



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

العلماء



عمر
عليه السلام

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

مِثْلُكَ السَّيِّئُ

فَالْحِكْمَةُ مِنَ الشَّرِّ عَيْدٌ

تَأَلَّفَ

الْعَلَمَةُ الْفَقِيهُ

الْمَوْلَانُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ مَهْدِيٍّ الشَّافِعِيِّ

لِلْمَوْلَانِ سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

١٧

بَحْثٌ

مَكْتَبَةُ الْإِسْلَامِ بِبَيْرُوتِ السُّورِيَّةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مستند الشيعة

كاتب:

احمد بن محمد مهد والنراقى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسة آل البيت لآحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٢	مستند الشيعة فى أحكام الشريعة الجزء ١٧
٢٢	اشاره
٢٢	اشاره
٢٣	كتاب القضاء و الشهادات
٢٣	اشاره
٢٣	المقصد الأول فى القضاء
٢٣	اشاره
٢٣	أما المقدمه فى بيان فضله، و شرفه، و عظم خطره، و وجوبه
٢٣	اشاره
٢٣	المسأله الأولى: القضاء منصب عال عظيم، و شرفه جسيم.
٢٣	المسأله الثانية: خطر القضاء عظيم، و أجره جسيم
٢٤	المسأله الثالثة: القضاء واجب على أهله، بحق النيابة للإمام فى زمان الغيبة
٢٥	المسأله الرابعة: إنّ القابل للحكومة و الأهل للقضاء
٢٦	المسأله الخامسة: وجوب القضاء على من له الأهلية
٢٦	المسأله السادسة: على العينية أو الكفائية، هل هو على الفور،
٢٧	المطلب الأول فى تعيين القاضى و ما يتعلق به من الشرائط، و الآداب، و الأحكام
٢٧	اشاره
٢٧	البحث الأول فى تعيين القاضى و شرائطه
٢٧	اشاره
٢٧	المسأله الأولى: اعلم أنّ القاضى يغير المفتى و المجتهد و الفقيه بالاعتبار.
٢٧	المسأله الثانية [لما كان وجوب الحكم و القضاء و وجوب قبول حكمه أمر مخالف للأصل فلا بد من دليل مخرج له من الأصل و مثبت لمنصب
٢٨	المسأله الثالثة [الروايات الواردة فى إذن القاضى للحكم]

- المسألة الرابعة: المصرح به في كلام أكثر الأصحاب أنه يشترط في هذا العالم المأذون فيه أن يكون مستقلاً بأهليّة الفتوى ٣١
- اشاره ٣١
- فرع: ٣٤
- المسألة الخامسة: هل يشترط في المجتهد الذي ينفذ قضاؤه ٣٥
- المسألة السادسة: تشترط فيه أيضا- مضافا إلى ما ذكر- أمور: ٣٧
- منها: التكليف، بالبلوغ و العقل ٣٧
- و منها: الإيمان ٣٨
- و منها: العدالة ٣٨
- و منها: العلم الفعلي بجميع أحكام الواقعة ٣٨
- و منها: الذكورة ٣٨
- و منها: العلم بالكتابة قراءة و كتبة ٣٩
- و منها: البصر ٤٠
- و منها: السمع و اللسان ٤٠
- و منها: الحرّية ٤٠
- و منها: طهارة المولد و النطق و غلبة الذكر ٤٠
- المسألة السابعة: إذا فقد الجامع للشرائط ٤١
- اشاره ٤١
- فرع: لو ترافعا إلى غير الأهل ٤٤
- المسألة الثامنة: إذا كان مجتهدان متساويان، فالرعية بالخيار فيهما ٤٥
- المسألة التاسعة: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية ٤٨
- المسألة العاشرة: ثبوت الاجتهاد ٤٨
- البحث الثاني في آداب القاضي و وظائفه ٥٠
- اشاره ٥٠
- المسألة الأولى: ينبغي له أن يستحضر حكمه أهل العلم، ٥١

- ٥١ المسألة الثانية: ينبغي له أن يتخذ كتابا
- ٥٢ المسألة الثالثة: القضاء في المسجد مكروه مطلقا
- ٥٣ المسألة الرابعة: قالوا: يكره له اتخاذ الحاجب
- ٥٣ المسألة الخامسة: يكره القضاء مع الغضب، و الجوع، و العطش، و الهم، و الحزن، و مدافعة الأخبثين
- ٥٤ المسألة السادسة: يكره له تولي التجارة
- ٥٥ المسألة السابعة: يستحب أن يكون كاتبه- إن احتاج إليه- فقيها
- ٥٥ البحث الثالث في بعض الأحكام المتعلقة بالقاضي
- ٥٥ اشاره
- ٥٥ المسألة الأولى: اختلفت كلماتهم في جواز أخذ الأجرة و جعل على القضاء
- ٥٧ المسألة الثانية: يجوز له الارتزاق من بيت المال
- ٥٨ المسألة الثالثة: يحرم على القاضي أخذ الرشوة
- ٥٨ اشاره
- ٦١ فرع: يجب على المرتشي ردّها على الراشي
- ٦١ المسألة الرابعة [صرح جماعة بعدم نفوذ قضاء القاضي على من لا تقبل شهادته عليه، و لا لمن لا تقبل شهادته له]
- ٦١ اشاره
- ٦٣ فرع: لو باشر الحاكم بنفسه عقدا لغيره بوكالته كبيع أو نكاح، ثمّ حصل النزاع فيه بين متنازعين، ينفذ حكم الحاكم فيه
- ٦٤ المسألة الخامسة: إذا حكم حاكم بحكم، لم يجب على حاكم آخر البحث عنه
- ٦٥ المسألة السادسة: لا ينقض الحكم بتغير الاجتهاد
- ٦٥ المسألة السابعة: لو ادّعى المحكوم عليه عدم أهلية الحاكم لعدم اجتهاده أو لفسقه
- ٦٨ المسألة الثامنة: لو تبين خطأ القاضي في دم أو قطع عضو أو مال
- ٦٩ المسألة التاسعة: لو ترافعا عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لهما الترافع عنده أو عند غيره ثانيا في هذه الواقعة بخصوصها
- ٦٩ المسألة العاشرة: إذا كان الحاكم عالما بالحق
- ٧٢ المسألة الحادية عشرة: لو جنّ الفقيه أو أغمى عليه أو فسق ثمّ عاد إلى الحالة الأولى، تعود نيابته و ولايته
- ٧٣ المسألة الثانية عشرة: إذا كان تنازع المتخاصمين عند حاكم في أمر لاختلاف المجتهدين فيه:

- ٧٣ اشاره
- ٧٥ فرع: لو ترفع المتنازعان في أمر
- ٧٥ المسألة الثالثة عشرة: قد عرفت أنه يجب على الحاكم إمضاء حكم حكم به حاكم آخر مقبول الحكم عنده
- ٧٩ المطلب الثاني في كيفية القضاء و الحكم
- ٧٩ اشاره
- ٧٩ الفصل الأول في بيان شأن القاضي و وظيفته بالنسبة إلى كل من المتداعيين أو كليهما.
- ٨٠ اشاره
- ٨٠ المسألة الاولى: لا خلاف في وجوب التسوية بين الخصوم في العدل في الحكم
- ٨٠ اشاره
- ٨١ فروع:
- ٨١ أ: الأمر بالمواساة في الوجه يشمل المواساة «٢» في التوجه و عدمه،
- ٨٢ ب: لو دخل الخصمان قبل إظهار الدعوى و جلس أحدهما أقرب إلى الحاكم،
- ٨٢ ج: عدّوا من وجوه الإكرام: الإنصات،
- ٨٢ د: و عدّوا منه: التسوية في السلام عليهما و الجواب لهما إن سلّما معا، و هو كذلك،
- ٨٢ ه: وجوب التسوية أو استحبابها مختصّ بالأفعال الظاهريّة دون الميل القلبي،
- ٨٣ و: لا يختصّ وجوب التسوية فيما ذكر بحال حضور الخصمين معا،
- ٨٣ ز: الحكم بوجود التسوية أو استحبابها مشروط بما إذا تساوى الخصوم في الكفر و الإسلام،
- ٨٣ المسألة الثانية: قالوا: لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين
- ٨٤ المسألة الثالثة: إذا دخل الخصمان، فإن بدر أحدهما بالدعوى سمع منه
- ٨٥ المسألة الرابعة: إذا ازدحم جماعة من المدّعين، فإن جاءوا على التعاقب و عرف الترتيب، قالوا: يقدّم الأسبق فالأسبق
- ٨٥ اشاره
- ٨٦ فروع:
- ٨٦ أ: كلما آل الأمر إلى الإقراع، فهل يقتصر على كتب اسم المدّعي، أو يكتب اسم خصمه أيضا؟
- ٨٧ ب: صرح في المسالك و التحرير بأنّ المقدّم بالسبق أو القرعة إنّما يقدّم في دعوى واحدة،

- ج: يجوز لمن حقه التقديم بالسبق أو القرعة إسقاط حقه، ٨٧
- د: إذا حضر الخصمان فسبق أحدهما إلى الدعوى، ثم قطع المدعى عليه دعواه بدعوى أخرى، ٨٧
- ه: ما ذكر من تقديم الأسبق إنما هو فيما إذا لم يستضرّ غيره ٨٨
- و: قد ذكروا أنّ المفتى و المدرّس أيضا كالقاضي ٨٩
- المسألة الخامسة: قد صرح كثير من الأصحاب- منهم الشيخ في المبسوط «١»- باستحباب ترغيب الخصمين إلى الصلح للقاضي. ٨٩
- اشارة ٨٩
- فرع: ٩١
- المسألة السادسة: قال جماعة بأنّه يكره للقاضي أن يضيّف أحد الخصمين إلّا و معه خصمه «١». ٩١
- المسألة السابعة: يكره أن يسارّ القاضي أحدا في مجلسه ٩٢
- المسألة الثامنة: يكره أن يعتّ الشهود ٩٢
- المسألة التاسعة: قالوا: يستحبّ إجلاس الخصمين بين يدي الحاكم. ٩٢
- المسألة العاشرة: إذا تعدّى الغريمان أو أحدهما سنن الشرع ٩٣
- المسألة الحادية عشرة: قالوا: من أتى القاضي مستعديا على خصمه و التمس من الحاكم إحضاره ٩٣
- الفصل الثاني فيما يتعلّق بالمدعى و دعواه ٩٦
- اشارة ٩٦
- المسألة الأولى: لما كانت تتعلّق بالمدعى أحكام- كتقديم مختاره من الحاكمين، و طلب البيّنة منه، و نحو ذلك- مسّت الحاجة إلى معرفته ٦
- المسألة الثانية: يشترط في المدعى أن يكون بالغا عاقلا ٩٩
- المسألة الثالثة: يشترط في سماع الدعوى صحتها و إمكان ما يدّعيه ١٠١
- المسألة الرابعة: يشترط أن يكون المدعى به ممّا يصحّ تملكه ١٠٢
- المسألة الخامسة: ذهب المحقق «١» و جماعة «٢» إلى أنّه يشترط في الدعوى كونها بصيغة الجزم ١٠٢
- اشاره ١٠٢
- فرع: ١٠٧
- المسألة السادسة: هل يشترط في سماع الدعوى كون المدعى به معلوما معينا ١٠٧
- المسألة السابعة: لا يشترط عند كافّة أصحابنا- على ما صرح به بعضهم «١»- ذكر سبب استحقاق المدعى ١٠٨

- المسألة الثامنة: يشترط في وجوب سماع الدعوى و الحكم عليها أن تكون متضمنة لوقوع التخاصم و التنازع ١٠٨
- المسألة التاسعة: يشترط في سماع الدعوى أن تكون صريحة في استحقاق المدعى لما يدعيه ١٠٩
- المسألة العاشرة: لو ادعى أمرا آخرًا متعلقًا بتلك الدعوى موجبا لنقض الحكم فهل تسمع تلك الدعوى، أم لا؟] ١١٠
- المسألة الحادية عشرة: تسمع دعوى المؤجل قبل حلول الأجل ١١١
- المسألة الثانية عشرة: لو ادعى المحكوم عليه فسق الشهود و لا بينة له، و ادعى علم المشهود له ١١٢
- المسألة الثالثة عشرة: إذا تمت الدعوى يطلب الحاكم من المدعى عليه الجواب ١١٣
- الفصل الثالث فيما يتعلق بالمدعى عليه، و جوابه، و ما يترتب عليه ١١٤
- اشاره ١١٤
- البحث الأول في الإقرار ١١٤
- اشارة ١١٤
- المسألة الأولى: متى تحقق الإقرار بجميع المدعى به، و كان المقرّ جامعا للشرائط المقررة في بابه ١١٤
- اشارة ١١٤
- فرع: إثبات الإقرار بالبينة كالإقرار في لزوم الحكم به ١١٥
- المسألة الثانية: و إذا أقرّ المدعى عليه، فإن التمس المدعى الحكم به له عليه فالظاهر عدم الخلاف بينهم في وجوبه حينئذ ١١٥
- المسألة الثالثة: و إذا وجب عليه الحكم فيحكم عليه بما يفيد إنشاء إزامه من الألفاظ ١١٦
- المسألة الرابعة: و إذ حكم الحاكم عليه، فإن أدّى المحكوم عليه الحق بنفسه فهو ١١٧
- اشاره ١١٧
- فروع: ١١٩
- أ: هل يجوز للحاكم الإذن لغيره، و لغيره المباشرة بإذنه بقدر ما أذن فيه؟ ١١٩
- ب: هل يجوز لمباشر الإيصال مع العقوبة أو بدونها أخذ الأجرة عليها؟ ١١٩
- ج: إذا ماطل المحكوم عليه، و لم يقتدر الحاكم على الإيصال، ١١٩
- د: العقوبة المجوّزة للحاكم في حقّ المماطل لا تختصّ بالحبس و الإغلاظ، ١٢٠
- ه: لو لم تغد العقوبة في أدائه، و لم يمكن بيع ماله، ١٢٠
- المسألة الخامسة: كما تجوز للحاكم عقوبة المماطل الغير المؤدّى للحقّ، فهل يجوز له إعطاء ماله للمحكوم له من غير إذنه ١٢٠

- ١٢١ المسألة السادسة: لو ادعى المحكوم عليه بالإقرار أو بغيره الإعسار
- ١٢١ اشاره
- ١٢٤ فروع ثلاثة:
- ١٢٤ أ: البينة التي تقام على الإعسار يلزم أن تشهد بتلف المال علما أو حسا على اختلاف القولين في مسألة الشهادة،
- ١٢٤ ب: مئونة المحبوس حال الحبس من ماله، و وجهه ظاهر.
- ١٢٤ ج: إذا لم يكن للحاكم محبس، و لا أعوان ينصبها للمراقبة،
- ١٢٤ المسألة السابعة: ثم إذا حكم للمدعى عليه بالإعسار بالبينة، أو علم الحاكم، أو اليمين، أو الإقرار
- ١٢٤ اشاره
- ١٢٧ فروع:
- ١٢٧ أ: إذا أمر بالتكسب أو استعمل،
- ١٢٧ ب: التكسب يشمل جميع الصنائع و الحرف و الأشغال
- ١٢٨ ج: لو رضى الغريم بإمهاله حتى يحصل له مال و عفى عن تكسبه فله ذلك.
- ١٢٨ د: لو ارتاب الحاكم بالمقرّر و شك في بلوغه،
- ١٢٨ البحث الثانى فى الإنكار
- ١٢٨ اشاره
- ١٢٨ المقام الأول فيما إذا كان الحاكم عالما
- ١٢٨ اشاره
- ١٢٨ المسألة الأولى: لو كان الحاكم حكم فى الواقعة بحكم سابقا
- ١٢٩ المسألة الثانية: لا يختلف لزوم حكمه بما حكم أولا
- ١٢٩ المسألة الثالثة: لو تذكر ثبوت الحقّ عنده أولا من غير حكم به، أو شهد بذلك الشاهدان
- ١٢٩ المسألة الرابعة: لو لم يتذكر الواقعة و لكن شهد عدلان بشهادته فيها، فهل يجوز حكمه بمقتضى شهادته هذه، أم لا؟
- ١٣٠ المسألة الخامسة: لا يجوز للحاكم العالم بالواقعة- فيما يجوز حكمه بعلمه- قطع النظر عن العلم
- ١٣٠ المقام الثانى فيما إذا لم يكن الحاكم عالما بالحال
- ١٣٠ اشاره

- المقدمة: ١٣٠
- الموضع الأول فى الحكم باليمين ١٣٣
- اشاره ١٣٣
- المسألة الأولى: إذا قال المدعى: إنه لا بينة لى، عرفه الحاكم أن له اليمين على خصمه المنكر لحقه، فإن التمس المدعى منه إخلافه
- المسألة الثانية: كما أنه لا اعتداد بإخلاف الحاكم بدون إذن المدعى كذلك لا اعتداد بإخلاف المدعى بدون إذن الحاكم و حكمه به
- المسألة الثالثة [صرح جماعة بأنه يجب أن يكون الحلف فى مجلس القضاء و الحكم،] ١٣٥
- المسألة الرابعة: ثم المنكر- الذى وجه الحاكم إليه الحلف- إما أن يحلف حلفا معتبرا شرعا ١٣٨
- المسألة الخامسة: إذا لم يحلف المدعى عليه، بل رد اليمين على المدعى، جاز و صح بالإجماع ١٤٣
- المسألة السادسة: مقتضى ما ذكرنا من توقيفية الرد و أصالة عدم جوازه ١٤٥
- المسألة السابعة: لو لم يحلف المدعى بعد رد اليمين إليه، فإن كان عدم حلفه تركا له و امتناعا عنه ١٤٦
- المسألة الثامنة: لو لم يحلف المدعى عليه و لم يرد اليمين، بل أبى عن أحد الأمرين و نكل عن الحلف ١٤٧
- الموضع الثانى فى الحكم بالبينة ١٥٣
- اشاره ١٥٣
- المسألة الأولى: و إن قال المدعى: لى بينة، استحضرها الحاكم منه ١٥٣
- المسألة الثانية: لا يتعين على المدعى إذا كانت له بينة ١٥٤
- المسألة الثالثة: إن قال المدعى: لى بينة غائبة، خيره الحاكم بين الصبر إلى حضورها و بين الإخلاف ١٥٥
- المسألة الرابعة: بعد حضور البينة لا يقول الحاكم لهما: اشهدا ١٥٦
- المسألة الخامسة: إن عرف الحاكم فسقهما لا يطلب التزكية من المدعى ١٥٦
- المسألة السادسة: قد أشرنا إلى أنه إن عرف الحاكم عدالتهما و اجتماعهما للشرائط حكم بشهادتهما ١٥٧
- المسألة السابعة: و إن جهل الحاكم حالهما- من اجتماع الشرائط و عدمه ١٥٨
- المسألة الثامنة: إذا أقام المدعى البينة المستجمعة للشرائط فلا يمين عليه ١٥٩
- المسألة التاسعة: لو قال المدعى بعد إقامة الشهود: كذبت شهودى، بطلت الشهود ١٦٠
- الموضع الثالث فيما يحكم فيه بالبينة و اليمين معا ١٦٠
- اشارة ١٦٠

- ١٦٠ المسألة الأولى: مما استثنى من القاعدة: الدعوى على الميت
- ١٦٨ المسألة الثانية: و مما استثنى أيضا من القاعدة: ما إذا كان للمدعى شاهد واحد
- ١٧٧ البحث الثالث فى السكوت
- ١٧٨ البحث الرابع فيما إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا أدرى، أو هذا ليس لى، أو لفلان، و نحوه، ليصرف الدعوى عن نفسه.
- ١٧٩ اشاره
- ١٧٩ المسألة الأولى: إذا أجاب المدعى عليه بنحو قوله: لا أدرى
- ١٧٩ اشاره
- ١٨١ و أما إذا تعلقت بالأعيان الخارجية فهو على قسمين:
- ١٨٢ أحدهما: أن تكون العين فى يد المدعى عليه
- ١٨٢ و ثانيهما: أن تكون العين بيده من غير ادعائه الملكية لها
- ١٨٣ المسألة الثانية: لو كان جواب المدعى عليه: إنه ليس لى
- ١٨٣ اشاره
- ١٨٣ أحدها: أن يقول: ليس لى، مقتصرًا عليه
- ١٨٤ و ثانيها: أن يقول: ليس لى و لا أعرف مالكة
- ١٨٤ الثالث: أن يضيفه إلى من تمتنع مخاصمته
- ١٨٥ الرابع: أن يضيفه إلى معين لا تمتنع مخاصمته
- ١٨٧ فروع:
- ١٨٧ أ: قال فى المسالك: لو أقام المقر له البيينة على ملكه لم يكن للمدعى تحليف المقر ليغزمه «٢».
- ١٨٧ ب: قال فى التحرير فى صورة الإقرار للغائب: لو أقام ذو اليد بيينة تشهد أنها للغائب،
- ١٨٨ البحث الخامس فيما إذا أجاب المنكر بالإبراء أو الإقباض
- ١٨٨ البحث السادس فيما إذا كان المدعى عليه غائبا
- ١٨٨ اشاره
- ١٨٨ المسألة الأولى: إذا ادعى المدعى دعوى مسموعة، فإما يكون المدعى عليه حاضرا فى المجلس، أو غائبا عنه.
- ١٩١ المسألة الثانية: يكفى فى جواز القضاء عليه إقامة البيينة عليه، و لا يحتاج إلى يمين

- المسألة الثالثة: إذا حكم على الغائب فهل يدفع إلى المدعى المدعى به، أم لا؟ ١٩٢
- المسألة الرابعة: جواز الحكم على الغائب يختص عندنا- كما قيل «١»- بحقوق الناس مطلقا..... ١٩٢
- المسألة الخامسة: قد دلّ الخبران و صرح الأ أصحاب: بأنّ الغائب المحكوم عليه على حجّته ١٩٣
- الفصل الرابع فيما إذا كان المدعى عليه أو المدعى أو كلاهما غير صاحب الحقّ ١٩٤
- اشارة ١٩٤
- البحث الأول فيما إذا كان المدعى عليه المخاصم مع المدعى غير الغريم الذي تعلق الحقّ به لو كان ١٩٤
- اشاره ١٩٤
- المسألة الأولى: إذا كان المدعى عليه وارثا للغريم ١٩٤
- اشاره ١٩٤
- فرعان: ١٩٥
- أ: لو حلف الوارث على نفي العلم، فهل تسقط دعوى المدعى في أصل الحقّ ١٩٥
- ب: لو ردّ الوارث المدعى عليه العلم باليمين، فهل يتعين عليه الحلف على علمه، ١٩٥
- المسألة الثانية: إذا كان المدعى عليه مملوكا، فهل الغريم هو أو مولاه؟ ١٩٦
- المسألة الثالثة: لو كان المدعى عليه وكيلًا لصاحب الحقّ ١٩٨
- البحث الثاني فيما إذا كان المدعى غير صاحب الحقّ ١٩٨
- اشاره ١٩٨
- المسألة الاولى: لو كان المدعى وكيل صاحب الحق، و كان هو غائبا، و أقام الوكيل البيّنة له، و ثبتت دعواه ١٩٨
- اشاره ١٩٨
- فرع: ٢٠٠
- المسألة الثانية: لو كان صاحب الحقّ في زمن الغيبة الإمام الغائب عليه السلام، ٢٠٠
- المسألة الثالثة: لو كان المدعى وصيًا لميت و ادعى وصيته للمساكين، ٢٠١
- المسألة الرابعة: قال في الشرائع و المسالك: إنّه لو كان للميت دين على آخر ٢٠١
- اشاره ٢٠٢
- فرع: ٢٠٤

- ٢٠٤ الفصل الخامس فى نبذ من أحكام الدعوى فى الأعيان
- ٢٠٤ اشارة
- ٢٠٤ المسألة الأولى: قيل: ظاهر اليد يقتضى الملكية ما لم تعارضه البيّنة
- ٢٠٤ اشاره
- ٢٠٦ فلا كلام فى أصل المسألة، و إنّما الكلام فى مواضع:
- ٢٠٦ الأول: فى معنى اليد
- ٢٠٧ الثانى: المراد بكون اليد ظاهرة فى الملكية و اقتضاءها لها: أنّها الأصل فيها، لا أنّها الدليل عليها
- ٢٠٧ الثالث: لا شكّ فى أنّه يشترط فى اقتضاء اليد أصالة الملكية عدم انضمام اعترافه بعدم الملكية بالإجماع
- ٢٠٩ الرابع: كما أنّ مقتضى اليد أصالة الملكية فيما يملك كذلك مقتضاها أصالة الاختصاص بذى اليد فيما ليس ملكا
- ٢٠٩ الخامس: ما ذكر من تقديم قول ذى اليد لدلالة اليد على الملكية أو الاختصاص إنّما هو إذا لم يعارضه أصل آخر
- ٢٠٩ السادس: هل يختصّ اقتضاء اليد لأصالة الملكية أو الاختصاص بالأعيان، أم يجرى فى المنافع أيضا؟
- السابع: ما ذكر- من أنّ الاستيلاء يدلّ على أصالة الاختصاص للمستولى- إنّما هو إذا لم يكن هناك مدّع ثبت له اختصاص آخر أيضا،
- ٢١٠ الثامن: يشترط فى دلالة اليد على الملكية احتمال كونها ناشئة من السبب المملّك
- ٢١١ التاسع: لا يشترط فى صدق اليد عرفا مباشرة ذى اليد بنفسه للتصرّف
- ٢١١ العاشر: يمكن أن تكون يدان أو أزيد على شىء واحد
- ٢١١ الحادى عشر: اقتضاء اليد للملكية التامة لذى اليد إنّما هو إذا لم تعارضها يد أخرى أيضا
- ٢١٢ الثانى عشر: لو أقرّ ذو اليد بملكية زيد، ثمّ أقرّ بعده لعمرو، يحكم باليد لزيد
- ٢١٢ المسألة الثانية: لو تنازع اثنان فى عين واحدة
- ٢١٢ اشاره
- ٢١٢ الصورة الاولى: أن تكون فى يدهما معا
- ٢١٤ الصورة الثانية: أن تكون فى يد أحدهما
- ٢١٤ الصورة الثالثة: أن تكون فى يد ثالث و لا بيّنة
- ٢١٧ الصورة الرابعة: أن لا تكون يد عليها
- ٢١٨ المسألة الثالثة: لو ادّعى أحد مالا لا يد لأحد عليه، ليس لأحد منعه من التصرف فيه، و لا طلب البيّنة منه، و لا إخلافه

- ٢١٨ اشاره
- ٢١٩ فروع:
- ٢١٩ أ: لو ادعاه ثان بعد تصرف المدعى الأول له، أو الحكم به له،
- ٢١٩ ب: لو لم تكن عليه يد و لا مدع ظاهر، لا يحكم بكونه مجهول المالك،
- ٢٢٠ ج: هل حكم ما فى يد أحد و لا يدعى ملكيته- بل يجهل مالكة،
- ٢٢٠ د: الظاهر اختصاص الحكم بما لا يد عليه أصلا لا على عينه و لا على منفعته،
- ٢٢٠ المسألة الرابعة: إذا ادعى كلّ منهم أنه اشترى العين من ذى اليد، و أقبض الثمن، و العين المبيعة فى يد البائع
- ٢٢٠ المسألة الخامسة: لو ادعى اثنان أنّ ثالثا اشترى من كلّ منهما هذا المبيع، و كلّ يطالبه بالثمن
- ٢٢١ المسألة السادسة: لو ادعى كلّ واحد من شخصين كلّ واحد من ثوبين
- ٢٢١ المسألة السابعة: إذا ادعى زيد على عمرو عينا فى يد عمرو، و أقام المدعى بينة، حكم له قطعا
- ٢٢٢ المسألة الثامنة: لو كانت العين بيديهما معا، و ادعى أحدهما الكلّ، و الآخر النصف، و لا بينة
- ٢٢٢ المسألة التاسعة: إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر فى أمتعة البيت الذى فى يدهما
- ٢٢٢ اشارة
- ٢٢٢ الأول: أنّهما فيها سواء مطلقا
- الثانى: إنّ ما يصلح للرجل خاصة يحكم به للرجل، و ما يصلح للنساء كذلك يحكم به للمرأة، و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو
- ٢٢٤ و الثالث: إنّ القول قول المرأة مطلقا، فالمتاع المتنازع فيه كله لها، إلّا ما أقام الرجل عليه البينة.
- ٢٢٥ الرابع: إنّ ما لا يصلح إلّا للرجال فهو للرجل، و ما يصلح لهما أو للنساء خاصة فهو للمرأة
- ٢٢٥ الخامس: الرجوع فى ذلك إلى العرف العامّ أو الخاصّ
- ٢٣٠ فروع:
- ٢٣٠ أ: اعلم أنّ أخبار المسألة خالية عن ذكر اليمين رأسا،
- ٢٣٠ ب: الحكم المذكور مخصوص بمتاع البيت الذى لم يعلم أنّه بيد أحدهما و تصرفه بخصوصه،
- ٢٣١ ج: و أيضا يختصّ الحكم بمتاع البيت أو الدار الذى هما يسكنانه و يترددان فيه لا غير ذلك،
- ٢٣١ د: لا فرق فى الحكم المذكور
- ٢٣١ ه: اعلم أنّ الحكم فى أكثر الأخبار المذكورة مخصوص بالزوجة الدائمة،

- ٢٣٢و: لو ادعى أحدهما اليد المستقلة على بعض المتاع، فإن كان ممّا يختصّ به فلا تترتب ثمرة على المتنازع،
- ٢٣٢ز: هل الحكم المذكور مخصوص بما لم تعلم فيه ملكيته السابقة لأحدهما،
- ٢٣٢الفصل السادس في بيان نبذة من أحكام تعارض الملك السابق و اليد، و تعارض البيّنات و تصادقهما
- ٢٣٢اشاره
- ٢٣٢المسألة الأولى: إذا كانت في يد أحدهما و أقام كلّ منهما بيّنة، فللأصحاب فيه أقوال:
- ٢٣٢الأول: ترجيح بيّنة الخارج مطلقا
- ٢٣٦الثاني: أنّه ترجّح بيّنة الداخل مطلقا
- ٢٣٧الثالث: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا إذا انفردت بيّنة الداخل بذكر السبب، فيرجّح.
- ٢٣٧الرابع: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا إذا تضمّنت البيّنتان أو بيّنة الداخل فقط ذكر السبب، فيرجّح الداخل.
- ٢٣٧الخامس: ترجيح الخارج مطلقا، إلّا مع عدلية بيّنة الداخل، ثمّ أكثرتها، فيترجّح
- ٢٣٨السادس: ترجيح أكثرهما عددا، و مع التساوى فللحالف منهما، و مع حلفهما أو نكولهما فللداخل.
- ٢٣٨السابع: الفرق بين السبب المتكّرر- كالبيع- و غير المتكّرر- كالنتاج و نساجة الثوب
- ٢٣٨الثامن: تقديم بيّنة الخارج، إلّا إذا شهدت بالملك، و شهدت بيّنة الداخل بالإرث، فيقدّم أكثرهم بيّنة و يستحلف
- ٢٣٩التاسع: الرجوع إلى القرعة مطلقا
- ٢٤١المسألة الثانية: لو كانت العين في يديهما معا، و أقام كلّ واحد منهما بيّنة على الجميع
- ٢٤١اشاره
- ٢٤٣ثمّ الخلاف في المسألة في مقامات أربعة:
- ٢٤٣أحدهما: في إطلاق الحكم المذكور بالنسبة إلى البيّنات
- ٢٤٤و ثانيها: في أصل الحكم المذكور
- ٢٤٤و ثالثها: في سبب الحكم المذكور
- ٢٤٤و رابعها: في لزوم اليمين و عدمها
- ٢٤٥المسألة الثالثة: لو كانت في يد ثالث، يقضى بأرجح البيّنتين عدالة،
- ٢٤٥اشاره
- ٢٤٨فرع:

- المسألة الرابعة: لو لم تكن العين في يد أحد ٢٤٩
- المسألة الخامسة: كل ما ذكر إنما كان في تعارض البيّنات في الأعيان من الأموال، و قد يتحقّق في الديون ٢٤٩
- المسألة السادسة: لو تعارضت اليد الحاليّة مع الملكيّة السابقة أو اليد السابقة ٢٥٠
- اشاره ٢٥٠
- فرعان: ٢٥٣
- أ: صرّح جماعة من الأصحاب ٢٥٣
- ب: قال في الكفاية: و في كلامهم القطع بأنّ صاحب اليد لو أقرّ أمس بأنّ الملك له ٢٥٣
- المسألة السابعة: كما يتحقّق التعارض بين الشاهدين و مثلهما، يتحقّق بينهما و بين شاهد و امرأتين ٢٥٤
- المسألة الثامنة: قد عرفت لزوم التنصيف بين المتداعيين في بعض الموارد ٢٥٥
- المسألة التاسعة: إذا تعارضت البيّنتان في الملك و اختلفتا في التاريخ ٢٥٦
- المسألة العاشرة: قالوا: لو تعارضت البيّنة بالملك المطلق و البيّنة باليد فالترجيح لبيّنة الملك ٢٥٧
- المسألة الحادية عشرة: لو تعارضت البيّنة بسبب الملك- مثل قوله: اشتراه أو انتجه في ملكه- و البيّنة بالتصرّف تصرّف الملاك ٢٥٨
- الفصل السابع في ذكر بعض المسائل التي يقع فيها التنازع ٢٥٨
- اشاره ٢٥٨
- المسألة الأولى: قال في القواعد: لو كان في دكان عطار و نجار فاختلفا في قماشه، ٢٥٨
- المسألة الثانية: قال أيضا: و لو اختلف الموجر و المستأجر في شيء في الدار ٢٦٠
- المسألة الثالثة: قال في التحرير: لو ادّعى أنك مرّقت ثوبي فلي عليك الأرش، كفاه أن يقول: لا يلزمني الأرش ٢٦٠
- المسألة الرابعة: لو كتب الحاكم كتابا للمدّعي بالحكم، فاستوفى حقّه من المدّعي عليه، و طلب الكتاب من المدّعي ٢٦١
- المسألة الخامسة: إذا اتّفقا على استئجار شيء معيّن في مدّة معيّن، و اختلفا في الأجرة ٢٦١
- مسألة: إذا ادّعى استئجار دار بأجرة، و قال الموجر: بل بيت منها بتلك الأجرة، و لا بيّنة ٢٦٣
- المطلب الثالث في بيان ما يحتاج إلى الرفع إلى الحاكم و الدعوى و الرجوع إلى حكمه، و ما لا يحتاج إليه و يجوز فيه التقاص بدون الترافع .. ٢٦٤
- اشاره ٢٦٤
- البحث الأول في العقوبات ٢٦٥
- البحث الثاني في الحقوق الغير الماليّة، كالزوجيّة، و الوصاية، و الطلاق، و حقّ الشفعة، و الخيارات، و نحوها. ٢٦٧

- ٢٦٧ البحث الثالث فيما إذا كان المطلوب مالا، عينا أو دينا
- ٢٦٧ اشاره
- ٢٦٩ ثم نقول: إن تحقيق المقال في هذا المجال بذكر مسائل:
- ٢٦٩ المسألة الأولى: المال المطلوب إن كان عينا
- ٢٧٠ المسألة الثانية: وإن كان المطلوب دينا، والغريم جاحدا، و ليست له بيتنة
- ٢٧١ المسألة الثالثة: مقتضى عموم أكثر الأخبار المتقدمة و خصوص صحيحتي داود و رواية علي بن سليمان: جواز المقاصة
- ٢٧٢ المسألة الرابعة: في جواز المقاصة من الوديعة و عدمه قولان:
- ٢٧٢ الأول:
- ٢٧٣ و الثاني:
- ٢٧٤ المسألة الخامسة: لو اقتص حقه، ثم أتى الغريم بالمال المجحود
- ٢٧٤ المسألة السادسة: هل يختص التقاص بما إذا علم حقه على الغريم واقعا
- ٢٧٤ المسألة السابعة: يجوز التقاص من مال الغريم المشترك بينه و بين غيره
- ٢٧٤ المسألة الثامنة: لو كان الغريم غائبا، و لم يعلم جحوده أو عدم بذله
- ٢٧٥ المسألة التاسعة: لو كان حقه مظنونا لا يجوز له التقاص
- ٢٧٥ المسألة العاشرة: لو كان له على شخص حق، و لم يعلم به الغريم أو نسيه
- ٢٧٥ المسألة الحادية عشرة: يجوز تقاص ما أعطاه لغيره رشوة محرمة أو ربا
- ٢٧٥ المسألة الثانية عشرة: لو كان لزيد مال على عمرو، و لعمرو على بكر، يجوز لزيد المواطة مع بكر
- ٢٧٥ المسألة الثالثة عشرة: لو كان الحق مختلفا فيه بين العلماء
- ٢٧٥ المسألة الرابعة عشرة: لو كان له حق على من لا يفى ماله بديونه، يجوز له التقاص من ماله ما لم يحجر عليه الحاكم
- ٢٧٥ المسألة الخامسة عشرة: يجوز التقاص من مال الغريم المتزلزل
- ٢٧٦ المسألة السادسة عشرة: يجوز التوكيل في التقاص
- ٢٧٦ المسألة السابعة عشرة: الحق الذي يجوز تقاصه أعم من أن يكون ذو الحق معينا أو أحد الأفراد
- ٢٧٦ المسألة الثامنة عشرة: هل يشترط في التقاص عن غير الجنس التقييم
- ٢٧٦ المسألة التاسعة عشرة: يجوز التقاص من المنافع كما يجوز من الأعيان

- المسألة العشرون: هل يجوز تقاص مستثنيات الدين - كفرس ركوبه، و ثياب بدنه، و نحوهما - أم لا؟ ٢٧٦
- المسألة الإحدى و العشرون: الظاهر عدم حصول التقاص بدون التصرف ٢٧٦
- المسألة الثانية و العشرون: قال في القواعد: و لو نقب جداره ليأخذه لم يكن له «١» أرش النقب «٢» ٢٧٧
- المسألة الثالثة و العشرون: و لو جحد من عليه مثله جاز أن يجحد أيضا ٢٧٧
- المطلب الرابع فيما يتعلّق بالاستحلاف و الحلف ٢٧٧
- اشاره ٢٧٧
- البحث الأول في أحكام تتعلّق بنفس اليمين ٢٧٧
- اشاره ٢٧٧
- المسألة الاولى: لا يصحّ الإحلاف إلّا بالله سبحانه ٢٧٧
- اشاره ٢٧٧
- فروع: ٢٨١
- أ: هل المراد بالحلف بالله الحلف بهذا اللفظ المقدّس، ٢٨١
- ب: كما لا يصحّ الحلف إلّا بالله سبحانه، و لا يترتب الأثر إلّا عليه، ٢٨٢
- ج: لا شكّ في مرجوحية الحلف بالله، و كراهتها، ٢٨٣
- المسألة الثانية: يستحبّ للحاكم تقديم الوعظ على اليمين لمن توجّهت إليه ٢٨٥
- المسألة الثالثة: يجزى للحالف أن يقول في يمينه: و الله ماله قبلي كذا، و ترجمة ذلك بلغته - أي لغة كانت ٢٨٥
- المسألة الرابعة: يحلف الأخرس بالإشارة المفهومة على المشهور ٢٨٧
- البحث الثاني فيما يتعلّق بالحالف ٢٨٨
- اشاره ٢٨٨
- المسألة الأولى: الأصل في الحالف هو المنكر دون المدعى ٢٨٨
- المسألة الثانية: يتسلّط المدعى على المنكر حلفه في كلّ دعوى صحيحة ٢٨٨
- المسألة الثالثة [يجب أن يكون الحالف باتا عالما بما يحلف عليه] ٢٨٨
- المسألة الرابعة: المدعى أمّا يطلق الدعوى ٢٩٠
- البحث الثالث في المحلوف عليه ٢٩١

٢٩١ اشارة

٢٩١ المسألة الاولى: لو ادعى عليه دين و هو معسر جاز له أن يحلف أنه لا حق له

٢٩٢ المسألة الثانية: الحلف ينصرف إلى ما حلفه الحاكم عليه

٢٩٢ المسألة الثالثة: قالوا: لا يجوز أن يحلف أحد ليثبت مالا لغيره، أو يسقط حقا عن غيره.

٢٩٣ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

مستند الشيعة في أحكام الشريعة الجزء ١٧

اشاره

سرشناسه : نراقي، احمد بن محمد مهدي، ١١٨٥-١٢٤٥ق.

عنوان و نام پديد آور : مستند الشيعة في احكام الشريعة / تاليف احمد بن محمد مهدي النراقي؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.

مشخصات نشر : مشهد: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث، ١٤١٥ق. = ١٣٧٣-

مشخصات ظاهري : ج.

فروست : موسسه آل البيت لاحياء التراث؛ ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٦٠، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٧١، ٢٤٢.

شابك : ٢٥٠٠ ريال: ج. ١٩٦٤-٥٥٠٣-٧٥-٢ : ؛ ؛ ج. ٣: ٩٦٤-٥٥٠٣-٧٨-٧ : ؛ ؛ ٤٠٠٠ ريال: ج. ٥: ٩٦٤-٥٥٠٣-٨٠-٩ : ؛ ٤٠٠٠ ريال

(ج. ٦) ؛ ٤٠٠٠ ريال (ج. ٧) ؛ ٥٠٠٠ ريال: ج. ٨٩٦٤-٥٥٠٣-٨٣-٣ : ؛ ؛ ٥٠٠٠ ريال: ج. ١٠٩٦٤-٣١٩-١٤-٥ : ؛ ؛ ٦٠٠٠ ريال:

ج. ١١٩٦٤-٣١٩-١٥-٣ : ؛ ؛ ٥٥٠٠ ريال: ج. ١٢: ٩٦٤-٣١٩-٣٨-٢ : ؛ ؛ ٥٥٠٠ ريال: ج. ١٣: ٩٦٤-٣١٩-٧٣-٠ : ؛ ؛ ٧٥٠٠ ريال: ج. ١٦:

٩٦٤-٣١٩-١٢٥-٧ ؛ ٧٥٠٠ ريال (ج. ١٧) ؛ ٣٥٠٠٠ ريال: ج. ٢٠٩٧٨-٩٦٤-٣١٩-٥٠٢-١ :

وضعت فهرست نویسی : برونسپاری

يادداشت : ج. ٥ (چاپ اول: ١٤١٥ق. = ١٣٧٣).

يادداشت : ج. ٦ (چاپ اول: ١٤١٥ق. = [١٣٧٣]).

يادداشت : ج. ٧ (چاپ اول: ١٤١٦ق. = [١٣٧٤]).

يادداشت : ج. ٨ (چاپ اول: ١٤١٦ق. = ١٣٧٥).

يادداشت : ج. ١٠ و ١١ و ١٢ (چاپ اول: ١٤١٧ق. = ١٣٧٦).

يادداشت : ج. ١٣ (چاپ اول: ١٤١٧ق. = ١٣٧٥).

يادداشت : ج. ١٦ و ١٧ (چاپ اول: ١٤١٩ق. = ١٣٧٧).

يادداشت : ج. ٢٠ (چاپ اول: ١٤٣١ق. = ١٣٨٩).

يادداشت : کتابنامه.

مندرجات : (٧.٧): ISBN ٩٦٤-٥٥٠٣-٨٢-٥ (٨ vols): ISBN ٩٦٤-٥٥٠٣-٧٥-٢ (set): ISBN ٩٦٤-٥٥٠٣-٧٥-٢ (٥): (٧.٥):

ISBN ٩٦٤-٥٥٠٣-٨٠-٩ (٧.٦): ISBN ٩٦٤-٥٥٠٣-٨١-٧ (٧.٦):

موضوع : فقه جعفری -- قرن ١٣ق.

شناسه افزوده : موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندی كنگره : ١٨٣/٣/٥٤٣٧٣

رده بندی ديويي : ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي : ٧٤-١٢٥٦

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، و الصلاة على رسول الله، ثم على أهل بيت رسول الله.

كتاب القضاء والشهادات

إشاره

و فيه مقصدان

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧

المقصد الأول في القضاء

إشاره

و هو: ولاية حكم خاص - أو حكم خاص - في واقعة مخصوصة و على شخص مخصوص، بإثبات ما يوجب عقوبه دنيوية شرعا، أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فيه، أو بنفى واحد منهما.

و في هذا المقصد مقدمة و أربعة مطالب. مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ص ٧ أما المقدمة ففي بيان فضله، و شرفه، و عظم خطره، و وجوبه ص: ٧

أما المقدمة ففي بيان فضله، و شرفه، و عظم خطره، و وجوبه

إشاره

. و فيها ست مسائل:

المسألة الأولى: القضاء منصب عال عظيم، و شرفه جسيم.

و لعل مرتبته و سمو شأنه جعل الله سبحانه تولى ذلك إلى الأنبياء و الأوصياء من بعدهم صلوات الله عليهم، ثم إلى من يحدو حدوهم، و يقتدى بهم، و يسير بسيرهم، من العلماء الآخذين علومهم منهم، المأذونين من قبلهم بالحكم بين الناس بقضائهم.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨

و كفى بجلاله قدره تولى النبي صلى الله عليه و آله إياه بنفسه الشريفه الزكية لأمته، ثم تفويضه إلى سيد الأوصياء بعده، ثم إلى أوصيائه القائمين مقامه، و خصصهم بذلك دون سائر الناس، و كذلك من قبله من الأنبياء و خلفائهم.

و لعظم شأنه جعل الله يده فوق رأسه، و أهبط إليه الملك يسده. قال أبو عبد الله عليه السلام في خبر السكوني: «يد الله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة، فإذا حاف و كله الله تعالى إلى نفسه» (١).

و في خبر آخر: «إذا جلس القاضي أو اجلس في مجلسه هبط إليه ملكان يسدانه و يرشده و يوقفانه، فإذا جار عرجا و تركاه» (٢).

المسألة الثانية: خطر القضاء عظيم، و أجره جسيم

، فإن القاضي لفي شفا جرف هار، فإن جار في الحكم أو حكم بغير علم انهار به في نار جهنم، و إن عدل و حكم بما أنزل الله عالما

به متبعا لسنته فقد فاز فوزا عظيما، و نال نيلا جسيما.

ولذا قال النبي صلى الله عليه و آله: «من جعل قاضيا ذبح بغير سكين» (٣).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام في رواية إسحاق بن عمار: «يا شريح، قد جلست مجلسا لا يجلسه إلّا نبيّ أو وصي نبيّ أو شقيّ» (٤).

وقال أبو عبد الله عليه السلام - كما في مرفوعة البرقي -: «القضاء أربعة، ثلاثة في النار و واحد في الجنة: رجل قضى بجور و هو يعلم فهو في النار، و رجل

(١) الكافي ٧: ٤١٠-١، الفقيه ٣: ٥-١٣، التهذيب ٦: ٢٢٢-٥٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٢٤ أبواب آداب القاضي ب ٩ ح ١.

(٢) كنز العمال ٦: ٩٩-١٥٠١٥، غوالي اللثالي ٣: ٥١٥-١.

(٣) المقنعة: ٧٢١، الوسائل ٢٧: ١٩ أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٨.

(٤) الكافي ٧: ٤٠٦-٢، الفقيه ٣: ٤-٨، المقنعة: ٢، التهذيب ٦: ٢١٧-٥٠٩ الوسائل ٢٧: ١٧ أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩

قضى بجور و هو لا يعلم أنه قضى بجور فهو في النار، و رجل قضى بحق و هو لا يعلم فهو في النار، و رجل قضى بحق و هو يعلم فهو في الجنة» (١).

و في مرسله الفقيه: «من حكم في درهمين بغير ما أنزل الله عزّ و جلّ فقد كفر بالله».

و في أخرى: «من حكم في درهمين فأخطأ كفر».

و في ثالثة: «إذا كان الحاكم يقول لمن عن يمينه و لمن عن يساره: ما ترى؟ ما تقول؟ فعلى ذلك لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين» (٢).

و في صحيحة أبي بصير: «من حكم في درهمين بغير ما أنزل الله فهو كافر بالله العظيم» (٣).

و في رواية أنس بن مالك، عن النبي صلى الله عليه و آله: «لسان القاضي بين جمرتين من نار حتى يقضى بين الناس، فإما في الجنة، و إما إلى النار» (٤).

و في رواية سعيد بن أبي الخضيب: أنه قال أبو عبد الله عليه السلام لابن أبي ليلى القاضي: «ما تقول إذا جرى بأرض من فضة و سماء من فضة، ثم أخذ رسول الله بيدك فأوقفك بين يدي ربك، فقال: يا رب إن هذا قضى بغير ما قضيت؟» (٥) الحديث، إلى غير ذلك.

(١) الكافي ٧: ٤٠٧-١، الفقيه ٣: ٣-٦، المقنعة: ٧٢٢، التهذيب ٦: ٢١٨-٥١٣، الوسائل ٢٧: ٢٢٢ أبواب صفات القاضي ب ٤ ح ٦.

(٢) الفقيه ٣: ٣-٦، و ص ٥ ح ١٤، و ص ٧ ح ٢٠.

(٣) الكافي ٧: ٤٠٨-٢، التهذيب ٦: ٢٢١-٥٢٣، الوسائل ٢٧: ٣١ أبواب صفات القاضي ب ٥ ح ٢.

(٤) التهذيب ٦: ٢٩٢-٨٠٨، الوسائل ٢٧: ٢١٤ أبواب آداب القاضي ب ٢ ح ٣.

(٥) الكافي ٧: ٤٠٨-٥، التهذيب ٦: ٢٢٠-٥٢١، الوسائل ٢٧: ١٩ أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٩، بتفاوت يسير فيها.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠

المسألة الثالثة: القضاء واجب على أهله، بحق النيابة للإمام في زمان الغيبة

في الجملة بإجماع الأمة، بل الضرورة الدينيّة.

لتوقف نظام نوع الإنسان عليه.

ولأن الظلم من طبائع هذه الأشخاص واختلاف نفوسهم المجلولة على محبة الترفع والتغلب وإرادة العلو والفساد في الأرض ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض «١» وإن كثيراً من الخُطَاءِ لَيُعْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ «٢»، فلا بد من حاكم بينهم ينتصف من الظالم للمظلوم ويردعه عن ظلمه.

ولما يترتب من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وللأمر به في الكتاب والسنة، قال الله سبحانه يا داودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ «٣».

وقال تعالى شأنه إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ «٤».

وفي رواية معلّى بن خنيس: «و أمرت الأئمة أن يحكموا بالعدل، و أمر الناس أن يتبعوهم» «٥».

وفي مرسله ابن أبي عمير: «ما تقدست أمة لم يؤخذ لضعيفها من

(١) البقرة: ٢٥١.

(٢) سورة ص: ٢٤.

(٣) سورة ص: ٢٤.

(٤) النساء: ١٠٥.

(٥) الفقيه ٣: ٢-٢، التهذيب ٦: ٢٢٣-٥٣٣، الوسائل ٢٧: ١٤ أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١.

قويها بحقه غير متعنت «١»، و غير ذلك من الأخبار.

المسألة الرابعة: إن القابل للحكومة والأهل للقضاء

في البلد أو في مكان لم يتعسر الوصول إليه إما واحد باعتقاد ذلك القابل و سائر أهل البلد بعد بذل جهدهم، أو متعدّد.

فعلى الأول: يكون القضاء واجبا عيتيا على ذلك القابل، و الوجه ظاهر.

و على الثاني: فإما يكون القابل متعددا باعتقاد الجميع، أو لا يكون كذلك.

فعلى الأول: يكون القضاء على كل من المتعددين واجبا كفاييا، و وجهه أيضا ظاهر.

و على الثاني: فإما يكون الأهل - باعتقاد واحد ممن له الأهلية - متعددا، دون اعتقاد الرعية، بل هم لا يعتقدون الأهلية إلا لهذا الشخص.

أو يكون بالعكس، أي لا يعتقد ذلك الأهل أهلية غير نفسه، و الرعية يعتقدون أهلية غيره أيضا.

فعلى الأول: فإن علم ذلك الأهل أن عدم اعتقاد المعتقدين للغير ليس مستندا إلى تقصيرهم في الفحص، بل هو إما منبعث عن

الفحص، أو هم قاصرون عن الفحص - أي غير متمكّنين من المعرفة، لعدم شياع و استفاضه مفيدين للعلم لكل أحد، و عدم دليل آخر

لهم - فيكون القضاء

(١) الكافي ٥: ٥٦-٢، التهذيب ٦: ١٨٠-٣٧١، الوسائل ١٦: ١٢٠ أبواب الأمر و النهي ب ١ ح ٩، غير متعنت: أي من غير أن يصيبه

أذى يقلقه أو يزعجه (مجمع البحرين ٣: ٣٠٩) و في التهذيب و نسخة من الوسائل: متضع، و في أخرى منها:

متصّع.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢.

عليه واجبا عيتيا، للانحصار فيه حقيقة، لأنه لا يكفي في الأهل وجوده الواقعي، بل اللازم وجوده بحسب علم المكلف.

و إن علم أن عدم اعتقادهم في الغير ناشئ عن التقصير في الفحص مع تمكنهم منه، لا يجب عليه عينا، بل يكون واجبا كفايًّا عليه. و على الثاني: فإن لم يعلم انبعاث اعتقادهم عن تقصير أو قصور، لا يجب عليه أيضا عينا، بل يكون كفايًّا، و إن علم ذلك يجب عليه عينا.

و منه يظهر الحكم في صورتين الأخيرتين إذا اختلفت الرعيَّة في اعتقاد الغير و عدمه، فتكون العيَّة و الكفايَّة لذلك الأهل بالنسبة إلى القضاء لكلِّ بعض كما ذكر.

و إن كان هناك أهل للقضاء باعتقاد نفسه دون اعتقاد الرعيَّة كلاً أو بعضاً، فيعتقدون عدم أهليته إمَّا علما أو عدالة، أو لا يعتقدون أهليته:

فإن علم ذلك الأهل أن اعتقادهم العدم أو عدم اعتقادهم منبعث عن الفحص و السعي، لا يجب عليه قضاؤهم أصلا، لأنَّ حكمه ليس نافذا عليهم شرعا، فلا- يترتب عليه أثر، بل ربّما يحرم عليه لو علم عملهم بحكمه لعدم المبالاة في الدين، لكونه إعانة عليهم في تأييمهم، بل هو ليس أهلا شرعا، إذ عرفت أنه من كان كذلك باعتقاد المكلف. بل و كذلك الحكم إذا لم يعلم ذلك، أو علم انبعاثه عن التقصير أو القصور، لأنهم ما داموا كذلك لا يجب عليهم قبول حكمه، بل لا يجوز لهم، فتأمل.

المسألة الخامسة: وجوب القضاء على من له الأهلية

- عينا أو كفاية على التفصيل المتقدم- إنَّما هو بعد الترافع إليه، فلا يجب بدونه، للأصل، و عدم الدليل. فليس عليه الفحص عن وجود التخالف و التنازع بين

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣

الناس، و لا عليه المحاكمة لو علمه و لم يترافع إليه.

نعم، لو علم وجود النزاع و التشاجر، و علم ظلم أحدهما على الآخر عدوانا أو جهلا بالمسألة، يجب عليه رفع النزاع بأيِّ نحو كان من باب النهي عن المنكر، و كذا لو علم ترتب منكر آخر على تنازعهم.

و إذا ترافعا إليه، أو طلبه المدعى- مع اجتماع شرائط الوجوب كما تقدّم- يجب عليه عينا مع الانحصار، و كفاية مع التعدّد.

و لا يجب عينا عليه مع التعدّد باختيار المتداعيين أو المدعى إياه، للأصل، و عدم الدليل.

نعم، لو لم يعلم أو أحدهما التعدّد، يجب عليه أحد الأمرين: إمَّا القضاء، أو الإرشاد إلى التعدّد.

و لو لم يرضيا أو المدعى منهما بالترافع إلى غيره:

فإن كان لادعائه العلم بعدم أهليَّة الغير، يجب عينا عليه إن لم يمكن ردعه عن اعتقاده، و إن جوزه يجب عليه إمَّا إثبات أهليته له أو الحكم.

و إن كان لعدم علمه بالأهليَّة، يجب عليه إمَّا الحكم أو أمرهما بالفحص عن حاله مع إمكانه. بل يمكن أن يقال بعدم وجوب شيء عليه إذا علم استناد عدم علمهما إلى تقصير.

و لو لم يرضيا بالفحص أو بالترافع إلى الغير مع العلم بالأهليَّة ففيه إشكال، سواء لم يعلم ذلك الغير بالتنازع بينهما و مطالبه الحقّ و لم يمكن له إعلامه، أو علم به الغير أيضا، أو أمكن إعلامه و لكن لم يترافع إليه المدعى، و الأصل يقتضى عدم العيَّة، و لا إثم على أحد، لتقصير المتداعيين.

المسألة السادسة: على العيَّة أو الكفايَّة، هل هو على الفور،

أم

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤

يجوز التراخي؟

الظاهر: عدم الفوريّة، للأصل، والإجماع، و ما ورد من بعض قضايا أمير المؤمنين عليه السّلام من تأخير الحكم و الدخول في الصلاة أو إلى الغد.

نعم، الظاهر عدم جواز التأخير بقدر يوجب تضييع حقّ لو كان.

و الأولى أنّه لو أراد التأخير بدون عذر يستمهل من المدعى.

ثمّ الوجوب عينا أو كفاية إنّما هو مع احتمال نفوذ حكمه و عدم مظنة الضرر فيه، و إلّا لم يجب، و الوجه ظاهر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥

المطلب الأول في تعيين القاضى و ما يتعلّق به من الشرائط، و الآداب، و الأحكام

إشاره

و فيه ثلاثة أبحاث:

البحث الأول في تعيين القاضى و شرائطه

إشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: اعلم أنّ القاضى يغير المقتى و المجتهد و الفقيه بالاعتبار.

فيستى الشخص قاضيا و حاكما: باعتبار إزامه و حكمه على الأفراد الشخصيّة بالأحكام الشخصيّة.

و مفتيا: باعتبار مجرّد الإخبار عن حكم الله و لو قليتا.

و مجتهدا: باعتبار مجرّد الاستدلال، و ردّ الفروع إلى الأصول، و استخراج الأحكام من مآخذها، و استفراغ وسعه فيه.

و فقيها: باعتبار علمه الحاصل بالأحكام من ذلك الاستخراج و الاستفراغ.

فهذه الألفاظ الأربعة متّحدة مصداقا، متغايرة حيثيّة و مفهوما.

المسألة الثانية [لما كان وجوب الحكم و القضاء و وجوب قبول حكمه أمر مخالف للأصل فلا بد من دليل مخرج له من الأصل و مثبت لمنصب

القضاء له]

لما كان وجوب الحكم و القضاء على شخص من الرعيّة، بل جوازه، و وجوب قبول حكمه و الترام إزامه، أمرا مخالفا للأصل. أمّا

وجوب الحكم و القبول فظاهر، و أمّا الجواز فللإجماع،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦

و المستفيضة، كرواية إسحاق بن عمار المتقدمة «١».

و صحيحة سليمان بن خالد: «أتقوا الحكومة، فإنّ الحكومة إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، لنبيّ أو وصيّ نبيّ» «٢».

و المرويّ في مصباح الشريعة المنجبر بعمل الكلّ: «الحكم لا يصح إلّا بإذن الله» «٣»، إلى غير ذلك.

فلا بدّ- في كون شخص قاضيا و جواز القضاء له و وجوب القبول منه- من دليل مخرج له من الأصل، و مثبت لمنصب القضاء له، و لهذا اجتمعت كلمتهم قاطبة على أنّ من شرائطه إذن الإمام. و مرادنا من الدليل المخرج: هو الدالّ على ذلك الإذن.

ثمّ الدليل إمّا يختصّ بواحد معيّن شخصا، فيسمّى ذلك الشخص بالنائب الخاص، أو وصفا، فيسمّى بالنائب العام.

و لمّا لم يكن تحقّق الأول إلّا في زمان الحضور، فلا فائدة في التعرّض لبيان شرائطه، و إن تكلم الأكثر في أحواله أيضا. بل المهمّ لنا التكلّم في الثاني، و تحقيق أنّه من هو؟ و ما شرائطه و آدابه؟

و لما عرفت أنّه لا يكون واحد من الرعيّة قاضيا إلّا بعد إقامة الدليل على ثبوت هذا المنصب و تحقّق الإذن له، فاللّازم أولا ذكر الأدلّة المرخصه في القضاء لطائفه من الرعيّة، الأمره بالتزام أحكامهم.

و إذ لا يمكن الإذن للموجودين في زمن الغيبة لشخص معيّن، بل

(١) في ص: ٨.

(٢) الكافي ٧: ٤٠٦-١، الفقيه ٣: ٤-٧، التهذيب ٦: ٢١٧-٥١١، الوسائل ٢٧:

١٧ أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ٣.

(٣) مصباح الشريعة: ٣٥٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧

يكون التعيين بالوصف، فلا محاله يكون في أدلّة الإذن إطلاق أو عموم.

و تلك العمومات أيضا ليست باقية على حالها من العموم أو الإطلاق، بل لاشتراط بعض الشرائط خرج منها بعض أفرادها بالأدلّة المقيّده أو المخصّصة لها، فلذا يلزم علينا الفحص ثانيا عن المقيّد و المخصّص، و تخصيص المنصب بمن لم يخرج عن العموم. و بذلك يظهر أنّه يشترط في القاضي دخوله تحت أدلّة الإذن أولا، و عدم خروجه بسبب المخصّصات ثانيا.

المسألة الثالثة [الروايات الواردة في إذن القاضي للحكم]

إذا عرفت أنّه لا بدّ في القاضي من ورود الإذن في شأنه، فنقول: إنّ قد ورد ذلك من سلاطين الأنام، و ولاة الأمر من جانب الملك العلّام، للعلماء بأحكام أهل البيت عليهم السّلام، بالإجماع القطعي، بل الضرورة، و المعتبرة المستفيضة:

كمر فوعه البرقي المصرّحه بأنّ: «من قضى بحقّ و هو يعلم فهو في الجنّة» «١».

و كصحيحة أبي خديجة: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنّي قد جعلته قاضيا، فتحاكموا إليه» «٢».

و الأخرى: «اجعلوا بينكم رجلا ممّن عرف حلالنا و حرامنا، فإنّي قد جعلته قاضيا» «٣».

و وصف الروايتين بعدم الصحة - مع أنه غير ضائر عندنا مع

(١) المتقدمة في ص ٨ و ٩.

(٢) الكافي ٧: ٤١٢-٤، الفقيه ٣: ٢-١ و فيهما قضائنا بدل قضايانا، التهذيب ٦:

٢١٩-٥١٦، الوسائل ٢٧: ١٣ أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٥.

(٣) التهذيب ٦: ٣٠٣-٨٤٦، الوسائل ٢٧: ١٣٩ أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨

وجودهما في الأصول المعتبرة، و انجبارهما بالإجماع المحقق و المحكى مستفيضا، و في المسالك: أنّهما و المقبولة الآتية مشتهران بين الأصحاب، متفق على العمل بمضمونهما «١» - غير جيد، لأنّ أولاهما رواها في الفقيه، عن أحمد بن عائذ، عن أبي خديجة، و طريق الفقيه إلى أحمد صحيح، كما صرح به في الروضة «٢»، و أحمد نفسه موثق إمامي «٣».

و أمّا أبو خديجة - و هو سالم بن مكرم - و إن ضعّفه الشيخ في موضع «٤» و لكن وثقه في موضع آخر «٥»، و وثقه النجاشي «٦»، و قال أبو الحسن عليّ بن الحسن: كان صالحا «٧»، و عدّ في المختلف في باب الخمس روايته من الصحاح «٨»، و قال الأسترابادي في رجاله الكبير في حقه: فالتوثيق أقوى.

و مقبولة بن حنظلة: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظر في حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا، فارضوا به حكما، فإنّي قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما بحكم الله استخف، و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على الله تعالى، و هو على حدّ الشرك بالله» «٩».

(١) المسالك ٢: ٣٥٢.

(٢) روضة المتقين ١٤: ٤٥.

(٣) راجع رجال النجاشي: ٩٨-٢٤٦، و رجال الكشي ٢: ٦٥٣.

(٤) الفهرست: ٧٩.

(٥) نقله عن العلامة في الخلاصة: ٢٢٧.

(٦) راجع رجال النجاشي: ١٨٨-٥٠١.

(٧) رجال الكشي ٢: ٦٤١.

(٨) المختلف: ٢٠٧.

(٩) الكافي ٧: ٤١٢-٥، التهذيب ٦: ٢١٨-٥١٦، الوسائل ٢٧: ١٣٦ أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩

و تضعيف هذه الرواية «١» - مع انجبارها بما مرّ حتّى اشتهرت بالمقبولة - غير جيد أيضا، إذ ليس في سندها من يتوقّف في شأنه، سوى داود بن الحصين، و وثقه النجاشي «٢»، فلو ثبت ما ذكره الشيخ «٣» و ابن عقدة «٤» من وقفه فالرواية موثقة لا ضعيفة، و عمر بن حنظلة، و قد حكى عنه توثيقه «٥».

هذا، مع أنّ في السند قبلهما صفوان بن يحيى، و هو ممّن نقل إجماع العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه.

و التوقيع الرفيع المرويّ في إكمال الدين للصدوق، و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسي: «و أمّا الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنّهم حجّتي عليكم، و أنا حجّة الله عليهم» «٦».

و مرسله الفقيه المروية في معاني الأخبار وغيره أيضا: «اللهم ارحم

- (١) كما في المسالك ٢: ٣٥٢.
- (٢) رجال النجاشي: ١٥٩-٤٢١.
- (٣) رجال الشيخ: ٣٤٨.
- (٤) نقله عنه العلامة في الخلاصة: ٢٢١.
- (٥) يعود ضمير «عنه» إلى المضعف و هو صاحب المسالك و قد وثقه في شرح الدراية، و إن كان مقتضى السياق عوده إلى النجاشي أو الشيخ أو ابن عقده إلا أنه لم يرد عنهم التوثيق و لم ينسب إليهم أحد. قال الشهيد الثاني في شرح الدراية: ٤٤: «و عمر بن حنظلة لم ينص الأصحاب بجرح و لا- تعديل لكن امره عندي سهل لأنى قد حقت توثيقه من محل آخر». قال صاحب الرياض ٢: ٣٨٨- بعد نقل كلام المسالك في تضعيف الرواية- «و عمر بن حنظلة و هو ممن حكى عنه بأنه وثقه.» أى الشهيد الثاني، و المظنون أن المصنف أخذ العبارة من الرياض كما هو الملاحظ كثيرا في الكتاب.
- (٦) إكمال الدين: ٤٨٤، كتاب الغيبة للشيخ: ١٧٧، الاحتجاج: ٤٧٠، الوسائل ٢٧: ١٤٠ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ٩. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠
- خلفائى، قيل: يا رسول الله، من خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون بعدى، و يروون حديثى و سنتى «١».
- و المروى في الفقه الرضوى: «منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى إسرائيل» «٢».
- و فى كنز الكراچكى عن مولانا الصادق عليه السلام: «الملوك حكام على الناس، و العلماء حكام على الملوك» «٣».
- و المروى فى تحف العقول للشيخ الجليل محمّد بن الحسن بن على بن شعبه، و فيه: «مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الامناء على حاله و حرامه» «٤».
- و المروى فى غوالى اللئالى: «الناس أربعة: رجل يعلم، و هو يعلم أنه يعلم، فذاك مرشد حاكم فاتبعوه» «٥».
- و تدلّ عليه أيضا الأخبار الآتى بعضها، الآمرة بالرجوع إلى الأعدل، أو الأعلم، أو الأفقه، عند الاختلاف.
- و تدلّ عليه أيضا قاعدتان متفتتان ذكرناهما فى كتاب عوائد الأيام «٦».
- و تؤيده الأخبار المتواترة المتضمنة ل: أن العلماء ورثة الأنبياء، و أنهم

(١) معانى الأخبار ١: ٣٧٤-١، الوسائل ٢٧: ١٣٩ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ٧.

(٢) فقه الرضا «ع»: ٣٣٨.

(٣) كنز الفوائد: ١٩٥، مستدرك الوسائل ١٧: ٣١٦ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ١٧.

(٤) تحف العقول: ٢٣٨، مستدرك الوسائل ١٧: ٣١٥ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ١٦.

(٥) غوالى اللئالى ٤: ٧٩-٧٤.

(٦) عوائد الأيام: ١٨٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١

مثلهم، و أنهم أمناء الإسلام، و أمناء الرسل، و المتكفلون لرعيّتهم و لأيتامهم، و أمثال ذلك من الأوصاف «١».

و لا يعارض تلك الأخبار ما مرّ من الأخبار الحاصرة للحكومة فى النبى و وصيه، لأن الإذن الوارد فى تلك الأخبار أيضا توصية لغه.

و مع فرض التعارض فتلك الأخبار كلّها أو أكثرها أخصّ مطلقا ممّا مرّ فيجب تخصيصه بها.

ثمَّ إنَّه قد ظهر من تلك الأخبار ثبوت الإذن للعلماء العارفين بأحكام الله في القضاء، وكونهم منصوبين من قبل الإمام نواباً له في هذا الزمان.

لا يقال:

إنَّ المذكور في الأخبار هو العالم، و العارف و الفقيه، اللذان هما أيضاً يتضمَّنان العلم، و حصوله في هذه الأزمنة غالباً غير ممكن، لأنَّ طرق الأحكام ظنيَّة غالباً.

لأننا نقول:

إنَّ الظنَّ لا- يعمل به ما لم ينته دليل وجوب العمل به أو جوازه إلى قطعيّ، فإنَّ إثبات الظنّي بالظنّي - مع اطباق العلماء على بطلانه- دور أو تسلسل. و إذا انتهى إلى القطع و العلم يكون الحكم الحاصل منه معلوماً، فإننا لو علمنا أنه يجب علينا العمل بالمظنون يكون المظنون حكماً قطعاً، فنكون عالمين بحكمنا قطعاً.

و هذا هو المراد من قولهم: ظنيَّة الطريق لا تنافي قطعيَّة الحكم.

و ليس فيه ابتناء على التصويب كما ظنَّ، فالمجتهد إذا علم حجّية الخبر أو الظنَّ الحاصل منه بدليل علميّ و دلّ خبر أو ظنَّ منه أنَّ حكم الله في الواقعة الفلانية كذا، يعلم قطعاً أنَّ حكمه في حقّه كذا، فيصدق عليه أنه

(١) الوسائل ٢٧: ٧٧ أبواب صفات القاضي ب ٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢

عالم أو عارف بقضيتهم و حلالهم و حرامهم.

لا يقال:

إنَّ مرادهم عليهم السلام من أحكامهم و قضاياهم هي الواقعيَّة، لأنَّها أحكامهم، و أمّا الحكم الظاهري فهو حكم المضطرّ. لأننا نقول:

إنَّ الأحكام الظاهريَّة للمضطرّين حال اضطرارهم أيضاً من الأحكام الواقعيَّة لهم، إذ ليس المراد بحكمهم إلّا ما حكموا به، و هل حكموا للمضطرّ بغير ذلك الحكم، أو ليس هذا حكمهم في حقّه؟! و هل ليس ما ظنّوا حليته مثلاً بالدليل الشرعيّ حلالاً من جانبهم له؟! و الحاصل: أنَّ المظنون هو أنَّ هذا مطابق لما حكموا به لغير المضطرّين، و أمّا أنه حكمهم في حق المضطرّين فهو مقطوع به.

و على هذا، فيكون هذا الذي عرف الحكم بالدليل الشرعيّ و لو كان ظنيّاً عالماً بالحكم، فيكون قاضياً متولياً لمنصب القضاء، و يكون من شأنه الحكم، و من شأن الرعيَّة القبول منه، إلّا أن يكون فاقداً لأحد الشروط المعبرة فيه الآتيّة.

ثمَّ إنه هل يختصّ هذا الإذن العامّ لذلك العالم بحال الغيبة، أو يشمل حال الحضور أيضاً، أمّا مطلقاً أو مع عدم التمكن للإمام؟ فيه وجهان، و لا فائدة لنا في التعرّض لتحقيقه.

المسألة الرابعة: المصريح به في كلام أكثر الأصحاب أنه يشترط في هذا العالم المأذون فيه أن يكون مستقلاً بأهليّة الفتوى

إشاره

- أي يكون علمه حاصلًا بالاجتهاد- فلا ينفذ قضاء غيره و لو كان مطلقاً على فتوى المجتهدين الأحياء و مقلداً لهم.

و نفى عنه الشكّ المحقّق الأردبيلي مع وجود المجتهد، و في الكفاية

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣

أنه لا أعرف فيه خلافا «١»، بل في المسالك و المعتمد لوالدي - قدس سره -:

الإجماع عليه «٢»، و يشعر به كلام بعض الأجلّة في شرح القواعد، حيث قال: و لا يكتفى عندنا بفتوى العلماء و تقليدهم فيها، بل لا بدّ من اجتهاده فيما يقتضى به، خلافا لبعض العامة «٣»، انتهى.

و حكى في التنقيح عن المبسوط أنه نقل قولاً بجواز قضاء المقلد، قال في المبسوط في هذه المسألة ثلاثة مذاهب: الأول: جواز كونه عامياً و يستفتى العلماء و يقضى بقولهم، إلى آخر ما قال. ثمّ قال في التنقيح: و لم يصرح - أى الشيخ - باختيار شيء من المذاهب «٤». و استدلل للمشهور، بالإجماع المنقول، و الأصل، و اشتراط الإذن و لم يثبت لغيره، لظهور اختصاص الإجماع به، و تضمن أخبار الإذن المتقدمة للعلم و المعرفة المجازين في الظنّ.

مضافاً إلى المتواترة الناهية عن العمل أو القول به أو بغير العلم، و المعتمدة للعلم في الفتوى، و لا يحصل لغير المجتهد سوى الظنّ غالباً، قيل:

بل و كذلك المجتهد، إلّا أنّ حجّية ظنه مقطوع بها، فهو ظنّ مخصوص في حكم القطع، كسائر الظنون المخصوصة، و لا كذلك غيره.

أقول:

إن كان مرادهم نفى قضاء غير المجتهد الذى لم يقلّد حياً أو ميتاً بتقليد حتى يجوز تقليد الميت، بل يرجع إلى ظواهر الأخبار و كتب الفقهاء من غير قوّة الاجتهاد - كما هو ظاهر كلام بعض متأخري

(١) الكفاية: ٢٤٢.

(٢) المسالك ٢: ٣٥١.

(٣) كشف اللثام ٢: ١٤٢.

(٤) التنقيح ٤: ٢٣٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤

المتأخريين، حيث قال: و غير المجتهد لا - دليل على حجّية ظنه، قاطعاً و لا ظنياً، و لو سلّم الأخير فغايبته، إثبات الظنّ بمثله، و هو غير جائز بإطباق العلماء «١». انتهى - فهو كذلك، و لا ينبغي الريب فيه.

و إن كان مرادهم نفى قضاء غير المجتهد مطلقاً، حتى العادل المقلد للحقّ في جميع جزئيات الواقعة، أو للميت بتقليد الحيّ، فبعد ما علمت من عدم حجّية الإجماع المنقول، و أنّ الظنّ المنتهى إلى العلم علم، يعلم ضعف تلك الأدلّة، لأنّ المقلد إذا علم فتوى مجتهد في جميع تفاصيل واقعة حادثه بين متنازعين من مقلديه و جزئياتها، يعلم حكم الله في حقّهما، لأنّ حكمه و لو كان مظنوناً، و لكنّه معلوم الاعتبار و الحجّية بالنسبة إليهما، فذلك المقلد عالم عارف بحكم الشارع «٢» في حقّهما، فيكون مأذوناً بالأخبار المتقدمة، عالماً بالحكم خارجاً من تحت الأصل.

إلّا أن يتحقّق الإجماع على خلافه، و هو غير متحقّق، كيف؟! و كلمات أكثر القدماء خالية عن ذكر المجتهد أو ما يرادفه.

و عبّر كثير منهم بالفقيه المحتمل صدقه - سيّما في الصدر الأول - على من أخذ برهه من المسائل و لو تقليداً، كما صرح به والدي العلّامة - قدس سره - في تجريد الأصول و أنيس المجتهدين، و لذا قوى بعض علمائنا المعاصرين في أجوبة سؤالاته جواز المرافعة إلى العالم العادل المطّلع بجميع المسائل الدقيقة المتعلقة بواقعة تقليداً، و نسب عدم الجواز إلى المشهور «٣».

(١) الرياض ٢: ٣٨٦.

(٢) في «ق»، «س»: المتنازع.

(٣) جامع الشتات: ٦٧٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥

وقد يوجه جواز تقليد القاضي أيضا بحسنه هشام: «لما ولي أمير المؤمنين عليه السلام شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرض عليه» (١).

وهو إنما يحسن لو لم تكن توليته إياه تقيته كما هو الظاهر.

وبذلك وإن ظهر ضعف الأدلة المذكورة لهم، إلا أنه يمكن أن يقال:

إن أكثر تلك الأخبار وإن كان مطلقا شاملا للمقلد المذكور أيضا، إلا أن قوله عليه السلام في المقبولة: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا» إلى آخره، وفي التوقيع: «فارجعوا إلى رواه أحاديثنا» مقيد بالمجتهد، إذ الظاهر المتبادر منه: الراوي للحديث، المستنبط المستخرج منه الأحكام على الطريق الذي ارتضاه الشارع وأمر به، لا مطلقا.

ويعلم من ذلك احتمال اختصاص مرسله الفقيه المتقدم بالمجتهدين في الأحكام أيضا، بل وكذا الرضوي، لعدم معلومية صدق الفقيه على مطلق العالم ولو تقليدا.

ويدل على التخصيص أيضا المروى في مصباح الشريعة، المنجبر ضعفه بما ذكر: أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام لقاض: «هل تعرف الناسخ من المنسوخ؟» قال: لا، قال: «فهل أشرفت على مراد الله عز وجل في أمثال القرآن؟» قال: لا، قال: «إذن هلكت وأهلكت. و المفتى محتاج إلى معرفة القرآن، و حقائق السنن، و بواطن الإشارات، و الآداب، و الإجماع، و الاختلاف، و الأطلاع على أصول ما أجمعوا عليه و ما اختلفوا فيه، ثم حسن الاختيار، ثم العمل الصالح، ثم الحكمة، ثم التقوى، ثم حينئذ إن

(١) الكافي ٧: ٤٠٧-٣، التهذيب ٦: ٢١٧-٥١٠، الوسائل ٢٧: ١٦ أبواب صفات القاضي ب ٣ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦

قدر» (١).

قال عليه السلام: «لا تحل الفتيا لمن لا يستفتى من الله عز وجل بصفاء سره، و إخلاص عمله و علانيته، و برهان من ربه في كل حال، لأن من أفتى فقد حكم، و الحكم لا يصح إلا بإذن من الله» (٢).

و بتلك الأخبار يجب تقييد إطلاق بعض آخر.

و علم من ذلك صحة ما هو المشهور من عدم جواز تولي القضاء لغير المجتهد.

و هل يجوز له التولي من جانب المجتهد و يآذنه الخاص؟

ربما يحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين «٣» جوازه، و لم أتحققه و لم أراه في كتابه «٤»، و لا أرى له وجهها أصلا. و يمكن أن يكون ذلك لفتواه المتقدمه بجواز المرافعة إلى المقلد العادل العالم بمسائل الواقعة «٥».

و توقيفه على الإذن لمعرفة العادل المطلع.

و توهم أن عموم الولاية فيما للإمام فيه الولاية ثابت للمجتهد، و منها:

الإذن الخاص في القضاء.

مدفوع بأن للإمام الإذن للأهل و القابل، فالجواز للمجتهد أيضا يكون مقصورا على من له الأهلية، و هي لغير المجتهد غير ثابتة، و من ثبت له لا يحتاج إلى النائب، لثبوت الإذن له عن المنوب عنه.

نعم، لا يبعد جواز حكم مقلد عادل عالم بجميع أحكام الواقعة

(١) مصباح الشريعة: ٣٥٥، بتفاوت يسير.

(٢) مصباح الشريعة: ٣٥١.

(٣) أراد به المحقق القمي.

(٤) كتاب القضاء المطبوع في ضمن غنائم الأيام وجامع الشتات.

(٥) تقدمت في ص: ٢٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧

الخاصية فعلا أو بعد السؤال في تلك الواقعة الخاصة، بعد إذن المجتهد له في خصوص تلك الواقعة، بعد رجوع المدعى أو المتخاصمين فيها إلى المجتهد، لأن التحاكم و الترافع و الرجوع في الواقعة إنما وقع عند المجتهد - كما هو المأمور به في المقبولة و التوقيع - و المجتهد أمر بأن يفتش مقلده عن حقيقة الواقعة و يحكم.

و التحذير الوارد في رواية مصباح الشريعة إنما هو لقاض خاص، فلعله لم يكن مأذونا من أهل في خصوص الواقعة، كما هو الظاهر. و كذا لا يشمل التحذير الوارد في رواية إسحاق بن عمار و صحيحة سليمان بن خالد المتقدمين، لأن الظاهر ورودهما في حق من اتخذ ذلك منصباً، لا من يحكم في خصوص واقعة، بل يمكن أن نقول: الحكم حقيقة من المجتهد، و الوساطة كالألة.

و الحاصل: أن هنا أموراً أربعة مخالفة للأصل:

الأول: التحاكم و الترافع و الرجوع من المتخاصمين بنفسهما.

الثاني: جواز حكم هذا المقلد بما يعلم.

الثالث: نفوذ حكمه و وجوب أتباعه.

الرابع: جواز أمر المجتهد هذا المقلد بالحكم و بترافع المترافعين إليه.

و الأول: لم يقع بالنسبة إلى المقلد، لأنهما بنفسهما لم يرجعا إليه، و إنما ترافعا عند المجتهد كما هو المأمور به لهما.

و الثاني: لا نهى فيه، بل صرح بجوازه - بل ترتب الأجر عليه - في مرفوعة البرقي المتقدمة و رواية الغوالي.

و الثالث: يثبت بثبوت وجوب أتباع كل ما حكم به المجتهد بعد الترافع إليه، فإنه قد حكم بقبول حكم هذا المقلد، فهو حقيقة نفوذ لحكم

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨

المجتهد و أتباع له.

و تدلّ عليه أيضاً رواية الغوالي، بل هي تدلّ على نفوذ الحكم و جواز المحاكمة عنده بدون إذن المجتهد أيضاً، إلا أنها لضعفها الخالي عن الجابر المعلوم - مضافاً إلى أعميتها من المقبولة و التوقيع - يمنع من العمل بمضمونها وحدها.

و الرابع: ظاهر بعد ثبوت جواز حكمه و عدم وجود نهى فيه.

و يمكن أن يكون بناء الأصحاب - في مسألة إحضار «١» الخصم، و قولهم كما يأتي في بعض الصور: يبعث الحاكم من يحكم بين الخصمين - على ذلك.

و يمكن أن يكون مرادهم: بعث مجتهد آخر، حيث إنه لما ترافع الخصمان إليه يكون هو الأصل.

و يمكن أن يكون مرادهم: القاضى الخاص، المنصوب من الإمام، المأذون في الاستنابة، فتأمل.

قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ المحرّم لغير المجتهد هو الحكم بغير ما أنزل الله أو بما أنزل الله - أي بفتوى مجتهده - بدون إذن المجتهد مع إلزامه المترافعين بما حكم، لكونه إلزاماً من غير لزوم، و لكونه إعانة على معصية المترافعين.

و أمّا قوله لهما - بدون إذن المجتهد بعد سماع حكايتهما، من غير قصدهما الترافع إليه، أو قصده جريان الحكم عليه «٢» - على فلان المدعى البيئته مثلاً، أو على هذا المنكر اليمين - يعني: أنّ القاضى يحكم بذلك إذا ترافعتما إليه، من غير حكم لهما بذلك - فلا بأس به.

(١) في «ق»، «س»: إيجاباً.

(٢) يعني: أو من غير قصد المقلد جريان الحكم على المدعى أو المنكر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩

بل و كذا لو قال: عليك البيئته و عليك الحلف، من غير أن يقصد إلزامهما و إجراء حكمه، أو رفع تخصمهما بذلك الحكم، أو سماع البيئته، أو الإحلاف.

بل لو قيل له: أحلف أو استمع البيئته، يقول: ليس هذا من شأنى و لا بدّ من الرجوع إلى الحاكم، بل لو سمع البيئته أيضاً لا يقصد الحكم بل الاطلاع بالحال.

فإنّه لا دليل على حرمة شيء من ذلك، و الأصل عدمها، فإنّ هذا ليس حكومه و جلوسا مجلس القضاء، و لا قضاء، و لا ترافعا إليه.

المسألة الخامسة: هل يشترط في المجتهد الذى ينفذ قضاؤه

أو قضاء مقلده المأذون منه - لو قيل بجوازه - كونه مجتهداً مطلقاً، أم يكفي المتجزى؟

و هذا البحث ساقط على ما اخترناه من عدم إمكان التجزى فى الملكة، لأنّهم إن أرادوا التجزى بذلك المعنى فهو غير ممكن، و إن أرادوا التجزى الفعلى فبطلان اشتراط عدمه بديهى واضح، لعدم إمكان الاجتهاد الفعلى المطلق، و عدم تحقّقه.

نعم، يتأتى هذا الخلاف على القول بتجزى الاجتهاد بمعنى الملكة، و قد وقع الخلاف فيه عليه. و صرح بعضهم بكفاية التجزى، و هو الظاهر من الفاضل فى التحرير، حيث شرط فى القاضى الاجتهاد، و ذكر شرائطه ثمّ قال: و هل يتجزى الاجتهاد أم لا؟ الأقرب: نعم، و احتجّ له برواية أبى خديجة «١» «٢».

(١) الكافي ٧: ٤١٢-٤، الفقيه ٣: ١-١، الوسائل ٢٧: ١٣ أبواب صفات القاضى ب ١ ح ٥.

(٢) التحرير ٢: ١٨٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠

و الحمل - على إرادة جواز التجزى فى الاجتهاد دون كفايته فى القضاء - بعيد، بل يمنعه احتجاجه، و قوله بعد ذكر الرواية: نعم، يشترط أن يكون عارفاً بجميع ما عليه.

و هذا هو الظاهر من القواعد و الدروس أيضاً، بل هو ظاهر النافع و الشرائع أيضاً «١».

و حمل قوله فى الأخير: و لا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما عليه، على الاجتهاد المطلق، كما فى المسالك «٢»، لا وجه له.

و نسب فى الكفاية إلى المشهور «٣» و والدى إلى الأشهر: اشتراط المطلق، و عدم كفاية التجزى، و جزم الأول به مع تيسر المطلق، و نفى البعد عن الاكتفاء بالمتجزى مع فقده، و صرح الثانى بالتفصيل، فجوز مع فقد المطلق، و منع مع تيسره.

و الحقّ هو: الأول، لأنّ المراد المتجزّي، من قدر على استنباط برهنة من الأحكام، جامعا لجميع شرائط الاجتهاد فيها، من ردّها إلى مآخذها المعلوم اعتبارها و حجّيتها عنده بالدليل القطعي، العالم بعدم توقّفها على غيرها، أو ظانّا له ظلّا ثبت عنده اعتباره، إذ لو لم يعلم اعتبار المآخذ و اكتفى فيه بالظنّ، أو ظنّ عدم التوقّف و لم تثبت عنده حجّية هذا الظنّ، لا يجوز عمله اتّفاقا، لامتناع إثبات الظنّ بالظنّ، فلا بدّ من كون ظنّه منتهيا إلى العلم الموجب لقطعه بالحكم كما مرّ، فيكون الحكم معلوما له، فتشمله صحیحتنا أبي خديجه، و كذا يشمله التوقيع، و لا مخصّص لهما سوى بعض

(١) القواعد ٢: ٢٠١، الدروس ٢: ٦٦، النافع ٢: ٢٧٩، الشرائع ٤: ٦٧.

(٢) المسالك ٢: ٣٥١.

(٣) الكفاية: ٢٦٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١

ما استدلّ به للقول الآخر، كما يأتي مع جوابه.

و جعله من باب إثبات الظنّ بالظنّ من الغرائب، لأنّ المتجزّي لا- يثبت حجّية ظنّه به، بل يجعل ظنّه علما بما دلّ على حجّية الظنّ الفلاني- كالظنّ الخبري مثلا- له، ثمّ بعد ذلك و بعد إثبات حجّية الأخبار- التي منها هذا الخبر- له بالدليل العلمي يستدلّ بهاتين الصحیحتين على حصول الإذن له في القضاء.

و لو فرض عدم ثبوت حجّية ظنّ له علما فلا- يقول أحد بحجّية ظنّه له، و كذا لو ثبت ذلك و لكن لم تثبت عنده حجّية هاتين الصحیحتين.

احتجّ لاشتراط المطلق مطلقا بوجوه:

منها:

ما ذكره في الكفاية من أنّ معرفة الأحكام من الأحاديث يتوقّف في بعض الأحيان على العرض على القرآن، و على مذاهب العامّة و الخاصّة، و العلوم المعتمدة في الاجتهاد، فيقتضى الاجتهاد المطلق «١».

و فيه: أنّ كون هذا اجتهادا مطلقا ممنوع، مع أنّ المفروض إنّما هو إذا علم ما يتوقّف عليه الحكم جميعا، و علم عدم توقّفه على غير ذلك.

و منها:

المقبولة المتضمّنة للجمع المضاف، المفيد للعموم، و به تخصّص الصحیحتان أيضا، لكونها أخصّ مطلقا منهما.

و فيه: أنّ العلم حقيقة في المعرفة الفعلية، و تحقّقها بالنسبة إلى جميع الأحكام غير ميسّر، و اشتراطها خلاف الإجماع. و الحمل على قوّة المعرفة مجاز، كما أنّ إرادة البعض من الجمع المضاف أيضا مجاز، و لا مرجّح لأحدهما، فلا يعلم المخصّص.

(١) كفاية الأحكام: ٢٦١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢

و منها:

ما قيل من أنّ الدليل على حجّية ظنّ المجتهد هو الإجماع، و الدليل العقلي المركّب من بقاء التكليف، و انسداد باب العلم، و انتفاء التكليف بما لا يطاق، المنتج لوجوب العمل بالظنّ.

و شيء منهما لا يجري في المتجزّي، أمّا الإجماع فلاختصاصه بالمجتهد المطلق.

و أما الدليل العقلي، فلعدم صحّة دعواه انسداد باب العلم بالنسبة إليه، لاحتمال ظهور خلاف ظنّه، و كذا دعواه التكليف بما لا يطاق في حقّه، إذ في وسعه تحصيل المعرفة بكلّ المدارك «١».

أقول:

دعوى انحصار الدليل فيهما واهية، فإنّ حجّية كلّ من الأدلة الظنيّة - كالخبر والاستصحاب و الكتاب و غيرها - أدلّة منتهية إلى القطع، بالواسطة أو بدونها، و لا ينحصر دليلها في أنّها تفيد الظنّ و الظنّ حجّة بالإجماع.

على أنّ الإجماع لو كان دليلاً لم يثبت حجّية ظنّ المجتهد المطلق بما يفيد شيئاً في هذا الباب، لأنّ القدر الثابت من الإجماع هو حجّية ظنّه في الجملة، و أمّا أنّه أي قدر و على أيّ حال فلا بل لا يوجد لظنّه المجمع على اعتباره مصداق، فإنّ من ظنونه ما يحصل من القياس أو الشهرة أو الإجماع المنقول أو الخبر أو غيرهما، و في كلّ منها خلاف.

و عدم تخطّطهم للعامل بها إذا قال بحجّيتها لا يجعله إجماعاً، كما في سائر المسائل الخلافية.

و أمّا ما ذكره في عدم جريان الدليل العقليّ في ظنّ المتجرّي لما مرّ،

(١) انظر الرياض ٢: ٣٨٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣

ففيه: أنّ درك انسداد باب العلم في مسألة لا يتوقّف على القدرة على استنباط جميع الأحكام من مآخذها لو سلّمنا توقّفه على الإحاطة الإجمالية بجميع المدارك.

و كذا لا مدخلية لتلك القدرة في درك حكم كلّ مسألة حتى يمنع إمكان تحصيلها عن التكليف بما لا يطاق.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ المقدمات الثلاث لا تنتج للمتجرّي وجوب العمل بالظنّ، لإمكان أن يكون حكمه تقليد المجتهد المطلق. و لكن مثل هذا وارد في المطلق أيضاً، لإمكان أن يكون حكمه الاحتياط على أنّ الثابت منه - لو سلّم - حجّية الظنّ في الجملة، و هو لا يفيد له شيئاً.

ثمّ بما ذكرنا يظهر وجه التفتيش عن الإيراد بجواز قضاء المقلّد المأذون لو قيل بمثل ذلك. على أنّ الإجماع على حجّية ظنّ المقلّد الحاصل من فتوى مجتهد منعه.

احتجّ من فصل بين وجود المطلق و عدمه بما دلّ على تقديم الأعلم.

و فيه منع كلّ من الصغرى و الكبرى، كما يظهر وجهه ممّا يأتي في مسألة وجوب تقديم الأعلم.

ثمّ لا يخفى أنّ مرادنا من المتجرّي الجائر قضاؤه ليس مطلق من يعلم قضيه في واقعه و لو بإجماع أو ضرورة، بل من أخذ برهه جمّة من الأحكام من مأخذها، لما يدلّ على التخصيص برواه أحاديثنا، و بمن نظر في حلالنا و حرامنا، بل قوله في إحدى الصحيحتين: «حلالنا و حرامنا» دالّ على ذلك، و بذلك يخصّص إطلاق الصحيحة الأخرى.

المسألة السادسة: تشترط فيه أيضاً - مضافاً إلى ما ذكر - أمور:

منها: التكليف، بالبلوغ و العقل

، بالإجماع و الاعتبار فيهما، مضافاً في

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤

الأول إلى التصريح بالرجل في الصحيحتين، المخصّص لغيرهما ممّا ظاهره العموم، مع أنّ المتبادر من الجميع البالغ العاقل.

و منها: الإيمان

، للإجماع أيضا، وقوله عليه السلام «منكم» في إحدى الصحيحتين و في المقبولة، و ما ورد في بعض الأخبار من أخذ معالم الدين من الشيعة «١».

و قد يستدل أيضا له بوجوه مدخولة، و إن كانت للتأييد صالحة.

و منها: العدالة

، لما مرّ من الإجماع، و لآية النبيا، و للمروى في الخصال: «فأتقوا الفاسق من العلماء» «٢».

و المرويين في مصباح الشريعة المتقدمين في المسألة الرابعة «٣».

و في تفسير الإمام عليه السلام في حديث طويل: «و كذلك عوام أمتنا إذا عرفوا من فقهاءهم الفسق الظاهر، و العصبية الشديدة، و التكالب على حطام الدنيا و حرامها، و إهلاك من يتعصبون عليه و إن كان لإصلاح أمره مستحقا، و بالترف بالبرّ و الإحسان على من تعصبوا له و إن كان للإذلال و الإهانة مستحقا، فمن قلّد من عوامنا مثل هؤلاء الفقهاء، فهم مثل اليهود الذين ذمهم الله تعالى بالتقليد لفسقة فقهاءهم. فأما من كان من الفقهاء صائنا لنفسه، حافظا لدينه، مخالفا على هواه، مطيعا لأمر مولاه، فللعوام أن يقلّدوه، و ذلك لا يكون إلّا بعض فقهاء الشيعة لا جميعهم. فأما من ركب من القبائح و الفواحش مراكب فسقة فقهاء العامة فلا تقبلوا منهم عنا شيئا و لا كرامة» الحديث «٤».

و المروى في التحرير عن عليّ عليه السلام أنه قال: «لا- ينبغي أن يكون القاضي قاضيا حتى تكون فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان

(١) رجال الكشي ١: ٧-٤، الوسائل ٢٧: ١٥٠ أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٤٢.

(٢) الخصال ١: ٤٩-١٠٣.

(٣) في ص: ٢٥.

(٤) تفسير الحسن العسكري عليه السلام: ٢٩٩-١٤٣، الوسائل ٢٧: ١٣١ أبواب صفات القاضي ب ١٠ ح ٢٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥

قبله، يستشير ذوى الألباب، لا يخاف في الله لومة لائم» «١»، و الضعف فيها غير ضائر، لما مرّ غير مرّة.

و تؤيّد آية الركون «٢»، و صحيحة سليمان المتقدم في المسألة الثانية «٣»، و عدم حصول الأمن بدونها في بذل الجهد و عدم الكذب، و اشتراطها في الشهادة التي هي من فروع القضاء، سيما مع وجود العلة الموجبة لاشتراطها فيه بطريق أولى.

و منها: العلم الفعلي بجميع أحكام الواقعة

، و الوجه فيه ظاهر.

و منها: الذكورة

، بالإجماع كما في المسالك و نهج الحقّ و معتمد الشيعة «٤» و غيرها «٥».

و استشكل بعضهم في اشتراطه، و هو ضعيف، لاختصاص الصحيحتين بالرجل، فيخصّص بهما غيرهما ممّا يعمّ.

و تدلّ عليه مرسله الفقيه: «يا معاشر الناس، لا تطيعوا النساء على حال، ولا تأمنوهنّ على مال» «٦».

و روايات أبناء نبأة «٧» و أبى المقدام «٨» و كثير «٩»: «لا تملك المرأة من

(١) التحرير ٢: ١٨٠.

(٢) هود: ١١٣.

(٣) فى ص: ١٦.

(٤) المسالك ٢: ٣٥١، نهج الحق: ٥٦٢.

(٥) انظر المفاتيح ٣: ٢٤٦، و كشف اللثام ٢: ٣٢٢، و الرياض ٢: ٣٨٥.

(٦) الفقيه ٣: ٣٦١-١٧١٣، الوسائل ٢٠: ١٨٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٩٤ ح ٧.

(٧) الكافي ٥: ٥١٠-٣، الوسائل ٢٠: ١٦٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٨٧ ح ٢.

(٨) الكافي ٥: ٥١٠-٣، نهج البلاغة (محمد عبده) ٣: ٦٣، الوسائل ٢٠: ١٦٨ أبواب مقدمات النكاح ب ٨٧ ح ١.

(٩) الكافي ٥: ٥١٠-٣، الوسائل ٢٠: ١٦٨ أبواب مقدمات النكاح ب ٨٧ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦

الأمر ما يجاوز نفسها».

و رواية الحسين بن المختار: «أتقوا شرار النساء، و كونوا من خيارهنّ على حذر، و إن أمرنكم فخالفوهنّ، كيلا- يطمعن منكم فى

المنكر» «١»، و تقريبها مرسلنا المطلب بن زياد «٢» و عمرو بن عثمان «٣».

و رواية حماد بن عمرو الطويلة، و فيها: «يا علىّ، ليس على النساء جمعة و لا جماعة» إلى أن قال: «و لا تولّى القضاء» «٤».

و رواية جابر عن الباقر عليه السلام: «و لا تولّى المرأة القضاء و لا تولّى الإمارة» «٥».

و فى خبر آخر: «لا يصلح قوم ولتهم امرأة» «٦».

و منها: العلم بالكتابة قراءة و كتبة

، شرطه الشيخ و الحلّى «٧»، و نسبه فى المسالك و الروضة «٨» و غيرهما «٩» إلى الأكثر، و جعله فى السرائر من مقتضيات المذهب، و

قيل: إنّه مذهب عامّة المتأخرين «١٠».

(١) الكافي ٥: ٥١٧-٥، الوسائل ٢٠: ١٧٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٩٤ ح ٢، و فيها: و إن أمرنكم بالمعروف ..

(٢) الكافي ٥: ٥١٧-٧، نهج البلاغة ١: ١٢٥، الوسائل ٢٠: ١٧٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٩٤ ح ٣.

(٣) الكافي ٥: ٥١٨-١٢، الوسائل ٢٠: ١٧٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٩٤ ح ٥.

(٤) الفقيه ٤: ٢٦٣-٨٢٣، الوسائل ٢٧: ١٦ أبواب صفات القاضى ب ٢ ح ١.

(٥) الخصال ٢: ٥٨٥-١٢، الوسائل ٢٠: ٢٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٣ ح ١.

(٦) مسند أحمد ٥: ٤٣، سنن البيهقى ١٠: ١١٨.

(٧) الشيخ فى المبسوط ٨: ١٢٠، و الحلّى فى السرائر ٢: ١٦٦.

(٨) المسالك ٢: ٣٥١، الروضة ٣: ٦٨.

(٩) كالرياض ٢: ٣٨٦.

(١٠) كما في الرياض ٢: ٣٨٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧
 و ظاهر النافع و القواعد الخلاف فيه «١»، بل نسبه في التنقيح إلى قوم «٢».
 و نقل في شرح المفاتيح عن الفاضل و جماعة احتمال عدم.
 و صريح المحقق الأردبيلي و الكفاية التردد «٣».
 و نفى اشتراطه والدى العلامة في معتمد الشيعة، و هو المعتمد، للأصل، و الإطلاق.
 و دعوى اختصاص المرخصات في القضاء بحكم التبادر بعارفي الكتابة ممنوعة.
 و استدلل المشترطون باعتبارات ضعيفة، عمدتها: توقف الضبط عليها غالباً، و فيه المنع.
 نعم، لا يبعد ادعاء توقف العلم بالأحكام في نحو هذه الأزمنة بالنسبة إلى قراءة الكتابة، فلو قيل باشتراطها فيه بالنسبة إلى غير المأذون بخصوصه من المجتهد- لو قلنا بجواز قضائه- لم يكن بعيداً.

و منها: البصر

، قال باشتراطه الشيخ و الإسكافي و ابن سعيد و القاضي و المحقق و الفاضل في القواعد و ولده «٤»، و نسبه في الروضة و الكفاية إلى الأكثر و إن نفاه الثاني «٥».

(١) المختصر النافع: ٢٧٩، القواعد ٢: ٢٠١.

(٢) التنقيح ٤: ٢٣٦.

(٣) الكفاية: ٢٦٢.

(٤) الشيخ في المبسوط ٨: ١٠١، و ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٥٢٢، و القاضي في المهذب ٢: ٥٩٨، و المحقق في الشرائع ٤: ٦٨، و الفاضل في القواعد ٢:

٢٠١، و ولده في الإيضاح ٤: ٢٩٨.

(٥) الروضة ٣: ٦٧، الكفاية: ٢٦٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨

و استشكل في التحرير «١». و نفاه في معتمد الشيعة، و هو الأصح، لما مرّ.

و منها: السمع و اللسان

، شرطهما جماعة «٢»، و الحق: عدم، لما سبق.

و منها: الحزبية

، ذهب إلى الاشتراط الشيخ و القاضي و ابن سعيد و الكيدري و الفاضل و الشهيد «٣»، و هو ظاهر ابن حمزة «٤»، و نسبه في المسالك و الروضة إلى الأكثر «٥».

و اختار المحقق عدم «٦»، و استقر به في الكفاية «٧»، و هو الأظهر إذا أذن له المولى.

و منها: طهارة المولد و النطق و غلبة الذكر

، شرطها جماعة، بل في الروضة و معتمد الشيعة الإجماع على الأول، و نفى الخلاف في الثانيين «٨»، و الأصل ينفي ما لم يثبت فيه إجماع.

المسألة السابعة: إذا فقد الجامع للشرائط

إشاره

، أو تعسير الوصول إليه، أو لم ينفذ قضاؤه مطلقا، أو على خصوص المدعى عليه، أو لم يمكن إثبات الحقّ عنده، فهل يجوز الترافع إلى غيره؟

(١) التحرير ٢: ١٧٩.

(٢) كالعلماء و ولده كما في الإيضاح ٤: ٢٩٩.

(٣) الشيخ في المبسوط ٨: ١٠١، و القاضى فى المهذب ٢: ٥٩٩، و الفاضل فى القواعد ٢: ٢٠١، و الشهيد فى الدروس ٢: ٦٥.

(٤) الوسيلة: ٢٠٩.

(٥) المسالك ٢: ٣٥١، الروضة ٣: ٦٧.

(٦) الشرائع ٤: ٦٨.

(٧) الكفاية: ٢٦٢.

(٨) الروضة ٣: ٦٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩

ظاهر الأكثر: العدم، و فى الروضة الإجماع عليه «١».

و نقل الأردبيلي قولاً منسوباً إلى ابن فهد بجوازه فى الصورة الاولى، و قال: إنّه وجده فى حاشية الدروس منقولاً عن الشيخ حسين بن حسام.

و وجدت إنا أيضاً فى حاشية نسخة منه منسوبة إلى مسائل ابن طيّ نسبة هذا القول إلى ابن فهد، و إلى الشهيد فى الحواشى، و اختاره نفسه.

و استقر به بعض المعاصرين «٢»، و جوزه الشهيد الثانى فى المسالك «٣»، و والدى فى معتمد الشيعة لو توقّف حصول الحقّ عليه، و ظاهرهما الشمول للصور الأربع.

استدلوا على الجواز بلزوم تعطيل الأحكام لولاه، و بنفى العسر و الحرج.

و فى صورة توقّف وصول الحقّ مطلقاً بمفهوم صحيحة أبى بصير:

«أيتما رجل كان بينه و بين أخ له ممارسة فى حقّ، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه، فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء، كان بمنزلة الذين قال الله عزّ و جلّ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا .. «٤» «٥».

و إطلاق نفى الضرر، سيّما مع إطلاق رواية البرقى المتقدّمة «٦».

و استشكل فيه: بأنّه إعانة على الإثم، و هى محرّمة.

(١) الروضة ٣: ٦٨.

(٢) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام: ٦٧٤).

(٣) المسالك ٢: ٣٥٢.

(٤) النساء: ٦٠.

(٥) الكافي ٧: ٤١١-٢، الفقيه ٣: ٣-٥، التهذيب ٦: ٢٢٠-٥١٩، الوسائل ٢٧:

١١ أبواب صفات القاضى ب ١ ح ٢.

(٦) فى ص: ٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠

و ردّ بمعارضه أدلة حرمه الإعانة مع أدلة نفي الضرر، فتساقطان، فيرجع إلى الأصل.

و قد يستدلّ للمنع أيضا بمنطوق الصحيحة المذكورة، و بالروايات الناهية عن الترافع إلى القضاء أو قضاة الجور و الظلم، كصحيحة ابن سنان:

«أيما مؤمن قدّم مؤمنا فى خصومه إلى قاض أو سلطان جائر ففضى عليه بغير حكم الله فقد شرّكه فى الإثم» (١).

أقول:

لا يخفى ما فى كتب الأصحاب فى أصل المسألة و استدلالهم و جوابهم من الإجمال و المسامحة و القصور.

و بيان ذلك: أنّ الكلام إمّا فى تكليف المترافعين و ما يجوز لهم أو لا يجوز.

أو تكليف من يترافعان أو أحدهما إليه من غير الأهل حينئذ.

أو تكليف سائر الناس - من الحكّام الذين يأتون بعدهم، أو أهل الاقتدار على إجراء الحكم و ردّه - فى ردّ حكم غير الأهل و إجرائه حينئذ.

أو فى حال الحقّ الذى حكم غير الأهل حينئذ لأحدهما إثباتا أو نفيًا.

ثمّ على التقادير الأربعة، إمّا يكون مفروض المسألة ما إذا لم يمكن الترافع إلى الأهل، لفقده، أو عسر الوصول إليه.

أو ما إذا لم يمكن التوصل إلى الحقّ بالترافع إليه، إمّا لعدم نفوذ حكمه، أو لعدم إمكان إثبات الحقّ عنده.

و على التقادير، إمّا يكون نزاع المترافعين للجهل بحكم المسألة، كما إذا اجتمع جدّ و أخ فى الميراث، و طلب كلّ منهما الكلّ زعما منه أنّه

(١) الكافي ٧: ٤١١-١، الفقيه ٣: ٣-٤، التهذيب ٦: ٢١٨-٥١٥، الوسائل ٢٧:

١١ أبواب صفات القاضى ب ١ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١

كذلك.

أو يكون لاختلاف العلماء فى المسألة، كما إذا تنازع الولد الأكبر مع غيره فى الحبوّة مجّانا أو غير مجّان، أو الزوجة مع الولد فى الإرث من الأراضى و عدمه، أو الأب مع البنت البالغة فى ولاية العقد و نحوها.

أو يكون لأجل عدم علم المدعى عليه بالحقّ المدعى، كما إذا ادعى أحد حقّا على مورث الآخر و أجاب هو بعدم العلم، أو عليه بعينه و قال:

لا أدرى، أو شيئا فى يده بأنه مسروق منى، و نحو ذلك، أو يكون لإنكار المدعى عليه الحقّ.

و على جميع تلك التقادير: إما يكون عدم أهليته غير الأهل الذي يترافعان إليه حينئذ لكونه جاهلا، أى لعدم اجتهاده و لا تقليده فى المسألة.

أو يكون لعدم كونه مجتهدا مع علمه بحكم المسألة تقليدا لمجتهد حتى يتعشّر الوصول إليه، أو لكونه فاسقا، أو لفقد شرط آخر من شرائط القضاء كالبلوغ أو الذكورة أو البصر - على القول باشتراطه - و نحو ذلك.

و على التقادير: إما يكون ذلك الذى لا يتأهل للقضاء جالسا لمجلس الحكم تغلّبا و جورا.

أو لا، بل يكون هناك شخص لا يتولّى القضاء فيريدون أن يترافعوا إليه.

و هذه صور كثيرة تتجاوز عن المائة بل المائتين، و الأدلة التى ذكروها للجواز على فرض تماميتها لا تجرى إلّا فى أقلّ قليل من تلك الصور، فلا تفيد لحكم الكلية.

و التحقيق:

أنّ ما يجوز الاستناد إليه فى ذلك المقام ليس إلّا دليل نفى الضرر، و جواز التوصل إلى الحقّ بكلّ ما أمكن لانتفاء الضرر أيضا. و هو مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢

لا- يجرى فى تلك الصور، إلّا فى جواز ترافع من يعلم يقينا حقّه ثابتا، و لا يمكنه التوصل إلّا بذلك، فيجوز له الترافع إلى غير الأهل لنفى الضرر الخالى عن المعارض بالمرّة.

إذ ليس سوى مثل صحيحة ابن سنان المتقدمة «١». و هى مخصوصة بما إذا حكم بغير حكم الله، و المفروض أنّ المدعى يعلم ثبوت حقّه.

و مثل المقبولة الناهية عن التحاكم إلى السلطان و القضاء، و أنّ ما يحكم به له سحت و لو كان حقّا، فإنّ فيها: عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة فى دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان، أو إلى القضاء، أ يحلّ ذلك؟ قال: «من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنّما يأخذ سحتا و إن كان حقّا ثابتا له، لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، و قد أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران من كان منكم» الحديث «٢».

و هى - مع اختصاصها بمثل السلطان و المتولين لمنصب القضاء بغير حقّ - ظاهرة فى صورة إمكان الرجوع إلى الأهل و التوصل به إلى الحقّ، فتبقى صورة العدم و الرجوع إلى غير السلطان و القضاء تحت إطلاق نفي الضرر بلا- معارض، بل و كذلك الرجوع إلى السلطان و القضاء، كما يأتى.

و مثل الصحيحة و المقبولة الآمرة بالرجوع إلى الأهل. و اختصاصها أيضا بصورة الإمكان واضح.

فلا يكون لأدلة نفي الضرر معارض، إلّا فى صورة عدم علم المترافع

(١) فى ص: ٤٠.

(٢) الكافى ١: ٦٧-١٠، و ج ٧: ٤١٢-٥، التهذيب ٦: ٢١٨-٥١٤ و ٣٠١-٨٤٥، الوسائل ٢٧: ١٣٦ أبواب صفات القاضى ب ١١ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣

إليه بالحقّ للمدعى، و حكم بالظنون التى لم يثبت اعتبارها فى حقّه، كالبيّنة الغير المفيدة للعلم أو الإحلاف، أو ردّ الحلف، أو الاستصحاب، أو نحوها، فإنّه تعارضها حينئذ أدلّة حرمة المعاونة على الإثم، و لكنّهما يتساقطان، فيبقى أصل الجواز خاليا عن المعارض، و لكنّ الثابت منه ليس إلّا الجواز للمدعى العالم بالحقّ.

و أمّا المترافع إليه، فلا يجوز له قبول المحاكمة أصلا، إلّا إذا علم هو أيضا ثبوت الحقّ له علما واقعيّا، لا بمثل البيّنة و الإحلاف، لأنّه ما

لم يعلم واقعا ثبوت الحق له لا يعلم ضررا عليه، ولا منكر من المدعى عليه، حتى تجرى في حقه أدلة نفي الضرر، أو وجوب النهي عن المنكر، فلا يجوز له الحكم بالظنون التي تجوز للأهل كالبينة والاستصحاب واليمين ونحوها. نعم، لو علم ذلك يجوز له من باب النهي عن المنكر أيضا، كجواز ترفع المدعى.

ويحل للمدعى العالم بالحق أخذ ما أخذ بحكمه، ولكن لا يثبت حينئذ قضاء شرعيا يجب على سائر الحكام بعده إنفاذه، ولا على المقتدرين على الإجراء إجماعا، لأنهم أيضا لو علموا بالحق كعلمه لكان واجبا على أنفسهم من باب النهي عن المنكر، وإن لم يعلموا فمن أين يعلمون حقيته حكمه، وجريان أدلته نفي الضرر والنهي عن المنكر في حقه حتى يجب عليهم إنفاذه؟! بل يكون مثل ما إذا كان مال من مورث عند شخص وسمع ذلك الشخص وحده إقرار المورث بأنه مال زيد، فإنه يجوز له إعطاؤه إياه، ولكن لو ادعى الوارث عليه تسمع دعواه، ولا يجب على الحكام قبول قوله.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤

وظهر من ذلك أن الجائز من تلك الصور المتكثرة هذه الصورة فقط، فإنها جائزة حتى بالرجوع إلى السلاطين الجبابرة وقضاء الجور.

والمقبولة المتقدمة وإن كانت من جهة التعليل المذكور فيها عامة لصورة إمكان الأهل وعدمه، ولكن تعارضها أدلة نفي الضرر بالعموم من وجه، فيرجع إلى أصل الجواز.

ويمكن إخراج صورة أخرى أيضا بأدلة وجوب النهي عن المنكر، وهو: ما إذا كان مجتهد حي واحد تعذر أو تعسير الوصول إليه، أو مجتهدان أو أكثر كذلك، متفقان في المسألة المتنازع فيها، وكانت المسألة مما يجب بناء الأمر على التقليد فيها، فيجوز للمقلد العادل العالم برأي المجتهد الحي الحكم بمقتضى فتواه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

كما إذا تحقق عشرة أرضعه بين صبي وصبيته، ثم تزوج الصبي بالصبيته بعد البلوغ، ثم تنازعا، وكان المجتهد أو المجتهدون الأحياء المتعسر الوصول إليهم متفقين في نشر الحرمة بال عشر وعدمه. وكذلك إذا وقع نكاح البالغة الباكرة بإذن الولي «١» و تنازع الزوجان، وأمثال ذلك، فتأمل.

فرع: لو ترفعا إلى غير الأهل

حيث يحرم، فحكم، فهل يجوز قبول حكمه، أم يجب الرد إن أمكن؟ فيه تفصيل. وهو: أنه إذا حكم، فإن كان المحكوم به مما يباح برضى المحكوم عليه، فلا بأس له في العمل بمقتضى حكمه إن رضى، للأصل، إلا أن العمل ليس حينئذ بالحكم.

(١) يعني بإذن الولي من دون إذنهما ورضاها.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥

و إن لم يكن كذلك، بل كان منوطا بالشرع - كالحلف والنكاح والطلاق وأمثالها - فلا يجوز.

نعم، إذا حكم في مثله و علم المحكوم عليه مطابقتها للواقع فيما هو من باب الفتوى، فيجب عليه العمل بمقتضاه، لأجل ذلك. هذا بالنسبة إلى المحكوم عليه.

و أما المحكوم له، فإن كان المحكوم به من الثاني لم تجز متابعتها أصلا.

و إن كان من الأول جاز عمله بمقتضاه إن رضى المحكوم عليه، وإلا فلا، سواء كان حقا أم لم يكن.

أما الثاني فظاهر. و أما الأول فللمقبولة، وقد ادعى والدي العلامة - طاب ثراه - في معتمد الشيعة الإجماع عليه.

ولا- تنافيه موثقة ابن فضال- وفيها: ثم كتب تحته: «هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي، فهو غير معذور في أخذ ذلك الذي حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم» (١)، حيث دلت بالمفهوم أنه معذور إذا لم يعلم أنه ظالم- لعموم القاضي فيها، فيجب حمله على أهله.

ولكن الحكم في المقبولة مختص بما إذا تحاكما إلى الطاغوت، و لدلالته على المبالغة يختص بغير الأهل الذي جعل الحكم منصبا له- كالسلاطين والقضاة وأمثالهم- فالتعدى إلى من حكم نادرا ولم يجعل الحكم لنفسه منصبا غير معلوم، مع أن مقتضى الأصل حليته لكونه حقا له. والتعدى لاشتراك العلة قياس باطل.

(١) التهذيب ٦: ٢١٩-٥١٨، الوسائل ٢٧: ١٥ أبواب صفات القاضي ب ١ ح ٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦

ولا فرق في ذلك بين طواغيت المخالفين و الموافقين، للإطلاقات.

المسألة الثامنة: إذا كان مجتهدان متساويان، فالرعية بالخيار فيهما

في الترافع إليهما، لبطلان الترجيح بلا مرجح.

و لو تفاوتتا في العلم، فهل يتعين الأعلم، أم لا؟

قال في المسالك و المفاتيح: فيه قولان، مبتنان على وجوب تقليد الأعلم و عدمه «١».

قال في التحرير: يكون الخيار للمدعى مع التعدد مطلقا.

ثم قال: و لو تراضيا بالفقيهين و اختلف الفقيهان نفذ حكم الأعلم الأزهد «٢».

و ذهب جماعة إلى الأول، بل هو الأشهر كما في المسالك «٣»، و بعضهم نفى الخلاف عنه عندنا، و نقل المحقق الأردبيلي أنه قد ادعى الإجماع عليه، و نقل منع الإجماع أيضا، و قال: و يشعر بعدم الإجماع كلام الفاضل في نهاية الأصول.

و في المسالك: إجماع الصحابة على جواز تقليد المفضول مع وجود الأفضل، و اختاره المحقق «٤»، و ظاهر الأردبيلي الميل إليه، كما أن ظاهر المسالك التردد «٥».

و الحق هو:

الجواز و خيار الرعية مطلقا، للأصل، و الإطلاقات، و يؤيده إفتاء الصحابة مع اشتغالهم بالاختلاف في الأفضلية، و عدم الإنكار

(١) المسالك ٢: ٣٥٣، المفاتيح ٣: ٢٤٧.

(٢) التحرير ٢: ١٨١.

(٣) المسالك ٢: ٣٥٣.

(٤) الشرائع ٤: ٦٩.

(٥) المسالك ٢: ٣٥٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧

عليهم.

احتج القائلون بوجوب تقديم الأعم بآن الظن بقوله أقوى، و الأقوى أخرى بالاتباع.

لأن أقوال المفتي كالأدلة للمقلد، و يجب اتباع أقواها.

و لأنه أرجح، فاتباعه أولى، بل متعين.

و لما بنى عليه أصول مذهبنا من قبح تقديم المفضول على الأفضل.

و للأخبار، منها: المقبولة: قلت: فإن كان كل واحد منهما اختار رجلا و كلاهما اختلف في حديثنا؟ قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما

و أفقههما و أصدقهما في الحديث و أورعهما، و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر» (١).

و رواية ابن الحصين: في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما.

في حكم وقع بينهما فيه خلاف، فرضيا بالعدلين، و اختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ فقال: «ينظر إلى أفقههما و

أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فلينفذ حكمه، و لا يلتفت إلى الآخر» (٢).

و رواية النميري: سئل عن رجل يكون بينه و بين أخ له منازعة في حق، فيتفقان على رجلين يكونان بينهما، فحكما فاختلفا فيما حكما،

قال: «و كيف يختلفان؟» قلت: حكم كل واحد منهما للذي اختاره الخصمان، فقال: «ينظر إلى أعدلهما و أفقههما في دين الله فيمضى

(١) الكافي ١: ٦٧-١٠، الفقيه ٣: ٥-١٨، التهذيب ٦: ٣٠١-٨٤٥، الاحتجاج ٢: ٣٥٦، الوسائل ٢٧: ١٠٦ أبواب صفات القاضي ب ٩ ح

١.

(٢) الفقيه ٣: ٥-١٧، التهذيب ٦: ٣٠١-٨٤٣، الوسائل ٢٧: ١١٣ أبواب صفات القاضي ب ٩ ح ١٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨

حكمه» (١).

و الجواب عن الأول، أما أولا:

فبأنه إنما يتم على القول بأن متابعه المقلد لقول مجتهده لأجل أنه محصل للظن بالواقع، و هو ممنوع، لجواز أن يكون هذا حكما آخر

نائبا مناب الحكم الواقعي و إن لم يحصل الظن به، كالتقية و شهادة الشاهدين و اليمين.

و لو كان بناء القضاء على الظنون لزم عدم سماع دعوى كئاس على مجتهده أنه آجره للكئاسة، و دعوى شير متغلب على مجتهده عادل

في دراهم، و لزم أن يقضى بالشاهد الواحد إذا كان مفيدا للظن، سيما إذا كان المدعى معروفا بالصلاح و السداد، و المدعى عليه

بخلافه.

و حينئذ، فلا دليل على اعتبار الأقوى، بل لا معنى للأقوى و الأقرب و الأرجح.

و أما ثانيا:

فلمنع إطلاق كون الظن بقوله أقوى، إذ مع موافقه قول غير الأعم لقول مجتهده آخر حي أو ميت يزعمه الرعية أعلم- بل مع احتمالها-

كيف يكون الظن من قول الأعم أقوى؟! و أيضا قد يتمكن غير الأعم من الأسباب ما لا يتمكن منها الأعم، فيكون الظن الحاصل من

قوله أقوى.

و أما ثالثا:

فلمنع وجوب تقديم الأقوى، غاية الأمر: الرجحان.

و من هذا يظهر جواب الثاني أيضا.

و عن الثالث:

بأنه قياس للقضاء و الفتوى على الإمامة، فإن قبح تقديم المفضول في أصول مذهبنا في الأخير، و القياس باطل.

(١) التهذيب ٦: ٣٠١-٨٤٤، الوسائل ٢٧: ١٢٣ أبواب صفات القاضي ب ٩ ح ٤٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٩

مع أنه مع الفارق، كما صرح به المحقق الأردبيلي، قال: لأن الإمامة كالنبوة في الاتباع المحض له و التفويض إليه بالكليّة، و يحكم بالعلم البديهي و يحتاج إلى علم إلهي في جميع الأمور، و منشأ الفتوى و الحكم النصّ المستفاد عن بعض القرائن، و قد يفرض وصول مفضول إلى الحقّ دون الفاضل، و لا محذور فيه، و لا يمكن ذلك في أصل الإمامة و النبوة، فإنّ المدار هنا على العلم الحقّ، و لهذا جوّز إمامة المفضول للفاضل في الصلاة، و جوّز للإمام نصب القاضي من غير اشتراط تعدّد الوصول إليه.

و عن الرابع:

بأنّ الأخبار مختصّة بما إذا اختار كلّ من المترافعين مجتهدا، أو ترافعا إلى مجتهدين فاختلفا، فلا يمنع من جواز اختيارهما غير الأعلم، أو من إمضاء حكمه بعد ترافعهما إليه و حكمه، لو رجع أحدهما، مع أنّها تدلّ على اشتراط الأورعيّة أو الأعدليّة في تقديم الأعلم أيضا، فلا يثبت مطلقا.

و القول: بأنّ أصل العدالة الحاجزة عن المسامحة أو الكذب حاصل لهما، فلا اعتبار بزيادة العدالة.

اجتهاد في مقابلة النصّ، و معارض بأنّ أصل العلم الموجب لفهم الأحكام حاصل لهما، فلا وجه لاعتبار الزيادة إلّا تقوية الظنّ لقوة فهمه، و هي أيضا متحقّقة في اعتبار الأعدليّة من جهة تقوية الظنّ في بذل غاية جهده، و استفراغ وسعه، و إخباره برأيه، و عدم الميل في الأحكام و لو مع البواعث القويّة.

مع أنّ الوارد في المقبولة الاختلاف في الحديث، و لا شكّ أنّ مدخليّة الأعدليّة و الأصدقّيّة في الترجيح حينئذ أكثر من الأعلميّة.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٠

و ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الحقّ اختصاص ترجيح الأعلم بمورد النصوص، و هو ما إذا اختلف المترافعان أولا في الاختيار كما في المقبولة، أو اتّفقا على رجلين فاختلفا كما في الروايتين - كما هو ظاهر الفاضل في التحرير «١» - و أنّ اللّامزم ترجيحه حينئذ أيضا هو الأعلم و الأعدل معا، فلو فضل أحدهما في أحدهما و تساويا في الآخر أو رجح الآخر في الآخر فلا يجب الترجيح.

ثمّ المراد بالأعلميّة و الأعدليّة: الزيادة الظاهرة الكثيرة، و لا اعتبار باليسير منها، لعدم اتّفاق التساوى الحقيقي غالبا.

و المراد بالأعلميّة: الأعلميّة في الأحاديث، و في دين الله - كما في الروايتين - فلا- اعتبار بالأعلميّة في العلوم الأخر، كالطبيعي و الرياضي و الطبّ، بل الكلام، و لو باعتبار بعض مسائلها المعيّنة في الأحكام، لعدم إيجاب ذلك الأعلميّة في الأحاديث و في دين الله.

و اخرى: بالأفهميّة لها، و أدقيّة النظر، و أكثرية الغور فيها.

و ثالثة: بزيادة المهارة في استخراج الفروع منها، و ردّ الجزئيات إلى كليّاتها.

و رابعة: بزيادة المعرفة بصحيحها و سقيمها و أحوال رجالها، و فهم وجوه الخلل فيها.

و خامسة: بأكثرية الاطلاع على ما يتوقّف فهم الأخبار عليها من علم اللّغة و قواعد العربيّة و النحو و الصرف و البديع و البيان و نحوها.

(١) التحرير ٢: ١٨١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥١

و سادسة: باستقامة السليقة، و وقادة الذهن، و حسن الفهم فيها، كما أشار إليه في بعض الأخبار المتقدّمة بقوله: «و حسن الاختيار».

و سابعة: بأكثرية الاطلاع على أقوال الفقهاء التي هي كالقرائن في فهم الأخبار، و مواقع الإجماعات، و أقوال العامّة التي هي من

المرجحات عند التعارض، و في فهم القرآن الذي هو أيضا كذلك.

و الأعلم الذي يمكن الحكم الصريح بوجوب تقديمه هو: الأعلم بجميع تلك المراتب، أو في بعضها مع التساوي في البواقي. و إلّا فيشكل الحكم بالتقديم.

و من ذلك تظهر ندرة ما يحكم فيه بوجوب التقديم البتة، و الله سبحانه العالم.

المسألة التاسعة: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية

مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ٥١ المسألة التاسعة: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية ص : ٥١
فالحكم لمن اختاره المدعى، و هو المتبع إجماعا، له، و لأنه المطالب بالحقّ و لا حقّ لغيره أولا، فمن طلب منه المدعى استنقاذ حقه يجب عليه الفحص، فيجب اتّباعه، و لا وجوب لغيره، و هذا ممّا لا إشكال فيه.
و إنّما الإشكال إذا كان كلّ منهما مدّعا من وجه، كما إذا اختلف رجلان في امرأة باكرة رشيدة زوجت نفسها لأحدهما، و زوجها أبوها للآخر، و لم تكن تحت يد أحدهما.

و كما إذا اختلف أكبر الذكور مع غيره فيما ليس في يد أحدهما ممّا اختلف الفقهاء في أحبائه أم لا.

و كما إذا ادعى مدّعيان شيئا في يد ثالث معترف بأنّه من أحدهما، و نحو ذلك.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٢

و إنّما قيّدنا في المثال الأول بقولنا: و لم تكن تحت يد أحدهما، و في المثال الثاني: بما ليس في يد أحدهما، و كذلك الثالث، لأنه مع كونه في يد أحدهما يكون الآخر هو المدعى، و يقدم من قدمه.

ثمّ إنّنا بينا المقدم من الحاكمين في مثل ذلك في مسألة الاختلاف في الحبوّة من كتاب الفرائض، و أنّه هو الأعلم و الأعدل مع اختلاف الحاكمين في الوصفين، تبعاً للحكم بتقديمه في الروايات المتقدمة.

و أنّه يقدم من سبق إليه أحد المدّعين فحكم «١»، لأنه حاكم حكم بحكم لمطالب ذي حقّ فيجب اتّباعه و إمضاؤه، و يحرم الردّ عليه و نقض حكمه، و الرادّ عليه كالرادّ على الله، و المستخفّ بحكمه كالمستخفّ بحكم الإمام، كما في المقبولة.

و لو استبق كلّ منهما إلى حاكم، فإن سبق أحدهما بالحكم فيقدم حكمه.

و إن حضر كلّ من الحاكمين غريم من ترافع إليه، فإن أجاز أحد الخصمين دعوة حاكم خصمه فالحكم حكمه.

و إن أبى كلّ إلّا حكم حاكمه، فإن سبق أحد الحاكمين على الحكم بالغائب فهو المتبع.

و إن لم يسبق - إمّا لعدم كون رأيهما الحكم على الغائب، أو لاشتباه السابق منهما و عدم إمكان التعيين، أو لاتفق التقارن في الحكم - فيشكل الأمر.

و الظاهر في غير الأخير الرجوع إلى القرعة، لأنها لكلّ أمر مجهول.

(١) في «س»: ليحكم.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٣

و في الأخير عدم نفوذ شيء من الحكمين، لعدم ثبوت نفوذ مثل ذلك.

المسألة العاشرة: ثبوت الاجتهاد

- بالعلم الحاصل من الاستفاضة العلميّة، و القرائن المفيدة للعلم، و المخالطة الموجبة له لمن له رتبة فهمه - واضح.
و بالاستفاضة الظنيّة - بل بمطلق الظنّ - محلّ الخلاف. و الأقوى عدم الثبوت، و فاقا للمعارج و الذريعة و المعالم و الوافية و معتمد الشيعة و تجريد الأصول لوالدي «١»، بل الأكثر كما قيل: للأصل، و الظواهر الناهية عن اتباع الظنّ.
و خلافا للفاضل في التهذيب، فقال بكفاية غلبة الظنّ، و حكى عن مبادئه و نهايته أيضا «٢»، و عن شرح المبادئ لفخر المحققين و المنية للعميدى و الذكرى و الروضة و الجعفرية و المقاصد العلية «٣»، و بعض من عاصرناه.
لإطلاق آية السؤال «٤».

و لعدم وسيلة للمقلد إلى تحصيل العلم بالاجتهاد.
و للزوم العسر و الحرج لولاه.
و لأصالة عدم لزوم تحصيل العلم و عدم وجوب الرجوع إلى المعلوم اجتهاده.
و لعدم ثبوت اشتغال الذمة بالرجوع إلى من ظنّ اجتهاده.

(١) معارج الأصول: ٢٠١، الذريعة ٢: ٨٠١، معالم الأصول: ٢٣٩.

(٢) مبادئ الوصول: ٢٤٧.

(٣) الذكرى: ٣، الروضة ٣: ٦٧.

(٤) النحل: ٤٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٤

و يضعف الأول: بمنع شمول إطلاق الآية لمن ظنّ اجتهاده، فإنّ كون من ظنّ أنّه من أهل الذكر من أهله غير ثابت.
و الثانى: بأنّ العامى و إن لم يتمكّن بنفسه و اختباره «١» من تحصيل العلم، و لكنّه يتمكّن من تحصيله من الاستفاضة و الأخبار المحفوفة بالقرائن المفيدة للقطع، كيف؟! و إنا نرى العوام و المقلّدين مع كثرتهم و عدم حصرهم جازمين قاطعين باجتهاد جمع من مجتهدى عصرنا من المشايخ بحيث لا يرتابون فيه أصلا، بل و كذا باجتهاد جمع من المجتهدين الماضين، و ذلك أقوى تضعيف لذلك الدليل.

و لو سلّمنا عدم إمكان تحصيله العلم، فهو أيضا غير ضائر بعد حجّية الظنّ المخصوص له، كشهادة العدلين.
و منه يعلم ضعف الثالث أيضا. مع أنّه إن فرض تعسر تحصيل المجتهد المعلوم اجتهاده فنقول: إن حصله يرجع إليه، و إلّا فعليه ما عليه لولا المظنون اجتهاده أيضا.

و الرابع: بمعارضته مع أصول آخر أقوى ممّا ذكر و مزيله له.

و منه يعلم ضعف الخامس أيضا، فإنّ ذلك إنّما يفيد لو لم يعارضه أصل آخر و ثبت من أدلّة التقليد جواز الرجوع إلى القدر المشترك.

نعم، يستثنى من الظنّ المنهى عن أتباعه هنا شهادة العدلين، بل من غير ملاحظة إفادة الظنّ أيضا لو لم يظنّ خلافها، و فاقا للمحكى عن المعالم و المقاصد العلية و معتمد الشيعة و التجريد «٢»، لأصالة قبول شهادة العدلين

(١) فى «ح»: و اختياره.

(٢) معالم الأصول: ٢٣٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٥
و حجيتها، كما بينها مفضلاً في كتاب عوائد الأيام «١».
و يدل عليها قول الصادق عليه السلام - في صحيحة حريز - لابنه إسماعيل:
«إذا شهد عندك المؤمنون فصدّ قههم» «٢».
و إطلاق مثل رواية السكوني: «إن شهادة الأخيه تجوز إذا كان مرضياً و معه شاهد آخر» «٣».
و صحيحة عمار: «إذا كان خيراً جازت شهادته لأبيه، و الأب لابنه، و الأخ لأخيه» «٤»، و غير ذلك. و كونه في مقام بيان حكم آخر لا يضر، كما بيناه في موضعه.
و مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين» الحديث «٥».
فإن ولاية الاجتهاد أيضاً حق ثابت من الله و من حججه للمجتهد.
خلافاً للمحكى عن الذريعة و المعارج و الجعفرية و الوافية «٦»، للأصل المنقطع بما مر.
و هل يشترط كون العدلين مجتهدين، أم لا؟
الظاهر: نعم، بمعنى: كونهما مقتدرين على الترجيح في الجملة في

(١) عوائد الأيام: ٢٧٣.

(٢) الكافي ٥: ٢٩٩ - ١، الوسائل ١٩: ٨٢ أبواب أحكام الوديعه ب ٦ ح ١.

(٣) التهذيب ٦: ٢٨٦ - ٧٩٠، الوسائل ٢٧: ٣٦٨ أبواب الشهادات ب ٢٦ ح ٥.

(٤) الكافي ٧: ٣٩٣ - ٤، الفقيه ٣: ٢٦ - ٧٠، التهذيب ٦: ٢٤٨ - ٦٣١، الوسائل ٢٧: ٣٦٧ أبواب الشهادات ب ٢٦ ح ٢.

(٥) الكافي ٧: ٤١٦ - ٣، التهذيب ٦: ٢٣١ - ٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٤.

(٦) الذريعة ٢: ٨٠١، معارج الأصول: ٢٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٦

المسائل الشرعية، بناء على ما سيأتي في بحث الشهادات، و ذكرناه في العوائد «١»، من أن الشهادة المقبولة إنما هي المستندة إلى الحس عرفاً، و المحسوس فيما نحن فيه هو مشاهدة ترجيحاته المطابقة للقواعد و ملاحظتها، و لا يتمكن غير المجتهد من فهم المطابقة و الصحة، إذ كل من يدرك ذلك فهو مجتهد. و قياس الاجتهاد على النظم - حيث إن لغير الشاعر درك موزونية الشعر - باطل.
نعم، يكفي للشاهد كونه متجزياً، بل يكفي كونه مدركاً لصحة الترجيح الموقوف على تمكنه من الترجيح، و إن لم يتكرر ذلك منه بعد، بحيث تحصل له الملكة الحاصلة بتكرر ترجيحات و القوة القدسية، فتأمل.
و إن شئت قلت باشرط كونهما عالمين بمقدمات الاجتهاد، مشرفين على حصول الاجتهاد بمعنى الملكة، و لكن فهم ذلك على العوام مشكل.

(١) عوائد الأيام: ٢٧٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٧

البحث الثاني في آداب القاضي و وظائفه

اعلم أنهم ذكروا آدابا كثيرة و وظائف عديدة للقاضي، بعضها يتعلق بالنائب الخاص، و بعضها مشترك بينه و بين العام، و لعدم ترتب فائدة على الأول نقتصر ها هنا على الثاني.

ثم الآداب المشتركة على قسمين:

أحدهما: ما هو أدب و وظيفة لمن اتخذ القضاء شغلا و منصبا، و صار علما بذلك مرجعا للأنام، و جلس مجلس الحكومة، و تشمر لتلك الرئاسة العامة، فتولّى ذلك الشغل الخطير، و تكفل لذلك المهم العظيم، و اتخذ الرعية حاكما و قاضيا، و عرف بذلك، إما لأجل نصب الإمام له بخصوصه، أو للوجوب العيني أو الكفائي له في زمان الغيبة.

و الثاني: ما هو أدب و وظيفة لمطلق الحكم، و لو لمن لم يعرفه الناس، و اتفق له أن يحكم حكما واحدا.

فما كان من الأول يكون آداب المنصب و الرئاسة، و الثاني آداب الحكم و لو كان واحدا.

و مثل الفريقين مثل أئمة الجماعات، فإنّ منهم من اتخذ الإمامة ديننا، و فرغ نفسه لها في جميع الأوقات أو أكثرها، و منهم من ليس كذلك و إن ائتم به من يعرفه بالعدالة مرّة أو مرّات.

و يمكن أن يكون نظر كثير من الأصحاب- حيث قرروا عنوانين،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٨

أحدهما لآداب القاضي، و الثاني لوظائف الحكم- إلى ذلك أيضا، و إن أدخل بعضهم بعضا من كلّ منهما في الآخر، و نحن أيضا نذكرهما في عنوانين و إن دخل بعض من الثاني في الأول، لأنّ الأمر فيه سهل.

فلنذكر ها هنا ما يتعلّق بالأول، و نذكر الباقي في بحث وظائف الحكم، و نورد ما يتعلّق بالأول في طيّ مسائل:

المسألة الأولى: ينبغي له أن يستحضر حكمه أهل العلم،

و يشاورهم، و يناظرهم، لا لتقليدهم، بل ليتبوه على الخطأ إن وقع منه سهوا و غفلة، و يستوضح منهم ما عسى أن يشكك عليه. و منه يظهر أنّه لا- ينحصر من ينبغي إحضاره بالمجتهدين، إذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد إذا نسي أو غفل، فإنّه قد يعرف المفضل ما لا- يعرفه الفاضل، و يتتبه التلميذ لما لا يتتبه له الأستاذ. فما في المسالك- من أنّ المراد من أهل العلم المجتهد- ليس بجيد.

و أن يجمع ما يتعلّق بكلّ يوم و أسبوع و شهر و سنة من القضايا و وثائقها و حججها، و يكتب عليها تاريخها و أسامي أهلها، فإن اجتمع كلّ شهر كتب عليه شهر كذا، أو سنة فسنة كذا، أو يوم فيوم كذا، ليكون أسهل عليه و على من بعده من الحكام في استخراج المطلوب منها وقت الحاجة.

المسألة الثانية: ينبغي له أن يتخذ كتابا

، لمسيس الحاجة، و عمل النبي صلى الله عليه و آله و خلفائه.

و يشترط كونه: بالغا، عاقلا، مسلما، عدلا، بصيرا، ليؤمن من خيانتة و انخداعه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٥٩

و يستحبّ كونه: فقيها، جيّد الخطّ، عفيفا من الطمع، لئلا ينخدع عن غيره بمال و مثله.

و ينبغي أن يجلس بين يديه ليملى عليه و يشاهد ما يكتب.

المسألة الثالثة: القضاء في المسجد مكروه مطلقا

، وفاقا للأكثر كما في معتمد الشيعة، لمرسلة ابن أسباط: «جئبوا مساجدكم الشرى، و البيع، و المجانين، و الصبيان، و الأحكام، و الضالّة، و الحدود، و رفع الصوت» (١).
 و مرسلة الفقيه: «جئبوا مساجدكم صبيانكم، و مجانينكم، و رفع أصواتكم، و شراءكم، و بيعكم، و الضالّة، و الحدود، و الأحكام» (٢).
 و الاستدلال بالنبويّ: «جئبوا مساجدكم صبيانكم، و مجانينكم، و خصوماتكم» (٣) منظور فيه.
 و قيل باستحبابه كذلك (٤)، لأنّ المسجد للذكر، و منه القضاء، و لكونه أفضل الأعمال اللائق بأشرف البقاع.
 و قيل بالإباحة كذلك (٥)، للأصل، و فعل علىّ عليه السلام، حتى أنّ دكّة قضائه مشهورة.
 و قيل بكراهة الدائم دون غيره، جمعا بين أدلّة المنع و الجواز (٦).
 و الجواب:

أما عن أول دليلي الاستحباب: فيمنع كون المسجد لمطلق

(١) التهذيب ٣: ٢٤٩-٦٨٢، علل الشرائع: ٣١٩-٢، الخصال: ٤١٠-١٣، الوسائل ٥: ٢٣٣ أبواب أحكام المساجد ب ٢٧ ح ١.

(٢) الفقيه ١: ١٥٤-٧١٦، الوسائل ٥: ٢٣٤ أبواب أحكام المساجد ب ٢٧ ح ٤.

(٣) سنن ابن ماجه ١: ٢٤٧-٧٥٠.

(٤) كما في المراسم: ٦٥٦.

(٥) كما في التنقيح ٤: ٢٤١.

(٦) كما في الدروس ٢: ٧٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٠

الذكر، بل في رواية جعفر بن إبراهيم: «إنما نصبت المساجد للقرآن» (١).

سَلَمْنَا، و لكن كون القضاء ذكرا ممنوع.

و أما عن ثانيهما: فبأنه اجتهاد في مقابلة النصّ.

و أما عن دليلي الإباحة: فبإندفاع الأصل بما مرّ، و عدم ثبوت فعل علىّ عليه السلام. و اشتهاار الدكّة لا يثبت، لمنع ثبوتها أولا، و كونها

دكّة قضاء علىّ عليه السلام ثانيا، و كونها من المسجد في الصدر الأول ثالثا.

و أما عن دليل التفصيل: فبأنّ المراد بأدلة الجواز إن كان أدلّة جواز القضاء في المسجد فلا دليل، و إن كان أدلّة جوازه مطلقا فالجمع

بالتخصيص متعين كما هو القاعدة، مع أنّ هذا الجمع لا شاهد له.

فإن قيل:

وجوب القضاء فوريّ، و هو مناف لكراهيته.

قلنا:

الثابت الفوريّة العرفيّة دون الحقيقيّة، فيخرج عن المسجد و يقضى.

المسألة الرابعة: قالوا: يكره له اتخاذ الحاجب

. و المراد به: ما يمنع من وصول المتخاصمين إليه مطلقا.

للنبي: «من ولى شيئا من أمور الناس فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته و فقره» (٢).
ولأن قضاء حاجتهم مطلوب، فتركه مكروه، واتخاذ الحاجب سببه، و سبب المكروه مكروه.

و ربما نقل قول بتحريمه عن بعض الفقهاء، و قرّبه فخر المحققين إن كان على الدوام، و استحسنته الشهيد الثاني (٣). و الأقرب: الكراهة.

(١) الكافي ٣: ٣٦٩-٥، التهذيب ٣: ٢٥٩-٧٢٥، الوسائل ٥: ٢١٣ أبواب أحكام المساجد ب ١٤ ح ١.

(٢) مستدرک الحاكم ٤: ٩٣، سنن البيهقي ١٠: ١٠١.

(٣) كل ذلك في المسالك ٢: ٣٥٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦١

و لا بدّ من تقييده بما إذا لم يجب عليه القضاء مطلقا أو فوراً، و إلّا يحرم، لأنّ سبب الحرام حرام.

و بما إذا كان في مكان غير مباح لمن لم يأذنه، و إلّا فلا يجوز له المنع.

فإن قيل:

فعلى هذا يتعارض دليل الاستئذان مع دليل الكراهة و الحرمة هنا.

قلنا:

لا تعارض، لأنّ مدلول الأول لزوم استئذان الداخل، و مدلول الثاني رجحان إذن القاضى.

و بما إذا لم يكن له أمر مساو أو أهمّ، و إلّا فيجوز أو يستحبّ.

و لكنّ ذكر القيد الأخرين غير لازم، لأنّ الكلام فى القاضى من حيث هو قاض، و لذا خصصنا الممنوع بالمتخاصمين، فإنّ كراهة منعهما أوجب جعله من آداب القاضى.

و أمّا منع سائر المؤمنين من المتزاورين و المتردّدين فغير مخصوص به، و ليس هنا موقع تحقيقه، و لذا اقتصرنا بذكر ما يدلّ على

كراهة منع الوالى مع تكثر أخبار المنع عن الاحتجاب.

المسألة الخامسة: يكره القضاء مع الغضب، و الجوع، و العطش، و الهمّ، و الحزن، و مدافعة الأخبين.

للحسن: «من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان» (١).

و مرفوعة البرقى: «لا تقضينّ و أنت غضبان» (٢).

(١) الكافي ٧: ٤١٣-٢، الفقيه ٣: ٦-١٩، التهذيب ٦: ٢٢٦-٥٤٢، الوسائل ٢٧:

٢١٣ أبواب آداب القاضى ب ٢ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤١٣-٥، الفقيه ٣: ٧-٢٤، التهذيب ٦: ٢٢٧-٥٤٦، الوسائل ٢٧:

٢١٣ أبواب آداب القاضى ب ٢ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٢
 و رواية سلمة: «و لا تقعدن في مجلس القضاء حتى تطعم» (١).
 و في النبوي: «لا يقضى إلّا و هو شعبان ريان» (٢).
 و في آخر «لا يقضى و هو غضبان مهموم و لا مصاب محزون» (٣).
 و قد يستثنى الغضب لله تعالى، لقضية الزبير و الأنصاري (٤). و فيه نظر.
 و المروي في أمالي الشيخ: إن رجلا سأل أمير المؤمنين عليه السلام عن سؤال فبادر فدخل منزله، ثم خرج فقال: «أين السائل؟» فقال الرجل: ها أنا يا أمير المؤمنين، قال: «ما مسألتك؟» قال: كيت و كيت، فأجابه عن سؤاله، فقيل: يا أمير المؤمنين كئنا عهدناك إذا سئلت عن المسألة كنت فيها كالسكة المحماة جوابا، فما بالك أبطأت اليوم عن جواب هذا الرجل حتى دخلت الحجر؟ فقال: «كنت حاقنا، و لا رأى لثلاثة: لا لحاقن، و لا حاقب، و لا حازق» (٥).
 و قد صرحوا بكراهة سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس و مشوبات خاطر، و لا بأس به و إن لم أعثر على نصّ عامّ.
 و يمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور في المروي عن الأمالي.

المسألة السادسة: يكره له تولي التجارة

، لقوله صلّى الله عليه و آله: «ما عدل وال

(١) الكافي ٧: ٤١٢-١، الفقيه ٣: ٨-٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٥-٥٤١، الوسائل ٢٧:

٢١١ أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١.

(٢) سنن البيهقي ١٠: ١٠٦.

(٣) أورده في المسالك ٢: ٣٥٩ و الرياض ٢: ٣٨٩، و لم نعثر على مصدره.

(٤) كما في سنن البيهقي ٦: ١٥٣.

(٥) أمالي الشيخ الطوسي: ٥٢٥. قال في معاني الأخبار: ٢٣٧، الحاقن الذي به البول، و الحاقب الذي به الغائط، و الحازق الذي به ضغطه الخف.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٣

أتجر في رعيته» (١).

و أما البيع و الشراء نادرا- بحيث لا تصدق التجارة- فلا يكره، و ينبغي تركه، لبعض الاعتبارات العقلية.

و الانقباض المانع من اللحن بالحجة.

و اللين الباعث على الجرأة، و تكلمهم بما لا يعنى.

و ارتكاب الحكومة بنفسه، أى أن يحضر مع خصمه في منازعة بين يدي قاض، قيل: لما روى: أن أمير المؤمنين عليه السلام و كل عقيل في خصومه، و لما روى أن: «للخصومات قحما و إني لأكره أن أحضرها» (٢).

و في دلالتها نظر، و قد حضر أمير المؤمنين عليه السلام المحاكمة في دعوى درع طلحة (٣) و غيرها.

نعم، يدل على كراهته بعض الاعتبارات.

المسألة السابعة: يستحب أن يكون كاتبه - إن احتاج إليه - فقيها

، جيد الخط - لئلا يغلط في الكتابة، ولا يشتهه خطه - بالغا، عاقلا، مسلما، عادلا، بصيرا بما هو موكول إليه. بل ربما يجب بعض ذلك، لتؤمن خيانتة وانخداعه بتزوير بعض الخصوم.
و أن يجلس كاتبه بين يديه ليملى عليه المطالب، فيكتبها و يشاهد ما يكتبه، ليؤمن من الغلط.
و إذا افتقر القاضي إلى مترجم فلا بد من مترجمين عدلين.

(١) الجامع الصغير للسيوطي ٢: ٥٠٠-٧٩٤١، المغنى لابن قدامة ١١: ٤٤٠-٨٢٦٩.
(٢) شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد ١٩: ١٠٧-٢٦٠، و القحمة: المهلكة- مجمع البحرين ٦: ١٣٤.
(٣) الكافي ٧: ٣٨٥-٥، الفقيه ٣: ٦٣-٢١٣، التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٧، الاستبصار ٣: ٣٤-١١٧، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٦.
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٤

البحث الثالث في بعض الأحكام المتعلقة بالقاضي**إشاره**

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: اختلفت كلماتهم في جواز أخذ الأجر و جعل على القضاء

من المتخاصمين أو أحدهما أو غيرهما.
فقال في الكفاية: و لا أعرف خلافا بين الأصحاب في أنه لا يجوز له أخذها من المتخاصمين مع وجود الكفاية من بيت المال، و مع وجود الحاجة إليه ففي جواز أخذه منهما أو من أحدهما قولان، أشهرهما:
المنع «١». انتهى.
و نقل والدى في معتمد الشيعة الإجماع على الحرمة صريحا مع عدم الحاجة.
و قال في التحرير: أما أخذ الأجر عليه فإنه حرام بالإجماع، سواء تعين عليه أو لم يتعين، و سواء كان ذا كفاية أو لا «٢».
و في المسالك: فمع وجود الكفاية من بيت المال لا يجوز له أخذها من المتخاصمين مطلقا، و مع عدمها و وجود الحاجة إليها ففي جواز أخذه منهما أو من أحدهما قولان، أشهرهما: المنع «٣». انتهى.
و ظاهره أيضا عدم الخلاف في المنع مع وجود الكفاية.

(١) الكفاية: ٢٦٢.

(٢) التحرير ٢: ١٨٠.

(٣) المسالك ٢: ٣٥٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٥
و قال بعض الأجلّة: و لو أخذ الجعل من المتخاصمين، فإن لم يتعين للحكم و حصلت الضرورة قيل: جاز، و إن تعين للقضاء أو كان
مكتفيا لم يجز له أخذ الجعل قولاً واحداً «١». انتهى.
و عن المبسوط أنه قال: عندنا لا يجوز بحال «٢». و ظاهره الإجماع على المنع في الصورتين، و نقل الإجماع عليه عن الخلاف أيضاً
«٣».
و قال في الشرائع: أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف، و الوجه التفصيل، فمع عدم التعيين و حصول الضرورة قيل: يجوز، و
الأولى المنع، و لو اختلف أحد الشرطين لم يجز «٤». انتهى.
و ظاهره وجود الخلاف مع عدم الضرورة أيضاً.
و قال في المفاتيح: أما لو شرط على المتخاصمين أو أحدهما جعلاً ليفصل الحكومه بينهما- من غير اعتبار الحكم لأحدهما، بل من
اتفق الحكم له منهما على الوجه المعتبر- جاز عند بعضهم «٥».
و ظاهره الجواز في الحالين أيضاً.
و قال في شرحه: و المشهور أنّ القاضى لو شرط على المتخاصمين أو أحدهما بذله جعلاً له- ليفصل المنازعة من غير اعتبار أن يحكم
للبادل بخصوصه- جاز له أخذ ذلك، بل لو شرط الجعل على من اتفق الحكم لأحدهما على الوجه الموافق للحق- بأن قال: من غلب
منكما فلي عليه كذا- جاز أيضاً عند الأكثر. انتهى.

(١) كشف اللثام ٢: ١٤٣.

(٢) نقله عنه في كشف اللثام ٢: ١٤٣، و قد استفاد من المبسوط ٨: ٨٥.

(٣) الخلاف ٢: ٥٩٨.

(٤) الشرائع ٤: ٦٩.

(٥) المفاتيح ٣: ٢٥١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٦
و ظاهره أيضاً الجواز، بل شهرته في الحالين.
و نقل عن الحلبي و الحلّي و المحقق الثاني «١» و جماعة «٢»: المنع.
و عن المفيد و النهاية و القاضى: الجواز مع الكراهة «٣».
و كيف كان، فالحق: عدم الجواز مطلقاً مع الكفاية، لظاهر الإجماع، و لما مرّ في بحث التجارة من عدم جواز أخذ الأجرة على
الواجب.
و لصحيحه ابن سنان: عن قاض بين فريقين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: «ذلك السحت» «٤»، فإن الظاهر من الرزق
على القضاء كونه بإزائه، فيكون أجراً، و هو غير ارتزاق القاضى كما يأتي. و بذلك يظهر ضعف تضعيف دلالتها، و احتمال حمل
السحت فيها على الكراهة بالإجماع على حلية الارتزاق.
و المروى في الخصال: «السحت أنواع كثيرة»، و عدّ منها أجور القضاء «٥».
مضافاً في صورة التعيين إلى عدم جواز توقيف أحد الواجب عليه على الشرط، لأنه عمل لنفسه لا لأحد المتحاكمين. بل قد يضاف
ذلك في صورة عدم التعيين أيضاً، لما ذكر.

وفيه: أن المسلم عدم جواز التوقيف في الواجب العيني، و لذا قيل

(١) الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٣، والحلي في السرائر ٢: ٢١٧، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٦.

(٢) منهم المحقق في الشرائع ٤: ٦٩، والعلامة في القواعد ٢: ٢٠٢، والشهيد في الدروس ٢: ٦٩.

(٣) المفيد في المقنعة: ٥٨٨، النهاية: ٣٦٧، والقاضي في المهذب ٢: ٥٨٦.

(٤) الكافي ٧: ٤٠٩-١، الفقيه ٣: ٤-١٢، التهذيب ٦: ٢٢٢-٥٢٧، الوسائل ٢٧:

٢٢١ أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ١.

(٥) الخصال: ٣٢٩-٢٦، الوسائل ١٧: ٩٥ أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ١٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٧

بجواز أخذ الأجرة فيما لا- تشترط فيه القربة من الكفائيات، غاية الأمر أن إيجاد ما تعلق به الوجوب لا يكون من جهة امتثال أمر الشارع، ولا يكون الفاعل ممثلاً، ولا يلزم منه عقاب، أما على الفاعل فلعدم الوجوب عليه، وأما على الجميع فلسقوط الواجب عنهم، لأن الواجبات الكفائية الغير المشروطة بالقربة توصلية، ولازم الوجوب التوصلية تقيده بعدم تحقق التوصل، فإذا حصل سقط. ولكن الحق- كما سبق في كتاب التجارة- عدم جواز الأجرة على الواجب على الفاعل مطلقاً، عتياً أو كفاً، محتاجاً إلى نية القربة أم لا.

و أما مع الضرورة و عدم الكفاية، فمع التعيين لا يجوز أيضاً إجماعاً كما صرح به والدي في معتمد الشيعة، لأن اشتراط جعل توقيف لامتثال أمر الشارع الواجب عليه على شرط و هو غير جائز.

و أما بدون التعيين، فليل: يجوز، لانحصار الدليل على المنع حينئذ بإطلاق الصحيحة و الرواية، و هو معارض بأدلة نفي الضرر، و هي راجحة بموافقة الكتاب و معاضده الاعتبار و أكثرية الأخبار، و لو لا الرجحان أيضاً لكان المرجع إلى أصالة الجواز. و لا يرد انتفاء الضرر بتحصيل الكفاية من المعدّات لذوى الحاجات و المبرّات، لأنّ المفروض انتفاؤها أو تعسّر أخذها عليه. و منعها والدي رحمه الله بإمكان دفع الضرر بترك القضاء و خروجه عن الاستحباب حينئذ.

و الحاصل: أن تعارض أدلة نفي الضرر مع أدلة حرمة الأجر إنّما هو إذا لم يجز ترك القضاء، و مع عدم التعيين يجوز، فلا تعارض، فيعمل

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٨

بالدليلين بترك القضاء الذي لا محذور فيه.

و هو كذلك، فالحرمة حينئذ هي الأقوى، لتعارض دليلي نفي الضرر و حرمة الأجرة مع دليل القضاء، فلا يعلم الإذن في القضاء هنا، فلا يجوز.

و منه يظهر فساد ما قد يقال من حصول ذلك التعارض مع التعيين أيضاً بين دليل التعيين و أدلة نفي الضرر، فيرجع إلى الأصل فيجوز. لأنّ الرجوع إلى الأصل يوجب تحريم القضاء و وجوب التكبّب لدفع الضرر، فإنّ هذا إنّما يتمّ لو لم يمكن دفع الضرر إلّا بأخذ الأجرة، و المفروض إمكان دفعه بالتكبّب، و إلّا لم يكن القضاء موجبا للضرر.

المسألة الثانية: يجوز له الارتزاق من بيت المال

، و لو مع التعيين و عدم الحاجة، كما صرح بهما والدي في معتمد الشيعة، و ادّعى بعضهم الإجماع عليه.

لمرسلة حماد الطويلة، وفيها: «و يؤخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامة» (١) الحديث.
 و قيد في اللمعة الجواز بالحاجة (٢). و لا وجه له بعد عموم الرواية المنجبرة.
 و معنى الارتزاق منه: هو أخذ الرزق منه لأجل كونه قاضيا، لا لقضائه و عليه و بإزائه. و إعطاء الوالي أيضا كذلك.
 و الفرق بين المعنيين واضح، فإنّ الأخ يعطى أخاه لكونه أخا له،

(١) الكافي ١: ٥٣٩-٤، التهذيب ٤: ١٢٨-٣٦٦، الوسائل ٢٧: ٢٢١ أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ٢.
 (٢) اللمعة (الروضة البهية ٣): ٧١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٦٩
 لا- لأجر الاخوة و بإزائه. و كذا من وقف على المؤذن مثلا أو نذر له شيئا فهو يعطيه لأجل كونه مؤذنا، لا بإزاء أذانه. و لذا لو وقف أحد ضياعا على شيعة بلده أو صائمه يجوز لهم الارتزاق من نمائه، مع أنّه لا يجوز أخذ شيء بإزاء التشيع و الصوم.
 و من هذا يظهر أنه لا تعارض بين المرسله و بين الصحيحه و الروايه، لعدم كون المأخوذ حينئذ أجرا أو رزقا على القضاء، و إن كان رزقا لكونه قاضيا.

و هل يكره له ذلك مع اليسار؟.

صرّح والدي في معتمد الشيعة بالكرهه، ناسبا له إلى الأكثر، لصحيحه ابن سنان المتقدمه.
 و في دلالتها نظر يظهر ممّا مرّ.

نعم، لا بأس بالقول بالكرهه، لحكايتها عن الأكثر.

و لو لم يكن بيت المال، فهل يجوز له الارتزاق من سائر الوجوه التي مصرفها الخير أو سبيل الله؟
 الظاهر: الجواز مع الضرورة و الحاجة، لتوقف التوصل إلى ذلك الخير العام بالارتزاق، و أمّا بدونها فيشكل، سيما مع التعيين، بل لا يجوز حينئذ البتة، كما لا يجوز صرفها إلى المصلين و الصائمين لأجل صلاتهم و صيامهم.

المسألة الثالثة: يحرم على القاضي أخذ الرشوة

إشاره

- مثلثة الراء- إجماعا من المسلمين، للمستفيضه من المعتره.
 و في موثقة سماعة: «إنّ الرشا في الحكم هو الكفر بالله» (١).

(١) الكافي ٧: ٤٠٩-٢، التهذيب ٦: ٢٢٢-٥٢٦، الوسائل ٢٧: ٢٢٢ أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ٣.
 مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٠

و في مضمرة: «فأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله العظيم» (١).
 و كذا في روايته (٢)، و مرسله الفقيه (٣)، و رواية عمّار بن مروان (٤).
 و في رواية يزيد بن فرقد: عن السحت، فقال: «الرشا في الحكم» (٥).
 و في رواية السكوني: قال: «السحت ثمن الميتة» إلى أن قال:

«و الرشوة في الحكم» «٦».

و كما يحرم عليه أخذها كذلك يحرم على باذلهما دفعها، لأنه إعانة على الإثم و العدوان، و لقوله عليه السلام: «لعن الله الراشئ و المرتشئ في الحكم» «٧».

و لا كلام في شئ من ذلك، و إنما الكلام في أمور ثلاثة:

أحدها: أن الرشوة المحرمة ما هي؟

و ثانيها: أنه هل خصص من تحريم الإرشاء و الارتشاء صورة، أم لا؟

و ثالثها: في التفرقة بينها و بين الهدية للقاضي، و أنها هل هي أيضا رشوة، أو كالرشوة محرمة، أم لا؟

أما الأول: فلا كلام في أن الرشوة للقاضي هي: المال المأخوذ من

(١) الكافي ٥: ١٢٧-٣، التهذيب ٦: ٣٥٢-٩٩٧، الوسائل ١٧: ٩٢ أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٢.

(٢) تفسير العياشي ١: ٣٢١-١١٢، الوسائل ٢٧: ٢٢٣ أبواب آداب القاضي ب ٨ ح ٨.

(٣) الفقيه ٣: ١٠٥-٤٣٥، الوسائل ١٧: ٩٤ أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٨.

(٤) الكافي ٥: ١٢٦-١، التهذيب ٦: ٣٦٨-١٠٦٢، الوسائل ١٧: ٩٢ أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ١.

(٥) الكافي ٥: ١٢٧-٤، الوسائل ١٧: ٩٣ أبواب ما يكتسب به ب ٥ ح ٤.

(٦) الكافي ٥: ١٢٦-٢، التهذيب ٦: ٣٦٨-١٠٦١، تفسير القمي ١: ١٧٠، الخصال: ٣٢٩-٢٥، الوسائل ١٧: ٩٣ أبواب ما يكتسب به ب

٥ ح ٥.

(٧) سنن الترمذي ٢: ٣٩٧-١٣٥١، سنن ابن ماجه ٢: ٧٧٥-٢٣١٣، مسند أحمد ٢: ٣٨٧، مستدرک الحاكم ٤: ١٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧١

أحد الخصمين أو منهما أو من غيرهما للحكم على الآخر، و إهدائه و إرشاده في الجملة.

إنما الكلام في أن الحكم أو الإرشاد المأخوذ في مهيتته، هل هو مطلق شامل للحق و الباطل، أو يختص بالحكم بالباطل؟

مقتضى إطلاق الأكثر و تصريح والدى العلامة في معتمد الشيعة و المتفاهم في العرف هو: الأول، و هو الظاهر من القاموس و الكنز و مجمع البحرين «١».

و يدل عليه استعمالها فيما اعطى للحق في الصحيح: عن الرجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه، قال: «لا بأس» «٢».

فإن الأصل في الاستعمال إذا لم يعلم الاستعمال في غيره الحقيقة، كما حقق في موضعه.

نعم، عن النهاية الأثيرية ما ربما يشعر بالتخصيص «٣» ككلام بعض الفقهاء، و هو لمعارضته ما ذكر غير صالح، مع أن الظاهر أن مراد بعض الفقهاء تخصيص الحرمة دون الحقيقة.

و أما الثاني: فمقتضى إطلاق الأخبار التعميم.

و قد يخص الجواز للمرتشئ إذا كان يحكم بالحق و إن لم يرتش.

و هو ضعيف غايته.

و قد يخص الجواز للراشئ إذا كان محققا و لا يمكن وصوله إلى حقه بدونها، ذكره جمع كثير «٤» منهم الوالد الماجد.

(١) القاموس المحيط ٤: ٣٣٦، مجمع البحرين ١: ١٨٤.

(٢) التهذيب ٦: ٣٧٥-١٠٩٥، الوسائل ١٧: ٢٧٨ أبواب ما يكتسب به ب ٨ ح ٢.

(٣) النهاية الأثيرية ٢: ٢٢٦، قال: فالراشى من يعطى الذى يعينه على الباطل.

(٤) منهم المحقق فى الشرائع ٤: ٧٨، والشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٦٤، و الروضة ٣: ٧٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٢

و هو حسن، لمعارضة إطلاقات تحريمها مع أدلته نفي الضرر، فيرجع إلى الأصل لو لم يرجح الثانى، و لكن الجواز حينئذ مخصوص بالراشى دون المرتشى.

و قد يخص أيضا «١» بما إذا أرشى و ارتشى للحكم بالباطل، إمّا لاختصاص حقيقتها بذلك كما مرّ، و ضعفه قد ظهر. أو لتخصيص ذلك بالصحيحة المذكورة المجوّزة للإرشاء للتحوّل من منزله، و يضعف بأنّ الكلام فى الرشا فى الحكم دون التحوّل من المنزل. و أما الثالث: فالفرق بين الرشوة و الهدية: أنّ الاولى - كما عرفت -:

هى المال المبذول للتوصل به إلى الحكم ابتداء أو إرشادا. و الثانية: هى العطية المطلقة، أو لغرض آخر نحو التودّد أو التقرب إليه أو إلى الله.

و الحاصل: أنّ كلّ مال مبذول لشخص للتوصل به إلى فعل صادر منه و لو مجرد الكف عن شره لسانا أو يدا أو نحوهما فهو رشوة. و لا فرق فى الفعل - الذى هو غاية البذل - أن يكون فعلا حاضرا، أو متوقعا، كأن يبذل للقاضى لأجل أنه لو حصل له خصم يحكم للبازل، و إن لم يكن له بالفعل خصم حاضر و لا خصومة حاضرة.

و كلّ مبذول لا لغرض يفعل المبدول له، بل لمجرد التودّد أو التقرب إلى الله أو إليه أو لصفه محمودة أو كمال فيه، فهو هدية، و إن كان الغرض من التودّد و التقرب إليه الاحتفاظ من شرّ شخص آخر أو التوصل إلى فعل شخص آخر يوجهه التقرب و التودّد إليه. و قد يستعمل لفظ أحدهما فى معنى الآخر تجوّزا.

(١) يعنى: الحكم بالحرمة.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٣

فما كان من الأول، فإن كان الفعل المقصود الحكم فهو حرام مطلقا كما مرّ، سواء كان الحكم لخصومة حاضرة أو فرضية، و لذا حكموا بحرمة الهدية الغير المعهودة قبل القضاء، لأنّه قرينه على أنّ المقصود منه الحكم و لو فرضا.

و هو كذلك، لصدق الرشوة عرفا، فتشمله إطلاقاتها، و عليه يحمل إطلاق ما ورد فى طريق العامة و الخاصة كما فى أمالى الشيخ: «إنّ هدايا العمّال» كما فى بعضها، أو: «هدية الأمراء» كما فى بعض آخر «غلول» أو «سحت» «١».

و تدلّ عليه أيضا رواية أبى حميد الساعدى: قال: استعمل النبى صلّى الله عليه و آله رجلا - يقال له: اللّثه - على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم و هذا أهدى لى، فقام النبى صلّى الله عليه و آله على المنبر فقال: «ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم و هذا أهدى لى، فهلّا جلس فى قعب بيته أو فى بيت امه فينظر أ يهدى له أم لا، و الذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منها شيئا إلّا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة» الحديث «٢».

و إن كان غير الحكم، فإن كان أمرا محرّما فهو أيضا كرشوة الحكم محرّم، لكونه إعانة على الإثم و أتباعا للهوى.

و إن لم يكن محرّما فلا يحرم، للأصل، و اختصاص الأخبار المتقدّمة برشوة الحكم.

و ما كان من الثانى لا يحرم.

و قيل بحرمة للقاضى أيضا إن كان للبازل خصومة حالية أو مثالية،

(١) أمالى الشيخ ١: ٢٦٨، الوسائل ٢٧: ٢٢٣ أبواب آداب القاضى ب ٨ ح ٦.

(٢) سنن البيهقي ٤: ١٥٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٤

لإيجابه ميل قلبه، وانكسار قلب خصمه.

وفيه: أن إيجاب الميل القلبي لا يوجب التحريم، و حرمة كسر قلب الخصم إنما تتأتى في الخصومة الحاضرة أو الواقعة يقينا و لو بعد حين، و مع ذلك يوجب كسر قلبه إذا كان بحيث يطلع عليه، فلو فرض إهداء شيء علم أن غرضه ليس فعلا أصلا و لم يطلع خصمه عليه لا يكون حراما، و أما حصول ذلك العلم فهو أمر لا يكاد يحصل غالبا.

و لو لم يعلم مقصوده و أن المبدول هل هو من الأول أو الثاني، فمقتضى الأصل الحلية، إلا أن تدل على قصده القرينة، و منها: عدم الاعتياد قبل القضاء، و منها: حضور خصومة له أو عليه أو حصولها له بعد ذلك علما أو ظنا.

و لو لم يعتبر ذلك في التمييز لزم عدم حرمة رشوة إلا ما صرح به الراشي أنه للحكم، و هو خلاف الإجماع.

و لو تعارضت القرينتان- كأن يكون ذلك ممن جرت عاداته بذلك قبل حصول الخصومة، كالقريب و الصديق الملاطف، فبذل بعد حضورها أيضا- فالأحوط عدم القبول، بل الأحوط للقاضي سد باب الهدايا مطلقا، بل حكم جمع بكراتها له، و لا بأس به، لفتواهم.

فرع: يجب على المرتشي ردّها على الراشي

- و إن بذلها برضى نفسه- مع بقاء عينها إجماعا، و الوجه فيه ظاهر.

و يجب عليه ردّ عوضها مع تلفها أيضا- و إن لم يكن التلف بتفريطه- وجوبا فوريا، على المصرح به في كلام الأصحاب، بل نفى الخلاف بيننا عنه «١»، و عن ظاهر المسالك «٢» و غيره: إجماعنا عليه.

(١) كما في غنائم الأيام: ٦٧٥.

(٢) المسالك ١: ١٦٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٥

و هو أيضا فيما إذا كان بذلها من غير رضى البازل و طيب نفسه ظاهر، و أما لو بذلها بطيب نفسه- سيما إذا حكم له بالحق- فإن ثبت الإجماع على ثبوت غرامتها عليه و ضمانه إياها مطلقا، و إلا فلتأمل فيه- للأصل- مجال واسع.

المسألة الرابعة [صرح جماعة بعدم نفوذ قضاء القاضي على من لا تقبل شهادته عليه، و لا لمن لا تقبل شهادته له]

إشاره

صرح جماعة- منهم: المحقق في الشرائع و الفاضل في القواعد و التحرير و الإرشاد و والدى العلامة رحمه الله في معتمد الشيعة- بعدم نفوذ قضاء القاضي على من لا تقبل شهادته عليه، و لا لمن لا تقبل شهادته له «١».

و استدلوا له بكونه شهادة و زيادة.

وفيه: منع ظاهر. و إطلاقات نفوذ حكم الحاكم يشمل الجميع، فلا مناص عن الحكم بالعموم إلا أن يثبت الإجماع على ما ذكره، و لكنّه غير ثابت، بل قال بعض الأجلة في شرحه على القواعد: و خصّ بعضهم المنع بقاضى التحكيم «٢».

و جوزه المحقق الأردبيلي، لعموم الأدلة.

نعم، لا ينفذ حكم الحاكم لنفسه على خصمه إجماعا، لاخصاص النصوص بما يتضمّن الحكم للمتنازعين، أو ما يتبادر منه غير نفسه،

بل لإطلاق الأوامر بالرجوع إلى الحاكم، و النظر في التنازع و الحوادث إلى من علم أو عرف، أو رواه الحديث، من غير تفصيل بين العالم و العارف و الراوى و غيرهم، و الرجوع و أمثاله لا يكون إلّا إلى الغير.
و يدلّ عليه أيضا ما ورد في تنازع رسول الله صلّى الله عليه و آله مع الأعرابي في

(١) الشرائع ٤: ٧١، القواعد ٢: ٢٠٢، التحرير ٢: ١٨١.

(٢) كشف اللثام ٢: ١٤٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٦

ثمن الناقة «١» و الفرس «٢»، و تنازع ولى الله مع عقيل «٣» و عباس «٤». و يؤكده تصريح الأصحاب بكراهة تولّيه للتراجع مع خصمه عند حاكم آخر، و استحباب التوكيل له.

و منه يظهر عدم نفوذ حكمه فيما له الشركة فيه إذا كان هو أو وكيله الخصم، لأنّه حينئذ مأمور بالرجوع إلى الحاكم، و لا معنى لرجوع أحد إلى نفسه.

و أمّا لو كان الخصم شريكه- كأن يدعى أخوه دارا في يد غيره بحق الإرث- ينفذ حكمه في حقّ أخيه، للإطلاقات. و لا يثبت منه حقّه حينئذ، لعدم حكمه لنفسه و عدم نفوذه لو حكم، فلو ترك المدعى عليه الكلّ نفذ حكمه في النصف و لم يتنازع في نصف الحاكم أيضا فلا بحث، و إن نازع معه يتحاكمان إلى ثالث، و إن حكم بخلاف ما حكم هو لأخيه، كما إذا تحاكم كلّ من الشريكين مع خصمه إلى حاكم غير ما تحاكم به الآخر فحكما كذلك، كلّ بحكم غير حكم الآخر.

و كذا إن ادعى أحد على أخيه حصّته من دار مورّثة ينفذ حكم الحاكم لأخيه فيه، و لا تسقط به دعوى المدعى في حصّة الحاكم، فلو ادعى يتحاكمان إلى ثالث.

فإن قيل:

ثبوت حقّ الشريك يستلزم ثبوت حقّ الحاكم أيضا، فثبوت

(١) الفقيه ٣: ٦٠-٢١٠، أمالي الصدوق: ٩٠ مجلس ٢٢، الانتصار: ٢٣٨، الوسائل ٢٧: ٢٧٤ أبواب كيفية الحكم ب ١٨ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٠٠-١، الفقيه ٣: ٦٢-٢١٣، الوسائل ٢٧: ٢٧٦ أبواب كيفية الحكم ب ١٨ ح ٣.

(٣) مناقب آل أبي طالب ٢: ١٠٩.

(٤) رجال الكشي ١: ٢٧٩-١٠٩، ١١٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٧

المحكوم به لشريكه دون نفسه يستلزم تخلف الملزوم عن اللّازم، و هو باطل البتّة، فيجب إمّا عدم نفوذ الحكم أصلا، أو ثبوت المحكوم به في حصّة الحاكم أيضا، بأن يثبت للشريك- لعمومات نفوذ حكم الحاكم للغير- و لنفسه لأجل الاستلزام، و لكن ثبوته فيما له شركة فيه خلاف الإجماع القطعي، فلا بدّ أن لا ينفذ في شيء منهما.

قلنا:

ليست هذه اللوازم لوازم عقلية لا يمكن تخلفها عن الملزوم، بل أمور شرعية قابلة للتخصيص، فالعمومات توجب نفوذ الحكم في حقّ الشريك، و الإجماع يمنع نفوذه في حقّ الحاكم، لأنّ بالإجماع تنفى الملازمة هنا، و لا يمكن نفى ثبوت الملزوم، لعدم الإجماع فيه، و كون عمومات النفوذ خالية عن المعارض.

و هل ينفذ حكمه لمن له الولاية بالأبوة أو الجدودة أو الوصاية عليه، أم لا؟

قال في التحرير: و لو تولى وصي اليتيم القضاء فهل يقضى له؟ فيه نظر ينشأ من كونه خصما في حقه كما في حق نفسه، و من أن كل قاض هو ولي الأيتام (١). انتهى.

و التحقيق: أنه إن كان الخصم و المنازع هو الحاكم فلا ينفذ حكمه و لا بد من الرجوع إلى الغير، و إن كان غيره - كشريك لمن هو وليه - فينفذ حكمه في حصة الشريك و المولى عليه له.

أما في حصة الشريك فبعمومات نفوذ حكمه.

و أما في حصة المولى عليه فبأدلة الملازمة بين ثبوت ذلك المال و بين

(١) التحرير ٢: ١٨١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٨

شركة المولى عليه، فإذا حكم أنه مال مورث الشريك فثبت حق المولى عليه بأدلة الإرث.

بل و كذا غير المولى عليه و المدعى، فلو ثبت بعد دعوى المدعى كون الملك الفلاني مال مورثه و حكم بحصته له ثبتت حصة سائر الكبار أيضا، فلهم المطالبة بذلك الإثبات من غير حاجة إلى إقامة الشاهد ثانيا.

نعم، لو اعترف ذلك بعدم حقيته نفسه يعارض ذلك دليل الاستلزام و يرجع إلى الأصل.

فإن قيل:

ما الفرق بين حصة الحاكم نفسه، فكانت لا تثبت بالاستلزام و تثبت حصة من له الولاية عليه؟

قلنا:

الفارق هو الإجماع المتقدم، فإنه معلوم في حصة نفسه، و لولاه لقلنا بثبوتها أيضا، و لا إجماع هنا حتى من جهة ما يثبت للحاكم أيضا من التسلط في التصرف بحق الولاية، إذ لم يتحقق الإجماع إلا في حصته المألّية.

و كذا الحكم في سائر الأيتام و المجانين و الغيب الذي له الولاية عليه عموما، فلا ينفذ حكمه لهم لو كان هو الخصم و المنازع، و ينفذ حكمه لو كان المنازع غيره، من قيم من جانبه على أمورهم، أو من جانب حاكم آخر.

و ليس القيم كالوكيل في المخاصمة و التنازع، حتى يكون هو بمنزلة الموكل، بل هو بمنزلة الوكيل لمن هو قيم له، جعله الحاكم و كيلا له بحق ولايته لا و كيلا لنفسه، و لذا يفتقر مع الوكيل في أنه لا يشترط في الوكيل الوثاقة و العدالة و يشترط في القيم، و يجوز له إجراء العقود بقيد الاحتساب دون الوكالة.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٧٩

و لو كان القيم هو الحاكم، و وكل أحدا في المنازعة، فلا ينفذ حكمه.

و كذا لا ينفذ حكمه لو وكل أحدا من جانب نفسه لولايته على ولده الصغير أو ولد موصيه في منازعة.

و لو وكله في جميع أموره عموما من غير سبق نزاع فاتفقت المنازعة، فهل ينفذ حكمه لو كيلاه؟ فيه إشكال.

كما أنه يشكل الحكم بجواز جعل أحد قِيَمًا لأحد هذين الصغيرين لا و كيلا لنفسه حتى ينفذ حكمه له.

و الأولى و الأحوط حينئذ الرجوع في المنازعة إلى حاكم آخر.

و لو لم يكن هناك غيره فالأولى التوصل بالحيل الشرعية، فتنقل حصة المولى عليه إلى غيره مع خيار فسخ في مدّة معلومة، فيحكم للمنتقل إليه ثم يفسخ.

فرع: لو باشر الحاكم بنفسه عقدا لغيره بوكالته كبيع أو نكاح، ثم حصل النزاع فيه بين متنازعين، ينفذ حكم الحاكم فيه

، للإطلاقات.

و لا يضمر كونه و كيلا، لأنه كان و كيلا في مجرد إيقاع عقد، و تمت الوكالة، و ليس مثل ذلك الوكيل ممن يرد قوله. و لو باع عن بالغ غير رشيد لأحد ولاية، و باع أبوه أيضا لآخر كذلك، أو نكح غير رشيدة بطن الولاية، و نكحت نفسها لآخر، فتنازع المتبايعان أو الزوجان، ينفذ حكم ذلك الحاكم لمن حكم لهما، سواء كان النزاع في الرشد و عدمه، أو في إجراء العقد و عدمه، أو في صحته عقد الحاكم عن الرشيد و الرشيدة و عدمه، للإطلاقات.

المسألة الخامسة: إذا حكم حاكم بحكم، لم يجب على حاكم آخر البحث عنه

، و جاز له إمضاؤه إذا اعتقده أهلا، بل يجب، للمقبولة.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٠

لكن لو نظر فيه جاز، فإن ظهرت إصابته أو لم يظهر شيء من الصواب و الخطأ و جب الإمضاء.

و كذا إن ظهرت مخالفته لما هو صواب في نظر الثاني من الأدلة الظنية المحتملة للمخالفة.

و إن ظهر خطوه في دليل قطعي غير متحمل لقبول المخالف من المجتهدين، لم يجز إمضاؤه، بل و جب عليه و على غير ذلك الحاكم نقضه، سواء خفي الدليل على الحاكم الأول أو لا، و سواء أنفذه الحاكم الأول أو لا، و سواء أنفذه الجاهل به أم لا، للإجماع- كما صرح به بعض الأجله في شرحه على القواعد أيضا «١»- و للقطع بأنه خلاف حكم الله، فإمضاؤه إدخال في الدين ما ليس منه و حكم بغير ما أنزل الله، فيدخل في نصوص من حكم به، أو لم يحكم بما أنزل الله.

و كذا إن ظهر خطوه في دليل ظني عنده لأجل تقصيره في القدر اللازم من الاجتهاد عند الأول، بل ينقض مع التقصير و لو اتفق مطابقته لطريقة اجتهاده.

و الحاصل: إن الموجب للنقض أحد الأمرين: إمّا الخطأ في الدليل القطعي، أو التقصير في الاجتهاد، إذ ليس الحكم في الصورتين حكم الله في حقه قطعا.

و لكن فهم التقصير في الاجتهاد إذا لم يخالف دليلا قطعيا مما لا يظهر لغير نفسه غالبا و إن أمكن أحيانا، فالفائدة في الأغلب تظهر في جواز نقض نفسه حكمه أو وجوبه.

(١) كشف اللثام ٢: ١٥٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨١

و الظاهر أن صورة التقصير مراد من أطلق جواز النقض مع المخالفه، كالشيخ و ابن حمزة و ابن سعيد و الفاضل في التحرير و الإرشاد «١».

و أمّا بدون التقصير بحسب اجتهاده فلا- ينقض حكمه، لا- من نفسه و لا من غيره، و إن ظهر له بعد الاجتهاد دليل ظني يكون حجة عنده حال الحكم من غير وجود ما يصلح لمعارضته، لأن الأدلة الظنية ليست كاشفة عن الأحكام الواقعية، و إنما هي أمارات للأحكام الظاهرية، فإذا لم يقصر في استفراغ وسعه و بذل جهده بقدر ما أدى اجتهاده إلى كفايته من السعي يكون الحكم حكم الله في حقه و حق من يحكم له و عليه، فلا وجه للنقض.

و ما ذكرنا هو الضابط في المقام، بل هو مراد من تعرض للمسألة من الأصحاب، و إن اختلف عبارتهم في تأديء المرام.

المسألة السادسة: لا ينقض الحكم بتغير الاجتهاد

، لأنَّ الحكم كان ذلك في حقهم قبل التغير، إلَّا إذا كان التغير لأحد الأمرين المتقدمين.
و لو تغير قبل تمام الحكم وجب بناؤه على الرأى الثانى.

المسألة السابعة: لو ادعى المحكوم عليه عدم أهلية الحاكم لعدم اجتهاده أو لفسقه

- وهذا إنَّما يتصوّر إذا كان المحكوم عليه غائبا حين الحكم، أو ادعى ظهور عدم أهليته حال الحكم بعده مع زعمه أولا- أهلا-
فالمخضم فى تلك الدعوى يكون هو المحكوم له، و قد يكون الحاكم أيضا إذا كانت الدعوى ممّا يوجب ضمانا أو تعزيرا عليه.
ثمَّ هل تسمع تلك الدعوى على المحكوم له، أم لا؟

(١) الشيخ فى المبسوط ٨: ١٠١، ١٠٢، و ابن حمزة فى الوسيلة: ٢٠٩، و ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٥٢٩، و المحقق فى الشرائع ٤: ٧٥، التحرير ٢: ١٨٤، الإرشاد ٢: ١٤١.
مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٢
استوجه فى الشرائع و المسالك عدم السماع، و عدم تسلطه على حلفه «١».
و صرّح فى الدروس بعدم سماع الدعوى على المحكوم له بفسق الحاكم على سبيل الإطلاق «٢».
و تردّد فى التحرير فى ذلك كذلك «٣».
و استشكل فيه فى القواعد، و لكن فى صورة عدم البيّنة «٤».
و كذا فى الكفاية، إلَّا أنّه حكم بعدم السماع مع عدم البيّنة «٥».
و ظاهر الأخيرين- بل الأولين أيضا- سماع الدعوى مع البيّنة.
و أظهر منهما عبارة الشهيد فى غاية المراد، قال: إذا ادعى المنكر جرح الشهود أو الحاكم كلف البيّنة، فإن فقدها و ادعى علم المدعى بذلك، ففى توجّه اليمين على المدعى وجهان. و صرّح بعض فضلائنا المعاصرين بأنّ النزاع فى السماع و عدمه إنّما هو فى صورة فقد البيّنة، و أمّا معها فلا نزاع فى السماع.
قال: فدعوى فسق الحاكم ممّا لا- ينبغى النزاع فى مسموعيتها، إنّما النزاع فى صورة تكون دعوى المنكر علم المدعى بالفسق حتى ينحصر دفع النزاع بالحلف على عدم العلم، فإذا ادعى المحكوم عليه بعد الحكم فسق الحاكم فيسمع و يطالب منه البيّنة، فإن أقامها فيبطل الحكم و إن بقى أصل الدعوى، و إن فقدت البيّنة فالقاعدة توجّه اليمين على المنكر.

(١) الشرائع ٤: ١٠٧، المسالك ٢: ٣٨٧.

(٢) الدروس ٢: ٨٥.

(٣) التحرير ٢: ١٨٩.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٨.

(٥) الكفاية: ٢٧٤.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٣

و لكن لما كان الفسق فعل الحاكم و لا يصحّ الحلف على نفى فعل الغير- بل إنّما يصحّ حلف نفى العلم، و هو موقوف على دعوى العلم، بأن ادعى المنكر علم المدعى بالفسق- فهذا هو الذى استشكلوا فيه و صار معركة للنزاع «١». انتهى.

و لكن صريح المحقق الأردبيلي تحقّق النزاع فى صورة وجود البيّنة أيضا، قال ما ملخصه: و لو ادعى المنكر بعد إقامة البيّنة فسق الشهود أو القاضى فيمكن أن يسمع و يطالب بالبيّنة، فإن أثبتته بالبيّنة فلا يثبت الحكم، و يمكن أن لا يسمع.

و إن لم تكن بيّنة و ادعى علم المدعى، فإن أقرّ المدعى به توقّف الحكم إن كان قبله و إن كان بعده أبطله، و إن أنكر المدعى فهل له تحليفه على عدم العلم بذلك، أم لا؟ استشكله المصنّف و غيره انتهى.

و كيف كان، فالحقّ سماع الدعوى فى صورة وجود البيّنة و عدمها إن كانت الدعوى على المحكوم له، لعمومات سماع الدعوى و القضاء و عدم المخصّص.

و هل المدعى المكلف على الإثبات: المحكوم له، أو المحكوم عليه؟

قال بعض الفضلاء المعاصرين: إن كان القاضى معروفا بالعدالة فعلى القادح إثبات الجرح، و إن كان خامل الذكر فعلى المعدّل إثباته «٢».

أقول:

دعوى المحكوم عليه إمّا تكون عدم علمه بأهليّة الحاكم فلا ينفذ حكمه عليه، أو علمه بعدم أهليّته و فسقه. فإن كان الأول، فلا ينبغى الريب فى كون الإثبات على المحكوم له،

(١) انظر جامع الشتات: ٦٧٧.

(٢) انظر جامع الشتات: ٦٧٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٤
و لو بالمعروفية و الاستفاضة.

و إن لم يكن له دليل مثبت فله تحليف المحكوم عليه لو ادعى علمه بالأهليّة.

و لو لم يدع علمه لم يسلط على تحليفه، و يعمل فيه بالأصل، و هو عدم نفوذ حكمه عليه.

و إن كان الثانى، فمع عدم المعروفية لا ريب أيضا فى كون الإثبات على المحكوم له، فإن أثبت، و إلّا فله تحليف المحكوم عليه، فإن حلف بطل الحكم، و إن نكل ثبت، و إن ردّ الحلف انعكس.

و أمّا مع المعروفية فالإثبات على المحكوم عليه، فإن أثبتته بالبيّنة فهو، و إلّا فإن ادعى علم المحكوم له فله تحليفه و إيقاف الحكم أو إبطاله، و إن لم يدعه فتسقط دعواه.

احتجّ المحقق الأردبيلي على عدم سماع البيّنة مطلقا بأنّه أمين الإمام، و فتح هذا الباب موجب لعدم إجراء الأحكام و الطعن فى الحكم، فلا يقبلون القضاء.

وفيه: أنّ كونه أمينه فى زمن الغيبة فرع أهليّته، فإن ثبت الفسق فليس أميناً، و إلّا يمكن سدّ باب تفسيق سائر الحكم بتعزيز المدعى، حيث أهان العلماء، مع أنّ العدول و الحاكم الآخر أيضا أمناء الله، فإن كان الحاكم الأول أميناً لا يقدحون فيه. و لا يضرّ القدح، بل ذلك موجب لسعى القضاء فى الاجتناب عن العيوب أو سترها، و هو أيضا مصلحة تامّة.

و احتجّوا على عدم السماع بدون البيّنة بأمرين، أحدهما: لزوم الفساد.

و الثانى: أنّه ليس حقّاً لازماً يثبت بالنكول و لا يمين الردّ.

و يضعف الأول بالمنع أولاً، فإنّه أىّ فساد فى دعوى ذلك؟! و قد

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٥

يُدعى على الحاكم نفسه بدعاوى، و هي غالبا متضمنة لتفسيقه من الكذب أو الخيانة.

و ثانيا بالمعارضة، فإنّ عدم سماعها قد يستلزم ضياع حقّ خطير سهل الإثبات، أو إتلاف دم، أو تحليل بضع محرّم، أو تحريم محلّ، و يستلزم جريان حكم شخص مجهول الحال أو معلوم الفسق لأحد عليه بدون لزوم شرعى.

نعم، لهذا الكلام وجه في القضاة المنصوبة من الإمام حال الحضور، و كأنّه ذكره العاميّة و أخذه بعض أصحابنا و أجروه مطلقا، و إلّا فكيف يرضى أحد بأن يقول: إنّه إذا ورد أحد- مع مال خطير أو جارية جميلة- قرية أو بلدة و ادعى عليه شخص مجهول أنّ المال ماله و الجارية جاريته، و حكم شخص في زى العلماء له بذلك، و أنّه يجب على ذلك الشخص تسليم المال و الجارية و إن لم يعرف ذلك الشخص أو عرف فسقه و دنوّ مرتبة علمه، و لم يسمع منه عذر و لا إرجاء «١»، سيّما في مثل تلك الأزمنة التي تصدّى فيها كلّ متغلّب في كلّ قرية أو بلدة للحكم؟! و يضعف الثاني: بالمنع، و لم ليس حقًا لازما و لا غير ثابت بالنكول و ردّ اليمين إذا ادعى على المحكوم له أنّ ما أخذه لم يكن بالاستحقاق لعدم أهليّة الحاكم واقعا أو عنده؟! هذا إذا كان التّداعى مع المحكوم له. و لو ادعى ما يوجب ضمانا أو تعزيرا على الحاكم فهو خصمه و عليه الإثبات، لادّعائه أمرا مخالفا للأصل، و لأنّه الذى لو ترك ترك، و عدم ثبوت

(١) فى «س»: ادعاء.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٦

دخوله تحت إطلاقات نفوذ حكمه بعد.

فإن أثبت فهو، و إلّا فيحلف المحكوم عليه إمّا على عدم الأهليّة إن أنكرها، أو على عدم علمه بالأهليّة إن اكتفى بعدم العلم، الذى هو أيضا موجب لعدم نفوذ حكمه عليه بدون ثبوت الأهليّة.

فإن حلف بطل الحكم و ضمن الحاكم، و إلّا سقط حقّه، و إن ردّ الحلف فيحلف خصمه و يسقط عنه الضمان.

و لو ادعى المحكوم عليه خطأ الحاكم بما لا يعذر فيه، أو تقصيره، أو جوره فى الحكم، أو حكمه بشهادة الفاسقين عنده، و نحوه، فالخصم أيضا إمّا المحكوم له أو الحاكم كما مرّ، و يجب إحضار المدعى عليه، و فاقا للشيخ و المحقّق و المسالك، بل نسبه فيه إلى الأكثر «١»، و كذا فى شرح الإرشاد للأردبيلي فى دعوى الحكم بشهادة الفاسقين، للعمومات المشار إليها.

إلّا أنّ الإثبات حينئذ على المحكوم عليه، و هو المدعى، لأنّ مقتضى إطلاقات نفوذ حكم الحاكم قبول حكمه مطلقا، إلّا إذا ثبت خلافه، فإن لم يثبت فعلى المدعى عليه اليمين.

ثمّ فى جميع الدعاوى المذكورة إن كان هناك حاكم يقبله الخصمان يتحاكمان إليه، و إلّا فيكون كسائر الدعاوى التي لا حاكم فيها، فلا تسلط لمن عليه الإثبات على خصمه، بل يعمل بالأصل حتى يظهر الأمر.

و قد يستشكل فى سماع هذه الدعاوى أيضا بإيجابه إهانة الحكّام و تزهدهم فى الحكم. و إيجابه للعسر و الحرج.

(١) الشيخ فى المبسوط ٨: ١٠٣، و المحقّق فى الشرائع ٤: ٨٣، ١٠٧. المسالك ٢: ٣٦٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٧

و إفضائه إلى التسلسل.

و يجاب عن الأول: بمعارضته بإيجاب عدم السماع لإبطال حقوق الناس، مع أنّه إن ثبت ما يدّعيه فلا بأس بالإهانة، بل ينبغى أن

يستهان، وإلا فلا إهانة، بل ربما يوجب العزة.

والثاني: بمعارضته أيضا بإيجاب العسر والجرح على الناس في تضييع حقوقهم لو لم تسمع.

والثالث: بمنع الإفشاء.

و لو ادعى المحكوم عليه حكم الحاكم بالفاسقين «١»- مع عدم علمه بفسقهما و خطئه في التعديل من غير تقصير منه- فلا يسمع، لأن المناط في الحكم: العدالة عند الحاكم دون غيره.

نعم، لو أراد تبين فسقهما عند الحاكم نفسه بعد حكمه فظاهرهم سماعه و نقض حكمه لو ثبت عنده. و يجيء تحقيقه.

و لو ادعى على الحاكم- القاضي بعلمه بالواقعة أو بعدالة الشهود أو نحوهما- كذبه لم يسمع منه، لأن قوله حجة.

المسألة الثامنة: لو تبين خطأ القاضي في دم أو قطع عضو أو مال

، فإن لم يجر الحكم بعد في الأولين يمنع من إجرائه، أو كانت العين باقية في الثالث و لو عند المحكوم له فتسترد.

و إن كان بعد جريان الحكم و تلف العين، فإن ثبت جور القاضي عمدا أو تقصيره في الاجتهاد ضمن، و الوجه واضح.

و إن كان مع ذلك خصومه المحكوم له عدوانا، فإن كان هو مباشرا

(١) يعني بشهادة الفاسقين.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٨

للقطع أو القتل أو الإلتلاف فهو الضامن، لتقديم المباشر على السبب، و إن لم يكن مباشرا- كما إذا حكم القاضي بعد دعواه قتل أو قطع و كيل المحكوم له- فيحتمل جواز رجوع المحكوم عليه إلى كل من القاضي و الخصم.

و إن كانت خصومته جهلا بالمسألة فالظاهر أن الضمان على القاضي.

و إن كان الحكم من القاضي بعد بذل جهده فلا ضمان عليه أصلا، للأصل و عدم الدليل. بل على بيت المال إن كان في دم أو قطع، لرواية الأصبع بن نباتة: «ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين» «١».

و إن كان في مال، فمع بقاء عينه يسترد، و إن كانت تالفه فالمصرح به في كلام جماعة أنه أيضا على بيت المال، فإن ثبت إجماع مركب فيه، و إلا فالحكم به مشكل، لاختصاص النص بالدم و القطع.

و لا يبعد كونه على المحكوم له إن كانت خصومته عدوانا، و عدم ضمان أحد إن كان جهلا.

و كذا فيما على بيت المال إذا لم يكن هناك بيت مال، للأصل، و عدم دليل على تضمين شخص.

نعم، في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج: قال: كان أبو عبد الله عليه السلام قاعدا في حلقة ربيعة الرأي، فجاء أعرابي سأل ربيعة الرأي، فأجابه، فلما سكت [قال له الأعرابي: أ هو في عنقك؟ فسكت] «٢» ربيعة و لم يرد عليه شيئا، فأعاد المسألة عليه، فأجابه بمثل ذلك، فقال

(١) الفقيه ٣: ٥-١٦، التهذيب ٦: ٣١٥-٨٧٢، الوسائل ٢٧: ٢٢٦ أبواب آداب القاضي ب ١٠ ح ١.

(٢) أثبتناه من المصدر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٨٩

الأعرابي: أ هو في عنقك؟ فسكت عنه ربيعة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «هو في عنقه» قال: «أو لم يقل، و كل مفت ضامن» «١».

و لكنّ الظاهر منها أنّ المراد بالضمان: كون إثمه و أجره في عنقه، و إنّما فمجرد الإفتاء لا- يوجب الضمان، أو المراد: الضمان مع التقصير و الخطأ، إذ لا ضمان بدونهما إجماعاً، فتأمل.

المسألة التاسعة: لو ترفعاً عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لهما الترافع عنده أو عند غيره ثانياً في هذه الواقعة بخصوصها

، و لو ترفعاً لا يجوز للحاكم سماع الدعوى فيه إلّا إذا ادّعى خطأ و نحوه، و هي دعوى اخرى.
و لو لم يتمّ القضاء يجوز الترافع عند الغير، و لا يجب عليهما الإتمام عند الأول، فلو أقام مدّع شهوده عند مجتهد لم يعرفهم و طلب التزكية يجوز للمدّعى ترك المرافعة عنده و الترافع عند حاكم آخر يعرفهم، للأصل، و عدم دليل على التعيين بالشروع في المرافعة أصلاً.

المسألة العاشرة: إذا كان الحاكم عالماً بالحقّ

، فإن كان إمام الأصل فيقضى بعلمه مطلقاً إجماعاً، و إن كان غيره فكذلك على الحقّ المشهور كما صرّح به جماعة، بل عن الانتصار و الغنية و الخلاف و نهج الحقّ و ظاهر السرائر: الإجماع عليه «٢».
لأدلة وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.
و القول باختصاصها بما إذا كانت الدعوى عدواناً و ظلماً، فلا تجرى

- (١) الكافي ٧: ٤٠٩-١، الوسائل ٢٧: ٢٢٠ أبواب آداب القضاء ب ٧ ح ٢.
(٢) الانتصار: ٢٣٧، الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٤، الخلاف ٢: ٦٠٢، نهج الحق: ٥٦٣، السرائر ٢: ١٧٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٠
فيما إذا جهل المدّعى أو المنكر الحقّ.

غير صحيح، لأنّ الاختصاص إنّما هو في النهي عن المنكر، و أمّا الأمر بالمعروف فجار في جميع الصور.
و لعموم أدلّة الحكم مع وجود الوصف المعلق عليه، كقوله تعالى:
وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ «١» وَالزَّانِيَةُ وَالزَّانِي «٢».
و قوله تعالى فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً «٣».

و أدلّة إعانة الضعيف و إغاثة الملهوف و دفع الظلم عن المظلوم، فإنّ كلّ ذلك يدلّ على المطلوب.
و يدلّ عليه أيضاً قوله سبحانه و مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ- فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ- فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ «٤»،
فإنّ العالم بالحقّ إن سكت فيكون ممّن لم يحكم بما أنزل الله، و إن حكم بغير ما يعلم فكذلك بزيادة الحكم بغير ما أنزل الله.
و قوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْدِلُوا بِالْعَدْلِ «٥».
و ظاهر أنّ كلّاً من السكوت و الحكم بغير ما يعلم حقّاً ترك للحكم بالعدل الذي هو المأمور به.
و قوله عزّ و جلّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ «٦».

(١) المائدة: ٣٨.

(٢) النور: ٢.

(٣) النور: ٤.

(٤) المائدة: ٤٤، ٤٥، ٤٧.

(٥) النساء: ٥٨.

(٦) النساء: ١٣٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩١
 وقوله عز وجل يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ «١».
 فإن جميع ما ذكر يدل على وجوب الحكم بما يعلم أنه حق، وأنه معروف، وأنه ما أنزل الله، على كل أحد. إلا أن نفوذه منه و
 وجوب أتباعه وإمضائه يحتاج إلى الدليل، حيث إنه خلاف الأصل، والدليل في أهل الحكم موجود، فيجب عليه الحكم، ويجب
 على الناس أتباعه.
 ويدل عليه أيضا قوله في مرفوعة البرقي المتقدمة: «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة» «٢»، دلت على جواز الحكم للعالم، و
 دلت أدلة نفوذ حكم الحاكم على وجوب أتباعه.
 ويمكن أن يستدل له أيضا برواية أبي ضمرة: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة
 الهدى» «٣»، فإن سنتهم كانت قضاءهم بما يعلمون كما دلت عليه الأخبار.
 وبصحيحة زرارة: في قوله تعالى يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ «٤» «فالعدل رسول الله صلى الله عليه وآله والإمام من بعده يحكم به فهو
 ذو عدل، فإذا علمت ما حكم به رسول صلى الله عليه وآله والإمام فحسبك ولا تسأل عنه» «٥».
 وتدلل عليه أيضا رواية الحسين بن خالد: «الواجب على الإمام إذا نظر إلى الرجل يزني أو يشرب خمرا أن يقيم عليه الحد، ولا يحتاج
 إلى

(١) المائدة: ٨.

(٢) في ص ٨ و ٩.

(٣) الكافي ٧: ٤٣٢-٢٠، التهذيب ٦: ٢٨٧-٧٩٦، الخصال: ١٥٥-١٩٥، الوسائل ٢٧: ٢٣١ أبواب كيفية الحكم ب ١ ح ٦.

(٤) المائدة: ٩٥.

(٥) التهذيب ٦: ٣١٤-٨٦٧، الوسائل ٢٧: ٧٠ أبواب صفات القاضي ب ٧ ح ٢٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٢

بينه مع نظره، لأنه أمين الله في خلقه» «١» الحديث.

ولا يضّر احتمال إرادة إمام الأصل، لعموم العلة، فإن العالم أيضا أمين الله، كما في رواية إسماعيل بن جابر: «العلماء أمناء» «٢».

وفي رواية السكوني: «الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا» «٣» الحديث.

والمروى في تحف العقول، وفيه: «مجارى الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه» «٤».

ويدل عليه أيضا ما ذكره السيد من إطباق الإمامية على إنكارهم على أبي بكر في توقيفه على الحكم لفاطمة، مع علمه بعصمتها و
 طهارتها و أنها لا تدعى إلّا حقا «٥».

وقد يستدل أيضا بوجوه آخر غير تامّة، كالإجماع المنقول.

و كون العلم أقوى من البيئته.
 و استلزام عدمه إما إيقاف الأحكام أو فسق الحكام، لأنهم إن حكموا بخلاف معلومهم يلزم الفسق، و إلا الإيقاف.
 فإن في الأول: عدم الحجية.
 و في الثاني: عدم معلومته العلة في البيئته حتى يقاس عليها العلم.
 و في الثالث: منع الفسق إذا لم يدل دليل على جواز حكمه بعلمه.

- (١) الكافي ٧: ٢٦٢-١٥، التهذيب ١٠: ٤٤-١٥٧، الاستبصار ٤: ٢١٦-٨٠٩، الوسائل ٢٨: ٥٧ أبواب مقدمات الحدود ب ٣٢ ح ٣.
 (٢) الكافي ١: ٣٣-٥.
 (٣) الكافي ١: ٤٦-٥.
 (٤) تحف العقول: ١٦٩.
 (٥) الانتصار: ٢٣٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٣
 خلافا لما حكاه السيد و جماعة عن الإسكافي، فلم يجوز عمل غير الإمام بعلمه مطلقا «١»، بل ربما ينسب إليه عدم تجويزه عمل الإمام أيضا.

و نسب في شرح المفاتيح القول بعدم جواز عمل غير الإمام إلى السيد. و هو غريب، فإنه ادعى إطباق الإمامية على الجواز، و غلط الإسكافي أشد التعليل و خطأه.

- و للمحكي عن ابن حمزة، فخص الجواز بحقوق الناس «٢»، و حكى ذلك عن الحلبي أيضا «٣»، و كلامه في قضاء السرائر عام «٤».
 و للمحكي عن الإسكافي في المختصر الأحمدي، فخصه بحقوق الله «٥».
 و لا مستند لشيء من هذه الأقوال، إلا اعتبارات ضعيفة أو وجوه مرجوحة، لا تصلح لمعارضة ما مر.
 كما أنه يستدل للأول: بأنه موضع التهمة و موجب لتزكية النفس.
 و للثاني: بالنبوي في قضية الملاعة: «لو كنت راجما بغير بيئته لرجمتها» «٦».
 و بمثل قوله في الروايات المستفيضة: «لا يرحم الزاني حتى يقر أربع مرّات بالزنا إذا لم يكن شهود» «٧».

- (١) كما في الانتصار: ٢٣٧، و حكاه أيضا الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٢٤٢.
 (٢) الوسيلة: ٢١٨.
 (٣) حكاه فخر المحققين في الإيضاح ٤: ٣١٣، و السبزواري في الكفاية: ٢٦٣.
 (٤) السرائر ٢: ١٧٩.
 (٥) كما في المسالك ٢: ٣٥٥.

(٦) سنن ابن ماجه ٢: ٨٥٥-٢٥٦٠، مسند أحمد ١: ٣٣٦.

(٧) الوسائل ٢٨: ١٠٣ أبواب حد الزنا ب ١٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٤

و قوله: «لا يرحم الرجل و المرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود» «١».

و للثالث: بمثل رواية البصري: خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق، فلا تكون له بيئته بماله، قال: «فيمين المدعى عليه» «٢»، حيث

ترك الاستفصال فيها.

و مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم يكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه» (٣) الحديث.

و بالأخبار القائله بأنّ البيئته على المدعى و اليمين على من أنكر (٤).

و في الأول: منع الكليّة.

و في الثاني: عدم ثبوت الرواية.

و في البواقي: أنّها معارضة لما مرّ، و ما مرّ راجح بموافقة الكتاب و عمل الأصحاب و أصل الجواز. و به يجب أيضا عن دليل اتقاء موضع التهمة فيما كان محلّا للتهمة، إلّا أن يوجب عسرا و حرجا أو ضررا، فيمكن حينئذ نفى الوجوب.

هذا، مع إمكان منع اختصاص البيئته في عرفهم بالشاهد و عدم صدقه على علم الحاكم.

(١) الكافي ٧: ١٨٤-٤، التهذيب ١٠: ٢-١، الاستبصار ٤: ٢١٧-٨١٢، الوسائل ٢٨: ٩٥ أبواب حد الزنا ب ١٢ ح ٤.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٥، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم ب ٤ ح ١.

(٣) الكافي ٧: ٤١٦-٣، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم ب ٧ ح ٤.

(٤) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم ب ٣. مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ٩٥ المسألة العاشرة: إذا كان الحاكم

عالما بالحق ص : ٨٩

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص : ٩٥

و إمكان اختصاص الاستخراج بما يحتاج إليه، و المعلوم للحاكم لا يحتاج إلى استخراج.

مع أنّ مدلول أخبار البيئته و اليمين أنّ كلّ بيئته فهي على المدعى، لا أنّ كلّ مدّع تجب عليه البيئته.

مع أنّ الظاهر منها أنّها في صورة الجهل بالواقعة، فالبيئته شأنها التبيين و لا تبيين في الميّن.

هذا، ثمّ إنّ المانع من القضاء بالعلم استثنى صوراً:

منها: تزكية الشهود و جرحهم.

و منها: الإقرار في مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره.

و منها: إقرار الخصم مطلقاً.

و منها: العلم بخطأ الشهود و كذبهم يقيناً.

و منها: تعزير من أساء أدبه في مجلسه و إن لم يعلم غيره.

و منها: أن يشهد معه آخر، فإنّه لا يقصر عن شاهد، و الله العالم.

المسألة الحادية عشرة: لو جنّ الفقيه أو أغمى عليه أو فسق ثمّ عاد إلى الحالة الأولى، تعود نيابته و ولايته

من غير نزاع على الظاهر، كما قاله المحقق الأردبيلي، لدخوله بعد العود تحت العمومات و الإطلاقات.

و أمّا ما ترى في كتب الأصحاب- من الخلاف في ذلك، و فتوى الأكثر بعدم العود- فإنّما هو في القاضي المنصوب من قبل الإمام

الثابت قضاؤه بالتخصيص دون التعميم.

المسألة الثانية عشرة: إذا كان تنازع المتخصصين عند حاكم في أمر لاختلاف المجتهدين فيه:**إشاره**

كأن يتنازع الولد الأكبر مع غيره في أخذ الحبوّة مجاناً أو بحساب
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٦
إرثه، أو فيما يحبى به.

أو ادعى أحد الشركاء الثلاثة الشفعة و أنكرها الآخرون.

أو تنازع المتبايعان في نجاسة المبيع و عدمها.

أو تنازعت البكر و وليها في الاستقلال في العقد و عدمه.

أو تنازعا في دية جناية اختلف العلماء في مقدارها. إلى غير ذلك.

يجب على الحاكم المترافع إليه الحكم في الواقعة بمقتضى رأيه و فتواه إجماعاً، لأنه حكم الله عنده و في حقّ كلّ من يقلّده أو يترافع إليه.

و لا يفيد تقليد أحدهما مجتهداً آخر يخالف رأيه رأى ذلك المجتهد، أو كونه مجتهداً مخالفاً لذلك المجتهد، إذ لم يثبت - من أدلّة وجوب عمل المجتهد باجتهاده أو المقلّد باجتهاده - الوجوب في ترتّب الأثر، حتى في موضع مزاحمة حقّ غيره، لو بنى ذلك الغير على اجتهاد مخالف لاجتهاده.

و الحاصل: أنّ الثابت ليس أزيد من ترتّب آثار اجتهاده أو تقليده فيما هو حقّ نفسه ممّا ليس له مزاحم من حقوق الغير، و إلّا فلا دليل.

ثمّ المراد برأيه و فتواه ليس ما هو فتواه في جميع أجزاء الواقعة المتنازع فيها، فإنّه قد تكون فتواه فيها وجوب البناء على فتوى غيره في جزء منها فيجب اتّباعها، فإنّ فتوى كلّ مجتهد صحّة عمل مجتهد آخر أو مقلّده إذا بناه على رأى ذلك المجتهد الآخر و عمل به فيه، فيجب الحكم بمقتضاه لو كان كذلك.

فإذا كانت الواقعة بحيث لم يتحقّق من أحد المتنازعين فيها بناء على أمر بتقليد مجتهد، فيجب فيها الحكم في أصل الواقعة بمقتضى فتوى الحاكم و رأيه فيها.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٧

و إن تحقّق فيها بناء على أمر بتقليد غيره، فيجب الحكم بمقتضى ذلك البناء، لأنّ فتوى الحاكم أيضاً على صحّة ذلك الأمر حينئذ و ترتّب الأثر عليه.

فإذا تنازع شخصان في أخذ الحبوّة مجاناً أو بإزاء إرثه ابتداء قبل بنائهما فيها على تقليد مجتهد، يجب على الحاكم المفتى بالأخذ مجاناً الحكم به.

و لو كان المتنازعان مقلّدين لمجتهد يعطيها بإزاء الإرث فعلاً بها في الواقعة، و أخذ الكبير بإزاء إرثه بتقليد مجتهد و أعطاه سائر الورثة بإزائه أيضاً بتقليده، ثمّ تنازعا فيها بعد ذلك عند الحاكم المذكور، يجب عليه الحكم بكونها بإزاء الإرث، لا لأجل أنّه فتواه مطلقاً، بل لأجل أنّهما قلّدا المجتهد الآخر و عملاً به، و انتقل المحبّب بإزاء الإرث إلى المحبّب له، و ما بإزائه إلى سائر الورثة، و فتوى الحاكم أيضاً على الانتقال المذكور بالتقليد المذكور، و توقّف رفع حكم الانتقال إلى ناقل آخر، فيحكم بمقتضى هذه الفتوى بأنّها بإزاء الإرث.

و كذا لو كان المتنازعان في الشفعة مقلّدين لمن يرى الشفعة في الشركاء الثلاثة، فلو تنازعا قبل بنائهما على أخذ الشفيع المشفوع

بتقليد مجتهده، و ترافعا عند من لا يرى ثبوت الشفعة حينئذ، يحكم ذلك بسقوط الشفعة.

و لو بنيا الأمر على تقليد الأول، و أخذ الشفيع المشفوع بتقليده، و رضى به الشريك تقليدا له أيضا، ثم تنازعا عند نافي الشفعة، يجب عليه الحكم بكون المشفوع لأخذ الشفعة، لأنه أخذه بتقليد من يقول بثبوتها و إعطاء الشريك الآخر أيضا بتقليده، فصار المشفوع ملكا للشفيع بفتوى

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٨

ذلك المترافع إليه أيضا، فيحكم بمقتضاه.

و كذا لو باع شخص الصيد المقتول بالتفكك (١) لأجل كونه مذكى عنده بفتوى من يرى حليته، و اشتراه المشتري أيضا بتقليده، و أجريا العقد، ثم وقع بينهما التنازع، و ترافعا عند من لا يرى حليته، يجب عليه الحكم بصحة البيع، لأن فتواه صحة بيعه للمجتهد المفتى بحليته و طهارته و لمقلده، و قد وقع ذلك من المتبايعين الكذائين، فيكون صحيحا ممضى عنده أيضا. و هكذا في جميع الوقائع. نعم، يشترط حينئذ في الحكم بالصحة في تلك الموارد عمل المتنازعين معا بمقتضى فتوى المجتهد الآخر، و لا يكفي تقليد أحدهما، لما مر من عدم دليل على كفاية تقليد أحدهما فيما يكون الأمر بين اثنين.

نعم، لو لم تكن الواقعة مما يكون الأثر المترتب على العمل بين المتنازعين، فيكفي تقليد أحدهما، كمسألة عقد البكر نفسها أو الولي، فلو عقدت البكر نفسها لزوج بتقليد مجتهد يرى استقلالها، و قبله الزوج بتقليده أيضا، ثم تنازع الولي عند من يرى استقلاله، يجب الحكم بصحة العقد، إذ لا تعلق للولي في أثر العقد الذي هو حلية البضع، و لا يحتاج تقليد البكر إلى رضى الولي. و لو كان الحاكم في الأمثلة المذكورة في المعاملات ممن لا يقول بلزوم التقليد في المعاملات، بل يكتفى بالمطابقة لرأى مجتهد، فبنى المتنازعان الأمر أولا على أحد الطرفين، يجب على هذا الحاكم الحكم بصحته بناء على رأيه أيضا.

(١) كلمة فارسية تعنى: البندقية.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٩٩

و كذا لو اكتفى بالتقليد لللاحق على العمل و قلدا بعد العمل أيضا. و هكذا.

و المحصّل: أنه يجب على الحاكم المترافع إليه أن يستخرج الأول فتواه في كل الواقعة المتنازع فيها و يحكم بمقتضاها، سواء كانت مطابقة لفتواه في جزء الواقعة أو لا، فيرى أنه إذا سئل منه: ما رأيك في الحبوّة إذا تنازع فيها الورثة؟ يفتى بأنّها للأكبر مجّانا، فيحكم به في الواقعة إذا تنازعا قبل رضاء الطرفين و بنائهما على تقليد، إذ ليس للواقعة جزء آخر. و لو بنى المتنازعان فيها على تقليد من لا يرى مجّانا، فيزيد في الواقعة جزء آخر، لأنّ التنازع إنّما هو في الحبوّة التي بنى فيها الأمر على تقليد.

و يرى أنه إذا سئل عنه: ما رأيك في الحبوّة التي أخذها الأكبر مجّانا بتقليد من يراها كذلك و أعطاه سائر الورثة أيضا كذلك، فهل يصير مالا حلالا له؟ يفتى بأنّها ماله، فيجب الحكم به في الواقعة أيضا.

و لو سئل: أنه لو أخذها الأكبر بتقليد من يراها مجّانا و لكن لم يرض به الباقيون؟ فيفتى بأنّه لا يكفي تقليده فقط.

و يرى أنه إذا سئل: ما فتواك في حقّ باكرة زوجت نفسها بشخص بتقليدهما لمن يرى استقلالها؟ يفتى بالصحة، فيجب عليه الحكم بها أيضا بعد وقوع العقد، و لو فرض أنّ فتواه على عدم الصحة فيحكم به أيضا.

و لو تنازع الجاني و المجنّي عليه في قدر الدية المختلف فيها عند حاكم فيجب حكمه بمقتضى رأيه، و لا يفيد هنا بناء أحدهما أو كليهما على فتوى غيره، إلّا إذا عملا بها و أعطى الجاني الدية بمقتضاها و أخذها المجنّي عليه كذلك.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٠
و بالجمله: اللّازم على الحاكم في جميع الوقائع تصوير فتواه في كلّ الواقعة إذا سئل عنها فيها و الحكم بها.

فرع: لو ترفع المتنازعان في أمر

قبل بنائهما على أحد الطرفين بالتراضي أو إجراء عقد فيه، و حكم الحاكم بمقتضى رأيه، فهل يجوز للمتنازعين بعده البناء على تقليد الآخر في هذه الواقعة لو رضيا و يترتب عليه أثره، أم لا؟
الظاهر: الثاني، لاستقرار الأمر على ما حكم به فلا ينقض، فلو حكم الحاكم بإحباء شىء للولد الأكبر أو بكونه له مجانا بعد الترافع أو بسقوط الشفعة، فلو تراضيا بخلافه بعد ذلك لم يترتب عليه أثر، فلا يصير الأخذ بالشفعة لازما، و لا الشىء المحبب ملكا لغير الكبير، بل لو أرادوا اللزوم احتاج إلى عقد آخر ناقل شرعى، كبيع أو صلح أو هبة.

المسألة الثالثة عشرة: قد عرف أنه يجب على الحاكم إمضاء حكم حكم به حاكم آخر مقبول الحكم عنده

في واقعة خاصية، و لا- يجوز له نقضه. و الظاهر أنه إجماعى، و نقل الإجماع عليه مستفيض، و الأخبار تدلّ عليه كما مرّ. و المراد بإمضائه: العمل بمقتضاه.

و لو أنكر المحكوم عليه حقّ المحكوم له فحضرا عند الحاكم الثانى و ادعى المحكوم له الحقّ و أنكر غريمه و تمسك المحكوم له بحكم الحاكم الأول، يجوز للثانى الحكم به له أيضا، كما يجوز له الحكم بالبينه و الحلف.
و الحاصل: أنّ الحكم السابق أيضا طريق لإثبات الحقّ كالبينه و اليمين و الإقرار.
و يمكن أن يكون قوله في بعض الروايات المتقدمة: «أو سنّه قائمه»

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠١

إشارة إلى ذلك أيضا، فإذا سمع الدعوى و الإنكار و ظهر له الحكم السابق ظهورا علميا يحكم له ثانيا لأجل ذلك الحكم، إذ بعد علمه و فتواه بوجوب اتّباعه و عدم جواز رده يكون ذلك حكم الله فى حقّهما عنده، فيجب عليه الحكم بمقتضاه.

و قد يقال: إنّه و إن وجب إمضاؤه عليه، و لكن لا يجوز له الحكم، لجواز ابتناء الأول على فتوى مخالفه لرأيه.

و أنا لا- أفهم وجوب الإمضاء و عدم وجوب الحكم بمقتضاه، بل هما متلازمان، و لا مخالفة للرأى أبدا، إذ كون كلّ ما حكم به المجتهد على أحد الخصمين و له بعد الترافع حكم الله فى حقّهما إجماعى، بل ضرورى لا يحتمل المخالفة، فرأى كلّ مجتهد أنّ هذا حكم الله فى حقّهما و فتواه على ذلك، و إن خالفه مع قطع النظر عن ذلك الحكم، و لكنّه غير المورد.

و كذا لا- أتفهّم معنى ما قيل من أنه يجب عليه الإمضاء و لا- يجوز له الحكم بصحّته، لجواز مخالفته لنفس الأمر، لاحتمال كذب المدعى و الشهود أو خطئهم.

و فيه: أنّ الصحّة هنا ليست إلّا ترتب الأثر شرعا، و هو لازم وجوب الإمضاء، فلا معنى لوجوب أحدهما و عدم وجوب الآخر.

نعم، لو أراد بعدم جواز الحكم بالصحّة الحكم بمطابقة الواقع و نفس الأمر، فهو كذلك، و لكنّه كذلك بالنسبة إلى حكم نفسه أيضا.
و لا- فرق فى وجوب الإنفاذ بين ما إذا كان الحاكم الأول حيا باقيا على شرائط القضاء، أو غير باق، بأن صار فاسقا بعد الحكم قبل الإنفاذ أو مجنونا أو كان ميتا.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٢

و تفرقة بعضهم «١» بين الموت و الفسق- بوجوب الإنفاذ على الأول دون الثانى و إن كان الثانى أيضا ماضيا لو طرأ الفسق بعد

الإفناذ- لا وجه لها، كما صرح به المحقق الأردبيلي.

ثم إن ما ذكرنا من وجوب الإفناذ والحكم بمقتضاه إنما هو إذا علم الحاكم الثاني بالحكم الأول، إما بحضوره مجلس الحكم وسماعه الدعوى والإنكار والمرافعة والحكم، أو ثبت ذلك عنده ثبوتاً علمياً بأخبار متواترة أو محفوظة بقرائن مفيدة للعلم. وفي حكم العلم إقرار المتخاصمين، لنفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم.

والظاهر أنه إجماعي، ولا كلام في شيء من ذلك.

وإنما الكلام فيما إذا لم يعلم الحاكم الثاني بالحكم الأول، بل ظنه بإحدى الطرق المورثة للمظنّة، فهل يجب عليه الإمضاء، أم لا؟ والطرق التي اختلفوا فيها ثلاثة:

الأول: مجرد الكتابة، بأن يكتب قاض إمّا مطلقاً أو إلى خصوص حاكم آخر: أن فلانا حضر مجلس الحكم وادّعى على فلان و حكمت له أو عليه بالمدعى. أو كتب: إنّي حكمت على فلان بكذا.

و لا خلاف في عدم اعتبارها لو كان المحكوم به من حقوق الله، بل ادّعى عليه الإجماع، لوجوب درئها بالشبهة.

و لو كان من حقوق الناس، فالمشهور فيها أيضاً ذلك، بل قيل:

بلا خلاف يوجد إلّا من الإسكافي «٢»، بل عن السرائر والمختلف والقواعد

(١) كما في المسالك ٢: ٣٨١.

(٢) كما في رياض المسائل ٢: ٤٠٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٣

و في التحرير: الإجماع عليه «١».

للأصل، و روايتي طلحة «٢» و السكوني «٣»: «إنّ علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض في حد ولا في غيره، حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات».

و ضعفهما- لو كان- منجبر بالشهرة العظيمة والإجماعات المحكيّة والأدلة القاطعة من الكتاب والسنة المانعة من العمل بالمظنّة، فإنّ مجرد الكتاب لا يفيد أزيد منها، لاحتمال التزوير، أو عبث الكاتب وعدم قصد ما فيها، وغير ذلك من الاحتمالات.

خلافاً للمحكّي عن الإسكافي، فقال باعتبارها في حقوق الناس «٤».

و ظاهر المحقق الأردبيلي الميل إليه، بل في حقوق الله أيضاً، قال- بعد نقل قول الإسكافي:- و ذلك غير بعيد، إذ قد يحصل الظن المتأخّم للعلم أقوى من الذي حصل من الشاهدين بالعلم بالأمن من التزوير و أنّه كتب قصداً لا غير، فإذا ثبت بأيّ وجه كان- مثل: الخبر المحفوظ بالقرائن المفيدة للعلم- يجب إجراؤه من غير توقّف.

و يكون ذلك مقصود ابن الجنيد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحد، و يكون مقصود الباقي: المنع في غير تلك الصور، بل الصورة التي لم تكن مأمونة من التزوير و لا معلوماً كونه مكتوباً قصداً، و لهذا يجوز العمل بالمكاتبة في الرواية و أخذ المسألة و الحديث.

و بالجملة: لا ينبغي النزاع في صورة العلم، و يمكن النزاع في صورة

(١) السرائر ٢: ١٦٢، المختلف: ٦٩١، القواعد ٢: ٢١٦، التحرير ٢: ١٨٨.

(٢) التهذيب ٦: ٣٠٠-٨٤١، الوسائل ٢٧: ٢٩٧ أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.

(٣) التهذيب ٦: ٣٠٠-٨٤٠، الوسائل ٢٧: ٢٩٧ أبواب كيفية الحكم ب ٢٨ ح ١.

(٤) حكاة عنه في المختلف: ٧٠٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٤

الظن، ويمكن القول به هناك أيضا إذا كان أقوى من ظنّ الشاهدين، ويكون احتمال النقيض مجرد التجويز العقلي، مثل: صيرورة أداني البيوت علماء عالمين بجميع العلوم، والقول بعدمه في غير ذلك. هذا في حقوق الناس.

و أما في حقوق الله، فيحتمل ذلك أيضا، لما مرّ. ويحتمل العدم للدرء بالشبهات. انتهى.

و ردّ: بأن ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظنّ مطلقا، ولم نجد في نحو المورد ممّا يتعلّق بالموضوعات و لو كان الظنّ متاخما للعلم، و مجرد كون ظن الكتابة أقوى من ظنّ الشهادة لا- يوجب قطعته و لا- حجّيته، إلّا أن تكون حجّية الأ-خيرة من حيث إفادتها المظنّة، و هو ممنوع، بل هي من جهة الأدلّة الأربعة و هي أدلّة قاطعة أو ظنون مخصوصة مجمع عليها.

فلا وجه لقياس الكتابة على الشهادة، و لا على الرواية و أخذ المسألة، لقيام الأدلّة المخصوصة على حجّية الظنّ فيهما، و لذا يكتفى فيهما بظنّ ما و لو لم يفد الظنّ الأقوى.

أقول: ما ذكره الرادّ صحيح لا غبار عليه، إلّا أنّ مقتضى كلام الأردبيلي اعتبار الكتابة الموجبة للعلم، كما هو صريح صدر كلامه إلى قوله: و يمكن النزاع في صورة الظن. و المستفاد من ذيله أيضا، لأنّه اعتبر فيه ما كان احتمال خلافه مجرد التجويز العقلي و مثل صيرورة الأداني علماء متبحّرين، و هذا و إن كان ظنا عند الحكماء، و لكنّه علم عرفا و شرعا، لأنّه

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٥

العلم العاديّ المجمع على اعتباره شرعا، كما بيّناه في عوائد الأيام «١»، و لا كلام في اعتبار ذلك.

نعم، يرد عليه حينئذ: أنّه لا وجه لقياسه على الشهادة و الرواية و أخذ المسألة، لأنّها ليست بهذه المثابة البتّة، و إن كانت حجّيتها معلومة من جهة الأدلّة.

و بالجملة: كلام الأردبيلي لا يخلو عن اضطراب، و إن كان الظاهر أنّ مراده العلم العادي، فيرجع نزاعه مع القوم لفظيا.

الثاني: إخبار الحاكم الأول مشافهة: إنّي حكمت بكذا.

و في إنفاذه و وجوب اعتباره و عدمهما خلاف:

الأول: للفاضل في القواعد و الإرشاد، و الشهيدان في الدروس و المسالك «٢».

و الثاني: للخلاف و النافع «٣».

و تردّد في الشرائع و التحرير «٤».

دليل الأول: أنّه ثبت أنّ حكم الحاكم حكم الإمام و الردّ عليه حرام.

و أنّه أقوى من الشاهدين.

و يردّ الأول: بأنّه لا كلام في وجوب إنفاذ حكم الحاكم، و إنّما الكلام في أنّه هل يثبت بإخباره بعد الحكم، و لذا قال الأردبيلي: و

ليس إثباته بقول الحاكم أقوى من إثباته بعدلين، إذ هما عدلان و هو عدل واحد، و قول

(١) عوائد الأيام: ١٥٣.

(٢) القواعد ٢: ٢١٧، الدروس ٢: ٩٢، المسالك ٢: ٣٨٠.

(٣) الخلاف ٢: ٦٠٣، المختصر النافع ٢: ٢٨٣.

(٤) الشرائع ٤: ٩٦، التحرير ٢: ١٨٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٦

العدلين حجّة دون الواحد.

و منه يعلم ردّ الثاني أيضا، مع أنّه إنّما يفيد لو كان قبول العدلين لأجل المظنّة، و ليس كذلك.

و دليل الثاني: الأصل، و كون حكم الثاني بمجرّد أخبار الأول حكما بغير علم. و هو كذلك، فالثاني هو الأقوى.

نعم، لو ضمت مع إخباره قرائن مفيدة للعلم بصدور الحكم يجب اعتباره.

الثالث: الشهادة على حكمه، بأن يشهد عدلان على صدور الحكم منه لفلان على فلان بعد الترافع بكذا و كذا.

و قد وقع الخلاف فيها، ف قيل بعدم قبولها مطلقا «١»، و يظهر من المختلف أنّه قول جماعة، قال: و ربّما منع من ذلك جماعة من علمائنا «٢».

للأصل المتقدّم ذكره مرارا.

و لدليل روايتي طلحة و السكوني المتقدّمين «٣»، حيث قال: «فأجازوا بالبينات».

و ردّ الأصل بما يأتي.

و الروايتان بضعفهما سندا الخالي عن الجابر هنا، و دلالة، لظهور سياقهما في أنّ البيّنة التي كان بنو أمية يجيزونها إنّما هي على صحّة الكتابة لا على أصل الحكم.

و قيل بعدم القبول إن كانت البيّنة مجردة عن الإشهاد- أي

(١) كما في المذهب ٢: ٥٨٧.

(٢) المختلف: ٧٠٦.

(٣) في ص: ١٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٧

لم يشهدهما الحاكم الأول على حكمه في الواقعة- و القبول إن أشهدهما، و هو مذهب المحقّق في النافع «١» بل قيل بعدم خلاف فيه بين الأصحاب كافة «٢».

أمّا الأول: فلما مرّ من الأصل.

و أمّا الثاني: فلظاهر الإجماع.

و ميسر الحاجة إليه في إثبات الحقوق مع تباعد البلاد و تعذر نقل الشهود أو تعسره، و عدم مساعدة شهود الفرع أيضا على التنقل، و الشهادة الثالثة غير مسموعة.

و لأنّها لو لم تقبل لبطلت الحجج مع تطاول المدّة، و لأدّى إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة.

و لأنّ الغريمين لو تصادقا أنّ الحاكم الأول حكم بينهما ألزمهما الثاني ما حكم به الأول إجماعا، على الظاهر المصرّح به في بعض الكلمات، فكذا إذا قامت البيّنة، إذ يثبت بالشهود ما يثبت بالإقرار.

و مال المحقّق الأردبيلي إلى القبول مطلقا، لأنّ حكم الحاكم حجّة متّبع يجب إنفاذه و العمل بمقتضاه على أيّ طريق ثبت عند حاكم آخر، سواء كان بإقرار الخصم أو البيّنة، و لعدم تعقّل مدخليّة للإشهاد في اعتبارها.

أقول:

إن كان هناك دليل على وجوب قبول شهادة العدلين مطلقا كما هو كذلك، أو في خصوص المورد، فالحقّ القبول مطلقا من غير مدخليّة للإشهاد فيه. و إن لم يكن فالحقّ عدم القبول كذلك.

(١) المختصر النافع: ٢٨٣.

(٢) المسالك ٢: ٣٨١ قال: إنه موضع وفاق.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٨

و أما التفصيل المذكور فلا أرى له وجهاً مقبولاً، إلا ما قد يضم مع أصالة حجية شهادة العدلين من ظاهر الإجماع على عدم القبول هنا مع عدم الإشهاد، أو ما قد يضم مع أصالة عدم الحجية من ظاهر الإجماع على القبول مع الإشهاد. و ما قد يقال من مسيس الحاجة و اقتضاء الضرورة للقبول، و للزوم تقدير الضرورة بقدرها و اندفاعها بالقبول مع الإشهاد يجب الاقتصار عليه.

و هما ضعيفان جداً، لمنع الإجماعين، سيما في جانب عدم القبول.

و منع مسيس الحاجة أولاً، لإمكان حصول العلم بالحكم بواسطة القرائن المنضمة مع العدل أو العدلين أو جماعة من غير العدول، سيما مع الكتاب، و إمكان إشهاد الشاهدين على شهادة الأصل، و غير ذلك.

مع أنه قد لا ترتفع الضرورة بالشهادة مع إشهاد الحاكم أيضاً، لعدم تمكن الشاهدين من المسافرة.

و بالجملة: اللّازم في هذه المسألة البناء على حجية مطلق شهادة العدلين و عدمها، و سيأتي تحقيقه في باب الشهادات.

و لكن ذلك إذا شهدا بالحكم، بأن يقولوا: كُنّا في مجلس المرافعة، فادعى فلان على فلان، و أنكر المدعى عليه أو كان غائباً، فحكم عليه الحاكم بعد الإتيان بما كان عليه في الترافع.

و كذا لو علما بالدعوى و الترافع بالقرائن ثمّ سمعا الحكم.

و لكن لو سمعا من الحاكم إخباره بالحكم - أي قال لهما: إئتى حكمت قبل ذلك - لا تقبل الشهادة، لما عرفت من عدم وجوب قبول إخبار الحاكم بنفسه بذلك عند الحاكم الآخر.

و كذا إذا حكم الأول - ثمّ كتب حكمه في ورقة فقال للشهود أو

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٠٩

الحاكم الثاني: ما في هذه الورقة حكمي - لم يجوز للشهود أن يشهدوا بالحكم بمجرد ذلك، و لا للحاكم أن ينفذه لسماعه أو لشهادة هذه الشهود.

و هو ظاهر ممّا تقدّم و صرح به جماعة، منهم: الفاضل في الإرشاد، و الأردبيلي في شرحه «١»، و غيرهما.

نعم، لو كتب صورة حكمه قبل صدوره، ثمّ قال بمحضر الحاكم الثاني أو الشهود: حكمت لفلان بما في هذه الورقة، و حفظت الورقة بحيث أمن من التغير، يحتمل جواز إنفاذه و قبول الشهادة بها، فتأمل.

(١) الإرشاد ٢: ١٤٨، الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٢: ٢١٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٠

المطلب الثاني في كيفية القضاء و الحكم

إشاره

و لاحتياجه إلى المدعى و الدعوى و المدعى عليه و جوابه، و لكلّ منها متعلقات، فها هنا سبعة فصول:

الفصل الأول في بيان شأن القاضى و وظيفته بالنسبة إلى كلّ من المتداعيين أو كليهما.

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: لا خلاف في وجوب التسوية بين الخصوم في العدل في الحكم

اشاره

، فلا تجوز التفرقة فيه بين المسلم والكافر، أو الشريف والوضيع، أو العادل والفاسق، أو غيرهم، والإجماع منعقد عليه، و صريح الكتاب يرشد إليه:

قال الله سبحانه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴿١﴾.
وقال عزّ وجلّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ

(١) النساء: ٥٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١١

وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴿١﴾.

وقال جلّ شأنه يا داودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ ﴿٢﴾، إلى غير ذلك. و الأخبار فيه مستفيضة.

و لو كان في العدل مظنة الضرر بما لا يرضى به الشارع، يجب ترك الحكم دون الحكم بغير العدل، و مع ظنه في الترك أيضا فالظاهر الجواز، و لا يبعد ترجيح أكثر الضررين و أشدهما.

و هل تجب التسوية بينهما في غير ذلك من وجوه الإكرام، أم تستحب؟

ذهب الصدوقان إلى الأول «٣»، و هو ظاهر النهاية «٤» و صريح المحقق و الفاضل في غير المختلف «٥» و نسبه في المسالك و الروضة و المفاتيح و المعتمد إلى المشهور «٦».

و ذهب الديلمى و الفاضل في المختلف إلى الثاني «٧». و اختاره الحلّى، و جعل القول بالوجوب توهم من لا بصيرة له بهذا الشأن «٨». و ظاهر الكفاية التردد «٩».

(١) المائدة: ٨.

(٢) سورة ص: ٢٦.

(٣) نقله عنهما في المختلف: ٧٠٠.

(٤) النهاية: ٣٣٨.

(٥) المحقق في الشرائع ٤: ٨٠، و الفاضل في التحرير ٢: ١٨٣.

(٦) المسالك ٢: ٣٦٥، الروضة ٣: ٧٢، المفاتيح ٣: ٢٥٢.

(٧) الديلمى في المراسم: ٢٣٠، المختلف: ٧٠١.

(٨) السرائر ٢: ١٥٧.

(٩) الكفاية: ٢٦٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٢
 و الحق هو: الأول، لقول علي عليه السلام لشريح في رواية سلمة: «ثم واس بين المسلمين بوجهك، و منطقك، و مجلسك، حتى لا يطمع قريبيك في حيفك، و لا يئأس عدوك من عدلك» (١).
 و رواية السكوني عن الصادق عليه السلام: قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة، و في النظر، و في المجلس» (٢).
 و مثلها مرسله الفقيه عن النبي صلى الله عليه و آله، و فيها «فليساو» بدل «فليواس» (٣).
 و قول النبي صلى الله عليه و آله: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه و إشارته و مقعده، و لا يرفعن صوته على أحدهما ما لا يرفع على الآخر» (٤).
 و قول الرضا عليه السلام في فقهه: «و اعلم أنه يجب عليك أن تساوى بين الخصمين، حتى النظر إليهما، حتى لا يكون نظرك إلى أحدهما أكثر من نظرك إلى الثاني» (٥).
 و لأن تخصيص أحدهما يوجب كسر قلب الآخر و منعه عن إقامة حجته.
 و الإيراد على الروايات بأنها ضعيفة سنداً، فلا يثبت منها حكم مخالف للأصل.

(١) الكافي ٧: ٤١٢-١، الفقيه ٣: ٨-٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٥-٥٤١، الوسائل ٢٧:

٢١١ أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤١٣-٣، التهذيب ٦: ٢٢٦-٥٤٣، الوسائل ٢٧: ٢١٤ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

(٣) الفقيه ٣: ٨-٢٧، الوسائل ٢٧: ٢١٤ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

(٤) سنن البيهقي ١٠: ١٣٥، المسالك ٢: ٣٦٥.

(٥) فقه الرضا «ع»: ٢٦٠، مستدرک الوسائل ١٧: ٣٥٠ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٣

مردود بعدم ضير هذا الضعف عندنا، سيما مع صحّة الأولى عمّن أجمعوا على تصحيح ما يصح عنه، و انجبارها بالشهرتين.
 نعم، غير الأخيرة لا يدلّ إلّا على وجوب التساوى في بعض وجوه الإكرام، فيبقى مثل: التعظيم و التكريم و القيام و الإذن في الدخول، باقيا تحت الأصل.

و الأخيرة و إن كانت عامّة إلّا أنّ الشهرة التي ادّعوا ليست إلّا في بعض الوجوه، لأنّه المصرّح به في كلام الأكثر، فلا يبعد تخصيص الوجوب بما في غير الأخيرة، إلّا أنّ الاستفادة من التعليل في الأولى التعميم، فهو «١» الأقرب.
 و احتج الآخرون أمّا على نفى الوجوب فبالأصل، و أمّا على الاستحباب فالروايات المتقدّمة، حيث يسامح في أدلّة السنن. و جوابه قد ظهر.

فروع:

أ: الأمر بالمواساة في الوجه يشمل المواساء «٢» في التوجّه و عدمه،

و طلاقة الوجه و عدمها، و إن كان الظاهر منها هو الأول.

و بالمواساة في المنطق يشمل المواساة في الكمية والكيفية، و يعم ما يتعلّق بالدعوى و غيره من أنواع التكلم.
و بالمواساة في المجلس يشمل المواساة «٣» في القرب و كيفية الجلوس.

(١) في «ح»: و هو.

(٢) في «ق» و «س»: المساواة.

(٣) في «ح»: المساواة.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٤

ب: لو دخل الخصمان قبل إظهار الدعوى و جلس أحدهما أقرب إلى الحاكم،

يجب عليه أن يسوّى بينهما بعد الإظهار أيضا.

و إذا رضى الأدون مجلسا بما هو عليه فهل تسقط شرعية المساواة، أم لا؟

فيه وجهان، من: أنّ الحكمه في الأمر بالمساواة هو عدم طمع القريب و عدم كسر قلب البعيد.

و من: إطلاق الروايات و عدم المقيّد.

و الأوجه الثاني، لإمكان تعدّد العلّة، و إطلاق غير المعلّله من الروايات.

ج: عدّوا من وجوه الإكرام: الإنصات،

و المراد به: الإصغاء إلى كلامه.

و الحكم بوجوبه أو استحبابه - لعموم الرضى و التعليل - ظاهر.

د: و عدّوا منه: التسوية في السلام عليهما و الجواب لهما إن سلّما معا، و هو كذلك،

لما مرّ.

و لو سلّم أحدهما دون الآخر يجب الجواب لمن سلّم، و لا يجب شيء للآخر.

و لو ابتداء أحدهما بالسلام، فهل يجب أو يستحبّ تأخير الجواب رجاء لأنّ يسلم الآخر، أم لا؟

اختار في المسالك: الأول، إذا لم يطل الفصل بحيث يخرج عن كونه جوابا للأول «١».

و الأظهر: الثاني، لأنّ البدأه بجواب سلام من ابتداء بالسلام لا تنافى

(١) المسالك ٢: ٣٦٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٥

التسوية عرفا، بل يمكن أن يقال: إنّ التأخير مناف لها، حيث بادر بجواب أحدهما و آخر جواب الآخر.

بل لو قلنا بمنافاة المبادرة بجواب البادئ للتسوية لا يجب التأخير أيضا على القول بالوجوب، و لا يستحبّ على القول بالاستحباب، لأنّ

وجوبها أو استحبابها إنّما هو فيما إذا علم بتسليمهما معا، و هو غير متيقّن بعد.

ه: وجوب التسوية أو استحبابها مختصّ بالأفعال الظاهرية دون الميل القلبي،

بمعنى: محبة أحدهما، أو الميل إلى التكلم معه و القرب إليه في المجلس و التعظيم له، أو الميل إلى أن يكون حكم الله موافقا لهواه، للأصل، و لأن الحكم على القلب غير مستطاع.

و أما قضية قاضي بنى إسرائيل المروية عن الباقر عليه السلام في صحیحة الثمالی «١»، فلا تدلّ على أنّ المؤاخذه كانت على الأمر القلبي، بل كانت على ما قاله بقوله: «قلت: اللهم» إلى آخره، حيث أظهر باللسان ما كان في قلبه و إن لم يظهره على الخصمين.

نعم، يستحب الاجتهاد في تطهير السرّ بحيث يتساوى عنده جميع عباد الله، و لكنّه لا يختصّ بالقاضي، و كلامنا فيما يجب أو يستحبّ على شخص من حيث هو قاض.

و: لا يختصّ وجوب التسوية فيما ذكر بحال حضور الخصمين معا،

بل يجب مع غياب أحدهما أيضا، لإطلاق الروايات، و إيجابه طمع من يزيد إكرامه، الذي هو أحد علتي المنع في الرواية الأولى.

(١) الكافي ٧: ٤١٠-٢، التهذيب ٦: ٢٢٢-٥٢٩، الوسائل ٢٧: ٢٢٥ أبواب آداب القاضي ب ٩ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٦

ز: الحكم بوجوب التسوية أو استحبابها مشروط بما إذا تساوى الخصوم في الكفر و الإسلام،

فلو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا جاز قيام الكافر مع جلوس المسلم، أو كون المسلم أعلى منزلا منه علواً صورياً أو معنوياً. لا أعرف فيه خلافاً، و نقل عليه الإجماع أيضا «١».

و الدليل عليه- مضافا إلى اختصاص رواية سلمة و النبويّ بالمسلمين، و احتمال إرجاع الضمير في قوله: «بينهم» في رواية السكوني إلى المترافعين المسلمين، و ضعف الأخيرة و خلوها عن الجابر في المقام- ما روى: أن عليّاً عليه السلام جلس بجنب شريح في حكومه له مع يهودي في درع و قال: «لو كان خصمي مسلما لجلست معه بين يديك، و لكنّي سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: لا تساووهم في المجلس» «٢»، و ضعفه منجبر (بالعمل) «٣».

و هل يختصّ ذلك بالمجلس، أو يتعدى إلى غيره أيضا؟

الظاهر: التعدى، كما اختاره في الروضة «٤»، و إليه ذهب والدي في المعتمد، و استقواه بعض المعاصرين «٥»، للأصل، و اختصاص النصوص- بحكم التبادر و اختصاص المورد- بالمسلمين، و خلوّ ما ظاهره العموم عن الجابر عن ضعفه.

المسألة الثانية: قالوا: لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين

ما يستظهر به على خصمه و يستنصره و يغلب عليه، و أن يهديه إلى وجوه الحجاج، و استدّلوا عليه بظاهر الوفاق، و بأنّه منصوب لسدّ باب المنازعة

(١) الرياض ٢: ٢٩٤.

(٢) المغني ١١: ٤٤٤.

(٣) ليس في «ح».

(٤) الروضة ٣: ٧٣.

(٥) غنائم الأيام: ٦٧٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٧
لا لفتح بابها، فتجوز به ينافي الحكمة الباعثة لتعيينه.
و تأمل فيه السبزواري «١»، و مال الأردبيلي إلى الجواز إن لم يرد بذلك تعليم ما ليس بحق، و جنح إليه بعض معاصرنا «٢».
و الحق: الحرمة مطلقا، سواء كان تلقين أحد الخصمين بيان ما يوجب استظهاره من غير أن يأمره بقوله أو فعله، مثل أن يقول لمن لا يرضى بالحلف إذا ردّ عليه: كل من ادعى بالظن لا يردّ عليه اليمين، أو إن ادعت بالظن لا يجوز لخصمك الردّ.
أو يقول لمن يريد الجواب بالأداء في مقابلة دعوى القرض: كل من يجيب بالأداء يجب عليه الإثبات و المنكر ليس له ذلك.
أو يأمره بالقول أو الفعل، مثل أن يقول: ادع بالظن، أو أنكر القرض، أو انكل، أو ردّ اليمين.
و سواء كان ذلك مع علم الحاكم بأن ما يلقنه مخالف للواقع، مثل أن يأمره بادعاء الظنّ مع علمه بأنه يدعى العلم، أو بإنكار القرض مع علمه بتحقيقه، أو بتعيين المدعى به مع علمه بكونه مجهولا للمدعى.
أو يعلم أنه مطابق للواقع.
أو لا يعلم فيه أحد الأمرين، مثل أن يلقنه دعوى الظنّ فيما لم يعلم أنه ظانّ أو عالم.
لكون الجميع منافيا للتسوية للأمور بها، و كون بعض صورها إعانة على الإثم، و بعض آخر أمرا بالمنكر.
و تجوز التلقين بما يوجب التوصل إلى الحق و دفع الضرر- إذا علم

(١) الكفاية: ٢٦٦.

(٢) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام: ٦٧٦).

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٨
أنه لا يهدى إليه فيضيع حقه- ضعيف، لأنّ مع علم الحاكم يحكم بعلمه، فلا يحصل ضرر.
و أما ما ذكره دليلا على عدم الجواز مطلقا- من إيجابه فتح باب المنازعة- فضعيف، لمنع عدم جواز فتحها كلية أولا، و عدم إيجابه له على الأطراد ثانيا.
هذا حكم التلقين.
و أمّا الاستفسار المؤدى إلى تصحيح الدعوى أو الجواب، فهو أيضا غير جائز، لما مرّ من منافاته التسوية، و إيجابه في بعض الصور إعانة على الإثم.
سواء كان قبل تكلم من يستفسر منه، كأن يستفسر عن المدعى عليه بعد دعوى القرض عليه: هل ما استقرضت أو استقرضت و أدّيت؟ و قد يضمّ معه ما يوجب الجواب بما يستظهره، مثل أن يقول: هل ما استقرضت حتى تكون البيّنة على المدعى، أو أدّيت حتى تكون البيّنة عليك؟
أو بعد التكلّم، مثل أن يستفسر عنّ يجب بعدم اشتغال الذمّة أنّه:
هل أدّيت أو ما استقرضت؟ و الله العالم.

المسألة الثالثة: إذا دخل الخصمان، فإن بدر أحدهما بالدعوى سمع منه

، و إن لم يبدر و سكتا فلا يجب على الحاكم الأمر بالتكلم، و وجهه ظاهر.

وقد ذكروا أنه يستحب أن يقول هو أو من يأمره: تكلموا، أو ليتكلم المدعى منكما.

ولم أعر على دليل على الاستحباب، وظاهر الحللى عدم الاستحباب،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١١٩

حيث قال: ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين، والمستحب له تركهما حتى يبدأ بالكلام، فإن صمنا فله أن يقول لهما حينئذ: إن كنتما حضرتما بشيء فاذكراه «١». انتهى.

وقال والدى- طاب ثراه- في المعتمد بالاستحباب لو عرف كون الحياء أو احتشامه مانعا لهما عن المبادرة. وليس بعيد.

ثم إنهم قالوا: إنه إذا استحب التكلم يكره تخصيص أحدهما بالخطاب «٢»، لمخالفته للتسوية المتقدمة.

وفيه منع، لعدم منافاته للتسوية عرفا، لأنه ابتداء الكلام، ومجرد تقديم الالتفات إلى أحدهما- سيما إذا علم كونه مدعى- لا يخالف التسوية عرفا.

وبذلك يوجه الحكم بالكراهة هنا ممن حكم بوجوب التسوية في التكلم. وفيه ما فيه.

ووجهه في المعتمد بأن الحكم بالحرمة لأجل الانجبار، وهو فيما نحن فيه مفقود، فلا يثبت من عموم الأخبار سوى الكراهة. وهو أيضا غير جيد.

المسألة الرابعة: إذا اذحم جماعة من المدعين، فإن جاءوا على التعاقب و عرف الترتيب، قالوا: يقدم الأسبق فالأسبق

إشاره

. وإن جاءوا معا، أو لم يعرف الترتيب، أقرع بينهم، وقدم من خرجت قرعته.

وقيل:

يكتب أسماء المدعين ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعة رقعة، ثم يستدعى صاحبها فيحكم له «٣». وهذا أيضا نوع من القرعة.

(١) السرائر ٢: ١٥٧.

(٢) القواعد: ٢٠٤، الدروس ٢: ٧٤، المفاتيح ٣: ٢٥٢.

(٣) الوسيلة: ٢١١، والرياض ٢: ٣٩٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٠

وقيل بالأول، إلا أن يكثر أو عسر الإقراع فبالثاني «١».

وقيل بجواز الأمرين مطلقا، ونسبه في المسالك إلى الأشهر «٢».

وأصل هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، مصرح به في كلماتهم، بل لم أعر فيه على مخالف.

وإطلاق عباراتهم يشمل ما لو تراحموا في مجرد الورد والحضور عند الحاكم وإن لم يتكلموا بعد ولم يطلبوا الترافع بل كانوا ساكتين، وما لو تراحموا في بيان الدعوى و طلب الترافع أيضا، وما لو بدر أحدهم بطلبه مع سكوت الباقيين.

والظاهر أن مرادهم إنما هو غير الصورة الأخيرة، لأن الحكم بتقديم الأسبق ورودا فيها مشكل جدا، لأن الحكم والقضاء في الوقائع الخاصية والقضايا الجزئية لا يجب إلا بطلب المدعى و ترافعه، و معه يجب، فبطلب أحدهم يجب الاشتغال بقطع دعواه، و لم يجب الاشتغال بقطع سائر دعاوى بعد.

فعلى القول بكون وجوب الاشتغال بعد الطلب فورًا يكون بطلان إطلاق وجوب تقديم الأسبق ظاهرا، بل يجب تقديم البادئ بالطلب

و إن لم يكن أسبق ورودا.
 وعلى القول بعدم الفورية نقول: إن ما لم يجب الاشتغال به بعد لا يمكن أن يجب تقديمه على الواجب ولو لم يكن فورياً، وإلا لا
 نقلب غير الواجب واجبا.
 بل لا يبعد أن يقال: إن الصورة الأولى أيضا خارجة عن مقصودهم،

(١) كما في المهذب ٢: ٥٨٢ وكشف اللثام ٢: ١٤٨.

(٢) المسالك ٢: ٣٦٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢١
 لأدنى قطع الدعوى مع سكوت المدعى وعدم طلبه ليس بجائز، فكيف يحكم بوجوب تقديمه؟! إلا أن يقال: إن المراد تقديم الأمر
 بالتكلم، واستحباب أصله لا ينافي وجوب تقديم بعض أفراده. ولكنه بعيد.
 ثم إن أكثر الأصحاب لم يذكروا على ما حكموا به - من وجوب تقديم الأسبق مع العلم بالسبق والقرعة بدونه - دليلا. و يظهر من
 المسالك أنه لمراعاة التسوية بين الخصوم «١».

وفيه: أن الثابت من التسوية هو وجوبه أو استحبابه بالنسبة إلى شخصين متخاصمين، وأما بالنسبة إلى خصمين آخرين فغير ثابت.
 واستدلّ والدي - طاب ثراه - على الأول في المعتمد بالأولوية، وعلى الثاني بأن القرعة لكل أمر مشكل.
 ويرد على الأول: منع الأولوية، وعلى تسليمها منع صلاحيتها لإيجاب التقديم.
 وعلى الثاني: منع الإشكال، لأنه إنما يكون إذا علم استحقاق أحدهما للتقديم ولم يتعين، وأما إذا لم يعلم الاستحقاق فالحكم
 التخير.

نعم، يظهر من السرائر أنه وردت بهذا الحكم رواية، حيث قال: فإذا جلس حكم للأول فالأول، فإن لم يعلم بالأول أو دخلوا دفعه روى
 أصحابنا أنه: يتقدم إلى من يأمر كل من حضر للتحاكم إليه أن يكتب اسمه واسم أبيه وما يعرف به من الصفات الغالبة عليه دون
 الألقاب المكروهة، فإذا فعلوا ذلك وكتب أسماءهم وأسماء خصومهم في الرقاع قبض ذلك كله

(١) المسالك ٢: ٣٦٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٢

و خلط الرقاع وجعلها تحت شيء يسترها به عن بصره، ثم يأخذ منها رقعة ينظر فيها ويدعو باسم صاحبها وخصمه فينظر بينهما «١».
 انتهى.

وهذه الرواية وإن كانت ضعيفة، ولكن بملاحظة اشتهاار الحكم عند الأصحاب اشتهاارا قويا كاد أن يكون إجماعا، لا يبعد القول
 بثبوت هذا الحكم وجوبا.

فروع:

أ: كلما آل الأمر إلى الإقراع، فهل يقتصر على كتب اسم المدعى، أو يكتب اسم خصمه أيضا؟

المشهور: الأول، لأنه المستحق للتقديم أو التأخير واقعا، المجهول استحقاقه ظاهرا، والخصم تابع له.
 نعم، لو ثبت للخصوم أيضا استحقاق عند تعددهم يفتقر إلى قرعة أخرى، أو رقاع متعددة في القرعة الواحدة، ولكنه لم يثبت،
 فللمدعى الاختيار في التعيين مع التعدد.

ولا يخفى أن هذا الدليل إنما يتم لو كان الموجب للإقراع هنا وضعه لكل أمر مشكل. ولو كان موجبه الرواية المتقدمة فلا بد من كتب اسم الخصم أيضا تعبدا، لذكره فيها.

ب: صرح في المسالك و التحرير بأن المقدم بالسبق أو القرعة إنما يقدم في دعوى واحدة،

فلو قال: لى دعوى اخرى مع هذا الخصم أو مع غيره لم يسمع إلى أن يفرغ القاضى من سماع دعوى سائر الحاضرين،

(١) السرائر ٢: ١٥٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٣

فحيثئذ تسمع دعواه «١».

و مستند الحكم غير واضح، فالحكم بوجوب التأخير مشكل.

ج: يجوز لمن حقه التقديم بالسبق أو القرعة إسقاط حقه،

فيقدم من له سبق بعده أو من خرجت القرعة له.

و لو وهب حقه لغيره، فهل يجب تقديمه، أو يجوز، أو يقدم من له السابق؟

قيل بالأول، لأن الحق صار له. و يخدمه أن الثابت ثبوته لنفسه، و حصول النقل بالانتقال موقوف على الدليل، و ليس، فالظاهر الثالث.

و هل تجوز للحاكم الشفاعة فى الإسقاط أو الهبة؟

الظاهر: نعم، للأصل.

د: إذا حضر الخصمان فسبق أحدهما إلى الدعوى، ثم قطع المدعى عليه دعواه بدعوى أخرى،

أو قال: أنا المدعى، لم تسمع منه دعواه بلا خلاف يعرف، بل يمنع حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومه.

و يمكن أن يستدل عليه بحديث التسوية، و فى فقه الرضا عليه السلام: «و إذا تحاكم خصمان فأدعى كل واحد منهما على صاحبه

دعوى فالذى بدأ بالدعوى أحق من صاحبه أن يسمع منه، فإذا ادعى جميعا فالدعوى للذى على يمين خصمه» «٢»، و ضعفه بالعمل

مجبور.

و استدلت فى المسالك على هذا الحكم بما سبق من وجوب تقديم السابق «٣».

(١) المسالك ٢: ٣٦٦، التحرير ٢: ١٨٣.

(٢) فقه الرضا «عليه السلام»: ٢٦٠، مستدرک الوسائل ١٧: ٣٥١ أبواب آداب القاضى ب ٥ ح ١.

(٣) المسالك ٢: ٣٦٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٤

و فيه: أن هذا إنما يتم لو كان المراد بالسابق- فيما سبق- السابق بالدعوى، و هو خلاف ظاهر كلام الأصحاب، بل الظاهر منهم أن

المراد منه: السابق بالورود، و على هذا فربما يكون الخصمان دخلا معا أو دخل السابق بالدعوى متأخرا.

و لو ابتدرا معا، فالمشهور بين الأصحاب- كما فى المختلف «١» و غيره «٢» و ادعى الإجماع عليه «٣»- أنه تسمع الدعوى من الذى

على يمين صاحبه، و هو المحكى عن على بن بابويه فى رسالته و المفيد فى المقنعة و الشيخ فى النهاية «٤»، و ادعى عليه الشيخ فى

الخلافة الإجماع «٥»، وقال السيد: إنه مما انفردت به الإمامية، وادعى الإجماع عليه أيضا «٦».

و الشيخ بعد أن ادعى إجماع الطائفة مال إلى القرعة، واستوجهه في المسالك «٧».

و ظاهر الكفاية و المفاتيح التوقف «٨».

و الأصل فيه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنه قال: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام» «٩».

(١) المختلف: ٦٩٨.

(٢) كالكفاية: ٢٦٦.

(٣) كما في مفتاح الكرامة ١٠: ٣٢.

(٤) حكاة عن علي بن بابويه في المختلف: ٦٩٨، المقنعة: ٧٢٥، النهاية: ٣٣٨.

(٥) الخلاف ٦: ٢٣٤ - ٣٢.

(٦) الانتصار: ٢٤٣.

(٧) المسالك ٢: ٣٦٦.

(٨) الكفاية: ٢٦٦، المفاتيح ٣: ٢٥٢.

(٩) الفقيه ٣: ٧ - ٢٥، الوسائل ٢٧: ٢١٨ أبواب آداب القاضي ب ٥ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٥

و اعترض بجواز أن يكون المراد باليمين يمين القاضي، كما احتمله في المفاتيح «١»، أو الحلف كما احتمله الإسكافي «٢»، لأنه صاحب اليمين إن شاء أحلف خصمه و إن لم يشأ لم يحلف، بل يحتمل أن يكون المراد بالتقديم بالكلام: التقديم بتكلم الحاكم معه. و ردّ بالمخالفة للظاهر.

و بنقل الاتفاق في المسالك على أن المراد منه يمين الخصم.

و بأنّ الأصحاب حملوه عليه، و فهمهم قرينه.

و بصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا تقدّمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه» يعنى: يمين الخصم «٣».

و في الأول: أنا لو سلّمنا مخالفة الأول للظاهر فمخالفة الثاني و الثالث ممنوعة.

و الاتفاق المدعى غير ثابت.

و الصحيحة لا تفيد أزيد من رجحان التيامن المرغّب فيه في كلّ شيء، إلّا أنّ الحلّي و الشيخ في الخلاف و المبسوط قالوا: إنه روى أصحابنا يقدم من على يمين صاحبه «٤». و كذا يدلّ عليه الرضوي المتقدّم «٥»، و هما منجبران بالشهرة و الإجماع المنقول، فلا مناص عن العمل بهما.

ه: ما ذكر من تقديم الأسبق إنما هو فيما إذا لم يستتر غيره

(١) المفاتيح ٣: ٢٥٣.

(٢) نقله عنه في المختلف: ٦٩٩.

(٣) الفقيه ٣: ٧-٢٦، التهذيب ٦: ٢٢٧-٥٤٨، الوسائل ٢٧: ٢١٨ أبواب آداب القاضي ب ٥ ح ١.

(٤) الحلي في السرائر ٢: ١٥٦، الخلاف ٦: ٢٣٤-٣٢، والمبسوط ٨: ١٥٤.

(٥) في ص ١٢٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٦
بالتأخير، و لو استصرّ يقدم، دفعا للضرر، و عدم الشهرة الجارية.
و لا بعد في جواز تقديم المرأة أيضا مطلقا، لعدم الانجبار.

و: قد ذكروا أن المفتي و المدرّس أيضا كالقاضي

عند تراحم المستفتين و الطلبة في وجوب تقديم الأسبق أو القرعة، و مأخذ الحكم غير معلوم.

المسألة الخامسة: قد صرح كثير من الأصحاب - منهم الشيخ في المبسوط «١» - باستحباب ترغيب الخصمين إلى الصلح للقاضي.

إشارة

و يظهر من السرائر ذهاب جمع إلى عدم الجواز، حيث قال: و له أن يأمرهما بالصلح، و يشير بذلك، لقوله تعالى وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ «٢» و ما هو خير فلإنسان فعله بغير خلاف من محصل، و قد يشبهه هذا الموضع على كثير من المتفقهة، فيظنّ أنه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح و لا يشير به، و هذا خطأ من قائله «٣». انتهى.

و تفصيل الكلام: إن ترغيب الحاكم في الصلح إما يكون بعد الحضور للمرافعة و قبل بيان الدعوى، أو يكون بعد البيان و قبل ثبوت الحقّ بالبينّة أو اليمين أو الإقرار أو سقوطه بالحلف، أو يكون بعد الثبوت أو السقوط و قبل الحكم و إظهار الثبوت أو السقوط، أو يكون بعده.

و لا ينبغي الارتياح في استحباب الترغيب في الأولين.

و يدلّ عليه قوله تعالى وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ.

و قوله سبحانه إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ «٤».

(١) المبسوط ٨: ١٧٠.

(٢) النساء: ١٢٨.

(٣) السرائر ٢: ١٦٠.

(٤) الحجرات: ١٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٧

و قوله جلّ شأنه فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ «١».

و قوله عزّ اسمه وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تَصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ «٢».

و المرويّ في تفسير الإمام، و هو طويل يذكر فيه كيفية قضاء رسول الله صلّى الله عليه و آله، و في آخره: «فإذا ثبت عنده ذلك لم يهتك ستر الشاهدين، و لا عابهما و لا وبخهما، و لكن يدعو الخصوم إلى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصلحوا» الحديث «٣».

و صحيحة هشام بن سالم: «لأن أصلح بين اثنين أحبّ إليّ من أن أتصدّق بدينارين» «٤».

و رواية أبي حنيفة سائق الحاج: قال: مر بنا المفضل وأنا وختني «٥».

نتشاجر في ميراث فوقف علينا ساعة، ثم قال لنا: تعالوا إلى المنزل، فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعتها إلينا من عنده، حتى إذا استوثق كل منا من صاحبه قال: أما أنها ليست من مالي، ولكن أبو عبد الله عليه السلام أمرني إذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما و أفنديهما من ماله «٦».

و ظاهر أبي الصلاح أن المستحب للقاضي الترغيب في أصل الصلح،

(١) الأنفال: ١.

(٢) البقرة: ٢٢٤.

(٣) الوسائل ٢٧: ٢٣٩ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٦ ح ١، بتفاوت يسير.

(٤) الكافي ٢: ٢٠٩-٢، الوسائل ١٨: ٤٣٩ أبواب أحكام الصلح ب ١ ح ١.

(٥) الختن بالتحريك: كل من كان من قبل المرأة، مثل الأب والأخ، وهم الأختان.

هكذا عند العرب، و أمّا عند العامة فختن الرجل: زوج ابنته - الصحاح ٥: ٢١٠٧.

(٦) الكافي ٢: ٢٠٩-٤ و فيه: و افتديها من ماله، التهذيب ٦: ٣١٢-٨٦٣ الوسائل ١٨: ٤٤٠ أبواب أحكام الصلح ب ١ ح ٤، و فيه: و افتدى بها من ماله.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٨

و أمّا التوسط فيما يصلحان به فيحوّله إلى ثالث «١»، و لعله مخافة أن يتحشما أو أحدهما من القاضى فيقع الصلح من غير رضا.

و أمّا فى الثالث، فإن أعلم الحاكم المدعى بالثبوت أو المنكر بالسقوط فكالأخير، و يأتى حكمه.

و إلّا، فإن طلب منه بتخير الحكم أو علم مطالبته بشاهد الحال فالظاهر عدم الجواز، لمنافاته للفوريّة الثابتة من مطالبته بالتخير.

و إلّا، فإن علم أنه لو أظهر الحكم لم يرض من له الحكم بالصلح فلا يجوز أيضا، لكونه تدليسا و خيانة. و إن لم يعلم بذلك فلا يبعد الجواز، للأصل. بل الاستحباب، للعمومات المتقدمة، و يدلّ عليه أيضا حديث قضاء علىّ عليه السلام بين صاحبي الأربعة الثمانية المروى في الكافي و الفقيه و التهذيب «٢».

و قال والدى العلامة فى المعتمد بعدم الجواز مع جهل صاحب الحقّ بعلم الحاكم بالحقّ مطلقا.

ثمّ لو ارتكب القاضى المحرّم و أمر بالصلح أو رغب فيه فيما يحرم و رضى به، فقال والدى العلامة رحمه الله بصحة الصلح، لعدم تعلّق النهى به، بل بأمر الحاكم. نعم، له خيار الفسخ بعد علمه به.

و أمّا فى الأخير، فالاستحباب غير واضح، لأنّه حقيقة ليس ترغيبا فى الصلح، لأنّ الظاهر منه هو ما يكون قبل ثبوت الحقّ لإسقاط اليمين أو رفع تجسّم الإثبات، بل هو ترغيب لأحدهما بإسقاط الحقّ أو بذل المال لغير

(١) الكافي فى الفقه: ٤٤٧.

(٢) الكافي ٧: ٤٢٧-١٠، الفقيه ٣: ٢٣-٦٤، التهذيب ٦: ٢٩٠-٨٠٥ الوسائل ٢٧: ٢٨٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢١

ح ٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٢٩

مستحقّه.

و الظاهر أنّ إضافة الأصحاب الترغيب إلى ضمير التثنية لتخصيصهم الاستحباب بغير هذه الصورة، إذ لا معنى لترغيب الخصمين حينئذ

كما لا يخفى.

وقول المحقق والفاضل في الشرائع والقواعد بکراهة شفاعه الحاكم في إسقاط الحق «١» منزل على ذلك أيضا، فلا تنافي بين قولهما باستحباب الترغيب في الصلح والكراهة في هذه الشفاعه، ولا حاجة في الجمع بينهما الى جعل الصلح متوسطا بين الإسقاط وعدمه، أو جعله مستثنى، أو حملة على بعث غيره على ترغيبهما في ذلك، كما في المسالك «٢».

و ظاهر جماعة- كالمفيد والنهائة والكامل والمراسم والسرائر- عدم جواز الشفاعه «٣».

ودليلهم رواية السكوني، وفيها: «ولا تشفع في حق امرئ مسلم ولا غيره إلّا بإذنه» «٤».

والنوبى: سأله أسامة حاجة لبعض من خاصم إليه، فقال له:

«يا أسامة، لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء، فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعه» «٥».

(١) الشرائع ٤: ٨١، القواعد ٢: ٢٠٥.

(٢) المسالك ٢: ٣٦٦.

(٣) المقنعة: ٧٢٤، النهائة: ٣٤١، المراسم: ٢٣١، السرائر ٢: ١٦٠.

(٤) الفقيه ٣: ١٩-٤٥ الوسائل ٢٧: ٣٠٤ أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ٣٥ ح ١.

(٥) دعائم الإسلام ٢: ٥٣٧-١٩٠٥، مستدرک الوسائل ١٧: ٣٥٨ أبواب آداب القاضى ب ١١ ح ٢، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٠

و الأولى قاصرة الدلالة على الوجوب. و الثانية غير ثابتة الحجية.

فالكراهة أولى.

فرع:

قال والدى العلامة قدس سره في المعتمد: ثم من يؤدى إليه شىء بالصلح بالإعطاء أو الإسقاط بغير حق، فإن علم بعدم استحقاقه له حرم عليه و وجب أن يتخلص منه، و إلّا لم يحرم عليه، لعلمه ظاهرا بكونه حقا له، نظرا إلى فعل الحاكم. انتهى. ولى فيه تأمل.

المسألة السادسة: قال جماعة بأنه يكره للقاضى أن يضيف أحد الخصمين إلّا و معه خصمه «١».

لرواية السكوني: «إن رجلا أتى أمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياما ثم تقدّم إليه في خصومه لم يذكرها لأمير المؤمنين عليه السلام، فقال له: أخصم أنت؟

قال: نعم، قال: تحوّل عنّا، إن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى أن يضاف خصم إلّا و معه خصمه» «٢»، و ظاهرها عدم الجواز، و به صرح في المبسوط «٣». و هو الأقوى.

و تدلّ عليه أيضا منافاته للتسوية الواجبة.

و صرح في القواعد «٤» و غيره «٥» بکراهة حضوره و لائم الخصوم، و عللّ بأنه لئلا يزيد أحدهم في إكرامه فيميل إليه. و يمكن القول بتحريمه إذا كان لأحد المتخاصمين، لمنافاته التسوية، بل لهما أيضا إذا دخل في الرشوة المحرمة.

(١) المبسوط ٨: ١٥١، القواعد ٢: ٢٠٥.

(٢) الكافي ٧: ٤١٣-٤، التهذيب ٦: ٢٢٦-٥٤٤، الفقيه ٣: ٧-٢١ الوسائل ٢٧:

٢١٤ أبواب آداب القاضي ب ٣ ح ٢، بتفاوت.

(٣) المبسوط ٨: ١٥١.

(٤) القواعد ٢: ٢٠٥.

(٥) المسالك ٢: ٣٦٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣١

المسألة السابعة: يكره أن يسارَ القاضي أحداً في مجلسه

، لكونه مورثاً للتهمة، و لمرفوعه البرقي «١»، و مرسله الفقيه «٢»: قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «لا تسارَ أحداً في مجلسك». و أما مسارَ أحد الخصمين فهي محرمة، لمنافاتها التسوية.

المسألة الثامنة: يكره أن يعنَّ الشهود

، أى يدخل عليهم المشقة، و يكلفهم ما يتقل عليهم من التفريق و المبالغات فى مشخّصات القضية، إذا كانوا من ذوى البصائر و الأديان القويّة.

و لا يجوز للحاكم أن يتعنَّ الشاهد، و هو أن يداخله فى التلقّظ بالشهادة، بأن يدخل فى أثناء شهادته كلاماً يجعله ذريعاً إلى أن ينطق بما أدخله الحاكم، و يعدل عمّا كان يريد الشاهد، هداية له إلى شىء ينفع فتصحّ شهادته، أو يضرّ فتردّ شهادته. أو يتعقّب عند فراغه بكلام ليحمله لتتمّ للشهادة، بحيث تصير به الشهادة مسموعة أو مردودة. بل الواجب أن يصبر عليه حتى ينتهى ما عنده، ثمّ ينظر فيه و يحكم بمقتضاه من قبول أو ردّ. و إذا تردّد الشاهد فى شهادته لم يجز له ترغيبه فى إقامتها، لجواز عروض أمر يوجب التردّد. و لا يجوز له تزيده فى الإقامة، و لا أن يرده فيها.

(١) الكافي ٧: ٤١٣-٥، التهذيب ٦: ٢٢٧-٥٤٤، الوسائل ٢٧: ٢١٣ أبواب آداب القاضي ب ٢ ح ٢.

(٢) الفقيه ٣: ٧-٢٤، بتفاوت يسير، الوسائل ٢٧: ٢١٣ أبواب آداب القاضي ب ٢ ح ٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٢

و لا يجوز له إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، و يجوز ذلك فى حقوق الله سبحانه، كما تتبه عليه قضية ماعز «١». و الوجه فى الكلّ واضح.

المسألة التاسعة: قالوا: يستحبّ إجلاس الخصمين بين يدي الحاكم.

و هو كذلك، لأنه أقرب إلى التسوية و أسهل للمخاطبة.

و لقول على عليه السلام حين ترافعه مع يهودى فى الدرع عند شريح: «لو لا أنّه ذمى لجلست معه بين يديك، غير أنّى سمعت النبى

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يَقُولُ:

لا تساووهم في المجالس» (٢).

و روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَضَى أَنْ يَجْلِسَ الْخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيْ الْقَاضِي (٣).

و لو قاما بين يديه جاز.

قيل: و لا تجوز الإقامة إن لم يرضيا (٤).

و هو حسن إن كان القضاء في مكان مباح لهما أو مملوك لمن أذن بالجلوس لهما، و إلا فتجوز إن لم يأذن المالك بالجلوس، بل تجب.

و إن اختار أحدهما القيام مع جلوس الآخر فقد أسقط نفسه حقه بالتسوية، فيجوز من يرفع الأمر بالتسوية حين إسقاط أحدهما. و الحق عدم السقوط كما مر.

المسألة العاشرة: إذا تعدى الغريم أو أحدهما سنن الشرع

، فإن

(١) سنن البيهقي ٨: ٢٢٦.

(٢) المغنى ١١: ٤٤٤-٤٤٥، بتفاوت.

(٣) المغنى ١١: ٤٤٥.

(٤) انظر كشف اللثام ٢: ١٤٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٣

كان بالإتيان بمحرّم - كفحش أو ضرب أو إيذاء للغريم أو معاونته أو للقاضي بنسبته إلى جور أو ميل أو مثل ذلك - فعلى القاضي العمل بمراتب النهي عن المنكر في رده عن التعدّي، و إجراء حكم ما صدر فيه من حدّ أو تعزير، إن كان ممّا له حكم. و إن كان بغير المحرّم - كإساءة أدب و مثلها - فينبغي له وعظه و إرشاده برفق و مداراة.

المسألة الحادية عشرة: قالوا: من أتى القاضي مستعديا على خصمه و التمس من الحاكم إحضاره

، فإن كان خصمه في البلد و كان ظاهرا غير معذور يمكن إحضاره و جب على الحاكم إجابهته و إحضاره مطلقا، سواء حرّر المستعدى دعواه أم لا، و سواء شقّ عليه الحضور في مجلس الحكم - لكونه من أهل الصيانات و المروّات - أم لا. و نسبه في الكفاية إلى المعروف من مذهب الأصحاب (١)، و في المسالك و شرح المفاتيح و المعتمد و عن المبسوط: ادعاء الإجماع عليه (٢).

قيل:

لتوقف الحكم الواجب بينهما على ذلك، و لأنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق، و ترك الإحضار تضييع لها (٣).

و احتاط في الكفاية في إحضاره قبل تحرير الدعوى، لأنّ في الإحضار في مجلس الحكم نوع إيذاء، فلعلّ دعواه كانت غير مسموعة (٤).

(١) الكفاية: ٣٦٥.

(٢) المسالك ٢: ٢٦٥، المبسوط ٨: ١٥٤. وفيه: وهو الأقوى عندنا ..

(٣) الرياض ٢: ٣٩٣.

(٤) الكفاية: ٢٦٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٤

و عن الإسكافي: التخصيص بمن لا يشقّ عليه الحضور من جهة الرفعة و الشرف، و أما هو فيوجه الحاكم إليه من يعرفه الحال ليحضر، أو وكيل له، أو أن ينصف خصمه و يغنيه عن معاودة الاستعداد «١».

و في المبسوط عن بعضهم: إن كان من أهل الشرف فيستدعيه الحاكم إلى منزله دون مجلس الحكم، لما ذكر «٢».

و ردّ بعدم منافاة ذلك للشرف، فإنّ عليا عليه السلام حضر مع يهوديّ عند شريح، و حضر عمر مع ابى عند زيد بن ثابت ليحكم بينهما في داره، و حجّ المنصور فحضر مع جمّالين مجلس الحكم لحلف كان بينهما «٣».

قالوا: و إن احتاج الإحضار إلى بعض الأشخاص المرتبين على باب القاضى فالظاهر أنّ مئونتهم على الطالب إن لم يرزقوا من بيت المال.

و إذا ثبت عند القاضى امتناعه من غير عذر أو سوء أدب فللقاضى أن يستعين على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا حضر عزّره بما يراه.

و في كون مئونة المحضر- و الحال هذه- على المدعى أو على الخصم، و جهان، جزم بعضهم بالثاني «٤» و لا وجه له.

قالوا: و متى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور- كالمرض و الخوف من عدو و شبههما- فليس للقاضى أن يكلفه الحضور، بل يكلفه بعث و وكيل ليخاصم عنه، أو يبعث القاضى من يحكم بين المتخاصمين، و إن دعت الحاجة إلى تحليفه يرسل إليه من يحلفه.

(١) حكاه عنه في المختلف: ٧٠٢.

(٢) المبسوط ٨: ١٥٤.

(٣) انظر المبسوط ٨: ١٥٤.

(٤) كما في المسالك ٢: ٣٦٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٥

قالوا: و إن كان المطلوب خارج البلد لا يحضره القاضى بمجرد التماس المدعى، بل يسأله أن يحزّر دعواه عليه، فإن حرّرها و كانت دعوى مسموعة أحضره و إن كان في بلدة بعيدة منه، و إن لم يحزّر دعواه و حرّرها و كانت غير مسموعة لم يكلفه الحضور.

و الفرق بين المسألتين في اعتبار التحرير في الثانية دون الاولى لزوم المشقة و الضرر و عدمهما، إذ ليس في إحضار الحاضر مئونة و لا مشقة، بخلاف الغائب.

و خالف في ذلك الإسكافي أيضا، و لم يوجب الإحضار حينئذ بمجرد تحرير الدعوى أيضا، بل قال: لم يجب إلّا بعد أن يثبت المستعدى حقّه عند الحاكم «١». و مثله قال في الخلاف «٢».

و فرق في المبسوط بين كونه في بلد تحت ولاية القاضى و غيرها، فيحضر بالتحرير في الأول، و يقضى على الغائب في الثاني «٣».

و فرق في المختلف بين ما إذا لم يتمكّن المدعى من الإثبات و طلب غريمه للإحلاف، أو لم يكن له مال، بل كان بيد الغريم، فلا يمكنه استيفاء الحقّ لو ثبت منه بدون حضوره. و بين ما إذا تمكّن و كان له مال يستوفى منه الحقّ إن ثبت. فيحضر في الأول دون

الثاني «٤».

وقد تلخص مديا ذكر: أن في صورة الحضور في البلد: ظاهر الأ-كثر الاتفاق على الإحضار و لو قبل التحرير، لغير ذوى الأشراف و أرباب المعاذير.

نعم، ناقش بعض متأخري المتأخرين في ذلك، و احتمال اختصاص

(١) حكاة عنه في المختلف: ٧٠٢.

(٢) الخلاف ٦: ٢٣٥-٢٣٦-٣٤.

(٣) المبسوط ٨: ١٥٥.

(٤) المختلف: ٧٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٦

و جوب الإحضار مع الحضور بصورة تحرير الدعوى «١». و هو ظاهر المحقق الأردبيلي، بل تأميل هو في جواز الإحضار بدون «٢» التحرير أيضا.

و في صورة الغيبة: و لا- يحضر قبل التحرير، و أميا بعده فالأ-كثر على الإحضار، و الفاضل في المختلف على التفصيل المذكور، و المحقق الأردبيلي على التفصيل المنقول عن المبسوط.

هذا في الرجل.

و أما المرأة، فقالوا: إن كانت برزة كان حكمها حكم الرجل، فتحضر حيث يحضر الرجل و لو من غير البلد، و لكن يشترط هنا- زيادة على الرجل- أمن الطريق من هتك عرض و وجود محرم و نحوه.

و في الكفاية: الأولى البعث إليها للإحضار أو التوكيل، إلّا بالنسبة إلى من لا تبالي بالإحضار أصلا «٣».

قالوا: و إن كانت مخدرة لم تكلف الحضور بنفسها، بل يبعث إليها من يحكم أو يأمرها بالتوكيل.

و في الكفاية: لا يعتبر في المخدرة لأن لا تخرج إلّا لضرورة، بل الظاهر أن التي قد تخرج إلى عزاء ذوى الأرحام أو زياراتهم أو إلى الحجّ و زيارة المشاهد أحيانا مخدرة.

بل مع كثرة ذلك و خروجها إلى السوق للبيع و الشراء و نحوهما كثيرا- كالخروج لشراء الخبز و القطن و بيع الغزل و نحوها- بحيث لا تبالي بالخروج، فهي برزة، و المرجع فيها إلى العرف و العادة.

(١) حكاة في الرياض ٢: ٣٩٣.

(٢) في «ق» بذلك ..

(٣) الكفاية: ٢٦٥-٢٦٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٧

و عن الشيخ في المبسوط: إن البرزة هي التي تبرز لقضاء حوائجها بنفسها، و المخدرة هي التي لا- تخرج لذلك، و هو قريب «١». انتهى.

قال في القواعد و شرحه: فإن اختفى المدعى عليه المحضر نادى منادى الحاكم على بابه ثلاثة أيام إن لم يحضر سمر «٢» بابه و ختم عليه و جمع أهل محلته و أشهدهم على أعدائه.

فإن لم يحضر و سأل المدعى ختم بابه ختمها، فإن لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادى إن لم يحضر أقام الحاكم عنه و كيلا و حكم عليه.

فإن لم يحضر فعل ذلك و حكم عليه إن ثبت عليه شيء و إن لم يحكم عليه حال الغيبة ابتداء «٣». انتهى.
 هذا ما ذكروه في هذا المقام، و لم أجد على أكثر ما ذكروه دليلا، و لا أرى له وجهها، إلّا إذا قلنا بعدم جواز الحكم على الغائب مطلقا.
 و أما لو قلنا بجوازه كذلك أو على الغائب عن البلد، فلا وجه لوجوب الإحضار فيما يجوز فيه الحكم عليه، لعدم توقّف الحكم عليه،
 بل يحكم مع غيبته، فإن أدّى إلى الحلف، فإن جُوز الحلف في غير مجلس القضاء يبعث من يحلفه، و إلّا يحضره حينئذ.
 و إن أدّى إلى أخذ مال فيؤدّيه الحاكم من مال المدعى عليه إن كان، و إن كان ماله عند نفسه يبعث من يأخذه منه أو يأتي بحجته،
 بل يمكن أن يقال بعدم وجوب ذلك حينئذ على الحاكم عينا، بل يجب على كلّ مقتدر

(١) الكفاية: ٢٦٦.

(٢) السمر: شدك شيئا بالمسمار. و سمره يسمره و سمره، جميعا: شدّه. لسان العرب ٤: ٣٧٨.

(٣) القواعد ٢: ٢٠٧، كشف اللثام ٢: ٣٣٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٨

على إجراء حكمه كفاية.

و التمسك بالإجماع ضعيف، لأن تحقّقه - بعد ما علمت - غير ثابت، و منقوله غير حجّة، و أضعف منه التمسك بجريان الصدر السلف
 عليه، إذ لم يكن في السلف للفرقة الناجية قضاء علانية يحضرون و يعزّرون غالبا، بحيث تثبت منه السيرة أو الإجماع، و كان الحكم
 بيد المتغلبه.

و بالجملة: لا - وجه تامّا لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالأقرب: التخيير، و الأولى البعث إليه و إخباره بأنّه يحضر أو
 يحكم عليه.

ثمّ إنّ بعض شراح المفاتيح - بعد بيان وجوب الإحضار كما تقدّم - قال في شرح مسألة الحكم على الغائب: كما يجب على القاضي
 إحضار الخصم مع سؤال المدعى و إمكان حضوره، كذلك يجوز - على المشهور - أن لا يحضره، بل يحكم على من غاب عن
 مجلس القضاء، سواء كان مسافرا أو حاضرا في البلد. انتهى.

و لا يخفى ما فيه من التناقض ظاهرا.

و أما بعث المنادى و ختم الدار فلم أظفر له على روايته، و يشبه أن يكون ذلك مستخرجا من الاعتبار التي يستحسنها العامة، و إن
 كان شأن مثل الفاضل أرفع من ذلك، و لو لا أنّه تصرف في مال الغير بدون إذنه لقلنا باستجابته، لفتوى ذلك الشيخ الجليل.
 و الله هو الهادي إلى سواء السبيل.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٣٩

الفصل الثاني فيما يتعلّق بالمدعى و دعواه

إشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: لما كانت تتعلّق بالمدعى أحكام - كتقديم مختاره من الحاكمين، و طلب البيّنة منه، و نحو ذلك - مسّت الحاجة إلى معرفته

، و عرّفه الفقهاء بثلاثة تعريفات:

أحدها:

أنّه الذي لو ترك الخصومة و النزاع لترك و حاله، و خلّى و نفسه. و بعبارة اخرى: أنّه الذي لو سكت و لم يخاصم سكت عنه، و لم يخاصم، و لم يتوجّه إليه كلام، و لم يطالب بشيء.

و ثانيها: مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ١٣٩ المسألة الأولى: لما كانت تتعلق بالمدعى أحكام - كتقديم مختاره من الحاكمين، و طلب البيّنة منه، و نحو ذلك - مست الحاجة إلى معرفته ص : ١٣٩

المدعى هو الذي يدعى خلاف الأصل. و الظاهر أنّ المراد بالأصل هو القاعدة دون أصل العدم خاصّة، فيكون مدعى ملكية عين في يد غيره مدعى.

و ثالثها:

إنّ المدعى هو الذي يذكر أمراً خفياً بحسب الظاهر، أى خلاف الظاهر بحسب المتعارف و المعتاد.

و المنكر خلاف المدعى على كلّ من التعريفات.

و قد زيد رابع أيضا

، و هو الذي يدعى الثاني أو الثالث، نقله في النافع و الشرائع و القواعد و الروضة قولاً «١» .. و يحتمل أن يكون الترديد

(١) المختصر النافع: ٢٨٤، الشرائع ٤: ١٠٦، القواعد ٢: ٢٠٨، الروضة ٣: ٧٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٠

ليبان تعدّد القول دون أقسام المدعى، كما هو الظاهر من الشرائع.

و قد يزداد خامس

، و هو: أنّ المدعى من يكون في مقام إثبات قضية على غيره، ذكره في مجمع البحرين قائلاً: إنّ الظاهر من الحديث «١».

و حكى نسبه إلى الصدوق أيضا.

و ليس المراد بالترك في التعريف الأول تركه مطلقاً و لو من غير جهة تلك الدعوى الخاصية التي يدعيها، بل المراد تركه من هذه

الجهة و من تلك الحيثية، فإنّ قيد الحيثية في التعاريف مأخوذ، بل رجوعه إلى ما تقتضيه الحالة السابقة شرعاً لو لا تلك الدعوى، كما

صرّح به والدى العلامة قدّس سرّه في المعتمد، قال: المراد بالترك هو: عدم الإلزام بأمر متجدّد حادث، مع العمل بالحالة السابقة و

الرجوع إلى ما ثبت شرعاً قبل الدعوى. و بعدمه: الإلزام بمتجدّد حادث لإثبات واقع قبلها. انتهى.

و ذكر قريباً منه المحقق الأردبيلي.

و المراد بالأصل في التعريف الثاني هو القاعدة الثابتة شرعاً، اللّمازم أخذها لو لا- ثبوت خلافها، سواء كان أصل العدم أو غيره، لا

خصوص أصل العدم و الاستصحاب.

و على هذا يظهر تساوق المعنيين الأولين و اتّحادهما و تلازمهما في جميع الموارد، إذ كلّ من يدعى خلاف أصل بالمعنى الذي

ذكرنا لو ترك دعواه يترك و يعمل بالأصل الذي ادعى خلافه، و كلّ من يترك على الحالة السابقة و يعمل بمقتضاها شرعاً لو ترك

الدعوى يدعى خلاف الأصل بالمعنى المذكور.

(١) مجمع البحرين ١: ١٤٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤١

و ما يتوهم فيه افتراقهما من دعوى المديون الرد، حيث إنه يدعى خلاف الأصل و لا يترك لو ترك.

فاسد، لأنه أيضا لو ترك هذه الدعوى يترك من هذه الحيثية، و يعمل بمقتضى الحالة السابقة، و هى وجوب الرد عليه.

و كذا الكلام فى دعوى المتصرف فى مال الغير - بنحو من الأثناء - الرد، فإن عدم ترك مدعى الإيفاء و الرد بعد الإقرار و مؤاخذته بهما إنما هو مقتضى الحالة السابقة المستصحة و رجوع إليها.

و قد يتوهم الافتراق فى مثل دعواه عدم كون بائع مال زيد و كيلا عنه مع إقرار زيد بالتوكيل ليرد العين أو يسترد الثمن أو لا يطالب به. و هو أيضا فاسد، لأنه ليس مدعى فى تلك الدعوى، بل هو المدعى للوكالة بعد الإقرار بملكيته الغير، لأنه لو ترك يترك على ما تقتضيه الحالة السابقة شرعا من الرد و الاسترداد.

نعم، لو ادعى المشتري استحقاق الرد أو الاسترداد مطلقا فيكون مدعى من تلك الجهة، فهانذا دعويان، إحداهما: فساد البيع من غير تعرض للتوكيل و عدمه، فالمشتري مدع بالمعنيين. و الأخرى: فساده من جهة انتفاء التوكيل، و هو مدعى عليه من هذه الجهة. و هكذا فى أمثاله.

و مما ذكرنا ظهر أيضا اتحاد المعنى الخامس مع الأولين أيضا.

و أمّا تفسيره بمعنى من يدعى خلاف الظاهر فهو قد يفارق الأولين، كما فى مثال إسلام الزوجين الذى ذكره، إذا ادعى أحدهما التقارن و الآخر التعاقب، حيث إن الأصل التعاقب، لأصالة تأخر إسلام كل منهما إلى آخر ما يمكن التأخير إليه. و خلاف الظاهر العلم بالتقارن.

و يفارقهما أيضا فى دعوى زيد مالا على عمرو، فإنه مدع على

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٢

الأولين دون التفسير بدعوى خلاف الظاهر.

و كيف كان، فالظاهر من المعانى المذكورة هو أحد الثلاثة، أو جميعها، من جهة أنها تتحد مواردنا للعرف، الذى هو الحاكم فى أمثال المقام، فإنه المتبادر عرفا.

و لا يعارضه وضع لغوى، لعدم ثبوت وضع لغوى - مخالف لذلك - لمبدأ اشتقاق المدعى، الذى هو: الدعوى أو الادعاء. و لا يضرب ثبوته لمثل الدعاء و الدعوة، لاختلاف اللفظين و لو من جهة الهيئة الاشتقاقية.

و يدل عليه أيضا استقراء موارد استعمال هذه الألفاظ فى الأخبار، كما لا يخفى على المتتبع.

و أمّا التفسير بدعوى خلاف الظاهر، فهو ممّا لا دليل عليه، و لا شاهد له من العرف أو اللغة، و يخالف ما يطلق عليه المدعى فى بعض الموارد قطعا كما أشرنا إليه.

و مع ذلك يخدمه: أن الظهور و الخفاء قد يحصل بأمارات جزئية مختلفة بالنسبة إلى الأشخاص - كالعائلة و الأمانة و سائر القرائن - فيلزم أن يكون شخص واحد فى دعوى واحدة مدعى عند حاكم يعرف ديانه المدعى عليه، و منكره عند آخر لا يعرفها، و يستبعد وضع لفظ المدعى و المنكر لمثل ذلك.

و لذلك قد يقال: بأن المراد بالظاهر فى ذلك التفسير هو الظاهر شرعا، أى لو لا دليل على خلافه ثبت أخذه شرعا ما لم يثبت خلافه، و يرجع حينئذ إلى المعنى الأول، بالمعنى الذى ذكرنا للأصل.

و قد يفسر الظاهر بمقابل الخفى، و الأصل بأصل العدم و الاستصحاب،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٣

و يحتمل التردد فى التعريف - كما فى النافع و الشرائع «١» و غيرهما «٢» - على الاختلاف فى تقديم الأصل أو الظاهر عند تعارضهما.

[فقى] «٣» كل موضع يقدم الأصل يجعل المدعى من يدعى خلافه.

و في كل موضع يقدم الظاهر يجعل من يدعى خلاف الظاهر.

و في كل موضع تساويا في الظهور و الخفاء و مخالفة الأصل و موافقته- كما لو ادعى كل منهما عينا في يدهما جميعا- يرجع إلى التداعي، لكون كل منهما مدع من جهة، و مدعى عليه من اخرى.

و لا يخفى أن هذا أيضا يرجع إلى التفسير الأول، لأن الظاهر الثابت تقديمه شرعا على الأصل هو الأصل بالمعنى الذى ذكرناه، و مع ذلك لا يلائم تعريفه بمن يدعى خلاف الظاهر خاصة.

و قد يقوى تعريفه بمدعى خلاف الظاهر بتعلق اليمين في بعض الموارد على من معه الظاهر، فمقابله يكون مدعيا.

و فيه: أنه كل ما كان كذلك فإنما هو في موضع يكون الظاهر حجة شرعا، فيكون أصلا و لو سلم عدم حجتيته في بعض المواضع، فيكون تعلق اليمين ثابتا بدليل خارج، كما في اليمين المردودة و جزء البيئة و الاستظهارية. و ليس في مطلق تعلق اليمين دلالة على كون مخالفه مدعيا.

و قد يقوى أيضا بأن جعل البيئة على المدعى قرينه على أنه الطرف الأضعف، و المنكر هو الطرف الأقوى، و لذا جعلت عليه اليمين، و من معه

(١) المختصر النافع: ٢٨٤، الشرائع ٤: ١٠٦.

(٢) كالمسالك ٢: ٣٨٧، الرياض ٢: ٤١٠.

(٣) في «ح» و «ق»: فى، و الأنسب ما أثبتناه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٤

الظاهر يقوى طرفه بالظهور، فيكون مخالفه مدعيا.

و لا يخفى ما فيه، فإنه علمه مستنبط لا حجة فيه، مع أن الظهور إن كان بدون لزوم أخذه شرعا تمنع تقويته، و إلا فيرجع إلى الأصل بالمعنى الذى ذكرناه.

ثم لا- يخفى أن توجه اليمين في بعض الموارد على المدعى لا- يوجب نقضا في تعريفه أصلا، إذ ليس عدم توجه اليمين جزء من حقيقته و لا مأخوذا في تعريفه، و إنما هو حكم شرعى ثابت له بالعمومات أو المطلقات القابلة للتخصيص و التقييد، فكلمة توجه يمين على المدعى العرفى فهو من ذلك الباب، مع أن فى ما مثلوا به للنقض من الودعى المدعى للرد كلاما مرّت الإشارة إليه.

و لا يخفى أيضا أنه يمكن أن يكون شخص واحد مدعيا و مدعى عليه باعتبارين، و كل من المتداعيين مدعيا و منكرًا كذلك، كما مرّ بعض أمثله في مسألة تقديم من يختاره المدعى من الحاكمين، و منه ما إذا ادعى البائع بيع عبده و ادعى المدعى شراء أمه البائع، إلى غير ذلك.

المسألة الثانية: يشترط في المدعى أن يكون بالغًا عاقلًا

، فلا- تسمع دعوى الصغير و لا- المجنون، بلا خلاف يوجد، كما صرح به طائفة «١»، بل بالإجماع كما فى المعتمد، بل بالإجماع المحقق.

قيل:

و للأصل، أى أصالة عدم ترتب آثار الدعوى من وجوب سماعها و قبول بيئته المدعى و سقوط دعواه بالحلف و ثبوتها بالنكول و نحوها عليها، لاختصاص ما دلّ على سماع الدعوى و أحكامها- بحكم التبادر-

(١) منهم المحقق في المختصر النافع: ٢٨٤، العلامة في القواعد ٢: ٢٠٨، السبزواري في الكفاية: ٢٧٤، صاحب الرياض ٢: ٤١٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٥

بما إذا صدرت ممن اجتمعت فيه الشرائط، التي منها التكليف، مضافا إلى تضمن الدعوى أمورا تتوقف على التكليف، كإقامة البينة و نحوها «١».

ولا يخلو عن نظر، لمنع التبادر المذكور من مثل قوله كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ «٢» وقوله فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ «٣» و نحوهما «٤»، بل مثل قوله عليه السلام: «البينة على المدعى» «٥»، لأن ذلك حكم وضعي لا تكليفي. و منع توقف ما ذكر على التكليف، و لو سلم فينتقل الكلام في دعوى لا تتوقف على ذلك، فالمناط: الإجماع.

مضافا إلى تضمن الدعوى كثيرا تصرفات مائية - كإحلاف أو إقرار - لا تجوز منهما، إلا أن مقتضاهما الاقتصار في عدم السماع بما يثبت فيه الإجماع، أو ما أوجب تصرفا مائيا منه.

فلو جاء يتيم لا ولي له إلى حاكم و ادعى: أن فلانا فقاً عيني أو قتل أبي أو نزع ثوبي و يريد الفرار ولي بذلك شهود فاسمع شهودي و خذ بحقي، و لا يمكن الأخذ بعد فراره، فليس فيه تصرف مائي له، و تحقق الإجماع على عدم السماع فيه غير معلوم. نعم، يمكن القول بعدم جواز إحلافه و لا قبول حلفه لو رد إليه حينئذ، بل الحاكم يحلف المنكر من جهة ولايته لو ظن صدق الصغير، فتأمل.

و زاد المحقق الأردبيلي رحمه الله و والدي العلامة - طاب ثراه - و بعض

(١) انظر الرياض ٢: ٤١٠.

(٢) النساء: ١٣٥.

(٣) سورة ص: ٢٦.

(٤) المائدة: ٨، ٤٢.

(٥) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٦

آخر «١»: الرشد أيضا، و ادعى في المعتمد الإجماع عليه صريحا.

ولا أرى له دليلا سيما فيما لا يتضمن دعوى مائية، كادعاء القذف و الضرب و الجرح و نكاح الولي في حال الصغر و نحوها. و الإجماع مطلقا غير ثابت.

نعم، لا تسمع دعواه المتضمنة للتصرفات المائية، لعدم جوازها من السفية، أو تسمع إلا إذا انتهى إلى تصرف مائي.

و أن يدعى لنفسه أو لمن له الولاية عليه أبوة أو حكومة أو قيمومة أو وصاية أو وكالة، بالإجماع مطلقا إثباتا، و في الجملة نفيا.

و قد يزداد دليلا للنفي: أن المدعى من يطالب بحق مائي أو غيره، و لا حق لغير من ذكر، و حق الغير ليس له مطالبته.

و في كون المدعى من ذكر مطلقا و عدم جواز مطالبته حق الغير كذلك و لو بمجرد إثباته نظر.

و قد يزداد أيضا الأصل، فإن الأصل عدم وجوب السماع، و عدم جواز إجبار الغريم على الجواب، و عدم ترتب سائر آثار الحكم.

و فيه: أنه حسن لو لا عمومات الحكم، نحو قوله سبحانه و أن احكم بينهم بما أنزل الله «٢».

و لتحكّم بين الناس بما أراك الله «٣».

و فاحكم بين الناس بالحق «٤».

(١) كالمحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام): ٦٧٧.

(٢) المائدة: ٤٩.

(٣) النساء: ١٠٥.

(٤) سورة ص: ٢٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٧

وقد أنزل سبحانه وأراه أنّ البيّنة على المدّعى «١»، والأصل عدم نزول غيره من ردّ الدعوى و عدم سماعها.

و مقتضى الأمر بالمحاكمة بينهم هو التحاكم و رفع النزاع مطلقاً، فالمناطق في جانب النفي هو الإجماع، فيقتصر فيه على الثابت فيه الإجماع، و هو المدّعى عن الغير بلا ولاية و لا وكالة و لا إذن صريح أو بالفحوى أو شاهد الحال، فلو ادّعى بأحد هذه الوجوه تسمع الدعوى، و يحكم بما تقتضيه الشريعة.

و أمّا ما على الحاكم بعد السماع و ما يجوز للمدّعى بعد الدعوى فهو أمر آخر، إذ تختلف آثار الدعوى في الموارد، فإنّه ليس على الوكيل و الوصيّ الحلف و لا- ردّ اليمين بدون التوكيل فيه للوكيل أو المصلحة للولي، و لا ينفذ إقرار الوكيل، و لا يجوز له الأخذ بدون التوكيل فيه.

و الحاصل: أنّ المراد هنا بيان شرائط صحّة الدعوى و سماعها، و أمّا لوازمها و آثارها فيذكر كلّ منهما في موضعه.

ثمّ بما ذكرنا- من الاقتصار في النفي بموضع الإجماع- يعلم عدم توقّف سماع دعوى الوكيل على ثبوت وكالته، كما هو ظاهر التحرير في بحث جواب المدّعى عليه أنّ ما في يده ليس له و أنّه لغائب، قال: و لو أقام ذو اليد البيّنة للغائب لم يقض بها للغائب، و لو ادّعى وكالة الغائب كان له إقامة البيّنة عن الغائب «٢».

و ظاهر المحقّق الأردبيليّ و بعض الفضلاء المعاصرين التوقّف، حيث قيّدوا السماع بالثبوت «٣».

(١) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٣.

(٢) التحرير ٢: ١٩٠.

(٣) غنائم الأيام: ٦٧٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٨

و بما ذكرنا- من الاكتفاء بشاهد الحال- يصحّ سماع دعوى الأمين الذي بيده مال الغير و لا يمكنه إثبات و كالتة في الدعوى، مع إيجاب تأخيرها ضياع حقّ مالكة، مع أنّ في مثله حقّاً للأمين أيضاً، و هو أنّه لو لا الادّعاء للزم التفريط المستلزم للضمان، بل له حقّ الأخذ منه.

و كذا يصحّ سماع دعوى مثل الجار الذي ادّعى لجاره الغير الحاضر على شخص بأنّه سرق مال جاره و يريد الفرار.

و دعوى ردّ صديقه الغائب الدين الذي يدّعيه الدائن عند الحاكم ليأخذ من ماله.

أو إيفاء الميّت- الذي له صغار- دينا يدّعيه عليه غيره، و يعلمه شخص آخر، و يعلم شهوده عليه.

هذا إذا كانت الدعوى بشاهد الحال بقصد كونه من جانب المالك، و إلّا فقد يدخل في باب الشهادة.

المسألة الثالثة: يشترط في سماع الدعوى صحّتها و إمكان ما يدّعيه

- فلا عبرة بدعوى محال عقلا أو عادة أو شرعا- و لزومه، فلو ادعى هبة أو وقفا لم تسمع إلا مع دعوى الإقباض، و كذا الرهن عند مشروط الإقباض فيه، فإن الإنكار فيما لا يلزم رجوع، و لأنه مع الإثبات لا يجوز الإيجاب على التسليم، كذا ذكروا. و فيه نظر، لأن أصل الملك شيء، و لزومه أمر آخر، و لكل منهما فوائد، فيمكن دعوى أحدهما بدون الآخر، و إذا ثبت أحدهما يبقى الآخر، فإن سلم المدعى عليه ذلك، و إلا لا بد من إثبات ذلك الأمر إن أراد اللزوم، فيمكن أن يثبت أو يحلف كما في سائر الدعاوى، و لولاه لزم عدم دعوى شراء حيوان إلا مع ضم مضي زمان سقوط خيار الثلاثة و تفرق المجالس.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٤٩

و الظاهر عدم القائل بذلك، و لذا تأمل في أصل الاشتراط المحقق الأردبيلي، معللا بما ذكرنا، فلا يبعد سماع الدعوى، و مع ثبوتها العمل بمقتضاها و لوازمها، إن مترلزلا فمترلزلا، و إن لازما فلازما.

و لو قلنا: بأنه إن ذكر فائدة للدعوى أو كانت الفائدة موافقة للأصل تسمع و إلا فلا، كان أقرب، بل هو الأظهر، كما سيظهر وجهه.

المسألة الرابعة: يشترط أن يكون المدعى به مما يصح تملكه

، فلا تسمع دعوى ما لا يملك، كحشرات الأرض- إلا مع التصرف فيه لمنفعة مقصودة للعقلاء كدواء- و كالخمر و الخنزير إذا كان المدعى مسلما و لو على ذمى، و الوجه ظاهر.

المسألة الخامسة: ذهب المحقق «١» و جماعة «٢» إلى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغة الجزم

إشاره

، فلو قال: أظنّ، أو: أتوهم أنّ لى أو لأبى عليك دينارا، أو أنّك سرقت مالى، لم تسمع دعواه، حتى ادعى اليقين فيما ادّعاه، و هو المحكى عن ابن زهرة و الكيدرى و التنقيح «٣»، و نسبة فى الكفاية إلى المشهور «٤»، و فى المعتمد إلى الأكثر. و حكى عن الشيخ نجيب الدين بن نما و فخر المحققين و الشهيدين فى النكت و المسالك عدم الاشتراط «٥»، و هو ظاهر المحقق الأردبيلي،

(١) الشرائع ٤: ٨٢.

(٢) كالشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٦٦، السبزوارى فى الكفاية: ٢٦٦، صاحب الرياض ٢: ٤١٠.

(٣) الغنية: ٦٢٥، حكاة عن الكيدرى فى الرياض ٢: ٤١٠، التنقيح الرائع ٤: ٢٦٧.

(٤) الكفاية: ٢٦٦.

(٥) حكاة عن ابن نما فى الشرائع ٤: ٨٢ بقريته ما فى الإيضاح ٤: ٣٢٧-٣٢٨ و التنقيح ٤: ٢٦٧ و... و فخر المحققين فى الإيضاح ٤:

٣٢٧، و حكاة عن نكت الإرشاد فى الرياض ٢: ٤١٠، المسالك ٢: ٣٦٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٠

و اختاره بعض فضلائنا المعاصرين «١».

و لكن المنقول عن الأول عدم الاشتراط فى التهمة «٢»، و عن المحقق الثانى عدم الاشتراط فيما يخفى عادة و يعسر الاطلاع عليه-

كالقتل و السرقة و نحوهما- و الاشتراط فى نحو المعاملات «٣»، و هو ظاهر الدروس و الروضة «٤».

وقيل: لعلهم أرادوا بذلك ما ذكره ابن نما، فيتحدان، وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين، حيث نفى الخلاف في الاشتراط فيما لا يخفى، قال: و أما في غيره - كالتهمة - فقولان، ونسب القول بعدم الاشتراط إلى الذين ذكرناهم «٥».

ونقل في شرح المفاتيح عن الشهيد الثاني وابن نما القول بعدم الاشتراط مطلقاً، ثم قال: وقوى المحقق الشيخ على عدم الاشتراط فيما يخفى عادةً. و ظاهره تغاير القولين.

ولعل من حكم بالاتحاد فهم من التهمة ما يخفى، ومن حكم بالتغاير حمل التهمة على مجرد التوهم، الذي هو أعظم من الظن.

وتردد الفاضل في القواعد والإرشاد والتحرير «٦»، وهو ظاهر الصيمري والمفاتيح وشرحه والكفاية «٧»، وإن كان كلام الأخير إلى عدم

(١) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام): ٦٧٨.

(٢) انظر الشرائع ٤: ٨٢.

(٣) حكاة عنه في مفتاح الكرامة ١٠: ٦٩.

(٤) الدروس ٢: ٨٤، الروضة ٣: ٨٠ - ٨١.

(٥) انظر الرياض ٢: ٤١٠.

(٦) القواعد ٢: ٢٠٨، الإرشاد ٢: ١٤٤، التحرير ٢: ١٨٦.

(٧) المفاتيح ٣: ٢٥٩، الكفاية: ٢٦٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥١

الاشتراط أميل.

وقال والدي المحقق رحمه الله: والتحقيق عندي سماع الدعوى أولاً، مع احتمال إقرار الخصم، أو شهادة بينه لها، أو ادعاء المدعى سماع أحدهما، حذراً من تأذي عدمه إلى الإضاعة المنهية عنها. فإن تحقق أحدهما حكم بمقتضاه، وإلا سقطت الدعوى كسقوطها أولاً إن قطع بعدم احتمال شيء منها.

إلى أن قال: فالظاهر أن المشتراط للجزم لا - ينفي إصغاء الحاكم إلى الظان أولاً مع تطرق الاحتمالات المذكورة، وإنما لم يتعرض لذلك مسامحةً، أو إحالة إلى الظهور. انتهى.

والأقوى: عدم الاشتراط مطلقاً، سواء كانت في المخفيات وغيرها، كما صرح به الفاضل المعاصر «١»، لأصالة عدم الاشتراط. مع صدق الدعوى على غير المجزومة أيضاً، فيقال: دعوى ظنية، أو احتمالية، ويدل عليه عدم صحه السلب عرفاً، فتشملها إطلاقات أحكام الدعوى والمدعى.

ولعموم أدلة الحكم، كقوله سبحانه وأن احكمم بينهم بما أنزل الله «٢».

وقوله جل شأنه فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم «٣».

وقوله عز جاره فأحكمم بين الناس بالحق «٤»، وغير ذلك «٥».

(١) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام): ٦٧٨.

(٢) المائدة: ٤٩.

(٣) النساء: ٦٥.

(٤) سورة ص: ٢٦.

(٥) النساء: ١٣٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٢

قيل:

في دلالة عموم أدلة الحكم نظر، إذ لعل الحكم و ما أنزل الله عدم السماع «١».

وفيه:

أنه يتم لو لا مثل قوله: «البيئة على المدعى» فإنه الحق و مما أنزل الله، و الأصل عدم إنزال غيره.

و للروايات المذكورة في باب ضمان الصائغ و الأجير و غير ذلك الباب «٢».

و كرواية بكر بن حبيب: «لا يضمن القصار إلّا ما جنت يده، و إن اتهمته أحلفته» «٣».

و الأخرى: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: «إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء» «٤».

و صحيحة أبي بصير: عن قصار دفعته إليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه، فقال: «عليه أن يقيم البيئة أنه سرق من بين متاعه و ليس

عليه شيء» «٥».

و الأخرى: «لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك، إلّا أن يكونوا متهمين فيجئون بالبيئة، و يستحلف لعله يستخرج منه شيء» «٦».

(١) الرياض ٢: ٤١١.

(٢) الوسائل ١٩: ١٤١ و ١٤٨ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ و ٣٠.

(٣) التهذيب ٧: ٢٢١-٩٦٧، الاستبصار ٣: ١٣٣-٤٨١، الوسائل ١٩: ١٤٦ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ١٧.

(٤) التهذيب ٧: ٢٢١-٩٦٦، الوسائل ١٩: ١٤٦ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ١٦.

(٥) الكافي ٥: ٢٤٢-٤، الفقيه ٣: ١٦٢-٧١٢، التهذيب ٧: ١٢٨-٩٥٣، الوسائل ١٩: ١٤٢ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ٥.

(٦) التهذيب ٧: ٢١٨-٩٥١، الفقيه ٣: ١٦٣-٧١٥، الوسائل ١٩: ١٤٤ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ١١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٣

و توهم اختصاص تلك الروايات بالتهمة- فلا تنهض دليلا على العموم- فاسد، لأنّ التهمة تعمّ جميع المواضع التي ينكر فيها المدعى عليه، فإنها لا تختصّ بمثل القتل و السرقة، بل تشمل الكذب في الإنكار و جلب النفع و دفع الضرر أيضا. و لا ينفكّ المدعى عليه المنكر عن اتهامه بأحد هذه الأمور.

و لا يضّر الاختصاص بالأشخاص المذكورين فيها، لأنّ الظاهر عدم الفرق، مع أنّ العلة المذكورة في الأخيرة لعلها عامة.

و تؤيد المطلوب أيضا روايتا أبي بصير «١» و الأصبغ «٢» الواردتين في قضية الشاب الذي ذهب [أبوه] «٣» مع جمع إلى سفر و لم يرجع، حيث قضى شريح فيها بالحلف، ثمّ فزق أمير المؤمنين عليه السلام بين الشهود. فإنّ الظاهر كون دعوى الشاب احتمالية أو ظنية.

و يؤيد المطلوب أيضا سماع دعوى الورثة و حلفهم بنفى العلم ببراءة المديون.

احتجّ المشترطون بأنّ المتبادر من الدعوى ما كان بالجزم.

و بأنّ الدعوى توجب التسلّط على الغير بالالتزام بالإقرار، أو بالإنكار، أو بالتغريم، و هو ضرر عليه.

و بأنّ الدعوى في معرض أن يتعقّبها يمين المدعى، أو القضاء بالنكول، و هما غير ممكنين، لاستحالة الحلف بدون الجزم، و امتناع

ثمره

(١) الكافي ٧: ٣٧١-٨، التهذيب ٦: ٣١٦-٨٧٥، الفقيه ٣: ١٥-٤٠، الوسائل ٢٧: ٢٧٩ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٢٠ ح

١.

(٢) الكافي ٧: ٣٧٣-٩، الوسائل ٢٧: ٢٠٨ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٢٠ ح ١.

(٣) ما بين المعقوفين ليس في النسخ، أضفناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٤

النكول، إذ لا يستحل للغريم أن يأخذ بمجرد إنكار المدعى عليه و نكوله، لاحتمال كونه للتعظيم أو غيره.

و بالأخبار المصرحة: بأنه إذا ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حقّ له، كصحيحته محمد «١» و جميل «٢»، و مرسلتي أبان «٣» و

يونس «٤»، و أخبار البصري «٥» و البقباق «٦» و يونس «٧».

و الجواب عن الأول:

منع التبادر كما مرّ، و لا- يثبت حكم الإمام [عليه السلام] في بعض الأخبار «٨» بردّ اليمين على المدعى بالإطلاق، لأنّ غايته أنّه عامّ خصّ.

و عن الثاني:

منع كون الإنكار و الحلف ضررا، و لو سلّم فتخصيص عموماً نفى الضرر بالأدلة الشرعية ليس بعزيز، مع أنّه قد يعارض بضرر

المدعى أيضا في عدم سماعه، كما إذا قطع بأنّ أحد هذين أخذ ماله و لم

(١) الكافي ٧: ٤١٦-١، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٥٧، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ١.

(٢) الفقيه ٣: ٣٧-١٢٧، الوسائل ٢٧: ٢٤٢ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ٦.

(٣) الكافي ٧: ٤١٦-٤، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٦١، الوسائل ٢٧: ٢٤٢ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ٥.

(٤) الكافي ٧: ٤١٦-٣، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧ ح ٤.

(٥) الكافي ٧: ٤١٥-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٥، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٤ ح

١.

(٦) الكافي ٧: ٤١٧-٢، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٣، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٨ ح ٢.

(٧) لم نعر عليه.

(٨) الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى ب ٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٥

يعلم التعيين، فتكون دعواه على كلّ منهما غير مجزومة، و تخصيص السماع بمثل ذلك لعلّه فصل بلا قائل.

و عن الثالث:

منع امتناع ثمره النكول، و منع عدم الحلّية بمجرد النكول، فإنّ الشارع قد أحلّ المال للغريم في نظائره كثيرا، كما في صحيحة الحلبي:

في الغسّال و الصّبّاغ: «ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنّه قد سرق و كلّ قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل

فليس عليه شيء، و إن لم يفعل و لم يقيم البيّنة و زعم أنّه قد ذهب الذي قد ادعى عليه فقد ضمنه إن لم تكن له بيّنة على قوله» «١».

و صحيحته الأخرى: عن رجل جمّال استكرى منه إبل، و بعث معه بزيّت إلى أرض، فزعم أنّ بعض الزقاق انخرق فأهراق ما فيه، فقال:

«إنّه إن شاء أخذ الزيت» و قال: «إنّه انخرق، و لكنّه لا يصدّق إلّا بيّنة عادلة» «٢».

و الثالثة: في حمّال يحمل معه الزيت، فيقول: قد ذهب، أو أهرق، أو قطع عليه الطريق: «فإن جاء بيّنة عادلة أنّه قطع عليه أو ذهب

فليس عليه شيء، و إلّا ضمن» «٣».

إلى غير ذلك من الأخبار المتكثرة «٤».

و إذا استحلّ في هذه الموارد أخذ المال من الغريم إذا لم تكن له بينة مع احتمال صدقه و عدم علم المدعى بكذبه، فلم لا يستحلّ فيما نحن فيه

(١) الكافي ٥: ٢٤٢-٢، التهذيب ٧: ٢١٨-٢١٨، الفقيه ٣: ١٦١-٧٠٨، الوسائل ١٩: ١٤١ أبواب أحكام الإجارة ب ٢٩ ح ٢، بتفاوت.
(٢) الكافي ٥: ٢٤٣-١، التهذيب ٧: ٢١٧-٢١٧، الفقيه ٣: ١٦٢-٧١٠، الوسائل ١٩: ١٤٨ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠ ح ١، بتفاوت يسير.

(٣) الفقيه ٣: ١٦١-٧٠٧، الوسائل ١٩: ١٥٣ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠ ح ١٦.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٧٦ أبواب أحكام الإجارة ب ٣٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٦
بالنكول؟! و هل كان المدعى عالما باشتغال ذمته؟! بل هذه الأخبار أيضا أدلته لنا، إذ ليس للمدعى فيها أيضا إلّا دعوى الخيانة أو التفريط احتمالا، فحكم الإمام بالسماع و طلب البينة من المدعى عليه و الضمان بدونه.
و قد يوجد ما يمكن فيه طلب البينة من المدعى عليه في غير الدعوى المجزومة أيضا، كما إذا ادعى عليه: إنني أظنّ، أو أتوهم عدم ردك ما استقرضت مني و بقاءه عليك.

و عن الرابع:

بأنه مخصوص بما أمكن فيه الردّ قطعا، و هو هنا غير ممكن، لنهي الشارع عن الحلف بدون العلم.
و بأن الظاهر من قوله: «فلم يحلف» أنه نكل عن الحلف، لا أن الشارع لم يجوز له ذلك، بل نقول: إنه صرح في روايتي أبي بصير «١» و يونس «٢» أنه: «لا يستحلف الرجل إلّا على علمه» فتدلّان على عدم جواز الردّ في المورد، و الأخبار المتقدمة مخصوصة بما يجوز فيه الردّ قطعا بل في بعضها: إن المدعى عليه يستحلف المدعى، و في آخر: إن الحلف واجب على المدعى بعد الردّ إليه، فلا يشمل المورد قطعا، بل و كذا كلّ ما يتضمّن ردّ المدعى عليه، فإنّه يدلّ على جوازه له.
فإن قيل:

فتح باب ذلك قد يوجب الضرر ببسط يد المتغلب، فإن كثيرا منهم يقطعون بعدم حلف الأشراف و ذوى الشؤون للشيء اليسير،

(١) الكافي ٧: ٤٤٥-٢، التهذيب ٨: ٢٨٠-١٠٢١، الوسائل ٢٣: ٢٤٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ٢.

(٢) الكافي ٧: ٤٤٥-٤، التهذيب ٨: ٢٨٠-١٠٢٢، الوسائل ٢٣: ٢٤٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٧

فيدعون على هذا دينارًا و على ذلك كذا، و هكذا.

قلنا أولا:

بالمعارضة بالمثل في الضرر- كما مرّ- لمن قطع بالأخذ و تردّد في الأخذ بين شخصين أو أكثر.

و ثانيا:

أنه إن ظن المدعى عليه أو احتمال كذب المدعى في ادعاء الظنّ أو الاحتمال فله أيضا حلفه على أنه ظانّ أو مجوّز، و إلّا فلا يكون تغلب و فتح لباب التغلب.

ثم إن مقتضى الأدلة التي ذكرنا: عموم سماع الدعوى الغير المجزومة، سواء كانت ظنية أو احتمالية، بل وهمية، كما يظهر من كلام

جمع شمول محلّ النزاع له، كالشرائع و المفاتيح «١» و غيرهما «٢»، حيث عنوانوا محلّ النزاع بقولهم: أظنّ، أو: أتوهم. بل ظاهر كلّ من قال بعدم الجزم في التهمة التعميم، إذ لا اختصاص للتهمة بالظنّ. و قال في الدروس: و أمّا الجزم بالإطلاق محمول عليه، فلو صرح بالظنّ أو الوهم فثالث الأوجه السماع فيما يعسر الاطلاع عليه «٣». و هو صريح في شمول النزاع للوهم أيضا. و اختصاص بعضهم بذكر الدعوى الظنية في مورد الخلاف لا وجه له. و من ذلك يظهر جواز تحليف كلّ من الجماعة التي يعلم عدم خروج الحقّ من بينهم.

فرع:

لو أنكر المنكر في هذه الدعوى ظنّ المدعى عليه أو تجويزه فلا يخلو إمّا يدعى علمه بعدم المدعى به، أو علمه بتحقيقه من جهة اشتباه

(١) الشرائع ٤: ٨٢، المفاتيح ٣: ٢٥٩.

(٢) الروضة ٣: ٨٠، مفتاح الكرامة ١٠: ٦٩.

(٣) الدروس ٢: ٨٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٨

عليه و ادعى الظنّ لعدم التسلّط على ردّ الحلف.

و له تحليفه على عدم العلم في الصورة الأولى، لعموم الأدلّة، فيندفع تسلّط المدعى إن نكل أو ردّ الحلف على مدعى العلم، و يتسلّط على إحلاف المدعى عليه ظنّا إن حلف على انتفاء العلم.

و أمّا على الثانية، فليس له حلف المدعى على انتفاء العلم، لأنّ غايته أنّه يقول: إنّي لا أحلف و لا أريد ادعاء العلم، و ردّ الحلف إنّما هو في صورة التشبّث بالعلم لا غيره، و بمجرد النكول عليه لا يثبت تحقّقه و انتفاء الظنّ حتى تلغى الدعوى الظنية، فتكون دعواه الظنية باقية.

نعم، له أن يحلف المدعى عليه على انتفاء المدعى به، فتتمّ الدعوى، و على انتفاء الظنّ تماما تسقط الدعوى أيضا إن لم يدع بعده العلم. و له يمين المنكر، و للمنكر الردّ إن ادعى العلم بعده.

و أمّا تسلّط المنكر على المدعى بحلفه على أنّه ظانّ في أصل الدعوى الظنية - كما ذكره بعض معاصرينا - فلا أرى له وجهها.

المسألة السادسة: هل يشترط في سماع الدعوى كون المدعى به معلوما معينا

بالوصف في المثلى، و القيمة في القيمي، و الجنس، و النوع، و القدر، أم تكفي معلوميته في الجملة، ككتاب، أو فرس، أو مال أو شيء؟

الحقّ: الثاني، وفاقا للنافع و الإرشاد و القواعد و الإيضاح و المسالك و الروضة «١» و والدى العلامة في المعتمد و أكثر متأخري المتأخريين «٢»، بل

(١) المختصر النافع: ٢٨٤، الإرشاد ٢: ١٤٣، القواعد ٢: ٢٠٨، الإيضاح ٤: ٣٢٨، المسالك ٢: ٣٦٧، الروضة ٣: ٧٩.

(٢) كالسبزواري في الكفاية: ٢٦٦، الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٣٥، صاحب الرياض ١: ٤١٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٥٩

الأكثر مطلقا كما في شرح المفاتيح، لعمومات الدعوى والمدعى والحكم، ولأن عدم سماعه قد يوجب الضرر المعلوم المنفى شرعا، لأنه ربما يعلم حقه بوجه ما خاصه ويمكنه إثباته، ولا يعلم شخصه أو صفته، فلو لم تسمع دعواه لبطل حقه.

و يؤيده سماع دعوى الوصي بالمجهول والإقرار به.

خلافًا للمحكى عن المبسوط والسرائر والدروس «١»، ونسب إلى التحرير أيضا «٢»، وليس كذلك، لأنه نقله عن الشيخ و تنظر فيه «٣».

و استدلل على العدم بعدم فائدتها، وهو حكم الحاكم لو أقر به المدعى عليه أو ثبت بالبينة.

و يضعف: بمنع عدم الفائدة، لأنه يلزم حينئذ بيان الحق المقر به أو المثبت، ويقبل تفسيره بمسمى الدعوى، و يحلف على نفى الزائد، أو العلم به إن ادعى عليه أحدهما كما يأتي. كذا قالوا.

و هو حسن لو فسره الخصم، أمّا لو لم يفسر - إمّا لادعائه الجهل أيضا، أو لإصراره على العدم الواقعي و إن ألزم به ظاهرا - فإن كان الجهل في القدر فيلزم بالقدر المشترك، وهو أقل قدر ثبت، و إن كان الجهل في النوع أو الوصف فالظاهر الرجوع إلى القيمة، لأن بعد ثبوت العين عليه و عدم إمكان استخلاصها يجوز للمدعى أخذ القيمة من باب التقاص، كما بين في مسألة المقاصة. و على هذا، فيرجع الجهل أيضا إلى القدر، فيؤخذ بأقل ما يمكن من الثمن.

(١) المبسوط ٨: ١٥٦، السرائر ٢: ١٧٧، الدروس ٢: ٨٤.

(٢) كما نسبه إليه في الرياض ٢: ٤١٣.

(٣) التحرير ٢: ١٨٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٠

المسألة السابعة: لا يشترط عند كافة أصحابنا - على ما صرح به بعضهم «١» - ذكر سبب استحقاق المدعى

، و لا كشف ما يلزمها و يتعلّق بها من الحقوق و اللوازم، بل يكفي فيها الإطلاق مجردا عن ذكر السبب و غيره، لأصالة عدم الاشتراط، و للعمومات المشار إليها، مع أن أسباب الاستحقاق كثيرة، و ضبط جميعها و ذكر مقدارها ممّا يؤدي إلى الحرج. نعم، يشترط في دعوى القتل من ذكر سبب دعواه و كيفية قتله - بأنه قتله بنفسه أو بأمره، عمدا أو شبه عمدا، أو خطأ - للخلاف الواقع في أحكام القتل باختلاف أسبابه و كفيئاته.

و من مخالفينا من اشترط في صحّة الدعوى ذكر السبب و تفصيل وجه لزمه في ذمّة الخصم، إلّا أنه خصّ ذلك بالدعاوى المتعلقة بالعقود، فاعتبر في دعوى البيع مثلا ذكر المبيع و وقوعه منه أو من وكيله، و تعيين ثمنه حالا أو مؤجلا، و غير ذلك من المشخصات، (و في دعوى الزوجية ادعاء العقد بخصوصياته، و تعيين المهر، و مطالبة النفقة، و سائر حقوقها) «٢» «٣». و منهم من اشترط ذلك في دعوى النكاح خاصة «٤».

المسألة الثامنة: يشترط في وجوب سماع الدعوى و الحكم عليها أن تكون متضمنة لوقوع التخاصم و التنازع

، أو الإنكار، أو نحوه، صريحا أو ظاهرا، فلو قال أحد: إن لي عشرة دراهم على زيد، وهو معترف بها و يؤدّيها، و لكن أريد منك طلبه و سماع الإقرار منه و الحكم بمقتضاه، أو

(١) كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٣٥.

(٢) ما بين القوسين ليس في «ق».

(٣) المغنى و الشرح الكبير ١١: ٤٤٩.

(٤) حكاة عنهم في كشف اللثام ٢: ٣٣٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦١

أريد إقامة البيّنة و صدور الحكم. لم يجب السماع، و لو سمع و أقيمت البيّنة، أو أقرّ عنده، لم يجب الحكم، بل لا يجوز من باب القضاء، لظهور الدعوى فيما كان فيه مخاصمته، و لاختصاص أدلته و جوب القضاء و نفوذه و ظهورها فيما كان كذلك، فلا يكون ذلك قضاء شرعيًا نافذا، و لا ترتب عليه آثاره من عدم جواز النقض لو وقع التخاصم بعد ذلك.

نعم، يكون الحاكم شاهد أصل إن سمع الاعتراف، أو فرع واحد إن أقيمت عنده البيّنة.

و لذا صرّح الفاضل في التحرير في بحث القضاء على الغائب بأنه لا بدّ أن يدعى جحود الغائب، فلو أقرّ أنه معترف لم تسمع بيّنته إلّا لأخذ المال، و لو لم يتعرّض لجحوده احتمل السماع و عدمه «١». انتهى.

و قوله: لأخذ المال، يعنى: أنه إذا ادعى عدم أدائه المال أو تأخيره و تضرّره بالتأخير و أراد أخذه جاز سماع دعواه و بيّنته لذلك، فإنّ ذلك خصومه و نزاع.

و احتمل السماع مع عدم التعرّض للجحود لظهور طلب الحكم و إرادة إقامة البيّنة في ذلك.

و على هذا، فلا يجوز القضاء فيما ليس فيه طرف دعوى موجود، كما إذا وقف أحد ضيعه بطريق مختلف فيه عند الفقهاء، و أراد سدّ دعوى سائر البطون بإصدار الحكم باللزوم و الصحّة عن فقيه دفعا لادعاء بعض البطون اللاحقة، لم يؤثّر الحكم في ذلك.

و كذا إذا وصى إلى غير عادل، و أراد سدّ دعوى الورثة بطلب الحكم

(١) التحرير ٢: ١٨٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٢

بالصحّة و اللزوم عن مجتهد يرى ذلك، أو طلب الحكم في دين مؤجل يعترف به الدائن احتياطا لإنكاره بعد حلول الأجل، إلى غير ذلك.

و لو كان الغريم معترفا و لكن ماطل في الأداء، فيجوز الترافع، و لكن الدعوى في المماطله دون الإنكار.

و أمّا ما ذكره - من أنّ جواب المدعى عليه إمّا إقرار أو إنكار - فالمراد أنه إذا ادعى المدعى إنكاره أو أطلق الدعوى الظاهرة في الإنكار تسمع الدعوى و يطلب الغريم، فإن أقرّ بعد الطلب فحكمه كذا.

المسألة التاسعة: يشترط في سماع الدعوى أن تكون صريحة في استحقاق المدعى لما يدّعيه

، فلو ادعى: أنّ هذه ابنة أمته، لم تسمع، لعدم فائدتها، لجواز ولادتها في غير ملكه. و كذا لو قال: هذه ابنة أمتى و ولدتها في ملكي، لاحتمال كون الابنة حرّة، أو ملكا لغيره، فيما لم يصرّح باستحقاق الأخذ، لم تسمع.

و كذا لو ادعى أنه اشترى ضيعتي، أو غضب داري، أو أقرض منى عشرة، لم تسمع ما لم يقيد بها بما يصرح باستحقاقه الآن، لجواز أن يكون اشترى و أدى الثمن، أو غضب ورد، أو ابتاع بعده، أو أقرض و أداه.

فمجرد تلك الدعاوى لا توجب دعوى حق.

و لو ضمّ معه ما يصرح بالحقّ تسمع، فإنه بدون الضمّ لا يدعى استحقاق شيء و لا يطلبه، لأنه المفروض.

أما لو ضمّ مع ذلك مطالبه المدعى به فهي دعوى الاستحقاق، فتسمع.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٣

و من ذلك يظهر أنّ ما ذُيِّله به جماعة «١» هذه المسألة- من حكم تصديق الخصم له في هذه الدعوى مطلقاً، أو مع ضمّ ما ينافي ملكية المدعى من كونه إقراراً أو لا، و الفرق بين تصديق ما ذكر و تصديق أنّ هذا الغزل من قطنه أو الدقيق من حنطته- ليس في موقعه أصلاً، لأنّ فرض هذه المسألة: أنّ المدعى لا يدعى استحقاقاً و لا يطالب شيئاً، و لذا لا تسمع بينته على ما ادّعاها، فلا ترتب فائدة على كونه إقراراً له أم لا من جهة هذه المسألة. و ليس من متمماتها أو فروعها.

نعم، هذا من مسائل كتاب الإقرار، و تظهر فائدته فيما إذا ادعى المدعى الاستحقاق، فتأمل.

هذا، ثمّ إنّه قد يناقش في إطلاق حكمهم بعدم سماع الدعوى فيما لم تكن صريحة في الاستحقاق أيضاً، بأن يقال: إن كان مرادهم أنّه لا تسمع إذا قال: اشترى منى ذلك- مثلاً- و لا ادعى شيئاً آخر، أو لا دعوى لى غيرها، فهو كذلك.

أما لو قال: هذه دعوى الآن، لوجود بينتي عليها الآن، و ادعى تمامها بعد ذلك، فلم لا تسمع؟! فلعله تكون له بينة اخرى غير حاضرة على إقرار خصمه: بأنّي ما أدّيت ثمن ذلك ممّن اشترت، أو ثبت بعد ذلك فساد الشراء، أو نحو ذلك من الفوائد.

و من ذلك يعلم أنّه لو أطلق الدعوى المذكورة أيضاً يجب سماعها، لاحتمال ترتب الفوائد عليها.

و أولى منه بالسماع ما إذا ادعى أنّ هذا زوجي، أو هذه زوجتي، من

(١) منهم العلامة في التحرير ٢: ١٨٩، و الفخر في الإيضاح ٤: ٣٢٧، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٣٥، و الفيض في المفاتيح ٣: ٢٥٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٤

غير ضمّ دعوى في حقّ آخر، لاستقلال الزوجية بترتب أحكام عليها إذا ثبتت.

أقول:

السماع في دعوى الزوجية صحيح، لما ذكر، إلّا أنّ المناقشة المذكورة في عدم سماع الدعوى الغير الصريحة ليست بجيدة، إذ على ذلك يكون لهذه الدعوى فردان أو أفراد، بعضها مسموعة و بعضها غير مسموعة فإذا أطلق فلا يعلم أنّه ادعى المسموعة حتى يجب السماع و طلب الجواب، أو لا حتى لا يجب، و الأصل عدم الوجوب.

و كذا لو قيد الدعوى ب: الآن، و بقوله: ادعى تمامها بعد ذلك، لأنّ التمام غير معلوم، فلعله أيضاً لم يوجب السماع.

بل لو عيّنه و قال: ادعى مطالبه الثمن- مثلاً- بعد ذلك، لم يجب، إذ لعله لم يدع، أو لم يتمكّن من الادعاء.

المسألة العاشرة [لو ادعى أمراً آخرًا متعلقًا بتلك الدعوى موجبا لنقض الحكم فهل تسمع تلك الدعوى، أم لا؟]

لا شكّ في عدم سماع دعوى بعينها ثانيا بعد رفعها إلى الحاكم و حكم فيها بحكم.

و أما لو ادعى أمراً آخرًا متعلقًا بتلك الدعوى موجبا لنقض الحكم- كفسق شهود المشهود له، أو إقرار الخصم بالحقّ، أو ردّ ما يدّعيه

المدعى و نسيانه حال الترافع - فهل تسمع تلك الدعوى، أم لا؟

فيه خلاف، بل وقع الخلاف في الأولين قبل الحكم أيضا، فتردد الفاضل في التحرير في سماعها «١»، و استشكل في الإرشاد فيهما «٢»، و كذا في القواعد في فسق الشهود «٣».

(١) التحرير ٢: ١٨٩.

(٢) الإرشاد ٢: ١٤٣.

(٣) القواعد ٢: ٢٠٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٥

و جعل الشهيد في الدروس الأقرب عدم السماع فيها «١»، و لكن جعل في قواعده الأقرب السماع فيها «٢». و في الكفاية: عدم السماع في الأول، و التردد في الثاني «٣».

و قال والدي - طاب ثراه - في المعتمد في الثلاثة: إن فيها وجهين، و قوى رحمه الله العدم.

و يظهر من القواعد - بل الدروس و غاية المراد - أن النزاع إنما هو إذا أراد الإحلاف دون ما إذا كانت له بينة، فإنها تسمع حينئذ. و صرح بعض فضلائنا المعاصرين بذلك «٤»، كما مرّ في مسألة الدعوى على الحاكم أيضا.

و كيف كان، فالحقّ السماع في غير ما إذا كان بعد الحكم لليمين، لعمومات سماع الدعوى و الحكم بالبينه و اليمين و النكول.

و قد يستدلّ في صورة كون الدعوى بعد الحكم بابتناء الحكم أولا على فاسد لم يعلم فساده.

و فيه: أن قبل السماع لا يعلم الفساد بعد.

و استدللّ الوالد قدّس سرّه بثبوت الحكم على الوجه المعبر، و الأصل صحّته حتى يقطع ببطلانه، و مجرد دعوى الخصم فساده لا توجب القطع به، فلا يلزم السماع و ترك ما ثبت في الشرع اعتباره لأجله.

و فيه أولا: أنه لو تمّ ذلك لجري في كلّ دعوى مخالفة للأصل.

و ثانيا: إننا لا نقول بفساد الحكم قبل القطع شرعا بالبطلان، و لا إفساده

(١) الدروس ٢: ٨٥.

(٢) القواعد و الفوائد ١: ٤١٢.

(٣) الكفاية: ٢٧٤.

(٤) جامع الشتات: ٦٧٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٦

بمجرد دعوى الخصم، و لا ترك ما ثبت اعتباره بمجرد السماع، بل تستصحب الصحّة و تسمع الدعوى، فإن وجد ما يوجب الفساد يحكم به، و إلّا فلا.

و ثالثا: إنّ العمومات المذكورة مخرجة عن الأصل.

و أمّا إذا كان الحكم باليمين فلا تسمع الدعوى بعده، للنصوص، إلّا إذا ادّعى إقرار الحالف بعد الحكم، كما يأتي.

المسألة الحادية عشرة: تسمع دعوى المؤجل قبل حلول الأجل

، إجماعاً كما صرح به والدي رحمه الله في المعتمد، لعموم أدلة الدعوى والحكم، ولأنها دعوى حق لازم. ولا يصلح التأجيل، للمانعية، مع أن المنع قد يؤدي إلى الإضاعة، لإمكان الإثبات قبل الحلول، وتعذره بعده، لفقد الشهود، أو الحاكم، أو مثل ذلك.

المسألة الثانية عشرة: لو ادعى المحكوم عليه فسق الشهود ولا يبينه له، وادعى علم المشهود له

، فاستوجه جماعة عدم تسلطه على حلفه «١». و تحقيق الكلام- على نحو مفيد في كل ما كان من قبيل هذا المقام:- إن من شرط سماع الدعوى على شخص أن تكون- بحيث لو ثبت بالبينه أو الإقرار أو النكول ثبت على المدعى عليه نفسه- حقاً لازماً، فلا تسمع الدعوى الغير المفيدة أصلاً، كأن يدعى على شخص أنك ضحكت علي. ومن هذا الباب ما لو ادعى على الشاهد: إنك تعلم فسق نفسك، أو اعترفت بذلك، لأنه لا يفيد لو ثبت، لأن المعتبر عدالته عند المتخاصمين،

(١) الدروس ٢: ٨٥، المسالك ٢: ٣٨٨، الكفاية: ٢٧٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٧

أو الحاكم، لا عند نفسه.

و كذا لا تسمع الدعوى التي لا توجب حقاً على المدعى عليه، كأن يقول للحاكم في موضع لا ضمان عليه: إنك غير قابل، أو خاطي، أو جائر «١»، للأصل، و عدم شمول أدلة سماع الدعوى لمثل ذلك أيضاً. مضافاً في الأخير إلى أنه يشترط كون الدعوى بحيث لو أقر المدعى عليه أو حلف بعد الرد أو النكول ثبت الحق، ولا يثبت بشيء من ذلك حق على الحاكم أو الشاهد، ولا على المشهود له، إذ لا يثبت بإقرار الغير ولا نكوله أو رده الحلف حق على الغير. ومثلها الدعوى على الشاهد: إنك كاذب، أو خاطي، فيما لا ضمان عليه.

و أما لو كانت هذه الدعاوى في موضع أوجب ثبوتها ضماناً على الحاكم أو الشاهد، فتسمع كما مر سابقاً.

و لو كانت إحدى هذه الدعاوى من المحكوم له فتسمع، ولذا تقبل منه البيئته.

و لكن يشترط في دعوى فسق الشاهد عليه بيانه لموجب الفسق، إذ ربما يزعم غير ما يوجب الفسق فسقاً.

و يشترط أيضاً دعوى كونه فاسقاً واقعاً، أو عند الحاكم، لا عند المدعى فقط، لأن المشروط هو عدالة الشاهد عند الحاكم لا عند المشهود له خاصة.

بخلاف فسق الحاكم، فإن فسقه عند المحكوم له مانع من نفوذ حكمه له و عليه، فلو ادعى عليه بما يوجب فسق الحاكم عنده لا عند الحاكم

(١) في «ح»: خائن.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٨

- كالغيبية، إذا ظن الحاكم كونها صغيرة، و المحكوم له كونها كبيرة- تسمع.

و لو كان ما يوجب الفسق عند أحد المتخاصمين دون الآخر كان لكل منهما حكمه.

و لو ادعى على المشهود له كذب الشهود، و أراد بالكذب ما هو المشهور في معناه من عدم المطابقة للواقع، فإن كانت له بينة على ذلك فهو يرجع إلى تعارض البينتين، و إن لم تكن له بينة لا تسمع الدعوى، و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «أنا أفضى بالبينات، فمن قطعت له مال أخيه فقد قطعت له قطعة من النار» (١).

و بالجملة: دعوى عدم المطابقة للواقع عين أصل الإنكار الساقط بالبينة بمقتضى الأخبار، فلا تسمع ثانياً. بخلاف فسق الحاكم، فإن انتفاء شرط في نفوذ حكمه دون عدم المطابقة للواقع، بل صرحت الأخبار بعدم اشتراطه كما مر. و إن أراد بالكذب عدم المطابقة لاعتقاد الشاهد فقط، فلا تسمع أيضاً، لعدم ترتب فائدة عليه. و كذا إن أراد عدم المطابقة للواقع و الاعتقاد معاً.

و إن ادعى مواضعه الشاهد و المشهود له على شهادة الزور، فالظاهر سماع الدعوى، و جواز الإحلاف، و الحكم بالرد و النكول. و كذا لو ادعى إقرار خصمه بالمدعى به، فتردد في الشرائع في إلزام

(١) الكافي ٧: ٤١٤-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ١، و الرواية فيها هكذا: «إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار».

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٦٩

الخصم بالجواب و عدمه «١»، و استظهر في المسالك الإلزام و سماع الدعوى «٢»، و هو الحق، إذ إقراره أمر يثبت به حقه ظاهراً، و لا يجب أن يكون ممّا يوجب الثبوت واقعا، و إلا لم يفد فيما إذا ادعى عليه الحق أيضاً. و على هذا، فيثبت حقه بإقامة البينة على الإقرار، و بالنكول و اليمين المردودة.

المسألة الثالثة عشرة: إذا تمت الدعوى يطلب الحاكم من المدعى عليه الجواب

، إما بعد سؤال المدعى - كما عن الشيخ و في الشرائع و القواعد «٣» - لأنه حق له، فيتوقف على مطالبته. أو من غير مسألته، كما قواه الشيخ أيضاً في المبسوط «٤»، و حكاها في المختلف عن الشيخين و الديلمي و الحلّي «٥». و حكى عن التحرير أيضاً، لدلالة شاهد الحال على مطالبته المدعى «٦». و يظهر من تعليقه أنه أيضاً يشترط طلب المدعى. و لكن الخلاف في اشتراط الإذن الصريح، أو يكفي المطلق، و الأظهر كفاية المطلق، لأنه إن أريد بالإذن الصريح ما يدلّ عليه اللفظ مطابقة فلا دليل عليه، و إن كان مطلقاً - و لو بالالتزام العرفي - فما طلب أولاً يستلزم ذلك عرفاً.

(١) الشرائع ٤: ١٠٧.

(٢) المسالك ٢: ٣٨٨.

(٣) الشيخ في المبسوط ٨: ١٥٧، الشرائع ٤: ٨٢، القواعد ٢: ٢٠٨.

(٤) المبسوط ٨: ١٥٧.

(٥) المختلف: ٧٠٠.

(٦) التحرير ٢: ١٨٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٠.

الفصل الثالث فيما يتعلق بالمدعى عليه، و جوابه، و ما يترتب عليه

اشاره

و هو لا- يخلو عن أقسام، لأنه «١» إما يقتر، أو ينكر، أو يسكت، أو يدعى الرد أو الإبراء أو نحوهما، أو يقول: لا أدري، أو: هذا ليس لى، و نحوه، أو يكون المدعى عليه غائبا. فهنا سته أبحاث.

البحث الأول فى الإقرار

اشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: متى تحقّق الإقرار بجميع المدعى به، و كان المقرّ جامعا للشرائط المقرّرة فى بابه

اشاره

- من البلوغ و العقل و عدم الحجر فى المائيات- لزم عليه ما أقر، سواء حكم الحاكم به أم لا، لأنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. بخلاف ما إذا أقام المدعى بينه، فإنه لا يثبت بمجرد إقامتها، لأنها منوطه باجتهد الحاكم فى قبولها و ردّها. و تظهر ثمره الفرق بين المقامين بذلك فى جواز مقاصه المدعى حقه إذا ادّعاه ظنا أو احتمالا، فيجوز بالإقرار و إن لم يحكم الحاكم بعد، دون البيئه، فإنه يتوقّف على الحكم.

(١) فى «ح»: لأنّ جوابه إما ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧١

و فى جواز أخذ المقرّ به عنه لكلّ أحد من باب النهى عن المنكر.

و فى جواز الحكم لفاض آخر بعد علمه بالإقرار، بخلاف البيئه المعدّلة عند القاضى الأول، فإنه لا يجوز الحكم للثانى بدون التعديل عند نفسه.

و الحاصل: أنّ الإقرار علّه تامّه لثبوت الحقّ عليه، بخلاف البيئه، فإنّها مع الحكم علّه. أو يقال: إنّ الإقرار حجّه مطلقه لكلّ أحد، و البيئه لم تثبت حجيتها إلّا للحاكم.

فإن قيل:

كما أنّ ثبوت الحقّ بالبيئه يتوقّف على ثبوت حجيه البيئه أولا بأدلتها، ثمّ النظر فى حالها من العدالة و الجرح و نحوهما، ثمّ النظر فى دلالة اللفظ المؤدى به الشهاده. فكذلك الثبوت بالإقرار، فإنه يتوقّف على جواز إقرار العقلاء بأنفسهم، و ثبوت الروايه، و فهم المراد من الجواز، ثمّ النظر فى حال المقرّ من كونه بالغا عاقلا- رشيدا غير مكره، ثمّ النظر فى حال لفظ الإقرار، فإنّ فى الألفاظ حقائق و مجازات، و لها قرائن، و لذا عنون الفقهاء مسائل كثيرة فى تحقيق معانى الإقرارات.

و لا يمكن أن يقال: إنّ أدلّه حجيه البيئه تختصّ بحجيتها للحاكم دون دليل ثبوت الإقرار، لأنه لا فرق بينهما من هذه الجهه، و إنّما

يختص الحكم بالحكم، لأدلة اختصاص الحكم به و عدم جوازه لغيره.

قلنا:

فرق بينهما، أولاً: في المقدمة الأولى، فإن حجية الإقرار لا تثبت بالحديث المذكور خاصة، بل هي صارت ضرورية لكل أحد - خاصي و عامي - فلا يحتاج إلى اجتهاد في حجية الأخبار سندا و متنا و الفحص عن المخصص و المعارض و نحوهما. بخلاف أدلة البيئنة. فإن قلت:

حجية البيئنة العادلة أيضا صارت اليوم ضرورية.

قلت:

نعم، و لكن للحاكم، يعني: ثبت على كل أحد أنها حجة

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٢

للحاكم لا لكل أحد، بخلاف الإقرار.

و ثانيا: في المقدمة الثانية، فإن ما يحتاج معرفته من حال البيئنة أمور شرعية توقيفية خلافية صعبة المأخذ، يحتاج إلى الاجتهاد في مأخذه من العدالة و التهمة و الإصرار على الشهادة، و من معرفته من لا تجوز شهادته و من تجوز و نحو ذلك .. بخلاف حال المقر غالبا، فإن معرفته أحواله بالنسبة إلى المجتهد و غيره متساوية.

نعم، لو كان المقر في حالة اختلافية شرعا، بحيث تحتاج معرفته إلى الاجتهاد و الفقه من علامات البلوغ أو الرشد أو نحوهما، فنقول: يتوقف الثبوت بالإقرار على الحكم أيضا.

و ثالثا: في المقدمة الثالثة، فإن فهم الإقرار إنما هو كفهم سائر معاني الألفاظ العرفية التي يتساوى فيها العامي و الخاصي، و حجة على كل أحد.

بخلاف ما تؤدي به الشهادات، فإن فيها اختلافات، كقبول الشهادة العلمية و الاستصحابية و نحوهما.

نعم، لو فرض ثبوت الحق بالتواتر بألفاظ محكمة على نحو يظهر على كل أحد، فنقول: إنه كالإقرار، و لكنه فرد نادر، و مع ذلك ليس إثباتا بالبيئنة التي تقابل الإقرار.

فرع: إثبات الإقرار بالبيئنة كالإقرار في لزوم الحكم به

، إلا أن في الإقرار لا تسمع دعوى عدم الاستحقاق حينئذ، لأنه إنكار بعد الإقرار، إلا إذا أقر بالاشتغال سابقا. و تسمع في إثباته. و المراد بسماعه في إثباته: أنه يسمع لو ادعى سبب عدم الاستحقاق، كرد أو إبراء، و حينئذ ينقلب مدعى، و له إحلاف المدعى على نفيه. و لعل ذلك مراد الفاضل في القواعد من حكمه بجواز إحلاف المنكر المدعى

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٣

- المثبت لإقراره بالبيئنة - على نفى الاستحقاق « ١ ».

المسألة الثانية: و إذا أقر المدعى عليه، فإن التمس المدعى الحكم به له عليه فالظاهر عدم الخلاف بينهم في وجوبه حينئذ

، و إن اختلفوا فيه قبل سؤال المدعى.

وفيه:

أن بعد ما تقرّر عندهم في المسألة الأولى - من عدم كون الحكم هنا جزءا لسبب ثبوت الحق، و جواز أخذ المدعى بنفسه بدون الحكم قهرا أو تقاضا، و جواز أخذ سائر المقتردين - فلا وجه للحكم بوجوب الحكم بسؤال المدعى مطلقا، لعدم دليل عليه.

نعم، يصح ذلك لو توقّف الوصول إلى الحقّ عليه، فالصحيح التقييد به.

لا يقال:

عمومات وجوب الحكم بما أنزل الله «٢» تثبته هنا أيضا.

قلنا:

لا شكّ أنّها مقيدة بصورة التوقّف، لأنّ الحكم من الواجبات المشروطة بالحاجة، فإنّه لو فرض أنّ بعد الترافع وقبل الحكم وقع الصلح بين المتداعيين أو أعطاه حقه أو نحو ذلك، لا يجب الحكم على الحاكم. ثمّ على القول بوجوبه مطلقا أو في صورة التوقّف فهل يجب بعد سؤال المدعى، أو قبله؟ فيه قولان، والأولى والأحوط: التوقّف بالسؤال ولو بشاهد الحال، بل مقتضى الأصل عدم الوجوب بدونه، بل يمكن القول بعدم الجواز أيضا وعدم ترتّب الأثر عليه، لأنّ الحكم إلزام مخالف للأصل.

المسألة الثالثة: وإذا وجب عليه الحكم فيحكم عليه بما يفيد إنشاء إزامه من الألفاظ

، ولا يكفي مثل قوله: ثبت عندي في ترتّب الأثر، لأنّه

(١) القواعد ٢: ٢١٢.

(٢) المائدة: ٤٧ - ٤٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٤

ليس حكما، بل إخبار.

و لو طلب المدعى كتابة الحجّة على المدعى عليه ليكون في يده، ففي وجوب إجابته و عدمه قولان، أشهرهما - كما صرّح به في المفاتيح «١».

و شرحه و غيرهما «٢» - الوجوب.

و حكى في المبسوط قولاً بعدمه «٣» و اختاره بعض متأخري المتأخرين، للأصل. و هو الحقّ، لأنّه إن كان لإنشاء الحكم فقد حكم لفظاً و لا يجب غيره، و إن كان لاستمراره و الدوام عليه بعد ذلك فأى دليل على وجوب ذلك؟! فإنّه قد لا يحتاج إليه بعد ذلك، و لو احتاج فقد لا ينسأه الحاكم أو الشهود على الحكم، و إن نسيه فقد لا يتذكّر بملاحظة الكتابة.

و لذا اقتصر جمع من المتأخرين في إيجاب الكتابة بما إذا توقّف إيصال الحقّ المحكوم به عليها.

و هو أيضا غير سديد، لأنّه لا يختصّ بالكتابة و لا بالحكم، بل يجب على كلّ أحد الإيصال بما أمكنه من باب الأمر بالمعروف، فلا وجه حينئذٍ للتخصيص بالكتابة، فإنّه قد يحصل الأثر بنصب أحد على الأخذ منه، أو إعلام مقتدر برسالة، أو برفع صوت و غلظة عليه، أو بتخويف، أو غير ذلك من الوجوه.

و قد يتوقّف على أحد هذه الأمور، فذكر الكتابة و إيجابها بخصوصها لا وجه له.

هذا، مع أنّ ترتّب الأثر على الكتابة غالبا يكون بإراءتها لمقتدر على إجراء الحكم فيجريه، فهو إن أجراه بمجرد الكتابة من غير ضمّ بينه معها - كما هو المتعارف في هذه الأزمنة - فهو غير جائز، و الكتابة - لأجل ذلك -

(١) المفاتيح ٣: ٢٥٥.

(٢) المسالك ٢: ٣٦٤.

(٣) المبسوط ٨: ١١٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٥
تكون نوع إعانته على الإثم. وإن ضمّ معها البيئنة فهي بنفسها كافية، إلا أن يفرض كون الكتاب قرينه موجبة لحصول العلم بضمّ خبر عدل أو فساق، أو [وقف] «١» المقتدر الإيصال بالكتاب.

ثمّ إنّه إذا لم تجب الكتابة و طلبها المدعى و أجابه الحاكم استحبابا فله أخذ الأجرة عليها و ثمن القرطاس و المداد، و متى وجبت لم يجز له أخذ الأجرة، لعدم جوازه في الواجبات العينية و لا الكفائية، كما مضى في كتاب التجارة، بل لا يجوز له طلب ثمن القرطاس و نحوه أيضا.

و من القائلين بوجوب الكتابة إذا توقّف أثر الحكم عليها من لم يجوز الأجرة على الكتابة، و جوز أخذ نحو القرطاس. و هو غير جيد، لأن إعداده ما تتوقّف عليه الكتابة الواجبة أيضا يكون كأصل الكتابة ممّا يتوقّف عليه الواجب، فيكون إعداده واجبا عليه لو لم يؤدّه المدعى، فإن أراد جواز الأخذ منه لو أعطاه فهو كذلك، لأنه أيضا نوع إعداده، و إن أراد أنه يجوز إيقاف الكتابة على أخذه منه فلا.

ثمّ إذا كتب الكتاب ينبغي - بل يلزم عليه - أن يكتبه على نحو يخصّص المدعى و الغريم و يميّزهما عن غيرهما، بحيث لا يقبل الاشتباه، و يأمن عن التزوير، سواء حصل ذلك المقصود بكتابة النسب أو الحلية «٢» أو هما معا. و الخلاف في هذا المقام في أنه هل يكفي الأول أو الثاني و نحو ذلك لا وجه له، إذ ليس ذلك منوطا بدليل شرعي، و إنّما المقصود رفع الاشتباه و الأمان من التزوير، و قد يحصل التزوير بالاكتفاء بالنسب، كما قد يحصل بالاكتفاء بالحلية، و لا بدّ في النسب أيضا إلى ذكره بقدر لا يقبل اللبس عادة، فقد يتعدّد زيد بن عمرو بن بكر الأصفهاني مثلا.

(١) في «ح» و «ق»: توقّف، و الأنسب ما أثبتناه.

(٢) الحلية: بمعنى الصفة - مجمع البحرين ١: ١٠٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٦

و قد يتواطآن على تشهير أحدهما بتلك النسبة في بلد آخر، بحيث يحصل العلم لكثير من أهل ذلك البلد، و تنتهي مسببته إلى كتابته باسمه و نسبه، أو قول المكاريين، أو نحوهما.

و لا بدّ من تمييز المدعى أيضا كما ذكرنا، إذ قد يقع التزوير من جهته فيتواطآن على ادّعائه و حكم الحاكم له و أخذه المدعى به بحضوره لدفع خصومه شخص آخر.

المسألة الرابعة: و إذ حكم الحاكم عليه، فإن أدى المحكوم عليه الحق بنفسه فهو

إشاره

، و إلا فإن كان ذا مال فيكلّف بالأداء، فإن امتنع و مطل بلا عذر مقبول كان للمدعى أخذه منه قهرا و لو بالملازمة له. و إن لم يقدر فيجب على كلّ من يقدر كفاية، فإن احتاج الإيصال إلى عقوبة له - من حبس أو إغلاظ في القول و نحوهما - فيجب على الحاكم.

و الظاهر عدم جوازه للغير و لو نفس المدعى.

أمّا جوازه للحاكم فلتوقّف إيصال الحقّ عليه و هو واجب.

و للخبر المشهور المنجبر: «لِيّ الواجد يحلّ عقوبته و عرضه» «١».

والمستفيضة الواردة في حبس المماطل، كموثقة عمّار: «كان أمير المؤمنين عليه السّلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثمّ يأمر فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فإنّ أبي باعه فيقسّم بينهم» يعنى: ماله «٢». و نحوها ذيل رواية الأصبغ «٣».

- (١) مجالس الطوسي: ٥٣٢، الوسائل ١٨: ٣٣٣ أبواب الدين و القرض ب ٨ ح ٤، وفيه: «لئى الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته».
- (٢) الكافي ٥: ١٠٢-١، التهذيب ٦: ١٩١-٤١٢، الاستبصار ٣: ٧-١٥، الوسائل ١٨: ٤١٦ أبواب أحكام الحجر ب ٦ ح ١، بتفاوت.
- (٣) الفقيه ٣: ١٩-٤٣، التهذيب ٦: ٢٣٢-٥٦٨، الوسائل ٢٧: ٢٤٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ١.
- مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٧
- أقول:

الالتواء من اللئى، و هو سوء الأداء و المطل.

و روايتى غياث، الاولى: «إنّ عليا عليه السّلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثمّ يأمر به فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فإنّ أبى باعه فقسّمه بينهم» يعنى: ماله «١».

و الثانية: «إنّ عليا عليه السّلام كان يحبس فى الدين، فإذا تبين له إفلاس و حاجة خلّى سبيله حتى يستفيد مالا «٢»». و قريبه منها صدر رواية الأصبغ «٣».

و رواية السكونى: «إنّ عليا عليه السّلام كان يحبس فى الدين، ثمّ ينظر، فإنّ كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فأجروه، و إن شئتم فاستعملوه» «٤».

و بهذه الأخبار- المعتضدة بلزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، مثل: رواية جابر الطويلة فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر: «فأنكروا بقلوبكم، و الفظوا بألسنتكم، و صكّوا بها جباههم» «٥»، و مرسله التهذيب: «قد حقّ لى أن آخذ البرىء منكم بالسقيم، و كيف لا يحقّ لى ذلك؟! و أنتم

- (١) التهذيب ٦: ٢٩٩-٨٣٣، الوسائل ١٨: ٤١٦ أبواب أحكام الحجر ب ٦ ح ١.
- (٢) التهذيب ٦: ١٩٦-٤٣٣ و ٢٩٩-٨٣٤، الاستبصار ٣: ٤٧-١٥٦، الوسائل ١٨: ٤١٨ أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ١.

- (٣) الفقيه ٣: ١٩-٤٣، التهذيب ٦: ٢٣٢-٥٦٨، الوسائل ٢٧: ٢٤٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ١.
- (٤) التهذيب ٦: ٣٠٠-٨٣٨، الاستبصار ٣: ٤٧-١٥٥، الوسائل ١٨: ٤١٨ أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ٣.
- (٥) الكافي ٥: ٥٥-١، التهذيب ٦: ١٨٠-٣٧٢، الوسائل ١٦: ١٣١، أبواب الأمر و النهى و ما يناسبهما ب ٣ ح ١.
- مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٨

يبلغكم عن الرجل منكم القبيح و لا- تنكرون عليه و لا- تهجرونه و لا- تؤذونه حتى يتركه» «١»، و غير ذلك «٢»- تخصّص أدلّة نفى الضرر و نحوها.

و أمّا صحيحة زرارة: «كان علىّ عليه السّلام لا يحبس فى السجن إلّا ثلاثة:

الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلما، و من ائتمن على أمانه فذهب بها، و إن وجد له شيئا باعه، غائبا كان أو شاهدا» «٣»- حيث دلّت من جهة إطلاق الجزء المنفى من الحصر على عدم حبس غير الثلاثة- فهى أعمّ مطلقا ممّا مرّ، فيجب تخصيصها به.

و أمّا وجوبه على الحاكم فلكونه أمرا جائزا يتوقّف عليه واجب، هو إيصال الحقّ، و ما يتوقّف عليه الواجب واجب، بل تدلّ عليه الروايتان الأخيرتان و ما بمعناهما فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و أمّا اختصاص وجوبه بالحاكم فلا- اختصاص غير الخبر الأول من أخبار الحبس بفعل الإمام عليه السلام. و الأول مجمل، حيث إنّه حكم بحلّ العقوبة، و لم يبيّن أنّه على من يحلّ، فيقتصر فيه على المتيقّن. و أمّا أخبار الأمر بالمعروف و إن كانت عامّة إلاّ أنّها مخصّصة بمثل رواية مسعدة بن صدقة: سئل عن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر أوجب هو على الأئمّة جميعاً؟ فقال: «لا» فقيل: و لم؟ قال: «إنّما هو على القويّ المطاع العالم بالمعروف من المنكر، لا على الضعفة الذين لا يهتدون سبيلاً» إلى أن قال: «و الدليل على ذلك كتاب الله عزّ و جلّ: قول الله

(١) التهذيب ٦: ١٨١-٣٧٥، الوسائل ١٦: ١٤٥ أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما ب ٧ ح ٤.

(٢) الوسائل ١٦: ١٤٤ أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما ب ٧.

(٣) التهذيب ٦: ٢٩٩-٨٣٦، الاستبصار ٣: ٤٧-١٥٤، الوسائل ٢٧: ٢٤٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٧٩

عزّ و جلّ و لتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر «١» فهذا خاصّ غير عام» الحديث «٢». و من ذلك يعلم أنّه إذا آل الأمر إلى العقوبة و الإيذاء لا- يجوز لغير الحاكم، لأنّها أعمال غير جائزة في الأصل يجب الاقتصار فيها على موضع الرخصة، و لأنّ غيره لا يعلم قدر الجائر منها فيتعدّى عن الحقّ.

فروع:

أ: هل يجوز للحاكم الإذن لغيره، و لغيره المباشرة بإذنه بقدر ما أذن فيه؟

الظاهر: نعم، لأنّه حينئذ يكون عالماً، كما ورد في رواية مسعدة.

ب: هل يجوز لمباشر الإيصال مع العقوبة أو بدونها أخذ الأجرة عليها؟

الظاهر: لا، لما مرّ في كتاب التجارة، إلّا إذا لم تكن له كفاية لمعاشه لو اشتغل بالإيصال- أى تضرّر ضرراً بيناً- فيسقط عنه الوجوب، لمعارضه أدلته مع أدلته نفي الضرر، و الأجرة حينئذ على بيت المال إن كان، و إلّا على المدعى إن طلب و أراد، و لا يجوز الأخذ من المدعى عليه بوجه.

ج: إذا ماطل المحكوم عليه، و لم يقدر الحاكم على الإيصال،

و طلب المدعى من الحاكم كتابة الحكم أو شهادة الشاهدين عليه أو نحوهما حتى يوصله و يجرى الحكم من يقدر عليه، يجب عليه- كما مرّ- إن لم

(١) آل عمران: ١٠٤.

(٢) الكافي ٥: ٥٩-١٦، التهذيب ٦: ١٧٧-٣٦٠، الوسائل ١٦: ١٢٦ أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما ب ٢ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٠

يعلم ترتّب محرّم عليه، كالتعدّي من الجائر في الإيذاء، من قذف أو ضرب أو أخذ مال أو مطالبه من أقربائه و نحوها. و إن علم ذلك، فإن كان مقصود الحاكم أيضاً أن يفعل المدعى كذلك فهو معاونته على إثمين: إثم المدعى- حيث إنّ أخذه ذلك ليؤدّيه إلى المقتدر الجائر المتعدّي عن الجائر معاونته للجائر «١» على إثمه- و إثم الجائر.

و إن لم يكن مقصوده ذلك، فإن علم أن المدعى يفعل كذلك فلا معاونته منه على إثم الجائر - كما بينا في العوائد «٢» - و لكنّه معاونته على إثم المدعى، و لكن لا يحرم على الحاكم مع ذلك، لتعارض أدلّة حرمة المعاونة على الإثم مع أدلّة وجوب ردع المماطل و أخذ الحقّ منه، فيرجع إلى أصل الجواز. بل يمكن القول بذلك في حقّ المدعى أيضا، لمعارضته أدلّة نفى الضرر في حقّه مع أدلّة حرمة المعاونة، فتأمل.

د: العقوبة المجوّزة للحاكم في حقّ المماطل لا تختصّ بالحبس و الإغلاظ،

بل قد تنتهي إلى الأكثر منه - من ضرب - فيجوز أيضا، لإطلاق العقوبة و قوله: «صكّوا جباههم» و قوله: «لا يؤذونه». و يجب الاقتصار على الأقلّ.

و إنّما أطنبنا في ذلك المقام للاحتياج إليه في أمثال تلك الأزمنة.

ه: لو لم تفد العقوبة في أدائه، و لم يمكن بيع ماله،

يجبس حتى يؤدى أو يموت أو يرثه الغريم.

المسألة الخامسة: كما تجوز للحاكم عقوبة المماطل الغير المؤدى للحقّ، فهل يجوز له إعطاء ماله للمحكوم له من غير إذنه

إذا أمكن و كان من

(١) في «ح» و «ق»: على الجائر، و الصحيح ما أثبتناه.

(٢) عوائد الأيام: ٢٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨١

جنس الحقّ، و بيعه و إعطاؤه الثمن إن لم يكن من جنسه، أم لا؟

و إذا جاز فهل هو مقدّم على العقوبة - يعنى: أن العقوبة إنّما تكون إذا لم يمكن إعطاء المال، أو بيعه - أو مخير بينهما، أو يتأخّر فيعاقب، فإن أبى مع العقوبة أيضا يعطى أو يبيع؟

لم يحضرني الآن تصريح بذلك من الأصحاب، إلّا ما ذكره بعض الأجلّة في شرحه على القواعد، حيث قال: و إن عرف كذبه في دعوى الإعسار حبس حتى يخرج من الحقّ بنفسه، أو يباع عليه ماله و يعطى صاحب الحقّ «١». انتهى.

فإن كان قوله: «يباع» عطفًا على «حبس» يكون تخيرا بين الحبس و البيع، و إن كان عطفًا على «يخرج» يكون حكما بتأخير البيع عن العقوبة.

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: ثمّ إن كان المقرّ واجدا للمال فيلزم بإعطائه و لو بحبس الحاكم و إغلاظ القول، أو بأن يبيع ماله في أداء دينه لو لم يمكن الاستيفاء إلّا بذلك «٢». انتهى.

فإن كان قوله: «بذلك» إشارة إلى الحبس و البيع معا يكون قولاً - بالتخيير، و إن كان إشارة إلى البيع يكون قولاً - بتأخير البيع عن الحبس.

أقول:

كما أنّ العقوبة مخالفة للأصل لا ترتكب إلّا مع الدليل، فكذلك إعطاء ماله أو بيعه، لأنّ تمييز ما في ذمّة شخص من بين أمواله بيده و بيع غير المالك لا يجوز، و الدليل على حليّة العقوبة موجود كما مرّ، و لا دليل على الإعطاء و البيع إلّا كونه ممّا يتوقّف عليه إيصال

الحق الواجب، وهو - قبل اليأس بالعقوبة المنصوص جوازها - ممنوع، فلا يجوز

(١) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٦.

(٢) غنائم الأيام: ٦٧٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٢

إلا بعد عدم تأثير العقوبة.

و تدلّ عليه أيضا الروايات المتقدمة المصرحة بتأخير البيع عن الحبس «١».

نعم، إذا لم يمكن العقوبة لغيبه - بخفاء أو فرار - يجوز البيع والإعطاء أولا، لكونه ممّا يتوقّف عليه الإيصال.

و هل يباع بغير الغريم، أو يجوز البيع به أيضا؟

الظاهر: الثاني، للأصل.

ولا - يتوهم أنّ الظاهر من الروايات البيع بالغير، حيث قال: «باعه، فيقسم»، لأنه يمكن أن تكون الفاء تفصيلية، أى باعه بأن يقسمه بين

الغرماء، فيبيع كلّا منهم بقدر حصّته. بل هو الظاهر من قوله: يعنى ماله، فإنّ الظاهر أنّ الغاية لبيان أنّ المقسوم بينهم نفس المال دفعا

لتوهم تقسيم الثمن، [لا أنّها] «٢» لبيان أنّ المبيع نفس المال لدفع توهم بيع المديون، لأنّه ليس محلا لتوهم.

هذا، مضافا إلى كون تقدير الثمن فى قوله: «يقسمه» خلاف الأصل.

المسألة السادسة: لو ادعى المحكوم عليه بالإقرار أو بغيره الإعسار

إشاره

، فإن علمه الحاكم أو أقر به المحكوم له يثبت إعساره.

و إلّا فإما لا يعلم له مال أو لا، حتى ما أخذه من المحكوم له، و ذلك يكون بأن تكون الدعوى على نفقة زوجته أو صداقها أو دية

جرح أو مال مصالحه دعوى غير ثابتة أو نحوها.

(١) راجع ص ١٧٦ و ١٧٧.

(٢) فى «ح»: «لأنّها، و فى «ق»: «إلّا أنّها، و الصحيح ما أثبتناه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٣

أو يعلم له مال و يعلم تلفه أيضا، كأن يعلم أنّ ما أخذه من المحكوم له أنفقه، أو أخذ منه قهرا، أو سرق، و نحو ذلك، و لا يعلم ما

سواه.

أو يعلم له مال غير معلوم التلف، و لو كان هو ما اقترضه من الغريم أو اشتراه منه.

فعلى الأولين، فإن ادعى المحكوم له علمه بكذبه فى الإعسار و كونه ذا مال تطلب منه البيّنة، لأنّه مدّع حينئذ، و البيّنة على المدعى،

فإن جاء بها و أثبت عليه مالا موجودا يؤخذ منه، و إن لم يؤدّه كان حكمه حكم الواجد للمال، و قد مرّ.

و إن أثبت عليه مالا قبل ذلك، و لم يعلم تلفه، يصير من القسم الأخير، و يأتى حكمه.

و إن لم تكن له بيّنة أحلف المحكوم عليه، لأنّه منكر حينئذ، و اليمين على من أنكر.

و إن لم يدّع علمه بكذبه بل ظنّ ذلك أو جوزه لما مرّ سابقا من سماع الدعوى بالظنّ و الاحتمال، فيكون المحكوم له مدّعا، و

المحكوم عليه منكرا، فاليمين عليه.

و تأمل فيه المحقق الأردبيلي، بل قال بعد تأمله: و عدم إخلافه أظهر، لظاهر آية النظر، و لعدم الدليل على الإخلاف إلّا في الصورة الأخيرة.

و فيه: أنّ مدلول الآية إنظار ذى العسرة، و عسرته بعد غير معلومة لا واقعا و لا شرعا، فكيف يستدلّ لحكمه بالآية؟! و الدليل له - على ما اخترناه من سماع الدعوى المظنونة و الموهومة - ظاهر، لصدق المدعى و المنكر.

نعم، يشكل ذلك على القول بعدم سماعها، لعدم الدليل،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٤

و تصريحهم بالإخلاف هنا أيضا مؤيد لما اخترناه.

و هل له ردّ الحلف إذا كان غريمه جازما في دعواه يساره أم لا؟

فيه إشكال ينشأ من عمومات الردّ و عدم المانع، و من أنّ فائدة الردّ الخروج عن عهده المدعى به إذا حلف المدعى، فإنّ قوله: «رددت عليك اليمين» متضمن ل: أنّه إن حلفت اخرج عن عهده دعواك، و هو يثبت هنا بعدم القدرة عليه، فكيف يردّ؟! بل في شمول عمومات الردّ لمثل المقام تأمل أيضا.

و لعلّ الأول أظهر، إذ تظهر الفائدة في نكول المدعى فتسقط دعواه، و في حلفه، فإنّ إنكاره القدرة لا يثبت انتفاءها واقعا، فيثبت عليه اليسار بعد حلف المدعى، و يعمل معه ما يعمل مع الواجد من الحبس و الغلاظ إلى أن يؤدى أو يموت أو يبرئه المدعى.

و إن لم يردّ الحلف - إمّا لعدم إمكانه، كما إذا كانت دعوى يساره غير مجزومة، أو لم يردّ - فإنّ حلف على عدم اليسار حكم له بالإعسار، و إن نكل و لم يحلف فقال في القواعد و حكى عن التذكرة: أنّه يحلف مدعى اليسار، فيحكم بيساره، و يعمل معه عمل الواجد من الحبس «١».

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: أنّه يعمل به عمل الواجد، فيحبس من غير ذكر حلف المدعى «٢».

و لعلّه مبني على الخلاف في أنّ مع نكول المنكر هل يثبت حقّ المدعى، أو يردّ الحاكم اليمين على المدعى. و يأتي تحقيقه.

و على الأخير - و هو أن يعلم له مال و ادعى تلفه - فتؤول الدعوى إلى

(١) القواعد ٢: ٢٠٩، التذكرة ٢: ٥٨.

(٢) غنائم الأيام: ٤٨٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٥

تلف المال، و الأصل بقاؤه، فيصير المدعى عليه بالحقّ مدعى لتلف المال فتطلب منه البيّنة، فإن أقامها يحكم له بالإعسار، و يعمل معه عمل ذى العسرة، و يأتي.

و إن لم يقيم البيّنة، فقال جماعة - منهم: الشرائع و القواعد و الكفاية «١» و غيرها «٢»، بل قال بعض مشايخنا المعاصرين: إنّ المشهور «٣» - أنّه يحبس حتى يعين إعساره، أو يقزّ، أو يخرج صاحب الحقّ.

و عن التذكرة: أنّه يحلف مدعى الحقّ على عدم التلف ثمّ يحبس «٤».

و هو ظاهر بعض متأخري المتأخرين «٥».

حجّة الأول:

رواية غياث الثانية، و صدر رواية الأصبخ، و رواية السكوني، المتقدمة جميعا في المسألة الرابعة.

و دليل الثاني:

العمومات الآتية المصرحة بأنّه إذا لم تكن للمدعى بيّنة فيمين المدعى عليه أو المنكر «٦». مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧

١٨٥ المسألة السادسة: لو ادعى المحكوم عليه بالإقرار أو بغيره الإعسار ص: ١٨٢

أقول:

مقتضى الأخبار الأولى الحبس مطلقا، سواء كان المدعى عليه منكرا جازما بعدم التلف أو لا، بل كان يقول: لا أدري، كما هو الأكثر. ولكنها مخصوصة بالدين، بل من لم يثبت حاله من الإعسار و عدمه. ومقتضى العمومات الثانية حلف المدعى عليه في خصوص صورة الإنكار و دعوى عدم التلف، و لكنها عامّة في الدين و العين و سائر الحقوق.

(١) الشرائع ٢: ٩٥، القواعد ٢: ٢٠٩، الكفاية: ٢٦٧.

(٢) كالمسالك ٢: ٣٦٧.

(٣) انظر الرياض ٢: ٣٩٦.

(٤) التذكرة ٢: ٥٨.

(٥) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(٦) انظر الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٦

فتتعارضان بالعموم من وجه في صورة إنكار المدعى، و لا أصل هنا، و كل من الحبس و الإحلاف مخالف للأصل محتاج إلى الإذن، فمقتضى القاعدة التخيير بين الحبس أو لا، أو الإحلاف ثمّ الحبس، إلّا أنّي لم أجد به قائلًا، و لكن إثبات الإجماع المركب في أمثال المقام مشكل، و الأحوط الإحلاف ثمّ الحبس، و دليل تجويز الإحلاف حينئذ أدلة الاحتياط، كما بينا في موضعه. و لكن يحصل الإشكال للحاكم حينئذ لو لم يحلف المنكر لعدم التلف، فهل يحكم بنكوله و يثبت به الإعسار، أو يحبس؟ و لندرة الفرض - من جهة أنّ الأغلب عدم علم المدعى، و لو فرض أحيانا - فنكوله نادر، و لو فرض النكول فتمكّن الحبس للحاكم في هذه الأزمنة مشكل، و جواز غيره من العقوبات هنا غير ثابت، فصرف الوقت في حاله حينئذ ليس بذلك المهم. و كيف كان، فلو لم ينكر المدعى عدم التلف يحبس، للروايات المتقدمة الخالية عن المعارض. هذا، و للمحقق الأردبيلي هنا كلام آخر، حيث قال:

قد لا تكون له بينة و يكون معسرا لا ماطالا، و مجرد وجود مال سابقا لا يستلزم بقاءه، و الرواية ضعيفة، و دلالتها غير ظاهرة. و قد يكون ظاهر حاله إتلافه، كأن يستقرض ليخرجه في مؤنته مع حاجته، أو وجد عنده و كان يحتاج كل يوم إلى نفقة، و كيف يأتي بالبينه بإخراج كل درهم؟! فيمكن عدم الحبس، بل إحلافه على عدم بقاءه عنده، و يخلى سبيله إلى الميسرة و يؤيده ظاهر الآية، فإنّ الظاهر منها كونه ذا عسرة بحسب الظاهر لا نفس الأمر، و هو حينئذ كذلك، فيمكن عدم اليمين أيضا

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٧

لذلك، إلّا أنّه لما ادعى عليه المال، و علم وجوده، و لم يكن للمدعى إثبات البقاء، و الاستصحاب يقتضى البقاء، و أنكر هو وجوده، احلف. انتهى.

أقول:

أما دعوى ضعف الرواية - بعد اشتها العمل بمضمونها - فلا يضر. و أما عدم ظهور دلالتها فلا يتحقق وجهه.

و أمّا ظهور إعساره، فإن بلغ ذلك إلى حدّ يعتبر شرعا فلا كلام، لحصول التبين المذكور في الروايات. و أما إذا لم يبلغ ذلك فلا وجه لاعتباره و ترك النصّ لأجله، و لفظ «ذى العسرة» موضوع للمعنى الواقعي، غاية الأمر تقييده بالعلم أيضا، و أمّا بأمثال ذلك

الظهور فلا، و إخلاف مدعى التلف لا وجه له، و جعله منكرا للبقاء لا (وجه) «١» يجعله منكرا، و إلّا لجرى ذلك في كل مدّع. فكلامه غير سديد.

فروع ثلاثة:

أ: البيّنة التي تقام على الإعسار يلزم أن تشهد بتلف المال علما أو حسا على اختلاف القولين في مسألة الشهادة،

و حينئذ تقبل، لأنها بيّنة الإثبات، أمّا لو شهد بمطلق الإعسار فهو راجع إلى النفي، فلا تقبل. نعم، إذا كان مراقبا لأحوال المشهود له، مطلقا على خفايا أمره، فله أن يشهد بما ضبط و أطلع من أحواله و أعماله الكاشفة عن العسر، فإن علم الحاكم بها عسره يحكم به، و أمّا شهادته بأنّه ذو عسره أو معسر فلا وجه لقبولها، إلّا إذا اكتفينا بالشهادة العلميّة، و قلنا بأنّ تلك شهادة إثباتيّة، و المقدّمتان ممنوعتان.

(١) ليست في «ح».

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٨

ب: مؤنّة المحبوس حال الحبس من ماله، و وجهه ظاهر.

و يشكل الأمر لو لم يكن له شيء ظاهر، و كان ينفق كلّ يوم بقرض أو كسب قدر مؤنّته أو سؤال أو كلّ على غيره و نحوها، بل قد يغتتم المحبس لذلك.

و كذا الإشكال في مؤنّة الحبس، فإنّه يحتاج إلى مكان و مراقب ليلا و نهارا لئلا يهرب، فإن كان هناك بيت مال فالمؤنّتان عليه، و إلّا فإن بذله خصمه من ماله فلا إشكال أيضا، و إلّا فتحمله على الحاكم ضرر عليه منفى شرعا، فيعارض بأدلّته أدلّة الحبس، فيرجع إلى أصل عدم وجوب الحبس عليه، أو يقال بالتخير، فله إطلاقه و لا يجب عليه شيء.

ج: إذا لم يكن للحاكم محبس، و لا أعوان ينصبها للمراقبة،

و سائر ما يحتاج إليه للحبس - كما هو الغالب في تلك الأزمنة - فله بعثه إلى محبس السلطان و نحوه، و للسلطان و نحوه الحبس بإذن الحاكم، لأنّه يصير حينئذ محبسا للقاضي. و لو لم يتمكّن من ذلك أيضا سقط عنه.

المسألة السابعة: ثمّ إذا حكم للمدّعي عليه بالإعسار بالبيّنة، أو علم الحاكم، أو اليمين، أو الإقرار

إشاره

، فذهب جماعة إلى أنّه ينظر و يمهل و يخلى سبيله حتى يحصل له مال، و هو مذهب المفيد و الشيخ في الخلاف و الحلّي و المحقّق و القواعد و المسالك و المهذب و الصيمري «١» و المعتمد و غيرهم «٢»، بل هو المشهور كما في المسالك و الكفاية و شرح القواعد للهندي «٣» و المعتمد، و غيرها «٤».

(١) المفيد في المقنعة: ٧٢٣، الخلاف ١: ٦٢٤، الحلّي في السرائر ٢: ١٦٠، المحقّق في الشرائع ٤: ٨٤، القواعد ٢: ٢٠٩، المسالك ٢:

(٢) كما في التبصرة: ١٨٧.

(٣) المسالك ٢: ٣٦٧، الكفاية: ٢٦٧، كشف اللثام ٢: ٣٣٦.

(٤) كالروضه ٣: ٨٣، الرياض ٢: ٣٩٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٨٩

للأصل، وقوله تعالى وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ «١»، وروايتي غياث والأصبع المتقدمتين «٢»، ومفهوم الحصر في صحيحه زارة السابقة «٣».

ورواية السكوني: «إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فأبى عليه السلام أن يجسه، وقال: إن مع العسر يسرا» «٤».

وعن الشيخ في النهاية: أنه يسلم إلى الغرماء ليؤاجروه ويستعملوه ويستوفوا حقهم من ما يفضل من قوته وقوت عياله «٥»، لرواية السكوني المتقدمة في المسألة الرابعة، ووصفها في المختلف بالمشهور «٦».

وعن ابن حمزة قول ثالث، مفصل بين ما إذا كان المعسر ذا حرفه يكتسب بها فالثاني، وما إذا لم يكن كذلك - ونفى عنه البعد في المختلف «٧» - فالأول «٨»، للرواية الأخيرة، كما في المختلف، أو جمعا بينها وبين الروايات السابقة «٩» كما قيل، ولأنه يتمكن من أداء ما وجب عليه وإيفاء الحق صاحبه فيجب عليه كالسعي في المؤنة، وحيث يتمكن من الكسب لا يكون معسرا، لتحقق اليسار بالقدرة على تحصيل المال، ولهذا

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) في ص: ١٧٦ و ١٧٧.

(٣) في ص ١٧٨.

(٤) التهذيب ٦: ٢٩٩ - ٨٣٧ ج ٧: ٤٥٤ - ١٨١٧، الوسائل ١٨: ٤١٨ أبواب أحكام الحجر ب ٧ ح ٢.

(٥) النهاية: ٣٥٢.

(٦) المختلف: ٧١١.

(٧) المختلف: ٧١١.

(٨) الوسيلة: ٢١٢.

(٩) في ص: ١٧٦ و ١٧٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٠

الحق القادر على الكسب بالغنى في باب الزكاة.

أقول:

قد يخالجنى - في التمسك بهذه الأخبار في تخليه سبيله حتى يستفيد مالا، وفي إيجاره واستعماله - شيء، وهو أنه قد استفاضت

الأخبار على أن الإمام يقضى دين المديونين عن سهم الغارمين:

ففي رسالة العباس: «الإمام يقضى عن المؤمنين الديون ما خلا مهر النساء» «١».

وفي رواية أبي نجار: جعلت فداك، إن الله عز وجل يقول وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرها الله عز وجل في كتابه، لها حد يعرف إذا صار هذا المعسر إليه لا بد من أن ينظر، وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفق على عياله، وليس له غلة ينتظر إدراكها، ولا دين ينتظر محله، ولا مال غائب ينتظر قدومه؟ قال: «نعم، ينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الإمام، فيقضى

ما عليه من الدين من سهم الغارمين» الحديث «٢». و غير ذلك من الأخبار «٣».

و أخبار المسألة واردة في فعل علي عليه السلام، و هو إمام مبسوط اليد، بيده بيت المال و الزكوات، فكان عليه الأداء، فما التوفيق بين هذه الأخبار؟! و هلما يؤدى الإمام ديونهم؟! و لا يمكن حمل أخبار المسألة على صورة عدم حضور سهم الغارمين عنده، لأنه ليس قضية في واقعها، بل

(١) الكافي ٥: ٩٤-٧، التهذيب ٦: ١٨٤-٣٧٩، الوسائل ١٨: ٣٣٧ أبواب الدين و القرض ب ٩ ح ٤.

(٢) الكافي ٥: ٩٣-٥، و فيه بدل «أبي نجار»: «أبي محمد» و كذا في التهذيب ٦:

١٨٥-٣٨٥ و الوسائل ١٨: ٣٣٦ أبواب الدين و القرض ب ٩ ح ٣، و فى الوافي ١٨:

٧٨٩-١٥ عن الكافي: أبي نجاد.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٣٥ أبواب الدين و القرض ب ٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩١

يصرح بأنه عليه السلام كان يفعل ذلك، و هو دال على التجدد الاستمرارى.

و الذى أراه أن أخبار قضاء الإمام مخصوصة بمن لم يكن له طريق إلى الوفاء، و لا يمكنه استفادة المال من استغلال أو تكسب أو عمل، كما تشعر به رواية أبي نجار، و أخبار المسألة مخصوصة بمن أمكنه استفادة المال، كما يصرح به قوله: حتى يستفيد المال، و قوله: ليستعملوه، أى يطلبوا منه العمل و تكون لفظه «حتى» تعليية، أى يخلى سبيله ليستفيد المال و يؤدى الدين.

و التوفيق بين رواية السكونى «١» و سائر روايات المسألة: أن مورد سائر الروايات إنما هو ما إذا كان المديون بحيث يعلم من حاله أنه يستفيد المال بنفسه من غير حاجة إلى استعماله فيها و إجباره عليها، كما هو المستفاد من قوله: حتى يستفيد. و مورد رواية السكونى إنما هو ما إذا لم يكن كذلك و لم يبال بعدم أداء الدين و عدم الاستفادة، إذ من الظاهر أن من يعلم من حاله أنه يستفيد بنفسه لا حاجة فيه إلى المؤاجرة و الاستعمال.

و بما ذكرنا يرتفع التنافى بين الأخبار طرًا.

ثم نقول: إن بما ذكرنا ظهر عدم صلاحية شيء من الأخبار لمستند المشهور، لأن المشهور: أنه يخلى سبيله و يترك بحاله مطلقا، سواء كان قادرا على الاستفادة- و لو بالتكسب- أم لا، و هو لا يلائم مع قوله: خلى سبيله حتى يستفيد «٢»، أى ليستفيد، فإن التخليه إنما كانت لذلك، و لو منعت من إرادة هذا المعنى- لاحتمال كون حتى للغاية- فنقول: باحتمال التعليية يسقط استدلالهم.

(١) المتقدمة فى ص: ١٧٧.

(٢) راجع ص: ١٧٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٢

و أما صحيحة زرارة «١»، فلا دلالة لها أصلا، لأن الظاهر المتبادر من الحبس إسجانه فى سجن الإمام، و أما اشتغاله بالكسب فليس حسباً قطعاً.

و منه يظهر حال رواية السكونى الأخيرة.

و أما الآية الشريفة، فكما مرّت إليه الإشارة لا تدلّ على مرادهم أصلا، لأن من يقدر على استفادة المال و لو بالتكسب- الذى لم يكن شاقاً عليه، بل هو حرفته و عليه معاشه- لا يصدق عليه أنه ذو عسرة أصلا، لا لغة و لا عرفاً.

و لو سلّمنا صدقه عليه فنقول: إنّ الإنظار المأمور به هو ترك مطالبه أداء الدين حال العسرة، فإذا تركه و أخره أنظره و لو أمره

بالتكسب و تحصيل اليسار ثمّ الأداء، ألا ترى أنّه يصحّ أن يقال: أمهله حتى يشتغل ببيع ضياعه و يأخذ ثمنه و يعطيه، فيصدق الإنظار مع أنّه مشغول بطلب المشتري و المبيعة و أخذ الثمن.

و الحاصل: أنّ الإنظار هو الإمهال و التأخير، و يمكن أن يكون المراد إمهاله في أداء الدين و تأخيره مطالبته. و أمّا الأصل فإنّما يفيد لو لم يكن دليل مخرج عنه، و لا شكّ أنّ قضاء الدين على كلّ متمكّن منه واجب، و القادر على العمل و التكسب متمكّن فيجب عليه، و لازمه وجوب العمل و الكسب من باب المقدّمه، و لازمه جواز أمره به و حمله عليه، بل وجوب ذلك.

و ظهر ممّا ذكرنا خلوّ المشهور عن الدليل، و كذا قول النهاية إن أراد دفعه إلى الغرماء مطلقاً، سواء أمكنه الاستفادة بعمل أم لا، و سواء أدّى ما

(١) المتقدمة في ص: ١٧٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٣

يجب عليه بنفسه مع الإمكان [أم لا- «١»]، إذ ظاهر أنّ الرواية مخصوصة بصورة قدرته على عمل تحصل منه اجرة و شيء و إلّا فلا فائدة فيه- كشيخ هرم أعمى و مفلوج و أعرج و أشل- و بصورة عدم اشتغاله بنفسه و وفائه الدين.

و منه يظهر خلوّ قول ابن حمزة «٢» أيضاً عن الدليل لو أراد الإطلاق.

فالحقّ- كما هو ظاهر المحقّق الأردبيلي، و صاحب الكفاية «٣»، و بعض مشايخنا المعاصرين و فضلائهم «٤»- أنّه و إن لم يتسلّط الغريم على استيفاء منافعه و إجارته ابتداءً و لكن يجب على المديون المتمكّن من العمل و الكسب اللّحاق بحاله الغير الشاقّ عليه الكسب.

و لو ترك هذا الواجب و توانى منه- بحيث يترتب عليه ضرر الغرماء- على الحاكم إجباره أمراً بالمعروف و دفعاً للضرر.

و لو رأى أنّه لا- ينجح فيه أمره و جبره و إقامته على الفعل الواجب إلّما بالدفع إلى الغرماء أمكن الجواز، بل الوجوب، بل يجب إن أمكن.

فروع:

أ: إذا أمر بالتكسب أو استعمل،

يوضع ممّا استفاده مؤنثه و مؤنثه عياله الواجب نفقتهم بالمعروف، و يصرف الزائد في الدين.

ب: التكسب يشمل جميع الصنائع و الحرف و الأشغال

- و لو مثل

(١) أضفناه لاقتضاء السياق.

(٢) الوسيلة: ٢١٢.

(٣) الكفاية: ٢٦٧.

(٤) انظر الرياض ٢: ٣٩٦، غنائم الأيام: ٦٧٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٤

الاحتطاب و الاحتشاش- إذا كان ممّن يتخشى «١» منه ذلك، و يليق بشأنه و حاله، و لا يعدّ شاقاً عليه عرفاً. و يقتصر في زمان التكسب

بما هو متعارف سائر الناس في حرفهم و صنائعهم.

ج: لو رضى الغريم بإمهاله حتى يحصل له مال و عفى عن تكسبه فله ذلك.

و لو تعدد الغرماء و رضى بعضهم دون بعض يأمره من لم يرض بالتكسب، و يكون جميع فاضل مؤنثه مما استفاد لذلك.

د: لو ارتاب الحاكم بالمتهم و شك في بلوغه،

أو عقله، أو رشده، أو اختياره، أو شبه ذلك مما هو شرط في صحته إقراره، توقف في الحكم حتى يستبين حاله، و وجهه واضح.

(١) أى يترجى منه ذلك - ففى مجمع البحرين ١: ١٢٤ و لسان العرب ١٤: ٢٢٨:

خشيت بمعنى: رجوت.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٥

البحث الثانى فى الإنكار

إشاره

اعلم أنه إذا أنكر المدعى عليه ما ادعى عليه فلا يخلو إما أن يكون الحاكم عالما بالحال أو لا، و على الثانى فإما تكون للمدعى بينه أم لا، فهاهنا مقامان:

المقام الأول فيما إذا كان الحاكم عالما

إشاره

و قد عرفت أن الحق أنه يقضى حينئذ بعلمه مطلقا، و لكن بقيت هنا مسائل ينبغى التنبيه عليها:

المسألة الأولى: لو كان الحاكم حكم فى الواقعة بحكم سابقا

- بعلمه أو بغيره من الإقرار أو البيئه أو اليمين - و تذكره، يقضى بمقتضاه، سواء تذكر مستند الحكم السابق أم لا، لأن حكمه أيضا حجة تأميه و مستند شرعى، فهو عالم بحكم الواقعة، فيشمله مثل قولهم عليهم السلام: «رجل يقضى بالحق و هو يعلم» (١) و سائر عمومات الحكم.

و إن لم يتذكر الحكم، فإن شهد عدلان بحكمه به فالأصح لزوم القضاء به، وفاقا لوالدى العلامة رحمه الله، لعموم قبول شهادة العدلين كما يأتى.

(١) الكافى ٧: ٤٠٧ - ١، الفقيه ٣: ٣ - ٦، التهذيب ٦: ٢١٨ - ٥١٣، الوسائل ٢٧:

٢٢ أبواب صفات القاضى ب ٤ ح ٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٦

وقيل بال منع، لإمكان رجوعه إلى العلم «١».

وفيه: منع كلية الإمكان أولاً، ومع صلاحيته للمنع ثانياً وإِنما هو إذا كان العمل بالشاهدين من باب الظن، و تختص حجتيه هنا بصورة انسداد باب العلم.

و ظاهر التحرير التردد في المسألة «٢»، حيث نقل القولين من غير ترجيح.

و لو لم يكن شاهد، و كان هناك خطه و خاتمه لم يحكم به و إن أمن التزوير، للأصل. نعم، لو ضم معه قرائن اخرى موجبة للعلم بحكمه يلزم الحكم، و الوجه واضح.

المسألة الثانية: لا يخلف لزوم حكمه بما حكم أولاً

مع تذكر الواقعة أو شهادة العدلين أن يعلم عدم تبدل رأيه في بعض جزئيات الواقعة، أو كلها، أو لم يعلم، أو علم التبدل، لأنه قد ثبت (الحق بالحكم السابق) «٣»، فيجب استصحابه، و لا يصلح تبدل الرأي لرفعه، كما إذا لم يحصل التنازع بعده، و كذا إن ظهر له طريان الفسق لشهود الحكم الأول بعده.

المسألة الثالثة: لو تذكر ثبوت الحق عنده أولاً من غير حكم به، أو شهد بذلك الشاهدان

. فإن تذكر مستند الثبوت أو شهد به الشاهدان بحيث ثبت، يحكم بمقتضاه.

(١) الدروس ٢: ٧٨.

(٢) التحرير ٢: ١٨٥.

(٣) بدل ما بين القوسين في «ح»: الحكم بالحق.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٧

لا لأجل الثبوت السابق، لعدم كون مجرد الثبوت بدون الحكم ملزماً للخصم.

بل لأجل المستند، لعدم دليل على وجوب مقارنة قيام المستند لحال الحكم.

و لكن يشترط حينئذ عدم تبدل رأيه، فلو ثبت عنده أولاً بشهادة النساء مثلاً، أو بشهادة رجل و يمين المدعى، و لم يحكم، و تبدل رأيه قبل الحكم عن قبول ذلك في مثل تلك الواقعة، لا يحكم به، للأصل، لعدم تعلق حق على الخصم حتى يستصحب، و الثبوت السابق بدون الحكم غير ملزم.

نعم، لو طرأ فسق الشهود لم يمنع من الحكم، و الفرق: أن المعتبر في عدالة الشاهد إنما هو حال الأداء، و في فتوى المجتهد حال الحكم.

و إن لم يتذكر المستند و لم يثبت بمثل العدلين أيضاً فلا يحكم، للأصل، إذ لم يثبت أن مجرد الثبوت عند الحاكم - من غير ظهور المستند الثابت اعتباره شرعاً - من مستندات الحكم.

فإن قيل: الثبوت عند الحاكم قائم مقام علمه، فإذا جاز حكمه بعلمه جاز بالثبوت أيضاً.

قلنا: لا نسلم أن مطلق الثبوت عنده قائم مقام علمه، بل الثبوت مع الحكم، و أمّا بدون فلا، و أمّا الحكم بعد الثبوت بالمستند فليس لأجل الثبوت، بل لأجل المستند.

المسألة الرابعة: لو لم يتذكر الواقعة و لكن شهد عدلان بشهادته فيها، فهل يجوز حكمه بمقتضى شهادته هذه، أم لا؟

قال والدى العلامة رحمه الله في المعتمد: نعم. ولعله لأجل أنه إذا جاز

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٨

حكم الحاكم بشهادة نفسه جاز بما ثبتت به شهادته أيضا، لأنه حكم بشهادة نفسه أيضا.

وفيه: أنه إنما يصح لو كان حكمه بشهادة نفسه لأجل أنها شهادة نفسه - كما في شهادة الشاهدين - وليس كذلك، لعدم دليل عليه، وإنما هو لأجل علمه حين الحكم، وهو منتف هنا. فالأصح عدم جواز الحكم بها، للأصل.

المسألة الخامسة: لا يجوز للحاكم العالم بالواقعة - فيما يجوز حكمه بعلمه - قطع النظر عن العلم

و إيقاف الحكم على غيره من البيئة أو اليمين، لأن معنى الإيقاف: أنه لو كان الغير مخالفا للعلم عمل به، وهو غير جائز، إذ قبول البيئة إنما هو إذا لم يعلم مخالفتها للواقع وإلا فلا تقبل إجماعا، ولأنه موجب للحكم بخلاف ما يعلم، بل بغير ما أنزل الله باعتقاده. بل نقول: إن المتبادر من عمومات طلب البيئة واليمين إنما هو في صورة اشتباه الواقعة، وعلى هذا فلا يكون بناء العمل على الغير مشروعا أيضا.

ومن يظهر عدم جواز طلب البيئة أو اليمين، لأنه إلزام للمطلوب منه بدون ملزم شرعى. بل لا يجوز الإحلاف ولو مع رضى الخصمين، لأنه أمر شرعى يتوقف على التوقيف.

و يجوز طلب البيئة من غير أمر وإلزام، بأن يقول: إن كان لك بينة وأردت إقامتها فلك ذلك، لأصالة جواز الإتيان بها، و جواز إخبارها، و جواز استماع خبرها، بل قد يكون راجحا إذا أوجب البعد عن معرض التهمة، والله العالم.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ١٩٩

المقام الثانى فيما إذا لم يكن الحاكم عالما بالحال

إشاره

و الحكم حينئذ إما يكون باليمين، أو بالبيئة، أو بهما. و تفصيل الكلام فيها فى ثلاثة مواضع بعد ذكر مقدمه.

المقدمه:

اعلم أن من القواعد الثابتة المسلمة بين الأمة المدلول عليها بالأخبار «١»: أن الدعاوى تقطع بالبيئة واليمين.

قال الله سبحانه وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً عِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ «٢».

وفى رواية أبى ضمرة: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادله، أو يمين قاطعه، أو سنه ماضية من أئمة الهدى» «٣».

وفى مرسله أبان: «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» و فيها أيضا: «ثم أوحى الله تعالى إليه» أى إلى داود «أن

احكم بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «٤».

وفى صحيحة سعد و هشام: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان» الحديث «٥».

(١) انظر الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١.

(٢) البقرة: ١٤٠.

(٣) الكافي ٧: ٤٣٢ - ٢٠، التهذيب ٦: ٢٨٧ - ٧٩٦، الخصال: ١٥٥ - ١٩٥ و فيه:

بتفاوت يسير، الوسائل ٢٧: ٢٣١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٦.

(٤) الكافي ٧: ٤١٤-٣، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥١، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٢ و فيه: اقض عليهم

..

(٥) الكافي ٧: ٤١٤-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٠

و في تفسير الإمام عليه السلام: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله يحكم بين الناس بالبينات و الأيمان في الدعاوى» «١»، إلى غير ذلك.

ثم إن هذا حكم مجمل و قاعدة مبهم.

و من القواعد المسلمة بين الأمة الثابتة بالأخبار المستفيضة المفصلة لذلك المجمل: أن البيئنة على المدعى و اليمين على المنكر.

ففي صحيحة الحلبي و جميل و هشام: «البيئنة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» «٢».

و في صحيحة العجلي: «الحقوق كلها: البيئنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، إلّا في الدم خاصة» الحديث «٣».

و في رواية أبي بصير: «إن الله [عزّ و جلّ] حكم في الدماء ما لم يحكم في شيء من حقوق الناس، لتعظيمه الدماء، لو أن رجلاً ادعى على رجل عشرة آلاف درهم أو أقلّ من ذلك أو أكثر لم يكن اليمين على المدعى، و كانت اليمين على المدعى عليه» الحديث «٤».

و في صحيحة: «إن الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم أن البيئنة على المدعى، و اليمين على المدعى عليه» الحديث «٥».

(١) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ٣.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٣، الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ١.

(٣) الكافي ٧: ٣٦١-٤، الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ٢.

(٤) الكافي ٧: ٣٦٢-٨، الفقيه ٤: ٧٣-٢٢٣، التهذيب ١٠: ١٦٧-٦٦٣، الوسائل ٢٩: ١٥٦ أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ١٠ ح ٥.

(٥) الكافي ٧: ٣٦١-٦ و ٤١٥-٢، الفقيه ٤: ٧٢-٢١٩، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٤، الوسائل ٢٧: ٢٣٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ٣، و ج ٢٩: ١٥٣.

أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ٩ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠١

و غير ذلك ممّا يأتي.

ثمّ من القواعد المسلمة كذلك أيضاً الثابتة كذلك: أن البيئنة و اليمين ليستا بمجتمعين، بل يمين المدعى عليه إنّما هي إذا لم يقم المدعى البيئنة، فالبيئنة مقدّمة على اليمين، و اليمين بعد عدم البيئنة.

ففي صحيحة سليمان بن خالد: «أحكم بينهم بكتابي، و أضفهم إلى اسمي تحلفهم به» ثمّ قال: «هذا لمن تقم له بيئنة» «١».

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

و في تفسير الإمام عليه السلام: «كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله إذا تخاصم إليه رجلان في حقّ قال للمدعى: ألك بيئنة؟ فإن أقام بيئنة يرضاهما و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه، و إن لم تكن له بيئنة حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذي ادّعاها و لا شيء منه» الحديث «٣»، إلى غير ذلك ممّا يأتي.

ثم إن ما ذكرنا من القواعد الثلاث مطردة عند أصحابنا في جميع

(١) الكافي ٧: ٤١٥-٤، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥٠، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤١٦-٣، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٤.

(٣) الوسائل ٢٧: ٢٣٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٦ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٢

الدعاوى المسموعة، التي يتعين فيها جواب المدعى عليه، بحيث لو أقرّ ألزم بالحق، سواء كانت الدعوى مائية أو غير مائية، كالنكاح و الطلاق و الرجعة و العتق و النسب و الولاء و غيرها. و خالفنا في ذلك بعض العامة، و لم يثبتوا اليمين على المنكر فيها سوى الدعوى المائية غالباً «١». و عموم ما مرّ يردّه.

نعم، هذه القاعدة غير مطردة في الحدود إذا كان حقّ الله المحض خاصية، بلا- خلافاً يعرف كما في الكفاية «٢» و غيره «٣»، بل بالإجماع كما صرح به المحقق الأردبيلي.

للنبي: «لا يمين في حدّ» «٤».

و في رسالة الصدوق: «ادروا الحدود بالشبهات، و لا شفاعاً و لا كفالة و لا يمين في حدّ» «٥».

و رسالة البيهقي: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل، فقال: هذا قذفي، و لم تكن له بينة، فقال: يا أمير المؤمنين، استحلفه، فقال: لا يمين في حدّ، و لا قصاص في عظم» «٦»، و نحوها في رسالة ابن أبي عمير «٧».

(١) انظر بداية المجتهد ٢: ٤٧٣.

(٢) الكفاية: ٢٧١.

(٣) كالرياض ٢: ٤٠٥.

(٤) لم نعثر على كذا نص، نعم ورد مضمونه في دعائم الإسلام ٢: ٤٦٦-١٦٥٣، مستدرک الوسائل ١٨: ٢٦ أبواب مقدمات الحدود ب ٢١ ح ١.

(٥) الفقيه ٤: ٥٣-١٩٠، الوسائل ٢٨: ٤٧ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامة ب ٢٤ ح ٤.

(٦) الكافي ٧: ٢٥٥-١، الوسائل ٢٨: ٤٦ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامة ب ٢٤ ح ١.

(٧) التهذيب ١٠: ٧٩-٣١٠، الوسائل ٢٨: ٤٦ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامة ب ٢٤ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٣

و في رواية غياث بن إبراهيم: «لا يستحلف صاحب الحدّ» «١».

و رواية إسحاق بن عمّار: «إن رجلاً استعدى عليّاً عليه السلام على رجل، فقال له: إنّه افتري عليّ، فقال عليّ عليه السلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال:

لا، ثم قال عليّ عليه السلام للمستعدى: أ لك بينة؟ قال: فقال: مالي بينة، فأحلفه لي، قال عليه السلام: ما عليه يمين» «٢».

و يدلّ عليه أيضاً الأصل، و اختصاص ما دلّ من النصّ و الفتوى غالباً بالمنكر لما عدا الحدّ من الحقوق المائية و نحوها ممّا يستحقّها المدعى، [مع أنّ الحدّ حقّ الله سبحانه، و إذن صاحب الحقّ] «٣» شرط في سماع الدعوى، و لم يأذن الله سبحانه فيها، بل ظاهره الأمر بالستر و الإخفاء، و الكفّ عن التتبع و كشفها، و درء الحدود بالشبهات.

و يستفاد من أكثرها أنّه إذا كانت الدعوى ممّا يشترك فيه حقّ الله و حقّ الناس - كالقذف و الزنا - و لا بينة للمدعى، غلب حقّ الله

على حقّ الناس، ولا يستحلف المدعى عليه، كما عليه الأكثر. ويدلّ عليه أيضا قوله سبحانه: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ «٤» دلّت على أنه إذا لم يأت مدعى الزنا بالمشهود يحدّ ولا يستحلف. وعن الشيخ في المبسوط: ترجيح حقّ الآدمي، فيستحلف المدعى

- (١) التهذيب ١٠: ١٥٠-١٥٢، الوسائل ٢٨: ٤٦ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ٢٤ ح ٢.
 (٢) التهذيب ٦: ٣١٤-٣١٤، الوسائل ٢٨: ٤٦ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامّة ب ٢٤ ح ٣.
 (٣) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: مع الحدّ إن اذن صاحب. و الصحيح ما أثبتناه.
 (٤) النور: ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٤
 عليه الزنا، فإن حلف حدّ القاذف، و إن ردّ و حلف القاذف فيثبت الزنا في حقّه بالنسبة إلى حدّ القذف دون ثبوت حدّ الزنا «١». و استحسنته في الدروس «٢». و الأصل و الكتاب و السنّة يردّه.
 نعم، إذا كانت الدعوى مركّبة من حقّين - كالسرقة المستلزمة للغرامة و للقطع - تسمع في حقّ الآدمي خاصّة، و يستحلف و تترتب عليه آثاره بالنسبة إلى الغرامة، و سيأتي إن شاء الله تحقيقه في موضعه.
 ثمّ إنّ ما ذكرناه من القواعد إنّما هو على الأصل في المحاكمات، و قد يتخلف في بعض الموارد بالدليل، كضمّ اليمين مع البيّنة في الدعوى على الميّت، و كالدعوى على قيم الصغير، حيث لا-يمين عليه، و يأتي كلّ في موضعه. و عليك بملاحظة الأصول «٣» المذكورة إلى أن يأتيك الدليل.
 و إذ علمت أنّ على المدعى البيّنة أولا، فإذا تلقى المدعى عليه بالإنكار فيقول الحاكم للمدعى: أ لك بيّنة، كما قاله النبي [صلّى الله عليه و آله] في المروى عن تفسير الإمام المتقدّم و الولي [عليه السلام] في رواية إسحاق المتقدّم، راجحا مطلقا، لإطلاق رواية التفسير، و وجوبا إن جهل المدعى بأنّ عليه البيّنة لتوقف الحكم عليه. فإن قال: ليس لي بيّنة، استحلفه على ما حكم به الله. [و إن] «٤» قال: نعم، استحضرها منه كذلك. و إن قال: لي بيّنة واحدة، استحضرها و استحلفه، و حكم في كلّ من الصور بما يقتضيه حكم الله، كما بيّنه في المواضع الثلاثة:

- (١) المبسوط ٨: ٢١٥.
 (٢) الدروس ٢: ٩٣.
 (٣) في «ق»: الأمور.
 (٤) ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه لاستقامة المعنى.
 مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٥

الموضع الأول في الحكم باليمين

إشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال المدعى: إنّه لا بيّنة لي، عرّفه الحاكم أنّ له اليمين على خصمه المنكر لحقّه، فإن التمس المدعى منه إحلافه أحلفه.

ولا يجوز للحاكم تحليفه إلا بعد سؤال المدعى، بلا خلاف بينهم كما في المسالك و المفاتيح و شرحه «١»، و قولاً واحداً كما ذكره بعضهم «٢»، و اتفاقاً كما في شرح القواعد للهندي «٣»، بل بالإجماع كما في المعتمد، بل هو إجماع محقق، فهو الدليل عليه، مضافاً إلى أنه حقّ للمدعى، فيتوقف على مطالبته.

و ليس هنا شاهد حال دلّ على رضائه بإحلاف القاضي أو حلف المنكر بنفسه، إذ ربّما يتعلّق الغرض بأن لا يحلفه لتبقى دعواه توقّعا لوجود شهود له، أو تذكّر، أو لردعه عن الإنكار، أو انتظار زمان آخر صالح للدعوى أو الإحلاف، أو طي الدعوى بالصلح ببعض «٤» المدعى به، أو أخذ ماله تقاضاً، أو غير ذلك. و يمكن أن يستدلّ له بصحيفة ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب

(١) المسالك ٢: ٣٦٨، المفاتيح ٣: ٢٥٥.

(٢) انظر الرياض ٢: ٣٩٧.

(٣) كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(٤) في «ق»: بنقص ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٦

الحقّ يمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهب اليمين بحقّ المدعى فلا حقّ له «قلت: و إن كانت له بينه عايلة؟ قال: «نعم، فإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قساماً ما كان له حقّ، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه» «١».

فإنّه عليه السلام علّق إذهاب اليمين بالحقّ برضى صاحب الحقّ، و أيضاً اشترط استحلافه - أى طلبه الحلف - فلا تذهب الدعوى بدون طلبه.

و على هذا، تدلّ على المطلوب أخبار آخر متضمّنة لقوله:

«استحلفه» كروايتي خضر بن عمرو: في الرجل يكون له على الرجل مال فيجحدّه، قال: «إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه بعد اليمين شيئاً» الحديث «٢»، حيث شرط عدم جواز الأخذ باستحلافه.

و الأخبار بهذا المضمون كثيرة، و بها تقيّد إطلاقات حلف المدعى عليه.

و على هذا، فإن تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بدون إذنه لغى، و أعيد ثانياً مع التماس المدعى.

المسألة الثانية: كما أنه لا اعتداد بإحلاف الحاكم بدون إذن المدعى كذلك لا اعتداد بإحلاف المدعى بدون إذن الحاكم و حكمه به

، و لا يحلف المدعى عليه بدونّه، كما هو المصرّح به في كلام الأصحاب من دون ذكر خلاف و لا ظهور مخالف.

(١) الكافي ٧: ٤١٧-١، الفقيه ٣: ٣٧-١٢٥، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ١، بتفاوت.

(٢) الكافي ٥: ١٠١-٣، و ج ٧: ٤١٨-٢، الفقيه ٣: ١١٣-٤٨١، التهذيب ٦:

٢٣١-٥٦٦، و ج ٨: ٢٩٣-١٠٨٥، الوسائل ٢٣: ٢٨٥ أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ١، و ج ٢٧: ٢٤٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ١، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٧

وقال بعض مشايخنا المعاصرين: من غير خلاف بينهم أجده، بل ظاهر الأردبيلي نسبه إلى الأصحاب كافة. انتهى (١).

وقال في موضع آخر: بلا خلاف، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما يستفاد من كثير (٢). انتهى.

وقال بعض الفضلاء المعاصرين: ولم نعرف في ذلك خلافا (٣).

و الظاهر أنه كذلك.

و احتج له تارة بأنه وظيفته.

و هو لا يخلو عن مصادرة.

و ثانية: بأنه من تتمه الحكم، و لا حكم بغيره.

و هو أيضا لا يخلو عن خدشة، إذ يمكن أن يقال: إنه من مقدمات الحكم لا من أجزاءه - كإحضار البيئنة - فلا يثبت اختصاصه به من اختصاص الحكم به.

و ثالثة: بأنه المتبادر إلى الفهم من الاستحلاف في الروايات.

و فيه: أن المذكور في الروايات استحلاف المدعى دون الحاكم.

و رابعة: باستصحاب عدم لزوم ما يترتب على الحلف من سقوط الحق و نحوه إلّا بالمتيقن.

و فيه: أنه كان حسنا لو لا العمومات و الإطلاقات بالترتب على حلف المدعى عليه، مثل قوله في رواية البصري: «فإن حلف فلا حق له» (٤) و في

(١) الرياض ٢: ٣٩٧.

(٢) الرياض ٢: ٤٠٣.

(٣) غنائم الأيام: ٦٩٠.

(٤) الكافي ٧: ٤١٥ - ١، الفقيه ٣: ٣٨ - ١٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٩ - ٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٨

مرسله يونس: «فهى واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقه» (١)، إلى غير ذلك.

و القول: بأن غاية ما في الأخبار الإطلاق، و هو منصرف إلى ما هو الغالب في الحلف في مقام الدعوى، من كونه ياذن الحاكم، مع أنها منساقه لبيان حكم آخر غير ما يراد إثباته.

قابل للخدش و المنع، فإن الاختصاص بالإطلاق - ثم غلبه ما ذكر حين صدور الأخبار، ثم ورودها مورد حكم آخر، ثم عدم إفادة مثله لو سلم للإطلاق و العموم - مما يقبل المنع.

فلم يبق دليل للمسألة إلّا ظاهر الإجماع، و هو حسن.

و تدلّ عليه أيضا رواية محمد بن قيس: «إن نبينا من الأنبياء شكنا إلى ربّه كيف أقضى بأمر لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال: ردّه إلى و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» (٢)، و نحوه في مرسله أبان و في صحيحة سليمان بن خالد.

و يؤيده أيضا المروي في تفسير الإمام المتقدّم في المقدمه - حيث نسب التحليف إلى رسول الله صلى الله عليه و آله (٣) - و بعض الأخبار المتضمنة لقضاء أمير المؤمنين عليه السلام، فإنّ الثابت من تلك الأخبار: أنّ ذلك وظيفه الحاكم، و أنه ما لم يأت بذلك لم يتم حكمه، فلا يجوز له الحكم. و يتحقّق الإذن من الحاكم بمجرد الأمر بالحلف، و لا يحتاج إلى تلقيه ألفاظها، للأصل.

إشاره

صرّح جماعة - منهم: الحلّي و المحقّق و الفاضل «٤»

(١) الكافي ٧: ٤١٦-٣، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٤.

(٢) الكافي ٧: ٤١٤-٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٣.

(٣) راجع ص: ٢٠١.

(٤) الحلّي في السرائر ٢: ١٨٣، المحقّق في الشرائع ٤: ٨٨، و المختصر: ٢٨٢، الفاضل في القواعد ٢: ٢١١، و التبصرة: ١٨٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٠٩

و غيرهم «١» - بأنّه يجب أن يكون الحلف في مجلس القضاء و الحكم، و نفى عنه بعض مشايخنا المعاصرين الخلاف، بل قال: إنّ ظاهرهم الإجماع عليه «٢».

إلّا أنّ ظاهر الفاضل في التحرير عدم اشتراط ذلك و لا وجوبه، حيث قال: و إن أمسك المدّعي عن إحلاف المنكر ثمّ أراد إحلافه بالدعوى المتقدّمة جاز، لأنّه لم يسقط حقه منها و إنّما أخرها «٣».

و أمّا قوله في باب الحلف: - لا ينبغي للحاكم أن يحلف أحدا إلّا في مجلس حكمه إلّا في حقّ المعذور «٤» - فلا يدلّ على الحرمة و لا الاشتراط، بل لفظ «لا ينبغي» ظاهر في الكراهة.

و إلى ذلك مال بعض فضلائنا المعاصرين، قال: و أمّا لزوم كونه في مجلس الحكم - كما يظهر من بعض العبارات - فوجوبه غير معلوم و إن كان هو المنساق من ظاهر الروايات، لكنّها لا تفيد الاشتراط، بل ما يدلّ على استحباب تغليظ اليمين بالمكان يدلّ على جوازه في غيره أيضا، سيّما مع الكراهة في بعضها «٥». انتهى.

و استدلّوا للوجوب ببعض ما مرّ دليلا على لزوم كونه بإذن الحاكم.

و قد عرفت ما فيه.

و قد يستدلّ أيضا بما مرّ في الأخبار المستفيضة من أمر الحاكم بإضافة المدّعي عليه إلى الاسم فيحلف به، فإنّ المتبادر عن ذلك أنّه يلزم

(١) كالسبزواري في الكفاية: ٢٧٠، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٤٠.

(٢) الرياض ٢: ٤٠٣.

(٣) التحرير ٢: ١٨٦.

(٤) التحرير ٢: ١٩١.

(٥) غنائم الأيام: ٦٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٠

أن يكون في حضوره، و لا أقلّ من عدم العلم بالامتنال بدون ذلك.

و فيه منع ظاهر، لصدق الإضافة إلى الاسم بالأمر بالحلف به كيف ما كان.

و قد يقال: إنّ المتبادر من قوله: «أضفهم إلى اسمي يحلفون به» أنّ اللّازم الحلف لأجل طلب الحاكم، فلو حلف المدّعي عليه لا لذلك لم يكن معتدا به.

و لا يعلم كونه لذلك إلّا بتصريح المدعى عليه، أو بقريته تدلّ عليه.

و التصريح لا يفيد، لكونه جالبا به النفع، دافعا للمضرة، فلا بدّ من أن يستدلّ عليه بالقرائن، و ليست إلّا كونه في حضوره بعد طلبه، إذ المستفاد من ذلك أنه أوقعه لأجله، بل لا يمكن تحقّق أزيد من ذلك، فلا بدّ من الإتيان به.

فإن قيل:

الإتيان بالحلف بعد طلب نائب الحاكم في الإحلاف أيضا كذلك.

قلنا:

نعم، لو قلنا بجواز الاستنابة فيه، و لكنّه غير معلوم، لأنّه أمر به الحاكم، و الأصل عدم جواز الاستنابة فيه و عدم كفايته. و فيه: أنّه تتحقّق الإضافة بالأمر بالحلف، و وجوب كون حلفه بقصد أمر الحاكم به فلا دليل عليه، فإذا وُكّل عليه أحدا ليأتي بالمأمور به يصدق عليه الحلف بأمر الحاكم، و ليس ذلك استنابة في الحلف، مع أنّه لو تمّ ذلك لدلّ على لزوم كون الحلف في مجلس الحاكم دون مجلس الحكم، و هو غير مطلوبهم.

و منه يظهر أنّ القول بعدم الوجوب و الاشتراط أظهر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١١

فروع:

أ: القائلون بوجوب كونه في مجلس الحكم استثنوا من ذلك المعذور،

كالمريض و الزمن «١»- اللذين لا- يمكنهما أو يشقّ عليهما الحضور إلى الحاكم- و الخائف، و غير البرزة من النساء، و الحائض و النفساء، مع كون الحاكم في موضع لا يجوز لهما المكث فيه أو الدخول.

قالوا: فيستنيب الحاكم حينئذ من يحلفه، لاستلزام الحضور مع ذلك العسر و الحرج، و إلزام الحاكم حينئذ بمباشرته الإحلاف بالمسير إليه مستلزم للنقص فيه، أو إلقائه في ضيق و شدة و عسر، مع عدم كونه معهودا في الأزمنة السابقة. و احتمل بعض الأصحاب وجوب ذلك على الحاكم، إلّا إذا وجب النقص «٢».

أقول:

لازم أدلّة نفى العسر و الحرج أحد الأمرين: إمّا جواز الاستنابة، أو جواز إيقاف الحكم إلى ارتفاع العذر، إلّا في عذر لم يرج زواله.

فالحكم بالأول مطلقا لا وجه له، إلّا أن يقال بالتخيير، و مرجعه إلى جواز الاستنابة أيضا.

و لكن هذا إنّما يتمّ على ما هو المشهور من عدم جواز إذن الحاكم لمقلده العادل في الحكم في واقعه مخصوصة.

أمّا على ما اخترناه- من جوازه- فيرتفع العذر بالإذن لمن يقولون

(١) الزمانة: العاهة، و آفة في الحيوان، يقال: زمن الشخص زما و زمانة فهو زمن من باب تعب، و هو مرض يدوم زمانا طويلا- مجمع

البحرين ٦: ٢٦٠.

(٢) حكاها عنه في الرياض ٢: ٤٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٢

باستنابته في الإحلاف أن يحكم و يستحلف.

نعم، لو فرض عدم إمكان ذلك لتّم الحكم بالتخيير المذكور.

ب: قد ظهر من عدم اشتراط كون الحلف في مجلس الحكم جواز تأخير المدعى إحنلاف المنكر إلى وقت آخر،

كما نقل عن التحرير «١».

و لا يشترط اعادة الدعوى ثانيا، بل لا يلزم إحضاره عند الحاكم أيضا.

ج: قال في القواعد و التحرير «٢»: لو قال: أبرأتك من هذه اليمين،

سقط حقه منها في هذه الدعوى، و له أن يستأنف الدعوى، لأن حقه لا يسقط بالإبراء من اليمين. فإن استأنف الدعوى و أنكر الخصم فله إحنلافه، لأن هذه دعوى مغايرة للتي أبرأه من اليمين فيها «٣». انتهى.

و هو كذلك، لأننا لو قلنا بسقوط حق هذه اليمين الحاصل بحكم الحاكم بسبب تلك الدعوى لا يوجب سقوط حقه الذي كان يدعيه، للأصل. و مع بقائه يجوز له دعواه ثانيا، و مع الدعوى يجب على الحاكم استماعها و الحكم بمقتضاها، فإذا حكم بالحلف يكون هذا حقا ثابتا «٤» ثبت بالدعوى الثانية. و إن شئت قلت: لم يثبت من الإسقاط إلا سقوط اليمين الثابتة بذلك الحكم دون غيره.

المسألة الرابعة: ثم المنكر - الذي وجه الحاكم إليه الحلف - إما أن يحلف حلفا معتبرا شرعا

إشاره

- كما يأتي بيانه - أو يرده على المدعى، أو ينكل

(١) التحرير ٢: ١٨٦ و ١٩١.

(٢) ليست في «ح».

(٣) التحرير ٢: ١٨٦، و لم نجدها في القواعد.

(٤) في «ح»: ثانيا ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٣

و يأتي عن أحد الأمرين.

فإن حلف سقطت الدعوى عنه في الدنيا، و لكن لا تبرأ ذمته من الحق في نفس الأمر لو كان كاذبا، بل يجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى التخلص من حق المدعى بلا- خلافا، بل بالإجماع، له، و للاستصحاب- حيث لم يثبت من أدلته سقوط الدعوى أزيد من سقوطها ظاهرا- و للمعتبرة من الأخبار:

كصحيحة سعد و هشام: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، و أيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له قطعة من النار» «١».

و المروى في تفسير الإمام عليه السلام: «فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: يا أيها الناس، إنما أنا بشر و إنكم تختصمون، و لعل بعضكم يكون ألحن بحجته، و إنما أفضى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيء فلا يأخذنه، فإنما أقطع له قطعة من النار» «٢».

و يستفاد منها مثل ذلك في جانب المدعى لو شهدت له البيئنة الكاذبة، و بخصوصه وردت أخبار كثيرة، منها: رواية المناهي المشهورة المروية في الفقيه، و فيها: «إنه نهى عن أكل مال بشهادة الزور» «٣».

ثم بما ذكرنا تخصيص الأخبار المتضمنة لنفي الحق للمدعى عن المنكر بعد حلفه أو ثبوته له بعد بينته لحقوق الدنيا، فإنها تسقط عن

المنكر

(١) الكافي ٧: ٤١٤-١، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ١.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ٣، بتفاوت يسير.

(٣) الفقيه ٤: ٢-١، بتفاوت يسير، الوسائل ٢٧: ٢٣٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٤

بعد الحلف المعتبر، فلا تجوز له المطالبة و لا المقاصية بماله كما كان له قبل الحلف، و لا العود في الدعوى، فلو عاد إليها لم تسمع منه، بلا خلاف فيه يوجد، بل باتفاق المسلمين كما قيل «١».

للنصوص المستفيضة، كصحيحه ابن أبي يعفور المتقدمة في المسألة الاولى، و في آخرها: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: و من حلف لكم بالله فصدقه، و من سألكم بالله فأعطوه، ذهب اليمين بحق المدعى و لا دعوى له» «٢».

و روايتي خضر بن عمرو المتقدمتين فيها أيضا «٣»، و رواية البصري المروية في الفقيه: عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا تكون له بينة بماله، قال: «يمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» «٤».

و مرسله إبراهيم بن عبد الحميد: في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده إياه فيحلف له يمين صبر «٥»، إله عليه شيء؟ قال: «لا، ليس له أن يطلب منه» «٦».

و صحيحه سليمان بن خالد: عن رجل وقع لى عنده مال فكا برنى

(١) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

(٢) الفقيه ٣: ٣٧-١٢٦، الوسائل ٢٧: ٢٤٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ٢، بتفاوت.

(٣) راجع ص: ٢٠٦.

(٤) الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

(٥) أى الزم بها و حبس عليها، و كانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم- النهاية لابن الأثير ٣: ٨.

(٦) الكافي ٧: ٤١٨-٣، التهذيب ٨: ٢٩٤-١٠٨٦، الوسائل ٢٣: ٢٨٦ أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ٢، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٥

عليه و حلف، ثم وقع له عندى مال، فأخذه لمكان مالى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع؟ فقال: «إن خانك فلا تخنه، و لا تدخل فيما عبه عليه» «١».

و رواية عبد الله بن وضاح: كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخانى بألف درهم، فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن أقتص الألف درهم التى كانت لى عنده فأحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتنى أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها ففعلت، فكتب: «لا تأخذ منه شيئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذه من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه، لقد مضت اليمين بما فيها» فلم آخذ منه شيئا «٢».

و أما حسنة الحضرمي: رجل لى عليه دراهم فجددنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟ فقال: «نعم» الحديث «٣».

فهى أعمّ مطلقا مما مرّ، لشمولها للحلف قبل استحلاف المدعى

(١) الكافي ٥: ٩٨-١، الفقيه ٣: ١١٣-٤٨٢، التهذيب ٦: ١٩٧-٤٣٧ و ٣٤٨-٩٨٠، الاستبصار ٣: ٥٢-١٧١، الوسائل ١٧: ٢٧٤ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٧.

(٢) الكافي ٧: ٤٣٠-١٤، التهذيب ٦: ٢٨٩-٨٠٢، الاستبصار ٣: ٥٣-١٧٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ٢.

(٣) التهذيب ٦: ٣٤٨-٩٨٢، الاستبصار ٣: ٥٢-١٦٨، الوسائل ١٧: ٢٧٣ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٤. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٦

و الحاكم أيضا، فيجب تخصيصها بما مرّ. مع أنّها لا تصلح لمعارضه ما مرّ، لأشهريته روايته و شذوذها. و مقتضى صريح الصحيحة الاولى و إطلاق البواقي أو عمومها عدم الفرق في ما ذكر بين ما لم يتم بعد الحلف بينه أو أقامها، كما هو الحقّ المشهور، و اختاره الشيخ في الخلاف و النهاية و موضع من المبسوط، و نسه الإسكافي إلى الصادقين عليهما السلام «١»، و عن الخلاف و الغنية الإجماع عليه «٢».

خلافًا للمحكى عن موضع من المبسوط، فتسمع البيّنة مطلقا «٣»، و لعله للإطلاقات سماع البيّنة.

و فيه: أنّها بما مرّ مقيدة، سيّما مع شذوذ ذلك القول بالمرّة.

و للمحكى عن المفيد و ابن حمزة و القاضي و الديلمي، فتسمع - إلّا إذا شرط الحالف سقوط الحقّ باليمين - إلحاقها بالإقرار، فكما يجب الحقّ به بعد الحلف - كما يأتي - يجب بها أيضا «٤».

و هو قياس مع الفارق، فإنّ الإجماع في الإقرار موجود دون البيّنة، و أيضا الإقرار تمام العلة في ثبوت الحقّ، بخلاف البيّنة، فإنّها لا تثبت إلّا بعد الحكم، و مع ذلك فهو اجتهاد في مقابلة النصّ.

و للمحكى عن موضع آخر من المبسوط و الحلبي و الحلبي «٥»، و مال

(١) الخلاف ٢: ٦٢٢، النهاية: ٣٤٠، المبسوط ٨: ٢١٠، حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٦٩٩.

(٢) الخلاف ٢: ٦٢٢، الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

(٣) المبسوط ٨: ١٥٨.

(٤) المفيد في المقنعة: ٧٣٣، ابن حمزة في الوسيلة: ٢١٣، حكاة عن القاضي في المختلف: ٦٩٩، الديلمي في المراسم (الجوامع الفقهية): ٦٥٧.

(٥) المبسوط ٨: ٢١٠، الحلبي في الكافي في الفقه: ٤٤٧، الحلبي في السرائر ٢: ١٥٩، و فيه: و إن قال المدّعي: ليس معنى بيّنة، و طلب من خصمه اليمين فحلّفه الحاكم، ثمّ أقام بعد ذلك البيّنة على صحّة ما كان يدّعيه، لم يلتفت إلى بيّنته و أبطلت. و هو كما ترى مخالف لما نسب إليه، قال في مفتاح الكرامة ١٠: ٧٧ أو وجدوا ذلك في السرائر و لم نعر عليه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٧

إليه في المختلف «١»، فتسمع لو أحلف مع نسيان البيّنة أو عدم علمه بها، و لا تسمع مع العلم بها و الرضا به عنها، لأنّ طلب الإحلاف لظنّ عجزه من استخلاص حقّه بالبيّنة.

و جوابه ظاهر ممّا مرّ.

و مقتضى إطلاق أكثر الأخبار أو عمومها و كذا الفتاوى عدم الفرق في ذلك بين دعوى العين والدين، و لازمه أنّه لو ظفر صاحب العين بها بعد الحلف لم يجز له أخذها، و لو أخذها كان فعل حراما، كما هو مقتضى قوله: «ذهب اليمين بحقّ المدّعي» و قوله: «فلا

حق له» (٢).

إلما أنه يمكن أن يقال: إنَّ المستفاد - من قوله: «قطعت له قطعة من النار» و: «لا يأخذنه» في صحيحة سعد و هشام و تفسير الإمام و النهي عن الأكل (٣) - أنه لا يملكه الحالف و لا يملكه غيره أيضا، فالعين باقية على ملكية المالك البتة، ضرورة عدم تملك غيرهما. بل يدل قوله: «لا يأخذنه» أن للمالك التصرف فيه، فيكون له فيه حق، و ليس جميع أنواع الحقيقة الدنيوية منفية عنه، و به يحصل نوع من الإجمال في الحق المنفي، فيقتصر فيه على المصرح به في الأخبار من الادعاء و المطالبة و التقاض، و يبقى غير ذلك، و هو مقتضى الاستصحاب

(١) المختلف: ٦٩٩.

(٢) المتقدمين في ص: ٢٠٦ و ٢١٤.

(٣) الوارد في رواية المناهى، و قد تقدّم الجميع في ص: ٢١٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٨

أيضا، فلا تخرج العين عن ملكية المالك، فله التصرف فيها و أخذها لو أمكن بدون الدعوى و المطالبة و التقاض.

و لا يجوز لغيرهما العالم بالحقيقة اتباعها عن الحالف و لا ردّها إليه لو وقعت في يده.

و يجب على وارث الحالف المطّلع ردّها، و على الغير أمر الحالف بالردّ من باب النهي عن المنكر، و كذا في الدين، فإنّه يجب على العالم بالواقع نهيّه عن ذلك المنكر.

هذا، ثمّ إنهم قالوا: لو أكذب الحالف نفسه أو ادّعى سهوه أو نسيانه أو إثباته بالحلف - للعجز عن الأداء حين الترافع - و اعترف بالحق المدعى كلّا أو بعضا جاز للمدعى المطالبة و حلّت له المقاصة.

قال المحقق الأردبيلي: و لعله لا خلاف فيه. و قيل: بل لا خلاف ظاهرا بينهم (١). و عن المهذب و الصيمري دعوى الإجماع عليه (٢)، و صرح بالإجماع والدى العلامة في المعتمد، فإن ثبت الإجماع فهو، و إلّا فالأخبار المتقدمة تردّه، و دعوى انصرافها بحكم التبادر إلى غير محلّ الكلام واهية.

و الوجوه التي استدّلوا بها لتخصيص الأخبار غير تامّة.

منها: ما ذكره في المسالك بقوله: لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمّة الخصم، فلا وجه للسقوط (٣).

و ما ذكره المحقق الأردبيلي من عموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و من عموم أدلّة جواز المقاصة.

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) لم نعثر عليه في المهذب، و لكن نسبة إليه في الرياض ٢: ٣٩٨.

(٣) المسالك ٢: ٣٦٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢١٩

و ما ذكره غيرهما (١) من خصوص الخبر: إنّي كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لي، ثمّ إنّه جاء بعد ذلك بسنتين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، و اجعلني في حلّ، فأخذت منه المال و أبيت أن أخذ الربح منه، و أوقفت المال الذي كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ قال: فقال: «خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّله، لأنّ هذا رجل تائب» (٢).

و الرضوى: «و إذا أعطيت رجلا مالا فجحدك و حلف عليه، ثمّ أتاك بالمال بعد مدّة و بما ربح فيه و ندم على ما كان منه، فخذ منه

رأس مالك و نصف الريح، و ردّ عليه نصف الريح، هذا رجل تائب» (٣).

لضعف الكلّ غايته:

أما الأول، فلكونه اجتهادا في مقابلة النصّ، أو مصادرة على المطلوب.

و أمّا الثاني، فلأنّ مقتضى جواز الإقرار الحكم بتعلّقه بما في ذمّته حينئذ واقعا، و لا دلالة على ذلك على جواز المطالبة أو التقاصّ أصلا، فإنّه ليس بأقوى من علم المدّعى نفسه بذلك، مع أنّهم صرّحوا بأنّه إذا لم يقرّ لا تجوز له المطالبة أو التقاصّ، و صرّحوا بأنّه لا تبرأ ذمّة الحالف في نفس الأمر.

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) الفقيه ٣: ١٩٤ - ٨٨٢، التهذيب ٧: ١٨٠ - ٧٩٣، الوسائل ٢٣: ٢٨٦ أبواب الأيمان ب ٤٨ ح ٣.

(٣) فقه الرضا عليه السلام: ٢٥٢، المقنع: ١٢٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٠

و مع ذلك قالوا: إنّ المحلوف له المطّلع على ذلك الأمر النفس الأمرى ليس له المطالبة و التقاصّ، مع أنّ الثابت من الإقرار ليس إلّا تعلّقه في ذمّته قبل الحلف، و أمّا بعده و بعد تصريح الأخبار بأنّ اليمين أذهب حقّه فلا.

و من ذلك ظهر ضعف ما قيل من أنّ التعارض بين عموم الإقرار و ما مرّ من الأخبار بالعموم من وجه، و الترجيح للأخير (١).

فإن قيل: معنى جوازه أنّه يؤخذ به فيحصل التعارض.

قلنا: بل معناه أنّه مثبت للحقّ عليه، فكما أنّ الثبوت الواقعي للمعلوم للمدّعى لم يكن مجوّزا للمطالبة و التقاصّ فكذا ذلك.

و أمّا الثالث، فلأنّ أدلّة التقاصّ أعمّ مطلقا من صحیحته سليمان بن خالد و رواية ابن وضّاح المتقدمتين (٢)، و القاعدة: تخصيصها بهما.

و أمّا الرابع، فلأنّ محلّ الكلام جواز الدعوى و المطالبة و التقاصّ، دون جواز الأخذ لو بذل الحالف المال، فإنّه جائز مع عدم الإقرار أيضا، كيف؟! و هم صرّحوا بأنّ على الحالف مطلقا إبراء ذمّته عن الحقّ المحلوف عليه، و نهى في الأخبار - كما مرّ - عن أخذ ما حلف به لو كان كاذبا.

و على هذا فالحكم المذكور مشكل غاية الإشكال.

و لذا تردّد فيه صاحب الكفاية، بل يشعر منه الميل إلى خلافه، حيث قال: قالوا كذا، و ظاهر الروايات يدلّ على خلافه (٣). انتهى.

و الأحوط أنّه إن بذله الحالف أخذه كما في غير الإقرار أيضا، و إلّا

(١) انظر الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) في ص: ٢١٤ و ٢١٥.

(٣) الكفاية: ٢٦٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢١

فلا يقتص و لا يطالب و لا يدّعيه.

فرع:

على القول بجواز المطالبة مع إكذاب نفسه لو ادّعى صاحب الحقّ أنّ الحالف أكذب نفسه فأنكر كانت دعوى مسموعة، و طولب فيها

بالبينة والمنكر باليمين، و الوجه ظاهر.

المسألة الخامسة: إذا لم يحلف المدعى عليه، بل رد اليمين على المدعى، جاز و صح بالإجماع

إشاره

محققاً و محكياً «١»، له، و للنصوص المستفيضة، كمرسله يونس المتقدمه في المقدمه «٢»، و روايه البصرى المتقدمه في المسألة الرابعة، و قوله في آخر تلك الرواية: «و لو كان حياً لألزم اليمين، أو الحق، أو يرد اليمين عليه» «٣». و صحيحه محمد: في الرجل يدعى و لا بينه له، قال: «يستحلفه، فإن رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «٤». و روايه عبيد: في الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى، قال: «يستحلف، أو يرد اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق [له]» «٥». و مرسله أبان: في الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه،

(١) كما في الرياض ٢: ٣٩٨.

(٢) راجع ص: ٢٠١.

(٣) الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

(٤) الكافي ٧: ٤١٦-١، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٥٧، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ١.

(٥) الكافي ٧: ٤١٦-٢، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٥٦، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٢، بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: عليه، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٢

قال: «يستحلف المدعى عليه، فإن أبى أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق، فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله» «١».

و صحيحه هشام: «يرد اليمين على المدعى» «٢».

و رواية أبي العباس: «إذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين، فإن لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين، فإن أبى أن يحلف فلا حق له» «٣»، و نحوها موثقة جميل «٤» و مرسله أبان «٥»، إلى غير ذلك.

ثم بعد الرد إن حلف المدعى باليمين المردودة استحق و أخذ الحق بالإجماع، له، و لمرسلتي يونس، و أبان المتقدمتين، المنجبرتين - لو كان فيهما ضعف - بالإرسال.

فروع:

أ: إذا رد المنكر اليمين على المدعى فليس للمدعى الرد ثانياً،

بلا خلاف، لاستلزامه التسلسل، و لأن جواز الرد أمر توقيفي و لا دليل عليه،

(١) الكافي ٧: ٤١٦-٤، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٦١، الوسائل ٢٧: ٢٤٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٥.

(٢) الكافي ٧: ٤١٧-٥، التهذيب ٦: ٢٣٠-٥٦٠، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٣.

(٣) الكافي ٧: ٤١٧-٢، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٣، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٨ ح ٢.

(٤) المتقدمة الإشارة إليها في ص ١٥٤ و لكن بعنوان صحيحة جميل.

(٥) الكافي ٧: ٤١٧-٢، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٨ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٣

و لتصريح المرسلتين المتقدمتين بوجوب اليمين عليه.

و هل للمنكر استردادها و حلفه بنفسه؟

فإن كان بعد حلف المدعى فليس ذلك له، بلا إشكال و خلاف، و عن المسالك الإجماع عليه «١»، و لثبوت الحق على المنكر بحلفه بمقتضى الأخبار المتقدمة فيجب على الحاكم الحكم به، و لا يسقط الحق الثابت باليمين. و إن كان قبل حلفه، فعن الشيخ - كما في الدروس «٢» و غيره «٣» - أنه أيضا كذلك إذا لم يرض به المدعى، و هو الأصح، لأن كلاً من الحلف و الردّ و الاسترداد أمور شرعية موقوفة على التوقيف، و لا توقيف هنا.

فإن قيل:

جاز للمنكر الحلف قبل الردّ فيستصحب.

قلنا:

يعارضه جوازه للمدعى أيضا بعد الردّ فيستصحب، و لا يمكن استصحابهما معا، لعدم إمكان اجتماع الحلفين.

فإن قيل:

يمكن أن يكون جوازه للمدعى مقيدا بعدم الاسترداد.

قلنا:

يعارضه إمكان تقييد جوازه للمنكر أيضا بعدم الردّ، مع أن المصرح به في الأخبار - كما مرّ - وجوبه على المدعى، و ذلك يستلزم سقوطه عن المنكر حال وجوبه عليه، لعدم إمكان بقائهما معا، فلا يبقى شيء يستصحب، بل يستصحب عدمه في حقه. و ظاهر الدروس أن له ذلك «٤». و نفى بعض الفضلاء المعاصرين عنه البعد، محتجاً بأن الردّ في معنى الإباحة لا الإبراء، و الأصل بقاء الحق «٥».

(١) المسالك ٢: ٣٧٣.

(٢) الدروس ٢: ٩٤.

(٣) كالمسالك ٢: ٣٧٣.

(٤) الدروس ٢: ٩٤.

(٥) انظر غنائم الأيام: ٦٨١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٤

و فيه: أنه إن أريد أنه إباحة لا إبراء فمع أنه لا معنى محصل له نقول:

إنه ليس بشيء منهما، بل أمر شرعي، كمطالبة المدعى أولا عنه الحلف، فإنه ليس إباحة و لا إبراء.

و إن أريد أنه في معناها من جهة عدم اللزوم فهو مصادرة محضة.

و أما أصل بقاء الحق فقد عرفت حاله.

ثمّ بما ذكرنا ظهر عدم جواز الاسترداد مع رضا المدعى أيضا، لجريان الأدلة فيه أيضا، و دعوى الإجماع في أمثال تلك المسائل

مجازفة.

ب: إذا رد المنكر اليمين على المدعى فهل للمدعى إلزام المنكر بإحضار المال قبل اليمين؟

قال في المختلف: لا نص فيه «١». و عن الحلبي: القطع بأنه له «٢».

و عن الشهيد الثاني: العدم «٣»، و هو مختار والدي، و هو الأظهر، للأصل، و عدم ثبوت حق عليه بعد .. و القدرة على الإثبات ليس ثبوتاً.

ج: اختلفوا في أن حلف المدعى باليمين المردودة،

فهل يمينه بمنزلة البينة، أو الإقرار؟ و فرعوا على ذلك الخلاف فروعاً كثيرة مذكورة في مواضعها.

و الحق - كما ذكره المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية «٤» و والدي العلامة في المعتمد - عدم مستند مقبول يصح الاتكاء عليه لشيء من القولين، و اللازم إرجاع كل فرع فرع إلى الأصول و القواعد و اعتبار الأدلة فيها.

(١) المختلف: ٧٠٠ و فيه: و لم يحضرنى الآن قول لأصحابنا يوافق على ذلك.

و الوجه المنع ..

(٢) الكافي في الفقه: ٤٤٧.

(٣) الروضة ٣: ٨٦.

(٤) الكفاية: ٢٦٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٥

المسألة السادسة: مقتضى ما ذكرنا من توقيف الرد و أصله عدم جوازه

- بل دلالة قوله: «و اليمين على المدعى عليه» في الأخبار المتكثرة «١» على عدم الرد - اختصاصه بمورد الإجماع و النصوص، و كلاهما مخصوصان بما إذا كان المدعى صاحب الحق و ادعى لنفسه الحق، أما الأول فظاهر، و أما الثاني فللتصريح في جميع الأخبار المتقدمة بقوله: «حقه» أو:

«لا حق له» أو: «صاحب الحق» أو: «ماله» حتى آخر رواية البصري، كما يظهر مما تقدم على ما نقلناه عنه و ما تأخر «٢».

نعم، ظاهر صحيحة هشام «٣» إطلاق المدعى، و لكن يضعفه:

جواز انصرافه إلى الغالب، و هو المدعى لنفسه، كما يستفاد من سائر الأخبار أيضاً، بل تبادلته منه.

و عدم ظهور قول بالإطلاق، بل ظهور إطباق الأصحاب على خلافه.

و إجمال قوله: «يرد»، حيث إنه ليس المراد منه الإخبار الذي هو حقيقته، و لا - الطلب، و لا - الرجحان، بل مجاز آخر، و هو يمكن أن يكون مطلق الجواز، و أن يكون الجواز المطلق. و الثاني غير معلوم، و الأول لا يفيد الإطلاق.

و معارضتها مع الأخبار المتكثرة القائلة بأن اليمين على المدعى عليه.

و على هذا، فلا دليل على جواز الرد على من يدعى لغيره حقاً، حيث تجوز له الدعوى، و لذلك صرح الأصحاب - من غير خلاف بينهم يوجد - باستثناء جواز الرد فيما إذا كان المدعى وصياً ليتيم، أو قتيماً له أو

(١) المتقدمة في ص: ٢٠١.

(٢) المتقدمة إليها الإشارة جميعا في ص: ١٥٤ و ٢١٤ و ٢٢١ و ٢٢٢.

(٣) المتقدمة في ص: ٢٢٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٦

لغائب، أو وليا لأحدهما أو لمجنون أو سفیه، أو وصيا لحجّ أو خمس أو زكاة أو نحو ذلك.

و على هذا، فيلزم على المنكر- على تقدير الإنكار- إما دفع الحقّ على المدّعى أو اليمين له، يعنى: إذا لم يحلف يحكم عليه بوجوب الأداء، لما يأتى من الحكم على ثبوت الحقّ بالنكول، لعمومات: «البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر» الخالية عن معارضات الردّ هنا.

و منهم من حكم فى غير الأخير بالإيقاف حتى يبلغ الطفل و يفيق المجنون و يرجع الغائب فيحلف، و فى الأخير يحبس المنكر حتى يحلف أو يقرّ.

و ليسا بوجه، أمّا الأول فلاّنه ترك لأدلة الحكم بالنكول بل موجب، و أمّا الثانى فلذلك، مضافا إلى عدم دليل على جواز الحبس.

نعم، لو كان المدّعى وكيلا، يردّ اليمين، و يحلف الموكل، لأنّه المدّعى حقيقة و الوكيل آله، بخلاف الوصى و القيم.

و كذا يشترط فى جواز الردّ عدم مانع من يمين المدّعى عليه، فإن كان هناك مانع منه لا يكون ردّ، إذ جواز ردّ اليمين فرع جواز اليمين، فإذا لم يجز لم يجز، و لذا خصّ الأصحاب جواز الردّ أيضا بما إذا كانت الدعوى مجزومة.

و أمّا إذا كانت مظنونة أو موهومة- على القول بسماعهما- لا يكون ردّ، لأنّ اليمين لا يكون إلّا على البتّ و اليقين كما يأتى، فلو لم يحلف يحكم عليه، لما مرّ.

المسألة السابعة: لو لم يحلف المدّعى بعد ردّ اليمين إليه، فإن كان عدم حلفه تركا له و امتناعا عنه

- بأن يقول: لا أحلف، أو: لا أريد أن

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٧

أحلف، لكون الحلف مكروها أو تركه مرغوبا إليه- سقط حقه و بطلت دعواه فى ذلك المجلس إجماعا، و فى غيره أيضا على الأشهر الأظهر، بل عليه أكثر من تقدّم «١» و عامّة من تأخّر، للأخبار المتقدمة جميعا، فليس له مطالبه الخصم بعد ذلك، و لا استئناف الدعوى فى مجلس آخر، و لا مقاصته.

و حكى بعض الأجلّة الخلاف فيه عن المبسوط و عن موضع من القواعد، فتسمع دعواه فى مجلس آخر «٢»، و الأخبار المذكورة تدفعه.

و لا فرق فى سقوطه مطلقا بين ما إذا لم يقيم بعده بيّنة أو أقامها، لإطلاق النصوص و الفتاوى.

و فى التحرير و عن الشهيدين «٣» و بعض من تبعهما «٤»: سماع دعواه إذا أتى بيّنة، و اختاره والدى رحمه الله فى المعتمد، و لعله لأجل أنّ معنى قوله فى الروايات المتقدمة:- «إن لم يكن شاهدا و لا بيّنة له» أو: «ليس له بيّنة» و نحوها:- انتفاؤها فى نفس الأمر و انحصار الحجّة المثبتة لحقه فى اليمين.

و فيه: أنّه لو سلّم ذلك فلا يجرى فى روايه أبى العباس و موثقه جميل و مرسله أبان «٥»، فإنّها متضمّنة لقوله: «فإن لم يقيم بيّنة» الشامل لجميع صور عدم إقامة البيّنة، سواء كان لعدمها، أو عدم تذكرها، أو عدم إرادتها، أو غير ذلك.

(١) كالصدوق فى المقنع: ١٣٢، و الطوسى فى النهاية: ٣٤٠، و الحلّى فى السرائر ٢: ١٥٩.

(٢) انظر كشف اللثام ٢: ٣٣٧، وهو في المبسوط ٨: ٢٠٩، والقواعد ٢: ٢٠٩.

(٣) التحرير ٢: ١٩٤، الشهيد الأول في الدروس: ١٧٧، والشهيد الثاني في الروضة ٣: ٨٦.

(٤) كالفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٢٥٧، وصاحب الرياض ٢: ٣٩٩.

(٥) المتقدمة جميعا في ص: ٢٢٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٨

و استدلال والدي بانصراف إطلاق أخبار المسألة إلى صورة عدم البيئ.

وفيه: منع ظاهر.

و إن لم يكن عدم حلفه امتناعا و تركا- بل كان استمهالا حتى ينظر في الحساب، أو يسأل الشركاء أو غيرهم، أو كان لأجل توقع حضور بيئته «١» أو قال: أحضر البيئ- ترك و لم يبطل حقه على الأصح كما في المسالك «٢» و غيره «٣»، لأصالة بقاء حقه، و عدم فوريته اليمين.

و ظاهر التحرير عدم السماع حينئذ أيضا «٤».

و استشكل فيه المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية «٥»، لعموم الأدلة.

وفيه: منع العموم، فإن معنى قوله: «أبي أن يحلف»- كما في طائفة من الأخبار المذكورة «٦»-: ترك الحلف و الامتناع منه، و لا يقال للمستعمل المقتدر: إنه أبي، بل هو الظاهر من قوله: «فلم يحلف» كما في طائفة أخرى «٧»، لأن الظاهر من عدم الحلف الامتناع منه، سيما بملاحظة الطائفة الأولى، فيبقى الأصل و الاستصحاب بحاله.

و حينئذ فهل يقدر الإمهال بقدر أم لا؟

الظاهر: الثاني وفاقا للمسالك «٨»، للأصل، و عدم الدليل، و أصالة

(١) في «ق» زيادة: أو إحضاره.

(٢) المسالك ٢: ٣٦٨.

(٣) كالْمفاتيح ٣: ٢٥٧. و الرياض ٢: ٣٩٩.

(٤) التحرير ٢: ١٩٤ و فيه: لا تسمع دعواه إلّا ببيئته، و إن طلب الإمهال آخر ..

(٥) الكفاية: ٢٦٨.

(٦) في ص: ١٥٤ و ٢٢٢.

(٧) تقدّمت في ص: ٢١٤.

(٨) المسالك ٢: ٣٦٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٢٩

عدم اللزوم بالتقدير، و لأنّ اليمين هنا لإثبات حقه، و اليمين حقه، فله تأخير ما شاء، بخلاف المدعى عليه.

المسألة الثامنة: لو لم يحلف المدعى عليه و لم يرد اليمين، بل أبي عن أحد الأمرين و نكل عن الحلف

إشاره

، قالوا: يقول له الحاكم: إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلا، أو قال: إن حلفت أو رددت اليمين أو جعلتك ناكلا. و على القول برّد الحاكم اليمين بعد النكول إلى المدعى يقول: حلفت أو رددت و إلّا رددت و جعلتك ناكلا.

قالوا: و يستحبّ تثليث ذلك.

و عن المبسوط و الدروس و جوب المرّة الاولى «١».

و لم أعر على دليل عليه- كما اعترف به بعض آخر أيضا «٢»- و الأصل ينفيه، كما أنّه ينفى استحباب الثلاث بل المرّة أيضا، إلّا أن يثبت بفتوى الفقهاء، حيث يسامح في أدلة السنن.

و لكن فيه أيضا في المقام إشكالا، إذ مقتضى الأخبار ثبوت الحقّ عليه، أو ثبوت الردّ على المدّعى بترك الحلف، فسقوطهما- بعد قول الحاكم ما ذكر و قبوله الحلف بنفسه- مناف لتلك الأخبار، محتاج إلى الدليل، و لذا قالوا بعدم قبول يمين المنكر بعد الحكم بالنكول، فإنّه لا فرق في ذلك بين قبل الحكم و بعده، لأنّ النكول يوجب الحكم، و الحكم أحد الثبوتين، فما يدلّ على عدم قبول الحلف في إسقاط ما ثبت على المنكر بالحكم بعده يدلّ على عدم قبوله في إسقاط ما ثبت على الحاكم من الحكم

(١) المبسوط ٨: ١٥٩ و فيه: يقول هذا له ثلاثا ..، نعم نسب إليه في مفتاح الكرامة ١٠: ٨٠ و جوب المرّة الأولى فقط، الدروس ٢: ٨٩.

(٢) حكاة عن الأردبيلي في مفتاح الكرامة ١٠: ٨٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٠.

بالنكول قبله أيضا، و لو قاله قبل إظهار عدم الحلف لكان أولى.

و كيف كان، فإذا نكل و أصرّ عليه ففي حكمه خلاف، فذهب الصدوقان و المفيد و الشيخ في النهاية و الديلمي في المراسم و القاضي في الكامل و أبو الصلاح و المحقّق في الشرائع و النافع و المعبر و الفاضل في التلخيص و المحقّق الثاني إلى أنّه يقضى عليه بمجرد نكوله «١».

و هو قول ابن زهرة في الغنية بعد ما ذكر في موضع منه ما يدلّ على القول الآخر- كما حكى عنه- حيث قال في موضع آخر بعده: و إن نكل المدّعى عليه عن اليمين ألزمه الخروج عن خصمه ممّا ادّعاه «٢».

و اختاره من متأخري المتأخريين جماعة، كالكفاية و المفاتيح و شرحه و والدي العلامة «٣» و بعض الفضلاء المعاصرين «٤»، و هو ظاهر الشهيد الثاني «٥».

و ذهب الإسكافي و الشيخ في المبسوط و الخلاف و القاضي في المهذب و الحلّي و ابن حمزة و الفاضل في أكثر كتبه و الشهيد إلى أنّه يردّ الحاكم اليمين على المدّعى، فإن حلف ثبت حقه، و إن نكل بطل «٦».

(١) المفيد في المقنعة: ٧٢٤، النهاية: ٣٤٠، المراسم: ٢٣١، أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٤٤٧، الشرائع ٤: ٨٥، النافع: ٢٨٢، و حكاة

عن تعليق النافع للمحقق الثاني في مفتاح الكرامة ١٠: ٨٣.

(٢) الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٦.

(٣) الكفاية: ٢٦٨، المفاتيح ٣: ٢٥٧.

(٤) المحقق القمي في رسالته القضاء (غنائم الأيام): ٦٨٥.

(٥) الروضة ٣: ٣٦٩. مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ٢٣٠ المسألة الثامنة: لو لم يحلف المدعى عليه و لم يرد اليمين، بل

أبي عن أحد الأمرين و نكل عن الحلف ص: ٢٢٩

(٦) حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٦٩٥، المبسوط ٨: ١١٧ و ١٥٩ و ١٦٠ و ٢١٢، الخلاف ٢: ٦٢١، المهذب ٢: ٥٨٥، الحلّي في

السرائر ٢: ١٦٥، ابن حمزة في الوسيلة: ٢١٧، الفاضل في المختلف: ٦٩٥، التحرير ٢: ١٨٦، التبصرة: ١٨٧، الشهيد في الدروس ٢: ٨٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣١

و اختاره بعض مشايخنا المعاصرين «١»، و نسبه بعضهم إلى أكثر المتأخرين «٢»، و عن الخلاف و الغنية الإجماع عليه «٣»، و في السرائر: أنه مذهب أصحابنا عدا الشيخ في النهاية «٤».

و الحقّ هو الأول، لاستصحاب عدم ثبوت الحلف على المدعى، و عدم توقيفية الردّ من الحاكم، لصدر رواية البصرى المروية في الكافي و التهذيب: عن الرجل يدعى قبل الرجل الحقّ فلا تكون له بينة بماله، قال: «فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له، و إن لم يحلف فعليه» «٥».

و ذيلها المرويّ في الكافي و التهذيب و الفقيه، و فيه: «و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين عليه» الحديث «٦». و في كلّ من صدرها و ذيلها دلالة على المطلوب، أمّا الصدر ففي قوله: «و إن لم يحلف فعليه» و أمّا الذيل ففي قوله: «لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين».

و الإيراد عليها تارة بضعف السند. و هو - بعد وجودها في الكتب الأربعة - عندنا باطل، مع أنّه بتلقّى الأصحاب لها منجبر. و القول - بأنّه جابر لخصوص ما تلقّوه لا جميعا - فاسد، لأنّه إنّما هو إذا كان الانجبار مخصوصا بالمدلول، و أمّا مع

(١) انظر الرياض ٢: ٤٠٠.

(٢) كما في الرياض ٢: ٤٠٠.

(٣) الخلاف ٢: ٦٢١، الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

(٤) السرائر ٢: ١٨٠.

(٥) الكافي ٧: ٤١٥ - ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ - ٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

(٦) الفقيه ٣: ٣٨ - ١٢٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٢

الانجبار المتنى فيكون حجة في جميع ما يدلّ عليه الكلام، كما بينا في موضعه.

و اخرى: باختلاف النسخة، فإنّ الرواية على ما في الفقيه خالية عن قوله: «و إن لم يحلف فعليه» بل بدله: «و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حقّ له» و على هذا فلا دلالة فيها على الحكم.

و فيه: أنّ الاختلاف إنّما يوهن إذا كان في النسخ من الكتاب الواحد، أمّا من الكتب المتعدّدة فلا، لأنّ الأصل فيه تعدّد الرواية دون نسخ الرواية الواحدة، هذا مع أنّ ذيله - الذي هو أدلّ على المطلوب من صدره - اتّفقت عليه كتب المشايخ الثلاثة.

و ثالثه: بضعف الدلالة، إذ لا قائل بإطلاق ثبوت الحقّ عليه بعدم الحلف، بل لا بدّ إمّا من تقييده بالنكول عن الردّ، أو بما إذا ردّه على المدعى و حلف، و الأول ليس بأرجح من الثاني.

و فيه: أنّ مقتضى الإطلاق ثبوت الحقّ بعدم الحلف على المنكر، سواء لم يردّ مع ذلك اليمين، أو ردّه و حلف المدعى، أو ردّه و لم يحلف، خرج الأخير بالدليل فيبقى الباقي، و مثل ذلك الاستدلال جار في أكثر أبواب الفقه، و ليس من باب احتمال التقديرين أو التجويزين حتى يحتاج إلى الترجيح و يحصل الإجمال بدونه.

و رابعة: باحتمال كون المبتدأ المقدر لقوله: «فعليه» الحلف، و الضمير المجرور للمدعى، أي فالحلف على المدعى، أو يكون المبتدأ المقدر: الحقّ المالي - و هو الدعوى - و الضمير للمنكر.

و فيه: أنّه خلاف الظاهر، و فتح باب تلك الاحتمالات يسدّ باب الاستدلال غالبا.

و خامسة: باحتمال التقيّة فيه، لكون ذلك مذهب جمع من العامة،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٣

و منهم أبو حنيفة (١).

وفيه: أنه إنما يفيد في موضع المعارضة ولا معارض للرواية.

هذا، مع أن غير الأخير من تلك الوجوه لا يضرب في دلالة الدليل.

و تضعيف دلالاته - باحتمال كون قوله: «أو يردّ اليمين عليه» بصيغة المجهول، فيراد ردّ الحاكم - سخيّف غايته، لأنه لا يسبق إلى ذهن من له أدنى إنس بالكلام مثل ذلك، مع أن ردّ الحاكم على المدعى ليس منوطاً بالحياة، و أيضاً لو كان كذلك للزم أن يقول: «و يردّ» بلفظة: الواو، دون: أو، على ما هو بصدده.

نعم، يكون الإلزام بالحقّ مع ردّ الحاكم، فلا معنى للتقسيم بالأقسام الثلاثة، و هذا ظاهر.

و تدلّ على المطلوب أيضاً صحيحة محمد: عن الأخرس كيف يحلف؟ قال: «إن أمير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربها فامتنع فألزمه الدين» (٢).

و ظاهر أنه لم يردّ اليمين على المدعى كما تدلّ عليه لفظة «الفاء»، فإنها تدلّ على ترتب الإلزام على الامتناع من غير حاجة في بيان عدم الردّ إلى توسط قبح تأخير البيان عن وقت الحاجة. و لا قائل بالفرق بين الأخرس و غيره.

و الإيراد عليها تارة بمثل ما مرّ من لزوم تقدير، لعدم جواز الإلزام بالامتناع عن اليمين إلّا مع الامتناع عن الردّ أيضاً، و تقديره ليس بأولى من

(١) انظر بداية المجتهد ٢: ٤٦٩.

(٢) الفقيه ٣: ٦٥ - ٢١٨، التهذيب ٦: ٣١٩ - ٨٧٩، الوسائل ٢٧: ٣٠٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣٣ ح ١، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٤

تقدير ردّ الحاكم على المدعى.

وفيه: أن لزوم تقدير إنما هو إذا قلنا: إن النكول و علّة الإلزام بالحقّ هما الامتناعان معاً، و ليس كذلك، بل النكول و الموجب للإلزام هو الامتناع عن اليمين، إلّا إذا ردها مع ذلك إلى المدعى، فإذا امتنع نكل، و الزم ما لم يظهر ردّ، فلا يحتاج إلى تقدير عدم الردّ و ذكره، لأنّ الامتناع كاف في الإلزام ما لم يظهر منه الردّ.

و اخرى: بأنّه قضيه في واقعه، فلا تكون عامّة.

و فساده ظاهر، لأنه إن أريد بعدم عمومها بالنسبة إلى ردّ اليمين بعد الامتناع و عدمه فقد عرفت أن لفظة «الفاء» - الدالّة على الترتيب المثلث لعلّيّة الامتناع فقط - تدلّ على أن الإلزام مترتب على الامتناع.

و إن أريد عمومها بالنسبة إلى غير هذا الأخرس أو الشخص المخصوص، فعدم القول بالفصل كاف في التعميم.

و ثالثه: بأنّه فرع العمل به في كفيّة إحلاف الأخرس، و لم يقل به غير نادر.

و فيه أولاً: إننا نقول بالعمل به فيها و إن لم يكن مشهوراً.

و ثانياً: إن مخالفته المشهور إنما هو إذا قلنا: إن العمل بهذه الكفيّة لخصوصيّتها، و أمّا لو قلنا بكونه لأجل أنّها أحد أفراد الإشارة المفهومة، لم يخالف الشهرة كما يأتي.

و رابعة: بمنافاتها لما ذكر من نقل الجمهور خلافه في النكول عن عليّ عليه السلام.

وفيه: أنه أيّ اعتماد على نقل الجمهور؟! و كم من هذا القبيل - كما لا يخفى - على من لاحظ إسنادهم في الفرائض إليه؟!!

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٥

و ممّا يدلّ على المطلوب أيضاً رواية أبي بصير المتقدّمة في المقدّمة، حيث قال فيها: «لو أن رجلاً ادّعى على رجل عشرة آلاف درهم

أو أقل من ذلك أو أكثر، لم يكن اليمين على المدعى، و كانت اليمين على المدعى عليه» (١).
فإن قوله: «لم يكن اليمين» عامٌ شامل لما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين أو لم ينكل، ردّ اليمين على المدعى أو لم يردّ، خرجت صورة الردّ بالإجماع و النصوص، فيبقى الباقي.

و منه ما إذا نكل المدعى عليه فلا يمين على المدعى حينئذ بمقتضى الرواية، فلا يخلو إمّا يلزم المدعى عليه بالحق، أو المدعى بترك الدعوى، أو يوقف الحكم، و الأخيران باطلان بالإجماع، فيبقى الأول و هو المطلوب.
و بتقرير آخر: إذا نكل المدعى عليه فليس إلّا يمين المدعى، أو إلزام المدعى عليه إجماعاً، و الأول باطل بعموم الرواية، فبقى الثانى، و هو المطلوب.

و قد يستدلّ أيضاً بقولهم عليهم السلام: «البينة على المدعى، و اليمين على من أنكر» (٢)، و فى إتمام دلالتة إشكال.
احتج الآخرون (٣) بالإجماع المنقول.
و استصحاب براءة ذمّة المنكر.

(١) الكافي ٧: ٣٦٢-٨، الفقيه ٤: ٧٣-٢٢٣، التهذيب ١٠: ١٦٧-١٦٣، الوسائل ٢٩: ١٥٦ أبواب دعوى القتل و ما يثبت به ب ١٠ ح ٥.
(٢) انظر الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣.
(٣) كما فى الرياض ٢: ٤٠٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٦
و النبوى العامى: أنه صلى الله عليه و آله ردّ اليمين على طالب الحق (١).
و رواية عبيد و صحيحة هشام، المتقدمتين فى المسألة الخامسة (٢).
و بنقل الجمهور نسبة ذلك القول إلى أمير المؤمنين عليه السلام.
و الأول: مردود بعدم الحجية، سيما مع مخالفة فحول الطائفة قبل الدعوى، بل مخالفة الناقل نفسه قبلها كالشيخ (٣)، أو بعدها كابن زهرة (٤)، و لذا جعل فى المسالك و المعتمد هذا الاحتجاج من غرائب الاحتجاجات (٥).
و الثانى: بمعارضته مع أزيد منه من الاستصحابات المتقدمة، ثم بمزايته بما ذكرنا من الأدلة.
و الثالث: بعدم الحجية، ثم بعدم الدلالة، لكونه قضيه فى واقعه لا يعلم حالها أنّها فى أى واقعه.
و الرابع: بعدم الدلالة، لأنّ الظاهر أنّ فاعل «يردّ» هو المدعى عليه، لمناسبته لضمير: «يستحلف» المقارن له، و لا أقلّ من الاحتمال المسقط للاستدلال.

و الخامس: بذلك أيضاً، لما مرّ من تعدّد مجازة و عدم تعيينه، و لعلّه أنه قد يجوز الردّ.
و السادس: بعدم حجّية نقلهم و إن أطبقوا عليه.
و قد استدللّ بوجوه آخر بينة الوهن، فلا فائدة فى التعرّض لها.

(١) سنن الدار قطنى ٤: ٢١٣-٢٤.

(٢) راجع ص: ٢٢١ و ٢٢٢.

(٣) النهاية: ٣٤٠.

(٤) الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٦.

(٥) المسالك ٢: ٣٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٧

فرعان:

أ: لو سكت المدعى عليه بعد عرض الحاكم عليه اليمين فهل هو نكول أم لا؟

قال في التحرير: نعم، بعد تعريف القاضي أنه إذا عرض عليه اليمين ثلاثا و امتنع بسكوت أو غيره استوفى الحق بيمين المدعى «١». أقول:

الأولى الرجوع في ذلك إلى العرف، فإن سكوته قد يكون لتدبر و تأمل في الواقعة، أو لدهش، أو لتعظيم للحلف، فإن دلت القرائن الحالئة على أنه تارك للحلف يصير ناكلا. و لعله لذلك جعل في التحرير تنكيه بعد التعريف ثلاثا، إذ مع ذلك يحكم العرف بترك الحلف.

ب: ظاهر عبارات الأصحاب- كما قيل «٢»، و منهم الفاضلان «٣»- عدم الالتفات إلى قول المنكر لو بذل بعد نكوله اليمين،

بأن حلف، أو يقول:

ندمت من النكول بل أحلف.

و خصه المحقق في النافع و الفاضل في التحرير بما إذا كان ذلك بعد الحكم عليه بالنكول «٤».

و نفى بعضهم الخلاف فيه في هذه الصورة على القول المختار، و في صورة إحلاف الحاكم المدعى على القول الآخر، مستدلا بثبوت الحق على المدعى عليه بذلك، فيستصحب إلى تيقن المسقط، و اختصاص السقوط

(١) في النسخ: المدعى عليه، و الصحيح ما أثبتناه كما في التحرير ٢: ١٩٤.

(٢) انظر الرياض ٢: ٤٠١.

(٣) المحقق في الشرائع ٤: ٨٥، العلامة في القواعد ٢: ٢٠٩.

(٤) النافع: ٢٨٢، التحرير ٢: ١٩٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٨

بيمينه بحكم التبادر و غيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكوله «١».

و استشكل بعض آخر في عدم الالتفات إذا كان ذلك قبل الحكم، و منهم من حمل إطلاقاتهم على ما في النافع أيضا «٢».

أقول:

بل يمكن حمل كلام النافع على إطلاقاتهم، فإنه قال: لو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت إليه. و كما يمكن أن تكون «الباء» سببية يمكن أن تكمن إصاقيته، أي بعد ثبوت النكول و تحققه.

و كيف كان، فالعلامة المذكورة لعدم الالتفات مشتركة، لأن كما أن الحكم بسبب النكول أو إحلاف المدعى عليه لثبوت الحق عليه فيستصحب، فكذلك أصل النكول سبب و علته لثبوت حق الحكم و وجوبه، أو جوازه بالحق أو بالرد على الحاكم، فيجب استصحابه.

و الحاصل: أن بعد الحكم يستصحب ثبوت الحق على المدعى عليه، و قبله على الحاكم، و لا فرق.

و أما ما ذكره الأردبيلي ردا على إطلاقاتهم، من أنه فرع ثبوت الحق بالنكول فورا و لا دليل عليه.

ففيه: أنه و إن كان كذلك و لكن ثبت ما على الحاكم عليه فورا، إذ يمكن أن يقال في ثبوت الحق بتوقفه على الحكم، و أما وظيفة

الحاكم فلا يتوقف ثبوتها على طول مدة قطعا.
 إلما أن يقال: إنه يمكن أن يكون ما على الحاكم مقيدا بعدم الرجوع عن النكول فلا يمكن استصحابه، و لا يجرى ذلك في ثبوت الحق في ذمته، فإنه لا يقبل التقييد.
 و لكن ذلك يصح على القول بتوقف ثبوت الحق على الرد على

(١) انظر الرياض ٢: ٤٠١.

(٢) كما في غنائم الأيام: ٦٨٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٣٩.

المدعى.

و أمرا على المختار، فالظاهر ثبوته بالنكول، و حكم الحاكم جزء لسبب ثبوته على الناس لا فى الواقع، أو على الحاكم، فبالنكول يثبت الحق على الحاكم، فيحكم به لإثباته على الغير، فتأمل.

و قد يقال أيضا: بأن عدم الالتفات قبل الحكم أو بعده إنما هو إذا عرض حكم النكول على المدعى عليه، أو كان عالما به، و أمّا لو لم يعرض عليه فادعى الجهل بحكم النكول فيشكل نفوذ القضاء، لظهور عذره.

و فيه: أن ذلك ليس حكما تكليفيا حتى يعذر فيه الجاهل أحيانا، بل وضعى، و ليس الاستشكال هنا إلّا كالأستشكال فى ثبوت الدية على من كسر رأس غيره مع الجهل بثبوت الدية به.

و على القول بعدم الالتفات مطلقا أو بعد الحكم فهل يتفاوت الحكم برضى المدعى بيمينه أم لا؟

قيل: نعم «١»، و الأظهر: لا، لأنه أمر شرعى لا ينوط برضى أحد الخصمين أو عدم رضاه.

(١) كشف اللثام ٢: ٣٣٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٠.

الموضع الثانى فى الحكم بالبينه

إشاره

و فيه أيضا مسائل:

المسألة الاولى: و إن قال المدعى: لى بينه، استحضرها الحاكم منه

وجوبا إن علم جهل المدعى بأن له الإحضار، و جوازا مطلقا كما عليه الأكثر، كما صرح به جماعة، و منهم: الشيخان و الديلمى و الحلبي و القاضى فى أحد قوليه «١»، للأصل.

و خلافا للمبسوط و المهذب و السرائر، فلم يجوزوه مطلقا، لأنه حق له، فله أن يفعل ما يرى «٢».

و فيه: أن الأمر هنا للإرشاد دون الإيجاب.

و منهم من فضّل بين علم الحاكم بمعرفة المدعى بماله و جهله به «٣»، و الظاهر أن ذلك أيضا مراد المبسوط و من تبعه، كما أن الظاهر أن مرادهم نفي جواز الأمر الإيجابى، و مراد المجوزين الإرشادى، فيعود نزاع الكلّ إلى اللفظى. ثمّ - بعد حضور البينة - يجىء

الوجهان فى سؤال الحاكم عنها قبل طلب المدعى و عدمه، و لعلّ الأقرب: الجواز.

المسألة الثانية: لا يتعين على المدعى إذا كانت له بينة

غائبة.

(١) المفيد في المقنعة: ٧٢٣، الطوسي في النهاية: ٣٣٩، الديلمي في المراسم: ٢٣١، الحلبي في الكافي في الفقه: ٤٤٦، حكاة عن القاضي في المختلف: ٦٩٠.

(٢) المبسوط ٨: ١٥٩، المهذب ٢: ٥٨٥، السرائر ٢: ١٥٨، ١٦٥.

(٣) كالعلامة في المختلف: ٦٩٠، والقواعد ٢: ٢١٠، والشهيد في الدروس ٢: ٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤١

إحضارها ولا حاضرة إقامتها، بل يجوز له الإحلاف حينئذ أيضا، بمعنى:

أن المدعى الذي له بينة مختير بين إقامة البينة والتحليف، وللحاكم تخيره بينهما. صرح به في التحرير «١»، ونفى بعض مشايخنا المعاصرين عنه الخلاف في صورة عدم حضور البينة، ثم قال: بل ذكر جماعة من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدعى بين إحلافه وبين إقامة البينة ولو كانت حاضرة، لأن الحق له، فله أن يفعل ما يشاء منهما «٢». انتهى.

و نسب بعض فضلائنا المعاصرين تخييره مطلقا إلى المستفاد من الأدلة، وقال: فلا يتوهم أنه مع إمكان إقامة البينة لا يجوز التحليف «٣».

انتهى.

أقول: وتدل عليه صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمة في المسألة الأولى من الموضع الأول «٤»، حيث حكم فيها بذهاب اليمين بحق المدعى كلما رضى بيمين المنكر، بل صرح بأنه كذلك وإن كانت له بينة عادلة.

و إطلاق رواية محمد بن قيس المتقدمة في المسألة الثانية منه «٥».

ولا تنافيها صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة في المقدمة «٦»، حيث قال: «هذا لمن لم تقم له بينة»، لأن المشار إليه للفظ «هذا» هو ما تقدم من الأمر بالإضافة إلى الاسم الدال على تعيينه لمن لم تقم له البينة، وهو كذلك، مع أن المذكور فيها عدم إقامة البينة لا عدم وجودها، وأما بعد قيام

(١) التحرير ٢: ١٩١.

(٢) انظر الرياض ٢: ٣٩٧.

(٣) غنائم الأيام: ٦٨٥.

(٤) راجع ص: ٢٠٥ و ٢٠٦.

(٥) راجع ص: ٢٠٨.

(٦) راجع ص: ٢٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٢

البينة فلا شك في عدم الحلف.

ولا مرسله يونس المتقدمة فيها أيضا «١»، حيث قال: «فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه»، لأن جزء الشرط هو كون اليمين

متعيّنا و لازما على المدعى عليه، كما تدلّ عليه لفظه «على»، و لا شكّ أنّه فرع عدم البيّنة، و أما معها فلا يتعيّن عليه، بل المدعى بالخيار.

و لا المروى عن تفسير الإمام المتقدّم فيها أيضا «٢»، حيث علّق تحليف الرسول صلّى الله عليه و آله للمدعى عليه بقوله: «و إن لم تكن له بيّنة»، لأنّ المراد منه: و إن لم يقم البيّنة، بقرينة ما تقدّم عليه من قوله: «فإن أقام بيّنة»، و لأنّ المعلق على عدم البيّنة هو تحليف الرسول صلّى الله عليه و آله و هو لا ينافي اختيار المدعى، فإنّ الحاكم ليس له خيار.

و على ما ذكر، فلو كانت للمدعى بيّنة و أعرض عنها و التمس اليمين، أو قال: أسقطت البيّنة و اكتفيت باليمين، فهل يجوز الرجوع قبل الحلف؟

الأظهر الأشهر - كما صرّح به بعض من تأخّر «٣» - نعم، لأصالة بقاء الخيار، و عدم دليل على لزوم بذلك الاختيار، و أصالة عدم السقوط بذلك الإسقاط. و لا يعارضها استصحاب بقاء ما ثبت للحاكم بالتماسه من جواز تحليف المنكر أو وجوبه، لأنّ المسلم ثبوته له هو ثبوته ما دام المدعى عليه باق على ذلك الاختيار.

المسألة الثالثة: إن قال المدعى: لى بيّنة غائبة، خير الحاكم بين الصبر إلى حضورها و بين الإحلاف

، لما عرفت من كونه مخيرا بينهما، فإن

(١) راجع ص: ٢٠١.

(٢) راجع ص: ٢٠١.

(٣) كالعلامة في التحرير ٢: ١٩١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٣

اختار الأول قبل منه، و قالوا: يؤجّل و يضرب له وقت بمقدار إحضارها، و منهم من لم يذكر التأجيل.

و تدلّ على الأول رواية سلمة بن كهيل المتضمنة لما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: «و اجعل لمن ادعى شهودا غيبا أمدا بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية» «١».

و القضية التي أمر بإيجابها عند عدم الحضور لا- تخلو عن إجمال، فيمكن أن تكون حلف المنكر، و أن تكون إسقاط الحق، و أن تكون غيرهما، إلّا أنّ الظاهر أحد الأولين، لعدم معهوديّة غيرهما، بل عدم تصوّره.

و يدلّ على التأجيل أيضا أنّه ربّما أحضر المدعى عليه من بلد بعيد، لعدم وجود أهل الترافع في بلدهما، و يتضرّر المدعى عليه بالمكث حتى أراد المدعى إحضار البيّنة، و بالرجوع و العود أيضا، و لا يمكنه التوكيل للحلف، فلا بدّ من تعيين الأمد، و هو الأظهر.

و الحقّ أنّه ليس للمدعى مطالبة غريمه بالكفيل حتى يحضر البيّنة، و لا ملازمته، و لا حبسه، و فاقا للمبسوط و الخلاف و الإسكافي و الحلّي و القاضى فى أحد قوليه «٢»، و عليه أكثر المتأخّرين بل عامتهم كما قيل «٣»، و نسبه بعضهم إلى المشهور مطلقا «٤»، للأصل،

فإنّ مطالبة الكفيل قبل ثبوت

(١) الكافي ٧: ٤١٢-١، الفقيه ٣: ٨-٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٥-٥٤١، الوسائل ٢٧: ٢١١ أبواب آداب القاضى ب ١ ح ١.

(٢) المبسوط ٨: ١٥٩، الخلاف ٢: ٦٠٠، حكاة عن الإسكافي فى المختلف:

٦٩٠، الحلّي فى السرائر ٢: ١٥٨، القاضى فى المهذب ٢: ٥٨٦.

(٣) انظر الرياض ٢: ٣٩٧.

(٤) كما في الكفاية: ٢٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٤
الحقّ أمر بلا دليل، سيّما مع جواز الحكم على الغائب، و ملازمته و حبسه عقوبة قبل حصول السبب لا دليل عليها.
و عن المقنعة و النهاية و القاضى - فى قوله الآخر - و الوسيلة و الغنية:
جوازه له «١»، بل عن الأخير نفي الخلاف فيه، حفظا لحقّ المدعى، حذرا عن ذهاب الغريم، و لزوم مراعاة حقّ المسلم فى نفس الأمر،
فيجب التكفيل من باب المقدّمة.
و فيه: أنّه لم يعلم ثبوت حقّ نفس أمرى له، بل هو مجرّد احتمال، و هو لا يصلح دليلا، فأين الحقّ الواجب مراعاته حتى يكون التكفيل
مقدّمته؟!

المسألة الرابعة: بعد حضور البيّنة لا يقول الحاكم لهما: اشهدا

، لأنّه يوجب بلا دليل على الوجوب، بل يقول: من كان عنده كلام أو شهادة، أو: إن كان عند كما شهادة، فليذكر ما عنده إن شاء،
فإن أجابا و شهدا فليُنظر فى أمر الشهادة:
فإن لم تكن الشهادة جامعة لشرائطها - الاتّفاقية، كالمطابقة للدعوى، أو الخلافية على الموافق للراجح فى نظره، من الحسيّة و العلميّة،
أو الأصليّة و الفرعية، أو الاستصحابيّة و الحائيّة، كما تأتى كلّها فى باب الشهادات - فليطرحها.
و إن كانت جامعة لها فليُنظر فى حال الشاهدين:
فإن علم عدم كونهما جامعين للشرائط الآتية فى باب الشهادة - من العدالة، و انتفاء الشركة، و التهمة، و العداوة، و كثرة النسيان، و
البلوغ،

(١) المقنعة: ٧٣٣، النهاية: ٣٣٩، حكاة عن القاضى فى المختلف: ٦٩٠، الوسيلة: ٢١٢، الغنية (الجوامع الفقهيّة): ٦٢٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٥
و نحوها ممّا يأتى - فليطرح شهادتهما أيضا.
و إن علم اجتماعهما لجميع الشرائط قبل شهادتهما و حكم.
و إن جهل كلّ حالهما أو بعضها استكشف عنها بما هو طريق الاستكشاف، فإذا انكشف الحال فليعمل بمقتضاها من القبول و الردّ، و
لو لم ينكشف فليعمل بمقتضى نظره (فى كلّ حال) «١» من الشرائط، من أصله وجوده أو عدمه، أو اشتراط العلم بالوجود أو عدم
العلم بالخلاف، أو نحو ذلك ممّا يأتى، و يعمل بمقتضاه.

المسألة الخامسة: إن عرف الحاكم فسقهما لا يطلب التزكية من المدعى

، لأنّ الجارح مقدّم، و له العمل بعلمه، إلّا أن تكون معرفته استصحابيّة، أو مستندة إلى ظاهر حال يمكن التخلف.
فلو أراد المدعى فى الأول إثبات زوال الحالة الاستصحابيّة و توبته من الفسق المعلوم يسمع، و كذا لو أراد فى الثانى إثبات ما يخالف
الظاهر، كما إذا كان الشاهدان أو أحدهما من شركاء العاشر «٢»، فإنّ ظاهر حاله حينئذ الفسق، و أراد المدعى إثبات أنّه مجبور على
ذلك، و عمله مقصور بما هو مجبور فيه، أو أنّ مقصوده من الشركة دفع الظلم عن المعشور من ماله و بذل حصّته، أو إخفاء ماله، أو
نحو ذلك. و نحوه إثبات أنّ مدمن الخمر مجبور، أو أنّه - لمرض منحصر علاجه فيه - معذور.
و يمكن الاكتفاء باشتراط معرفة الحاكم فى ذلك، لأنّ معرفته إنّما تكون إذا كان باب تلك الاحتمالات مسدودا عنده عادة، و أمّا مع

احتمال

(١) بدل ما بين القوسين في «ق»: في احتمال كل ..

(٢) التعشير: وهو أخذ العشر من أموال الناس بأمر الظالم، يقال: عشرت القوم عشرا بالضم: أخذت منهم عشر أموالهم، ومنه العاشر- مجمع البحرين ٣: ٤٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٦

- ولو بعيدا- فلا يكون عالما.

ولو لم يحتمل الحاكم ولكن ادعى المدعى إثباته وخطأ الحاكم يسمع.

المسألة السادسة: قد أشرنا إلى أنه إن عرف الحاكم عدالتهما واجتماعهما للشرائط حكم بشهادتهما

إشاره

، ولا أعرف في ذلك خلافا، بل صرح بانتفائه جماعة، منهم صاحب الكفاية «١». و يدلّ عليه قوله في المروى في تفسير الإمام المتقدم ذكره في المقدمة: «فإن أقام بينه يرضاهما و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه» «٢»، و لما مرّ من حكم الحاكم بعلمه مطلقا، بل قد عرفت أن من لم يجوز عمله بعلمه استثنى هذه الصورة. و لا يلزم عليه حينئذ سؤال المدعى عليه أنه: هل لك جرح فيه أو كلام، للأصل. و هل يجوز له ذلك؟

الظاهر: نعم، لعدم دليل على المنع، فإن قال المدعى عليه: لا كلام لي، أنفذ الحكم، و إن قال: نعم، سمع دعواه، لكونه دعوى، فيجب سماعها.

و كذا لو ادعى عليه الجرح من غير سؤال الحاكم، فإن أثبت ما ادّعاه يطرح الشاهدان، و إلّا فيحكم بمقتضى علمه، إذ لم يرد عليه ما يزيله.

و لا حلف له حينئذ على أحد و لو على المدعى لو أنكر ما ادّعاه من الجرح.

ثمّ يعزّر المدعى عليه أو يحدّ إن كان جرحه الذي لم يقدر على إثباته

(١) الكفاية: ٢٦٤.

(٢) راجع ص: ٢٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٧

مما يوجب أحدهما.

و هل يقبل حينئذ قول المدعى فقط و لو لم يكن عادلا إذا ذكر ما يوجب جرحه، لجهله بأنّه يوجب الجرح، أو لغير ذلك؟ يأتي تحقيقه في باب الشهادات عند بيان ما يثبت العدالة و الجرح.

و هل معرفة الحاكم الكافية في المقام: المعرفة العلمية، أو تكفي الظنية بعد كونها معتبرة شرعا، كتركية العدلين قبل ذلك؟ الظاهر: أنه لا ينبغي الريب في الثاني، لأنّ الظنّ المعتبر شرعا قائم مقام العلم.

فرع:

لو بنى الحاكم فيهما بالعدالة الاستصحابية و حكم ثم ظهر فسقهما حال الحكم ينقض الحكم كما صرحوا به، لأن فقد الشرط يقتضى عدم المشروط، و وجوده العلمى إنما يفيد لوجوب الحكم حال العلم و قد حكم، لا لتأثير الحكم بعد الانكشاف.

المسألة السابعة: و إن جهل الحاكم حالهما - من اجتماع الشرائط و عدمه

إشاره

- استكشف عنه بما هو طريق الانكشاف فى كل شرط، و قد يكون ممّا يعمل فيه بالأصل، كما يأتى فى موضعه. و هل يكون إقرار الخصم بالعدالة و باجتماع سائر الشرائط كافيا فى الاستكشاف و مثبتا لوجود الشرط، أم لا؟ فيه خلاف يأتى تحقيقه فى باب الشهادات.

و إن لم ينكشف من قول الخصم و كان محتاجا إلى الاستكشاف طلبه من المدعى حتى تبين الحال بالبيّنة المقبولة أو نحوها. و هل يتعين ذلك على كشف المدعى و إقامته البيّنة، حتى لو قال: لا بيّنة لى على تزكية الشهود - مثلا - أو: لا أعرف شاهدا عليها، أو قال مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٨

يتعسر على ذلك، أو قال: لا أفعل، سقطت الشهود و يطرح الحاكم شهادتهما؟

أو طلبه من المدعى أحد طرق فحص الحاكم، فله الفحص من غير جهة المدعى، بل عليه ذلك لو لم يفعل المدعى؟ الظاهر: الثانى، كما يأتى فى باب الشهادات، و يدلّ عليه فعل رسول الله صلى الله عليه و آله المروى فى تفسير الإمام عليه السلام «١». ثمّ لو أقام المدعى البيّنة على التزكية، أو استكشف الحاكم من جهة غيره، قالوا: يطلب الحاكم من المنكر الجرح، فإن أرادوا لزومه فلا أرى عليه دليل، إلا إذا علم جهله باستحقاقه الجرح لو كان، حيث إن إهمال ذكره يوجب بطلان حقه، مع تأمل فيه أيضا. و إن أرادوا جوازه فهو كذلك.

ثمّ إن اعترف المنكر بعدمه حكم، و إن ادّعه بعد طلب الحاكم أو بنفسه قبل الطلب يؤمر بإحضار الجرح، فإن أحضره يعمل معه كما يعمل مع بيّنة المدعى من الردّ و القبول و الاستكشاف.

و إن استنظر و استمهّل قالوا: يمهل ثلاثة أيام، أما الإمهال فقالوا: لأنه مقتضى العدل، و لرواية سلمة المتقدمة فى المسألة الثالثة «٢». و فيهما نظر، أما الأول فلاّ أن العدل يحصل بالحكم ثمّ الاسترداد إن ثبت الجرح بعد ذلك أيضا، بل هو أقرب إلى العدل. و أما الثانى، فلاّ أن الظاهر من قوله فى الرواية: «فإن أحضرهم أخذت له بحقه» أنّ المراد شهود المدعى المطالب للحق، فتأمل.

(١) الوسائل ٢٧: ٢٣٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٦ ح ١.

(٢) راجع ص: ٢٤٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٤٩

و أما تقديره بثلاثة أيام فلم أقف على ما يدلّ عليه، و يستشّم من كلام بعضهم احتمال الإجماع عليه «١»، و استشهد له بعضهم بالإمهال بذلك القدر فى بعض الأمور الأخر «٢».

و ضعفه ظاهر، و لذا قيل: لو ادّعى أنّ شهودى على الجرح على مسافة لا يصلون إلّا بعد الثلاثة، يمهل الأزيد «٣».

و فيه إشكال، بل فى الثلاثة أيضا، لثبوت العدالة بالبيّنة، و أصالة عدم الجرح، و إمكان التلافى لو أثبتته بعد الحكم.

و لو قلنا بالإمهال و طلب المدعى التكفيل فيما يحتمل الفرار أو الاختفاء أو نحوهما فقبوله هنا أولى منه فى إمهال المدعى لإحضار البيّنة.

و الظاهر أن له ذلك هنا، لثبوت حقه.

فرع:

لا بأس بتفريق الشهود إذا ارتاب الحاكم بهم أو احتمل غلطهم، للأصل، بل ربما يستحب تأسيًا بالحجج عليهم السلام. وقيل: محلّ التفريق قبل الاستزكاء «٤». ولا بأس به، لوجوب الحكم فوراً بعده إذا طلب المحكوم له.

المسألة الثامنة: إذا أقام المدعى البيّنة المستجمعة للشرائط فلا يمين عليه

، بلا خلاف فيه كما في الكفاية «٥» وغيره «٦»، بل بالإجماع كما عن

(١) كما في الرياض ٢: ٣٩٧.

(٢) كما في مفتاح الكرامة ١٠: ٨٨. قال: وهو مقدر في بعض المسائل الفقهيّة كما في خيار الحيوان و خيار التأخير و حبس الغريم على مختار الشيخ ..

(٣) كما في الرياض ٢: ٣٩٧.

(٤) المسالك ٢: ٣٦٣.

(٥) الكفاية: ٢٦٨.

(٦) كالرياض ٢: ٤٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٠

الخلافاً «١»، و به صرح بعض فضلائنا المعاصرين «٢».

و يدلّ عليه الأصل، و الأخبار المستفيضة المتضمنة لقوله عليه السلام: «البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» «٣» فإنّ التفصيل قاطع للشركة.

و صحيحة محمّد: عن الرجل يقيم البيّنة على حقه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: «لا» «٤»، و نحوها روايته «٥».

و كذا موقّعة أبي العباس «٦»، و موقّعة جميل، و رواية أبي العباس، و مرسله أبان، المتقدّمة جميعاً في المسألة الخامسة من الموضع الأول «٧».

و أمّا قول أمير المؤمنين عليه السّلام لشريح في رواية سلمة: «و ردّ اليمين على المدعى مع بينته، فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت في القضاء» «٨» - فلا يصلح لمعارضه ما ذكر، لشذوذه، مع أنّه إمّا يحمل على الاستحباب بقريته نفي الوجوب في الأخبار الأخرى، أو على البيّنة الواحدة، إمّا لعمومها و خصوصيّة ما مرّ، أو للجمع بينها و بين ما مرّ بشهادة ما يدلّ على ضمّ اليمين مع الشاهد الواحد.

(١) الخلافاً ٢: ٦٠٠.

(٢) المحقق القمي في رسالته القضاء (غنائم الأيام): ٦٨٦.

(٣) انظر الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣.

(٤) التهذيب ٦: ٢٣٠ - ٥٥٨، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٨ ح ١.

(٥) الكافي ٧: ٤١٧ - ١، التهذيب ٦: ٢٣١ - ٥٦٤، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٨ ح ١.

(٦) التهذيب ٦: ٢٣٠ - ٥٥٩، الوسائل ٢٧: ٢٤٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٨ ح ١.

(٧) راجع ص: ٢٢٢.

(٨) الكافي ٧: ٤١٢-١، الفقيه ٣: ٨-٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٥-٥٤١، الوسائل ٢٧: ٢١١ أبواب آداب القاضي ب ١ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥١

و أما مكاتبة الصغار الصحيحة: - هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» (١) - فلا تنافي ما مرّ، لأنها محمولة على عدم قبول شهادة الوصي.

ثم إن ما ذكرنا إنما هو على الأصل، وقد يستثنى منه بعض المواضع بالدليل، والله الهادي إلى سواء السبيل.

المسألة التاسعة: لو قال المدعى بعد إقامة الشهود: كذبت شهودي، بطلت الشهود

، فلا تسمع شهادتهم في حقّه، و لكن لا تبطل دعواه، كذا قالوا.

و الوجه فيه: أن الكذب على المشهور و إن كان مخالفة الواقع - و عليه فيكون التكذيب إقرارا على انتفاء الحق - و لكن الظاهر المتفاهم منه في العرف أنه مخالفة الاعتقاد، و لا أقل من احتمال ذلك، فلا تسقط الدعوى به.

و لا فرق في ذلك بين ما إذا كان التكذيب قبل الحكم أو بعده، إذ بعد الحكم ينكشف بطلان المستند، لأن إقرار صاحب الحق دليل شرعي.

(١) الكافي ٧: ٣٩٤-٣، الفقيه ٣: ٤٣-١٤٧، التهذيب ٦: ٢٤٧-٦٢٦، الوسائل ٢٧: ٣٧١ أبواب الشهادات ب ٢٨ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٢

الموضع الثالث فيما يحكم فيه بالبينّة و اليمين معا

إشارة

و هو ما يستثنى من القاعدة المتقدمة من عدم تعلق اليمين بالمدعى، و يخرج عن تحت ذلك الأصل بدليل. و فيه مسألتان:

المسألة الأولى: ممّا استثنى من القاعدة: الدعوى على الميت

إشارة

، فإن المدعى إذا أقام البينة يستحلف معها على بقاء الحق في ذمّة الميت استظهارا، على المعروف من مذهب الأصحاب كما في الكفاية، بل لا مخالف يظهر منهم كما فيه أيضا «١»، بل بلا خلاف مطلقا كما في المفاتيح «٢» و شرحه و غيرهما «٣»، بل بالإجماع كما في المسالك و الروضة و شرح الشرائع للصيمري «٤»، بل بالإجماع المحقق.

له، و لرواية البصري المتقدم صدرها: «و إن كان المطلوب بالحق قد مات، فأقيمت البينة عليه، فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو: لقد مات فلان و أن حقّه لعليه، فإن حلف و إلّا فلا حقّ له، لأننا لا ندرى لعلّه قد أوفاه بينة لا نعلم موضعها، أو بغير بينة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه

(١) الكفاية: ٢٤٨.

(٢) المفاتيح ٣: ٢٥٨.

(٣) كالرياض ٢: ٤٠١.

(٤) المسالك ٢: ٣٦٩ و ٣٧٠، الروضة ٣: ١٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٣

اليمين مع البيّنة، فإن ادعى ولا- بيّنة له فلا حقّ له، لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ، و لو كان حيّا لألزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين، فمن ثمّ لم يثبت له حقّ «١».

و تجوز إرادة البيّنة الواحدة و كون اليمين يمين جزء البيّنة خلاف الظاهر، بل ياباه التعليل.

و الإيراد بأنّ اليمين على الوجه المغلظ المذكور فيها ليست بواجبة إجماعاً، فلا- يكون قوله: «فعلى المدعى» للإيجاب، فلا- يثبت المطلوب.

مردود بأنّه لا دلالة فيها على إرادة الإتيان باليمين على هذا الوجه، بل يجوز أن يكون توصيفه عليه السّلام تعظيماً لله لا لأجل ذكره في اليمين.

و مكاتبه الصّفار الصحيحة المتقدّم صدرها أيضاً: أو تقبل شهادة الوصيّ على الميت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: «نعم، من بعد يمين» «٢».

فروع:

أ: هل يختصّ ذلك الحكم بالميت، أو يتعدى إلى ما يشاركه في المعنى،

كالطفل و المجنون و الغائب؟

الأكثر- كما في المسالك و شرح الصيمري و الكفاية و شرح المفاتيح و المعتمد «٣» و غيرها «٤»- إلى التعدّي، و هو مذهب الفاضل في جملة من

(١) الكافي ٧: ٤١٥-١، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١، بتفاوت يسير.

(٢) الكافي ٧: ٣٩٤-٣، الفقيه ٣: ٤٣-١٤٧، التهذيب ٦: ٢٤٧-٦٢٦، الوسائل ٢٧:

٣٧١ أبواب الشهادات ب ٢٨ ح ١، و في غير الفقيه من المصادر لا توجد لفظه «بدين».

(٣) المسالك ٢: ٣٧٠، الكفاية: ٢٦٨.

(٤) كمفتاح الكرامة ١٠: ٩٣، و الرياض ٢: ٤٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٤

كتبه، منها التحرير «١»، و والدى العلّامة في المعتمد، للعلّة المنصوصة، أو اتحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس الممنوع.

و فيه: أنّ إحدى العلّتين المنصوصتين هي كون المدعى عليه ليس بحيّ، و اختصاصها بالميت ظاهر، مع أنّها علّة لانتفاء الحقّ مع عدم البيّنة لا لثبوت اليمين.

و الأخرى: «لأنّنا لا ندرى لعلّه قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها» و هي أيضاً مختصة به، لقوله بعد ذلك: «قبل الموت».

مع عدم إمكان تحقّق الإيفاء من الطفل، و معارضته في الغائب مع مرسله جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة، و يباع ماله و

يقضى عنه دينه و هو غائب» (٢).

وعلى هذا، فكما يحتمل كون العلة عدم الوصول إلى العلم بالحال بالفعل، يمكن أن يكون عدم إمكان الوصول بعد ذلك، فيختص بالميت، فلا يمكن الاعتماد بذلك التعليل في غير مورد النص.

وبما ذكر يظهر حال اتحاد الطريق، مع أن مورد النص - وهو الميت - أقوى من الفرع.

والاستدلال بصدور صحيحة الصفار المتقدمة قبل ذلك - بحمل الرجل على الغائب، أو تعميمه وإخراج غير المذكورين بالدليل - خلاف الظاهر، و موجب للتخصيص الغير الجائز، وهو إخراج الأكثر، مع احتمال كون ضم اليمين فيها لعدم قبول شهادة الوصي كما مر، ولذا ذهب المحقق (٣)

(١) القواعد ٢: ٢١٠، التحرير ٢: ١٨٧.

(٢) التهذيب ٦: ٢٩٦ - ٨٢٧، الوسائل ٢٧: ٢٩٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٦ ح ١.

(٣) الشرائع ٤: ٨٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٥

وجماعة - ومنهم أكثر متأخري المتأخرين «١» - إلى العدم، و هو الأقوى.

ب: لما كان الحكم المذكور - أي ضم اليمين مع البينة - مخالفا للأصل يجب الاقتصار فيه على المتيقن،

و هو ما إذا كانت الدعوى على الميت ديناً، فلو كانت عينا في يده بعارية أو غصب أو نحوها دفعت إليه مع البينة من غير يمين، كما صرح به جماعة، منهم: القواعد و المسالك و التنقيح «٢»، لاختصاص النص بالدين، أما الصحيحة فلتصريحها بلفظ: الدين، و أما الرواية فلظهورها فيه أيضاً، لمكان لفظ: «الحق» و: «لعله» و: «أوفاه».

نعم، صحيحة الصفار مطلقة على ما نقلها في الكفاية، حيث لم يذكر فيه لفظ: دين، و لذا استشكل في المسألة لذلك الإطلاق «٣»، و لكن النسخ المصححة التي كانت عندنا كلها مشتملة على لفظ: دين، و على هذا فلا إشكال في المسألة و لو كان بمجرد اختلاف النسخ.

و أما ما قيل من أن النص و إن كان مخصوصاً بالدين إلا أن مقتضى التعليل المنصوص - و هو الاستظهار - العموم «٤».

ففيه: أن العلة هي احتمال الإيفاء، و هو في العين التي بيده غير جار، بل الجارى فيها النقل بالبيع و نحوه. و غير ذلك من التعليل مستنبط لا يعاب به.

و لو لم توجد العين المدعى بها في التركة و حكم بضمائها على الميت للمالك ففي إلحاقها بالعين - نظراً إلى الأصل - أو بالدين - لانتقالها إلى الذمة -

(١) كالشهيد الثاني في الروضة ٣: ١٠٥، و المسالك ٢: ٣٧٠، و الفاضل السبزواري في الكفاية: ٢٦٩، و صاحب الرياض ٢: ٤٠١.

(٢) القواعد ٢: ٢١٠، المسالك ٢: ٣٧٠، التنقيح ٤: ٢٥٦.

(٣) الكفاية: ٢٦٨.

(٤) انظر الرياض ٢: ٤٠١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٦

وجهان، أظهرهما: الثاني، لصيرورتها ديناً بعد فقدان، فتشملها الأخبار.

نعم، لو فقدت بعد الموت أو لم يعلم أنّها فقدت حال الحياة أو بعدها فحكم المدعى به حكم العين، لعدم معلومية الانتقال إلى ذمة الميت.

ج: لو أقر له قبل الموت بمدّة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة،

بل قد يعلم عدمه - كما إذا أقرّ عند جماعة و مات بعد الإقرار بحضورهم من غير غيبة لهم - ففي وجوب ضمّ اليمين إلى البيّنة وجهان. رجح في المسالك والكفاية والمعتمد العدم «١»، لعدم جريان التعليل المذكور في الخبر هنا. وفيه: أنّ التعليل لا - يوجب تخصيص الإطلاق، لأنّ العلل الشرعية معرّفات لا ينتفى المعلول بانتفائها، فإنّه قد يكون وجود العلة في بعض الأفراد علة للحكم في الجميع، مع أنّ التعليل - كما قيل «٢» - يمكن أن يكون من باب إبداء النكته والتمثيل، فإنّ احتمال الإبراء أيضا قائم، وكذا احتمال نسيان المقرّ للإيفاء وتذكره لو كان حيا حين الدعوى. ولذا قوّى بعض فضلائنا المعاصرين «٣» الضمّ، لإطلاق النصّ. وهو حسن، إلّا أنّ فيه: أنّ النصّ معارض بأخبار آخر واردة في إقرار المريض، وفي الوصية بالدين: كصحيحه منصور: عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه دينا، فقال: «إن كان الميت مرضيا فأعطه الذي أوصى له» «٤».

(١) المسالك ٢: ٣٧٠، الكفاية: ٢٦٩.

(٢) قاله في غنائم الأيام: ٦٨٧.

(٣) المحقق القمي في غنائم الأيام: ٦٨٧.

(٤) الكافي ٧: ٤١ - ٢، الفقيه ٤: ١٧٠ - ٥٩٤، التهذيب ٩: ١٥٩ - ٦٥٦، الاستبصار ٤: ١١١ - ٤٢٦، الوسائل ١٩: ٢٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ١ و ج ٢٣:

١٨٣ أبواب الإقرار ب ١ ح ١، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٧

و صحيحه أبي ولاد: عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: «يجوز ذلك» «١».

و رواية السكوني: في رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم، ثمّ مات على تلك الحال، فقال: «أيّهما أقم البيّنة فله المال، و إن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان» «٢».

و مكاتبة الصهباني: امرأة أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانية آلاف درهم - إلى أن قال - فكتب عليه السلام بخطّه: «إن كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين من رأس المال» «٣» إلى غير ذلك «٤».

فإنّ هذه الأخبار شاملة لصورة عدم حلف المقرّ له أيضا، فتعارض ما مرّ بالعموم من وجهه، و إذ لا ترجيح فيرجع إلى القاعدة المتقدمة المكتفية للمدعى بالبيّنة، وهو الأصحّ، بل مقتضاها عدم اشتراط عدم إمكان الاستيفاء أيضا، بل يكون الحكم ذلك إذا أقرّ عند الموت أو أوصى بالوفاء عند الموت. إلّا أنّ الظاهر أنّ ذلك مختصّ بإقرار الميت، فلو شهد شاهدان بانتقال شيء إليه قبل موته بمدّة لا يمكن الاستيفاء يجب ضمّ اليمين، لاختصاص النصّ بالإقرار، و إلحقها والدي رحمه الله بالإقرار أيضا.

(١) الكافي ٧: ٤٢ - ٥، التهذيب ٩: ١٦٠ - ٦٦٠، الاستبصار ٤: ١١٢ - ٤٣٠، الوسائل ١٩: ٢٩٢ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٤.

(٢) الكافي ٧: ٥٨ - ٥، الفقيه ٤: ١٧٤ - ٦١٠، التهذيب ٩: ١٦٢ - ٦٦٦، الوسائل ٢٣: ١٨٣ أبواب الإقرار ب ٢ ح ١.

(٣) التهذيب ٩: ١٦١ - ٦٦٤، الاستبصار ٤: ١١٣ - ٤٣٣، الوسائل ١٩: ٢٩٤ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ١٠.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٢٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٨

و هل تلحق به شهادة البيئته ببقاء الحق إن قبلناها؟

قال والدى رحمه الله: نعم. و الأظهر العدم، لشمول دليل اليمين و علته له أيضا.

د: هل يختص ضم اليمين بما إذا كان الثبوت بالبيئته - كما هو مورد النص

- أو يضم لو كان الثبوت بعلم الحاكم بالقضية أيضا و حكم بها؟

قيل: و لا يبعد ترجيح الضم «١». و هو كذلك، للعلّة المنصوصة.

و ليس ذلك من قبيل الدعوى على غير الميت، لاختصاص العلة بالميت، و لكنها غير مختصة بالبيئته و إن كان المعلول مخصوصا. و

احتمال الإبراء أو مقاصه الميت لدين له أو غير ذلك قائم هنا أيضا.

و قيل: نعم، لو فرض انتفاء جميع الاحتمالات رأسا عند الحاكم لا تَجْه عدم ضم اليمين «٢».

أقول:

بل يكفي في عدم الضم حينئذ انتفاء احتمال الإيفاء خاصية عن الحاكم، لأن المورد خاص بالإثبات بالبيئته و التعليل باحتمال الإيفاء،

فإذا انتفيا معا فلا وجه للضم حينئذ.

و جعل التعليل تمثيلا - أى جعله من باب ذكر فرد من أمثلة الاحتمالات و السكوت عن الباقي - إنما يحسن مع شمول المورد، و أما

بدونه فلا فائدة له.

و إن أريد من التمثيل ذكر فرد و إرادة كل ما هو مثله فلا وجه له أصلا، فعدم الضم حينئذ أقوى، فيختص عدم الضم بما إذا كان

الإثبات بعلم الحاكم لا من جهة البيئته خاصة حتى لا يشمل إطلاق المورد و علم الحاكم

(١) غنائم الأيام: ٦٨٧.

(٢) غنائم الأيام: ٦٨٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٥٩

عدم الإيفاء حتى لا يشمل التعليل، و ذلك يتحقق بإقرار الميت عند الحاكم في زمان لا يحتمل الإيفاء بعده، و قد يعلم عدم الإيفاء

بالقرائن الخارجية.

و الظاهر أن في حكم الحاكم أيضا غيره ممن بيده مال للميت و علم بالواقعة و بعدم الإيفاء فله تسليمه للمدعى من غير يمين.

ه: لو علم المدعى ببقاء حقه على الميت

له المقاصه، و لا يمين عليه حينئذ.

و: اليمين المتوجهة إلى المدعى حينئذ يمين واحدة،

سواء كان الوارث واحدا أو متعددا، فلا يكلف الحلف لكل وارث يمينا على حدة، قصرا للحكم المخالف للقاعدة على القدر المتيقن،

ولأنه دعوى واحدة على مال الميت.

ز: لو كان للمدعى شاهد واحد و حلف يمينا لجزء البينة،

فهل يحتاج إلى يمين اخرى للاستظهار، أم لا؟

صرح في الإرشاد بعدمه، و علل بأنّ الشاهد و اليمين حجة بنفسه، فلا يحتاج إلى ضمّ شيء آخر.

و بأنه غير مورد النصّ، لأنّه ما إذا ثبت الحكم بالبينة.

و بأنه لا فائدة في تكرار اليمين.

و الأول معارض بالشاهدين.

و الثاني مردود بعموم التعليل.

و الثالث بالفرق بين اليمينين، فإنّ الأولى على حصول الاشتغال، و الثانية على بقاء الحقّ.

نعم، لو حلف أولا بما يفيد البقاء أيضا- أى على الوجه المذكور فى

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٠

الرواية «١»- يمكن الاكتفاء بها، لعدم الفائدة، و عدم شمولها للعلّة المذكورة، و إفادتها لها حينئذ.

ح: لو أقام البينة ففقد الحاكم أو غاب قبل الحلف لا يثبت له حقّ.

و احتمال أن يكون له أن يأخذ حقه و يقول: أنا باذل اليمين فاحلفنى على الوجه الشرعى، لا وجه له.

ط: قال المحقّق الأردبيلي: لا يسقط اليمين بإسقاط بعض الحقّ،

فلا يمكن أن يسقط من مال الطفل شيء لليمين، فيعطى الباقي بغير يمين، لأنّ الثبوت موقوف عليها، و قد صرح فى الرواية: بأنه إذا لم يحلف لا حقّ له. كما لا يمكن إسقاط شاهد واحد بإسقاط البعض.

نعم، إذا كان الوارث ممن يصحّ صلحه ينبغى المصالحة، و كذا مع الوليّ وصيّاً أو حاكماً بإسقاط البعض بإسقاط اليمين، فإنّه أصلح من الإحلاف و إعطاء جميع الحقّ، و الوليّ لا يترك مصلحته. انتهى.

أقول: ما ذكره- من عدم تبعض الحقّ بتبعض الحجّة، و عدم ثبوت شيء إلّا بتمام الحجّة- صحيح ظاهر.

و كذا ما ذكره من جواز إسقاط الوليّ بعض الحقّ بإسقاط اليمين إذا رأى فى ذلك المصلحة، و هو إنّما يكون إذا قطع- بل أو ظنّ- أنّ المدعى يحلف و يأخذ الجميع، فإنّ له حينئذ إسقاط بعض الحقّ بإسقاط اليمين، أو المصالحة ببعض الحقّ، لأنّ له أن يفعل للمولّى عليه ما يرى مصلحة له.

كما تدلّ عليه صحيحة ابن رثاب، حيث قال فى آخرها: «فليس لهم» أى للصغار «أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم، الناظر لهم فيما يصلحهم» (٢).

(١) المتقدمة فى ص: ٢٥٢ و ٢٥٣.

(٢) الكافى ٧: ٦٧-٢، الفقيه ٤: ١٦١-٥٦٤، التهذيب ٩: ٢٣٩-٩٢٨، الوسائل ١٩: ٤٢١ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٨ ح ١، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦١

و صحيحة ابن سنان: فى قول الله عزّ و جلّ فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ (١) قال: «المعروف هو القوت، و إنّما عنى الوصيّ أو القيم فى أموالهم و

ما يصلحهم» (٢).

و صحيحته الأخرى، و في آخرها: «فليأكل بالمعروف الوصيّ لهم و القيم في أموالهم ما يصلحهم» (٣).
و لو علم عدم إتيان المدعى بالحلف أو ظن ذلك - بل و لو احتمله - لا يجوز له إعطاء البعض، لعدم تحقّق المصلحة.

ي: قيل: لو ادعى وارث زيد على وارث عمرو بشغل ذمّة عمرو بحق زيد و أقام البيّنة،

فهل يكون تحت النصّ، و حينئذ يحلف المدعى على نفي العلم باستيفاء مورّثه أو الإبراء، أو على البتّ، إذ الاستيفاء و الإبراء من المدعى أيضا متصوّر، لأنّه بعد مورّثه صاحب الحقّ؟

لم أجد فيه تصريحاً، و الظاهر دخوله تحت الرواية، لكون الدعوى على الميت، و وجود العلة المنصوصة، بل هي هنا أغلظ.

و في كيفية الحلف هنا ظنّي أنّه لو قلنا بالحلف على نفي العلم ببراءة ذمّة عمرو من هذا الحقّ مطلقاً لكان له وجه. انتهى.

قال والدي رحمه الله في المعتمد أيضا بضمّ يمين نفي العلم، إلّا مع اعتراف وارث الميت بعدم علم المدعى، فيسقط اليمين حينئذ. انتهى.

أقول:

و لا شكّ في دخول هذه الصورة أيضا تحت الرواية موضوعاً

(١) النساء: ٦.

(٢) الكافي ٥: ١٣٠-٣، التهذيب ٦: ٣٤٠-٩٥٠، الوسائل ١٧: ٢٥٠ أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ١.

(٣) التهذيب ٩: ٢٤٤-٩٤٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٢

و تعليلاً، و لكن القول بيمين نفي العلم ليس له وجه أصلاً، لأنها ليست من اليمين التي ذكرها في الرواية، و لا يدلّ عليها دليل آخر، و إنّما هي ثبتت في كلّ موضع ادعى أحد على غيره علماً مثبتاً لحقّ عليه، أو نافية لحقّ منه على غيره لو لا ذلك العلم لثبت، فتشمله أدلّة ثبوت اليمين على المدعى عليه.

و لم يفرض هنا ادعاء علم على وارث الطالب بالحقّ، و لو فرض لم يكن علمه على نفيه مثبتاً لحقّ عليه، و لا نافية من الغير له حقاً لو لا ذلك العلم لثبت، إذ الكلام بعد في ذلك، و النزاع في اشتراط العلم ببقاء الحقّ و اليمين عليه، لا عدم العلم بعدم البقاء.

و التحقيق: أنّه - كما ذكره هذا القائل - صار صاحب الحقّ و طالبه حينئذ وارث زيد، فإن علم هو بالبقاء يحلف عليه على النحو المذكور في الرواية و يأخذ الحقّ، و إلّا فلا - حقّ له - كما نصّ به في الرواية - كما كان مورّثه أيضا كذلك، و لم يتحقّق سبب لصيرورة الوارث أقوى من المورّث.

و لا يتوهم أنّ الأحكام مشروطة بالإمكان، معلّقة عليه، فإذا لم يمكن منهم (١) ينتفي الحكم، و لمّا لم يمكن للوارث الحلف على البتّ فينفي عنه الحلف رأساً لا بالبتّ و لا بنفي العلم، و يكون ذلك خارجاً عن تحت الرواية مندرجاً في أصل القاعدة.

لأنّ ذلك إنّما يتمّ في التكليفيّات دون الوضعيّات، فلو كان إثبات الحلف في المورد من باب التكليف لكان ذلك، و لكن هو وضع لإثبات الحقّ، فهو سبب له، فغايبته أنّ حال عدم الإمكان لا يتحقّق المسبّب، لا أن يخرج الموضوع عن تحت الرواية.

(١) ليست في «ق».

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٣

فإنه إذا قال الشارع: كل من نجس ثوبه يجب عليه غسله، يحكم بخروج من لا يتمكن من غسله لعدم الماء عن تحت الموضع، وليس هذا الحكم له، لكونه تكليفيًا.

بخلاف ما لو قال: كل من نجس ثوبه فتطهيره إنما هو بالغسل، فإذا لم يغسل لم يطهر، فإذا لم يمكن الغسل نقول بعدم تحقق الطهارة، لأن عدم الإمكان يصير سببا لخروج غير المتمكن عن تحت العموم و تطهر ثوبه بعدم إمكان الغسل.

ولذا لو كان زيد حيا و طلب الحق بنفسه و لكن ادعى ظن البقاء أو احتمال له لا يثبت له الحق بدون الحلف، لأجل عدم إمكان الحلف له.

ثم على ما ذكرنا لو تعدد الوارث يحلف كل على بقاء قدر حصته، و لو حلف بعضهم دون بعض ثبت سهم الأول و سقط سهم الثاني، و لو كان فيهم صغير أو مجنون أو غائب يظهر حكمه في الفرع الآتي.

يا: لو كان المدعى على الميت ولينا أو وصيا تكفيه البينة،

و لا يتوقف الثبوت على اليمين، للقاعدة المتقدمه، و عدم اندراجها تحت موضوع الرواية، لاختصاصه بمدعى حق نفسه، لقوله: «و أن حقه» و قوله: «فلا حق له».

و لا يفيد عموم العلة هنا، لأنها تعليل لقوله: «فعلى المدعى» إلى آخره، لا لقوله: «فلا حق له» خاصة، بقريته قوله: «فمن ثم صارت عليه اليمين» فيكون المعنى: و إن كان المطلوب ميتا فقبول بيته الطالب معلق على اليمين، للعلة المذكورة.

و لما لم يكن التعليق فيما إذا كان المدعى ولينا أو وصيا فيحتمل أمران، أحدهما: انتفاء التعليق، و الآخر: انتفاء المعلق عليه، فلا يمكن تعيين

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٤

أحدهما و يجيء الإجمال «١»، فيرجع إلى القاعدة، لعدم ثبوت المخرج عنها.

و لا يرد مثل ذلك في الوارث، لأنه داخل في موضوع الرواية، و لأجله يثبت الحكم له لو لا العلة أيضا، بخلاف ما هو خارج عنه، فإن ثبوت الحكم فيه إنما هو لأجل عموم العلة، و العلة لما كانت للتعليل فلا يعلم أن مع عدم إمكان المعلق هل ينتفى الحكم أو التعليق.

و لنوضح ذلك بمثال: إذا قال الشارع: جواز شراء جلد الميتة مشروط بالدباغة، فإن دبع و إلا فلا يجوز. و علة اشتراطه بالدباغة أنه نجس، فيحكم في كل جلد ميتة بعدم الجواز بدون الدبع و إن كان ممّا لا يمكن دبعه، لعموم قوله:

و إلا فلا يجوز. و لكن لا يمكن إثبات الحكم بعموم التعليق للدبس النجس، فإنه غير قابل لذلك الاشتراط، فيمكن أن يكون الحكم فيه عدم الجواز أيضا، و أن يكون عدم الاشتراط. و لو كان يقول: و علة عدم جواز البيع أنه نجس، لعم الدبس أيضا.

بل يظهر ممّا ذكرنا أنه يمكن منع عموم العلة بالنسبة إلى مثل الولي أيضا، لأن بعد كون التعليق للاشتراط باليمين - كما هو في الرواية - يكون معنى التعليق هكذا: ثبوت الحق مشروط باليمين، لأننا لا ندرى لعلة أوفاه بيته، و كل ما لا ندرى فيه ذلك يشترط ثبوت الحق فيه باليمين.

و المتبادر الظاهر من هذا الكلام أن كل ما يمكن فيه اليمين مشروط بذلك لا مطلقا، كما إذا علل اشتراط دباغة الجلد بأنه نجس، فإنه في قوة:

أن كل ما نجس يشترط جواز شرائه بالدباغة، فإنه يفهم كل أحد فيه اختصاصه بما يقبل الدبع.

بخلاف ما لو علل عدم جواز الشراء مطلقا بالنجاسة، بل صرح الفاضل في

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٥
التحرير- في بحث الحكم على الغائب، حيث جعله كالميت، ووجب اليمين فيه أيضا- بأنه: لو ادعى وكيل شخص على الغائب فلا يمين ويسلم الحق (١).

و الظاهر أن مراده: ما إذا لم يكن الموكل حاضرا يمكن إحلافه.

فإن قيل:

صحيحة الصفار (٢) مطلقة شاملة للمورد أيضا.

قلنا

: نعم، و لكن دلالتها- على عدم قبول شهادة الوصي مع شاهد آخر بدون اليمين- إنما هي بمفهوم لم تثبت حجتيه. و إنما أطبنا الكلام في المقام لأن الفرع من الفروع المهمة، و لم أعتز على من تعرّض له بنفى أو إثبات إلّا ما نقلناه عن التحرير.

المسألة الثانية: و مما استثنى أيضا من القاعدة: ما إذا كان للمدعى شاهد واحد

إشاره

، فإنه يحلف لأجل الشاهد الآخر، فيحكم له.
و الحكم بالشاهد الواحد و اليمين في الجملة مما لا خلاف فيه بين أصحابنا و أكثر العامة، كما في الكفاية (٣)، و نقل عليه الإجماع جماعة (٤)، بل هو إجماع محقق، فهو الدليل عليه، مضافا إلى المستفيضة من الصحاح و غيرها:
كصحيحه منصور: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (٥)، و نحوها موثقة البصري (٦).

(١) التحرير ٢: ١٨٧.

(٢) المتقدمة في ص: ٢٥١ و ٢٥٣.

(٣) الكفاية: ٢٧٢.

(٤) منهم الحلّي في السرائر ٢: ١٤٠، الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٧٥، صاحب الرياض ٢: ٤٠٦.

(٥) الكافي ٧: ٣٨٥-٤، التهذيب ٦: ٢٧٢-٧٤١، الاستبصار ٣: ٣٣-١١٣، الوسائل ٢٧: ٢٦٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٢.

(٦) التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٣، الاستبصار ٣: ٣٣-١١٤، الوسائل ٢٧: ٢٦٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٦

و صحيحة حماد بن عيسى: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله قضى بشاهد و يمين» (١).

و مرسله الفقيه: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بشهادة شاهد و يمين المدعى، و قال صلى الله عليه و آله: «نزل عليّ جبرئيل بشهادة شاهد و يمين صاحب الحق» و حكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق (٢).

و صحيحة البجلي: دخل الحكم بين عتيبة و سلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد و يمين، فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله، و قضى به عليّ عليه السلام عندكم بالكوفة» (٣).

و صحيحة حميد: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله و رؤية الهلال فلا» (٤).

و صحيحة حماد بن عثمان: «كان عليّ عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل و يمين المدعى» (٥).

و صحيحة أخرى لمحمد: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يجيز في الدين

(١) الكافي ٧: ٣٨٥-٢، التهذيب ٦: ٢٧٥-٧٤٨، الاستبصار ٣: ٣٣-١١٢، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٤.

(٢) الفقيه ٣: ٣٣-١٠٣، الوسائل ٢٧: ٢٦٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ١٤، وفيه: بتفاوت يسير.

(٣) الكافي ٧: ٣٨٥-٥، التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٧، الاستبصار ٣: ٣٤-١١٧ وفيه:

دخل الحكم بن عيينة، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٦.

(٤) الفقيه ٣: ٣٣-١٠٤، التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٦، الاستبصار ٣: ٣٣-١١٦، الوسائل ٢٧: ٢٦٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ١٢، بتفاوت.

(٥) الكافي ٧: ٣٨٥-١، التهذيب ٦: ٢٧٥-٧٤٩، الاستبصار ٣: ٣٣-١١١، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٧

شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يكن يجيز في الهلال إلّا شاهد عدل» (١).

و موثقة أبي بصير: عن الرجل يكون له عند الرجل الحقّ و له شاهد واحد، قال: فقال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحقّ، و ذلك في الدين» (٢).

و رواية القاسم بن سليمان: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده» (٣).

و رواية داود بن الحصين، و هي طويلة، و في آخرها: «و لا- يجيز في الطلاق إلّا شاهدين عدلين» قلت: [فأنتي] ذكر الله تعالى قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ (٤)؟ قال: «ذلك في الدين، إذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم تكن امرأتان، قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله و أمير المؤمنين عليه السلام [بعده] عندكم» (٥).

و صحيحة الحلبي: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء مع يمين

(١) الكافي ٧: ٣٨٦-٨، التهذيب ٦: ٢٧٢-٧٤٠، الاستبصار ٣: ٣٢-١٠٨، الوسائل ٢٧: ٢٦٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ١، بتفاوت يسير.

(٢) الكافي ٧: ٣٨٥-٣، التهذيب ٦: ٢٧٢-٧٤٢، الاستبصار ٣: ٣٢-١٠٩، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٥.

(٣) التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٥، الاستبصار ٣: ٣٢-١١٠، الوسائل ٢٧: ٢٦٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ١٠.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) التهذيب ٦: ٢٨١-٧٧٤، الاستبصار ٣: ٢٦-٨١، الوسائل ٢٧: ٣٦٠ أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٥، و في «ح» و «ق»: قلت: فان ... و أمير المؤمنين عليهم السلام عندكم، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٨

الطالب في الدين، يحلف بالله أن حقه لحق» (١) و قريبة منها مرسلته (٢).

و موثقة منصور: «إذا شهد لطالب الحقّ امرأتان و يمينه فهو جائز» (٣)، و غير ذلك من الأخبار (٤).

ثم مقتضى الأصل الثابت بالقاعدة المذكورة- و اختصاص النصوص كلّها بما يختصّ بحقوق الناس، لأنها إمّا متضمنة للفظ: «صاحب

الحقّ» أو:

«الدين» أو ما يخلو عن مثله، كصحيحته حماد بن عيسى و الجلي، فوارد بلفظ: «قضى» و هو غير مفيد لعموم أو إطلاق، لأنه قضية في واقعة- اختصاص الثبوت بها بحقوق الناس دون حقوق الله، كما عليه الإجماع انعقد أيضا.
و تدلّ عليه صريحا صحيحه محمد المتقدمه، فلا ريب في ذلك الاختصاص أصلا.
و هل يختص من حقوق الناس بالأموال، كالقرض و الغصب، و ما يقصد منه المال، كعقود المعاوضات و القراض و الوصية و الجنايات الموجبة للديات و نحوها؟
قال في الكفاية: المعروف من مذهب الأصحاب أنه لا يثبت بهما غير الأموال من حقوق الناس، فلا يثبت الطلاق و النسب و الوكالة و الوصية

(١) الكافي ٧: ٣٨٦-٧، الفقيه ٣: ٣٣-١٠٦، التهذيب ٦: ٢٧٢-٧٣٩، الاستبصار ٣: ٣٢-١٠٧، الوسائل ٢٧: ٢٧١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٥ ح ٣.

(٢) الكافي ٧: ٣٩٠-٢، التهذيب ٦: ٢٦٩-٧٢٣، الاستبصار ٣: ٢٩-٩٥، الوسائل ٢٧: ٣٥١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٤ ح ٢.

(٣) الفقيه ٣: ٣٣-١٠٥، الوسائل ٢٧: ٢٧١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٥ ح ١.

(٤) انظر الوسائل ٢٧: ٣٦٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤، و ص ٢٧١ ب ١٥، و ص ٣٥٠ أبواب الشهادات ب ٢٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٦٩

إليه و عيوب النساء «١». انتهى.

وقيل: و لا يقضى بهما في غير المال و ما يقصد منه المال بلا خلاف. و قيل أيضا: ظاهر الأصحاب الإطباق على تقييده بالمال «٢». انتهى.

و يظهر من الكفاية التردد في ذلك التخصيص، حيث قال: فإن لم يثبت إجماع على التخصيص كان القول بالعموم غير بعيد «٣». انتهى.

و ذهب الشيخ في النهاية و الحلبي و ابن زهرة إلى التخصيص من بين الأموال أيضا بالدين «٤»، و عن الأخير الإجماع عليه.

أقول: دليل التخصيص الأخير هو موثقة أبي بصير، و رواية القاسم بن سليمان، و رواية داود بن الحصين، المؤيدة بصحاح حماد بن عثمان و محمد و الحلبي.

و الإيراد عليها بأنه لا دلالة فيها إلّا على أنّ قضاءه بذلك كان في الدين، و لم يقض به في غيره، و هو أعم من عدم جواز القضاء به فيه، فقد يجوز و لكن لم يتفق له صلى الله عليه و آله.

ضعيف جدا، لأنّ المتبادر من قوله في الموثقة: «كان يقضى بذلك و ذلك في الدين» و كذا قوله في الرواية: «وحده» أنّ تجويزه القضاء به كان مختصا به، مع أنّ رواية داود لم تتضمن القضاء أولا، بل هي صريحة في التخصيص.

(١) الكفاية: ٢٧٢.

(٢) انظر الرياض ٢: ٤٠٦-٤٠٧.

(٣) الكفاية: ٢٧٢.

(٤) النهاية: ٣٣٤، الحلبي في الكافي في الفقه: ٤٣٨، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٠
و أما التخصيص الوسط فلا أرى في الأدلة منه عينا ولا أثرا.
وقد يستدل له بأخبار الاختصاص بالدين منضمّة مع تتمّة صحيحة البجلي المتقدم صدرها، المتضمّنة لادعاء أمير المؤمنين عليه السلام
على عبد الله بن قفل التميمي عند شريح درع طلحة، حيث وجدها بيده، وقال: «إنّها أخذت غلولا» (١) فطلب شريح البيئ، فشهد
الحسن عليه السلام، فقال شريح:
هذا شاهد، ولا أفضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، وساق الكلام إلى أن قال: «فغضب عليّ عليه السلام وقال: خذوها» أي
الدرع «فإنّ هذا قضى بجور ثلاث مرّات» ثمّ أخذ في عدّ تلك الثلاث، إلى أن قال: «ثمّ أتيتك بالحسن فشهد، فقلت: هذا واحد، ولا
أفضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بشهادة واحد ويمين» الحديث (٢).
فإنّ الدرع كانت عينا موجودة لا دينا، فيعلم أنّ القضاء بذلك لا يختصّ بالدين المعهود، بل المراد من الدين مطلق المال، كما قد
يحمل عليه كلام النهاية (٣)، ويشعر كلام بعض اللغويين إلى أنّه مطلق الحقوق (٤).
وفيه: أنّه يمكن أن تكون تخطّته في قوله: «ولا- أفضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر» حيث أتى بالنفي للماهيّة الدالّة على
العموم، بل هو الظاهر، حيث ذكر عليه السلام في مقام تعداد الخطأ ذلك القول لا عدم حكمه في الواقعة بالشهادة واليمين.
ويدلّ عليه أيضا استشهاده بقضاء رسول الله صلّى الله عليه وآله مطلقا من غير بيان

(١) غلولا: أي سرقة من الغنيمه قبل القسمة- مجمع البحرين ٥: ٤٣٦.

(٢) الكافي ٧: ٣٨٥-٥، التهذيب ٦: ٢٧٣-٧٤٧، الاستبصار ٣: ٣٤-١١٧، الوسائل ٢٧: ٢٦٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب
١٤ ح ٦.

(٣) حمله عليه في المختلف: ٧٢٥.

(٤) مجمع البحرين ٦: ٢٥٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧١
موضع قضائه.

ثمّ لو سلّم ذلك، فمقتضى الجمع التخصيص بالدين والعين، و أمّا التعدّي إلى غيرهما من الحقوق المتعلّقة بالأموال- كالرهن و
المساقاة و الإجازات و نحوها- فلا يكون عليه دليل.
و التمسك بعدم القول بالفصل في المقام ضعيف.
و أمّا حمل الدين على مطلق المال فهو ممّا تأباه اللغة و العرف و كلام الأصحاب طرّا، حيث يقابلون الدين مع العين أو مع المال.
و بالجملة: إن كانت دلالة الموثّقة و الروايتين على الاختصاص بالدين تامّة- كما هو كذلك- يجب القول بالتخصيص الأخير،
لأخصّيتهما من سائر الأخبار، و إلّا فالتخصيص الأول، و هو الاختصاص بحقوق الناس، لما عرفت.
و أما الوسط فلا وجه له أصلا.

نعم، ظاهر الحلّي و الفاضل في المختلف دعوى الإجماع على كفاية الشاهد و اليمين في الأموال (١)، و نفى جماعة- على ما قيل (٢)-
الخلافاً فيه.

و لكن قد عرفت مرارا عدم حجّية الإجماع المنقول و حكاية نفى الخلافاً، سيّما أنّ كلام الحلّي ليس صريحا في الإجماع، فإنّه قال: و
يحكم بالشاهد و اليمين في الأموال عندنا. و مثل ذلك ليس دعوى للإجماع، و مع ذلك مختصّ بالأموال، و شموله- لما يكون
المقصود منه المال مطلقا، كالنكاح و الرهن و قتل الخطاء و نحوهما ممّا ذكره- ليس بظاهر.

و كذا كلام المختلف، فإنه ذكر الدين و العين مع عدم صراحته أيضا

(١) الحلّي في السرائر ٢: ١١٦، المختلف: ٧١٦.

(٢) الكفاية: ٢٨٥، الرياض ٢: ٤٠٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٢

في دعواه، لأنه قال: المال سواء كان ديناً - كالقرض - أو عينا ثبت بشاهد و امرأتين إجماعاً، و كذا بشاهد و يمين، فإنّ قوله: «و كذا» يمكن أن يكون إشارة إلى نفس الثبوت لا الثبوت مع الإجماع.

هذا، مع معارضتهما بدعوى إجماع ابن زهرة على الاختصاص بالدين «١»، و ظهور مخالفة طائفة من فحول القدماء «٢».

و مع ذلك كيف تسمع دعوى نفى الخلاف؟! و مع أن أكثر ما ذكره من دعوى نفى الخلاف أو المعروفة من مذهب الأصحاب و نحوهما إنما هو على عدم ثبوت غير الأموال بالشاهد و اليمين، كما مرّ من عبارة الكفاية «٣».

و قد يستدلّ لتخصيص الوسط برواية عامية رواها ابن عباس: إنّ النبيّ صلى الله عليه و آله قال: «استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار بذلك في الأموال لا تعدو ذلك».

و هي رواية ضعيفة لا تصلح للاستناد و إن قلنا بموافقتها للشهرة، لأنها لا تجبر الروايات العامية، مع أنّها عامة يجب تخصيصها بما يدلّ على الاختصاص بالدين، و هو أولى من جعل الحصر في روايات الدين إضافياً قطعاً.

هذا، مع ما في التخصيص الوسط من الإجمال و الاختلاف في بيان المطلوب الذي لا يكاد يبين بيانا مستندا إلى دليل، فإنّ منهم من عبر بالأموال «٤»، و منهم من قال: العين و الدين «٥»، و قال القاضي: المال و ما كان

(١) الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٤.

(٢) كالطوسي في النهاية: ٣٣٤.

(٣) الكفاية: ٢٧٢.

(٤) كالشهيدي الثاني في المسالك ٢: ٣٧٦.

(٥) كالحلّي في السرائر ٢: ١١٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٣

و صلة إليه «١»، و قال الحلّي «٢» و أكثر المتأخرين «٣»: المال، أو ما يقصد منه المال.

ثمّ اختلفوا في المراد ممّا يقصد منه المال أو يكون و صلة إليه، أنّه هل ما كان كذلك بأصل الشرع، أو كان الغرض من الدعوى ذلك، أو كان يستتبع المال، أو كان الغرض من فعله المال؟

و ذكروا أمثلة لا ينطبق بعضها على بعض، فذكروا منها: الجنائيات الخطائية، مع أنّه ليس المقصود من فعله أو الغرض من وضعه مال، بل قد لا يكون الغرض من الدعوى أيضا ذلك، بل يتصوّر المدعى جواز القصاص.

و ذكروا لما ليس ممّا يقصد منه المال: الوكالة و الوصاية و النسب، مع أنّ دعوى الوكالة كثيرا ما تكون بقصد المال، كأخذ حقّ الوكالة، أو تصحيح عمل الوكيل في المال ليأخذه، أو إفساده، كالبيع.

و دعوى الوصاية قد «٤» تكون لأخذ حقّ السعي، و قد تكون لتصحيح بيع الوصي.

و دعوى النسب قد تكون لأخذ الميراث أو النفقة و غير ذلك.

و لأجل ما ذكرنا من إجمال المراد و اختلافهم في تأديته قد وقعت للقائلين بهذا القول من فقهاءنا الأطياب - من المتقدمين و

المتأخرين في أبواب الاختلاف في دعوى العقود والإيقاعات من الوقف و النكاح و الطلاق

(١) المهذب ٢: ٥٦٢.

(٢) السرائر ٢: ١٤٠.

(٣) كالمحقق في الشرائع ٤: ٩٢، و العلامة في المختلف: ٧١٦، و الشهيد الثاني في الروضة ٣: ١٤٢.

(٤) في «ح» زيادة: لا.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٤

و الخلع و العتق و التدبير و المكاتبه و السرقة و غيرها- اختلافات شديدة بينهم، بل بين كتب فقيه واحد، بل بين مباحث كتاب واحد، بحيث لا يكاد ينضب ولا يرتفع، و ليس ذلك إلا لعدم استناد تعيين الموضوع إلى مستند شرعي مضبوط. فهذا القول مما لا ينبغي الركون إليه و السكون لديه، بل إما يعمم الثبوت- كما في حقوق الناس، كما يميل إليه في الكفاية «١»، إن لم تتم أدلته التخصيص بالدين، إما سندا أو دلالة- أو يخصيص بالدين إن قلنا بتمامية أدلتها، كما هو كذلك، لأنها من الروايات المعتمدة، مع أن واحدة منها موثقة، و هي في نفسها عندهم حجة، و بأخبار صحيحة أخرى معتزدة، و دلالتها واضحة جدا. فالحق: اختصاص الثبوت بالشاهد الواحد و يمين المدعى بالدين لا غير.

فروع:

أ: المراد بالدين الذي يثبت بشاهد و يمين: كل حق مالي للغير،

متعلق بذمة الآخر، بأي سبب تعلق بالذمة، فيشمل ما استقرضه، و ثمن المبيع، و مال الإجارة، و المهر، و دية الجنائيات، و المغصوب، و المسروق، و النفقة، و الموصى به، و المضمون له، و المحول إليه، و غير ذلك. و المراد بكون الدعوى دينا: أن يكون هو المقصود من الدعوى، و يكون مأخوذا فيه، و يكون هو المدعى به بالذات و المطلوب من الخصم

(١) الكفاية: ٢٧٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٥

و إن تعلقت الدعوى أو الإنكار بالسبب، فلو تلفت منه مائة دينار لأجل شراء ملكه و هو أنكر الشراء يكون دعوى الدين، و كذا لو ادعى مائة دينار لأجل الجنائية أو السرقة أو الإجارة و نحوها، لصديق دعوى الدين في الكل. بخلاف ما لو ادعى نفس السبب من دون مطالبته ما يترتب عليه، فإنه لا تصدق عليه دعوى الدين. و لذا لو ادعت امرأة على رجل مائة دينار من جهة الصداق، فبذل المائة، يسقط تسلطها عليه. بخلاف ما لو ادعى النكاح الذي جعل الصداق فيه مائة، إلا إذا كان أثر السبب (و المطلوب) «١» منه منحصر في ذلك الدين، فإنه لو ادعى أحد وصية مائة دينار يكون دعوى الدين، إذ لا يقصد من دعواها إلا المائة دينار، أي لا يتبادر من دعواها إلا طلب ذلك.

ب: قالوا: يشترط شهادة الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين،

و لو بدأ باليمين وقعت لاغية، و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة، و لم يظهر في ذلك مخالف، بل نسبه في المفاتيح إلينا «٢»، و نفى عنه

الخلافة في شرحه، و استدلل له بتعليل ضعيف غايته.

و قد استدلل أيضا بأن هذا حكم مخالف للأصل، فيقتصر في ثبوت الحق به على موضع اليقين، و هو ما إذا تأخر اليمين. وفيه: أن هذا إنما يتم لو لا إطلاقات طائفة من النصوص بالثبوت بذلك، فإن أكثرها و إن كان خاليا عن الإطلاق - لتضمنه الإخبار عن حكم النبي و الولي، فهو إخبار عن واقعه، و مثله لا إطلاق فيه - إلا أن صحيحه مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ص ٢٧٥ ب: قالوا: يشترط شهادة الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين، ص : ٢٧٥

(١) في «ق»: فيه المطلوب.

(٢) المفاتيح ٣: ٢٦٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٦

محمد الاولي و صحيحه منصور الأخيرة و رواية داود «١» مطلقه. و نفى إطلاقها - لكونها واردة في بيان حكم آخر غير ما نحن فيه، و لأن المتبادر منها تقديم اليمين - ضعيف، لعدم منافاة الورود مورد حكم آخر للإطلاق، و لظهور منع التبادر، و لذا تأمل طائفة في ذلك الحكم، كصاحبى الكفاية و المفاتيح «٢».

و اختار شارح المفاتيح عدم اشتراط الترتيب، و هو الأقوى.

ج: لا تثبت دعوى جماعة مع شاهد إلا مع حلف كل منهم،

فلو حلف بعضهم دون بعض ثبت نصيب الحالف فقط، للأصل، فإن الأصل عدم ثبوت نصيب الغير، و لم تكن للممتنع معه شركة فيما يثبت، لأن الحلف جزء سبب الاستحقاق، و هو يختص بأحدهما، فيمكن إبراء شريكه أو استيفاءه. و ذلك بخلاف ما إذا ادعى أحد الشريكين بسبب مشترك فأقر الغريم، فإن ما أقر به للمدعى يشترك فيه الآخر أيضا، لأن نسبة الإقرار إليهما على السواء، و كذا البيئنة، فما يأخذه أحد الجماعة من نصيبه بسبب الحلف لا يشترك معه غيره ممن لم يحلف، و ما يأخذه بسبب الإقرار أو البيئنة يشترك معه فيه الباقيون، كذا قالوا.

أقول: ما ذكره من اختصاص ما أخذه الحالف به و عدم اشتراك غيره معه إنما هو فيما إذا كان المدعى به دينا أو عينا و أخذ ما أخذ منها مشاعا، أى اشترك مع الغريم فيها بالإشاعة بقدر نصيبه.

أما لو كان المدعى به عينا و أخذ نصيبه منها مفروزا فلا بد من القول

(١) المتقدمة جميعا في ص: ٢٦٦ و ٢٦٧ و ٢٦٨.

(٢) الكفاية: ٢٧٢، المفاتيح ٣: ٢٦٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٧

بكونه مشتركا بينه و بين باقى الشركاء.

مثلا: إذا ادعى أخوان على زيد حنطة معينة مشاهدة بأنها من مال مورثنا، و أقاما شاهدا واحدا، و حلف أحدهما دون الآخر، و أخذ الحالف نصف تلك الحنطة، يجب أن يكون مشتركا بين الأخوين.

و كذا إذا ادعى أرضا معينة و أخذ الحالف نصفها المعين بأن يقسم مع الغريم، فلا بد من الشركة.

لا لأجل الحلف، حتى يرد أنه لا يثبت بالحلف مال الغير.

بل لأجل اعترافه بأنه مال المورث، و هو مأخوذ به، كيف و لو ادعاه لنفسه و أخذه بالشاهد و اليمين أو اليمين المردودة، ثم أقر بأنه

مال عمرو، يتسلط عمرو على أخذه منه، فأثر الحلف رفع مانع تصرفه، وحكم ظاهر الشرع باستحقاقه القبض و الشركة أثر الإقرار. و لعل مراد القوم من نفى الاشتراك أيضا في غير تلك الصورة. فإن قيل:

يلزم مثل ذلك في نصيبه من الدين المأخوذ بالحلف و العين المأخوذة بالإشاعة كذلك أيضا، لما ذكر. قلنا:

لا يلزم ذلك أصلا، لأن المقر به في الدين ليس إلا اشتغال ذمة الغريم بحصته و بحصة الشركاء، و لا يثبت بذلك شيء أصلا، و يثبت بالشاهد و اليمين اشتغال ذمته بحصة الحالف، أي بأمر كلي يساوي حصته من الدين، و هذا الكلي ليس جزءا من الكلي الأول، لعدم تعيينه، بل يساوي بعضه، و تعين ذلك الكلي المحكوم عليه له بإقباض الغريم و قبض الحالف، و لا اعتراف من الحالف على شركة الشريك فيه، و إنما اعترافه في أمر كلي ثابت في الذمة، و لم يقصد الغريم أنه يعطيه من باب ذلك الكلي، لعدم اعترافه بثبوت عليه، و لو قصد أيضا لم يفد، فهذا الشخص الخارجي

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٨

لا دليل على شركة الشركاء فيه أصلا، و أين الاعتراف باستحقاق الشريك شيئا في ذمة الغريم عن الاعتراف بشركته في ذلك الشيء المعين؟! فإن قيل:

فعلى هذا يلزم عدم شركة الشريك فيما يقبضه الآخر من الدين المشترك الذي يقرب به الغريم، أو يثبت بالبينه أيضا- كما حكى عن الحلبي في باب الشركة من السرائر «١»، و إن وافق القوم في باب الدين و الصلح «٢»- لأن شركة الشريك في أمر انتزاعي كلي ثابت في الذمة، و لا يلزم من ذلك شركته فيما أعطاه الغريم لأحدهما و يقصده، و هو أيضا قبضه لنفسه.

نعم، لو أقبضه الغريم لهما معا تمت شركتهما، حيث إن التعيين بيد الغريم.

و القول بأن قصد الغريم إنما يعتبر و يؤثر في تعيين قدر الدين من ماله و إفرازه عن سائر ما بيده، لا في تعيين الشركاء في الدين، و إنما هو بيد الشريك، فيما عينه الغريم يصير للدين بقصده، و يكون مراعى في حق الديان حتى يعينوا المستحق.

فاسد جدا، لأنه إن أريد أن التعيين بيد جميع الشركاء من القابض و غيره فهم لا يقولون به، بل يقولون بشركة الشريك الآخر و لو لم يرض القابض.

و إن أريد أن التعيين بيد غير القابض فهو أيضا ليس كذلك.

و إن أريد أن للجميع التعيين بقدر الحصة فهو أمر لا دليل عليه و لا سبيل، و أيضا يلزم أنه لو كانت عليه ديونا متعددة لديان عديدة من غير

(١) السرائر ٢: ٤٠٢.

(٢) السرائر ٢: ٤٥، ٤٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٧٩

شركة يشترك الباقيون فيما قبضه أحد الديان لنفسه بقصده و قصد الغريم أيضا، و هو مما لا يقول به أحد.

و أي فرق بين الديون المتعددة لديان متعددة و بين دين واحد لديان؟! فإن التفرقة إنما هي قبل التعلق بالذمة، و أما بعده فالمتعلق بالذمة أمر كلي متخصص بحصص متعددة في صورتين.

و بالجملة: جعل الدين في إحدى صورتين كليًا واحداً مشتركاً و في الأخرى كلياً متعددة غير مشتركة ليس إلا محض التصوير و الاعتبار، و إلا فالدين و ما في الذمة فيهما مائة درهم- مثلاً- لشخصين، و ليس إناطة تعيين المستحق بيد الشريك في بعض الصور

مستندا إلى دليل فقهي شرعي.

قلنا:

نعم، يلزم ما ذكر، وهو الموافق للأصل، إلما أن الدليل الشرعي أوجب الشركة في الدين المشترك، وهو المستفيض من الأخبار المعتمدة، كصحيحه سليمان بن خالد «١»، وموثقه غياث بن إبراهيم «٢»، وروايته ابن سنان «٣» وابن حمزة «٤»، وغيرها «٥»، المؤيدة بالشهرة العظيمة، ولولاها لكتنا نقول في الدين المشترك الثابت بالإقرار أو البيئنة أيضا باختصاص القابض بما قبضه، ولكن الدليل أوجب القول بالتشريك، بمعنى: أن الشريك الآخر له المطالبة وإن كانت له الإجازة في الاختصاص أيضا، ولذلك يقتصر فيه على موضع الدليل.

- (١) الفقيه ٣: ٢٣-٦٠، التهذيب ٦: ٢٠٧-٤٧٧، الوسائل ١٨: ٣٧٠ أبواب الدين والقرض ب ٢٩ ح ١.
 - (٢) الفقيه ٣: ٥٥-١٩٠، التهذيب ٦: ١٩٥-٤٣٠، الوسائل ١٨: ٤٣٥ أبواب أحكام الضمان ب ١٣ ح ١.
 - (٣) التهذيب ٧: ١٨٦-٨٢١، الوسائل ١٩: ١٢ أبواب أحكام الشركة ب ٦ ح ٢.
 - (٤) التهذيب ٧: ١٨٥-٨١٨، الوسائل ١٩: ١٢ أبواب أحكام الشركة ب ٦ ح ١.
 - (٥) انظر الوسائل ١٩: ١٢ أبواب أحكام الشركة ب ٦.
- مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٠
و بذلك تندفع بعض الإيرادات الواردة في المسألة والإشكالات الموردة فيها.
ولتحقيق هذه المسألة موضع آخر تذكر فيه.

د: لو ادعى قيم المولى عليه من الطفل والمجنون والغائب،

وأقام شاهدا واحدا، لا يحلف المدعى، لاختصاص اليمين بصاحب الحق، بل توقف الدعوى - مع عدم مصلحة في طيها بيمين الغريم أو الصلح أو غيرهما - إلى رفع الحجر عن صاحب الحق، فإن حلف أخذ، وإلا سقط.
ولو كان المدعى وصيا على الثلث - مثلا - لا - يحلف، بل تسقط دعواه، لأصالة عدم ثبوتها. ولو حلف سائر الورثة كلاً أو بعضا يأخذون نصيبهم ولا يخرج منه الثلث، لأن الحلف أثبت حصته خاصة.

ه: لو أقام المدعى شاهدا واحدا، ثم رضى بيمين المنكر،

كان له ذلك، للأصل. ويستحلفه، فإن حلف قبل عوده سقطت الدعوى، وإن عاد قبل حلفه وأراد بذل الحلف قال في التحرير: احتمال إجابته إلى ذلك وعدمها «١».

أقول:

بل تتعين الإجابة، للأصل، وعدم مشروعية اليمين بدون طلب المدعى، وقياسها على اليمين المردودة - كما ذكره الشيخ «٢» - غير صحيح، للفارق.

وقال في التحرير: لا تقبل في الأموال شهادة امرأتين ويمين المدعى «٣».

أقول:

صحيحنا الحلبي ومنصور «٤» تدلان على القبول.

- (١) التحرير ٢: ١٩٤.
 (٢) المبسوط ٨: ١٩٠.
 (٣) التحرير ٢: ١٩٣.
 (٤) المتقدمتان في ص: ٢٦٧ و ٢٦٨.
 مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨١

البحث الثالث في السكوت

فإن سكت المدعى عليه بعد طلب الجواب عنه، فإن كان لدهشة أزالها الحاكم بالرفق والإمهال. وإن كان لغباوة و سوء فهم توّسل إلى إزالته بالتعريف والبيان. وإن كان لآفة من صمم أو خرس توّسل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفهومة للمطلوب باليقين «١». وإن كان لعدم فهم اللغة توّسل إلى إفهامه إلى مترجمين عدلين، وكذا لو احتاج الحاكم إلى فهم جوابه. ولا يكفي واحد، لأصالة عدم حجّية قوله، فيقتصر في محلّ الحاجة إلى المجمع عليه. وإن كان سكوته تعنتاً ولجاجة ألزمه الجواب أولاً باللطف والرفق، ثم الغلظة والشدة، متدرجاً من الأدنى إلى الأعلى، على حسب مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فإن أجاب وإلا حبسه (حتى يجيب) «٢» إن سأله المدعى إلى أن يجيب أو يعفو الخصم، أو يموت، عند المفيد والشيخ في النهاية والمختلف والديلمي وابن حمزة «٣»، وكافة المتأخرين كما في المسالك والكفاية «٤».

(١) في «ق»: بالتعنين ..

(٢) كذا، والأنسب بالسياق حذفه.

(٣) المفيد في المقنعة: ٧٢٥، النهاية: ٣٤٢، المختلف: ٦٩١، الديلمي في المراسم: ٢٣١، ابن حمزة في الوسيلة: ٢١٧.

(٤) المسالك ٢: ٣٧٠، الكفاية: ٢٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٢

واستدل عليه تارة بما ذكره في الشرائع والتحرير من أن به رواية «١»، وهي وإن كانت مرسله إلا أنها منجبرة بما ذكر. وأخرى: بحديث: «لبي الواجد يحلّ عقوبته» «٢» حيث إنه واجد للجواب و يماطل فيه، بناء على تفسيرهم العقوبة بالحبس خاصة. وثالثة: بما مرّ من حبس الأمير الغريم باللي والمطل «٣». وقيل: يجبر حتى يجيب بالضرب والإهانة «٤». ولعله لإطلاق العقوبة، بناء على عدم ثبوت التفسير المذكور، ولأنه طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وعن المبسوط والسرائر «٥» وبعض المتأخرين «٦»: أن الحاكم يقول له ثلاثاً: إن أجبت وإلما جعلتك ناكلاً، وفي المبسوط: أنه قضية المذهب.

واستدل له بأنّ السكوت إمّا هو النكول أو هو أقوى، لأنّ الناكل منكر غير حالف ولا رادّ، وهذا إمّا مقرّ أو منكر كذلك.

وأدلة الكلّ مدخولة:

أمّا أدلة الأول، فلأنّ ضعف الرواية وإن انجبر بما مرّ إلا أنّ متنها ليس معلوماً، حتى في دلالتها ينظر، ومثل ذلك ليس عند الأصحاب بمعتبر.

و تفسير العقوبة بخصوص الحبس غير ثابت. و حبس الأمير لا- يفيد التخصيص، مع أن كونه في مثل المورد غير معلوم، و صدق الواجد على

- (١) الشرائع ٤: ٨٦، التحرير ٢: ١٨٧.
- (٢) مجالس الشيخ: ٥٣٢، الوسائل ١٨: ٣٣٣ أبواب الدين و القرض ب ٨ ح ٤، بتفاوت.
- (٣) في ص: ١٧٦.
- (٤) حكاة في كشف اللثام ٢: ٣٣٨ و فيه: و لم نعرف القائل.
- (٥) المبسوط ٨: ١٦٠، السرائر ٢: ١٦٣.
- (٦) حكاة عنه في الرياض ٢: ٤٠١.
- مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٣
- مثل ذلك غير ظاهر.

و منه يظهر ضعف دليل الثاني أيضا.

و أمّا أدلة الثالث فلمنع كونه نكولا، مع أنه ما ورد لفظ النكول في الروايات. ثمّ منع كونه إمّا مقرّا أو منكرًا، فقد يكون أدّى الحقّ و لم يكن منكرًا يلزمه اليمين، و لا مقرّا يلزمه الحقّ، فيسكت عن الإنكار لعدم صحّته، و عن الإقرار لإلزامه بالمقرّ به مع عدم البيّنة على أدائه، و عدم تقصيره في فقد البيّنة حتى يرد: أنه أدخل الضرر على نفسه، لإمكان موت الشهود. و إمكان التورية منه لا يفيد، إذ قد لا يعلم شرعيّتها، أو لا يهتدى إلى طريقها.

نعم، يمكن أن يستدلّ للقول الأخير بما ذكره بعضهم من جريان أدلة النكول فيه، كقوله في رواية البصرى- على طريق الفقيه- المتقدّمة:

«فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حقّ له»، فإنّه لا شكّ في صدق المدعى عليه، فيدلّ بالمفهوم على أنه إن لم يحلف فللمدعى حقّ عليه.

و أظهر منه منطوق قوله: «فإن لم يحلف فعليه» في هذه الرواية على طريقى الكافى و التهذيب.

و للثانى: بقوله في آخرها على الطرق الثلاثة: «و لو كان حيا لألزم باليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين عليه» «١»، حيث إنّه أمر بالإلزام بأحد الأمرين، و لا يتحقق الإلزام إلّا بالأمر أولا، ثمّ الإيداء، ثمّ الضرب و هكذا.

و للأول: بأنّ الإلزام ليس مطلقا، بل مجمل، فيقتصر فيه على المتيقّن، و هو الحبس.

(١) الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٤

و يمكن الجواب عن الاستدلّالين الأخيرين بأخصّية الصدر عن الذيل، لمكان قوله: «فإن لم يحلف»، فيجب تخصيص الذيل به، و يلزمه التخيير في مبدأ الأمر بين أحد الثلاثة، فإذا لم يحلف و لم يرد- كما في المورد- يبقى الإلزام بالحقّ كما هو القول الأخير، و لعلّه الأقوى، فتأمل.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٥

إشاره

و فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا أجاب المدعى عليه بنحو قوله: لا أدري

إشاره

، فقال صاحب الكفاية و قبله الأردبيلي: إن مقتضى ظاهر كلامهم أنه لم يكف حلف المنكر على نفي العلم، و أنه لا يجوز حينئذ الحلف بنفي الاستحقاق لعدم علمه، بل لا بد من ردّ اليمين، و إن لم يردّ يقضى عليه بالنكول مطلقاً، أو بعد ردّ اليمين على المدعى «١».

و قال بعض المعاصرين - بعد نقله عنهما -: و لم يحضرنى ذكر ذلك فى كلام غيرهما «٢».

أقول:

التحقيق: أنه إن ادعى المدعى العلم عليه علماً أو ظناً - بل أو احتمالاً - فله حلفه على نفي العلم، كما صرح به بعض مشايخنا المعاصرين أيضاً «٣»، لأنه دعوى صحيحة مستلزمة - بعد تحقق المدعى به بالنكول - ثبوت الحق له، فيدخل فى عموم اليمين على من أنكر. و بعد الحلف يسقط أصل الدعوى، لا لما ذكره أيضاً من تركب الدعوى من أمرين - فإذا سقط جزؤه سقط الكل، كما ذكره فى الحلف على نفي العلم

(١) الكفاية: ٢٧٠.

(٢) غنائم الأيام: ٦٩٢.

(٣) انظر الرياض ٢: ٤٠٤.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٦

بفعل المورث - بل لأن بعد ثبوت انتفاء علمه بالحلف لا تسلط له عليه بدون البيئه، كما يأتى.

نعم، لو أقام بعد ذلك بيئه تقبل، لأن الحلف كان على نفي العلم، و لازمه عدم سماع بيئه العلم.

و إن لم يدع عليه العلم و لا - بيئه له فلا تسلط له عليه أصلاً بمطالبة الحق، للأصل الخالى عن المعارض بالمره. و لا بالحلف، للأدلة المصرحة بأن الحلف على البت كما يأتى.

فلو لم تكن بيئه له سقطت دعواه، بمعنى: عدم ترتب أثر عليها فى حقه، إذ لم يثبت من الشارع فى حق المدعى سوى البيئه أو التحليف، و هما منفيتان فى المقام قطعاً، و الأصل عدم تحقق مقتضى الدعوى، فيحكم به.

و تدل عليه موثقة سماعة: عن رجل تزوج أمه أو تمتع بها فحدثه ثقة أو غير ثقة، فقال: إن هذه امرأتى و ليست لى بيئه، قال: «إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل [منه]» «١».

و حسنه عبد العزيز: إن أختى ماتت و تزوجت امرأته، فجاء عمى فادعى أنه كان تزوجها سراً، فسألته عن ذلك فأنكرت أشد الإنكار و قالت:

ما كان بينى و بينه شىء قط، فقال: «يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» «٢».

و رواية يونس: عن رجل تزوج امرأة فى بلد من البلدان، فسألها:

(١) التهذيب ٧: ٤٦١-١٨٤٥، الوسائل ٢٠: ٣٠٠ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٢٣ ح ٢، وفيهما: عن رجل تزوج جارية.. فحدّته رجل ثقة.. و ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أثبتناه من المصدرين.

(٢) الكافي ٥: ٥٦٣-٢٧، الفقيه ٣: ٣٠٣-١٤٥٢، الوسائل ٢٠: ٢٩٩ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٢٣ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٧

أ لك زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها، ثم إن رجلا أتاه فقال: هي امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هي امرأته، إلا أن يقيم البيّنة» (١).

دلّت هذه الروايات على عدم قبول مدّعى الزوجية في سقوط حقّ الزوج الثاني، مع أنّ الثاني غير عالم به، كما يدلّ عليه الفرق بين الثقة و غيره في الاولى، و سؤاله عن حالها في الثانية، و أنّه لا حلف عليه.

و أمّا قوله في الاولى: «إن كان ثقة فلا يقربها» فلكونها جملة محتملة للإخباريّة لا يفيد أزيد من الكراهة، و لذا خصّه بالمقاربة دون سائر الأمور، و لم يحكم بزوجة الأول بمجردّه.

و اختصاص الروايات بدعوى الزوجية غير ضائر، لعدم القول بالفصل بين الحقوق.

و ما نقل عن بعضهم في هذه المسألة- من أنّه يحلف على نفي العلم «٢»، و احتمله الأردبيلي و نفي عنه البعد في الكفاية «٣»- فمرجعه إلى ما ذكرنا، إذ ظاهر أنّ هذا الحلف إنّما هو إذا جوّز المدّعى علمه حتى تتحقّق دعواه و لو احتمالا. أمّا لو اعترف بعدم علمه فلا معنى ليمين نفي العلم.

و أمّا ما قيل من احتمال أن يقال بردّ الحاكم أو المدّعى عليه الحلف إلى المدّعى «٤» فلا- وجه له، لأنّه أمر مخالف للأصل، محتاج إلى التوقيف، و لا توقيف.

(١) التهذيب ٧: ٤٦٨-١٨٧٤، الوسائل ٢٠: ٣٠٠ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٢٣ ح ٣.

(٢) حكاة عنه في الرياض ٢: ٤٠٤.

(٣) الكفاية: ٢٧٠.

(٤) انظر الرياض ٢: ٤٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٨

و لا يتوهم عموم بعض روايات اليمين، مثل قولهم: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية» (١) و قولهم: «اقض بينهم بالبيّنات، و أضفهم إلى اسمي» (٢)، لأنّها بين مجملّة و معيّنة لكون اليمين على المدّعى عليه، و المبيّن حاكم على المجمل، سيّما مع التصريح في صحیحتي العجلى و أبى بصير و روايته، المتقدّمة جميعا في مقدّمة المقام الثاني من البحث الثاني «٣». و كذا لا- يتوهم دلالة إطلاقات ردّ اليمين، لأنّ الردّ إنّما يكون مع تعلّق اليمين بالمدّعى عليه، فإذا لم يتعلّق لا يكون ردّ، مع أنّه لا إطلاق فيها يشمل المورد.

و القول- بأنّه لولاه [للزم] «٤» عدم سماع دعوى مسموعة بلا جهة- واه جدّا، لأنّ طلب الجواب من المدّعى عليه ثمّ طلب البيّنة من المدّعى و تحليفه على نفي العلم لو ادّعاه عين سماعها.

نعم، يلزم عدم ثبوت تسلّط للمدّعى في بعض الصور- و ما الضرر فيه؟!- كما في مورد الروايات الثلاث، الذي لا خلاف فيه أيضا ظاهرا، و كما فيما إذا كان المدّعى عليه وارثا، بل هو من أفراد موضوع المسألة، غاية الأمر صيرورة دعواه لاغية، فليكن كذلك، و ما الضرر فيه بعد كونها مخالفة للأصل؟! و القول بأنّ الأصل عدم انقطاع الدعوى المسموعة بلا بيّنة و لا يمين:

مردود بأنّ الأصل أيضا عدم توجه اليمين على المدّعى، مع أنّ أصالة

(١) راجع ص: ١٩٩.

(٢) راجع ص: ١٩٩.

(٣) راجع ص: ٢٠٠.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: لزم، و الظاهر ما أثبتناه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٨٩

عدم الاشتغال و عدم وجود دليل شرعى على الحكم به دليل الانقطاع، مزيل للأصل.

و لا يتوهم أنه يمكن إلزام المدعى عليه بلا يمين مردودة أيضا لعدم المعارض لقول المدعى، لأن الأصل من أقوى المعارضات، و من

أين تثبت حجية قول المدعى الجالب للنفع لدفع الأصل الثابت من الشرع؟! فإن قيل:

بوجوب حمل أفعال المسلم و أقواله على الصحة و الصدق.

قلنا:

من أين ثبت ذلك؟! سيما إذا كان قوله مخالفا للأصل مثبتا للحق على الغير، و لم نعر إلى الآن على دليل تام على ذلك، كما بيناه فى

كتابى عوائد الأيام و مناهج الأحكام.

سلمنا، فغاية ما نسلمه أنه لا يكذب فى ادعاء علمه، و لكن من أين تثبت حجية علمه علينا؟! فإن قيل:

ورد فى رواية البصرى المتقدمة: «و لو كان حيا لألزم اليمين، أو الحق، أو يرد اليمين عليه» «١» دلت على أنه لو كان حيا لتعلق به أحد

الثلاثة، و لما لم يكن اليمين أو رده هنا فتعين الإلزام بالحق.

قلنا:

يجب إما تخصيص الحى بالعالم، أو تخصيص الإلزام و الرد به، و لا مرجح، فيحصل الإجمال المسقط للاستدلال. و الله الموفق فى

كل حال.

و أما ما احتمله فى الكفاية من كون عدم العلم بثبوت الحق كافيا فى الحلف على عدم الاستحقاق، لأن وجوب إيفاء حقه إنما يكون

عند العلم به «٢».

(١) راجع ص: ٢٣١.

(٢) الكفاية: ٢٧٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٠

ففساد، لأن المدعى أما يحتمل علمه أو لا، فإن احتمله فله حلفه على نفيه، و إن لم يحتمله فهو على ما ذكره معترف بعدم الاستحقاق

أيضا، فكيف يحلفه؟! ثم بما اخترناه صرح به بعض معاصرينا، حيث قال ما ملخصه: إنه إن ادعى المدعى عليه العلم فلا إشكال فى

جواز الحلف على نفي العلم، و به تسقط الدعوى، و إن لم يدع عليه العلم فمقتضى الأصل و الأخبار أنه لا يتوجه عليه شيء أصلا، إذ

الأصل براءة ذمته، و لم ينكر شيئا مما يدعى المدعى حتى يصدق عليه المنكر، مع أنها غير ممكنة حينئذ، فلا يكفى صدق المدعى

عليه عليه أيضا، و لا يجب عليه رد اليمين، بل الظاهر أن الحاكم أيضا لا يردّه، إذ لا معنى لرد اليمين إلّا بعد ثبوته على المدعى عليه، و

لا يثبت شيء باليمين على المدعى عليه حينئذ، فلا يجوز للمدعى أيضا الحلف حينئذ، و لا يثبت به شيء لو حلف «١». انتهى.

هذا إذا كانت الدعوى على الدين و ما فى الذمة.

و أما إذا تعلقت بالأعيان الخارجة فهو على قسمين:

أحدهما: أن تكون العين في يد المدعى عليه

، لأجل انتقالها إليه من متصرف لها غير ثابت اعترافه بما ينافي الملكية بأحد أنحاء الانتقال، كالإرث، أو الشراء، أو نحوهما، ولا خلاف حينئذ في أنه إذا لم تكن للمدعى بينه ليس له على المدعى عليه تسلط، سوى اليمين على نفى العلم إن ادّعه عليه، كما يأتي.

و ثانيهما: أن تكون العين بيده من غير ادّعائه الملكية لها

إشاره

، بل يعترف بأنه لا يعرف صاحبها، لأجل نسيانه أو غيره، فله أقسام:

(١) انظر غنائم الأيام: ٦٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩١

الأول: أن يجيب المتصرف بأنّي لا أدري هل هو منّي، أو من المدعى

. فإن ادّعى عليه المدعى الدراية علماً أو ظناً أو احتمالاً فله إحلّافه على نفى العلم، فإن نكل أو ردّ فيما يجوز فيه الردّ و حلف المدعى يحكم به له و يأخذه، لا لكون النكول أو الردّ إقراراً، لمنعه، بل للأخبار النافية للحقّ عن الناكل و الرادّ مع حلف المردود إليه، فينحصر الحقّ في المدعى.

و إن حلف، أو لم يدّع المدعى العلم عليه، فالظاهر القرعة بينهما، لأنّها لكلّ أمر مجهول.

الثاني: أن يجيب بأنّي لا أدري أنّه هل هو منّي، أو منك، أو من ثالث حاضر يمكن الترافع معه.

فإن نفاه الثالث عن نفسه ينحصر بين المدعى و المتصرف، و يرجع إلى الأول.

و إن ادّعه لنفسه فلكلّ منهما إحلّاف المتصرف على نفى العلم مع ادّعائه عليه، فإن نكل عنهما أو عن أحدهما يسقط حقه و ينحصر بين المتداعيين، و يرجع إلى مسألة تنازع اثنين في عين في يد ثالث لم يصدق أحدهما إن لم يصدق أحدهما، و إلى مسألة تنازعهما في يد ثالث صدّق أحدهما إن رجع إلى تصديقه، و ستأتى المسألتان.

و إن حلف المتصرف لهما فالظاهر الإقراع بين الثلاثة.

و إن قال الثالث أيضاً: لا- أدري، و منع عن أخذ المدعى، فله إحلّافهما على نفى العلم إن ادّعه عليهما، و إحلّاف من يدّعه عليه خاصّه، فمع نكولهما أو أحدهما يسقط حقّ الناكل، و مع حلفهما يقرع بين الثلاثة.

و إن أقرّ المتصرف للمدعى بعد التردد يقبل منه، لأنّ قوله أولاً بعدم العلم ليس إقراراً على أحد.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٢

نعم، للثالث إحلّافه لو ادّعى علمه، و تغريمه لو نكل أو ردّ.

الثالث: أن يكون الثالث من لا يمكن الترافع معه

- كالفقراء، أو غائب مفقود الخبر، أو صغير، أو مجنون- فمع ادّعائه العلم عليه يحلّفه، فإن لم يحلف يسقط حقّ نفسه و يقرع بين الباقيين، و إن حلف يقرع بين الثلاثة. و يقبل قوله إن أقرّ بعد ذلك قبل الإقراع للمدعى، لعدم تحقّق شيء مقبول شرعاً ينافيه.

نعم، للصغير أو المجنون بعد الكمال تغريمه لو ادعى عليه العلم و نكل عن يمينه.

الرابع: أن يكون الثالث مسافرا

، و حكمه أيضا يظهر ممّا ذكرنا في الأقسام السابقة.

الخامس: أن يجيب بأنّي لا أدري أنه منّي، أو من المدعى، أو من غيرنا، من غير تعيين

، فمع عدم ادعاء العلم على المتصرّف يقرع بين الثلاثة أيضا، فإن خرجت القرعة لأحدهما يردّ إليه، و إن خرجت للغير يدخل في مجهول المالک. و كذا مع ادعاء العلم عليه و حلفه.

و مع نكوله أو ردّ اليمين و حلف المدعى يسقط حقّ المتصرّف، و يقرع بين المدعى و الغير، فإن خرجت للمدعى يعطى العين، و إن خرجت للغير فللمدعى إغرام المتصرّف، لتضييعه حقّه.

السادس: أن يجيب بأنّي لا أدري أنه من المدعى، أو الغير المعين،

أو غير المعين، مع اعترافه بأنه ليس من نفسه، فهو يخرج عن تلك المسألة، و يدخل في المسألة الآتية إن شاء الله، (و إن كان له جهة مناسبة مع تلك المسألة لأجل قوله: لا أدري أنه منك، و سيأتي حكمه إن شاء الله تعالى) «١».

(١) ما بين القوسين ليس في «ح».

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٣

المسألة الثانية: لو كان جواب المدعى عليه: إنه ليس لي

إشاره

، ليصرف الدعوى عن نفسه، و هو إنّما يكون إذا كانت الدعوى على عين في يد المدعى عليه، و هو على أربعة أقسام:

أحدها: أن يقول: ليس لي، مقتصرا عليه

. أو يضمّ معه قوله: هو لرجل لا أعرفه - من باب التفعيل - أي لا أسميه. أو يضمّ معهما أو مع أحدهما: و ليس لك، أو: لرجل غيره و غيرك.

و الوجه فيه - وفاقا للشرائع و القواعد و المسالك «١» و غيرها «٢» - أنه لا ينزع من يد المتصرّف، لأنّ انتفاء ملكيته لا يفسد يده، لإمكان كونها بالإجارة، أو الوكالة، أو العارية، أو اللقطة، أو غيرها، و لا ترتفع الخصومة عنه، بل يخاصم بمطالبته البيان، توصّلا للمدعى بحقّ ترافعه، فإنّ للمدعى على من عينه حقّا إمّا الأخذ إن أقرّ، أو الحلف إن أنكر.

و لو كذب المقرّ ثبت لصاحب ما يجهل مالكة عليه الحقّ، فيكون تركه البيان تفويتا لحقّ الغير، و هو منكر يجب صرفه عنه على طريقه النهى عن المنكر، و أيضا يخاصم بمطالبة الحلف على نفى علمه بحقيّة المدعى، و يقبل إن أقرّ بعد ذلك، لما سيأتي في بحث التنازع في الأعيان من أنّ إقرار ذى اليد مطلقا يجعل المقرّ له ذا اليد، المقتضى للملكية له.

و الوجه الآخر: أنه ينزع الحاكم المال من يد المتصرّف، و يحفظه إلى أن يظهر مالكة، و ترتفع الخصومة منه، و علله في الإيضاح بأنّ

بنفى المتصرّف عن نفسه و عدم البيان لمالكة صار مجهول المستحقّ «٣». وفيه: أنّ جهل الحاكم أو المدعى بالمقرّ له لا يدخله في عنوان

(١) الشرائع ٤: ١١٢، القواعد ٢: ٢٣١، المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) انظر كشف اللثام ٢: ٣٦٤.

(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٤
مجهول المالك، ثمّ إنّ كلّ ذلك إذا لم تكن للمدعى بينة، و إلّا فيأخذه.
وقيل: تجرى في ذلك القسم الأقوال الثلاثة المتقدمة في السكوت، من الحبس، و الإيجابار على البيان، و الإلزام بالحقّ.
و الأولان هما مثل المطالبة بالبيان، و أمّا الأخير فبعد نفيه عن نفسه لا وجه له.
و القول - بأنّ هذا الإقرار لا يثبت مال الغير - ممنوع، و لعلّ وجهه: أنّه يحتمل تفسيره بما لا يقبل، كأن يقول: إنّهُ للتهمة.
و فيه: أنّ عدم قبول كونه للتهمة لا يوجب عدم قبول نفيه عن نفسه.
و كذا ما ذكره في المسالك، من أنّ الظاهر أنّ ما في يده ملكه، و ما صدر عنه ليس بمزِيل «١».
فإنّه إن أراد أنّه ليس بمزِيل لمطلق اليد فهو مسلّم، و لكنّه غير مفيد.
و إن أراد أنّه ليس بمزِيل لليد المقتضية «٢» للملكية فهو ممنوع.
و إن أريد أنّه ليس بمزِيل لأصل الملكية المتحقّقة أو لا بظاهر اليد فقد عرفت ما فيه، فإنّ إقراره على نفسه مزِيل له.

و ثانيها: أن يقول: ليس لي و لا أعرف مالكة

- من باب المعرفة - أي لا أدري من هو. و لم يحضرنى من صرّح بحكمه.
و الوجه فيه: أنّه يخرج عن ملكية المتصرّف، و ترتفع عنه خصومة المدعى، إلّا إذا ادعى عليه العلم بحقيته فيحلفه، فإن نكل أو ردّ و حلف المدعى يأخذ الغرامة منه، لتضييعه حقّه باعترافه بأنّه مجهول المالك، الذي هو إمّا مال الإمام، أو الفقراء، أو لمن يعرفه بعد تعريف السنّة، أو غير

(١) المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) في «ق»: المتضمّنة ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٥

ذلك من أقسام مجهول المالك، و ليس المدعى أحدها.

و إن حلف ترتفع خصومة المدعى عنه.

و على التقديرين ليس لأحد - حتى الحاكم - أخذه منه، للأصل، حيث «١» يحتمل أن يكون ممّا يبقى في يده للتعريف.
نعم، لو عيّن وجه الجهل يعمل بمقتضاه.

الثالث: أن يضيفه إلى من تمتنع مخاصمته

، كالفقراء - بالوقف أو غيره - و الوقف لمسجد (أو مشهد) «٢» أو مدرسة أو نحوها.

[و لا تنصرف] (٣) الخصومة عنه إلّا يمين نفي العلم و حلفه، فإن لم يحلف يغرّم، و إن حلف و لا بينة للمدعى يرتفع تسلّطه، و لا ينتزع من يد المتصرّف، لجواز توليته.

و من هذا القسم: ما لو أقر به لطفه، أو لطفل الغير، أو مجنون، أو غائب، أو مفقود الخبر. و لا تسلّط للمدعى حينئذ على الولي بدون البينة إذا كان غير المتصرّف، و له عليه يمين نفي العلم إن كان هو المتصرّف و ادّعى علمه، لفائدة الغرامة.

و من هذا الباب: ما لو نقله المتصرّف إلى غيره- من طفل أو غيره- ممّن لا يدّعى المدعى علمه قبل تمام الترافع، فإنّه لا تسلّط للمدعى حينئذ سوى إحلاف المتصرّف إن ادّعى علمه، و إغرامه إن نكل أو ردّ.

الرابع: أن يضيفه إلى معين لا تمتنع مخاصمته

، و هو على قسمين، لأنّه إمّا يقول: هي لزيد البالغ الحاضر، أو يقول: هي لزيد البالغ المسافر، أو الحاضر في بلدة بعيدة، ليوقف الدعوى و يؤخّرها، مع صرفها عن

(١) في «ح»: حتى ..

(٢) ليست في «ح».

(٣) بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: و تنصرف، و الظاهر ما أثبتناه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٦

نفسه.

أمّا الأول، فقال في الكفاية في ذيل مسألة سكوت المدعى عليه:

و إذا قال المدعى عليه: هذا لفلان، صرفت الدعوى عنه.

و إن ادّعى المدعى العلم على المدعى عليه بأنّ هذا له صحّت الدعوى.

فإن أقر به بعد الإنكار، قال بعضهم: إنّه يسلم من غير حاجة إلى الإثبات، لأنّه مؤاخذ بإقراره، و المال في يده، و هو قادر على دفعه إلى أهله، و تلزمه الغرامة للمقرّ له أولاً.

و فيه: أنّه مؤاخذ بإقراره الأول، فلا يصحّ إقراره الثاني المخالف للأول، فالظاهر أنّه تلزمه الغرامة للمدعى.

و إن أصرّ على الإنكار يلزمه الحلف على عدم علمه بذلك، فإن حلف أو نكل يترتب على كلّ واحد حكمه، و يجوز له الردّ، لجواز علم المدعى بعدم علم المنكر، فيستحبّ فيه حكم الحلف و الردّ و النكول على ما مرّ (١). انتهى.

أقول:

ما ذكره في ردّ قول البعض صحيح، و لكن إطلاقه لزوم الغرامة للمدعى غير صحيح، بل لا يلائم قوله: صرفت الدعوى عنه، بإطلاقه، إذ لو تمكّن من الادّعاء على المقرّ له و إثبات دعواه بإقراره أو بالبينة فلا وجه لتغريم المدعى عليه، بل لا وجه له قبل المرافعة مع المقرّ له مطلقاً، إذ لعلّه يقرّ أو يردّ الحلف أو ينكل، فيأخذ المدعى العين، فلا وجه لتغريمه، لأنّه لم يتلف العين عليه.

و منه يعلم عدم تسلّط يمين نفي العلم على المدعى عليه أيضاً قبل الترافع مع المقرّ له، بل الصحيح أن يقال: صرفت الدعوى عنه إلى المقرّ له

(١) الكفاية: ٢٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٧

إن أمكن، فيرافع معه.

فإن رجعت العين إليه بإقرار أو بينة أو نكول أو ردّ حلف تمت الدعوى ولا شيء على المدعى عليه.

و إن لم ترجع وحكم بها للمقرّ له، أو كان ممن لم يتمكن المدعى من الترافع معه، فيرجع إلى المدعى عليه.

فإن لم يدع العلم بصحة دعواه- ولو ظننا أو احتمالاً- فلا تسلط له عليه.

و إن ادّعاه، فإن أقرّ يغزّم، و إن أصرّ فله إحلافه على نفي العلم، فإن حلف تمت الدعوى أيضاً.

و إن لم يحلف- بل ردّ الحلف إن أمكن، بأن تكون دعواه جزماً، و حلف المدعى أو نكل- فعليه الغرامة للمدعى، لإتلافه ما كان

يعلم أنه ماله.

هذا إذا لم تكن للمدعى بينة على إقرار المدعى عليه له سابقاً على إقراره للمقرّ له، و إن كانت له و أثبتته فيأخذ العين عن المقرّ له مع

الإمكان، و هو يرجع إلى المدعى إن شاء، و يستغرم منه، لاعترافه بالإقرار الثاني تضييعه حقه بالإقرار الأول، و مع عدم الإمكان يأخذ

الغرامة من المدعى عليه.

هذا كله إذا صدق زيد الحاضر المقرّ له المقرّ في إقراره له، و لو كذبه ففي المسالك: إن فيه أوجهها:

أحدها: أنه ينزع الحاكم منه، و يحفظه إلى أن يظهر مالكة، لخروجه عن ملك المتصرف بإقراره، و عدم دخوله في ملك المقرّ له

بإنكاره، و عدم ثبوت ملك المدعى، و أصالة عدمه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٢٩٨

و الثاني: أنه يترك في يد المدعى عليه، إذ لا منازع له، و لعله يرجع و يدّعيه.

و الثالث: أنه يسلم للمدعى، لعدم المنازع له فيه «١».

و احتمله في القواعد أيضاً «٢».

أقول: يرد على الأخير: إن عدم المنازع لا يكفي في دفع الأصل و حصول التسلّط له على المتصرف، و عدم شمول أدلته ما يسلم

للمدعى لما لا يد عليه للمورد، و لذا تنظر فيه في الإيضاح «٣» بأنه لا دليل عليه.

و على ما قبله: بمنع أنه لا منازع له، بل على الحاكم منازعته، حيث إنه يتصرف في ملك ليس له ينفيه عن نفسه، و لا لغير المقرّ له

حتى يحتمل جواز تصرفه فيه لأجله، لإقراره بأنه له، و لا للمقرّ له، لتكذيبه. فلا يبقى وجه لتصرفه. و رجوعه بعد نفيه عن نفسه غير

مفيد، لعدم ثبوت اقتضاء اليد الكذائية لأصالة الملكية.

فأوجه الأوجه هو: الأول، كما قطع به في الشرائع «٤» و اختاره في القواعد «٥».

و أما الثاني- و هو أن يقول: إنه لغائب معين- قال في المسالك ما ملخصه: أنه تنصرف الخصومة عنه إلى الغائب، فإن كانت للمدعى

بينة قضى على الغائب بشرطه، و إلّا أقرّ في يد المدعى عليه. و لو طلب المدعى إحلافه على نفي العلم بأن العين له فالأظهر أنه له، فإن

أقرّ أو نكل يغزّم القيمة، فإن

(١) المسالك ٢: ٣٩٢.

(٢) القواعد ٢: ٢٣٢.

(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٢.

(٤) الشرائع ٤: ١١٢.

(٥) القواعد ٢: ٢٣٢.

سَلَّمَت العين للمدعى بعد حضور الغائب بالبينة أو إقراره يردّ القيمة «١». انتهى.

أقول:

كلّ ما ذكره صحيح لا خدش فيه، إلّا حكمه بإغرام القيمة معجلاً للمدعى مع الإقرار أو النكول، فإنّ قبل حضور المقرّ له و الترافع له لم يعلم تضييع حقّ له غرامة للمدعى، إذ لعلّ المقرّ له يقرّ له أو ينكل، فلو قيل بتأخير الإغرام إلى طيّ الدعوى مع الغائب فلعله كان أظهر.

ثمّ لو حضر الغائب و كذّب المقرّ فحكمه كما إذا كذّبه الحاضر، و قد مرّ.

فروع:

أ: قال في المسالك: لو أقام المقرّ له البينة على ملكه لم يكن للمدعى تحليف المقرّ ليغرمه «٢».

أقول:

و الفرق بينه و بين استقرار الملك للمقرّ له بالحلف: أنّ حلفه مسبّب عن صيرورته ذا اليد الحاصلة بإقرار المدعى، فهو السبب للحيلولة بينه و بين العين، بخلاف البينة. و لكن لا يخفى أنّ هذا إنّما يتمّ على قبول بيّنة الداخل، و الله العالم.

ب: قال في التحرير في صورة الإقرار للغائب: لو أقام ذو اليد بيّنة تشهد أنّها للغائب،

سمعها الحاكم، و لم يقض بها للغائب، لأنّه لم يدّع هو و لا وكيله، و إنّما الفائدة: سقوط اليمين عن المقرّ إذا ادّعى عليه العلم. و لو ادّعى وكالة الغائب كان له إقامة البيّنة عن الغائب. و لو ادّعى رهن الغائب أو إجارته فالأقرب سماع البيّنة على الغائب بالملك، لتعلّق المقرّ بحقّ «٣». انتهى.

(١) المسالك ٢: ٣٩٣.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٣.

(٣) التحرير ٢: ١٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٠

أقول:

الكلّ كذلك، أمّا سماع بيّنته للغائب فلاّن بإقراره خرج عن كونه داخلا، و بادّعائه ملكيّة الغير الصارفة للدعوى عنه، فمن جهة حقّ صرف الدعوى عنه يصير مدّعيًا لنفسه هذا الحقّ فتسمع بيّنته فيما يتعلّق بنفسه، و منه يظهر وجه سقوط اليمين عن المقرّ. و أمّا إقامة البيّنة عن الغائب مع دعوى الوكالة، فلما سبق من كفاية الوكالة الادّعائية في سماع الدعوى و الحكم. و أمّا قبول البيّنة بملك الغائب عند دعوى الرهن أو الإجارة، فلاّن دعواه في الرهن و الإجارة الصحيحين، و صحّتهما موقوفه على ملكيّة الغائب، فدعوى ملكيّة الغائب أيضا جزء من الدعوى لنفسه، كما إذا ادّعى على الغائب بيع ملكه له حال بلوغه، فبيّنته البلوغ حقيقة بيّنة لحقّ المدعى.

ثمّ إنّ في صورة إقامة المقرّ البيّنة - لا بدعوى الوكالة، بل لإسقاط اليمين، أو تصحيح الرهن أو الإجارة، و حضر الغائب و طلب الحكم - افتقر إلى دعوى مجدّدة، فيحكم بمقتضاها، فإنّ أقام المدعى بيّنة قضى بدون بيّنة الغائب، لأنّه الداخل.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠١

البحث الخامس فيما إذا أجاز المنكر بالإبراء أو الإقباض

و ينقلب حينئذ مدعيا و المدعى منكرا.
 و لا فرق في هذه الدعوى بين أن كان المدعى أقام البيئته أولا أو لا، و ليس فيه تكذيب لبيئته. ثمَّ جواب المدعى عليه الثانوى أيضا إمَّا إقرار، أو إنكار، أو سكوت، و حكم الكل كما مرَّ.
 نعم، لو أجاز ب: لا أدري، يكون الأصل حينئذ معه، و يعمل بمقتضى الأصل.
 مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٢

البحث السادس فيما إذا كان المدعى عليه غائبا**إشاره**

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا ادعى المدعى دعوى مسموعة، فإمَّا يكون المدعى عليه حاضرا في المجلس، أو غائبا عنه.

فعلى الأول، قال فى الدروس باشتراط القضاء عليه بعلمه «١»، فلو لم يعلم - لعدم فهم، أو اختلاف لغه، أو عدم التفات - لم يقض عليه، أى قبل السؤال.
 و هو كان حسنا - للأصل - لو لا إطلاقات الأمر بالحكم و القضاء المتقدمة.
 كصحيحة سليمان: «أحكم بينهم بكتابى» «٢».
 و مرسله يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه» «٣».
 و مرسله أبان: «اقض بينهم بالبيئات» «٤»، و غير ذلك.
 و توهم تبادل كونه بعد السؤال عن الخصم، أو بعد علمه، فيقتصر فى غيره على موضع النص، و هو الغائب.

(١) الدروس ٢: ٩١.

(٢) الكافي ٧: ٤١٥-٤، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥٠، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ١.

(٣) الكافي ٧: ٤١٦-٣، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٢، الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧ ح ٤.

(٤) الكافي ٧: ٤١٤-٣، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥١، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٢ و فيه: اقض عليهم بالبيئات.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٣

مردود بمنع التبادر، و جريان السيرة على ذلك - لو سلم - فإمَّا هو على الإعلام دون اشتراطه.

إلا أنه يرد على الأول: أن القضاء بكتاب الله لا يدل على القضاء قبل السؤال، إذ لعل حكم الكتاب هو السؤال عن المدعى عليه.

و على الثانى: أنه لا شك أن استخراج الحق يحصل بالإقرار أيضا، فإمَّا يجعل الحصر إضافيا، أو تخصي ص الحقوق بما جحدت بعد السؤال و بالغائب، و ليس أحد المجازين أولى من الآخر.

و على الثالث: يتضمن قولهم: «و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» و ذلك يدل على وقوع الجحود أيضا.

أما ما في صحيحة سليمان من قوله: «هذا» أي الإضافة إلى الاسم «لمن لم تقم له بينة» فلا يدل مفهومه إلّا على أنّ مع قيام البينة لا يحلف، و أما الحكم بها بدون وقوع النزاع و الجحد أو بعد الجحد خاصة فلا.

و على هذا، فالأظهر عدم القضاء بالبينة فيما نحن فيه قبل السؤال، بل تدلّ عليه صريحا رواية محمد بن مسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر» (١) فلو جعل الحاضر الغير العالم كالغائب لم يكن بعيدا.

و على الثاني: فإما أن يكون غائبا عن بلد الحكم أيضا، أو عن المجلس دون البلد.

فعلى الأول: يجوز الحكم عليه بعد قيام البينة أو علم الحاكم، بل يجب حيثما يجب الحكم، سواء كان بعيدا أو قريبا، بلا خلاف أجده، بل

(١) الفقيه ٣: ٧-٢٣، التهذيب ٦: ٢٢٧-٥٤٩، الوسائل ٢٧: ٢١٦ أبواب آداب القاضي ب ٤ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٤

مطلقا كما قيل «١»، بل باتفاق أصحابنا كما في المسالك «٢»، بل بالإجماع كما صرح به والدي العلامة رحمه الله في المعتمد، بل بالإجماع المحقق، له.

و لمرسله جميل: «الغائب يقضى [عليه] إذا قامت عليه البينة، و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم» قال: «و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلّا بكفلاء إذا لم يكن مليئا» (٣)، و نحوها روايته عن محمد «٤».

و ضعفهما غير ضائر، سيما مع الانجبار، و صحّة الأولى على الأصح عن ابن أبي عمير.

و يدلّ عليه أيضا عموم صحيحة زرارة المتقدمة «٥» في حكم المقرّ المماطل.

و أمّا الاستدلال بعمومات لزوم الحكم مطلقا (أو بالبينة) «٦» فهو كان حسنا لو لا رواية محمد المخصّصة هنا بصورة السماع من الخصم.

و أمّا المرويّ في قرب الإسناد: «لا يقضى على غائب» (٧) فحمله

(١) انظر الرياض ٢: ٤١٤.

(٢) المسالك ٢: ٣٧٠.

(٣) التهذيب ٦: ٢٩٦-٨٢٧، الوسائل ٢٧: ٢٩٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٦ ح ١، بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: عنه، و ما أثبتناه من المصدرين. و ليس فيهما: إذا لم يكن مليئا.

(٤) الكافي ٥: ١٠٢-٢، الوسائل ٢٧: ٢٩٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٦ ح ١.

(٥) التهذيب ٦: ٢٩٩-٨٣٦، الاستبصار ٣: ٤٧-١٥٤، الوسائل ٢٧: ٢٤٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١١ ح ٢.

(٦) ليست في «ق».

(٧) قرب الإسناد: ١٤١-٥٠٨، الوسائل ٢٧: ٢٩٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٦ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٥

بعضهم على التقيّة، و آخر على الغائب عن المجلس دون البلد، و في الوسائل على عدم الجزم بالحكم، لجواز قبول حجة الغائب «١». و الأولى ردّه بالمخالفة للإجماع هنا، مع أنّه لا يفيد أزيد من المرجوحية.

و على الثاني: فإما يتعدّر حضوره، أو لا يتعدّر، و على الثاني: إمّا علم امتناعه من الحضور، أو لم يعلم.

فإن تعدّر فيجوز الحكم عليه أيضا بلا خلاف كما قيل «٢»، بل عليه الوفاق في المسالك «٣»، و الإجماع في المعتمد و غيره «٤»، فإن

ثبت الإجماع وإلا فللكلام فيه مجال واسع، إذ لا يكون عليه دليل سوى عمومات الحكم، وقد عرفت تخصيصها، وعمومات الحكم على الغائب، و ستعرف ما فيها.

و إن لم يتعدّر، فإن امتنع فكذلك أيضا، و من معاصرنا من جعل ذلك أيضا محلّ الخلاف الآتي «٥»، و هو غير صحيح، لتصريح الشيخ في المبسوط بجواز الحكم في صورة الامتناع «٦».

و إن لم يعلم امتناعه ففيه خلاف، فقال الشيخ في المبسوط: إن الصحيح أنه لا يقضى عليه «٧». و اختاره والدى العلامة رحمه الله في المعتمد، و مال إليه المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، بل و كذلك في الصورتين

(١) الوسائل ٢٧: ٢٩٦.

(٢) انظر الرياض ٢: ٤١٤.

(٣) المسالك ٢: ٣٧٠.

(٤) الخلاف ٢: ٦٠١.

(٥) غنائم الأيام: ٦٨٨.

(٦) المبسوط ٨: ١٦٢.

(٧) المبسوط ٨: ١٦٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٦

الأولين أيضا إن لم يثبت الإجماع على الجواز فيهما.

و ذهب الفاضلان و الشهيدان و فخر المحققين «١» و غيرهم من المتأخرين و متأخريهم «٢»- بحيث يكاد أن يكون ذلك إجماعا منهم- إلى الجواز، و نسبة في المسالك «٣» و غيره «٤» إلى المشهور.

نعم، يستشّم من الدروس التوقف «٥»، حيث ذكر المسألة و لم يبيّن الترجيح، و هو الظاهر من القواعد أيضا، حيث قال: و إن كان حاضرا على رأي «٦».

و كيف كان، فدليل المشهور ما مرّ من العموم و الخصوص.

و استدلّ أيضا بالخبر المستفيض عنه صلى الله عليه و آله- كما قيل «٧»- الوارد في حكاية زوجته أبي سفيان «٨».

و فيه: أنّ الظاهر منه أنّه من باب الاستفتاء و الإفتاء دون الحكم، لقولها: أيجوز أن آخذ من ماله؟ و لعدم تحقّق طلب بينة عنها، و لا يمين، و لا غيرهما من لوازم القضاء.

(١) المحقق في الشرائع ٤: ٨٦، المختصر: ٢٨٥، الفاضل في التحرير ٢: ١٨٧، و التبصرة: ١٨٩، الشهيدان في اللمعة و الروضة ٣: ١٠٣، و

المسالك ٢: ٣٧٠، فخر المحققين في الإيضاح ٤: ٣٥٩.

(٢) كالسبزواري في الكفاية: ٢٦٩. و الكاشاني في المفاتيح ٣: ٢٥٣، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٤٧.

(٣) المسالك ٢: ٣٧٠.

(٤) كالكفاية: ٢٦٩.

(٥) الدروس ٢: ٩١.

(٦) القواعد ٢: ٢١٦.

(٧) انظر المسالك ٢: ٣٧٠.

(٨) صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٧.

وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «خذى ما يكفيك» وإن كان ظاهراً في الحكم إلا أنه يحمل على إرادة جواز الأخذ، بقريته ما ذكر. هذا، مع أنه لا دليل على حضور أبي سفيان في البلد، أو عدم امتناعه، أو تعذره من الحضور.

ولا - إطلاق فيه، لكونه قضية في واقعه، فلا يتم الاستدلال به ولا بالعموم، لما مرّ من المخصّص، بل ولا خصوص مجوزات الحكم على الغائب، لما يأتي.

احتجّ الشيخ بأنّ القضاء على الغائب ضرورة يقتصر فيها على موضع الحاجة «١».

و الأردبيلي: بأنّه إدخال الضرر على الغائب، إذ قد يتعدّر عليه إقامة الحجّة بعد الحكم، وعلى تقديرها قد يتعدّر عليه استيفاء الحقّ من الخصم، أو الكفيل، لموت أو فقر.

و مرجع الأول إلى الأصل، والثاني إلى قاعدة نفى الضرر.

والأول: يندفع بالدليل.

والثاني: يخرج عنه أيضاً به، مع أنّ ترك القضاء أيضاً قد يكون ضرراً على المدعى. و أيضاً لو كان إيجاب الحكم لتعدّر إقامة الحجّة لا وجه له و لو سلّم فهو نادر، والضرر الحاصل من تعدّر الاستيفاء - لو كان - إنّما هو من جهة دفع المال دون القضاء.

وقد يستقرب العدم بضعف الخبرين «٢» سندا و دلالة.

أمّا الأول فظاهر.

(١) المبسوط ٨: ١٦٢.

(٢) أي مرسله جميل و رواية محمد المتقدمتان في ص: ٣٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٨.

و أمّا الثاني فلعدم ظهور الخبرين في الحاضر في البلد الغير المتعدّر حضوره، و لعلّه لأجل ظهور قوله: «قدم» في المسافر، و كذا الحاجة إلى دفع المال و أخذ الكفيل، مع أنّ الغائب يحتاج إلى متعلّق مقدّر، فهو إمّا البلد أو المجلس، فيحصل فيه الإجمال الموجب للاقتصار على المتيقّن.

و لو منع احتياجه إلى المتعلّق و جعل لفظه مستعملاً في الشخص الغير الحاضر لصار أشكل، لمنع صدقه عرفاً على من في البلد.

والجواب: أمّا عن ضعف السند فقد مرّ.

و أمّا عن ضعف الدلالة: فيمنع ظهور لفظ: «قدم» في المسافر لغته، بل يصدق على قدوم المجلس أيضاً، و دفع المال و أخذ الكفيل يمكن تحقّقه كثيراً في الحاضر في البلد أيضاً، و الغائب مطلق كالأكل، فلا يحتاج إلى متعلّق خاصّ، فيتحقّق كلما تحقّقت الغيبوبة. إلاّ أنّه يمكن أن يقال:

إنّه ليس المراد مطلق الغيبوبة كالأكل، إذ كلّ شخص غائب عن غير موضع واحد، فالمراد: الغائب عن موضع خاصّ، و لا دليل على أنّه مجلس الحكم، فيدخله الإجمال المسقط للاستدلال. و لا يبقى دليل على جواز الحكم على مثل ذلك الغائب، و قد عرفت حال عمومات الحكم.

فإذن قول الشيخ هو الأظهر و عليه العمل، (و جانب العدم أحوط) «١».

المسألة الثانية: يكفي في جواز القضاء عليه إقامة البينة عليه، و لا يحتاج إلى يمين

. و ذهب جماعة «٢»- منهم الوالد العلامة- إلى إخلاف المدعى، بل ادعى عليه الشهرة، و قد مرّ دليلهم بجوابه في بحث الدعوى على الميت.

(١) بدل ما بين القوسين في «ح»: و إن كان مراعاة جانب عدم أحوط.

(٢) كالسبزواري في الكفاية: ٢٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٠٩

المسألة الثالثة: إذا حكم على الغائب فهل يدفع إلى المدعى المدعى به، أم لا؟

المعروف من مذهب الأصحاب: نعم، و يدلّ عليه الخبران «١».

و هل هو على الوجوب بعد طلب المدعى، أم الجواز؟

الخبران لا يثبتان أزيد من الجواز، فهو الوجه.

و أمّا عمومات النهى عن المنكر و نحوها فلا تفيد هنا، إذ مع بقاء الغريم على الحجّة و عدم الإحاطة بما يحتجّ به لا يعلم منكر، و لا حقّ ثابت بلا كلام حتى يجب استيفاؤه.

و هل يتوقف جواز الدفع على أخذ الكفيل، كما ذهب إليه الشيخ في النهاية و القاضى و الحلّى على ما حكى عنهم، و المحقّق في كتابيه «٢»، و جمع من المتأخّرين «٣»، منهم الوالد العلامة؟

أم لا، كما حكى عن ابن حمزة «٤»؟ بل هو مذهب كلّ من أوجب اليمين هنا، فاكتفوا بالتحليف عن التكفيل.

الحقّ هو: الأول، للخبرين المتقدمين، و لكنّ التكفيل فيهما مقيد بعدم كون المدعى ملئياً، فمع ملاءته لا تكفيل، و هو كذلك، لذلك. و ظاهر أنّ علّة التكفيل و التقييد إنّما هي دفع الضرر عن الغريم لو ثبت استحقاقه الاسترداد، و على هذا فيجب أن يكون الكفيل من يسهل الاستيفاء عنه، و كذلك الملاءة، فلو كان ملئياً و لكن كان المال المحكوم به له خطيراً

(١) أى مرسله جميل و رواية محمّد، المتقدمتان في ص ٣٠٤.

(٢) النهاية: ٣٥٢، و حكاها عن القاضى في الرياض ٢: ٤١٤، الحلّى في السرائر ٢:

٣٤، المحقّق في الشرائع ٤: ٨٥، و النافع: ٢٨٥.

(٣) كابن سعيد في الجامع للشرائع: ٥٢٧، و العلامة في القواعد ٢: ٢١٦.

(٤) الوسيلة: ٢١٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٠

زائدا عن قدر ملاءته لا يكتفى بها.

و بالجملة: مقتضى العلّة المستفادّة: تحصيل الوثوق بسهولة الاستيفاء و دفع الضرر عن الغريم لو تمّت حجّته.

المسألة الرابعة: جواز الحكم على الغائب يختصّ عندنا- كما قيل «١»- بحقوق الناس مطلقاً

، مالا كانت أو عقداً أو غيرهما، دون حقوق الله المحضّة، فلا يجوز الحكم فيها على الغائب، و قيل: الظاهر أنّه إجماعيّ «٢»، و صرح والدى في المعتمد بالإجماع عليه.

و يدلّ عليه- بعد ظاهر الإجماع- الأصل، و قوله: «ادرءوا الحدود بالشبهات» «٣» فإنّ احتمال إقامة الغائب الحجّة شبهة و أىّ شبهة؟! و

شمول العمومات لحقوق الله غير معلوم، سيما ما تضمن منه مثل قوله: «احكم بين الناس» و: «بينهم» و: «أقضى لهم» (٤).
و أميا الخبران و إن كانا شاملين لها إلا أنهما يعارضان رواية قرب الإسناد «٥» المنجبره في المورد، فأما ترجيح - لمرجوحية الخبرين بمخالفة العمل فيه أو يتساقطان، فيرجع إلى الأصل، مع أن نفس مخالفتها للعمل في المورد يسقط حجيتها فيه.
و إذا كانت الدعوى فيما يتضمن الحقيين - كالسرقة - فالمشهور فيه أيضا أنه يحكم على السارق بغرامة المال بعد الثبوت، بخلاف القطع،

(١) انظر الرياض ٢: ٤١٥.

(٢) غنائم الأيام: ٦٨٨.

(٣) الفقيه ٤: ٥٣ - ١٩٠، الوسائل ٢٨: ٤٧ أبواب مقدمات الحدود و أحكامها العامة ب ٢٤ ح ٤.

(٤) انظر الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١.

(٥) المتقدمه في ص: ٣٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١١

فيصبر حتى يحضر فيثبت عليه، و لا منافاه بين الحكمين، و هو كذلك، و يظهر وجهه مما مر.

و تردد المحقق في الشرائع «١»، و وجه العدم هو كونهما معلولين لعله واحده، فلا ينفكان.

و يدفعه: أن كون السرقة علة تامه للقطع ممنوع، بل هو مع حضور المدعى عليه.

و قد يعتذر بأن علة الشرع معرفات، و لا مانع عن تخلفها عن المعلول، كما لو أقر بالسرقة مرة فثبت الغرامة دون القطع، و كذا لو أقر

المحجور عليه بالمال فيثبت الحكم في القطع دون المال.

و فيه: أن المعرف معناه: أن يعرف العالم بالأحكام المستأهل لمعرفة ثبوت الحكم بسبب وجوده، فلا يتخلف عنه. و الله العالم.

المسألة الخامسة: قد دلّ الخبران و صرح الأصحاب: بأن الغائب المحكوم عليه على حجته

، فإذا حضر فادعى فسق الشهود، أو الرد، أو الإبراء، أو تحقق رضاع محرّم في دعوى النكاح، أو عدم أهلية الحاكم، أو وجود بينة

معارضة لبينه، أو غير ذلك من الحجج، يحكم له بمقتضاه.

و هل يشترط أن تكون إقامة الحجّة عند الحاكم الأول، أو يجوز له إقامتها عند حاكم آخر؟

الظاهر هو: الثاني، للأصل، إلا في جرح الشهود و تعارض البيّنات، لأنهما من تتمّة الحكم الأول، و لم يثبت جواز إتمام حكم واحد من

حاكمين، و لا حجّة الجرح الثابت عند أحدهما، و لا الشهادة المؤدّاة عنده

(١) الشرائع ٤: ٨٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٢

على الآخر.

و الحاصل: جواز الإقامة عند الغير إذا كانت الحجّة دعوى أخرى طارئة على الاولى، و عدمه إذا كانت نقضا في الدعوى الاولى.

نعم، الظاهر أنه يجوز لهما بعد حضور الخصم إعادة الترافع عند الغير، فتقام الحجّة عنده بعد إقامة المدعى حجته، لأن القضاء الأول

غير تام بعد، فيجوز تركه و الرجوع إلى الغير، و لذا يؤخذ الكفيل.

و على هذا، فلو مات الحاكم الأول أو سافر سفرا يتعسر الوصول إليه قبل إقامة الغريم حجته بجرح الشهود أو معارضة البينة يعيدان

المرافعة عند حاكم آخر، فتأمل. والله العالم.
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٣

الفصل الرابع فيما إذا كان المدعى عليه أو المدعى أو كلاهما غير صاحب الحق

إشارة

و فيه بحثان:

البحث الأول فيما إذا كان المدعى عليه المخاصم مع المدعى غير الغريم الذي تعلق الحق به لو كان

إشاره

و هو إما يكون وارثا للغريم، أو مملوكا، أو وكيله، أو وليا بالأبوة، أو الوصاية، أو الحكومة، أو القيمومة. فهاهنا مسائل:

المسألة الأولى: إذا كان المدعى عليه وارثا للغريم

إشاره

، فيشترط في سماع دعواه أمران:
أحدهما: ثبوت موت المورث.
والثاني: تخلف مال عنه تحت يده.
فإن اعترف المدعى بانتفاء الأمرين لم تسمع الدعوى، لكونها لاغية.
و إن اعترف الوارث بهما سمعت الدعوى قطعا.
و إن اختلفا فيهما أو في أحدهما فتحصل حينئذ ثلاث دعاو أو دعويان: دعوى الأمرين، أو أحدهما، و دعوى المال. و يبدأ بأى من الثلاثة أراد، لعدم دليل على تقديم أحدها.
و قد يترأى هاهنا إشكال، و هو أن هذه الثلاثة ليست بدعوى واحدة،
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٤
لجواز تغاير أحكامها، فثبت إحداها بالبينه، و الأخرى بالشاهد و اليمين، و الثالثة باليمين المردودة و بالشاهدين و اليمين، أو تثبت اثنين منها و يتصالحان في الأخيرة، فهي دعوا متعدده، و صحه كل منها- أى صحه سماعها- متوقف على ثبوت الأخرى الموقوف على صحتها، و كونها مسموعه أيضا يتوقف على صحه الأخرى.
و دفعه: أن سماع كل منها موقوف على احتمال تحقق المدعى به فيها و فى الأخيرين، و هو متحقق غير متوقف على شىء، و فائده كل منها التسلط على أخذ المال بعد تمام الدعاوى الثلاث، أو رفع تسلطه على الوارث. و بذلك تفرق الدعوى على الوارث عن الدعوى على المورث بأن الأخيرة دعوى واحدة غير متوقف مقتضاها على شىء آخر، بخلاف الدعوى على الوارث. و قد تفرق أيضا بأن اليمين فى الدعوى مع المورث على البت فى نفى المدعى به، و هنا على نفى العلم.
و فيه: أن المورث أيضا إن قال: لا أدري، و ادعى المدعى علمه يحلفه على نفى العلم، كما أن الوارث أيضا إن ادعى نفى المدعى به.

و هو أمر ممكن، كما إذا ادعى ثمن الضيعة الفلانية على المورث، و علم الوارث أداءه في حضوره، أو قال: إنني أقرضت مورثك المبلغ الفلاني في اليوم الفلاني في المكان الفلاني، و علم هو انتفاءه، يحلف على البت في نفي المدعى به، كما صرح به بعض فضلائنا المعاصرين أيضا «١».

و لا دليل على أن يمين الوارث منحصر في يمين نفي العلم، فتأمل.

(١) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام): ٦٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٥

فرعان:

أ: لو حلف الوارث على نفي العلم، فهل تسقط دعوى المدعى في أصل الحق

و إن حصلت له بيئته بعد و أراد إقامتها، أم لا؟

قال بعض المعاصرين: فيه نظر، و الحق: أن الأدلة المتقدمة لا دلالة فيها على ما نحن فيه، و لا يعد سماع البيئته حينئذ «١». انتهى.

أقول:

ما نفي البعد عنه قريب جدًا، بل هو كذلك، لأنّ الاستفادة من الأدلة الدالة على سقوط الحق باليمين ليس إلّا سقوط ما حلف على نفيه، و هو العلم فيما نحن فيه، بل صرح بذلك في صحيحة ابن أبي يعفور، و فيها: «و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلّفه عليه» «٢».

نعم، لو أراد إقامة البيئته بعده على إثبات علمه بإثبات إقراره و نحوه لا تسمع.

ب: لو ردّ الوارث المدعى عليه العلم باليمين، فهل يتعين عليه الحلف على علمه،

أو يكفي الحلف على ثبوت الحق، فقد يسهل على المدعى الحلف عليه دون الحلف على علم الوارث؟

قال بعض المعاصرين: الظاهر أن الخيرة بيد الحالف لا المحلف، فيجوز له الحلف على ثبوت الحق «٣».

(١) غنائم الأيام: ٦٩٢.

(٢) الكافي ٧: ٤١٧-١، الفقيه ٣: ٣٧-١٢٥، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ١.

(٣) غنائم الأيام: ٦٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٦

أقول:

فيه نظر، بل الحقّ تعين الحلف على العلم، لأنّ الحلف أمر توقيفي، و لم يثبت جواز حلف المدعى إلّا مع الردّ، و الردّ لا يكون إلّا على إثبات ما توجه على المنكر، فكما لا يجوز للمدعى إحلاف الوارث النافي للعلم إلّا بنفي العلم، فبعد ردّه لا يجوز له الحلف إلّا بإثبات العلم، لأنّ مخيرة ليس ما ردّه.

و منه يظهر أنّه ليست الخيرة بيد المحلف أيضا، بل تتعين شرعا.

و أمّا ما مرّ في بحث الحلف من جواز حلف المنكر على نفي الأعمّ مع دعوى الأخصّ، فلكون الأخصّ مندرجا تحت الأعمّ و مستلزما

له، و ليس كذلك المورد، فإن ثبوت الحق واقعا لا يستلزم علم الوارث.

المسألة الثانية: إذا كان المدعى عليه مملوكا، فهل الغريم هو أو مولاه؟

اختلفت كلام الأصحاب فيه، فقال المحقق في الشرائع: الغريم مولاه، سواء كانت الدعوى في المال أو الجناية «١». بمعنى: أنه إذا أقر المملوك لم يسمع، بل يترتب الأثر على إقرار مولاه، فيؤخذ بإقراره المال المدعى على المملوك أصالة أو بواسطة الجناية خطأ. و لو أنكر المملوك لا يترتب عليه أثره من اليمين و ردّها و القضاء مع النكول أو مع ردّ اليمين، و أنّ ذلك كله إلى المولى. و كذا القصاص، فإنه لا يقتض منه بإقراره، بل يقتض منه بإقرار مولاه بالموجب. و كذا لو ثبت المدعى بالبينة. و يتوجه اليمين على المولى.

و بالجملة: المدعى عليه في الدعوى على المملوك هو المولى

(١) الشرائع ٤: ٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٧

لا المملوك مطلقا، و إليه ذهب الفاضل في التحرير و الإرشاد و القواعد «١».

إلا أنّ في الأخير قرب توجه اليمين في موردها على العبد، و مع نكوله عنها تثبت الدعوى في ذمته، يتبع بها إذا أعتق.

و في باب الإقرار منه حكم بعدم قبول إقرار العبد على نفسه مطلقا، لكن يتبع بالمال بعد العتق، و حكم بعدم قبول إقرار المولى عليه مطلقا، لكن في الإقرار عليه بالجناية يجب المال و يتعلّق برقبته «٢».

و عن الشيخ في المبسوط: إنّ الغريم في الجناية الموجبة للقصاص العبد مطلقا، و في موجب المال المولى كذلك «٣».

و قال في المسالك: إنّ الأقوى أنّ الغريم كلّ واحد من العبد و المولى، فإن وقع النزاع مع العبد لم ينفذ إقراره معجلا مطلقا، و ثبت بعد العتق مطلقا، فيتبع بالمال و تستوفى منه الجناية.

و إن أنكر و حلف انتفت عنه الدعوى مطلقا، و إن ردّها أو نكل اتبع بموجبها بعد العتق كما لو أقرّ.

و إن وقع النزاع بينه و بين المولى - سواء كان قد وقع بينه و بين العبد أم لا - فإن أقرّ بالمال لزم مقتضاه معجلا في ذمته، أو متعلقا برقبته العبد على حسب موجب الدعوى.

و إن أقرّ بالجناية لم يسمع على العبد بالنسبة إلى القصاص، و لكن يتعلّق برقبته المجنى عليه بقدرها، فيملكه المقرّ له إن لم يفدها المولى «٤».

(١) التحرير ٢: ١٩٠، القواعد ٢: ٢١١.

(٢) القواعد ١: ٢٧٨.

(٣) المبسوط ٨: ٢١٥.

(٤) المسالك ٢: ٣٧٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٨

و استشكل في الكفاية - بعد نقل قوله - في قوله: بعدم نفوذ إقراره معجلا - مطلقا، على القول بأنّ العبد يملك شيئا، أو على بعض الوجوه.

و كذا في قوله: إن ردّها أو نكل اتبع بموجبها بعد العتق، على القول المذكور. و كذا في قوله: و إن وقع النزاع بينه و بين المولى، فإن

أقرّ بالمال لزم مقتضاه معجلاً في ذمته، أو متعلقاً بربقه العبد (١). انتهى.

وقال المحقق الأردبيلي - بعد نقل القول الأول -: وفيه تأمل ظاهر، إذ قد يمنع لزوم المال على السيد بمجرد إقرار أن مملوكه أ تلف مال الغير أو أخذه، وأيضاً قد يترتب على إقراره أثر، بأن يتبع بعد العتق.

نعم، لو كان المدعى مالا موجوداً في يد المولى صح ذلك.

وكذا في القصاص، فإنه قد يترتب على إقراره أثر، بمعنى: أنه إذا أقرّ بالموجب و أنكر السيد يجب عليه القصاص بعد العتق.

و أيضاً إثبات القصاص عليه بالفعل مع إنكاره و عدم البيّنة بمجرد إقرار السيد مشكلاً جداً، فإن للعبد أيضاً حقاً، كيف و هو المتألم؟! نعم، يمكن أن يتملك المجنى عليه منه حينئذ بقدر الجناية.

و أيضاً كيف يتوجه اليمين إلى السيد مع إنكاره و إقرار العبد، و يحلف على نفى فعل الغير مع إقرار الغير به؟! نعم، يمكن الإحلاف على نفى العلم، و كأنه المراد. انتهى.

أقول:

إن ما استشكله في الكفاية على قول صاحب المسالك - على القول بتملك العبد - فهو في موقعه جداً، و كذا كثير ممّا أورده الأردبيلي على القول الأول.

(١) الكفاية: ٢٧١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣١٩

و كذا يشكل ما ذكروه من أخذ العبد بالإقرار حين الرقية بعد العتق.

و تحقيق الكلام: إن الدعوى على العبد - سواء كان هو المخاطب بالدعوى أو المولى - إمّا مائية، أو بدئية، أو غيرهما.

فإن كانت مائية، إمّا يتبعها إقرار أو لا، فإن تبعها الإقرار إمّا يكون هو إقرار المولى، أو العبد، أو هما.

فإن أقر المولى خاصة، فتتفرع المسألة على أن الحقوق المائية المتعلقة بالعبد هل تتعلق بالمولى مطلقاً، أو على القول بعدم تملك العبد شيئاً؟

فإن ثبت ذلك ينفذ الإقرار في حق المولى، لأنه إقرار على نفسه، و إلا فلا يثبت شيء على المولى و لا على العبد مطلقاً.

و إن أقرّ العبد خاصة فلا ينفذ إقراره في حق المولى مطلقاً، للأصل.

و لا في حق نفسه، على القول بعدم تملكه و تعلق ما يتعلق بسببه بالمولى، لا في حال الرقية و لا بعد العتق، أمّا حال الرقية فظاهر، و أمّا بعدها فلا ن على ذلك ليس إقراراً على نفسه حتى تكون الرقية مانعة عن نفوذه فيؤثر بعد رفع المانع، بل إقراراً في حق الغير، و لذا لو

أقرّ المولى حينئذ ثبت الحق عليه، و لا معنى لثبوت حق واحد على شخصين، و أيضاً تعلقه على العبد بعد العتق فرع كونه إقراراً على نفسه، و كونه كذلك فرع تعلقه عليه بعد العتق، و هذا دور.

و أمّا على القول بتملكه و تعلق الحقوق بنفسه فينفذ إقراره في حقه.

فإن أقرّا معاً فالنفاذ إقرار المولى على نفسه إن قلنا بعدم تملك العبد و تعلق الحقوق بالمولى، و يلغى إقرار العبد، و إقرار العبد على القول الآخر و يلغى إقرار المولى.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٠

و إن لم يتبع الدعوى إقرار أصلاً، إمّا تكون للمدعى بيّنة أو لا.

فإن كانت له بيّنة يثبت الحكم المشهود به على المولى إن قلنا بتعلق الحقوق المائية بسبب العبد على المولى و عدم تملك العبد، و على العبد إن قلنا بتملكه و تعلق الحقوق بنفسه، و عليه بعد العتق إن لم يثبت تعلقها بالمولى و قلنا بعدم تملكه.

و إن لم تكن له بينة فالحلف على من ينفذ إقراره كما مرّ، و النكول كالإقرار.
و إن كانت الدعوى بدئية- حبسا، أو ضربا، أو جرحا، أو قتلا- فثبت بالبينة، و بإقرارهما معا، و بإقرار أحدهما و نكول الآخر، أو ردّه الحلف و حلف المدعى، و لا يثبت بإقرار أحدهما خاصية شيء، و لا بنكوله و لا بيمينه المردودة شيء أصلا، حتى على العبد بعد عتقه، لأنّ حال الرقبة ليس إقرارها على نفسه محضا.
و إن كانت الدعوى غير المائئة و البدئية- كالطلاق- فهو كسائر من يدعى عليه إن لم يكن له تعلق بالمولى. و الله العالم.

المسألة الثالثة: لو كان المدعى عليه وكيلا لصاحب الحق

- و منه الأمين في المعاملات- أو وليا له بأحد وجوه الولاية، فلو أثبت المدعى حقه بالبينة أو الشاهد و اليمين يحكم له، و إلّا فلا يفيد إقرار المدعى عليه، لأنّه في حق الغير، و لا- يحلف، إذ لا حلف للغير، و لأنّ الحلف إنّما يكون فيما يثبت الحق بترك الحلف بالإقرار أو النكول، و ليس كذلك في حق الغير.
و ليس له ردّ الحلف إلّا في الوكيل إذا كان وكيلا- في ذلك أيضا عموما أو خصوصا، لما مرّ في بحث يمين المنكر في المسألة السادسة، و لأنّه

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢١

ليس للوكيل و الولي إلّا الإتيان بمصلحة الموكل و المولى عليه، و لا مصلحة في ردّ الحلف.
و لا- يترتب أيضا على جوابه- بأنّه ليس لموكل، أو لمن لى الولاية عليه- ما يترتب على جواب صاحب الحق بذلك، لأنّه إقرار على الغير.

فإن قيل: فعلى هذا فما فائدة مطالبه الجواب عن الوكيل و الولي؟ بل ما فائدة الدعوى عليهما؟! بل يحكم حينئذ للمدعى كما يحكم على الغائب له.

قلنا: فائدته أنّه لعلّه يجيب بإبراء، أو ردّ، أو نقل و يثبته، أو يستحلف إن كان وكيلا- فيه. و كذا يظهر في جرح الشهود و تعارض البينات و نحوها.

و يظهر من ذلك أنّه لو باع أمين شخص شيئا منه لزيد، فادعى زيد بعده العين، أو اشتراط خيار في العقد، أو نحوهما، و لا بينة، لا تسلط له على حلف الأمين. و كذا لو اشترى له.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٢

البحث الثاني فيما إذا كان المدعى غير صاحب الحق

اشاره

و فيه أيضا مسائل:

المسألة الاولى: لو كان المدعى وكيل صاحب الحق، و كان هو غائبا، و أقام الوكيل البينة له، و ثبت دعواه

اشاره

، فقال الغريم: أبرأني صاحب الحق، أو: وفيت حقه، و أراد التأخير إلى حضور الموكل و استحلافه، ففي إلزامه على الحق أو تمكّنه

وجهان:

الأول: مختار الشرائع والتحرير- وإن احتمل فيه التوقف أخيراً- والقواعد والإرشاد والإيضاح «١» و غاية المراد والمحقق الأردبيلي والمعتمد، وبعض المعاصرين «٢»، و مال إليه في المسالك «٣»، و حكى عن القفال من العامة «٤». و هو الأقرب، لثبوت الحق على الغريم، و لا يبطل بالاحتمال المخالف للأصل. قيل:

و لأنّ دعوى الغريم على الموكل فلا تسقط دعوى آخر به، و لأنّ ذلك يوجب انتفاء فائدة التوكيل، لإمكان هذه الدعوى لكل خصم، و هو- مع أنّه خلاف المعلوم من المذهب- مستلزم للعسر و الحرج «٥».

(١) الشرائع ٤: ٨٦، التحرير ٢: ١٨٧، القواعد ٢: ٢١٦، الإيضاح ٤: ٣٥٨.

(٢) غنائم الأيام: ٦٨٩.

(٣) المسالك ٢: ٣٧١.

(٤) حكاة عنه في المسالك ٢: ٣٧١.

(٥) غنائم الأيام: ٦٨٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٣

و فيهما نظر، أمّا الأول فلرجوع الدعوى إلى الوكيل أيضا بعدم استحقاقه الأخذ لأجل إبراء موكله أو أخذه، بل الدعوى معه حقيقة و ما تشبّث به مستند دعواه.

و أمّا الثاني، فلا أنّ مجرد الإثبات أيضا فأيدته عظيمة، إذ لعلّ الموكل لا يتمكّن منه بعد ذلك.

و لم أعر على مصرّح بالوجه الثاني، نعم ظاهر الكفاية التوقف «١»، و ليس لهذا الوجه دليل تام.

و هل يسلم المال إلى الوكيل مع الكفيل، أو بدونه؟

استقرب الأردبيلي الأول، لأنّ فيه جمعا بين الحقيين.

و الوجه: الثاني، للأصل، و عدم ثبوت حقّ للغير يلزم جمعه.

هذا إذا لم يكن الوكيل وكيلا مطلقا، أو في خصوص دعوى الإبراء أو الدفع أيضا، و إلّا فاللازم عدم إلزامه الغرامة حتى تتمّ الدعوى الثانية، كذا قيل «٢».

و هو حسن إن لم يعزل نفسه بعد إثبات الدعوى الأولى، إلّا أنّه لو عزل لم يتسلط على المطالبة أيضا، إلّا أن يقال بجواز عزله في بعض ما وكلّ فيه.

هذا كلّه إذا لم يصبر الوكيل، و إلّا فيجوز له التأخير عن أصل الدعوى و عن المطالبة، لعدم لزوم فعل ما وكلّ فيه عليه، إلّا أن يكون قد أوجب على نفسه بوجه من الوجوه، فتأمل.

ثمّ إنّ إلزام الغريم على دفع المال إنّما هو إذا كان الوكيل وكيلا في

(١) الكفاية: ٢٦٩.

(٢) غنائم الأيام: ٦٨٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٤

الأخذ أيضا، و إلّا فيكتفى بإلزامه الغريم على إيصال المال إلى مالكة.

فرع:

مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ٣٢٤ فرع: ص: ٣٢٤

مرّ سابقا سماع دعوى الوكيل بالوكالة الادعائية، فإن أثبت دعواها بالبينه يحكم بها، ولكن لا يردّ إليه المال و لو ادعى الوكالة في أخذه، لعدم الدليل. و إن لم يثبت بالبينه فله إحلاف الغريم، لعمومات اليمين على المنكر. فإذا جاء صاحب الحقّ، فإن قبل الوكالة فهو، و إلا فإن اتفق الثلاثة على عدم التوكيل لغى الحكم، و إن اختلفوا فهي دعوى اخرى يحكم فيها بمقتضى الشريعة. فإن قيل:

اليمين حقّ لصاحب الحقّ، فلا يجوز لغيره مطالبته و إسقاطه بلا دليل - كالمال - سيّما إذا أنكر الغريم الوكالة. قلنا:

هو يطلب حقّ نفسه، لأنّ الوكيل - و لو كان ادعائيا - حقّا على الغريم من جهة عمومات اليننه و الحلف و الحكم، فهذا الحلف حقّ له من جهة كونه مدّعيا، فيطالبه، فإن قبله صاحب الحقّ فهو، و إلا فله المطالبة أيضا، فتأمل.

المسألة الثانية: لو كان صاحب الحقّ في زمن الغيبة الإمام الغائب عليه السلام،

كأن يكون لميت لا وارث له مناسبا دينا على غيره، أو اعترف أحد حال حياته بالاشتغال بالمظالم المجهول مالها - على القول بكونها مالا - للإمام، أو علم اشتغاله بها من جهة أخرى، أو علم ذلك على حيّ - فإن كان النائب العامّ عالما بالدين و المظالم و ببقائهما و كذب المنكر فله الحكم بوجوب الأداء و مطالبته منه و أخذه، لا من باب القضاء و الترافع، بل من باب الأمر بالمعروف و نحوه ممّا مرّ في بحث حكم الحاكم بعلمه، و لكن حصول مثل ذلك العلم له نادر جدّا.

فإن أنكر الغريم و لم يتمكّن النائب العالم عن استيفاء الحقّ عن الإمام

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٥

بنفسه ترافع معه بنصب و كيل أو نائب آخر، فإن أقام اليننه حكم له، و إلا فله حلفه إن رأى المصلحة للحقّ، و له ترك الدعوى مع المصلحة، و له المصالحة معها أيضا.

و إن لم يعلم به النائب، فإن كانت هناك بينه للنائب الادعاء الطنّي، فيترافعان عند حاكم آخر - لعدم دليل على نفوذ حكمه فيما ادّعه بنفسه - أو يوكل غيره من جانب الإمام لا من جانب نفسه، فيترافع ذلك الغير و المدّعى عليه عنه ذلك الحاكم، و يحكم بمقتضاه. فإن ثبت بالبينه فيحكم، و إلا فله إحلافه بالظنّ الحاصل من اليننه الغير المقبولة، أو الشاهد الواحد، أو كونه في روزنامته «١»، أو غير ذلك.

فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ثبت عليه الحقّ، و لا ردّ هنا.

و إن اعترف بالحقّ و ادعى الأداء فعليه الإثبات، و إن لم يثبت فعليه الأداء، لأدلة النكول، من دون يمين على المدّعى، للأصل. و كذا لا يمين على المدّعى إن كان هناك شاهد واحد، بل يتوجه اليمين على المدّعى عليه، إمّا يحلف فيتخلّص، أو ينكل فيحكم عليه. ثمّ إنّ الإحلاف فيما له ذلك ليس واجبا مطلقا، بل قد يجب و قد لا يجب، بل قد لا يجوز، و إنّما يتبع ذلك مصلحة حقّ الإمام. و قال الشيخ في المبسوط هنا بحبس المدّعى عليه حتى يعترف، أو يحلف «٢». و هو مبني على عدم حكمه بالنكول، و كذا حكم في الدروس أيضا «٣».

(١) كلمة فارسية تعنى: دفتر المذكرات اليومية.

(٢) المبسوط ٨: ٢١٤.

(٣) الدروس ٢: ٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٦
و استشكل المحقق في الشرائع فيه بأنّ الحبس عقوبته لم يثبت موجبها «١».
و استوجه في المسالك القضاء بالنكول «٢»، و لو لم يقل به في غير ذلك الموضع.
و إن كان المال المدعى أنّه للإمام عينا مجهولا- مالکها، و ادعى أحد أنّها له، فيحكم بها له، إذ كلّ عين ادعاها أحد و لم يعرف مالکها فيحكم بها له، و لا يفيد علم الحاكم أو الشاهد، لأنّ غايته أنّهما لا يعرفان مالکها.
نعم، لو فرض علمهما بكذبها أنّه مالکها بوجه من الوجوه فيفيد، و لكن من أين يحصل ذلك العلم!؟

المسألة الثالثة: لو كان المدعى وصيا لميت و ادعى وصيته للمساكين،

فإن أقام البينة فيحكم، و إلّا فله إخلاف الوارث، فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ثبت الحقّ- كما نقله في المسالك عن قوم «٣»- لأدلة ثبوت الحقّ بالنكول، و استوجهه في المسالك هنا أيضا و إن لم يقل بالحكم بالنكول في غيره.
و لا ردّ هنا، و لا يمين جزء البينة إذا كان هناك شاهد واحد.
و قيل: يحبسهم حتى يحلفوا أو يعترفوا «٤». و إليه ذهب في المبسوط و الدروس «٥». و لا دليل عليه، و لذا قال في القواعد في هذه المسألة و في

(١) الشرائع ٤: ٩٢.

(٢) المسالك ٢: ٣٧٥.

(٣) المسالك ٢: ٣٧٥.

(٤) حكاة في المبسوط ٨: ٢١٤ بقوله: و قال آخرون يحبس الورثة حتى يحلفوا أو يعترفوا.

(٥) المبسوط ٨: ٢١٤، الدروس ٢: ٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٧

سابقتها: إنّ فيه نظرا «١».

و أمّا إخلاف الفقير فلم يقل به أحد، و لا وجه له أيضا، لعدم تعيين الحقّ لفقير خاصّ.

و لو تعدّد الوارث و اعترف البعض ثبتت حصّته، و يعمل في الباقي بما مرّ.

و لو كان المدعى وصيا على الثلث و ادعى دينا لميت، فكذلك أيضا.

و لو كان وصيا على طفل، فادعى دينا على رجل و لا بينة له، يستحلف الرجل، فإن حلف يسقط، و إن نكل يثبت.

و قيل: إن لم يحلف توقف الدعوى حتى يبلغ الطفل و يحلف و يحكم له «٢».

و لا وجه له، و إن قال في المسالك: إنّه الذي يقتضيه مذهبا.

و يحتمل أن يكون ذلك إشارة إلى مذهبهم في ردّ اليمين على المدعى مع النكول، و حينئذ كان للإيقاف وجهها، و كذا إذا كان له شاهد واحد كما مرّ.

المسألة الرابعة: قال في الشرائع و المسالك: إنّه لو كان للميت دين على آخر

إشاره

، فالمحاكمة و المرافعة فيه للوارث و إن كان على الميت دين يحيط بالتركة أو يزيد عليها، و ليست المحاكمة حينئذ للغرماء، و استدلاً بأن الوارث إما مالك أو قائم مقام المالك «٣».

قال في المسالك: و على هذا، فلو توجه اليمين مع الشاهد أو يردّ الغريم فالحالف هو الوارث و إن كان المنتفع بالمال هو المدين «٤». انتهى.

(١) القواعد ٢: ٢١٢.

(٢) انظر المسالك ٢: ٣٧٥.

(٣) الشرائع ٤: ٩٢، المسالك ٢: ٣٧٥.

(٤) المسالك ٢: ٣٧٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٨

و نسب في الكفاية ذلك إلى الأصحاب، مشعرا بدعوى الوفاق، بل تشعر به نسبة الخلاف إلى بعض العامة خاصة، قال: لا يحلف ليثبت مالا لغيره.

قالوا: فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد، فإن حلف الوارث ثبت، و إن امتنع الوارث من الحلف لم يكن للغريم الحلف عند الأصحاب، و علل بأن التركة تنتقل إلى الوارث، أو تكون على حكم مال الميت، و على التقديرين خارجه عن ملك الغريم. و فيه خلاف لبعض العامة. و لا يجبر الوارث على الحلف «١». انتهى.

و يشعر أيضا كلام المسالك بدعوى الوفاق، حيث قال: و إن امتنع الوارث من الحلف لم يكن للغريم الحلف عندنا، لأنه لا يثبت بيمينه مالا لغيره «٢».

و قال بعض الفضلاء المعاصرين: الظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قال في القواعد في هذه المسألة: المحاكمة للوارث على ما يدعيه لمورثه و عليه، و لو أقام شاهدا حلف هو دون الديان، فإن امتنع فللديان إحلاف الغريم، فيبرأ منهم لا من الوارث، فإن حلف الوارث بعد ذلك كان للديان الأخذ من الوارث إن أخذ. و هل يأخذون من الغريم؟ إشكال «٣».

انتهى.

أقول:

ما ذكره- و كذا ذكره غيره «٤» أيضا من ثبوت الإحلاف للغريم

(١) الكفاية: ٢٧٣.

(٢) المسالك ٢: ٣٧٧.

(٣) القواعد ٢: ٢١٢.

(٤) كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٤٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٢٩

مع امتناع الوارث عن الحلف- ينافي نفى المحاكمة للغريم مطلقا، بل يثبت له حقا فيها أيضا و إن قدم الوارث و خصّ الغريم بالإحلاف دون الحلف.

بل تنظر شيخنا الشهيد قدس سره في الدروس في نفى الحلف عن الغريم أيضا، قال: ولا يمين لإثبات مال الغير، وفيما له به تعلق نظر- كغريم الميت إذا أقام له شاهدا بدين، والمرتهن إذا أقام شاهدا بملك الراهن، وامتنع من اليمين- من النفع، و من ثبوت الملك أولا للغير «١». انتهى.

ثم أقول أولا: إنهم- كما ذكر- فرعوا اختصاص المحاكمة بالوارث وإثبات الحلف له دون الغريم بأنه لا يمين لإثبات مال الغير، مع أنه جار في الوارث أيضا على القول بعدم انتقال التركة إلى الوارث، كما هو الحق المشهور، فإنه على ذلك القول إما يكون مال الديان، أو في حكم مال الميت، وعلى التقديرين ليس مالا للوارث.

و القول- بأنه ينتقل أولا إلى الوارث ثم منه إلى الغريم- قول بلا دليل، كيف؟! وقد قال الله سبحانه من بعد وصية يوصي بها أو دين «٢».

و مخالفة ظاهر الآية ببعض الاعتبارات الوهمية لا وجه له.

و القياس على المفلس ضعيف، فإن المال ثابت كونه له، والتفليس لم يخرج من ماله، بخلاف المورد.

و كونه في حكم مال الميت لا يجعله مال الوارث.

و كونه قائما مقام الميت مطلقا ممنوع، سيما فيما إذا لم ينتقل إليه شيء، و لو سلم فثبوت جميع أحكامه له ممنوع، و لو سلم فحلف الميت

(١) الدروس ٢: ٩٥.

(٢) النساء: ١١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٠

في إثبات ما في حكم ماله لو كان حيا ممنوع، وإنما هو لإثبات ماله، مع أن عدم الانتقال إلى الديان أيضا محل كلام. وغاية ما يستدلون به له أنهم لو أبرءوا الميت عن الدين ينتقل المال إلى الوارث، ولا شيء من مال الشخص ينتقل بالإبراء إلى غيره. و هو استدلال ضعيف، إذ لأحد أن يقول: إن الإبراء ليس بناقل، بل هو سبب لبراءة ذمة الميت، فهي رافع للمانع عن الانتقال، و سبب الانتقال الإرث الخالي من المانع.

و ثانيا: إن المحاكمة و الحلف و الإحلاف لا تختص بإثبات المال، بل تجرى في دعوى الحقوق و التعلقات أيضا، و من البديهيات أن هذا المال لو ثبت لكان للديان فيه حق و تعلق و لو كان هو الانتقال إليه بعد النقل إلى الوارث، و هذا أيضا نفع و حق يقع فيه النزاع و التحاكم، فتكون المحاكمة و الحلف من الغريم لإثبات حق الغريم بنفسه لا حق الغير. و إلى ذلك أشار في الدروس بقوله: من النفع «١».

و ثالثا: إن جميع أدلة سماع الدعوى و إثبات حق المرافعة للمدعى و أدلة الحلف و الإحلاف و الردّ شاملة للغريم هنا، فلا وجه لرفع اليد عنها، بل في شمولها للوارث نظر ظاهر، إذ لا يعد عرفا في مثل ذلك المال أنه حق الوارث.

و رابعا: إن في تخصيص المحاكمة و الحلف و الإحلاف بالوارث و عدم اعتناء فيه بالغريم ضررا و إضرارا ظاهرين على الغريم، فإن الوارث ربما لا يحلف و لا يستحلف، بل لا يقيم البيّنة أيضا إذا علم أنه لا ينتفع

(١) الدروس ٢: ٩٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣١

بها، و هو منفى في الشريعة المقدسة، بل ربما يكون الوارث غائبا مفقود الخبر، أو صغيرا، أو امرأة غير عالمة بالدين، و الغريم عالم به.

و منه يظهر أن الحق: أن المدعى إذا كان الدين محيطا بالتركة هو الغريم، و له الترافع و الحلف و الإحلاف، و ما ذكره في الكفاية و المسالك (١) ليس صريحا في دعوى الإجماع، بل و لا ظاهرا فيه أيضا، و لو كان صريحا لم تكن فيه حجة، سيما مع مخالفة الفاضل و عدم موافقة الشهيد (٢) بل عدم تعرض كثير من الأصحاب له.

و هل للوارث المحاكمة و الحلف و الإحلاف أيضا، أم تختص بالغريم؟

الأول محتمل أيضا، لنوع تعلق للوارث به و لو من جهة إيجاب استيفائه براءة مورثه، (أو إيجاب إبراء) (٣) من الغريم، للانتقال إليه و استخلاص المال له لو ظهر بعده مال آخر، و كونه في حكم مال مورثه، و كون نماؤه - لو كان - زائدا عن الدين له، إلى غير ذلك.

و على هذا، فلو تحاكم الغريم و أخذ المال بالبيئة أو الحلف لا تسلط للوارث أصلا.

و لو تحاكم الوارث و أخذه كان الغريم أخذه منه، أو من الذي عليه المال، و ليس له المرافعة ثانيا.

و لو تحاكم الغريم و أسقط دعواه بالإحلاف كان للوارث التحاكم، فإن أخذ هو المال يكون للغريم الأخذ منه.

و لو تحاكم الوارث و أسقط دعواه بالإحلاف فللغريم التحاكم أيضا،

(١) الكفاية: ٢٧٣، المسالك ٢: ٣٧٧.

(٢) الفاضل في القواعد ٢: ٢١٢، الشهيد في الدروس ٢: ٩٥.

(٣) بدل ما بين القوسين في «ق»: و إيجاب الإبراء.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٢

لأن إحلاف شخص لا يسقط إلا ما يتعلق بنفسه.

فرع:

لو أحاط دين جماعة بالتركة فادعى آخر بأن له على الميت دينا، فتشارك الغرماء بقدر نصيبه، فهل يتحاكم مع سائر الغرماء، أو مع الوارث؟

الظاهر: جواز محاكمة كل منهما معه، و يظهر حكمه بعد الترافع مما مرّ، فتأمل. و الله العالم.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٣

الفصل الخامس في نبد من أحكام الدعاوى في الأعيان

إشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: قيل: ظاهر اليد يقتضى الملكية ما لم تعارضه البيئ

إشاره

، بلا خلاف فيه يوجد، و ربما كان ذلك إجماعا، بل ضروره، و النصوص به مع ذلك مستفيضة:

منها: - زيادة على ما تأتي إليه الإشارة في بحث تعارض البيئنة - الخبر المروي في الكتب الثلاثة، وفيه: رأيت إذا رأيت [شيئا] في يد رجل أيجوز [لي] أن أشهد أنه له؟ فقال: «نعم» قلت: فلعله لغيره، قال عليه السلام: «و من أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي، و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك من قبله؟» ثم قال عليه السلام: «و لو لم يجز هذا ما قام للمسلمين سوق» (١).

و قريب منه الخبر المروي في الوسائل عن تفسير علي بن إبراهيم صحيحا، و عن الاحتجاج مرسلا، عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث فدك: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر: تحكم فينا بخلاف حكم الله

(١) الفقيه ٣: ٣١-٩٢، و في الكافي ٧: ٣٨٧-١، و التهذيب ٦: ٢٦١-٦٩٥، و الوسائل ٢٧: ٢٩٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٥ ح ٢: ؟.. قال:

نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده و لا أشهد أنه له، فلعله لغيره، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: أفيحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن .. و ما بين المعقوفين لیساً فی «ح» و «ق»، أضفناهما من المصادر. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٤

تعالى في المسلمين؟ قال: لا، قال: فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعت أنا فيه من تسأل البيئنة؟ قال: إياك كنت أسأل البيئنة على ما تدّعيه، قال: فإذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون، تسألني البيئنة على ما في يدي و قد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه و آله و بعده، و لم تسأل المؤمنين البيئنة على ما ادّعوا كما سألتني البيئنة على ما ادّعت عليهم؟! «الخبر (١) انتهى» (٢).

أقول:

في شرح المفاتيح أيضا ادّعاء الاتفاق على أصل الاقتضاء.

ثم أقول:

الرواية الأولى هي رواية حفص بن غياث، و هي و إن كانت ضعيفة إلا أن الرواية معتبرة، لوجودها في الأصول المعتمدة، و مع ذلك بعمل الأصحاب منجبرة، و بالرواية الأخرى و غيرها معتضدة.

و تدلّ عليه أيضا مؤثقة يونس بن يعقوب: في المرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة، قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما، و من استولى على شيء منه فهو له» (٣).

و لا شك أن الاستيلاء على الشيء يتحقق بكونه في يده، و الاختصاص بمتاع البيت غير ضائر، لعدم الفاصل.

و يمكن أن يستدل على المطلوب أيضا برواية مسعدة: «كل شيء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل ثوب

(١) تفسير القمّي ٢: ١٥٦، الاحتجاج: ٩٢، الوسائل ٢٧: ٢٩٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٥ ح ٣، بتفاوت.

(٢) الرياض ٢: ٤١٥.

(٣) التهذيب ٩: ٣٠٢-١٠٧٩، الوسائل ٢٦: ٢١٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٥

يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة، أو المملوك عندك لعله حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر، أو امرأة تحتك و هي أختك أو رضيعتك، و الأشياء كلّها على هذا حتى يستين لك غير ذلك، أو تقوم به البيئنة» (١).

و تدلّ عليه أيضا رواية حمزة بن حرمان: أدخل السوق فأريد أن أشتري جارية فتقول: إنني حرّة، فقال: «اشترها، إلا أن تكون لها بيئنة»

«٢».

و صحيحة العيص: عن مملوك ادعى أنه حرّ و لم يأت بيئته على ذلك، أشتريه؟ قال: «نعم» (٣).

فلا كلام في أصل المسألة، وإنما الكلام في مواضع:

الأول: في معنى اليد

، فإنه قد يتصور أن معنى اليد في هذا الكلام ليس على حقيقته، بل المراد المعنى المجازي، و لعدم انحصاره في معنى خاصّ إمّا يدخله الإجمال، أو يحمل على أقرب المجازات، و هو أيضا لا يخلو عن إبهام و إجمال. و فيه: أن اليد و إن كانت حقيقة في العضو المخصوص إلّا أنّها في هذا التركيب ليست مجازا، لأنّ هذا التركيب حقيقة في معنى خاصّ يعرفه أهل المحاورات بقريته التبادر و عدم صحّة السلب، فيجب الحمل عليه. و لا- شكّ في صدق الكون في اليد عرفا فيما كان تحت اختياره و يتصرّف فيه التصرفات الملكيّة- كالبيع، و الإجارة، و الإعارة، و نحوها-

(١) الكافي ٥: ٣١٣- ٤٠، التهذيب ٧: ٢٢٦- ٩٨٩، الوسائل ١٧: ٨٩ أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ٤.

(٢) الكافي ٥: ٢١١- ١٣، الفقيه ٣: ١٤٠- ٦١٣، التهذيب ٧: ٧٤- ٣١٨، الوسائل ١٨: ٢٥٠ أبواب بيع الحيوان ب ٥ ح ٢.

(٣) الفقيه ٣: ١٤٠- ٦١٤، التهذيب ٧: ٧٤- ٣١٧، الوسائل ١٨: ٢٥٠ أبواب بيع الحيوان ب ٥ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٦

و كذا فيما يستعمله و ينتفع به و يتصرّف فيه بالإفساد و الإصلاح، كالركوب و الحمل في الدابّة، و العمارة و التخريب في الدار، و الغرس و الزرع في الأرض، و هكذا. و من وجوه الاستعمال: وضع متاعه، أو جنس آخر، بل مطلق ماله فيه، للصدق العرفي. و هل تصدق اليد على شيء بكونه في مكانه المختصّ به تملّكا أو استجارا أو عاريّة، كعلّة في بيته، أو دابّة في مذوده «١»، أو متاع في دكته؟

الظاهر: نعم، للصدق العرفي.

و أمّا في كون ماله فيه من غير وضعه فيه أو عدم ثبوت ذلك- كمذود فيه دابته، أو دار فيها متاعه- يدا نظر، الظاهر: العدم ما لم يعلم أنّه بنفسه وضعه، للشكّ في صدق الاسم، فلو كانت هناك دابّة عليها حملة الذي حملة بنفسه عليها تصدق اليد على الدابّة، بخلاف ما إذا كان عليها حملة و لم يثبت أنّه حملة عليها، أو حملة غيره الذي يدعى الدابّة و بيده لجامها.

و هل يكون إغلاق باب الدار و نحوها و كون مفتاحها في يده يدا؟

الظاهر: نعم، لو كان هو الذي أغلق الباب و أخذ المفتاح.

و قد تتعارض الأمور الموجبة لصدق اليد في مال، كما إذا كان متاع زيد في الدار و أغلق عمرو بابها، أو تكون دابّة في حصار و عليها حمل الغير، أو زمامها في يد الغير، و نحو ذلك. و يجب الرجوع إلى العرف في الصدق في أمثاله.

و من صور التعارض: ما إذا كان طريق في دار زيد و يسلكه عمرو فادعى ملكيته، و الظاهر حينئذ ترجيح السالك. و منه: الدابّة عليها حمل زيد

(١) المذود: معلف الدابّة- مجمع البحرين ٣: ٤٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٧

و لجامها بيد عمرو.

و من باب التعارض: ما اتفق في هذه الأيام في قريتنا، فكانت فيها دار فيها طريق يعبر عنه عادة الناس، فسد مالك الدار الطريق و لم ينازعه أحد من العابرين إلّا واحد، فزاحمه و ادعى الملكية متشبثا باليد الحاصلة من العبور، فمنعنا صدق اليد له عليه، لعدم ثبوت ما كان ينتفع به منه أمرا مخصوصا به تصدق لأجله يده عليه.

و منه يعلم أنه لو لم يكن ذلك الطريق في ملك شخص معلوم، و ادعى أحد ملكيته، و نازعه واحد من العابرين لأجل نفسه لا للعامّة، لأجل يد العبور، لا يصلح لمزاحمته، لعدم كون ذلك يدا، و إن جاز له مزاحمته لكونه طريقا مسلوكا له و لغيره.

ثم لا يتوهم أنّ ما ذكرنا- من عدم توقّف صدق اليد على التصرفات الملكية- يخالف ما ذكره جماعة في بحث ما يصير به الشاهد شاهدا من الإشكال في جواز الشهادة بالملكية بدون مشاهدة التصرفات، كصاحب الكفاية، بل المحقق «١»، بل قد يستشكل مع التصرفات أيضا، و نقل التردّد فيه عن المبسوط «٢»، لأنّ اليد شيء، و الشهادة على الملكية شيء آخر.

و لذا تراهم جميعا يقولون: اليد المنفردة عن التصرف هل تصحّح الشهادة على الملكية، أم لا؟ فيثبتون اليد، و يختلفون في الشهادة، بل قد يثبتون اليد و يضمّون معها التصرف أيضا.

و كذا لا ينافي ما ذكره مع ما سنذكره من اقتضاء مطلق اليد أصالة الملكية، كما أنّ استصحابها أيضا يقتضى أصالتها مع الاختلاف في جواز

(١) الكفاية: ٢٨٤، المحقق في الشرائع ٤: ١٣٤، المختصر: ٢٨٩.

(٢) المبسوط ٨: ١٨١-١٨٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٨

الشهادة بالملكية الاستصحابية. و لذا اتفقوا على أنّ ما كان في يد مورث شخص و لم يعلم حاله يحكم بملكته له، و يجوز اشتراؤه منه و لو لم تجز الشهادة له بملكته مورثه.

الثاني: المراد بكون اليد ظاهرة في الملكية و اقتضاءها لها: أنّها الأصل فيها، لا أنّها الدليل عليها

، فلا يخرج عن مقتضاها بلا دليل مخرج، و لا يعارض دليلا أصلا، بل ترفع اليد عنه مع الدليل، كما هو الشأن في الأصول، و لذا لو لا أنّه ورد من الشرع الحلف على المنكر لو لا البيّنة لما حكمنا به.

و الدليل على ذلك الإجماع، و أخبار سؤال البيّنة عن المنازع «١» و الحكم بها، و قوله في رواية مسعدة المتقدمة: «حتى يستبين لك غير ذلك» «٢»، و بها تقيّد الإطلاقات أيضا.

الثالث: لا شك في أنّه يشترط في اقتضاء اليد أصالة الملكية عدم انضمام اعترافه بعدم الملكية بالإجماع

، فإنّه دليل مخرج عنها.

و هل يشترط انضمام ادّعاءه الملكية، أم لا؟

الظاهر: الثاني، لعموم صدر رواية حفص المتقدمة «٣»، الحاصل من ترك الاستفصال، و موثقة يونس السابقة «٤»، بل لظاهر الإجماع، و لذا يحكم بملكته ما في يد الغائب- و كان في يد المتوفّي- له، و يحكم بكونه ميراثا منه ما لم يعلم خلافه، و يجوز الانتفاع بما في

يد أحد مع إذنه من دون

(١) المتقدمة في ص: ٣٣٥.

(٢) راجع ص: ٣٣٤.

(٣) في ص: ٣٣٣.

(٤) في ص: ٣٣٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٣٩

سؤال ادعائه الملكية و عدمه.

نعم، الظاهر اشتراط عدم انضمام ادعاء عدم العلم بملكيتته أيضا، فلو قال ذو اليد: إني لا أعلم أنه ملكي أم لا، لا يحكم بملكيتته، لأنّ الثابت من اقتضاء اليد الملكية غير ذلك المورد.

أما الإجماع فظاهر، و أما أخبار طلب البيئته من مدّعيه فكذلك أيضا.

و أما الروايتان المتقدمتان «١» فلظهورهما في ذلك، بل قوله في الثانية:

«يملكونه» صريح فيه، كما أنّ قوله في الأولى: «صار ملكه إليك من قبله» ظاهر فيه أيضا.

و أما الموثقة «٢» فلا إمكان منع صدق الاستيلاء عليه في مثل ذلك الشيء.

مضافا إلى رواية جميل بن صالح الصحيحة عن السّراد: رجل وجد في بيته ديناراً، قال: «يدخل منزله غيره»؟ قلت: نعم كثير، قال: «هذه

لقطة» قلت: [فرجل وجد] في صندوقه ديناراً، قال: «يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟» قلت: لا، قال: «فهو له» «٣».

فإنه حكم فيما هو في داره الذي لا يعلم أنه له مع كونه في يده على ما مرّ، و مستولياً عليه أنه ليس له، و أيضا علل كون ما وجد في الصندوق له بما يفيد العلم بأنه ليس لغيره.

و إلى موثقة إسحاق بن عمّار: عن رجل نزل في بعض بيوت مكّة

(١) في ص: ٣٣٣ و ٣٣٤.

(٢) المتقدمة في ص: ٣٣٤.

(٣) الكافي ٥: ١٣٧ - ٣، الفقيه ٣: ١٨٧ - ١٤١، التهذيب ٦: ٣٩٠ - ١١٦٨، الوسائل ٢٥: ٤٤٦ أبواب اللقطة ب ٣ ح ١، بدل ما بين

المعقوفين في «ح» و «ق»:

فوجد، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٠

فوجد فيها نحواً من سبعين درهما مدفوناً، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال: «[يسأل] عنها أهل المنزل

لعلهم يعرفونها» قلت: فإن لم يعرفوها؟ قال: «يتصدق بها» «١».

فإنه لا شك أنّ الدرهم كانت في تصرف أهل المنزل على ما عرفت، و لو أنّهم قالوا: لا نعلم أنّها لنا أو لغيرنا، فيصدق أنّهم لا يعرفونها، فلا يحكم بملكيتها لهم.

و من ذلك يعلم أنّ اليد لا تكفي في حكم ذي اليد لأجلها لنفسه إن لم يعلم ملكيته، و لكنّ المراد بعدم علمه الملكية: عدم علمه

بالملكية الشرعية لا الواقعية، فإنّ الغالب أنّ الوارث لا يعلم حال ما انتقل إليه من مال مورثه، و المشتري في السوق لا يعلم أنه من مال

البائع، إذ ربّما سرقة أو غصبه، فإنّ اليد الخالية عن اعتراف المورث و البائع بالعلم بعدم الملكية أو عدم العلم بالملكية الشرعية كافية

في علم الوارث و المشتري بالملكية الشرعية.

فلو كان متاع في دكّة أحد و لم يعلم أنّه ممّا ورثه أو اشتراه أو وضعه غيره، لا يجوز له التصرف فيه.

و كذا إذا كان في ما خلفه مورثه شيء اعترف المورث بأنّي لا أعلم أنّه منّي أو لا.
و كذا لا يجوز شراء شيء عن شخص كان في يده و يقول: إنّي لا أعلم أنّه من أموالى أو من الغير.
بل يلزم على ذى اليد الفحص، فإن لم يتعين مالكة يكون مجهول

(١) التهذيب ٦: ٣٩١-١١٧١، الوسائل ٢٥: ٤٤٨ أبواب اللقطة ب ٥ ح ٣، بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: فاسأل، و ما أثبتناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤١
المالك، إمّا كونه مجهولا عند غير ذى اليد فظاهر، و إمّا عنده فكذلك أيضا، لأجل أنّه يعلم أنّه لا يعلم.

الرابع: كما أنّ مقتضى اليد أصالة الملكية فيما يملك كذلك مقتضاها أصالة الاختصاص بذى اليد فيما ليس ملكا

- كالوقف- فلو كان شيء في يد أحد مدّعيًا وقفيته عليه فادّعاه غيره و لا- بينه له يقدّم قول ذى اليد، لموثقة يونس بن يعقوب المتقدمة «١»، بل الظاهر الإجماع أيضا.

الخامس: ما ذكر من تقديم قول ذى اليد لدلالة اليد على الملكية أو الاختصاص إنّما هو إذا لم يعارضه أصل آخر

، و أمّا إذا عارضه أصل أو استصحاب آخر ففي بعض موارد الخلاف، و في بعض آخر يقدّم الاستصحاب كما يأتي.
فلو ادّعى مالك الأرض ملكيتها و المتشبهت بها وقفيته عليه منه، أو المتشبهت: الإجارة، و المالك: عدمها، أو المتشبهت: التحجير، و غيره أثبت تحجيره السابق، لا يقدّم قول ذى اليد كليًا، و تحقيق كلّ مسألة مذكور في موضعها.

السادس: هل يختص اقتضاء اليد لأصالة الملكية أو الاختصاص بالأعيان، أم يجرى في المنافع أيضا؟

لم أعر بعد على مصرّح بأحد الطرفين، و الظاهر هو الأول، للأصل، و عدم ثبوت الإجماع في غير الأعيان، و اختصاص أكثر الأخبار بها.

أمّا أخبار تعارض البيّنات «٢» و الروايتان الأخيرتان فظاهرة، لأنّ موردها في الأعيان.

(١) في ص: ٣٣٤.

(٢) انظر الوسائل ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٢

و أمّا رواية حفص «١»، فلأنّ لفظ: «شيئا» فيها و إن كان نكرة في سياق الشرط المفيدة للعموم إلّا أنّ رجوع الضمير في قوله: «الشراء منه» و: «أن تشتريه» يوجب إمّا تخصيصه بالأعيان، أو التوقف، كما بين في الأصول، لعدم جواز الشراء في المنافع إجماعا.

و أمّا الموثقة «٢»، فلرجوع الضمير المجرور فيها إلى المتاع، الذى هو من الأعيان.

و أمّا رواية مسعدة «٣»، فلأنّ الاستدلال بها إنّما هو بواسطة الأمثلة المذكورة فيها، و كلّها من الأعيان. و أمّا قوله: «و الأشياء كلّها على هذا» فإنّما يدلّ على الحلية دون المطلوب.

نعم، ظاهر حديث فدك «٤» العموم، إلّا أنّه يمكن دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالأعيان، فإنّها المتبادر عرفا من لفظ: «ما فى اليد»، بل الاستيلاء و صدقه على المنافع غير معلوم، بل نقول: إنّ الكون فى اليد و الاستيلاء إنّما هو فى الأشياء الموجودة فى الخارج

القارّة، و أمّا الأمور التدريجية الوجود الغير القارّة- كالمنافع- فلو سلّم صدق اليد و الاستيلاء فيها فإنّما هو فيما تحقّق و مضى، لا فى المنافع الآتية التى هى المراد هنا.

و لا يتوهم أنّ ما ورد فى خصوص الرحي الواقعة على نهر ماء الغير و المنع عن سدّ الماء عنه «٥» يثبت اقتضاء اليد فى المنافع الملكية أيضا، و كذا ما ذكره جماعة فى الميراث، لأنّ عدم اقتضاء اليد الملكية لا ينافى

(١) المتقدّمة فى ص: ٣٣٣.

(٢) المتقدّمة فى ص: ٣٣٤.

(٣) المتقدّمة فى ص: ٣٣٤.

(٤) المتقدّم فى ص: ٣٣٣ و ٣٣٤.

(٥) الوسائل ٢٥: ٤٣١ أبواب إحياء الموات ب ١٥ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٣

المنع عن سدّ منفعة مخصوصة بدليل آخر- كالخبر، أو الضرر- فيختصّ الحكم بمورده.

و أمّا ما قد يدعى من ظهور اليد فى الملكية، و هو حاصل فى المنافع أيضا.

ففيه- بعد تسليم اليد:- منع حجّية ذلك الظهور أولا، و منع الظهور ثانيا، لأنّه لو سلّم فإنّما هو فى الأعيان مع التصرفات الملكية. و أمّا فى المنافع التى أعيانها ملك الغير فلا، لشيوع مشاهدة تصرفات الناس فى كثير من المنافع من غير تحقّق جهة الزوم و الملكية، فيحمل الجار على حائط جاره أو المشترك، و ينصب الميازيب على داره، و يطرح الثلج، و يضع خشب السقف على حائطه، و يجرى الماء من داره إلى داره، أو ماءه إلى داره، و يستعمل المسلمون- بشاهد الحال- بعضهم ماء بعض، و يجرون مياههم فى دورهم، و قد يغيّرون مواضع الجريان فى كلّ عام، و بينون الحياض الكبيرة المجدّدة، إلى غير ذلك. بل يمكن ادّعاء ظهور عدم الملكية فى أمثال ذلك، و ابتناء الأمر أولا على المسامحة، أو شاهد الحال.

السابع: ما ذكر- من أنّ الاستيلاء يدلّ على أصالة الاختصاص للمستولى- إنّما هو إذا لم يكن هناك مدّع ثبت له اختصاص آخر أيضا،

فلو كان كذلك لا يفيد الاستيلاء شيئا، لأنّ جهة الاختصاص الثابتة بالاستيلاء غير معيّنة، و إرجاعها إلى ما يدّعيه المستولى لا دليل عليه بخصوصه حتى يحمل عليه، و الجهة الأخرى للغير ثابتة، فليس لها معارض معلوم، و لا رافع كذلك.

فلو ادّعى أحد استئجار شىء فى يد غيره، مدّعا بأنّه استأجره،

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٤

تطلب البيّنة من المدّعى، لأصالة الاختصاص بالمستولى، فإنّ جهة الاختصاص بينهما واحدة.

بخلاف ما لو ادّعى المالك عدم الإجارة، لأنّ ملكيته مختصة به، و المستأجر يدّعى الاختصاص الاستئجارى، و لا دليل عليه.

و كذا لو ادّعى أحد اختصاصه بشىء فى يده، و يستولى عليه من جهة استحقاق منفعة بصلح و نحوه، و ادّعى «١» المالك عدمه، فلا يقدّم قول المستولى، لثبوت جهة اختصاص للمالك، و عدم ثبوت الاختصاص النفعى للمستولى فاحتفظ بذلك، فإنّه مفيد فى كثير من المواضع.

الثامن: يشترط فى دلالة اليد على الملكية احتمال كونها ناشئة من السبب المملّك

، فلو علم مبدؤها و أنّه ليس سببا مملّكا لا حكم لها، كيد الغاصب و الودعى، و كما إذا كان شىء لم يحتمل وجهها شرعيا مملّكا، و

كما إذا أخذه المدعى بحضورنا و أثبت يده عليه، للإجماع، و اختصاص الأدلة بغير ذلك.
و المراد باحتمال الاستناد إلى السبب المملوك أيضا: الاحتمال المتحقق بعد إعمال الأصول و القواعد الممهدة الثابتة، فلو كانت هناك يد لم يعلم منشؤها، و لكن علم مسبقيتها بيد عارية أو غصب، و لم يعلم أنّ اليد الحاليتها هل هي تلك اليد، أو زالت الاولى و حصلت يد حاصله من السبب المملوك، فمقتضى استصحاب اليد السابقة و أصالة عدم حدوث يد اخرى يجعلها هي اليد الاولى، فلا تفيد ملكيته.

و ليس هذا من باب تعارض الاستصحاب و الأصل مع اليد المقتضية

(١) في «ق»: و إن ادعى ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٥

للملكية، بل تصير اليد بواسطة الأصل و الاستصحاب غير اليد المقتضية.

التاسع: لا يشترط في صدق اليد عرفا مباشرة ذي اليد بنفسه للتصرف

، بل تكفي مباشرة الوكيل و المستعير و الأمين و المستأجر و الغاصب بعد ثبوت أحد هذه الأوصاف له في ذلك التصرف، للصدق العرفي. و كذا يد المقرّ أنّها لزيد، فإنه يقال عرفا: إنّها في يد زيد، فتأمل.

العاشر: يمكن أن تكون يدان أو أزيد على شيء واحد

، بمعنى: أن تكون يد كلّ منهما بحيث لو كانت منفردة لصدق كون ذبها ذا اليد بالنسبة إلى تمام الشيء عرفا، كالدائبة يركبانها رديفين، أو السراج يستضيئان به، و اللحاف ينامان معا في كلّ ليلة فيه، و الإناء يأكلان منه دفعه، و حينئذ فيحكم بكونهما ذا اليد على ذلك الشيء، لا أنّ يد كلّ منهما على بعضه المشاع، لإمكان كون شيء واحد في يد اثنين، فلا ضرورة إلى التبعيض.
و ليست اليد كالملكية التي لا يمكن تعلقها بتمام شيء بالنسبة إلى كلّ من الشخصين، بل مثل القرابة لشخصين و التوطن في بلدين، و الجارية لدارين، و المصاحبة مع شخصين، و المؤانسة لهما، و هكذا.

الحادي عشر: اقتضاء اليد للملكية التامة لذى اليد إنما هو إذا لم تعارضها يد أخرى أيضا

، أي كانت يدا منفردة، فلو كان شيء واحد في يد شخصين - بحيث لم تختص يد كلّ بالبعض عرفا - لا يدلّ على ملكيته لواحد منهما، للمعارض، و لا لهما معا بأن يكون تامه ملكا لهما، لعدم الإمكان.

و هل يحكم حينئذ بالاشتراك في الملكية حتى يكون بينهما بالسوية؟

كما هي قاعدة الشركة، مع عدم دليل على الاختلاف، أم لا، بل يحكم بواسطة اليدين على نفى ملكية غيرهما و إن لم يحكم بملكيتها أو

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٦

أحدهما؟

ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة و إن كان خاليا عن الدلالة في ذلك، لأنّ الرواية الأولى «١» مختصة باليد الواحدة، و العلة المذكورة فيها بقوله: «و من أين جاز لك» إلى آخره، لا تدلّ على أنّه إذا اشتراه من اثنين يجوز له أن يشهد أنّه لهما، بل تدلّ على أنّه يجوز له أن يشهد أنّه ملك لهما أو لأحدهما.

و الثانية «٢» و إن كانت أعمّ إلّا أنّها لا تدلّ على الأزيد من طلب البيّنة من الخارج عنهما، المستلزم لاقتضاء نفى ملكية الغير و حصول الملكية في الجملة الشاملة لملك هذا و هما معا بالشركة، و أمّا الاشتراك بخصوصه فلا.
و كذا إطلاق الروايات الثلاث الأخيرة «٣».

إلّا أنّ مقتضى قوله في الموثقة: «و من استولى على شيء منه فهو له» «٤» أنّه لو استوليا معا عليه كان لهما، و بمقتضى قاعدة التساوى في الشركة المبهمة أنّه بينهما نصفين، و مرجعه إلى أنّ اليمين المشتركة تقتضيان الملكية المشتركة.
و تعضده الروايات الكثيرة «٥» الدالة على تنصيف ما يدعيه الاثنان و يدهما عليه بدون البيّنة لأحدهما، أو مع البيّنة لهما، بل الظاهر أنّه إجماعي أيضا، كما يظهر من حكمهم بالتنصيف في تداعي شخصين ما في

(١) المتقدمة في ص: ٣٣٣.

(٢) المتقدمة في ص: ٣٣٣ و ٣٣٤.

(٣) المتقدمة في ص: ٣٣٤ و ٣٣٥.

(٤) المتقدمة في ص: ٣٣٤.

(٥) انظر الوسائل ١٨: ٤٥٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩، و ج ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٧.
يدهما معا.

الثاني عشر: لو أقرّ ذو اليد بملكته زيد، ثمّ أقرّ بعده لعمرو، يحكم باليد لزيد

، لثبوتها بالاقرار الأول، و عدم صدق اليد عرفا للثاني بعد الأول، فلا يصلح الثاني لمعارضه الأول، فيبقى الأول بلا معارض و مستصحا.

المسألة الثانية: لو تنازع اثنان في عين واحدة

اشاره

، بأن ادعى كلّ منهما جميعها، فإنّما تكون في يدهما، أو يد أحدهما، أو يد ثالث، أو لا يد عليها، فهذه أربع صور.

الصورة الاولى: أن تكون في يدهما معا

، فترجع دعوى كلّ منهما إلى النصف الذي في يد الآخر، و يكون النصف الآخر خاليا له عن المعارض، لما مرّ في الموضوع الحادي عشر من المسألة الاولى.

و على هذا، فإن كانت هناك بيّنة لأحدهما يحكم بالجميع له، لأنّ البيّنة حجّة شرعية.

و إن كانت لهما فيرجع إلى تعارض البيّنات، و يأتي حكمه.

و إن لم تكن بيّنة يحلف كلّ منهما على نفى ما يدعيه صاحبه ممّا في يده، لأنّه منكر بالنسبة إليه، و لا يتعرّض في الحلف لإثبات ما في يده، إذ لا يمين على ما لا دعوى فيه. فإن حلفا أو نكلا قضى بينهما بالسوية من غير ردّ يمين على المنكول له، على المختار.
و إن حلف أحدهما و نكل الآخر بعده قضى بالجميع للحالف من غير ردّ يمين اخرى عليه، على ما اخترناه من القضاء بالنكول.

و إن نكل الأول ثبتت دعوى صاحبه في نصف الناكل، فإن حلف الآخر لنفى النصف الذى ادّعاه صاحبه عليه يخلص الكل له.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٨

و على القول برّد يمين الناكل، تثبت على كلّ منهما اليمين المردودة مع نكولهما، و على الحالف يمين اخرى بعد نكول الثانى مع نكوله بعد حلف الأول، فيحلف مرّتين، و كذا إذا كان النكول قبل حلف صاحبه.

و هل يجمع اليمينين حينئذ في يمين واحدة، أم لا؟

الوجه: الأول، كما هو ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف كما قيل «١»، لما أثبتنا في موقعه من أصله تداخل الأسباب.

ثمّ إنّه هل يتخير الحاكم فى البدأ بينهما بالإحلاف، أو يقرع بينهما؟

فيه وجهان، و قيل: يبدأ بالسابق منهما بالدعوى، فيحلف صاحبه «٢». و هو حسن، لما مرّ من تقديم حقّ من بدر بالدعوى.

و يمكن الاستدلال أيضا بأنّ كلّا منهما - لكون يد الآخر عليها - مدّعى، و لكون يده عليها منكر، فكلّ منهما الحلف و الإحلاف، فيتحالفان، أو ينكلا، أو يحلف أحدهما و ينكل الآخر، لعموم الأدلّة، فالترجيح على الأخير ظاهر، و على الأولين لا يمكن الجمع بإعطاء جميع العين كلّا منهما و لا منع كليهما، لعدم خروج الملكيّة عنهما، و لا ترجيح أحدهما بزيادة، لعدم المرجّح، فلم يبق إلّا التنصيف، و لكن فيه كلام يأتى من عدم ظهور مثل ذلك من المدّعى و المنكر المتقابلين.

و يدلّ على المطلوب أيضا: أنّه ثبت تنصيف العين بينهما فى المورد من الأخبار، كمرسله ابن المغيرة الصحيحة عن ابن محبوب - مع كون الإرسال عن غير واحد من أصحابنا -: فى رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو

(١) رياض المسائل ٢: ٤١٦.

(٢) انظر الكفاية: ٢٧٥.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٤٩

عبد الله عليه السّلام: «أما الذى قال هما بينى و بينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنّه لصاحبه، و يقسّم الدرهم الثانى بينهما نصفين» «١»، المعترضه بموتّفة يونس المتقدّمة «٢».

و رواية السكونى: فى رجل استودع رجلا - دينارين و استودعه آخر ديناراً، فضع دينار منهما، ففضى لصاحب الدينارين ديناراً، و يقسّم الدينار الباقي بينهما نصفين «٣».

و ثبت أيضا بالعمومات المشار إليها توقّف القضاء بينهما على التحالف، فيعمل بالجميع، فيتحالفان و يقتسمان نصفين.

و لكن يبقى ها هنا شىء يرد على ذلك و على ما تقدّم أيضا، و هو أنّ الظاهر المتبادر من الأخبار الأخيرة - التى هى أخصّ مطلقاً من العمومات - أنّ الاقتسام إنّما هو بلا حلف، بل هو من مقتضى إطلاقها أو عمومها، فإنّها حاكمة بالتقسيم مطلقاً، سواء حلّفا أو حلف أحدهما خاصّة.

فمقتضى الاستدلال تقديم الأخيرة و القضاء بينهما نصفين من دون حلف، كما هو مختار المحقّق فى الشرائع صريحا «٤»، و السيّد أبى المكارم فى الغنية ظاهراً، مدّعيها عليه إجماع الطائفة، قال فيه: و إن كان لكلّ واحد منهما يد و لا بينة لأحدهما كان الشىء بينهما نصفين، كلّ ذلك بدليل إجماع الطائفة «٥». انتهى.

(١) التهذيب ٦: ٢٠٨ - ٤٨١، و فى الفقيه ٣: ٢٢ - ٥٩، و الوسائل ١٨: ٤٥٠ أبواب أحكام الصلح ب ٩ ح ١، بتفاوت يسير.

(٢) فى ص: ٣٣٤.

(٣) الفقيه ٣: ٢٣-٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨-٤٨٣ و ج ٧: ١٨١-٧٩٧، الوسائل ١٨:

٤٥٢ أبواب أحكام الصلح ب ١٢ ح ١، بتفاوت.

(٤) الشرائع ٤: ١١٠.

(٥) الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٠

و نقل القول به في التحرير أيضا، حيث قال في المسألة على ما حكى: إن فيها قولين «١». و ظاهر بعض فضلائنا المعاصرين التردد «٢»، حيث نقل القولين من غير ترجيح، و لكن المشهور بين الأصحاب- كما صرح به الصيمري- هو الأول. و قال في المسالك: بل لم ينقل الأكثر فيه خلافا «٣».

إلا أن هذه الشهرة المحكية لا توجب و هنا فيما يقتضيه الاستدلال، سيما مع معارضتها بالإجماع المحكي، و عدم تعرض طائفة لأصل المسألة، منهم الشيخ في النهاية «٤».

هذا، مع ما في دلالة العمومات على ثبوت الحلف في صورة التداعى كما يأتي بيانه، فالأقوى هو مختار الشرائع، و الله العالم.

الصورة الثانية: أن تكون في يد أحدهما

، فيقدم قوله و تطلب البيئته من الخارج، فإن أقامها فيحكم بها له إجماعا، و إن أقامها يرجع إلى التعارض الآتى حكمه. و إن لم تكن بيئته، فللخارج إحصاف ذى اليد المنكر، فإن حلف سقطت الدعوى عنه، و إن نكل يحكم بالعين للمدعى الخارج بدون يمين على الأظهر، و معها على القول الآخر، و لا خلاف في شيء مما ذكر غير ما أشير إلى الخلاف فيه. و تدلّ عليه الأخبار المتواترة معنى المتقدمة أكثرها، و فى الرواية: «فإن كانت له» أى للمدعى الخارج «بيئته، و إلا فيمين الذى هو فى يده،

(١) التحرير ٢: ١٩٥، قال: و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى.

(٢) غنائم الأيام: ٧٠٦.

(٣) المسالك ٢: ٣٩٠.

(٤) النهاية: ٣٤٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥١

هكذا أمر الله عزّ و جلّ «١».

الصورة الثالثة: أن تكون في يد ثالث و لا بيئته

، و حينئذ إما يصدّق أحدهما بخصوصه، أو يصدّقهما معا، أو يصدّق أحدهما لا بعينه- أى يقول: إنّها لأحدهما و لا أعرفه- أو يكذبهما معا، أو يقول: لا أدري أنّها لهما أو لا.

فعلى الأول، قالوا: بأنّها للمصدّق له مع يمينه، فإنّه فى حكم ذى اليد، و على الثالث المصدّق اليمين للآخر إن ادعى عليه علمه بأنّها له، فإن امتنع يجب عليه إغرام القيمة له بلا- يمين، أو مع اليمين المردودة، على اختلاف القولين، لأنّه لا- يمكنه دفع العين، لاستحقاق المصدّق له إياها بإقراره، فلا- يمكنه الارتجاع عنه، و تفويته العين على الآخر بإقراره، فيغرم القيمة. و لم أعثر على مصرح بخلاف

ذلك، بل لعله إجماعي.

و يدلّ على كونه للمصدق له أنّه حينئذ يكون ذا اليد، فإنّ ظاهر العرف أنّ من أسباب صدق اليد كونه الشيء تحت تصرف من ثبت أنّه مباشرة، كالوكيل و الأمين و المستودع و المستأجر و المستعير، أو أقرّ بذلك. و لعلّ إلى ذلك يشير استدلالهم بأنّه في حكم ذى اليد، بل تصريح جماعة- منهم الشهيد في الدروس «٢»- بأنّ ذا اليد من صدقه الثالث. و يدلّ عليه أيضا أنّه أقرّ الثالث بكونه له، و من أقرّ شيئا في يده لأحد فهو له. لا لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لأنّ الإقرار على النفس إنّما

(١) التهذيب ٦: ٢٤٠-٥٩٤، الاستبصار ٣: ٤٣-١٤٣، الوسائل ٢٧: ٢٣٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ٤، و المعترضه من المصنّف.
(٢) الدروس ٢: ١٠٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٢

هو في نفيه عن نفسه لا في إثباته للغير، مع أنّ الثابت دلالتة من العموم ليس إلّا نفوذه على نفسه لا على غيره. بل للمستفيضة الدالّة على من أقرّ بعين لأحد فهو له، كمرسلة جميل: في رجل أقرّ أنّه غصب رجلا على جاريته، و قد ولدت الجارية من الغاصب، قال: «تردّ الجارية و ولدها على المغصوب إذا أقرّ بذلك، أو كانت له بينة» (١)، و عمومها الحاصل من ترك الاستفصال- بل من أداة الشرط- يشمل صورة ادعاء الغير للجارية أيضا. و صحيحة سعد بن سعد: عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا إلى رجل من التجار، فقال: إنّ هذا المال لفلان بن فلان ليس له فيه قليل و لا- كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذي جعله له بأمر، و لا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك، كيف يصنع؟

قال: «يضعه حيث شاء» (٢)، و مثلها صحيحة إسماعيل الأحوص (٣).

دلّنا على ثبوت المال لصاحبه بمجرد الإقرار، و لا يمكن أن يكون ذلك لادّعائه ما لا يد لأحد عليه، لأنّه لم يكن مدّعا له. و صحيحة أبي بصير: عن رجل معه مال مضاربه، فمات و عليه دين، فأوصى أنّ هذا الذي ترك لأهل المضاربه، أيجوز ذلك؟ قال: «نعم، إذا كان مصدقا» (٤)، أي لم يكن متّهما.

(١) الكافي ٥: ٥٥٦-٩، الفقيه ٣: ٢٦٦-١٢٦٦، التهذيب ٧: ٤٨٢-١٩٣٦، الوسائل ٢١: ١٧٧ أبواب نكاح العيب و الإمام ب ٦١ ح ١، بتفاوت.

(٢) التهذيب ٩: ١٦٠-٦٦٢، الوسائل ١٩: ٢٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٦.

(٣) الكافي ٧: ٦٣-٢٣، الوسائل ١٩: ٢٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٦.

(٤) التهذيب ٩: ١٦٧-٦٧٩، الوسائل ١٩: ٢٩٦ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ١٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٣

و تؤيّد أيضا رواية [المهتدي] (١): إنّ أخي مات و تزوّجت امرأته، فجاء عمّي فادّعى أنّه تزوّجها سرّا، فسألته عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت: ما كان بيني و بينه شيء قط، فقال: «يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» (٢).

و تدلّ على سلطنة المدّعى على إحلاف المصدق له عمومات البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر.

و على تغريم المصدق لو نكل أو ردّ اليمين: أنّ بالنكول أو اليمين المردودة ثبت عليه الحقّ، كما مرّ في الأخبار المتقدّمة في بحث

النكول و ردّ اليمين (٣).

و كلّ من ثبت عليه حقّ للغير و ضيعة فعلية الغرامة، كما دلّت عليه العلة المنصوصة في رواية عمر بن حنظلة: في رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة، فما فعلت من شيء ممّا قاوت من صداق أو ضمنت من شيء [أو شرطت] فذلك رضا لي، و هو لازم لي، و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك ممّا طالبوه و سألوه، فلمّا رجع إليه أنكر له ذلك كله، قال: «يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنّه هو الذي ضيّع حقّها» الحديث (٤)، دلّت على أنّ من ضيّع حقّاً لغيره فعلية الغرامة له. و على الثاني قالوا: يقضى بها لهما بالسوية، و لكلّ منهما إحلاف

(١) في «ح» و «ق»: المهدي، و الصحيح ما أثبتناه.

(٢) الكافي ٥: ٥٦٣-٢٧، الفقيه ٣: ٣٠٣-١٤٥٢، الوسائل ٢٠: ٢٩٩ أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ب ٢٣ ح ١.

(٣) انظر الوسائل ٢٧: ٢٤١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٧.

(٤) الفقيه ٣: ٤٩-١٦٩، التهذيب ٦: ٢١٣-٥٠٤، الوسائل ١٩: ١٦٥ أبواب أحكام الوكالة ب ٤ ح ١، ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٤

الآخر كما لو كانت في يدهما، و لهما إحلاف المصدّق إن ادّعى علمه، لفائدة الغرم، فإن حلف فهو، و إلّا فيغرم القيمة تماما لهما، و يقتسمانها بينهما نصفين على القول بالحكم بالنكول. و على القول بردّ اليمين عليهما، فإن حلفا معا يغرم التمام كذلك أيضا، و إلّا غرم نصف القيمة للحالف منهما.

و يظهر الوجه في هذه الصورة أيضا ممّا ذكرنا في سابقتها بعينه.

و على الثالث، قيل: يحتمل القرعة، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، و إن نكلا قسّمت بينهما. و يحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداء بعد حلفهما أو نكولهما كما لو كانت بيدهما (١).

أقول: بل الأوجه الثاني، لرواية السكوني: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثمّ مات على تلك الحال، فقال: أيهما أقم البيّنة فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان» (٢). و لكنّ الظاهر من الرواية التنصيف بدون الإحلاف، بل هو مقتضى إطلاقها، فالقول به- كما فيما إذا كان في يديهما معا- أوجه. و حكم الفاضل في القواعد بالقرعة بينهما من غير ذكر حلف (٣)، و هو كان حسنا لو لا الرواية المذكورة.

و على الرابع، قالوا: حلف لهما و أقرت العين في يده، سواء ادّعاها

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩٠، الرياض ٢: ٤١٦.

(٢) الكافي ٧: ٥٨-٥، الفقيه ٤: ١٧٤-٦١٠، التهذيب ٩: ١٦٢-٦٦٦، الوسائل ٢٣: ١٨٣ أبواب الإقرار ب ٢ ح ١، بتفاوت.

(٣) القواعد ٢: ٢٢٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٥

لنفسه أم لا، و لا يجب عليه نسبة الملك إلى نفسه أو إلى أحد معيّن، و هو كذلك، لثبوت يده عليها بالتصرّف، و بعدم الاعتراف بها للغير.

و على الخامس، فإن قال: لا أدري أنّها لهما أو لغيرهما- مع اعترافه بأنّها ليست لنفسه- أقرع بينهما وفاقا للقواعد (١)، لأنّها لكلّ أمر مجهول، و لا حلف، لما يأتي في الصورة الرابعة. و كذا إن قال: لا أدري أنّها لي أو لهما.

الصورة الرابعة: أن لا تكون يد عليها

قال المحقق الأردبيلي: فهي مثل ما كانت في يد ثالث، ولم يصدق أحدهما، ولم يدعيا علمه، فيحلفان أو ينكلان و يقتسمانها بالسوية. وإن حلف أحدهما دون الآخر تكون للحالف بحكم العقل، و لرواية إسحاق بن عمار، و فيها: «فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البينة؟ قال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف» (٢). انتهى.

أقول:

الحلف أمر شرعي يتوقف على التوقيف، و لا- أرى دليلا- على حلفهما هنا و الحكم بنكولهما أو نكول الناكل، و الرواية مخصوصة بصورة إقامتهما البينة، و التعدي يحتاج إلى الدليل، و القرعة لكل أمر مجهول، فالرجوع إليها أظهر، كما حكم به علي عليه السلام في روايتي أبي بصير و ابن عمار:

الاولى: «بعث رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام إلى اليمن، فقال له حين قدم: حدثني بأعجب ما ورد عليك، قال عليه السلام: يا رسول الله، أتاني قوم قد

(١) القواعد ٢: ٢٢٢.

(٢) الكافي ٧: ٤١٩-٢، التهذيب ٦: ٢٣٣-٥٧٠، الاستبصار ٣: ٣٨-١٣٠، الوسائل ٢٧: ٢٥٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٦

تبايعوا جارية، فوطؤوها جميعا في طهر واحد، فولدت غلاما، فاختلفوا فيه، كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم و جعلته للذي خرج سهمه، و ضمّنته نصيبهم» الحديث (١).

و الأخرى: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد، فولدت، فادّعوه جميعا، أقرع الوالي بينهم، فمن قرع كان الولد [ولده، و يرد] قيمة الولد على صاحب الجارية» الحديث (٢)، و عمل بها الأصحاب طرأ في مورده من غير إحلاف.

فإن قيل:

عمومات البينة على المدعى و اليمين على المنكر تشمل المورد.

قلنا:

العمومات غير ظاهرة في مثل ذلك، بل ظاهرة في غيره، حتى ما تتضمن لفظ «المدعى عليه» الغير المعلوم تحقّقه عرفا هنا، حيث إنّه لا يد لأحد عليها حتى يصدق الادعاء عليه.

و قد يقال: إن الرواية الواردة في قضية فدك: «و قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر» (٣) تشمل المورد، لصدق من أنكر عليه، و كذا رواية ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين

(١) الفقيه ٣: ٥٤-١٨٣، و في الكافي ٥: ٤٩١-٢، و التهذيب ٨: ١٧٠-٥٩٢، و الاستبصار ٣: ٣٦٩-١٣٢٠، و الوسائل ٢٧: ٢٥٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣ ح ٥: و احتجوا، بدل فاختلفوا.

(٢) الفقيه ٣: ٥٢-١٧٦، التهذيب ٨: ١٦٩-٥٩٠، الاستبصار ٣: ٣٦٨-١٣١٨، الوسائل ٢٧: ٢٦١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣ ح ١٤، و بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»: له يرد، و ما أثبتناه من المصادر.

(٣) تفسير القمى ٢: ١٥٦، الاحتجاج: ٩٢، الوسائل ٢٧: ٢٩٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٥ ح ٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٧

المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى» الحديث «١».

و رد: بأن مدلولهما أن كل بينة على المدعى و كل يمين على المنكر، لا أن كل مدع و منكر عليه البينة و اليمين. و حاصله: منع عموم من أنكر و المنكر، بل نفى عموم المدعى في جميع الروايات أيضا.

و فيه: أنه لا وجه لمنع العموم حتى في قوله: «من أنكر»، لأن الموصولة المتضمنة لمعنى الشرط - أي ما كان ما بعده علة لما قبله - تفيد العموم، كما بين في الأصول.

نعم، يرد عليه أولا: معارضة العمومات مع روايتي أبي بصير و ابن عمّار.

و ثانيا: أن [أحد] «٢» هذين المتخاصمين في مفروض المسألة لا يصدق عليه المدعى عليه و لا المنكر - بأي معنى من المعاني المذكورة لهما - في مقابلة المدعى، الذي هو من لو ترك ترك، إلى آخر التعاريف.

بل هما مدعيان، فلا يتوجه عليهما يمين و لو أبيت، إلما أن المنكر عرفا من تشبث بالإنكار، فلا يمكن أن يكون المراد الإنكار الالتزامي، إذ يكون كل مدع منكر أيضا، و لا يقول به أحد، مع أن الإنكار الالتزامي لا يكفي في صدق المنكر العرفي قطعاً، فلا بد من إرادة الصريح. و لا شك أن الإنكار الصريح لا يكون في جميع صور مفروض المسألة، بل إنما هو إذا قال كل من المدعين: إنه ليس لك، منضمًا مع قوله: إنه لى.

(١) الكافي ٧: ٤١٧ - ١، الفقيه ٣: ٣٧ - ١٢٥، التهذيب ٦: ٢٣١ - ٥٦٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح

١.

(٢) ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه لاستقامة المعنى.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٨

و ثالثا: أن المتبادر من المدعى و المنكر في صورة ذكرهما و مقابتهما:

الذى لم يجتمع معه الآخر، فالمراد بالمدعى: الذى لم يكن منكرا، و بالمنكر: الذى لم يكن مدعيا، كما هو ظاهر.

و رابعا: أننا لو سلمنا الجميع فلا يحكم بعد حلفهما بالتنصيف، لجواز إسقاط حق كل منهما بحلف الآخر، فلا يحكم لواحد منهما، فتأمل.

هذا إذا كانت دعواهما دفعة واحدة، عرفا أو حقيقة، و إلّا فيحكم بها للمتقدم ادعاء، و تطلب البينة من الآخر أو الإحلاف، كما مر. ثم إن كل ما ذكر في هذه الصور الأربع إذا لم تكن هناك بينة، و إلّا فإن كانت لأحدهما حكم بها له، لأن البينة حجة شرعية. و إن كان لكل منهما و أمكن الجمع بينهما - كما لو شهدت إحداهما بملك زيد أمس، و الأخرى بانتقاله إلى عمرو الآن، أو أطلقت أحدهما و فصلت الأخرى - جمع بينهما، لوجوب العمل بهما مع عدم التناقض، و لو لم يمكن الجمع فتعارض البيّنات، و يأتي حكمه.

المسألة الثالثة: لو ادعى أحد ما لا يد لأحد عليه، ليس لأحد منعه من التصرف فيه، و لا تطلب البينة منه، و لا إحلافه

إشاره

، للأصل، و الإجماع، بل الضرورة كما قيل «١» و موثقة منصور، بل صحيحته: عشرة كانوا جلوسا و وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا: ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لى، [فلمن هو؟] قال: «هو للذى ادعاه» «٢»،

(١) انظر الرياض ٢: ٤١٣.

(٢) الكافي ٧: ٤٢٢-٥، التهذيب ٦: ٢٩٢-٨١٠، النهاية: ٣٥٠-٧، الوسائل ٢٧: ٢٧٣ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٧ ح ١، و ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٥٩

و مقتضى قوله: «هو للذي ادّعه» أنه يحكم به له، و أنه يجوز ابتياعه منه و التصرف فيه بإذنه. و نفى عنه الخلاف أيضا «١». و قد استدلل له بصحيفة البزنطى أيضا: عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيرة، و هو مستوى الجناحين، و هو يعرف صاحبه، أ يحلّ له إمساكه؟ قال: «إذا عرف صاحبه ردّه عليه، و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له، و إن جاء طالب لا تتهمه ردّه عليه» «٢».

و فيه: أنّ الأمر بالردّ فيها مقيد بعدم الاتهام، الذى هو حقيقة فى عدم تجويز كذبه، و إلّا فيكون منهما، و مع عدم تجويز الكذب يخرج عن الموضوع، لأنّه حينئذ يعلم ملكية الغير.

و الاحتجاج له بوجوب حمل أفعال المسلمين على الصّحة و الصدق موقوف على ثبوت القاعدة، و هو فى حيز المنع، مع أنّها مخصوصة بالمسلم، و المدعى أعمّ منه.

فروع:

أ: لو ادّعه ثان بعد تصرف المدعى الأول له، أو الحكم به له،

يكون الثانى مدّعيًا، فتجرى عليه أحكامه، و يقدّم قول الأول، للاستصحاب، و لأنّه مقتضى كونه له فهو كذى اليد، و لعدم دليل على قبول دعوى الثانى، لاختصاص الإجماع و النصّ بالأول.

و كذا إذا ادّعى الثانى بعد ادّعاء الأول بزمان لا يعدّ ادّعاؤهما دفعة عرفًا، إذ بالدعوى الاولى صار مالا للمدعى بحكم النصّ، و إن لم يضمّ بعد

(١) كما فى الرياض ٢: ٤١٣.

(٢) التهذيب ٦: ٣٩٤-١١٨٦، الوسائل ٢٥: ٤٦١ أبواب اللقطة ب ١٥ ح ١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٠

معه الحكم أو التصرف فيستصحب.

نعم، لو كان ادّعاؤهما دفعة عرفية أو حقيقية يجيء الإشكال، لعدم ثبوت إجماع، و الخروج عن النصّ، لظهوره فيما لا يدعى معه فى زمان واحد عرفًا، و سيأتى حكمه فى باب التنازع فى الأعيان.

ب: لو لم تكن عليه يد و لا مدّع ظاهر، لا يحكم بكونه مجهول المالك،

و لا تجرى عليه أحكامه إلّا بعد الفحص اللازم، و هو القدر الميسور منه، لعدم صدق عنوان مجهول المالك أو غير معروف المالك عرفًا إلّا بعد هذا القدر من الفحص، فإذا تحقّق و تصرف فيه النائب العام من جانب الإمام، أو تصدّق به فادّعه مدّع، لا يسمع منه إلّا بعد الإثبات، للاستصحاب، و اختصاص النصّ و الإجماع بغير ذلك، فإن أثبتته يردّ إليه مع بقاء العين، و لا ضمان مع التلف. بل و كذا على الظاهر لو ادّعه بعد الفراغ عن الفحص و الحكم بصدق العنوان، لما مرّ.

ج: هل حكم ما في يد أحد و لا يدعى ملكيته - بل يجهل مالكة،

أو ما في ذمة أحد كذلك - كحكم ما لا يد عليه، فيحكم به لمن يدعيه، أو لا؟ مقتضى أصالة عدم براءة ذى اليد عن اشتغاله بإيصاله إلى صاحبه و أصالة عدم تسلط المدعى على أخذه و عدم شرعية الحكم به له: الثانى، و الموثقة «١» مخصوصة بغير ذلك المورد. و مما ذكرنا من الأصول و الخصوصيّة يظهر الفرق بينه و بين ما لا يد لأحد عليه. و لهذا القسم أنواع كثيرة، منها: اللقطة، و الضالة، و الكنز، و مال من لا يعرف

(١) أى موثقة منصور المتقدمة فى ص: ٣٥٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦١

له وارث إذا ادعى أحد الورثة، و المنهوب من بين جماعة غير محصورين، و المغصوب منهم، و الموروث ممن اعترف المورث بعدم ملكيته، و المنسبى صاحبه، و أحد المشتبهين اللذين كل منهما لشخص و تلف أحدهما، و غير ذلك. و ما ذكرناه إنما هو على سبيل الأصل المناسب لهذا المقام، و إلا فلبعضها أو كلها أحكام خاصّة، مذكورة كل منها فى مورد إن شاء الله.

د: الظاهر اختصاص الحكم بما لا يد عليه أصلا لا على عينه و لا على منفعة،

فلو كان شىء لم تكن يد على عينه، و لكن كانت منفعة فى يد واحد أو جماعة محصورين أو غير محصورين، ينتفعون به و لا يدعون ملكيته، لا - يحكم بملكية أحد بمجرد ادعائه، و لا يخلّى بينه و بينه إلا برهان و بينة، للأصل، و عدم ثبوت الإجماع فى مثل ذلك، بل ثبوت عدمه، و اختصاص النص بغير ذلك. فلو كان هناك طريق مسلوكة للعام أو الخاص - على القول بعدم كون الخاص ملكا لسالكيه - لا يملكه أحد بمجرد دعوى الملكية، و كذا لو كان رباط ينزله الناس من غير ادعاء ملكيته و لا اشتهاه و قفيتها، أو بركة كذلك يتروون منها. بل يحكم فى الأول بكونه طريقا، و يعمل فيه بما يعمل فى الطرق، و فى الأخيرين بمجهول المالكية، و الله العالم.

المسألة الرابعة: إذا ادعى كل منهم أنه اشترى العين من ذى اليد، و أقبض الثمن، و العين المبعة فى يد البائع

، فهو من مسألة تنازع المتداعيين ما فى يد ثالث، و قد مرّت، و قد يذكر حكم ذلك منفردا لأجل بعض خصوصيات البيع الذى يظهر حكمه بالتأمل.

المسألة الخامسة: لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع، و كل يطالبه بالثمن

، فإن أقرّ لهما ألزم بالثمنين، لإمكان الصدق

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٢

و صحّة البيعين، بأن يشتري من أحدهما فباعه من الآخر ثمّ اشترى منه.

و إن أقرّه لأحدهما لزمه الثمن له و حلف للآخر، و إن نكل اغرم له.

و إن أنكرهما و لا بينة حلف لهما.

و إن أقام كلّ منهما بينة ثبت البيعان و يلزم الثمنان، إلّا في صورة لم يمكن الاجتماع، فيرجع إلى المرجحات المعتبرة الآتية في بحث تعارض البيّنات، من الأعدلية و الأكثرية إن كانت، و إلّا إلى الإقراع، فمن أخرجته القرعة قضى له بالثمن الذي شهدوا به بعد حلفه للآخر، فإن امتنع حلف الآخر و حكم له، فإن امتنع قسّم الثمن بينهما مع التشابه، و يحكم لكلّ واحد منهما بنصف ما ادّعه من الثمن مع الاختلاف.

المسألة السادسة: لو ادّعى كل واحد من شخصين كل واحد من توبين

- مثلاً- في يد كل واحد منهما أحدهما ما في يد الآخر، فإن لم تكن بينة يحلف كلّ منهما للآخر بنفى ما في يده لصاحبه، و يحكم له بما في يده.

و إن كانت لأحدهما بينة يحكم له بهما جميعاً، الذي في يد صاحبه للبينّة، و الذي في يده لأنّه في يده و لا بينة لصاحبه، إلّا أنّه يحلف لدفع صاحبه عمّا في يده.

و لو كانت لهما البيّنة يحكم لكلّ منهما بما في يد الآخر، لما يأتي من ترجيح بينة الخارج.

المسألة السابعة: إذا ادّعى زيد على عمرو عينا في يد عمرو، و أقام المدّعي بينة، حكم له قطعاً

، و انتزعت من يد عمرو، و تسلّم إلى زيد، فإن ادّعى عمرو بعد أخذ زيد الملك السابق، و أقام البيّنة، و شهدت البيّنة على أنّها كانت له قبل الانتزاع، لم تقبل بينته (وفاقا للشرائع و الإرشاد «١» «٢»).

(١) الشرائع ٤: ١١٦

(٢) الإرشاد ٢: ١٥١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٣

لا لأنّه ذو اليد حينئذ أيضاً نظراً إلى أنّه يدّعى أنّ الأخذ منه ظلم فكأنّها في يده، لأنّه الآن ليس ذا اليد قطعاً، و النزاع عنه بحكم الحاكم ليس ظلماً، فلا يدخل تحت ما دلّ على عدم قبول بينة ذي اليد، بل يصدق عليه المدّعي.

و لا لأنّه على ذلك يصير جعل المدّعي عليه خارجاً، و انتزاع العين من المدّعي عليه ثانياً سهلاً بتأخير بينته إلى الحكم و الانتزاع، لأنّه لا فساد في ذلك، و كم من الحيل الشرعية التي تبنى عليها الأحكام.

و لا- لأنّه نقض للحكم الأوّل، و هو غير جائز، لمنع كونه نقضاً و إن عبّر به في الشرائع و القواعد «١»، لأنّ النقض إنّما هو إذا كان إبطالا لحكم الحاكم من جهة حكمه لا لدعوى اخرى.

بل لأنّه إمّا يقتصر على الشهادة بالملك السابق، فيرجع إلى تعارض الملك القديم و اليد الحالّية، و سيأتي أنّ اليد مقدّمة. أو يضمّ معها قوله:

لا- أعلم لها مزبلاً، أو: أعتقد ملكيته الآن للاستصحاب، و نحوهما، بناء على قبولهما، فيردّ بالعلم بالمزيل، و هو حكم الحاكم، بل و كذا لو قال:

و هو إلى الآن ملكه، لأن غايته أنه أماره كحكم الحاكم بقطع الملكية.
فتبقى اليد الحالية بلا معارض.

و إن ادعى ملكا لا حقا بعد الانتزاع منه، و أقام عليه البيئته، فالوجه:

قبول البيئته و استرداد العين، لعدم التعارض بين البيئتين.

و إن أطلق الدعوى، و أقام البيئته المطلقة و قبلناها، فالوجه: القبول و الاسترداد أيضا، لعدم المانع، و صدق المدعى.

(١) الشرائع ٤: ١١٦، القواعد ٢: ٢٣٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٤

و حكم في القواعد بنقض الحكم و استرداد العين على الإطلاق الشامل للصور الثلاث، و لكن قال: على إشكال «١». و يظهر وجه الحكم و الإشكال مما ذكرنا.

و بنى في المسالك الحكم في الصورة الأولى على أن المراد بيئته الخارج و الداخل هل الخروج و الدخول عند الملك المدعى، أو حال التعارض «٢»؟ و ستعلم أن المعتبر حال التعارض، للصدق العرفي.

المسألة الثامنة: لو كانت العين بيديهما معا، و ادعى أحدهما الكل، و الآخر النصف، و لا بيئته

، فعلى ما ذكرنا- في مسألة ما إذا كانت العين بيديهما، و ادعى كل منهما الكل- من أن الكل بيد كل منهما يكون النصف لمدعى الكل بلا معارض، و يكون النصف في يدهما معا، فيكون هو المتنازع فيه، و حكمه حكم العين التي تنازع فيها اثنان يدهما عليه، من غير فرق بين المشاع و المعين.

و كذا في صورة البيئته لهما، يكون في النصف حكم الكل الذي تنازع فيه اثنان و أقاما البيئته، و يأتي حكمه.

و كذا يظهر حكم ما إذا زاد ما يدعيه الآخر عن النصف، أو نقص، أو زاد المدعون عن الاثنان. و بالجملة: جميع ما يتصور من الأقسام.

المسألة التاسعة: إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر في أمتعة البيت الذي في يدهما

إشارة

، فإن كانت هناك بيئته لأحدهما كلاً أو بعضاً قضى له بها بلا خلاف، و إن لم تكن بيئته فاختلفوا فيها على خمسة أقوال:

(١) القواعد ٢: ٢٣٣.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٥

الأول: أنهما فيها سواء مطلقاً

، سواء كان المتنازع فيه مما يصلح للرجال خاصية أو النساء كذلك أو لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لأحدهما أو لثالث، و سواء

كانت الزوجية باقية أو زائلة، و سواء كانت يدهما عليه تحقيقا بالمشاهدة أو تقديرا، فيتحالفان، أو ينكلان، فيقسم بينهما بالسوية، و يختص الحالف بالجميع لو حلف أحدهما و نكل الآخر.

حكى عن المبسوط و ظاهر الإرشاد و صريح القواعد و الإيضاح و التنقيح «١»، و نسبة الأردبيلي في شرح الإرشاد إلى المتن و جماعة. و لكن كلام المبسوط ليس صريحا في اختصاص الفتوى بذلك، لأنه قال بعد القول المذكور: و روى أصحابنا أن ما يصلح للرجال فللرجل، و ما يصلح للنساء فللمرأة، و ما يصلح لهما يجعل بينهما «٢»، و في بعض الروايات: أن الكل للمرأة و على الرجل البينة، لأن من المعلوم أن الجهاز ينتقل من بيت المرأة إلى بيت الرجل «٣»، و الأول أحوط «٤». انتهى.

فإن قوله: و الأول، يحتمل أن يراد به ما أفتى به أولا و حكى عنه، و أن يراد به ما رواه الأصحاب، لكونه أولا بالنسبة إلى الرواية الثانية، و يؤيده ما في الخلاف من جعله الأحوط ذلك «٥». و كيف كان، فلا تكون فتواه منحصرة بما حكى عنه أولا، بل هي إما تكون أحوط، فتجوز غيرها أيضا، أو تكون غيرها أحوط، فتجوز أيضا، بل تكون أولى.

(١) المبسوط ٨: ٣١٠، القواعد ٢: ٢٢٣، الإيضاح ٤: ٣٨١، التنقيح ٤: ٢٧٨.

(٢) انظر الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨.

(٣) الكافي ٧: ١٣٠-١، التهذيب ٦: ٢٩٨-٨٣١، الاستبصار ٣: ٤٥-١٥١، الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١.

(٤) المبسوط ٨: ٣١٠.

(٥) الخلاف ٢: ٦٤٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٦

ثم إن دليلهم على ذلك ما مرّ - في تنازع الشخصين في عين كانت في يدهما - من العمومات و غيرها، فإن هذه الدعوى أيضا فرد من سائر الدعوى، فتشملها أدلتها.

الثاني: إن ما يصلح للرجل خاصة يحكم به للرجل، و ما يصلح للنساء كذلك يحكم به للمرأة، و ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول.

حكى عن الشيخ في النهاية و الخلاف و الإسكافي و الحلّي في السرائر و ابن حمزة و الكيدري و النافع و ظاهر الشرائع و التحرير و المهذب و الدروس «١»، و قرّبه القاضي و لكن في الدعوى بعد الطلاق، بل هو مذهب الأكثر كما في المسالك و شرح المفاتيح «٢»، بل هو المشهور كما في الشرائع و صريح النكت، بل عن الخلاف و في السرائر الإجماع عليه، و نسبه في المبسوط - كما مرّ - إلى روايات الأصحاب «٣».

لقضاء العادة بذلك، و صحيحة رفاعه: «إذا طلق الرجل امرأته و في بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، و ما يكون للرجال و النساء قسم بينهما» قال: «و إذا طلق الرجل المرأة فادعت أن المتاع لها، و ادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال، و لها ما للنساء» «٤».

(١) النهاية: ٣٥٠، الخلاف ٢: ٦٤٥، حكاة عن الإسكافي في المسالك ٢: ٣٩٨، السرائر ٢: ١٩٤، ابن حمزة في الوسيلة: ٢٢٧، النافع:

٢٨٥، الشرائع ٤: ١١٩، التحرير ٢: ٢٠٠، المهذب ٢: ٥٧٩، الدروس ٢: ١١٠.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٨.

(٣) المبسوط ٨: ٣١٠.

(٤) الفقيه ٣: ٦٥-٢١٥، التهذيب ٦: ٢٩٤-٨١٨، الاستبصار ٣: ٤٦-١٥٣، الوسائل ٢٦: ٢١٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٤، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٧
 و موثقة يونس: في المرأة تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأة، قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما، و من استولى على شيء [منه] فهو له» (١).
 و في موثقة سماعة: عن رجل يموت، ماله من متاع البيت؟ قال:
 «السيف و السلاح [و الرجل] و ثياب جلده» (٢).

و اختصاص الاولى بالطلاق و الثانية بالموت غير ضائر، للإجماع المركب، و تتميم كل منهما بالأخرى، لعدم التنافي.
 و كذلك لا يضّر عدم تصريح صدر الصحيحة و الخبرين الآخرين بالتنازع، لشمولها له، مضافا إلى ظهورها فيه، سيما مع ضمّ ذيل الصحيحة.

و كذا لا يضّر عدم اشتمال كل من الصدر و الذيل و الخبرين على الأحكام الثلاثة بعد اشتمال الكل للكل، مضافا إلى ثبوت الحكم في صورة صلاحية المتاع لهما بما مرّ في القول الأول، و في صورتين الآخرين بالظهور المستند إلى العادة.

و الثالث: إن القول قول المرأة مطلقا، فالمتاع المتنازع فيه كله لها، إلا ما أقام الرجل عليه البيّنة.

و هو المحكّي عن صريح الشيخ في الاستبصار و ظاهر الكليني في الكافي (٣)، و رجّحه في شرح المفاتيح، و حكاها الأردبيلي عن التهذيب أيضا.

(١) التهذيب ٩: ٣٠٢-١٠٧٩، الوسائل ٢٦: ٢١٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣.

و ما بين المعقوفين من المصدرين.

(٢) التهذيب ٦: ٢٩٨-٨٣٢، الاستبصار ٣: ٤٦-١٥٢، الوسائل ٢٦: ٢١٥ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٢، ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

(٣) الاستبصار ٣: ٤٤، الكافي ٧: ١٣٠-١، التهذيب ٦: ٢٩٨، و ج ٩: ٣٠١، و حكاها عنهما في الرياض ٢: ٤١٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٨

لصحيحة البجلي: «هل قضى ابن أبي ليلي بقضاء ثم رجع عنه؟» فقلت له: بلغني أنه قضى في متاع الرجل و المرأة- إذا مات أحدهما فادعى [ورثته] الحي و ورثته الميت أو طلقها الرجل فادعاه الرجل و ادّعت المرأة- بأربع قضايا- فعدها الراوي إلى أن قال في الرابعة:- ثم قضى بعد ذلك بقضاء لو لا- أتى شاهدته لم أروه عليه، ماتت امرأة متبا و لها زوج و تركت متاعا فرفعته إليه، فقال: اكتبوا إلي المتاع، فلمّا قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجل و المرأة فقد جعلناه للمرأة، إلا الميزان فإنه من متاع الرجل فهو لك- إلى أن قال:- فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: «القول الذي أخبرتنى أنك شهدته و إن كان قد رجع عنه» فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: «أرأيت إن أقامت بيّنة إلى كم كانت تحتاج؟» فقلت: شاهدين، فقال: «لو سألت من بينهما» يعني: الجبلين، و نحن يومئذ بمكة «لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهي التي جاءت به، و هذا المدعى، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئا فليأت عليه بالبيّنة» (١).

و قريبه منها الصحيحة الأخرى له و لإسحاق بن عمار، و فيها: «إلا الميزان، فإنه من متاع الرجل فللرجل» (٢).

و صحيحته الثالثة، و هي أيضا قريبة منهما، إلا أنها لا تتضمن استثناء الميزان، و في آخرها: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «القضاء الأخير و إن كان قد رجع عنه، المتاع متاع المرأة، إلا أن يقيم الرجل البيّنة، قد علم من بين

(١) الكافي ٧: ١٣٠-١، التهذيب ٦: ٢٩٨-٨٣١ و ج ٩: ٣٠١-١٠٧٨، الاستبصار ٣: ٤٥-١٥١، الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١، بتفاوت يسير. ما بين المعقوفين ليس في «ح» و «ق»، أضفناه من المصادر.

(٢) التهذيب ٦: ٢٩٧-٨٣٠، الاستبصار ٣: ٤٥-١٥٠، الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٦٩

لابتيها» (١) «يعنى: بين جبلى منى «أن المرأة تزف إلى بيت زوجها بمتاع» (٢).

الرابع: إن ما لا يصلح إنا للرجال فهو للرجل، و ما يصلح لهما أو للنساء خاصة فهو للمرأة

، و هو مذهب الصدوق في الفقيه (٣)، و مستنده الصحيحتان الأوليان المتقدمتان دليلا للثالث.

الخامس: الرجوع في ذلك إلى العرف العام أو الخاص

، الدال على اختصاص بعضه بأحدهما، فإن وجد عمل به، و إن فقد أو اضطرب كان بينهما نصفين. اختاره الفاضل في المختلف و الشهيدان في النكت و الروضة و المحقق الشيخ علي، و استقره في الكفاية، و استحسنته في المهذب، و نفى عنه البأس في شرح الشرائع للصيمري (٤).

لأن عادة الشرع في باب الدعاوى - بعد الاعتبار و النظر - راجعة إلى ذلك، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين، بناء على الأصل، و كون المتشبه أولى من الخارج، لقضاء العادة بملكيته ما في يد الإنسان غالبا، فحكم بإيجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر، و الرجوع إلى من يدعى ظاهر العرف.

و يؤيده استشهاده عليه السلام بالعرف، حيث قال: «قد علم من بين

(١) لابتا المدينة: حرتان عظيمتان يكتنفانها. و اللابة: هي الحرّة ذات الحجارة السود قد ألبتها لكثرتها، و جمعها: لابات، و هي الحرار، و إن كثرت فهي اللاب و اللوب، مجمع البحرين ٢: ١٦٨.

(٢) التهذيب ٦: ٢٩٧-٨٢٩، الاستبصار ٣: ٤٤-١٤٩، الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ١. (٣) الفقيه ٣: ٦٥.

(٤) المختلف: ٦٩٨، الروضة ٣: ١٠٨، الكفاية: ٢٧٨، المهذب ٢: ٥٧٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٠

لابتيها» و قال: «لو سألت من بينهما».

أقول:

أمّا ما ذكره دليلا للقول الأوّل فهو حسن على ما استثنوه في مسألة التداعى فيما كان بيد المتداعيين من أن يد كلّ منهما على النصف، و من أن كلا منهما مدّع و منكر. و لكن قد عرفت ما في الأساس الثاني.

و يمكن منع الأوّل هنا، لأنّه إنّما كان فيما إذا علم أن المدعى به بيدهما معا، و هو هنا غير معلوم، و ليس أيضا ممّا لم يكن يد أحدهما عليه.

و أمّا ما ذكرناه من الأخبار للمسألة المذكورة فهي غير مفيدة للمورد، لأنّها إمّا مخصوصة بأعيان خاصّة ليس المورد منها، أو مخصوصة بالمورد حاكمة فيه بغير ذلك.

مع أنّه لو سلّم الأساسان فهما عامان، و أخبار المسألة خاصّة، يجب تخصيصهما بها، سيّما مع موافقة الخصوص للشهرة المحقّقة و

المحكّية «١» و الإجماعات المنقولة «٢»، و ندره القائل بحكم العموم للمورد، سيّما مع ما عرفت من عدم اقتصار فتوى المبسوط بذلك «٣»، و رجوع الفاضل عنه في المختلف «٤»، و عدم ظهور كلامه في الإرشاد على الحكم بذلك، فلا محيص عن قطع النظر عن ذلك القول و تركه.

و أمّا ما ذكره دليلا للثاني، فأما أول دليلهم - و هو قضاء العادة - فإنّه إن أريد به قضاء العادة في المالكيّة، بمعنى: أنّ العرف و العادة يقضيان بأنّ

(١) كما قد يستفاد من الشرائع ٤: ١١٩.

(٢) كما في الخلاف ٢: ٦٤٥، السرائر ٢: ١٩٤.

(٣) المبسوط ٨: ٣١٠.

(٤) المختلف: ٦٩٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧١

ما يصلح للرجال فهو من مال الرجال، و كان هو ملكه، و هو الذي جاء به، و ما كان للنساء فهو من مال النساء كذلك، و ما يصلح لهما فهو يحتمل الأمرين.

ففيه أولا: أنّه ليس كذلك كلياً و لا غالباً، فكم من امرأة معسرة من بيت فقير يعلم أنّها لا تملك شيئاً أو إلّا قليلاً، يتزوّجها رجل من الأغنياء المتمولّين و يهيئ لها من الألبسة النسائية و الحلّى و الحلل ما لا يحصى كثرة، و قد يموت أحدهما في أسرع وقت، يعلم أنّه لم تتمكّن الزوجة من تحصيل هذه الأشياء بنفسها.

و كم من أمة يعتقها مولاهما و يتزوّجها و لا شيء لها.

و كم من امرأة مات أخوها أو أبوها أو ولدها أو زوجها السابق، فترث منه ألبسة رجالية و أسلحة و سروجاً.

و كم من رجل ماتت زوجته السابقة أو أمها أو بنتها أو أختها، فيرث منها مقانع و حلّيا و ثياباً نسائية.

و ثانياً: أنّه إن أريد بالعادة عرف زمان خاصّ و بلد مخصوص نادر، فظاهر أنّ مثل ذلك ممّا لا يعتنى به الفقيه، و لا يجعله دليلاً على حكم كلّ عامّ يشمل الأزمان و البلدان جميعاً.

و إن أريد غير ذلك، فهو ليس كذلك، كما يشاهد في هذه الأزمان - بل يقطع به من قبل ذلك بكثير و في أكثر هذه البلدان - من أن الزوج يجيء بأكثر الألبسة النسائية و حلّيتها، و الزوجة الموسرة بقدر حالها تجيء بلباس لزوجها، و هذا أمر متعارف مشاهد، مع أنّ هذا أمر مختلف باختلاف الأزمان و الأشخاص و البلدان و القرى و الطوائف، اختلافاً محسوساً مشاهداً.

و إن أريد بقضاء العادة قضاؤها في اليد، و كان المراد تعيين ذى اليد

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٢

منهما، حيث إنّ الغالب اشتباه من بيده منهما في متاع البيت، حتى يحكم بمقتضى اليد.

ففيه: أنّه إن أريد القضاء العلمى - كما يظهر من المحقّق الأردبيلي - فهو ممنوع، إمّا مطلقاً، أو إلّا نادراً، في مثل اللباس الذى يلبس كلّ يوم أو غالباً.

و إن أريد الظنى، فمع أنّه أيضاً لا يحصل كلياً - فإنّ من المشتركات ما يظنّ أنّه بيد المرأة، تتصرّف فيه في البيت كالأواني و السفرة و المكتسبة و غيرها - لا حجّية فيه، و لا يعدّ مثل ذلك قضاء، مع أنّ المعتاد في بعض البلدان أنّ التصرف في الأدوات الرجالية أيضاً مع النسوان.

و أمّا ثانياً دليلهم - و هو الأخبار - فهو حسن، إلّا أنّه تعارضها الأخبار الثلاثة التى [بعدها] «١» للبخلي «٢»، فلا بدّ أن ينظر في حال

المتعارضين، و سيأتي.

و أمّا دليل القول الثالث- وهو الأخبار الثلاثة المشار إليها- فالأخيرة منها و إن طابقتها و لكنّ الأوليين لا تطابقانه، لدلالتهما على اختصاص ما يختصّ بالرجال بالرجل، فإنّه الذي حكم به ابن أبي ليلى أخيراً و صحّحه الإمام عليه السلام، و المتاع الذي كتبوه و حكم فيه بكونه للمرأة مصرّح به فيهما بكونه للرجل و المرأة، و هو المراد من قوله: فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فإنّ اللّام للعهد، بقرينه قوله: «القول الذي أخبرتني».

و لو أريد مطلق المتاع ليحصل التعارض بين القولين و التنافي- و لو

(١) بدل ما بين المعقوفين في «ح»: يعدها و في «ق» «يعد» و الظاهر ما أثبتناه، و الضمير عائد إلى الأخبار الأولى.

(٢) المتقدمة في ص: ٣٦٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٣

لم يجعل الأوّل قرينه للثاني أيضا- يحصل الإجمال في المراد، و يجب الأخذ بالمتيقّن، و هو متاع الرجال و النساء، و لم يعلم أيضا دخول ما يختصّ بالرجال في الجهاز الذي يجاء به من بيت الزوجة، بل الظاهر إمّا متاع النساء خاصّة، أو المشترك، إذ لا يرتاب أحد في أنّ الزوج أيضا في البيت شيئا، لأنّه لم يدخله عاريا فلا يحتاج فيما يختصّ بالرجال- و لو شيئا- إلى البيّنة. بل نقول: إنّه يعلم كلّ من بين لاتبها- بل كلّ أحد- أنّ الزوج ليله الزفاف لم يكن جالسا في بيته عاريا مكشوف الرأس و العورة، بلا فراش و لا وطاء و لا آنية و لا إبريق و لا كوزة و لا سراج، منتظر لأن تجيء الزوجة بهذه الأشياء، و الغالب أنّ لباسه غير منحصر بما لبسه حينئذ أيضا. و على هذا، فيكون للزوج أيضا شيء في البيت قطعاً، فيحصل الإجمال في المراد من التعليل المذكور، و لا يصلح قرينه لشيء.

و لكون الأوليين أخصّ مطلقاً من الأخيرة فيجب تخصيصها بهما، مع أنّ الواقعة في الجميع واحدة.

و على هذا، فلا تصلح تلك الأخبار دليلاً لذلك القول أصلاً، مع أنّ وجود القائل بهذا القول غير معلوم، فإنّ نسبته إلى الكليني ليست إلّا لمجرّد نقل هذه الأخبار، كما صرح به من نسبه إليه، و هو لم ينقل إلّا الخبرين الأولين، فلو صحّت النسبة من هذه الجهة لكان هو أيضا كالصدوق، و قائلاً بالقول الرابع.

و ما ذكره الشيخ في كتابي الأخبار- سيّما الاستبصار- ليس صريحا و لا ظاهرا في الاختيار، و إنّما دأبه فيهما إبداء الاحتمالات للجمع بين الأخبار. و منه يظهر سقوط هذا القول أيضا من درجة الاعتبار.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٤

و أمّا دليل القول الرابع- و هو الخبران الأولان للجلّي، أو مع الثالث بعد الجمع- فهو كان حسنا لو لا معارضته مع أخبار القول الثاني، و ندرة القائل بمضمونهما، بل لا يعلم قائل به، فإنّ عبارة الصدوق ليست صريحة في اختيار «١» ذلك، و إنّما ذكر ذلك في بيان معنى الحديث، و سيأتي الكلام فيه.

و أمّا القول الخامس، فمراد القائل به إمّا الرجوع إلى العرف و العادة في الحكم بالملكيّة، يعنى: أنّ ما يحكم العرف و العادة بكونه ملكا للزوج يحكم به له، و ما يحكمان فيه بكونه ملكا للزوجة يحكم به لها.

أو مراده: الرجوع إليهما في تعيين ذى اليد، أى ما جرت العادة فيه بكونه في يد الزوجة يحكم بكونه في يدها، فيقدّم قولها بدون البيّنة مع اليمين، و ما جرت فيه بكونه في يد الزوج يحكم بكونه في يده كذلك.

و على الأوّل، إمّا يكون المراد: الملكية الحائثة، أى يرجع إلى العرف و العادة، فيحكم بالملكيّة للزوج حال التنازع فيما يحكمان حينئذ بكونه ملكا له، و بالملكيّة للزوجة كذلك.

أو يكون المراد: الملكية السابقة، أى يرجع إلى بناء العرف و العادة فيما تجيء به الزوجة إلى بيت الزوج من مالها، و يأخذه الزوج من ماله و يجيء به، فيبنى الحكم عليه.
و على جميع التقادير، إما يكون المراد بالعرف و العادة: ما يفيد منهما العلم، أو الأعم منه و من الظنّ.
فإن كان المراد العلم، فلا حكم علميا للعرف و العادة فى الملكية

(١) فى «ق»: اعتبار ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٥

السابقة فى أمتعة البيت من حيث هى كذلك أبدا، لا- فى الأزمنة السابقة و لا- اللاحقة، و من أين يحصل ذلك العلم لو لا الأمور الخارجة؟! و لو فرض حصول علم بذلك لأجل العادة المفيدة للعلم فنحن نسلّم الحكم فيه، و لكنّه ليس مخصوصا بأمتعة البيت، بل كلّ شىء علم الحاكم أنّه من مال أحد المدّعين بإحدى طرق العلم أو أنّه بيده يحكم له بمقتضاه.
و إن كان المراد الأعمّ، فحصول الظنّ بالملكية السابقة- سيّما إذا مضت من مبدأ النكاح مدّة متطاولة، كخمسين سنة أو ستين- مشكل غالبا.

و لو قطع النظر عن ذلك فلا تضايق بتسليم الظنّ العادى فى بعض الأشياء بالنسبة إلى بعض الأشخاص أو الطوائف فى بعض البلاد أو الأزمان، و إن منعه صاحب التنقيح أيضا و منع الرجحان «١». مستند الشيعة فى أحكام الشريعة ج ١٧ ص ٣٧٥ الخامس: الرجوع فى ذلك إلى العرف العام أو الخاص ص: ٣٦٩

لكن ما الدليل على اعتبار ذلك الظنّ؟ فإنّه لو كان المناط هو الظهور فالظنّ لم تكن له جهة اختصاص بمتاع البيت و الزوج و الزوجة، بل يلزم الأخذ به فى غير ذلك المورد، كدعوى الرجل مع أخته، و يعتبر الظنّ الحاصل من الشاهد الواحد، بل من حال المدّعى و المدّعى عليه.

و لا- يمكن أن يقال: إنّ خرج بالإجماع، إذ الإجماع لم يختصّ بموضع دون موضع، بل انعقد على عدم اعتبار الظهور الظنى غير الظنون المخصوصة فى هذا الباب.

و العجب كلّ العجب من الفاضل، حيث استشهد لاعتبار التنازع الظاهر فى باب الدعوى بقبول قول المنكر مع اليمين، باعتبار قضاء العادة بملكية الإنسان غالبا ما فى يده «٢»، و لم يستشهد لعدم اعتبار الظهور بعدم

(١) التنقيح الرابع: ٤: ٢٧٩.

(٢) المختلف: ٦٩٨.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٦

قبول دعوى المدّعى العادل المتدين شيئا فى ذمّة الفاسق المتغلب، و لو ضمّ معه شهادة فاسقين مورثة لشدة الظهور، و نحو ذلك، مع أنّ تقديم قول المنكر لا يختصّ بالأعيان الكائنة فى اليد، بل يشمل ما فى الذمّة أيضا، مع أنّ منشأ النجّار و كتاب العالم إذا كان بيد شخص معروف بالسرقة و خرج من بيت النجّار و العالم لو ادّعا النجّار و العالم يقدم قول ذى اليد السارق، مع أنّ الظاهر خلافه، فيعلم أنّ ذلك ليس باعتبار الظهور و المظنّة.

هذا إذا كان المراد الملكية السابقة.

و لو أريد الملكية الحالية فلا وجه لحصول العلم أو الظنّ بها من حيث إنّ متاع البيت و أنّهما الزوجان أصلا، و كيف يعلم أو يظنّ بما وقع بينهما فى زمان اجتماعهما؟! و كذا الكلام إن كان المراد تعيين ذى اليد بالعرف و العادة.

فإن قيل:

التعليل المذكور الذي ذكره الإمام عليه السلام في الأخبار الثلاثة «١» بقوله: «يعلم من بين لابتها» إلى آخره، يدل على اعتبار العادة في ذلك.

قلنا:

العلمة المذكورة هي العلم كما في بعضها، والإخبار العلمي - الذي هو وظيفة البيئته - كما في بعض آخر، ولا كلام فيه حينئذ، وإنما الكلام في تحقق العلم العادي كما هو المعلوم، ولعله كان عادة مخصوصة معلومة في بلده عليه السلام في ذلك الزمان، مع أن في التعليل إجمالاً لا يتم الاستدلال به، كما مرّت الإشارة إليه.

و من ذلك ظهر خلوّ هذا القول عن الدليل التام أيضاً، فلا ينبغي الارتياح في سقوطه من البين. و ظهر بطلان الأقوال الثلاثة، التي هي غير

(١) المتقدمة في ص: ٣٦٨ - ٣٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٧

الثاني والرابع.

و بقي الكلام فيهما و في دليلهما، فنقول: لا شك في كون متاع النساء للنساء، للتصريح به في روايات القول الثاني، و عدم دلالة سائر الروايات على خلافه إن لم تدلّ عليه بالأولوية أو العموم.

و لا في كون متاع الرجال للرجال، لتصريح صحيح رفاعه و موثقه سماعه و صحبته البجلي الأولين «١» من غير معارض أيضاً، سوى عموم صحبته البجلي الأخيرة، و تخصيصها بالخصوصيات متعين، مع أن في عمومها نظراً، بل الظاهر أن المراد بمتاع المرأة فيها هو المتاع الذي حكم فيه أبو ليلى، و صرح بأنه يكون للرجل و المرأة.

نعم، يقع التعارض بين الأخبار في المتاع المشترك، فإن صريح صحبته رفاعه و موثقه يونس أنه يقسم بينهما، و صريح الصحاح الثلاثة للبجلي - التي هي صحبته واحدة حقيقة، و إن كان بعض رجال أسنادها مختلفة - أنه للمرأة، فلا بد من الترجيح، و لا شك أنه للأولين، لمخالفة الأخيرة للشهرة العظيمة القديمة و الجديدة، بل عدم عامل بها صريحا البتة، سوى المشايخ الثلاثة، و اثنان منهما و إن شاركا الآخر في ذلك الحكم و لكنهما خالفاه في حكم متاع الرجال، و خالفا الصحاح أيضاً، فليس عامل بها إلا الصدوق خاصة، و عمله أيضاً غير معلوم كما مرّت إليه الإشارة، بل عمل الشيخين الأخيرين أيضاً، فلا شك أن مثل ذلك الخبر ليس بحجة و إن لم يكن له معارض، فكيف معه؟! هذا، مع ما في دلالة الصحاح على إطلاق الحكم و كليته من

(١) المتقدمة جميعاً في ص: ٣٦٦ و ٣٦٧ و ٣٦٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٨

المناقشة، لمكان التعليل المذكور فيها، فإن مقتضاه أن الحكم المذكور مخصوص بما توجد فيه العلة، و هو العلم بأن الزوجة أهدت الجهاز و المتاع إلى بيت الزوج، و لم يعلم أن للزوج أيضاً فيه شيئاً، فلا - يجرى فيما علم أن الزوجة لم تهد الجهاز إليه، أو لم يعلم ذلك، أو علم أن الزوج أرسل أمتعته إلى بيت الزوجة، و هي أهدتها - أو مع شيء آخر - إلى بيت الزوج، كما هو متعارف الآن في كثير من البلدان، أو علم أن للزوج أيضاً في بيته أمتعته.

و بالجملة: لا يثبت الحكم في غير مورد تجرى فيه العلة، كما هو الآن في أكثر البلدان.

و ظهر من ذلك أن الترجيح للروايتين الأوليين، الحاكمتين بأن المتاع يقسم بينهما، و أن الحق هو القول الثاني، فعليه العمل.

فروع:

أ: اعلم أن أخبار المسألة خالية عن ذكر اليمين رأسا،

بل الظاهر منها انتفاؤها، و لا دليل على ثبوت اليمين إلّا عمومات اليمين على من ادعى عليه، بجعل المرأة مدعى عليها فيما يصلح لها، و الرجل فيما يصلح له، و كلّ منهما فى النصف فيما يصلح لهما، و قد عرفت حالهما فى مثل المورد. إلّا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ثبوتها، و من لم يعترض لها فإنما هو لأجل كون المقام مقام بيان من يقدم «١» قوله فقط. و يؤيد ثبوتها الاعتبار أيضا، فإن ما يصلح للمرأة لو كان بيدها فى غير

(١) فى «ح»: تقدم ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٧٩

بيت زوجها، و ادعى الزوج، لا يترك للمرأة بدون يمينها، فكيف إذا كان فى بيت الزوج و لم تثبت يدها، و كذلك الرجل؟! و يمكن أن يجعل ذلك دليلا بالأولوية، فالظاهر أن الأحكام الثلاثة إنما هى بعد اليمين، فيحكم بمقتضاها، و مع النكول يحكم بمقتضاها. و هذا ظاهر إذا كانت الدعوى بين الزوجين بنفسهما، و لو كانت بين أحدهما و وارث الآخر، فيحلف أحدهما فيما يتعلّق به على البتّ، و الوارث فيما يتعلّق به على نفى العلم بأنه من مال المدعى، لأنّ الأخبار مطلقة بأنه من مال مورثه، و لم يثبت الإجماع - لو كان هنا - على الأزيد من ذلك.

و يؤكده أنه يكتفى فيما فى يد مورثه بذلك الحلف لو ادعى على الوارث، و هذا أقوى منه، لتصريح الأخبار بأنه له «١».

و يجب أن يكون الحلف على الوارث بعد ادعاء المدعى العلم عليه، و إلّا فيعطى بلا يمين.

و يحتمل ثبوت اليمين عليه إلّا إذا أقر المدعى بعدم علمه، بناء على أن يقول: إن هذا اليمين جزء الحكم، لا أنه حقّ لغيره، كاليمين الاستظهارية و جزء البيئنة.

و منه يظهر الحكم لو كانت الدعوى بين الوارثين، فيحلف كلّ منهما على نفى العلم بالتفصيل المذكور.

و لو كان أحد الوارثين أو كلاهما صغيرا أو مجنونا أو غائبا يدفع ما يتعلّق به إلى وليه بدون يمين، كما إذا كان بيد مورثه فى بيت آخر، لإطلاق الأخبار بأنه له، و لا يقصر ذلك من حكم الشارع باقتضاء اليد الملكية.

(١) الوسائل ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٠

ب: الحكم المذكور مخصوص بمتاع البيت الذى لم يعلم أنه بيد أحدهما و تصرفه بخصوصه،

و لو علم ذلك - كالثوب الذى على الرجل أو المرأة، أو الحلّى الذى عليها - فهو لذى اليد بعد اليمين، لقوله عليه السلام فى موثقة يونس: «و من استولى على شىء منه فهو له» «١».

و على هذا، فلو كان فى الدار بيت أو فى البيت مخزن كان بيد أحدهما - أى هو الذى يغلق بابه و يفتح، و مفتاحه بيده دون الآخر، و بالجملة يكون بيده خاصية عرفا - فيحكم بما فيه له و إن كان ممّا يصلح للآخر أو مشتركا، إلّا إذا كان إغلاقه و فتحه بأمر الآخر أو بإذنه، أو لأجل مصلحته، أى لا يكون بحيث لا يقال عرفا: إنه بيت ذلك أو مخزنه، و يده عليه دون الآخر. و كذا لو كان فى البيت صندوق، هو ملك أحدهما و مفتاحه بيده، و لا يدخل الآخر يده عليه بدون رضاه.

ج: و أيضا يختص الحكم بمتاع البيت أو الدار الذي هما يسكنانه و يترددان فيه لا غير ذلك،

كما يظهر من التعليل الوارد في صحيحة البجلي، حيث قال: «يهدى إلى بيت زوجها» (٢)، و كذا يظهر من صحيحة رفاعه و موثقة سماعة (٣).

و أما قوله في موثقة يونس: «ما كان من متاع النساء» و كذا قوله: «و ما كان من متاع الرجال و النساء» فلا بد له من قيد، مثل قوله: ما كان متعلقا بهما، أو: بيدهما، أو: في بيتهما، أو نحو ذلك. و حيث لا يعلم القيد

(١) المتقدمة في ص: ٣٦٧.

(٢) المتقدمة في ص: ٣٦٨.

(٣) المتقدمتان في ص: ٣٦٦ و ٣٦٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨١

فيقدر المتيقن، و هو متاع البيت كما في سائر الأخبار.

و المراد من متاع البيت: ما يكون في بيتها يتمتعان به، أي شيء كان، و لذا مثل بعضهم لما يصلح للرجال منه بالأسلحة و المناطق، و ما يصلح لهما بالفرش و الحبوب، و عد في موثقة سماعة السيف و السلاح من متاع البيت، و ليس المراد ما يتعارف التمتع به في البيت، كما في لفظ أثاث الدار.

و يشترط أن يكون البيت أو الدار ممتعا يتعلق بهما و يتصرفان فيه، فلو كان للزوجة بيت معين في الدار، و لا مدخل لها في غيره، لا يجرى الحكم في متاعه.

و منه بيت الضيافة للرجال، و بيت الحكم و التدريس، و الإصطبل، الذي يختص بالتصرف فيه الرجل.

و لو كان لأحدهما شيء خارج البيت يحكم فيه لذي اليد منهما، و لو كان بيد ثالث يصدق قوله في حقهما، كما مر بأقسامه.

د: لا فرق في الحكم المذكور

بين ما إذا كان التداعي في تمام متاع البيت أو بعضها، لإطلاق الأدلة.

ه: اعلم أن الحكم في أكثر الأخبار المذكورة مخصوص بالزوجة الدائمة،

لتصريح صحيحة رفاعه بالطلاق المختص بها، و اشتغال الصحاح الثلاث على قوله: «طلقها» المخصيص للمرأة- التي هي مرجع الضمير- بالدائمة، أو الموجب للتوقف في التخصيص و العموم.

و لكن مقتضى إطلاق المرأة في موثقة يونس ثبوت الحكم في المنقطعة أيضا، و هو مقتضى دليل القائلين بالقول الأول، لأن مرجعهم إلى العمومات الجارية في كل أحد و منه المنقطعة، و كذا دليل القائلين بالقول الأخير، و هو الرجوع إلى العرف إن تحقق و إلا فإلى العمومات. و لذا

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٢

أجرى في القواعد الحكم في تداعي العطار و النجار في آلتها (١).

و منه يعلم عدم انعقاد إجماع على التخصيص بالدائمة، و حينئذ فالعمل بمقتضى إطلاق الموثقة- مع عدم منافاة اختصاص البواقي له- أولى و أظهر.

و: لو ادعى أحدهما اليد المستقلة على بعض المتاع، فإن كان ممّا يختص به فلا ترتب ثمره على المتنازع،

لا اتحاد حكمه مع ثبوت اليد و عدمه.

و لو ادعاهما في المختص بالآخر أو المشترك يترافعان أولاً في ذلك، فعلى مدعى اليد الإثبات، فإن أثبتها يقدم قوله، وإلا فله إخلاف الآخر، فإن نكل فعليه حكمه، وإن حلف تنفى اليد المستقلة، و يحكم بمقتضى حكم متاع البيت الذي لا يستولى عليه أحدهما.

ز: هل الحكم المذكور مخصوص بما لم تعلم فيه ملكيته السابقة لأحدهما،

و أما فيما علم فيه فيستصحب حتى يظهر خلافه، أو لا، بل يجري فيه أيضاً؟

مقتضى التعليل المذكور في الصحاح الثلاث: الأول، لأنه صرح بأن هذا الحكم لأجل ملكية الزوجة السابقة، و لو ادعى الزوج أنه أحدث في البيت شيئاً فعليه البيئته. و لا يضرب ترك العمل بأصل الحكم فيها، لأن ترك جزء من الحديث - لمعارض - لا يوجب ترك الباقي.

و لكن مقتضى إطلاق سائر الأخبار: [الثاني] «٢»، فيتعارضان بالعموم من وجه، و يرجع إلى استصحاب الملكية، بل اليد السابقة أيضاً. فالحق هو: الأول، إلا أن تعلم يد مستقلة حالية فيه للآخر، فتقدم على الملكية السابقة، و الله العالم بحقائق الأمور.

(١) القواعد ٢: ٢٢٣.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: الأول، و هو غير صحيح.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٣

الفصل السادس في بيان نبذة من أحكام تعارض الملك السابق و اليد، و تعارض البيئات و تصادقهما**إشاره**

بحيث يستلزم العمل بكل منهما تكذيب الأخرى، و إلا فيجب التوفيق بينهما، و العمل بكل منهما، لكونه حجة شرعية، و هو غالباً يكون في تنازع الأعيان.

و قد يتحقق في الديون إذا بين المدعى السبب، كأن يقول: لى عليه عشرة ثمن الفرس الفلاني الذي بعته يوم كذا، و أقام عليه بيئته، و أقام المدعى عليه البيئته على أن هذا الفرس بعينه مات بشهر قبل ذلك عند المدعى.

و قد يتحقق في سائر الحقوق أيضاً، كأن يقيم المدعى البيئته على أنه جرحه اليوم الفلاني في موضع كذا، و أقام المدعى عليه البيئته على أنه كان في ذلك اليوم في بلدة أخرى بينهما مسافة عشرة أيام.

ثم العين التي تعارضت فيها البيئتان إما تكون في يد أحد المتداعيين، أو يدهما معاً، أو يد خارج عنهما، أو لا تكون عليها يد. و نبين أحكامها في مسائل:

المسألة الأولى: إذا كانت في يد أحدهما و أقام كل منهما بيئته، فلأصحاب فيه أقوال:**الأول: ترجيح بيئته الخارج مطلقاً**

، سواء شهدت البيئته من الجانبين بالملك المطلق، أو المقيد بالسبب، أو التفريق.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٤

وهو المحكي عن والد الصدوق والشيخ في كتاب البيوع من الخلاف والديلمي وابن زهرة والكيدري (١)، وعن الغنية دعوى إجماعنا عليه، واختاره طائفة من المتأخرين (٢)، منهم بعض مشايخنا المعاصرين (٣).

ودليلهم على ذلك: الإجماع المنقول، والمستفيضة المصرحة: بأن البيئته على المدعى واليمين على المدعى عليه (٤)، فإن التفصيل قاطع للشركة، ومقتضاها اختصاص قبول البيئته من المدعى، كما استدلل به أكثر الأصحاب.

ويدل عليه صريحا خبر منصور- الذي لو كان فيه ضعف بالشهرة مجبور-: رجل في يده شاة، فجاء رجل فادعاه، فأقام البيئته العدول أنها ولدت عنده، ولم يهب ولم يبع، وجاء الذي في يده بالبيئته مثلهم عدول وأنها ولدت عنده، ولم يهب ولم يبع، فقال: «حقها للمدعى، ولا أقبل من الذي في يده بيئته، لأن الله تعالى إنما أمر أن تطلب البيئته من المدعى، فإن كانت له بيئته وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز وجل» (٥).

وهذه الرواية بنفسها أيضا حجة مستقلة على المطلوب، وذكر السبب في السؤال غير ضائر، لعموم الجواب والعلّة.

(١) حكاها عن والد الصدوق في المقنع: ١٣٣، الخلاف ٣: ١٣٠، المراسم: ٢٣٤، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

(٢) كالعلامة في القواعد ٢: ٢٢٢، الشهيد الثاني في الروضة ٣: ١٠٨ و ١٠٩، الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٦٥.

(٣) انظر الرياض ٢: ٤١٩.

(٤) انظر الوسائل ٢٧: ٢٣٣ أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ٣.

(٥) التهذيب ٦: ٢٤٠-٥٩٤، الاستبصار ٣: ٤٣-١٤٣، وفيهما بتفاوت يسير، وأورد ذيله في الوسائل ٢٧: ٢٣٤ أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ب ٣ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٥

والرضوى المنجبر ضعفه بما ذكر، قال عليه السلام: «إذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره، وأقام بذلك بيئته، وأقام الذي في يده شاهدين، فإن الحكم فيه أن يخرج الشيء من يد مالكة إلى المدعى، لأن البيئته عليه» (١).

ومبنى استدلالهم على أصالة عدم حجّية بيئته الداخل، فلا يرد عليهم:

أنه إن كان بناؤهم على عدم حجّيتها فهو مناف لقبولها في بعض الموارد، وإن كان على قوة الظن فقد يكون الظن الحاصل من بيئته الداخل أقوى من بيئته الخارج. فإننا نختار الأول، والأصل لا ينافي الخروج عنه بالدليل.

قيل:

ظاهر المستفيضة أن وجوب البيئته على المدعى لا عدم الحكم بها لو أقامها المنكر، أي تجب البيئته على المدعى، ولا يكلف المنكر تجسّمها، واليمين أيضا لا يجب إلّا على المنكر، فالتفصيل إنما هو في الواجب لا في الجائز، فنقول بسماع بيئته المنكر أيضا، كما صرح به جماعة في موارد عديدة:

منها:

ما ذكروا في مقام تعارض البيئات، بأنهما تعارضتا فتساقطتا، والتساقط لا يكون إلّا مع حجّيتهما، وبأن لدى اليد دليلين: اليد والبيئته، وبتقديم الأعدل والأكثر منهما.

ومنها:

ما ذكره الفاضل في القواعد والتحرير والشهيد في الدروس من سماع بيئته ذي اليد قبل المخاصمة للتسجيل، وبعدها لدفع اليمين.

و يدلّ على سماع بيّنة الداخل أيضا عموم قولهم: «أحكام المسلمين

(١) فقه الرضا عليه السلام: ٢٦١، مستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٦

على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية» (١).

وقوله سبحانه لنبيّ من الأنبياء: «اقض بينهم بالبيّنات، و أضفهم إلى اسمي» (٢).

و كون قول العدلين دليلا شرعيّا غالبا.

و خصوص الأخبار، كصحيحه حمّاد الحاكبيّ لأمر اللعين موسى بن عيسى في المسعى، إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلا

[من المروءة على بغلة، فأمر ابن هياج رجلا من همدان منقطعاً إليه أن يتعلّق بلجامه و يدعى] البغلة، فأتاه و تعلّق باللجام، و ادعى البغلة،

فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله و نزل عنها، و قال لغلمانها: «خذوا سرجها و ادفعوها إليه» فقال: و السرج أيضا لي، فقال: «كذبت،

عندنا البيّنة بأنّه سرج محمّد بن علي، و أمّا البغلة فإنّا اشتريناها منذ قريب، و أنت أعلم بما قلت» (٣).

و رواية فدك المتقدّمة (٤)، فإنّه لو كانت إقامة البيّنة للمنكر بلا فائدة و غير مجوّزة لكان أولى بالمجادلة به مع أبي بكر.

و رواية حفص السابقة (٥)، حيث قال فيها: أ يجوز لي أن أشهد أنّه له؟ إلى غير ذلك.

(١) الكافي ٧: ٤٣٢-٢٠، التهذيب ٦: ٢٨٧-٧٩٦، الخصال: ١٥٥-١٩٥، الوسائل ٢٧: ٢٣١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١

ح ٦.

(٢) الكافي ٧: ٤١٤-٣، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥١، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٢ و فيه: اقض عليهم

..

(٣) الكافي ٨: ٨٦-٤٨، الوسائل ٢٧-٢٩١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٤ ح ١، بدل ما بين المعقوفين في «ح» و «ق»:

على بغلته رجلا أن يدعى، و ما أثبتناه من المصدر.

(٤) في ص: ٣٣٣.

(٥) في ص: ٣٣٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٧

و أمّا روايته منصور (١) فيمكن أن يكون وجه التعليل فيها: أنّ الله حكم بإعمال بيّنة المدعى و إحقاق حقه بمجرد البيّنة و إن ثبتت

للمدعى عليه أيضا بيّنة، إلّا أنّه لا يمكن ثبوت حقّ المدعى عليه بالبيّنة إذا لم تكن للمدعى بيّنة (٢).

أقول أوّلا:

إنّ ما ذكره- من أنّ غايه ما يفيد، إلى آخره- فيه: إنّّه لو سلّمنا أنّ معنى قولهم: البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، ما

ذكره من التفصيل بين الواجبين دون الجائزين معيّنا أو احتمالا، فمع منعه- كما يأتي- يرد عليه: أنّه يمكن للمستدلّ أن يقول: إنّّه على

التقديرين يثبت ترتّب الأثر على بيّنة المدعى، و أمّا تأثير بيّنة المنكر فيكون احتماليّا، بل يكون مسكوتا عنه على ذلك الاحتمال أيضا،

و الأصل عدمه. و ما ذكره دليلا لتأثيره غير ناهض كما يأتي، فيمكن تميم الاستدلال أيضا.

و ثانيا:

إنّه على ما ذكره يجوز للمنكر الحلف و تجوز إقامة البيّنة، و قد مرّ في بحث كيفية الحكم جواز ترك المدعى لبيّنته الغائبة أو

الحاضرة، و الاكتفاء بإحلاف الخصم، و قد عرفت نفيم الخلاف فيه.

و إذا جاز للمدعى ترك بينته و للمنكر رفع الحلف بالبينه، فأين الوجوب الثابت لهما من هذه الأخبار؟! هذا، مع أن سماع بينه المنكر دفعا لليمين في غير مقام التعارض ممنوع، كيف؟! و قال بعض مشايخنا المعاصرين: إن وظيفة ذي اليد اليمين دون البينه، فوجودها في حقّه كعدمه بلا شبهة، و لذا لو أقامها بدلا

(١) المتقدمة في ص: ٣٨٤.

(٢) غنائم الأيام: ٧٠٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٨
عن يمينه لم تقبل منه إجماعا إن لم يقمها المدعى «١». انتهى.
و ثالثا:

إن الإمام في هذه الأخبار ليس في مقام بيان التكليف حتى يفيد الوجوب أو الجواز، و إنما هو في مقام التوقيف و بيان الحكم الوضعي، و هو المتبادر من هذا الكلام في ذلك المقام، فالمعنى: أن حكم الله (الموقف الذي وضعه) «٢» هو إتيان المدعى بالبينه و المدعى عليه بالحلف، و التفصيل قاطع للشركة في التوقيف و الوضع، فلا يترتب أثر على بينه المدعى عليه إلا بدليل آخر.
و رابعا:

إن ما ذكره- من قول جماعة بسماع بينه المدعى عليه في موارد- فمع كون أكثرها من الأقوال النادرة الشاذة لو سلم غير مفيد، إذ نحن نقول بكون ذلك من باب القاعدة و يقبل التخصيص، كما خصّ جانب المدعى بثبوت اليمين عليه مع الرد، و مع الشاهد الواحد، و مع كون الدعوى على الميت، و في الدماء، و غير ذلك، فلا يصير ذلك دليلا على صرف اللفظ عن ظاهره، و لا موجبا لإثبات أثر بينه المنكر، الذي هو خلاف الأصل في غير تلك الموارد.
و خامسا:

إن استدلاله بسماع بينه المنكر بالعمومين اللذين ذكرهما باطل جدّا، إذ لا عموم في الحديث الأوّل أصلا، فإنّ المعنى: أن الحكم يتحقّق بأحد هذه الأمور، أما أن موارد أبن هي فلا يعلم من الخبر، و لذا لا يحكم في المدعى باليمين، و ليست السنّة ماضية في جميع الموارد.

و أمّا الثاني، فلو كان عامّا لاقتضى الجمع بين البينه و اليمين في جميع الموارد، لا قبول البينه فقط، بل لا دلالة على قبولها في مورد أصلا،

(١) الرياض ٢: ٤٢٠.

(٢) بدل ما بين القوسين في «ح»: الموظف الذي وظفه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٨٩

فالمراد منه العمل بكلّ في مورده الثابت شرعا.

و سادسا:

إنّ كون قول العدلين دليلا مطلقا- حتى في موقع الترافع و عن المنكر- فأول الكلام، و الاستقراء المفيد غير ثابت.

و سابعا:

إنّ الاستدلال بصحيحه حماد غريب جدّا، لأنّه لم يكن في مقام إقامة البينه و الترافع، و إنّما ترك الإمام البغلة توقيا لدينه، حيث كان يجوز صدقه فيها مع جواز ردّ قوله، كما صرح به في رواية حفص المتقدمة «١»، و لوجود البينه على أن السرج لمحمّد بن عليّ فكان

يعلم أنه كاذب فيه فلم يطعه.

و ثامنا:

أنه لا دلالة لرواية فدك على ما رآه، إذ لعل المخالفين يجوزون بينة الداخل، فلا يصير ما ذكره حجة عليهم، مع أنه تكفى للحاجة حجة واحدة.

و تاسعا:

إن رواية حفص ليست صريحة في جواز الشهادة و قبولها عنه في جميع الموارد و موضع التنازع، فلعل المراد نسبه إليه - كما صرح به الإمام بعد ذلك - أو يشهد له بالملك الاستصحابي، أو ملكية الأمس، و نحو ذلك، مع أن جواز الشهادة لا يستلزم جواز القبول، ألا ترى أن الفاسق لو سأل الإمام: إنى لو رأيت في يد أحد شيئا يملكه أيجوز لى أن أشهد له؟ بحيث يقول: نعم، و لا يقول: إنه غير مقبول الشهادة.

و عاشرا:

أن الإمام عليه السلام قال: «و لا أقبل من الذى فى يده بينة» فى رواية منصور، و هو صريح فى عدم قبول بينة المدعى عليه، و عدم ثبوت حقه به.

(١) فى ص: ٣٣٣.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٠
ثم إنه ذكر بعض أمور آخر، لا فائدة فى ذكرها سوى التطويل.

الثانى: أنه ترجح بينة الداخل مطلقا

، و هو المحكى عن كتاب الدعوى من الخلاف «١».

و احتج له بالأصل. و الاستصحاب.

و بأن ذا اليد له حجتان: اليد و البينة، و الآخر له حجة واحدة، فيترجحان عليه.

و بأن البينتين تعارضتا و تساقطتا، فبقيت العين فى يد صاحب اليد بلا بينة للمدعى.

و ببعض الأخبار العامية و الخاصة، الآتية إليها الإشارة، المخصوصة بما ذكر فيه السبب، سوى رواية إسحاق على ما فى التهذيب «٢»،

و لكن الظاهر اختصاصها أيضا بذلك، لإيرادها بعينها فى الكافي مسببة «٣»، كما يأتى.

و لو سلم عمومها فلا بد من تخصيصها، لدلالة صدرها على الرواية الأخرى، على أن مع مسببة البينتين يحلفان، و بضميمة الإجماع

المركب و الأولوية يثبت الحكم فى الصورة الباقية أيضا.

مع أنها معارضة مع رواية منصور المتقدمة، المتضمنة لقوله: «لا أقبل من الذى فى يده بينة»، و أعميتها من صورة التعارض غير ضائرة،

إذ عدم القبول مع عدم المعارض يستلزمه معه بالطريق الأولى.

(١) الخلاف ٢: ٦٣٥.

(٢) التهذيب ٦: ٢٣٣ - ٥٧٠، الوسائل ٢٧: ٢٥٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٢.

(٣) الكافي ٧: ٤١٩ - ٢.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩١

و لو قطع النظر عن الجميع و فرض تمامية الدلالة، تكون خارجة عن الحجية، للشذوذ الشديد.

الثالث: ترجيح الخارج مطلقا، إلا إذا انفردت بينة الداخل بذكر السبب، فيرجح.

حكى عن الشيخ في النهاية «١»، و قد ينسب إلى الصدوق أيضا «٢»، و عن القاضى و الطبرسى و الشرائع و النافع و المختلف و التحرير و الإرشاد و القواعد و نكت الإرشاد و الروضة و المهذب - ناسبا خلافة إلى الندره - و التنقيح «٣». و حجّتهم على الجزء الأول ما مرّ دليلا للقول الأول. و على الثانى - على ما قيل «٤» - يستشعر من كلام الشيخ فى الخلاف و المبسوط و من كلام ابن فهد من الإجماع على تقديم بينة الداخل مع ذكر السبب مطلقا، أو مع تفرد بها، و تأييده بالسبب، و الأخبار الآتية المشار إليها، المتضمنة لتقديم قول ذى اليد مع ذكر السبب.

الرابع: ترجيح الخارج مطلقا، إلا إذا تضمنت البيتان أو بينة الداخل فقط ذكر السبب، فيرجح الداخل.

نسب إلى الشيخ فى جملة من كتبه «٥»، و قد ينسب إلى القاضى و جماعة، و من المتأخرين من أنكر ظهور قائل بهذا القول عدا الشيخ فى

(١) النهاية: ٣٤٤.

(٢) الموجود فى الفقيه ٣: ٣٩ غير مطابق للنسبة، فراجع.

(٣) القاضى فى المهذب ٢: ٥٧٨، حكاة عن الطبرسى فى الرياض ٢: ٤٢٠، الشرائع ٤: ١١١، النافع: ٢٨٦، المختلف: ٦٩٢، التحرير ٢: ١٩٥، القواعد ٢:

٢٣٢، الروضة ٣: ١٠٩، التنقيح ٤: ٢٨٠ - ٢٨١ و فيه نقل للقول دون الأخذ به.

(٤) رياض المسائل ٢: ٤٢٠.

(٥) كالاستبصار ٢: ٤٢، الخلاف ٢: ٦٣٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٢

طائفة من كتبه مع تأمل فى بعضها أيضا «١».

و استدّلوا بالخبر العامى الذى رواه جابر: إنّ رجلين تداويا دابة، فأقام كلّ منهما البيّنة أنّها دابته أنتجها، فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله للذى فى يديه «٢».

و رواية إسحاق «إنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما، فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها أنتجت عنده، فأحلفهما علىّ عليه السلام، فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ قال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البيّنة؟ قال: أفضى بها للحالف الذى فى يده» «٣».

و موثقة غياث بن إبراهيم: «اختصم إليه رجلان فى دابة، و كلاهما أقاما البيّنة أنّه أنتجها، فقضى بها للذى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» «٤».

الخامس: ترجيح الخارج مطلقا، إلا مع أعدبته بينة الداخل، ثم أكثرتها، فيترجح

، و هو للمفيد «٥».

(١) انظر الرياض ٢: ٤٢١.

(٢) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٦، بتفاوت سير.

(٣) الكافي ٧: ٤١٩-٢، و في التهذيب ٦: ٢٣٣-٥٧٠، الاستبصار ٣: ٣٨-١٣٠ لا توجد: في دأية في أيديهما، فأقام كل واحد منهما البيئة أنها أنتجت عنده، فأحلفهما على عليه السلام، الوسائل ٢٧: ٢٥٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٢.

(٤) الكافي ٧: ٤١٩-٦، التهذيب ٦: ٢٣٤-٥٧٣، الاستبصار ٣: ٣٩-١٣٣، الوسائل ٢٧: ٢٥٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٣.

(٥) المقنعة: ٧٣٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٣

السادس: ترجيح أكثرهما عدداً، و مع التساوي فللحالف منهما، و مع حلفهما أو نكولهما فللداخل.

نقل عن الإسكافي «١»، و اختاره من متأخري المتأخرين صاحب المفاتيح و شارحه «٢»، إلما أنهما اقتصرنا على تقديم الأكثر، و مع التساوي في العدد يقدمان بيئته الخارج.

و تدلّ على اعتبار الأكثرية صحيحة أبي بصير: عن الرجل يأتي القوم فيدعي دارا في أيديهم، و يقيم الذي في يده الدار البيئة أنه ورثها من أبيه و لا يدري كيف أمرها، فقال: «أكثرهم بيئته يستحلف و تدفع إليه» و ذكر:

«أن علينا أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البيئة أنهم أنتجوها على مذودهم «٣» لم يبيعوا و لم يهبوا، و قامت لهؤلاء البيئة بمثل ذلك، ففضى بها لأكثرهم بيئته و استحلفهم» «٤».

السابع: الفرق بين السبب المتكرر - كالباع - و غير المتكرر - كالنتاج و نساجه الثوب

- نسب إلى ابن حمزة «٥»، و فسّر في شرح المفاتيح قوله بأنه إذا شهدت لذي اليد على سبيل التكرار - كأن يقول: كان يبيعه مرّة و يشتره اخرى - ترجح بيئته، و إن قالت: اشتراها مرّة، و اقتصر على ذلك، أو قال قولاً آخر، قدمت بيئته الخارج.

(١) حكاة عنه في المختلف: ٦٩٣.

(٢) المفاتيح ٣: ٢٧١.

(٣) المذود: معلف الدابة - مجمع البحرين ٣: ٤٦.

(٤) الكافي ٧: ٤١٨-١، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٩-١٣٠، التهذيب ٦: ٢٣٤-٥٧٥، الاستبصار ٣: ٤٠-١٣٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ١، بتفاوت.

(٥) الوسيلة: ٢١٩، و نسبة إليه في المسالك ٢: ٣٩١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٤

الثامن: تقديم بيئته الخارج، إلما إذا شهدت بالملك، و شهدت بيئته الداخل بالإرث، فيقدم أكثرهم بيئته و يستحلف

، هو ظاهر الصدوق في الفقيه «١»، و حكى عن الحلبي «٢»، و تدلّ عليه صحيحة أبي بصير المتقدمة.

التاسع: الرجوع إلى القرعة مطلقا

، حكى عن العماني «٣»، مدّعيًا تواتر الأخبار بقضاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِذَلِكَ «٤».

و ربّما توجد في المسألة أقوال أخرى.

وقد تردّد جماعة في المسألة أيضا، كما في الدروس و اللمعة و المسالك و الكفاية «٥»، و قد اختلف بعضهم مع بعض في نسبة الأقوال أيضا.

أقول:

لا ينبغي الريب في أنّ الأصل مع القول الأوّل، لما مرّ من الأدلّة المثبتة للقاعدة، و هي كون البيّنة حجّة للخارج، و أصالة عدم حجّيتها لغيره، و مع ذلك أفتى بمقتضى ذلك الأصل جماعة من فحول العلماء، من القدماء و غيرهم «٦»، و ادّعى عليه الإجماع «٧»، فلا يجوز رفع اليد عنه إلّا بمخرج، فاللّازم النظر في أدلّة سائر الأقوال.

(١) الفقيه ٣: ٣٩.

(٢) قال في الرياض ٢: ٤٢٠.. و يحتمل فيه القول بمضمونه كما حكاه في المختلف عن الحلبي. إلّا أنّ المنقول في المختلف: ٦٩٣ هو عين ما في الكافي:

٤٤٠، و لم نر فيه ظهورا في ذلك.

(٣) حكاه عنه في المختلف: ٦٩٣.

(٤) الوسائل ٢٧: ٢٥٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣.

(٥) الدروس ٢: ١٠١، اللمعة (الروضة ٣): ١٠٧، المسالك ٢: ٣٩٠، الكفاية:

٢٧٦.

(٦) راجع ص: ٣٨٣ و ٣٨٤.

(٧) كما في الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٥

فنقول: أمّا أدلّة الثاني فغير تامة جدّا، أمّا الأصل و الاستصحاب فلان دفاعهما بيّنة المدّعي، التي هي حجّة شرعية، بل برواية منصور المتقدّمة «١» أيضا.

و أمّا سقوط بيّنة المدّعي بالتعارض فلكونه فرع التعارض، الذي هو فرع كون بيّنة المنكر دليلا شرعيا، و هو ممنوع غايته.

و أصالة حجّية قول العدلين غير ثابتة، و لو سلّمت فهي في مقام الترافع غير مسلمة، لقطع الإمام الشركة، و قول نادر بسماعها غير مفيد، سيّما مع معارضته بدعوى الإجماع على خلافه كما مرّ.

و بعض الأخبار المشار إليها غير ناهضة، لما مرّ من اختصاصها بالمقيّد بالسبب، و لم نعر على خبر غير مقيّد، و لم يدّعه أحد، بل صرّح بعضهم بعدم وضوحه «٢».

فلا شكّ في سقوط هذا القول من البين بالمرّة، سيّما مع ما له من الشذوذ و الندرة، كما صرّح به بعض الأجلّة «٣».

و أمّا أدلّة الجزء الثاني للثالث فيرد على أولها: عدم حجّية الإجماع المنقول أولا.

و منع ظهور كلمات من ذكر في الإجماع ثانيا.

و معارضته مع صريح نقل الإجماع في الغنية المؤيد بموافقة أكثر القدماء ثالثا.

و على ثانيها: منع كون السبب مؤيدا، كما صرح به بعض مشايخنا،

(١) في ص: ٣٨٤.

(٢) كما في الرياض ٢: ٤١٩.

(٣) انظر الرياض ٢: ٤١٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٦

حيث قال: مع أنّ في حصول التأيد بالسبب نظرا، و لو سلّم فلا نسلم كليته «١».

و على ثالثها: أنّ الأخبار موردها اشتغال البيئتين على السبب، فلا ربط لها بمحلّ البحث من كون بيئته الداخل مقيدة خاصّة.

و التتميم بالأولوية- كما في المسالك «٢»- مردود بأنّ صحته فرع قولهم بالأصل، و هو تقديم بيئته الداخل في المسببين حتى يسرى في الفرع بالأولوية، و هم لا يقولون به، مع أنّ العمل بالأولوية إنّما يتم مع مقطوعيّة العلة، و هي ليست هنا بمقطوعة و لا مظنونة، لأنّ ذكر السبب إنّما وقع في كلام السائل.

و أمّا دليل الرابع- و هو الأخبار الثلاثة المتقدّمة- فمع كون أولها عاميا ضعيفا غير منجبر، أنّ شيئا منها لا يدلّ على المطلوب، إذ ليس فيها إلّا أنّ بعد شهادتهما بالنتاج عنده قضى لذي اليد بعد الحلف كما في الأولين، أو مطلقا كما في الأخير، الواجب حمله على المقيد أيضا.

و هذا كما يمكن أن يكون لتعارض البيئتين المسببتين و تقديم بيئته ذى اليد منهما، يمكن أن يكون لطرح بيئته الداخل، لعدم توقيفيتها، و عدم فائدة لبئته الخارج، لكونها شهادة على الملك القديم، و كونه مرجوحا بالنسبة إلى اليد الحاليّة كما هو المشهور. بل الاحتمال الثاني هو الأظهر، لقضائه عليه السّلام بعد الحلف، الذى لا يقولون به القائلون بالقول الرابع، و إنّما هو على الاحتمال الثاني، فلا يكون لهذا القول و لا لسابقه دليل أصلا كالأقول السابق عليهما.

(١) انظر الرياض ٢: ٤٢١.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٧

مع أنّه على فرض الدلالة- كما زعمه المستدلّ- يحصل التعارض بينهما و بين أخبار القول الأوّل، و الترجيح مع أخبار الأوّل، لموافقتهما لأصالة عدم حجّية بيئته الداخل و عدم وجوب الحلف، و للسنة النبويّة الثابتة- التى هى كون إقامة البيئته وظيفته المدعى، و هى من المرجّحات المنصوصة- و للشهرة العظيمة سيما القديمة، و مخالفتها لأكثر العامّة، كما صرّح به التقيّ المجلسي في حاشية الفقيه «١».

و تدلّ عليه رواية جابر، و نسبة القضاء في الخبرين إلى أمير المؤمنين عليه السّلام «٢».

و أمّا ما في الخلاف- من سماع أبي حنيفة بيئته الداخل «٣»- فهو ليس صريحا في أنّه يقدّمها في مورد الروايات- كما ظنّ- حتى يكون مرجّحا لروايات القول الرابع.

فخلو هذا القول عن الدليل أيضا في غاية الظهور كالأقول الخامس أيضا، فإنّه مع ندرته جدّا- كما صرّح به بعض الأجلّة، حيث ناقش مع المهذّب و الدروس في نسبة اعتبار الأعدليّة قبل الأكثرية إلى قدماء الأصحاب كما في الأوّل، أو أكثرهم كما في الثاني، و قال: لم أقف على قائل منهم بذلك عدا من ذكرنا، أى المفيد، و إن قالوا بذلك فيما إذا كانت العين بيد ثالثة «٤». انتهى- لا شاهد له من الأخبار أصلا.

نعم، في رواية البصرى: «كان علىّ عليه السّلام إذا أتاه خصمان يختصمان

(١) انظر روضة المتقين ٦: ١٧٥.

(٢) المتقدمه جميعا في ص: ٣٩٢.

(٣) الخلاف ٢: ٦٣٥.

(٤) انظر الرياض ٢: ٤٢٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٨

بشهود، عدلهم سواء، و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين» الحديث «١».

و لا دلالة له على هذا المطلب أصلا، إذ لا دلالة لها إلا على أنه إذا لم يكن عدلهم و عددهم سواء لم يقرع، و لا يعلم أنه ما يصنع، مع أن إرادة الأعدائية من تساوى عدلهم غير معلومة، و اعتبر معه التساوى في العدد أيضا، و مع ذلك لا دلالة لها على كون العين في يد واحد منهما.

و أما القول السادس، فمع ما ذكر من الشذوذ المخرج لدليله عن الحجية، يرد على دليله - و هو الصحيحة - أن الاستدلال بها إن كان من جهة ذيلها المتضمن لقضاء على السّلام في البغلة فلا تعرض فيها لكونها في يد أحدهما كما هو محلّ النزاع، فيحتمل كونها في يد ثالث، و لا بأس بالقول به حينئذ كما يأتي.

و إن كان من جهة صدرها فهو أخصّ ممّا هو بصده، لصراحتها في أن بينة ذي اليد إنما هي على كون الدار بيده بالإرث، و هو القول الثامن، فلا يفيد له، مع عدم دلالتها على سائر مطالبه من الحلف مع التساوى و الحكم للداخل مع النكول.

و أما السابع، فلم أعثر له على دليل.

و أما الثامن، فدليله - كما عرفت - هو الصحيحة المذكورة، و هي و إن كانت دالة على ذلك القول إلا أن شذوذها و مخالفتها لشهرة القدماء - حتى لم يذكر عامل بها سوى من ذكر، و كلام الصدوق أيضا ليس صريحا في

(١) الكافي ٧: ٤١٩ - ٣، الفقيه ٣: ٥٣ - ١٨١، التهذيب ٦: ٢٣٣ - ٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٩ - ١٣١، الوسائل ٢٧: ٢٥١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٥، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٣٩٩

الفتوى بمضمونها - يمنع من العمل بها.

و أمّا التاسع، فدليله الأخبار المتكثرة كما ذكره، و هي - كما قال - كثيرة معتبرة يأتي ذكرها، إلا أنها برمتها مطلقة، و أخبار القول الأول - بكون العين في يد أحدهما - مقيدة، و الخاصّ مقدّم على العامّ البتة، سيّما مع موافقة الخاصّ للشيعة، بل الإجماع، و مخالفه العامّ في عمومه لعمل الأصحاب.

و من ذلك ظهر أن أقوى الأقوال و أمتنها هو القول الأول، فعليه الفتوى و عليه المعول.

المسألة الثانية: لو كانت العين في يديهما معا، و أقام كل واحد منهما بينة على الجميع

إشاره

، قضى لهما نصفين، تساوت البينتان كثرة و عدالة و إطلاقا و تقييدا أم اختلفتا، بلا إشكال في أصل الحكم كما في المسالك «١»، و على المعروف بينهم كما في الكفاية «٢»، و بلا خلاف كما في المفاتيح «٣»، و على الأشهر، بل عليه عاوية من تأخر إلا من ندر كما

قيل «٤».

لمرسلة ابن المغيرة الصحيحة عن ابن محبوب، ورواية السكوني، المتقدمتين في المسألة الثانية من بحث أحكام الدعاوى في الأعيان «٥»، الممكن تعميمهما لمورد النزاع بترك الاستفصال عن إقامة البينة و عدمها. و لقوله عليه السلام في موثقة غياث المتقدمة: و قال: «لو لم تكن في يده

(١) المسالك ٢: ٣٩٠.

(٢) الكفاية: ٢٧٦.

(٣) المفاتيح ٣: ٢٧١.

(٤) انظر الرياض ٢: ٤٢١.

(٥) راجع ص: ٣٤٨ و ٣٤٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٠

جعلتها بينهما نصفين» «١» فإنه أعم من أن تكون في يديهما.

بل صرح بعضهم بأن المراد: أنه لو لم تكن في يده فقط بل تكون في يديهما «٢».

و رواية تميم بن طرفة: إن رجلين عرّفا بعيرا، فأقام كل واحد منهما بينة، فجعله أمير المؤمنين عليه السلام بينهما «٣». و معنى قوله: عرّفا- كما فسر:-

أنهما أحضراه عرفه، و كان في يديهما.

و توهم كونها قضية في واقعة- فيحتمل اشتغالها على ما يخرج عن مفروض المسألة- ليس في موقعه، لأن غرض الإمام عليه السلام عن حكاية قضاء الأمير عليه السلام بيان الحكم، كما تدلّ عليه تنمّة الخبر و جرت عليه طريقة الأئمة و أصحابهم و يتفاهم منه عرفا، فلا يكون شيء له مدخلية في الحكم عن الكلام خارجا، بل القرينة الحائية قائمة على أن مناط القضاء كان هو ما في الكلام خاصة. و يدلّ عليه أيضا ما مرّ في المسألة الاولى من بحث أحكام الدعاوى، من أن كلا منهما مدّع و منكر، فيعمل ببينته و تنصّف، بالتقريب المتقدم في المسألة المذكورة.

إلا أنه يمكن أن يقال: إن أعمال البينة هو العمل بتمام مقتضاها، و لما لم يمكن ذلك في المتعارضتين فتكونان عن مدلول العمومات خارجتين.

(١) راجع ص: ٣٩٢.

(٢) انظر الرياض ٢: ٤٢٠.

(٣) الكافي ٧: ٤١٩-٥، الفقيه ٣: ٢٣-٦١ و فيه بدل «عرّفا»: ادّعى، التهذيب ٦:

٢٣٤-٥٧٤، الاستبصار ٣: ٣٩-١٣٤، الوسائل ٢٧: ٢٥١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠١

و هل يتعلّق الحلف بكلّ منهما أيضا، فيقتسمان بعد حلفهما أو نكولهما، و يختصّ بالحالف مع نكول أحدهما؟ كما قواه الفاضل في التحرير، و جعل عدم اعتبار اليمين احتمالا «١»، و صرح به أيضا في التنقيح «٢»، بل قيل: المستفاد من التنقيح عدم الخلاف في الإحلاف «٣».

و يدلّ عليه أيضا صريحا صدر رواية إسحاق بن عمّار المتقدمة «٤»، و هي غير منافية، للروايات المتضمنة للنصف بالإطلاق «٥»، فيجب

العمل بهما، مع أن هذه الرواية مخصوصة صريحا في المورد، و الروايات إما ظاهرة فيه أو عامّة له. أو لا، كما هو المشهور؟
الظاهر: الأول، لما مرّ. ولا يضرّ كون ما في الرواية قضية في واقعة بالتقريب المتقدّم في رواية تميم.

ثمّ الخلاف في المسألة في مقامات أربعة:

أحدهما: في إطلاق الحكم المذكور بالنسبة إلى البيّنات

، و المخالف فيه- على ما قيل «٦»- جمع من القدماء و صاحب المهذب من المتأخّرين، و بعض الفضلاء المعاصرين «٧»، فخصّوا ذلك بما إذا تساوت البيّنات في الأمور المرجّحة من الأدلّية و الأكثرية و ذكر السبب، و حكموا مع الاختلاف فيها لأرجحهما.

(١) التحرير ٢: ١٩٤.

(٢) التنقيح ٤: ٢٨١.

(٣) انظر الرياض ٢: ٤٢٢.

(٤) في ص: ٣٩٢.

(٥) الوسائل ٢٧: ٢٤٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢.

(٦) انظر الرياض ٢: ٤٢١.

(٧) المهذب البارع ٤: ٤٩٢، المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام: ٧٠٤).

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٢

و اختلفوا في المرجّح أيضا، فعن المفيد: اعتبار الأدلّية هنا خاصّة «١»، و عن الإسكافي: اعتبار الأكثرية كذلك «٢»، و عن المهذب: اعتبار الأدلّية فالأكثرية «٣»، و عن ابن حمزة: اعتبار الأدلّية أو الأكثرية أو التقييد بالسبب «٤»، و عن الديلمي: اعتبار المرجّح من غير بيان له «٥».

و لا دليل على شيء منها، سوى ذيل صحيحة أبي بصير المتقدّمة «٦»، المرجّحة للأكثرية فقط، و هو- لكونه قضية في واقعة- لا يصلح دليلا لشيء من تلك الأقوال، إلّا أن يضمّ معه التقريب المتقدّم، فيصير دليلا للإسكافي خاصّة.

و ظاهر أن قوله شاذّ نادر، فتكون الرواية الموافقة له- لمخالفة الشهرة القديمة العظيمة- عن حيز الحجية خارجة، فتكون هي مرجّحة بالنسبة إلى دليلنا بمخالفة تلك الشهرة، بل السنة الثابتة، و إن كانت بالنسبة إلى هذا الذيل عامّة، لأنّ مخالفة عمومها أيضا داخله في أسباب المرجّحية المنصوصة.

و لو قطع النظر عن جميع ذلك فيعارض دليلنا بالعموم من وجه، و الأصل مع عدم قبول بينة الداخل و إن كان أكثر، بل مطلق البيّنة، سيّما في صورة التعارض، فيكون كما لا بينة له، و الحكم التنصيف أيضا.

و عدا ما قيل من أن حال البيّنتين حال الخبرين المتعارضين «٧».

و هو قياس باطل، بل مع الفارق، للخلاف في مناط العمل بالخبر هل

(١) المقنعة: ٧٣٠.

(٢) حكاة عنه في المختلف: ٦٩٣.

(٣) المهذب ٢: ٥٧٨.

(٤) الوسيلة: ٢١٨.

(٥) المراسم: ٢٣٤.

(٦) في ص: ٣٩٣.

(٧) انظر غنائم الأيام: ٧٠٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٣

هو من حيث إنه خبر، أو من حيث إفادته المظنّة، و على الأخير يمكن لزوم متابعة أقوى الظنّين. بخلاف البيّنة، فإنّ مناط العمل بها خصوصيّتها- كاليد- كما صرّح به جماعة من الأصحاب، و لذا يعمل بها و لو لم تفد المظنّة، بل حصل من قول المدّعى عليه أو بشهادة الفاسق ظنّ أقوى منها.

و ثانيها: في أصل الحكم المذكور

، و المخالف فيه- كما حكى- العماني «١»، فإنّ إطلاق كلامه يقتضى لزوم القرعة هنا أيضا و تقديم من أخرجته، و دليله المستفيضة «٢» المتقدّمة إليها الإشارة.

و جوابه: إنّ دليلنا أخصّ مطلقا منها، راجح عليها بما مرّ، فيجب التخصيص.

لا- يقال: يلزم تخصيص الأ-كثر، إذ لم تبق إلّا صورة واحدة، هي كون العين في يد ثالث، أو مع كونها ممّا لا يد عليها، و هو أيضا تخصيص المساوي، و فيه أيضا كلام.

لأنّ نقول: إنّ روايات القرعة ليست مخصوصة بالأعيان، فتشمل غيرها أيضا، مع أنّ أكثرها قضايا في وقائع.

و ثالثها: في سبب الحكم المذكور

، فقيل: هو تساقط البيّنتين، فيكون كما لا يبيّن فيه «٣».

وقيل: لأنّ لكلّ واحد منها مرجّحا باليد على نصفها، فيبنى على ترجيح بيّنة الداخل «٤».

وقيل: لترجيح بيّنة الخارج فيقضى لكلّ واحد منهما بما في يد

(١) المختلف: ٦٩٣.

(٢) الوسائل ٢٧: ٢٥٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣.

(٣) نقلهما في المسالك ٢: ٣٩٠ من غير تعيين القائل و لم نعر عليه.

(٤) نقلهما في المسالك ٢: ٣٩٠ من غير تعيين القائل و لم نعر عليه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٤

صاحبه «١».

و تظهر الثمرة في ثبوت اليمين، فتثبت عليهما على الأول، و لا يمين على الأخيرين.

و الحقّ: أنّ أكثرها تخريجات و استنباطات غير ملائمة لطريقة الإمامية، بل السبب ما ذكرنا من العمومات و الأخبار الخاصة.

و رابعها: في لزوم اليمين و عدمها

، فإنّ المشهور- كما قيل «٢»- هنا عدم اليمين، لإطلاق الروايات المتقدّمة «٣»، و عدم صراحة رواية إسحاق «٤» في كون العين

بيديهما.

وفيه: أن عدم صراحتها لعلها على بعض الطرق، و أما على ما نقله في الوافي عن التهذيب و الكافي فهي صريحة في كونهما ذا اليد «٥». و الله هو المعتمد.

المسألة الثالثة: لو كانت في يد ثالث، يقضى بأرجح البيتين عدالة،

إشاره

و مع التساوى في العدالة يقضى بأكثرهما عددا، و مع التساوى يقرع بين المتداعيين، فمن خرج اسمه احلف و قضى له، و لو امتنع حلف الآخر و قضى له. فإن نكلا قضى بينهم بالسوية على المشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين، بل عليه عامتهم كما قيل «٦»، وفاقا لنهاية الشيخ و التهذيب و الاستبصار و موضع من الخلاف و الصدوقين و الحلبي و القاضي

(١) الشرائع ٤: ١١١.

(٢) الرياض ٢: ٤٢٢.

(٣) في ص: ٣٩١ و ٣٩٢.

(٤) المتقدمة في ص: ٣٩٢.

(٥) الوافي ١٦: ٩٣١.

(٦) انظر الرياض ٢: ٤٢٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٥.

و الحلبي و ابن حمزة و يحيى بن سعيد و ابن زهرة مدعيا عليه الإجماع «١».

و دليلهم: أما على اعتبار الرجحان بالأعدائية فرواية البصري: «كان علي عليه السلام إذا أتاه خصمان بشهود، عدلهم سواء، و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين» قال: «و كان يقول: اللهم رب السموات السبع أيهم كان الحق له فأذه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين إذا حلف» «٢».

و أما على اعتبار الأكثرية فهي أيضا، مضافة إلى صحيحة أبي بصير المتقدمة «٣» دليلا للقول السادس من المسألة الاولى.

و موقفة سماعه: «إن رجلين اختصما إلى علي عليه السلام في دابته، فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده، و أقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامته، ثم قال: اللهم رب السموات السبع و ورب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابة و هو أولى بها فأسألك أن تخرج سهمه، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» «٤».

(١) النهاية: ٣٤٤، التهذيب ٦: ٢٣٧، الاستبصار ٣: ٤٢، الخلاف ٢: ٦٣٨، الصدوقين في الفقيه ٣: ٣٩، و المقنع: ١٣٣، الحلبي في الكافي في الفقه: ٤٤٩، المهذب ٢: ٥٧٨، الحلبي في السرائر ٢: ١٦٧، ابن حمزة في الوسيلة: ٢٢٠، ابن سعيد في الجامع: ٥٣٢، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

(٢) الكافي ٧: ٤١٩-٣، الفقيه ٣: ٥٣-١٨١، التهذيب ٦: ٢٣٣-٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٩-١٣١، الوسائل ٢٧: ٢٥١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٥، بتفاوت.

(٣) في ص: ٣٩٣.

(٤) الفقيه ٣: ٥٢-١٧٧، التهذيب ٦: ٢٣٤-٥٧٦، الاستبصار ٣: ٤٠-١٣٦، الوسائل ٢٧: ٢٥٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ١٢، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٦.

و أما على الرجوع إلى القرعة فالروايات المتقدمة «١»، مضافة إلى صحيحة الحلبي «٢»، و رواية داود بن سرحان: في شاهدين شهدا على أمر واحد، و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا و اختلفوا، قال: «يقرع بينهم، فأيهما قرع فعليه اليمين، و هو أولى بالقضاء» «٣».

و أما على تأخر القرعة عن الأكثرية فباختصاص جميع روايات القرعة بصورة التساوى في العدد، كما هو ظاهر.

و أما على تأخرها عن الأعدية فلرواية الأولى أيضا «٤».

و أما على تأخر الأكثرية عن الأعدية فلم أعر على دليل لهم.

نعم، استدلل له بعض مشايخنا بالإجماع المنقول عن الغنية «٥».

و لا يخفى ضعفه، بل ضعف بعض أدلتهم الأخر المذكورة أيضا، فإن دلالة رواية البصرى و موثقة سماعه على اعتبار الأعدية و الأكثرية ليست إلّا بمفهوم الوصف، الذى هو عند المحققين غير حجة.

و الأولى الاستدلال بالرضوى المنجبر ضعفه بما مرّ، قال: «فإن لم يكن الملك فى يد أحد، و ادعى الخصمان فيه جميعا، فكل من أقام عليه شاهدين فهو أحقّ به، فإن أقام كل واحد منهما شاهدين فإنّ أحقّ المدعين

(١) انظر الوسائل ٢٧: ٢٥٧ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣.

(٢) التهذيب ٦: ٢٣٥-٥٧٧، الاستبصار ٣: ٤٠-١٣٧، الوسائل ٢٧: ٢٥٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ١١.

(٣) الكافي ٧: ٤١٩-٤، الفقيه ٣: ٥٢-١٧٨، التهذيب ٦: ٢٣٣-٥٧٢، الاستبصار ٣: ٣٩-١٣٢، الوسائل ٢٧: ٢٥١ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٦.

(٤) أى رواية البصرى المتقدمة فى ص: ٤٠٥.

(٥) انظر الرياض ٢: ٤٢١.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٧.

من عدل شاهدها، فإن استوى الشهود فى العدالة فأكثرهم شهودا يحلف بالله و يدفع إليه الشىء، و كلّ مالا يتهدى فيه الإشهاد عليه فإنّ الحقّ فيه أن تستعمل فيه القرعة» «١».

لا يقال: إنّ قوله: «فإن لم يكن الملك فى يد أحد»-الظاهر فى أنّه لا يد عليه أصلا- يخرج الكلام عن مفروض المسألة، لأنّ المتبادر من اليد: اليد المقتضية «٢» للملكية، و اليد المنصمة مع اعتراف المتصرّف بعدم استحقاقه له- كما هو المفروض- ليست يدا كذلك، كما مرّ مفصلا، فالمفروض أيضا ممّا لا يد عليه، مع أنّ الظاهر فى قوله: «يد أحد»- بعد بيان حكم ما فى يد أحدهما- إرادة عدم كونه فى يد أحد من المتداعيين.

بل يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من قوله: «و يدفع إليه الشىء» أيضا ذلك، فإنّ الظاهر من دفع الشىء أنّه فى يد أحد.

نعم، بقى أنّ الظاهر من قوله: «من عدل شاهدها» أنّ الترجيح بأصل العدالة دون الأعدية.

و قوله: «فإن استوى الشهود فى العدالة» و إن احتمل الثانى إلّا أنّه ليس نصّا فيه، بل يحتمل الأوّل أيضا.

إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من التساوى فى العدالة بالإطلاق من غير تقييد بأصلها يفيد التساوى فى القدر أيضا، و لذا يصحّ

سلب التساوى عرفا عن المختلفين فى القدر، و يؤكد قوله فى الرواية الأولى:
«عدلهم سواء» فإنه ظاهر فى حدّ العدالة.

(١) فقه الرضا عليه السلام: ٢٦٢، مستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٠ ح ٣.

(٢) فى «ق»: المتضمنة ..

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٨

و أمّا على حلف من خرجت القرعة باسمه و القضاء له بعدها فبرواية البصرى و صحيحة الحلبي، و بهما يقيد إطلاق الموثقة و الرضى.

و أمّا على التنصيف بعد نكولهما، فقول: للإجماع المنقول المتقدم «١»، و وهنه ظاهر.

و قيل: لتعارض البيتين و تساقطهما، مع عدم إمكان ترجيح إحداهما على الأخرى بالقرعة، فلم يبق إلّا النصف «٢».

أقول:

و يمكن الاستدلال له بعمومات التنصيف المتقدمة هنا و فى بحث الدعوى فى الأعيان، كموثقة غياث «٣»، و رواية تميم «٤»، و مرسله

ابن مغيرة «٥» و غيرها «٦»، خرجت صورة اختلاف البيتين عدالة أو عددا، و قيل:

القرعة و الحلف بما مرّ «٧»، فيبقى الباقي.

و ظهر بما ذكر أنّ سند المسألة واضح، و الحكم بها- كما قالوا- متعين.

و أمّا المخالف فيها من الفتاوى، فبين من اقتصر على اعتبار الأعدلية خاصّة، كالمفيد «٨».

و من اقتصر على اعتبار الأكثرية خاصّة، كالإسكافي و محتمل

(١) انظر الرياض ٢: ٤٢٣.

(٢) كما فى الإيضاح ٤: ٤٠٧.

(٣) المتقدمة فى ص: ٣٩٢.

(٤) المتقدمة فى ص: ٤٠٠.

(٥) المتقدمة فى ص: ٣٤٨.

(٦) كرواية السكونى المتقدمة فى ص: ٣٥٤.

(٧) كما فى المبسوط ٨: ٢٦٤.

(٨) المقنعة: ٧٣٠.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٠٩

الصدوقين «١»، و هو ظاهر المحقق الأردبيلي، حيث قال: إنّ العدالة تكفى للشهادة، و أمّا أنّ زيادتها تفيد الترجيح فلا.

و من اقتصر على اعتبارهما خاصيّة، من غير ذكر الترتيب بينهما و لا القرعة بعدهما، كموضع من الخلاف، قائلا: إنّه الظاهر من مذهب أصحابنا «٢».

و من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا، من دون بيان له و لا ذكر قرعة، كالديلمى «٣».

أو مع ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح، مدّعا عليه إجماع الإمامية، كموضع آخر من الخلاف «٤».

و بين من قدّم الأكثرية على الأعدلية، كالحلى «٥»، معزيا له إلى ظاهر الأصحاب.

و بين من اقتصر على القرعة خاصة، كالعماني «٦».

و بين قائل بالقرعة مع الشهادة بالملك المطلق من الجانبين، و بالقسمة نصفين إن كانت الشهادتان مقيدتين، و القضاء للمقيد إن كانتا مختلفتين، كالشيخ في المبسوط «٧».

(١) حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٦٩٣، حكاة عن والد الصدوق في المقنع:

١٣٤، الصدوق في المقنع: ١٣٤.

(٢) الخلاف ٢: ٦٣٦.

(٣) المراسم: ٢٣٤.

(٤) الخلاف ٢: ٦٣٨.

(٥) السرائر ٢: ١٦٩.

(٦) المختلف: ٦٩٣.

(٧) المبسوط ٨: ٢٥٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٠

و الكل أقوال نادرة عن الدليل التام خالية كما لا يخفى على المتتبع، سيما بعد ما ذكرنا في هذه المسألة و المسألتين السابقتين.

و أما المخالف لها من الأخبار فبعض العمومات اللزامة تخصيصها بما مرّ، و رواية إسحاق المتقدم «١» المتضمنة لقوله: «فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البيّنة؟ قال: «أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين».

و لكن عدم قائل به يوجب رفع اليد عنه بالمرّة.

ثمّ إنّه قد عرفت اعتبار اليمين مع القرعة، و ظاهر الصدوقين و الشيخ في النهاية و الخلاف و التهذيب و الاستبصار و القاضي و ابن زهرة اعتبارها مع الأكثرية أيضا «٢»، و ادعى في الخلاف و الغنية إجماع الإمامية عليه.

و تدلّ عليه صحيحة أبي بصير و الرضويّ المتقدمان «٣»، فالقول به متعين.

و أما مع الأعدلية فلا دليل على اعتبارها، و لذا يظهر من جماعة - منهم: الشرائع و النافع و الإرشاد و التحرير و القواعد و اللّمعنة - عدمه «٤»، و عن الروضة اعتبارها معها «٥»، و الأصل ينفيه. و الله العالم.

(١) في ص: ٣٩٢.

(٢) حكاة عن والد الصدوق في المقنع: ١٣٤، الصدوق في المقنع: ١٣٤، النهاية:

٣٤٣، الخلاف ٢: ٦٣٦، التهذيب ٦: ٢٣٧، الاستبصار ٣: ٤٢، القاضي في المهذب ٢: ٥٧٨، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٥.

(٣) في ص: ٣٩٣ و ٤٠٦.

(٤) الشرائع ٤: ١١١، النافع: ٢٨٦، التحرير ٢: ١٩٥، القواعد ٢: ٢٣٢، اللّمعنة (الروضة البهية ٣): ١٠٧.

(٥) الروضة ٣: ١٠٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١١

فرع:

لم يتعرّض الأكثر لتصديق الثالث لأحد المتداعيين هنا، كما تعرّضوا له في صورة عدم البيّنة.

قيل: لعل إطلاقهم هنا مبني على الإغماض عن حكم اليد و خلافها، و نظرهم إلى بيان سائر المرجحات «١». انتهى.
 و هو محتمل، و يحتمل أيضا أن يكون بناؤهم على عدم اعتبار تصديقه، نظرا إلى إطلاق الأدلة، كما فهمه المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، حيث حكم بتفرقة المطلوب بين صورة عدم البيئنة و صورة وجودها في سماع تصديق الثالث، و قال بأن الحكم بالتصديق و الحلف هنا أيضا ممكن.

و وجه عدم الاعتبار حينئذ - كما يظهر من الفاضل في التحرير «٢» - أن البيئتين متطابقتان على عدم ملكية الثالث، فلا يكون إقرارا، لأنه إنما يكون في ملك الشخص واقعا أو ظاهرا، و مع البيئتين لا يكون كذلك، و للتأمل فيه مجال.

المسألة الرابعة: لو لم تكن العين في يد أحد

، فإن كانت لواحد منهما بيئنة يقضى له، و إن كانت البيئنة لهما فظاهر عبارة الصدوقين أن حكمه حكم يد الثالث «٣»، و قال بعض فضلائنا المعاصرين: إنه الأولى «٤».

و هو كذلك، لإطلاق أكثر الأخبار المتقدمة - إن لم نقل جميعا - بالنسبة إلى هذه الصورة أيضا.

(١) غنائم الأيام: ٧٠٨.

(٢) التحرير ٢: ١٩٥.

(٣) الصدوق في المقنع: ١٣٣ - ١٣٤، و حكاه عن والده.

(٤) المحقق القمي في رسالته القضاء (غنائم الأيام: ٧٠٨).

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٢

المسألة الخامسة: كل ما ذكر إنما كان في تعارض البيئات في الأعيان من الأموال، و قد يتحقق في الديون

، كما إذا كانت دعوى الدين مقرونة بسبب خاص يقيم المنكر البيئنة على انتفاء السبب.
 و كما إذا ادعى أحد على آخر جناية فيها الديئة خاصية في وقت خاص، و أقام بيئته، و أقامها الآخر على أنه لم يكن حاضرا في هذا الوقت.

أو ادعى أحد بالشهود وصية زيد له بثلاث ماله، و ادعاها آخر أيضا كذلك.

و قد يتحقق في غير الأموال من الحقوق أيضا، كما إذا أقام أحد شهودا على زوجية زينب له، و أقامها الآخر كذلك.

أو أقام أحدهما على وصية زيد له بالولاية على الصغير، و أقام آخر أيضا كذلك. إلى غير ذلك.

و التحقيق في الجميع: أن يبني على أصالة عدم قبول بيئنة المنكر، و على تعيين القرعة لكل أمر مشكل.

و على هذا، فنقول: إن جميع الأخبار المتضمنة لسماع بيئنة المنكر أيضا و مزاحمتها لبيئنة المدعى كانت مخصوصة بالأعيان من الأموال،

فلا أثر لها في غيرها أصلا، و كل ما دل على سماع بيئنة المدعى و قبولها فمخصوص بحكم العقل بما لا يعارضه مثلها.

فمورد التعارض الواقع في غير الأعيان إن كان مميّا يكون أحدهما مدعى و الآخر منكرا طرح بيئنة المنكر و يعمل بمقتضى بيئنة المدعى.

و إن كان مميّا يكون كلاهما مدعين و لا دليل للحكم في خصوص المسألة، يقرع و يحكم بمقتضى القرعة، لعموم: «القرعة لكل أمر

«مجهول»

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٣

أو: «مشكل» «١» المستفيضة دعوى الإجماع على روايته والعمل به «٢»، و لصحيحة الحلبي و رواية داود بن سرحان و رواية البصرى و الرضوى، المتقدمة جميعا «٣».

و تدلّ عليه أيضا مرسله داود بن أبى يزيد العطار الآتية «٤».

و رواية زرارة: رجل شهد له رجلان بأن له عند رجل خمسين درهما، و جاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم، كلهم شهدوا فى موقف، قال: «أقرع بينهم، ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله أنهم يشهدون بالحق» «٥».

و مقتضى هذه الرواية و روايتى البصرى و داود بن سرحان و صحيحة الحلبي الإحلاف بعد القرعة أيضا، و عليه العمل. و بهذه الأخبار تقيد المطلقات فى مقام تعارض البيّنات. و الله العالم.

المسألة السادسة: لو تعارضت اليد الحالية مع الملكة السابقة أو اليد السابقة

إشاره

، فى تقديم الحالية أو السابقة قولان، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط و الخلاف «٦».

و تبعه على الأوّل جماعة «٧»، و لعلهم الأكثرون، و منهم من

(١) الوسائل ١٧: ١٨٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣ ح ١١.

(٢) انظر عوائد الأيام: ٢٢٦.

(٣) فى ص: ٤٠٥ و ٤٠٦.

(٤) فى ص: ٤٢٣.

(٥) التهذيب ٦: ٢٣٥ - ٥٧٨، و فى الكافي ٧: ٤٢٠ - ١، الاستبصار ٣: ٤١ - ١٣٨، الوسائل ٢٧: ٢٥٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٧: يحلفون بالحق، بدل: يشهدون بالحق.

(٦) المبسوط ٨: ٢٦٩ و ٢٨٠، الخلاف ٢: ٦٤١.

(٧) كالعلامة فى القواعد ٢: ٢٣٢ و ٢٣٤، يحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع:

٥٣٢، الشهيد الثانى فى الروضة ٣: ١٠٩.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٤

المتأخرين: الكفاية و المفاتيح و شرحه «١»، و بعض فضلائنا المعاصرين «٢».

و على الثانى: الشرائع «٣»، و يظهر من الإرشاد الميل إليه.

و يظهر من التحرير وجه ثالث هو التساوى، حيث قال: و لو كان السبق فى جانب و اليد فى جانب، فى تقديم السبق أو اليد أو التساوى نظر «٤». انتهى.

و احتجّ للأوّل بأنّ اليد ظاهرة فى الملك الحالى، و لا تدفعها اليد السابقة، لاحتمال كونها بعارية و نحوها، و لا الملك السابق، لاحتمال انتقالها منه إلى الغير، و لعدم مطابقتها الدعوى و الشهادة، إذ الدعوى بالملك الحالى، و الشهادة متعلّقة بالسابق.

و فيه - مضافا إلى أنّ احتمال العارية و نحوها متحقّق فى اليد الحالية أيضا - أنّ اليد و الملك السابقين و إن لم يصلحا لدفع الحالى و

لم يطابقا الدعوى إلا أن استصحاب مقتضى اليد السابقة و أصل الملك السابق صالح لدفعه، مطابق للدعوى. و القول بأن الاستصحاب إنما يعمل به لو لا المعارض له، و اليد الحالية هنا له معارض، خصوصا في اليد السابقة، لانقطاعها رأسا، كما ذكره بعضهم «٥».

أو أن الاستصحاب و إن عارض اليد و لكن اليد أقوى، لأن اقتضاءها الملكية و إن كان ظنًا لكن نفسها قطعي، بخلاف استصحاب مدلول الشهادة، فإن مقتضى الشهادة ظني و كذا استصحابه، فالأول ظنّ حاصل من

(١) الكفاية: ٢٧٧، المفاتيح ٣: ٢٧٣.

(٢) المحقق القمي في رسالة القضاء (غنائم الأيام: ٧١٠).

(٣) الشرائع ٤: ١١٢.

(٤) التحرير ٢: ١٩٥.

(٥) انظر المسالك ٢: ٣٩٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٥

القطع، و الثاني ظنّ حاصل من الظنّ، فيقدم، كما قاله آخر.

أو أن الثابت حجّيته هو ما شهد به الشاهد بعلمه أو ظنه الاستصحابي، و أمّا ظنّ الحاكم لاستصحاب المخبر به فلا دليل على حجّيته، و لا يستلزم فعليه الظنّ للشاهد، و إنما الثابت حجّية علمه القطعي في القضاء، لا مطلق الظنّ، كما ذكره ثالث. فاسد، سيما الأخير.

أمّا الأول: فلأنّ مقتضى التعارض رفع اليد عن المتعارضين عند عدم المرجح، لا تقديم أحدهما.

نعم، لو كانت اليد دليلا على الملك يدفع بها الاستصحاب عند التعارض، و لكن قد عرفت أنه أيضا كالأصحاب من باب الأصل. و أمّا الثاني: فلمنع كون اليد أقوى بعد ثبوت حجّية الكلّ من الشارع، و ما ذكر في تقويتها من تخريجات العامة العمياء، ثمّ منع إيجاب مثل تلك القوّة- لو كانت- للتقديم.

و أمّا الثالث: فلأنّ أخبار عدم نقض اليقين بالشكّ أدلّة واضحة على حجّية ذلك الاستصحاب، و لو اختصّ جواز قضاء الحاكم بعمله لما جاز الحكم بالبينّة أيضا، إذ لا تفيد العلم.

فإن قيل: هي أمارّة ثبتت حجّيتها شرعا.

قلنا: و كذلك الاستصحاب، و لو سلّمنا أن حجّية الاستصحاب لأجل الظنّ فإنّما هو ظنّ ثابت الحجّية.

و استدللّ للثاني: بأنّ اليد الحاضرة إن كانت دليل الملك فالسابقة المستصحة أو الملك السابق المستصحب أولى، لمشاركتها في الدلالة

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٦

على الملك الحالي، و انفرادهما بالزمان السابق «١».

وفيه: أن انفرادهما بالسابق لا يوجب ترجيحا إلا من جهة الاستصحاب أيضا، و إذا سقط بالمعارضه لا يبقى وجه ترجيح.

و ذكر الحلّي في السرائر «٢»- في مسألة تعارض بينتي ملك القديم و الأقدم- ما يمكن أن يستدلّ به للثاني هنا أيضا، بأن يقال بعد ثبوت الملكية السابقة: لا يمكن الملكية الحادثة إلا بانتقال عن الأول إلى الثاني، و هو خلاف الأصل، و موجب بوجوب الدرك على الأول، و هو أيضا خلاف الأصل.

وفيه: أن هذا الأصل معارض بأصالة اقتضاء اليد الملكية، الموجبة للانتقال و الدرك، فلا تأثير له، و لا يفيد تعدّد خلاف الأصل في

جانب، كما بيناه في محلّه. مع أنّ توقّف ملكيّة الثّاني على الانتقال عن الأوّل ممنوع، لجواز بناء الشاهد على الملكيّة الظاهرة المستفادّة من اليد أو نحوها، و كان واقعا ملكا للثاني، و كان بيده وكالة أو نحوها، فأخذ المال من غير انتقال.

ثمّ بما ذكر يظهر دليل الوجه الثالث المذكور في التحرير أيضا «٣».

و التحقيق: أنّ اقتضاء اليد للملكيّة يعارض استصحاب الملكيّة، فلا يبقى لشيء منهما حكم، و لكنّ أصل اليد لا يعارضه شيء، و هو باق بالمشاهدة و العيان، و الأصل عدم التسلّط على انتزاع العين من يده، و لا على منعه من التصرفات التي كان له فيها، حتى يبيعها و إجارها، إذ غاية الأمر عدم دليل لنا على ملكيته، و لكن لا دليل على عدم ملكيته أيضا،

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩٣.

(٢) السرائر ٢: ١٦٩.

(٣) التحرير ٢: ١٩٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٧

و أصالة عدم الملكيّة بالنسبة إليه و إلى غيره سواء، مع ثبوت أصل الملكيّة، فلا يجري فيه ذلك الأصل أيضا. مضافا إلى إمكان حصول جواز هذه التصرفات كلّا أو بعضا بالتوكيل و الإجارة و الولاية و الإذن و غيرها، فتبقى أصالة عدم التسلّط و أصالة جواز تصرفاته خالية عن المعارض.

و إلى هذا يشير كلام من قال: إنّ احتمال كون اليد الثانية بالعارية أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها، فإنّ المقصود الأصلي من إعمال اليد هو إبقاء تسلّطها على ما فيها و عدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العارية أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، و ليس هذا معنى الحكم بأنّه ملك «١». انتهى كلامه رفع مقامه.

فإن قيل:

كما أنّ الملكيّة أو اليد السابقة تقتضى استصحاب الملكيّة، كذلك تقتضى استصحاب تسلّط المالك الأوّل و الحاكم على منع ذي اليد عن التصرفات أيضا، و به تندفع أصالة عدم التسلّط.

قلنا:

ليس تسلّط الأوّل كالملكيّة التي إذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل، بل هو ممّا يمكن تقييده بقيد، و المعلوم من التسلّط الأولى هو تسلّطه ما دام يحكم له بالملكيّة و تعلم له الملكيّة، فالمعلوم ثبوته أولا ليس إلّا ذلك المقيّد، فبعد انتفاء الحكم بالملكيّة و العلم بها ينتفى القيد، و يتغيّر الموضوع.

ثمّ إنّ كما أنّ نفس اليد المشاهدة الحائيّة و مقتضياتها - سوى الملكيّة -

(١) غنائم الأيام: ٧١٠.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٨

لا معارض لها، فكذلك أيضا كون البيّنة على غير ذي اليد، و كون من يدعيه مطالبا بالبيّنة، و ذي اليد باليمين، إذا لم يخرج خارج اليد عن صدق المدعى عرفا، و لا صاحبها عن المنكر كذلك.

فيدلّ على كون وظيفة الأوّل البيّنة و الثاني اليمين قولهم: «البيّنة على المدعى، و اليمين على من أنكر» و رواية فدك المتقدّمة «١»، فتكون البيّنة على المالك السابق و اليمين على ذي اليد، و لا يمنع ذو اليد من شيء من التصرفات، و ليس المطلوب من ترجيح اليد الحائيّة غير ذلك أيضا، مع أنّه يمكن جعل هذين الأمرين دليلا برأسه على الملكيّة أيضا بالإجماع المركّب يسقط به الاستصحاب

بالمرة لعدم صلاحيته لمعارضه الدليل مطلقا.

فرعان:

أ: صرح جماعة من الأصحاب

- منهم: المحقق في الشرائع والفاضل في جملة من كتبه والمحقق الأردبيلي وفي المسالك والكفاية والمفاتيح «٢» وغيرها «٣» - بأنه لو شهدت بينة المدعى: أن صاحب اليد غضبها، أو استأجرها، أو استعارها، أو نحو ذلك، سقط اعتبار اليد، وحكم بها للمدعى. و نفى عنه الإشكال في المسالك، بل ظاهره بل صريحه نفى الخلاف عنه، وفي الإيضاح: أنه تقبل الشهادة حينئذ قولاً واحداً «٤»، وهو مؤذن بدعوى الإجماع عليه، و نفى عنه الريب في شرح

(١) في ص: ٣٣٣.

(٢) الشرائع ٤: ١١٣، الفاضل في القواعد ٢: ٢٣٤، التحرير ٢: ١٩٦، المسالك ٢: ٣٩٣، الكفاية: ٢٧٧، المفاتيح ٣: ٢٧٣.

(٣) كما في كشف اللثام ٢: ٣٦٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٤: ٤١٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤١٩

المفاتيح.

و كيف كان، فلا ريب في الحكم، لأن استصحاب اليد السابقة الغصبيّة أو الاستيجاريّة مثلا و أصله عدم حدوث يد أخرى يجعل اليد الحاليّة يد مباشرة لا المقتضية للملكية، فلا يبقى معارض للاستصحاب، بل ليس مقتضى لملكية ذي اليد، إذ ليس إلّا اليد، و اقتضاؤها مخصوص بما إذا لم يدلّ على عدمه دليل، و ما ذكرنا دليل على عدم الاقتضاء.

ب: قال في الكفاية: و في كلامهم القطع بأن صاحب اليد لو أقر أمس بأن الملك له

- أي للمدعى - أو شهدت البينة بإقراره أمس له، أو أقر بأن هذا له أمس، قضى به له، و في إطلاق الحكم بذلك إشكال «١». انتهى. و كذا حكم في القواعد بثبوت الإقرار، و استصحاب موجه لو شهدت البينة بإقراره له بالأمس، أو أقر المدعى عليه بالأمس أنه له، و بالانتزاع عن يده لو أقر بأنه كان ملك المدعى بالأمس «٢».

و كذا في التحرير «٣» و شرح الإرشاد للأردبيلي في صورة الشهادة بإقرار الأمس، و صورة إقرار المدعى بأنه كان له بالأمس، إلّا أنه جعل الأقرب في الصورة الأخيرة الانتزاع من يده، مؤذنا بوقوع الخلاف فيه، إلّا أنه قال في شرح الإرشاد: إنه غير واضح الدليل إلّا أن يكون إجماعا.

و قال في تمهيد القواعد: لو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس، أو قال المقر بذلك ابتداء، قيل: لا يؤخذ به، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه بالأمس، و الأقوى أنه يؤخذ، كما لو شهدت البينة بأنه أقر أمس.

(١) الكفاية: ٢٧٧.

(٢) القواعد ٢: ٢٣٤.

(٣) التحرير ٢: ١٩٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٠

انتهى.

وقد يستدل على بعض هذه الصور- ويفرق بينه وبين ما تقدم- بأن الإقرار ينبئ عن التحقيق، والشاهد قد يخمن، ويقال فيما تقدم: بأن اليد محسوسة، والشهادة مظنونة، وبأن استصحاب المقر به ظن ناشئ من القطع، واستصحاب المشهود به ظن حاصل من الظن. ولعمري أنه لا يليق للفرقة الإمامية أن تتشبث بأمثال هذه التخريجات.

والتحقيق: أنه إن أقر المدعى عليه في الحال- أى بعد الادعاء عليه- بأنه كان له في السابق، أو ثبت هذا الإقرار بالبينه، يقدم المدعى، لأن ذلك الإقرار المسموع منه أو الثابت بالبينه يتضمن أمرين، أحدهما: ملكية المدعى في السابق، و ثانيهما: الانتقال منه إلى المدعى عليه، وهو في الثاني مدع ولا تفيده اليد لمعارضة الاستصحاب، فتكون عليه البينة والإثبات، نظير الدعوى بالدين، فإنه لو ادعى عليه عن مبيع اشتراه بالذمة فأقر بذلك البيع يصير مدعيا، وترفع اليد عن أصالة براءة الذمة ونحوه و لو لم يصرح بأنى أديته.

و على هذا، فتشمله عمومات البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و هذا مراد من قال بأن ذلك اعتراف من ذى اليد بكونه مدعيا وظيفته الإثبات.

و أما لو كان المدعى عليه أقر في السابق بملكيته، أو ثبت إقراره السابق، فلا يوجب تقديم المدعى، لأن ذلك لا يجعله مدعيا عرفا، سواء كان ذلك الإقرار سابقا على يده أو على الادعاء عليه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢١

و في حكم الإقرار بالملكية السابقة للمدعى الإقرار بالاشتراء ونحوه من وجوه الانتقالات، بل ذلك أولى بالقبول، لأظهريته في جعله مدعيا.

المسألة السابعة: كما يتحقق التعارض بين الشاهدين و مثلهما، يتحقق بينهما و بين شاهد و امرأتين

، و كذلك بينهم و بين مثلهم، و المعروف من مذهبهم عدم تحققه بين الشاهدين، أو شاهد و امرأتين، و بين شاهد و يمين. قيل: لضعف الشاهد و اليمين، من جهة وقوع الخلاف في كونه مثبتا، و من جهة أن الحالف يصدق نفسه، بخلاف الشاهدين، فإنهما يصدقان غيرهما «١».

و لا يخفى ضعف الوجهين، و أنهما من الوجوه المستنبطة الموافقة لطريق العامة، التي فتح بابها شيخ الطائفة في خلافه و مبسوطه «٢»، حيث جرى فيها على طريقة المخالفين و الترجيح بين أقوالهم بمذاقهم، لكونه مختلطا معهم كما ذكره الحلبي في السرائر «٣» و غيره، فظن الداخل في فقه الإمامية الغير السائر على بصيرة في دينه أن أمثال هذه الوجوه مما تعتبره الإمامية أيضا، لحسن الظن بالشيخ و الغفلة عن مرامه.

و قد علل المحقق الأردبيلي عدم تعارضهما بأن الشاهد و اليمين ليسا بحجة شرعية مستقلة في جميع الأحكام، بل الشاهد حجة مع انضمام يمين المدعى في بعض الأحكام مع تعدد الشاهدين.

و هو حسن، إلما أن لقائل أن يقول: إن الكلام في الأحكام التي يكون مستند الشيعة في أحكام الشريعة ج ١٧ ص ٤٢١ المسألة السابعة: كما يتحقق التعارض بين الشاهدين و مثلهما، يتحقق بينهما و بين شاهد و امرأتين ص: ٤٢١

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩١.

(٢) الخلاف ٢: ٦٣٧، المبسوط ٨: ٢١٠.

(٣) السرائر ٢: ١٧١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٢

الشاهد و اليمين حجة فيها، كما إذا كانا مدعين فيما كان بيديهما معا، أو بيد ثالث، أو لا يد عليه، و منه الوصية بالثالث إذا ادعاها كل شخص لنفسه، و لازم الدليل حصول التعارض، لعموم أدلته حجية الشاهد و اليمين في تلك الموارد، و لكنه إنما يتم عند من يقبلهما في مطلق الأموال أو حقوق الناس.

و أمّا على اختصاصهما بالديون- كما هو الحق- فلا يمكن فيها التعارض، إلّا إذا ادعى دينا بسبب خاص- كضمن مع فرس معين في زمان معين- و أتى بالشاهد الواحد و حلف معه، و أتى المدعى عليه بشاهدين على موت ذلك الفرس قبل ذلك الزمان. و يمكن أن يقال حينئذ أيضا: إن بينة المنكر لا دليل على قبولها إلّا مع التعارض مع البينة في موارد خاصة لا مطلقا، فلا تعارض بينة الشاهد و اليمين أصلا.

هذا، ثمّ إنّه نقل في الشرائع عن الشيخ قولاً بالتعارض و القرعة بينهما «١»، و كذلك صرح في الدروس بقوله بذلك «٢»، و عن فخر المحققين نفى القول عنه «٣»، بل نقول إنّه متردد، و به صرح في المسالك بعد نقل عبارته في المبسوط «٤». و لا يخفى أنّ عبارته المنقولة في المسالك ظاهرة في التعارض، إذ لولاه لزم الحكم بالثالث لزيد الذي له الشاهدان، و طرح قول عمرو الذي له الشاهد و اليمين، فلو لا حجية مستنده و تعارضه مع مستند زيد فما وجه

(١) الشرائع ٤: ١١١.

(٢) الدروس ٢: ١٠٢.

(٣) إيضاح الفوائد ٤: ٤٠٩.

(٤) المسالك ٢: ٣٩١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٣

القرعة؟! و ليس معنى التعارض إلّا تضادّ المدلولين و عدم العمل بهما.

و أمّا حمل مراده على أنّه على القول بالتعارض- كما هو أحد قولي المخالفين، فمقتضى مذهبنا الإقراع دون التنصيف- فخلاف الظاهر.

و أمّا قوله: على مذهبنا يقرع، فنظره إلى أنّ القرعة لكلّ أمر مجهول، و هذا ظاهر، و الله العالم.

المسألة الثامنة: قد عرفت لزوم التنصيف بين المتداعين في بعض الموارد

، فاعلم أنّه قال في الشرائع: و كلّ موضع قضينا فيه بالقسمة فإنما هو في موضع يمكن فيه فرضها- كالأموال- دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجة «١».

قال في المسالك: بل الطريق هنا الحكم لمن أخرجته القرعة، إذ لا سبيل إلى غيره، و تؤيدّه رسالة داود العطار: في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود شهدوا أنّ هذه المرأة امرأة فلان، و جاء آخرون فشهدوا أنّها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا، قال: «يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحقّ، و هو أولى بها» «٢»، و على هذا فلا فائدة في الإحلاف بعد القرعة، لأنّ فائدته القضاء للآخر مع نكوله، و هو منقّى هنا «٣». انتهى.

أقول: هذا الاستدراك إنّما يحسن عند من يحكم بالنصف بعلل مستنبطة، و أمّا على ما هو التحقيق من أنّه لدلالة الأخبار عليه فلا حاجة إلى

(١) الشرائع ٤: ١١٢.

(٢) الكافي ٧: ٤٢٠-٢، التهذيب ٦: ٢٣٥-٥٧٩، الاستبصار ٣: ٤١-١٣٩، الوسائل ٢٧: ٢٥٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٢ ح ٨، بتفاوت.

(٣) المسالك ٢: ٣٩١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٤

الاستدراك، لأن أخبار النصف كلها واردة في الأموال - كالبغلة و الدائبة و الدرهم و متاع البيت - و أما غيرها فلا، بل هي داخله في عموم القرعة و خصوصياتها في تعارض البيئات، كروايتي البصرى و داود بن سرحان و صحيحة الحلبي «١»، فيعمل بها. و أما ما ذكره أخيرا - من نفى فائدة الإحلاف بعد الإقراع - ففيه نظر، إذ مع حلفه يحكم بالزوجية له، و مع نكوله يعرض الحلف على الآخر، فإن حلف يحكم له، و إن نكل هو أيضا يحكم لمن صدقته الزوجة، لادعائها و عدم معارض شرعى، فإن لم تصدق أحدهما فتمنع عنهما و يخلى سبيلها، و لا دليل على لزوم القضاء لأحدهما. إلا أن مقتضى مرسله داود عدم الإحلاف و العمل بمقتضى القرعة، لقوله: فهو المحقّ و الأولى. فهو متعين.

و لا يرد: أن مقتضى رواية البصرى و ما بعدها الإحلاف.

لأنها عامية، و المرسله خاصه بالزوجة، فتخصيص بها، فإن لوحظت جهة عموم للمرسله أيضا - لدلالاتها على الأولوية مطلقا، سواء كان بعد الحلف أو قبله - فيتساقطان، و يبقى حكم القرعة بلا معارض، فتأمل.

و هل يفيد تصديق الزوجة لأحدهما قبل الإقراع للحكم له؟

قال الأردبيلي: نعم، و لا أرى له دليلا، فتأمل. و الله العالم.

المسألة التاسعة: إذا تعارضت البيتان في الملك و اختلفتا في التاريخ

- بأن تكون أحدهما في الحال و الأخرى من سنة إلى الحال، أو تكون أحدهما من سنة إلى الحال و الأخرى من سنتين إلى الحال -

(١) المتقدمة جميعا في ص: ٤٠٥ و ٤٠٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٥

فالمشهور ترجيح الأقدم، لتعارض البيتين في الوقت المشترك بينهما فسقطتا، و المختصة بالوقت المتقدم سلمت عن المعارض فيستصحب حكمها.

و اعترض عليه: بأن مناط الحكم الملك في الحال، و قد استويا «١».

و فيه: أن لازمه عدم الحكم بمقتضى البيئه الحالية، و ذلك لا ينافى الحكم بمقتضى الاستصحاب.

و توهم أن استصحاب الشاهد قد سقط بالتعارض، و استصحاب الحاكم لا يفيد.

باطل كما يأتي في مسألة استصحاب الشاهد، و مرّت الإشارة إليه أيضا في مسألة تعارض الملك القديم و اليد الحادثة.

و في المسالك: إن المسألة مفروضة فيما إذا كان المدعى به في يد ثالث. و أما إذا كان في يد أحدهما، فإن كانت بيئه الداخل أسبق تأريخا فهو المتقدم لا محالة، لأن بعد التساقط تبقى للدخل اليد و الاستصحاب معا.

و إن كانت بيئه الخارج أسبق، فإن لم يجعل السبق مرجحا يقدم الداخل أيضا، لبقاء اليد خالية عن المعارض.

و إن جعلناه مرجحاً يتعارض مع يد الداخل، فيمكن أن يقدم الداخل، لأن اليد أقوى من الاستصحاب، و أن يقدم الخارج، لأن جهة بينته أقوى، و إذا انضمت هذه الجهة مع الاستصحاب يترجح، و إن تعارضاً فتساقطاً «٢».

(١) انظر المسالك ٢: ٣٩٢، الكفاية: ٢٧٧.

(٢) المسالك ٢: ٣٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٦

قال في الكفاية- بعد نقل ذلك:- و الظاهر أن هذه التفاصيل إنما تجرى على القول بتقديم بينة الداخل لا مطلقاً «١».

أقول:

مراده أننا إذا قلنا بترجيح بينة الخارج لم يكن اعتبار لبينة الداخل، فتكون لاغية، بخلاف ما إذا قلنا بترجيح الداخل، فإنه لا يكون إلّا طرح البينتين و ملاحظة المرجحات الأخرى، التي منها اليد، فقد تكون في الطرف الآخر أيضاً. و منه يظهر أن كلام المسالك ليس مبتئاً على مخالفته لما اختاره أولاً من ترجيح بينة الخارج، بل نظره إلى أن فرض المسألة لا يمكن إلّا على اعتبار بينة الداخل و تقديمه.

و قد يقال: إن ما ذكره إنما يتم لو بنى ترجيح بينة الخارج على حديث: «البينة على المدعى»، أما لو بنى على المرجح الخارجى - ككون التأسيس أولى من التأكيد- فيمكن إجراء الكلام على تقديم بينة الخارج أيضاً، و لا بأس به، إلّا أن المبنى الثانى مما لم يعأ به أحد من محققى الطائفة.

و اعلم أيضاً أن مفروض المسألة- كما ذكرنا- إنما هو إذا صرحت بينة القديم أو الأقدم بالملكية الحالية أيضاً، أو ضم مع الملكية القديمة قوله: و لا أعلم له مزيلاً، و نحوه، على كونه معتبراً مقبولاً، كما سيأتى تحقيقه، أو يسكت عن الحال إن قلنا بكفايته فى ثبوت الشهادة الحالية أيضاً. و أمّا لو ضم مثل قوله: و لا- أدرى ما ذا حدث فى الحال، و نحوه مما ينفى الشهادة الحالية، فهو خارج عن المسألة، فتأمل.

(١) الكفاية: ٢٧٧.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٧

ثم أقول: إن بعض ما ذكر إنما هو إذا قلنا بأن تقديم بعض البينات المعارضة على البعض فى مقام تعارضها إنما هو بالمرجحات الاعتبارية الظنية كما هو طريق العامة و إن اقتضى أثرهم بعض الخاصة غفلة عن الحقيقة. و أمّا على ما ذكرنا- من أن المناط هو الأدلة الشرعية من الأخبار و الإجماع- فلا وقع لأكثر هذه التفصيلات الضعيفة، بل الحكم هو المشهور، للاستصحاب المذكور إن كان فى يد ثالث، و إلّا فيقدم ذو اليد، كما مرّ وجهه فى مسألة تعارض الملك القديم و اليد الجديدة.

هذا لو قطع النظر عن إطلاق أخبار المسألة، و إلّا- كما هو الحق- فهو المتبع، و لا تساقط للبينات.

المسألة العاشرة: قالوا: لو تعارضت البينة بالملك المطلق و البينة باليد فالترجيح لبينة الملك

، لأن اقتضاء اليد للملكية إنما هو بعنوان الأصل، فيزول بالدليل.

و استشكل فيه فى الكفاية بجواز أن يكون مستند الشهادة بالملك أيضاً هو اليد، فلا يزيد على الشهادة باليد «١».

و ضعّف: بأنّ بناء الشهادة على مجرد اليد في غاية الندرة، مع الإشكال في جوازه «٢». وفيه: منع الندرة، بل لعلّه الغالب. وإشكال الفقهاء في جوازه لا يوجب تفتنّ الشاهد أيضا. والتحقيق: أنّا إن اكتفينا في قبول الشهادة بالملك المطلق فلا ينبغي

(١) الكفاية: ٢٧٧.

(٢) غنائم الأيام: ٧١٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٨

الريب في دفعها لليد، لما مرّ، وليس علينا الالتفات إلى المستند.

و إن قلنا بلزوم ذكر المستند فاللزام ملاحظة حال المستند مع اليد، فإن دفعها يقدم المستند وإلا اليد، فإذا شهد بأنّه اشتراه زيد عن مالكه، وأخذه ذو اليد غصبا أو عارية، تقدّم شهادة الملك، وإن قال: اشتراه وملكه، ولا أعلم مزيله، يبنى على كفاية ذلك في الشهادة الحالية وعدمها.

المسألة الحادية عشرة: لو تعارضت البيّنة بسبب الملك - مثل قوله: اشتراه أو انتجه في ملكه - والبيّنة بالتصرّف تصرّف الملاك

، قيل: قدّمت بيّنة الملك بالسبب، لكون التصرّف أعمّ من الملك المطلق «١». أقول:

إن ضمت كلّ من البيّتين قوله: و اعلم أنّه ملكه الحال، فإن اعتبرنا هذه الشهادة فيرجع إلى ما تقدّم من تعارض البيّتين، ولا تثمر زيادة السبب أو اليد شيئا، وإن لم نعتبرها فتكون الشهادة هي السبب و اليد، و يرجع إلى ما إذا لم تضمّ هذه الزيادة. فإن اكتفينا في قبول الشهادة للملكية الحالية بالملكية السابقة مع السكوت، أو: ولا أعلم له مزيلا، تندفع بها أصالة اليد، وإلا فتقدّم اليد، لعدم معارض لها، سوى الاستصحاب المندفع باليد، كما يأتي. والله العالم.

(١) القواعد ٢: ٢٢٣، المسالك ٢: ٣٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٢٩

الفصل السابع في ذكر بعض المسائل التي يقع فيها التنازع

إشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: قال في القواعد: لو كان في دكان عطار و نجار فاختلفا في قماشه،

حكم لكلّ بألّه صناعته.

وقال أيضا: لو كان الخياط في دار غيره فتنازعا في الإبرة و المقصص حكم بهما للخياط، لقضاء العادة بأن من دعى خيطا إلى منزله فإنه يستصحب ذلك معه.

و لو تنازعا في القميص فهو لصاحب الدار، لأن العادة أن القميص لا يحمله الخياط إلى منزل غيره.

و راكب الدابة أولى من قابض لجامها.

و صاحب الحمل أولى.

و السرج لصاحب الدابة دون الراكب.

و الراكب أولى بالحمل من صاحب الدابة.

و لو تنازع صاحب العبد و غيره في ثياب العبد فهي لصاحب العبد، لأن يد العبد عليها.

و لو تنازع صاحب الثياب و آخر في العبد تساويا، لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه.

و لو تنازع صاحب النهر و الأرض في حائط بينهما فهو لهما، لأنه

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٠

حاجز بينهما فتساويا «١». انتهى.

أقول:

هذه المسائل كلها متفرعة على الحكم بشيء لصاحب اليد مع يمينه، فالمرجع فيها إلى تعيين ذى اليد، و قد عرفت سابقا أنه لا نص على تعيينه من الشارع و لا من أهل اللغة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، فمن حكم العرف بكونه ذا اليد و متصرفا فيه يقدم قوله مع يمينه.

و لا شك أن مناسبة شيء لصناعة أحد و حرفته لا توجب صدق ذى اليد العرفي، و كذا ظن ملكيته لا يكفي في ذلك الصدق، و لذا لو ادعى نجار منشارا- في يد خياط- أنه ملكه، لا يقدم قوله.

نعم، لو قلنا: إن حكم الشارع بتقديم قول ذى اليد إنما هو لمظنة ملكيته، صح تقديم قول من ظن ملكيته لشيء، لا لصدق اليد، بل لذلك الظن، و هو غير معلوم.

و على هذا، فاللزام في هذه المسائل الرجوع إلى العرف، فنقول:

أما في الأولى، فلا نسلم صدق ذى اليد عرفا على كل ذى صناعة من المتداعيين المذكورين في آلات صناعته، إلا إذا علمنا مع ذلك باستعماله إياها مكررا، و تقلباتها فيه، و أخذها، و وضعها، و العمل بها، و لو لا ذلك فالظاهر تساويهما.

و كذا الثانية، لأن كون خياط في دار غيره لا يدل على أنه دعى إليها للخياطة.

و لو سلم فلا يدل على أنه حمل معه الإبرة و المقصص.

و لا بعد في حمل خياط قميصا معه إلى دار دعى إليها.

(١) القواعد ٢: ٢٢٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣١

فلو كانت الإبرة و المقصص بيد الخياط مستعملا إياهما آخذا و واضعا لهما يحكم فيهما بيده.

و القميص لو كان في يد صاحب الدار أو موضوعا في داره فله.

و لو كان بيد الخياط أو في حجره أو منديله فله.

و لو كان يقصه أو يخيطة في دار زيد ففيه إشكال، لعدم معلومية صدق اليد عرفا عليه مع ذلك، إلا إذا علم أنه لم يدع إلى الدار

للخياطة، بل إلاً إذا لم يعلم أنه دعى إليها لها.

و أما الثالثة فكما ذكره.

و الرابعة كذلك إذا علم أن صاحب الحمل هو الذى حمله على الدابة بنفسه، و أما لو علم أن قابض اللجام هو الذى وضع عليها حمل ذلك الشخص و شدّها فلا نسلم صدق ذى اليد على صاحب الحمل.

و كذا لو اختلفا فى واضع الحمل.

و فى الخامسة يحكم لصاحب الدابة لو لم يعلم أن واضع السرج عليها ذلك الغير، و إلاً فالظاهر تقديم قول الغير، للصدق العرفى.

و السادسة محلّ إشكال، و الظاهر فيها التساوى.

و السابعة كما قال.

و الثامنة محلّ إشكال، بل الظاهر تقديم صاحب الثياب، لصدق اليد عرفاً، و لا مدخلية لعود نفع الثوب فى الصدق.

و أمّا التاسعة، فإن لم يعلم اختصاص أحدهما بمكان الحائط، و لم تكن الأرض ممّا يحكم فى العرف بأنّ الحائط لها- كأن يكون الحائط مختصاً بحدّ واحد منها، و كانت سائر حدودها خالية عن الحائط- فالظاهر أنّه كما لا يد لأحد عليه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٢

و إن كان المكان مختصاً بأحدهما فالحائط له.

و لو كانت الأرض ممّا تقضى العادة بتعلّق الحائط بها- كما إذا كانت محوّطة من الجوانب الأربعة- فالحائط لصاحب الأرض.

المسألة الثانية: قال أيضا: و لو اختلف الموجر و المستأجر فى شيء فى الدار

، فإن كان منقولاً فهو للمستأجر، و إلاً فللموجر «١».

أقول:

هذه أيضا من متفرّعات اليد و التصرف، و الظاهر أنّه قدس سرّه بناها على مظنة الملكية، و قد عرفت ما فيه، مع أن ما ذكره بإطلاقه فى ذلك أيضا محلّ نظر، فإنّ فى جريان الحكم فى كلّ منقول و كلّ مثبت غير ظاهر، فإنّ الحكم بكون مصراع الباب المقلوع الظاهر فيه آثار القلع و الخشبة الكبيرة المعلوم استخراجها من بناء من المستأجر مشكل، و الحكم بكون السلم أو الباب المثبتين أو المسمار المثبت- سيّما إذا كانت الدار بيد المستأجر بالإجارة منذ سنين عديدة- للموجر أشكل.

و التحقيق: أنّه تتعارض هنا ملكية العين مع ملكية المنفعة فى التأثير فى صدق اليد عرفاً، فإن كان لأحدهما فيها تصرف السكنى- بأن يكون ساكناً فيها- فاليد فى المنقولات له مطلقاً، بل فى غيرها أيضا على احتمال، و إن لم يسكن فيها أحدهما فالساكن فيها أخيراً هو صاحب السكنى، فتأمل.

المسألة الثالثة: قال فى التحرير: لو ادعى أنك مرّقت ثوبى فلى عليك الأرش، كفاه أن يقول: لا يلزمنى الأرش

، لجواز التمييز و عدم تعلّق الأرش. فلو أقرّ طولب بالبيّنة و يتعدّر عليه.

قال: و كذا لو ادعى عليه ديناً، فقال: لا تستحقّ عندى شيئاً،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٣
 لم يكلف الحلف على عدم الإقراض، لجواز الاستيفاء أو الإبراء.
 و لو ادعى عينا، فقال: ليس عندي ما يلزمني التسليم، كفى في الجواب، لجواز أن تكون رهنا أو مستأجرة. فلو أقام المالك البينة بالملك وجب التسليم «١». انتهى.
 أقول:

ما ذكره في الجواب فهو كذلك، إذ لا شك أن مجرد دعوى التمييز أو الإقراض أو أخذ العين لا يوجب جوابا- كما مر في بحث الدعوى- بل الموجب للجواب هو المجموع المركب من الأفعال المذكورة، و استحقاق الأرش أو استيفاء الدين أو تسلّم العين. فبالجواب عن الجزء الأخير يحصل الجواب عن الدعوى المركبة، و الأصل عدم وجوب الإلزام بالجواب عن الجزء الآخر الذي لا يلزم بدعواه منفردا جوابا.

و أمّا ما يستفاد من صدر كلامه و صريح ذيله- من أنه لو أقام المدعى البينة على الجزء الأول يطالب المدعى عليه بالجواب، و الخروج عن الحق- فهو كذلك فيما كان بحيث لو ثبت ما ادّعاه كان مثبتا لحقّ على المدعى عليه مطلقا، كالإقراض و أخذ العين. و أما لو كان له فردان أحدهما لا يوجب حقا عليه فلا يطالب المدعى عليه بالجواب أو الخروج عن الحقّ ما لم يدع الفرد الموجب و أقام البينة عليه.

فلو ادعى عليه أنه جنى عليه دابته حين ركوبه، ولى عليه الديّة، و أقام البينة على جناية الدابّة، لم تفد ما لم يقيد بها بكون الجناية من يده.

و كذا لو قال: مرقّ ثوبي- و قلنا بعدم لزوم الأرش بالتمييز لا عن

(١) التحرير ٢: ١٨٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٤
 عمد- لم تفد إقامة البينة ما لم يقيد التمييز بالعمد. و لعلّ ذلك مراد الفاضل أيضا.

المسألة الرابعة: لو كتب الحاكم كتابا للمدعى بالحكم، فاستوفى حقه من المدعى عليه، و طلب الكتاب من المدعى

، قال في التحرير:

لا تجب إجابته «١».

و هو كذلك، للأصل، و لأنه ملكه لسبق حقه عليه، و لاحتمال ترتّب فائدة له عليه.

نعم، قال: لو قال للحاكم: اكتب لي محضرا بقبض الحقّ منّي، لئلا يطالبني الخصم به ثانيا في موضع آخر، فالوجه: وجوب إجابته.
 أقول:

لا ينبغي الريب في رجحانها، لأنّ فيها إجابة ملتزم مسلم، و لكن لا دليل على وجوبها، و الأصل ينفيه.

المسألة الخامسة: إذا اتفقا على استئجار شيء معين في مدّة معينة، و اختلفا في الأجرة

، فالاختلاف إن كان في قدرها، كأن يقول الماجر:

عشرة، و المستأجر: خمسة، فإن لم تكن لأحدهما بينة فالمشهور - كما في الكفاية «٢» - بتقديم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكر للزيادة التي يدعيها الموجر، ولا بينة للمدعى.

و فيها قول للشيخ «٣» و بعض المتأخرين «٤» بالتحالف، لكون كل منهما مدعى لعقد ينكره الآخر، ثم الرجوع إلى أجره المثل.

(١) التحرير ٢: ١٨٦.

(٢) الكفاية: ٢٧٧.

(٣) انظر المبسوط ٨: ٢٦٣.

(٤) حكاة عنه في الكفاية: ٢٧٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٥

و قول للشيخ أيضا بالقرعة مطلقا «١»، لأنها لكل أمر مشكل.

و قول له أيضا بالتفصيل بالفرق بين النزاع قبل انقضاء الأجل فالتحالف، أو بعده فالقرعة أو تقديم قول المستأجر مترددا بينهما «٢».

و إن كانت لهما البينة فمع تقديم تأريخ إحداها تبطل الأخرى، و مع الاتحاد أو الجهل بالمتقدم فالمشهور - كما في الكفاية «٣» - تقديم بينة المؤجر، لأنه المدعى.

و فيه أيضا قول بالتحالف «٤»، و بالقرعة «٥» - فيحلف من أخرجه القرعة - و بتقديم بينة المستأجر على القول بتقديم بينة الداخل «٦».

و إن كانت لأحدهما البينة، ففي الكفاية: أن الحكم فيه لدى البينة.

و استدلل له الأردبيلي بأن كل واحد منهما مدع في الجملة.

و إن كان الاختلاف في نوع الأجر حتى لا يكون بينهما قدر مشترك، فظاهرهم انحصار القول فيه بالتحالف، أو القرعة مع عدم البينة،

أو إقامتهما البينة، و متابعه البينة إن أقامها واحد منهما.

أقول:

أما القول بتقديم قول المستأجر في صورة الاختلاف في القدر و عدم البينة لأنه المنكر، و كذا القول بتقديم بينة المؤجر في صورة

تعارض البينتين، لا يلائم ما ذكره في صورة وجود البينة لأحدهما من الحكم لدى

(١) حكاة عنه في المسالك ٢: ٣٩٤.

(٢) حكاة عنه في المسالك ٢: ٣٩٤.

(٣) الكفاية: ٢٧٨.

(٤) الكفاية: ٢٧٨.

(٥) المبسوط ٨: ٢٦٤. الكفاية: ٢٧٨.

(٦) الكفاية: ٢٧٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٦

البينة مطلقا، لأن مقتضى دليلهم للأولين عدم اعتبار بينة المستأجر، فكيف يحكم له بها؟! و التحقيق: أنه لا ينبغي الريب في كون

المستأجر مدعى أيضا - كما مر في كلام الأردبيلي - و إن استلزم دعواه نفى الزائد، للصدق الواضح العرفي.

و نظير ذلك دعوى المطالب بالدين للأداء، فإنه مدع مع استلزامه نفى ما يطالب به.

و كذا لو ادعى زيد على عمرو مائة، ثم فرسه المعين الذي باعه له أمس، و ادعى عمرو موت ذلك الفرس بعينه شهرا قبل أمس، و

كانت له بينة، فإنه تسمع بينته و إن استلزم نفي ما يدعيه زيد من الثمن عنه.

و الأمر كذلك هنا، لأن المستأجر يدعى وقوع العقد على الخمسة، و هو ادعاء و إن استلزم نفي الزائد، فتقديم قوله مطلقاً- لأنه منكر محض- لا وجه له.

نعم، هو منكر لوقوع العقد على العشرة المستلزمة لإثبات الزيادة، كما أن الموجر منكر لوقوعه على الخمسة المستلزمة لنيها، فالقول الأول- في صورة عدم البينة و الاختلاف في القدر- غير جيد.

و أمّا القول بالتحالف فيها فهو و إن كان موافقاً للقاعدة، إلا أن الرجوع إلى أجره المثل بعده غير جيد، لأنها قد تكون أنقص من الخمسة، مع اعتراف المستأجر باشتغال الذميمة بها، و قد تكون أزيد من العشرة، مع اعتراف الموجر بعدم استحقاق الزائد. بل هما معترفان بوقوع العقد على المعين، و أنه ليس غير الخمسة أو العشرة، فالرجوع بعد التحالف إلى القرعة بين القدرين أجود، مع أن في التحالف هنا أيضاً كلاماً مرّ وجهه،

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٧

و هو أن المتبادر من المدعى و المنكر- في صورة التقابل و توظيف حكم لكل منهما- هو المدعى و المنكر المحض في الدعوى الواحدة، مع أن يمين أحدهما أولاً و سقوط دعوى الآخر تثبت دعوى الحالف، لاعتراضهما بعدم خروج العقد عن أحد الأمرين. فأجود الأقوال هو القول الثالث، و هو الرجوع إلى القرعة، و أحوطهما الجمع بين التحالف و القرعة في القدر، كما مرّ. هذا مع عدم البينة، و أمّا مع وجودها لهما فالرجوع إلى القرعة أظهر، لرواية البصرى و صحیحته الحلبي المتقدمين في بحث تعارض البينات «١»، سيما مع ما ذكرنا من عدم معلومية شمول البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه لمثل ذلك، خصوصاً رواية منصور المتضمنة للفظ: «ذی الید» «٢».

و مع وجودها لأحدهما فالحكم لذی البينة، لصدق المدعى عليه، كما مرّ.

و كذا الحكم في صورة الاختلاف في النوع، فيقرع مع عدم البينة، أو وجودها لهما، و يحكم لذی البينة مع وجودها لأحدهما.

مسألة: إذا ادعى استئجار دار بأجرة، و قال الموجر: بل بيت منها بتلك الأجرة، و لا بينة

، فقال الشيخ و المحقق: يقرع «٣». و قيل: يقدم قول المؤجر، لأنه المنكر للزيادة «٤». و الأول أقرب، لما مرّ.

(١) راجع ص: ٤٠٥ و ٤٠٦.

(٢) التهذيب ٦: ٢٤٠-٥٩٤، الاستبصار ٣: ٤٣-١٤٣، الوسائل ٢٧: ٢٥٥ أبواب كيفية الحكم ب ١٢ ح ١٤.

(٣) الشيخ في المبسوط ٨: ٢٦٤، المحقق في الشرائع ٤: ١١٣.

(٤) الكفاية: ٢٧٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٨

و قيل بالتحالف حينئذ، فيحكم للحالف، و مع حلفهما أو نكولهما يحكم بطلان الإجارة، و عدم استحقاق الأجرة، و مع استيفاء المنفعة بأجرة المثل، و وجهه كون كل منهما منكر «١».

و قد مرّ ما يضعفه، مع أنه قد يوجب إسقاط ما يعترفان باستحقاقه من الأجرة المعينة و منفعة البيت.

و لو كانت لأحدهما بينة يقضى له.

و لو كانت لهما، فمع اتحاد التاريخ أو الجهل يقرع.

و مع تقدّم تاريخ الدار تبطل إجارة البيت.
و مع تقدّم إجارة البيت حكم به بالأجرة المسمّاء، و بطل من إجارة الدار ما قابلها، و صحّ في الباقي، و يعلم ذلك بمعرفة أجرة المثل و مراعاة النسبة.

و لو ادّعى استئجار بيت بأجرة، و قال الموجر: بل آجرت ذلك البيت الآخر بها، و لا بينة، يقرع بينهما.
و توهم كون ذلك دعويان متخالفتان- فيعمل في كلّ منهما بمقتضى القضاء- إنّما يصحّ إذا اقتصر كلّ منهما على دعوى إجارة ما يدّعيه، دون نفى الآخر.

و أمّا مع اعترافهما أو أحدهما بوحدة العقد و الموجر به فلا يتمّ ذلك، إذ قد يحلفان أو ينكلان، فيلزم الحكم بما يعترفان فيه بعدم الاستحقاق.

و لو كانت بينة لأحدهما يحكم له.

(١) القواعد ٢: ٢٢٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٣٩

و لو كانت لهما يقرع أيضا إذا اتفق المتنازعان على وحدة الموجر به، و عدم استحقاق الأجرتين و المنفعتين، و إلّا فيحكم لهما.
و كذا يقرع لو وقعت الدعوى المذكورة على اجرة عتيّة مخصوصة واحدة- كثوب معين- إلّا إذا أقاما البينة و تقدّم تاريخ أحدهما فيحكم بها، و يبطل الآخر. و الله العالم بحقائق أحكامه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٠

المطلب الثالث في بيان ما يحتاج إلى الرفع إلى الحاكم و الدعوى و الرجوع إلى حكمه، و ما لا يحتاج إليه و يجوز فيه التقاض بدون الترافع

إشاره

اعلم أنّ منشأ التخالف بين الشخصين و التنازع في واقعة إمّا يكون لأجل جهل طالب الحقّ- الذي هو المدّعى- بحكم الواقعة، و لأجله يجوز ثبوت حقّ له على خصمه فينازعه.

أو جهله بنفس الواقعة، كالدعوى الظنيّة أو الاحتماليّة، على القول بسماعهما.

أو لأجل اختلاف المجتهدين في حكم الواقعة، فطالب الحقّ يقلّد من يقول بثبوت الحقّ له، و خصمه يقلّد من ينفيه، أو الأول يقلّد من يثبت حقّا في واقعة- كالقصاص- و الثاني يقلّد من يثبت غيره، كالديّة. و منه تنازع أحد الشركاء الثلاثة في الشفعة، و الولد الأكبر مع سائر الورثة في الحبوّة، و المتبايعين في لزوم العقد و عدمه في الصيغّة الفارسيّة، و غير ذلك.

أو لأجل إنكار المدّعى عليه الحقّ عدوانا، أو سهوا و نسيانا، أو عدم بقاء الحقّ و إن لم يكن منكرا.

و قد يكون الاحتياج إلى الرفع إلى الحاكم لمجرد الاستيفاء، من غير سبق منازعة و إنكار- كطالب القصاص ممّن يقرّ بالقتل و هو تحت يد الولي، أو طالب الحقّ من صغير أو غائب ماله في يده، و نحو ذلك- و يكون النزاع حينئذ فرضيا.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤١

فإن كان منشأ النزاع المتحقق أو الفرضي أحد الجهلين فلا مناص من الترافع، أو ترك الحقّ.

أمّا في الجهل الأول فلأنّ الطالب لا يعلم الحكم، فلعلّه لم يكن بذى حقّ، و الأصل عدم ثبوته له.

و أمّا في الثاني فلائنه لا يعلم ثبوت حقّ له، و لا يثبت له حقّ إلّا بالحلف أو النكول الذي يختصّ الحكم به بالحاكم.

و كذا إن كان المنشأ اختلاف العلماء، فلا يجوز للطالب أخذ حقّ بدون الترافع و حكم الحاكم، لأنّ ثبوت الحقّ له إمّا يكون بتقليد الطرفين لمن يقول بثبوته- و المفروض انتفاؤه، و إلّا لما كان بينهما نزاع- أو بحكم الحاكم.

و أمّا ثبوته بتقليد المدعى خاصّة فلا، لأنّ القدر المسلّم ثبوته أنّ رأى المجتهد حكم له و لمقلّده ما لم يزاكما حقّ شخص آخر لا يقلّده في ذلك الأمر- كما مرّ في أوائل الباب- و لم يثبت من أدلّة التقليد أزيد من ذلك.

و أمّا كونه حكماً ثابتاً له إذا زاحمه حقّ غيره الذى لا- يقلّده ذلك المجتهد فلا دليل عليه أصلاً، فلا يصير السيف- مثلاً- ملكاً له بالحبوة بتقليد من يقول بدخوله في الحبوة ما لم يقلّده سائر الورثة أيضاً، فلا يجوز له التقاض بسببه.

و إن كان منشأ النزاع الفرضى أو الواقعى مجرّد إنكار المدعى عليه بأحد وجوه المذكورة، أو عدم بقائه، أو عدم كون الإبقاء بيده- كالقصاص، أو الحقّ الذى على الصغير مثلاً، و المال بيد ذى الحقّ- فقد وقع الخلاف فى توقّف استيفاء الحقّ فى بعض موارد على الترافع و عدمه.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٢

و المراد توقّفه عليه شرعاً، بمعنى: أنّه هل يجوز لطالب الحقّ الاستيفاء لو أمكن بدون الرفع و يحلّ له ما استوفاه شرعاً؟ و إلّا فلا كلام فى التوقّف فى صورة عدم إمكان الاستيفاء لجحود الخصم و تغلبه، بحيث لم يمكن الوصول إلى الحقّ و دفع تغلب الخصم بدون التوصل إلى الحاكم.

ثمّ لبيان محلّ الخلاف و تحقيق الحقّ فى المقام نقول: و المطلوب إمّا يكون عقوبته، أو حقاً غير مالى، أو مالا، فهنا ثلاثة أبحاث مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٣

البحث الأول فى العقوبات

و هى إمّا قصاص، أو حدّ، أو دية، و الأخير داخل فى الدعاوى المالىة.

أمّا الأول:

ففيه قولان:

الأول:

عدم الاحتياج إلى الحاكم، و جواز استقلال الولى فى القصاص، اختاره فى موضع من المبسوط و النافع «١»، و ظاهر الشرائع حيث جعل التوقيف أولى «٢»، و الفاضل فى أحد قوليّه «٣»، و أكثر المتأخّرين، بل عامّتهم- كما قيل «٤»- و نسبه فى كتاب قصاص المسالك إلى الأكثر «٥».

و الثانى:

وجوب الرفع إلى الحاكم، ذهب إليه فى موضع آخر من المبسوط و فى الخلاف «٦»، و عن المقنعة و المهذب و الكافى و القواعد و الغنية و قضاء المسالك «٧»، و فى الكفاية: لا أعرف فيه خلافاً «٨». و عن الغنية:

بلا خلاف «٩»، و عن ظاهر الخلاف: الإجماع عليه «١٠».

(١) المبسوط ٧: ٥٤، النافع: ٢٩٩.

(٢) الشرائع ٤: ٢٢٨.

(٣) التحرير ٢: ٢٥٥.

(٤) الرياض ٢: ٥٢١.

(٥) المسالك ٢: ٤٧٧.

(٦) المبسوط حكاه عنه في التنقيح ٤: ٤٤٤، الخلاف ٢: ٣٦٩.

(٧) المقنعة: ٧٦٠، المهذب ٢: ٤٨٥، الكافي: ٣٨٣، الغنية (الجوامع الفقهية):

٦٢٠، المسالك ٢: ٤٧٧.

(٨) الكفاية: ٢٧٥.

(٩) الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٢٠.

(١٠) الخلاف ٢: ٣٦٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٤
 و الأقوى هو الأول، لقوله سبحانه فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ «١»، و عموم أخبار جواز اقتصاص الولي من الجاني «٢»، و هي كثيرة جدًا، و الأصل عدم التوقف على شيء.
 و دليل الثاني: الإجماع المنقول.
 و احتياج إثبات القصاص و استيفائه إلى الاجتهاد، للاختلاف.
 و القياس على الحدود بالطريق الأولى.
 و مفهوم رواية محمد: «من قتله القصاص بأمر الإمام فلا دية له في قتل و لا جراحة» «٣».
 و بعض اعتبارات آخر ضعيفة.
 و يرد الأول: بعدم الحجية، سيما مع مخالفته للشهرة المطلقة و المقيدة المحكية.
 و الثاني: بخروج موضع الاختلاف عن محلّ الخلاف، إذ هو يتقن الولي بثبوت القصاص، و هو غير متوقف على إذن الحاكم في كثير من الموارد، و منها: ما إذا كان الولي من أهل الاجتهاد و النظر، أو عالما بمواقع الإجماع أو الضرورة، أو بفتوى المجتهد، و نحو ذلك.
 و الثالث: ببطان القياس، و بمنع الأولوية، لعدم مقطوعيّة العلة.
 و الرابع: - مع كون مفهومه مفهوم وصف لا- حجية فيه- بأنه لو اعتبر لكان مقتضاه ثبوت الدية على الولي القاتل إذا لم يكن بإذن الإمام، و القائلون بالتوقف لا يقولون به.

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) الوسائل ٢٩: ١٢٦ أبواب القصاص في النفس ب ٦٢.

(٣) التهذيب ١٠: ٢٧٩-١٠٩١، الوسائل ٢٩: ١٨٣ أبواب قصاص الطرف ب ٢١ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٥

مضافا إلى أنه لا يدلّ على اعتبار إذنه بالخصوص، فإنّ كلّ قصاص شرعي إنّما هو بأمر الإمام.

ثمّ على القول الأخير، لو بادر الولي إلى القصاص لم يكن عليه قود و لا دية بلا خلاف، للأصل، و اختصاص أدلتهما بغير ذلك. و في استحقاقه التعزير و عدمه قولان.

و هل قصاص الطرف كقصاص النفس- لأنه قصاص، و للأصل، و العمومات- أو يجب فيه الرفع، لأنه بمثابة الحدّ؟ الأقرب: الأول، لما ذكر.

و أمّا الثاني:

فلا تجوز المبادرة إليه بدون إذن الحاكم، لظاهر الإجماع، و رواية حفص بن غياث: من يقيم الحدود: السلطان أو القاضي؟

فقال: «إقامة الحدود إلى من إليه الحكم» (١). والله العالم.

(١) الفقيه ٤: ٥١-١٧٩، التهذيب ٦: ٣١٤-٨٧١ ج ١٠: ١٥٥-١٦١، الوسائل ٢٧: ٢٩٩ أبواب كيفية الحكم ب ٣١ ح ١ ج ٢٨: ٤٩ أبواب مقدمات الحدود ب ٢٨ ح ١. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٦

البحث الثاني في الحقوق الغير المالية، كالزوجية، والوصاية، والطلاق، وحق الشفعة، والخيارات، ونحوها.

والظاهر: الإجماع على عدم وجوب المرافعة و إذن الحاكم فيها، واستقلال ذى الحق في استيفائه مع الإمكان و علمه بحقه - اجتهادا، أو تقليدا، أو ضرورة و إجماعا - لظاهر الإجماع، والأصل الخالي عن المعارض بالمرّة. مضافا إلى رجوع بعض الحقوق إلى المال الثابت جواز أخذه بلا رفع، كما في الحق الثابت بخيار الفسخ، و نحوه، فتأمل. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٧

البحث الثالث فيما إذا كان المطلوب مالا، عينا أو دينا

إشاره

و في كلّ منهما: إمّا يكون المطلوب منه مقرّبا به باذلا غير مماطل و لا معتذرا، أو لا يكون كذلك. فإن كان الأول فلا كلام فيه، و لا دعوى، و لا يجوز الأخذ بدون إذن الغريم حينئذ، لأنّ الغريم مخير في جهة القضاء، فلا يتعيّن إلّا بتعيينه.

نعم، للحاكم أيضا تعيينه لو كان الغريم غائبا، لعموم النص المصرح بالقضاء عن الغائب. و إن كان الثاني، فالظاهر الإجماع على عدم وجوب الرفع، و جواز مقاصّة الطالب عن مال المطلوب منه بنفسه في الجملة، و إنّما الخلاف في بعض موارد.

و لنذكر أولا طائفة من الآيات و الأخبار المجوّزة للمقاصّة، ثمّ نتبعها بما يستنبط منها.

أمّا الآيات: فقوله سبحانه فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (١).

وقوله فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقْتُمْ بِهِ (٢).

و أمّا الأخبار: فمنها صحيحة الحضرمي: رجل كان له على رجل مال، فجحده إياه، و ذهب به، ثمّ صار إليه بعد ذلك للرجل الذي ذهب

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) النحل: ١٢٦.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٨

بماله مال قبله، أو يأخذه مكان ماله الذي ذهب به ذلك الرجل؟ قال: «نعم، لكن لهذا كلام يقول: اللهم إنّي آخذ هذا المال مكان مالى الذي أخذه منّي، و إنّي لا آخذ ما أخذته خيانه و لا ظلما» (١).

و الأخرى، و هي أيضا قريبة من سابقتها «٢».

و زاد في خبر آخر: «إن استحلّفه على ما أخذ منه فجاز أن يحلف إذا قال هذه الكلمة» «٣».

و الأخرى: رجل لي عليه دراهم، فجددني و حلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقّي؟ فقال: «نعم، و لكن لهذا كلام» قلت: و ما هو؟ قال: «تقول: اللهم لم آخذه ظلما و لا خيانة، و إنّما أخذته مكان مالي الذي أخذ منّي، لم أزد شيئا عليه» «٤».

و رواية ابن وضاح: كانت بيني و بين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم، فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، و قد علمت بأنّه حلف يمينا فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيرة، فأردت أن أقبض الألف درهم التي كانت لي عنده فأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن عليه السّلام، فأخبرته أنّي قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال، فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت؟ فكتب: «لا تأخذ منه شيئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلّفته

(١) الكافي ٥: ٩٨-٣، التهذيب ٦: ١٩٧-٤٣٩، الاستبصار ٣: ٥٢-١٦٩، الوسائل ١٧: ٢٧٤ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٥، بتفاوت يسير.

(٢) الفقيه ٣: ١١٤-٤٨٥، الوسائل ١٧: ٢٧٤ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٥.

(٣) الفقيه ٣: ١١٤-٤٨٧، الوسائل ١٧: ٢٧٤ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٦.

(٤) التهذيب ٦: ٣٤٨-٩٨٢، الاستبصار ٣: ٥٢-١٦٨، الوسائل ١٧: ٢٧٣ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٤٩

لأمرتك أن تأخذها من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه، لقد مضت اليمين بما فيها» «١».

و صحيحة داود بن زربي: إنّي أخالط السلطان، فتكون عندى الجارية فيأخذونها، أو الدابة الفارسة فيأخذونها، ثمّ يقع لهم عندى مال، فلي أن آخذه؟ فقال: «خذ مثل ذلك، و لا تزد عليه» «٢»، و قريبة منها الأخرى «٣».

و صحيحة البقباق: إنّ شهابا ماراه في رجل ذهب له ألف درهم، و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: قلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السّلام، فذكر له ذلك، فقال: «أمّا أنا فأحبّ أن تأخذ و تحلف» «٤».

و رواية الأرميني، كان لي على رجل دراهم، فجددني، فوقع له عندى دراهم، فأقبض من تحت يدي مالي عليه؟ و إن استحلّفني حلّفت أن ليس له عليّ شيء؟ قال: «نعم، فأقبض من تحت يدك، و إن استحلّفك فاحلف له، إنّه ليس له عليك شيء» «٥».

و رواية إسحاق بن إبراهيم: إنّ موسى بن عبد الملك كتب إلى أبي جعفر عليه السّلام يسأله عن رجل دفع إليه مالا ليصرفه في بعض وجوه البرّ، فلم

(١) الكافي ٧: ٤٣٠-١٤، التهذيب ٦: ٢٨٩-٨٠٢، الاستبصار ٣: ٥٣-١٧٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٦ أبواب كيفية الحكم ب ١٠ ح ٢، بتفاوت.

(٢) التهذيب ٦: ٣٣٨-٩٣٩، الوسائل ١٧: ٢٧٢ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١، بتفاوت يسير. و فيهما: عن داود بن رزين.

(٣) الفقيه ٣: ١١٥-٤٨٩، الوسائل ١٧: ٢٧٢ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١.

(٤) التهذيب ٦: ٣٤٧-٩٧٩، الاستبصار ٣: ٥٣-١٧٤، الوسائل ١٧: ٢٧٢ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٢.

(٥) التهذيب ٨: ٢٩٣-١٠٨٣، الوسائل ٢٣: ٢٨٥ أبواب الأيمان ب ٤٧ ح ١، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٠

يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الذي أمره به، وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فسأل هل يجوز لي أن أقبض مالي، أو أردّه عليه و أقتضيه؟

فكتب: «اقبض مالك ممّا في يدك» (١).

و رواية عليّ بن سليمان: رجل غضب رجلا مالا أو جارية، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعه أو قرض مثل ما خانه أو غضبه، أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب عليه السلام: «نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه، و يسلم الباقي إليه إن شاء الله» (٢).

و رواية جميل: عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيجحدّه، فيظفر من ماله بقدر الذي جحدّه، أ يأخذّه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟

قال: «نعم» (٣).

ثمّ نقول: إن تحقيق المقال في هذا المجال بذكر مسائل:

المسألة الأولى: المال المطلوب إن كان عينا

، فإن كان المالك قادرا على أخذه من دون فتنه أو مشقّة، و لا ارتكاب أمر غير مشروع- كدخول دار الغاصب بغير إذنه، أو ثقب «٤» جداره، أو نحو ذلك- جاز له الأخذ من غير رفع إجماعا، للاستصحاب، و تسليط الناس على أموالهم، و للأصل. و لا يجوز له الأخذ من مال الغاصب بقدره حينئذ، للأصل، و ظاهر

(١) التهذيب ٦: ٣٤٨-٩٨٤، الاستبصار ٣: ٥٢-١٧٠ الوسائل ١٧: ٢٧٥ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٨، بتفاوت.

(٢) التهذيب ٦: ٣٤٩-٩٨٥، الاستبصار ٣: ٥٣-١٧٣، الوسائل ١٧: ٢٧٥ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٩ و فيه: رجل غضب مالا ..

(٣) التهذيب ٦: ٣٤٩-٩٨٦، الاستبصار ٣: ٥١-١٦٧، الوسائل ١٧: ٢٧٥ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١٠.

(٤) في خ ل «ح»: نقب ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥١

الإجماع.

و أما إطلاق صحيحة داود الاولى و روايتي ابن وضّاح و عليّ بن سليمان فشموله لمثل تلك الصورة غير معلوم، و لا ظاهر. و إن توقّف أخذه على أمر غير مشروع- كتصرّف في داره، أو فتح بابه- من غير إضرار بالغاصب، و لم يمكن بغير ذلك جاز الأخذ أيضا، و يحلّ له ما لا يحلّ لغرض آخر، لنفي الضرر و الضرر المعارض لحرمة التصرف في مال الغير مثلا، فتبقى الإباحة الأصلية بحالها.

و كذا لو تضمّن ضررا لم يكن أزيد من ضرر المالك، لقوله سبحانه:

فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ، و قوله فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ.

و لو نوى ضمان ضرره حينئذ صار جواز الأخذ أظهر، لعدم صدق الضرر.

و لو أمكن الأخذ حينئذ بالرجوع إلى الحاكم، فهل يتعين- تحرّزا عن ضرر الغاصب أو ارتكاب ما لا يحلّ- أو يجوز الأخذ، للآيتين؟

فيه احتمالان، و الأحوط الرفع.

و لو أمكن المقاصّة من مال آخر له جازت المقاصّة مع إمكان أحد الأمرين المتقدّمين - من أخذ العين بالتصرّف في ماله أو إضراره، و من الرفع - أو كليهما، لإطلاق الصحيح و الروايتين. و يجوز الرفع أيضا بلا ريب. و مقتضى الآيتين جواز الأمر الأول أيضا. و الظاهر أنّ تأخير الغاصب في الردّ تأخيرا موجبا للضرر كنفس الغصب و عدم إرادة الردّ أيضا. ثمّ لو اقتصّ المالك من مال الغاصب، ثمّ ردّ الغاصب العين، فللمالك الأخذ، للاستصحاب، و عليه ردّ المال المقاص - لعدم ثبوت جواز

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٢

التصرّف فيه - إليه حينئذ أيضا. و كذا لو ظفر المالك بعينه.

هذا إذا كانت العين المقاصّة باقية، و لو تلفت فلا يجب على المالك العوض من ماله، للأصل.

و هل يجوز له أخذ عين ماله من الغاصب - للاستصحاب - أو لا يجوز، لاستلزامه الجمع بين العوض و المعوّض؟

فيه إشكال، و إن كان الأول أقرب، لما مرّ، و منع كونه ما أخذ عوضا عن ماله أولا، بل هو أمر جوزه الشارع عقوبته، و منع عدم جواز الجمع بين العوض و المعوّض ثانيا.

المسألة الثانية: و إن كان المطلوب دينا، و الغريم جاحدا، و ليست له يئنة

، أو كانت و لم يمكن التوصل إلى الحاكم، أو أمكن و لم يكن حكمه نافذا عليه، أو احتاج الإثبات عند الحاكم إلى مدّة، أو تعب يوجب الضرر، أو كان مماطلا و لم يمكن الانتزاع بالحاكم، جازت المقاصيّة من مال الغريم بلا خلاف يعرف، كما صرح به في الكفاية أيضا «١»، و تدلّ عليه الآيتان، و الأخبار المتقدّمة جميعا مع الجحود، و طائفة منها مع المماطلة. و لو أمكن الوصول إلى الحقّ بالرفع إلى الحاكم من غير تأخير و ضرر، كان مقرّا مماطلا أو جاحدا، ففي جواز التقاصّ حينئذ و عدمه قولان:

الأول: للأكثر - كما في المسالك و الكفاية «٢» و عن الصيمري - و منهم:

الشيخ و الشرائع و المسالك و الدروس و الخلاف «٣»، بل قيل: عامّة المتأخّرين «٤».

(١) الكفاية: ٢٧٥.

(٢) المسالك ٢: ٣٨٨، الكفاية: ٢٧٥.

(٣) الشيخ في المبسوط ٨: ٣١١، الشرائع ٤: ١٠٩، المسالك ٢: ٣٨٩، الدروس ٢: ٨٥، الخلاف ٢: ٦٤٦.

(٤) انظر الرياض ٢: ٤١١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٣

للعوميات المتقدّمة، بل صريح بعضها، و هو رواية إسحاق، حيث قال فيها: أو أردّه عليه و أقتضيه. فإن الاقتضاء صريح في إمكان التوصل.

و الثاني: للنافع «١»، للأصل، و بعض الاعتبارات اللّازم رفع اليد عنها بما مرّ.

و هل يحلّ التقاصّ مطلقا؟ كما هو مذهب المعظم.

أو يجب ذكر الكلام المذكور في الأخبار الأربعة الأولى؟ كما عن الصدوق في الفقيه و الشيخ في التهذيب «٢».

الأظهر: الأول، للأصل، و عدم دلالة غير الثالثة على تعيين ذكره و التوقّف عليه، بل غايته الاستحباب، كما عليه أكثر الأصحاب.

و أمّا الثالثة، فهي و إن دلّت بالمفهوم على اعتباره في الجواز إلّا أنّ مقتضاها اعتباره في جواز الحلف خاصّة، و هو ممّا لم يقل به أحد.

و يشترط جواز المقاصة بعدم الترافع والتحالف، فإنه لا يجوز التقاص بعده، كما مرّ.
و لا يشترط فيها إذن الحاكم، للأصل.
نعم، تشترط فتواه في محل الاختلاف.

المسألة الثالثة: مقتضى عموم أكثر الأخبار المتقدمة و خصوص صحيحى داود و رواية على بن سليمان: جواز المقاصة

من جنس الحقّ و من غيره، كما هو ظاهر الفتاوى، و صريح جماعة أيضا «٣».
فما يظهر من بعضهم - من التأمل في جواز الأخذ من غير جنس

(١) النافع: ٢٨٤.

(٢) الفقيه ٣: ١١٥، التهذيب ٦: ٣٤٩.

(٣) النافع: ٢٨٤، الكفاية: ٢٧٥، الرياض ٢: ٤١٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٤

الحقّ - لا وجه له أصلا.

و هل يتوقف الأخذ من غير الجنس على تعذر الأخذ من الجنس أم لا؟

عن جماعة - منهم الشهيدان «١» - الأول، و الأقرب - الموافق لظاهر جمع آخر «٢» - الثاني، للعمومات، و عدم دليل على تعيين الجنس حين إمكانه.

فإن قيل:

الأخذ من غير الجنس يتوقف على تقويم و تفويض، بقبول أو بيع، و كلّ ذلك مخالف للأصل، لا- يصار إليه إلّا مع التوقف، و لا توقف مع إمكان الأخذ من الجنس.

قلنا:

التقويم لا- مخالفة للأصل فيه، و التفويض يتحقّق في الجنس أيضا، مع أنّه لو سلّم يجوز ارتكابه مع الدليل، و هو هنا موجود، لأنّ ما يدلّ بعمومه على أخذ غير الجنس يدلّ على ذلك أيضا، للتوقف.

ثمّ إن كان المأخوذ منه من جنس الحقّ، فإن كان ما ظفر به بقدر الحقّ أو كان زائدا عليه و أمكن أخذ القدر بدون التصرف في الزائد فلا كلام.

و كذا إن وقع القدر و الزائد في يده بإذن الغريم بقرض أو وديعة - على القول بجواز التقاص منها - فيأخذ القدر، و يردّ الزائد.

و إن لم يكن بيده و توقف أخذ القدر بالتصرف في الزائد أيضا - كما لو كان المجحود ألف درهم، و ظفر بكيس أو صندوق فيه ألفان،

(١) الشهيد الأول في الدروس ٢: ٨٥، الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٨٩.

(٢) منهم المحقّق في الشرائع ٤: ١٠٩، و العلامة في التحرير ٢: ١٨٨، و السبزواري في الكفاية: ٢٧٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٥

و لم يمكن أخذ الألف إلّا بنقله إلى مكان آخر و فتحه - فهل يجوز هذا التصرف في الزائد أم لا؟

الظاهر: نعم، لأدلة نفي الضرر المعارضة مع أدلة النهي عن تصرف مال الغير، و لأنّه لو لم يجز التصرف في الزائد لما جاز التصرف في

قدر الحق حينئذ أيضاً، لأن سبب الحرام حرام، مع أنه جائز لإطلاق الآيتين، و بعض العمومات المتقدمة. و من ذلك ظهر جواز التصرف في الزائد من غير الجنس أيضاً، و يكون الزائد في صورتين أمانة في يده، و لا ضمان عليه لو تلفت بدون تقصيره و تفریطه - كما صرح به في التحرير «١» - إذا لم يمكن الأخذ بدون الزيادة، للأصل. و لو أخذ الجنس الذي لم يكن بيده و تلف كان من ماله، لأنه إن أخذه بقصد التقاص صار ماله، و إن أخذه متردداً بين التقاص و عدمه كان تصرفاً غير جائز، فيضمن. و لو كان المأخوذ من غير الجنس، فظاهر الكفاية الإجماع على تخييره بين أخذه بالقيمة و بين بيعه و قبض ثمنه لحقه، و حيث قال: و يتخير عند الأصحاب «٢».

و ظاهر الدروس الخلاف فيه، حيث قال: و الأقرب تخييره بين تملكه بالبيع و بالقيمة «٣».

و كيف كان، فالظاهر التخيير، لتجوز الاعتداء، و أخذ الحق منه

(١) التحرير ٢: ١٨٨.

(٢) الكفاية: ٢٧٥.

(٣) الدروس ٢: ٨٥.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٦

و قبضه، و أخذ مثل المال منه على سبيل الإطلاق في العمومات، و هو يحصل بكل من الوجهين، و الأصل عدم تعيين نوع خاص منه. و ليس له الانتفاع بما أخذ قبل القبول أو البيع، و عليه المبادرة إلى أحدهما، فلو أخر مع الإمكان فنقصت الثمن ضمن النقصان، و لا يضمن ما نقص قبل التقصير، كذا قال في التحرير «١».

و لا أدري دليلاً تاماً على تضمين نقصان الثمن بالتأخير، مع كون أصل التصرف جائزاً، و الأصل عدم الضمان، سيما إذا كان التأخير لطلب زيادة في القيمة، أو مصلحة أخرى للمالك أو نفسه.

و أولى بعدم الضمان ما إذا لم يحصل لأجله ضرر على المالك، كما إذا كان المال مما لم يرد مالكة يبعه.

و لو تلف المساوي للحق من غير الجنس قبل القبول أو البيع من غير تقصير منه، فقال الشيخ: الأليق بالمذهب عدم الضمان «٢». و هو كذلك، للأصل.

و احتمال الفاضلان الضمان، لأنه قبض بدون إذن المالك «٣».

و فيه: أن إذن الشارع أعظم من إذن المالك.

المسألة الرابعة: في جواز المقاصة من الودیعة و عدمه قولان:

الأول:

للتهذيبيين و السرائر و الشرائع و النافع و المختلف و الإرشاد و التحرير و شرح الشرائع للصيمري و التنقيح و النكت و المسالك «٤»، و فيه

(١) التحرير ٢: ١٨٨.

(٢) المبسوط ٨: ٣١١.

(٣) المحقق في الشرائع ٤: ١٠٩، العلامة في التحرير ٢: ١٨٨.

(٤) التهذيب ٦: ٣٤٩، الاستبصار ٣: ٥٣، السرائر ٢: ٣٦، الشرائع ٤: ١٠٩، النافع: ٢٨٤، المختلف: ٤١٢، التحرير ٢: ١٨٨، التنقيح ٤: ٢٦٨، المسالك ٢: ٣٨٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٧
 و في الكفاية: أن عليه أكثر المتأخرين «١»، وقيل: بل لعله عليه عامتهم «٢».
 و هو الأقوى، لعموم الآية، و إطلاق أكثر الأخبار المتقدمه، بل عمومها الناشئ عن ترك الاستفصال، و خصوص رواية إسحاق بن إبراهيم السابقة، و أظهر منها صحيحة البقباق، و رواية علي بن سليمان.
 و دلالة الصحيحة على الرجحان - المخالف لظاهر الاتفاق كما قيل «٣».
 حيث إنهم حكموا بالكرهه - غير قادح في الحجية، لاحتمال خصوصية في واقعة شهاب - من جهته، أو من جهة الرجل، أو من جهة ماله - أوجبت ذلك الرجحان.
 و القول بأصالة عدم الخصوصية واه جدا، إذ قد تكون جهات الرجحان موافقة للأصل أو مساوية مع خلافها بالنسبة إلى الأصل.

و الثاني:

للصدوق في أكثر كتبه و التقى الحلبي و الكيدري و الطبرسي و ابن زهرة «٤» مدعيا عليه إجماع الإمامية، و نسب إلى بعض متأخري المتأخرين، و لعله صاحب الوافي «٥»، و نسبه في التحرير إلى الشيخ أيضا «٦».
 للإجماع المنقول، و للكتاب، و السنة المستفيضة الآمرة بردّ الوديعه «٧».

(١) المسالك ٢: ٣٨٩، الكفاية: ٢٧٥.

(٢) الرياض ٢: ٤١٢.

(٣) الرياض ٢: ٤١٢.

(٤) الصدوق في الفقيه ٣: ١٨٥، التقى في الكافي في الفقه: ٣٣١، الطبرسي في مجمع البيان ١: ٢٨٨، ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٩٢.

(٥) انظر الرياض ٢: ٤١٢، الوافي ١٨: ٨١٥.

(٦) التحرير ٢: ١٨٨.

(٧) الوسائل ١٩: ٧١ أبواب أحكام الوديعه ب ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٨

و خصوص صحيحة ابن عمّار: الرجل يكون لى عليه الحق، فيجحدنيه، ثمّ يستودعنى مالا، ألى أن آخذ مالى عنده؟ فقال: «لا، هذه خيانته» «١».

و رواية ابن أخى الفضيل الصحيحه عن ابن أبى عمير: إنّ ابني مات و ترك مالا فى يد أخى، فأتلغه، ثمّ أفاد مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك، فقال: «لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أذّ الأمانة إلى من ائتمنك، و لا تخن من خانك» «٢».

و الأول ليس بحجة، سيّما مع مخالفة أجلاء الطائفة و الشهرة العظيمة المتأخرة.

و الثانى بالمعارضة بالمثل من الكتاب و السنة المجوّزة للتقاص «٣»، الراجحة على ما ذكره بالشهرة، و باتفاقهم على رجحانها على عمومات حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، مع أنّ ما ذكره ليس بأقوى من تلك العمومات.

و الروايتان محمولتان على الكراهة بقريته الأخبار المجوزة للتقاص عن الوديعة، مع كونهما أعم من اجتماع شروط المقاصة من إمكان الأخذ منه، و عدم الإحلاف سابقا، و غير ذلك. و احتمال كون الإلتلاف في الأخيرة ممّا لا يوجب الضمان المجوزة للتقاص.

المسألة الخامسة: لو اقتص حقه، ثم أنى الغريم بالمال الموجود

أو

(١) الكافي ٥: ٩٨-٢، الفقيه ٣: ١١٤-٤٨٣، التهذيب ٦: ١٩٧-٤٣٨، الوسائل ١٧: ٢٧٥ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ١١.

(٢) التهذيب ٦: ٣٤٨-٩٨١، الاستبصار ٣: ٥٢-١٧٢، الوسائل ١٧: ٢٧٣ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣ ح ٣.

(٣) راجع ص: ٤٤٧ و ٤٤٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٥٩

المماطل فيه، فإن كانت عين ما اقتصه باقيةً جاز لمن اقتص أخذ حقه، و ردّ المقتص، لأصله عدم اللزوم. و كذا لو تمكّن من انتزاع حقه بعد التقاص بالبينه و الإثبات و الأخذ، و ردّ المقتص مع بقاء عينه، لما ذكر.

و هل يجب عليه ذلك، أم لا؟

الظاهر: الثاني، للأصل، و الاستصحاب.

و يمكن أن يقال: إنّ الثابت من أدلّة التقاصّ ليس أزيد من جواز أخذه و التصرف فيه ما دام غريمه جاحدا أو مماطلا، و أمّا بعد الإقرار و البذل فيستصحب عدم جواز التصرف، فإنّه قبل التقاصّ لم يكن جائز التصرف، و بعده لم يثبت الزائد عن الجواز ما لم يبذل، فيستصحب العدم بعد البذل، إلّا أنّه يتعارض الاستصحابان حينئذ، و يرجع إلى التخيير أيضا.

و كذا الحكم لو كانت العين تالفه، إلّا أنّ عدم الوجوب حينئذ أظهر، لأصله عدم لزوم التغريم من ماله، و استصحاب الأول.

و هل يجوز له مع عدم ردّ المقتصّ به قبول ما بذل له الغريم أيضا؟

الظاهر: لا، لسقوط حقه بعد التقاصّ في نفس الأمر، و إن لم يعلمه الغريم و كان غاصبا بحسب علمه.

المسألة السادسة: هل يختصّ التقاصّ بما إذا علم حقه على الغريم واقعا

، أو يجوز مع العلم الشرعيّ الحاصل بالأصول الشرعيّة أيضا؟

الظاهر: الثاني، لقيام مقتضى الأصول الشرعيّة مقام الواقع، فلو جوّز كون وجود الغريم لأجل علمه بحقّ له عليه أو على مورّثه، و لكن لم يعلمه، يجوز التقاص.

و كذا لو علم حقّ لمورّثه على زيد، و ادّعى هو الإيفاء، و لكن لم يعلم به ذلك الوارث، فلا يجب عليه الترافع، و الأخذ بعد يمين نفى

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٠

العلم، بل يجوز له التقاص، لأصله عدم الحقّ في الأول، و عدم الإيفاء في الثاني.

المسألة السابعة: يجوز التقاصّ من مال الغريم المشترك بينه و بين غيره

، و عليه أداء مال الغير و إيصاله إليه، للعمومات، و أدلّة نفى الضرر، و لأنّ حرمة مال الشريك ليس بأزيد من حرمة الزائد على الحقّ من مال الغريم.

المسألة الثامنة: لو كان الغريم غائبا، و لم يعلم وجوده أو عدم بذله

، يجوز التقاص من ماله الحاضر، للعمومات، ولإطلاق صحيحة البقباق، ورواية إسحاق، بل صحيحة زربي «١»، و عدم ثبوت الإجماع الثابت في الحاضر المقرّ البازل في ذلك.

المسألة التاسعة: لو كان حقّه مظنوناً لا يجوز له التقاص

، لعدم علمه بحقّ ثابت، و عدم شمول العمومات له. و تسلّطه على إحلّاف الغريم، أو أخذ الحقّ بعد نكوله على سماع الدعوى الظنيّة لا يدلّ على ثبوت الحقّ له. نعم، لو نكل و حكم الحاكم به تجوز له المقاصّة حينئذ لو لم يبذل.

المسألة العاشرة: لو كان له على شخص حقّ، و لم يعلم به الغريم أو نسيه

يجوز له التقاص، من غير وجوب الإعلام و المطالبة، للعمومات. و كذا لو كان حقّ عليه، و لم يعلم تذكّره و عدمه و إقراره. و كذا لو كان له حقّ، و منعه الحياء أو الخوف أو مصلحة أخرى عن المطالبة.

(١) المتقدّمة جميعاً في ص: ٤٤٩.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦١

المسألة الحادية عشرة: يجوز تقاص ما أعطاه لغيره رشوة محرّمة أو ربا

، إذا كان مضطراً في الإعطاء، بل غير مضطراً أيضاً، إذا علم الآخذ كونه رشوة أو ربا.

المسألة الثانية عشرة: لو كان لزيد مال على عمرو، و لعمرو على بكر، يجوز لزيد المواطأة مع بكر

، و أخذ حقّه منه، للعمومات. و يجوز لبكر إعطاؤه، لأنّ جواز أخذ الغريم يستلزم ذلك. و يجوز حلف بكر على البراءة.

المسألة الثالثة عشرة: لو كان الحقّ مختلفاً فيه بين العلماء

لا يجوز لطالب الحقّ التقاصّ قبل الترافع بتقليد مجتهد يفتى بشوته، كما مرّ في صدر الفصل، فلو جنى عليه أحد بجناية، ديتها عند بعض المجتهدين عشرة، و عند بعض آخر عشرون، لا يجوز له تقاصّ العشرة الزائدة المختلف فيها بتقليد الثاني.

المسألة الرابعة عشرة: لو كان له حقّ على من لا يفى ماله بديونه، يجوز له التقاصّ من ماله ما لم يحجر عليه الحاكم.

و لو حجر عليه فهل يجوز له تقاصّ تمام حقّه من مال الغريم أم لا؟

فيه إشكال، و الأحوط: لا.

و لو كان له حقّ على ميت عليه دين زائد على التركة لا يجوز له تقاصّ الزائد عن حصّته بعد التوزيع، لانتقال ماله بموته إلى الديان.

المسألة الخامسة عشرة: يجوز التقاصّ من مال الغريم المترزّل

- كما ابتاعه ببيع الخيار- لصدق ماله عليه، فيعمل المشتري لو فسخه البائع ما يعمله في صورة التلف.

المسألة السادسة عشرة: يجوز التوكيل في التقاص

، لأنه أمر يقبل

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٢

الوكالة، لعموماتها.

و هل يجوز لغير ذى الحق التقاص له من غير توكيل، إذا علم مطالبه الغير لحقه؟

الظاهر: نعم، لأنه دفع ظلم عن الغير، و هو جائز، بل واجب.

المسألة السابعة عشرة: الحق الذى يجوز تقاصه أعم من أن يكون ذو الحق معيناً أو أحد الأفراد

، فلو أوصى أحد بشيء لواحد من أولاد زيد، يجوز لأحدهم مقاصته بعد الجحود أو المماطلة، لصدق كون حقه عليه، لأن ذلك أيضاً نوع حق.

و على هذا، فيجوز للفقير تقاص الزكاة و الخمس و ردّ المظالم عن الغنى المماطل.

و هل يجوز للحاكم ذلك للإيصال إلى أهله؟

الظاهر: نعم، بل يجب، لما مرّ من وجوب دفع الظلم عن المظلوم.

المسألة الثامنة عشرة: هل يشترط في التقاص عن غير الجنس التقويم

، أم يجوز بدونه إذا كان غير زائد على الحق قطعاً، كأن يقاص من له ألف دينار على شخص فرسا له غاية قيمته من العشرين إلى الأربعين؟

الظاهر: الجواز، للأصل.

المسألة التاسعة عشرة: يجوز التقاص من المنافع كما يجوز من الأعيان

، فيجوز له إجارة دار الغريم و كراية دابته، لصدق الظفر بالمال.

المسألة العشرون: هل يجوز تقاص مستنثيات الدين - كفرس ركوبه، و ثياب بدنه، و نحوهما - أم لا؟

الظاهر: أنه إن لم يتملك ما يفى به الدين غير هذه الأمور لا يجوز، و وجهه ظاهر، و إلا فيجوز، لأن المستثنى ليس عين هذه الأمور، بل أعم

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٣

منها و من أثمانها.

المسألة الإحدى و العشرون: الظاهر عدم حصول التقاص بدون التصرف

، للأصل، و عدم شمول العمومات، فلا يجوز قبول أمه الغريم التى فى بيته أو عبده مقاصية، و عتقه من كفارة، و لا قبول داره التى يسكن فيها الغريم، أو ضيعته التى فى تصرفه، و وقفها أو بيعها للغير، من غير أن يتصرف الغير فيها.

و لو كان لزيد حقّ على عمرو، و لبكر حقّ لا يعلمه على زيد، و غضب بكر مال عمرو، لا يجوز له مقاصّة ذلك المال، و جعله عوضاً عن حقّ بكر عند نفسه، و لا تبرأ ذمّته بذلك، فتأمل. و الله العالم.

المسألة الثانية و العشرون: قال في القواعد: و لو نقب جداره ليأخذه لم يكن له «١» أرش النقب «٢».

أقول:

لا ينبغي الريب في جواز النقب، لأدلة نفي الضرر، و لقوله سبحانه فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ «٣». و يلزمه عدم ضمان الأرش، لأنه تصرّف جائز، و الأصل عدم الضمان. و لو ضمن الأرش كان الجواز أظهر - كما مرّ - كما إذا لم يكن الأرش زائداً على حقه.

المسألة الثالثة و العشرون: و لو جحد من عليه مثله جاز أن يجحد أيضاً

، و يكون صادقا بعد قصده التقاص، فيحلف على نفي ما جحده. و الله العالم بحقائق أحكامه.

(١) في خ ل «ح» و «ق»: عليه ..

(٢) القواعد ٢: ٢٣١.

(٣) البقرة: ١٩٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٤

المطلب الرابع فيما يتعلّق بالاستحلاف و الحلف

اشاره

و قد مرّ بعض ما يتعلّق بذلك في المطلب الثاني - من اشتراط كون الحلف بإذن الحاكم و المدّعى، و عدم سماع الدعوى بعدها، و غير ذلك - و بقيت أحكام آخر متعلّقة إمّا بنفس الحلف، أو الحالف، أو المحلوف عليه، لا بدّ من ذكرها، فهانئاً ثلاثه أبحاث.

البحث الأول في أحكام تتعلّق بنفس اليمين

اشاره

و فيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: لا يصحّ الإحلاف إلّا بالله سبحانه

اشاره

، أى لا- يترتب الأثر المقصود من الإحلاف إلّا إذا كان به بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى كتاب الأيمان عن الشيخين فى المقنعة و النهاية، و الغنية و المقداد و السيد فى شرح النافع «١» و نسبه فى الكفاية إلى ظاهر الأصحاب «٢»، بل لعله إجماع محقق، فهو الدليل عليه، مضافا إلى الأصل، و النصوص المستفيضة: منها صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة، و فيها- بعد سؤال بعض

(١) المقنعة: ٥٥٤، النهاية: ٥٥٥، الغنية (الجوامع الفقهية): ٦١٧. و المقداد فى التنقيح ٣: ٥٠٣، حكاة عن السيد فى الرياض ٢: ٢٤٨.
(٢) الكفاية: ٢٢٦.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٥
الأنبياء عن الله سبحانه عن كيفية الحكم بين الناس:- «احكم بينهم بكتابتى، و أضفهم إلى اسمى تحلفهم به» ثم قال: «هذا لمن لم تقم له بينة» «١».

و رواية محمد بن قيس: «إن نبيا من الأنبياء شكى إلى ربّه كيف أقضى فى أمور لم أخبر ببيانها؟ فقال: ردّهم إلىّ، و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «٢».

و مرسله أبان، و فيها: «احكم بينهم بالبينات، و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» «٣».

دلّت هذه الأخبار على وجوب الحلف باسم الله فى قطع الدعوى.

و فى المروى فى تفسير الإمام الوارد فى كيفية قضاء رسول الله المتقدّم بعضها: «و إن لم تكن له بينة حلف المدعى عليه بالله» «٤».

و فى رواية البصرى المتقدمة: «فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو» «٥».

و فى صحيحة ابن أبى يعفور المتقدمة: «فإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له حق» «٦».

(١) الكافى ٧: ٤١٥-٤، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥٠، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ١، بتفاوت.

(٢) الكافى ٧: ٤١٤-٢، الوسائل ٢٧: ٢٣٠ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٣، بتفاوت يسير.

(٣) الكافى ٧: ٤١٤-٣، التهذيب ٦: ٢٢٨-٥٥١، الوسائل ٢٧: ٢٢٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١ ح ٢.

(٤) الوسائل ٢٧: ٢٣٩ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٦ ح ١.

(٥) الكافى ٧: ٤١٥-١، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

(٦) الكافى ٧: ٤١٧-١، التهذيب ٦: ٢٣١-٥٦٥، الوسائل ٢٧: ٢٤٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ١، و فى الجميع لا

توجد لفظه: حقّ.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٦

دلّت بالمفهوم على أنه لو أقام البينة قبل الاستحلاف بالله و لو حلف بغيره كان له حقّ، فلا تسقط الدعوى.

و رواية أبى حمزة: «لا تحلفوا إلّا بالله، و من حلف بالله فليصدق، و من حلف له بالله فليرض» «١».

دلّت بالمفهوم على عدم وجوب التصديق و الرضا بمن لم يحلف بالله و إن حلف بغيره، و كذا حرّم الحلف بغير الله، فيكون فاسدا.

و يظهر من الوجه الأول دلالة صحيحة الخزاز: «من حلف بالله فليصدق، و من لم يصدق فليس من الله، و من حلف له بالله فليرض، و

من لم يرض فليس من الله» «٢».

و من الوجه الثانى دلالة صحيحة محمد: قول الله تعالى وَ اللَّيْلُ إِذَا يَغْشَى «٣»، وَ النَّجْمُ إِذَا هَوَى «٤» و ما أشبه ذلك، فقال: «إنّ لله

تعالى أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» (٥)، وقرينة منها صحيحة عليّ بن مهزيار (٦).

و صحيحة الحلبي: «لا أرى أن يحلف الرجل إلّا بالله» (٧)، ونحوها

(١) الكافي ٧: ٤٣٨-١، التهذيب ٨: ٢٨٣-١٠٤٠، الوسائل ٢٣: ٢١١ أبواب الأيمان ب ٦ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٣٨-٢، الفقيه ٣: ٢٢٩-١٠٧٩، الأمالي: ٣٩١-٧، المحاسن:

١٢٠-١٣٣، الوسائل ٢٣: ٢١١ أبواب الأيمان ب ٦ ح ٣، بتفاوت.

(٣) الليل: ١.

(٤) النجم: ١.

(٥) الكافي ٧: ٤٤٩-١، التهذيب ٨: ٢٧٧-١٠٠٩، الوسائل ٢٣: ٢٥٩ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٣.

(٦) الفقيه ٣: ٢٣٦-١١٢٠، الوسائل ٢٣: ٢٥٩ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ١.

(٧) الكافي ٧: ٤٤٩-٢، الفقيه ٣: ٢٣٠-١٠٨٥، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١٠، الوسائل ٢٣: ٢٦٠ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٤، بتفاوت يسير.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٧

رواية سماعة (١).

و موثقة سماعة: هل يصلح لأحد أن يحلف من اليهود و النصراني و المجوس بالهتيم؟ قال: «لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلّا بالله»

(٢).

و ظاهر أنه إذا لم يصلح يكون فاسدا، لأن نفي الصلاح الفساد.

و رواية المدائني: «لا يحلف بغير الله» و قال: «اليهودي و النصراني و المجوسي لا تحلفوهم إلّا بالله» (٣).

و استفاد من خصوص الأخيرتين و عموم ما تقدّم عليهما عموم الحكم للمسلم و الكافر، كما هو الحق المشهور، و تدلّ عليه أيضا

صحيحنا الحلبي و ابن أبي عمير: عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال:

«لا تحلفوهم إلّا بالله» (٤).

و صحيحة سليمان بن خالد: «لا يحلف اليهودي و لا النصراني و لا المجوسي بغير الله، إن الله عزّ و جلّ يقول فأحکم بيّنهم بما أنزل

الله» (٥).

خلافًا للمحكّي عن المبسوط و الإيضاح و الدروس في المجوسي، فأوجبوا عليه الحلف بغير لفظ الله ممّا يرفع احتمال إرادة غيره

منضمًا مع

(١) الكافي ٧: ٤٥٠-٣، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١١، الوسائل ٢٣: ٢٦١ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٥.

(٢) الكافي ٧: ٤٥١-٢، التهذيب ٨: ٢٧٩-١٠١٥، الاستبصار ٤: ٣٩-١٣٣، الوسائل ٢٣: ٢٦٧ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٥.

(٣) الكافي ٧: ٤٥١-٥، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١٤، الاستبصار ٤: ٣٩-١٣٢، الوسائل ٢٣: ٢٦٦ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٢. مستند الشيعة

في أحكام الشريعة ج ١٧ ٤٦٧ المسألة الاولى: لا يصح الإحلاف إلا بالله سبحانه ص: ٤٦٤

(٤) الكافي ٧: ٤٥٠-١، التهذيب ٨: ٢٧٩-١٠١٦، الاستبصار ٤: ٤٠-١٣٤، الوسائل ٢٣: ٢٦٧ و ٢٦٩ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٦ و ١٤.

(٥) الكافي ٧: ٤٥١-٤، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١٣، الاستبصار ٤: ٣٩-١٣١، الوسائل ٢٣: ٢٦٥ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ١، بتفاوت

يسير، و الآية في المائدة: ٤٨.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٨

اللّه، لرفع احتمال إرادة النور أو الظلمة الذي هو إله باعتقاده «١».

وفيه - مع شذوذه - أنه اجتهاد في مقابلة النصوص.

وقد يستدل له أيضا بأن بدون ذلك لا يحصل الجزم بأنه حلف.

وفيه: أن المعتبر من الحلف هو كونها بالله، وهو قد وقع، وأما مطابقتها قصده للفظه فلا دليل عليها، مع أن العبرة في الحلف إنما هي على نية المستحلف إذا كان محققا لا الحالف، كما نقل بعض متأخري المتأخرين الاتفاق عليه «٢».

وتدل عليه رواية إسماعيل بن سعد الأشعري: عن الرجل يحلف، و ضميره على غير ما حلف عليه، قال: «اليمين على الضمير» يعني: على ضمير المظلوم «٣».

ورواية مسعدة، وفيها: «و أما إذا كان ظالما فاليمين على نية المظلوم» «٤».

هذا، مع أن دليلهم لو تم لا طرد في غير المجوسى من أهل الملل الباطلة، فلا وجه للتخصيص به.

وللمحكي عن الشيخ في النهاية والفاضلين «٥» و جماعة «٦»، فجوزوا

(١) المبسوط ٦: ١٩٤، الإيضاح ٤: ١٣، الدروس ٢: ٩٦.

(٢) انظر الرياض ٢: ٤٠٢.

(٣) الفقيه ٣: ٢٣٣ - ١٠٩٩، وفي الكافي ٧: ٤٤٤ - ٢، والوسائل ٢٣: ٢٤٥ أبواب الأيمان ب ٢١ ح ١ لا توجد: يعني على ضمير المظلوم.

(٤) الكافي ٧: ٤٤٤ - ١، التهذيب ٨: ٢٨٠ - ١٠٢٥، قرب الاسناد: ٩ - ٢٨، الوسائل ٢٣: ٢٤٥ أبواب الأيمان ب ٢٠ ح ١.

(٥) النهاية: ٣٤٧، المحقق في الشرائع ٤: ٨٧ و الفاضل في التحرير ٢: ١٩١.

(٦) كالفاضل السبزواري في الكفاية: ٢٧٠، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:

٣٣٩، و صاحب الرياض ٢: ٤٠٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٦٩

إحلاف الذمى، بل مطلق الكافر - كما قيل «١» - بما يقتضيه دينه إذا رآه الحاكم أردع له من الباطل، و أوفق لإثبات الحق.

لرواية السكوني: «أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهوديا بالتوراة التي أنزلت على موسى» «٢».

و صحيحه محمد بن قيس: «قضى علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملته» «٣».

و صحيحه محمد: عن الأحكام، فقال: «في كل دين ما يستحلفون به» «٤» و في بعض النسخ: «ما يستحلون به».

و أجيب «٥» عن الأول تارة: بضعف الرواية.

و اخرى: بكونها قضية في واقعة لا عموم لها.

و ثالثة: بجواز اختصاصه بالإمام.

و رابعة: باحتمال كون الحلف بالتوراة منضمته مع الحلف بالله.

و عن الثاني: بالأخيرين، و باحتمال كون المجورين في «كتابه و ملته» راجعين إلى من استحلف، و يؤيده أفرادهما.

و عن الثالث: بجواز كون المراد أنه يمضى عليهم حكمه إذا حلفهم عند

(١) المسالك ٢: ٣٧١.

(٢) الكافي ٧: ٤٥١ - ٣، التهذيب ٨: ٢٧٩ - ١٠١٩، الاستبصار ٤: ٤٠ - ١٣٥، الوسائل ٢٣: ٢٦٦ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٤.

- (٣) الفقيه ٣: ٢٣٦-١١١٧، التهذيب ٨: ٢٧٩-١٠١٨، الاستبصار ٤: ٤٠-١٣٧، الوسائل ٢٣: ٢٦٧ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٨.
- (٤) الفقيه ٣: ٢٣٦-١١١٦، التهذيب ٨: ٢٧٩-١٠١٧، الاستبصار ٤: ٤٠-١٣٦، الوسائل ٢٣: ٢٦٧ أبواب الأيمان ب ٣٢ ح ٧.
- (٥) الكفاية: ٢٧٠، الرياض ٢: ٤٠٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٠

حاكمهم، كما أنه تجرى عليه أحكام عقودهم، و يلزم عليهم ما التزموا به.

و يرد على الأول: بعدم ضير في ضعف الرواية سندا بعد وجودها في الأصول المعتبرة، مع أن ضعفها ليس إلّا للنوفلى و السكونى، و في ضعفهما كلام.

و على الثانى: أن القضية في واقعة كافية في إبطال العموم المطلوب، مع أن القضية الواقعة غير معلومة، فيلزم تخصيص العام بالمجمل، فتخرج العمومات المتقدمة بأسرها عن الحجية.

و على الثالث: أن أمثال تلك التجوزات لا يلتفت إليها في بيان الأخبار، و إلّا بطل الاستدلال بها بالمرّة، مع أن ذلك الاحتمال أيضا مناف للعموم المطلوب، و موجب للإجمال في المخصّص، فتأمل.

و على الرابع: بأن الانضمام أيضا مناف للمطلوب من عدم جواز الاستحلاف بغير الله.

و على الخامس: بأنه خلاف الظاهر المتبادر، مع أنه أيضا مناف للمطلوب من جهة أعمية المستحلف من المسلم، و من جهة أن استحلاف المسلم بكتابه أيضا غير المطلوب. إلّا أن يقال: المراد بطريق ما أنزل في كتابه، و يقرّ في ملته، و هو أيضا خلاف ظاهر آخر.

و على السادس: أنه تخصيص للحديث بلا مخصّص.

فالصواب أن يجاب عن الجميع بأنها معارضة للأخبار المتقدمة، و هى راجحة بالأشهرية رواية و فتوى، و الأصرحية دلالة.

و بموافقة الكتاب، التى هى من المرجّحات المنصوصة، حيث قال

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧١

سبحانه فى آية الوصية فى السفر فيقسمان بالله «١» يعنى: الأخيرين من غير المسلمين.

و بموافقة الاحتياط و الأصل.

و بالمخالفة لمذاهب العامة، كما صرح به فى الوافى «٢» و شرح المفاتيح و غيرها «٣».

و بالأحدثية، التى هى أيضا من المرجّحات المنصوصة، لكون بعض الأخبار المتقدمة مرويا عن أبى جعفر الثانى عليه السلام، و الأخيرة لم تتجاوز عن أبى عبد الله عليه السلام.

فروع:

أ: هل المراد بالحلف بالله الحلف بهذا اللفظ المقدس،

أو به و بمثله من الأسماء المختصية به - كالرحمن و الرحيم - أو بهما و بمثلهما من الأوصاف الدالة على تلك الذات المقدسة - مثل: بالذى لا إله إلا هو، و بالذى خلق كل شىء - أو بذات الله؟

الظاهر: الأخير، لأن المعنى الحقيقى للفظ الله هو الذات المقدسة، فالمراد بالحلف بتلك الذات المتعالية، فيصح الحلف بكل ما أفاده.

و يدلّ عليه أيضا قوله فى صحيحة الحلبي - بعد النهى عن الحلف إلّا بالله -: «فأما قوله: لعمر الله، و قوله لاهاه فذلك بالله» «٤».

(١) المائدة: ١٠٧.

(٢) الوافى ١٦: ١٠٥٩ - ١٠٦٠.

(٣) كالكفاية: ١٤٩.

(٤) الكافي ٧: ٤٤٩-٢، الفقيه ٣: ٢٣٠-١٠٨٥، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١٠، قرب الاسناد: ٢٩٢-١١٥١، الوسائل ٢٣: ٢٦٠ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٤، بتفاوت.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٢

و كذا قوله في صحيحة محمد المتقدمه: «و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» «١»، فإنّ الضمير راجع إلى الذات دون اللفظ. و الظاهر أنّه لا- خلاف فيه أيضا إلّا عن بعض المتأخرين في شرحه على النافع، و لذا جعل بعض من تأخر عنه قوله مخالفا لظاهر الإجماع المحقق و المحكي عن الشيخين «٢».

ب: كما لا يصح الحلف إلّا بالله سبحانه، و لا يترتب الأثر إلّا عليه،

و لا ينعقد في باب الأيمان إلّا به، كذلك لا يجوز الحلف إلّا به سبحانه.

فيأثم الحالف بغيره من المخلوقات- كالأنبياء، و الأئمّة، و الملائكة، و الكتب المعظمة، و الكعبة، و الحرم، و المشاهد المشرفة، و الآباء، و الأصدقاء، و نحوها- على الأشهر بين الطائفة، بل قيل: إنّ مقتضى الإجماعات المنقولة «٣». و صرح به جماعة، منهم: المحقق الأردبيلي و صاحب المفاتيح «٤» و شارحه و بعض مشايخنا المعاصرين «٥».

لروايتي أبي حمزة و سماعه، و صحاح محمد و عليّ بن مهزيار و الحلبي، المتقدمه جميعا «٦».

فإنّ الأولى متضمنة للنهي الصريح في الحرمة.

و الثانية و الأخيرة متضمنة لقوله: «لا أرى» و الظاهر منه نفى الجواز.

و الثالثة و الرابعة متضمنة لقوله: «ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به»

(١) راجع ص: ٤٦٦.

(٢) انظر الرياض ٢: ٢٤٨.

(٣) الرياض ٢: ٤٠٢.

(٤) المفاتيح ٢: ٣٩.

(٥) الرياض ٢: ٢٤٨ و ٤٠٢.

(٦) في ص: ٤٦٦ و ٤٦٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٣

و المتبادر منه نفى الجواز أيضا.

و حملها على الحلف الذي يترتب عليه الأثر الشرعي لا وجه له.

مضافا إلى ما علّله بعضهم من أنّ القسم بشيء يستلزم تعظيما له، و لا مستحقّ للتعظيم المطلق و بالذات سوى الله تعالى «١».

و ربّما يشعر بذلك قوله في صحيحة الحلبي «٢» و رواية سماعه «٣»:

«و لو حلف الناس بهذا و أشباهه لترك الحلف بالله».

و تدلّ على الحرمة أيضا مرسله يونس المروية في الكافي: عن قول الله تعالى فَلَا أُقْسِمُ بِمَوَاقِعِ النُّجُومِ قال: «أعظم إثم من يحلف بها» الحديث «٤».

و رواية الحسين بن زيد الطويلة، المروية في الفقيه، المشتملة على جملة المناهي، و فيها: «و نهى أن يقول الرجل للرجل: لا و حياتك

و حياة فلان» «٥».

و رواية صفوان الواردة في حكاية أبي عبد الله الصادق عليه السلام مع أبي جعفر المنصور الكاذب، حيث إنه بعد ما قال له عليه السلام: إن مولاك يدعو الناس إليك، فقال: «و الله ما كان» فقال: لست أرضى منك إلّا بالطلاق

(١) انظر الرياض ٢: ٢٤٨.

(٢) الكافي ٧: ٤٤٩-٢، الفقيه ٣: ٢٣٠-١٠٨٥، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١٠، قرب الاسناد: ٢٩٢-١١٥١، الوسائل ٢٣: ٢٦٠ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٤.

(٣) الكافي ٧: ٤٥٠-٣، التهذيب ٨: ٢٧٨-١٠١١، الوسائل ٢٣: ٢٦١ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٥، بتفاوت يسير.

(٤) الكافي ٧: ٤٥٠-٥، الوسائل ٢٣: ٢٦٥ أبواب الأيمان ب ٣١ ح ٢، و الآية في الواقعة: ٧٥.

(٥) الفقيه ٤: ٢-١، الوسائل ٢٣: ٢٥٩ أبواب الأيمان ب ٣٠ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٤

و العتاق و الهدى و المشى، فقال: «أ بالأنداد دون الله تأمرني أن أحلف؟!» الحديث «١».

فإنه يشعر بأن الحلف بغيره سبحانه جعل للأنداد له.

و ذهب بعضهم إلى الكراهة، لضعف الأولين سنداً، و الثانية دلالة «٢».

و هما ممنوعان، سيما و أنّ الضعف منجر بالشهرة.

و قد يقال باختصاص النهى عن الحلف بغير الله بما إذا أقسم العبد على فعل نفسه، و من هو مثله من الخلق، فأمرًا إذا أنشد الله في حاجته فلعله يجوز له أن يذكر من خلق الله ما يشاء، كما ورد في الأدعية المأثورة.

و لا يخفى أنه لا حاجة إلى الاستثناء و التخصيص، لأن المنهى عنه هو الحلف و الاستحلاف، و أمّا مثل قولك: أنشدك بكذا، و أسألك بحق كذا، فليس هو شيئاً منهما، فهو خارج عن موضوع المسألة.

و على هذا، فيجوز في سؤال المخلوق عن المخلوق أيضاً نحو ذلك، فيقول له: أنشدك بالقرآن العظيم، أو بحق أبيك عليك أن تفعل كذا، للأصل الخالي عن المعارض، لأنه ليس حلفاً و لا استحلافاً.

ج: لا شك في مرجوحية الحلف بالله، و كراهتها،

و استحباب تركها لو كان صادقاً.

لقوله سبحانه و لا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم «٣».

و قوله سبحانه إن الذين يشترون بعهد الله و أيمانهم ثمناً قليلاً «٤».

(١) الكافي ٦: ٤٤٥-٣، الوسائل ٢٣: ٢٣٠ أبواب الأيمان ب ١٤ ح ٣، بتفاوت.

(٢) المسالك ٢: ٣٧١، الكفاية: ٢٧٠.

(٣) البقرة: ٢٢٤.

(٤) آل عمران: ٧٧.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٥

و في صحيحة الخزاز: «لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين» «١».

و في مرسله سلام بن سهم: «من حلف بالله كاذبا كفر، و من حلف بالله صادقا أثم» (٢).
و في رواية السكوني: «من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيرا مما ذهب منه» (٣).
و في رواية أبي بصير الواردة في قضية سيد الساجدين عليه السلام، و ادعاء مطلقة أربعمائه دينار لأجل الصداق، و إعطائه إياه:
«فقلت: يا أبت جعلت فداك أ لست محققا؟ قال: بلى، و لكنتي أجلت الله أن أحلف به يمين صبر» (٤).
و مقتضى هذه الروايات كراهية الحلف و استحباب تركها مطلقا.
إلّا أن في مرسله على بن الحكم: «إذا ادعى عليك مال و لم يكن له عليك، فأراد أن يحلفك، فإن بلغ مقدار ثلاثين درهما فأعطه و لا تحلف، و إن كان أكثر من ذلك فاحلف و لا تعطه» (٥).
و مقتضى الجمع تخصيص العمومات بهذه الرواية، إلّا أن ظاهر رواية أبي بصير استحباب الترك في أربعمائه دينار أيضا، و يمكن أن يكون ذلك

(١) الكافي ٧: ٤٣٤-١، الفقيه ٣: ٢٢٩-١٠٧٨، التهذيب ٨: ٢٨٢-١٠٣٣، الوسائل ٢٣: ١٩٨ أبواب الأيمان ب ١ ح ٥.

(٢) الفقيه ٣: ٢٣٤-١١٠٨، الوسائل ٢٣: ١٩٨ أبواب الأيمان ب ١ ح ٦.

(٣) الكافي ٧: ٤٣٤-٢، الفقيه ٣: ٢٣٣-١٠٩٦، التهذيب ٨: ٢٨٢-١٠٣٤، الوسائل ٢٣: ١٩٨ أبواب الأيمان ب ١ ح ٣.

(٤) الكافي ٧: ٤٣٥-٥، التهذيب ٨: ٢٨٣-١٠٣٦، الوسائل ٢٣: ٢٠٠ أبواب الأيمان ب ٢ ح ١.

(٥) الكافي ٧: ٤٣٥-٦، التهذيب ٨: ٢٨٣-١٠٣٧، الوسائل ٢٣: ٢٠١ أبواب الأيمان ب ٣ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٦

لاختلاف الحال بالنسبة إلى الأشخاص، سيما الإمام عليه السلام. و يمكن حمل المرسله على خفة الكراهة في أكثر من ثلاثين درهما.
و كما يستحب ترك الحلف يستحب ترك الاستحلاف أيضا، لرواية عبد الحميد الطائي: «من قدم غريما إلى السلطان يستحلفه و هو يعلم أنه يحلف، ثم تركه تعظيما لله تعالى لم يرض الله له بمنزلة يوم القيامة إلّا بمنزلة خليل الرحمن عليه السلام» (١).
ثم ما ذكرنا من كراهة الحلف إنما هو إذا كان صادقا، و أما إن كان كاذبا فهو من المحرمات الشديدة، بل من الكبائر الموبقة، بل عدّها في بعض الروايات المتقدمة كفرا بالله سبحانه، و وردت فيها تهديدات شديدة في أخبار عديدة:
كقوله عليه السلام: «من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله تعالى» (٢) أي: حاربه.
و قوله: «اليمين الصبر الفاجرة تدع الديار بلاقع» (٣).

أقول: البلاقع جمع بلقع، و هي الأرض القفر التي لا شيء بها. يريد أن الحالف بها يفتقر، و يذهب ما في بيته من الرزق. و قيل: هو أن يفرق الله شمله، و يقر عليه ما أولاه من نعمه (٤).

(١) التهذيب ٦: ١٩٣-٤١٩، ثواب الأعمال: ١٣٠-١، الوسائل ٢٣: ٢٨٩ أبواب الأيمان ب ٥٢ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٣٥-١، ثواب الأعمال: ٢٢٦-١، المحاسن: ١١٩-١٣١، الوسائل ٢٣: ٢٠٣ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٤.

(٣) الكافي ٧: ٤٣٥-٢، ثواب الأعمال: ٢٢٦-٣، الوسائل ٢٣: ٢٠٤ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٥.

(٤) قال في النهاية ١: ١٥٣ البلاقع جمع بلقع و بلقعة: و هي الأرض القفر التي لا شيء بها، يريدون أن الحالف بها يفتقر و يذهب ما في بيته من الرزق. و قيل:

هو أن يفرق الله شمله و يغير عليه ما أولاه من نعمه.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٧

و في رواية أخرى: «إياكم و اليمين الفاجرة، فإنها تدع الديار من أهلها بلاقع» «١»، و الأخبار بذلك المضمون كثيرة. و في أخبار أخرى: إنها تورث عقر الرحم و انقطاع النسل «٢». و في آخر: إنها «تورث العقب العقر» «٣» و في بعض النسخ: «العقب الفقر» «٤». و في رواية أخرى: «إنه ينتظر بها أربعين ليلة» «٥» أي لا يتجاوزها بهلاك صاحبها. هذا في الحلف.

و أمّا الإحلاف، فلا يحرم إذا كان المستحلف محققًا إجماعًا، و لذا استحلف مولانا الصادق عليه السلام من سعى به عند منصور الدوانقي، فحلف و مات «٦».

و كذا إذا كان مبطلا، لأنّ الحالف لم يحلف إلّا صادقًا، فلا وجه لكون المستحلف به آثمًا و إن أثم بالكذب في أصل الدعوى.

(١) الكافي ٧: ٤٣٥-٣، ثواب الأعمال: ٢٢٦-٢، الوسائل ٢٣: ٢٠٤ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٦.

(٢) الوسائل ٢٣: ٢٠٢ أبواب الأيمان ب ٤.

(٣) الكافي ٧: ٤٣٦-٤، الوسائل ٢٣: ٢٠٤ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٧.

(٤) الكافي ٧: ٤٣٦-٤، ثواب الأعمال: ٢٢٦-٤، الوسائل ٢٣: ٢٠٤ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٧.

(٥) الكافي ٧: ٤٣٦-٧، المحاسن: ١١٩-١٣٠، ثواب الأعمال: ٢٢٦-٥، الوسائل ٢٣: ٢٠٥ أبواب الأيمان ب ٤ ح ٩.

(٦) راجع ص: ٤٧٣-٤٧٤.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٨

المسألة الثانية: يستحب للحاكم تقديم الوعظ على اليمين لمن توجهت إليه

، لأنها إما مكروهة أو محرمة، و الترغيب في ترك المكروه و التحذير عن فعل المحرّم مطلوب قطعًا، فيعظ الحالف بذكر الآيات و الأخبار الواردة في ثواب ترك الحلف مع الصدق و عقاب فعلها مع الكذب. و كذا يستحبّ وعظ المستحلف أيضًا، لما عرفت من استحباب تركه.

المسألة الثالثة: يجزى للحالف أن يقول في يمينه: و الله ماله قبلي كذا، و ترجمه ذلك بلغته - أي لغة كانت

- بلا خلاف فيه كما قيل «١»، لصدق اليمين، و عدم دليل على لزوم الزائد، و لإطلاقات الحلف بالله.

و لرواية أبي حمزة و صحيحه الخزاز، المتقدمين في المسألة الأولى «٢»، المتضمنتين لقوله: «من حلف بالله فليصدق، و من حلف له بالله فليرض».

و لمرسلة الفقيه: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «من حلف لكم بالله فصدّقوه» «٣».

إلّا أنّهم قالوا: إنّه يستحبّ للحاكم تغليظ اليمين عليه قولاً ك: و الله الذي لا- إله إلّا هو، عالم الغيب و الشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المهلك المدرك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانيّة،

(٢) راجع ص: ٤٦٦.

(٣) الفقيه ٣: ٣٧-١٢٦ و فيه: من حلف لكم بالله على حق فصدّقه، الوسائل ٢٧:

٢٤٥ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٩ ح ٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٧٩

كما في الصحيحة المتضمنة لإحلاف الأخرس «١».

أو زمانا، كالجمعة، و العيد، و بعد الزوال، و بعد العصر، كما في الآية «٢».

و مكانا، كالكعبة، و المقام، و المسجد الحرام، و الحرم، و المشاهد المكرّمة، و المسجد الجامع، ثم سائر المساجد، و المحراب منها.

و بغير ذلك، كما حضار المصحف.

و استدّلوا له بأنّه مظنة رجوع الحالف إلى الحقّ، و مظنة تعجيل المؤاخذه إن أقدم عليها، و بصحيفة الأخرس، و بالآية الواردة في

الوصية تحبسونهما من بعد الصلاة أي صلاة العصر فيقسمان بالله «٣».

و رواية زرارة و محمد: «لا يحلف أحد عند قبر رسول الله صلى الله عليه و آله على أقل ما يجب فيه القطع» «٤».

و المروي في قرب الإسناد: «إن عليا عليه السلام كان يستحلف اليهود و النصارى في بيعهم و كنائسهم، و المجوس في بيوت نيرانهم،

و يقول:

شدّدوا عليهم احتياطا للمسلمين» «٥».

و لمرسلة البرقي «٦» المتضمنة لإحلاف الصادق عليه السلام الساعى له عند

(١) الفقيه ٣: ٦٥-٢١٨، التهذيب ٦: ٣١٩-٨٧٩، الوسائل ٢٧: ٣٠٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣٣ ح ١.

(٢) المائدة: ١٠٦.

(٣) المائدة: ١٠٦.

(٤) التهذيب ٦: ٣١٠-٨٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٩٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٩ ح ١، بتفاوت يسير.

(٥) قرب الاسناد: ٨٦-٢٨٤، الوسائل ٢٧: ٢٩٨ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٢٩ ح ٢.

(٦) الكافي ٦: ٤٤٥-٣، الوسائل ٢٣: ٢٦٩ أبواب الأيمان ب ٣٣ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٠

المنصور بالبراءة بعد حلفه بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم.

و في الكل نظر، لعدم نهوضها لإثبات العموم، و ورودها في موارد خاصة.

نعم، لا بأس بالقول به، لاشتهاره بين الأصحاب، بل نفى بعضهم الخلاف فيه «١».

و هذا القدر كاف في مقام الاستحباب، و لذا يخص ذلك بالحكم دون الغريم، لاختصاص فتاويهم به.

و لو امتنع الحالف عن التغليظ لم يجبر عليه، للأصل. و لا يصير بامتناعه ناكلا لو حلف بالله، لعدم تركه الحلف، و لوجوب تصديق

من حلف بالله، كما مرّ.

قالوا: و استحباب التغليظ ثابت في جميع الحقوق المائيّة و غيرها، إلا في المائيّة إذا كانت أقل من نصاب القطع ربع الدينار، لرواية

زرارة و محمد المتقدمه.

و فيه: أنّه يمنع فيه عن تغليظ خاصّ، و لكن لعدم ثبوت الاشتهار- بل الفتوى في ذلك- و انحصار الدليل التام فيه يكون الاستثناء

صحيحا.

المسألة الرابعة: يحلف الأخرس بالإشارة المفهومة على المشهور

- كما صرح به جماعة «٢»- لأنّ الشارع أقام إشارته مقام تلفظه في سائر أمورهِ.
وقال الشيخ في النهاية: يحلفه الحاكم بالإشارة والإيماء إلى اسم الله

(١) الرياض ٢: ٤٠٢.

(٢) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٧٢، السبزواري في الكفاية: ٢٧٠، صاحب الرياض ٢: ٤٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨١

سبحانه، و توضع يده مع ذلك على اسم الله المكتوب في المصحف، وإن لم يحضر المصحف يكتب اسم الله سبحانه، و توضع يده عليه «١».

و لعلّ دليله: أنّ حصول الإفهام بالإشارة و العلم بمرادها يحصل من ذلك الوجه.

و نسب جماعة إلى النهاية وضع اليد على الاسم خاصّة «٢».

وقال ابن حمزة في وسيلته: إذا توجه الحلف على الأخرس وضع يده على المصحف، و عزّفه حكمها- أي حكم اليمين- و حلّفه بالأسماء- أي أسماء الله تعالى- فإن كتب اليمين على لوح، ثمّ غسلها، و جمع الماء في شيء، و أمره بشربه، جاز، فإن شرب فقد حلف، و إن أبي ألزمه «٣».

و دليله على الجزء الأول لعله حصول الإشارة المفهومة بذلك.

و على الجزء الثاني صحيحة محدّدة: عن الأخرس كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين فأنكر، و لم تكن للمدّعي بينة؟ فقال: «إن أمير المؤمنين عليه السّلام أتى بأخرس، و ادّعى عليه دين، فأنكر، و لم تكن للمدّعي بينة، فقال: أمير المؤمنين عليه السّلام: الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ما تحتاج إليه، ثمّ قال: ائتوني بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء، و أشار إلى أنّه كتاب الله عزّ و جلّ» إلى أن قال: «ثمّ كتب أمير المؤمنين عليه السّلام: و الله الذي لا إله إلا هو» إلى آخر ما مرّ في المسألة السابقة «إنّ فلان بن فلان المدّعي ليس له قبل فلان بن فلان الأخرس حقّ، و لا طلبه بوجه من الوجوه، و لا سبب من

(١) النهاية: ٣٤٧.

(٢) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٤: ٣٣٦، الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٢٥٧.

(٣) الوسيلة: ٢٢٨، و فيه: .. و حلّفه بالإيماء إلى أسماء الله تعالى ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٢

الأسباب، ثمّ غسله، و أمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين «١».

و نسب جماعة إلى ابن حمزة الطريق المرويّ خاصّة «٢»، و نفى عنه البعد الفاضل المقداد «٣»، و رجّحه المحقق الأردبيلي، و اختاره الإرشاد و شرح المفاتيح، للرواية الصحيحة الخالية عن المعارض، و ضعف دليل المشهور، كما ذكره الأردبيلي، قال: و مجرد كون الإشارة معتبرة في مواضع لا يوجب كونها كليّة و عدم جواز العمل بالرواية. انتهى.

و تضعيف دلالة الصحيحة بكونها قضية في واقعة ضعيف غايته، إذ ذكر أبي عبد الله عليه السّلام ذلك بعد السؤال عنه عن كيفية حلف الأخرس مطلقاً أوضح شاهد على عدم اختصاصه بواقعة خاصّة، و كذا قول أمير المؤمنين عليه السّلام: «الحمد لله الذي» إلى

آخره.

و منه يظهر ضعف ما قيل أيضا من جواز كون حلفه بهذا الطريق بعد الحلف بالإشارة، و يكون ذلك من باب التغليظ «٤». بل ذلك أضعف جدا، لأنه لو كان كذلك لما كان وجه للإلزام بالدين بعد الامتناع من ذلك الحلف. و احتمال امتناعه عن الإشارة أيضا أسخف بكثير، لأنّ معه لم يكن وجه لذلك لو كان المقصود بالذات الأول. فهذا القول أتقن و أظهر.

(١) الفقيه ٣: ٦٥-٢١٨، التهذيب ٦: ٣١٩-٨٧٩، الوسائل ٢٧: ٣٠٢ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣٣ ح ١، بتفاوت.

(٢) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٤: ٢٥٧، و الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٧٢، و صاحب الرياض ٢: ٤٠٣.

(٣) التنقيح الرائع ٤: ٢٥٩.

(٤) الرياض ٢: ٤٠٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٣

البحث الثاني فيما يتعلّق بالحالف

إشاره

و فيه أيضا أربع مسائل:

المسألة الأولى: الأصل في الحالف هو المنكر دون المدعى

- كما مرّ في صدر المقام الثاني من البحث الثاني من الفصل الثالث- إلّا في مواضع دلّ الدليل على يمين المدعى، و قد مرّ بعض صورة، كصورة ردّ المنكر، و مع نكوله على أحد القولين، و مع الشاهد الواحد، و مع البيّنة في الدعوى على الميت. و له صور أخرى أيضا تأتي في مواقعها.

المسألة الثانية: يتسلّط المدعى على المنكر حلفه في كلّ دعوى صحيحة

يتعيّن فيها الجواب على المنكر، و يطالب به، بحيث لو أقرّ أو أتى بما يقوم مقام الإقرار- من النكول، أو الردّ إلى المدعى و حلفه- الزم بالحقّ، سواء كانت الدعوى متعلّقة بفعل المدعى عليه نفسه، أو بفعل الغير ممّا يوجب الإقرار به إلزامه بالحقّ: بالإجماع، و النصوص، كما في رواية البصرى المتقدّمة: «فإن حلف فلا حقّ له، و إن لم يحلف فعليه»، و قوله في آخرها: «و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه» (١). نعم، هذه القاعدة غير مطّردة في الحدود، كما مرّ، و سيجيء أيضا.

المسألة الثالثة [يجب أن يكون الحالف باتّنا عالما بما يحلف عليه]

يجب أن يكون الحالف - سواء كان المدعى عليه،

(١) الكافي ٧: ٤١٥-١، الفقيه ٣: ٣٨-١٢٨، التهذيب ٦: ٢٢٩-٥٥٥، الوسائل ٢٧: ٢٣٦ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٤ ح ١.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٤

أو المدعى الذي ردّ عليه اليمين - بأنّ عالما بما يحلف عليه، بالإجماع و المستفيضة:

كصحيحه هشام بن سالم: «لا يحلف الرجل إلّا على علمه» (١).

و مرسله ابن مرار: «لا يستحلف العبد إلّا على علمه، و لا يقع اليمين إلّا على العلم، استحلف أو لم يستحلف» (٢).

و قد يقال: إنّ ذلك إنّما هو إن كانت الحلف على فعل نفسه - سواء كان إثباتا أو نفيًا - و إن كانت على فعل الغير فكذلك إن كان في إثبات، و إن كانت على النفي حلف على نفي العلم إن ادعى عليه العلم.

و قد يعبر بأنّ الحلف على العلم إن كان في الإثبات مطلقا، و كذا إن كان في نفي فعل نفسه، و إن كان في نفي فعل الغير حلف على نفي العلم.

و قد يختصر و يقال: الحلف على البتّ أبدا، إلّا إذا حلف على نفي فعل الغير.

أقول: الحلف على نفي العلم - كما صرحوا به - إنّما هو إذا ادعى عليه العلم، و لئما كان علم كلّ أحد و عدمه معلوما لنفسه أبدا، فيكون حلفه على نفسه حلفا على البتّ و القطع أيضا، فلا حاجة إلى التفصيل و لا إلى الاستثناء، بل الحلف على الإثبات و النفي على البتّ مطلقا أبدا، و يكفي أن يقال: الحلف على البتّ أبدا.

(١) الكافي ٧: ٤٤٥-٣، التهذيب ٨: ٢٨٠-١٠٢٠، الوسائل ٢٣: ٢٤٦ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٤٤٥-٤، الوسائل ٢٣: ٢٤٧ أبواب الأيمان ب ٢٢ ح ٤، و فيهما: ..

عن إسماعيل بن مرار، عن يونس، عن بعض أصحابه، و في التهذيب ٨:

٢٨٠-١٠٢٢: و عنه (محمد بن يعقوب) عن بعض أصحابه ..

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٥

و على هذا، فلو ادعى حقّا على أحد، و أنكره، يحلف بتّا على عدم الاستحقاق، أو نفي ما يدّعيه، كما يأتي.

و إن ادعى على غيره ممّن يوجب ثبوته ثبوت الحقّ على ذلك المدعى عليه - كالمورث و الوكيل و الولي - فإن لم يدع العلم عليه لم تسمع دعواه، و إن ادعى العلم سمعت، و يحلف أيضا على نفي ما يدّعيه من العلم بتّا.

و لو ردّ اليمين على المدعى يحلف أيضا على البتّ، سواء كانت يمينًا متعلّقة بفعله أو فعل الغير الذي يحلف على نفي العلم به.

ثمّ إنّ قد ذكرنا سابقا أنّ من ادعى على أحد حقّا، و أجاب هو بقوله:

لا أدري، فإن لم يدع عليه العلم لا حقّ له عليه، و إن ادّعه له أن يحلفه على نفي العلم.

و اعلم أيضا: كما أنّه يمكن العلم لكلّ أحد بانتفاء فعل نفسه، كذلك يمكن علمه بانتفاء فعل غيره، من إقرار المدعى، أو كون الفعل مقيدا بزمان أو مكان أو حالة خاصّة يعلم انتفاءه فيه، أو يحصل له العلم بالانتفاء بأمور خارجيّة و قرائن منضمّة.

و تحضّل من هاتين المقدمتين ممّا مرّ من أنّه على البتّ أبدا أنّ الضابط الكلّي: أنّه يجب أن يكون حلف الحالف بتّية منطبقه على جوابه، فإن أجاب بالنفي أو الثبوت قطعا حلف عليه، سواء كان في فعل نفسه أو غيره ممّا يوجب خلاف ما أجابه ضمانه، و إن أجاب بعدم العلم حلف عليه كذلك إذا ادعى العلم عليه.

و تنشعب من ذلك الضابط جميع الفروع.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٦

و قد يستشكل في مواضع لا- إشكال فيها بعد ما ذكرنا، فإنه إن كان المورد ممّا لا يلزم على المدّعى عليه شيء بالإقرار فلا تسمع الدعوى.

و إن كان ممّا يلزم، فإن أجاب بانتفاء الفعل بتّا يحلف عليه، و إن أجاب بنفي العلم يحلف عليه إن ادّعى علمه.

المسألة الرابعة: المدّعى أمّا يطلق الدعوى

- كقوله: لى عليك عشرة، أو: ما فى يدك من العين الفلانية مالى - أو يقيدها بسبب خاصّ، كقوله: لى عليك عشرة بسبب الاقتراض، أو ثمن المبيع الفلانى، أو: ما فى يدك من العين الفلانية سرقتها منى.

و على كلّ من التقديرين إمّا يجب المدّعى عليه بالإطلاق، أو بالتقييد.

فإن أطلقا فيكفى الحلف على نفي الاستحقاق المطلق بلا- خلاف، لمطابقتها المحلوف عليه مع الدعوى، فتسقط بالحلف على نفيها بمقتضى الإجماع و الأخبار.

و لو قيدها المدّعى بعد حلف المدّعى عليه على نفي المطلق، فادّعى ثانيا: أن لى عليه عشرة ثمن المبيع، لا يسمع أيضا، لأنّ نفي المطلق بالحلف يستلزم نفي المقيّد، إلّا بعد مضيّ زمان أمكن أن تكون تلك دعوى ثانية ثابتة على المدّعى عليه بعد المرافعة الاولى. و إن قيدها يكفى الحلف على نفي المقيّد أيضا فى سقوط تلك الدعوى إجماعا.

و لو ادّعى بعد الحلف الاستحقاق بسبب آخر يسمع منه، و يطلب من المدّعى عليه الجواب، و له حلفه، لأنّ سقوط شيء خاصّ لا يستلزم سقوط خاصّ آخر.

مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٧

و كذا لو ادّعى بعدها الاستحقاق المطلق، لأنّ سقوط الخاصّ لا يستلزم سقوط العام.

و إن أطلق المدّعى و قيّد المدّعى عليه - كأن يدّعى عليه عشرة، و أجاب بأنّه ليس على عشرة ثمن المبيع - و حلف عليه، لم يفد فى سقوط الدعوى أصلا، و تكون الدعوى باقية، و الوجه واضح.

و إن انعكس، فادّعى المقيّد، و أجاب بنفي المطلق - فيدّعى: أن لى عليك عشرة ثمن المبيع، فأجاب بأنّه ليس لك على شيء أصلا - و حلف عليه، فلا- شكّ فى سقوط الدعوى، لأنّ انتفاء المطلق و العامّ يستلزم انتفاء المقيّد و الخاصّ، و لصدق الحلف المسقطه للدعوى.

و تدلّ عليه أيضا صحيحة محمد «١» الواردة فى كيفية حلف الأخرس، حيث ادّعى عليه الدين، و كتب فى الحلف ما هو عامّ. و لازمه أنّه لو طلب المدّعى منه الحلف بعد ذلك على نفي المقيّد لم يكن له ذلك، إذ لا حلف بعد حلف، و لا حلف بعد سقوط الدعوى.

و لو طلب منه أولا الحلف على نفي المقيّد، فهل يجب عليه ذلك، و للمدّعى تلك المطالبة؟

الظاهر: لا، إذ لم يثبت من الشرع إلّا تسلّطه على إحلّافه، و أمّا تسلّطه عليه فى كلّ جزء جزء من متعلّقات الحلف فلا، و الأصل يقتضى عدم التسلّط.

و لا يصير بتركه ما أراد ناكلا بعد إثباته بأصل الحلف على المدّعى به، و لو بما يشمله بالعموم.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٨

و ليس ذلك إلا من قبيل أن يدعى عليه العشرة، ثم المبيع الذي باعه منه في يوم كذا، بلفظ كذا، في مكان كذا، و هكذا، و يريد بها الإحلاف على نفي جميع تلك الجزئيات، فإن أبي المدعى إلا بأن يحلفه كذلك، و لم يرض بالحلف المطلق، فللمدعى عليه الإباء عنه أيضا، فيتوقف حتى يرضى المدعى بالمطلق.

و الحاصل: أنه لا يجب عليه الحلف بالمقيد، و ليس للمدعى إجباره عليه، للأصل السالم عن المعارض.

و قد عبر الأَكْثَر عن هذا القسم بأن المدعى عليه لو أراد الحلف على نفي الاستحقاق المطلق ففي إجابته قولان، أشهرهما: نعم. و المعنى واحد.

ثم إنهم قد يستدلون على الإجابة و على عدم التسلط على إجباره بالمقيد بأنه قد يكون للعدول من المطلق إلى المقيد غرض صحيح، بأن كان قد غصب أو استأجر أو سرق أو اشتري، و لكن برئ من الحق بوجه من وجوه الإبراء، و تكليفه بنفي المقيد يوجب إما الكذب في الحلف، أو وقوعه في مضيق طلب الإثبات.

و هو كان جديدا لو كان المخالف - و هو الشيخ على ما حكى عنه «١» - يقول: بأن للمدعى الإحلاف على نفي سبب التقييد، كأن يحلف على أنه ما اشترت منك، أو ما استأجرت، أو ما سرت.

و لكن الظاهر أن الخلاف إنما هو في الإحلاف على نفي المقيد، كأن يحلف على أنه ليس في ذمتي ثمن المبيع، أو وجه الإجارة، أو ليس في يدي مغضوب منك.

(١) انظر المبسوط ٨: ٢٠٧، و حكاه عنه في المسالك ٢: ٣٧٣.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٨٩

و لا يخفى أن ذلك لا يوجب كذبا في الحلف لو صدق في الواقع و إن تحقّق الشراء أو الاستئجار أو الغصب أولا.

و أما الإحلاف على نفي السبب منفردا، أو مع نفي المسبب - من الاشتغال بثمن المبيع، أو نحوه - فلا تسلط عليه أصلا، إذ قد ذكرنا في بحث الدعوى أنه يشترط في سماعها كونها صريحة في ادعاء الاستحقاق، و دعوى السبب منفردا لا توجب دعوى استحقاق، فتكون غير مسموعة، فلا يترتب عليها تسلط إحلاف. و دعواه منضمّة مع المسبب و إن كانت مسموعة إلا أنه باعتبار جزئها الأخير، فهو ما به الدعوى حقيقة، فيكون تسلط الحلف عليه خاصّة، فتأمل.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٩٠

البحث الثالث في المحلوف عليه

إشاره

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: لو ادعى عليه دين و هو معسر جاز له أن يحلف أنه لا حق له

، و يورى إن علم صدق دعواه - صرح بذلك في التحرير «١» - لصدقه في دعواه.

المسألة الثانية: الحلف ينصرف إلى ما حلفه الحاكم عليه

، فلا تنفع تورية الظالم من الخصمين، لرواية مسعدة بن صدقة: «إذا كان مظلوما فيما حلف عليه و نوى اليمين فعلى نيته، و أما إذا كان ظالما فاليمين على نيته المظلوم» (٢).
و لو كان أحد الخصمين معتقدا لحقبة ما يحلف عليه اجتهدا أو تقليدا مخالفا لاجتهاد الحاكم، لم يفد في تأويل الحلف اعتقاد نفسه، لأنه في الترافع محكوم بمتابعة الحاكم، و ليس ما اجتهده أو قلده حكم الله في حقه حينئذ.

المسألة الثالثة: قالوا: لا يجوز أن يحلف أحد ليثبت مالا لغيره، أو يسقط حقا عن غيره.

و هو كذلك للإجماع، و الأصل و اختصاص الروايات صريحا أو

(١) التحرير ٢: ١٩٢.

(٢) الكافي ٧: ٤٤٤-١، التهذيب ٨: ٢٨٠-١٠٢٥، قرب الإسناد: ٩-٢٨، الوسائل ٢٣: ٢٤٥ أبواب الأيمان ب ٢٠ ح ١، بتفاوت يسير.
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٩١

ظهورا فيما يراد به حق الحالف نفسه، و لأن الحلف إنما يكون فيما إذا نكل عن الحلف أو أقر بالحق يثبت، و لا يتحقق شيء منهما في حق الغير.

قال في التحرير: فلو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه للراهن لم يكن له أن يحلف، بل إن حلف الراهن تعلق حق الرهانة به، و إلا فلا، انتهى (١).

أقول: سماع الشاهد الواحد من المرتهن أيضا محل نظر، بل على الراهن اليمين، فلو حلف تعلق حق الرهانة.
و أما قوله: و إلا فلا، ففيه إشكال، لأن في نكوله تضييعا لحق المرتهن، فعمل المدعى و الراهن اتفقا على ذلك لتضييع حقه، سيما مع عدم تمكن الراهن من أداء حقه من غيره.

و كذلك في دعوى الملك الذي أجره غيره إذا ادعاه ثالث.

و التحقيق: إن الدعوى إما تكون مع الراهن أو المرتهن.

فعلى الأول: تختص الدعوى على ملكية الراهن، فإن حلف الراهن سقطت الدعوى منه و من المرتهن، و إلا تثبت الدعوى على ملكية المدعى، و لكن لا يبطل الرهن، لعدم منافاة بين ملكيته و صحته الرهن، لجواز أن يكون بإذنه، فللمرتهن العمل بمقتضى المراهنة.

فإن ادعى على الراهن بعد ذلك فساد المراهنة، فإن أجاب المرتهن بأنه رهن بإذنه، يصير مدعىا، و عليه الإثبات، و يقبل الشاهد الواحد مع اليمين لو أجزناه في المراهنة أيضا، و هو ليس حلفا لإثبات مال الغير، بل لحق نفسه.

و إن أجاب بعدم فساد المراهنة يكون منكرا، و عليه الحلف، فإن

(١) التحرير ٢: ١٩٢.

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ١٧، ص: ٤٩٢

حلف تثبت المراهنة الصحيحة، و لا ينافيها عدم ملكية الراهن.

و على الثاني: فإن ادعى عليه ملكية المرهون فقط لم تسمع دعواه، لما عرفت في بحث شرائط سماع الدعوى من عدم سماع دعوى

غير صريحه في الاستحقاق و إن ضمّ معها فساد المراهنة، فيكفي جواب المرتهن بعدم الفساد، و عليه الحلف، و تبقى دعواه مع الراهن.

و كذلك في الإجارة و الإصداق و نحوهما. و الله العالم.

تم مقصد القضاء.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفُسكم في سبيلِ الله ذلكم خيرٌ لكم إن كُنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلواتُ الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجلَ اللهُ تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرّي الحاسوبي - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: ديتية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأدقّ للمسائل الديتية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايت المبتدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافته على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافته القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إناله المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الديتية، السياحية و...

د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدّه مواقع أخرى

ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

و) الإطلاق و الدعم العلمي لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كسك، و الرسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الديتية كمسجد

جَمكرانَ و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين في الجلسة
 (ى) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة
 المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و مُفترق " وفائى/ " بنايه " القائمية "
 تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢٠٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبة، تبرعية، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

