والأصح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال، لما بيّناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن» (١).

ص: ٦٩٥

قلت: ليس ما ذكره وجه الفرق بين المسألتين، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكية الفعلية ويتعارضان فيتساقطان، ويكون استصحاب الملكية السابقه جارياً بلا معارض، وهنا اليد معارضة مع الإستصحاب. فحاصل الفرق عدم المعارض للإستصحاب فى تلك المسأله، وتحقق التعارض بين اليد والإستصحاب فى هذه.

وأما الإقرار، فلو أقرّ ذو اليد بكون العين للمدعى بالأمس، فإنه يطالب بإثبات شرعيته يده الفعلية عليها، وأما إذا أخذت العين منه بإقراره ودفعت إلى 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 سرّه: «أما لو شهدت بينه المدعى أن صاحب اليد غضب أو استأجره، حكم بها، لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثانى» (١).

أقول: لو شهد الشاهدان على أن ذا اليد قد غضب العين بالأمس من زيد، فإنه مع الشك فى تبدل يده اليوم إلى يد شرعيه، يستصحب كونها عدوانيه، فتسقط يده الفعلية عن الإعتبار، لأن اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أماره للملكيه.

قال: «ولو قال: غضبني إياها، وقال آخر: بل أقرّ لى بها، وأقاما البينه، قضى للمغصوب منه ولم يضمن المقرّ، لأن الحيلولة لم تحصل بإقراره بل بالبينه» (٢) التى أقامها الآخر وإن كانت بزعم هذا ظالمه، والحكم فى هذه المسأله واضح، ولا خلاف فيه على ما فى (الجواهر) (٣).

ص: ٦٩٦

١-١) شرائع الإسلام ١١٢:٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ١١٣:٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٥٠:٤٥٦.

تاره: يكون الإختلاف في الأجره، وذلك يكون تاره في أصل الأجره، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار بمأه دينار، فيقول المستأجر: بل بمأه درهم، وأخرى في قدرها كأن يقول المؤجر: آجرتك بمأه دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين، وعلى التقديرين: فإما أن يعدما البيئه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير، فالإختلاف إما أن يكون بعد استيفاء المستأجر المدّه أو في أثنائها أو ابتدائها، فتكون الصور حينئذ ثمان عشره صوره.

واخرى: يكون الإختلاف في العين المستأجره، وهو يكون تاره في ذات العين كأن يقول المؤجر: آجرتك هذه الدار، فيقول المستأجر: بل تلك الدار، واخرى يكون في العين من حيث الزيادة والنقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك هذه الدار إلا هذا البيت منها، فيقول المستأجر: بل الدار كلّها، وتنتهي الصّور حينئذ إلى العدد المذكور في الاختلاف في الأجره.

وثالثه: يكون الإختلاف في المدّه، وهو تاره في زمانها زياده ونقيصه، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار شهراً، فيقول المستأجر: بل أربعين يوماً، واخرى في ابتدائها، كأن يقول المؤجر: آجرتك الدار من أول شهر شعبان، فيقول المستأجر بل من أول شهر رمضان. وتنتهي الصّور هنا أيضاً إلى العدد المذكور. . . إذا عرفت هذا فنقول:

إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيناً واختلفا في مقدار الاجره وقد عدما بينه، فالمشهور على أن القول قول المستأجر يمينه، سواء كان الإختلاف بعد الاستيفاء أو في أثائه أو في ابتدائه، بل عن (التذكرة) (١) نسبه هذا القول إلى علمائنا.

وعن الشيخ في (المبسوط) (٢) القول بالتحالف، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كما في (الجواهر) و (المسالك) (٣).

ووجه ما ذهب إليه المشهور هو: أن المستأجر منكر للزائد الذي يدّعيه عليه الماجر، مع اتفاقهما على ثبوت ما يدّعي المستأجر، وإذ تحقق عنوان المدّعى على الماجر، والمنكر على المستأجر، دخلا في عموم الخبر (٤)، فإن حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الماجر، وإن نكل حكم للماجر، على قول، وردّت اليمين على الماجر، فإن حلف أخذ وإن نكل كذلك سقطت الدعوى، على قول آخر.

ووجه ما ذهب إليه الشيخ في (المبسوط) هو: إن المورد ليس من مصاديق المدّعى والمنكر، بل إن كلاً منهما مدّع ومدّعى عليه، لأن ذاك يدّعى وقوع العقد

ص: ٧٠٠

١- ١) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٩٢ (حجرى).

٢- ٢) المبسوط في فقه الإماميه ٣: ٢٦٥ - ٢٦٦.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٧. مسالك الأفهام ١٤: ١٠٤. كفايه الاحكام ٢: ٧٣٤. الدروس الشرعية ٢: ١٠٧.

٤- ٤) يعنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: البيئه على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه.

على المأه وينكر وقوعه على الخمسين، وهذا يدعى وقوعه على الخمسين وينكر وقوعه على المأه، والعقد المتشخص بالمأه غير العقد المتشخص بالخمسين، فقول كليهما موافق للأصل، فتجب اليمين على كليهما، فإذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد، ورجع الموجر بأجره المثل (١) للمنفعة المستوفاه كلاً - إن كان الإختلاف بعد استيفاء المده - أو بعضاً إن كان فى أثناءها، وإلا، كما إذا كان فى ابتدائها، فلا شىء للموجر، وقيل: بل يحكم بتنصيف الزيادة، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الآخر.

وكيف كان، فإن مختار الشيخ فى (المبسوط) هو التحالف، وقد ضَعفه فى (المسالك): « بأن العقد لا نزاع بينهما فيه ولا فى استحقاق العين الموجره للمستأجر، ولا فى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر، وإنما النزاع فى القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر.

ولو كان ما ذكره من التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضتك عشرة فقال: لا بل خمسه، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر، وكما لو قال: أبرأتنى من عشره من جمله الدين الذى على، فقال: بل من خمسه، فإن الصيغه المشتمله على إسقاط احدهما غير الاخرى، وهكذا القول فى غيره. وهذا مما لا يقول به أحد.

والحق: إن التحالف إنما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان فى الزائد عنه، كما لو قال الموجر: آجرتك الدار شهراً بدينار، فقال: بل بثوب، أو قال:

ص: ٧٠١

١ - ١) معنى الرجوع إلى أجره المثل أنه إذا كانت أجره المثل أكثر مما يدعيه الموجر كان على المستأجر دفعه مع إقرار الموجر بالأقل، وإذا كان أقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقرّ بأكثر مما جعل أجره المثل، والإلتزام بذلك مشكل.

آجرتك هذه الدار بعشره، فقال: بل تلك الدار، ونحو ذلك، أما في المتنازع، فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح» (١).

قلت: ومثل الإبراء هو الأداء، فلو اختلفا في المقدار الذي أذاه المدين إلى الدائن زياده ونقيصه، كان النزاع في القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار إليه هو أن يكون بين المتخاصمين اتفاق على قدر ثم يختلفان في الزائد عن ذلك المقدار، وأما إذا لم يكون اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف.

لكن المتّجه عند صاحب (الجواهر) هو النظر إلى مصبّ الدّعى، فإن كان النزاع في تشخص العقد الذي هو سبب اشتغال الذمه، فهناك التحالف، إذ لا فرق في مشخصات العقد بين زياده الثمن ونقصانه وبين غير هذين الأمرين من مشخصات، وإن كان النزاع بينهما في طلب الزائد من أحدهما وإنكاره من الآخر، كان من قبيل المدعى والمنكر.

وبعبارة أخرى: تاره: يكون الاختلاف في كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمه، وأخرى: يكون في المقدار الذي اشتغلت به الذمه، ففي الأوّل - كما لو قال الموجر قد وقع العقد على الماء، وقال المستأجر على الخمسين - التحالف، وفي الثاني كما لو قال الموجر: آجرتك الدار بماء، فقال المستأجر بل بخمسين - يكون الموجر مدّعياً والمستأجر منكراً.

ثم إنه فرق بين النزاع في مال الإجاره والنزاع في القرض والإبراء ونحوهما، ففي القرض مثلاً: إن أقرض الماء فقد أقرض الخمسين التي في ضمن الماء، لأن

ص: ٧٠٢

قوله: أقرضتك المأه ينحلّ إلى الدنانير بعددها، بخلاف الإجاره فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضه بدلاً للإيجار، نعم، ينحلّ بنحو آخر، فيكون معنى أجرتك الدار بمأه: أجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسه وعشرين ديناراً... وهكذا... كما أن التحالف يتصوّر في القرض لو اختلفا في كيفية وقوع صيغته، كما إذا قال أحدهما: وقع العقد على المأه، وقال الآخر على الخمسين، لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف في المقدار.

فإن كان مورد النظر في الدعوى هو العقد، فالتداعى والتحالف، وإن كان مورد النظر هو المقدار الذى اشتغلت به الذمه، فالمدعى والمنكر، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب (الجواهر).

قلت: والأولى أن نجعل العرف هو المرجع في تشخيص الدّعوى، والظاهر كما ذكر في (الجواهر) في مسأله الاختلاف في قدر الثمن - بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك - إن نظر العرف في مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقصه، سواء في مال الإجاره أو العين المستأجره، إلى الأثر المالى المترتب على النزاع، فهم يجعلون من يريد أخذ شىء من طرفه مدّعياً والآخر مدعى عليه، وليس نظرهم إلى كيفية صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدعى والمنكر.

وبعبارة اخرى: إن أهل العرف يرجعون الدعاوى إلى المال وما يتعلّق به، فيجعلون من يريد جزّ المنفعه إلى نفسه مدّعياً، ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكرًا، وأما النزاع في كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال.

ولعلّ ما ذكرنا هو وجه التأمل في تأييده كون كلّ منهما مدّعياً عند العرف الذى أمر به صاحب (الجواهر)، وقد ذكرنا أنه رحمه الله قال بما ذكرنا في مسأله الاختلاف في الثمن لولا النص الخاص فيه.

وعن الشيخ في المسأله قولان آخران:

أحدهما: ما عن موضع من (الخلاف) وهو القول بالقرعه مع اليمين (١)، قال في (الجواهر) : ولعله لإشكال الحال عليه في أنه من التداعى أو من المدعى والمنكر، لكن قد عرفت أن المرجع هو العرف والأمر عند أهل العرف فيه واضح. قال: ولم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما أو يوقف الحكم؟ (٢)

وجه الأول هو: أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل، كما ذكرنا سابقاً في مسأله العين التي وقع النزاع عليها وليس لأحدهما يد.

لكن فيه: إن مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، ولا وجه لإسراء الحكم من العين إلى الدين، وكونه مقتضى الحكم بالعدل محلّ تأمل.

وأما توقيف الحكم، فإن كان النزاع في ابتداء المدّ فلا بأس، وتكون النتيجة انفساخ العقد، وأما مع استيفاء المده بعضاً أو كلاً، فلا يمكن القول به، كما هو واضح.

قال في (الجواهر) : وقد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقلّ الأمرين، من أجره المثل المفروض كونها أقلّ مما يدّعه الموجر، ومن المسمّى الذى يدّعه المستأجر على الثانى (٣).

قلت: هذا غير واضح، لأنه قد يكون المسمّى الذى يدّعه المستأجر أكثر من أجره المثل، فلا بدّ من أن يؤخذ بمقتضى إقراره.

ص: ٧٠٤

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٣٣٧ المسأله ١٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

قال: ويحتمل القرعه بلا يمين (١).

أقول: وجهه ما عرفت من إشكال الحال، وأما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعه عنه، لكن قد عرفت أنه لا إشكال في المقام بعد الرجوع إلى العرف.

والثاني: ما عن موضع من (المبسوط)، حيث فرّق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّة وبعده، وحكم بالتحالف في الأول وتردّد في الثاني بين القرعه وبين تقديم قول المستأجر (٢).

قلت: ولعلّ منشأ التردّد في الصورة الثانية بين القرعه التي قال بها في (الخلايف) والتي قد عرفت وجهها، وبين تقديم قول المستأجر: هو ما ذكرناه من نظر العرف، لكن قد عرفت أنه مع ملاحظه نظر العرف لا يبقى إشكال في تقديم قول المستأجر مطلقاً.

ومما ذكرنا يظهر الحكم في كلّ اختلاف يرجع إلى زياده والنقيصه وتحقق فيه نظر أهل العرف. . . هذا كلّ فيما إذا عدما البيه.

حكم الاختلاف في الاجره مع البيه

قال المحقق قدّس سرّه: « إذا اتفقا على استيجار دار معينه شهراً معيّناً واختلفا في الاجره، وأقام كلّ منهما بيه بما قدره، فإن تقدم تأريخ احدهما عمل به، لأن الثاني يكون باطلاً، وإن كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يمكن في

ص: ٧٠٥

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٥٩.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٦٤.

الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وحينئذ، يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه.

هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

وقال آخر: يقضى بينه الموجر، لأن القول قول المستأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما في ذمّه المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله (١) كانت اليينه في طرف المدعى، وحينئذ نقول: هو مدّع زياده وقد أقام اليينه عليها فيجب أن تثبت.

وفى القولين تردّد» (٢).

أقول: إذا كان لكل واحد من الموجر والمستأجر بينه بما يدّعيه، فتاره: يتقدم تاريخ احدى البيتين للعقد، واخرى: يكون التاريخ واحداً.

فإن كان الأول، كأن قالت احدهما: قد وقع العقد في شهر رمضان، وقالت الاخرى: قد وقع في شهر شوال، عمل بالمتقدم وبطل المتأخر، لأنه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان، وهو باطل . . .

وإن كان الثانى - وهو اتّحاد تاريخهما - أو كانت البيتان مطلقتين، أو كانت احدهما مطلقه والاخرى مؤرخه، وليس فى احدهما مرجح من المرجحات المذكوره سابقاً، تحقق التعارض بين القولين، إذ لا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين، وفى هذه الصّوره قولان.

فالأوّل: هو القول بالقرعه مع اليمين، وهو للشيخ فى (المبسوط) ، فمن خرج

ص: ٧٠٦

١- ١) فى متن المسالك: « ومن كان القول قوله مع عدم اليينه كانت . . . » .

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٣ .

اسمه يحكم له مع يمينه، سواء كان الموجر أو المستأجر، للنصوص الصريحة الدالة على ذلك (١)، فإن نكل الذي خرج اسمه عن اليمين أحلف الآخر، فإن حلف حكم له، وإن نكل فالوجه المتقدمه من التنصيف أو وجوب دفع أقل الأمرين أو توقيف الحكم، مع ما عرفت من الكلام فيها.

والثاني: هو القضاء بينه المؤجر، وهو لابن إدريس (٢) وأكثر المتأخرين، لما تقدّم من أن قول المستأجر يتقدم في حال عدم البيئه، وحيث أن البيئه موجوده فإنها تسمع من الطرف الآخر وهو الموجر، والموجر يدعى أنه قد آجر الدار بمأه وقد أقام البيئه بها، فيجب أن تثبت الخمسين الزائده، بناءً على حججه بينه الخارج

ص: ٧٠٧

١ - ١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان [يختصمان] بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين إذا حلف. وعن داود بن سرحان عن أبي عبد الله فى شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه [شهد الأولان] واختلفوا قال: يقرع بينهم فأيتهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء. وعن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائه درهم كلهم شهدوا فى موقف. قال: أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله أنهم يحلفون بالحق. وعن داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل كانت له امرأه، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأه امرأه فلان، وجاء آخران فشهدوا أنها امرأه فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا. فقال: يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها. وسائل الشيعه ٢٧: ٢٥٢ / الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم / ح ٨. هذا، وللشيخ هنا فرع آخر هذا نصه: « ويفارق الألف والألفين، لأن من شهد بألف لا يعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما، فلهذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الألف بأربعة والألف الزائد بشاهدين، وليس كذلك ههنا، لأن العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال، فلهذا تعارضتا. . » المبسوط ٨ / ٢٦٤.

٢ - ٢) السرائر ٢: ٤٦٤.

دون الداخل، كما هو المختار.

وأما بناءً على حججه بينه الداخل والخارج معاً، فإنهما تتعارضان وتتساقطان، فتعود الصورة كما لو عدماها.

حكم الاختلاف في العين المستأجرة ولا بينه

قال المحقق قدس سرّه: «ولو ادعى استئجار دار فقال الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ: يقرع بينهما، وقيل: القول قول الموجر، والأول أشبه، لأن كل واحد منهما مدّع» (١).

أقول: هذه صورة الإختلاف في العين المستأجرة، فتاره: يختلفان في ذاتها كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر: بل تلك، فلا إشكال في أن كلاهما مدّع، والحكم فيه التحالف، وأخرى: يختلفان فيها زياده ونقيصه، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر: بل آجرتك بيتاً منها، ففي هذه الصورة قولان أو ثلاثه، فعن الشيخ قدس سرّه: يقرع بينهما نحو ما تقدم في المسألة السابقة، أو يتحالفان على قوله الآخر، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر، لأن قوله موافق للأصل، فعليه اليمين، فإن حلف ثبت قوله وإلا جاء فيه التفصيل المتقدم.

أما المحقق قدس سرّه، فقد اختار هنا القول الأول وهو القرع، مع تردده في المسألة السابقة قال: «لأن كل واحد منهما مدّع».

لكن تعليقه يقتضى التحالف لا القرع.

ص: ٧٠٨

هذا كله مع عدم وجود البيئه للمستأجر المدعى، فإن كان واجداً لها وأقامها حكم له. قال المحقق قدس سرّه: «ولو أقام كلّ منهما بيئه تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ» (١) أو إطلاقها أو إطلاقهما أو إطلاق احدهما، وإذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عدداً وعداله والتأريخ واحد، تساقطا وكان المرجع القرعه، هذا بناء على حجيه بيئه الداخل كالخارج، وأما بناءً على المختار من عدم حجيه بيئه الداخل، فإن بيئه المستأجر هي المسموعه، ويحكم له على طبقها كما لو عدم الموجر البيئه.

وفي (كشف اللثام): (ويحكم بالقرعه مع اليمين، فإن نكلا فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو في إجارته إلى أن تمضى المدّه ويقتسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجره بالنسبه، وكذا مع الاختلاف في الزمان. . .) (٢).

قلت: إن أراد كاشف اللثام تقسيم الباقي إلى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الإجاره، ففيه: إن كلّاً من الموجر والمستأجر يدعى كون الباقي كله له، لأن المستأجر يدعى أنه قد أعطى الماء مثلاً في مقابل الدار كلها، والموجر يدعى أنه قد آجر البيت فقط بماء، فيقرّ 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 به في (الجواهر)

ص: ٧٠٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٢٤.

بقوله: « إن المتجه في الأول ثبوت الاجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف، نعم، يتجه أجره المثل في الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا- أجره، ويمكن القول هنا بالقرعه بلا- يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض، كما سمعته في المسأله الثانيه، بل لعله هنا أولى» (١).

وفي (الدروس): « فإن اتحد التاريخ أعملتا أو سقطتا أو أفرع مع اليمين» (٢).

والظاهر أن مراده من « اعملتا» أنا إن قلنا بحجيه بينه الخارج فقط، كانت بينه المستأجر هي الحججه ولا تسمع بينه الموجر لأنه الداخل، وإن قلنا بحجيه بينه الداخل سمعت بينه الموجر، وإن قلنا بحجيه كليهما فقد « سقطتا» بالتعارض فتعود كما لو عدماها، ويأتي فيها الوجوه المذكوره هناك، ويحتمل وجه آخر وهو القرعه مع اليمين.

هذا كله مع اتحاد تاريخ البيتين...

قال المحقق: « ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بينه البيت، حكم بإجاره البيت بأجرته وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره» (٣).

أقول: إنه مع التفاوت في التاريخ، فإن كان المتقدم تأريخ بينه الدار كلها بطلت إجاره البيت لما تقدم سابقاً، وإن كان المتقدم تاريخ بينه البيت، حكم بإجاره البيت بالاجره المسماة وبإجاره بقيه الدار بالنسبه من الاجره، لبطان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته من تلك الدار وصحه بقيه، فلو كان مال الإجاره المتفق عليه مأه دينار، غير أن المستأجر يدعى أن المأه أجره كل الدار والموجر يدعى إنها

ص: ٧١٠

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٢.

٢-٢) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٦.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

أجره البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أجره الدار، وكان المتقدم تاريخ بيّنه البيت، يثبت على المستأجر مائة وخمسون ديناراً، الماء أجره البيت بيّنه الموجر، والخمسون في مقابل بقيه الدار بيّنه المستأجر.

قال في (الجواهر): ولا- ينافى ذلك خروجه عن دعواها التي هي وقوع عقد واحد منهما، وكون العوض فيه عشرة، وإنما الإختلاف فيما تضمّنه في مقابله العشرة الدار أو البيت، لأن الثابت في الشرع حجّيه بيّنتهما لا دعواهما، وقد اقتضتا ما عرفت، فينبغي العمل به، لاحتمال كونه الواقع وإن خرج عن دعواهما معاً، كما سمعته في تنصيف العين التي ادّعى كلّ منهما أنها له وهي في أيديهما، وتسمعه في غيره، بل قد يقال بوجوب العمل بكلّ منهما وإن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد في أعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعواهما مع احتمالهما الواقع (١).

حكم ما لو ادعى اثنان شراء دار وهي في يد البائع

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى كلّ منهما أنه اشترى داراً معينه وأقبض الثمن وهي في يد البائع، قضى بالقرعه مع تساوى البيتين عداله وعدداً وتاريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه » (٢).

أقول: إذا ادّعى كلّ منهما شراء دار معينه من مالها وإيفاء الثمن وهي بعد في يد البائع، فإن كانا واجدين للبيّنه فتاره: يتقدم تاريخ احدى البيّتين، وحينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للآخر، قال كاشف اللثام: « وإن أمكن أن يكون باعها

ص: ٧١١

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٣.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

من الأول ثم اشتراها ثم باعها من الثاني، لحصول الجمع بين البيئتين ببيعها من الثاني وإن لم يشترها لجواز بيع ملك الغير، لكن إذا لم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن» وأخرى: يتفقان تأريخاً، فإن كان في احدهما شيء من المرجحات فهو، وإن تساوتا عداله وعدداً، أُقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فإن نكل أُحلف الآخر، فإن نكل كذلك قسّمت الدار بينهما، ورجع كل منهما بنصف الثمن.

وإن عدما البيئه فهنا صور:

الأولى: أن يكذب المدعى عليه - وهو صاحب الدار - كليهما، وحينئذ، يحلف لكل منهما ويندفعان عنه، فإن نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول أو الرد ثم الحلف والحكم.

الثانية: أن يصدق أحدهما ويكذب الآخر، فأما الذي صدقه فتسلم إليه الدار، وأما الذي كذبه فيحلف له على الإنكار، وإن نكل فالقولان، وحيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمه الدار إليه، كما هو الحكم فيما إذا صدق الثاني أيضاً بعد تصديق الأول وتسليم الدار إليه.

وهل أن تصديق المدعى الأول المستتبع لدفع الدار إليه إتلاف لمال المدعى الثاني؟ إن كان الإقرار قبل القبض تلفاً، فإنه يكون في مال البائع، إذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، وحينئذ، لا يجب عليه الحلف للمدعى الثاني، بل بنفس التلف ينفسخ العقد، لكن الإشكال في كون ذلك مصداقاً للتلف، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثاني، فكيف يكون إقراره للأول إتلافاً؟

وأما ما في (الجواهر) « وحلف للآخر (1) إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض

ص: ٧١٢

١- ١) في الجواهر المطبوع: « وإن لم نقل» لكن الواو زائده. كذا أفاد السيد الاستاذ دام ظله.

بمنزله التلف لآفه سماويه... نعم، لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كآآفه السماويه، لم يتوجه له اليمين حينئذ، وإن كان هو كما ترى» .

ففيه: إن كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع، يشمل إتلاف البائع نفسه، بل يكون حينئذ من مال البائع بالأولويه.

وكيف كان، فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى، توجهت اليمين، وأما على القول بشمول « كل مبيع... » لإتلاف البائع، فالإنفساخ متحقق.

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام، لما ذكرنا من عدم صدق الإتلاف بالإقرار مع إنكار أصل البيع.

الثالثه: أن يصدق كليهما معاً، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما، إذ تكون كالعين الخارجيه التى وقع النزاع عليها وهى فى يد المتنازعين، لأنه مع إقرار البائع لهما تكون يده بمنزله يديهما، ثم إن صدقهما فى أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف ما دفع إليه.

الرابعه: أن يصدق كل واحد فى النصف، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له عى إنكار النصف الآخر، فإن كان مقراً بأخذ كل الثمن من كل واحد، وجب إرجاع النصف، وإلا أحلف على إنكار أخذ الكل، فإن نكل وحلف المدعى أخذ منه.

الخامسه: أن يقول: لا أعلم لمن هى منكما، فيكون إقراراً بأنها ليست له، وحينئذ، تكون كالعين التى تنازع عليها اثنان مثلاً وليس لأحدهما عليها يد، وفيها أقوال:

أحدها: الحكم بالتنصيف، والثانى: القرعه مع اليمين، والثالث: القرعه بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً.

وهل يقبل قول البائع لأحدهما؟

قال المحقق قدس سرّه: « ولا يقبل قول البائع لأحدهما ويلزمه إعادته الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البيئتان فيه» (١).

أقول: وحيث تساوت البيئتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه، فهل يقبل قول البائع لأحدهما؟ الظاهر: لا، إن كان بعد الحكم، لأنه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لإقراره.

لكن في (كشف اللثام) : « ويحتمل القبول، فيكون المقرّ له ذا اليد، فتقدم بيئته أو بينه الآخر على الخلاف» (٢).

وفيه - كما في (الجواهر) - إن جزم المحقق قدس سرّه وغيره بعدم قبول قول البائع مبنى على أن ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاع الدار من البائع بالبيئتين، فإنهما وإن اختلفتا في تعيين المالك، لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لأحدهما وخروج الدار به عن ملك البائع، فلا وجه للاحتمال المزبور.

وعلى كلّ حال، يلزم البائع إعادته الثمن على المدّعى الآخر الذي لم تكن له الدار، لأن قبض البائع الثمنين من المدّعين ممكن، فتزدحم - أى تجتمع - البيئتان فيه، كما اجتمعتا في خروج الدار عن ملك البائع، بخلاف عقد البيع حيث قامت كلّ واحدة منهما على وقوعه مع كلّ واحد منهما دون الآخر.

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعة حلف الآخر، كما تقدم.

ص: ٧١٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

قال المحقق: « ولو نكلا عن اليمين، قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن » (١).

أى: ولو نكل من أخرجته القرعه والطرف الآخر عن اليمين، قسّمت الدار بينهما على النصف، لما تقدم من أنه الحكم بالعدل، وعلى البائع إرجاع نصف كلّ من الثمنين إلى كلّ من المدعيين، وليس له إنكار الأخذ لإثبات البيتين ذلك.

وقال كاشف اللثام: « إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بيئتهما أو احدهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادته بينه لم يكن له الرجوع عليه بشيء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر إنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك » (٢).

وقد سبقه إلى ذلك الشهيد الثاني في (المسالك) ، فإنه قال في المسألة الآتية: « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهده » (٣).

وسبقهما إليه العلامة في (التحرير) (٤).

واعترضه في (الجواهر) بقوله: « وفيه: إن الإعراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه، كما هو

ص: ٧١٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٢١٨.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١١١ - ١١٢.

٤-٤ (٤) حيث قال: « ولو نكلا قسّمت العين بينهما وليس لأحدهما الرجوع على بائعه بشيء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعه من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » تحرير الأحكام ٥: ٢٠١/٦٥٥٧.

واضح، اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيراً، على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» (١).

أقول: والأقرب هو الأول، فلو اشترى مالاً من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانه عند البائع، فأقام رجل البيه لدى الحاكم على أنه قد اشترى المال منه وحكم الحاكم بدفع المال إليه، لم يكن للمشتري الأول مطالبه البائع بالمال ولا بالثمن، لأنه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكة لا من مال البائع. نعم، لو كانت العين باقية عند البائع من دون إذن المشتري فهو لها ضامن، لكن بدليل: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وهذا بحث آخر.

وقول صاحب (الجواهر): «إن الإقرار... لا ينافي الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبيه».

فيه: إنه خروج عن فرض القوم، وهو الإعتماد على إقرار المشتري، ولم ينكشف خلاف.

وقوله: «على أن ترك اليمين إن كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده».

فيه: إن كون التلف قبل القبض من البائع وبعده من المشتري أمر لا ريب فيه، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً إلى المشتري وإلا فيكون في ماله... إلا أن في صدق «الإتلاف» على النكول عن «اليمين» تأملاً.

ص: ٧١٤

قال المحقق قدس سره: « وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب: نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» (١).

أقول: وكيف كان، فهل لهما مع تقسيم الدار بينهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكلّ منهما بالبينه؟ قال المحقق: « نعم، لتبعض المبيع قبل قبضه» .

ووجه العدم: إن التبعض جاء من قبلهما.

قلت: لكن ليس المورد من تبعض الصفقة، لأن ذلك يكون فى العقد لا- القبض، فإذا وقع العقد على شيئين بصوره الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع، فيبطل العقد بالنسبة إليه، ويجوز للمشتري أن يفسخ المعامله بالنسبة إلى الآخر، وهذا معنى تبعض الصفقة.

وأما إذا كان العقد صحيحاً بالنسبة إلى كلا الجزئين، فسلم أحدهما دون الآخر فلا خيار، بل يلزم البائع بتسليم الآخر.

وهنا تكون إحدى المعاملتين باطله فى الواقع، لأن الذى وقع له البيع يملك الكلّ، ومن لم يقع له فلا شىء له، غير أنه لما كان الواقع مجهولاً وقد حكم الحاكم بالبينه بالتنصيف، يكون لكلّ نصف، فيكون نظير درهم الودعى...

فالأصحّ هو العدم، وبناء على الفسخ، فلو فسخا كانت العين للبائع ورجع كلّ واحد منهما عليه بالثمن كلّه.

ص: ٧١٧

قال المحقق: « ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم، وفي لزوم ذلك عليه تردد، أقربه اللزوم » (١).

أقول: ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان.

الأول: إنه لو فسخ أحدهما، فهل للآخر أخذ جميع الدار أم لا؟ فيه قولان، ذهب المحقق قدس سره إلى الأول، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أي: لأنه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع وقد أقام البيه على ذلك، لكن عارضه دعوى الآخر وبيئته، وحيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد، فقد بقي هذا بلا مزاحم، فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعيه.

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره، ووجهه هو: أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الآخر، فلا يعود إليه.

وفيه: إن 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) إلى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى حيث قال: (ولو فسخ أحدهما فلخر الجميع، وفيه أوجه ثالثها - وهو مختار الشيخ فى المبسوط -: الفرق بين كون الآخذ الأول أو الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه

ص: ٧١٨

بأخذ الجميع، ونعني بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف ما إذا فسخ المفاتيح فإن الثانى يأخذ الجميع قطعاً، لايجاب بينته الجميع يراجع ما لم ينازع.

والأقرب أن لكلٍ منهما الأخذ» (١).

وقد ضعّف صاحب (الجواهر) قدّس سرّه هذا التفصيل كذلك. ثم قال: « توهّم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى، مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين، ومع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهراً عليه لأنه مقتضى دعواه وبينته» (٢).

الفرع الثانى: إنه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب؟ وجهان، من وجود المقتضى وعدم المانع كما عرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفقه، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، ومن هنا تردّد المحقق قدّس سرّه، لكن قال: « أقرب به اللزوم». واستدلّ له صاحب (الجواهر) بالأصل - وهو أصاله اللزوم فى العقود - وبغيره من الأدله القائمه على لزوم العقد، وكلّ ذلك يتقدم على الاستصحاب إن تم فى المقام.

هذا، ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لا لما ذكره الشيخ قدّس سرّه بل لأن النصف الثانى يصير بعد الفسخ إلى ملك البائع، لا أنه يعود إلى ملكه كما كان حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض،

ص: ٧١٩

١-١) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٦.

بل هو ملك جديد يصير إلى البائع بالفسخ فليس للآخر أخذ هذا النصف. وما ذكرنا نظير ما إذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع إليه بحكم الحاكم إلى البائع، فإنه ملك جديد للبائع بسبب جديد، فلا يجوز للآخر أن يدعى عليه هذا النصف أيضاً.

فإن قيل: تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح، وليس الفسخ كذلك، بل أثره في محلّ الكلام كون المعاملة بالنسبه إلى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم، فلخر المطالبه به بمقتضى بينته.

قلت: لا إشكال - بل الظاهر أنه لا خلاف - فى أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه، ولذا يكون النماء الحاصل بين العقد والفسخ للمشتري، فيكون الشئ ملكه له مره اخرى بعد بيعه إياه.

ومن هنا وقع الكلام فى تأثير إجازة المالك لبيع الفضولى إن كان مالكاً للمال حين الإجازة لا حين العقد، والصحيح عدم كفايه هذا التملك فى إنفاذ البيع بالإجازة.

على أن الفسخ من آثار التعارض، فكيف يكون نافياً للتعارض؟

والحاصل: إنه ليس للآخر أخذ الجميع، لأن المزاحمه قد ارتفعت بالفسخ من حينه، والتي كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ.

هذا كله إذا كانت العين فى يد البائع.

ولو كانت فى يد أحدهما فتاره: لا بينه، وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للآخر، وأخرى: يقيمان البينه، وحينئذ يحكم للخارج على رأى وللداخل على آخر، وقد تقدّم.

قال المحقق قدس سرّه: « ولو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع وأقام كلّ منهما بينه، فإن اعترف لأحدهما قضي عليه بالثمن، وكذا إن اعترف لهما قضي عليه بالثمنين، وإن أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضي بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» (١).

أقول: هذه المسألة عكس المسألة السابقة، فلو ادّعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلّ منهما مبيعاً معيناً، فإن اعترف المشتري بالشراء لأحدهما قضي عليه بالثمن، وإن اعترف به لكلّ منهما قضي عليه بالثمنين، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم حجة» وشراؤه من كليهما أمر ممكن، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الآخر ثم اشتراه، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدّعى الآخر، فاشتراه المشتري منه.

وإن لم يعترف مطلقاً وأقام كلّ واحد منهما بينه فأنكرهما فتاراه: يختلف تاريخ البيتين أو تكونان مطلقتين، وأخرى: يكون التاريخ واحداً، فإن اختلف أو كانتا مطلقتين قضي عليه بالثمنين، لما تقدم من إمكان شرائه العين من أحدهما ثم بيعه من الآخر - أو من رابع فباعه من الآخر - ثم شرائه منه، ومهما أمكن الجمع بين البيتين وجب.

بخلاف المسألة السابقة، لما قيل من أن الشراء لا يجوز لمالك نفسه والبيع يجوز لمالك غيره ولو فضولاً.

ص: ٧٢١

وفيه: كما فى (الجواهر) إن الاحتمال فى الشراء لمال نفسه فضولاً- عن الغير ممكن أيضاً، كأن يشتري العين من أحدهما ثم يوكل زیداً فى بيعه من الغير، ثم اشترى فضولاً من الغير.

هذا، مع أنه لا أثر لهذا الشراء عن الغير، لأن المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير.

فالأولى فى وجه الفرق ما ذكره فى (الجواهر) من أنه اتحاد المدعى به فى المسألة السابقه، وهو شراء المبيع من مالكة، إلا أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق فى غير محله، بخلاف هذه المسألة، فإن المدعى به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلاً وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً.

وبعبارة اخرى: العين الواحده لا- يمكن أن تكون بجميعها لاثنين، هذا فى تلك المسألة، أما فى المقام، فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد وإن كانت العين واحد، فإذا تكرر العقد تكرر الثمن، لإمكان الشراء ثم البيع والشراء كما عرفت، أما المبيع فلا يتكرر بتكرر البيع، فظهر إمكان الجمع بين البيئتين هنا وعدم إمكانه هناك.

نعم، لو كان الثمن شيئاً معيناً خاصاً، وكلُّ منهما قد ادّعا بسبب كونه البائع لثمنه، وأقام كل واحد بينه، تحقق التعارض ولو مع إطلاق البيئتين.

هذا، وفى (المسالك): ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد، لأنهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد، والأصل براءة ذمه المشتري، فلا يؤخذ إلا باليقين (١).

ص: ٧٢٢

(١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١١٠.

قال في (الجواهر): ولعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشيخ التردد.

لكن فيه - كما في (الجواهر) - أن البينه ظاهره في تعدد البيع، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه (١).

قال المحقق: « ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، إذ لا يكون الملك الواحد لاثنين، ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد، فيقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له » (٢).

أقول: ودليل القرعه ما تقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن الرجوع إلى القرعه هو حكم البيتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكوره هناك، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له بالثمن الذي شهدت به البينه، فإن امتنع أحلف الآخر وقضى له كذلك.

قال: « ولو امتنعا من اليمين قسّم الثمن بينهما » (٣).

أى: لو امتنع من خرج اسمه بالقرعه فردّت على الآخر فامتنع كذلك، قسّم الثمن بينهما إن كان قابلاً للتقسيم، وإلا فلكل واحد من المدعيين نصف ما ادّعاه من الثمن.

وقد تقدم في نظير المسأله احتمالات أخرى.

حكم ما لو ادّعى شراء المبيع من زيد وادّعى آخر شراءه من عمرو

إشارة

قال المحقق قدس سرّه: « ولو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن،

ص: ٧٢٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٦٨.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٤.

وَأدعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق» (١).

أقول: في هذه المسألة لو صدق البائعان المشترين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه، وجب على المصدق تسليم العين أو إرجاع الثمن الذي أخذه.

ومع عدم التصديق، فلو أقاما بينتين، فإن كانت احدهما أرجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها، دون الآخر، فإن كانتا بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق.

« فحينئذ يقضى بالقرعه ويحلّف من خرج اسمه ويقضى له » بالعين ويرجع المشتري الآخر على بائعه بالثمن.

فإن نكل من خرج اسمه أحلف الآخر « ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما » على السويه، وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما: القسمة بلا قرعه، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك.

هذا إذا كانت العين في يد البائعين.

ولو كانت العين بيد المشترين، فكل واحد منهما يد على النصف، فتكون بينه كلّ بالنسبه إلى النصف الذي بيده بينه الداخل وبالنسبه إلى النصف الآخر بينه الخارج، وكيف كان، فالحكم هو التنصيف.

ولو كانت بيد أحدهما بني على تقديم بينه الداخل أو الخارج، وحيث يقضى لأحدهما يرجع الآخر بالثمن، كما يبتى الحكم على ما ذكر فيما لو صدق أحد البائعين مشتريه، فإنه يوجب كونه زايد، ومع تصديق كليهما يكون كلّ واحد منهما زايد، والحكم حينئذ هو التنصيف كما لو عدما معاً البيئه.

ص: ٧٢٤

وحيث يحكم بالتنصيف، يرجع كل واحد بنصف الثمن كما قال المحقق قدس سره:

« ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن » (١).

وهل لهما الفسخ؟

ثم قال: « ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين » (٢).

أقول: وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة، وقد عرفت ما فيها، وبناءً على ما ذكرنا سابقاً، يكون النصف الآخر كالتالف وهو من مال بائعه، وللمشتري المطالبة بنصف الثمن.

وقد جوّز كاشف اللثام (٣) الفسخ بشرط عدم الإعتراف بكون التلف بعد القبض. وقد ذكرنا أنه إن كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض، بأن تكون البيّنة كاشفه عن كون العين مستحقه الغير حين العقد كما يقول صاحب (الجواهر)، كان له الفسخ والرجوع، لكن قد عرفت أن ذلك غير تام.

والحاصل: إنه لا يجوز الفسخ، وبناءً على جوازه لم يجرز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال: « ولو فسخ أحدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع، لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه » (٤) لأن المفروض كون النصف الآخر للبائع الثاني.

وحيث يعترف المشتري بكون التلف بعد القبض، لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له والتلف في ماله. نعم، له الفسخ بناءً على كونه من تبعض الصفقة.

ص: ٧٢٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٢٢٠.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

هذا، وفي (الجواهر) : إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف في التعارض على الصورة المزبوره عدمه في غيرها، مع أن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورته الإطلاق، إذ هي كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل وكذا لو أطلقت احدهما وأرخت الاخرى، بناءً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه، كما حرّر في محلّه (1).

نعم، لو كانا مؤرخين بتاريخين مختلفين، ففيه البحث السابق في تقديم الملك السابق وعدمه.

أقول: قد عرفت في المسأله السابقه قول المحقق قدّس سرّه بالقضاء بالثمنين جميعاً في صورته اختلاف البيئتين في التاريخ أو إطلاقهما قال: « لمكان الاحتمال وإمكان الجمع بين البيئتين » وقد وافقه صاحب (الجواهر) قدّس سرّه، وأشكل على (المسالك) القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وأن الأصل براءة المشتري.

يعنى: إنه إن كان الجمع ممكناً فهو أولى، لكنه يكون في صورته كون الشهادتين مبيّنتين، أما مع إجمالهما فلا - فيكون نظير ما إذا قامت البيئه على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد، فإنه يجرى في حق كلّ منهما أصاله البراءه، فلا يلزم أحدهما بشيء - وحيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الأصل في غيره. . . فأشكل عليه في (الجواهر) بأن البيئه ظاهره في التعدد، والأصل تعدد المسبب بتعدد سببه. . .

فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أيضاً في صورته الإطلاق، ينافي ما ذكره

ص: ٧٢٤

هناك، فما عبّر عنه بالتوهم هو الصحيح.

ولو شهدت احدهما بوقوع البيع يوم الخميس، والاخرى بوقوعه يوم الجمعة، فالمتأخر باطل إن كان البيع واحداً، وإلا، فإن أمكن الجمع فهو، وإلا كان الثاني باطلاً.

ثم إنه يلزم أن تكون الشهادة على الملك، ولذا لا تسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البيئه، بل يلزم أن تكون الدعوى والشهادة كلتاهما مشتملتتين على شراء العين منه وأنها ملك له، إذ يجوز - في مفروض المسألة هنا - أن يكون قد اشترى أحدهما العين للآخر وأن يكون باعها أحد البائعين وكاله عن الآخر أو فضولاً، وهذا ما ذكره العلامة في (القواعد) والشهيد الثاني في (المسالك) قال: وسيأتى اختيار المصنف إياه وكأنه تركه هنا تكالفاً عليه. . . وبالجملة، إنه يشترط أن يكون المدعى والمشهود به هو الشراء من المالك، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبيئه (١). . .

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراءه منه

إشارة

قال المحقق قدس سرّه: « لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر أن مولاه باعه منه، وأقاما البيئه، قضى لأسبق البيئتين تأريخاً، فإن اتفقتا قضى بالقرعه مع اليمين » (٢).

أقول: لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه، وادعى شخص آخر أن مولى العبد قد

ص: ٧٢٧

١-١) هذا إشارته إلى عبارته المسالك، مسالك الأفهام ١٤: ١١٢. التي أوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل بلا طائل.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

باعه منه، فهما مدعيان، والمولى هو المدعى عليه وذو اليد، سواء كان العبد بيده أو بيد المشتري أو غيرهما أو لا فى يد... .

فإن لم تكن لأحدهما بينه وكذبهما المولى، حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر قضى لمن صدقه، وهل يحلف لمن كذبه أو لا؟ قولان، ذهب العلامة إلى الأول والشهيد الثانى وكاشف اللثام إلى الثانى تبعاً للمبسوط، ومنشأ الاختلاف هو ترتب الأثر على هذه اليمين وعدمه، فهو نزاع صغرى، لأنهم متفقون على أن اليمين على الإنكار إنما تكون فيما إذا كان للإقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام: «والحق ما فى المبسوط من أنه إن صدق المشتري لم يحلف للعبد، لأنه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقراراً فى حق الغير ولم يلزمه غرم، وكذا إن صدق العبد لم يحلف للمشتري، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل القبض، وهو كالألفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم، إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره» (١).

وقد وافق صاحب (الجواهر) العلامة وصور الثمره فى المسأله حيث قال:

«وفيه: منع عدم توجه اليمين للمشتري، مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف فيغرم له قيمه، ولذا جزموا فى المسأله السابقه - وهى دعوى الاثنتين شراء العين من شخص هى فى يده - أن لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل وله اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشتري، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم «البينه...». وفائدته ثبوت

ص: ٧٢٨

الحرية في حقه، على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بإرث وغيره يحكم بحريته إن لم نقل بوجود شرائه فعلاً- عليه، كما عن بعضهم التصريح به، وإلا كانت الثمرة واضحة» (١).

هذا كله مع عدم البينة، ومع وجود البينة يقضى لمن أقامها، وإن أقامها معاً، فإن كانت إحداها أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها، وإن اتفقتا في العدد والعدالة والتأريخ قضى بالقرعة، فمن خرج اسمه حكم له بيمينه، فإن نكل حلف الآخر وقضى له.

«ولو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً ونصفه رقاً لمدعى الإبتياح، ويرجع بنصف الثمن» (٢) لأدله التنصيف المذكوره سابقاً (٣).

وقد تأمل صاحب (الجواهر) في شمول تلك الأدلة لمثل الفرض الذي أحد طرفيه الملك والآخر الحرية، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعة، أي يقترع على الملكيه لمدعى الشراء والحرية للعبد (٤).

وعلى الأول - وهو قول الشيخ وجماعه - يرجع المشتري بنصف الثمن الذي أقبضه المولى.

وهل للمولى خيار الفسخ؟

وهل يكون للمولى خيار الفسخ؟ قالوا: نعم، لتبعض الصفقة، وقد قلنا سابقاً بأن التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا، لأنه كالتلف قبل القبض على

ص: ٧٢٩

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٣-٣) راجع الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٤-٤) لقد ذكرنا في محله أن التنصيف يكون في كل مورد يقبله.

أثر حكم الحاكم.

وعلى ما ذكروا من ثبوت الخيار، قال المحقق: « ولو فسخ عتق كُله، وهل يقوّم على بائعه؟ الأقرب نعم، لشهادته بينه بمباشره عتقه » (١) فهنا فرعان:

أحدهما: إنه لو فسخ مدعى الشراء، يرجع على المولى بكلّ الثمن، وحينئذ ينعق العبد كُله، لزوال المزاحم البينه القائمة على أن المولى أعتقه.

والثاني: إنه لو لم يفسخ المشتري، فهل يقوّم العبد على البائع إن كان موسراً أو لا؟ قال المحقق: الأقرب: نعم، لشهادته بينه بمباشره عتقه « فيتم شرط السرايه، وقد وافقه على ذلك (المسالك) و (الجواهر) .

وفي (المسالك) عن الشهيد الإعتراض على ذلك (بأن الواقع فى نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، وأيما كان، امتنع معه التقويم على المالك والسرايه، أما على تقدير العتق، فنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لا- بعض موجود حتى يقوّم، وأما على تقدير الشراء، فنه أيضاً للجميع فلا سبب للتقويم، إذ السبب عتق البعض وهو منتف، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما » (٢).

أقول: وفي (الدروس) إشكال آخر أيضاً حيث قال: « ولأنه عتق قهري، فلا يقوّم عليه » (٣) أى: إن شرط التقويم والسرايه هو أن يكون عتقه للنصف بالاختيار، بناء على أن الموجب القهري - كالإرث - لا يوجب السرايه، وهنا الاختيار منتف، لأن بينه العبد شهدت بعتق الكلّ، وحزّيه بعضه كانت بحكم

ص: ٧٣٠

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١١٥.

٣- ٣) الدروس الشرعيه ٢: ١٠٦.

الحاكم لا باختيار المولى، فلا مورد للسرايه.

لكن يمكن الجواب عنه بتحقق الاختيار هنا، لأنه مع شهاده بينه العبد بعثق الكلّ فقد أعتق النصف، فإن مبنى تبعض الصفقه هو أن من باع الكلّ فقد باع البعض وإلا لم يتحقق التبعض فى مورد، فظهر أنه قد باع النصف بالاختيار، لكن التبعض تحقق بحكم الحاكم بمقتضى البيئتين، لأنه أمر انتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

وأما إشكاله الآخر المبتنى على العلم الإجمالى فى المقام، فقد أجابوا عنه: بأن مخالفه العلم الإجمالى مخالفه احتماليه لا مانع منها، فلو غسل يده المنتجسه بماء مشكوك الطهاره، فإنه يستصحب طهاره الماء ونجاسه اليد معاً، ولا مخالفه قطعيه للعلم الإجمالى، وفيما نحن فيه، وإن علمنا بأن العبد إما مملوك كـله - للمولى أو للمشتري - وأما حرّ كـله، والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لا- يلزم من ذلك مخالفه قطعيه من المشتري والعبد، نعم، الحاكم يعلم بأن حكمه مخالف للواقع، إلا أنا ملزمون بمتابعه حكمه رعايه لمصلحه رفع الخصومه وفصل النزاع.

هذا، ولو حصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشتري، لأنه إما كـله ملك للمشتري وإما حرّ، فيحصل العلم التفصيلي بعدم وجوب شراء المولى النصف من المشتري، ولا- تقتضى ظواهر الأدله ذلك، بل يتوقف القول به على قيام دليل آخر، وهذا إشكال آخر.

ولو كان العبد فى يد المشتري، فإن قدّمنا بينه الداخلى حكم له، وإن قدّمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج قاله فى (الجواهر) تبعاً (للدروس).

لكن تقدّم منا القول بأن ذا اليد هو المولى وإن كان بيد المشتري.

لا يقال: تقدم بينه العبد، لأن له يداً على نفسه إن قدّمنا الداخل، وإلا قدمت بينه الشراء.

لأننا نقول: إنما يصير له يد بالعتق وثبوت الحريه، وقد نسب في (الجواهر) القول المذكور إلى بعض العامه (1).

ص: ٧٣٢

(١ - ١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٣.

المسألة الأولى: (لو شهد للمدعى بملكه الدابة منذ مدة فكذبها سنّها)

قال المحقق قدس سرّه: « لو شهد للمدعى بأن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو أكثر، سقطت البيّنة لتحقق كذبها » (١).

أقول: لو شهدت البيّنة لمدعى ملكه الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلاً، فدلّت سنّها على كون عمرها أقل من تلك المدّة دلالة قطعية، أو شهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات، فدلّت سنّها دلالة قطعية على أن عمرها أكثر من تلك المدّة، سقطت البيّنة عن الحجية، لتحقق كذبها.

أما لو كانت الدلالة على الأقلية أو الأ-كثريه ظنيه لا-قطعيه ففي (الجواهر) : لا-ينبغي التأمّل في عدم معارضه الظن للشهادة التعبدية... ولا أظنه قولاً لأحد (٢).

لكن عن بعض نسخ (الشرائع) « قطعاً أو أكثرياً » وهي التي شرحها في (المسالك) فقال: « أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح، لأن الكذب حينئذ

ص: ٧٣٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٤.

قطعي، وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنية، ويشكل معارضتها للحكم الظاهر من عداله الشاهد. وفي التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البينه على الدلالة القطعية (١)، وهو أولى» (٢).

وكيف كان، فالصحيح ما ذكره في (الجواهر)، وإنما الكلام في بطلان البينه مطلقاً أو في خصوص ما كذبت؟ قال: الظاهر الثاني. قلت: بل الأول، إذ لا عرفيه لبينه يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن له ويبقى البعض الآخر.

ص: ٧٣٤

١-١) تحرير الأحكام ٥: ١٩٣/٦٥٥٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١١٦.

المسأله الثانيه: (لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكيه أو التسليم)

قال المحقق: « إذا ادعى دابّه في يد زيد وأقام بينه أنه اشتراها من عمرو، فإن شهدت بالملكيه مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم، قضى للمدعى، وإن شهدت بالشراء لا غير قيل: لا يحكم، لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومه بالمظنون، وهو قوى. وقيل: يقضى له، لأن الشراء دلالة على التصرف السابق الدالّه على الملكيه» (١).

أقول: لا كلام في ترتب الأثر على ما إذا شهدت البينه بالملكيه مع الشراء للبائع بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وقد كانت ملكه، أو للمشتري بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وهي الآن ملكك لزيد، أو بالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت: نشهد بشراء زيد هذه الدابه من عمرو وتسليم عمرو إياها لزيد.

إنما الكلام فيما إذا تجرّدت الشهاده عن ذلك، بأن شهدت بالشراء لا غير، ففي المسأله قولان، وكلاهما للشيخ قدس سرّه، أوّلهما: عدم القبول وهو قوله في (المبسوط) واختاره المحقق والأكثر كما في (المسالك) . والثاني: القبول وهو قوله في

ص: ٧٣٥

(الخلاف) وواقفه العلامة في (المختلف) (١).

توضيح دليل الأول هو: إن هذه الشهادة لا- تدل على الملكية، لا- بالمطابقه ولا بالإلتزام، أما مع إضافة الملكية فالدلاله تامه بالإلتزام، ومع إضافة التسليم توجد دلاله التزاميه على أمر هو أماره على الملك، لأن التسليم أماره على اليد التي هي أماره على الملكية.

وتوضيح دليل الثاني هو: إن الشراء يكشف عن التصرف السابق الدالّ على الملكية، كما أن اليد السابقه أماره عليها، إذ كما أن الظاهر من اليد كونها أصله لا نيابه ولا عدواناً، فكذا التصرف بالبيع والشراء وإن لم يكن المال في يده.

قلت: فرق بين « اليد » و « التصرف » ، فإن الأول أماره على الملك شرعاً وعقلاً، بخلاف الثاني، فقد يكون قوله « بعت » في ملك غيره، وهذا القول وإن كان تصرفاً لو صدر من المالك، لكنه بمجرد لا يترتب عليه أى أثر لا وضعى ولا تكليفى فهو لغو.

فظهر مما ذكرنا: إن البحث هو فى دلاله هذه الشهاده على الملكية وعدم دلالتها، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب (الجواهر) ، فلو قامت بينه على شراء زيد المال من عمرو فهى ليست بحجه، فلا ربط للبحث بالترجيح ومسأله الداخلى والخارج، فتلك مسأله اخرى، ولا وجه لبناء هذه المسأله على تلك.

ص: ٧٣٦

١- ١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٢٩٥، كتاب الخلاف ٦: ٣٤٥ المسأله ٥١٩، مسالك الأفهام ١٤: ١١٧.

اشاره

قال المحقق قدس سره: « الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وأدعى رقيته قضى بذلك ظاهراً، وكذا لو كان في يد اثنين » (١).

أقول: وجه الحكم برقيه الصغير للمدعى هو: أن رقيه هذا الصغير أمر ممكن، والمدعى لا معارض له في دعواه، وهو ذو يد عليه، فيجب أن تسمع ويقضى له، - قال في (الجواهر) - « بلا خلاف أجده فيه » (٢).

إنما الكلام فيما إذا كبر هذا الصغير ونفى الرقيه، فقد قيل: لا يسمع قوله، لعدم جواز نقض حكم الحاكم، وقيل: يسمع ويحلف المدعى مع عدم البينه، وقيل: بل يسمع قوله في حال الصغر أيضاً - لولا الإجماع - وإن هذا المورد يستثنى من قاعده حجيه قول المدعى الذي لا منازع له، لنص خاص رواه الشيخ الكليني قدس سره عن عدّه من أصحابنا عن سهل بن زياد، وعن علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن حمran بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن جاريه لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأه، ادعى الرجل أنها مملوكه له وادعت المرأه أنها ابنتها فقال: قد قضى في هذا على عليه السلام.

ص: ٧٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١١٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٦.

قلت: وما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق وهو مدرك. ومن أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً.

قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادعى، فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكه لا يعلمونه باع ولا وهب، دفعت الجارية إليه، حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرّه مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل.

قلت: فإن لم يقيم الرجل شهوداً أنها مملوكه له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة اليه على أنها ابنتها دفعت إليها، فإن لم يقيم الرجل اليه على ما ادعى ولم تقيم المرأة اليه على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» (١).

أقول: لا ريب فى أن اليد أماره الملكيه، وأن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما فى يده، كما لا ريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع.

أما فى مورد دعوى الرقيه، فإن الأصل هو حرّيه الإنسان وعدم سلطنه أحد على أحد.

واليد إنما تكون أماره على الملكيه لما فى اليد، فيما إذا كان الشى الذى فى اليد قابلاً للملكيه، ومن هنا يشكل الحكم فى المائع المرّد بين كونه ممّا يقبل الملكيه كالخل أو ممّا لا يقبلها كالخمر بأنه خلّ استناداً إلى اليد.

وفى حجه قول ذى اليد بالنسبه إلى الأعم من الملكيه وغيرها من

ص: ٧٣٨

الخصوصيات بحث، وإن كان قول الأكثر ذلك، لكن حجيه قوله من آثار حجيه اليد، ومع الشك في قابليه الشى للملكيه يشكل ترتيب الأثر على قول ذى اليد، ولذا وقع الكلام فى ملكيه الكبير الساكت والمجنون، فقال بعضهم بعدم حجيه قول ذى اليد.

وبما ذكرنا ظهر عدم تماميه تقديم اليد على أصاله الحرّيه من جهه تقديم الأماره على الأصل، فإن اليد أماره وحجه على الملكيه فيما يقبلها.

فيبقى الإجماع، لكن يحتمل كون مدركه قاعده اليد، فلا يمكن الاعتماد عليه.

فظهر أن الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهه أخرى، فقد اشتمل على أنه إذا « لم تقم المرأه البينه على ما ادّعت خلّى سبيل الجاربه تذهب حيث شاءت » والحال أنه حيث أقرّت المرأه بكون الجاربه ابنتها، فقد وجب عليها نفقه الجاربه وإن لم يثبت النسب من جهه عدم البينه، ولعلّ هذا وجه إعراض الأصحاب عن هذا الخبر.

وأما إذا كبر الصغير فأنكر، فالحق سماع دعواه، فإن أقام بينه على أنه ابن فلان أو إنه لقيط فهو، وإلا حلف المدّعى، وإنما تسمع دعواه لأن كلّ دعوى يمكن أن تكون صحيحه فهى مسموعه.

لا يقال: بأنه يستلزم النقض.

لأننا نقول: بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقه التى حكم فيها الحاكم، وأما إقامه دعوى جديده فلا مانع منها ولا تكون نقضاً.

هذا كلّه فى الصغير.

قال المحقق: «أما لو كان كبيراً، وأنكر، فالقول قوله، لأن الأصل الحرّيه» (١).

أقول: إنه إذا ادّعى الرجل رقبته كبير، فإن أنكر كان على الرجل المدّعى إقامة البينه، وحيث لا بينه فالقول قول الكبير، لأن الأصل الحرّيه.

وأما إذا اعترف بالرقبه وادّعى تحرير الرجل إياه، فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينه، وهو غير دعوى الحرّيه من أول الأمر، وعلى هذا يحمل الأخبار الدالّه على جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرّيه، فإنه مع عدم البينه لا تسمع ويبنى على رقبته فيشتري.

وإن أقرّ، ترتب الأثر على إقراره، ولا فرق بين الإقرار لواحد أو لاثنين، فإنه يكون ملكاً لكليهما على الإشاعه.

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعى اثنان رقبته فاعترف لهما قضى عليه، وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر» (٢) لعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، وربما يستدل له باعتبار قول ذي اليد بناء على كونه ذا يد على نفسه.

قال في (الجواهر) بعد أن ذكر عدم وجدانه الخلاف في هذا الحكم: «وحكى عن الشيخ في مسأله دعوى العبد العتق والآخر الشراء في إنكار كون العبد ذا يد على نفسه أنه قال: لأنه لو كان ذا يد لقبول إقراره بالملكيه لأحد المتنازعين فيه، ومقتضاه المفروغيه من عدم قبول إقراره، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه، بل ظاهر

ص: ٧٤٠

١-١ (٢) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

٢-٢

وفى كشف اللثام: وإذا أقاما بيئتين متعارضتين، فصَدَّق أحدهما خاصة، لم تترجح به بيئته، لأنه لا يد له على نفسه، فإنه أن كان حرّاً فلا يد له، وإن كان مملوكاً فلا يد عليه إلا لمالكة (١). وفيه: إنه مناف لقبول إقراره بالرقية مع عدم البينة الذى اعترف به سابقاً، بل ظاهره الإجماع عليه، فتأمل» (٢).

أقول: يمكن أن يكون الشيخ وكاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد، لا أنهما مخالفان فى قبول هذا الإقرار، لأنهما قالا بما قالا- فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لا- يوافق فى تلك المسألة على تأثير ذاك الإقرار لكونه بعنوان ذى اليد، وكاشف اللثام ينكر هناك أن يكون قول العبد مرجحاً لاحدى البيئتين لأنه ليس ذا يد، والإقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود إشكال (الجواهر) ، وأنهما غير مخالفين فى المقام، والله العالم.

ص: ٧٤١

١- (١) كشف اللثام ١٠: ٢٠٣.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٤٧٩.

المسألة الرابعة: (حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كلِّ بعضها)

قال المحقق قدس سرّه: « لو ادعى كلُّ منهما أن الذبيحة له وفي يد كلِّ واحد بعضها، وأقام كلُّ منهما بينه، قيل: قضى لكلِّ منهما بما في يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا » (١).

أقول: إن كانت الذبيحة واحده، وقد وضع كلُّ منهما يده على طرف منها وأقام بينه على أنها جميعاً له، فالحكم هو التنصيف. وإن كان ما في يد كلِّ منهما منفصلاً عمّا في يد الآخر، فعلى القول بتقدّم بينه الخارج - وهو الأليق بمذهبنا - يقضى لكلِّ منهما بما في يد الآخر، سواء كانا متساويين أو مختلفين في المقدار. . .

ولو لم يكن لهما يد، فالحكم هو التنصيف.

قال المحقق: « وكذا لو كان في يد كلِّ واحد شاه، وادعى كلُّ منهما الجميع وأقاما بينه، قضى لكلِّ منهما بما في يد الآخر » (٢).

أقول: وذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه.

قال في (الجواهر): « ومما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان في بعض الذبيحة المنفصلين كافراً ومسلماً، حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة وللمسلم مذكي، وإن كان كلُّ واحد من الجزئين انتزعه من الآخر، عملاً بظاهر اليد المعتبره

ص: ٧٤٢

١-١) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

١-٢) شرائع الاسلام ٤: ١١٦.

شرعاً، ولا يقدح في ذلك اليد السابقه، بل لعلّ الحكم كذلك في الجزئين المنفصلين، ضروره اتّحاد الملاك فيهما، كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات» (١).

أقول: كيف يكون اللّحم الواحد الذي يملكه المسلم والكافر على الإشاعه بعضه نجساً - وهو الذي كان في يد الكافر - والبعض الآخر طاهراً وهو الذي كان في يد المسلم؟ إن هذه الذبيحه إما ميتة نجسه كلّها وإما طاهره كلّها، فما ذكره رحمه الله مشكل، لا سيما في المشاع.

نعم، يمكن معاملة الطاهر مع ما يجيى من خارج بلاد المسلمين من الجلود، فيما إذا احتملنا إحراز البائع المسلم له بطهارته، أما في مسألتنا هذه، فإن الذي بيد المسلم مقطوع بكونه مأخوذاً من الكافر وإن أصبح ملكاً له الآن بعد المرافعه بحكم الحاكم، وعلى ما ذكرنا، فلو علمنا بكون اللّحم الموجود الآن بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بطهارته.

فالحاصل: إنه على أثر حكم الحاكم، يكون ما في يد المسلم مختصاً له، وهذا هو القدر المتيقن، وأما ترتب أثر الطهاره أيضاً على هذا الحكم واليد الحاصله بعده، فمشكل جداً.

ص: ٧٤٣

المسأله الخامسه: (لو تسلّم شيئاً بالبينه فأقام المحكوم عليه البينه على الملكيه)

قال المحقق قدّس سرّه: « لو ادّعى شاه فى يد عمرو وأقام بينه فتسلّمها، ثم أقام الذى كانت فى يده بينه أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد، وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والأولى أنه لا ينقض» (١).

أقول: تاره يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعه السابقه، فهذه دعوى مسموعه، لأنه يدعى ملكاً جديداً، فإن أقام بينه تقدّمت على بينه زيد لأن عمراً هو الخارج.

واخرى يقول: إنه فى الوقت الذى أقام زيد بينه لم تكن بينتى حاضره وهى الآن حاضره، فبناء على سماع هذه الدعوى إن كان الميزان فى الخارج والداخل حال إقامه عمرو والبينه فزيد الداخل، وإن كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل.

وقديدعى كون الشاه له ويقيم البينه من غير تعرّض للدعوى السابقه، فإنه تسمع بينته بناء على سماع البينه بعد فصل الخصومه بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد إلى عمرو، فتقدم بينه عمرو بناء على تقديم بينه الخارج.

وكيف كان، فإن لزم من سماع الدّعى نقض الحكم، فلا تسمع، وفى أى صوره لم يلزم النقض فتسمع.

ص: ٧٤٤

اشاره

قال المحقق قدس سره: « لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها، وأقاما البينه، قضى لمُدعى الكلّ بالنصف لعدم المزاحم، وتعارضت البيّتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه، ولو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسويّه، فيكون لمُدعى الكلّ ثلاثه أرباع ولمُدعى النصف الربع» (١).

أقول: لو كانت دار في يد شخص، فادعى زيد كلّ الدار ادعى عمرو نصفها، ولم يصدّق من بيده الدار أحدهما، فمع وجود البينه بالتساوي - عدداً وعداله لكليهما - يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار، لأن المفروض أن عمراً لا يدعى إلا نصف الدار، فزيد في نصفها مدّع بلا معارض، فيكون له كما هو الحال في كلّ دعوى بلا معارض، لكن البيّتين تتعارضان في النصف الآخر، والحكم في تعارض البيّتين هو القرعه، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه، فإن امتنع حلف الآخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى في النصف المتنازع فيه بالسويّه، فيكون نصفه لزيد ونصفه الآخر لعمرو، فيكون لزيد الذي ادعى كلّ الدار ثلاثه أرباعها، ولعمرو الذي ادعى نصفها ربعها.

وكذلك الحكم لو كانت الدار في يد ثالث ولم يكن لأحدهما بينه، فإنه يقسّم النصف المتنازع فيه بينهما على السويه.

ص: ٧٤٥

قال المحقق: « ولو كانت يدهما على الدار وادعى أحدهما الكلّ والآخر النصف، وأقام كلّ منهما بينه، كانت لمدعى الكلّ، ولم يكن لمدعى النصف شيء، لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله» (١).

أقول: وهذا هو الفرع الثالث فى المسأله، وذلك أن يدعى أحدهما كلّ الدار والآخر النصف، وهما واجدان للبينه وهى فى يدهما لا فى يد ثالث، فالمشهور على أن الدار كلها لمدعى الكلّ وأنه ليس لمدعى النصف شيء منها، وذلك لأن المفروض خروج نصف الدار عن النزاع، فيكون النصف الذى بيد مدعى الكلّ ملكاً له، لأنه مدع بلا معارض بالنسبه إليه، وحيث أنه يدعى النصف الآخر بيد خصمه، فهو بالنسبه إلى ذاك النصف خارج والخصم داخل، ومذهب المشهور تقديم بينه الخارج وسقوط بينه الداخل، فيكون النصف الثانى له كالأول، فالدار كلها له ولم يكن لمدعى النصف شيء...

نعم، لو لم يكن لمدعى الكلّ بينه، كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فإذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين...

هذا هو المشهور.

وعن ابن الجنيد: إنه يقتسمان الدار مع البينه وعدمها على طريق « العول» (٢)

ص: ٧٤٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٦.

٢-٢) « العول» تقسيم النقصان بالقدر المساوى على الشركاء، وهو يذكر فى موارد منها، تركه الميت، ومنها المال الذى تعلق به حق الديان، ومنها ما نحن فيه. مثلاً: إذا كان لأحد الشريكين فى ال (٢٦) ١٢ درهماً وللآخر (٢٤) فتلف من المجموع (١٢) درهم، فإنه يقسم هذا العدد التالف بينهما بالعدل، فيقال العدد يشكل ثلث المجموع، فينقص من كلّ من الشريكين ثلث ما كان له، فيعطى لصاحب ال (١٢) ثمانية، ولصاحب ال (٢٤) ستة عشر درهماً.

فيجعل في مفروض المسأله لمدعى الكلّ الثلثان ولمدعى النصف الثلث، وقد فرض رحمه الله المسأله في ما لو كانت العين في أيدي المتداعيين، لكن التأمل في كلامه المنقول في (المختلف) يفيد أنه لا يفرّق بين الصور فراجعه (١).

وفي (المسالك) لأن المنازعه وقعت في أجزاء غير معينه ولا مشار إليها، بل كلّ واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كلّ منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزء يدعى مدعى النصف نصفه ومدعى الكلّ كلّه، ونسبه احدى الدعويين إلى الاخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثاً، واحد لمدعى النصف واثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت.

وفي (المختلف) وافق ابن الجنيد على ذلك مع زياده المدعين على اثنين (٢).

وقال في (الجواهر): « يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليمين منهما في العول، ضروره أن بينه كلّ منهما تقتضى الكلّ وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما، ومن هنا أتجه التعدييه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه والتربيع لو كانوا أربعة وهكذا، وليس إلا لما ذكرنا.

ص: ٧٤٧

١-١) مختلف الشيعه في أحكام الشريعه ٨: ٤٧٠.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٢١ - ١٢٢.

ومنه مفروض المسألة التي لا- يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلاً- وبين بينه الكلّ، فنقول في النصف كما عالت في الأول، فيوزع عليهما أثلاثاً، لأن نسبة الكلّ إلى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول في الفرائض لولا نصوص أهل العصمة عليه السلام، لقضاء كلّ بينه مثلاً- بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف وللأختين من الأب الثلثان ومن الأم الثلث، لا مثل العول في تراحم الديون على التركة الذي مرجعه عند التأمل أيضاً إلى ذلك» (١).

أقول: إن الخلاف بين المشهور وابن الجنيد يرجع إلى أن المشهور يقولون بتقسيم مدلول البنيتين ومورد النزاع بينهما، وابن الجنيد يقول بتقسيم مورد دعوى المدعين وهو الكلّ من أحدهما والنصف من الآخر والمفروض هو الإشاعة، فيكون الحصول عدم استثناء النصف بناء على الثاني واستثناؤه بناء على الأول، فالدليل الأول لما ذهب إليه ابن الجنيد هو: الإشاعة في الأجزاء، والثاني: ما ذكره صاحب (الجواهر) من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الإقراع وعدم اليمين منهما في العول.

قلت: أمّا الأول ففيه: إن تصرف أحد المالكين في الملك المشاع يكون على نحوين:

أحدهما: غير جائز، وهو التصرف الخارجي، لتوقفه في كلّ جزء على إذن الشريك.

والآخر: جائز بلا إذن منه، مثل أن يبيع نصفه المشاع.

وما نحن فيه ف وهو إثبات الملكيه بالبينه - كاليك المذكور، فإنه ليس تصرفاً

ص: ٧٤٨

وبعبارة اخرى: العوارض الخارجيه التى تعرض العين المملوكة على الإشاعة، يتوقف إيرادها على إذن الشريك، وأما العوارض التى تعرض الملكية كالباع فلا وما نحن فيه من قبيل الثانى لا الأول، فيكون النصف المشاع - الذى لا معارض لمدعى الكل بالنسبة إليه - ملكاً له، ويقع التعارض بين البيتين فى النصف الآخر، فهو مورد النزاع، وطريق رفع هذا النزاع فى صورته تساوى البيتين تقسيمه بينهما بالتنصيف، كما إذا كان مورد النزاع عيناً منحاظه يدعيها كل واحد من المدعين.

وأما الثانى ففيه - كما فى (الجواهر) إن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فى، أما فى المفروض فلا دلالة فيها عليه، بل لعل ظاهر مرسل ابن المغيرة عن الصادق عليه السلام: « فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى وقال الآخر: هما بينى وبينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذى قال: هما بينى وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما» (١)خلاف ذلك، وكذا مرسل ابن أبى حمزة (٢)عنه أيضاً.

هذا، وقد فصيل المحقق العراقى فى المقام فقال: « لو ادعى داراً فى يد زيد بأجمعها وادعى عمرو نصفها، فتارة: تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين، واخرى: على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق والكذب،

ص: ٧٤٩

١- ١) وسائل الشيعة ١٨: ١/٤٥٠. كتاب الصلح، الباب ٩.

٢- ٢) « فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، وقال الآخر: هما بينى وبينك. فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد أقر أن الدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، وأما الآخر فيينهما» التهذيب ٦ / ٢٩٢.

فعلى الأول: تكون دعوى النصف مزاحمه لدعوى التمام دون الآخر، ولازمه حينئذ تراحم بينهما، وفي مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينه بالنسبه إلى النصف بلا معارض، بل ولا مجال للأخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من أن دعوى الملكيه على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره» .

أى: إن قال أحدهما بأن هذه الدابّه نتجت عندى، أى كلّها لى، وقال الآخر: هى بيننا - أى على النصف - من جهة الإرث، فإذا أقاما البينه على دعواهما كانت البيتان متعارضتين وليس فى البين قدر متفق عليه بين الطرفين، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول. نعم، إذا قال هذا: هى كلّها لى، فقال الآخر: قد بعتنى نصفها، فهنا لا نزاع فى أحد النصفين.

هذا توضيح ما ذكره.

لكن نقول: إن كانت حجّيه البينه فى كتاب القضاء من باب الطريقيه إلى الواقع، فإن البينه القائمه على ملكيه النصف بالإرث تسقط عن الطريقيه والكاشفيه مع وجود المعارض، وهو البينه القائمه على ملكيه الكلّ بالنتاج، لكن البينه هنا جعلت حجه لأجل فصل الخصومه ورفع النزاع، فإذا أقامها أحدهما على ملكيه الكلّ والآخر على ملكيه النصف، فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومه، مع أن الحاكم يعلم علماً إجمالياً بكذب احدى البينتين.

وبما ذكرنا أجاب المحقق الآشتياني (1) عن توجيه صاحب (الجواهر) لمذهب ابن الجنيد، بأن الطرفين مالكان لجميع الأجزاء على الإشاعه، فقال: بأن ما ذكره يتم بناء على الطريقيه، وأما بناء على السببيه فلا، فإن دليل حجّيه البينه فى باب

ص: ٧٥٠

القضاء يقتضى سببه البينه فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً، وعلى هذا، فالنصف الذى لا يدّعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينه الآخر سبباً لملكيته له، ويبقى النصف الآخر ويتعارض السببان فيه، فيقسّم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور.

وأجاب عن الدليل الأول: بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الإشاعه الساريه فى جميع الأجزاء لا يقتضى عدم سلامه جزء لمدّعى الكلّ، إذ كما يقال إن كلّ جزء يفرض من العين يريد مدّعى النصف نصفه، كذلك يقال إن كلّ جزء يريد مدّعى النصف من المجموع نصفه ويبقى نصفه الآخر لمدّعى الكلّ بلا منازع، ومدّعى الكلّ وإن كان مقصوده رفع يد مدّعى النصف من كلّ جزء لكن بالنسبه إلى نصفه، فهو إنما يقيم البينه على المجموع من حيث اشتماله على المدّعى وهو النصف، لا أن يكون المقصود هو إثبات الكلّ من البينه من حيث الكلّ كما قد يتوهم، فالتزاحم إنما وقع حقيقه بالنسبه إلى نصف الكلّ، فلا بدّ من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبه إليه، فتقسم العين أرباعاً، ثلاثه أرباع لمدّعى الكلّ وواحد لمدّعى النصف.

حكم ما لو ادّعى أحدهم نصف الدار والآخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها

قال المحقق قدّس سرّه: «ولو ادّعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها، فيد كلّ واحد منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدّعى زياده على ما فى يده، وصاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدّعيه هو ولا مدّعى الثلث، فيكون لمدّعى النصف، فيكمل له النصف» (١).

ص: ٧٥١

أقول: الحكم فى هذا الفرع واضح، ولا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه وعدمها، ومن هنا قال المحقق: « وكذا لو قامت لكلّ منهم بينه بدعواه » .

قال فى (الجواهر): « وكأن المصنف بّنه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها، حيث جعل مع إقامتهم البينه لمّدعى النصف ثلثاً ونصف سدس، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدّعيه على مدّعى السدس خاصه، بل إنما يدّعيه شائعاً فى بقية الدار وهى فى يد الآخرين جميعاً، فنصفه على مدّعى الثلث وعارضت فيه بيئته وترجّحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، وقدم قول ذى اليد على تقدير عدمها، ونصفه على مدّعى السدس فيحكم به لمّدعى النصف بيئته، لأن بيئته مدّعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمّدعى النصف ثلث ونصف سدس، وللآخرين مدّعاهما، ويبقى بيد مدّعى السدس نصف سدس لا يدّعيه أحد » (١).

وفيه: أولاً: إن هذا القول مبنى على تقديم بينه الداخل، وهو خلاف التحقيق.

وثانياً: إن الدعوى ليست على الآخرين، بل إنه يدّعى كون نصف الدار له، وحينئذ، تكون يد ذى اليد كالعدم، فلا يد حتى يقال بتقدم بينه ذى اليد.

وثالثاً: إن صاحب السدس يقرّ بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلماذا لا يؤخذ منه ذلك لمّدعى النصف الذى يدّعيه مع وجود البينه؟

حكم ما لو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

قال المحقق قدّس سرّه: « ولو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث

ص: ٧٥٢

الثالث، ولا- بينه، قضى لكل واحد بالثالث، لأن يده عليه، وعلى الثاني والثالث اليمين لمُدّعى الكلّ، وعليه وعلى مدّعى الثالث اليمين لمُدّعى النصف». .

أقول: في هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدّس سرّه منها صورتين وصاحب (الجواهر) قدّس سرّه ثلاث صور:

فالصوره الاولى من الصورتين: أن لا- تكون لأحدهم بينه، والحكم فيها ما ذكره المحقق قدّس سرّه من أنه يكون لكل واحد منهم منا في يده وهو الثالث، غير أن مدّعى النصف ومدّعى الثالث يحلفان لمُدّعى الكلّ، لأن الخارج له - مع عدم البينه - حق اليمين على الداخِل، كما أن لمُدّعى النصف حق اليمين على مدّعى الثالث في مقابل نصف السدس، وعلى مدّعى الكلّ في مقابل النصف الآخر.

والصوره الثانيه منهما: أن يكون لكلّ منهم بينه. قال المحقق: « وإن أقام كلّ منهم بينه، فإن قضينا مع التعارض بينه الداخِل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكل واحد بينه ويدا على الثالث.

وإن قضينا بينه الخارج - وهو الأصح - كان لمُدّعى الكلّ ممّا في يده ثلاثه من اثني عشر بغير منازع، والأربعه التي في يد مدّعى النصف لقيام البينه لصاحب الكلّ بها وسقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بينه ذى اليد، وثلاثه مما في يد مدّعى الثالث، ويبقى واحد مما في يد مدّعى الكلّ لمُدّعى النصف، وواحد مما في يد مدّعى الثالث يدّعيه كلّ واحد من مدّعى النصف ومدّعى الكلّ، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له، فإن امتنعا قسّم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكلّ عشره ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدّعى الثالث» (١).

ص: ٧٥٣

أى: إنه حيث يكون لكلّ منهم بينه مع اليد يحكم الحكم لكلّ بما فى يده، لكن بينه كلّ واحد منهم بالنسبه إلى ما يدّعيه مما فى يد الآخر بينه الخارج، فمدّعى النصف تتقدّم بينته فى نصف السدس فى يد مدّعى الكلّ فأخذه، ثم إن مدّعى الكلّ يدّعى على مدّعى النصف فأخذ منه الأربعة، ويدّعى على مدّعى الثلث كلّ ما فى يده، لكن مدّعى النصف يطالب بنصف السدس، فيقع التعارض فيه بين مدّعى الكلّ ومدّعى النصف فيقترع، فمن خرج اسمه وحلف أخذ، فإن امتنع فالآخر، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف، فيكون لمدّعى الكلّ من الاثنى عشر (٥/١٠) ولمدّعى النصف (٥/١) ولا شىء لمدّعى الثلث لسقوط دعواه من جهه كون بينته داخله، وقد ذكرنا أنها لا تؤثر مع وجود الخارج.

وأما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب (الجواهر) :

فالأولى: أن يكون لمدّعى الكلّ فقط بينته، وحينئذ، فهو خارج بالنسبه إلى ما فى يد الآخرين، فيحكم له بينه ويكون الكلّ له.

والثانيه: أن يكون لمدّعى الثلث فقط بينته، وحينئذ، يأخذ ما فى يده من غير يمين إن قلنا بكفايه البينه عنه. وفى (كشف اللثام) : « أخذه - أى الثلث - الذى بيده أو الذى بأيدى الباقيين » والباقي يكون بين الآخرين، لمدّعى الكلّ السدس من الباقي بغير يمين لعدم المنازع له فيه، ويحلف على السدس الآخر الذى يدّعيه الآن مدّعى النصف عليه، كما أن مدّعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين لمدّعى الكلّ الذى يدّعيهما عليه.

والثالثه: أن يكون لمدّعى النصف فقط بينته، فإنه يأخذ من كلّ من الآخرين نصف سدس، فيتمّ له مع ما فى يده النصف الذى يدّعيه، ثم إن النصف الباقي يقسّم بين الآخرين بالتساوى، فيكون لكلّ منهما سدس ونصف، أى لكلّ (٣) من (١٢)

وفيه: إنه بعد ما أخذ مدعى النصف نصفه، يكون السدس من النصف الباقي خارجاً عن النزاع، فيكون لمدعى الكل، ويبقى النزاع في السدسين الباقيين وهي الأربعة التي بيد مدعى الثلث، فإن كلاً من مدعى الكل ومدعى الثلث يدعيه، وحيث لا بينه يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف (٦) ولمدعى الكل (٤) ولمدعى الثلث (٢)، فما ذكره قدس سره لا يتم على مذهب المشهور ولا على مذهب ابن الجنيد.

وقال كاشف اللثام: إنه بناء على عدم سماع بينه الداخل، يأخذ مدعى النصف إن أقام البينه ثلاثه من مدعى الكل، وثلاثه من مدعى الثلث، ويرفع اليد عن الثلث - أي الأربعة - الذي في يده لهما.

وكذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينه وأسقطنا بينه الداخل.

لكنّ القدر المتيقن من تقدّم الخارج على الداخل هو أن يكون الشيء المتنازع فيه مفروضاً غير مشاع، وأما فيما نحن فيه، تكون الدعوى على الحق المشاع في مورد الدار، قال في (الجواهر): وقد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك في المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامه كلّ منهم البينه المنزله على ما في يده إلا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذي كانت تقتضيه اليد، وكأن الذي أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينه هنا. وظاهرهم عدم الإحتياج معها إلى يمين، مع معرفته تقديم بينه الخارج عندهم، كمعروفه عدم الإكتفاء بها عن اليمين في الداخل، ومع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينه على الخارج بالتقرير الذي ذكره.

إلا- أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب فيما لو أقام كلّ منهم البينه كالصريح في خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخلة أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما في اليد، فتأمل (1).

أقول: لعلّ وجهه: إن وجود الفرق بين الأجزاء المشاعه والأجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح، لأنه في المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كلّ ثلث عرفاً، إلا- أنه لا- يملك كلّ واحد ما كان تحت يده، بل تعتبر السلطنة لكلّ على الثلث المشاع، ويعرض كلّ ثلث ما يعرض المشاع، كجواز بيع السهم المشاع في كلّ الأجزاء. فمن قال بحجّيته بينه ذى اليد فدلّله العمومات وهى هنا تتقدّم بتأييدها باليد، ومن قال بتقدم بينه الخارج فدلّله التفصيل في الحديث، لكونه قاطعاً للشركة.

لكن الملاك الموجود في الجزء المنحاز موجود في هذا المقام، فيكون جواب (الجواهر) عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل، أى، يمكن أن يقول العلماء في الثلث المشاع كقولهم في المنحاز، لوحده الملاك.

ولو كانت أيدهم جميعاً خارجه، واعترف ذو اليد بأنه لا يملكها ولا بينه، فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كلّ من مدعى النصف والثلث، ويقرع في النصف الآخر، فإن خرجت لمدعى الكلّ أو للثاني حلف وأخذ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين في السدس، فمن خرج حلف وأخذ.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه، فإن كانت لمدعى الكلّ أخذ الجميع، وإن

ص: ٧٥٦

أقامها مدعى النصف أخذه، ويبقى لمدعى الكل السدس بغير منازع، والثالث يتنازع فيه مع مدعيه، والحكم فيه كما لو لم تكن بينه، ولو أقامها مدعى الثلث أخذه ولمدعى الكل السدس أيضا بغير منازع، والنصف يقرع فيه بين مدعيه ومدعى الكل.

وإن أقام كل منهم بينه وتساوت، فالنصف لمدعى الكل، لعدم المنازع له فيه، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف، وقد تعارضت فيه بينتاهما، والثالث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت فيه البيئات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعا فيه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ، وإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعى الكل ومدعى النصف السدس بينهما نصفين، لأنهما يتنازعا فيه، دون مدعى الثلث، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم، فيكون لمدعى الكل النصف بلا منازع ونصف السدس وثلث الثلث ولمدعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس، ولمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع.

وتصح في ستة وثلاثين، للمستوعب خمسة وعشرون: ثمانية عشر بلا نزاع، وثلاثة نصف السدس الزائد، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدعى النصف سبعة: ثلاثة نصف السدس، وأربعة ثلث الثلث.

ولمدعى الثلث أربعة، ثلث الثلث.

وأما على العول الذى ذهب إليه ابن الجنيدي فتصح في أحد عشر: لمدعى الكل ستة، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث ثلثان، لأن فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها وثلثها.

قال المحقق قدس سرّه: « ولو كانت في يد أربعة، فادّعى أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثلث النصف والرابع الثلث، ففي يد كلّ واحد ربعها، فإن لم تكن بينه قضينا لكلّ واحد بما في يده، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه» (١).

أقول: أى: أنه في صورته عدم البينه لما كان لكلّ واحد منهم يد على ربع العين، فإن اليد مع اليمين حجه، فحجه كلّ واحد منهم حينئذ معارضة بحجّه الآخر، فلا شيء لأحدهم بلا منازع.

قال: « ولو كانت يدهم خارجه ولكلّ بينه، خلص لصاحب الكلّ الثلث، إذ لا مزاحم له» (٢).

أقول: قال في (الجواهر): مع تداخل الدعاوى بعضها في بعض وإرادته القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك على كلّ حال، حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبة وكان القضاء بين كلّ واحد مع الاخرى مستقلاً، إلا مع إقرار المدّعى بالثلث مثلاً أن له ذلك في النصف المدّعى به مثلاً (٣).

قال: « ويبقى التعارض بين بينه مدّعى الكلّ ومدّعى الثلثين في السدس، فيقرع بينهما فيه» (٤).

أقول: قد عرفت مراراً أن القرعه تكون مع تساوى البيتين عدداً وعداله، وحينئذ فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا حلف الآخر، فإن امتنعاً قسّم بينهما نصفين.

ص: ٧٥٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٤٨٩.

١-٤) شرائع الإسلام ٤: ١١٧.

قال: « ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل ومدعى الثلث ومدعى النصف في السدس أيضاً، فيقرع بينهم فيه» (١).

أى: على ما تقدم من اشتراط التساوى. . .

قال: « ثم يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم، ويختص به من تقع القرعه له، ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين» .

فإن قيل: إذا كان المرجع هو القرعه، فإن من الممكن أن تخرج القرعه لمدعى الكل في كل مره.

فأجاب المحقق قدس سره بقوله: « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعه الكل لمدعى الكل، فإن ما حكم الله تعالى به غير مخطئ» .

قال: « ولو نكل الجميع عن الأيمان، قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبه بالسويه» .

هذا هو الحكم في كيفية القسمة.

قال: فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً:

« لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع، وثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين، واثان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعى النصف، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى الثلثين ثمانيه» ثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل، واثان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً ومع مدعى النصف، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

ص: ٧٥٩

« ولمدعى النصف خمسة » اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى النصف خمسة » اثنان ثلث السدس تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

« ولمدعى الثلث ثلاثة » ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا إن أقام كلهم بينه.

وإن أقام أحدهم فقط بينه حكم له.

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

قال المحقق: « ولو كان المدعى فى يد الأربعة، ففى يد كل واحد ربعها، فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه، قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لأن له بينه ويدا^(١) ».

أى: بناء من الشيخ على تقديم بينه الداخل على الخارج.

« والوجه: القضاء بينه الخارج على ما قرناه » فيما سبق.

وعلى المختار: « فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما فى يده، ويكون ثمرتها فيما يدعى مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع وينتزع لهم، ويقضى فيه بالقرعة واليمين، ومع الامتناع بالقسمه، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين، وذلك ربع اثنين وسبعين ».

لأننا نريد عدداً لربعه ثلث وتسع وتسع ربعه نصف، والاثنان والسبعون كذلك.

ص: ٧٦٠

« وهو » أى الربع ثمانية عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع، ومدعى النصف يدعى منها ستة، ومدعى الثلث يدعى اثنين.

وعلى هذا: « فتكون عشره منها لمدعى الكل لقيام البيئه بالجميع الذى تدخل فيه العشره، ويبقى ما يدعى صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف » أى من خرج اسمه يأخذ، وإن امتنع حلف الآخر وأخذ « ومع الامتناع يقسم بينهما » نصفين كما عرفت.

« وما يدعى صاحب الثلث وهو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل وبينه، فمن خرج اسمه أحلف وأعطى، ولو امتنعا قسّم بينهما » نصفين كما عرفت.

« ثم يجمع دعوى الثلاثه على ما فى يد مدعى النصف، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشره » وذلك، لأنه يدعى الثلثين وهو ثمانية وأربعون - من الاثنين والسبعين - ويده ثمانية عشر، فالباقي له ثلاثون، على كل من الثلاثه الآخرين عشره.

« ومدعى الثلث يدعى اثنين، ويبقى فى يده » أى فى يد مدعى النصف وهو الثمانية عشر « ستة لا يدعيها إلا مدعى الجميع، فتكون » أى الستة « له » أى لمدعى الكل، لقيام البيئه على الجميع الذى تدخل فيه « ويقارع الأخيرين » أى فى العشره والاثنين « ثم يحلف » من يخرج اسمه يأخذ وإلا فالآخر « وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادعياها » من كل واحد منهما، فيأخذ من العشره خمسسه ومن الاثنين واحداً.

« ثم يجتمع الثلاثه على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانية عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه عشره، ومدعى النصف يدعى ستة، ويبقى اثنان لمدعى الكل

ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان قسّم ذلك بين مدّعى الكل وبين كلّ واحد منهما بما ادّعاه» .

« ثم تجتمع الثلاثة على ما فى يد مدّعى الكل» وهو ثمانية عشر « فمدّعى الثلثين يدّعى عشره، ومدّعى النصف يدّعى ستة، ومدّعى الثلث يدّعى اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها» لأن ذلك تمام ثمانية عشر.

« فيكمل لمدّعى الكلّ ستة وثلاثون من أصل اثنين وسبعين» وذلك أربعة عشر مما فى يد مدّعى الثلثين، واثنان عشر مما فى يد مدّعى النصف، وعشره ممّا فى يد مدّعى الثلث.

« ولمدّعى الثلثين عشرون» وذلك خمسة مما فى يد مدّعى النصف وخمسة اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وعشره مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثة مما فى يد مدّعى الثلثين وثلاثة اخرى مما فى يد مدّعى الثلث، وستة مما فى يد مدّعى الكلّ.

« ولمدّعى الثلث أربعة» ، وذلك اثنان مما فى يد مدّعى الكل، واثنان مما فى أيدي الباقيين.

« هذا إن امتنع صاحب القرعه عن اليمين ومنازعه» (1) وإلا كان الحاصل غير ذلك.

هذا إن أقام كلّ منهم بينه.

ولو أقام أحدهم خاصه بينه حكم له كما هو ظاهر.

ص: ٧٦٢

اشاره

قال المحقق قدس سره: « إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينه، وإن لم تكن بينه فيد كل واحد منهما على نصفه. قال فى المبسوط: يحلف كل منهما لصاحبه. . . وقال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما، وفى روايه إنه للمرأة. . . وما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات وأظهر فى الأصحاب» (1).

أقول: إذا تداعى الزوجان متاع البيت، بأن ادعى كل منهما ملكيه المتاع الموجود فى بيتهما، فإما تكون بينه وإما لا تكون، فإن كانت، قضى بالمتاع لمن قامت له البينه، سواء كان الرجل أو المرأة، بلا خلاف كما فى (الجواهر) عن (الرياض) .

وإن لم تكن بينه، فيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما، لكن كلاً منهما يدعى النصف الآخر فما هو الحكم؟

فى المسأله ثلاثه أقوال أو أربعة، ومنشأ تعدد الأقوال والخلاف بين الأصحاب، هو اختلاف أخبار المسأله، والأقوال ثلاثه منها للشيخ:

فالأول: إنه يحلف كل منهما للآخر، كغير المتاع من الأشياء حيث يتداعى

ص: ٧٦٣

فيه اثنان أو أكثر، مع كون الشى فى أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجيه باقيه أو زائله، ويستوى فى ذلك تنازع الزوجين والوارث» وهذا ما قاله الشيخ فى (المبسوط)^(١) وتبعه العلامه فى (القواعد)، وفخر المحققين فى (الإيضاح) كما فى (الجواهر)، وقد أشرنا إلى دليله.

والثانى: إن ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما، وهذا ما قاله الشيخ فى (الخلاف) وتبعه العلامه فى (التحرير)، والشهيد فى (الدروس)، بل فى (المسالك) نسبه إلى الأكثر، بل عن (الخلاف)^(٢) و (السرائر) الإجماع عليه.

ويدل عليه - مع الإجماع المذكور - عدّه أخبار، عمدتها صحيح النخاس الآتى.

والثالث: إن المتاع كلّ للمرأة « لأنها تأتى بالمتاع من أهلها» وهذا ما أفنى به الشيخ فى (الإستبصار)^(٣) كما فى (الجواهر)، ويدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الآتى.

فهذه ثلاثه أقوال، وقد اختار المحقق هنا وفى (النافع)^(٤) القول الثانى منها، ونسبه فى (نكت النهايه) إلى المشهور.

ص: ٧٦٤

١- ١) المبسوط فى فقه الاماميه ٨: ٣١، قواعد الأحكام ٣: ٤٧٠، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨٠.

٢- ٢) كتاب الخلاف ٦: ٣٥٢ مسأله ٢٧، السرائر فى الفقه ٢: ١٩٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٠٨، الدروس الشرعيه ٢: ١١١.

٣- ٣) الاستبصار ٣: ٤٧.

٤- ٤) المختصر النافع: ٢٨٥، نكت النهايه ٢: ٨٣.

وعن العلامة في (المختلف) الرجوع في المسألة إلى العرف والعادة حيث قال: «والمعتمد أن نقول: إنه إن كان هناك قضاء عرفي يرجع إليه ويحكم به بعد اليمين، وإلا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوى...»

لنا: إن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعه إلى ما ذكرنا، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، وبأن المتشبهت أولى من الخارج، لقضاء العادة بملكه ما في يد الإنسان غالباً، وحكم بإيجاب البيّنة على من يدعى خلاف الظاهر والرجوع إلى من يدعى الظاهر، وأما مع انتقاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها... .

واعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فضلناه نحن أولاً، ويدل عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضيه بأن المرأة تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به، وإن العادة قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصة فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأة، وكذا ما يصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، والمشترك يكون للمرأة، قضاءً لحق العادة الشائعه، ولو فرض خلاف هذه العادة في وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» (١).

وهذا الذي ذكره العلامة جعله في (المسالك) قولاً رابعاً في المسألة، لكن صاحب (الجواهر) أرجعه إلى القول الثاني، فقال بعد أن أورد عبارته (المختلف): «إن مبناه أولاً وآخرها الرجحان الناشئ من العادة ولو لكون الشيء لا يصلح إلا لأحدهما فإن العادة قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن ادریس - الذي قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فيما حكى عنه -

ص: ٧٤٥

بذلك» (١).

وفى (الجواهر) عن (التنقيح) إنه بعد أن اختار القول الأول قال: « لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، ولأن الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير، وهو باطل. بيان اللزوم: إنه جاز أن يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عمامة وطيالسه ودروعاً وسلاحاً، وتموت للرجل أم أو أخت فيرث منها حلياً ومقانع وقمصاً مطرزه بالذهب، ويكون ذلك تحت أيديهما، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الإنسان لغيره.

لا يقال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: نحن نحكم بالظاهر، والله أعلم بالسرائر، وما ذكرنا هو الظاهر.

لأننا نقول: نمنع أن ذلك هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غير مانع من النقيض، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لا رجحان.

وأما ما ذكره العلامة من العرف، فممنوع، لأنه لو كان قاعده شرعية لزم الحكم بذلك في غير الزوجين لو حصل التداعي بين رجل وامرأة في متاع هذا شأنه، وهو باطل» (٢).

أقول: أما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع، وكذا منعه ما ذكره العلامة، والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد.

وأما إشكال (الجواهر) على قول العلامة بأن « كلامه عند التأمل في غايه البعد، إذ حاصله استفادة الحكم الشرعي من الحكم العادي، وهو واضح الفساد،

ص: ٧٦٦

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٧.

٢-٢) التنقيح الرائع في شرح مختصر الشرائع ٤: ٢٧٨ - ٢٧٩. جواهر الكلام ٤٠: ٤٩٨.

ضروره عدم مدخله للعاده فى الأحكام الشرعيه. . . وبالجملة: كلامه لا يرجع إلى حاصل ينطبق على القواعد الشرعيه الموافقه لاصول الإماميه، وإن مال إليه جماعه ممن تأخر عنه» (١).

ففيه: إنه إن كان مراد العلامه كون السيره العقلانيه على ذلك، وأنها حجه مع عدم الردع، فيجوز الرجوع إليها والتعويل عليها، فالإشكال غير وارد، بل قوله عليه السلام «قد علم من بين لابتيها. . .» (٢) يقتضى الإمضاء، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجه؟

وأما أخبار المسأله، فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدالّ على القول الثانى، وهو عن الصادق عليه السلام إنه قال «إذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما. قال: وإذا طلق الرجل المرأه فادعت أن المتاع لها، وادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجل ولها ما للنساء» (٣).

□
وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدالّ 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 فيجئ أهله وأهلها فى متاع البيت، فقضى

ص: ٧٦٧

١- ١) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٠.

٢- ٢) تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٧/٨٢٩.

٣- ٣) وعن أبى عبد الله عليه السلام فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل يموت قبل المرأه. قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأه وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شىء منه فهو له. وعن زرعه عن سماعة قال: «سألته عن رجل يموت، ماله متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرجل وثياب جلدته» وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٦/٤. أبواب ميراث الأزواج، الباب ٨.

فيه بقول إبراهيم النخعي: ما كان من متاع الرجل فللرجل، وما كان من متاع النساء فللمرأة، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسّمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول فقال: المرأة بمنزله الضيف في منزل الرجل، لو أن رجلاً أضاف رجلاً فأدعى متاع بيته كلف البيته، وكذلك المرأة تكلف البيته، وإلا فالمتاع للرجل.

ورجع إلى قول آخر فقال: القضاء أن المتاع للمرأة إلا أن يقيم الرجل البيته على ما أحدث في بيته.

ثم ترك هذا القول، ورجع إلى قول إبراهيم الأول.

فقَالَ أبو عبد الله عليه السلام: القضاء الأخير وإن كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البيته، قد علم من بين لابتبها يعنى: بين جبلى منى - إن المرأة تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بمنى - (١).

ووجه الجمع بينهما: إن دعوى الرجل ملكيه ما يصلح للرجل تحتاج إلى إثبات، لأن المتاع الذى تأتى المرأة به إما ملك لها وإما باق على ملك أبيها، فلو ادعى التملك له بهبه أو نحوها كان عليه الإثبات.

ولا 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.

وأما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النّخّاس: « ومن استولى على شيء فهو له » فيمكن أن يكون المراد منه نفس المراد من صدره، أو يراد منه أمر آخر، وهو

ص: ٧٤٨

(١ - ١) تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٨ وانظر ما بعده.

أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له، فيكون حاصل الجمع: إن ما كان تحت يد أحدهما الخاصة دون اليد البيته فهو له، ثم يقضى فى الباقي بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها، والمشاركات تقسم، والأقرب ظهوره فى هذا المعنى.

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعاده.

وهذا هو الحكم سواء كان النزاع بين الزوجين أو بين ورثه أحدهما مع الآخر.

حكم ما لو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض المتاع

قال المحقق: « ولو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره، كلف البيته كغيره من الأنساب » (١).

أى: لعمومات البيته على المدعى واليمين على المدعى عليه.

قال: « وفيه روايه بالفرق بين الأب وغيره ضعيفه » (٢).

أقول: هى ضعيفه عند المحقق، وذلك على احتمال فى (الكافى) و (تهذيب)، وهى فى (الفقيه) صحيحه جزماً على ما قيل كما فى (الجواهر) (٣).

وهى روايه جعفر بن عيسى قال: « كتبت إلى أبى الحسن - يعنى: على بن محمد - المرأة تموت فيدعى أبوها أنه كان أعارها بعض ما كان عندها من متاع

ص: ٧٦٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠١. الكافى ٧: ٤٣١/١٨. تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٩/٨٠٠. من لا يحضره الفقيه ٣: ١١٠/٣٤٢٩.

وخدم، أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب إليه عليه السلام: يجوز بلا بينه.

قال: وكتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميته أو أبو زوجها أو أم زوجها في متاعها وخدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع والخدم، أكون فى ذلك بمنزلة الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا» (١).

وقد أظن ابن ادريس فى ردّها بوجوه، فقال ما نصّه: « ولقد شاهدت جماعه من متفقهه أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك، وأن أبا الميته لو ادعى كل المتاع وجميع المال كان قوله مقبولاً بغير بينه، وهذا خطأ عظيم فى هذا الأمر الجسيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه:

أحدها: إنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصلي أصحابنا، على ما كررنا القول فيه وأطلقناه.

والثانى: إن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك ولا يعمل به إلا إذا سمعه من الراوى من الشارع.

ص: ٧٧٠

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩/١. أبواب كيفية الحكم الباب ٢٣. عن الكليني عن محمد بن جعفر الكوفي يعنى الأسدى عن محمد بن إسماعيل عن جعفر بن عيسى. قال: ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب. ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن عيسى عن أخيه جعفر بن عيسى. فأما احتمال الضعف فى طريق الكافى والتهذيب فالظاهر أنه من جهة « محمد بن إسماعيل وهو البرمكى» بناء على اعتبار جرح ابن الغضائرى لكن عن النجاشى: « ثقة مستقيم». وأما الجزم بصحة طريق الفقيه، فإنّ إسناده الصدوق إلى محمد بن عيسى - وهو « ابن عبيد» - صحيح، وأن هذا الرجل ثقة عند النجاشى، وقوله مقدّم على قول الشيخ لدى التعارض، إن لم يسقط تضعيف الشيخ هنا لابتناؤه على ما ذكره شيخنا الجدمامقانى، وإن أخاه « جعفر بن عيسى» ثقة. . .

والثالث: إن الحديث ما فيه إنه ادعى أبوها جميع متاعها وخدمها، وإنما قال لبعض ما كان عندها، ولم يقل لجميع ما كان عندها.

ثم إنه مخالف لأصول المذهب ولما عليه إجماع المسلمين أن المدعى لا يعطى بمجرد دعواه. . . ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا، ومن أورده في كتابه لا يورده إلا في باب النوادر، وشيخنا المفيد وسيدنا المرتضى لم يتعرضا له ولا أورداه في كتبهما، وكذلك غيرهما من محققى أصحابنا، وشيخنا أبو جعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب، إيراداً لا اعتقاداً، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته. . .

ثم شيخنا أبو جعفر الطوسي رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه. . . (١).

قلت: لكن هذه الوجوه بعضها مبني على مسلكه، وبعضها غير وارد، لأنه خلاف الظاهر.

وكون الروايه مطابقه للقاعده الشرعيه غير بعيد، فإذا أعطى الأب شيئاً إلى ابنته في تجهيزها وغيره، فادعت تملكه ذلك إياها، فأنكر الأب ذلك، كان القول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك.

نعم، لو انتقل ما كان بيدها إلى ورثتها، ووقع النزاع بينهم وبين الأب، فقالوا: هذا لأمننا وهو لنا الآن بالإرث، فقال الأب: هو لى ولم أملكها المال، كان الأب مدعياً وكان عليه إقامة البينه.

فعلى الوجه الأول تكون الروايه مطابقه للقاعده، وعلى الثانى مخالفه.

والظاهر هو الأول، لأنهم يقرّون بإعطاء الأب المال لأُمَّهم.

ص: ٧٧١

المسألة الأولى: (لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على إسلام

اشاره

أحدهما قبل الموت واختلفا في الآخر)

قال المحقق قدس سرّه: « لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب، وادّعى الآخر مثله فأنكر أخوه، فالقول قول المتفق على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه» (١).

أقول: لو مات المسلم عن ابنين مثلاً، فتصادق الابنان على إسلام أحدهما في حال حياة الأب، وادّعى الآخر نفس الدعوى لكي يشترك معه في 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 تعرّض لهذه المسألة كما في (الجواهر).

وفي المسألة ثلاث صور:

١ - الجهل بتاريخ موت الأب وإسلام الابن المختلف فيه معاً.

٢ - أن يكون تاريخ موت الأب معلوماً، وتاريخ إسلام الابن المختلف فيه مجهولاً.

٣ - أن يكون تاريخ إسلام الابن المختلف فيه معلوماً، وتاريخ موت الأب مجهولاً.

ص: ٧٧٥

أما الصورة الأولى: فلا ريب في إرث المتفق عليه دون الآخر، لأن إسلامه مسبوق بالكفر وتاريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الأب، ويكون أثر هذا الاستصحاب شرعاً عدم استحقاق الولد الذي لم يثبت إسلامه عند موت الأب، والمفروض أن لا وارث غيره إلا المتفق عليه، فيستقل بالتركة بحسب أدله الإرث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتى زمان الإسلام، لأن هذا الاستصحاب ليس بحجه، لأنه مثبت.

وأما في الصورة الثانية فكذلك، فإنه يجري الاستصحاب، ويترتب عليه الأثر الشرعي المذكور.

وأشكل في (الجواهر) في الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين: إحداهما: إن ظاهر الكون في دار الإسلام هو إسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الأصل أعني الاستصحاب. والثانية: بأن الإرث تقتضيه القرابه حسب الأدله في كتاب الإرث، والكفر مانع عن الاستحقاق، فإذا وجد المقتضى - وهو هنا الولديه - وشك في المانع - وهو الكفر - أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الإرث كأخيه (1).

وفي كلتا الجهتين نظر، أما الأولى: فإن كون الإسلام ظاهر من في دار الإسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم بإسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، وأما من كان مسبقاً بالكفر يقيناً - كما في مفروض المسأله - فلا يقتضى كونه في دار الإسلام إسلامه، فلا ظاهر في مقابل الأصل في هذا المقام.

ص: ٧٧٦

وأما الثانيه: فإن قاعده المقتضى والمانع - بناء على تماميتها - تجرى فى صورته عدم جريان استصحاب المانع، مثلاً: إذا تم استصحاب الفسق لا يتحقق للأب ولايه عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الأبوه مقتضيه للولايه.

على أن أدله إرث الولد مخصصه بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الإسلام شرطاً - ومع الشك فى إسلام الولد فى حال موت الأب يكون التمسك بأدله الإرث من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فالحق ما ذهب إليه المشهور، وإن الإستصحاب يفيد الحكم بعدم الإرث، أى: إن نفس عدم الإسلام كاف لعدمه.

قال المحقق: « وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا واتفقا على حرّيه أحدهما واختلفا فى الآخر » (١).

أى إن ذلك نظير الصورتين المذكورتين، والحكم نفس الحكم، لجريان الاستصحاب كذلك.

و أما صورته الثالثه، فلا يجرى فيها الإستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، و سيدكرها المحقق مستقله فى المسأله الثانيه.

حكم ما لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر:

ولو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الآخر، فقد جزم فى (كشف اللثام) بأن القول قول الآخر (٢) المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى

ص: ٧٧٧

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢-٢) كشف اللثام فى شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٢٦.

(المسالك) (١) لأن ظاهر الدار تشهد له، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، لعدم حاله السابقه، فالحكم هو اشتراكهما في الإرث، لظاهر دار الإسلام.

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما، فقول صاحب الجواهر: « ومن هنا لو اتفقا » (٢) لم يظهر وجهه.

كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الإرث، لأنه من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه.

حكم ما لو ادعى كل منهما أنه لم يزل مسلماً وأنكر الآخر:

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلماً، وأنكر الآخر فقال: بل أسلمت بعد موت الأب، فالحكم هو اشتراكهما في الميراث، لأن ظاهر دار الإسلام يشهد لكل واحد، وفي الاستدلال بعمومات الإرث هنا أيضاً ما عرفت.

وفي (كشف اللثام): « نعم، إن كانت الدار دار كفر وكان إسلام المورث مسبقاً بكفره، احتمال ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينه، ولو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إخلافه على نفيه » (٣).

وقد أشكل فيه صاحب (الجواهر) مشيراً إلى ما ذكره سابقاً من اقتضاء الولديه للإرث.

وقد عرفت الإشكال فيه.

ص: ٧٧٨

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٠.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٤.

٣-٣ (٣) كشف اللثام ١٠: ٢٢٦.

كما أن إيراده على قول كاشف اللثام: « ولو اتَّفقا على كفر كلِّ منهما أو رقيته زماناً، وأدعى كلُّ منهما سبق إسلامه أو حرَّيته على الموت وأنكر الآخر، ولم تكن بينه، ولا ادَّعى أحدهما العلم على الآخر، أو ادَّعاه فحلف على العدم، لم يرث أحد منهما، لأنه لا إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، ولا مجال هنا للحلف، لأنَّ كلًّا منهما مدَّع لزوال المانع عن نفسه، وأما إنكاره ففي الحقيقة إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، ولا يفيد الحلف عليه، بل خصمهما في الحقيقة هو الوارث المسلم، فإن كان غير الإمام عليه السلام حلف على عدم العلم بزوال المانع» غير وارد.

هذا كله مع عدم البينه.

ولو أقام أحد الابنين بينه في الفروع المذكوره قضى له بها.

ولو أقام كلُّ واحد منهما بينه - في صورته اختلافهما بأنه لم يزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الأب - كانت بينه المتفق عليه خارجه وبينه الآخر داخله، فتقدّم بينه المتفق عليه على القول بتقدم بينه الخارج، وهو الأقوى كما عرفت سابقاً، وأما مع القول بحجيه كلتا البيئتين وتكافؤهما، وعدم تقديم بينه مدّعى تقدّم الإسلام لاشتمالها على التقدّم الزماني، وهو نقله إلى الإسلام في الوقت السابق من جهه تناقض البيئتين، فالبيئتان متعارضتان، والحكم هو القرعه كسائر موارد تعارض البيئات. وفي (المسالك): ربما احتمال ضعيفاً تقديم بينه المتأخر، بناء على أنه قد يغمى عليه في التاريخ المتقدم فيظنّ الشاهدان موته، وهو ضعيف لأنه قدح في الشاهد (1).

ص: ٧٧٩

المسأله الثانيه: (حكم ما لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى أول رمضان واختلفا فى تاريخ موت الأب)

قال المحقق: « لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان والآخر فى غزّه رمضان ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخر: مات بعد دخول رمضان. كان الأصل بقاء الحياه، والتركه بينهما نصفين» (١).

أقول: هذه هى الصوره الثالثه من صور المسأله الأولى، وهى صوره العلم بتاريخ الإسلام والجهل بتاريخ موت الأب، فالذى أسلم فى شعبان يقول: مات فى شعبان، وأنت أسلمت فى أول شهر رمضان، فلا تستحق، للكفر، أو عدم الإسلام حين الموت، والذى أسلم فى شهر رمضان يقول: مات بعد دخول شهر رمضان، فأنا شريكك فى الترکه لوجود الشرط وهو الإسلام أو عدم المانع عن استحقاق الإرث وهو الكفر.

والحكم فى هذه المسأله هو اشتراك الأخوين فى الترکه بالتنصيف، قال فى (الجواهر): بلا خلاف ولا إشكال.

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب، حيث قال: « الأصل بقاء الحياه » .

ص: ٧٨٠

وقد عرفت ما فيه، فإنه أصل مثبت.

وعند صاحب (الجواهر) هو عمومات الإرث بعد عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله.

وفيه: ما عرفت من أنه من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، لأن موضوع العمومات هو الولد المسلم في حال موت الأب.

فالدليل هو ظاهر دار الإسلام. فتأمل (١).

ص: ٧٨١

١ - ١) وجه التأمل هو أن هذا الإسلام مسبوق بالكفر، وقد ذكرنا سابقاً أن ظاهر دار الإسلام يكون في حال عدم الكفر سابقاً، وأما معه فلا - ظاهر. ويبقى أن يكون الدليل اتفاق الأصحاب في هذه المسألة، لكن المحتمل - إن لم يكن المقطوع به - كونه مدرّكياً.

المسأله الثالثه: (لو كانت دار فى يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه إرثاً)

إشاره

قال المحقق قدس سره: « دار فى يد إنسان وادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما، وأقام بينه، فإن كانت كامله وشهدت أنه لا وارث سواهما سلم إليه النصف، وكان الباقي فى يد من كانت الدار فى يده. وفى الخلاف: وتجعل فى يد أمين حتى يعود، ولا يلزم القابض للنصف إقامه ضمين بما قبض» (١).

أقول: فى هذه المسأله فروع:

الأول: إن هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص، ويقضى له بالبينه الكامله - أى الواجده للشرائط على ما سيأتى - التى أقامها، ويسلم إليه نصف الدار.

وهذا الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف كما فى (الجواهر).

الثانى: وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم؟

قال فى (الجواهر) (٢): والقاسم الحاكم أو أمينه أو من فى يده الدار.

أقول: أما الحاكم فلا كلام فى نفوذ تقسيمه لأنه ولى الغائب، وأما أمينه فكذلك، لأنه يقوم مقام الحاكم بأمره، وأما من فى يده الدار، فالمفروض إنكاره لحق المدعى، وبذلك يسقط عن الأمانه فى نظر المدعى فى الأقل، والقاسم يشترط

ص: ٧٨٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٧.

أن يكون عادلاً أميناً كما تقدّم في محلّه، فكيف يكون هذا الإنسان قاسماً في هذا المقام؟ .

الثالث: وإذا سلّم نصف الدار إلى المدّعى، فما هو حكم النصف الآخر الذي يدّعى كونه للأخ الغائب؟ فيه قولان:

أحدهما: أن يكون الباقي في يد من كانت الدار في يده حتى مجي الغائب.

وهو رأى الشيخ في (المبسوط) (١). ظاهر المسالك تصحيح قول الشيخ في الخلاف لا ما قاله في المبسوط لأنه نقل قول الشيخ في الخلاف ثم ما قاله في المبسوط فقال والاول اصح (٢).

والآخر: أن ينتزع الباقي منه ويجعل في يد أمين حتى حضور الغائب.

وهو رأى الشيخ في (الخلاف) (٣) وهو الأقوى عند صاحب (الجواهر).

وجه الأول هو: إن البينه حجّه بعد دعوى صاحب المال، وحيث أن الغائب غير موجود حتى يدّعى، فبينه أخيه لا- تثبت ملكيه الغائب للنصف الآخر، فيبقى بيد من كانت الدار في يده كما كان.

ووجه الثاني هو: أن البينه حجّه، ولا يتوقّف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدّعى ودعواه، وعليه، فترفع يد ذلك الإنسان عن الباقي.

وقد قدّمنا في محلّه بيان هذين القولين، وأن الأقوى هو الثاني.

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام الميت في إثبات

ص: ٧٨٣

١-١) المبسوط في فقه الاماميه ٨: ٢٧٤. مسالك الأفهام ١٤: ١٤٣.

٢-٢) لاحظ المسالك ١٤: ١٤٣.

٣-٣) كتاب الخلاف ٦: ٣٤٠ مسأله (١٢). جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٧.

الحق أو الملك وعدمها، بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثة، فلو ادعى أحدهم وأقام بينه ثبت حقه دون غيره؟ فالعلامه في كتاب (المختلف) (١) وكاشف اللثام على الأول (٢)، والشهيد الثاني في (المسالك) على الثاني (٣).

والظاهر هو الأول، لأن هذا الأخ الحاضر يدعى الإرث ويريد إثباته، فإذا أقام بينه وأثبتته، فقد ثبت حقه وحق الغائب، والمفروض أن الغائب إذا حضر لا يطالب بأكثر من الإرث الذي يستحقه.

الرابع: إنه لو أبقى النصف بيد من كانت الدار في يده، فهل يضمن أو لا يكون ضامناً؟

قال المحقق: لا. للأصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه.

ولا يخفى أن هذا مبني على صحة التضمن بالنسبه إلى الأعيان كالديون.

ما هو المراد من البينه الكامله هنا؟

قال المحقق: « ونعني بالكامله ذات المعرفه المتقادمه والخبره الباطنه » (٤).

أقول: قد اختلفت عبارات الأصحاب في معنى البينه الكامله ها هنا، ففي (المسالك) إن مقتضى عباره المصنف والأكثر أن المراد بها ذات الخبره والمعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا، وحينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى، بأن تشهد بنفى وارث غيره، وإلى غيره وهي التي لا

ص: ٧٨٤

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٤٤٧.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٢٢٧ - ٢٢٨.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٣.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

تشهد بذلك.

وقد اختار صاحب (المسالك) هذا المعنى، وذكر أن الشهادة هي أن يشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فيما يعلمان قال: « ولا يجب القطع بل لا يصح، ولا تبطل به شهادتهم» (١).

وتبعه في ذلك كَلَّه كاشف اللثام في تفسير عبارته القواعد التي هي مثل عبارته المتن.

وفى (الجواهر): « الظاهر الإكتفاء في ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، وحينئذ، فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف: [ولو لم تكن البينة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما] بمنزلة التفسير لها كقوله أولاً: [وشهدت] إلى آخره» (٢).

واعترض على الشهيد الثانى وكاشف اللثام قائلاً: « وما أدري ما الذى دعاهما إلى ذلك؟! مع أن حمل العبارة على إرادته التفسير أولى كما هو صريح الإرشاد قال: ولو ادعى ما فى يد الغير أنه له ولأخيه الغائب بالارث، وأقام بينه كامله، بأن شهدت بنفى وارث غيرهما سلم إليه النصف» (٣) ولا ينافى ذلك قوله فى المتن « ونعنى» إلى آخره المحمول على إرادته بيان أن الشهادة بالنفى على وجه القطع لا تكون غالباً إلا من ذى الخبره الباطنه.

ودعوى المفروغيه من الاجتزاء بشهادته ذى خبره بنفى العلم، محل منع وإن

ص: ٧٨٥

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٠٩.

٣-٣) ارشاد الأذهان ٢: ١٥٣.

جزم به فى الدروس، كدعوى المفروغىه من عدم قبول شهاده غير ذى الخبره بالنفى على وجه القطع، بل هو فى الحقيقه قدح فى الشاهد العدل.

فالتحقيق حيثذ هو الاكتفاء بالشهاده بالنفى من العدل مطلقاً، وعدم الإكتفاء بها إذا كانت بنفى العلم كذلك، إلا إذا أريد من عدم العلم النفى فيما يعلم، فإنها شهاده بالنفى حيثذ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس، وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبره وغيرها، لكن قد يقال: إن الشهاده بالنفى المزبور أيضاً لا تكون إلا من ذى الخبره أو شبهه» (١).

أقول: إنه يعتبر فى هذه الشهاده ثلاثه أمور:

أحدها: أن يشهدا بكون الدار ملكاً للميت.

والثانى: أن يشهدا بكون الأخوين وارثين.

والثالث: أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرهما.

لكن الأصحاب لم يتعزّضوا لاعتبار الأمر الأول، واختلفوا فى الثالث وأنه هل يشترط أن تكون الشهاده بالنفى على وجه القطع أولاً؟ وظاهر عباره المحقق قدس سرّه هو ما ذكره ثانى الشهيدين، وحملها على ما فى (الجواهر) خلاف ظاهرها.

□

نعم، لا مانع من القول بالإكتفاء بالإستصحاب بالشهاده بالنفى، لخبر معاويه قال: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يكون فى داره، ثم يغيب عنها ثلاثين سنه، ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه، ونحن لا ندرى ما أحدث فى داره، ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فى داره شيئاً ولا

ص: ٧٨٦

حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم» (١).

حكم ما لو لم تكن البيئه كامله

قال المحقق: «ولو لم تكن البيئه كامله وشهدت أنها لا- تعلم وارثاً غيرهما، أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر» (٢).

أقول: إن كانت البيئه كامله دفعت الدار إلى ذى الحق، ولو لم تكن كامله أرجى تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان، ولا يرجع إلى أصله عدم الوارث، لأن هذا الأصل لا يفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر، قال فى (الجواهر): «على أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله» (٣).

قال المحقق: «وحيئنذ يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً» (٤).

أقول: إن الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والإطمينان بقاء حق الوارث المحتمل وإمكان دفعه إليه لو ظهر، وعلى هذا، فلا موضوعيه للتضمين،

ص: ٧٨٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٦/٢. أبواب الشهادات، الباب ١٧.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٠.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان ملئياً فلا حاجة إلى التضمين.

وليس المراد من إرجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الأصل عدم الوارث، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذو اليد لو ظهر الوارث، وعلى هذا، فلو شاء أن يسلم إلى الحاضر كان له ذلك، نعم، إذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجز له الدفع إلا مع التضمين أو الوثوق.

وقد يناقش: بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الأمانة بإنكاره دعوى الوارث الحاضر، فلو لم تسلّم الدار إلى الحاضر بالبينه والأصل وجب عليه تسليمها إلى الحاكم، فلا وجه لإبقائها في يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار إلى الحاضر - كما في (الجواهر) - يعنى قيام الحجج الشرعية على مالكيته، فسواء أريد من إبقائها دفع الضرر عن ذى اليد أو عن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده، وأما إذا لم تتم الحجج للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شيء إليه حتى مع التضمين.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض.

وأما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير، كالزوجه مع الابن، فإن لها الثمن سواء كان للابن المذكور أخ أو وارث آخر أولاً فلا إشكال في وجوب دفع نصيبه تاماً إليه: قال المحقق: «ولو كان ذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً، وعلى التقدير الثانى يعطيه اليقين إن كان وارث، فيعطى الزوج الربع» (١) أى: لاحتتمال وجود ولد منها «والزوجه ربع الثمن» أى: لاحتتمال وجود زوجات له ثلاثه، ويكون الإعطاء «معجلاً من غير تضمين وبعد البحث

ص: ٧٨٨

يتم الحصه التضمين» (١).

حكم ما لو كان الوارث ممن يحجبه غيره

قال: « وإن كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام بينه الكامله أعطى المال. وإن أقام بينه غير كامله أعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين» (٢).

أقول: إن كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الإرث كالأخ المحجوب بالأبوين والأولاد، فلا يعطى شيئاً لعدم العلم بكونه وارثاً، فإن ادعى ذلك فإن أقام بينه الكامله أعطى المال كله، وإن أقام بينه ناقصه أعطى بعد البحث عن الحاجب مع الاستظهار بالتضمين.

هذا، وفي (المسالك) تبعاً للدروس: « ولو صدق المتشبه المدعى على عدم وارث غيره، فلا عبره به إن كان المدعى به عيناً، لأنه إقرار في حق الغير، وإن كان ديناً أمر بالتسليم، لأنه إقرار في حق نفسه، لأنه لا يتعين للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله، وقد تقدم البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين» (٣).

وقد وافقهما على ذلك كاشف اللثام قال: « وحكم الدين حكم العين في جميع ذلك، إلا في وجوب انتزاع حصه الغائب فقد يقال بالعدم، والفرق بأن الأحوط هنا العدم، لأنه لا يتلف ما لم ينتزع لتعلقه بالذمه، وبأن العين شيء واحد شهدت

ص: ٧٨٩

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢١.

١-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٤٥. الدروس الشرعيه ٢: ١٠٩.

به البينه، والدين حقوق متفرقه بعدد مستحقه، ويفارقها أيضاً في أنه لا يكفى في العين تصديق صاحب اليد في الانحصار ويكفى في الدين، فإذا صدّقه أعطى نصيبه كاملاً من غير بحث، أخذاً بإقراره» (١).

قلت: قد ذكرنا سابقاً في مسأله مالو تنازع اثنان في عين بيد ثالث فصدّق الثالث أحدهما: أن المصدق يكون حينئذ زايد على العين ويكون الآخر مدّعياً له، والأمر فيما نحن فيه كذلك، بل هو أولى، لكون الوارث الآخر محتمل الوجود لا مقطوعه، فتسلّم العين إلى هذا المصدّق، فإن حضر الوارث المحتمل وأقام البينه بحصته أخذ وإلا فلا.

وأما على ما ذكروا، فإن الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، وإشكال صاحب (الجواهر) غير وارد.

ص: ٧٩٠

١-١) كشف اللثام ١٠: ٢٢٩.

المسأله الرابعه: (حكم ما إذا ماتت امرأه وابنها وتنازع زوجها وأخوها فى تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره: « إذا ماتت امرأه وابنها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأه، فالميراث لى وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأه ثم الولد فالمال لى، قضى لمن تشهد له البيئه» (١).

أقول: إذا ماتت امرأه وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران، ووقع النزاع بين زوجها وأخيها، فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم ماتت المرأه، فالميراث الحاصل من تركه المرأه بما فى إرثها من الولد لى وللزوج، لكل نصف، وقال الزوج: بل ماتت امرأه أولاً، فأرثها لى ولولدها، ثم مات الولد من بعدها فالمال كله لى، ففى المسأله صور:

الأولى: أن يكون لأحدهما خاصه بينه على ما يدعيه، ولا إشكال ولا خلاف كما فى (الجواهر) فى أنه يقضى لصاحب البيئه.

الثانيه: أن يكون لكليهما بينه، وحينئذ إذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، والحكم هو الرجوع إلى القرعه، فمن خرج اسمه حلف وأخذ وإلا أحلف الآخر، وإن امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

ص: ٧٩١

أى: إنه إن كان الولد قد مات قبل أمه فيستحق الأخ نصف تركه المرأة، وإن كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً، فمورد النزاع نصف تركه المرأة، فإذا وقعت القرعة وامتنعنا عن اليمين قسّم النصف بينهما نصفين، فيكون للأخ الربع وللزوج ثلثه أرباع.

والثالثه: أن لا يكون لأحدهما بينه:

قال المحقق: « ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه، فلا ترث الأم من الولد ولا الابن من أمه، ويكون تركه الابن لأبيه وتركه الزوجه بين الأخ والزوج» (١).

فظهر أن الحكم فى هذه الصوره كون تركه الابن كلّها لأبيه بعد يمين الأب أنه ما مات قبل أمه، وتكون تركه الزوجه بين الأخ والزوج - بعد يمين الأخ أنها ما ماتت قبل ولدها - لكلّ منهما نصف، إذ ليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصوره الثانيه حيث أقام كلاهما البيئه، لأن اليمين تنفى وارثيه الميت من قبل، وليس لازم هذا النفي - وهو الموت من بعد - أثراً شرعياً، بخلاف البيئه هناك فإن لازمها حجه، وهذا هو سرّ الفرق بين الصورتين.

هذا كلّه مع الجهل بتاريخ موتهما.

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما، كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعة، فيستصحب حياه الأم حتى يوم السبت فترث الابن وتموت، فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف، وإن كان العكس يستصحب حياه الابن فيرث أمه، فإذا مات كان جميع التركة للأب.

ولو علم إجمالاً بتقدم تاريخ موت أحدهما على موت الآخر، فلا يحلّفان حتى ينفى التوارث، بل يقرع لأجل تعيين الوارث.

ص: ٧٩٢

المسأله الخامسه: (حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)

قال المحقق: « لو قال: هذه الأمه ميراث أبى، وقالت الزوجه: هذه أصدقنى إياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بينه، قضى بينه المرأه، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤها على الاخرى» (١).

أقول: لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته فى شيء من التركة، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهولى، وقالت الزوجه: هذا أصدقنى إياه أبوك، ففى المسأله صور:

الاولى: أن لا يكون للزوجه المدعيه بينه، فإن القول قول الوارث بيمينه، لأن الأصل عدم الإصداق.

والثانيه: أن تقيم الزوجه بينه. فلا كلام فى أنه يقضى لها.

والثالثه: أن يقيم كلّ منهما بينه، فهنا أيضاً يقضى للزوجه بتقديم بينتها، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينه الوارث.

وكذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها.

ولو وقع التعارض بين البينتين، كأن تدعى الزوجه الإصداق فى يوم الجمع فتشهد بينتها بذلك، ثم تشهد بينه الوارث بموت المورث فى يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينه الوارث، لكونه ذا اليد وكون مدعاه أسبق زماناً، ومع عدم المرجح فالحكم هو القرعه أو التنصيف بدونها.

ص: ٧٩٣

لا ريب في عدم لحوق الولد بأبين فصاعداً عندنا وإن كانا قد واقعا في طهر واحد، للأخبار والإجماع، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن بعضهم الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين منهم جواز الإلحاق بألف أب على قول أبي حنيفة، بل عنه أيضاً الإلحاق بأمين إذا تنازعتا واشتبه الأمر، بل قد يأتي بناءً على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز إلحاق الولد بألف أم (١) ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم، فقاسوا هذا المورد بمسأله شرکه الأبوين في الأولاد، فإن الولد يتكوّن من ماء الرجل والمرأه معاً حيث قال تعالى: «B يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ» (٢) ولذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين في الولد لتولده منهما، كذلك يكون الولد ملحقاً بالأبين فصاعداً لتولده منهما.

لكنه - مع ابتناؤه على القياس الباطل - فاسد من جهه أنه إذا انعقدت النطفه من الرجل والمرأه فقد تمّ الأمر، وفي بعض الروايات دلالة على ذلك، فلو واقع هذا الرجل أو غيره تلك المرأه لم يكن للماء الجديد أى علاقته بما كان من الماء الأول، ولكلّ موضع غير موضع الآخر.

ص: ٧٩٧

١- ١) المحلّى ١٠: ١٥٠ - ١٥١. كتاب الخلاف ٦: ٣٤٩ - ٣٥٠، المسأله ٢٣. كشف اللثام ١٠: ٢٣٣. المجموع (شرح المهذب) ١٥: ٣١٣. المغنى لابن قدامه ٧: ٢٣٧. جواهر الكلام ٤٠: ٥١٥.

٢- ٢) سورة الطارق ٨٦: ٧.

ثم إن الرجوع إلى القائف واضح الفساد كذلك، فإنه لا عبره بالقيافه عندنا، ولا تكون ملاكاً للإلحاق، وإن تحققت المشابهه بين الولد وأحد الرجلين غالباً، فإن الشارع قد اسقط هذه الغلبه عن الإعتبار، على أنه قد لا يشبه الابن أباه الحقيقي في الأوصاف. وبعد هذا كله نقول: إن عمده الأدله في الإختلاف في الولد هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١).

ف قيل معناه: الولد لمالك الفراش.

وفى (المصباح المنير): «وقوله عليه الصلاه والسلام: الولد للفراش، أى للزوج، فإن كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر، كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر» (٢).

وكيف كان، فإن الحديث لا يعمّ النكاح الفاسد.

وقال السيد فى (العروه) بأن المراد هو الفراش الفعلى، سواء أمكن إلحاقه بالفراش السابق أو لا (٣).

وعن (القواعد): إنه لو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فسادة للزوجين، ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه (٤).

ص: ٧٩٨

١- ١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٣/٢. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٥٨.

٢- ٢) المصباح المنير ٢: ٤٦٨.

٣- ٣) العروه الوثقى ٣: ١٩٨.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

هذا، وفي المسأله صور:

الصوره الاولى: إذا لم يكن فى البين فراش أصلاً، بل وطئ اثنان امرأه عن سفاح، ففي هذه الصوره لا يلحق الولد بأحدهما، وأثر ذلك عدم التوارث فقط، وأما الآثار الأخرى: كالنظر والنكاح إن كان الولد بنتاً، فإنه يجوز لكلّ منهما نكاحها، ويحرم عليه النظر إليها للأصل، أما هى، فلا يجوز لها ذلك مع أحدهما، لعلمها إجمالاً بكونها لأحدهما.

وبالجملة، إن وطئها عن زنا، لم يلحق الولد بأحدهما شرعاً، نعم، لا يبعد الرجوع إلى القرعه لتعيين من هو له منهما، لأجل ترتب الآثار من النفقه ونحوها، اللهم إلا- أن يقال بعدم ترتب شىء من الآثار مطلقاً، لكن لا تعرّض هنا ظاهراً فى الأخبار والفتاوى للقرعه.

والصوره الثانيه: أن يتحقق الوطئ من الرجلين بشبهه وفى طهر واحد، والحكم فيها الرجوع إلى القرعه، لإمكان كون الولد من كلّ منهما، فمن خرج اسمه ألحق به.

والصوره الثالثه: أن يعقد كلّ منهما عقداً فاسداً. والمرجع هنا أيضاً القرعه.

والصوره الرابعه: أن يطاء اثنان امرأه وهى زوجه لأحدهما ومشبهه على الآخر، والحكم عند الأصحاب فيها هو الرجوع إلى القرعه.

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الأخيره بقوله:

« إذا وطئ اثنان امرأه وطأ يلحق به النسب، إما بأن تكون زوجه لأحدهما ومشبهه على الآخر، أو مشبهه عليهما، أو يعقد كلّ منهما عليها عقداً فاسداً، ثم تأتى

بولد لسته أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما» (١).

فإن قيل: مقتضى الحديث الشريف: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» هو إلحاق الولد في الصورة الرابعة بالزوج، لأنه صاحب الفراش وإن كان «للعاهر الحجر» لا ينطبق على الواطئ هنا، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا في هذه الصورة، وبالجملة، يجرى هذا الحديث في صورة وجود فراش - زوجاً كان أو مولى - سواء كان الواطئ الآخر عن زنا أو شبهه، ولا يتحقق لأحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب، حتى يقع التعارض ويشكل الأمر فيرجع إلى القرعه.

بل لقد تمسك الإمام عليه السلام بالحديث حيث لا يوجد فيه الزنا ولا شبهه، ففي خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها. قال: بئس ما صنع، يستغفر الله ولا يعود.

قلت: فإن باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها، ثم باع الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر» (٢).

إذن، لا ينحصر مجرى الحديث بمورد وجود الزنا أو الوطئ بشبهه، فالرجوع إلى القرعه لماذا؟

قلت: إن الواطئ بشبهه ليس بصاحب فراش ف خلافاً لصاحب (الجواهر) - لكن دليل القول بالقرعه في هذه الصورة هو الإجماع.

ص: ٨٠٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

٢-٢) ومثله: خبر سعيد الأعرج: «عن رجلين وقعا على جاريه في طهر واحد لمن يكون الحمل؟ قال: للذي عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الولد للفراش» وسائل الشيعة ٢١: ١٧٤/٤. أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٥٨.

قال المحقق: « سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبدين أو حرّين أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرّيه والرق، أو أباً وابنه » (١).

أقول: قال في (الجواهر): بلا خلاف معتدّ به أجده بيننا في ذلك، بل الظاهر الإجماع عليه، بل ادّعاه بعض صريحاً. ويدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: « إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأه في طهر واحد أقرع بينهم، فكان الولد للذي تصيبه القرعه » (٢).

قال في (الجواهر): نعم، عن لفظه المبسوط أن المسلم والحرّ أولى، ولكن قد استقر الإجماع على خلافه (٣).

هذا مع عدم العلم بسبق أحدهما.

ولو علم سبق أحدهما على الآخر في الوطئ، ففي إلحاقه بالأخير أو القرعه كذلك بحث.

هذا كلّه، إذا كان الوطئ منهما في طهر واحد، فإن وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطئ الآخر، فهل يكون الإلحاق بالقرعه أيضاً؟ نعم، لإمكان كونه من الأول، لأن الحمل والحيض قد يجتمعان.

لكن في (القواعد) و (كشف اللثام): « إنه إذا كان ذلك انقطع الإمكان عن الأول، لأن الحيض علامه براءه الرحم شرعاً، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح لكون الولد للفراش، إلا أن يعلم الانتفاء، وتخلل الحيض لا يفيد العلم به

ص: ٨٠١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٨٠/١. أبواب ميراث ولد الملاعنه، الباب ١٠.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٧.

هنا، لقوه الفراش» (١).

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: إلا- أنه لا- يخفى عليك ما فيه، على كل من تقديري مجامعه الحيض للحمل وعدمه، وقوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت في اجتماعهما في طهر واحد أيضاً (٢).

وأما قولهما: ولو كان زوجاً في نكاح فاسد لم يظهر فسادة للزوجين، ففي إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقه.

فتلك صوره اخرى بالإضافة إلى الصور السابقه، وهو أن يكون الأمر دائراً بين الوطئ بشبهه - بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً - وبين الزنا أو الوطئ بشبهه ممن ليس بزوج ظاهري، وتفيد هذه العبارة التوقف في إمكان معارضه الوطئ بشبهه لصاحب الفراش، من جهة التأميل في صدق الفراش على الفراش الظاهري، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً، كما لا يخفى، والحكم في هذه الصوره هو الإلحاق بالفراش الظاهري، للحديث الشريف، بناءً على صدق الفراش، وإلا فالقرعه.

قال المحقق: « هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه» (٣).

أقول: يعني إن الرجوع إلى القرعه هو فيما إذا لم يكن لأحد الواطئين بينه، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا، لعدم المرجح، وإلا حكم بالبينه لمن كانت له أو كانت بينته أرجح.

لكن البينه تفيد فيما إذا علم بتحقق وطئ واحد، ثم اشتبه الواطئ بين اثنين، فتشهد البينه أنه هذا لا ذاك لكونه معهما في سفر مثلاً، وأما إذا وقع الوطئ من

ص: ٨٠٢

١- ١) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠: ٢٣٤. قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٨.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٢.

اثنين، فلا يمكن للبينه تعيين من يلحق به الولد منهما.

قال المحقق: « ويلحق النسب بالفراش المنفرد، والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك، والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبينه ومع عدمها بالقرعه» (١).

أقول: أما الفراش المنفرد فواضح، وأما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبه إلى صبي مجهول النسب، فلو ادّعاها ولا معارض له في هذه الدعوى ألحق به، ولا يسمع إنكاره بعد كبره، نعم، في الكبير المجهول النسب خلاف سنشير إليه.

ولو اشترك اثنان أو أزيد في هذه الدعوى قضى بالبينه، ومع عدمها أو تعارضها فبالقرعه، وأما الفراش المشترك، فقد عرفت الكلام فيه.

ولا فرق عندنا في الدعوى بين الرجل والمرأه، فلو استلحقت ولداً فإن لم ينازعها أحد لحق بها، وإن نازعها كان الولد لذات البينه، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعه.

فروع

وهنا فروع أوردها صاحب (الجواهر) عن بعض الأصحاب، ونحن نوردها تبعاً له:

« من انفرد بدعوى مولود صغير في يده لحقه إلا أن يضرّ بغيره، كأن يكون معتقاً وولاًؤه لمولاه، فإن بنوّته تقتضى تقدّمه على المولى في الإرث، فإن بلغ وانتفى

ص: ٨٠٣

عنه لم يقبل نفيه (١) إلا بينه، استصحاباً لما ثبت شرعاً، وكذا لو أقرّ بالمجنون فأفاق وأنكر، وليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو جحد بعد الإقرار لم يسمع» .

قال في (الجواهر): « ولا يخفى عليك وجه البحث في ذلك » .

« لو ادّعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينه، وإن سكت لم يكن تصديقاً » (٢).

قلت: بل الأظهر كونه تصديقاً، فإذا سكت كانت دعوى المدعى بلا معارض.

« لو ادّعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطناً لشبهه لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لا بدّ من البينه على الوطى لحق الولد » (٣).

« لو تداعى صبيّاً وهو في يد أحدهما، لحق بصاحب اليد خاصّه، على إشكال (٤) في أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك » .

أى على ذاك إقامه البينه، ومع عدمها لحق بصاحب اليد على إشكال فى عموم أدله حجيه اليد للإنسان الذى ليس مملوكاً بل حرّ منسوب، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر، وحينئذ، فالملاك البينه وإلا فالقرعه.

« لو استلحقه صاحب اليد ولو ملتقطاً وحكم له شرعاً لم يحكم للآخر إلا بينه » .

« لو استلحق ولداً وقال: إنه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجه ولادته، ففي لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر » (٥).

أى: لأن هذه الدعوى ليست بلا معارض، لأنها قد عارضت، فى

ص: ٨٠٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٥-٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

(الجواهر): بل منع كونه إقراراً في حق الغير.

أقول: ولكن أثر وجوب النفقه ونحوه مترتب على هذا الإقرار.

« لو بلغ الصبي بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل (١)، وأشكله بعض بأنه إقرار في حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البيئه أو القرعه» .

والظاهر ورود هذا الإشكال، لعدم وجود نص يدل على اعتبار الإقرار بالولديه، نعم، لو أقرّ بالرقية لأحد قبل، لأنه على نفسه، كما لا توجد سيره على القبول.

« ولا عبره بميل الطبع عندنا» (٢).

أى: إن هذا لا يكون دليلاً شرعياً للانتساب وإن كان وجود هذا الطبع حقيقه واقعيه.

« وإن لم ينتسب إلى أحد منهما أقرع إن لم ينكرهما معاً، وإلا- لم تفد القرعه بناءً على قبول تصديقه، ولا يقبل رجوعه بعد الإنتساب، ولا اعتبار بانتساب الصغير وإن كان مميّزاً، ونفقتة قبل الثبوت شرعاً عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه (٣) به على الآخر» .

وأشكل عليه في (الجواهر): « وفيه: إن دفعها قد كان لإقراره، فلا وجه لرجوعه» .

إلا أن يقال بأن لوازم البيئه حجه فعلى مقيمها جميع النفقه، لكن قلنا سابقاً

ص: ٨٠٥

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٢ - ٤٨٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٩.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

بأن الإقرار مقدّم على جميع الأدله. هذا، وقد ذكرنا سابقاً احتمال قبول دعوى الصبي فراجع.

« لو أقام كلّ من المدعين بينه بالنسب وتعارضتا ولا ترجيح، حكم بالقرعه (1) عندنا» .

« لو أقام أحدهما بينه أن هذا ابنه وآخر بينه أن هذا بنته، فظهر خنثى، فإن حكم بالذكوريّه بالبول وغيره فهو لمدعى الابن، وإن حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الانثى (2)، لأن كلاً منهما لا يستحق إلا من ادعاه، وإن ظهر خنثى مشكلاً أقرع» (3).

هذا آخر كتاب القضاء. وقد كان الفراغ منه فى اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الآخر من شهور السنه الثالثه بعد الأربعمائه بعد الألف من الهجره النبويه، فى الحوزه العلميه بمدينه قم المقدسه.

□
وسيتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

ص: ٨٠٦

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٨٣.

٣-٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥١٩.

المقدمه و فيها ثلاثه امور. تعريف الشهاده لغه و شرعا

ص: ٨٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصّلاه والسّلام على سيّدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيّما خليفه الله في الأرضين، الإمام الثاني عشر،
الحجّه ابن الحسن العسكري، أرواحنا فداه، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين والآخرين.

أما بعد، فقد قال الله عزّوجلّ:

«وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (١).

لقد أولى الفقه الجعفري اهتماماً بالغاً بموضوع «القضاء»، وكانت القوانين المقرره فيه في غاية الدقه والمطابقه مع ما تقتضيه
الفطره الإنسانيه، وقد تقدّم منا بعض الكلام حول أهميه القضاء وأثره، وموقعه في فقه أهل البيت.

وبعد الفراغ من البحث عن آداب القضاء، وصفات القاضي، جاء دور البحث عن أحكام الدعوى وموازن الحكم، التي منها «إن
البيّنه على من ادّعى واليمين على من أنكر» (٢).

ص: ٨١١

١-١) سورة المائده ٥: ٤٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥.

بل إن « البيئات » و « الايمان » هما العنصران الأساسيان ل « القضاء » .

وأما حكم القاضى بعلمه، ففيه كلام، على أنه من الندره بمكان، وكذا حكمه استناداً إلى الإقرار، بل قد يقال بعدم توقّف الأخذ به على الحكم.

ويدل على ما ذكرنا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبيئات والايمان » (١) وقول الباقر عليه السلام: « أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، أو يمين قاطعه، أو سنّه ماضيه من أئمه الهدى » (٢).

ولعل المراد من السنّه الماضيه من أئمه الهدى هو المراد ممّا أشار إليه الإمام عليه السلام في خبر أبي خديجه بقوله « قضايانا » (٣).

و « البيئات » جمع « البيئه » وهي « الشهاده العادله »، و « الأيمان » جمع « اليمين » وقد وصفها في الخبر الثاني ب « القاطعه » .

وفي كلّ من « البيئه » و « اليمين » بحوث علميه على ضوء الروايات الوارده في أحكامهما، وحدودهما، يتبين من خلالها جانب من اهتمام فقه أئمه أهل البيت بموضوع القضاء، وشده احتياطه في الحقوق، ومدى تلائم تلك الأحكام مع قضاء الفطره وحكم العقل . . .

ومن هنا، فقد نصّت الأخبار على أن كلّ حكم توفّرت في مقوماته ومقدّماته الموازين المقرره فهو نافذ، لأنه حكم الله، وإلّا فهو مردود، لأنه حكم الجاهليه: فعن الإمام عليه السلام: « الحكم حكمان، حكم الله عزّوجلّ، وحكم

ص: ٨١٢

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٣/١٩. أبواب صفات القاضى، الباب ٦. والحديث مروى عن أمير المؤمنين عليه الصلاه والسلام.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣/٥. أبواب صفات القاضى، الباب ١.

أهل الجاهليه، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهليه» (١).

بل هو مردود إن لم يكن كذلك وإن كان حقاً: فعن الإمام عليه السلام: «القضاء أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بجور وهو يعلم، فهو النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم، فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم، فهو في الجنة» (٢).

□
وعلى هذا، فإن من «الحكم بما أنزل الله» قضاء القاضي «بالحق وهو يعلم».

وهذا العلم إن أخذ من «أهل بيت النبوة» فهو علم، وإلا فجهل وضلال.

□
قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: «فليذهب الحسن - يعنى البصرى - يميناً وشمالاً، فوالله ما يوجد العلم إلأهنا» (٣).

وقال عليه السلام لسلمه بن كهيل والحكم بن عتيبه: «شرفاً وغرباً، فلا تجدان علماً صحيحاً، إلا شيئاً صحيحاً خرج من عندنا أهل البيت» (٤).

□ □
فيكون معنى الآية الكريمة: «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (٥) على ضوء ما تقدم والأحاديث الواردة عن الفريقين (٦) في شأن أهل

ص: ٨١٣

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٦٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ٧.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٣/١٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٦. وفيه: «إلأ شيئاً خرج، وكلمه «صحيحاً» وردت في طبعه المكتبة الإسلامية ج ١٨ ص ٢٦ وهي زائده. راجع الكافي ١: ٣٢٩ ح ٣.

٥- ٥) سورة المائدة ٥: ٤٤.

٦- ٦) كحديث الثقلين، ولا سيما ما اشتمل من ألفاظه على جملة «ولا تعلموهم فإنهم أعلم منكم» وكحديث: «أنا مدينة العلم وعلى بابها» و «أنا مدينة الفقه وعلى بابها» وكحديث: «مثل أهل بيتي فيكم كمثل سفينة نوح من ركبها نجا ومن تخلف عنها هلك»، وكحديث: «أقضاكم على». ومن هنا كان على عليه السلام يقول: «سلوني قبل أن تفقدوني» وكان عمر يقول: «لولا على لهلك عمر». وإن شئت الوقوف على أسانيد وألفاظ هذه الأحاديث ونحوها، فارجع إلى كتابنا (نفحات الأزهار في خلاصه عبقات الأنوار) المطبوع في عشرين مجلداً، وإلى كتاب (الغدیر) وغيرهما.

البيت وعلومهم: ومن لم يحكم بشى خرج صحيحاً من عند أهل البيت فحكمه حكم الجاهليه وإن كان فى درهمين، وأولئك هم الكافرون.

ثم إن « الشهاده» أكثر دوراً وأعمق أثراً من « اليمين» فى حكم الحاكم، « فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى» .

وقد وردت فى أحكامها آيات من الكتاب، ونصوص كثيره عن الأئمه الأطهار، أوردها صاحب الوسائل رحمه الله فى ٥٦ باباً. . .

ومن هنا كانت مباحثها فى الكتب الفقهيه أوسع من مباحث « اليمين» .

ويعجبني أن

أذكر هنا بثلاثة أمور استفاده من الكتاب والسنة فى

إشاره

« الشهاده» :

ص: ٨١٤

لقد تقرر في علم الاصول حجيه خبر الواحد الثقه في الأحكام. أما في الموضوعات، فقد ادعى الإجماع على اعتبار التعدد المعبر عنه ب « البيئه » ، واستدل له بوجوه، عمدتها خبر مسعده بن صدقه الذي جاء فيه: « والأشياء كلها على هذا حتى تستبين أو تقوم به البيئه » (١)، وربما قيل: بأن الإجماع هنا إن لم يكن كاشفاً عن رأى المعصوم، فلا أقل من كشفه عن اعتبار الخبر المزبور ونحوه وعمل الأصحاب به.

إلا أن التحقيق هو كفايه خبر الثقه في الموضوعات أيضاً، للسيره القطعيه التي لا يصلح للردع عنها مثل خبر مسعده المخدوش دلالة بل وسنداً، والإجماع المدعى ليس بحجّه، ولا يكشف عن اعتبار الخبر عندهم، لاختلافهم في الاستدلال في المسأله.

وأيضاً، لا يعتبر في المخبر الثقه أن يكون عادلاً، للسيره العقلائيه القطعيه، وكون آيه النبأ (٢) رادعه عن هذه السيره يتوقف على أن يكون الأمر فيها بالتوقف عن قبول خبر الفاسق تعبداً شرعياً، إلا أن مقتضى الأمر بالتبين والتعليل بعدم

ص: ٨١٥

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٨٩/٤. وفيه: يستبين لك غير ذلك...

٢-٢) سورة الحجرات ٤٩: ٤.

الإصابة. . . هو الإرشاد إلى ما عليه السيره العقلانيه، من عدم الاعتماد على خبر الفاسق، لا لكونه فاسقاً بل من جهة عدم الوثوق بخبر الفاسق، وحينئذ، فحيث يكون الفاسق صادقاً في إخباره، فلا حاجة إلى التبين، لعدم ترتب الإصابة بجهاله والندم على العمل بخبره.

فتحصل، أنه لا يعتبر التعدد ولا العدالة في الإخبار عن الموضوعات، لعدم ثبوت الرادع عن السيره القائمه فيها، هذا في غير باب القضاء.

أما في باب القضاء، فليس الأمر بهذه السهوله، لأنه الباب الموضوع لحل المنازعات وفصل الخصومات الواقعه في النفوس والفروج والأنساب والأموال والحقوق. . . هذه الامور التي شدد الشارع فيها وأكد على الإحتياط. . . فكان مقتضى الحكمه أن لا يكتفى بشهاده الثقة ولا العدل الواحد، بل اعتبر «البينه» فقال: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» (١) و «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٢).

ولم يرد عن الشارع الحكم بشهاده الواحد، وحيثما حكم بشهادته لقبه ب «ذو الشهادتين» (٣).

ومن هنا كان للفظ «البينه» وضع خاص في عرف الشرع والمتشرعه، في مقابل معناه اللغوي، وإن شئت فقل: إن «ما يبين الشئ» في بحوث القضاء هو «الشهاده العادله» .

ص: ٨١٤

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥.
 - ٣-٣) اختيار معرفه الرجال ١: ٢٦٠.

ودلت النصوص على حرمه كتمان الشهادة، وحرمه شهادة الزور على حدِّ سواء، فعن أبي عبد الله عليه السلام: « لا ينقضى كلام شاهد الزور من بين يدي الحاكم حتى يتبوء مقعده في النار، وكذلك من كتم الشهادة» (١).

وعن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم، أو ليزوى بها مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة ولو جهه ظلمه مدّ البصر وفي وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه. . .» (٢).

وعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث المناهي: « إنه نهى عن شهادة الزور، ونهى عن كتمان الشهادة وقال: من كتمها أطعمه الله لحمه على رؤوس الخلائق، وهو قول الله عز وجل: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (٣).

والمستفاد من هذه الأخبار وغيرها كونهما معاً من الكبائر، نعم، بينهما فرق

ص: ٨١٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٥/٤. كتاب الشهادات، الباب ٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٣/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢.

من حيث الضمان، فقد دلت النصوص بصراحه على ضمان شاهد الزور (١)، ولا نص - ظاهراً - في ضمان من كتم الشهاده.

إذن، يحرم كتمان الشهاده، ويجب أدائها. . . ويحرم الشهاده بغير حق. . . لكن قبولها يتوقف على أن تكون « عادله » .

ص: ٨١٨

(١ - ١) راجع وسائل الشيعه: ٢٧. كتاب الشهادات، الباب ١٠ و ١١.

وإن الملاك في الشهاده وقبولها كونها « شهاده عادله » ، ولا تكون الشهاده عادله إلا إذا جمعت شرائط القبول المقرره في الفقه الجعفرى من جميع الجهات: من جهه صفات الشهود، ومن جهه طريق حصول الشهاده، ومن جهه العدد، ومن جهه كون الشهاده شهاده فرع أو أصل، ومن جهه الحالات الطارئه على الشاهد... .

أما من جهه الصفات والخصوصيات التي يعتبر وجودها أو عدم وجودها في كل شاهد، فإن الشهاده العادله هي شهاده المسلم المؤمن العادل غير المتهم الذي لا يجزّ بها نفعاً إلى نفسه، ولا يستدفع بها ضرراً عن نفسه.

ومن فروع ذلك: عدم قبول شهاده رفقه الطريق على اللصوص، وعدم قبول شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، وعدم قبول شهاده السيد لعبده المأذون... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الأول من الكتاب.

وأما من جهه طريق حصول الشهاده، فقد تقرر أن الضابط في الشهاده هو « العلم » ، ثم بحث علماؤنا عن طريق حصول هذا الضابط، فأى شىء يكفى فيه المشاهده؟ وأى شىء يكفى فيه السماع؟ وهل يثبت شىء بالشهاده المستنده إلى الإستفاضه؟ أو إلى اليد؟ أو غير ذلك؟ إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثانى من الكتاب.

وأما من جهة العدد، فإن العدد المعتبر يختلف بحسب اختلاف الموارد وإن كان المعتبر في كل مورد لم ينص فيه على عدد خاص هو «شهادة العدلين»، فالشهادة العادلة في مثل السرقة هي شهادة العدلين، وفي مثل الزنا شهادة أربعة رجال، وأما شهادة الواحد والامراتين، والواحد مع يمين المدعى، وشهادة النساء المنفردات، فلا تقبل في حقوق الله مطلقاً. والشهادة العادلة في مثل الطلاق من حقوق الناس هي شهادة العدلين، وفي مثل الدين منها: شهادة العدلين، شهادة الواحد والامراتين، الواحد ويمين المدعى. وفي مثل الولاده: شهادة العدلين، شهادة الواحد مع الامراتين، شهادة أربع نسوه، وذلك لأن الولاده مما يعسر أو لا يجوز اطلاع الرجال عليه غالباً، فقبلت فيها شهادة النساء منفردات. إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الثالث من الكتاب.

وأما من جهة كونها شهادة فرع، فإن الشهادة على الشهادة إنما تكون عادله فيما إذا كانت واجده للقوانين المقرره فيها، فإن الشهادة على الشهادة كيف تتحمل؟ ومتى تقبل؟ وفي أى موضع تقبل؟ وممن تقبل؟... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الرابع من الكتاب.

وأما من جهة الحالات الطارئه على الشاهد، فإن الشهادة العادلة هي الشهادة الواجده للقوانين المقرره، كما لو شهد الشاهدان فماتا، أو شهدا ثم فسقا، أو شهدا فرجعا... إلى غير ذلك مما بحث عنه في الباب الخامس من الكتاب.

تعريف الشهاده لغه وشرعاً

«الشهادات» جمع شهاده، يقال: شهد يشهد شهاده، وهى فى اللغه لمعان عديده كالعلم، والحضور، والرؤيه، والإعلام، والإخبار، والمعايينه.

واقترع جماعه من اللغويين على الحضور، قالوا: ومنه قوله تعالى: «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ» (١).

وقال ابن فارس: « (الشين والهاء والبدال) أصل يدلّ على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شىء من فروعه عن الذى ذكرناه، من ذلك: الشهاده، يجمع الاصول التى ذكرناها من الحضور والعلم والإعلام» (٢).

والمراد من الشهاده فى كتاب الشهادات هو: الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه فى الفارسيه « گواهى» يقال: شهد بكذا، أى أخبر به، فتكون الشهاده فى هذا الباب بمعنى الإخبار بما قد علم، سواء كان العلم حاصلًا باحدى الحواس الظاهرية، أو بغيرها.

فهذا الإعلام يتفرع على تحقق العلم وحصوله عن طريق الحضور، أو الرؤيه، أو غير ذلك، والشاهد يؤدى الأمر الحاصل عنده، ويبرزه، بلفظ: «أشهد...» .

وفى خبر عن مولانا الرضا عليه السلام: إن الحضور شهاده، فقد « سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانه طالق وقوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم: اشهدوا. أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده» (٣).

فتحصل من ذلك: أن «الشهاده» أمر غير «أداء الشهاده» ولذا يقال: هل يجب على الشاهد الشهاده أو لا؟ وأن الشهاده قد تكون وليس بعدها أداء، وأنها

ص: ٨٢١

١-١) سورة البقره ٢: ١٨٥.

٢-٢) معجم مقاييس اللغه ٣: ٢٢١.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٢: ٥٠/٢. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٢١، وهو خبر صحيح، ومثله فى الباب المذكور خبران آخران، وهى تدلّ على كفايه إسماع الصيغه.

تتحقق في الحق وغيره كالهلال، ومن غير الحاكم ومنه، وأن الروايه غير الشهاده.

فتعريفهم للشهاده شرعاً بأنها: « إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير حاكم» (١) لا يخلو عن نظر.

فالأولى: إيكال الأمر إلى العرف، ولا يبعد دعوى كون الشهاده عند أهل لعرف انشاءً لا إخباراً وإن كان ظاهر اللفظ كذلك، نظير قول البائع « بعث » ، بأن يكون قول القائل: « أشهد أن لا إله إلا الله » إنشاءً، لا أنه يخبر عن ثبوت الوجدانيه لله عزوجلّ عنده. فتأمل.

وكيف كان، فقد يعتبر في الشهاده التعدد، بخلاف الإخبار والروايه.

فإن كان للشهاده منشأ كانت صادقته، وإلا فهي كاذبه.

قال المحقق قدس سرّه: « والنظر في أطراف خمسّه:

ص: ٨٢٢

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ١٥٣، مستند الشيعة ١٨: ٩. عن المسالك، جواهر الكلام ٤١: ٧، قوانين الاصول: ٤٦٤.

إشاره

البلوغ * العقل * الإيمان * العدالة * ارتفاع التهمه طهاره المولد.

ص: ٨٢٣

الأول: البلوغ

إشاره

قال: « فلا تقبل شهاده الصبى ما لم يصبر مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرأ، وهو متروك » (١).

أقول: إن الأصل عدم قبول الشهاده مطلقاً، سواء الصبى وغيره، ولا بد للخروج عن هذا الأصل من دليل يقتضى القبول.

أما الصبى غير المميز، فلا دليل على قبول شهادته، بل الإجماع بقسميه قائم على عدم القبول، فإذا بلغ عشرأ فهو مميز غالباً، فقيل: تقبل شهادته مطلقاً، قال المحقق: « وهو متروك ». وأضاف فى (الجواهر): بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، وإن نسب (٢) إلى الشيخ فى النهايه، ولكنه وهم (٣).

ص: ٨٢٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.

٢-٢ (٢) المناسب إليه كما فى المسالك هو صاحب كشف الرموز، قال فى المسالك: وهو وهم، وإنما ذكر الشيخ فى النهايه قبول شهادته فى الجراح والقصاص خاصه، نعم، له بعد ذلك عباره موهمه لذلك إلا أن مرادها غيره. انتهى. واعترض فى الرياض على المسالك بأن الموجود فى كلام كاشف الرموز أن الشيخ فى النهايه حكى هذا القول، لا أنه حكاه عنه فيها وهذا نص عباره النهايه: « ويجوز شهاده الصبيان إذا بلغوا عشر سنين فصاعداً إلى أن يبلغوا، فى الشجاج والقصاص، ويؤخذ بأول كلامهم. ولا يؤخذ بآخره، ولا تقبل شهادتهم فيما عدا ذلك، من الديون والحقوق والحدود، وإذا أشهد الصبى على حق، ثم بلغ وذكر ذلك، جاز له أن يشهد بذلك، وقبلت شهادته، إذا كان من أهلها » (النهايه فى مجرّد الفتوى: ٣٣١).

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٩.

وقد اختلف عبارات الأصحاب في قبول شهادته، في خصوص الجراح والقتل. كما سيأتي.

الأخبار في شهادة الصبي

نعم، في (الجواهر) الاستدلال للقبول مطلقاً إذا بلغ عشرًا: بإطلاق الشهادة كتاباً وسنّه، وأولويه غير الدم منه، وقول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر طلحة ابن زيد (١).. .

... وخبر أبي أيوب الخزاز: سألت إسماعيل بن جعفر (٢).. .

وقد أجاب عن الإطلاق بأنه مخصوص بالتبادر وغيره بالبالغ، وعن الأولويه بمنعها، وعن الخبرين بضعف سنديهما وغير ذلك (٣).

قلت: أما الآيات، فقد جاء في بعضها لفظ « الرجل » كقوله تعالى: « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ » (٤) وبعضها يشتمل على الحكم الشرعي، والصبي غير مكلف، كقوله تعالى: « وَ لَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ » (٥) وبعضها مقيد بالعدالة كقوله تعالى: « وَ أَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ » (٦) والصبي لا يتصف بها، بناءً على اشتراط التكليف أو البلوغ في صحّ الاتصاف بها، ولو سلّم الإطلاق، فإن الآيه المعتبره للرجوليه صالحه للتقييد، وليس موردها بمخصص لها.

ص: ٨٢٦

- ١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
- ٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
- ٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ٩.
- ٤- ٤) (٥) سورة البقره ٢: ٢٨٢.
- ٥- ٥)
- ٦- ٦) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

وأما الأخبار فهي على طوائف:

فمنها ما هو مطلق، ومن ذلك:

١ - هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ» قال: قبل الشهادة. وقوله: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) قال: بعد الشهادة» (٢).

وهذا مطلق بغض النظر عما ذكرنا.

٢ - أبو الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام « في قوله تعالى: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (٣) قال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها» (٤).

٣ - جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « إذا دعيت إلى الشهادة فأجب» (٥).

٤ - سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن

ص: ٨٢٧

١-١ (١) سورة البقرة ٢: ٢٨٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/١. كتاب الشهادات، الباب ١.

٣-٣ (٣) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ١. وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح. و «محمد بن فضيل» مشترك، وقد وقع الخلاف بينهم في تعيين محمد بن الفضيل، الراوى عن أبي الصباح الكنانى. فراجع.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/٣. كتاب الشهادات، الباب ١. وهو عن الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر وهو ابن سويد عن القاسم بن سليمان، عن جراح. و «القاسم بن سليمان» و «جراح المدائني» غير موثقين، لكنهما من رجال كتاب كامل الزيارات.

يقول: لا أشهد لكم» (١).

٥ - داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا يَأْبُ الشَّاهِدُ أَنْ يَجِيبَ حِينَ يَدْعَى قَبْلَ الْكِتَابِ » (٢).

ومنها: ما يدلّ على عدم قبول شهادة الصبي مطلقاً، ومن ذلك:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: في الصبي يشهد على الشهادة فقال: « إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته » (٣).

٢ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها » (٤).

٣ - عبيد بن زرارة في حديث قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي يشهد على الشئ وهو صغير قد رآه في صغره ثم قام به بعدما كبر فقال: « تجعل شهادته نحواً (٥) من شهادة هؤلاء » (٦).

ومنها: ما يدلّ على القبول في خصوص القتل، أو مقيداً بقيد، مثل:

١ - جميل: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال:

ص: ٨٢٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٠/٥. كتاب الشهادات، الباب ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٠/٦. كتاب الشهادات، الباب ١. وفي طريقه « سهل بن زياد » وفيه الخلاف المعروف.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٢١.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢١. وفي إسناده « النوفلي » و « السكوني » وقد ذكرنا موجز الكلام فيهما في بعض حواشي كتاب القضاء.

٥- (٥) في التهذيب ونسخه من الوسائل « خيراً » .

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢١.

نعم، في القتل، يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه» (١).

وهذا الخبر صحيح على الأظهر (٢).

٢ - محمد بن حمران: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي، قال فقال: لا، إلا في القتل، يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني» (٣).

وهو معتبر عند بعضهم، خلافاً للجواهر تبعاً للمسالك (٤).

٣ - أبو أيوب الخزاز: « سألت إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين. قلت: ويجوز أمره؟ قال فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دخل بعائشه وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، وجازت شهادته» (٥)(٦).

وهذا الخبر ليس عن المعصوم فهو موقوف، لكن لا يبعد أن يكون له اعتباراً ما لجلاله قدر إسماعيل وشده حبّ أبيه الصادق عليه السلام له (٧)، إلّا أن ما

ص: ٨٢٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٢-٢) وهو: الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل، وفي قولنا « على الأظهر» إشاره إلى الخلاف في الخبر الذي في طريقه « إبراهيم بن هاشم» مع وثاقه غيره من رجاله.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٤-٤) وهو: الكليني عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن محمد بن حمران. ففي « محمد بن عيسى - وهو العبيدي -» خلاف بين الأعلام، وقد ذهب المحققون المتأخرون إلى توثيقه، فراجع جواهر الكلام ٤١: ١٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٦-٦) في طريقه: محمد بن عيسى عن يونس. وأما « أبو أيوب الخزاز» فهو ثقة. واسمه « إبراهيم» وذكر الشيخ الجدمامقاني وقوع الخلاف في اسم أبيه وفي لقبه، قال: « وفي اسم أبيه خلاف: إنه عيسى، أو عثمان أو زياد، كالخلاف في لقبه: إنه الخراز بزائين، أو الخراز براء قبل الألف وزاي بعدهما» .

٧-٧) الأخبار في حال إسماعيل ابن الإمام الصادق عليه السلام مختلفه، وقد بحث عنها الرجاليون سنداً ودلالة، وقد انتهى الكلام في تنقيح المقال ومعجم رجال الحديث إلى حسن الرجل وجلالته وشده حبّ أبيه عليه السلام له. ولكن في منع جلاله شأنه عن الفتوى بدون الأخذ من المعصوم تأمل كما في جامع المدارك (٦: ٩٨) .

يدلّ عليه، وهو التسويه بين الرجل والمرأه في الأحكام، وقبول الشهاده مطلقاً ممن بلغ عشر سنين، مخالف لما عليه الأصحاب، فهم معرضون عن هذا الخبر، وذلك يسقطه عن الاعتبار.

٤ - محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام في شهاده النساء: « لا تجوز شهادتهنّ إلا في موضع ضروره، مثل شهاده القابله. . . ومثل شهاده الصبيان على القتل، إذا لم يوجد غيرهم » (١).

وفي راويه « محمد بن سنان » خلاف معروف.

٥ - طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام: « شهاده الصبيان جائزه بينهم ما لم يفتروا أو يرجعوا إلى أهلهم » (٢).

و « طلحه بن زيد » عامي (٣).

الأقوال في شهاده الصبي

قال المحقق قدس سرّه: « واختلفت عبارات الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروي جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: تقبل شهادتهم في القتل، ويؤخذ بأول كلامهم، ومثله روى محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه

ص: ٨٣٠

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤. ويوجد في سنده من لا توثيق له.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٣-٣) وهو: الصدوق بإسناده إلى طلحه بن زيد. والظاهر صحه إسناد الصدوق إلى الرجل، وطلحه بن زيد عامي، قال الشيخ: كتابه معتمد. وهو من رجال كامل الزيارات.

السلام. وقال الشيخ في النهاية: تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص (١).

وقال في الخلاف: تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرّقوا، إذا اجتمعوا على مباح (٢).

والتهجم على الدماء بخير الواحد خطر، فالأولى الإقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكاً بموضع الوفاق» (٣).

أقول: مقتضى الجمع بين الأخبار التي ذكرناها هو القبول في القتل، إلا أن الشروط المعتبره فيه مختلف فيها كما سيأتي، وليس في شيء من الأخبار ذكر للجراح، إلا أن جماعه يذكرونه مع القتل كما في عباره المحقق، ولعله للأولويه، لكن إثباتها مشكل، وإلّا لزم القبول في جميع الامور، لوضوح أهميه القتل منها، اللهم إلا أن يكون الدليل عباره الشيخ في (النهايه) التي ذكرها المحقق، بناء على أن عباراتها متخذة من متون الأخبار، مؤيداً بخبر دعائم الإسلام (٤).

أمّا في (الخلاف)، فقد ذكر الجراح ولم يذكر القتل (٥)، وعليه المحقق في (النافع) (٦) بل هو معقد إجماع محكي (الخلاف) و (الانتصار) (٧)، فيكون هو الدليل العمده، لكن في (التحرير) و (الدروس) الإشتراط بأن لا يبلغ الجراح

ص: ٨٣١

١-١) النهاية: ٣٣١. وفيه: في الشجاج والقصاص.

٢-٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.

٤-٤) دعائم الإسلام ٢: ٤٠٨/١٤٢١.

٥-٥) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٦-٦) المختصر النافع: ٢٧٨.

٧-٧) جواهر الكلام ٤١: ١١.

ومختار المحقق هنا هو أولويّه الاقتصار على القبول في الجراح، معللاً بأن التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر.

إنما الكلام في الشروط المعتمده في القبول، فقد اختلفت عبارات الأصحاب فيها، تبعاً لاختلاف النصوص، فاعتبر الشيخ رحمه الله في (الخلاف) شرطين أحدهما: ما لم يتفرقوا، والثاني: إذا اجتمعوا على مباح (٢)، وزاد المحقق شرطاً ثالثاً وهو: بلوغ العشر، فنقول:

«أما « بلوغ العشر » فقد ذكر في الخبر عن إسماعيل فقط، وقد عرفت آنفاً حال هذا الخبر.

وأما « كون اجتماعهم على مباح » فلم نعثر على نص يقتضى اعتباره.

وأما « بقاء الاجتماع » فيدل عليه خبر طلحه بن زيد (٣)، لكنه ضعيف على المشهور (٤).

ولعل السبب في اعتبار هذا الشرط هو: أن الصبي يشهد بما سمع أو رأى كما هو الواقع والحقيقه، وإن كان في شهادته ضرر على أحد من أقرب الناس إليه، أما إذا رجع إلى أهله فيحتمل قوياً أن يلقنه أهله ما يخالف الواقع، ويشوهوا عليه الحقيقه.

فظهر بما ذكرنا عدم تماميه اعتبار شيء من الشروط الثلاثه المذكوره،

ص: ٨٣٢

١- (١) الدروس الشرعيّه ٢: ١٢٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٤٣ ٢٤٤.

٢- (٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٧٠، المسأله ٢٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٤- (٤) جامع الرواه: ١/٤٢١، رجال ابن داود: ٢٥١/٢٤٤، خلاصه الأقوال: ٣٦١/١.

بحسب النصوص الواردة في المقام (١)، لكن الظاهر من قول المحقق قدس سره « تمسكاً بموضع الوفاق » (٢) هو أن مقصوده طرح النصوص والرجوع إلى الإجماع، والمتيقن من الإجماع عنده هو الجراح بالشروط الثلاثة.

قلت: إن القدر المتيقن هو اعتبار « الأخذ بأول كلامهم » كما في خبري جميل ومحمد بن حمران، وعن جماعه كثيره من أصحابنا الأعيان (٣)، واعتبار قيد « الضروره »، كما في خبر محمد بن سنان (٤)، فلو أمكن الإستشهاد من بالغ عادل لم تقبل شهاده الصبي، وإلا- فتسمع، سواء « بقى الاجتماع » أو لا. ومن ذلك يظهر أن قوله « بينهم » في خبر طلحه (٥) بيان مصداق ل « الضروره » ولذا قال: « ومثل شهاده الصبيان على القتل إذا لم يوجد غيرهم » (٦).

ومن هذا الباب قبول أمير المؤمنين عليه السلام شهاده الغلمان وقضاؤه بالديه، فيما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام: « رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام سته غلمان كانوا في الفرات، فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، وشهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، فقضى بالديه ثلاثة أخماس على الاثنين وخمسين على الثلاثة » (٧) بناءً على كون المراد من الغلام في الخبر هو

ص: ٨٣٣

-
- ١-١) وتحصيل الإجماع بقطع النظر عن النصوص الواردة في المسألة مشكل جداً، وهل يمكن الإطمينان إلى هذا الإجماع مع وجود هذه النصوص الكثيره؟
- ٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٥.
- ٣-٣) المقنعه: ٧٢٧، الانتصار: ٥٠٦، الكافي في الفقه: ٤٣٦، النهايه: ٣٣١، السرائر ٢: ١٣٦.
- ٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.
- ٦-٦) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٧-٧) وسائل الشيعه ٢٩: ٢٣٥/١. أبواب موجبات الضمان، الباب ٢.

الصغير.

فهذا هو القدر المتيقن من دلالة الأخبار بعد الجمع بينها، وبه يظهر النظر في كلمات صاحب (الجواهر) في هذا المقام، كما بان لك النظر في كثير من الكلمات المسطوره في هذا المبحث. هذا كله في القتل.

وأما الجراح، فلا بد فيه من القطع بالملاك، حتى تتم الأولويّه، وذلك في غايه الإشكال، بل ظاهر خبر محمد بن حمران نفي الأولويه، حيث قال عليه السلام « لا إلا في القتل » (١)، اللهم إلا أن يقال بالجراح المنجرّ إلى القتل، لكن فيه: أن القتل قد يكون بلا جرح.

هذا، ولما كان موضوع النصوص هو « الصبي » ولا دليل على إلغاء الخصوصيه، فالظاهر اختصاص الحكم بشهادته دون « الصبيّه » فإنها تبقى على مقتضى الاصول والعمومات الدالّه على عدم قبول شهادتها، وبه صرح العلامة في (التحريم) (٢) والشهيد الثاني في (الروضه البهيّه) (٣) وغيرهما (٤).

ص: ٨٣٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٤٤.

٣-٣) الروضه البهيّه ٣: ١٢٥.

٤-٤) رياض المسائل ١٥: ٢٣٦.

قال المحقق قدس سرّه: «الثاني: كمال العقل، فلا تقبل شهاده المجنون إجماعاً. أما من يناله الجنون أدواراً، فلا بأس بشهادته في حال إفاخته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته» (١).

أقول: أما اعتبار كمال العقل في الشاهد وأنه لا- تقبل شهاده المجنون، فلا- يحتاج إلى إقامه الدليل عليه من الكتاب والسنة والإجماع (٢).

وكذا عدم قبول شهاده من يناله الجنون أدواراً في حال جنونه، لأنه كالمطبق، أما في حال إفاخته فلا مانع من قبول شهادته، لأنه في هذه الحاله كالعاقل، وتشمله أدلّه قبول الشهاده من الكتاب والسنة، لكن قبول شهادته يكون بعد استظهار الحاكم بما يكشف عن حضور ذهنه واستكمال فطنته، وإلّا

ص: ٨٣٥

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- (٢) ولئن كان ثمة اشكال في دلاله ما استدل به، من الكتاب والسنة، ففي الإجماع المصرّح به في كلام كثير من الأصحاب، محققاً ومنقولاً، وأنه يشترط في الشاهد العداله كما سيأتي، وتحققها في غير العاقل غير معقول كما في المستند، غنيّ وكفايه. وأما الاستدلال له بالسيره العقلانيه كما في مباني تكمله المنهاج () فقد استشكل عليه في جامع المدارك () بأن بعض الأشخاص له كمال الدقه والمتانه في بعض الامور وفي بعضها خارج عن طريق العقلاء، فمع الوثوق بالحفظ والضبط والاحتراز عن الكذب، بحيث يكون سكون النفس الحاصل من إخباره أقوى من السكون الحاصل من قول كثير من العقلاء العدول، الظاهر أن بناء العقلاء على الاعتماد بأخباره. قلت: الظاهر خروج من ذكره عن بناء العقلاء كما ذكر. لكن الكلام في المجنون المطبق.

طرح شهادته، بلا إشكال في ذلك كله وبلا خلاف كما في (الجواهر) (١).

وهل يكفي عدم الجنون في حال أداء الشهادة أو يشترط العقل في حال التحميل كذلك؟ صرح كاشف اللثام بالثاني (٢)، وصاحب (الجواهر) بالأول (٣)، لأن العدالة والضبط والتيقظ ترفع القدح فيه وإن كان قد تحملها في حال جنونه، مضافاً إلى تناول إطلاق أدله قبولها له.

قلت: لكن الأول أولى، فإنه ليس حال هذا المجنون حال الصبي المميز الذي تقبل شهادته لو أداها بالغاً، بل حاله حال الصبي غير المميز.

لا تقبل شهادة الساهي والمغفل

قال المحقق قدس سره: « وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشيء وأنسى بعضه، فيكون ذلك مغيراً لفائده اللفظ وناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به» (٤).

أقول: في (الجواهر) : على وجه يطمئن الحاكم بعدم غفلته فيما شهد به، ولو لكون المشهود به مما لا يسهى فيه، بل عبارته المتن والقواعد وغيرهما صريحه في اعتبار يقين الحاكم بذلك (٥)، لكنه لا يخلو من إشكال (٦). لكن الظاهر كون البحث

ص: ٨٣٦

- ١-١ (١) جواهر الكلام ٤: ١٥.
- ٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.
- ٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٥.
- ٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.
- ٥-٥ (٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٣، إيضاح الفوائد ٤: ٤١٨.
- ٦-٦ (٦) جواهر الكلام ٤١: ١٥.

لفظياً.

قال: « وكذا المغفل الذى فى جبلته البله، فربما استغلط لعدم تفتنه لمزايا الامور، والأولى الإعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجلى الذى يتحقق الحاكم استنبات الشاهد له، وأنه لا يسهو فى مثله» (١).

أقول: يدل عليه ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قوله عز وجل « مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » (٢) قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كل صالح مميّزاً ولا محصياً ولا كل محصل مميّز صالح» (٣)(٤).

ص: ٨٣٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٩/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

٤- ٤) هذا الخبر عن التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكرى عليه السلام، وفى إعتبار هذا التفسير خلاف بين العلماء، وقد استدل فى المستند لإلحاق المغفل بالمجنون بالتعليل الوارد فى الموثقه عن محمد بن مسلم فى عدم قبول شهاده السائل بكفه حيث قال عليه السلام: « لأنه لا يؤمن على الشهاده» وبمرسله يونس: « فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته. . . ». وفى الرياض عدم وجدان الخلاف بين المتأخرين فى هذا الحكم.

قال المحقق قدس سرّه: « الثالث: الإيمان، فلا تقبل شهاده غير المؤمن وإن اتصف بالإسلام لا على مؤمن ولا على غيره، لا تصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهاده» (١).

أقول: إن الإيمان بالمعنى الأخص الذى هو الإقرار بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام من الأوصاف المعتبره فى الشاهد بلا خلاف، فلا تقبل شهاده غير المؤمن بالمعنى المذكور وإن اتصف بالإسلام، لا على مؤمن ولا على غيره، إلا ما سيأتى.

وقد جعل المحقق دليل عدم القبول اتصاف غير المؤمن بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهاده، وفى (الجواهر): لا تصافه بالكفر فضلاً عن الفسق والظلم (٢).

لكن كفر غير المؤمن بالمعنى الأخص محلّ خلاف، فعلى القول به كما هو مذهب جماعه بل قد حكى بعضهم الإجماع عليه فالمطلب تام بلا إشكال.

واستدلّ صاحب (الجواهر) لعدم قبول شهاده غير المؤمن بعدم الخلاف بل عن جماعه الإجماع عليه، بل لعلّه من ضرورى المذهب فى هذا الزمان.

ص: ٨٣٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤٢: ١٦.

لكن فى المسأله خلاف من بعض المتأخرين.

□
واستدل رحمه الله بالأصل بعد اختصاص إطلاقات الكتاب والسنة ولو للتبادر وغيره بالمؤمن.

قلت: إن كانت الأدلة منصرفه عن المخالف أو لا تشملها إطلاقاتها، فالأصل تام، بل قد ذكرنا أن الأصل فى صورته الشك هو عدم قبول الشهاده مطلقاً.

قال: خصوصاً نحو «رَجِّـالِكُمْ» و «مِمَّنْ تَرَضُونَ» بناءً على المعلوم من مذهب الاماميه من اختصاص الخطاب بالمشافهين دون غيرهم، وليس المخالف بموجود فى زمن الخطاب. ولو سلم العموم، فقد عرفت الخبر المفسر لقوله تعالى: «تَرَضُونَ» برضا دينه، ولا ريب فى كونه غير مرضى الدين (١).

قلت: يشكل أن يكون الخطاب للمؤمنين الواقعيين، على أنه يقتضى عدم تكليف المخالفين بطائفه من الأحكام التكليفية الصادره بالخطابات.

ثم استدلل بالنصوص الوارده فى لعن المخالفين والدعاء عليهم، وأنهم «مجوس هذه الأمه» (٢) و «شر من اليهود والنصارى» (٣)، وأنهم «لغير رشده» (٤) ونحو ذلك (٥).

أقول: والعمده فى الاستدلال إسقاط المخالف عن العدالة، لعدم اعتقاده بالولاية، فإذا ثبت ذلك تم الاستدلال.

ص: ٨٣٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٦.

٢-٢) مستدرک الوسائل ١٢: ٣١٧/٢٤، عوالى اللئالى ١: ١٦٦/١٧٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ١: ٢٢/٥. أبواب الماء المضاف، الباب ١١.

٤-٤) شرح الأخبار ١: ٤٤٦/١٢٤، المناقب لابن شهر آشوب ٣: ٢٤٠.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٧.

ومذهب المحقق وجماعه صدق « الفاسق » و « الظالم » عليه (١). فإن كان المراد هو الصدق العرفي، فإن الفسق ليس من المفاهيم العرفيه التي يرجع في تشخيصها إلى أهل العرف. وأما في الشرع فالفسق، يتحقق بمعصيه الله، وتحقق ذلك من المخالف محلّ خلاف، فهل فعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه فسق؟ .

لا- إشكال في تحقق الفسق بحسب الواقع بفعل المعصيه مع الجهل بكونها معصيه، وأما بحسب الظاهر، فالشاهد الثاني في (المسالك) على العدم، فإنه بعد أن اعترف بأن ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الإيمان قال: وينبغي أن يكون هو الحجّه. ثم ذكر الاستدلال بصدق « الفاسق » و « الظالم » عليه، ثم قال: « وفيه نظر، لأن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصيه المخصوصه مع العلم بكونها معصيه، أما مع عدمه بل مع اعتقاد أنها طاعه بل من أمّهات الطاعات، فلا، والأمر في المخالف للحق في الاعتقاد كذلك، لأنه لا- يعتقد المعصيه، بل يزعم أن اعتقاده من أهم الطاعات، سواء كان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقليد، ومع ذلك لا يتحقق الظلم أيضاً، وإنما يتفق ذلك ممن يعاند الحق مع علمه به، وهذا لا- يكاد يتفق وإن توهمه من لا- علم له بالحال، والعامه مع اشتراطهم العداله في الشاهد يقبلون شهاده المخالف لهم في الاصول ما لم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلاً قطعياً بحيث يكون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصير.

والحق: إن العداله تتحقق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل، وسيأتي في شهاده أهل

ص: ٨٤٠

١- (١) تقدم عن المحقق. وانظر: مسالك الأفهام ١٤: ١٥٩، جامع المقاصد ٢: ٣٧٢، روض الجنان ٢: ٧٦٧، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٢٩٨، كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

الذمه في الوصيه ما يدل عليه.

وعلى ما ذكره المصنف من فسق المخالف، فاشتراط الإيمان بخصوصه مع ما سيأتي من اشتراط العدالة لا حاجه إليه، لدخوله فيه» (١).

وقد شدّد عليه النكير الأردبيلي (٢) وصاحب (الجواهر) (٣). وقال كاشف اللثام: هو من الضعف بمكان (٤).

وهو كذلك، ومواقع النظر فيه كثيره، ومنها استدلاله بقبول شهاده أهل الذمه في الوصيه، فإن قبول الشهاده لا يدل على العدالة، وعلى ما ذكره، لا- يبقى وجه لاشتراط الإيمان، بل المعتبر هو العدالة سواء اعتقد بالولايه بالإضافه إلى سائر اعتقاداته أو لا، فيكون « العادل » مثل « العاقل » إذ يصدق « العاقل » على من كانت أعماله مطابقه لحكم العقل، سواء كان مسلماً أو لا.

وإن أراد تحقق « العدالة » عنده بحسب اعتقاداته في ملته وكونه معذوراً، ففيه: إنه يخالف ظاهر قوله تعالى: « قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالاً * الَّذِينَ ضَلَّ سَبِيلَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعاً » (٥) إذ لا- فرق بين هؤلاء والكفار والمشركين في أنهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا.

والتحقيق: إن العذر يكون قبل تماميه الحجّه، وهذا ما يحكم به العقل ويرشد

ص: ٨٤١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٠.

٢-٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٠١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٨.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٢٧٢.

٥-٥) سوره الكهف ١٨: ١٠٤.

إليه قوله عز وجل «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (١) لكن الحجّة قد تَمَّت (٢)؛ و «قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ» (٣) فالمخالفون فاسقون لا سيّما وأن أكثرهم متعصبون ومعاندون، وفي الخير: «نحن الذين فرض الله طاعتنا، لا يسع الناس إلا معرفتنا، ولا يعذر الناس بجهالتنا، من عرفنا كان مؤمناً، ومن أنكرنا كان كافراً، ومن لم يعرفنا ولم ينكرنا كان ضالّاً حتى يرجع إلى الهدى الذى افترض الله عليه من طاعتنا الواجبه، فإن يمت على ضلّالته يفعل الله به ما يشاء» (٤).

ويدلّ هذا الخبر - كغيره من الأخبار المستفيضه - على أن المخالفين معاقبون وأن جميعهم مقصرون، وإليك نصوص بعضها:

١- محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كلّ من دان الله عزوجل بعباده يجهد فيها نفسه ولا إمام له من الله، فسعيه غير مقبول، وهو ضال متحير، والله شانى لأعماله، ومثله كمثل شاه ضلّت عن راعيها وقطيعها فهجمت ذاهبه وجائيه يومها، فلما جنّ الليل بصرت بقطيع مع غير راعيها... والله يا محمد: من أصبح من هذه الأئمه لا إمام له من الله عزوجلّ، ظاهراً عادلاً، أصبح ضالّاً تائهاً، وإن مات على هذه الحال مات ميتة كفر ونفاق. واعلم يا محمد أن أئمه الجور وأتباعهم لمعزولون عن دين الله، قد ضلّوا وأضلّوا، فأعمالهم التى يعملونها

ص: ٨٤٢

١-١) سورة الإسراء ١٧: ١٥.

٢-٢) وأى حجه أتم وأكمل مما ورد فى خصوص الولاية كتاباً وسنه؟ ناهيك بحديث الغدير الذى فاق حدّالتواتر بأضعاف مضاعفه عند المسلمين ودل على الامامه والولاية بكلّ وضوح باعتراف المخالفين، وإن شئت الوقوف على طرف من طرق هذا الحديث، والاطلاع على جانب من وجوه دلّالته، فراجع الأجزاء ٦ - ٩ من كتابنا (نفحات الأزهار فى خلاصه عبقّات الأنوار فى إمامه الأئمه الأطهار) وكتاب (الغدير).

٣-٣) سورة البقره ٢: ٢٥٦.

٤-٤) الكافى ١: ١١/١٤٤. باب فرض طاعه الأئمه.

«كَرَّمَا دِ اشْتَدَّتْ بِهِ الرِّيحُ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ لَا يَقْدِرُونَ مِمَّا كَسَبُوا عَلَيَّ شَيْءٌ ذَلِكُمْ هُوَ الضَّلَالُ الْبَعِيدُ» (١).

٢- ابن أبي نصر، عن أبي الحسن عليه السلام « في قول الله عز وجل «وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ» (٢) قال: يعني من اتخذ دينه ورأيه بغير إمام من أئمة الهدى» (٣).

٣- عبد الله بن أبي يعفور في حديث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « لا دين لمن دان الله بولايه إمام جائر ليس من الله، ولا عتب على من دان بولايه إمام عادل من الله. قلت: لا- دين لأولئك ولا- عتب على هؤلاء؟ قال: نعم، لا دين لأولئك، ولا عتب على هؤلاء، ثم قال: ألا تسمع لقول الله عز وجل «اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ» (٤) يعني ظلمات الذنوب إلى نور التوبه والمغفره لولايتهم كل إمام عادل من الله. وقال «وَالَّذِينَ كَفَرُوا أُولَئِكَ لَهُمُ الظُّلُمَاتُ يُخْرِجُونَهُم مِّنَ النُّورِ إِلَى الظُّلُمَاتِ» (٥) إنما عنى بهذا أنهم كانوا على نور الإسلام، فلما أن تولوا كل إمام جائر ليس من الله عز وجل، خرجوا بولايتهم من نور الإسلام إلى ظلمات الكفر، فأوجب الله لهم النار مع الكفار، فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» (٦).

ص: ٨٤٣

١-١ (١) الكافي ١: ٣٠٦/٢. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٢-٢ (٢) سورة القصص ٢٨: ٥٠.

٣-٣ (٣) الكافي ١: ٣٠٦/١. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٤-٤ (٤) سورة البقره ٢: ٢٥٧.

٥-٥ (٥) سورة البقره ٢: ٢٥٧.

٦-٦ (٦) الكافي ١: ٣٠٧/٣. باب فيمن دان الله بغير إمام من الله.

٤ - الحارث بن المغيرة: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من مات لا يعرف إمامه مات ميتة جاهليه؟

قال: نعم.

قلت: جاهليه جهلاء أو جاهليه لا يعرف إمامه؟ .

قال: جاهليه كفر ونفاق وضلال» (١).

نعم، مع إظهارهم الشهادتين يشكل القول بنجاستهم كما عن بعض الأصحاب (٢)، وقد كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يعاشرهم ويعاملهم معاملة الاسلام، ولا ينافى ذلك كونهم كفاراً في الواقع.

والحاصل: أنه لا تقبل شهاده غير المؤمن الاثني عشرى مطلقاً.

قبول شهاده الذمى فى الوصيه

قال المحقق: « نعم، تقبل شهاده الذمى خاصه فى الوصيه إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها، ولا يشترط كون الموصى فى غربه، وباشترطه روايه مطرحة» (٣).

ذكر نصوص المسأله

اشاره

أقول: ينبغى أن نورد أولاً النصوص الوارده فى المسأله، ثم نتعرض لجهات البحث فيها:

ص: ٨٤٤

١-١) الكافى ١: ٣٠٨/٣ باب من مات وليس له إمام.

٢-٢) انظر كشف اللثام ١: ٤١٠، إيضاح الفوائد ١: ٢٧، جواهر الكلام ٦: ٥٨ ٥٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

فى الوسائل باب: [قبول شهادة المسلم على الكافر وعدم جواز قبول شهادة الكافر عليه ولو ذمياً عدا ما استثنى]:

□
١ - أبو عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمّة [الملل] على المسلمين » (١).

□
٢ - سماعة قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملّة، قال: فقال: لا تجوز إلّاعلى ملّتهم... » (٢).

وفى باب: [أن الكافر إذا أشهد على شهادة ثم أسلم فشهد بها قبلت] روايات نذكر بعضها. ولا يخفى أنه لا إطلاق لهذا العنوان، لأنه فى مقام بيان أنه لا تلحظ حاله السابقه مع تحقق الإسلام حين أداء الشهاده، فلا وجه للاستدلال بأخبار هذا الباب على قبول شهادة المسلم مطلقاً. ومن أخبار هذا الباب:

١ - صفوان بن يحيى: « إنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أتجوز شهادته بعد أن يفارقه؟ قال: نعم، قلت: فيهودى أشهد على شهادة ثم أسلم أتجوز شهادته؟ قال: نعم » (٣).

□
٢ - محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألت عن نصرانى أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، هو على موضع شهادته » (٤).

٣ - محمد بن مسلم عن أحدهما: قال: « سألت عن الصبى والعبد والنصرانى

ص: ٨٤٥

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٦/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٧/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

يشهدون شهادة فيسلم النصراني، أتجوز شهادته؟ قال: نعم» (١).

□
٤ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: اليهودي والنصراني إذا شهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» (٢).

٥ - إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: « إن شهادة الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم» (٣).

وفى باب [قبول شهادة اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم على الوصيه فى الضروره]:

□
١ - الحلبي قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام هل تجوز شهادة أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤).

وهذا الخبر مخصص لما تقدم، وهو مطلق غير مقيد بالوصيه.

□
٢ - أحمد بن عمر قال: « سألته عن قول الله عز وجل: «ذَوَا عَيْدٍ مِّنْكُمْ أَوْ أَوْخِيَانٍ مِّنْ غَيْرِكُمْ» (٥) قال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فممن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: سَنُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَذَلِكَ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ بِأَرْضِ غَرْبِهِ

ص: ٨٤٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٨/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/٨. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٥-٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب» (١).

ويفيد هذا الخبر وجود خصوصيه في أهل الكتاب، فلا تقبل شهاده غيرهم من الكفار.

٣ - هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل: «أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» فقال: إذا [إن] كان الرجل في أرض غربه ولا يوجد فيها مسلم، جازت شهاده من ليس بمسلم في [على] الوصيه» (٢).

و إطلاق « من ليس بمسلم » يقيد بما دلّ على اشتراط كونه من أهل الكتاب، وقوله « في الوصيه » يقيد إطلاق ما دلّ على القبول مطلقاً.

٤ - سماعه: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده أهل المله. قال: فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٣).

وهذا أيضاً مقيد بالوصيه. اللهم إلا أن يؤخذ بعموم التعليل في « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد » فلا يختص القبول بها.

وفي باب [ثبوت الوصيه بشهاده مسلمين عدلين وبشهاده ذميين مع الضروره وعدم وجود المسلم]:

١ - ضريس الكناسي: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل، هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيه، لأنه لا

ص: ٨٤٧

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٢ - ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيته» (١).

٢ - أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» (٢) قلت: ما آخران من غيركم؟ قال: هما كافران. قلت: ذوا عدل منكم. قال: مسلمان» (٣).

٣ - الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل تجوز شهاده أهل مله من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤).

٤ - حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: «ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» قال فقال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه، فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته، فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (٥).

٥ - يحيى بن محمد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل «أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا...» (٦) قال: اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم

ص: ٨٤٨

- ١-١) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
- ٢-٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.
- ٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/٢. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
- ٤-٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
- ٥-٥) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
- ٦-٦) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سنّ فيهم سنّه أهل الكتاب في الجزية، وذلك إذا مات الرجل في أرض غربه فلم يوجد مسلمان. . .» (١).

وفي خبر سعد بن عبد الله في (بصائر الدرجات) عن المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام في كتاب إليه قال: «وأما ما ذكرت أنهم يستحلون الشهادات بعضهم لبعض على غيرهم، فإن ذلك لا يجوز ولا يحلّ، وليس هو على ما تأولوا إلّالقول الله عزوجل ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ. . .﴾ وذلك إذا كان مسافراً، فحضره الموت، أشهد اثنين ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد فأخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته. . .» (٢).

هذه طائفة من أخبار المسأله ذكرناها بقدر الحاجة.

قال المحقق: «تقبل شهاده الذمى خاصه فى الوصيّه إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها» (٣).

أقول: قيد المحقق قبول شهاده غير المؤمن بثلاثة قيود:

الأول: كونه ذمياً، وقد احترز بقوله: «خاصه» عن غيره.

والثانى: فى الوصيّه، وقد احترز به عن غيرها.

والثالث: إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

وفى الأخبار المذكوره ما يدلّ على كلّ واحد من هذه القيود، كما لا يخفى.

وتفصيل الكلام فى هذه المسأله يكون بالبحث فى جهات:

ص: ٨٤٩

١-١) وسائل الشيعه ١٩: ٣١١/٦. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٣/٨. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١ - هل تقبل شهادة الذمي في الوصيه بالولاية؟

الظاهر: أنه تقبل شهادة الذمي في الوصيه في الأموال والولاية.

لكن في (المسالك): في الأموال. قال: والحكم مختص بوصيه المال، فلا تثبت الوصيه بالولاية المعبر عنها بالوصايه، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده (١).

قلت: لا يوجد في الروايات ما يمكن أن يستظهر منه التقييد بالأموال إلّا جملة: « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد » بدعوى عدم كون الولاية ونحوها من الحقوق. ولعله المراد من قول الأردبيلي: إنه يشعر بذلك بعض الروايات (٢).

ولكن الظاهر شمول « الحق » في الروايه لحق الوصايه أيضاً.

٢ - هل تقبل شهادة الذمي خاصة أو تقبل من مطلق أهل الكتاب؟

الظاهر الإتفاق على عدم قبول شهادة الكافر الحربى وغير الكتابى، وقد عرفت دلالة بعض الأخبار المذكوره على القبول من غير تقييد بالذمي، نعم، جاء في خبر حمزه بن حرمان حيث قال عليه السلام « أشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما » (٣).

لكن قيل: بأنه ضعيف سنداً فلا يصلح للتقييد (٤).

ص: ٨٥٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣.

٢-٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٠٧.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٢/٧.

٤-٤) مباني تكمله المنهاج: فإن حمزه بن حرمان لم يرد فيه توثيق ولا مدح، فالخبر ضعيف وعمل الأصحاب غير جابر فالذميه غير معتبره (١ : ٢٦٠). قلت: وينبغي أن يضاف إلى ذلك عدم دلالة روايه أصحاب الإجماع على الوثاقه، فقد ذكروا روايه صفوان وابن أبى عمير عنه. فتأمل.

إلا أن عمل الأصحاب بل الإجماع كما قيل، يجبر ضعفه عندنا، واحتمال أنهم قد أفتوا بذلك لا عملاً بالخبر، بل لعلهم فهموا خصوص الذمي من أخبار المسأله، ضعيف جداً، خصوصاً مع التصريح المذكور في خبر حمزه بن حمران.

وأما التقييد به في خبر الحلبي، فقد جاء في السؤال حيث قال: « هل تجوز شهادة أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ » (١) على أنه لا تعرض في الجواب للوصية.

فالحاصل، اختصاص القبول بالذمي خاصة، لخبر حمزه المنجبر بالعمل.

٣ - إختصاص القبول بالوصية

إن قبول شهادة الذمي مختص بالوصية، كما دلّ عليه قوله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ . . . » (٢).

وكذا أخبار المسأله بعد تقييد مطلقاتها بمقيداتها، بل عليه الإجماع بقسميه في (الجواهر) (٣).

٤ - هل يتقدّم المسلمان الفاسقان على الذميين؟

قد عرفت قول المحقق: « إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها » (٤).

ص: ٨٥١

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٩/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٢-٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

وفى (الجواهر): لا يلحق بأهل الذمه فساق المسلمين فى الحكم المزبور، لحرمة القياس عندنا (١).

لكن عن العلامة فى (التذكرة): « لو وجد مسلمان فاسقان، فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانة، فالأولى أنهما أولى من أهل الذمه، ولو كان فسقهما يتضمن اعتماد الكذب وعدم التحرز عنه فأهل الذمه أولى» وقال أيضاً: « ولو وجد مسلمان مجهولاً العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذمه» (٢).

ومال إليه فى (المسالك) (٣).

أقول: الأولويه التى ذكرها متوقفه على القطع بالملاك، وحصوله مشكل جداً، لا سيما مع اشتراط العدالة فى الكافر الذمى على مذهبه، كما هو مدلول بعض الأخبار، إذ لا يخفى أن الصالح فى مذهبه مقدّم على المسلم الفاسق، لا سيما غير المتحرز عن الكذب.

وإن كان دليل ما ذهب إليه هو الأخذ بعموم التعليل فى قوله عليه السلام « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٤) ففيه:

أولاً: إن مقتضى عموم التعليل هو القبول فى غير الوصيه أيضاً، وهذا لا يقول به أحد، اللهم إلّا أن يقال: بأن فى الوصيه خصوصيه تقتضى القبول وليست فى غيرها، وهى موت الشخص الموصى، فإنه إذا لم تقبل الشهاده على وصيته ضاع حقه، ولا طريق آخر إلى إثباته.

ص: ٨٥٢

١- (١) جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء: ٢/٥٢٢. (حجرى)، جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣، جواهر الكلام ٤١: ٢١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

وثانياً: إن الإستدلال المذكور يتوقف على كون الجملة المذكوره عله لا حكمه.

هذا، مع أن صريح الآيه الكريمة اشترط العدالة في الشاهدين المسلمين.

٥ - هل تقبل شهادة المسلم العدل الواحد مع ذمى واحد؟

قد يقال بذلك، ووجهه الأولويه في القبول من الذميين.

وفيه: إنه يتوقف على القطع بالملاك كما تقدم.

٦ - هل يشترط كون الموصى في غربه؟

قال المحقق: « ولا يشترط كون الموصى في غربه، وباشترطه روايه مطرحة » (١).

أقول: في هذه الجبهه قولان، وظاهر الآيه الكريمة: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْمَأْرُضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ » (٢). كون الموصى مسافراً، فالجملة شرطيه ومفهومها حجه، وبه أخذ جماعه، كالشيخ في (المبسوط) (٣) وابن الجنيد (٤) وأبى الصلاح الحلبي (٥)، بل ربما يفهم من بعضهم

ص: ٨٥٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١-٢ (٢) سورة المائده ٥: ١٠٦.

٣-٣ (٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٧.

٤-٤ (٤) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٧. عن ابن الجنيد.

٥-٥ (٥) الكافي في الفقه: ٤٣٦.

الإجماع عليه كما في (الجواهر) (١).

والإشتراط صريح أخبار أحمد بن عمر (٢)، وهشام بن الحكم (٣)، وحمزة بن حرمان (٤)، وقد جاءت الأخيره في (المسالك) و (الجواهر) وغيرهما بلفظ « إنما ذلك إذا كان الرجل المسلم في أرض غربه» (٥) أي بكلمه « إنما» الداله على الحصر، وهى غير موجوده فى الوسائل (٦).

وكيف كان، فإن الجملة شرطيه، ومفهومها حجه، والسند فى الأولين تام بلا كلام، فلا وجه للطرح، ودعوى الإجماع على عدم الاشتراط غير تامه.

ودعوى ورود ذلك مورد الغالب كما فى (الجواهر) (٧)، كما ترى، إذ لا تدخل أداه الحصر « إنما» ولا تجئ الجملة الشرطيه حيث يكون القيد وارداً مورد الغلبه.

نعم، لو كانت الجملة « لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» تعليليه، أمكن رفع اليد بها عن قيد « السفر» بناءً على تقدّم عموم العله على المفهوم، لكن فى ظهور الجملة المذكوره فى التعليل تأمل.

ص: ٨٥٤

-
- ١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.
 - ٤-٤) وسائل الشيعه ١٩: ٣١٢/٧. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.
 - ٥-٥) المسالك: ١٤/١٦٢، جواهر الكلام ٤١: ٢٠.
 - ٦-٦) كلمه « إنما» موجوده فى الكافى. راجع الكافى ٧: ٣٩٩/٨.
 - ٧-٧) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.

قال العلامة في (التحرير): «الأقرب إحلاف الشاهدين على ما تضمنته الآية (١)، ولم أجد من قال بذلك» (٢).

وفي (المسالك): «ظاهر الآية إحلاف الذمي بعد العصر بالصورة المذكورة في الآية، وهو إنهما ما خانا ولا كتما شهادة الله ولا اشتريا به ثمناً قليلاً ولو كان ذا قربي، واعتبر العلامة أيضاً في التحرير، ولا ريب في أولويته، إذ لا معارض له، وعمومات النصوص غير منافية له» (٣).

واقصر المقداد في (التنقيح) على ذكر قول العلامة حيث قال: «وهل يشترط الإحلاف؟ قال العلامة: نعم، عملاً بظاهر الآية، ولم يذكر غيره ذلك» (٤).

وعلى هذا، فوجه نسبه القول بعدم الاشتراط إلى المشهور في (الروضة) هو عدم تعرّض القدماء لهذه المسألة، إذ لو اشترطوا لذكروا.

وكيف كان، فالأقرب ما ذهب إليه العلامة عملاً بظاهر الآية المباركة، وقد روى في شأن نزولها الخبر الآتي: محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن رجاله - رفعه - قال: خرج تميم الداري مسلماً وابن بندي وابن أبي ماريه نصرانيين، وكان مع تميم الداري خرج له فيه متاع، وآنيه منقوشه بالذهب، وقلاده، أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتلّ تميم الداري عله شديده، فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندي وابن أبي ماريه، وأمرهما أن يوصلاه إلى ورثته.

فقدما إلى المدينة وقد أخذنا من المتاع الآنيه والقلاده، فقالوا لهما: هل مرض

ص: ٨٥٥

١-١ (١) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٤٦.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٣.

٤-٤ (٤) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٧.

صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقه كثيره؟ قالوا: لا، ما مرض إلا أياماً قلائل. قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا؟ قالوا: لا. قالوا: فهل أتجر تجاره خسر فيها؟ قالوا: لا. قالوا: فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه، آنيه منقوشه بالذهب مكلله بالجواهر، وقلاده. فقالوا: ما دفع إلينا فأديناه إليكم. فقدّموهما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فأوجب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليهما اليمين فحلفا، فخلّا عنهما.

ثم ظهرت تلك الآنيه والقلاده عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا: قد ظهر على ابن بندي وابن أبي ماريه ما ادّعيناه عليهما. فانتظر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الحكم من الله في ذلك، فأنزل الله تبارك وتعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ» (١) فأطلق الله شهاده أهل الكتاب على الوصيه فقط، إذا كان في سفر ولم يجد المسلمين، «فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ رَزَقْتُمُنَّ لَابَشْرٍ بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكُفُّمْ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثَمِينَ» (٢) فهذه الشهاده الاولى التي جعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «فَإِنْ عُرِّرَ عَلَيْهِمُ أَنْهَمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا» (٣) أي: إنهما حلفا على كذب «فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا» (٤) يعنى من أولياء المدعى «مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ

ص: ٨٥٦

١-١ (٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

٢-٢

٣-٣ (٤) سورة المائدة ٥: ١٠٧.

٤-٤

بِاللَّهِ» (١) يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما، فإنهما قد كذبا فيما حلفا بالله «لَشَهَادَتِنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا وَ مَا اعْتَدَيْنَا إِلَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ» (٢).

فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على ما أمرهم، فحلفوا، فأخذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القلادة والآنيه من ابن بندى وابن أبى ماريه، وردّهما على أولياء تميم الدارى. «ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ» (٣)(٤).

هذا، وليس فى القصه ذكر للوصيه، فإن مورد نزول الآيه بالنظر إلى هذه الروايه هو النزاع فى مال الميته، فكيف نقول باختصاص القبول بالوصيه؟ ولماذا لا نقبل الشهاده فى نظير مورد نزول الآيه، كما لو سافر مسلم مع ذميين ثم مات المسلم، فاتّهم وليه الذميين بأنهما قتلاه، فشهد ذميان آخران على أنه مات حتف أنفه؟ هذا فيه تأمل.

ثم إنه لم يتعرّض أحد فيها لعلم للبحث فى أنه هل يشترط فى الإحلاف الإرتياب أو لا؟ وظاهر الآيه هو الإشتراط. إذن، تكون شهادتهما مقبولة مالم يحصل ارتياب، فإن حصل فمع اليمين «فإن عثر على أنّهما استحقا إثمًا فأخراّن يقومان مقامهما...» .

٨ - ما المراد من (الضرورة) ؟

جاء فى (الوسائل) قيد الضروره لقبول شهاده الذميين فى الوصيه (٥)، فهل

ص: ٨٥٧

١-١) سورة المائده ٥: ١٠٧.

٢-٢) سورة المائده ٥: ١٠٧.

٣-٣) سورة المائده ٥: ١٠٨.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٤/١. كتاب الوصايا، الباب ٢١.

٥-٥) وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٩.

المراد منها كون المسلم في سفر، أو المراد كون الوصيه ضروريه، أى لازمه، كالامور الواجبه شرعاً وحقوق الناس، فلو كانت في أمور جزئيه أو مستحبه فلا- تقبل شهادتهما؟ الظاهر: إن المراد هو الأول، وإن كان الصحيح عدم الحاجه إلى إضافه هذا القيد حينئذ، وعليه، فتقبل شهادتهما وإن كانت الوصيه في أمور غير واجبه شرعاً.

٩ - هل يشترط في القبول عدم من يقوم مقام المسلمين؟

الأقوى بمناسبه الحكم والموضوع هو الإشتراط، فإن وجدت أربع نسوه مسلمات فلا تصل النوبه إلى الذميين، كما أن شهاده المسلم الواحد تقبل مع اليمين في المال كما ذكرنا في كتاب القضاء فيتقدم حينئذ على الذميين، بإلغاء خصوصيه «الرجلين» لمناسبه الحكم والموضوع، وهو الموافق للإعتبار.

ومع الشك في التقدم، يكون المرجع العمومات الدالّه على عدم قبول شهاده غير المسلم.

طريق ثبوت الإيمان في الشاهد

قال المحقق قدّس سرّه: «ويثبت الإيمان بمعرفه الحاكم أو قيام البيّنه أو الإقرار» (١).

أقول: قال في (المسالك): مرجع الثلاثه إلى الإقرار، لأن الإيمان أمر قلبى لا- يمكن معرفته إلّامن معتقده بالإقرار، ولكن المصنف اعتبر الوسائط بينه وبين

ص: ٨٥٨

وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: وفيه: إنه وإن كان أمراً قليلاً، لكن له آثار ولو أزم يمكن بها معرفته بدون الإقرار، كما هو مشاهد في كثير من الناس، بل السيره القطعيه عليه، كغيره من الامور الباطنه، ولهذا قال المصنف ما سمعت، لا لما ذكره، والأمر سهل (٢).

قلت: لكن هنا بحث آخر وهو: إنه إذا كان الإقرار من شرائط الإيمان، وأنه إذا لم يقر فليس بمؤمن، فإن الآثار لا تترتب وإن كان الإيمان الباطني معلوماً بآثاره، كما أنه إذا جحد بلسانه عدّ كافراً وإن كان مستيقناً قلبه. نعم، لو كان الإيمان هو الاعتقاد الباطني فحسب، أمكن ترتيب الأثر عليه مع العلم به بآثاره.

وأما إذا كان الإقرار شرطاً للإيمان أو جزءاً، كان مرجع الامور الثلاثه إلى الإقرار كما ذكر الشهيد الثاني، فإن أقرّ وعلم بعد اعتقاده الباطني كان منافقاً، وتجرى في حقه أحكام الإسلام دون الإيمان، وإن أقرّ ولم يعلم بعدم اعتقاده ولم يكن متهماً في إقراره، كان إقراره طريقاً إلى معرفه اعتقاده، وترتب أحكام الإيمان من قبول الشهاده ونحوه وإن لم يكن هناك شيء من آثار الإيمان. وعلى هذا، فلو أقرّ ووجد منه آثار الصدق والخير فلا حاجه إلى البيّنه.

فتلخص: قبول شهاده المؤمن الجامع لشرائط القبول على جميع الناس ولجميع الناس، ويدلّ عليه بالإضافه إلى الإجماع طائفه من الأخبار.

وفي (الجواهر) إن لقوله تعالى: «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا

شُهَدَاءَ عَلَي النَّاسِ» (١) إشعاراً بذلك (٢).

أى: إن الآية الكريمة وإن كانت ناظره إلى شأن هذه الأمة في الآخرة كما في بعض الأخبار - (٣) إلا أن ذلك لا ينافي الاستفادة منها لما نحن فيه، ولذا قال: إن فيها إشعاراً به.

وأما الكافر الحربى، فلا تقبل شهادته على أحد ولو كان من أهل ملته، فضلاً عن المسلمين، للإجماع.

هل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟

قال المحقق: « وهل تقبل شهادة الذمى على الذمى؟ قيل: لا وكذا لا تقبل على غير الذمى، وقيل: تقبل شهادة كل مله على ملتهم، وهو استناد إلى روايه سماعه، والمنع أشبه» (٤).

أقول: هنا أقوال:

أحدها: عدم قبول شهادة الذمى على الذمى وغير الذمى، فى الوصيه وغير الوصيه، والقائل به المشهور كما فى (الجواهر) ، بل عن جماعه الإجماع على عدم قبولها على المسلم فى غير الوصيه (٥).

والثانى: قبول شهادة أهل كل مله على ملتهم، والقائل به الشيخ فى محكى

ص: ٨٦٠

١-١ (١) سورة البقره ٢: ١٤٣.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

٣-٣ (٣) الكافى ١: ١٤٦/٢ و ١٤٧/٤. باب إن الأئمه شهداء الله على خلقه. □

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

(الخلافة) (١) و (النهاية) (٢)، بل عن الأول نسبته إلى أصحابنا ولكن مع اشتراط الترفع إلينا (٣)، لروايه سماعه: قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الملة؟ قال فقال: لا تجوز إلا على ملتهم » (٤).

وعن كاشف اللثام: « هو قوى، إلزاماً لأهل كل ملة بما تعتقده، وإن لم يثبت عندنا، لفسق الشاهد وظلمه عندنا » (٥).

والثالث: قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض وإن اختلف الملتان مع العدالة في دينهم. والقائل به أبو على الإسكافي (٦) لروايه ضريس الكناسي (٧)، وروايه الحلبي ومحمد بن مسلم (٨) المذكورتين سابقاً.

وعن كاشف اللثام: « وهو قوى إذا كان الشاهد ذمياً والمشهود عليه حربياً، كما هو ظاهر الخبر، لصحته، ولأن علينا رعايه الذمه، فلا علينا أن نحكم لهم بشهادتهم على أهل الحرب » (٩).

واختار في (الجواهر) القول الأوّل، وفاقاً للمحقق والمشهور، لأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها معلوميه اشتراط الإسلام والإيمان والعدالة في

ص: ٨٦١

١- (١) كتاب الخلافة ٦: ٢٧٣، المسألة ٢٢.

٢- (٢) النهاية: ٣٣٤.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٣ ٢٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٠.

٥- (٥) كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

٦- (٦) جواهر الكلام ٤١: ٢٢.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٨- (٨) وسائل الشيعة ١٩: ٣١٠/٣. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٩- (٩) كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

الشاهد، المعلوم انتفاؤها إجماعاً في الفرض (١).

وقد أجاب عن خبري الحلبي والكناسي بأنهما مع عدم دلالتهما على تمام المدعى، بل الثاني منهما لا يوافق إطلاق أبي على محمولين على إرادته بيان قبول خصوص شهادتهم على المسلم في خصوص الوصيه كما صرح به في الخبر الثاني، بل لعلّ التعليل في الأوّل وهو قوله عليه السلام: إنه لا يصلح ذهاب حق أحديرشد إلى ذلك، بقريته وجوده في نصوص قبول شهادتهم في الوصيه (٢).

وعن روايه سماعه المذكوره (٣) بوجوه:

أحدها: كونها موافقه للمحكى عن أبي حنيفه والثوري.

والثاني: عدم العمل بها إلّا من الشيخ.

والثالث: إن مقتضى المحكى عن الشيخ ضعفها عنده، لأن في سندها العيديد وقد قال: إنه ضعيف، استثناء أبو جعفر ابن بابويه من رجال نوادر الحكمه وقال: إنه لا أروى ما يختص بروايته (٤).

قال: مع أن المحكى عن مبسوطه أيضاً اختيار المنع مطلقاً (٥)، بل قد سمعت اشتراطه في محكى الخلاف بالترافع إلينا (٦)، وقد قال في محكى المختلف: إنما نقول به لأنه إذا ترافعوا إلينا وعدّلوا الشهود عندهم، فإن الأولى هنا القبول (٧)، بل عن

ص: ٨٦٢

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٩: ٣١١/٥. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

٤-٤) الفهرست للطوسي: ٤٠٢/٦١٢. مكتبه المحقق الطباطبائي.

٥-٥) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٧.

٦-٦) الخلاف: ٦/٢٧٤، المسأله ٢٢.

٧-٧) مختلف الشيعه ٨: ٥٠٦.

المقداد في التنقيح الميل إليه أيضاً بالمعنى المزبور (١)، قال بعد أن حكى عن الخلاف ما سمعت: وهذا في الحقيقه قضاء بالإقرار، لما تقدم أنه إذا أقرّ الخصم بعداله الشاهد حكم عليه، وقد سمعت ما في كشف اللثام (٢).

أقول: الكفار على خمسة أقسام:

١ - غير أهل الكتاب.

٢ - ٣ - أهل الكتاب، وهؤلاء ينقسمون إلى أهل الذمه، وغير أهل الذمه وهم الحربيون. فهذه ثلاثه أقسام

٤ - الكفار المنتحلون للإسلام، كالمجبره والمجسمه ومن أنكر شيئاً من ضروريات الدين.

٥ - النواصب.

والدليل على ما ذهب إليه الشيخ من قبول شهاده أهل كلّ ملّه على ملّتهم غير منحصر بخبر سماعه المذكور، وإن كانت عبارته المحقق موهمه لذلك (٣)، فيدلّ عليه - مضافاً إليه - خبراً أبي عبيده الحذاء (٤) وضريرس الكناسي (٥).

وقد استدللّ الشيخ نفسه بحديث رواه عن معاذ بن جبل عن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم حيث قال: « وروى ابن غنم قال: سألت معاذ بن جبل عن

ص: ٨٤٣

١ - ١) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٨.

٢ - ٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٤.

٣ - ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٤ - ٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٨/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٨.

٥ - ٥) وسائل الشيعه ١٩: ٣٠٩/١. كتاب الوصايا، الباب ٢٠.

شهاده اليهود على النصارى، فقال سمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم» (١).

قال: « وهذا الذى اخترناه، والوجه فيه إذا اختاروا الترافع إلينا، فأما إن لم يختاروا فلا يلزمهم ذلك» (٢).

وليست عبارته المذكوره تفصيلاً فى المسأله كما قد يتوهم، والحديث المذكور مطلق يعم الشهاده « له » و « عليه » .

ولعل المحقق والقوم لم يعتبروا هذا الحديث، من جهه أن راويه عامى، وإن كان مروياً فى بعض كتب الخاصه ومورداً للاستناد، مثل حديث « على اليد. . . » (٣). ونحوه، ولعلهم حملوه على التقيه لموافقته لرأى كثير من العامه.

وكيف كان، ففى الأخبار الثلاثه المذكوره غنى وكفايه، والوجه هو قبول شهاده الذمى من كل مله على أهل ملته، سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً.

وأما الكفار المنتحلون للإسلام، فإن صدق على كل طائفه منهم أنهم أهل مله فى مقابل مله الإسلام، شملتهم الأدله وإلا فلا.

وأما الكافر الحربى، فقد عرفت عدم قبول شهادته كغير أهل الكتاب من الكفار.

ثم إن جماعه من الأصحاب استدلوا لما ذهب إليه الشيخ بقاعده

ص: ٨٤٤

١- ١) عوالى اللئالى ١: ٤٥٤/١٩٢، مستدرک الوسائل ١٧: ٤٣٧/٤، المغنى لابن قدامه ١٢: ٥٥، المجموع ٢٠: ٢٢٦.

٢- ٢) كتاب الخلاف: ٦/٢٧٤.

٣- ٣) عوالى اللئالى ١: ٢٢٤/١٠٦، مسند أحمد: ٥/٨.

الإلزام (١) وأضاف المقصداد في (التنقيح) قاعده الإقرار (٢) والوجه في التمسك بقاعده الإلزام في هذا المقام هو عدم اختصاص الأخبار الواردة في هذه القاعده بالعامه، بل إنها تشمل غير المسلمين أيضاً، فمن أخبار القاعده: قوله عليه السلام: « من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم » (٣).

□
وعن عبد الله بن طاوس قال: « قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إن لى ابن أخ زوجته ابنتى، وهو يشرب الشراب ويكثر ذكر الطلاق، فقال: إن كان من إخوانك فلا شىء عليه، وإن كان من هؤلاء فأبنها منه فإنه عنى الفراق، قال قلت: أليس قد روى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: إِيَّاكُمْ والمطلقات ثلاثاً فى مجلس فإنهن ذوات الأزواج؟ فقال: ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » (٤).

وعن على بن جعفر « أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن يهودى أو نصرانى طلق تطليقه ثم أسلم هو وأمرأته، ما حالهما؟ قال: ينكحها نكاحاً جديداً. قلت: فإن طلقها بعد إسلامه تطليقه أو تطليقتين، هل تعتدّ بما كان طلقها قبل إسلامها؟ قال: لا تعتدّ بذلك » (٥).

ص: ٨٤٥

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٦، كشف اللثام ١٠: ٢٧٣.

٢-٢) التنقيح الرائع ٤: ٢٨٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٤/١٠. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٧٥/١١. أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٢: ١٦٩/١. أبواب أقسام الطلاق، الباب ٣١.

فالحاصل: عدم اختصاص المطلب بالعامه.

وعلى هذا، فإن اختصاص الإلزام بموارد الأخبار فهو، وإن كان مفادها هو القبول مطلقاً تم الاستدلال بالقاعده في محلّ الكلام، لكن حديث معاذ بن جبل صالح للاستدلال بمفهومه على القبول في أهل دينهم، إلّا أنه لا يخلو من كلام كما تقدم.

ثم إن معنى الإلزام، هو جعل هذا الطلاق مثلاً صحيحاً بالنسبه إلى المسلمين، فيجوز للمسلم نكاح هذه المرأة من باب الإلزام، وهذا شيء يستبعده الذهن، لأن المفروض كونها زوجه له، لأن لكل قوم نكاحاً، والطلاق يشترط فيه عند المسلمين شروط هي مفقوده بحسب الفرض، فكيف يكون الطلاق الباطل مجوّزاً لنكاح المسلم تلك المرأة؟

ف قيل: إن هذا نظير تصرف ذي الخيار في مورد الخيار، ففي الآن الذي يعقد عليها المؤمن تكون مطلقه طلاقاً صحيحاً من زوجها فيصح له نكاحها، وأما قبل ذلك فهي باقية على الزوجيه للمطلق، نظير تصرف ذي الخيار حيث يكون الشيء في ذلك الوقت ملكاً له.

لكن هذا يخالف الروايه التي جاء فيها إنه: « ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ممن كان ينتقصه، فقال عليه السلام: أما إنه مقيم على حرام، قلت: جعلت فداك، وكيف وهي امرأته؟ قال عليه السلام: لأنه قد طلقها، قلت: كيف طلقها؟ قال: طلقها وذاك دينه فحرمت عليه» (١).

أقول: والأمر بالنسبه إلى الكفار أسهل، لأنهم إذا عملوا بشرائط الذمه يعاملون في أعمالهم معاملة الصّحّه، سواء كان طلاقاً أو غيره، فيكون نظير النجاسه في ثوب المصلّي، حيث أن العلم بها موجب لبطلان الصلاه، وإلا فهي

ص: ١٦٦

صحيحه وإن كانت على ثوبه. وهنا، لما لم يكن المطلق عالماً باشتراط العدلين مثلاً يكون طلاقه صحيحاً ويترتب عليه الأثر.

هذا، وبناءً على عدم قبول شهادتهم على أمثالهم، فهل تقبل لأمثالهم؟

قال العلامة في (المختلف): لا (١)، والشيخ يقول: نعم (٢).

وفي (المستند): وظهر مما ذكرنا أنه لم تخرج من الأصل إلا صورته واحده وهى شهاده أهل كل مله على أهل ملته خاصه، وهل تقبل له؟ الظاهر: لا، للأصل. إلا إذا كانت عليه أيضاً فتسمع، لأن قبول الشهاده عليه بالدليل، وعدم قبولها له بالأصل، والدليل مقدّم على الأصل (٣).

قلت: الأظهر: إن «على» فى أخبار الباب وكذا فى قوله تعالى «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسِيْطًا لِتُكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ» (٤) ليس بمعنى «الضرر» حتى لا تقبل فى غيره، مع أن فى كل مورد يوجد «عليه» يوجد «له»، لأن المفروض كون الطرفين من أهل مله واحده، اللهم إلّا أن لا يكون طرف آخر، كما لو كان قد أوصى بصرف كذا من ماله على المعبد مثلاً، لكنه قليل.

نعم، لو شك فى القبول، فالأصل عدمه، كما لا يخفى.

ص: ٨٦٧

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٥٠٥ ٥٠٦.

٢-٢) النهايه: ٣٣٤.

٣-٣) مستند الشيعة ١٨: ٣٥.

٤-٤) سورة البقره ٢: ١٤٣.

قال المحقق: «الرابع: العدالة، إذ لا طمأنينه مع التظاهر بالفسق» (١).

أقول: التعليل بعدم الطمأنينه بشهادة الفاسق ربما يفيد قبول شهادته الفاسق مع إفادته الطمأنينه، وأيضاً: ربما يفيد قوله: مع التظاهر بالفسق قبول الشهادة من الفاسق غير المتظاهر بالفسق.

لكن الإلتزام بالأمرين مشكل.

فالصحيح: الإستدلال بالكتاب والسنة والإجماع فى كلمات غير واحد من الأصحاب، على اعتبار وصف العدالة (٢) فى الشاهد، وعدم قبول شهادته الفاسق.

أما الكتاب، فقد استدللّ بآيات منه، كقوله تعالى: «وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٣) وقوله تعالى فى الوصيه «إِنَّمَا ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ» (٤) فإن اعتبار العدالة فى الشاهد على الوصيه يقتضى اعتبارها فى غيرها بالأولويه، وقوله تعالى: «مِمَّنْ

ص: ٨٤٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

٢-٢) ذكر السيد الاستاذ فى تعليقه على العروه وعلى الوسيله: إن العدالة نفس الاجتناب عن الكبائر، الناشئ عن الحاله النفسانيه المعبر عنها بالملكه وإن حسن الظاهر كاشف عن وجودها. وقد استظهر دام ظلّه هذا الذى اختاره من صحيحه عبد الله بن أبى يعفور المذكوره فى المتن، حيث تكلم بعض الشىء فى شرح العدالة، وتعرض للأقوال المذكوره فيها، ولعلنا ننشر ذلك فى رساله مستقله بإذن الله.

٣-٣) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٤-٤) سورة المائده ٥: ١٠٦.

وأما السنّة، فبالأخبار الكثيره الوارده فى الأبواب المختلفه، كالوارد فى شهاده المملوك: « لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلاً» (٢) وفى شهاده المكارى والجّمال والملاح: « ما بأس بهم، تقبل شهادتهم إذا كانوا صلحاء» (٣) وفى شهاده الضيف: « لا بأس بشهاده الضيف إذا كان عفيفاً صائناً» (٤) إلى غير ذلك.

□ □
ومن أشهر الأخبار فى مسأله العداله وتعريفها واعتبارها فى الشهادات: صحيحه عبد الله بن أبى يعفور قال: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؟

□
قال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وكفّ البطن والفرج واليد واللسان، ويعرف باجتنب الكبائر التى أوعده الله عليها النار، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك.

والدلاله على ذلك كله: أن يكون ساتراً لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته وعيوبه وتفتيش ما وراء ذلك، ويجب عليهم تزكيتهم وإظهار عدالته فى الناس، ويكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب عليهن، وحفظ موافقتهن بحضور جماعه من المسلمين، وأن لا يتخلف عن جماعتهم فى مصلاهم إلا من علّه، فإذا كان كذلك لازماً لمصلاهم عند حضور الصلوات الخمس. فإذا سئل عنه فى قبيلته ومحلّته قالوا: ما رأينا منه إلا خيراً،

ص: ٨٦٩

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨١/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٤.

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٥/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

مواظباً على الصلوات، متعاهداً لأوقاتها في مصلاه. فإن ذلك يجيز شهادته وعدالته بين المسلمين.

وذلك أن الصلاة ستر وكفارة للذنوب، وليس يمكن الشهادة على الرجل بأنه يصلي إذا كان لا يحضر مصلاه، ويتعاهد جماعه المسلمين، وإنما جعل الجماعه والاجتماع إلى الصلاة لكي يعرف من يصلي ممن لا يصلي، ومن يحفظ مواقيت الصلاة ممن يضيع، ولولا ذلك لم يمكن أحد أن يشهد على آخر بصلاح، لأن من لا يصلي لا صلاح له بين المسلمين، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هم بأن يحرق قوماً في منازلهم لتركهم الحضور لجماعه المسلمين، وقد كان فيهم من يصلي في بيته فلم يقبل منه ذلك، وكيف يقبل شهادته أو عداله بين المسلمين ممن جرى الحكم من الله عزوجل ومن رسوله صلى الله عليه وآله وسلم فيه الحرق في جوف بيته بالنار، وقد كان يقول: لا صلاة لمن لا يصلي في المسجد مع المسلمين إلا من عله» (١).

إنما الكلام في ما يزيل العداله وما لا يزيلها:

قال المحقق قدس سره: «ولا ريب في زوالها بمواقعه الكبائر، كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومه» (٢).

البحث في ما يزيل العداله

أقول: هنا جهات من البحث:

ص: ٨٧٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩١/١. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦ ١٢٧.

فالاولى: هل المعاصى منقسمه فى الشرع إلى كبائر وصغائر؟

لا- مجال لإنكار أن طائفه من المعاصى كبائر، ويدلّ على ذلك من الكتاب قوله تعالى: «إِنْ تَجْتَبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (١). والآيه الكريمة: «مَا لِهَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا» (٢). ومن السنه أخبار كثيره يأتى بعضها.

والثانيه: فى معنى الآيه الاولى من الآيتين المذكورتين، فإن ظاهرها التكفير للصغيره بإجتناّب الكبيره حتى مع عدم التوبه، وهذا يوجب الجراه على المعصيه، إذ الإنسان يتعمّد غالباً المعصيه إن أمن العذاب، مع أن الله عز وجل لا يأذن بالمعصيه بالضروره.

كما أن ما ورد عنهم عليهم السلام من أنه «لا- صغيره مع الإصرار ولا- كبيره مع الإستغفار» (٣) ظاهر فى عدم المؤاخذة على الصغيره التى لا يكون معها إصرار (٤).

قال المحدّث الكاشانى بتفسير الآيه: « وفى المجمع نسب إلى أصحابنا أن المعاصى كلّها كبيره، لكن بعضها أكبر من بعض، وليس فى الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافه إلى ما هو أكبر واستحقاق العقاب عليه أكثر» (٥).

قيل: وتوفيقه مع الآيه أن يقال: من عَنّ له أمران ودعت نفسه إليهما بحيث

ص: ٨٧١

١-١) سورة النساء ٤: ٣١.

٢-٢) سورة الكهف ١٨: ٤٩.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٥: ٣٣٧/٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤-٤) وإليه ذهب جمع من علمائنا كالبهائى والمجلسى وصاحب الجواهر قدست أسرارهم.

٥-٥) مجمع البيان ٢: ٣٨.

لا يتمالك، فكفها عن أكبرهما، كفر عنه ما ارتكبه، لما استحق عليه من الثواب على اجتناب الأكبر، كما إذا تيسر له النظر بشهوه والتقييل، فاكتمى بالنظر عن التقييل. ولعلّ هذا مما يتفاوت أيضاً باعتبار الأشخاص والأحوال، فإن حسنات الأبرار سيئات المقرّبين، ويؤاخذ المختار بما يعفى عن المضطّرين.

أقول: ظاهر الآيه والأخبار الواردة في تفسيرها وتفسير الكبائر يعطى تمايز كلّ من الصغيره والكبيره عن صاحبها، كما لا يخفى على من تأمل فيها، وما نسبه في المجمع إلى أصحابنا لا مستند له، وقول الموفق يعطى أن من قدر على قتال أحد فقطع أطرافه كان قطع أطرافه مكفراً، وهو كما ترى، فلا بدّ لكلامه وكلام الأصحاب من توجيه حتى يوافقا الظواهر» (1).

وفي (الميزان) بعد أن نفى الريب في دلالة الآيه على انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر، وأن الصغائر سميت في الآيه بالسيئات، وأن الآيه في مقام الإمتنان جعل مساق الآيه مساق الآيه الداعيه إلى التوبه التي بعد غفران الذنوب، قال: «هي تفرع أسمع المؤمنين بعنايه لطيفه إلهيه أنهم إن اجتنبوا البعض من المعاصي كفر عنهم البعض الآخر، فليس إغراء على ارتكاب المعاصي الصغار، فإن ذلك لا معنى له، لأن الآيه تدعو إلى ترك الكبائر بلا شك، وارتكاب الصغيره من جهه أنها صغيره لا يعاب بها ويتهاون في أمرها، يعود مصداقاً من مصاديق الطغيان والاستهانه بأمر الله سبحانه، وهذا من أكبر الكبائر، بل الآيه تعد تكفير السيئات من جهه أنها سيئات لا يخلو الإنسان المخلوق على الضعف المبني على الجهاله من

ص: ٨٧٢

قلت: إن الألفاظ الإلهية بالنسبة إلى المؤمنين في باب العفو والمغفرة تتجلى في التوبة، وفي الشفاعة، وفي إذهاب الحسنات للسيئات، وفي غفران الله سبحانه الذنوب لمن يشاء إلا الشرك به عز وجل. . . لكن جعل مساق الآية الكريمة: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» مساق ما يدل على التوبة، خلافاً للظاهر، للفرق بين التوبة ومدلول الآية، لأن سد باب التوبة يوجب اليأس والقنوط من رحمه الله، والإنسان إذا يئس توغل في المعاصي وأفراط في المخالفه، بخلاف فتح هذا الباب، فإنه لا يسبب ذلك، أما مدلول الآية الشريفه فظاهره الوعد بتكفير الصغائر وعدم المؤاخذه عليها دائماً، بشرط اجتناب الكبائر.

فالجواب المذكور غير مقنع، وتفصيل الكلام في بيان معنى الآية الكريمة، بحيث يساعده ظاهرها وينطبق على سائر الأدلة، له مجال آخر.

والثالثه: لو اشتبهت عليه المعصيه، فلم يعلم هل هي كبيره أو صغيره، فإن مقتضى حكم العقل الاجتناب عنها، لأن العقل يحكم بلزوم معامله كل معصيه معامله الكبيره المؤاخذه عليها حتى لا يقع في المعصيه الكبيره في الواقع، وذلك، لأن البيان الشرعى على وجوب اجتناب الكبائر واصل، والعقل يرشد إلى الإطاعه والإمتثال، فإذا خالف استحق العقاب، لعدم كونه من العقاب بلا بيان.

وهل يسقط عن العدالة بارتكاب المشكوك في كونها معصيه كبيره؟

ظاهر الآية: «إِنْ تَجْتَنِبُوا. . .» وجوب ترك ذات المعصيه الكبيره لا، الترك بعنوان الكبيره، ولكن إذا كانت العدالة هي الملكه، فإن الملكه تمنع من ارتكاب

الكبيره المعلوم كونها كبيره، وعلى هذا، فارتكاب المعصيه المحتمل كونها كبيره لا يضرّ بالعداله.

الرابعه: إن تشخيص الكبيره من غيرها لا- يكون إلا- بالأدله من الكتاب والسنة المعتره، إذ لا- سبيل لعقولنا إلى ذلك، لجهلنا بملاكات الأحكام الشرعيه ودرجات القبح في المحرمات.

وقد اختلف علماؤنا في معنى «الكبيره» على أقوال، وذكر الشيخ الأنصارى خمسه أمور يثبت بها كون المعصيه كبيره (١)، لكن قال السبزواري في (الكفايه): «والأشهر الأقوى أن الكبيره كلّ ذنب توعد عليه بالوعيد في الكتاب المجيد، وفي حصره خلاف» (٢).

قلت: قد عقد في الوسائل باباً لتعيين الكبائر التي يجب اجتنابها، ووردت الضابطه المذكوره في بعض تلك الأخبار، واشتمل بعضها على الإستشهاد بآيات الكتاب، ولنذكر واحداً منها تيمناً:

□
عن عبد العظيم الحسنى، عن أبي جعفر الثاني، عن أبيه، عن جدّه عليهم السلام قال: «دخل عمرو بن عبيد على أبي عبد الله عليه السلام، فلما سلم وجلس تلا هذه الآيه: «الَّذِينَ يَجْتَبُونَ كِبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ» (٣) ثم أمسك، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما أسكتك؟ قال: أحبّ أن أعرف الكبائر من كتاب الله عز وجل، فقال: نعم، يا عمرو.

□ □ □ □
أكبر الكبائر الإشراك بالله، يقول الله: «مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ

ص: ٨٧٤

١-١) كتاب المكاسب ٣: ١٨٦ ١٨٨. نشر اسماعيليان.

٢-٢) كفايه الفقه ٢: ٧٤٥.

٣-٣) سورة النجم ٥٣: ٣٢.

وبعدہ الیاس من روح اللہ، لأن اللہ عزوجل یقول: «لَا يَنَاسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ» (۱).

ثم الأمن من مکر اللہ، لأن اللہ عزوجل یقول: «فَلَا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخَاسِرُونَ» (۲).

ومنها عقوق الوالدين، لأن اللہ سبحانه جعل العاقّ جبّاراً شقیّاً.

وقتل النفس التي حرّم اللہ إلبالحق، لأن اللہ عزوجل یقول: «فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا» (۳) إلى آخر الآیه.

وقذف المحصنه، لأن اللہ عزوجل یقول: «لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (۴).

وأكل مال الیتیم، لأن اللہ عزوجل یقول: «إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا» (۵).

والفرار من الزحف، لأن اللہ عزوجل یقول: «وَ مَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِمِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَ مَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَ بُئْسَ الْمَصِيرُ» (۶).

۱- ۱) سورة يوسف ۱۲: ۸۷.

۲- ۲) سورة الأعراف ۷: ۹۹.

۳- ۳) سورة النساء ۴: ۹۳.

۴- ۴) سورة النور ۲۴: ۲۳.

۵- ۵) سورة النساء ۴: ۱۰.

۶- ۶) سورة الأنفال ۸: ۱۶.

وأكل الربا، لأن الله عزوجل يقول: «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ» (١).

والسحر، لأن الله عزوجل يقول: «وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ» (٢).

والزنا، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا * يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا» (٣).

واليمين الغموس الفاجر، لأن الله عزوجل يقول: «الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ» (٤).

والغلول، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» (٥).

ومنع الزكاه المفروضه، لأن الله عزوجل يقول: «فَتَكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ» (٦).

وشهاده الزور وكتمان الشهاده، لأن الله عزوجل يقول: «وَمَنْ يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (٧).

وشرب الخمر، لأن الله عزوجل نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان.

ص: ٨٧٤

١-١) سورة البقره ٢: ٢٧٥.

٢-٢) سورة البقره ٢: ١٠٢.

٣-٣) سورة الفرقان ٢٥: ٦٨ ٦٩.

٤-٤) سورة آل عمران ٣: ٧٧.

٥-٥) سورة آل عمران ٣: ١٦١.

٦-٦) سورة التوبه ٩: ٣٥.

٧-٧) سورة البقره ٢: ٢٨٣.

وترك الصَّلاه متعمداً أو شيئاً مما فرض الله عزوجل، لأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال: من ترك الصلاه متعمداً فقد برئ من ذمه الله وذمه رسوله.

ونقض العهد وقطيعه الرحم، لأن الله عزوجل يقول: «لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ» (١).

قال: فخرج عمرو وله صراخ من بكائه وهو يقول: هلك من قال برأيه ونازعكم في الفضل والعلم» (٢).
فالكبيره كلّ ذنب توعد عليه في الكتاب، أو عدّ من الكبائر في السنّه.

الإصرار على الصغائر كبيره

قال المحقق قدّس سرّه: « وكذا بمواقعه الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب» (٣).

أقول: ظاهر الآيه الشريفه: «إِنْ تَجْتَبِئُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكْفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (٤) عدم زوال العداله بمواقعه الصغائر مطلقاً، لكن يدلّ على ذلك عدّه من الأخبار:

١ - في كتاب التوحيد عن محمد بن أبي عمير قال: « سمعت موسى بن جعفر عليه السلام يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسئل عن الصغائر قال الله تعالى «إِنْ تَجْتَبِئُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكْفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا

ص: ٨٧٧

١- ١) سورة الرعد ١٣: ٢٥.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣١٨/٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٦.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

٤- ٤) سورة النساء ٤: ٣١.

كَرِيماً» . قال قلت: فالشفاعة لمن تجب؟ فقال: حدثني أبي عن آباءه عن علي عليهم السلام قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إنما شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي، فأما المحسنون فما عليهم من سبيل.

قال ابن أبي عمير فقلت له: يا ابن رسول الله، فكيف تكون الشفاعة لأهل الكبائر، والله تعالى يقول «وَلَا يَشْفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضَى» (١) ومن يرتكب الكبائر لا يكون مرتضى؟

فقال: يا أبا أحمد، ما من مؤمن يذنب ذنباً إلا ساءه ذلك وندم عليه، وقد قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: كفى بالندم توبه، وقال: من سرته حسنته وساءته سيئته فهو مؤمن، فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن ولم تجب له الشفاعة - إلى أن قال - قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا كبير مع الاستغفار ولا صغير مع الإصرار، الحديث» (٢).

٢ - أبو بصير: قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا- والله، لا- يقبل الله شيئاً من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه» (٣).

٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من علامات الشقاء: جمود العين، وقسوة القلب، وشده الحرص في طلب الدنيا، والإصرار على الذنب» (٤).

٤ - جابر عن أبي جعفر عليه السلام «في قول الله عز وجل «وَلَمْ يُصِرُّوا

ص: ٨٧٨

١- ١) سورة الأنبياء ٢١: ٢٨.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٥/١١. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٧.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٧/١. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤- ٤) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٧/٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ» (١) قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله، ولا يحدث نفسه بالتوبه، فذلك الإصرار» (٢).

٥ - عبد الله بن إبراهيم الجعفرى، عن جعفر بن محمد عن أبيه صلى الله عليه وآله وسلم « قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أذنب ذنباً وهو ضاحك دخل النار وهو باكي» (٣).

هذا، واختلفت تعبيرات القوم فى معنى « الإصرار » .

ف قيل: إنه الإكثار من فعل الصغيره، سواء كانت من نوع واحد أو أنواع مختلفه.

وقيل: إنه المداومه على فعل واحد من الصغائر.

وقيل: يحصل بكلّ منهما (٤)(٥).

ص: ٨٧٩

١-١) سورة آل عمران ٣: ١٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٨/٤. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٣٨/٥. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٨.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٨، جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

٥-٥) ذكر فى المحجّه البيضاء، وجامع السعادات، ما ملخصه: إن الصغيره قد تكبر بأسباب: ١ - الإصرار والمواظبه، ولذلك قال الصادق عليه السلام: لا صغيره مع الإصرار ولا كبيره مع الإستغفار. ٢ - إستصغار الذنب وعدم استعظامه، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: « إتقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر. » وقال أمير المؤمنين عليه السلام: « أشد الذنوب ما استخف به صاحبه. » ٣ - أن يأتى الصغائر ولا يبالى بفعالها، إغتراراً بحلم الله وستره. ٤ - السرور بالصغيره، قال أمير المؤمنين عليه السلام: « سيئه تسؤك خير من حسنه تعجبك. » ٥ - أن يذنب ويظهر ذنبه، بأن يذكره بعد إتيانه، أو يأتى به فى مشهد غيره. ٦ - أن يكون الآتى بالصغيره عالماً يقتدى به الناس.

وقد ضَعَفَ في (الجواهر) القول بأنه عدم التوبه، لكون ما يدلّ عليه وهو خير جابر المذكور ف ضعيف السند، على أن الصغيره تقع مكفّره لا تحتاج إلى توبه، قال: بل لعلّه مخالف لكلام أهل اللغه (١).

ولو ارتكب الصغيره عازماً على فعلها مره اخرى أو عزم على إيقاع الصغائر ولم يفعل بعد، فهل تزول عدالته؟ قال في (الجواهر) : الظاهر عدم إحراز وصف العداله معه (٢).

أى لاحتمال صدق « الإصرار »، وحينئذ لا تقبل شهادته، لاعتبار وجود وصف العداله في الشاهد، وهذا يكون بناء على عدم وجوب التوبه، وأما على وجوبها، فإن العازم على المعاوده على المعصيه تارك للواجب، وترك الواجب معصيه كبيره، بل إن الإكثار من الارتكاب والتوبه لا يبعد أن يكون إصراراً على المعصيه.

وأما بناءً على عدم وجوب التوبه، فإن العزم على المعصيه ليس معصيه، والمفروض عدم مواقعه ثانيه بعد، فلا وجه للتوقف في قبول شهادته، اللهم إلا أن يكون ترك التوبه « إصراراً » كما يفيد خبر جابر عن الباقر عليه السلام، لكن قد عرفت تضعيفه إياه (٣).

هذا كلّه في الصغيره على الحال الذي عرفت.

قال المحقق: « أما لو كان في الندره، فقد قيل: لا- يقدر، لعدم الانفكاك منها إلا في ما يقلّ، فاشترطه التزام للأشق، وقيل: يقدر، لامكان التدارك

ص: ٨٨٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٧.

بالاستغفار، والأول أشبه» .

أقول: نسب القول الأوّل إلى المشهور واختاره المحقق، وجعله صاحب (الجواهر) أشبه بأصول المذهب وقواعده (1)، والقول الثاني إلى ابن ادریس.

وقد استدللّ المحقق للأوّل: بأن الإنسان لا ينفكّ من مواقعه الصغيره، فاشترطه التزام للأشوق، إذ تتوقف شئون الناس وامورهم المعتمد فيها العدالة، فيقعون في الحرج، وهو منفي في الشرع لقوله تعالى: ﴿مَّا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (2) أو يقع الشخص غير المنفك نفسه في حرج، ولكن النهي عن المواقعه يكشف عن عدم كون الترك حرجياً.

قلت: أي مشقه في ترك الصغائر؟ فإن كلّ مؤمن متشرّع ملتفت إلى الأحكام يمكنه الترك بلا عسر ولا حرج، فما ذكره غير واضح عندنا.

نعم، الدليل ما ذكره في (الجواهر) من أن الصغيره بلا إصرار مكفّره باجتناب الكبائر (3)، فلا حجه حينئذ إلى التوبه، وبه يتضح الجواب عن دليل القول الثاني.

قال المحقق: «وربما توهم واهم أن الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط، وهذا بالإعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبه، ولكلّ فريق اصطلاح» (4).

أقول: قد أشرنا إلى انقسام المعاصي إلى كبائر وصغائر، كما دلّت عليه

ص: ٨٨١

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٩.

٢-٢) سوره الحج ٢٢: ٧٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٨.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

الآيات والأخبار، وأن الأشهر هو القول بأن الكبيره ما أوعد الله عليه النار وتقابلها الصغيره. وذهب جماعه إلى أن الذنوب كلّها كبيره إلا أن بعضها أكبر من بعض، وليس في الذنوب صغيره، وإنما يكون صغيراً بالإضافة إلى ما هو أكبر.

وأشار هنا إلى أن من الأصحاب من قال بأن الصغائر لا يطلق على الذنوب إلّا على مذهب القائلين بالإحباط، قال: وهذا وهم، لأن الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط، وكذا من أبطله وهم الاماميه، كما عرفت (١).

قال في (المسالك): على أن القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعة والمعصيه، فيشبهه أجمع، أو يثبت منه ما زاد عن مقابله من أى نوع كان من أنواع المعاصي، فربما كانت المعصيه المخصوصه على هذا مما يحبط عن شخص ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعة، فلا يتحقق الصغيره في نوع من أنواع

ص: ٨٨٢

١ - ١) قال الشيخ المفيد (أوائل المقالات: ٩٦): «لا تحابط بين المعاصي والطاعات، ولا الثواب والعقاب» وفي التجريد: الإحباط باطل لاستلزامه الظلم، ولقوله تعالى: «فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ» قال العلامة في شرحه (شرح تجريد الاعتقاد: ٣٢٧) : «اختلف الناس هنا، فقال جماعه من المعتزله بالإحباط والتكفير، ومعناهما أن المكلف يسقط ثوابه المتقدم بالمعصيه المتأخره، أو يكفر ذنوبه المتقدمه بالطاعة المتأخره. ونفاهما المحققون. ثم القائلون بهما اختلفوا، فقال أبو علي: إن المتأخر يسقط المتقدم ويبقى على حاله، وقال أبو هاشم: إنه ينتفى من الأقل بالأكثر، وينتفى الأكثر بالأقل ما ساواه ويبقى الزائد مستحقاً، وهذا هو الموازنه. ويدلّ على بطلان الإحباط: إنه يستلزم الظلم، لأن من أساء وأطاع، وكانت إساءته أكثر يكون بمنزله من لم يحسن، وإن كان إحسانه أكثر يكون بمنزله من لم يسي، وإن تساويا يكون مساوياً لمن يصدر عنه أحدهما، وليس كذلك عند العقلاء، ولقوله تعالى «فَمَنْ يَعْمَلْ...» والإيفاء بوعده ووعيده واجب. ثم ذكر دليل بطلان الموازنه. وفي مجمع البحرين (مجمع البحرين ١: ٣٥٤): «لو قيل ببطلان الإحباط والموازنه، والقول بالتكفير من باب العفو والتفضل، لم يكن بعيداً، وظواهر الأدله تؤيده» .

المعاصي. ومن ثم أطلق على هذا الفهم الوهم، وجعله حقيقاً بالإعراض عنه (١).

ثم على تقدير إطلاق القائلين بالإحباط لفظه «الصغيره» على ما يمحي بالذنوب، فهو اصطلاح لهم، وإطلاقتها عند الفقهاء على ما ذكرنا بحسب ما يدل عليه الكتاب والسنة اصطلاح آخر، ولكل فريق اصطلاح.

هل يقدر ترك المندوبات؟

قال: «ولا يقدر في العدالة ترك المندوبات ولو أصرّ مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذن بالتهاون بالسنن» (٢).

أقول: ظاهر العبارة كفايه إتيان بعض المندوبات، لكن في (المسالك): «لو اعتاد ترك صنف منها كالجماعه والنوافل ونحو ذلك فترك الجميع، لا شتراكهما في العلة المقتضيه لذلك، نعم، لو تركها أحياناً لم يضر» (٣).

أقول: لكن الإنصاف وفاقاً للجواهر عدم خلوّه من البحث إن لم يكن إجماعاً، ضروره عدم المعصيه في ترك جميع المندوبات، أو فعل جميع المكروهات، من حيث الإذن فيهما فضلاً عن ترك صنف منها، ولو للتكاسل والتثاقل منه.

واحتمال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه، يدفعه: أن ذلك من الكفر والعصيان، ولا يعبر عنه ببلوغ الترك حدّ التهاون، كما هو واضح (٤).

ص: ٨٨٣

١-١ (١) مسالك الأفهام ٤: ١٧١.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

١-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٢.

١-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ٣٠.

بقي شيء: وهو أن المحقق قدس سره لم يتعرّض للمروءة، فهل هي جزء من العدالة أو شرط في قبول الشهادة، أو لا؟

قال في (الجواهر): كأن المحقق لم يجعل ترك المروءة قادحاً في العدالة أو يتوقف في ذلك، وهو قول محكي عن بعض العلماء، من حيث أن منافيها مناف للعادة لا الشرع.

والمحكي عن الأشهر: اعتبارها في الشهادة، فالمشهور على أنها شرط من العدالة، وقيل: هي خارجة عنها لكنها شرط في قبول الشهادة كالعدالة، وقد أغرب العلامة في القواعد حيث جمع بين الأمرين، فجعلها جزء من العدالة (١) ثم جعلها شرطاً آخر كالعدالة (٢) لقبول الشهادة (٣).

هذا بالنسبة إلى الأقوال (٤).

ص: ٨٨٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٤.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٥.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٣٠ ٣١.

٤-٤) كما في الجواهر. وفي رساله الشيخ الأعظم (رسائل فقهية: ١٧): المشهور بين من تأخر عن العلامة اعتبار المروءة في مفهوم العدالة، وهو الذي يلوح من عبارته المبسوط أما كلام غير الشيخ ممن تقدم على العلامة فلا دلالة فيه بل ولا إشعار على ذلك. وممن لم يعتبر المروءة في العدالة: المحقق في الشرائع والنافع، وتبعه العلامة في الإرشاد وولده في موضع من الإيضاح، وهو ظاهر الشهيد في النكت. قال الشيخ: والحاصل: إنه لو ادعى المتتبع أن المشهور بين من تقدم على العلامة عدم اعتبار المروءة في العدالة، خصوصاً في غير الشاهد، لم يستبعد ذلك منه، لما عرفت من كلمات من عدا الشيخ، وأما الشيخ فالعدالة المذكورة في كلامه لا تنطبق على ما ذكره المتأخرون. قال: وينبغي الجزم بعدم اعتبارها في العدالة المعتبرة في الإمام.

وأما معنى المروء، ففي اللغة: الإنسانىة أو الرجولىة (١)، والمراد بلوغ حد الكمال فىهما، وفى الإصطلاح كما فى (كشف اللثام) هىئة نفسانىة ىحمل الإنسان على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجمىل العادات (٢).

وفى (المسالك): فى ضبط المروء عبارات متقاربه. . . فذكر جملة من تلك العبارات. . . ومختاره: عدم قبول شهاده من لا مروء له (٣)، وسنذكر دلىله والنظر فىه.

وفى (الجواهر): لا إشكال فى رد الشهاده بمنافىها إذا رجع إلى محرّم أو خبل، لمنافاه الأول للتقوى، والثانى لكمال العقل. وأما مالا ىرجع إلى ذلك، فقد ىشكل اعتباره فى الشهاده أو العداله بإطلاق الأدله.

ثم إنه قد استدلل للإعتبار بوجه:

الأول: فتوى المعظم:

لكن فتوى المشهور لىس بمستند إلما إذا حصل الإطمىنان بها بالدلىل الشرعى، من جهه أن معظم الأصحاب لا ىفتون بشى إلا بدلىل معتمد.

الثانى: فحوى ما ورد فى رد شهاده السائل بكفه (٤).

قلت: من ذلك:

ما رواه على بن جعفر عن أخىه أبى الحسن موسى علىهما السلام « قال: سألته عن السائل الذى ىسأل بكفه، هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبى لا ىقبل

ص: ٨٨٥

١-١) تاج العروس ١: ١١٧، لسان العرب ١: ١٥٤، الصّاح ١: ٧٢، كتاب العىن ٨: ٢٩٩.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٠٠.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٩.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٣٢. وسىأتى الكلام فى ذلك بالتفصىل.

وما رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن خالد، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: قال قال رسول الله ﷺ
الله عليه وآله وسلّم: «شهادة السائل الذي يسأل في كفه لا تقبل...» (٢).

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن السائل بكفه، أتجوز شهادته؟ فقال: كان أبي يقول: لا تقبل شهادة
السائل بكفه» (٣).

وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «رد رسول الله ﷺ عليه وآله وسلّم شهادة السائل الذي يسأل في
كفه، قال أبو جعفر عليه السلام لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن أعطى رضى وإن منع سخط» (٤).

فالسؤال بالكف ينافي المروءة، وقد استثنى بعضهم سؤال مستحق الخمس أو الزكاه ممن يجب عليه ذلك، لأن السخط على من لا
يحسن لأجل عدم الإحسان معصيه، ولا أقل من أن يسلب السؤال بالكف الإطمينان والوثوق بكلامه وشهادته، لأن من لا يحفظ
كرامته أمام الناس لشي يعطى أو يمنع، فإنه لا يحفظ أعراض الآخرين وكرامتهم بالأولوية. هذا وجه الاستدلال.

وفيه: إن الحكمه التي ذكرها الإمام عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم تفيد أن السائل بكفه لا ينفك غالباً عن المعصيه،
سواء رضى أو سخط، كما نشاهد في مجتمعنا بالعيان، فالسؤال بالكف ينافى العدالة، وحينئذ، لا مجال

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢، ذيل الحديث. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

للأولويه، حتى يكون فحوى هذه الأخبار دليلاً على اعتبار المرؤه والقول بسقوط شهادته من يجتنب الكبائر ويأتى بالواجبات لكنه يقوم ببعض المنافيات للمرؤه أحياناً.

ومما ذكرنا ينقدح عدم الوجه لاندراجة فى الظنين، وهو الوجه:

الثالث: وهو ما ذكره بقوله: ولعلّ منه ينقدح اندراجة فى الظنين الذى استفاضت النصوص فى ردّ شهادته (١):

□
منها: خبر ابن سنان: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يرد من الشهود؟ قال فقال: الظنين والمتهم. قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين » (٢).

□
ومنها: خبر سليمان بن خالد قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والخصم » (٣).

□
ومنها: خبر أبى بصير قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام، وذكر مثله إلا أنه قال: الظنين والمتهم والخصم » (٤).

□
ومنها: خبر الحلبي قال: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عما يردّ من الشهود فقال: الظنين والمتهم والخصم. قال قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال: هذا يدخل فى الظنين » (٥).

ص: ٨٨٧

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٥- ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٤/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « قال قال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلّم: لم تجز شهادة الصبي ولا خصم ولا متهم ولا ظنين» (١).

لظهور تلك الأخبار في عدم انفكاك السائل بكفه عن المعصية المسقطه للعداله والموجه لردّ الشهاده، فلا يندرج تحت عنوان « الظنين » .

الرابع: قول الكاظم عليه السلام: « لا دين لمن لا مروءه له، ولا مروءه لمن لا عقل له» (٢).

وفيه: ما ذكره صاحب (الجواهر) ، ضروره إرادته الكمال الزائد على وصف العداله منه (٣)، فيكون نظير « لا صلاه لجار المسجد إلّافي المسجد» (٤).

الخامس: ما قيل من أنه يشعر به ما في بعض النصوص: « من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدّثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن كملت مروته، وظهرت عدالته، ووجبت اخوته، وحرمت غيبته» (٥).

وفيه: إن الظلم والكذب محرّمان يخلّمان بأصل العداله، وكذا خلف الوعد بناءً على كونه من الكذب، إذن، ليس المراد من المرءه في الخبر ما ذكره في معناها لغه واصطلاحاً.

السادس: إن فاقد المرءه غير مرضى الشهاده عرفاً، فلا يدخل في قوله

ص: ٨٨٨

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٢-٢) الكافي ١: ١٥/١٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٣٣.

٤-٤) وسائل الشيعه ٥: ١٩٤/١. أبواب أحكام المساجد، الباب ٢.

٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٦/١٥. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

تعالى: «مِمَّنْ تَرْضَوْنَ» (١).

قلت: عن أمير المؤمنين عليه السلام في هذه الآية المباركة قال: « ممن ترضون دينه وأمانته وصلاحه وعفته وتيقظه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه، فما كل صالح مميّزًا ولا محصلاً، ولا كل محصل مميّز صالح» (٢).

والظاهر: إنه أجنبي عن محلّ الكلام، لأنه ساكت عن الامور المتعارفه بين الناس وسلوكه في المجتمع بحسب العادات والأخلاق العرفيه المتبعه. . .

السابع: أصاله عدم ترتب أحكام العداله على فاقد المروّه بعد عدم الوثوق بإطلاق يتناوله. . .

أقول: لا- مجال لهذا الأصل بعد سكوت صحيحه ابن أبي عمير عن اعتبار المروّه، إذ لو كانت شرطاً من العداله لذكرت في الصحيحه، مع كون الإمام عليه السلام في مقام بيان العداله وخصوصياتها، لا سيما بناءً على القول بالحقيقه الشرعيه للفظ « العداله»، وحيثذ يكون الأصل في اعتبار شيء زائداً على ما في الصحيحه هو العدم.

وليس هذا الشك في الاعتبار مسبباً عن الشك في مفهوم العداله، ولو سلم، فإن هذه السببيه شرعيه والمرجع فيها هو الشرع، فلما كان الموضوع سبباً شرعياً لحصول الطهاره، كان على الشارع بيان الموضوع، فإن شك في جزئيه شيء فيه ولم يذكره، كان الأصل عدم الجزئيه.

فظهر بما ذكرنا: الإشكال في جميع الوجوه التي ذكرها صاحب (الجواهر)

ص: ٨٨٩

١- ١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٩/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

وأما ما ذكره صاحب (المسالك) فى وجه عدم قبول شهاده من لا مرّوه له من « أن طرح المرّوه إما أن يكون بخبل ونقصان أو قله مبالاه وحياء، وعلى التقديرين يبطل الثقة والاعتماد على قوله. أما الأوّل فظاهر، وأما قليل الحياء، فمن لا حياء له يصنع ما شاء كما ورد فى الخبر» (١).

ففيه: إن المراد من الحياء فى هذا الخبر ونحوه هو الحياء من الله عزّوجلّ، لا الحياء فى الامور العرفيه والعاديه، ومن الواضح أن من لا يستحى من الله سبحانه ففيه اقتضاء أن يفعل ما شاء، وعدم الحياء بهذا المعنى الظاهر من الخبر ينافى العدالة، بل هو كفر بالله عزّوجلّ، وهذا معنى الخبر: « لا إيمان لمن لا حياء له » (٢).

ص: ٨٩٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٦٩.

٢-٢) الكافى ٦: ٣/٤٦٠.

المسألة الأولى: (في عدم قبول شهادة المخالف في أصول العقائد)

قال المحقق قدس سرّه: « كلّ مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد»
(١).

أقول: قال في (المسالك): « المراد بالأصول التي تردّ شهادته المخالف فيها: أصول مسائل التوحيد والعدل والنبوه والإمامه والمعاد، وأما فروعها من المعاني والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام، فلا يقدح الإختلاف فيها، لأنها مباحث ظنيه، والإختلاف فيها بين علماء الفرقه الواحده كثير شهير، وقد عدّ بعض العلماء جملة مما وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى وشيخه المفيد، فبلغ نحواً من مائه مسأله فضلاً عن غيرهما» (٢).

وفى (الجواهر) شرح العبارة بحيث تعمّ الفروع الإعتقاديه أيضاً، لكن مقيداً بكونها مما علم ضروره من الدين أو المذهب، قال:
« لا شراك الجميع في

ص: ٨٩١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٢.

عدم المعذوريه الموجهه للكفر فضلاً عن الفسق» (١) فيكون المراد من الفرع: الفروع المسلّمه الضروريه، ولا- ريب في أن من خالف في شىء من هذه الفروع تردّ شهادته، بل يخرج بمخالفته عن الدين أو المذهب، كالقائل بالتجسيم والقائل بالجبر ونحوهما.

وفى (العروه): « لا إشكال فى نجاسه الغلاه والخوارج والنواصب، وأما المجسّمه والمجبره والقائلين بوحده الوجود من الصوفيّه إذا التزموا بأحكام الإسلام، فالأقوى عدم نجاستهم، إلا مع العلم بالتزامهم بلوازم مذاهبهم من المفاصد» (٢).

ولا ريب فى أن المسائل التى وقع الخلاف فيها بين العلماء التى يقول صاحب (المسالك) بعدم قدح الخلاف فيها، ليست من فروع الاعتقادات الضروريه، بل هى مباحث ظنيه كما قال... فإن أراد الشهيد الثانى ما ذكرنا فهو، وإلا ورد عليه إشكال (الجواهر).

قال المحقق: « ولا- ترد شهاده المخالف فى الفروع من معتدى الحق إذا لم يخالف الإجماع، ولا- يفسق وإن كان مخطئاً فى اجتهاده» (٣).

أقول: إن الخلاف فى الفروع الفقهيّه لا يضرّ بالعداله ولا بالشهاده، إذ قد يؤدى إلى ذلك الإجتهد والنظر فى الأدله وهى كلّها ظنيه، إما سنداً كما فى السنّه،

ص: ٨٩٢

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٣٤.

٢- ٢) العروه الوثقى ١: ١٤٥ المسأله ٣.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

وإما دلالة كما في الكتاب.

هذا، إلا إذا كانت مخالفته مخالفته للإجماع الثابت المعلوم دخول المعصوم عليه السلام في المجمعين، وكذا إذا خالف الحكم المقطوع به بحيث يقطع بقبول المعصوم له، كما إذا كان مما يستقلّ به العقل، فإن مثل هذا الحكم لا ريب في قبوله له، لأنه يكون مورد قاعده الملازمة: « كل ما حكم به العقل حكم به الشرع » (1) أو يكون الحكم مما اتفق عليه فقهاء الفرقه المحقه واستقرت عليه كلمتهم مع اختلاف الأعصار والأمصار، بناءً على أن مثل ذلك كاشف عن الواقع الذي لم يتخلف عنه المعصوم عليه السلام، فإن مثل هذا الحكم لا يجوز مخالفته لكشفه عن رأى المعصوم، بل لا يجوز مخالفته كلّ إجماع كان عن اجتهاد صحيح ويكشف عن وجود دليل معتبر لا يجوز مخالفته باجتهاد.

ومثل الإجماع المذكور في ذلك مخالفته صريح الكتاب ونصّه أو الخبر المتواتر المعلوم.

ص: ٨٩٣

(١ - ١) هدايه المسترشدين ٣: ٥٠٣.

المسأله الثانيه: (في عدم قبول شهاده القاذف)

قال المحقق قدس سره: « لا تقبل شهاده القاذف، ولو تاب قبلت » .

أقول: الأصل في هذه المسأله هو قول الله سبحانه: « وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُدْحَفَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلِحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ » (١). وتدلل على ذلك الأخبار المستفيضه، وقد قام الإجماع بقسميه عليه.

وإنما لا تقبل شهادته مع عدم اللعان أو البيئه أو إقرار المقذوف، وأما مع أحد الامور المذكوره، أو إذا تاب، قبلت، سواء أقيم الحدّ عليه أو لا، ولو أقيم ولم يتب لم تقبل.

وقد اتفق المفسرون على عدم رجوع الإستثناء إلى الجملة الاولى أعنى قوله: «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» وهم بين من أرجعه إلى الجملتين الباقيتين، وبين من أرجعه إلى الثالثه وهى: «أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (٢).

ص: ٨٩٤

(١-١) سورة النور ٢٤: ٤٥.

(٢-٢) التبيان في تفسير القرآن ٧: ٤٠٩، جامع البيان للطبرى ١٨: ٦٠ ٦١، معانى القرآن للنحاس ٤: ٥٠١، تفسير القرطبي ١٢: ١٧٩، ١٨٠، الكشاف ٤: ٢٦٩، تفسير ابن كثير ٣: ٢٧٥، الميزان ١٥: ٨٢ ٨١.

وأما الحدّ، فإن كان في حقوق الله فلا يسقط، إلا إذا تاب قبل أن يؤخذ إلى الحاكم كما في الأخبار (١)، وإن كان في حقوق الناس يسقط بعفو صاحبه، وإلا فلا يسقط، سواء تاب أو لا، وما نحن فيه من هذا القبيل، فهو يسقط بعفو المقدوف، كما يرتفع الفسق وتقبل شهادته بالتوبة.

حدّ توبه القاذف

إنما الكلام في حدّ التوبه ومعنى الإصلاح المذكور في الآية.

أما « التوبه » فالآيه ساكته عن بيان حدّها، وكلمات الأصحاب مختلفه فيه:

قال المحقق: « وحد التوبه أن يكذب نفسه وإن كان صادقاً ويورى باطناً. وقيل: يكذبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملاء إن كان صادقاً. والأول مروى » (٢).

ولننظر في أخبار المسأله:

١ - أبو الصباح الكناني قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحدّ، ما توبته؟ قال: يكذب نفسه. قلت: رأيت إن أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم » (٣).

٢ - القاسم بن سليمان قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّاً ثم يتوب ولا يعلم منه إلّاخير، أتجوز شهادته؟ قال:

ص: ٨٩٥

١ - ١) في الوسائل: « باب إن من تاب قبل أن يؤخذ يسقط عن الحد » ج ٢٨ / ٣٦ ومن ذلك صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: « السارق إذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى الله عزّوجلّ ترد سرّفته إلى صاحبها ولا قطع عليه » .

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله، ولا تقبل شهادته أبداً، فقال: بشس ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (١).

□
٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قال أمير المؤمنين عليه السلام: ليس يصيب أحد حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته» (٢).

٤ - يونس عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام قال: « سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحدّ إذا تاب؟ قال: نعم. قلت: وما توبته؟ قال: يجي فيكذب نفسه عند الإمام ويقول: قد افترت على فلانه، ويتوب مما قال» (٣).

□
٥ - الكنانى: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القاذف إذا أكذب نفسه وتاب، أتقبل شهادته؟ قال: نعم» (٤).

□ □
٦ - عبد الله بن سنان: « سألت أبا عبد الله عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع فيما قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» (٥).

إن هذه الأخبار تدل على أن توبته (إكذاب نفسه) كما عليه المحقق تبعاً

ص: ٨٩٦

-
- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.
 - ٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٧.

للصدوقين (١) والعماني (٢) ونهايه الشيخ (٣) والشهيدين (٤) وغيرهم (٥)، بل قيل إنه المشهور (٦)، بل ادعى عليه الإجماع (٧)، ولا ريب أن هذا الإكذاب يكون عقيب الندم فيما بينه وبين الله عز وجل، وأنه يعتبر - بعد حمل مطلقها على مقيدها - أن يكون عند الإمام وعند المسلمين، وفقاً للجماعه، بل عن بعضهم عدم الخلاف في اعتبار ذلك (٨)، فما في (الجواهر) من أن الظاهر إرادته إجهاره بذلك لا كونه شرطاً في التوبه (٩)، خلاف ظاهر الأخبار، بل الظاهر منها عدم تحقق التوبه المؤثره لقبول الشهاده إلا- بذلك، كما لا يخفى على من لاحظها، لا سيما صحيحه ابن سنان حيث يسأل عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال الإمام عليه السلام: « نعم إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل

ص: ٨٩٧

-
- ١-١) المقنع: ٣٩٧ ٣٩٨.
 - ٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ٤٧٩.
 - ٣-٣) النهايه: ٧٢٧.
 - ٤-٤) الدروس ٢: ١٢٦، مسالك الأفهام ١٤: ١٧٣.
 - ٥-٥) إصباح الشيعة: ٥٢٩، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٣ ٢٩٤، المهذب لابن البراج ٢: ٥٤٩.
 - ٦-٦) رياض المسائل ١٥: ٢٧٦.
 - ٧-٧) غنيه النزوع ٢: ٤٤٠.
 - ٨-٨) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٤، التنقيح الرائع ٤: ٢٩٤، غايه المرام: ٢٧٩ ٢٨٠، رياض المسائل ٢٧٨٢٧٧: ١٥.
 - ٩-٩) جواهر الكلام ٤١: ٤٠.

فإن على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» .

وقد ظهر بذلك ضعف القول الآخر، والقائل به الشيخ في (المبسوط) (١) وابن إدريس (٢) وابن سعيد (٣) والعلامة (٤) فإنه اجتهد في مقابله نصوص المسأله، بل في (المسالك) إنه تعريض بقذف جديد غير القذف الأول (٥).

كما ظهر من خبر القاسم بن سليمان خلاف العامه في المسأله، حيث يقولون بأن توبته فيما بينه وبين الله تعالى، ولا تقبل شهادته أبداً (٦).

ومن هنا حمل على التقيه ما رواه السكوني: « عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: ليس أحد يصيب حدّاً فيقام عليه ثم يتوب إلا جازت شهادته إلا القاذف، فإنه لا تقبل شهادته، إن توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى» (٧).

إلا أن حملة على التقيه من البعد بمكان، لأنه عن أمير المؤمنين ولم يكن عليه السلام في تقيه في بيان المسائل الشرعيه الفرعيه، وأبعد منه احتمال أن نسبه الإمام الصادق عليه السلام ذلك إلى جدّه عليه السلام هي من باب التقيه... (٨).

فالصحيح في الجواب عنه هو: إن الإستثناء المزبور قد اختص به بعض نسخ (التهذيب)، وقد خلا عنه البعض الآخر وكتاب (الكافي) الذي تقرّر كونه أضبط من التهذيب، فيتقدم الخبر الخالي عنه لما ذكرنا، وإن كان الأصل في دوران الأمر

ص: ٨٩٨

١-١ (١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٧٩.

٢-٢ (٢) السرائر ٣: ٥٢٦.

٣-٣ (٣) الجامع للشرائع: ٥٤٠.

٤-٤ (٤) مختلف الشيعة ٨: ٤٨٠.

٥-٥ (٥) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٥.

٦-٦ (٦) السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ١٥٦، المحلّي لابن حزم ٩: ٤٣١، بدايه المجتهد ٢: ٤٤٣، المغنى لابن قدامه ٢: ٧٥ ٧٦.

٧-٧ (٧) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

٨-٨ (٨) جواهر الكلام ٤١: ٣٧.

بين الزيادة والنقيصه هو عدم الزيادة.

هذا كله في حد التوبه في هذا المقام.

وأما « الإصلاح » فهل هو شرط زياده عن التوبه؟ وما معناه؟

هل يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه؟

قال المحقق قدس سره: « وفي اشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبه تردد، والأقرب: الاكتفاء بالإستمرار، لأن بقاءه على التوبه إصلاح ولو ساعه» (١).

أقول: الأصل في هذا قوله تعالى: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا» (٢) ولم تذكر الآية شيئاً زائداً على « الإصلاح » فقيل: العطف تفسيري ولا يشترط شيء زائداً على التوبه (٣)، وقيل: يشترط إصلاح العمل زياده عن التوبه (٤)، فقيل: يكتفى في إصلاح العمل بالإستمرار على التوبه (٥)، وقيل: المراد إصلاح الحال والنفس بمنعها عن ظهور ما ينافى العدالة (٦).

قال في (الجواهر): التأمّل الجيّد يقتضى كون المراد بالإصلاح إكذاب نفسه بين الناس الذى يكون به إصلاح لما أفسده من عرض المقذوف بقذفه، وذلك لظهور النصوص أو صراحتها فى مغفره ذنب القاذف بالتوبه وإكذاب نفسه، وأنه لا يحتاج بعد ذلك إلى أمر آخر، والآيه ذكرت التوبه والإصلاح، فيعلم حينئذ كون

ص: ٨٩٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢) سورة النور ٢٤: ٥.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٢٩٠.

٤-٤) كتاب الخلاف ٦: ٢٦٤ المسأله ١٣، السرائر ٢: ١١٦ و ٣: ٥٢٢.

٥-٥) مختلف الشيعة ٨: ٤٨١، مسالك الأفهام ١٤: ١٧٥.

٦-٦) رياض المسائل ١٥: ٢٨٠.

المراد ذلك، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها (١).

أقول: ليس ظاهر النصوص - فضلاً عن صراحتها - ما ذكره رحمه الله، ففي خبر القاسم بن سليمان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حداً ثم يتوب ولا يعلم منه إلا خير، أتجوز شهادته؟ قال نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون: توبته فيما بينه وبين الله تعالى ولا تقبل شهادته أبداً. فقال: بئسما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلا خير جازت شهادته» (٢) وظاهره اعتبار شيء زائداً على التوبة، فيعلم حينئذ كون المراد من «الإصلاح» في الآية «أن لا يعلم منه إلا خير» بعد التوبة، لأن كلامهم عليهم السلام كالتفسير لها.

فظهر اشتراط اعتبار ذلك زياده عن «التوبة»، خلافاً لمن نفى ذلك، وأن العطف ليس تفسيريّاً، خلافاً لمن احتمله، وأنه لا يكفي في ذلك الاستمرار على التوبة ولو ساعه، خلافاً للمحقق وغيره، والقول بأن المراد أن لا يعلم منه إلا خير قبل التوبة، خلاف ظاهر الخبر.

فالحق هو القول باشتراط إصلاح العمل زياده عن التوبة (٣).

ص: ٩٠٠

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٤١.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٦.

٣- ٣) أقول: توضيح ما ذكره السيد الاستاذ هو: إن الآيات التي جاء فيها «الإصلاح» بعد «التوبة» على طوائف: منها: الآية المذكورة في صدر المسألة وهي في سورة النور: ٥ «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَحْصَنَاتِ . . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» وقوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ. . . فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ. . .» وقوله: «. . . أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنْكُمْ سُوءاً بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ. . .». ومنها: الآية في سورة آل عمران: ٨٩: «كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ. . . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا. . .» ونحوها. ومنها: الآيات الكثيرة التي جاء فيها «العمل الصالح» بعد الإيمان «والتوبة». والمستفاد من مجموعها أن التوبة لا تتحقق أو لا تكمل إلا بالإصلاح الذي هو ضد الإفساد، فلا بد من إصلاح العبد ما بينه وبين مولاه بالدخول في الصلاح والقيام بالصلح، حتى لا يعلم منه إلا خير، وهذا هو ظاهر الطائفتين الثانية والثالثة من الآيات. إلا أن الطائفة الأولى امتازت ببيان اشتراط التوبة عن تلك الذنوب الخاصة وهي ارتكاب «رمى المحصنات» و«السرقة» و«السوء» بإصلاح ما أفسد في تلك الموارد، بالإصلاح المناسب لكل منها، ومن الواضح أن إصلاح ما أفسده في مورد آية رemy المحصنات يكون بإكذاب نفسه بين الناس، وبه صرح النصوص. فالعمل الصالح زياده عن التوبة شرط، وقد يشترط بالإضافة إلى ذلك في بعض الموارد إصلاح خاص.

ثم إن هذا الخبر بناء على تماميّه سنده يقيد الأخبار المطلقة الدالّة على جواز شهادته بتوبته المجرده المتحققه بإكذاب نفسه، كما عرفت ظهور الآييه الكريمة فى اشتراط «الإصلاح» بالمعنى المذكور زياده عن التوبه، ولا- أقل من احتفاف تلك الأخبار بما يصلح للقرينيه، فلا يصح التمسك بإطلاقها.

قال المحقق: «ولو أقام بينه بالقذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ» (١).

أقول: أى: لو أقام القاذف بينه بما صدر منه من القذف أو صدّقه المقذوف، فلا حدّ عليه ولا تردّ شهادته، وهو واضح.

ص: ٩٠١

(١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

المسألة الثالثة: (في حرمه اللعب بآلات القمار مطلقاً)

قال المحقق قدس سرّه: « اللعب بآلات القمار كلّها حرام، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار » (١).

أقول: لا ريب في حرمه اللّعب بآلات القمار نصّاً وفتوى، كما لا ريب في حرمه التصرف في المال الحاصل من هذا الطريق، لأنه أكل للمال بالباطل.

ولنذكر طائفه من نصوص المسأله:

١ - زياد بن عيسى قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّوجلّ: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (٢) فقال: كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله، فنهاهم الله عزّوجلّ عن ذلك» (٣).

٢ - جابر « عن أبي جعفر عليه السلام قال: لما أنزل الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» (٤) قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ فقال: كلّ ما تقوم به حتى الكعاب والجوز. قيل: فما الأنصاب؟ قال: ما ذبحوا لألهتهم. قيل: فما الأزلام؟

ص: ٩٠٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

١٨٨: ٢: ٢-٢ سورة البقره

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ١٧: ١٦٤/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٥.

٩٠: ٥: ٤-٤ سورة المائده

قال: قداحهم التي يستقسمون بها» (١).

٣ - حماد بن عيسى، قال: « دخل رجل من البصريين على أبي الحسن الأول عليه السلام، فقال له: جعلت فداك، إنى أفعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست ألعب بها ولكن أنظر، فقال: مالك ولمجلس لا ينظر الله إلى أهله» (٢).

٤ - سليمان الجعفرى « عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: المطلع فى الشطرنج كالمطلع فى النار» (٣).

٥ - ابن رئاب قال: « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: جعلت فداك، ما تقول فى الشطرنج؟ فقال: المقلب لها كالمقلب لحم الخنزير.

قال فقلت: ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (٤).

٦ - أبو بصير عن أبي عبد الله السلام قال: « بيع الشطرنج حرام، وأكل ثمنه سحت، واتخاذها كفر، واللعب بها شرك، والسلام على اللأهى بها معصية وكبيره موبقه، والخائض فيها يده كالخائض يده فى لحم الخنزير، لا صلاه له حتى يغسل يده كما يغسلها من مس لحم الخنزير، والناظر إليها كالناظر فى فرج أمه، واللأهى بها والناظر إليها فى حال ما يلهى بها والسلام على اللأهى بها فى حالته تلك فى الإثم سواء، ومن جلس على اللعب بها فقد تبوء مقعده من النار، وكان عيشه ذلك حسره عليه فى القيامة، وإياك ومجالسه اللأهى والمغرور بلعبها، فإنها من المجالس

ص: ٩٠٣

١-١) وسائل الشيعه ١٧: ١٦٥/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.

التي باء أهلها بسخط من الله، يتوقعونه في كلِّ ساعه فيعمك معهم» (١).

٧ - الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في حديث المناهى قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن اللعب بالنرد والشطرنج والكوبه والعربيه وهى الطنبور والعود، ونهى عن بيع النرد» (٢).

٨ - معمر بن خلاد « عن أبى الحسن عليه السلام قال: النرد والشطرنج والأربعه عشر بمنزله واحده، وكل ما قورم عليه فهو ميسر» (٣).

٩ - أبو بصير « عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: النرد والشطرنج هما الميسر» (٤).

١٠ - عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام فى رسالته إلى المأمون، فى ذكر الكبائر: « والميسر وهو القمار» (٥).

١١ - الفضيل قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التى يلعب بها الناس: النرد والشطرنج حتى انتهيت إلى السدر، فقال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قال: مع الباطل، قال: فمالك وللباطل؟» (٦).

١٢ - زيد الشحام قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل «فاجتنبوا الرجس من الأوثان و اجتنبوا قول الزور» (٧) قال: الرجس

ص: ٩٠٤

- ١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٣.
- ١-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٥/٦. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٤/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٥-٥) وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٩/٣٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٦.
- ٦-٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٤/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٤.
- ٧-٧) سوره الحج ٣٠: ٢٢.

من الأوثان الشطرنج، وقول الزور الغناء» (١).

١٣ - عمر بن يزيد « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن لله عزّوجلّ في كلّ ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار، إلا من أفطر على مسكر، أو مشاحن أو صاحب شاهين. قلت: وأى شيء صاحب الشاهين؟ قال: الشطرنج» (٢).

١٤ - العلاء بن سيّاب: « سمعته يقول: لا تقبل شهادة صاحب النرد والأربعة عشر، وصاحب الشاهين. . . » (٣).

دلّت هذه الأخبار وغيرها على حرمه اللعب بآلات القمار على اختلاف أنواعها، وسواء كان اللعب مع المراهنة أو بدونها.

إنما الكلام في أنه هل اللعب بها من الكبائر، فتزول به العدالة وتردّ الشهادة ولو بمزّه واحده، أو أنه من الصغائر فلا تزول به العدالة إلا مع الإصرار؟

ظاهر المحقق وغيره بل الأكثر هو الأوّل، وعليه صاحب (الجواهر) (٤) وهو المختار.

وذهب صاحب (المسالك) إلى الثاني حيث قال: « وظاهر النهي أنها من الصغائر، فلا تقدح في العدالة إلا مع الاصرار » (٥).

واستحسنه في (الكفاية) (٦).

ص: ٩٠٥

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٨/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٩/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٠/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٣.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٤٥.

٥-٥) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٧.

٦-٦) كفاية الأحكام ٢: ٧٥٢.

وفى (الرياض): « فى زوال العداله به من دون إصرار إشكال، لعدم ما يدل على كونه من الكبائر، وإنما المستفاد من النصوص مجزء النهى عنه وتحريمه من دون توعيد عليه بالنار، فهو من الصغائر، لا يقدح فى العداله إلا مع الإصرار عليها، نعم ربما يستفاد من جمله من الأخبار التوعيد بها فى اللعب بالشطرنج. . . لكنها مع قصور أسانيدھا جمله غير واضحه الدلاله. . . » (١).

قلت: إن العمده فى وجه ما ذهبوا إليه تخصيص الكبائر بما أوعد الله عليه النار فى القرآن المجيد، كما تقدم عن (الكفايه) اختياره ونسبته إلى الأشهر (٢)، وعدم الإعتناء بالأخبار الوارده فى بيان الكبائر وتعيينها، وهذا مشكل.

وأما فى المقام، فإن استدلالنا هو بمجموع تلك الأخبار، بألفاظها المختلفه وتعابيرها الشديده كجعل «الرَّجَسَ مِنَ الْأَوْثَانِ» هو « الشطرنج »، وأنه والنرد من « الباطل » وأن الناظر إلى الشطرنج كالناظر فى فرج أمه، بل إن كل ما تقوم به فهو « الميسر »، بل فى بعضها وهو خبر عيون الأخبار التصريح بكون « الميسر » من « الكبائر » ولا يبعد تماميه سنده، بل فى بعضها: أن السلام على اللأهى بالشطرنج معصيه وكبيره موبقه.

وكيف كان، فإن الأخبار بمجموعها ظاهره فى أن اللعب بآلات القمار معصيه كبيره توجب السقوط عن العداله. ومع التسليم بضعفها سنداً (٣)، فإن دعوى عدم

ص: ٩٠٦

١- ١) رياض المسائل ١٥: ٢٦٦ ٢٦٧. وفيه: غير واضحه الأسانيد.

٢- ٢) كفايه الأحكام ٢: ٧٤٥.

٣- ٣) أقول: عمده أخبار المسأله فى هذه الجبهه خبر المستطرفات عن جامع البزنطى، وقد اختلف مشايخنا فى أخبار المستطرفات، فمنهم من لا- يعتمد عليها، لعدم ثبوت الطرق المعتمره إلى تلك الأخبار، ومنهم من يعتمد، لأن ابن ادريس من المنكرين لحجيه الأخبار الآحاد، فلولا ثبوت تلك الأخبار بطرق معتمره لما استطرفها فى آخر سرائره، وللبحث فى هذا الموضوع مجال آخر.

الجابر لها ضعيفه، إذ يكفي في الجبر تعاضد النصوص والفتاوى على أن الأصل في كل معصيه كونها كبيره، لأن الأصل عدم تكفيرها.

ويترتب على هذا الأصل: اختلال العدالة بارتكاب المعصيه المشكوك كونها كبيره أو صغيره.

فلو شك في بقاء عداله المرتكب للمعصيه المشكوك فيها من هذا الحيث، فإن كان الشك مسبباً عن الشك في كونها كبيره أو صغيره، لم يجر استصحاب بقاءها، وإلا فالظاهر جريانه في نفسه خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالعدم من جهة تبدل الموضوع (1) ضروره اتحاد الموضوع وهو الشخص في نظر العرف، بعد البناء على أن المعتبر هو نظر العرف في أمثال المقام.

ص: ٩٠٧

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٤٦.

المسأله الرابعه: (فى عدم قبول شهاده شارب المسكر)

قال المحقق قدس سرّه: « شارب المسكر تردّ شهادته ويفسق، خمراً كان أو نبيذاً أو بتعاً أو منصفاً أو فضيحاً، ولو شرب منه قطره»
(١).

أقول: حرمه المسكر لا ريب فيها ولا خلاف، ويدلّ عليها الكتاب والسنة، كما لا خلاف فى أن شاربه تردّ شهادته ويفسق، وفى (الجواهر): الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر (٢).

ولا فرق فى هذا الحكم بين أن يشرب الخمر وهو كما قال الراغب: المتخذ من العنب والتمر (٣)، أو النبيذ وهو كما فى (النهاية) : ما يعمل من الأشربه من التمر والزبيب والعسل والحنطه والشعير وغير ذلك (٤)، أو بتعاً وهو بكسر الباء وسكون التاء وقد تفتح نبيذ العسل، وهو خمر أهل اليمن، أو منصفاً وهو من العصير كما فى (المصباح): ما طبخ حتى بقى على النصف (٥)، أو فضيحاً وهو كما فى (النهاية) :

ص: ٩٠٨

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٤٦.

٣-٣ (٣) المفردات فى غريب القرآن: ١٥٩.

٤-٤ (٤) النهاية فى غريب القرآن والحديث ٥: ٧.

٥-٥ (٥) المصباح المنير: ٦٠٨.

شراب يتخذ من البسر المفضوخ أى المشدوخ (١).

ويترتب ما ذكر من الآثار ولو شرب منه قطره، وفى (كشف اللثام) و (الجواهر) قال الشافعى: من شرب يسيراً من النبيذ أحده ولا أفسقه ولا أوردّ شهادته. وعن أبى حنيفة: لا أحده ولا أفسقه ولا أوردّ شهادته (٢).

قال فى (الكفايه): والأصحاب أطلقوا الحكم بأن شارب الخمر تردّ شهادته ويفسق، وهذا يدلّ على كون ذلك عندهم كبيره (٣).

قال المحقق: « وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلا من نفسه أو بالنار ولو لم يسكر، إلا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه» (٤).

أقول: أما الفقاع فهو خمر قد استصغره الناس، وأما العصير العنبى فإذا غلا بنفسه أو بالنار يحرم وإن لم يسكر، فإن غلى حتى يذهب ثلثاه حلّ الثلث الباقي. قال فى (الكفايه): قد ذكروا فى هذا المقام العصير العنبى إذا غلا قبل ذهاب الثلثين، وتحريمه ثابت، لكن فى كونه كبيره تأمل، والأقرب عدم ذلك (٥). فتأمل.

قال: « وأما غير العصير من التمر والبسر فالأصل أنه حلال ما لم يسكر» (٦).

أقول: أى، فإن أسكر حرم، لأن كلّ مسكر حرام.

ص: ٩٠٩

١- ١) النهاية فى غريب الحديث ٣: ٤٥٣.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٢٩٢، جواهر الكلام ٤١: ٤٦ و ٤٧.

٣- ٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٠.

٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٥- ٥) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٠.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

قال: « ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل » (١).

□
أقول: يدل على ذلك ما رواه زراره « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الخمر العتيقه تجعل خلًّا؟ قال: لا بأس » (٢).

□
وعن عبيد بن زراره قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلًّا. قال: لا بأس » (٣).

قال في (الجواهر): سواء كان بعلاج أو غيره، بل لعل الظاهر ما في (كشف اللثام) من أنه لا يحكم بفسق متخذ الخمر إلا إذا علم أنه لا يريد به التخليل (٤).

وفي (المسالك): ترك العلاج بشئ أفضل (٥).

□
قلت: وجه أفضلية الترك ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سئل عن الخمر يجعل فيها الخل، فقال: لا إلا ما جاء من قبل نفسه » (٦) قال صاحب الوسائل: « حمله الشيخ على استحباب تركها حتى تصير خلًّا من غير أن يطرح فيها ملح أو غيره » (٧).

ص: ٩١٠

١-١ . شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢ . وسائل الشيعة ٢٥: ٢٧٧/١. أبواب الأشربه المباحه، الباب ٣٣.

٣-٣ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٠/٣. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ٣١.

٤-٤ . جواهر الكلام ٤١: ٤٧، كشف اللثام ١٠: ٢٩٣.

٥-٥ . مسالك الأفهام ١٤: ١٧٩.

٦-٦ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧١/٧. ابواب الأشربه المباحه، الباب ٣١.

٧-٧ . وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٢، النهايه: ٥٩٢.

المجلد ٣

اشاره

ص: ١

بقية الطرف الاول (في صفات الشاهد)

[ادامه وصف العداله]

[ادامه بيان مسائل]

المسأله الخامسه: (في الغناء وردّ الشهاده به)

قال المحقق قدس سرّه: « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله وترد شهادته، وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن» (١).

أقول: البحث في هذه المسأله في جهات:

جهات البحث في المسأله

الجهه الاولى: في حرمه الغناء. ولا خلاف بين الأصحاب في تحريم الغناء، بل في (الجواهر) الإجماع بقسميه عليه (٢)، بل قد ادعى التواتر في الأخبار الدالّه على حرمة، وستأتى نصوص بعضها.

والجهه الثانيه: في حرمه استماع الغناء. وهذا أيضاً لا خلاف في حرمة، والأخبار الدالّه عليه كثيره، وسيأتى بعضها.

والجهه الثالثه: في كونه معصيه كبيره. وهذا أيضاً لا خلاف فيه، ويدلّ عدّه

ص: ٩١٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٤٧.

من الأخبار على كونه مما أوعده الله عليه النار، وسيأتي بعضها.

والجهد الرابع: في موضوع الغناء المحرّم، وهو عند المحقق وجماعه بل نسب إلى الأكثر « مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» (١) ومنهم من اعتبر فيه التسميه العرفيه، قال في (المسالك): والأولى الرجوع فيه إلى العرف، فما يسمى فيه غناء يحرم (٢).

قال المحقق: « سواء استعمل في شعر أو قرآن» (٣).

أقول: أي أن المحرّم هو الكيفيه الخاصه المذكوره، أو التي يسميها العرف غناءً ويسمى في الفارسيه ب « سرود» ، من غير فرق بين أن تكون تلك الكيفيه في كلام حق كالقرآن والدعاء وأمثالهما، أو باطل كالأشعار الباطله، وسواء اقترن بشيء من المحرمات كآلات اللهو وحضور الرجال في مجلس النساء أو لم يقترن.

وهذا هو المشهور بين الأصحاب، وهو المستفاد من أخبار الباب، وإليك نصوص طائفه منها (٤).

١ - زيد الشحام قال: « قال أبو عبد الله عليه السلام: بيت الغناء لا تؤمن فيه الفجيعة، ولا تجاب فيه الدعوه، ولا يدخله الملك» (٥).

٢ - زيد أيضاً قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عزّوجلّ:

ص: ٩١٦

١- ١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٣٦، مستند الشيعة ١٤: ١٢٥، كتاب المكاسب ١: ١١٠، نشر اسماعيليان.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٠.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٤- ٤) ولا حاجة إلى النظر في أسانيد هذه الأخبار بعد كونها مستفيضه، وأغلبها في الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به ١٧/٣٠٣.

٥- ٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٣/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

«وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (١) قال: قول الزور الغناء» (٢).

٣ - أبو الصباح « عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله عز وجل: «لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» (٣) قال: الغناء» (٤).

٤ - محمد بن مسلم وأبو الصباح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل «وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ» قال: الغناء» (٥).

٥ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: « الغناء مما وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ» (٦)» (٧).

٦ - مهران بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام قال « سمعته يقول: الغناء مما قال الله عز وجل «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ» (٨).

٧ - أبو بصير قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» (٩) قال: قول الزور

ص: ٩١٧

١-١) سورة الحج ٢٢: ٣٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٣/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٣-٣) سورة الفرقان ٢٥: ٧٢.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٤/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٤/٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٦-٦) سورة لقمان ٣١: ٦.

٧-٧) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٤/٦. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٨-٨) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥/٧. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٩-٩) سورة الحج ٢٢: ٣٠.

٨ - أبو أسامة عن « أبي عبد الله عليه السلام قال: الغناء عيش النفاق» (٢).

٩ - الوشاء قال: « سمعت أبا الحسن الرضا عليه السلام يقول: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الغناء، فقال: هو قول الله عز وجل
« وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» (٣).

١٠ - إبراهيم بن محمد المدني عن ذكره « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الغناء وأنا حاضر، فقال: لا تدخلوا بيوتاً
الله معرض عن أهلها» (٤).

١١ - يونس قال: « سألت الخراساني عليه السلام عن الغناء وقلت: إن العباسي ذكر عنك أنك ترخص في الغناء، فقال: كذب
الزنديق، ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء، فقلت: إن رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء، فقال: يا فلان، إذا ميز الله
بين الحق والباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت» (٥).

١٢ - عبد الأعلى قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء وقلت: إنهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحكمكم، فقال: كذبوا، إن الله عز وجل يقول «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا
بَيْنَهُمَا لِأَعْيُنٍ * لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهُمْ لَاتَّخِذْنَاهُ مِنْ لَدُنَّا إِنْ

ص: ٩١٨

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥/٩. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٦/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٦/١٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٦/١٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

كَذَّافِعِينَ * بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَ لَكُمْ أَلْوَيْلٌ مِمَّا تَصِفُونَ» (١) ثم قال: ويل لفلان مما يصف.
رجل لم يحضر المجلس» (٢).

١٣ - عيون الأخبار عن الرضا عن آبائه عن علي عليهم السلام قال: « سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقول: أخاف عليكم استخفافاً بالدين، وبيع الحكم، وقطيعه الرحم، وأن تتخذوا القرآن مزامير، تقدّمون أحدكم وليس بأفضلكم في الدين» (٣).

١٤ - محمد بن أبي عباد وكان مستهتراً بالسمع ويشرب النبيذ قال: « سألت الرضا عليه السلام عن السماع، فقال: لأهل الحجاز - العراق خ ل - فيه رأى، وهو في حيز الباطل واللهو، أما سمعت الله عز وجل يقول: «وَ إِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٤)» (٥).

١٥ - حماد بن عثمان « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الزور. قال: منه قول الرجل للذي يغنى: أحسنت» (٦).

١٦ - المقنع « قال الصادق عليه السلام: شر الأصوات الغناء» (٧).

١٧ - الحسن بن هارون قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الغناء

ص: ٩١٩

١- (١) سورة الأنبياء ٢١: ١٨ ١٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٧/١٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٧/١٨. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٤- (٤) سورة الفرقان ٢٥: ٧٢.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٨/١٩. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٩/٢١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٩/٢٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩، المقنع: ٤٥٦.

يورث النفاق ويعقب الفقر» (١).

١٨ - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إستماع اللهو والغناء يثبت النفاق كما يثبت الماء الزرع» (٢).

١٩ - أبو أيوب الخزاز: « نزلنا بالمدينة فأتينا أبا عبد الله عليه السلام، فقال لنا: أين نزلتم؟ فقلنا: على فلان صاحب القيان، فقال: كونوا كراماً. فوالله ما علمنا ما أراد به وظننا أنه يقول: تفضلوا عليه، فعدنا إليه فقلنا: لا ندرى ما أردت بقولك: كونوا كراماً، فقال: أما سمعتم الله عز وجل يقول: «وَ إِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٣)» (٤).

٢٠ - معانى الأخبار عن أبي الربيع الشامي: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الشطرنج والنرد، فقال: لا تقربوهما؟ قلت: فالغناء؟ قال: لا خير فيه، لا تقربه» (٥).

فهذه جملة من أخبار المسألة، وهي صريحة الدلالة على حرمة الغناء، وحرمة استماعه، وغير ذلك مما يتعلق بالحكم، ككونه معصية كبيرة، وحرمة أجر المغنى والمغنيه، وثمانهما. . .

وأما موضوعه، فإن المرجع في تشخيصه هو العرف كسائر المفاهيم والموضوعات في أدلّه الأحكام الشرعية، فكل ما كان « غناء» عرفاً فهو محرّم،

ص: ٩٢٠

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٩/٢٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠١.

٣-٣) سورة الفرقان ٢٥: ٧٢.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠١.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٠/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٢.

بغض النظر عن صدق عنوان « اللهو » ونحوه عليه وعدم صدقه، وسواء كان في كلام حق أو باطل، وسواء اقترن بشيء من المحرمات كاستعمال آلات اللهو والرقص ونحوهما أو لم يقترن، ويتضح ذلك مما سنذكره في معنى الغناء في كلمات الفقهاء واللغويين وما يتعلق بكلمات الشيخ الأعظم رحمه الله.

فلقد اختلفت عبارات الفقهاء واللغويين في « الغناء » .

فعن المشهور من الفقهاء وعليه المحقق « مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب » (١).

وعن (القواعد): « ترجيع الصوت ومدّه » (٢).

وعن (السرائر) و (الإيضاح): « الصوت المطرب » (٣).

وفي (الجواهر) عن بعض الأصحاب: « الصوت المشتمل على الترجيع المطرب » (٤).

وأخصّ هذه العبارات عباره المشهور حيث جمعت بين جميع القيود.

وعن (المصباح): « الغناء الصوت » (٥) وهذا التعريف لا يوضح لنا الموضوع ، نعم يفيد كونه صوتاً لا قولاً.

وعن (الصحاح): « السماع » قال الشيخ: وهو الأحسن من الكل (٦).

ص: ٩٢١

١- ١) جواهر الكلام ٢٢: ٤٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٥. وعنه جواهر الكلام ٢٢: ٤٥.

٣- ٣) جواهر الكلام ٢٢: ٤٥.

٤- ٤) جواهر الكلام ٢٢: ٤٥.

٥- ٥) المصباح المنير: ٤٥٥. عنه المكاسب ١: ١٠٨، نشر اسماعيليان.

٦- ٦) صحاح اللغة ٦: ٢٤٤٩. عنه المكاسب ١: ١٠٨.

وقد ترجمه في (منتهى الأرب) ب « آواز خوش » (١).

ولم نفهم وجه كونه الأحسن من الكلّ.

وفي (القاموس): « الغناء ككساء من الصوت ما طرب به » (٢) وكذا في (التاج).

وعن (النهاية): « كل من رفع صوتاً ووالاه فصوته عند العرب غناء » (٣).

ثم إن الشيخ الأعظم قدس سره لما رأى تطبيق الأئمة عليهم السلام عناوين « لهو الحديث » و « قول الزور » و « اللهو » على « الغناء » ، جعل الدليل على حرمه الغناء حرمه هذه العناوين ، فإن كانت الكيفية ملهيه كانت مصداقاً لهذه العناوين وحرم ذلك الصوت ، سواء كانت المواد ملهيه كذلك أو لا ، فجعل رحمه الله الأخبار الداله على حرمه الغناء على ثلاث طوائف :

منها: ما ورد في تفسير قوله تعالى « وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ » (٤). ومنها: ما ورد في تفسير قوله تعالى: « وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوً الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ » (٥). ومنها: ما ورد في تفسير قوله تعالى « وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ » (٦).

ثم قال: « وقد يخدش في الاستدلال بهذه الروايات ، بظهور الطائفة الاولى

ص: ٩٢٢

١-١) منتهى الأرب ٣: ٩٤٤.

٢-٢) القاموس المحيط ٤: ٤٢١.

٣-٣) النهاية في غريب الحديث ٣: ٣٩١. وعنه المكاسب ١: ١٠٨.

٤-٤) سورة الحج ٢٢: ٣٠.

٥-٥) سورة لقمان ٣١: ٦.

٦-٦) سورة الفرقان ٢٥: ٧٢.

بل الثانيه فى أن الغناء من مقوله الكلام، لتفسير قول الزور به... وكذا لهو الحديث بناء على أنه من إضافه الصفه إلى الموصوف، فيختص الغناء المحرم بما كان مشتملاً على الكلام الباطل، فلا تدلّ على حرمة نفس الكيفيه ولو لم يكن فى كلام باطل.

□
ومنه يظهر الخدشه فى الطائفه الثالثه، حيث أن مشاهد الزور التى مدح الله تعالى من لا يشهد بها هى مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام، فالإنصاف أنها لا تدل على حرمة نفس الكيفيه، إلا من حيث إشعار « لهو الحديث » بكون اللهو على إطلاقه مبغوضاً لله تعالى، وكذا « الزور » بمعنى الباطل، وإن تحققت فى كفيه الكلام لا فى نفسه، كما إذا تغنى فى كلام حق من قرآن أو دعاء أو مرثيه.

وبالجملة، فكلّ صوت يعدّ فى نفسه مع قطع النظر عن الكلام المتصوت به لهواً وباطلاً، فهو حرام (١).

ثم قال بعد إيراد أخبار استظهر منها الدلاله على حرمة الغناء من حيث اللهو والباطل: « فالغناء وهو من مقوله الكيفيه للأصوات كما سيجى، إن كان مساوياً للصوت اللهوى والباطل، كما هو الأقوى وسيجى، فهو، وإن كان أعم، وجب تقييده بما كان من هذا العنوان، كما أنه لو كان أخص وجب التعدى عنه إلى مطلق الصوت الخارج على وجه اللهو.

وبالجملة، فالمحرّم هو ما كان من لحن أهل الفسوق والمعاصى التى ورد النهى عن قراءه القرآن بها، سواء كان مساوياً للغناء أو أعم أو أخص، مع أن الظاهر أن ليس الغناء إلا هو، وإن اختلفت عبارات الفقهاء واللغويين» (٢).

ص: ٩٢٣

١-١) كتاب المكاسب ١: ١٠٧.

٢-٢) كتاب المكاسب ١: ١٠٨.

أقول: وهناك طائفة من الأخبار تدلّ على حرمه الغناء بعنوانه، كقوله عليه السلام: « شر الأصوات الغناء» (١)، وما دلّ على ذم التغنى بالقرآن واتخاذهم مزامير، وما دلّ على أن « أجر المغنى والمغنية سحت» (٢) وغير ذلك، فإن النهي عن التغنى بالقرآن يدلّ على حرمه « الغناء» من حيث نفسه، لوضوح أن التلهي بالقرآن ليس من الامور المتعارفه في مجالس اللهو والتغنى.

وعلى الجملة، فكلمة صدق عليه « الغناء» فهو حرام، وانطباق عنوان آخر عليه من « اللهو» و « الباطل» و « قول الزور» أمر آخر، وليس مورد السؤال في الروايات عن حكم « الغناء» خصوص ما تداول من الأصوات في مجالس اللهو ومشاهد الزور، حتى تكون هذه الأخبار ناظره إلى ذلك، بل « الغناء» من العناوين المحرمة مثل « اللهو» و « اللغو» و « الباطل» و « قول الزور» ونحوها، فما ذهب إليه من دوران الحكم مدار صدق اللهو والباطل مشكل.

وبذلك يظهر النظر في ما ذهب إليه من المساواه بين « اللهو» و « الغناء»، إذ ليس كل صوت تعارف في مجالس اللهو إخراجة غناء، بل يعتبر في الغناء خصوصيات، كما تقدّم في عبارته المحقق وجماعه من الفقهاء واللغويين. وفيما ذكره بعد نقل بعض العبارات، في معنى الغناء من أن كلّ هذه المفاهيم مما يعلم عدم حرمتها وعدم صدق الغناء عليها، فكلمتها إشاره إلى المفهوم المعين عرفاً» (٣).

وكذا النظر فيما ذكره بقوله: « وكيف كان، فالمحصّل من الأدلّة المتقدّمه حرمه الصوت المرجّح فيه على سبيل اللهو، فإن اللهو كما يكون بآله من غير صوت

ص: ٩٢٤

١- ١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٩/٢٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٧/١٧. أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩.

٣- ٣) كتاب المكاسب ١: ١٠٨.

كضرب الأوتار ونحوه، وبالصوت في الآله كالمزمار والقصب ونحوهما، فقد يكون بالصوت المجرد، فكل صوت يكون لهواً بكيفيته ومعدوداً من ألحان أهل الفسوق والمعاصي فهو حرام، وإن فرض أنه ليس بغناء، وكل ما لا يعد لهواً فليس بحرام وإن فرض صدق الغناء عليه فرضاً غير محقق، لعدم الدليل على حرمة الغناء إلا من حيث كونه باطلاً ولهواً ولغوياً وزوراً» (١).

لأننا ذكرنا دلالة بعض أخبار المسألة على حرمة « الغناء » بما هو غناء، لا بما هو لهو أو غير ذلك، وعليه فتوى الأصحاب، وبعبارة أخرى: لقد قام النهي عن الغناء بخصوصه وإن كان من أفراد اللهو ونحوه، لشده قبحه أو كثره شيوعه وإقبال الناس عليه. . . فالدليل على حرمة الغناء موجود لا من حيث كونه باطلاً ولهواً ولغوياً وزوراً، حتى لو فرض عدم صدق أحد هذه العناوين عليه فرضاً غير محقق.

هذا كله بالنسبة إلى ما ذهب إليه الشيخ.

في ما نسب إلى الكاشاني والكفاه

ثم إن الشيخ قدس سره نسب إلى المحدث الكاشاني قدس سره الخلاف في أصل الحكم، قال: « إنه خص الحرام منه بما اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بالآلات اللهو، ودخول الرجال، والكلام بالباطل، وإلا فهو في نفسه غير محرم، والمحكى من كلامه في الوافي أنه بعد حكاية الأخبار التي يأتي بعضها قال: الذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة اختصاص حرمة الغناء وما يتعلق به من الأجر، والتعليم، والاستماع، والبيع، والشراء، كلها بما كان على النحو المعهود

ص: ٩٢٥

المتعارف في زمن الخلفاء، من دخول الرجال عليهنّ وتكلمهنّ بالباطل، ولعبهنّ بالملاهي، من العيدان والقصب وغيرهما، دون ما سوى ذلك من أنواعه، كما يشعر به قوله: ليست بالتي يدخل عليها الرجال (١)، إلى أن قال:

وعلى هذا، فلا بأس بالتغنى بالأشعار المتضمنة لذكر الجنة والنار والتشويق إلى دار القرار، ووصف نعم الملك الجبار، وذكر العبادات والرغبات في الخيرات والزهد في الفانيات ونحو ذلك، كما أشير إليه في حديث الفقيه بقوله: « ذكر تك الجنة » (٢)، وذلك: لأن هذا كله ذكر الله، وربما تقشعرّ منه جلود الذين يخشون ربهم ثم تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله.

وبالجمله، فلا يخفى على أهل الحجى بعد سماع هذه الأخبار تمييز حق الغناء عن باطله، وأن أكثر ما يتغنى به الصوفية في محافلهم من قبيل الباطل (٣).

أقول: ظاهر العبارة لا يساعد ما نسب الشيخ إليه، لأنه يقول: « الذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة اختصاص حرمة الغناء وما يتعلّق به. . . » وهذا ظاهر في القول بحرمة الغناء، إلا أنه يرى عدم حرمة ما كان منه في القرآن والمواعظ ونحوها، فهو غير منكر لأصل الحكم، بل هو من القائلين بالحرمة في الجملة.

قال الشيخ: ونسب القول المذكور إلى صاحب (الكفاية) أيضاً. أقول: والموجود فيها بعد ذكر الأخبار المتخالفه جوازاً ومنعاً في القرآن وغيره إن الجمع بين هذه الأخبار يمكن بوجهين:

أحدهما: تخصيص تلك الأخبار الواردة المانعه بما عدا القرآن، وحمل ما يدلّ

ص: ٩٢٤

- ١- ١) وسائل الشيعة ١٧: ١٢١/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٥.
- ٢- ٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٢/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٦.
- ٣- ٣) كتاب المكاسب ١: ١١١ ١١٢. نقلاً عن الوافي ١٧: ٢١٨ ٢٢٣.

على ذم التغنى بالقرآن على قرائه يكون على سبيل الله، كما يصنعه الفساق في غنائهم، ويؤيده روايه عبد الله بن سنان: أقرأوا القرآن بألحان العرب، وإياكم ولحون أهل الفسق والكبائر، وسيجيء من بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء (١).

وثانيهما: أن يقال وحاصل ما قال حمل الأخبار المانعه على الفرد الشائع في ذلك الزمان، قال: والشائع في ذلك الزمان الغناء على سبيل الله من الجوارى وغيرهن في مجالس الفجور والخمور والعمل بالملاهي والتكلم بالباطل وإسماعهن الرجال، فحمل المفرد المعرف يعنى لفظ الغناء على تلك الأفراد الشائعه في ذلك الزمان غير بعيد.

ثم قال بعد كلام له: إن في عدّه من أخبار المنع عن الغناء إشعاراً بكونه لهواً باطلاً، وصدق ذلك في القرآن والدعوات والأذكار المقروه بالأصوات الطيبه المذكوره المهيجه للأشواق إلى العالم الأعلى، محلّ تأمل (٢).

أقول: حاصل كلامه في الوجه الأول: تخصيص أخبار المنع بما عدا القرآن. ومن الواضح: أن التخصيص معناه حفظ دلالتها على المنع في غير مورد التخصيص، فهو قائل بالحرمة في الجملة.

وحاصل كلامه في الوجه الثاني: الجواب عن أخبار المنع بوجوه:

أحدها: منع صدق « الغناء » في القرآن ونحوه.

والثاني: إنصاف أخبار المنع عن القرآن ونحوه.

ص: ٩٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ٦: ١٢٠/١. أبواب قراءه القرآن، الباب ٢٤.

٢- (٢) كفايه الأحكام ١: ٤٢٨ ٤٣٤. ونقل عنه في المكاسب ١: ١١٢ ١١٣.

والثالث: التخصيص.

وفى (المكاسب) وجه رابع وظاهر عبارته أنه ل (الكفايه) ولكنه ليس فيها، ولعلّ نسخ الكفايه مختلفه حيث قال: « على أن التعارض واقع بين أخبار الغناء والأخبار الكثيره المتواتره الداله على فضل قراءه القرآن والأدعيه والأذكار، مع عمومها لغه وكثرتها، وموافقتها للأصل، والنسبه بين الموضوعين عموم من وجه، فإذا، لا- ريب فى تحريم الغناء على سبيل اللهو والاقتران بالملاهى ونحوهما، ثم إن ثبت إجماع فى غيره وإلا بقى حكمه على الإباحه. وطريق الاحتياط واضح» (1).

وحاصله: تعارض أدله الموضوعين فى مادّه الاجتماع وتساقظهما، فإن كان إجماع على حرمه الغناء بالقرآن فهو، وإلا فالأصل الإباحه.

أقول: أما الوجه الأوّل، فواضح البطلان، لعدم الفرق فى الصدق بين القرآن وغيره لغه وعرفاً.

وأما الوجه الثانى، فكذلك، لما ورد فى الأخبار المجوزه نفسها من النهى عن التغنى بالقرآن، فكيف يقال بانصراف أدله التحريم عن القرآن؟

وأما الرابع فكذلك، لأنه متى اجتمعت الحرمة مع غير الوجوب، فلا- إشكال فى تقدّم دليل الحرمة، ولا معنى للتعارض بينهما والتساقط، فلا تصل النوبه إلى الإجماع، على أنه قائم فى جميع موارد اجتماع الحرمة مع عدم الوجوب.

وبقى الثالث، وهو يتوقف على تماميته ما دلّ على الجواز فى القرآن، سنداً ودلاله، وهى أخبار:

ص: ٩٢٨

الأول: ما عن الحميري - بسند لم يستبعد في (الكفايه) إلحاقه بالصحيح (١) - عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: « سألته عن الغناء في الفطر والأضحى والفرح. قال: لا بأس ما لم يعص به. »

والثاني: في كتاب علي بن جعفر عن أخيه قال: « سألته عن الغناء، هل يصلح في الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس ما لم يزم به » (٢).

والاستدلال بهما يتم على أن يكون المراد ما لم يعص باقتران القراءة بشي من المحرمات الخارجيه وما لم يستعمل فيه المزمار، ولكن الأظهر أن المراد ما لم يعص أو لم يزم في نفس هذه القراءة، وعلى الجملة: ما لم يكن الصوت مشتملاً على الترجيع والطرب، وإلا- فإن تحسين الصوت في الفرح وأيام السرور كالعيدين مطلوب مرغوب فيه، ويكون التعبير عن ذلك بالغناء على مبنى الشيخ تعبيراً مجازياً (٣).

ص: ٩٢٩

١ - ١) نسبه إليه النراقي في المستند ١٨: ١٣٩ والشيخ في المكاسب ١: ١١٤. والخبر في وسائل الشيعة ١٧: ١٢٢/٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٥.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٢/٥، ذيل الحديث وفيه: ما لم يؤمر به. مسائل علي بن جعفر ١٥٦: ٢١٩.

٣ - ٣) أقول: ومع التنزل عن ذلك، فلا بدّ بعد تسليم السند من الحمل على بعض المحامل، قال في الوسائل (١٧/١٢٢) : « هذا مخصوص بزف العرائس وبالفطر والأضحى إذا اتفق معه العرس، ويمكن حمله على التقيه، ويحتمل غير ذلك » ولا سيما بالنظر إلى النصوص الواردة في أبواب صلاة العيد، ففي الباب ٣٧: الذي عنوانه: باب استحباب كثره ذكر الله والعمل الصالح يوم العيد وعدم جواز الاشتغال باللعب والضحك: « نظر الحسين بن علي عليه السلام إلى ناس في يوم فطر يلعبون ويضحكون، فقال لأصحابه والتفت إليهم: إن الله عز وجل جعل شهر رمضان مضمراً لخلقه يستبقون فيه بطاعته إلى رضوانه، فسبق فيه قوم ففازوا وتخلف آخرون فخابوا، فالعجب كل العجب من الضاحك اللاعب في اليوم الذي يثاب فيه المحسنون ويخيب فيه المقصرون، وأيم الله، لو كشف الغطاء لشغل محسن بإحسانه ومسى بإساءته » (وسائل الشيعة ٧: ٤٨٠/٣). ومن تلك الأبواب: « باب استحباب استشعار الحزن في العيدين لاغتصاب آل محمد حقهم » (وسائل الشيعة ٧: ٤٧٥ الباب ٣١).

والثالث: عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنيات، فقال: « التي يدخل عليها الرجال حرام، والتي تدعى إلى الأعراس ليس به بأس، وهو قول الله عزوجل « وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ » (١) « (٢).

والرابع: عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أجر المغنيه التي تزف العرائس ليس به بأس وليست بالتي يدخل عليها الرجال » (٣).

وأجاب الشيخ بقوله: « وأما روايه أبي بصير مع ضعفها سنداً بعلى بن أبي حمزه البطائني فلا يدلّ إلأعلى كون غناء المغنيه التي يدخل عليها الرجال داخلاً في لهو الحديث في الآيه، وعدم دخول غناء التي تدعى إلى الأعراس فيها، وهذا لا يدلّ على دخول مالا يكن منهما في القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعاً. . نعم، الإنصاف أنه لا يخلو من إشعار بكون المحرم هو الذي يدخل فيه الرجال على المغنيات، لكن المنصف لا يرفع اليد عن الإطلاقات لأجل الإشعار، خصوصاً مع معارضته بما هو كالصريح في حرمة غناء المغنيه ولو لخصوص مولاها » (٤).

وأجاب في (الحقائق) عن هذه الأخبار: بأنها مع تسليم دلالتها لا تقاوم أخبار التحريم، لأنها أكثر عدداً وأقوى سنداً وأوضح دلالة، وأنها موافقه للكتاب ومخالفه للعامه (٥).

ص: ٩٣٠

١- ١) سورة لقمان ٣١: ٦.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٠/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٥.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٧: ١٢١/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٥.

٤- ٤) كتاب المكاسب ١: ١١٥.

٥- ٥) الحقائق الناظره في أحكام العتره الطاهره ١٨: ١١٢. بتفاوت.

وعلى الجملة، فهذا القول ضعيف جداً، وقد ظهر أن القائل به - أعنى الكاشاني والسبزواري - لا يقول بعدم حرمه الغناء مطلقاً كما نسب إليهما.

في ما قيل من منع صدق الغناء في المراثي

ثم ذكر الشيخ قدس سرّه: أنه قد ظهر من بعض من لا خبره له من طلبه زمانه، تقليداً لمن سبقه من أعياننا « منع صدق الغناء في المراثي ». □

وقد أجاد رحمه الله فيما أفاد في الجواب عنه حيث قال: « وهو عجيب، فإنه إن أراد أن الغناء مما يكون لمواد الألفاظ دخل فيه، فهو تكذيب للعرف واللغة، أما اللغة فقد عرفت، وأما العرف، فلأنه لا ريب أن من سمع من بعيد صوتاً مشتملاً على الإطراب المقتضى للرقص أو ضرب آلات اللهو، لا يتأمل في إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد الألفاظ، وإن أراد أن الكيفية التي يقرأ بها المراثي لا يصدق عليها تعريف الغناء، فهو تكذيب للحس » (١).

□
والحاصل: إن المراثي قد يصدق عليها الغناء كما قد يصدق على قراءة القرآن، ولذا ورد عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم: « إقرأوا القرآن بألحان العرب وأصواتها وإياكم ولحون أهل الفسق وأهل الكبائر، فإنه سيجيء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء والنوح والرهبانية، لا يجوز تراقيهم، قلوبهم مقلوبه وقلوب من يعجبه شأنهم » (٢).

نعم، قيل باستثناء المراثي حكماً، فقد حكى في (جامع المقاصد) قولاً - لم

ص: ٩٣١

١- ١) كتاب المكاسب ١: ١١٥.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٦: ٢١٠/١. أبواب قراءة القرآن، الباب ٢٤.

يسم قائله - باستثناء الغناء فى المراثى، نظير استثناءه فى الأعراس.

وربما ووجه بعض من متأخرى المتأخرين بعمومات أدله الإبهاء والرثاء، وكأنه قد أخذ ذلك مما تقدم من صاحب (الكفايه) رحمه الله من الإستدلال بإطلاق أدله قراءه القرآن (١).

لكن فيه: ما تقدم من أن أدله الإستحباب والكراهه والاباحه لا تقاوم أدله الحرمة والوجوب، بل يتقدم دليل الحرمة أو الوجوب بلا- كلام عقلاً- وشرعاً، وقد دلّ الخبر المذكور: « إقرأوا القرآن. . . » على استحباب قراءه القرآن باللحن غير المحرم. وبعبارة أخرى: يدلّ على تحسين الصوت بالقرآن ما لم ينته إلى التغنى فيحرم، فالمراثى ونحوها كذلك، فإن قرائتها بالصوت الجيد المعين على البكاء مندوب ما لم ينته إلى حدّ الغناء.

وما عن المحقق الأردبيلي - بعد توجيه استثناء المراثى وغيرها من الغناء، بأنه ما ثبت الإجماع إلا فى غيرها، والأخبار ليست بصحيحه صريحه فى التحريم - من تأييد هذا الإستثناء بأن البكاء والتفجع مطلوب مرغوب وفيه ثواب عظيم، والغناء معين على ذلك، وأنه متعارف دائماً فى بلاد المسلمين من زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير نكير، وبأن النياحه جائزه وكذا أخذ الأجر عليها، والظاهر أنها لا تكون إلا مع الغناء، وبأن تحريم الغناء للطرب على الظاهر، وليس فى المراثى طرب بل ليس إلا حزن (٢).

فقد أجاب عنه الشيخ: بأن شيئاً مما ذكره لا ينفع فى جواز الغناء على الوجه

ص: ٩٣٢

١- ١) مستند الشيعة ١٨: ٢٠٢، كفايه الاحكام ١: ٤٢٨ و ٤٣١.

٢- ٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٦١ و ٦٣.

الذى ذكرنا، وأما كون الغناء معيناً على التفجع والبكاء، فهو ممنوع، بناءً على ما عرفت من كون الغناء هو الصوت اللهوى، بل وعلى ظاهر تعريف المشهور من الترجيع المطرب، لأن الطرب الحاصل منه إن كان سروراً فهو مناف للتفجع لا معين، وإن كان حزناً فهو على ما هو المركز في النفس الحيوانيه من فقد المشتهايات النفسانيه، لا- على ما أصاب سادات الزمان، مع أنه على تقدير الإعانه لا ينفع في جواز الشيء كونه مقدّمه لمستحب أو مباح، بل لا بدّ من ملاحظه عموم دليل الحرمة له، فإن كان فهو وإلا- فيحكم بإباحته، للأصل، وعلى أى حال، فلا- يجوز التمسك للإباحه بكونه مقدمه لغير حرام لما عرفت. إلى آخر كلامه قدس سرّه (١). فتأمل.

فتلخص عدم تماميه هذا الإستثناء.

فى إستثناء الغناء فى الأعراس

وأما استثناء غناء المغنيه فى الأعراس إذا لم يقترن به محرم، فالمشهور - كما ذكر الشيخ - استثناءه (٢)، لكن لم يذكر المحقق هذا الإستثناء، وهو المحكى عن المفيد (٣) والقاضى (٤) والحلى (٥) والعلامه (٦) فى (التذكره) وغيرهم (٧).

ص: ٩٣٣

١- ١) كتاب المكاسب ١: ١١٦ ١١٨.

٢- ٢) كتاب المكاسب ١: ١١٦.

٣- ٣) المقنعه: ٥٨٨.

٤- ٤) المهدب ١: ٣٤٦.

٥- ٥) السرائر ٢: ٢٢٤.

٦- ٦) تذكره الفقهاء ١٢: ١٤ ١٤١.

٧- ٧) جامع المقاصد ٤: ٢٣، الروضه البهيه ٣: ٢١٣، مجمع الفائده والبرهان ٨: ٥٩.

وقد استدلل للاستثناء بالأخبار الواردة عن أبي بصير في أجر المغنيه التي تزف العرائس. وأجاب الشيخ عن الأخبار: بأن في سندها أبا بصير وهو غير صحيح (١)، وتحقق الشهره الجابره مع مخالفه من عرفت غير ثابت. قال: لكن الإنصاف أن سند الروايات وإن انتهت إلى أبي بصير لا يخلو عن وثوق، والعمل بها تبعاً للأكثر غير بعيد، وإن كان الأحوط كما في الدروس (٢) الترك (٣).

وفى (الوسيله): قد يستثنى غناء المغنيات فى الأعراس، وليس ببعيد وإن كان الأحوط تركه.

قال السيد الاستاذ فى تعليقه: مشكل، والأحوط تركه، كما أن الأحوط على فرض الإرتكاب الإقتصار بالمغنيه المملوكه دون الحزّه والرجل أو الغلام، بشرط أن لا يستعمل معها آلات اللهو، ولا يكون المستمع رجلاً، ولا يدخل

ص: ٩٣٤

١-١) أقول: «أبو بصير» كنيه جماعه من الرواه، أشهرهم: يحيى بن القاسم أو أبو القاسم الأسدى، وليث بن البخترى المرادى: فقيل: إن هذه الكنيه متى أطلقت يكون المراد هو الأسدى، فهل هو ثقّه أو لا؟ وقيل: بالإشتراك بين الثقّه وغير الثقّه، فلا بد من الرجوع إلى القرائن لأجل التعيين، ثم أيهما الثقّه؟ وقيل: كلاهما ثقّه، فلا أثر للاشتراك. هذا بحث طويل، أفردّه بعضهم بالتأليف والتحقيق على ضوء الروايات والأقوال. أما أخبار المقام، فقد نص فى الحدائق والجواهر على اعتضادها بالشهره، فهى جابره للضعف على المبنى - إن كان، وفى الحدائق: الأخبار المذكوره ظاهره فى جوازه فى هذه الصوره، فيجب تخصيص الأخبار المطلقه بها، وبه يظهر ضعف قول من ذهب إلى عموم التحريم. نعم، لا ريب فى أن الأحوط تركه. وأما القيود التى ذكرها السيد الاستاذ، فهى مستفاده من نفس تلك الأخبار، ومقتضى القاعده للخروج عن الأخبار الداله بإطلاقها أو عمومها على حرمة الغناء والمدعى إباؤها عن التقييد والتخصيص، هو الإقتصار على ذلك.

٢-٢) كما فى مفتاح الكرامه ١٢: ١٧٥.

٣-٣) كتاب المكاسب ١: ١١٩.

عليهنّ الرجال، ويكون النكاح شرعيّاً دائماً، وكان في حال الزفاف وهو حال دخول المرأة في بيت زوجها (١).

في حكم الرجز

نعم، لا- يبعد جواز الهتاف والشعار والرجز ونحو ذلك مما تعارف في ميادين الحرب منذ صدر الاسلام، لغرض الحماسه والتهييج على القتال، لعدم صدق الغناء عرفاً، فتكون خارجه موضوعاً.

في حكم الحداء

كما لا- يبعد جواز الحداء - كدعاء، وهو صوت يرجع فيه لسوق الإبل - وفاقاً لجماعه منهم المحقق حيث قال: « ولا- بأس بالحداء» (٢). بل هو المشهور بينهم كما عن (الكفايه) (٣)، لعدم صدق الغناء عليه عرفاً كذلك.

وفي (المسالك) : قد روى أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال لعبد الله بن رواحه: « حَزَّكَ بِالْقَوْمِ، فاندفع يَرْتَجِزُ، وكان عبد الله بن رواحه جَيِّدَ الحداء وكان مع الرجال، وكان أنجشته مع النساء، فلما سمعه أنجشته تبعه، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لأنجشته: رويدك، رفقا بالقوارير. يعنى النساء» (٤).

ص: ٩٣٥

١- (١) وسيله النجاه: ١/٣٦٦، المسأله ١٣.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٣- (٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٠، مستند الشيعة ١٨: ٢٠١، وعنه في المكاسب ١: ١١٨.

٤- (٤) مسالك الأفهام ١٤: ١٨١.

وقد خدش فيه الشيخ سنداً ودلاله (١).

هذا، ولو شك في اندراج صوت تحت موضوع الغناء، فإن الأصل يقتضى إباحته، وكذا لو كانت الشبهه مفهوميه للشك في مفهوم الغناء، لأن الاحتياط يكون واجباً إن كان المفهوم مجملاً مردداً بين أفراد تكون نسبتته إلى الجميع على السواء، كما لو فرض ورود النهى عن التكتف في الصلاه، وتردد مفهوم التكتف بين وضع اليدين احدهما على الاخرى مطلقاً أو وضعهما كذلك على الصدر. أما إذا كان القدر المتيقن من المفهوم هو خصوص الحاله الثانيه، فلا يجب الإحتياط بترك الاولى، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن حكم بعض الأطراف معلوم، إذ قد عرفت القدر المتيقن في ماهيته الغناء، فإذا شك في حرمة الزائد جرت أصاله البراءه.

حكم الشعر المتضمن للكذب

قال المحقق قدس سره: « ويحرم من الشعر ما تضمن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيهاً بامرأه معروفه غير محلله له، وما عداه مباح، والإكثار منه مكروه» (٢).

أقول: في العبارة أحكام:

الأول: كل كلام تضمن كذباً فهو حرام، وقائله فاسق تردّ شهادته، لحرمة الكذب بالأدله الأربعة، من غير فرق بين الشعر وغيره، ولعلّ تخصيص الشعر بالذكر من جهة شيوع الأشعار المتضمنه للكذب، وأما الشعر المتضمن لخلاف

ص: ٩٣٦

١ - ١) كتاب المكاسب ١: ١١٨. أقول: وقال المحدث البحراني (الحدائق الناضره ١٨: ١١٦): لم أقف في الأخبار له - أي لاستثناء الحداء - على دليل، وتوقف في الجواهر في استثنائه، لكن السيد الاستاذ يرى كون الحداء قسيماً للغناء بشهاده العرف، فيكون خارجاً موضوعاً، قال في الجواهر: ولا بأس به.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

الواقع من باب المبالغة أو الإغراق، فلا يبعد عدم حرمة، بل في (المسالك) الحكم بجوازه، قال: « وأما الشعر المشتمل على المدح والإطراء، فما أمكن حمله على ضرب من المبالغة فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم قال لفاطمه بنت قيس: أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا- يضع عصاه عن عاتقه (١) ومعلوم أنه كان يضعها كثيراً، وإن لم يمكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً فهو كسائر أنواع الكذب. وربما قيل بعدم التحاقه بالكذب مطلقاً، لأن الكاذب يرى الكذب صدقاً ويروّجه، وليس غرض الشاعر أن يصدق في شعره، وإنما هو صناعه» (٢).

ولو توقف حفظ نفس محترمه أو مال محترم على الكذب جاز، بل وجب. . .

حكم هجاء المؤمن

الثاني: هجاء المؤمن حرام، فمن فعل فسق وردّت شهادته، ويدلّ على حرمة الأدلّه الأربعة، لأنه إيذاء، وظلم، وهتك، وهمز، ولمز، وكلّ ذلك حرام، بل كبيره موبقه. . . ومن ذلك يظهر أنه لا- دليل على حرمة « الهجاء » بعنوانه من الكتاب والسنة، بل يحرم من جهه انطباق أحد هذه العناوين عليه، نعم، الدليل القائم على حرمة بالخصوص هو الإجماع بقسميه كما في (الجواهر) (٣).

فهجاء المؤمن، وهو ذمّه وذكر عيوب له شعراً سواء كان فيه أو لا، وسواء كان في حضوره أو لا، حرام. وبما ذكرنا يظهر الفرق بينه وبين الكذب والغيبه والتشبيب.

ص: ٩٣٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٤٩.

ويحرم هجاء المومن سواء كان عادلاً أو فاسقاً بل متجاهراً بالفسق وإن جازت غيبته بذلك، وأما الخبر « محصوا ذنوبكم بذكر الفاسقين » (١) فالمراد به الخارجون عن الإيمان، قال في (المسالك): « اللهم إلا أن يدخل هجاء الفاسق في مراتب النهي عن المنكر بحيث يتوقف ردعه عليه، فيمكن جوازه حينئذ إن فرض » (٢).

واحترز بالمؤمن عن المخالف، فإنه يجوز هجوه، لعدم احترامه، وكذا يجوز هجاء الفاسق المبدع لئلا يؤخذ ببدعه، لكن بشرط الاقتصار على ذكر المعائب الموجودة فيه.

وقد ألحق صاحب (الجواهر) المخالفين بالمشركين في الحكم المذكور، فقال ما ملخصه بلفظه: أما المشركون، فلا إشكال كما لا- خلاف في جواز هجوهم وسبهم ولعنهم وشتيمهم ما لم يكن قذفاً مع عدم شرائطه أو فحشاً. . . فالظاهر إلحاق المخالفين بالمشركين في ذلك، لالتحاد الكفر الإسلامى والإيماني فيه، بل لعل هجاءهم على رؤس الأشهاد من أفضل عباده العباد ما لم تمنع التقية، وأولى من ذلك غيبتهم التي جرت سيره الشيعة عليها في جميع الأعصار والأمصار، علمائهم وعوامهم، حتى ملأوا القرايطيس منها، بل هي عندهم من أفضل الطاعات وأكمل القربات، فلا غرابه في دعوى تحصيل الإجماع كما عن بعضهم، بل يمكن دعوى كون ذلك من الضروريات فضلاً عن القطعيات. . . كما لا- يخفى على الخبير الماهر الواقف على ما تظافت به النصوص بل تواترت من لعنهم وسبهم وشتيمهم

ص: ٩٣٨

١- (١) مفتاح الكرامه ١٢: ٢١١. ولم اعثر عليه في المصادر الروائيه.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٣: ١٢٧.

وكفرهم، وأنهم مجوس هذه الأمه، وأشر من النصارى، وأنجس من الكلاب (١). . .

حكم التشيب

الثالث: التشيب بالمرأه كما فى (المكاسب) عن (جامع المقاصد) : ذكر محاسنها وإظهار شدّه حبّها بالشعر (٢).

وقد نقل الشيخ الحكم بالحرمة عن المبسوط (٣) وجماعه كالفاضلين (٤) والشهيدين (٥) والمحقق الثانى (٦)، بل فى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه (٧).

والبحث الآن فى جهتين:

أما الاولى، فى موضوع الحكم، وقد قيّد المحقق قدّس سرّه بالامرأه المعروفه غير المحلله. وفى (المكاسب) : المرأه المعروفه المؤمنه المحترمه.

وأما الثانيه، فى دليل الحكم المذكور:

قال الشيخ: واستدلّ عليه بلزوم تفضيحها، وهتك حرمتها، وإيذاءها، وإغراء الفساق بها، وإدخال النقص عليها وعلى أهلها، ولذا لا ترضى النفوس الأبيه ذوات الغيره والحميه أن يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم وأخواتهم، بل

ص: ٩٣٩

١-١) جواهر الكلام ٢٢: ٦٢٦١. وقوله: إنهم مجوس... الخ تقدم.

٢-٢) كتاب المكاسب ١: ٦٤. جامع المقاصد ٤: ٢٨. بتفاوت يسير.

٣-٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٢٨.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨، تحرير الأحكام ٢: ٢٦٠، تذكرة الفقهاء ١٢: ١٤٤، إيضاح الفوائد ١: ٤٠٥.

٥-٥) الدروس الشرعيه: ٣/١٦٣، مسالك الأفهام ١٤: ١٨٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٤: ٢٨.

٧-٧) جواهر الكلام ٤١: ٤٩.

ثم أشكل على هذا الاستدلال بقوله: والإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم، مع كونه أخص من المدعى، إذ قد لا يتحقق شيء من المذكورات في التشبيب، بل وأعم منه من وجه، فإن التشبيب بالزوجه قد يوجب أكثر المذكورات (١).

أقول: إنه لا دليل على حرمه التشبيب بعنوانه، فينبغي الاقتصار على المورد الذي يتحقق فيه شيء من العناوين المذكوره، والمتيقن من ذلك هو الشعر المتضمن لمحاسن المرأة الأجنبية ونشره أو إنشاده للغير، وهذا هو المتعارف بين أراذل الناس وأفواه السفله.

وحينئذ، فلو فعل ذلك بالنسبه إلى غلام حرم كذلك، وعليه فالتقييد بالمرأه لاوجه له. . .

وكذا يحرم لو كان بالنسبه إلى حليلته، ولكن التقييد بغير المحلله لا حازه إليه، لأن أحداً من ذوى غيره لا يتشبه عادة بزوجه وحليلته عند غيره، بل قد لا يكتب الشعر فى ورقه مخافه أن تقع بيد الغير. . .

وعلى هذا، فلو أنشأ شعراً تضمن تشبيهاً بامرأه معروفه غير محلله، لكنه أخفاه عن غيره، بل محاه أو مزق الورقه المكتوب عليها، لم ينطبق شيء من الوجوه المذكوره، ولا بد من دليل خاص يدل على حرمة.

اللهم إلا- أن يدعى انطباق عناوين « اللهو » و « الباطل » و « الفحشاء » و « عدم العفاف » ونحو ذلك مما ذكره الشيخ للاستدلال على الحكم، بعد الإشكال

فى الاستدلال بما ذكره.

لكن الإنصاف أن هذه الوجوه أيضاً لا تنهض لإثبات التحريم، لما ذكرناه.

فظهر أنه إن أذاع الشعر ونشره ثبتت الحرمة، سواء كان بامرأه أجنبيه أو حليله، أو بغلام، لانطباق الوجوه التى ذكرها القوم، وإلا فلا حرمة، لا من جهه تلك الوجوه، ولا من جهه ما ذكره الشيخ.

اللهم إلا صدق عنوان « اللهو » و « الباطل » ونحوهما، بناء على شمولها لذلك.

لكن فيه: إنه إن تم ذلك لزم الحكم بحرمة نظم الشعر فى وصف شجره مثلاً، لأنه « عبث » و « لغو »، وهو فى غاية البعد.

ومن هنا يقال بعدم حرمة التشيب بالمخطوبه قبل العقد، بل مطلق من يراد تزويجها، لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها، إن لم يطلع غيره على الشعر، بل لا يكون هذا عادة، فيجوز له التشيب بها كما يجوز له النظر إليها.

وأما التقييد بالمعروفه، فلأن التشيب بالمرأه المبهمه بأن يتخيل امرأه ويتشيب بها، مباح عند الكل، كما فى (المكاسب) (١).

وأما التقييد بالمؤمنه، فقد نقله الشيخ عن العلامة فى (القواعد) و (التذكرة) وعن غيره، لعدم احترام غير المؤمنه (٢).

ص: ٩٤١

١- ١) كتاب المكاسب ١: ٦٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٨، تذكره الفقهاء ١٢: ١٤٤، كتاب المكاسب ١: ٦٥، إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٥.

حكم الشعر إنشاءً وإنشاداً

الرابع: إن ما عدا ذلك من الشعر مباح إنشاؤه وإنشاده، وقد كان للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ شعراء يصغى إليهم، كما اشتهر عنه قوله: « إن من البيان لسحراً وإن من الشعر لحكمه » (١).

حكم الإكثار من الشعر

الخامس: إن الإكثار من الشعر، أى من حيث نفسه، مع قطع النظر عن جهة أخرى ترجحه، مكروه، للنهي، خصوصاً ليله الجمعة ويومها، وللصائم، بل عن (الخلافة) كراهه انشاده مطلقاً، مستدلاً عليه بالإجماع وغيره (٢).

ص: ٩٤٢

١- ١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣٧٩/٥٨٠٥، وسائل الشيعة ٧: ٤٠٣/٤. أبواب صلاة الجمعة، الباب ٥١.

٢- ٢) كتاب الخلافة ٦: ٣٠٨ المسألة ٥٦.

المسألة السادسة: (في حرمه استعمال آلات اللهو)

قال المحقق قدس سرّه: «العود والصنج وغير ذلك من آلات اللهو حرام يفسق فاعله ومستمتع، ويكره الدف في الأملاك والختان خاصه» (١).

أقول: أما حرمه العود والصنج وغير ذلك من آلات اللهو، فلا خلاف فيها، بل الإجماع بقسميه عليها كما في (الجواهر) (٢).

ويدل على الحرمة قبل ذلك طائفه كبيره من الأخبار الناهيه (٣) عن فعل ذلك بجميع أشكاله بالألسنه المختلفه:

١ - إسحاق بن جرير: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن شيطاناً يقال له القفندر، إذا ضرب في منزل الرجل أربعين صباحاً بالبربط ودخل الرجال، وضع ذلك الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثم نفخ فيه نفخه، فلا يغار بعدها، حتى توتى نساؤه فلا يغار» (٤).

ص: ٩٤٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٥١.

٣-٣) انظر الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به من وسائل الشيعة ١٧/٢١٣. لكن بعض هذه الأخبار غير صريح في التحريم، وذلك غير ضائر كضعف بعضها سنداً، لتعاضد بعضها ببعض، مع وجود ما هو صريح، بالإضافة إلى الإجماعات المحكيه.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٢/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

دلّ على حرمة الضرب بـ « البربط » (١). . . فإذا فعل ذلك أربعين صباحاً ترتب الأثر الوضعي المذكور نتيجة استحواذ الشيطان المسمى بـ « القفندر » على جميع أعضاء الرجل، كما ذكر في الخبر.

وجاء في خبر آخر ترتب أثر آخر على ذلك وهو: « نزع الحياء من الرجل، فلم يبالي ما قال ولا ما قيل فيه » وهذا نصه:

٢ - أبو داود المسترق قال: « من ضرب في بيته بربط أربعين يوماً سلط الله عليهم شيطاناً يقال له: القفندر، فلا يبقى عضو من أعضائه إلا قعد عليه، فإذا كان كذلك نزع منه الحياء ولم يبالي ما قال ولا ما قيل فيه » (٢).

٣ - كليب الصيداوي: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ضرب العيدان ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء الخضرة » (٣).

وهذا أثر آخر من آثار هذه المعصية.

٤ - موسى بن حبيب: « عن علي بن الحسين غ قال: لا يقدر الله أمه فيها بربط يقعقع ونايه تفجع » (٤).

فيمكن أن يكون المراد اتخاذ الأمه ذلك بمعنى شيوعه فيهم وكونه شعاراً لهم، وأن يكون المراد وجود البربط فيها ولو في بعض الدور أو بين طائفه من الأمه.

٥ - سماعه: « قال أبو عبد الله عليه السلام: لما مات آدم شمت به إبليس وقاييل فاجتمعوا في الأرض، فجعل إبليس وقاييل المعازف والملاهي شماته بآدم

ص: ٩٤٤

١-١) البربط كجعفر: من ملاهي العجم والعرب تسميه المزهر والعود. كذا في المصباح المنير.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٣/٢. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٣/٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٣/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

عليه السلام، فكلّ ما كان في الأرض من هذا الضرب الذي يتلذذ به الناس، فإنما هو من ذلك» (١).

أى: إن جعل المعازف واللعب بالملاهي شماته بآدم عليه السلام حسب السنه السيئه التي جعلها إبليس وقابيل.

٦ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات» (٢)(٣).

٧ - عمران الزعفراني: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من أنعم الله عليه بنعمه فجاء عند تلك النعمه بمزمار فقد كفرها (٤). الحديث» .

٨ - حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه: « عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في وصيه النبي لعلي قال: يا علي، ثلاثه يقسين القلب: استماع اللهو، وطلب الصيد، وإتيان باب السلطان» (٥).

٩ - أحمد بن عامر الطائي عن الرضا عليه السلام في حديث الشامي: إنه

ص: ٩٤٥

١-١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/٦. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٣-٣) الزفن: الرقص وأصله: اللعب والدفع. والمزمار من آليات اللهو معروف. والكوبات: جمع الكوبه وهو الطبل كما في خبر نوف عن أمير المؤمنين عليه السلام. الوسائل ١٧/٣١٥ وفي المصباح: الطبل الصغير المخصر. وعن بعض اللغويين: النرد في كلام أهل اليمن. وفي النهايه: النرد، وقيل: الطبل: وقيل: البربط. وفي المصباح: الكبر بفتحيتين: الطبل له وجه واحد. وفي النهايه: الطبل ذو الرأسين وقيل: الطبل الذي له وجه واحد. ولم أجد «الكبرات» جمعاً له.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ١٢٧/٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٧.

٥-٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/٨. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

« سأل أمير المؤمنين عليه السلام عن معنى هدير الحمام الراعيه - عتيه - (١) قال: تدعو على أهل المعازف والمزامير والعيدان» (٢).

١٠ - الطوسي في مجالسه « عن علي بن موسى عن آبائه عن علي عليهم السلام قال: كل ما ألهى عن ذكر الله فهو من الميسر» (٣).
يعنى: الذى جاء فى الآيه الكريمه: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ» (٤).

١١ - الصدوق فى خصاله: عن السيارى رفعه « عن أبى عبد الله عليه السلام، إنه سئل عن السفله فقال: من يشرب الخمر ويضرب بالطنبور» (٥).

١٢ - وزام فى كتابه: « قال عليه السلام: لا- تدخل الملائكه بيتاً فيه خمر أو دف أو طنبور أو نرد، ولا يستجاب دعاؤهم وترفع عنهم البركه» (٦).

فروع فى استعمال آيات اللهو

وهل يشمل معقد الإجماع وقول المحقق « وغير ذلك» الصنج المستعمل فى هذه الأزمنه فى المناسبات المختلفه؟ .

فى (المستند): يحكم فيه وفى كل ما يشك فى دخوله فى معقد الإجماع بمقتضى

ص: ٩٤٦

١ - ١) كذا فى الوسائل، والظاهر أن الصحيح « الراعيه» وهى التى يستحب اتخاذها فى البيوت، ففى خبر السكونى: « اتخذوا الحمام الراعيه فى بيوتكم فإنها تلعن قتله الحسين بن على صلوات الله عليهما . وهديرها. سجعها. يقال: هدر الحمام يهدر أى سجع.

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/١٠. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/١٥. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٤- ٤) سوره المائده ٥: ٩٠.

٥- ٥) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٤/١١. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

٦- ٦) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٥/١٣. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٠٠.

الأصل. قال: وأما ما روى من قولهم: : إتيك والصوانج فإن الشيطان يركض معك والملائكة تنفر عنك، فلا يصلح لإثبات الحرمه، لاختلاف النسخه، فإن فى الأكثر: الصوالج. فتأمل (١).

أقول: هل اختلاف النسخه فى المقام ونحوه، يوجب رفع اليد عن الخبر والأخذ بمقتضى أصاله البراءه، أو أن مقتضى القاعده فيه هو الإحتياط؟ الظاهر الثانى، للعلم الإجمالى بكون الصادر أحد اللفظين، فالمنهى عنه فى الخبر إما هذا وإما ذاك، ومقتضى القاعده ترك استعمال كلا الأمرين ليحصل اليقين بالإمتثال، لا الرجوع إلى أصاله البراءه، ولعل هذا وجه التأمل الذى أمر به. والصوالج جمع الصولجان (٢).

نعم، إذا كان المراد من الصنج المحرم هو الدف المشتمل على جلاجل كما فى (المسالك) (٣) وعن بعض اللغويين، اختصت الحرمه بما كان بهذه الكيفيه، وليس منها ما تعارف استعماله فى عزاء الإمام الحسين عليه السلام، لكن كلمات الفقهاء واللغويين مختلفه.

هذا، والمتيقن من الدخول تحت عنوان « الملاهى » و « المعازف » هو كل آله اتخذت للهو وأعدت له عند أهل العرف، فيحرم استعمالها المناسبه لها بقصد التلهى والإلهاء.

ولو استعملت الآله الاستعمال الخاص بها لا بقصد الإلهاء، بل لغرض

ص: ٩٤٧

١- ١) مستند الشيعة ١٨: ١٦٦.

٢- ٢) أقول: جاء الصوالج جمعاً للصولجان كما فى التاج، ولم أجد فى كتب اللغه الصوانج جمعاً للصنج، فكون اللفظ هو الصوالج كما فى أكثر النسخ هو الظاهر، فيكون الخبر فى مورد الصولجان فقط.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٣.

عقلاني مقصود، كإيقاظ النائم أو إعلام الغافل مثلاً، فالظاهر الحرمة أيضاً، لصدق استعمال آله اللهو الإستعمال المحرم، وعدم مدخلية للقصد المذكور.

ولو استعملها بغير النحو الخاص المجعوله له، كجعل الدف ظرفاً لبعض الأشياء، والمزمار عصاءاً، ونحو ذلك، فقد اختار في (المستند) الحرمة قال: بل كأنه لا خلاف فيه (١).

□
أقول: إن كان دليل الحرمة هو وجوب كسر آلات اللهو وإعدامها كما في خبر أبي الربيع الشامي: « إن الله بعثني رحمه للعالمين ولأمحق المعازف والمزامير» (٢). فإن ذلك لا يقتضى حرمة الاستعمال المذكور، فلو عصى الأمر بالكسر واتخذ المزمار عصاءاً لم يرتكب فعلين محرمين، بل المعصية واحده وهي ترك الكسر والإعدام.

وإن كان الدليل خبر (تحف العقول) عن الصادق عليه السلام: « كل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهي عنه من جهه أكله وشربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريتة، أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد: نظير البيع بالربا أو البيع للميته أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش والطيور أو جلودها أو الخمر أو شيء من وجوه النجس، فهذا كله حرام ومحرم، لأن ذلك كله منهي عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلّب فيه، فجميع تقلّبه في ذلك حرام» (٣) الحديث. ونحوه. فإن الظاهر انصراف هذه الأخبار وكلمات الأصحاب عن مثل هذا الاستعمال.

ص: ٩٤٨

١- ١) مستند الشيعة ١٨: ١٦٦ ١٦٧.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٣٠٧/١. أبواب الأشربه المحرمه، الباب ١٠.

٣- ٣) وسائل الشيعة ١٧: ٨٤/١. أبواب ما يكتسب به، الباب ٢.

ولو تحقق اللهو بغير آيات اللهو كالتطشت ونحوه يضرب به كما يضرب بالدف، ففي (المستند): الظاهر عدم الحرمة للأصل، واختصاص ثبوت الحرمة باستعمال آيات اللهو. قال: نعم، لو ثبتت حرمة مطلق اللهو لأمكن القول بالحرمة لذلك، ولكنها غير ثابتة (١).

أقول: لا حاجة إلى ثبوت حرمة مطلق اللهو للقول بالحرمة هنا، للقطع بأن العلة في تحريم استعمال آيات اللهو هو مبعوضيته اللهو الحاصل منها، فلو حصل ذلك اللهو باستعمال غيرها من الأشياء لقلنا بحرمة ذاك الاستعمال أيضاً وإن لم يصدق عليه استعمال آله اللهو، إذ لا- خصوصية للعود والمزمار ونحوهما، فظهر أن نفس التحريم لاستعمال آيات اللهو كافٍ لتحريم التلهي غيرها، سواء كان دليل آخر أو لا، وسواء كان مطلق اللهو حراماً أو لا. هذا كله بالنسبة إلى نفس الإستعمال.

حكم استماع أصوات آيات اللهو

وصريح المحقق وجماعه حرمة استماع أصوات آيات اللهو. قال في (المستند): وكأنه لصدق الاشتغال المصرح به في روايه الفضل (٢)(٣).

أقول: قد يناقش في صدق «الاشتغال» على «الاستماع»، لكن لا- حاجة إلى التمسك بروايه الفضل، بل إن نفس أدله حرمة الاستعمال كافيه في الدلالة على

ص: ٩٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٨٤/١. أبواب ما يكسب به، الباب ٢.

٢- (٢) مستند الشيعه ١٨: ١٧٢.

٣- (٣) يعني خبر الصدوق في عيون الأخبار بأسانيده إلى الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون، الذي ذكر فيه الكبائر، و عدّ منها: «الاشتغال بالملاهي». الوسائل ١٥/٣٣٠.

حرمه الاستماع، لما تقدم من أن الإشتغال بها إنما حرم لأجل التلهي بالصوت والإلتذاذ المحرم الحاصل من ذلك، ولا ريب في حصول ذلك لمستعمه، بل قد يحصل له ما لا يحصل لفاعله.

هذا مضافاً إلى قوله تعالى: «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصِيرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا» (١) حيث استشهد به الإمام عليه السلام لحرمة استماع الغناء (٢)، وإلى الأخبار الواردة في تحريم خصوص الاستماع.

وهل يحرم السماع كذلك؟ وتظهر الثمره فيما إذا مرّ على طريق يكون فيه السماع مع إمكان العبور من غيره، فهل يجوز له العبور منه؟ قال في (المستند): لا يحرم، للأصل وعدم صدق الاشتغال، وإن وجب المنع نهياً عن المنكر (٣).

أقول: الفرق بين السماع والاستماع واضح، ولكن صدق الاستماع لمن اختار الطريق الموجب للسماع على الطريق الآخر غير الموجب له مع إمكان العبور منه، غير بعيد، فعليه اختيار الطريق الثاني، وكذا لو حضر مجلساً لصديق له مثلاً لا للاستماع فترك الخروج عن المجلس، لم يبعد صدق الاستماع بالنسبه إليه وإن لم يكن

ص: ٩٥٠

١-١) سورة الاسراء ١٧: ٣٦.

٢-٢) يعنى خبر مسعده بن زياد قال: « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: بأبى أنت وأمى، إني أدخل كنيفاً ولى جيران وعندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعاً منى لهن. فقال عليه السلام: لا تفعل. فقال الرجل: والله ما آتيهن، إنما هو سماع أسمع به أذنى. فقال عليه السلام: لله أنت أما سمعت الله يقول «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصِيرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا». فقال: بلى والله لكأني لم أسمع بهذه الآية من كتاب الله من عربى ولا عجمى، لا جرم إني لا أعود إن شاء الله، وإني استغفر الله. فقال له: قم فاغتسل وصل ما بدا لك، فإنك كنت مقيماً على أمر عظيم، ما كان أسوء حالك لو مت على ذلك. . . » وسائل الشيعه ٣/٣٣١.

٣-٣) مستند الشيعه ١٨: ١٧٢.

بقاؤه فى المجلس لأجل الاستماع، كما أن الأحوط لمن سمع صوتاً من بعيد وهو فى داره ولم يمكنه النهى أن يسدّ السمع بشىء.

وعلى الجملة، فإن الإحتياط فى جميع هذه الموارد ونحوها لازم، لاحتمال صدق الاستماع المحرم على ذلك.

وأما حضور مجلس الإشتغال بالملاهى مع العلم بعدم إمكان المنع وعدم إمكان الخروج، فلا ريب ولا كلام فى حرمة، كحرمة حضور مجلس القمار والخمر حتى مع عدم الإشتغال بالملاهى وعدم الإستماع والسماع، بل يحرم حتى على الأصم.

ومن أحكام المسألة: وجوب كسر آلات اللهو أو إتلافها على كلّ متمكن، من باب النهى عن المنكر الذى هو إمساكه واقتناؤه، ولا يضمن به لصاحبه، نعم، يجب عليه فى صورته الكسر ردّ المكسور إلى المالك، لأن الواجب إعدام الهيئه فقط.

هل الإشتغال بالملاهى كبيره؟

ثم إن ظاهر المحقق وغيره ممن أطلق تحقق الفسق بالإشتغال بالملاهى، كون ذلك من المعاصى الكبيره، وهو صريح خبر (عيون الاخبار) (١) وخالف فى ذلك الشهيد الثانى فى (المسالك) (٢) وتبعه بعضهم، ولعله لعدم اعتبار الخبر المزبور، أو للقول بأن الكبيره ما أوعده الله عليها النار فى القرآن المجيد كما تقدم عن (الكفايه).

ص: ٩٥١

١- ١) وسائل الشيعه ١٥: ٣٢٩/٣٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٦.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٧٧.

وقد استثنى المحقق من الحرمة هنا وفي (النافع) استعمال الدف في الإملاك والختان خاصة، فقال بالكراهه (١)، وتبعه العلامة في (التحرير) فقال: أما الدف فيكره في الاملاك والختان خاصة ويحرم في غيرهما (٢)، وهو المحكى في (الجواهر) عن (الخلاف) و (المبسوط) (٣). وذهب جماعه إلى المنع مطلقاً، قال في (الكفايه): ومنع منه ابن ادريس مطلقاً، ورجحه العلامة في (التذكرة) محتجاً بأن الله عزوجل حرم اللهو واللعب وهذا منه، وهو غير بعيد (٤).

أقول: لا كلام في حرمة اللهو واللعب، فإن تم ما استدل به للجواز كان دليلاً على التقييد والتخصيص... وقد استدل للاستثناء في الإملاك - وهو النكاح والتزويج - بخبرين نبويين:

أحدهما: « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الغربال (٥)، يعنى الدف» .

والآخر: « فصل ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح» (٦).

لكنهما غير تامين سنداً، وتحقق الشهره الجابره - على المبنى - غير معلوم.

ص: ٩٥٢

١- (١) المختصر النافع: ٢٧٩.

٢- (٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٥١.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ٥١، كتاب الخلاف ٦: ٣٠٧ المسألة ٥٥، المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٢٤.

٤- (٤) كفايه الاحكام ٢: ٧٥١، السرائر ٢: ٢١٥، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨١. (حجري) .

٥- (٥) سنن ابن ماجه ١: ٦١١/١٨٩٥، وفيه: « بالغربال»، السنن الكبرى ٧: ٢٩٠، وفيه: « أظهروا النكاح... بالغربال»، المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٢٤.

٦- (٦) مسند أحمد ٣: ٤١٨.

وأما الختان، فلم يذكروا لاستثنائه دليلاً إلا ما في (المستند) قال: والمرسل المروي في (التذكرة) حيث قال: وروى جواز ذلك في الختان والعرس (١).

وكيف كان، فإن القول بالإستثناء مشكل جداً.

ص: ٩٥٣

١ - ١) مستند الشيعة ١٨: ١٧٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨١. (حجري).

المسألة السابعة: (في الحسد وبغضه المؤمن وأن التظاهر بذلك قاذح)

قال المحقق قدس سره: « الحسد معصية وكذا بغضه المؤمن، والتظاهر بذلك قاذح في العدالة» (١).

أقول: هنا بحثان:

البحث الأول: في الحسد

الحسد كما في (الجواهر): تمتى زوال النعمة عن الغير أو هزوله (٢)، والصحيح ما في (كشف اللثام): أو ملزومه، قال المحقق: « معصية» وفي (القواعد): « الحسد حرام» (٣).

وظاهر المحقق أنه معصية صغيرة مالم يتظاهر به، فإن تظاهر كان معصية كبيرة تقدر في العدالة وتسقط بها الشهادة.

لكن صريح (المسالك) أنه معصية كبيرة، تظاهر بها أو لا فإن تظاهر لم تقبل شهادته، قال رحمه الله: لا خلاف في تحريم هذين الأمرين، والتهديد عليهما

ص: ٩٥٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٥٢.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٥.

فى الأخبار مستفيض، وهما من الكبائر، فيقدحان فى العدالة مطلقاً، وإنما جعل التظاهر بهما قادحاً لأنهما من الأعمال القلبية، فلا يتحقق تأثيرهما فى الشهادة إلا مع إظهارهما، وإن كانا محرّمين بدون الإظهار (١).

وفى (شرح الإرشاد) بعد أن ذكر أخبار المسألة: ثم إن ظاهر هذه الأخبار أن الحسد كبيره، بل كاد أن يكون كفرةً، فإن أولت بحيث لم تكن كبيره، فيكون إخلاله بالشهادة باعتبار الإصرار والمداومه كغيره مما تقدّم وتأخر، والظاهر أن الحسد مطلقاً ذنب، سواء أظهر أم لم يظهر، ولكن إخلاله بالشهادة إنما يكون إذا كان ظاهراً حتى يعلم، مثل سائر الذنوب (٢).

فهذان قولان، وظاهر (الجواهر) قول ثالث، فإنه بعد أن صرح بعدم الخلاف فى الحرمة كالمسالك قال بعد ذكر خبر حمزه بن حمران الآتى: « فيمكن أن يقال: إن التظاهر بهما محرّم» (٣). وصريح (المسالك) كون الحسد من الأعمال القلبية، وعليه، يمكن أن يكون محكوماً بحكم من الأحكام.

لكن ظاهر أخبار المسألة أنه من صفات القلب، فكيف يحكم عليه بشيء من الأحكام؟ وبعبارة أخرى: إن موضوعات الأحكام هى أفعال العباد لا أوصافهم، نعم إذا كان وصف من الأوصاف باختيار العبد وجوداً أو عدماً أمكن أن يقال للعبد: إن وجدت الصفه الكذائيه فى نفسك أو أعدمتهما فالحكم كذا، لكن الحسد ليس من هذا القبيل، فإنه كالخوف والبخل مثلاً خارج عن الإختيار، فقولهم: « معصيه» أو « حرام» مشكل، نعم، لا مانع من أن يقال بوجوب تغيير

ص: ٩٥٥

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٤.

٢- ٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٤٤.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ٥٣.

الصفه السيئه مع الإمكان.

أما إظهار الحسد وعدم إظهاره فذلك تحت اختيار المكلف، فيحرم عليه الإظهار، ويجب عليه المنع من ظهوره، وعلى هذا تحمل الاخبار الدالّه على حرمه الحسد، فإن تظاهر سقط عن العدالة، وسقطت شهادته عن القبول.

كما يجب حمل ما دلّ منها على عدم خلو الأنبياء والأولياء عن الحسد على الغبطه أو على الصفه غير الاختياريه، غير أن النبي والولي لا يتظاهر به بالنسبه إلى غيره، حتى وإن كان الغير كافراً، أو يحمل على غير ذلك مما لا ينافي العصمه.

□
والحق أنه إن التفت الحاسد إلى لوازم الحسد كالسخط على الله تعالى فهو معصيه فوق الكبيره، سواء تظاهر بها أو لم يتظاهر، فإن لم يتظاهر كان كالمنافق، وإن تظاهر بها مع ذلك فذاك معصيه أخرى، ويترتب على التظاهر عدم قبول الشهاده وإن لم يلتفت إلى شيء من ذلك.

هذا كله بالنسبه إلى الحسد، وهذه نصوص بعض الأخبار في ذمّه:

١ - محمد بن مسلم: « قال أبو جعفر عليه السلام: إن الرجل ليأتي بأدنى بادره فيكفر، وإن الحسد ليأكل الإيمان كما تأكل النار الحطب» (١).

□ □
٢ - داود الرقي: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إتقوا الله ولا يحسد بعضكم بعضاً» (٢). الحديث.

□ □ □
٣ - السكوني: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: كاد الفقر أن يكون كفراً، وكاد الحسد أن يغلب القدر» (٣).

ص: ٩٥٦

١-١) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٥/١. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٥/٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٥/٤. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٤ - معاوية بن وهب: « قال أبو عبد الله عليه السلام: آفة الدين الحسد والعجب والفخر » (١).

٥ - داود الرقي: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: قال اللهُ عزَّوجلَّ لموسى بن عمران: يا ابن عمران، لا تحسدنَّ الناس على ما آتيتهم من فضلى، ولا تمدنَّ عينيك إلى ذلك، ولا تتبعه نفسك، فإن الحاسد ساخط لنعمتى، صاد لقسمى الذى قسمت بين عبادى، ومن يك كذلك فلست منه وليس منى » (٢).

٦ - الفضيل بن عياض: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن المؤمن يغبط ولا يحسد، والمنافق يحسد ولا يغبط » (٣).

٧ - أبو بصير: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أصول الكفر ثلاثه: الحرص والإستكبار والحسد » (٤) الحديث.

٨ - حمزه بن حمران: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ثلاثه لم ينج منها نبى فمن دونه: التفكر فى الوسوسه فى الخلق، والطيره، والحسد، إلا أن المؤمن لا يستعمل حسده » (٥).

ذكر هذه الأخبار وغيرها فى (وسائل الشيعه). وسيأتى ما يدل على ذلك فى حرمه بغضه المؤمن.

ص: ٩٥٧

١-١) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٦/٥. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٦/٦. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٦/٧. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٤-٤) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٧/١٠. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

٥-٥) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٦/٨. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٥.

وأما بغضه المؤمن، فالكلام فيها كالكلام في الحسد، وعندنا أنها صفة من الصفات القلبية، قد تكون اختيارية وقد تكون غير اختيارية، ومن قال بحرمتها من دون تظاهر فقد جعلها من الأفعال القلبية أو أراد الاختيارية منها كما هو الأظهر.

إلا- أنه لا ريب في قدح التظاهر بها في العدالة، وسقوط الشهادة به، وفي (المبسوط): إنه إن ظهر منه سب وفحش فهو فاسق، وإلا ردّت شهادته للعداوة (١).

واستدل للحرمة في (كشف اللثام) و (الجواهر) بما ورد من الأمر بالتحاب والتعاطف، والنهي عن التعادى والتهاجر (٢)، وفي (شرح الإرشاد) إنه لم يرد نهى صريح عن البغض (٣).

والصحيح ورود النهى الصريح عنها، على أنه إذا كان التحريم من جهة الأمر بالتحاب والتعاطف، لزم القول بوجوب ذلك حتى يحرم التباعد لكونه تركاً للواجب، مع أن أحداً لا يفتى بحرمة الترك المذكور، وليس التحاب والتباعد ضدّين لا ثالث لهما.

ونحن نذكر هنا بعض النصوص من كلتا الطائفتين:

ص: ٩٥٨

١- (١) المبسوط في فقه الإمامية: ٨/٢٢٧، وعنه كشف اللثام ١٠: ٢٩٩، وجواهر الكلام ٤١: ٥٣.

٢- (٢) كشف اللثام ١٠: ٢٩٨، جواهر الكلام ٤١: ٥٢.

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ١٢: ٣٤٦. وفيه: وأما الأخبار الدالة على تحريم بغض المؤمن التي ادعى استفاضتها، فليس يحضرني الآن شيء منها.

١ - عمر بن يزيد: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ما كاد جبرئيل يأتيني إلا قال: يا محمد اتق شحناء الرجال وعداوتهم» (١).

٢ - مسمع بن عبد الملك: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث: ألا إن في التباغض الحالقه، لا أعنى حالقه الشعر، ولكن حالقه الدين» (٢).

وهذا الخبر المشتمل على لفظه « التباغض » سنده معتبر.

٣ - شعيب العرقوفى: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لأصحابه: إتقوا الله وكونوا أخوه برره، متحابين في الله، متواصلين، متراحمين، تزاوروا وتلاقوا وتذاكروا أمرنا وأحيوه» (٣).

٤ - أبو المغرا: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يحق على المسلمين الاجتهاد في التوصل، والتعاون على التعاطف، والمواساه لأهل الحاجة، وتعاطف بعضهم على بعض، حتى تكونوا كما أمركم الله عز وجل «رُحَمَاءَ بَيْنَهُمْ» (٤) متراحمين معتمين لما غاب عنهم من أمرهم، على ما مضى عليه معشر الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم» (٥).

هذا، وقد ذكروا أن ما يجده الإنسان من الثقل من بعض إخوانه لبعض

ص: ٩٥٩

-
- ١-١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٣٨/١. أبواب أحكام العشرة، الباب ١٣٦.
 - ١-٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٤٠/٧. أبواب أحكام العشرة، الباب ١٣٦.
 - ٣-٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢١٥/١. أبواب أحكام العشرة، الباب ١٢٤.
 - ٤-٤) سورة الفتح ٤٨: ٢٩.
 - ٥-٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢١٥/٢. أبواب أحكام العشرة، الباب ١٢٤.

أحوال أو أفعال أو لغير ذلك، ليس من البغض، فإنه لا ينفك عنه أحد من الناس، واستثنوا من البغضه العداوه لأمر ديني فقالوا بأنها غير محرمة.

ومن ذلك كله يظهر: أن البغضه المحرّمه ليست مطلق الكراهيّه والاستثقال، بل المراد بغض المؤمن وهجره عن عداوه، وفي بعض الأخبار ما يؤيد ذلك.

ثم إنه يمكن أن يقال باستقلال العقل بقبح بغض المؤمن من غير مجوز، وأن الأدله الشرعيه إرشاد إلى هذا الحكم العقلي.

ص: ٩٦٠

المسأله الثامنه: (فى حرمه لبس الحرير ورد الشهاده به)

قال المحقق قدس سره: « لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختياراً محرم، تردّ به الشهاده » (١).

أقول: فى هذه المسأله مبحثان، ويشتمل كلّ منهما على فروع:

المبحث الأول: لبس الحرير

أ - لا - ريب ولا - خلاف فى حرمه لبس الحرير المحض للرجال عدا ما استثنى، بل عليه الإجماع فى (المسالك) وغيره (٢)، بل عليه إجماع علماء الإسلام ونصوصهم كما فى (الجواهر) (٣) و (كشف اللثام) (٤). وهذه طائفه من النصوص الدالّه على ذلك من أخبارنا.

١ - محمد بن مسلم: « عن أبى جعفر عليه السلام قال: لا يصلح لباس الحرير والديباج، فأما بيعهما فلا بأس » (٥).

ص: ٩٦١

١ - ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢ - ٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٨٥، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٧٤، كفايه الأحكام ٢: ٧٥٣.

٣ - ٣) جواهر الكلام ٤١: ٥٣.

٤ - ٤) كشف اللثام ١٠: ٢٩٦، و ٣: ٢١٥.

٥ - ٥) وسائل الشيعه ٤: ٣٦٨/٣. أبواب لباس المصلى، الباب ١١.

٢ - أبو الجارود عن أبي جعفر: « إن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم قال لعلي عليه السلام: إني أحب لك ما أحب لنفسى، وأكره لك ما أكره لنفسى، فلا تحتم بخاتم ذهب - إلى أن قال - ولا تلبس الحرير، فيحرق الله جلدك يوم تلقاه» (١).

٣ - جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام: « إنه كان يكره أن يلبس القميص المكفوف بالديباج، ويكره لباس الحرير... » (٢).

والكراهه محموله على التحريم في الحرير، بقريته الخبر المتقدم عليه.

٤ - مسعده بن صدقه، عن جعفر بن محمد عن أبيه: إن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن سبع منها: « لباس الاستبرق والحرير... » (٣).

ويدل على الحرمة ما دل على جواز لبسه في الحرب والضروره، وما دل على جواز لبس الحرير غير المحض، وما دل على جواز لبسه للنساء،... كما سيأتي.

وأما ما كان ظاهراً في خلاف ذلك، فمحمول على الحرير غير المحض، أو على التقيه.

ب - ظاهر المحقق قدس سره هنا وفي (النافع) والعلامه في (القواعد) و (التحرير) (٤) كون اللبس معصيه كبيره، فلا يشترط الإصرار والمداومه على اللبس، وذلك لأن كل معصيه توعد عليها النار فهي كبيره، وقد ورد ذلك بالنسبه

ص: ٩٦٢

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٤: ٣٦٨/٥. أبواب لباس المصلي، الباب ١١.
 - ٢-٢) وسائل الشيعه ٤: ٣٧٠/٩. أبواب لباس المصلي، الباب ١١.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٤: ٣٧١/١١. أبواب لباس المصلي، الباب ١١.
 - ٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٥، تحرير الأحكام ٥: ٢٥١، المختصر النافع: ٢٧٩.

إلى لبس الحرير في بعض الأخبار (١).

هذا بالنسبة إلى اللبس.

وأما الصلاة فيه للرجال، فإن كان ممّا تتمّ فيه الصلاة، فالحكم هو عدم الجواز، إجماعاً كذلك، وإلا ففيه خلاف، كما سيأتى.

وأما حكم التكأه عليه، والافتراش له... فسيأتى أيضاً.

ج - وبقيد « المحض » يخرج غير المحض، فلا ريب في جواز لبسه والصلاة

ص: ٩٤٣

١ - ١) أقول: المراد خبر أبي الجارود المتقدم. وذهب المقدس الاردبيلي وتبعه السبزواري في الكفايه وصاحب الرياض إلى العدم. قال الأخير: « وفيه إشكال، إذ لا يستفاد من أدله المنع كونه من الكبائر، وإنما غايتها إفاده التحريم وهو أعم منه، والأصل يلحقه بالصغير، فالوجه عدم رد الشهاده بمجرد اللبس من دون إصرار ومداومه، كما نبه عليه المقدس الاردبيلي رحمه الله، وتبعه صاحب الكفايه فقال: ولعل قدحه في الشهاده باعتبار الإصرار، وربما يفهم منه كون ذلك مراد الأصحاب ومذهبهم أيضاً، وهو غير بعيد، ولا ينافية إطلاق عبارتهم، لقوه احتمال وروده لبيان جنس ما يقدر في العدالة من دون نظر إلى اشتراط حصول التكرار والاكتفاء بالمره الواحد، وإنما أحالوا تشخيص ذلك إلى الخلاف في زوال العدالة بكل ذنب أو بالكبائر منها خاصه. « رياض المسائل ١٥: ٢٧٢، كفايه الأحكام ٢: ٧٥٣، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٣٧٦. قلت: إن خبر أبي الجارود يستفاد منه كونه من الكبائر، ومعه لا مجال للرجوع إلى الأصل، وإن كان كونه ملحقاً إياه بالصغائر محل بحث، وأما احتمال كون ذلك مراد الأصحاب فيخالف ظواهر عبارتهم، كاحتمال ورودها لبيان جنس ما يقدر في العدالة، فقد ذكر المحقق مثلاً أن الحسد معصيه وكذا بغضه المؤمن ثم قال: والتظاهر بهما قاذح في العدالة. إنما الكلام في سند الخبر المزبور، فأبو الجارود وهو زياد بن المنذر قال في تنقيح المقال: لم يوثقه أحد من الرجالين، بل هو مذموم أشد الذم لكنه من رجال كامل الزيارات وتفسير القمي. على أن الخبر رواه الصدوق بإسناده إليه، وطريق الصدوق إليه ضعيف، وإن كان الظاهر تماميه سند الخبر في العلل. فالخلاف في المقام مبنى على اعتبار الخبر وعدمه، بعد الخلاف الكبروى الذى أشرنا إليه في نظير المقام فيما تقدم.

فيه، قال المحقق قدس سره: « وإذا مزج بشيء، مما يجوز فيه الصلاة حتى خرج عن كونه محضاً، جاز لبسه والصلاة فيه، سواء كان أكثر من الحرير أو أقل منه» (١) قال في (الجواهر) بشرحه: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الثاني منهما مستفيض كالنصوص، أو متواتر (٢)، ومن النصوص الصريحة في ذلك:

□

١ - عبيد بن زرارة: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بلباس القز، إذا كان سداه أو لحمته من قطن أو كتان» (٣).

□

٢ - إسماعيل بن الفضل: « عن أبي عبد الله عليه السلام في الثوب يكون فيه الحرير. فقال: إن كان فيه خلط فلا بأس» (٤).

٣ - زرارة: « سمعت أبا جعفر عليه السلام ينهى عن لباس الحرير للرجال والنساء، إلا ما كان من حرير مخلوط بخز، لحمته أو سداه خز، أو كتان أو قطن...» (٥).

□

٤ - يوسف بن ابراهيم: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بالثوب أن يكون سداه وزّه وعلمه حريراً، وإنما كره الحرير المبهم للرجال» (٦).

د - وقد وقع الكلام في حكم لبس ما نسج نصفه حريراً محضاً، ونصفه الآخر غير حرير، فقد أفتى السيد في (العروه) بعدم الجواز (٧)، والأقوى هو الجواز، لأن المستفاد من الأدلة حرمه الحرير المحض، أو المبهم، أو المصمت، على اختلاف

ص: ٩٤٤

١-١) شرائع الإسلام ١: ٦٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٨: ١٣٥.

٣-٣) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٤/٢. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٣.

٤-٤) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٤/٤. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٣.

٥-٥) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٤/٥. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٣.

٦-٦) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٥/٦. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٣.

٧-٧) العروه الوثقى: ٢/٣٤٥، المسألة ٢٧.

العناوين الواردة فيها، والتي لا يصدق شيء منها عرفاً على هذا الثوب.

فإن شك في الجواز، فإن الأصل الأولى في لبس كل لباس هو الجواز، ثم خصص ذلك بأدله حرمة لبس الحرير المحض، ومع الشك في شمول دليل المخصص لما خيط أو نسج بهذه الكيفيه، يكون العام هو المرجع ويحكم بالجواز.

وإن كان العام ما دلّ على حرمة الحرير، ثم خرج منه الحرير غير المحض، فمع الشك في صدق غير المحض على هذا الثوب، كان المرجع أدله حرمة الحرير.

لكن الأظهر هو الأول، وهو كون المرجع عمومات جواز مطلق اللبس، فيجوز لبس هذا الثوب.

ولو شك في أنه من الحرير أو غيره ومن هذا القبيل اللباس المتعارف في زماننا المسمى بالشعري لمن لم يعرف حقيقته جاز لبسه، للشك في شمول الأدله له.

ولو شك في أنه حرير محض أو ممتزج، قال السيد في (الوسيله): الأحوط الاجتناب، لكن الأقوى عند السيد الاستاذ عدم وجوبه، كما ذكر في حاشيتها (١)، لجريان البراءة، نعم، هو لازم بالنسبة إلى الصلاه فيه بناءً على شرطيه غير الحرير فيها.

ه - استثنى من الحرمة، اللبس في حالين:

١ - لبس الحرير في حال الحرب:

وقد ادعى عليه الإجماع جماعه من الأصحاب، ويدلّ عليه قبله من النصوص.

ص: ٩٦٥

١ - إسماعيل بن الفضل: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب» (١).

٢ - ابن بكير عن بعض أصحابنا: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يلبس الرجل الحرير والديباج إلا في الحرب» (٢).

٣ - سماعة بن مهران: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لباس الحرير والديباج. فقال: أما في الحرب فلا بأس به، وإن كان فيه تماثيل» (٣).

وهل المستثنى مطلق الحرب أو يختص بالحرب الواجبه، أو الجائزه؟

لا- ريب في جواز اللبس في الحرب الواجبه، أما الجائزه فوجهان، العدم لعدم وجوب الحرب، فلماذا يقوم بالحرب مع عدم وجوبها، حتى يجوز له لبس الحرير. والجواز، لأنه مع جواز الحرب، يجوز له اللبس إذا اختار القيام بها، نظير السفر في شهر رمضان من جهه.

وأما المحرمه فلا، لأن دليل الجواز في الحرب منصرف ظاهراً عن الحرب المحرمه، فإذا حارب ولبس فقد ارتكب محرمين.

والمراد من حال الحرب، حال قيامها فعلاً، أو الكون في بعض مقدماتها القريبه منها، بحيث يصدق عرفاً كونه في حال الحرب.

ثم إنه ذكر في (الجواهر) وغيرها: أن المراد استثناء حال الحرب من حرمه اللبس وبطلان الصلاه معاً، كما هو ظاهر المتن أو صريحه، بل وغيره من كلمات

ص: ٩٤٤

١-١) وسائل الشيعه ٤: ٣٧١/١. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٢.

١٢-٢) وسائل الشيعه ٤: ٣٧٢/٢. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٢.

١٢-٣) وسائل الشيعه ٤: ٣٧٢/٣. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٢.

الأصحاب (١)، وقد نص على الجواز السيد في (العروه) حيث قال: وحينئذ تجوز الصلاة فيه أيضاً (٢).

والتحقيق أنه: إن كان عدم جواز الصلاة في الحرير مستنداً إلى النهي عن مطلق لبسه، ففي الحرب ينتفى النهي، فلا وجه لبطلانها فيه، وإن كان حكماً مستقلاً من جهة أنه مانع أو عدمه شرط فلا تصح وتظهر الثمره فيما إذا أمكنه النزاع وتبديل الثوب والظاهر هو الثاني، فيكون كلبس الذهب للرجال، فيحرم لبسه، وتبطل الصلاة فيه، كما سيأتى في المبحث الثاني. وبناءً على عموم دليل استثناء حال الحرب للصلاه، تكون النسبه بينه وبين دليل: « لا تصل في الحرير » العموم من وجهه، فيتعارضان في مورد الاجتماع، ويتساقطان، ويكون المرجع هو الأصل.

نعم، لو ورد نص يقول: لا تلبس الحرير ولا تصل فيه إلا في الحرب، تعين الأول.

٢ - لبس الحرير في حال الضروره:

ويدل على جواز اللبس في حال الضروره كالبرد المانع من نزعه الأدله العامه، الوارده في الأبواب المختلفه من الفقه، مثل قولهم عليهم السلام:

١ - ليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه (٣).

ص: ٩٦٧

١- ١) جواهر الكلام ٨: ١١٩، الوسيله: ٨٨، المعبر ٢: ٨٨.

٢- ٢) العروه الوثقى: ٢/٣٤٤.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٤: ٣/٣، ٥: ٤٨٢/٦ و٧. أبواب القيام، الباب ١، ٢٣: ٢٢٨/١٨. كتاب الأيمان، الباب ١٣.

٢ - كلما غلب الله عليه فالله أولى بالعدر (١).

٣ - رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يطيقون. . . (٢).

وغير ذلك من الأدلة العامة الحاكمة على الأدلة الأولية.

ومن هنا صرح جماعه بالإجماع على هذا الحكم.

وأما الاستدلال له بخصوص ما عن الصدوق رحمه الله من أنه: « لم يطلق النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لبس الحرير لأحد من الرجال، إلا لعبد الرحمن بن عوف، وذلك أنه كان رجلاً قملاً » (٣)، فيتوقف على إلغاء الخصوصية فيه، وهو مشكل، لاحتمال كونه قضيه في واقعه، لجواز وصول حال عبد الرحمن حدًا جاز له ذلك بالأدلة العامة.

ومن هنا يشكل التعدد من ضروره البرد ونحوه إلى كل ضروره، بأن يقال بجواز الصلاه فيه في كل ضروره جاز معها اللبس.

ووبقيد « الرجال » يخرج النساء، وقد نص على ذلك المحقق في كتاب الصلاه بقوله: « ويجوز للنساء مطلقاً » (٤) قال في (الجواهر): إجماعاً أو ضروره من المذهب، بل الدين (٥)، ويدل عليه من النصوص:

١ - ليث المرادي: « قال أبو عبد الله عليه السلام: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ

ص: ٩٤٨

١-١) وسائل الشيعة ٤: ٨٠/٢، أبواب أعداد الفرائض، الباب ٢٠، ٤: ٣٧٣، ٤: ٨، أبواب قضاء الصلوات، الباب ٣، ح ٣، ١٣، ١٦.

١٠: ٢٢٧/٦، أبواب من يصح منه الصوم، الباب ٢٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩/١ و٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦.

٣-٣) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٢/٤. أبواب لباس المصلي، الباب ١٢.

٤-٤) شرائع الإسلام ١: ٦٩.

٥-٥) جواهر الكلام ٨: ١١٩.

عليه وآله وسلّم كسا أسامه بن زيد حلّه حرير، فخرج فيها، فقال: مهلاً يا أسامه، إنما يلبسها من لا خلاق له، فاقسمها بين نساء ك»
(١).

٢ - يوسف بن إبراهيم: « عن أبي عبد الله عليه السلام . . . إنما يكره المصمت من الإبريسم للرجال، ولا يكره للنساء» (٢).

٣ - ابن بكير عن بعض أصحابنا: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: النساء يلبسن الحرير والديباج إلا في الإحرام» (٣).

٤ - الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام في حديث المناهي: « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم عن لبس الحرير والديباج والقز للرجال، فأما النساء فلا بأس» (٤).

٥ - جابر الجعفي: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ليس على النساء أذان . . . ويجوز للمرأة لبس الديباج والحرير، في غير صلاه وإحرام، وحرّم ذلك على الرجال إلا في الجهاد . . .» (٥).

٦ - قرب الإسناد عن موسى بن جعفر عليه السلام: « سألته عن الديباج هل يصلح لبسه للنساء؟ قال: لا بأس» (٦).

إنما الكلام والخلاف في موضعين:

ص: ٩٦٩

- ١-١) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٩/٢. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.
- ١٦-٢) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٩/١. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.
- ١٦-٣) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٩/٣. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.
- ١٦-٤) وسائل الشيعة ٤: ٣٨٠/٥. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.
- ١٦-٥) وسائل الشيعة ٤: ٣٨٠/٦. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.
- ١٦-٦) وسائل الشيعة ٤: ٣٨٠/٩. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.

صلاه المرأه فى الحرير

الأول: فى صلاه المرأه فى الحرير، فالمشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً هو الجواز، وعليه السيدان فى (العروه) و (الوسيله) (١) وعن الصدوق: المنع (٢)، وعن الأردبيلى: إنه أولى (٣)، وعن (الحبل المتين): إنه أوجه (٤). وعن جماعه: التوقف (٥).

وقد استدلل للمنع بإطلاق صحيحى عبد الجبار الآتين، وبخصوص خبرى زراره وجابر الجعفى المتقدمين.

وأجيب عن الصحيحين بتقييد ما دلل على اختصاص الحرمة بالرجال لهما، وعن خبر جابر بالضعف فى السند، وعن خبر زراره بالحمل على الكراهه جمعاً بين الأدله.

إحرام المرأه فى الحرير

الثانى: فى إحرام المرأه فى الحرير، فإنه لا يخلو من الإشكال، للأخبار الناهيه عن إحرامها فيه أو لبسها للحرير فى حال الإحرام.

ص: ٩٧٠

١- (١) العروه الوثقى: ٢/٣٤٤، وسيله النجاه: ١/١٥٠.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه: ١/٢٦٣، ذيل ح ٨١١.

٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ٢: ٨٤.

٤- (٤) الحبل المتين: ١٨٥. وفيه: فالأولى اجتناب النساء...، مستند الشيعة ٤: ٣٤٢، جواهر الكلام ٨: ١٢٠.

٥- (٥) منتهى المطلب ٤: ٢٢٤، مدارك الأحكام ٣: ١٧٧، كفايه الاحكام ١: ٨١، حبل المتين: ١٨٥.

أما الخنى، فألحقها فى (الجواهر) بالمرأه، قال: والخنى المشكل ملحق بها فى جواز اللبس على الأقوى، لأصالة براءه الذمه، بل وفى الصلاه أيضاً عندنا، لصدق الإمتثال، وعدم العلم بالفساد، وما ذكره غير واحد من مشايخنا من إلحاقها فى الصلاه بأخس الحالين، مبنى على أصالة الشغل، وإجمال العباده، ونحو ذلك مما لا نقول به، كما هو محرر فى محله (١).

أقول: توضيح ما ذكره هو: أن أمر الصلاه دائر بين الأقل والأكثر، لأن الخنى تشك فى اشتراط عدم الحرير، أو مانعيه الحرير لصحه صلاتها، مضافاً إلى سائر الشرائط، فيكون الأقل وهو ما عدا الحرير هو المتيقن، ويجرى الأصل بالنسبه إلى الأكثر، فلا يكون الحرير مانعاً أو عدمه شرطاً لها.

ولو شك فى تحقق الامتثال بعد الفراغ، كان شكها مسبباً عن الشك فى الاشتراط أو المانعيه، والأصل هو العدم.

وكذا الأمر فى أصل التكليف، فإنه مع الشك فى اشتغال الذمه، تجرى أصالة البراءه، لحديث الرفع وغيره من أدلتها، كما هو محرر فى محله.

فإن كان المستند لما ذكره غير واحد من المشايخ هو الإحتياط فى الشبهه التحريميه، وفى دوران الأمر بين الأقل والأكثر، فالمبنى باطل، كما تقرر فى الاصول.

وإن أرادوا من « أخس الحالين » أن الخنى ليست قسماً برأسه، بل هو إما ذكر، أو أنثى، وهذا العلم الإجمالى يقتضى امتثالها بالنسبه إلى تكاليف الرجل والمرأه معاً، فيلزمها فيما نحن فيه الإحتياط، ولا وجه للرجوع إلى الأصل، نظير

ص: ٩٧١

الحكم عليها بوجوب التستر من كلا القسمين، كان الوجه ما ذهبوا إليه.

هل يجوز للصبي لبس الحرير؟

وأما الصبي: فلا بأس بلبسه الحرير، ضروره عدم تكليفه بشيء من التكاليف، إنما الكلام في وجوب منع الولي، وحرمة إلباسه إياه، وصحة صلاته فيه بناءً على كون عباداته شرعيه.

والحكم بوجوب منع الولي وحرمة إلباسه إياه، يتوقف على العلم بكون لباس الحرير للذكور من قبيل ما علم من الشارع كراهه وجوده في الخارج حتى من الصبيان، ليتوجه الخطاب إلى أوليائهم أو غيرهم كفايه، بمنعهم عن اللبس، وبعدم إلباسهم إياه.

لكن في صحة صلاته فيه إشكال، بناءً على أن المستفاد من الأدلة كون النهي عن الصلاة في الحرير مستقلاً عن النهي عن اللبس، وهو ليس ببعيد.

في حكم ما لاتم الصلاة فيه

ز - هل يجوز لبس ما لا تتم فيه الصلاة من الحرير منفرداً، كالتكة والقلنسوه ونحوهما، والصلاة فيه؟ فيه خلاف، ومن جوز اللبس في الصلاة فقد جوزها في غيرها، فنقول: قد نسب القول بالجواز إلى الأشهر في (الجواهر) (١) كما في (الوافي) (٢). وعن جماعه كثيره، كالمفيد والصدوق والشيخ في النهايه والعلامه في

ص: ٩٧٢

١- (١) جواهر الكلام ٨: ١٢٣.

٢- (٢) الوافي ٧: ٤٢٥ ذيل ح ٦٢٥٢.

بعض كتبه وغيرهم: المنع (١). وعن جماعه منهم المحقق قدس سره في كتبه الثلاثه التردد (٢)، لكن قال المحقق: « والأظهر الكراهيه» (٣). وهذا هو المختار (٤).

استدلّ للمنع: بمكاتبه محمد بن عبد الجبار قال: « كتبت إلى أبي محمد أسأله هل يصلّي في قلنسوه حرير محض أو قلنسوه ديباج؟ فكتب: لا تحلّ الصلاه في حرير محض» (٥). وبمكاتبته الأخرى: « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله هل يصلّي في قلنسوه حرير محض أو قلنسوه ديباج؟ فكتب: لا تحلّ الصلاه في حرير محض» (٦)(٧).

ص: ٩٧٣

١- ١) الجامع للشرائع: ٦٧، مختلف الشيعة ٢: ٨٠، منتهى المطلب ٤: ٢٢٥، وعن فخر المحققين في المهذب البارع ١: ٣٢٥، جبل المتين: ١٨٣، كشف اللثام ٣: ٢١٥، الحدائق الناضره ٧: ٩٧، مدارك الأحكام ٣: ١٧٩، مجمع الفائده والبرهان ٢: ٨٤٨٣، البيان: ٥٨ ٥٧، غنيه النزوع ١: ٦٦، من لا يحضره الفقيه ١: ٢٦٤ / ذيل ح ٨١٤، ولم اعثر في النهايه على المنع، بل قال فيه بالكراهه. راجع النهايه: ٩٨. وقال في المبسوط ١: ٨٣، بالجواز ثم قال: والتترّه عنه أفضل.

٢- ٢) شرائع الإسلام ١: ٦٩، المعتمد ٢: ٨٩، المختصر النافع: ٢٤، مسالك الأفهام ١: ١٦٤، رياض المسائل ٢: ٣٢٧، تحرير الأحكام ١: ١٩٥/٦٢٠، غايه المرام ١: ١٣٣، نهايه الاحكام ١: ٣٧٦، المقتصر: ٧١.

٣- ٣) شرائع الإسلام ١: ٦٩.

٤- ٤) قال السيد في العروه (العروه الوثقى ٢: ٣٤٣، المسأله ٢٥): أن لا يكون حريراً محضاً للرجال، سواء كان ساتراً للعوامه أو كان الساتر غيره، وسواء كان مما تتم فيه الصلاه أولاً، على الأقوى، كالتكه والقلنسوه ونحوهما، بل يحرم لبسه في غير حال الصلاه أيضاً إلا مع الضروره. فقال سيدنا الاستاذ في تعليقه: لا قوه فيه والأحوط اجتنابه، ومن هنا فقد وافق السيد صاحب الوسيله في قوله: « أن لا يكون حريراً محضاً للرجال على الأحوط» .

٥- ٥) وسائل الشيعة ٤: ٣٦٨/٢. أبواب لباس المصلّي، الباب ١١.

٦- ٦) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٦/١. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٤.

٧- ٧) أقول: هل هي مكاتبه اخرى أو هي مكاتبه واحده؟ صريح الجواهر هو الأول، لكن الثاني غير بعيد، بل هو الظاهر عند المحقق النائيني، ففي كتاب الصلاه للآملی (كتاب الصلاه ١: ٢٧٧) عنه قدس سرهما: الظاهر أنهما روايه واحده، إلا أنه لمكان تقطيعها يذكر كل فقره منها في الموضع المناسب لها، والمنقول عن بعض الساده من أهل إصفهان وجود أصل نسخه المكاتبه عنده، الذي كان الجواب فيها بخط العسكري عليه السلام، وأنه ذكر فيها نحو من خمسه عشر إلى عشرين سؤالاً. قلت: قد ذكرت المكاتبه في وسائل الشيعة مره في الباب الحادي عشر، ومرتين في الباب الرابع عشر من أبواب لباس المصلّي، وقد أضاف في الموضع الأخير ذكر السؤال عما لا تتم الصلاه فيه من غير المأكول مع الجواب بأنه إذا كان ذكياً فلا بأس.

وللجواز: بما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « كل ما لا تجوز الصلاة فيه وحده فلا بأس بالصلاة فيه، مثل التكه الإبريسم والقلنسوه والخف والزناز يكون في السراويل ويصلى فيه » (١).

أما المكاتبه، فلا كلام في صحتها سنداً، وأما خبر الحلبي فقد أجاب المانعون عنه بضعف سنده ب « أحمد بن هلال العبرثاني » فإنه ضعيف.

وأجيب: بأنه مع التسليم ينجبر الضعف بعمل الأصحاب بالخبر (٢)، إلا أنه لا سبيل إلى تقديمه على المكاتبه، لأنها أصح بلا كلام.

كما أنه لا سبيل إلى تقديم خبر الحلبي على المكاتبه بالحكومه، وإن كان مقدماً على إطلاقات عدم جواز الصلاة في الحرير بالحكومه لأنه ناظر إلى تلك الإطلاقات، ولا بالتقييد لأنه من قبيل تخصيص المورد وهو مستهجن، إلا أن يقال بأن الإمام عليه السلام قد أعرض عن جواب السؤال، بل ذكر الحكم بصوره

ص: ٩٧٤

١-١) وسائل الشيعة ٤: ٣٧٦/٢. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٤.

٢-٢) أقول: الكلام في « أحمد بن هلال » طويل، فمن الأصحاب من لا يعتمد على خبره لكونه فاسد المذهب ضعيفاً، ومنهم من يعتمد عليه، لأن فساد المذهب لا يضر بعد وثاقه الراوي. قلت: إن كان منشأ تضعيف من ضعفه هو الفساد في العقيدة وأنه في نفسه ثقة أمكن الاعتماد على خبره بناءً على أن فساد العقيدة لا يضر بالوثاقه كما عليه بعض مشايخنا. وراجع المستمسك في شرح العروه ٥ / ٣٦٥، معجم رجال الحديث ٣ / ١٥٢.

العموم، لكنه خلاف الظاهر.

وحمل الفقيه الهمداني المكاتبه على الغالب (١).

أى: أن الغالب فى القلنسوه أن تكون من حرير.

وهو كما ترى، لأن السؤال قد وقع عن القلنسوه، وإعطاء الجواب عن الفرد الغالب منه خلاف المتعارف، بل يمكن أن يكون من الإغراء بالجهل، إذ يمكن أن يكون المحتاج إليه حكم القلنسوه غير الحرير.

كما أن حمل المكاتبه على التقيه غير تام، لأن العامه يقولون بجواز الصلاه فى ذلك (٢) فقولوه عليه السلام « لا تحلّ » الظاهر فى الحرمة الوضعيه ينافى التقيه.

بقى حمل المكاتبه على الكراهه، بقرينه خير الحلبي.

وفيه: إن لسان النهى عام، لأنه قال: « لا- تحلّ الصلاه فى حرير محض »، فهو من الأدله الدالّه على عدم جواز الحرير مطلقاً، فيتوقف حملة على الكراهه على القول بعموم المجاز فيه، بأن استعملت الهيئه فى الجامع بين الحرمة والكراهه، فتكون الحرمة لما تتم فيه الصلاه، والكراهه لما لا تتم فيه، لكن الحمل على عموم المجاز فيه مشكل.

إلا- أن يقال بأن معنى المكاتبه: لا- تحلّ الصلاه فى قلنسوه حرير محض، فلا- يكون الجواب عامياً، بل هو نهى عن خصوص القلنسوه، فيمكن حملة على الكراهه بقرينه خير الحلبي، وهذا هو الأولى، نظير ما إذا قال السائل: هل يصلى خلف شارب الخمر، فورد الجواب: لا تصلّ خلف الفاسق، فيحمل على أن المراد

ص: ٩٧٥

١- ١) مصباح الفقيه (كتاب الصلاه) ١٤٣، (حجرى) وفيه: لعله لغلبه حصول الامتراج به.

٢- ٢) انظر كتاب الخلاف: ١/٥٠٤، المسأله ٢٤٥.

لا تصلّ خلف شارب الخمر لأنه فاسق.

وصاحب (الجواهر) وبعضهم قدّموا خبر الحلبي لكونه أشهر (١)، وعليه، فلماذا القول بالجواز على كراهه؟ إلا أن يقال: بأن « لا بأس » فيه إشعار بوجود حرازه فيها، والله العالم.

ولو وصل الأمر إلى الأصل، فلا ريب في أنه البراءة، لأنه من دوران الأمر بين الأقل والأكثر.

ثم إن المراد ما لا تتم فيه الصلاة منفرداً، أي لكلّ رجل بحسب حاله، لا مطلقاً، ولا الوسط من الرجال خلافاً للجواهر.

ح - لا بأس بالكف بالحرير، وترقيع الثوب به، لعدم صدق اللبس معه، ويجوز الصلاة فيه أيضاً، لانصراف أدله النهي عن الصلاة فيه عن مثله. وإن كان الأحوط أن لا يزيد على أربع أصابع.

ط - ولا بأس أيضاً في حمل الحرير، واستصحابه، في الصلاة وغيرها، لعدم صدق اللبس، وانصراف الأدلّه عنه، وإن كان مما تتم فيه الصلاة.

في حكم التكلّاه على الحرير

ي - وأما التكلّاه على الحرير، والافتراش له، والتدثّر به، فقد قال المحقق هنا: « وفي التكلّاه عليه، والافتراش له تردد، والجواز مروى » (٢) وقال في كتاب

ص: ٩٧٤

١- ١) راجع جواهر الكلام ٨: ١٢٩، مستند الشيعة ٤: ٣٤٧، مصباح الفقيه (كتاب الصلاة): ١٤١، (حجري).

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

الصلاه: « ويجوز الركوب عليه وافتراشه على الأصح » (١).

قال فى (الجواهر) : وفقاً للأكثر، بل المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل فى المدارك: إنه المعروف من مذهب الأصحاب (٢)، لصراحه نصوص المسأله فى اللبس، ولا- ريب فى عدم صدق على التكأه والافتراش، ولو كان ثمه حديث ضعيف يدل على المنع، فمحمول على المنع من اللبس، بقريته سائر النصوص، وللغلبه فى استعمال الحرير.

وإن كان فى دعوى غلبه لابس الحرير على سائر استعمالاته، بحيث يصح حمل الخبر المطلق على هذا الاستعمال الخاص، نظر.

وكيف كان، ففى الصحيح عن على بن جعفر قال: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الفراش الحرير ومثله من الديباج، والمصلّى الحرير، هل يصلح للرجل النوم عليه والتكأه والصلاه؟ قال: يفترشه ويقوم عليه ولا يسجد عليه » (٣).

وأما التدثر، فإن صدق عليه اللبس حرم، وإلا فلا، وفى (مجمع البحرين) : « يَا أَيُّهَا الْمُدَّثِّرُ » أى المتدثر بثيابه (٤)، وظاهره الصدق.

ومع الشك فى الصدق من جهه اختلاف اللغه والعرف، فبالنسبه إلى اللبس يجرى الأصل، وأما بالنسبه إلى الصلاه فيه، فتصح بناءً على مانعيه الحرير، للشك فى المانعيه، ولا تصح بناءً على اشتراط عدمه.

وهذا كله مبنى على ما هو الأظهر من عدم استناد النهى عن الصلاه فيه إلى

ص: ٩٧٧

١- ١) شرائع الإسلام ١: ٦٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٨: ١٢٧، مدارك الأحكام ٣: ١٧٩.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٤: ٣٧٨/١. أبواب لباس المصلّى، الباب ١٥.

٤- ٤) مجمع البحرين ١: ٥٧٧، نشر مؤسسه البعثه.

النهى عن اللبس، وإلا فلا كلام فى الصحه، لانتفاء الحرمة، للأصل.

هذا كله فى المبحث الأول.

المبحث الثانى: التختيم بالذهب

قال المحقق قدس سره: « وكذا يحرم التختيم بالذهب والتحلّى به للرجال » (١).

أقول: هنا مطالب:

١ - حكم التختيم بالذهب والتحلّى به

لا- كلام فى حرمة ذلك، ولا خلاف فيه بل الإجماع بقسيمه عليه كما فى (الجواهر) (٢) وبذلك ينجر ضعف بعض النصوص، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون ذهباً خالصاً أو غير خالص، بل يحرم حتى المموّه عند المشهور، وأما المشكوك فى كونه ذهباً أو لا، فيرجع فيه إلى أهل الخبره، ومع بقاء الشك لجهلهم أو اختلافهم مثلاً لم يحرم، للشك فى شمول الأدله الناهيه له، وعدم جواز التمسك بها فى الشبهه المصادقيه، ولا عبره بتسميه بعض الناس إياه بالذهب، ولو شك فيه من جهه الشك فى المفهوم، فالحكم هو الأخذ بالقدر المتيقن وإجراء البراءه عن الزائد عليه.

ومن نصوص المسأله:

١ - جابر الجعفى: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ليس على النساء

ص: ٩٧٨

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٥٤.

أذان - إلى أن قال -: ويجوز أن تتختم بالذهب وتصلى فيه، وحرّم ذلك على الرجال إلا في الجهاد» (١).

٢ - روح بن عبد الرحيم: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله لأمر المؤمنين: لا تختم بالذهب فإنه زينتك في الآخرة» (٢).

٣ - علي بن جعفر: « عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل يصلح له الخاتم الذهب؟ قال: لا» (٣).

ويدل على ذلك أيضاً ما سنذكره في حكم الصلاة فيه:

٢ - حكم الصلاة في الذهب

ولا كلام ولا خلاف كذلك في بطلان الصلاة في الذهب، سواء كان ساتراً أو غير ساتر، بل حتى فيما لا تتم الصلاة به منه، قيل: للنهي عن لبسه، فإنه إذا صلّى فيه اجتمع الأمر والنهي، وحينئذ تبطل الصلاة، لأنها عبادة، وإن قلنا بجواز الاجتماع، لأن الشيء المنهى عنه لا يكون مقرباً.

قلت: لكن الكلام في الصغرى، فإنه بأي جزء من أجزاء الصلاة يتحد الخاتم؟ قد عبّر بعضهم بالكون في هذا اللباس، ولكن الكون ليس من أجزاء الصلاة، ولا ينتقض بالكون في المكان المغصوب، لأن المكان الذي يقف عليه المصلّي يتحد مع وقوفه، ومن هنا نقول ببطلان الصلاة إذا كان مكان المصلّي ذهباً.

ص: ٩٧٩

١-١) وسائل الشيعة ٤: ٣٨٠/٦. أبواب لباس المصلّي، الباب ١٦.

٢-٢) وسائل الشيعة ٤: ٤١٢/١. أبواب لباس المصلّي، الباب ٣٠.

٣-٣) وسائل الشيعة ٤: ٤١٥/١٠. أبواب لباس المصلّي، الباب ٣٠.

فالأولى الاستدلال لبطلان الصلاة في الذهب بالنصوص، ومنها:

١ - عمار بن موسى: « عن أبي عبد الله في حديث قال: لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلى فيه، لأنه من لباس أهل الجنة» (١).

٢ - موسى بن أكيل النميري: « عن أبي عبد الله عليه السلام. . . وجعل الله الذهب في الدنيا زينه النساء، فحرم على الرجال لبسه والصلاة فيه» (٢).

وأما إذا كان متحلياً بالذهب، فلا كلام في بطلانها مع صدق اللبس، وهل الاستفادة من « لا يلبس الرجل الذهب ولا يصلى فيه» هو البطلان وإن لم يصدق، كما هو الحال في: « لا تصل في وبر ما لا يؤكل لحمه» ؟

يحتمل: أن يكون المراد « اللباس» ، ويحتمل: أن يكون المراد « المعيه» لكن الظاهر هو الثاني، خلافاً للجواهر حيث ادعى الإنصاف عن المعيه (٣).

وكيف كان، فلا ريب في جريان الأصل مع الشك.

٣ - في موارد الجواز

هذا، وقد جوز الأصحاب الصلاة في المحمول من الذهب، وشدّ الأسنان به، لعدم صدق اللبس عليهما.

ويدلّ على الجواز في الثاني: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (٤).

ص: ٩٨٠

١-١) وسائل الشيعة ٤: ٤١٣/٤. أبواب لباس المصلّي، الباب ٣٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ٤: ٤١٤/٥. أبواب لباس المصلّي، الباب ٣٠.

٣-٣) لاحظ جواهر الكلام ٨: ١١٣.

٤-٤) وسائل الشيعة ٤: ٤١٦/١. أبواب لباس المصلّي، الباب ٣١.

قال السيد في (العروه) : بل الأقوى أنه لا بأس بالصلاه فيما جاز فعلها فيه من السلاح، كالسيف والخنجر ونحوهما، وإن أُطلق عليهما اسم اللبس، ولكن الأحوط اجتنابه (١).

ص: ٩٨١

١-١) العروه الوثقى ٢: ٣٤٢. الشرط الخامس من شرائط لباس المصلّي.

المسألة التاسعة: (في أحكام اتخاذ الحمام)

قال المحقق قدس سرّه: « اتخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب ليس بحرام، وإن اتخذها للفرجه والتطير فهو مكروه، والرهان عليها قمار» (١).

أقول: في المسألة فروع:

١ - حكم اتخاذ الحمام

أما حكم اتخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب، فقد قال المحقق: « ليس بحرام» قال في (الجواهر): بلا خلاف أجده فيه على ما اعترف به غير واحد، للأصل وغيره (٢).

وتدل عليه - بل على استحباب الاتخاذ لذلك - النصوص المستفيضة بل المتواترة، فإنها زهاء ثلاثين خبر، أوردها صاحب (الوسائل) في أبواب مختلفه:

فذكر في باب « استحباب اتخاذ الحمام في المنزل » ستة عشر حديثاً (٣).

وفي باب « استحباب إكرام الحمام والبقر والغنم » حديثاً واحداً (٤).

ص: ٩٨٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٥٥.

٣-٣) وسائل الشيعة: ١١/٥١٤. أبواب أحكام الدواب، الباب ٣١.

٤-٤) وسائل الشيعة: ١١/٥١٨. أبواب أحكام الدواب، الباب ٣٢.

وفى باب « تأكد استحباب اتخاذ الحمام الراعى فى المنزل وقت الخبز للحمام » ثلاثة أحاديث (١).

وفى باب « استحباب اختيار الحمام الأخضر والأحمر للإمسك فى البيت، وأن من قتل الحمام غضباً استحبه له الكفار عن كل حمامه بدينار » خمسة أحاديث (٢).

وفى باب « جواز تزويج الذكر من الطير... » حديثين (٣)...

٢ - حكم اللعب بالحمام

□
وأما حكم اللعب بالحمام وتطيره، فقال المحقق رحمه الله: « وإن اتخذها للفرجه والتطير فهو مكروه ».

أقول: أما الجواز فهو المشهور، وفى (الجواهر) عن ظاهر المبسوط: الإجماع عليه، وهو مقتضى الأصل (٤)، ويدل عليه أخبار:

□
١ - العلاء بن سيباه: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام، فقال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق » (٥).

٢ - العلاء بن سيباه: « سمعته يقول: لا بأس بشهادة الذى يلعب بالحمام، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله

ص: ٩٨٣

١-١) وسائل الشيعه: ١١/٥١٨. أبواب أحكام الدواب، الباب ٣٣.

٢-٢) وسائل الشيعه: ١١/٥٢٠. أبواب أحكام الدواب، الباب ٣٤.

٣-٣) وسائل الشيعه: ١١/٥٢١. أبواب أحكام الدواب، الباب ٣٥.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٥٥.

٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٤١٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٥٤.

وسلم قد أجرى الخيل وسابق، وكان يقول: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش، وما سوى ذلك قمار حرام»
(١).

□
٣ - العلاء بن سيابة: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام. قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا يقولون قال عمر: هو شيطان، فقال: سبحان الله، أما علمت أن رسول الله قال: إن الملائكة لتنفّر عند [عن] الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخف والريش والنصل فإنها تحضره الملائكة، وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أسامه بن زيد وأجرى الخيل» (٢).

بل يدل على جواز اللعب والفرجه بها ما دلّ على استحباب إكرامها وتزويجها ونحو ذلك، لعدم انفكاك هذه الأمور عن الفرجه بها عادة.

وقال ابن إدريس في (السرائر): « ويقبل شهاده المتخذ للحمام غير اللاعب بها والمسابق والمراهن عليها، إذا لم يعرف منه فسق، وقول شيخنا في نهايته: وتقبل شهاده من يلعب بالحمام (٣)، غير واضح، لأنه سماه لاعباً، واللعب بجميع الأشياء قبيح، فقد صار فاسقاً بلعبه، فكيف تقبل شهادته؟، وإنما أورد لفظ الحديث إيراداً لا اعتقاداً، وإن كان المقصود باللعب ما ذكرناه، وهو اتخاذها للانس وحمل الكتب دون اللعب» (٤).

وفي قوله: « واللعب بجميع الأشياء قبيح، فقد صار فاسقاً بلعبه» .

ص: ٩٨٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢/٤١٣. كتاب الشهادات، الباب ٥٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣/٤١٣. كتاب الشهادات، الباب ٥٤.

٣-٣) النهاية: ٣٢٧.

٤-٤) السرائر ٢: ١٢٤.

منع واضح، إذ ليس كلّ لعب بحرام، فمن ذلك ما يحسدّه العقل، ويعمله العقلاء، لما فيه من المنافع والآثار، بل يمكن دعوى قيام السيره على مثل ذلك حتى زمن المعصوم، كما في الخبر المروى في (الأمالى) من مصارعه الحسين بحضرة النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم وقوله للحسن عليه السلام: إصرع الحسين، وقد كان جبرئيل يقول للحسين: يا حسين إصرع الحسن (١).

والمحرم من اللهو ما يحرك الشهوات ويعد من الملذات النفسانيه، وليس فيه شيء من الأغراض العقلانيه.

نعم، لا كلام في حرمة اللهو واللعب والفرجه بالحمام، إذا أدى ذلك إلى ترك واجب، أو ارتكاب محرم، أو اقترن بشيء من المحرمات. كما لا كلام في منافاه ذلك للمروه في حق بعض الناس.

وبالجمله، ليس كلّ لعب بحرام، وما دل على حرمة عموماً أو إطلاقاً، منصرف عن مثل ما ذكرناه ألبته.

وأما الكراهه، فإن تطبير الحمام والفرجه بها وإن لم يكن معصيه يمنع من الإشتغال بالأعمال المفيده، وصرف العمر فيما ينبغي أن يصرف فيه.

ومن هنا يظهر أنه ليس المراد من هذه الكراهه، الكراهه الإصطلاحيه في عرف المتشرعه.

٣ - حكم السباق بالحمام

وأما حكم السباق بالحمام، فقال: « والرهان عليها قمار » .

ص: ٩٨٥

١- (١) الأمالى للصدوق: ٥٣٠، ذيل ح ٧١٧. عنه البحار ٤٣: ٢٤٦/٢٥.

أقول: إن الأصل في كتاب السبق والرمايه هو قوله عليه السلام: « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» (١)(٢).

وقد اختلفت الروايه في لفظ « سبق » ، فبناء على أنه بفتح الباء - وهو بمعنى العوض المعين لمن غلب - يدل الخبر على حرمه الرهان في غير الثلاثه، فتجوز المسابقه مع الرهان فيها ولا تجوز فيما خرج عنها، لكن لا نهى عن « السبق » بسكون الباء بلا رهان، وعليه، فيجوز ذلك في الحمام، وبناء على أنه بسكون الباء يدل على المنع في غير ما ذكر، وإن كان بلا رهان.

وأما بناء على عدم ثبوت روايه الفتح، واحتمال كلا الأمرين معاً، لم يثبت دليل على المنع من المسابقه بلا رهان في ما عدا الثلاثه، وكان المرجع فيه الأصل.

والمتيقن من الخبر هو الدلاله على حرمه « السبق » بفتحها في غير الثلاثه، وهو المجمع عليه بين الأصحاب، وتدل عليه غيره من الأخبار، فإن هذا الرهان قمار.

لكن في خبر العلاء بن سيبه استثناء الحمام كالثلاثه، وهو الخبر الثالث من الأخبار المذكوره.

وقد أُجيب عنه باحتمال إرادته « الخيل » من « الحمام » كما هو لغه أهل مكه. لكن يضعفه أنه لا يعبر عن المسابقه بالخيال ب « اللعب » وإن كان فمجاز. . . مع أن لفظ « الريش » في الذيل يؤيد كون الحمام في الصدر هو « الطير » ، ومن حملة على « الخيل » قال بأن المراد منه هو « النصل » وهو خلاف الظاهر. إلا أن سند هذا

ص: ٩٨٤

١-١) وسائل الشيعه ١: ٤٩٣/٢. أبواب أحكام الدواب، الباب ١٧.

٢-٢) أقول: في هذا الخبر سنداً ودلالهً وامتناً خلاف وبحث بين الأصحاب، راجع من كتبهم: المسالك ٦: ٦٩ - ٧٠ والكفايه ١: ٧١٦ ٧١٨ والرياض ١٠: ٢٣٤ و٢٣٨ ٢٣٩.

الخبر غير معتبر، ولا جابر له، وهذا هو الجواب الصحيح.

فتلخص: عدم النهى عن سبق بلا رهان، وعدم الجواز معه، لخبر الحصر فى الثلاثه، المعمول به لدى الأصحاب.

ص: ٩٨٧

المسألة العاشرة: (في قبول شهادة أصحاب الصنائع المكروهه)

قال المحقق قدس سرّه: « لا ترد شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهه، كالصياغه وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدنيه، الحياكه والحجامه، ولو بلغت في الدناءه، كالزبال والوقاد. لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه» (١).

أقول: إذا كان للشاهد تقوى توجب الوثوق بشهادته، فلا ينظر إلى حرفته وصنعتة، حتى ولو كانت من الصنائع المكروهه شرعاً، كالصياغه، وبيع الأكفان، وبيع الرقيق، ونحوها، أو الصنائع الدنيه عرفاً، كالحجامه والحياكه، بل حتى لو كانت في غايه الدناءه، كالزبال والوقاد، لوضوح عدم منافاه هذه الصنائع للتقوى التي هي الملاك في قبول الشهاده والوثوق بها.

والمسألة لا- خلاف فيها بين الأصحاب، بل لم يكن حاجه إلى التعرض لها، وإنما الغرض من ذلك التنبيه على خلاف بعض العامه، ولا ريب في بطلان ما ذهبوا إليه، لإطلاقات أدله قبول شهاده العدل، بل إن هذه الصنائع واجبه بالوجوب الكفائي، حفظاً للنظام، فضلاً عن عدم منافاتها للمروه.

وتوهم أن من يقوم بهذه الصنائع يعرض نفسه لإزراء الناس ويحقر نفسه في المجتمع، ومن كان كذلك هان عليه تضييع الحقوق والأحكام الإلهيه واضح

ص: ٩٨٨

الإندفاع، على أن القيام ببعض المندوبات بل الواجبات قد يوجب إضرار الناس.

عدم انحصار القادح فيما ذكره المحقق

قال في (الجواهر): ثم لا يخفى عليك أن المصنف وغيره ممن تعرّض لذكر بعض ما يقدر في العدالة، ليس غرضه حصر ذلك فيما ذكره، لمعلومية حرمة أمور كثيرة لم يذكرها، كمعلومية كونها من الكبائر، بل قد ذكر في كتب الأخلاق أمور كثيرة تقتضى القدر في العدالة لم تذكر في كتب الأصحاب، مع أن فيها روايات كثيرة مشتملة على المبالغة في نفى الإيمان معها، وقد ذكر الأردبيلي (١) جملة منها ومن أخبارها (٢) ..

أقول: إن الامور القادحة في العدالة من الكثرة بحيث إذا جمعت مع أخبارها كانت كتاباً ضخماً، إلا أن من الامور التي ذكرها المحقق الأردبيلي رحمه الله ما ليس بحرام في نفسه مالم يقترن بفسق أو يؤدي إليه، فلا ترتفع به العدالة ولا تردّ الشهادة كعدّه « حبّ الرئاسه» منها، فإنه من الصفات القلبية، وليس من المحرمات في نفسها، إلا إذا ترتب عليه شيء منها في الخارج، فيقدح في العدالة، نعم، من العسير جداً وجوده في القلب وجوداً مجرداً عن ترتب شيء من المحرمات، ومن هنا ورد الظم الشديد عليه، كالطمع والبخل والحسد وما شابه ذلك، وجاء الأمر بمعالجه ذلك كما ذكر في كتب الأخلاق، قال الله تعالى «وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ * فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ» (٣).

ص: ٩٨٩

١-١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣١٥ ٣٢٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٥٧.

٣-٣) سورة النازعات ٧٩: ٤٠ ٤١.

وعلى الجملة، فكلّ ما دخل من الصفات الرذيله تحت الإختيار حدوثاً أو بقاء توجه نحوه الأمر والنهى، فإن خالف زالت عدالته و ردت شهادته، ومالم يكن كذلك لم يكن وجوده أو استمراره مخللاً بالعدالة، وهذه هي القاعده الكليه فى المقام.

ص: ٩٩٠

قال المحقق قدس سرّه: « الخامس: ارتفاع التهمة، ويتحقق المقصود ببيان مسائل » (١).

أقول: لا- ريب في اشتراط انتفاء التهمة عن الشاهد حتى تقبل شهادته، ولا- خلاف في ذلك في الجملة، بل في (الجواهر) الإجماع بقسميه عليه، ويدلّ على ذلك النصوص المستفيضه أو المتواتره (٢)، ومنها:

١ - ابن سنان: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين والمتهم. قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين » (٣).

٢ - أبو بصير: « سألت أبا عبد الله عمّا يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم والخصم قال: قلت: الفاسق والخائن؟ قال: كلّ هذا يدخل في الظنين » (٤).

٣ - سماعة: « سألته عما يرد من الشهود، فقال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد والتابع والمتهم، كلّ هؤلاء ترد شهادتهم » (٥).

ص: ٩٩١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٦٠.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٣/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٠.

٤- ٤) الكافي ٧: ٣٩٥/٣. عنه: الوسائل ٢٧: ٣٧٣/٣، باختصار.

٥- ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٨/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٢.

وقد اشتملت هذه النصوص على بعض مصاديق من تردّد شهادته، وعنون الفقهاء أفراداً غير من ذكر في الأخبار، ويحثوا عن كونها مصاديق للمسألة، وهل تردّ شهادات هؤلاء مطلقاً أو في حالات خاصه؟

في ضابط التهمة

إشاره

وإذا أمكن إعطاء قاعده كليّه يرجع إليها في معرفه المصداق وتمييزه عن غيره فهو، وإلا ففي كلّ فرد قام الدليل على مصداقيته من نص أو إجماع فهو، وفي غيره يكون المرجع ما دلّ على قبول شهاده العدل من الكتاب والسنة.

وقد بحث المحقق قدّس سرّه عن المصاديق في خمس مسائل، والعلامة في (القواعد) في ست (1)، وكأنهما يريدان حصر المصاديق فيمن ذكره في تلك المسائل.

وتصدّى صاحب (الرياض) قدّس سرّه لإعطاء الضابط في هذا المقام بقوله:

«التحقيق في المسألة يقتضى الرجوع إلى إطلاق الأخبار المتقدمه، نظراً إلى أنها بالإضافة إلى ما دلّ على قبول شهاده العدل عموماً وإطلاقاً، إما خاصه فيقيد بها، أو عامه فيصير التعارض بينهما تعارض العموم والخصوص من وجه، وحيث لا مرجح لأحدهما على الآخر، من إجماع أو غيره، ينبغى الرجوع إلى حكم الاصول، وهو هنا عدم القبول مطلقاً.

ص: ٩٩٢

إلا- أن يتردد في التهمة في بعض الأفراد، أنها هل هي تهمة أو داخله في إطلاق التهمة في النصوص المانعه عن قبول الشهاده معها، كما سيأتي من شهاده الوصى والوكيل، فيما لهما الولايه فيه، مع عدم نفع لهما إلا خصوص التصرف فيه، فإن قبول الشهاده في مثله أوفق بالأصل، من حيث العموم الدالّ عليه على الإطلاق، مع سلامته عن معارضه عموم هذه الأخبار، لما عرفت من التأمل، إما في أصل حصول التهمه، أو دخولها في إطلاق التهمه المذكوره فيها. . . (١).

وحاصل ما ذكره عدم قبول الشهاده، إلا مع الشك في تحقق أصل موضوع التهمه، أو في اندراج التهمه في الإطلاق المذكور في الأخبار.

ولكن التحقيق أن يقال: بمنع كلّ شهاده يرجع الشاهد بها إلى كونه مدعياً أو منكرًا، وإن كان رجوعه إلى ذلك من آثار تلك الشهاده ولوازمها، كما هو الحال في بعض المسائل الآتيه كما سنوضحه، ثم وجدنا التصريح بذلك في (مفتاح الكرامه) مع التنبيه على ما ذكرناه، قال: «فكانت الضابطه في التهمه ما كان الشاهد فيها مدّعياً ولو في الأخره، ومنكرًا كذلك، ولا ريب في أن المدعى لا يقبل قوله. . . وكل ما ذكره فهو من هذا القبيل. لأن المتهم حيث يجلب نفعاً يصير كالمدعى، وحيث يدفع ضرراً يصير كالمنكر. . .» .

فيكون البحث في الحقيقه حول الموارد التي يصير فيها الشاهد مدّعياً أو منكرًا ولو بالأخره، فكلّ مورد صار فيه الشاهد كذلك ردّت شهادته، وكلّ مورد لم يكن فيه كذلك قبلت، اللهم إلا إذا ورد نص شرعى يقتضى القبول أو الرد.

ويتم هذا البحث في مسائل:

ص: ٩٩٣

المسأله الاولى: (فى شهاده من تجر شهادته نفعاً إليه)

قال المحقق قدس سره: « لا تقبل شهاده من يجزّ شهادته نفعاً » (١).

أقول: يدلّ على ذلك بصراحه ما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلّم من أنه « نهى أن تجاز شهاده الخصم والظنين والجارّ إلى نفسه » (٢) شهاده.

وقد ذكر المحقق لمن تجزّ شهادته نفعاً إليه أربعة أمثله:

فالأول: الشريك

قال: « كالشريك فيما هو شريك فيه » .

أقول: قيده جماعه بما إذا اقتضت الشهاده المشاركه له فيه، دون ما إذا لم يقتض ذلك فتقبل، وقد مثّلوا للأوّل بأن يقول « هو بيننا » ، وللثانى: بما إذا شهد بأن له نصفه، وبعباره اخرى: إن تعرض فى شهادته إلى ما يرجع إلى نفسه فلا تقبل وإلا فتقبل، وإن كان مرجع كلتا الشهادتين إلى معنى واحد.

أقول: إن الشهاده للشريك إن رجعت إلى شهاده المدعى فيما يجزّ النفع إلى نفسه، فلا حاجه إلى التمسك لعدم القبول بأخبار « المتهم » ، لوضوح أن « البينه

ص: ٩٩٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢-٢) مستدرک الوسائل ١٧: ٤٣١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

على المدعى واليمين على من أنكر» لكن إذا كانت العلة في المنع كونه مدعياً كما في (كشف اللثام) وغيره (1) فإن ذلك يكون بالنسبة إلى النصف الذي يرجع إلى نفسه دون الذي يرجع إلى أخيه، فالتعليل أخص من المدعى، وإن كانت العلة جرّ النفع إلى نفسه، ففيما إذا شهد بأن له نصفه يوجد جرّ النفع كذلك، فلا وجه للتفصيل.

□
فالأقوى: عدم القبول في مطلق ماله فيه نصيب، كما في الخبر: عن أبان: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا في شيء له فيه نصيب» (2).

□
فإن هذا الخبر صادق على ما إذا قال: « هو بيننا» أو شهد بأن له نصفه.

□
□
وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: « سألت أبا عبد الله عن ثلاثة شركاء، شهد اثنان عن واحد، قال: لا تجوز شهادتهما» (3) وهو وإن كان سؤالاً عن قضيه شخصيه، وليس فيه ذكر لكيفيه الشهاده، إلا أن الامام عليه السلام أجاب بعدم الجواز من دون استفصال، وهذا ظاهر في عدم القبول مطلقاً، وهو حكم تعبدى، وليس من جهه كونه جرّ نفع إلى نفسه.

ويدلّ على عدم قبول شهاده الشريك مطلقاً: ما عن سماعه قال: « سألته عمّا يرد من الشهود، قال: المريب والخصم والشريك. . . كل هؤلاء ترد شهاداتهم» (4).

ص: ٩٩٥

-
- ١- ١) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠: ٣٠٣، مجمع الفوائد والبرهان ١٢: ٣٨٣ ٣٨٤.
 - ٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٧.
 - ٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٩/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٧.
 - ٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٨/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٢.

والثاني: صاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه

قال: « وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه» (١).

أقول: إذا شهد صاحب الدين للمحجور عليه بمال يتعلق دينه به وعينه باقيه، كأن يشهد بأن هذا المحجور عليه قد اشترى منه هذا الكتاب، لم تقبل شهادته، لأن المفروض كونه غريماً، فإذا قبلت شهادته أخذ الكتاب الذي باعه من المحجور عليه، من غير تقسيم له بينه وبين سائر الغرماء، وهذا نفع قد ترتب على هذه الشهادة.

هذا إذا كان المدين محجوراً عليه.

وهل تقبل قبل الحجر عليه؟ قيل: تقبل مطلقاً. وقيل: لا تقبل إن كان معسراً، لأن أثر الشهادة حينئذ ليس إلا إثبات المطالبة لنفسه، لأن المعسر ينظر ولا يطالب.

قلت: ليس إثبات المطالبة لنفسه نفعاً تردّ به الشهادة، بل يترتب على هذه الشهادة ملكية المعسر للشيء، ولا يجب عليه أداء الدين منه، كما لا يجوز على الدائن المطالبة ما دام معسراً.

فالقول الأوّل هو الظاهر.

والثالث: شهادة السيد لعبده

قال: « والسيد لعبده المأذون» (٢).

ص: ٩٩٤

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

أقول: وجه ذلك هو: أن العبد وما في يده لمولاه، فإذا شهد له كانت الشهادة لنفسه، ولذا اختلفوا في الشهادة للعبد المكاتب على قولين، فقيل: بالقبول، لانتفاء سلطنته عنه، وقيل: بالعدم، لظهور التهمة بعجز العبد خصوصاً المشروط.

قلت: هذه شبهه مصداقيه للعجز، لتكافؤ احتمال العجز مع احتمال عدمه، والمرجع بعد عدم إمكان الرجوع إلى عمومات قبول شهادة العدل، ولا عمومات عدم قبول شهادة المتهم هو أصله عدم قبول الشهادة.

فالأقوى: القول الثاني لما ذكرنا، لا لما ذكره.

والرابع: شهادة الوصى فيما هو وصى فيه

قال: « والوصى فيما هو وصى فيه » (١).

أقول: لو أوصى الميت إلى أحد بأن يصرف ثلث ماله في كذا، فوقع النزاع في شيء من الأموال، فإن كان المال للميت كان للوصى الولايه على ثلثه بحسب الوصيه، وإلا- كان كله لمن يدعى ملكيته، فهل تقبل شهادة الوصى بكون المال للميت أولاً تقبل؟

قال المحقق قدس سرّه: بعدم القبول، لأن أثر هذه الشهادة دخول المال في ولايته، فيعمها ما دلّ على عدم قبول الشهادة في شيء يكون للشاهد فيه نصيب.

وفصل بعضهم: بأنه إن كان الموصى قد عين للوصى شيئاً من الثلث مثلاً في مقابل قيامه بالوصيه، ردّت شهادته، لكونها مصداقاً لجزّ النفع، وإن لم يكن له شيء بأزاء سعيه قبلت.

ص: ٩٩٧

قلت: هذا يتوقف على تماميه ظهور « النفع » فى النفع المالى الدينوى، وانصرافه عن النفع الأخرى، أو الولاى، وإلا- لم يتم التفصيل.

وقيل: بالقبول إذا لم يكن له شىء، بشرط أن لا يكون الوصى مدّعياً، لكن الوصى وكذا الوكيل يقومان مقام الموصى والموكل فى الدعوى مسامحه عرفيه.

قلت: نعم، الوصى ينزل بمنزله الموصى وكذا الوكيل بالنسبه إلى موكله فى كل ما يقبل الوصايه والوكاله، لكن الشهاده ليست من الامور القابله لذلك، فلا ينزل منزلته فيها، حتى يكون شهادته منزله بمنزله شهاده الموصى والموكل فلا تقبل شهادته.

والذى يمكن أن يقال فى وجه عدم قبول الشهاده هو: إن ولايه هذا الوصى على هذا المال متقومه بأمرين، أحدهما: كون المال ملكاً للميت، والآخر: كونه وصياً من قبل الميت فى هذا المال، فإذا انتفى أحد الأمرين انتفت ولايته على المال، وعلى هذا، فإذا شهد بكون المال للميت، فهو فى مقام إثبات الولايه لنفسه على هذا المال، وهذا نفع، فلا تقبل هذه الشهاده.

وكذا الأمر لو ادعى أحد الورثه مالكيه الأب للمال وشهد الوصى بها، فلا تقبل هذه الشهاده خلافاً للجواهر لأنه وإن تعدد المدعى والشاهد، لكن لازم شهاده الوصى ثبوت ولايته على المال، وهى لا تثبت بشهاده مدّعيا كما عرفت.

فتلخص: أنه لا- فرق فى عدم القبول، بين أن يشهد الشاهد فى نفع، أو بشىء يحقق موضوع النفع، كما هو الشأن فى شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، سواء كان له أجر على الوصيه أو لا، وكذا لا فرق بين أن يكون وكيلاً أو وصياً فى الدعوى أو لم يكن.

هذا كله بقطع النظر عن مكاتبه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام: هل تقبل

شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوق: « إذا شهد معه آخر عدل، فعلى المدعى يمين » (١) وظاهرها كون المدعى غير الوصى، فإذا شهد الوصى مع عدل آخر قبلت، وأما اليمين، فلعلها للإستظهار والإحتياط، وكيف كان، فالشهاده مقبوله.

لكن فى (كشف اللثام): « ليس فيه إلا أن عليه الشهاده، وأما قبولها فلا » (٢) ولعله قال ذلك بالنسبه إلى جواب السؤال الثانى فى المكاتبه: وكتب: أيجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً، وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوق عليه السلام: « نعم، وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهاده » (٣) من جهه أن السؤال والجواب عن الجواز لا القبول.

لكن الظاهر هو القبول، ويشهد بذلك قوله: « وينبغى . . . » وإلا لغا الأمر بالشهاده والنهى عن الكتمان.

وبالجملة، فإن الخبر ظاهر فى القبول، ولا أقل من ظهوره فى القبول فى صورته التعدد عرفاً بين الشاهد والمدعى التى قال صاحب (الجواهر) فيها بالقبول (٤).

إلا أن الإشكال هو إعراض الأصحاب عن العمل به كما هو صريح صاحب (الجواهر) (٥).

ص: ٩٩٩

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.
 - ٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٠٤.
 - ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.
 - ٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٦٨.
 - ٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ٦٩.

فالأقوى عدم القبول.

هذا كله في شهادة من يجزّ بشهادته نفعاً.

عدم قبول شهادة من يستدفع بها ضرراً

قال المحقق: « وكذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً، كشهادة أحد العاقله بجرح شهود الجنايه، وكذا شهادة الوكيل والوصى بجرح شهود المدعى على الموصى أو الموكل» (١).

أقول: قال العلامة في (القواعد): إن من الشهاده الممنوعه أيضاً أن يشهد أن فلاناً جرح مورثه (٢). وأضاف كاشف اللثام: فإنه يثبت لديه لنفسه أو القصاص إن شهد بعد الموت أو قبله والجراحه لم يندمل مع احتمال السريان عاده، أو نص الشاهد باحتمال السريان وإن لم تسر ولم يستوعب الدين تركته التي منها لديه، إن قلنا بتعلق حق الديان بأعيانها (٣).

قال في (الجواهر) بعد نقله: وفيه نظر (٤).

أقول: لا- إشكال في أصل المطلب، لأنه إذا شهد بالجنايه فقد شهد بموضوع استحقاق لديه أو حق القصاص لنفسه، وهذه الشهاده غير مقبوله، لتحقق التهمه، لأنها في الحقيقه في حق النفس، فلا تقبل، بل إن السبب في جعل إقامه

ص: ١٠٠٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٦.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٠٤ ٣٠٥.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٦٩.

البينه على المدعى فى قولهم عليهم السلام: « البينه على المدعى» (١) هو التهمه، إلا إذا كان المدعى معصوماً، فلا يطلب منه البينه لعدم التهمه.

ولو شهد بمال لمورثه المجرّوح ولو جراحه ساريه عاده، أو المريض مرضاً يعلم موته فيه، قبل ما لم يمت قبل الحكم، لعموم الأدله، ولا يقدر الانتقال إليه بعد الموت. والفرق بين هذا وسابقه هو أن أثر الشهاده فى الأوّل فى ما بعد الموت، فليس هو إلا مدّعياً لنفسه الديه أو القصاص، بخلاف الثانى فإن المال فعلاً للمورث.

ص: ١٠٠١

١-١) وسائل الشيعه: ٢٧/٢٣٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٣.

المسأله الثانيه: (في أن العداوه الدينيه لا تمنع القبول)

قال المحقق قدس سره: « العداوه الدينيه لا تمنع القبول، فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر» (١).

أقول: إن العداوه الدينيه ليست من أسباب التهمه، ولا توجب الفسق، بل هي واجبه بالكتاب والسنة، فلا كلام في قبول شهاده المسلم على الكافر، والمحقق على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه.

قال: « أما الدينويه فإنها تمنع، سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن (٢) . . . » (٣).

أقول: إن العداوه الدينويه للمؤمن بل لغيره أيضاً كما احتمله بعضهم من موانع قبول الشهاده، لأنها من أسباب التهمه، فتدلّ على هذا الحكم النصوص المتقدمه في أوّل الباب، وخصوص ما اشتمل منها على لفظ « الخصم » .

وفي (الجواهر): بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه (٤).

وفي (المسالك): من أسباب التهمه العداوه الدينويه، فلا يقبل شهاده العدوّ

ص: ١٠٠٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٧٠.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٧٠.

على عدوّه عندنا وعند أكثر العامه (١). وفي الخلاف الإستدلال له بما روى طلحه بن عبيد الله قال: أمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله وَسَلَّمَ منادياً فنادى: « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين والعدوّ منهم. وقال عليه السلام: « لا تقبل شهادة الخائن والخائنه ولا الزانى ولا الزانيه ولا ذى غمره على أخيه (٢)، وذو الغمر من كان فى قلبه حقد أو بغض (٣) » (٤).

وعلى الجملة، فلا كلام فى هذا الحكم، إنما الكلام فى معنى قول المحقق: « سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن، وتتحقق العداوه بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءه الآخر والمساءه بسروره، أو يقع بينهما تقاذف ».

فإن ظاهر هذا الكلام اجتماع « العداله » مع « العداوه » مع أنه قد قال سابقاً بكون بغضه المؤمن معصيه، وأن التظاهر بها قاذح فى العداله، فالتجأ العلماء إلى توجيه العبارة وحملها على نحو لا ينافى ما تقدّم منه، إلا أنا ذكرنا هناك بأن الحب والبغض والحسد ونحوها صفات قلبيه، وهى بمجردا ليست بمعاص ولا تضرّ بالعداله.

وهنا نقول: إن المستفاد من بعض الآيات فى القرآن الكريم هو اجتماع العداوه

ص: ١٠٠٣

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٩١.

٢-٢) السنن الكبرى ١٠: ٢٠٢. بتفاوت يسير.

٣-٣) السنن الكبرى ١٠: ١٥٥. بتفاوت يسير، سنن ابى داود ٤: ٢٠/٣٦٠١. بتفاوت يسير.

٤-٤) كتاب الخلاف: ٦/٢٩٦، المسأله ٤٣.

مع العدالة حتى مع إظهارها، إن كانت العداوة مسببه عن ظلم أو إبداء، قال تعالى: «لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ» (١). وفي قصة ابني آدم: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ» (٢).

فالعداوة إن كانت مستنده إلى ظلم ونحوه لا تنافي «العدالة» وإن كان هذا الشخص مورداً للتهمة عرفاً ويكون المشهود عليه الموجب للعداوة بظلمه فاسقاً، ولو وقع بينهما تقاذف كان البادي هو الظالم كما قيل، ولو وقعت العداوة بينهما لا عن سبب صحيح مقصود، كأن يكون عن شبهة أو خطأ، لم تقدر في عداله واحد منهما.

ولو قذف المشهود عليه الشاهد قبل الشهادة أو آذاه حتى يكون مصداقاً للعدو فتردّ شهادته عليه، قبلت شهادته إن لم يرد على الأذى بشيء، وإن كانت التهمة موجودة، ويمكن أن يقال بعدمها، من جهة أن من يتحمل الأذى ولا يرد عليه بشيء لعدالته وشده حملة، لا يحمله البغض الحاصل من الأذى على الشهادة بخلاف الواقع، فهو خارج عن مورد الإتهام عرفاً.

هل تقبل شهادة رفته الطريق على اللصوص؟

قال المحقق: «وكذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمة» (٣).

أقول: «التهمة» هنا إما من جهة أن هذا البعض يشهد للآخر حتى يشهد ذاك لهذا، وإما من جهة أنه يشهد بهذه الشهادة لكي يدفع التهمة والشبهه عن نفسه.

ص: ١٠٠٤

١-١) سورة النساء ٤: ١٤٨.

٢-٢) سورة المائدة ٥: ٢٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

وقد نسب ما ذهب إليه المحقق إلى المشهور (١)، قالوا: وبذلك ينجر ضعف خبر محمد بن الصلت الدالّ على هذا الحكم، قال: « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رفقته كانوا في طريق، فقطع عليهم الطريق، وأخذوا اللصوص، فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا بإقرار من اللصوص أو شهادته من غيرهم عليهم» (٢).

وهذا الخبر مطلق، يعم ما إذا اخذ من الشهود شيء أو لم يؤخذ، مع أنه إذا لم يؤخذ فالتهمه متفيه، وما إذا شهد البعض الآخر لمن شهد أو لا، وما إذا تعرض الشهود في شهادتهم لأخذ اللصوص شيئاً منهم أو لا، وما إذا صرح الشهود في شهادتهم بالأعيان المأخوذة من كلّ واحد من الرفقة أو كانت الشهادة مجمله.

فالخبر مطلق يعم جميع الصور، وكذا عبارته المحقق والعلّامة (٣).

لكن قيل بالقبول بالنسبة إلى الغير فقط، فيما إذا كان الشاهد مأخوذاً كذلك، وتعرض في شهادته لما أخذ منه أيضاً.

قلت: الخبر وإن احتمل كونه في قضيه شخصيه خارجيه، لكن ترك الإمام عليه السلام الاستفصال يدلّ على العموم، وأما إن كانت قضيه مفروضه، فالكلام مطلق.

وعن (الدروس): وكذا تقبل شهادته رفقاء القافله على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين. ولو أخذ الجميع فشهد بعضهم لبعض ولم يتعرضوا لذكر ما أخذ لهم في شهادتهم، قيل: لا يقبل، والقبول قوى، وما هو إلا كشهادته بعض غرماء

ص: ١٠٥

١-١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٩١، جواهر الكلام ٤١: ٧٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٧.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

المديون لبعض، وكما لو شهد الاثنين بوصيه مشتركه من تركه، وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصيه منهما (١).

قال فى (الجواهر): بل مقتضى قبوله الشهاده المبعوضه القبول هنا لو تعرضوا فى الشهاده الى ما أخذ منهم، فترد حينئذ فيما يتعلق بهم، وتقبل فى الآخر، ولذا حكاه عنه فى (المسالك) فى الفرض المزبور (٢).

وعلى كل حال، ففيه مع أنه كالإجتهد فى مقابله النص المعمول به إن الفرق بين المقامين واضح، ضروره تحقق العداوه فى الأول، بخلاف المثالين.

هذا، وينبغى أن يعلم كون الشهاده فيما ذكر من الصور خاليه من الإشكال، وجامعه لشرائط القبول فى حدّ نفسها بغض النظر عن الإتهام، فمثلاً: إذا لم يعين الشاهد الشىء المسروق وقلنا بعدم سماع الشهاده المجمله، كان الإجمال مانعاً من قبولها، من قبل أن يبحث عن تحقق التهمه وعدمه، وعلى هذا، فلا وجه لحمل الخبر على الصوره التى فيها مانع عن القبول فى حدّ نفسها.

ص: ١٠٠٦

١-١) الدروس الشرعيه ٢: ١٢٧. وعنه جواهر الكلام ٤١: ٧٣. بتفاوت يسير.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٧٣. ولم أعر على ما حكاه عن المسالك، بل يوجد فى الدروس ٢: ١٢٨.

المسألة الثالثة: (في شهادة الأنساء)

قال المحقق قدس سره: « النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه، وفي قبول شهادة الولد على والده خلاف، والمنع أظهر» (١).

أقول: إن القرابة وإن كانت موجبة للثبوت في الجملة، ولكن لا دليل على أنّ هذه التهمة مانعة عن قبول الشهادة، إذ ليس كلّ تهمة بمانعة، بل خصوص التهمة الوارد فيها النص... فهذا هو الحكم الكلي، والكلام في المسألة في موارد:

١ - في شهادة الوالد لولده وبالعكس والأخ لأخيه

أمّا شهادة الوالد لولده وعليه والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه، فيدلّ على القبول بها العمومات والإطلاقات، ولا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه كما في (الجواهر) (٢)، وهناك نصوص خاصة، فيها المعتبر سنداً والصريح دلالة، ومنها:

١ - الحلبي: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تجوز شهادة الولد لوالده،

ص: ١٠٠٧

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٧٤.

والوالد لولده، والأخ لأخيه» (١).

٢ - سماعه قال: « سألته عن شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه. قال: نعم» (٢).

٢ - فى شهادة الولد على والده

أمّا شهادة الولد على والده، ففى قبولها خلاف بين الأصحاب على قولين، فالمشهور هو المنع، والمحكى عن المرتضى (٣) وابن الجنيد (٤) هو القبول، قيل: وقد مال إليه أكثر المتأخرين.

استدلّ للمنع بوجوه:

الأول: الإجماع، فقد حكى دعوى الإجماع عليه عن (الموصليات) (٥) للسيد و (الخلاف) (٦) للشيخ و (الغنية) (٧) لابن زهره و (السرائر) (٨) لابن ادريس.

والثانى: قوله تعالى: «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ» (٩). قال فى (الإيضاح): يدلّ على

ص: ١٠٠٨

-
- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٦.
 - ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٨/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٦.
 - ٣-٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٧، الدروس ٢: ١٣٢، المهذب البارع ٤: ٥٢٠، الانتصار: ٤٩٦ / المسألة ٢٧٣.
 - ٤-٤) راجع مختلف الشيعة ٨: ٤٩٤، مسالك الأفهام ١٤: ١٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٦ ٧٥.
 - ٥-٥) الموصليات (رسائل المرتضى) ١: ٢٤٦، عنه رياض المسائل ١٥: ٢٩٠ وجواهر الكلام ٤١: ٧٤.
 - ٦-٦) كتاب الخلاف ٦: ٢٩٦ / مسأله ٤٤، عنه فى الرياض ١٥: ٢٩٠ وجواهر الكلام ٤١: ٧٤.
 - ٧-٧) غنية النزوع ٢: ٤٤٠. وعنه فى الرياض ١٥: ٢٩٠، وجواهر الكلام ٤١: ٧٤.
 - ٨-٨) السرائر ٢: ١٣٤. وعنه فى الرياض ١٥: ٢٩٠، وجواهر الكلام ٤١: ٧٤.
 - ٩-٩) سورة الاسراء ١٧: ٢٣.

تحريم تكذيبه، وأداء الشهادة عليه مظنه تكذيبه وأذاه، فيكون منهيًا عنها، فلا تقبل (١).

والثالث: قوله تعالى: «وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» (٢). قال في (الإيضاح): وإذا حرم عليه أذاهما على الكفر ففي الشهادة عليه أولى (٣).

والرابع: الأخبار، ففي (الخلافة) نسبه المنع إلى أخبار الفرقه (٤)، ويدلّ عليه مرسله الصدوق: «لا تقبل شهادة الولد على والده» (٥) وضعفها منجبر بعمل الأصحاب.

واستدلّ للقبول بالكتاب والسنة:

فمن الكتاب: قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ...» (٦).

وقد أُورد على الاستدلال بها: بأن الإقامه أعم من القبول (٧).

وأجيب: بأنه لولا القبول كان الأمر بالإقامه لغواً (٨).

وأجيب: بعدم انحصار الفائده في القبول حتى تلزم اللغويه بدونه (٩).

ص: ١٠٠٩

١-١) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٧.

٢-٢) سورة لقمان ٣١: ١٥.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٧.

٤-٤) كتاب الخلافة: ٦/٢٩٧ المسألة ٤٤.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٩/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٦.

٦-٦) سورة النساء ٤: ١٣٥.

٧-٧) مختلف الشيعة ٨: ٤٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٥.

٨-٨) المهذب البارع ٤: ٥٢١، مسالك الأفهام ١٤: ١٩٦، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٤٠٦ بالفاظ مختلفه.

٩-٩) مستند الشيعة ١٨: ٢٥٠.

قال في (المختلف): فائدته تذكر الأب لو كان ناسياً أو مشتتاً عليه فيزيل اشتباهه (١).

قال في (الايضاح): وفيه نظر، لأن الأمر بالإقامة مع عدم القبول لا يجتمعان، لأن المفهوم والمقصود من الأمر بالإقامة هو القبول (٢).

وبهذا يندفع ما ذكره صاحب (المستند) من أنه ليست الآية صريحه ولا ظاهره في الأمر بالإقامة (٣).

فالإنصاف: دلالتها على وجوب الإقامة، وأن الإشكال بعدم الملازمة بين الإقامة والقبول ضعيف، وأن الفوائد المذكورة نادرة.

ومن السنّة: عمومات قبول شهادته العدل، وخصوص الخبرين:

١ - علي بن سويد: «عن أبي الحسن عليه السلام في حديث: «فأقم الشهادة لله ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين فيما بينك وبينهم، فإن خفت على أخيك ضيماً فلا» (٤).

٢ - داود بن الحصين: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين...» (٥).

ص: ١٠١٠

١-١) نقل عنه ابنه في الإيضاح ٤: ٤٢٧.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤: ٤٢٧.

٣-٣) مستند الشيعة ١٨: ٢٤٩.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٣.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ١٩. فيه «ذبيان بن حكيم الاودي» وهو مهمل في كتب الرجال، وفي معجم رجال الحديث ٨/١٥٥: قيل إن في روايه الأجلء عنه دلالة على وثاقته وجلالته، ولكن قد مرّ ما في ذلك غير مره، ولكنه مع هذا وصف الخبر في المباني (مباني تكمله المنهاج ١: ٩٧) بالصحيحه!

هذا، مضافاً إلى أنه ليس إظهار الحق موجباً للعقوق ومنافياً للصحة والمعاشرة بالمعروف، بل هو عين المعروف، بل هو مأمور به، ففي الحديث: « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً. قيل: يا رسول الله، كيف أنصره ظالماً؟ قال: تردّه عن ظلمه، فذاك نصرك إياه» (١).

على أن ما ذكروه منقوض بقبول الشهادة على الأم.

أقول: والأظهر هو القول الأول، والعمد هو الإجماع، فإن لم يثبت فلا أقل من الشهره العظيمه، وهى جابره للمرسله، فتصلح لتخصيص قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ . . .» (٢) بأن يكون المراد منها: إنه يجب على المؤمنين تقديم حق الله على أنفسهم وعلى الوالدين فضلاً عن سائر الناس، إلا- في خصوص الشهادة على الأب فلا يشهدون، كما أن الشهره موهنه لخبرى على بن سويد وداود بن الحصين، بناء على تماميه السند فى الثانى منهما.

فالأظهر هو القول الأول وفاقاً للمشهور والمحقق. قال: « سواء شهد بمال أو بحق متعلق ببدنه كالقصاص والحد» (٣).

أقول: هذا إشاره إلى خلاف بعض العامه حيث قال بالتفصيل، محتجاً كما فى (المسالك) بأنه لا يجوز أن يكون الولد سبباً لعقوبه الأب، كما لا يقتص به ولا يحدّ بقذفه (٤). أى: كما لا يقتل الوالد فى الولد، كذلك لا تقبل الشهاده منه الموجه لقتل الوالد.

ص: ١٠١١

-
- ١-١) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٦. وفى مسند أحمد ٣: ٢٠١، السنن الكبرى ٦: ٩٤.
 - ٢-٢) سورة النساء ٤: ١٣٥.
 - ٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.
 - ٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٧.

ولكنه قياس باطل.

ثم إنه هل يتعدى الحكم إلى من علا من الآباء، ومن سفل من الأبناء أو لا؟

قال العلامة: وفي مساواه الجد للأب وإن علا للأب إشكال (١).

أقول: وجه الإشكال هو الشك في صدق « الوالد » على « الجد » ، وفي صدق « الولد » على « ولد الولد » . أما على القول بالقبول، فلا إشكال في قبولها على الجد بالأولوية.

والتحقيق أن يقال: إن كان المستند للحكم بالمنع هو الإجماع، أمكن القول بعدم التعدى، أخذاً بالمتيقن من الدليل اللبى، وإن كان المستند هو الخبر المنجبر، جاء الإشكال من حيث الصدق وعدمه، لكنه فى غير محلّه، فقد رتب الشارع الأحكام من غير فرق بين الأب والجد، وبين الابن وابن الابن، فقد حرّم بقوله تعالى: « وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ » (٢) على الابن منكوحه الأب والجد، وبقوله تعالى: « وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ » (٣) على الأب حليله الابن وابن الابن.

اللهم إلا أن يقال: بأن مقتضى العمومات من الكتاب والسنة هو قبول الشهادة على كل أحد، خرج منه خصوص الأب بلا واسطه بسبب الخبر، وخروج غيره موقوف على دليل، وإذ ليس، فالمتيقن هو الأب الأدنى.

٣ - فى شهادة الزوجه لزوجها وبالعكس

قال المحقق: « وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته والزوجه لزوجها مع غيرها

ص: ١٠١٢

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٦.

٢- ٢) سورة النساء ٤: ٢٢.

٣- ٣) سورة النساء ٤: ٢٣.

من أهل العدالة. ومنهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجه، ولا وجه له» (١).

أقول: ومن موارد التهمة شهادة كل من الزوجين للآخر، لكن لا كلام ولا خلاف كما في (المسالك) في القبول، لضعف التهمة مع العدالة، قال: لا- خلاف عندنا في قبول شهادة كل من الزوجين للآخر، لوجود المقتضى وانتفاء المانع، وضعف التهمة مع وصف العدالة (٢).

أما الشهادة عليه، فتكون مقبولة بالأولوية لعدم التهمة.

والدليل على قبول الشهادة من كل للآخر هو العمومات والإطلاقات، وخصوص النصوص:

١ - الحلبي: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تجوز شهادة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها إذا كان معها غيرها» (٣).

٢ - عمار بن مروان: « سألت أبا عبد الله عليه السلام أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته. قال: إذا كان خيراً [آخر] جازت شهادته معه لامرأته» (٤).

٣ - سماعه في حديث قال: « سألت عن شهادة الرجل لامرأته، قال: نعم. والمرأة لزوجها؟ قال: لا، إلا أن يكون معها غيرها» (٥).

إنما الكلام في اشتراط الضميمة وعدمه، فالأصحاب فيه على أقوال:

ص: ١٠١٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣.

١-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٧.

١-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٦/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٥.

١-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٥. بتفاوت.

١-٥ (٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٥.

الأول: عدم الإعتبار مطلقاً، وهو مختار صاحبي (المسالك) و (كشف اللثام) (١) ولم يستبعده صاحب (الجواهر) ونسبه إلى المحكى عن المتأخرين كافة، وظاهر أكثر القدماء (٢).

والثاني: الإعتبار مطلقاً، وهو المحكى عن الشيخ في (النهاية) (٣) والقاضى (٤) وابن حمزه (٥).

والثالث: التفصيل بين الزوجه فيعتبر، والزوج فلا يعتبر. وعليه المحقق (٦).

أقول: النصوص المذكوره ظاهره أو صريحه فى القول الثالث.

واستدلّ للقول الثانى بصحيحه الحلبي، باعتبار أن مرجع الضمير فى « غيرها » هو « الشهاده » لا « الزوجه » فىكون المعنى: اشتراط وجود غير الشاهد، سواء كان الشاهد الزوج أو الزوجه، فى قبول الشهاده. وفيه:

أولاً: إن الخبر فى نسخه: « لا، إلا إذا كان معها غيرها » فيختص الحكم بالزوجه.

وثانياً: إرجاع الضمير إلى « الشهاده » خلاف الظاهر.

وثالثاً: إنه ينافى التصريح بالتفصيل فى موثقه سماعه.

إلا أن يجعل قوله: « نعم » مجرد خطاب، كما هو متعارف فى المحاورات، لا

ص: ١٠١٤

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٤، كشف اللثام ١٠: ٣٠٨.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٧٩.

٣- ٣) النهاية: ٣٣٠. وعنه رياض المسائل ١٥: ٢٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٨.

٤- ٤) المهذب ٢: ٥٥٧ و ٥٥٩. وعنه رياض المسائل ١٥: ٢٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٨.

٥- ٥) الوسيطه: ٢٣١. وعنه رياض المسائل ١٥: ٢٩٥، جواهر الكلام ٤١: ٧٨.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠، المختصر النافع: ٢٧٩.

جواباً للسؤال الأول، فيكون الجواب للسؤالين قوله عليه السلام: « لا إلا أن يكون معها أى الشهاده غيرها» وفيه:

أولاً: ما تقدم من أن إرجاع الضمير إلى « الشهاده» خلاف الظاهر.

وثانياً: حمل « نعم» على ما ذكر خلاف الظاهر.

وثالثاً: إنه ينافى ما فى خبر عمار بن مروان، بناء على نسخه « خيراً» .

واستدلّ للقول الأول بعد تضعيف الثانى بأن الشرط: « إذا كان. . .» فى الخبرين وارد مورد الغالب، مع عدم ثبوت الحق بالمرأه منفرده ولو مع اليمين، إلّا نادراً كما فى الوصيه، بخلاف الزوج الذى يثبت الحق بشهادته مع اليمين، فلا يصلح الخبران حينئذ لتخصيص عمومات الأدله. والحاصل هو: التمسك بعمومات أدله قبول الشهاده، بعد حمل الشرط فى الخبرين على مورد الغالب، لعدم امكان إبقاء « الغير» على ظاهره من الإطلاق، بأن يكفى فى قبول شهاده الزوجه عدم كونها منفرده، ولعدم إمكان حمله على ما يكمل به العدد المعتبر فى كل مورد، فلا يبقى فرق بين شهادتها على زوجها أو على غيره، إذ يسئل حينئذ عن الوجه فى تخصيص هذا الشرط بالزوجه دون الزوج.

لكن يرد على حمل الشرط على الغلبه دون الإحتراز:

أولاً: إن كون موارد قبول شهاده المرأه منفرده أقل من موارد قبول شهاده الرجل وحده غير معلوم، إذ لا ينحصر قبول شهادتها كذلك بباب الوصيه، بل يقبل قولها فى موارد أخرى سيأتى ذكرها، ومن أهمها كل ما لا يعرف إلا من قبلها، وما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

وثانياً: إن وجود كلمه « لا» يمنع من الحمل على الغلبه، فقد نفى الامام عليه السلام القبول لو كانت منفرده ثم قال: إلا أن يكون. . . ولذا لو سئل الامام عليه

السلام عن نكاح الربائب فأجاب بقوله: لا إلا أن لا تكون في الحجور، كان ظاهراً في الإحتراز وإن كان قيداً غالباً.

فالحاصل: عدم تماميه هذا الحمل، كحمله على أنه ناظر إلى مواضع قبول شهادتها بدون ضميمة كباب الوصيه، بأن تكون شهادتها مقبولة إن كانت متعلقه بوصيه للغير، وأما إن كانت متعلقه بوصيه من زوجها، فلا تقبل إلا مع الضميمة، لكونه خلاف الظاهر، فإن الشرط ظاهر في عدم القبول مطلقاً، وحمله على الموارد النادرة غير تام.

فالأولى أن نقول: إن الفرق المذكور حكم تعبدى، وإن ذكر المحقق له وجهاً بقوله: « ولعلّ الفرق إنما هو اختصاص الزوج بمزيد القوه في المزاج أن تجذبه دواعى الرغبه » (١).

أى: بخلاف الزوجه، فإنها ليس لها هذه المرتبه غالباً، وإن كانت على العداله.

وأشار إلى ثمره هذا الفرق بقوله: « والفائده تظهر لو شهد فى ما يقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين. وتظهر الفائده فى الزوجه لو شهدت لزوجها فى الوصيه » (٢).

أى: إنه لو شهد الزوج لها فيما تقبل فيه شهاده الواحد مع اليمين، فإنه على القول بعدم اعتبار الضميمة، يكفى يمينها فى أخذ المشهود به، فيكون كشهادته لغير زوجته، وعلى القول باعتبارها لا- يكفى، بل لابد من غيره، ولكن إذا كان المؤثر يمينها مع شهاده الغير، فأى فائده فى شهاده الزوج؟ اللهم إلا أن يكون الأثر

ص: ١٠١٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.

لشهاده الزوج وشهاده الغير بغضّ النظر عن اليمين.

ولو شهدت الزوجه للزوج فى الوصيّه، فإنه على القول الأوّل يثبت الربع كما لو لم تكن الشهاده للزوج، وعلى القول الثانى لا يثبت بشهادتها منفرده شىء، بل لابدّ من ضمّ الضميمة. نعم يكفى انضمام امرأه اخرى إليها وإن كانت زوجه أخرى للرجل نفسه، لإطلاق النصوص.

٤ - فى شهاده الصديق لصديقه

قال المحقق: « وتقبل شهاده الصديق لصديقه وإن تأكدت بينهما الصحبه والملاطفه، لأن العداله تمنع التسامح» (١).

أقول: وهذا أيضاً من جمله موارد التهمه، لكنها مع فرض العداله لا تمنع من القبول، بل العداله تمنع التسامح. وهذا الحكم لا خلاف فيه عندنا، وإنما عنوانه تنبيهاً على خلاف بعض العامه.

ص: ١٠١٧

المسأله الرابعه: (في عدم قبول شهاده السائل في كفه)

قال المحقق قدس سره: « لا- تقبل شهاده السائل في كفه، لأنه يسخط إذا منع، ولأن ذلك يأذن بمهانته النفس فلا يؤمن على المال. ولو كان ذلك مع الضروره نادراً لم يقدح في شهادته» (١).

أقول: لا تقبل شهاده السائل بكفه عند الأكثر، كما في (الكفايه) (٢) بل المشهور كما في (المسالك) (٣) و (المستند) (٤) بل لا خلاف فيه في الجملة كما في (الرياض) (٥) بل يمكن تحصيل الإجماع عليه كما في (الجواهر) (٦) وفي المسأله جهات من البحث، نتعرض لها بعد ذكر نصوصها، وهى:

١ - على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: « قال: سألته عن السائل الذى يسأل بكفه، هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبى لا يقبل شهادته إذا سأل في

ص: ١٠١٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.

٢- ٢) كفايه الأحكام ٢: ٧٥٩.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٩.

٤- ٤) مستند الشيعة ١٨: ٢٦٠.

٥- ٥) رياض المسائل ١٥: ٣٠١.

٦- ٦) جواهر الكلام ٤١: ٨١.

كفه» (١).

٢ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: « رد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ شهادة السائل الذي يسأل في كفه. قال أبو جعفر: لأنه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنه إن أعطى رضى وإن منع سخط» (٢).

٣ - علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: « سألته عن السائل بكفه، أتجوز شهادته؟ فقال: كان أبي يقول: لا تقبل شهادة السائل بكفه. [في كفه].

جهات البحث في المسألة

وأما جهات البحث في المسألة:

فالأولى: في المراد ب « السائل بكفه » .

وقد اختلفت كلماتهم فيه:

ففي (التحرير): تردّ شهادة السائل في كفه، لأنه يسخط إذا منع، إذا كان معتاداً، ولو وقع منه ذلك ندره للحاجه لم يمنع قبول الشهادة (٣).

وفي (المستند): « المراد به الذى يسأل فى نحو أبواب الدور والأسواق والدكاكين والحجرات، واتخذ ذلك ديدناً له، لأنه المتبادر من هذا التركيب، لا من يسأل أحياناً لحاجه دعتة إليه» (٤).

ص: ١٠١٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ٣٥.

٣-٣) تحرير الأحكام ٥: ٢٥٥.

٤-٤) مستند الشيعة ١٨: ٢٦٠.

وفى (الجواهر): إذا اتخذ ذلك صنعه وحرفه (١).

ومنهم من أطلق كالمسالك إذ قال: « والمراد بالسائل بكفه من يباشر السؤال والأخذ بنفسه، والسؤال فى الكف كناية عنه » (٢).

وفى (الرياض) أى: « من يباشر السؤال والأخذ بنفسه » (٣).

قلت: إن لم يكن المتبادر منه الأول كما فى (المستند) و (الجواهر) فلا ريب فى أنه المتيقن، فالأولى الإقتصار عليه.

وفى (المستند) بعد عبارته المتقدمه: « وعلى هذا، فهو مراد من أطلق المنع كما فى النافع، وحكى عن الشيخ والقاضى، كما هو صريح من قيد كما عن الحلى والتحرير والشرائع والإرشاد والتنقيح والدروس والمسالك وغيرها، بل هو المشهور كما قيل » (٤).

الثانيه: فى حكم السؤال تكليفاً.

وقد اختلفت كلماتهم فى الاستفادة من النصوص وكلمات الأصحاب من حيث الحكم التكليفى للسؤال.

ففى (الرياض): إن فى تعليل الامام عليه السلام فيما رواه محمد بن مسلم وتعليل المحقق الحكم بقوله: « ولأن ذلك يؤذن بمهانه النفس فلا يؤمن على

ص: ١٠٢٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٨١.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٩.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ٣٠١.

٤-٤) مستند الشيعة ١٨: ٢٦، المختصر النافع: ٢٧٩، النهايه: ٣٢٦، المهذب البارع ٢: ٥٥٨، السرائر ٢: ١٢٢، تحرير الأحكام ٥:

٢٥٥، شرائع الإسلام ٤: ١٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ١٥٨، التنقيح ٤: ٢٩٩، الدروس ٢: ١٣٢، مسالك الأفهام ١٤: ١٩٩، رياض

المسائل ١٥: ٣٠١.

المال» ونحوه كلام غيره، إيماءً إلى تهمته، وعدم حرمة السؤال، وإلا لعلَّ بحرمة الموجه لفسق فاعله بمجرد أو بالإصرار عليه واستمراره (١).

وفى (الجواهر) جعله المستفاد من النصوص بل والفتاوى (٢).

لكن قال فى (الرياض): « وفيه نظر، فإن عدم التعليل بالحرمة لا يستلزم الإباحه، فقد يكون وجهه لزوم حمل أفعال المسلمين وأقوالهم على الصحة، بناء على عدم اتصاف كل سؤال بالحرمة، بل الذى لا تدعو إليه حاجه ولا ضروره محرم خاصه، وحينئذ فكيف ينسب السائل إلى فعل محرم بمجرد سؤاله الذى هو من الحرام أعم؟» (٣).

وأجاب عنه فى (الجواهر) بعد أن أشار إليه بقوله: اللهم إلا- أن يحمل... فقال: « ولكن لا- يخفى عليك أن هذا بعد فرض معلوميه حرمة السؤال ولو بالكف مع فرض عدم التبدليس به، كما لو صرح بغناؤه عن ذلك، وهو وإن كان مغروساً فى الذهن، والنصوص مستفيضة بالنهى عن سؤال الناس، لكن كثيراً منها محمول على بعض مراتب الأولياء ط وآخر محمول على المدلس. . . وأما حرمة السؤال من حيث كونه سؤالاً ولو بالكف، فلا دليل مطمئن به على حرمة وإن كان ذلك مغروساً فى الذهن، فتأمل. . .» (٤).

وحاصل كلامه قدس سرّه هو: إنه كما أن إطلاق نصوص المسأله يقتضى عدم قبول شهاده السائل وإن كان سؤاله عن حاجه، فإن إطلاقتها يقتضى عدم

ص: ١٠٢١

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٠٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٨٢.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ٣٠٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٨٢.

الحرمة وإن كان سؤاله عن غير حجه، وما ذكره صاحب (الرياض) يبتنى على فرض ثبوت حرمة السؤال من غير حجه كما صرح هو به، مع أنه لا دليل مطمئن به على حرمة، والنصوص المستفيضة المشار إليها محمولة على بعض الوجوه.

قلت: أما نصوص المسألة، فالظاهر عدم دلالتها على حرمة السؤال مطلقاً، وما ذكره في (الرياض) من أن وجه عدم التعليل بالحرمة لزوم حمل أفعال المسلمين وأقوالهم على الصحة (١)، بعيد، لأن السؤال هو عن قبول شهادته السائل وعدم قبولها، فإن كان سؤاله عن خصوص غير المحتاج كان المتجه أن يجب الإمام عليه السلام بعدم القبول، ويعلّل ذلك بكونه فاسقاً إن كان السؤال من غير حجه ولا- ضروره محرّماً، وإن كان عن خصوص المحتاج، كان الجواب القبول لعدم الحرمة، وإن كان السؤال عن السائل مطلقاً كان المتجه التفصيل لا التعليل المذكور، فترك التفصيل والإطلاق في الجواب والتعليل بما ذكره، كلّ ذلك يقتضى عدم القبول حتى في صورته الحجه، ويبقى الكلام في الحكم التكليفي، ولا دلالة في هذه النصوص على الحرمة مطلقاً.

وأما النصوص الأخرى التي أشار إليها في (الجواهر) ووصفها بالإستفاضه (٢)، فسيأتي ذكرها وبيان المستفاد منها.

هذا، وفي (المستند): «دَلّ التعليل على أن صاحب ذلك الوصف ليس مأموناً عن شهادته الزور والكذب ما دام كذلك، فلا تعرف عدالته، لأن من لا يظن عدم ارتكابه الكذب وشهادته الزور كيف يعرف بالعدالة، فلا يكون ذلك عادلاً،

ص: ١٠٢٢

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٠٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٨٢.

ويكون هذا الوصف مانعاً عن الحكم بالعدالة بمعرفاته (١).

وفيه: إنه لا- يعتبر في قبول الشهادة وترتيب الأثر عليها وجود الظن بعدم الكذب، نعم، الحكمه في قبول شهادة العادل هو الظن النوعي بعدم كذبه، ولكن ليس من شرط القبول العلم بعدم كذبه في هذه الشهاده، بل إن الفقهاء يفتون بقبول شهادة البينه حتى مع الظن بالخلاف.

قال: فلا تعارض بين الروايتين وعمومات قبول شهادة العدل، نعم، لو عرف أولاً بالعدالة ثم صار سائلاً بالكف، يلزم استصحاب عدالته وقبول شهادته (٢) . .

أقول: هو جواب سؤال تقديره: إن النسبه بين نصوص المسأله وعمومات قبول شهادة العدل عموم من وجه، فيتعارضان ويتساقطان في مورد الإجماع. فأجاب بأن السائل بالكف ليس بعادل، ولا أقل من الشك في عدالته، فلا تعمه عمومات القبول، نعم، لو كان عادلاً ثم صار سائلاً استصحب عدالته.

لكن قد عرفت عدم دلالة النصوص على عدم العدالة، وأنه لا يشترط في قبول الشهاده عدم الظن بالخلاف فضلاً عن عدم احتمالها، ولو كان ذلك شرطاً لم يقبل شهادة كل من له صله ما من قرابه أو صداقه وغيرهما بالمشهود له، إلا موارد خاصه تعبدنا فيها بعدم القبول، ومنها السائل بالكف، ولا ملازمه بين عدم القبول وعدم العدالة، كما هو واضح.

الثالثه: في أخبار النهي عن سؤال الناس

وقد عرفت حمل (الجواهر) هذه النصوص على بعض المحامل (٣)، فلنذكر

ص: ١٠٢٣

١-١) مستند الشيعة ١٨: ٢٦١.

٢-٢) مستند الشيعة ١٨: ٢٦١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٨٢.

طرفاً منها لنرى هل يتم ما ذكره أو لا؟

١ - مالك بن حصين السلولى: « قال أبو عبد الله عليه السلام: ما من عبد يسأل من غير حاجة فيموت حتى يحوجه الله إليها ويثبت الله له بها النار» (١).

٢ - مالك بن عطية: « عن أبي عبد الله قال قال علي بن الحسين عليه السلام: ضمنت على ربي أنه لا يسأل أحد من غير حاجة إلا اضطرتة المسألة يوماً إلى أن يسأل من حاجة» (٢).

٣ - محمد بن مسلم « قال أبو جعفر عليه السلام: يا محمد، لو يعلم السائل ما في المسألة ما سأل أحد أحداً، ولو يعلم المعطى ما في العطية ما ردّ أحد أحداً، ثم قال: يا محمد، إنه من سأل وهو بظهر غنى لقي الله مخموشاً وجهه يوم القيامة» (٣).

٤ - عنبسه بن مصعب: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من سأل الناس وعنده قوت ثلاثة أيام، لقي الله يوم يلقاه وليس على وجهه لحم» (٤).

٥ - عدّه الداعي « عن الصادق عليه السلام قال: من سأل من غير فقر، فكأنما يأكل الجمر» (٥).

٦ - العياشى عن محمد بن الحلبي: « قال أبو عبد الله عليه السلام: ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم: الديوث من الرجل، والفاحش المتفحش، والذي يسأل الناس وفي يده ظهر غنى» (٦).

ص: ١٠٢٤

-
- ١ - ١) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٦/١. أبواب الصدقة، الباب ٣١.
 - ٢ - ٢) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٦/٢. أبواب الصدقة، الباب ٣١.
 - ٣ - ٣) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٧/٤. أبواب الصدقة، الباب ٣١.
 - ٤ - ٤) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٧/٥. أبواب الصدقة، الباب ٣١.
 - ٥ - ٥) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٧/٦. أبواب الصدقة، الباب ٣١.
 - ٦ - ٦) وسائل الشيعة ٩: ٤٣٨/١٠. أبواب الصدقة، الباب ٣١.

هذه من أخبار الباب ٣١ باب: تحريم السؤال من غير احتياج.

ومن أخبار الباب ٣٢ باب: كراهه المسأله مع الإحتياج حتى سؤال مناولة السوط والماء.

٧ - عده الداعي « قال أبو عبد الله عليه السلام: لو يعلم السائل ما عليه من الوزر ما سأل أحد أحداً، ولو يعلم المسئول ما عليه إذا منع ما منع أحد أحداً» (١).

٨ - عده الداعي « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: شعيتنا من لا يسأل الناس ولو مات جوعاً» (٢).

وانظر الأبواب اللاحقه للباين أيضاً.

أقول: وفي بعض هذه الأخبار وعيد على السؤال من غير حاجه، وهو ظاهر في الحرمه، وحملها على ما ذكره صاحب (الجواهر) قدس سرّه بلا موجب، وأما مع الحاجه فتدلّ طائفه منها على عدم الحرمه، ولكن على كراهيه.

الرابعه: في حكم السؤال مع التصريح بعدم الحاجه

إن السؤال إن كان عن تدليس، فإن التدليس موجب للسقوط عن العداله، فلا تقبل الشهاده، فإن سأل بلا تدليس بل مع التصريح بعدم الحاجه، فلا يبعد القول بعدم دلالة الأخبار على حرمة، ولكن هكذا شخص يتصف بمهانه النفس ودنائتها فلا يؤمن على المال، فلا تقبل شهادته.

ولو ذكر حاجته وكشف عن حاله من دون سؤال، فلا حرمة على الظاهر ولا تردّ شهادته، بل في بعض الأخبار أن « من شكى إلى مؤمن فكأنما شكى إلى الله» (٣).

ص: ١٠٢٥

١- ١) وسائل الشيعه ٩: ٤٤٣/١٧. أبواب الصدقه، الباب ٣٢.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٩: ٤٤٣/١٥. أبواب الصدقه، الباب ٣٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢: ٤١٢/٣. أبواب الإحتضار، الباب ٦. بتفاوت يسير.

الخامسه: فى من سأل مع الضروره

قال المحقق وغيره: من سأل مع الضروره نادراً لم يقدر فى شهادته (١).

السادسه: فى حكم السؤال كتابه

قد عرفت تقييد جماعه من الأصحاب السؤال (بالمباشره) فهل جعل الوسيط بأن يطلب من شخص أن يشرح حاله ويسأل له عند شخص آخر يخرج عن المباشره؟ الظاهر ذلك، لأن اللجوء إلى ذلك يؤذن بعزّه النفس وحفظ ماء الوجه.

وهل الكتابه كذلك؟ إن صدق السؤال بالمباشره على كتابه الحاجه عرفاً، غير بعيد، وإن كان بينه وبين السؤال شفاهاً فرق.

السابعه: فى الطفيلى

قال العلامة فى (التحرير): ولا يقبل شهاده الطفيلى، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوه. وكذا قال غيره (٢).

وهو كذلك، ولكن ليس على إطلاقه، فمن الطفيلى من يسرّ صاحب الدعوه مجيؤه، بل يشكره على ذلك، فهذا لا تردّ شهادته ولا قدح فى عدالته.

ص: ١٠٢٤

١ - ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣، السرائر ٢: ١٢٢، الدروس ٢: ١٣٢، مسالك الأفهام ١٤: ١٩٩، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٤٠٣، رياض المسائل ١٥: ٣٠١، مستند الشيعة ١٨: ٣٦٠.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٥٥، الدروس الشرعيه ٢: ١٣٢، مسالك الأفهام ١٤: ١٩٩.

المسألة الخامسة: (في شهادة الأجير والضيف)

قال المحقق قدس سرّه: « تقبل شهادة الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة»
(١).

أقول: الكلام في المسألة في موضعين:

الأول: في شهادة الضيف

قال المحقق بقبول شهادة الضيف، وإن كان له ميل إلى المشهود له وهو مضيعه، وكذا في (التحرير) وغيره (٢)، بل لا خلاف فيه في (المسالك) (٣) وفي (الجواهر) عن غير واحد، قال: بل يمكن تحصيل الإجماع عليه (٤).

ويدل عليه العمومات، وخصوص ما رواه أبو بصير: « عن أبي عبد الله عليه السلام: لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائماً»
(٥).

وأما التهمة الحاصلة من ميله إلى مضيعه، فمرتفعه، لأن عدالته تمنع من

ص: ١٠٢٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠.

٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٥٥ ٢٥٦، النهاية: ٣٢٧، السرائر ٢: ١٢٣، الدروس ٢: ١٣١.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٠٠.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ٨٣.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٢/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٩.

الإقدام على الباطل.

والثاني: في شهاده الأجير

فاختلف الأصحاب في قبولها، فقال المحقق والعلامة بقبول شهادته (١) كذلك، واختاره الشهيد الثاني في (المسالك) قال: وعليه المتأخرون (٢). والمحكى عن أكثر المتقدمين كالصدوقين، والشيخ في النهاية، وأبى الصلاح وغيرهم: عدم القبول (٣).

استدلّ للقبول: بالعمومات والإطلاقات، وبخصوص ما جاء في ذيل خبر أبي بصير المتقدم وهو قوله: «ويكره شهاده الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس بها له عند مفارقتة» (٤) بجعل «الكراهه» فيه الكراهه الإصطلاحيه.

وأما التهمه الحاصله بالميل إلى المشهود له، فمرتفعه بالعداله، كما تقدّم في الضيف.

واستدلّ للمنع: بخبر أبي بصير المذكور، بحمل «الكراهه» فيه على الحرمة لا الكراهه الإصطلاحيه، وبنصوص أخرى وصفت في (الرياض) و (الجواهر) بالاستفاضه ومنها:

ص: ١٠٢٨

١- ١) شرائع الاسلام ٤: ١٣٠، ارشاد الاذهان ٢: ١٥٨، تحرير الاحكام ٥: ٢٥٥.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٠٠.

٣- ٣) المقنع: ٣٩٨، الهدايه: ٢٨٦، عنهما: مختلف الشيعة ٨: ٤٨٤، النهايه: ٣٢٥، الكافي في الفقه: ٤٣٦، المهذب ٢: ٥٥٨، الوسيله: ٢٣٠، غنيه النزوع ٢: ٤٤٠.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٢/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٩. وفيه: ولا بأس به له بعد مفارقتة.

١ - سماعه: « سألته عما يردّ من الشهود. قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد والتابع والمتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم » (١).

٢ - صفوان « عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادته ثم فارقته، أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم، وكذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته » (٢).

قلت: لقد كثرت الكلام حول مفاد خبر أبي بصير، فالقائلون بالقبول حملوا « الكراهه » على الكراهه الإصطلاحية، فأشكل المانعون بأن هذا المعنى إصطلاح جديد، والمعنى المقصود من هذا اللفظ في كلام الأئمة عليهم السلام هو الحرمة. لكن لا مجال للحمل على الحرمة التكليفية في هذا الخبر، لعدم حرمة هذه الشهادة، بل إن جميع الأخبار الواردة في كتاب الشهادات ناظرة إلى الحكم الوضعي، وهو القبول وعدم القبول.

وأشكل المانعون أيضاً: بأن الشهادة لو كانت مقبولة ينبغي وجوبها عيناً مع عدم الغير وإلا كفايةً، فما معنى الكراهه؟ وأجيب: بأنه حيث يكون الشهادة واجبه عليه كفاية، يكره عليه المبادره بالقيام بها، لأجل احتمال التهمه.

وفى (الرياض) عن خاله الوحيد: حمل الشهادة فيه على « الإشهاد » (٣)، فيكره إشهاد الأجير.

ص: ١٠٢٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٨/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٢.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٩.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ٣٠٠.

وهو كما ترى، ومن هنا لم يرتضه صاحب الرياض (١).

وكيف كان، فالأولى ترك الإستدلال بهذا الخبر إن لم تكن الكراهه فيه كناية عن عدم القبول إذ في الأخبار الأخرى للقولين غنى وكفايه، فيدلّ على القبول العمومات والإطلاقات، ويدلّ على المنع أخبار.

ووجه الإستدلال بخبر صفوان المزبور هو: ظهوره في المنع من جهة تقرير الإمام عليه السلام لما دلّ عليه السؤال من كون عدم القبول قبل المفارقة مفروغاً عنه، ومن جهة تشبيه الإمام عليه السلام الأجير قبل المفارقة بالعبد قبل الإنعتاق.

فالإنصاف، تماميّه دلالة هذه الصحيحه على المنع، خلافاً لصاحب (المستند) (٢).

والنسبه بين هذه الصحيحه المختصه بالعادل، حيث صرح فيها بالقبول بعد المفارقة، وبين ما دلّ على القبول، هي العموم والخصوص المطلق، فتقدم عليها ويحكم بعدم القبول.

فالأقوى عدم القبول وإن كان ذلك مخالفاً لإطباق المتأخرين كما قيل، والله العالم. □

وبما ذكرنا يظهر: أنه لاوجه للتوقف في المسأله كما عن (الدروس) حيث نقل فيه الخلاف فيها مقتصرأ عليه من دون ترجيح (٣)، وعن (الرياض) حيث قال:

ص: ١٠٣٠

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٠٠.

٢-٢) مستند الشيعة ١٨: ٢٥٩.

٣-٣) الدروس الشرعيه ٢: ١٣١. وعنه رياض المسائل ١٥: ٣٠١.

« المسألة عند العبد محل توقف » (١).

ثم إن صاحب الرياض قال: « إلا أن مقتضى الاصول حينئذ عدم القبول » (٢) واعترضه في (الجواهر) بقوله: « وفيه: ما عرفته سابقاً من أنه مع الشك ينبغي الرجوع إلى عموم أدله القبول، لعدم تحقق التهمة المانعه حينئذ » (٣).

قلت: لكن الأقرب الأول، إذ التعارض يفرض بين ما دلّ على القبول من العمومات وغيرها إن كان، وبين ما دلّ على العدم، فيتساقط الجميع، ويكون المرجع الأصل.

هذا، ولا خلاف في عدم القبول إذا كان هناك تهمة بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو شهد لمن استأجره على قصاره الثوب أو خياطته له، من غير فرق بين بقاء الاجره وعدمه كما في (الجواهر) وفي (المسالك) حمل خبر سماعه على هذا المحمل (٤).

ص: ١٠٣١

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٠١.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٠١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٨٥.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ١٩٣، جواهر الكلام ٤١: ٨٥.

المسألة الأولى: (في أن المعتبر استكمال الشرائط عند الأداء)

قال المحقق قدس سرّه: « الصغير والكافر والفاسق المعلن إذا عرفوا شيئاً ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلك الشهادة قبلت، لاستكمال شرائط القبول» (١).

أقول: إن من تحمّل الشهادة في حال عدم القبول منه وأداها في حال زوال المانع، تقبل شهادته، كالصغير والكافر والفاسق المعلن، وأما الفاسق المستتر فسيأتي.

والحاصل: إن العبرة بحال الأداء لا بحال التحمّل، وإن الصغير إذا كبر والكافر إذا أسلم والفاسق إذا تاب، فقد استكمل شرائط القبول، فتقبل شهادته، بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه كما في (الجواهر)، لعموم أدلّه قبول الشهادة، وخصوص ما ورد منها في الصغير واليهودي والنصراني وغيرهم، من المعتبره المستفيضه أو المتواتره (٢).

□
وأما ما رواه جميل قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصراني أشهد

ص: ١٠٣٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٠ ١٣١.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١٢: ٨٦.

على شهادته ثم أسلم بعد أتجوز شهادته؟ قال: لا» (1) ففى (الوسائل): «ذكر الشيخ أنه خير شاذ، وحمله على التقيه، لأنه مذهب بعض العامة، لما مضى ويأتى. ويحتمل الحمل على ما لو شهد بها فى حال كفره فلا تقبل وإن أسلم بعد، وعلى عدم عدالته بعد الإسلام» (2).

قال المحقق: «لو أقامها أحدهم فى حال المانع فردت، ثم أعادها بعد زوال المانع قبلت» (3).

أقول: إن كان قد أعاد الشهادة مره أخرى بعد زوال المانع من الصغر أو الكفر أو الفسق، قبلت شهادته، لاستكمال الشرائط حينئذ، فيندرج فى الأدله، ولا ينافى ذلك ردها سابقاً.

قال المحقق: «وكذا العبد لو ردت شهادته على مولاه ثم أعادها بعد عتقه» (4).

أقول: سيأتى الكلام على قبول شهادته العبد وعدم قبولها مطلقاً أو مقيداً فى المسأله الآتیه، فبناءً على القبول إلا على مولاه كما اختاره المحقق أو عدم القبول مطلقاً، كما هو قول بعض أصحابنا (5)، يرتفع المانع بالعتق، فإذا أعاد الشهاده بعده تقبل، لاستكمال الشرائط كذلك، ولا ينافى ذلك ردها سابقاً.

قال: «أو الولد على أبيه فردت ثم مات الأب وأعادها» (6).

أقول: قد تقدم الكلام على شهادته الولد على والده، فبناءً على عدم القبول فى حياه الأب، لو أعادها بعد موته فلا مانع من القبول مع استكمال الشرائط، ولا

ص: ١٠٣٣

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٨٩/٧. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٢- ٢) وسائل الشيعه: ٢٧/٣٨٩، ذيل ح ٧.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٤- ٤) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٥- ٥) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

ينافى ذلك ردّها سابقاً.

والدليل على الحكم فى جميع هذه الفروع واحد، وهو ما ذكرناه من عمومات الأدلّة وخصوصها، بالإضافة إلى الإجماع المدعى.

نعم، فى خبر للسكونى: « عن الصادق عليه السلام عن على عليه السلام: إن شهاده الصبيان إذا أشهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهاده ثم أعتق جازت شهادته إذا لم يردها الحاكم قبل أن يعتق. وقال على عليه السلام: وإن أعتق لموضع الشهاده لم تجز شهادته» (١).

فإن ذيله يفيد عدم القبول لو كان إزاله المانع وهو الرق لأجل قبول الشهاده، وصدرة يفيد العدم فى العبد إذا كان الحاكم قد ردّ شهادته قبل العتق. إلا- أن الأصحاب ذهبوا إلى القبول، للعمومات والإطلاقات، وأجابوا عن الخبر بالضعف سنداً فى نفسه أو بإعراض الأصحاب عنه.

وأما حمل الصدر على ما إذا صدر الحكم من الحاكم، فإنه لا- ينقض حينئذ، فقد تأمل فيه صاحب (الجواهر) (٢)، ولعلّه لاحتمال الحكم بجواز النقض حينئذ. لكن فيه بحث، فلو لم يكن للمدعى شاهد فى دعواه، فحكم الحاكم فيها، ثم جاء بشهود، لم ينقض الحكم، وما نحن فيه كذلك.

قال المحقق: « أما الفاسق المستتر إذا أقام فردّت ثم تاب وأعادها فهنا تهمة

ص: ١٠٣٤

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٩/١٣. أورده عن الشيخ بسنده عن إسماعيل بن أبى زياد، وهو السكونى، ثم قال: ورواه الصدوق بإسناده عن إسماعيل بن أبى زياد، فهو خبر واحد لا خبران كما هو ظاهر الجواهر.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٨٧.

الحرص على دفع الشبهه عنه لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبهه القبول» (١).

أقول: قد ذكرنا حكم شهاده الفاسق المعلن، ومثله الفاسق المستتر، فإنه تقبل شهادته لو أعادها بعد التوبه، وأما التهمه المذكوره فليست بمانعه عن القبول الذى هو مقتضى العمومات والإطلاقات، وكذلك احتمال عدم التوبه حقيقه، فإنه إذا ظهرت عليه آثار التوبه والإصلاح شملته العمومات والإطلاقات.

فهذه هى الفروع التى ذكرها المحقق فى هذه المسأله.

وأضاف صاحب (الجواهر) إليها فروعاً اخرى، نذكرها تبعاً له فنقول: لو كان الكافر مستتراً بكفره ثم أسلم وأعادها، فالوجهان المذكوران فى الفاسق المستتر، والأقوى القبول.

ولو وقع نزاع بين العبد المكاتب وغيره، وشهد المولى لمكاتبه مع احتمال كونه عاجزاً عن أداء حق المولى والوفاء بشرطه، فلا تقبل هذه الشهاده للتهمه، فإن أعتق العبد زال المانع، فلو أعادها المولى قبلت.

ولو كان له عبد فعقد له أمه، فلا إشكال فى كون ولده مملوكاً له، وإن عقد له حره، فكذلك بناءً على إلحاق الولد بالأب فى الإنسان وإن كانت أمه أشرف، فإن شهد المولى للعبد على نكاح كانت الشهاده فى نفعه، فلا تقبل، وتقبل إن أعادها بعد العتق.

ولو شهد اثنان من الشفعاء بناءً على القول بصحّه الأخذ بالشفعه وإن كانوا أكثر من اثنين على عفو ثالث، لم تقبل شهادتهما، لأن فى عفوه نفعاً لهما، فإن

ص: ١٠٣٥

عفوا كذلك وأعاد الشهادة على عفوا الثالث قبلت، ويكون حق الشفعة حينئذ لرابعهم مثلاً.

ولو شهد اثنان يرثان من رجل عليه بجراحه غير مندمله ويحتمل موته بها، تردّ هذه الشهادة، لأنها في الحقيقة في نفعهما ديه أو قصاصاً، فإن اندمل الجرح وأعادا الشهادة قبلت، وكانت الدية للرجل.

ص: ١٠٣٦

المسأله الثانيه: (في شهاده المملوك)

قال المحقق قدس سرّه: « قيل: لا تقبل شهاده المملوك أصلاً، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلا على مولاه، ومنهم من عكس، والأشهر القبول إلا على المولى » (١).

أقول: في شهاده المملوك أقوال كثيره، ذكر المحقق أربعه منها، وأضاف في (الجواهر) إليها ثلاثه أقوال، وإن منشأ اختلاف الأقوال في المسأله هو اختلاف النصوص فيها.

فیدلّ على القول الأوّل - وهو المنع من القبول مطلقاً - عدّه نصوص فيها الصحيح والموثق، ومنها:

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما: « تجوز شهاده المملوك من أهل قبله على أهل الكتاب وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته » (٢).

٢ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « لا تجوز شهاده العبد المسلم على الحرّ المسلم » (٣).

ص: ١٠٣٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٨/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٨/١٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٣ - الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « سألته عن شهادته ولد الزنا. فقال: لا ولا عبد» (١).

٤ - سماعه: « سألته عما يردّ من الشهود. فقال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد» (٢).

٥ - صفوان: « عن أبي الحسن عليه السلام وكذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته» (٣).

واستدلّ له في (الجواهر) بأمرين آخرين: أحدهما اعتباري، وهو إن الشهاده من المناصب الجليله التي لا تليق بحال العبد كالقضاء، ولاستغراق وقته بحقوق المولى علوجه يقصر عن أدائها وعن تحملها (٤).

وهذا الوجه إن انته إلى الشارع فهو، وإلا فإن الأهليه للمناصب الإلهيه بيد الشارع، فلا بدّ من كاشف عن الجعل أو عدمه منه.

والآخر: إن نفوذ القبول على الغير نوع ولايه، فيعتبر فيها الحرّيه كما في سائر الولايات.

أقول: وهذا الوجه كسابقه، فإن قبول الشهاده وردّها من الأحكام الشرعيه، ولا بدّ له من دليل شرعي، وليس لأحد سلب الأهليه من أحد أو إعطائها إياه. نعم، من المحتمل استفاده ذلك من قول الله عزّوجلّ: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا. . . وَضَرَبَ اللَّهُ

ص: ١٠٣٨

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧٦/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧٨/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٩.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ٨٩.

مَثَلًا رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمٌ... هَلْ يَسْتَوِي هُوَ وَمَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» (١).

ففى الآيه الاولى: لم يفترق بين العبد والحرّ تكويناً، فله الأعضاء والجوارح التى للحرّ، وهو يتصرف فيها كتصرفه، وإنما فرّق بينهما تشريعاً، فالعبد ليس له مال حتى يكون مسلطاً عليه... وليس له شىء يكون قادراً على التصرف فيه، بخلاف الذى رزقه رزقاً حسناً فهو ينفق منه، فكيف يستويان؟

وفى الثانيه: جعل أحد الرجلين أبكم ف ومن كان أبكم فهو أصم والآخر له القدره على التكلم، وبالخصوص الكلام الحق من الأمر بالعدل ونحو ذلك، هل يستويان؟

فمن كان «كلّاً على مولا» لا يليق لأن يتولّى شؤون المجتمع وأن يقوم بوظائف الأمه، وأن يدير أمور الناس، والشهاده من هذا القبيل، لترتب الآثار المهمه عليها فى موارد النفوس والأعراض والأموال والحقوق...

وعن (تفسير) الإمام العسكرى عليه السلام: «كنا عند رسول الله ﷺ وآله وسلّم وهو يذكّرنا بقوله تعالى «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (٢)، قال: أحراركم دون عبيدكم، فإن الله تعالى شغل العبيد بخدمه موالهم عن تحمّل الشهاده وأدائها» (٣).

وما فى (الرياض) من أن دلالاته بمفهوم الوصف وليس بحجه على الأشهر الأظهر (٤)، لعله بالنظر إلى ذيله، لأن الصدر صريح فى عدم القبول.

ص: ١٠٣٩

١-١ (١) سورة النحل ١٦: ٧٥ ٧٦.

٢-٢ (٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣-٣ (٣) تفسير الإمام العسكرى: ٦٥٣، وعنه وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٠/١٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٤-٤ (٤) رياض المسائل ١٥: ٣٠٦.

فمن الممكن رجوع الوجهين المذكورين إلى الآيتين الثالثة بضميمه الروايه فى تفسيرها.

ويدلّ على القول الثانى وهو القبول مطلقاً عدّه نصوص، فيها الصحيح وغيره كذلك، ومنها:

١ - عبد الرحمن بن الحجاج: « عن أبى عبد الله عليه السلام: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (١).

٢ - بريد عن أبى عبد الله عليه السلام: « سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إن أول من ردّ شهاده المملوك لفلان» (٢).

٣ - محمد بن مسلم: « عن أبى عبد الله عليه السلام: فى شهاده المملوك إذا كان عدلاً، فإنه جائز الشهاده، إن أول من رد شهاده المملوك عمر بن الخطاب...» (٣).

ومن هذا وسابقه يظهر أن نصوص المنع صادرة تقيه، ويؤيد ذلك اتفاق الأئمه الأربعة عند أهل السنّه على الفتوى بالمنع.

٤ - محمد بن مسلم: « عن أبى جعفر عليه السلام قال: تجوز شهاده المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب» (٤).

وهذا ليس له ظهور فى التقييد بكونها على أهل الكتاب، وإلا لقيده، لما تقرّر من حمل المطلق على المقيّد وإن كانا مثبتين بشرط إحراز وحده المطلوب.

ص: ١٠٤٠

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

١-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

١-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٥/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

١-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٦/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٥ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: « تجوز شهاده العبد المسلم على الحر المسلم » (١). قال في (الوسائل): وفي نسخه: (لا يجوز) وهو محمول على التقيّه ونقل عن الصدوق: إنه محمول على ما لو شهد لغير سيّده (٢)، وهو القول الثالث من الأقوال الأربعة.

لكن الحمل عليه متوقف على وجود شاهد.

٦ - الحلبي: سأل أبا عبد الله عليه السلام في المكاتب قال: « قلت: رأيت أن أعتق نصفه تجوز شهادته في الطلاق؟ قال عليه السلام: إن كان معه رجل وامرأه جازت شهادته » (٣). قال في الوسائل: إدخال المرأه هنا محمول على التقيّه، لأن شهادتها لا تقبل في الطلاق، ذكره الصدوق والشيخ وغيرهما (٤).

٧ - الحلبي: « عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل مات وترك جاريه ومملوكين، فورثهما أخ له، فاعتق العبدين، وولدت الجاريه غلاماً، فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجاريه وأن الحمل منه. قال: تجوز شهادتهما، ويردّان عبدين كما كانا » (٥).

دلّ على قبول شهاده العبد.

واستشهد به بعضهم على استثناء المولى، ليكون دليلاً على القول بعدم القبول عليه - وهو القول الثالث لأنه لو كانت شهادته مقبولة عليه في حال الرق،

ص: ١٠٤١

- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٦/٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
- ٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٦، ذيل ح ٥.
- ٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٧/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.
- ٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٧، ذيل ح ٦.
- ٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٧/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

لما قيد السائل بكون الشهاده بعد الحريره.

لكن الظاهر من منطوق الخبر هو القبول، فلا وجه للتمسك بمفهوم تقييد السائل للعدم، لكن يمكن الاستدلال له فى القبول، من جهه ثبوت بنوه الولد للمولى، فيرثه ويكون العبدان مملوكين له.

□
٨ - ابن أبى يعفور: عن أبى عبد الله عليه السلام: « سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز فى الدين والشىء اليسير» (١).

ودل على القبول « فى الدين والشىء اليسير» لغير مواليه فقط، وأما مواليه فلا تقبل لالهم ولا عليهم، وقد حملة فى (الوسائل) على التقيه (٢).

أقول: قد عرفت أن أدله القبول ناظره إلى أدله المنع ومتعرضه لحالها، لتضمّن بعضها أن أول من منع قبول شهاده المملوك هو عمر بن الخطاب، ومن هنا تحمل أدله المنع على التقيه، على أنه لا- قائل بالمنع منا إلا ابن أبى عقيل كما قيل (٣) فهى معرض عنها عند الأصحاب، فالأقوى حتى الآن هو القول بالقبول، للأدله العامه والخاصه الموافقه للكتاب والمخالفه للعامه.

وقد ذكر القائلون بالقول الثالث - وهو القبول إلأعلى مولاه - إن ذلك مقتضى الجمع بين الأدله الداله على المنع مطلقاً والداله على القبول كذلك. فنقول: إن الجمع يكون بأحد طريقتين.

أحدهما: بمعونه القطع من الخارج، مثل الجمع بين « ثمن العذره سحت»

ص: ١٠٤٢

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٧/٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٨، ذيل ح ٨.

٣- ٣) عنه كشف الرموز ٢: ٥٢١، مختلف الشيعه ٨: ٤٩٧، مسالك الأفهام ١٤: ٢٠٥.

و « لا- بأس ببيع العذره» بتقريب: إن المقطوع به في الأوّل شموله لعذره ما لا- يؤكل لحمه، فهو فيه نص وفي غيره ظاهر، والمقطوع به في الثاني شموله لعذره ما يؤكل لحمه، فهو فيه نص، وفي غيره ظاهر، فيؤخذ بالنص في كل من الطرفين، وبه ترفع اليد عن الظاهر في الآخر. وهذا هو الجمع التبرعي في الاصطلاح.

والآخر: الجمع العرفي، وهو وجود دليل فيه التقييد بعدم القبول في الشهاده على المولى، فيكون هذا الخبر شاهد جمع بين الطرفين، وبذلك يكون الجمع عرفياً، وما يمكن أن يكون شاهداً للتقييد بقيد هنا هو:

خبر محمد بن مسلم: « تجوز شهاده المملوك من أهل القبله على أهل الكتاب» (1) لكن هذا الخبر لا يصلح للتقييد كما تقدّم، لعدم حجيه المفهوم فيه.

وخبر ابن أبي يعفور، لكنه محمول على التقيه، على أن تقرير الامام عليه السلام لتقييد السؤال ليس في الحجيه بحيث يمكن تقييد المطلقات به.

□

وخبر جميل: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب تجوز شهادته؟ فقال: في القتل وحده» (2). وهذا لم يظهر قائل به.

وخبر محمد بن مسلم: « تجوز شهاده العبد المسلم على الحرّ المسلم». وقد عرفت أنه في نسخه « لا يجوز»، وهذا يوجب الشك فيه، فلا يصلح للتقييد.

وخبر الحلبي في شهاده العبدین، لكن مفهوم السؤال لا يقيد الجواب، على أنه يفيد القبول له، ولا يدلّ على العدم إن كان عليه.

أقول: هذه هي الأخبار المقيده بظاهرها، وقد عرفت أنه لا شاهد فيها

ص: ١٠٤٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٦/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٨/٩. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

للجمع بين الأخبار، كما ذكر أصحاب القول الثالث.

وأما إلحاق العبد بالولد لاشتراكهما في وجوب الطاعة وحرمة العصيان، ففيه ما لا يخفى، على أن الحكم في المقيس عليه مختلف فيه، كما تقدّم في محلّه.

□
فالأقوى هو القبول مطلقاً، والله العالم.

ثم قال المحقق: « ولو أعتق قبلت شهادته على مولاه » (١).

أقول: هذا على مختاره، ولا خلاف في القبول بعد العتق، بل ادّعى في (كشف اللثام) الإتفاق عليه (٢)، لارتفاع المانع واستكمال الشرائط كما تقدم، ويدلّ على ذلك بعض النصوص بصراحه:

قال محمد بن مسلم: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذمي والعبد يشهدان على شهاده، ثم يسلم الذمي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خيراً، جازت شهادتهما » (٣).

وأما خبر السكوني: « إن شهاده الصبيان . . . » (٤) فقد عرفت حمله على بعض الوجوه، مع أن أحداً لم يفت بما تضمنه صدره وذيلاً.

قال: « وكذا حكم المدبّر والمكاتب المشروط، أما المطلق إذا أدى من مكاتبته شيئاً، قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه (٥)، وفيه تردد

ص: ١٠٤٤

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٣١٨.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٨٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٣٩.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٩/١٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٥-٥ (٥) النهاية في مجرّد الفتوى: ٣٣١.

أقول: قد عرفت أن الأقوى قبول شهاده المملوك مطلقاً، وعلى ما ذكرنا، تقبل شهاده المدبر والمكاتب مطلقاً.

ومذهب المحقق استثناء الشهاده على مولاه، فعطف العبد المدبر وهو الذى قال له مولاه: أنت حرّ دبر وفاتى والمكاتب المشروط وهو الذى اشترط عليه مولاه أن لا ينعق منه شيء حتى يؤدى كلّ المكاتبه فينعق كلّهُ على العبد القن فى الحكم المذكور.

والوجه فى ذلك واضح، لأنهما لا يخرجان بالتدبير والمكاتبه المشروطه عن المملوكيه، ولا يتحرر شيء منهما، فيندرجان فيما دلّ على المنع من القبول على مولاه عند المحقق.

وأما المكاتب المطلق وهو الذى يتحرر منه بقدر ما يؤدى من المكاتبه فإن شهد فى حال أنه لم يؤد شيئاً فكذلك، وإن أدى من مكاتبته شيئاً فتحرر منه بقدر ما أدى فقولان: فالشيخ فى (النهايه) وجماعه على القبول بقدر ما تحرر منه (٢).

والمحقق على المنع، وفاقاً للمشهور بين من تعرض له كما فى (الجواهر) (٣).

استدلّ للمنع بوجوه:

أحدها: صدق العبد والمملوك على المبعوض.

والثانى: إن المانع من القبول هو الرقيه، فما لم تزل بتمامها لم تقبل الشهاده.

ص: ١٠٤٥

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٢- ٢) النهايه فى مجرّد الفتوى: ٣٣١، الوسيله: ٢٣٠، الجامع للشرايع: ٥٤٠، ايضاح الفوائد ٤: ٤٣٠، عن ابن الجنيد.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ٩٦.

والثالث: إن عقولنا لا تهتدى إلى القبول في بعض المشهود فيه دون بعض، فلا نقول به إلا فيما أجمع عليه أو دلّ عليه دليل قاطع.

ذكر هذه الوجوه كاشف اللثام (١).

واعترضه صاحب (الجواهر) بأن الأوّلين مصادره (٢).

قلت: أما الثاني فنعم، وأما الأوّل فلا، لكن يمكن الجواب عنه بتحقيق الصدق في الجملة، وعليه، فإن كان الصدق في الجملة كافياً لشمول أدلّه المنع، فإن المبعوض يصدق عليه الحرّ في الجملة كذلك، فلماذا تقدم فيه أدلّه المنع على أدلّه القبول؟

ومن هنا يمكن القول بأنه إن كان كلا الدليلين منصرفين عن المبعوض، فالطرفان في عدم الشمول على حدّ سواء، وإلا فيشملة كلاهما، فيقبل شهادته بما هو عدل، ويمنع من القبول بما هو عبد، فيكون الحكم مبعوضاً كموضوعه، ويكون الحاصل القبول بقدر ما تحرر منه.

وأما الوجه الثالث، فقد أشكل عليه صاحب (الجواهر): بأن أقصاه عدم القبول على وفق قاعده عدم جواز تبعض السبب التي لا تنافي الدليل على جوازه (٣).

قلت: إن قام الدليل على القبول في المبعوض، فإنه يكشف لنا عن عدم كون السبب للقبول أو المنع هي الحرية أو العبدية بكليته، بل إن المبعوض أيضاً سبب بحسبه.

ص: ١٠٤٦

١-١) كشف اللثام ١٠: ٣١٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٩٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٩٦.

إذن، يكفى للقول بالقبول الأدلة الدالة على قبول شهاده العدل، والأدلة الدالة على عدم قبول شهاده العبد إلا على مولاه، بناء على عدم انصرافها عن المبعوض، وشمول كلا الطرفين له، وبناء على الإنصراف نرجع إلى الدليل الخاص القائم فى خصوص المبعوض، فإن تم سنداً ودلالةً ف يتم القبول، وإلا فيرجع إلى الأصل، وهو هنا الاستصحاب ومقتضاه عدم القبول.

وقد استدلل للقبول فى المقام بخصوص خبرين:

أحدهما: ما رواه أبو بصير قال: « سألته عن شهاده المكاتب كيف تقول فيها؟ قال: فقال: تجوز على قدر ما أعتق منه إن لم يكن اشترط عليه أنك إن عجزت رددناك، فإن كان اشترط عليه ذلك لم تجز شهادته حتى يؤدى أو يستيقن أنه قد عجز. قال فقلت: فكيف يكون بحساب ذلك؟ قال: إذا كان أدى النصف أو الثلث فشهد لك بألفين على رجل أعطيت من حَقِّك ما أعتق النصف من الألفين» (١).

وقد أشكل فى (الجواهر) فى الخبر بأمور:

منها: كونه مضمراً (٢). لكن الظاهر أن اضماره لا يضرب باعتباره، لأن أبا بصير لا يروى عن غير الامام عليه السلام.

ومنها: عدم الوجه فى قوله: أو يستيقن أنه قد عجز (٣). ولكن الظاهر: إن المراد أنه إن جاء الموعد وعجز فهو عبده، وكذا إذا تيقن العجز عن الأداء عند الموعد (٤)، فالجمله ليست أجنيبه، وليس اللفظ مضطرباً.

ص: ١٠٤٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٩/١٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢-٢) (٣) جواهر الكلام ٤١: ٩٧.

٣-٣)

٤-٤) قد يقال: إن هذا يصح فى جمله: « إن عجزت رددناك» وأما هذه الجملة فمعطوفه على « يؤدى» فالمعنى: لم تجز حتى يستيقن أنه قد عجز، أى فى حال الاستيقان تجوز.

والثانى: ما رواه محمد بن مسلم وأبو بصير والحلبى جميعاً « عن أبى عبد الله عليه السلام فى المكاتب يعق نصفه هل تجوز شهادته فى الطلاق؟ قال: إذا كان معه رجل وامراه وقال أبو بصير وإلا فلا تجوز» (١).

لكن الخبرين محمولان على التقيه.

أما الأول: فن المنع من قبول شهاده المملوك هو قول العامه تبعاً لإمامهم عمر بن الخطاب كما تقدم.

وأما الثانى: فلا يدخل المرأه فى الشهاده فى الطلاق، لأن شهادتها لا تقبل فيه، كما تقدم أيضاً.

فظهر عدم الدليل الخاص على القبول، ومن هنا ذهب صاحب (الجواهر) إلى المنع كالتن، قال: « للأصل، وقاعده عدم تبعض السبب بعد وضوح قصور الخبر المزبور عن تخصيصها، وحرمة القياس على حكم غيره من أفراد المبعوض فى الإرث ونحوه» (٢).

أقول: المراد من الأصل هو الإستصحاب، إذ الحكم قبل التبعض هو المنع، فإن شك فيه بعده استصحاب، والظاهر وحده الموضوع عرفاً.

وقاعده عدم تبعض السبب مسلّمه بلا- كلام، فإذا جعل الشارع الغسل سبباً لرفع الجنابه، لم يكن غسل بعض البدن سبباً لرفع بعضها، فهذه هى القاعده، ومتى شك كانت هى المرجع. وهذا يتم فيما نحن إن كانت الحرية هى السبب فى القبول، وأما إن كانت العبدية هى السبب لعدم القبول، فإن وصف العبدية مثلاً لا

ص: ١٠٤٨

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤٨/١١. كتاب الشهادات، الباب ٢٣.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٩٧.

يكون سبباً لعدم القبول.

إلا أن التحقيق أن يقال: بأن مقتضى عمومات الشهادة كتاباً وسنة قبول شهاده العدل مطلقاً، خرج منها شهاده العبد القن على المولى، ومع الشك فى خروج العبد المبعوض كذلك، يتمسك بالعمومات وهى متقدمه على الإستصحاب، ولا مجال معها لقاعده عدم تبعض السبب، لحكومته العمومات، كما لا يرد إشكال القياس.

فالأقوى هو قبول شهاده المملوك المبعوض حتى بناءً على القول بعدم شهاده المملوك على مولاه، كما عليه الشيخ ومن تبعه، والله العالم.

وقد فرّع الشهيد فى (غايه المراد) بناءً على القبول فروعاً أوردها صاحب (الجواهر) ، ونحن نوردها تبعاً له مع بعض التوضيح:

الأول: لو شهد مع المبعوض عدل حرّ بمائه مثلاً، يثبت بشهادتهما خمسون، لقيام البينه بالنسبه إلى الخمسين، وأما الخمسون الاخرى فلها شاهد واحد وهو الحرّ، ولا يثبت بشهاده الواحد شىء، فللمدعى أن يحلف معه على الخمسين الثانيه فأخذها، لما تقرر فى محله من ثبوت الأموال بشاهد واحد مع يمين المدعى. وظاهر الروايه الثانيه يدل على جعله كالمرأه، فحينئذ لا يثبت بشهادتهما شىء أصلاً، إذ يكون كما لو شهد رجل وامرأه، ولو انضم إليهما امرأه ثبت المال، لتحقق البينه بشهاده رجل وامرأتين، وعلى ظاهر الفتاوى تثبت الخمسون بشهاده الثلاثه لا- المائه وله الحلف على الخمسين الاخرى كما تقدم، لأن الخمسين الاخرى لم يشهد بها فى الحقيقه سوى رجل وامرأه (1)، وتظهر الفائده فى الرجوع عن

ص: ١٠٤٩

١- ١) كأنه من جهه أن قبول شهاده المبعوض هو بلحاظ النصف المحرر منه ونصف الحر لا أثر له، وبقي الرجل الواحد والامرأه الاخرى. لكن إذا كان كذلك فإنه لا يثبت شىء بشهاده الرجل الواحد مع الامرأه الواحد، فلماذا الخمسون؟

الشهادة، فإنه لا يسترجع الحاكم ما أعطاه للمدعى، بل يأخذه من الشهود كلّ بحسب تأثير شهادته في الحكم.

الثاني: لو شهد المملوك وحده بمال على السيد، فللمشهود له الحلف على نصفه، لأنه يكون شهادته بمنزلة شهادة الحرّ على النصف، وقد عرفت ثبوت المال بشهادة رجل مع يمين المدعى، هذا على ظاهر الرواية الاولى، وعلى مفهوم الرواية الثانية لا حكم لشهادته، لأنه كالمراه الواحد.

الثالث: لو شهد البعض بالوصيه بالمال، ثبت ربع ما يشهد به على مفهوم الرواية الثانية، لأنه كالمراه الواحد، وهي لو شهدت بالوصيه بالمال يثبت ربعه، وعلى الرواية الاولى يثبت نصفه، وعلى هذا، فللمدعى أن يحلف معه، بناء على القول باليمين هنا، فيثبت له الكلّ.

الرابع: لو شهد على مولاة بالقتل أو شبهه أو الخطأ في احتمال كون هذه الشهاده على المولى لا على العاقله مع شاهد آخر، فعلى مفهوم الرواية الثانية لا يثبت القتل، لأنه كالمراه الواحد، بل يكون لوثاً، وحينئذ تقام القسامه، وعلى ظاهر كلام الأصحاب يحتمل ثبوت نصف القتل على معنى ثبوت نصف الديه أو القود، بعد ردّ ما قابل الباقي، ويحتمل الإنتفاء أصلاً، من جهه أن الخبر الأول وارد في مورد المال ولا يعم القتل، وأشدّ إشكالاً من القتل الشهاده في الحدود.

هذه هي الفروع التي ذكرها الشهيد الأول في (غايه المراد) (1).

وفي (كشف اللثام): « ثم على تقدير السماع بقدر الحرّيه، يحتمل اشتراطه

ص: ١٠٥٠

(١ - ١) غايه المراد ٤: ١٢٥ ١٢٦، وعنه جواهر الكلام ٤١: ٩٨.

بانضمام رجل إليه» (١).

أى: حتى يثبت نصف المشهود فيه، وهذا هو الذى ذهب إليه صاحب (الجواهر) جازماً به حيث قال: إن مقتضى الخبر الأول قبول شهادته على مقدار ما فيه من الحرية، لكن على نحو غيره مما يقبل فيه ذلك باليمين أو بشاهد آخر معه (٢).

أما كاشف اللثام فقال: « وهو الأحوط» (٣).

قلت: وفيه: إن الإحتياط لا- مورد له فى مثل المقام، لأن الأمر يتعلق بحقوق الناس، ولا بدّ من مراعاة حق كلا الطرفين، نعم هو مطابق للأصل.

قال: ويحتمل العدم. أى عدم اشتراط الإنضمام، فيثبت النصف بشهادته وحده.

قال: وعلى الأول، يحتمل القبول بعين ذلك القدر كما هو الظاهر من الخبر، حتى إذا انضم إلى من تحرر نصفه رجل كامل الحرية لم يسمع إلا فى النصف، لأنه الذى اجتمع عليه شاهدان، وهو الأحوط (٤).

قلت: وفى هذا الإحتياط ما عرفت.

قال: ويحتمل تقسيم المشهود به بحسب ما فى الشاهدين من الحرية، فيسمع فى المثال فى ثلاثه أرباع ويحمل الخبر على انضمام مثله إليه، أو على أنه يثبت نصف الألفين بما فيه من الحرية وما بأزائه من حرية الآخر، وإن كان يثبت ربعهما أيضاً بما فى الآخر من باقى الحرية (٥).

ص: ١٠٥١

١-١) كشف اللثام ١٠: ٣١٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٩٧.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣١٩.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٣١٩.

٥-٥) كشف اللثام ١٠: ٣٢٠.

قلت: وهذا الإحتمال بعيد، وحمل الخبر على ما ذكر خلاف الظاهر.

قال: وعلى الثانى (١) يحتمل السماع بأزاء الحريه مطلقاً، حتى إذا تحرر عشر منه سمعت شهادته فى العشر، وإذا تحرر تسعه أعشاره، سمعت فى تسعه أعشار، ويحتمل أن لا تسمع ما لا يتحرر ربعه فما زاد، ولا تسمع إلا فى الربع إلى النصف، وعلى كلّ، فلا بدّ من قصر السماع على ما تسمع فيه شهاده امرأه واحده، خصوصاً ما ذكره من الاحتمال، والله العالم (٢).

ص: ١٠٥٢

١-١) أقول: الاحتمال الأول يتوجه بالنظر إلى الخبر الأول، والثانى بالنظر إلى الخبر الثانى. فلا تغفل.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٢٠. عنه جواهر الكلام ٤١: ٩٨ ٩٩.

المسأله الثالثه: (فى تحقق اسم الشهاده للسامع والمختبئ)

قال المحقق قدس سره: « إذا سمع الإقرار صار شاهداً، وإن لم يستدعه المشهود عليه، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً كالبيع والإجاره والنكاح وغيره، وكذا لو شاهد الغصب أو الجنايه، وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً، وكذا لو خبأ فنطق المشهود عليه مسترسلاً» (١).

أقول: لا خلاف ولا كلام فى صيروره الإنسان شاهداً متحماً للشهاده بالسماع فيما يكفى فيه السماع، كما إذا سمع الإقرار أو صيغه العقد، وبالمشاهده فيما يكفى فيه المشاهده، كما لو شاهد الغصب أو الجنايه، لوضوح صدق الشاهد عليه لغه وعرفاً.

ولا يعتبر فى تحقق عنوان الشهاده تحملاً وأداءً للإشهاد من الغير، بل يصير شاهداً حتى لو قال له الغريمان أو أحدهما: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً له أو عليه، بل وكذا لو خبأ الشخص أى جلس فى زاويه مستخفياً منهما فنطق المشهود عليه صار متحماً للشهاده. قال فى

ص: ١٠٥٣

(الرياض) : بلا خلاف أجده إلا من الإسكافي، وهو شاذ لا يعبأ به (1)، بل عن (غايه المراد) : قد سبقه الإجماع وتأخر عنه (2).

قالوا: لأن المعبر في صدق الشهاده وقبولها علم الشاهد مع استجماعه للصفات المعبره فيه شرعاً بما يشهد به، سواء كان العلم مسبقاً باستدعاء المشهود له أو المشهود عليه أو اتفق علمه بالواقع، وذلك لاشتراك الجميع في المقتضى للقبول وهو العلم.

وفي (المسالك) وغيره: إنه لا يحمل اختفاؤه لتحمل الشهاده على الحرص عليها، إذ الحاجه قد تدعو إليه (3).

وأشكل عليه في (الجواهر) وغيره بأن التهمه في المختبئ ليست بأقل منها في المتبرع بالشهاده، الذي ستمع الإجماع على عدم قبول شهادته، والإحتياج إلى ذلك لو سلم كونه دليلاً لمشروعيه مثله، فلا يقتضى الصحه مطلقاً حتى إذا لم تدع الحاجه (4)، فالعمده في الجواب هو أنه ليس كلّ تهمه بمانعه، بل هي التهمه التي ورد دليل شرعى على مانعيتها.

هذا كله بالنسبه إلى صدق اسم الشهاده وتحققها وقبولها.

ص: ١٠٥٤

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٧٢ ٣٧٣.

٢-٢) غايه المراد ٤: ١١٦. عنه جواهر الكلام ٤١: ١٠٠.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢١٤، إرشاد الأذهان ٢: ١٥٨، رياض المسائل ١٥: ٣٧٤.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٠٠.

حكم تحمل الشهادة وأدائها مع الاستدعاء وبدونه

وأما حكمها، فالمشهور كما في (المستند) عن جماعه وجوب التحمل إذا دعى إليه، خلافاً للحلى إذ قال: والذي يقوى في نفسى أنه لا- يجب التحمل، وللإنسان أن يمتنع من الشهادة إذا دعى إليها ليتحملها، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه، وما ورد في ذلك فهو أخبار أحاد (١).. .

هذا بالنسبة إلى التحمل.

وأما بالنسبة إلى أداء الشهادة. فإن كان تحمله بالاستدعاء، وجب عليه الأداء حينما يطلب منه ذلك، إذا توقف الحق على شهادته، إجماعاً قطعياً بل بالضرورة، وحكاية الإجماع عليه مستفيضه، والآيات عليه داله، والأخبار متواتره كما في (المستند) (٢)، وإن كان تحمله بدون استدعاء من صاحب الحق للتحمل، فقولان: الوجوب، وهو المشهور بين المتأخرين كما قيل (٣). والعدم، وهو مذهب جماعه من القدماء، بل نسب إلى المشهور بينهم، فقالوا: هو بالخيار بين الإقامه وعدمها (٤).

واستدلّ للأول بالعمومات والإطلاقات الأمره بإقامه الشهاده، سواء اشهد عليها أو لم يشهد، وهى وإن كانت تقتضى الإقامه عيناً، إلا أن ظاهر الأصحاب - كما في (الرياض) - الإطباق على وجوبها كفايه (٥).

وللثانى بالأصل، وبالنصوص:

١ - محمد بن مسلم: « عن أبى جعفر عليه السلام: إذا سمع الرجل الشهاده

ص: ١٠٥٥

١- ١) مستند الشيعة ١٨: ٣٦٦ و٣٦٤، السرائر ٢: ١٢٦.

٢- ٢) (و٣) مستند الشيعة ١٨: ٣٧٤.

٣- ٣)

٤- ٤) مستند الشيعة ١٨: ٣٧٥.

٥- ٥) رياض المسائل ١٥: ٣٧٦.

ولم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت» (١).

□
٢ - هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام مثله. وأضاف: «إذا شهد لم يكن له إلا أن يشهد» (٢).

٣ - محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما سمع منهما، قال: ذلك إليه، إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه، وإن لم يشهد فلا شيء، لأنهما لم يشهداه» (٣).

فإن هذه النصوص ظاهره في عدم وجوب إقامتها على من لم يشهد حتى مع توقف الحق عليها.

وأجاب في (الجواهر) مع فرض كون المراد التوقف عن الأصل بقوله: «إن الأصل مقطوع بما دلّ عليه العقل المقطوع به من النقل كتاباً وسنه بل وإجماعاً من إيجاب إقامة الشهادة على من هي عنده، وأنها بمنزلة الأمانة التي يجب على من عنده أدائها، وإن لم يستأمنه إياها صاحبها، نحو الثوب الذي أطارته الريح وغيره» (٤).

قلت: إن كان العقل مستقلاً بلزوم إقامة الشهادة هنا، فإن من الممكن أن

ص: ١٠٥٦

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٨/٢. كتاب الشهادات، الباب ٥.

□
٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٨/٥. كتاب الشهادات، الباب ٥. فيه «محمد بن عبد الله بن هلال» لا توثيق له، لكنه من رجال كامل الزيارات.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٠١.

يقال بأن الأدلة اللفظية والإجماع كلها وارده في مورد حكم العقل وأنها إرشادية لا مولويه، إلا أن استقلال العقل بلزوم الشهادة لئلا يحكم على المدعى عليه بغير حق، أو لئلا يضيع حق أحد في مرافعه ماليه، فيه تأمل، نعم، إقامة الشهادة زوراً وكذباً إن ترتب عليها ضياع حق ظلم قبيح.

وأما في مثال الثوب الذى ذكره ونحوه، فإن الموجب لحفظه و رده إلى مالكة هو وقوعه تحت اليد، ولذا لا يفتى بوجوب أداء الشهادة فيما لو وقع الثوب الذى أطارته الريح فى دار غيره من باب وجوب حفظ مال الغير، هذا، بالإضافة إلى أن أدله وجوب حفظ الأمانه منصرفه عن إقامة الشهاده.

وعلى الجملة: فإننا نحكم بلزوم الإقامه فى كل مورد كان الظلم فيه مستنداً إلى ترك الشهاده، ومن هنا نقول بالضمنان على الشاهد فيما إذا ضاع حق على أثر شهادته أو تركها، وأما فى غير ذلك، فلا استقلال للعقل باللزوم.

هذا، ولم يتضح لنا معنى عبارته الجواهر: « بما دلّ عليه العقل المقطوع به من النقل كتاباً وسنه. . » (١).

وأجاب صاحب (الجواهر) عن النصوص، بحملها على عدم توقف الحق على الشهاده (٢)، وهو الذى ذهب إليه صاحب (الوسائل) فى عنوان الباب حيث قال: « باب أن من علم بشهاده ولم يشهد عليها جاز له أن يشهد بها ولم يجب عليه إلا أن يخاف ضياع حق المظلوم » (٣) وبذلك جمع بين هذه النصوص وما دلّ على وجوب الشهاده إذا علم من الظالم، فيما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد

ص: ١٠٥٧

١-١) ويحتمل سقوط « واو» فى العبارة، بأن يكون: العقل والمقطوع به من النقل.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٠١.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٧.

وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحلّ له إلا أن يشهد» (١).

□

وما رواه يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام كذلك (٢).

وأئده في (الجواهر) بخبر علي بن أحمد بن أشيم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانه طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم اشهدوا، أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهاده، أفتركها معلقه؟» (٣).

وبما أرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام «العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً» (٤).

وفي (الوسائل) بعد هذا الخبر: «حمل الصدوق ما تضمنّ التخيير على ما إذا كان على الحق غيره من الشهود، فمتى علم أن صاحب الحق مظلوم ولا يحيى حقه إلا بشهادته، وجب عليه إقامتها ولم يحل له كتمانها، واستدلّ بالحديث الأخير» (٥).

وإلى هذا الجمع أرجع صاحب (الجواهر) عبارته الشيخ في (النهايه) وكلام غيره (٦).

أقول: وعلى هذا يصير كانهصار الواجب الكفائي في شخص، ولا كلام في دلالة الأدله على وجوب الإقامه عليه حينئذ، وإن لم يشهد، لكن النصوص تدلّ

ص: ١٠٥٨

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٠/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٥.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٩/٨. كتاب الشهادات، الباب ٥، جواهر الكلام ٤١: ١٠٢.

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٩/٩. كتاب الشهادات، الباب ٥، جواهر الكلام ٤١: ١٠٢.

٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٩.

٦-٦) النهايه: ٣٣٠، من لا يحضره الفقيه: ٣/٥٦، ذيل ح ٣٣٢٤، جواهر الكلام ٤١: ١٠٢.

على الوجوب مع الإشهاد حتى مع عدم توقف الحق عليها، ومن هنا اختلفت كلماتهم في المسألة:

فقال بعضهم: بأن ما دلّ على التخيير محمول على صورته وجود الغير، وما دلّ على الوجوب إذا شهد على ما إذا لم يوجد غيره، فالوجوب كفاي مع عدم التوقف مطلقاً (١).

وقال صاحب (الرياض) بأن الوجوب كفاي في صورته عدم الإشهاد، فإن انحصر فعيني، وفي صورته الإشهاد يكون الوجوب عينياً عرضاً، وهذا لا ينافي كونه كفاي بالذات (٢).

وقال كاشف اللثام باحتمال تنزيل النصوص على عدم الوجوب العيني، لوجود ما يثبت به الحق المشهود غيره، وباحتمال أن يراد بسماع الشهادة في صحيتي محمد بن مسلم ونحوهما سماعها وهي تقام عند الحاكم، قال: بل هو الظاهر، فيكون الاستغناء عنه أظهر، ويكون المعنى أنه إذا سمع الشهود يشهدون بحق ولم يشهد عليه، أي لم يطلب منه الشهادة للاكتفاء بغيره، كان بالخيار (٣).

أقول: لكن هذا الإحتمال يخالف ظواهر النصوص.

ثم ذكر غير هذين الإحتمالين أيضاً.

وقال صاحب (الجواهر): بأن الذي أشهد يجب عليه الإقامه إلا إذا علم بإقامه غيره فيسقط عنه التكليف، وحاصل ذلك بقاء الوجوب مع الشك في إقامه غيره، وأما الذي لم يشهد، فلا يجب عليه الإقامه إلا إذا علم بضياح الحق بعدم

ص: ١٠٥٩

١-١) انظر مستند الشيعة ١٨: ٣٧٩.

٢-٢) انظر رياض المسائل ١٥: ٣٧٩.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٥٧.

إقامته، وحاصل ذلك عدم الوجوب عليه مع الشك في توقف الحق على شهادته، فهذا هو الفرق بين من أشهد ومن لم يشهد (١).

أقول: لكن القول بعدم الوجوب على من يشهد عند الشك في قيام الغير بالواجب يخالف مقتضى أدله الوجوب الكفائي، فإن مقتضاها وجوب الإقامه إلا مع اليقين بقيام الغير.

ومما ذكرنا ظهر أن النزاع معنوي، وأن الأقرب الوجهان الأولان، والله العالم. □

ص: ١٠٦٠

(١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٠٢. بتصرف.

المسأله الرابعه: (في حكم التبرع بالشهاده)

قال المحقق قدس سره « التبرع بالشهاده قبل السؤال يطرق التهمه فيمنع القبول » (١).

أقول: في هذه المسأله فروع:

١ - في حقوق الأدميين

قال المحقق: « يطرق التهمه فيمنع القبول » .

وفي (النافع): « التبرع بالأداء قبل الاستنطاق يمنع القبول، لتطرق التهمه » (٢).

وقال العلامة في (القواعد): « السبب السادس: الحرص على الشهاده، بالمبادره قبل الاستدعاء، فلو تبرع بإقامه الشهاده عند

الحاكم قبل السؤال لم تقبل للتهمه، وإن كان بعد الدعوى » (٣).

وفي (المسالك): « من أسباب التهمه: الحرص على الشهاده بالمبادره إليها

ص: ١٠٦١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٢-٢) المختصر النافع: ٢٨٠.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧.

قبل استنطاق الحاكم، سواء كان بعد دعوى المدعى أم قبله» (١).

وقد صرح بهذا الإطلاق صاحب (الرياض) أيضاً، قال: «بلا خلاف أجده، وبه صرح في الكفاية ويظهر من المسالك وغيره، واحتمله إجماعاً بعض الأجله». بل في (كشف اللثام): «إنه مما قطع به الأصحاب» (٢). قال في (الجواهر): «ولعله العمده في الحكم المزبور، لا التعليل بالتهمة الواقع من كثير» (٣).

قلت: هل المانع من القبول هو «التهمة» أو عنوان «التبرع»؟ وهى علة المنع أو حكمته؟ وجوه. فإن كان موضوع المنع هو «التهمة» فالشهادة من المتبرع مقبولة في موارد لعدمها، وإن كان هو «التبرع» وهى علة، فكذلك، لأن العلة قد تعمم وقد تخصص، وإن كان الموضوع هو «التبرع» وكانت «التهمة» حكمه المنع، كان اقترانها به غالباً موجباً للحكم بالمنع مطلقاً.

قال صاحب (الجواهر) بأن موجب المنع هو التبرع، فإنه تهمة شرعية، بدليل الإجماع القائم على منع شهادة المتبرع، وليس المنع لأجل تطرق التهمة العرفية، لقبول الشهادة في بعض موارد وجودها كشهادة المختبى، ولأنه لو كان المانع التهمة للزم قبول شهادة المتبرع بها في كل مورد تنتفى عنه التهمة العرفية، ككون المشهود له عدواً والمشهود عليه صديقاً له أو غير ذلك، وأيضاً: لو كان المانع التهمة لكان المتجه الردّ مطلقاً، مع أن بعضهم ذكر قبولها في المجلس الآخر (٤).

ص: ١٠٦٢

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢١٤.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣١٢.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٠٤.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٠٤ ١٠٦. بتصرف.

فالحاصل، إن المانع هو التبرع، والدليل هو الإجماع، فيكون عدم قبول شهادته المتبرع حكماً من أحكام القضاء، نظير عدم تأثير يمين المنكر بلا استدعاء من المدعى.

ومن هنا استغرب صاحب (الجواهر) من سيد (الرياض) التزام قبول شهادته المتبرع في كل مورد تنتفى عنه التهمة، مدعياً انصراف إطلاق الأصحاب إلى الغالب الذي تحصل معه التهمة. وانه رحمه الله إلى القول بأن الأولى القول بأنه تهمة شرعاً بدليل الإجماع المزبور، المؤيد بالنبوى المذكور في معرض الدم وإن لم يكن من طرقنا: « ثم يجئ قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها» (١)، وآخر: « ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد» (٢) وثالث: « تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا» (٣) مع ما ورد « من أنها تقوم على شرار الخلق» (٤).

قال: إلا أن المتجه حينئذ الاقتصار على ما علم كونه مورداً للإجماع (٥).

قلت: إن تنزيل الشارع لشيء بمنزله شيء آخر يكون تارة من قبيل: « الطواف بالبيت صلاه» (٦) حيث نزل الطواف منزله الصلاه في أحكامها وبلحاظ

ص: ١٠٦٣

١-١) مسند أحمد ٤: ٤٢٦.

٢-٢) الجامع الصحيح ٤: ٥٤٩/٢٣٠٣، بتفاوت يسير، السنن الكبرى ٥: ٣٨٧/٩٢١٩، بتفاوت يسير.

٣-٣) دعائم الإسلام ٢: ٥٠٨/١٨١٥، مستدرک الوسائل ١٣: ٢١٦/٢.

٤-٤) مسند أحمد ١: ٣٩٤، صحيح مسلم ٣: ١٥٢٤/١٩٢٤.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٠٥ ١٠٦.

٦-٦) السنن الكبرى ٢: ٤٠٦/٣٩٤٤، مستدرک الوسائل ٩: ٤١٠/٢.

ما يعتبر فيها من الطهاره وغير ذلك. وأخرى: يكون تنزيلاً لموضوع بمنزله موضوع آخر، كحكمه بإطلاق ماء قد استعمل فشك في إطلاقه أو كرّيته بقوله: « لا تنقض اليقين بالشك » (١)، فجعل هذا الماء المشكوك في إطلاقه ماءً مطلقاً وكرّراً، كما كان في حالته السابقه، وإن كان مشكوكاً بالوجدان.

فإن أراد تنزيل « التبرع » بمنزله « التهمه العرفيه » من قبيل الأوّل، فهذا خلاف ظواهر كلمات الأصحاب، لأن موضوع الحكم عندهم هو « التهمه » ، ولم يقل أحد منهم بأن التبرع بمنزله التهمه، على أنه يصح أن يقال: شهاده المتبرع لا تقبل للتهمه، ولا يقال: يشترط في الطواف الطهاره لأنه صلاه.

وإن كان التنزيل من قبيل الثانى، ففيه: إنه لا شك في اشتمال التبرع على التهمه، وحيث لا تهمه قطعاً فلا معنى للتنزيل.

وأما الأحاديث التى ذكرها، فمع الغرض عن أسانيدنا نقول: بأنه ليس فى الخبر الأول ذكر للتهمه، بل الموضوع فيه الشهاده قبل السؤال، وفى الثانى يوجد لفظ « الكذب » وذم الشهاده قبل الإستشهاد، وكذا الكلام فى الثالث الذى هو من أخبار (المستدرك) عن (دعائم الإسلام) عن جعفر عن آبائه عن على عليهم السلام.

فظهر أن للتعليل بالتهمه الواقع فى كلام كثير من الأصحاب مدخليه فى الحكم، فهى إما علّه الحكم وإما هى الحكمه فيه.

ولو شهد هذا المتبرع فى مجلس آخر بعد السؤال، قبلت، لعدم كونه متبرعاً حينئذ، ولا يضر بعدالته ردّ شهادته السابقه للتهمه، بل لو أعادها فى نفس المجلس بعد السؤال قبلت كذلك.

ص: ١٠٦٤

١ - ١) وسائل الشيعه ٣: ٤٦٦ و ٤٧٧ و ٤٨٢/١. أبواب النجاسات، الباب ٣٧ و ٤١ و ٤٤، بتفاوت، و ٨: ٢١٧/٢. أبواب الخلل، الباب ١٠.

قال المحقق قدس سره: « أما فى حقوق الله تعالى أو الشهاده للمصالح العامه فلا يمنع، إذ لا مدعى لها، وفيه تردد» (١).

أقول: فى قبول شهاده المتبرع فى حقوق الله تعالى، كشرب الخمر والزنا، وفى الشهاده للمصالح العامه كالمدارس والمساجد والقناطر، قولان، وقد تردد المحقق بينهما، ويظهر وجه التردد بعد ذكر أدله القولين:

فالمشهور شهره عظيمه هو القبول، بل فى (الجواهر) استقرار المذهب عليه (٢)، وقد استدلل له المحقق وغيره، بوجه.

أحدها: إن حقوق الله والمصالح العامه لا مدعى لها بالخصوص، لاختصاص الحق بالله تعالى، أو لاشتراكه بين الكل، فحقوق الله تعالى لا مدعى لها أصلاً، والمصالح العامه كل الناس مدعون فيها، من جهه كونها مشتركه بين الناس كلهم ومنهم الشاهد نفسه، فيكون الشاهد مدعياً فى الحقيقه، قال كاشف اللثام: « فلو شرطنا الابتداء بالدعوى لم يبتدىء بها إلا بعضهم، والشهاده لا تثبت حينئذ إلا قدر نصيبهم، وهو مجهول، لتوقفه على نسه محصور إلى غير محصور» (٣).

الثانى: ما ذكره بقوله: « ولأن المصلحه إذا عمت عدول المؤمنين بأجمعهم كانت الشهاده منهم دعوى، فلو توقفت على دعوى غيرهم كان ترجيحاً من غير مرجح» .

ص: ١٠٦٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ١٠٦.

٣-٣ (٣) كشف اللثام ١٠: ٣١٣.

والثالث: لزوم الدور.

والرابع: إن الشهادة بحقوق الله تعالى نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهما واجبان، والواجب لا يعد تبرعاً.

والخامس: إنه مقتضى الجمع بين ما مرّ من الخبرين، وهما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ « ثم يفشوا الكذب . . . » وقوله: « تقوم الساعة . . . » وبين قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد (١) » (٢).

لكن يمكن المناقشة في الأول: بأن القائل بالمنع إنما يقول به لأجل توقف قبول الشهادة على طلب المدعى، وذلك يكون في كلّ دعوى لها مدعى، وأما مع عدمه كحقوق الله فلا توقف، وأما في المصالح العامة فإن ما ذكره كاشف اللثام يتوجه إذا كانت الشركه فيها شركه إشاعيه يكون لكل فرد منها نسبه كسريه كالواحد في الألف مثلاً، وأما مع كون الاشتراك فيها بمعنى أن يكون كلّ واحد من الناس ذا حق في الاستفادة من الكلّ فلا يتم الاستدلال، إذ يجوز حينئذ أن يدعى أحد كون هذا المكان مسجداً ويشهد له اثنان، وأما ما دلّ على عدم قبول شهادة الشريك في المال المشترك، فمحمول على الأموال والأماكن المشتركه بين جماعه لسبب من الأسباب، لا المصالح العامه المشتركه بين كلّ الناس، كالمساجد والمدارس ونحوها.

ومنه يظهر النظر في الوجه الثاني، فإن كلّ من يشهد فهو بالنسبه إلى حق

ص: ١٠٦٦

١-١) صحيح مسلم ٣: ١٧١٩/١٣٤٤، مسند أحمد ٥: ١٩٣.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣١٣.

نفسه مدع وبالنسبه إلى حق غيره شاهد، فلا يرد إشكال الترجيح بلا مرجح.

وكذا الثالث، فإنه لا يلزم الدور على ما ذكرناه.

وفى الرابع: إنه لو سلم فخارج عن الفرض.

وفى الخامس: إنه يحتمل أن يكون المراد من « قبل أن يستشهد » هو قبل أن يطلب منه التحمل، فيكون مما دلّ على الخيار، ومن كان مخيراً بين الإقامه والترك فقد أحسن إحساناً باختيار جانب الإقامه، فيكون خير الشهود.

فهذا هو القول الأول وما استدللّ به له.

□
والقول الثانى محكى عن الشيخ فى (النهايه) (١)، وقد استدللّ له بأن التهمه المانع من قبول الشهاده موجوده فى حقوق الله والمصالح العامه وفى حقوق الآدميين على السواء، فيمنع من القبول فيهما، لتساويهما فى العله.

وفى (الرياض) بعد أن ذكر دليل القول بالقبول: « وفى هذا نظر، إذ ليس فيه ما يفيد تقييد الأدله المانع عن قبول الشهاده مع التهمه بعد حصولها، كما هو فرض المسأله بحقوق الآدميين خاصه، ومجرد عدم المدعى لحقوق الله تعالى لا يرفع التهمه، ولا يفيد التقييد المزبور، إذ لا- دليل على إفادته له من إجماع أو روايه، واداء عدم القبول فيها إلى سقوطها لا دلالة فيه على أحد الأمرين أصلاً، ولا محذور فى سقوطها مع عدم قبولها، بل هو مطلوب، لبناء حقوق الله تعالى على التخفيف، إتفاقاً فتوى ونصاً » (٢).

أقول: إن المنع من قبول شهاده المتبرع فى موجبات الحدود يؤدى إلى

ص: ١٠٦٧

١-١) النهايه فى مجرّد الفتوى: ٣٣٠. وعنه كشف الرموز ٢: ٥٢٤، المهذب البارع ٤: ٥٣٣.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٢٤.

سقوطها رأساً، ومعنى ذلك انتفاء الحكمه فى تشريعها لا إلى التخفيف فيها، لانحصار طريق ثبوتها حينئذ بالإقرار، وهو نادر جداً. إلا أنه لبناء حقوق الله تعالى على التخفيف، جعل لقبول الشهاده فى موجبات الحدود أحكاماً كثيرة وشديده.

قال: « ولو سلم، فإنما يؤدي إلى السقوط لوروده مطلقاً، سواء كان فى مجلس التبرع أو غيره، أما لو خص الردّ بالأول كما هو رأى بعض فى حقوق الأدميين فلا يؤدى إلى السقوط، لإمكان قبوله لو أدى فى مجلس آخر من غير تبرع ثانياً» (١).

أى: يعيد الشهاده بعد أمر الحاكم بإقامتها بطلب من المدعى.

قال: « وبما ذكرنا يظهر قوه القول الأول، إلا أن ندره القائل به بل وعدمه، لرجوع الشيخ عنه فى المبسوط إلى خلافه، واشتهاره بين المتأخرين، أوجب التردد فيه، ويمكن أن يكون هذا وجهاً للتردد من الفاضلين، لا ما مرّ، فتأمل» (٢).

وصاحب (الجواهر) لما كان مبناه عدم قبول اطلاقات مانعيه التهمه، بل قال بأن المستفاد منها مانعيها فى الجملة، ففى كلّ مورد قام إجماع أو نص على المنع فهو، وفى موارد الشك يتمسك بعموم أدله قبول شهاده العدل، وقد عرفت أنه لا إجماع ولا نص فى المقام، فإنه على هذا المبنى أشكل على (الرياض) بقوله: « ومن أنصف وتأمل رأى أن أكثر ما ذكره السيد فى الرياض هنا ساقط، لا يوافق فتاوى الأصحاب، بل ولا قواعد الباب، والتحقيق ما عرفت من القبول فى المقام، لعدم

ص: ١٠٦٨

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٢٤ ٣٢٥.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٢٤ ٣٢٥.

الإجماع، بل مظنته في العكس» (١).

قلت: أما عدم الموافقة لفتاوى الأصحاب، فقد اعترف به صاحب الرياض، وأما قواعد الباب، فكأنه يريد عدم الدليل على مانعيه كلّ تهمة، وقد عرفت اختلاف المبنى في ذلك.

وأما قوله بعد ذلك: « بل على احتمال كون مبنى المنع في التبرع عدم الإذن من صاحب الحق يتجه القبول هنا، لعدم مدع بالخصوص» (٢).

فيرد عليه نفس ما أورده على الرياض، من عدم موافقة لفتاوى الأصحاب، فإن صريح ما عثرنا عليه من كلماتهم كون المنع من جهة التهمة، لا من جهة عدم إذن صاحب الحق.

٣ - في الحقوق المشتركة

□
وفي الحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين الآدميين وجوه:

□
الأول: القبول في حق الله تعالى، لأنه لا مدعى له، والردّ في حق الآدمي للتهمة أو الإجماع كما تقدم، فحينئذٍ تقطع يد السارق بشهادته المتبرع ولا يغرم.

الثاني: القبول فيهما معاً، لأن المانع من القبول في حق الآدمي بناءً على عدم مانعيه مطلق التهمة هو الإجماع، وهو دليل لبي ومعهده حق الآدمي الخالص، فيؤخذ بالقدر المتيقن منه، ويبقى المشترك على عموم أدله القبول.

ص: ١٠٦٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٠٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٠٨.

الثالث: التفصيل بين الموارد، بأن تقبل في الطلاق والعتاق والرضاع والخلع والعفو عن القصاص والنسب، لغلبه حق الله تعالى فيها، قاله كاشف اللثام (١)، قال: ولذا لا تسقط بالتراضى (٢).

أقول: إن الملاك هو أن كل ما كان الأمر فيه بيد الشارع، وكان معنوياً بعنوان الحكم، فهو حق الله وإن كان فيه حق آدمى أيضاً، وكل ما لم يكن كذلك، فهو حق آدمى خالص، وهذا هو القابل للسقوط بالتراضى.

ص: ١٠٧٠

١-١) كشف اللثام ١٠: ٣١٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٠٨.

المسأله الخامسه: (فى شهاده المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل)

قال المحقق قدس سره: « المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل حتى يستبان استمراره على الصلاح » (١).

أقول: موضوع الحكم هو « المشهور بالفسق » وهو مقيد بأنه إذا تاب لتقبل شهادته، وظاهره كفايه التوبه من غير المشهور بالفسق إذا لم تكن توبته لأجل قبول الشهاده، فلا يتوقف قبول شهادته على مضي مده يستبان فيها استمراره على الصلاح. إذن، يشترط فى قبول شهاده المشهور بالفسق إذا تاب أمران:

أحدهما: أن لا تكون الغايه من توبته قبول شهادته.

قيل كما فى (الجواهر) لأن التوبه واجبه من الواجبات العباديه المشروطه بقصد القربه وامتنال أمر الله تعالى، ولذا اعتبر بعضهم فى تحققها كذلك كون الترك عن جميع المعاصى والذنوب، لا خصوص التى كان يرتكبها (٢).

والحاصل: إنه إذا لم تكن توبته بقصد القربه فليست توبه حقيقه، لأن عدم التوبه الحقيقه كما يكون بعدم الندم الواقعى بل إنه يتظاهر بالندم لأجل قبول شهادته كذلك يكون بعدم قصد القربه وإن كان نادماً وتاركاً واقعاً، كمن ترك

ص: ١٠٧١

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣١، وفى نسخه « الفلاح » .

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ١٠٩، بتصرف.

معصية لأنها تضر ببدنه ومزاجه، فهما في عدم تحقق التوبة على السواء.

قلت: إن من ترك معصية حفظاً لبدنه فهو تائب لغه، لأن التوبة هي الرجوع عما كان يفعل، اللهم إلا أن يقال بأن قبولها مشروط بالقربه، فمن ترك شرب الخمر حفظاً لصحته لم تحصل منه التوبة المقبولة، لكن في (الجواهر): إن هذه التوبة منه معصية أخرى (١)، ولعله يريد أن ذلك إصرار منه على ترك التوبة أو أنه بدعه، وإلا فإن وجه ما ذكره غير واضح.

وقيل كما في (القواعد) و (كشف اللثام) إن هذه التوبة من مصاديق التهمة (٢)، فوجه عدم قبول شهادته هي التهمة، لا ما ذكره صاحب (الجواهر) (٣).

وأما أنه هل يعتبر في التوبة الإخلاص، فيكون من الواجبات التعبدية أولاً- يعتبر، فيكون من الواجبات التوصيلية؟ فهذا بحث كلامي، فصاحب (التجريد) يعتبر في التوبة كون ترك الذنب من جهه كونه قبيحاً، ومن هنا يعتبر فيها أن يكون الترك لجميع المعاصي لا لخصوص ما يرتكبه، لاشتراكها جميعاً في القبح (٤)، وأما إذا كان السبب في الترك هو الضر للبدن، فلا ملازمه بين ترك ما كان يفعله وترك غيره من الذنوب، إذ قد لا يكون في غيره ضرر على بدنه فلا يتركه.

□ □
إنما الكلام في قبول توبه من تاب خوفاً من عذاب الله، ففي (التجريد وشرحه): عدم القبول، لاشتراط كون التوبه لله (٥).

□
وفيه تأمل، لأن التوبة من عذاب الله لا ينافي الإخلاص، إذ العقاب إنما

ص: ١٠٧٢

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١١٠. وفيه هكذا: بل يمكن أن تكون هي فسقاً آخر.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧، كشف اللثام ١٠: ٣١٠.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٠٩.

٤-٤) كشف المراد: ٣٣١ - ٣٣٢. طبع مكتبه المصطفوي قم.

٥-٥) كشف المراد: ٣٣١ - ٣٣٢. طبع مكتبه المصطفوي قم.

يجعل على المخالفه لأن يكون رادعاً للعبد عن المخالفه وداعياً إلى الإطاعه، فكيف لا تكون التوبه لهذا الداعى مقبوله؟ إن التوبه من الذنب فراراً من العذاب المترتب عليه ليس كالفرار من الموزيات الدنيويه الواجب الحذر منها وجوباً توصلياً، على أن لازم ذلك أن لا تقبل عبادته المطيعين لله خوفاً من ناره أو طمعاً في جنته، وهذا لا يلتزم به أحد.

هذا كله بالنسبه إلى الأمر الأول.

وأما الثانى، وهو اشتراط استبانته استمراره على الصلاح فقد نص عليه غير المحقق من الفقهاء أيضاً، كالعلامه فى (القواعد)، والشهيد فى (الدروس) (١).

قال المحقق: « وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبل شهادتك ».

أقول: هذا قول الشيخ فى موضع من (المبسوط) (٢).

قال العلامه: « وليس بجيد، نعم، لو عرف استمراره على الصلاح قبلت » (٣).

وفى (الدروس): « هذا يتم إذا علم منه التوبه بقرائن الأحوال » (٤).

وفى (المسالك): « وذهب الشيخ فى موضع من المبسوط إلى الإكتفاء بإظهار التوبه عقيب قول الحاكم له: تب أقبل شهادتك، لصدق التوبه المقتضى لعود العداله مع انتفاء المانع، فيدخل تحت عموم قبول شهاده العدل.

وأجيب: بمنع اعتبار توبته حينئذ، لأن التوبه المعتبره هو أن يتوب عن القبيح لقبحه، لا لقبول الشهاده.

ص: ١٠٧٣

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧، الدروس الشرعيه ٢: ١٣٠.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٧٩، شرائع الإسلام ٤: ١٣١.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٧.

٤-٤) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٠.

وفيه نظر، لأنه لا يلزم من قوله تب أقبل شهادتك. كون التوبه لأجل ذلك، بل غايته أن تكون التوبه عله فى القبول، أما أنه غايه لها فلا، وأيضاً، فالمأمور به التوبه المعتمبره شرعاً، لا مطلق التوبه، والمغياه بقبول شهادته ليست كذلك، نعم، مرجع كلامه إلى أن مضى الزمان المتطاوول ليس بشرط فى ظهور التوبه، والأمر كذلك إن فرض غلبه ظن الحاكم بصدقه فى توبته فى الحال، وإلا فالمعتمبر ذلك» (١).

قال فى (الجواهر) : ومرجع ذلك إلى كون النزاع مع الشيخ لفظياً، وهو خلاف ما فهمه المصنف وغيره.

ثم قال: وظنى أن الشيخ يجتزئ لأصل الصحه بمجرد إظهار التوبه فى تحققها المقتضى لإجراء الأحكام عليها التى منها قبول الشهاده، للنصوص المستفيضه التى تقدم سابقاً جملة منها فى توبه القاذف، الدالّه على قبول شهاده الفاسق إذا تاب، بل لا خلاف فيه فى الظاهر.

وفيه: إن التوبه لما كانت من الامور القلبيه، ضروره كونها الندم والعزم، وهما معاً قليبان، وإخباره بحصولهما لا دليل على الإجتراء به، بل ظاهر الأدله خلافه، فليس حينئذ إلا تعرفهما بالآثار الداله على ذلك، نحو غيرهما من الامور الباطنه، ولا يجدى أصل الصحه فى حصول التوبه، ضروره كون مورده الفعل المحقق فى الخارج المشكوك فى صحته وفساده، كالبيع والصلاه ونحوهما، لا الأفعال القلبيه التى لم يعلم حصولها، كما هو واضح، وبذلك ظهر لك وجه البحث على أحسن وجه. فتأمل (٢).

ص: ١٠٧٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢١٩ - ٢٢٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١١٠ - ١١١.

وكيف كان، فقد انقذ بما ذكرنا أن الفاسق لا تقبل شهادته، إلا أن يتوب عن المعصية لكونها معصية، ولا بد من إحراز الحاكم هذه التوبه إما بعلم وإما بحجه شرعيه، هذا فى المشتبه بالفسق، وأما غيره، فتقبل شهادته وإن كانت توبته لقبولها، لأن المفروض كونه واجداً لملكه العداله، وبالتوبه تعود تلك الملكه.

قالوا: وترك التوبه معصيه صغيره، ومع الإصرار على الترك تكون كبيره. والوجه فى ذلك أن العقاب يترتب بحكم العقل على مخالفه الأوامر والنواهي الإلهيه، من جهه أن الخوف من العقاب يدعو إلى الامتثال والإطاعه، ولولا العقاب لما أطاع أكثر الناس، ولكن لا- حكم للعقل باستحقاق العقاب على معصيه الأمر بالتوبه عن المعصيه، وأما الشرع فقد جعل معصيه الأمر بالتوبه عن المعاصى معصيه صغيره لا يعاقب عليها مع ترك المعاصى الكبيره، قال الله عزوجل: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نَكَفَّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (١) فإن أصر على الترك للتوبه كانت المعصيه كبيره كسائر الصغائر.

والحاصل: إن وجوب التوبه حكم شرعى مولوى، ولكن لا دليل من الشرع على أن مخالفته معصيه كبيره، كما لا حكم من العقل على استحقاق العقاب على مخالفه هذا الأمر، كما يحكم باستحقاقه على ارتكاب نفس المعصيه المنهى عنها، وإلا لزم التسلسل.

ثم إن التوبه تتحقق بمجرد الندم على المعصيه، والعزم على عدم العود إليها،

ص: ١٠٧٥

فهذا حقيقته التوبه (١)، لكن قبولها مشروط، كما أنها تكمل بأمور منها الاستغفار، وتفصيل ذلك:

□
إن الذنب قد يكون خالياً من حق لله والعباد، فهنا لا شيء عليه سوى الندم والعزم، وذلك كالنظر إلى الأجنبية ونحوه، وقد يكون فيه حق لله، مثل ترك الصلاة مثلاً، فالواجب عليه الندم والعزم، ولا تقبل هذه التوبه إلا بقضاء الصلاة، وقد يكون فيه حق للعباد، فقبول توبته يتوقف على أداء الحق إلى مستحقه سواء كان مالاً أو ديه، وقد يكون فيه حق لله والعباد كالسرقة، فلا بد من القيام بالحقين حتى تقبل توبته.

ولو عصى معصيه مستتبعه للحد الشرعى وليس فيها حق للعباد ولم يعلم بها أحد كالزنا ثم تاب عن ذلك، قبلت توبته وسقط عنه الحد، كما أنه إذا استحل من مستحق الحق المالى فأبرأه قبلت توبته، ومع عدم الإبراء دفع إليه الحق بعينه، كما إذا كان عيناً مغصوبه وهى موجوده، وإلا- فالعوض من المثل أو قيمه، فإن لم يتمكن من ذلك مطلقاً، عزم على الأداء فى أول أوقات الإمكان، ولو لم يتمكن من إيصاله إلى صاحبه لموته، دفعه إلى وارثه، وإلا فإلى وارث وارثه، وهكذا، فإن بقى إلى الآخره فمن المطالب منه: الشخص المغصوب منه، أو وارثه لأنه الذى تنتقل إليه أمواله ومنها العين المغصوبه مثلاً، أو أن المطالب هو الله سبحانه؟ وجوه. قال فى (المسالك): أصحابها الأول، واستدل له بصحيحه عمر بن يزيد (٢)(٣) . .

ص: ١٠٧٦

□
١- ١) تاب إلى الله: أناب ورجع عن المعصيه إلى الطاعه. كذا فى التاج وغيره، فليس فيه العزم على عدم العود وغيره، نعم، ذلك مقتضى الملازمه العرفيه.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨: ٤٤٦/٤. كتاب الصلح، الباب ٥.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢١٨.

وأما إذا ظهر الزنا فقد فات الستر، فيجب عليه الحضور عند الحاكم لإقامه الحدّ عليه، إلا أن يكون ظهوره قبل قيام البيه عليه عنده، فقد تقرر في كتاب الحدود سقوط الحدّ مطلقاً بالتوبه قبل قيام البيه عند الحاكم.

وأما إذا كان في الحدّ حق للعباد، كحدّ القذف، فإن توبته تقبل بالاستحلال من المقذوف مع تكذيب ما نسبته إليه، وللمقذوف حينئذ المطالبه بإجراء الحدّ عليه، فإن كان ميتاً انتقل الحق إلى وارثه، وليس له الرضا بعدم إجراء الحدّ عليه.

قاله في (الجواهر) (١)، ودليله غير واضح.

وأما القصاص، فإن توبته تقبل بالحضور عند ولي المقتول، وله العفو عنه أو القصاص.

وقد اشترطوا في الاستحلال من الغيبه ونحوها فيما إذا بلغه ذلك، أن لا يكون فيه أذى على الشخص وإلا تركه واستغفر.

وهل يجب عليه الإستغفار والقيام بالأعمال الصالحه للمغصوب منه الميت، بالإضافة إلى دفع الحق إلى وارثه؟ الظاهر ذلك.

هذا كله بالنسبه إلى حقيقه التوبه وشرائط قبولها.

□
وقد اشتمل قول أمير المؤمنين عليه السلام وقد سمع قائلاً يقول: أستغفر الله: « ثكلتك أمك، أتدرى ما الإستغفار؟ إن الإستغفار درجه العليين، وهو اسم واقع على سته معان، أولها: الندم على ما مضى، الثاني: العزم على ترك العود إليه أبداً، الثالث: أن تؤدي إلى المخلوقين حقوقهم حتى تلقى الله سبحانه أملس ليس عليك تبعه، الرابع: أن تعمد إلى كل فريضه عليك ضيعتها فتؤدى حقها، الخامس:

ص: ١٠٧٧

أن تعتمد إلى اللحم الذى نبت على السحت، فتذيبه بالأحزان حتى يلصق الجلد بالعظم وينشأ بينهما لحم جديد، السادس: أن تذيق الجسم ألم الطاعة كما أذقته حلاوه المعصية» (١) على بيان حقيقته التوبه وأنها الندم على ما مضى والعزم على ترك العود إليه أبداً، فإن بينهما ملازمه عرفيه، وعلى بيان ما يتوقف عليه قبولها، وهو أداء حق المخلوقين وحق الله.

واشتمل أيضاً على شرط كمال التوبه، وهو الأمران الخامس والسادس، فإن هذين الأمرين شرطان لكمال التوبه لا لقبولها، ويؤيد ذلك قيام الإجماع على تحقق التوبه وقبولها من الكافر وإن بقى على بعض المعاصى.

وهل يعتبر فيها الإستغفار؟

وأما الإستغفار، فقال الشيخ الأنصارى قدس سره فى بحثه عن التوبه:

« وهل يعتبر فيها الاستغفار أم لا؟ التحقيق: إنه إن أُريد به حبّ المغفره وشوق النفس إلى أن يغفر له الله، فالظاهر أنه لا ينفك عن الندم، وإن أُريد به الدعاء للمغفره، الذى هو نوع من الطلب الإنشائي، ففى اعتباره وجهان، من اطلاقات الندم، ومن مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « لا- كبيره مع الاستغفار» (٢). وقوله: « دواء الذنوب الإستغفار» (٣). وقوله: « ما أصرّ من استغفر (٤) ونحو ذلك» (٥).

ص: ١٠٧٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٧٧/٤. أبواب جهاد النفس، الباب ٨٧.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣١٢/٨. أبواب جهاد النفس، الباب ٤٣.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦: ٦٥/٣. أبواب جهاد النفس، الباب ٨٥.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٢: ١٣٨/٢. أبواب جهاد النفس، الباب ٨٨.
- ٥- (٥) رسائل فقيهه: ٥٦.

أقول: أما ما ذكره في الشق الأول، ففيه: إن الإنسان قد يندم على ما فعله، ويكون لشده خجله مما فعل غافلاً عن حب المغفرة، فلا ملازمه بين الأمرين، ولعل الشيخ يريد حال الالتفات وتحقق الإشتياق إلى المغفرة.

وفي الشق الثاني نقول بالوجه الأول وهو عدم الإعتبار، لإطلاقات الندم، وأما روايه: « لا كبيره مع الاستغفار » فلا تنفى زوال الكبيره مع التوبه، لعدم إفادتها الحصر، بل إن الاستغفار المؤثر يكون دائماً عن الندم. وكذا الكلام في الخبرين الآخرين.

□
والتحقيق: إن الإنسان التائب يسؤه فعله في أول الأمر فيندم منه، ثم يستغفر الله، أي يطلب منه الغفران، فالإستغفار هو طلب المغفره المسبوق بالندم والعزم على عدم العود، والمراد من التوبه هو الرجوع إلى الله، والإطاعه العمليه في أوامره ونواهيه.

والمستفاد من قوله عليه السلام في خبر جنود العقل والجهل: « التوبه وضدها الإصرار، والإستغفار وضده الإغترار » (1) هو أن التوبه توجب المغفره من الله تفضلاً منه عز وجل، لكن التائب مأمور بالإستغفار لئلا يغتر بعفو الله وتوبته عليه، فيكون الاستغفار غير التوبه، وهي تتحقق بدونه لكنه مكمل لها.

□
فتحصل: إن التوبه غير الإستغفار لغيره وعرفاً، نعم، قد يظهر الإنسان ندمه على المعصيه وعزمه على عدم العود بقوله: أستغفر الله، كما يظهر ذلك بقوله: أتوب إلى الله، وإذا جمع بينهما فقال: أتوب إلى الله « وأستغفره، أو: أستغفر الله وأتوب

ص: ١٠٧٩

إليه، كان أكمل، لأن « أتوب إلى الله » إظهار للندم، « وأستغفر الله » طلب للستر عليه، فإن الغفر في اللغة التغطية، فهو حينما يندم ويتوب إلى الله يطلب منه الستر، لأن الله قد لا يستر على من عصاه، كما في قصة آدم عليه السلام، إذ قال: « وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَى » (١) وحكى قصته في القرآن الكريم وغيره من الكتب السماويه مع أنه قبل توبته وقربه إليه واختاره نبياً لمصالح اقتضت ذلك.

ولأن من آثار الاستغفار هو طهاره الإنسان من الأدناس والأرجاس والإقبال على الله بقلب طاهر ونفس زكية تؤهله للوصول إلى جناب الحق سبحانه وتعالى، والله سبحانه ولى التوفيق.

ثم إن ظاهر قوله تعالى: « إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا * » وَ لَيْسَتِ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْآنَ وَلَا الَّذِينَ يَمُوتُونَ وَ هُمْ كُفَّارٌ أُولَئِكَ أَعْتَدْنَا لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا » (٢) هو: أن التوبه المقبوله هى التى تكون من قريب فقط، أى: هى توبه الذين يندمون بعد السيئه بفاصله قليله، ولكن قوله بعد ذلك: « وَ لَيْسَتِ . . . » يفيد وجود الفرصه للقبول حتى حلول الموت.

وفى الخبر عن الفقيه عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم: « من تاب وقد بلغت نفسه هذه وأهوى بيده الى حلقه تاب الله عليه » (٣).

وعنه عن الصادق عليه السلام فى الآيه: « ذلك إذا عاين أمر الآخره » (٤).

نسأل الله المغفره لنا ولجميع المؤمنين، بمحمد وآله الطاهرين.

ص: ١٠٨٠

١-١) سورة طه ٢٠: ١٢١.

٢-٢) سورة النساء ٤: ١٨ ١٧.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢: ٤٥٦/٨. أبواب الإحتضار، الباب ٣٦.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٦: ٨٩/٧. أبواب جهاد النفس، الباب ٩٣.

المسألة السادسة: (في ما إذا تبين في الشهود ما يمنع القبول بعد الحكم)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول، فإن كان متجدداً بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامه وخفى عن الحاكم نقض الحكم» (١).

أقول: في هذه المسألة صور:

إحداها: أن يحكم الحاكم، ثم يتبين في الشهود ما يمنع قبول الشهاده مع العلم بكون المانع متجدداً بعد الحكم، فلا خلاف في عدم قدح هذا المانع في الحكم، بل ولا إشكال، من جهة وقوعه بحسب الموازين الشرعيه، وعدم وجود المانع عن قبول الشهاده حتى صدور الحكم.

والثانيه: أن يحكم الحاكم، ثم يتبين المانع مع العلم بكونه حاصلًا بعد إقامه الشهاده وقبل الحكم من الحاكم. وسيأتي البحث في هذه الصوره إن شاء الله تعالى.

والثالثه: أن يحكم الحاكم، ثم يتبين وجود المانع مع العلم بكون المانع حاصلًا قبل إقامه الشهاده، وأنه قد خفى عن الحاكم، فإن الحكم ينقض حينئذ، لوضوح عدم وقوع الحكم بحسب الموازين الشرعيه.

قال في (المسالك): إذا حكم الحاكم بشهاده اثنين، ثم بان له ما يمنع قبول

ص: ١٠٨١

الشهادة، فإن كان المانع متجدداً بعد الحكم كالكفر والفسق، لم ينقض الحكم مطلقاً، لوقوعه بشهادة عدلين، وإن كان حدوثه بعد الشهادة وقبل الحكم، فسيأتي البحث فيه، وإن كان حاصلاً قبل الإقامه وخفى على الحاكم، كما لو تبين له أنهما كانا كافرين أو صبيين أو عبيدين على وجه لا تقبل فيه شهادتهما أو امرأتين أو عدوين للمشهود عليه أو أحدهما عدوياً أو ولداً له على القول به، نقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ فيه، كما لو حكم باجتهاده ثم ظهر النص بخلافه، ولو تبين لقاض آخر أنه حكم بشهادتهما كذلك، نقض حكمه أيضاً، إلا- في صورة الحكم بالعبدین والولد مع اختلافهما في الاجتهاد، وذهاب الحاكم إلى قبول شهادتهما، فليس للثاني نقضه حينئذ، ولو كان موافقاً له في الاجتهاد بعدم قبول شهادتهما فاتفق غلطه، نقضه أيضاً (١).

طريق ثبوت الفسق قبل الحكم

قال: « وطريق ثبوت فسقهما سابقاً يحصل بحضور جارحين لهما بأمر سابق على الشهادة» (٢).

واعترضه صاحب (الجواهر) بقوله: « بعد تنزيل كلامه على إرادته استمراره إلى حين الشهادة التي قد حكم بها من السابق: قد يشكل ذلك بمنافاته لمشروعيه القضاء الذي هو الفصل المبني على الدوام والتأييد، وأنه لا تجوز الدعوى عنده ولا عند حاكم آخر، ضروره أن البينه المزبوره لا تقتضى العلم بفساد ميزان الحكم، خصوصاً مع إمكان معارضتها بأقوى منها حال القضاء، أو

ص: ١٠٨٢

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٠ - ٢٢١.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٠ - ٢٢١.

بالجرح لها، أو بغير ذلك، فلا ينقض الحكم المحمول شرعاً على الوجه الصحيح المبني على الدوام والتأييد، الموافق للحكمه المزبوره بالبينه المفروضه، خصوصاً بعد سؤال الحاكم الجرح للخصم فعجز عنه، ثم إنه تيسّر له بعد ذلك شاهدان، بل لو فرض بقاء حق الجرح له بعد الحكم لم تبق فائده للحكم، بل ليس الفصل فصلاً، نعم، لو بان الجرح على وجه يعلم خطأ الحاكم فيه لغفله ونحوها، أتجه ذلك، ويمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك، بل لعلّ حكمهم بعدم النقض بالتغيير بالإجتهد مما يرشد إلى ذلك، ضروره كون السبب فيه عدم معلوميه الخطأ المشترك في المقامين» (١).

وقد تعرّض المحقق للمسأله في كتاب القضاء حيث قال: «ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» (٢).

قال في (الجواهر): «اللهم إلا أن يدعى أن الشرط علمي، نحو العدالة في إمام الجماعة، لإطلاق ما دلّ على نفوذ الحكم وعدم جواز ردّه إذا كان على نحو قضائهم عليهم السلام وعلى حسب الموازين التي نصبوها لذلك، ولا دليل على اشتراط أزيد من ذلك، حتى قوله تعالى «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ» (٣) المراد منه ذوى عدل عندكم، لا أقل من الشك فيبقى ما دل على نفوذ الحكم بحاله.

لكن اتفاق كلمه الأصحاب ظاهراً على النقض مع أصاله الواقعيه في الشرائط ولو كانت مستفاده من نحو «وَأَشْهِدُوا» (٤) الآيه يرفع ذلك كله، مضافاً

ص: ١٠٨٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١١٦ - ١١٧.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

٣-٣ (٣) سوره الطلاق ٦٥: ٢.

٤-٤ (٤) سوره البقره ٢: ٢٨٢.

إلى إمكان الفرق بين ما هنا وبين الجماعه، بأن المدار هناك على الصيلاه خلف من تثق بعدالته نصاً وفتوى، وظهور الفسق فيما بعد لا ينافى الوثوق، بخلاف المقام المعتبر فيه كونه عدلاً» (١).

هذا، وقد ذكر الشهيد الثاني هنا فرعين:

أحدهما: لو قال القاضى بعد الحكم بشهاده شاهدين: قد بان لى أنهما كانا فاسقين، ولم يظهر بينه تشهد بفسقهما، ففى تمكينه من نقضه وجهان، أظهرهما ذلك، بناء على جواز قضائه بعلمه.

والثانى: لو قال: أكرهت على الحكم بقولهما وكنت أعرف بفسقهما، قبل قوله من غير بينه على الإكراه مع ظهور أمارته، كما لو كان قاضياً من قبل سلطان جائر يظهر فى حقه ذلك، وإلا فوجهان، ولعلّ القبول أقوى مطلقاً (٢).

ص: ١٠٨٤

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١١٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢١.

قال المحقق قدس سرّه: « السادس: طهاره المولد، فلا تقبل شهاده ولد الزنا أصلاً، وقيل: تقبل فى اليسير مع تمسكه بالصلاح، وبه روايه نادره» (١).

أقول: اختلف الأصحاب فى شهاده ولد الزنا، فالمشهور بينهم شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، بل هى كذلك فى محكى (الإنتصار) و (الخلاف) و (الغنيه) و (السرائر) أنها لا تقبل أصلاً (٢).

واختلفوا فى تعليل عدم القبول، فالأكثر علّوه بورود النصوص الآتية بذلك، وعلّله ابن ادريس بأن ولد الزنا كافر، محتجاً بالإجماع (٣)، ومن هنا لا تقبل شهادته كغيره من الكفار، واحتج السيد بالإجماع وبالخير الذى ورد أن ولد الزنا لا ينجب، قال: فإذا علمنا دليل قاطع أنه لا ينجب، لم يلتفت إلى ما يظهر من الإيمان والعداله، لأنه يفيد ظن صدقه، ونحن قاطعون بخبث باطنه وقبح سريره،

ص: ١٠٨٥

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٢- ٢) الإنتصار: ٥٠١، مسأله ٢٧٥، كتاب الخلاف ٦: ٣٠٩، المسأله ٥٧، غنيه النزوع ٢: ٤٤٠، السرائر ٢: ١٢٢، جواهر الكلام ٤١: ١١٧.

٣- ٣) السرائر ٢: ١٢٢.

فلا تقبل شهادته، وعلله ابن الجنيد بورود الخبر أنه شر الثلاثة (١).

ولكن هذه الوجوه - عدا الأوّل منها - لا تخلو من المناقشه، ولذا لم يوافق عليها بعض القائلين بالمنع أيضاً.

فأما الإجماع الذى ذكره ابن ادريس على كفر ولد الزنا، فالظاهر أنه لم يدعه غيره. وأما الخبر الذى اعتمد عليه ابن الجنيد، فقد اعترضه السيد: بأنه خبر واحد لا يوجب علماً ولا عملاً (٢). واعترض الشهيد الثانى عليه: بأن هذا الإيراد مشترك بين خبريهما، فلا وجه للتخصيص (٣) وعن (المختلف) الاعتذار للسيد: بجواز كون خبره متواتراً فى زمانه ثم انقطع (٤)، قال فى (المسالك): ولا يخفى ما فيه من التكلف وظهور المنع (٥). وأجاب فى (الجواهر) بأنه لا حاجة إلى صحه السند بعد الإنجبار (٦).

قلت: إن اعتراض السيد على ابن الجنيد بضميمه أنه لا يرى حجيه الأخبار الآحاد، ودعواه القطع بأنه لا ينبج، يكشف عن وجود ما يقتضى إفاده الخبر

ص: ١٠٨٦

١-١ (١) الانتصار: ٥٠٢ ٥٠١، المسأله ٢٧٥.

٢-٢ (٢) الانتصار: ٥٠٢، المسأله ٢٧٥.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٤.

٤-٤ (٤) مختلف الشيعه ٨: ٤٩٠.

٥-٥ (٥) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٣.

٦-٦ (٦) جواهر الكلام ٤١: ١١٩.

الذى احتج به للقطع عنده، فلا يرد عليه ما ذكره صاحب (المسالك) .

وكيف كان، فإن العمده فى المقام هو النصوص الواردة فى المسأله، المتأيده بالوجه المذكوره، وهذه جمله منها:

١ - أبو بصير: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عتيبه يزعم أنها تجوز. فقال: اللهم لا تغفر ذنبه. ما قال الله للحكم «وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَّكَ وَلِقَوْمِكَ» (١) » (٢).

قال صاحب (الوسائل): ورواه الصفار فى بصائر الدرجات عن السندي ابن محمد عن جعفر بن بشير عن أبان بن عثمان مثله (٣).

وعن على بن إبراهيم عن صالح بن السندي عن جعفر بن بشير مثله (٤).

ورواه الكشي فى كتاب الرجال عن محمد بن مسعود، عن على بن الحسن بن فضال، عن العباس بن عامر، عن جعفر بن محمد بن حكيم، عن أبان بن عثمان مثله وزاد: « فليذهب الحكم يميناً وشمالاً، فوالله لا يوجد العلم إلا فى أهل بيت نزل عليهم جبرئيل » (٥).

٢ - محمد بن مسلم: « قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تجوز شهاده ولد الزنا » (٦).

وقد وصف المجلسي فى (مرآه العقول) هذا الخبر بالصحه (٧).

٣ - زراره: « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لو أن أربعة شهدوا عندي

ص: ١٠٨٧

١-١) سورة الزخرف ٤٣: ٤٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٤/١. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٣-٣) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٧٥. بصائر الدرجات ٢٩: ٢.

٤-٤) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٧٥، الكافي ١: ٣٣٠/٥، باب (انه ليس شىء من الحق فى يد الناس الا ما خرج من عند الائمة . . .).

٥-٥) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٧٥، إختيار معرفه الرجال ٢: ٤٦٩/٣٧٠.

٦-٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٥/٣. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٧-٧) مرآه العقول ٢٤: ٢٤٩/٦.

بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس» (١).

وصفه المجلسي بالموثقة (٢).

٤ - الحلبي: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن شهادته ولد الزنا. فقال: لا ولا عبد» (٣). وصفه المجلسي بالصحة، وكذا غيره، واعترف بذلك صاحب (المسالك) ثم قال: « لكن دلالة لا تخلو عن قصور» (٤).

وقد أجاب في (الرياض) عن مناقشه (المسالك) في سند النصوص (٥)، وفي (الجواهر): لا- حاجه إلى صحة السند بعد الإنجبار والإعتضاد بما عرفت (٦).

وكيف كان، فإن هذه النصوص قد تعبدتنا بعدم قبول شهادته ولد الزنا وإن كان عادلاً، ولذا قد يفتى بصحة إمامته في الصلاة من جهة عدم تمامية سند ما دلّ على أنه « لا يؤم» إلا أن ينجبر بفتوى المشهور، وقد جوّز في (الجواهر) الطلاق عنده على تأمل فيه (٧)، لأن من آثار الطلاق عنده هو التمكن من الشهادة به بعد ذلك، وقد عرفت عدم قبول شهادته.

وهذا هو القول الأوّل في المسألة، وهو الأقوى.

والقول الثاني ما ذكره المحقق، قال: « به روايه نادره» .

ص: ١٠٨٨

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٦/٤. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٢-٢) مرآة العقول ٢٤: ٢٤٩/٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٦/٦. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٤-٤) ملاذ الأخيار ١٠: ٨٦/١٧، مسالك الأفهام ١٤: ٢٢١ - ٢٢٢.

٥-٥) رياض المسائل ١٥: ٣١٩ ٣٢٠.

٦-٦) جواهر الكلام ٤١: ١١٩.

٧-٧) جواهر الكلام ٤١: ١٢٠ ١٢١.

أقول: هي روايه الكليني بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن فضاله عن أبان، عن عيسى بن عبد الله قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً» (١). وقد قال بها الشيخ في (النهايه) وابن حمزه كما في (المسالك) وغيره (٢).

وأجيب عن هذه الروايه: بحملها على التقيه كما في كتاب (الوسائل) وغيره، وبغير ذلك (٣).

والقول الثالث هو القبول مطلقاً، وهو كما في (المسالك) للشيخ في المبسوط أنه يقبل شهادته مع عدالته في الزنا وغيره، نقل ذلك عن قوم. قال: وهو قوى، لكن أخبار أصحابنا تدلّ على أنه لا تقبل شهادته (٤).

ويظهر من (المسالك) الميل إلى هذا القول، فإنه قد ناقش في سند أدله المنع إلا صحيح الحلبي فناقش في دلالتة، وأجاب عن خبر عيسى بن عبد الله الدال على القبول في اليسير فقط باشتراك «عيسى بن عبد الله» بين الثقة وغيره، قال: فلا يعارض روايته تلك الأخبار الكثيره أو عموم الكتاب والسنة الدالان على القبول مطلقاً. ومن هنا اعترض على كلام الشيخ في (المبسوط) بقوله: ومجرد معارضه أخبار أصحابنا لا يقتضى الرجوع عما قواه، لجواز العدول عن الأخبار لوجه

ص: ١٠٨٩

١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٧٦/٥. كتاب الشهادات، الباب ٣١.

٢- ٢) النهايه في مجرد الفتوى: ٣٢٦، الوسيه: ٢٣٠، مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٤، مستند الشيعة ١٨: ٢٧١.

٣- ٣) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٧٦، كشف الرموز ٢: ٥٢٤، مختلف الشيعة ٨: ٤٩٠، الدروس ٢: ١٢٧، مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٥، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٣٨١، رياض المسائل ١٥: ٣١٩، مستند الشيعة ١٨: ٢٧٢.

٤- ٤) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٢٨، مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٤.

يقتضيه، فقد وقع له كثيراً، ووجه العدول واضح، وإن عموم الأدلة من الكتاب والسنة على قبول شهادته العدل مطلقاً يتناول ولد الزنا، ومن ثم ذهب إليه أكثر من خالفنا (١).

وقد استغرب في (الجواهر) هذا الكلام، وأجاب عنه بما لا مزيد عليه (٢).

هذا كله في المعلوم ولو شرعاً إنه ولد زنا، قال في (المستند): هذا البحث قليل الجدوى (٣).

حكم ما لو جهلت حاله

قال المحقق: « ولو جهلت حاله قبلت شهادته وإن نالته بعض الألسن » (٤) قال في (الجواهر): بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق الأدلة وعمومها (٥).

أقول: إنه بعد أن تقرّر عدم قبول شهادته ولد الزنا، فإن التمسك بإطلاق أدلته القبول وعمومها في من شك في كونه ولد زنا، يكون من التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه للمخصص، وكأن صاحب (الجواهر) يقول بجوازه، وعليه السيد صاحب (العروه).

ثم قال: نعم، في الرياض يحتمل العدم في صورته النسبه، عملاً بالإطلاق من باب المقدمه، وفيه: إنه لا وجه لها مع أصل شرعي كالفراش ونحوه يقتضى خلافها

ص: ١٠٩٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٢ و ٢٢٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١١٩.

٣-٣) مستند الشيعة ١٨: ٢٧٢.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٢١.

بل ولو لم يكن فراش على الأصح في نحوه مما جاء النهى فيه على طريق المانع الظاهر في اختصاص المعلوم دون المشكوك فيه الداخل في العمومات (١).

قلت: لكن الذى فى (الرياض) يختلف عما نقله، وهذا نص عبارته: « ثم إن المنع يختص بمن علم كونه ولد الزنا، أما من جهل فتقبل شهادته بعد اجتماعه للشرائط الأخر من العدالة وغيرها، وإن نسب إلى الزنا، ما لم يكن العلم بصدق النسبه حاصلاً، وبه صرح جماعه من غير خلاف بينهم أجده. ولعله للعمومات واختصاص الأخبار المانعه بالصوره الأولى دون الثانيه، لكونها من الأفراد غير المتبادره، فلا ينصرف إليها الإطلاق كما مر غير مره. ويحتمل العدم، لكنه ضعيف فى صوره النسبه، عملاً بالإطلاق من باب المقدمه» (٢).

إلا- أن كون الإطلاق منصرفاً إلى الفرد المعلوم، يخالف ما بنى هو وغيره عليه من أن الألفاظ منزله على المفاهيم الواقعيه لا المعلومه، فإن « الدم » فى: الدم نجس، منزل على الدم الواقعي لا المعلوم كونه دمًا، على أن أفراد المشكوك أكثر من المعلوم، فلا يتم هذا الإنصراف. وأما الإطلاق، فقد عرفت كون التمسك به مبنياً على القول به فى الشبهات المصداقيه.

ثم قال فى (الجواهر): هذا إن لم نقل بظهور أصل شرعى فى الحكم بطهاره مولد كل من لم يعلم أنه ابن زنا (٣).

□
قلت: لكن هذا القول يخالف ظواهر النصوص وعبارات الأصحاب والله العالم.

ص: ١٠٩١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٢١.

٢-٢ (٢) رياض المسائل ١٥: ٣٢١.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٢١.

في أن الضابط العلم أو الوثوق؟

قال المحقق قدس سره: « والضابط العلم لقوله تعالى «وَلَا تَقْفُ . . .» (١) ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ . . .» (٢).

أقول: إن «الشهادة» من «شهد» بمعنى «حضر» ولكن ليس مطلق الحضور مجوزاً للشهادة، بل لابد من العلم، وسيأتي الكلام في ما يعتبر في حصول العلم. ويدل على اعتبار العلم الكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» قالوا: «لا تقف، أى: لا تتبع» وفي (الصافي): لا تقل (٣). وقوله تعالى: «إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ» (٤) ومن السنة: ما رواه المحقق عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال: وقد سئل عن الشهادة: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع» (٥).

ويدل عليه أخبار أخرى، ومنها:

١ - علي بن غياث: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تشهدن بشهادة

ص: ١٠٩٥

١-١) سورة الاسراء ١٧: ٣٦.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٣-٣) التفسير الصافي ٣: ١٩٢. وفيه: ولا تقف: ولا تتبع. القمي: أى لا تقل ما ليس لك به علم.

٤-٤) سورة الزخرف ٤٣: ٨٦.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٤٢/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٠.

حتى تعرفها كما تعرف كفك» (١).

٢ - السكوني: « عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا تشهد بشهاده لا تذكرها، فإنه من شاء كتب كتاباً ونقش خاتماً» (٢).

فالضابط هو العلم، وبمثل عبارته المحقق قال الشهيد: والضابط في تحمّل الشهاده العلم بالسمع أو الرؤيه أو بهما (٣) والعلامه في (القواعد) قال: ومناطه العلم القطعي (٤)، وعليه صاحب (الجواهر) (٥) وهو الأظهر.

وعن الشيخين والصدوقين وآخرين: العمل بخبر عمر بن يزيد الآتي (٦)، بل في (الدروس) نسبته إلى الأكثر (٧)، بل عن (المختلف) نسبته إلى المشهور بين القدماء (٨)، وهذا نص الخبر بسنده: « محمد بن يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن

ص: ١٠٩٦

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٤١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٠.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٣/٤. كتاب الشهادات، الباب ٨.

٣-٣) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٤.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٠.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٢١.

٦-٦) مختلف الشيعه ٨: ٥١٧ ٥١٨، كشف اللثام ١٠: ٣٤٠، جواهر الكلام ٤١: ١٢٣.

٧-٧) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٤.

٨-٨) رياض المسائل ١٥: ٣٩٨، مختلف الشيعه ٨: ٥٢٠.

أحمد بن محمد، عن الحسن [الحسين] ابن علي بن النعمان، عن حماد بن عثمان، عن عمر بن يزيد قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدني على شهادته، فأعرف خطي وخاتمي، ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً. قال فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له» (١).

وهذه الرواية صحيحة سنداً، وظاهرها كون المناط في الشهادة هو الوثوق ولا حاجة إلى العلم.

وقد أجاب عنها في (الرياض) بعد الإعراف بصحة سندها بالتأمل في شهرتها بين القدماء كما هي، قال: لدلالاتها على اعتبار كون المدعى أيضاً ثقة، ولم يعتبره من الجماعه غير والد الصدوق خاصة، فالعامل بها على هذا نادر (٢).

لكن فيه: أن عدم عمل المشهور بجزء من مدلول الخبر لا يوجب سقوطه عن الاعتبار، بل الأولى تقييدها بصورة حصول العلم العادي بشهادته الثقة كما في (الرياض) (٣) و (الجواهر). قال في (الجواهر): على أنه لم نتحقق نسبته إلى الأكثر (٤).

ولو فرض صلاحيتها للمعارضه مع الأخبار المتقدمه للمعتبره للعلم، فإنه تعارض العموم من وجه، لأن مفهوم تلك النصوص عدم اعتبار الشهاده من دون علم ولا تذكر، سواء حصل الوثوق أو لم يحصل، ومفهوم الصحيحه كفايه شهادته الثقة سواء حصل علم أو لا، فيقع التعارض في صورته الاجتماع بين المفهومين، لكن الترجيح لتلك النصوص، لكثرتها وشهرتها بل تواترها كما عن بعضهم، مضافاً إلى

ص: ١٠٩٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢١/١. كتاب الشهادات، الباب ٨.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٩٩.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ٣٩٨.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٢٣.

أن أخبار اعتبار العلم موافقه للكتاب، قال تعالى: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (١) والموافقه مع الكتاب من المرجحات المسلمه.

هل تجوز الشهاده استناداً إلى الإستصحاب؟

قال في (الجواهر): قد يستفاد من صحيحه معاويه بن وهب وغيره جواز الشهاده بالإستصحاب (٢)، وعن (التنقيح): يكفي حصول العلم بالمشهود به حين التحمل وإن جوز حصول النقيض في ما بعد في كثير من الصور، كالشاهد بدين مع تجويز ردّه، والشاهد بملك مع تجويز انتقاله، والشاهد بزوجه امرأه مع تجويز طلاقها، بل يكفيه الإستصحاب (٣). وفي (الوسائل): «باب جواز البناء في الشهاده على استصحاب بقاء الملك وعدم المشارك في الإرث» (٤).

ثم ذكر ثلاثه نصوص، وهي:

١ - معاويه بن وهب: «قلت له: إن ابن أبي ليلي يسألني الشهاده عن هذه الدار، مات فلان وتركها ميراثاً وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له. فقال: إشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبي ليلي يحلفنا الغموس، فقال: إحلف إنما هو على علمك» (٥).

ص: ١٠٩٨

١-١) سورة الأَسْرَاءِ: ١٧: ٣٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٢٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٢٥، التنقيح الرائع ٤: ٣١٠.

٤-٤) وسائل الشيعه: ٢٧ / ٣٣٦. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

٥-٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٦/١. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

وهو ظاهر في جواز الاستناد إلى العلم الظاهري، وهو الاستصحاب. ٢ معاوية بن وهب: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له العبد والأمة قد عرف ذلك، فيقول: أبق غلامي أو أمتي، فيكلفونه القضاء شاهدين بأن هذا غلامه أو أخته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا كلفناه؟ قال: نعم» (١).

وهو ظاهر في ذلك كسابقه.

□
٣ - معاوية بن وهب: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون في داره، ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندرى ما أحدث في داره ولا ندرى ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار، حتى يشهد شاهداً عدل على أن هذه الدار دار فلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم. قلت: الرجل يكون له العبد والأمة فيقول: أبق غلامي أو أبق أمتي فيؤخذ بالبلد، فيكلفه القاضي البينه أن هذا غلام فلان، لم يبعه ولم يهبه، أفنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً؟ فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أخته، أو غاب عنك لم تشهد به» (٢).

لكن الجواب عن هذه النصوص هو أن صريح الامام عليه السلام في ذيل الخبر الأخير المنع عن الشهادة استناداً إلى الإستصحاب، واحتمال الشيخ المجلسي في (مرآة العقول) أن يكون « لم تشهد» استفهاماً إنكارياً (٣)، خلاف الظاهر، وبذلك تسقط الأخبار عن الاستدلال، على أنه يحتمل صدور الخبرين الأولين عن تقيه.

ص: ١٠٩٩

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٧.

٣-٣) مرآة العقول ٢٤: ٣٣٢/٤.

قال في (الجواهر): وربما توهم من هذا ونحوه أن العلم معتبر في الشهاده حال التحمل لا- حال الأداء، وقد سمعت عبارته
الدرس (١).

قلت: مورد عبارته (الدروس) فرع آخر، فهناك يلزم الذكر بما كتب ويشترط في حال الأداء، وهو فيما نحن فيه متذكر حال
الأداء وغير شاك في وقوع العقد مثلاً، إلا أنه يشك في بقاء تلك الزوجيه وعدمه.

ثم أجاب رحمه الله بأن هذا الكلام مجمل، ضروره أن من الواضح اعتبار الجزم والعلم في الشهاده كتاباً وسنّه، كما عرفت، بل
قد عرفت تعريفها بذلك، فلا يكون الشاهد شاهداً وهو غير عالم، وحينئذ فالمراد بالشهادة بالإستصحاب إن كان بالمستصحب
فهى شهادة بعلم لا بالإستصحاب، وإن أُريد بالشهادة بالإستصحاب، بمعنى الشهاده الآن بشغل ذمته وكونها زوجته وإن لم يكن
عالمًا بذلك بل كان مستند ذلك علمه السابق، فلا ريب في عدم صدق تعريف الشهاده عليه.

وحيئنذ، فلا بدّ من حمل الخبر المزبور على جواز الشهاده لحصول ضرب من العلم، أو لأن الاستصحاب كاف ولكن القضاء لا
يكتفون إلا بالشهادة على الوجه المزبور، فسوغ له ذلك استنقازاً لمال المسلم، أو على غير ذلك، كما أنه يجب إرادته ما يكون
به الشاهد شاهداً من التحمل المزبور، لا- أن المراد به الفرق بين الشهاده حال الأداء وحال التحمل، إذ هو واضح الفساد، لأن
الشهادة حال واحد ومعنى واحد، كما هو واضح.

ص: ١١٠٠

قال في (الجواهر): وأما ما روى من جواز الشهادة على إقرار المرأة إذا حضر من يعرفها، فمبنى على استثناء مسأله التعريف من الضابط المزبور، ففي خبر ابن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام: « لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة وليست بمسفره إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها. . . » (١).

قال: ولكن في صحيح الصفار قال: « كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها محرم، هل يجوز له أن يشهد عليها من وراء الستر ويسمع كلامها، وإذا شهد رجلا ن عدلان أنها فلانه بنت فلان التي تشهدك، وهذا كلامها، أو لا تجوز له الشهادة عليها حتى تبرز ويثبتها بعينها؟ فوقع عليه السلام: تتقب وتظهر للشهادة (٢) » (٣).

وهذا الخبر عندنا مجمل، وقد حمل على التقيه (٤)، ولم يظهر لنا وجه هذا الحمل.

في مستند الشهادة:

١ - المشاهدة

قال المحقق قدس سره: « ومستندها إما المشاهدة أو السماع أو هما. . . » (٥).

ص: ١١٠١

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠١/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٣.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٢٧.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٢٧.

٥-٥) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

أقول: قد تقدم أن الضابط في الشهادة هو « العلم » وأن الشهادة بلا علم غير مسموعه، ثم إن حصول العلم بالشئ يكون بواسطة الحواس غالباً، فالمبصرات بالإبصار، والمسموعات بالسمع وهكذا. . . ومقتضى كون الضابط هو « العلم » أن يكون للإبصار والسمع وغيرهما طريقيه لا- موضوعيه، لكن ظاهر قول المحقق: « فما يفتقر إلى المشاهده: الأفعال، لأن آله السمع لا تدركها، كالغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط، فلا- يصير شاهداً بشئ من ذلك إلا- مع المشاهده » (١). هو الموضوعيه للإبصار في المبصرات، مع أن الإنسان كثيراً ما يحصل له العلم بسمع شئ من المبصرات وكأنه قد رآه.

وحيث أن الشرط في المبصرات عند المحقق هو الإبصار من غير مدخله للسمع فيه، قال:

« ويقبل فيه شهاده الأصم. وفي روايه: يؤخذ بأول قوله لا بثانيه، وهي نادره » (٢). فإذا رأى بعينه قبلت شهادته مطلقاً وإن كان أصم، وأما الروايه فهي:

□
جميل قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده الأصم في القتل. فقال: يؤخذ بأول قوله ولا يؤخذ بالثاني » (٣).

وقد أجاب عنها بكونها « نادره » .

وكيف كان، فإن الكلام في اشتراط المشاهده في الأفعال، مع أن الضابط في الشهاده هو العلم، وأن أدله قبول شهاده العالم العادل عامه، ومن هنا أشكل فيه

ص: ١١٠٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٠/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٢.

جماعه، قال السبزواری: « وفيه إشكال، إذ السماع قد يفيد العلم» (١). وقال كاشف اللثام: « ولعله يمكن استناد الشهاده فيها إلى التواتر، فإنه يفيد العلم كالمشاهده، ويجوز أن يكون مراد الأصحاب بالاستناد إلى المشاهده ما يعم الاستناد إليها بلا واسطه أو بها» (٢).

وقال صاحب (الرياض): « ويشكل فيما لو أفاده، لعدم دليل على المنع حينئذ، مع عموم أدله قبول شهاده العالم.

وإلى هذا الإشكال أشار المولى الأردبيلي، فقال بعد أن نقل عنهم الحكم بعدم كفايه السماع فيما مرّ من الأمثله: وفيه تأمل، إذ يجوز أن يعلم هذه الامور بالسماع من الجماعه الكثيره بقرائن أو غيرها، بحيث يتيقن ولم يبق عنده شبهه أصلاً، كسائر المتواترات والمحفوظات بالقرائن، فلا مانع من الشهاده حينئذ لحصول العلم (٣). ونحوه صاحب (الكفايه). وهو في محله.

إلا أن ظاهر كلمه الأصحاب الإطباق على الحكم المزبور، فإن تم حجه وإلا فالرجوع إلى العموم أولى، إلا أن يمنع بتخيل أن ما دلّ عليه متضمن للفظ الشهاده، وهى لغه الحضور، وهو بالنسبه إلى العالم غير المستند علمه إلى الحس من نحو البصر وغيره مفقود، إذ يقال له عرفاً ولغه: إنه غير حاضر للمشهود، واشتراط العلم المطلق فيما مر من الفتوى والنص غير مستلزم لكفايه مطلقه بعد احتمال أن يكون المقصود من اشتراطه التنبيه على عدم كفايه الحضور الذى لم يفد غير الظن، وأنه لا بدّ من إفادته العلم القطعى، ومحصله حينئذ أنه لا بدّ مع الحضور من العلم، إلا أن مطلقه يكفى.

ص: ١١٠٣

١-١ (١) كفايه الأحكام ٢: ٧٦٤.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٣٤١.

٣-٣ (٣) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٤٤٤.

هذا، وربما كان في النبوى ونحوه إشعار باعتبار الرؤيه ونحوها مما يستند إلى الحس الظاهرى، مع أن القطع المستند إلى الحس الباطنى ربما يختلف شدّه وضعفاً، ولذا يتخلف كثيراً، فلعلّ الشاهد المستند علمه إليه يظهر عليه خلاف ما شهد به، فكيف يطمئن بشهادته؟

وهذا الخيال وإن اقتضى عدم الإكتفاء بالعلم المستند إلى التسماع والإستفاضه فيما سيأتى، إلا أن الإجماع كاف فى الإكتفاء به فيه، مضافاً إلى قضاء الضروره ومسيس الحاجه، اللذين استدلّوا بهما للاكتفاء به فيه، وهذا أوضح شاهد على أن الأصل فى الشهاده عندهم القطع المستند إلى الحس الظاهرى، إعتباراً منهم فيها للمعنى اللغوى مهما أمكنهم. وهذا الوجه من الخيال وإن كان ربما لا يخلو عن نظر، إلا أن غايه الإشكال الناشئ من الفتاوى والعمومات الرجوع إلى حكم الأصل ومقتضاه، ولا ريب أنه عدم القبول. فاذاً، الأجود ما قالوه لكن مع تأمل» (١).

قلت: وبالتأمل فى هذا الكلام يظهر عدم ورود نقض (الجواهر) باقتضائه عدم صحه الشهاده لنا لأمر المؤمنين بنصب النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم له إماماً يوم غدير خم، ولا على أبى بكر وعمر بغصب فدك من الزهراء... ونحو ذلك من الامور الواصله إلينا بالتواتر أو بالأخبار المخفوفه بالقرائن، قال: بل يقتضى هذا الكلام أن لا تكون الشهاداتان شهاده حقيقه، لعدم الحضور فيها (٢)... وذلك، لأن صاحب (الرياض) وإن قال بأن اشتراط كون العلم فى الشهاده عن حس هو

ص: ١١٠٤

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٦٣ - ٣٦٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٣٠.

الأصل، لكنه قيده بصورة الإمكان، ونصّ على قبول الشهادة مع العلم غير المستند إلى الحس في موارد، لميسس الحاجة وقضاء الضرورة، وادعى الإجماع على القبول في تلك الموارد.

وبعبارة أخرى: إن الشهادة لغه الحضور، وأداء الشهادة لغه وعرفاً: إظهار العلم والإخبار عنه، فإن كان المشهود به من الأمور الحسيّة التي يمكن الإخبار بها عن حس، بأن يحضر الأمر فيشاهده أو يسمعه، فهذا لا تقبل الشهادة فيه إلا كذلك، وإن كان من الأمور الاعتقاديّة كالشهادتين، فالشهادة فيه إخبار عن الاعتقاد الجازم وإظهار للعلم القطعي به، وإن كان من الأمور الحسيّة لكن الإخبار عنه بالعلم المستند إلى الحس متعذر، لوقوعه في الزمان السابق كواقعه غدیر خم، أو متعسّر لصعوبه الحضور عنده لبعده عن مكانه وبلده، فيكفي في الشهادة العلم الحاصل بالتواتر ونحوه.

ولا ينافي ما ذكر كون الأصل في الشهادة الحضور، بل قد ورد الشهادة في اللغة بمعنى الإخبار عن جزم كما هو المصطلح عليه شرعاً.

وبالجملة، لا يرد على (الرياض) شيء مما ذكر صاحب (الجواهر)، إذ الأصل الذي ذكره يعتبر مهماً أمكن، وعليه السير العقلائيّه كما أشار هو إليها، وهذه السير متصله بزمان المعصوم، ولعل في قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم «على مثلها فاشهد أودع» (١) إشاره إلى ذلك، أي: إن رأيت الأمر كما ترى الشمس فاشهد وإلا فذبح الشهادة وإن حصل لك العلم عن طريق غير الرؤيه (٢) ..

ص: ١١٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣/٣٤٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٠.

٢- (٢) هذا لا يخلو عن تأمل، وإن كنا ذكرناه بعنوان «لعل» .

وبالاعتبار « مهما أمكن » يجمع بين الأصل وما تقدم من أن الضابط هو العلم. . .

وأما كلمات الأصحاب كالمحقق ومن تبعه، فظاهرها التنافي للضابط المذكور كما أشرنا، وهذا ما لا يخفى على من راجعها في كتبهم مثل (التنقيح) (١) و (التحرير) (٢) و (المسالك) (٣) . .

وبذلك تعرف ما في كلام كاشف اللثام وكلام (الجواهر) : بل لعلّ الأصحاب لا يخالفون في ذلك، وإنما غرضهم في الكلام المزبور استثناء ما يثبت بالسمع وإن لم يصل إلى حدّ العلم في الامور السبعة أو الأزيد كما تعرف، لا اعتبار كون الشهاده بطريق البصر بحيث لا يجوز غيره، وإن حصل العلم القطعى حتى بالتواتر ونحوه مما ينتهى إلى المشاهده أيضاً بالواسطه. . .

فإن الحمل المذكور يخالف ظواهر كلماتهم.

٢ - السماع

قال المحقق قدّس سرّه: « ما يكفى فيه السماع، فالنسب والموت والملك المطلق لتعذر الوقوف عليه مشاهدته في الأغلب، ويتحقق كلّ واحد من هذه بتوالى الأخبار من جماعه لا يضمهم قيد المواعده، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم. وفي هذا عندى تردد » (٤).

أقول: ليس الوقوف على بعض ما ذكر متعذراً كذلك.

ص: ١١٠٦

١-١ (١) التنقيح الرائع ٤: ٣٠٩ ٣١١.

٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ٥: ٢٦١ - ٢٦٥.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٦.

٤-٤ (٤) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

ثم إن قسيم المشاهده هو السماع كما ذكر هو وغيره، والذي يكفى فى هذه الامور هو التسامع المسمى بالشياع تاره وبالاستفاضه أُخرى، كما ذكره هو رحمه الله أيضاً، وهذا غير السماع، ومن هنا قال فى (الجواهر): « فلا إشكال فى سماجه العبارة وما شابهها » ثم قال: « وأسمجها عبارة الدروس المزبوره » (١) يعنى قول الشهيد: « والضابط فى تحمل الشهاده العلم بالسماع أو الرؤيه أو بهما، فيكفى الإستفاضه فى تسعه. . . والمراد بها إخبار جماعه يتاخم قولهم العلم وقيل: يحصّله، وقيل: يكفى شاهدان على اعتبار الظن » (٢). وذلك لتصريحه بالإستفاضه متفرعه بالفاء على السماع.

قال فى (الجواهر): « نعم، أحسنها عبارة الإرشاد حيث قال فى ذكر شرائط الشاهد: العلم وهو شرط فى جميع ما يشهد به، إلا النسب و (٣). . . فقد اكتفى فى ذلك بالإستفاضه بأن يتوالى الأخبار. . . » (٤).

حيث جعل « الإستفاضه » بالمعنى الذى ذكره مقابلاً للعلم.

وكيف كان، فقد ذكر المحقق هنا تحت عنوان « ما يكفى فيه الإستفاضه » ثلاثه أمور، وفى (النافع) أربعه، بخذف الموت وزيادة النكاح والوقف (٥)، وذكر بعضهم أقل من الثلاثه حتى اقتصر بعضهم على النسب فقط، وبعضهم أكثر من ذلك، ومنهم المحقق نفسه فى قضاء (الشرائع) وسنذكر عبارته قريباً، حتى ذكر فى

ص: ١١٠٧

-
- ١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٣١.
 - ٢-٢) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٤.
 - ٣-٣) إرشاد الأذهان ٢: ١٦٠.
 - ٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٣١ - ١٣٢.
 - ٥-٥) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣، المختصر النافع: ٢٨١.

(الجواهر) قولاً بكفايه الإستفاضه فى ستة وعشرين أمراً (١).

فهل المراد من القبول فى هذه الامور عدم اشتراط العلم فيها، أو أنه يشترط ولكن لا- يشترط استناده إلى الحس؟ الظاهر: هو الأول.

وقد ذكر المحقق فى كتاب القضاء فى الامور التى ثبت بالإستفاضه ما نصّه: « ثبت ولاية القاضى بالإستفاضه، وكذا يثبت بالإستفاضه النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق» (٢). فزاد فيها أموراً على ما ذكر هنا.

فأوضح صاحب (الجواهر) معنى الإستفاضه بقوله: التى تسمى بالشياع، الذى يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه، خصوصاً قبل حصول مقتضى الشك، بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعاً أو حكماً، وحينئذ، فلا ريب فى الإكتفاء به قبل حصول مقتضى الشك، أما معه، فقد يشك فيه، لكن فى غير الولايات التى جرت السيره بالإكتفاء بها بمثل ذلك (٣)، وهذا ظاهر فى كون الإستفاضه بنفسها حجه وإن لم يحصل منها الإطمينان الشخصى، لأنها تفيده نوعاً، وقد فصّلنا الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء، فراجع.

هذا، وما الدليل على كفايه الإستفاضه فى هذه الامور؟

قال فى (الجواهر): « لم نعثر فى شىء من النصوص الواصله إلينا على ما يستفاد منه حكم ذلك إلا مرسل يونس... والخبر المشتمل على قضيه إسماعيل... » قال: « وقد ذكرناهما فى كتاب القضاء، وذكرنا الكلام فيهما، وقد اشتمل الأول

ص: ١١٠٨

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٢، والظاهر سبعة وعشرين. لأنه بعد ما عدّ القول بكفايه العشره قال: بل قيل بزياده سبعة عشر إليها. فلاحظ.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ٧٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤٠: ٥٥.

منهما على غير ما ذكره الأصحاب.

وكيف كان، فقد اتفق الجميع على ثبوت النسب به» (١).

قلت: وقد ذكرنا نحن هناك الإشكال في الاستدلال بالمرسله، أما الصحيحه فقلنا بأنها « صريحه في اعتبار الشيعه بين الناس وترتيب الأثر عليه بأن لا يأتي الإنسان بما يخالف مقتضاه» .

وأما الإشكال على الصحيحه: باشمالها على معصيه إسماعيل لأبيه عليه السلام وهو بعيد جداً، فيندفع بحمل نهى الإمام عليه السلام على الإرشاد، فدلاله الصحيحه على حجيه الشيعه تامه، اللهم إلا- على احتمال أن يكون مراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص، لا ترتيب الأثر على مقتضى الشيعه في حقه. . . وهذا ما ذكرناه في كتاب القضاء. . . لكن ظاهر قوله عليه السلام: « إن شارب الخمر لا يزوج. . . » (٢) بل قوله عليه الصلاة والسلام: « ولا تأتمن شارب الخمر » (٣) هو أن من شاع عنه ذلك يجوز نسبه إليه، فتدبر.

وكيف كان، ففي قيام السيره على الإكتفاء بالإستفاضه إلا في حال وجود منكر كما سيأتي كفايه، والصحيحه إمضاء لها. . .

هذا كله بالنسبه إلى حجيه الشيعه والإستفاضه.

حكم الشهاده استناداً إلى الإستفاضه

إنما الكلام في حكم الشهاده استناداً إلى الإستفاضه، والتحقيق: إنه يدور

ص: ١١٠٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٢ - ١٣٣.

٢-٢) وسائل الشيعه ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعه، الباب ٦.

٣-٣) وسائل الشيعه ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعه، الباب ٦.

أمر الشهادة استناداً إلى الإستفاضه مدار « العلم » المأخوذ في الضابطه، من حيث الطريقيه أو الموضوعيه. فعلى الموضوعيه، يشترط تحقق العلم، والأثر يترتب عليه دون غيره إلا بدليل خاص، وقد عرفت عدم دلالة الصحيحه إلا على حجيه الإستفاضه، من غير تعرّض لباب القضاء والشهادة، فإن إثبات الحجيه لموضوع أمر وجواز الشهاده أو القضاء استناداً إليه أمر آخر، ومن هنا يظهر أنه لا تعارض بين الصحيحه وحديث: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (1) حتى يجمع بينهما بالعموم والخصوص، خلافاً لقضاء (الجواهر) ، ووفقاً له هنا. وعلى الجملة، فإن ما يفيد حجيه الإستفاضه يثبت حكماً ذاتياً لها، ولا علاقته له بحكم طارئ على الإستفاضه، وهو جواز أو عدم جواز الشهاده استناداً إليها. وعلى الطريقيه كما هو الظاهر المستفاد من كلمات جماعه من المحققين كما تقدم نظير العلم المأخوذ في « كل شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قدر » (2).

فإن كلّ ما ثبت طريقيته يقوم مقام العلم في جواز الإستناد إليه في الشهاده، ومن ذلك الإستفاضه، فيجوز الشهاده استناداً إليها، ويكون المراد من الحديث « إنما أفضى . . . » هو القضاء بين الناس بحسب الحجج الظاهرية، فيقضى بالبينه واليمين من حيث كونهما حجّتين، فلا تعارض كذلك بين الحديث والصحيحه، بل تتقدّم الصحيحه عليه بالحكمه أو الورود.

فهذا هو التحقيق والملاك في المقام ونظائره، وبما ذكرنا يظهر لك ما في بعض الكلمات.

ص: ١١١٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٣: ٤٦٧/٤. أبواب النجاسات، الباب ٣٧، وفيه: كلّ شيء نظيف . . .

وكيف كان، فقد قام الدليل الخاص وهو الاتفاق كما في (الجواهر) على ثبوت النسب بالشهادة المستنده إلى الإستفاضه (١).
وفي (المسالك) التشكيك في ثبوته بالنسبه إلى الأم والجدّات، لإمكان رؤيه الولاده (٢).

وأشكل عليه في (الجواهر) : بأن ذلك وإن كان ممكناً، إلا أنه لا يطلع غالباً إلا النساء بالأقارب منهن، ولذا اكتفى بشهادتهن، فهو في الحقيقه مما لا يمكن رؤيته في العاده، على أنه بالنسبه إلى الجدّات العاليات غير ممكن، لأن شهاده الفرع في الثالثه غير مسموعه، والتواتر بحيث يرجع إلى محسوس في طبقه الاولى متعذر أو متعسر، ومن هنا أطلق الأصحاب النسب من غير فرق بين الأب والأم (٣).

وفي (المسالك) أيضاً: ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبه الناس أن لا يعارضهم ما يورث التهمه والريبه، فلو كان المنسوب إليه حياً فأنكر لم تجز الشهاده. . .

وهل يقدر في ذلك طعن من يطعن في النسب؟ وجهان، أظهرهما: مراعاة الشرط، وهو الظن المتأخّم أو العلم (٤).

قلت: وقيام السيره على ما ذكره غير بعيد، ولعلّ هذا منه تقييد للقبول، وإلا فهو رحمه الله يقول بثبوت النسب بالشهاده المستنده إلى الشيعاء والإستفاضه. . . لكن معقد الإجماع المدعى هو القبول مطلقاً.

قال المحقق: « وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحملاً

ص: ١١١١

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٨.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٣٣.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٢٩.

وشاهد أصل لا شاهداً على شهادتهما، لأن ثمره الإستفاضه الظن وهو حاصل بهما. وهو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد» (١).

أقول: إن كان الشيخ قد استفاد من دليل حجيه الإستفاضه كون ملاك حجيتها هو إفاده الظن، فكلّ ظن حجه، توجه عليه نقض المحقق، لأنه ليس مطلق الظن بحجه، بل الظن الحاصل من خصوص الإستفاضه. . . لكن استفاده الشيخ ذلك من دليل حجيه الإستفاضه غير معلومه، ولذا قيد بالعدلين، ولا يبعد أن يكون الشيخ قد جعل (العلم) فى ضابط الشهاده بما هو طريق لا بما هو موضوع، وحينئذ، تقبل الشهاده المستنده إلى الحجه وإن لم تكن بعلم، وشهاده العدلين حجه.

ص: ١١١٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

فرع: (هل يتحقق التحمل لو سمعه يقول للكبير هذا ابني وهو ساكت؟)

قال المحقق قدس سرّه: « لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني وهو ساكت، أو قال: هذا أبى وهو ساكت، قال فى المبسوط: صار متحماً، لأن سكوته فى معرض ذلك رضا بقوله عرفاً (١)، وهو بعيد، لاحتفاله غير الرضا» (٢).

قال صاحب (الجواهر): وهو جيد إن انضم إلى ذلك قرائن أفادت العلم بالحال، أما السكوت من حيث أنه سكوت، فبعيد كونه دالاً على الرضا عرفاً، بل ممنوع (٣) . . .

أقول: والإنصاف أن مفروض المقام ليس بأقل من الشيعاء، بل إنه لا ينفك من العلم العادى، إلا إذا انضم إليه ما يوهنه كما لو أنكروا، فما ذهب إليه الشيخ فى (المبسوط) فى غايه المتانه، لكنه لا يتم إلأعلى الطريقيه، لأن السكوت فى هذا الموضوع طريق إلى الإقرار لا أنه مثبت للنسب.

وأما قوله: لأن السكوت فى معرض ذلك رضا.

ففيه: إنه لو لم نقل بأنه إقرار، فإنه لا مدخلية الرضا بكونه ولداً له، أو الرضا

ص: ١١١٣

١-١) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٨١، بتفاوت.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٣٦.

بمضمون كلامه، لثبوت النسب، ولو قال: أنا راض بكونه ولدًا لى لم يثبت به النسب، فمن يقول بترتب الأثر على هذا الكلام لا يقول إلا- من جهة أن كلام المدعى فيه نظير كلام ذى اليد، مع أنه بلا معارض، وسكوت الطرف فى موقع الإنكار دليل على تصديق قوله، لا إنه كاشف عن الرضا.

ص: ١١١٤

تفريع على القول بالإستفاضه:

الفرع الأول: (الشاهد بالإستفاضه لا يشهد بالسبب)

قال المحقق قدس سره « الشاهد بالإستفاضه لا يشهد بالسبب » (١).

أقول: إنه على القول بحجيه الإستفاضه وثبوت الأمور المذكوره بها، وجواز الشهاده فيها استناداً إلى الإستفاضه، فإن على الشاهد أن يشهد مستنداً إلى الإستفاضه في ثبوت أصل الملك، وأما أن يشهد بسبب حصول الملك مثل البيع والهبه والإستغنام فلا، لأن السبب المذكور لا يثبت بالإستفاضه، بل الذى يثبت بها هو الامور المخصوصه المذكوره، فلا يجوز للشاهد أن يعزى الملك إلى ذات السبب مع فرض إثباته بالشهاده المستنده إلى الإستفاضه، وإلا كان كاذباً في النسبه المزبوره التى لا طريق له شرعى ولا عرفى إلى تحققها كى يشهد بها.

نعم، له أن يقول: هذا ملك فلان، والناس يقولون انه قد اشتراه مثلاً. فيشهد بأصل الملك جازماً به، ويذكر مستنده في الشهاده بالسبب وهو الشراء.

هذا إذا كان السبب من الامور التى لا تثبت بالإستفاضه.

وأما إذا كان من جمله الامور المخصوصه، كالموت، صحت شهادته، ولذا

ص: ١١١٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

« أما لو عزاه إلى الميراث صح، لأنه يكون عن الموت الذى يثبت بالإستفاضه» (١).

فإذا سمع الشاهد بالإستفاضه أن هذا ملك زيد ورثه عن أبيه الميت، فله أن يشهد بالملك وسببه، لأنهما يثبتان بالإستفاضه. بخلاف ما إذا سمع مستفيضاً إن هذا الملك لزيد اشتراه من عمرو، فله أن يشهد بالملك المطلق لا بالبيع، لأن البيع لا يثبت بالإستفاضه، فلو فعل ذلك على وجه لا يكون كاذباً كما أشرنا، ففى قبول شهادته بالملك دون السبب وجهان، اختار المحقق الأول حيث قال:

« والفرق تكلف، لأن الملك إذا ثبت بالإستفاضه لم تقدر الضميمة، مع حصول ما يقتضى جواز الشهاده» (٢).

أى: إن الشهاده تسمع حينئذ فى الملك وتلغو الضميمة وهى السبب الذى لا يثبت بالإستفاضه، وذلك لوجود المقتضى للقبول فى الملك، وهو الإستفاضه دون السبب.

والوجه الثانى هو: عدم القبول، لأنها شهاده واحده وهى لا تبعض.

قلت: إذا كانت شهاده واحده كما إذا قال: هذا ما اشتراه زيد من عمرو، حيث يشهد بالشراء ولازمه ثبوت الملك، أشكل القبول، لأنها شهاده واحده، وليست شهاده بأمر منضمماً إليها أمر آخر، ولأن عدم ثبوت الفصل وهو الشراء يقتضى عدم ثبوت الجنس الذى فى ضمنه وهو الملك، والفرض عدم استفاضته إلا به.

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٣.

قال في (الجواهر): اللهم إلا أن يقال إن ذلك من قبيل السرقة بالنسبة إلى المال دون القطع، ومرجعه إلى إجراء الأحكام صرفاً لا إثبات موضوع (١)(٢).

قال في (المسالك): « وتظهر الفائدة فيما لو كان هناك مدّع آخر وله شهود بالملك وسببه من غير استفاضه، فإن بينته ترجح على بينه هذا الذي لم يسمع إلا- في المطلق المجرد عن السبب، وفي القسم الأوّل يعنى الذى يثبت فيه السبب بالإستفاضه يتكافئان. ولو كانت بينه الآخر شاهده له بالملك المطلق رجحت بينه هذا يعنى ذى السبب الذى يثبت بالإستفاضه فى الأوّل عليه، وكافئت بينه الآخر يعنى الذى لم يثبت سببها بالإستفاضه فى الثانى» (٣).

نعم، بناء على أن شهاده البينه جازمه، والشهاده المستنده إلى الإستفاضهبناء على أنها لا- تفيد العلم ظنيّه، والظنيّه لا تعارض الجازمه، تكون الاولى هي المرجحه.

ص: ١١١٧

١- (١) جواهر الكلام ٤١: ١٣٧.

٢- (٢) لم يتضح لنا معنى هذا الكلام، وفي السرقة جهتان: حق الناس وقد تقرر ثبوت الحق المالى بشاهد ويمين المدعى، وحق الله وهو الحد، وقد تقرر أن الحد لا يجرى إلا بالبينه، وليس فى ما نحن فيه جهتان، بل هو الملك مع خصوصيه حصوله بالشراء مثلاً لا بالهبه مثلاً.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٢.

الفرع الثاني: (إذا شهد بالملك مستنداً إلى الإستفاضه هل يفتقر إلى مشاهدته اليد؟)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا شهد بالملك مستنداً إلى الإستفاضه هل يفتقر إلى مشاهدته اليد والتصرف؟ الوجه: لا » (١).

أقول: إذا شهد بالملك مستنداً إلى الإستفاضه وقد شاهد اليد والتصرف فلا إشكال في جواز هذه الشهاده وسماعها، إنما الكلام في افتقار هذه الشهاده في جوازها للشاهد أو سماعها للحاكم إلى مشاهدته اليد والتصرف، فالوجه عند المحقق هو أنه لا يشترط ذلك، لما تقدم من أن الملك المطلق يثبت بالإستفاضه التي كانت حجه، فكما لا -حاجه في شهادته البيئه وقبولها إلى ضمّ ضميمه، لحججه البيئه، فكذلك الإستفاضه، فإذا شهد العدل به استناداً إليه قبلت شهادته. ووجه عدم القبول إلا مع المشاهده هو إمكان الإطلاع على أسباب الملك، فلا بدّ من ضميمه ما يفيد القوه للشهاده، لضعف دلاله الإستفاضه على الملك ويقوم مقام السبب من اليد والتصرف.

وأجيب عنه في (المسالك) و (الجواهر) بأن اليد والتصرف ليسا من الأسباب بل هما طريقان، فلو فرض اشتراط الإطلاع على السبب لم يقوما مقامه،

ص: ١١١٨

وإن كانا ظاهرين في الملك (١).

لو تعارض اليد والسمع المستفيض فأيهما المرجح؟

قال المحقق: « أما لو كان لواحد يد وللآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأن السماع قد يحتمل إضافه الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، ولا تزال اليد بالمحتمل » (٢).

أقول: هل المراد من « اليد » في هذه العبارة يد المدعى المجردة، أو اليئنه المستنده إلى اليد؟

قد تقرّر أن للحاكم أن يحكم استناداً إلى الإستفاضه، وبدليل حجيتها يقيد إطلاق « إنما أفضى بينكم باليئنات والأيمان »، فلو كان المحكوم عليه ذايده، تقدّم قول المدعى الذي حكم له الحاكم استناداً إلى الإستفاضه، إذ اليد لا تقاوم حجه من الحجج، بل لو لم يكن للمدعى شىء أصلاً أقسم الحاكم صاحب اليد، فإن نكل حكم عليه وانتزعت العين من يده، وهذا يكشف عن أنه لا أثر لليد في مقابل الإستفاضه وغيرها من الحجج، ومنه يظهر أن مراد المحقق من « اليد » ليس اليد المجردة، بل المراد تعارض اليئنه المستنده إلى اليد مع اليئنه المستنده إلى الإستفاضه، وقد تقرّر في كتاب القضاء تقدم الاولى على الثانيه لأنها أقوى، من جهه اعتضادها باليد.

هذا كلّه، إن كان المراد بيان وظيفه الحاكم.

ص: ١١١٩

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٣، جواهر الكلام ٤١: ١٣٨. بتفاوت.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٤.

وإن كان المراد وظيفه الشاهد الذى يرى العين بيد واحد وقد شاع كونها لآخر، فلأيهما يشهد؟ هنا يمكن القول بأنه يشهد لصاحب اليد، لما ذكرنا من أن السيره قائمه على الشهاده استناداً إلى الإستفاضه فى حال عدم وجود ما يوهن الإستفاضه، فلو حصل سقطت الإستفاضه عن الحجيه، فلا تعارض حتى يقال بترجيح اليد. ومن هنا أيضاً يظهر أن المراد من قوله « فالوجه ترجيح اليد» أن وظيفه الحاكم حينئذ ترجيح اليينه المستنده إلى اليد على المستنده إلى الإستفاضه.

ثم إنه بناء على ما ذكره المحقق، من أن السماع قد يحتمل إضافة الإختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، نقول: إن الأمر يدور مدار الظهور، فإن كان للسماع ظهور فى الملكيه، فلا محذور فى تقدم اليد على هذا الظهور، وإلا فلا أثر لليينه المستنده إليه كذلك.

وقد أشكل فى (المسالك) على المحقق: بأن ما ذكره إنما يتم إذا كان محصل السماع أن هذه الدار مثلاً لفلان، فإن اللام تحتمل الملك والاختصاص الذى هو أعم منه، أما إذا كان محصله أن « الدار ملك فلان» فلم يتم، لأنه صريح فى المقصود، بخلاف اليد. ولا بدّ من فرض المسأله على الوجه الأول، ليتم التعليل ويناسب الحكم المتقدم من ترجيح الملك على اليد، وإن كان إطلاق اليينه المستنده إلى الإستفاضه أعم من ذلك (١).

وقد وافقه صاحب (الجواهر) فى هذا الإشكال، ثم أشكل على التفصيل المذكور (٢).

ص: ١١٢٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٣٩.

وعلى الجملة، إنه إن استند إلى الإشاعة على الملك وشهد على الملك، تقدّم السماع على اليد، وإن كان المشاع هو الاختصاص فشهد بالملك استناداً إلى تلك الإشاعة أخذاً بظهور الاختصاص في الملك فاليد مرجحه على السماع.

ص: ١١٢١

قال المحقق قدس سره: « لا ريب أن المتصرف بالبناء والهدم والإجاره بغير منازع يشهد له بالملك المطلق » (١).

أقول: التصرف الظاهر في الملكيه كالهدم والبناء، والبيع والشراء، تجوز الشهاده بالملكيه استناداً إليه، وقد شرط المحقق عدم منازع ينازعه في ذلك، فإن وجد فلا يشهد لو هن الكاشفيه.

وفي (المسالك): واعتبر في التصرف التكرر، لجواز صدور غيره من غير المالك كثيراً (٢).

وعن (المبسوط) عدم كفايه التصرف في نحو الشهر والشهرين (٣). لكن عن (الخلاف) التصريح بعدم الفرق بين الطويله والقصيره (٤).

ويدل على ما ذهب إليه المحقق السيره المستمره، فإن الناس يتعاملون مع من

ص: ١١٢٢

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٤.

٢- (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٥.

٣- (٣) المبسوط ٨: ١٨٢. عنه مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٥.

٤- (٤) كتاب الخلاف ٦: ٢٦٤، المسأله ١٤. عنه مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٥.

تصدر منه تلك التصرفات العاملة مع المالك، فيشترون منه ويستأجرون، ومن اشترى منه الشيء حلف على أنه ملك له.

ويدل عليه أيضاً: الإجماع عن الشيخ في (المسالك) وغيره (١).

وقد يستدل له بخبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له، فلعلّه لغيره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفيحلّ الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعلّه لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق» (٢).

فإنه وإن لم يكن فيه لفظ «التصرف» لكن فيه دلالة على ذلك، بعموم قوله عليه السلام فيه: « لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق». إلا أن المحقق يفرق بين «التصرف» و «اليد»، فلا يجوز الشهادة استناداً إلى اليد، كما ستعرف.

وهذا الخبر وإن كان ضعيفاً سنداً إلا أنه منجبر بالشهرة، وفي (المسالك): إنه موافق للقوانين الشرعية، ولكن لم نعثر على غيره من النصوص، وقد ناقش في (الجواهر) في دلالته، كحديث فدك الذي استدلل به في (الرياض) بعد خبر حفص قائلًا: قريب منه الصحيح المروي في الوسائل عن علي عليه السلام في حديث فدك، إنه قال لأبي بكر: «تحكم فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين؟ قال: لا.

ص: ١١٢٣

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢٥.

قال: فإن كان يد المسلمين على شيء يملكونه ادّعت أنا فيه، من تسأل البيه؟ قال: إياك أسأل البيه على ما تدّعيه على المسلمين. قال: فإذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون تسألني البيه على ما في يدي وقد ملكته في حياهِ رسول الله وبعده، ولم تسأل المؤمنين البيه على ما ادّعوه على كما سألتني البيه على ما ادّعيت عليهم. الخبر» (١).

بأن الدلالة على أصل الملكيه شيء، وجواز الاستناد إلى التصرف أو اليد في الشهاده عليها شيء آخر، على أنه ليس في خبر حفص تعرض للتصرف، اللهم إلا- أن يكون بينه وبين اليد ملازمه، لا سيما في المدّه الطويله، لكن ظاهر المحقق نفيها، وأنه لا يدلّ قوله عليه السلام: «لو لم يجز. . .» على جواز الشهاده استناداً إلى التصرف، إذ لا يختل بعدم الشهاده استناداً إليه أمر السوق ومعاش المسلمين، بخلاف اليد، فإن ذلك يلزم من عدم جواز الشهاده استناداً إليها قطعاً.

قلت: قد ذكرنا سابقاً أنه إن كان العلم المأخوذ في ضابط الشهاده طريقاً، فإن كلاً من التصرف واليد ونحوهما طريق، ولعلّ هذا مراد (المسالك) من موافقه خبر حفص للقواعد (٢)، وإلا فمن البعيد القول بأن دليل كاشفيه التصرف عن الملكيه دليل على جواز الشهاده بها استناداً إلى التصرف وإن كان المراد منه العلم الموضوعي فلا يجوز العمل به، لأنه يقتضى جواز ما لا يجوز في الشرع، أو يحمل على غير الشهاده عند القاضي، لكنه خلاف الظاهر، فلاحظ.

ولعلّه لما ذكرنا قال المحقق في (النافع) بأن الأولى الشهاده بالتصرف دون

ص: ١١٢٤

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٤١، وسائل الشيعه ٢٧: ٢٩٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٦.

الملك، لأنه دلالة على الملك وليس بملك (١).

وأما منع جواز الشهادة من جهة أن التصرف قد يكون من غير المالك، فقد يتصرف المستأجر في العين المستأجره، فلا ظهور للتصرف في الملكيه، فيشكل المساعدة عليه، لأن التصرف ظاهر في الملكيه ظهوراً تاماً عند العقلاء، وقد ذكرنا قيام السيره عليه.

هل يشهد بالملك لمن في يده دار مثلاً؟

ثم تعرّض المحقق لحكم الشهادة استناداً إلى اليد بقوله: «أما من في يده دار فلا شبهه في جواز الشهادة له باليد، وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروي، وفيه إشكال من حيث أن اليد لو أوجبت الملك له لم تسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لي» (٢).

أقول: نعم، لا شبهه في جواز الشهادة له باليد، وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قولان. الأول: نعم، وهو المروي، رواه حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام. والثاني: لا، لأن اليد لا ظهور لها في الملكيه، فلو كان لم يسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لي، من جهة كونه إقراراً بالملكيه، لكن الدعوى مسموعه، فاليد أعم من الملكيه، بخلاف التصرف، فإنه ظاهر فيها، وحينئذ، فلو آجر عيناً لغيره وهي في يد صاحبها، فامتنع المالك من تسليم العين إلى المستأجر، حكم للموجر المتصرف، من جهة كون تصرفه

ص: ١١٢٥

(١-١) المختصر النافع: ٢٨١. وفيه: والأولى الشهادة بالتصرف لأنه دلالة الملك. . .

(٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٤.

أقوى فى الدلالة.

ونقض على المحقق: بأنه إذا لم تقبل تلك الدعوى، يلزم عدم قبول قوله: ما فى يدى ملك لك، مع أنه مقبول، لأن اليد أعم من الملكيه، فإذا قال ذلك فقد أقرّ بالملكيه، ولو كانت اليد ظاهره فى الملك لكان هذا القول بمعنى: ما فى ملكى ملك لك، وهذا تناقض.

وفى (الجواهر) نقضاً عليه: إنه يلزم عدم قبول ما إذا قال: ما فى تصرفك ملك لى، لأنكم تقولون بأن دلالة التصرف أقوى.

وأجيب عن كلام المحقق حلاً: بأن اليد والتصرف ظاهران فى الملكيه، وقوله: ملك ملكى نصّ فيها، ولا- تمنع بين النص والظاهر.

وفى (المسالك) نسب ما ذكره المحقق إلى الشيخ فى المبسوط (١).

وأجيب أيضاً: بأن الشاهد له علم مطابق لليد أو التصرف، فيشهد بعلمه بلا فرق، وحيث لا يعلم لا يشهد بلا فرق كذلك.

ولكن هذا الجواب يبنى على اعتبار العلم فى الشهاده، والكلام مع المحقق هو فى الشهاده استناداً إلى الإستفاضه أو اليد أو التصرف، مع عدم إفادتها للعلم.

قال فى (الجواهر): إن لم يوافق المحقق على النص المذكور من جهه ضعفه وعدم انجباره، فلا يجوز الشهاده استناداً إلى هذه الامور، لأن الشهاده غير إثبات الموضوع بشىء من الأدله وهى السيره والإجماع والأولويه. وأما مع اعتبار الخبر فالملازمه بين ثبوت الشىء والشهاده عليه ثابتته. لكن صاحب (الجواهر) ينكر

ص: ١١٢٤

وعلى الجملة، فإن العلم الحاصل من الإستفاضه كاف، بل يكفي إن أفاد الظن المتأخم، فله الشهاده على طبقه فى الملك ونحوه، بل قيل: يكفي وإن لم يفد الظن أو كان الظن على الخلاف، ثم قالوا: إن الملك بذاته ليس مما يرى ولذا يكفي فيه السماع، ولكن هل يعتبر فى الشهاده وجود ما يدل على الملك مما يشاهد كاليد والتصرف؟ قالوا: لا يشترط.

وحينئذ، فالإستفاضه وحدها كافيه فى الشهاده، فإن انضم إليها التصرف واليد فذاك منتهى الإمكان وقد ادعى الإجماع على أن للشاهد القطع بالملك حينئذ - وكذا اليد والتصرف بلا استفاضه، وأما اليد المجردة أو التصرف المجرد، فلا إشكال فى الشهاده بنفس اليد أو التصرف، وهل له الشهاده بالملك استناداً إليها؟ فيه كلام وخلاف.

فالصور فى المسأله أربع، وقد تعرض لها فى (المسالك) بقوله: « إذا اجتمع فى ملك يد وتصرف واستفاضه بالملك، فلا إشكال فى جواز الشهاده له بالملك، بل هو غايه ما يبنى عليه الشهاده، وإنما يحصل الاشتباه فيما لو انفرد واحد من الثلاثه أو اجتمع اثنان... » (٢).

وفى (التنقيح) ما حاصله: دلائل الملك أقسام:

أعلاها، وهو حصول الإستفاضه واليد والتصرف بلا منازع، وهو منتهى

ص: ١١٢٧

١-١) راجع جواهر الكلام ٤١: ١٤٤.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٣.

الإمكان، فللشاهد القطع بالملك إجماعاً.

والثانى: يد وتصرف بالهدم وتغيير الشكل وإيقاع عقود متكرره بغير منازع فى الصورتين، لكن لاسماع.

والثالث: مجرد يد من غير تصرف، وهنا يشهد له باليد خاصه، وهل يشهد له بالملك؟

الرابع: مجرد التصرف (1)، وفيه مسائل:

قيل: يكفى فى الشهاده بالملك مشاهدته يتصرف فى ملكه، وفيه روايه، والأولى الشهاده بالتصرف (2)، وهو المشار إليه بقول الشيخ فى الخلاف وتردده، وجعل ذلك روايه الأصحاب.

ثم إن كاشف اللثام ذكر أن الشهاده بمقتضى الطرق الشرعيّه نظير الشهاده بالمسبب بمشاهده السبب الشرعى، فقال ما حاصله: تشبيه الشهاده بمقتضى الطرق الشرعيّه بالشهاده على أثر الأسباب الشرعيّه، فإنها أيضاً محتمله للفساد كما تحتمل الطرق التخلف (3).

واستغربه صاحب (الجواهر) وأشكل عليه بالفرق بين الأمرين، من جهة أن السبب لا يتخلف عن تأثيره فى المسبب، بخلاف الطرق فقد تتخلف عن الإصابه للواقع، قال: إن الشارع قد جعل السبب فى الظاهر سبباً للأثر فيه على وجه لم يتخلف عن مقتضاه، بخلاف الطريق، فإنه قد جعله طريقاً مع تخلفه، إذ التصرف قد يجمع غير الملك، بخلاف البيع الصحيح بحسب الظاهر فإنه لا يتخلف عن أثره فيه كالسبب فى الواقع.

ص: ١١٢٨

١-١) التنقيح الرائع: ٣١٤ ٣١٥.

٢-٢) المختصر النافع: ٢٨١.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٤٩، عنه جواهر الكلام ٤١: ١٤٤.

وإن أبيت عن ذلك وفرضت صورته يختلف فيها الشهادة بالسبب وبآثره، لم تجوز الشهادة بالآثر أيضاً، بل لا بدّ فيها إذا كانت عند الحاكم من الشهادة بالسبب نفسه.

ولعله لذا أوجب الأصحاب ذكر السبب في الشهادة بالجرح ولم يجوّزوا الشهادة بالآثر، لاحتمال كونه غير مسبب عند الحاكم، وليس هو إلا للتجنب عن التدليس والتلبيس ونحوهما ومنه المقام حتى مع عدم المعارض أيضاً، لأن الشهادة بالآثر تقطع معارضة الخصم لو أرادها، والفرض أن واقع الشاهد غيره، أو على غير ذلك مما يوافق القوانين الشرعيّة.

قال: ومن ذلك يعرف أنه لا وجه لما في المسالك من دعوى موافقه الخبر المزبور للقوانين الشرعيه، إذ من المعلوم أنها تقتضى كون الشاهد لا يشهد بعلم، وإلا على مثل الشمس ومثل الكف، والفرض أنه يشهد بمشكوك فيه أو مظنون العدم، وإن جوّز الشارع شراءه ممن في يده كذلك، لكن ذلك لا يقتضى الشهادة بملكيتها له، إذ من المعلوم أن الشارع لم تكن له حقيقه شرعيه في الشهاده ولا- مراد شرعى، بل هي باقيه على المعنى الذى هو الإخبار الجازم على الوجه المخصوص، فأى مدخلية للثبوت الشرعى فى تحقق معناها العرفى؟ نعم، إذا أراد الشهاده على مثل الشمس يشهد بالتصرف نفسه وباليد نفسها، فيحكم الحاكم بمقتضاها (١).

قلت: لعلّ نظر الشهيد إلى أنه إذا كان الخبر حجه، فإمّا يكون العلم موضوعاً، وإما يكون طريقاً، فإن كان طريقاً، تقدّم الخبر وروداً أو حكومه، وهذا موافق للقاعده، وإن كان موضوعاً، يكون الخبر خاصاً، وهذا أيضاً موافق

ص: ١١٢٩

للقاعده، إنما الكلام فى استلزام العمل بهذا الخاص لتجوز الكذب، وهذا إشكال آخر لصاحب (الجواهر) ، فلا بدّ من حمل
الخبر على صورته حصول العلم، بناءً على إرادته العلم العادى العرفى منه فى ضابط الشهاده، لا العلم الحقيقى الدقى، فإن تشخيص
حدود المفاهيم موكول إلى العرف.

ص: ١١٣٠

المسأله الثانيه: (فى ثبوت الوقف والنكاح بالإستفاضه)

قال المحقق: « الوقف والنكاح يثبت بالإستفاضه، أما على ما قلناه، فلا ريب فيه، وأما على الإستفاضه المفيده لغالب الظن فن الوقف للتأيد، فلو لم تسمع فيه الإستفاضه لبطلت الوقوف مع امتداد الأوقات وفناء الشهود، وأما النكاح، فنا نقضى بأن خديجه عليها السلام زوجه النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما نقضى بأنها أم فاطمه عليها السلام، ولو قيل: إن الزوجيه تثبت بالتواتر كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلا إذا استند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أن المخبرين لم يخبروا عن مشاهدته العقد ولا عن إقرار النبي غ، بل نقل الطبقات مستند إلى الإستفاضه التى هى مستند الطبقة الاولى، ولعل هذا أشبه بالصواب» (١).

أقول: قوله « أما على ما قلناه فلا ريب فيه» يدل كما فى (المسالك) على أن مختاره اشتراط العلم فى الشهاده بالإستفاضه ولم يصرح به فيما سبق، وإنما تردد فيه (٢)، فعلى هذا المبنى، لا ريب فى ثبوت الوقف والنكاح بها، لأنه ليس وراء العلم شىء.

وأما بناء على الإستفاضه المفيده لغالب الظن فيثبتان أيضاً، أما الوقف فإنه

ص: ١١٣١

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٤.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٠.

للتأيد، فلو لم يجز الشهادة فيه بالإستفاضه أدى إلى بطلان الوقف، لأن شهود الوقف لا يبقون، والشهادة الثالثة لا تسمع، وأما النكاح فنا نقضى بأن خديجه عليها السلام زوجة النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ولم يثبت ذلك إلا- بالإستفاضه، لأننا ما شاهدناهم.

قال فى (المسالك): واعترض على الأول: بأن الشهادة بدون العلم منهى عنها، فتخصيص ذلك بالوقف تحصيلًا لمصلحه ثبوته، ليس بأولى من تخصيص النهى عن سماع الشهادة الثالثه بالوقف لهذه المصلحه، بل هذا التخصيص أولى، لأنه لا مانع منه عقلاً، بخلاف الشهاده بمجرد الظن.

قال: وأجاب عنه المصنف بأن المانع من سماع الشهاده الثالثه النقل والإجماع، فلم يكن معارضتها بالتخصيص، بخلاف الشهاده بمجرد الظن، فإنه لا- إجماع على منعها، بل الأ-كثر على تجويزها، ويمنع من كون العقل دالاً على النهى عن ذلك، لأن أكثر الأحكام الشرعيه مبناها على الظن (١).

واعترض على الثانى: بما ذكره المحقق نفسه وأجاب عنه بقوله: ولو قيل (٢) ..

قلت: لم يتعرض المحقق فى العبارة للشهادة، بل يقول: يثبت... وهو ظاهر فى الثبوت لدى الحاكم، أى: إن الحاكم له الحكم استناداً إلى الإستفاضه فى أمور ذكرها المحقق نفسه فى كتاب القضاء، وإن الوجه الذى ذكره هنا للوقف يأتى فى النسب أيضاً.

والأولى أن نستدلّ للقبول بالسيره غير المردوعه، لعدم جواز الرجوع إلى

ص: ١١٣٢

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٣٨.

الظن المجرد في باب القضاء والشهادات، إلا أن الظن الذي قامت سيره على قبوله والاستناد إليه يسد مسد العلم، ويكون المراد من: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» (1) هو الحكم بمطلق الحجّه، لا خصوص البينه واليمين.

□
وأما قضاؤنا بأن خديجه عليها السلام زوجة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فهو عن علم لا عن ظن، للقرائن الخارجيه الموجهه لليقين، بل في (المسالك) تحقق التواتر فيه، فإنه بعد أن ذكر جواب المحقق قال: وفيه نظر، لأن الطبقة الاولى السامعين للعقد المشاهدين للمتعاقدين، بالغون حدّ التواتر وزياده، لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كان ذلك الوقف من أعلى قريش وعمّه أبو طالب عليه السلام المتولى لترويجه كان حينئذ رئيس بنى هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قريش، وخديجه عليها السلام كانت من أجلاء بيوتات قريش، والقصه في ترويجه مشهوره وخطبه أبي طالب في المسجد الحرام بمجمع قريش ممن يزيد عن العدد المعترف في التواتر، فدعوى معلوميه عدم استناد الطبقة الاولى إلى مشاهده العقد وسماعه، ظاهره المنع، وإنما الظاهر كون ذلك معلوماً بالتواتر، لاجتماع شرائطه، فلا يتم الاستدلال به على هذا المطلوب (2).

وناقشه في (الجواهر) بأن جلالتهم وشهرتهم وغير ذلك لا تقتضى معلوميه مشاهده العقد لعدد التواتر، كما نرى الآن بالوجدان في ترويج بنات السلاطين وأولادهم، لا يبلغ المشاهدون للفظ العقد فيه ذلك، نعم يستفيض ويشتهر ذلك على وجه يحصل العلم بذلك، وإن لم يكن بطريق التواتر، فلا أقل من احتمال كونه

ص: ١١٣٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٠.

كذلك، فدعوى معلوميه التواتر واضحة المنع أيضاً، ولعلّ الأولى دعوى حصول العلم من الإستفاضه المزبوره وإن لم يحرز اجتماع شرائط التواتر فيها، نحو غيرها من أفراد الإستفاضه فى البلدان والملوك وغير ذلك (١).

أقول: إلا أن ما ذكره الشهيد هو الأظهر، فقد كانوا فى ذلك الزمان يجرون الصيغه بصوره علنيه وعند جميع الحاضرين، لا فى مجلس لا يشهده أحد ولا يحضره غير العاقدين كما يتفق كثيراً فى زماننا، لكن بلوغ الحاضرين عدد التواتر فى الطبقة الاولى لا يحقق التواتر لنا، لتوقف تحققه على بلوغ عدد الطبقة الثانيه الناقلين للخبر عن الاولى للعدد المذكور، وهكذا الثالثه فما بعد.

فالأولى أن يقال بالتواتر بالنسبه إلى الطبقة الاولى، وبحصول العلم بالإستفاضه فيما بعدها من الطبقات.

□
وكيف كان، فإن الإستفاضه يثبت بها النكاح والوقف، للسيره غير المردوعه من قبل الشارع. والله العالم.

ص: ١١٣٤

المسأله الثالثه: (فى حكم شهاده الأخرس وكيفيتها)

قال المحقق قدس سرّه: « الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهاده وأداؤها، ويبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمه العارف بإشارته، نعم، يفتقر إلى مترجمين، ولا- يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً لا بشهاده المترجمين فرعاً» (١).

أقول: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهاده، لأنه كسائر الأفراد فى مشاهدته ما يفتقر إلى البصر، بإطلاقات أدلّه الشهاده شامله له، وكذا تعمّه الأدلّه فى قبول الشهاده منه إذا أداها، اللهم إلا- أن يدعى انصراف الإطلاقات عنه، لكن المسأله لا كلام فيها ولا خلاف.

وحيث يريد أداء الشهاده عند الحاكم، فتاره: يفهم الحاكم المقصود من إشارته، وأخرى: لا يفهمه، فعلى الأول يبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته، لأن إشاره الأخرس تقوم مقام اللفظ من غيره، فكما يبنى على ما يفهمه من لفظ المتكلم، كذلك يبنى على ما يفهمه من إشاره الأخرس، وعلى الثانى، يعتمد الحاكم فى معنى الإشاره على ترجمه العارف بها، لأن الأخرس كغيره يعتمد على من يعرف لغته.

ص: ١١٣٥

قال المحقق هنا: « يفتقر إلى مترجمين » وكذا في كتاب القضاء حيث قال « إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان ولا يقتنع بالواحد، عملاً بالمتفق عليه » (١).

أى: لأن الترجمة مرددة بين الشهادة والرواية، فإن كانت من الشهادة شملتها أدلة اعتبار التعدد في الشهادة، وإن كانت من الرواية شملتها أدلة اعتبار خبر العادل، وحيث لا دليل ولا أصل يعين الموضوع، لم يجز التمسك بدليل أحد الأمرين، لكونها شبهة موضوعية، إلا أنه لا يقنع الحاكم بالمترجم الواحد من جهة كون قبول ترجمه الاثني متيقناً، أما لو كان واحداً ثم شك في نفوذ الحكم المستند إلى ترجمته كان الأصل عدمه.

وذكر في (الجواهر) هناك دعوى أن الأصل هو الرواية، لأن الشهادة قسم من الخبر، ولكن اعتبر الشارع في بعض أفرادها التعدد، فما لم يثبت فيه التعدد يبقى على عموم ما دل على قبول خبر العدل، لأن المخصص حجه في المتيقن وهو الشهادة، وفي المشكوك يتمسك بالعام والشبهه مفهومية.

وأجاب عنها: بأن الرواية والشهادة مفهومان متباينان في العرف الذي هو المرجع في تشخيص المفاهيم، فتاره: يراد فهم معنى اللفظ أو المراد من الإشارة فلا يحتاج إلى اثنين، وأخرى: يراد الوقوف على الواقع والحكم طبق الترجمة، اعتبر

ص: ١١٣٦

أقول: وبناءً على أن المترجم ليس شاهداً كما سيأتي فلا يشترط التعدد.

ثم قال صاحب (الجواهر) فى كتاب القضاء: وقد يقال: إنه يمكن استفادة اعتبار التعدد فى كل ما كان له مدخليه فى القضاء، ولو موضوع المدعى وتزكيه الشاهد وجرحه وغير ذلك، ومنه حينئذ الترجمة لشهادة الشاهد ودعوى المدعى أو نحو ذلك، لا الترجمة من حيث كونها ترجمه وإن لم تكن فى موضوع يتعلق به القضاء (٢).

قلت: والإنصاف: الفرق بين ترجمه اللغات وترجمه الإشارات، ففى الأولى يكفى الواحد، لأن المترجم يشهد بما هو محسوس له، وفى الثانية قد يستند فى الترجمة إلى الحدس، فإن من عرف إشارة الأخرس على أثر المعاشره معه، يحتاج فى فهم مراداته إلى أعمال حدسه ونظره، وحينئذ، لا تعم أدلّه حجيه خبر العدل ترجمه إشارة الأخرس، لأنها لا تشمل الحدسيات، فيشترط تعدد المترجم، ولا يلزم من اشتراطه توقف الأحكام وتعطيل الحقوق، لاسيما مع إمكان إحلاف الأخرس، كما فى الخبر عن محمد بن مسلم قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين وأنكر، ولم يكن للمدعى بينه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

ص: ١١٣٧

١-١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧.

الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى يَبْتِ لَأَمِّهِ جَمِيعَ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ. ثم قال: إيتونى بمصحف فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عزوجل، ثم قال: إيتونى بوليته، فأتى بأخ له فأقعدته إلى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه وصحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك وبينه، إنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: والله الذى لا إله إلا- هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر والعلانيه: إن فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب. ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين» (١).

وهل تكون الترجمة شهادة فرع فى القضية؟

قال المحقق: «لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته» (٢) بل إنها شهادة بمعنى اللفظ أو المراد من الإشارة، ومن شهد بذلك لا- يشهد بتحقيق أصل المطلب، وعلى هذا، فإن رأى الحاكم إشارة الأخرس وترجم عدلان عارفان بإشارته تلك الإشارة كان للحاكم فى أصل المطلب، جاعلاً الأخرس شاهداً على الأصل، دون المترجمين لإشارته، فإنهما يترجمان إشارته ولا يكونان شاهدى فرع، ولذا لا يشترط حضورهما ولا عدم حضورهما تلك الإشارة، بل يكفى الترجمة عند الحاكم، فلو كانت شهادة فرع منهما، لم تسمع الترجمة منهما مع حضور الأخرس، بناءً على عدم سماع شهادة الفرع مع حضور شاهد الأصل.

هذا ما ذكره المحقق هنا.

ص: ١١٣٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٣٣.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

وقال في (النافع) في كتاب الإقرار: ويشهد على الأخرس بالإشارة ولا يقيمها بالإقرار (١). . . وعَلَّه في (الرياض) بقوله: لاحتمال خطائه في الفهم، فيتحقق الكذب (٢).

أى: لأن الكذب يتحقق بالخبر المشكوك في صدقه، كما يتحقق بالخبر المقطوع بمخالفته للواقع.

ثم قال في (الرياض): ولعلّه مراد من علّل المنع عن الإقامة بنفس الإقرار بالكذب المطلق لا باحتماله، كالحلى وغيره (٣)، وإلا فيشكل الحكم بإطلاق الكذب، فقد يعلم الشاهد بإقراره ويحصل له القطع به من إشارته، فلا يكون كذباً، فكيف يعلل به؟ اللهم إلا- أن يكون المراد أن الإقرار حقيقه في الإخبار عن الحق باللفظ الدالّ عليه، بحكم التبادر وغيره، فيكون بالإشارة مجازاً، وإرادته من الإقرار المطلق المنصرف إلى اللفظ بغير قرينه غير جائز، فإطلاقه من دونها يصير كذباً. وفيه نظر، فإن خرسه قرينه حال واضحة (٤) على إرادته الإخبار بالإشارة من الإقرار المطلق دون الحقيقه، فلا كذب. انته كلام الرياض (٥).

واعترضه في (الجواهر) بعد نقله بقوله: قلت: قد يقال: أولاً: إن إشاره الأخرس كاللفظ من غيره، فيكتفى بالظاهر منها، كما يكتفى بالظاهر منه في جميع

ص: ١١٣٩

١-١) المختصر النافع: ٢٨١.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٨٨.

٣-٣) السرائر ٢: ١٢٧، المهذب ٢: ٥٦٠.

٤-٤) أى: إنه إذا قال: أقرّ الأخرس. كان معناه: أشار، لا أنه تلفظ، لوضوح أن الأخرس لا يمكنه النطق.

٥-٥) رياض المسائل ١٥: ٣٨٨.

المواضع، ولكن الإنصاف عدم خلو هذا عن النظر (١).

أقول: وجه النظر هو الفرق بين الكلام والإشارة، إذ ليست الإشارة كاللفظ في الظهور، فإن الإشارة يفهم المراد منها بمعونه القرائن، وهي مختلفه، فبعضها يفيد العلم وبعضها لا يفيد، بخلاف اللفظ، فإنه إن كان ظاهراً في معناه فبنفسه، وحينئذ، لا يعاب العقلاء باحتمال إرادته المعنى المخالف للظاهر. وبعبارة أخرى: اللفظ ظاهر في معناه بالوضع، وظهور الإشارة بالقرينه، وهي قد يخطأ فيها، وقد لا تفيد العلم بالمعنى.

قال: وثانياً: لا ينبغي الإشكال في جواز الشهادة عليه بالإقرار، بمعنى الإلتزام، مع القطع بالمراد من إشارته، بل لعله كذلك في غير الأخرس أيضاً، على أن المفهوم من إشارته الأخرس غالباً يستند إلى قرائن الأحوال التي لا يمكن نقلها أو يتعسر، فتكليف الشاهد بنقلها متعذر أو متعسر. وقد عرفت أن مدار الشاهد على العلم. ومما ذكرنا يظهر لك الحال في الترجمة أيضاً، فتأمل (٢).

أقول: لعله وجهه هو أنه كما أن الجرح إن لم يصرح بالسبب لم تقبل شهادته بالجرح، من جهة احتمال أن لا يكون السبب الذي اعتمده الشاهد جارحاً في نظر الحاكم، فكذلك إشارته الأخرس، فإنها قد يستفيد شخص منها معنى ويستفيد آخر معنى آخر، وقد تفيد الإشارة العلم بمعنى لكن يختلف الاثنان في بيانه وترجمته.

ص: ١١٤٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٥٠.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٥٠.

فإذن الأقوى: الشهاده بالإشاره. والله العالم.

٣ - السماع والمشاهده

قال المحقق قدس سره « الثالث: ما يفتقر إلى السماع والمشاهده، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجاره، فإن حاسه السمع يكفى فى فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفة اللفظ، ولا لبس فى شهاده من اجتمع له الحاستان» (١).

أقول: هذا لا كلام فيه ولا خلاف، فإن من اجتمع له الحاستان يشهد بوقوع العقد أو الإيقاع، لأنه قد سمع اللفظ، ورأى اللفظ، فيقول: أشهد بوقوع هذا العقد مثلاً من زيد، وتكون هذه الشهاده مقبوله، للعمومات والإطلاقات، إنما الكلام فى بعض فروع المسأله التى ذكرها المحقق، فقد قال:

فى شهاده الأعمى فى العقد وعلى العاقد

« أما الأعمى فتقبل شهادته فى العقد قطعاً، لتحقق الآله الكافيه فى فهمه، فإن انضم إلى شهادته معرفان جاز له الشهاده على العاقد مستنداً إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره» (٢).

أقول: إذا فقد الشاهد البصر، توقف شهادته على العاقد على تعريف عدلين له، فإذا عرفاه شهد كما قال المحقق هنا، وفى (النافع) « ولا يشهد إلا مع المعرفة أو شهاده عدلين بالمعرفه» (٣).

قال فى (الرياض): « لا خلاف بين الأصحاب فيما أعلم فى اعتبارهم العلم

ص: ١١٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

٣-٣) المختصر النافع: ٢٨١.

الشرعى المستند إلى شهاده العدلين أيضا. (قال): بل ظاهر السرائر الإجماع عليه، فإنه قال: فإذا حضر الشاهد فلا يجوز له أن يشهد إلا على من يعرفه، فإن أراد أن يشهد على من لا يعرفه، فليشهد بتعريف من يثق إلى ديانته من رجلين عدلين عند أصحابنا. «(١)» .

وفى (الكفايه): «قالوا: فالأعمى إن انضم إلى سماعه معرفان يشهدان على العاقد جاز له الشهاده عليه» (٢).

وعلى الجملة، فلا كلام فى جواز الشهاده، والمستند فى الجواز هنا كما فى (الرياض) عن ظاهر السرائر إنما هو فتوى الأصحاب.

وفى (الجواهر): لعله لإطلاق خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: «سألته عن شهاده الأعمى فقال: نعم، إذا أثبت»

(٣) بناء على أن المراد من إثباته ما يشمل شهاده العدلين، مضافاً إلى النصوص الدالّة على جواز الشهاده على المرأه إذا حضر من يعرفها، بعد حمل ما فى بعضها من وجوب كشفها عن وجهها وعدم الإجتزاء بشهاده العدلين على التقيه (٤).

وحيثما استندت شهادته إلى شهاده العدلين، فهل يذكر الشهاده مطلقه كالبصير أو لا، بل يقول: أشهد على فلان بتعريف فلان

وفلان؟ ذهب الأكثر إلى الأول، وهو ظاهر عباره المحقق فى (النافع) (٥) وقد تبعه السيد صاحب

ص: ١١٤٢

١-١) السرائر ٢: ١٢٦، رياض المسائل ١٥: ٣٨٦.

٢-٢) كفايه الأحكام ٢: ٧٦٧.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٢/٤٠٠. كتاب الشهادات، الباب ٤٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٥٠ ١٥١.

٥-٥) المختصر النافع: ٢٨١.

(الرياض) (1) لكن عبارته هنا ليست مثلها في الظهور، ومن هنا احتمال في (الجواهر) كون المراد منها هو الثاني (2)، لكن يضعفه عدم تعرض (الرياض) له.

وكيف كان، فقد نسب الثاني إلى جماعه من الأصحاب، ومنهم الحلبي في (السرائر) (3) والفاضل في (التحرير) وغيره (4)، بل عن (كشف اللثام) إرساله إرسال المسلمات (5).

وتظهر الثمره في كونه شاهد أصل أو فرعاً، فمقتضى الأول: كونه شاهد أصل، ومحصله كفايه العلم الشرعي في الشهاده، فيكون المقام من موارد الاستثناء من الضابط فيها وهو « العلم »، من جهة ظهوره في معناه الحقيقي لغه وعرفاً.

وفي (الجواهر) بعد القول الثاني: « ومقتضاه عدم قبول الشهاده إذا لم تكن على الوجه المزبور، لما فيه من إيهام المعرفة بنفسه، وقطع الطريق على الخصم لو أراد جرح شهود التعريف مثلاً، بل هذا يوميء إلى أن شهادته التعريف من شهادته الفرع أو بحكمها، الذي ستعرف أنه كذلك فيها، وحينئذ ينقدح من هذا أنه لا استثناء لهذه الصورة من ضابط العلم. . . » (6).

أقول: تاره: يقول المعرفان: هذا الشخص هو العاقد فيقول الأعمى: هذا

ص: ١١٤٣

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٨٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٥١.

٣-٣) السرائر ٢: ٦.

٤-٤) تحرير الأحكام ٥: ٢٦٢، مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٤٥٣.

٥-٥) كشف اللثام ١٠: ٣٤٢، جواهر الكلام ٤١: ١٥١.

٦-٦) جواهر الكلام ٤١: ١٥٢.

هو العاقد كما يقول المعرفان، فهذه شهاده فرع، وأخرى: يقولان للأعمى: الذى سمعته أجرى العقد هو هذا، فشهد الأعمى على العاقد، فهذه شهاده أصل لا فرع، غير أن العاقد تعين بتعريف العدلين، ومورد الخلاف هو الصورة الثانيه، وقد اختار العلامه فى (التحرير) الوجه الثانى، إلا أنه نص على أنه لا يكون شاهد فرع، فقد قال: « ولو شهد عنده عدلان بالنسب شهد عليه مستنداً إلى شهاده المعرفين بالتعريف، فيقول أشهد على فلان بتعريف فلان وفلان، ولا يكون فى الإقرار شاهد فرع» (١).

فكلامه صريح فى خلاف ما ذكره (الجواهر) بقوله: « بل هذا يومى . . . نعم، يمكن حمل عباره (التحرير) على أنها شهاده أصل بالنسبه إلى السمع وشهاده فرع بالنسبه إلى البصر، وكيف كان، فليست شهاده الفرع.

وعباره (السرائر) ليست صريحه فى القول الثانى وإن نسب إليه فى (الرياض) (٢) بل كما يحتمل اعتبار أن يقول: سمعت رجلين عدلين أنه زيد، كذلك يحتمل قبول شهادته مطلقه حين الأداء، لكنها مستنده إلى شهاده العدلين، بل لعل الثانى هو الأظهر، لقوله بعد تلك العباره: « فأما الواحد والنساء فلا يشهد بتعريفه ولا تعريفهن، لأنه لا دليل على ذلك، وإذا أقام الشهاده أقامها كذلك، فإذا أشهد على امرأه وكان يعرفها بعينها جاز له أن يشهد عليها، وإن لم ير وجهها، فإن شك فى حالها لم يجز له أن يشهد عليها إلا بعد أن تسفر عن وجهها، ويثبتها معرفه، فإن عرفها من يثق بديانته من العدلين جاز له الشهاده عليها وإن لم تسفر عن وجهها. . .» (٣). فإنه ظاهر فى الشهاده بلا اشتراط لذكر المعرفين فى الشهاده.

ص: ١١٤٤

١-١) تحرير الأحكام ٥: ٢٦٢.

٢-٢) رياض المسائل ١٥: ٣٨٦، السرائر ٢: ١٢٦.

٣-٣) السرائر ٢: ١٢٦ ١٢٧.

هذا كله لو حصل المعرفان.

قال المحقق: « ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفه يزول معها الاشتباه، قيل: لا- يقبل، لأن الأصوات تتماثل، والوجه: أنها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلم على تقديره. وبالجملة، فإن الأعمى تصح شهادته متحماً ومؤدياً عن علمه وعن الإستفاضه فيما شهد به بالإستفاضه» (١).

أقول: في هذه الصورة قولان، نسب الأوّل وهو المنع في (الجواهر) إلى الشيخ في محكي الخلاف مستدلاً عليه بالإجماع والأخبار (٢)، وعلله المحقق بقوله: « لأن الأصوات تتماثل ». وذهب المحقق قدس سره إلى الثاني، وتبعه صاحب (الكفايه) قال: الأقرب القبول إن حصل له العلم وادعاه (٣)، بل في (المسالك): هو الأشهر، قال: لأن الفرض علمه القطعي بالقائل ومعرفته إياه، ووقوع ذلك أكثرى مشاهد في كثير من العميان. . . وللإجماع على أن للأعمى أن يظاً حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها (٤). . . وأما احتمال الاشتباه لتماثل الأصوات، فيندفع باليقين، فإننا نتكلم على تقديره.

أقول: أمّا ما استدلل به الشيخ في (الخلاف) فأمران:

أحدهما: الأخبار، لكن الشيخ لم ينقل روايه تدلّ على المنع، بل ذكر روايه

ص: ١١٤٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

٢-٢ (٢) كتاب الخلاف ٦: ٢٦٦، المسأله ١٦، وعنه كشف اللثام ١٠: ٣٤٢، جواهر الكلام ٤١: ١٥٢.

٣-٣ (٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٦٧.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٢.

محمد بن قيس الداله على القبول بطريقتين.

والآخر: الإجماع لكن في (المسالك) أن الأشهر هو القبول.

وأما التعليل الذي ذكره المحقق، فإن كان المراد منه مجرد احتمال الاشتباه، ففيه: ما ذكره في الجواب، وإن كان المراد عدم حصول اليقين للأعمى، ففيه: إنه تشكيك في الوجدان والمشاهد من كثير من العميان، اللهم إلا أن يراد أنه لما كان الغالب في العميان هو الاشتباه، كان الوجه عدم قبول الحاكم شهادته، حتى لو حصل للأعمى العلم وادّعاؤه، بأن لا يكون احتمال الاشتباه علّه للحكم حتى ينتفى بانتفائه، بل يكون حكمه له يؤخذ بها حتى في موارد عدم الاشتباه يقيناً.

وأما الاستدلال للقبول بالإجماع على جواز وطئ الأعمى زوجته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها، ففيه: إنه ليس لأحد منع غيره عن ترتيب الأثر على يقينه، وكذلك ما نحن فيه، فإن الأعمى إذا حصل له اليقين جاز له الشهادة، لكن الكلام في قبول الحاكم لشهادته، ولذا لو وقع النزاع بينه وبين زوجته، لم يكن يقين الأعمى دليلاً للحاكم على الحكم بكونها زوجته له.

وكيف كان، فإن الأقرب هو القبول، لخبر محمد بن قيس (١) المعتضد بفتوى المشهور.

حكم ما لو تحمل وهو مبصر ثم عمى

قال المحقق: « ولو تحمّل شهادة وهو مبصر ثم عمى، فإن عرف نسب المشهود به أقام الشهادة، وإن شهد على العين و عرف الصوت يقيناً جاز أيضاً» (٢).

أقول: إذا تحمل شهادة يحتاج إلى البصر وهو بصير ثم عمى، فإن تحمّلها

ص: ١١٤٦

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ١/٤٠٠ و ٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٢.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

على رجل معروف النسب والاسم لرجل معروف النسب والاسم، فله أن يشهد بعد ما عمى، لحصول العلم بالمشهود له والمشهود عليه، بلا خلاف ولا إشكال كما في (الجواهر) (١).

وإن شهد على العين وعرف الصوت يقيناً، جاز أيضاً بناءً على المختار في الفرع المتقدم. قال في (الجواهر): وكذا لو عرفه بغير الصوت على وجه اليقين. نعم، في الاجتزاء هنا له بتعريف العدلين إشكال، أقواه العدم، لما عرفته في نظيره (٢).

قال المحقق: « أما شهادته على المقبوض فما ضيه قطعاً» (٣).

أقول: قال في (المسالك): هذه الصورة مما استثناه القائلون بالمنع من قبول شهادته، وسموها الضبطه، وهي أن يضع رجل فمه على أذن الأعمى ويد الأعمى على رأسه، بحيث يتيقن أنه يسمع منه، فيقرّ بطلاق أو عتق أو حق لرجل معروف الاسم والنسب، ويقبضه الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند الحاكم، فتقبل شهادته على القولين، لحصول العلم بالمشهود له وعليه.

وربما قيل: باطراد المنع هنا، لأن التصوير المذكور فيه عسر وتدقيق، واللائق حسم الباب، كما أنا لا نقبل شهادته الفاسق على الإطلاق، وإن كان قد يغلب على ظننا صدقه في بعض الموارد.

ويضعف: بانتفاء المانع في هذه الصورة قطعاً، مع وجود المقتضى للقبول، ودقه الفرض لا تدفع الحكم، وتشبيهاً بالفاسق الذي يغلب على الظن صدقه

ص: ١١٤٧

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٥٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٥٣.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

فاسد، لوجود الفارق وهو أن الفاسق، منهي عن الركون إلى قوله مطلقاً لا باعتبار ظن صدقه وعدمه، بل من حيث كونه فاسقاً، بخلاف الأعمى، فإن المانع من قبول شهادته عدم علمه بالمشهود عليه وله، لا من حيث هو أعمى، فإذا فرض العلم قبل (١).

قال المحقق: « وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارته حاضر عنده» (٢).

أقول: قال في (الجواهر): بلا- إشكال ولا- خلاف، لانتفاء المانع عن القبول حينئذ، إذ الحاكم يعرف المشهود عليه وله، وإنما يشتهبه عليه معنى اللفظ، ولا تتوقف شهادته الأعمى على ترجمه العبارة على البصر (٣).

ص: ١١٤٨

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٣ ٢٤٤.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٥.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٥٣ - ١٥٤. بتفاوت يسير.

□
قال المحقق قدس سره: «وهي قسمان: حق الله تعالى شأنه وحق آدمي، والأول: منه ما لا يثبت إلا بأربعة رجال كالزنا واللواط والسحق» (١).

□
أقول: الكلام في حق الله تعالى من حيث طريق ثبوته شرعاً، وينقسم إلى قسمين:

١ ما لا يثبت إلا بأربعة رجال

□
فمن حق الله تعالى ما لا يثبت إلا بأربعة رجال، كالزنا واللواط والسحق، قال في (الجواهر): بلا خلاف في ثبوت الثلاثة بذلك (٢).

وفي (المسالك): قيل: والحكمه في اختصاصه بذلك أن الشهاده فيه على اثنين، فاعتبر لكل واحد رجلان. (قال): وهذا التعليل مروى أيضاً عن أبي حنيفة روايه عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).

أقول: وفيه إن شهاده الاثنين مقبوله على الجماعه إذا شهدوا على كل واحد منهم، ولأنه قد لا يعرف أحد الزانين فلا يمكنه الشهاده عليه، وفي أخبار كثيره أن ذلك تعبد محض، وأن فيه دليلاً على بطلان القياس، وإلا لكان القتل أولى باعتبار

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ١٥٤.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٦، وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٨/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٩.

الأربعة لأنه أفحش. نعم، يمكن أن يقال بأن الحكمه طلب الستر مهما أمكن والمحافظة على عدم الهتك، ولذا لو شهد ثلاثة وامتنع الرابع عنها حدّ الثلاثة.

وكيف كان، فالدليل على اعتبار الأربعة رجال في الزنا: قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ» (١). وقال سبحانه: «لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ» (٢) وقال: «فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» (٣).

وقال سعد: «يا رسول الله: أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء؟ قال: نعم» (٤).

هذا كلّ في الزنا، وأما اللواط والسحق، فليس في النصوص ما يدلّ عليه اعتبار الأربعة فيهما، نعم، في اللواط: «حدّه حدّ الزنا» (٥) وكذا في السحق، بل في بعضها الرجم، إلا- أن الحكم مجمع عليه بين الأصحاب، قال في (المسالك): «فمن حقوق الله تعالى الزنا، وفي معناه: اللواط والسحق عندنا» (٦).

ما يثبت به إتيان البهائم

قال المحقق: «وفي إتيان البهائم قولان، أصحهما: ثبوته بشاهدين» (٧).

ص: ١١٥٢

١-١) سورة النور ٢٤: ٤.

٢-٢) سورة النور ٢٤: ١٣.

٣-٣) سورة النساء ٤: ١٥.

٤-٤) مسند أحمد ٢: ٤٦٥.

٥-٥) وسائل الشيعة: ٢٨/١٥٣. أبواب حدّ اللواط، الباب ١.

٦-٦) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٦.

٧-٧) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

أقول: قد نسب (الجواهر) مختار المحقق إلى الأشهر بل المشهور (1)، وفي (المسالك) إلى الأكثر (2).

واستدلَّ للثاني: بالأصل، وكونه وطياً محرّماً في معنى الزنا، ومشتماً على الهتك.

ولالأول: بإطلاق ما دلَّ على الثبوت بهما، لأنَّ الشارع جعل ثبوت الأحكام في غير الزنا بشاهدين، قال تعالى «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (3). وإتيان البهائم ليس بزنا ولا يوجب الحدَّ، وبما ذكر ينقطع الأصل.

نعم، في الشبهه المصداقيه - كما لو وطئ وشك في أن الموطوء حيوان أو إنسان - لم يجز التمسك بتلك العمومات، ولو شك فيه من حيث المفهوم، باحتمال كون وطئ البهيمة زنا، فإنه ليس في الآيات المذكوره التي اعتبر فيها الأربعة ذكر للزنا بل الفاحشه، وإتيان البهيمة فاحشه، لكن القدر المتيقن من مفهومها هو « الزنا» فيكون الآيات حجه فيه، ويخصص بها عمومات البيئه، ويبقى غيره ومنه اتيان البهيمة تحت عمومات البيئه، فيثبت بشاهدين.

وأما أن إتيان البهائم يشارك الزنا في الهتك فيلحقه حكمه، فقياس باطل.

في ثبوت الزنا بغير الأربعة رجال أيضاً

ص: ١١٥٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٥٥.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٧.

٣-٣ (٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

قال المحقق: « ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وأمرأتين، وبرجلين وأربع نساء، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم ويثبت به الجلد»
(١).

أقول: في هذا الفرع ثلاثة أحكام:

أحدها: ثبوت الزنا دون اللواط والسحق بثلاثة رجال وامرأتين.

والثاني: ثبوته برجلين وأربع نساء.

والثالث: إنه يثبت بشهادة الرجلين والأربع نسوه حكم الزنا جلدًا لا رجماً.

والمدرّك في هذه الأحكام هو النصوص المستفيضة التي لا يعارضها الآيات الكريمة المعتبرة لشهادته أربعة رجال، لأن ثبوت الزنا بذلك لا ينفي ثبوته بغيره، وهذا بعضها:

١ - عبد الله بن سنان قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤيه الهلال، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوه ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان. . . » (٢).

٢ - الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، وإذا كان رجلان وأربع نسوه لم تجز في الرجم » (٣).

٣ - محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث: « وتجاوز شهادتهن في حدّ الزنا إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين وأربع نسوه في الزنا والرجم. . . » (٤).

ص: ١١٥٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٢- ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤- ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤ - زراره عن أبي جعفر قال في حديث « وقال على عليه السلام: تجوز شهادة النساء في الرجم إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، وإذا كان أربع نسوة ورجلان فلا يجوز الرجم » (١).

□
٥ - أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عن علي عليه السلام: « إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان جاز في الرجم، وإذا كان رجلاً وأربع نسوة لم تجز » (٢).

٦ - زيد الشحام قال: « سألته عن شهادة النساء، قال فقال: لا تجوز شهادة النساء في الرجم إلا مع ثلاثة رجال وامرأتين، فإن كان رجلاً وأربع نسوة فلا تجوز في الرجم. . . » (٣).

□
٧ - الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « إنه سئل عن رجل محصن فجر بامرأه، فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان، وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجلاً وأربع نسوة، فلا تجوز شهادتهم ولا يجرم ولكن يضرب حدّ الزاني » (٤).

وبالجمع بين هذا الخبر الذي لم يتعرّض له الشهيد الثاني، لا في المقام ولا في باب حدّ الزنا وبين خبره المتقدم، يتم الدليل على ما ذكره المحقق.

وأما ما دلّ على عدم قبول شهادة المرأة في الحدّ، فمحمول على ردّ شهادتها فيه منفردة عن الرجل، ولو سلّمنا إطلاقه فمخصص بما عرفت.

وما دلّ على عدم القبول منها في خصوص الرجم، فقد حمّله الشيخ على

ص: ١١٥٥

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٧/٢٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٩/٣٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٢/١. أبواب حدّ الزنا، الباب ٣٠.

التقيته أو عدم اجتماع شرائط القبول فيه.

فثبت الأحكام الثلاثة بالنصوص المذكوره.

وعن جماعه: الخلاف في الحكم الثالث، فنفوا الحدّ أصلاً، قال في (المسالك) بعد ذكر بعض الأخبار: «وهي مع كثرتها، ليس فيها تصريح بثبوت الجلد برجلين وأربع نسوه، لكن الشيخ وجماعه استندوا في ثبوته إلى روايه أبان عن عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال (١)، وحيث انتفى الرجم بالأخبار الكثيره تثبت الجلد. (قال): وفيه نظر، لضعف الطريق عن إثبات مثل ذلك، مع ورود روايات كثيره بأنه لا تقبل شهادتهن في حدّ، ومن ثم ذهب جماعه منهم الصدوقان وأبو الصلاح والعلامة في المختلف إلى عدم ثبوت الحدّ بذلك، عملاً بالأصل، وبأنه لو ثبت الزنا بشهادتهم لثبت الرجم، والتالي باطل للأخبار الكثيره الدالّه على عدم سماع رجلين وأربعه نسوه في الرجم، فالمقدّم مثله. وبيان الملازمه: دلالة الإجماع على وجوب الرجم على المحصن الزاني، فإن ثبت هذا الوصف ثبت الحكم وإلا فلا. وهذا الحكم متّجه» (٢).

أقول: وهو كما في (الجواهر) كالأجتهد في مقابله النص (٣).

وتبّه المحقق قدّس سرّه بقوله «خاصه» على خلاف جماعه منهم الصّيدوق وابن الجنيد (٤) في الحكم الأوّل، حيث قال بتعدّي الحكم إلى اللواط والسحق. قال

ص: ١١٥٦

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٦/٢١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤. وفيه: عن القاسم عن عبد الرحمان. وفي طبعه المكتبه الاسلاميه: عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمان. وسائل الشيعه ١٨: ٢٦٢/٢١.
 - ٢- (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٨ ٢٤٩.
 - ٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٥٦.
 - ٤- (٤) المقنع: ٤٠٢. مختلف الشيعه ٨: ٤٧٠.

الشهيد الثاني: وهو ضعيف، لعدم المقتضى لإلحاقهما بالزنا، مع الأخبار بعد قبل شهادتهن في الحد (١).

فهما باقيان على مقتضى ما دلّ على اعتبار الأربعة رجال، ويؤيده عموم عدم جواز شهادة النساء في الحدود الدالّ عليه من النصوص، وعليه نص الشهيد في (الدروس) بقوله: « ما لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال وهو اللواط والسحق » (٢) وفي (المستند) عن الإسكافي إلحاقهما بالزنا، قال: « وهو ضعيف (٣)، وأما روايه البصرى والرضوى لشذوذهما خارجان عن الحجية » (٤).

فالدليل على عدم الإلحاق بعد عدم الدليل المعتبر هو بقاءهما على مقتضى ما دلّ على اعتبار الأربعة رجال، نعم عن بعض العامة تفسير « الفاحشه » في قوله تعالى: « وَالَّذَاتِ يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ » (٥) بالسحق. وأن المراد من « اللذان » في قوله تعالى: « وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهِمَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا » (٦) هو الرجلان اللواطان (٧)، وحيث لا تصريح في هذه الآية بطريق إثبات الفاحشه،

ص: ١١٥٧

-
- ١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٩.
 - ٢-٢) الدروس الشرعية ٢: ١٣٦.
 - ٣-٣) مستند الشيعة ١٨: ٢٨٢.
 - ٤-٤) مستند الشيعة ١٨: ٢٧٨ ٢٧٩.
 - ٥-٥) سورة النساء ٤: ١٥.
 - ٦-٦) سورة النساء ٤: ١٦.
 - ٧-٧) التبيان في تفسير القرآن ٣: ١٤٣ ١٤٤. فقه القرآن للراوندى ٢: ٣٦٨ ٣٦٩.

يكون طريق إثباتها هو ما ذكر في سابقتها، فيكون طريق إثبات اللواط هو الأربعة رجال.

هذا وجه الاستدلال بالآيتين. وفيه:

أولاً: إن التفسير المذكور ليس عن أهل البيت عليهم السلام، وقد نصّ على ذلك الفيض الكاشاني بعد حكايته (١).

وثانياً: الفاحشه هي الفعل القبيح، فإن أريد العموم شمل جميع القبائح، وإن أريد لحاظ مناسبه الحكم والموضوع اختص الزنا.

وثالثاً: إن الاستدلال بالآية الثانية مبنى على أن يكون المراد من اللذان هو الرجلان، لكن هذا اللفظ يطلق على الرجل والمرأة أيضاً.

وعلى الجملة، ففي ما ذكرنا من الاستدلال كفايه، ولا حاجة إلى التكلف المذكور، وهو حكم قد تسالم عليه الأصحاب، فلا مجال لدعوى السيد في (الغنيه) الإجماع على قبول الثلاثه والمرأتين فيهما أيضاً (٢)، وإن كان يشهد له إطلاق خبر عبد الرحمن البصرى: « تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال » (٣) لكنه - كما فى (المستند) - شاذ (٤).

وأما جعل الزنا أعم من اللواط والسحق، فيدخلان فى المستثنى من دليل عدم جواز شهاده النساء فى الحدود، فضعيف، ولا أقل من الشك فى شمول المفهوم، فيؤخذ بالقدر المتيقن.

فثبوت السحق واللواط بالأربعة رجال فقط.

ص: ١١٥٨

١- ١) تفسير الصافي ١: ٣٩٨.

٢- ٢) غنيه النزوع ٢: ٤٣٨.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٦/٢١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤- ٤) مستند الشيعه ١٨: ٢٧٩.

قال المحقق: « ولا يثبت بغير ذلك » (١).

أقول: أى: لا- يثبت الزنا بغير الأربعة رجال، والثلاثة والمراأتين، والرجلين مع أربعة نساء، وقد تبّه بهذا على خلاف الشيخ فى (الخلاف) حيث ذهب إلى ثبوت الحدّ دون الرجم بشهاده رجل واحد وست نساء، ذكره فى (المسالك) وقال: ولعلّه استند إلى عموم روايه عبد الرحمن السابقه، وهو شاذ (٢).

قلت: ولعلّ المستند قوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (٣) بتقريب: إن الامراأتين تقومان مقام الرجل، فتكون الستة قائمه مقام الثلاثه رجال، فيتم مع الرجل شهاده الأربعة رجال. لا يقال: فعلى هذا تقبل شهاده الثمانية نسوه. لأن النصوص دلّت على عدم قبول شهادتهن منفردات إلا فى القتل.

فالحاصل: قيام المراأتين مقام الرجل فى كلّ مورد، إلا حيث جاء النص على عدم القبول.

لكن يضعفه: إن الآيه مخصّيه بما دلّ على عدم قبول شهاده النساء فى الحدود، بناءً على إطلاقه بالنسبه إليهن منضمات إلى الرجال، خرج منه الأربع نسوه والرجلان، والثلاثة رجال والمراأتان، وبقي غيرهما تحت العام. . . كما أن هذا الدليل يقيد إطلاق خبر عبد الرحمن البصرى، بغض النظر عن شدوده.

ص: ١١٥٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٢- ٢) كتاب الخلاف: ٦/٢٥١، المسأله ٢، مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٩.

٣- ٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

قال المحقق قدس سره: « وهو ما عدا ذلك من الجنايات الموجهة للحدود، كالسرقة وشرب الخمر والردة» (١).

أقول: هذه الثلاثة التي ذكرها المحقق موجهة للحد وهو حق الله تعالى، وإن كان في السرقة حق الآدمي أيضاً، وكذا الكلام في حقوق الله الماليه، كالزكاه والخمس... فهذه كلها تثبت بشاهدين عدلين. والدليل على ذلك: إطلاقات أدله حجيه البيئه، فإنها تقتضى قبول شهاده العدلين في كل مورد، وإن لم يكن هناك دليل على عدم قبول شهاده غيرهما.

واستدل في (الجواهر) مع ذلك بخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام: « إن أمير المؤمنين عليه السلام كان يحكم في زنديق إذا شهد عليه رجلان عدلان مرضيان وشهد له ألف بالبراءه، يجيز شهاده الرجلين ويبطل شهاده الألف، لأنه دين مكتوم» (٢) فإنه يدل على ثبوت الحد بشهاده العدلين في هذا المورد. لكن في دلالته على ثبوته بذلك في غيره بإلغاء الخصوصيه إشكال.

واستدل أيضاً: بخبر عمرو بن خالد، عن زيد بن علي، عن أبيه، عن آبائه عليه السلام: « سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الساحر فقال: إذا جاء رجلان عدلان فيشهدان عليه فقد حل دمه (٣)» (٤). لكنه يتوقف على إلغاء

ص: ١١٦٠

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٤١٠/١. كتاب الشهادات، الباب ٥١.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٤١١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٥١.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٥١.

الخصوصية كذلك، وهو مشكل. وفي (المسالك): « الأصل في الشهادة شهادة الرجلين » (١).

وفيه: إن كون الأصل في الشهادة شهادة الرجلين يتوقف على الاستقراء أو إلغاء الخصوصية في الخبرين.

□

فالأولى: الاستدلال بإطلاق أدله البيه، كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (٢) فإنه مطلق، وقول الصادق عليه السلام لابنه إسماعيل: « إذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم » (٣) وخبر مسعدة بن صدقة: « والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيه » (٤) ونحوها غيرها (٥)، فإنها تدلّ على قبول شهادة العدلين في كلّ مورد، وأن الأصل ذلك إلا فيما استثنى، وعلى الجملة: إنه يكفي ذلك للدلالة على قبول الشهادة العدلين وعدم قبول شهادة غيرهما، وفي كلّ مورد قبل فبدليل، كالتصوص الدالّ على قبول شهادة النساء فيما لا سبيل للرجال إليه.

وأما الاستدلال لذلك بقوله تعالى: « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ »

ص: ١١٤١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفية الحكم، الباب ٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩: ٨٢/١. كتاب الوديعة، الباب ٦.

٤-٤) وسائل الشيعة ١٧: ٨٩/٤. أبواب ما يكتسب به، الباب ٤.

٥-٥) قد بحث المحقق النراقي هذا الموضوع في كتاب عوائد الأيام ص ٢٧٣ وذكر الأدله عليه. فراجع.

رَجَالِكُمْ» (١). فيتوقف على أن يكون المستفاد منها كون شهادة العدلين حكماً كلياً طبق في ذاك المورد، وأما إذا كان حكماً خاصاً به فلا- إطلاق. ولما كانت الأخبار تعين المصداق للبينه في الرجلين العدلين في موارد كثيرة، أمكن دعوى تبادل هذا المعنى من لفظ «البينه» في عرف المشرع.

□
قال المحقق قدس سره: «ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن» (٢).

أقول: قد ذكرنا أن مقتضى الأدلة قبول شهادة العدلين في كل مورد، وإن كل مورد اعتبر فيه غير ذلك فبدليل، وقد وردت نصوص في قبول شهادة النساء في موارد خاصة، وقد يقال بالنسبة إلى غير تلك الموارد بإطلاق: «فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان» (٣) فلا يختص قيام المرأتين مقام الرجل بمورد الآيه، لكن النصوص تنفي هذا الإطلاق، وتصرح بأنه حكم خاص بموردها وهو «الدين»، هذا بالإضافة إلى ما دلّ على عدم قبول شهادة النساء في الحدود، فلا دليل على قبول شهادتهن، فيبقى اعتبار «البينه». ومن تلك النصوص:

□
١ - خبر جميل بن دراج ومحمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (٤).

٢ - خبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (٥).

٣ - خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (٦).

ص: ١١٦٢

١- (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٣- (٣) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٠/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

قال المحقق: « وأما حقوق الآدمي فتلاثة، منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين وهو الطلاق والخلع والوكاله والوصيه إليه والنسب ورؤيه الأهل. . . » (١).

١ ما لا يثبت إلا بشاهدين:

أقول: القسم الأول: ما لا يثبت إلا بشاهدين، فلا يجزى فيه النساء منضمه إلى الرجال فضلاً عن الإنفراد، ولا اليمين مع الشاهد، قال في (المسالك): مورد الشاهدين من حقوق الآدمي: كلّما ليس بمال ولا المقصود منه المال (٢)، وفي (الدروس) نسبة هذا الضابط إلى الأصحاب (٣)، وفي (كشف اللثام) ما يطلع عليه الرجال غالباً وما لا يكون (٤). . . لكن في (الجواهر): لم أقف في النصوص على ما يفيد هذا الضابط، بل فيها ما ينافيه (٥).

[أما الطلاق] فيدلّ على عدم ثبوته إلا بشاهدين ذكرين عدّه من النصوص، ومنها:

١ - الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: « إنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهن رجل، وكان على عليه السلام يقول: لا أُجيزها

ص: ١١٦٣

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٤٩.

٣-٣ (٣) الدروس الشرعية ٢: ١٣٧.

٤-٤ (٤) كشف اللثام ١٠: ٣٢٦.

٥-٥ (٥) جواهر الكلام ٤١: ١٥٩.

فى الطلاق» (١).

٢ - أبو بصير: « سألته عن شهادة النساء، فقال: تجوز شهادة النساء وُحدهنّ على ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وتجوز شهادة النساء فى النكاح إذا كان معهنّ رجل، ولا تجوز فى الطلاق. . . » (٢).

٣ - محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام فى حديث: « ولا تجوز شهادتهنّ فى الطلاق » (٣).

٤ - محمد بن مسلم قال: « قال لا تجوز شهادة النساء فى الهلال ولا فى الطلاق » (٤).

٥ - زراره: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة النساء تجوز فى النكاح؟ قال: نعم، ولا تجوز فى الطلاق. . . » (٥).

٦ - أبو الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال على عليه السلام: شهادة النساء تجوز فى النكاح ولا تجوز فى الطلاق. . . » (٦).

فهذه الأخبار صريحة فى عدم ثبوت الطلاق بشهادة النساء مطلقاً. وعن (الغنيه) الإجماع عليه أيضاً (٧). ولكن اختلف كلام الشيخ فى ثبوت الطلاق

ص: ١١٦٤

- ١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٧/٢٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ١-٧) غنيه النزوع ٢: ٤٣٨.

بشهادتهن منضمات، فعن (الخلف) و (النهاية) : النص على المنع (١)، وعن (المبسوط) أنه قوى القبول (٢). قال فى (المسالك) : وإليه ذهب جماعة، وهو ضعيف (٣)، وفى (الجواهر) : إنه لم يجد القول به إلا ما يحكى عن أبى على أنه قال: لا بأس بشهادتهن مع الرجال فى الحدود والأنساب والطلاق (٤).

نعم، فى (كشف اللثام) : « لكن أخبار الطلاق يحتمل شهادتهن حين الطلاق » (٥).

واعترضه فى (الجواهر) بقوله: « وهو مع بعده فيها ما لا يقبله، كالمروى عن العلل والعيون بأسانيدته إلى محمد بن سنان... وفى خبر داود بن الحصين (٦) . . (قال) : ومن الأخير استفاد عدم الاجتزاء فيه أيضاً بالشاهد واليمين » (٧).

قلت: قد ذكرنا أن الأصل المستفاد من أدله اعتبار البيه عدم القبول إلا بدليل، ومع هذا الأصل، لا حاجة إلى الدليل على عدم القبول، بل يكفى عدم الدليل على القبول (٨).

ص: ١١٤٥

١- ١) كتاب الخلاف ٦: ٢٥٢، المسألة ٤، النهاية: ٣٣٢.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٧٢.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥١.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ١٦٠.

٥- ٥) كشف اللثام ١٠: ٣٢٧.

٦- ٦) جواهر الكلام ٤١: ١٦٠.

٧- ٧) جواهر الكلام ٤١: ١٦١.

٨- ٨) أقول: ما ذكره السيد الاستاذ هو الأولى فى الجواب، إذ يمكن مناقشه الجواهر بأن ما لا يقبل الاحتمال المذكور ضعيف سنداً، والتام سنداً يقبله.

[وأما الخلع] فإن كانا متوافقين على البيئونه، وإنما النزاع فى الحقوق المالىه المترتبه عليها كأن تدعى الزوجه كون الطلاق رجعيًا وتطالب بالمهر، ويدعى الزوج وقوعه خلعاً وبذل المرأه المهر فحينئذ تقبل شهادتهن فى أنها بذلت المهر فى مقابل الطلاق، وإن كان نزاعهما فى أصل البيئونه كأن تدعى المرأه الخلع وتعترف بالبذل، فلا رجوع، والرجل يدعى الرجوع ويدفع إليها المهر فليس المتنازع فيه حقاً مائياً، بل البيئونه تدعيها المرأه وينكرها الرجل، فلا تقبل شهادتهن حينئذ.

وقيل: إذا تنازعا فى المال وثبت الحق بشهاده العدلين، كان اللأزم كون الطلاق خلعاً.

وقيل: إذا ثبت الطلاق ثبت الحق المالى بالتبع.

وقيل: إن فى الخلع جهتين، فتقبل فى الجبهه المالىه ولا تقبل فى غير المالىه، نظير السرقة حيث يثبت الحق المالى ولا يحد.

وأجيب بالفرق بين الأمرين، إذ السرقة تتحقق بلا شاهد، بخلاف الطلاق، فإنه لا يثبت بدونه، والطلاق يلازم الحق المالى، بخلاف السرقة، ففيها حكمان قد يثبت أحدهما ولا يثبت الآخر.

[وأما الوكاله] فليست من الامور المالىه وإن تضمنت مالاً أو انجرت إليه فلا تثبت إلا بشاهدين بناء على الضابط المذكور، وإن كان المرجع فى المقام هو مفاد الأخبار من أن الملاك القبول فى كل ما هو «حق» لا «حكم»، قبلت شهادتهن فى الوكاله إن كانت من الحقوق، ولم يرد فى المنع عن القبول فيها نص خاص كما هو الظاهر.

وبناءً على تقييد الحق بالمالى من ورود النص الخاص بقبول شهادتهن فى «الدين»، فإن تعميم الحكم إلى كل حق مالى يتوقف على إلغاء خصوصيه الدين، كما هو واضح.

[وأما الوصيه] ففيها بالخصوص نصوص، فلا بدّ من النظر إلى مفادها، ولا يكفي الأخذ بالضابط في موردها.

[وأما النسب] فهو أمر واقعي يترتب عليه آثار ماليه وغيرها، وليس من الحقوق ولا الأموال، فلا يثبت إلا بشاهدين عدلين.

[وأما رؤيه الهلال] ففيها نصوص خاصه صريحه في عدم قبول شهادتهن وإن استلزمت مالا، كحلول أجل الدين مثلاً، ومن هذه النصوص:

١ - خبر محمد بن مسلم، وقد تقدم.

٢ - عبد الله بن سنان: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤيه الهلال. . . » (١).

٣ - حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: « لا- تقبل شهادة النساء في رؤيه الهلال، ولا- يقبل في الهلال إلا رجلان عدلان » (٢).

٤ - العلاء عن أحدهما: « لا تجوز شهادة النساء في الهلال. . . » (٣).

نعم، عن داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل قال: « لا تجوز شهادة النساء في الفطر إلا شهادة رجلين عدلين، ولا بأس في الصوم بشهادة النساء ولو أمراه واحده » (٤). قال في (الوسائل): « قال الشيخ: الوجه في هذا الخبر أن يصوم الإنسان بشهادة النساء استظهاراً واحتياطاً، دون أن

ص: ١١٦٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٥/١٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٦/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦١/٣٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

يكون ذلك واجباً» (١).

قلت: ولعل وجه هذا الحمل وعدم تخصيص تلك النصوص بهذا الخبر بأن تقبل شهادتهن في الصوم خاصة هو إباء تلك النصوص عن التخصيص، لا سيما وأن بعضها معلل بضعف رؤيه النساء.

هل يثبت العتق والقصاص والنكاح بالشاهد والمرأتين؟

قال المحقق: « وفي العتق والقصاص والنكاح تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين» (٢).

أقول: [أما العتق] فإن كان مالاً من جهه أنه يتعلق بالعبد وهو مال مملوك فتقبل، إذ يكون الشهاده على العتق كالشهاده على تلف مال، وإن لم يكن العتق مالاً بل كان النظر إلى جهه الخروج عن الرقيته فلا ومن هنا تردد المحقق ثم اختار الثبوت، وفاقاً للمبسوط (٣) وخلافاً للخلاف (٤)، وخالفه في (المسالك) (٥).

[وأما القصاص] فقد نصّ المحقق في كتاب القصاص على عدم الثبوت (٦)، ولعل نظره هنا إلى الديه وهي مال، والأخبار في بعضها: « إلا في القتل» (٧) وفي آخر

ص: ١١٤٨

- ١- (١) وسائل الشيعة: ٢٧/٣٤١ ذيل ح ٣٦.
- ٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٦.
- ٣- (٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٧٢.
- ٤- (٤) كتاب الخلاف ٦: ٢٥٢ / المسأله ٤.
- ٥- (٥) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥١.
- ٦- (٦) شرائع الإسلام ٤: ٢١٨.
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٨/٢٧ و ٢٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

« إلا في القود» (١) فيحمل أحدهما على القتل الخطأى والآخر على العمدى.

[وأما النكاح] فإنه ليس من حيث كونه مالا، لكن جهه الدعوى تختلف، فإن كان النظر فيها إلى المهر والنفقه والإرث، فذلك مال وتقبل، وإلا فلا.

هذا بالنظر إلى الضابطه المذكوره فى أول البحث. وأما الأخبار، فإنها بالنسبه إلى القصاص مختلفه، وقد اختلف بتبعها كلمات الأصحاب، وهذه نصوص بعضها:

□
١ - جميل بن دراج ومحمد بن حمران « عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلنا أتجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده. إن علياً عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم» (٢). وظاهره العدم فى حال وجود الرجال، إذ لا يبطل دم المسلم حينئذ.

٢ - أبو بصير: « سألته عن شهاده النساء، فقال: تجوز شهاده النساء وحدهنّ على ما لا يستطيع الرجل النظر إليه. وتجوز شهاده النساء فى النكاح إذا كان معهنّ رجل، ولا تجوز فى الطلاق، ولا فى الدم. . .» (٣).

وظاهره عدم القبول لا فى القصاص ولا فى الديه.

٣ - إبراهيم الحارثى: « . . . وتجوز شهادتهن فى النكاح، ولا تجوز فى الطلاق ولا فى الدم. . .» (٤).

ص: ١١٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٨ و ٣٥٩ / ٢٩ و ٣٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٠/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥١/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٢/٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤ - زراره: « سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ قال: نعم، ولا تجوز في الطلاق - إلى أن قال -: قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ قال: لا» (١).

٥ - أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: « قال قال علي عليه السلام: شهادة النساء تجوز في النكاح... وقال: تجوز شهادة النساء في الدم مع الرجال» (٢).

٦ - ربيع عن أبي عبد الله عليه السلام: « لا تجوز شهادة النساء في القتل» (٣). قال في (الوسائل): حملة الشيخ على عدم ثبوت القود، وإن ثبتت بشهادتهن لديه (٤).

٧ - غياث بن إبراهيم: « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود» (٥).

٨ - موسى بن إسماعيل بن جعفر: « عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا قود» (٦).

قال في (المسالك): الأخبار مختلفة، وأصحها وأكثرها دالاً على القبول، وعليه الأكثر (٧).

أقول: إن كلاً من أخبار الطرفين، فيها ما يمنع أو يدل على القبول بالإطلاق،

ص: ١١٧٠

١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٧/٢٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٨/٢٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٨ / ذيل ح ٢٧.

٥ - ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٨/٢٩. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٦ - ٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٩/٣٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٧ - ٧) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٣.

وفيها ما يدلّ على ذلك مقيداً. والدالّ على المنع مقيداً هو الخبران الأخيران فإنه مقيد بالقود. أى: تجوز في الديه، والدالّ على الجواز مقيداً خبراً زرارته وأبى الصباح الدالّان على القبول مقيداً بكونهن مع الرجال، ومقتضى الجمع بين المقيدتين: عدم القبول في القود إلا إذا كان معهن رجل، فيكون دليل القول بثبوت غير موجب القصاص بشهادتهن مع الرجال.

وإن قلنا بالتعارض بينهما بالعموم من وجه، لأن ذاك يمنع في القود سواء مع الرجل أو لا، وهذا يجوز إذا كان معهن رجل سواء في القود وغيره، وإذا تعارضاً في مورد الاجتماع وهو القود مع وجود الرجل معهن وتساقطاً، كان ثبوت القود بشهادتهن حتى مع الرجال بلا دليل، وتقبل شهادتهن مع الرجل في الديه. ويكون هذا شاهد جمع بين المانع بالإطلاق والدال على القبول بالإطلاق، فيحمل المانع على غير الديه وهو القود، والمجوز على الديه دون القود، وهذا دليل هذا القول.

وحيث لا يقبل شهادتهن في القود، فهل معنى ذلك عدم ثبوت القصاص ولا الديه، أو أنه لا يقبل في القود ويتنزل إلى الديه؟ وجهان.

وهذا البحث يجرى في الشهاده على المحصنه، فإذا قيل لا تقبل في الرجم، فليس معناه ثبوت الجلد عوض الرجم.

في (الجواهر): إن شهادتهن لا تقبل في القود، لا أنها تقبل ولكن تؤخذ الديه بدلاً عن القتل.

وظاهر الجمع الذي ذكرناه تبعاً للنهايه هو القبول في الديه، نعم، كلام الشيخ مجمل، إذ لم يصرح باختياره أحد الوجهين.

وكيف كان، ففي (الجواهر): «لا- بأس بقبول شهادتهن بالقتل المقتضى للديه، وإذا أمكن الجمع بين النصوص بذلك كان أولى، وإلا كان الترجيح

للنصوص النافيه قبول شهادتهن فيه، وأما الجمع بينها بحمل النافيه على شهادتهن منفردات، والمثبته على صورته الإنضمام مع رجل، فلا يقبله ظاهر بعضها أو أكثرها» (١).

قلت: والجمع الذى تعرض له مذكور فى (المسالك)، والظاهر أنه الأولى.

قال فى (المسالك): واعلم أن محلّ الإشكال شهادتهن منضمات إلى الرجال، أما على الإنفراد، فلا تقبل شهادتهن قطعاً. وشذ قول أبى الصلاح بقبول شهادته امرأتين فى نصف ديه النفس والعضو والجراح، والمرأه الواحده فى الربع (٢)(٣).

قال فى (الجواهر): وهو كذلك إذا كان المراد بالانفراد حتى عن اليمين، أما معه، فالظاهر قبول المرأتين فيما يوجب الديه كالرجل مع اليمين (٤).

يعنى: إنه يثبت حق الأدمى بشهادته المرأه مع الرجل أو يمين المدعى، والحق أعم من المالى وغيره إلا ما قام الدليل على المنع فيه، فتحمل فتوى أبى الصلاح على شهادتها مع يمين المدعى، لا شهادتها منفرده.

وأما فى النكاح، فالأخبار تدلّ على الثبوت، كأخبار أبى بصير وأبى الصباح وزراره وغيرها، والدالّ على المنع هو: خبر السكونى: « عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام إنه كان يقول: شهادته النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا حدود، إلا فى الديون، ومالا يستطيع الرجال النظر إليه» (٥).

ص: ١١٧٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٦٣ ١٦٤.

٢-٢ (٢) الكافى فى الفقه: ٤٣٩.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٤ ٢٥٥.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٦٥.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٢/٤٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

قال في (الوسائل): حملة الشيخ على التقيه والكراهه، واستدل على كونه للتقيه بروايه داود بن الحصين السابقه (١).

قلت: بالإضافة إلى ما في سنده من الكلام.

لكن لا يخفى: إن الحمل على التقيه ونحوه هو بعد الفراغ عن تعذر الجمع بالإطلاق والتقييد، ومن الممكن الجمع كذلك بينه وبين ما دل على الجواز، مثل خبر الحلبي: « تجوز إذا كان معهن رجل » (٢) المقيد لما دل على الجواز مطلقاً، كخبر أبي بصير إن كان مطلقاً.

٢ ما يثبت بالشاهدين والشاهد واليمين وغيرهما

أشاره

قال المحقق قدس سره: « ومنها: ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وهو الديون والأموال، كالقراض والقراض والغصب وعقود المعاوضات كالبيع والصراف والسلم والصلح والإجازات والمساقاه والرهن والوصيه له والجنايه التي توجب الديه » (٣).

أقول: القسم الثاني من حقوق الآدمي هو الحقوق الماليه، أي: ما كان متعلق الدعوى فيه مالياً، كالديون والأموال، أو المقصود منه المال كعقد البيع والجنايه التي توجب الديه، كالخطأ وشبه العمد والجروح غير القابله للقصاص.

فهذا القسم من الحقوق يثبت بأحد الأقسام الآتيه من الشهاده:

ص: ١١٧٣

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٣، ذيل ح ٤٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

١ - شهادة الرجلين

فالأول أن يشهد شاهدان. ويدلّ على ثبوته بشاهديهما الكتاب والسنة والإجماع. . . فلا كلام في هذا القسم.

٢ - شهادة الرجل والمرأتين

والثاني أن يشهد رجل وامرأتان، واستدلّ لثبوته بذلك من الكتاب بقوله تعالى: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (١) إلا أن في الاستدلال بها هنا تأملاً، من جهة أن ظاهرها قبول هذه الشهادة في حال عدم الرجلين، لأنه قال: «فإن لم يكونا. . .». ويدلّ على ذلك: بعض الأخبار، كخبر داود بن الحصين الآتي نصه الوارد في تفسير الآيه، لكن ظاهر عبارات الأصحاب كالمحقق عدم تعليق قبولها على عدم الرجلين.

ثم إن مورد هذه الآيه هو خصوص «الدين»، ويدلّ على ذلك أيضاً خبر داود بن الحصين الوارد في تفسيرها. ومن هنا، لم يذكر بعض الأصحاب إلا «الدين» كما سيأتي.

واستدلّ من السنّه بنصوص:

١ - الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم» (٢). دلّ على قبول شهادة المرأتين مع الرجل، لكنه في الدين خاصة (٣).

ص: ١١٧٤

١-١ (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣ (٣) فهو يدلّ على الوجه الثاني، لكن ظاهره عدم التوقف على عدم الرجلين كما عليه عبارات الأصحاب، لكن يؤيد ظاهر الآيه مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه. . .». ٢٧/٢٧١. وعن تفسير الإمام العسكري عليه السلام ٢٧/٢٧٢ بتفسير الآيه: «عدلت امرأتان في الشهادة برجل واحد، فإذا كان رجلاً أو رجل وامرأتان أقاموا الشهادة قضى بشهادتهم».

٢ - داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: « وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار ولا يجيز في الطلاق إلا شاهدين عدلين. قلت: فأنى ذكر الله تعالى قوله: «فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (١)؟ فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلاين فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى إذا لم يكن امرأتان. قضى بذلك رسول الله وأمر المؤمنين بعده عندكم» (٢). دل على ثبوت الحق بشهادتهما مع الرجل، لكن إذا كان ديناً، وإذا لم يكن رجلاين...

٤ - يونس عمن رواه قال: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه، بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان...» (٣). والحقوق عام يشمل الحقوق الماليه كلها أيضاً، فلا- اختصاص بالدين. لكنه مرسل، مع أنه ظاهر في توقف القبول على عدم الرجلين.

وهل تقبل شهادة المرأتين مع الرجل في كل ما كان مالاً أو المقصود منه المال أو في خصوص الدين؟

قد عرفت ما في الاستدلال بالأخبار الثلاثة الأخيره، . . . أما الآيه والخبران الآخران، فتدل على القبول في الدين فحسب. . . ولهذا لم يذكر الشيخ في (النهاية)

ص: ١١٧٥

١-١ (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٠/٣٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧١/٢. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٥.

- التي هي متون الأخبار - إلا الدين (١).

وقد أجاب في (الجواهر) : بأن ما في ذيل الآية الكريمة من الإشهاد على البيع وهو قوله تعالى: «وَأَشْهَدُوا إِذَا بَيَّعْتُمْ» (٢) ظاهر في إرادته الإشهاد السابق، الذي كان منه الرجل والمرأتان متمماً بعدم القول بالفصل (٣).

قلت: إن ظاهر الآية كاف للاستدلال، ولا حاجة إلى تنميته بعدم القول بالفصل، إذ من البعيد جداً أن يراد بالشهادة في ذيل الآية غير الشهادة المذكورة في صدرها، إذ لو أراد غيرها لذكر... ولعلّه يريد عدم القول بالفصل بين الدين والبيع، أو بين البيع وسائر عقود المعاوضات. لكن هذا يتوقف على تحقق عدم الفصل، وحينئذ، فإن الآية صدرراً وذيلاً تدل على عدم انحصار قبول الرجل والمرأتين بالدين... فلا- مناص بعد ذلك من حمل «الدين» في الخبرين على أن المقصود منه المال، وهو المحكى عن (المختلف) (٤) بالنسبة إلى عبارته (النهاية) (٥).

ونوقش في الاستدلال للقبول بخبر الصيرفي: « كتبت إلى الكاظم عليه السلام في رجل مات وله أم ولد، وقد جعل لها سيدها شيئاً في حياته ثم مات،

ص: ١١٧٦

١- (١) النهاية في مجرد الفتوى: ٣٣٣.

٢- (٢) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٦٦.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٨: ٥٢٣، وعنه كشف اللثام ١٠: ٣٣١، جواهر الكلام ٤١: ١٦٧.

٥- (٥) قال في المستند: المراد من الدين هو المال المتعلق بالذمه لغيره وعرفاً بأي سبب كان، وهو الدين بالمعنى العام الشامل للدين بالمعنى الأخص الذي هو القرض، وعلى هذا فيشمل الدين: القرض والنسيئة والسلف وثن المبيع والضمان وغرامه التالف وديه الجنائيات، وغير ذلك مما يتعلق فيه المال بالذمه ويكون هو المقصود بالدعوى. وقد ألحقوا بالدين جميع الدعاوى الماليه أو ما يكون المقصود منه المال، ولأجله حكموا بالقبول في دعوى: الرهن والإجاره والقراض والشفعه والمزارعه والمساقاه والهبة والإبراء... ولا أرى لذلك الإلحاق دليلاً... وقد أشار إلى ذلك المحقق الأردبيلي (مستند الشيعة ١٨: ٢٩٧ ٢٩٨).

فكتب: لها ما آتاها سيدها في حياته معروف لها ذلك، تقبل على ذلك شهادة الرجل والمرأه والخدم غير المتهمين» (١) بأنه وارد في الوصيه، وظاهر في إرادته ثبوتها، بشهاده جنس الرجل وجنس الامراه، لأنها وصيه (٢).

وعن (الخلاف) وموضع من (المبسوط) منع قبول امرأتين ورجل في الوديعه (٣)، وحمله العلامه على ما قيل على دعوى الودعي لا المالك (٤).

أقول: هذا النزاع صغروي، فكأن الشيخ لا يوافق على كون النزاع في الوديعه نزاعاً في مال، لا سيما غير المشروط فيها الضمان. فأجاب في (الجواهر): بأن الودعي ينفي عنه الضمان وهو مال (٥).

٣ - شهاده الرجل مع اليمين

والثالث: أن يشهد رجل مع يمين المدعي، وهذا مراد المحقق من قوله « وبشاهد ويمين» (٦). ويدل على قبول هذه الشهاده عشرون نصاً، ورد في تسعه منها عنوان « الحق» (٧) وهو ظاهر جداً في مطلق حقوق الناس، بل مفاد خبر درع طلحه ثبوت العين أيضاً بهذه الشهاده.

وقد استدلل صاحب (الجواهر) بفحوى هذه النصوص لثبوت مطلق الحق

ص: ١١٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٤/٤٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢- (٢) أقول: ذكر السيد الاستاذ أن الخبر ظاهر في الهبه لا الوصيه، وأنه إذا كان ظاهراً في الجنس فهو مجمل، والأخبار الاخرى مبينه له. .

٣- (٣) كتاب الخلاف: ٦/٢٥٢، المسأله ٤، المبسوط في فقه الإماميه ٧: ٢٤٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٦٦، مختلف الشيعه ٨: ٤٧٦.

٥- (٥) جواهر الكلام ٤١: ١٦٧.

٦- (٦) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

٧- (٧) أنظر الباب ١٤ من أبواب كيفيه الحكم. وسائل الشيعه: ٢٧/٢٦٤.

بشهادة الرجل والأمراطين، قال: « وبظهور خبر محمد بن خالد المزبور فى أن الشاهد واليمين قائم مقام الشاهد والمرأطين، وحينئذ، فهما أولى من اليمين مع الرجل » (١)(٢).

وربما يشكل عليه بأنه قياس.

وفيه: إن هذا الاستدلال مبنى على الاستظهار من النصوص، وليس قياساً. . . فإن ظاهر المرسله فى استخراج الحقوق حيث ذكر أولاً- الرجلين العدلين، فإن لم يكونا فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، هو قيام الرجل واليمين مقام الرجل والامراطين، فإذا ثبت الحق بشهادة الرجل واليمين ثبت بشهادته مع الامراطين بالأولويه.

شهادة الامراطين مع اليمين

وتعرض صاحب (الجواهر) هنا لهذه المسأله لأجل أن يستدلّ بفحوى نصوصها لقبول شهادة الرجل والامراطين فى مطلق الحقوق، فقال: « وبما ورد من إثبات الحق بالامراطين مع اليمين، بل الظاهر ثبوت ذلك كله بهما مع اليمين، وفقاً للمشهور شهره عظيمه، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه » (٣).

ص: ١١٧٨

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٦٧.

٢-٢) المراد من خبر محمد بن خالد هو الخبر الذى تقدم بعنوان الصيرفى، وإنما قلنا الصيرفى للاختلاف فى اسم الراوى فى الكتب. لكن ليس فيه تعرض للشاهد واليمين، ولعله يريد خبر محمد بن مسلم الذى ذكره من قبل، وهذا نصه: « لو كان الأمر إلينا أخذنا بشهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس ».

٣-٣) كتاب الخلاف: ٦/٢٥٤، المسأله ٧، جواهر الكلام ٤١: ١٦٧ ١٦٨.

أقول: مستند هذا الحكم:

١ - ما رواه منصور بن حازم: « أن أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز »
(١).

٢ - ما رواه الحلبي: « عن أبي عبد الله عليه السلام: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق » (٢).

دلّ بعضها على القبول في خصوص « الدين » وبعضها على القبول في « الحق » ، ومقتضى القاعده هو القبول في مطلق الحقوق الماليه.

ووجه الاستدلال بهذه النصوص لثبوت الحق بشهاده الرجل والامراتين: هو أن الشارع أقام كلاً من « المرأتين » و « اليمين » مقام « الرجل » فقبل شهاده « الرجل مع الامراتين » و « شهاده الرجل مع اليمين » وحينئذ، يقوم المجموع من « المرأتين واليمين » مقام « الرجلين » .

لكن ثبوت الحق بشهاده الامراتين مع اليمين محلّ خلاف، فقد قال المحقق في (النافع) : « ولو انفردن كامراتين مع اليمين، فالأشبه عدم القبول » وهذا صريح المحكى عن (السرائر) (٣) و (التنقيح) (٤) وقضاء (التحرير) (٥) وإن رجع عنه في

ص: ١١٧٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٥.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٧١/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ١٥.

٣-٣) السرائر ٢: ١١٦.

٤-٤) التنقيح الرائع ٤: ٣٠٨.

٥-٥) تحرير الأحكام ٥: ١٧٩.

الشهادات (١) وظاهر سلاز (٢) و (الغنية) (٣) .. كما فى (الجواهر) ... قال: والحلى منهم معذور على أصله. . . أى عدم اعتبار خبر الواحد. . . ولذا قال: « جعلهما بمنزله رجل يحتاج إلى دليل وليس، وحملهما على الرجل قياس، والإجماع غير منعقد، والأخبار غير متواتره، فإن وجدت فهى نوادر شواذ، والأصل براءة الذمه، فمن أثبت بشهادتهما حكماً شرعياً فإنه يحتاج إلى أدله قاهره، إما اجماع أو تواتر أخبار أو قرآن. وجميع ذلك خال منه» (٤).

□
لكن استغرب صاحب (الجواهر) من ابن ادريس وتبعه المقداد من دعوى ندره النصوص وشذوذها، وحاول رحمه الله إثبات ندره الرادين لها، قال: لم نر لها راداً قبل ابن ادريس ولا من تأخر عنه إلا النادر، لاختلاف فتوى المصنف، والفاضل فى التحرير قد رجع عن ذلك فيه فضلاً عن قطعه بالحكم فى باقى كتبه. (قال): ومن هنا يمكن دعوى تحصيل الإجماع على ذلك. . . وتنفتح من جميع ما ذكرنا اتحاد موضوع الثلاثه، أى الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين، والمرأتين مع اليمين، وهو كل حق آدمى أو المالى منها خاصه، على البحث الذى قدمناه فى الشاهد واليمين (٥).

أقول: نعم، الظاهر ثبوت الحق المذكور بكل واحد من الثلاثه المذكوره

ص: ١١٨٠

١-١) تحرير الأحكام ٥: ٢٦٨.

٢-٢) المراسم: ٢٣٤.

٣-٣) غنيه النزوع: ٤٣٨ ٤٣٩.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٣٣٥. بتفاوت يسير، السرائر ٢: ١١٦، جواهر الكلام ٤١: ١٦٨.

٥-٥) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

كشهاده الرجلين... لكن الاستدلال بنصوص امرأتين مع اليمين لقبول الرجل مع امرأتين بالأولويه، يبتنى على قبول المرأتين مع اليمين، وقد تعرف الإشكال فى دعواه الاجماع على القبول من اعترافه بوجود الخلاف من (التنقيح) و (المراسم) و (الغنيه)

وأما الإشكال على القبول بعدم ذكر المرأتين مع اليمين فى مرسله يونس، حيث ذكر فيه وجوه استخراج الحقوق، فمندفع بإرساله أولاً، وبتوقفه على المفهوم ثانياً، وبأن الحصر لو سلم إضافي ثالثاً..

هل تقبل شهادة النساء منفردات مطلقاً؟

بقيت مسأله شهادة النساء منفردات عن الرجل واليمين، قال فى (المسالك) بعدم القبول قطعاً، ووافقه صاحب (الجواهر) (١).. ولكن قد يستدل للقبول بما يلي:

١ - الحلبي: « عن الصادق عليه السلام: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أجاز شهادة النساء فى الدين وليس معهن رجل » (٢).

٢ - الحسن بن أبى عقيل: « قد روى عنهم: إن شهادة النساء إذا كنَّ أربع نسوه فى الدين جائز » (٣).

أقول: أما الأول: فلعله حكاه عن قضيه فى واقعه، ومن الجائز وجود اليمين معهن، وإن كان « جائز » بمعنى « نافذ »، فإنه يجمع بينه وبين حسنته وصحيحة منصور المشتملتين على اليمين، بناءً على الجمع بين المطلق والمقيد

ص: ١١٨١

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٨، جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٦/٢٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) مختلف الشيعة ٨: ٤٥٥، جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

المثبتين حين يعلم بوحده الحكم فيهما. مثل: أعتق رقبه وأعتق رقبه مؤمنه، فلو كان مطلق الرقبه مفرغاً للذمه كان تقييدها بالمؤمنه لغواً. . . على أن هذا الخبر مجمل فلم يتبين فيه عدد النساء.

وأما الثاني: فخبير مرسل. وفي (الجواهر) عمن ذكره: أنه لم يقف على حقيقته، وأنه لم يصح عنده من طريق المؤمنين.

ومن هنا قال في (الجواهر): لا تقبل شهاده النساء منفردات في شيء من ذلك وإن كثرن، بلا خلاف محقق أجده (١).

هل يثبت الوقف بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين؟

قال المحقق: « وفي الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين » (٢).

أقول: وجه تردد المحقق في القبول في الوقف هو الاختلاف في أنه هل ينقل إلى الله تعالى أو إلى الموقوف عليه أو يبقى على ملك المالك؟ وحيث أن مختار المحقق هو الثاني، فإنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين، لأنه مال للموقوف عليه، فهو من حقوق الناس.

وقد قيد القبول بذلك في (الجواهر) تبعاً للمسالك: بأنه إن كان موقوفاً على محصور (٣)، فلو كان على غير محصور أشكال كونه ملكاً لهم لعدم العرفيه في اعتبار الملكيه لغير المحصور، ولعدم تصوير النزاع حينئذ، لأن كلاً من المدعى والمدعى

ص: ١١٨٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

١-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

عليه مالك.

وعَلَّه في (المسالك) بأنه إذا كان على غير محصور فلا يمكن حلفه (١). . . أي: لأن يمين الشخص في غير ماله غير مقبولة، فيكون غير المحصور ملكاً لله ملكاً اعتبارياً، وللكل الانتفاع بمنافعه. . .

وأما إذا كان على محصور، ففي (الجواهر) إنه تجرى عليه جميع أحكام الملك عدا الامتناع عن نقله، وذلك لا يخرج عن الملكيه كأم الولد. على أنه قد يجوز بيعه في بعض الأحوال (٢).

وذهب الشيخ في (الخلاف) إلى عدم ثبوت الوقف بذلك. . . قال: لأن الوقف ليس بمال للموقوف عليه، بل له الانتفاع به فقط دون رقبته (٣).

فظهر أن الخلاف في المقام مبنى على الخلاف في الوقف.

والأشبه من التفصيل بين المحصور وغير المحصور، هو التفصيل بين ما إذا كان الموقوف عليه الأشخاص عموماً أو خصوصاً، وما إذا كان الوقف على الجهة، فيثبت في الأول دون الثاني. . . بل يثبت في الأول حتى على القول بعدم ملكيه المنفعة والقول بجواز الانتفاع كالجلوس في المسجد.

ومن فروع هذه المسألة:

ما إذا أقام الشخص عن مكانه في المسجد فصلّى في مكانه، فعلى القول بالملكيه تبطل صلاته، دون القول بجواز الانتفاع.

ومنها: ما في (العروه الوثقى) : من أن الأحوط للموقوف عليهم في الأوقاف

ص: ١١٨٣

١-١ (١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٧.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ١٦٩.

١-٣ (٣) كتاب الخلاف: ٦/٢٨١.

الخاصه دفع الخمس، فيفيد عدم الخمس (١) إذا كان الوقف عاماً. . . فإذا كان البستان وقفاً على الأولاد، فعلى القول بالملكيه يملكون الأثمار وعليهم الخمس، وأما إذا كان وقفاً على عموم الناس فلا يملك أحد شيئاً، بل لهم الإستفاده منها فلا خمس. . . نعم، يجب بناءً على اعتبار الملكيه للعموم.

والحاصل: إن الأشبه هو القبول فيها إذا كانت الدعوى فى مال أو فيما يقصد به المال، أعم من العين والمنفعه.

ثم ذكر فى (الجواهر) مصاديق أخرى من موارد الثبوت بالشاهد واليمين، وهى حقوق الأموال، كالأجل والخيار اشتراطاً وانقضاءً، والشفعه، وفسخ العقد المتعلق بالأموال، وقبض نجوم الكتابه أو غيرها من الأموال، (قال): لأن جميعها حق آدمى، بل المقصود منها أجمع ثبوت مال أو زواله، بل وكذا النجم الأخير من الكتابه، وإن توقف فيه الفاضل فى القواعد (٢)، لكنه فى غير محلّه، خصوصاً بناءً على ما ذكرناه (٣).

قلت: وجه توقف العلامه فى (القواعد) احتمال كون النزاع حينئذ فى الحريه وهى ليست بمال.

٣ ما يثبت بالرجال والنساء مطلقاً

اشاره

قال المحقق: « الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنظمات وهو

ص: ١١٨٤

١- (١) العروه الوثقى ٢: ٣٩٠.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣: ٤٩٩.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٠.

الولادة والإستهلال وغيوب النساء الباطنه» (١).

أقول: القسم الثالث ما يثبت بشهادة النساء منفردات عن الرجال واليمين ومنضمات، وهي أمور، وضابطها ما يعسر اطلاع الرجال عليه أو يحرم أو لا يكون عادة... والحكم الكلى فى قبول شهادة النساء كونهن أربع نسوه... لكن فى (المستند) اشتراط ضم اليمين وإن كن أربع نسوه (٢).

ومن صغريات هذا الضابط «الولادة» و «استهلال المولود» أى صياحه وبكاؤه عند الولاده، و «غيوب النساء الباطنه» كالقرن ونحوه، أما الظاهره كالعرج ونحوه فلا.

والحكم بالثبوت فى هذه الموارد لا خلاف فيه كما فى (الجواهر) وعن كاشف اللثام (٣)، لمسيس الحاجه، وللنصوص (٤):

□
١ - الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: «وسألته عن شهاده القابله فى الولاده، قال: تجوز شهاده الواحده. وقال: تجوز شهاده النساء فى المنفوس والعذره» (٥).

٢ - أبو بصير: «سألته عن شهاده النساء فقال: تجوز شهاده النساء وحدهن على ما لا يستطيع الرجال النظر (ينظرون) إليه...» (٦).

ص: ١١٨٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

٢-٢ (٢) مستند الشيعة ١٨: ٢٩٦.

٣-٣ (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٣٣.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٧٠.

٥-٥ (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١/٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٦-٦ (٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣ - إبراهيم الحارقي (ثي) قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه ويشهدوا عليه. . . » (١).

٤ - محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام في حديث: « قال: تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل » (٢).

٥ - محمد بن مسلم: « سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال: نعم في العذرة والنساء » (٣).

٦ - عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « تجوز شهادة النساء في العذرة وكلّ عيب لا يراه الرجل » (٤).

٧ - عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: « تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال في كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه » (٥).

٨ - داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أُجيز شهادة النساء في الغلام (الصبي) صاح أو لم يصح، وفي كلّ شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه » (٦).

٩ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « أتى أمير المؤمنين عليه السلام بامرأه بكر زعموا أنها زنت، فأمر النساء فنظرت إليها فقلن هي عذراء.

ص: ١١٨٦

- ١ - ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٢ - ٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٢/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٣ - ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٤ - ٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/٩. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٥ - ٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.
- ٦ - ٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

فقال: ما كنت لأضرب من عليها خاتم من الله، وكان يجيز شهاده النساء في مثل هذا» (١).

١٠ - العلاء عن أحدهما عليهما السلام قال: « لا تجوز شهاده النساء في الهلال: وسألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم، في العذره والنفساء» (٢).

وهل تثبت الامور المذكوره بشهاده الرجلين أو الرجل والمرأتين كما إذا جاز النظر أو اتفق أو نظر وتاب، أم لا؟

قال في (الجواهر): الثبوت هو المشهور كما في (كشف اللثام) (٣). ونسبه في (المستند) إلى ظاهر كلام الأصحاب، واستدلّ لذلك بالعمومات، كمرسله يونس في استخراج الحقوق (٤)، قال في (الجواهر): بل لم أتحقق فيه خلافاً وإن حكى عن القاضى أنه قال: لا يجوز أن يكون معهن أحد من الرجال (٥)، لكن يمكن أن يريد الحرمة بدون الضروره على الأجنب، فإن تعمّدوا ذلك خرجوا عن العدالة، لا أنه لا يجوز لهم الاطلاع مع الضروره، أو لا تقبل شهادتهم وإن اتفق اطلاعهم عليه، لحليته أو من غير عمد أو قبل عدالتهم، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه (٦).

ص: ١١٨٧

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٤/١٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٣٤، جواهر الكلام ٤١: ١٧١.

٤-٤) مستند الشيعة ١٨: ٣٠٢.

٥-٥) المهذب ٢: ٥٥٩.

٦-٦) جواهر الكلام ٤١: ١٧٢.

وهل تقبل شهادة النساء منفردات في الرضاع؟

هذا. . . وقد اختلفوا في قبول شهادتهن في الرضاع، فمنهم من قال بالقبول ومنهم من قال بعدم القبول.

قال المحقق: « وفي قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف، أقرببه الجواز » (١). أى: تبعاً للمفيد (٢) وسلار (٣) وابن حمزه (٤) كما في (المختلف) ، قال: وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد وابن أبي عقيل (٥)، بل ظاهر المحكى عن ناصريات السيد الإجماع عليه (٦). خلافاً لظاهر (المبسوط) (٧) بل في (المسالك) أن عليه الأكثر (٨)، بل صريح (الخلاف) الإجماع عليه (٩).

...

واستدل للقبول: بأن الرضاع أيضاً من الامور التي لا يطلع عليها إلا النساء غالباً، وهو مما لا يجوز أو يعسر للرجال أو ليس من عادتهم النظر إليه، قالوا: ويؤيد ذلك إطلاق قول الباقر عليه السلام في خبر ابن أبي يعفور: « تقبل شهادة المرأة والنسوة إذا كن مستورات » (١٠).

ص: ١١٨٨

- ١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.
- ٢-٢ (٢) المقنعه: ٧٢٧.
- ٣-٣ (٣) المراسم: ٢٣٤.
- ٤-٤ (٤) الوسيله: ٢٢٢.
- ٥-٥ (٥) مختلف الشيعة ٨: ٤٧٣.
- ٦-٦ (٦) الناصريات: ٣٣٩.
- ٧-٧ (٧) المبسوط في فقه الإماميه ٥: ٣١١.
- ٨-٨ (٨) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٩.
- ٩-٩ (٩) كتاب الخلاف: ٥/١٠٧، المسأله ٢٠، و٦/٢٥٧، المسأله ٩.
- ١٠-١٠ (١٠) وسائل الشيعة ٢٠/٣٩٨: ٢٧. كتاب الشهادات، الباب ٤١.

وبالمفهوم فى خبر ابن بكير عن الصادق عليه السلام: « فى امرأه أرضعت غلاماً وجاريه. قال: يعلم ذلك غيرها؟ قلت: لا. قال: لا تصدق إن لم يكن غيرها» (١). دلّ على أنها تصدق إن كان معها غيرها، و « غير» مطلق يعم الرجال والنساء، إن لم نقل بأنه منصرف إلى النساء خاصة. . . ثم إن إرساله لا يضر، لأن ابن بكير من أصحاب الإجماع.

وقال المانعون: بأن الرضاع مما يمكن اطلاع الرجال عليه، فلا يندرج تحت النصوص المزبوره، والأصل عدم القبول، بل فى المبسوط عن أصحابنا أنهم رووا: « لا يقبل شهاده النساء فى الرضاع» (٢).

وأجيب عن إجماع (الخلاف) بالمنع، فالمسأله مختلف فيها، بل الشيخ نفسه رجع عن القول بالمنع إلى القول بالقبول فى المحكى من شهادات (المبسوط) (٣) الذى هو متأخر عن كتاب الخلاف، والشهادات متأخره فى المبسوط عن الرضاع. . . ولعلّ معقد هذا الاجماع هى قاعده ما يجوز للرجال النظر إليه فلا تقبل شهاده النساء فيه، فإنها قاعده مسلّمه عند الكلّ بلا خلاف، ثم لما جعل الرضاع مصداقاً لهذه القاعده ادعى الإجماع على عدم القبول فيه. . . إلا أن الخلاف فى المصدق.

وعن الأصل بانقطاعه بالنصوص.

وعن قول الشيخ: « عن أصحابنا أنهم رووا. . .» بأنه خبر مرسل لا وجود

ص: ١١٨٩

١-١) وسائل الشيعه ٢٠: ٤٠١/٣. أبواب ما يحرم بالرضاع، الباب ١٢.

٢-٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٧٢.

٣-٣) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٧٢.

له فى الاصول، ولا هو مقبول عند الشيخ فى الموضوع الذى نقله، فإنه حكاه فى شهادات المبسوط الذى حكى عنه القول بالقبول فيه.

هذا، والمختار هو القبول، لأن الرضاع من الامور التى لا يطلع عليها الرجال غالباً، لا سيما مع تأييده بمفهوم المرسله المعتبره سنداً ودلاله... وبها ينقطع أصاله الإباحه التى ذكرها فى (المسالك) دليلاً للمنع (١) ولعلهم يريدون أصاله إباحه النكاح بين البنت والغلام حتى يثبت المحرميه بينهما بالرضاعه، ومن هنا قال مالشهيده الثانى: ولا يخفى ضعف الأصاله (٢).

قال فى (الجواهر): « وفى ما حضرنى من نسخ الشرائع متصلاً بذلك: ويقبل شهاده امرأتين مع رجل فى الديون والأموال، وشهاده امرأتين مع اليمين، ولا تقبل فيه شهاده النساء منفردات ولو كثرن » .

قال: إلا أنه لا يخفى عليك عدم مناسبه للعنوان، ولعله لذا لم يشرحها فيما حضرنى من نسخه المسالك، لسقوط ذلك من نسخه، وعلى فرض صحتها فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً (٣).

مورد قبول المرأه الواحده

قال المحقق قدس سره: « وتقبل شهاده المرأه الواحده فى ربع ميراث المستهل وفى ربع الوصيه » (٤).

أقول: سيأتى فى الفرع التالى أن كل موضع يقبل فيه شهاده النساء منفردات عن الرجال واليمين، يعتبر كونهن أربعاً، فلو كن ثلاثه لم تؤثر شهادتهن، إلا فى الوصيه بالمال وميراث المستهل، فإن هذين الموردين مستثنيان بنص خاص دلّ

ص: ١١٩٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٥٩.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٣.

٤-٤) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

على أنه يثبت جميع المشهود به بشهادة أربع، وثلاثة أرباعه بشهادة ثلاث، ونصفه بشهادة اثنتين، وربعه بواحدة. قال في (الجواهر): بلا خلاف أجده فيه، بل عن (الخلف) (١) و (السرائر) (٢) الإجماع عليه (٣).

□
ويدل على ثبوت الربع بالواحدة: ما رواه عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام: « عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل، فوضعت بعد موته غلاماً، ثم مات الغلام بعدما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهل وصاح حين وقع إلى الأرض ثم مات. قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام» (٤).

□ □
وعلى ثبوت النصف بالاثنتين: ما رواه عبد الله بن سنان قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: تجوز شهادة القابله في المولود إذا استهل وصاح في الميراث. ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأه واحدة. قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث» (٥).

وعلى ثبوت ثلاثة أرباع بالثلاث والكل بالأربع: ما رواه الصدوق قال: « وفي روايه اخرى: إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، وإن كنّ ثلاثة نسوه جازت شهادتهن في ثلاثة أرباع الميراث، وإن كنّ أربعاً جازت

ص: ١١٩١

١- ١) كتاب الخلف: ٦/٢٥٨، المسألة ١٠.

٢- ٢) السرائر ٢: ١٣٨.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٣.

٤- ٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٢/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٥- ٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٤/٤٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

وهنا فروع:

أ - هل لوالدى الغلام المستهل ربع الميراث منه لو بقى وكبر ومات قبلهما، كما يثبت له ربع الميراث من أبيه إذا استهل ثم مات؟ الظاهر - بعد حرمه القياس والاستحسان، وبعد عدم إحاطه العقل بملاكات الأحكام الشرعيه - هو الوقوف على مورد النص.

ب - هل كما يثبت ربع الميراث، يترتب الآثار الاخرى من النسب والمحرميه ونحوهما لو بقى وكبر؟ الظاهر العدم، والوقوف على حدّ دلالة النص، وعدم ترتيب الآثار الاخرى ولو كان بينها وبين ثبوت الإرث ملازمه، ، فيكون المورد من قبيل الأصل في عدم حجيه لوازمه، بل لو كان بين الإرث والنسب ملازمه لثبت تمام الإرث لا ربه. . . فالحكم تعبد محض.

ج - إن ما دلّ بظاهره على ثبوت جميع الميراث بشهاده الواحده، كقوله عليه السلام في صحيحه عبد الله بن سنان: « وتجاوز شهاده القابله وحدها في المنفوس » (٢) محمول على القبول في الجملة وهو الربع، بقرينه الأدله الاخرى.

د - هل هذا الحكم مخصوص بالقابله؟ الذى فى أغلب نصوص المسأله هو « القابله » ، ولعله من هنا خص المحقق فى (النافع) الحكم بها تبعاً لبعض الأصحاب (٣)، لكن يدلّ على ما ذهب إليه هنا خبر سماعه قال: « قال: القابله تجوز

ص: ١١٩٢

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٤٨. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٤/٩. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) المختصر النافع: ٢٨٠.

شهادتها في الولد على قدر شهاده امرأه واحده» (١)، وما في صحيحه ابن سنان المتقدمه من قوله عليه السلام: « ويورث الربع من الميراث بقدر شهاده امرأه واحده» (٢)(٣).

ح - هل يشترط قبول شهاده المرأه الواحده بتعذر الرجال أولا؟ مقتضى إطلاق المحقق والأكثر كما قيل هو الثاني، وعن (النهاية) (٤) و (السرائر) (٥) والقاضى (٦) وابن حمزه (٧): الأول. قال: في (المستند): لأن الشائع الغالب المتبادر في المسأله يوجب انصراف أدلتها إلى صورته التعذر (٨).

قلت: وفيه تأمل، ومن هنا احتج في (الرياض) و (الجواهر) للثاني بإطلاق النص (٩).

ط - هل يشترط في القبول اليمين؟ مقتضى إطلاق النصوص والفتاوى عدم

ص: ١١٩٣

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٥٧/٢٣. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٤/٤٥. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٣-٣) أقول: من هذين الخبرين يستفاد أن تخصيص القابله في غيرهما هو لدفع توهم ثبوت جميع المشهود به بشهادتها باعتبار كونها في حكم ذى اليد الذى يترتب الأثر كله على شهادته. . فلا وجه لتأمل صاحب المستند (مستند الشيعه ١٨: ٣٠٤) في هذا الاستدلال.

٤-٤) النهاية: ٣٣٣.

٥-٥) السرائر ٢: ١٣٨.

٦-٦) المهذب ٢: ٥٥٩.

٧-٧) الوسيله: ٢٢٢.

٨-٨) مستند الشيعه ١٨: ٣٠٧.

٩-٩) رياض المسائل ١٥: ٣٦٠، جواهر الكلام ٤١: ١٧٤.

الاشتراط، وأما خبر (تحف العقول): « فإن كانت وحدها قبل قولها مع يمينها » (١) فمرسل.

ى- لو انضم إلى هذه المرأة رجل واحد، ثبت الربع كذلك، ولو كان رجل وامرأتان أو رجلان، أو رجل ويمين، ثبت الإرث كله.

هذا كله بالنسبة إلى ميراث المستهل.

قال المحقق: « وفي ربع الوصيه » (٢).

أقول: والوصيه بالمال يثبت ربعها بواحدة ونصفها باثنتين، وهكذا، وهذا الحكم أيضاً مجمع عليه كما عن (السرائر) وغيرها (٣)، وتدلل على ذلك النصوص...

وهنا أيضا فروع:

أ - هل يتوقف قبول شهادتها هنا على اليمين؟ قال في (الجواهر): « مقتضى إطلاق النص والفتوى عدم توقف قبول شهادتها على اليمين، خلافاً للتذكرة فقال بتوقف شهادتها على اليمين كما في الرجل الواحد (٤). وفيه: إنه لا دليل هنا على اعتبار اليمين، بل ظاهر الأدلة خلافه، على أن اليمين مع شهادته الواحد توجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله في البعض... » (٥).

ب - في ثبوت النصف بشهادته الرجل لقيامه مقام الاثنتين أو الربع لكونه المتيقن، إذ لا يقصر الرجل عن امرأه، أو لا يثبت بشهادته شيء أصلاً، وقوفاً فيما خالف الاصل على مورده، وجوه؟ أما الأول، ففي (الجواهر) إنه لم نجد به قائلاً،

ص: ١١٩٤

١- (١) تحف العقول: ٤٨٠. عنه وسائل الشيعه ٢٧: ٣٦٥/٥١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

٣- (٣) السرائر ٢: ١٣٨. الخلاف ٦/٢٥٨، المسأله ١٠، مختلف الشيعه ٨: ٤٦٠.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، (حجرى).

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٣.

وإن كان لا- يخلو عن قوه كما اعترف به العلامة الطباطبائي في مصابيحہ (١). وأما الثاني، فهو مختار العلامه في (القواعد) والشهيد الثاني في (المسالك) والسيد في (الرياض) (٢). وأما الثالث، فهو مختار الفخر في (الإيضاح) وتبعه صاحب (المستند) و (الجواهر) (٣)وهو المختار، للأصل بعد حرمة القياس، ودعوى الأولويه متوقفه على تنقيح المناط القطعي.

هل يجوز للمرأة تضييف المشهود به؟

ج - هل يجوز للمرأة الواحده مثلاً- تضييف ما أوصى به في الشهاده حتى يثبت تمام الوصيه، بأن تشهد فيما أوصى بمائه بأربعمائه أم لا يجوز؟ وجهان، فقال صاحب (الجواهر) و (المستند) بالعدم تبعاً للمسالك (٤)، وقال كاشف اللثام بالجواز (٥).

واستدل في (المستند) بكونه كذباً، وأنه لا دليل على تجويز الكذب هنا، قال

ص: ١١٩٥

- ١- (١) جواهر الكلام ٤١: ١٧٤.
- ٢- (٢) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٠، مسالك الأفهام ١٤: ٢٦٠، رياض المسائل ١٥: ٣٦١.
- ٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٤ ٦٣٥، و ٤: ٤٣٥، مستند الشيعة ١٨: ٣٠٧، جواهر الكلام ٤١: ١٧٤.
- ٤- (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٧٥، مستند الشيعة ١٨: ٣٠٨، مسالك الالفهام ١٤: ٢٦٠.
- ٥- (٥) كشف اللثام ١٠: ٣٣٨.

فى (الجواهر) : وربما يؤيده أنه سئل الصادق فى المرسل يونس « عن الرجل يكون له على الرجل حق فيجحد حقه ويحلف أنه ليس له عليه شيء، وليس لصاحب الحق على حقه بينه، يجوز له إحياء حقه بشهادة الزور إذا خشى ذهاب حقه؟ قال: لا يجوز ذلك لعله التدليس» (١).

واستدل كاشف اللثام للجواز قائلاً: « الأقوى الحل وإن حرم التزوير لكونه إغراءً بالقبيح، وفى مرسل عثمان بن عيسى: قيل للصادق عليه السلام: يكون للرجل من اخوانى عندى شهادة وليس كلها يجيزها القضاء عندنا قال: إذا علمت أنها حق فصحتها بكل وجه حتى يصح له حقه» (٢) قال: ولعله إشارته إلى ما ذكرنا من التوريه (٣).

واعترضه فى (الجواهر) : بأن لا- دلالة على ذلك، بل أقصاه أنه كخبر داود ابن الحصين أنه سمعه يقول: « إذا أشهدت على شهادة فأردت أن تقيمها فغيرها كيف شئت ورتبها وصححها بما استطعت حتى يصح الشيء لصاحب الحق، بعد أن لا تكون تشهد إلا- بحقه، ولا- تزيد فى نفس الحق ما ليس بحق، فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق وبالشاهد يعطى، وأن للشاهد فى إقامة الشهادة بتصحيحها بكل ما يجد إليه السبيل من زياده الألفاظ والمعانى والتفسير فى الشهادة ما به يثبت الحق ويصححه، ولا يؤخذ به زياده على الحق مثل أجر الصائم القائم المجاهد بسيفه فى سبيل الله» (٤)(٥).

ص: ١١٩٦

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٧/١. كتاب الشهادات، الباب ١٨.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤. بتفاوت يسير.

٣- (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٣٨.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٦/١. كتاب الشهادات، الباب ٤.

٥- (٥) جواهر الكلام ٤١: ١٧٥.

والحاصل، إن هذه الأخبار تدلّ على جواز تصحيح الشهادة بكلّ وجه صحيح شرعى عند القاضى لا سيما إذا كان من قضاء العامه حتى يجيزها ويثبت الحق لصاحبه. . . وفيها دلالة على جواز إثبات الحق ولو بالكذب والتزوير. . .

فالأقوى هو القول بعدم جواز تضعيف المرأه المشهود به، لأنه كذب، ولا دليل على كون ما نحن فيه من الموارد المستثناة من حرمه الكذب. نعم، لا بأس بدفع الباطل عنه بباطل آخر، لخبر الحكم [أخى] أبى عقيله قال: « قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لى خصماً يستكثر على شهود الزور، وقد كرهت مكافاته، مع أنى لا أدرى يصلح لى ذلك أم لا؟ فقال: أما بلغك عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: لا توسروا أنفسكم وأموالكم بشهادات الزور فما على امرئ من وكف فى دينه ولا مآثم من ربّه أن يدفع ذلك عنه، كما أنه لو دفع شهادته عن فرج حرام أو سفك دم حرام كان ذلك خيراً له» (١).

أقول: فى (الكافى) و (الوسائل) و (الوافى) : « لا توسروا » (٢) وفى نسخه (الجواهر) : « لا توروا » (٣) قال المجلسى فى (مرآه العقول) : « يحتمل أن يكون مشتقاً من اليسار. أى: لا تجعلوا أنفسكم موسره. . . أو من الأسر على التهديد، أى: لا تشهدوا بالزور فتحبس أنفسكم وأموالكم بسببها، أو لا تجعلوا أنفسكم أسيراً للناس » (٤). فرجح رحمه الله الاحتمال الثانى لكونه أنسب بالتفريع عليه بقوله: « فما على امرئ. . . » .

ويحتمل أن يكون المراد: لا- تجعلوا أنفسكم فى أسر شهاده الزور التى يقيمونها، ولا- تكونوا فى ضيق من أجلها، بل عليكم الإقدام للدفاع عن أنفسكم

ص: ١١٩٧

١- ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٨/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٨.

٢- ٢) الكافى ٧: ٤٠١/٣، الوافى ١٦: ١٠٣٨/١٦٦٤٠.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٦.

٤- ٤) مرآه العقول ٢٤: ٢٥٩/٣.

وأموالكم (١).

وكيف كان، فإنه لا يجوز أخذ شيء بشهادته الزور والكذب والتزوير، وأما المدافعة عن الأموال والأنفس والحقوق فجائز بل واجب بكلّ طريق ممكن.

□
ومحلّ الكلام من الأول دون الثاني، والله العالم.

حكم شهادة الخنثى المشكل

قال في (المسالك): « والخنثى هنا كالمراه » (٢). وفي (الجواهر): « لو شهدت الخنثى المشكل في الوصية والاستهلال، ثبت الربيع بناء على ثبوته بالرجل، وإلا لم يثبت بشهادتها شيء » (٣).

أقول: أما وجه كلام (المسالك) فهو مختاره في أن الرجل الواحد يقوم مقام المراه الواحد في ثبوت الربيع، والخنثى لا تخلو عن أحد الجنسين. وأما بناءً على مختار (الجواهر) من عدم ثبوت شيء بشهادته، فلا يثبت بشهادته الخنثى شيء، لأن كونها امراه غير معلوم، ومن هنا قال في (كشف اللثام): ثبت الربيع بواحد وهكذا، كالمراه إن قلنا إن الرجل الواحد كالمراه الواحد، وإلا لم يثبت شيء إلا بأربع خنثى (٤).

ص: ١١٩٨

١ - ١) أقول: إن نسخه الجواهر هي الأصح في النظر، و: لا- توروا « بمعنى: لا- تشعلوا ولا تحرقوا، قال تعالى: « أَفَرَأَيْتُمُ النَّارَ الَّتِي تُورُونَ ». فالمراد: لا تفنوا.

٢ - ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٦٠.

٣ - ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٦.

٤ - ٤) كشف اللثام ١٠: ٣٣٩.

لو شهدت النساء في شيء فيه حقان

وفي (كشف اللثام) و (الجواهر) إنه إذا اجتمع في الشيء الذي شهدت النساء فيه حقان أي حق الله الذي لا يثبت بشهادة النساء مطلقاً وحق آدمي كان لكل حكمه، فلو شهد على السرقة مثلاً رجل وامرأتان، ثبت المال، لكونه حقاً لآدمي يثبت بشهادتهن، دون القطع لكونه حقاً لله (١).

وفي (القواعد) و (كشف اللثام) و (الجواهر) أنه لو علق العتق بالنذر على الولادة، أي: نذر إن ولدت أمته أعتقها أو ولدها أو غيرهما، فشهد أربع نساء بالولادة، ثبتت الولادة ولم يقع النذر (٢).

وفي (التحرير) : ولو شهد رجل وامرأتان بالنكاح، فإن قبلنا فيه شهاده الواحد والمرأتين فلا بحث، وإلا ثبت المهر دون النكاح (٣). قال كاشف اللثام وتبعه (الجواهر) : وفيه بعد، للتنافي (٤).

كل موضع يقبل فيه شهاده النساء يعتبر كونهن أربعاً

قال المحقق قدس سره: « وكل موضع تقبل فيه شهاده النساء لا يثبت بأقل من أربع » (٥).

ص: ١١٩٩

١-١) كشف اللثام ١٠: ٣٣٩، جواهر الكلام ٤١: ١٧٦.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٣٩، جواهر الكلام ٤١: ١٧٦، قواعد الأحكام ٣: ٥٠٠.

٣-٣) تحرير الأحكام ٥: ٢٦٨.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٣٣٩، جواهر الكلام ٤١: ١٧٦.

٥-٥) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

أقول: قد نسب هذا الحكم في (الرياض) إلى الأشهر بل عامّه من تأخر (١)، بل في (كشف اللثام) و (الجواهر) نسبتة إلى المشهور (٢). . . واستدلّ له بوجه منها:

الأول: ما عهد من عادة الشرع في باب الشهادات بل في (الجواهر) دعوى القطع به من الكتاب والسنة من اعتبار المرأتين بالرجل (٣)، فيثبت ما لا يطلع عليه الرجال بما يساوي الرجلين.

الثاني: الأصل الدالّ على عدم جواز قبول شهادتهن مطلقاً، خرج الأربع في محلّ البحث اتفاقاً فتوى ونصاً كما في (الرياض) (٤)، لأن موردتهما النساء بصيغته الجمع غير الصادق حقيقته إلا على ما زاد على اثنتين، وكلّ من قال بلزومه عين الأربع.

الثالث: ما دلّ على قبول شهادته القابله في الولد على قدر شهاده امرأه واحده. . . فإنها تدلّ على أن الشهاده المعتمده تامه هي شهاده الأربع نسوه.

وعن ابن الجنيد: كلّ أمر لا يحضره الرجال ولا يطلعون عليه، فشهادته النساء فيه جائزه، كالعذره والإستهلال والحيض، ولا يقضى به بالحق إلا بأربع منهن، فإن شهد بعضهن فبحساب ذلك (٥).

ص: ١٢٠٠

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٥٤.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٣٦، جواهر الكلام ٤١: ١٧٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٦ ١٧٧.

٤-٤) رياض المسائل ١٥: ٣٥٤.

٥-٥) عنه مختلف الشيعة ٨: ٤٥٥ ٤٥٦.

وعن المفيد: تقبل شهادة امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لا يراه الرجال. . . وإذا لم يوجد على ذلك إلا شهادة امرأه واحده مأمونه، قبلت شهادتها فيه (١). وتبعه سلار في قبول المرأه الواحده في الامور الباطنه (٢). وعن متاجر (التحرير): لو اشترى جاريه على أنها بكر فقال المشتري: إنها ثيب، أمر النساء بالنظر إليها، ويقبل قول امرأه ثقه في ذلك (٣).

قال العلامة في (المختلف): احتج المفيد بما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام «قال: تجوز شهادة القابله وحدها في المنفوس» (٤)، وعنه أيضاً:

عن الصادق عليه السلام «عن شهادة القابله في الولاده. قال: تجوز شهادة الواحده» (٥) وعن أبي بصير عن الباقر عليه السلام: «تجوز شهادة امرأتين في الاستهلال» (٦).

قال: والجواب: القول بالموجب، فإننا نقبل شهادة الواحده في ذلك، لكن لا يثبت جميع الحق بل الربع (٧).

وأجاب في (الرياض) عن الاستدلال بالصحيحين بأربعة وجوه (٨).

ص: ١٢٠١

١- (١) المقنعه: ٧٢٧، وعنه الدروس ١٣٩: ٢، مسالك الأفهام ١٤: ٢٦١، جواهر الكلام ٤١: ١٧٧.

٢- (٢) المراسم: ٢٣٤.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٧٧. وعنه كشف اللثام ١٠: ٣٣٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥٣ / ١٠. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٥١ / ٢. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٦- (٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٦٢ / ٤١. كتاب الشهادات، الباب ٢٤.

٧- (٧) مختلف الشيعة ٨: ٤٧٥ ٤٧٦.

٨- (٨) رياض المسائل ١٥: ٣٥٥ ٣٥٦.

وأما قول ابن الجنيّد، ففي (الرياض) وكذا في (المستند) إن مستنده غير واضح عدا القياس بالاستهلال والوصيه، وبطلانه واضح (١).

وفي (الجواهر) عن السيد في (الناصرية): يجوز أصحابنا أن تقبل في الرضاع شهاده المرأه الواحده تنزيهاً للنكاح عن الشبهه واحتياطاً فيه (قال): واحتج على ذلك بالإجماع والحديث النبوي: «دعها، كيف وقد شهدت بالرضاع» (٢).

أقول: إن هذا يتوقف على تنقيح المناط القطعي، بأن يستفاد حكم قبول شهاده الواحده في الرضاع من أخبار قبول القابله في الإستهلال، باعتبار أن ملاك قبول الثانيه هو كونها ذات يد بالنسبه إلى المولود، فكذا المرضعه بالنسبه إلى الرضيع، لكن في كلام السيد إنه احتياط، وهو كذلك، فإن أصله الإحتياط محكمه في الفروج في الشبهه الحكميه والموضوعيه، لكن عمومات حليه النكاح إلا من المحارم يقيناً قاطع لهذا الأصل. فإن كان الرجوع إليها هنا من التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه، رجعنا إلى استصحاب عدم تحقق الرضاع الموجب للحرمة.

وأما الإجماع الذي ادّعاه، فالظاهر أن معقده الإحتياط أو الأخذ بالملك المذكور، وإلا فلا ريب في وجود الخلاف في المسأله.

وأما الحديث النبوي غير معتبر سنداً.

قال في (الجواهر): وعن أبي الصلاح: ويحكم بشهادتهما منفردتين فيما لا يعاينه الرجال من أحوالهن (٣). (قال): ويلزمه الحكم بهما في الرضاع أيضاً لدخوله

ص: ١٢٠٢

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٥٦، مستند الشيعة ١٨: ٣٠٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٧٧ ١٧٨، مسائل الناصريات: ٣٤٠، وفيه: دعها كيف وقد شهدت السوداء وفي الجواهر ٢٩: ٣٤٧، كما في الناصريات.

٣-٣) الكافي في الفقه: ٤٣٩.

فيه، نعم، ظاهره عدم الاكتفاء بالواحد. وربما يشهد له ظاهر قوله عليه السلام: « لا تصدق إن لم يكن معها غيرها» (١) في مرسل ابن بكير المتقدم. لكن قد عرفت قصور ذلك ونحوه عن مقاومه ما سمعته من الأدلّة، فلا بدّ من تنزيل ذلك ونحوه عليها أو على ما لا ينافيها (٢). والله العالم.

ص: ١٢٠٣

١-١) وسائل الشيعة ٢٠: ٤٠١/٣. أبواب ما يحرم بالرضاع، الباب ١٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٧٨.

المسألة الاولى: (في أن الشهادة ليس شرطاً في شيء من العقود إلا الطلاق)

قال المحقق قدس سره: « الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلا الطلاق، ويستحب في النكاح والرجعه، وكذا في البيع » (١).

أقول: في المسألة فروع:

الأول: عدم اشتراط الشهادة في صحة شيء من العقود والإيقاعات، وهذا الحكم مجمع عليه كما في (كشف اللثام) و (الجواهر) حيث قالوا: « عندنا » (٢).

قال في (المسالك): عملاً بالأصل، وضعف الدليل الموجب (٣). وفي (الجواهر): للأصل المستفاد من إطلاق ما يقتضى الصحة من الكتاب والسنة.

والثاني: كون الشهادة شرطاً في الطلاق. ويدل عليه النصوص المستفيضة، ومنها:

١ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: قال: « جاء رجل

ص: ١٢٠٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧.

٢- ٢) كشف اللثام ١٠: ٣٥٤، جواهر الكلام ٤١: ١٧٨.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٦٢.

إلى على عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين إني طَلَّقت امرأتى. قال عليه السلام: ألك بينه؟ قال: لا. قال: اغرب» (١).

٢ - بكير بن أعين وغيره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: « إن طَلَّقها للعدِّه أكثر من واحد فليس الفضل على الواحد بطلاق، وإن طَلَّقها للعدِّه بغير شاهدي عدل، فليس طلاقه بطلاق» (٢).

٣ - زراره وجماعه عن أبي جعفر وأبي عبد الله غ في حديث: « وإن طَلَّقها في استقبال عدَّتْها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين، فليس طلاقه إياها بطلاق» (٣).

٤ - أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « من طَلَّق بغير شهود فليس بشيء» (٤).

٥ - محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام إنه قال لرجل في حديث: « أشهدت رجلين ذوى عدل كما أمرك الله؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء» (٥).

٦ - الطبرسى في قوله تعالى: « وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ» (٦): « معناه: وأشهدوا على الطلاق صيانه لدينكم. وهو المروى عن أئمتنا» (٧).

ص: ١٢٠٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٥/١. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٦/٢. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٦/٣. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٧/٦. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٧/٧. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

٦-٦) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٧-٧) وسائل الشيعة ٢٢: ٢٩/١١. أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الباب ١٠.

واستدل له بالآيه الكريمة من الكتاب: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ . . . وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ . . .» (١) فإنه وإن احتمل كون مورد الشهاده هو الرجعه لكونها أقرب، لكن فى النصوص المذكوره ما يدل على أن المراد هو الإشهاد على الطلاق، ومن هنا قال فى (المسالك): « أجمع الأصحاب على أن الإشهاد شرط فى صحه الطلاق، ويدل عليه وراء الإجماع قوله تعالى بعد ذكر الطلاق «وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ» والآيه وإن كانت محتمله للإشهاد على الرجعه لقربها، إلا أن الأخبار خصصته به» (٢).

وأضاف فى (الجواهر): [الظهار] (٣) وهو كذلك، للنصوص الداله عليه، ومنها:

١ - حمران فى حديث قال: « قال أبو جعفر عليه السلام: لا- يكون ظهار إلا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين» (٤)(٥).

٢ - ابن فضال عمن أخبره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق» (٤).

ص: ١٢٠٦

١-١) سورة الطلاق ٦٥: ٢١.

٢-٢) مسالك الأفهام ٩: ١١١.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٧٨.

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٠٧/١. كتاب الظهار، الباب ٢.

٥-٥) أقول: هذا صحيح سندا. وفيه «شهاده شاهدين مسلمين» وهو ظاهر فى كفايه شهاده غير الإمامى الثنى عشرى، و اليه ذهب جماعه من الأصحاب و لهم أن يجيوا عن الخبر الثانى الدال على أنه يعتبر فى الظهار ما يعتبر فى الطلاق و منه العداله بعد الغض عن الإرسال فى سنده، بأنه لا يصلح للتقييد لوجود النص الدال على قبول شهاده الناصبين فى الطلاق.

٦-٦) وسائل الشيعه ٢٢: ٣٠٧/٣. كتاب الظهار، الباب ٢.

والثالث: استحباب الإشهاد في أمور وهي: النكاح والرجعه والبيع.

أما [النكاح] فقد دلّ على عدم وجوب الإشهاد فيه وعلى استحبابه عدّه نصوص، ومنها:

١ - هشام بن سالم: « عن أبي عبد الله عليه السلام: إنما جعلت البيّنات للنسب والمواريث » (١).

٢ - زراره: « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود. فقال: لا بأس بتزويج البتة فيما بينه وبين الله، إنما جعل الشهود في تزويج البتة من أجل الولد، لولا ذلك لم يكن به بأس » (٢).

٣ - حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام « عن الرجل يتزوج بغير بينه. قال: لا بأس » (٣).

٤ - محمد بن الفضيل: « قال أبو الحسن عليه السلام لأبي يوسف القاضي: إن الله أمر في كتابه بالطلاق وأكّد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين، وأمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود، فأثبتتم شاهدين فيما أهمل وأبطلتم الشاهدين فيما أكّد » (٤).

وعن ابن أبي عقيل القول بالوجوب، لما رواه المهلب الدلال « أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: إن امرأه كانت معي في الدار، ثم إنها زوّجتني نفسها وأشهدت الله وملائكته على ذلك، ثم إن أباهما زوّجها من رجل آخر فما تقول؟

ص: ١٢٠٧

-
- ١-١) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٧/١. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٤٣.
 - ٢-٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٨/٣. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٤٣.
 - ٣-٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٨/٤. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٤٣.
 - ٤-٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٩٨/٥. أبواب مقدمات النكاح، الباب ٤٣.

فكتب عليه السلام: التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين، ولا يكون تزويج متعه بيكر، أستر على نفسك واكتم رحمك الله» (١)(٢). فإنه ظاهر في الوجوب.

لكن هذا الخبر لا يقاوم النصوص الدالة على عدم الوجوب، فيحمل على الاستحباب (٣).

وأما [الرجعه] فيدلّ عليه:

١ - زراره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: « وإذا أراد أن يراجعها أشهد على المراجعة » (٤).

٢ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: « وإن أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها » (٥).

وأما [البيع] فقال كاشف اللثام: للاعتبار، وقوله تعالى: « وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ » (٦) وأوجبها فيه أهل الظاهر لظاهر الأمر (٧).

ص: ١٢٠٨

١-١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٤/١١. أبواب المتعه، الباب ١١.

٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ١٠١ ١٠٢، جواهر الكلام ٢٩: ٤٠.

٣-٣) هذا مع عدم تماميته سنداً، فإن راويه « المهلب الدلال » لا توثيق له في كتب الرجال، وفي الوسائل بعد نقله: « حمله الشيخ على التقيه » أنظر: ٢١/٣٥. قال في الجواهر: ومن هنا كان المعروف بين الأصحاب خلافه، بل هو من الأقوال الشاذة في هذا الزمان، بل هو كذلك في السابق أيضاً، بقربنه ما حكى من الاجماع في الانتصار والناصريات والخلاف والغنيه والسرائر والتذكرة على عدم الوجوب، وهو الحجج، بعد الأصل والأخبار الكثيره.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٦/٦. أبواب أقسام الطلاق، الباب ١.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٢: ١٠٤/٢. أبواب أقسام الطلاق، الباب ١.

٦-٦) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٧-٧) كشف اللثام ١٠: ٣٥٤.

وأضاف في (الجواهر): [الدين] (١) ويدلّ عليه قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» (٢).

إلا أنه يرفع اليد عن ظاهر هذه الآيه وسابقتها في الوجوب، بالعمومات والإطلاقات، فيحكم بالإستحباب.

ص: ١٢٠٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٧٨.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

المسأله الثانيه: (في أن حكم الحاكم نافذ ظاهراً لا باطناً)

قال المحقق قدس سره: « حكم الحاكم يتبع للشهاده، فإن كانت محقه نفذ الحكم ظاهراً وباطناً، وإلا نفذ ظاهراً، وبالجملة: الحكم ينفذ عندنا ظاهراً لا باطناً، و لا يستتبع المشهود له ما حكم له إلا مع العلم بصحة الشهاده أو الجهل بحالها» (١).

أقول: إن حكم الحاكم تبع للشهاده من حيث النفوذ مطلقاً أو في الظاهر فقط، بمعنى أن المدعى لملكيه الشيء إذا أقام شهاده محقه وحكم الحاكم له، يرتب الأثر على الملكيه فيطالب بالشيء، وعلى المحكوم عليه تسليمه إليه، فالحكم يؤثر من جهة ترتيب الأثر على الملكيه، لا أنها متوقفه على الحكم.

وبالجملة، إن كان المدعى محقاً وحكم الحاكم بالشهاده القائمه على دعواه، كان له ترتيب الأثر على الحكم ظاهراً وباطناً، وكذا على المدعى عليه، وإن لم يكن محقاً كان له وعلى المدعى عليه ترتيب الأثر عليه في الظاهر، فيكون الحكم حكماً واقعياً يتقدم على أدله السلطنه بالتخصيص، فلو لم يرتب المحكوم عليه الأثر عليه بالتسليم فهو عاص، وإن كان عالماً بكون الشيء ملكاً له وإن الحكم صدر اعتماداً على شهاده زور. فالعمل بالحكم واجب شرعي على المحكوم عليه، ولا يجوز

ص: ١٢١٠

نقضه حتى مع العلم بمخالفته للواقع، اللهم إلا- إذا خالف بحيث لم يصدق النقض، وأما المحكوم له فيمكنه الأخذ بالحكم والمطالبه استناداً إليه لكنه غير جائز له شرعاً مع العلم بمخالفته للواقع. وهذا معنى النفوذ ظاهراً.

ويدلّ على حرمة نقض الحكم فيما إذا كانت الشهادة محقّه كلّ ما يدلّ على أن حكم الحاكم فاصل للخصومه وقاطع للنزاع. . . كما ذكرنا في كتاب القضاء بالتفصيل.

وأما إذا لم تكن الدعوى محقّه، فقد استدللّ للنفوذ ظاهراً لا واقعاً بوجوه:

الأول: الإجماع. ذكره جماعه منهم المحقق في المتن بقوله « عندنا ».

والثاني: الأصل. قال في (المسالك): « أطبق علماؤنا وأكثر الجمهور على أن الحكم لا ينفذ إلا ظاهراً، وأما باطناً فيتبع الحق، فلا يستتبع المحكوم له أخذ المحكوم به مع علمه بعدم الاستحقاق، لأصاله بقاء الحق على أصله والحلّ والحرمة كذلك» (1).

أقول: التمسك بالأصل يتوقف على تحقق موضوعه وهو الشك، كأن يحتمل صحه فتوى أبي حنيفة القائل بأن الحكم لا يتبع الحق في الباطن، بل إنه يغيّره، وللمحكوم له ترتيب الأثر عليه وإن علم بطلانه، من غير فرق بين المال والبضع، ومع هذا الإحتمال والشك في بقاء الحكم الشرعي وهو حرمة هذا المال أو البضع عليه قبل الحكم يستصحب بقاؤه.

إلا أنه يمكن أن يقال بعدم الحاجة إلى الاستدلال لبقاء الأحكام الواقعية على حالها بالأصل، لعدم الشك في كونها باقية، وأما أدلّه الحكم ونفوذه، فهي مجعوله

ص: ١٢١١

لفصل الخصومه، فإن طابق الواقع كان أثره ترتيب الأثر على الأحكام الواقعيه، وإن خالفه كان حكماً ثانوياً في الظاهر، وأثره فصل الخصومه وحلّ النزاع، ولا علاقته له بالأحكام الواقعيه فإنها على حالها.

ولعلّ هذا مراد الشيخ في (الخلافا) حيث قال: إذا ادعى على رجل عند الحاكم حقاً فأقام المدعى شاهدين بما يدّعيه، فحكم الحاكم له بشهادتهما، كان حكمه تبعاً لشهادتهما، فإن كانا صادقين كان حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن، وإن كانا كاذبين كان حكمه صحيحاً في الظاهر باطلاً في الباطن، سواء كان في عقد أو رفع عقد أو فسخ عقد أو كان مآلاً. وبه قال شريح ومالك وأبو يوسف ومحمد والشافعي... وقال أبو حنيفه: إن حكم بعقد أو رفعه أو فسخه وقع حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن معاً. فمن ذلك: إذا ادعى أن هذه زوجته فأنكرت فأقام شاهدين شهدا عنده بذلك، حكم بها له وحلت له في الباطن، فإن كان لها زوج بانت منه بذلك وحرمت عليه وحلت للمحكوم له بها، وأما رفع العقد فالطلاق، إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأقامت به شاهدين فحكم بذلك بانت منه ظاهراً وباطناً، وأحلت لكلّ أحد، وحلّ لكلّ واحد من الشاهدين أن يتزوج بها، وإن كانا يعلمان أنهما شهدا بالزور...

دليلنا قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...» إلى قوله: «وَالْمُخْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (١)، وأراد بالمحصنات زوجات الغير، فحرهن علينا إلا بملك اليمين سبياً أو استرقاقاً. وأبو حنيفه أباحهن لنا بحكم باطل (٢).

ص: ١٢١٢

١-١) سورة النساء ٤: ٢٣ و ٢٤.

٢-٢) كتاب الخلافا: ٦/٢٥٥، المسأله ٨.

الثالث: ما روى بأسانيد عديده عن المعصوم عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحِجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَإِنَّمَا أَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْءٌ فَلَا يَأْخُذُ بِهِ، فإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» (١).

هذا كله مع العلم بصحة الشهاده أو العلم بعدم صحتها.

وأما مع الجهل بحالها كما لو شهد له شاهدان عدلان بحق لا يعلم به فإنه يستتبع ما حكم له، لأن شهاده العدلين طريق شرعى مالم يعلم بالفساد. نعم، لو شهد له به شاهدان لكن توقف ثبوت الحق بشهادتهما على يمينه كما إذا كان المشهود عليه بدين ميتاً لم يجز له الحلف اعتماداً على شهادتهما، بناء على اعتبار العلم فى اليمين عن حس، وعدم كفايه الحجه الشرعيه كالبينه فيها.

ص: ١٢١٣

١- ١) انظر وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٣/٣. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

المسأله الثالثه: (إذا دعى من له أهليه التحمل فهل يجب عليه؟)

قال المحقق قدس سره: « إذا دعى من له أهليه التحمل وجب عليه. وقيل: لا يجب، والأول مروى » (١).

أقول: القول بالوجوب هو المشهور شهره عظيمه كما فى (الجواهر) (٢)، والقول بالعدم هو لابن إدريس (٣)، وفى الجواهر عن (الرياض): إنه له خاصه (٤)، وقد استدلل للوجوب بوجوه:

دليل القول بالوجوب

الأول: إن تحمل الشهاده من الامور الضروريه التى لا ينفك الإنسان عنها، لوقوع الحاجه إلى المعاملات والمناكحات، فوجب فى الحكمه إيجاب ذلك لتحسم ماده النزاع المترتب على تركه غالباً، بل إنه محتاج إليه فى العمل ببعض الأحكام الشرعيه كالطلاق، إذ لو لم يجب التحمل للزم غالباً تعطيل هذا الحكم أو وقوعه على خلاف ما أوجبه الشارع. . .

ص: ١٢١٤

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٧ ١٣٨.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ١٨٠.

٣-٣ (٣) السرائر ٢: ١٢٦.

٤-٤ (٤) رياض المسائل ١٥: ٣٨٢، جواهر الكلام ٤١: ١٨٠.

والثاني: ظاهر قوله تعالى: «وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا» (١) فإنه مختص بحاله التحمل، لبعض النصوص المفسره كما سيأتي، وقد سمّاهم «شهداء» لما يؤولون إليه من القيام بالشهادة.

والثالث: إنه من الأمر بالمعروف والواجب والنهي عن المنكر، فيجب. أمّا الاولى: فلاشتمال الشهاده على منع غير المستحق من التجزى على مالا يستحق، فيه إيصال الحق إلى مستحقه.

أقول: وفي هذا الإستدلال خفاء.

والرابع: النصوص، فإنه يدلّ على هذا الحكم عدّه نصوص بعضها صحيح، ومن ذلك:

١ - صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

٢ - صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).

دليل القول بعدم الوجوب

وقال ابن ادريس: لا- دليل على وجوب التحمل، واستدلّ بالآيه المذكوره «وَلَا يَأْبُ . . .» على وجوب الأداء، لظهور المشتق «الشهداء» فى الأداء، إذ لا يسمّى الشاهد شاهداً إلا بعد تحمل الشهاده، وأجاب عمّا ذكره القائلون بالوجوب بأنه مجاز لا يصار إليه، بعد كون الأخبار آحاداً. وهذا نص كلامه:

« لا يجوز أن يمتنع الإنسان من الشهاده إذا دعى إليها ليشهد إذا كان من

ص: ١٢١٥

١-١ (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٠٩/١. باب وجوب الإجابة عند الدعاء إلى تحمل الشهاده، الباب ١.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٠/٤. باب وجوب الإجابة عند الدعاء إلى تحمل الشهاده، الباب ١.

أهلها، إلا أن يكون حضوره مضرّاً بشيء من أمر الدين أو بأحد من المسلمين، وأما الأداء فإنه في الجملة أيضاً من الفرائض لقوله تعالى: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) وقال: «وَلَا يَأْتِ الشُّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا» (٢). وقد يستشهد بعض أصحابنا بهذه الآية الأخيرة على وجوب التحمل وعلى وجوب الأداء، والذي يقوى في نفسى أنه لا يجب التحمل، وللإنسان أن يمتنع من الشهادة إذا دعى إليها ليتحملها، إذ لا دليل على وجوب ذلك عليه، وما ورد في ذلك فهو أخبار آحاد. فأما الاستشهاد بالآية والاستدلال بها على وجوب التحمل، فهو ضعيف جداً، لأنه تعالى سماهم شهداء ونهاهم عن الإباء إذا دعوا إليها، وإنما يسمى شاهداً بعد تحملها، فالآية بالأداء أشبه، وإلى هذا القول يذهب شيخنا أبو جعفر الطوسي في مبسوطه (٣).

فإن قيل: سماهم شهداء لما يؤولون إليه من الشهادة كما يقولون لمن يريد الحج الحاجي وإن لم يحج، وكما قال تعالى «إِنَّكَ مَيِّتٌ» (٤) أى إنك ستموت. قلنا: هذا مجاز، والكلام في الحقيقة غير الكلام في المجاز، فلا يجوز العدول عن الحقيقة إلى المجاز من غير ضروره ولا دليل. . . . (٥).

وأجاب في (الجواهر) بقوله: كأنه اجتهاد في مقابلة النص (٦)، وإن كان ربما

ص: ١٢١٦

١- ١) سورة البقره ٢: ٢٨٣.

٢- ٢) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٣- ٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٨٦.

٤- ٤) سورة الزمر ٣٩: ٣٠.

٥- ٥) السرائر ٢: ١٢٥ ١٢٦.

٦- ٦) أقول: حاصل كلام ابن ادريس عدم تماميه الاستدلال بالآيه للقول المشهور إلا بمعونه الأخبار، فتكون هي العمده في المقام، لكن الاستدلال بها مبنى على القول بحجيه خبر الواحد، فعلى القول بالعدم كما هو مذهبه والمفروض كون أخبار المقام أحاداً لا يبقى دليل على وجوب التحمل، فيجرى الأصل. فالصحيح في الجواب عما ذكره: إنكار كون أخبار المقام أحاداً، ومن هنا قال في الرياض: والطعن فيه بكونه من الآحاد غير جيد حتى على أصله (رياض المسائل ١٥: ٣٨٣). وقد أشار بذلك إلى ما ذكره العلامة في المختلف (مختلف الشيعة ٨: ٥١١) بقوله: «ونسبه ذلك إلى أنه من أخبار الآحاد مع دلاله القرآن عليه واستفاضه الأخبار به وفتوى متقدمى علمائنا به جهل منه وقله تأمل» فإن تم ذلك فهو وإلا- كان البحث مع ابن ادريس على المبني. فلاحظ.

يشهد له ما عن (تفسير العسكرى) عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قول الله عزوجل «وَلَا يَأْبُ . . .» (١) إلى آخرها: من كان فى عنقه شهاده فلا يأب إذا دعى لإقامتها، وليقمها ولينصح فيها، ولا تأخذه فيها لومه لائم، وليأمر بالمعروف ولينه عن المنكر (٢).

لكن قال فيه أيضاً: وفى خبر آخر: إنها نزلت فيما إذا دعى لسماع الشهاده وأبى، وأنزلت فىمن امتنع عن أداء الشهاده إذا كانت عنده «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا» (٣) إلى آخرها (٤).

أقول: وكيف كان، فإن الأقوى هو القول المشهور، والمعتمد فى الاستدلال هو النصوص.

القول بالكراهه

وقال صاحب (الجواهر) بعدم خلوّ القول بعدم وجوب التحمل وأنه

ص: ١٢١٧

١-١) سورة البقره ٤: ٢٨٢.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٤/٧ و٨. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٤/٧ و٨. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ١٨١.

مستحب بل تركه مكروه، من قوه، وقد اشتمل كلامه على وجوه لذلك:

الأول: إن الآيه على طولها مشتمله على الآداب، بل ملاحظه ما قبلها وما بعدها وأنها على مساق واحد خصوصاً ما كان منها مثل اللفظ المذكور، نحو قوله تعالى «وَلَا يَأْبُ كَاتِبٌ» (١) فضلاً عن قوله تعالى «وَلَا تَسِيئُوا» إلى آخرها يورث الظن القوي بكون ذلك منها أيضاً (٢).

قلت: مرجع هذا الوجه إلى وحده السياق، وهي وإن كانت تورث الظن القوي في بعض الموارد، ولكنها ليست كذلك مطلقاً، ففي مثل: «اغتسل للجمعه والجنبه» لا يمكن القول بوحده حكم الموضوعين اعتماداً على وحده السياق.

والثاني: إشعار لفظ «لا ينبغي» ونحوه (٣) في النصوص المزبوره، بل اتفاق معظمها على هذا اللفظ ونحوه، ظاهر في ذلك أيضاً.

قلت: أما أولاً: فإن لفظ ينبغي قد ورد في الأخبار بمعنى الوجوب والحرمة كما في طائفه من أخبار الخلل والشكوك.

وأما ثانياً: لو سلمنا ظهور ينبغي في الإستحباب، فإن من أهم النصوص في المسأله صحيحه هشام بن سالم وليس فيها اللفظ المزبور فيكون الدليل، بل يكون حينئذ قرينه على عدم إرادته الإستحباب من النصوص الاخرى المشتمله على لفظ «ينبغي».

والثالث: ما ذكره بقوله: بل شدة التوعّد على كتمانها وزيادة المبالغه في تركه

ص: ١٢١٨

١-١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٨١.

٣-٣) لعل المراد من نحوه لفظ «لم يسع لك» في خبر محمد بن الفضيل في نسخته هو كما في الجواهر ٤١/١٨٠ لكنه في الوسائل «لم ينبغي لك».

على التحمل، فيه إشعار آخر أيضاً.

قلت: أى إشعار فى ذلك؟ غايه ما فى الباب أن يكون ترك الأداء من الكبائر ولا يكون ترك التحمل منها.

والرابع: قوله: بل قد يظهر من الصدوق المفروغيه من عدم الوجوب، حيث أنه بعد أن روى فى المحكى من فقيهه: « قيل للصادق عليه السلام: إن شريكاً يرد شهادتنا. فقال: لا تذللوا أنفسكم» قال: ليس يريد بذلك النهى عن إقامتها، لأن إقامه الشهاده واجبه، إنما يعنى بها تحمّلها، يقول: لا تتحملوا الشهاده فتذللوا أنفسكم بإقامتها عند من يردّها (١). بل هو فتوى المصنف فى (النافع) قال: ويكره أن يشهد لمخالف إذا خشى أنه لو استدعاه إلى الحاكم يردّ شهادته (٢)(٣).

قلت: أما أولاً، فإن الخبر المزبور قاصر السند، بل إنه ضعيف كما فى (الرياض) (٤).

وأما ثانياً: فإنه ظاهر فى الأداء، وقد حمّله الصدوق والحلى على التحمل دون الأداء. قال فى (الرياض): وظاهرهما عدم الاستشكال فى جواز ترك التحمل، وهو مشكل جداً (٥).

وأما ثالثاً: يحتمل أن يريد الصدوق والحلى من ترك التحمل إخفاء نفسه عن المخالف لئلا يشهده، لا تركه عند الإشهاد. قاله فى (الرياض) (٦).

وأما رابعاً: لعلّ كلام الامام عليه السلام ونهيه عن الشهاده هذه هو من

ص: ١٢١٩

١- ١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٧٥/٣٣٦٦، وعنه وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٥٣.

٢- ٢) المختصر النافع: ٢٨٢.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ١٨١ - ١٨٢.

٤- ٤) رياض المسائل ١٥: ٤٠٣.

٥- ٥) رياض المسائل ١٥: ٤٠٣.

٦- ٦) رياض المسائل ١٥: ٤٠٣.

جبهه عدم أهليته شريك للقضاء، فكأنه قال: إنه حيث يكون الجالس للقضاء غير صالح له، فلا يجب التحمل لأجل الشهادة عنده، ففي ذلك مدله للشيعة.

وأما خامساً: سلمنا، لكنّ عدم وجوب التحمل مخصوص بهذه الحالة، بأن يكون هذا الخبر بعد غضّ النظر عمّا في سنده مخصّصاً لما دلّ على وجوبه مطلقاً.

ومما ذكرنا في الوجوه التي ذكرها صاحب (الجواهر) لعدم الوجوب يظهر ما في قوله: « فالإنصاف عدم خلوّ القول بعدم وجوبه وأنه مستحب بل تركه مكروه من قوه. . . » .

ثم قال رحمه الله نعم، قد يحتمل أن يراد في الآيه بناء على إرادته من تلبّس بالشهادة منها الإشارة إلى مضمون النصوص المستفيضة، وهو أن من دعى إلى تحمّل الشهادة فتحملها وجب عليه إقامتها، ومن تحمّلها بلا استدعاء لم يجب عليه إقامتها إلا في صورته خاصة، وهي إذا علم الظلم، وحينئذ فيكون المعنى: ولا- يَأب الشهداء عن أداء الشهادة إذا دعوا إلى تحمّلها وإلا فلا يجب، فيتوافق حينئذ مضمون النصوص المزبوره مع الآيه.

قال: إلا أنه خلاف ما تقدم في النصوص الواردة في تفسيرها (١).

هل وجوب التحمل كفاي أو عيني؟

قال المحقق قدس سرّه « والوجوب على الكفايه، ولا يتعين إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمل » (٢).

ص: ١٢٢٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٨٢.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

أقول: قد اختلف القائلون بوجوب التحمل على قولين. فالشيخ في المبسوط والنهايه والإسكافي والمحقق والعلامة والشهيدان وغيرهم على الكفائيه (١). والمفيد والحلبى والقاضى والديلمى وابن زهره وغيرهم على العينيه (٢). ونسب صاحباً (الرياض) و (الجواهر) القول الأوّل إلى كافه المتأخرين.

وقد استدللّ للأوّل فى (الجواهر) بالأصل، وبأولويه التحمل بالكفائيه من الأداء الذى ستعرف استفاضه الإجماع على كفائيته.

لكن ظاهر الآيه الكريمه والأخبار هو الثانى، كما اعترف به السيد صاحب (الرياض) الذى رجح القول الأوّل لإطباق المتأخرين عليه (٣) وبهذه الأدله ينقطع الأصل.

على أن الأصل فى الأوامر الشرعيه هو الإشتغال، إذ الأصل فى الواجبات هو النفسيه والعينيه والتعيينيه، اللهم إلا أن يكون العمل مما لا يقبل التكرار كدفن الميت.

وأما الأولويه، ففيها: أن الغرض من الأداء يحصل بشهاده اثنين، وأما التحمل فقد لا يحصل الغرض منه بذلك، لاحتمال النسيان والموت والغيبه وغير ذلك، ولذا وجب على كلّ من يدعى إلى الشهاده...

ص: ١٢٢١

-
- ١ - ١) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ١٨٦، النهايه: ٣٢٨، مختلف الشيعة ٨: ٥٠٨ و ٥١١، عن ابن الجنيد، المختصر النافع: ٢٨١، إيضاح الفوائد ٤: ٤٤١، الدروس ٢: ١٢٣، الروضه البهييه ٣: ١٣٧، مسالك الأفهام ١٤: ٢٦٦.
- ٢ - ٢) المقنعه: ٨٢٨، الكافى فى الفقه: ٤٣٦، المهذب ٢: ٥٦٠، المراسم: ٢٣٥، غنيه النزوع ٢: ٤٤١.
- ٣ - ٣) رياض المسائل ١٥: ٣٨٥، جواهر الكلام ٤١: ١٨٢.

واستبعاد التزام الوجوب بدعوى المائه والمائتين إلى التحمل عليهم أجمع لا يقتضى القول بالكفائيه، لأن المفروض وجوبه على كل من دعى، ومن الواضح أن الإنسان يدعو الأربعة أشخاص أو الستة مثلاً حتى إذا مات بعضهم أو نسي أو غاب، أمكن إقامه الشهاده باثنين منهم، ولا داعى إلى دعوه المئه والمائتين حتى يستبعد ذلك.

وأما التزام النديه فراراً من الاستبعاد المزبور كما فى (الجواهر) ، ففيه:

إن الاستبعاد لا ينتفى بناء على النديه، مع ما عرفت من عدم الوجه لهذا القول.

وأما تأييد القول بالاستحباب بأنه على القول بالوجوب يتجه التزامه على كل من دعى إليه، وإن لم يكن له أهليه التحمل لفسق مثلاً، لإطلاق الأدله، ولاحتمال الفائده بتحصيل الشيع وتجدد العدالة له وغير ذلك.

فإنه يتم فيما إذا تم الإطلاق، بأن لم يكن المراد من (الشهداء) فى الآيه خصوص الشهداء الذين عناهم الله سبحانه فى المواضع الأخرى وهم العدول... ولعله من هنا قال المحقق وغيره: إذا دعى من له أهليه التحمل، لأن من ليس أهلاً له لا يدعى.

هذا كله فى التحمل.

فى وجوب الأداء وكونه على الكفائيه أو العينيه

قال المحقق قدس سره: « أما الأداء فلا خلاف فى وجوبه على الكفائيه » (١).

ص: ١٢٢٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

أقول: في الفرع بحثان: الأول: في وجوب الأداء. والثاني: في أن وجوبه على الكفائي.

أما الأول: فقد ادعى عليه الإجماع في كلمات جماعه، فهذا أحد الأدلة.

والدليل الثاني: قوله تعالى: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) فإن ظاهر الوعيد على الترك هو الوجوب، والمراد من هذه الشهادة كما دلت عليه صحيحه هشام آتية أدائها.

والدليل الثالث: الأخبار، ومنها:

١ - هشام بن سالم: «عن أبي عبد الله عليه السلام: في قول الله عز وجل «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» قال: بعد الشهادة» (٢).

٢ - جابر: «عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوى بها مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة ولوجهه ظلمه مدّ البصر، وفي وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ومن شهد شهادة حق ليحیی بها حق امرئ مسلم أتى يوم القيامة ولوجهه نور مدّ البصر تعرفه الخلائق باسمه ونسبه. ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله عز وجل يقول «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ» (٣)» (٤).

٣ - الحسين بن زيد: عن الصادق عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث المناهي: «إنه نهى عن كتمان الشهادة وقال: من كتمها أطعمه الله

ص: ١٢٢٣

١-١ (١) سورة البقرة ٢: ٢٨٣.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٠٩/١. كتاب الشهادات، الباب ١.

٣-٣ (٣) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٢/٣. كتاب الشهادات، الباب ٢.

على رؤوس الخلائق، وهو قول الله عز وجل «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» (١) «(٢)».

٤ - عيون الأخبار عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام في حديث النص على الرضا عليه السلام إنه قال: «وإن سئلت عن الشهادة فأدها، فإن الله يقول: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (٣) وقال: «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ» (٤)» (٥).

٥ - عقاب الأعمال عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال في حديث: «ومن رجع عن شهادته أو كتمها، أطعمه الله لحمه على رؤوس الخلائق ويدخل النار وهو يلوك لسانه» (٦).

٦ - تفسير الحسن العسكري عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام بتفسير الآية: «من كان في عنقه شهادته فلا ياب إذا دعي لإقامتها وليقمها ولينصح فيها ولا تأخذه فيها لومه لائم وليأمر بالمعروف ولينه عن المنكر» (٧).

وأما الثاني: ففي عبارته المحقق قدس سره وغيره عدم الخلاف في كفايته قال: «فإن قام غيره سقط عنه، وإن امتنعوا لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود

ص: ١٢٢٤

١-١) سورة البقرة ٢: ٢٨٣.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٣/٤. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٣-٣) سورة النساء ٤: ٥٨.

٤-٤) سورة البقرة ٢: ١٤.

٥-٥) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٣/٥. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٦-٦) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٢.

٧-٧) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٤/٧. كتاب الشهادات، الباب ٢.

إلا اثنان تعين عليهما» (١). بل في (الجواهر): استفاض في عباراتهم نقل الإجماع على ذلك (٢).

أقول: تاره: يكون التكليف قابلاً للتكرار، وأخرى: غير قابل له، كدفن الميت. أما الثاني، فلا احتمال فيه للوجوب العيني. وأما الأول، ففيه وجهان: العينية: من جهة ظهور الأمر فيها كما أشرنا سابقاً، والكفائية: من جهة ظهور كون الحكمه في وجوب الأداء وحرمة الكتمان هي ضياع الحق، وهذا الغرض يتحقق بشهادة البعض ولا يتوقف على شهادة الجميع، فلا ثمره لتكليف الجميع بها.

ومن هنا أمكن القول بأن النزاع لفظي، لأن ذاك يقول بالعينية حيث تترتب ثمره على القول بها، وهذا يقول بالكفائية حيث لا ثمره لتوجيه الخطاب إلى الكل.

وقد ذكر صاحب (الجواهر) إن القائل بالعينية يقول: بأنه يجب الأداء على كل فرد فرد، ولا يسقط عنه الوجوب إلا مع التيقن بحصول الغرض بشهادة غيره من الشهود، والقائل بالكفائية يقول: لا يجب الأداء إلا مع العلم بضياع الحق، فالنزاع معنوي.

قلت: إن كان ما ذكره مستفاداً من الأخبار فهو، إذ يكون حينئذ حكماً تعبدياً، وإلا فإن العقل لا يفرق في لزوم الإحتياط - لغرض حفظ الحق عن الضياع - بين العينية والكفائية إلى أن يحصل اليقين بحصول الغرض، فلتنظر في الأخبار في هذا المقام، فنقول:

إن مقتضى إطلاق الآيه الكريمة والأخبار وجوب الأداء على كل من شهد،

ص: ١٢٢٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٨٤.

سواء أشهد أو لا، لكن مقتضى بعض الأخبار هو عدم الوجوب إن لم يشهد:

١ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت » (١).

٢ - هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء سكت. وقال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد » (٢). فقله « إذا أشهد... » تصريح بمفهوم صدر الخبر.

٣ - محمد بن مسلم: « سألت أبا جعفر عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهاده على ما سمع منهما. قال: ذلك إله، إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه، وإن لم يشهد فلا شيء لأنهما لم يشهداه » (٣).

٤ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر مثله (٤).

مقتضى هذه النصوص عدم الوجوب إذا لم يشهد، فلا يحرم الكتمان حينئذ، فهي مقيدة لما تقدمت الإشارة إليه. لكنها مطلقه من حيث العلم بضياح الحق وعدمه، وفي بعض الأخبار ما يقيدها بما إذا لم يؤد عدم شهادته إلى ضياح الحق، وإلا يجب حتى مع عدم الإستشهاد:

١ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « إذا سمع الرجل الشهاده ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد

ص: ١٢٢٤

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٧/١. كتاب الشهادات، الباب ٥.

١-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٢. كتاب الشهادات، الباب ٥.

١-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٥. كتاب الشهادات، الباب ٥.

١-٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٩/٦. كتاب الشهادات، الباب ٥.

ولا يحلّ له إلا أن يشهد» (١).

٢ - يونس فيما رواه مرسلًا عن الصادق: « إذا سمع الرجل . . . إلا إذا علم من الظالم فيشهد ولا يحلّ له أن لا يشهد» (٢).

٣ - مرسله الصدوق: « قال الصادق: العلم شهاده إذا كان صاحبه مظلوماً» (٣).

فتلخص: إن الشهاده واجبه فيما إذا دعى، بالوجوب العيني، فإن لم يدع فهو بالخيار، فلا وجوب لا عيناً ولا كفايه، إلا إذا علم من الظالم، بمعنى توقف شهادته على علمه بالظالم منهما لولا الشهاده.

خلافاً لصاحب (الجواهر) القائل بالكفائيه في صورته الاستدعاء للتحمل، وعدم الوجوب أصلاً في صورته عدم الاستدعاء إلا إذا علم الظالم. وكأن معتمده هو الإجماعات التي لم يعلم كاشفيتها عن رأى المعصوم، بل من المحتمل كونها مبنيه على كون الحكمه في وجوب الأداء وحرمة الكتمان ضياع الحق، وهي متحققه بشهاده الاثنين.

ثم قال: رحمه الله يمكن أن يكون محلّ كلامهم في المقام خصوص الشهاده في صورته المخاصمه التي تقام عند الحاكم، وأما الشهادات في غيرها كالشهاده بالاجتهاد والعداله ونحوها مما لا ترجع إلى مخاصمه عند الحاكم ولا يراد إثباتها عنده، فلا يبعد القول بوجوبها عيناً على كلّ من كانت عنده، ولا مدخليه لكيفيه التحمل فيها، لظهور الأدله السالمة عن المعارض بالنسبه إلى ذلك، بعد تنزيل

ص: ١٢٢٧

-
- ١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ٥.
١-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٠/١٠. كتاب الشهادات، الباب ٥.
١-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٩/٩. كتاب الشهادات، الباب ٥.

الإجماعات المزبوره على غير هذه الصورة التي لا غرض بمقدار مخصوص منها، بل ربما كان الغرض تعدد الشهاده فيها لكونه أتم للمقصود، فتأمل جيداً (١).

قلت: القول بالوجوب عيناً في كل شيء وإن لم تكن مخاصمه لا يمكن المساعده عليه، فإن كثيراً من الامور يعلمها الإنسان ولا دليل على وجوب أداء الشهاده وإظهار العلم فيها. . . بل قد لا يجب عليه الأداء حتى مع الاستدعاء، والحاصل: إنه لا ضابط لهذه الامور، نعم، لا-ريب في الوجوب في الامور المهمه التي يعلم بعدم رضا الله عزوجل بكتمان الشهاده فيها، ولعل هذا الذي ذكرناه هو وجه التأمل الذي أمر به.

وحيث يتعين عليه وجوب الأداء، فإن عليه المبادرة إليه وإن كان واحداً، حتى يتحقق الحق بشهادته مع يمين المدعى إن كان مما يثبت بذلك، بل يجب عليه وإن لم يكن مما يثبت بشاهد ويمين إن كان لشهادته أثر، وفي (الجواهر) الوجوب وإن لم يعلم بترتب أثر عليها بل احتمال، كما إذا احتمل حصول العلم للحاكم بشهادته، أو احتمال تذكر المدعى عليه بشهادته للحق والواقع.

ولو نسي المدعى الاستشهاد منه، فإن كان الأداء واجباً عليه عيناً وجب عليه أن يذكر المشهود له فيستدعى منه الأداء لئلا تكون شهادته تبرعته فإن علم بضياح الحق لو لم يشهد، وجب عليه وإن لم يدع للإقامه، وإن كان وجوبه كفاثياً وقد تعين فكذلك، وإلا فلا.

وفي (الرياض): ولو لم يكن الشهود عدولاً، فإن أمكن ثبوت الحق بشهادتهم ولو عند حاكم الجور، وجب الإعلام أيضاً، للعموم، وإلا فوجهان،

ص: ١٢٢٨

أجودهما: الوجوب لذلك مع إمكان حصول العدالة بالتوبه (١).

قال في (الجواهر) : كأن الأجود أيضاً وجوب الشهاده عليهم إذا دعوا إليها ولو عند حاكم العدل (٢).

جواز التخلف إن كانت الشهاده مضره

قال المحقق: « ولا يجوز لهما التخلف إلا أن تكون الشهاده مضره بهما ضرراً غير مستحق » (٣).

أقول: إن وجوب الشهاده كسائر الواجبات التي ترتفع بترتب الضرر عليها، ويشترط في الضرر الموجب لسقوط وجوب الشهاده أمران:

أحدهما: أن يكون الضرر ضرراً معتداً به، ولا فرق بين توجهه على الشاهد نفسه، أو على المشهود عليه، أو على المشهود له، أو على غيرهم.

والثاني: أن يكون الضرر غير مستحق، كما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد يطالبه عليه على تقدير الشهاده ويمهله به أو يسامحه بدونها، فلا يعد ذلك عذراً، لأنه مستحق عليه مع فرض قدرته على الوفاء به.

والدليل على سقوط الوجوب فيما إذا كانت الشهاده مضره، هو قاعده لا ضرر، الحاكمه على الأدله الأوليه (٤). وهذا الحكم لا خلاف فيه كما في

ص: ١٢٢٩

١-١) رياض المسائل ١٥: ٣٨١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ١٨٧.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

٤-٤) فيه إشارة إلى ما جاء في جامع المدارك من أن المقام من التزام فيلاحظ الأهم.

(الجواهر) (١). وقد استدل له أيضاً بخبرين:

١ - علي بن سويد السائي عن أبي الحسن عليه السلام في حديث: « كتب إلى أبي في رسالته إلى: وسألت عن الشهادات لهم، فأقم الشهادة لله ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين فيما بينك وبينهم، فإن خفت على أخيك ضيماً فلا » (٢).

٢ - محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام: « سألته قلت له: رجل من مواليك عليه دين لرجل مخالف يريد أن يعسره ويحبسه، وقد علم الله أنه ليس عنده ولا يقدر عليه وليس لغريمه بينه، هل يجوز له أن يحلف له ليدفعه عن نفسه حتى ييسر الله له؟ وإن كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه أنه لا يقدر، هل يجوز أن يشهدوا عليه؟ قال: لا يجوز أن يشهدوا عليه ولا ينوي ظلمه » (٣).

هذا، وفي (المسالك): واعلم أن إطلاق الأصحاب والأخبار يقتضى عدم الفرق في التحمل والأداء بين كونه في بلد الشاهد وغيره مما لا يحتاج إلى سفر، ولا بين السفر الطويل والقصير مع الإمكان، هذا من حيث السعي، أما المؤونه المحتاج إليها في السفر من الركوب وغيره، فلا يجب على الشاهد تحملها، بل إن قام بها المشهود له وإلا سقط الوجوب، فإن الوجوب في الأمرين مشروط بعدم توجه ضرر على الشاهد غير مستحقق، وإلا سقط الوجوب (٤).

قال في (الجواهر): قلت: قد يقال إن السفر الطويل ونحوه من المشقه

ص: ١٢٣٠

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٨٨.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣١٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٣.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٩/١. كتاب الشهادات، الباب ١٩.

٤-٤ (٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٦٨.

والعسر أيضاً. فتأمل جيداً (١).

قلت: الظاهر أنه حيث يجب عليه أداء الشهادة يجب عليه تحمل كل ما يمكن تحمله من مشقه السفر ومؤنثته المحتاج إليها، إن كانت بالقدر المتعارف، إذ المفروض وجوب الشهادة عليه، فيجب عليه تحمل كل ما يتوقف عليه القيام بهذا الواجب مع الإمكان. والله العالم.

ص: ١٢٣١

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٨٨.

لا كلام ولا خلاف في قبول الشهادة على الشهادة في الجملة، بل الإجماع عليه في جملة من الكتب، بل في (الجواهر): لعل المحكى منه على ذلك متواتر (١)، بل في (المستند) دعوى الضرورة (٢).

ويدل على القبول عدّه من النصوص التي ينجبر بما ذكر ما فيها من ضعف، ومنها:

١ - محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: « في الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضره في البلد. قال: نعم، ولو كان خلف ساريه يجوز ذلك، إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه عن أن يحضره ويقيمها، فلا بأس بإقامه الشهادة على شهادته» (٣).

٢ - طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه عن علي عليهم السلام: « إنه كان لا يجوز شهادة رجل على رجل إلا شهادة رجلين على شهادة رجل» (٤).

٣ - غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه عليهم السلام: « إن علياً كان لا

ص: ١٢٣٥

١-١) جواهر الكلام ٤١: ١٨٩.

٢-٢) مستند الشيعة ١٨: ٣٨٤.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

٤-٤) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٣/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

يجيز شهادة رجل على شهادة رجل إلا شهادة رجلين على شهادة رجل» (١).

ويدل على قبول هذه الشهادة عمومات قبول الشهادة كتاباً وسنه، لأنها شهادة لغه وعرفاً (٢).

وكيف كان، فإن أصل الحكم مفروغ عنه، وإنما الكلام والبحث في جهات:

١ - في محل قبول الشهادة على الشهادة

قال المحقق: «وهي مقبولة في حقوق الناس، عقوبه كانت كالقصاص أو غير عقوبه كالطلاق والنسب والعق، أو مالاً كالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أو مالا يطلع عليه الرجال غالباً كعيوب النساء والولادة والاستهلال» (٣).

أقول: الدليل على القبول في كل ما ذكر هو: الإجماع وإطلاق النصوص والإعتبار. وأما قوله في «حق الناس» فسيأتي الكلام عليه قريباً.

قال: «ولا تقبل في الحدود، سواء كانت لله محضاً كحدّ الزنا واللواط

ص: ١٢٣٦

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٣/٤. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

٢-٢) وأما إشكال المستند (مستند الشيعة ١٨: ٣٨٦) في العمومات بقوله: «وأما الإستلال بعمومات قبول الشهادة كما وقع عن جمع من المتأخرين فغير جيد، لأنه إنما يفيد لو كان المراد إثبات نفس ما شهد به الأصل، وأما إثبات ما شهد هو به فلا، إذ لا ملازمه بين ثبوت شهادة الأصل وثبوت ما شهد به، كما في صورته إمكان الأصل، وفي الحدود، وفي الفرعية الثالثة». ففيه: إن تلك الأدلة لا تشمل شهادة الفرع بعنوان أنه فرع، لكنها شاملة لها بما هي شهادة أصل بالنسبة إلى الشهادة لا المشهود به.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

والسحق، أو مشتركة كحدّ السرقة والقذف على خلاف فيهما» (١).

أقول: أما عدم القبول في الحدود فللخبرين:

١ - طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي عليهم السلام: «إنه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حد» (٢).

٢ - غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه قال: قال علي عليه السلام: «لا تجوز شهادة على شهادة في حد» (٣).

وهل المستثنى خصوص الحدود التي هي لله محضه كحدّ الزنا، أو الأعم منها ومن المشتركة بينه وبين آدمي كحد السرقة؟ قولان: المشهور كما في (الجواهر) وغيره هو الثاني، لعموم الخبرين المذكورين، وعليه المحقق وتبعه صاحب الجواهر (٤). والشيخ في (المبسوط) وجماعه على الأول، تعليلاً لحق الناس، واختاره الشهيد الثاني في (المسالك)، وقال: «لعدم دليل صالح للتخصيص، بعد ضعف الخبرين المزبورين» (٥).

قلت: ما الدليل على تخصيص قبول الشهادة على الشهادة ب «حق الناس» كما في عبارته المحقق، حتى «يكون حق الناس» مرجحاً للقول بالقبول في الحدود المشتركة؟

إن الأدلة العامة تدل على القبول مطلقاً، والنصوص الخاصة بعد الجمع بين

ص: ١٢٣٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٤/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٥.

٣-٣ (٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٤/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٥.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٩١.

٥-٥ (٥) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٣١، الوسيلة: ٢٣٣، مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٠. وعنهم رياض المسائل ١٥: ٤٠٥.

المطلق والمقيد منها تدل على القبول كذلك إلا في « الحدود » ، وليس في شيء منها عنوان « حق الناس » ونحوه، وحينئذ لا مرجح لهذه الجهة في هذا القسم من الحدود، بل الملا-ك صدق عنوان « الحد » ، وهو إذ يصدق على المشترك يكون المشترك كالمحض من المستثنى، فلا تقبل الشهادة فيه.

وأما ما في (المسالك) من عدم صلاحية الخبرين لتخصيص النصوص الداله على القبول مطلقاً (١)، فالجواب عنه ما ذكر في (الجواهر) من انجبار الضعف بعمل المشهور (٢).

ومما ذكرنا من أن الملاك للاستثناء هو صدق عنوان « الحد » وأنه لا أثر لعنوان « حق الناس » في أخبار المسألة، يظهر أن الأقرب قبول الشهادة على الشهادة فيما كان حقاً لله غير الحد، كالزكاه والهلال ونحوهما، ولا مجال حينئذ للرجوع إلى الأصل.

وأما كلمات الأصحاب في هذه المسألة فمختلفة جداً، ففي الوقت الذي يدعى كاشف اللثام قطع الأصحاب في عدم الجريان في حقوق الله مطلقاً (٣)، وعن العلامة في (التذكرة) : لا يثبت الهلال بالشهادة على الشهادة عند علمائنا (٤)، يقول السبزواري في (الكفاية) : محلّ الشهادة على الشهادة ما عدا الحدود ولا- أعلم خلافاً في ذلك، ولا- فرق بين الأموال والأ-نكحه والعقود والإيقاعات والفسوخ وغيرها، ولا فرق أيضاً بين أن يكون حق الآدميين أم حق الله تعالى كالزكاه

ص: ١٢٣٨

- ١- ١) مسالك الأفهام ١٤ : ٢٧٠.
- ٢- ٢) جواهر الكلام ٤١ : ١٩١.
- ٣- ٣) كشف اللثام ١٠ : ٣٥٩.
- ٤- ٤) تذكرة الفقهاء ٦ : ١٣٥.

وأوقاف المساجد والجهات العامه والأهله وغيرها... (١).

وفى (الروضه) بشرح قول الشهيد: « محلّها حقوق الناس كافه» قال: « بل ضابطه كلّ ما لم يكن عقوبه لله تعالى مختصه به إجماعاً أو مشتركه على الخلاف» (٢).

وقال فى (المسالك): « واعلم أن إطلاق المصنف كون محلّها حقوق الآدميين، قد يوهّم خروج ما كان حقاً لله تعالى وليس حقاً لدمى وإن لم يكن حدّاً، وهذا ليس بمراد، بل الضابط ما ذكرناه من أن محلّها ما عدا الحدود أو ما عدا حدود الله تعالى، كما تقتضيه الأدله والفتاوى» (٣).

وعلى الجملة، فإن الشهاده على الشهاده لا تقبل فى الحدود المحضه والمشتركه، للخبرين، وكذا فى التعزيرات، لاحتمال شمول « الحد» فى الخبرين للتعزير، فإنه كاف لعدم ثبوت التعزير فيما يوجبه، لا-شترابه مع الحدّ فى البناء على التخفيف، فإن كان لموضوع الحدّ المشهود به بهذه الشهاده أحكام شرعيه كنشر الحرمة بأمر المفعول به وأخته وبنته، وحرمة بنت العمه والخاله بالزنا بهما، وكتبوت المهر للمزنى بها المكروهه، ترتب الحكم، كما هو صريح جماعه، إذ لا- منافاه بين انتفاء الحدّ بالمانع الشرعى فيبقى غير الحدّ من الأحكام على مقتضى عموم الأدله، وكون الجميع معلول علّه واحده لا يقتضى انتفاء الأحكام كذلك، إذ يجوز الإنفكاك بين المعلولات والعلل الشرعيه، ولذا يثبت بها فى السرقة دون الحد.

ص: ١٢٣٩

١-١) كفايه الأحكام ٢: ٧٧٨.

٢-٢) الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه ٣: ١٤٩.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧١.

٢ - فى أنه لا تقبل الشهاده على الشهاده على الشهاده فصاعداً

قال: فى (الجواهر): بلا- خلاف أجده، بل حكى عن غير واحد الإجماع عليه صريحاً. قال: وهو الحجج، مضافاً إلى الأصل بعد اختصاص ما دلّ على قبول الشهاده على الشهاده بالثانيه دون ما زاد، وخصوص الخبر المنجبر (١).

أقول: أما الإجماعات فهى منقوله ومحتمله المدرك، فإن كان الدليل عمومات الشهاده فإنها تعم الثالثه أيضاً، وإن كان الأخبار الخاصه كخبر محمد بن مسلم فلا- تصريح فيها بكونها شهاده على شهاده، والامام عليه السلام أجاب بقوله: « نعم » من غير استفصال.

فالعمده فى الاستدلال هو خبر عمرو بن جميع، فإنه يخصص العمومات ويقيد المطلقات، ومعه لا يستدل بالأصل وضعفه منجبر بالإجماع، وهذا نصه: « عن أبى عبد الله عن أبيه قال: إشهد على شهادتك من ينصحك. قالوا: كيف، يزيد وينقص!! قال: لا ولكن من يحفظها عليك، ولا تجوز شهاده على شهاده على شهاده » (٢).

وأما دعوى ظهور أخبار المسأله فى الشهاده على الشهاده، فهى كما ترى، كدعوى انصراف العمومات عن الثالثه.

ص: ١٢٤٠

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٩٢.

٢-٢ (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٤/٦. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

قال المحقق قدس سرّه: « ولا بدّ أن يشهد اثنان على الواحد، لأن المراد إثبات شهادة الأصل، وهو لا يتحقق بشهادة الواحد، فلو شهد على كلّ واحد اثنان صح، وكذا لو شهد اثنان على شهادة كلّ واحد من شاهدى الأصل» (١).

أقول: والحاصل، إن المعتبر أن تثبت شهادة كلّ واحد من شاهدى الأصل بشهادة اثنين، سواء كان الشاهدان على شهادة زيد منهما نفس الشاهدين على شهادة عمر منهما أو كانا غيرهما، وسواء كان كلاهما شاهدى فرع أو كان أحدهما شاهد فرع والآخر شاهد أصل، إذ كونه شاهد أصل لا ينافى كونه مع ذلك شاهد فرع.

والدليل على ذلك كلّ عموم الأدلّة.

« وكذا لو شهد اثنان على جماعه كفى شهادة الاثنين على كلّ واحد منهم، وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين فشهد على شهادتهم اثنان، أو كان الأصل نساءً فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات كفى شهادة اثنين عليهن» (٢).

أقول: وكلّ ذلك لعموم الأدلّة المقتضية لقبول شهادة العدلين، اتحد المشهود به أو تعدد، وكذا المشهود عليه.

وقد تعرّض فى (الجواهر) لخلاف الشافعى فى هذه المسألة فى أحد قوليّه وهو كما فى (الخلاف): « إنه لا يثبت حتى يشهد آخران على شهادة الآخر، وهو

ص: ١٢٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٨.

اختيار المزني» (١) وحينئذ يعتبر شهود أربعة على الشاهدين، وعلى الرجل والمرأتين سته، وعلى الأربع نساء ثمانية، وهكذا. قال في (الجواهر): وضعفه واضح، حتى على ما قيل من أن مبنى الخلاف في جواز كون الأصل فرعاً وعدمه، على أن الإشهاد على الشهادة هل هو لإثبات الشهادة أو لحكم النيابة عنها (٢)؟

أقول: قد عنون الشيخ في (الخلاف) هذا الخلاف بقوله: «تثبت بالشهادة على الشهادة شهادة الأصل، ولا يقومون مقام الأصل في إثبات الحق، وللشافعي فيه قولان، أحدهما مثل ما قلناه، والآخر: إنهم يقومون مقام الأصل في إثبات الحقوق.

دليلنا: إن شاهد الفرع لو كان يقوم مقام الأصل في إثبات الحق لما جازت الشهادة على الشهادة، لأنه إن كان الحق إثبات فعل كالقتل والإتلاف، لم يثبت بشهادة الفرع، لأنه يحتاج إلى مشاهده والفرع ما شاهد الفعل، وإن كان الحق عقداً افتقر إلى سماع ومشاهده، والفرع ما سمع وما شاهد، فلما أجمعنا على جواز الكل ثبت أن الفرع يثبت بشهادة الأصل بلا شبهة» (٣).

قال في (الجواهر): فعلى الأول الذي هو مذهب الأصحاب: يجوز أن يكون الأصل فرعاً لا- على الثاني الذي احتمله في (الدروس) أي بقوله: ولو قلنا يقومون مقام الأصل في إثبات الحق اشترط مغايره الشهود، وهذا ضعفه الشيخ (٤) لأنه لا يصح أن يكون نائباً عن نفسه وغيره، لأن قيامه بنفسه يستدعي استغناءه عن

ص: ١٢٤٢

١- ١) كتاب الخلاف: ٦/٣١٨، المسألة ٧٠.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ١٩٣.

٣- ٣) كتاب الخلاف: ٦/٣١٩، المسألة ٧١.

٤- ٤) الدروس الشرعية ٢: ١٤١.

الغير، ونيابته تقتضى افتقاره فلا يجتمعان.

□

فأجاب رحمه الله عن قول الشافعى الذى احتمله فى (الدروس) حتى على القول الثانى فى مبنى الخلاف، بقوله: «إذ قد يقال بكفايه التغاير الاعتبارى عليه، نحو ما سمعته فى اتحاد الموجب والقابل، والأمر سهل بعد وضوح الحال عندنا» (١).

أقول: قد يقال: بأن حكم الحاكم بالقتل حيث يشهد شاهد أصل مع آخر على شهاده أصل آخر إن كان بشهاده الفرع، فالمفروض أن الشهاده هنا حاصله من شاهد فرع واحد مع أحد الأصلين لا من شاهدى فرع، وإن كان بشهاده الأصل وشهاده الفرع مثبته لها، فالمفروض أن أحد الأصلين قد ثبت شهادته بفرع واحد، وقد تقدم اعتبار شاهدين اثنين.

ثم قال فى (الجواهر): لكن فى الرياض بعد أن ذكر الإطلاق دليلاً للأصحاب حاكياً له عن جمع قال: «وفى التمسك به لولا الإجماع نظر» فاعترضه بقوله: «ولا أعرف وجه النظر الذى أضمره فى نفسه، كما أنى لم أعرف أحداً سبقه إلى ذلك» (٢).

قلت: لا وجه له، اللهم إلا دعوى الإنصراف، ولا وجه لها.

قال: نعم فى القواعد الإشكال فى الإجتزاء باثنين فى شهود الزنا بالنسبه إلى ترتب نشر الحرمة والمهر لا الحد (٣): من أن المقصود حق الأدمى من المهر وغيره. ومن أنه تابع للزنا ونحوه، فلا يثبت إلا بشوته، ولا يثبت إلا بأربعه، وأنه لا بدّ فى الأصل من أربعه، وهو لا يكون أسوء حالاً من الفرع. أو من أن الفرع نائب عن

ص: ١٢٤٣

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٩٣.

٢-٢ (٢) رياض المسائل ١٥: ٤٠٧، جواهر الكلام ٤١: ١٩٣.

٣-٣ (٣) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٥.

الأصل في شرط الأربعة أو لا يثبت به إلا شهادة الأصل، فيكفي الاثنان.

واعترضه بقوله: وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرنا، على أن الذي سمعته من العامه هو أحد قولى الشافعى، وإلا، فالذى يظهر من خبرى البزنطى وابن هلال عن الرضا عليه السلام اكتفاؤهم بالواحد على شهادة المائة.

قال فى الأول: « سمعت الرضا عليه السلام يقول: قال أبو حنيفه لأبى عبد الله: تجيزون شهادة واحد ويمين؟ قال: نعم، قضى به رسول الله وقضى على بين أظهركم بشاهد ويمين، فتعجب أبو حنيفه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أتعجب من هذا؟ إنكم تقضون بشاهد واحد فى مائه شاهد، فقال له: لا نفعل. فقال: بلى تبعثون رجلاً واحداً يسأل عن مائه شاهد فيجيزون شهادتهم بقوله، وإنما هو رجل واحد» (١).

وقال فى الثانى: « إن جعفر بن محمد قال له أبو حنيفه: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به على عندكم. فضحك أبو حنيفه، فقال له جعفر: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائه، فقال: ما نفعل. فقال: بلى، يشهد مائه، فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله» (٢).

قال: ومنه يعلم ما فى حمل الخبر الأوّل على التقيه (٣).

قلت: يعنى خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه: « إن علياً قال: لا تقبل شهادة رجل على رجل حى وإن كان باليمن ». قال فى (الوسائل): « حمله

ص: ١٢٤٤

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٩/١٧. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

١-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٦٨/١٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٤.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ١٩٣ ١٩٤.

الشيخ على التقيه» وجوز حمله على عدم قبول شهادته رجل واحد على شاهد الأصل، بل لا بدّ من شاهدين (١).

أقول: والوجه هو الحمل الثانى، لأن التقيه إن كانت من على عليه السلام فهو لم يكن فى تقيه، وإن كانت من الصادق أو غيره من الأئمة عليهم السلام، فإسناد المطلب إلى على عليه السلام كذب، والعياذ بالله.

وهذا وجه إشكال الحمل على التقيه لا ما ذكره صاحب (الجواهر).

٤ - فى مراتب التحمل

قال المحقق قدس سرّه « وللتحمل مراتب، أتمها أن يقول شاهد الأصل: إشهد على شهادتى أننى أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا. وهو الاسترعاء» (٢).

أقول: إن الأصل فى ذكر هذه المراتب هو الشيخ فى (المبسوط) فإنه رحمه الله قال: « أما التحمل، وهو أن يصير شاهد الفرع متحملاً لشهادته شاهد الأصل، فإنه يصح بأحد أسباب ثلاثه:

أحدها: الإسترعاء، وهو أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، فاشهد على شهادتى، فهذا هو الإسترعاء.

الثانى: أن يسمع شاهد الفرع شاهد الأصل يشهد بالحق عند الحاكم، فإذا

ص: ١٢٤٥

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٠٣/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

سمعه يشهد به عند الحاكم صار متحماً للشهادته.

الثالث: أن يشهد الأصل بالحق ويعزيه إلى سبب وجوبه فيقول: أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، من ثمن ثوب أو عبد أو دار أو ضمان أو دين أو إتلاف ونحو هذا، فإذا عزاه إلى سبب وجوبه صار متحماً للشهادة.

فأما إن لم يكن هناك استرعاء، ولا سمعه يشهد به عند الحاكم، ولا عزاه إلى سبب وجوبه، مثل أن سمعه يقول أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ألف درهم، فإنه لا يصير بهذا متحماً للشهادة على شهادته، لأن قوله: أشهد بذلك ينقسم إلى الشهادة بالحق، ويحتمل العلم به على وجه لا يشهد به، وهو أن يسمع الناس يقولون لفلان على فلان كذا وكذا وقف التحمل بهذا الاحتمال، فإذا استرعاه أو شهد به عند الحاكم أو عزاه إلى سبب وجوبه زال الإشكال (١).

أقول: قال في (الرياض) إنه لا يجوز للفرع التحمل إلا- إذا عرف أن عند الأصل شهادة جازمه بحق ثابت، بلا خلاف، لأنه المتبادر والمعنى الحقيقي للشهادة على الشهادة (٢). . . والظاهر أن ما ذكره الشيخ بيان لمصاديق لذلك، وإلا فقد نص جماعة على أنه ليس للمراتب المذكورة في النصوص أثر، نعم، جاءت المرتبة الأولى في خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال له: «أشهد على شهادتك من ينصحك. قال: أصلحك الله، كيف؟ يزيد وينقص؟ قال: لا، ولكن يحفظها عليك. . .» ومن هنا، فقد وقع الخلاف بينهم في قبول التحمل فيما عدا المرتبة الأولى.

ص: ١٢٤٦

١- (١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٣١ - ٢٣٢.

٢- (٢) رياض المسائل ١٥: ٤١٠.

وأعرض جماعه عن ذكر المراتب، وجعلوا المدار على علم الفرع بالشهادة الجازمه للأصل.. كما سيأتى.

وكيف كان، فإن المرتبه الاولى التى هى أتم المراتب هى الإسترعاء.

والمقصود من ذلك التماس شاهد الأصل رعايه شهادته والشهادة بها، قال فى (الكفايه): ولا أعرف خلافاً فى جواز الشهاده معه (١)، بل فى (المسالك) وعن غيرها الاجماع عليه (٢).

ومثل ما ذكره المحقق من اللفظ أن يقول: « اشهدك على شهادتى... أو: إذا استشهدت على شهادتى فقد أذنت لك فى أن تشهد» ونحو ذلك...

هذا ما نسب إلى الأكثر.

قال فى (الجواهر): وربما قيل: إن الإسترعاء هو أن يقول: أشهدك عن شهادتى، والفرق بين « عن » و « على » أن قوله: اشهدك على شهادتى تحمیل، وقوله: عن شهادتى إذن فى الأداء، فكأنه يقول: أذها عنى، إذ لإذنه أثر فى ذلك، ألا تراه لو قال له بعد التحمیل: لا تؤدّ عنى تلك الشهاده، امتنع عليه الأداء. ومن هنا يحكى عن بعضهم ترجيح « عن » على « على » بل ناقش فى « على » بأنها تقتضى كون الشهاده مشهوداً عليها، وإنما هى مشهود بها والمشهود عليه الشاهد، ولا بدّ من التمييز بين المشهود به وله وعليه.

قال: لكن لا يخفى عليك ما فى هذه الكلمات التى هى فى الحقيقه من اللغو، وهى بالعامه أليق منها بالخاصه، ضروره كون المراد واضحاً، ونصوص المقام

ص: ١٢٤٧

١- ١) كفايه الأحكام ٢: ٧٧٨ - ٧٧٩.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٣، ايضاح الفوائد ٤: ٤٤٥.

مملوّه من لفظ « الشهاده على الشهاده» (١). . .

قلت: والأولى هو التفصيل بين ما إذا قال: إشهد. . . فلفظ « عن » وما إذا قال: أشهدتك فلفظ « على » .

هذا، وقد ألقوا بالتحمل بالاسترعاء ما إذا سمعه يسترعى شاهداً آخر.

وذكر المحقق المرتبه الثانيه بقوله:

« وأخفف منه أن يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب في تصريحه هناك بالشهادة» (٢).

ففي هذه الصوره يجوز للفرع أن يتحمل الشهاده استرعاه الأصل أو لم يسترعه، لصدق كونها شهادة على شهاده، وانتفاء احتمال الوعد والتساهل، قال في (الكفايه): وهذا هو المشهور، ويظهر من كلام ابن الجنيّد المخالفه في ذلك (٣)، لأنه خص القبول بالاسترعاء، وهو كما في (الجواهر) واضح الضعف، ضروره عدم اعتبار التحميل في صحه التحمل، لإطلاق أدله المقام وغيرها (٤).

وذكر المحقق المرتبه الثالثه بقوله:

« ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا، أو يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي صوره جزم، وفيه تردد.

أما لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أشهد لفلان على فلان

ص: ١٢٤٨

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ١٩٥.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

٣-٣ (٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٧٩.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ١٩٦.

بكذا، لم يصّر متحمّلاً، لاعتیاد التسامح بمثله.

وفى الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال، ففى صورته الإسترعاء يقول: أشهدنى فلان على شهادته، وفى صورته سماعه عند الحاكم يقول: أشهد أن فلاناً شهد عند الحاكم بكذا، وفى صورته السماع لا عنده يقول: أشهد أن فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا» (١).

أقول: قد ذكر الشيخ ومن تبعه الصورة الثالثه، جازمين بالقبول فيها، لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل والتسامح (٢)، وتردد المحقق وتبعه العلامة بين القبول هنا لما ذكر وعدم القبول لما ذكره الشيخ وجهاً لما لو لم يذكر السبب فلا يقبل وهو اعتیاد التسامح بمثله (٣). ومن هنا فقد أشكل فى الفرق بين صورتى ذكر السبب وعدم ذكره، فإن كان المانع من التسامح هو العدالة فى الشاهد، فالمفروض وجودها فى الصورة الأخيره أيضاً، فالواجب إما القبول فى كليهما أو الرد كذلك، لكن الأول بعيد بل لم يقل به أحد، فيتعين الثانى.

قال فى (الرياض): والتحقيق أن يقال: إن هذه المراتب خاليه عن النص، كما ذكره الحلّى متردداً به فيها بعد أن نقلها عن المبسوط، فينبغى الرجوع إلى مقتضى الاصول، وهو ما قدّمناه من اعتبار علم الفرع بشهادته الأصل، من دون فرق بين الصور المتقدمه، حتى لو فرض عدمه فى صورته الاسترعاء وإن بعد باحتمال إرادته الأصل منه المزاح ونحوه، لم يجز أداء الشهاده على شهادته، ولو فرض حصوله فى الصورة الرابعه التى هى عندهم أدونها جاز بل وجب.

ص: ١٢٤٩

١- (١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

٢- (٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٣١، الدروس ٢: ١٤٢، مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٤.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٤.

وبالجملة: لا بدّ من العلم بشهادة الأصل، فحيثما حصل تبع وحيث لا فلا.

وإلى هذا يشير كلام الفاضل المقداد في الشرح حيث قال بعد أن نقل من الماتن التردد في المرتبة الثالثة: والأجود أنه إن حصلت قرينه دالّه على عدم الجزم والتسامح، قبلت، وإن حصلت قرينه على خلافه كمزاح أو خصومه، لم تقبل (١).

وأظهر منه كلام الأردبيلي في (مجمع الفائدة)، فإنه قال بعد ذكر التردد ووجهه: إن الأقوى أنه إن تيقن عدم التسامح صار متحماً وإلا فلا (٢)(٣).

وفي (الكفاية) في المرتبة الثالثة: ولو فرض أن الفرع يجوز المساهلة المذكوره على الأصل، لم يكن له أن يشهد عليه. وقال في الرابعه: ولو فرض انتفاء الاحتمالين كان له الشهاده (٤).

قلت: إن الملاك هو يقين الفرع كما ذكروا، وذلك يحصل بسماعه الشهاده من الأصل مع الإراده الجديّه منه، لأن لفظه « أشهد » موضوعه للشهادة وظاهره فيه، من دون حاجه إلى قرينه أو شيء آخر، وهذا الظاهر محكم في كلّ مورد، لا سيما في كلمات العدول من الناس الذين يعلمون بترتب الآثار على كلماتهم، واستعمال اللفظ في معناه الموضوع له الظاهر فيه لا يحتاج إلى قرينه كما في كلمات بعضهم، والعقلاء العدول لا يتسامحون في مثل هذه المواضع أصلاً، وكيف يتصور أن يتسامح عادل فيشهد بشيء لا عن إرادته جديّه مع علمه بترتب الآثار الشرعيه على الكلام الصادر منه؟

ص: ١٢٥٠

١-١) التنقيح الرائع ٤: ٣٢٠.

٢-٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٤٧٨.

٣-٣) رياض المسائل ١٥: ٤١٢.

٤-٤) كفاية الأحكام ٢: ٧٧٩.

وعلى هذا الأساس يؤخذ الإنسان بما أقر به، فإنه ليس من عادتهم المزاح والمسامحة في مقام الإقرار.

فالميزان أن يصدق على ما قاله الأصل وسمعه الفرع عنوان « الشهادة » عند العرف، فيكون الأصل شاهداً والسامع متحملاً لتلك الشهادة. . . والشهادة على الشهادة مقبولة في كل مورد صدق فيه هذا العنوان عند أهل العرف.

فظهر أنه لا حاجة إلى أن يقول في صورته الاسترعاء: « أشهدني فلان على شهادته » وفي صورته سماعه عند الحاكم « أشهد أن فلاناً. . . » وفي صورته السماع لا عند الحاكم: « أشهد أن فلاناً. . . بسبب كذا. . . » وإن لم تكن عبارته المحقق ظاهره في وجوب الأداء عليه كذلك، لكن في (المسالك) التصريح بذلك حيث قال: « يجب على الفرع عند أداء الشهادة أن يبين جهة التحمل، لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، وربما استند إلى سبب لا يجوز التحمل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، وللإختلاف في المراتب كما عرفت، وربما أطلق الشهادة وكانت مستنده إلى وجه يجوز عنده لا عند الحاكم. . . » (١).

وفيه: مضافاً إلى عدم الدليل عليه بل مقتضى إطلاق النصوص خلافه إنه إذا كان كذلك، لزم على الشاهد على وقوع البيع أو الطلاق مثلاً العلم بجميع أحكام البيع أو الطلاق والإدلاء بها لدى الشهادة، وهذا مما لا يقول به أحد.

٥ - في أنه متى تقبل الشهادة على الشهادة؟

قال المحقق قدس سره: « ولا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد

ص: ١٢٥١

الأصل، ويتحقق العذر بالمرض وما مائله، وبالغيبه ولا تقدير لها وضابطه: مراعاة المشقه على شاهد الأصل في حضوره» (١).

أقول: قال: الشيخ في (الخلاص): «الظاهر من المذهب أنه لا يقبل شهادة الفرع مع تمكن حضور شاهد الأصل، وإنما يجوز ذلك مع تعذره، إما بالموت، أو بالمرض المانع من الحضور، أو الغيبه. وبه قال الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في حد الغيبه، فقال أبو حنيفه: ما يقصر فيه الصلاه وهو ثلاثه أيام. وقال أبو يوسف: هو ما لا يمكنه أن يحضر معه ويقوم الشهاده ويعود في بيت في منزله. وقال الشافعي: الإعتبار بالمشقه، فإن كان عليه مشقه في الحضور حكم بشهادة الفرع وإن لم تكن مشقه لم يحكم، والمشقه قريب مما قال أبو يوسف. وفي أصحابنا من قال يجوز أن يحكم بذلك مع الإمكان.

دليلنا على الأول: إنه إجماع، والثاني فيه خلاف، والدليل على جوازه: إن الأصل جواز قبول الشهاده على الشهاده، وتخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه، يحتاج إلى دليل. وأيضاً: روى أصحابنا أنه إذا اجتمع شاهد الأصل وشاهد الفرع واختلفا، فإنه تقبل شهادة أعدلهما، حتى أن في أصحابنا من قال تقبل شهادة الفرع وتسقط شهادة الأصل، لأنه (٢) يصير الأصل مدعى عليه

ص: ١٢٥٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

٢-٢) لا يقال: بأنه في هذه الصورة يكون الفرع مدعياً والأصل مدعى عليه، ومقتضى القاعده توجه اليمين على الأصل لا تقدم الفرع. لأنه يقال: المدعى على الأصل ليس الفرع بل صاحب الحق، إذ يدعى على الأصل شهادته للقضيه، فإذا أنكر الأصل كان الفرع بينه لصاحب الحق، فيتقدم الفرع على الأصل.

والفرع بينه المدعى للشهادة على الأصل» (١).

هذه عبارته الشيخ في (الخلافة) فهنا بحثان:

الأول: في أنه هل تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل، أو لا تقبل إلا عنده تعذره؟ المشهور كما في (المسالك) و (الكفايه) وغيرهما هو الثاني (٢)، بل في عبارته الشيخ إنه الظاهر من المذهب، ثم دعوى الإجماع عليه. والدليل عليه خبر محمد بن مسلم (٣)، وضعفه إن كان منجبر بما عرفت.

وقد نقل الشيخ الأوّل عن بعض أصحابنا ولم يذكر القائل، ولكن في (الدروس) و (المسالك): إن الشيخ قد مال إلى هذا القول (٤)، قال في (المستند): «لعله لنقله دليل عدم الاشتراط والسكوت عنه، وفي دلالته على الميل تأمل». وفيه عن (الدروس) نسبته إلى الإسكافي، (قال): وفيه نظر، كيف وصرح الإسكافي بالاشتراط (٥).

وفي (الكفايه) إنه المنقول عن علي بن بابويه (٦)، وتنظر في (المستند) في النسبه - بعد نقلها عن الأردبيلي - بقوله: إنه أيضاً لم يذكر إقبول شهادته الثاني بعد إنكار الأول (٧).

والحاصل: إنه لم يظهر قائل بهذا القول من المتقدمين، نعم، عن (كشف

ص: ١٢٥٣

١-١) كتاب الخلافة: ٦/٣١٤، المسألة ٦٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٧، كفايه الأحكام ٢: ٧٧٩، المهذب البارع ٤: ٥٦٨.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٤٠٢/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٤.

٤-٤) مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٧، الدروس ٢: ١٤١.

٥-٥) مستند الشيعة ١٨: ٣٩١.

٦-٦) كفايه الأحكام ٢: ٧٧٩.

٧-٧) مستند الشيعة ١٨: ٣٩٢.

الثام): أن « الأقوى عدم الإشتراط، لضعف هذه الأدلة والأصل القبول» ثم نقل بعض ما ذكره الشيخ في (الخلاف) عن بعض الأصحاب (١).

وأجاب عنه في (الجواهر) بقوله: وفيه: إنه يكفي في قطع الأصل خبر محمد ابن مسلم المتقدم المنجبر بالإجماع المحكى المعتضد بالشهره العظيمه، أو الاجماع المحصل. وبما قيل: من أن الفرع أضعف ولا وجه للعدول إليه عن الأقوى إذا أمكن، ومن الافتقار إلى البحث عن الأصل والفرع جميعاً، وهو زياده مؤنه. وإن كانا هما كما ترى (٢).

أقول: وجه الإشكال في هذين الدليلين: إنه لا شبهه في أن أماريّه الأصل أقوى، ولكن الأقوائيه وإن كانت مرجحه عند التعارض لا توجب سقوط الطرف الآخر عن الحجيه حيث لا معارضه، وأما المؤنه الزائده للقتائل بقبول الفرع مع وجود الأصل الإلتزام بها. قال: وبما سمعته من الأدله على وجوب الإقامه على شاهد الأصل (٣).

أقول: وفيه: إنه إن كان تحمله لاعتن دعوه بالخيار، وإن كان عن دعوه، فإن المفروض تحقق الغرض بشهاده الفرع.

فظهر أن العمده في الجواب عمياً ذكره كاشف الثام هو الخبر، بناءً على جبر عمل المشهور لضعفه، مضافاً إلى أن المرتكز في أذهان العقلاء وعليه سيرتهم هو تقديم الأصل على الفرع في هذه الصوره، لأن موضوع الاصول والأمارات هو « الشك» لكن ليس كل شك موضوعاً عندهم لإجراء الأصل والرجوع إلى

ص: ١٢٥٤

١-١) كشف الثام ١٠: ٣٦٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٠.

الأماره، فمن الشك ما يرتفع بأقل التفات ومراجعته، وفي مثله حيث يمكنهم الوصول إلى الواقع بسهولة لا يرجعون إلى الأماره والأصل.

وعلى هذا الأساس، ليس من المرتكز في أذهانهم الرجوع إلى الفرع مع التمكن من الأصل... ومن هنا يمكن دعوى انصراف أدله حجيه الشهاده على الشهاده عن هكذا مورد، ولا أقل من الشك في شمولها له.

فتخلص: أن الأقوى هو القول المشهور.

هذا كله بالنسبه إلى البحث الأول.

وأما البحث الثاني، ففي ضابط العذر. وضابطه كما ذكر المحقق وغيره بل ادعى عليه الإجماع هو مراعاة المشقه... لخبر محمد بن مسلم المذكور سابقاً، خلافاً للعامه الذين اختلفوا على أقوال ذكرها الشيخ.

٦ - في أحكام تتعلق بالأصل والفرع، وهي في فروع:

الفرع الأول: لو شهد شاهد الفرع فأنكر الأصل، فالمروى هو العمل بشهاده أعدلهما، فإن تساوى أطرح الفرع. وهذه نصوص ما روى في هذا الفرع عن الوسائل:

١ - الصدوق... عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: « في رجل شهد على شهاده رجل، فجاء رجل فقال: إني لم أشهده (١). »

ص: ١٢٥٥

١ - ١) الظاهر أنه من الإفعال، وهكذا قرأته في محضر السيد الاستاذ دام ظله ثم رأينا المجلسي قدس سره يقول: « قوله: لم أشهده. أي أعلم أنه كاذب في ما ينسب إلى، أو لا أعلم الآن حقيقه ما يقول. ويمكن أن يقرأ من باب الإفعال، ولعله أظهر كما فهمه القوم» فيكون الخبر وارداً في خصوص صوره الاسترعاء، لكن الأصحاب فرضوا البحث في الصور الثلاث جميعاً وإن كان عبارته بعضهم كعلي بن بابويه على طبق النص ولعله لعدم القول بالفصل أو للقطع بالمناط. لكن السيد الاستاذ رجح الوجه الأول، وأن مرجع الضمير هو « ما ينسب إليه » مثلاً، لكون هذا الوجه هو المناسب لبحث الفقهاء.

قال: تجوز شهاده أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحده لم تجز شهادته» (١).

٢ - الشيخ . . عن عبد الرحمن قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شهد شهاده على شهاده آخر فقال: لم أشهده. فقال: تجوز شهاده أعدلهما» (٢).

٣ - الشيخ . . عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: « في رجل شهد على شهاده رجل، فجاء الرجل فقال: لم أشهده. قال فقال: تجوز شهاده أعدلهما ولو كان أعدلهما واحداً لم تجز شهادته» (٣) قال صاحب (الوسائل): « ورواه الكليني عن علي بن إبراهيم، إلا أنه قال: لم تجز شهادته عداله فيهما» (٤).

لكن المشهور أن الشرط في قبول شهاده الفرع هو تعذر الأصل، عملاً بخبر محمد بن مسلم كما عرفت ذلك في الجبهه السابقه، ومن هنا أشكل عليهم أمر النسبه بين ذاك الخبر وخبري عبد الرحمن وابن سنان المذكورين، قال المحقق:

« ولو شهد شاهد الفرع فأنكر شاهد الأصل فالمروى العمل بشهاده أعدلهما، فإن تساويا أطرحت الفرع. وهو يشكل بما أن الشرط في قبول الفرع عدم

ص: ١٢٥٦

-
- ١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٥/١. كتاب الشهادات، الباب ٤٦.
 - ٢ - ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٥/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤٦.
 - ٣ - ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٥/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤٦.
 - ٤ - ٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٤٠٥، ذيل ح ٣.

واختلفت كلماتهم في هذا المقام:

فمنهم: من عمل بالخبرين في هذه الصورة، وأفتى بمضمونهما، كالصدوقين والشيخ في (النهاية) والقاضى ابن البراج. قال الشيخ: «من شهد على شهادة آخر وأنكر ذلك الشاهد الأول قبلت شهادته أعدلها، فإن كانت عدالتهما سواء طرحت شهادته الشاهد الثاني» (٢). وقال على بن بابويه في رسالته كما في (المختلف): وإذا حضرا فشهد أحدهما على شهادته الآخر وأنكر صاحبه أن يكون أشهده على شهادته، فإنه يقبل قول أعدلها، فإن استويا في العدالة بطلت الشهادته. قال العلامة: «وكذا قال ابنه الصدوق في المقنع» (٣).

ومنهم: من طرح الخبرين ولم يعمل بهما، لترجيح خبر محمد بن مسلم عليهما، قال في (الرياض): لأن ظاهرهما متروك من حيث اشتمالهما على شهادته الرجل الواحد على الواحد، وهو مخالف للإجماع فتوى ونصاً كما مضى. وهذا مذهب الشيخ في المبسوط والحلى وابن زهره والفاضلين وغيرهم، وبالجملة، أكثر المتأخرين بل المشهور مطلقاً كما في المسالك وغيره، وزاد الأول فنسبه كالشهيد في النكت إلى عامة المتأخرين، معربين عن دعوى إجماعهم عليه، ولعله أقرب، للشهره المرجحه للأدلة المتقدمة على هذه الرواية، سيما مع ما هي عليه من الكثرة والاعتضاد من أصلها بالشهره، بل الاجماع كما عرفته» (٤).

ص: ١٢٥٧

-
- ١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.
 - ١- ٢) النهاية: ٣٢٩، المهذب ٢: ٥٦١.
 - ٣- ٣) مختلف الشيعة ٨: ٥١١، المقنع: ٣٩٩.
 - ٤- ٤) رياض المسائل ١٥: ٤١٦، المبسوط ٨: ٢٣٣، السرائر ٢: ١٢٧، قواعد الأحكام ٣: ٥٠٦، إيضاح الفوائد ٤: ٤٥٠، مسالك الأفهام ١٤: ٢٧٩، غنية النزوع ٢: ٤٤٢، غايه المراد ٤: ١٦٤ ١٦٥.

قال في (الجواهر): وعن ابن إدريس زياده الإشكال السابق: أولاً: بأن الفرع إنما يثبت شهاده الأصل، فإذا كذبه الأصل حصل الشك في المشهود به، فكيف يحكم على وفقه. وثانياً: بأنه إذا كذبه صار فاسقاً عنده، فما الفائدة في إثبات شهادته، بل يثبت كذب أحدهما، وأيهما كذب بطلت الشهاده. وثالثاً: بأن الشاهد إذا رجع قبل الحكم لم يحكم. ورابعاً: بأن الأصل لا حكم ولا شهاده ولا بقاء الأموال عند أربابها، وهذا حكم شرعى يحتاج في إثباته إلى دليل (١).

قلت: وفيه: إنه لا وجه لطرح الخبرين بعد ما سيأتى من الوجه الوجيه فى الجمع بينهما وبين خبر محمد بن مسلم. وأما اشكالات ابن إدريس، فبعضها كالاتجاه فى مقابله النص، وبعضها غير وارد كما ذكر فى (الجواهر) أيضاً (٢).

ومنهم: من جمع بين الخبرين وخبر محمد بن مسلم ببعض الوجوه:

فمنها: بحمل الخبرين على قول الأصل: لا أعلم، قال المحقق: « وربما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم » (٣).

وقال العلامة فى (القواعد): « وهو محمول على قول الأصل: لا أعلم، أما لو جزم بكذب شاهد الفرع فإنها تطرح » (٤). وفى (التحرير) بعد عبارتى الشيخ وابن بابويه المتقدمتين: وكلاهما ليس بجيد، بل الأولى طرح شهاده الفرع، لأن الأصل إن صدق كذب الفرع وإلا كذب الأصل. وعلى كلا التقديرين تبطل شهاده الفرع،

ص: ١٢٥٨

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

٤-٤) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٦.

وتحمل الروايه التي أفتى بها الشيخ على مالو قال الأصل: لا أعلم (١).

لكن في (المسالك): واعترضه السيد عميد الدين: إنه لا يمكن حينئذ العمل بقول الأعدل إذا كان الأصل، لأنه غير شاهد.

وأورد عليه الشهيد أيضاً: بأن ذلك غير منطوق الروايه، لتضمنها قوله: لم أشهده (٢).

وأورد عليه في (الجواهر) أيضاً بقوله: لكنه كما ترى، إذ هو مع منافاته للمشهور بين الأصحاب من عدم قبول شهاده الفرع مع حضور شاهد الأصل الذي هو أعم من إقامتها أو تركها لعدم العلم بها، لا شاهد له (٣) . .

ومنها: بحمل الخبرين على ما إذا أنكر بعد الحكم، والخبر السابق على ما إذا أنكر قبله، قال ابن حمزه: إذا شهد الفرع ثم حضر الأصل لم يخل من وجهين: إما حكم الحاكم بشهاده الفرع أولم يحكم، فإن حكم وصدقه الأصل وكان عدلاً، نفذ حكمه، وإن كذبه وتساويا في العدالة نقض الحكم، وإن تفاوتتا أخذ بقول أعدلها، وإن لم يحكم بقوله سمع من الأصل وحكم به (٤). وقال العلامة في (المختلف) بعد خبر ابن سنان: والجواب الحمل على ما إذا أنكر بعد الحكم، فإنه لا يُعد في الحكم حينئذ بشهاده أعدلها اعتباراً بقوه الظن، أما قبل الحكم فإن شهاده الفرع تبطل قطعاً (٥).

ص: ١٢٥٩

١-١) تحرير الأحكام ٥: ٢٨٣.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٠.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٢.

٤-٤) الوسيله: ٣٣٣ - ٢٣٤.

٥-٥) مختلف الشيعه ٨: ٥١٣.

قال في (الجواهر): لكن فيه: إنه لا شاهد لهذا الجمع، بل ظاهر ما تسمعه من المصنف وغيره تقييد جميع الأدله المزبوره بعكس ذلك، معربين عن عدم الخلاف في عدم الالتفات إلى الإنكار بعد الحكم معللين بنفوذه، فيستصحب، بل نسبه الأردبيلي إلى الأصحاب، مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، فلا إشكال حينئذ في فساده (١).

هذا، ولا يرد على الاستصحاب المذكور ما قيل من أنه كيف يجرى الاستصحاب مع وجود الدليل الاجتهادي (٢). لوضوح أن تقدم الدليل الاجتهادي على الأصل يكون في صورته عدم وجود المعارض له.

ومنها: بأن الخبرين واردان في مورد إنكار الأصل، وخبر محمد بن مسلم يفيد اشتراط قبول شهاده الفرع بعدم شهاده الأصل. قال في (المسالك) عن الشهيد إنه « وجهها - أي روايه ابن سنان - بأنه لا يلزم من أنه يشترط في إحضار شاهد الفرع تعذر الأصل أن يكون ذلك في السماع. سلمنا، لكن المراد: إذا كان الأصل والفرع متفقين، فإنه حينئذ لا يحتاج إلى شهاده الفرع، للاستغناء بالأصل وزيادة الكلفه بالبحث عن الجرح والتعديل، أما مع التناكر فيمتنع تناول العبارة له، وبالجملة: فهم لم يصرحوا بأن ذلك مناف لشهاده الفرع، بل ظاهر كلامهم أن سماع شهاده الفرع مشروط بتعذر شاهد الأصل إذا كان يشهد، والمنكر لم يشهد» (٣).

أقول: وكلا الوجهين في كلامه خلاف الظاهر.

أما الأول: فن ظاهر الشهاده أن يشهد الشاهد لأن تقبل شهادته ويرتب

ص: ١٢٦٠

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٢.

٢-٢) جامع المدارك ٦: ١٥٥.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٠ - ٢٨١.

الأثر عليها، وهو ظاهر قوله عليه السلام في خبر ابن مسلم « لا بأس به » .

وأما الثاني: فنه إذا كانا متفقين فلا حاجة إلى شهادة الفرع، لا أنه يتقدم شهادة الأصل على شهادته.

ومنها: الجمع بين الطرفين: بأن الخبرين ظاهران في حضور الأصل بعد الشهادة من الفرع، وظاهر خبر ابن مسلم حضوره قبلها. وهذا الجمع هو الأولي، لابتنائه على ظواهر هذه الأخبار، والموجب لبقاء جميعها على الإعتبار، فإن خبر محمد بن مسلم قد عمل به المشهور، والخبران جامعان لشرائط الحجية، وقد عمل بهما الأصحاب بالجملة كما في (الجواهر) . . . ولازم القبول بعد الشهادة وقوع التعارض، فيؤخذ بقول الأعدل منهما. . . ووقوع المعارضه بين شهادة الواحد وشهادة الاثنین تعبد.

ثم قال في (الجواهر) : إنه بناء على العمل بالخبرين المزبورين، يمكن دعوى الاستفاده من فحواهما جريان الترجيح بذلك في التعارض بين شهود الفرع أيضاً، بمعنى أن كلاً من شهود فرع عن أصل قد شهد بعكس الآخر عن الأصل، وحينئذ فيقدم الأعدل، ومع التساوى يطرح، لعدم ثبوت شهادة الأصل نحو ما سمعته في السابق، ضروره أولويه صوره تعارض الفروع من تعارض الأصل والفرع بذلك (1).

قلت: إن الخبرين واردان على خلاف القاعده، فلا مجال للأولويه، وعلى هذا، فلا مانع من ترجيح الأكثر عدداً إن كان المعنى في تعارض البيّنات ذلك. هذا أولاً.

ص: ١٢٤١

وثانياً: إن الحكم الوارد في التعارض بين المنكر والمثبت، لا وجه لإسراؤه إلى صورة التعارض بين المثبتين.

وهل يشترط في الترجيح بالأعدليه كون كليهما أعدل أو يكفى للترجيح وجود الواحد الأعدل في أحد الطرفين؟ فيه تردد، لكن الأول هو القدر المتيقن، فيكون الأصل في غيره عدم الترجيح.

الفرع الثانى: قال المحقق قدس سرّه: « ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح فى الحكم، وافقا أو خالفاً، وإن كان قبله، سقط اعتبار الفرع وبقي الحكم لشاهد الأصل» (١).

أقول: فى هذا الفرع صورتان:

احدهما: أن يشهد الفرعان ثم يحضر شاهد بعد الحكم. قال المحقق فى هذه الصورة: لم يقدح فى الحكم، وافقا أو خالفاً. واستدل له فى (الجواهر) بأصالة الصحه واستصحابها وغيرهما (٢).

قلت: إن كان المراد من أصالة الصحه هو الأصل الذى يجرى فى أفعال الآخرين، فلا مجرى له هنا. نعم، إذا شك فى الحكم فى أنه هل صدر مع غيبه الأصل أو حضوره، حمل على الصحه، ولكن المفروض العلم بالغيبه حين الحكم.

وأما الرجوع إلى الإستصحاب ففيه: إنه إذا كان قد أخذ تعذر حضور الأصل شرطاً متأخراً فى قبول شهاده الفرع، وقع الشك فى صحه الحكم، فلا يقين بالصحه حتى يستصحب.

ص: ١٢٦٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٣٩.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٦.

فالأولى أن يقال: بأن النصوص بعد الجمع بينها كما عرفت دلّت على تقدّم قول الأصل لو حضر قبل الحكم، وأما بالنسبة إلى بعد الحكم فهي ساكته، فيكون المرجح أدلّه نفوذ حكم الحاكم.

الفرع الثالث: لو شك الحاكم في حضور الأصل وعدمه، لم يسمع شهادته الفرع، لأن العلم بعدم حضوره شرط في صحه شهادته الفرع.

الفرع الرابع: لو حكم بانياً على تعذر حضور الأصل ثم ظهر كونه حاضراً أو إمكان حضوره، نقض الحكم، كسائر موارد الخطأ والإشتباه، كما لو حكم اعتماداً على شهادته رجلين معتقداً عدالتهما ثم ظهر كونهما فاسقين عند الشهادته.

الفرع الخامس: قال المحقق: «ولو تغيرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأن الحكم مستند إلى شهادته الأصل» (١).

أقول: لو تغيرت حال الأصل، فإن كان بجنون مثلاً لم يقدر، وإن كان بفسق لم يحكم بالفرع، هكذا قالوا، وقد وجهوا هذا التفصيل بوجهين:

أحدهما: إن الفسق قاذح، وفي هذه الحالة يصدق وقوع الحكم بشهادته الفاسق، لأن الفرع إنما يؤدى شهادته الأصل، والحكم مستند إلى شهادته الأصل دون الفرع.

لكن هذا القدر لا يكفي فارقاً بين الموردين.

والثاني: إن الفسق يورث الريبه في عدالته حين الشهادته.

وفيه: إن اللازم هو العدالة حين الأداء، فإذا أدى الأصل الشهادته عند الحاكم وهو عادل، فسمع الفرع شهادته وشهد بها فيما بعد، فقد شهد بالشهادته التي

ص: ١٢٦٣

أدائها الأصل في حال العدالة، فأى قدح لفسقه الطارئ بعد ذلك؟

فظهر أن كلا الوجهين لا يصلحان للفرق.

وتفصيل المطلب أنه: إن ظهر بطلان شهادته الأصل عند أداء الفرع، فلا ريب في بطلان شهادته الفرع، بل يمكن دعوى الإجماع عليه، إذ ليس الإسكافي وجامع المقاصد مخالفين في ذلك، فإنهما يقولان بعدم بطلان الحكم لو رجع الأصل عن شهادته بعد الحكم، وذاك بحث آخر.

وإن شهد الشاهد مع العدالة ثم طرأ الفسق قبل الحكم، فهل يوجب بطلان شهادته؟ فيه قولان كما سيأتي، وقد أرسل الشيخ في (الخلافة) القبول إرسال المسلم حيث قال: إذا شهد عدلان عند الحاكم بحق ثم فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما حكم بشهادتهما ولم يرده، وبه قال أبو ثور والمزني، وقال باقي الفقهاء: لا يحكم بشهادتهما.

دليلنا: إن الاعتبار بالعدالة حين الشهادة لا حين الحكم، فإذا كانا عدلين حين الشهادة وجب الحكم بشهادتهما، وأيضاً إذا شهدا وهما عدلان وجب الحكم بشهادتهما، فمن قال إذا فسقا بطل هذا الوجوب فعليه الدلالة (1).

وقال العلامة في (المختلف) بعد نقله عبارته الشيخ: والأقرب عندي عدم الحكم. لنا: إنهما فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما، كما لو رجعا، وكما لو كانا وارثين ومات المشهود له قبل الحكم، ولأن تطرق الفسق يضعف ظن العدالة السابقة الخفيه، فكان الإحتياط ترك الشهادة.

واستدلال الشيخ مصادره، لأنه ادعى أن الاعتبار بالعدالة حين الشهادة

ص: ١٢٦٤

لاحين الحكم وهو عين المتنازع. وقوله: إذا شهدا وهما عدلان وجب الحكم بشهادتهما، ليس على إطلاقه فإنه المتنازع، بل إذا استمرت العدالة إلى وقت الحكم. أما إذا خرج عن هذا الوصف فإنه المتنازع (١).

قلت: أما قوله: إنهما فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما، فمصادره، لأن عدم القبول أول الدعوى، والتنظير بالرجوع قياس مع الفارق، لأن أثر الرجوع بطلان كشف الخبر عن الواقع من أول الأمر، وبعبارة أخرى: الرجوع يجعل الخبر كالعدم، بخلاف الفسق بعد أداء الشهادة، فإنه لا يضرّ بالشهادة التي قبله.

وأما قوله « ولأن تطرق الفسق يضعف ظن العدالة » ففيه: إن ضعف الظن بالعدالة غير قاذح، وإن كان المراد ما ذكره (الجواهر) فقد عرفت ما فيه.

وكون الاحتياط بترك الشهادة، ضعيف، لأن المقام من دوران الأمر بين المحذورين، لأنه إذا لم تقبل هذه الشهادة ضاع حق المشهود له، وإن قبلت ضاع حق المشهود عليه، فلا مجال للاحتياط الذي ذكره.

وأما ما ذكره بالنسبة إلى كلام الشيخ، فيمكن أن يقال في الجواب: بأن ما ذكره الشيخ مبنى على الاستظهار من آية النبأ (٢)، فإن المشتق ظاهر في التلبس حال الفعل، أي الفاسق حين مجيئه بالنبأ، فيكون المفهوم أنه إذا لم يكن فاسقاً حين المجيء به لا يجب التبين، وإن فسق من قبل أو بعد، نعم، قد يقال: بأن المراد وجوب التبين من خبر من كان فاسقاً في زمان مطلقاً، نظير قولهم في قوله تعالى: « لا يَنَالُ عَهْدِي »

ص: ١٢٦٥

١-١) مختلف الشيعة ٨: ٥٣٥.

٢-٢) سورة الحجرات ٤٩: ٦.

وأما صاحب (الجواهر) فقد مال في كتاب القضاء إلى عدم نقض الحكم بعروض الفسق عليه بعد الشهاده (٢)، فقد وقع التناقض بين كلامه هناك وما ذكره في هذا المقام.

إنما الكلام في أنه لو تغير حاله بعد الشهاده التي سمعها الفرع منه، فأراد الفرع أدائها عند الحاكم كما سمعها، فهل تقبل منه كما تقبل فيما لو تغير حال الأصل بعد الشهاده عند الحاكم، أو لا تقبل؟

قد فرق الشيخ بينهما في (المبسوط) حيث عنون المسألة كما نقلناه عن (الخلاف) وقال بالقبول ثم قال: وإذا فسق الأصل قبل شهادته الفرع عند الحاكم لا تقبل، لأن الشرط العدالة عند الشهاده عند الحاكم، وشهادته الفرع هنا مستنده إلى شهادته الأصل، فكأن الأصل عند الأداء عند الحاكم فاسق، وهذا نص كلامه:

« وإن سمع الحاكم من الفرع في الموضوع الذي يسوغ له أن يسمع ويحكم بشهادته ثم تغيرت حال الأصل، كان الحكم فيه كما لو سمع من الأصل نفسه ثم تغيرت حاله. فإن فسق الأصل لم يحكم بشهادته الفرع، لأنه لو سمع من الأصل ثم فسق لم يحكم بشهادته، لأن الفرع يثبت شهادته الأصل، فإذا فسق الأصل لم يكن هناك ما يثبته» (٣).

وأضاف في (الجواهر): حتى على قول العامه بالنيابه، فإنه إذا بطل حكم شهادته المنوب بنحو ذلك بطل حكم شهادته النائب. (قال): بلا خلاف أجده في

ص: ١٢٦٦

١-١) سورة البقره ٢: ١٢٤.

٢-٢) لاحظ جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٣٣.

شئ من ذلك، إلا- ما سمعته من ابن حمزه والفاضل في المختلف من الحكم بأعدلهما لو اختلف الأصل والفرع بعد الحكم (١)(٢).

قلت: أما تفریق الشيخ بين ما إذا تغير حال الأصل بعد الأداء عند الحاكم فتقبل، وبين ما إذا كان الأداء لا عند الحكم فلا تقبل، فلم نعرف له وجهاً، كما لم نعرف الوجه في التفریق بين فسق الأصل عند أداء الفرع عند الحاكم فلا تقبل، وبين جنونه عند ذاك فتقبل، فإنه إذا كان وجه القبول في الأول كونه عاقلاً حين شهادته عند الفرع، فلا يضرّ جنونه الطارئ عند أداء الفرع الشهادة عند الحاكم، فليكن الأمر كذلك فيما لو تغير حاله من العدالة إلى الفسق.

قال في (الجواهر): اللهم إلا- أن يقال إن ظاهر الأدلّه كون الفسق مقتضياً لعدم القبول بخلاف الجنون والإغماء، فإن أقصاهما عدم قبول شهادتهما. فتأمل جيداً (٣).

قلت: لكنه غير واضح، لأن اللام لا تعمل فيما قبلها، وإلا فإنه يأتي نفس الكلام في الجنون والإغماء أيضاً. ولعلّ هذا وجه التأمل الذي أمر به.

أقول: ولعلّ الفرق هو: إن دليل بطلان شهادته المجنون والمغمى عليه هو السيره العقلانيه غير المردوعه، فهم يشترطون العقل عند الأداء للشهادة، فإذا شهد في حال العقل والإفاقة ثم طرء الجنون والإغماء، لم يقدح ذلك في قبول الشهادة السابقه. وأما الفاسق فقد يعتمد بعض الناس على إخباره أو شهادته،

ص: ١٢٦٧

١-١) قلت: إن خلافهما في الصغرى دون الكبرى، وهو أنه إذا فسد الأصل فسد الفرع، بل يقولان بعدم الفساد في هذه الحالة..

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٦.

٣-٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٧.

فكانت آية النبأ (١) رادعه عن ذلك، فتكون الآية دليلاً لعدم القبول فيما نحن فيه، بدعوى اطلاق الأمر بالتبين ليشمل حال بعد الأداء أيضاً.

قال في (الجواهر): « نعم لو طرأ الجنون أو الإغماء لم يؤثر بناءً على عدم قدح طرو ذلك في شاهد الأصل بعد إقامتها، وكذا العمى وإن افتقر أداء الشهادة إلى البصر، للاستغناء هنا ببصر الفرع، ضروره كون هذه الطوارئ كالموت » (٢).

أقول: إن البصر ليس شرطاً في وقت الأداء، بل هو شرط في التحمل فيما لا يتحقق الشهادة فيه إلا بالبصر، وحيث يعلم الفرع بتحمل الأصل له في حال البصر، يشهد بما شهد به الأصل، وإن كان عند سماع الفرع منه فاقداً له، وحينئذ، فلا مجال للتعليل بالاستغناء ببصر الفرع.

وعلى كل حال، فلو فرض زوال الموانع الطارئة قبل الشهادة عليه، فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الاوّل أم يحتاج إلى تحمل جديد بناءً على انعطاف الريبه إلى حاله التحمل؟ فيه وجهان، ناشئان من كونه عدلاً عند الشهادة عليه وعند أدائها، ومن الريبه المذكوره. كذا في (المسالك) (٣).

لكن في (الجواهر): اختار عدم اعتبار تجديد التحمل، قال: لعدم اقتضاء طروها حصولها في السابق الذي منه حال التحمل شرعاً ولا عرفاً، والمفروض كونه جامعاً حال التحمل، فلا يقدر طرو الامور المزبوره بعد في حال فرض زوالها في ما قبله، لإطلاق أدله القبول (٤).

ص: ١٢٤٨

١-١) سورة الحجرات ٤٩: ٤.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٦.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٧.

قلت: إن العمده هي الإستظهار من الأدلّه، فإن قلنا بعدم دلالتها على اشتراط بقاء الأصل على حال سماع الفرع منه إلى حين شهاده الفرع، فلا كلام، وإن قلنا بدلايتها على اشتراط عدم فسقه بعد الشهاده إلى حين أداء الفرع، وأن العدالة يجب استمرارها، فإن تحقق الفسق يؤثر وإن زال قبل الأداء لانقطاع الإستمرار.

□
ومقتضى ظاهر آيه النبأ هو الأوّل. والله العالم.

٧ - الكلام في شهاده النساء على الشهاده

قال المحقق قدّس سرّه: «وتقبل شهاده النساء على الشهاده في ما تقبل فيه شهاده النساء منفردات (١)، كالعيوب الباطنه والاستهلال والوصيه، وفيه تردد أشبهه المنع» (٢).

أقول: قال في (المسالك): «إعلم أن قول المصنف تقبل شهاده النساء... الخ. يدل على أن مورد الخلاف شهادتهن عليهن في موضع ينفردن بالشهاده، فيخرج من ذلك ما لو كان في موضعهن رجال حيث يجوز انفرادهن، فإن الشهاده في هذا المحلّ لا تختص بهن بل يجوز بالرجال أيضاً بطريق أولى. ويخرج من ذلك أيضاً ما لو كان المحلّ مما تقبل فيه شهادتهن منضمات، سواء شهدن فرعاً على النساء أم على الرجال (٣).

ص: ١٢٦٩

١ - ١) قوله: منفردات. يمكن أن يكون المراد قبول شهادتهن من دون حاجه إلى ضم الرجال، وان كان مما تقبل فيه شهاده الرجال، ويشهد بذلك ذكره للوصيه.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٠.

٣ - ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٤.

وفى (النافع) جعل مورد الخلاف شهادتهن على الشهاده فى الموضوع الذى يقبل فيه شهادتهن، وهو شامل لجميع هذه الموارد (١).

وبهذا صرح جماعه منهم: الشهيد فى (الشرح) والعلامه فى كتاب (المختلف) (٢) وهو الحق.

وعلى هذا، فموضع القول بالجواز شهادتهن على الشهاده فيما لهن فيه مدخل سواء شهدن على مثلهن أم على الرجال، وحينئذ، فيشهد على شاهد أربع نساء سواء كان المشهود عليه رجلاً أم امرأة، فلو كنَّ أربع نساء شهد عليهن ست عشره امرأة إن لم يشتركن فى الشهاده على أزيد من واحده، وإلا أمكن الاجتزاء بالأربع، كما مرَّ فى شهاده الرجلين.

إذا عرفت هذا، ففى المسأله قولان:

أحدهما: الجواز. ذهب إليه الشيخ فى (الخلاف) (٣) وقواه فى (المبسوط) لكنه جعل الآخر أحوط (٤)، وابن الجنيد الإسكافى والعلامه فى (المختلف) (٥).

والثانى: المنع. ذهب إليه الشيخ فى موضع من (المبسوط) (٦) وابن إدريس (٧)

ص: ١٢٧٠

١-١) المختصر النافع: ٢٨٢.

٢-٢) مختلف الشيعة ٨: ٥١٦، مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٤.

٣-٣) كتاب الخلاف: ٦/٣١٦، المسأله ٦٦.

٤-٤) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٣٣ ٢٣٤.

٥-٥) مختلف الشيعة ٨: ٥١٦.

٦-٦) المبسوط ٨: ١٢٦.

٧-٧) السرائر ٢: ١٢٨ - ١٢٩.

والعلامه فى غير المختلف (١)، والمحقق هنا.

وتردد المحقق فى (النافع) وكذا العلامه فى (الإرشاد) (٢).

وجه الأول: قال الشيخ فى (الخلاف): « لا تقبل شهادة النساء على الشهاده إلا فى الديون والأملاك والعقود . . . وقال قوم: لا تقبل شهادة النساء على الشهاده بحال فى جميع الأشياء . . . دليلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم » (٣).

قال العلامه: والوجه ما قاله الشيخ فى الخلاف. لنا: عموم قول على عليه السلام: شهادة النساء لا تجوز فى طلاق ولا نكاح ولا فى حدود إلا فى الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه. فإن ذلك شامل للشهادة بالأصالة والفرعية. ولأننا قد بينا أن شهادة امرأتين تساوى شهادة الرجل، فإذا شهد رجلان على رجل جاز أن تشهد أربع نساء على ذلك الرجل قضيه للتساوى (٤).

وفى (المسالك) نسبة الإستدلال بالأصل أيضاً إلى (المختلف) (٥)، لكنه غير موجود فى النسخه التى نقلنا منها عبارته.

قلت: أما الإجماع الذى ادّعه الشيخ، ففى (الجواهر) نسبة القول الثانى إلى المشهور خصوصاً المتأخرين (٦) . . .

وأما مراده من الأخبار، فقد أوضحه العلامه فى (المختلف) فإنه بعمومه شامل للشهادة أصلاً وفرعاً، بل الثانى فهما أولى بالقبول من الأول، لاستناده إلى

ص: ١٢٧١

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٥، تحرير الأحكام ٥: ٢٨٣.

٢- ٢) المختصر النافع: ٢٨٢، إرشاد الأذهان ٢: ١٦٥.

٣- ٣) كتاب الخلاف: ٦/٣١٦، المسألة ٦٦.

٤- ٤) مختلف الشيعة ٨: ٥١٦.

٥- ٥) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٣.

٦- ٦) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٨.

شهاده الأصل. فهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثاني: ما ذكره العلامة من المساواه بين شهاده المرأتين وشهاده الرجل، المستفاده من قوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (١).

ووجه الثاني: قال في (المسالك): إن المجوز له إنما هو الضروره، أما بضروره الانفراد أو لفقد الرجال كما في حاله الوصيه، ولا ضروره هنا. ولاختصاص النساء ببعض الأحكام غالباً (٢).

وفى (الجواهر): للأصل بعد ظهور النصوص السابقه فى اعتبار الرجلين فى الشهاده على الشهاده، السالم عن معارضه الإطلاق المزبور الظاهر فى قبول شهادتهن عليه نفسه الذى لا- تطلع عليه الرجال غالباً، لا الشهاده عليه التى هى عكس ذلك. والأولويه الواضحه المنع، بل والاجماع المزبور المتبين خلافه. ولذا قال فى كشف اللثام: دون ثبوته خرط القناد (٣). ووهنه فى (الرياض) بندره القائل بمضمونه عدا الناقل ونادر (٤). والأخبار المرسله التى لم نقف منها على خبر واحد كما اعترف به أيضاً بعضهم.

ومن هنا يقوى إرادته ما دلّ على قبول شهاده رجل وامرأتين منهما، لكن كان عليه ضم الكتاب معها أيضاً. إلا أنه لا يخفى عليك ظهورها فى ما لا يشمل الشهاده على الشهاده. والتساوى المزبور لم يثبت عمومه للمفروض بوجه يقطع العذر شرعاً، خصوصاً بعد عدم حجيه كلّ ظن للمجتهد والقياس والإستحسان. وكذا الكلام فى الأخير، ضروره عدم ثبوته على وجه يشمل الفرض أيضاً، وإلا

ص: ١٢٧٢

١-١ (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٤.

٣-٣ (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٦٥.

٤-٤ (٤) رياض المسائل ١٥: ٤٠٨.

لأجزاء الشاهد واليمين الثابت في النصوص إثباتهما لجميع حقوق الأدميين، فهما أولى من النساء في ذلك، ولا أظن أحداً يقول به، خصوصاً بعد التصريح بعدم الاجتزاء به في الخبر السابق في إحدى النسختين. انته كلامه قدس سرّه (١).

أقول: إن حاصل ما ذكر للمنع هو الجواب عمّا استدلّ به المجوزون من النص والإجماع، وحينئذ، يكون المرجع هو الأصل.

لكن فيما ذكر من الجواب تأمل، إذ يمكن أن يقال بالنسبة إلى النصوص:

أولاً: إن النصوص الواردة في الشهادة على الشهادة لا وجه لتقييدها بالرجل وإن كانت واردة في مورده ولا هي ظاهره في اعتباره في الشهادة على الشهادة.

وثانياً: إن أدلّه قبول شهادة النساء فيما تقبل شهادتهن فيه، لا ظهور لها في صورته كونهن شاهد أصل، بل هي أعم من الشهادة ومن الشهادة على الشهادة، كما قلنا بالنسبة إلى أدلّه قبول شهادة العدل من أنها أعم من الرجل والمرأة، ولا مقيد لهذا الإطلاق بصوره تعذر الرجل.

بل إن الشهادة على الشهادة شهادة عرفاً، والخطابات الشرعية منزله على المفاهيم العرفية.

فهذا هو العمده في الاستدلال للقول الأول، وبعد تماميته، لا يبقى مجال للرجوع إلى الأصل.

وأما الإجماع الذي ادّعه الشيخ، فما ذكره (الجواهر) وارد عليه، لكن يحتمل أن يكون مراد الشيخ أن الشهادة على الشهادة شهادة، فيكون قبول

ص: ١٢٧٣

شهادتها على الشهادة فيما تقبل فيه شهادتهن فيه مجعماً عليه، لأن من منع القبول فقد خالف في كون الشهادة على الشهادة مصداقاً للشهادة.

فتلخص: أن الأظهر هو القول الأوّل، لعدم ظهور نصوص الشهادة على الشهادة في اعتبار الرجولية، ولأن الشهادة على الشهادة مصداق للشهادة. والله العالم.

٨ - في اعتبار تسميه الفرعين الأصل وتعديلهما إياه وفيه صور

قال المحقق قدس سرّه: « ثم الفرعان إن سُمّي الأصل وعدّلاه قبل، وإن سُمّياه ولم يعدّلاه سمعها الحاكم وبحث عن الأصل، وحكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم يسمياه لم يقبل» (١).

أقول:

إن المفروض عداله الفرعين، فتاره: يسميان الأصل، واخرى: لا يسميانه. فإن سمياه وشهدا بعدالته من حين التحمل منه إلى حين الأداء، فلا إشكال ولا خلاف في قبول شهادتهما بعدالته، كما تقبل شهادتهما على شهادته.

وإن سمياه وعدّلاه حين الأداء مع الشهادة بفسقه حين التحمل، فلا إشكال في عدم القبول... وكذا العكس...

وإن سمياه ولم يعدّلاه، سمعها الحاكم وبحث عنه، وحكم مع ثبوت ما يقتضى القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع لو حضر وشهد.

ص: ١٢٧٤

وإن سمياه وعدّلاه في حالتى التحمل والأداء، لكن شهدا بتخلّل فسقه بينهما، فقولان.

وإن سمياه وعدّلاه حين الأداء، لكن ثبت فسقه حال الشهاده ولم يعلم بقاؤه على الشهاده حال عدالته، فقال في (الجواهر) بطرح الحاكم الشهاده، قال: بل يقوى اعتبار تجديد التحمل (١).

ويرد عليه: أما نقضاً، فيما إذا شهد العدل وشهد الفرع بشهادته وشك في بقائه على الشهاده. وأما حلّاً، فإنه مع الشك يستصحب بقاؤه على الشهاده ويحكم.

اللهم إلا- أن يكون الوجه فيما ذكره: ما تفيده آيه النبأ من النهى عن ترتيب أى أثر على خبر من جاء بالخبر في حال الفسق، بأن يكون الشهاده على خبره أثراً من آثاره.

هذا كلّ لو سمياه.

ولو عدّلاه ولم يسمياه، بأن قالوا: نشهد على شهاده عدلين أو عدول، لم تقبل، قال في (الجواهر) بلا خلاف أجده بيننا (٢)، واستدلّ له الشهيد الثانى في (المسالك) بوجوه قائلاً:

« لأن الحاكم قد يعرفهم بالجرح لو سموا، ولأنهم قد يكونون عدولاً عند قوم وفتناً عند آخرين لأن العدالة مبنيه على الظاهر، ولأن ذلك يسد باب الجرح على الخصم» .

هذا وفي (المسالك): إنه لا يشترط في شهاده الفرع تركيه شهود الأصل، بل

ص: ١٢٧٥

١-١) (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٩.

٢-٢)

له إطلاق الشهادة (١). وكذا في (الجواهر) حيث قال: ليس على شهود الفرع أن يشهدوا على صدق شهود الأصل ولا أن يعرفوا صدقهم، كما ليس عليهم تعديلهم.

وهل يشترط معرفه شهود الأصل بالعداله؟

قال في (الجواهر) بالعدم، ثم نقل عن المفيد أنه قال: لا- يجوز أن يشهد على شهاده غيره إلا أن يكون عدلاً عنده مرضياً. واعترضه صاحب (الجواهر) بقوله: لا أعرف له وجهاً، نعم، لا يجوز له ذلك إذا علم الكذب لأنه إعانه على الإثم (٢).

قلت: بل الوجه لما ذكره المفيد هو آيه النبأ بالتقريب الذى ذكرناه.

٩ - فى قبول الشهاده على الشهاده على الإقرار وأثر ذلك

قال المحقق قدس سرّه « ولو أقر باللواط أو الزنا بالعمه والخاله أو بوط البهيمه، ثبت بشهاده شاهدين، وتقبل فى ذلك الشهاده على الشهاده، ولا- يثبت بها حدّ، ويثبت انتشار حرمه النكاح. وكذا لا- يثبت التعزير فى وط البهيمه، ويثبت تحريم الأكل فى المأكوله وفى الاخرى وجوب بيعها فى بلد آخر» (٣).

أقول: إن اللواط يوجب الحد وانتشار حرمه النكاح، فمن لا- ط بغلام وجب عليه الحدّ وحرمت عليه أمه وأخته، والزنا بالعمه والخاله يوجب الحدّ وانتشار حرمه النكاح، فيحرم على الزانى ابنه العمه وابنه الخاله، وكذا الكلام فى مطلق الزنا على القول بانتشار الحرمه به، والزانى بامرأه مكرهاً لها عليه الحدّ ومهر مثلها.

ص: ١٢٧٦

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٥ ٢٨٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٠٩.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤٠.

ووطئ البهيمة موجب للتعزير، ثم الحيوان الموطوء إن كان مأكولاً حرم أكله وأكل ما يتولد منه، وينجس بوله، ويحرم لبنه، وإلا فيجب بيعه في بلد آخر.

فإن أقرّ الفاعل وسمع عدلان إقراره وشهدا بما سمعا عند الحاكم، وجب الحدّ أو التعزير وغيرهما من الآثار، فإن شهد عدلان على شاهدين شهدا منه الإقرار فهنا حكمان مسلمان، أحدهما: قبول هذه الشهادة على الشهادة، لإطلاق أدله الشهادة على الشهادة. والآخر: عدم ثبوت الحدّ والتعزير بناء على كونه من الحدود لما تقدم من عدم ثبوت الحدّ بالشهادة على الشهادة بالنص والإجماع.

إنما الكلام في ثبوت الأحكام والآثار الأخرى، فهل تثبت أو لا تثبت كالحدّ؟ وجهان كما في (المسالك): من تلازم الأمرين أو الامور وكونها معلول علّه واحده، ولو ثبت بعضها لزم ثبوت البعض الآخر لترتب الجميع على ثبوت أصل الفعل وهو الوطئ.

ومن وجود المانع في بعضها وهو الحدّ بالنص والإجماع، فيبقى الباقي، لأنه حق آدمي لا مانع من إثباته بشهادة الفرع، وتلازم معلولات الأحكام المستنده إلى علّه واحده ممنوع، ومن ثم يثبت بالشهادة على الشهادة بالسرقة المال دون الحدّ، وكذا مع الشاهد والمرأتين وبالعكس (1) . . .

وقد اختار المحقق وتبعه صاحب (المسالك) و (الجواهر) الأول، وهو الأقوى.

فعلى هذا، يثبت بشهادة الفرع حق الآدمي دون الحدّ، سواء كانت الشهادة على نفس السبب وهو الزنا واللواط أم على الإقرار بذلك. . .

ص: ١٢٧٧

فلماذا خص المحقق قدس سره الحكم هنا بالإقرار؟

قال في (المسالك): إنما فرض المصنف الحكم بالإقرار، حذراً من تبعض حكم السبب الواحد على تقدير الشهادة بنفس الزنا مثلاً، فإنه سبب في الحدّ وفي نشر الحرمة، فيشكل تبعض الشهادة في أحدهما دون الآخر، بخلاف الإقرار بالفعل، فإنه ليس سبباً للحدّ، وإنما السبب هو الفعل المقرّ به. والأصح عدم الفرق (١).

وقد ذكر في (الجواهر) كلام المسالك هذا، ونسبه إلى غير واحد، ثم اعترضه بقوله: وفيه: إن كان المراد إثبات الزنا نفسه بالشاهدين بالنسبة إلى الأحكام دون الحدّ، فإن ذلك لا يقتضى إلا جواز وروده من الشرع، أما مع فرض عدمه وليس إلا الأدلة المزبورة فالمتّجه عدم تبعض أحكام الموضوع الواحد، خصوصاً بعد قوله تعالى «فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهُدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ» (٢). الظاهر في عدم ثبوت الموضوع أصلاً بدونهم، لا أنهم كاذبون بالنسبة إلى الحدّ دون غيره.

أى: إنه لا يوجد عندنا دليل على أن الشهادة على الشهادة بالإقرار طريق لثبوت الزنا من حيث نشر الحرمة، وليس طريقاً لثبوتها من حيث الحدّ، بل الدليل لقبول الشهادة على الشهادة لسانه واحد وهو ثبوت الزنا، فيترتب عليها جميع آثاره خصوصاً بعد الآيه الكريمة الظاهره في الشهادة عن أصل الزنا لا عن الزنا من حيث الحدّ، وحيث لا يثبت الزنا فلا حدّ ولا نشر للحرمة.

ص: ١٢٧٨

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٧.

٢-٢) سورة النور ٢٤: ١٣.

ثم قال: نعم، قد يقال بنحو ذلك فيما نحن فيه، لظهور الأدلّة في إثبات شهادة الفرع شهادة الأصل في غير الحدّ، فيتجه حينئذ التبعض فيها، لا في أصل الزنا لو فرض حصول شهادين. فتأمل جيّداً (١).

أى: إنا لا نقول كما قال صاحب (المسالك) وغيره، بل نقول بأن الشهادة على الشهادة بالزنا نظير الشهادة على الشهادة بالإقرار، فإن الفرع يريد إثبات شهادة الأصل على الزنا، كما يريد الفرع إثبات شهادة الأصل على الإقرار، فكما أن ثبوت الإقرار أعم من وجود الزنا وعدمه، كذلك وجود الشاهد عليه أعم من تحقق الزنا منه وعدمه. إذن، يثبت التبعض مع الشهادة على الشهادة بالزنا.

أقول: وكيف كان، فإن الغرض من ثبوت الزنا إثبات حكمه وترتيب آثاره، لكن للشارع أن يرفع اليد عن بعض الآثار دون البعض الآخر، وقد قام الدليل على رفعه اليد عن الحدّ، وبقيت الآثار الأخرى تحت إطلاقات أدلّة قبول الشهادة على الشهادة.

وعلى كلّ حال، ففي المسالك: إن كانت الشهادة على الإقرار كفى اثنان في الأصل والفرع على كلّ منهما، لأن الإقرار مما يثبت بالشاهدين، وقيل: يتوقف الإقرار بالزنا على أربعة كأصله، واختاره العلامة (٢).

وإن كان شهادة الأصل على نفس الزنا اعتبر كونهم أربعة، وهل يشترط ذلك العدد في شاهد الفرع أم يكفي على كلّ واحد اثنان؟ فيه وجهان، ينشآن من أنهما شهادة على الزنا وتلك الأحكام تابعه له، وأنه لو اكتفى باثنين لكان شهود

ص: ١٢٧٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٠.

٢-٢) مختلف الشيعه ٨: ٥٣١.

الأصل أسوأ حالاً من شهود الفرع، مع أن الظاهر العكس أو التساوى.

ومن أن المقصود هو حق آدمى من المال وغيره، وهو مما يكفى فيه اثنان، ويمنع اشتراط مساواه شهود الفرع للأصل مطلقاً، إذ لا دليل عليه (١).

ص: ١٢٨٠

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٧ ٢٨٨.

وهى قسمان:

القسم الأول: (فى اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد)

اشاره

وتترتب عليه مسائل:

المسأله الاولى: (فى أن توارد الشاهدين على المعنى الواحد شرط)

قال المحقق قدّس سرّه: « توارد الشاهدين على الشىء الواحد شرط فى القبول » (١).

أقول: لا يخفى أن المراد توقف تحقق الشهاده على تواردهما على الشىء الواحد، لا أنها تتحقق وتواردهما عليه شرط لقبولها.

كما يتوقف أيضاً على موافقه الشهاده لدعوى المدعى، وهذا هو المراد من قول الشهيد الثانى: لا بدّ فى قبول الشهاده من موافقتها للدعوى. فإذا وافقت

ص: ١٢٨٣

الشهادة الدعوى وتوافق الشاهدان ولو من حيث المعنى، حكم (١)، كما قال المحقق: «فإن اتفقا معنى حكم بهما وإن اختلفا لفظاً، إذ لا فرق بين أن يقول أحدهما غضب وبين أن يقول أحدهما غضب والآخر انتزع» (٢). إذ العبره بالمعنى لا باللفظ، وقد حصل بالفعل الواحد شاهدان، ولذا لا يحكم بهما لو اختلفا معنى كما قال المحقق:

«ولا يحكم لو اختلفا معنى، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار بالبيع، لأنهما شيان مختلفان» (٣).

إذ البيع غير الإقرار به، ولم يقيم بكل منهما إلا شاهد واحد.

وكذا لو شهد أحدهما أنه غضبه من زيد، وشهد الآخر أنه ملك زيد، لاختلاف المعنى، لأعميه الغضب من كونه ملكاً له.

نعم، يجوز للشاهدين أداء الشهادة على وجه تكون مثمرة عند الحاكم ويحكم على طبقها، كأن يشهد بالزوجه للمعقود عليها متعه من دون إظهار لهذه الجهة حتى يحكم الحاكم العامى بالزوجه، لكن يشترط فى ذلك أن لا يبطل حقاً أو يحق باطلاً، فتصح فى الفرض المذكور الشهادة إن كانا حيين، وأما مع موت الرجل فإنه إذا شهد بالزوجه حكم لها بالإرث، مع أن المتزوجه متعه لا إرث لها.

والدليل على ذلك هو النصوص:

ص: ١٢٨٤

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

١ - داود بن الحصين قال: « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا أشهدت على شهادة فأردت أن تقيمها فغيرها كيف شئت ورتبها وصححها بما استطعت، حتى يصح الشيء لصاحب الحق بعد أن لا تكون تشهد إلا بحقه، ولا تزيد في نفس الحق ما ليس بحق، وإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق، وبالشاهد يعطى، وأن للشاهد في إقامة الشهادة بتصحيحها بكل ما يجد إليه السبيل، من زيادة الألفاظ والمعاني والتفسير في الشهادة ما به يثبت الحق ويصححه ولا يؤخذ به زياده على الحق، مثل أجر الصائم القائم المجاهد بسيفه في سبيل الله» (١).

٢ - داود بن الحصين أيضاً قال: « سمعت من سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن الرجل يكون عنده الشهادة، وهؤلاء القضاة لا يقبلون الشهادات إلا على تصحيح ما يرون فيه من مذهبهم، وإنى إذا أقمت الشهادة احتجت إلى أن أغيرها بخلاف ما أشهدت عليه وأزيد في الألفاظ ما لم أشهد عليه، وإلا لم يصح في قضائهم لصاحب الحق ما أشهدت عليه، أفيحل لي ذلك؟ فقال: إي والله، ولك أفضل الأجر والثواب، فصححها بكل ما قدرت عليه مما يرون التصحيح به في قضائهم» (٢).

٣ - عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: « قلت له: تكون للرجل من إخواني عندي الشهادة ليس كلها تجيزها القضاة عندنا. قال: إذا علمت أنها حق فصححها بكل وجه حتى يصح له حقه» (٣).

أقول: النصوص وارده في خصوص مورد كون القاضى من العامه، فهل يختص الجواز به أو تلغى هذه الخصوصيه؟ لا يبعد إلغاء الخصوصيه، إذ لا فرق في إحقاق الحق بين أن يكون الحاكم من الخاصه أو العامه، وإلا لضاع الحق، ومن

ص: ١٢٨٥

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٦/١. كتاب الشهادات، الباب ٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٦/٢. كتاب الشهادات، الباب ٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣١٧/٣. كتاب الشهادات، الباب ٤.

المعلوم أن الشارع لا يرضى بذلك.

فالحاصل، إنه يشترط توافق الشاهدين معني، سواء توافقا لفظاً أو لا، فلو اختلفا معني لم يحكم. قال المحقق:

« نعم لو حلف مع أحدهما » أى مع الذى توافق شهادته دعواه « ثبت » (١) ما يثبت بالشاهد واليمين.

قال فى (الجواهر): تكاذبا أم لا، وإن نسب الإجتراء باليمين فى صورته التكاذب فى (الدروس) إلى القيل (٢) مشعراً بتمريضه، لكنه فى غير محلّه، لأن التكاذب المقتضى للتعارض الذى يفزع فيه للترجيح وغيره إنما يكون بين البيتين الكاملتين، لا بين الشاهدين كما هو واضح (٣).

أقول: لكن الظاهر ما ذكره فى (الدروس)، لأن الطريقيه حينئذ تسقط والكاشفيه تزول، وليس لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم « إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان » (٤) إطلاق ليشمل هكذا شهادته، ودليل قبول شهادته الواحد مع يمين المدعى منصرف عن شهادته الواحد التى تكذبها شهادته الآخر.

لكن مقتضى اعتبار موافقه الشاهد لدعوى المدعى، إلغاء الشهاده المخالفه لها من أول الأمر، فإذا انضم اليمين إلى الموافقه ثبت ما يثبت بالشاهد واليمين وهو الحق المالى... وعلى هذا الأساس، لا- نوافق المحقق وصاحب (الجواهر) وغيرهما، فى قولهم بتحقيق التعارض فى كثير من الفروع الآتية، كما سترى.

ص: ١٢٨٦

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

١-٢ (٢) الدروس الشرعيه ٢: ١٣٥.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢١٢.

٤-٤ (٤) وسائل الشيعه ٢٧: ٢٣٢/١. أبواب كيفيه الحكم، الباب ٢.

المسأله الثانيه: (في أنه لو شهد أحدهما على وقوع السرقة غدوه والآخر عشييه)

قال المحقق قدس سرّه: « لو شهد أحدهما أنه سرق نصاباً غدوهً وشهد الآخر أنه سرق عشييه، لم يحكم بها، لأنها شهاده على فعلين » (١).

أقول: لكن لو كان يدعى فعلاً واحداً ونصاباً واحداً، كان له أن يحلف مع أحد الشاهدين الموافق لدعواه فيثبت الغرم دون الحدّ. قال: « وكذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشييه، لتحقق التعارض أو لتغاير الفعلين » (٢).

قال في (المسالك): في التعليل لف ونشر غير مرتب، فإن تحقق التعارض الذي علل به أولاً يحصل في الفرض الثاني، وتغاير الفعلين يحصل في الأوّل، لأن النصاب المشهود به في الأوّل غير معين، فكانت الشهاده على فعلين (٣).

واعترضه في (الجواهر): بأن العبارة ظاهره بل صريحه في كون الأخيرين علتين للأخيره على التقديرين أي التعارض على تقدير النصاب الواحد، والتغاير على تقدير النصابين إذ الأولى قد فرغ منها وذكر تعليلها، ثم ابتداءً بالثانيه بقوله: « وكذا. . . » كما هو واضح.

ص: ١٢٨٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

٣-٣ (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٨٩.

وما ذكره صاحب (الجواهر) هو الظاهر.

قال في (الجواهر) : وعلى كلّ حال، ليس للحاكم العمل على القدر المشترك بين الشاهدين بعد اختلافهما في القيد المقوم له، وإن اتفقا على وحدته، كما هو ظاهر كلام الأصحاب في القتل وغيره من الأفعال التي لا تقبل التعدد، والله العالم (١).

ص: ١٢٨٨

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٢ ٢١٣.

المسألة الثالثة: (في أنه لو شهد أحدهما على كون المسروق ديناراً والآخر درهماً)

قال المحقق قدس سرّه: « لو قال أحدهما: سرق ديناراً. وقال الآخر درهماً. أو قال أحدهما: سرق ثوباً أبيض وقال الآخر: أسود، ففي كلّ واحد منهما يجوز أن يحكم مع يمين المدعى، لكن يثبت له الغرم ولا يثبت القطع» (١).

أقول: لو شهد الشاهدان على فعل واختلفا في زمانه أو مكانه أو صفه له، فإن احتمل تغاير الفعلين وادعى المدعى التغاير، كان له الحلف مع كلا الشاهدين وأخذ كليهما، وإلا حلف مع الذي يوافق دعواه وحكم له، لكن يثبت له الغرم دون القطع، لأنه حدّ ولا يثبت بالشاهد واليمين.

قال: « ولو تعارض في ذلك بينتان على عين واحده سقط القطع للشبهه ولم يسقط الغرم» (٢).

أقول: لو شهد اثنان على سرقة شيء معين في وقت، وشهد آخران على سرقة في غيره، فإن أمكن تعدد الواقعة بأن تبقى العين من الوقت الأول إلى الثاني حتى يمكن أن تسرق أولاً ثم تنتقل إلى مالكتها ثم تسرق في الوقت الثاني حكم بكلتا البيئتين وثبت الحدّ والغرم معاً، وإن لم يمكن التعدد ووقعت الشهادة على وجه يتحقق التعارض بينهما سقط الحدّ للشبهه الناشئه من اختلاف الشاهدين،

ص: ١٢٨٩

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

١-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

و « الحدود تدرء بالشبهات» (١) ولكن لم يسقط الغرم، قال في (الجواهر): بلا خلاف، لثبوت سرقة العين باتفاق البيهقي عليه.

قال في (الجواهر): وفي محكى (المبسوط): تعارضت البيهقي وتساقتا وعندنا تستعمل القرعة (٢). وفي (كشف اللثام): إنه لا فائده للقرعة هنا (٣). (قال): يمكن أن يكون مبنى كلام الشيخ على وجوب كون الحكم عن واحد منهما، لعدم صلاحيتهما بعد التعارض لأن يكونا مستند حكمه، ولا يعلم ذلك إلا بالقرعة، والفائدة حينئذ تظهر في الرجوع وغيره من الأحكام التي تلحق الشاهد، بل هو متجه إن لم يمنع وجوب اعتبار ذلك في حكم الحاكم، بل يجوز استناده إلى الجميع فيما اتفقا عليه من سرقة الثوب وإن اختلفا في وقت السرقة مثلاً. فتأمل جيداً (٤).

قلت: هذا كله لا يخلو عن تأمل، لأن الفعل واحد وهو غير واقع إلا في أحد الموضعين أو الزمانين أو على أحد الوصفين، فإذا قالت احدهما بوقوعه في السوق والآخرى في المسجد، فقد تكاذبتا فهما متعارضتان فيتساقطان ولا يحكم بشيء، ولذا لو شهد واحد بالسرقة في المسجد وآخر في السوق والفعل واحد قالوا: لا يثبت الحد ويثبت الغرم بيمين المدعى مع أحد الشاهدين. ، فلو كان الأثر للقدر المشترك لزم الحكم به من دون حاجه إلى اليمين، لشهادته العدلين بالقدر المشترك.

أما الرجوع إلى القرعة، ففيه: إنه لا مجال لها هنا، لأن موضوعها هو الواقع المشكل والمشتبه عندنا، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، فإن السرقة من

ص: ١٢٩٠

١-١) وسيأتى الكلام على هذا النص.

٢-٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٤١.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٧٠.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٢١٣ ٢١٤.

المبصرات، قالت احدى البيئتين: بمشاهده وقوعها غدوه، وقالت الاخرى: بمشاهده وقوعها عشييه، ولا ريب في أنها قد وقعت في أحد الزمانين، فالبيئتان متعارضتان، ومع تعارضهما تتساقطان، ولا يبقى ما يحكم به للغرم فضلاً عن الحد.

وأما تجويز استناد الحاكم إلى كليتهما فيما اتفقتا عليه وهو سرقة الثوب وإن اختلفتا في وقته ففيه: إن المفروض وحده العين ووحده الفعل، وقد وقع التكاذب بين البيئتين، وليس الملاك وجود أمر متفق عليه بينهما، ولذا لو شهدت احدهما بكون المسروق حماراً والاخرى بكونه فرساً، لم يحكم بسرقة الحيوان المطلق استناداً إلى كليهما لكونه أمراً متفقاً عليه بينهما، بل يتساقطان، لعدم امكان وجود الحيوان كذلك خارجاً.

فالحاصل، إنا لا نوافق لا على القرعه كما ذكر الشيخ (١)، ولا على الحكم بالقدر المشترك كما ذكر (الجواهر) (٢)، بل نقول بالتعارض والتساقط وعدم الحكم بشيء.

قال المحقق: « ولو كان تعارض البيئتين لا على عين واحده، ثبت الثوبان والدرهمان » (٣).

أقول: إذا تواردت البيئتان لا على عين واحده، كما لو شهدت احدهما على الثوب الأبيض والاخرى على الثوب الأسود، أو شهدت احدهما على درهم والاخرى على درهم آخر، ثبت الثوبان والدرهمان، لعدم التعارض بين البيئتين، وثبت القطع أيضاً، لعدم الشبهه الدارئة.

ص: ١٢٩١

١-١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٤١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٤.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

قال في (الجواهر): بل لو فرض اتحاد العين وأمكن التعدد بسرقتها مرتين في الوقتين، كان الحكم كذلك أيضاً. بلا إشكال ولا خلاف.

قال: لكن عن القاضي: إذا شهد اثنان أنه سرق هذا الحمار غدوه يوم عيّنه، وآخران أنه سرقه عشيه ذلك اليوم، تعارضتا واستعمل القرعه (١).

واعترضه بقوله: والحق أنه لا- تعارض إلا- أن يفرض الإتفاق على اتحاد الفعل، وحينئذ يتجه سقوط القطع للشبهه بالاختلاف، وثبوت الغرم المتفق عليه للبينتين، وعلى كلّ حال فلا قرعه، لأنها لا تفيد شيئاً كما في كشف اللثام (٢)، وفيه الكلام السابق (٣).

أقول: قد عرفت أن لا- قرعه لما ذكرنا، كما تقدم منا الكلام على ما ذهب إليه صاحب (الجواهر) من ثبوت الغرم بالبينتين، فإن الحق هو التساقط، كما قالوا به فيما إذا كان في كلّ طرف شاهد واحد.

ص: ١٢٩٢

١-١ (١) جواهر الفقه: ٢٣٢، المسأله ٨٠٥.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧٠.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢١٤.

المسألة الرابعة: (في أنه لو شهد أحدهما على كون الثمن ديناراً والآخر دينارين)

قال المحقق قدس سرّه: « لو شهد أحدهما أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینار، وشهد الآخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدینارين، لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين» (١).

أقول: هنا ثلاث صور:

الاولى: أن يدعى البائع على المشتري أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینارين فيشهد له شاهد بذلك، ثم يشهد الشاهد الآخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدینار.

أما المشتري فلا دعوى له بشيء.

والثانية: أن يدعى المشتري على البائع أنه باعه هذا الثوب غدوه بدینار، فيشهد له شاهد بذلك، ثم يشهد الشاهد الآخر أنه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدینارين.

أما البائع فلا دعوى له بشيء.

ففي هاتين الصورتين لا يوجد تعارض أصلاً، لما تقرر من أنه يشترط في صحه الشهاده وقبولها موافقتها لدعوى المدعى، فتكون احدي الشهادتين

ص: ١٢٩٣

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

الموافقه للدعوى فى الصورتين معتبره والاخرى لاغيه، وللمدعى أن يحلف مع الشهاده المقبوله ويثبت حقه.
إذن، لا وجه لقول المحقق « لتحقق التعارض » سواء كان المدعى فى الفرع الذى عنونه هو المشتري أو البائع.
ويتحقق التعارض فى الصوره:

الثالثه: لو وقع الخلاف بين البائع والمشتري فى الثمن، فقال البائع بالدينارين، وقال المشتري بالدينار، وكان لكلّ منهما بينه على ما يدّعيه، وحينئذ يتساقطان، وليس المرجع القرعه كما تقدّم عن الشيخ والجواهر، إذ لا موضوع للقرعه هنا وإن كان لها فائده، بل الصحيح بعد التساقت هو الحكم على المشتري بالدينار بإقراره.

قال المحقق: « ولو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت الديناران » (١).

أقول: مرجع الضمير فى « له » هو « البائع »، وذلك لأنه إذا كان يدعى الدينارين، فقد قامت بينه كامله له على دعواه فيحكم له، والبيئه الاخرى المخالفه لدعواه لاغيه، فلا تعارض.

قال المحقق: « ولا كذلك لو شهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما والآخر بانضمام اليمين » (٢).

أقول: أوضحه فى (الجواهر) بقوله: لعدم التعارض بين المشهود بهما وإن امتنع التلفظ بلفظين مختلفين فى وقت واحد، فإن الشهاده بدينار لا تنفى الزائد، فيجوز أن لا يكون الشاهد سمع إلا ديناراً، أو لم يقطع إلا به وتردد فى الزائد، أو

ص: ١٢٩٤

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

رأى أن لا- يشهد إلا- به لمصلحه يراها أولاً لها، بخلاف نحو البيع بدينار ودينارين، فإن العقد بدينار ينافى العقد بدينارين، وإمكان فرض الإقرار على وجه ينافى الآخر، غير قادح، ضروره كون الكلام فى عدم المنافاه بين الشاهدين فيه من حيث نفسه، بخلاف البيع لا من حيث انضمام أمور خارجه. فتأمل (١).

قلت: إنه مع اعترافه بامتناع التلفظ بلفظين كذلك... يعلم إجمالاً بعدم أحدهما، فكُل واحد أخذ به كان ترجيحاً بلا مرجح، وثبوت الألف يتوقف على ثبوت الإقرار، فكيف يقال بثبوتيه مع عدم ثبوت الإقرار؟

وبما ذكرنا يظهر ما فى تفريق (المسالك) بقوله: والفرق بين الإقرار والبيع حيث يثبت القدر الأقل بهما ويتوقف الزائد على اليمين فى الإقرار دون البيع أن الإقرار ليس سبباً فى ثبوت الحق فى ذمته بل كاشف عن سبقه، فجاز تعدده ولم يناف أحد الإقرارين الآخر، بخلاف البيع، فإنه سبب لثبوت الحق ولم يقم بكل واحد من البيتين بينه كامله، وعليه يترتب ما لو شهد بكل واحد من الإقرارين شاهدان، فإنه يثبت الأقل بشهادة الجميع والزائد بشهادة الاثنين، بخلاف البيع، فإنه لا يثبت المجموع إلا بشاهدين لعدم امكان تعدد السبب فيه (٢).

فإنه مع عدم الكاشف لا يثبت شىء، والأمر كذلك هنا بالتقريب الذى ذكرناه.

قال المحقق: « ولو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت ألف بشهادة الجميع، والألف الآخر بشهادة اثنين » (٣).

ص: ١٢٩٥

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩١ - ٢٩٢.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

أقول: وهذا واضح لا كلام فيه.

قال: « وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم وشهد الآخر أنه سرقتة وقيمتة درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما والآخر بالشاهد واليمين » (١).

قال في (الجواهر): لانتفاء التنافي وإن امتنع كون قيمه الشيء في الوقت الواحد ديناراً ودينارين جميعاً، لجواز أن لا يعرف أحدهما من قيمته إلا ديناراً (٢).

قال المحقق: « ولو شهد بكل صورة شاهدان، ثبت الدرهم بشهادة الجميع، والآخر بشهادة الشاهدين بهما » (٣).

ووافقه صاحب (الجواهر) (٤).

أقول: إن الثوب المسروق واحد، والسرقه وقعت مره واحده، ومع وقوع الخلاف بين الشاهدين أو البيئتين يقع التكاذب في كلتا صورتين، فإن كان السارق وصاحب الثوب متداعيين بأن يدعى السارق كون قيمته درهماً والمالك درهمين ثم أقاما البيئه، أو شهد لكل شاهد وحلف معه، وقع التعارض والتساقط، وحينئذ، فالحكم هو التحالف، فإذا حلفا أخذ من السارق ما يقتر به بإقراره.

وإن كان صاحب الثوب يدعى الدرهمين والسارق لا - دعوى له في مقابله، اعتبرت البيئه أو شهادة الواحد الموافقه لدعواه وسقطت الاخرى، أما البيئه فيثبت بها حقه بلا يمين، وأما شهاده الواحد فلا بد من أن يحلف معها حتى يثبت.

قال المحقق: « ولو شهد أحدها بالقذف غدوه والآخر عشيه أو بالقتل

ص: ١٢٩٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤١.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٥.

٣-٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٢١٥.

كذلك، لم يحكم بشهادتهما، لأنها شهادة على فعلين» (١).

أقول: القذف مما يمكن تكرره، فلا تنافي بين الشهادتين به، والقتل لا يقبله، فهما متكاذبان، فلو قامت بينه على القذف غدوه واخرى على القذف عشيّه، ثبت حدّان.

ولو ادّعى المدعى القتل ولم يتعرض وقته، والمنكر كان ينكر أصل القتل، وقع التعارض، فقال الشيخ بالقرعه، فإن تم فهو وإلا فيرجع إلى ما تقرّر في تعارض البيّنتين.

قال: «أما لو شهد أحدهما بإقراره بالعربيّه والآخر بالعجميه، قبل، لأنه اخبار عن شيء واحد» .

أقول: وذلك، لأن الملاك توارد الشهادتين على أمر واحد معنى، والمعنى هنا واحد، وإن كان الإقرار بالعربيّه فعلاً غير الإقرار بالأعجميه، لكن يختص هذا بما إذا أطلقا فلم يوقتا أو وقتنا بوقتتين مختلفين، أما لو وقتنا بوقت واحد فلا يثبت شيء، للتكاذب.

قال في (الجواهر): ولو شهد أحدهما أنه أقرّ عنده أنه استدان أو باع أو قتل أو غصب يوم الخميس، وآخر أقرّ أنه فعل ذلك يوم الجمعة، لم يحكم إلا مع اليمين أو شاهد آخر ينضم إلى أحدهما، لأن المشهود به فعلاً، بل هما في القتل متكاذبان (٢).

أقول: لا يخفى الفرق بين القتل وسائر الأمثله المذكوره، فإن القتل لا يقبل

ص: ١٢٩٧

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٢-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٦.

التكرار، وتلك تقبله، إلا إذا كان البيع أو الاستدانه مثلاً واقعه واحده بإقرار البائع أو الدائن، ثم ادعى وقوع ذلك فى يوم الجمعة مثلاً فشهد شاهد بوقوعه فيه وآخر بوقوعه يوم الخميس، اعتبر شهاده الموافق لدعواه وحلف معه إن كان واحداً، وسقطت الشهاده الاخرى، ولو أقام الطرف أيضاً بينه فى مقابل بينته تعارضتا وتساقطتا ولم يثبت شىء.

قال: ولو شهد اثنان بفعل وآخران على غيره من جنسه أولاً، ثبتا إن أمكن الاجتماع وأدعاهما، وإن لم يمكن الاجتماع أو أمكن ولم يدعه، كان للمدعى أن يدعى أحدهما ويثبت بينته ويلغو الآخر، مثل أن يشهد اثنان بالقتل غدوه وآخران به عشيه، وكذا ما لا يمكن أن يتكرر كالولاده والحج عن اثنين فى سنه.

وفى محكى (المبسوط) إذا لم يمكن الاجتماع استعمل القرعه (١). وفى (كشف اللثام): لا معنى لها إن كان الفعل مثل القتل والولاده من أم واحده والاختلاف فى الزمان أو المكان، فإن القرعه لا يفيد شيئاً، نعم، إن كان الفعل مثل الولاده من أمين واختلف المدعى، فادعت هذه أنها ولدته وشهد به اثنان ثبتت القرعه، وإن اتحد المدعى فلا بد من أن يعين هو الدعوى، والشيخ إنما فرض المسأله فى القتل واختلافه زماناً أو مكاناً وأثبت القرعه (٢)(٣).

وفى (الجواهر): قد يظهر وجه كلام الشيخ مما ذكرناه، فى صورته ما لو كانت دعوى المدعى القتل مثلاً وجاء بالأربعة شهود، واختلف كل اثنين منهم فى الزمان أو المكان، وقلنا بوجوب تعيين احدى البينتين فى مستند الحكم، لفائده الغرم

ص: ١٢٩٨

١- (١) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٤٣.

٢- (٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧١.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢١٦.

والرجوع بعد ذلك وغيرهما، فإنه لا طريق حينئذ إلا القرعه (١).

أقول: إن كان استعمال القرعه بعد التساقط، فإن معنى التساقط سقوط كلتا البيتين عن الحجية، فلا يبقى مدرك للحكم حتى يراد تعيينه بالقرعه، اللهم إلا أن يقال ببقاء أحدهما لا على التعيين على الحجية، والقرعه طريق لتعيينه، ولكنه لا يخلو عن اشكال، أو يرجع إلى القرعه لترجيح إحدى البيتين على الأخرى، إن كانت القرعه من المرجحات.

وبالجملة، فإن الضابط في الفروع المذكوره بعد ما تقرّر من اشتراط توارد الشاهدين على معنى واحد، وتوافقهما لدعوى المدعى أن كلّ شهاده سواء كانت شهاده واحد أو بينه كامله لا توافق دعوى المدعى لاغيه وتبقى الأخرى الموافقه بلا معارض، هذا إذا كان الفعل مما لا يقبل التكرار أو كان يقبله ولا يدعى إلا أحدهما، فإن كان يدعى كلا الأمرين ثبتا مع البينه أو الشاهد الواحد يمين المدعى، فإن حصل التداعى من الطرفين وأقام كلّ بينه على دعواه وتخالفت البيتان، فهنا يقع التكاذب والتساقط، ولا يحكم بشيء إلا إذا كان أحدهما مقراً فيؤخذ به.

ص: ١٢٩٩

(١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٧.

وهي مسائل

المسألة الاولى: (لو مات الشاهدان قبل صدور الحكم)

قال المحقق قدس سره: « لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا حكم بهما، وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت» (١).

أقول: إن من الطوارئ هو الموت، وقد ألحق به في (الجواهر) الجنون والإغماء (٢)، فلو شهد الشاهدان عند الحاكم ولم يحكم فماتا، حكم بشهادتهما ولم تبطل بالموت. وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت، إذ التزكيه المتأخره عن الموت كاشفه عن صحه شهادتهما السابقه.

وذلك، لأنه لا دليل على البطلان بالموت، فلو شك مع ذلك استصحاب

ص: ١٣٠٠

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٧.

وجوب الحكم استناداً إلى تلك الشهادة، ولا خلاف في ذلك كما في (الجواهر)، قال: بل ظاهر النص والفتوى عدم الفرق فيه بين الحدّ وغيره (١).

ص: ١٣٠١

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٧.

المسأله الثانيه: (لو فسق الشاهدان قبل صدور الحكم)

قال المحقق قدس سره: « لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما، لأن المعتبر بالعداله عند الإقامه» (١).

١ - لو كان ذلك في حق الأدميين

أقول: إن كان ذلك في حق الناس، ففي المسأله قولان، فقال جماعه: يحكم، وقال آخرون: لا يحكم، وللشيخ فيها قولان (٢)، والمحقق قال بالعدم فيما لو طرأ فسق شاهد الأصل قبل الحكم بشهاده الفرع، محتجاً بأن الحكم مستند إلى شهاده الأصل (٣)، أما هنا فقال بالقبول وأنه يحكم بهذه الشهاده، واعترضه في (الجواهر) بعدم الفرق (٤).

ولعل الفرق كون مورد البحث هناك فسق الأصل قبل أداء الفرع الشهاده، وهنا فسقهما بعد الأداء وقبل الحكم.

وكيف كان، فإن المعتبر في المقامين بالعداله عند الإقامه، لإطلاق الأدله بل ظهور بعضها كآيه النبأ وقوله عليه السلام: « لا أقبل شهاده فاسق إلا على

ص: ١٣٠٢

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٢- ٢) كتاب الخلاف: ٦/٣٢٠، المسأله ٧٣، المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٠٢ و ٢٤٤.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤٠.

٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ٢١٨.

نفسه» (١) فإن الآيه ظاهره فى التلبس فى حال المجيء، والخبر ظاهر فى الفسق حال الشهاده، ولا أقل من أنه المتيقن.

واستدلّ للعدم فى هذه المسأله بوجوه:

أحدها: كون الفسق بعد الشهاده وقبل الحكم، كما لو رجع عن الشهاده قبل الحكم.

وفيه: إنه فرق بين الفسق والرجوع، فإن الرجوع يسقط الوثوق بالخبر، وليس من سيره العقلاء الاعتماد على شهادته من رجع عن شهادته، وليس الأمر فى الفسق كذلك، فالقياس مع الفارق.

والثانى: إن طرو الفسق يضعف ظن العدالة السابقه، لبعده طرّوه دفعه واحده.

وفيه: إنه منقوض بالجنون، على أنه لو كان كذلك لكشف عن الاستعداد للفسق، ومن الواضح أنه غير قادح.

والثالث: إن المقام كما لو كان وارثاً ومات المشهود له قبل الحكم.

والجواب: إنه لولا الإجماع على عدم القبول هناك لقلنا بالقبول، فالفارق هو الدليل.

وقد أجاب صاحب (الجواهر) عن كلّ هذه الوجوه بأنها جاريه فى الجنون ونحوه، مع أنه لا خلاف فى قبول الشهاده السابقه عليه.

قال: نعم، لو أمكن إثبات اقتضاء الفسق بطلان الشهاده مالم يحكم بها اتجه ذلك يعنى دعوى الفرق بين الفسق وبين الجنون ونحوه لا أقلّ من الشك فى قبولها

ص: ١٣٠٣

فى الفرض، ولو من جهه انسياق غير الفرض من اطلاق الأدله، والأصل العدم (١).

قلت: يعنى أصاله عدم الحجيه، لكن هذا الأصل لا وجه له، لأنه إنما يتأتى مع عدم استصحاب القبول، وهو هنا موجود، فهو كما لو قال: صلّ خلف العادل ولا تصلّ خلف الفاسق، فصدرت صغيره من العادل وشك فى قدحها فى عدالته، فإن مقتضى القاعده استصحاب بقاء العداله، لأن المتيقن من المعصيه القادحه هو الكبيره. وما نحن فيه كذلك، لأن المفروض عدالته حين الأداء، ثم مع عروض الفسق يشك فى بقاء جواز الحكم أو وجوبه استناداً إلى تلك الشهاده الواقعه مع الشرائط، فيستصحب، ومعه لا مجال للرجوع إلى أصاله عدم الحجيه.

مع أن الشك فى الحجيه مسبب عن الشك فى اشتراط العداله حال الحكم، والأصل عدم اشتراطها.

وأما قوله: وربما شهد لذلك استفاضه النصوص برّدّ شهاده الفاسق مثلاً، بخلاف المجنون والمغمى عليه الراجعين فى الحقيقه إلى كونهما كالميت الذى ليس له شهاده حال موته، فيبقى حكم شهادته الاولى على حالها، بخلاف الفاسق وغيره مما ورد فى النصوص برّدّ شهادته الشامل لهما بعد الإقامه قبل الحكم بها، وإلا لزم جواز الحكم بها قبل الإقامه لو فرض أنه حملها لغيره عدلاً ثم فسق ثم بعد ذلك أقامها الفرع وهو معلوم الفساد، وليس إلا اعتبار مقارنه جامعيه العداله ونحوها للشهاده حال الحكم، ولا يكفى الحال السابق (٢).

فيمكن أن يقال فيه: بأنه لا أثر للبحث عن اقتضاء الفسق للردّ أو مانعيته

ص: ١٣٠٤

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢١٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٨ - ٢١٩.

للقبول، بل لا يبد من لحاظ دليل ردّ شهاده الفاسق، فإن كان له إطلاق ليشمل حال الحكم فهو وإلا فلا. . . وأما جواز الحكم بها قبل الإقامه لو فرض أنه حملها لغيره عدلاً ثم فسق ثم بعد ذلك أقامها الفرع فغير لازم، للفرق بين المقامين، إذ مع الفسق قبل الإقامه يصدق استناد الحاكم إلى شهاده الفاسق الفعلي، وهو نظير ما إذا جاء الفاسق إلى الحاكم وقال: قد تحملت الشهاده في حال العداله وأنا الآن فاسق.

فالعنده النظر في حدّ دلالة تلك النصوص. . . وما دلّ على أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كان يرسل من يسأل عن حال الشخص في بلده، ظاهر في الفحص عن حال الشاهدين في وقت أداء شهادتهما، لا للوقوف على بقائهما على حال العداله لكي يكون حكمه في هذه الحال.

هذا كله في حق الآدمي المحض.

٢ - لو كان ذلك في حق الله

قال المحقق: «ولو كان حقاً لله تعالى كحدّ الزنا لم يحكم، لأنه مبني على التخفيف، ولأنه نوع شبهه» (١).

أقول: وأما في حق الله المحض، كحدّ الزنا واللواط وشرب المسكر ونحوها، لم يحكم بشهادتهما باتفاق المجوزين والمانعين، كما في (المسالك) (٢)، وفي (الجواهر) بلا خلاف أجده فيه (٣). وقد ذكر المحقق لهذا الحكم وجهين: أحدهما: إن حق الله مبني على التخفيف. والآخر: إن فسق الشاهدين بعد الأداء وقبل الحكم نوع شبهه، وقد قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في الحديث المشهور المعمول

ص: ١٣٠٥

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٥.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢١٩.

به: « إدراوا الحدود بالشبهات » (١).

□
وهذا في حق الله المحض.

٣ - لو كان ذلك في حق مشترك

قال المحقق: « وفي الحكم بحدّ القذف والقصاص تردد، أشبهه الحكم، لتعلق حق الآدمي به » (٢).

أقول: وأما الحق المشترك ففيه وجهان على القول بالجواز في حق الآدمي المحض: من بناء الحدّ على التخفيف ودرئه بالشبهه، ومن تعلق حق الآدمي به، ومن هنا تردد المحقق ثم رجح الوجه الثاني.

□
أقول: إن كان دليل الدرء في حق الله المحض هو الإجماع، فإن القدر المتيقن منه ذلك، وإن كان النبوي المنجبر، فإنه عام يشمل الحق المشترك أيضاً.

ص: ١٣٠٦

□
١ - ١) وسائل الشيعة ٢٨/٤٧ عن الصدوق مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم. وفيه ٢٨/١٣٠ عن المقنع للصدوق مرسلًا عن أمير المؤمنين عليه السلام. قال في الرياض: إنه نص متواتر. فاستغربه في مباني تكمله المنهاج ١/١٦٨. ونص ١/١٥٤ على أن درء الحدود بالشبهات لم يثبت بروايه معتبره. فلا بد من مراجعته.
٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

المسأله الثالثه: (لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل صدور الحكم)

قال المحقق قدس سره: « لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما» (١).

أقول: لا- كلام في عدم قبول شهاده أحد في حق نفسه، لكن قد يقال في هذه المسأله: بأن المعيار في صحة الشهاده وقبولها كونها واجده للشرائط في حال الأداء، فإن العبره بتلك الحال لا بحال الحكم، وعليه، فلا يكون طرؤ موت المشهود له في حال الحكم مانعاً عن ترتيب الأثر على الشهاده، وإلا- لكان موت المشهود له أسوء حالاً- من طرؤ الفسق والجنون، ولذا قال في (المسالك): ويجيء على القول بعدم قدح طرؤ الفسق احتمال عدمه هنا، اعتباراً بحاله الأداء، كما علل به السابق، وعند الأداء لم تكن الشهاده لهما (٢). ولعله من هنا استشكل فيه في (الكفايه) (٣)، وخذش فيه الأردبيلي (٤)، وتبعهما صاحب (المستند) (٥).

ص: ١٣٠٧

- ١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.
- ٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٦.
- ٣- ٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٨٢.
- ٤- ٤) مجمع الفائده والبرهان ١٢: ٥٢٤.
- ٥- ٥) مستند الشيعه ١٨: ٤١٤.

قلت: لكن الحكم متفق عليه كما اعترف به في (المسالك) (١)، وفي (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيه (٢) . . ولعلّ الوجه فيه هو: أن المستفاد من أدلّه نفوذ الحكم هو كون المشهود به للمشهود له من حين صدور الحكم والمفروض موته في هذا الحين لا أنه عندما يصدر يكشف عن ثبوت الملك له من حين أداء الشهادة حتى تكون الشهادة في ملك المورث - .

وأما عدم قرح طرو الفسق، فلما ذكرنا في محلّه من أن ظاهر آيه النبأ وجوب التبين من خبر من تلبس بالفسق في حين المجيء بالنبأ.

ص: ١٣٠٨

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٦.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢١٩.

المسأله الرابعه: (لو رجعا عن الشهاده قبل صدور الحكم)

قال المحقق قدس سره « لو رجعا عن الشهاده قبل الحكم لم يحكم » (١).

أقول: فى المسأله صور:

الصوره الاولى: أن يرجعا عن الشهاده قبل الحكم

قال المحقق فى هذه الصوره: « لم يحكم » ، أى: سواء كان عقوبه أو مائلاً أو حقاً، قال فى (الجواهر): ولو بعد الإقامه، ولا غرم (٢).

قلت: أما قوله: « ولو بعد الإقامه » فلم يتضح المراد منه، إلا أن يحمل على شاهد الفرع، لكنه كما ترى.

وأما قوله: « ولا - غرم » فكذلك، لوضوح عدم الغرم مع عدم الحكم، وكأنه قاله تبعاً لما فى مرسل جميل الآتى من قوله عليه السلام: « وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرم الشهود شيئاً » (٣)، ولعله للإشاره إلى أن المقام ليس كبعض الموارد التى يثبت فيها الغرم وإن لم يثبت الحدّ، كالتفكيك بين الغرم والقطع فى بعض أحوال الشهاده على السرقة.

ص: ١٣٠٩

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠.

٣- ٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٦/١. كتاب الشهادات، الباب ١٠.

وكيف كان، ففى (الجواهر) : بلا خلاف أجده فيما بيننا، كما اعترف به غير واحد (١)، لكن الاتفاق فى كشف اللثام ليس على ذلك، بل هو فى خصوص العقوبه كما ستعرف.

□
والدليل على عدم الحكم فى هذه الصوره هو الأصل بعد انصراف أدله القضاء عن مثلها، وقد روى جميل عن أحدهما صلّى الله عليه وآله وسلّم فى المرسل الذى هو كالصحيح كما فى (الجواهر) سيما بعد اعتضاده بالشهره (٢)، وأما فى (المسالك) وصفه بالحسنه قال: « فى الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به وغرموه، وإن لم يكن قضى طرحت بشهادتهم ولم يغرم الشهود شيئاً» (٣).

وأضاف فى (الجواهر) أنه لا ترجيح لتقديم قولهم الأول على الثانى (٤). وأما الخبران:

□
١ - السكونى عن الصادق عليه السلام عن النبى صلّى الله عليه وآله وسلّم: « إن شهد عندنا بشهاده ثم غيرها أخذنا بالاولى وأطرحنا الاخرى» (٥).

٢ - هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: « كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يأخذ بأول الكلام دون آخره» (٦).

فليسوا ظاهرين فى الرجوع، لا سيما الأوّل المشتمل على التغيير وهو غير

ص: ١٣١٠

١- (١) (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠.

٢- (٢)

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٩.

٤- (٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠.

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٨/٤. كتاب الشهادات، الباب ١١. بتفاوت يسير.

٦- (٦) وسائل الشيعه ٢٧: ٢١٦/٣. أبواب آداب القاضى، الباب ٤.

الرجوع، وإن احتمل عمومته له، على أن إعراض الأصحاب عنهما موجب لو هتئما، فلا- يعارضان مرسل جميل الذى هو كالصحيح، ولو فرض التعارض وتساقط الطرفين، كفى عدم الدليل على الحكم، لانصراف أدلته الشهاده والحكم عن هذه الشهاده، وأما تنزيلهما على ما بعد الحكم والاستيفاء، فينافيه لفظ «أخذنا» و « يأخذ» فيهما الظاهر فى الحكم.

ثم إن اعترف الشهود بأنهم تعمدا الكذب فى الشهاده الاولى فهم فسقه، وإن قالوا: غلطنا أو أخطأنا فلا فسق، ووجه القبول منهم حينئذ هو أن صاحب القول كصاحب اليد يسمع قوله.

وهل تقبل منهم تلك الشهاده لو أعادوها؟

نسب فى (الجواهر) إلى (القواعد) و (المسالك): عدم القبول. قال: ولعله لحسن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: « قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذى قطعت يده، إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الديه ولم يجرز شهادتهما على الآخر» (١)(٢).

إلا أن الأقوى مع ذلك هو القبول إذا كانا معروفين بالعداله والضبط، تبعاً لكشف اللثام (٣) والجواهر (٤)، للعمومات التى يقصر الخبر المزبور عن تخصيصها،

ص: ١٣١١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٢/١. كتاب الشهادات، الباب ١٤.

٢- (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٠، مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٧، قواعد الأحكام ٣: ٥١٠.

٣- (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٧٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٢١.

وخلافاً لصريح (المسالك) حيث قال: لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها (١).

□

وأما نسبه (الجواهر) العدم إلى (القواعد) ففيها: أنا لم نجد ذلك فيه، فقد قال العلامة رحمه الله: « الفصل السابع في الرجوع ومطالبه ثلاثه: الأول في الرجوع في العقوبات: إذا رجع الشاهد في العقوبة قبل القضاء منع من القضاء قال كاشف اللثام: إتفاقاً للشبهه (٢) ولو كانوا قد شهدوا بالزنا حدوا للكدف، وإن قالوا: غلطنا، فالأقرب سقوط الحد، ولو لم يصرح بالرجوع بل قال للحاكم: توقف عن الحكم، ثم قال له: أحكم، فالأقرب جواز الحكم ما لم يحصل للحاكم ريبه، وهل يجب الإعادة؟ إشكال» (٣).

قال كاشف اللثام: من حصول الأداء الصحيح من أهله، والأصل، وقد زال التوقف بعد طروه، ومن إبطال التوقف له، لأنه تشكيك في الشهاده، وهو خيره (التحرير) (٤). وهو ممنوع، فإن صريح قوله: إنما هو التوقف في الحكم لا- الشهاده، وبعد التسليم فقوله بعده أحكم بمنزله الإعادة (٥).

قلت: والإنصاف إن ما ذكره مشكل.

ولو كان المشهود به الزنا أو نحوه واعترفوا بالتعمد، حدوا للكدف، وإن قالوا: غلطنا ففي (القواعد): الأقرب سقوط الحد (٦)، وتبعه كاشف اللثام وصاحب

ص: ١٣١٢

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٧.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧٣.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٨.

٤-٤) تحرير الأحكام ٥: ٢٨٥.

٥-٥) كشف اللثام ١٠: ٣٧٣.

٦-٦) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٨.

(الجواهر) (١)، وعن (المبسوط) و (الجواهر) يحدّان أيضاً (٢)، وفي (المسالك) : وجهان، أحدهما: المنع، لأن الغالط معذور، وأظهرهما الوجوب، لما فيه من التعيير وكان من حقهم الثبوت والاحتياط، وعلى هذا تردّ شهادتهم، ولو قلنا لا حدّ فلا رد (٣). قال كاشف اللثام: ويؤيده مرسل ابن محبوب عن الصادق عليه السلام وهو خيره (التحرير) (٤).

أقول: وهذا نص المرسل: « في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل. فقال: إن قال الراجع: أوهمت، ضرب الحدّ وأغرم الديه، وإن قال: تعمّدت قتل » (٥).

وأجاب عنه في (الجواهر) بقوله: لكن فيه إن تكليف الغافل قبيح، فلا ريب في المعذوريه، كما لا ريب في سقوط الحدّ معها، ضروره أولويّتها من الشبهه التي يدرأ بها، ولذا اختار في كشف اللثام السقوط لها (٦).

وأما قول (المسالك) : وعلى هذا تردّ شهادتهم ولو قلنا لا حدّ فلا ردّ فغير واضح كما في (الجواهر) أيضاً، ولعلّه يريد التلازم بين الحدّ والردّ، ولكنه لا يناسب كلامه المتقدم عليه (٧).

ص: ١٣١٣

١- ١) كشف اللثام ١٠: ٣٧٣، جواهر الكلام ٤١: ٢٢١.

٢- ٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ١٠، جواهر الفقه: ٢٢٦، مسأله ٧٨٢. وعنهما كشف اللثام ١٠: ٣٧٣.

٣- ٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٧.

٤- ٤) كشف اللثام ١٠: ٣٧٣، تحرير الأحكام ٥: ٢٨٥.

٥- ٥) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٨/١. كتاب الشهادات، الباب ١٢.

٦- ٦) جواهر الكلام ٤١: ٢٢١.

٧- ٧) أقول: وجه الاشكال في هذه العبارة هو: إنه رحمه الله قال في أصل الرجوع عن الشهاده بأنهم إن اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقه يستبرؤون، فإن قالوا: غلطنا لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهاده منهم لو أعادوها. فالقول بعدم قبول شهادتهم مع عدم الفسق لا يجتمع مع القول بالقبول مع عدم الردّ في الشهاده بالزنا إن قالوا غلطنا. ويمكن الجواب عن ذلك بأنه قال بعدم القبول مع عدم الفسق لو أعادوا نفس تلك الشهاده، وذلك لأن اختلاف شهادتهم فيها توجب الشك ولزوم الاحتياط، لا سيما مع النظر إلى خبر ابن محبوب. أما في الفرع المتعلق بالشهاده بالزنا فمورد النظر هو الشهاده منهم في ما بعد، فهو يقول بأن أظهر الوجهين وجوب الحد، ومن حد تردّ شهادته فيما بعد. وعلى الوجه الأوّل وهو عدم الحد فلا ترد، إذ لا نص ولا موجب لعدم القبول، لعدم وقوع الاختلاف منهم في الشهاده الواحده. ولعلّ ما ذكرناه هو الوجه في تأمل الجواهر.

وأما الخبر، فهو مرسل غير منجبر، على أن معناه غير واضح كذلك، لأنه إن كان مخطئاً أو شبه عامد فعليه الدية، وإن كان متعمداً فيقتل بالمقتول، لأن السبب أقوى، فلماذا الحد؟ (١).

هذا كله في الصورة الاولى.

الصورة الثانية: أن يرجع بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به

قال المحقق: « ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به لم ينقض الحكم، وكان الضمان على الشهود» (٢).

أقول: أما عدم نقض الحكم، فعليه الإجماع بقسميه كما في (الجواهر) (٣).

وقد استدلل له أيضاً بأمور:

ص: ١٣١٤

١ - ١) أقول: الحدّ حدّ القذف، والديه دية المقتول. أما الدية فتأبته لثلا يطل دم امرئ مسلم، وأما الحدّ، فالمفروض أنه قال أوهمت فالمشهور عدم الحد، وعن المبسوط وبعض الأصحاب: يحدان أيضاً، فمعنى الخبر واضح، ولذا ذكروه مؤيداً للقول المخالف للمشهور، فينحصر الجواب عنه بعدم تماميه سنده بالإرسال وإعراض المشهور عنه.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢.

٣ - ٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٢.

الأول: مرسله جميل. فأما دلالتها فتأته، وأما سندها فمنجبر كما تقدم.

الثاني: الخبران النبوي والعلوي المتقدمان.

لكن فيه: أنهما ظاهران في صدور الحكم استناداً إلى الكلام الأول، فلا علاقه لهما بهذه الصورة.

الثالث: استصحاب الصحة.

لكن فيه: إنه إن كان المراد صحة الحكم، فإنه بعد الرجوع ينكشف عدم تمامية الحكم من أصله، وحينئذ، فلا- حاله سابقه بالصحة حتى تستصحب، فهو نظير ما إذا باع خلاً فانكشف كونه خمراً حين العقد، فالعقد باطل من حينه، وليس كالبيع الواقع صحيحاً ثم إذا شك في انفساخه استصحب اللزوم. هذا إذا كان المستصحب صحة الحكم.

وإن كان المراد صحة الشهادة الأولى بأن يقال: الشهادة السابقة وقعت صحيحه واقعاً أو ظاهراً، فيستصحب تلك الصحة ويصح الحكم المستند إليها... ففيه: أن أدله « ضع فعل أخيك على أحسنه » (1) لا تشمل الشهادة التي رجع عنها الشاهد نفسه، وإلا كان دليل الحمل على الصحة مشرعاً، ولو فرض تمامية أصالة الصحة في الشهادة الأولى، فإنها تجرى في الثانيه كذلك، فيتعارضان.

الرابع: إطلاق ما دل على صحة ما لم يعلم فساده.

وفيه: إن هذا شامل للشهادة الثانية المكذبه للأولى أيضاً.

الخامس: إن الرجوع لا يدل على فساد الشهادة الأولى، إذ يمكن كون الرجوع كذباً، بل هو كالإنكار بعد الإقرار.

ص: ١٣١٥

١-١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٠٢/٣. أبواب أحكام العشرة، الباب ١٦١. وفيه: ضع أمر أخيك... .

وفيه: إنما لا- يسمع الإنكار بعد الإقرار، لأن الإقرار يكون دائماً في ضرر المقر، فإذا أنكر بعده كان للخلاص من الضرر، فلا يسمع، فالقياس مع الفارق.

السادس: إن الحكم الصادر نافذ بالاجتهاد به فلا ينقض بالإحتمال.

وفيه: إن عدم نقضه بالإحتمال محتاج إلى دليل، ولذا كان مانعاً عن الحكم لو كان الرجوع قبله، فلولا الدليل وهو مرسله جميل لما تم الحكم بعدم النقض، فهذا الوجه ساقط.

السابع: إن الشهادة أثبتت الحق، فلا يزول بالطارى كالفسق والموت.

وفيه: إنه إن كان الرجوع من الطوارئ كالموت تم ما ذكر، لكنه ليس كذلك، بل الرجوع يوجب الشك في صحة الشهادة الاولى...

فتحصل: عدم النقض في هذه الصورة، للمرسله المنجبره.

وأما ثبوت الضمان مثلاً- أو قيمه أو قصاصاً أو ديه أو نحو ذلك على الشهود، فلا كلام فيه كذلك، إنما الكلام في أنه يثبت نتيجة الإلتلاف من الشهود، لكونه مستنداً في الحقيقه إليهم من جهه أن السبب أقوى، أو جاء نتيجة الحكم غير المنقوض. وذلك لأن ثبوت الغرم لا يلازم نفوذ الحكم بل ولا وجوده، فقد يتسبب الشخص في قتل أو تلف مال فيضمن من دون حكم. هذا من جهه. ومن جهه أخرى فإن للحكم غير المنقوض آثاراً أخرى، تترتب تبعاً للحدّ وإن رجع الشاهدان، كعدم جواز إمامه المشهود عليه، وعدم سماع شهادته فيما بعد، وعدم أهليته لمنصب القضاء ونحو ذلك.

إن أمكن إثبات الضمان على الشهود هنا بأدله نفوذ الحكم بضميمه الإجماع، إذ لولا الإجماع لأمكن الخدش في الاستدلال بدعوى انصراف تلك الأدله عن الحكم المستند إلى الشهاده المرجوع عنها فهو، وإلا ففى كون السبب أقوى من

المباشر لإثبات الغرم عليهم كفايه حتى لو فرض نقض الحكم. نعم مع نفوذ الحكم تترتب الآثار الأخرى، فتحرم أخت الغلام الموطوء وأمه وبنته، وأكل البهيمة الموطوءه المأكوله، ويجب بيع غير المأكوله في بلد آخر... إلى غير ذلك من الآثار والتوابع. . . وستعرف ذلك.

هذا، وقد يستدل للضمان بروايه جميل عن الصادق عليه السلام: « في شاهد الزور. قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (١). فإنه يدلّ على ضمان الشاهد، لكن صدره يدل على نقض الحكم بعد الاستيفاء مع قيام العين، لأن الردّ على صاحبه يكون بنقض الحكم وإلا بقيت العين في يد المشهود له وضمن الشهود، وهذا مخالف لما عليه المشهور، فإنهم يقولون بعدم النقص والضمان حتى مع بقاء العين (٢) كما سيأتى في الصورة الرابعه، وهى الرجوع بعد الحكم والاستيفاء وعدم تلف العين.

الصورة الثالثه: أن يرجع بعد الحكم وقبل الاستيفاء

وهو تاره حدّ، واخرى حق، والأوّل: منه ما يكون لله تعالى محضاً ومنه: ما يكون للآدمى محضاً، ومنه: ما يكون مشتركاً. □
فإن كان حدّاً، فقد اختار المحقق نقض الحكم فيه مطلقاً إذ قال: « فإن كان حدّاً لله تعالى نقض الحكم، للشبهه الموجهه للسقوط، وكذا لو كان للآدمى كحدّ

ص: ١٣١٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٧/٢. كتاب الشهادات، الباب ١١.

٢-٢) أقول: ما المانع من تبويض الخبر بأن نعمل بالذيل ونستدل به للمقام ونرفع اليد عن الصدر لمخالفتها المشهور على المبني؟ فالأولى هو الجواب عنه بما فى الجواهر من أعميه الرجوع من شاهد الزور المعلوم كونه شاهد زور كما هو مفاد الخبر. .

القذف، أو مشتركاً كحد السرقة» (١).

قلت: لا ينبغي الكلام في سقوط حدِّ الله المحض، والدليل عليه ما أشار إليه المحقق من تحقق الشبهه الموجه للسقوط برجوع اليهود، وقد قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: « ادْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشَّبَهَاتِ » (٢). ثم عطف عليه المحقق حدَّ آدمي المحض والحدَّ المشترك بينه تعالى وبين آدمي... والدليل على ذلك عموم الحديث لهذين القسمين أيضاً.

ولكن، إذا كان المقصود من « الشبهه » هو الشبهه بالنسبه إلى واقع الأمر، فإنها موجودة حتى مع عدم رجوع اليهود، لأن الشهاده قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، ولازمه عدم الحكم بشهاده من الشهادات إلا إذا كان الشاهد معصوماً، وإن كان المقصود منها الشبهه في الحكم على أثر الرجوع مثلاً، بمعنى الشك في وقوعه طبق الموازين الشرعيه، فإن إطلاقات أدلّه نفوذ الحكم والقضاء ترفع هذه الشبهه، وتقتضى نفوذ الحكم. إلا إذا كان الحكم في حدِّ لدليل « إدْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشَّبَهَاتِ » وهو يعمّ الأقسام الثلاثه.

وكيف كان، ففي (الجواهر) إنه لا- أجد في شيء من ذلك خلافاً محققاً. قال: نعم، في (القواعد) عبر بلفظ الأقرب مشعراً باحتمال العدم، بل قال متصلاً بذلك: والإشكال في حدود آدمي أقوى (٣).

قلت: وفي (المسالك) : « وإن كانت في حدِّ لله تعالى قيل: لم يستوف، لأنه مبني على التخفيف، ويدراً بالشبهه، وهي متحققه بالرجوع. وإن كان حق آدمي

ص: ١٣١٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٢ ١٤٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٨: ٤٧/٤. أبواب مقدمات الحدود، الباب ٢٤.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٢.

أو مشتركاً فوجهان: من تغليب حق الأدمى، ووجود الشبهه الدائرته له فى الجملة، وهذا أولى، والمصنف جزم بالحكم فى القسمين استضعافاً للفرق» (١).

ويمكن الاستدلال لعدم السقوط بمرسله جميل، بناء على أن المراد من « قضى عليه» فيه هو الأعم من الاستيفاء وعدمه، فيشمل ما نحن فيه وهو الرجوع بعد الحكم وقبل إجراء الحدّ. لكن دليل « تدرأ الحدود بالشبهات» متقدّم بالحكومه على المرسله وعلى أدله نفوذ الحكم لو لم نقل بانصرافها فى خصوص الحدّ كما ذكرنا.

فالأقوى ما ذهب إليه المحقق.

وإن كان حقاً... فقد قال المحقق:

« وفى نقض الحكم فى ما عدا ذلك من الحقوق تردد» (٢).

أقول: يحتمل أن يكون مراده من « ما عدا ذلك من الحقوق» الآثار الشرعيه التى تترتب تبعاً للحكم بالحدّ، ويحتمل أن يكون مراده هو « الحق» فى مقابل « الحدّ» وهذا هو الأظهر.

ومنشأ تردد المحقق بناءً على الاحتمال الثانى ما ذكره الشهيد الثانى حيث قال: « إن كانت الشهاده فى مال استوفى، لأن القضاء قد نفذ فيه وليس هو مما يسقط بالشبهه حتى يتأثر بالرجوع. وفيه وجه آخر: إنه لا يستوفى، لأن الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختلّ بالرجوع» (٣). وكذا فى (كشف اللثام) (٤) لكن

ص: ١٣١٩

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٧ ٢٩٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٧.

٤-٤) كشف اللثام ١٠: ٣٧٤.

ظاهرهما ترجيح الوجه الأول، ويدلّ عليه مرسله جميل.

ومنشأ تردده بناءً على الإحتمال الأول دلالة المرسله على عدم النقض من جهه، ومن جهه أخرى: إن الرجوع يوجب الشك في وقوع الحكم طبق الموازين، فكما ينقض بالنسبه إلى الحد كذلك ينقض بالنسبه إلى الآثار. هذا أولاً. وثانياً: إن الحد والآثار كليهما معلولان لعله واحده، فكيف التفكيك بينهما؟

والجواب: أما عن الأول: فبأن الآثار الاخرى عدا الحد ليس مما يسقط بالشبهه، فإن الدليل خص ذلك بالحد فقط.

وأما عن الثانى: فبأنه لا تلازم بين الأمرين، بل الحد والآثار التابعه حكمان شرعيان، فلا بدّ من امتثالهما، لأدله نفوذ حكم الحاكم، لكن الحكم قابل للتخصيص، وقد ورد المخصص فى خصوص الحدّ دون الآثار، فالحكم بالنسبه إليها باق على حاله.

فالأقوى عدم نقض الحكم إلا فى الحدّ.

ثم إن الآثار قد ذكرنا بعضها، وقد ذكر فى (القواعد) و (الجواهر) :

منها: آثار الشهاده بالردّه، فإن الحكم فى المحكوم بردّته إذا رجع الشهود قبل قتله يسقط، للشبهه، لكن تبقى قسمه ماله واعتداد زوجته قال فى (القواعد) وشرحه عدّه الوفاء إن كانت عن فطره، أو عدّه الطلاق لو كانت عن غير فطره (1).

ومنها: أثر الشهاده بالقتل، وهو القصاص، بناءً على كونه من الحدود التى تدرأ بالشبهه، قال فى (القواعد) وشرحها: « لو رجعا قبل استيفاء القصاص فى النفس لم يستوف، احتياطاً فى الدماء، وهل ينتقل إلى الديه؟ إشكال، من الشهاده

ص: ١٣٢٠

بحق الآدمى ولما تعذر القصاص ثبت الدية لأنها بدله، ولثلاً يظل دم امرئ مسلم. ومن أصل البراءة وأن الدية لا تثبت فى العمدة إلا صلحاً، وأن الرجوع عن الشهادة عليه أسقطه من أصله وإلا أوجب القصاص، فإن أوجبتها رجوع بها عليهما أخذاً بإقرارهما» (١).

قلت: أولاً: ليس القصاص من الحدود حتى يعمه دليل الدرء.

وثانياً: لو كان دليل الإلحاق هو الإحتياط فى الدماء، فلماذا لم تسقط آثار الحكم بالردّ إلحاقاً بسقوط القتل، مع أن المال والفرج مما يحتاط فيه كالنفس؟

وثالثاً: لو سلّم إلحاق القصاص بالحدود، فالأقوى هو الوجه الثانى، وهو عدم الإنتقال إلى الدية، لما ذكره كاشف اللثام واختاره صاحب (الجواهر) (٢).

هذا، وفى (المسالك): وينبغى إلحاق العقوبات كالقتل والجرح بالحدود والعقود والإيقاعات بالمال، لسهوله خطرها وترجيحاً لحق الآدمى، ويحتمل إلحاق النكاح بالحدود، لعظم خطره وعدم استدراك فائت البضع (٣).

فبالنسبة إلى «القتل والجرح» مثلاً قال: ينبغى الإلحاق، وبالنسبة إلى «النكاح» قال: يحتمل الإلحاق.

لكن فى (الجواهر) نسب إليه احتمال إلحاق الثلاثة بالحدود (٤).

وكيف كان، فإنه يضعف: بأن ما ذكره وجهاً للإلحاق لا يصلح معارضاً للدليل، لأن دليل الدرء مخصوص بالحدود، وعظم خطر الامور المذكوره وإن كان

ص: ١٣٢١

١- (١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩، كشف اللثام ١٠: ٣٧٥، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٣.

٢- (٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧٥، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٣.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٤: ٢٩٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٣.

صحيحاً لا يستوجب إلحاقها بالحدود، إلا مع القطع بالملاك.

الصورة الرابعة: أن يرجع بعد الحكم وتسليم المال إلى المحكوم له لكن عينه قائمه.

وفى هذه الصورة قولان. قال المحقق:

« أما لو حكم وسلم، فرجعوا والعين قائمه، فالأصح أنه لا ينقض ولا تستعاد العين. وفى النهايه: ترد على صاحبها. والأول أظهر»
(١).

أقول: إن الحكم بعدم نقض الحكم فى صورته تسليم المحكوم به إلى المحكوم له، أولى من الحكم به فى صورته عدم استيفائه له، وأما ضمان الشاهدين، فن الحكم المستند إلى شهادتهما أوجب خروج المال عن ملك المحكوم عليه، فهو كالتلف، نظير الإلقاء فى البحر، ورجوع الشاهدين كالإقرار بالأتلاف، فهما ضامنان لهذا المال.

وهذا القول هو الأصح، وفاقاً للمحقق، بل المشهور، بل قيل: إن عليه عامه المتأخرين، بل والقدماء كما فى (الجواهر) (٢).

وذهب الشيخ فى (النهايه) إلى نقض الحكم وردّ العين على صاحبها حيث قال: وإن كان رجوعهما بعد حكم الحاكم غرماً ما شهدا به، إذا لم يكن الشئ قائماً بعينه، فإن كان الشئ قائماً بعينه ردّ على صاحبه، ولم يلزم شيئاً (٣)، وقد تبعه عليه بعضهم.

ص: ١٣٢٢

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٣.

٣-٣) النهايه: ٣٣٦.

قال في (الجواهر): لا- لما ذكروه لهم من الوجوه الواضحه الفساد (١)، بل لما عن جامع المقاصد من الروايه بذلك، بل قيل: يمكن أن تكون هي روايه جميل عن الصادق عليه السلام: « في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل » (٢).

وإن كان فيه ما لا يخفى (٣).

وفيه: إن النقص في مفروض السؤال في الخبر على القاعده، لأن الحكم مستند إلى شهاده زور فهو ساقط، وإذا سقط والعين تالفه ثبت الضمان، من جهه قوه السبب على المباشر، ولا يصلح هذا الخبر دليلاً على النقص في محلّ الكلام وهو الرجوع عن الشهاده، فإنه لا يثبت من الرجوع كون الشهاده زوراً، بل يتردد الأمر بين صدق الشهاده الاولى والشهاده الثانيه.

وبما ذكرنا يظهر ما في كلام (كشف اللثام) من اختياره لهذا القول معللاً له بأن الرجوع كشف عن بطلان ما استند إليه الحكم من الشهاده، لظهور كذبهم في

ص: ١٣٢٣

١- ١) أقول: أما الوجوه، فقد ذكرها صاحب المستند وأجاب عنها وهذا نص عبارته: واستدلّ لهم بأن الحق ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا سقط كما لو كان قصاصاً، ولأن الحكم دوامه يكون بدوام شهادتهما كما أن حدوثه كان بحدوثها. (قال): والأول عين النزاع، والقياس على القصاص مع الفارق، لأن الشبهه في القصاص مؤثره، والأخير يصح لو قلنا بأن العله المبقية هي العله الموجدّه، وهو غير لازم (مستند الشيعه ١٨: ٤٣٠). وأما جامع المقاصد فليس فيه كتاب الشهادات، ولعلّ المراد هو كتاب الجامع للشرائع. أنظر ص ٥٤٦ منه. وأما الاستدلال بخبر جميل فهو في الكفايه (كفايه الاحكام ٢: ٧٨٥) حيث استدللّ به لهذا القول معبراً عنه بالصحيحه، ثم قال: ولا يبعد ترجيح هذا القول. قال في المستند: وهو كما قاله بعض مشايخنا المعاصرين غفله واضحه. . فذكر ما قال صاحب الجواهر.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٧/٢. كتاب الشهادات، الباب ١١.

٣- ٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٤.

أحد القولين، والأصل براءة تهم من الغرامه (١). لأن المفروض هو التردد بين صدق الاولى والثانيه.

وأما مع العلم ببطلان الشهاده الاولى، فلا كلام فى النقض.

ص: ١٣٢٤

١-١) كشف اللثام ١٠: ٣٨٧.

المسألة الخامسة: (في ما لو رجع الشهود وكان المشهود به قتلاً أو جرحاً)

قال المحقق قدس سرّه: « المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفى ثم رجعوا، فإن قالوا: تعمدنا أقتص منهم، وإن قالوا: أخطأنا، كان عليهم الدية، وإن قال بعض تعمدنا وبعض أخطأنا. . . » (١).

أقول: المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً وكانت الشهادة جامعاً للشرائط المعتبرة، حكم الحاكم بالاستيفاء. . . ثم إذا رجع الشهود عن شهادتهم التي استند إليها الحكم وكانوا السبب الواقعي لقتل المشهود عليه أو جرحه سئلوا عن شهادتهم الأولى:

فإن قالوا: تعمدنا الكذب، اقتص منهم (٢)، وذلك لما ذكرنا من قاعده قوه السبب على المباشرة، وفي (الكفايه) إنه المقطوع به في كلام الأصحاب (٣).

وإن قالوا: أخطأنا، كان عليهم الدية. وظاهر قول المحقق وغيره: « عليهم »

ص: ١٣٢٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٢-٢) قال في الجواهر هنا « إن أمكن ». وهو إشارة إلى أن عبارته المحقق « اقتص » أعم من القتل والجرح، والقصاص في الطرف وهو الجرح قد يمكن وقد لا يمكن، فإن أمكن اقتص وإلا انتقل إلى الدية. وهذا معنى عبارته المسالك: فإن قالوا تعمدنا فعليهم القصاص أو الدية في موضع لا يقتص فيه من المتعمد موزعه على ما هو مذكور في الجنایات، وكذا في المستند وغيره.

٣-٣) كفايه الأحكام ٢: ٧٨٣.

هو كونها في أموالهم، وبه صرح في (الجواهر) (١).

أقول: أما الانتقال إلى الديه فلا كلام فيه، إنما الكلام في أنه من الخطأ المحض أو أنه شبهه عمد؟

قال في (المسالك): « فإن قالوا أخطأنا، فعليهم الديه على ما يفصل في قتل الخطأ » (٢) وظاهره أنه من الخطأ المحض، وتبعه بعضهم كصاحب (كشف اللثام) حيث قال: « فعليهم الديه في أموالهم، لأنه ثبت بإقرارهم، إلا أن تصدقهم العاقله » (٣).

وقال صاحب (الجواهر): لأنه شبهه عمد.

أقول: « الخطأ » هو وقوع « القتل » مثلاً بلا قصد منه إليه، كما لو رمى حيواناً فأصاب إنساناً وقتله.

و « شبه العمد » هو أن يكون قاصداً للقتل لكن يشتهه في تطبيق من يقصد قتله فيقتل غيره، كمن حفر بئراً على طريق زيد قاصداً وقوعه فيها لأنه مهدور الدم فوقع فيها فمات، ثم ظهر كون المهدور دمه غير زيد.

و « العمد » هو القيام بهذه المقدمات، مع عدم الإشتباه في التطبيق والعلم بكونه معصوم الدم.

ففي « العمد » القصاص.

وفي « شبه العمد » الديه في ماله.

وفي « الخطأ » الديه على العاقله.

ص: ١٣٢٤

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٥.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٠.

٣-٣ (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٧٥.

فصاحب (الجواهر) يقول بثبوت الدية في مال الشهود، لأنه شبيه عمد، وصاحب (كشف اللثام) يقول: بثبوتها في أموالهم، لأن الخطأ قد ثبت بإقرارهم لا بالبينة والإقرار إنما يقبل إذا كان من المقرّ على نفسه، فلا يفيد لثبوتها على العاقله إلا إذا صدّقوهم.

فالكلّ متفقون على ثبوت الدية في أموالهم، إلا أن (كاشف اللثام) يقول بثبوتها في أموال العاقله إن صدقتهم، وتحقيق المطلب في محلّه إن شاء الله تعالى.

قال في (الجواهر) : وكأن الوجه في التمسك بقولهم: « تعمدنا » و « أخطأنا » أنه غالباً لا يعرف ذلك إلا من قبلهم (١).

قلت: كأنه جواب سؤال مقدّر هو: إنه كيف يقبل منهم قولهم: « تعمدنا » أو « أخطأنا » ويرتب الأثر عليه، مع أن من الممكن أن يكون متعمداً في الواقع ثم يدعى الخطأ؟

فالجواب: إن القصد وعدم القصد أمران قليبان، لا يمكن إقامه البينه أو البرهان عليهما، فهما كبعض الأحكام المتعلقة بالنساء لا يعرفان إلا من قبل القاتل نفسه.

ثم ذكر رحمه الله فرعاً وهو: ما إذا رجعوا عن الشهاده ومنع مانع من قول « تعمدنا » أو قول « أخطأنا » فلم يعرف الأمر من قبلهم، ولا طريق آخر لمعرفه ما إذا كانوا متعمدين فالقصاص أو مخطئين فالديه، فهل يلزم بالديه لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم، أو يوقف الحكم حتى يعلم الحال، ولو بأن ينتقل القصاص على فرضه إلى الدية بموت ونحوه؟ وجهان.

ص: ١٣٢٧

قال في (الجواهر): لا يخلو أولهما من قوه (١).

لو قال بعض تعمدنا وبعض أخطأنا

قال المحقق: « وإن قال بعضهم: تعمدنا. وبعض: أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الديه، ولولى الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن ديه صاحبه، وله قتل البعض ويردّ الباقي قدر جنائهم» (٢).

أقول: قال في (الجواهر): كل ذلك لا خلاف فيه، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه. واستدلّ له بأمر:

الأول: قاعده قوه السبب على المباشره.

وهذه قاعده مسلمه (٣) عند العرف، فإنهم يرون الشاهد هو السبب في إحقاق الحق أو إضاعته، والحاكم والمباشر للأمر على أثر حكمه معذوران عندهم.

وتؤيد هذه القاعده النصوص الوارده في موارد مختلفه.

الثاني: عمومات القصاص كقوله تعالى: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» (٤) بناءً على أن يكون له إطلاق.

الثالث: ما ورد في كتاب القصاص من حكم المشتركين في القتل عمداً وخطأً.

ص: ١٣٢٨

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٥.

٢-٢ (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٣-٣ (٣) هذا إشاره إلى جواب مناقشه جامع المدارك في كبرى هذه القاعده ٦: ١٥٩.

٤-٤ (٤) سوره الإسراء ١٧: ٣٣.

□

١ - ابن محبوب عن بعض اصحابه: « عن أبي عبد الله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل. قال: إن قال الراجع الرابع أوهمت ضرب الحد وأغرم الديه، وإن قال: تعمدت قتل» (٢).

وقد اشتمل هذا الخبر على وجوب الحد والديه في حال الخطأ، وكأن الحد للقذف، والديه للقتل عن خطأ، وهذا مما لم يفت به. أما في حال العمد، فقد حكم فيه بالقتل من دون تعرض للحد. واشتمال الخبر على ما ذكرنا يوجب سقوط تلك الفقرة منه إن لم يوجب سقوطه كله.

٢ - محمد بن قيس: « عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق، فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا. فقضى عليهما أن غرمهما نصف الديه، ولم يجز شهادتهما على الآخر» (٣).

ومعنى: « غرمهما نصف الديه» أنه غرم كل واحد منهما نصف ديه الأصابع التي قطعها بشادتهما.

٣ - السكوني « عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبه علينا، غرما ديه اليد من أموالهما خاصة. وقال في أربعة شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجمعها

ص: ١٣٢٩

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٥.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٨/١. كتاب الشهادات، الباب ١٢.

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٢/١. كتاب الشهادات، الباب ١٤.

وهم ينظرون فرجم، ثم رجع واحد منهم. قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبه علي. وإذا رجع اثنان وقالوا: شبه علينا غرما نصف الدية، وإن رجعوا كلهم وقالوا: شبه علينا غرموا الدية. فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً» (١).

□
٤ - إبراهيم بن نعيم: « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجح أحدهم عن شهادته. قال: فقال: يقتل الرابع الرجح ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية» (٢).

دلّ على أن من أقبل بالعمد يقتل، ويبقى البحث في دلالة على وجوب دية على الثلاثة الباقين، لا على ولى المقتول، وقد قال المجلسي: رحمه الله ظاهر الأصحاب والأخبار أن المؤدى للديه هو ولى الدم. . . .

وسياتى تمام الكلام على هذا الخبر حيث يتعرض المحقق لفتوى الشيخ فى النهاية.

هذا وفى (المسالك) هنا ما نصه: « وكذا لو شهدوا بالردّه فقتل، أو على المحصن فرجم، أو على غير المحصن فجلد ومات منه، لكنه هنا يلزمهم الدية، لأنه عمد شبيه الخطأ، لقصدهم إلى الفعل المؤدى إلى القتل» (٣).

وتوضيحه: أن الشهود إذا شهدوا على غير المحصن فجلد ومات من الجلد، فإنهم قد شهدوا بما يوجب الضرب، والضرب لا يؤدى إلى الموت غالباً، فيكون حال المباشر الذى باشر الضرب بما لا ينتهى إلى الموت عادة فاتفق موت المضروب، فالحكم هو الدية، لأنه قد صدر الفعل عن عمد ولم يقصد القتل، فهو

ص: ١٣٣٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٢/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٤.

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٩/٢. كتاب الشهادات، الباب ١٢.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٠.

لو قال أحد شهود الزنا بعد الرجم تعمدت

قال المحقق: « لو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمدت. فإن صدّقه الباكون كان لأولياء الدم قتل الجميع. . . أما لو لم يصدّقه الباكون لم يمض إقراره إلا على نفسه فحسب. وقال في النهاية: يقتل ويردّ عليه الباكون ثلاثة أرباع الديه (١). ولا وجه له » (٢).

□

أقول: ذكر المحقق رحمه الله لهذا الفرع صورتين، فالأولى: أن يصدق باقى الشهود قول القائل منهم: « تعمدت » أى: أن يقولوا أيضاً: تعمدنا. هذا معنى عبارته المحقق وإن كانت غير واضحة فيه، وكذا لو ادّعى تعمد الباكين مثله فصدّقه. ولو كان المراد تصديقهم إياه فى قوله « تعمدت » بمعنى علمهم الآن بكذبه فى تلك الشهاده، وأنهم لو علموا بذلك فى ذاك الحين لما شهدوا، كان عليهم الديه ولا يقتلون.

والحكم فى هذه الصورة هو: أن لأولياء الدم قتل جميع الشهود، ويردّون ما فضل عن ديه المرجوم، أى يؤدّون لورثه كل واحد منهم ثلاثة أرباع الديه.

وإن شاء أولياء الدم قتلوا واحداً من الشهود مع رضا الباكين، وحينئذ يردّ الباكون تكمله ديه المرجوم إلى ولى الدم بالحصص، بعد وضع نصيب المقتول.

وإن شأوا قتلوا أكثر من واحد من الشهود، وعلى الأولياء ردّ ما فضل عن

ص: ١٣٣١

١-١) النهاية: ٣٣٥.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

ديه المرجوم إلى وراث المقتولين، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد وضع نصيب المقتولين. فلو قتلوا اثنين منهم ردوا على وراثهم ثلاثة أرباع الدية عن كل واحد، وعلى كل من الاثنين الباقيين ربع الدية، يؤدى إلى وراث المقتولين.

هذا هو الحكم. وفي (الجواهر): لا- إشكال فى شىء من ذلك ولا خلاف (1). وفي (المسالك): الضابط إن الشهاده متى أوجبت القتل سواء كان بسبب الزنا أو بسبب القصاص أو الرده، فالحكم ما ذكر من جواز قتل المتعمد، وأخذ الدية من الخاطي، وحكم الرد مع زياده المقتول على ما يفصل فى بابه (2).

□
والصوره الثانيه فى هذا الفرع: أن لا يصدق الباقون قول القائل من الشهود « تعمدت »، وفيها خلاف، فالمحقق رحمه الله قال: « لم يمض إقراره إلا- على نفسه فحسب » قال فى (المسالك): لاختصاص حكم الإقرار بالمقر، فإن اختار الولي قتله رد عليه ثلاثة أرباع ديته، وإن اختار أخذ الدية كان عليه الربع خاصه، لأنه إنما أقر بالشركه فى القتل، وكذا لو قال: أخطأت.

وفى (المسالك) عن الشيخ فى (النهايه): إن قال تعمدت قتل، وأدى الثلاثه إليه ثلاثه أرباع الدية، وإن رجع اثنان وقالوا: أوهمنا، ألزما نصف الدية، وإن قالوا: تعمدنا، كان للولي قتلها ويؤدى إلى وراثها ديه كامله بالسويه بينهما، ويؤدى الشاهدان الآخران إلى وراثها نصف الدية. وإن اختار الولي قتل واحد قتله، وأدى الآخر مع الباقيين من الشهود على ورثه المقتول الثانى ثلاثه أرباع الدية (3).

ص: ١٣٣٢

١- ١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٧.

٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٠.

٣- ٣) النهايه فى مجرد الفتوى: ٣٣٥، بتفاوت.

(قال) : ووافقه ابن الجنيّد (١).

قلت: عبارہ الشيخ مطلقہ، فليس فيها قول الباقيين « تعمدنا » أو « أخطأنا » أو ذكر لبقائهم على الشهاده، فهي بإطلاقها مخالفه لفتوى المشهور.

ومستند ما ذهب إليه كما في (المسالك) و (الجواهر) حسنه إبراهيم بن نعيم المتقدمه، الصريحه في أنه « يؤدى الثلاثه إلى أهله ثلاثه أرباع الديه » (٢)، وهو مطلق، أى سواء أقرّوا بالخطأ أو ثبتوا على شهادتهم، وأما لو أقرّوا بالتعمد جاز قتلهم كذلك.

فالخبر يدلّ على قول الشيخ، لكن من الممكن حملة على الإقرار بالخطأ، أو على صورته شبه العمد، لأنهم لو كانوا يعلمون بكذب الرابع لما شهدوا، وحيث رجح انكشف لهم، فهو شبيه عمده وعليهم الديه.

فإن تم هذا الحمل فهو، وإلا فالخبر معرض عنه وإن كان معتبراً سنداً، لمخالفته للأصل، فإن أحداً لا يلزم بإقرار غيره.

ومن هنا قال العلامة بعد نقل قول الشيخ: « ليس بجيد » (٣) وقال المحقق: « لا وجه له ».

وأما الإشكال في الخبر: بأن الرجوع عن الشهاده لا يلزم كون الشهاده بالزور (٤). ففيه: إن جواب الامام عليه السلام يكشف عن كون تلك الشهاده

ص: ١٣٣٣

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠١، مختلف الشيعة ٨: ٥٢٥.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠١، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٧.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣: ٥١٠.

٤-٤) جامع المدارك ٦: ١٦٠.

فإن قيل: لما كان القاضى من قضاة الجور فإن الشهود كلهم ضامنون، فيقتلون.

فإنه يجاب: بأن جواب الإمام عليه السلام منزل على حكم الحاكم الذى يجوز الترافع إليه، مع أنه قد يتوقف إحقاق الحق على الرجوع إلى قاضى الجور، ومع التنزل عن ذلك، فإنه لم يكن للشيعة مناص من إنفاذ حكم قضاة العامه، فإن كانوا كاذبين فى شهادتهم ضمنوا، وإلا فقد شهدوا عند هذا القاضى لأجل إحقاق الحق، فلا ضمان، بل الضامن فى الواقع هو القاضى، أما الذى رجع عن شهادته فالقصاص جزاؤه.

والحاصل: إنه إن لم يرجع الباقون، فلا شىء عليهم، وإن رجعوا وقتل ولى الدم أكثر من واحد منهم، كان عليه فاضل الديه من ماله الخاص.

ولو قال: تعدت الكذب وما ظننت قبول شهادتى فى ذلك فى (القواعد).

و (الجواهر): فى القصاص إشكال (١).

أى: من أنه كان يظن أن هذه الشهادة لا تقبل، فلا يقتل المشهود عليه بها، فهو غير قاصد لقتله، فلا عمد فلا قصاص، ومن أنه قد قتل المشهود عليه بشهادته، فهو السبب فيه فالقصاص.

واختار فى (القواعد) و (كاشف اللثام) وعن (المبسوط) أيضاً العدم (٢)، قال: لكنه شبيه عمد، لأنه قصد الفعل ولم يقصد القتل، فلا تجب إلا الديه مغلظه. وخالف فى (التحرير) فاختار القصاص (٣)، لاعترافه بتعمد ما يقتل غالباً.

ص: ١٣٣٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٨.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩، كشف اللثام ١٠: ٣٧٦، المبسوط ٨: ٢٤٦.

٣-٣) تحرير الأحكام ٥: ٢٨٥.

قلت: وهو مشكل. والتفصيل فى محلّه.

وقال فى (القواعد): وكذا لو ضرب المريض لتوهمه أنه صحيح ما يتحمّله الصحيح دون المريض فمات، على إشكال (١).

قلت: ووجه الاشكال ما ذكرنا.

قال (كاشف اللثام): وفى التحرير والارشاد القصاص فيه، مع أن العلامه فى الإرشاد استقرب فى الفرع الأول الديه كما هنا. وكان الفرق بالمباشره والتسيب.

قال: وحاصل المسألتين: أنه إذا باشر أو سبب عمداً ما يقتل غالباً بظن أنه لا يقتل فقتل، فهل هو عمد أو شبيه عمد (٢)؟

قلت: وظاهر عباراتهم أن الضمان على الشهود، لكن مقتضى القاعده ضمان المباشر، لأن الشهود إنما شهدوا بالزنا، والحاكم حكم بالحدّ، إلا أن المباشر ضربه وهو يراه مريضاً، فهو الضامن.

وفى (القواعد): ولو صدّقه الباقون فى كذبه فى الشهاده أى إنه لم يشهد زناه لا فى كذب الشهاده أى إن المشهود به واقع اختص القتل به، ولا يؤخذ منهم شىء (٣).

قال كاشف اللثام: وإن اعترفوا بأنه لم يكن شهود الزنا بالحق متكامله، بل على الولي ردّ فاضل الديه (٤).

واعترضه فى (الجواهر) بقوله: لا يخلو من نظر مع علمهم بالحال من أوّل

ص: ١٣٣٥

١-١ (١) قواعد الأحكام ٣: ٥٠٩.

٢-٢ (٢) كشف اللثام ١٠: ٣٧٦.

٣-٣ (٣) قواعد الأحكام ٣: ٥١٠.

٤-٤ (٤) كشف اللثام ١٠: ٣٧٧.

قلت: وهو فى محلّه، إلا إذا كانوا غافلين عن عدم حضور الرابع.

حكم ما لو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا

قال المحقق: « ولو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا، ضمنا القيمه تعمداً أو خطأ، لأنهما أتلّفا بشهادتهما» (٢).

أقول: إنما يضمّنان قيمه العبد، لأن العتق بمنزله الإتلاف، وقد كانا السبب فى ذلك. وإذا رجعا لم يرجع رَقاً، وأما القيمه، فهى قيمه العبد فى وقت الحكم، لأنه وقت الإتلاف.

وظاهر كلماتهم عدم الخلاف، فى عدم رجوعه رَقاً بالرجوع، قال فى (كشف اللثام) و (الجواهر): خلافاً لبعض العامه، فردّه فى الرق. قال الثانى: ولا وجه له، لأصالة صحه الحكم (٣).

قلت: والأولى الاستدلال بأدلّه نفوذ الحكم.

ثم إنه لا- يفرق فى الإتلاف بين العامد والخاطى، لأنهما أتلّفا المال على المالك على كلّ حال بشهادتهما، والمال يضمّن بالتقويت.

قال فى (المسالك) و (الجواهر): ولا فرق بين أن يكون المشهود بعته قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد أو معلق العتق بصفه، خلافاً لبعض العامه فى أم الولد

ص: ١٣٣٦

١- (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٢٨.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٣- (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٨٧، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

حيث قال: لا غرم (١).

قلت: ولا وجه لقوله، لأن شهادته قد تسبب عتقها في حال الموت ولدها في حياتها.

ولو كانت الشهادة على تدبير عبد ثم رجعا بعد الحكم، لم يغرم الشاهدان في الحال، لأن الملك لم يزل ما دام المولى حياً، فإذا مات ولم يرجع عن تدبيره، فوجهان: من جواز الرجوع له متى شاء إلا أن يشهدا بالتدبير منذوراً، بأن يكون قد قال مثلاً: لله على إن برىء ولدى من مرضه أن يكون عبدى فلان حرّاً بعد وفاتي، فإن النذر بهذه الصّوره يمنع من الرجوع. ومن أنهما السبب في العتق، وأنه لا يجب على المولى الرجوع وإن جاز له.

اختار الشهيد الثانى الغرامه (٢)، وكاشف اللثام العدم (٣)، قال فى (الجواهر) : ولعله الأقوى.

قلت: والوجه فى ذلك هو: إن التدبير يقتضى الحرّيه بعد الموت، والمانع هو رجوع المولى، فإذا لم يرجع أثر المقتضى أثره، ونسب الإلتلاف عرفاً إلى المولى لا الشاهدين، نظير ما لو أبلغ الرجل سارقاً إلى دارٍ للسرقة، فدخلها السارق ومكّنه صاحب الدار من السرقة مع إمكان دفعه له، فإنه هو المقصّر عند العرف لا الرجل المزبور.

ص: ١٣٣٧

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٢، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

٢-٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٢.

٣-٣) كشف اللثام ١٠: ٣٨٨.

ولو مات المولى ولم يرجع، وقد رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد موته، ففي (المسالك) و (الجواهر) : أغرما للورثة (١).

قلت: فإن قيل: ان هذا المال يخرج عن ملك المولى بمجرد موته، لأن المفروض هو التدبير وعدم الرجوع منه، وإذ ليس من ملكه، فلا تشمله ضابطه كلّ ما ترك الميت من مال أو حق فهو لورثته، فهو ليس للورثة حتى يغرما لهم.

قلت: إن ثبوت الغرم هو من جهة أنه لو كان هذا المال باقياً في ملك المولى لانتقل إلى ورثته بموته، لكن السبب في تلفه هو الشاهدان، فهما المتلفان لما كان ينتقل إليهم، فعليهما الغرم لهم.

هذا فيما لو شهدا على التدبير ورجعا.

وأما لو شهدا بكتابه عبده وفي كتابه يخرج العبد عن سلطنه المولى، وليس للمولى الرجوع عن الكتابه، بخلاف التدبير، وليس الكتابه بيعاً، بأن يبيع المولى العبد من نفسه، إذ لا عرفيه لذلك، بل هي معامله مستقلة ثم رجعا، فإن عجز و ردّ في الرق فلا شيء عليهما، لأنهما لم يفوتا شيئاً، كما في (القواعد) و (كشف اللثام) و (الجواهر) (٢).

وهل مجرد العجز موجب للرق أو هو ورجوع المولى؟ وجهان، والأظهر الأوّل.

قال في (الجواهر) : نعم في (التحرير) : يحتمل أن يقال: عليهما ضمان أجره مدّه الحيلولة إن ثبتت، وجزم به في (المسالك)

(٣)

ص: ١٣٣٨

١-١) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٢، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣: ٥١٣، كشف اللثام ١٠: ٣٨٨، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

٣-٣) تحرير الأحكام ٥: ٢٨٩، مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٣، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

قلت: أى: لا- يضمنان غيرها شيئاً، وشهادتهما وإن أوجبت عيباً فى الملك ونقصت من قيمته، وكان عليهما بذل تفاوت القيمة أيضاً، لكن رجوعه إلى الرقيه بالعجز رافع للعيب، وذلك مسقط للضمنان، فليس عليهما إلا بدل الحيلولة. هذا كلامهم.

وفيه إشكال، ولا سيما وأنه ينافى ما سيدكر عنهم من الفتوى بعدم استعادة الغرامه فى الفرع الآتى. هذا إن عجز.

وإن أدى وعتق، ضمن الشاهدان جميع قيمه العبد وفقاً للقواعد والمسالك والجواهر (١)، لأنهما فوّتا على المولى بشهادتهما، وما قبضه السيد من كسب عبده لا يحسب عليه لأنه ماله.

واحتمل جماعه: أن لا يضمننا إلا ما زاد من قيمته على النجوم إن زادت، بناءً على أن المكاتبه بيع للمملوك من نفسه بالنجوم.

ولكن قد أشرنا إلى ضعف هذا المبني.

ولو أراد تغريمهما قبل انكشاف الحال أى حال العجز أو القدره على أداء النجوم غرما ما بين قيمته سليماً أو مكاتباً، من جهه أن المكاتبه تحدث فيه عيباً، ولا يستعاد من المولى ما أخذه منهما لو استرق، لزوال العيب بالرجوع، وهو فعل المولى لا فعلهما.

والحاصل: إن العيب مستند إلى شهادتهما فيغرمان، ورفع غير مستند إليهما حتى تستعاد الغرامه، فلا- تستعاد وفقاً للقواعد والجواهر (٢).

هذا لو كانت الكتابه مشروطه، بمعنى عدم تحرر شيء منه حتى يدع القيمه

ص: ١٣٣٩

١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥١٣، مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٣، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٣: ٥١٣، جواهر الكلام ٤١: ٢٢٩.

كلها فيتحرر كله، في مقابل الكتابه المطلقه، بمعنى اعتاقه بأزاء ما يؤديه من النجوم.

فلو شهدا بالكتابه المطلقه جاء فيها ما ذكر في الشهاده بالمشروطه: من الضمان لما ينعق منه بأزاء ما يؤديه من النجوم، ومن احتمال ضمان ما زاد من قيمه الشقص على ما يؤديه منها وقد عرفت ضعف مبناه ومن احتمال التحرير لضمان أجره الحيلوله إن كانت، ومن أن للمولى تغريم الشاهدين قبل انكشاف الحال ما بين قيمته سليماً ومكاتباً.

ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمه، فحكم الحاكم، اعتق العبد وملك المولى المال لأنه يؤدي من كسبه، وضمن الشاهدان القيمه.

ولو شهدا أنه وقفه على مسجد أو جهه عامه، فكالعتق، ولا يرد الوقف بالرجوع.

والأهمه إن استولدت لا تباع إلا أن يموت ولدها، فلو شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا في حياه المولى، غرما ما نقصته الشهاده من قيمتها، ولا تستعاد الغرامه من المولى إن مات الولد، لأنه ارتفاع عيب بفعله تعالى.

أما لو قتلا ولدها، فهل لهما الرجوع في الغرامه؟ في (كشف اللثام) و (الجواهر) احتمال (1). أي: لارتفاع العيب بفعالهما حينئذ، ولكنه مشكل. والله العالم.

ص: ١٣٤٠

المسألة السادسة: (في بعض أحكام شهادة الزور)

قال المحقق: « إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم واستعيد المال، فإن تعذر غرم الشهود، ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقروا بالعمد. ولو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير لم يضمن الشهود، وكان القصاص على الولي» (١).

أقول: إذا ثبت عند الحاكم أن الشهود الذين حكم بشهادتهم قد شهدوا بالزور، نقض الحكم، لانكشاف اختلاف ميزان الحكم، بل هو أولى بالنقض من تبين فسق الشهود. وحينئذ، فإن كان مورد الحكم مالا استعيد إلى المشهود عليه، فإن تعذر إعادته إليه، غرم الشهود، لأنهم هم السبب في تلفه على مالكة (٢)، ويدل عليه مع ذلك نصوص منها:

١ - جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: « في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» (٣).

ص: ١٣٤١

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٣.

٢-٢) أقول: لكن هذا لا ينفى ضمان المحكوم له العالم بالحال، فهو ضامن أيضاً كالشهود، وللمشهود عليه الرجوع إلى أي الطرفين شاء.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٧/٢. كتاب الشهادات، الباب ١١.

٢ - محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: « في شاهد الزور ماتوبته؟ قال: يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله. . . » (١).

وإن كان مورد الحكم قتلاً، فقتل المشهود عليه، ثبت القصاص على الشهود - إن كان المباشر لا يعلم بكونها شهادة زور. وذلك لأن حكم الشهود في هذه الحال حكمهم إذا رجعوا وأقرّوا بالعمد، الذي قد عرفت ثبوت القصاص عليهم فيه دون المباشر.

وأما لو باشر الولي القصاص، ثم اعترف بكون الشهادة التي أقامها شهادة زور، لم يضمن الشهود وكان القصاص على الولي خاصة، لكونه هو السبب في القتل، ومن هنا أيضاً يكون عليه الدية لو باشر القصاص واعترف بالخطأ.

ولو رجع مع الشهود، فهل عليه القصاص فقط كذلك أو يكون معهم كالشريك فيقتص منهم جميعاً؟ وجهان: من أنه المباشر وهم معه كالممسك مع القاتل، ومن أنهم متعاونون معه على القتل وليسوا كالممسك مع القاتل، فإنهم قد صوّروه بصوره المحقّين، فعليهم جميعاً القصاص أو الدية منصفه بالحساب.

والأجود هو الأول، تبعاً لصاحبى (المسالك) و (الجواهر) .

ص: ١٣٤٢

المسألة السابعة: (حكم ما لو شهدا بالطلاق ثم رجعا)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمننا، وإن كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمى، لأنهما لا يضمنان إلا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهاده» (١).

أقول: في الشهاده بالطلاق ثم الرجوع عنها، ذكر المحقق رحمه الله صورتين، احدهما: أن تكون الشهاده بعد الدخول، والثانيه أن تكون قبله.

والمقصود بالبحث في هذه المسأله هو الضمان، وأما حكم الحاكم فلا ينتقض برجوع الشاهدين، لأن قولهما في الرجوع محتمل، فلا يردّ القضاء المبرم بقول محتمل.

وثبوت الضمان وعدمه في هذه المسأله مبني على أن البضع هل يضمن بالتفويت، كما لو فوت الشخص منافع أجير لغيره بحبس ونحوه، أم لا يضمن، كما لو فوت منافع الحرّ بحبسه، فإنه لا يضمن له شيئاً؟ قال المشهور بالثاني، وعلى هذا، فلو قتلها الزوج أو قتلت هي نفسها لم يضمن بضعها، وكذا لو غصب أمه وماتت في يد الغاصب، يضمن بذلك قيمه الأمه وقيمه منافعها وإن لم يستوفها دون بضعها مع عدم استيفائه.

ص: ١٣٤٣

وقيل: بالأول، لأن البضع متقوم بالمال، ومن ثم، لو استوفاه مستوف ضمن بقيمته، وهي مهر المثل.

فعلى المشهور يأتي التفصيل الذى ذكره المحقق قدس سرّه، لأنه إن كانت الشهاده بعد الدخول من الزوج لم يضمن الشاهدان شيئاً، لاستقرار المهر بالدخول، قال فى (الجواهر): خصوصاً إذا كان الطلاق رجعياً وقد ترك الرجوع باختياره، للأصل، ولأنهما لم يفوتا عليه إلا منفعه البضع، وهى لا تضمن بالتفويت (١).

وإن كانت قبل الدخول ضمناً للزوج نصف المهر المسمى لها.

وعلله فى (المسالك) بقوله: « لأنهما ألزماه به وقد كان بمعرض السقوط بالردّه والفسخ من قبلها » (٢).

ولكنه تعليل غير واضح، لأن كونه فى معرض السقوط لا يوجب عدم الضمان، وإلا فإن كل مال يتلفه الإنسان من غيره هو فى معرض السقوط عن المالىه والخروج عن الملكيه، فيلزم أن لا يثبت ضمان مطلقاً.

وكيف كان، ففى (الجواهر): لا خلاف أجده فى شىء من ذلك إلا ما يحكى عن الشيخ فى (النهايه)، قال: « إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت وتزوجت ودخل بها ثم رجعا، وجب عليهما الحدّ، وضمننا المهر للزوج الثانى، وترجع المرأه إلى الأول بعد الإستبراء بعدّه من الثانى » (٣)(٤).

ص: ١٣٤٤

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٣١.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٥.

٣-٣ (٣) النهايه: ٣٣٦.

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٢.

قال في (المسالك): واستند الشيخ في ذلك إلى موثقه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام: « في شاهدين شهدا على امرأه بأن زوجها طلقها، فتزوجت، ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق. قال: يضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج، ثم تعتد، ثم ترجع إلى زوجها الأول» (١)(٢).

واحتمل في (الجواهر) استناده إلى خبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: « في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنه طلقها، فاعتدت المرأة وتزوجت، ثم إن الزوج الغائب قدم فزعم أنه لم يطلقها، وأكذب نفسه أحد الشاهدين. فقال: لا سبيل للأخير عليها، ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع، فيرد على الأخير، ويفرق بينهما، وتعتد من الأخير، وما يقربها الأول حتى تنقضي عدتها» (٣)(٤).

ثم أجاب في (الجواهر) عن موثق إبراهيم بن عبد الحميد بوجهين: أحدهما: إنه خال عن رجوع الشاهدين أو أحدهما، وحينئذ يشكل ضربهما الحد. والثاني: إنه يشكل نقض الحكم بمجرد إنكار الزوج. ثم (قال): فهو حينئذ شاذ غير موافق لما سمعته من الشيخ رحمه الله ولا من غيره (٥).

قلت: الظاهر إن السؤال عن قضيه شخصيه لا عن حكم كلى، وليس في الخبر ذكر من سؤال الإمام عليه السلام عن الرجوع، وهل كانا متعمدين في

ص: ١٣٤٥

- ١- ١) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٠/١. كتاب الشهادات، الباب ١٣.
- ٢- ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٦.
- ٣- ٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣١/٣. كتاب الشهادات، الباب ١٣.
- ٤- ٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٢.
- ٥- ٥) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٢.

شهادتهما أو عن خطأ؟ لكن حكمه عليه السلام بالحدّ والقضيه شخصيته دليل المفروغيه بينه عليه السلام وبين الراوى عن كونهما متعمدين، وإلا- لما حكم بضربهما الحدّ، ولعلّه حدّ القياده، أو أن المراد هو التعزير. وحينئذ، لا- مانع من نقض الحكم، لتبين اختلال ميزان الحكم، فلا وجه لطرح الخبر بما ذكره صاحب (الجواهر) (١).

□
ثم إنه رحمه الله حمل الخبر على تزويجها بالشهاده من غير حكم، قال: وحمله على ما ذكره الشيخ ليس بأولى من حمله على تزويجها بشهادتهما من دون حكم حاكم، ثم لما جاء الزوج رجعا عن الشهاده، واعترفا بأنهما شهدا زوراً، فلا يكون به دلاله حينئذ على ما ذكره (٢).

أقول: وهذا الحمل صحيح، لعدم التعرض فى الخبر للحكم، وأما الحدّ فوجهه ما احتملناه.

وعبارة الشيخ أيضاً خاليه عن الحكم، ولذا جعل العلامه فى (المختلف) ما ذكر بالنسبه إلى الخبر محملاً لقول الشيخ أيضاً (٣). لكن فى (الجواهر): «فيه ما فيه». وكأنه إشاره إلى قول الشهيد الثانى: وليس بجيد، فإن الشيخ استند إلى الروايه وعمل بظاهرها، فلا تأويل فى كلامه (٤).

هذا كله بالنسبه إلى موثقه إبراهيم بن عبد الحميد.

ص: ١٣٤٦

١- ١) ولعله لذا لم يشكل صاحب المسالك فى الخبر بذلك، بل اكتفى بالجواب عنه بقوله: «والروايه ضعيفه بإبراهيم، فإنه واقفى وإن كان ثقه» لكن هذا إنما يتم على مسلكه الذى لم يوافق عليه إلا القليل، كما فصل فى محلّه، ثم إنه رحمه الله ذكر حمل الروايه على ما لو تزوّجت بمجرد الشهاده من غير حكم الحاكم، وقد ذكر هذا الحمل جماعه منهم المحقق نفسه فى النافع (المختصر النافع: ٢٨٣).

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٢ - ٢٣٣.

٣- ٣) مختلف الشيعه ٨: ٥٢٧.

٤- ٤) مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٦.

وأما الجواب عن صحيحه محمد بن مسلم، فهو أنها قضيه في واقعه كذلك، ولم يرد فيها الحكم بالحدّ، وهذا كاشف عن علمه عليه السلام بخطأ الشاهدين في الشهاده، فهي محموله على هذا المحمل.

هذا، والغائب يحكم عليه، ولكن الغائب على حجته، ومعنى ذلك أن حكم الحاكم محدود، وينتهي أمدّه بحضور الغائب وإقامته الحجّه.

هذا، والذي يسهل الخطب ندره العامل بالخبرين، وإعراض المشهور عنهما، وقد تقرّر عندنا أن إعراض المشهور موهن، ولا سيما وأن الشيخ نفسه لم يفت بهما في (المبسوط)، حيث قال ما نصه:

« وأما إن شهدا بالطلاق ثم رجعا لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول فعليهما مهر مثلها عند قوم، وقال آخرون: لا ضمان عليهما وهو الأقوى عندى، لأن الأصل براءة ذمتها. وإذا شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا، فإن الحكم لا ينقض، وعليهما الضمان عند قوم. وكم يضمنان؟ قال قوم: كمال المهر، وقال آخرون نصف المهر وهو الأقوى، ومن قال بهذا منهم من قال نصف مهر المثل، ومنهم من قال نصف المسمى، وهو الأقوى عندنا، ومنهم من قال: إن كان المهر مقبوضاً لزمهما كمال المهر، وإن لم يكن مقبوضاً لزمهما نصف المهر، والفصل بينهما إذا كان مقبوضاً غرمه كلّ لا يسترد شيئاً منه، لأنه معترف لها به لبقاء الزوجيه بينهما، فلما حيل بينهما رجوع بكّله عليهما، وليس كذلك إذا كان قبل القبض، لأنه لا يلزم إلا إقباض نصفه، فلهذا رجوع بالنصف عليهما وهذا قوى (1).

ص: ١٣٤٧

١ - ١) المبسوط ٨: ٢٤٧. وقال في الخلاف (كتاب الخلاف ٦: ٢٢٢ المسأله ٧٧): « إذا شهد شاهدان على طلاق امرأه بعد الدخول بها، وحكم الحاكم بذلك، ثم رجعا عن الشهاده، لم يلزمها مهر مثلها ولا شيء منه. دليلنا: أن الأصل براءة الذمه، فمن أوجب عليهما شيئاً فعليهما الدلاله. وأيضاً: ليس خروج البضع عن ملك الزوج له قيمه، بدلاله أنه لو طلق زوجته في مرضه لم يلزم مهر مثلها من الثلث، كما لو أعتق عبده أو وهبه، فلما بطل ذلك ثبت أنه لا قيمه له، وكان يجب أيضاً لو كان عليه دين يحيط بالتركه فطلق زوجته في مرضه، أن لا ينفذ الطلاق كما لا ينفذ العتق والعطاء، فلما نفذ طلاقه ثبت أنه لا قيمه له، لخروجه عن ملكه، فإذا ثبت أنه لا ديه له لم يلزمه ضمان كما لو أتلغا عليه ما لا قيمه له. المسأله ٧٨: إذا شهدا عليه بالطلاق قبل الدخول بها ففرق الحاكم بينهما ثم رجعا، غرما نصف المهر، وبه قال أبو حنيفه، وللشافعي فيه قولان. . . دليلنا: إنه إذا حيل بينهما قبل الدخول لزمه نصف المهر، فوجب أن لا يرجع عليهما إلا بقدر ما غرم. وأيضاً: الأصل براءة الذمه، وما ألزمتها مجمع عليه، وما زاد عليه ليس عليه دليل. وأيضاً: فإنه إذا طلقها قبل الدخول بها عاد إليه نصف الصداق، فلو قلنا يرجع عليهما بكل المهر حصل له مهر ونصف، وذلك باطل.

والحاصل: إن الخبرين إما مطرحان وإما مؤلان، وأن الحكم لا- ينقض، وأنه لا- ضمان على الشاهدين مع دخول الزوج، وأما ضمانهما نصف المهر إن كان شهادتهما قبل الدخول، فهو صريح المحقق والعلامة في (القواعد) وغيرهما (١). ولم يذكر أحد منهم دليلاً تطمئن إليه النفس لضمان الشاهدين نصف المهر حينئذ (٢).

ص: ١٣٤٨

(١- ١) قواعد الأحكام ٣: ٥١١، مسالك الأفهام ١٤: ٣٠٥.

(٢- ٢) أقول توضيحاً للمسألة وتحريراً لمواضع الخلاف فيها: أولاً: إنه قد اختلفت عبارات الأصحاب في عنوان هذه المسألة، فالمحقق في المتن يقول: « إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمننا، وإن كان قبل الدخول ضمننا له نصف المهر المسمى، لأنهما لا- يضمنان إلا- ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة» هذه عبارته، ولا تعرض فيها لحكم الحاكم ولا لخلاف للشيخ، مع أن من عاداته التعرض لأقوال الشيخ كما هو معلوم. وفي النافع (المختصر النافع: ٢٨٣) يقول: « لو شهدا بطلاق امرأه فتزوجت ثم رجعا، ضمننا المهر وردت إلى الأول بعد الاعتداد من الثاني. وتحمل هذه الرواية على أنها نكحت بسماع الشهادة لا- مع حكم الحاكم، ولو حكم لم يقبل الرجوع». فتراه يورد أولاً- مضمون صحيحه محمد بن مسلم فيحملها على المحمل المذكور، ثم ينص على أنه لو حكم الحاكم لم يقبل الرجوع، ولا تعرض في كلامه لحكم الضمان. والعلامة في التحرير (تحرير الأحكام ٥: ٢٨٦) يقول: « لو شهدا بطلاق امرأه رجعا أو رجعا أحدهما قبل الحكم بطلت شهادتهما وبقيت على الزوجيه، وإن رجعا بعد الحكم، فإن كان ذلك قبل الدخول.». فتراه يفصل في العنوان بين الرجوع قبل الحكم والرجوع بعده، ويجعل التفصيل بين ما إذا كان بعد الدخول أو قبله متفرعاً على الصورة الثانية، ومن هنا أضاف في المسالك والجواهر قيد « وحكم به الحاكم» إلى عبارته الشرائع. فيكون عنوان هؤلاء للمسألة هو: رجوع الشاهدين بعد الحكم بشهادتهما بثبوت الطلاق عن الشهادة. أما الشيخ، فقد أوردنا عباراته في النهاية والخلاف والمبسوط، وكذلك أوردنا العلامة في المختلف (مختلف الشيعه ٨: ٥٢٥) ، والملاحظ أن عنوانه للمسألة في الخلاف والمبسوط يختلف عما هو في النهاية، أما في الكتابين فقد تعرض ل « حكم الحاكم» وأما في النهاية فجاءت عبارته مطابقة للنص كما هو حال هذا الكتاب غالباً والنص إما صحيحه محمد بن مسلم وإما موثقه إبراهيم بن عبد الحميد، وكلاهما خال عن « الحكم»، بل المراد تزوج المرأة بشهادتهما ثم رجوعهما عن الشهادة وقد تزوجت بزواج آخر، والخبران ظاهران في هذا، وقد أفتى المحقق في النافع بهما كما علمت. فظهر أن الشيخ غير مخالف في النهاية في مفروض القوم، وما في الجواهر من قوله: « بلا خلاف أجده في شيء من ذلك إلا ما يحكى عن الشيخ في النهاية. . .» في غير محلّه. بل تلك مسألة أخرى. كما ظهر أن عبارته النهاية والخبرين ظاهره في تلك المسألة، ولا حاجه إلى حملها عليها. ثم، إنه قد نسب إلى الكليني والصدوق والقاضى والحلبى موافقه الشيخ فيما عنوانه وذهب إليه في النهاية، فالخبران معمول بهما عند قدماء الأصحاب لا- معرض عنهما، وقد عرفت عبارته المحقق في النافع. ثم إنى بعد أن كتبت هذا، راجعت مباني تكمله المنهاج فوجدته دام ظلّه قد عنون في متنه المسألة بقوله: « إذا أنكر الزوج طلاق زوجته وهى مدعيه له، وشهد شاهدان بطلاقها، فحكم الحاكم به ثم رجعا وأظهرا خطأهما فإن كان بعد الدخول. . .» ثم عنون مسأله النهاية بقوله: « إذا شهد شاهدان بطلاق امرأه زوراً، فاعتدت المرأة وتزوجت زوجاً آخر مستنده إلى شهادتهما، فجاء الزوج وأنكر الطلاق. . .» واستدل على الحكم فيها بموثقه إبراهيم بن عبد الحميد واصفاً إياها بالصحيحه على مبناه. وثانياً: إن الحكم بعدم انتقاض الحكم برجوع الشاهدين بعده غير صاف عن الإشكال، ففي الكفايه: وإن رجعا بعد حكم الحاكم بالمفارقة فالمقطوع به في كلامهم أنه لا ينتقض الحكم بل

يثبت الطلاق، لأنه ثبت بالبينه المقبوله وحكم به الحاكم بالقضاء المبرم، فلا يبطل بمجرد رجوع الشهود المحتمل للصحة والفساد، فإن الثابت بدليل شرعى لا ينتقض إلا بدليل شرعى. قال: وفي التعليل تأمل (كفايه الأحكام ٢: ٧٨٣). بل قال فى المستند (مستند الشيعة ١٨: ٤٢٦) بناءً على ظهور الخبرين فى انتقاض الحكم كما ذكر القوم، ولذا قالوا بأنهما مخالفان للقواعد المحكمه « أى دليل شرعى أقوى من الصحيح والموثق، الموافقين لفتوى جمع من أساطين القدماء، وغير المخالفين لفتوى جمع من المتأخرين، حيث ترددوا فى المسأله مع نقل أقوال آخر فيها أيضاً عن جماعه؟ وهل يطلق على مثل ذلك الحديث الشاذ النادر؟ وهل ذلك الدليل أضعف من حديث درء الحدود بالشبهات الذى نقضوا به الحكم المبرم فى الحدود كما مر؟ مع أنه يمكن الكلام فى تعيين الشبهه وصدقها فى المورد. ولعله من هنا قال فى جامع المدارك (جامع المدارك ٦: ١٦١) : إن ما فى المتن من أنه إذا كان ما ذكر بعد الحكم لم يقبل الرجوع مشكل جداً، حيث أن النكاح ليس من قبيل الأموال، فإن المحكوم عليه فيها مع قطعه بأن الحكم على خلاف الواقع لا بد له من التسليم فى الظاهر، والمرأه كيف يجوز لها أن تمكّن نفسها للأجنبى، بل يشكل تسليم من حكم عليه بالقتل نفسه للقتل مع رجوع من شهد، بل مع عدم الرجوع وكون المحكوم عليه غير مستوجب للقتل. وثالثاً: ما ذهب إليه المحقق فى المتن من وجوب نصف المهر على الشاهدين إن كانت شهادتهما قبل دخول الزوج، منسوب إلى الأ-كثر فى المستند وإلى المشهور فى مبانى التكمله، لكنه غير خال عن الإشكال، فالعلامه فى التحرير (تحرير الأحكام ٥: ٢٨٧) وإن وافق عليه بالتالى إلا أنه أشكل عليه بقوله: عندى فى هذه المسأله إشكال، ينشأ من كون الرجوع انما يثبت على الشاهد فيما يتلفه بشهادته، ووجوب نصف المهر قبل الدخول أو المهر بعده لم يتلف من الزوج شيئاً، لأنه واجب عليه، سواء طلق أو لم يطلق. . . . وصاحب الجواهر ظاهره التردد فيه، قال فى المستند: وهو فى موقعه جداً، للزوم النصف بمجرد العقد وتلفه به، سواء كانت باقيه على التزويج أو حصل موت أو طلاق، فلم تتضمن الشهاده اتلافاً. . . وتوجيه الإلتاف بأنه كان فى معرض السقوط بالرده أو الفسخ من قبلها فكأنه لم يكن لازماً ولزم باقرارهما. نادر جداً، لأن مجرد ذلك الاحتمال العقلى الذى لا يلتفت إليه عقل سليم لا يصدق الاتلاف الموجب للضمان عرفاً، بل غايته احتمال اتلاف ضعيف غايته، وهل يترك أصل البراءه التى هى القاعده المجمع عليها المدلول عليها كتاباً وسنه بمثل ذلك الاحتمال؟ فإن قلت: إلزام ما هو محتمل السقوط ولو بالاحتمال الضعيف أيضاً ضرر عليه. قلنا: لو سلم ذلك فاللزام ضمان ما يصلح أن يكون بأزاء ذلك الضرر عرفاً وقيمه له، لا نصف الصداق، مع أنها قد تكون قد أبرأته عن النصف، أو تصالحه بشىء قليل بعد الصداق، فالقول بضمان نصف الصداق مشكل. وتوهم الاجماع المركب فيه بعد وجود أقوال شتى فى المسأله ولو كان بعضها ضعيف المأخذ فاسد، والأصل يحتاج رفعه إلى دليل ثابت، وإلا فهو أقوى دليل. وفى مبانى تكمله المنهاج: الأظهر عدم الضمان خلافاً للمشهور، ثم استدلل بما ذكره النراقى. أما السيد الاستاذ دام ظله فقد تأمل فيما ذكر وجهاً للمشهور بل أعله، لكنه كالجواهر يأبى عن مخالفه المشهور.

ومن هنا قال في (الجواهر): إن المتجه عدم ضمان شيء إن لم يكن إجماعاً بناء على أن الطلاق لم يسبب استحقاق شيء، بل هو على فرض حصوله من الفواسخ، وكان المهر كله واجباً بالعقد، وليس هو معاوضه حقيقه، ولذا يجب جميعه على الأصح في صورته الموت، ولكن للدليل في الطلاق سقط نصفه وبقي النصف الآخر مستحقاً بالعقد، وحينئذ، فلم يغرماه بشهادتهما شيئاً.

إلا- أنه كان له حبس المهر على التمكن من البضع، وقد فات بالشهاده المزبوره، وهو أمر غير متقوم، مع أنه لا- يتم في ما إذا كانت شهادتهما بعد دفعه المهر لها، وإسقاط حقه من الحبس المزبور.

وهذا وجه إشكال الفاضل في (التحرير) ، إلا أنه لم أجده قولاً لأحد من

أصحابنا، نعم، قد تشعر عباره المبسوط السابقه بوجود قائل بعدم الضمان أصلاً.

ولعلّ الإتفاق المزبور كاف في الفتوى بضمان النصف الذي هو مستحق عليه باعترافه بالزوجيه المقتضيه وجوب النصفين عليه.

نعم، لو قلنا بأن الطلاق سبب في غرامه مقدار نصف المهر اتجه حينئذ تعزيهما ذلك، لفرض بقاء المهر في ذمته مستحقاً عليه باعترافه، وهذا غرامه حدث بسبب شهاده الطلاق (١).

وبناء على انتقاض الحكم برجوع الشاهدين، ورجوع المرأه إلى الزوج. الأول، فإن المتضرر بالشهاده هو الزوج الثاني، فإن كانت شهادتهما قبل دخوله فالضمان عليهما بالنصف، وإن كانت بعده فلا ضمان.

هذا إن كان للزوجه مهر مسمّى.

قال في (الجواهر): ولو لم يكن لها مسمّى وجب نصف المتعه بناء على وجوبها (٢).

قلت: لم يتّضح لنا معنى هذه العبارة، فإن المتعه ليس لها قدر معين.

هذا كلّ لو شهدا بطلاق امرأه.

حكم ما لو شهدا بنكاح امرأه ورجعا

قال في (القواعد) و (التحرير): ولو شهدا بنكاح امرأه فحكم به الحاكم ثم رجعا، فإن طلقها قبل الدخول لم يغرم شيئا، لأنهما لم يفوتا عليها شيئا، وإن دخل بها وكان المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شيء عليهما، لأنها

ص: ١٣٥٢

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٦.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٦.

أخذت عوض ما فوّتاه عليها، وإن كان دونه، فعليهما ما بينهما، وإن لم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها، لأنه عوض ما فوّتاه عليها (١).

وقد تنظر في (الجواهر) في قوله: ولم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها (٢).

قلت: في هذه الجملة ثلاثه أمور.

فالأول: إن قوله: « وإن لم يصل إليها» مطلق، أي سواء تعذر وصوله من الزوج أولاً، وفي حاشيه القواعد هنا: هذا إن تعذر من الزوج.

والثاني: قوله: « فعليهما» أي لا ضمان على الزوج.

والثالث: قوله: « مهر مثلها» أي: لا المسمى.

فكون الضمان على الشاهدين لا الزوج، فيه نظر، من أن المفروض استيفاء الزوج البضع، فهو أولى بالضمان منهما، ومن هنا قالوا بقرار الضمان على المتلف في صورته توارد الأيدي. ومن أنه لولا شهادة الشاهدين وحكم الحاكم استناداً إلى شهادتهما كما تمكن الزوج من استيفاء البضع، فالتفويت مستند إليهما وهما السبب، فعليهما الضمان.

ثم إن كان الزوج جاهلاً بوقوع العقد كما لو وكل شخصاً في إجراء الصيغه فشهدا عنده بوقوعه قبل أن يخبره الوكيل، فدخل بها ثم رجع الشاهدان لم يكن لهما الرجوع على الزوج فيما غرماه للمرأة، لأنهما اللذان غرّاه، بل قد يقال بعدم ضمان الزوج لهما واقعاً.

وكون المضمون لها مهر المثل لا مهر المسمى، فيه نظر، من أن المفروض

ص: ١٣٥٣

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٥١٢، تحرير الأحكام ٥: ٢٨٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٧.

إقامه الزوج الشهاده على النكاح وهو المدعى له، فإنه بذلك تملك الزوجه مهر المسمى، وهو التالف، فهو المضمون. ومن أن الشاهدين الراجعين لا يقران بمهر المسمى، بل يقران بكذبهما فى الشهاده التى ترتب عليها فوت البضع فالمستقر على الضامن هو مهر المثل لا أكثر. نعم، لو كان الزوج عالماً بالواقع ومقرراً بالنكاح أخذ بإقراره.

هذا كله إذا كان المدعى للنكاح هو الرجل.

ولو كان المدعى هو المرأة، قال فى (القواعد): فإن طلق الزوج قبل الدخول بأن قال: إن كانت زوجتى فهى طالق، ضمنا للزوج نصف المسمى، وإن كان الطلاق بعد الدخول، فإن كان المسمى الذى شهدا به أزيد من مهر المثل ضمنا لزيادة للزوج، ولا ضمان إن ساواه أو نقص (١).

قال فى (الجواهر): ولا- يشكل ذلك بعدم جواز الدخول له لانكاره الزوجيه لأنه يمكن فرض دعوى الامرأه ذلك، مع عدم علمه بالحال، فإنه يجوز له الدخول حينئذ بحكم الحاكم، فإذا فرض رجوع الشاهدين عما شهدا به من النكاح بمهر معلوم، ضمنا له التفاوت بينه وبين المسمى على الوجه الذى عرفت (٢).

قال فى (القواعد): ولو شهدا بعق الزوجه فحكم الحاكم ففسخت النكاح ثم رجعا، غرما القيمه للمولى، ومهر المثل للزوج إن جعلنا البضع مضموناً وإلا فلا.

قال: ولو شهدا برضاع محرّم بعد النكاح ففرّق الحاكم بينهما، ثم رجعا،

ص: ١٣٥٤

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٥١٢. وقوله: ولا ضمان إن ساواه... ليس فى القواعد، بل فى كشف اللثام ١٠: ٣٨٥.

٢-٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٣٧.

ضمنا مهر المثل على القول بضمان البضع، وإلا فلا (١).

قال كاشف اللثام والجواهر: ولا فرق في هذه الضمانات بين تعمد الشاهدين وخطأهما (٢).

ص: ١٣٥٥

١-١) قواعد الأحكام ٣: ٥١٢. بتفاوت يسير.

٢-٢) كشف اللثام ١٠: ٣٨٥ ٣٨٦، جواهر الكلام ٤١: ٢٣٧.

قال المحقق قدس سرّه: « إذا رجعا معاً ضمنا بالسويه، وإن رجع أحدهما ضمن النصف. ولو ثبت بشاهد وامرأتين فرجعوا ضمن الرجل النصف وضمنت كلّ واحده الربع. ولو كان عشر نسوه مع شاهد فرجع الرجل ضمن السدس، وفيه تردد» (١).

أقول: لقد دلت صحيحه محمد بن مسلم (٢) على أنه إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحكم بشهادتهما واستيفاء المشهود له المال، ضمنا ما أتلّفاه بشهادتهما على المشهود عليه بالسويه، فنصف على هذا ونصف على ذاك، لتساويهما في السبب المقتضى لذلك. فإن رجع أحدهما دون الآخر ضمن الراجع النصف.

ولو ثبت المشهود به بشاهد وامرأتين فرجعوا جميعاً، ضمن الرجل النصف والمرأتان النصف الآخر، فعلى كلّ واحده الربع، لأنهما بمنزله رجل، كما هو مقتضى

ص: ١٣٥٦

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٤.

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٧/١. كتاب الشهادات، الباب ١١.

النصوص والفتاوى فى المواضع المختلفه، بل هو صريح ما عن التفسير المنسوب إلى الإمام العسكرى عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: « عند الله تعالى شهاده امرأتين شهاده رجل » (١).

قال فى (القواعد): ولو كان بشاهد ويمين ضمن الشاهد النصف (٢)، فقال فى (كشف اللثام): بناء على ثبوت الحق بهما معاً (٣). لكن ظاهر (الجواهر) موافقه علامه، لقوله: لأن الظاهر ثبوت الحق بهما معاً، وكذا فى (المستند) (٤).

وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن يكون الضمان على الحالف لو رجع دون الشاهد، سواء رجع أو لا، لأن المشهود به يثبت باليمين فحسب.

والثانى: أن يكون الضمان على الشاهد لو رجع دون الحالف، لأن المثبت هو الشاهد واليمين شرط قبول الشهاده.

لكن يمكن أن يقال بالتنصيف مطلقاً، لأن حكم الحاكم مستند إلى كليهما، فكلّ منهما جزء للسب، والسبب أقوى من المباشره.

ولو أكذب الحالف نفسه اختص بالضمان، سواء رجع الشاهد أو لا، وكذا كلّ مقام يرجع فيه المدعى يختص بضمان ما استوفاه، ولا غرم على الشاهد.

قال المحقق: « ولو كان عشر نسوه مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس.

ص: ١٣٥٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٣٥/١. كتاب الشهادات، الباب ١٦.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٣: ٥١٣.

٣- (٣) كشف اللثام ١٠: ٣٨٩.

٤- (٤) مستند الشيعه ١٨: ٤٣٤، جواهر الكلام ٤١: ٢٣٨.

أقول: وجه تردد المحقق هنا حيث يشهد الرجل الواحد مع عشره نسوه فى حق لا يثبت بالنساء منفردات هو: أن عدد النسوه أكثر من القدر اللّازم شرعاً، فإن كان الحكم ثابتاً بالجميع، فإن كلّ امرأتين تعادلان رجلاً، ويكون الأقساط ستة أسداس، فإذا رجع الرجل كان عليه السدس، وإن كان الرجل نصف البيئه، لأن المفروض توقف ثبوت الحق على شهادته معهن، كان عليه نصف الضمان وعليهن النصف الآخر. فهذا الفرض من صغريات هذا الفرع، من جهه كون الرجل فيه أحد طرفى البيئه كما فى الرجلين والامرأتين، فهل يكون الضمان بالسويه كذلك أو لا؟

ويمكن أن يكون من صغريات الفرع الآتى المبحوث فيه عن ضمان العدد الزائد لو رجع عن الشهاده وعدم ضمانه.

لكن مقتضى ما سنذكره فى الفرع الآتى هو ثبوت الحكم بالجميع، فأما أصل الضمان بالرجوع فثابت، وأما مقداره فكلّ بقسطه، وعليه، فإذا رجع الرجل ضمن السدس لا النصف، وكان على كلّ واحده من النسوه إذا رجعت نصف السدس لا نصف العشر.

وربما يحتمل بناء على ما هو الصحيح من ثبوت الحق بالجميع كما ستعرف أن يكون كلّ فرد سبباً مستقلاً للثبوت، فيكون على الرجل إذا رجع الواحد من الأحد عشر قسطاً.

ص: ١٣٥٨

ولكن هذا الإحتمال لم يذكره أحد، وتظهر ثمرته فيما لو اشترك رجل وامرأتان في قتل، فهل على كلّ منهما ثلث الدية أو على الرجل النصف وعلى كلّ واحد الربع؟ وكذا فيما لو اشترك رجلان في قتل، فضرب أحدهما ضربتين والآخر ضربه واحد، فهل تقسم الدية أثلاثاً أو نصفين؟

ص: ١٣٥٩

الفرع الثاني: (في حكم الضمان لو كانوا ثلاثة)

قال المحقق قدس سره: « لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث ولو رجع واحداً منفرداً. وربما خطر أنه لا يضمن، لأن في الباقيين ثبوت الحق ولا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهاده غيره للمشهود له، والأول اختيار الشيخ (١). وكذا لو شهد رجل وعشر نسوه، فرجع ثمان منهن قيل: كان على كل واحد نصف السدس، لاشتراكهم في نقل المال، والإشكال فيه كما في الأول» (٢).

أقول: قد أشرنا إلى أن الصحيح اشتراك جميع الشهود حتى الزائد منهم في الحكم وثبوت الحق، لاشتراك كل واحد منهم في السببه له، والسبب أقوى من المباشر، وهذا هو مفاد صحيحه محمد بن مسلم، الذي جاء فيه « يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث، ان كان شهد هذا وآخر معه» (٣).

وعليه، فلو كان الشهود في المال ثلاثة مثلاً، ضمن كل واحد منهم الثلث، ولو رجع الثالث الزائد منفرداً، وفاقاً للشيخ (٤) وابن سعيد (٥) و (الجواهر) ، بل فيه:

ص: ١٣٦٠

١-١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٤٨.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٤.

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٧: ٣٢٧/١. كتاب الشهادات، الباب ١١.

٤-٤) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٤٨.

٥-٥) الجامع للشرائع: ٥٤٦.

لم نعرف قائل منّا بما خطر في بال المصنف، كما أنا لم نعرف له وجهاً إلا ما ذكره (١).

وفيه: ما عرفت من صدق الثبوت بالجميع، وللصحيح السابق. وهذا هو الوجه في القول بضمان كلّ واحد من الثمان نسوه الراجعات لنصف السدس... وأنه لا وجه للإشكال فيه.

ص: ١٣٦١

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٠.

الفرع الثالث: (لو قامت بينه بجرح الشهود ونقض الحكم فمن الضامن؟)

قال المحقق قدس سرّه: « لو حكم فقامت البينه بالجرح مطلقه لم ينقض الحكم، لاحتمال التجدد بعد الحكم، ولو تعين الوقت وهو متقدم على الشهاده نقض، ولو كان بعد الشهاده وقبل الحكم لم ينقض» (١).

أقول: هذا الفرع يشتمل على مطالب.

فالمطلب الأوّل يتعلّق بالنقض وعدمه:

وذلك، لأنه لو حكم الحاكم بينه، فقامت بينه بجرح تلك البينه، فالبينه الجارحه إما هي مطلقه غير معينه للجرح بوقت، وإما هي معينه له، وعلى الثانى، فإما يكون وقت الجرح متقدماً على الشهاده، وإما يكون وقته بعد الشهاده وقبل الحكم، فهذه ثلاث صور. أمّا فى الصوره الاولى، حيث الجرح غير معين الوقت، فالحكم عدم نقض الحكم، قال المحقق: لاحتمال تجدد الفسق بعد الحكم.

وقد استدل له فى (الجواهر) بموافقه الحكم لأصل الصحه واستصحابها (٢).

لكن فى هذا الاستدلال نظر ذكرناه سابقاً، نعم، لا مانع من استصحاب

ص: ١٣٦٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٤.

١-٢ (٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٠.

عداله الشاهد المتيقنه سابقاً حتى حال الحكم، وقد ذكرنا أن ظاهر آيه النبأ وجوب التبين من نبأ الفاسق في حين المجئ بالنبأ، أو يجرى أصاله الصحه في يقين الحاكم في حين الحكم.

لكن الأولى مع ذلك هو الاستدلال لعدم النقض بأدله نفوذ حكم الحاكم، فإنها تقتضى حرمه النقض حتى يحصل العلم بمخالفه الحكم للموازين، والمفروض عدم العلم هنا بكون الشاهد فاسقاً حين الحكم.

وأما في الصوره الثانيه، حيث وقت الفسق متقدم على الشهاده، فالحكم نقض الحكم بذلك، لتبين اختلال موازينه.

وأما في الصوره الثالثه، حيث وقت الفسق متأخر عن الشهاده، فالحكم عدم نقض الحكم، لأن اللانزم هو العداله حين أداء الشهاده. والفسق بعده غير مضر بالحكم وإن كان قبله. وإذ لم يمنع الحكم في هذه الحال فلا- يوجب انتقاضه إن كان بعده بالأولويه... خلافاً لجماعه قالوا باشتراط بقاءه على العداله حتى حين الحكم وبعده... وقد تقدم الكلام على ذلك في محله.

والمطلب الثانى يتعلق بالضمان حيث ينقض بالحكم، قال المحقق:

« وإذا نقض الحكم، فإن كان قتلاً- أو جرحاً فلا قود، والديه في بيت المال، ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردد، والأشبه أنه لا يضمن مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الأذن ضمن الديه» (1).

أقول: إذا نقض الحكم، فتاره يكون المحكوم به حدّاً أو قصاصاً وأخرى: يكون مالاً.

ص: ١٣٦٣

فإن كان حدًّا من قتل أو جرح وباشره الحاكم أو من أمره بها فلا قود، بل يثبت للمحدود الدية، لأنه حينئذ قد قتل بلا مجوز فلا يبطل دمه، لكنها ليست على الحاكم أو من أمره، بل في بيت مال المسلمين، للنص المروى عندنا، قال أمير المؤمنين عليه السلام في خبر الأصمغ: « إن ما أخطأت القضاء من دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين »^(١) والمراد من « القضاء » القضاء العدول. فإنه إذا قضى القاضى العدل حسب الموازين ثم ظهر الخطأ في حكمه، كان خطؤه في الحكم في بيت مال المسلمين المعد للمصالح التي لا ريب في أن ذلك منها، وإلا لأدى إلى ترك الحكم بالشهادة تحرزاً عن ضرر الدرر.

□

وإن كان قصاصاً وباشره ولى الدم، فقد تردد المحقق رحمه الله في ضمانه، ثم رجح التفصيل بين ما إذا كانت مباشرته مع حكم الحاكم وإذنه فلا ضمان، وبين ما إذا كان مع الحكم وقبل الإذن ضمن الدية. . . وحاصله عدم القود كذلك، لأنه قتل خطأ.

ووجه تردد المحقق هو: كون الولي هو المباشر من جهه، وكون السبب في قتله هو حكم الحاكم، وأقوى من المباشره.

وفى (المسالك): « لو باشر القتل بعد الحكم وقبل إذن الحاكم له فى الاستيفاء تعلق به الضمان، لتوقف جواز استيفائه على إذن الحاكم وإن كان أصل الحق فى ذلك له. ويحتمل عدم الضمان هنا أيضاً، وإن أثم، لأن حكم الحاكم بثبوت الحق اقتضى كونه المستحق، وإن أثم بالمبادره بدون إذن الحاكم »^(٢).

ص: ١٣٦٤

١ - ١) وسائل الشيعه ٢٧/٢٢٦ الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، رواه الصدوق والشيخ بإسنادهما إلى الأصمغ. ويلاحظ
إسنادهما إليه.

٢ - ٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣١٣.

أقول: هنا بحثان:

فالأوّل: هل يعتبر إذن الحاكم فى الاستيفاء أو لا يعتبر؟

لقد قال المحقق فى كتاب القصاص: « إذا كان الوليّ واحداً جاز له المبادرة، والأولى توقفه على إذن الإمام» (١).

وهذا وإن كان لا يخلو من تشويش، لأن « الأولى» لا يجتمع مع توقفه على الإذن، ولعله من هنا أضاف فى (الجواهر) الأحوط إلى « الأولى» (٢) ينافى ما ذكره هنا، لأنه إذا كانت المباشرة جائزه بلا إذن فلا وجه للضمان، وإلا فالضمان، فبين الكلامين تهافت.

اللهم إلا- أن يكون القول بعدم جواز القصاص بلا- إذن، من جهة كون القصاص من الحدود، وهى لا تقام إلا بيد الحاكم أو باذنه، ولكن إذا كان كذلك، فلم يقال بجواز المبادرة بلا إذن؟

وهنا أشكل (الجواهر) بعدم ما يدلّ على اعتبار الإذن فى الإستيفاء بعد الحكم، قال: بل لعلّ ظاهر الأدلّه كتاباً أى: كقوله تعالى: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِليِّهِ سُلطاناً» (٣) ونحوه وسنّه عدمه، وقياس القصاص على الحد أو دعوى أنه منه كما ترى (٤).

ص: ١٣٦٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ٢٢٨.

٢-٢) جواهر الكلام ٤٢: ٢٨٨.

٣-٣) سورة الاسراء ١٧: ٣٣.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٢.

والبحت الثاني: إنه قد تقرر كون الضمان على السبب لكونه أقوى من المباشر، فمن السبب في هذه المسألة؟

قد أشكل (الجواهر) على المحقق بأن اعتبار الإذن وعدم اعتباره لا مدخله له في أقوائه المباشرة على التسبب، بل لو سلم تساويهما كان الضمان على المباشر، لأنه هو القاتل حقيقه، ولعلّه لذا يحكى عن قول العامه بأن على الولي الديه وإن كان مأذوناً، بل هو ظاهر إطلاق تردد المصنف أيضاً، وإن اختار التفصيل بعده، قال: وهو لا يخلو من قوه إن لم يكن إجماعاً (١).

قلت: لكن يرد على (الجواهر) أنه قال بضمنان الشهود إذا رجعوا، لكونهم السبب، وهو أقوى من المباشر، فلماذا لم يقل هنا بضمنان الحاكم بناء على ذلك؟

□
والشيخ رحمه الله ذكر التفصيل كالمحقق، لأن القصاص كالحدد يجب إجراؤه بيد الحاكم، وإن كان من حقوق الناس، دفعاً للهرج والمرج واختلال النظام، فلو أراد الولي المباشرة توقف على إذن الحاكم، ولو كان بدونه كان ضامناً.

فتحصل: إن التفصيل يتوقف على وجود الدليل على اعتبار الإذن، وكون المباشرة أقوى من التسبب.

هذا كله إن كان المحكوم به حداً أو قصاصاً. قال المحقق:

« وأما لو كان مالا، فإنه يستعاد إن كانت العين باقيه، وإن كانت تالفه فعلى المشهود له، لأنه ضمن بالقبض، بخلاف القصاص. ولو كان معسراً قال الشيخ ضمن الإمام، ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر (٢). وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال في يده، فلا وجه لضمن الحاكم» (٣).

أقول: هذا هو المطلب الثالث، فإنه لو كان المحكوم به مالا بأن قامت بينه

ص: ١٣٦٦

١-١ (١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٢.

٢-٢ (٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٥٠.

٣-٣ (٣) شرائع الإسلام ٤: ١٤٥.

على كون المال الذى بيد زيد هو لعمره فحكم الحاكم، ثم قامت بينه أخرى على جرح الأولى نقض الحكم. فإن كانت عين المال باقيه استردت وإن كانت تالفه ضمن المشهود له، قال المحقق: «لأنه ضمن بالقبض» أى: إنه ضمان يد، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى، وأما بالنسبة إلى النفس فهو ضمان الإلتلاف.

قال فى (الجواهر): إن قوله: ضمن بالقبض إشاره إلى ما يحكى عن الشيخ من الفرق بينه وبين الديه، بأن الحكم إن كان بالمال حصل فى يد المشهود له ما يضمن باليد، وضمن الإلتلاف ليس بضمن اليد، فلهذا كان الضمان على الإمام لكنّه كما ترى إذ الإلتلاف وإن لم يكن ضمان يد لكنه ضمان لمباشره الإلتلاف المندرج فى قاعده من أتلّف، ومن قتل مؤمناً خطأ، وغير ذلك (١).

قلت: هكذا قالوا، لكن يمكن التفريق بين التغيرير وعدمه، فإنه حيث يكون التغيرير يرجع المغرور على من غرّه، وإن كان الشىء تالفاً بيده.

فإن كان المحكوم عليه بالضمان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام، ويرجع به على المحكوم له إذا أيسر، لأن الحاكم قد تسبب إلى إلتلاف المال.

وفيه: إنه لا وجه لضمان الحاكم، بل المتجه إنظار الضامن، لعموم قوله تعالى: «فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (٢) للمقام.

ص: ١٣٦٧

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٢.

٢-٢) سورة البقره ٢: ٢٨٠.

قال المحقق قدس سرّه: « إذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه وقيمته الثلث، وشهد آخران أو الورثة أن العتق لغيره وقيمته الثلث. . . » (١).

أقول: إذا شهد اثنان أن الميت أعتق غانماً وقيمته تساوى ثلث ماله، وشهد اثنان آخران أو ورثة الميت جميعهم بأنه أعتق سالماً وقيمته تساوى ثلث ماله كذلك، فعلى القول بأن المنجزات من الأصل عتق العبدان كلاهما، لقيام البيه الكامله على عتق كل واحد منهما، بلا خلاف ولا اشكال، وعلى القول بأن المنجزات تخرج من الثلث، فالمعتق أحد العبدین دون الآخر إلا إذا أذن الورثة.

وحيث، فإن عرف السابق منهما كان هو المعتق، وإن جهل تاريخهما أو علم تاريخ أحدهما وجهل الآخر ولم نرجع إلى الاستصحاب لإثبات تأخر مجهول التاريخ عن معلومه لكونه أصلاً مثبتاً كان المرجع هو القرعه وإن احتمل التقارن بين العتقين، وذلك، لأنه لو اتفق عتقهما في حاله واحده، قال الشيخ: يقرع بينهما

ص: ١٣٦٨

ويعتق المقروع (١)، فالمحتمل أولى بذلك.

والدليل على هذا الحكم هو المرسل المعمول به في فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالعبيد الذين أعتقهم الأنصارى ولا يملك سواهم (٢)، فهو حكم تعبدى خاص بمورده، ولذا لو عقد على أُختين في وقت واحد، يحكم ببطلان كليهما ولا يرجع إلى القرعه.

وفي (المسالك): ولو علم سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فوجهان، أحدهما: إنه يقرع كما لو أعتقهما معاً، لأن معرفه السابق من غير معرفه السابق لا تنفع شيئاً، والثاني: إنه يعتق من كل واحد نصفه، لأننا لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق وللسبق حق الحرية، فيلزم منه إرقاق حرّ وتحرير رق (٣).

واعترضه في (الجواهر) بقوله: وهو من غرائب الكلام، ضروره جريانه في كثير من موارد القرعه، التي استفاضت بها النصوص المصرحة بعدم خطأها، لو قوّض القارع فيها الأمر إلى الله تعالى الذي لا يخفى عليه خافية، ولذا لم يحتمله أحد من أصحابنا، نعم، هو أحد قولى الشافعى كما حكاها الرافعى (٤).

قلت: بل احتمال التنصيف يخالف الواقع قطعاً، لأنه قد أعتق أحد العبدین بكامله، فالتنصيف مقطوع البطلان، أما مع القرعه فبغض النظر عن جواب

ص: ١٣٦٩

١-١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٥٣.

٢-٢) مسند أحمد ٤: ٤٢٦.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٣١٥.

٤-٤) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٤.

(الجواهر) يكون اللازم الذى ذكره محتملاً.

هذا كله فيما لو كان كلّ منهما يساوى ثلث ما ترك الميت.

قال المحقق: « ولو اختلفت قيمتهما. . . » (١).

أقول: ذكر الشهيد الثانى هذا بقوله: ويتفرع على القولين ما لو قامت البيتان كذلك، لكن لأحد العبدین سدس المال، فإن قلنا بالقرع وخرجت للعبد الخسيس عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث، وإن خرجت للنفيس، انحصر العتق فيه، وإن قلنا هناك يعتق من كل واحد نصفه فهنا وجهان:

أحدهما: إنه يعتق من كل واحد ثلثاه، لأن ما زاد على الثلث من المتبرع ينسب إلى جميع التبرع، وينقص بتلك النسبه من كل واحد منهم، وإذا نسبنا الزائد على الثلث وهو السدس هنا إلى جميع التبرع وهو النصف كان ثلثه، فيردّ العتق فى ثلث كل واحد منهما وينفذ ثلثيه (٢).

قال فى (الجواهر) : وبعبارة أخرى: إنه كما لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه، فإنه يعطى كل واحد ثلثى ما أوصى له به، وذلك لأن نسبة السدس مع الثلث ثلثان وثلث، فيقسم الثلث حينئذ بينهما، ثلثان منه لمن أوصى له بالثلث، وثلث منه لمن أوصى له بالسدس، لأن النقص الحاصل عليه على نسبة مالهما من الوصيه، كما هو واضح.

والثانى: إنه يعتق من النفيس ثلثه أرباع، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس فجميعه حرّ، وإن سبق إعتاق الآخر فنصفه على التقديرين، وإنما النزاع والإزدحام فى النصف الثانى، وهو قدر ثلث المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربه ومن الخسيس نصفه (٣).

ص: ١٣٧٠

١-١ (١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٥.

٢-٢ (٢) مسالك الأفهام ١٤: ٣١٦.

٣-٣ (٣) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٥.

ثم قال فى (المسالك): وثبّه المصنّف بقوله: « وشهد آخران أو الورثه أن العتق لغيره » إنه لا فرق هنا بين شهاده الوارث وغيره، إذ لا- تهمة للوارث تمنع شهادته هنا، وإن كانت وارده فى غيره هذه الصوره كما سيأتى فى ما لو شهدوا بالرجوع عن الأول. ويزيد الورثه عن الأجانب أنه لا يشترط هنا كونهم عدولاً، لأن شهادتهم بعق الثانى مع عدم تعرضهم للأول بمنزله الإقرار بعقته مضافاً إلى ما ثبت بالبينه. نعم، يشترط كون الشاهد جميع الورثه كما يرشد إليه قول المصنّف « أو الورثه ». وقال فى المسأله الثانیه: وشهد من ورثته عدلان، ولو كانوا عدولاً كفى منهم اثنان كالأجانب (١).

ويرد على قوله: « وإن كانت وارده. . . » كما فى (الجواهر) إنه لا- تهمة فى المسألتين (٢)، لأنه إذا شهد الوارث بالرجوع عن الأول لا يقول ببقاء الموصى به على ملك الميت حتى ينتقل إلى الوارث فىكون متهماً فى شهادته، بل يشهد برجوعه عن الأول إلى الثانى، فلا يجزّ شهادته نفعاً إلى نفسه ليكون متهماً.

وأما اشتراط شهاده جميع الورثه، فظاهر الوجه، لأنه إذا شهد بعضهم، فقد أقرّ بانعتاق العبد بقدر سهمه، وحينئذ، يقرع بين هذا المقدار وكلّ العبد الآخر، فإذا شهد جميعهم فقد أقرّوا كلّهم بعق العبد كلّه.

وأما اشتراط كون الشاهدين من الورثه عدلين فى المسأله الثانیه، فظاهر الوجه كذلك، لأن شهادتهما بالرجوع سواء كانت بعد دعوى الموصى له ذلك أو لا - ليست بمنزله الإقرار، فيعتبر فيهما العداله.

ص: ١٣٧١

١- ١) مسالك الأفهام ١٤: ٣١٦ - ٣١٧.

٢- ٢) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٦.

وأما قول (الجواهر) : لكن إشكال المصنف فى الثانىه يأتى هنا ضروره كون الورثه هم المدعى عليهم فى المسألتين.

ففيه: إن المدعى عليه هو الموصى له الأول، والمدعى هو الموصى له الثانى، والوارثان شاهدان، فليس الورثه المدعى عليهم فى المسأله الثانىه.

ص: ١٣٧٢

المسألة الثانية: (في ما لو شهدا بالوصيه لزيد وشهد وارثان بالرجوع إلى عمرو)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا شهد شاهدان بالوصيه لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك وأوصى لخالد، قال الشيخ: تقبل شهاده الرجوع، لأنهما لا يجزان نفعاً (١). وفيه إشكال، من حيث أن المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعى» (٢).

أقول: يقول المحقق قدس سرّه: بأن المال يؤخذ من يد الورثه على كل حال، وإذ كانوا غرماء، فإن الغريم لا يصلح للشهاده مطلقاً، نعم، لو شهد الغارم للغريم قبل لأنه إقرار.

فالوارثان في هذه المسأله غريمان بخلاف المسأله السابقه، فقد قامت البيئه فيها على أن الميت أعتق غانماً، وشهد الورثه بأنه قد أعتق سالمًا، فإنه يمكن صحه كلتا الشهادتين، إذ لا مانع من عتق الميت لكلا العبدین، غير أن الحكم الشرعى لم ينفذ في الأكثر من الثلث، فإن علم السابق منهما فهو المعتق وإلا فالقرعه عند الشيخ والتصنيف على القول الآخر (٣)، فلا غرم في المسأله السابقه بخلاف هذه المسأله،

ص: ١٣٧٣

١- ١) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٥١ - ٢٥٢.

٢- ٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٥.

٣- ٣) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٥٣.

فإشكال (الجواهر) غير وارد.

ويمكن دفع إشكال المحقق على الشيخ: بأن اليد إن كانت مالكيه، بمعنى دعوى صاحبها كون ما بيده ملكاً له، كان المدعى غارماً، وإن كانت أمانيه، فإن صاحبها يعترف بعدم كون ما بيده ملكاً له. . . وما نحن فيه من القسم الثانى، لأن الورثه يقزون بأن ليس لهم أكثر من الثلثين، فإن ثبت الرجوع أعطوا المال إلى الثانى وإلا فالأول، وحينئذ فليس شهادتهم فى القضيه شهاده الغريم. وبعباره أخرى: إن الموصى له الثانى والورثه يعترفون بالوصيه للأول، غير أن الثانى يدعى الرجوع فهو المدعى والأول ينكره فهو المدعى عليه، فإذا شهد الورثه للثانى وهم عدول، قبلت شهادتهم لوجود المقتضى وعدم المانع.

ولو كذب الوارثان الشاهدين، فإن كانا عدلين وقع التعارض بين البينتين، وإن كانا فاسقين رتب الأثر على شهاده الشاهدين.

ولو قالوا: لا نعلم، فقليل: بالقرعه، لكن الأقوى ترتيب الأثر على قول الشاهدين.

ص: ١٣٧٤

المسأله الثالثه: (في ما لو شهدا لزيد بالوصيه وشهد واحد بالرجوع إلى عمرو فهل له الحلف معه؟)

قال المحقق قدس سرّه: « إذا شهد شاهدان لزيد بالوصيه، وشهد شاهد بالرجوع وأنه أوصى لعمرو، كان لعمرو أن يحلف مع شاهده، لأنها شهاده منفرده لا تعارض الاولى» (١).

أقول: لا كلام في هذه المسأله، وإنما عنوانها المحقق لبيان أن ما تقرّر من أن الشاهد واليمين لا يعارض البينه هو في صورته اتحاد المشهود به، أما هنا، فهي شهاده منفرده لا تعارض الشهاده الاولى، فتقبل كذلك كما هو الحال في سائر موارد الشهاده في الأموال.

ص: ١٣٧٥

١-١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٦.

المسألة الرابعة: (في ما لو أوصى بوصيتين منفردتين)

قال المحقق قدس سرّه: « لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران إنه رجع عن احدهما، قال الشيخ: لا يقبل، لعدم التعيين، فهي كما لو شهدت بدار لزيد أو عمرو» (١)(٢).

أقول: قال في (المسالك): وجه ما اختاره الشيخ من البطلان: إن الإبهام يمنع قبول الشهادة... ونسب الحكم إلى الشيخ مؤذناً بعدم ترجيحه.

ووراء قول الشيخ وجهان آخران:

أحدهما: القرعه لأنه أمر مشكل، والمستحق في نفس الأمر أحدهما، ونسبتهما إليه على السواء، وقد تعذر علمه بموت الموصى، وكل أمر مشكل فيه القرعه.

والثاني: القسمة بينهما، لأنه مال قد انحصر فيهما، ونسبتهما إليه على السواء فيقسم بينهما، ويجعل كأنه ردّ وصيه كلّ واحد إلى نصفها، والقرعه لا يخلو من قوه (٣).

ص: ١٣٧٦

١-١) المبسوط في فقه الإمامية ٨: ٢٥٣.

٢-٢) شرائع الإسلام ٤: ١٤٦.

٣-٣) مسالك الأفهام ١٤: ٣١٩.

وواقفه صاحب (الجواهر) (١).

قلت: إذا كان إطلاق دليل حجيه البينه موجباً لحجيه البينه المرذده لزم قبول الشهاده بالرجوع.

أما التقسيم فلم يحتمله الشيخ، بل قال: « وعندنا يقرع بين الأولين » (٢) وحينئذ، يرجع إلى القرعه لمعرفة أيهما المستحق إن قلنا بحجيه البينه المرذده، ولمعرفه السابق من الوصيتين إن قلنا بعدم حجيتها.

وهنا احتمال آخر، وهو بطلان الوصيتين معاً، لأن القرعه يرجع إليها حيث يكون عدم الإقتران معلوماً، وأما مع الإقتران فكلاهما باطل.

هذا، ولو أجاز الورثه كلتا الوصيتين نفذتا معاً، كما هو واضح.

ص: ١٣٧٧

١-١) جواهر الكلام ٤١: ٢٤٨.

٢-٢) المبسوط في فقه الإماميه ٨: ٢٥٣.

المسأله الخامسه: (فى ما اذا ادعى العبد العتق وأقام البينه)

قال المحقق قدس سره: « إذا ادعى العبد العتق وأقام بينه تفتقر إلى البحث وسأل التفريق حتى تثبت التزكية. قال فى المبسوط: يفرق.

وكذا لو أقام مدعى المال شاهداً واحداً، وادعى أن له آخر وسأل حبس الغريم، لأنه متمكن من إثبات حقه باليمين.

وفى الكل إشكال، لأنه تعجيل العقوبه قبل ثبوت الدعوى» (١).

أقول: قال الشيخ: « إذا ادعى عبد على سيده أنه أعتقه فأنكر، فأتى العبد بشاهدين فشهدا له عند الحاكم بذلك ولم يعرف الحاكم عدالتهم، فقال له العبد: فرق بيننا حتى نبحت عن العدالة، قال قوم: يفرق بينهما وقال آخرون: لا يفرق، والأول أقوى، لأن العبد قد فعل ما يجب عليه، لأنه أتى بينه كامله، وإنما بقى ما ليس عليه من البحث عن حال الشهود، ولأن الظاهر العدالة حتى يظهر الجرح، ولأن المدعى قد يكون أمه، فإذا لم يفرق بينهما لم يؤمن أن يواقعها، فلهذا يفرق بينهما. . . » (٢).

أقول: قد ذكر الشيخ لما ذهب إليه دليلين:

ص: ١٣٧٨

١- ١) شرائع الإسلام ٤: ١٤٦.

٢- ٢) المبسوط فى فقه الإماميه ٨: ٢٥٤.

أحدهما: أصله العدالة في المسلم. وهذا فيه بحث وخلاف.

والآخر: إن العبد أتى ببينه كامله.

وفيه: إن المفروض عدم ثبوت عداله الشاهدين عند الحاكم، والشيخ نفسه قال بعدم الحكم في زمن الفحص عن العدالة.

وكذا الكلام في الأمه المدعيه للعتق، وفي الفرع الثاني الذي ذكره المحقق.

والحاصل: إنه ما لم يتم ميزان الحكم ولم يحكم الحاكم، لا- يترتب على سؤال العبد والمدعى شيء، ولا- أقل من اقتضاء الإستصحاب بقاء العبد على ملك مولاه، وبقاء المال المدعى به على ملك مالكة.

ص: ١٣٧٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
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

