

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>



32101 014473027

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

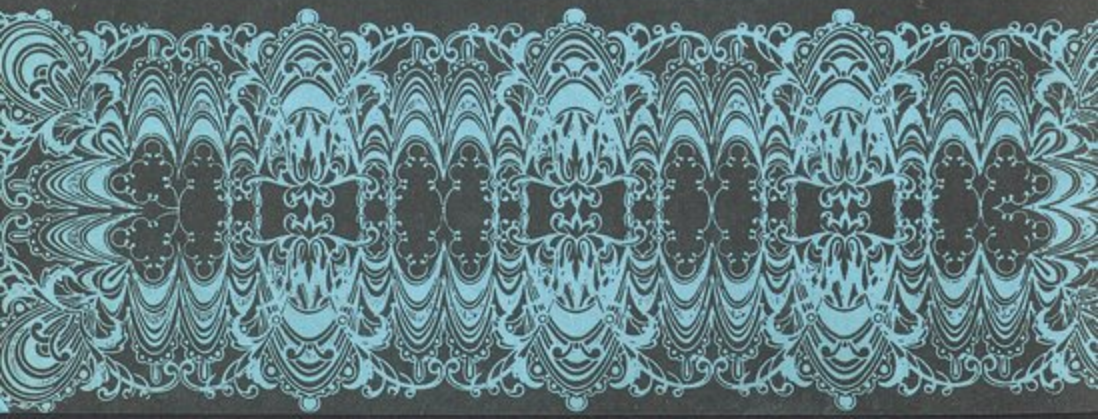
تحليل الكلام

في

شرح قضاء شرايح الاسلام

تأليف:

الشيخ راضي التجفي التبريزي



(اغلاط تحليل الكلام)

الرجاء الوثائق من العلماء المطالعين ان لا يجاوزوا الا بالاصلاح ازالة للفساد وابقاء للصالح

السطر	الصحيح	الغلط	الصفحة	السطر	الصحيح	الغلط	الصفحة
١٦	وسموه	و وسموه	٨٠	٥	الذنيوية	ذنوية	٣
١٣	بواسطة	بوسطة	٨١	٧	تؤدوا ا	تودو	٧
١١	فيها	فيما	٨٩	١٣	ثلاث	ثلاثة	٨
١٤	يفتسل	يفسل	٩٠	٦	المملك	ملك	١٤
١٢	باب ٢٦	باب ٢٥	٩٣	٦	لا	ولا	١٥
٦	لانجرى	لانجزى	٩٧	١٣	صحيحة	صحة	٢١
٧	حتى	ختمى	»	١٥	زايد	الاولعن	٢٥
٦	تقليد	نقليداً	٩٨	٥	حضورى	حضورى	٢٩
١٣	تكون	تكون	١٠٥	١٥	بقيته	بقيته	»
٩	الخبر	فى الخير	١١٠	١٤	القول	لقول	٣١
١	منصوباً	منصوراً	١١٤	١١	وسائره	وسائر	٣٧
٩	قال	قال	١٢٣	١٤	الحرمة	للمحرمة	»
١٣	بيت المال	بيت العمل	١٢٧	١	الصفحة	الصحة	٣٩
٩	منزله	منزلة	١٣٥	٤	علمنيها	علمنها	٥٥
١٠	الكسب	والكسب	»	١٤	زائدة	كا	»
١٢	والسحت	وسحت	١٣٧	١٥	يؤؤل	يوؤل	٥٨
١٦	الفواجر	الفواجه	»	٨	الانتهاه	انتهى	٦٠
١٨	العظيم	للعظيم	»	٣	منثقيان	متقيان	٦٨
١٤	فيستنتج	فيستننج	١٣٩	٧	حجة	حجية	٧٠
٥	احتاج	احتياج	١٤١	٩	ذوى	دوى	٧٢
١١	يزول	يرول	١٤٤	٢	الضمانات	الضمانات	٧٣
٧	منافات	مناقات	١٥٠	٢	بحجبة	بحجة	٧٧

السطر	الصفحة	الغلط	الصحيح	السطر	الصفحة	الغلط	الصحيح
٣	٢٠٨	الدوادين	الدواوين	٢٠	١٥٠	بلهى الشهاده	بل الشهادة
٦	٢١٢	١٢٤	١٣٤	١١	١٥٥	مع دليل	مع عدم دليل
٧	د	النجس القذر	اشتباه	٣	١٦٥	ولايد	ولاية
١٢	٢٣٤	يعتم	يتم	١٥	د	تلقه	تلقه
١٧	٢٣٦	حبا	حسبما	١٣	١٥٧	على بصرة	على بصيرة
١٢	٢٥٧	يجوزه	يجوز	١٦	١٥٧	المصيب	المصيب
٩	٢٦١	لم يظهره	لم يظهر	١٠	١٥٨	المسالك	المسالك
٥	٢٦٥	من الشهود	من المشهور	١٥	د	ساقط	متين : خبر
١٠	٢٦٦	للاستحقاق	لاستحقاق	٧	١٥٩	بيت المال	بيت مال
١٣	٢٧٣	بالرواثة	فى الرواية	١٧	د	وكان الحق	و ان كان الحق
١٣	٢٧٣	برد	بان رد	١٨	١٦١	لدالة	الدلالة
١٦	٢٧٣	ساقط فغير وارد لما مر من الاستدلال		١٤	١٦٣	فليراجع الى آخر السطر زايد	
٢	٢٧٣	ابنا حمزه	ابنى حمزة	٨	١٦٦	حقق	حقوق
٣	د	الشهيدان	الشهيدين	١١	د	٤٣	٤٧
٥	٢٧٤	و غير	و غيره	٨	١٧١	مريته	مزيتته
٣	٢٧٥	ولذا قال	وقال	٦	١٧٦	فعتبر	فيتعتبر
٧	٢٧٥	مرامر	مراراً	١٧	١٨١	تدكية	تذكيته
١٤	٢٧٥	قدس	قدس سره	٤	١٨٣	ابليت	اييت
١٨	٢٧٥	مورد	من رد	٧	١٨٩	ب طرح	يطرح
١٦	٢٧٦	سواء قرئت	مؤخر	٢	١٩٥	وكلم	و حكم
٨	٢٧٦	مع مخالفته	مع مخالفة	٣	١٩٦	ونبها	و فيها
٩	٢٧٧	اى ذا	اى اذا	١٤	د	اجتح	احتيج
٩	٢٨٤	للارديلى	الارديلى	٢	٢٠٢	الذكرة	التذكرة
١٤	٢٨٥	شاهد اجز	آخر	١٤	٢٠٥	والوثائق	والوثائق

السطر	الصحيح	الغلط	الصفحة	السطر	الصحيح	الغلط	الصفحة
١٣	بكفاية	لكفاية	٥١٥	١٦	لبقائه	لقائه	٢٨٦
٣	مبطل	تبطل	٥١٧	١٣	قبل	قيل	٢٨٩
٧	يستقم	ليستقم	٥٢١	١٦	منهم	متمهم	٢٩١
١٨	مستنداً	مستند	٥٢٧	٨	لم توجد	لم يوجد	٢٩٣
١٢	ملك	ملكا	٥٣٣		الاستيفاء غالباً ففي وجوب ضم اليمين		٢٩٤
١٤	ادلة	ادبه	٥٤٠	٣	و جهان من اطلاق النص الشامل :		
١٧	لاتنفى	لاتلغنى	٥٥١	١٢	فمقتضاء	فمقتضاء	٢٩٤
١٨	الاخبار	لاخبار	٥٦٠	١٦	وهذه الوجوه	وهذه الوجه	٣٠٥
١١	الاجماع	لاجماع	٥٦٢	٣	بخصوصة روايته	بخصوصة رواية	٣٠٦
١٧	ثبوته بخبر	ثبوته الى خبر	٥٦٢	١٩	صقين	صقين	٤٣٨
١٨	اليه	اليه	٥٦٢	١١	بالماء اذا	بالماء اشاعة	٤٣٨
١٦	الفعل	لفعل	٥٨٥	٨	بالمجهول	المجهول	٤٤٦
١٧	فيمين	قيمين	٦٠٥	١٣	متعينا	متعنا	٤٤٨
٩	ذا اليد	ذاليد	٦٠٦	١١	بنين	بين	٤٥٨
١٨	لا احتياج	لاحتاج	٦١٠	١١	طريقه	طريقة	٤٦٤
١٠	قرع	قرغ	٦١٢	١٢	انفسهما	انفسها	٤٦٦
١٦	ظاهر	ظاهراً	٦١٤	١١	فتأمل	فناصل	٤٧٩
٨	الاعدلية	الاعدبته	٦١٨	١٢	الكل	لثلاثتها	٤٨٤
٧	المتقدمة	النقند	٦٢٠	٤	للملتمس	الملمتس	٤٨٧
٩	مخالفته	مخالفة	٦٢١	١٠	قسمه	قسمة	٤٩٠
٧	لا احتمال	لاجتماع	٦٢٢	١٣	امراة	وامرائه	٤٩٠
١٢	اسهم	السهم	٦٤١	١٩	لاتلزم	لاتلرم	٤٩٦
١٥	تعريفها	تعريضها	٦٤٢	١٢	قسمة	القسمة	٥٠٧
١٠	مشيختنا	مشيحننا	٦٥١	٧	وصفناه	اروصفناه	٥١٣

السطر	الغلط	الصفحة	الصحیح	السطر	الغلط	الصفحة	الصحیح
٦	الضيف	٧٣٣	الضعيف	١٢	الضنيمة	٦٦٠	الضميمة
٣	في زيد	٧٣٧	في يزيد	١	متف	٦٦١	منتف
٦	لكل	٧٤٧	الكل	٦	يقتضه	٦٦٧	يقتضيه
٦	اثن	٧٦٢	عن الاثني	١٥	فلاجل	٧٦٨	فلاجل الاختلاف
٧	لصدوق	٧٨١	الصدوق	١٧	من	٦٧١	على من
٢	المستند	٧٨٢	في المستند	١٠	يختلفا	٦٧٧	يختلفان
١٥	للمشتم	٧٨٣	للمستمو	٨	فاتحه	٦٨٥	فاتحه
٥	ملكية	٧٨٦	الملكية	١٥	الجوز	٧٠٠	الجوز
٣	يقطع	٧٩٢	يقطع	١٦	جسما	٧٠٣	حسبما
١٧	يحفظه	٧٩٨	يحفظه	٨	لسلسها	٧٠٣	لدليلها
١٨	ذلك	٨٠٢	ذلك	٧	اعتمادا	٧٢٩	وكذا قرره الاستاد
١٢	على	٨٢٠	علم	٩	تشهد	٧٣٣	تشهد
				٦	بصح	٧٣٤	بصح

Najafi

تحليل الكلام

في

شرح قضا، شرايح الاسلام

تأليف

الشيخ راضي التجفي التبريزي

2271
.3553
.948

و فيه ثلاث رسائل :

- ٠ ١- رسالة في اصالة الصّحة
- ٠ ٢- رسالة في قاعدة اليد
- ٠ ٣- رسالة في قاعدة القرعة

- ١ - اسم الكتاب : تحليل الكلام
- ٢ - المؤلف : راضى تبريزى
- ٣ - العدد : ١٠٠٠ نسخه
- ٤ - چاپ استقلال قم
- ٥ - نوبت چاپ اول
- ٦ - گرافيك واصف



الحمد لله الذى يقضى بالحق ويأمر بالعدل ويحب الصلح
(والصلح خير) و يقيم الميزان بالقسط ويريد انتظام الاجتماع و
الجماعات فى مستوى الحياة الأنسانية الحسنة العادلة ليقوم
أمرهم بالأمانة والصيانة عن الخيانة ليعيشوا عيشة مرضية ويسعدوا
بسعادة دنوية واخروية :

والصلوة على امين وحيه والقاضى برسالاته محمد صلى الله
عليه وآله وعلى خليفته بلا فصل و باب مدينة علمه على بن ابي
طالب الذى قال فى حقه (اقضاكم على) وعلى اولاده قرناء القرآن
واعدال الكتاب الفرقان خلفاء الله ورسوله قضاة الحق بالعدل
صلوات الله عليهم :

واللعن الدائم على اعدائهم من الاولين والآخرين :
اما بعد فيقول العبد المحتاج الى رحمة ربه الشيخ راضى

بن محمد حسين النجفي التبريزي لما انتهيت من بحث كتاب الطهارة الى كتاب الصلوة من الشرايع استدعى جماعة من فضلا البحث ان يجعل كتاب القضاء مطرحاً للنظر والأستنباط لكونه امراً مهماً يصلح به أمر المجتمع .

فبمقتضى خفض الجناح خصوصاً على اهل العلم قبلنا ذلك فشرعنا فى البحث متوكلاً على الله تعالى مستدعياً للعناية الربانية ومستهدياً الى الصواب واسئله ان يجعله ذخيرة ليوم المعاد : كتاب القضاء و متن البحث هو الشرايع للمحقق الحلى قدس سره .

اقول القضاء اى (القاف . والضاد . والياء) ليس له معان متعددة بل له صوت واحد ومفهوم فارد . وهو تمشية الامر على نحو خاص من الأحكام وشكل خاص من الأتقان . والوجه فى ذلك ان لكل موجود وجوداً تقديرياً وقضائياً مثلاً الصورة القضائية للحجر هى الجمود وللشجر هى النمو و الصورة القضائية للانسان والحيوان هى الحيات ومعنى الحياة القضائية هو صنعه قادرا وعالما اى ذا حسّ فالخلق راجع الى المواد والقضا راجع الى شكل وهيئته محكمة : ولقد حققنا المقال فى ذلك فى (كتابنا داورى وجدان) بالفارسية ص ٣٤٤ المطبوع :

وبعد عثرنا على كلام الفاضل الهندى قدس سره فى كشف

اللائم ج ٢ : قال القضاء هو فصل الامر قولاً او فعلاً وفي المقائيس
انه اصل صحيح يدل على احكام أمر واتقانه .
ونعم الوفاق :

قال وفي الشرع .
ولاية الحكم شرعاً لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين
على اشخاص معينة يتعلّق باثبات الحقوق وأستيفائها واستحقاقها
انتهى :

الاتضاح :

فأتضح مما ذكرنا ان ما ذكره شيخنا المفيد قدس سره في
تصحيح الاعتقاد ليس على ما ينبغي من مجيء القضاء بمعان متعددة و
كذا غيره ممن تبعه كالمحقق الميزا محمد حسن الآشتياني في كتابه
القضاء المطبوع وغيره :

القاضي :

فالقاضي الذي له استنباط و فقاهاة بعد العلم بالاحكام
الكلية له صورة قضائية وهي تطبيق القوانين على مافى الخارج
من معرفة المدعى والمنكر وتمييزهما فما لم يحصل له ذلك الانطباق

ولم يستعمل علمه فى القضاة الشرعية لاسمى قاضياً لان المبدء معتبر فى الاشتقاق وهذا الذى ذكرنا منشاء تحصل القضاة و منشاء صحة صدق المشتق من لفظ القاضى وغيره من المشتقات التى يصح الحمل حقيقة :

وصرح على نحو من الخصوصية الشهيد الثانى فى المسالك :
المحقق القمى قدس سره :

فما عن (مبتدا) المحقق القمى قدس سره فى كتابه القضاء من ملحقات الغنائم بان الفرق بينه وبين المفتى والمجتهد والفقهاء بالاعتبار .

- فباعتبارانه عالم بالحكم من الدليل فقيه .
 - وباعتبارانه مستدل مستخرج مجتهد .
 - وباعتبارانه يلزم او يطلق لآحاد البرية قاض .
 - ومن حيث انه مخبر بما علمه بالدليل كلية مفت الخ .
 - فليس على ما ينبغى من التحقيق .
- لان تحقق المبادئ علّة صدق المشتقات فعلا فما لم يتلبس لا يصدق الصفة والكلام فى انحاء التلبس فى غير المقام .
- ويعلم ان القضاء ليس هو الحكم المطلق من قوله تعالى فى سورة النمل ان ربك يقضى بينهم بحكمه فتدبر الخ :
- القضاة :

لا يخفى عليك ان القضاة اصل ومنصب خاص للنبي والائمة

المعصومين عليهم السلام ولا يجوز لغيرهم التصدي به الا يأذنهم عليهم السلام :

وذلك بمقتضى الكتاب والسنة الواصلة عنهم عليهم السلام ولقد اتى الفاضل المقداد قدس سره .
من الآيات فى المقام فى كتابه كنز العرفان عدة منها تبلغ خمسة عشر آية :

وكذا فى فقه (١) القرآن ج ٢ : وغيرهما :
منها : آيه : انّ الله يأمركم ان تؤءد و لأمانات الى
اهلها و اذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل :
النساء : ١٠٥ :

فدلت على مشروعية القضاة والحكم فى التشريع الاسلامى وعلى وجوب العدل فى الحكم بين الناس على نحو الصراحة .
ولا يحتاج استفادة الوجوب على صيغة الامر لما حققنا ذلك فى كتابنا (المحاورات الاصولية) المطبوع لان اطاعة المولى من جهة دلالة العقل لزوما لا من جهة دلالة اللفظ . مع ورود الالتزام فى بعض الآيات بصيغة الامر كقوله تعالى (فاحكم) سورة : ص : و (وان احكم) سورة المائدة : ٤٩ :
ومنها آيه :

١- تأليف قطب الدين ابى الحسن سعيد بن هبة الله -
الراوندى المطبوع حديثا : و الراوند من نواحى كاشان .

يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس
 بالحق ولا تتبع الهوى : سورة ص : ٢٦ .
 والخلافة عبارة عن النيابة التشريعية هنا ولذا استخلف
 الله جل جلاله انبيائه و اوليائه المعصومين فى الارض ليجرى
 أمره بالحق بين الناس بما اراهم الله :
 ومنها آية : انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين -
 الناس بما اريك الله .
 ولا تكن للخائنين خصماً : سورة النساء : ١٠٥ :

دلالة الآيــــــــــــــــة :

فهى دلت على امرين .
 الاول خطابه صلى الله عليه وآله . بان يحكم بما اراه الله
 اى اعلمه بالوحى . وليس من الروئية بمعنى العلم والاستدعى
 ثلاثة مفاعيل .
 وفيه دلالة على انه لا يجوز الحكم بغير علم : كما عن الفاضل
 المقداد فى تفسيرها وهو صحيح :

الثانى :

خطابه صلى الله عليه وآله . بان لا يجادل اى لا يخاصم

لاجل الخائنين بحيث يدب عنهم خصومهم البريئين .
وفيه دلالة على عدم المجادلة عن احد الخصمين وعدم
تلقينه ما يستظهر به على خصمه :

والآية السابقة دلت على امور :

الاول : مشروعية القضاء والحكم :

الثانى : وجوب الحكم بالحق اى بما هو مطابق لما فى نفس

الامر بحسب ما يقوده الدليل او الامارة كما فى الكنز :

الثالث : عدم اتباع الهوى اى الميل بمجرد الحظ النفسانى:

ويستفاد من ذلك لزوم الانصاف والانصت والتسوية بين

الخصوم فى السلام والكلام وانواع الاكرام فى مقام القضاة بين

الناس فتأمل :

ومنها : الآيات :

الاولى :

ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون :

الثانية :

ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون :

الثالثة :

ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون : سورة
المائدة : آية (٤٤) و (٤٥) و (٤٧) :

وفى كنزالعرفان : قيل هذه الثلاث حيث وردت فى
حكاية ما انزل الله على اهل الكتاب فهى مختصة بهم :
وليس بشى بل هو عام فى كل ملّة . لان خصوص السبب
لا يخصّص .

ثم الحاكم بغير ما انزل الله ان كان مع اعتقاده لذلك
الحكم فهو كافر . وان كان لامع اعتقاده فهو ظالم او فاسق :
انتهى كلامه رفع مقامه :

وقال قطب الدين الراوندى قدس سره فى فقه القرآن ج
٢ ص ٦ بعد نقل تلك الايات .

قال الحسن : هى عامة فى بنى اسرائيل و غيرهم من
المسلمين .

وروى البراء بن عازب عن النبى صلى الله عليه وآله : ان
هذه الآيات فى الكفار خاصة .

وقال الشعبى نزل (الكافرون) فى هذه الامة : والظالمون
فى اليهود : والفاسقون فى النصارى :

ثم قال : والاولى ان يقال هي عامة في من حكم بغير ما انزل الله .
 فان كان مستحلاً لذلك معتقداً انه هو الحق فانه يكون كافراً بلا خلاف :

فأما من لم يكن كذلك وهو يحكم بغير ما انزل الله فانه يدخل تحت الآيتين انتهى كلامه .

اقول : لا يخفى ان الفاضل المقداد والراوندى كلاهما ناظران الى العموم في الآيات كما عرفت : والآيات بنفسها عامة ليس فيها ما يشعر بالاختصاص .

واما رواية البراء الدالة على الاختصاص فليست ناظرة الى خصوص الحكم فيهم بل انهم صاروا سبباً لنزول تلك الآيات و المورد ليس بمخصّص وحكم الله جارفي الانام بنحو العموم و - المسئلة محتاجة الى الرجوع الى التفاسير والروايات الواردة فيها حتى ينحل ذلك الاحتمال من الاختصاص فافهم :

ما هي القضاة :

القضاة ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الأمام عليه السلام كما عن الدروس .
 وعن الفاضل الهندي في كشف اللثام : ولاية الحكم شرعاً :

وعن المحقق القمي قدس سره في كتابه القضاء عرفه جماعة
بانه ولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين
الشرعية على اشخاص معينة من الناس باثبات الحقوق واستيفائه
للمستحق ومن خواصه عدم جواز نقضه له ولغيره الا فيما يستثنى
انتهى محل الكلام :

وعن المحقق الاردبيلي قدس سره في شرح الارشاد :
القضاء ولاية عامة بالنبية عن النبي او الامام عموماً وخصوصاً
اقول ان التعرض لاقوالهم انما هو لاجل مصلحة اهل -
البحث .

والظاهر ان التعاريف من باب عبارات تناشئى وحسنك واحد
ولكن الأنسب ما عن المحقق صاحب المستند النراقي قدس
سره .

حيث قال :

القضاء هو ولاية حكم خاص او حكم خاص في واقعة خاص و
على شخص مخصوص باثبات ما يوجب عقوبة دنيوية شرعاً او حق من
حقوق الناس بعد التنازع فيه او بنفى واحد منها :

وهذا اشارة الى ما شرحنا في معنى القاضى في اول هذا
الكتاب اذ عثرنا على كلامه بعد التعريف كما لا يخفى فتدبر :
والقضاء على قسمين :

الاول قضاء التعميم وهو مشروط باذن الامام خصوصاً او

• عموماً

تحقق التولية :

ويتحصّل معنى التولية بصيغة الامر كقوله : ان احكم بين
الناس بما اريك الله .
وبقوله وليّتك الحكم وما يوئدى مفادهما :

الثانى :

قضاء التحكيم وهو سايغ وان كان فى البلد قاض و يلزم
الخصمين المتراضيين به حكمه حتى فى العقوبة كما فى الدروس
ويأتى الكلام فيه مشعباً انشاء الله تعالى :
قال المصنف فى الشرايع :

الاول :

يشترط فيه البلوغ وكمال العقل والايمان والعدالة و
طهارة المولد والعلم والذكورة المتن .
اما لبلوغ فلان التصدى بالقضاء تكليف وملاكه البلوغ بادلته

فى التكاليف فليس له قلم التكليف ما لم يبلغ فلايجوز له التصدى
ح :

واما لعقل :

فلانّ درك الحقايق والاحكام والاجراء لايتسر الا بالقوة
العاقلة بل معرفة الحق تعالى والنبوة والامة وغيرها بواسطته
ينجلى للانسان .

والعقل حجة من حجج ملك المنان وهورسول باطنى كما
لا يخفى :

ولعل الفقهاء رضوان الله عليهم اجملوا وقالوا هذان الشرطان
اجماعى كما عن المحقق الاردبيلى وكما عن المسالك .
قال وهذه الشروط المذكورة فى الفوق موضع وفاق عندنا:
(رواية فى البلوغ)

وان كنت فى طلب رواية فى الباب فانظرالى رواية ابى
خديجة .

وفيهما (انظرالى رجل (١) منكم) وكذا غيرها (٢) كما يأتى
فى اشتراط العلم .

وهما يصرّحان (بالرجل) لا بالصبي فتكون مخصّصة لما
ظاهره خلاف ذلك من العموم مع ان المتبادر من روايات الباب

١- التهذيب ج ٦ ص ٢١٩ حديث ٥١٦

٢- يب ج ٦ ص ٢٢٠ حديث ٥١٩ (وفيه كلمة رجل) .

هو البلوغ فتدبر :

الايمان :

واما الايمان اى كونه اثنى عشرية فلانّ مذهب النبى صلى الله عليه وآله الموحى اليه وسنة الله التى لا بد ان تجرى فى الناس كما اراد الله تعالى - لا كما نريد .
ولا يمكن تحققه فى الاجراء الا بالعصمة والولاية فالأمامة و العصمة داخله فى حقيقة الدين الالهى الذى شرع لنا و امرنا بالاتباع فحقيقة الدين تجرى بيد الائمة المعصومين عليهم السلم كما جرت بيد النبوة فالمؤمنون هم علماء الشيعة الصحيحة الاثنا عشرية و علمهم من علمهم عليهم السلام .
فهم حجج لجعلهم حجة .

توضيح الايمان :

الايمان من الشرايط الستة العامة والمراد به اعتقاد الامامية الاثنى عشرية من الاصناف لا غير والظاهر انه يحصل بمعرفة الله تعالى شأنه ونبوة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وتصديقه فى جميع ما جاء به من الاحكام وغيره مثل الموت وعذاب القبر و

الحشر والنشر والجنّة والنار والمثوبة والعقوبة والصراط والميزان
 ونبوة الانبياء باجمعهم والصحف النازلة ويعتقد ويؤمن بأنّه لا
 بنى بعد محمد صلى الله عليه وآله ويؤمن بامامة الائمة -
 المعصومين الاثنى عشر من اميرالمؤمنين على بن ابيطالب واولاده
 الائمة الى القائم المنتظرالذين هم اعدال القران وقرناءالفرقان
 عليهم السلام حتى ينتهى التكليف كل ذلك يكفى اجمالابطريق
 العلم ولايحتمل نقيضه وان لم يكن برهانيا وراجع الى تحليل
 العروة المطبوع .

واما غيرهم :

واما غيرالشيعة فهم مخالفون اصولاً وفروعاً .

واما اصولهم فكما ترى فى كتب الكلام من مقالات الاشعرية
 وغيرهم فى حقه تعالى شأنه .

واما الفروع فكما ترى من المذاهب الاربعة كما لا يخفى على

المتضلع :

مضافا الى الاجماع كما عن المحقق الاردبيلى والمستند -

للنراقى والشهيد الثانى كما مرّ :

وايضاً العدالة شرط فى القضاء وغيرالشيعى يعمل على

مذهبه وح كان ذكرالعدالة كافيا عن ذكرالايمان لكن الفقهاء

ارادوا من التصريح بالايمان والتنصيص به دفع احتمال كفاية مجرد

الاسلام جزاهم الله خيرا وبهذه الجملات اشارالاردبيلى قدس

سرّه : فراجع فانه لازم :

معلومية حكم الشيعة من الشيعة :

لا يخفى انه كان معلوما في زمن الائمة عليهم السلام عند

الشيعة خصوص الحكم بمذهب الشيعة .

وشاهده ما عن معاذ الهراء - وكان ابو عبدالله عليه -

السلام يسميه النحوى :

قال : قلت لابي عبدالله عليهم السلام انى اجلس فى

المسجد فيأتينى الرجل فاذا عرفت انه يخالفكم اخبرته بقول غيركم

واذا كان ممن لا ادري اخبرته بقولكم وقول غيركم فيختار لنفسه .

واذا كان ممن يقول بقولكم اخبرته بقولكم فقال (عليه السلام) رحمك

الله هكذا فاصنع : (١)

دلالة المقبولة : (٢)

ويدل ايضاً قوله عليه السلام فى مقبولة عمر بن حنظلة الذى

وثقه الشهيد الثانى قدس سره فى روايته فراجع : انظروا الى

من كان منكم قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا الخ :

حيث يقول (منكم) اى من الشيعة .

١- التهذيب ج ٦ ص ٢٢٥ حديث (٥٣٩) .

٢- التهذيب ج ٦ ص ٢١٨ حديث (٥١٣) .

المسالـك :

وعلل اشتراط الايمان بمشاركة غيره فى عدم الاهلية و-
 لاختلاف الاصول المعتبرة فيه عند الفرقين :
 والاولى فى الاستدلال ما حققنا كما لا يخفى على المتامل
 الصادق :

سائر الروايات :

وقد ورد فى الروايات اخذ معالم الدين من الشيعة وكل
 مسنن فى محبتنا .
 ولعله ياتى الاشارة الى بعضها فراجع وطالع :

العدالـة :

واشتراط العدالة فى القضاء مما يقضى به الايات السابقه
 حيث قال تعالى (ان تحكموا بالعدل) وغيرها مما سبق .
 دلالة العقول :

ويدل عليه ما يقضى به العقول من عدم حصول الامن فى

الحكم بدون العدالة ولذا لا يقبل شهادة الفاسق وكذا قضاوته اذاً لولم يكن في النفس خوف من الله تعالى فكيف يستند في المحاكم الى قوله .

فالمسئلة قبل الاجماع ظاهرة :

دلالة النص ———— ووص :

لا يخفى ان دلالة النصوص البالغة حدّ التواتر في المنع عن الترافع الى حكام الجور والظلمة وقضاوة العامة صريحه في اشتراط العدالة والأيمان .

وبهذا الاجمال من الاستدلال اكتفى الفقيه صاحب الرياض

قدس سره :

وان شئت التفصيل فراجع الى (تل) الباب الاول من القضاء

تجد فيه ما تريد .

منها : ما في رواية ابي بصير قال : قلت لابي عبد الله عليه

السلام قول الله عز وجل في كتابه ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل

وتدلوا بها الى الحكام : فقال : يا ابا بصير ان الله عز وجل قد

علم ان في الامة حكماً يجورون اما انه لم يعن حكام اهل العدل

الى ان قال : لو كان لك على رجل حق فدعوته الى حكام

اهل العدل : ابي الى ان قال لكان ممن حاكم الى الطاغوت :

طهارة المولى — د :

والمستند فى ذلك هو الاجماع كما عن المحقق القمى و كما
 فى المستند نقلا عن الروضة .
 و ما مر من المسالك ان : هذه الشروط موضع وفاق عندنا :
 وعن المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد .
 قال فكأن دليله الاجماع ثم علله بتنفر الانفس وعدم الانقياد
 والمسئلة تحتاج الى البحث الزائد والاجماع يقطع الكلام :

الذكورة — رة :

واما الذكورة وعدم جواز قضاء المرأة :
 فيدل عليه قبل الأجماع ما فى الاخبار من نقصان عقلها و
 دينها وقيام اثنتين منهنّ مقام رجل فى الشهادة غالبا وعدم
 صلاحيتها للامامة فى الصلوة للرجال .
 وقول الباقر عليه السلام فى خبر جابر : ولا تولّى المرأة
 القضاء ولا تولّى الأمانة . و اجاز ابو حنيفة تولّيها فيما يقبل فيه
 شهادتها . وابن جوير مطلقا :
 وهذه الادلة نقلتها عن كشف اللثام للفاضل الهندى قدس

سره والحق معه وما وجدته فى كثير من الكتب الفقهيّة نظيره بهذا النحو من الاستدلال جزاه الله خيرا وجزى جميع الفقهاء خيراً :

واقول مزيداً عليه انه يدل على المرام قوله عليه السلام فى رواية ابى خديجة : انظروا الى رجل منكم :
وقد مرّ حيث خصّ القضاة (بالرجل) وكذا الرواية الاخرى وفيها ايضاً (الرجل) كما فى التهذيب ج ٦ ص ٢٢٠ فراجع :
فان قلت يوجد فى الروايات كلمة (من) الشاملة لها .
قلنا : اولا جملات الروايات كقوله عليه السلام جعلته قاضيا مثلا ونظيرهذا البيان يبين معنى كلمة (من) فلا يبقى لها ظهور فيها .
وثانيا :

ان التخصيص بالرجل فى صحة ابى خديجة ومثلها يوجب تخصيص ماله العموم كما لا يخفى :
ويدل ايضا عليه مرسله الفقيه يا معاشر الناس لا تطيعوا -
النساء على حال ولا تأمنوهن على مال :
وفى روايات لا يملك المرأة من الامر ما يجاور نفسها كما فى
المستند .

وفى رواية حماد بن عمرو الطويلة وفيها يا على ليس على
النساء جمعة ولا جماعة الى ان قال ولا تولى القضاء (١) وهكذا

عثرت على كلام صاحب المستند قدس سره ثم نقل رواية جابر المتقدمة من كشف اللثام .

ثم قال وفي خبر آخر : لا يصلح (١) قوم وليتهم (٢) امرأة : وهو كالفاضل في الاستدلال :

اقول ايضاً توضيحاً وتقريباً للمرام ان الناظر في روايات ابواب القضاء لا يجد اسماً ولا رسماً من قضاوة المرأة فلو كانت لها تولّى القضاء لكانت الاشارة اليها مشاهدة كما لا يخفى على المتذلل فيها . مضافاً الى ان المرأة لها شغل عظيم من تدبير المنزل و تربية الاولاد وما لم يصلح التربية لا يصلح الجامعة وهذا امر خطير لو صح العمل به وليس الا في عهدة المرأة الصالحة - المؤمنة بالأجر الكبير لها في تحمّل الحمل و الارضاع و اصلاح حياة الاولاد كما لا يخفى على البصير :

كلام المحقق القمي قدس سره :

قال وربما يشكل في اشتراط الذكورة وغلبة الحفظ والنطق مطلقاً لانّ العلل المذكورة لها من عدم تمكن النسوان من ذلك

١- (لا يفلح) نسخة .

٢- هذه الرواية نبوية وقد نقل نحوه النجاري . و الترمذى و

احمد بن حنبل .

غالباً لاحتياجه الى البروز وتمييز الخصوم والشهود .
 ومن ان التميز والاتقان لا يحصل مع كثرة النسيان والخرس
 غير مطرد فلا وجه لعدم الجواز مطلقاً الا ان ينعقد الاجماع مطلقاً:
 ثم قال : ويمكن ان يكون الاجماع بالنظر الى اصل اختيار
 الولاية والمنصب عموماً .
 واما فى حكومات خاصة فلم يعلم من ناقله وان احتمله
 بعض العبارات فلاشكال ثابت فى الاشتراك مطلقاً : انتهى ما
 اردنا :

والتحقيق ————— ق :

وحق الكلام فى المقام وغير المقام ان الحكم من الجواز
 عدمه مدلول من دليل يستخرج من بطن الدليل فلا ينفع فى
 الاستظهار الاعتماد على الاعتبار لانه يقابل ذلك الاعتبار باعتبار
 تحفظها على نحو شرعى لا ينافى البروز وبعده يحصل المراد من
 التميز ومعرفة الخصم والشاهد :

ولقد عرفت دلالة الروايات التى نقلتها مع عدم معهودية
 ذلك فى شئ من الروايات .

تفسير الاجماع وكونه ناظراً الى اصل الولاية عموماً كما
 يظهر ذلك من غيره ايضاً غير سديد لانهم ادعوا الاجماع فى ذلك
 المقام فكيف ينصرف الى مسألة اصل الولاية عموماً وعدم الولاية
 اولى :

الاشكال من المحقق الاردبيلي قدس سره :
قال واما اشتراط الذكورة فذلك ظاهر فيما لم يجز للمرأة
فيه امر .

واما في غير ذلك فلا نعلم له دليلاً واضحاً .
نعم ذلك هو المشهور . فلو كان اجماعاً فلا بحث و الا
فالمنع بالكلية محل بحث الخ : وجوابه تحقق الاجماع و في
الرياض بلا خلاف شيء بيننا ووجود الروايات التي نقلتها فلعله
قدس سره لم يبرها او اعرض :
وقال بعض .

والتعبير (بليس) على النساء جماعة لا ينافيه الا ترى ان المرأة
تصلى جماعة مع النساء :
وفيه من الضعف ما لا يخفى فان نفى الجمعة و الجماعة
عنها في محله لانها ممنوعة عن اقامة الجمعة و الجماعة و امامتها
للرجال نعم دل الدليل على جوارها مع النساء فهو مخصص للنفي
بالنسبة الى النساء : فتدبر :

واما اشتراط الكتابه :

فقد قال العلامة قدس سره في القواعد :
في اشتراط علمه بالكتابة اشكال وكذا البصر و الاقرب -

• اشتراطهما

واشترط الحرية والسلامة من الخرس لا الصم : انتهى .

قال فخر المحققين فى الايضاح ج ٤ ص ٢٩٨ :

ينشأ من ان اكمل المناصب نبوة خاتم الانبياء صلى الله عليه

وآله وسلم .

ومنها يتفرع الاحكام والاركان والكتابة ليست بشرطاً فيها

لانه كان امياً فاذا لم يشترط فى الاصل فى الفرع اولى :

ومن انها من الات الضبط فان القاضى يحتاج الى الضبط

والاصح عندى الاشتراط للاحتياط وهو اختبار الشيخ فى المبسوط

والمصنف اى العلامة :

واجاب لعدم الاشتراط بان النبى صلى الله عليه وآله

معصوم فبعصمته .

وقوة حافظته لا يحتاج اليها ولانه يمتنع عليه السهو والنسيان

خصوصاً مع تواتر الوحي : مضافاً انه صلى الله عليه وآله لم يكن

مأموراً لانه كان فاقداً مع كونه اشرف الا ولعن الاولين والآخريين :

العجب من المحقق الاردبيلى ره حيث قال مع احتمال انه عرف

الكتابة زمان الحكم فافهم :

والتحقيق ان المقايسة ليست بدليل فى الفقه حتى يقال

انها لم تكن شرطاً فى النبوة فلا تكون شرطاً فى قضاة القاضى .

بل الدليل على اعتبارها وغيرها من البصر والصم هو ظهور

ادلة باب القضاة فى السلامة عنها لانها الاصل كما ان الاصل
السلامة فى العوضين فى المعاملات فلا يقال ان اطلاق العوضين
ينصرف الى السالم وغيره والاسماء فى الاطلاق الانشائي للالفاظ
(او الوضع) على القول به يراد منها الاصحاء والعوارض عارضة
تستدعى الدليل على اللاحق :

فالقاضى الفاقد للكتابة ناقص .

قال الصادق عليه السلام (ما لم تكتبوا لم تحفظوا) والقضاة

بلا كتابة لا تطمئن بما جرى ويجرى فى القضايا :

نعم استنابة الكاتب العادل يمكن ولكن مع توجه المشكلات

فافهم : فان الخط نصف العلم :

مضافا الى ان مدار الاجتماعات وحل المشكلات فى المعاملات

وغيرها يحتاج على ذلك :

والمحقق الاردبيلى ايضا يقول لانجد دليلا على تلك -

الاشتراطات فراجع :

خلاصة الكلام ان الفقهاء مختلفون فى هذه الشرايط جماعة

منهم على الاعتبار وجماعة على العدم للاصل كما عن المحقق

صاحب المستند فراجع اليه تجد :

واما لبصر :

قال فخر المحققين فى الايضاح ج ٢ ص ٢٩٨ : ذهب

الشيخ الطوسي والمصنف الى اشتراط البصر وهو الاصح عندى و
 علله بقوله اولاً :

لان الاعمى لا تنفذ شهادته فى بعض القضايا والقاضى تنفذ
 شهادته فى كل الامور :

وثانياً بقوله ولافتقاره الى مشاهدة الغرماء للحكم على اعينهم
 ولانه طريق الى العلم بالمحسوسات بالبصر فيحتاج القاضى اليه:
 والقول بعدم الاشتراط قياساً على ان شعيب عليه السلام
 كان اعمى وكان نبياً والبصر يقوم مقامه شاهدان عوضاً عن عمل
 البصر :

ضعيف : لما قلنا انفاً ان الفقه بالمقاييسات ليس بشئ مضافاً
 الى كونه اعمى بتمام المعنى غير معلوم واغضنا فهو كان مويداً
 بالوحى فافهم :

واما الحرّية :

فاختارها الشيخ فى المبشوط والعلامة وولده الفخر وليس
 لها دليل بحسب الظاهر الا الاعتبارات فالظاهر ان العبد الجامع
 للشرايط مع اذن المولى يتصدى للقضاء فراجع الاقول لترى
 الحال :

واما الاصم :

اعلم ان الاصم لو كان ممتنع السماع لما صحّ قضاؤه بالاجماع
 كما عن فخر المحققين لامتناع سماع البيّنات والاقراءات والايمان
 نعم لو امكن السماع بمسمع او قوة صوت .
 ففيه خلاف والاقرب صرف النظر عن الوسائل للكفة والمشقة
 وكونه خلاف المتعارف :
 نعم لو كان اضطرار في الحكم اليه فالاصح جوازه :

اشتراط العلم في القاضى :

لا يخفى على البصيران الكشف التصديقى في كل شئ من
 الحقايق والاحكام والموضوعات لا يتسير الا بالعلم فهو حجة -
 لذاته وهو نور في افق النفس .
 ومنه الحضورى : ومن العلم ما هو حضورى مجعول في
 النفس بالهداية التكوينية .
 قال عزّ من قائل : ربنا الذى اعطى كل شئ خلقه ثم هدى
 وبه يتمكن الانسان من معرفة الحق تعالى والنبوة والامامة و
 يتمكن من البحث في العلوم البشيرة التى تجرى في المجتمع
 الانسانى في الحياة :
 ومنه التحصيلى :
 قال والدى (١) الفقيه قدس سره :

- العلم علما
- علم ارتكازى
- وعلم اخذى :

والارتكازى عبارة عن الحضورى الذى شرحناه فى كتابنا

المسمى (بعلم حضورى) وهو طبع باللغة الفارسية :

والاخذى عبارة عن التحصيلى الذى يجب اخذه عن الدين

فعلم الاحكام واجب الأخذ عن النبى و اوصيائه عليهم السلام .

فالقاضى لا بد ان يأخذ علمه عنهم عليهم السلام فى الافتاء

و القضاة وعلى المتصدى للقضاء و الافتاء الرجوع وجوبا الى الابواب

التى فى الكافى و التهذيب و الوسائل للشيخ الحر العاملى و

غيره مما يتكفل للزوم العلم و شرائط القضاء و الافتاء للاستنباط و

التشخيص و الترجيح :

قال ابو جعفر عليه السلام من افتى الناسى بغير علم ولا

هدى من الله تعالى لعنته ملئكة الرحمة و ملئكة العذاب ولحقه

وزر من عمل بقبيته : ثل الباب ٤ من القضاء : و الاخبار كثيرة

فى ذلك فراجع و القضاء نوع من الفتوى على نحو التطبيق :



١- هو الشيخ المحقق فى الاصول و الفروع الشيخ محمد حسين
من ارشد تلامذة السيد الفقيه اليزدى صاحب العروة : و الشيخ و
المحقق المتكلم شيخ الشريفة الاصفهانى قدس سرهما :

فاشتراط العلم بالاحكام من طريق الاجتهاد فيها هو
المعروف من المذهب والمدعى عليه الاجماع كما فى الغنائم ص
: ٤٧٢ :

ولاجل النهى عن القول على الله تعالى بدونه •
وقد قال النبى صلى الله عليه وآله القضاة ثلثة واحد فى
الجنة واثنان فى النار فالذى فى الجنة رجل عرف الحق فضى
به •

واللذان فى النار رجل عرف الحق فجار فى الحكم ورجل
ضى فى الناس على جهل : كما فى المسالك :
وعن ابى عبد الله عليه السلام : ثل الباب ٤ ايضاً قال
القضاة اربعة ثلثة فى النار وواحد فى الجنة رجل ضى بجور
وهو يعلم فهو فى النار ورجل ضى بجور وهو لا يعلم فهو فى
النار ورجل ضى بالحق وهو لا يعلم فهو فى النار •
ورجل ضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة :

فلا ينعقد القضاء لاحد الا بالشرايط المذكورة والعلم منها و
لا يكون عالماً حتى يكون عارفا بالكتاب والسنة والاجماع وموارد
الاختلاف واللغة لا مكتفياً بواحد من كتب اللغات بل يلزم -
التحرى والاجتهاد فى تحقيق اللغات فى الايات والسنة من
حيث الضبط الصحيح واللحن والصوت لان اللغة يتفاوت معناها
من جهة الحركات من الفتح والضم والكسر فعليه الاجتهاد فى

• ذلك الباب .

تفصيل الكلام فى المأخذ :

قال الشيخ الطوسى قدس سره فى المبسوط ج ٨ ص ٩٩ .
فاما الكتاب فيحتاج ان يعرف من علومه خمسة اصناف العام
والخاص - والمحكم - والمتشابه - والمجمل - والمفسر - والمطلق
والمقيّد - والناسخ والمنسوخ :

اقول ان كان المراد من معرفة الكتاب العزيز هى آيات
الاحكام البالغة الى خمسائة آية فلزومها بتمامها محل نظر اذ
القاضى اذا كان مستنبطاً فى القضاة وعرف آيات القضاة فلا حرج
له فى معرفة غيرها بناءً على كفاية الاجتهاد فى باب القضاء كما
هو الاصح اذ المجتهد المطلق والمتنجزى اصطلاح حصل فى علم
الاصول والملاك هو القدرة على الاستنباط كما سيجى انشاء الله
تعالى الكلام فى ذلك :

وفصلنا لقول فى كتابنا تحليل العروة بحث الاجتهاد -
المطبوع .

معرفة العام والخاص :

ووجه المعرفة لاجل ان لا يأخذ بعموم العام وقد دخله
التخصيص .

وقد قال ابن عباس : وما من عام الا وقد خصّ فالمستنبط
لو تمسك بالعام كان مخالفا للقاعدة :
واما معرفة المحكم والمتشابه والمجمل والمبين والمطلق
والمقيّد فمذكور في محله فلا احتياج للتعرض في المقام : وكذا
الناسخ والمنسوخ .

معرفة السنة :

واما معرفة السنة فيحتاج الى ان يعرف منها المتواتر و
الاحاد والمرسل والمسند والمتصل والمنقطع و العام والخص
والناسخ والمنسوخ :

لماذا : لاجل ان يعمل بالمتواتر لا الاحاد وبالمتصل لا
المرسل الا ما كان مورد عمل عند الاصحاب .

والمسند ما كان مرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وآله
وللمنقطع ما كان موقوفا على صحابي :

لان في السنة ايضاً كالكتاب الحكيم مجملاً ومفسراً ومطلقاً
ومقيداً فلا احتياج معلوم :

ويدل عليه ما عن الرضا عليه السلام :

قال من رد متشابه القرآن الى محكمه فقد هدى الى صراط

مستقيم .

ثم قال عليه السلام ان فى اخبارنا محكماً كمحكم القرآن و
متشابهاً كمتشابه القرآن فردّ ومتشابهها الى محكمها ولا تتبعوا
متشابهها دون محكمها فتضلّوا : (ثل الباب ٨) من القضاء .

معرفة الاجماع :

قال الشيخ الطوسى قدس سره : و يعرف الاجماع و
الاختلاف لان الاجماع حجة لثلا يقضى بخلافه و يعرف الاختلاف
ليعلم هل قوله موافق لقول بعض الفقهاء ام لا :

اقول المراد من الاجماع وحجّيته هو دخول قول المعصوم
فى ضمن المجمعين على ما ذكره فى الاصول .

والظاهر ان الاجماع كاشف عن وحدة الاستظهار من -

الخبار .

تفصيل الكلام فى مقدار العلم :

لا يخفى عليك انه قد وقع الكلام فى الافتاء و القضاء من
الفقهاء رضوان الله عليهم فى كون العالم المفتى او القاضى عالماً

ومجتهداً مطلقاً ام يكفي ان يكون متجزياً واستدلوا لكونه مطلقاً و
متجزياً بما لا يخفى على المطلع فى الاصول وكتب الفقه و نحن
شرحنا القول فىهما فى كتابنا (تحليل العروة (١)) مبحث الاجتهاد
والتقليد المطبوع :

(التحقيق ————— ق)

وحق الكلام فى المقام يقتضى ايراد ما يتضح به المرام فيما
يتعلق بالمقام .

فنقول : ان عنوان المطلق والمتجزى شىء حدث فى
الاستدلال اى اصطلاح حتى ظنّ انه يلزم اخذ المطلق موضوعاً
للحكم بجواز الافتاء او القضاء وكذلك المتجزى فدار البحث على
ذيك العنوانين فوقعوا فى تكلفات ومعضلات و اتعبوا انفسهم
الزكية .

والحال انه ليس فى لسان ادلة الفقه ما يساعد ذلك
العنوان :

والعمدة فى المقال التوجه الى مقالة الامام عليه السلام
فى المقام كقوله : من عرف احكامنا ونظر فى حلالنا و امثاله :
ونتحرى فى معناه ونقول ما لمراد من العرفان والنظر فى كلامه

١- العروة الوثقى للسيد الفقيه السيد محمد كاظم اليزدى

• عليه السلام .

وكذا قوله عليه السلام : من رد متشابه القرآن الى محكمه
فقد هدى الى صراط مستقيم :
• ما المراد من الرد وكيف يتحصّل ذلك المعنى .

وبعبارة اخرى :

ما المراد من الاجتهاد وما هو الاستنباط حتى نجعله
موضوعا للحكم .

فنقول : اذا حصل للانسان قوة قدسية كما فى الدروس
للمشهد الاول وملكة الفهم والدرك والتشخيص لمدلول الدليل و
الترجيح فى صورة تعارض الادلة او الاقوال اذا احتاج الى -
للترجيح فيها فيكون ذلك الشخص المفتى او القاضى من جملة من
عرف احكامنا ومن جملة اهل النظر فى قوله (ونظر) اذ ليس المراد
من (نظر) الرؤية :

لمم اذا :

لان النظر المتعدى بحرف (فى) بمعنى التفكير والتدبّر
• كما فى اللغة .

ومنه قوله تعالى شانه افلم ينظروا فى ملكوت السماوات و
الارض حيث انه تعالى يحث ويأمر على تأمل حكمته فى خلقها
وامثال ذلك من الآيات :

و خلاصة الكلام ان النظر عبارة عن التأمل الصادق والتفكر
والفكرة توجب التشخيص والترجيح فى كلامهم عليهم السلام :
وتلك الملكة عبارة عن الاجتهاد وقوة الاستنباط فاذا حصلت
فهو مجتهد بقولكم مطلق اذ هو يقتدر بتلك القوة من الاستنباط
فى الاحكام فى جميع الابواب وليس الحضور الفعلى بتمامها مطرحة
فى معنى الاجتهاد لان الاحاطة والحضور الفعلى بالجميع لا
يتيسر للبشر العادى لان الاحاطة تحصيلية .
نعم الامام المعصوم محيط بعلمه الحضورى وليس لنا فى
فى الاحكام الا التحصيل :

المتجزى زى :

ومن هنا يعلم ان المتجزى ايضا مجتهد بمعنى عرف ونظر
فى بعض الابواب وحصل له الاستنباط فله العمل بما استنبطه .

التجزى زى :

والتجزى بمعنى عدم المعرفة وفقدان النظر والاستنباط
 فى غيره من الابواب كلام شعرى اذ القوة والاستنباط اذا تحقق
 يكون ملاكا للتشخيص والترجيح فى الادلة واذا لم يتحصل لم
 يتحصل فى باب ايضاً :

امكان التجزى :

ومن منا تعلم عدم امكان التجزى لان الملكة امر بسيط
 دائر مدار وجوده وهو لا يقبل التجزى كالمادى فالاجتهاد دائر
 بين الوجود وعدمه :

تنبيه :

وهذا المتجزى الذى شرحناه لابد ان يعمل بشراط -
 الاجتهاد من اطلاعه بعلومه و عرض حكمه الى القران و سائر
 يكون ملاكا فى جواز الحكم كما لا يخفى فاندفع ما يتوهم :
 والمتجزى القاضى يجب له ان يعلم بالاجتهاد الاحكام
 التى تدخل فى الدعوى كمسئلة الرضاع وهل هو محقق للمحرمة
 بعشرة رضعات ام لا .
 لو ادعى الرجل او المرأة الرضاع وامثاله ليتيسر له صحة

القضاة كما لا يخفى :

مفاد الاخبار :

هذا الذى ذكرنا استفادة من متن الاخبار التى اشتملت على (كلمة عرف) و (نظر) كما فى رواية عمر بن حنظلة .
 قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجلين من اصحابنا يكون بينهما منازعة فى دين او ميراث فتحاكما الى السلطان او الى القضاة أيحل ذلك . فقال عليه السلام من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتا لانه أخذ بحكم الطاغوت وقد أمر الله عزوجل ان يكفر بها .
 قلت : كيف يصنعان .

قال : انظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمننا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف و علينا رد . و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله عزوجل : يب ج ٦ ص ٢١٨ ج ٦ ، و فى مثل ابواب صفات القاضى الباب ١١ ج ١ .

وفى غيرها ايضا تعبيرات بلفظ (القاضى) كما فى رواية ابن سنان المروية فى التهذيب ج ٦ ص ٢٣٢ ج ١٩ و بلفظ (الحاكم)

الصفحة .

وكما فى رواية ابى خديجة باسناد الشيخ فى التهذيب
قال : قال ابو عبدالله عليه السلام : اياكم ان يحاكم بعضكم
بعضا الى اهل الجور . ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً
من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه :
ج ٦ ص ٢١٩ ح ٨ ، فى ثل ابواب صفات القاضى الباب ح ٥ .
فيستفاد منها بعد حرمة الرجوع الى قضاة الجور و وجوب
الرجوع الى رجل من الشيعة كفاية العلم اللازم فى القضاء من
قوله عليه السلام (يعلم شيئاً من قضايانا) .
وهذا كالتص فى كفاية برهة من احكام القضاء فلا يقال ان
قوله عليه السلام فى رواية عمر بن حنظله (عرف احكامنا) يدل على
عموم العلم بالاحكام لا الكفاية على مقدار .

لـ _____ اذا :

لانا نقول ان الجمع المضاف وكذلك المصدر المضاف فى
جملة (حلالنا و حرامنا) لا يفيد العموم وان كان قد ادعى ذلك كما
بين فى محله بل التحقيق انه من قبيل المطلقات كما صرح به
المحقق الشيخ ابوالحسن المشكىنى الاردبيلى قدس فى حاشيه
على الكفايه فراجع .

والمفاهيم العرفي من قولنا (علمائنا او دانشمندان ما) هو
الاطلاق لا العموم والبحث المشبع في محله :

النتيجة :

فنستنتج من ذلك ان اطلاق (عرف احكامنا) مقيد برواية
ابى خديجة لانها كالنص في كفاية المقدار المعتد به في القضاء :
ومن هنا يظهر ما من الضعف والاشكال والمناقشة للسيد^(١)
الفقيه السيد احمد الخوانساري المعاصر دامت بركاته حيث صار
الى تقييد رواية ابى خديجة بالمقبولة والحال ان الامر بالعكس
كما عرفت :

دفع وهـم :

اما الوهم فهو ما يقال ان قوله عليه السلام (من قضايانا)
بيانية يعنى كلمة (من) فيكون لفظ الشئ عبارة عن القضايا بنحو
العموم :

واما الدفع : فان الظاهر انها للتبعيض و الا قال (من
يعلم قضايانا) فذكر الشئ بكلمة (من) يدل ارادة المقدار الكافي:
مضافا الى ان العموم لم يعلم من (عرف احكامنا) وكذا

١- في جامع المدارك ج ٦ المطبوع .

هنا فافهم وتدبر :

الموافق ق :

المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد للعلامة حيث نقل
رواية ابي خديجة .
وقال : وفيه دلالة على تجزى الاجتهاد و الفتوى و تجويز
القضاء للمتجزى : اوائل كتاب القضاء .
والعلامة فى القواعد حيث قال و فى تجزى الاجتهاد اشكال
الاقرب جوازه و فخر المحققين فى الايضاح حيث رد من استشكل
فى التجزى فراجع ج ٤ ص ٣٠٢ .

ومنهم م :

ومن الموافق امام الفقه الشهيد الاول فى الدروس حيث .
قال : و يتجزى الاجتهاد على الاصح : اوائل القضاء
قدس سره .
ومنهم (لفاضل فى كشف اللثام فى ج ٢ ص ١٤٢) : حيث
قال فى شرح قول المصنف (و يجب ان يكون عالما) اى بالفعل او
بالقوة القرينة منه بجميع ما و ليه بالاجتهاد لا بالتقليد فلا يكفى

علمه ببعضه اذا لم يتمكن من الاجتهاد فى الباقي الخ :
وظاهر المحقق الثانى ايضاً ذلك حيث ذكر ما فى خاتمة
القواعد ولم يعلق عليه شيئاً :

خلاصة الكلام :

وملخص المقال ان الفقهاء والمجتهدين من اصحابنا و
كذلك المجتهد المتجزي الذى حصل له قوة الاستنباط و لكن
استعملها مثلاً فى باب القضاء و يقتدر من الاجتهاد فى غيره كلهم
مأذونون فى الافتاء و القضاء بالاذن العمومى فى زمان الغيبة
بمقتضى رواية عمر بن الحنظلة المقبولة و مشهورة ابى خديجة و
التوقيع الرفيع المروى فى غبته الشيخ الطوسى و فى اكمال الدين
للصدوق و الاحتجاج للطبرسى قدس سرهم و نقله الشيخ الحر
العاملى فى الوسائل الباب ١١ من القضاء .

واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا -
فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله .

وفى مرسل الفقيه قال قال على عليه السلام قال رسول
الله (صلى الله عليه وآله) اللهم ارحم خلفائى ثلاثاً قيل يا رسول
الله ومن خلفائك قال الذين يأتون بعدى يروون حديثى و
سنتى : ثل الباب ١١ من القضاء .

ولاجل معلومية الاذن والارجاع فى زمان الحضور والغيبة
كما يدل عليه ما عن جميل بن دراج قال سمعت ابا عبد الله عليه
السلام : يقول بشر المختبين بالجنة .

• بريد بن معوية العجلي .

• وابو بصير ليث من البخترى المرادى .

• ومحمد بن مسلم .

• وزرارة .

اربعة نجباء آمنوا بالله على حاله وحرامه لولا هو لاء انقطعت
اثار النبوة واندرست : ثل الباب ١١ وغيره من الروايات المروية فى
ثل الباب ١١ وغيره :

• ولجل الاجماع كما فى المستند وغيره .

التأييد :

ويؤيده بل يدل ايضاً ما عن تحف العقول للشيخ الجليل
محمد بن الحسن بن على بن شعبه : مجارى الامور والاحكام على
ايدى العلماء بالله الامناء على حاله وحرامه .

• وما فى الكنىز :

وفى كنىز الكراچكى عن مولانا الصادق عليه السلام الملوك

حكام على الناس والعلماء حكام على الملوك : كما فى المستند
للنراقى قدس سره .

• ويدل عليه ايضاً قوله عليه السلام .

ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة كما مر عن

• ثل الباب ٤ .

تحكيم السند فى المقبولة والمشهورة :

فنقول :

اولا انها مرويان فى التهذيب والفقيه و اخباره مأخوذة
عن الاصول فيحصل الاطمينان بصدورها والوثوق بهذا المعنى
هو الصحة عند اصحابنا فى الصدور الاول كما لا يخفى .

وثانيا :

قال الشهيد فى المسالك فى شرح قول المصنف (مع عدم
الامام) وفى طريق الخبرين ضعف لكنهما مشتهران بين الاصحاب
متفق على العمل بمضمونهما بينهم الخ : وفى المستند ان جبارهما
بالاجماع المحقق والمحكى مستفيضا .

ولا يخفى ان الضعف لا وجه له لان طريق الفقيه الذى
رواه احمد بن عامد عن ابى خديجه صحيح الى (احمد) كما صرح به
فى الخلاصة واحمد نفسه موثق امامى .

واما داود بن الحصين :

فهو كوفى ثقة روى عن ابي عبد الله و ابي الحسن عليهما السلام
 كما فى الخلاصة والنجاشى وقال الشيخ انه واقفى و كذا ابن
 عقدة وقال النجاشى انه ثقة والاقوى عندى التوقف .
 ولكن لوجه اللوقف بعد ما يروى عنه الاثبات والثقات كاحمد
 بن محمد بن ابي نصر كما فى يب فى باب احكام فوات الصلوة من
 ابواب الزيادات : وغيره الذى يدل على الوثاقة كما لا يخفى .
 وفى ذلك السند قبل داود . وعمر بن حنظلة صفوان بن
 يحيى واقع وهو ممن نقل الاجماع على تصحيح ما يصح عنه فى
 التهذيب ج ٦ .

القضاة اصالة مختص بالنبي والامام :

ويدل عليه ما فى التهذيب ج ٦ كتاب القضاء ص ٢١٧ عن
 سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام .
 قال : اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم
 بالقضاء العادل فى المسلمين لنبي او وصى نبي : ونقله الكافى
 كذلك فى ج ٧ ص ٤٠٦ .

- وفى التهذيب (ج ٦) باسناده .
قال اميرالمؤمنين عليه السلام لشريح يا شريح قد جلست
مجلسا لا يجلسه الا نبى او وصى نبى او شقى .
ونقله الكافى فى ج ٧ ، من القضاء .
و عبارة الصدوق فى الفقيه (ما جلسه) ولكن الكلينى اضبط .
وظاهر تلك الاخبار عدم جواز القضاء لغيرهما ولكن قد -
عرفت تحقق الاذن عنهم عليهم السلام مضافا الى معلومية بعثهم
عليهم السلام القضاة الى البلاد فيكون المراد هو الاصاله بالنسبة
الى النبى والامام ولا ينافى ذلك جوازه بنصب عنهم عليهم
السلام .
والمترى منها و من غيرها الاشارة الى صعوبة مقام
القضاة .

تابع قبله : (فى الحكم بعلمه)

النبى صلى الله عليه وآله والامام المعصوم لهم علم -
حضورى بالنسبة الى الاحكام و الوقايع وليس علمهم بتحصيلى
اى من سنخ التحصيل بل لما اوحى والههم و اودع فى النبى و
الائمة عليهم السلام فاذا حكموا بعلمهم فهو نافذ فلسنا فى مقام
بيان التكليف بل هم المعصومون و عالمون بتكاليفهم اما الحكم

واما المعاملة المتعارفة

وانما الكلام المهم فى حكم القاضى بعلمه فلا بد من تحقيق الكلام حسبا يقتضى المقال فنقول قال المحقق فى الشرايع الامام يقضى بعلمه مطلقا وغيره من القضاة يقضى بعلمه فى حقوق - الناس وفى حقوق الله سبحانه على قولين اصحهما القضاء ويجوز ان يحكم فى ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم انتهى وتابعه جامع المقاصد فى ذلك :

والقواعد مثلـــــــــــــــــه :

وقال فى النافع : قولان : بلا تعرض للاختيار :

لا يخفى عليك انه ليس فى المقام دليل لفظى من الرواية

يدل عليه بخصوصه .

وانما ذكروا اشياء اعتباريه فى الجواز نعم ادعى الاجماع كما

عن الانتصار للسيد قدس سره والخلاف والغنية كما فى الرياض

على صحته .

وفى الرياض اشهرهما وفى كلامه الاخر المشهور و فى

الغنائم للقمى المشهور فى كتاب القضاء الملحق به :

قال : المسالك وفى غيره (الامام) من الحكام فلاظهر

بينهم انه يحكم ايضا بعلمه مطلقا .

وقيل لا يجوز مطلقا وقال ابن ادريس يجوز فى حقوق الناس

- من دون حقوق الله و اضاف اليه قول ابن حمزه فى الرياض .
- وكيف كان الاقوال .

فالمهم تحقيق ادلة المجوزين بعد الاجماع .
منها :

ان العلم اقوى من البينة وجواز الحكم بها يستلزم جوازه
بالعلم بطريق اولى : كما فى كشف اللثام ج ٢ ص ١٥٠ ، و
الرياض ص ٣٩٢ .

وفيه :

ان العلم حجة ذاتية لا يجوز الحكم بخلافه وانه طريق
الى الكشف التصديقى .

ولكن ليس فى لسان الادلة انه من طرق الحكم و البينة
حجة شرعية فى الدعاوى وليس اعتبارها من باب افادة العلم او
الظن المرسوم فى كلامهم حتى يقال العلم اولى و لعله يأتى
الكلام فى كونها كك او اعتبرت طريقا فانتظر فتامل .

ومنهما :

استلزام عدم الجواز اما ايقاف الاحكام او فسق الحكام و
اللازم بكلا قسميه باطل .

بيان الملازمة انه اذا طلق الرجل زوجته ثلثا بحضرته ثم جحد كان القول قوله مع يمينه فان حكم بغير علمه و هو مع تسليمها اليه لزم فسقه والا لزم ايقاف الحكم لا لموجب وكذا اذا عتق عبده بحضرته ثم جحد .

وفيه :

ان القاضى فى تلك المسئلة لا بدّ ان يظهر علمه على منكر الطلاق ويقول انى اعلم ان المرأة لا تحل لك الا بعد المحلل ولا اخالف علمى بتسليمها مع الحلف فعلى هذا لا يلزم ايقاف الحكم بلا سبب فالملازمة ممنوعة .
مضافا الى ان علم القاضى بتلك المسائل اتفافية لا يكون ملاكا .

ومنهم :

استلزامه اى عدم الحكم احد الامرين اما عدم وجوب انكار المنكرو عدم وجوب اظهار الحق مع امكانه او الحكم بعلمه و -
بطلان الاولى ظاهر فيتعيّن الثانى :
بيان الملازمة : انه اذا علم بطلان قول احد الخصمين

فان لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الاول والاثبت المطلوب
وفيه :

ان العلم يقتضى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر و
لا يستفاد من تلك المقالة ولا من مثاله ان العلم من طرق
الحكم نعم لا يجوز له الحكم بخلاف علمه :

ومنهما :

عموم الادلة الدالة على الحكم مع وجود الوصف المعلق عليه
كقوله تعالى (السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما) .
وقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة .

بيان :

وتقريره ان الخطاب متوجه الى الحكام فاذا علموا بالوصف
من الزنا والسرقة عملوا به وهو اقوى من الحكم واذا ثبت ذلك
فى الحدود ففى غيرها اولى :
وفيه :

ويتوجه الى هذا منع الاولية فى حقوق الناس كما اعترف

به فى جامع المدارك ص ١٥ ج ٦ .
 وقال قد سبق عدم اجراء الحد باقرار المرتكب للزنا مع
 حصول القطع غالباً من جهة اقراره مرة : انتهى .

والتحقيق بمقتضى الاخبار :

لا يخفى عليك انى ما رأيت فيما رأيت من كتب الفقه من
 تمسك باختصاص الحكم بالبينات من جهة دلالة الاخبار وخصوص
 الحصر فى الحكم بالبينه منها (كقوله صلى الله عليه وآله انما
 اقضى بينكم بالبينات) .

باسناده عن ابى عبد الله عليه السلام قال : قال رسول
 الله صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات والايان
 وبعضكم الحن بحجته من بعض فأيا رجل قطعت له من مال
 اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار .

ورواه فى (يب) ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٥٥٢ - ثل ابواب كقصه
 الحكم الباب ٢ ج ٢ .

وغير خفى على البصير ان كلمة (انما) للحصر فيستفاد منه
 ان طريق الحكم بالبينه والايان لا غير .

ومنهـا :

من الاخبار ما رواه الكافى فى الباب المذكور باسناده عن

ابيعبدالله عليه السلام قال : فى كتاب على صلوات الله عليه
ان نبيا من الانبياء شكاً الى ربه لقضا فقال كيف اقضى بما لم
ترعيني ولم تسمع اذنى .

فقال : اقض بينهم بالبينات وأضفهم الى اسمى يحلفون

• به

وقال : ان داود عليه السلام .

قال : يا ربى ارنى الحق كما هو عندك حتى اقضى

• به

فقال : انك لا تطيق ذلك فالح على ربه حتى فعل فجاءه

رجل يستعدى على رجل .

فقال : ان هذا اخذ مالى فاوحى الله عزّو جل الى

داود عليه السلام ان هذا المستعدى قتل أبا هذا فاخذ ما له

فأمر داود عليه السلام بالمستعدى فقتل وأخذ ما له فدفعه الى

المستعدى عليه .

قال : فعجب الناس فتحدّثوا حتى بلغ داود عليه السلام

ما دخل عليه من ذلك ما كره فدعا ان يرفع ذلك ففعل ثم اوحى

الله عزّو جل اليه .

ان احكم بينهم بالبينات وأضفهم الى اسمى يحلفون به .

ورواه يب ج ٦ ص ٢٢٨ ح ٥٥١ .

(الاستنتاج)

والمحصل منه ان القضا طريقه البيّنة حيث قال اقض بينهم
 بالبينات ولم يوكله الى ما يعلمه بالالهام او بما يطلعه من سائر
 اسباب العلم .

وكذا يستفاد من ذيل الرواية بقوله تعالى ان احكم بينهم
 بالبينات في قصة داود عليه السلام .

نكتة :

بل يستفاد من الرواية ان الحكم بمقتضى علم القاضى يوجب
 التعجب للناس ويوجب ان يدخل عليه الكراهة وذلك عبارة عما
 تمسك به المانع عن الحكم به بعلمه كابوعلى بن جنيد الاسكافى
 ولعله تمسك بها اذ من ادلة المانع هو ان القضاء بالعلم من
 دون بيّنة تهمة وتزكية لنفسه .
 فما اجاب به فى الرياض من التهمة والتزكية آتيتان فى
 القضاء بالشهود والبيّنة .

غير صحيح لانه لا مناص له الا من ذلك .
 وليس الشاهد والبيّنة امراً داخل فى ذات القاضى كالعلم

حتى يوجب التزكية او التهمة كما لا يخفى على المتامل الصادق .

قضايا باب مدينة علم النبي :

وقضايا امير المؤمنين على عليه السلام فيها اسرار و رموز يعلمها باب مدينة علم النبي حيث يقول علمنها حبيبي رسول صلي الله عليه وآله في قصة الغلام الذي كان يصيح يا احكم الحاكمين احكم بيني وبين امي : حيث نفته عن نفسها والرواية (١) طويله وفيها ان الامرآل الى على عليه السلام وزوج المرأة من ابنه بمال من بيت المال وكشف بذلك صدق الغلام وكذبها واعترفت بانه ابنه .

وذلك وامثاله شئ يخص به المولى عليه السلام واسرار هو صاحبها وغيرهم عليهم السلام مأمور بمقياس يعمل به من البينة والشهود .

ومنهما (٢) :

ومن الاخبار ما عن على عليه السلام .

قال : احكام المسلمين على ثلاثة .

١- الرواية موجودة في الكافي ج ٧ ص ٤٢٣ : في يب ج

٦ ص ٣٠٤ .

٢- ثل القضا ، ابواب كيفيه الحكم ج ٣ الطبع القديم .

شهادة عادلة ، رواه الكليني قدس سره ج ٦ ص ٤٣٢ .
 اويمين قاطعة - او سنة ماضية من ائمة الهدى : و رواه
 الشيخ قدس سره ايضاً :

(الاختصاص)

ويستفاد من بعض الاخبار ان الحكم بلا بيته من مختصات
 القائم عليه السلام او بعض الانبياء كداود فى قضايا لامطلقاً ظاهراً
 كما يدل عليه ما عن ابي جعفر عليه السلام فى حديث قال اذا قام
 قائم آل محمد حكم بحكم داود عليه السلام لا يسأل بنية : ثل
 الباب (١) من كيفية الحكم : من كتاب القضاء .
 وفى ذلك الباب من ثل عن ابي عبد الله عليه السلام .
 يقول لا تذهب الدنيا حتى يخرج رجل منى يحكم بحكومة
 آل داود ولا يسأل بنية يعطى كل نفس حقها .

ويدل على ما قلنا :

ما فى قصة داود عليه السلام حيث سئل ان يريه من
 قضايا الاخرة قال الله يا داود سئلتنى ما لم اطّلع عليه احداً من
 خلقى ولا ينبغى لاحد ان يقضى به غير .
 ثم انه تعالى اجاب ما اراد وجاء شيخ متعلق بشاب الخ

الخبر الذى نقلت بعض مضمونة : الكافى ج ٧ باب النوادر ، ص ٤٢١ فراجع .

وظهوره فى الاختصاص باللّه او النبى او الائمة المعصومين عليهم السلام باعتبار الالهام او اعطاء العلم ظاهر .
وفى ذيل الخبر ان كشفت لك عن قضايا الآخر لم يحتملها قبلك ولم يرض بها قومك .

البينة على من ادعى :

قال رسول الله صلى الله عليه وآله البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه : رواه الكلينى باسناده ج ٧ ص ٤١٥ باب البينة ومثله مع اضافة الخبر الثانى من الباب و رواه ثل الباب ٣ من القضايا ج ٢ .

ويستشعر منهما ان القضاء دائر مدار البينة بل يستظهر ذلك لعدم جعل العلم من مقياس القضاء فى لسان ادلة القضاء فلو كان كالذكرة .

وقد يستفاد من روايات القرعة ان السبيل الى الحكم هى القرعة لا العلم وهى مفصلة يأتى انشاء الله تعالى فى محله نقلها (ثل) وغيره .

واما الجملة المعروفة فى الفقه والالسنه (البينة على المدعى واليمين على من انكر) فهى رواية نبوية قبلته الخاصة والعامه كما فى العناوين فى عنوان البينة فى اوآخره : تأليف العالم

الجليل المحقق السيد عبد الفتاح المراغى قدس سره من نواحي تبريز مركز آذربايجان .

وقال الشيخ قدس على المحكى فى مختلف العلامة قدس سره ص ١٤٤ من القضاء والذى يقتضيه مذهبنا ورواياتنا ان للامام ان يحكم بعلمه .

واما من عداه من الحكام فالأظهر ان لهم ان يحكموا - بعلمهم .

وقد روى فى بعضها انه ليس له ان يحكم بعلمه لما فيه من التهمة .

ولقد عرفت من الاخبار صراحة الانحصار بالبيّنة من قوله (أما) اقضى بينكم بالبيّنات وظواهر سائرهما مضافا الى قوله فيما روى كما عن الشيخ (انه ليس له ان يحكم بعلمه) السابق انفاً .

واما اجماع الانتصار :

واجماع الانتصار للسيد قدس سره فان كان كاشفا عن نص بالخصوص فيها والا فلا بد ان يؤول الى انه لا يجوز للقاضى الحكم بخلاف علمه كما مرفى خلال البحث وكيف كان فالمسئلة من جهة الاجماع مشكّلة .

ولاية القاضى المنصوب :

قال المحقق : فثبت ولاية القاضى بالاستفاضة وكذا يثبت بالاستفاضة النسب والملك والمطلق والموت والنكاح والوقف والعتق الخ الاستفاضة : عبارة عن الانتشار كجريان السيل والشياع المفيد للعلم او الوثوق والاطمينان الذى يعتمد عليه العقلا فى امورهم : وفى الوسائل الباب ٢٢ فى مرسل يونس فقال (اى الصادق) خمسة اشياء يجب على الناس يأخذوا بظاهر الحكم - الولايات والتناكح والمواريث والانساب والذبايح والشهادات فاذا كان ظاهره ظاهراً مأمونا جازت شهادته ولا يسئل باطنه وفى يب بدل (بظاهر) الحكم بظاهر الحال : ولكن فى المبسوط نقل الخلاف فى الامثلة فراجع : وهو الحجة وكذا يثبت به الامثلة المذكورة وانما الكلام فى البينة فلا بد من تحرير الكلام من اجل قيامها مقام العلم :

اعتبار البينة :

قال الشهيد قدس سره قاعده (١٦١) ص ١٨٩ البينة حجة

شرعية . قال فى العناوين .

والمحتملات فى البيّنة امور .

الاول : ان يكون حجيتها مقصورة على ما دل فيه النص
الخاص كمقام الدعاوى والحكومات على تفاصيل ذكرها الاصحاب
فى كتاب الشهادات .

قال :

والوجه فى ذلك ان الموضوعات التى تعلقت بها الاحكام
انما يراد بها الامور الواقعيّة كما هو مقتضى مدلولات الالفاظ . و
الطريق الى الواقع هو العلم . لما دل على اتباعه وانتهى عن
اتباع غيره .

فما علم كونه فى الواقع كك فتعين به الحكم وضعيا كان او
تكليفيًا .

وما علم عدمه فلا .

وما شك فيه فالمرجع الاصل سواء وافق الحكم المجهول
او خالف .

وقيام البيّنة : مقام العلم بقول مطلق لا دليل عليه :

(تحقيقاً)

اقول : ان كان مراده قدس من قوله (حجيتها مقصورة
على ما دل) ان لها موضوعية فى باب القضاة والدعاوى .
ففيه : انه فرق بين الموضوعية والمنشائية .

وبعبارة اخرى غرض الشارع فى القضاء هو العلم المتعارف المولود من شهادة العدلين اى السبيل والطريق للحكم هو الحاصل من البيئته فح تقوم البيئـة مقام العلم فى سائر الاحكام ومن جملتها الامثلة المذكورة فى المتن .

ثانيها : ا

اعتبارها والقول بحجيتها فى مقام لم يعتبر العلم فيه بدليل خاص .

وبعبارة اخرى . الاحكام الثابتة للموضوعات المطلقة لا يفترق الحال فى ثبوتها بين كونها معلومة او ثابتة بالبيئـة .
واما الموضوعات التى قيّدت بالعلم فلا عبرة فيها بالبيئـة .
(امثلة المقيدة بالعلم) .

قال : كالطهارة والنجاسته فان الشارع حكم بالطهارة فى الموضوع المشتبه حتى يعلم انه نجس .
وفى الحرمة والحلية حكم بالحل حتى يعرف او يعلم انه حرام .

وفى الشئ الذى علم وجوده حكم ببقائه الى ان يعلم خلافه ويحصل اليقين ونحو ذلك .

فان فى هذه المقامات لا عبرة بالبيئـة لانه ليس بعلم .

والدليل قد قيد فى المقام باعتبار العلم .

والوجه فى ذلك :

قال :

انّ البينة لو فرض له دليل عام على حجيته لعارضة ما دل على اعتبار العلم فى ذلك بالعموم والخصوص من وجه .

فان دليل البينة قاض باعتبارها سواء كان هناك اعتبار العلم

ام لا .

ودليل اعتبار العلم قضى بعدم الحكم بدونه سواء كان

هناك بينة ام لا .

(التعارض)

ومتى ما وقع التعارض .

فاما ان يكون الترجيح لدليل اعتبار العلم لنصوصيته و

موافقته للاصل والعمومات من الكتاب والسنة .

او يتكافئان ويتساقتان فلا يثبت حجية البينة ايضا .

فى مقام لم يعتبر فيه العلم :

قال : اما فى مقام لم يعتبر فيه العلم بدليل خاص .

فليس هناك ما يعارض دليل البينة الا عموم ما دل على

- النهي عن ما وراء العلم من كتاب وسنة .
 ودليل البينة اخص منه مطلقا لعموم النواهي للموضوعات و
 الاحكام واختصاص البينة على الاولى .

مضافا :

- قال : مضافا الى عدم وجود دليل عام للبينة بحيث
 يشمل صورة اعتبار العلم بالخصوص ايضا .
 المتيقن :

قال :

- والمتيقن من فتاوى الاصحاب ومن الاستقرار ايضا انما
 هو صورة عدم اشتراط العلم بالخصوص فيقتصر عليه .

النتيجة :

- قال : فلا بدح في كل مقام من تتبع الدليل الدال
 على حكم ذلك الموضوع .
 فان كان مشروطا بالعلم فلا يكون حجة فيه .
 ولعل عدم اعتبار بعض المتأخرين البينة في باب النجاسته
 انما هو من هذا الباب .

وثالثها :

هو القول بحجية البينة مطلقا الا فيما دل الدليل على اعتبار الزائد والمراد من البينة شهادة العدلين :

تشريح ادلة القول الاخير :

والذى يدل على حجية البينة مطلقا الا فيما دل الدليل على الزائد من البينة كما يظهر من الاصحاح فى الابواب امور .

الاول :

تحصيل الاجماع المحصل من كلمات الفقهاء على هذا المعنى بلا انكار منهم ويستخرج هذا النحو من الاجماع من كلماتهم من مقامات .

منها : ان الفقهاء فى كل موضوع من الموضوعات كالطهارة والنجاسته .
والاوقات والقبلة .
وكافة العقود والايقات .

واسباب التحريم فى النكاح من رضاع وغيره .
 واسباب الفسخ من عيب وغيره .
 واسباب الضمان من اتلاف او غضب او جناية ونحوه الى
 غير ذلك من الموارد يحكمون بحجية البينة من دون انكار ولا تردد
 الا من شذ منهم فى مسألة النجاسته والوقت . وهذا الذى
 قلنا يتييسر للمطلع المتضلع والمشرف على الفقه من كل باب فراجع :

ومنهم ا :

انهم لما تمسكوا فى مقامات يريدون اثباتها بالبينة يعللون
 بانها حجة شرعية وانها تقوم مقام العلم ولكن يترددون غالبا
 فى قبول خبر العدل الواحد وهذا التعليل يدل على بنائهم
 على حجية البينة الا فيما دل الدليل على خلافه :

ومنهم ب :

انه من الواضح من عدم كون اكثر هذه الموارد والمقامات
 التى يعتمدون فيها على البينة منصوصا بالخصوص . ومع ذلك
 يحكمون بالبينة من دون اعتراض احد منهم فى ذلك .
 الخلاصة : ظهور هذا الاجماع الذى طرحناه

واضح من كلامهم عليهم الرحمة .

وثانيها :

وثانى الامور هو الاجماع المنقول ويقال انه بلغ حد الاستفاضة .

والذى يتم ذلك ارسال الاصحاب تلك المسئلة ارسال المسلمات كما فى العناوين للمراعى قدس سره .

ثالثها :

الاستقراء وذلك قريب من الاستقراء التام الذى يفيد العلم ويستعلم ذلك من شاهد ابواب الفقه فان الفقيه يرى ان فى ابواب الفقه قد قام النص او الاجماع على حجة البينة فى كثير منها وموارد الشك فى قبالتها قليلة لعلها تلاحق بالغالب و كثرة الموارد توجب الغنى عن ذكر الموارد لتحصيل الاستقراء كما لا يخفى على المتتبع :

رابعها :

ان الموضوعات لاريب فى كون اكثرها مخفية على اكثر الناس
 وتوضيحه : ان كل صنف من اصناف الناس
 وان كان لهم تسلط فى معرفة صنف من الموضوعات لكن الغالب
 لا بصيرة له فى الغالب .

الاستنتاج :

ويستنتج من هذا البيان انه لو علق تعلق الاحكام على
 العلم لزم تعطيل الاحكام غالباً ولزم الهرج والمرج فينتج من
 لابدية شئ معتبر فى الشرع يوجب الوثوق به فى الموضوعات و
 لا قائل بما هو ازيد من البيينة من شهادة اربعة او خمسة او نحو
 ذلك : كما فى العناوين .

اقول وخلاصة الكلام ان الحجة بعد العلم هو الحجة و
 هى البيينة فيكون لسان الدليل معماً للحجية و هو العلم
 المتعارف الحاصل من قول الثقات او الثقة الواحد المعمول به
 عند العقلاء فيما يتعلق بالحياة مع الاجتماع .
 والقول فى حجية الخبر العدل الواحد يقتضى البحث عنه
 بحياته .

خامسها :

انه لو دار ثبوت تلك الموضوعات مدار العلم وحصوله لكل احد لزم العسر والحرج وكلاهما متقيان فى الشرع بواسطة النص والاجماع فكذا المقدم ويستنتج ذلك ثبوت حجية البيينة بعدم القول بالفصل اذ كل من اعتبر سوى العلم فقد اعتبر البيينة .

سادسها :

ومن الامور الدالة على حجية البيينة دلالة الاخبار .
منها ما فى رواية حريز الطويل : وفى ذيله : فاذا شهد
عندك المؤمنون فصدقهم : (١)

الدلالة :

الظاهر من الشهادة اى الحضور فى ايفاء الحق عبارة عن
الاخبار عن علم بالبصر او البصيرة بامر متعلق بالغير على الظاهر .

١- رواه الوسائل الباب ٦ من كتاب الوديعه .

وما كان متعلقا بنفس الانسان يسمى اقراراً بل الظاهر ان
 الاقرار على النفس ايضاً اخبار عن علم يسمى شهادة .

دليله :

والدليل على ذلك قوله تعالى شأنه : كونوا قوامين
 بالقسط شهداء لله ولو على على انفسكم .
 فالاية تدل على حجية الاقرار .
 وتفصيل الكلام فى دلالة الرواية هو ان مقتضى العرف و
 اللغة ان الشهادة هو الاخبار عما اطلع عليه الشاهد وعلمه

حذف المتعلق :

وحذف المتعلق فى الخبر علامة العموم ويستخرج من هذا
 انه اذا اخبركم المؤمنون عما اطلعوا عليه فصدقهم فى اى باب من
 الابواب وهذا هو المطلوب وما ندعيه :
 واطلاق المؤمن فى الخبر مقيد بما دل على اعتبار العدالة
 من الادلة .

ان قلت الجمع المحلى باللام ظاهره الاستغراق و معناه
 ان كل فرد من افراد المؤمنين اذا شهد عندكم فصدقوا فيكون

الخبر دالا على التواتر وليس البحث فيه .
وان قلنا انه يدل على ان كل مؤمن بالتوزيع شاهد لواحد
من المخاطب فى مقام من المقامات فيستخرج منه حجية الخبر
الواحد ويكون من ادلته مع انه ليس محل بحثنا ولعله يأتى
بعض الكلام هنا : انشاء الله تعالى .

قلنا : _____ :

ان اللام بمعنى الاستغراق اوالمجموع ليس من معانى
الالف واللام كما ذكروا فى علم المعانى والبيان بل هى تابعة
للمتعلق وناظرة اليه : واصل اللام للجنس .
فنقول ح ولو سلم دلالته على اعتبار شهادة الجميع ولكن
نقول ان ذلك غير مراد من الخبر على نحو القطع لعدم امكان
شهادة الكل فى شئ عادة فلا مناص الا من ارادة ما يليق و
يظهر منه .

لان اللام للجنس فلا بد من بيان الخبر على الجنس فاما
يراد منه الجنس المفرد فيدل على حجية الخبر الواحد .
واما ان يراد منه الجنس الجمع فيكون الخبر حجية فى
حجية الثلثة وما زاد .

واما ان يراد الاستغراق العرفى فيدل على حجية الاستقاضه

والشيعاء .

ما لاريب فيهِه :

والذى لا ريب فيه هو عموم الخبر من حيث المورد من دون
 اختصاص بباب .
 واما الذى يستظهر منه ويتبادر عند العرف الخالص ذهنه
 هو حجية الخبر الواحد فيكون اعتبار البينة ثابتا بالاولوية قطعاً
 لاشتمالها على العدلين . فتأمل فان الخبر لا يخلو عن قوة
 فى الشيعاء .

ومنهُه (١) :

ما عن على اميرالمؤمنين عليه السلام : احكام المسلمين
 (او جميع احكام) على ثلاثة . شهادة عادلة الخ و قد مر فى
 ص ٥١ .

ودلالته على المدعى واضحة لان المراد من كلمه (شهادة)
 ان كان هى البينة فحجيتها بحسب جميع الموارد لازمة وان كان

١- رواه ثل فى القضاء ابواب كيفية الحكم .

- المراد منها الواحد فالبيئة اولى بالحجية قطعاً .
- والمتتبع يجد من الاخبار غيره .

سابعها : _____ :

- الآيات وهى دالة على حجية العدلين فى مقامات خاصة
- منها : قوله تعالى شانه : يحكم به ذوا عدل .
 - ومنها قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم .
 - ومنها قوله تعالى شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم .
 - ومنها قوله تعالى : واشهدوا ذوى عدل منكم .

تشریح الدلالة اجمالاً :

- وحيث لا مجال فى المقام للتعرض بها مشروحاً .
- فنقول ان تلك الآيات وما كان بمعناها تدل على قبول شهادة العدلين فى القرض والوصية وضمان المتلف فى الاحرام ومن المعلوم ان القرض وامثاله ليس له خصوصية بل مورديّة .
- بل ربما يدعى الاولوية من حيث ان حقوق الناس اذا ثبتت لاجل قيام العدلين فالموضوعات التى ليس لها دخل فى حق

الغير تثبت بهما ايضا بالاولوية . ومقدار الغرامة فى الاحرام اذا كان ثابتا بالعدلين فسائر الضمانات المالية المتعلقة بالمخلوقين بالاولوية .

وتلك الاولويات ذكرها فى العناوين .
ولكن عندى فى تمام الاولويات نظريـس المقام محل ذكره فتأمل :

مضافا :

ومضافا الى ما ذكرانه يستفاد الاطلاق الشامل لكل مقام يراد فيه استكشاف الحال من الآية السابقة وهى قولى تعالى :
واستشهدوا شهيدين من رجالكم .
والامر بالاستشهاد يقتضى كونه مقبولا عند الاخبار و الا فلا ثمره فى الاستشهاد كما لا يخفى فافهم .
هذا ما اردنا من حجية البيـنة فى سائر الابواب و التفصيل ازيد من هذا يوجب الخروج عن المبحث .

تابع قبله : (الاعلمية وغيره)

لما ظهر اشتراط العم والاجتهاد فى القاضى وظهر ان علمه ليس من طرق الحكم فى القضاء خلافاً للاكثر وفاقا لظاهر الجواهر و الاسكافى والسيد الجليل الفقيه السيد احمد الخوانسارى دام علاه وابن حمزه والحلى فى حقوق الله تعالى .

يقع الكلام فى تساوى القضاة فى العلم وفى وجوب الرجوع الى الاعلم خصوصاً فى صورة الاختلاف و عدمه :

التساوى :

لوتعدد القضاة فى بلد وتساواوا فى الفضيلة فللمتخاصمين الرجوع الى واحد منهم لعموم ادلة اهل الذكر ورواية ابيخذ يجه واطلاق قوله من عرف احكامنا الى غير ذلك كما لا يخفى .
والظاهر منها جواز الرجوع ولو كان احدهما مثلاً يخالف الآخر فى الحكم لاجتهاده وحجية فتواه والفرض عدم الترجيح لفرض التساوى .

سواء جعل الامام عليه السلام او الفقيه كلا منها او كلاهم مستقلاً فى تمام البلد فى جميع الاحكام فيجوز لاهله الترافع الى ايهم ارادوا توافقوا فى الحكم اولا كما اعترف به فى كشف اللثام ج ٢ ص ١٤٣ .

او فوّض الى كل منهم محلة مخصوصة او ناحية من البلد او طرفاً من الاحكام مثل الاموال او الحكم فى الدماء لوجود المقتضى وانتفاع المانع و لعموم الادلة كما مرو اجتماع المجتهدين الصالحين للقضاء فى اكثر الاعصار فى بلد واحد مع انهم قضاة فى زمن الغيبة بنص الامام عليه السلام كما فى كشف اللثام للفاضل الهندى قدس

سره ج ٢ ص ١٤٣ فراجع .

فـرـع :

ويتفرع على ما مرّ انه لو شرط اتفاقهما في الحكم اي في نوع من الاحكام او صنف او في كل حكم .
 فالاقرب الجواز كما في القواعد للعلامة : قال في كشف اللثام للاصل والعموم وكونه في معنى تخصيص ولايتهما بما يتفقان فيكون اوثق واحتمال المنع من التشريك لاجل وقوع التنازع بين الخصوم مندفع لاجل تقديم اخبار المدعى وتخييره في اختيار القاضى لا المدعى عليه .
 و غايته وقوف الحكم عند اختلافهما .
 ويحتمل العدم لانهما ان صلحا للقضاء فلا معنى لاشتراط اتفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد كثير او الا فلا معنى لتوليتهما .
 ولاستلزامه تعطل كثير من الاحكام لعدم اتفاقهما انتهى كلامه رفع مقامه :

اقول :

لو كان الجاعل كذلك هو الامام عليه السلام فحكمه نافذ لما يرى من المصالح المخفية عندنا فلاوجه لقوله (ويحتمل العدم) الخ و ان كان غيره من الفقهاء فالترديد في الجواز له محل

لاجل عدم احراز تلك الولاية له بالنسبة الى القضاة المجتهدين .
ويصح قوله : ويحتمل العدم لما ذكره قدس سره والمحقق
الاردبيلي طرح الكلام فى المقام وأتى بالمحتملات فى المسئلة و
لم يبين ما هو الحتم .

وهل يقدم الفاضل مطلقا او مع الاختلاف :

وتحرير الكلام فى المقام يقتضى ايراد ما يتم به المرام و لقد
فصلنا القول فيه فى كتابنا (تحليل العروة المطبوع) شرحا لمباحث
الاجتهاد والتقليد منها .

فنقول : ينبغى تقديم الاصل فى المسئلة حتى يكون
مرجعا لو فرض عدم تمامية الدليل وهو ان الاصل فى مسئلة تقديم
الاعلم من المسائل الاصولية التى يرجع البحث فيها الى تحصيل
الحجة فى مقام الامثال اى الانبعاث للاحكام والواقعيات التى
ثبتت بضرورة من الدين .

والمكلف لامناص له الا من العمل بها لتحصيل البرائة عما
فى ذمته . وتقليده فى الاحكام امر عقلى كما حققناه فى (التحليل)
او أمر تعبدى كما قد يستظهر من الروايات التى أمرت الاصحاب
بالارجاعات الى الاصحاب وكيف كان .

فالعقل يحكم باتباع الحجة لتفريغ الذمة .

و اذا شاهد الاختلاف بين الحجتين او بين قول الفاضل

والمفضول الذى هو حجة مستند الى الحجة .

يرجح العمل بالراجحة المحصلة لليقين بالبراءة على التعيين اذ
لا علم له بحجة الآخر ولا شك له فيما حكم لعدم التردد في
حكمه وليس ملاك حكمه من اجل اقربيته قول الفاضل بل لاجل
انه مبرء للذمة .

التعبدى :

واما بناءً على كون التقليد امراً تعبدياً وطريقاً مجعولاً من
الشارع بالنسبة الى تحصيل الواقع .
يتعين ايضاً التعبد بقول الفاضل لان مرجع الطريق التعبدى
هو جواز العمل بما وراء العلم من الحجّة المجعولة لكن فى صورة
احرازها .
فاذا شك المكلف فى كون قول المفضول طريقاً فى قبال
الفاضل يقضى بالاصل عدمه . فمجرد الشك يكفى فى نفي -
الحجّة .
والظاهر ان ذلك الاصل من المتسالم بين الاعلام :

(تنبيه)

ولا يخفى ان الطرق المجعولة فى قبال العلم ليست الا

طرقا متعارفة عقلايته فى الاجتماع البشرى يعامل معها معاملة العلم فى امورهم بل فى علومهم على ما حققناه وارتضياه فى كتابنا (الحجة) العلم الثانى من الاصول .

الاستنتاج :

فنستنتج من ذلك انه ليس معيارها لاجل افادة الظن - فمسئلة الظن النوعى او الظنون الخاصة المتعارفة بين الاعلام رضوان الله عليهم اصطلاحات لم يقم عليها دليل واضح . بل المدار والملاك الوثاقة والاطمينان والاعتماد على الحجة المرشدة الباعثة للوثوق بل هذا علم متعارف فى مجارى الامور . والبحث المشيع فى محله وهذا النظر نظر الاستاد المحقق والدى قدس سره وله ابتكارات فى الاصول أخذناها كلياتها وشرحناها . فعلى ما ذكرنا فالترجيح ايضا لذى المزيته وليس لاقوائية الظن بل العقل يختار الاصلح ويعتمد عليه .

مخالفة القمى :

والذى يخالف ذلك الاصل المحقق القمى قدس سره .

و بيان مخالفته من جهة ميناه من العمل بالظن و ان
اشتغال الذمة لم يثبت الا بالقدر المشترك المحقق فى ضمن
الادون فباء عليه فالاصل عدم لزوم الزيادة و مقتضى هذا عدم
لزوم الفاضل و مساواة المفضل معه .

تفرده فيـــــــــــــــــه :

ولكن الظاهر انه من متفرداته ان المطلع المتضلع لا يجد
من كلمات الاثبات الباحثين فى المسئلة من يقول بان مقتضى
الاصل الاولى جواز العمل بمطلق الاعتقاد الراجح الشامل للظن
بل ارسلوا المسئلة ارسال المسلمات اى الاصل الذى اصلناه
حتى ان المجوزين للرجوع الى المفضل لم يستشكلوا فى الاصل
المذكور بل يقولون بقيام الدليل على خلافه فتامل :

قضاوة الاخبار على المختار :

منها رواية عمر بن حنظلة التى نقلها الشيخ قدس سره فى
التهديب ج ٦ ص ٣٠١ و محل الاستشهاد قطعة من روايته الطويلة
اعتبار الرواية :
لا يخفى عليك انه قد عمل بها كل مصنف فى الشيعة حتى

صارت مشهورة ومقبولة .

ثم :

ان عناية المشايخ فى نقلها يعد اعتباراً بوثاقته . وتوثيق
الشهيد الثانى قدس سره يؤيده ونفى الكذب عنه فى كلام ابى
عبدالله الصادق عليه السلام بقوله اذا لا يكذب علينا كما فى (يب)
نقله تل ج ١ الباب ٥ من المواقيت فى اوقات الصلوة شاهد على
المطلوب ونقله فى جامع الرواة للمحقق الاردبيلى الميرزا محمد
قدس سره . ورواية الثقات الاثبات عنه يدل على منزلته :

كلام الشهيد الثانى وتوثيقه :

قال فى بداية الدراية والشرح من نفسه ص ٥٥ الطبع

الحجرى .

وثامن عشرها . المقبول الى ان .

قال : والامر سهل عندى لانى قد حققت توثيقه من محل
آخروان كانوا قد اهملوه . ومع ما ترى فى هذا الاسناد قد
قبل الاصحاب متنه و عملوا بضمونه بل جعلوه عمدة التفقه و
استنبطوا شرايطه كلها وسموه مقبولا الى آخر كلامه رفع مقامه .

كلام الرياض :

قال صاحب الرياض قدس سره ج ٢ ص ٣٩٠ مع ان فى
السند قبلهما صفوان بن يحيى .
وقد حكى على تصحيح ما يصح عنه اجماع العصابة .
وبالجملة فالرواية قوية غاية القوة كالصحيحة حجة فى نفسها
مع قطع النظر عن الشهرة : الى آخره

كلام مصباح الفقيه :

قال العالم الربانى الفقيه الجليل الآقا رضا الهمدانى قدس
سرّه فى الصلوة ص ١٢ (فى الوتيره) الى ان قال : اذ ليس
المدار عندنا فى جواز العمل بالرواية اتصافها بالصحة المصطلحة
والا فلا يوجد خبر يمكننا اثبات عدالة رواتها على التحقيق .
بل المدار على وثاقة الرواى او الوثوق بصدور الرواية وان
كان بوسطة القرائن الخارجيّة التى عمدتها كونها مدونة فى
الكتب الاربعة او مأخوذة من الاصول المعتمدة مع اعتناء الاصحاب
بها و عدم اعراضهم عنها .

هذا الوفاق :

وهذا الوفاق من الاعلام الاثبات سدّنى فيما كنت اذهب
اليه من الملاك فى الروايات من قبل ان اعثر على كلامهم
رضوان الله عليهم .
ومع ذلك اتجول فى حال الرجال ولست خلى البال مما
قيل او يقال فى كل حال .

كلام الكلينى :

قال الكلينى رضوان الله عليه فى ديباجة الكافى .
انى لا اذكر خبرا الا ان اعتمد عليه ويكون حجة : فراجع
الى تمام كلامه .

ضعف كلام الخوئى : فى التنقيح :

ومن هنا تعلم ضعف مقالة العالم الجليل المحقق الخوئى
دام علاه حيث استشكل فى الرواية سندا ومتنا . وقد عرفت
قوة السند .

واما المتن فمستنده فى ذلك مستند النراقى قدس سره
 فراجع المستند وطالع تمام كلامه فى باب القضاء .
 قال فى المستند : والأعلم الذى يمكن الحكم الصريح
 بوجود تقديمه فهو العلم بجميع تلك المراتب . اى التى صورها
 بقوله تارة و تارة واخرى : الخ
 وتبعه السيد الجليل الخوئى قال فى تقريراته فى التنقيح
 للمولى الحجة الميرزا على الغروى التبريزى دام فضله . بان
 العلمىة المعتبرة فى المقام هى العلمىة المطلقة : الخ
 اقول : لا يخفى على البصير ان المراد من العلمىة ان كان
 هو جودة الفهم والدقة والاحاطة بالاحاديث والاحكام فى دين
 الله تعالى فهو . والا فهى اى العلمىة المطلقة مفهوم منتزع
 من عمل الذهن وليس بمدلول الدليل حتى يتبع كما لا يخفى
 فتأمل .

متن الرواية :

ونحن ننقل القطعة التى هى محل الاستشهاد و على
 الفاحض الرجوع الى تمام الرواية فى (يب) .
 قلت : فان كل واحد منهما اختار رجلا وكلاهما اختلفا
 فى حديثنا :

قال : الحكم ما حكم به عدلها وافقهما واصدقهما في
 الحديث واورعها .
 ولا يلتفت الى ما يحكم به الآخر الحديث .

صراط الدلالة :

فالرواية صريحة بالامر الى الرجوع الى الافقه الاعلم وناهية
 عن التعويل على قول غيره من المفضل .
 والمراد من الحكم ان كان عبارة عن فصل الخصومة بقريضة
 السؤال عن المنازعة فيحصل المراد في المقام .
 وان قلنا ان الحكم بمعنى القضا ليس له حقيقة شرعية
 ليحملها عليها بل القضا ايضا عبارة عن تطبيق الحكم على الموضوع .
 فتكون الرواية دليلا في تقديم الاعلم من حيث الافتاء و من حيث
 القضاء كما حققناه في (تحليل العروة المطبوع) و عليه جماعة كثيرة
 من الاعاظم والاعلام الاثبات ذكرنا هم فيه .
 منهم العالم الجليل المحقق الميرزا حسن الاشتياني في
 كتابه القضاء المطبوع .
 والفاضل الهندي .
 والفاضل المازندراني الملا صالح في شرح الكافي .
 والفاضل المحقق الرشتي الميرزا حبيب الله في رسالة تقليد

• الاعلم

و الفاصل المحقق الزنجاني السيد ابوطالب فى كتابه

• التنقيذ

و الفاضل صاحب الرياض • و شيخنا المرتضى الانصارى فى

رسالة التقليذ •

و المحقق النائىنى فى تقريراته و غيرهم قدس الله اسرارهم

فائدة اقوالهم : و فائدتها انها قرائن على صحة ما

• استفدنا من الاخبار لانهم اولى الافكار •

عدم القول بالفصل :

مضافا الى عدم القول بالفصل بين الحكم و الفتوى فكل من

قال بتقديم حكم الاعلم قال بتقديم فتواه و قد اعترف بهذا الاجماع

• صاحب المفاتيح فى ظاهر كلامه كما عن المحقق الرشتى •

الحكم :

مع ان الحكم على ما بيناه فى (التحليل) عبارة عن اخراج

متعلقه عن التردد المنطبق على معناه الاصلى اللغوى :

الشاهد :

وتشهد على ذلك جملة قول الراوى (وكلاهما اختلفا فى حديثكم) فان المتبادر كونه بيانا لاختلاف الحكم ومن الواضح ان الاختلاف فى نفس القضاء ليس اختلفا فى الحديث : و التفصيل فى التحليل .

كلام شيخنا الانصارى :

قال الشيخ استاد اهل الاستنباط فى رسالة التقليد .
 واما لجواب عما اورد على المقبولة واخواتها .
 فبان التأمل فيها والقواعد الشرعية يشهد بكون الترجيح لحكم الاعلم منهما من جهة ترجيح فتواه . وان مورد الرواية فى السئوال هو تعارض النصوص لا الحكمين .
 فان المرجحات المذكورة فى تلك الرواية .
 منها : ما يرجع الى الترجيح بقوة الاستنباط كالترجيح بالاعلمية .
 ومنها ما يرجع الى ترجيح الرواية التى استند اليها احدهما على ما استند عليه الآخر .

ومعلوم ان الترجيح بهما انما يوجب الترجيح فى الفتوى
 اولاً ثم فى الحكم الناشئ عن ذلك الفتوى .
 وبالجملة : فما ذكرنا من ان الترجيح للحكم فى تلك
 الروايات انما هو من جهة رجحان فى اصل الفتوى أمر ظاهر
 للمتأمل .
 ولعله لذا ادعى الشهيد الثانى قدس سره ان المقبولة
 نص فى المطلوب الى آخر كلامه : فراجع المسالك فى القضا :

ومنهما :

ما نقله الشيخ قدس سره فى (يب) ج ٦ ص ٣٠١ و نقله
 (ئل) فى الباب ٩ باسناده عن داود بن الحصين .
 فقال ينظر الى اقمهما واعلمهما باحادِيثناو اورعهما فينفذ
 حكمه ولا يلتفت الى الآخر .
 وقد سبق توثيق داود مع وجوده فى التهذيب وغير ذلك
 الذى مرفى معيار العمل بالروايات فى توضيح الاخذ بالمقبولة
 فتذكر .
 فهذه الرواية كالسابقة صريحة فى تقديم العلم و عدم
 الالتفات الى المفضول فباستبار قول الفاضل وحكمه يتحصل -
 الفتوى المعين ثم يقضى به فى المرافعة .

وهذه الرواية دليل ايضا على وجوب تقديم الاعلم فى
 الفتوى والفتوى يكون منشاء للقضاء .
 ويشهد بتلك الجملة الاخيرى قوله عليه السلام ينظر الخ
 بعد قول السائل (واختلف العدلان بينهما : عن قول ايهما
 يضى الحكم) ومعلوم ان الفتوى المولود من الاعلم يكون معيارا
 فى امضاء الحكم .

ومنهما :

ما نقله الشيخ قدس سره و (ثل) فى الباب ٩ بعد برواية
 (داود) عن موسى بن اكيل عن ابى عبدالله عليه السلام .
 الى ان قال : فقال ينظر الى اعدلهما وافقهما فى دين
 الله عزوجل فيضى حكمه .
 وموسى بن اكيل النميرى ثقة كوفى .
 وتقريب الدلالة كما مرّ فلا اختصاص له بالمنازعة فقط كما
 فى غيرها :

ومنهما :

ما رواه ابو عبيدة الحذاء : ثل الباب ٨ من ابواب القضاء

ومنهم :

ما فى كلام امام الموحدين اميرالمؤمنين عليه السلام .
ايها الناس ان احق الناس بهذا الامر اقواهم عليه و
اعلمهم بامرالله فيه : النهج الجزء ٢ ص ١٠٤ كلام ١٦٨ ، طبع
مصر .

ولا يخفى انه يعلم ما هوالملاك فى دين الله ثم ان-
رياسته الفقيه مرتبة نازلة عن الامامة فهو احق بأمرالله اذا كان
اعلم فتأمل .

ومنهم :

ما فى كلامه ايضا عليه السلام خطابا لمالك الاشتررضوان
الله عليه (ثم اخترللحكم بين الناس افضل رعيتك : النهج الجزء
٣ ص ١٠٤ .

وحمله على الاستحباب كما عن بعض احتماله مما لا وجه
له . لان جملة الطلب وكذا جملة (يعيده ويقتل) كما فى
الروايات وكذا غيره من الجملات التى باستفاد منها الطلب وان
لم تكن بصيغة الامر كلها مما يجب الاطاعة والانقياد من جهة

الدلالة العقلية الحاكمة على الانبعاث من ناحية كونه مولى ولا ينحصر الوجوب بصيغة الامر بل دلالة الامر ايضا ليس من ناحية اللفظ بل من ناحية حكم العقل باتيان امر المولى كما حققنا ذلك فى كتابنا (المجاورات الاصولية) المطبوع منه المجلد الاول فراجع .

ومنهما :

قول رسول الله صلى الله عليه وآله : من تعلم علما ليما رى به السفهاء الى قال : فمن دعا الناس الى نفسه وفيهم من هو اعلم منه لم ينظر الله اليه يوم القيامة : كما فى الاختصاص للمفيد عليه الرحمة ط حيدرى بطهران .
واستشكل المحقق الخوئى دام علاه عليه اولاً بالارسال و المراسيل غير سالحة للاعتماد عليها .

وفيه :

ما لا يخفى لان صدر الرواية صريحة فيمن تعلم لاغراض و ان الرياسته السالحة بالعلم لسالحو الناس هذا اولاً .

وثانيًا :

ان المفيد ذلك الرجل الفقيه العارف بالاخبار نقل تلك الرواية المسندة في الكافي بحذف الاسناد لانه ارسل نبويًا اذ رواها الكليني في ج (١) ص (٤٧) ط الحديث لانه لم يرو ذيلها (فمن دعا) الخ ولعله قدس سره اطلع على ذيلها او كان عنده في نسخة الكافي و على الارسال يكون مؤيدا للمطلوب كما لا يخفى .

ومنها :

ما في كلام الصادق عليه السلام : من دعا الناس الى نفسه وفيهم من هو اعلم منه لهو مبتدع ضال : نقله على بن شعبة في تحف العقول ص ٣٧٥ ط طهران . وليس فيه سند وعلى الارسال يكون مؤيدا ايضا للمرام .

ما عثرنا :

هذا ما عثرت من الاخبار المشتملة على تقديم الفاضل و

يستنبط منها وما سيجئ ان المناصب الشرعية يعتبر فيها مباشرة
الفاضل بل يعتبر في غير صفة العلم التقديم لان ذات ذى المزية
متقدم طبعاً ثبوتاً واثباتاً .

وقضاوة العقل وحكومة الفطرة شاهدة :

قال العلامة على المحكى فى النهاية : ان الاعلم له

مزية ورجحان على الادون فيقدم كما قدم فى الصلوة .

التقديم فى الصلوة وفهم المناط .

ويدل عليه ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن العزر

هى عن ابيه رفع الحديث الى النبى صلى الله عليه وآله .

قال : من أم قوما وفيهم من هو اعلم منه لم يزل امرهم

الى السفال الى يوم القيامة : يب ج ٣ ص ٥٦ ، وثل ج (١)

القديم باب ٢٥ من ابواب الجماعة : ورواه الصدق فى عقاب

الاعمال ص ١٨٦ ط الحديث مثله الا انه قال (اعلم وافقه) :

السفال : من باب نصر وعلم وشرف ضد العلو :

ويدل ايضا عليه ما فى الكافى بعد ذكر بعض المرجحات

فليؤم اعلمهم بالسنة وافقههم فى الدين الخ ونقله (ثل) الباب

. ٢٧

المناط :

ويفهم من هذا ان المعيار والمناط فى المناصب هو

الاعلمية خصوصا الفتوى والقضاء .

حكم العقل على المطلوب :

وبيانه ان العقل اذا تعارض عنده الدليلان ولم يتم عنده الحكم باحدهما فيحكم بما يقطع به البرائة بتكليف المولى فلا اشتغال ح محكم عنده .

بناء العقلاء :

واما بناء العقلاء بما هم على ذلك .
و عادتهم جارية على الرجوع الى الاعلم لزيادة الثقة -
بقوله هذا لو خلى وطبعهم كذلك .
نعم :

يمكن ان يقوم عند الفقيه دليل على عدم الالزام و كفاية
التخيير في حصول الامتثال بما هم فقهاء فلا ينافى ما ذكرنا من
بناء العقلاء فتأمل .

بيان الاجماع على المختار :

صرح المحقق الثانى قدس سره بالاجماع .

وقال فى الزبدة تقليد الاعلم متعين ووافق ذلك القول المحقق والعلامة و عميد الدين والشهيدى والبهاى والطبا- طبائى كما فى التقييد للمحقق السيد ابوطالب الزنجانى قدس سره : فتأمل فان الاجماع بما هو محل مناقشة .

والمشهور :

ونص على انه هو المشهور بين الاصحاب العلامة فى النهايه هذا آخر ما اردنا بحثه هنا :

حجة القائلين بالتخيير :

لا مناص لنا الا بالتعرض لمقالة القائل بالتخيير و التامل الصادق فيها حتى يتضح لنا صحة ما قدمنا بالنظر فى ادلة القائلين به و عدم تماميتها .

منها : ————— :

الاصل : وبيانه بامور .

الاول الاستصحاب اى استصحاب التخيير اذا كان متساويين فى الفضيلة اولا .

ثم فضل احدهما على الآخر فان زوال التخيير بحدوث الفضل فى احدهما غير معلوم فيستصحب التخيير الثابت المعلوم قبله كما عن المحقق الرشتى و تبعه بعض الاعلام المعاصرين هذا

• فى التخيير الابتدائى •

• وتتميمه فى غيره بعدم القول بالفصل •

• والجواب منه بالمعارضة • والحل •

اما الاول فبان الاستصحاب معارض باصالة التعيين عند الانحصار البدوى كما اذا قلد عالما وكان اعلم ثم صار بعض اهل العلم مجتهدا يجوز تقليده •

فان الاستصحاب مقتضى وجوب البقاء فاذا وجب فى مورد

وجب فى الجميع كما عن التنقيد :

واما الثانى :

فبيان حله : ان التخيير الثابت فى حال التساوى انما كان باعتبار القطع بعدم ترجيح احدهما على الآخر فى العلم و نحوه مما يشك فى كونه مرجحا فحيث زال القطع بحدوث ما يحتمل كونه مرجحا اعنى الفضل فى احدهما امتنع الاستصحاب جدا • لما عرفت فى غير موضع ان الحكم المستصحب اذا اينط بشىء دار مداره وجودا و عدما : الى آخر كلام المحقق الرشتى •

اقول : تحقيقه ان وجوب الرجوع الى العالم المنطبق

لكليهما كان امرا متيقنا •

ولكن اذا عارضه قول الفاضل لا يمكنه تطبيق ذلك الوجوب

لهما معا للمخالفة فيحصل الانقلاب في الامر اليقيني فكيف الاستصحاب
 واين المستصحاب .
 ومن هنا تعرف بطلان القول بعدم الفصل لعدم الموضوع
 فافهم .

تنبيه ه :

وما ذكرنا يظهر لك وهن المتوهم من انا لانجزى الاستصحاب
 في التخيير حتى يقال انه لم يبق .
 بل نجزي جواز الرجوع الى المفضل الثابت له قبل حدوث
 الفضل للآخر وكان ملاكه العلم والاجتهاد وذلك باق بعد حدوث
 الفضل .

بيان الظهور :

ان الجواز لاجل الرخصة من الشارع والمراد منه الوجوب
 لا الاباحة فهو بالتخيير عند التساوى وبعد حدوث الفضل لا يمكنه
 التطبيق لكليهما .

ضعف كلام الحكيم :

ومن هنا ايضا يظهر لك ما من الضعف في المستمسك ص

١٤ ط الحجرى ج ١ حيث يقول : مضافا الى الاصل العقلى عند دوران الامر فى الحجية الذى مفاده ان رأى الافضل معلوم الحجية الخ .

اقول : وهذا صحيح .

الا انه قال لكنه لا يطرد العمل بهذا الاصل مع سبق تقليدا المفضل لعدم وجود الافضل ثم تجدد وجوده فان - استصحاب بقاء الاحكام الظاهرية وارد على الاصل المذكور الخ . فانه اى الاستصحاب لا يجرى حتى يقال بالورود فان مع الاختلاف يكون قول الفاضل مانعا من البقاء كما لا يخفى على - المتامل .

تقرير اصلهم على البرائة :

وهوان الشك فى المقام دائر مدار التخيير والتعيين فما علم وجوده فى الجملة اعنى التقليد او القضاء عنده يوءخذ به فيرجع فى الزايد على البرائة كما اذا ثبت وجوب عتق الرقبة فى الجملة وشك فى وجوب المؤمنة عينا او التخيير بينها و بين - الكافرة .

فان مقتضى الاصل البرائة من الصفة الزائدة على اصل

الرقبة .

وجوابه : انه لو فرض كون المقام من الاطلاق والتقييد
ففى البرائة ح كلام وليس بمفروع عنه مضافا الى وجود الدليل فى
المقام .

لكن المقام ليس كك لان الفردين من الفاضل و الافضل
متحققان اللذان يجب العمل بهما لحجية قولهما فيقع الكلام فى
المقام فى التخيير بينهما او الترجيح لذى المزية .

فالواجبان المتزاحمان لو كانا متساويين فهو بالتخيير عقلا
واما لو كان لاحدهما مزية فالحكم التعيينى من العقل لذى المزية
بل المقام من قبيل تعارض الحجتين فلا وقع للاصل اصلا
لان المكلف يعلم المكلف به وهو العمل بالطريق ويعلم هنا اى
فى التعارض والاختلاف ان الطريق احدهما ليس الا .

بملاك ان الطريق عبارة عما يجب العمل به والاخذ بمفاده
فعلا ولا يمكن الاتصاف بالوجوب الفعلى الا احدهما لان ادلة
حجية الطرق .

ومنها قول المفتى او القاضى لاتشمل لهما للتعاند ولاوجه
للتساقط للعلم بكون احدهما طريقا وان كان للوقف وجه الا ان
قيام احتمال الترجيح يوجب رفع اليد عن الوقف .

والحاصل : ان دليل حجية قول العالم لا يمكن تناوله
لصورة التعاند لمخالفة احدهما للواقع .

فالعقل يحكم بالتخيير فى صورة التساوى ولا يحكم به مع

الرجحان في احدهما فينحصر الطريق الفعلى بالراجح ويقع الشك
في حجية المرجوح فتأمل .

دليل القائلين بالتخيير :

ومدرکہم بعد الاصل الذى عرفت عدم تأصله : اطلاقات
الكتاب والسنة .

اما الكتاب فكآية الذكر ونحوها كآية النفر بتقريب ان اهل
الذكر والعلم عام او مطلق يشمل الفاضل والمفضول والامر بالسؤال
عنهم يدل على وجوب قبول كل واحد على حد سواء مع لحاظ
تفاوت مراتب العلماء وندرة المساوات .
الاستنتاج : فمصلحة الرجوع فى الجميع مشتركة .

الجواب :

ان الآية ومثلها جاربه لاجل تأسيس اصل الجواز من
الرجوع الى اهل العلم فالعالم بما هو مأخوذ فى موضوع الحكم لا
بما له شأن وميزة فى العلم والقول فالآية ليست بناظرة الى
الحالات والميزات : هذا اولاً :

وثانيًا :

ان ضعف الاستدلال واضح اذ الآية من آية جهة تدل على تساوى الفاضل والمفضول عند اختلافهما فى الفضيلة .
 فهل يستفاد من ناحية الاطلاق او العموم .
 والحال ان غاية ما يستظهر منها جعل اهل العلم مرجعاً للجاهل .
 واما ان كل واحد منهم حجة ولو عارضة معارض فلا نظر فيها الى ذلك .
 ومن هنا لو شككت فى انه هل المرجع غيرهم ام هم لا-
 يمكنك دفع هذا الشك بالاطلاق او العموم بجواز الرجوع اليهم لا لغيرهم كما يعلم بالتأمل الصادق فتدبر .

واما لسنة :

فمنها : صدر رواية عمر بن حنظله الطويلة المروية فى التهذيب ج ٦ ص ٣٠٢ : قال انظروا الى من كان منكم قدروى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته حاكما الحديث .

ومنها : مشهورة ابي خديجة : انظروا الى
رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضيا الخ الباب
١١ من ثل من القضاء .

ومنها : ما عن العسكري عليه السلام .
فاما من كان من الفقهاء صائنا لنفسه حافظا لدينه مخالفا
على هواه مطيعا لامر مولاه فللعوام ان يقلدوه : ثل الباب (١٠)
من صفات القاضى والحديث طويل اخذنا موضع الحاجة .
ومنها : ما عن ابي الحسن الثالث اى الامام على
بن محمد الجواد : اعتمدا فى دينكما على كل مسن فى حينا و
كل كثير القدم فى امرنا فانهم كافوكما : ثل الباب ١١ : وغيرها
من الروايات :

والجواب :

الذى يقطع الكلام فيما ادعى من المرام ان العموم و -
الاطلاق لا يشمل احوال الافراد من حيث التعارض والتزام
وانما يشمل بذوات الافراد نفسها بما هى .
وما لم يكن مقصودا للمتكلم فى افادته كيف يستند اليه .
ودليل ما قلنا ان السائل فى الرواية لما فرض التعارض
سئل عن علاج ذلك ولم يعتمد على العموم او الاطلاق اولا .

و ثانيا لم يرجعه فى الجواب الى ما ألقى من كلامه الاول
اذ لو كان العموم لما سئل ثانيا ولما اجاب عنه الامام عليه السلام .

الاندفاع :

ومن هنا يندفع ما يقال من الاشكال بان القاء الكلام
المتحمل للعموم و عدمه مع عدم نصب قرينة للمرام اغراء بالجهل .
ولا يرفع قبح ذلك الا الحكم بالعموم .
وبيانه : ان الموضوع والمحمول ذات الفرد و ذات -
الحكم بالانطباق وليس فيها اى فى الرواية مرشد الى الميزات و
المشخصات .

وذلك صوت لسان الدليل بانطباق اللفظ ولما كان قاصرا
اى غير دال على ازيد من مفهومه كيف يشمل لما زاد عن محتواه .
ومن المعلوم ان لكل لغة صوتا مخصوصا ومفهوما بسيطا
لا يتعدى عنه بمقتضى الادب الواجب مراعاته فى الاستظهار .
فيكون التعدى عنه غلطا اذ اللفظ والمفهوم الواحد غير
متحمل لجميع ما للفرد من الميزات والخصوصيات .
فانقذ سقوط التمسك بعموم او اطلاق الروايات فى القول
بالتخيير كما لا يخفى على الخبير .

الارجاعات :

ومن جملة ادلة القائلين بالتخيير ان الائمة عليهم السلام كانوا يأمرن جماعة بالافتاء ونشر معالم الدين مع انهم ذوو و - درجات متفاوتات كما ترى انه عليه السلام .

قال لابان بن تغلب .

يا ابان اجلس في مسجد المدينة وأفت الناس فانى احب ان يرى فى رجالى وشيعتى مثلك . مع وجود الفقهاء الستة و هم :

• زرارة بن اعين

• ومعروف بن خربوز

• ويزيد بن معاوية

• وفضيل بن يسار

• و ابو بصير الاسدى

• و محمد بن مسلم الطائفى

• و زرارة افقه الستة :

والجواب :

عن امثال هذه الاخبار الخاصة ان الكلام فى المقام هى

- صورة تعارض فتوى الفاضل و غيره .
- فنقول قل لى من اين كشفتم تعارضهم حتى تتمسك -
 بالاطلاق لهذه الصورة ايضا : اولا
- وثانيا : نقول ايها المتمسك بالارجاعات .
- اعلم ان من جملة الارجاعات عن الصادقين عليهما السلام
 الارجاع الى العلم والافقه والاورع و عدم الالتفات على الآخر
 واصحابهما كانوا عالمين بما صدرعنهما من القاعدة والاصل فى
 العمل بالاخبار .
- فلماذا اغمضتم عن هذا الارجاع .
- فهلا يكون هذا الاصل الملقى تأسيسا فى العمل باقوى
 الحجتين فكيف تحكمون بالتخيير مع هذا الاصل الاصيل .

السيـــــرة :

- ومن جملة ادلتهم السيرة اى تكون السيرة بالرجوع الى
 المفضل مع وجود الفاضل .
- الجواب : فنقول ان دعوى السيرة عجيبة وما لا يعرف
 سببه فهو عجيب ونحن لا نعرف سبب السيرة .
- أهو حاشا شأنهم عدم المبالاة ام غيره .
- والحال انك ترى ان الاعلام الاثبات والفقهاء الثقات

يفتون بعدم الجواز فكيف السيرة واين كانت هي :
 فان قلت : ندعيها فى اعصار الائمة الاطهار عليهم السلام
 من السائل والمسئول عنه :

قلنا : ان اكثر الاحكام كانت معلومة عندهم
 لاجل تمكنهم عن الوصول الى ائمة الحق حتى ان السيد علم
 الهدى قدس سره مع بعده عن عصر الاصحاب يدعى معلومية
 الاحكام الكثيرة .
 و على هذا .

فهل تنفع مثل هذه السيرة لنا مع انه رجم بالغيب عن
 حال جماعة كانت قبلنا على ما يزيد على عشرة قرون كفاى التنقيد
 للسيد الجليل السيد ابوطالب الزنجانى قدس سره :

الفصول و السيرة :

اقول لعله اشار بهذا اللحن الشديد الى ما تمسك صاحب
 الفصول من السيرة بعد الاستدلال بان تقليد المفضول لولم يكن
 جايزا لما جاز لمعاصرى الامام عليه السلام تقليد اصحابه بل كان
 عليهم الاخذ منه عليه السلام ثم بين الملازمة ثم بطلان التالى
 بالرجوع الى الاصحاب .

ثم قال والسيرة المستمرة شاهدة عليه : فراجع :

لا يخفى عليك ضعف هذا الكلام وذلك ان الرجوع فى الجملة
مسلم ولكن الذى يجرى هو الرجوع من العلم بالاختلاف وهذا
غير معلوم بل معلوم عدمه . وكيف لا مع ان مخالفة الامام عليه
السلام يوجب القطع ببطلان الفتوى ولم يسمع من احد يدعى
جواز التقليد مع العلم بالبطلان .

ارشاد :

وحقيقة الامر ورعاية الانصاف بلا اعتساف ان الاعتماد على
تلك الاطلاقات والى تلك السيرة وغيرها فى حكم مخالف للاصل
اولا والشهرة والاجماع .
ثانيا وللروايات .
ثالثا وللعقل .
رابعا فى غاية الاشكال ونهاية الضعف فى الاستدلال :

العسر والحرج :

ومن جملة ادلتهم لزوم العسر والحرج المنفيين فى لسان
الشرع لو اكتفينا على تقليد الاعلم او القضاء عنده .

جهات العسر :

الاولى بالنسبة الى نفس الفاضل اذ هو كسائر الناس
 محتاج الى امور كثيرة فى الحياة الاجتماعية .
 فلو كان منحصر فى المرجعية والقضاة لوقع فى ضحك و
 مشقة فى فتواه وحكمه القضائى :

الثانية :

بالنسبة الى المراجعين فالامر فيهم واضح لانهم بشر -
 منتشرون فى الامكنة والبقاع مع لحاظ البعد فى البلاد فيلزم
 العسر بل الفساد لو كان هو فقط العماد :

الثالثة :

بالنسبة الى فتواه وحكمه القضاء فان العسر قد يكون فى
 تحصيلها وقد يكون فى نفسها بلحاظ صعوبتها .

الرابعة :

بالنسبة الى مفهوم الاعلم بلحاظ التشكيك فى معناه من حيث الاحاطة الكلية فى العلوم المربوطة للاستنباط او فى مقدار يكتفى به وما هو .

• فبهذا يخرج الاعلم عن كونه مصداقا للدلالة فقط .

والجواب :

ان ما ذكر ليس فيه ما هو الملزم فى الاستدلال فان واحدا من البشر يكون نبيا عالميا كنبينا صلى الله عليه وآله وحكمه ودينه يكون نافذا الى الموجودين وغيرهم بمقتضى آية (ومن بلغ لا التكليف .

ووصيه باب مدينة علمه واولاده المعصومين قائمون مقامه فى الحكم .

فهل يشك فى الاتباع مع بعد البقاع وكسب الاطلاع . والعلماء والفقهاء المتقون العدول امناء الله على حلاله وحرامه فالوصول اليهم كالوصول الى واحد منهم لو تعين فاتبع السبب و عنه فلا ترغب ولا يأخذك الرهب واعلم ان كل عمل لا يخلو عن تعب .

والانسان فى متاع الدنيا يفحص ويصل الى المراد ولو كان فى اقصى البلاد .

نعم لانتحاشى بان الرجوع يتقدّر بقدر الامكان الميسور
للانسان فلو كان مستلزما للحرج الشديد الذى لا يتحمل عادة -
فالله يريد اليسر لا العسر : مع رعاية الاعلم فالاعلم فهل هنا
عسر :

واما مفهومه :

فهو الاحسن استنباطا والاجود فهما للحن قول النبى و
الائمة عليهم السلام وفهم الكتاب .

واما من حيث الاحاطة فالمراد منه ما يتعلق بالدين من
العلوم كما اشير اليه فى الخير فلا وحشته :

واما من حيث تعيين الاعلم مصداقا فهو كتشخيص اصل
الاجتهاد فهل فى هذا عسر وحرج .

وهلا يعلم الناس اعلم الاطباء والصانعين افلا يرجعون
الناس الى اهل الخبرة ولاهل الخبرة فى كل حرفة لهم شأن .

مضافا الى سهولة تشخيصه لو لم نكتفى بالعلم وقلنا باعتبار
الظن بمعنى الاطمينان بل الاحتمال ولكن فى الاعلم لا فى
تأصل الاجتهاد .

ومن هنا يندفع ما لوقيل بان الرجوع الى الاعلم تكليف
بالمحال لعدم قدرة العامى لما بيّن فى محله من طرق معرفة
العامى ذلك فلو كان مجرد القصور دليلا لكان دليلا فى اصل
الاجتهاد .

ما فى الجواهر ——— ر :

ومن جميع ما ذكرنا يظهر ما عن شيخ الاكابر صاحب الجواهر قدس سره حيث ذهب الى جواز التخيير و كانه رحم الله لم يطلع على الاخبار التى ذكرناها اجمع واستشكل فى رواية عمر بن حنظله فراجع :

قال المحقق : الثالثه :

اذا وجد اثنان متفاوتان مع استكمال الشرايط المعتبرة فيهما فان قلد الافضل جاز (بل عرفت انه هو المتعين) وهل يجوز العدول الى المفضل فيه تردد والوجه الجواز (بل الوجه عدم الجواز لما مر) .

وقوله لان خلله ينجبر بنظر الامام عليه السلام .

يدل على عدم اعتبار المفضل فى حد نفسه مع ان صورة

الانجبار ممكنة فى البقاع القربية وموضوع الكلام اعم منه .

فلنرجع الى بيان ما فى المتن من الترتيب .

قال المحقق :

وهنا مسائل : يشترط فى ثبوت الولاية اذن الامام او من

فوض اليه الامام عليه الصلوة والسلام .

قد مر ان نصب الحاكم والقاضى موكول الى الامام لماعرفت

من ان الولاية بالاصالة للنبي او الامام عليهما السلام ويدل عليه قول الصادق عليه السلام : اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى او وصى نبى ، نقله التهذيب ج ٦ ص ٢١٧ .

فلا مناصح الا من الاذن الثابت فى ضمن الارجاعات - بالخصوص وفى ضمن روايتى عمر بن حنظلة القصيرة و الطويلة المرويتان (فى يب ج ٦) .
وغيرها .

والظاهر عدم الخلاف عندنا مضافا الى الاجماع بكلا قسميه كما فى الجواهر .

الاستنتاج : ونستنتج من ذلك صحة ما فى المتن .
(فلو استقضى اهل البلد قاضيا لم تثبت ولايته) لان -
النصب ليس من شأنهم فليس لهم الخيرة فح يحكم بعدم نفوذ حكمه .

قاضى التحكيم :

انما الكلام فى صحة قاضى التحكيم قال المضم .
(نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافعا اليه فحكم لزمهما الحكم ولا يشترط رضاها بعد الحكم) .

و عن المحقق الاردبيلي قدس سره ان الحكم بصحة حكمه
بينهما بحق هو المشهور وبعد اسطر .

قال : بل الاجماع ايضا ولم يدل عليه دليل بالخصوص
الا ان تصوير التحكيم يختص بحضور الامام عليه السلام الذى يمكن
معه الاستيذان قال فالمسئلة قليلة الجدوى من جميع الفروع
التي فرعوها على التحكيم .

فما عن المسالك بوقوعه فى زمن الصحابة ولم ينكر احد
منهم ذلك فيه ليس باستدلال صحيح لان من المعلوم
عندنا الامامية تحوّل الامر بعد النبي صلى الله عليه وآله حتى
صار ما صار .

ونصوص نائب الفقيه منافية لفرض موضوعه الذى هو فقد
الاذن له . وادلة الامر بالمعروف لا تفتضى الحكومة كما عن -
الجواهر :

قال المصنف : ويشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب
عن الامام ويعم الجواز كل الاحكام المتن :

اي عدم الاذن ومدرك ذلك الاتفاق كما عن المسالك حيث
يقول : اعلم ان الاتفاق واقع على ان قاضى التحكيم يشترط
فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب من الشرائط التى من جملتها
كونه مجتهدا و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور
الامام عليه السلام فيفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضى

منصورا وهذا غير منصوب من غير الخصمين .
 اما فى حال الغيبة فسيأتى ان المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم
 الاذن وغيره لا يصح حكمه مطلقا فلا يتصور حالتها اى الغيبة -
 التحكيم : انتهى كلامه رفع مقامه .

قال : ومع عدم الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء اهل
 البيت الجامع للصفات المشترطة فى الفتوى : لقول ابي عبد الله
 عليه السلام فاجعلوه بينكم قاضيا فانى جعلته قاضيا فتحاكموا اليه
 المتن :

اقول هذا اشارة الى رواية ابي خديجه المشهورة السابقة
 المروية فى ثل الباب الاول من صفات القاضى : الحديث الخامس
 وروايته الآخرى .

وفيهما بعد التحذير عن التحاكم الى هولاء الفساق .

قال : اجعلوا بينكم رجلا من قد عرف حلالنا و حرامنا
 فانى قد جعلته قاضيا و اياكم ان يتحاكم بعضكم بعضا الى السلطان
 الجائر . ثل الباب ١١ من صفات القاضى .

وروايتى عمر بن حنظلة القصيرة والطويلة وكلاهما فى يب

ج ٦ ص ٢١٧ - ٣٠١ كما مر .

والكافى ح ٧ ص ٤١٢ ثل الباب ١١ والباب ٩ .

ورواية داود بن حصين . وفيها :

فقال ينظر الى افقهما واعدلها باحاديثنا الخ ثل الباب

٩ من صفات القاضى وغيرها من الروايات .

التوجه :

ومن التوجه والالتفات الى ما فصلنا فى مسألة الاعلمية و
تعيين الاعلم تقدر فى كلام الماتن هنا من الاستدلال على وجوب
اختيار .

الاعلم فلا لزوم للتكرار .

واما الاخبار ففيها تذكرا :

ومن هنا تقدر ايضا على ضعف كلام شيخ الاكابر صاحب

الجواهر قدس سره هنا .

الخلاصة :

فمقاد الاخبار هو تحصل الاذن حضورا و غيبة فانهم اى لا
سقوط الاذن فى زمان الغيبة كما لعله يتوهم من المسالك فراجع .

الاستنتاج :

ونستنتج من نفوذ قضاة فقهائنا بالجعل والاذن صحة

المتن من قوله (ولو عدل الى قضاة الجور والحال هذه كان مخطئا) لما مرفى خلال الاخبار من النهى عن التحاكم الى هؤلاء الفساق او السلطان الجائرو ما يأخذه بحكمهم سحت فراجع :

نعم لو توقف احقاق الحق على الرجوع عليه ولو لاجل امتناع الخصم عن الحضور عند قضائنا فلا اثم عليه وهو ح يتوجه على المانع .

وتوهم ان القبول اعانة على الاثم .

مدفع : بانه ليس من الاعانة ولا من الحرمة اذ المحقق لا يريد بذلك الاقدام الاعانة مع استدعائه الرجوع الى الفقيه الا ان الخصم لا يرضى به فانفاذ الحق ينحصر بالرجوع الى ميل الخصم .

فاندفع بذلك ما فى كفاية السبزواري قدس سره من توهم

الاعانة فتدبر .

المسئلة الثانية :

قال : تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام

بشرائطه المتن :

لا يخفى ان القضاء فى الناس لحفظ النظام الاجتماعى و

احقاق الحق لمن له الحق واجب على الانبياء و الاولياء -

المعصومين اصاله و على القضاة العدول بالجعل والنصب كفائيا
بمعنى ان شعاع الامر يتوجه وينبسط على الكل الذى مفاده
العينى باعتبار تعلق الامر .

ولكن قيام من يغنى عن قيام غيره يفيد تحصل الغرض
من الامر .

ويدل على ذلك ما عن معلى بن خنيس عن الصادق قال
قلت له : قول الله عز وجل : ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات
الى اهلها و اذا حكمتم ان تحكموا بالعدل .
فقال عليه السلام :

عدل الامام ان يدفع ما عنده الى الامام الذى بعده و
أمرت الائمة ان يحكموا بالعدل .

وأمر الناس ان يتبعوهم ورواه الشيخ باسناده عن محمد
بن على بن محبوب الى اخر السند عن معلى مثله : ثل الباب
الاول من القضاء .

ويستظهر منه ان الناس مع وجدان الشرائط مأمورون على
ذلك الحكم العدل الواجب .

واما خصوص الاستحباب لمن يثق فهو موقوف على استفادته
من الدليل بالخصوص لان الاستحباب حكم شرعى يحتاج الى
الدليل كالواجب .

والموضوع (اى من يثق من نفسه) يكون حكمه الوجوب ان

لم نجد للاستحباب دليلا كما لا يخفى على البصير : قال الشهيد
 فى الدروس ولو وجد غيره ففى استحباب تعرضه للولاية نظر .
 نعم فى بعض الاخبار اشارة الى الوصول الى الاجر
 كالجنة بالنسبة الى من حكم بحق وعلم كقوله فى ما مر : ورجل
 قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة ثل الباب ٤ من القضاء .
 وكما فى الكافى ج ٧ الطبع الجديد ص ٤١٣ عن على عليه
 السلام خاطبا لشريح والرواية مفصلة .
 وفيها : واياك والتضجر والتأذى فى مجلس القضاء
 الذى اوجب اليه فيه الاجر ويحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق
 الحديث .

ارشاد :

يمكن لك استفادة الرجحان منهما وغيرهما كقوله عليه السلام
 وان تعاملتم فهو خير لكم كما فى الوسائل .
 ثم قل هل هذا كاف فى الحكم بالاستحباب ام لا فالحكم
 لك :

القضاء واجب على الكفاية :

لظاهر مجموع الروايات التى ذكرت فى صفات القاضى وادابه

و غيرها و للاجماع كما عن المحقق الاردبيلي قدس سره فى شرح الارشاد للعلامة قدس سرهما :

و حكومة الاعتبار من وجوب ردّ الظالم عن ظلمه و انتصاف المظلوم منه .

و دفع المفساد و غلبة بعضهم على بعض و اىصال حقوق الناس اليهم و اقرار الحق مقرّه .

بل لانتظام النوع و المعيشة .

قال و ذلك دليل وجوب النبى و الامام .

و اما كونه كفاييا فلحصول الغرض المطلوب منه : و لا يخفى متانة كلامه رفع مقامه :

الوجوب العينى :

و قد يكون الوجوب الكفايى الشامل لكل كما عرفت و عدم تنجزه فعلا بالنسبة الى بعض الافراد عينيا لاقتضاء التنجز ذلك كما فى مورد الانحصار او الاحتياج الى الاكثر و ذلك واضح بمقتضى دليل الوجوب :

فرض الفقدان : و لو فرض فقدان تلك المرتبة المجوزة للقضاة يجب تحصيلها عينيا لمن تمكّن منها لآية التفقه و مطلقات طلب العلم و لاقتضاء وجوب القضاء بين الناس ذلك و وجوب مقدمه

ح امر فطرى و عقلى وليس الوجوب من جهة وجوب ذى المقدمة
 بالتبع كما حققناه فى كتابنا (المجاورات الاصوليه) المطبوع منه
 المجلد الاول .

ارشاد :

نعم لو جعل الشارع شيئا لاجل واجب يجب بوجوب جعله
 كالطهارة مثلا بالنسبة الى الصلوة لا ان وجوبها يقتضى وجوب
 الطهارة مقدمة اذ العقل كيف يحكم باستلزام الصلوة للطهارة لا
 غيرها .

- فالطهارة عبادة مقدمة للصلوة بالشرع لا الوجوب .
- وبذلك يندفع ما فى الاصول كالكفاية وغيره :

تفاوت الوجوب :

ولما كان تنجز التكليف اى التحصيل يتوجه الى المتمكن
 بالنسبة فلا يبعد كما عن المحقق الاردبيلى قدس سره .
 بل لا يخلو عن قوة تعيينه على من يكون قريبا من المرتبة
 لاجل انه حصل له اكثر ما يتوقف عليه .
 • وبقي شىء يسير لتحقق المرتبة المجوزه للقضاء .

الاستنتاج :

ونستنتج من هذا البيان عدم الوجوب لمن لا يتمكن عادة منه وكذا يعلم عدم الوجوب بالنسبة على من تمكن أيضا ولكن ما حصل منها أي المرتبة شيئا أو حصل ولكن شيئا قليلا أو كثيرا ولكن يحتاج إلى الاشتغال فيه بزمان كثير بخلاف غيره فراجع إلى شرح الإرشاد .

هذا كنفس الاجتهاد :

وهذا الذي بيناه كنفس الاجتهاد والتفقه في الدين من حيث توجه التكليف ويتفاوت الوجوب بالنسبة .
 ولقد حققنا في كتابنا (تحليل العروة) بحث الاجتهاد والتقليد المطبوع ان الاصل الاول هو وجوب التفقه والاجتهاد بمعنى التشخيص والترجيح على كل مكلف عينا .
 ولكن قام الدليل على الكفاية .
 ثم ان العينية يتفاوت كما مر اجمالا .
التعاون على البرّ :

ولما كان التكليف متوجها إلى مكلف في الدين لضرورية

الدين ويتحمل العلماء والمحصلون ذلك العبء سقط عنهم
الوجوب فلا يبعد على غير المشتغلين وجوب مساعدتهم بكل ما-
يقدرّون كما اعترف به المحقق الاردبيلى قدس سره فى شرح الارشاد .
من تحصيل معاشهم ومقدمات الاشتغال من الكتب و الكواغذ
اى القرطاس .

بل مقابلة النسخة عند الاحتياج .

والحاصل كلما يقرب المشتغلين الى المطلوب و العقل و
الشرع يحكم بحسنه بلا شك :

الخطر العظيم فى التصدى :

ثم انه على الرجحان او الوجوب لا مناص الا من التفات
على ما فى تصدى القضاء من الخطر العظيم فلا بد للمتصدى من
الدقة والاحتياط لئلا يقع فى قضاوة على ضلالة بترك الهوى و
الميول النفسانية .

فى رواية معاوية بن وهب قال : سمعت ابا عبد الله عليه
السلام يقول :

أى قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط ابعدهم من السماء :

الكافى ج ٧ ص ٤٠٨ ، يب ج ٦ ص ٢٢١ .

وفى رواية مسندة فى الكافى ج ٧ ص ٤٠٧ : من حكم

فى درهمين بغيرما انزل الله عزوجل مّن له سوط او عصافه
 كافر بما انزل الله عزوجل على محمد صلى الله عليه وآله :

وفى رواية عبدالرحمن بن الحجاج .

قال : كان ابو عبدالله عليه السلام قاعدا فى حلقة ربيعة
 الرأى فجاأ اعرابى فسئل ربيعة الرأى عن مسئلة فأجاب فلما
 سكت قال له الاعرابى أهوفى عنقك . فسكت عنه ربيعة و لم
 يرد عليه شيئا فاعاد عليه المسئلة فاجابه بمثل ذلك فقال له -
 الاعرابى هوفى عنقه فسكت ربيعة فقال له ابو عبدالله عليه السلام هوفى
 عنقه فال اولم يقل : كل مفت ضامن الكافى ج ٧ ص ٤٠٩ يب ج ٦ ص ٢٢٣
 قال اولم يقل : وكل مفت ضامن : الكافى ج ٧ ص ٤٠٩
 وعن الصادق .

قال : قال اميرالمؤمنين عليهما السلام : يد الله عز و
 جل فوق رأس الحاكم ترفوف بالرحمة فاذا حاف فى حكمه و كله
 الله الى نفسه : يب ج ٦ ص ٢٢٢ .

الحق :

ومما ذكرنا فى وجوبه بان لك سلامة الماتن بقوله : وربما
 وجب ووجوبه على الكفاية .

اقامة الواجب : —————

قال : و اذا علم الامام (عليه السلام) ان بلد اخال من قاض لزمه ان يبعث و يآثم اهل البلد بالاتفاق على منعه و يحل قتالهم طلبا للاجابة المتن :

اقول :

اما بعث القاضى لبلد يخلو عنه فلاجل ان اقامة الواجب له عليه السلام بالاصالة او بالبعث و الاذن لحفظ النظام و بسط العدل .

واما وجه قتالهم مع الامتناع عن القبول فلاجل مخالفة الامام عليه السلام فى امر الشريعة المنجر الى الفساد و الاختلال و مسألة الاثم ظاهر :

قال : ولو وجد من هو بالشرايط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله المتن :

اقول : اما جواز الامتناع مع وجود مثله لان التعيين فى الواجب الكفائى بلاجهة غير لازم .

نعم لو كان اعلم منهم تكون المسئلة من الانحصار لاجله . ولو كان الامتناع من الجميع اثم الجميع و فسقوا و بالفسق يخرج الكل عن اهلية القضاة .

ولكنه لا يوجب سقوط الواجب لان العصيان ليس من -
 مسقطات التكليف واداء الواجب يحصل بالتوبة فافهم .

قال : ولو اُلزم الامام عليه السلام .

قال : فى الخلاف لم يكن له الامتناع لان ما يلزم به

الامام واجب .

ونحن نمنع الالزام اذا الامام عليه السلام لا يلزم بما ليس

لازما : الفتن

والحق فى المسئلة قول الشيخ قدس سره لان نفس الامر

والالزام من الامام كاشف عن مصلحة عنده وطرح المسئلة بحساب

اصل المسئلة من اللزوم و عدمه .

وما ليس بلازم لا يلزم لابد ان يكون مجردا عن دخالة -

الامام عليه السلام فما يلزمه لازم لعدم الاقتراح : مضافا الى

وجود الوجوب :

قال :

واما لولم يوجد غيره تعين هو ولزمه الاجابة : متن

واما التعين فلاجل الانحصار مثل المورد الذى ليس الا

هو ولو مع عدم الالزام .

ولزوم الاجابة من جهة وجوب الاطاعة له عليه السلام ومن

جهة تعين الواجب الكفائى بالانحصار كما لا يخفى .

فلو امتنع والحال هذه فيعصى قطعا ويسقط عن الاهلية

للقضا و لا يسقط الوجوب عن ذمته بل يتدارك بالتوبة كما مر .
 قال : ولولم يعلم به الامام وجب ان يعرف نفسه لان
 القضاء من باب الامر بالمعروف الفتن .
 اقول : التعريف اما لتوجه التكليف فهو متعين عليه ولو
 لم يعرف لفرض الانحصار الا ان يكون التعريف لتحصيل الاذن و
 اعلام تعين القضا له لان التكليف متوجه على الامام عليه السلام
 ومع الغيبة فالاذن محقق كما مر :

(الارتزاق)

قال المسئلة الخامسة تركنا الرابعه :
 اذا ولى من لا يتعين عليه القضاء فان كان له كفاية من
 ماله فالافضل ان لا يطلب الرزق من بيت المال ولو طلب جاز
 لانه من المصالح .
 وان تعين عليه القضاء ولم يكن له كفاية جازله اخذ
 الرزق .
 وان كان له كفاية قيل لا يجوز له اخذ الرزق لانه يؤدي
 فرضا :

اقول : ففي مرسله حماد بن عيسى المعمول بهابل المجمع
 عليها كما عن المحقق القمي قدس سره فى الغنائم كتاب القضاء
 ص ٦٧٥ .

طويلة مذكورة فى الخمس والانفال والغنائم .
 وفيها : الى ان قال : ويؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك
 ارزاق اعوانه على دين الله وفى مصلحة ما يتويه من تقوية
 الاسلام وتقوية الدين فى وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة
 العامة .

ثم قال ان الله لم يترك شيئاً من الاموال الا وقد سمّه
 فاعطى كل ذى حق حقه الخاصة والعامة والفقراء والمساكين
 وكل صنف من اصناف الناس ، مثل الباب ٧ من آداب القاضى :
 ورواه الشيخ :

الاستنتاج :

ونستنتج منها ان بيت المال معد لمصالح المسلمين العامة
 ومنها الارتزاق من بيت المال .
 وكذا ائمة الصلوة والى بيت المل والمؤذنون والكاتب ولو
 لاجل ضبط بيت المال ومعلّموا القران والاداب :
 ومقتضى المرسله جواز الارتزاق ولو مع التعيين وعدم الحاجه
 والكفاية .

فما عن الشهيد الاول فى اللمعه من تقييد الجواز بالحاجة
 يدفعه عموم المرسله المعمول بها .

ولا يخفى عليك أنّ معنى الارتزاق من بيت المال اخذ
الرزق لاجل كونه قاضيا لا لاجل قضاءه وحكمه .

وتوضيــــــــــــــــح ذلك :

انّ الفرق بين كونه قاضيا وبين قضاءه واضح .
وذلك بالمثال .

لو وقف على المؤذن او نذرله شيئا فالواقف و الناذر -
يعطيه لاجل كونه مؤذنا لا بازاء اذانه ومن هنا يعلم انه لو
وقف على شيعة بلدة او صائمي البلدة يجوز لهم الارتزاق من
محصوله مع انه لا يجوز أخذ شيء بازاء التشيع والصوم .

ومن هنــــــــــــــــا :

ومما ذكر يظهر لك عدم التعارض بين ما قلنا من المرسله و
بين رواية عبدالله بن سنان ففي الكافي ج ٧ ص ٤٠٩ قال سئل
ابوعبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان
على القضاء الرزق .

فقال : ذلك السحت . ورواه الصدوق باسناده عن عبي
بن محبوب مثله الا انه قال : ذلك سحت كما في ثل الباب ٧

من آداب القاضى :

اذ فرق بين أخذ الرزق على القضاء الواجب وبين ان يكون قاضيا وحمل العلامة المجلسى قدس سره فى مرأت العقول على الاجرة والمشهور جواز الارتزاق من بيت المال : ويأتى التعرض لاخذ الاجرة انشاء الله تعالى :

وهنا قول بالكراهة ولعله الاكثر كما فى المستند للمحقق النراقى قدس سره اى الارتزاق مع اليسار ولعل الوجه فى ذلك الاستظهار من رواية ابن سنان ولكنه ممنوع الدلالة .

نعم لا كلام فى كون الترك افضل بل لعله احوط لاجل الاحتمال القوى من كون بيت المال لاجل رفع الحاجة مع كون القيام بالمصلحة مانعا عن التكسب فالمسئلة لا تخلو عن التامل الزائد كما لا يخفى على الناقد :

لان بيت المال للمصالح العامة وليس فيه فرض الاستحقاق . بخلاف بيت يجمع فيه ما يتعلق بالفقراء من السادات و غيرهم من الزكوة والخمس فنصره الفقر .

تأييد :

قلنا ان مقتضى عموم المرسله السابقة هو جواز الارتزاق مع التعيين وقولكم (لانه يوءدى واجباً) فلا اجرة على الزاجب ممنوع

• بطور الاطلاق .

• قال فى كشف اللثام .

واجازه الشيخان لانه من المصالح المهمة و منع ان لاجرة
على الواجب مطلقا والا لم يوجر المجاهدون : انتهى

ويؤيده ايضا : _____ :

ما عن باب مدينة علم النبى عليهما السلام فيما كتب الى

• مالك الاشتر رضوان الله عليه .

• ثم ذكر صفات القاضى .

ثم قال : واكثر تعاهد قضائه و افسح له فى البذل ما يزيح

علته و تقل معه حاجته الى الناس و اعطه من المنزلة لديك ما لا

يطمع فيه غيره : ثل الباب ٧ من اداب القاضى .

• وكيف كان كما قلنا الاحتياط بالترك خروجا عن الخلاف .

اخذ الجعل :

قال :

اما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و الوجه

التفصيل فمع التعيين و حصول الضرورة قيل يجوز و الاولى المنع :

المتن

اقول :

لا يجوز اخذ الاجرة والجمالة من الخصوم و غيرهم على القضاء لانه واجب ولا يجوز توقيف الواجب على شرط عينيا كان او كفايا كما عن المحقق القمي في الغنائم :

وقيامه على الصنایع التي لا يقوم النظام الا بها باطل لان الوجوب فيها اعم من المجازيل ظاهر الادلة ومقتضى نظام الكل جوازه مضافا الى ما نطق به الاخبار بخلاف ما نحن ، ص (٤٧٥) فيه كما في الغنائم ايضا فتأمل .

ولا يخفى ان المسئلة اجماعية كما عن الكفاية للسبزواری قال ولا اعرف خلافا بين الاصحاب في انه لا يجوز له اخذ الاجرة من المتخاصمين مع وجود الكفاية من بيت المال .

ومع وجود الحاجة اليه ففي جواز أخذه منهما او من احد- هما قولان اشهرهما المنع : وادعى الاجماع العلامة في التحرير كما عن المحقق صاحب المستند قدس سره .

والحق ان اخذ الاجرة على الواجب الذي هو عمل يملكه الله تعالى ولا مناص الا من حصوله في الخارج ليس بجائر .

ولا يخفى ان تفصيل المسئلة من جميع الجهات راجع الى باب التكسب وليس المقام مقتضيا للتوسيع .

ثم ان الكلام في ان القضاء تعبدى او من الواجب التوصلى لعلّه يسهل الامر في مسئله الاجرة والظاهر عجلة انه من الثاني

ثم انه مع تقرير الجواز وفرض جواز الاخذ فهل يجعل الاجر
 بنحو الاشتراك منهما او من احدهما .
 ولو قلنا انه للعمل فلاشتراك وان قلنا انه للنفع فممن
 له الحكم او المدعى فتأمل :

صورة الضرورة :

واما مع الضرورة و عدم الكفاية .
 فالقضاء اما ان يتعين له اولا ففى الاول لا يجوز الجعل
 لاستلزامه توقيف الواجب على شرط كما اعترف فى المستند النراقى
 قدس سره مع دعوى الاجماع عن والده رحمه الله .
 ففى الثانى اى عدم التعيين .
 قيل يجوز لان المنع يكون باعتبار اطلاق صحيحة بن سنان
 المتقدمة وبما عن الخصال : السحت انواع كثيرة .
 وعدمها أجور القضاة .
 ولكنهما يندفعان بمعارضة ادلة نفي الضرور تلك الادلة
 راجحة بموافقة الكتاب ومعاوضة بالاعتبار واكثرية الاخبار ولولم
 يكن هنا رجحان لكان المرجع الى اصالة الجواز .
 فان قيل ان الضرر ينتفى بتحصيل الكفاية من المبادئ
 المعدة لرفع الحوائج .

قلنا ان فرض المسئلة انتفائها او مع تعسر تحصيلها :

ارشاد :

لا يخفى عليك مع عدم التعيين فله طريق الى الاحتراز عن حرمة الاجرة وهو يحصل بترك القضاء لاجل عدم التعيين .
وفرض المعارضة بين الدليلين والرجوع الى الاصل انما هو فى صورة عدم جواز ترك القضاء فيتمكن له الخروج عن الدليين بالترك فالظاهر ان الحرمة لا تخلو عن قوة :

وقد يقال : ان فى صورة التعيين ايضا يحصل التعارض بين دليل التعيين وبين ادلة نفي الضرر فيرجع الى الاصل - فيجوز له الاخذ .

وقيل : ان هذا انما يتم لو لم يكن دفع الضرر الا بأخذ الاجرة والمفروض امكانه بالكسب .

وفيه ان الكسب ليس بامر ميسور لكل احد ولا يتم المسئلة بالفرض والتقدير .

مع ان الظاهر من الصحيحة وغيرها هو الاجر على القضاء وهو محرم لا على الكفاية فالمسئلة محتاج الى تأمل زائد و الوجه
الحرمة .

اما الرشوة : (ما هي الرشوة)

اعلم ان الرأء والشهن والمعتل اصل واحد يدل على سبب
او تسبب برفق وملايمة فالرشاء الحبل الممدود والجمع الارشية
كما فى المقائيس لابن فارس .

ومثال السبب او التسبب المال المبذول للتوسل به الى
الحكم ابتداءً او ارشاداً .
وعن مجمع البحرين .

قلما يستعمل الرشوة الا فيما يتوصل به الى ابطال حق او
تمشيته باطل .

وهذا ايضا عن (المنجد) ولكن المجمع وغيره ليسافى تحقيق
وتشخيص الصوت من اللغة العربية الخاصة بل يفسرون بما سنع
ببالهم من الانس والاعتبار كما يشاهد ذلك من مفردات الراغب
ايضا :

الظاهر بتفسير المقائيس ان الرشاء مطلق التوسل لتمشية ما
يريد الشامل للحيلة والفراسته المفهوم من قوله (برفق وملايمة)
ولكن ولكن لامناص الامن التخصيص بالحكم المطلق الشامل له
وعليه وسند ذلك الكلام ما فى الرواية فى الباب ٧ من ابواب
صفات القاضى عن سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام فى حديث
قال :

وعن المحقق القمي قدس سره اختيار ذلك الذي قلنا
حيث .

يقول : واما الرشوة وهو اخذ شئ لان يحكم لاحدا وعلى
خصمه او لارشاده الى ما يقتضى ذلك فهو حرام باجماع المسلمين
سواءً كان حكم له او عليه بحق او باطل وخصمه بعضهم بالبطل
والاقوى ما ذكرنا لدلالة العرف واللغة انتهى محل الحاجة .
ولكن دلالة اللغة فيها اختلاف كما لا يخفى على المراجع :
ف— فرع :

لو توقف تحصيل حقه على الرشوة منحصرها بالحرمة ح يتوجه
على المرتشى خاصة والظاهر عدم البأس فى ذلك لان الضرورات
تبيح المحظورات وفى الصحيح السابق ذكره اشارة الى ذلك
فتأمل :

حكمه التكليفي هو الحرام كما عرفت وحكمه الوضعى وجوب
ردها الى صاحبها مع البقاء والا فمثلها او قيمتها بلا خلاف ظاهر
بيننا بل يظهر الاجماع من المسالك وغيره :

ومن هنــــا : (اختلاف اللغات والكلمات)

ومما ذكرنا تعرف ما فى الاختلاف من اللغات وكلمات —
الاعلام حيث يقول جامع المقاصد ان جعل من المتحاكمين رشوة

- كما ان المحكى عن القاموس تفسيرها بالجعل .
 وفي المجمع قلما يستعمل الرشوة الا فيما يتوصل به الى
 ابطال حق او تمشية باطل .
 ولكن فى الجواهر على الحكاية انها ليست مطلق الجعل
 ولا البذل على خصوص الباطل كما فى النهاية و المجمع و لا
 مطلق البذل على خصوص الحق بل هو البذل على الباطل او
 على الحكم له حقا او باطلا : انتهى المحكى عن شرح بعض
 الشيخ للقواعد .
 وما نقلنا كاشف عن اختلافهم فى موضوع الرشوة ومعناها :
 ولكننا بمعونة اخبار الباب نستكشف انها ما يبذل فى الاحكام
 وليس مطلق البذل كما عرفت : و أنت ايضا تقدر على ما قلنا
 بمعونة رواية اخرى وهى ما عن عمار بن مروان .
 قال كل شئ غلّ من الامام (عليه السلام) فهو سحت و سحت
 انواع كثيرة .
 منها ما اصبحت من عمال الولاة الظلمة .
 ومنها اجور القضاة واجور الفواجه و ثمن الخمر و النبيذ
 المسكر الحديث .
 وفيها واما لرشاء فى الاحكام يا عمار فهو الكفر بالله للعظيم
 نقلها الاشتياني قدس سره فى كتابه القضاء ص ٣٨ - ٣٧ فى ثل
 الباب ٥ من ابواب ما يكتسب .

حيث يعلم منها ان الرشاء بضميمة كلمة (واما) فى الحكم
مقابل للاجر واجور القضاة فليس الرشوة هى مطلق الاجر والجعل
كما لا يخفى فتأمل .

ما فى السرائر :

- ولكن ابن ادريس قدس سره فى السرائر .
- يقول : بعد نقل ما روى عن النبى صلى الله عليه وآله
- قال : لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم .
- وهو حرام على المرتشى بكل حال واما الراشى فان كان
- قد رشاه على تغيير حكم او ايقافه .
- فهو حرام :
- وان كان على اجرائه على واجبه لم يحرم عليه ان يرشوه
- لذلك لانه يستنفذ ماله فيحل له ذلك .
- ويحرم على آخذه انتهى محل الحاجة .
- وصريح جواز اعطاء الرشوة لاستنقاذ الحق انحصار الرشوة
- فى الحكم بالباطل او ايقافه .
- ولكن الذى يقوى فى النظر هو ما يعطى فى الحكم مطلقا
- كما يظهر بالتأمل الصادق :
- والعطية والهدية :
- العطية من العطو وهو التناول والاعطاء هى الانالة و

الهداية : هى دلالة بلطف من المجرّد ومنه الهدية والاهداء
يقال فى اعطاء الشئ فى المزيد والمجرّد منه دلالة بلطف وهذا
من اختصاص المزيد والمجرّد : كما عن الراغب :

فنقول : ان الهدية حال الدعوى فنقل عن الشيخ فى (١)
المبسوط انه قال بالحرمة اذا كان حال الخصومة او غيرها ان
لم يعهد منه هدية قبل تولّى القضاء وكان فى محل ولايته و
عهده ولكن احسن منه ارادة الحكم لما روى عنه (صلى الله عليه
وآله) هدايا العمال غلول وان هدية العمال سحت وغير ذلك
وبالكراهة اذا كانت فى غير حال الحكومة ممن جرت عاداته بذلك
قبل التولى واستحسنه فى المسالك .

وقال لم يتعرض اليه كثير : انتهى ما نقلنا من الغنائم
للمحقق القمى قدس سره .

لكن ظاهرتك الروايات ان الهدية و عمومات الهدية
حاکمة الا بما يقاومها فيسنتج ان ما تبين منها انه لاجل الحكومة
فحرام وان لم يكن لاجل الحكم فحلّال وفى المشتبه فمكروه و
لاشبهة ان سدّ الباب اولى كما لا يخفى و عليه المحقق القمى
قدس سره .

قال : اما الشاهد فلا يجوز له اخذ الاجرة لتعيين الإقامة
عليه مع التمكن : المتن

١- فراجع الى المبسوط ص ١٥٢ و قبله : ج ٨ الطبع القديم .

ولو تعيّن له الاقامة فتجب لقوله تعالى شأنه و لا يَأْب
 الشهادة اذا ما دعوا : البقره آية ٢٨٢ . وروايات باب الشهادة
 فراجع الكافي و التهذيب وغيرهما و ظاهر الآيه يشمل التعيين و
 الكفائي كما هو ظاهر اطلاق الاصحاب فراجع .
 ثم فى صورة التعيّن لواجب الى سفر او سير يلازم -
 الاجرة فهل له الاخذ .

ام لا : قد يقال كما عن المسالك ان مقدمة الواجب واجب
 فاستشكل فى الاخذ ولكنه لا يخفى ان الواجب له اقامة الشهادة
 بما هو شاهد لامع المال وهذا هو ظاهر الادلة فتأمل :
 واما مع عدم التعيّن : فقد يقال ان تحمل الشهادة لا
 ينافى فى اخذ الاجرة عليه .

ولكن فيه ان الواجب اى تحمل الشهادة يملكه الله تعالى
 كما مر فلا يقابل الاجرة فتأمل :

قال : ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضى والمترجم
 وصاحب الديوان : (أى مجتمع الصحف الذى فيه اسماء الجنود
 والقضاة والمدرسين) ووالى بيت المال ان يأخذوا الرزق من
 بيت المال المعد للمصالح وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم
 الاداب والسنن : المتن

كل ذلك يجوز لمن يقوم بمصالح المسلمين اما مع الاحتياج
 وكون تلك الامور مانعا عن التكسب فظاهر .

واما مع الاستغناء فكذلك وان الترك افضل واحوط .
وما يجوز اخذ الاجرة عليه اجراء العقد مثلا فى النكاح واما
تعليم العقد ففيه اشكال .

لظاهر قول رسول الله صلى الله عليه وآله فيما عن ابي
جعفر عليه السلام لعن : الى ان قال ورجلا احتياج الناس
اليه لفقهم فسألهم الرشوة فتامل : ثل الباب ٧ من آداب القاضى

المسئلة السادسة :

قال تثبت ولاية القاضى بالاستفاضه وقد تعرضنا للمسئلة
بمناسبة البحث فراجع :

المسئلة السابعة :

قال :
يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهة على
انفراده .
وهل يجوز تشريك بينهما فى الجهة الواحدة .
قيل بالمنع وحسما لمادة اختلاف الخصمين فى الاختيار
المتن .

والوجه الجواز لان القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب: المتن .
 اقول هذه المسئلة فى زمان الحضور .
 مما يستغنى عنه لان الامام عليه السلام عالم بما يفعل و
 ما يصلح فالكلام فيه مما يستغنى عنه كما اعترف بذلك المحقق -
 الاردبيلى قدس سره .

والظاهر ان نائبه فى زمانه عليه السلام باذنه كذلك .
 ثم لا يخفى عليك ان الظاهر عدم الخلاف كما عن المحقق
 الاردبيلى وغيره فى جواز نصب القاضيين فى بلد واحد مع -
 استقلال كل واحد فى قطر وصقع وكذا فى زمانين .
 او ينصب هذا فى احكام مخصوصة كالاموال .
 وذلك فى الدماء مثلاً :

واما شرط اجتماعهم — : بان نصبهما فى زمان
 واحد ومكان واحد وشرط اجتماعهما فى الحكم .
 فهل يجوز ام لا فيه وجهان .

احدهما الجواز كما عن العلامة وولده الفخر كما فى شرح
 الارشاد للاردبيلى ووجهه بان النيابة له وباختياره .
 ولا يخفى ما فيه من النظر لان كون النيابة له وفى اختياره
 موقوف على صحة ذلك وهو اول الكلام ولذا :
 قال المحقق الاردبيلى انه كالمصادرة .

وثانيهما — : عدم الجواز وهو مختار العلامة فى

الارشاد .

قال فيه ولو شرط اتفاهما فى كل حكم لم يجر :
 ووجهه ظاهر لان المسائل الاجتهادية غير خالية عن
 الاختلاف فالتشريك قد يوجب تعطيل الاحكام وبقاء المنازعة .
 نعم فى زمان الحضور يمكن ان يقال ان مع الاختلاف
 يرجع المسئلة الى الامام عليه السلام وان اتفقا فهو :
 عدم شرط اتفاهم — : فان لم يشترط اتفاهم فى
 الحكم .

ففيه ايضا .

يجئ الوجهان الجواز كما هو مختار العلامة كما مر .
 والعدم لاحتمال النزاع لاحتمال اختيار كل غير الآخر فلا
 يرتفع النزاع :

قال العلامة فى الارشاد فان تنازع الخصمان فى الترافع
 قدم اختيار المدعى الخ ووجهه ان المنازعة له فيقدم ما اختاره .
 ولكن فيه ما لا يخفى لانك قد عرفت فيما سبق ان الافقه و
 الاعدل مقدم فى الحكم فلو كان ما اختاره المدعى مفضولاً كيف
 يقدم قوله فتأمل :

المسئلة الثامنة :

قال : اذا حدث (اى للقاضى) ما يمنع الانعقاد انعزل و

ان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق .

ولو حكم لم ينفذ حكمه : المتن

اقول كل ذلك ان ادلة الباب ظاهرة فى السلامة عن

العيوب المانعة عن اشتراط القاضى بالصفات المجوزة للقضاء .

وبالحدوث يرتفع الموضوع بلا فرق بين الابتداء والاستدامة

فلا يتوهم الاستصحاب كما لا يخفى .

واما عدم نفوذ حكمه لعدم الموضوع المجعل فى القاضى

وفى العود الى حاله اشكال :

قال :

وهل يجوز ان يعزل اقتراحا الوجه : لا : لان ولايته -

استقرت شرعا فلا يرول تشهيا : المتن .

الكلام فى المقام فى الامام فائدة فى تلك المسئلة لان

الامام عليه السلام يفعل ما هو حق له .

وقوله الوجه لا : مسامحة لان عزله عليه السلام يكون من

العبث وساحة الامام منزه عن القدح كما لا يخفى :

مضافا الى انه لا ينبغى لنا تعيين التكليف للامام عليه

السلام .

نعم لو نصب الفقيه قاضيا مع الشرايط حصلت منزلة القضاة

شرعا فلا يجوز له ان يعزله اقتراحا كما لا يخفى :

قال : اما لورأى الامام (عليه السلام) ان النائب عزله

لوجه من وجوه المصالح او لوجود من هو اتم نظرا فانه جائز مراعاة
للمصلحة : المتن و دليله واضح :

المسئلة التاسعة :

قال اذا مات الامام (عليه السلام) قال الشيخ الذى يقتضيه
مذهبنا ان عزل القضاة اجمعهم . متن
اقول كما قال الشيخ ووجه ذلك ان القضاة بالاصالة للامام
عليه السلام وان كان نوابه قضاة جامعة لشرايطها فينقطع نيابته
فالامام التالى يرى ما هى المصلحة .
نعم لو فرض عدم امكان الوصول اليه عليه السلام لا بأس
بقضاء القاضى الذى جامع للشرائط ولو بالاذن العام الذى هو
ثابت فى زمان الحضور بانشاء القضاة لمن له اهلية ذلك وليس
بمنحصر بزمان الغيبه كما عرفت فما سبق فى رواية عمر بن حنظله
وابى خديجه فتأمل :

قال :

وقال فى المبسوط لا ينزلون لان ولايتهم ثبتت شرعا فلا
تزل بموته والاول اشبه : المتن
اقول : يمكن ان يقال سلمنا ان الولاية ثابتة و لكنها
بعنوان النيابة فلا تكفى الصلاحية ووجود المصلحة كما فى كشف

• اللثام ص ١٤٤ انتهى .

الا ان الاظهر ما فى المبسوط لان ولايتهم عليه السلام
غير منقطعة بل ولاية ثابتة قائمه بالاول من الائمة الى آخرهم
كما لا يخفى :

وقضاء الفقهاء لعله بالاجماع بل لما عن الحجة بن الحسن
عليهما السلام على ما رواه الصدوق عليه الرحمه فى كمال الدين
عن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب عن اسحق بن يعقوب . و
اما لحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى
عليكم وانا حجه الله . ورواه الشيخ قدس سره فى كتاب الغيبة
عن جماعة عن جعفر بن محمد بن قولويه وابى غالب الرازى و
غيرهما عن محمد بن يعقوب .

• والاصحاب مطبقون على الاستمرار .

• وقوله : والاول اشبه : فغير اشبه .

قال : ولومات القاضى الاصلى لم ينعزل النائب عنه
لان الاستنابة مشروطة بأذن الامام فالنائب عنه كالنائب عن
الامام فلا ينعزل عنه بموت الواسطة .

• والقول بانعزاله اشبه : المتن .

قال المسالك : اذا مات القاضى الاصلى انعزل بموته
كل نائب له فى شغل معين كبيع على ميت وسماع بيته فى
حادثة معينه بغير خلاف .

وفى المتصرفين فى شغل عام كقوام الايتام و الوقوف
 وجهان ناشئان من الوجهين فى نواب الامام من حيث التعبة .
 ومن ترتب الضرر بزوال ولايتهم الى ان يتجدد الولاية .
 واما نوابه فى القضاء .

ففى انعزالهم .

وجهان نقلهما المصنف .

احدهما عدم الانعزال مطلقا لان الاستنابة مشروطة باذن
 الامام فالنائب عن القاضى كالنائب عن الامام فلا ينعزل بموت
 القاضى الواسطة كما لا ينعزل وكيل الوكيل اذا كان قد اذن له
 فى توكيله عن الموكل :

الثانى : الانعزال مطلقا لانه فرعه وكالوكيل عنه فينعزل

بموته .

وذلك لاجل منع كون الاطلاق يقتضى كونه نائبا عن —

الامام .

و هذا هو الذى اختاره المصنف : و قال و القول

بانعزاله اشبه : انتهى كلامه رفع مقامه اى اشبه باصول المذهب
 وقواعده .

ولا يخفى عليك ان المسئلة لا تنحل بالنظريات لان لكل

ان يوجه المسئلة بوجه يقتضيه نظره والدخول فى المسئلة فى

زمان امكان الوصول الى الامام قليل الفائدة .

واما فى زمان الغيبة فى الانعزال اشكال لثبوت انشاء
القضاة للقضاة الجامعين لشرائطها كما مرّ بل فى زمن الحضور
ايضا فلا وجه للانعزال فتامل فانه ينعزل ويستقل ينعزل لاجل
النيابة ويستقل لاجل الاهلية فافهم .

المسئلة العاشرة :

قال : اذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرايط
انعقد ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الامام كما اتفق لبعض القضاة
فى زمن على عليه السلام وربما منع من ذلك فانه لم يكن يفوّض
من يستقضيه ولا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون الحاكم فى
الواقعة لا المنصوب : المتن .

اقول هذا اشارة الى شريح مع على عليه السلام .
ولكن ادلة اشتراط القاضى بالعلم والعدالة كما عرفت
ينافى تجويز ذلك بل الحكم الحق ولو من قضاة الجور ليس -
بصحيح الا فى الضرورة فانه مصلحة توجب خلاف ما هو معلوم من
ادلة الباب :

واما قصة شريح وقضائه فلم يكن على نحو الاستقلال فى
الحكم بل كان حكمه ونفوده مشروطا بالعرض على الامام امير -
المؤمنين عليه السلام كما فى رواية سلمة المروية فى (تل) الباب

الاول من آداب القاضى وهى : اياك ان تنفذ قضية فى قصاص او حد من حدود الله او حق من حقوق المسلمين حتى تعرضه ذلك على انشاء الله : فمقتضى ذلك هو الحاكم بنفسه عليه السلام

وكما فى رواية هشام فى (ثل) الباب الثالث من صفات القاضى . عن الصادق عليه السلام : لما ولى امير المؤمنين (عليه السلام) شريحا القضاء اشترط عليه ان لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه :

تنبيه :

نعم يستفاد من اشتراط العرض جواز نصب من لا يستكمل الشرائط فى هذه الازمنة بقيد العرض على الفقيه فينفذ او يرد الحكم كما لا يخفى فان ذلك لا ينافى مقتضى الادلة من عدم الجواز لان الفقيه هو الحاكم والنافذ حكمه فى الواقعة فيكون التصدى من غير المستكمل موقوفا لا مأذونا فى الحكم والتصدى كذلك لاجل تنظيم طرح المسئلة ومقدماتها :

المسئلة الحادية عشر :

قال : كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على

الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه . و يجوز حكم
 الاب على ولده وله والاخ على اخيه وله : المتن
 اقول توضيح تلك المسئلة كما فى المسالك ان الحكم لشخص
 على آخر شهادة له عليه وزيادة فيشترط فى نفوذ ما يشترط فى
 نفوذ الشهادة من الطرفين او احدهما .
 فمن لا يقبل شهادة الشخص عليه مطلقا كالخصم لا يقبل حكمه
 عليه . ويقبل حكمه له كما يقبل شهادته له مع عدم مناقاة -
 الخصومة للعدالة (كالفسق) .

ومن يقبل شهادته له وعليه كالاجنبى والاخ و الاب -
 بالنسبة الى الولد يقبل حكمه له وعليه مط .
 واما حكم الولد على الوالد فقد قطع المصنف بالمنع منه
 بناء على المشهور من عدم قبول شهادته عليه .
 وسيأتى ان الاصح قبولها له وعليه فيقبل حكمه له وعليه
 كغيره : انتهى كلامه رفع مقامه :

ولا يخفى عليك ينبغى طرح المسئلة فى باب الشهادة فى
 القبول وعدمه بالنسبة الى الشهود ثم من اللازم فهم الملازمة
 بين عدم قبول الشهادة وعدم حكمه لا مكان نفي الملازمة فالحرى
 ايكال الكلام الى بابه : مع ان الاصح قبول شهادته له وعليه
 وليس فيها ما يلزم كونه عاقا وليست الشهادة اشد من الاف بل
 هى الشهادة احسان وتخليص للوالد من حق لازم وفهو معروف

مضافا الى شهادة الآية : كونوا قوامين بالسقط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين : فانها صريحة فى جواز الشهادة على الوالدين وتمام الكلام فى باب الشهادة ، والله العالم .

(النظر الثاني فى الآداب)

قال :

لما تم البحث فى صفات القاضى شرع فى البحث عن الآداب وهو النظر الثانى فى القضاء ويبقى البحث عن كيفية الحكم و البحث عن الدعاوى ويتم بعون الله انشاء الله فقال : وهى قسمان مستحبة ومكروهة فالمستحب ان يطلب من اهل ولايته من يسأله عما يحتاج لليه فى امور بلده : وهذا واحد منه :

اقول : الاستحباب حكم شرعى من الاحكام فلا بد له من سند يعتمد عليه ولا فرق فى ذلك بين الاستحباب والوجوب . ولكن لم يقم ولم نجد مدركا للاستحباب فيما ذكره فيما يذكر من المستحباب على تعبير المحقق ولم يذكر فى ذلك الحكم رواية يستند اليها والتسامح فى ادلة السنن تسامح كما قلنا مكررا مع انه ليس فى المقام من طرقنا شئ ولو ضعيفا نتسامح فيه نعم فى بعضها يوجد نبويات كما فى سنن البيهقى .

الجواهر : ر

فما عن صاحب الجواهر قدس سره : ولعله لعدم احتياج الاستحباب الادبى الى دليل بالخصوص ويكفى فيه مشروعية اصل الادب فالتسامح فيه زائد على التسامح فى السنن انتهى محل الحاجة :

اقول : انه قدس سره تسلم التسامح فى ادلة السنن و لقد بينا ضعفه فى خلال الابحاث ولذا التزم فى تلك الآداب به ايضا مع ضعف قوله (ان الاستحباب الادبى لا يحتاج الى دليل بالخصوص) لان الاستحباب حكم وهو يحتاج الى دليل فى الادب وغيره فمن اين يثبت الاستحباب الادبى مع فقدان الدليل . وكفاية مشروعية اصل الادب دليل على الاباحة لا الاستحباب

ارشاد :

فليكن تلك الامور من العرفيات الاجتماعية فى المجتمع لمن يتأهل لمقام وشان فى امور الافراد وصلاح الاجتماع فتحمل عبء القضاء يحتاج الى انبتاه وذكاء فى تمشية الامور .
فمنها : ان يطلب من يسأله من اهل ولايته عما يحتاج

اليه فى امور بلده : و هذا طريق تسهيل امره و تيسير امر
القضاة مقدمة :

تنبيه :

ولكن الاصحاب و غيرهم ذكروها من غير اشعار بتوقف فى
شئ منها كما فى الجواهر انتهى : وهم اعرف بما يقولون .
ومنها : قال المحقق قدس سره : وان يسكن عند
وصوله فى وسط البلد ليرد الخصوم عليه وروداً متساوياً :
اقول يعنى اذا اقتضى ذلك مستوى الحياة لانه فى معنى
التسوية بينهم .

ومنها : قال : وان ينادى بقدومه ان كان البلد
واسعاً لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء :

ولا يخفى ان هذا امر مستحسن للاطلاع الى حضور قاض
فى اصلاح امورهم القضائية والتهيء الى رفع المخاصمات مع
التوجه الى ثبوت عهده بما عنده او بالشهود ان كانوا .

ومنها : قال : وان يجلس فى موضع بارز مثل رحبة
او فضاء ليسهل الوصول اليه :

ولا يخفى ان ذلك التمرکز يختلف باختلاف الامصار و-
الاعصار فلو كان فى البلد بيت معهود للقضاء فليقض فيه ولا باس به

ومنها : قال : وان يأخذ ما فى يد الحاكم المعزول
من حجج الناس وورائعهم .

وذلك لان النظر والتمييز . وتمشية امورهم من الاوقاف
ودفاتر المحاكمات والامور التى هولابد ان يتصدى يتعين له
بالانتقال من المعزول وبذلك يطلع على ما يجب عليه من الحكم
فيها .

ومنها : قال : ولو حكم فى المسجد صلى عند دخوله
تحية المسجد .

ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم اليها .
وقيل يستقبل القبلة لقوله عليه السلام .

خير (١) المجالس ما استقبل به القبلة والاول اظهر المتن:
لا يخفى عليك ان اتيان الصلوة تحية على الداخلى فى
المسجد أمر مستحب لكل داخل فيه وليس هذا من مستحبات
القضاء فلا بد للحكم بالخصوص للقاضى عند القضاء من مطالبه دليل .
ثم ان الحكم بالاستدبار ظاهر عن الاكثر ومنهم الشيخ
قدس سره فى النهاية كما فى المسالك .

وقال الشيخ فى المبسوط كما فى المسالك يكون متوجها
الى القبلة ولما روى عن النبى الى آخر ما مر والقاضى احق -

١- ئل - الباب ٧٦ من ابواب احكام العشرة من كتاب

الحج :

بهذه الفضيلة وتبعه ابن البراج والمحقق اشار بقوله قيل الى
خلاف الشيخ وغيره وقال الاظهر الاول .

ولكن الاظهرية عندى محل تأمل ومنع كما لا يخفى :

ومنها : قال :

ثم يسأل عن اهل السجون ويثبت أسمائهم وينادى فى
البلد بذلك . ويجعل له وقتا فاذا اجتمعوا اخرج اسم واحد -
واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه فان ثبت
لحبسه موجب اعاده والا اشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم
أطلقه :

هذه المسئلة تهيئة فى التصدى فى امور الناس و فى
استحبابه مع دليل بالخصوص نظر لانه موظف على تمشية امورهم
المتبلى بها فبالأمل الصادق يقتضى القيام بها وجوبا لانه لا يخلو
المقام من حبس حق او باطل او غيره من الامور القضائية .

ومنها : قال : وكذا لو حاضر محبوسا .

وقال : لا خصم لى . فانه ينادى فى البلد فان لم

يظهر له خصم أطلقه .

وقيل يحلفه مع ذلك :

وأشار بالقييل الى الشيخ قدس سره على المحكى عنه و

التحليف يقتضى الدليل ومع عدم الخصم الظاهر هو البرائة

ودليل الاطلاق فى كلام الماتن هو الاصل :

ومنها : قال :

ثم يسأل عن الاوصياء على الايتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين او انفاذ او اسقاط ولأيداما لبلوغ اليتيم او ظهور خيانة اوصم مشارك ان ظهر من الوصى عجز :

وفي المسالك شرح وتوضيح للمسئلة فليلاحظ .

ومنها :

قال : ينظر في امناء الحاكم الحافظين لاموال الايتام الذين يليهم الحاكم ولاموال الناس من وديعة و مال محجور عليه فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك او يستدل به بحسب ما يقتضيه رأيه : (١)

اقول لا يخفى ان مقتضى منصب القضاة لزوم ما ذكر لاحقاق - الحق وحفظ الاموال .

وهل هذا من المستحبات فتأمل .

ومنها :

قال : ثم ينظر في الضوال واللقط فيبيع ما يخشى تلقه وما يستوعب نفقته ثمنه ويتسلم ما عرفه الملتقط حولا ان كان شئ من ذلك في يد امناء الحاكم :

١- قال في المسالك بخلاف الوصى فان الموصى قد نصبه و رضى بنظره الذي لم يعدم و انما قصر عن الاستقلال فيتعين جبره - بالمعين الخ .

وهذا مبني على عدم قبول الملتقط تملكه ولا ائتمانه وفي المسالك ان القاضى مخير بين ان يحفظه منحاذا وبين خلطه بالاموال واذا ظهر مالكة رده من بيت المال .

ووجه ذلك ان حفظ المال محقق فى هاتين الصورتين ولا يحتاج الى دليل خاص فى المقام فلا وجه لايقافه على الدليل كما عن الجواهر :

قال المحقق قدس سره : ويستبقى ما عدا ذلك مثل - الاثمان والجواهر محفوظة على اربابها لتدفع اليهم عند الحضور على الوجه المحرر :

اي المقرر فى كتاب اللقطة من احكام ذلك و شرايطه - كالتعريف حولا .

وان شئت فراجع الى الجواهر والمجلد ٣٨ ص ٤٠١-٣٠٣ وغيره حتى تكون على بصرة . ومنها :

قال : ويحضر من اهل العلم من يشهد حكمه فان اخطاء نبهوه لان لمصيب عندنا واحد .

اقوى : لا يخفى ان الاجتهاد اى التشخيص و الترجيح بمقتضى الادلة بحيث يطمئن لصواب الحكم .

امر لازم فى الفتوى والقضاة فما لم يحصل له الاطمينان والجزم كيف يتصدى للفتوى او القضاء فاحضار العلماء ح يخلو عن فائدة .

وقوله لان المصيب عندنا واحد اشارة الى ما ذهب اليه الامامية من ان المصيب من المجتهدين فى الحكم الالهى واحد وليس الحكم بحسب المجتهدين متعدد كما عليه اهل الخلاف بحيث يكون الحكم مربوطا بنظر كل واحد منهم حتى يتكثر الحكم بعددهم اذ ذلك باطل كما فصلنا ذلك فى كتابنا (تحليل العروة) فى الاجتهاد والتقليد المطبوع :

تنبيه هـ :

نعم لابس بالمشاورة والمذاكرة فان الذكرى تنفع المؤمنين
فما عن ابن جنيد قدس سره .

حيث قال كما المسالك ولا باس ان يشاور الحاكم غيره فيما اشتبه عليه من الاحكام فان اخبروه بنص او سنته او اجماع خفى عليه عمل به ولا يرجع الى جواز تقليدهم كما يتوهم من كلامه بل يرجع اليهم من باب المشاورة لانه قد يكون الانسان فى غفلة فينتبه بذلك اذ كما مر اصل الاجتهاد والاستنباط امر مسلم فى القاضى والمفتى كما لا يخفى :

والى ما ذكرنا ينظر كلام المحقق قدس سره حيث
قال بعد ذلك : ويخاوضهم فيما يشتبه من المسائل -
النظرية لتقع الفتوى مقررة .

ثم قال : المحقق : ولو اخطأ فأتلف .

لم يضمن وكان على بيت المال .

ووجه ذلك انه اجتهد وسعى فى الحكم مع عدم القصور

فى ذلك فعدم الضمان لاجل انه امين محسن مع كون المسئلة

اجماعية ومع النص فى ذلك .

قال باب مدينة علم النبى عليهما السلام : ما اخطأ .

القضاة فى دم او قطع فهو على بيت المال المسلمين .

فراجع الوسائل الباب العاشر من ابواب آداب القاضى ،

الحديث الاول .

ثم قال : واذا تعدى احد الغريمين عرفه خطائه برفق

فان عاد زجره فان عاد أدبه بحسب حاله مقتصراً على ما يوجب

لزوم النمط اى الطريق : الشرعى .

اقول لو كان تعدى احد الخصمين على نحو محرم كتكذيب

الشاهد او نسبة الميل والجور الى القاضى جرى القاضى معه

على مراتب النهى عن المنكر فيزجره عن فعله وينهاه برفق .

فان انزجر بذلك والا تهذبه وصاح عليه فان لم ينزجر

عززه على ما يقتضيه نظره وكان الحق للقاضى كالجراة عليه -

تخير بين التعزير والعفوان لم يحمل على ضعفه وان كان التعدى

من باب أسائة الادب عرفه طريقة الادب اللائق فى ذلك المقام

برفق وبين فساد ما ارتكبه فان بخع اى اقروا ذعن من باب

حسب يحسب وقد جاء من باب منع يمنع بهذا المعنى فافهم والـ
اغلظ عليه فان افاد .

والا جاز تأديبه حسبما يقتضيه نظره الاجتهادى من التويخ
واغلاط القول ونحو ذلك هذا الذى ذكرناه تجده فى المسالك :

الآداب المكروهة :

قال : والآداب المكروهة ان يتخذ حاجبا وقت القضاء :

لا يخفى ان الحاجب هو الذى لا يدخل عليه الا برضاه .

ثم لا يخفى ان الظاهر عدم النص هنا من طرفنا .

نعم تمسك صاحب المسالك فقال انه منهى عنه . قال

النبى صلى الله عليه وآله . من ولى شيئاً من أمور الناس

فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله عنه دون حاجته و

فقره : ولكنه لم يذكر مدرك الحديث ولكنه مروى و رواه ابو

داود . والترمذى على المحكى منه فى سنن البيهقى ج ١٠ ص

١٠١ ، المحكى عنه .

اقول ليس فى تلك الرواية عنوان الاتخاذ حتى يكره اوقيل

بالحرمة بل المنهى عنه فيها هو نفس الاحتجاب وذلك يوجب

العطلة فى امور الناس .

ولكن النبوى ضعيف السند كما فى الجامع للسيوطى على

المحكى فائبات الكراهة به مشكل بل ممنوع لعدم التسامح .
 نعم نفس الاحتجاب لو كان باعنا لترك الوظائف فهو محذور
 بنفس ادلة وجوب القيام بشئون القضاء كما لا يخفى .

وقال :

وان يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ولا يكره لو اتفق
 نادراً . وقيل لا يكره مطلقا التفاتا الى ما عرف من قضاء على
 (عليه السلام) بجامع الكوفة .

اقوى : جعل المسجد للقضاء فيه اقوال .

الاول الكراهة اذا كان على النحو الدوام كما عن المصنف

قدس سره وعدمها بنحو الاتفاق .

الثانى عدم الكراهة مطلقا كما عن الشيخ قدس سره فى
 والمبسوط قال : فى الخلاف ج ٣ ص ٣١٠ ، لا يكره
 الجلوس فى المساجد للقضاء بين الناس وبعد اسطر دليلنا الاصل
 جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل ثم ذكر دليلا قضاوة النبى و
 على عليهما السلام ودكة القضاء معروفة الى يومنا هذا وهو اجماع
 الصحابة : الخ ص : وقال المبسوط ج ٨ ص ٨٧ .

الثالث : الكراهة مطلقا كما عن الصدوق فيما حكى عن

الفقيه والمقنع وحمل ما وقع من القضاء فيه على الضرورة لدالة
 على الجوار الرابع الاستحباب .

ودليل الثالث هو ما دل من الاخبار من ان المسجد انه

انما بنى للذكر وليس القضاء من الذكر بشهادة العرف .
ولما روى عن النبي صلى الله عليه وآله : جنبا والمساجد

صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم ورفع اصواتكم .

وهذه الرواية بهذا اللفظ مروى فى سنن البيهقى ج ١٠

ص ١٠٣ .

ولكن ما فى مرسله الفقيه فى باب فضل المساجد للصدوق
قدس سره هكذا جنبا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم
وشرائكم وبيعكم والضالة والحدود والاحكام : و نظيره مرسله
ابن اسباط .

ودليل الثانى : هو وقوع القضاء عن النبي صلى الله عليه
وآله فى المسجد كما فى الايضاح لفخر المحققين وشهرة دكة
القضاء بجامع الكوفة عن امير المؤمنين عليه السلام ولما روى عنه
عليه السلام انه بلغ علياً عليه السلام : ان شريحاً يقضى فى
بيته فقال يا شريح اجلس فى المسجد فانه اعدل بين الناس و
انه وهن بالقاضى ان يجلس بيته المستدرک باب ١١ من آداب
القاضى ج ١ ، وهو دليل الاستحباب ايضا .

ودليل الاول اما على الدوام فلما مر من الرواية واما -
الاستثناء فلما هو معروف من دكة القضاء ولكن الدوام لم يثبت
عن على عليه السلام وفى المسالك شرح زائد على ما قلنا فراجع
ودليل الرابع : وهو الاستحباب كما عن الشيخ فى قول

له واختيار المفيد و ابي الصلاح و سلار و ابن البراج فى الكامل و ابن ادريس كما فى الايضاح ج ٤ ص ٣١٠ هوان المسجد للذكر و منه القضاء و لكونه افضل الاعمال اللايق باشرف البقاع كما فى المستند للنراقى قدس سره :

و دليله الاول ممنوع عرفاً و دليله الثانى اجتهادى مقابلة النص :

و القول بالاباحة من جهة الاصل مردود بانه دليل حيث لا دليل فهو مقطوع .

و الاظهر هو الكراهة بدلالة الحصر الظاهر من قوله انما بنى المسجد للذكر و الصلوة و قوله انما نصبت المساجد للقران : نقله المستند فى باب القضاء :

و لاجل ذهاب الاكثر على الكراهة و لكن من الحرى - استقصاء اخبار باب المساجد ليحصل الجزم الصادق فى الحكم فليراجع بعد التعرض فى المسئلة من الكراهة ذكر النبوى فالاولى جوازه و فيه خلاف .

و منها : اى الكراهة .

قال قدس سره و ان يقضى و هو غضبان : و دليله ما روى عن الكافى عن النبى صلى الله عليه وآله : من ابتلى بالقضاً فلا يقضى و هو غضبان : ثل الباب ٢ من ابواب آداب القاضى : و رواه الشيخ قدس سره و الصدوق و فى الباب روايات آخر فراجع :

ويدل عليه الاعتبار العقلي لان العقل ح يخرج عن -
 حالته السالمة الفطرية .

وظاهر الرواية هي الحرمة ولكنهم حملوا على الكراهة فتأمل
 قال : وكذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل
 النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافقه الاخبثين و غلبة
 النعاس .

ومستند ذلك بعض الاخبار ودليل الاعتبار العقلي فليراجع
 الى ما فى المسالك والمستند والجواهر وشرح الارشاد للمحقق
 الاردبيلي حتى تكون على بصيرة لان الحكم بالكراهة يحتاج الى
 دليل واضح :

قال المحقق : ولو قضى والحال هذه نفذ اذا وقع حقاً :
 ودليل ذلك هو عدم الخلاف كما عن الجواهر و حمل -
 الاخبار الناهية على الكراهة .

بل يمكن على البناء بالحرمة لانه عصى مع صحة الحكم
 فتأمل .

قال : وان يتولى البيع والشراء لنفسه .
 اقول لانه مناف للمروة .

ولما روى فى الجامع الصغير ونقله ابن قدامة فى المغنى
 ج ١١ ص ٤٣٩ - ان كان السند موثقاً فراجع وفيه . ما عدل
 وال اتجر فى رعيته ابدا .

قال : وكذا يكره الحكومة اى بان يحضر بنفسه مع خصمه
عند قاض آخر كما فى المسالك .

لما روى ان للخصومة قحماً بالضم اى المشاق وانى لا كره
ان احضرها كما فى الجواهر : وما وقع من النبى وعلى عليهما
السلام كان لجهات من المصلحة فتامل :
منها قال : وان يستعمل الانقباض المانع من اللحن
بالحجة .

وقال وكذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأة الخصوم :
ولعل دليل الفرعين هو الاعتبار العقلى اذ لم ار ما يوجب
الكراهة الشرعية والله العالم :

قال : ويكره اى للقاضى ان يرتب للشهادة قوما دون
غيرهم وقيل يحرم (والقائل الشيخ قدس على ما حكى عنه فى
مبسوطه كما فى كشف اللثام ص ١٤٧) لاستواء العدول فى موجب
القبول ولان فى ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة -
الاقتصار .

اقول : لا يخفى ان الترتيب الخاص ان كان راجعاً الى
رد شهادة غيرهم فلا يجوز لاطلاق اية (ذوا عدل منكم) وان كان
لاجل الاطمينان الحاصل من الاستيناس بحيث يسهل له الحكم
بشهادتهم فلا يرى وجها للحكم بالكراهة ولعل مراد الشيخ
قدس سره ذلك ولقد عثرت على التمسك باطلاق الاية من -

السيد الجليل الطباطبائي في الرياض ومن المحقق الاردبيلي في
شرح الارشاد قدس سرهما :
قال : وهنا مسائل :

الاولى :

الامام يقضى بعلمه مطلقا (اى سواء كان فى حقوق الله
او حقوق الناس) .

وغيره : اى غير الامام : من القضاة يقضى بعلمه فى
حقوق الناس وفى حقق الله تعالى على قولين اصحهما القضاء
ويجوز ان يحكم وفى ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد بالحكم :
اقول : قد اشبعنا الكلام فى تلك المسئلة فيما يتعلق -
باشتراط العلم والاجتهاد فى القاضى وقلنا فى ص ٤٣ من هذا
الدفتر (تابع قبله) ثم بينا ذلك :

بقي شى لم نتعرض هناك .

وهوان مع المنع من الحكم بعلمه استثنى موارد .

قال فى المسالك .

اعلم ان من منع من قضاى بعلمه أستثنى صورا .

منها : تذكية الشهود وجرحهم لئلا يلزم الدور والتسلسل
فانه اذا علم باحد الامرين وتوقف فى اثباته على الشهود فان
اكتفى بعلمه تذكية المزكى او الجرح فقد حكم بعلمه والا افتقر

الى آخرين وهكذا فيلزم التسلسل ان لم يعتبر شهادة الاولين
او الدوران اعتبرها فى حق غيرها :

ومنها : الاقرار فى مجلس القضاء وان لم يسمعه غيره .

وقيل يستثنى اقرار الخصم مطلقا .

ومنها : العلم بخطا الشهود يقينا او كذبهم .

ومنها : تعزير من اساء أدبه فى مجلسه وان لم يعلم

غيره لانه من ضرورة اقامة أبهة القضاء :

ومنها : ان يشهد معه آخر فانه لا يقصر عن شاهد :

اقول : لا يخلو الثانى والاول من المستثنيات من الاشكال .

المسئلة الثانية :

اذا اقام المدعى بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس

المدعى حبس المنكر ليعديلها قال الشيخ (قدس سره) يجوز حبسه

لقيام البينة بما ادعا وفيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينة

حق يوجب العقوبة .

اقول : اذا لم يعرف الحاكم عدالتها فالمسئلة خالية عن

البينة .

فلا وجه لجواز الحبس بمجرد قيام البينة مع عدم معلومية

العدالة كما عن الشيخ ومن يحدو حدوه .

وتوجيهه بعدم معلومية الفسق لا يكفي فى الحكم اذ عدم
ثبوت الحق الا بالبيّنة العادلة واضح فلا بد من احراز الصفة التى
استند الحكم اليها فالامر الوجودى لا بد وان يثبت كما لا يخفى :
وللاصل فى المسئلة .

المسئلة الثالثة :

لوقضى الحاكم على غريم بضمان مال .
وامر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر فان كان الحكم
موافقا للحق لزم والا ابطله سواء كان مستند الحكم (اى الثانى)
قطعيا او اجتهاديا .
وكذا كل حكم قضى به الاول وبان للثانى فيه الخطاء فانه
ينقضه .
وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطاء فانه يبطل الاول ويستأنف
الحكم بما علمه .
لا يخفى ان ظهور البطلان ان كان بسبب نص الكتاب او
السنة المتواترة او الاجماع المحقق فلا اشكال فى النقض سواء كان
الحكم قضائيا او كان فتوائيا حيث يجب نقض الاول والعمل بالثانى
واعلام المقلد فى الفتوى والحكم بالثانى فى القضى من الحاكم
الاول او الثانى الذى يلى الحكم .

واما الاجتهادى الذى يستند فيه الى الاخبار الاحاد -
 فالمسئلة مشكلة من حيث النقض حيث ان مع الخلاف فى العمل
 به ومع التعارض فى الاخبار وترجيح ما هو صواب عنده و غير
 صواب عند غيره يشكل النقض وكذا .
 الاجتهاد فيما يستعمله المجتهد فى قواعد اصول الفقه كالعمل
 بمفهوم الموافقه ومنصوص العلة .
 قال الشهيد الاول فى الدروس ينقض الحكم اذا علم بطلانه
 سواء كان هو الحاكم او غيره و سواء انغذه الجاهل به ام لا ويحصل
 ذلك بمخالفة نص الكتاب او المتواتر من السنة والاجماع .
 او خبر واحد صحيح غير شاذ او مفهوم الموافقة او منصوص -
 العلة عند بعض الاصحاب بخلاف ما تعارض فيه الاخبار وان كان
 بعضها اقوى بنوع انتهى .

وتحقيق المقال :

ان الاجتهاد عندى ليس من باب العمل بالظن .
 والخبر الواحد حجة باعتبار قيام العقلاء على العمل به فى
 مجارى جميع امورهم لان قول الثقة عندهم وان لم يكن من
 العلم الوجدانى لكنه علم يتعارف العمل به وقيام نظام العلوم
 مربوط به والخبر فى الشرعيات ايضا كذلك كما يستفاد من قوله عليه

السلم (يونس بن عبد الرحمن ثقة) اذ هو يفيد جعل الكبرى في العمل بقول الثقة فالحاكم اذا تصدى للحكم وعمل بما يستفاد من الاخبار وسعى في تشخيص مفاده او ترجيح ما هو مرجح فقد عمل بالحجة .
فما الدليل على نقضه اذا كان المقابل الثانى عمل كعمله وسعى كسعيه .

نعم صورة الغفلة وظهور الخطاء في المشى الاجتهادى قد يتفق فلا باس به كما لا يخفى :

تنبيه : _____

والجملة الحاكية عن حكم القاضى الذى لا يجوز نقضه عبارة عن لفظ دال على انشاء الحكم صريحاً بعنوان القضاة - الشرعية كقوله حكمت او قضيت كما عليه الشهيد الاول قدس سره فى الدروس يقول : حكمت او قضيت او أنفذت او امضيت او الزمت . وقيل يكفى ادفع اليه او اخرج اليه من حقه . او يأمره بأخذ العين وبيعها .

ولا يكفى : ثبت عندى او دعواك ثابتة و يجوز نقضه عند عروض قادح بخلاف الاول :

اقول : هو كلام قوى بلسان الفقه .

فما عن صاحب الجواهر اذ قال : قلت لادليل على اعتبار

لفظ خاص فيه فيكون المدار على كل ما دل على انشاء معنى الحكم الخ .

ضعيف اذ لسان القضاة من الحكم والتنفيذ له خصوصية تكشف عن معنى القضاء وسائر العبارات التي سبقت في الفوق لا تكشف عن الانفاذ القضائي كقوله (ثبت) اذ هو لعله من الاعتقاد لا الحكم وكذا قوله (ادفع اليه ماله) التماس او ايضاً .
ولاحرج بان يتعدى من الصريح الى الظاهر كما لا يخفى لان للقضاة مزيتة لا بد وان تراعى .

المسئلة الرابعة :

قال : ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله لكن لوزعم المحكوم عليه ان الاول حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه .
اذ الاصل في فعل المسلم هي الصحة فلا لزوم للتفحص و ان كان جائزاً لكن لوزعم المحكوم عليه الجور لزمه النظر لانه دعوى فلا يرد لان من شأن القاضى سماع الدعوى لا اطلاق ما دل عليه كقوله اليينة على المدعى .

والفرق بين تلك المسئلة والسابقة الاولى هو ان وجوب النظر في المسئلة الاولى باعتبار كون الغريم محبوساً ولم يفصل الامر على الفرض بخلاف الرابعة حيث ان الحكم قد تم و فصل

وليس فى النظر فيها وجه الا لوزعم الخ .
 قال : وكذا لو ثبت عنده ما يبطل الحكم الاول ابطله -
 سواء كان من حقوق الله تعالى او من حقوق الناس .
 وذلك لظهور الخطاء فى الحكم و اشار بقوله (سواء كان)
 الى الخلاف من العامة مقتصرا الى الاول كالعق نقضه بخلاف
 الحق الادمى والى خلاف من العلامة والشيخ فليراجع انشاء
 الله .

المسئلة الخامسة :

قال : اذا ادعى رجل ان المعزول قضى عليه بشهادة
 فاسقين وجب احضاره وان لم يقم المدعى بينة فان حضر واعترف
 الزم .

وان قال لم احكم الا بشهادة عدلين قال الشيخ يكلف
 البينة لانه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه :
 المتن .

اقول : احضار الحاكم الاول عند الحاكم الجديد ما حكم به
 بالايجاب المحقق قدس سره بل الاكثر على ذلك لانه دعوى -
 محتمل ويمكن ان يقربه عنده فيلزمه الضمان كما ان يدعى عليه
 مالا لمعاملة او قرض فان الظاهر انه يجب عليه اجابته بغير خلاف

كما فى شرح الارشاد للمحقق الاردبيلى قدس سره .
 وقيل لا يجب بل يمكن ان لا يجوز فانه موجب لهتكه وزهد
 القضاة (اى عدم رغتهم) عن القضاء ولانه امين الامام بملك ظهور
 وقوع فعله على الوجه الشرعى .

نعم ان بين ان له بينة شرعية سواء عين او اطلق يجاب .
 ولا يخفى ان الظاهر من قول المصنف (وان لم يقم بينة -
 المدعى) نفى البينة اذ هى بلا احضار لامعنى لها فهذه الجملة
 اشارة الى وجوب الاحضار وان لم يكن بينة فيكون ردا على -
 القول بعدم الوجوب كما لا يخفى .

فالقول الاول هو مذهب الاكثر لعموم ادلة سماع الدعوى
 فانه فى الحقيقة دعوى مالية لانه لو اقر او اشهد عليه بذلك يلزمه
 الضمان مع العلم بالفسق او التقصير فى طلب المزكى مع معلومية
 عدم الحكم الا بالبينة العادلة .

نعم لو كان الحكم من باب الخطاء يكون المال على بيت
 المال كما مر فتأمل .

قال : وان حضروا اعترف الزم : اى الزم بالمال .
 قال : وان قال لم احكم الا بشهادة عدلين قال الشيخ
 يكلف بالبينة لانه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان
 عنه .

ويشكل بما ان الظاهر استظهار الاحكام فى احكامهم فيكون

القول قوله مع يمينه لانه يدعى الظاهر : المتن .
 اى بلاك ان القضاة امانة و افعالهم محمولة على الصحة .

المسئلة السادسة :

قال : اذا افتقر الحاكم الى مترجم لا يقبل الا شاهدان عدلان ولا يقنع بالواحد عملا بالمتفق عليه : المتن
 اقول : يبتنى المسئلة على تشخيص ان الترجمة من باب الشهادة او الخبر و معلوم انه ان كان من الاول يعتبر الشاهدان و ان كان من الثانى فلا فيكتفى بالواحد عملا بقبول الخبر الواحد .
 ولكن المهم هو التمييز و الظاهر عدم اصل محقق حتى يتبع و يظهر من الماتن قدس سره من قوله عملا بالمتفق هو الاعتبار من جهة المتفق عليه : مع شهادة العرف بتباين الشهادة و الخبر كما عن الجواهر :

وايضا يستظهر من قوله المتفق عليه ان العمل به من باب الاحتياط و ان كان الواحد مجزيا .

ولكن الاقوى هو المتفق عليه و يشهد بما قلنا ما عن الشيخ قدس سره فى المبسوط كما فى ص ١٠٣ ج ٨ س ١٧ لانه بعد نقل الخلاف قال و الاول احوط عندنا لانه مجمع على -

العمل به .

اشارة : من المسئلة مسئلة المزكى فيعتبرفيه الشاهدان
فلا يقنع بالواجد كما لا يخفى .

تنبيه ه :

الظاهر عدم الفرق بين الحق المتوقف على رجلين و غيره
وجبه ان المترجمين لا يشهد ان بنفس الحق ليكفى به الرجل
والمرأتان فيما يكفى فيه ذلك وانما يشهدان بمعنى كلام الخصم
او الشاهد وهو امر خارج عن دعوى المال او المتضمن للمال كما
فى المسالك .

وكذا لا فرق بين المحكوم به مما يكفى فيه الشاهدان و
غيره كالزنا فيكفى فيه مترجمان .

وان كان يعتبر فى الشهادة به اربعة .

ولو فرض كون الشهود ممن لا يعرف القاضى لغتهم كفى

عنهم مترجمان يشهدان بمعنى الذى نطق الاربعة به .

والظاهر ان مستند ما ذكرناه فى الموضوعين هو اطلاق اعتبار

المترجمين فتامل فى المسئلتين فانهما لا تخليان عن التأمل -

الصادق .

المسئلة السابعة :

اذا اتخذ القاضى كاتباً وجب ان يكون بالغاً عاقلاً مسلماً
عدلاً بصيراً ليوثمن انخداعه .

وان كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً : المتن

اقول الحكم بوجوب ما ذكر لاجل انه يعد من الامناء على
محتوى القضاة فعتبر ما مر فيه كما فيهم .

ولان صيانة الكتابة عن التبديل محتاج الى البصيرة فيجب
كونه بصيراً وفيما ذكرنا ادعى نفي الخلاف كما عن صاحب الجواهر
قدس سره .

فرع : لا يخفى ان الاجرة والارتزاق فى الكاتب و كذا
المرجم على الظاهر على بيت المال لانهما من توابع القضاة
ولو فرض عدم بيت المال يؤخذ ممن يعملان له اذ عمل
المسلم محترم .

المسئلة الثامنة :

الحاكم ان عرف عدالة الشاهدين حكم وان عرف فسقهما
(طرح وان جهل الامرين بحث عنهما) : المتن

اساس المسئلة يبتنى على اصل مسلم وهى العدالة فان
 ثبتت ولو بشاهدين عدلين حكم الحاكم لتحقق ما هو شرط الحكم .
 وان ثبت فسقهما فلا حكم للقاضى لعدم تحقق الشرط .
 واما صورة جهالة الامرين فالحكم موقوف على البحث عنهما
 لتوقف الحكم على الشرط : راجع الى الوسائل الباب (٦) من
 ابواب كيفية الحكم تجد حديث تفحص رسول الله صلى الله عليه
 وآله .
 وهل ايقاف الحكم على البحث مطلق عند جهالة الامرين
 سواء .
 عرف اسلامهما او مقيد بعدم معرفة اسلامهما .
 لا يخفى ان الشق الاخير وهو عرفان الاسلام مع الخلو عن
 الجرح والتعديل محل اختلاف بين الاصحاب .
 فالمشهور بينهم خصوصا المتأخرين منهم كما فى المسالك انه
 يجب البحث عن عدالتهم .
 ومقتضى ذلك عدم الاعتماد بظاهر الاسلام .
 ومدرك المشهور هو قوله تعالى شأنه (واشهدوا ذوى -
 عدل منكم سورة الطلاق) حيث اوجب الله تعالى صفة العدالة
 بعد تحقق الاسلام فهى زائدة على الاسلام قطعاً فتعتبر فى
 الشاهدين .
 بل كل قيد ووصف لوحظ فى موضوع الدليل فلا مناص الا

من اعتباره فى الحكم فلا يصغى الى ما يقال من ان الوصف
لامفهوم له لان ضعفه ظاهر بلحاظ ان المفهوم ظهور .
وكل ظاهر يتبع فالكبرى وهى حجية الظهور مسلمة ولو
من ناحية الوصف .

الا ان يدعى عدم الانفهام فالنزاع يكون فى الصغرى .

القيد الوجـ————ودى :

لا يخفى ان القيد وهى العدالة امر وجودى فاذا اخذ فى
موضوع الحكم يعلم دخالته فى ارتباط الحكم يد فلا مناص الا من
الاحراز سواء أخذ بلسان الشرطية اولا فيندع بما قلنا ما قيل من ان
الآية ليست بلسان الشرط كما فى المسالك .
والعدالة صفة معلومة عند العرف من زمن النبى صلى
الله عليه وآله .

فما قيل كما فى المسالك من انه ليس المراد معلوماً من
العدالة فى الآية ولعله الاسلام ساقط والا كان أخذها فى
الموضوع بلا فائدة فى كلام الحكيم تعالى شأنه عن ذكر ما لا ثمره
له :

واما قوله تعالى (واستشهدوا شهودين من رجالكم ، سورة
البقرة) فهو خطاب للمسلمين فيدل على لزوم الاسلام فى الشاهد

مع العدالة بمقتضى الآية السابقة فيتحصل منهما كون الشاهد مسلماً و عادلاً فلا يجوز الاخذ باطلاق الآية التالية اذ الاطلاق - يحمل على المقيد بوجود النظر فى كلا الدليلين فكيف الاغماض للمستنبط عن الآخر فانهم .

ما هي العدالة :

مادة (عدل) يفهم عنها فى اللغة المساواة ومن هو متعادل الاحوال فى الافعال .
 واما العدل فى الشريعة فهو من حصل له الاستقامة فى الدين الناشئة عن خشية الله تعالى الباعثه على الانزجار عن المناهى والامثال على الاوامر الشرعية .
 فهى صفة الاستقامة التى بها يراعى جانب الدين من حيث الانزجار والائتمار .
 وهذا ما يستفاد من لسان الادلة والاحبار المفسرة لها كما يأتى جملة منها .

الاقوال فيها :

واختلف كلمات الاصحاب فى بيانها .

فمنهم من عرفها بالملكة ومنهم من عرفها بالكيفية النفسانية
او الحالة وامثالها .

ومنهم من اكتفى فيها بحسن الظاهر او الاسلام كما لا يخفى
على المراجع فى كتب الفقه المبسوطه فراجع .

توضيح المعنى ان العدل عبارة عن التقسيط على سواء
وهو عبارة اخرى عن صفة الاستقامة التى فسرناها ولعله من
ذلك ما روى بالعدل قامت السموات والارض فكل ما فى العالم
منظم بالعدل المقتضى لحكمته تعالى شأنه .

ثم ان العدل بفتح العين وكسرهما يتقاربان لكن بالفتح
يستعمل فيما يدرك بالبصيرة كالأحكام كقوله تعالى (او عدل ذلك
صياما) وبالكسر فيما يدرك بالحاسته كالمعدودات و العديل -
كالعدل بالكسر .

إشارة :

العدل المطلق ما يحكم العقل بحسنه ولا نسخ لذلك الحكم
عنده كحسن الطاعة لله تعالى والاحسان وكف الاذى وغيره
ولا يوصف ذلك بالاعتداء بوجه .

ولكن قد يوصف العدل فى الشرع بنفس الاعتداء كقوله
تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه) و بنفس القصاص و اروش

الجنايات ومصادرة مال المرتد ولا يخفى عليك انه ليست تلك -
 الاحكام بناسنحة لمعنى العدل كما فى المفردات حيث يقول : و
 يمكن ان يكون اى العدل منسوخا فى بعض الازمنة فلاتغفل .

اما لروايات :

ومدرك المشهور ايضا هى الروايات الواردة فيها المفسرة
 لها بحيث يستفاد منها ان الخوف والخشية منشاء للفعل والترك .
 منها : ما رواه فى الوسائل الباب (٣٧) عن الصدوق
 فى الفقيه باسناده عن عبدالله بن ابي يعفور قال قلت لابي
 عبدالله (عليه السلام) بم تعرف عدالة بين المسلمين حتى تقبل
 شهادته لهم و عليهم .

فقال ان تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن و الفرج و
 اليد واللسان . ويعرف باجتناى الكبائر التى اوعده الله تعالى
 عليها النار من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين والفرار
 من الزحف وغير ذلك .

والدلالة على ذلك كله ان يكون ساترا لجميع عيوبه حتى
 يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و تفتيش ما وراء
 ذلك و يجب عليهم تزكية و اظهار عدالته فى الناس الى اخره :
 و نقل الرواية المحقق الاردبيلى قدس سره فى شرح الارشاد

وصفها بالصحيحة عن الفقيه وعبر عن ابن ابي يعفور بالثقة -
فراجع ثم قال ومثلها مذكورة في التهذيب والاستبصار بتغير ما
في المتن والسند .

فما في المسالك من الاشكال في الرواية من اشتراك محمد
بن موسى بين ضعيف وغيره .

وكذا في الحسن بن علي فليس بشئ لان روايات الشيخ
وكذا الصدوق مأخوذة من الاصول فنقل الشيخ يدل على احراز
عدم الاشتراك فيمن نقل عنه كمحمد بن موسى وكذا احراز الحسن
بن علي كما لا يخفى فتأمل .

ومنها : (باب شهادة المملوك)

ما في الكافي بسنده عن ابي عبد الله عليه السلام .
قال : قال امير المؤمنين عليه السلام لا بأس بشهادة -
المملوك اذا كان عدلا : ج ٧ ص ٣٨٩ ورواية اخرى في الباب .
ومنها : ما (في باب شهادة الشريك والاجير والوصى)
من الكافي ج ٧ ص ٣٩٤ وفيه باسناده : وكتب أو تقبل شهادة
الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل فوقع عليه السلام نعم من
بعد يمين : واليمين باعتبار ان الدعوى على الميت : وكذا غيره

• فى الباب •

و هل هنا معارض لما مر :

نعم هنا معارض قولاً و رواية بحسب الظاهر و الفكرة -
الابتدائية ولكن بالتامل الصادق يرتفع التعارض و ان ابلت ذلك
فلا مناص الا من التاويل خروجاً عن مخالفة الكتاب الكريم و الروايات
المصرحة بالعدل • اما الخلاف من حيث القول فهو عن جماعة
كلاسكافى و المفيد فى كتاب الاشراف و الشيخ الطوسى فى الخلاف
قدس سرهم فلم يوجبوا البحث بل اكتفوا بظاهر الاسلام كما فى
الرياض •

• و الذى يظهر من المخالفين •

ان الاصل فى المسلم العدالة و ادعى الشيخ اجماع الطائفة
عليه •

و منشاء خلافهم راجع الى ان العدالة ما هى فهل هى
عبارة عن ظاهر الاسلام مع عدم ظهور فسق او حسن الظاهر او
الملكة بمعنى الهيئة الراسخة فى النفس الباعثة للنفس على ملازمة
التقوى و المروة فهم اكتفوا على الاسلام •

ضعف الخـلاف :

و يظهر ضعفه من جهة مخالفته الكتاب المجيد حيث صرح

تعالى شأنه بكلامه على العدل بقوله (ذوى عدل) و بقوله فى
سورة المائدة يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط .
وغيره كقوله تعالى ذوا عدل .

ومن جهة ان الرواية او الروايات المستند اليها الخلاف
شاذة كما عن المحقق فى الشرايع قدس سره .

مضافا الى موافقتها للعامة مع الاحتمال القوى صدورها -
للتقيه .

ولمخالفته لما روى عن النبى صلى الله عليه وآله كما فى
الوسائل الباب السادس من كتاب القضاء ابواب كيفية الحكم من
البحث عن الشهود فراجع .

الاستصحاب :

ولمخالفته للاستصحاب اى استصحاب عدم المشروط -
بالعدالة الا بعد يتقنها ولا يقين هنا لعدم الدليل على كون
العدالة عبارة عن مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق اصلا عدا
الاجماع المتقدم عن الشيخ قدس سره وهو موهون بصير الاكثر
على خلافه .

التحقيق فى كلامهم :

مع ان التأمل الصادق فى كلام الاسكافى يعطى موافقته
لما عن الاكثر على ما حكى صاحب الرياض قدس سره وكذا كلام
المفيد عليه الرحمة كما فيه .

فعن الاسكافى على المحكى عن العلامة فى المختلف: اذا
كان الشاهد حرا بالغيا مومنا بصيرا معروف النسب مرضيا غير
مشهور بكذب فى شهادة ولا بارتكاب كبيرة ولا مقام على صغيرة
عالما بمعانى الاقوال عارفا باحكام الشهادة غير معروف بحيف على
معامل ولا تهاون بواجب من علم او عمل . ولا معروف بمباشرة
اهل الباطل والدخول فى جملتهم ولا بالحرص على الدنيا و
لا بساقت المروة بريئا من اهواء اهل البدع التى يوجب على
المؤمنين البرائة من اهلها .

فهو من اهل العدالة المقبول شهادتهم : كما فى
المختلف للعلامة ص ١٦٥ ، باب الشهادة .

وعن المفيد : العدل من كان معروفا بالدين و الورع
عن محارم الله تعالى :

وعن النهاية : العدل الذى يجوز شهادته للمسلمين و
عليهم هو ان يكون ظاهره الايمان تم يعرف بالسترو الصلاح و

العفاف الخ : كما فى المختلف للعلامة قدس سره باب الشهادة ص

١٦٥ .

فان العناية فى كلامهم توجب الحكم بعدم مخالفتهم
للمشهور المنصور فتامل .

واما الروايات :

واما سند قول المخالف فعدة قليلة من الروايات ولا باس
بنقلها ثم النظر فى مفادها حتى يتضح المرام فى المقام .
فمنها ما رواه الكلينى بسنده عن يونس عن بعض رجاله
عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال سئلته عن البينة اذا اقيمت على
الحق أيحل للقاضى ان يقضى بقول البينة اذا لم يعرفهم من
غير مسألة فقال :

خمسة اشياء يجب على الناس ان يأخذوا فيها بظاهر الحكم
الولايات . والتناكح . والموارث والذبايح والشهادات فاذا كان
ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يستل عن باطنه : و رواه
الصدوق نحوه وذكر الانساب مكان الموارث الوسائل الباب ٢١
من ابواب كيفية الحكم .

ومنها : ما عن الشيخ قدس سره عن حريز عن ابي -
عبد الله عليه السلام فى اربعة شهدوا على رجل محصين بالزنا

فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخرون .
 فقال : اذا كانوا اربعة من المسلمين ليس يعرفون
 بشهادة الزور اجيزت شهادتهم جميعا واقيم الحد على الذى
 شهدوا عليه انما عليهم .

ان يشهدوا بما بصروا و علموا وعلى الوالى ان يجيز شهادتهم
 الا ان يكونوا معروفين بالفسق : ورواه الكلينى بسنده نحوه :
 ثل الباب ٤٠ من كتاب الشهادة .

ومنها : ما عن الرضا عليه السلام ثل الباب ٤٠ من كتاب
 الشهادة عن عبدالله ابن مغيرة قال :

قلت للرضا رجل طلق امرأته واشهد شاهدين ناصبيين .
 قال : كل من ولد على الفطرة و عرف بصلاح فى نفسه
 جازت شهادته .

ومنها : ما فى الباب المذكور عن سلمة بن كهيل عن
 اميرالمؤمنين عليه السلام .

انه قال : واعلم ان المسلمين عدول بعضهم على بعض
 الا مجلودا فى حد لم يتب منه او معروف بشهادة الزور او ظنين .

الجواب عنها :

اما عن الاول فنقول ان كان المراد من ظاهر الحال او

ظاهر الرجل هو الاسلام فقط يكون الرواة مطلقه فى بيان الاسلام
ويكون الروايات المصرحة بالعدل فيما مر شاهدا على التقييد و
بما ننقل بعضا اخر .

وان كان المراد غيره فهى غير واضحة الدلالة اذ المراد
من قوله (ظاهراً ماموناً) كما يحتمل ان يكون عدم الفسق .
كذا يحتمل ان يراد منه الاستقامة بقرينة (مامونا) التى هى
العدالة كما عرفت .

هذا ان لم نستشكل فى السند بالارسال :

وعن الثانى : انه ايضا غير واضحة الدلالة اذ المراد من
(قوله ليس يعرفون بشهادة الزور) ان كان صرف عدم الفسق .
فيرده الروايات المشترطه للعدالة كآيات فلا يجوز الاخذ
بظاهره :

وعن الثالث : ان الناصب لاصلاح فيه فكيف يكون الرواية
شاهدة على المقصود .

وان كان الرواية مفسرة لشرط قبول الشهادة بالولادة على
الفطرة وعرفان الصلاح فهى فى مقام طريق احراز الحاجة المقتضية
للاستقامة لانفس الاسلام مع ان الرواية محتملة للتقية كما عن -
صاحب الوسائل .

وعن الرابع : ان اصل عدالة المسلم كاصالة الحرية فى
الانسان والمسلم بما هو مسلم يقتضى العدالة ولكن الكلام فى

تحقق ذلك الامر الوجودى فلا بد من الاحراز .
 وملحظ الكلام فى المقام ان تلك الروايات مع عدم وضوح
 الدالة منها لا تقاوم الآيات والروايات المصرحة بالعدالة ولو كانت
 مطلقة فهى مقيدة بما هو صريح كما لا يخفى مع ان كلام الشيخ و
 غيره من حيث .

الفتوى لا يغاير المشهور المنصور كما نقلنا فافهم فان فتواه
 غير معلوم فانه قدس سره فى الكتابين الخلاف والمبسوط بطرح
 المسئلة على نحو يعممهم ثم يختار ما ثبت عندنا فراجع و راجع -
 كتاب الشهادة :

وهنا روايات متضمنة للعدالة صريحا توجد فى الابواب -
 الاواخر من كتاب الشهادات من الوسائل ج ٢ الطبع القديم وفيها
 جملة (شاهدان عدلان) فراجع :
 قال المحقق قدس سره :

ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسوقهما وقت الحكم نقض حكمه :
 وذلك لفقدان شرط الحكم من العدالة الواقعية .

نعم لو قيل بان العدالة فى القضاء كالعدالة فى باب
 الجماعة اذ هى فيها شرط علمى وان كان الواقع على خلافها
 فان قوله عليه السلام فى الرواية : صل خلف من تثق بدينه
 ظاهر فى الثقة المحرزة ممن هو واثق بها .

فاذا زال الوثوق وانكشف خلافه ينتفى الاقتداء ولا تبطل

صلواته التي اقتدى بها حين اعتقاد الوثوق : لكان في عدم
النقض وجه .
لكن ظاهر كلمات الاصحاب الاتفاق على النقض مضافا الى
اصالة الواقعة كما عن صاحب الجواهر قدس سره :

(فــــرع)

قال المحقق : ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن
الظاهر :

اقول : اذ بناء على ان العدالة عبارة عن الصفة والا-
ستقامة او الملكة على ما يظهر من كنز العرفان للفاضل المقداد
قدس سره الاتفاق عليها يجب احراز ذلك الامر الوجودي اى الصفة
التي اخذت في موضوع الحكم فلا يكفي في اثباتها صرف الحسن
الظاهر الذي لا يكشف عن وجودها بل يلزم التفحص و المعايشة
بنحو كاشف عنها .

فان اكثر القوى تدرك بالآثار كما عن ابن سينا :

وتحقيق المقــــــــــــــــال :

هو ان يقال ان العدالة استقامة كانت كما قلنا او ملكة كما
قالوا امر وجودي فلا مناص الا من ادراكها ولا تدرك الا بالآثار-

المفيدة لوجودها فإن القوى والفضائل النفسانية قائمة في افق النفس لا ترى كالسخاوة والكرامة والشجاعة والعدالة فكل اثر او اثار مشاهدة لو كشفت عن تحققها كالصحة المتكررة مع الشخص تكون طريقاً لثبوتها .

فحسن الظاهر بل الظواهر الحسنة اذا كان كاشفاً عن معنى العدالة فلا باس به من حيث اعتباره فحسن الظاهر يكون ح من الطريق اليها لا انه عبارة عن نفس العدالة .

ويدل على ما بينا رواية ابن ابي يعفور المتقدمة حيث انها في مقام بيان اثار العدالة والظواهر الحسنة التي تستند الى وجود صفة الاستقامة في حق شخص تبرز وتظهر منه علائقها وكذا غيرها من الروايات :

قال المحقق : فرع :

وينبغي ان يكون السؤال عن التزكية سراً فانه ابعد من التهمة : المتن .

فان المزكى قد يزكى للاستحياء وغير ذلك كما قد يشاهد من بعض الناس .

قال المحقق : وثبت مطلقة وتفتقر الى المعرفة الباطنة المتقدمة : المتن

اي العدالة تثبت باطلاق العدالة من دون ذكر الاثار
 المثبتة لها مثل ان يقول (فلان عدل) كما اختار هذا الشيخ في
 المبسوط على ما في المسالك : وهذا هو المشهور في الاثبات :
 او مثل ان يقول : (فلان عدل) ولكن مع زيادة قوله (لى
 وعلى) باعتبار ان كلمة (عدل) فقط لا تفيد العدالة في كل شيء .
 وهذا عن ابن جنيد كما في المسالك .

او مثل ان يقول (فلان عدل) ولكن باضافة احد الامرين من
 قوله (لى وعلى) او من قوله (هو مقبول الشهادة) و عليه اكثر
 المتأخرين كما في المسالك .

وقوله (وتفتقر) لاجل حصول العلم او الاطمينان للذان -
 يفيدان معرفة الاستقامة او الملكة .

قال : ولا يثبت الجرح الا مفسراً .

وفي الخلاف يثبت مطلقاً : المتن .

وهذا هو المشهور .

ولان الجرح قد يبنى قوله على خطأ في ظنه .

ولان المذاهب فيما يوجب الفسق مختلفة فلا بد من البيان
 ليعمل القاضى بما يراه من اجتهاده الذى افتى به في الخلاف
 فى مسئله ١٣ قال : لا يقبل الجرح الا مفسراً وتقبل التزكية من
 غير تفسير واستدل عليه باختلاف الناس فى الجرح الخ ج ٣ ص

٣١٣ الطبع الجديد .

اقول : لو كان ملاك البيان لاجل الاختلاف فى اسباب الجرح يرد الاشكال فى اطلاق العدالة ايضاً من حيث الاختلاف فى اسباب العدالة .

فان الاختلاف فى عدد الكبائر كما يوجب فى بعضها ترتب الفسق على فعله يوجب فى بعض آخر عدم قدحه فى العدالة من دون الاصرار عليه فيزكيه المزكى مع علمه بفعل ما لا يقدر - عنده فى العدالة .

وهو قادح عند الحاكم ومن اجل ذلك الاعتراض قيل بوجوب التفسير فى العدالة والجرح كليهما كما اختاره ابن الجنيد كما فى المسالك وهو لا يخلو عن قوة لما يظهر بالتأمل فى معنى العدالة والجرح قال : ولا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفة و يكفى العلم بموجب الجرح .

فاذا تحقق الجرح بالمعاصى بالمعاينة او السماع الكاشف عن تحققه فلا احتياج لتقادم المعرفة .

قال : ولو اختلفت الشهود بالجرح والتعديل قدم الجرح لان به شهادة بما خفى على الآخرين : المتن .
وتوضيحه انه اذا شهد شاهدان بتعديل شخص معين و آخران بجرمه فان لم يتكاذبا .

بان شهد المزكيان بعدالته مطلقا او مفصلا من غير ضبط وقت معين .

بان قالاً انه محافظ على الواجبات وترك المحرمات و ترك
مخالف المروات .

• وشهد الجارحان بانه فعل كبيرة في الوقت الفلاني .

• فالظاهر كما في المسالك تقديم الجرح .

وعله بان التعديل وان اشتمل على الاثبات لكنه يرجع
في المعنى الى النفي بخلاف الجرح فانه متضمن للاثبات المحض
والاثبات مقدم على النفي وهذا الذي ذكرنا عين عبارته فخر
المحققين في الايضاح : ج ٤ - ص ٣١٩

وعله ايضا بان مستند علم الجارح الى الاحساس والمعدل
يبني على اصل العدم بالنسبة الى ترك المحرمات في جميع -
الاقوات وان علم الانتفاء في بعضها وهذا الوجه ايضا موجود في
الايضاح انتهى محل الحاجة .

الخلاصه : كل بينة منهما شهدت بما خفي على الآخرين

• كانت هي المقدمة لعدم المعارض لها .

الماتن ولوتعارضت البينتان في الجرح والتعديل قال في

• الخلاف وقف الحاكم .

ولوقيل يعمل على الجرح كان حسناً : واما وجه الوقف

فلاجل حجية كلتا البينتين ولكن هذا مع عدم امكان الجمع و

عدم وجدان الترجيح الذي مرفى خلال الابحاث المتقدمة وباب

الترجيح باب من اهم ابواب الاصول وباب عظم شأنه ونفعه و

باب تعارض الشهود بمنزلة تعارض الدليلين فلا بد من الدقة و
عدم التجاوز بالوقف والله الهارى وكلم بالوقف العلامة فى -
الارشاد ايضاً :

واما حسن العمل بالجرح فلما مرّ فى دليل ترجيح الجرح و
للاصل :

قال المسئلة التاسعة : ولا بأس بتفريق الشهود ويستحبّ
فى من لا قوة عنده المتن :

اى الفراسته وضعف الادراك بحيث لا يأمن عن المغالطة والتدليس
تفريق الشهود عند الربيه فى الشهادة امر يعضده العقل
لاجل التثبت فى امور القضاء فيسئل بعد تفريق كل واحد بحيث
يخفى على الآخر عن خصوصيات القضية من حيث تحمل الشهادة
ومن حيث وقت التحمل فى العام او الشهر او اليوم غدوة او عشية
ومن حيث المكان .

ويسئل ايضاً انه تحمل وحده او كان معه غيره ليستكشف
بذلك صدقهم عند اتفاق الكلمة منهم :

ولعل المستند فى ذلك هو ما يقال ان اول من فرق الشهود
دانيال عليه السلام كما فى المسالك .

ولكن فى الرواية قال على عليه السلام :

انا اول من فرق بين الشاهدين الا دانيال النبى فيظهر
ان ليس هنا صرف جملة (يقال) بل له شاهد من الرواية التى

رواها الكليني في الكافي ج ٧ ص ٤٢٦ الطبع الجديد كتاب نوادر
القضاء : وفيها قصة الجارية التي افتضتها امرأة .
وفها تفصيل قصة دانيال النبي على السلام والرواية طويلة
فراجع ولاحظها .

وكذا يدل على التفريق ما عن الكافي ج ٧ ص ٣٧٢ باب
نوارد الديات من قصة داود النبي عليه السلام .
قال على عليه السلام كما في الرواية والله لأحكمنّ فيهم -
بحكم ما حكم به خلق قبلي الا داود النبي عليه السلام و تلك
الرواية مفصلة في قصة شاب كان يبكي من قضاوة شريح فاستقبله
اميرالمؤمنين عليه السلام وسئل عن بكائه الخ وفيها قصة داود
في قضية ابن كان يسمى (بمات الدين) بوصاية ابيه ثم صار بعد
حكم داود عليه السلام يسمى (بعاش الدين : فراجع) .
الاستنتاج : فيستفاد من الروايتين استحباب التفريق كما لا
يخفى :

قال في المسالك : ومحل التفريق قبل الاستزكاء ان اجتيج
اليه .

ووجه احتمال اختصاص جواز التفريق بقبل ثبوت العدالة
فاذا ثبتت عدالتهم يكون التفريق مشكلا لاجل ظهور النصوص في
وجوب الحكم من القاضى عند تحقق العدالة .
وحيث ان التفريق كان لاجل ازالة الريبة فاطلاق المصنّف

الجواز يحمل على ارادة مظان الريبة :

المسئلة العاشرة :

قال لا يشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهدة لفعل ما
يقدر في العدالة او يشيع ذلك في الناس شياعاً موجبا للعلم و
لا يعول على سماع ذلك من الواحد والعشرة لعدم اليقين -
بخبرهم المتن :

اما دليل الشهادة مع المشاهدة فهو ما عن علي بن غياث
عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

لا تشهد بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفاً : ثل عن الكافي
الباب ٨ والباب ٢٠ من كتاب الشهادة .

وما في الباب ٢٠ ثل عن جعفر بن الحسن السعيد المحقق
في الشرايع عن النبي (صلى الله عليه وآله) وقد سئل عن الشهادة
قال هل ترى الشمس . على مثلها فاشهد : اودع :

واما دليل الشهادة مع اشتراط العلم فهو الاجماع اولولم
يحصل من الواحد وما فوqe العلم .

وثانيا :

ما في الباب ٢٠ من كتاب الشهادة : ثل قال الصدوق .
وروى انه لا تكون الشهادة الا بعلم . من شاء كتب كتبها او نقش

خاتماً .

- وثالثاً ما مر من الحديثين قبيل هذا .
- ورابعاً ما عن الكافي في (ثل الباب ١٧ من كتاب الشهادة)
عن معوية به وهب قال : قلت له :
- ان ابن ابي ليلى يسئلى الشهادة عن هذه الدار . مات
فلان وتركها ميراثاً . وانه ليس له وارث غير الذى شهدنا له .
- فقال اشهد بما هو علمك .
- قلت ان ابن ابي ليلى يحلفنا الغموس .
- فقال : احلف انما هو على علمك : (الغموس الامر الشديد
اي المؤكد فى الحلف .
- واليمين الغموس اى الكاذبة التى يتعمدها صاحبها .
- قال فى المسالك : ان لم يبلغ المخبرون حد العلم .
- لكنه استفاض وانتشر حتى قارب العلم ففى جواز الجرح به
وجهان : من انه ظن فى الجملة وقد نهى الله تعالى عن
اتباعه الا ما أستثنى : ومن ان ذلك ربما كان اقوى من البينة
المدعية للمعينة .
- كما مر فى نظائره : انتهى كلامه رفع مقامه :
- اقول : الظاهر ان البينة طريق يكفى فى اثبات المقصود
لان لها موضوعية فى موارد قيام البينة .
- وانها تعبد من الشارع حتى يرد على المسالك ما اورد

صاحب الجواهر قدس سره من القول بان الاستفاضة قد تكون اقوى من البيّنة ولقد فصلنا القول فى حجية البيّنة بنحو الاطلاق فى جميع المسائل الا ما استثنى من اعتبار الزيادة فى كتابنا (تحليل العروة بحث الاجتهاد والتقليد) المسئلة (٢٠) من قول الماتن .
 وقلنا ان الطرق من العلم وخبر الثقة والبيّنة طرق عقلية او عرفية او عادية للكشف عن الموضوعات المترتبة عليها الاحكام .
 وان احتملوا فى البيّنة احتمالاتاً .
 من الاختصاص بموارد الدعاوى والحكومات .
 او بموارد اعم منها مما لم يعتبر العلم فيها بدليل خاص .
 او القول بحجيتها مطلقا الا ما دل الدليل على اعتبار الزائد الذى هو اى الاخير الظاهر من كلمات الاصحاب فى سائر الابواب الا ان الحق والتحقيق يقضى بهذا الاخير كما يعلم بالتأمل -
 الصادق فراجع .

تفصيل الكلام فى العلم :

عدة من فضلاء مجلس البحث استدعوا تفصيل الكلام فى العلم
 المعتبر فى الشهادة .
 وهل العلم هو المعروف مما لامناص منه ام يعم الاستفاضة
 والبيّنة بل خبر الثقات .

فنقول بعون الله وهدايته .

ان البحث فى ذلك يحتاج الى كلام مشبع .

ولكن نكتفى هنا الى ما يتضح المرام اجمالا .

وهوان العلم وما يليه ما هو .

فهل هو عبارة عن العلم الوجدانى والصفة النفسانية -

الخاصة المقابلة لغيره ام هو الاعم منه ومن العلم المتعارف

المتداول فى مجتمع العقلاء فى شتى العلوم فى الاعتماد عليه

من باب ما تظمن به النفس لا من باب القناعة بل كما قلنا من

باب العناية .

الظاهر الذى لا ريب فيه ان العلم بما هو حجة وكشف قد اخذ

فى لسان الادلة لا بما هو صفة خاصة والتعبير بالصفة الخاصة

عمل فى تحقيق الماهية لا ان المقيد الصناعى منظور اليه فى مقام

الحجية .

نعم العلم بحسب البدو والاصل فى نظر العقل والشرع و

العرف هو العلم المعروف ولكنه اعم منه ومن حيث المنشاء عند

العقلاء لا من باب انه مما لا مناص الا من التعميم .

بل من باب العناية بان غير الوجداتى ايضا من مصاديق

ما يستكشف به ويعمل به فى السيرة العقلانية والشرعية و

العرفية .

ولذا قلنا : ان العمل بخبر الثقة الثبت ليس من باب

التعبّد الصرف بل لاجل انه طريق عقلائي ومشى على طبق -
 الفطرة فى كتابنا (المحاورات الاصوليه فى العلم) هو العلم الثانى
 من الاصول .

لما بيّنا ان علم الاصول ليس علما واحدا يجمعه موضوع واحد .
 بل هو علمان .

١- العلم بمباحث الالفاظ .

٢- والعلم بمباحث الحجّة .

وموضوع الاول هو (الكلام المحاورى) .

وموضوع الثانى هى الحجّة .

فالاول من مقولة الالفاظ .

والثانى من مقولة المعنى .

الفاظ الكشف : ف :

قد اخذ فى لسان الادلة لفظ ظاهر فى الخصوصية كقوله

(حتى تعلم) وقوله (حتى تعرف) وقوله (تستيقن) وغيره .

فالمراد لو كان هو العلم المعروف فلا يتعدى عنه والافيعم ما

هو كشف ايضا .

ومن هنا لم يعتبره ابو الصلاح الحلبي قدس سره وصار الى

كفاية الظن فى الحكم بالنجاسته وان كان فيه اشكال لو اراد

الظن بما هو بل اللازم هو الاستناد بما هو حجة كخبر الثقة .
 واكتفى العلامة في الذكرة في الحكم بالنجاسة لسبب شرعى
 كخبر العدل .
 وجزم المحقق في المعتبر بعدم كفاية الواحد وقال الاظهر
 الثبوت بالعدلين .

فما هو منشا العلم :

المرجع فيه الكتاب والسنة وكلمات الائمة عليهم السلام فى
 اصابة الواقع بالطريق المتعارف من الحجة كخبر الثقة الذى يعمل
 به ولا تحاشى عنه فى العقل والشرع والعرف وقيام البيئته
 باعتبار اهمية بعض الموارد والموضوعات وخصوصياتها لا لقصور -
 طريقته قول الثقة : فالبيئته كالعلم .

والدليل على اعتبارها كالعلم وان كان وارداً فى الطهارة
 والنجاسته الا انه يعم باعتبار النص بتمام الاشياء بقوله: (والاشياء
 كلها) كما نقل .

ما عن الكافى والشيخ فى التهذيب عن الصادق عليه السلام
 فى الجبن .

قال : كل شى لك حلال حتى يجيئك شاهدان ويشهدان
 عندك ان فيه الميتة .

بيان الموافقين سلفاً وخلفاً : والله الموفق جل شأنه .

جملة حتى تعلم وتعرف :

اذا كان الانسان بنفسه واسطة في الكشف فما به الكشف
عنده عبارة عن العرفان والعلم بالمتعلق لانه الحجة الذاتية و
لذا قال عليه السلام (حتى تعلم) (حتى تعرف) .
واذا فقد العلم به فلا بد ان يتمسك بما هي حجة شرعية
كالبيئته .

ولذا قال عليه السلام (او تقوم به البيئته) كما لا يخفى على
المتأمل الصادق :

ولا تنسى الاحتياط اذا كان العلم المعروف محققا . فان :
اخوك دينك فاحتط لدينك عملا بظاهر لفظ العلم في الرواية .

المسئلة الحادية عشرة :

لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما
ينافيها .

وقيل ان مضت مدة يمكن تغيير حال الشاهد فيها استأنف
البحث عنه ولاحدّ لذلك بل بحسب ما يراه الحاكم : المتن

- اما لحكم بالاستمرار فلاجل الاستصحاب وعدم جواز نقض -
اليقين حتى ينكشف الخلاف ودليله اخباره .
والحكم بالاستمرار ايضاً هو المشهور كما فى المسالك .
واما استيناف البحث فلا دليل عليه والاحتياط حسن .
وظاهر الاصحاب عدم التعرض والنفى .
والشيخ قدس سره فى المبسوط نقل عن بعضهم تجديد
البحث بعد مضى ستة اشهر :

المسئلة الثانية عشرة :

ينبغى ان يجمع قضايا كل اسبوع ووثائقه وحججه و يكتب
عليها فاذا اجتمع ما الشهر كتب عليه قضاء شهر كذا . فاذا اجتمع
مالسنة جمعه وكتب عليه قضاء سنة كذا : المتن .
والوجه فى ذلك معلوم لاجل تسيير الأمور على نفسه و على
غيره من الحكام الذين يتصدون للحكومة من بعده و للاحتفاظ
على القضايا الماضية والوثائق ومحتوياتها .
ولعله يستند فى ذلك الى ما دل على حفظ الامانات لان
الدواوين ومحتوياتها من صور القضاة لابد ان تحفظ لمسيس -
الحاجة اليها :

استعلام الصادق عليه السلام :

استعلم الصادق عليه السلام عن قضايا غيلان بن جامع
المحاربي قاضى ابن هبيرة : ففى تلك الرواية .
قال : يا غيلان (هذا لحتم من القضاء) وهذا اشارة الى ما
كان يفعل فى القضاء من كتابة : هذا ما قضى فلان بن فلان
لفلان بن فلان يوم كذا وكذا من شهر كذا . و كذا من سنة
كذا ثم اطرحه فى الدوادين .
فعلى تلك الجملة استند من ذكره فى المسئلة : فتامل :
والرواية موجودة مفصلة فى الكافى ج ٧ ص ٤٢٩ باب النوادر
فراجع وفيه احتجاج :

المسئلة الثالثة عشرة :

كل موضع وجب على الحاكم كتابة المحضرفان جعل له من
بيت المال ما يصرفه فى ذلك وجب عليه الكتابة .
وكذا ان احضر الملتمس ذلك من خاصته ولا يجب على الحاكم
دفع القرطاس من خاصته : المتن
توضيح المسئلة : ان نقول ان الواجب على القاضى هو

الحكم بالعدل بين الناس .
 واما كتابة المحضر وشكلة القضاء فليس بواجب عليه لعدم
 الدليل فالاصل حاكم بالعدم .
 نعم لو عيّن مال من بيت المال كما ينبغي للامام عليه -
 السلام من العناية بذلك لان القضايا من اهم المصالح يجب .
 وكذا لو بذل الملتمس بذلك مالا لاجل الكتابة و مقدماتها
 من القرطاس والمداد يجب على الاشهر او المعروف كما فى -
 المسالك .
 ولكن يمكن الاشكال فى الوجوب بان نفس النقش و عمل
 الكتاب عمل محترم لا بد فى الحكم بالوجوب من حجة و الواجب
 من الحجة على القاضى هو الحكم كما لا يخفى .

التأييد بل الدليل :

ويؤيد بل يدل عليه ما يقتضيه دقيق النظر على القول
 المعروف من الوجوب وهو ان نقول ان ما يجب على القاضى من
 الحجة و هى الحكم بمقتضى الدعوى وان كان حصل بوجوده
 اللفظى الا انه لا سند ولا حجة له بحيث يكون مدركا وسنداً فيما
 بعد لو احتاج اليه لجلب النفع او دفع الضرر .
 فلا يتم الحكم الا بالكتابة التى هى عبارة عن وجود الحكم

الواجب الكتبي . فالكتابة تكون من تنمة الحكم فتامل :

ومن تحكيم امر القضاء ان يكتب نسختين تبقى الواحدة منهما
 فى الدوادين ويأخذ الاخرى الملتمس كما فى شرح الارشاد للمحقق
 الاردبيلى والمسالك للشهيد قدس سرهما :

المسئلة الرابعة عشــــرة :

يكره للحاكم ان يعنت الشهود اذا كانوا من ذوى البصائر و
 الاذهان القوية (الاديان) نسخه مثل ان يفرق بينهم لان ذلك -
 غضاضة . لهم ويستحب ذلك فى موضع الريبة : المتن .

اقول العنت عبارة عن ادخال المشقة كذوى الفضائل والبصائر
 بقوله ما هذه الشهادة ونظيره وفى ذلك يحصل الغضاضة (غض
 يغض غضاضا وغضاضة من باب (نصر) جاء بمعنى كسر الشأن و
 وضع القدر .

ولا يخفى ان الكراهة حكم شرعى يحتاج الى الدليل قال
 المحقق الاردبيلى قدس سره وجه الكراهة انه موجب لتهمتهم و
 قد يؤل الى الحرمة فراجع .

واما مع وجه الريبة فقد عرفت فى ما سبق وجهه لاجل ضعف
 البصيرة او عدم الاحتفاظ :

المسئلة الخامسة عشــــرة :

لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشاهد وهوان يداخله فى التلفظ

بالشهادة او يعقبه : المتن

اقول وفى اللغة تعتع فى كلامه اى تردد فيه من عى و
فسره فى المسالك . بان يدخل فى اثناء نطقه بالشهادة كاملاً
يجعله ذريعة الى ان ينطق به ويعدل عما كان يريد هداية
له الى شئ ينفع او ايقافاً له فيما يضرّ وعبر عن هذا بقوله يحرم .
(كما عبر الماتن بلا يجوز .

وعبر المحقق القمى فى الغنائم فى القضاء ايضاً بقوله (يحرم
عليه) وفى الجواهر (بلا خلاف اجده فيه) .

التعقيب :

وفسر التعقيب بقوله او يعقبه عند فراغه بكلام ليجعله تنمة
الشهادته ويستدرجه اليه (اى قربه) بحيث يصير الشهادة به
مسموعة او مقيدة او مردودة سواء كان الشاهد يأتى بما داخله به
او تعقبه لولاه ام لا : وهكذا فسرهما صاحب الجواهر نقلاً عن
المسالك قدس سرهما .

وعلل الجواهر الحرمة بعد نقل الحرمة عن المسالك بان فيه
تضييع وترويج الباطل ونحوهما مما هو معلوم الحرمة لغير الحاكم
فضلاً عنه .

(بل يكف عنه حتى ينتهى ما عده وان يتردد : المتن
اى يجب عليه ويصبر حتى يفرغ عن شهادته ثم يحكم

بمقتضى الشهادة : (ولو تردد فى الشهادة (اى الشاهد) لم
يجز ترغيبه فى الاقدام على اقامتها ولا تهديه فى اقامتها و كذا
لا يجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار (اى بالحق) لانه ظلم -
لغريمه .

ويجوز ذلك فى حقوق الله فان الرسول صلى الله عليه و
آله :

قال : لما عز عند اعترافه بالزنا . لعلك قبلتها . لعلك
لمستها وهو تعريض بايثار الاستتار : المتن : وقوله خبر مشهور
نقله البيهقى فى سنته ج ٨ ص ٢٢٦ .
اما عدم جواز الترغيب فلاجل ان مع التردد الذى عارضه
يمكن له ان لا يشهد لجهات فالترغيب اغراء له بالشهادة بالباطل
واما عدم جواز الايقاف فدليله الظلم كما فى المتن .

المسئلة السادسة عشرة :

يكراه ان يضيف احد الخصمين ^ندو صاحبه : المتن
لما فيه اشعار بالميل والترجيح .

ولما روى عن على اميرالمؤمنين عليه السلام كما فى الكافى
نقله (ئل) فى الباب (٣) من اداب القاضى من القضاء ان رجلاً
نزل باميرالمؤمنين عليه السلام فمكث عنده اياماً ثم تقدم اليه فى

خصومة لم يذكرها لاميرالمؤمنين عليه السلام فقال : اخصم انت
قال نعم قال تحوّل عنا فان رسول الله (صلى الله عليه وآله)
نهى ان يضاف الخصم الا ومعه خصمه .

ولما فيه من عدم رعاية التسوية بين الخصمين المأمور بها
كما فى الباب السابق عن الكافى بسنده قال اميرالمؤمنين (عليه
السلام) من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الاشارة وفى النظر
وفى المجلس .

وضيافة احد الخصمين دون الآخر خلاف التسوية بل الترجيح
بها .

المسئلة السابعة عشرة :

الرشوة حرام على أخذها : المتن

اقول الرشوة بضم الراء وفتحها وكسرهما ما يعطى لابطال
حق او احقاق باطل : وجمعها . رشى . ورشى بالضم والكسر .
كما فى اللغة .

ومستند الحكم هو الروايات كما فى الباب (٨) من (ثل) من
اداب القاضى . فى بعضها عن ابيعبدالله عليه السلام قال
الرشا فى الحكم الكفر بالله وفى آخر ما هو البخس فقال هو الرشا
فى الحكم .

وفيه عن ابي جعفر عليه السلام لعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) الى ان قال : ورجلا احتاج الناس اليه لتفقهه فسألهم الرشوة : وغيره فراجع : وعن المسالك : اتفق المسلمون على تحريم الرشوة على القاضى والعامل .
ولقد مر فيما قلنا ص ١٢٤ حكمها التكليفى والوضعى من الضمان وردها فلا نكرّر النجس القدر ما يستقدر منه .

المسئلة التامنة عشرة :

اذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم احضره اذا كان حاضراً سواءً حرّر المدعى دعواه او لم يحررها . اما لو كان غائبا لم يعده الحاكم حتى تحرّر الدعوى .
والفرق لزوم المشقة فى الثانى وعدمها فى الاول .
هذا اذا كان فى بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفة يحكم وان كان فى غير ولايته اثبت الحكم عليه بالحجة وان كان غائبا . ولو ادعى على امرأة فان كانت بزرة فهى كالرجل . وان كانت مخدرة بعث اليها من يثق به فى الحكم بينها وبين غريمها .
المتن .

ملخص الكلام فى المقام : ان نقول اذا التمس الغريم اى

- المدعى للحق من القاضى احضار غريمه مجلس القضاة .
- فهل يجب على القاضى اجابة الملتمس مطلقا اى سواء كان
الغريم المطلوب احضاره حاضراً فى البلد او غائباً وسواء كان من
اهل الفضيلة والشرف الذين يشق عليهم حضور مجلس القضاء
او الوجوب مقيد بالحضور او بغير ذوى الفضائل او غير ذلك .
- مقتضى اطلاق فتوى المحقق قدس سره فى النافع هو عدم
الفرق بين الغائب والحاضر وذوى الشرف وغيره .
- نعم لو كان المسؤل احضاره مريضاً او امرأة غير بزرة استناب
الحاكم من يحكم بينهما .
- ومتن النافع هكذا : اذا التمس الغريم احضار غريمه وجب
ولو كان امرأة وكانت بزرة .
- ولو كان مريضاً او امرأة غير بزرة استناب الحاكم من يحكم بينهما
انتهى .
- والحاصل ان الاحضار مع الحضور ومع الامكان واجب .
- وفى المسالك نسبه الى علمائنا واكثر العامة : و كذا عن
ظاهر المبسوط للشيخ قدس سره الاجماع .
- ويمكن ان يكون المستند هنا لاجل تعلق حق الدعوى به
تاره .
- واخرى ان ذلك مقتضى منصب القاضى سواء كانت الدعوى
محررة ام لا وسواء كان من اهل الشرف ام لا .

خلافاً للاسكافي فلم يوجب احضار ذوى الشرف .
 وعن بعض يستدعيه الى منزله .
 ولكن خلافه فى مقام الاتفاق واطلاق ادلة وجوب الحكم
 للقاضى ليس فى محلة .
 الاحضار :
 الاحضار قد يكون بواسطة مكتوب يكتب فيه (اجب القاضى)
 وقد يكون بالاعوان والظاهر ان مؤنته يتعلق بالطالب ان لم يكن
 من بيت المال ما يرتزق .
 ولو عصى ولم يحضراستعان بالقوة القاهرة من خدمة الوالى
 ولو جوراً كما عن المحقق الاردبيلى ايضا قدس سره .
 اما لغائب : ولو كان غائبا لم يحضره الحاكم حتى يتحقق
 تحرر الدعوى لانها قد تكون غير مسموعة فى الاحضار ح مشقة
 بخلاف الحاضر اذ ليس فيه مشقة فلو لم يحضر الدعوى احضره .

تذنيب :

وما يتعلق بعرفان المخدرة من حيث الشهادة لها وعليها
 يأتى فى باب الشهادة ان شاء الله تعالى شأنه :

(النظر الثالث)

فى

كيفية الحكم

وفيه مقاصد :

الاول فى وظائف الحاكم . وهى سبع .
 الاولى التسوية بين الخصمين فى السلام والجلوس والنظر
 والكلام والانصات والعدل فى الحكم : المتن :
 اقول لم يبين المصنف قدس سره هنا وجه الوظائف من -
 حيث الوجوب والاستحباب بعد معلوميته الوجوب و العدل فى
 الحكم .

ولكن الصدوق وابوه ابن بابويه قالوا يجب على الحاكم -
 التسوية بين الخصمين حتى بالنظر اليها وجعله سلا قدس سره
 مستحباً كما فى المختلف للعلامة قدس سره وقال و هو الاقرب
 قال لنا اصاله البرائة :

وجه الوجوب منهما هو الاحتجاج بما عن اميرالمؤمنين عليه
 السلام من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم بالاشارة وفى النظر وفى
 المجلس كما فى (نل) الباب ٣ من ابواب اداب القاضى :

اقول :

وهذا قول الاميرعليه السلام كما نقله عن الكافي ج ٧ ص

٤١٣ : وعن التهذيب ج ٦ ص ٢٢٦ .

فما في الجواهر من اسناده الى النبي ليس في محله و رواه

الصدوق مرسلًا ونسبه الى النبي ولعله سنده :

اقول انّ الحكم بالوجوب مستند الى الامر فان قوله -

(فليواس) الزام بالتسوية فما لم يقم قرينة على الاستحباب فلا -

مناص الا من الوجوب وهذا هو الاظهر كما لا يخفى :

واجاب العلامة في المختلف عن تلك الرواية بمنع صحة

السند فان في طريقه النوفلي والسكوني سلّمنا لكن لا يدل على

الوجوب انتهى كلامه .

التحقيق : (بحث رجالي)

والذي يقتضيه التحقيق في الرواية ان النوفلي اسمه -

(الحسين بن يزيد) كان شاعراً اديباً ويدل على وثاقته رواية

المشايخ والثقات عنه كمحمد بن علي بن محبوب شيخ القميين

في زمانه و بعض الثقات فراجع كتب الرجال هذا اولا .

وثانيا ان رواية الكليني قدس سره من كتب الاصول المعتمدة

التي يروى عنها ثقة بها وللاعتقاد على وثاقته الرواة وكذلك الشيخ

قدس سره وأى ثقة تحصل من غير المشايخ الثلاثة .

واما السكونى :

فاسمه (اسماعيل بن ابي زياد) له كتاب عنه النوفلى كما فى رجال النجاشى والفرست للشيخ كان عامياً كما فى الخلاصة للعلامة ولكن رواية مثل عبدالله بن مغيرة الذى كان ثقة ثقة وكان يعد من اصحاب الاجماع على روايته وكذا مثل :

فضالة بن ايوب الذى كان ثقة ومستقيماً يكفى .

وقال بعض اصحابنا انه ممن اجمع الاصحاب على تصح ما يصح عنهم كما فى جامع الرواة للشيخ العلامة الميرزا محمد الاردبيلي قدس سره ج ٢ ص ٢ :

فالثقة بالرجال عن المشايخ الثلاثة كاف فى الثقة مضافاً الى ثقة الرواة المشايخ والثقات عنهم :

واما مسألة اشتراك بعض الرواة بين المقبول وغيره فهو غير مضر باعتبار ان الاشتراك شئ حصل لنا من مراجعة الرجال .
واما الكلينى والشيخ والصدوق كانوا يعرفون الرجل و كان عندهم مقبولاً ولم يكن الرجل مشتركاً عندهم فراجع وحقق النظر ولا تستشكل بالاصطلاحات والظنون الرجالية .

واذا عرفت هذا :

فاعلم ان فى كلام العلامة قدس سره ضعف من جهة -
 الاستدلال باعتبار ان الرواية موثوق بها فيكفى سنداً للوجوب اولاً .
 وثانياً ان الاشكال فى السند يقتضى عدم الاعتماد به فمن
 اين الاستحباب اذا لم يكن حجة وهو حكم شرعى يستدعى
 الحجة .

فى الحكم كالوجوب والتسامح فى ادلة السنن تسامح كما
 حققناه فى محله .

وثالثاً : بعد التسليم (بقوله سلمنا) فلماذا لا يدل على
 الوجوب مع صيغة الامر .

ولعله استند فى الاستحباب لبيان (سلار) قدس سره و
 توهم عدم الدلالة .

ومن هنا تعرف عدم جريان اصالة البرائة اذ هو دليل
 حيث لا دليل .

ارشاد :

ولكن العلامة قدس سره قال فى قواعده يجب على الحاكم
 التسوية الخ فرجع عن قوله فى المختلف ان كان تأليفه مقدماً
 على القواعد . فراجع .

قال الفاضل الهندى فى كشف اللثام بعد الاستدلال -

بروايتين على الوجوب : والوجوب هنا وفي سائر كتبه صريح و
 عند الاكثر ثم اشار الى ما في المختلف فراجع ج ٢ ص ١٤٨ .
 ويدل على المقصود ايضا ما عن علي عليه السلام مخاطباً
 لشريح الى ان .
 قال :

وأس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع
 قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك في عدلك الى اخره فراجع
 كله : ثل عن الكافي الباب الاول من ابواب آداب القاضى .
 الحديث الاول :

الجواهر :

فما عن الجواهر تبعاً للدليلى والفاضل فى المختلف من ان
 الاقوى الاستحباب فليس فى محله مع ان العلامة كما عرفت حكم
 بالوجوب فى سائر كتبه .
 قال المحقق :

ولا تجب التسوية فى الميل بالقلب لتعذره غالباً : المتن .
 اقول وجه ذلك هو رعاية مجلس الاجتماع وهذا مطمح نظر
 الحاضرين من المعاشرة العادلة بين الامة .
 واما الميل بالقلب فليس بامر مشاهد يوجب الخفة .

وما يدل على التسوية ليس بناظراليه . مضافاً الى التعذر
كما عن الماتن قدس سره .

فما في خبر الثمالي المروى في (ئل) الباب ٩ من ابواب
آداب القاضى فراجع من قصة قاضى بنى اسرائيل وظهر الدودة
التي تقرض منخريه يجمل على قوله فى القصة (فلما جلس الى ان
قلت اللهم اجعل الحق له) اى لفلان الذى كان احد الخصمين
حيث اظهر ما فى القلب كما عن المستند : او على ضرب من الحث
على المراتب العالية : كما عن الجواهر .

ولكن استكمال النفس بالفضائل وتخليتها عن الرذائل شئ
مطلق فى كسب الفضيلة ولا يختص بالقضاء : فتأمل .

فرع : لو كان جلوسهما بنفسهما على التفاوت فهل يجب
ايقاع التسوية ظاهر الاطلاق من الرواية ذلك .

ولكنه منصرف الى فعل القاضى ذلك فلواختار واحد منهما
التفاوت فلا يبقى للقاضى فعل ذلك .

والاحتياط حسن .
قال المحقق :

هذا كله مع التساوى فى الاسلام او الكفر كما فى نسخة منقولة
ولكن عبارة الشرايع هكذا : وانما يجب التسوية مع التساوى
فى الاسلام او الكفر : المتن .

قال : ولو كان احدهما مسلماً جازان يكون الذمى قائماً و

المسلم قاعدا أو أعلى منزلا : المتن .
 الظاهر التسالم في المسئلة اذ كلمة (بين المسلمين) في الرواية
 السابقة تعطى التسوية بينهم ومع الاختلاف ينتفى الموضوع :
 مضافاً الى ما في الرياض انه كذلك قولاً واحداً . وفي الجواهر
 بلا خلاف : وما تمسك به من الخبر العلوى المروى في كتاب
 (المغنى) لابن قدامة ج ١١ ص ٤٢٤ من قول رسول الله صلى
 الله عليه وآله : لا تساووهم في المجلس فليس بظاهر في القضاء :
 تنبيهه : هذا في الآداب واما لحكم بالعدل -
 فيجب التسوية فيه بلا اشكال .

المسئلة الثانية :

قال : لا يجوز ان يلقن احد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه .
 ولا يجوز ان يهديه لوجوه الحجاج لان ذلك يفتح باب -
 المنازعة وقد نصب لسدها : المتن .

توضيح المقال :

وتفسير الكلام في المقام هو انه قالوا انه يحرم عليه تلقين
 احد الخصمين ما يضر بخصمه وان يهديه لوجوه الحجاج معللاً

بان القاضى نصب لسدّ باب المنازعة وهذا اى التلقين كذلك
يوجب فتح بابها .

فنقول : ان ارادوا بذلك تعليم ما ليس يحق كما لو اراد
الاقرار بالحق فعلمه الانكار او اراد اليمين فعلمه النكول او النكول
فيجريه على اليمين كما فسره فى التحرير كما فى الغنائم كتاب -
القضاء ص ٦٧٦ فلا خفاء فى حرمة .

تعليم الحق :

واما ان يعلمه دعوى صحيحة مع علمه بالحق مثل ان يدعى
عليه قرضا فاراد الجواب بالأداء فيلقنه انكار اصل الحق لئلا يلزمه
البيئته .

او يدعى بعنوان التردد فيعلمه الجزم بالدعوى حتى يكون
مسموعة كما فسره غيره فالحكم بالحرمة غير واضح : ومال اليه
المحقق الاردبيلي قدس سره .

وقال الا ان يكون لهم دليل آخر من اجماع وغيره .

المسالك : قال فى المسالك نعم لا بأس بالاستفسار وان
ادى الى صحة الدعوى بان يدعى دراهم فيقول أهى صحاح ام
مكسّر ويحتمل المنع منه ايضا كما فى الغنائم .

الدروس : قال فى الدروس الشهيد الاول قدس سره :

ولا يحرم تلقين التحرير لان فيه تحقيق الدعوى .

خلافا للمبسوط لان فيه كسر قلب خصمه كما فى الكتاب المذكور

ذلك فحيث لم يشمل لذلك فلا يحرم . ومن هنا حكم من اوجب التسوية بکراهة التخصيص هنا كالشهيد فى اللمعة والمحقق فى الشرايع .

ومن قال كما فى المسالك انه رجوع عن الفتوى السابقه ليس فى محله بعد استظهار عدم انصراف الاطلاق عليه كما لا يخفى فتدبر .

وفى الدروس : لم يجعل التسوية فى الكلام من الواجب . بل اللازم تقديم صاحب اليمين اى يمين الخصم بالكلام كما عن ابى جعفر عليه السلام فراجع الى (ثل) الباب الخامس من ابواب اداب القاضى .

ولا يخفى ان الحكم بالاستحباب يحتاج الى دليل شرعى لانه حكم شرعى وهم اعلم به ومن الحلّى عدم الاستحباب كما فى المستند فى المسئلة الثالثة من كيفية القضاء .

المسئلة الرابعة :

قال : اذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاّ لزمه القضاء . ويستحب ترغيبهما فى الصلح فان ابيا الا المناجرة حكم بينهما و ان اشكل اخرّ الحكم حتى يتضح ولاحدّ للتاخير . المتن .
اقول لزوم القضاء ووجوبه عند وضوح الحكم لاجل وجوب -

القضاة ولكنه لا بد ان يقيد بمطالبة المدعى الكاشف عن طلب
 ايجاب الحكم بطور الصراحة او الفحوى والا فلا يجب للقاضى لانه
 حق المدعى وقد يريد تركه .

واما استحباب الصلح فلاجل انه خير كما فى الآيه الشريفه
 (والصلح خير) ولغيرها من الآيات كقوله تعالى (واصلحوا ذات
 بينكم) .

• وكل خير معروف والامر به من المعروف .
 • وليس فيه مخالفة لفورية القضاء .

اذا الظاهر عدم وجود فورية مانعة عن الفصل ولو بالترغيب
 فى الصلح : ويستفاد عدم الفورية من المصنف حيث قال بعد
 الوضوح .

وظاهر المتن كون محل الصلح بعد طرح الدعوى وذلك لان
 الصلح ليس من الاسقاط والابطال فى شئ فانهما ابراء وان كان
 قد يتضمن ما يقرب منه .

واما قبل ثبوت الحق فالظاهر ايضاً استحبابه ولولاجل اسقاط
 اليمين او تكلف الاثبات وكذلك الصلح بتوسيط ثالث .

واما الشفاعة فى ابطال الدعوى واسقاط الحق كلا او بعضاً
 فمحل اشكال .

وقال الفقهاء بالكراهة لما روى عن النبى صلى الله عليه و
 آله كما فى كشف اللثام وهو نبوى .

نعم لابس بها مع الاذن كما فى (ئل) الباب الآخر قبل
كتاب الشهادة .

المسئلة الخامسة :

قال المحقق :

اذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالاول فالاول .

فان وردوا جميعا .

قيل : يقرع بينهم .

وقيل يكتب اسماء المدعين ولا يحتاج الى ذكر الخصوم .

وقيل يذكر ايضا لتنحصر الحكومة معه وليس معتمداً ويجعلها

تحت ساتر ويخرج رقعة رقعة ثم يستدعى صاحبها .

وقيل : انما يكتب اسماءهم مع تعسر القرعة . بالكثرة :

المتن : فى المسالك هذا الاخير هو المشهور وفى روايات ما يدل

على جواز الكتابة فراجع .

اقول توضيح الكلام فى المقام ان مع ترتب القدوم يقدم -

السابق لقاعدة السبق كما يقدم السابق فى مقاعد الطرقات و

الأسواق والمياه والمعادن فالملاك سبق المدعى .

وللاعتبار العقلى من جهة عدم امكان الحكومة دفعة و عدم

الاقتراح من نفسه : بلافرق بين الرجل والمرأة وذى المزية و

غيره :

ومع ورود جميعا قال قيل كما عن الشيخ قدس سره : يقرع
بينهم وبيانه انه يكتب اسمائهما او اسماءهم فى رقاع و يجعل
كل رقعة فى بندقة من طين او شمع و يجعل عند من لم يحضر
اولم يعلم ويقال له اخرج باسم السبق فكل من خرج عليه اسمه
فهو مقدم .

وجه ذلك القول هو ان القرعة لكل امر مشتبه : وفى
الرواية كل مجهول ففيه القرعة ويستعمل قاعدة السبق بالنسبة
الى المدرس الواجب عليه درسه والمحصلين فالسابق منهم هو
الذى يستحق لتحصيل العلم . واما غير الواجب عليه فهو مختار
فى التدريس : و اخبار القرعة مروية فى (ثل) الباب ١٣ من ابواب
كيفية الحكم من القضاء فراجع .

فى القرعة اشكال :

و بيانه ان من صور المسئلة صورة الابتدار والاتفاق فى الورد
لو كانا اثنين ولنا ان نخرج هذه الصورة عن الاشتباه و القرعة
للاشتهاء .

و بيانه ان المدرك لنا موجود وهو رواية محمد بن مسلم عن

ابيجعفر عليه السلام قال : قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) ان يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام ورواية عبد الله بن سنان عن ابيعبدالله (عليه السلام) قال اذا تقدمت مع خصم الى وال او الى قاض فكن عن يمين الخصم فان الفائدة ذلك .
وذلك لظهورهما فى تقديم من كان على يمين الخصم و ح لاشتباه فلما ذا يجرى القرعة :

و هذا الذى ذكرناه اعترف به فى شرح الارشاد للمحقق - الاردبيلي قدس سره فالتحقيق يقتضيه واحتمال تخيير الحاكم قوى .

المسئلة السادسة :

قال : اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى . لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهى الحكومة .
ثم يستأنف هو : المتن .
ووجه ذلك ان القاعدة اى السبق تقضى بتقديم السابق و هو هنا عبارة عن المدعى الذى طرح الدعوى فلا يسمع دعوى - المدعى عليه حتى ينتهى القضاة ثم يصل نوبة استئناف دعواه .

(المقصد الثانى)

قال :

فى مسائل متعلقة بالدعوى . وهى خمس : الاولى .

قال المحقق :

قال الشيخ لاتسمع الدعوى اذا كانت مجهولة . مثل ان -

يدعى فرسا او ثوبا . ويقبل الاقرار المجهول ويلزم تفسيره . وفى

الاول اشكال المتن .

توضيح المقال : ان نقول : هل يشترط كون ما يدعى به

معلوماً معيناً بالشخص او بالوصف كما فى المثلى او القيمة فى

القيى بالجنس او النوع والقدر .

او يكفى معلوميته فى الجملة كأن يدعى فرسا او ثوبا او مالا .

(تحقيقه)

اقول : الحكم تابع للموضوع فهو معلول لثبوته والموضوعات

من قبيل العلل للاحكام فيقع الكلام فى انه هل يكفى الثبوت

الاجمالى اولا بد من كونه معلوماً ومشخصاً .

قالحق ان الثبوت الاجمالى تحقق وثبوت فلا بد من الخروج

عن عهدة ذلك الشئ ولو بالزامه بالمسمى وبالحلف على نفى

الزائدة ان ادعى عليه وعلى نفى العلم بالزائد ان ادعى هو

الجهالة ايضاً فان كان الجهل فى القدر المشترك و هو اقل قدر ثبت وان كان فى النوع او الوصف فالظاهر الرجوع الى القيمة لان بعد ثبوت العين عليه وعدم امكان استخلاصها يجوز للمدعى اخذ القيمة من باب التقاص فيؤخذ اقل ما يمكن من الثمن .
 كما فى الايضاح . والمسالك والروضه والمعتمد كما فى المستند -
 للنراقى قدس سره .

واما ادلة الباب : فعمومات الدعوى تارة . و المدعى اخرى . والحكم ثالثة شاملة لما نحن فيه :

(التأييد)

وخالف الشيخ كما المتن وكذلك ابو الصلاح وغيرهما و اورد عليه الاشكال لضعف دليبه كما لا يخفى .
 ويؤيد ما قلنا ما عن المسالك من عدم الاشكال فى صحة دعوى الوصية بالمجهول و دعوى الاقرار بالمجهول ولعله يفهم الملاك فتأمل .
 واجيب بالفرق بينهما (اى الدعوى السهلة فى الاقرار و الدعوى المجهولة فآناً لو كلفنا بالتفصيل ربما رجح فى الاقرار مع ثبوت الحق بمقتضى اقرار العقلاء بخلاف المدعى عن الدعوى - بمطالبة بالتفصيل والمصنف استشكل ذلك : اى لضعف الفرق .
 ولما مرّ .

المسئلة الثانية : —————

قال : اى الشيخ : اذا كان المدعى من الاثمان افتقرالى
ذكر جنسه ووصفه . ونقده .

وان كان عرضاً مثلياً ضبطه بالصفات ولم يفتقرالى ذكر قيمته
وذكر القيمة احوط .

وان لم يكن مثليا اى وتلف فلا بد من ذكر القيمة وفى الكل
اشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالاقرار . المتن .

ووجه اشكال المصنف قدس سره ما ذكره المسالك و هو ما
اصلّه من الشك فى اشتراط ذلك كما لا يشترط فى الاقرار فلا -
يفتقرالى ذكر شئ من ذلك ويرجع اليه بعد ذلك الخ .

قال :

اما لو كان الدعوى وصيته سمعت وان كانت مجهولة لان -
الوصيته بالمجهول جائزة : المتن .

قال المحقق : ولا بد من ايراد الدعوى بصيغة الجزم .

فلو قال اظن او اتوهم لم تسمع وكان بعض من عاصرناه
يسمعها فى التهمة ويحلف المنكرو هو بعيد عن شبه الدعوى .
المتن .

(ما هي الدعوى)

تحقيق المقام : هو ان نقول ما هي الدعوى التي هي مورد التفاهم الانساني اذ ليس لها حقيقة شرعية تؤخذ موضوعاً للحكم فلا بد من فهم معناها بلحاظ المعنى المتفاهم العرفي فمن يشترط الجزم فيها يدعى التبادر (اي الدعوى الجازمة) في تحقق الدعوى .

والمراد من الجزم ح هو اللفظ الكاشف عن المدعى به .
فلا بد في تحقق الموضوع من طريق وهو الذي يكشف عنه بمقتضى المحاورات العرفية المعتبرة .

والظاهر عدم اعتبار العرف الظن والتوهم في طرح الدعوى .
ولكن فيه ما سيجئ انشاء الله .

ومن لا يشترط يمنع التبادر ويتمسك بعمومات ادلة المقام كما ترى في كلماتهم .

ولكن التمسك بها لا يبين الموضوع ومن المعلوم ان الحكم لا يكون محققاً له فلا بد من وجود الموضوع سبقاً ثم جرى الحكم عليه ثانياً فالعمدة عطف الكلام الى ما هو المراد من الدعوى حتى يشملها الدليل .

(كفاية الجزم المفهوم)

وهل الجزم الظاهر من الصيغة يلزم جزم القلبي للمدعى ام

لا والذي يقتضيه الايمان هي الملازمة وان كان القاضى يكفيه
الجزم المفهوم من الخبر الجازم من المدعى اذ لا يكلف هو ازيد
من ذلك نعم لو علم القاضى بطلان الباطن لا يجوز له القضاء لانه
مخالف للحجة وهو العلم .

ولكن الظاهر من كلماتهم ليس الكلام فى ذلك بل المراد
من الجزم الجزم بالمعنى الواقعى والنفس الأمري كما لا يخفى
فتأمل .

ولكن الحق فى المقام بيان المرام بنحو لا ينحصر المقال فى
لفظ الدعوى حتى يستشكل ان الدعوى لاتصدق الا بطور الجزم
للتبادرو وغيره .

بل لنا ان نستكشف الموضوع الذى يقع موضوعاً للحكم من -
لسان الاخبار والآيات يعتم الكلام فى المقام .

(كشف الموضوع)

فنقول : ان مسألة القضاة لاتدور مدار كلمة (الدعوى) لان
التخاصم و التنازع وقع موضوعاً للقضاة كما فى رواية عمر بن حنظلة
السابقة فيما مر برواية الكلينى قدس سره :

قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجلين من اصحابنا
بينهما منازعة .

الى قال وعرف احكامنا فليرضو به حكما فانى قد جعلته عليكم

· حاكما الخ

· وفى رواية ابى خديجة عن الصادق عليه السلام

(فقال قل لهم اياكم اذا وقعت بينكم خصومة)

وفى ذيلها : وَايَاكُمْ اِنْ يَخَاصِمُ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى السُّلْطَانِ

الجائر :

· وفى الباب الثانى فى كيفية الحكم (وانتم تختصمون)

ولعل المتتبع يجد امثالها :

فانقدح ممّا ذكرنا ان الموضوع عبارة عن المخاصمة و المنازعة

· وكذلك الدعوى التى تتحد معها باعتبارالصدق

فعلى هذا صدق المخاصمة والمنازعة لطرح الدعوى مع

الظن الذى يعامل معه معاملة الاطمينان او الاحتمال والتوهم

الذى يعتبره العقل كاحتمال السم مثلا الذى يوجب ترك -

المحتمل صادق على الخصوص لو ضمت اليها البيبة ثم اليمين

اللذين هما الاساسان لقطع المخاصمة والحاسمان لمادة المنازعة

· فى الشرع ومعهما تخرج الدعوى عن الابهام

اما الاية : فقولته تعالى شأنه : فان تنازعتم فى شئ -

فردوه الى الله الخ شاهد على ان الموضوع عبارة عن التنازع و

صدق التنازع فيما نحن فيه ظاهر

واما الاقوى _____ وال : (والاقوى عندى)

فاعلم ان الاقوال فى المسئلة مختلفة .
 فعن المصنف وجماعة اشتراط الدعوى بكونها بصورة الجزم و
 هو المحكى عن ابن زهره والكيدرى والتنقيح ونسبه السبزوارى
 فى الكفاية الى المشهور وفى المعتمد الى الاكثر كما فى المستند
 للنراقى قدس سره .

وعن الشيخ نجيب الدين بن نما . وفخر المحققين والشهيد بن
 فى النكت والمسالك عدم الاشتراط وهو ظاهر المحقق الاردبيلى
 رضوان الله عليهم كما فى الكتاب المذكور .

وعن المحقق القمى ايضا فى كتاب القضاء من الغنائم ص
 ٦٧٨ الاقوى عدم الاشتراط تمسكاً بالاصل والعمومات وبروايات
 فراجع فالاقوى عنده سماع تلك الدعوى خصوصاً فى التهمة كما لا
 يخفى : اى موارد التهمة اى اذا كان هناك اماره تفيد الظن
 نوعاً على ثبوت المدعى .

ولكن قد عرفت ان التحقيق فى المقام هو ما ذكرنا والا -
 فالتمسك بالعمومات وغيره منه قدس سره ومن غيره محل اشكال
 كما مر : فالاقوى عندى حسيماً استدللنا هو عدم الاشتراط و ان
 كان مراعاة الاحتياط مهماً امكن اولى .

(ما فى الجواهر)

ومن هنا يستبين لك عدم تمامية استدلال صاحب الجواهر
على احراز الدعوى بنظر العرف .

اولا لاجل عدم انحصار الكلام بلفظ الدعوى .

وثانيا ان الموضوع ليس معنى لغويا او عرفيا بالصراحة بل

له خصوصية تراعى لاحراز شمول الادلة فافهم .

واما الاخبار التى اتى بها للتأيد ففيها ما لا يخفى كما يأتى

بعد نقلها .

منها : ما عن بكر بن حبيب .

قلت لابي عبدالله (عليه السلام) اعطيت جبة الى القصار

فذهبت بزعمه .

قال : ان اتهمته فاستحلفه . وان لم تتهمه فليس عليه

شئ : ثل الباب ٢٩ من كتاب الاجارة الحديث ١٦ : القصار

اي محور اللباس ومبيضه .

وعنه ايضا .

لايضمن القصار الا من جنت يده . وان اتهمته أحلفته .

وعن ابي بصير عنه (عليه السلام) لا يضمن الصايغ ولا القصار

ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله

يستخرج منه شيئا : كلاهما فى كتاب الاجارة من الوسائل الحديث

وحاصله : التأييد بها على تحقّق صدق الدعوى فى التهمة
ومعه يجب السماع .

ثم يقول وكذلك يجب فيما كان هنا امارة من سند و دفتر
كما ترى فى كلامه قدس سره .

وبيان الاشكال فى التأييد .

هو ان نقول ان تلك الاخبار ناظرة الى اتهام المدعى عند
المنكر وهو صاحب المال .

وما نحن فيه هو اتهام المنكر عند المدعى وعلى هذا ترى
مغايرة مورد تلك الاخبار مع ما نحن فيه .

لا يقال : سلمنا المغايرة الا انّ التعليل المستفاد من قوله
عليه السلام (لعله يستخرج منه شيئاً) بمنزلة الكبرى لجميع الموارد

فانه يقال : الذى يستظهر منه بحسب الظاهر ان الاستخراج
لاجل خروج ما كان ثابتاً لاخروج ما كان محتملاً بحسب الواقع فالكبرى

امر كلّى فى موارد ثبوت الحق بالطريق الشرعى كما عن المحقق
الآشتياني قدس سره فى كتابه القضاء ص ٨٩ .

(الانصاف)

ولكن الانصاف ان التعليل لاجل العمل والاستنباط و-

الوصول الى (شئ) الذى يصدق انه الثابت والمحتمل وان كان
التعليل وارداً فى موارد الثابت كما لا يخفى مع التامل الصادق .

التفصيل : مبتدأ :

واما لتفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة وبين ما لا يعسر فالسمع فى الاول دون الثانى على ما نسب الى - المحقق الثانى مستدلا على ذلك اما فيما لا يعسر فبادلة النافين .
واما فيما يعسر فالسمع والاثبات لاجل ان عدم السماع فى الاخير يوجب ضياع الحقوق وابطالها كثيراً .
وحاصل دليل السماع فيما يعسر هو دلالة الادلة التى -
توجب السماع فى الدعوى الجزمية بملاك حفظ الحقوق .

ضعيف : خبر :

لان المدعى ان كان له فيما يعسر الاطلاع عليه دليل شرعى الى ثبوت المدعى فهو الملاك وان لم يكن له ذلك فلا دليل على وجوب السماع فيه ومجرد القول بضياع الحقوق لا يدل على وجوب السماع بعد عدم جريان ادلة الحكم .
والقول بان العلة فى اصل تشريع الحكم بين الناس هو عدم لزوم ابطال حقوقهم مما يستلزم فيه ذلك يجرى فيه دليل الحكم .

غير سديد : لمنع ذلك علة للحكم بحيث يدور مدارها وجوداً
 وعدمياً بل غاية ما فى الباب والتشريع هى الحكمة المقتضية .
 وهذا الذى ذكرناه ملخص كلام شيخنا الانصارى قدس سره
 على ما حكاه عنه تلميذه ص ٨٩ المحقق الآشتياني قدس سره .

المسئلة الثالثــــــــــــــــــــة :

قال المحقق : اذا تمت الدعوى (اى تحرير الدعوى من -
 المدعى) هل يطالب المدعى عليه بالجواب (من الحاكم) .
 او يتوقف ذلك على التماس المدعى فيه تردد .
 والوجه انه يتوقف لانه حق له يقف على المطالبه:المتن .
 وهذا الوجه اختيار المصنف قدس سره وعن المبسوط قال
 (عندنا) .
 والظاهر ان ذلك يرجع الى شئون الحاكم فى القضاة .

المسئلة الرابعــــــــــــــــــــة :

قال : لو ادعى احد الرعية على القاضى فان كان هناك
 امام رافعه اليه . وان لم يكن وكان فى غير ولايته رافعه الى
 قاضى تلك الولاية وان كان فى ولايته رافعه الى خليفته المتن .

والوجه فى ذلك عدم وجوب سماع الدعاوى ولو من احد من
الرعية وليس فى ذلك خلاف الكرامة مع ما هو المعروف من حضور
باب مدينة علم النبى صلى الله عليها مع يهودى فى مجلس -
الشريح .

قال فى المسالك توضيحا ثم ان كان هناك امام رافعه اليه و
الا الى خليفته ان كان ولا يجب اجابة المدعى الى الذهاب معه
الى غيره مع وجوده لان العدالة تمنع من التهمة ولو لم يكن له
خليفة رافعه الى حاكم آخر فى غير ولايته .

المسئلة الخامسة : _____

قال : يستحب للخصمين ان يجلسا بين يدى الحاكم ولو
قاما بين يديه كان جائزا : المتن .
اقول تعليقه بانه موافق للادب والتمكن من التساوى كما
فى الجواهر بينهما .

لا يكون دليلا على الاستحباب لما قلنا غير مرة ان الاستحباب
حكم شرعى يحتاج الى الدليل والاعتماد فيه على ما مر (من قوله
عليه السلام) : لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك -
المروى عن على عليه السلام فى المغنى لابن قدامة موهون .

المقصد الثالث

- فى جواب المدعى عليه : وهو اما اقرار او انكار او سكوت .
- اما الاقرار فيلزمه اذا كان جايز التصرف : المتن .
- اقول : جواب المدعى عليه فى المقام يتصور على انحاء من الاقرار او الانكار او السكوت او ادعاء الرد او البراء او يقول (لا ادرى) او هذا ليس لى واما يكون المدعى عليه غائبا .

(شرح الكلام فى بحوث)

- وشرح الكلام يقتضى البحث عن بحوث .
- الاول فى الاقرار فنقول : مع تحقق الاقرار بجميع المدعى به مع كونه جامعا للشرايط المقررة فى باب الاقرار من البلوغ والعقل و عدم الحجر فى المالىات لزم عليه ما اقرب به سواء حكم الحاكم به ام لا والوجه فى ذلك هو قوله : اقرار العقلاء على انفسهم جايز المرورى فى (تل) الباب الثالث من كتاب الاقرار .
- وكما فى المستدرك الباب الثانى من الاقرار .
- والظاهر ان الاقرار بنفسه مستقل فى اثبات الحق بلا احتياج الى حكم الحاكم بل المشهور الالزام سواء حكم الحاكم اولم يحكم .
- ولكن البيئته ليست كذلك فتحتاج الى حكم الحاكم فلا يجوز

للمدعى التصرف بدونه .
 لا مكان ان يقال ان حجية البيئته لم تثبت الا للحاكم فتكون
 البيئته ح مستقلة بحكم الحاكم كما عليه المحقق القمى قدس سره .
 ولكن المحقق الاردبيلي قدس سره استشكل فى ذلك .
 وانا ط الاقرار على حكمه لانه ايضا منوط باجتهاده كاجتهاده
 فى البيئته .

(تحقيق المقام)

وتقرير المقال : ان المشهور انه يلزمه الخروج عن عهدة
 المقربه سواء حكم الحاكم به ام لم يحكم .
 بخلاف البيئته فانها غير مثبتة للحق بمجرد الاقامة بل لا بد
 مع وجود البيئته من حكم الحاكم .
 ومعنى ذلك شرطية حكمه لثبوت الحق .
 وجهة الفرق كما فى المسالك هى ان البيئته منوطه باجتهاد
 الحاكم فى قبولها اذا كانت جامعة للشرايط وردها ان كانت -
 فاقدة لها وهو غير معلوم بخلاف الاقرار .
 وقيل بعدم الفرق بينهما بملك جواز العمل بكل منهما و
 ان لم يحكم به الحاكم .
 وجهة ذلك القول : ان ادلة الاقرار عامة للحاكم وغيره و
 كذلك ادلة البيئته عامه للحاكم ولغيره .
 والاشكال فيه : بان المخاطب للعمل بالبيئات هو الحاكم

او القول بان المخاطب هو الجميع لكن حكم الحاكم للعمل .
 مردود بان التخصيص لم يقم عليه دليل فيكون الاصل عدمه .
 والتحقيق ——— ق : ان الاستفادة من قوله صلى الله
 عليه وآله : اقرار العقلاء على انفسهم جائز : ان الاقرار بنفسه ولنفع
 غيره و ضرر غيره غير مسموع بل المسموع منه الاقرار على نفسه فهو
 حجة عليه فلانماص الا من ترتيب الاثر عليه فمجرد الاقرار يوجب
 رفع الخصومة فلا احتياج الى حكم الحاكم لانه لرفع الخصومة فلا
 خصومه بعده .

والحاصل ان الظاهر من قوله (جائز) بعد قوله (على -
 انفسهم) ان ما اقره وما التزم عليه بواسطة الاقرار سبب مستقل
 ومضى عليه فهو ملزم به .
 فعلى هذا لا يبقى لتخصيصه بادلة الحكم بالنسبة الى الزام
 المقر بما اقره .

وجه

وهذا بخلاف البيئته .

فان الظاهر من قوله : انما اقضى بينكم بالبينات والايان .
 ان الحكم والقضاء والامضاء له اشراف و ربط فى المنازعات و
 الدعاوى .

فح يكون العمل بالطرق الشرعية فى مقام الزام الناس مختصاً
 بالحاكم ولا يجوز لغيره كما يظهر ذلك ايضا عن شيخنا الانصارى

قدس سره على ما حكى عنه تلميذه المحقق الاشتياني قدس سره .
 ويجوز للحاكم فى الاقرار بالحكم ايضا فلا بأس و اولى والله
 العالم .

تنبيهه :

قيل ان العمل بالبينته فيما قامت على الطهارة او النجاسته
 لا يحتاج الى حكم الحاكم اتفاقا فيكون ذلك المورد نقضاً لمن يقول
 ان اعمالها محتاج الى حكم الحاكم .
 ولكن فيه ان البينته حجة شرعية للاثبات فالطهارة تثبت
 بها .

وقيام البينته فى المنازعة والحقوق ايضا لاثبات الحق .
 ولكن الحكم بمقتضاها وشرايطها لا تثبت بمجرد القيام الا -
 بالنظر والاجتهاد لان الزام الناس حيثية وشأن من شئون الحاكم
 كما لا يخفى .

فالقول بان شرايط العمل بالبينته وموانعها لا تتفاوت بالنسبة
 وموانعها لا تتفاوت بالنسبة الى المقامين . ضعيف لما يستفاد من
 باب اخبار القضاة ان الحقوق والالزامات بين الناس منوط بحكم
 الحاكم فلا تخفى تلك الخصوصية لمن تدبر بالتامل الصادق .
 واما لقول : باننا نفرض فى البينته التى علم كونها مقبولة

عند الحاكم باجتماع الشرايط فالعمل بها لا يحتاج الى حكمه .
 فففيه ان هذا نادر والندرة ليست بعلاك فى المسئلة مضافاً
 الى ما مر من ان العمل بها فى الزام الناس منوط بحكمه و
 اطلاقه يكفى .

قال المحقق :

• وهل يحكم به عليه من دون مسئلة المدعى • قيل (لا) .
 لانه حق له فلا يستوفى الا بمسئلته : المتن توضيح العبارة
 هكذا اى هل يحكم الحاكم بالاقرار على المقر من دون سوءال-
 المدعى قيل لا يجوز والقائل هو الشيخ فى المبسوط على المحكى .
 وعله بانّه حق له .

وتوضيح المسئلة يحتاج الى بيان مبنى كلامهم فى ذلك و
 هو انهم اختلفوا فى المسئلة من جهة ان حكم الحاكم حق
 للمدعى من حيث انه سبب لا يصل حقه فلا يجوز الا بمسئلته .
 او ان الحكم من الحاكم حق له من جهة كون الحاكم -
 مأموراً برفع الخصومة والمنازعة بينهما بعد تشكّل مجلس القضاة
 فح يقال لامدخل لغيره فيه ونتيجة ذلك جواز الحكم منه بلا
 سوءال منه .

وتقرير الحق فى المسئلة : ان الظاهر فساد ذلك الابتداء
 حتى يكون سنداً فى المسئلة لان القول بكون الحكم حقاً للحاكم
 بلا تعلق له بالمدعى غير صحيح وان قلنا بكون وجوب الحكم عليه

من باب الامر بالمعروف وعلى هذا الفرض يكون حاله كحال غيره
من الامر بالمعروف الذى يتعلق لاداء حقوق الناس فح لا شبهة
فى كونه حقاً لذى الحق .

فاذا انتفى كونه حقاً صرفاً للحاكم فينقذ كونه حقاً للمدعى
من حيث الحكم وتركه فيستقيم قول الشيخ قدس سره .
والقول بجوازه للحاكم بشاهد الحال استناد الى اذن -
المدعى فتأمل فى المسئلة .

قال وصورة الحكم ان يقول . الزمك . او قضيت عليك . او
ادفع اليه ماله المتن . الدالة كلها على المضى وفصل الخصومة
الصريح .

قال : ولو التمس ان يكتب له بالاقرار لم يكتب حتى يعلم
اسمه ونسبه او يشهد شاهدا عدل ولو شهد عليه بالحلية (وهى
ما يرى من لون الانسان وظاهره وهيئته) جاز ولم يفتقر الى
معرفة النسب واكتفى بذكر حلية : المتن .

اقول : توضيح الكلام انه لو تحقق الحكم من الحاكم بما مر
فان رضى المحكوم له بالاقتصار على ما تلفظ به الحاكم فهو .
وان استدعى ان يكتب الحاكم كتابة له حتى تكون حجة
فى يده وسندا لحقه يكتب له على ما مر نظيره مع تأمل .
وما عن جماعة من الاصحاب من الاقتصار بغير الحلية لا يكون
خدشة فى التخيير لان المراد ازالة الاشتباه كما عن المختلف

فلا ينحصر فافهم .

تابع قبله :

والى هنا كان الكلام فى البيئته والاقرار .
 فهل اليمين اى يمين المنكرالتى هى من احد الموازين
 الشرعية لفصل الخصومة مثل البيئته او الاقرارام لا .
 سند من يقول بانها مثل البيئته ان مقتضى الاستظهار من
 ادلة الحكم اختصاص الالزام بين الناس بالموازين الشرعية بالحاكم
 وبما ان اليمين من جملة الموازين فتختص بالحاكم .
 وسند من يقول ان اليمين مثل الاقرار هو دعوى .
 الظهور من ادلة الحكم انها مثل الاقرار مزيلة للدعوى .
 والذى يدل على ذلك الاستظهار ما عن ابن ابي يعفور
 عن ابي عبد الله عليه السلام : (ثل) الباب ٩ من ابواب كيفية
 الحكم قال اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه
 فحلف ان لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى
 له : قلت له وان كانت عليه بيئته قال نعم الخ ومثله غيره فى
 هذا الباب : هذا فى يمين المنكر .
 واما اليمين المردودة وغيرها من موازين الحكم كالنكول و
 الشاهد فهل هى مثل الاقرارام هى مثل البيئته .

مقتضى مقال صاحب الجواهر قدس سره ان اليمين المردودة
مثل الاقرار .

وقد عرفت قوله ان البينة مثل الاقرار .

ولكن قد عرفت حق المقال فيما سبق .

ومقتضى مقال شيخنا الانصارى قدس سره .

هو كونها مثل البينة وسند ذلك المقال استفادة الاختصاص

بالحاكم من ادلة الموازين الشرعية والطرق فى الالزام كما مر

وهذا هو الاظهر كما لا يخفى على المتامل الصادق .

تفريع فى المسئلة السابقه :

وهوان الاحتياج الى الاذن والسؤال عن المدعى هل

هو شرط لتأثير الحكم من الحاكم بحيث يقع الحكم بدونه لغواً

من اجل ان عدم الشرط يقتضى عدم المشروط فلا حكم .

ام شرط فى جواز الحكم .

الظاهر هو الثانى كما نفى الاشكال عنه شيخنا الانصارى

قدس سره على المحكى عنه والحاكى تلميذه فى كتاب القضاء

للاشتيانى قدس سره .

قال المحقق :

ولو ادعى الاعسار كشف عن حاله فان استبان فقره انظره :

المتن

و بيان المرام ان المدعى عليه لو امتنع عن اداء الحق لكان
لاغلاط الكلام بنحو يا ظالم وجه لعله يوؤدى ما عليه ولو استمر
على الامتناع والتمس الغريم حبسه حسب لتحقيق الاداء بلاخلاف
كما فى الجواهر وسند ذلك قول النبی صلی اللہ علیہ وآلہ حیث
يقول (لى الواجد بالدين یحلّ عقوبته وعرضه) .

الوسائل الباب (٨) من ابواب القرض .

وايضاً ما عن اميرالمؤمنين عليه السلام وفيه : كان اميرالمؤمنين
عليه السلام یحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم
ماله بينهم بالحصص . فان ابى باعه فيقسمه بينهم : ثل الباب
(٦) من كتاب الحجر .

واما لو ادعى الاعسار :

ومع دعوى الاعسار ومع كشف حاله وصدقه فيه مع لحاظ
مستثنيات الدين ففيه الانظار .

وسند ذلك مضافا الى انه هو المشهور قوله تعالى شأنه فى
سوره البقرة الآیة (فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فنظرة
بكسر الظاء الامهال والتاخير الى حصول اليسر .

فصدر الآیة يدل على ان العسر شرط لوجوب الانظار وان
اليسار سبب للمطالبة وموضوعى العسر واليسر من المفاهيم العرفية

التي تؤخذ موضوعاً في الحكم ولا يحتاج الى تطويل الكلام في
المقام في معناهما الى أنها امران عدمي او وجودي او هما من
الضدين لا النقيضين كما لا يخفى .

وللخبر ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين
له افلاس وحاجة خلى سبيله حتى يستفيد مالا) ثل الباب ٧ من
كتاب الحجر .

ولرواية السكوني ان امرأة استعدت علياً (عليه السلام) على
زوجها انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فابي ان يحبسه .
وقال : ان مع العسر يسراً : ثل الباب ٧ من كتاب الحجر
واما خبر زرارة : كان علي (عليه السلام) لا يحبس في السجن
الا ثلاثة وفي التهذيب (في السجن) وفي ثل (في الدين) .
الغاصب . ومن اكل مال اليتيم ومن أوتمن على امانة فذهب
بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان او شاهداً : ثل الباب ١١
كيفية الحكم .

فاستند اليه كشف اللثام ولعل وجهه ان اطلاق الجزء
المنفي في قوله (لا يحبس) يشمل المعسر فيما نحن فيه و يكون
معنى الرواية انه لا يحبس احداً في حال القدرة و لا في حال
العجز الا هذه الثلاثة فيحبسهم في الحالتين .
ولكن الظاهر ان المطلوب اثبات عدم جواز الحبس في حال
العجز مطلقاً سواء كان من الثلاثة او غيرها .

والظاهر من الرواية على ما استظهره المحقق القمي قدس سره ان الكلام فيمن لم يثبت عجره .
وقال الشيخ في التهذيب ان المراد هو الحبس على سبيل العقوبة او الحبس الطويل : فتأمل .
قال :

وفي تسليمه الى غرمائه ليستعملوه او يوءاجروه روايتان -
اشهرهما الانظار .

اقول التسليم الى الغرماء قول الشيخ في النهايه بانه يسلم الى الغريم ليستعمله ويوءاجره خلافا للمشهور وعن ابن حمزه انه اذا كان ذا حرفة او صنعة فكما ذكره الشيخ والافىخلى سبيله كما في قضاء الغنائم للمحقق القمي (ره) وسند الشيخ في ذلك هو رواية السكوني : ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر ان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم . اصنعوا به ما شئتم ان شئتم آجروه و ان شئتم استعملوه : ثل الباب ٧ من كتاب الحجر الحديث ٣٠٣ واختيار المصنف الانظار في قبال التسليم لاشهرية رواية الانظار .

ولكن الظاهر ان الرواية مع لحاظ روايات الانظار هو الحمل على ما ذهب اليه ابن حمزه ويحصل بذلك الجمع بين الادلة ويؤيد ذلك ان اداء الدين واجب ولا يتم الا بذلك مضافا الى

ان صاحب الحرفة والصنعة المؤددة للمال يدخل فى المتمكن من الاداء فيكون قادراً لا عاجراً ومن هذا الباب يقال بعدم جواز اخذه الزكوة .

ولا يخفى عليك ان المستفاد من هذا التقرير وجوب العمل والاستيفاء لا التسليم الى الغريم الا ان يتوقف على ذلك قال المحقق القمى قدس سره : وليس قوله بعيداً عن الصواب كما ذهب اليه فى المختلف ص ٦٧٩ .

وظاهر الاصحاب كما فى الغنائم عدم وجوب التكسب فى قضاء الدين .

ولكن ذى الحرفة والصنعة لا يكون من التكسب المطلق - المحصل للمال لما قلنا من القدرة فتأمل .

المبسوط :

قال الشيخ قدس سره فى المبسوط بعد ذكر الخلاف فى ايجاب التكسب وذكر خبر السكونى السابق انفاً : لا خلاف فى انه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاعتنام والتلصص فى دار الحرب وقتل الابطال و سلبهم ثيابهم وسلاحهم . ولا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه لانه لا دليل على شئ من ذلك والاصل براءة الذمة .

و تقرير ما ذكره الشيخ ان وجوب المقدمة من التكسب لاداء الدين قد يعارض بما دلّ على نفي الضرر والحرص فى الامور - المذكورة فى الجملة فلا يحكم بالوجوب .

وثانيا : ان وجوب اداء الدين لا اطلاق له بحيث يشمل لتلك الموارد المذكورة التى ليست بمتعارفة لاجل الكسب فالواجب فى الاداء ليس من الواجب المطلق الذى يجب مقدمته كيف كان فينتج انه من المشروط .

والتحقيق و خلاصة الكلام فى المقام هو ان النظر الدقيق يعطى ان تخلية السبيل على قول المشهور على نحو الاطلاق ليس له دليل يضمن به اذ الا نظار لا ينافى وجوب العمل و الكسب اللايق بحاله فيجب العمل لاداء دينه كوجوبه للمؤنة و النفقة .

والحاصل انه وان لم يتسلط الغريم على استيفا منافعه و اجارته ابتداء بحيث يصير من الاولياء فى التصرف الا انه يجب على المديون المتمكن من العمل و الكسب اللايق بحاله غير - الشاق عليه الكسب و العمل كما يستفاد ذلك من قول على عليه السلام (حتى يستفيد مالا) المذكور فى دليل المشهور فيما مرّ لان (حتى) تعليلية اى يخلى سبيله ليستفيد مالا و يوءدى دينه و قوله (ليستعملوه) فى الخبر يكون بمعنى طلب العمل فح لو ترك هذا الواجب و توانى منه بحيث يترتب عليه ضرر الغرماء يصل النوبة الى الحاكم من اجباره لاجل الامر بالمعروف و الدفع للضرر

ولوراي انه لا ينتهى الا بالدفع الى الغرماء وتسليمه لهم امكن
الجواز بل الوجوب .

وهذا الذى قلنا ظاهر المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية
للسبزواري قدس سرهما كما فى المستند .

واما الآية فصدق العسر مع القدرة على العمل فغير صادق
واما الاصل فيرده وجوب اداء الدين .

قال :

وهل يحبس حتى يتبين حاله فيه تفصيل ذكر فى باب
الفلس .

اقول : وهوان وجد البينة قضى بها وان عدمها وكان
له مال او كان اصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت اعساره بالبينة
المطلقة على باطن امره لاصالة بقاء المال فان لم تكن له البينة
حلف المدعى على عدم التلف كما فى كشف اللثام .

قال الماتن :

واما الانكار فاذا قال لاحق له على فان كان المدعى يعلم
انه موضع المطالبة بالبينة فالحاكم بالخيار انشاء قال للمدعى الك
بينة وان شاء سكت للاصل .

اما اذا كان المدعى لا يعلم انه موضع المطالبة بالبينة وجب
ان يقول الحاكم ذلك لانه من موازين القضاة او معناه فان لم
تكن له بينة عرفه الحاكم ان له اليمين ولا يحلف المدعى عليه

الا بعد سؤال المدعى لانه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبة
بلا خلاف ظاهر كما فى الغنائم وقد يتعلق غرضه الى بقاء الدعوى
لتذكر البينة ولو تبرع المنكر هو او تبرع الحاكم باحلافه لم يعتد
بتلك اليمين ويكون لغوا واعادها الحاكم ان التمس المدعى بلا
خلاف اجده كما فى الجواهر المتن .

اقول قوله الا بعد سؤال المدعى : يمكن ان يستدل به بما
مر من رواية ابن ابي يعفور .

وفيه اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه استحلافه
حيث علق اذهاب اليمين بالحق برضاه وايضا اشترط طلب الا -
ستحلاف وغيره من الروايات .

فـ — — — — — : فهل يجب كون الحلف فى مجلس
القضاء ام يجوز فى غيره ظاهر عدّة من الفقهاء هو الاول كما بن
ادريس والمحقق والعلامة وغيرهم وظاهر بعض الفقهاء نفى
الخلاف او دعوى الاجماع كما فى المستند للنراقى قدس سره .
ولكن قال العلامة فى التحرير على المحكى عنه .

وان امسك المدعى عن احلاف المنكر ثم اراد احلافه بالدعوى
المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه عنها وانما اخرها .
ويفهم مما ذكره ان الحلف فى مجلس القضاة ليس بشرط و
قوله (جاز) يدل على عدم وجوبه فتأمل فان كلام العلامة لا ينافى
المسئلة فان بالتأخير ايضا يحصل الحلف فى المجلس كما لا يخفى .

واما قول العلامة فى باب الحلف .
لا ينبغي للحاكم ان يحلف احداً الا فى مجلس حكمه الا فى
المعذور .

فقال النراقى فلا يدل على الحرمة ولا الاشتراط .
بل لفظ لا ينبغي ظاهر فى الكراهة .
اقول : لا يخفى عليك ان الحمل على الكراهة ليس بمستقيم
لانها حكم شرعى لا بد ان يستند الى دليل وليس فتوى المجتهد
دليلاً لها وكذلك الحرمة .

ولعل مراد العلامة بيان ان مقتضى الحكومة المتعارفة ذلك .
وظاهر بعض الفقهاء كما فى المستند ان الوجوب ظاهر
الروايات والمنساق منها لكنها لا يفيد الاشتراط .
ولا يخفى ان المسئلة غير منقحة من حيث الدليل و ليس
دليل ظاهر معتد به .
وما استدلوا به ليس بواضح فالاولى مراعاة المجلس بل احوط
خروجاً عن الخلاف فراجع وتامل .

تنبيه :

لا يخفى ان القائل بالوجوب اى وجوب الحلف فى مجلس
الحكم استثنى موارد .

الاول المريض والمزمن بحيث لا يمكن اويشق عليهما الحضور
الى الحاكم .

الثانى المخدرة اى غير البزرة من النساء .

الثالث الحايض والنفساء مع كون الحاكم فى مكان لا يجوز لهما
المكث فيه كالمساجد او الدخول : والعسر والحرج دليل المسئلة
الاستنتاج : فح يستنيب من يحلفه .

فرع فهل يلزم الحاكم ان يباشر بنفسه بالمسير اليه ام لا .

الظاهر ان الالزام نقص له وضيق وعسرفه ومنفى .

مضافا الى عدم معهودية ذلك فى سابق الازمنة وان احتمل
بعض الاصحاب وجوب ذلك على الحاكم الا اذا اوجب النقص كما
فى المستند للنراقى قدس سره .

قال المحقق : ثم المنكر اما ان يحلف او يرد او ينكل فاذا

حلف سقطت الدعوى : المتن .

اقول يقال نكل اى نكص ورجع .

ولكن المرام فى المقام منه هو ان لا يحلف ولا ان يرد -

اليمين على المدعى .

اما لو حلف تسقط الدعوى اى بحسب الظاهر ولو لم تبرأ
ذمته عن الحق بحسب الواقع مع كذبه بلا خلاف بل للاجماع و
للاستصحاب ان مقتضى السقوط هو السقوط ظاهراً .

فح يجب عليه تبرئة ذمته من حق المدعى فيما بينه و بين

الله وذلك مقتضى الايمان بالله وبالْحساب .
 ولقد مر قول رسول الله صلى الله عليه وآله المروى فى ثل
 الباب ٢ من كيفية الحكم . حيث يقول . انما اقضى بينكم بالبينات
 والايان وبعضكم الحن بحجته من بعض . فايما رجل قطعت
 له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار ومن ذلك
 المقال يعلم ان البينة الكاذبة كاليمين الكاذبة لا اثر لها فى
 براءة الذمة عن حقوق الناس .

قال المحقق : ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم
 تحل له المقاصة . المتن . لان المدعى ليس له بحسب الظاهر
 مستند فى ذلك .

قال : ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه : لما فى
 رواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام : اذا رضى صاحب
 الحق بيمين المنكر لحقه استحلفه فحلف لاحق له عليه وذهبت
 اليمين بحق المدعى فلاحق له .

قلت : وان كانت له عليه بينة عادلة .

قال نعم . وان اقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة -
 (القسامة) (جماعة يحلفون على شئ و يأخذونه) ما كان له وكان
 اليمين قد ابطل كلما اداعاه قبله مما قد استحلفه عليه .

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) :

من حلف لكم بالله فصدقوه . وان سألكم بالله فاعطوه و

ذهبت اليمين بحق المدعى ولادعوى له : ثل الباب ٩ من كيفية الحكم . وغيرها من الروايات فراجع .

فــــرع : ومقتضى تلك الروايات عدم جواز المقاصة للمدعى مضافا الى حكاية الاجماع عن جماعة والى الشهرة القديمة والحديثة .

فــــرع : وايضا يستفاد منها عدم سماع الدعوى مطلقا اى اشترط المنكر سقوط الحق باليمين وعدمه مضافاً الى الاجماع المحكى عن الشيخ فى الحلاف والغنية مع الشهرة - المحققة .

(الاقوال)

ومع ذلك فى المسئلة اقوال آخر .
منها السماع مطلقا كما فى موضع من المبسوط على المحكى و
سنده غير معلوم .
ومنها التفصيل بين ما اشترط المنكر سقوط الحق باليمين و
عدمه فلا سماع فى الاول .
وتسمع فى الثانى .
وهذا ما اختاره جماعة كالمفيد وابن حمزه والقاضى على ما
حكى عنهم كما عن الأشتيانى قدس سره .
وسندهم فى ذلك هو ان كل حالة يجب عليه الحق باقراره
فيجب عليه بالبينة كما قبل اليمين .

واجاب المسالك بان الرواية اى ابن ابى يعفور ان صحت
 كانت هى الحجة فى عدم السماع .
 ولا يخفى ان الفرق موجود من ناحية قيام الاجماع و دلالة
 النص فى الاقرار على السماع و دلالة النص على عدمه فى البينة
 مضافا الى ثبوت القوة فى الاقرار و عدمها فى البينة كما فى -
 المسالك .

ومنها : التفصيل بين ما اذا لم يعلم بها او علم ونسيها
 وبين غيره بالسماع فى الاول وعدمه فى الثانى و هذا اختيار
 ابن ادريس على المحكى عنه ولم يطهره له سند فى ذلك .

تنبيهه :

لما قلنا بعدم جواز المقاصة .
 فهل يجوز ترتيب الآثار الأخر غير التقاص على المال الذى فى
 ذمة الحالف ام لا يجوز .
 ونتيجة العدم كون ذلك المال مسلوب الأثر فى الظاهر
 بالنسبة الى المدعى .

اقول مقتضى رواية ابن ابى يعفور سقوط حق المدعى فلاحق
 له اولا وان يمين المنكر قد ابطال لما ادعاه وكذا غيرها و ليس
 فيها تعرض للتقاص فضلا عن سائر الآثار التى لاتستلزم التعرض

• للمنكر .

ومقتضى رواية عبدالله بن الواح المروية فى ثل الباب ١٠
من كيفية الحكم .

وهى : قال عبدالله بن الواح . كانت بينى وبين رجل
من اليهود معاملة فخانتنى بالف درهم فقدمته الى الوالى فاحلفته
فحلف وقد علمت انه حلف يمينا فاجرة فوقع له بعد ذلك ارباح و
دراهم كثيرة فاردت ان اقبض الف درهم التى كانت لى عنده
واحلف عليها فكتبت الى ابى الحسن (عليه السلام) فاخبرته -
بالقصة فكتب لا تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا تظلمه ولولا
انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تأخذ من تحت يدك ولكنك
رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها . وكذا مثلها المروى فى
ثل فى كتاب الايمان الباب ٤٨ .

• والمستفاد منها عدم جواز الاخذ والتعرض .

وليس منها عدم جواز ترتيب سائر الاثار التى ليس فيها تعرض
وتصرف فى مال الحالف كالاحتساب من الزكاة والابراء وغيرهما
كالاحتساب عن الخمس وهذه امور باطنة لا تعرض فيها .

خلاصة الكلام : ان المستفاد من الروايات

رواية ابن ابى يعفور . ورواية عبدالله بن واضح وغيرهما -
بالنظر الى ظاهرها هو عدم جواز ترتيب الاثر مطلقا اى سواء كان
الاثر ظاهرا كالاخذ والتصرف بالتقاص او كان باطنا كالابراء و

- الاحتساب كالحساب عن الخمس والزكاة .
- فان الظاهر من اذهاب اليمين المال هو ان المال ح -
- كالمعدوم والاثري ترتب على شئ موجود .
- ولكن العدم حقيقة لا يعرض المال باليمين لان الشئ لا
- ينقلب عما هو عليه .
- فارادة ابطال اليمين المال حقيقة تكون غير مراد بل المراد نفى
- جميع الاثار المترتبة عليه .
- تدقيق النظر : والذي يقتضيه تدقيق النظر هو
- عدم صحة نفى جميع الاثار بملاك ان نفى جميعها و ان كان
- اقرب بالنسبة الى الابطال بعد امتناع ارادة ذهاب اصل المال
- وانعدامه الا ان الاقرب عرفا نفى ما يقال انه تعرض لما حلف به
- من الاخذ وتجديد الدعوى وغيره .
- وبعبارة اخرى ان عظمة حرمة اليمين والحلف بالله تقضى
- نفى الاثار .
- ولكن الاثر الذي يوجب هتك حرمة الحلف بالله واما الاثر
- الذى لا يستلزم منه خلاف الحرمة فلا كالاحتساب من الزكاة و -
- الصدقات والابراء . استنادا فى ذلك الى القاعدة من ان
- الناس مسلطون على اموالهم .
- ولا يخفى ان سند ذلك القول ليس الا دعوى حكم العرف
- فى امثال هذه الروايات .

ومنها حديث الرفع حيث يقال ان رفع جميع الاثار بالنسبة الى رفع التسعة وان كان اقرب الى المعنى الحقيقى من الرفع الا ان الاقرب عند العرف هو رفع المؤاخذة . وهذا خلاصة ما ذهب اليه المحقق الاشتياني قدس سره فى كتابه القضاء .
 والتحقيق ان ذلك البيان ليس استدلالاً بل هو دعوى -
 الظهور والتبادر واذآل الامر اليه فالعهدة عليه فلا يكون هذا من دقيق النظر كما قال رحمة الله عليه ان العرف اذا سمع من المولى ان اليمين ذهبت بالمال او قوله فلاحق له الظاهر فى نفي جنس الحق لعرف ان ذلك المال خارج عن ترتيب الاثر المطلق .

والظاهر ان عدم تعرض الاصحاب لما مال اليه كما قال فى آخر البحث لاجل فهم العموم ولذا لم يتعرضوا تعويلا عليه .
 نعم صاحب الجواهر قدس سره قال : وان كان استفادة حرمة التصرف فيها مثلا باطنا من النصوص الآيته (اى فى كلامه) لا يخلو عن صعوبة انتهى .

وحاصله ان الفهم من حيث العموم فيه غموض و صعوبة لا انه لا يفهم العموم فتأمل .

فالاظهر عملا بالظاهر جعل المال الذى حلف المنكر على نفيه مهملًا بحيث لا يحوم حوله من حيث ترتيب الاثار فتأمل .
 قال المحقق :

ولو اقام (اى المدعى) بينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع .
اقول وذلك ان بعد اليمين لم يبق له حق حتى تكون
البينة حجة له ولما مرّ من قول الصادق عليه انفا . اذا رضى
صاحب الحق بيمين المنكر الخ من نفى اقامة البينة مع ان المسئلة
من الشهود بل عن الشيخ والفقهاء الاجماع عليه المحكى فى -
الجواهر .

قال :

وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين :
وهذا القول نقلناه قبيل هذا فراجع .

وقال : وقيل ان نسي بينته سمعت وان حلف متن .
وهذا ايضا قد سبق مع القول بالقبول مطلقا .
قال : والاول هو المروى المتن . كما مر وهو المعمول به
عند معظم مع الاجماع كما عرفته .

وقال : وكذا لو اقام بعد الاحلاف شاهدا و بذل معه
اليمين وهنا اولى المتن . لان الحكم بالشاهد الواحد واليمين
اضعف من البينة مع تناول النصوص للمسئلة .

قال : اما لو اكدب الحالف نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته
ما يجده له مع امتناعه من التسليم : المتن .

اقول : وهذه المسئلة كما عن المحقق الاردببلى واضحة
من اجل تصادقهما على بقاء الحق فى ذمة الخصم و لذا نفى

الخلاف غير واحد ويساعده دعوى الاجماع فى المسئلة كما لا يخفى
كما فى المهذب وما عن الصيمرى .

ومع التصديق على البقاء يكون مقتضى (الناس مسلطون على
اموالهم) هو جواز المطالبة والتقص مع الامتناع عن الرد .
والعجب من صاحب الجواهر قدس سره حيث استدل على
المسئلة بعموم (اقرار العقلاء على انفسهم جاز) كما عن المحقق
الاردبيلى قدس سره ايضا ومن عموم ادلة جواز المقاصة ثم رجحه
على النصوص التى دلت على ان اليمين ذهبت بالمال بواسطه
الاجماع وغيره .

وقال ان الاقرار سبب جديد للاستحقاق المدعى غير ما سقط
باليمين بعد فرض كون المسئلة داخلة فى تلك النصوص لانه على
الفرض يحصل التعارض بينها وبين عموم الاقرار فيرجح على تلك
النصوص بما مر من الاجماع المعتضدة بنفى الخلاف و بخصوص
الرواية المعتبرة الواردة فى الوديعة المروية فى (ثل) الباب ٤٨
من كتاب الايمان .

وبما عن الفقه الرضا المروى فى البحار : ج ١٠٤ ص ٢٨٨
من الطبع الجديد فى الامانة الدالتان على ان الاخذ بعد -
الجحد والانكار والحلف وحصول الرجوع من المنكر جازى والربح
الحاصل من المال ينتصف ثم قال .

واخصية المورد تندفع بعدم القائل بالفرق مع انه يمكن استفادة

التعميم من سياقه سوءاً لا وجواباً .
 وجهة التعجب ان تكذيب المنكرمينه من أية جهة كانت
 رافعا لموضوع التخاصم و دالاً على بقاء حق المدعى كما ان مع
 اليمين بلا تكذيب كانت ذاهبة بالحق لا باعثة على العدم حتى
 يكون معدوماً .

فاذا اكدب نفسه فلا يمين فلا زوال للحق حتى يقع التعارض
 بين الاقرار وبين النصوص الدالة على ان اليمين ذهبت بالمال
 ويرجح الاقرار على تلك النصوص بالاجماع وبما تمسك به من -
 الروايتين كما لا يخفى على المتأمل الصادق .

ثم ان قوله قدس سره (ان الاقرار مقتضى ان يكون الاقرار
 سبباً جديداً للاستحقاق غير ما سقط باليمين) اعجب لان الاقرار
 ليس كالبيع ناقلاً شرعياً بل هو من الأمانة على الحق كالبينة
 فمعنى الاقرار الهداية الى الحق الثابت وتصرف المدعى ح فى
 المال ليس من جهة الاقرار بل من جهة تسلط الناس على
 اموالهم .

وكذا لا ينقض التعجب من صاحب المستند للنراقى قدس
 سره .

من قوله رداً على صاحب المسالك الذى يقول فى جواز
 المطالبة والمقاصة بعد تكذيب نفسه (لتصادقهما ح على بقاء الحق

فى ذمة الخصم فلا وجه للسقوط) بانه اجتهاد فى مقابلة النص او مصادرة على المطلوب : انتهى . حيث توهم ان اليمين - ابطلت الحق فلاحق له فالقول ببقائه اجتهاد فى مقابلة النص الذى دلّ على ابطال اليمين الحق ولم يتفطن ان التكذيب يرفع حقيقة اليمين فلا يمين حتى تكون مسقطة للحق فهو باق فالحكم ببقائه لا يكون اجتهاداً فى مقابلة النص ولا مصادرة : ثم انه قدس سره .

اجاب عنّ تمسك باقرار العقلاء بان مقتضى الاقرار الحكم بتعلّقه بما فى ذمته ح واقعا فلا دلالة لجواز المطالبة والمقاصة و ليس الاقرار اقوى من علم المدعى نفسه بذلك مع تصريحهم بعدم جواز المطالبة مع عدم الاقرار .

مضافا الى ان الثابت بالاقرار ليس الاتعلقه فى ذمته قبل الحلف ولا يخفى ان تلك المقالات تبتنى على حساب اليمين الواقعة من المنكر يميناً .

والحال أنّها بعد اكداب نفسه لاتعدّ يميناً فلا يمين ولا زوال للحق كما لا يخفى على المتأمل .

قال : وان ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف : المتن . وسند تلك المسئلة روايات .

منها محمد بن مسلم عن احدهما (عليهما السلام) فى الرجل يدعى ولا بينة له .

قال : يستحلفه فان ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له : ئل الباب ٧ من ابواب كيفية الحكم .
 وهذه الرواية واضحة الدلالة على ان الحلف للمدعى مع ردّ اليمين فلولم يختار الحلف فلاحق له .
 ومنها : رواية عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى .
 قال يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له : ئل الباب ٧ من كيفية الحكم : وغيرهما فراجع الباب ٧ .

وظاهر كلام المصنف ان اللزوم من قوله (لزمه) هو اللزوم الشرطى ومعناه انه لو اراد اثبات حقه لزمه ذلك لانه يجب عليه الحلف وان لم يرد اثبات حقه وهذا ظاهر جمع من الاجلة الفقهاء :

ثم ان توضيح المسئلة وتحقيقتها يبتنى على بيان مسائل الاولى : ثبوت الحق باليمين المردودة .

الثانية : ان تلك اليمين من المدعى كالبينة او الاقرار .

الثالثة فى سقوط الدعوى نيكول المدعى .

اما لكلام فى الاولى فقد عرفت فى اول المسئلة دلالة النصوص على ثبوت الحق بعد اليمين وهى مستفيضة او متواترة كما عن بعض الاكابر فراجع تمامها فى الباب ٧ من (ئل) من ابواب كيفية

الحكم

والكلام فى الثانية : فى جهة البحث عن ذلك ثم البحث
عن ان اليمين كالبينة او كالاقرار .

واما الجهة فهى ان ميزان الفيصلة منحصر فى البينة و
اليمين لقوله (البينة للمدعى واليمين على من انكر) وكذا قوله
صلى الله عليه وآله (انما اقضى بينكم بالبينات والايمان) فتوجه
اليمين على المدعى خلاف الميزان المستفاد من ادلة القضاة
فلا بد ان تنقلب اليمين هنا الى انها كالبينة لانها هنا حجة
كالبينة .

او الى انها كالاقرار بمعنى ان فى رد اليمين التزام بثبوت
الحق للمدعى .

ولكل من القولين بيانات لا يغنى عن واقع المسئلة شيئا فلا
نطيل الكلام فى المقام فراجع الى المسالك وغيره تجده .
والذى يسهل الخطب : ان الحصر بنحو لا يمكن الخروج
عنه ليس بثبات على الظاهر فح نقول ان الدليل دل على جواز
اليمين للمدعى فى ذلك المورد وفى الفروع المترتبة عليها يعمل
بمقتضاها فتأمل فان المسئلة مع التفريع عليها غير منقته .

والكلام فى الثالثة : هو سقوط الدعوى بنكول المدعى و-
ذلك لذهاب جماعة الى سقوط الحق مطلقا فى المجلس او غيره
اقام البينة بعد ام لا بل عن الجواهر نقل الاجماع عن جماعة عن

الايضاح . والغنية وكفاية السبزواري وعن المصنف فراجع مع ملاحظه موارد الاجماع : فليس له ح مطالبه الخصم بعد ذلك و لاتجديد الدعوى فى مجلس آخر كما لو حلف المدعى عليه .

وسند ذلك قبل الاجماع نفى الروايات التى مرت فى رد اليمين على المدعى فانها دلت على ان المدعى لو حلف ثبت الحق وان لم يفعل فلاحق له ونفى الحق عن المدعى فى صورة عدم الحلف يشمل المجلس وما بعده من استئناف الدعوى او المطالبة كما لا يخفى فانه لنفى الجنس فراجع الى الباب ٧ من ثل من كيفية الحكم .

فما عن جماعة كالمفيد و ابى الصلاح الحلبي و العلامة فى التحرير والشهيدى والكاشانى قدس الله ارواحهم كما فى - الجواهر من الحكاية : من عدم سقوط دعواه اذا جاء ببينة بل فى الروضة نسبته الى المشهور قال الجواهر بل لعل المحقق خلافه اى المشهور .

غير وجيهه : لما عرفت من نفى جنس الحق لو لم يحلف المدعى .

وسند هؤلاء الجماعة مع اقامة البينة بعد النكول لعله عبارة عن نفى الاطلاق من النصوص السابقه حتى يشمل صورة اقامة البينة بتقريب ان النصوص راجعة الى ان عدم ثبوت الحق للمدعى مع النكول من جهة عدم وجود الحجة له فى المقام فلا نظر لها

لصورة اقامة البينة فح يكون الحق باقيا بالبينة وارتضاه كذلك المحقق الاشتياني فى قضاائه ص ١٢٧ .

وقال فهذه الروايات نظير ما ورد فى الادعاء على الميت من انه اذا ادعى عليه ولا بينة للمدعى فلاحق له فانه لا يتوهم احد انه يدل على سقوط الحق ولو بعد اقامة البينة فراجع تجده .
ولكن ضعف هذا ظاهر لانه ليس هنا فى الدعوى على الميت الاعدم البينة ولو اقام بينته يكون له حجة على الحق .

بخلاف المقام فان المدعى له سند فى المورد وهو يمينه لو حلف يثبت حقه واذا نكل عنها وكان يمينه كالبينة لم تبق له بينة حتى يقيمها مرة اخرى كما هو ظاهر الاخبار من نفى الحق فتأمل .

قال المحقق :

وان نكل المنكر بمعنى انه لم يحلف ولم يرد .
قال الحاكم ان حلفت والا جعلتك ناكلا ويكرّر ذلك ثلاثا استظهاراً لا فرضاً . فان اصّر قيل يقضى عليه بالنكول .
وقيل : يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه وان امتنع سقط .

والاول اظهر وهو المروى : المتن .
لا يخفى ان القول بالقضاء بمجرد النكول محكى عن الصدوقين والشيخين والديلمى فى المراسم والحلبى .

كما ان القول بانه يرد اليمين على المدعى كما فى المتن -
 محكى عن الشيخ والقاضى فى الكامل وابنا حمزة و ادريس و
 الفاضل والشهيدان .
 والاول اظهر عنده .
 وسنده : وغيره ممن ذكر قوله : البيينة للمدعى (على من
 ادعى) . واليمين على المنكر (على من ادعى عليه) .
 وحاصل المراد منه : انه جعل اصل البيينة فى خصوص
 المدعى . وجعل اصل اليمين على المنكر .
 ولا يخفى ان التفصيل يقطع الشركة فاذا لم يحلف بمقتضى
 قاعدة المنكر ولم يرد اليمين على المدعى يقضى بالنكول و اشار
 الماتن بقوله (المروى) الى ما نقلناه وغيره .

النقض :

واما النقض بالرواية برد اليمين على المدعى وثبوت اليمين
 عليه اّما جاء من قبل الرد لا باصل الشرع الخلاصة الخروج عن
 مقتضى الحصر يحتاج الى دليل خاص وهو موجود مع الرد لا بالنكول
 كما لا يخفى :

ورواية محمد بن مسلم . سئل الصادق (عليه السلام) عن
 الاخرس كيف يحلف .

قال : ان اميرالمؤمنين عليه السلام كتب له اليمين وغسلها
وامره ان يشربها فامتنع فالزمه بالدين .

ويدل هذا الخبر على تعقيب الالتزام بالامتناع بلا مهلة
لمكان الفاء .

قال فى المسالك والفرق بين الاخرس وغير ملغى بالاجماع
وايضا ظاهر الخبر عدم رد اليمين والا لنقل فتامل : وهذا مروى
فى (ئل) الباب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم .
ورواية عبدالرحمان بن ابى عبدالله .

قال قلت للشيخ (اى موسى بن جعفر عليه السلام) أخبرنى
عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة عادلة قال
فيمين المدعى عليه فان حلف فلاحق له (اى للمدعى) .

وان لم يحلف فعليه الحق (اى المدعى عليه) وان رد -
اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له (اى للمدعى) .

فرتب عليه السلام ثبوت الحق عليه (اى على المنكر) على فرض
عدم حلفه ، فلا يعتبر .

معه امر آخر قال فى المسالك وهذه الرواية لم يذكرها فى
الاستدلال مع انها واضحة الدلالة وهذه الرواية من الروايات
المتلقاة بالقبول للاصحاب الخ انتهى : ئل الباب ٤ من كيفية
الحكم .

تنبيهه : ثم لا يخفى ان قوله قدس سره (ان

حلفت والا جعلتك ناكلا) ثلاثا لم يثبت استحبابه .
وان قال المبسوط والدروس بالوجوب مرة على المحكى فى
المستند مع انه ايضا بحسب الظاهر ليس له دليل ولذا قال فى
كشف اللثام : لا يجب الا الامر بالحلف لا قوله كما فى المتن -
فاغتنم .
والتسامح فى ادلة السنن تسامح فى احكام الدين كما قلنا
مرامراً .
تأييد : ويؤيد ما استظهرنا الاستصحاب اى عدم
ثبوت اليمين على المدعى .
وايضا : عدم توقيفية الرد من الحاكم الى المدعى .
ظاهر رواية البصرى عبدالرحمن السابق فى الفوق اى قوله
عليه السلام فان لم يحلف فعليه الحق اى المنكر .
والحاصل حصول الاطمينان مما ذكر بما افتى به الماتن
قدس نعم لورد المنكر اليمين على المدعى فهو خارج بالاجماع واما
لولم يحلف ولم يرد فيقضى عليه بالنكول وان كان الاولى رد
اليمين عند النكول خروجاً عن مخالفة القول الآخر كما لا يخفى .
وخلاصة استدلال القول الآخر هو التمسك بالنبوى العامى
من فعله صلى الله عليه وآله : مورد اليمين على طالب الحق
كما قاله فى المستند للنراقى قدس سره .
وفيه انه لا يستند اليه اما لعدم الحجية اول عدم الدلالة

لكونه قضية فى واقعة لا يعلم حالها انها فى اية واقعة كانت اذ
 لو لم ينكل ورد اليمين على المدعى لم يكن به بأس .
 والتمسك بالاجماع المنقول كما عن الشيخ فى الخلاف وابن
 زهره فى الغنية .

فيه ان المنقول منه ليس بحجة مضافا الى مخالفة فحول
 الطائفة قبل الدعوى بل مخالفة الناقل نفسه قبلها كالشيخ او
 بعدها كابن زهره كما فى المستند ولذا جعل فى المسالك هذا
 الاحتجاج من غرائب الاحتجاجات : مع مخالفته الشيخ نفسه فى
 النهاية ومع سبق الصدوقين والمفيد وابى الصلاح والسلارومنه
 يظهر ضعف ما يظهر من ابن ادريس حيث نسب الخلاف الى
 الشيخ فى النهاية فقط .

والتمسك برواية عبيد بن زرارة وفى جملتها يستحلف او يرد
 اليمين على صاحب الحق .

وتوضيحه ان قوله (يرد) الضمير فيه راجع الى الحاكم فيكون
 سنداً للرد لا الحكم بالنكول .

فيه ان جملة سواء قرئت (يرد) بالبناء للمعلوم او المجهول
 لا يدل على مطلوبهم فان الظاهران فاعل (يرد) هو المدعى
 عليه لمناسبة ضمير يستحلف المقارن له لا القاضى كما فهموه .
 وايشا ان كلمة (او) فى الرواية موضوعة للتخيير لا الترتيب و
 استدلالهم لا يتم الا بالترتيب كما عن المحقق القمى فى القضاء

٦٨٤ وهو متين .

والتمسك برواية هشام عن ابيعبدالله عليه السلام :

قال يرد اليمين على المدعى .

فيه ما لا يخفى لان دلالتها مبنية على كون المراد وجوب الرد مطلقا لاجوازه من المدعى عليه وهو ممنوع فتأمل (ثل) الباب ٧ من كيفية الحكم .

قال المحقق : فلو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت

اليه المتن .

اي اذا قال المنكر انا احلف بعد النكول وحكم الحاكم بالنكول لم يلتفت اليه بناء على الحكم بالنكول كما هو الاقوى لاجل كونه مشهورا كما يستفاد من كلماتهم بل عن الجواهر نفى الخلاف .
وبيانه ان مع النكول والحكم من القاضى يرتفع الخصومة و يحصل الفيصلة فلا يبقى وجه للبذل .

قال : ولو كان للمدعى بينة لم يقل الحاكم احضرها لانه

حق له .

وقيل يجوز وهو حسن : المتن .

اقول عدم القول بالاحضار محكى عن الشيخ فى المبسوط كما فى المسالك لانه حقه اى المدعى فلا يؤمر باستيفائه نعم يقول ان شئت اقمته لا اقمها لان مشيئة الاحضار اليه لانه قد يريد اليمين لا الاقامة وتبعه القاضى فى المهذب وابن ادريس .

وايضا القول بالجواز محكى عن النهاية للشيخ .
 قال يجوز ان يقول له احضرها وهذا القول اختاره الاكثر
 كما فى المسالك والمصنف استحسنه .
 ولكن من باب الارشاد لا الايجاب خصوصا اذا لم يعرف ان
 المدعى يعلم ذلك .

قال : ومع حضورها لايسئلهما الحاكم ما لم يلتمس المدعى :
 المتن وجه ذلك ان الحق للمدعى فالاستيفاء يكون باذنه .
 فـرع : وهل يتعين للمدعى اذا كانت له
 البينة احضارها اذا كانت غائبة او اقامتها لو كانت حاضرة ام يجوز
 له الاحلاف بمعنى ان المدعى مخير بين ان يقيم البينة و بين
 التحليف .

• وللحاكم تخييره بينهما .

الظاهر عدم التعيين و تخييره بينهما و صرح بذلك فى التحرير
 كما فى المستند للنراقى و نفى بعض مشايخه المعاصرين عنه -
 الاحلاف فى صورة عدم حضور البينة بل ذكره عن جماعة ثبوت
 الخيار مطلقا غائبة و حاضرة لان الحق له فله المشيئة بل قال
 بعض ان التخيير مطلقا هو المستفاد عن الادلة انتهى .

اقول : لعل المراد من الاستفادة هو الاستظهار من جملة
 (اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر) فى رواية ابن ابي يعفور
 حيث ظاهر الاطلاق بين من كان له بنية اولم تكن و الاستفادة

من قوله (وان كان له بنية عادلة) فانها ناظرة الى عدم اقامتها
 مع وجودها نعم لو اقامها بعد الاحلاف لم تفد البينة كما لا يخفى .
 فــــرع : لو كان للمدعى بينة واعرض عنها والتمس
 اليمين باسقاطها .

فهل يجوز له الرجوع قبل ان يتحقق الحلف من المنكر .
 الظاهر جوازه لاصالة بقاء الخيار له ونسب ذلك الى الاكثر
 والاطهر بعض من تأخر كما في المستند فتأمل .
 قال : ومع الاقامة بالشهادة لا يحكم الا بمسئلة المدعى
 ايضاً : المتن .

وذلك لما مرّانه حق له .
 والتمسك باطلاق الاية : ان احكم بين الناس بالعدل من
 حيث كون الحكم من منصب الحاكم فيجوز له بلا اذن كما في -
 الجواهر .

غير وجيه لان الحكم بين الناس ناظر الى القضاة بالحق فلا
 يشمل تلك المسئلة كما لا يخفى بالتأمل .

قال : وبعد ان يعرف عدالة البينة يقول هل عندك جرح
 فان قال . نعم وسئل .

الانظار في اثباته انظره ثلاثا : المتن : القول بالثلثة عن
 الشيخ في المبسوط ولكن ليس له دليل التعيين فالايكال الى
 العرف مع بعد المسافة وغيره ولانه مقتضى العدل .

واما القول بان (هل عندك جرح) من حيث وجوبه على الحاكم
ففيه اشكال : وعن المحقق القمي قدس سره (طلب منه الجرح) .
قال هكذا قالوا انتهى .

ولعله لتحكيم مباني القضاة فح لا يخلو الوجوب عن قوة .
تنبيه : ويؤيده ما قلنا في الأمد في الانظار ما عن علي
عليه السلام مخاطباً لشريح : واجعل لمن ادعى مشهوداً امداً
بينهما الخ المروى في ثل الباب الاول من ابواب آداب القاضى :
حيث لم يعين الأمد بثلاثة .

وفورية القضا لا يقتضى الاكتفاء بها كما يتراى من صاحب -
الجواهر قدس سره .

وقاعدة لا ضرر ايضاً ليست معينة للثلاثة كما هو ظاهر كلامه
قدس سره فتأمل .

ولذا قيل انه لو ادعى ان شهودى على الجرح على مسافة
لا يصلون الا بعد الثلاثة يمهل الازيد وان استشكل فيه صاحب
المستند قدس سره .

فـــــــرع : لا يخفى ان مع الامهال لو طلب
المدعى الكفالة لكان له ذلك لان حقه مع البينة ثابت و الجرح
غير معلوم .

واحتمال الفرار او الاختفاء جائز فافهم .

قال المحقق :

فان تعذر الجرح حكم بعد سوءال المدعى : المتن : الحكم عليه بعد السوءال عن المدعى يجوز .

اما لانتهاء الثلثة على القول بها اولانتهاء ما حكم به العرف فلا وجه للتوقف فى الحكم .

واما أستحباب ان يقول الحاكم للمدعى عليه : قد ادعى عليك كذا . وشهد به عليك كذا . وانظرتك جرح الشهود فلم تفعل . فها انا اذا احكم عليك ليتبين انه حكم بحق : فيحتاج الى الدليل لان الاستحباب حكم شرعى كالوجوب .
قال المحقق :

ولا يستحلف المدعى مع البينة .

الا ان تكون الشهادة على ميت فيستحلف على بقاء الحق فى ذمته استظهاراً : المتن .

اما عدم الاستحلاف مع وجود البينة الجامعة لشرايط اثبات الحق فلرواية محمد بن مسلم : سألت ابا جعفر عليه السلام . عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه ان يستحلف قال : لا : ثل الباب ٨ من ابواب كيفية الحكم : ولروايته الاخرى .

ولرواية ابي العباس عن ابي عبد الله عليه السلام : اذا اقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين : ثل الباب ٨ من كيفية الحكم : ولرواية ابان عن جميل .

وللاخبار المستفيضة الدالة على ان البينة للمدعى واليمين

على من انكرو بلفظ آخر فى الرواية البينة على المدعى و اليمين
على المدعى عليه بلحاظ ان التفصيل يقطع الشركة وهذا اصل
تلقيناه من التشريع وقد يستثنى منه بعض الموارد .
ثم لا يخفى ان المسئلة اجماعية كما عن الخلاف وفى الكفاية
للسبزوارى قدس سره : بلا خلاف فيه .

الاصـل :

مضافا الى ان الاصل يقتضى عدمه .
المعارض وفيه :

ولا يعارض الحكم ما عن على عليه السلام مخاطبا لشريح برواية
سلمة بن كهيل وردّ اليمين على المدعى مع بينته . فان ذلك
اجلى للعمى واثبت للقضاء : فان شرط المعارضة ليس بموجود
فان الشرط ثقة الراوى وسلمة بن كهيل و ابوالمقدام وغيرهما :
ليسوا باهل فان ابا جعفر عليه السلام .

قال انهم ممن قال الله تعالى (ومن الناس من يقول آمنا
بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين : راجع الى المجلد الاول
من جامع الرواة للعلامة الخبير الميرزا محمدا لاردبيلي قدس سره
ص ٣٧٣ .

فلا وجه لارتكاب التكلف بالحمل على الاستحباب او على -

ارتباب قصد البينة بلحاظ التعليل فى الرواية او على بينة واحدة
يضم اليها اليمين كما عن المحقق القمى قدس سره .

الاستثناء :

- واما استحلاف المدعى مع الشهادة على الميِّت .
- فان المعروف من الاصحاب بحيث لا يوجد مخالف فيهم ان
المدعى اذا اقام البينة على حقه على الميِّت فيستحلف على بقاء
الحق فى ذمة الميِّت .
- كما صرح به المحقق القمى قدس سره ص ٦٨٦ من كتاب
القضاء من الغنائم .
- وهذا الاستحلاف واجب فى المقام كما صرح به الشهيد الاول
فى اللمعة قال وكذا يجب اى اليمين مع البينة فى الشهادة
على الميت والطفل والمجنون .
- قال الشهيد الثانى فى شرحه : اما على الميِّت فموضع وفاق
الى آخره .
- فقول المحقق هنا (استظهارا) ليس للاستحباب فان الظاهر
ان مرادهم منه هنا طلب ظهور ثبوت الحق وبقائه الى حين
الطلب كما عرفت من اللمعة فتبدير .
- ويدل عليه قبل الاجماع الذى فيه تأمل .

ذيل رواية عبدالرحمن ابن ابي عبدالله المروية في الكافي
 صدرًا وذيلا في الباب ١٢ من كتاب القضاء ج ٧ الطبع الجديد .
 فما عن المحقق الاشتياني في كتاب القضاء من قوله (وابدل
 في الفقيه قوله فان لم يحلف ثم نقل الذيل عن الفقيه ليس في
 محله لان الذيل ايضا موجود في الكافي الا ان يكون عنده نسخة
 من الكافي الذي لم يكن ذلك فيه وهو بعيد : ونقل صاحب
 الوسائل عن الكافي ذيلا ايضا الباب ٤ من ابواب كيفية الحكم .
 ولعله تبع في اسناد الذيل الى الفقيه بما عن المحقق -
 للاردبيلي قدس سره حيث قال بعد نقله الى قوله عليه السلام
 (وان لم يحلف فعليه) فان هكذا في الكافي والتهذيب ثم قال .
 وفي الفقيه وان رد اليمين الخ ثم تعرض للذيل .

تنبيه :

قال المحقق الاردبيلي : وايضا (بعد الاشكال في الرواية)
 قد يكون الشيخ غيره (اي غير موسى بن جعفر) عليهما السلام و -
 ليس قول الصدوق في الفقيه يعني موسى بن جعفر مع عدمه في
 غيره مثل الكافي والتهذيب حجة اذ قد يكون فهمه واجتهاده .
 ولكن التحقيق خلافه لان التفسير بموسى بن جعفر عليهما
 السلام من نفس الراوى وهو البصرى عبدالرحمان لانه قال قلت

للشيخ يعنى موسى بن جعفر والصدوق نقل كذلك عنه لان -
الصدوق عليه الرحمة متعبد بنقل الرواية كما هى .

ورواها المحمدون المشايخ الثلاثة فلا يحتمل نقلها عن غير
الحجة واخذت من الاصول .

ذيل الرواية : كما فى الكافى : ص ٤١٥ ، و ان كان
المطلوب بالحق قد مات فاقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين
بالله الذى لاله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعله فان حلف
والا فلاحق له . لانا لاندرى لعله قد اوفاه ببينة لانعلم موضعها
او بغير بنية قبل الموت .

فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة الى آخره .
ورواية اى مكاتبة محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه -
السلام .

هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع
شاهد آجز عدل . فوقع عليه السلام اذا شهد معه آخر عدل
فعلى المدعى اليمين الى آخره فراجع . الكافى كتاب الشهادة
ج ٧ ص ٣٩٤ الطبع الجديد (وفى ثل الباب ٢٨ من كتاب
الشهادة قال يعنى الصفار وليس فى الكافى) .

الاشكالات :

وقد استشكل فى الرواية بامور .

منها بالضعف لاجل ياسين الضرير وما وقع فى كلام المحقق القمى من قوله (من جهة ليث الضرير) فسهو : وهو مردود لما قلنا ان تلك الكتب كتب المشايخ الثلاثة مأخوذة من الاصول كما صرحوا به ولولا الوثوق ما اثبتوا .

ولما قال المحقق القمى بالانجبار بعمل الاصحاب فان الظاهر ان مبنى فتويهم فى هذه المسئلة على هذه الرواية فلا يحسن القدح بان موافقة فتاويهم للرواية لاتدل على ان عملهم واعتمادهم كان عليها انتهى كلامه رفع مقامه .

اشارة الى اشكال المحقق الاردبيلى فراجع .

اقول : صرف العمل الاقتراحى ليس بمناط بل العمل من جهة احراز كونها موثقة كما لا يخفى .

ومنها : القدح فى الدلالة بان الرواية ليست بصريحة فى تعدد البينة فلعل المراد اليمين مع البينة الواحدة وهذا ايضاً اشارة الى رد المحقق الاردبيلى بقوله ولا يحسن القدح الخ قال لانه خلاف ما يتأدى به تفريق موضع البينه عن موضع اليمين فان الاول هو لاصل الحق والثانى لقائه عليه .

مضافا الى اعتراف الاردبيلى بان ظاهرها التعدد : بل يحصل العلم بالعدلين فيما يشرط فيه بالتصريح فى الموارد . ومنها : انها تدل على وجوب اليمين المغلظة ولم يقل به احد كما عن القمى عن الاردبيلى . وهذا ضعيف فى الغاية لان

- الامام اعظم ذكر الله بالتوحيد والتمجيد .
- ولكن لم يشر الى تعيين هذا النحومن الحلف .
- ومنها توهم التقية .
- ومنها ان الشيخ فى قوله قلت للشيخ قد يكون غيره عليه -
- السلام كما عن الاردبيلى .
- وجوابه قد مرّ .
- ومنها : الاشكال بمحمد بن عيسى العبيدى وهو ضعيف
- على الاصح كما عن المسالك .
- وجوابه مع قطع النظر عن وجود الرواية فى كتب المشايخ ان
- العبيدى ممن مدحه الفضل بن شاذان وكان يحبه و يرتفع
- الاشكال بالمراجعة الى جامع الرواة للاردبيلى قدس سره .
- وخلاصة الكلام ان الحكم بالرواية وبالمكاتبة محل اشكال
- عند المحقق الاردبيلى وكذلك عن المسالك بقوله (على تقدير
- العمل بها نظرا الى الانجبار) ولكن المحقق القمى وكذا صاحب
- المستند قدس سرهما وغيرهما كالمحقق الاشتيانى قدس سره عملوا
- بها وردوا الاشكالات وكذا صاحب الجواهر قدس سره : والانصاف
- انها لا يخلو عن تأمل لولا الاجماع .
- التعدى من مورد النص :
- قال : ولو شهدت على صبي او مجنون او غائب ففى ضم
- اليمين الى البينة تردد اشبهه انه لا يمين : المتن .

- لا يخفى ان فى المسئلة قول بالالحاق
- وقول بعدمه وهو الاشبه عند المصنف قدس سره
- ومستنده الوقوف فيما خالف الاصل على موضع النص والوفاق
- وعلى الالحاق ذهب الاكثر بل المشهور كما فى الغنائم -
- اعتبار اليمين على الغائب من غير تكفيل الا مع تعذر اليمين كما
- لو كان المدعى وكيل المستحق فلا يجوز احلافه واعتبر ح التكفيل
- انتهى لمشاركتهم فى العلة المشار اليها فى النص وهو انه ليس
- للمدعى عليه لسان يجيب فيكون
- من باب العلة المنصوصة
- او من اتحاد طريق المسئلتين لامن باب القياس الممنوع و
- لان الحكم فى الاموال مبنى على الاحتياط
- التام وهو يحصل بانضمام اليمين وذهب اكثر مخالفتنا الى
- ذلك من دون استناد الى نص كما فى المسالك • والعلامة فى
- الارشاد ذهب الى التعدى ولكن فى القواعد الى عدمه •
- وتحقيق المقال : انه لا بد اولا من تعيين العلة فى
- الرواية حتى نتكلم فى مفادها •
- وهى اما قوله عليه السلام (لانا لاندري لعله وقاه ببينة لا
- نعلم موضعها) •
- واما قوله عليه السلام : لان المدعى عليه ليس بحى) -
- فكلاهما محتمل فاختيار الاول كما عن الاشتياني بلا دليل مع ما

فيه من الاشكال اذ هو علة. لان انتفاء الحق مع عدم البينة لا لثبوت اليمين وهذه العلة مختصة بالميت لقوله بعد ذلك قبل الموت . وكذلك قوله ليس بحي اذ اختصاصه بالميت واضح فانتهاء العلة عن الملحق به معلوم .

ومن اجل ما ذكرنا ذهب المحقق العاتن كما ترى واكثر - المتأخرين كما في المستند الى عدم التعدي وهو الاظهر . ويحتمل قويا ان العلة عبارة عن عدم الدراية مع اليأس عن اقامة الحجة فلا معنى للتعدي كما عن بعض الاصحاب . وتحقيق المقال ايضا فيما استند فيه الى التعدي يحتاج الى بيان ان هنا حقيقة علة ام لا .

الظاهر ليس هنا علة منصوصة يستدل بها الى التعدي لان العلة لو كانت في النص هي قوله (لانا لاندرى الخ غير جارية في حق الصبي والمجنون بل ولا الغايب فانه قال : فيه قيل الموت وضمير (لعله) راجع الى الميت وهي لو كانت منصوصة للزم جريانها في الحي وفي دعوى العين على الميت ايضا لاحتتمال نذرها وتملكها .

مع الاحتمال القوي كونها نكته وحكمة لا علة فاستفادة مثل العلة ثم القياس ليس بمنصوص العلة والا لزم جريانها في الحي كما قلنا .

وقوله : واتحاد طريق المسئلتين : لا يخفى ما فيه لان

اتحاد الطريق عبارة عن القياس الجلى وليس هنا .
 وقوله فى استدلالهم : ولان الحكم فى الاموال مبنى على
 الاحتياط .

وفيه ان مقتضى ذلك لو كان صحيحا لكان مراعاته فى جميع
 موارد دعوى المال والحال ان الملاك فيها البينة .
 تابع قبله ————— :

توضيح: اذا ادعى على ميت واقام على ثبوت الحق فى ذمته
 البينة المقبولة . يحتاج مع ذلك فى اثبات الحق واخذه وحكم
 الحاكم له بذلك الى يمين على بقاء الحق فى ذمته الميت الى
 وقت الطلب يمينا واحداة سواء كان له وارث واحد او متعدد فلا
 يحلف لكل واحد يمينا على حدة ولا يكلف لانه دعوى واحدة على
 مال الميت فالكل بمنزلة الميت ولعدم الدليل على الزيادة و
 عدم القائل على الظاهر : كما صرح به المحقق الاردبيلى قدس
 سره .

الخلاصه ————— :

والاظهر عدم اليمين فيما ذكر من الملحق به خصوصا فى
 حق الغايب لرواية جميل بن دراج عن جماعة من اصحابنا عنهما
 عليها السلام .

قال : الغايب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذ اقدم قال ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء : (ثل)
الباب ٢٦ من كيفية الحكم :

ومثله ما عن الباقر عليه السلام (وفيه قوله : اذا لم يكن مليا)
وسيجى البحث عنه انشاء الله تعالى .

اذ من المعلوم ان الغايب بقدمه يتيسر له اقامة الحججة على النفى لولم يقبل الحكم والميت لا قدم له ففرق واضح -
بينهما .

وكذلك الصبي ببلوغه والمجنون بافاقته فانقدح الفرق بينهم
وبين الميت .

وايضا يقال اذا ثبت عدم اليمين فى الغايب ثبت عدمه
فيهما ايضا بالاجماع المركب .

والاشكال بان رواية جميل مرسله ساقط لانه من اصحاب
الاجماع على تصحيح ما يصح عنه (قد اجمع الكل على تصحيح ما :
يصح عن جماعة فليعلما) فهو متهم . كما لا يخفى . (فهم او لو
نجاته ورفعة : اربعة وخمسة وتسعة) .

التعدى من الدين الى العين :

وهل الرواية ناظرة الى دعوى الدين على الميت او تشمل
للعين ايضا : ظاهر المحقق القمى والمسالك والعلامة فى

القواعد وصاحب الجواهر قدس الله أسرارهم هو اختصاص الرواية بالدين .

فلو كان ما يدعى على الميت عينا سواء كان عارية أو ودیعة أو غصبا لم يحتج الى يمين المدعى مع الشاهدين .
استدل المسالك .

وقال اعلم انه مع العمل بمضمون الخبر يجب الاقتصار على ما دل عليه من كون الحلف على المدعى مع دعواه الدين على الميت كما يدل عليه (قوله : وان حقه لعليه وانا لاندري لعله وفاه : (وكلمة وفاه فيه اشعارا وظهور في الدين) ثم قال فلو كانت الدعوى عينا دفعت اليه مع البينة من غير يمين : ولا يخفى ان كلمة الحق يطلق على الامر من النصيب والمال ولذا اعترض المحقق الاردبيلي بانه اعم من الدين انتهى .

نعم (كلمة وفاه) فيه ظهور في الدين .
والحاصل ان كلمة (عليه) تستعمل في العين ايضاً -
فلا استدلال بها يكون ضعيفا .

وقال المحقق القمي ص ٦٨٢ الظاهر من الرواية مما لو كان الدعوى على الميت بالدين كما يظهر من لفظ (الحق) . وعليه .
وفاه وغيرها) فيجب الاقتصار في هذا الحكم المحالف للاصل على موضع النص الخ .

ويرد عليه ايضاً قول الاردبيلي من استعمال كلمة (عليه) في

العين ومن كون الحق اعم منه .
ولكن كلمة (وفاه) ظاهر في الدين فيحمل الحق ولفظ (عليه)
ايضا عليه فافهم : وايضا صريح مكاتبة محمد بن الحسن هو الدين
واحتمال كون ذلك من باب المثال بعيد في الغاية و كذلك
الاحتمال في رواية البصرى .

واستدل صاحب الجواهر بان الاقوى عدم الحاق العين
بالدين بالعمومات في اخر بحثه فراجع .

فـرع : ولولم يوجد في التركة وحكم بضمانها
للمالك ففي الحاقها بالعين نظرا الى الاصل او بالدين لانتقالها
الى الذمة .

وجهان استجود اولهما في المسالك .
ولايبعد ترجيح الثانى لانه بعد فقدان ينتقل الى ذمته .
نعم لو فقد بعد الموت ولم يعلم فقدانها حال الحياة فحكمه
حكم العين كما عن المحقق القمى قدس سره وهو متين : بعد
الحساب الدقيق وهوانه بعد الموت لازمة للميت بل العين
ينتقل الى الورثة .

وكذا لو لم يعلم كون فقدان حال الحيوة لاصالة تأخر
الموت .

ومع الانتقال على الورثة لا يكون الدعوى على الميت بل على
الحي وليس فيه يمين بمقتضى البينة على المدعى الا اما اخرجه

الدليل كما عرفت .

ايضا فـرع : قال فى المسالك :

لو اقر له قبل الموت بـمـدة لا يمكن فيها الاستيفاء لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابراءه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهو اقوى انتهى وتوضيح مختاره هو ان اليمين لازم لاجل اثبات بقاء الحق فى ذمة الميت ومع البناء على الاصل والاخذ بالظاهر من بقاء الحق لا يحتاج المدعى على اليمين لبقائه بمقاد الاصل والظاهر فيكون الاقوى عنده عدم اليمين .

توضيح اطلاق النص ان المدعى يدعى الدين واطلاق النص

يحكم باليمين ولو لاجل مدة لا يمكن الاستيفاء فيها عادة .

مع ان الاحتمال لم ينقطع فمقتضاء عدم سقوط اليمين .

ولكن المحقق القمى قدس سره يقول : والذى يقوى فى

نفسى هو الاول (اى لزوم اليمين وعدم سقوط اليمين) وعدم

جريان التعليل المذكور فى الرواية هيهنا لا يوجب الحكم بسقوط

اليمين لان العلة هيهنا اخص من المطلوب بل هى نكتة او مثال

والا فاحتمال الابراء ايضا كاف .

وبالجملة التعليل لا يوجب تخصيص الاطلاق كما لا يخفى :

انتهى كلامه .

وظاهر الجواهر انه تبع القمى فى الاخذ بالاطلاق مع اطالة

الكلام فى المقام بالاحتمالات .

ولكن التأمل الصادق يعطى ارحجية ما ذهب اليه المسالك لان الاطلاق راجع الى دعوى الدين الذى لاسند له من حيث البقاء الا الاستصحاب واما لو اقرىثبت الحق باقراره فتصل النوبة الى الاداء والمبرء .

وهذه المدة المذكورة ليست بصالحة للاداء وصراف الاحتمالات لاتفيد فح لا احتياج الى اليمين لان الدين ثابت قبل اليمين : وان الاولى اضاءة اليمين : ويدل عليه بعض الاخبار الواردة فى ايضاء المريض واققراره بالحق ثم موته فراجع كرواية ابى ولاد عن رجل مريض اقر عند الموت لو ارث بدين له عليه فقال يجوز ذلك وغيرها ولم يذكر الحلف فى الاخذ للمقر له : فتأمل .

فــــرع ايضا : لا يخفى ان الظاهر من الرواية (اى عبدالرحمان السابقة) لزوم اليمين فى صورة اقامة البينة من اجل قوله عليه السلام (واقامت عليه البينة فعلى المدعى اليمين) فلو علم الحاكم بالقضية وحكم بها اى بواسطة علمه بالبينة .

فهل يجب اليمين ح ام لا .

الظاهر انه يجب لظاهر العلة المذكورة فى الرواية .

مضافا الى ما اصلنا من عدم علم الحاكم من ادلة القضاء .

وهنا ايضا احتمال الوفاء جار لما ذكر من النكتة والتعليل فى

الرواية .

نعم لو ارتفع احتمال الاداء رأساً يكون اليمين بلا وجه على الظاهر بل يمكن ان يقال بعدم الوجه في اصل المسئلة ايضاً كما هو ظاهر المحقق القمي قدس سره .

فـرع ايضاً : لو علم المدعى ببقاء حقه على الميت له المقاصة ولا يمين عليه ح كما عن المستند تبعاً للمحقق القمي قدس سرهما .

فـرع ايضاً :

- لو كان للمدعى شاهد واحد فحلف يميناً لجزء البينة .
- فهل يحتاج الى يمين آخر للاستظهار ام لا .
- صرح العلامة في الارشاد بعدمه .
- وعلل ذلك .

بان الشاهد واليمين حجة بنفسه فلا يحتاج الى ضم شيء آخر .

- وبانه غير مورد النص لانه ما اذا ثبت الحكم بالبينة .
- ولانه لافائدة في تكرار اليمين .
- وكلها مخدوش .
- اما لاول فمعارض بالشاهدين .
- واما لثاني فبان عموم العلة شامل .
- واما الثالث فبالفرق بين اليمينين لان الاولى على حصول الاشتغال وثبوت الحق والثانية لبقائه .

- وبعبارة اخرى ان الاولى يؤدى البينة .
- بخلاف الثانية فانها للبقاء .

الا انه قال المحقق القمى وتبعه المحقق صاحب المستند
قدس سرهما .

اللهم الا ان يحلف اولا بحيث يرفع احتمال البراء كما فى
الرواية (اى قوله عليه السلام فعلى المدعى اليمين بالله لقد مات
فلان وان حقه لعليه) فيكفى عن يمين اخرى لعدم الفائدة ح
وعدم شمول العلة المذكورة والاصل عدم وجوبها : انتهى كلامه
ولا يخفى انه تبع فى ذلك المحقق الاردبيلى قدس سره .
قال الاردبيلى : ويؤيد ذلك انه حجة شرعية كالاقرار و
البينتين .

ولا يلزم من ثبوت اليمين فى البينتين بنص مخصوص بهما
ثبوتها فيه وهو ظاهر : انتهى كلامه .
اقول : اذا كان اليمين مع الشاهد كالبينة يشملها اطلاق
الرواية من لزوم اليمين .

وفى صورة الحلف كما فى الرواية لا يكون الحلف بلا فائدة
لانه ح يفيد التأكيد فيحصل العمل بظاهر الرواية فتأمل .
فـرـع ايضاً :

قال المحقق الاردبيلى قدس سره بعد الفرع السابق .
اعلم انه يحتمل توقف الحق على اليمين فاذا تعذر بفقد

الحاكم او غيبته لا يثبت) .

اقول لا ينبغى القول بالاحتمال لان الظاهر من قوله عليه السلام فى الرواية (ومن ثم صارت عليه اليمين مع البينة) هى الخاصة المركبه اى اليمين المربوطة بالبينة وهذا ارتباط خاص فلا يكفى الواحد منهما .

وتوضيحه : ان كلمة (مع) قد يقتضى الاجتماع فى المكان نحوهما معاً فى الدار او الزمان نحو لدا معاً او الشرف نحوهما معاً فى الشرف والعلو .

ولكن هنا بمعنى الارتباط ومن هنا يظهر المعنى المعنوى من قوله تعالى (وهو معكم وامثاله) من القيومية و النظر و - العناية والنصرة) .
تتمة كلامه :

قال : ويحتمل له ان يأخذ ويقول انا باذل لليمين - فاحلفنى على الوجه الشرعى وهو بعيد .
وان ذلك لا يسقط باسقاط بعض الحق . فلا يمكن ان يسقط من مال الطفل شئ لليمين فيعطى الباقي بغير يمين لان الثبوت موقوف عليها .

وقد صرح فى الرواية بانه اذا لم يحلف لاحق له كما لا يمكن اسقاط بعض الحق .

نعم اذا كان الوارث ممن يصح صلحه ينبغى المصالحة .

وكذا مع الولى وصياً او حاكماً باسقاط بعض الحق باسقاط
اليمين فانه اصلح من الاحلاف واعطاء جميع الحق عليه ولا يترك
الولى مصلحته : انتهى كلامه .
فارتضاه المحقق القمى بعد نقل كلامه .
وقال ومقتضى ظاهر الادلة هو ما ذكره ره من عدم تبعيض
الحق بتبعيض الحجة .
وعدم ثبوت الحق الا بتمام الحجة : انتهى كلامه ايضا .

تابع قبله : (فى الغائب)

قال المحقق : ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق
بعد تكفيل القابض بالمال المتن .
اي بعد حكم القاضى على الغائب مع عدم الاحتياج الى
اليمين كما مرتقضيلا يدفع من مال الغائب بقدر ما يثبت شرعاً بعد
تكفيل المدعى القابض وهو الزامه بالكفيل والمحقق لما لم يعتبر
اليمين فى القضاء على الغائب اوجب الكفالة .
والمشهور لما اعتبروا اليمين لم يوجبوا التكفيل كما مرفى اوائل
المسئلة .

وسند الكفيل عبارة عن رواية جميل بن دراج السابقيه وقول
الباقر عليه السلام السابق فى روايته الاخرى اذا لم يكن ملياً .

ولما كان التكفيل لحفظ حق النائب لو كان فى حجة المدعى
 خدشة لم يُرَقائلا بالتقييد كما صرح به فى الجواهر .
 فماعن المسالك (لان ثبوتها يحتاج الى دليل) اى اليمين
 والكفيل فيه نظر .

اقول اما اليمين فلم يثبت فيما سبق وان ذهب اليها المشهور
 واما التكفيل فهو ثابت وواجب بمقتضى رواية جميل و غيرها
 المروية فى ثل الباب ٢٦ من كيفية الحكم .

ولعله استشكل فى الرواية ولا اشكال كما مرّاجمالا .
 مضافا الى ان من يقول ويعتبر اليمين يستند الى رواية -
 عبدالرحمان السابقة المروية فى ثل فى الباب ٤ من كيفية الحكم
 المشتملة على الحكمة او العلة التى يذكر فيها ما لعله يوجب
 الخدشة فى حجة المدعى على الميت والكفيل لا يضر مع اليمين
 اذ الغائب على حجته لو كانت كيفما كان .

ومن هنا اعتبر العلامة فى القواعد الكفيل مع قوله (بضم
 اليمين) فراجع .

وما عن المحقق الاردبيلى قدس سره .
 من الاشكال فى دفع المال بانه ضرر للغايب مع الاشكال
 فى الرواية لاجل جعفر بن محمد بن ابراهيم ونهيك الواقعان
 فى السند .

فهو وان كان بحسب الظاهر متبادراً الى الذهن .

الا انه غير وارد لاجل ان الضرر معارض بضرر صاحب الحق و
 بان الرواية موجودة فى التهذيب على نقل (ثل) وان الجميل
 جميل ومن اصحاب الاجماع على قبول روايته .
 مضافا الى ان الحكم على الغائب له سند وراء تلك الرواية
 كما لا يخفى .

ما معنى الكفيل :

الذى يستفاد من مادة (كفل) من باب نصر بمعنى (عاله و
 انفق وقام بامر) وهو معنى اعم كما فى آية كفلها زكريا سورة آل
 عمران من ضمان المال . ومن باب (ضرب . وعلم . و شرف)
 بذكر المال وبالمال بان يقال كفل الرجل وبالرجل والمال و
 بالمال يعطى الضمان .

ولكن ذكر المتعلق يساعد فهم الضمان .

ففى الرواية ليست ذكر المتعلق فاستفادة الضمان مربوطة الى
 الكلام فيها وهو المال فليس دعوى ارادة الضمان من الكفالة من
 لفظها بظهور من حاق اللفظ كما عن صاحب الجواهر قدس سره
 معللا بانه به الاستظهار اى بالكفيل مع انه ليس فى الرواية اشعار
 بالاستظهار . ولكن على ذلك لا يخلو عن ظهور لاجل ان الكفالة
 للحفظ .

قال المحقق :

ولو ذكر المدعى ان له بينة غائبة خيرها الحاكم بين الصبر و
بين احلاف الغريم . المتن .

وجه التخيير ظاهر لان الحق للمدعى وله حجتان من احلاف
الغريم مع عدم البينة ومن اقامة البينة على حقه .

نعم لو كانت غائبة ولم يحلف المنكر لصبر لاجل حضورها .

قال :

وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل . المتن .

اقول : اذا صبر لحضور البينة ثم الحكم بها .

فهل يجوز للمدعى ان يلازمه اى المدعى عليه .

وان يطالبه بكفيل ام لا .

والمحقق فى النافع تردد فيه ونفى الجواز هنا وهو الحق

لان الضمان على ما لم يجب غير صحيح .

ومع عدم الدليل مقتضى الاصل البرائة .

وقال فى المسالك فلانهما (اى الملازمة والكفالة عقوبة لم

يثبت موجبها .

وهو مذهب الشيخ فى الخلاف والمبسوط وابن جنيد و -

المتأخرين وللشيخ قول آخر فى النهاية بجواز الزامه بتكفيله حفظا

لحق المدعى حذرا من ذهاب الغريم ولا ريب انه احوط انتهى

كلامه رفع مقامه .

اقول : لا يخفى ان مع عدم ثبوت حق في المسئلة كيف
يكون احوط مع كون المدعى عليه من اهل الامانة والصيانة بل
الاحوط خلافه في الصورة المذكورة .

نعم لو احرزان المدعى عليه ليس من اهل الامانات و -
الصيانة وحصل الحذر من فوت الحق لكان الالتزام بالكفيل من
جهة نظر الحاكم الذي شأنه حفظ حقوق الناس في القضاء لازماً
كما عن الفاضل المقداد على المحكى في الرياض .

فما عن الشيخ في النهاية وغيره يحمل على ما قلنا والا فلا
وجه له .

والتمسك بقاعدة الضرر يصح على ما فرضنا والا كيف يدفع -
الضرر بالضرر المتوجه الى المدعى عليه من الملازمة والتكفيل او
الحبس لو جاز وكيف كان لامناص في المسئلة الا من دليل ولا تتم
بالاعتبار .

قال :

واما السكوت فان اعتمد الزم بالجواب فان عاند حبس حتى
بيتين .

وقيل يجبر حتى يجيب .

وقيل : يقول الحاكم اما اجبت واما جعلتك ناكلا ورددت
اليمين على المدعى فان اصررد اليمين على المدعى .

والاول مروى . المتن .

اقول : قد سبق ان بعد تحرير الدعوى اما يكون المدعى عليه مقرأً او منكرًا مع اليمين اوردها او ينكل وتقرير البحث هكذا لاجل دفع القول بالالزام بمجرد تحرير الدعوى من دون سؤال البينة والعمل على طبق الاقوال فى المسئلة فاغتنم فيصل النوبة الى السكوت فح اذا طلب الحاكم الجواب فسكت فان كان سكوته لاجل حصول دهشة او غباوة يعامل معه معاملة الرفق ويصبر حتى يزول الدهشته .

وان كان لاجل آفة من طرش او خرس توصل الى معرفة جوابه بالاشارة الموجبة للمطلوب ولو بواسطة من يعرف اشارته و لابد من اثنين عدلين لانها شهادة على الاقوى .

واما السكوت عنادا ففيه .

اقوال كما فى المتن .

الاول :

قول الشيخ فى النهاية والخلاف وقبله المفيد وسار و -
اختاره الماتن والمتأخرون انه يلزم بالجواب فان اصرح حبس اى
لكن بسؤال المدعى كاليمين حتى يبين .

ومستند ذلك القول .

ان الجواب حق للمدعى فيجوز حبس المدعى عليه للاستيفاء
وذلك مثل اقراره واقامة البينة عليه مع انكاره وامتناعه عن اداء
الحق للمدعى فانه يحبس لاجل الاداء .

وايضا يمكن استناد القول بالنبوى المشهور بين الخاصة و

العامّة كما فى سنن البيهقى ج ٦ ص ٥١ .

لى الواجد يحلّ عقوبته وعرضه .

ويعاضده الموثق .

عن اميرالمؤمنين عليه السلام عن الحبس باللى والمطل بلا

ضرب ولاهانة .

النبوى (ئل) الباب (٨) من ابواب القرض .

ولكن فى (ئل) (لى الواجد بالدين) .

واما الموثق عن على عليه السلام (ئل) الباب (٦) من كتاب

الحجر .

وايضا : ما دل من الحكم بالنكول او الرد انما هو بعد

تحقق موضوع المنكر لاقبله فلكشف الموضوع يتوصل بالحبس الى-

تحصيله مقدمة لاجراء القضاء واستخراج الحق .

وايضا ان الواجب عليه الجواب وهو اما اقرار او انكار للحق

وحساب الساكت كالناكل يحتاج الى دليل كما عن العلامة فى

المختلف . وهذه الوجه توجد فى شرح الارشاد للمحقق للارد بيللى

قدس سره والغنائم للمحقق القمى قدس سره .

وفى المستند للنراقى قدس سره فأخذها المتأخرون رحمه الله

عليهم .

ولعل المصنف كالتحرير اشار بقوله والمروى الى ما نقلنا وان

كان المسالك يقول (ولم نقف على روايته) : قال المحقق الاردبيلى
 قدس سره بعد نقل ما نقلنا مع اشارة الماتن اليه (اذ ما وجدنا
 فيه بخصوصه روايته) .

تحقيق المقال فى تلك الوجوه .

ان يقال فى الوجه الاول ان كون الجواب حقا واجبا لا
 يستلزم الحبس لانه ليس بواجب نفسى بل هو للوصلة الى الحق
 وذلك يحصل بالتأخير والغلطة حتى يجيب .

مضافا : الى ان الحبس قد يوئل الى ضررها اما المدعى
 فبتأخير وصول الحق .

واما المدعى عليه فبالحبس بلانفع لاحدهما بل قد يوئل الى
 الفوت والموت وينتقل الدعوى الى غيرهما فلا ينقطع ابدأ كما عن
 المحقق الاردبيلى قدس سره فرد بهذا على العلامة .

وعن الوجه الثانى : يقال ان النبوى وكذا غيره بعد العمل
 به .

ظاهر فى حق ما لى ثابت وليس فى مورد المسئلة هنا -
 الا صرف دعوى الحق وليس هنا فعلا مال حتى يحبس للامتناع كما
 عن المحقق المذكور وهو متين كما لا يخفى بالتامل الصادق .

وعن الثالث :

ان الموضوع للحكم فى لسان الرواية هو المدعى عليه وهو
 اعم من الساكت والمجيب فليس قولك ان الحكم بعد تحقق الموضوع

وهو المنكر لاقبله بوجيه كما لا يخفى فتامل .

وعن الرابع :

بان سكوته بعد اصراره عليه بمنزلة نكوله كما سيجئ القول و

اقامة الدليل عليه .

بالحق ما ذهب اليه الشيخ .

قال : الشيخ كما مرّ اجمالاً في المتن .

فاما القسم الثالث وهو ما اذا سكت .

او قال لا اقر ولا انكر .

قال له الحاكم ثلثاً اما اجيب عن الدعوى والاجعلتك ناكلاً

ورددنا اليمين على خصمك .

وقال قوم بالحبس والاول يقتضيه مذهبنا والثاني ايضاً قوى

فراجع الى المبسوط : وعن ابن ادريس .

قال انه الصحيح من مذهبنا واقوال اصحابنا .

وعن العلامة في موضع من قواعد .

وعن القاضى بانه ظاهر المذهب على المحكى عنهما .

وسند ترجيح هذا القول ————— :

وقبل الخوض في بيانه نقول .

انه استدلال لهذا القول بان السكوت اما هو النكول او هو

اقوى لان الناكل منكر غير حالف ولا اراد . وهذا الساكت اما مقر

- او منكر غير حالف ولا راد .
- ولكن هذا الاستدلال غير تام .
- اولا لان جعل الساكت ناكلا ممنوع .
- مضافا الى ان عنوان النكول لم يرد فى الروايات حتى -
- نحمل السكوت عليه .
- ثانيا ولان جعله اما مقراً او منكراً ايضا محل منع .
- لان الساكت قد يمكن انه ادى الحق فلم يكن منكراً يلزمه اليمين ولا مقراً يلزمه الحق فيسكت ح عن الانكار لاجل عدم صحته . وعن الاقرار ليكون الاقرار موجبا لالزام الحق والمقرّ به هذا فى صورة عدم البينة على ادائه وعدم تقصيره فى فقدان البينة وهذا لاجل دفع القول بانه ادخل الضرر على نفسه لامكان موت الشهود .
- وامكان توريته ايضا ضعيف لامكان ضعفه وعدم اهتدائه بشكله .
- تنبيهه : لا يخفى ان هذه الشقوق فى مقام التصور والثبوت سهلة .
- ولكن العمدة التصديق و ثبات ان الساكت هل هو كما ذكر اوله علاج فتامل .
- اما السند المعتمد :
- فهو قوله عليه السلام فى رواية عبدالرحمن البصرى السابقه

المروية فى (ئل) الباب ٤ من كيفية الحكم وفى الكافى الباب ١٢
ج ٧ الجديد :

وهو جملة فيمين المدعى عليه بعد قوله : فلم يكن له بينة :
اى للمدعى : فان حلف فلاحق له : اى للمدعى : وان رد
اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له .
وان لم يحلف فعليه : عطف على قوله (فان حلف) اى ان
لم يحلف المدعى عليه فعليه الحق .

والذى يستفاد من جملة فيمين المدعى عليه وقوله (وان لم
يحلف فعليه) هو الزام المدعى عليه باليمين .

والالزام بالحق ان لم يحلف ولا شبهة فى صدق المدعى
عليه على الساكت فيقضى عليه فرتب عليه السلام على المدعى عليه
الالزام ان لم يحلف ولم يعتبر شيئاً آخر .

وفى ذيل الرواية التى يتعلق على الدعوى على الميت
يقول عليه السلام (ولو كان حياً لالزم باليمين او الحق او رد -
اليمين عليه) .

فالساكت مخير فى ابتداء الامر بين احدى الثلاثة المذكورة فى
الرواية ذيل الذى يفسر صدر الرواية فاذا لم يحلف . و لم يرد
اليمين بقى الالزام بالحق وان لم نأت بلفظ النكول مع عدمه
فى الروايات .

وهذا هو الاظهر كما يستبين بالتأمل الصادق فيظهر استقامة

هذا القول قول الشيخ قدس سره واختاره صاحب المستند قدس سره بقوله (ولعله الاقوى فتأمل بعد الاستظهار عن الرواية) .
 والمحقق الاشتياني قدس سره اختاره ايضا واستدل بالرواية تبعاً للنراقي واستدل ايضا قبل الرواية بالعمومات الدالة على القضاء بمجرد امتناع المدعى عليه من الحلف والرد او بعد رد اليمين الى المدعى .

وقال لا داعى بتخصيصها بالمجيب ص ١٥٢ .

قال المحقق والاول مروى :

والأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول . كما مر اشارة الى النبوى وغيره وعرفت الاشكال فيهما .

وقوله والاخير وهو قول الشيخ وابن ادريس وذلك مبنى على عدم القول بالقضاء بمجرد النكول والا فلا نحتاج الى رد اليمين كما اخترناه فيما سبق فى بحث النكول من كفاية عرض الدعوى والامتناع مع بيان الحكم .

ولقد عرفت ايضا ان هذا هو الاظهر .

قال :

ولو كان به آفة من طرش او خرس توصل الى معرفة جوابه بالاشارة المفيدة .

لليقين : اى بانه مقرا وامكرو ذلك لعدم الحاقه بالاخرس الذى قد يكتفى باللفظ الذى يفيد الظن كما مر .

قال :

ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد
 وافتقر في الشهادة باشارته الى مترجمين عدلين : المتن .
 قوله استغلقت اي اضطربت اشارته ولم يعلم وجهها : و
 عدم كفاية الواحد من اجل كون الترجمة شهادة ولم يكف الظن
 بالمراد .

تذنيبه :

قد عرفت ان حال المدعى عليه كما ذكر الفقهاء لا يخلو من
 احد الثلاثة من السكوت وغيره .
 وهل له حال آخر في مقام الدعوى عليه ام لا .
 ظاهر ذكر الثلاثة الانحصار بها .
 ولكن يوجد في كلماتهم حال آخر مثل قول المدعى عليه
 (بلا ادري او لا اعلم) فيقع الكلام في انها انكار او لا بد ان -
 يعامل معهما ما يقتضى عنوان لا ادري ونحوه .
 ولقد اطال الكلام في المقام المحقق التراقي في المستند
 قدس سره ونقل ما عن مجمع البرهان . وكفاية السبزواري .
 وكذلك صاحب الجواهر قدس سره ونظرو تنظر فعليك -
 بالمراجعة ان اردت التفصيل .

اقول ان ملخص الكلام ان (لا ادرى و نحوه) مستلزم للانكار
 فيعامل معه معاملة الانكار .

وظاهر حصر الثلثة ايضا ذلك لانه ليس بمقر ولا ساكت وان
 كنت فى شك فى ذلك .

فنقول لانلتزم فى الحكم بعنوان المنكر حتى يرد الخدشته بل
 نقول ان عنوان المنكر لم يرد فى الروايات وما هو واقع فيها جملة
 (المدعى عليه) ولا شبهة فى صدق المدعى عليه عليه فيتوجه
 اليه اليمين فيقضى بها ان حلف والا يرد اليمين على المدعى
 فان حلف ثبت الحق وان لم يحلف سقطت الدعوى الا ان يقيم
 البينة هذا هو الذى خطر بنالى فى العجالة والله العالم بحقايق
 الاحكام .

قال المحقق : مسائل تتعلق بالحكم على الغائب المتن .

قال : يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافراً

وحاضراً .

وقيل يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم : المتن :

اقول : فى التشريع الاسلامى قد ثبت الحكم على الغائب

فى حقوق الناس كالدين والعقد والايقاع والاحكام على المشهور

بل المعروف من مذهبهم كما عن المحقق القمى قدس سره .

هذا لو كان غائبا من البلد او تعذر عليه الحضور .

واما لو كان حاضراً فى البلد ولم يحضر قصداً او من دون

اطلاع .

فالمشهور بينهم ايضاً الجواز خلافاً للشيخ فى المبسوط كما

سيجئ قوله فى المتن .

وسند الحكم ما مرّ نقله من رواية جميل بن دراج . ورواية

محمد بن مسلم المرويان فى (ئلل) الباب ٢٦ من ابواب كيفية

الحكم عن التهذيب والكافى .

والاستدلال مبتدا بما عن النبى المستفيض عنه فى حكاية

زوجة ابى سفيان لعنهما الله بعد ما ادعت انه رجل شحيح لا

يعطينى ما يكفينى وولدى : قال (خذى ما يكفيك و ولدك -

بالمعروف) حيث كان ابوسفيان غائبا .

المروى فى سنن البيهقى ج (١٠) ص (١٤١) كما فى الجواهر:

ليس خبر فى محله .

لانه ظاهر فى الاستفتاء والافتاء لا فى الحكم كما عن المحقق

القمى قدس فى كتابه القضاء فى الغنائم وتبعه المحقق النراقى

قدس سره فى الجواب عن الاستدلال وهو حسن (لقولها أيجوز

ان اخذ من ماله) اى مال ابى سفيان . ولاجل عدم تحقق

طلب بينة عنها ولا يمين من لوازم القضاء .

مضافا الى انه لادليل على حضور ابى سفيان فى البلد او

تعذره ونحوه .

فقوله صلى الله عليه وآله : خذى ما يكفيك الخ وان كان

ظاهراً فى الحكم الا ان المستفاد منه جواز المقاصة من ماله لحقك
الثابت بعد الالتفات الى جملة (أيجوز ان آخذ من ماله) كما لا
يخفى .

ثم اعلم ان تخصيص المورد بالسؤال يخص الحكم به .
فلذلك يجوز الاستدلال بمثل هذه الرواية فى اصل الحكم
كما ذكروه فى دليل التنبيه مثل : قوله عليه السلام : كفر فى
جواب من سال عن الوقاع فى شهر رمضان .

الخلاصة :

فما فى المتن من الحكم على الغائب مسافراً وحاضراً ينشأ
من العمل باطلاق الرواية اى الجميل وزيارة المروية فى (ثل)
وما عن يحيى بن سعيد كما فى الجواهر من اعتبار المسافة
خال عن الوجه بعد عدم ذكر السفر فيها .
نعم لو كان لفظ السفر فيها يتجه الحمل على المسافة لظاهر
المسافة عرفاً .

(الصورة الاولى)

فالغائب ان كان غائبا عن البلد اى بلد الحكم يجوز الحكم
عليه بعد قيام البيئة او علم الحاكم على القول بحكمه بعلمه بل
يجب عند وجوب الحكم والظاهر عدم الخلاف وفى المسالك باتفاق

اصحابنا .

مضافا الى ما عرفت من سند الحكم .

وهى رواية جميل .

قال : الغائب يقضى عنه اذا قامت عليه البينة ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم الحديث .

ومثلها ما عن محمد بن مسلم .

مضافا الى عدم تضرر الغائب اذا قدم وله الحجة كما فى

الخبر .

فما عن الجواهر من التمسك باطلاق الامر بالحكم بالبينات و القسط من الايات والروايات ليس بوجيه اذ هى مقيدة بالسمع فراجع الباب الثانى من ابواب كيفية الحكم من الوسائل .

المعارض : وهنا رواية ابي البختري المروى فى الباب ٢٦

من (ثل) المنقول عن قرب الاسناد لعبدالله بن جعفر عن على عليه السلام قال : لا يقضى على غائب معارض . وحمله الوسائل على انه لا يجزم بالقضاء عليه بل يكون على حجته الخاى الغائب وفى (ثل) او يحمل على الغائب عن مجلس الحكم وهو حاضر فى البلد .

ولا يخفى عليك انهما خلاف ظاهر الرواية لانها تنفى القضاء والحق انها لا تقاوم لما مر ويتجه حمله على حقوق الله تعالى

فلا معارض لانها لا تقاوم لما مرّ على الخصوص من تحقق الاجماع
 هنا و امكان الحمل على التقيه كما عن المحقق القمي فالوجه ما قلنا .

الصورة الثانية :

لو كان غائبا عن مجلس الحكم لاعتن البلد و هو لا يخلوا ما
 عن تعذر حضوره اولا تعذّره .
 ومع عدم التعذر .

قد يعلم امتناعه عن الحضور وقد لا يعلم .
 فمع تعذر الحضور يجوز الحكم عليه ايضا بلاخلاف على الظاهر
 و في المسالك (عليه الوفاق) و تدل عليه عمومات الحكم على -
 الغائب .

ومع عدم تعذّره ولكن امتنع عن الحضور فالحكم كما ذكر كما
 صرح به الشيخ في المبسوط من جواز الحكم في صورة الامتناع .
 عدم العلم بالامتناع :

وانما الكلام فيما لم يعلم الامتناع فانه يظهر منهم الخلاف
 في هذه الصورة .

فان الشيخ قال في المبسوط : ان الصحيح انه لا يقضى
 عليه ويميل اليه المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد .
 ولكن ذهب العلامة والشهيد ان وفخر المحققين وغيرهم

من المتأخرين على نحو يستظهر منهم الاجماع الى الجواز ونسبه
 فى المسالك الى المشهور .

وسند ذلك بعد الشهرة هو عمومات الحكم على الغائب .

واما عمومات الحكم بالقضاء ففيه ما عرفت من الاشكال .

وسند الشيخ : هو ان القضاء على الغائب ضرورة يقتصر فيها
 على موضع الحاجة ونتيجة ذلك المقال هى اصالة عدم الوجوب .
 ولكن يدفعها الدليل .

وسند الاردبيلي : ان الحكم ضرر على الغائب ان قد -
 يتعذر عليه اقامة البينة بعد الحكم وعلى فرض الاقامة قد يتعسر
 عليه استيفاء الحق من الخصم او الكفيل لاجل وقوع الموت او -
 فقره : ونتيجة ذلك المقال التمسك بقاعدة نفي الضرر .

وفيه : اولا ان ترك القضاء ايضا قد يكون ضرراً .

ودفع الضرر بالضرر هل يصح .

ثانيا : ان الرواية حجة فيعمل بمقتضاها .

تنبيه :

قد يقال فى تقريب عدم الحكم على الغائب مع قطع النظر
 عن ضعف السند بان الدلالة محل كلام لاجل ان لفظ (الغائب)
 غير ظاهر فى الحاضر فى البلد مع عدم تعذر حضوره كما يستشعر

من لفظ (قدم) فى الرواية انه المسافر . هذا اولا .
وثانيا :

ان الغائب يحتاج الى متعلق مقدر .

فهل هو المجلس اى الغائب عنه ام البلد . اى الغائب

عنه فاذا حصل الاجمال وهو يقتضى الاقتصار على المتيقن .

فان منعت الاحتياج الى المتعلق وجعلت لفظ الغائب

مستعملا فى الشخص (اى غاب الشخص) .

لمنعنا صدقه على من فى البلد عرفا .

والجواب : اولا المنع من ظهور (قدم) فى المسافر .

لان قدم من باب نصريقال قدم القوم سبقهم : و من باب

(علم) بمعنى عاد الى الامراوقصده .

نعم لو ذكر المدينة يكون بمعنى اتاه : فالقدوم على المجلس

ايضا صادق .

والقول (مبتدأ) بان ليس المراد مطلق الغيبوبة اذ كل شخص

غائب عن غير موضع واحد .

فالمراد الغائب عن موضع خاص ولادليل على انه مجلس

الحكم فيدخله الاجمال المسقط للاستدلال فاذن قول الشيخ هو

لاظهر وعليه العمل كما عن صاحب المستند للنراقى قدس سره .

غير واضح : لان مادة (غيب) بمعنى الاستتار

ويعلم الموضع من المواضع من جهة ذكر المتعلق .

٢٣ من ابواب كتاب الحدود الحديث الآخر . قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) ادراً والحدود بالشبهات و لا شفاعة و لا كفالة و لا يمين فى حد . فاذا احتملنا ان للغائب حجة توجب فساد الحكم عليه لكفى فى عدمه . قال المحقق القمى :

والظاهر انه اجماعى مع نفي الخلاف بين الاصحاب كما عرفت .

قال المحقق : ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما - يخص الناس كالسرقة يقضى بالغرم و فى القضاء بالقطع تردد .

اقول : فى السرقة حق للناس وحق لله من قطع اليد فالحكم هنا يتعلق بالحقين فهل يحكم بالغرم اى المال الذى يجب اداؤه و القطع ام لا و المحقق قدس يقول قضى بما يخص الناس .

ولكن تردد فى القطع .

والمشهور هو الحكم على السارق بغرامة المال بعد قيام البينة بخلاف القطع فانه يصبر حتى يحضر فيثبت عليه .

وجه التردد : ان السرقة اذا ثبتت تكون علة للحكمين من الغرم و القطع فلا ينفكان فح لا يبقى للتفكيك وجه .

ومن جهة ان القطع حق الله فينبغى ان لا يثبت .

وفيه : ان العلة ليست هى السرقة بما هى بل السرقة الثابتة مع حضور المدعى عليه فاذا كان غائبا لم يتحقق تمام العلة

فلا اشكال .

واما لغرم فهو حق الناس ثابت لاجل قيام البينة على السرقة
 فهى بالنسبة الى حق الناس لا محذور فيها فتامل .
 وثانيا ان العلة الحقيقية التى يقع البحث عنها انما هى فى
 الأعيان فلو اجرينا الكلام على منوال ما فى الفلسفة .
 لانفتح باب الاشكال بان العلة الواحدة تقتضى المعلول
 الواحد فيتوجه السؤال عن المعلولين فى المقام .

المعرّفات :

والقول بان علل الشرع معرّفات ولا مانع من تخلصها عن
 المعلول . مثاله :
 لو اقر بالسرقة مرة فيثبت الغرامة دون القطع . وكذا لو اقر
 المحجور عليه بالمال فيثبت القطع دون المال .
 وفيه : ان المعرّف معناه هو ان يعرف العالم بحقايق
 الاحكام ثبوت الحكم بسبب وجوده فلا يتخلف عنه ايضا .
 ولقد فضلنا القول فى هذا البحث فى كتابنا (المسائل
 التداخلية) وهو فعلا غير مطبوع .
 وكيف كان قال فى المسالك : وباقى الاصحاب قطعوا
 بالفرق وانتفاء القطع نظرا الى وجود المانع فى احدهما دون

الآخر الخ .

قال : لو كان صاحب الحق اى وله وكيل غائبا فطالب -
الوكيل فادعى اى الغريم بما عليه الغريم التسليم الى الموكل و
لابينة اى للغريم .

ففى الالزام تردد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الاداء و
بين الحكم و الغاء دعواه لان التوقف يوءدى الى تعذر طلب
الحقوق بالوكلاء والاول اشبه : المتن .

قد عرفت انه .

١- قد يكون المدعى والمدعى عليه كلاهما حاضرا اى الالزام فى

القضاء .

٢- وقد يكون المدعى حاضرا والمدعى عليه غائبا .

٣- وقد يكون المدعى غائبا والمدعى عليه حاضرا وهذا الاخير

هو محل الكلام فى المقام .

وتوضيحه اذا كان المدعى عليه حاضرا وصاحب الحق غائبا .

ولكن وكيله حاضر .

فقال المدعى عليه بعد اقامة الوكيل البينة على الحق -

بالابراء او دفع المال الى الموكل وكان قصده التاخيرحتى يحضر

ففى الالزام وعدمه .

وجهان .

الاول الزام الغريم بالحق .

الثانى عدمه والانتظار حتى يحضر المدعى ويثبت دعواه او يحلفه . اختار الاول المحقق الماتن الالتزام بقوله والاول اشبه . ولكنه الاظهر الاقوى عندى والفاضلان وجماعة . وسند ذلك ان حقه ثابت وبعبارة اخرى ان المطالبة - بالحق به ثابتة لثبوت الدلالة فالحق المحقق لا يدفع بالمحتمل وهو الاداء .

نعم يثبت البرائة بعد ذلك ان كان له حجة . وايضاً ان هذه الدعوى مع الموكل وذلك لا يستلزم سقوط دعوى آخر .

وايضا كما فى المسالك انه لوردت المطالبة بمجرد هذه - الدعوى لادى الى تعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء .

اذ كل غريم ربما ادعى الابراء او التسليم فتوقف الحق والتالى باطل لانتفاء فائدة الوكالة ح انتهى كلامه .

وسند العدم : ان ما ذكره من الدعوى و هو الابراء او التسليم محتمل ودعواه ذلك مسموعة والالتزام بالاداء اضراره و هو منتفى فوجب التوقف حتى يثبت الحكم بالاخذ ونقيضه .

ويرد هذا بان الجائز لا يعارض المقطوع به شرعا و ليس هنا ضرر لانه يرجع بعد ذلك الى ما دفع ان كان له حجة مضافاً ان الضرر المترتب على الحكم الشرعى لا يلتفت اليه كما فى المسالك .

قال المحقق الاردبيلي قدس سره .

لوقيل بالتسليم مع الكفيل المثلّى كما هو للجمع بين الحقين
 مهما امكن لكان قريبا وهو لا يخلوعن وجه انتهى :

كما نقله المحقق القمي قدس سره عنه ص ٦٨٩ .

فـــــــرع : هذا كله اذا لم يصبر الوكيل و الا -

فيجوز له التأخير عن اصل الدعوى لعدم لزوم فعل ما وكلّ فيه .

الا ان يكون قد اوجب على نفسه بوجه من الوجوه كما عن

المحقق الاردبيلي قدس سره في شرح الارشاد على نقل القمي

قدس سره .

تذنيــــب : لا يخفى عليك ان الزام الغريم على

دفع المال انما هو في صورة كون الوكيل وكيلا في الاخذ ايضا .

فلولم يكن كذلك لكفى الزام الغريم من الوكيل ايصال -

الحق الى المالك الموكل .

تابع قبله : قد عرفت من المحقق الاردبيلي قدس سره

استقراب الكفيل مع تسليم المال معللا بانه جمع للحقين .

ولكن الاصل يقتضى عدم اخذ الكفيل مضافا الى عدم ثبوت

حق للغير حتى يلزم جمعه .

فما عن (مبتدا) صاحب الجواهر .

من لزوم الكفيل واستدل له بقوله ضرورة مساواته لما في

الخبرين : اشار بهما الى رواية جميل وغيره من التكفيل على

المدعى عليه الغائب بعد اقامة البينة او اولويته منه اى من الغائب

• جمعاً بين الحقين الخ

ضعيف :

لان الاعتبار العقلى والحكم بالمساواة ليس من طريقه الفقهاء

فى الفقه •

مضافا الى عدم لزوم الكفيل مطلقا للتخيير بينه او اليمين عند

القائل بها • ومضافا الى ما قلنا من عدم ثبوت حق له حتى يقال

(جمع بين الحقين) كما لا يخفى والله العالم •

قال المحقق (المقصد الرابع) قدس سره :

فى كيفية الاستحلاف : والبحث فى امور ثلاثة الاول فى

اليمين •

لا يستحلف احد الا بالله ولو كان كافراً : المتن •

اقول : قيل الحلف واليمين والأيلاء مترادفة كما عن المحقق

القمى قدس سره فى الغنائم ص ٦٨٩ •

ولكن التحقيق كما بيناه فى كتابنا (المحاورات الاصولية) -

المطبوع منه الجزء الاول عدم تحقق الترادف لان لكل كلمة لها

صوت مخصوص ولها خصوصية •

فاليمين فى الاصل عبارة عن البركة والقوة او بمعنى اليمين

خلاف اليسار •

وبما له من المعنى المبارك جعل اسماً للقسم •

ولمادة (يمين) مشتقات عديدة يتفاوت بها المعنى •

والحلف هو القسم بالله فلا ترادف بينهما حقيقة كما لا يخفى و
حقيقه الايلاء عبارة عن الحلف المقتضى لتقصير فى الامر و جعل
الايلاء فى الشرع للحلف المانع عن الجماع .

والمراد من قوله (لا يستحلف) هو عدم الانعقاد اى لا ينعقد
حقيقة اليمين المسقطه للدعوى او المثبته للحق الا بالله تعالى
شأنه ولذا عبر العلامة قدس سره فى الارشاد بقوله (لا يصح) سواء
كان الحالف مسلحاً او كافراً .

وسند ذلك قوله تعالى شأنه (فيقسمان بالله) وقوله (واقسموا
بالله جهد ايمانم حيث جعل تعالى جهد اليمين بالله) .

ومن السنة المستفظة ما عن الحسن الحلبي : اهل الملل
من اليهود والنصارى والمجوس لا يحلفون الا بالله المروى فى
الوسائل الباب ٣٢ من كتاب الايمان .

وخبير سماعة : سئله هل يصلح لاحد ان يحلف احداً من
اليهود والنصارى والمجوس بآلتهم .

قال لا يصلح لاحد ان يحلف الا بالله تعالى المروى فى الباب
المذكور .

حيث ان كلمة (الا) بعد النفي تدل على الحصر فلا تقع
اليمين الا بالكلمة الصريحة فى الذات المقدسة وهو (الله) .
وقوله (لا يصلح) يدل على عدم انعقاد الحلف الا بالله حيث
نفى الصلاح وهو ضد الفساد فاذا لم يصلح فيفسد .

- وقبول الصلاح فى القرآن الكريم تارة بالفساد
 • واخرى بالسيئة
- وهنا روايات عديدة فراجع الى (ئل) الباب ٣٢ وغيره :
- الاجماع : وقد حكى الاجماع فى المسئلة عن
 الشيخ المفيد فى المقنعة والشيخ فى النهاية ونسبه فى الكفاية
 للسبزوارى الى ظاهر الاصحاب كما فى المستند للنراقى .
- وقال لعله اجماع محقق قدس الله اسرارهم .
- عموم الحكم : وبالتصريح فى الروايات بذكر اهل
 الملل و عموم غيرها يوجب عموم الحكم للمسلم والكافر .
- مضافا الى كونه مشهوراً وهو المنصور .
- خلافا لما فى المبسوط .
- ولما فى الايضاح لفخر المحققين .
- قال فى الايضاح ج ٤ ص ٣٣٥ قوله (قيل) اشارة الى قول
 الشيخ فى المبسوط وهو قوله : ويفتقر فى احلاف المجوسى مع
 لفظ الجلالة الى ما يزيل الاحتمال لانه يسمى النور الهاً .
- قال الفخر : وعندى لا بأس به لانه يجب بانه حلف ولا يجزم
 الا بذلك انتهى محل الحاجة .
- ولما عن الشهيد فى الدروس قال فى الدرر فى اليمين فى
 اوآخره ولا يمين الا بالله وهو كاف الا فى المجوسى فيضيف اليه
 مثل خالق النور والظلمة اماطة لتأويله الخ انتهى .

والجواب ان الاعتبار العقلى لساعده ولكن ما ذكره خلاف

النص .

وقد يذكر لما ذكره وجه وهو ان الجزم بالحلف اى كونه -

حلفا لا يتحقق بدون ما ذكر .

وفيه : ان الذى يعتبر هو كون اليمين بالله و هو

المقسم به عند المحلف والمقدس المعظم عنده وهو واقع كما حلفه

واما لزوم تطابق قصده مع لفظه فلم يعلم ولا يستظهره من اخبار

الباب .

مضافا الى ان العبرة فى الحلف انما هى نيته المستحلف

اذا كان محقلا الحالف ونقل عن بعض المتأخرين الاتفاق عليه

كما فى المستند للنراقى .

ويدل على ما قلنا قبل الاتفاق المذكور .

ما عن اسماعيل بن سعد الاشعري عن الرجل يحلف وضميره

على غير ما حلف عليه .

قال اليمين على الضمير يعنى على ضمير المظلوم على رواية

الصدوق عن اسماعيل مع التفسير .

ورواية مسعدة :

وفيهما واما اذا كان ظالماً فاليمين على نية المظلوم و هما

مرويان فى (ئل) الباب ٢٠ .

والباب ٢١ من كتاب الايمان .

قال المحقق : ولا يجوز الاحلاف بغير اسماء الله سبحانه
 كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والاماكن المشرفة : المتن .
 وسند ذلك عبارة عن الحصر المستفاد من قوله (الا بالله)
 لانها كلمة الحصر في رواية الحلبي وسماعة السالفتان مضافا الى
 رواية محمد بن مسلم قلت لابي جعفر (عليه السلام) قول الله : و
 الليل اذا يغشى : والنجم اذا هوى وما اشبه ذلك .
 فقال : ان لله عز وجل ان يقسم من خلقه بما شاء و
 ليس لخلقه ان يقسموا الا به : ونحوها : ثل الباب ٣٠ من
 الايمان .

قال : ولورأى الحاكم احلاف الذمى بما يقتضيه دنيه اردع
 جاز . المتن

ولعله استند لما عن السكوني المروى في (ثل) الباب ٢ من
 كتاب الايمان من ان عليا عليه السلام استحلف يهوديا بالتوراة
 التي انزلت على موسى (عليه السلام) .
 ولكن الظاهر انه معارض للحصر المذكور فالعمل به و نحوه
 المذكور في ابواب الايمان من (ثل) مشكل ولعله و نحوه ناظر
 الى الاضافة بالكتاب مع حصول الحلف بالله تغليظا كما لا يخفى
 فراجع وتأمل .

قال : ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف
 من عاقبتها المتن .

وسند الاستحباب غير محرز بل الذي يستفاد من الآيات و الروايات هو الكراهة او الحرمة ان كانت اليمين كاذبة فعلى هذا للحاكم بيان الكراهة والترغيب لتركها .

وسند ذلك القول ما عن الصدوق عليه الرحمة بسنده عن ابي ايوب عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال : لاتحلفوا بالله - صادقين ولا كاذبين فانه عز وجل قد نهى عن ذلك فقال عز وجل : ولا تجعلوا الله عرضة لايامنكم : (ثل) الباب الاول من كتاب الايمان .

توضيح : والنهى وان كان ظاهراً في الحرمة الان التشريع الاسلامي اليمين في باب الدعاوى يكون قرينة على عدم الحرمة لصراحة قوله صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات والايامن في الجواز وغيره ومن هنا يتوجه الاشكال على من قال والمستند في ذلك الآيات والروايات كالشاهد في المسالك وكصاحب الجواهر فيه قدس سرهما وغيرهما فتأمل تجد .

قال المحقق : ويكفي ان يقول والله ما له قبلى حق وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعى بل هو مستحب استظهاراً للحكم . المتن .

اقول : اما كفته (والله) فلانه يمين ذلت عليها الادلة باطلاقها واما عدم لزوم التخليط فلان اليمين مرغوب عنه و لقوله صلى الله عليه وآله من حلف بالله فليصدق ومن حلف بالله

فليرض ومن لم يرض فليس من الله كما (ئل) الباب (٤) من كتاب
الايان فتأمل .

واما استحبابه للحاكم ففيه تأمل لان الاستحباب حكم شرعى
يستدعى دليلا فالاولى ان يقال : الاولى للحاكم للاحتياط فى
الحكم والاستظهار كما لا يخفى .

التغليظ باقسامه :

قال : فالتغليظ بالقول مثل ان يقول والله الذى لا اله
الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك
الذى يعلم من السرما يعلمه من العلانية ما لهذا المدعى على
شئ مما ادعاه : المتن .

قال المحقق : فرعان :

الاول :

لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ لم يجبرو لم يتحقق بامتناعه
النكول : المتن .

وسند ذلك مضافا الى مقتضى الاصل ما رواه الكافى باسناده

عن ابي حمزة عن على بن الحسين عليهما السلام قال :
قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) لا تحلفوا الا بالله و
من حلف بالله فليصدق ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف

له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز و
 جل : ورواه الشيخ باسناده والصدوق مرسلا .
 ومثله ما عن ابي ايوب الخراز عن الصادق عليه السلام راجع
 الى (ئل) الباب ٦ من كتاب الايمان .
 والعمدة ان الحلف المأمور به صادق فى المقام بلا كلام
 فلا وجه للاجبار .

وقوله قدس سره (النكول) اشارة الى خلاف بعض العامة
 كما فى المسالك من حيث ايجابهم التغليظ لو طلبه الحاكم فيكون
 ناكلا بدون الاجابة وآخرين منهم خصوا بالتغليظ الزمانى او -
 المكانى دون اللفظى .

قال : (الفرع الثانى)

لو حلف ان لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل
 يمينه : المتن .

قال فى المسالك : لانه مرجوح من طرفه فينعقد يمينه ولا
 يصير بطلب الخصم اولى عندنا .
 الى ان قال :

وفى الدروس توقف فى انعقاد يمينه على ترك التغليظ .
 من حيث اطلاقهم انه مستحب فلا يكون الحلف على تركه
 منعقدا كغيره من المستحبات .
 ومن حيث احتمال اختصاص الاستحباب بالحاكم فينعقد وقد

تقدم ان هذا هو الاظهر .

انتهى كلامه رفع مقامه .

اقول : لا يستفاد من اخبار باب الايمان ما يدل على الاستحباب

على نحو الاطلاق .

بل الاخبار المعظمة لليمين بالله الدالة على عدم الاقدام عليها يدل على عدم ارتكاب الحالف بل المستحلف على اليمين تجليلا لذاته المقدسته فضلا على التغليظ كما يستظهر من الرواية وهى ما عن الكافى باسناده عن ابى بصير عن ابى جعفر (عليه السلام) ان اباه كانت عنده امرأة من الخوارج اظنه قال من بنى حنيفة فقال له مولى له يا بن رسول الله ان عندك امرأة تبرأ من جدك ففضى لابي أنه طلقها فادعت عليه صداقها فجاءت به الى امير المدينة تستعديه فقال له امير المدينة يا على اما ان تحلف واما ان تعطيتها فقال لى يا بنى قم فاعطها اربع مائة دينار فقلت له يا ابت جعلت فداك الست محقا .

قال بلى يا بنى ولكنى اجللت الله ان احلف به يمين صبر

(ثل) الباب ٢ من الايمان .

ولذا قال كشف اللثام ما قاله الشهيد فى غاية الضعف .

وكذا ما دل على ترك الحلف على ثلثين درهم كما فى الباب

٣ من الايمان

قال :

• وحلف الاخرس بالاشارة

وقيل وضع يده على اسم الله فى المصحف او يكتب اسمه

• سبحانه ويوضع يده عليه

وقيل : يكتب اليمين فى لوح ويغسل ويؤمر بشر به بعد

• اعلامه

فان شربه كان حالفا • وان امتنع الزم الحق استناداً الى

• حكم على (عليه السلام) فى واقعة الاخرس

المشهور ان الشارع جعل الاشارة المفهمة للمطلوب فى امور

• الاخرس مقام الدلالة اللفظية فيكتفى بها

ولكن يمكن ان يقال ان هذا لا ينافى من جعل بعض -

الامور فى بعض الموارد كما فى الحلف بمقتضى رواية محمد بن مسلم

• المرورى فى (ثل) فى القضا الباب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم

• ويأتى نقلها عن قريب

• فينبغى لنا نقلها لنرى مفادها

• ونرى هل يوجد فيها ما يكون مستندا للقولين الآخرين ام هي

• فى مقام بيان الاشارة المفهمة لا ازيد

محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن مسلم قال سئلت

• ابا عبد الله (عليه السلام) عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه

• دين وانكرو لم يكن للمدعى عليه بينة

فقال ان اميرالمؤمنين (عليه السلام) أتى باخرس فادعى عليه
دين ولم يكن للمدعى بيّنة .

فقال اميرالمؤمنين (عليه السلام) الحمد لله الذى لم يخرجنى
من الدنيا حتى بيّنت للامة جميع ما تحتاج اليه .

ثم قال أيتونى بمصحف فأتى به فقال للأخرس ما هذا فرفع
الى السماء و اشار انه كتاب الله عزّ وجل .

ثم قال أيتونى بوليّه فأتى باخ له فاقعه الى جنبه .

ثم قال يا قنبرعلّى بدواة وصحيفة فاتاه بهما .

ثم قال لاخ الأخرس قال قل لاخيك هذا بينك وبينه انه
علّى فتقدم اليه بذلك .

ثم كتب اميرالمؤمنين (عليه السلام) والله الذى لا اله الا هو
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار-
النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر والعلانية ان فلان بن
فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان اعنى الاخرس حق ولا
طلبة بوجه من الوجوه ولا بسبب من الاسباب .

ثم غسله وأمر الاخرس ان يشربه فامتنع فالزمه الدين: ورواه
الصدوق والكلينى قدس سرهما .

توضيح الاستظهار :

منها :

فنقول ان سوال محمد بن مسلم عن ابى عبد الله عليه السلم

بجملة (كيف يحلف) يدل على كلية حلف الاخرس فلا وجه للاستظهار بان الرواية فى واقعة خاصة لا عموم فيها كما فى التحرير .
 مضافا الى قول على عليه السلام (الحمد لله الذى الى آخر الجملة) .

ولا يخفى عليك انه لا يجوز حملها على جواز هذا النحو من الحلف بعد الحلف بالاشارة .

ويقال ان هذا يكون من جهة التغليظ كما عن المحقق القمى قدس سره بقوله (لعله للتغليظ رآه الامام عليه السلام) .

ووجه ما قلنا انه لو كان كذلك كما قيل لما كان وجهه للالزام بالدين بعد الامتناع من ذلك الحلف كما لا يخفى .

لا يقال لعله لامتناع الاخرس عن الاشارة ايضا .
 فانه يقال انه فى غاية الضعف اذ ليس له اشعار فيها -
 فالمدار على الاستظهار لا الاقتراح .

وما عن المحقق القمى قدس سره من ان العمومات تقتضى الاكتفاء بما يفهم الحلف بذات الله ومقاومة الرواية للعمومات بحيث ينفى جواز الغير غير معلوم بل هو فرد من الاشارة الخ انتهى كلامه .

غير وجيهه :

اذ لو سلم العمومات الدالة على الاكتفاء بالاشارة المفهومة فى موارد فلا نسلمها فى المقام اذ تكون الرواية حاكمة عليها فى ذلك المورد .

وقال شيخنا الانصارى على المحكى .
 ومستنده الاستقراء القطعى فى جميع ما صدر منه من العقود
 والايقاعات والعبادات القولية كالتلبية والقراءة وغيرها ص ١٧٨
 من الاشتيانى قدس سرهما بما يفهم الحلف بذات الله .

الاستنتج :

ونستنتج مما ذكرنا اظهرية ذلك الطريق فى حلفه وان ابلت
 تعويلا على المشهور او على غيره من النظريات .
 فاعلم انه الاحوط الذى لا يترك .

تنبية : الذى يظهر منها هو الذى ذكرنا من
 الطرز والشكل المخصوص فى حلف الاخرس وتكون مستندا لقول
 ابن حمزة ولو على نحو الجواز ولكن يبقى القول بوضع اليد وهو
 الثانى فى المتن بلا دليل ولذا قالوا : ولم نقف على مستند
 للوضع المذكور .

قال : ولا يستحلف الحاكم احدا الا فى مجلس قضائه الامع
 العذر كالمرض المانع وشبهه فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه فى
 منزله .

وكذا المرأة التى لاعادة لها بالبروزالى مجمع الرجال او

المنوعة باحد الاعذار . المتن .

توضيح المقال :

الاستحلاف من شئون الحاكم فلا يستحلف غيره .
والمراد من مجلس القضاء مجلس الحاكم سواء حكم فيه ام لا
فانه يجوز للحاكم ان يحكم في مجلس وان يحلف في آخر فلا يجوز
لغيره ان يحلف وان كان في مجلس الحكم هذا .
والمهم هو البحث عن سند ذلك .

والظاهر انه عبارة عن عدم انقطاع القضاة .
وبعبارة المحقق الاردبيلي قدس سره (من تنمة الحكم ولا حكم
لغيره اذ هو العالم بالكيفية لا غيرا والاجماع او تبادر ذلك الى
الفهم من الاستحلاف في الروايات والعبارات فتامل) انتهى محل
الحاجة .

والخلاصة : قد تقرّر عند الفقهاء عدم جواز الاحلاف الا -

للحاكم .

ثم ان قول الماتن (الامع العذر) اشارة الى كلية مقبولة و
هي عبارة عن كل معذور بعذر يقبل شرعا فنستنتج منها جواز
التخلف عن الحلف عند الحاكم مع العذر ونتيجة ذلك استنابة
الحاكم من يحلفه في محله .

والمستند في ما ذكره هو العقل والنقل الذين يدلان على نفي الحرج والعسر والحاكمان على ان اليسر والسهول مرضيان عند الشارع كما لا يخفى .

اصحاب العذر :

منهم المريض والزمن الذي لا يمكنه او يشق عليه الحضور الى مجلس الحاكم او الخائف من العدو .
والمرأة غير البرزة ولقد مر بيانها في خلال الابحاث والحايز والنفساء او المستحاضة التي لا تأمن من تنجيس المسجد اذا كان الحاكم فيه وكانت عادته الحلف هناك .

فـرع :

وهل يلزم للحاكم ان يروح الى محل صاحب الاغدارام لا .
الظاهر الثاني .
ولذا قال المحقق الاردبيلي قدس سره .
ثم انه ينبغي ان يروح الحاكم اليه ويحلفه الا ان يجعل رواح الحاكم عند المعذور نقصاً ومسقطاً محله عند الناس ان ليس من شأنه التردد عند المدعى عليه : انتهى .
قال المحقق :

البحث الثاني في يمين المنكر والمدعى :

قال : اليمين تتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر و على المدعى مع الرد ومع الشاهد الواحد وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم : المتن .

اقول : ينبغي عطف عنان الكلام الى بيان تشخيص وتمييز المدعى والمنكر وقد عرفت فيما سبق ان الموضوعات من قبيل العلل بالنسبة الى الاحكام فللبحث عنها حق التقدم كما لا يخفى .

اما لمدعى فهو من مادة (دعو) الناقص الواوى (الدعاء) كالنداء والادعاء من المدعى ان يدعى شيئاً انه له فللمادة مع - الاشتقاق لها اصوات مختلفة لا تخفى على المطلع المتضلع كالدعوة حيث انها مختصة بادعاء النسبة واصلها للحالة التي عليها الانسان نحو القعدة والجلسة .

وقد يقال ان معرفتهما تبتنى على معرفة معنى الدعوى ثم تكلموا في الدعوى بذكر امور من اللزوم وكون الدعوى متعلقة بما يملك ومما يملكه المسلم او يستحقه .

وكون المدعى معلوماً معيناً بالشخص او الوصف او بالجنس والنوع .

وكون تحرير الدعوى على نحو الجزم .

والتحقيق ان تلك الامور غير داخله في حقيقة المدعى والدعوى وما هيتهما بل هي امور استقرائية باستقراء الروايات الواردة في

ابواب الدعاوى التى اخذت فى الدعوى .

والمدعى ليس له حقيقته شرعية ولا متشعبة بل هو على ما يفهم من اللغة ويفهمه العرف من صورت اللغة مضافاً الى ما اصل فى مقامه من انه اذا لم يكن للفظ حقيقه شرعية يحمل على المعنى العرفى اللغوى .

وتعريفه : بانه اذا ترك الخصومة ترك وبعبارة اخرى اذا سكت سكت عنه والمدعى عليه بخلافه كما فى شرح الارشاد للار-
دبيلى : تفسير وتبديل لفظ لما قلنا من ان المدعى من يدعى شيئاً انه له .

ومعلوم انه لو ترك الادعاء وسكت عن دعوى الشئ لم يتحقق موضوع الدعوى .

و ————— رّف :

وعرف ايضا بان المدعى من يدعى خلاف الاصل والمنكر من يدعى ما يوافقه وبانه الذى يدعى خلاف الظاهر والمنكر ما يوافقه كشف المراد عن الاصل والظاهر .

غير خفى على البصيران (الاصل) و (الظاهر) مهمل فى كلام الاصحاب حيث ان مرادهم ليس بظاهر فيهما وهما يذكران فى التعاريف بلا تفسير مراد .

قد يقال :

قد يقال ان (الظاهر) ان كان مما قام دليل على اعتباره فهو

خارج عن محل البحث فانه لا ريب في تقدمه على الاصل و لزوم
اتباعه كالبينة في الموضوعات و كالكتاب و السنة في الاحكام .
فالمراد هما منه في المقام ما لم يقم دليل على اعتباره كالظن
العادى و الحاصل من الغلبة كما يتضح في ضمن الامثلة .
واما لاصل :

ولا يخفى ان الظاهر من الاصل في المقام هو الشئ المعتمد
شرعاً سواءً كان مفاده النفي كاصل البرائة . و استصحاب العدم
و اصاله العدم ام كان مفاده الاثبات كاستصحاب الوجود و اصاله
بقاء شغل الذمة المعبر عنها بقاعدة الاشتغال و اصاله الصحة
في العقود و الايقاعات .

- و اصاله الصحة في الاعيان الخارجية .
- و اصاله الطهارة المعبر عنها بقاعدة الطهارة .
- اذا عرفت شطراً من الكلام في المقام .
- فاعلم ان الدعوى و لانكار لا يتحقق الا بنفى و اثبات و اردين
على شئ واحد .

و خلاصة الكلام : (ما هي الدعوى)

انه لا محيص الا من نفي و اثبات و اردين على شئ واحد ولو
بالحيثية حتى يتحقق المعنى العرفى من الدعوى .

ومن هنا لو اثبت احدهما عاماً ونفى الآخر خاصاً لا يتحقق الدعوى مثل ان يقال : (أنى اطلب منك عشرة دراهم) فيقول الآخر (أنى لست بأخذ منك قرصاً) فانه غير مناف للدعوى اذ لعل عشرة دراهم مطلوب من جهة ضمان الاتلاف او من باب ثمن - المبيع فتأمل .

بخلاف ما لو اثبت احدهما خاصاً ونفى الآخر عاماً حيث تحققت الدعوى .

مثل ان يقول ان لى عليك عشرة من ثمن مبيع فقال الآخر لست بمشغول الذمة لك .

وجهة ذلك ان نفى الاعم يستلزم نفى الاخص ايضاً فيرد النفى والاثبات على موضوع واحد .

والحاصل ان توجه النفى والاثبات على امر واحد ولو من جهة المآل انما هو من مقومات الدعوى عرفاً ولغة وما قد يترأى من المغايرة من جهة الصورة فهو راجع اليهما بحسب المعنى .

وهل يعتبر نفع المدعى فى الدعوى : ام لا :

اقول ان فرضنا الكلام فى لفظ الدعوى ومعناه فليس النفع من مقومات الدعوى .

اذ من الظاهر ان كل من ادعى شيئاً يسمى مدعياً وكذا يسمى كلامه دعوى فى لحاظ العرف بل اللغة .

فلو وقع التشاجر فى مسألة علمية بنفى واثبات لكان احدهما

مدعيا والآخر منكرا .

ولكن لايجرى فيهما حكم التنازع من البينة واليمين .
فمجرد النفي والاثبات الذى لاثمة فيهما الاثمة محض العلم
ولا يوءل الى ضرر ونفع فليس مورد عناية الشارع كما سيضح .
واما لو تأملنا صادقا فى تشريع القاعدة المتلقاة من قوله صلى
الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات والايان .
لقلنا بالاعتبار :

ويعلل بان القاعدة المستفادة من الرواية أسست فى مراحل
السياسة الاجتماعية لاجل حسم مادة التنازع الذى يوءدى الى
تلف ما اهتم الشارع بحفظه كالاموال والنفوس والفروج والنسب .
فالدعوى المتعلقة بهذه الامور ما يجب رفع النزاع ضرورة
عنها لئلا يختل النظام الاجتماعى فى الامور .
ولذا جرى البناء فى القاعدة على هذه الدعاوى لاعلى النفى
والاثبات المجردين عن اختلال الامور فافهم .
وقد يعلل ايضا : بانصراف اطلاق كلمة (المدعى) على
الدعوى الذى فسرناه دون ما لانفع فيه .
والواقع الغالب بين العقلاء هو الدعوى المشتمل على النفع
لاغيره الذى لايجرالى التشاغب والتكالب .
وقد يعلل ذلك بالاستناد الى القرائن الخاصة فى مقام
الاستشهاد بهذه القاعدة على المراد منها ما وصفنا لامجرد النفى

والاثبات كيف كان فتأمل .
وقد يعلل ذلك ايضا ويوجب اطمينان نفس الفقيه باجماع
الاصحاب على عدم توجه البينة واليمين فى غير ما شرحنا كما لا
يخفى .

وملخص الكلام :

ان اعتبار كون الدعوى مما يقصده العقلاء للتشاجر والتنازع
ما هو واضح لا بحث فيه .
وكذا لا يخفى عليك ان لحاظ النفع ليس بداخل فى حقيقة
الدعوى وما هيته بحيث لا يصدق بدونه عرفا .
اذا امعنت النظر فيما ذكر فنعود الى البحث عن المتن .
ونقول ان المحقق قدس سره لما بين مسألة اليمين وكفاية
الحلف بالله .
اراد ان يبين موضوع اليمين فقال : اليمين تتوجه الى المنكر
تعويلا على الخبر .
اشار (بالخبر) الى الخبر المستفيض من طرقهم عنه صلى الله
عليه وآله : البينة على المدعى واليمين على من الكر .
ولكن ليس فى اخبارنا لفظ المنكر بل فى عدة روايات ذكر
جملة (المدعى عليه) كما فى روايتى جميل وهشام و ابى بصير

- اللتان نذكرهما عن الكافي والوسائل .
- وتحقيق المقال حسبما يقتضه الحال هو ان نقول ان النبي
الصادق بامرہ تعالی قال : فی مقام التشرع .
- انما اقضى بينكم بالبينات والايان الى آخره المرورى فى
الكافى ج ٧ من الطبع الجديد ص ٤١٤ (باب القضاء بالبينات) .
- وفى الخبر الثانى من الباب المذكور عن محمد بن قيس عن
ابى جعفر عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه كيف
اقضى الى قال : فقال له ردّهم الى واضفهم الى اسمى يحلفون
به : ومعنى الاضافة هو الاسناد والضم وفى القاموس على المحكى
اضفته اى الجأته .
- وفى الخبر الثالث منه فى كتاب على عليه السلام .
- وفى ذيله فاوحى اليه او احكم بالبينات . اضفهم الى اسمى
يحلفون به .
- وفى الرابع : ان احكم بينهم بكتابى واضفهم الى اسمى
فحلّفهم به .
- وقال هذا لمن لم تقم له بينة .
- لا يخفى عليك . ان هذه الروايات فى مقام التأسيس و -
التشريع أشارات الى البينة والحلف .
- ولم تبين انهما وظيفة لمن وانما بينت ما هو ميزان القضاوة
والحكومة فى الاسلام .

وما ذكرنا طريقة التشريع فى القرآن والسنة .
 ولا يخفى ان الكلام متدرج بحسب المقامات والمقتضيات .
 فالمستنبط والمستظهر ملزم على رعاية التقييد والتبيين لانه
 من متمات التشريع وتوجيه المطلق او العام كما لا يخفى على -
 الاعلام .

تتميم الجعل :

لا يخفى ان الائمة عليهم السلام معادن العلم والحكمة صدورهم
 اوعية علم النبى صلى الله عليه وآله فعلمهم وعلم الرسول واحد .
 قال ابو عبد الله الصادق عليه :
 قال رسول الله صلى الله عليه وآله : (البينة على المدعى
 واليمين على من ادعى عليه) الكافى ج ٧ ص ٤١٥ باب البينة) .
 وايضا فى الباب المذكور عن ابى بصير عن ابى عبد الله عليه
 السلام .

قال : ان الله حكم فى دماكم بغير ما حكم به فى اموالكم
 حكم فى اموالكم ان البينة على المدعى واليمين على من ادعى
 عليه . وحكم فى دماكم ان البينة على من ادعى عليه واليمين
 على من ادعى لكيلا يبطل دم امرء مسلم .
 فترى ان الرواية تعين وظيفة المدعى ومن ادعى عليه ويتم

بذلك معيار القضاء وكما ترى تعين اليمين على المدعى و البينة على من ادعى عليه .

ارشاد : ذلك التعيين والتميم الذى اتم
الجعل وتحصلت القاعدة من ان البينة للمدعى واليمين على
من ادعى عليه .

ليس بحيث لا ينفك عن موضعه المعين ولذا شاهدت فى تلك
الرواية الاخيرة تعيين اليمين على المدعى فى الدم .

وكذا تعين اليمين على المنكر ليس على نحو لا يقبل منها البينة .

وكذا يوجد موارد يحتاج المدعى على اليمين .

فينقدح من ذلك ان موازين القضاء فى الشرع تتحقق بالبينة

واليمين .

ولذا قال صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات

والايمان على نحو الاطلاق .

ثم يدل الدليل على التخصيص والعكس او لزوم اليمين على

المدعى مع الشاهد الواحد .

فيستفاد ان ما يقال من ان الاصل والقاعدة هو سماع اليمين

عن المنكر والبينة من المدعى هو ما دلت عليه اطلاقات اصل

التشريع وتحصل القضاء بهما .

ولا ينافى ذلك الخروج عنها حسبما يقتضيه المقام والموارد -

على طبق الدليل .

- ان يحلف ويأخذ حقه .
- فان ابى ان يحلف فلاشئ له : ثل الباب ٧ من كيفية القضاء واختيار هذا الخبر لفائدة وفى عدة الباب المذكور روايات تدل على المطلوب فراجع .
- تنبيه : قد عرفت ان النكول بمجردة يوجب توجه اليمين عليه .
- قوله : ومع الشاهد الواحد كما رأيت فى الخبر السابق آنفا قوله (فرجل ويمين المدعى) .
- وقول الماتن وقد توجه مع اللوث فى دعوى الدم : يأتى بيانه انشاء الله تعالى .
- قال المحقق : ولا يمين للمنكر مع بينة المدعى لانتفاء التهمة عنها .
- اقول اذ لا دليل على ثبوتها مع البينة وميزان القضاء احدهما نعم فى الدعوى على الميت دل النص على اليمين ايضا كما عرفت سابقا وهو فى (ثل) الباب ٤ من كيفية الحكم فراجع .
- الماتن : ومع فقدتها فالمنكر مستند الى البرائة الاصلية فهو اولى باليمين : المتن .
- بل لما يقتضيه النصوص من كون ميزان القضاء اليمين على المنكر كما لا يخفى : (كيفية الحلف فى الاداء) .
- قال المحقق : ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً

توضيحه ان مع توجه اليمين على المنكر او على المدعى لا بد ان يقع الحلف على القطع مطردا مما يتعلق بفعل نفسه .
وسند ذلك اولا هو كونه مشهورا بين الاصحاب شهرة محققة وصرح به الشيخ والعلامة والشهيدان وغيرهم كما عن الآشتياني قدس سره في القضاء ص ١٨٢ .

وتوضيح المقام : ان نقول ما هو الضابط والمعياري في كيفية الحالف وهو قد يحلف على البت والجزم او على نفى العلم .
فالضابط انه ان كان يحلف على فعل نفسه فيحلف على البت سواء كافي مقام الاثبات او نفى فعله .
والعلة في ذلك انه يطلع على فعله ويعرف حال نفسه كما لا يخفى .

وان كان يحلف على فعل غيره .
فان كان في مقام الاثبات فيحلف على البت بملك انه يسهل له الوقوف عليه كما انه يشهد به وان كان يحلف على النفي حلف على انه لا يعلمه بملك ان النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه ولذا لا يجوز الشهادة على النفي .

ولا يخفى ان العمدية استظهار ذلك من النصوص فلا بد من التعرض لها .

فح يكون مفادها سندا ثانيا في المقام .
منها : ما مر في حلف الأخرس الذي نقلناه من (ئل) الباب

٣٣ من كيفية الحكم .

والجملة الواقعة منها كذلك (ان فلا بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان اعنى الاخرس حق ولاطلبة بوجه من - الوجوه ولاسبب من الاسباب) والظاهر بل الصريح منه الجزم و البت .

ومنها ما عن ابن ابي يعفور المروى فى (ثل) الباب ٩ من كيفية الحكم : وفيه (اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له) .

ومحل الشاهد هو قوله فحلف ان لاحق له .

الظاهر فى نفي الحق على نحو البت .

ومنها ما مر ايضا من رواية عبدالرحمن قال قلت للشيخ فى الدعوى على الميت المروى فى (ثل) الباب ٤ من كيفية الحكم . وفيه : فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا اله الا هو . لقد مات فلان وان حنته لعليه .

قال المحقق :

الاعلى نفى فعل الغير فانها على نفى العلم .

ووجهه ما ذكر من عسر الاطلاع على فعل الغير عم قد تقوم

القرائن عليه فيحلف على البت ح

وقد يذكر ان تعذر اليمين غالبا على البت يدل على الاكتفاء به اى

باليمين على نفي العلم فاذا كان ذلك عسيرا نوعا يشمله ما دل
 على نفي العسرفى الشريعة لسهولة .
 وقد يظن ان نباء الشارع على عدم لزوم الضررفى القضاء مع
 كون الالزام على اليمين العلمى ضرراً .
 وفيه : ان التعذر والتعسر لو كان ملاكا ولو التعذرالشخصى
 لما ينفع لقيام الدليل على وجوب الرد بعد التعذر عن الحلف .
 ويتوجه المنع من الضررفى الوجه الثانى مع عدم صلاحية
 ذلك للاستدلال .

نعم يصح سندا للمسئلة الاجماع المنقول المعتضد بالشهرة بل
 عدم الحلاف فى المسئلة يعتد به كما عن المحقق الاشتيانى قدس
 سره ص ١٩٥ .

ويدل سندا على المسئلة الخبروفى جملته قال : ومتى لم
 يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين يحلفون بالله تعالى
 ما يعلمون ان له على ميّتهم حقاً .

ودلالة الخبر مما لا اشكال فيه والاشكال فيه انه يختص
 بمورد خاص ليس فى محله بملك ان المورد لا يكون مخصّصاً اولاً و
 بعدم القول بالفصل ثانيا : فتأمل .

وخبر حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام :

قال له رجل اذا رأيت شيئا فى يدي رجل يجوان اشهد
 انه له قال : نعم .

قال الرجل اشهد انه في يده ولا اشهد انه له فلعله -

لغيره .

فقال ابو عبد الله عليه السلام افيجلّ الشراء منه قال نعم .

فقال ابو عبد الله عليه السلام .

فلعله لغيره فمن .

اين جازلك ان تشتريه ويصير ملكا لك .

وتقول بعد الملك هولى وتحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه

الى من صار ملكه من قبله اليك .

ثم قال ابو عبد الله عليه السلام لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين

سوق .

ووجه الدلالة ان الامام عليه السلام جعل جواز الحلف

استنادا الى اليد مفروغا عنه .

قال المحقق : فلو ادعى عليه ابتياع او قرض او جناية فانكر

حلف على الجزم : (اى لاجل كون ذلك فعل نفسه) .

قال ولو ادعى على ابيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع

عليه العلم فيكفيه الحلف انه لا يعلم : المتن .

الماتن : وكذا لو قال (اى المدعى عليه) قبض وكيلك : اى

قبض ما على : فيكفيه الحلف على نفي العلم ان ادعى عليه و

الا انحصر الاثبات الى البينة .

قال : كشف اللثام : فاذا حلف الموكل اثبت المدعى قبض

الوكيل .

او حلف على البرائة : واستشكل فيه صاحب الجواهر فراجع الى كلامه .

قال المحقق : اما المدعى ولا شاهد له فلا يمين عليه الامع الرد او نكول المدعى عليه على قول .

فان ردها المنكر توجهت (اي على المدعى) فيحلف على الجزم ولو نكل سقطت دعواه اجماعا : المتن .

اقول اما عدم اليمين مع فقدان الشاهد فلان ميزان القضا كما عرفت ان البينة على المدعى .

واما توجه اليمين اليه مع الرد او النكول اي نكول المدعى عليه فلما عرفت ايضا فيما سبق .

ومع توجه اليمين على المدعى يحلف على الجزم يملك انه يحلف على ما فعل نفسه كما لا يخفى واما لو نكل سقطت دعواه اجماعا كما في المتن ولما دل عليه النص ايضا كما مر .

قال المحقق : ولورد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الاحلاف قال الشيخ ليس له ذلك الا برضا المدعى وفيه تردد منشأه ان ذلك تفويض لا اسقاط : المتن .

لعل مستند الشيخ قدس سره سقوط استحقاقه منه برده : و الوجه في انه تفويض يجوز معه البذل هو الاستصحاب وقد سبق الكلام فيه ايضا .

قال المحقق : ويكفى مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق

قد عرفت في بيان المدعى والمنكر ومعنى الدعوى من ان مقومات الدعوى توارد النفي والاثبات على شئ واحد على التفصيل الذي مرّنا .

فقول الماتن (على نفي الاستحقاق) وكفايته لاجل ان نفي العام مستلزم لنفي الخاص مثل ان يقول ان لى عليك عشرة من ثمن مبيع وهذا خاص .

وقال المنكر لست بمشغول الذمة لك وهذا معنى عام حيث انه يستلزم نفي العشرة من ثمن مبيع وح تحققت الدعوى ويصح تواردهما على شئ واحد فيكفى الحلف على نفي الاستحقاق في هذه الصورة .

قال : ولو ادعى عليه غصبا او اجارة مثلا واجاب بأنى لم اغضب ولم استأجر .

قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لانه لم يجب به الا وهو قادر على الحلف عليه والوجه انه ان تطوع بذلك صح وان اقتصر على نفي الاستحقاق كفى : المتن . وهذا مثال آخر لما شرحنا قبيل هذا لمطابقتها بميزان صدق الدعوى وصحة توارد النفي والاثبات على شئ واحد كما لا يخفى .

قال : ولو ادعى المنكر الابراء او الاقباض فقد انقلب مدعى والمدعى منكرا فيكفى المدعى اليمين على بقاء الحق ولو حلف على نفي ذلك الابراء والاقباض كان أكد لكنه غير لازم : المتن .

وذلك يعلم مما شرحنا هنا اجمالا كما لا يخفى .

قال المحقق : وكلما يتوجه (اي كل مقام) الجواب عن -

الدعوى فيه يتوجه معه اليمين .

ويقضى على المنكر مع النكول كالعتق والنكاح والنسب و

غير ذلك هذا على القول بالقضاء بالنكول وعلى القول الآخر ترد

اليمين على المدعى ويقضى له مع اليمين .

وعليه مع النكول : المتن .

اقول : ملخص الكلام فى توضيح المقام ان المحقق قدس

سره كما فى المسالك اشار الى تعيين المواضع التى يثبت فيها

الحلف على المنكروهى يقتضى تعيين الحالف ومحصلها ان كل

من يتوجه عليه دعوى صحيحة يتعين الجواب عنها .

وذلك بالاقرار والانكار بحيث لو اقر بمطلوبها الزم به فاذا

انكر يحلف عليه ويقبل منه واذا نكل يقضى عليه به مطلقا او مع

حلف المدعى فيدخل فى ذلك النكاح والطلاق والرجعة والفيئة

فى الايلاء والعتق والنسب والولاء وغيرها .

ونبه بالأمثلة على خلاف بعض العامة حيث قال : لا يحلف

المدعى عليه فى جميع هذه الابواب .

بناءً على ان المطلوب من التحليف الاقرار او النكول ليحكم به

والنكول نازل منزلة البذل والاباحة ولامدخل لهما فى هذه

الابواب وآخرين منهم ذهبوا الى ان المطلوب من التحليف انما

يجرى فيما يثبت بشاهدين ذكرين الحاقا له بالحدود .

وسند صحة ما قاله المحقق قدس سره هو قوله صلى الله

عليه وآله : اليمين على المنكر .

ويؤد قول العامة في ذلك ويحتج عليهم بما عن النبي ايضا

المروى في سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٤٢ .

وهوان ركانة أتى النبي (صلى الله عليه وآله) .

فقال يا رسول الله انى طلقت امرأتى البتة فقال ما اردت

بالبتة .

قال واحدة :

فقال ركانة والله ما اردت بها الا واحدة فردها اليه ثم

طلقها الثانية في زمن الثانى . والثالثة في زمن الثالث : وانت

ترى انه عليه السلام اكتفى فيه باليمين على ما اخبر به من قصده

في الطلاق .

وخرج بقوله في المتن يتوجه الجواب على الدعوى فيه حدود

الله تعالى فان الدعوى فيها لا يسمع ولا يطالب الجواب لانها

لست حقاً للمدعى ويأتى الكلام فيها انشاء الله تعالى .

قال المحقق : (مسائل ثمان) الاولى :

لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت -

المورث والعلم بالحق وانه ترك في يده مالا .

ولو ساعد المدعى على عدم احد هذه الامور لم يتوجه : المتن

(اى العلم بموت المورث . والعلم بالحق . وترك مالا) .
توضيح المقال فى المسئلة يحتاج الى ذكر امور .
الاول ان الوارث لا يجب عليه اداء دين المورث من ماله .
نعم لو ترك المورث مالا فى يده الذى يفى بالدين او بعض
الدين وجب عليه الاداء والا فلا سواء كان عالما بالدين ام لا .
الثانى : انه على فرض ان يخلف بيده مالا لا يجب عليه
اداءه الا ان يعلم به او يثبت شرعا .
الثالث : ان الحلف على نفى فعل الغير على العلم لاعلى
البت .

• اذا عرفت ذلك •

فاعلم انه يمكن استخراج صور فى المقام الاولى : لو ادعى
مدع على الوارث بدين على الميت فان وافقه على انه لا يعلم
بالدين او لا يعلم بموت المورث اولم يتركه مورثه مالا لم يتوجه عليه
الدعوى اصلا ولم يترتب عليه اليمين • كما فى المسالك •

الثانية : كذا لو ادعى الدين واطلق ويكفى فى انتفائها
تصادقهما على انتفاء احد هذه الامور الثلاثة السابقة •

الثالثة : ان اعترف الوارث بالاخيرين من الثلاثة فان ادعى
عليه العلم بالدين وانه ترك فى يده مالا سمعت الدعوى ح لانه
لو اعترف بذلك لزمه اداء الدين فاذا انكر توجهت عليه اليمين فان
انكر الوارث الدين حلف على نفى العلم لانه يتعلق بفعل مورثه

والضابط فى فعل غير نفسه على نفي العلم وان نكل حلف -
 المدعى على البت والضابط فى فعل نفسه هو البت كما مر .
 وان انكر حصول التركة عنده حلف على البت لتعلقه بفعل
 نفسه .

وان انكر موت من عليه الدين فمقتضى القاعدة انه يحلف
 على نفي العلم لانه شئ يتعلق بفعل غيره كالدين .
 هذه ما استفدناه من المسالك .

قال المحقق : لو ادعى عليه العلم بموته او بالحق كفاه

الحلف على انه لا يعلم .

نعم لو اثبت الحق والوفاء وادعى فى يده ما لحلف الوارث
 على القطع : المتن وذلك لاجل تعلق الدعوى ح بأمر يرجع
 اليه .

الثانية : اذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه ويستوى فى
 ذلك دعوى المال والجناية : المتن .

اقول : قال فى الجواهر كما فى القواعد والارشاد والدروس
 والظاهر ان المراد من ذلك ما اذا كانت الدعوى عليه من
 حيث انه مملوك لا الدعوى عليه من حيث ذمته التى يتبع بها
 بعد العتق فانها ليست مملوكة للسيد وانما المملوك له بدنه وما
 فى يده فمتى كانت الدعوى باستحقاق احدهما كان الغريم المولى
 الذى يعتبر اقراره وانكاره بالنسبة الى ذلك بخلاف العبد فانه

لا اقرار ولا انكار يرضى على السيد .

التمثيل : فلو ادعى على مال فى يد العبد مدّع انه له كان الخصم السيد فان اقربه دفعه اليه وان انكر العبد . وان انكره اى السيد حلف له بقى المال وان اقر العبد . وكذا لو ادعى على العبد انه جنى خطأ فيستحق المجنى عليه استرقاقه او فكه كان الخصم السيد لتعلق الدعوى بماله فان اقر بذلك دفعه او فداه ولا يجدى انكار العبد وان انكر اى - السيد حلف وسقطت الدعوى على السيد باستحقاق العبد و ان اقر اى العبد بذلك .

وكذا الجناية عمدا المقتضية لاستحقاق استرقاق العبد ولو على جهة التخخير بينه وبين القصاص . فالخصم ايضا السيد فان اقر اى السيد به دفعه للاسترقاق و ان انكر العبد .

وان انكره حلف وسقطت الدعوى معه وان اقربنه العبد لانه اقرار فى حق الغير لكونه مملوكا . كما انه لا يثبت القصاص عليه باقرار السيد الذى ليس له الا مالية العبد دون ازهاق النفس .

واما اذا كانت الدعوى على شئ لا يرجع الى السيد بل يرجع بعد ثبوت الدعوى الى ذمة العبد بعد العتق كدعوى انه تلف مالا او غضب فلا ريب ان الخصم فيها العبد لانه الذى ينفع -

اقراره او انكاره فى الاستحقاق عليه بعد العتق .
 بل وكذا دعوى الجنابة خطأ بناء على اقتضاءها المال عليه
 ايضا وذلك لعمو اقرار العقلاء على انفسهم جائز انتهى ما نقلنا .

المسئلة الثالثة : قال المحقق :

لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة ولا يتوجه اليمين
 على المنكر : المتن .

اقول وجه ذلك ان من شرط سماع الدعوى كون المدعى
 مستحقا لموجب الدعوى كما فى المسالك ايضا فلا تسمع الدعوى
 فى الحدود لانها حق لله تعالى شأنه واذا كان المستحق هو
 الله تعالى فلا بد من اذنه والحال انه لم يأذن فى الدعوى و
 لم يطلب الاثبات .

بل ظاهره الامر بخلاف ذلك لامره بدرء الحدود بالشبهات
 كما فى (ئل) الباب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود فراجع .

وبالتوبة عن موجبها من غير ان يظهره للحاكم .

ولما هو المروى من طرق اهل السنن (سن البيهقى ج ٨
 ص ٢٢٨) من قول رسول الله صلى الله عليه وآله لمن حمل
 رجلا على الاقرار عنده بالزنا (هلا سترته بثوبك) .

التنبيهات : الاول ان عدم السماع انما هو فى الحدود التى

هى حق محض لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر .

الثانى : ان السماع بالبينة معناه ثبوت الدعوى بالبينة لا انه تكون دعوى له مع البينة . ح (لا يتوجه فيها اليمين على المنكر كما فى المتن .

الثالث : انه لو اشتركت الحدود بين الله تعالى وبين الآدمى كحد القذف فى سماع الدعوى بها اى اليمين من - المقذوف .

قولان .

احدهما وهو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط كما فى المسالك انها تسمع ترجيحاً لجانب حق الآدمى فلو ادعى عليه بانه زنى لزمه الاجابة عن دعواه ويستحلف على ذلك فان حلف - سقطت الدعوى ولزم القاذف بالحد وان لم يحلف ردت اليمين على القاذف فيحلف ويثبت الزنا فى حقه بالنسبة الى سقوط حق القذف ولا يحكم عليه بحد الزنا لان ذلك حق الله محضاً .

والثانى هو قوله الماتن حيث استشكل فى قول الشيخ بعموم نفي اليمين فى الحديث وقال (وفيه اشكال اذ لا يمين فى حد) المتن .

وسند ذلك ما عن ابن ابي عمير عن التهذيب ج ١٠ ص ٧٩ و الكلينى فى الكافى ج ٧ ص ٢٠٠ عن ابي عبد الله عليه السلام أتى رجل الى امير المؤمنين (عليه السلام) برجل فقال هذا قذفى ولم تكن له بينة . فقال يا امير المؤمنين

استحلفه فقال : لايمين فى حد .

وفى رواية اخرى : لايستحلف صاحب الحد : المروى فى
المستدرك الباب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم .

وفى رواية اخرى ايضا : ان رجلا استعدى علياً (عليه
السلام) فقال انه افترى علىّ .

فقال عليه السلام للرجل فعلت ما فعلت قال لا .

فقال عليه السلام للمستعدى الك بينة فقال مالى بينه فاحلفه
فقال (عليه السلام) ما عليه يمين . المروى فى (ئل) الباب ٣٠ من
ابواب كيفية الحكم .

ولا يخفى ان النفى الوارد على النكرة يقتضى العموم بالنسبة
الى الحق المحض والحق الآدمى فينقدح ان ارتضاء الشهيد -
الاول فى الدروس وقواه كشف اللثام مقالة الشيخ ليس على ما
ينبغى لانه قدس سره حمل نفى الحد الى الحد المحض ولا يخفى
ان ذلك يحتاج الى قرينة فى التخصص كما لا يخفى .

ومن هنا قال المسالك ان ما صار اليه الشهيد جيد ان لم
يعمل بالخبر الا انه استشكل فى رده بالتمسك بالعموم المستفاد
من تعلق النفى على النكرة كما لا يخفى فح يستقيم فتوى الماتن
والظاهر هو الاظهر .

المسئلة الرابعة :

قال : منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لاسقاط الغرم ولو نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول وهو الاظهر ولا يثبت الحد على القولين .

وكذا لو اقام شاهدا وحلف : المتن .

اقول : فى السرقة .

حق متعلق لمال من سرق منه .

وحق لله تعالى شأنه من قطع اليد فاذا ادعى السرقة مدع

فهذه الدعوى مسموعة بالنسبة الى الحق الآدمى .

فمنكر السرقة يلزمه اليمين لانه منكر واذا نكل يقضى عليه

بالنكول وهو الاظهر كما مرفى المسائل السابقه او مع الرد على

المدعى على ما عرفت سابقا خلاف فيه .

ولا يثبت الحد اى القطع الا بالبينه وحد الله لا يثبت باليمين

والقول بان الحقين معلولا علة واحدة فلا انفكك قد عرفت

فيما سبق ما فيه .

المسئلة الخامسة :

لو كان له بينة فاعرض عنها والتمس يمين المنكر .

او قال اسقطت البينة وقنعت باليمين فهل له الرجوع .

قيل : لا وفيه تردد .

ولعل الاقرب الجواز وكذا البحث لو اقام شاهدا فاعرض عنه

وقنع بيمين المنكر : المتن .

اقول : لا يخفى عليك ان البينة واليمين جعلتا لاجل -

الفصلة واثبات الحق ونفيه باليمين .

واطلاق ان البينة حق للمدعى من باب التوسع فى معنى

الوظيفة والتكليف القضائى فليست البينة من الحقوق التى تسقط

بالاسقاط حتى لا يبقى له موضوع يرجع فيه كما يعلم بالدقة .

وبعبارة اخرى ان تكليف المدعى اقامتها شرعا فلا يسقط

الحكم ح باسقاطه .

فلو اعرض او اسقط ثم رجع الى الاقامة رجع الى حكمه .

فقول الشيخ قدس سره وعوده يحتاج الى دليل غير وجيه .

فلو شك فى السقوط فالاستصحاب محكم .

ولذا قال الماتن ولعل الاقرب الجواز بل الاقوى ذلك كما

اختاره المسالك قدس سره .

المسئلة السادسة :

لو ادعى صاحب النصاب ابداه له فى اثناء الحول قبل قوله

بلا يمين . وكذا ' رخص عليه فادعى النقصان .
 وكذا لو ادعى الاسلام قبل الحول .
 واما لو ادعى الحربى الانبات بعلاج لا بالسن ليتخلص -
 (بذلك) من القتل ففيه تردد ولعل الاقرب انه لا يقبل الا مع
 البينة : المتن .

اقول الحكم بالقبول فى المواضع الثلاثة المذكورة الى قوله
 (واما لو ادعى الحربى) بلا احتياج الى اليمين محل نفي الخلاف
 كما فى المسالك وغيره . وجهة القبول من دون اليمين لاجل
 ان الحق بين العبد وبين الله تعالى ولا يعلم ذلك الا من
 قبل العبد غالبا .

واما لرابع منها : وهو دعوى الحربى الانبات بعلاج لا -
 بالسن اى يريد التخلص بذلك اثبات كونه غير بالغ طبعا ليدرء
 عنه القتل ففيها اقوال تردد فيه الماتن وقال لعل الاقرب انه
 لا يقبل الا بالبينة .

وتفصيل الكلام فى المقام :

ان القتل لا ريب فى كونه حقا لله تعالى .
 فقيل يقبل قول الصبى الحربى بغير يمين لمشاركته للمواضع
 المذكورة فى المتن هذا اولاً .

وثانيا ان مجرد الدعوى شبيهة دارية للقتل فيكون كافية .
 وثالثا ان اليمين هنا متعذرة لانها يمين من صبى لاصالة
 عدم البلوغ وعدم استحقاقه القتل .

والذى يمكن الاشكال فيما ذكره وما قيل من القول الآخر
 من انه يدعى خلاف الاصل والظاهر بملاك ان الظاهر من -
 الانبات هو ما تقتضيه الخلقة فح يقبل قوله بيمينه لاجل الاثبات .
 واذ لم يكن له البينة فاليمين اقل مراتب الاثبات وبحسب
 الظاهر هو محكوم بالبلوغ للانبات .

ولكن فى ذلك الاستدلال غفلة لاجل انه يلزم من قبول
 قوله بيمينه وصحة يمينه عدمه اذ يلزم بعد اليمين الحكم بانه غير
 بالغ وما وقع اليمين من البالغ ومن شرط صحتها البلوغ .
 كما عن المحقق الاردبيلى قدس سره ثم قال وبالجملة الظاهر
 الاول : اشار به الى القبول بان هذا حق الله ايضا ولا يعلم
 الا من قبل المكلف الخ ولكن العلامة فى المتن اى الارشاد
 استشكل كغيره .

وفى المسالك اختار القبول وقال (الاقوى) .

اقول بعد قبول ان الحدود تدرء بالشبهات فهل هنا شبهة
 بدعوى العلاج ام .

الظاهر ان الشبهة صادقة فيكون المقام مصداقا فح تكون
 النتيجة تحققها فتدرء بها القتل وهذا هو الظاهر ان لم يكن

اظهر .

ارشاد : لا يخفى عليك هنا ملحقات بما في المتن ذكرها صاحب المسالك قدس سره وتبعه صاحب الجواهر فاوردتها فيه وبعد الاتمام استشكل في صحة جميعها .
وقال يتصور القبول مع حمل فعل المسلم المحمول على -
الصحة قولاً وفعلاً في صورة عدم المعارض واما مع الخصومة المسموعة في جملة منها فلا اشكال في اعتبار اليمين ثم تنتظر في الضابط -
الذي ذكره المسالك فعليك بالدقة .

المسئلة السابعة :

قال المحقق : لومات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين قيل يحبس حتى يحلف او يقر لتعذر اليمين في طرف المشهود له .

وكذا لو ادعى الوصي ان الميت اوصى للفقراء وشهد واحد وانكر الوارث وفي الموضوعين اشكال لان السجن عقوبة لم يثبت موجبها : المتن .

لا يخفى عليك ان كلتا المسئلتين عن الشيخ قدس سره في المبسوط كما في المسالك ولم يذكر المحقق عليه الرحمة الثالثة وحكم الشيخ فيهما بالحبس حتى يحلف او يقر لتعذر اليمين في

طرف المشهود له المايت واستشكل المحقق باعتبار ان موجب
الحبس غير ثابت بملاك ان الحق لا يثبت بشاهد واحد .
ولكن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم
بالبينات والايمان : هو القضاء باليمين اذ لا بينة او الاقرار -
بالدين كما لا يخفى ومع ذلك لا يخلو المسئلتان عن تأمل .

المسئلة الثامنة :

قال المحقق : لومات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل
الى الوارث وكانت بحكم مال الميِّت وان لم يحط انتقل اليه ما
فضّل عن الدين وفي الحالين للوارث المحاكمة على ما يدعيه
لمورثه لانه قائم مقامه : المتن .
اقول : توضيح المسئلة يبتنى على مقدمة وهى ان مال -
الميت مع الدين المحيط .

هل ينتقل الى الوارث وكذا مع عدم الاحاطة ام يبقى على
حال مال الميِّت فيه اختلاف بين جماعة الفقهاء رضوان الله عليهم
والمحقق هنا قال بعدم الانتقال وتبعه صاحب المستند و
غيره وقال المسالك بالانتقال على الاقوى وتبعه الجواهر وغيره
والبحت المشيع فى ذلك موكول الى محله .
وعلى التقديرين يكون الوارث ممنوعا عن التصرف حتى يخلص

المال له .

وكيف كان فالوارث اما مالك او قائم مقامه .

ونتيجة ذلك هو قيام الوارث للمحاكمة والمسئلة محل تأمل

يأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى .

قال المحقق قدس سره (البحث الثالث فى اليمين مع الشاهد)

يقضى بالشاهد واليمين فى الجملة استناداً الى قضاء رسول

الله (صلى الله عليه وآله) وقضاء على بعده عليه السلام :المتن .

تحقيق الكلام فى المقام يستدعى التكلم فى مواضع الاول فى

سند المسئلة من حيث الرواية .

الثانى فى موضوع المسئلة من حيث حقوق الناس المالية و

غيره .

الثالث فى الحاق المرأتين بالشاهد الواحد .

والخاتمة فيما يثبت مع التردد .

اما لموضع الاول :

فنقول روى الكلينى قدس سره باسناده عن محمد بن مسلم

عن ابي عبد الله عليه السلام : قال كان رسول الله (صلى الله

عليه وآله) يجيز فى الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب -

الدين ولم يجز فى الهلال الا شاهدى عدل .

وعن منصور بن حازم عن ابي عبد الله (عليه السلام) .

قال : كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضى بشاهد

واحد مع يمين صاحب الحق هذا ما عن الرسول صلى الله عليه وآله
 واما عن على عليه السلام فعن حماد بن عثمان .
 قال : سمعت ابا عبد الله (عليه السلام) كان على عليه السلام
 شهادة رجل ويمين المدعى .

وعن عبدالرحمان بن الحجاج .
 قال : دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على ابي
 جعفر (عليه السلام) فسألاه عن شاهد ويمين .
 فقال : قضى به رسول الله وقضى به على عندكم بالكوفة
 (عليهما السلام) فقلا هذا خلاف القرآن .

فقال : واين وجد تموه خلاف القرآن .
 قالا ان الله يقول واشهدوا ذوى عدل منكم .
 فقال : قول الله واشهدوا ذوى عدل منكم هو ان لا تقبلوا
 شهادة واحد ويميناً .

ثم قال : ان عليا (عليه السلام) كان قاعداً فى مسجد-
 الكوفة فمر به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة .
 فقال على (عليه السلام) هذه درع طلحة اخذت غلولا يوم
 البصرة فقال له عبد الله بن قفل اجعل بينى وبينك قاضيك الذى
 رضيته للمسلمين فجعل بينه وبينه شريحاً .

فقال على (عليه السلام) هذه درع طلحة اخذت غلولاً يوم
 البصرة .

- فقال له شريح هات على ما تقول بيّنه فاتاه بالحسن عليه السلام فشهد انها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة .
- فقال شريح هذا شاهد واحد .
- ولا اقضى بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر .
- فدعى قنبر فشهد انها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة
- فقال شريح هذا مملوك ولا اقضى بشهادة مملوك .
- قال : فغضب على (عليه السلام) .
- وقال خذها فانّ هذا قضى بجور ثلث مرّات .
- قال : فتحول شريح .
- وقال الاّ اقضى بين اثنين حتى تخبرنى من اين قضيت بجور ثلث مرّات .
- فقال : له ويلك وويجك انى لما اخبرتك انها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة .
- فقلت هات على ما تقول بيّنه .
- وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) حيث ما وجد غلول اخذ بغير بيّنه .
- فقلت رجل لم يسمع الحديث .
- فهذه واحدة ثم اتيت بالحسن فشهد فقلت هذا واحد لا اقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر وقد قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة واحد ويمين .

فهذه ثنتان ثم أتيت بقنبر فشهد انها درع طلحة اخذت
 غلولا يوم البصرة .
 نقلت هذا مملوك .

وما بأس بشهادة المملوك اذا كان عدلا .
 ثم قال ويك او ويحك ان امام المسلمين يؤمن من امورهم
 على ما هو اعظم من هذا : ورواه الصدوق ايضا مع زيادة .
 وهذه الروايات موجودة في (ثل) الباب ١٤ من ابواب كيفية
 الحكم : ولا يخفى فيه روايات كثيرة فراجع : فهي العمدة في
 المقام .

الاجماع : السند في المقام ايضا هو الاجماع
 كما عن المحقق القمي قدس سره في الغنائم ص ٦٩٤ من القضاء :
 وقال المسالك اجمع اصحابنا على القضاء في الجملة بالشاهد
 واليمين واليه ذهب اكثر العامة انتهى كلامه وكذا غيرهما :

الروايات بطريق العامية :

روى ذلك احمد والدارقطني والترمذي وروى ما عن ابي
 هريرة الترمذي وابوداود كما في المسالك .
 وروى البيهقي في سننه ج ١٠ ص ١٦٧ على المحكى .

الموضع الثاني :

فى موضع الروايات فهل تختص بالدين او يعم العين او
هى اعم منهما الشاملة لحقوق الناس فلا بد من تحقيق المقال حتى
يتضح الحال .

فنقول : ذكر المحقق قدس سره هنا فى المتن صابطة .

(قال ضابطه ما كان مالا . او المقصود منه مالا) وذكر الفقهاء
مضافاً الى كون ذلك مشهورا انه موضع اجماع فنسئل قبل التكلم فى
مفاد الاخبار هل الاجماع واقع على هذه الضابطة اى على لفظ
الضابطة وهى كلمة ما كان مالا ام على ما وقع عليه من المورد
والاول غير معلوم لاختلاف عباراتهم فى المقام فان بعضهم
ذكر المال .

وبعضهم اقتصر على الدين . وبعضهم ذكر عنوان تلك -
القاعدة والقدر المشترك المستفاد من الضابطة والاخبار والاجماع
هو دعوى المال .

مضافاً :

الى ان تلك الضابطة ليست بلسان حديث وبعبارة اخرى
ليست من القواعد المتلقات من الشرع فى التشريع الاسلامى حتى
ترجع فيها الى ما يستفاد منها بحسب اللغة والعرف فح يحصل

الاجماع فى مورد الاجماع فهذا حال الاجماع سنداً .

مفاد الاخبار مع الجمع :

فحقيق ان نلاحظ ما يستفاد من مجموع اخبار المقام حتى يتضح المرام .

فنقول : ان بعضا منها يثبت مع الشاهد واليمين فى -
الجملة وبعضا منها يثبت بهما فى الدين . وبعضا منها فى العين
كقضية الدرع لانه عين ومقتضى القاعدة بدوا حمل المطلق على
المقيد على ما هو المقرر فى الاصول والحاق العين بمفاد رواية
الدرع .

الدقة :

والدقة فى سائر اخبار الباب لعلها تقتضى التعميم فلا بد
من لحاظها حتى نرى ما يستفاد منها سنداً لما ذكر من الضابطة
كما لا يخفى .

فنقول : الظاهر ان هذه الكلية اى .

(كل دعوى يكون مالا او يكون المقصود منه المال) كما عن

المحقق الاردبيلي قدس سره .

وما عن المحقق في المتن من قوله (وضابطه ما كان مالا او المقصود منه مالا) كالمعاوضات مثل البيع والهبة و الجنائية - الموجبة للدية كالخطأ وشبهه وقتل الوالد ولده فانه لا يقتص للوالد من الولد ولكن يؤخذ منه الدية لعدم ابطال دم أمرى مسلم والهاشمة وهى الجراحة فى الرأس بحيث يكسر العظم و ليس فى مثلها القصاص بل الدية فقط دائماً كما بين فى محله .
(خبران) يستظهر من الاخبار .

لان قول ابى جعفر الباقر عليه السلام فى صحيح محمد بن مسلم ولو كان الامر لينا لأجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس . فاما ما كان من حقوق الله تعالى اوروية الهلال فلا : المروى فى (ئل) الباب ٤ من كيفية الحكم .

والحق هو ما ثابت وواقع من الحق المالى وغيره الا ما استثنى وحقوق الله تعالى خارجة بمقتضى هذا النص .
ولان ثبوت العين كالدرع بالشاهد واليمين يوجب التسرية الى الاموال العينية لان الاعيان المالية كالدرع من جملة العين كما لا يخفى .

ولان رواية منصور بن حازم يشتمل على قول رسول الله - صلى الله عليه وآله .

وهو قوله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق و هو

صلى الله عليه وآله عبر بالحق الشامل للدين وغيره فلا يدل على الاختصاص بالدين .

واما قول عليه السلام فى رواية حماد بن عثمان (كان يجيز فى الدين) فيحمل على الحق الذى يشمل الدين مع انه اشارة الى عدم قبولهما فى حقوق الله تعالى .

وكذا خبر ابى بصير وفيه كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق حيث عبر بالحق لكنه فسّر الحق بالدين .

واما خبر القاسم بن سليمان .

وفيه قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة رجل مع يمين الطالب فى الدين وحده : باعتبار ان التقييد بالدين مع كلمة (وحده) يفيد اختصاص الحكم بالدين فلا يشمل غيره .

فمحمول على الحق الدينى لما سبق من لفظ (الحقوق) و صاحب الحق والتقييد لاجرا ح حق الله تعالى شأنه .

وذلك لقوة دلالة الحق كما لا يخفى .

ويؤيد بل يدل قول الصادق عليه السلام فى خبر محمد: ولم يكن يجيز فى العلال الا شاهدى عدل : على استثناء العلال .

وغيره من حق الله تعالى ويبقى الباقي فى قبولهما فيه .

عدم وجه للاختصاص :

ومن هنا يعلم عدم وجه للاختصاص بالدين حيث يقال لما
ذا أخذتم بلفظ الدين وتركتم ما ورد بلفظ الحق الشامل له و
لغيره .

كما عن النهاية والاستبصار والغنية والمراسم وغيره كما فى
الجواهر . وكما عن المستند للنراقى كما لا يخفى على المراجع .
ويؤيد ما قلنا ايضا : ذهاب المشهور الى التعدية بل ما
يدعى من الاجماع .

الموضع الثالث :

وهل المرأتان مع اليمين تقومان مقام رجل واحد ام لا :
والحق اللاحق كما عن الاكثر وسند ذلك ما عن موسى بن جعفر
عليهما السلام فى رواية منصور بن حازم .
قال : اذا شهد لطالب الحق امرئتان ويمينه فهو جائز .
ومثله روايته الاخرى .

وما عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام : ان
رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز شهادة النساء مع يمين -

الطالب فى الدين يحلف بالله ان حقه لحق : و تفسيره فى
الحلف يوجب دفع توهم الاختصاص بالدين : و هذه الروايات
مذكوره فى (ئل) الباب ١٥ من ابواب كيفية الحكم .

تنبيهه : لا يخفى ان جمع النساء ليس
باعتبار تحقق اقل عدد الجمع بل المراد الطائفة مقابل الطائفة
من الرجال فافهم .

فخلاف ابن ادريس مبناى كما لا يخفى .

اما الخاتمة ففيما يثبت مع التردد وما لا يثبت : قال المحقق

قدس سره .

وفى النكاح تردد : المتن لا يخفى انه مورد خلاف والمشهور

كما عن المحقق القمى قدس سره انه لا يسمع .

وعلى بان المقصود بالذات من وضعه هو النسل وكف -

النفس عن الحرام واقامة السنة .

واما لزوم المهر والنفقة مقصود ان فيه بالتبع .

ونقل القول بالقبول مطلقا لذلك اى لاجل المهر والنفقة

وقيل بالتفصيل فيسمع من الزوجة دون الزوج وزاد عليه

السيد عميد الدين قدس سره اشتراط الدخول او مع التسمية

وعن العلامة فى القواعد : الاقرب الثبوت ان كان المدعى

الزوجة وتبعه المسالك .

واما المختار : فالظاهر انه داخل فى -

الضابطة .

واما قولك ان المقصود بالذات من النكاح هو النسل الخ .
فهو حكمة اصل التشريع الاسلامى وللاستئنان بسنته صلى
الله عليه وآله .

ولكن تحرير الدعوى فى النكاح يتوجه الى المال كالمهر و
النفقة او بالمآل كما هو ظاهر .

وعلى ما ذكرنا يحصل لنا الوفاق مع العلامة قدس سره فى
قبول دعوى الزوجة لانها تثبت مهرا و نفقة .

واما لزوج فنقول ان دعوى الزوج تتضمن المال مطلقا ماتت
الزوجة ام لا نظرا الى استحقاقه الارث كما فى المسالك الاشارة
اليه .

ومن هنا يعلم انه لو ماتت الزوجة كانت دعوى الزوج تتضمن
المال وهو الميراث وفاقا لما فى كشف اللثام ايضا فتأمل والله
العالم .

بقى هنا فرع قال : المحقق قدس سره ويشترط شهادة
الشاهد اولا وثبوت عدالته ثم اليمين المتن .

اقول وذلك عملا بما فى النصوص من الترتيب وفى كشف -
اللثام ان ذلك مما قطع به الاصحاب فانهم .

وقال المحقق : اما الخلع والطلاق والرجعة والعتق و
التدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية اليه و عيوب النساء

فلا : المتن .

اي فلا يثبت بهما شيء مما ذكره ولعله من اجل خروجها
من الضابطة بنظره الشريف .

ولكن الخلع لو كان الدعوى من الرجل خروجه محل تأمل
لانه يدعى المال فالظاهر ثبوته بهما ولقد قلنا ان الظاهر من
ملاحظة جميع نصوص المقام هو التعميم الى حقوق الناس فما كان
من زمرة الحق فهو يثبت بهما .

الموضوعات فى المقام : والذى ينبغى التنبيه اليه هو
لزوم التحرى والاجتهاد فيها اى فى الموضوعات فى المقام ليحرز
ويشخص الموضوع ليجرى الحكم اى الثبوت بهما وعدمه لان الموضوع
من قبيل العلل بالنسبة الى الاحكام كما لا يخفى على الاعلام .

قال : المحقق الثانى فى جامع المقاصد باب القضاء ص
٢٢٨ : ولا يثبت اى بهما الخلع والطلاق (كما فى رواية داود بن
الحسين فى الطلاق كما نقله فى المستند وفى الوسائل فى كتاب
الطلاق عن محمد بن ابي نصر قال بشاهد وامرتين قال لا تجوز
شهادة النساء فى الطلاق) والرجعة والعق والكتابة والتدبير
والنسب والوكالة والوصية اليه وعيوب النساء بالشاهد واليمين
واما النكاح فاشكال اقربه الثبوت ان كان المدعى الزوجة والوقف
يقبل فيه لانه عندنا ينتقل الى الموقوف عليه .

ولافرق ان يكون المدعى مسلما او كافرا عدلا او فاسقا رجلا

او امرأة الى آخره .

امثله المال :

ولتوضيح المقام نعد شيئاً من المال : كالدين والقرص و
الغصب والالتقاط والاسر .

ثم ان ما يقصد منه المال نحو عقود المعاوضات كالبيع و
الصلح والاجارة وكالمضاربة والقراض والهبة بعوض والوصية له و
الهبة بلا عوض والجنائية الموجبة للدية اصالة كالخطأ وعمد الخطأ
وقتل الوالد ولده والحر العبد وكسر العظام الجايفة والمامومة .
وما ليس مالا ولا المقصود منه المال اصالة ولا يثبت بهما نحو
القصاص وما يوجبه اصالة (خلافا لـ ابن ادريس) والولاء هو القرابة
ولكن في لسان الفقه يقال لميراث يستحقه المرء لسبب عتق
شخص في ملكه او بسبب عقد المولاة فافهم وان استلزم عقلا اوارثا
والرضاع والولادة .

والقذف والوديعة (كما في المبسوط والخلاف والسرائر)
وحضها اي الوديعة في المختلف بما اذا ادعاها الودعي فانها
مال اذا ادعاها عنده واعترض بان الودعي يدفع الضمان بدعواه
فلا فرق .

كشف اللثام ص ١٦٤ : فيما لا يثبت بهما في عبارة القواعد :

كما فى المستند .

و خلاصة الكلام فى المقام :

ملخصه ان المراد الصحيح من المال وما يقصد منه المال معنون فى عباراتهم ولكن التفسير والتشريح مختلف فمنهم من خص الاخبار بالدين كالشيخ فى النهاية والحلبى وابن زهره من بين الاموال .

وظاهر ابن زهرة الاجماع عليه .

ومنهم من قال بالدين والعين ومنهم من مال .

وقال ان لم يثبت اجماع على التخصيص كان القول بالعموم

غير بعيد كالسبزوارى فى الكفاية قدس سره .

واما المختار فهو العموم حتى فى الحقوق لولا الاجماع و

اجماع ابن زهرة معلوم الحال و اجماع غيره كما بظهر من المحقق

الاردبيلى قدس سره ان موضوع الاجماع هو نفس الضابطة المذكورة

سابقا كما استظهره المحقق القمى قدس سره فى القضاء ان كان

تاماً فهو والا كما يشهد الاختلاف فليس مما يكون قاطعا فى المقام

وسبيل الاحتياط معلوم .

ايضا نقول فى توضيح المطلب :

ان القاعدة والضابطة المذكورة فى لسان المحقق هنا و

غيره اصطياد واستظهار من النصوص فى المقام فلا يكون سند اللمع عن فهم العموم لانها ليست نصاً من نصوص الباب حتى يعتمد على مفادها والاجماع على تلك الضابطة كما عن المحقق الاردبيلي قدس سره لو تم ايضاً استظهار فكيف ترفع اليد عن العمل بما ورد من النصوص المشتمة على حقوق الناس بالنسبة اليها وان لم تكن مالا وان انجراليه .

والذى يقتضيه النظر الدقيق الخالص عن شوب التقليد مع عظمة الفقهاء رضوان الله عليهم وشكر مساعيهم الشريفه هو القول بالتعميم حتى الحقوق كما لا يخفى والله العالم بحقايق احكامه فتأمل فتبصر حتى تكون ابصر .

ومن موارد الاتفاق على عدم الثبوت الرجعة بهما .

معللاً بانها لا توجب مالا اذ النفقة يوجبها النكاح الاول لا هى كما فى المسالك .

ولكنهم رضوان الله عليهم قطعوا بثبوت المال فى السرقة لانها مشتمة على المال وان كان مشتمة على حق الله من قطع اليد كما فى الروضة وعن الدروس الجزم به على المحكى .

ومن موارد الخلاف . العتق فالمشهور عدم ثبوته لهما لمعلومية عدم مالية الحرية ولكن عن بعضهم ثبوته بهما لتضمنه المال من اجل ان العبد مال للمولى فهو يدعى زوال المال كما لا يخفى على المراجع .

ومن موارد عدم الخلاف فى المنع عن القبول التدبير . و
 الكتابة والاستيلاء كما يظهر عن اللمعة للشهيد الاول وانت ترى
 انه يأتى ما فى العتق هنا ايضا ولعله يستظهر من الدروس -
 حسابه كالعتق فراجع .

اختلاف قولى العلامة :

قطع العلامة قدس سره فى القواعد والتحرير فى كتاب -
 العتق والتدبير بثبوتها بهما من غير نقل خلاف . وفى القضاء
 بعدم ثبوتها بهما وتوقف الدروس :

قال المحقق : وفى الوقف اشكال .

منشأه النظر الى من ينتقل والاشبه القبول لانتقاله الى
 الموقوف عليهم . المتن .

البحث المشبع لا ينبغى فى المقام فهو موكول الى بابه .
 ونقول مختصرا ان الوقف مورد اشكال وخلاف يبنى على
 الخلاف فى ان الموقوف هل ينتقل عن الواقف ام لا وعلى الاول
 فهل ينتقل الى الله تعالى مطلقا اى بمعنى انقطاع ملك الادميين
 عنه او الى الموقوف عليهم مطلقا اى سواء كان منحصرا او غير منحصر
 او اذا كان منحصرا .

والاشبه عند الماتن قدس سره هو قبولهما فى الوقف لانتقاله

الى الموقوف عليه ولعله الاظهر .

ووجه القبول لاجل انه دعوى مالى ولا يضر عدم جواز

التصرف بالبيع لترتب سائر آثار الملك عليه كما لا يخفى فتأمل .

الماتن : ولا يثبت دعوى الجماعة (اى مالا بينهم) مع -
الشاهد الا مع حلف كل واحد منهم ولو امتنع البعض ثبت نصيب
من حلف دون الممتنع : المتن .

والوجه فى ذلك اولا عدم الخلاف على ما فى عبارات

الاصحاب .

وثانيا يقرر بان دعوى الجماعة مع الانحلال متعددة فيلزم
يمين كل واحد منهم ويمين واحد منهم تثبت مالا ولكن للحالف
ولا يثبت مالا لغيره ومقتضى الادلة ثبوت المال بيمين المدعى
لا يمين غيره بخلاف الشاهد لانه معيار لاجل مال للغير متعدد
كان او متحدا فافهم .

هذا ومع الامتناع عن الحلف عن بعض ثبت نصيب من حلف

لانه مصداق الدليل دون الممتنع .

الماتن : ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه

يقينا ولا يثبت مالا لغيره : المتن .

وذلك لان الحلف على الحق شرطه الجزم وهو يتوقف

على العلم بما يحلف عليه فيصح ممن علم انه ملك له على وجه

التمييز ويجوز الحلف على ما يقتضيه اليد من الملك كما فى الخبر

فى الباب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم من القضاء فى الوسائل
الحديث ٢ .

قوله ولا يثبت الخ وذلك لما مر ان اليمين مثبتة للمال -
للحالف اى المدعى لنفسه لا لغيره وللاصل السالم عن المعارض
فح اذا كان على الميت دين وله على آخر دين وله شاهد واحد
فالمعيار حلف الوارث لانه المالك وان كالنفع عايذا الى الغريم
بيمينه وان امتنع الوارث من الحلف لم يكن للغريم الحلف وفى
المسالك بقوله عندنا ظاهره اشارة الى خلاف بعض العامة .
ولكن استظهر صاحب الجواهر قدس سره انه اجماع و هو
كما ترى .

الماتــــــــــــن : فلو ادعى غريم الميت مالا له على
آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت : المتن .
وذلك لان الوارث هو المالك للتركة فان حلف ثبت المان
وان تعلق به حق الديان وهنا فروع نافقه تعرض لها صاحب
الجواهر قدس سره فى ذيل البحث فى المقام فراجع .
الماتــــــــــــن : ولو امتنع (اى الوارث) لم يحلف
الغريم : المتن : ومع امتناعه عن الحلف ليس للغريم الحلف
على انه ملك الميت .

وهل يجبر الوارث على الحلف الظاهر لا للاصل .
الماتــــــــــــن : وكذا لو ادعى رهنا واقام شاهداً

انه للراهن (اى ملكه) لم يحلف لان يمينه لاثبات مال الغير :
المتن .

وهنا اشكال عن الدروس مع لحاظ ثبوت النفع .

الماتــــــن : ولو ادعى الجماعة مالا لمورثهم و-
حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى وقسم بينهم على الفريضة و-
كان وصية قسموه بالسوية الا ان يثبت التفضيل ولو امتنعوا لم يحكم
لهم ولو حلف بعض اخذ ولم يكن للمتنع شركة : المتن .

اما ثبوت الدعوى مع الحلف والشاهد لانه مال يثبت بالشاهد
واليمين وقد انتقل اليهم بزعمهم عن مورثهم لاليمين وانما اليمين
رفعت الحجر الثابت بينهم وبينه فلا كلام فى استحقاقهم ذلك المال
على حساب الارث من الفريضة او على حساب الوصية بالسوية
لان الوصية عطية واطلاقها يقتضى السوية ان لم يكن تنصيب
على خلاف السوية مضافا الى نفي الخلاف فى المسئلة والاشكال
كما فى الجواهر ومع الامتناع لم يحكم لهم لعدم تمام الحجة ولو
حلف بعض اخذ حقه ولم يكن للمتنع معه شركة اذ الشاهد و
اليمين اثبت المال له فكيف يشاركه من لاسند له فى ذلك وكل
واحد منهم مدع يصل الى حقه بحجته والممتنع ليس له حجة
كما لا يخفى : فتأمل .

بقى فرع قال الماتــــــن : ولو كان فى الجملة

مولى عليه (للصغر ونحوه) يوقف نصيبه فان كمل ورشد حلف و

استحق وان امتنع لم يحكم له وان مات (اي المولى عليه) قبل ذلك كان لوارثه الحلف .
 قوله يوقف اشارة الى عدم جواز حلف الولي لان اليمين تثبت مالا للحالف لا لغيره وهو المولى عليه ولا يخفى ان مع موت المولى عليه يصل النوبة الى حلف وارثه ليستنقذ نصيبه .
 هذا بلا فرق بين كون الدعوى راجعة الى الارث او الوصية فلا احتياج لاعادة الشهادة فى الوصية لاطلاق ادلة ثبوت المال بالشاهد واليمين فما عن كشف اللثام فليس بقوى فافهم .

مسائل خمس : الاولى :

لوقال : اى شخص :

هذه الجارية مملوكتى وام ولدى حلف مع شاهده ويثبت رقيتها دون الولد لانه ليس مالا ويثبت لها حكم ام ولد باقراره .
 المتن .

قوله يثبت رقيتها :

وذلك لانها مال وان كانت ام ولد وهذا الثبوت ينحصر بها دون الولد لانه ليس بمال والحال ان المال يثبت بالشاهد واليمين واذا كانت ام ولد يكون حكمها عدم جواز بيعها .
 وذلك من جهة اقرار الشخص بذلك .

النتيجة : ومما ذكرنا يظهر النتيجة .

من كونها مملوكة .

ومن كونها ام ولد .

ومن كون الولد ملحقاً به .

ومن كون الولد حراً .

فان قلت ان النسب لا يثبت بالشاهد واليمين عند الفقهاء

فكيف يكون الولد لاحقابه : قلت ان اللاحق في المقام لو حظ

باعتبار اقراره فتأمل :

الثانية :

لو ادعى بعض الورثة ان الميِّت وقف عليهم داراً و على

نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضي لهم : المتن .

والحجة في ذلك معلومة بعد القول بثبوت المال بالشاهد

والحلف في المقام ايضاً كما هو الاظهر فح قضي بالوقفية لهم ولا

يؤخذ فيما يثبت الوقف فيه دين ولا ميراث ولا وصية لخروجه بالوقف

عن التركة .

فـرع وهل يأخذ البطن الثاني الدار -

الموقوفة بلا يمين ام يتوقف عليها .

الظاهر عدم الاحتياج الى اليمين لان البطن الثاني يتلقى

الوقف من البطن الاول على الاشهر كما فى المسالك ولان الحجة قامت على الوقفته فيقتضى الدوام فلا يحتاج الثانى اليها بعد -
الاول : فتأمل .

ولو امتنعوا حكم بها ميراثا وكان نصيب المدعين وقفاً المتن .
لا يخفى ان مع الامتناع عن اليمين تكون المسئلة فاقدة
للحجة التامة فلا سندح للوقفية فيحكم بكونها ميراثا .
واما كون نصيب المدعين وقفاً فلاجل ان اقرار العقلاء على
انفسهم جائز .

الماتن : ولو حلف بعض ثبت نصيب الحالف
وقفاً وكان الباقي طلقاً تقضى منه الديون وتخرج الوصايا و ما
فضل ميراثا : المتن .

افرض انهم كانوا ثلاثة كما فى المسالك شرحه وان نقل بعض
الفقهاء عبارته بلا اسناد : فحلف واحد ونكل اثنان يأخذ الحالف
الثالث والباقي تركة الورثة فيه . والعلامة تبعه على هذه العبارة
وذلك شرح لعبارة الماتن من قوله ثبت نصيب الحالف وقفاً و
كان الباقي طلقاً يفي لمن لم يدع فاذا كان طلقاً يقدم الدين و
اخراج الوصية وما يفضل يكون ارثا .

وظاهر العبارة كونه ميراثا حتى للحالف الذى اخذ حقه
بالوقفية بحسب الظاهر اى بيمينه وصرح به بعضهم كما فى المسالك
ووجهه : بان الوارث لم يدعوا الوقف والحال

انهم مستحقون لهذه الحصة يعترفون بانها حق للجميع وان كان الحالف بادعائه اخذ حصة منه بيمينه فلا يحسب عليه ما اخذه من حقه في الباقي لانه معين وهو الدار المفروضة لامشاع ونستنتج من ذلك البيان ان ما يخص الحالف يكون وفقاً للناكلين لان الحالف معترف لهم بذلك من اجل حلفه .

دفع توهّم :

واعترض عليه صاحب الجواهر قدس سره بانهم انما يعترفون بالاشترك في الجميع وان ما أخذه الحالف بالوقفية انما استحقه بالارث والحالف معترف بانه لا يستحق الا ما اخذه .
ودفعه : ظاهر لانهم حيث كانوا ناكلين - يقولون بحسب اعتقادهم ان ما يأخذه ارث ولكن الحالف يقول بحسب يمينه ان ما يأخذه وقف لادخل له بالارث فيكون شريكاً كما لا يخفى فتأمل .

الماتن : وما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وفقاً (وذلك للاقرار) ولو انقرض الممتنع كان للبطن التي - تأخذه بعده الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقه بامتناع الاول : المتن .

قال صاحب جامع المقاصد قدس سره : وما يحصل من الفاضل

قال الماتن : وكذا اذا انقضت البطون وصار الى الفقراء
او المصالح : المتن : الى هنا كان الكلام فى الترتيبى .
قال الماتن : :

اما لو ادعى التشريك بينه وبين اولاده افتقر البطن الثانى
الى اليمين لان البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجودة
وقت الدعوى : المتن والمسئلة منفية عنها الخلاف لاجل انهم
يتلقون من الواقف كما لا يخفى .

قال الماتن ————— قدس سره :

فلو ادعى اخوة ثلاثة ان الوقف عليهم وعلى اولادهم مشترك
فحلفوا مع الشاهد ثم صار لاحدهم ولد فقد صار الوقف ارباعا ولا-
تثبت حصة هذا الولد وا لم يحلف لانه يتلقى الوقف عن الواقف
فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى ويوقف له الربع : اى بعد ان
كان اثلاثا : وسند المسئلة الحلف والشاهد كما هو ظاهر .

واما حق الولد فلاجل ما ذكره فتعزل له الربع ونمائه الى
حين بلوغه لاعتراف الموقوف عليهم بذلك مع ثبوت يدهم وان كان
الحق لم يثبت له بعد لتوقفه على يمينه وفى تسليمه الى اليه
او الى امين وجهان ذكرهما فى المسالك فراجع ولما لم يثبت له
الحق لتوقفه على اليمين فالصحيح التسليم الى الامين فانهم .

قال الماتن ————— قدس سره :

فان كمل وحلف أخذ وان امتنع قال الشيخ يرجع ربعه

على الاخوة لانهم اثبتوا اصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم
و بامتناعه جرى مجرى المعدوم .

وفيه اشكال ينشأ من اعتراف الاخوة بعدم استحقاق الربح

المتن .

وتفصيل الكلام فى المقام اى صورة الامتناع يقتضى على

بيان صور .

الاولى ما نقله المصنف قدس سره عن الشيخ فى المبسوط

قدس سره فاستشكل الماتن ان الاخوة معترفون بعدم استحقاق الربح

وح كيف يجوز لهم أخذه بامتناعه عن اليمين بل يجب ان يوقف الى

ان يحلف او يموت فيقوم وارثه مقامه كما فى المسالك .

الثانية :

صرفه الى الناكل لاعتراف الاخوة له بالاستحقاق دونهم و

اورد فى المبسوط على نفسه ذلك ثم اجاب بان الاقرار ضربان

الى آخر ما ذكره فى المسالك فراجع .

الثالثة :

انه وقف تعذر مصرفه اذ لا يصرف الى الاخوة لما ذكرنا ولا

الى الولد لعدم ثبوته له فيرجع الى الواقف او ورثته كمنقطع الآخر
 او الى البر كما في المسالك .
 ولما ان الدعوى لم تحرر على صراحة فالمسئلة تقع مورداً
 للتامل التام .

قال الماتــــن :

ولو مات احد الاخوة قبل بلوغ الطفل غرل له الثلث من
 حين وفاة الميِّت لان الوقف صار اثلاثا وقد كان له الربع الى
 حين الوفاة فان بلغ وحلف اخذ الجميع وان ردّ كان الربع الى
 حين الوفاة لورثة الميِّت والاخوين (اي على قول الشيخ) والثلث
 من حين الوفاة للاخوين وفيه اشكال كالاول : المتن .
 الاشكال من المصنف قدس سره من جهة الارجاع الى
 التاكل او صيرورة الوقف متعذراً مصرفاً او الى المدعى عليه او وارثه
 وفي الجواهر هو الاصح ثم نقل فرعاً عن القواعد و كشف اللثام
 مشابهاً للمقام فراجع .

قال المسئلة الرابعــــة :

لو ادعى عبداً وذكر انه كان له واعتقه فانكر المتشبهت .
 قال : الشيخ يحلف مع شاهده ويستنقذه وهو بعيد لانه
 لا يدعى مالا : المتن .

وتوضيح المسئلة ان الشاهد مع الحلف القائم مقام البينة قلنا ان مورد هما هو المال او المقصود منه المال كما مر والمدعى يدعى حرية العبد فلا يثبت بهما و على تقدير ثبوت العتق بذلك انما يكون الحلف ممن يدعيه لنفسه وهو العبد واما المولى فلا لانه يدعى لغيره اللهم الا ان يدعيه لاجل اثبات الولاء بان يكون العتق موجبا له فيتجه ح حلف المولى .

وعلى القول بالمنع من حلف المولى يفرق بين هذه - المسئلة وبين مسئلة الاستيلاء بان مدعى الاستيلاء يدعى ملكا ثابتا بالفعل لان ام الولد مملوكة للمولى وهو ما يثبت بهذه الحجة .

ولما كانت امومة الولد يستلزم ولداً منه كان اثبات الولد و انعताقه تابعا ولازما لما يثبت بالشاهد واليمين لا بالاستقلال كما فى المسالك ونقل عنه الجواهر .

سند الشيخ قدس سره ان المدعى يدعى ملكاً متقدماً وحقته تصلح لاثبات الملك و اذا ثبت الملك يترتب عليه العتق باقراره : المسالك .

اقول والاقرب ما صار اليه الماتن لو كان تحرير الدعوى على نحو ما ذكره فتأمل .

قال : المسئلة الخامسة :

لو ادعى عليه القتل واقام شاهداً فان كان (اى موجباً لمال كما لو كان) خطأ او عمد الخطاء حلف وحكم له (اى مع - الشاهد لان المورد ح هو المال) .
وان كان عمداً موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد :
المتن . لان مورده ح من حقوق الله والقصاص منها .
قال : وكان شهادة الشاهد لوثاً وجاز له اثبات دعواه بالقسامة المتن . القسامة الجماعة يحلفون على الشئ ويأخذونه واما اللوث الهدر .

قال (خاتمة) :

تشتمل على فصلين الاول فى كتاب قاض الى قاض المتن .
قال : انهاء حكم الحاكم الى آخر اما بالكتابة او القول او الشهادة اما الكتابة فلا عبرة بها لامكان التشبيه .
لا يخفى ان تفصيل الكلام فى المقام يستدعى لايراد مباحث الاول فى الكتابة .

فنقول تحرير المرام هو ان نقول ان فى الفقه الاسلامى مورداً يقتضى اعتبار خصوص القول فيه من حيث الكشف عن الواقع

كما فى الشهادة ولعله اتفاقى عدم اعتبار الكتابة فى الشهادة
 كما ان من الانشآت ما يعتبر فيه اللفظ ولايكفى الكتابة كما فى
 العقود اللازمة وفاقاً للاكثر وخلافاً لبعض المتأخرين : فراجع .
 وكما فى انشاء الحكم فان بناء الاصحاب على عدم اعتبار
 الكتابة .

وفى الفقه مورد آخر نظمئن بعدم الفرق بين القول والكتابة
 فى الكشف كقول المجتهد للمقلد فانه ليس فرق بين قوله وكتابه
 وكذا الحكاية عن السنة فانها تستكشف بها وحق القول فى السنة
 موكل الى محله .

اذا عرفت هذا .

فاعلم انه لو كانت الكتابة معلومة من القاضى الاول مأمونة
 عن التزوير والاشتباه عند الثانى فانه لامحالة يجب العمل وانفاذ
 حكمه بملك ان العلم بما هو حجة لان العلم بانه كتب قصداً
 او انشاء الحكم جدا كاف فى المطلوب وكيف كان فلو ثبت باى
 وجه كان مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم والاطمينان
 الذى يسمّى علماً متعارفاً ان القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول
 حكم بكذا يجب انفاذه بلا توقف ظاهراً كما عليه المحقق الاردبيلي
 قدس سره ذكره فى ذيل حكم القضاء على الغائب .

قال ويمكن النزاع فى صورة الظن .

ويمكن القول به هناك ايضا اذا كان اقوى من الظن الذى

يحصل من الشاهدين ويكون احتمال النقيض مجرد التجويزالعقلى
 اقول ليس فى تشريع الاسلام للظن بما هو معياربل المناط
 هو الحجة من العلم او قول الثقة الذى يعامل معه معاملة العلم
 وليس اعتبار الشاهدين بلحاظ الظن بل اما من باب انه يفيد
 الاطمينان المعمول عند العقلاء او من باب التعبد و باقى الكلام
 فى محله .

ومن هذا الباب جواز العمل بالمكاتبة فى الرواية و جواز
 اخذ المسئلة و العلم و الحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ
 المعتمد كما عن الاردبيلى ايضا .

وسند الماتن حيث يقول لاعبرة بها لامكان التشبيه : هو
 امكان التزوير و احتمال عدم القصد و احتمال مجرد الكتابة بلا حكم
 انشائى فى مقام القضاة .

ومن جهة اخرى ان المسئلة مشهورة عند علمائنا فى المنع
 من كتاب قاض الى قاض مطلقا ذهب اليه الشيخ و جماعة الا من
 شد كما فى المختلف ص ١٥٤ .

كلام ابن جنيد و تفصيله : قال لا يجوز عندنا كتاب قاض
 الى قاض فى حد لله تعالى و جب على احد من بلد المكتوب اليه
 فان كتب القاضى بذلك لم يكن للمكتوب اليه ان يقيمه .
 فاما ما كان من حقوق الناس بعضهم على بعض فى الاموال
 و ما يجرى مجراها دون الحدود فى الابد ان فجايز كتاب القضاة

من قبل امام المسلمين بعضهم الى بعض : كما فى المختلف فى
الصفحة .

حيث فصل بين حقوق الله تعالى وبين حقوق الناس
فحكم بجواز الكتاب فى الثانى .

وعن ابن حمزة لا يجوز للحاكم ان يقبل كتاب حاكم آخرو
يحكم به الا بالبينة فان شهدت البينة على التفصيل حكم به :
انتهى كلامه رفع .

واستدل العلامة فى المختلف ص ١٥٤ على المنع بما روى
مشهورا عن طلحة بن زيد والسكونى عن الصادق عليه السلام :
ان عليا عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض فى حد و لا
غيره حتى وليت بنو امية فجازوا بالبينات : وهذان الراويان
وان كانا ضعيفين الا ان الرواية من المشاهير فلا اعتبار بالطعن
فى الرواية .

واستدل ايضا بعد نقل الرواية بقوله .

وللإجماع على الحكم بالبينة واليمين من النبى صلى الله
عليه وآله . وليس هذا احدهما .

ثم قال فلا اعتبار بالكتاب عندنا سواء كان مختوما او مفتوحاً
وسواء شهد به على الحاكم الكاتب شهوداً ام لا .

ولا يخفى ان المنع كذلك منه قدس سره وغيره لاجل الاخذ

باطلاق الكتاب فى الرواية .

وفى المسالك :

المشهور بين الاصحاب انه لاعبرة بكتاب قاض الى قاض .
 بمعنى انه اذا كتب حكما بشئ وانفذه الى غيره من القضاة ليس
 لهم الاعتماد على الخط وانفاذه مطلقا لان الخط يَحْتَمَلُ التزوير
 وعلى تقدير الا من منه يمكن كتبه من غير قصد بحقيقته و يظهر
 من ابن جنيد الخ .

الكلام فى الرواية المروية فى الوسائل الباب ٢٨ من ابواب
 كيفية الحكم .

سند الرواية : محمد بن الحسن باسناده عن سعد بن
 عبدالله عن احمد عن ابيه عن ابن المغيرة عن السكونى الحديث
 وعن محمد بن عيسى عن محمد بن سنان عن طلحة بن زيد
 الحديث مثله .

واستشكل عليها بان طلحة بن زيد تبرى والتبرية فرقة من
 الزيدية وقال الشيخ فى الفهرست والنجاشى انه عامى : واما
 السكونى فهو ايضا عامى مع انه لم ينص من الاصحاب فيهما على
 توثيق كما فى المسالك وكما عن الماتن من الطعن .

التصحيح : (السكونى)

لا يخفى عليك ان السكونى عبارة عن اسماعيل بن ابي زياد

السكونى العشيرى كان له كتاب عنه النوفلى : حبش : (ست) :
كان عاصيا فى الخلاصة .

(طلحة بن زيد ابوالخزرج)

طلحة بن زيد بترى (قر) عنه (صه الجزرى القرشى (ق) -
النهدى الشامى ابوالخزرج النهدى الشامى ويقال الجزرى روى
عن جعفر بن محمد عليهما السلام عامى (جش . صه) ذكره اصحاب
الرجال (جش) عامى المذهب الا ان كتابه معتمد الخ نقلنا هما
من كتاب جامع الرواة للعلامة المحقق الميرزا محمد بن على -
الاردبلى قدس سرهما .

(الجهات)

ولكن للاعتماد والاستناد لروايتهما جهات يجوز لاجلها
العمل بهما .

الاولى : ان المشايخ الثلثة الكلينى والشيخ و الصدوق
عظ الله مراقدهم نقلوا باسانيدهم فى كتبهم عنهما فوجود الرواية
فى هذه الكتب القيمة يوجب للمستنبط اطمينا لاجل اطمينانهم
من جهة النقل والرواية وكتبهم مأخوذة من الاصول .

(فى السكونى)

الثانية : ان المشايخ من اصحاب الرواة روى
عن السكونى .

كعبدالله بن مغيره كما رايت فى السند وهو ثقة ثقة لا

يعدل به احد من جلالته ودينه وورعه روى عن ابى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام فهو من اصحاب الكاظم عليه السلام (صه جش) .

وقال الكشى انه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه والاقرار له بالفقه . (صه) قيل انه صنف ثلثين كتابا : جامع الرواة ج ١ ص ٥١١ .

وكفضالة بن ايوب الازدى ثقة وقال بعض اصحابنا انه ممن اجمع اصحابنا على تصحيح ما يصح عنهم الخ كما فى الجامع للاردبيلى قدس سره ج ٢ ص ٢ .

وغيرهما من الثقات الاثبات كسليمان بن جعفر الجعفرى وغيره فراجع تفصيل ذلك الى جامع الرواة للاردبيلى فى ترجمة اسماعيل بن ابى زياد السكونى .

اما ملاحظة :

فايضاروى عنه الثقات ومنهم الحسن بن محبوب السراد مولى ثقة (ظم) كان جليل القدر يعدّ فى الاركان الاربعة فى عصره روى عن ستين رجلا من اصحاب ابى عبد الله عليه السلام وعن الكشى انه ممن اجمع اصحابنا على تصحيح ما يصح عنهم الى آخره او الحسن بن على الفضال : جامع الرواة ج ١ ص ٢٢١ فراجع اليه ترى تفصيل رواية الثقات الاعلام وهو يوجد

فى اسناد المشايخ وهم المحمدون الثلثة رضوان الله عليهم .
الثالثة : ان الرواية من المشاهير كمافى
المختلف :

بقي الكلام فى الدلالة :

الذى يقتضيه النظر الدقيق ان الكشف عن الواقع اى وقوع
الحكم من القاضى الاول قد يكون بالقول على ما سياتى انشاء الله
وقد يكون بالكتابة المأمونة لابلما هى كتابة بحيث يعلم او يحصل
الاطمينان بوقوع الحكم ولعل دليل كشف القول يجرى فى المقام
فانتظر وفاقا للارد بيللى وابن جنيد قدس سرهما .
لا يقال : ان مقتضى اطلاق الروايتين عدم اعتبار الكتابة و
ان قلنا بعدم جريان الاحتمالات من التزوير وغيره .
فانه يقال لا يفهم ذلك الاطلاق منهما فانهما مسوقتان لبيان
حكم الكتابة التى لا يعلم انها من الحاكم .
شاهد : ويشهد على ما قلنا ذيل الرواية
من قوله عليه السلام حتى وليت بنوامية فاجازوا بالبينات : حيث
ان الاجازة بالبينات عبارة عن البينة على الكتابة لا الحكم .
فما عن المسالك من احتمال انشاء الحكم بالكتابة فى الروايتين
ليس فى محله لان انشاء الحكم بالكتابة غير معمول و غير متعارف

بل يمكن ان يقال انه لم يقل به احد فالمراد من البينة هي البينة على الكتابة لا البينة على الحكم مضافا الى ظهور الروايتين فيما قلنا صرح به جماعة من الاعلام كما عن المحقق الاشتياني قدس سره ص ٢٨٥ .

فما يذكر من الاعراض عنهما يستند على احتمال البينة على الحكم وقد بان خلافه .

الاستنتاج : فالكتابة الكاشفة باى نحو كان الكشف يجوز الاستناد عليها فضافا الى ان بناء الاجتماع يبتنى على الاعتماد على الكتب المتضمنة لجمع من العلوم ولكن بشرط كونها معتمدة ومأمونة كما اشار الى ذلك المحقق الاردبيلي قدس سره فما افاده صاحب الجواهر يرجع اليه والله العالم .

المبحث الثاني فى القول :

قال المحقق قدس سره : واما القول مشافهة فهو ان يقول للآخر حكمت او انفذت او امضيت فى القضاء به تردد نص الشيخ فى الخلاف بانه لا يقبل : المتن .

وتحقيق المقام يقتضى بسطا من الكلام : وهو انه لو قال قاضى الاول للثانى انى حكمت بينهما فى زمان كذا بحيث يقصد به الاخير لكان وجوب تصديقه واجبا .

لماذا : لان الاصل فى خبر العادل القبول .
 واما قبوله فى الموضوعات فيحتاج البحث عنه فى محله قال
 فخر المحققين ان حكمه نافذ وقوله حجة : الايضاح ص (٣٦٥)
 قال يحتمل عدمه لعدم العلم : وقال العلامة فى القواعد لو
 اخبر الحاكم آخريانه حكم فالقبول ارجح هذا اولاً .

وثانياً : ان قاعدة : من ملك شيئاً ملك
 الاقرار تجرى فى المسئلة كما ان بعض مجاربه مما لا خلاف فيه .
 وتمسك به شيخنا الانصارى كما صرح به المحقق الآشتيانى
 قدس سرهما وتبعه تلميذه العلم المحقق الميرزا حبيب الله القوجانى
 الرشتى قدس فى الجزء الثانى من كتاب قضاؤه ص ٢٧ المطبوع
 جديداً .

وتوضيحه : ان ظاهرهم امضاء من كان انشاؤه
 ماضياً يصرح به الفخر فى محكى الايضاح كما عن المحقق الرشتى و
 لكن ما وجدته فى مبحث قضاؤه .
 وفى المسالك : ان الملازمة بين الامرين ظاهرة كما عن
 الرشتى ص ٢٧ .

وثالثاً : ان ادلة القضاء يقتضى ذلك بتقريرها
 انها كما تدل على نفوذ الزامات القاضى كذلك تدل على قبول
 اخباره بالقضاء لان تصديق خبره فى ثانى الزمان فصل ظاهرى
 بين المتخاصمين وان كان اخباراً لا انشاءً .

لا يقال : ان الفصل الظاهري بتصديقه يكون ح غير مستند
 لما يعتبر في القضاء . فانه يقال : ان ما يعتبر في الفصل حدوثا
 يكفي للفصل الظاهري بقاءً فتأمل فان الاخبار بالالزام ليس الزاما
 وفصلا من باب الحقيقة بل من باب ان التصديق لاخباره يترتب
 عليه استمرار الفصل السابق فيجب ان يقبل للملازمة العرفية لان
 نفوذ الالزام يستلزم نفوذ الاخبار بالالزام فيستدل من دليل -
 الاول على الثانى من جهة لوازم الخطاب كما لا يخفى فافهم .
 وما ذكرنا في غير حقوق الله تعالى شأنه لانه ادعى
 الاجماع على العدم فيها .

الاستنتاج : ان هذه الاستدلالات وان كانت
 لا يخلو عن قوة الا انه نضيف عليها انها لو كانت مفيدة للعلم فلا
 ينبغي الاشكال في القبول .
 واما لو كانت مفيدة للاطمينان المسمى في بعض السنة
 الفقهاء علما متعارفاً فكذلك يجوز القبول وليس هنا اجماع لا يعدل
 عنه لان المنسوب الى المشهور من القبول يدل على عدمه :
 فالارجح ح هو القبول وفاقا للعلامة قدس سره في القواعد .

دليل المانع :

و دليل المانع عبارة عن الاصل اى الاصل عدم اعتبار غير

- العلم اولا .
 ويعلم ضعف الاول بما قلنا من اعتبار الثقة و الاطمينان
 فينقطع الاصل .
 ويعلم ضعف الثانى ان اريد من الانحصار الانحصار بالبينة
 والايان فى قوله صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات
 والايان : وقد عرفت فى ما سبق ان تلك القاعدة قبلت -
 الاستثناء كما لا يخفى .

المبحث الثالث : (فى الشهادة)

- قال : واما الشهادة فان شهدت البينة بالحكم وباشهاده
 اياهما على حكمه تعيين القبول : المتن .
 اقول انه قدس سره بعد الفتوى استدل على قوله بوجوه :
 الاول ان ذلك مما تفس الحاجة اليه اذ احتياج ارباب الحقوق
 الى اثباتها فى البلاد المتباعدة غالب . وتكليف شهود الاصل
 التنقل متعذرا ومتعسرفلا بد من وسيلة الى استيفائها مع تباعد
 الغرماء . ولاوسيلة الا رفع الاحكام الى الحكام واتم ذلك .
 احتياطا (اى الانهاء) ما حررنا المتن (اى من حضور الشاهدين
 انشاء الحكم واشهاده اياهما عليه) .
 قال : لا يقال يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود

الاصل لانا نقول قد لايساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة
الثالثة لاتسمع : المتن .

الثانى : قال :

ولانه لولم يشرع انها الاحكام بطلب الحجج مع تطاول
المدد : المتن جمع المدة بضم الميم وهى البرهة من الزمان .
وتوضيحه انه لولم يشرع انفاذ الحكم بالبيننة من الحاكم
الى الحكام لاجل انفاذهم للزم اللازم من بطلان الحجج من
تطاول المدد ومقتضى العادة فيها قد ينجر الى موت الحاكم و
شهود الاصل وكذا فروعهم والملازمة فى المقام ظاهرة وعلى هذا
نقول ان بالتشريع لايلزم اللازم فافهم .

قال : (اى الثالث) من الوجوه :

ولان المنع من ذلك يوءدى الى استمرار الخصومة فى
الواقعة الواحدة بان يرافعه المحكوم عليه الى آخر فان لم ينفذ
الثانى ما حكم به الاول اتصلت المنازعة : المتن .

اقول : ونتيجة ذلك فوت الغرض من نصب الحكام .

الرابع :

قال قدس سره ولان الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم
عليهما الزمهما الحاكم ما حكم به الاول اى اجماعا كما فى الكتب .
فكذلك لو قامت البينة لانها تثبت ما لواقربه الغريم ألزم

به : المتن .

توضيحه : ان الواسطة هى الاقرار فلو اقرّ المحكوم عليه بالحكم عند الحاكم الثانى لالزم فكذلك لو ثبت بالبينة لانه كلما ينفذ الاقرار به يثبت بالبينة .

تنبيه :

استدل المصنف قدس سره فى الوجه الاول بمساس الجاجه الخ ولكنه لو استدل بعموم حجية البيّنة لكان اقوى لاناقد فصلنا الكلام فى عموم البيّنة فى كتابنا الا فيما ثبت فيه الزائد (تحليل العروة مبحث الاجتهاد والتقليد) بالادلة الحاكية عن عمومها : و قد طبع .

وكذلك لو كان استدل للوجه الثانى بعدم جواز ردّ حكم الحاكم كما فى الرواية ثل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى ج ا كان انسب و اشار الى ما قلنا الجواهر قدس سره .

كلمة فى الاقرار :

يدل عليه ما ورد من النص النبوى : اقرار العقلاء على انفسهم جائز والظاهر انه منجبر بالفتوى والعمل و الظاهر من الاصحاب فى موارد كثيرة التلقى بالقبول .

ويمكن الاستدلال بالاجماع المحصل على حجية الاقرار
 على المقر من تتبع كلامهم .
 ويمكن ايضا بالسيرة المستمرة قديماً وحديثاً على العمل به
 الكاشف عن كونه فى زمان الشارع كذلك .
 ويدل ايضا ما ورد من النصوص الخاصة فى مقامات على
 اعتبار الاقرار كما فى باب الحدود وغيره ولا قائل بالفرق والتفصيل
 فيما يقتضه المقام .
 قال : قدس سره :

لا يقال ان فتوى الاصحاب انه لا يجوز كتاب قاض الى قاض
 ولا العمل به ورواية طلحة بن زيد والسكونى عن ابي عبد الله عليه
 السلام ان عليا عليه السلام كان لا يجوز كتاب قاض الى قاض فى
 حد ولا غيره حتى وليت بنو امية فاجازوا بالبينات .

لانا نجيب عن الاول بمنع دعوى الاجماع على خلاف موضع .
 النزاع لان المنع عن العمل بكتاب قاض الى قاض ليس
 منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته ونحن نقول فلأعبره عندنا
 بالكتاب محتوماً كان او مفتوحاً والى جواز ما ذكرناه او ما الشيخ
 ابو جعفر (رحمه الله) فى الخلاف .

ونجيب (اى ثانياً) عن الرواية بالطعن فى السند فان -
 طلحة بترى والسكونى عامى .
 ومع تسليمهما نقول بموجبها .

اقول : وجه استثناء الحدود حقوق الله تعالى قد يوجه
 بما فى المسالك من ان حدود الله وحقوقه تعالى مبنية على
 التحفيف فيقتصر فى اثباتها على موضع الوفاق ومحل اليقين .
 وقد يوجه ايضا : بان ما دل على اشتراط مباشرة الحاكم
 لاستيفاء الحدود او من هو وكيله يمنع من جواز اقامتها لغيره من
 دون اذنه .

لا يقال :

ان المستوفى فى المقام ايضا هو الحاكم لان الكلام فى
 وجوب امضائه .

فانه يقال : ان الحاكم الذى يعتبر استيفائه هو الذى
 يثبت عنده موجب الحد : ولكن فى النظر فيه مجال . . .
 كما يعلم النظر فى كلام المسالك لان مع احراز عموم حجية
 البينة لوجه لما قال من التحفيف .

اشارة :

قال المحقق الرشتى قدس سره فى الجزء الثانى ص ٣٠
 فى بيان الاشكال الاول : ان عموم حجية البينة يأبى عن التخصيص
 بحقوق الناس وكون حق الله مبنيا على التحفيف لا يصلح له والا
 لما ثبت بها عند القاضى الاول .
 ولو منع عن عموم حجية البينة فلا فرق ايضا فى مسألة

التنفيذ بين حقوق الناس وحقوق الله تعالى .
 وما ذكر في الفرق من أن القضاء قول بغير علم فيقتصر على
 موضع الحاجة والقدر المتيقن وهو حقوق الناس دون حقوق الله
 التي بنيت على التخفيف .
 يدفعه ان التنفيذ مع البينة ليس بغير علم .
 أقول :

والتحقيق اولاً انه قدس سره كأنه لم يلاحظ ان استثناء
 الحقوق الالهية والحدود مما هو مورد اجماع ونفى خلاف حيث
 فهموا باي وجه كان ذلك الاختصاص بحقوق الناس وهو العمدة .
 وثنائياً : ما قلنا آنفا ان ما دل على اشتراط
 مباشرة الحاكم لاستيفاء الحدود مانع من جواز اقامتها لغيره .

الاشكال الثاني :

وقال المحقق الرشتي رحمه الله تعالى : في الاشكال
 الثاني وهو الحكم بعدم نفوذ حكم القاضي الاول بعد فسقه . و
 نفوذه بعد موته وجنونه ونحوه : اصل الاشكال من المحقق -
 الاردبيلي قدس سره : حيث قال الفرق بين الفسق وبين الموت
 والعزل غير ظاهر الخ في شرح الارشاد .
 ان حكم الحاكم ان كان مثل الفتوى فلا بد من مراعاة جميع

الشروط فى زمان العمل حدوثا وبقاءً وكذا قلنا فى مسألة البقاء على الميت ان من يقول به لابد ان يقول بجوازه بعد عروض الفسق والجنون ايضا مع انه باطل اجماعا والملازمة واضحة وح فلاجوه لنفوذ الحكم بعد الجنون والموت ايضا .

وان كان (اى الفتوى) من باب الرواية والخبر فالشروط شروط فى حال الرواية لاحال التحمل لاحال العمل فينبغى نفوذ حكمه بعد الفسق ايضا كما يعمل بالرواية بعد فسق الراوى والله العالم انتهى كلامه رفع مقامه .

والتحقيق ان التردد والدوران لا يوجب كشف المرام فلا بد من ان نقول ان الفتوى ليس من باب الرواية ان المستبطل لا يقول ان ما استظهرت وفهمت من الادلة رواية عن الامام عليه السلام بل يقول ان ما استظهرت من الرواية حكمى وفتواى .

ومن شرايط الحكم هى العدالة والفسق كاشف عن عدم تحققها حين الحكم كما ان الستر والعفاف كاشف عنها فلذا لا يعمل ولا ينفذ حكمه .

واما الموت والجنون لا يكشفان عن عدم العدالة والحكم بالتنفيذ معهما لعله لاجل تسهيل الامرا ولاجل نفي الخلاف او لاجل الاصل او لاطلاق الادلة فى الحكم لا الفتوى لوجوب الرجوع الى الحى وعدم جواز البقاء كما فصلنا ذلك فى (تحليل العروة) بحث الاجتهاد والتقليد المطبوع .

اشارة :

ولعل مستند مجوّز البقاء مع الموت هو ان الموت لا يدل على انهدام الشرط فيجوّزه بما يرى .

ولكن مع الفسق والجنون يعلم بانهدام الشرط .
 مضافا الى ذلك ان التنفيذ والحكم يقع بيد الحيّ القاضى
 الثانى كالرجوع الى الحي بعد موت المفتى كما هو الاقوى كما لا
 يخفى .

قال المحقق قدس سره :

وما ينتهى الى الحاكم امران .

احدهما حكم وقع بين المتخاصمين : الثانى اثبات دعوى
 مدّعى على الغائب .

اما لاول فان حضر شاهدا الانهاء خصومة الخصمين وسمعا
 ما حكم به الحاكم واشهدهما على حكمه ثم شهدا بالحكم عند -
 الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده لا
 انه يحكم بصحة الحكم فى نفس الامران لاعلم له به .

بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عاودا المنازعة فى
 تلك الواقعة : المتن .

اقول :

قد عرفت استدلال المحقق قدس سره على المسئلة بوجوه

ثلاثة او اربعة وقد سمعت منّا ان الاولى كان له التمسك بعموم
حجية البيّنة ولو فى المقام وبعدم جواز رد حكم الحاكم والمقصود
هنا بيان ثبوت الحكم عند القاضى الثانى بشهادتهما و لزوم -
انفاذه لا انه يحكم بصحة الحكم فى نفس الامر فقوله (وما ينتهى
الخ) اعادة لما سبق كما فى المسالك ايضا .

ولكن قوله قدس سره (اذ لا علم له كما صرح به فى القواعد
وغيره به) .

ليس على ما ينبغى اذ الحكم والانفاذ بالبيّنة ليس بغير
علم كما لا يخفى خصوصا اذا وافق حكمه الثانى .

قال :

ولولم يحضرا (اى الشاهدان) الخصومة فحكى لها الواقعة
وصورة الحكم وسمى المتحاكمين باسمائهما وآبائهما وصفاتهما و
اشهدهما على الحكم ففيه تردد . والقبول اولى لان حكمه كما
كان ماضيا كان اخباره ماضيا : المتن .

منشاء التردد هو ان انفاذ القاضى الحكم اعتماد على قول
رجل واحد عدل وهو القاضى الاول وهو لا يفيد العلم فنستنتج
من ذلك ان الحكم يكون ح بما لا يعلم وهو منتهى عنه .

ووجه كون القبول اولى هو ان المقدم حق والتالى مثله .
وتوضيحه ان نقول : كل ما كان حكم الحاكم ماضياً : و
هذا هو المقدم وهو حق ثابت من جهة الادلة اذ الرد عليه

ردّ علينا كما فى الخبر (ئل) الباب ١١ من ابواب صفات القاضى وغيره ومن هنا يعلم حقية المقدم .

واما التالى فهو عبارة عن اخباره ماضيا وكونه ماضياً حق لاجل وضوح الملازمة فاختر الماتن قدس سره ذلك وفقاً للاكثر كما فى المسالك .

وما قيل : من ان الاصل عدم الانفاذ الا فى صورة القطع كما فى الجواهر : مردود بما ذكرنا .
قال :

واما لثانى وهو اثبات دعوى المدعى (اى الغايب) فان حضر الشاهدان الدعوى واقامة الشهادة والحكم بما شهد به (اى الشاهدان) واشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عنه الآخر قبلهما وانفذ الحكم : المتن : وقد عرفت تفصيل الكلام فى ذلك .

قال قدس سره : (اى فى صورة الاخبار)

ولولم يحضرا الواقعة واشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى كذا وشهد له بدعواه فلان . وفلان ويذكر عدالتهم او تزكيتهم فحكمت وامضت ففى الحكم به تردد مع ان القبول ارجح خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود : المتن .

لا يخفى عليك كان من الممكن ان يدرجهما اى الفرعين

المذكورين آنفا فيما سبق نظيرهما كما التفت الى ما ذكرنا صاحب المسالك قدس سره .

قال قدس سره :

اما لو اخبر حاكما آخر بانه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى وليس كذلك لو قال حكمت فان فيه ترددا : المتن .

اقول : اما قوله (لم يحكم به الثانى) فلاجل ان الثبوت ليس بحكم حتى ينفذ الثانى .

واما قوله (لو قال حكمت الخ) فهو ما ذكره الماتن فى وساطة القول من التردد فى اوائل الخاتمة ونقل عن الشيخ قدس سره بانه اى لو قال حكمت لا يقبل ولقد سمعت منا البحث فيه : و الغرض من المصنف بيان الفرق بين (ثبت) و بين (حكمت) كما لا يخفى .

وجه التردد من المسالك :

لا يخفى عليك ان صاحب المسالك الشهيد الثانى قدس سره ذكر وجهها للتردد من بعض الاصحاب ثم قال : والضرورة الى ذلك باقية فانها غير منحصرة فى الاماكن المتباعدة لان من جملتها قطع الخصومة وهو لا يتم الا بقبول ذلك فراجع .

فان قوله قد ظهر من الادلة الى قوله (ان موردها الضروره)

تمهيد لقول بعض الاصحاب الذى ذكره .

فما عن الجواهر ————— :

فما اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره ليس بواردا والشاهد قول الشهيد بقوله والضرورة الى ذلك باقية كما لا يخفى بالتامل الصادق .

صورة الانهاء ————— :

وصورة الانهاء ان يقص الشاهدان ما شهداه من الواقعة وما سمعاه من لفظ الحاكم ويقولوا واشهدنا على نفسه انه حكم بذلك وامضاه . ولو احالا على الكتاب بعد قرائته (اي عليهما) فقلا اشهدنا الحاكم انه حكم بذلك جاز : المتن . قال المسالك فى وجه الجواز لانها شهادة على امر مفصل معلوم بالقراءة عليهما

ضبط المشهود بـــــــه :

قال المحقق قدس سره : ولا بد من ضبط الشئ المشهود به بما يرفع الجهالة عنه . ولو اشتبه على الثانى اوقف الحكم حتى يوضحه المدعى : المتن :

المراد من الايضاح هو الاثبات بحسب الشرع اما بتذکر- الشاهدين تفصيل المشهود به او بشهادة غيرهما كما فى المسالك وهو متين .

تغيير الحاكم الاول :

قال المحقق : لو تغير حال الاول بموت او عزل لم يقدر

ذلك في العمل بحكمه : المتن .

توضيحه : لو مات القاضى الاول بعد ان حكم و

قبل انفاذه او عزل بعد الحكم وقبل الانفاذ لا مانع عن الحكم فان

الموت والعزل ح ليس بقادح في حكمه والعمل به بل حكمه جارو

ماض ويجب امضائه وانفاذه .

اذ الموت والعزل لا يدلان على بطلان الحكم بعد تحققه

منه فلو شك في ذلك فالاصل عدمه مضافا الى ان التنفيذ من

الثانى الحى كفتوى الحى على البقاء لوصح .

واما اطلاق الادلة كما عن الجواهر ففيه تأمل ظاهر لعدم

تكفل الاطلاق لحاله المذكور : نعم يوءيد ما قلنا نفي الخلاف في

المسئلة كما في الجواهر .

قال المحقق قدس سره : وان تغيير يفسق لم يعمل بحكمه

ويقوما سبق انفاذه على زمان فسقه : المتن .

توضيحه : انه لو فسق الحاكم الاول بعد

حكمه وقبل انفاذه يبطل حكمه ولا يجوز انفاذه لحاكم آخر بل

يجب عليه ان يمنع ويستأنف الحكومة والقضاة ويحكم بما ظهر

له .

و توضيح قوله (ويقرّ ما سبق) انه لو فسق بعد الانفاذ والاجراء
 فلا اثر للفسق بعده فلا يبطل الحكم اى حكمه بل يبقى جارياً و
 ذلك لما قال الفقهاء رضوان الله عليهم كالماتن والعلامة فى
 القواعد والارشاد والشهيد الاول فى الدروس والثانى فى المسالك
 وغيرهم .

وفى المسئلة هذه عندى تأمل ولعل عدم البطلان لاجل
 تنفيذ الثانى فتأمل .

فـــــــــــــــــرع : لو فسق القاضى الثانى قبل -
 التنفيذ لم يعمل بحكمه بل يرجع الى قاض ثالث .

اما المكتوب اليه : (قال المحقق)

ولا اثر لتغير حال المكتوب اليه فى الكتاب بل كل من
 قامت عنده البينة بان الاول حكم به واشهدهم على ذلك عمل
 بها اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ما حكم به غيره من الحكام .
 توضيحـــــــــــــــــه : ان لا اثر للفسق المكتوب اليه
 او موته او عزله فيبقى الحكم جارياً ماضياً ويكون انفاذه على غيره
 من قضاة المسلمين وذلك لان الكتابة اليه لا توجب الحصر فيه
 كما لا يخفى .

قال المحقق : (مسائل ثلاث)

الاولى : اذا اقر المحكوم عليه انه هو الشهود الزم
ولو انكرو كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً فالقول قوله
مع يمينه ما لم يقم المدعى بينة : المتن .

توضيح المقام يستدعى رسم كلمة وهى ان القباله التى
هى مورد تنفيذ للقاضى الثانى لابد ان تكون من قبل القاضى
الاول مشتملة لزوما على بيان المحكوم عليه فى حكمه باسمه واسم
ابيه وجدّه وبلده وكنيته ولقبه . وحليته وخلقته بحيث يتميز
عن غيره وعن المحقق الاردببلى قدس سره فى شرح الارشاد .
بل ينبغى ان يذكر المحكوم له ايضا كذلك .

اذا عرفت هذه : فاعلم انه اذا بعث الاول الى الحاكم
الثانى تلك القباله فان اقر المحكوم عليه اى المدعى عليه بانى
محكوم على الزم اى باداء الحق فينفذ الحاكم الحكم عليه و يلزم
بالحق .

قوله (ولو انكر) وتوضيحه : انه مع الانكار قد تكون الشهود
يشهدون عليه اى اذا احضر حامل الكتاب عنده من زعمه المحكوم
عليه وشهد الشهود الخ بعينه فح يلزم بالحق ايضا . ولكن لو
كانت الشهادة بوصف اى شهدوا بموصوف بالصفات المكتوبة مع
احتمال الاتفاق فيها مع غيره غالباً اى بحيث يمكن الاتفاق و -
الانطباق ولا يندر .

فالقول قوله اى المنكر مع اليمين للاصل وعدم الرجحان
يعنى لا يحكم عليه ما لم يقم المدعى بينة وهذا بخلاف ما لو كانت
الصفة بحيث لا يمكن فيه المشاركة فان الظاهر هنا ايضا الالتزام .
وان كان الاتفاق نادراً قدم قول المدعى فان الظاهر هنا
يقدم على الاصل ويضم اليمين اليه لدفع الاحتمال البعيد كما
اعترف به المحقق الاردبيلي قدس سره فى شرحه .
والى ما ذكرنا يشر الماتن قدس سره بقوله .
وان كان الوصف مما يتعذر اتفاهه الا نادرا لم يلتفت الى
انكاره لانه خلاف الظاهر : المتن ولا يخفى ان الاعتماد على
الظاهر ليس من اتباع الظن بل هو مما يوجب الاطمينان المعمول
به عند العقلاء فافهم .

قال المحقق قدس سره :

ولو ادعى ان فى البلد مساويا له فى الاسم والنسبة كلف
ابانته فان كان المساوى حياً سئل . فان اعترف انه الغريم
الزم واطلق الاول . وان انكر وقف الحكم حتى يتبين : المتن .
لان الاعتراف والاقرار كاف وقرار العقلا على انفسهم جازى .
فما عن الجواهر : من الاشكال وهو تخصيص المدعى الاول
فى الدعوى واعتراف الثانى لا يوجب سقوط دعواه .
ليس فى محله . لان تخصيصه قد يكون من الاشتباه فى
المصداق ومع الاقرار يزول الاشتباه كما لا يخفى فافهم .

قال المحقق قدس سره :

وان كان المساوى ميتاً وهناك دلالة تشهد بالبراءة اما لان الغريم لم يعاصره اولان تاريخ الحق متأخر عن موته الزم الاول وان احتمل وقف الحكم حتى يتبين : المتن .
اي احتمل كون الحق عليه يوقف الحكم بوجوب تعيين -
المحكوم عليه فى القضاء .

المسئله (الثانية) :

للمشهود عليه ان يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض .
ولولم يكن بالحق شاهد قيل : لا يلزم بالاشهاد .
ولو قيل يلزم كان حسناً حسماً لمادة المنازعة او كراهة لتوجه اليمين : المتن .

توضيحه : اختار الماتن وجماعة جواز -

الامتناع من التسليم للمشهود عليه الى ان يشهد .
ويوجه بان المنازعة وتوجه اليمين مما ينبغى دفعه خصوصاً عن ذوى المروات فيكون حسم مادته بالاشهاد عذراً فى تأخير الحق الى ان يحكمه وقد تقدم البحث فى هذه المسئلة فى كتاب الوكالة وكأنه اعادها لمناسبة المقام هذا كما فى المسالك .
فما عن الجواهر من التمسك بقاعدة لاضرر فى هذه المسئلة محل تأمل لعدم الضرر بالدفع لان غاية ما فى المقام هو ان يدعى عليه به مرة اخرى ولا بينة فينكره ويقبل قوله بيمينه فى

البراءة منه . واليمين الصادقة لاضرر فيها .
قوله : قيل لا يلزم اشارة الى قول الشيخ من عدم جواز
الامتناع لعدم الضرر كما عرفت فى جواب الجواهر انفاً .
قال المسئلة (الثالثة) : لا يجب على المدعى دفع الحجة
مع الوفاء لانها حجة له لو خرج المقبوض مستحقا .
وكذا فى البائع اذا التمس المشتري كتاب الاصل لانه حجة
له على البائع الاول لو خرج المبيع مستحقا : المتن .
ما علله المصنف متين مطابق للمعيار الاجتماعى و التمسك
بانها ملكه ولا يجب دفعه الى غيره وان لم يكن لذلك الملك
منفعة لا باس به كما عن المسالك .

(الفصل الثانى)

قال :

(فى لواحق من احكام القسمة)

اقول : مادة (ق س ميم) من باب ضرب قسماً بمعنى
تجزئه الشئ والتفريق بخلاف باب (شرف) فانه يأتى بمعنى -
الجمال يقال قسم الغلام قسيماً اي جميلاً .
وفى عرف الفقهاء عبارة عن تمييز احد النصيبين او تمييزه
عن الآخر وتشخيصه واقرار الحق عن غيره : كما فى فى الايضاح

والقواعد ص ٣٦٦ ج ٤ وعبر كذلك المحقق القمي وغيره كما ترى
 فى كتبهم : نعم يستعمل بمعنى (قسم) فراجع .

الاصل فى ذلك : القــــران :

التشريع الاسلامى اثبت شرعية القسمة قال الله تعالى شأنه
 (ونبتهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضراى يحضره اصحابه
 (القمر آيه ٢٨) وقال : واذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى
 الآيه سورة النساء الآيه ٨ : وغيرهما : والضرورة ايضا قاضية
 بها اما لاجل الحاجة او لاجل الاستقلال بالتصرف مع ثبوت-
 السلطنته للشخص فى ماله كما لا يخفى مضافا الى الاجماع كما فى
 كتب الفقهاء رضون الله عليه .

السنة :

فقد روى كما فى المبسوط للشيخ قدس سره ص ١٣٣ ج ٨ :
 ان عبد الله يحيى كان قساما لاميرالمؤمنين (عليه السلام) والظاهر
 هو الحضرمى قال له عليه السلام يوم الجمل : ابشر يا ابن
 يحيى فانك و اباك من شرطة الخميس حقا الخ كما فى الخلاصة و
 رجال البرقى نقله المحقق جامع الرواة ج ١ ص ٥١٦ .

تنبيه :

وبما ذكرينقدح لك عدم الاحتياج الى ما عن العامة كما في الايضاح لفخر المحققين ص ٣٦٦ ص ٤ قدس سره حيث قال : و فعل النبي صلى الله عليه وآله : انه قسم خبير على ثمانية عشر سهماً ولم يتعرض للمدرك ولكنه موجود في سنن البيهقي ج ١٠ ص ١٣٢ : وقال (صلى الله عليه وآله) الشفعة فيما لم يقسم فاذا رفعت الحدود وعرف الطرق فلاشفعة : كما في سنن ابي داود ج ٣ (وفيه الشفعة في كل ما لم يقسم) وكما في سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٢ .

ايقاظ :

قال المحقق القمي قدس سره : ص ٧١٢
والسنة كقولهم عليهم السلام الشفعة فيما لم يقسم : حيث ان (الكلمة عنهم السلام) تدل على ان تلك الرواية عن الائمة عليهم السلام ولكنى لم احقق ذلك فعلا .

القسمية : ليست بيعا :

ولا يخفى عليك ان القسمية ليست بيعا مطلقا اي سواء تضمنت

ردا اولاً لانها لا تحتاج الى صيغة ويدخلها الاجبار كما يأتى و يلزمها ويتقدرا احد النصيبين بقدر الآخر والبيع ليس فيه شئ من ذلك واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات كما فى الايضاح التصريح به وقال المحقق القمى قدس سره : وليست عندنا بيع ولا صلح ولا غيرهما خلافا لكثير من العامة ص ٧١٢ من القصاء .
قال المحقق : والنظر فى القاسم والمقسوم والكيفية واللاحق .

اما الاول : المتنبين :

قال فيستحب للامام عليه السلام ان ينصب قاسماً كما كان لعلى عليه السلام المتن .
لا يخفى ان بيان الحكم للامام عليه السلام مما لاجدوى- فيه لانه مصدر الحكم فهو يعلم الاحكام وانا المهم اثبات الاستحباب للحاكم القائم مقامه باذنه وبما ان الاستحباب حكم شرعى يحتاج الى نص ولكن ما رأيت فى كتب الاستدلال على خصوص الرواية .
ولكن استدلال المحقق القمى له بعموم نيابة الحاكم عن الامام .
وبمتابعة على عليه السلام حيث نصب عبدالله بن يحيى قاسماً .
وبما ان فيه اعانة على البر ونظاما لامور المسلمين و فى الكل نظرو تأمل من حيث اثبات الاستحباب بها .

ارتزاقه : —————

و اذ جعل القاسم يكون ارتزاقه من بيت المال لاجل ان ذلك من مصالح المسلمين و لاجل فعل على عليه السلام فان لم يكن هناك بيت المال اولم يسعه كان على المتقاسمين بان - يسأجره الشركاء او الشركين باجرة معيّنة فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد فيوزع على الحصص ولان عمل المسلم محترم ولو كان العقد فاسدا يترتب عليه اجرة المثل .

قال :

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل و الايمان و العدالة و المعرفة بالحساب : المتن .

اقول : اما البلوغ و العقل فلانهما ملاك التكليف .

واما الايمان و العدالة فلا شروط العدالة فى فعل من يكون حجة عليه كالمفتى و امام الجماعة و غيرها مما يلزم الركون عليه و لاجل انه بمنزلة الحاكم فلا بد من جواز الاعتماد عليه و لا يجوز الاعتماد الى الظالم و الكافر هو الظالم .

واما الحساب فلان القسمة الصحيحة تستلزمه فمن لاخبرة به

فعله غير معتمد اليه .

فـرع : لو تراضى الشريكان بتقسيم غير العادل

يكفى على الاظهر كما عن القمى قدس سره لانه بمنزلة الوكيل و للناس التصرف فى اموالهم كيف ارادوا .

وفيه نظر فتأمل .

وهل القاسم من المناصب ام لا والظاهر هو الثانى فافهم قال قدس سره :

ولا يشترط الحرية ولو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط العدالة وفى التراضى بقسمة الكافر نظر اقربه الجواز كما لو - تراضيا بانفسهما من غير قاسم : المتن .

اقول : اما عدم اشتراط الحرية فهو عندنا كذلك وللاصل

مع اجتماع الشرائط واذن المولى .

ومع التراضى بقاسم لا يشترط العدالة ويجوز القسمة من قاسم غير قاسم الامام عليه السلام بملك انه وكيل و اشتراط - العدالة فيه ليس بظاهر فتأمل وكفاية التراضى منهما ولاطلاق الادلة ولكن البحث عن اشتراط العدالة فى الوكيل موكون الى بابه . واما قسمة الكافر ففيه نظر عند الماتن قدس سره لاجل نفى السبيل عنه كما فى الاية .

ولكنه ليس كذلك لانه اجير وفى الغنائم للمحقق القمى

قدس سره يكفى على الاظهر ص ٧١٣ .

ينبغي التنبيه على امور :

قبل الخوض فى قسمة القاسم ينبغي تقديم امور توجب -

التوضيح لما يتعلق بالقسمة .

الاول : انه قد عرفت ان حقيقة القسمة ليست ببيع و
لا صلح ولا هبة ولا عبارة عن مبادلة مستقلة (نعم المعاوضة مبادلة
مستقلة لا ببيع كما حققناه فى مباحثنا فى حول بيع الشيخ الانصارى
قدس سره وهى مخطوطة فعلا فالقسمة تباين تلك العقود وان
كانت مستلزمة لانتقال مال احد الشريكين الى الآخر .

الاستنتاج : ونستنتج ان القسمة عمل جعلى
عرفا وشرعا والجهة فى ذلك ان العقود انشاءات وهى امور
متخالفة عند العرف وان تشاركت فى بعض الامردائما او احيانا
فحقيقة البيع مبانىة للصلح وان افاد كل منهما النقل والانتقال
وهكذا كما صرح به المحقق الرشتى القوجانى قدس سره .
ولكن القسمة توسل من الشخص الى مال نفسه للافراز
كما لا يخفى .

وننتيجة ما ذكر عدم ترتب شئ من احكام المعاوضة خلافاً
لكثير من العامة .

الامر الثانى : (الاشاعة)

ماهية الاشاعة عبارة عن سريان ملك كل من الشريكين -
الى كل جزء يفرض من العين المشتركة . بمعنى كون ذلك الجزء
ملكا لهما فى الواقع بالمناصفة فالجزء المشاع كالنصف كالجزء المشاع

اعنى به الفرد فكما ان الفرد المشاع سار الى جميع المصاديق الطبيعية فى الخارج وينطبق على كل واحد من مصاديق تلك الطبيعية فى نفس الامر كجزء المشاع كالنصف سار الى جميع المال المشترك .

الاستنتاج : ونستنتج من ذلك ان كل جزء يفرض يكون نصفه المشاع لاحد ونصفه الآخر للآخر .

توضيح : ثم اذا قلنا ان ذلك النصف - لاحد ليس بمانع ان نقول ان ذلك الجزء مع تقسيمه نصفين يكون كل نصف منه بين الشريكين ايضا بطريق التنصيف لاجل ان ذلك هو قضية الاشاعة بحسب الاجزاء الخارجية بمعنى اشتمال كل جزء على حقهما واقعا .

تصور الشركة فى العين : (توضيح)

قد تكون الشركة فى العين باعتباركون كل منهما مالكا لاجزاء معينة فى نفس الامر ولكن كانت الاجزاء مبهمه وهذا خارج عن ماهية الاشاعة بل مرجعه الى الاشتباه كاشتباه فرس بفرس . وقد تكون باعتباركون كل منهما مالكا للجزء الكلى المشترك كالنكرة مثل النصف المشاع القابل للصدق على كل انصاف من غير تعيين فى الواقع كالنكرة .

و ذلك ايضا غير صحيح لعدم امكان اختصاص مصاديق النصف

باحدهما الا على سبيل التريدي وهذا خارج عن حقيقة الاشاعة
اذ هو بينهما بالمناصفة .

وقد تكون باعتباركون ملك كل منهما ساريا الى كل جزء
بحيث لو فرض كل جزء كان بينهما ونستنتج من ذلك ان لا جزء
فى نفس الامريكون منطبقا على ملك خصوص احدهما . وهذا هو
الصحيح كما اشار الى ما ذكرنا الرشتى قدس سره .

ما هي القسمة : (مع التوضيح)

قد مر فى اول البحث انها عبارة عن تمييز احد النصيبين
عن الآخر كما نقل ذلك عن شيخنا الانصارى وجماعة من الفقهاء
قدس الله اسرارهم .

ولكن لا يخفى عليك ان المرام من التمييز فى مورد البحث
ليس هو تعيين ما كان معيناً فى نفس الامر عند الله تعالى شأنه
لان حقيقة التمييز فى باب الاشاعة من المستحيل الذى لا تتعلق
به القدرة كتعلق حقيقة الملك بالعدم مثل المنافع لكنه عمل -
سمى فى العرف بالتمييز مع امضاء الشارع : وتمليك المنافع ايضا
عرفى .

وحاصله : انه جعل التعيين بالتمييز بعد ما
لم يكن هناك تعيين بحسب الواقع اصلا كما عرفت من ان كل جزء
فرض من المال فهو مشترك فى نفس الامر بين الشريكين فلا تمييز

فى الواقع بين نصيبهما وانما التميز بالاقترح العرفى الممضى بسبب القسمة وما ذكرنا يظهر لك ان لاقسمة فى صورة الاشتباه .

بما ذا تحصل الاشاعة :

تحصل الاشاعة بالاسباب الشرعية الموجبة للشركة مثل الارث والبيع ونحوهما .

وهل يحصل بالمزج ام لظاهر بعض مشايخ المحقق الرشتى قدس سره ان الاشاعة الواقعية لا تحصل بالمزج مطلقا بزعم ان -
المالين فى الواقع ممتازان فى علم الله جل شأنه فيكونان كالمالين المتلاصقين كما اشار اليه فى الجزء الثانى ص ٣٩ من القضاء .

ولكن لوجه لقوله بملاك ان فى بعض الامتزاجات كمزج الماء بالماء اذ لا ريب فى كون ذلك المزج موجبا للشركة الواقعية لاجل الاستهلاك فى الآخر وبذلك تخرج عين المتزج بالعين عن قابلية اضافة الملك اليها وليس بعد الامتزاج امتياز يستدعى اضافة كما لا يخفى .

واما الامتياز الواقعى بينهما فلا ينفع لاجل عدم قابلية اضافة الملكية فعلا . ونستنتج من ذلك البيان ان تلك العين المركبة منهما كالعين الواصلة اليهما بالارث فتأمل .
صورة عدم الاستهلاك : و الاشاعة :

وقد لا يوجب المزج استهلاك المالكين بحسب الحقيقة كما مزج
 الدينارين بالدينارين و كك الدرهم .
 او الحنطة بالحنطة ولكن الحكم بالاشاعة فى تلك المسئلة
 يحتاج الى النظر بنظر العرف بالادعاء والتنزيل مع الامضاء .
 والظاهر ان الامتزاج كما وصفنا عند العرف جار مجرى -
 الاستهلاك ومع امضاء الشارع تحصل الاشاعة الواقعية وان كان
 اعيان كل واحد ممتازة عن اعيان الآخرفى الواقع و نفس الامر
 فكل دينار يفرضح فهو بينهما نصفين او اثلاثا مثلا .

تنبيه : التقسيم التفاضلى

لا يخفى ان التقسيم متفاضلا ليس بمعاوضة ربوية ولو كانت
 المعاوضة اعم من البيع . لماذا : لاجل ان التفاضل انما يحصل
 بين الاعيان وقد عرفت خروج تلك الاعيان عن الاضافة الملكية
 بالنسبة اليهما .
 والقسمة التى اوجبت انتقالا فى العين انما تلاحظ بالاضافة
 الى ماليتها ولا تفاضل بينهما .
 الاستنتاج : ونستنتج من ذلك انهما لو تقاسما
 بان اخذ احدهما الاقل لجودته والآخر الاكثر لردائه جاز ولا ربا
 فتامل .

تحصل الشركة بالعرف :

لا يخفى ان مدرك حصول الشركة هو العرف وتنزيله المالبين منزلة التالف بالاستهلاك وحكمه بالاختلاط الحقيقي وهذا يصير موضوعا لامضاء الشارع فلا جرم يلزم متابعة العرف فى الامتزاجات التى ليست بحقيقته ولو كان هنا رواية بان المزج سبب للشركة - مثلا لكان الرجوع اليه لازما اذ تحقيق موضوع الدليل من حيث المفهوم والمصداق موكل اليه .

ومن اجل ما ذكرنا يتفق الاختلاف فى ثبوت الشركة فى بعض الامتزاجات العرفية من العلماء من اجل ان تشخيص التنزيل العرفى ليس من المصاديق الجلية التى لاقع فيها خلاف .

الاستنتاج :

ونستنتج من ذلك ان كل مزج يكون سببا لعد المتزجين عند العرف مالا واحدا بواسطة الاستهلاك خارجا عن الاضافة و الاختصاص يحصل الشركة وكل مالا يعد كذلك فهو من باب اشتباه مال بمال .

ومن اجل ذا يختلف الحكم من حيث اختلاف الممتزجين كما لو امتزجت حبة من الحنطة مثلا بحنطة مثلها حيث لا يوءثر

ذلك الامتزاج فى تحقق الشركة لاجل انها لا يعدان فى نظر العرف ما لا واحداً فاختصاص كل منهما بعين ماله باق وان اشتبها بحسب الظاهر وهذا بخلاف امتزاج القبضة من الحنطة بالقبضة .
ولعله يؤيد او يدل على ما قلنا ما فى الرواية فى مسألة ما لو استودع من شخصين ثلاثة دراهم . درهما من واحد واثنين من واحد آخر ثم تلف احدها بلا تفريط . من انه يعطى صاحب الدرهمين درهما ونصفا . وصاحب الدرهم النصف . ولا يخفى انه لا يساعده قاعدة الشركة . ولكن الصدق العرفى وعدم صدق المال الواحد على الممتزج من القليلين مما هو يتبع مضافا الى ان حصول الشركة فى مزج الدنانير مما لا خلاف فيه .

تنبيه : فى القسمة : والشركة

ومن جميع ما اوردنا هنا ولو اجمالا ظهر ان القسمة ليست فيها الرباء لكونها افرازا ولا فى الشركة لكونها فى الحقيقة عبارة عن ملك جديد لمال جديد وبقية الكلام فى كتاب الشركة وهذا الذى ذكرنا هو الاقرب بل الاظهر .
ولعدم كون الشركة معاوضة حتى يجرى فيها حكم الرباء ولوعلى القول بجريان الرباء فى كل معاوضة كما لا يخفى فبالأمل الصادق يظهر الصدق فالتمسك باطلاق الأدلة لا يصح الا بعد تحقق الموضوع ومن اين ثبت ان الشركة معاوضة حتى يشملها

الاطلاق وكذا القسمة .

نكتة : في القسمة :

وهل القسمة عقد او ايقاع او حكم والآخر هو الظاهر وذلك لان القسمة فعل وتميز قد رتب الشارع عليه حكماً من الجواز كما لا يخفى بالتأمل وصرف اشتراط التراضي من الشريكين ليس فيه دلالة على كون القسمة عقداً كما قد يتوهم نعم على فرض الفساد من كونها بيعاً او معاوضة مستقلة تكون عقداً .

مورد امضاء الشارع فيها :

بعد التشريع الاسلامي كما عرفت نقول ماذا واي مورد يكون فيه الامضاء الشرعي : المستفاد من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم اقوال ثلثة : الاول : حصول القسمة بمحض التراضي بلا دخالة القرعة .

الثاني : الاحتياج الى القرعة مطلقا : الثالث : القرعة المتعقبة بالقرعة .

الاستدلال على الاول : قد يستدل عليه بعموم (الناس مسلطون على اموالهم) هذه الجملة بنوية نقلها القاضي الشهاب ونقلها المجلسي قدس سره في البحار ج ٢ ص ٢٧٢ من الطبعة الجديدة وهي مورد استدلال في الفقه الاسلامي من الخاصة .

ولكن الاستدلال بها لا يخفى ما فيه من الضعف و يتضح بيان مفادها وهو عبارة عن سلطة الشخص فى التصرف بالبيع و الهبة و العارية و الاحسان قليلا كان او كثيرا و امثاله فالجملة فى مقام اعطاء السلطة ولو شك المالك فى بعض ما ذكرنا من الامثلة مثلا يجرى السلطنة .

اذا عرفت هذا فاعلم ان تعميم السلطة لا ينافى كون التصرف منوطا بسبب خاص من الانشاء بالصيغة اذ لسان بيان السبب ناظر الى كيفية التصرف لا المنع منه فعلى هذا لا اطلاق للنسبوى للكيفية .

وفى ما نحن لاحتاشى من ان يقول المولى للشريكين تصرفا فى مالكما بسبب كذا ولا منع فيه عن التصرف فى المال ولكن لا - يخفى قوة الدلالة للمقام بلحاظ ان التراضى بشئ نحو من التصرف فيه و التراضى باليقتسم كذلك فتأمل .

ولكن كفاية التراضى هو الاظهر لا لما ذكر بل لانه لو لم نقل بالتراضى اما نقول بالقرعة او غيرها من الصلح و البيع بان يبيع كل من الشريكين بعد تعديل السهمين حصة من احدهما بحصة من الآخر . وكلاهما باطلان اما الثانى فلان اعتبار البيع و الصلح يكون سببا لخروج القسمة عن كونها قسمة لانها عبارة عن صرف الافراز و التمييز فح يكون توقف الافراز على بيع و صلح خلفاً محالاً .

واما الاول وهى القرعة فلان شرعيتها فيما نحن فيه من التراضى غير معلومة لماذا لان القرعة شرعت فى احد مقامين - احدهما فى تمييز المجهول الواقعى والثانى فى رفع التشاح و التنازع الفعلين او بنحو الشأن عند تزامم الحقين او الحقوق و مثلوا باختلاف المتسابقين الى مكان مباح او اختلاف المتعلمين على معلم دفعة فى السبق واللحوق او العبدین فيما اذا اوجب عتق احدهما وهو غير معين كما لو نذر عتق اول مملوك يملك فملك اثنين دفعة فانه يستخرج المعتق بالقرعة .

ولكن ليس فيما فرضنا من التراضى تشاجر بين الشريكين فح لا يترتب على القرعة اثر بل تكون لغوا كما لا يخفى فافهم .

استدلال آخر :

وقد يستدل ايضا بما فى الرواية من قوله عليه السلام : (لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه) المروية فى (ئل) ج ٣ باب ٣ من ابواب مكان المصلى .

قيل انه ضعيف او اضعف من الاول باعتبار ان مفاده مدخلية طيب النفس فى الحلية ولا ينافيه اعتبار شى آخر معه من عقد وغيره وليس المستثنى علة تامة بل هذه الرواية كحديث (لا صلوة الا بطهور) (ولا صلوة الا بفاحة الكتاب) المروى فى (ئل)

ج ١٤ باب ١ من ابواب القراءة فى الصلوة الظاهر فى كون المستثنى شرطاً فى صحة العمل نعم بعد حصول سائر الاجزاء و الشرائط يكون الظاهر تمام العلة .

لكن النظر الدقيق يعطى صحة الاستدلال به لان التقسيم امر عرفى امضاه الشارع والتراضى بالاضافة اليه يكون سبباً تاماً فى النفوذ كما ان التجارة عن تراض تكفى فى صحة التصرف - كالمعاطاة كما لا يخفى فانقدح بذلك استقامة الاستدلال به فافهم .
فما يقال من ان مفاده ان الحلية بدون الرضا لا تجوز لا ان الطيب سبب كما عن المحققين الرشتى والاشتيانى قدس سرهما غير وارد لان فى المقام ليس الا الجزء المشروع من التقسيم والجزء الثانى الرضا فالمسئلة تامة من حيث الجزء والسبب الذى هو الرضا كما يظهر بالتأمل .

استدلال آخر لكفاية التراضى :

وهو ما فى الرواية : وهى : المؤمنون عند شروطهم :
المروية فى ثل ، ج ١٥ الباب ٢٠ من ابواب المهور : الطبعة الحديثة : وتقريب الكلام فيها هو ان مفاده عبارة عن الالتزام الظاهر فى اللزوم ولو كان ابتدائياً ولولم يكن فى ضمن العقد والتراضى فى ما نحن فيه عبارة عن التزام كل من الشريكين باحد

النصيبين فيلزمه .

الاردبيلى قدس سره :

وقد استدل ايضا المحقق الاردبيلى بفحوى قوله عليه السلام
فى رجلين لم يدرياكم لهما عند صاحبه فقال كل واحدك ما عندك
ولى ما عندى . لا بأس اذا تراضيا وطاب انفسهما .
وتقريب الاستدلال انه يدل على جواز المصالحة ولو على
شئ مجهول بالتراضى وطيب النفس فيدل على الرضا بالسهمين
المتعادلين المعلومين بالاولوية بل على الرضا المجهول من
السهمين .

واشترط التعديل بين السهمين باتفاق الاصحاب لاجل
تأصل الرضا : فماعن المحقق الاشتياني من الاشكال فى دلالة
الرواية فليس على ما ينبغى فتأمل .

القول الثانى بالقرعة :

القائل بصحة التقسيم بالقرعة يقول ان ادلة القرعة بالعموم
او الاطلاق شاملة للمقام وظاهرة فى اللزوم وظاهرة فى الحصر
فعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بغير القرعة للاصل وظهور الحصر .
ومقتضى هذا القول تقديمه ايضا ولو كان فى المقام ما يدل
على صحة التقسيم بالتراضى حسبما ما يترأى من بعض .

وردّ هذا بما عن صاحب الحقائق قدس سره بان ظاهر
اخبار القرعة هو الاختصاص بصورة التنازع واما في صورة التراضى
فلا دليل على اعتبارها :

ولكن لا يخفى على المتأمل في اخبار القرعة انها ليست
بمنحصرة لصورة النزاع بل فيها من الاخبار الدالة على التعميم ما
لا يخفى على المراجع :

والظاهر ان مورد القرعة اثنان الاول ما كان الحق فيه معلوما
في نفس الامر وعند الله تعالى شأنه مجهولا في نظرنا .

الثانى :

ما لم يكن معلوماً ومعيناً في الواقع ايضا اما المورد الاول

فالظاهر عدم الاشكال في جريان عمومات القرعة فيه مطلقا سواء
تراضى الرجلان قبلها على ان يكون احد الشئيين لاحدهما و
للآخرام لا .

واما المورد الثانى فلا اشكال في عدم جريان عمومات القرعة
فيه الا في صورة التنازع ففي صورة التراضى لا دليل على اعتبار
القرعة وهذا ان الوجهان استيفد من كلام شيخنا الانصارى قدس سره .

القول الثالث :

وهو القرعة المتعقبة بالرضا واستدل له باستصحاب بقاء

الشركة واصالة عدم اثر القسمة على مجرد القرعة لعدم نهوض ادلتها في اشباه المقام ونظائره فالقدر المتعين هي القرعة - المتعقبة بالرضا المتأخر .

الحرى في المقام :

ومن الحرى بعد ما عرفت من اختلاف الانظار في القرعة ان نسير مع اخبارها سيراً دقيقاً حتى يحصل لنا ما هو المحصل من مجموع الاخبار : فنقول .

ما هي القرعة :

القرعة بضم القاف بمعنى السهم والنصيب و القاء القرعة حيلة ووسيلة يتعين بها سهم الانسان : والقريجة خيار المال وبالفتح نوع من اليقطين اى القرع والواحدة (القرعة) وتحقيق المقال في المقام يستدعى رسم مقاصد .

الاول في مورد القرعة فهل هو عبارة عما كان متعنا في نفسه وغير متعين ظاهراً ام هو عبارة عما يراد تعينه بالقرعة وان لم يكن متعينا في نفسه ولكل منهما سند من الروايات .

وسند الاول هو ما عن محمد بن الحكيم قال : سئلت ابا الحسن موسى عليه السلام عن شئ فقال : كل مجهول ففيه القرعة قلت : له ان القرعة تخطى وتصيب قال كل ما حكم به

اللّه فليس فيه بمخط المرورى فى الوسائل ج ٣ الباب ١٣ من ابواب
كيفية الحكم : وكلما ننقل انشاء اللّه تعالى فمن الباب .

وسند الثانى :

ما ورد من الروايات فيمن قال ان اول مملوك املكه فهو حرّ
كرواية عدة عن ابي عبد اللّه عليه السلام فى رجل قال اول مملوك
املكه فهو حرّ فورث ثلثة قال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق :
قال والقرعة سنته .

تنبيه فيه ارشاد الى ما هو خارج : (منه الحكم)

ومن هنا يتضح ان الحكم المشتبه ليس بمشمول للقرعة لانه
ليس مما لاسبيل له كشرب التتن مثلا اذ هو بعد كونه مما لا نص
فيه يجرى اصالة البرائة فيكون مباحا فله سبيل .

او يقال انه مورد احتياط فهو ايضا له سبيل فنستنتج ان لا
حكم بمجهول بل له بعد اليقينيّات ادلة اجتهادية واصول عملية
توجب اتضاح الحكم كما لا يخفى فافهم فانه ليس بمختص للتكليفى
بل الوضعى ايضا كذلك .

ولذا قال شيخنا الشهيد الاول فى القواعد ولا يستعمل فى
الفتاوى والاحكام المشتبهة اجماعا ولما ذكرنا من السند .

ومنه الموضوع المستنبط :

الموضوع المستنبط قد يشته حيث يقع موضوعا للحكم الشرعى

ومن المعلوم ان الموضوع لا يبد له من التقرر والثبات حتى يتوجه اليه الحكم لان الموضوع من قبيل العلل بالنسبة الى الاحكام كالصعيد الذى يقع موضوعا للتيميم كما فى الآيه فهذا ايضا خارج عن مورد القرعة لان له سبيل وبيانه ان الصعيد عند المستنبط .
 اما عبارة عن مطلق وجه الارض لاجل التشخيص بقول اهل الخبرة فهو ليس بمجهول واما عبارة عن التراب الخاص كما قويناه فى كتابنا (خلاصة الكلام فى فقه الاسلام) لاجل قول كثير من فضلا اهل اللغة بل لاجل روايات عديدة يعده ترابا .
 واما لا يتحصّل عنده معنى صريح فالاشتغال اليقينى -
 بالتكليف يقتضى الاحتياط فله سبيل فلا يشمل القرعة .

الخارج الموضوع الصرف :

والموضوع الصرف للغوى والعرفى كالماء مثلا ايضا خارج عن شمول القرعة وهذا واضح لان الماء عنوان من العناوين العامة المعلومة معناه وقد يقع الاشكال فى مصداق من مصاديقه الموجود السارى فى الخارج انه من مصداق الماء المعروف وفندرج تحت عنوان الماء ام لا من حيث وجدان بعض الصفات فيه كماء السيل الملوّن بلون احمر لاجل اختلاطه بالتراب الاحمر بحيث لو اتضح انطباقه عليه يتضح الحكم من دون حاجة الى امر آخر ولكن - يتوهم بعض من لا تحصيل له ان ماء السيل الذى ذكرنا وصفه

مضاف ينجس كما اتفق لبعض المبتدئ من الطلبة وقال انه مضاف ينجس وقاله لاهل بلدة من كرمان فسئل اهل البلد عنى قلت انه ماء طاهر أتوضؤ به فاستراحوا من مشقة الاحتراز والتجنب منه لاجل وقوع النجاسات فيه ثم استفتوا من السيد الجليل الفقيه الآية السيد حسين البروجردى قدس سره فافتى بانه ماء طاهر و شاهدت الاستفتاء والحاصل ان الشبهة تزول بادنئ تأمل ومع كونه مما يجرئ فيه الاصل المناسب من الاصول .

الشبهة المحصورة وغير المحصورة :

ولا يخفى عليك انه ظهر مما بينا عدم شمول الحكم بالقرعة للشبهة المحصورة لقاعدة الاشتغال الحاكمة بالاجتناب مع نجاسته احدهما ولزوم الاحتياط فيما لو كان احدهما واجبا كما اخترناه فى العلم الثانئ من الاصول وهى الحجة وكتبنا الثلث منه و اسئل الله تعالى الاتمام .

وعلى مبتئ المحقق الميرزا القمئ قدس سره و من واقفه يجرئ البرائة للشبهة هذه سبيل فلا يجرئ القرعة .

اما غير المحصورة :

فلاجل البناء فيه على البرائة كما عن بعض والمسئلة محل

تأمل فعلا .

اشكال ودفـع :

نعم يمكن ان يتوجه فى غير المحصورة اشكال من جهة النص او الفتوى لاجل صححة محمد بن عيسى المروية فى التهذيب على اعمال القرعة فى شاة موطوءة مشتبهة فى قطع فيتوجه هنا الاشكال من حيث ان البناء فى غير المحصورة هى البرائة فمواجه القرعة .

اما الدفـع : فيمكن الالتزام هنا بان القرعة لاجل دفع النفرة تارة ولخصوصية فى القطيع اولان صرف العلم باشتمال القطيع على موطوءة والاجتناب عنه يستلزم تضييع المال والتضرر .

ومن الخارج :

ومن الخارج عن قاعدة القرعة موارد قام الدليل فيها على الاخذ باحد الطرفين او الاطراف كما ورد فى تراجيح ائمة الجماعة وتقديم السابق فى المرافعة او الاستفتاء او فى المزاخمة على المباح او فى تراجيح البيّنات وتقديم قول ذوى اليد . والعمل ببينة الخارج وما ورد فى تفسير الشئ او الجزء فى الوصية فانها وان لم

فيها اشكال من جهة اطلاق اللفظ لكن يجئى الأشكال لو علم
 قصد الموصى بها امرا معيناً عنده مشتبهة عندنا .
 والجهة فيما ذكر وجود الدليل على الاخذ باحد الجوانب
 ومعه يخرج ما نحن فيه عن عنوان الاشكال ويدخل فى الواضح
 الذى له سبيل .

ومناط التقديم على القرعة كون ادلتها اخص من دليل
 القرعة لان مفاد ادلة القرعة هو القاء القرعة لكل مشتبه كما فى
 المزاحمة على المباح سواء كان هنا سابق ام لا وهو عام مطلق ودليل
 تقديم السابق خاص اى يقدم السابق عند التزاحم فهو اخص -
 مطلقا .

وما ذكرنا موجود فى العناوين تاليف السيد الجليل المحقق
 عبدالفتاح بن على الحسينى قدس سرهما المراغى وهو بولد من
 بلدان الآذربايجان الشرقى ومركزه (تبريز) .

تنبيهه فى الخارج :

ولا يخفى عليك ان ما ذكرنا من جميع الموارد التى عددناها
 ليس من مسألة التخصيص بل هى اجمع من باب التخصيص فلا وقع
 لما عن بعض من خروجها عن عموم القرعة بالاجماع . ومن هنا
 تعرف ان لا وهن فى عمومها كما هو المعروف .

المعيار الكلى فى المقام :

ويتلخص الكلام فى المقام بقولنا : كل امر مشكل فيه القرعة .
وكل ما فيه مخرج شرعى فهو خارج عن المشكل .
(تتميم)

الامر المشتبه على قسمين :

الاول : ما كان مشتبهاً فى الظاهر والواقع كما فى امام الجماعة
اذ لم يدل دليل على استحقاق احد منهما فى الواقع حتى يكون
الاشتباه ظاهرياً وكما فى المتزاحمين فى مباح وفى الوصية بثلاث
العبيد بالعتق وامثاله .

الثانى : ما كان مشتبهاً ظاهراً معيناً فى الواقع كما فى
اختلاط الموتى فى الجهاد وفى اخراج المطلقه او المنذوره عتقه و
فى تلف درهم من الوديعتين وغيره ومن هذا ايضا الوصية
بالمشترك اللفظى مع فقدان القرينة على المشهور عند الاصوليين
من وجود المشترك اللفظى ولكن حققنا القول بعدم الاشتراك
كالعين فى كتابنا (المحاورات الاصلية) المطبوع .

ولقد قلنا فيه فى بحث الاستعمال ان استعماله فى كلا
المعنيين مما لا يجوز واستعماله فى واحد لا يعينه لا يجوز ايضاً
فيستظهر من ذلك ان مقصوده واحد معين من المعانى لاصالة

صحة استعماله وان المردد بما هو لا وجود له فكيف يريد الا ان مراده مشتبه لاجل فقدان القرينة والموصى به عبارة عما اراده الموصى من اللفظ لا ما يصدق عليه اللفظ فليس ما نحن فيه من المشتبه واقعا وظاهرا كما عن الشهيد الثاني قدس سره وليس من الكلى المتواطى كما لا يخفى فتأمل .

المقصد الثانى : فيما عمل بها اجمالا

قال المحقق العالم الجليل السيد عبدالفتاح المراغى من بلدان (تبريز) فى كتابه (العناوين) وهو كتاب جليل الفائدة وعظيم القاعدة .

قال عمل بها الاصحاب :

- فى ائمة الجماعة مع عدم المرجح .
- وفى اشتباه القبلة عند ابن طاوس .
- وفى اخراج المحرمين للحج نيابة .
- وفى اختلاط الموتى فى الجهاد .
- وفى تراحم الطلبة عند المدرس .
- والمستفتى .
- او المترافعين الى المجتهد مع عدم السابق .
- وفى القسمة .

- مما فى التزاحم على مباح او مشترك .
 وفى تلف واحد من دراهم احدهما لو احد والباقى للآخر
 وديعة .
- وفى تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف المتوسط .
 وفى الوصية بالمشترك اللفظى .
 وفى الوصية بما لا يسعه الثلث مع العلم بالترتيب والشك
 فى السابق او مع الشك فى السابق والاقتران .
 وفى ابتداء قسمة الزوجات .
 وفى حق الحضانة .
 وفى عوز النفقة على المنفق عليهم .
 وفى اخراج المطلقة .
 وفى اخراج المشتبه مطلقا او اذا مات ولم يعين .
 وفى اخراج المنذور عتقه بقوله اول ما تلد فولدت جماعة .
 وفى المتداعين فى الالتقاط .
 وفى اشتباه موطوء الانسان .
 وفى تعدد السيف والمصحف فى الحبوة .
 وفى ميراث الخامسة مع المشتبه بالمطلقة .
 وفى ميراث الخنثى فى قول ومن ليس له فرج على -
 الاشهر وغير ذلك : انتهى محل الحاجة . وتلك الموارد من
 الاصحاب تكشف انها متفق عليه فى الجملة كما لا يخفى .

المقصد الثالث : (فى سند القرعة)

يدل على مشروعية القرعة اخبار كثيرة تبلغ حد التواتر فلا اشكال فيها .

منها : ما بالاسناد عن ابى عبدالله عليه السلام

فى رجل قال : اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلثة .

قال : يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق : والقرعة سنة : و

نظيره ما قبله وما بعده .

ومنها : وما عن جميل .

قال : قال الطيار لزرارة ما تقول فى المساهمة اليس

حقا : فقال : زرارة بل هى حق . فقال الطيار اليس قد ورد

انه يخرج سهم المحق قال : بلى قال : فقال فتعال حتى ادعى

انا وانت شيئا ثم نساهم عليه وئظر هكذا هو . فقال له زرارة

انما جاء الحديث . بانه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم

اقترعوا الاخراج سهم المحق .

فاما على التجارب فلم يوضع على التجارب . فقال الطيار

ارأيت ان كانا جميعا مدعيين ادعيا ما ليس لهما من اين يخرج

سهم احدهما فقال زرارة اذا كان كك جعل معه سهم مبيع .

فان كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيع .

ومنها : ما عن ابي الحسن بعد السؤال : كل امر مجهول ففيه القرعة : ونظيره ما عن الفقيه للصدوق ونحوه عن الشيخ في النهاية وكذا الشيخ في التهذيب برواية محمد بن حكيم ومنها : ما عن ابي جعفر (عليه السلام) قال اول من سوهم عليه مريم بنت عمران . وهو قول الله عزوجل : وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم والسهم ستة : ثم استهموا في يونس لما ركب مع القوم فوقفت السفينة في اللجة - فاستهموا فوقع على يونس ثلاث مرات .

قال فمضى يونس الى صدر السفينة فاذا الحوت فاتح فاه فرمى نفسه .

ثم كان عند عبدالمطلب تسعة سبين فنذر في العاشرة ان رزقه الله غلاما ان يذبحه فلما ولد عبدالله لم يكن يقدر ان يذبحه ورسول الله في صلبه فجاء بعشر من الابل فساهم عليها فخرجت السهم على عبدالله فزاد عشرا فلم تزل السهم تخرج على عبدالله ويزيد عشرا فلما ان خرجت مائة فخرجت السهم على الابل فقال عبد المطلب ما انصفت ربي فاعاد السهم ثلثا فخرجت على الابل فقال الآن علمت ان ربي قدرني فنحرها .

ومنها : عن حماد بن عيسى نحوه قال : و قال الصادق (عليه السلام) ما تقارع قوم ففوضوا امرهم الى الله عزوجل الاخرج سهم المحق .

وقال : اى قضية اعدل من القرعة اذا فوّض الى الله اليس
الله يقول فساهم فكان من المدحّضين ونحوه رواية اخرى كذلك :
وغيرها منها ما عن التهذيب عن ابي عبد الله عليه السلام قال
قضى على عليه السلام فى ثلثة وقعوا على امراة فى طهر واحد
وذلك فى الجاهلية قبل ان يظهر الاسلام فاقرع بينهم وجعل
الولد لمن قرع وجعل عليه ثلثى الدية للآخرين فضحك رسول
الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه قال و ما اعلم -
فيها شيئا الا ما قضى على عليه السلام كما فى العناوين .

وما عن العامة :

ونقلوا عن طريق العامة ايضا : ان القرعة لكل امر مشته
كما فى رواية او لكل امر مشكل كما فى اخرى : كما عن العناوين
ص ١١١ .

الاجماع :

ومن السند ما يظهر منهم الاجماع فى الجملة كقول شيخ
الطائفة القرعة فى تداعى الرجلين فى ولد من مقتضيات مذهبنا
وظاهر كلمة مذهبنا ذلك .

وقال الشهيد الاول فى القواعد ص ٢٧٣ : ثبت عندنا قولهم عليهم السلام : كل امر مجهول فيه القرعة ثم علل القرعة وقال : وذلك لان فيها عند تساوى الحقوق والمصالح و وقوع التنازع دفعا للضغائن والاحقاد والرضا بما جرت به الاقدار وقضاء الملك الجبار ولا قرعة فى الامامة الكبرى لانها عندنا بالنص انتهى محل الحاجة : حيث ظاهر قوله (ثبت عندنا) ذلك .

والاجماع العملى فى الجملة ايضا محرز : ومن السند هو الآية الشريفة كما ذكرت فى متن الاخبار .

الاستنتاج :

ونستنتج من الاخبار ما ملخصه انها .

بين ما لادلالة له الا التشريع فى تعيين المجهول .

وبين ما فيه دلالة على كون القرعة مرجحة لاحد الحقيين المتزاحمين كما فى المباح وائمة الجماعه مع عدم السابق .

وبين ما فيه دلالة على انها لرفع الامور المشكلة .

وبين ما فيه دلالة على انه ما فوض قوم امرهم الى الله تعالى الا وقد هداهم الى الخير والصواب .

وبين ما مورده التنازع كرواية وقوع عدة على امرأة فى طهر واحد فيستفاد منها عدم اختصاصها بصورة النزاع بل موردها اعم من ذلك ومن هنا يظهر ضعف قول من قال بالقرعة ولو عند

التراضى كما مر .

القرعة كاشفة ومثبتة :

تتصور القرعة بنحو الكشف والاثبات ويحتمل الكشف من رواية محمد بن حكيم حيث ورد فيها قوله : ان القرعة تخطى وتصلب فقال عليه السلام كل ما حكم الله به فليس بمخطى والمراد على الكشف ان ما حكم الله به مبين للواقع قطعاً ولا يكون مخالفاً - للواقع هذا على نحو الكشف .

والمراد من الاثبات يكون معناه : هذا : ما حكم الله به فهو الحق والصواب فيمكن جعل الابتدائي للحكم مع ان الفرض ان القرعة لا يخطى بل اما كاشفة عن الواقع لو كان احدهما معيناً فى الواقع او مثبتة ابتداءً لولم يكن معيناً فى الواقع فكيف كان هى حجة على كلا النحويين كما لا يخفى .

المقصد الرابع : (هل هى وظيفة الامام خاصة ام لا)

ظاهر اطلاق عدة من اخبار القرعة عدم الاختصاص بالامام عليه السلام كرواية زرارة قائلاً للطيار : ما من قوم فوضوا امرهم الى الله .

ثم اقتنعوا الاخراج سهم المحق حيث ان الظاهر منه جواز

• الاقراع لكل احد .

وروايات ان القرعة لكل امر مجهول وغيرها ويؤيد ذلك
ايضا ما نقل من فعل الائمة عليهم السلام حيث ان المقصود من
نقل فعلهم ليس الا لاجل المتابعة كما فعلوا عليهم السلام نعم
يمكن ان يقال ان ما يستفاد منه اعمال القرعة في تلك الوقائع و
ان اعتبركونه عند الامام .

وصراحة رواية الفضيل بن يسار في الممسوح ايضا عدم
الاختصاص حيث ان في اولها : قال يقرع الامام او المقرع الى
ان قال ثم يقول الامام او المقرع اللهم الى اخره .
ودعوى ان الروايات المطلقة سبقت لاجل اصل التشريع
غير ظاهرة لاجل ظهورها في اصل رفع الاشتباه فتأمل .

الاختصاص :

• ويدل على الاختصاص ايضا روايات .
منها ظاهرها في مرسله ثعلبة في الممسوح (قال يجلس
الامام ويجلس عنده ناس) .
ومنها موثقه ابن مسكان وروايتي اسحق والسكوني ايضاً
كمرسله ثعلبة .
• ومنها رواية معاوية بن عمار (قال اقرع الوالى بينهم) .
ومنها رواية يونس (ولا يجوز ان يستخرجه احد الا الامام

فان له كلاما وقت القرعة ودعاء لا يعلمه سواء ولا يقتدر عليه غيره .
ومنها ما فى صريح مرسله عمار (القرعة لا يكون الا للامام) .
وهذه الروايات نقلناها من العناوين :

الاستنتاج :

ونستنتج من هذه الاختصاص ونقول ان الاطلاق مسوق
لاجل التشريع فتكون الروايات مقيدة لما ورد من الاطلاقات على
حسب القاعدة وان ابيت عن التقييد فلا اقل يكون الاطلاقات
مشكوكه فيؤخذ بالمتيقن من الاختصاص .
ولكن ظاهر قوله (لا يعلمه سواء ولا يقتدر عليه غيره) وظاهر
قوله (الا) للامام ان القرعة فعل خاص يختص بالامام فلا يجوز
اجرائها حتى من القاضى الحاكم العادل .
ولكن الظاهر كما سيجئ انشاء الله تعالى تجوزهم للقاضى
فتأمل .

ولذا حمل الشيخ الحر العاملى فى الوسائل قوله القرعة
لا تكون الا للامام وقال هذا مخصوص بمن يجهل موضعها او -
كيفيةها او لا يصلح للقضاء لما تقدم من عدم الاختصاص وعموم حكم
القاضى : انتهى كلامه رفع مقامه : من الباب ١٣ من كيفية الحكم
ومقتضى النظر الدقيق يعطى عدم الاختصاص لان رواية
زرارة صريحة فى جواز تقارع قوم وليس فيها شائبة الاختصاص مع

ان كلامهم عليهم السلام لاخلاف فيه لانه من مشرب واحد فادلة الاختصاص مع الغض عن السند لابدان يحمل على الجهل بالمورد او الكيفية كما لا يخفى فتبصر فان ادلة القرعة شرعت لدفع الضرر والهرج والمرج وغالبا لاتصل اليد الى الامام عليه السلام فاقترضت الضرورة والحاجة الى جعلها لتصون الحقوق عن الضياع فتدبر .

الحاكم الشرعى فى الغيبة :

قلنا ان النظر الدقيق عدم اختصاص القرعة بالامام عليه السلام .

ونقول على فرض الاختصاص يجوز للقاضى الشرعى ذلك فى زمان الغيبة لان مقتضى جعله قاضيا وحاكما فى الشرع ثبوت النيابة له فى الحكم وطريقة .

وايضا مقتضى ولاية الحاكم العادل فى الشرع جواز مباشرة القرعة فى مقام الفيصلة .

مضافا الى دعوى الاجماع المحصل على ذلك ومضافا الى ذلك تقضى الضرورة ذلك لئلا يتعطل الحقوق و اصل التشريع لذلك .

الكيفية :

كيفية القرعة معروفة وليس لها كيفية مخصوصة لا يتعدى عنها

كما فى فصل القسمة وغيره فراجع تجد انها تحصل بالكتابة على الرقاع وبالخواتيم وباسماء الشركاء على السهام وبالعكس وغير ذلك كما لا يخفى .

هل القرعة عزيمة او رخصة :

الاقوى انها عزيمة بملك ما عرفت من انها سنة فيما لا سبيل له فاعمالها فى ما له سبيل مما لم يحرز جوازه فراجع وتأمل .

عود الى كلام الماتــــن : (فى القاسم)

قال : والمنصوب من قبل الامام تمضى قسمته بنفسه -
القرعة ولا يشترط رضاها بعده : المتن .
اقول وجه هذا وسنده عبارة عن مقتضى ادلة القرعة من اللزوم مع تقارن رضاها فلا وجه للرضا بعد القرعة وفى كتب الفقه انه لا خلاف فيه ولا اشكال فيه ووجهه ما ذكرنا وفى المسالك قال قرعة قاسم الامام بمنزلة حكمه فمن ثم اشترط فيه العدالة والمعرفة قال : وفى غيره يقف اللزوم على الرضا بعده وفى هذا اشكال من حيث ان القرعة وسيلة الى تعيين الحق وقد قارنها الرضا : المتن .

اقول : قوله (على الرضا بعده) هو قول الشيخ قدس سره

حيث قال ويعتبر رضاها بعد القرعة كما فى المسالك و قال فى وجهه ان الرضا مقتضى اصالة بقا الشركة واقتصارا فيما خالف الاصل من عدم اللزوم على المتيقن وهو قسمة قاسم الامام او غيره مع التراضى بعد القرعة كما عن الشيخ الذى مرو عن العلامة فى التحرير وعن ظاهر فخر المحققين كما عن المحقق القمى ص ٧١٦ وهنا قول ثان وهو عدم الاعتبار مطلقا وهو ظاهر المحقق فى النافع وصريح العلامة فى الارشاد والقواعد واختاره الشهيدان فى اللعة والمسالك كما عنه ايضا .

وقال : وفى هذا اشكال حيث ان القرعة جعلت بجعل الشارع وسيلة الى تعيين الحق والقرعة توجب تمييز الحق مع الرضا فلا وجه للرضا البعدى .
ووافقه فى الرياض : اى فى غير قاسم الامام من انفسها او من نصباه كما فى الجواهر .

فـ — — — — — : لو تراضيا على القسمة حصل التعيين وتخصيص كل واحد من الشركاء بحقه وان لم تكن القرعة كما فى المسالك وذلك لاجل صدق القسمة ولقد قلنا فيما سبق ان طيب النفس كاف واما قاعدة السلطنة على الاموال ففيها نظر .

قال : ويجزى القاسم الواحد اذا لم يكن فى القسمة رد ولا بد من اثنين فى قسمة الرد لانها تتضمن تقويماً فلا ينفرد الواحد به ويسقط اعتبار الثانى مع رضا الشريك : المتن .

توضيح المرام فى المقام يستدعى الاشارة الى مسألة الرد المراد منه اعم مما يحتاج الى شئ الى احد الاجزاء من الخارج او جعل التسوية بسبب القيمة وان تفاوتت الاجزاء بحسب الحكم مع تساوى السهام كما عن المحقق القمى نقلا عن المحقق الاردبيلى قدس سرهما : القضاء : ص ٧١٣ .

والمحقق قدس سره يقول بكفاية القاسم الواحد مع عدم اشتمال القسمة على الرد واعتبار اثنين فى قسمة الرد لان قسمة الرد متضمنة للتقويم الا فى صورة تراضى الشريكين بالواحد .
وقال فى المسالك : فى اعتبار التعدد : القسمة ان-
اشتملت على ردّ فلا اشكال فى اعتبار العدد فى القاسم حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد لان العدد يشترط فى المقوم مطلقا من حيث انها شهادة .

تحقيق المقال على ما يقتضيه الحال :

لا يخفى ان جعل التعدد فيما يحتاج الى الرد من الشهادة يحتاج الى دليل صالح فى المقام فان كان هو الاجماع فلا بد من تحقيقه والذى يوجب ضعفه عدم ظهور اعتبارهم ذلك فى مسألة الخرص (خرص اى قدر ما على النخلة) مع انه لافرق بينهما : قال فى الدروس ويجوز القسمة خرصا اذ ليست بيعا . قال الشيخ والاحوط اعتبار خارصين .

و خلاصة الكلام على ما حققه المحقق القمي قدس سره ص ٧١٣ و هو الاظهر ان المقوم والطبيب المخبر عن المرض المبيح للتيمم و الفطر وكذا المخبر عن ابناات اللحم وشد العظم لا يدخلون فى الرواية ولا فى الشهادة بل من باب ان اخبارهم على طبق مقتضى ما شخصوه واعتقدوه لواقع الامر ونفس الامر بحسب ما حصل لهم من الاطمينان العقلئى المعمول به (والمحقق عبر بقوله : بحسب ظنهم) كالمفتى والحاكم والملاك فيهما هو الاطمينان الحاصل من الاستنباط وهذا الاطمينان قد يحصل بقول الواحد فى مسئلتنا ودليل كفاية الواحد فى المفتى هو الاجماع والاية وغيرهما .

مضافا الى عموم حجية خبر الواحد ولا يبعد عمومه قال القمي ان قلنا بعمومه .

ونستنتج من هذا الذى ذكرنا عدم الفرق فى القاسم بين ما احتاج الى التقويم اولا :

هذا وقد مرّ انه كان لعلى عليه السلام قاسم واحد وهو مطلق لما هو المشتمل على الرد والا كان المقتضى نصب اثنين ولو احتياطا .

مضافا الى ان التقويم غير منحصر فى قسمة الرد فان كثيراً من الاموال المشتركة المختلفة كالحيوانات وغيرها لا تقسم الا بالتقويم وان لم يكن فيها رد كما عن صاحب الجواهر قدس سره .

والحاصل : انه لو قلنا ان الامر فيما نحن فيه منوط -
 بالشهادة فالأخبار عن القيمة في غير المحتاج الى التقويم ايضاً
 كالمحتاج .

فان قلت ان الاخبار في غير المحتاج بمنزلة الخبر عن نفس
 الامر والرواية فيكفي فيه الواحد دون المحتاج فانه اخبار عن
 موافقة المعتمد لنفس الامر وهو ليس بخبر حتى يكفى فيه الواحد .
 قلنا فيه ان المفتى ايضاً كك ويكفى فيه الواحد .

لا يقال : ان المفتى خرج بالدليل من الاجماع والآية
 بخلاف ما نحن فيه فان الاصل فيه عدم الحجية الا اذا كان
 صادراً عن عدلين فان حجيته ح اجماعى بخلاف الواحد .

فانه يقال : نعم اذا كان التقويم عن اثنين صار اجماعياً
 ولكن لا دليل على هذا الاحتياط من اثنين وقولك (الاصل) فهو
 يرتفع بالاطمينان الحاصل من الواحد ايضاً كما لا يخفى فتأمل .

والنتيجة : ان المسئلة ليست باجماعى بالخصوص
 وتعبدى والشاهد على ذلك كلام المحقق الاردبيلي قدس سره
 حيث يقول اما دليله فهو قولهم ان التقويم لا بد من مقومين عدلين
 فانها حجة شرعية غالباً لا غير . ولانه لم يحصل الوثوق في امثال
 ذلك بحيث تلزم الا بقول عدلين انتهى نقله القمى ص ٧١٤ .

لا يخفى ما في قوله من عدم حصول الوثوق الا بعدلين اذ
 الغالب حصول الاطمينان بالعدل الواحد وكثيراً ما يتخلف عن

العدلين ايضا وغير خفى ان الملاك هو العمل بالحجة و ليس يستند العمل بها الى لحاظ حصول الوثوق والاطمينان وان كان حاصلًا غالبًا كما لا يخفى كما فى الخبر الواحد فتأمل .

قال قدس سره :

واجرة القسام من بيت المال فان لم يكن امام او كان و لاسعة فى بيت المال كان اجرته على المتقاسمين فان استأجره كل واحد باجرة معينة فلا بحث : المتن .

توضيح المقال : انه اذا كان القاسم منصوبًا من قبل الامام عليه السلام او الحاكم فاجرة القسام على الامام لانه من المصالح المقتضية لرفع النزاع وان لم يكن الامام او الحاكم على ما صرح به المحقق الرشتى قدس سره و لاسعة فى بيت المال فعلى المتقاسمين سواء كان طالب القسمة احدهما او كلاهما او جميعهم اذا كانوا اكثر او بعضهم بلا خلاف محكى عن الاصحاب كما عن المحقق المذكور ص ٥٢ الجزء الثانى .

والحاصل ان الاستيجاران كان من الكل فلا اشكال فى صحة الاجارة وكذا لو استأجره بعضهم اصالة عن قبل نفسه و وكالة عن قبل الباقيين .

انما الكلام : فى استيجار بعضهم الاجير فى صحة استيجار الثانى ذلك الاجير فيما لو كان الشركاء اثنين اشكال .
وتقرير الاشكال هو ان يقال ان تميز حق الثانى يحصل

بنفس تميز حق الاول و المفروض ان عمل الاجير مما يلزم عليه بلحاظ العقد الاول فلا يبقى مورد للعقد الثانى وقد يقرر الاشكال بان تميز حق الثانى واجب على الاجير مقدمة لتمييز حق الاول و اخذ الاجرة على الواجب غير جائز ولا يخفى عليك ان هذا الاشكال انما يرد لو كان الاشكال اشكالا على من يقول بوجوب المقدمة و على من يقول بعدم جواز اخذ الاجرة على الواجب .
 واما من لا يقول بوجوبه و يجوز اخذ الاجرة على الواجب التوصلى فى راحة من ذلك .

وقال المحقق الاشتيانى فى الاشكال على الاشكال وكذا المحقق الرشتى قدس سرهما ايضا كلاما يأتى ملخصه و كأنهما -
 اخذا من استاد واحد الا ان الاول اطال الكلام فى المقام .
 والثانى تعرض لما تعرض به الاشتيانى بنحو الاختصار و استادهما هو الاستاد العلم و البحر الزاخر شيخنا الانصارى قدس سره و طيب الله تعالى رسمه .

وهو : ان تميز حق الثانى ليس مقدمة لتمييز حق الاول بل عينه لان التمييز بين الاثنين نسبة الى كل منهما مثل نسبه الى الآخر كفصل الشئ المتصل فانه اذا حصل الفصل انفصل كل من المتفصلين عن الآخر بعين ذلك الفصل .
 فتوهم كون تميز حق الثانى مقدمة لتمييز حق الاول بين الفساد هذا و لا ثم قال الرشتى و ثانيا و ثالثا .

وحاصل الكلام : ان المانع من صحة عقد الثانى
ليس هو وجوب التميز على الاجير بل لاجل كون التميز غير مملوك
للاجير بعد كون التميز مستحقا عليه بالعقد الاول .

ثم تعرض لما اجيب عن الاشكال بوجوه فراجع ص ٥٦ من
قضاء الرشتى وراجع الى القضا للمحقق الاشتياني قدس سرهما
فانه ايضا ذكر الوجوه ص ٣١ الخ وبما انها لا يخلو عن ضعف ما
اوردناها .

وهذان العلمان بعد الليتا والتي قال الرشتى .
والتحقيق انه لو فرض للعقد الثانى محل مغاير لمورد العقد
الاول صح العقد الثانى والا فلا .

وقال الاشتياني : فظهر مما ذكرنا كله عدم اندفاع الاشكال
المذكور بالوجوه المذكورة .

فان كان هناك اجماع على الحكم بصحة كلا العقدين فهو
والا فالحكم بالصحة لا يخلو عن اشكال بل منع .

واما لو كانوا ثلاثا فالعقد على سهم الاول صحيح واما الثانى
فعقده ايضا صحيح لان السهمين الباقيين لم يفرزا فيستاجرهما لافرازه
وانما يقع الاشكال فى الثالث كما لا يخفى كما سبق فى الشريكين
ولا يخفى ان تلك الوجوه فى جواب الاشكالات كنفسها تطويل
لاطائل تحته وللمسئلة بالنسبة الى الشريكين او الشركاء طريق و
الا فالحاكم يتصدى لحلها فافهم .

قال :

فان استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجرة لزمتهم الاجرة بالحصص لبالسوية وكذا لولم يقدروا اجرة كان له اجرة المثل عليهم بالحصص لبالسوية : المتن : اى من غير خلاف يعرف كما فى الجواهر دليلنا انا لوراعيناها على قدر - الروءس ربما يفضى الى ذهاب المال :

وتوضيحه ان القسمة تحدث فى كل مال من الشريكين صفة جديدة مالية وهى الخلوص عن الاشاعة فكائن القاسم يريد من كل منهما اجرة احداث ما يخص بمال كل منهما فاذا اختلفت - الصفتان فى المالية نظرا الى ان خلوص الثلثين اكمل فى المالية من خلوص الثلث لزم على كل منهما رفع عوض ما حدث فى ماله كما عن الرشتى قدس سره .

(النظر) الثاني فى المقسوم :

قال :

وهو اما متساوى الاجزاء كذوات الامثال مثل الحبوب و الادهان او متفاوتها كالاشجار والعقار .
فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة لان الانسان له ولاية الانتفاع بماله والانفراد اكمل نفعا : المتن .

هذه الجملة حاصل ما ذكره الشيخ قدس سره في المبسوط
 ولقاعدة الناس مسلطون على اموالهم وظاهر المتن التمسك به .
 وما يقال كما عن شيخنا الانصارى قدس سره من الاشكال
 في مفاد قاعدة السلطنة بتقرير تلميذه المحقق من انها لاتدل
 على تسلطهم على مال الغير بملك ان القسمة يلزمها انتقال جزء
 من مال كل من الشريكين الى الآخر .

لايخلو عن ضعف لان التعيين عين التسلط على المال
 فتشمله القاعدة ومنعه خلاف القاعدة .
 والقسمة وان استلذمت عقلا للتصرف في مال الغير و تكون
 سببا لانتقال جزء منه عنه الى غيره .

لكن القسمة عند العرف ليست الا عزل الحق وافرازه عن
 غيره فما يأخذه الشريك عند العرف بواسطة القسمة هو عين ما
 كان له قبلها فالتقسيم تصرف في نفس المال وتسلط على المال
 بنظرهم ومنعه عن القسمة حجر له عن التصرف في ماله .

ولحاط الاشاعة والتعيين في نظرهم من احوال المال و
 لا يرى العرف المال المشاع والمعين من الطبيعتين من جهة
 الحقيقة فنستنتج من هذا التقرير ان التسلط على التعيين عين
 التسلط على المال .

(اندفاع النقض)

ومما ذكرنا يظهر اندفاع النقض بشمول الرواية لتسلط الممتنع

على الامتناع لانه ايضا مسلط على ماله . لان الشريك الطالب -
 للقسمة انما يريد عزل نصيبه واخذه وهو ليس منافياً لتسلط الآخر
 على ماله حتى يعارض بشمول الرواية له . بخلاف ما قلنا بان له
 الامتناع عن القسمة فان معناه جواز حجر الشريك الآخر عن التصرف
 فى ماله بالعزل والاخذ وما ذكرنا من قولنا لا يخلو عن ضعف الى
 هنا فى الدفع عن الاشكال ايضا من شيخنا الانصارى قدس سره .

تنبيه : _____

لا يخفى عليك انه بعد قيام الدليل من الكتاب و السنة و
 الاجماع والعقل على جواز القسمة لا اصل ليدل على الفساد .
 وكذا بعد ظهور الناس مسلطون ونفى الضرر لا اصل يفيد -
 فساد القسمة الاجبارية الا ما اخرجته الدليل فلا يحتاج القسمة الا
 الى رضا الشريك ومن يقوم مقامه لو امتنع عنه لاجل ان القسمة
 توجب التصرف فى مال الغير قطعاً وهو لا يجوز الا باذنه او باذن
 وليه فلا وجه لمن يقول بان الاصل فى القسمة الفساد او الاصل
 الفساد فى القسمة الاجبارية وكيف كان .
 فظهر مما ذكرنا ان ما ذكره الاصحاب فى خصوص متساوى -
 الاجزاء جنساً ووصفاً من دخول الاجبار على القسمة منطبق على
 القاعدة .

نعم القسمة الضرورية لاتقيل الاجبار لتعارض قاعدة السلطنته مع قاعدة نفى الضرر فاما يتساقطان او نحكم قاعدة نفى الضرر على السلطنة وسيجيء اقسام القسمة واحكامها انشاء الله تعالى والله العالم بحقايق احكامه .

اقسام القسمة :

- منها : القسمة الضرورية .
 - ومنها : القسمة العينية .
 - ومنها : القسمة المالية .
 - ومنها : القسمة الردية .
- ولا يخفى ان المراد من القسمة الضرورية ما يوجب خروج السهام بعد القسمة عن المالية مطلقا او بما يعد في العرف ضرراً كثيرا كتقسيم الجوهرة وتنصيفها .
- والمراد : من القسمة العينية هو انقسام المال المشاع بعينها ولا يخفى ان الاصل في القسمة هو القسمة بحسب العين لتعلق الشركة بها كما هو قضية الاشاعة وذلك بان يتحصص عينها حسب حصص الشركاء .
- وتوضيحه هو ان يكون المشترك مالا متساوي الاجراء في جميع صفات المالية وقابلا للتحصص بالحصص بالتجزية وتعديل السهام

من حيث الكم والكيف بالوزن فى الموزون والكيل فى المكيل و
 الزرع فى المزوع والمساحة فى الاراضى المتساوية الاجزاء وصفاً و جنساً
 والمــــراد : من القسمة المالية هو ان ينقسم المشاع
 بحسب المالية دون الكمية والكيفية .

و توضيحه هو كون المال المشترك مالا مختلفة الاجزاء فى
 القيمة سواء كان من جنس واحد كالحنطة او من اجناس مختلفة -
 كالحنطة والشعير والدار والثوب ويلاحظ فى تعديل السهام
 مقدار ماليتها فيجعل وزنتان من الشعير سهما ووزنة من الحنطة
 سهما وكما لو كان بينهما جريت من الارض قيمته مائة دينار وجريبان
 قيمتهما ايضا مائة دينار فيأخذ احدهما الجريبين والآخر الجريب
 المساوى قيمته لهما .

والمــــراد : من القسمة الردية ما امتنع فيه تعديل
 السهام عيناً وقيمة الا بعد اضافة مال خارجى اليه حتى يصير
 بذلك مالا آخر قابلاً للقسمة .

ارشــــاد : ان تلك التقسيمات من تقرير شيخنا
 الانصارى قدس اورده المحقق الاشتيانى تفصيلاً والمحقق الرشتى
 بتلخيص قدس سرهما فراجع .

اذا عرفت انحاء القسمة :

فاعلم ان القسمة الضرورية لاتقبل الاجبار .

وذلك لان قاعدة السلطنته ح تعارض مع قاعدة لا ضرر فلا بد

اما من الحكم بالتساقط او تقدم قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة لاجل حكومتها عليها وصفا من هنا تعلم ان مورد القسمة الاجبارية هي غير القسمة الضررية كما لا يخفى .

واما القسمة العينية : اى التقسيم بحسب العين الذى هو الاصل فى القسمة فنقول تارة لا يكون فى تقسيم العين ضرر على الشريك الممتنع فح لاشكال فى دخول الاجبار فيه بل المقام هو المتيقن مما يدخل فيه الاجبار .

واخرى يكون فيه ضرر على الشريك المانع عنه فح ايضا اشكال فى عدم جواز الاجبار فيه وعلى هذا ينتقل من تقسيم العين الى التقسيم بحسب المالية وهذا صريح كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم .

وتوهم : جريان قاعدة السلطنة وجواز الاجبار وان كان مستلزما للضرر .

مدفوع بان قاعدة لاضرر حاكمة عليها مع امكان التقسيم بحسب المالية .

واما القسمة المالية :

فهى التقسيم بحسب المالية والقيمة بعد عدم تيسر التقسيم العينية فنقول ان لم يتوقف تعديل السهام فيه على وضع شىء

من خارج ولم يكن ضرر في اصل القسمة فلا اشكال في دخول
الاجبار فيه لاجل قاعدة السلطنة .

واما القسمة الرديه : فنقول انها ايضا لاتقبل الاجبار ولو
كانت افرازا لامعاوضة وذلك لان الدليل على الاجبار عبارة عن
قوله : الناس مسلطون : وهو لا ينهض باذخال الاجبار في-
القسمة اذا كان فيها رد لان الغرض عدم قابلية المال المشاع
بنفسه للتقسيم عينا ولاقيمة فح نستنتج من ذلك ان موضوع السلطنة
غير متأصل نعم يتأصل بعد اضافة امر خارجي اليه وتأصيل محل
قابل للقسمة ولكنه ليس بواجب على الشريك فليس للسلطنة موضوع
وايجاد له ليس بواجب مع ان المجموع المركب من المال ومن الرد
ليس بمال مشترك كما لا يخفى فتأصل .

تابع قبله :

قال :

ويستقيم (اي المكيل والموزون) كيلا ووزنا متساويا ومتفاضلا
ربوياً كان وغيره لان القسمة (عندنا) تميز حق لايبيع : المتن .
ولو كان يبيعا يلحقه احكامه :

١- من القبض في المجلس في النقدين لو كانت القسمة فيهما

٢- ومن عدم الزيادة لو كانت القسمة في ربوي .

٣- ومن العلم بالمقدار لو كانت فى مجهول والشرطية غير صادقة اى كونها بيعا عندنا .

ومقصوده قدس سره من التفاضل جواز قسمة الربويات - بالتفاوت من حيث الجودة والردائة مثلا لو كان الحب مشتركا بينهما وفرض اختلافه على وجه الوزنتان من بعضه تقابل بالوزنة من غيره فعدلا السهام بذلك واقتسماه على هذا الوجه فانه لا اشكال فى صحة القسمة عندنا كما صرح به صاحب الجواهر قدس سره آخذاً ذلك عن المولى الميرزا محمد من تعليقاته على المسالك فلا يرد على المحقق ما عن المسالك من ان الاصل فى - القسمة ان يكون بنسبة الاستحقاق فاذا كان المشترك بينهما نصفين كان افرازه قسمين وان كان بينهما اثلاثا كان افرازه كذلك .

والتفاضل فى الثانى بحسب الصورة والا فهو متساو حقيقة لان مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد صاحب الثلث ثلثاه فالقسمة على هذا الوجه موجبة للتسوية بينهما بالنظر الى اصل الحق .

وان اراد (اى الماتن) بالتفاضل ترجيح احدهما على الآخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل فى حقيقة القسمة : انتهى محل الحاجة ولكن لا يخلو عن تأمل .

قال :

والثانى (اى المتفاوتة اجزائه) اما ان يستضرر الكل (اى -

بقسمته) او البعض او لا يستضر احدهم وفي الاول لا يجبر الممتنع
 كالجواهر والعضايدة الضيقة وفي الثانى ان التمس المستضر -
 اجبر من لا يتضرر وان امتنع المتضرر لم يجبر : المتن .

توضيح ذلك كما عن الشهيد فى المسالك قدس سره فى
 المتفاوت من حيث الاجزاء هو ان نقول : اما ان يحصل الضرر
 بقسمته على جميع الشركاء كالجواهر النفيسة تكسر و غيرها كما ياتى
 فى عبارة المتن .

او يتضرر بعضهم دون بعض كدار بين اثنين لاحدهما عشرها
 وللآخر باقيها ولو قسمت لم يصلح العشر للمسكن او لا يتضرر واحد
 منهم فمع الضرر لا يجبر المتضرر اذا امتنع عن القسمة لظهور عذره
 ولعموم قوله لا ضرر ولا ضرار .

وان طلب احدهم حيث لا ضرر او طلب المستضرر حيث يختص
 باحد اجيب .

وتوضيحه هو ان نقول :

اما الاول : فلانتفاء الضرر رأسا فله طلب تخلص ملكه من
 الآخر كالمثلى .

واما الثانى : فلان الطالب هو الذى ادخل الضرر على
 نفسه فيجاب اليه وليس للآخر الامتناع لانتفائه عنه .
 وكذا لو تضرر الجميع واتفقوا على القسمة .

لكن يجب تقييد الحكم فى الموضعين بما اذا لم يبطل منفعة

المقسوم بالكلية فتذهب ماليته فانهم لا يجابون اليها لما فيه من اذهاب المال من غير غرض صحيح .

ما هو المراد من الضرر :

لا يخفى ان الفقهاء رضوان الله عليهم اختلفوا فى الضرر المجوز للمنع عن التقسيم وتام الكلام فى المقام يقتضى ايراد ما قالوا ليتضح المرام .

فنقول : قال المحقق قدس سره .

ويتحقق الضرر المانع من الاجبار بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة .

وقيل : بنقصان القيمة وهو اشبه وللشيخ قولان : المتن :
اي وهما الاول الذى هو عدم الانتفاع والثانى هو نقصان القيمة :

توضيح المقسمال :

ان هنا اقوالا الاول هو ان لا يحصل فى قيمته نقصان فاحش بحيث يحصل الضرر عرفا وهذا مختار المحقق القمى وجماعة من المحققين هنا قدس الله اسرارهم .

والثانى : ما يحصل به عدم الانتفاع بالسهم بعد القسمة .

والثالث : عدم الانتفاع به منفردا فيما ينتفع به من الشركة كالبيت الصغير اذا قسم اصاب كل واحد مالا يمكنه من الانتفاع بسبب الضيق .

والرابع : مجرد نقصان القيمة : ولا يخفى ان هذه الاقوال من الاستنتاج فى فهم مدلول الحديث وهو لا ضرر ولا ضرار كما اشار اليه المحقق القمى قدس سره ص ٢١٢ .

ولكن المحقق المذكور ما اشار الى وجه الاختلاف و وجهه عبارة عن اجمال المخل فى معناه وكيفية دلالاته كما عن صاحب العناوين قدس سره ص ٩٦ ولكن فى التامل فيه مجال يعرف بمراجعة متن الحديث وتحليله حسب صوت اللغة الواقعة فيه فلا بد من البحث المشبع حتى يتضح المرام وليس المقام محل تفصيله ويمكن الكشف والاطمينان من الابواب والمقامات التى استدلوا به لان الاستظهارات قد تكون وسيلة الى فهم معنى يساعده العرف .

والظاهر ان العرف لو اختلفوا وحصل النزاع من حيث تصديق الضرر وعدمه كان الاصل اى استصحاب حال الشركة جاريا لولم يقدم على الصلح .

والحاصل ان كبرى القضية وهى النهى او النهى عن الضرر مما لا اشكال فيها وانما الاختلاف فى الصغرى من حيث تطبيق مدلول الحديث و ظاهر كثير من الفقهاء الايكال الى العرف وعن

المحقق قدس سره : ان الضرر المنفى هو القدر الخارج عما يستلزمه مطلق ما سنّه الشارع من المعاملات الى ان قال : فالتضرر- المتعارف والغالب هو المنفى .

ثم قال فالمتبع هو الظن الحاصل بذلك : انتهى والمراد من الظن الاطمينان العقلائي كما لا يخفى لان الظن بما هو لا يعمل به .

صوت الضّرر :

مادة ضرر من باب نصرتدل على سوء الحال كما في المفردات وذلك اما في نفس الشخص لقلّة الفضل وفقدان الفضيلة كالفقهاو في بدنه لعدم جارحة ونقص .

واما في حالة ظاهرة من قلة مال وجاه .

وقوله تعالى شأنه : فكشفنا ما به الضرر: يحتمل لثلاثتها .

وعلى هذا يستفاد منه مجرد نقصان القيمة او نقصان في

البيت مثلا لاجل عدم الانتفاع من السهم كما هو مقتضى القول-

الرابع فهو الاظهر من بين الاقوال فح لا اجمال في الحديث حتى

يحصل اختلاف المصاديق لاجل الاجمال فيه .

ومحض الايكال الى العرف ليس بوجيه لان الضرر هو لغة

العرف وهو ما قلنا كما لا يخفى فان الدقة في اصوات اللغات مفتاح

حلّ المشكل : فافهم فان بعض النواقص قد يكون ما فيه الاغماض

او العفوكما فى من الحنطة المشتملة على بعض الحبوبيات او -
الحصاة القليلة وهو وان كان بالدقة نقصا الا انه مما يتسامح .

ما هو الغرض المتعلق بالعين :

• وهل المناط لحاظ نفس الغرض واعتباره .
• ام يرجع الامرالى لزوم الضرركما لا يخلوعن قوة .
• فنقول : مع امكان تقسيم الاعيان والتعديل بمقتضى الكم
والكيف ولو بتقسيم كل عين من الاعيان المشتركة بحيا لها كان لكل
من الشريكين او الشركاء تقسيم كل جنس بل يمكن ان يقال فى
كل جزء من الجنس الواحد ولا يخفى ان الاصل فى القسمة هى
القسمة فى العين كالحنطة والشعير والرقى والبطيخ مثلا .
• واما اذا لم يمكن ما ذكرنا وانحصر القسمة فى التعديل من
حيث المالية كما اذا كان المال المشترك عبيدا متعددة .
• فهل يدخل الاجبارعلى القسمة بالتعديل قيمة ام لا فيه
• وجوه .

• الاول دخول الاجبارعلى القسمة قيمة مطلقا .

• الثانى عدم الاجبارمطلقا .

الثالث التفصيل بين ما يتسامح فيه العقلاء من جهة تعلق

الغرض بنفس الاعيان فالاجباروما لا يتسامح فالعدم ولكل وجه من

الوجوه سند استند اليه .

سند الاول : هو التمسك بعموم قاعدة السلطنة وعدم التوجه الى تعلق الغرض بالعين بملك ان القسمة تخليص عن الاشاعة وتكميل المال من حيث الاستقلال وهذا يحصل مع التعديل - بحسب القيمة واما الغرض يتعلق بالعين فهو مما يلغى لا بتناء القسمة الاجبارية على عدم المراعاة والا امتنع الاجبار مطلقا حتى فيما يمكن فيه القسمة من جهة العين .

وسند الثانى : ان قطع سلطنته الشخص عن عين ماله و تعيين حقه فى بعض اعيان المشترك بعنوان الاجبار ليس مما يقتضيه قاعدة السلطنة بل هو مناف لتلك القاعدة .

وتوضيحه ذلك . ان ملتصق القسمة يريد التوصل الى تكميل ماله بواسطة القسمة والممتنع يقول انى اريد التمتع بعين مالى كالدار مثلا فاخراج عين الدار عن يده وتصرفه او عن عين فرسه مناف لقاعدة الضرر كذا قرر المحقق الرشتى قدس سره : ولكن الكلام فى لزوم الضرر لتشمله قاعدة نفي الضرر .

وفوت الغرض الذى يتعلق بالعين ليس بضرر لان الاعتبار فى الضرر هو الضرر المالى .

والجواب عن ذلك بان الاشاعة ليست ضررا ماليا .

نجيب ان الاشاعة وان لم تكن ضررا الا انه مناف لتعيين المال الذى هو عين السلطنة بل يمكن تصور الضرر فى الاشاعة

وان الاستفادة قد تكون فى الافرازائدة وان كان من الممكن
تحقق العكس فالمسئلة لابد ان تدور مدار الضرر لا الغرض ولكن
مع تنقيح مورد الغرض المعتنى به .

ويمكن توجيه المقام بان الملتمس القسمة غرضا وهو التعيين و
الاستقلال بسهمه مع فرض عدم الضرر فى فوت الغرض وللممتنع عنها
غرضا من لحاظ بعض اعراضه التى لا يترتب على فوتها ضرر مالى
فالغرضان متساويان فتقديم غرض الملتمس بالاجبار على غرض الممتنع
ترجيح بلا مرجح .

ولكن الفرض لا يكون حلا للمسئلة فلا بد من لحاظ ترتب الضرر
على فوت الغرض وبذلك ذهب المحقق القمى قدس سره على ما
نقل شيخنا الانصارى عنه كما فى قضاء المحقق الرشتى قدس سره
ص ٦٨ الجزء الثانى منه .

وسند التفصيل : وهو ان الاغراض المتعلقة بالاعيان
ليست على سنخ واحد ونهج فارد عند العقلاء اذ قد يكون الغرض
المتعلق بالعين ملغى فى نظر العرف وهذا هو الاساس فى دخول
الاجبار فى القسمة العينية وهى القسمة من جهة الكم والكيف .
ووجه ذلك ان المال اذ كانت اجزائه متساوية من حيث
الوصف والجنس وقابلا للتعديل بحسب الكم والكيف لم يلزم من
التقسيم الا انقطاع يد كل الشريكين عن عين نصيب الآخر والمفروض
عدم التفاوت العقلانى بين نصيبه ونصيب شريكه عيناً ولا قيمة

الغى ذلك الشارع كما الغى العرف باعتبار التنزيل اى نزل الشارع تلك القسمة منزلة وصول حق كل منهما الى تمام حقه من حيث العين والقيمة .

وقد يكون الغرض المتعلق بالخصوصية فى المال الذى يختلف اجزائه .

وتكون واجب المراعاة عند العقلاء مثل الغرض المتعلق - بخصوصية الدار فان منزلة الدار مثلا عند العقلاء ليس كمنزلة شئ آخر يساويهما فى القيمة مثل الثوب .

النتيجة :

ونستنتج من هذا البيان ان الغرض المتعلق بالخصوصية ان كان من قبيل الاول الذى يتسامح فيه لم يجب مراعاته بل يجبر صاحب ذلك الغرض وهو الممتنع .

وان كان من قبيل الثانى يجب مراعاته فيزاحم حقه حق الملتمس للقسمة وهذا التفصيل اوفق بكلمات الاصحاب وهذا الذى ذكرناه موجود فى كتاب القضا للمحقق الرشتى قدس سره .

ولكن جعل ذلك الملاك لا يوجب ارتفاع النزاع فى التطبيقات المحتملة للامر من واجب الرعاية او الانعاء كما لا يخفى .

فالظاهر هو الرجوع الى تحقق الضرر وعدمه لان هذا مما يعرف

العرف : والله العالم .

عود الى المتن : قال : ثم ان المقسوم ان لم يكن فيه رد ولا ضرر اجبر الممتنع وتسمى قسمة اجبار وان تضمنت احدهما لم يجبر وتسمى قسمة تراض . ويقسم الثوب الذى لاتنقص قيمته بالقطع كما تقسم الارض . وان كان ينقص بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار . المتن .

لا يخفى انه قدس سره قسم القسمة الى قسمين الاول هى القسمة الاجبارية فيما لم يكن فيه رد ولا ضرر فالمقسوم مثلها او قيميا عقاراً او غيره متحد او متعدد او متفقا فى الجنس او مختلفا يكون من قسمة الاجبار ان لم يكن فيه رد او ضرر .

الثانى هى قسمة تراض ان كان متضمنا لاحدهما من الرد او الضرر ولا جبر هنا ولكن منهم من جعل القسمة ثلاثة اقسام كما فى المسالك فراجع تفصيله والحق الماتن قسمة التعديل فى الاعيان المتعددة قيمة بقسمة الاجبار كما فى المسالك .

قوله : ويقسم الثوب الى قوله كما تقسم الارض اى المتساوية اجزاؤها قسمة اجبار وان كانا قيميين لاجل عدم الضرر وعدم الرد . قوله : وتقسم الثياب والعبيد اى اتحدت فى النوع او اختلفت بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار لان التعديل رافع للضرر عرفا .

قال قدس سره :

وإذا سئلا القسمة ولهما بينة بالملك قسم . وان كان يدهما عليه ولا منازع قال الشيخ فى المبسوط : لا يقسم . و قال فى الخلاف يقسم وهو الاشبه لان التصرف دلالة الملك : المتن . الملك الذى بينهما ان كان مع البينة قسم بينهما و ذلك واضح اذ البينة حجة شرعية وايضا لاخلاف فيه كما فى كتب الاصحاب وان لم يكن لهما بينة فهل يقسم ام لا الظاهر نعم مع عدم المنازع من اجل ان اليد دالة على الملك وهذا هو المشهور . ويمكن ان يقال بعدم القسمة باعتبار ان اليد قد تكون من الاجارة او العارية فاذا قسمة بينهما القاضى لم يؤمن ان يدعي ملكه وتكون حجتها هى قسمة القاضى كما فى المسالك . ولكن تلك الحجة منهما داحضة لان قسمة الحاكم ليس بحكم حتى لا ينقض بل هى تصرف نظير العقد بين رجل و امرأة فان العقد منه ليس بحكم بالزوجية حتى لا يجوز نقضه . ولا فرق فى ذلك بين كون المقسوم منقولا وغيره .
تنبيه — : قال فى المسالك لكن يكتب الحاكم و يشهد انه انما قسم بقبولهما قولاً لئلا يتمسكا بقسمته : انتهى و ذلك احتياط .

قال : (الثالث فى كيفية القسمة)

الحصص ان تساوت قدرأً (بان كان الشركاء ثلاثة مثلا لكل

واحد ثلث) وقيمة (بمعنى مساواة اجراء المقسوم لقيمة الجملة) اى هو القسم الاول وكيفية القسمة الخ المزج : فالقسمة بتعديلها على السهام اى قدر السهام : مزج لانه يتضمن اى لتساوى قيمة الاجزاء لقيمة الجملة : مزج : كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية وعند التعديل يكون القاسم مخيرا بين الاخراج على الاسماء والخراج على السهام : المتن : مع المزج اى بقسمتها نصفين مزج قال :

اما الاول اى الاخراج بالاسماء فهو ان يكتب كل نصف فى رقعة ويصف كل واحد اى منهما : بما يميزه عن الآخر و يجعل ذلك مصونا فى ساتر كالشمع او الطين (او غيرها) و يأمر من لم يطلع على الصورة باخراج احدهما على اسم احد المتقاسمين فماخرج فله المتن .

قال : واما الثانى اى على السهام : فهو ان يكتب كل اسم (اى من اسمى الشريكين) فى رقعة ويصونها ويخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم : المتن .
قال :

وان تساوت اى الحصص (القسم الثانى) قدر الاقيمة عدل السهام قيمة (اى لاجل ان القيمة هو المدار فى رفع الضرر و- الغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث اى نصفًا محاذيا للثلثين اى الثلثان النصف الآخر .

وكيفية القرعة عليه كما صوّرنا : المتن : اى كما قلنا فى

القسم الاول من الاخراج .

قال : (القسم الثالث)

وان تساوت الحصص قيمة لا قدرأً مثل ان يكون للواحد نصف
وللآخر الثلث وللآخر السدس وقيمة اجزاء ذلك الملك متساوية سويت
السهم على اقلهم نصيبا لان الفرض تساوى القيمة فجعلت اى -
السهم اسداسا : المتن .

اى تجزئة السهم تحصل من حساب السدس فى المال
ليصل السدس منه لصاحبه فالعدد المشتمل على النصف والثلث
والسدس لابد ان يكون ستة لان فيها السدس والنصف وهى
الثلثة والثلث وهو الاثنان .

وهذا فيما لم يكن فى السهم كسروالا لابد من استخراج
السهم على نحو ينطق عليها صحيحا لا كسرا كما لو كان النصف فى
المسئلة لاثنين وهو الثلثة فلا تتساوى السهم فلا بد ح من عدد
يخرج السهم صحاحا وهو الاثنى عشر لان فيه الثلث وهو الاربع
والسدس وهو الاثنى عشر . والربعان وهما ثلثة وثلثة من الاثنى
عشر وحينئذ يحصل التعديل كما لا يخفى .

قال المحقق قدس سره : ثم كم يكتب رقعة .

فيه تردد بين ان يكتب بعدد الشركاء او بعدد السهام . و
الاقرب الاقتصار على عدد الشركاء (اسماء الشركاء) لحصول المراد به

فالتزاده كلفة : المتن .

توضيحه : انه ان كتبنا بعدد اسماء الشركاء فيكون في الغرض ثلاثة وهذا هو الاشهر وان كتبنا بعدد السهام يكون ستة رقعة باسم صاحب السدس ورقعتان باسم صاحب الثلث و ثلاثة لصاحب النصف . ولا بأس ايضا في كتابة السهام كما لا يخفى . قال المحقق : اذا عرفت هذا فانه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة فيجعل للسهم اول و ثان وهكذا الى الاخير: المتن . لا يخفى ان قوله اذا عرفت تفريع على ما اختاره من كتابة ثلث رقاع باسماء الشركاء .

توضيحه : اي يجعل للسهم اول و ثان و ثالث و رابع و خامس و سادس ليأخذ صاحب النصف وغيره منها حقه كما يأتي في المتن .

قال : والخيار في تعيين ذلك (اي ترتيب السهام على الوجه المذكور) الى المتقاسمين ولو تعاسرا عينه القاسم : المتن : اي لاجل ارتفاع النزاع .

وقال المحقق : ثم يأمره باخراج رقعته فان تضمنت اسم صاحب النصف فله اي الاسهم الثلاثة الاول ثم يخرج ثانية . فان خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران (اي الرابع والخامس) ولا يحتاج الى اخراج الثالثة بل لصاحبها ما بقي : المتن : اي السادس .

وقال ايضا : وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث اولا كان له السهمان الاولان ثم يخرج أخرى فان خرج صاحب النصف فله (اى حينئذ) الثالث والرابع والخامس ولا يحتاج الى اخراج أخرى لان السادس تعين لصاحبها . وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس اولا كان له السهم الاول ثم يخرج الاخرى فان كان صاحب الثلث كان له الثانى والثالث والباقى لصاحب النصف . ولو خرج فى الثانية صاحب النصف كان له الثانى والثالث والرابع وبقى الآخرا (اى الخامس والسادس) لصاحب الثلث من غير احتياج الى اخراج اسمه : المتن .

قال المحقق قدس سره : (لا اخراج فى القسم الثالث بالسهم) ولا يخرج فى هذه (اى فى هذه الصورة الثالثة) على السهام بل (اى يتعين اخراج هذا القسم الثالث) على الاسماء (اى على الاسماء التى تكتب فى الرقاع) اذ لا يوء من اى يوءدى (اى اخراجها على السهام) الى تفرق السهام وهو ضرر : المتن : لان الضرر لا يجوز الا فى صورة الرضا .

توضيحه : كما عن المسالك : هو انه قد يخرج السهم الثانى لصاحب السدس وهو مقتضى لتفرق ملك صاحب الثلث او النصف وكذا لو خرج له الخامس بل قد يخرج لصاحب النصف مثلا الرابع فيحصل النزاع بينهم فى اتمامه بسهمين قبله او بعده والحال ان القسمة انما شرعت لدفع النزاع : انتهى كلامه .

و للمناقشة فيما ذكره سبيل . فراجع الى المسالك فى التفصيل
قال المحقق قدس سره : (القسم الرابع)
ولو اختلفت السهام والقيمة عدلت السهام تقويما وميّزت على
قدر سهم اقلهم نصيبا واقرع عليها كما صورنا : المتن .
توضيحه : ان الحكم فى هذا القسم الرابع
كالثالث لاجل ان المعتبر فى جعل السهام على اقلها مراعاة
للقيمة لا المقدار وان اتفق المقدار لذلك فذاك والا اعتبرت القيمة
فقد يجعل ثلث الارض بسدس ونصفها بسدس آخر والسدس الآخر
يقسم ارباعا فيصير السهام ستة متساوية القيمة وهكذا او الامر فى
اخراجها بالقرعة كالسابق : كذا فى المسالك .
قال المحقق : اما لو كانت قسمة ردّ وهى المفتقرة الى رد
فى مقابلة بناء او شجراو بئر فلا تصح القسمة ما لم يتراضيا جميعاً .
لما يتضمّن من الضميمة التى لا تستقر الا بالتراضى : المتن .
توضيحه ان قسمة الرد المحتاجة الى رد شئ فى قبال ما
اشتمل عليه الجزء الاول مثلا من الشجراو البئر او غيرها من الصور
الزائدة او اشتمل على وضع معنوى ككون احد الشقصين من الارض
قريبا من الماء واحد الشقصين من الدار احسن جواراً .
لا تصح القسمة لعدم كون الضميمة من المال المشترك لتصح
القسمة فلا يدخل الاجبار على القسمة معها والظاهر عدم الخلاف
ح مع عدم التراضى وعن المحقق القمى قدس سره ص ٢١٧ : فقالوا

انه لا اجبار هنا فى القسمة ونفوا الخلاف عنه : انتهى كلامه .
وكذا لو كان المال المشترك عبدىن قيمة احدهما الفوقية
الآخر ستمائة فلا يستويان الا برد آخذ النفيس مأتين لان العدد
المشترك الذى يقسم بينهما عبارة عن ستة عشر فباضافة المأتين
يستويان السهمان .

توضيح عدم القسمة هو ان عدم الاجبار فى القسمة هنا -
اشتمالها على دخول ما لا قسمة فيه فتكون القسمة مشتملة على معاوضة
وهى موقوفة على التراضى لقوامها به .

وعلى فرض التراضى عليها ان اتفاقا على ان يكون الرد من
واحد معين او بنحو المصالحة فلا كلام ولا بحث .

ولا يخفى على ما هو الحق ان القسمة مع الرد من اقسام
قسمة الرد لا ان مع الرد تكون المسئلة مشتملة على الرد و البيع
حتى يجئى احتمال المعاوضة والمعاطة كما فى المسالك فالمسئلة
منحلة بنفس القرعة وقال المحقق الاردببلى ان القسمة عندنا امر
برأسه غير بيع فى كتاب الشركة من شرح الارشاد .

قال المحقق قدس سره : واذا اتفاقا على الرد و عدلت
السهم فهل تلزم بنفس القرعة (اى يلزم بالرد من خرج الزائد له
كما يلزم بالقبول من خرج الناقص له) قيل لا (كما عن المبسوط و -
التحرير و الارشاد و الدروس و الايضاح و المسالك) اى لا تلزم الا
بالرضا بعد القرعة وعن بعضهم التصريح باعتبار لفظ (رضيت) بعد

القسمة كما في الجواهر . لانها تتضمن معاوضة ولا يعلم كل واحد من يحصل له العوض فيفتقر الى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعة :
المتن : اى لتحقق الرضا المعتبر في صحة المعاوضة .

ولا يخفى ان قول المحقق (بقيل) يدل على ضعف هذا القول كنسبة العلامة ايضا وظاهر المحقق قدس سره كغيره فيما سبق عدم اعتبار الرضا بعد القرعة في قسمة منصوب الامام عليه السلام هو عدم الفرق بين قسمة المنصوب وغيره بل هذا صريح الدروس كما عن الجواهر : مضافا الى الرضا والبناء على الاعطاء فى طرح -
المسئلة .

والحاصل : ان ما يدفع من الرد لاجل تعادل السهمين لانه مبايعه كما يظهر بالتامل الصادق ولكن طريق الاحتياط واضح والله العالم .

قال المحقق : (مسائل ثلاث)

الاولى : لو كان لدار علو وسفل فطلب احد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز واجبر الممتنع مع انتفاء الضرر : المتن : الظاهر من كلمات الاصحاب عدم الخلاف فيه فراجع .

قال : ايضا : ولو طلب انفراده بالسفل او العلو لم يجبر الممتنع : المتن . نعم مع فرض عدم التمكن من القسم الاول وعدم الضرر في القسم الثانى من الانفراد لا يخلو الجبر عن قوة لما فى

القسمة كذلك ايصال الحق الى مستحقه والفرض عدم الضرر كما اشار الى ذلك صاحب الجواهر قدس سره : ومع التراضى واضح :
الثانية : قال المحقق قدس سره .

لو كان بينهما ارض وزرع اى فى الارض فطلب قسمة الارض حسب اجبر الممتنع لان الزرع كالمحتاج فى الدار : المتن : اى لا يمنع من قسمتها اذ مع عدم الضرر يكون فى القسمة ايصال الحق الى صاحبه كما مر .

قال : لو طلب قسمة الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لان تعديل ذلك بالسهام غير ممكن اى مع اشتراك كل واحد منهما فى كل طاقة . وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم اذا لم يكن فيه جهالة : المتن : ومن هنا جزم من تأخر عنه بالجبر كما فى الجواهر : والمسئلة محل تأمل .

قال : اما لو كان بذرا لم يظهر من الارض اى بعد لم تصح القسمة لتحقق الجهالة : المتن اى المانعة عن التعديل .
قال : ولو كان سنبلًا قال (اى الشيخ) اى من الارض ايضا لا يصح (اى لعدم امكان التعديل) وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا
المتن .

توضيح المقام هو ان نقول كما فى المسالك اذا كان بينهما ارض مزروعة فاراد قسمة الارض وحدها فلا اشكال فى وجوب اجابة الآخر لان الارض مما يقسم قسمة اجبار والزرع فيها غير مانع من ذلك

لانه فى حكم المنقول . وهذه صورة .

الصورة الثانية : عبارة عن ارادة قسمة الزرع فمقتضى الاصول الشرعية كون الحكم كما فى الصورة الاولى حيث يمكن تعديله بان لا يكون بذراً مستوراً سواء كان سنبلأ او حشيشأ او قصيلاً والشيخ اطلق المنع من قسمته قسمة اجبار محتجا بان تعديله غير ممكن . ولا يخفى منعه ان لا مانع منه سواء كان سنبلام لا .

الصورة الثالثة : ارادة قسمتهما معاً فالحكم كما لو اراد اقسمة احدهما عندنا انتهى كلامه رفع مقامه : وما ذكره اقرب بظواهر الاصول الشرعية كما لا يخفى .

الثالثة : قال المحقق :

لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد قسمتها بعضاً فى بعض لم يجبر الممتنع المتن .

اقول : القرحان بفتح الحاء الارض التى لاما ولا شجر فيها وجمعه ايضا الاقرحة واما الحكم فهو عدم الاجبار فى القسمة على ما هو المشهور كما فى المسالك بلاك ان ما يعد شيئين فصاعداً من العقار كالدور المتعددة والاراضى المتعددة الخالية من الشجر وهى المعبر عنها بالاقرحة والدكاكين المتعددة سواء تجاورت ام لا والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير .

لا يقسم بعضها في بعض بمعنى جعل بعضها في مقابل
بعض قسمة اجبار .

وانما يقسم كل واحد منها على حدّه قسمة اجبار اذا امكن
ذلك من غير ضرر لانها املاك متعددة ولكل واحد منها خواص
لا تحصل في الآخر .

ولكن لا يخفى عليك انه ليس هنا نص خاص والملاك عدم
التضرر فاذا قوله لا يقسم بعضها في بعض اذا لم يتوجه ضرر لا وجه
له في عدم الاجبار مع ان وصول حق المستحق الى حقه و مع
تساوى الرغبات لازم فالمسئلة لا تخلو عن اشكال ومخالفة المشهور
صعب فتامل .

قال المحقق قدس سره : ولو طلب قسمة كل واحد بانفراده
اجبر الآخر وكذا لو كان بينهما حبوب مختلفة : المتن : و ذلك
مع الامكان وعدم الضرر مما لا خلاف ولا اشكال فيه كما في الجواهر .
قال ايضا : ويقسم القراح الواحد وان اختلفت اشجار
اقطاعه كالدار الواسعة اذا اختلفت ابنيتهما : المتن .

اي لا خلاف ولا اشكال في هذه القسمة والاصل في الملك
هو الارض وهي واحدة والاشجار والابنية توابع .
والظاهر انه ليس كذلك لو كان القراح واحدا وله طريق
واحد لانه ملك مجتمع بدليل انه لو بيع بعضه وجب فيه الشفعة
ما بقي واصل هذا وجوازه على الشفعة فكل ما بيع بعضه فوجب

فيه الشفعة فهو الملك المجتمع .
 وكل ما اذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت
 املاكا متفرقة : هذا كما فى الجواهر نقلا على المحكى عن المبسوط
 ولكنه ناقشه فى ذلك فراجع .
 قال المحقق : ولا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها فى
 بعض قسمة اجبار لانها املاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى
 على انفراده فهى كالاقرحة المتباعدة : المتن .
 لكن العلامة قدس سره فى الارشاد فى كتاب الشركة فى آخره
 قال والدكاكين المتجاورة بعضها فى بعض قسمة اجبار : قال
 المحقق الاردبيلى فى شرحه وكذا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها
 فى بعض بحيث كان واحد لواحد و آخر لآخر ويقسم كل ذلك قسمة
 اجبار مع حصول شرطه وعدم مانع مثل الرد بناءً على ما ذكره الى
 اخره .

قال المحقق : (الرابع فى اللواحق)

وهى ثلاث الاولى : اذا ادعى بعد القسمة الغلط لم
 تسمع دعواه فان اقام بينة سمعت وحكم ببطلان القسمة لان
 فائدها تمييز الحق ولم يحصل ولو عدمها فالتمس اليمين كان له
 ان ادعى على شريكه العلم بالغلط : المتن . اما عدم السماع

فانه بلاسند مع ان الاصل فى القسمة الصحة .
واما مع البينة فلاجل السند على القايدة واما الحكم ببطلان
القسمة فواضح فيستأنف التقسيم او يصطلحون والحلف على الشريك
او الشركاء مع ادعاء المدعى العلم بالغلط عليهم .
وقيل له احلاف الشريك مطلقا وهو الوجه عملا بالعموم كما
فى المسالك .

تصور الغلط : ط

لا يخفى الغلط فى التقسيم قد يكون من الخطاء فى تعديل
السهام وقد يكون فى تطبيق السهام المعدلة على الموجود الخارجى
كما اذا عدل المال بان يكون الحقتان من هذه الحنطة مقابل
حقه من الاخرى ثم حصل الغلط فى الافراد الخارجية ولم تكن
الحقة من هذه الحنطة مقدار الحقتين وربما ينشا الغلط من اشياء
اخر كنقصان الميزان ونحوه وقد يكون الغلط من جهة نظر القاسم
باعتبار ارجاعه الى ما ذكرنا من اسباب الغلط .

فان نظره القائم مقام نظر الحاكم انما هو نظر فى التقسيم
الذى لا يتصور فيه الخطاء كما عن المحقق الرشتى قدس سره ص
٨٢ الجزء الثانى من القضاء .

وهل الخطاء فى التعديل موجب للضمان لاجل كونه تسببيا

للاتلاف او مباشرة له ام لا .
الظاهر ان الامين لا يضمن ولكن المسئلة محتاجة الى التامل

تنبيه :

المدعى عليه الغلط اما هو احد الشريكين او القاسم الاجير
او منصوب الامام عليه السلام او القاضى او المعدل والظاهر عدم
الفرق وفاقا للمسالك فلا يسمع قوله بمجرد الدعوى للاصل و هى
اصالة الصحة فى عمل المسلم والقسمة فعله الا ان يثبت ما يزيل
ولان منصوب الامام كالقاضى لا يسمع الدعوى عليه بالظلم كما لا-
يخفى : مضافا الى اطلاق عدم سماع دعواه مطلقا بلا بينة من
المحقق الماتن قدس سره .

اشكال و دفع :

اما الاول هو ان القسمة عبارة عن التميز و هو ليس مما ينقسم
الى الصحيح والفاسد حتى يجرى فيه اصل الصحة كما عن شيخنا
الانصارى قدس سره على ما قرره المحققان الرشتى والآشتيانى قدس
سرهما .

واما الدفع وهو الذى اشار اليه الشيخ ايضا ان اصالة الصحة
باعتبار التقسيم الصورى اى ان فى الخارج حصل فعل للتقسيم و

هذه القسمة الحاصلة قد ينطبق على الصحيح او الفاسد او لاجل سبب القسمة وهو الفصل فالفعل باعتبار كونه مؤثرا لافادة التمييز تارة وغير مؤثرا اخرى ينقسم الى صحيح و فاسد فلا اشكال كما اوضحنا ذلك فى بحث الصحيحى والاعمى من المحاورات الاصولية

الثانية :

اذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا فان كان معينا مع احدهما بطلت القسمة لبقاء الشركة فى النصيب الآخر . ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل لان فائدة القسمة باق . وهو افراز كل واحد من الحقين .
المتن .

توضيحه : ان فى السوية اى اذا قسم ذلك المستحق المعين بينهما على مقتضى سهامهما فلا تبطل القسمة لانه اذا اعطى كل مال الغير يبقى الباقي متساوية فلا فضل لاحدهما على الآخر .

وايضا كان اصل المال منقسما على مقتضى السهام فوجود المستحق مثل عدمه كما عن المحقق الاردبيلي فى شرح الارشاد فى آخر كتاب الشركة منه .

قال المحقق : ولو كان فيهما لا بالسوية بطلب (اى القسمة)

لتحقق الشركة : المتن .

قال المحقق الاردبيلي : اى فى المسائل الثلاث المذكورة
يحتمل البطلان مطلقا لانه قد علم ان ما حصل للكل كان على غير
وجه شرعى ويحتمل الصحة ايضا مطلقا فيرد على الآخر من عنده
الزيادة ان امكن انتهى فى آخر الشركة من الارشاد .
ولكن الحق ان المسئلة لاتتم بالاجتماع فلا بد من الكشف
التصديقى فالوجه البطلان ثم التراضى ولومع الرد .
قال المحقق : وان كان المستحق مشاعاً معهما فللشيخ
قولان : احدهما لاتبطل فيما اذا زاد عن المستحق .
والثانى تبطل . لانها وقعت من دون اذن الشريك وهو
الاشبه : المتن . قال الشيخ فى المبسوط على المحكى : و اما
ان كان مشاعاً فى الكل تبطل فى القدر المستحق ولم تبطل فيما
بقى .
وقال قوم تبطل فيما بقى ايضا والاول مذهبا .
والثانى ايضا قوى لان القسمة تميز حق كل واحد منهما عن
صاحبه وقد بان انه على الاشاعة والعلة الجيدة فى ذلك انها
اقتسامها نصفين وثلثها للثالث وهو غائب ومن قسم ما هو مشترك
بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة انتهى كلامه رفع
مقامه .
ولا يخفى ان هذا هو المشهور ايضا اى بطلان القسمة ولا
يخفى ان التراضى فى جميع ما ذكر ميزان الفيصلة باى نحو حصل .

ثم ايضا لا يخفى انه لافرق فى جميع ما سمعت بين ان يكون عالمين بالاستحقاق او جاهلين او احدهما جاهلا دون الآخر فان القسمة مع الاستحقاق المبطل للتعديل لا يدل على انتقال نصيب احدهما او شئ منه الى الآخر انتقالا لازما وغاية ما يلزم العلم برضا احدهما بنقصان نصيبه مع سلامة المستحق له انتهى كلام صاحب الجواهر قدس سره .

الثالثة :

لو قسم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين فان قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة وان امتنعوا نقصت وقضى منها الدين :
المتن .

يعنى ان دفع الورثة الدين صحت القسمة والصحة مع انتقال التركة الى الورثة واضحة وذلك مقتضى الجمع بين قاعدة السلطنة وتعلق حق الديان بالتركة وذلك الدفع يكون بالنسبة الى السهام فيعطى من اخذ النصف مثلا نصف الدين و يدفع صاحب الثمن الثمن الى اهله وان لم يدفعوا بطلت القسمة فيدفع الدين من اصل التركة ثم يقسم الباقي فالظاهر عدم جواز التصرف فيه قبل اداء الدين والمسئلة من حيث كون التركة ملكاً للورثة او كونها فى حكم ملك الميت متفاوتة من حيث التصرف فتأمل : فان

صحة اصل التقسيم ح مشكلة من حيث ان الورثة ليسوا بماكين -
 للتركة فتكون تقسيمهم مثل تقسيم من كان اجنبياً .
 ويمكن رفع الاشكال بان مجرد حق الالوية يكفى فى القول
 بصحة التقسيم فالبحث المشبع عن ذلك موكل الى محله .
 ولو امتنع بعضهم عن الدفع منع من نصيبه خاصة ثم يباع و
 يقضى منه الدين كما لا يخفى .

فـرـع :

ولو ظهرت وصية تملكية بعد القسمة .
 قال فى المسالك فى ذيل الفرع السابق ولو ظهرت وصية
 بعد القسمة فان كانت مرسله فهى كما لو ظهر دين فان كانت بجزء
 شايع او معين فعلى ما ذكرنا فى ظهور الاستحقاق ولا فرق
 فى هذه الاحكام كلها بين القسمة الاجبار و التراضى انتهى
 كلامه رفع مقامه .
 وقال للشهيد الاول : والوصية بجزء من المقسوم تبطل
 القسمة بخلاف الوصية بالمال المطلق فانها كالدین : انتهى
 رفع مقامه وكذا فى القواعد للعلامة قدس سره .

قال المحقق :

(النظر الرابع)

فى

(احكام الدعوى)

وهى تستدعى بيان مقدمة ومقاصد اما المقدمة فتشتمل على
فصلين .

(الاول فى المدعى) وهو الذى يترك لو ترك الخصومة .
وقيل هو الذى يدعى خلاف الاصل او امرأ خفياً . وكيف
عرفناه فالمنكر فى مقابلة : المتن .

تحرير المقام بحيث ينكشف وجه المرام يستدعى البحث عن
المدعى والمنكر فنقول بعد البحث بما ذكرنا من مجلس القضاة و
صفات القاضى وغيرهما يصل النوبة الى تشخيص المدعى عن المنكر
ليجرى عليهما حكمهما لان الموضوع من قبيل العلة لتوجه الحكم
اليه وقبل الشروع فيهما نقول ان تلك القاعدة اى البيبة على
المدعى واليمين على المدعى عليه وردت فى نصوص مستفيضة كما
فى (ئل) الباب الثالث من ابواب كيفية الحكم .

وفى بعضها : واليمين على من انكر كما فى (ئل) الباب
(٢٥) من ابواب كيفية الحكم الحديث الثالث .

وفى الخبر النبوى المتلقى بالقبول بين الخاصة والعامة و
هو (البيبة على المدعى واليمين على من انكر) القاعدة من حيث

السند متسالمة واضحة مضافا الى اجماع الاصحاب رضوان الله عليهم
وقد مرفى المباحث السابقة الاشارة ايضا .
وانما المهم فى المقام معرفة المدعى والمنكر والظاهر انهما
يشخصان بمعرفة الدعوى وطرحها ومن الواضح انه ما لم يتحقق
الدعوى لا يتحقق هناك مدع ومنكر فمعرفة تتوقف على معرفة
الدعوى .

وظاهر الاصحاب كون الدعوى ملزمة وجازمة كما عن المشهور
وغيرهما من القيود ككون المدعى به معلوما معيناً بالشخص او-
الوصف او القيمة او بالجنس والنوع كما عن الشيخ والشهيد فى
الدروس قدس سرهما وعن جماعة كفاية العلم فى الجملة ومنهم
المحقق القمى قدس سره ص ٦٧٨ قال وهو الاقوى للعمومات و
لحصول الفائدة بالزامه بالمسمى الخ .

الخلاصة :

هل القيود المذكورة فى كلمات الاصحاب من كون الدعوى
الزاميا او جزميا او مشتملة على النفع على المدعى او معلوماً او
معلوما فى الجملة مأخوذة فى ماهية المدعى او مأخوذة من دليل
خارج عن حقيقته و على الاول فهل هو من باب الحقيقة الشرعية
او المتشعبة او من باب كونه معنى عرفياً ولغويا حيث لا نقل عنه
قد كثر الكلام فى المقام من الاعلام .

والحق ان المدعى والمنكر لغتان لهما صوتهما المخصوص من العرف وليس لهما حقيقة شرعية بمعنى وضع الشارع حيث لايساعده دليل كما حققنا ذلك فى كتابنا (المحاورات الاصولية) المطبوع ولامتشعبة لعدم ظهور ذلك من كلمات الاصحاب والقيود المذكورة لاجل انطباق معنى العرفى عليها حقيقته فى جملة منها لانى كلها او من جهة الاطلاق او هى شئ اخذ من دليل خارج من استقراء الموارد .

توضيح المرام وتحليله : ان الدعوى والانكار لايتحقق الا بنفى واثبات واردين على شئ واحد ومن هنا لونفى كل منهما او اثبته كل منهما فلا نزاع ولونفى احدهما شيئاً واثبت الآخر- شيئاً آخر فلا بحث ايضا الا اذا رجع بالتلازم الى شئ واحد هو محل النزاع .

الخلاصة : لامناص فى تحقق الدعوى الا من نفى واثبات واردين على شئ واحد ولو بالحيثيات ولذا لو اثبت احدهما عاما ونفى الآخر خاصا لايتحقق مثاله : هو ان يقول : انى اطلب منك عشرة دراهم فقال الآخر : انى لست بأخذ منك قرضا فان هذا القول منه لاينا فى لدعوى الاول الذى يتحقق به نفى الدعوى اذ من الممكن ان تكون الدراهم ضمان اتلاف او ثمن مبيع .

ولكن لو اثبت خاصا ونفى الآخر العام تحققت الدعوى .

كما لو قال (لى عليك عشرة من ثمن مبيع) فقال الآخر (لست بمشغول الذمة لك) ووجه ذلك ان نفى الاعم يستلزم لنفى -
الاخص ايضا فيتحقق الدعوى من اجل ورود النفى والاثبات على
موضوع واحد .

ولو كان بين المثبت والمنفى عموم من وجه كما لو قال (لى عليك مثقالا من الذهب فقال الآخر : (ليس علىّ مسكوك) فان
الذهب اعم من المسكوك وغيره .

كما ان المسكوك اعم من الذهب فح لا يخفى عليك انه لا يتحقق
الدعوى ايضا لاجل ان النفى يمكن ان يرد على شئ مغاير لما
اثبته المدعى اذ لعل مراد المدعى مما اثبته الفرد الذى ليس
مادة الاجتماع فنستنتج من ذلك ان نفى ما هو اعم من وجهه لا
يستلزم نفى مثله .

المقــــــــــــــــوم :

وقد انقدح مما ذكرنا ان توجه النفى والاثبات على شئ و
امر واحد ولو بالمآل من مقومات الدعوى من جهة حكومة العرف
فبالنتيجة لا يتأصل الدعوى والانكار الا بنفى واثبات كما لا يخفى
وهذه المطالب مأخوذة من العناوين للسيد المحقق السيد عبد
الفتاح المراغى من نواحي تبريز جزاء الله خير الجزاء بتوضيح
العبارات .

اذا عرفت هذا القيد المقوم فى الدعوى فانظر وامتحن نفسك فى هذا المثال التالى : لو اسلم الزوجان قبل الدخول وادعى الزوج التقارن ليبقى الزوجية وادعت الزوجة التعاقب الظاهر لندرة التقارن لتنفسخ .

فبما اسلفنا يكون الزوج مدعيا والزوجة جاحدة ومنكراً بملاك انه يثبت التقارن والزوجة وان كانت مدعية للتعاقب الا انه يستلزم نفي التقارن فيصدق الميزان من توارد النفي والاثبات على امر واحد .

فان قلت ليس الامر كذلك بل كل منهما يدعى شيئاً لا نفي هنا .

قلناح يكون المسئلة من التداعى فكل يدعى فتصل النوبة الى التحالف .

وعلى مبنى من قال : انه ترك لو ترك فالذاهبون اليه يقولون ان المدعى هنا الزوجة لانها تترك لو تركت ولكن الزوج لا يترك لو ترك لان المرأة تدعى انفساخ النكاح فاما يحلف الزوجة ويستمر على النكاح او ينكل فينفسخ .

وعلى مبنى من قال انه من يدعى خلاف الاصل وهو ايضا مصداق للاول .

ومن قال : انه من يدعى خلاف الظاهر فمن قال انه عبارة عن مخالفة قوله الاصل يقول التقارن موافق للاصل والتعاقب

مخالف لاصالة تأخر الحادث فلا يثبت تقدم احد الحادثين على الآخر .

ومن يقول بخلاف الظاهر يقول التعاقب هو الظاهر لندرة وقوع التقارن فيختلف مورد التعريفين .
الاخيرين هنا فى المسئلة .

ولكن الحق انه لاالزام فى الالتزام بهذه التعاريف لان المدعى ما اوصفناه ونوضح ايضا انشاء الله تعالى بذكر القيود - بحسب حكم العرف الصادق خالف قوله الاصل او الظاهرام وافق والاعلام اتعبوا انفسهم لما شاهدوا من تعريف الشافعى فارادوا ان ينهجوا منهججه .

ولذا خالف بعض الاساطين ايضا كما لا يخفى على المطلع بالمفصلات كما اشار اليه المحقق الاشتياني قدس سره فى بحث التعريفات فراجع .

اما قيد النفع :

فهو ظاهرا ليس من ماهية صدق المدعى لصدق المدعى على من قال مثلا : الحجر الفلانى وقع من المكان الفلانى و قال الآخر لم يقع من دون غرض لهما فيه بحيث لو وقع لا ضرر على احدهما ولا نفع فصرف التسمية هنا حاصل اى يقال هذا مدع وذاك منكر .

نعم يعتبر وجود النفع من حيث لحاظ قانون القضاوة من

البينة واليمين فيعلم من جعل القانون اهتمام الشارع الى الوصول الى الغرض من المقاصد المعروفة مثل المال والنفس والعرض والعقد والنسب ونحو ذلك واما صرف النفي والاثبات الذى يصدق معهما عنوان المدعى والمنكرما لاثمرة فيه فلا نظر للشارع فيه .

وقد يقال ان هذا من اجل انصراف المدعى على الدعوى التى فيها نفع دون ما لا نفع لان الغالب من العقلاء طرح الدعوى المشتتة على النفع الذى يوجب التشاجر والتجاذب و قانون الشرع ناظر الى ذلك ولا يخلو عن قوة .

وقد يقال ايضا ان الاعتبار من اجل اجماع الاصحاب على عدم توجه اليمين والبينة فى غير مثل ذلك ولا بأس به .
 واما قيد الجزم فبان المدعى يدعى شيئاً فظاهره الجزم و الا لا يصدق الاخبار بالمدعى به فيتوجه عليه البينة كقوله (عليك عشرة) بصورة البت فيما لم يصرح بالظن او الشك فظاهره الاخبار الجزمى فهذا المقدار من الجزم معتبر فى مفهوم المدعى .
 واما ما سوى ذلك فلا دليل عليه .

من تقييد كون المدعى قاطعاً فى اعتقاده لاظناً ولا شكاً لعدم الدليل ولتبادر الاعم منه فى المدعى .
 ومن اضافة كلمة قطعاً فى قوله (عليك عشرة قطعاً اذا دليل عليه بعد تبادر الاعم منه ولصدق الدعوى بدون ذلك القيد كما

تنبيه :

إذا عرفت اعتبار الجزم بالمعنى الذى ذكرنا فى المدعى على ما هو المشهور .

• لاجل عدم صدق الدعوى الا به .

• او لاجل انصراف الاطلاق .

• او لاجل ان الدعوى لامناص فيها الا من وجود مخلص شرعى وذلك اما عبارة عن البينة او يمين المنكر او اليمين المردودة اذ قد يكون المنكر يرد اليمين على المدعى ولا يمكنه الحلف عليه اذا كان ظانا او شاكا ولا يسمى الدعوى الا ما ترتبت عليه احكامه .
 فاعلم ان جماعة منهم المحقق القمى ص ٦٧٨ وابن نما فى التهمة .

قالوا لكفاية الظن وانه يسمع الدعوى واستدل القمى بعموم آية (ان احكم بينهم بما انزل اليه) وبالصالة عدم الاشتراط ولمنع عدم شمول الدعوى لدعوى المظنته بل هى ايضا دعوى .

التوجيه : ويمكن توجيه كلامهم بان الظن بما هو ليس بمراد بل المراد هو الاطمينان ولذا يعبرون بان الظن الشرعى قائم مقام العلم فح بهذا التقرير تكون المسئلة مقبولة قويا

ومن هنا ينقدح لك ان الشك والاحتمال والوهم خارج عن مفهوم الدعوى على ما يحكم فيه العرف كما لا يخفى .

وهل يعتبر فى الدعوى غير ما ذكر :

بعد ما عرفت من القيود المعتبرة فى الدعوى هل يعتبر ايضا ان تكون مخالفا للاصل او الظاهر او ان تكون امرا خفياً فى دعوى الزوج التقارن فى الاسلام بانه امر خفى نادر خلاف المتعارف و هى المعية او كون تركه موجبا لانقطاع النزاع ام لا الظاهر لالما اسلفنا .

وهذه التعاريف قد ذكرها الاصحاب وظنى ان التعريف كذلك لوحظ من لحاظ صوت الدعوى وصدورها لا فى مقام - اثبات حقيقة جديدة فى المدعى .

نعم من المتفاهم العرفى اعتبار نوع خفاء فى مفهوم الدعوى ومن اجل ذا يحتاج الى الاثبات واذا كشفنا عن معنى الخفاء ينطبق على ما هو مخالف لاصل او ظاهر واذا كان الملاك لحاظ الاصل او الظاهر فيشكل الامر فى صورة تعارضهما .
قال المحقق الاردبيلي .

نعم ينبغى البحث فى انه اذا تعارض الاصل والظاهر ايها يقدم فان الظاهر هنا اى فى دعوى الزوج والزوجة التقارن و التعاقب فى الاسلام عدم المقارنة والاصل عدم سبق اسلام -

احدهما على سلام الآخر وبقاء النكاح والظاهر تقديم الاصل هنا لان النكاح كان متحققا يقينا ولا يرتفع الا بمثله او بما يتحقق شرعا انه تبطل ومفسخ له وهو ظاهر فتأمل انتهى كلامه .

ما هو الاصل والظاهر :

لا يخفى انه يظهر من كلمات الاصحاب المفسرين لهما الابهام والاجمال .

فنقول قد يقال ان كان الظاهر ما قام دليل على اعتباره فهو خارج عن محل البحث لاجل عدم الريب فى تقدمه على الاصل ولزوم اتباعه كالبينة فى الموضوعات وكالكتاب والسنة فى الاحكام . وانما المراد فى المقام بالظاهر ما لم يقم دليل على اعتباره كالظن العادى وكالظن الحاصل من الغلبة .

ولكن استظهر المحقق الرشتى قدس سره ان المراد منه اعم من الاصول الاولية والقواعد الشرعية والظواهر الغير المعتبرة مثل دعوى الزوج او الزوجة تعاقب اسلامهما فانها مطابقة للظاهر دون الاصل فالنسبة بينهما عموم مطلق لان الاصول والقواعد المعمول عليها شرعا كلها ظواهر نوعية : انتهى ص ٩٤ الجزء الثانى من القضاء .

وعن المحقق الاشتياني قدس سره ايضا ص ٣٣٣ من القضاء

ان المراد من الظاهر ما اعتبر موافقته ومخالفته كما هو قضية صريح
كلماتهم حسبما يظهر من الامثلة التي ذكرها ارباب هذا القول
اعم من ان يكون معتبرا شرعا او غير معتبر شرعا و على الاول اعم
من ان يكون من الاصول العدمية والوجودية او من قبيل اليد
اذ القول بكون المراد منه هو خصوص الاخير موجب لخروج اكثر
الموارد الاتفاقية عنه .

ثم قال والمراد من الظهور ليس هو الظهور الشخصي الحاصل
من عدالة المدعى او وثاقته او من امارة اخرى المختلفة بحسب
المقامات والموارد الخاصة .

بل المراد منه هو الظهور النوعي : انتهى .

واما الاصل :

والظاهر ان الاصل هو الشئ الذي يعتمد عليه شرعا سواء
كان راجعا الى النفي كاصل البرائة واستصحاب العدم واصالة
العدم .

والظاهر الاجماع على اعتبار اصالة العدم بحيالها على ما
يظهر عن الفقيه المحقق الهمداني في المصباح قدس سره : او
راجعا الى الاثبات كاستصحاب الوجود واصالة بقاء شغل الذمة
واصالة الصحة فى العقود والايقاعات واصالة الصحة فى الاعيان
الخارجية واصالة الطهارة ونظائر ذلك فان هذه كلها يعدمن

يخالفها مدعيا و على هذا يدور مدار الدعاوى بين الناس مدار الفروض المذكورة فى ابواب الفقه من صور الدعاوى و التنازعات فيكون الاصل بمعنى الاستصحاب والقاعدة : كما فى العناوين و راجع المستند للمحقق النراقى قدس سره ان شئت ازيد من ذلك .
 تنبيهه : ويمكن ان يراد من الظاهر ما كان ظاهراً باصل شرعى او عقلى و بعبارة اخرى الظاهر ما كان هو المعتمد لولم يكن مقام الخصومة و الدعوى فح فيرجع هذا الى الاصل بهذا المعنى الذى ذكر : ولا يخفى على المتبع ان الغالب ان يكون المدعى مخالفا للاصل و الظاهر و هنا نقص و ابرام فراجع المستند و غيره .

و خلاصة الكلام ان من الصعب ان يستند المستنبط الى ما هو مبهم من حيث تشخيص المدعى و التعريفات لابد و ان ترجع الى ما هو المفهوم العرفى الذى جعل محكوما للبيئة فى صدر الاسلام و بعده و لعل ما عن الطريحي قدس سره فى المجمع قريب الى ما نقصده قال : ان المدعى من يكون فى مقام اثبات قضية على غيره و قائلا انه الظاهر من الحديث : انتهى .
 و الحاصل ان الذى يعتمد فى الاستنباط هو ما اسلفنا و قلنا انه قد يعلم من كيفية طرح الدعوى كما لا يخفى .

تنبيهه : لايبحث فى صورة تبين المدعى عن المنكر و اما لو فرض اشتباه المدعى و المنكر و عدم وضوحهما يكون المخلص

الشرعى لحل القضية هى المصالحة والصلح خير .
 وفى الرجوع الى القرعة فى التمييز وجه لصدق (لكل امرئ شئبه)
 فى المقام فتأمل .

تنبيه آخر : لا يخفى ان مقتضى القاعدة لزوم
 البينة على المدعى ولكن يقدم قول المدعى فى مقامات ويسمع
 مع اليمين وليس هذا من الخروج الموضوعى بل هو مدع و انما
 الخروج خروج عن الحكم اى لزوم البينة كدعوى الودعى رد الوديعة
 ودعوى الامين تلف المال وامثال ذلك التى توجد فى باب
 الرهن والاجارة والوديعة والوكالة كما لا يخفى على المتتبع .
 ومنها توجه البينة على المدعى عليه واليمين على المدعى
 فى الدماء كما فى رواية ابي بصير .

عود الى ما فى المتن قال المحقق : ويشترط فيه اى المدعى
 البلوغ والعقل وان يدعى لنفسه او لمن له ولاية الدعوى عنه
 وما يصح منه تملكه فهذه قيود اربعة فلا تسمع دعوى الصغير و
 المجنون : المتن .

اما اشتراط البلوغ والعقل فالظاهر عدم خلاف يوجد كما صرح به
 طائفة كما فى المستند وقال المحقق الاردبيلي قدس سره بل رشده
 ليصح انكاره واقراره والفصل معه ولعل دليه الاجماع المقرر
 عندهم كما فى سائر الامور الا الوصية ونحوها بعد قوله لا خلاف
 انتهى كلامه رفع مقامه ولكن اعتبار الرشده فيه مناقشه .

مضافا الى اصاله عدم ترتب احكام الدعوى من وجوب سماع الدعوى وقبول بيّنة المدعى وسقوط دعواه بالحلف .
ولا يخفى ان المتبادر من لسان الادلة سماع الدعوى ممن فيه ملاك التكليف .

واقدم دليل على ما ذكرنا يتضمن النص من ان امره لا يجوز حتى يبلغ كما فى الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات من الوسائل وكذلك العقل مناط التكليف فح ليستقيم قوله قدس سره (فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون) .

والظاهر عدم الخلاف ايضا فى اشتراط كون الدعوى لنفسه او لمن له ولاية الدعوى عنه كالأب والجد والذى اوصى اليه احدهما والوكيل والحاكم وامينه حين ثبوتها عندهم وقوله وما يصح : اى يشترط ان يدعى ما يصح تملكه اى يكون مما يملك وما يملكه المسلم او يستحقه ان لا معنى لدعوى ما لا يملك كالحشرات والخنزير اذا كان المدعى مسلماً ولو على ذمى .

قال : ولا دعواه ما لا لغيره الا ان يكون وكيلاً او وصياً او وياً (كالأب والجد) او حاكماً او اميناً لحاكم : المتن .

اى لا تسمع دعواه ما لا لغيره لاجل اصاله عدم وجوب الجواب لغيرهم ممن لاحق له ودليل المستثنى منه هو عدم الخلاف ايضا قال : ولا تسمع دعوى المسلم خماً او خنزيراً .

المتن لقد مر قوله ولا بد من كون الدعوى صحيحة : المتن

اي فلاتسمع دعوى المحال عقلا او عادة او شرعا .
 قال : لازمة فلوادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الاقباض و
 كذا لو ادعى رهنا : المتن .

وكذا وقفا وذلك مبنى على اعتبار القبض فى الصحة اذ لاحق
 له عليه بدون الاقباض ومن جهة اخرى انه لو قال الواهب ما
 وهبت فيما لم يلزم لكان هذا رجوعا . ومن جهة انه مع الاثبات
 لا يجبر على التسليم كما فى كشف اللثام على المحكى .

وقال الشهيد فى الدروس : وكل دعوى ملزمة معلومة فهى
 مسموعة فلاتسمع دعوى الهبة من دون الاقباض وكذا الرهن عند
 مشروطه فيهما ولا البيع من دون قوله (ويلزمك تسليمه الى الجواز
 الفسخ بخيار المجلس : انتهى كلامه رفع مقامه .

ولا يخفى انه نفى الخلاف فى الحكم المذكور .

قال : ولو ادعى المنكر فسق الحاكم او الشهود ولا بنيسة -
 فادعى علم المشهود له ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد
 اشبهه عدم التوجه لانه (اي المدعى به) ليس حقا لازما (اي للمدعى
 عليه) ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة ولانه (اي القول
 بتوجه اليمين) يثير فساداً : المتن .

لا يخفى ان ادعاء المنكر قد يكون مع البينة فالظاهر السماع
 لعموم حجية البينة فى الموضوعات ولقد مر شطر من الكلام فيه .
 وقد يكون مع فقدان البينة وح ان ادعى علم المدعى بذلك ففى

توجه اليمين على المدعى وجهان كما فى المسالك الاول نعم لانه ينتفع به فى حق لازم كما لو قذف الميت وطلب الوارث الحد فادعى عليه العلم بالزناء فانكر فله تحليفه على نفسى العلم .

الثانى عدم التوجه لانه لا يدعى حقا لازما و هو معتبر فى سماع الدعوى ولا يثبت بالنكول بناء على القول به فى الحكم ولا باليمين المردودة ولانه تثير فساداً مضافا الى ان المتبادر من الحق او الحقوق التى مذكورة فى بعض لسان الادلة هو الحق المالى الواقعى .

اولانه كالدعوى على القاضى والشهود بالكذب و هى غير مسموعة بدون البينة قطعا وان كان ينتفع بتكذيبهما انفسهما لانه يثير فسادا عاما وهذا هو الوجه : انتهى كلامه .

توضيح الفساد العام فى القاضى انه امين الامام وفتح الباب موجب لعدم اجراء الاحكام والطعن فى الاحكام ونتيجة ذلك عدم قبول القضاة من القضاة فان كل منكر يدعى فسق الحاكم و نتيجة ذلك تعطل الامور وذلك هو الفساد الظاهر .

واصل المسئلة غير صافته لما يرى من اختلاف انظار الفقهاء كالمحقق الاردبيلى قدس سره وغيره ولكن ما عن الماتن هو المشهور بين العلماء كما عن المحقق الاشتيانى قدس سره ص ٣٣٨ قال المحقق قدس سره : وكذا لو التمس المنكر بيمين المدعى منضمة الى الشهادة لم تجب اجابته لنهوض البينة بثبوت الحق . المتن .

اي فلا دعوى له عليه بحق لازم بلا خلاف بيننا وقبل الاجماع
هنا عدة روايات . منها عن محمد بن مسلم قال سئلت ابا جعفر
عليه السلام عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه ان يستحلف
قال لا .

ومنها ما عن ابي العباس عن ابي عبدالله عليه السلام قال
اذا اقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين الحديث وفي
حديث جميل وهشام عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال رسول
الله صلى الله عليه وآله البينة على المدعى واليمين على من
ادعى عليه وغيره : الوسائل الباب ٨ من ابواب كيفية الحكم : و
ما فيه من حديث سلمة بن كهيل من رد اليمين على المدعى مع
البينة فان ذلك اجلى الخ فله محامل فلا يعارض ما هو صريح في
النفى كما لا يخفى .

قال : وفي الالتزام بالجواب عن دعوى الاقرار تردد منشأه
ان الاقرار لا يثبت حقا في نفس الامر بل اذا ثبت قضي به ظاهراً:
المتن .

توضيحه ان المدعى لو ادعى على المنكر الاقرار له بالحق
فهل تسمع الدعوى ومعنى سماعها توجه اليمين على المدعى عليه
لو انكرام لا .

فيه وجهان الاول السماع لانه ينتفع به مع التصديق .
الوجه الثاني عدمه بملاك ان الحق لا يستحق بالاقرار

واقعا وفي نفس الامر وان كانت ثبوته توجب الحق ظاهراً فلا توجب دعواه حقاً لازماً للمدعى عليه .

وتردد فيه المحقق في المتن .

ولكن في المسالك قال : والظاهر السماع وعلله بان المعترف بثبوت الحق ظاهراً واعترافه ينفعه ونكوله يثبت عليه الحق اومع يمين المدعى لانه يجوز للمدعى الحلف على انه اقر له بذلك ويثبت به الحق اذ لا يشترط في استحقاق المقر له علمه بالسبب المقضى للاقرار بل يجوز له اخذه تعويلاً على اقراره ما لم يعلم فساد السبب فجاز استناد الاقرار الى سبب لا يعلمه المقر له كالنذر والجنائية والاتلاف وعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز يشمله .
وفي القواعد والايضاح و غاية المرام على المحكى ان السماع اقرب .

وعن المحقق الرشتي قدس سره قال : الا ان السماع فيه الاقوى لان الاقرار وان لم يكن سبباً للحق الواقعي الا انه سبب للحق الظاهري الا ان يدعى ان المتبادر من الحق هو الواقعي وفيه اشكال ومنع انتهى كلامه .

توضيح المرام : ان قاعدة الاقرار بعد ثبوتها يصل النوبة الى مفادها فنقول على نحو الاختصار ان كلمة (جائز) ليست بمعنى الاباحة اذ اقرار العاقل على نفسه ليس بمباح على الاطلاق بل هو غير جائز فيما خالف الواقع او كان اضراراً على نفسه

بما لا يجوز او كان اظهارا بما يجب اخفائه فالحمل على الأباحة
يستلزم تخصيص الاكثر .

ولكن لامناص من ان يراد منه الحكم الوضعى اى النفوذ و دليل
ذلك ان الاباحه مقتضى الاصل لكل احد فيكون الخبر ح امرا
تأكيديا ولكن الحمل على المعنى والنفوذ يكون تأسيسا فهو
اولى ان لم يكن متعينا لاجل فهم الاصحاب الذى هو قرينة
كاملة على ما قلنا مضافا الى مشاهدة موارد ذكر هذه القاعدة من
النفوذ .

وايضا فى كلمة (الاقرار) بمعنى الثبوت والاثبات نحو اشعار
على ما قلنا .

ونستنتج مما ذكر ان الظاهر من الجواز فى المقام هو المضى
والنفوذ وهو المتبادر من سياق العبارة كما لا يخفى بالتأمل -
الصادق .

وحاصل المعنى ح ان ما اثبتته العاقل اى كل عاقل على
نفسه فاثبتوه عليه اى هو نافذ وماض فى حقه .

اذا عرفت ما ذكرنا ان معنى اثبات ما اثبتته العاقل و نفوذه
على اطلاقه ليس فيه ما يشعر الثبوت الواقعى حتى يقال : رب
شئ مقربه ليس بثبات فى نفس الامر و الواقع كما عرفت فى كلام
المحقق فى المتن من ان الاقرار لا يثبت حقا فى نفس الامر .

بل معنى القاعدة هو كون الاقرار نافذا فى حقه و معنى

النفوذ هو البناء على المقربه وتقدير كونه فى نفس الامر ثابتا وهذا المعنى الذى قلنا لا يستلزم ان يكون المقربه ثابتا واقعيا .
 كمان الحكم بنفوذ البينة ولزوم العمل على طبقها لا يقتضى كون مدلولها مطابقا للواقع ايضا وبقية الكلام فى تلك القاعدة لها محل آخر .

فانقح مما ذكرنا اظهرية السماع ان لم يكن اقوى كما لا يخفى فتأمل .

قال : ولافتقر صحة الدعوى الى الكشف فى النكاح ولا غيره وربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل لان فائته لا يستدرك :
 يعنى اذا فات شئ بالحكم فى القتل لا يمكن استدراك ذلك بعينه المتن .

توضيح المرام :

لا يخفى انه لا بد من بيان امور الاول الدعوى فى الدم و القتل والمشهور كما فى المسالك اشتراط التفصيل فيها لاجل الخلاف فى الاسباب الموجبة من القتل العمدى فانه يقتضى القصاص وشبه العمد والخطائى فانه يقتضى الدية و اختلاف احكام ما ذكرولان فائته لا يستدرك كما فى المتن وقد يكون القتل مستند الى فرد وقد يكون بالاشترك وحكى عن المبسوط الاتفاق

عليه فعلى هذا يجب التفصيل ولكن المحقق الاردبيلي قدس سره قال : ويمكن الاكتفاء في القتل ايضا بعدم التفصيل .
 وغايته لا يمكن اثبات حكم بخصوصه وثبت اصله خصوصا مع عدم امكان التفصيل بالنسيان والاشتباه وعدم التحقيق وبحكم الاصل يمكن ان يحكم بالخطا اذ لو لم يسمع مثله لادى الى-
 ابطال دم امرى معصوم مع امكان اثباته بوجه ولا ضرر في ذلك او يحكم بالمصالحة فتأمل : انتهى كلامه .
 وقال الشهيد الاول في الدروس : الاقرب الاكتفا في القتل بعدم التفصيل .

والمحقق هنا قال (ربما افتقرت) ولكن قال : في القصاص في الفصل الثالث في دعوى القتل بعدا سطر : وهل يسمع منه مقتصرا على مطلق القتل فيه تردد اشبهه القبول وهذا فتوى منه ولكن قوله (ربما) لا دلالة فيه على اللزوم كما لا يخفى ولا يخلو عن قوة ما عن الاردبيلي والشهيد في الدروس .

وكذا الشهيد الثاني يقبل المطلق قال في شرح ذلك في بحث القصاص بعد بيان التردد : وقد تقدم البحث في سماع الدعوى المجملة مطلقا في القضاء ولا يخفى انه لم يصرح في المقام

الاستنتاج :

ونستنتج مما ذكرنا عدم تأصل الاجماع ولذا قال في المسالك

المشهور انه لابد فيها من التفصيل .

والاظهر هو السماع ولو بنحو الاطلاق ولكن لامناص فى آية
مسئلة من دليل يستند ولايكفى صرف الشهرة و صرف دعوى -
الاجماع حتى يستند اليه من لا تحقيق له فى تحصيله والدليل فى
المقام هو اطلاق ادلة سماع الدعوى كما لا يخفى .

الثانى : هو دعوى المال عينا كان او دينا : قال
المحقق لا تفتقر صحة الدعوى اى فى السماع الى الكشف اى عن
الاسباب فدعوى نفس المال مجردا عن بيان السبب من بيع وقرض
وغيرهما غير محتاجة الى الكشف قال فى المسالك ولا خلاف فى
عدم اشتراط التفصيل فيه لان الاسباب التى يستحق بها المال
تكثر وتتكرر وفى الضبط حرج شديد : انتهى كلامه .

ولا يخفى ان عدم الخلاف قرينة على ان فهم كفاية اطلاق
ادلة سماع الدعوى فهو المستند فى المسئلة فافهم .

قال المحقق الاردبيلى قدس سره : عدم افتقار الدعوى الى
التفصيل غير القتل هو المشهور بل كاد ان يكون اجماعيا سواء كان
مالا او غيره من النكاح وغيره لعموم ادلة الدعوى ومقبولية الدعوى
على الاطلاق من غير تفصيل وعدم كون الاجمال مانعا ولان -
اسباب الملك متكررة فقد ينسى ولا يضبط فلو شرط التفصيل لادى
الى تضييع الحقوق : انتهى : فهو استدلال كما اسلفنا بالعموم
والاطلاق الذى هو السند اللفظى من الرواية رحمه الله تعالى .

الثالث :

دعوى النكاح والبيع وسائر العقود .

فهل يعتبر في صحة السماع التفصيل ام لا الاظهر هو عدم الاعتبار والسند في ذلك ايضا ما اسلفنا من العموم واطلاق ادلة سماع الدعوى وسمعت من الاردبيلي انه المشهور بل الاجماع و لقد قلنا مرارا ان الشهرة والاجماع قرينة على ان فهم الاطلاق فاطلاق الادلة محكم وهو السند الاصلى في المسئلة .

توضيح المقام :

انه لا يحتاج في دعوى البيع ذكر المبيع ووقوع البيع بنفسه او من وكيله وتعيين ثمنه من حيث الحال او بنحو التأجيل وبعبارة اخرى لا يعتبر ذكر الشخصات وكذا لا يعتبر في النكاح وادعاء- العقد ان يذكر خصوصيات العقد من تعيين المهر ومطالبة النفقة ولكن الظاهر لزوم بيان نوع العقد من الانقطاع و الدوام فافهم .

وقد يقال بتخصيص التفصيل بالنكاح للاحتياط في الفروج كما في المسالك وقال في شرح الارشاد للمحقق الاردبيلي: ولا دليل عليه والاحتياط فيها لا يقتضى التفصيل في الدعوى بل يحتاج الى الحجة في الاثبات و عدم الحكم بوجوده وعدمه الا بالحجة

بل يؤهل ذلك الى عدم الاحتياط اذ قد تكون الزوجية الصحيحة معلومة ونسى تفصيلها فى الدعوى فلولا لم يسمع مثلها لادى الحكم بعدم الزوجية فتنزج الزوجة بزواج مع انها زوجة غيره .

والحاصل ان المعتمد فى المسائل الثلاث هو العموم واطلاقات سماع الدعوى مضافا الى الشهرة والاجماع المدعى فافهم ولذا قال المحقق فى المتن : ولو اقتضت على قولها : هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح ولا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجية لان ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية : المتن : وما عن التحرير على المحكى من الاشكال من جهة تمكين الزوج منها لاجل اقراره على نفسه بتحريمها ومن جهة حكم الحاكم بالزوجية ليس على ما ينبغى عملا بمقتضى القضاة وبيان ذلك ما عرفت من الكلام . فرع ولو انكر النكاح لزمه اليمين ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر يرد اليمين عليها فاذا حلفت ثبتت الزوجية المتن : وكل ذلك واضح بلحاظ ادلة القضاء كما عرفت فيما سبق .

قال : وكذا السياق لو كان هو المدعى : المتن بلا خلاف هنا فى سماع دعواه بلا ذكر لوازم الزوجية كما لا يخفى . قال المحقق : ولو ادعى ان هذه بنت امته لم تسمع دعواه لاحتمال ان تلد فى ملك غيره ثم تصير له : المتن ووجه ذلك ان الدعوى لا تقبل الا مع صراحتها فى كون المدعى به ملكا لازما . للمدعى .

فعدم السماع لاجل انه قد يكون بنت امته ملكا لغيره فلا يستلزم كون ابنة امته كونها فى ملكه مثل ان ولدتها قبل ان تصير ملكه .

كذا لاتسمع دعواه لو قال انها ولدت فى حال كون الامة فى ملكه ووجهه انه من الممكن ان تكون مزوجة بحر فتكون البنت حرة ونحوه كأن يكون لمولى زوجها بان شرط كونها لمولى الزوج ولذا قال : المحقق : وكذا لو قال : ولدتها فى ملكى لاحتمال ان تكون حرة او ملكا لغيره المتن بالشرط كما عرفت : وكل ذلك لاجل ما قلنا من عدم صراحة الدعوى من كون المدعى به ملكا لازما .

قال المحقق : وكذا لاتسمع البينة بذلك ما لم يصرح بان البنت ملكه وكذا لاتسمع البينة : المتن اى لاتسمع ما لم يصرح بالملك له .

قال : وكذا لو اقر له من الثمرة فى يده او بنت المملوكة لم يحكم عليه بالاقرار لو فسره بما ينا فى الملك : المتن .
توضيحه : انه لو اقر بان الثمرة ثمرة نخلتك وبنت مملولتك التى ولدتها فى ملكك لم يحكم عليه بالاقرار لعدم دلالة ذلك على الاعتراف بكونهما ملكا له اذ هو اعم والخلاصة انه لا يفهم من ذلك الاستحقاق ولا يفهم منه انه يطالب شيئا ولذا لا يسمع منه ذلك ثم ان المحقق كالعلامة قيده بما لو فسره بما ينا فى

الملك بان قال : اى المدعى .
 ومع ذلك هى ملكى حيث ان هذا الكلام خلاف الاقرارعلى
 كونه للمقرله والمسئلة محل تأمل .
 ولذا قال الشهيد الثانى قدس سره فى المسالك فى عبارة
 المحقق وكذا العلامة باعتبار التقييد اى قوله (ومع ذلك هى ملكى
 كما فسره صاحب الجواهر نقلا عن العلامة ثم صاحب الجواهر قدس
 سره اجاب بعدم اعتبار التقييد فراجع حيث نقل كلام الشهيد و
 اجاب كما لا يخفى .

لكن الظاهر ان الحق مع صاحب الجواهر فتامل .
 قال المحقق : ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن
 فلان او هذا الدقيق من حنطته : المتن .
 توضيحـــــــــــــــــه : انه لو قال ان الغزل من قطن ملكاً
 له او ان هذا الدقيق من حنطته كان اقرارا يوخذ به ومن هنا
 لو اتى بما ينافى ذلك الاقرار لكان انكارا بعد ما اقر قال الشهيد
 فى المسالك قدس سره : واما الفرق بين قوله انها ثمرة شجرته
 وبنت امته وبين قوله ان الغزل من قطنه والدقيق من حنطته
 فواضح لان الغزل والدقيق من نفس حقيقة القطن والحنطته و
 انما تغيرت الاوصاف فملك الاصل يقتضى ملك الفرع بخلاف الثمرة
 والوالد فانهما منفصلان عن اصلها جنسا وعقلا فالقرار بالفرعية لا
 يقتضى الاقرار بالملك والظاهر عدم وجدان الخلاف فتامل .

قال : المحقق قدس سره :

(الفصل الثاني)

في التوصل الى الحق اى الفصل الثاني من فصلى

(المقدمه)

لا يخفى ان المحقق قدس سره لما بين المدعى والمنكر شرع
في التوصل الى الحق بمعنى انه باى نحو يجوز له استنقاذ حقه
من القصاص ونحوه كالقذف ومن المال .

قال : من كان دعواه عينا في يد انسان فله انتزاعها
ولو قهرا ما لم تشرفتنه ولا يفتقر على اذن الحاكم : المتن .

اقول : لم يتعرض المحقق هنا لمسئلة القصاص و نحوه و
كأنه احوالها الى كتاب القصاص .

والظاهر عدم الخلاف في انه يجب الرجوع فيها الى
الحاكم كما في المسالك وغيره ومن جهة اخرى ان التصدى لاخذ
القصاص هو من وظائف الحاكم .

والاشكال فيه كما عن صاحب الجواهر قدس سره بان اطلاق
السلطان للولى وهو اشارة الى قوله تعالى شأنه (فقد جعلنا
لوليه سلطانا او الى قوله تعالى فاعتدوا) وتسلط الناس على-
استيفاء حقوقها وغير ذلك يقتضى عدم اعتبار الرفع الى الحاكم الى

ان قال كما انه يقتضى مباشرته لخصوص الحاكم انتهى كلامه .
 ضعيف : اولا ان الدليل قام على ان اقامة الحد من
 وظائف الحاكم هذا فى الحد واما ثانيا ان الاطلاق لو كان مما
 لا يقيده شىء وسلمناه هو مخالف بوجوب الترافع الى الحاكم كما
 عن جماعة كثيرة كما عن الخلاف والمقنعة والمهذب والكافى و
 الغنية وقضاء المسالك وفى الكفاية للسبزواري : لا اعرف فيه
 خلافا وعن الغنية بلا خلاف وعن ظاهر الخلاف الاجماع عليه وفى
 موضع من المبسوط كما فى المستند للنراقى قدس سره ومع هذا
 فالمسئلة محتاجة الى اشباع كلام فتأمل .

قوله : فى يد انسان : فيه اجمال لان المراد بالانسان
 ان كان مقرا كالسارق وقطاع الطريق جاز تخليص العين عن يده
 ولو اثار فتنة مطلقا او ما لم ينجر الى قتل النفس على الظاهر فتأمل
 ولكن القرائن تشهد على ان المراد منه هو المنكر اولا لما
 ذكرنا من الجواز من السارق و ثانيا ان المحقق ذكره فى مسائل
 الدعوى وعبر عنه بمن كان دعواه عينا فى يد انسان اى صاحب
 اليد وهو منكر و ثالثا يؤيده عبارة القواعد قال : ولو قدر المدعى
 على انتزاع عينه من يد خصمه فله ذلك ووجهه ان التعبير -
 بالمدعى دال على كون المسئلة فى صورة انكار ذى اليد حتى
 يكون من مسئلة الدعوى .

قوله (فتنة) : الظاهر ان كلما صدق عليه الفتنة فهى

فتنة كالتشاتم والتعارك مثلا .

وتحرير المسئلة هو ان التوصل الى الحق مشروط بعدم الاثارة الى الفتنة واطلاق الفتنة يشمل الفتنة الصغيرة والكبيرة كما ذكره الاصحاب فمن وجد عين ماله في يد غيره مع الدعوى والنرافة بمعنى كون ذى اليد منكرا فالمدعى يجوز له انتزاع ماله على الشرط المذكور من عدم الفتنة مطلقا ولا يحتاج على اذن الحاكم .

ولا يخفى ان تلك المسئلة على ما بيناه ليست شاملة -
 لصورة الاعتراف التى يجوز فيها الانتزاع ولو مع الفتنة المتعارفة .
 فمن الغريب ما عن صاحب الجواهر قدس سره من زعم اختصاص المسئلة بصورة الاعتراف حيث قيد فى شرح كلام المحقق الانسان بالمتهم المعلوم الحال حيث لاتشمل المسئلة بصورة الاعتراف فضلا عن الاختصاص به كما صرح به ايضا المحقق الرشتى قدس سره
 ص ١٠٦ الجزء الثانى .

قال المحقق : نعم لو كان الحق ديننا وكان الغريم مقراً باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم لان للغريم تخيرا فى جهات القضاء فلا يتعين الحق فى شئ من دون تعيينه او تعيين الحاكم مع امتناعه : المتن .

بيان ذلك : ان دعوى الدين على من عليه اما تكون فى فرض اقرار المديون وبذله فيطالبه للرد فح ليس للمدعى الاستقلال

بالاخذ وذلك لاجل ان حق المدعى امركلى فى ذمة المديون فهو مختار فى تشخيص الكلى فالتعيين فى اختيار المديون لانه المكلف بالاداء .

ولكن : مع امتناع التعيين لاجل الاعذار التى تكون سببا لامتناع فللحاكم ان يعين لان له الولاية فى تمشيته الامور .
فما عن الشهيد فى المسالك قدس سره من قوله :
وقول المصنف فى هذا القسم او تعيين الحاكم مع امتناعه لواجه له لانه خلاف الفرض .

غير وجيه لان ضمير امتناعه راجع الى التعيين لعذر لالى البذل حتى يكون خلاف الفرض من البذل .
والمسئلة مما لاخلاف فى هذه الصورة .

قال : ولو كان المدين جاحداً او للغريم بينة تثبت عند الحاكم والوصول اليه ممكن ففى جواز الاخذ تردد اشبهه الجواز وهو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط و عليه دل عموم الاذن فى الاقتصاص : المتن .

توضيح المسئلة يبتنى على وجود البينة وعدمها ففى صورة وجودها الذى يثبت بها حقه عند الحاكم لو اقامها ويتسير له - الوصول الى حقه .

قول بجواز الاقتصاص والاستنقاذ كما عليه المحقق هنا لافى النافع والاكثر تمسكا بعموم ادلة الاقتصاص وبقوله صلى الله عليه

وآله : لى الواجد فى الدين يحل عرضه وعقبوته : المروى فى
 (ئل) الباب ٨ من ابواب القرض الحديث الرابع : كلمة (لى) فى
 (لوى) واوية العين ويائية اللام وادغمت الواوياً .

ولا يخفى ان معنى اللى هو التناقل والمطل فلا يشتمل
 الجحد ومقتضى الجحد والانكار توجه اليمين عليه بمعيار القضاء
 بين الناس مضافا الى عدم شمول اللى الى الجحد .

وايضا ظاهر الرواية تعيين المعاقب ولادلالة فيها على
 الذى يعاقب فمن الجايزان نقول هو الحاكم و لكن ظاهرها
 الاطلاق وكيف كان فالاستدلال بها فى المقام ضعيف من حيث
 الدلالة وقاعدة السلطنة مع امكان الرفع الى الحاكم غير جارية
 فتأمل .

واما ادلة الاقتصاص .

فمنها خبر جميل بن الدراج سئلت ابا عبد الله عليه السلام
 عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحد فيظفر من ماله بقدر
 الذى جحده اياخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال : نعم :
 ئل الباب ٨٢ من ابواب ما يكتسب به : وفى دلالة تأمل لان
 الظاهر منه هى القضية الاتفاقية مضافا الى عدم شعور الجاحد
 لاخذه ويمكن حمله على صورة عدم تيسر الاستيذان من الحاكم
 لان الائمة عليهم السلام ونوابه لم يكونوا على التصدى لوظايف
 القضاة والحكومة مستطيعين كما توجه الى ذلك المحقق الرشتى

قدس سره من تقريرات شيخنا الانصارى قدس سره .
 ومنها : عن داود بن رزين : قلت لابي
 الحسن موسى (عليه السلام) انى اخاط السلطان فتكون عندى
 الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها . ثم يقع
 لهم عندى المال فلى ان آخذه فقال : خذ مثل ذلك ولا تزد
 عليه .

ومنها : ما عن زربى نظيره عن الامام المذكور:
 وكلاهما مذكوران فى الباب ٨٣ من (ئل) من كتاب التجاره فراجع
 وفى دلالتهما ايضا مضافا الى احتمال الاذن من الامام
 عليه السلام ان مفادها قضية فى واقعة ولم يصرح فى متنها
 التصريح بالتشريع الذى نحن فيه : فتأمل .
 وفى بعضها عدم الاخذ مع الحلف حيث قال عليه السلام
 اى ابوالحسن كما فى رواية ابن وضاح لكنك رضيت بيمينه لقد-
 مضت اليمين بما فيها : نقله المستند فى البحث الثالث وان كان
 يعلم انه حلف يمينا فاجرة فتأمل .

وفى بعضها كما فى رواية ابى بكر فى (ئل) الباب ٨٣ جواز
 الاخذ مع الجحد ومع الحلف لكنه الاخذ بعد الحلف يحمل على
 الحلف مع عدم الاستحلاف اوكون الحلف جاريا عند غير الحاكم و
 غير ذلك من الاخبار التى ذكرها الفقها فى مقام الاستدلال كما
 فى المستند وغيره .

الخلاصة : ان المسئلة مع وجود البينة والوصول الى الحق مشكلة .

القول الثانى : اى عدم جواز الاقتصاص من دون اذن الحاكم ومستنده ان التسلط على مال الغير على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع الضرورة وهى هنا منتفية كما فى المسالك ولاجل ان الجاحد يوءخذ بالقضاء عند الحاكم وهو يعين من مال الجاحد ولا ولاية لغيره وهذا القول مختار المحقق فى نفعه فراجع وحكى ذلك عن تلميذه فى كشفه والفخر فى ايضاحه كما فى الجواهر : وما عن صاحب الجواهر قدس سره من انه اجتهاد فى مقابلة النص فيه ما يعرف من التأمل فى دلالتها .

والحاصل ان الاصل عدم جواز التصرف فى مال الغير ولا يعارضه اصل عدم وجوب الرجوع الى القاضى لعدم كونه حكما تكليفيا يدفع بالاصل بل هو وجوب شرطى للتوصل الى الحق كما لا يخفى مضافا الى ما فى ادبة جواز الاقتصاص من التأمل لولم يكن مفادها الاذن من المعصوم كما لا يبعد وان كان مفاد رواية جميل جواز الحكمى لانه يسئل عن جواز الاخذ فيكون الجواب مطابقا للسؤال فهذا القول يكون قريبا الى الذهن فالاحتياط لازم والله العالم بحقايق احكامه .

واما التمسك بالايات الشريفة و اطلاقها التى منها قوله

بصريحة .

وهى : رجل غضب رجلا مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ما خانه او غضبه ايحل له حبسه عليه ام لا فكتب (اى الامام عليه السلام) نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فياخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله : (ئل) الباب ٨٣ من التجارة

نعم هى ظاهرة من حيث قوله (اوديعة) لانها اعم ولكن (قوله مثل ما خانه) ظاهر فى المماثلة فدعوى الظهور المطلوب - محل كلام كما لا يخفى .

فـرع : وهل الاخذ من غير الجنس جائز مطلقا او اذا تعذر الجنس والثانى هو الذى ذهب اليه جماعة و منهم الشهيدان والاول لظاهر جمع آخر للعمومات وعدم دليل على تعيين الجنس حين امكانه كما عن المستند .

قال المحقق : نعم لو كان المال وديعة عنده ففى جواز الاقتصاص تردد اشبهه الكراهة : المتن .

اقول : جواز المقاصة عن الوديعة فيه قولان الاول الجواز كما عن جماعة كثيرة وفى الكفاية ان عليه اكثر المتأخرين كما فى المستند للنراقى واختاره هو الجواز على الاقوى واستدل بعموم الآية ولكن فيها تأمل كما مرو باطلاق الادلة الاخبار المتقدمة (اى فى مسألة الاقتصاص وقد عرفت منا ما فيها من التأمل) بل بعمومها

من حيث ترك الاستفصال و اضاف الى ما ذكر خصوص رواية البقباق ان شهابا ماراه فى رجل ذهب له بالف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال :

ابوالعباس فقلت له خذها مكان الالف التى اخذ منك -
 فابى شهاب قال : فدخل شهاب على ابى عبد الله (عليه السلام)
 فذكر ذلك له فقال : اما أنا فأحب ان تأخذ وتحلف : ثل الباب
 ٨٣ من التجارة من ابواب ما يكتسب .

و رواية على بن سليمان (سلمان) السابقه آنفاً .

القول الثانى للصدوق عليه الرحمة فى اكثر كتبه و التقى و
 الحلبي و الكيدري و الطبرسى و ابن زهرة مدعيا عليه اجماع -
 الامامية و نسب الى بعض متأخرى المتأخرين و لعله صاحب
 الوافى و نسبه فى التحرير الى الشيخ ايضا للاجماع المنقول و للكتاب
 و السننه المستفيضه الآمرة برد الوديعه هذا كما فى المستند للنراقى
 قدس سره : و توقف الشهيد فى الدروس و الشهيد فى الروضة
 بل مال اليه المحقق الاردبيلى قدس الله اسرارهم كما فى الجواهر
 و سند هذا القول بعد ما ذكر رواية ابن اخ الفضيل بن
 يسار : ثل الباب ٨٣ من التجارة من ابواب ما يكتسب قال :
 كنت عند ابى عبد الله (عليه السلام) و دخلت امرأة و كنت اقرب القوم
 اليها فقالت اسئله فقلت : عماذا . فقالت ان ابنى مات و ترك
 ما لافى يد اخى فاتفه ثم افاد ما لا فأود عينه فلى ان آخذ منه

بقدر ما اتلف من شئ فاخبرته بذلك فقال : قال : رسول الله (صلى الله عليه وآله) ادا الامانة الى من أئتمنك ولا تخن من خانك .

ورواية معاوية بن عمار عن ابي عبد الله (عليه السلام) قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحد ينه ثم يستودعنى مالا لى ان آخذ مالى عنده قال : هذه الخيانة : ثل الباب السابق : وكتاب الوديعه .

ورواية سلمان بن خالد : ثل الباب السابق : سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع لى عنده مال فكا برنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال فأخذه مكان مالى الذى اخذه و اجده واحلف عليه كما صنع .

قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه : ثل الباب ٨٣ من التجارة من ابواب ما يكتسب به .

تنبيه — : لا يخفى عليك انه ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم ان قضية الجمع بين الاخبار المانعة وبين ما دل على الجواز هو الحمل على الكراهة .

ولكن غير خفى على المتأمل الصادق ان الحمل والجمع بينهما بعد تسليم دلالة الاخبار على المنع مما لا وجه له ولا دليل وبعد ظهورها فى المنع يصل النوبة الى المرجحات التى دلت الاخبار على الترجيح والظاهر ان الترجيح للاخبار المانعة لاجل

كثرتها مع المناقشة في بعض الاخبار المجوزة من جواز التقاص بعد الحلف .

والعمومات لا تكون مرجحة للمجوز لاجل عدم صراحة مفادها .
 مضافا الى ان اجماع القدماء مما يصعب للفقهاء المخالفة له
 وكيف كان فالمسئلة من حيث الحكم مشكلة وطريق الاحتياط -
 اللازم متبع : والله العالم .

قال المحقق : ولو كان المال من غير جنسه الموجود جاز
 اخذه بالقيمة العدل ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاظة كما يسقط
 اعتبار رضاه في الجنس : المتن .

وذلك لان مقتضى ان الاذن في الاقتصاص كاف في ذلك
 والظاهر عدم الخلاف بيننا ولقد مر في التتميم شرح المسئلة .

فـــــــرع : قال المحقق ويجوز ان يتولى بيعها
 (اي الوديعة) وقبض دينه من ثمنها دفعا لمشقة التبرص بها :
 المتن .

وفي المبسوط الاقوى ان له البيع بنفسه في قبال قول من
 يقول بان البيع من وظيفة الحاكم لان له الولاية عليه : والوجه
 في ذلك كله اذن الشارع واطلاقه .

فـــــــرع : لو اقتص حقه ثم أتى الغريم بالمال
 الذي جرده فان كانت عين ما اقتصه باقية جاز لمن اقتصه اخذ
 حقه ورد المقتص بل يجب رده واخذ ماله الذي اتاه لانتفاء -

جواز الاقتصاص والاذن ولاصالة عدم اللزوم بالاقتصاص .
 فـــــــــــــــــرع : لو تمكن من انتزاع حقه بعد التقاص
 بالبينة واخذ حقه وردّ المقتص مع بقاء عينه جاز على قول بعض
 الفقهاء بل يجب كما مرفى الفرع السابق .

اشكال و دفع :

وما يقال كما قيل من عدم وجوبه للاصل والاستصحاب-
 مدفوع بانه لاوجه للاستصحاب وتوضيحه ان الثابت من ادلة
 الاقتصاص ليس ازيد من جواز اخذ الطالب ما دام غريمه جاحداً و
 اما بعد التمكّن من اخذه بالبينة فيجوز استصحاب عدم جواز
 التصرف في مال الغير فالمال قبل التقاص لم يكن جازي التصرف و
 بعد الاذن لم يثبت الزائد فيستصحب عدمه كما لا يخفى فلا يبقى
 جواز حتى يتعارض استصحاب الجواز مع استصحاب عدمه كما قيل
 حتى يوئل الامر بعد التعارض الى التخيير .

فـــــــــــــــــرع : قال المولى النراقي في المستند
 لو كان له على شخص حق ولم يعلم به الغريم او نسيه يجوز
 التقاص من غير وجوب الاعلام والمطالبة للعمومات .
 ولا يخفى ان جواز التقاص معلق على الجحد او المماطل
 فلا بد في التصرف الغير الجائز من احراز الموضوع وهو الجحد حتى

يصح الاخذ بالاذن والعمومات ناظرة الى ما قلنا فالتمسك بالعام في الشبهة المصداقية غير جازلان الموضوع من قبيل العلة بالنسبة الى تعلق الحكم به فتأمل فالاعلام لازم مقدمة للكشف عن الجواز وبعد عثرت على كلام السيد الفقيه اليزدى قدس سره حيث قال في الملحقات من القضاء: بعدم صدق الجحود بمجرد النسيان ووجهه ما قلنا .

لو كان له حق عليه ولم يعلم تذكره وعدم ذكره واقاراه وكذا لو كان له عليه حق ومنعه الحياء او الخوف او مصلحة اخرى عن المطالبة جاز للعمومات في كلا الفرعين كما في المستند .
اعلم ان الفرع الاول من هذه المسئلة كالفرع السابق من عدم جواز التمسك بالعموم .

واما الثانى من الحياء والخوف فان كانا مما يوجب فوات حقه فيدخل في مسئلة الجاحد حكما لاموضوعا فح لا يخلو الجواز من وجه وكذا غيرهما من المصالح العقلائية والله العالم .

فــــرع : هل يجوز تقاص ما اعطاه لغيره رشوة محرمة او ربا اذا كان مضطراً في الاعطاء او غير مضطرام لا .
الظاهر جواز اخذه في صورة علم الآخذ بكونه رشوة او ربا لبقاء ملكه عليه وعدم صيرورته ملكا للآخذ واما لو اخذ الآخذ لا بعنوان الرشوة او الربا بل أخذ بعنوان كونه هديه فلا وجه للتقاص .

فـ_____رع : لو كان الحق مختلفا فيه بين الفقهاء فهل يجوز له التقاص ام لا الظاهر انه لا يجوز قبل رفع الشبهة فى الحق مثلا لو جنى عليه احد بجناية ديتها عند بعض الفقهاء عشرة وعند بعضهم الآخر عشرون لا يجوز تقاص العشرين الا بعد تقليد مجتهد يحكم بثبوت الحق كذلك او من ناحية الاجتهاد لو كان من اهله ولا يجوز له تقليد المجتهد الآخر لو افتى مجتهده بالعشرة فى أخذ العشرين نعم لو كان الثانى اعلم منه يجوز لان قوله مانع عن حجية غير الاعلم كما بيننا فى كتابنا (تحليل العروة) فى الاجتهاد والتقليد المطبوع .

فـ_____رع : هل يجوز لآحاد الفقهاء المقاصة من مال من عليه الزكوة وهو جاحد ام لا الظاهر ذلك باذن الحاكم فى خصوص مورد بل على نحو العموم واما بدونه فمشكل كما عن السيد الفقيه صاحب العروة فى ملحقات العروة ص ٢٠٤ قال و ان كان كل واحد من الفقهاء مالكا من حيث كونه فردا للنوع .

ولم يبين وجه الاشكال .

ولعله لاجل كون هذه التصرفات من شان الحاكم ولثلا يلزم خلاف النظام الاجتماعى .

فـ_____رع : يجوز للحاكم الشرعى من باب الولاية الشرعية الاقتصاص من مال من عنده ولو فى ذمته الزكاة او الخس او المظالم مع جحوده او ماطلته اذا لم يمكن له اجباره على الاداء

فرع :

قال المحقق قدس سره : ولو تلف اى العين قبل البيع .
قال : الشيخ الالىق بمذهبنا انه لا يضمنها والوجه الضمان
لانه قبض لم ياذن فيه المالك ويتقاصن بقيمتها مع التلف :
المتن .

وبيان المسئلة من حيث الضمان وعدمه هو ان نقول ان
المستحق اذا اخذ من غير جنس حقه فلا يخلوانه ان نوى اخذه
لنفسه بالقيمة ملكه اى مكان ملكه كما هو ظاهر اخبار الاقتصاص و
ح كان تلفه بعد ذلك منه وان نوى بيعه و صرفه فى حقه فهل
يكون مضمونا عليه ام لا فيه قولان كما فى المسالك الاول هو الضمان
كما عن المحقق حيث (قال الوجه الضمان) وعلله بان قبضه بغير
اذن المالك لمصلحة نفسه فكان كقبض المرتهن الرهن بغير اذ
الراهن .

الثانى عدم الضمان وهو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط
لانه مقبوض بحق فجرى مجرى الرهن كما فى المسالك و قال و
هذا هو الاقوى .

واورد على المصنف بقوله (اذ اذن الشارع باعظم من اذن
المالك وبه يفرق بينه وبين الرهن .

تحليل المرام يقتضى التدليل على ثبوت الضمان فى المقام .
وبيانه ان قاعدة اليد وهى التى دل عليها قوله صلى الله

عليه وآله (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) كما فى المستدرك من كتاب الغصب يقتضى الضمان وسنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥ والذى يستثنى منها ليس ما نحن فيه منه اذ الخارج هو المأذون على نحو الأيتمان فمطلق الاذن من الشارع لا يكفى فى عدم الضمان و التقدير انه لم يأخذ على وجه الأيتمان بل اخذه لمصلحة نفسه فلا منافاة بين الاذن المطلق والضمان .

وما يقال للاستدلال على عدم الضمان من اصل عدم الضمان ضعيف لارتفاع الاصل بالدليل .

والاستدلال بما دل على عدمه فى الامانة الشرعية مع عدم التعدى فى التلف مردود من حيث الصغرى و الكبرى اما الصغرى فلان الاخذ لمصلحة نفسه باعتبار جعله مكان حقه .

واما الكبرى : فلاجل عدم الدليل على عدم الضمان بنحو العموم على رفع الضمان فى الامانة الشرعية على فرض لحاظ صلاح المالك من الاخذ كما فى اللقطة و اشباهها فتأمل .
و خلاصة الكلام فى الضمان يقتضى نقل ما يستدل به من الآية وهى قوله تعالى شأنه (وما على المحسنين من سبيل) سورة التوبة ٩١ على عدمه وردّه بتحقيق .

واما الاستدلال فهو ان المراد من الاحسان الذى نفسى السبيل عنه على ما صرح به فى محكى تمهيد القواعد هو عدم الحرج الشرعى فالحسن مالا حرج فى فعله شرعا . وقد يطلق و

الاجماع وعدم كونه من الادلة بلا استناد الى معصوم .
 ما عن الروضة للكلىنى قدس سره عن ابى عبد الله عليه السلام
 فى رسالة الى جماعة الشيعة التى فيها تصريح بان الاجماع من
 مفتعلات ومخترعات اهل الخلاف المنحرفين عن عهد و موثيق
 امين وحيه رسول الله صلى الله عليه وآله .
 قال الصادق عليه السلام فيها والرسالة طويله : وقد
 عهد اليهم رسول الله صلى الله عليه وآله قبل موته فقالوا نحن
 بعد ما قبض الله رسوله صلى الله عليه وآله . يسعنا ان ناخذ
 بما اجتمع عليه راي الناس بعد ما قبض الله عز وجل رسوله صلى
 الله عليه وآله فما احد اجرأ على الله ولا ابين ضلالة ممن اخذ
 بذلك وزعم ان ذلك يسعه الحديث .

ارشاد :

وان شئت مزيدا فى ذلك البحث فراجع الى اوائل المعتبر
 لنحقق والى اوائل الذكرى للشهيد الاول والشهيد الثانى فى
 المسالك السيد والسند الفقيه فى المدارك ومن الميسوران تراجع
 الى المعالم للشيخ الجليل المحقق الشيخ حسن قدس الله -
 اسرارهم .

كلمة اخرى فى الاتفاق :

نعم اذا اتفق العلماء ونفى عنهم الخلاف فى مسألة-
يستكشف ويكون سندا للمستظهر والمستنبط قوة الاستظهار فيصعب
على الفقيه ان يخالف الاكابر فى ذلك .
ولذا ترى بعض الاساطين يعالج ويكابد ان يطبق الادلة
على قول المشهور لان للشهرة شأننا والله الهادى الى الصواب:

الثانى من الوجوه الآيات :

منها قوله تعالى : وقولوا للناس حسنا : ففى الكافى :
اى لاتقولوا الاخيرا حتى تعلموا ما هو نقله الشيخ قدس سره فى
رسائله : وقال : لعل مبناه على ارادة الظن والاعتقاد .
ولا يخفى ان القول تارة يطلق على الكيف المسموع المركب
من حروف مفردا كان او مركبا كقولك زيد : وزيد قائم : وهذا
هو صوت القول اصالة .

واخرى يطلق : على ما فى النفس والضمير من المعنى
قبل اظهاره ومنه قوله تعالى (ويقولون فى انفسهم لولا يعذبنا
الله) فجعل ما فى اعتقادهم قولا وهذا توسع فى الاطلاق باعتبار
تضمن القول معنى من المعانى ومنه ايضا آية (قولوا) على ما فى
الكافى .

وقد يطلق ويراد منه الالهام كما فى قوله تعالى : قلنا

يراد به ما يمدح بفعله .

ولكن المراد فى المقام هو الاول لانه اقتصار على صرف
معناه الاصلى لان الذى لاقبح فى فعله ولا حرج حسن لغة و
عرفا . اذ الحسن مقابل القبح .

اذا عرفت هذا فاعلم ان من الواضح ان وضع اليد على مال
الغير اذا كان باذن الشارع كما فى مقام التقاص كان من الاحسان
النافى للسبيل .

وتحقيق الرد وجوابه يظهر من الدقة فى معنى الاحسان
وهو الاحسان المحض الذى نفى السبيل عنه فى الآية .

ولكن الاخذ والتقص فيما نحن فيه ليس من الاحسان المحض
اذا لم يكن فعل المحسن لاجل مصلحة نفسه .

ومن هنا يعللون الضمان فى كثير من الصور المأذون فيها
بانه انما قبض لمصلحة نفسه يريدون به الاشارة الى ان الاذن
الشرعى انما يوثق فى عدم الضمان اذا كان فعل المأذون محض
الاحسان من غير ان يكون غرضه مصلحة نفسه كما فى الالتقاط و
نحوه من الامانات الشرعية واما اذا لم يكن كذلك فقاعدة الاحسان
لا تلغى الضمان كما لا يخفى وصرح بما ذكرنا المحقق الرشتى قدس
سرهُ ص ١١٠ الجزء الثانى وكذا ذكره المحقق الاشتيانى قدس سرهُ
حسب تقرير استاده الانصارى قدس سرهُ .

ما عن العلامة : عن العلامة قدس سرهُ

التفصيل حيث حكم بالضمان فيما قابل دون الزيادة و لا يخفى ان هذا جيد ولكن فيما بعد البيع بملاك ان الزيادة بعد استيفاء الحق امانة شرعية لمصلحة المالك لالنفسه واما قبل البيع فحال الزيادة حال ما قابل الحق .

الاستنتاج : عاج

ونستنتج مما ذكرنا ان قاعدة الاحسان لاتشمل على الآخذ للتقاص لعدم محض الاحسان ويزيد على ما ذكرنا ان تعليق الحكم على وصف الاحسان يستفاد منه ان فى الاحسان ملاك ايجاد الحسن من جلب النفع وطلب الخير والنصيحة ولو لمسلم كما فى مورد الاية (اذا نصحو) قبل قوله (ما على المحسنين) اى القاعدين عن الحرب فالقعود عنه مشروط بالنصيحة فبدونها يكون القعود المحض مذموما .

النتيجة هى ضمان المقاص كما لا يخفى على الاظهر و من هنا تعرف ضعف القول بعدمه .

قال المحقق : (مسئلتان)

الاولى : من ادعى مالا يد لاحد عليه قضى له و من بابه ان يكون كيس بين جماعة فيسألون هل هولكم فيقولون : لا : ويقول واحد هولى فانه يقضى به لمن ادعاه : المتن المعروف كما قاله .

تحليل الكلام يقتضى البحث على نحوه ينجلى به وجه -

المرام .

فنقول ان ظاهر المحقق قدس سره ان مستند المسئلة هى رواية يونس بن عبدالرحمان عن منصور بن حازم التى نقلها منها على نحو الفتوى فتكون المسئلة من مصاديق الرواية المروية فى (ثل) الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم .

وتبعه فى المسالك وقال الاصل فى المسئلة رواية ابن

حازم عن ابيعبدالله عليه السلام .

قال قلت عشرة كانوا جلوسا ووسطهم كيس فيه الف درهم فسئل بعضهم بعضا ألم هذا الكيس فقال كلهم : لا : فقال واحد منهم هولى .

قال : هو الذى ادعاه .

واستدل : ايضا بقوله : ولأنه مع عدم المنازع لا وجه لمنع المدعى منه ولا لطلب البينة ولا الاحلاف اذ لا خصم حتى يترتب عليه ذلك : انتهى كلامه .

ولكن يلزم التنبيه على مطالب حتى يتضح المرام .

الاول ان الرواية ليست من باب الدعوى الشرعية التى هى عبارة عن ادعى فى يد غيره عينا او دينا فى جملة (للذى ادعاه) بل الدعوى فيها عبارة عما هو معنى اللغة اى طلبه وقال (هولى) وبهذه الكلمة تثبت له يد بالنسبة الى الكيس بعد نفى

الجميع اليد عنه المستفاد من جملة (فقال كلهم لا) وان لم تكن اليد هنا مشاهدة بل حكمية ونستنتج من ذلك ان الرواية ليست من اجل الاخذ بمجرد دعواه بل لاجل انه لما لم يثبت له صاحب سواء فتنتطبق الرواية على القاعدة من الحكم بالملك بحسب اليد ولو حكمية بالاضافة المستفادة من قوله (هولى) ولقد حقق ذلك المعنى شيخنا الانصارى تبعاً لما عن المحقق الشريف ابن ادريس الحلّى فى السرائر على ما حكى عنه قدس سرهما .

واليك نصّه : قال : هذا الحديث صحيح . وليس هذا فى من اخذه بمجرد دعواه . وانما هو لما لم يثبت له صاحب سواء . واليد على ضربين : يد مشاهدة ويد حكمية فهذا يدعيه لان كل واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادعاه حكمية . ولو قال كل واحد من الجماعة فى دفعة واحدة او مفترقا هولى لكان الحكم فيه غير ذلك . وكذلك لو قبضه واحد فى الجماعة ثم ادعاه غيره لم تقبل دعواه بغير بينة لان يد المشاهدة عليه لغير من ادعاه . والخبر الوارد فى الجماعة . انه نفوه عن انفسهم ولم يثبتولهم عليه يداً . لا من طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا فيه دعواه من غير بينة ففقهه ما حررنا : انتهى كلامه رفع مقامه وهو تحقيق حقيق فى كمال الجودة فما عن الجواهر فليس على ما ينبغي .

المطلب الثاني : (اصالة الصحة)

الاحتجاج للمرام في المسئلة باصالة حمل قول المسلم على الصحة كما عن صاحب الجواهر قدس سره لا يخلو عن ضعف لان حمل فعل المسلم على الصحة كالبيع وسائر التصرفات محمول على الصحة ولا ربط لهذا في المقام ولكن حمل قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق فهو محل كلام في محله مضافا الى ما في الرياض من انه اخص من المدعى لان موضوع المسئلة عبارة عن ادعا ما لا يد لغيره عليه وهذا شامل لغير المسلم ايضا .

وايضا : لو كان الاصل في قول المسلم الحجية والصدق لكان وارداً على اليد ايضا لو كان في مقابله يد نظير البينة فلا يحتاج الى اقامة البينة وهذا مما لا يذهب اليه احدكما عن المحقق الاشتياني نقلا مما افاد العلامة الاستاد الشيخ الانصاري قدس سرهما ص ٣٥٠ .

المطلب الثالث في الاجماع :

واستدل ايضا في المسئلة بعدم الخلاف و الظاهر عدم التصريح به في كلمات الاصحاب الا ما قال الاشتياني قدس سره : ثالثها ما ادعاه بعض الاصحاب من الاجماع الخ وفي المستند للنزاقى قدس سره قال ونفى الخلاف عنه ايضا اقول لم يتعرض الشهيد في المسالك لا للاجماع ولا لنفى الخلاف بل الاصل في المسئلة الرواية كما مر : وفي كتاب (جامع المدارك) للسيد الفقيه

السيد احمد الخوانسارى دام علاه قال : بل ادعى عدم الحلاف فيه والحاصل ان الاجماع وحتى نفى الحلاف مشكوك الا ان -
المسئلة معروفة ومشهورة فتأمل والله العالم .

تنبيه :

لا يخفى ان صاحب الجواهر قدس سره استدل ايضا برواية اخرى للراوى المذكور المروية فى الكافى (ج ١) ص ١٤٩ فى انّ عليا عليه السلام كان قيمّ القران دون غيره بلحاظ كون دعواه بلا معارض فيعتبر .

ولكن بالتأمل الصادق تعلم عدم دلالتها على ما نحن فيه وان شئت فراجع الى الرواية وتأمل فيها .

قال المحقق : (الثانية)

لو انكسرت سفينة فى البحر فما اخرجها البحر فهو لاهله . و ما أخرج بالعضو فهو لمخرجه وبه رواية فى سندها ضعف المتن . ولا يخفى ان الغوض ليس من اسباب التملك اذا كان المال لغيره والاصل بقاء الملك لصاحبه فالفتوى مع رواية الشعيرى المروية فى (ثل) الباب ١١ من كتاب اللقطة التى هى مستند - الفتوى مخالف للاصل مع عدم اشعار فيها على حصول الاعراض فلا حظ متن الرواية وهى ما فى خبر الشعيرى قال سئلت الصادق

(عليه السلام) عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص
واخرج البحر بعض ما عرق منها فقال اما ما اخرج البحر فهو لاهله
اللّه تعالى اخرجهم لهم واما ما اخرج بالغوص فهو لهم وهم احق
به .

والشعيرى هو امية بن عمرو من اصحاب الكاظم عليه السلام
واقفى كما فى الخلاصة للعلامة و عن الشيخ كوفى كما فى
النجاشى والفهرت .

ولكن ضعفه باعتبار كونه واقفيا الا ان الظاهر كونه موثقاً
لاجل روايات الرواة الثقات عنه كما فى جامع الرواة وهذا يكفى
فى حصول الوثوق به فلا يضر ما قيل كالمصنف وغيره من الضعف .
فنعمل به اما بحمل قوله عليه السلام (واما اخرج بالغوص
فهو لهم) على كون الملاك آئسين من الظفر بما غرق فيكون ما اخرج
كالمباح وعلى ذلك ذهب ابن ادريس رضوان اللّه عليه و بنى
المسالك العمل بها على صورة اعراض المالك فلا بد من احرازه و
لا يحل بدونه عملاً بالاصل .

وجملة (اللّه تعالى اخرجهم لهم) فى الرواية ظاهرة فيما
قلنا من اليأس فيما وقع فى قعر البحر ولعل وجه الحمل على-
اليأس من المحقق ابن ادريس هو هذا فتأمل .

تابع قبله : : فى قاعدة أصالة الصحة :

لامناس فى قاعدة صحة فعل المسلم وصحة قول المسلم و

صدقه الا من سند قوى يدل على الحمل .

ولابد ايضا من تشخيص متعلق فعل المسلم وقوله .

فندكر ما استدل به من وجوه .

الاول الاجماع قال العالم الجليل صاحب العناوين قدس

سره افعال المسلمين واقوالهم محمولة على الصحة والصدق و

هذا المضمون نقل عليه الاجماع حد الاستفاضة .

ثم قال : والظاهر انه صار من الضروريات حيث اشتهر

في السنة العوام والنساء وليس مما يحتاج الى اقامة الحجة ،

انتهى محل الحاجة .

المحقق النائيني : ص ٢٤٣ الطبع الحجري في النجف :

في تقرير المحقق الخراساني . قال استدل على ذلك بالكتاب و

السنة والاجماع ونبأ العقلاء والسيرة المستمرة بين المسلمين و

بلزوم العسر والجرح مع عدم النبأ على الصحة بل اختلال النظام

وان كان اكثرها لا يخلو عن مناقشة بل منع حتى لزوم العسر و

الجرح الذي انه عمدة الوجوه التي استدلو بها على اصاله للصحة

فان الحاجة الى اصاله للصحة انما هي في غير مقام اليد وهو

ليس بمثابة يلزم منه العسر والجرح عند عدم النبأ على الصحة

فتامل . قال وعلى كل حال يكفينا الاجماع المحقق الخ انتهى

كلامه ومعقد الاجماع قد يكون امرا كليا وهو فعل وقول المسلم

فيتمسك به ولو في موارد الاختلاف وقد يكون معقده هو الحكم

الشرعى فى الموارد الجزئية فلا بد ح من الاكتفاء على الموارد التى
 انعقد فيها الاجماع و ظاهر كلمات العلماء هو الوجه الاول .

المحقق السبزوارى قدس سره :

صرح به الفاضل المحقق المولى محمد باقر الخراسانى فى
 الكفاية وغيره على ما فى كتاب اوثق الوسائل فى حاشية الرسائل
 للشيخ تاليف العالم الاستاد المحقق موسى بن جعفر التبريزى
 قدس سرهما .

تحليل المقام فى مسألة الاجماع يقتضى التفحص عنه من
 حيث التحصل والنقل .

اما المحصل فالظاهر عدمه لان كلام الاكثر غير طائفة من
 المتأخرين خال عن ذكر هذه القاعدة كما عن المحقق النراقى
 قدس سره فادعاء التحصيل مع كون متعلقه على نحو الكلية غير
 ثابت .

نعم يمكن ادعائه بل القول بثبوته فى موارد جزئية كما
 اشار اليها النراقى فى العوائد وقال ايضا : انا لم نقف من
 غير السبزوارى التصريح بكلية حمل جميع افعال المسلمين واقوالهم
 على الصحة والصدق وان عملوا فى بعض المواضع على ذلك
 للدليل الخاص وهو غير ثبوت الاصل الكلى .

واما المنقول :

فهو ليس بحجة كما يترأى من الاصول ومع ذلك ينقل -
المستدل عن مستدل آخر ويقول للاجماع ولكن لا يقول انه كان
فى زمان وعصر فلان حتى يتأصل حصوله فى زمان ثم ينقل ذلك

ومن هنا :

ومن هنا تعرف ان النقل على الاستفاضة كما عن العناوين
نقل اجماع مجمل من حيث المورد او الكلية .

الضرورى :

واما قوله اى صاحب العناوين من الضروريات فعجب .
اولا بعدم تعرض الاصحاب على ما رايته من كلماتهم على
ذلك .

وثانيا : ان الضرورى ما لا يقع فيه الاختلاف وانت ترى
ان الاصحاب لا يقبل الاجماع الا فى موارد جزئية وذلك يكشف
عن عدم كونه من جملة الضروريات والا كان القبول مسلما .
وقوله : وليس مما يحتاج الى اقامة الدليل .

فذلك اعجب لان المستند فى ذلك اى القاعدة اما عمومات
الكتاب او عمومات السنة وكلاهما قاصران من حيث الدلالة كما
عن شيخنا الانصارى قدس سره فى الرسائل (الاصول) كما يأتى
انشاء الله تعالى البحث عنهما فمع الاحتياج الى الدليل يستشكل

فيه ايضا ولذا قيل كما عن الاوثق والعمدة فى المقام هو الاجماع
تحصيلا ونقلا فى الجملة والسيرة المستمرة بين المسلمين ص ٥٦٦
من الاوثق .

الشهيد الاول : فى قواعد ص ١٠٢

قال كل مسلم اخبر عن امر دينى يفعله فالظاهر قبوله و
هذه مخرجة من قبول قول الصحابى أمرنا بكذا او امرنا النبى
بكذا او نهى عن كذا لان الظاهر من حال الصحابى تثبته ومعرفته
باللغة ولا يطلق ذلك الا بعد تيقن ما هو أمر او نهى الخ .
فكما ترى انه صريح فى الامور الدينية لقوله (عن امر دينى)
فالتقييد به لاجل ان جعل قول المسلم حجة يجب القبول عنه
من وظائف الشارع وذلك بامر الدين واما غيره فهو خارج .
وليس فى كلامه التمسك بالاجماع بل من باب ما هو المعروف
من قبول قول الصحابى لما ذكره .

ولا يخفى ان ما ذكر من الادلة الخاصة لقبول قوله فى
موارد او فى مورد لا يعلم الا من قبله كما يأتى انشاء الله تعالى
كلها راجعة بامر شرعى .

ونستنتج مما ذكرنا ان دعوى الملك كما فى مسئلتنا لا يشملها
لاخبار وكذا الاجماع مع اجمال معقده بالنسبة الى ما نحن فيه

• او مطلقا فلا بد من التحقيق فى الموارد .

كلمة فى حجية الاجماع :

لا يخفى ان الاتفاق بما هو لا يغير الشئ عما هو كما انه ليس فى قدرته الجعل والتشريع لان له اصلا من الله جل شأنه و من الرسول صلى الله عليه وآله والائمة هم المستودعون ومعادن علم النبوة فيحكمون بما هو وحى عند البنى فسمتند الاجماع لا بد ان يرجع الى قول المعصوم كما قاله المحقق قدس سره فى المعتبر ونقله الشيخ الجليل المتبحر الشيخ يوسف بن احمد بن ابراهيم البحرانى قدس سره فى الدررة النجفية ص ١٧٩ قال :

قال المحقق :

واما لاجماع فعندنا هو حجة بانضمام المعصوم فلو خلا المائة من فقهاءنا عن قوله لما كان حجة ولو حصل فى اثنين لكان - قولهما حجة لا باعتبار اتفاقهما بل باعتبار قوله فلا تغتر اذا بمن يتحكم ويدعي الاجماع باتفاق الخمسة والعشرة من الاصحاب مع جهالة قول الباقيين انتهى كلامه زيد فى علوم مقامه .

ونستنتج من ذلك ان مرجع كلامنا هنا هو الاجماع الذى فرض ثبوته الى خبر منسوب الى المعصوم ولكن على نحو الاجمال فلو كان هنا اخبار منسوبة اليه تفصيلا لقدمت على الاجماع الشامل

لقوله بطور الاجمال فليس لنا ترجيح المجمل على المفصل بل هو من باب حكم العقل غير متصور لاجل عدم جواز طرح الصراحة .
 دفع شبهة : وهى ان انتساب ما يتضمن الاجماع الى المعصوم امر قطعى وتلك الشبهة ممنوعة خصوصا مع تعذر الاجماع لتعذر ظهوره فى زمان الغيبة .

و دعوى ضبط الاقوال على نحو يتحقق دخول قول المعصوم فى جملة اقوالهم غير مسموعة الا بنحو التواتر او الاحاد المحفوفة على نحو يستند الى الحس لا الحدس بحيث يعلم جميع اعمالهم التى يتوقف انعقاد الاجماع عليها وعلى اقوالهم على نحو لا يكون تقيّة ولكن هذا الكلام كلام محض لا يستند عليه لاجل ان العلماء كانوا فى الازمنة القديمة بالنسبة متفرقين فى البلاد بل كانوا فى بلاد المخالفين فى حالة الانزواء مع حرصهم على عدم الاطلاع على عقائدهم ومذاهبهم .

وما يقال : _____ :

وما يقال من وجوب اظهار الحق على الامام حين يرى الباطل ليردّ الناس الى الحق .

يقال فى مقابله اما ترى تعطيل الاحكام بعد الغيبة وفى هذه الازمنة طول الغيبة والحجة قائمة والكتاب والسنة كافة ولله الحجة البالغة فاين يذهبون وكيف يحكمون والامر واضح وقليل من عبادى الشكور .

اصحاب الائمة : _____

نعم لو ادعى زرارة واقرانه ويونس ابن عبدالرحمان وسائر اصحاب الائمة عليهم السلام الى ان ينتهى الى الامام الغايب عليه السلام لكان اجماعهم حجة لكونهم عارفين بكلام الائمة ولا يتحظون عنه وكانوا سامعين ومشاهدين لهم ولكن ليس فى ازمنتهم ذلك المقال .

واما قوله عليه السلام فى رواية عمر بن حنظله من قوله : ينظر الى ما كان من روايتهما فى ذلك الذى حكما به المجمع عليه بين اصحابك فيؤخذ الخ .

وقوله : فان المجمع عليه لا ريب فيه : فلا كلام فيه فانه فى مقام ترجيح الرواية بالشهرة مضافا الى ان الاجماع على رواية موجودة بينهم ليس من الاجماع المصطلح كما لا يخفى .

واما اجماعات الشيخ شيخ الطائفة وعلم الهدى المرتضى وابن زهرة وامثالهم من القدماء رضوان الله عليهم كانت من باب الزام الخصم وهم اصحاب الاحاديث كما لا يخفى : و اصحابنا المحققون وان ذكروه فى الاصول وتشبثوا به فى الفروع الا انهم اوضحوا وهنه .

ما فى الروضة لثقة الاسلام الكاينى قدس سره الجزء الثامن من الكافى ص ٦ : ويدل على ما ذهبنا به من عدم اصالة

ياذا القرنين اذ لم يكن بخطاب او التسخير كقوله تعالى : قالتا
 اتنيا طائعين : لا بخطاب ولكن الله هو الذى انطق كلشى وغير
 ذلك : كالظن على قول الشيخ قدس سره ومنه ما روى : من قال
 لاله الا الله اى ظن فقد كفر :

وكيف كان فالاية بنفسها تدل على القول بالحسن و هو
 عبارة عما هو مبهم فهى من اصول المعاشرة ولا دلالة فيها لما
 نحن فيه من حمل قول المسلم على الصحة .

واما بناءً على التفسير على ما فى الكافى فيكون المعنى
 هذا : اعتقدوا اى صدقوا ان الناس يظهر الحسن و هذا ايضا
 مما لا دلالة فيه على المطلوب كما لا يخفى .

نعم يستلزمه النهى عن التكلم بالسوء فافهم فان معنى
 حمل فعل المسلم او قوله هو الحكم بكون الفعل الصادر مما يترتب
 عليه الاثر من الملكية والزوجية وغيرهما .

ومنها : قوله تعالى : اجتنبوا كثيرا من الظن
 ان بعض الظن اثم .

اقول توضيحا : ان الظن اسم لما يحصل من امارة . و
 الامارة لو كانت قوية ادت الى العلم ومتى كانت ضعيفة فى الغاية
 ادت الى حدّ التوهم والظاهر ان الآية بقريئة (ان بعض الظن)
 تدل على عدم التعرض بالتهمة لا الظن بمعنى الشئ الراجح و
 الظن كذا لا يجوز . ولكن لا دخل لها بما نحن فيه من الحمل

على الصحة فانهم فانه يعلم ضعف ما فى العناوين .
 ومنها : قوله تعالى : افوا بالعقود : لا يخفى
 ان الوافى هو الشئ الذى بلغ التمام يقال كيل واف ويقال :
 اوفيت الكيل والوزن اى بحد التمام .
 ويقال : وفى بعده وأوفى اذا تم العهد ولم ينقض
 حفظه : والعقد ضد الحل يقال عقد الحبل .
 ويقال عقد الخيط اى جعل فيه عقدة والبيع مرجعه الى
 تأصل العقدة (گره) بالفاسية والاحكام بالمبادلة فلاية تدل على
 اللزوم والوفاء فى العقود والعهود .
 ويقول الشيخ الانصارى قدس سره فى آية (افوا) بناءً على
 ان الخارج من عمومه ليس الا ما علم فساده لانه المتيقن فعلى هذا
 يبقى المشكوك على حاله ولكن التمسك به فى الشبهات الموضوعيه
 غير جازلان العمومات من قبيل المجمل بالنسبة اليها وان كان
 يظهر عن جماعة جوازه .
 والوجه فى العدم ان الموضوع من قبيل العلة بالنسبة
 الى الحكم .
 مضافا الى ان جريان الاصاله فى باب العقود لعله اتفاقي
 فلا ينفع التمسك بالاية والاتفاق لما نحن فيه من قول المسلم فى
 دعوى الملك .

منها دلالة السنة :

منها ما فى الكافى بنقل الشيخ قدس سره فى الرسائل عن اميرالمؤمنين عليه السلام : ضع امر اخيك على احسنه حتى يأتىك ما يقلبك عنه ولا تظن بكلمة خرجت من اخيك سواء وانت تجد بها فى الخير سبيلا .

لا يخفى ان الخبر عن الحسين بن مختار وهو واقفى من اصحاب الكاظم عليه السلام ولكن وثقه بعض كما فى جامع الرواة للاردبيلى قدس سره مضافا الى الوثوق من نقل الكافى والمناظر هو الوثوق لا على ما هو المصطلح .

وايضا الى الانجبار بعمل العلماء وهو مع عدم الوثوق محل كلام .

لكن دلالته غير ظاهرة .

وبيانه كما عن الشيخ شيخنا الانصارى قدس سره من قوله : الانصاف عدم دلالة هذه الاخبار (اي التى نقلها للاستدلال التى يأتى انشاء الله ذكرها) الاعلى انه لا بد من ما يصدر من الفاعل على الوجه الحسن عند الفاعل ولا يحمل على الوجه القبيح وهذا غير ما نحن بصدده .

اقول وذلك لان الامر بحمله على الوجه الحسن من تلك الاخبار هو الامر من جهة التكليف لان الحمل على الوجه الحسن

من جهة الحكم الوضعى وهى الصحة والفساد وما ذكرنا من
اجل الظهور منها .

وايضا يمكن دعوى ظهورها فى موارد الامر بحسن يكون -
المراد هو الامر التكليفى بحسن الظن والنهى عن سوء الظن
لا الوضعى بقريئة كلامه عليه السلام من الامر بحسن الظن فى
رواية اخرى .

ان قلت ان الظن من الصفات النفسانية التى تتأصل
اضطراباً كما عن المحقق العلامة موسى بن جعفر بن احمد التبريزى
قدس الله اسرارهم فى حاشيه الرسائل .

قلنا ان الامر والنهى عن الامر يتعلق الى ما فى اختيار
المكلف من تحصيل مقدمات حسن الظن كما عنه قدس سره ايضاً .

عود الى بقية كلام الشيخ :

فانه اذا فرض دوران العقد الصادر منه بين كونه صحيحاً
او فاسداً لاعلى وجه قبيح عنده بل فرضنا الامرين فى حقه مباحاً
كبيع الراهن بعد رجوع المرتهن عن الاذن واقعا او قبله . فان
الحكم باصالة عدم ترتب الاثر على البيع مثلاً لا يوجب خروجاً عن
الاختيار المتقدمة الآمرة بحسن الظن بالمؤمن فى المقام خصوصاً
اذا كان المشكوك فعل غير المؤمن او فعل المؤمن الذى يعتقد
بصحة ما هو الفاسد عند الحامل .

ثم انه لو فرضنا انه يلزم من الحسن ترتيب الاثار ومن عدم الترتيب كالمعاملة المرددة بين الربوية وغيرها لم يلزم من الحمل على الحسن بمقتضى تلك الاخبار الحكم بترتب الاثار لان مفادها الحكم بصفة الحسن في فعل المؤمن بمعنى عدم الجرح في فعله لاترتيب جميع اثار ذلك الفعل الحسن الاترى انه لو دار الامر بين كون الكلام المسموع من مؤمن بعيد سلاما او شتماً لم يلزم من الحمل على الحسن وجوب رد السلام .

يتبع

ومنها قول الصادق عليه السلام لمحمد بن الفضل يا محمد كذب سمعك وبصرك عن أخيك فان شهد عندك خمسون قسامة انه قال وقال لم اقل فصدقه وكذبهم : نقله الشيخ ايضا .
ومنها : ما ورد مستفيضا ان المؤمن لا يتهم اخاه و انه اذا اتهم اخاه أنماث الايمان في قبله كانمياث الملح في الماء :
ومن اتهم اخاه فلا حرمة بينهما (اي لاحقوق) : وان من اتهم أخاه فهو ملعون ملعون الى غير ذلك من الاخبار المشتملة على هذه المضامين او ما يقرب منها .

تابع قبله : تنمة كلام الشيخ قدس سره : قال :
ومما يؤيد ما ذكرنا جمع الامام عليه السلام في رواية محمد

بن الفضل بين تكذيب خمسين قسامة اعنى البينة العادلة (اقول تفسير القسامة بما ذكر لا ينبغي لان القسامة عبارة عن جماعة - يحلفون على الشى و يأخذونه وجاء بمعنى الحسن والهدنة كما فى المفردات وغيره) وتصديق الاخ المؤمن فانه لا يمكن الا بحمل تصديق المؤمن على الحكم بمطابقة الواقع المستلزم لتكذيب القسامة بمعنى المخالفة للواقع مع الحكم بصدقهم فى اعتقادهم لانهم - اولى بحسن الظن بهم من المؤمن الواحد فالتصديقان صوريان حتى يمكن اجتماعهما نعم قد يتأمل فى اجتماعهما اذا كان الخبران على سبيل التناقض فى مجلس واحد كما عن المحقق الاشتياني قدس سره ص ٢٠٢ الجزء الثانى .

فالمراد من تكذيب السمع والبصر تكذيبهما فيما يفهمان من ظواهر بعض الافعال من القبح كما اذا رأى شخصا ظاهر الصحة يشرب الخمر فى مجلس يظن انه مجلس الشرب وكيف كان فعدم وفاء الاخبار بما نحن بصدده اوضح من ان يحتاج الى البيان : انتهى جوابه قدس سره .

وما يؤيد ما ذكرنا كما عن شيخنا الانصارى ايضا قدس سره ما ورد فى غير واحد من الروايات من عدم جواز الوثوق بالمؤمن كل الوثوق مثل رواية عبدالله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام . قال : لا تثقن باخيك كل الثقة فان صرعة الاسترسال لا تستقال .

اقول : الصرعة الطرح على الارض . والرسل بكسر الراء
 اللين و بفتح الراء والسين الجماعة والقطيع من كل شئ .
 والاسترسال الى الشئ عبارة عن الانبساط اليه والاستيناس
 وما فى نهج البلاغة اذا استولى الصلاح على الزمان واهله
 ثم اساء رجل الظن برجل لم يظهر منه خزية (اى قبيح وفضيح و
 الخصلة التى يخزى فيها الانسان بفتح الخاء وكسرها) فقد ظلم .
 واذا استولى الفساد على الزمان واهله ثم احسن رجل
 الظن برجل فقد غرر : (المحكى عن المحقق القمى فى حاشية
 القوانين اى اوقع نفسه فى الغفلة ولكن اصله من باب (نصر)
 غرا بمعنى خدعه وطمعه بالباطل واما من باب (منع) غررا صغار
 ذا حسن فى الوجه . والشئ ابيض : فيكون جملة غرر ببناء
 المحهول اى خدع : ولامناص للمستنبط الا من التفحص التام
 فى اصوات اللغات كما كررنا ذلك لفضلاء مجلس درسنا .
 قال الشيخ : وفى معناه .

قول ابى الحسن عليه السلام فى رواية محمد بن هرون
 الجلاسب .

اذا كان الجور اغلب من الحق لا يحل لاحد ان يظن باحد
 خيراً حتى يعرف ذلك منه الى غير ذلك مما يجده المتتبع : و
 اكتفينا فى النقل على نقل الشيخ قدس سره .

قال : الشيخ : فان الجمع بينها وبين الاخبار المتقدمة

يحصل بان يراد من الاخبار ترك ترتيب آثار التهمة والحمل على الوجه الحسن من حيث مجرد الحسن والتوقف فيه من حيث ترتيب سائر الآثار .

قال : ويشهد له ما ورد من ان المؤمن لا يخلو عن ثلاثة الظن والحسد والطيرة فاذا حسدت فلا تبغ واذا ظننت فلا تحقق فاذا تطيّرت فامض .

اقول : توضيح الجملات الاولى قوله (فلا تبغ) البغى من باب (نصر) الطلب ومنه قوله تعالى شأنه (ومن ينبغى غير الاسلام ديناً) ولكن صوت اللغة (البغى) يفيد معنى التجاوز بحيث لا يغير الطلب وهو طلب تجاوز الاقتصاد مما يتحرى كما عن المفردات للراغب وذلك التجاوز قد يكون ممدوحاً بلحاظ النظر الى المورد كالتجاوز عن العدل الى الاحسان وقد يكون ممدوماً كذلك كالتجاوز عن الحق الى الباطل .

فيكون معنى الجملة عدم التجاوز باعمال الحسد .

الثانية : قوله (فلا تحقق) الحق من باب (نصر) الاثبات و الايجاب يقال حق الامر اى اثبته : ومعنى الجملة اى لا تثبت ما ظننت ولا تجسس : ومن باب (منع) حَقَّقاً عبارة عن تعادل رجل الفرس مع موضع يده اى يضع حافر رجله على موضع يده .

الثالثة : قوله (فامض) لا يخفى ان التطير من الطير وهو كل ذى جناح يسبح فى الهواء فالتطير اصله مأخوذ من التفأؤل

- بالطير كما في جماعة من العرب .
- ثم يستعمل في كل ما يتفاوتل به ويتشائم و منه قوله تعالى (انا تطيرنا بكم) وغيره .
- ومعنى (مضى) من باب (ضرب) بمعنى الذهاب و النفوذ :
- معنى الجملة اى اذهب وانفذ فى عملك ولا تعبأ به فان الطيرة يذهبها التوكل كما فى الخبر .
- وهنا اخبار غير ما ذكر نقلها المحقق موسى بن جعفر فى اوثق الوسائل ص ٥٦٣ فراجع .
- منها ما عن الثمالى عن على بن الحسين عليهما السلام فى حديث طويل وفيه .
- الا ان يكون مستحقا للتهمة فلا تعبأ بشئ من امره على حال .
- ولا يخفى عليك ان الظاهر من هذه الجملة ان المراد من مستحق التهمة عبارة عمّن يظن فيه ذلك الاتهام لا من علم خلاف الحق فى افعاله كما استظهره المحقق المحشى موسى بن جعفر قدس سرهما وهذا هو الظاهر .
- الاستنتاج : ونستنتج منه انه معارض للاخبار الناهية عن اتهام المؤمن مطلقا وربما يدعى تواتر الاخبار معنى على ان كل فاسق مستحق للتهمة .
- الخلاصة توجد اخبار مضمونها معارض لاطلاق ما دل على

وجوب وضع امر الاخ على احسنه ولعلها توجب تخصيص الاكثر كما
 صرح بذلك ايضا المحقق المذكور فراجع .

اقسام الحمل : (كما ذكرها المحقق الاشتياني)

منها : حمل فعله على عدم كونه عصيانا و فعلا
 قبيحا عنده بمعنى عدم اتهامه فى فعله وهذا المعنى وان كان
 يستفاد من الايات والابخار الكثيرة وانه من المسلمات الا انه
 ليس من محل البحث والكلام .

ومنها :

حملة على انه حسن واقعا من دون ان يحكم عليه بترتب
 الاثار الوضعية وذلك قابل للاستفادة من الاخبار الا انه ايضا
 ليس من البحث والكلام .

ومنها :

حملة على انه صحيح عند الفاعل بمعنى ترتيب الآثار -
 الوضعية المترتبة على ما كان صحيحا باعتقاده عليه وهذا المعنى
 ايضا غير ظاهر من الآيات والابخار المذكورة ولكنه مما نحن بصدده
 ومنها : حمل على انه صحيح واقعا بمعنى ترتيب
 الاثار الشرعية المترتبة على الفعل الصحيح الواقعى عليه وان كان
 الطريق اليه يختلف باعتقاد الحاملين وبهذه الملاحظة يعبر عن

هذا المعنى عند الحامل وهذا ايضا غير مستفاد من الآيات والاعخبار المتقدمة الا انه من محل الكلام قطعا .

تابع قبله (ما فى النهج) (وما فيه من الاشكال والرد) :

قال : المحقق الاشتياني قدس سره : ظاهر الرواية خلاف الاجماع فان ظن السوء حرام بالاجماع والايات و الاخبار المتواترة على كل حال وفى كل وقت الخ .

اقول ليست الرواية مخالفة للاجماع وغيره لان الخبر ظاهر فى ان مع غلبة الفساد هو عدم حسن الحمل على الحسن لا ظن السوء كما يقوله الاشتياني فهو من قبيل موارد التهمة التى يتوقف فيها عن الحمل بالحسن لما مر .

وقوله عليه السلام (غرر) قرينة على تحصيل الوثوق كما لا يخفى فتأمل .

(الحسد بنفسه ولغيره)

تنبيه — : هل الحسد بنفسه من المحرمات ام لا .

وهل ظن السوء بنفسه من المحرمات ام لا وقد اضطربت كلمات الاصحاب فى كلا المقامين .

ولكن ظاهر الاكثر بل وظاهر عدة من الاخبار عدم الحرمة ما لم يترتب عليهما الاثر .

وبرهان ذلك :

ان الحسد وظن السوء من الصفات النفسانية الرذيلة التي يلزم ازالتهما لتحصيل تزكية النفس فما دام في النفس يعدان من نقصان الكمال الانساني فصاحبهما ان لم يستعمل لم يترتب عليهما الاثر وهذا ظاهر كمال الظهور من قوله عليه (فلا تبغ) وقوله (ولا تحقق) كما لا يخفى واما محض الخطور مما لا بأس به للاجماع المحكى وقد ادعى العلامة المجلسي عليه الاجماع صريحا قدس سره كما في حاشية المحقق الاشتياني قدس سره ص ٢٠٣ الجزء الثاني .

ما قيل في الاستدلال ايضا :

منه : دليل الانسداد بتقريب انه يفيد اعتبار الظن حيث تمت مقدماته ولا يختص بالاحكام .
فيقال في المقام ايضا انه قد علم اعتبار القاعدة في الجملة بالاجماع ولكن العلم التفصيلي بمواردها منسداً والعمل بالاصول فيها مخالف للعلم الاجمالي فيجب العمل بالظن في مواردنا :
نقله المحقق في الاوثق :

(الاشارة الى علم الاصول)

ولكن فيه ما لا يخفى لان اصل الانسداد مسئلة في مقام

الثبوت وليس له فى مقام الاثبات دليل فالباب مفتوح والطريق الشرعية ناطقة واضحة كما بينا فى (العلم الثانى) من علم الاصول وهى باب الحجة والعلم الاول منه مباحث الالفاظ والجهة فى جعله علمين واضحة لان الثانى من مقولة الالفاظ والكيف المسموع ولاربط له بالحجة التى هى من مقولة المعنى ولاجامع بينهما ليكونا علما واحداً والعلم الاول منه لايقع فى طريق الاستنباط لان لها مفاهيم واصواتا خاصة واقعية نعم هى كواشف عما هى الحجة المفيدة للاستظهار .

مضافا : الى ما فى التكلف فى تحصيل مقدماته من المناقشات

الاستقراء :

واستدل ايضا باستقراء الموارد الجزئية التى ثبت اعتبار القاعدة بالاجماع او الاخبار .

منها : قبول قول ذى اليد فيما فى يده فى الملكية والطهارة والنجاسته والتذكية .

ومنها : قاعدة كل ذى عمل مؤتمن فى عمله من الوكلاء والنواب فان قولهم وفعلهم من العقود والايقاعات و- الاعمال التى اوتمن بهم فيها مسموعة شرعا بالاجماع .

ومنها : قبول رواية الثقة فى الاحكام عند عدم

المعارض :

ومنها : قبول شهادة الشاهد فى مواردھا .
 ومنها : قبول اقرار العقلاء على انفسهم .
 ومنها : تصديق النساء فيما فى ارحامهن .
 ومنها : الحكم بطهارة ما وجد فى اسواق
 المسلمين من اللحوم والجلود وكونها مذكاة وغير ذلك من الموارد
 التى قام الدليل فيها بالخصوص على اعتبار القاعدة لان استقراء
 هذه الموارد يعطى اعتبار القاعدة على وجه الكلية الا فيما قام
 على عدم اعتبارها فيه . نقله فى الاوثق كما ذكرها وغيرها العالم
 الجليل السيد عبد الفتاح قدس سره فى العناوين ولكن قال :
 فان هذه الموارد وان كانت موارد خاصة لكنها يؤيد سماع القول
 والحمل على الصحة انتهى محل الحاجة .

اقول : لو كان فى التشريع الاسلامى وجوب الحمل على
 النحو الكلى للقى الشارع قاعدة كلية لما هو وظيفته وفى الرواية :
 انما علينا ان نلقى اليكم الاصول وعليكم التفريع : نقلها ابن
 ادريس فى آخر السرائر : والشيخ الحر العاملى فى الفصول -
 المهمة ص ٢١٤ باب ٢٦ . ونقلنا فى كتابنا (المحاورات الاصولية)
 المطبوع ص ٢٢ وغيرها فراجع .

تحقيق الكلام فى الجواب :

اولا نقول انه استشكل على الاستقراء بان التمسك به انما

يتم على القول بالظنون المطلقة دون الخاصة .

(اجيب)

بان هذا الاستقراء فى الادلة الشرعية من الاخبار و-
الاجماع والظن الحاصل منها كالحاصل من رواية معتبرة لوضوح
عدم الفرق بين الظن الحاصل من مجموع عدة رواية .
والحاصل من رواية خاصة من حيث الاعتبار و عدمه و
الاستقراء انما لا يعتبر اذا كان الظن حاصلا من تتبع موارد الحكم
دون الادلة وهو واضح .

ثانيا : ان الاستقراء فى الادلة لا يستلزم ثبوت الكلية و
لو كان امرا لازما لاشيربه فى اخبارنا المتكفلة لبيان ما يلزم فى
التشريع كما اشرفنا اليه .

وثالثا : ان الاجماع المدعى فى الموارد ايضا لم يحرز
لوجود الاختلاف .

ورابعا : ان الاستقراء معارض بمثله كما عن المحقق النراقى
فى عوائده قدس سره .

وخامسا : ان الاخبار الخاصة فى المقامات يعارضها اكثر
منها فى مقامات اخر كما اسلفنا ذلك وكما عن النراقى ايضا .

كاشف الغطاء : والتمسك بالاصل :

وتقريره : هكذا : ان الاصل فيما خلق الله تعالى من

التكوينيّات من الجواهر و الاعراض و كل ذى حياة و غيره صحته الخ
(قاله فى البحث السادس و الثلثون) .

و بتحليل منّا ان الاصاله فى الخلقه بانواعها من الماهيات
فى عالم الوجود من الجمادات و الحيوانات هى الصحة لما ذا :
لانه تعالى بالمشيته الفعلية يضع الاشياء على طبق الحكمة من
فعل الصالح و الاصلح فمقتضى الطبيع موصوف بحسب الاصل
بالصحة فما لم يعرض لها من الحوادث المغيرة فالاعيان بمقتضى
جبلتها محمولة على الصحة ما لم يخرجها عن وضعها ما هو من
الزيادة و النقصان و سائر العوارض الموجبة لخروجها عن وضعها
الاصلى .

الاستنتاج :

و نستنتج من ذلك انه لو شك فى خروج شئ منها عن مقتضى
خلقتها و نوعها لكان الحكم هى اصاله عدم ما يخرجها عما هو
عليها فيترتب عليها الحكم بالصحة و من هنا تشاهد ان الفقهاء
رضوان الله عليهم يكتفون باصاله الصحة عن الاختبار فى الاشياء
التي يفتقر فى بيعها الى اختبارها مما يشكل اختبارها حين البيع
كالبيضية و مثلها من الفواكه .

نعم لو ظهر الفساد بالكلية يحكم بفساد العقد و ما كان بالجملة
بان لم يخرج بتمامها عن المالية يحكم بخيار الفسخ للمشرى و اما

ما لم يظهر فسادَه يحكم بصحته اى العقد ومستند هذا الحكم بالصحة فى الظاهر هى اصالة الصحة المذكورة .

تابع قبله قال : وكذا ما اوجده الانسان البايع العاقل من اقوال وافعال فيبني فيها على وقوعها على نحو ما وظفت له وعلى وفق الطبيعة من مسلم مؤمن او مخالف او كافر كتابى او غير كتابى فيبنى اخباره ودعاويه على الصدق وافعاله وعقوده و ايقاعاته على الصحة حتى يقوم شاهد على الخلاف الا ان يقوم فى مقابلته خصم ولاسيما ما يتعلق بالمقاصد الخ .

اقول قوله (او كافر) يعنى يحمل قوله على الصحة بمقتضى مذهبه كما صرح فى ذيل كلامه قدس سره .

ثم قال : وتفصيل الحال ان الاصل فى جميع الكائنات من جمادات او نباتات او حيوانات او عبادات او عقود او ايقاعات او غيرها من انشآت او اخبارات ان تكون على نحو ما غلبت عليه حقيقتها من التمام فى الذات وعدم النقص فى الصفات الى ان قال : من صدق الاقوال وترتيب الاثار على الافعال و يفترق حال الكافر عن المسلم بوجوه اربعة ثم ذكرها واطال الكلام فراجع . ان شئت .

اقول فى تحليل المــــــــــــــــرام :

اولا ان هذا التعميم لم يعرف ممن قبله حتى يشمل الفاسق

كما لا يخفى كما صرح به ايضا العالم الجليل موسى بن جعفر فى
اوثق الوسائل ص ٥٦٠ فاين قوله تعالى (فتبوا) .

وثانيا : ان الاصلة فى الكائنات لاجل حكمة البارى جل
شأنه والله تعالى قال فى كتابه الحكيم ح

ولقد احسن كلشئ خلقه : حيث اثبتت الحسن فى ما خلقه
ونفى القبح عنه لان الاعيان افعاله تعالى على طبق ارادته
فيؤخذ باصلة الصحة ما لم يعرض لها ما يغير الطبيعة عن اصلها
وثالثا : ان مقتضى كون الطبايع على الصحة يلزم ان
يكون طبيعة الاقوال والافعال على الصحة لان الفعل والقول
من الانسان مخلوقان له بمقتضى الدواعى النفسانية مع علمه
بالصحيح والقبيح وليس فى نفس الافعال وطبيعة الاقوال ما
يوجب حملهما على الصحة كالأعيان .

والحاصل : انا لو سلمنا ما ذكره فى الخلقه لانسلم انه
يتأتى فى الافعال والاقوال لان طبيعتهما ليست مما يقتضى
صدورهما عن الفاعل بحيث يترتب عليهما اثارهما من الصدق فى
الاقوال والاثار الشرعية فى الافعال .

وتوضيح ذلك : انه يسئل هل بين الصحيح و
الفاسد من العقد نحن نجد فرقا من اجل طبيعة الالفاظ لصدورها
على نحو الصحة ليكون مورد اللاتر الشرعى .

فكذا هل بين فعل الصلوة واكل الربا من حيث طبيعة

الفعل يوجد فرقا لتوجيهه على وجه الصحة .
 والجواب عنهما (لا) لما ذا : لعدم وضع و توظيف فى
 الاقوال والافعال بحسب طبيعتهما النوعية حتى يقتضى صدورهما
 على هذا الوضع والتوظيف كما هو ظاهر كلام الكاشف قدس سره
 كما اشار الى ذلك ايضا المحقق فى اوثقه .
 نعم : ان الشارع رتب عليهما احكاما شرعية لان طبيعتهما
 تقتضى صدورهما على حسب ما رتب عليهما الشرع من الاثار .

مدركه فى الشك :

ومدرك كاشف الغطاء رحمة الله عليه فى اصالة الصحة فى
 جميع الاشياء من الاعراض والجواهر لا بد ان يكون هو الاستصحاب
 ولكن لو كان عبارة عن الغلبة (كما يظهر من قوله : على
 نحو ما غلبت عليه طبيعتها) ليشكل فيه من حيث الصغرى اى -
 يحقق الغلبة كذلك ومن حيث الحكم وهو العمل بالظن الحاصل
 منها لانه من الظنون المطلقة .

ووجه الاثق بان مراده هو الاستصحاب فى الاعيان وفى
 لفعل والقول هو ما دل من الايه والرواية فتأمل فانه لا يستفاد
 من كلامه كما لا يخفى .

الاصل بتقرير آخر :

وهو ان الاصل فى افعال المسلمين واقوالهم هى الصحة لاجل ان مقتضى التدين بدين والتسلم لاحكام شريعة هو بناء هذا المتدين فى جميع اقواله وافعاله على ما اقتضاه هذا الدين لاجل ان هذا مقتضى التدين فنفس الدين تكون مقتضية لذلك .
 ولكن المخالفة تنشأ عن الدواعى الخارجة .
 ففى مورد الشك يكون الاصل عدم وجود الداعى الخارجى .
 وفيه ان الايمان والتدين بدين معناه التصديق والاقرار بالحقانية فيما جاء به الدين وذلك الاقتضاء مسلم .
 واما احراز ان هذا المتدين بنائه ان يفعل او يقول على طبق الدين بحيث يكون الداعى له ذلك اى الدين فلا نسلمه وان كان له دخل فى الجملة .
 نعم يوجد اوئحدى من الناس يطابق قوله وفعله على ما فى الشرع من النظام القولى والفعلى .

الاختبار : والدواعى :

ومقتضى الاختبار والمشاهدات ان الفعل والقول الصادران

منه يكون من الداعى النفسانى لاسيما العاديات و مع التسليم لا يثبت اصل عدم المانع وجود المقتضى الا من العامل بالاصول المثبته فاصالة عدم صدور العقد فاسدا لا يثبت صحته .
 نعم الظاهر من الادلة ان المسلمين فى الامور الشرعية قولهم و فعلهم ما لم يتهموا يحمل على الصحة و ليس لازم ذلك القبول فى الوضع اى الملكية و الزوجية مثلا .

الاجماع القولى و العملى :

و يؤيد ذلك الذى قلنا الاجماع القولى المستخرج من تتبع فتاوى الفقهاء فى موارد كثيرة فانهم لا يختلفون فى ان قول مدعى الصحة فى الجملة مطابق للاصل . و ان اختلفوا فى ترجيحه على سائر الاصول كما ستعرف : هذا بيان شيخنا الانصارى قدس سره .

واما العملى قال ايضا : فلا يخفى على احد ان سيرة المسلمين فى جميع الاعصار على حمل الاعمال على الصحيح و ترتب آثار الصحة فى عباداتهم و معاملاتهم و لا اظن احدا ينكر ذلك .

(الاشكال عليه)

اقول : لا يخفى ان كلا الاستدالين لا يفيد ان القاعدة على

نحو الكلية المدعاة فى المقام مضافا الى ان الحمل على الصحة فى العبارة والمعاملة لاجل قرينية العبادة والمعاملة لان المسلم العاقل والمعامل فى المقامين يراعى مبانى الدين فيه و نظام الاجتماع المعاملى فى المجتمع لا ان طبيعة قوله وفعله تقتضى الصحة بنحو الكلى كما لا يخفى .

والتحقيق : انه هذا الاستدلال لاعوم فيه حتى ينفع فى موارد اختلاف الفقهاء فيها كما ترى من المحقق الثانى وظاهر العلامة من عدم اجراء اصالة الصحة قبل احراز اركان العقد لا لمكان المعارضة .

وظاهر جماعة ايضا تخصيص مفادها بالصحة عند الفاعل وهى ايضا غير نافع الا فى قليل من الموارد .

وظاهر جماعة اخرى معارضتها فى كثير من الموارد باصالة البرائة ونحوها بل وتقديمها على اصالة الصحة ومن المعلوم انه لا ينفع الحكم بالجريان بعد البناء على تقديم مثل اصالة البرائة عليها كما نص بتلك المطالب المحقق الاشتياني قدس سره ص ٢٠٣ ج ٢ .

الدليل العقلى :

واستدل ايضا بحكم العقل المستقل على انه لو لم يبنى على هذا الاصل لزم اختلال نظام المعاد والمعاش بل الاختلال

الحاصل من ترك العمل بهذا الاصل ازيد من اختلال الحاصل من ترك العمل بيد المسلمين مع ان الامام عليه السلام قال لحفص بن عياث بعد الحكم بان اليد دليل الملك ويجوز الشهادة بالملك بمجرد اليد انه لولا ذلك لما قام للمسلمين سوق فيدلء بفحواه على اعتبار اصاله الصحة فى اعمال المسلمين مضافا الى دلالة بظاهر اللفظ حيث ان الظاهر ان كل ما لولاه لزم الاختلال فهو حق لان الاختلال باطل و المستلزم للبطل باطل فنقيضه حق وهو اعتبار اصاله الصحة عند الشك فى صحة ما صدر عن الغير .

و يشر اليه ايضا ما ورد من نفي الحرج وتوسعة الدين و ذم من ضيقوا على انفسهم بجهالتهم وهذا الدليل تمسك به شيخنا الانصارى قدس سره من جملة الادلة .

تحقيق المقــــــــــــــــال :

غير خفى على المتأمل ان اختلال النظام الاجتماعى من حيث المعاد والمعاش غير لازم لاجل ان الامور جارية بلحاظ قبول قول ذى اليد وهذه مستثناة من الاختلال و كما فى باب - الطهارات والنجاسات وفى باب التذكية .

وايضا يستثنى منه (الاختلال) ما دل على ان كل ذى عمل

- وما دل على حجية خبر العدل من الآيات والروايات و
غيرهما من الأدلة يضيق أيضا دائرة لزوم الاختلال .
- وما دل على قبول الشهادة من الرجل أو المرأة في -
المقامات منفردا أو مع الانضمام كما عن حماد بن عثمان .
- قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول كان على عليه
السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعى وغيره :
- الكافي ج ٧ باب الشهادة ص ٣٨٥ .
- أما قبولها من المرأة فكما في الحلبي عن أبي عبد الله عليه
السلام إلى قال : شهادة الواحدة : (أي في الولادة) الكافي
ج ٧ ص ٣٩٠ س ١٥ .
- ومن هذا الباب قبول مدعى أداء الزكاة والخمس ومدعى
اختلال شرائط الوجوب .
- ومن الباب قبول وسماع قول الزوجة المستطبعة التي
الحج بحسب المال على عدم الخوف عليها وظنها السلامة مع
دعوى الزوج .
- وكذا دعوى إرادة الزوجة جنسا في فدية الخلع كما ذكره
في بابه .
- وكذا موارد قبول المرأة في الحيض والطهر والعدة ووجود
البلع وعدمه ودعوى الصغير الاحتلام والإيسر استعجال الشعر
في العانة بالدواء حتى يسلم من القتل .

وكذا موارد كل من يسمع قوله مع اليمين كل ذلك يوجب
عدم اللزوم .

والحاصل : انا لو استقصينا الموارد مضافا الى ما ادعى
من الاجماع بالخصوص فى باب العقود والايقات لكان لزوم
الاختلال غير موجود .

قال المحقق الآشتياني قدس سره ص ٢٠٣ ج ٢ :
بل قد يقال انه لا يلزم من ترك العمل باصالة الصحة
اختلال اصلا بعد فرض اعتبار اليد وكون تصرف المسلم محمولا على
الصحة من جهة ما دل على اعتبار اليد من الادلة الخاصة .
وانت خبير بانه كان من المتسامح عما قلنا من الموارد و
اقتنع على ما ذكر كغيره فى الاشكال .

ثم انه قدس سره تنظر فيما اورد من الاشكال وقال لو سلم
عدم الاختلال فى النظام المعاشى لكنه لا يربى فى اختلال نظم
المعاد منه فانه يلزم على تقديره عدم مشروعية الصلوة جماعة الا
خلف النبى او الامام عليهما السلام الخ .

ولكن هذا عجيب من هذا المحقق لان الاقتداء ليس منوطا
باصالة الصحة فقط حتى يلزم ما قاله بل هنا ادلة خاصة من
اشتراط العدالة ومن قوله عليه السلام : صلّ خلف من تشق
بدينه ومن كان محسنا فى القراءة فالمقتدى يحرز جواز الاقتداء
من تلك الناحية ولا يحتاج الى اصالة الصحة كما لا يخفى .

الاستنتاج :

ونستنتج من جميع ما ذكرنا عدم ثبوت اصالة الصحة بنحو الكلية وبطور الاطلاق مما استدل عليها وليست هى من الضروريات كما عن صاحب العناوين قدس سره نعم هى فى الامور الشرعية جارية .

ونعم الادلة دلت على عدم سوء الظن .
ونعم دلت على الحمل على كون قوله وفعله حسناً فى قبال القبح ولكنه اعم من الوضع اى الحكم بالملكية والزوجية و عليك بالتأمل لعل الله يحدث بعد ذلك امرا .

وهنا مطالب :

الاول فى معنى الحمل على الصحة فنقول ان الظاهر من الادلة هو الحمل على الواقع الذى احرزه الفاعل بالاجتهاد او التقليد وان لم يكن مطابقا للواقع حقيقة اى الشرعى الواقعى و ذلك لان التدين دخيل فى فعله ومن هنا يشكل الحمل عند جهل الفاعل بما هو صحيح او فاسد وان كان الحامل يدعى اطلاق الادلة من الحمل فى هذه الصورة ايضا فراجع .
وتوضيح ذلك ان نبنى فعله او قوله على كونه الواقع و

لكن بالنسبة الى نفس الفاعل ومعناه كون الواقع عنده ذلك و نتيجة هذا ان نقول هولم يخطأ ولم يكذب و نتيجة ذلك ايضا البناء على ان ما ذكر من القول وما فعل هو الواقع عنده سواءً كان واقعا فى الواقع او خطأ او نسياناً فعلى هذا يكون معنى الحمل المذكور هو رفع الائم والمعصية عن المسلم اى ان ما ترى منه من الفعل والقول لك ان تحمل على ما يحتمل الصحة و تحمل عليها مثلا : اذا رأيت احدا ياكل فى شهر رمضان فيتحمل ان يكون مسافرا وان لم يكن مسافرا فيحتمل ان يكون مريضا . ومثلا لو كانت امرأة احتمل كونها حايضا وامثال تلك -

الاحتمالات الموجبة لحمل الفعل على نحو الصحة .

ويستفاد ذلك الطرزما ورد فى قضايا اميرالدوئمين عليه السلام من انه ورد عليه قوم يأكلون فى نهار رمضان فسئلهم عن السفر والمرض ونحو ذلك من الاعذار فلما اقرّوا بانتفاء الكل قام فحدهم .

فتحصّل ان هذا المعنى هو الظاهر من حمل فعل المسلم على الصحة وهو الذى يتبادر الى الازهان ولعل المراد من قوله عليه السلام السابق نقله : ضع أمراخيك المسلم على احسنه اى على اجود المحتملات اذ لا يجب الحمل على الاحسن بمعنى التفصيل .

توضيح آخر :

وهو ان نقول ان المراد منه البناء على كونه وفق الواقع فعلا وقولا اى على طبق الشرع واقعا ونتيجة ذلك ترتيب جميع الاثار عليه فى نظر الغير ما لم يعلم خلافه تعبدا .

وهذا المعنى وان كان يمكن استظهاره من اخبار الباب الا انه غير معهود من الاصحاب اذ لم يجعل احد منهم فعل المسلم بمجرد وقوله دليلا على الواقع بمعنى كون صدور ذلك من المسلم كافيا فى الحكم فيما اشتبه حكم فى الشرع .

مثلا لو ترك فى الصلوة جزءا او احتقن بالماء فى شهر رمضان فان هذا الفرض من مشتبه الحكم شرعا ففعل المسلم لا يكون دليلا على صحته فى الواقع ولا يجوز التمسك بالسيرة الكاشفة عن تقرير المعصوم عليه السلام فى الفرض .

الخلاصة : التفسير الاول هو المراد بمقتضى المستفاد من ادلة الباب لان الاصحاب لم يقولو بكون القول او الفعل كاشفا عن الواقع مطلقا .

نعم قوله فى مقام التنازع لا يسمع لاجل التعارض الموجب للتساقط او التوقف لو لم يكن مرجح فلا يكون مورد التنازع و عدم العبرة بالقول قدحا فى اصالة الصحة لان باب التنازع ليس من

مصاديق القاعدة فهو مستثنى منها لاجل ان وجود التعارض يستلزم
عدم الترجيح بلا مرجح .

وباب الشهادة ايضا خارج عما نحن فيه لاجل وجود الدليل
على التعدد .

والحاصل : ان التوضيح الاول هو الظاهر من اصالة صحة
فعل المسلم .

ولكن الكلام يقع فى اجراء حكمه على الغير وهذا يحتاج
الى قاعدة اخرى بمعنى ان يكون قوله وفعله موضوعا للحكم من
الغير .

قاعدة اخرى : (فى كل مقام يكون فعل شخص
او قوله مسقطا عن الغير او حجة عليه) .

الظاهر من كلمات الاصحاب رضوان الله عليهم اشتراط-
العدالة فى كل مقام يكون فعل شخص او قوله مسقطا عن الغير
او حجة عليه او كان مؤتمنا على مال الغير او حقه من غير مالكة .
فان ترتيب الاثار فى هذه المقامات وامثالها من عدالة
الشاهد والقاضى والكاتب والمترجم وعامل الصدقة والمقوم للمال
والمقسم ونايب العبادات كلها عن حى او ميت باستنابة نفس
المنوب عنه او باستنابة وكيله وامين الحاكم على مال الايتام و
المجانين وعلى قبض الحقوق المالية ومنصوبه فى نظارة وقف او
فى وصاية . والوصى على مال الاطفال والمجانين .

ومفرق الحقوق المالية اذا دفع اليه المالك وعدالة امام الجماعة وغيره من الموارد .
 خبر (فان) يشترط فيها العدالة لا المصلحة بل يكفي الثقة المساوق في لسان الادلة بالعدالة المعروفة فيها كما لا يخفى و تفصيل الكلام في تلك المقامات وحق القول فيها موكول الى ابوابها بعناية الله تعالى .

اشكال و دفع :

اما الاول فهو ان الوكيل فيما يجوز فيه الوكالة كالعقود و الايقاعات و تطهير الثوب و نحو ذلك من قبض و اذن لا يشترط - عدالته مع ان فعله و قوله مبنى على الصحة مسقط عن الموكل بمعنى ان كل ما فعله فهو بمنزلة ما فعله الموكل فعلى هذا ينبغي اشتراط العدالة ايضا .

اما لثاني الدفع : فهو ان اشتراطها وان كان مقتضى القاعدة الا ان باب الوكالة خرج بالاجماع او من جهة اطلاق ادلتها : و تمام الكلام و حقه في بابها .

و مستند ما اوردنا من المقامات هو حكومة العقل بان الائتمان على من ليس بموثوق و تفويض الامور المهمة التي بهام نظام - الاجتماع خصوصا في مال الاطفال و القصر لا يجوز : هذا اولاً .

وثانيا : ورود الادلة الخاصة في كثير من هذه المقامات .
وثالثا : ان الفاسق ليس من اهل الركون اليه : والبحث
المشبع في غير المقام كما لا يخفى على الاعلام .
ولقد تم الحاق الكلام في اصالة الصحة حسبما اقتضى
الحال والله وليّ التوفيق و عليه التكلان والحمد لله رب العالمين
وصلّى الله على محمد وآله : من العبد الشيخ راضى النجفى التبريزى

عود الى المتن :

بعد ما اسلفنا من بيان اصاله الصحة نعود الى كلام -

المحقق قدس سره :

قال المحقق :

(المقصد الاول)

فى

(الاختلاف فى دعوى الاملاك)

وفيه مسائل : الاولى :

لوتنازعا عيناً فى يد هما ولا بينة قضى بينهما نصفين .

وقيل يحلف كل منهما لصاحبه : المتن .

يقع الكلام فى المقام فى الموضعين .

الاول : فى التنصيف .

والثانى : فى التحليف .

اما الاول : فنقول مستنده عبارة عن سندية اليدى التى

وقعت موضوعاً فى الحكم الاسلامى .

وبيانه ان اليد واصله يدى وان كانت عبارة عن الكف

الا انه ليس بمراد فى التركيبات التى وقعت موضوعاً للحكم بل

المراد على ما يساعده اللغة ايضا عبارة عن القدرة و السلطان

يقال مالك عليه يد اى الولاية وغيره من المعانى بالتوسع فى مفهومها العرفى كقولك : له يد بيضاء فى هذا الامر اى انه حاذق فيه . واليد العليا عبارة عن المعطية المتعفة و اليد السفلى عبارة عن السائلة او المانعة والحاصل ان الاستفادة من الاستعمالات هو المعنى الخاص من السلطة او الاستيلاء او الحوز والملك يقال هذا فى يد فلان اى فى حوزة وملكه قال الله الحكيم : الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة النكاح .

اذا عرفت هذا فاعلم ان المتفاهم العرفى المشاهد فى الاجتماع هو حكم العرف يكون اليد اصلا فى اختيار ذى اليد فيما يتصرف فيه ويعاملون معاملة السلطة والاختيار ويحكمون بالملكية لصاحب التصرفات كالبيع والاجارة والاعارة وكذا سائر تصرفاته من تخريب البيت وعمارته وكالركوب على الدالة او الحمل عليها والغرس والزرع فى الارض وامثاله والسلطنة بالهد بمعنى العضو لاتناسب تعلقها بالتمام والاستيلاء الحسى الكاشف عن السلطنة المعنوية ايضا لا يراد مع فرض المعارض .

نعم السلطنة بمعنى الملك المكشوفة من التصرفات الحسية هو المراد من قاعدة اليد .

ولكن الكاشف قد يكون تاما اذا كانت اليد مجردة ومنفردة اى بحيث لا يكون فى اصالة اليد مزاحم وانضمام وهذا دليل الملك بالتمام وقد يكون الكاشف غير مستقل كما فى تصرف الداية تعاقبا

مثلا حيث يركب هذا تارة وغيره اخرى وكالدارالتى يتصرف و يدخل فيها اثنان بنحو المعيته فان العرف فى هذه الصورة لا يحكم بالملك بالتام بل يستظهر كونها لمالكين وهذا المتفاهم - العرفى هو الذى جعله الشارع ملاكا للملك وامضاه فان كانت اليد مستقلة فيحكم بالتام وان كانت منضمة فيحكم بنقصان اليد ولا تكون دليلا على التام : لابعنى ان مع التعدد تكون اليد يداً على النصف كما لا يخفى .

ومما حققنا يظهر وجه الحكم بالتنصيف لعدم استقلال اليد ويدهما المنضمة بالاخرى كاشفة عن الملك لا بالتام وهذا هو التحقيق فى المسئلة .

نعم هنا رواية مرسله .

وهى : ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبى بينهما كما فى سنن البيهقى ج ١٠ / ٢٥٥ و رواه البغوى فى المصابيح عن ابى هريرة ورواه ابن ماجه وابوداود عنه : مضافا الى دعوى عدم الخلاف فيها بل تحقق الاجماعين بقسميه كما فى عباثر الاصحاب رضوان الله عليهم .

الموضع الثانى فى الاحلاف :

لا يخفى عليك ان اليد المنضمة التى تكشف عن ملك البعض تكون سندا وامارة للملكية الناقصة فيصبح كل منهما مالكا لبعض و

هو النصف فهما بالنسبة اليه كاليد المستقلة فلا مدعى و لا منكر حينئذ بحسب اليد الناقصة وعلى هذا لا احتياج الى الاحلاف و هذا ظاهر المحقق من قوله قضى بها بينهما حيث قابل هذا بقوله (قيل يحلف كل منهما لصاحبه) والتعبير يدل على الضعف .

واما سند الحلف على القول به لا بد من ان يكون هو عموم البية للمدعى واليمين على المدعى عليه مضافا اليه انه قول الاكثر بل المشهور على ما فى غاية المرام بل عن المسالك والكفاية لم ينقل الاكثر فيه خلافا .

وتقريبه : ان كل واحد منهما مدع لما فى يد الآخر ومنكر لما فى يده للآخر فاذا ادعى كل منهما على صاحبه النصف الذى فى يده وانكر صاحبه ذلك فيحلف .

هكذا : ان ليس له حق فيما بيده من النصف .

قال العلامة قدس سره وغيره يكفى الواحدة الجامعة بين النفى والاثبات فيقول : والله ليس له حق فى النصف الذى بيده لى او يقول (الكل لى وليس له حق كما فى شرح الارشاد للمحقق الاردبيلي قدس سره .

ثم الاحلاف هل هو من ناحية الحالف او الحاكم الظاهر ان طلب الحلف ان احتاج المقام اليه من الحاكم .

فقول المحقق قدس سره فى النافع بعد الحكم يكونها بينهما ولكل منهما احلاف صاحبه محل تأمل فتأمل .

والمختار كما اشرنا اليه عدم الاحتياج الى الحلف لانه مبني على تحقق المنكر ليشمل العموم ولقد قلنا وجود الامارة من اليد الناقصة على ملك البعض وان كان الاحتياط يقتضى الحلف كما لا يخفى خروجاً عن خلاف القائل به فانهم .

صور الحلف :

اقول : قبل بيانها ان الحلف انما هو لولم يكن هناك بينة فان كانت لاحدهما حكم له بها لان البينة حجة شرعية . و ان كانت لهما معاً فان امكن التوفيق بينهما وفق مثل ان قامت - البينتان بان العين الفلانية كانت الامس لزيد وقامت الآخرتان بانها الآن لعمر ووان كانت الاولى مطلقة والثانية مفصلة فيجمع بينهما بالحكم بكونها الآن لعمر وانه لا يلزم ح كذب احديهما و هذا ظاهر كما عن المحقق الاردبيلي قدس سره وهو كذلك وان لم يمكن الجمع بينهما بوجه اصلا .

الظاهر انه قضى لهما بها والتقسيم بينهما يكون بالنصف اذ لكل واحد يد وبينة فالعقل يحكم بالتساوى لعدم الترجيح و لا يمين ح فان اليمين فى عرف الشرع انما هى مع عدم البينة هذا ولكن مقتضى بعض الاخبار هو القرعة والحلف بعدها كالحكم للحالف ولكن الآن لم أتحقق المسئلة ولعله يجئ الكلام فيما

يأتى من الابحاث والله الموفق .

الصورة الاولى :

هى صورة عدم البينة وح يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه صاحبه مما فى يده لانه منكر بالنسبة اليه ولا يخفى انه لا يتعرض لاثبات ما فى يده اذ لا يمين على ما لادعوى فيه كما فى المستند للنراقى قدس سره وفى رواية اسحاق بن عمار ثل الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم وفى جملتها فان حلفا جميعا جعلتها نصفين .

الصورة الثانية :

هى ان يحلفا او تكلا وح قضى بينهما بالسوية من غير رد يمين على المنكول له لكفاية النكول فى الحكم كما مرفى مطاوى كلماتنا .

الصورة الثالثة :

هى ان يحلف احدهما ونكل الآخر بعده وح قضى بالجميع

للحالف من غير رد يمين اخرى عليه على ما قلنا من كفاية القضاء
• بالنكول

تنبيه :

هل يتخير الحاكم فى البدئة بينهما بالاحلاف او يقرع بينهما
فيه وجهان والظاهر ان الاحلاف من وظيفة الحاكم وجريان القرعة
فيه اشكال من حيث صدق الاشتباه مع وظيفة الحاكم او الابتداء
بالسابق بالدعوى او الابتداء بمن فى يمينه فتأمل .

وقال المحقق : ولو كانت يد احدهما عليها قضى بها
للمتشبه مع يمينه ان التمسه الخصم : المتن .
ظاهر المحقق قدس كفاية اليد فى الحكم من القضاء بالعين
له واليمين مشروطة بالتماس الخصم .

وقال المحقق الاردبيلى قدس سره فى المسئلة : قضى
له بها بيمينه على نفى مدعى خصمه فانه المنكر وخصمه المدعى
تمسكا بالقاعدة من كون البينة على المدعى واليمين على المدعى
عليه : انتهى كلامه .

وتفصيل الكلام ان العين لو كانت فى يد احدهما خاصة
يقدم قوله لكون اليد امانة على الملك ما لم يعارضها شئ ولكن
مع اليمين للرواية كما يأتى عن قريب .

فح لو طلب الحاكم البينة ممن يده خارجة فان اقامها -

فيحكم بها له لان البينة حجة شرعية فتقدم على اليد الظاهرة في الملك اى كونها اصلا فيه لا دليلا وللإجماع المدعى و ان اقاما كلاهما البينة حصل التعارض وحكمه اما التسايط او الجمع لو امكن او الترجيح كما يأتى تحقيقة فى كلام الماتن قدس سره : و فى رواية غياث بن ابراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختص اليه رجلان فى دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها ففضى بها للذى هى فى يده وقال : لو لم تكن فى يده جعلتها نصفين : الكافى ج ٧ ص ٤١٩ الخبر ٦ و يأتى الكلام فى هذا .

واما دليل توجه اليمين مع عدم التماسه او التماسه فيحتاج الى بيان ما يستفاد من الرواية وهى عبارة عن رواية ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عن منصور قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل فى يده شاة فجاء رجل فادعاها فاقام البينة العدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب فقال : ابو عبد الله عليه السلام حقها للمدعى ولا قبل من الذى هى فى يده بينة لان الله عز وجل انما امر ان تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الا قيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل نقلت كله للتبرك (ثل) الباب ١٢ / من ابواب كيفية الحكم الخبر ١٤ .

ومحل الاستشهاد :

هو قوله عليه السلام (و الا فيمين الذى هى فى يده) وصريحه

لزوم اليمين ولكن عبارة المصنف قدس سره تدل على التعليق كما
 عرفت ولكن فى النافع قال قضى للمتثبت وللخارج احلافه مضافا
 الى انه لعل اليمين لترجيح من له يد .

وعلى هذا ليس توجه اليمين من باب المدعى والمنكر كما
 هو ظاهر العبائر فتأمل .

قال : لو كانت يدهما خارجة فان صدق من هى فى يده
 احدهما احلف وقضى له : المتن .

توضيحه : انه اذا كانت العين بيد ثالث فان
 صدق ذلك الثالث احدهما صار هو ذا ليد فيكون مدعى عليه -
 بالنسبة الى الآخر والمراد (بالمدعى عليه) هو كل من يوافق قوله
 حجة شرعية وهو المقر له وذلك لان اقرار ذى اليد له حجة له
 فى ملكية العين فيكون هو المدعى عليه .

وبعبارة اخرى : حكم بان العين لمن يصدقه منهما و
 انها له مع يمينه وح يكون المصدق له هو المتصرف وهو ذواليد
 وهو المنكر ويكون الآخر هو الخارج وهو المدعى .

والحاصل فالقول قول المقر له مع يمينه لكونه منكرا ولاجل
 الرجحان الظاهر وصدق المتصرف فتأمل .

احلاف المقر :

لما اقر وصدق واحداً منهما يكون للأخر احلاف ذى اليد

المقرّ .

وهل يحلف على البت كما عن الجواهر لاجل كون الدعوى متعلقة متوجهة اليه او يحلف على نفي العلم بكون العين له ان ادعى الآخر العلم كما فى كشف اللثام وعن شيخنا الانصارى .
الظاهر هو الثانى وذلك لاجل ان الدعوى متعلقة بغير فعل المدعى عليه اعنى المقرّ وهو ملكية العين لهذا او ذاك - فليس له الاحلاف على عدم الملكية بل على عدم العلم بها .
والسرفى ذلك ان ذا اليد اذا لم يكن مدعيا لملكية ما فى يده كان نفيه للملكية او اثباتها لها نفيًا واثباتا متوجها الى فعل الغير بحسب المعنى كنفى الوارث الانتقال المسبب عن فعل المورث فانه فى الحقيقة نفى لفعل الغير كما عن المحقق الرشتى قدس سره .

وفى القواعد للعلامة قدس سره ولو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما : الايضاح (ج ٤) المقصد السابع ص ٣٢٩ س ١١ .

قال الفخر قدس سره : فى قوله (منهما) اى من ذى اليد على انها (العين) ليست للآخر ولا يخفى ان المراد من ذى اليد هو المقرّ : او على انه لا يعرف للآخر على اختلاف الرايين (اشارة الى ما قلنا من البت وعدم العلم) (ومن) المدعى على انه له و المراد بتفسيره هو الآخر الذى لم يقر له ولكن مع عدم البينة يصل

النوبة الى يمين المقر له المدعى عليه المنكر فلا وجه لارجاع الضمير اليه .

ولذا قال فى كشف اللثام للفاضل الهندى قدس فى قوله (منهما) اى الثالث اى ذى اليد . ومن يصدقه اى المقر له المنكر وكما عن المحقق الرشتى قدس سره ثم قال وهذه عبارة اخرى عن ان له احلافهما .

وما عن الجواهر من عدم مدخلية يمين المصدق فى الحكم بها غير وارد .

وفى المسالك :

وثالثها ان تكون فى يد ثالث فذواليد من صدقه الثالث كما عن الدروس ايضا وعليه اليمين للآخر فان امتنع حلف الآخرو اغرم القيمة .

وظاهره كفاية يمين الثالث كما هو ظاهر المتن ايضا كذلك (بقوله احلف) وليس فيه اشعار بحلف المقر له فتأمل : فان لزوم اليمينين يحتاج الى دليل .

تنبيه : مدرك حجية الاقرار فى المقام :

لا يخفى عليك ان سندية الاقرار بشى لغيره ليس عموم اقرار العقلاء على انفسهم جايز لان الثابت من عمومه ليس الانفوذ على نفسه لاثباته للغير بل لقاعدة (من اقر شيئا فى يده لاحد فهو له)

لما يستفاد من اخبار باب الاقرار وغيره كمرسلة جميل في رجل اقرانه غصب رجلا على جاريته وقد ولدت الجارية من الغاصب قال ترد الجارية وولدها على المغصوب اذ اقر بذلك او كانت له بيبة : نقلت الرواية من المستند من القضاء في ضمن المسئلة الثالثة في يد ثالث .

قال المحقق : وان قال هي لهما قضى بها بينهما -
نصفين واحلف كل منهما لصاحبه .

الظاهر ان تلك المسئلة كمسئلة ما كانت في يدهما معا .
ولكن في الحلف على ما عرفت من المناقشة .

قال في المسالك ولو صدقهما فهي لهما بعد خلفهما او نكولهما ولهما احلافه اى الثالث ان ادعى علمه لفائدة الغرم مع اعترافه لا القضاء بالعين انتهى كلامه قدس سره .

ثم لا يخفى ان حكم المصنف فيما كانت في يدهما معا بالنصف بينهما وتمريضه الحلف ينافى ما هنا من التنصيف مع حلف كل منهما لصاحبه لان مع التصديق يصر كل منهما ذا اليد فلا وجه للحلف الا ان يقال بالفرق بين اليدين من حيث الثبوت واقعا وبين الثابت بالاقرار فتأمل .

وان نكل احدهما وحلف الاخر كان الكل للآخر واليمين تذهب بالحق فلا غرامة للثالث فتأمل .

قال المحقق : ولو دفعهما اقرت في يده : المتن .

لانه اما هو مالكة او انه امانة فى يده والمراد من الدفع انكارهما بان قال ليس لاحد كما اصلا سواء قال (لى) او لفلان
 ام لا .

نعم لو ادعيا علمه بانه لهما فلهما الاحلاف وان نكل الدافع يمكن كون العين بينهما بالتحالف وبدونه كما اذا كانا متشبهين
 فـرع : ولو قال ليست لى ولا اعرف صاحبها او هى لاحد كما ولا اعرف بعينه اقرب بينهما كما فى القواعد -
 للعلامة قدس سره على ما فى الايضاح ج ٤ ص ٣٨٠ .

ثم قال : لتساويهما فى الدعوى وعدم البينة ولو كان لاحدهما بينة حكم له بها وحلف للآخر الخ .
 وفى التحرير وكشف اللثام للفاضل الهندى فمن خرجت باسمه حلف وكانت له وان نكل حلف الآخر . وان نكلا قسمت بينهما .

ثم قال اى الفاضل الهندى قدس سره والوجه عندى التحالف وفاقا للتذكرة فان حلفا او نكلا كانت بينهما والافللحالف انتهى كلامه .

والظاهر هو ما عليه العلامة فى القواعد لكون المقام مما اشتبه ولكن مع القول بالقرعة لا احتياج للحلف كما فى التحرير لانها معيار القضاء فتأمل .

فما عن صاحب الجواهر قدس سره من عدم الوجه للقرعة

بعد ظهور الأدلة في التنصيف مع التساوي في السبب المقتضى
للملك انتهى محل الحاجة .

غير مستقيم : لعدم السبب المقتضى للتساوي حتى يكون
مصداقا للدلة الحاكمة للتنصيف كما اشار الى فساد قوله المحقق
الاشتياني قدس سره ص ٣٦٤ من كتاب القضاء .
قال المحقق :

(الثانية) اي المسئلة الثانية :

يتحقّق التعارض في الشهادة مع تحقّق التضاد . مثل ان
يشهد شاهدان بحق زيد ويشهد آخران ان ذلك الحق بعينه
لعمروا ويشهدا انه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوة ويشهد آخران
بيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت ومهما امكن التوفيق بين
الشهادتين وفق : المتن .

اقول ينبغي التعرض لتحقيق التعارض وما قيل في قبالة
من التكاذب حتى نصل الى ما في المتن .

لا يخفى ان التعارض عبارة عن تنافي مدلول الدليلين
ولسانه ح اعم من التضاد والتناقض ونستنتج من ذلك انه لو
شهدت احدي البينتين بان هذا المتاع مال زيد في الامس و
شهدت الاخرى بانه مال عمرو في الحال لم يكونا متعارضين -
لعدم وحدة الموضوع الذي هو شرط في تحقّق التعارض ولا مكان
صدقهما فان الشهادة على الملك في السابق كالامس تدل على

الملك الآتى بالظهور اذا الظاهر البقاء على حاله والشهادة على
الملك الفعلى تدل بالنص وتقدم النص على الظاهر ظاهر .
واما لو شهدت كل منهما بملكيته لكل منهما فى زمان خاص
لتحقق التعارض لوحدة الموضوع .

تنبيهه : نعم لو كان التنافى فيما وصل عن الرسول
صلى الله عليه وآله وما وصل عن امناء الوحي وقرناء القران -
الائمة المعصومين عليهم السلام الذين علمهم من علمه صلى الله
عليه وآله من باب انفتح منه الف باب وليس من السنخ التحصيلي
بل من العلم الحضورى الذى يتحقق بانتقال ما اوحى اوبالهام
وقرغ السمع ولقد اشرنا الى بعض ما يتعلق بالمقام من العلم فى
كتابنا (المحاورات الاصولية) المطبوع فراجع .

خبر لو كان لا يمكن الجمع بينهما يجعل احدهما قرينة للآخر
لكون اجمعهم بمنزلة متكلم واحد بخلاف ما لو كان الدليلان فى
كلامين لمتكلمين الذين لا دخل لاحدهما بالآخر كما فيما نحن فيه
ونستنتج من ذلك انه لا معنى للجمع بينهما بما اشرنا بحمل احدهما
قرينة على الآخر ولكن يمكن الجمع بينهما بلحاظ مستندهما كما
ياتى البحث عنه انشاء الله تعالى شأنه .

واما التكاذب :

فنسبوه الى العلامة فى القواعد وانه صرح بان التكاذب غير

التعارض وكون الحكم فيه التسايط وتكلموا على ما هو المحكى عنه
فى قواعدہ .

فينبغى لنا نقل كلامه بعينه من قواعدہ وما وجهه ابنه
فخر المحققين ولده الكريم حتى ينكشف حقيقة المرام .
قال العلامة فى القواعد : فى ج ٤ من الايضاح ص ٤٠٨
من الطبع الجديد .

و اذا تكاذبت البيئتان صريحاً مثل ان تشهد احديهما على
القتل فى وقت .

وتشهد أخرى بالحيوة فى ذلك الوقت فالاقرب التسايط
انتهى مورد الحاجة .

قال : الفخر قدس سره فى الصفحة المذكورة : اقول
المراد بالتكاذب الصريح ان لايتأتى الجمع بينهما وان لا يقدر
فيه تأويل كما اذا شهدت بيئة على القتل فى وقت معين والاخرى
على الحيوة فى ذلك الوقت فان توهم الجمع بضرب من التأويل
فليس ذلك بصريح التكاذب وذلك كما اذا شهدت هذه على ملك
زيد وهذه على ملك عمرو فانه يمكن ان يقال عرفت كل واحدة
منهما سببا كسراء او وصية واستصحبت حكم الذى عرفته .

وكما اذا شهدت انه اوصى بهذه العين لزيد . وهذه
على انه اوصى بها لعمرو فانه ربما اوصى بها مرتين .

اذا عرفت ذلك فنقول : قيل بالتسايط للقطع بكذب

احديهما اذا لم يمكن الجمع وهو صريح التكاذب والعمل بالقسمة
او القرعة مع امكان الجمع لامكان صدقهما : وقيل بالقرعة فى
الاول لامتناع الجمع ولامتناع الترجيح والتساقط فيه اعمال -
للكاذبة من وجه وهو ابطال الاخرى فان كل واحدة لا تبطل
بذاتها بل بسبب الاخرى فاسقاطهما يشتمل على العمل بهما
من وجه لكن الكاذبة لا يمكن العمل بها اصلا .

والاقوى عندى التساقط لان اجتناب الكاذبة واجب قطعاً
ولا يتم الا باجتنابهما وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى
كلامه تماماً رفع مقامه .

وظاهر العلامة من التكاذب يحمل على ان المراد منه
كون احدى البينتين ناظرة الى نفي ما شهدت به الاخرى و
تكذيبها فيما شهدت به من غير ان يكون مقصود اثبات شى فح
التساقط ظاهر لا بطباقة على ما فرعه العلامة قدس سره .

عود الى شرح المتن — : قوله ان امكن التوفيق
كما فى مثال الشهادة على الملك فى الامس والشهادة على
الملك الفعلى فيقدم الثانى لكونه نصا والاول ظاهرا فى بقاء
الملك كما لا يخفى وان لم يمكن التوفيق كأن شهدت البينة بان
هذه العين لزيد وشهدت الاخرى بعمر ومثلا .

وهذا قد تكون العين فى يدهما او فى يد احدهما او
فى يد ثالث او لا يد لاحد عليها .

الصورة الاولى :

ان تكون فى يدهما ففيها يقضى بها بينهما نصفين و سند القضاء كذلك عبارة عن روايات خاصة مضافا الى نفي الخلاف فى اصل الحكم كما فى المسالك مع كونه الاشهر كما فى الرياض تساوت البينتان عددا وعدالة واطلاقا وتقييدا و اختلفت بل لاجل ذهاب جماعة ممن تأخر الا نادرا ثم نقل خلاف المهدب و به قال جماعة من القدماء فخصوا ذلك بما اذا تساويا فى الامور المتقدمة من العدد والعدالة و حكموا مع الاختلاف فيها لارجحها واختلفوا فى بيان المرجح لها الى آخر كلامه فراجع .

وقال المحقق الاردبيلى قدس سره : ان الحكم مستند الى التساوى اذ لكل واحد يد وبينة فالعقل يحكم بالتساوى لعدم الترجيح ولايمين لان اليمين فى عرف الشرع انما هى مع عدم البينة ثم قال ولكن فيه تأمل لان مقتضى بعض الاخبار هو القرعة والحلف بعدها فالحكم للحالف كما سيجئ و لانه - ينبغى ان يكون التنصيف على تقدير الصحة فيما اذا لم يكن الترجيح بين البيئات اصلا بالكثرة والعدالة والبعد عن التهمة ونحو ذلك من الاسباب المرجحة التى جعلوها فى الاصول مرجحا كترجيح الرواية ويدل عليه العقل والنقل من الاخبار .

ثم لا يخفى انه اطال الكلام فى المقام بالنقل والاستظهار

فراجع تمامه : ويأتى ما هو بنظرنا فى المقام .
 علل الماتن الحكم وقال : لان يد كل واحد على النصف
 وقد اقام الآخربينة فيقضى له بما فى يد غريمه : المتن : و
 مستنده تقديم بينة الخارج فقضى لكل واحد بما فى يد صاحبه
 كما فى المسالك وهذا هو الاشهر كما مر .

اما الروايات الخاصة :

فمنها ما فى (ئل) الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم : عن
 احمد عن ابن فضال عن ابي جميلة عن سماك بن حرب عن
 تميم بن طرفة : ان رجلين عرفا (ادعيا) بعيرا فاقام كل واحد
 منهما بينة فجعله اميرالمؤمنين (عليه السلام) بينهما ورواه الصدوق
 عن ابن فضال ورواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد : قوله
 (عرفا) فسر بانهما احضراه عرفه وكان فى يدهما كما فى المستند .
 ولا يخفى انه لا اشارة الى الحلف فاطلاقه ينفى الحلف .
 ومنها : رواية غياث بن ابراهيم عن ابي عبد الله عليه
 السلام : ان اميرالمؤمنين (عليه السلام) اختصم اليه رجلان
 فى دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى
 يده وقال لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين : (ئل)
 الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم .

قال فى المستند فانه اعم من ان يكون فى يدهما بل
صرّح بعضهم بان المراد انه لولم يكن فى يده فقط بل يكون
فى يدهما انتهى محل الحاجة .

وظاهر صدرها ان اليد مرجحة وعلى هذا تكون اليدين
ايضا كذلك فتأمل .

وجزم شيخنا الانصارى على نقل تلميذه المحقق الاشتيانى
قدس سرهما بان السبب فيه اى الحكم بالتنصيف ما هو المشهور
من تقديم بينة الخارج لا التسايط ولا تقديم بينة الداخل انتهى
كلامه ص ٣٤٤ .

ومنها : المرسل عن اميرالمؤمنين عليه السلام النهوى فى
المستدرک للمحدث النورى قدس سره الباب ١٠ من ابواب كيفية
الحكم وفى ضمنه (فاما ان كان فى ايديهما فهو فيما بينهما
نصفان) .

ومما ذكرنا يظهر لك ان الملاک فى الحكم بالتنصيف لاجل
تلك الروايات فما اطالوا الكلام فى المقام كما لا يخفى على المتتبع
المستظهر غالباً استظهارات فى مقام الثبوت بحيث لا يحصل
الاطمينان فى مقام الاثبات والله العالم بحقايق الاحكام .

الخلاف فى المسئلة :

لا يخفى عليك انه يوجد الخلاف فيها فى مقامات اربعة و

نحن نشير اليها على نحو الاختصار حتى تكون على ذكر منها .
 الاول فى اطلاق الحكم بالتنصيف بالاضافة الى البيئات
 فان الحكم به فى غير صورة تساوى البيئات لايجرى والخلاف
 فى ذلك على ما فى عبارة الفقهاء من جمع من القدماء والاولى
 الرجوع الى كلماتهم حتى يتضح الخلاف : و من المهذب من
 المتأخرين .

ونستنتج من ذلك تخصيصهم الحكم بما تساوت البيئات فى
 الامور المرجحة من الاعديته والاكثرية وذكر السبب فحكموا مع
 الاختلاف فيها لارجحهما .

ثم انهم اختلفوا فى المرجح ايضا فعن المفيد اعتبار الاعدية
 هنا خاصة وعن الاسكافى هو محمد بن احمد الجنىدى ابو على
 الكاتب وجه فى اصحابنا اعتبار الاكثرية خاصة وعن المهذب
 اعتبار الاعدية فالاكثريه وعن ابن حمزه اعتبار الاعدية او الاكثرية
 او بالتقييد بالسبب وعن الديلمى اعتبار المرجح من غير بيان له :
 قال فى المستند للثراقي قدس سره ولا دليل على شىء منها
 سوى ذيل صحيحة ابى بصير المرجحة للاكثرية فقط وهو قضية
 فى واقعة لا يصلح دليلا لشيء من تلك الاقوال الخ .

لا يخفى عليك ان من مساعدة التوفيق الرجوع و الفحص
 عن كلماتهم حتى يتضح المرام فيما قالوا فى المقام وان كان يكفى
 للفقهاء الدقة فى المدرك ثم الحكم لان تراكم الاقوال قد توجب

الخفاء في احراز ما هو المستفاد منه فتأمل .

الثانى :

من الخلاف هو فى اصل الحكم من التنصيف و المخالف فيه هو العماني كما حكى كما فى المستند فان اطلاق كلامه يقتضى لزوم القرعة هنا ايضا و تقديم من اخرجته و دليله اخبارها .
 ولكن العمل بها او لا يحتاج الى جابر .
 و ثانيا انها جارية فى قضايا فى وقايح .
 و ثالثا ان مع وجود الدليل الذى يوجب الفيصلة لا تجرى القرعة .

الثالث :

من الخلاف هو الخلاف فى سبب الحكم بالتنصيف .
 فقيل هو تساقط البينتين فيكون كما لا بينة فيه .
 وقيل : لان لكل واحد منها مرجح باليد على نصفها فيبنى على ترجيح بينة الداخل .
 وقيل : لترجيح بينة الخارج فيقضى لكل واحد منهما بما فى يد صاحبه .
 الثمرة فى ذلك : و يظهر الثمرة فى ثبوت اليمين فانها تثبت لهما على القول بالتساقط ولكن لا يمين على الاخيرين .

ولا يخفى ان هذه الوجوه تخمينات وحسابات ذهنية فى المسئلة والحال ان المسئلة مستخرجة من العمومات و الاخبار الخاصة والفقيه تابع للدليل فما هو مدلوله فهو الحكم لا من التصور المحض شكر الله مساعيتهم .

الرابـع :

الخلاف فى لزوم اليمين وعدمها .
فالمشهور عدم الاحتياج الى اليمين لاطلاق الروايات المنتقمة وسند الاحتياج اليها هو رواية اسحق بن عمار المروية فى (ثل) الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم من القضاء : فلا بد من البحث فيها فان تم الاستدلال بها فلا مناص من اليمين ولو لاجل التعبد والا فلا تكون سندا لليمين .

فى الكافى ج ٧ من الطبع الجديد ص ٤١٩ الحديث الثانى من الباب ونقلها (ثل) ورواه الشيخ قدس سره ايضا باسنادهما عن اسحق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفها على عليه السلام فحلف احدهما و ابنى الآخر ان يحلف ففضى بها للحالف فقيل له فلوم تكن فى يد واحد منهما فاقام البينة قال : احلفها فافيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتها بينهما

نصفين .

قيل : فان كانت في يد احدهما واقاما جميعاً البينة .
 قال : اقضى بها للحالف الذي هي في يده .
 اقول : ان الرواية من حيث وجودها في الكافي وغيره
 من الكتب المعتبرة لاشكال فيها ولولا جل التعبد الا انها تخالف
 القواعد كما عن المحقق الاشتياني قدس سره ص ٣٦٩ قال :
 والوجه في عدم اعتباره في نفسه مضافا الى عدم صحته
 وعدم حصول الوثوق منه .

مخالفة للقاعدة الثابتة بالاجماع والنصوص المستفيضة بل
 المتواترة من عدم سماع بينة المنكر في مقابل بينة المدعى والخبر
 وان كان اخص منها الا ان رفع اليد عنها بمثله لا يجوز جداً لما
 قد عرفت غير مرة ان رفع اليد عن القواعد المسلمة بمجرد ورود خبر
 على خلافها ما لم يجبر بالعمل وتمسك الاصحاب لا يجوز قطعاً
 فضلا عن اعراض المعظم عنه في مثل المقام فلا بد من طرح الخبر :
 انتهى كلامه رفع مقامه .

صاحب الجواهر قدس سره :

قال بعد نقل الخبر : الا انه خبر وفي سنده ما فيه و
 المشهور نقلا وتحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيدا لمادل مما تسمعه

(و الذى ينبغى ان يقال)

من النصوص وغيره على التنصيف بدونه : الخ كلامه والمراد من النصوص هى التى فى الباب ١٢ من كيفية الحكم من (ثل) كما نقلنا بعضا منها .

والذى ينبغى ان يقال فى المقام هو اتمام المسئلة بالصلح (والصلح خير) كما لا يخفى فافهم .
وكيف كان لا تخلو المسئلة عن تأمل والاولى التحليف عملا بظاهر رواية اسحق بن عمار لاجتماع التخصيص فيما اسفلنا من الروايات والله العالم .

الصورة الثانية :

وهى كون العين فى يد احدهما .

قال المحقق : وفى الثانى يقضى بها للخارج دون -

المتشبه ان شهدتا لهما بالملك المطلق : المتن .

اعلم ان المراد من الخارج هو الذى يوافق كل اصل ودليل شرعى والداخل خلافه فليس المراد بالداخل خصوص ذى اليد وبالخروج خصوص غيره بل ما يعم مدعى الصحة فى العقد مثلا : كما عن شيخنا الانصارى .

ثم ان المسئلة ذات اقوال ذكر صاحب المسالك اربعة و صاحب المستند تسعة قال المسالك لافائدة فى باقى الاقوال

في المسئلة .

الاول ترجيح بينة الخارج مطلقا اى سواء شهدتا بالملك المطلق ام المقيد بالسبب ام تفرقتا بان شهدت احديهما بالملك المطلق والاخرى بالمقيد ذهب الى ذلك الصدوقان و سلار و ابن زهرة وابن ادريس والشيخ فى موضع من الخلاف لكن الصدوق قدم اعدل البينتين ومع التساوى قدم الخارج كما فى المسالك .

وسند ذلك القول قوله صلى الله عليه وآله : البينة للمدعى واليمين على من اكرر (المدعى عليه) .

وتقريب الاستدلال انه جعل لكل واحد من المدعى و المنكر فى مقام الدعوى حجة فكما لاييمين على المدعى لابينة على المدعى عليه والتفضيل قاطع الاشتراك . هذا اولاً .

وثانيا ان المسئلة مما ادعى عليه الاجماع كما عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط كما فى المستند والجواهر بل عن الاول والاخير نسبة الحكم فى المسئلة الى اخبار الفرقة .

وثالثا : سندها رواية (ثل) الباب ١٢ من ابواب كيفية -

الحكم ، محمد بن حفص عن منصور عن الصادق عليه السلام قال : قلت له رجل فى يده شاة فجاء رجل فادعاها و اقام البينة العدول انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع . وجاء الذى فى يده البينة مثلهم عدول انها ولدت عنده ولم يبع ولم يهب

قال : ابو عبد الله عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذى فى يده بيعة لان الله عز وجل امر ان تطلب البيعة من المدعى فان كانت له بيعة والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل : اول السند ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص : اقول ابراهيم بن هاشم القمى من اصحاب الرضا ابواسحق اصله كوفى انتقل الى قم .

وفى الخلاصة للعلامة قدس سره لم افق لاحد من اصحابنا على قول فى القدح ولا على تعديل بالتنصيص بالعدل والروايات عنه كثيرة والارجح قبول قوله .

واما محمد بن حفص فالظاهر انه ثقة لرواية الثقات عنه .
واما منصور فبقريته رواية الثقات عنه انه الثقة ويؤيده نقل الشيخ وغيره فى كتابه .

فالرواية بحسب الظاهر لا اشكال فيها .

اقول لما كانت المسئلة ذات اقوال وذات روايات فينبغى لتحقيق المقال فى بقية الاقوال وذكر سندها ثم النظر العميق فيما يتحصّل من مجموع الروايات لان الحكم هو مدلول الدليل فنقول .

الثانى من الاقوال هو ترجيح قول ذى اليد مطلقا و هو قول الشيخ فى كتاب دعاوى من خلاف كما فى المسالك وهذا هو الذى قال الماتن (بعيد) فى المتن فتأمل فان تشخيص هذا

من الشيخ يحتاج الى العناية الى العبارة فى كتابى البيع و
الدعاوى .

وسند هذا القول هو رواية جابران رجلين اختصما عند
رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى دابة او بغير فاقاما كل
واحد منهما البينة انه انتجها فضى بها رسول الله للذى هى
فى يده : والرواية منقولة فى سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦ .
ورواية : غياث بن ابراهيم عن الصادق (عليه السلام)
ان اميرالمؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة و
كلاهما اقام البينة انه انتجها فضى بها للذى هى فى يده و
قال لولم يكن فى يده جعلتها بينهما نصفين : ثل الباب ١٢
من ابواب كيفية الحكم .

ولا يخفى ان الشهيد الثانى ضعف الخبرين بكون الاول
عاميا والثانى بغياث بن ابراهيم حيث انه بترى ولكنه على ما
يتراى من الرجال ثقة وروى عنه عدة من الثقات الاثبات فلا
اشكال فيه فراجع (جامع الرواة) تجد ما قلنا : ولكنه موافق لعدة
من اصحاب الشافعى وغيره .

الثالث : ترجيح الداخل ان شهدت بينته بالسبب سواء
انفردت به ام شهدت بينة الخارج به ايضا : وتقديم الخارج
ان شهدت بالملك المطلق او انفردت بينته بالسبب وهذا القول
اختاره المصنف وقبله الشيخ فى النهايه وكتابى الاخبار وتلميذه

القاضي وجماعة .

وسند هذا التفصيل هو العناية بجمع الاخبار التي دل بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب وبعضها على تقديم الخارج وهو محمول على ما اذا اطلقنا واختصت بينة الخارج - بالسبب بطريق اولي كما ان تقديم بينة الداخل مع بيان انفرادها بالسبب ثابت بطريق اولي لورود النص على تقديمهما مع اشتراكهما في السبب .

الرابع : ترجيح الاعدل من البينتين او الاكثر عدداً مع تساويهما في العدالة ومع التساوي يقضى للخارج و هو قول المفيد عليه الرحمة وقريب منه قول الصدوق حيث انه قدم الاعدل من البينتين ومع التساوي الخارج .

وسند هذا القول رواية ابي بصير قال سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي القوم فيدعى دارا في ايديهم فيقم الذي في يده الدارانه ورثها عن ابيه لاندرى كيف امرها فقال اكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه .

وذكران علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت لهؤلاء البينته انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء البينة بمثل ذلك فقضى بها لاكثرهم بينة و استحلفهم الخ .

واستفيد منها الترجيح بالعدد مع تشبث احدهما و خروج

الآخر .

وتحقيق المقال حسبما يقتضيه حال الادلة ان ماهويدل على المقصود بدلالة القول واللفظ مقدم على ما يدل عليه بالفعل لان الدلالة بالقول اظهر وهو مقدم على الظاهر . ونستنتج من ذلك ان رواية منصور المتقدمة بقوله عليه السلام لا اقبل الخ من الاظهر من رواية جابر بناءً على العمل بها وكذا رواية غياث بن ابراهيم لانهما حاكيان عن العمل . ثم ان نتيجة (كما يأتي في الصورة الثالثة) ما ذكرنا تقديم بينة الخارج في صور ثلاث الاولى ان يشهد كل من البينتين بالملك المطلق .

الثانية ان يشهد كل منهما بالملك المسبب .

الثالثة ان يشهد بينة الخارج بالمسبب والداخل بالملك

المطلق .

ولا يخفى ان النسبة بين الاخبار تباين كلي فعلى تقدير التخيير بينها لم يبطل ما تضمن رواية منصور وعلى تقدير التسايط ايضا لا يبطل حيث ان القاعدة المستفادة من قوله عليه السلام البينة للمدعى واليمين على من انكر عدم الاعتناء بما عن ذى اليد كما لا يخفى فتأمل فان المسئلة غير منقحة .

قال المحقق : وفيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد :

المتن .

وذلك : تقديم بينة الداخل ولكنه بعيد ووجهه ان ذكر
القول لا يدل على الاختيار بل هو للاشارة الى ذلك كما يعلم
بالمراجعة الى كتابه البيع وكتابه دعاوى .

قال المحقق : ولو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد
لقضاء على عليه السلام فى الدابة وهذا القول هو المحكى عن
الشيخ فى كتابى الاخبار وقيل انه ظاهر النهاية ايضا فراجع لانه
لازم .

وسند هذا هو قضاء على عليه السلام كما فى خبر اسحاق
عن ابي عبدالله عليه السلام المروى فى (ئى الباب ١٢ من ابواب
كيفية الحكم) ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين (عليه السلام)
فى دابة فى ايديهما الى ان قيل له : فان كانت فى يد
احدهما واقاما جميعا بينة .

قال : اقضى بها للحالف الذى هى فى يده : و خبر
غياث فى الباب وهذا الخبر اى الاسحاق مشتمل على الحلف و
المسئلة هنا مطلقه فتأمل .

وقيل : يقضى للخارج لانه لابينة على ذى اليد كما لا
يمين على المدعى عملا بقوله (صلى الله عليه وآله) واليمين على
من انكر والتفصيل قاطع للشركة وهو اولى : المتن .

وسند هذا القول عبارة عن رواية منصور المروية فى الباب ١٢
من كيفية الحكم .

قال المحقق : اما لو شهدت للمتشبث بالسبب وللخارج بالملك المطلق فانه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج ونساجة الثوب الكتّان او يتكرر كالبيع و الصياغة :
المتن .

الظاهر ان وجه هذا ان السبب صريح فى الملكية بخلاف الملك المطلق المتحمل فيه الاحتمالات فح يقوى قوة البينة وهذا القول محكى عن الشيخ فى النهاية وكتايب الاخبار وعن القاضى والفاضلين والشهدين .

ولعل يكون سند هذا ايضا ما عن عبدالله بن سنان عن ان امير المؤمنين عليه السلام كان اذا اختصم الخصمان فى جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الآخر انه انتجها فكان اذا اقاما البينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده : المروى فى ئل الباب ١٢ من ابواب الحكم : لدلالة قوة انتاج على الشراء فتأمل .

وقيل : بل يقضى للخارج وان شهدت ببئنته بالملك المطلق والاول اشبه : المتن .

اي اشبه بقواعد الشرع المقتضية لحجية البينة من الطرفين المدعى والمنكراذ تعيين اليمين على المنكر من باب التخفيف لانه الجامد كما فى الخبر فيشكل اقامة البينة على الجامد فلا يمنع ذلك من قبولها ان اقام مضافا الى ترجيح بينة المنكر لاجل التقييد بالسبب مع معاضدة اليد ولا يخلو عن قوة كما لا يخفى

فتامل فانه يأتى البحث فى تقديم بينة الخارج ما يفيد ص ٥٩٠

قال المحقق : (لو كانت فى يد ثالث) :

قضى بارجح البينتين عدالة . فان تساويا قضى لكثرهما
شهودا ومع التساوى عددا وعدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه
احلف وقضى له ولو امتنع احلف الآخر وقضى له وان نکلا قضى
به بينهما بالسوية : المتن .

لا يخفى عليك انه يمكن ايتان المقال فى المقام بما مرفى
الصورة الثانية من الاقوال فى التقديم ولكن علة اختصاص
الترجيح فى المقام بارجح البينتين فيما كان المدعى به فى يد
ثالث هو المشهور بين الاصحاب خصوصا بين المتأخرين كما فى
المسالك تبعا للشيخ قدس سره فانه جعل ذلك جامعا بين
الاخبار التى دل بعضها على الترجيح بالعدالة والعدد وبعضها
على الترجيح بالسبب وبعضها على ترجيح الخارج وبعضها على
ترجيح ذى اليد .

ولا يخفى ان تلك المسئلة ايضا محل خلاف واختلاف بين
الفهاء .

فدعوى الشهرة فضلا عن الاجماع كما عن ابن زهره قدس
سرهم كما ترى .

الا ان يقال ان الاقوال من نوادر الاقوال فح لا يضر

بالمشهور كما لا يبعد ذلك ويعلم بمراجعتها كما نقل الجواهر فى
اوائل تلك المسئلة .

تحقيق المقام :

اعلم ان العمدة فى المقام العناية الى الاخبار حتى يعلم
سند الحكم المذكور فى المتن ويعلم خلافه ان لم يتم الاستدلال
بها .

فنقول الاخبار المروية فى الباب ١٢ من كيفية الحكم من
القضاء من (ثل) فى غاية الاختلاف بل يمكن ان يقال بتباينها
فلا بد من العلاج .

اعلم ان سند القول بالترجيح بارجح البينتين هو رواية
الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشاء عن ابان عن
عبدالرحمان بن ابي عبدالله عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال
كان على عليه السلام اذا اتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم
سواء وعددهم سواء اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين وكان يقول
اللهم ربّ السموات السبع والارضين السبع ايّهم كان له الحق
فأدّه اليه ثم يجعل للذى يصير عليه اليمين اذا حلف .

وانت ترى انه ليس فيها ما يدل على الترجيح المذكور الا
من ناحية المفهوم المستفاد من الوصف وهو قوله بشهود عدلهم

سواء وعددهم سواء فيستفاد منه انه لولم يستوى وكان في جانب
آخر ترجيح بالاعدلية يقدم ويقضى لاجله .

وليعلم ايضا انه ليس فيها تصريح بمورد الرواية من كون
العين في يدهما او في احدهما او في يد ثالث .
ونظيرها رواية سماعة في دابة .

وفيهما فاقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فاقرع
بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة الخ حيث
ان (قوله سواء في العدد) يدل على انه لولم يستوى وكان في
آخر زيادة لقدم .

ونظيرها رواية ابن سنان في دابة ايضا .

واما سند القول بتقديم الاكثر شهودا عند التساوى رواية
ابى بصير قال سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل يأتى القوم
فيدعى دارا في أيديهم وقيم البينة وقيم الذى فى يده الدار
البينة انه ورثها عن ابيه ولا يدري كيف كان امرها قال اكثرهم
بينه يستحلف وتدفع اليه وفى ذيله : ذكر ان عليا (عليه السلام)
اتاه قوم فى بغلة فقامت البينة الى ان قال فقضى (عليه السلام)
بها لاكثرهم بينة واستحلفهم الخ .

واما سند القول بالقرعة عند تساوى العدد والعدالة رواية
داود بن سرحان عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى شاهدين
شهدا على امر واحد وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا و

اختلفوا قال يقرع فايهم قرع فعليه اليمين وهو اولى بالقضاء و
 دليل جعلها بالسوية بينهما بعد نكولهما هو رواية اسحق الآتية
 فى اخبار التنصيف وياتى منا تحليل المسئلة انشاء الله .
 وجه تقديم بعض الحجة من الاعدلية وغيرها على بعض
 فنقول اما جهة تقديم الاكثرية على القرعة من باب اختصاص جميع
 روايات القرعة بصورة تساوى العدد كما هو معلوم .
 واما تقديم الارجح من البينتين عليها فلرواية الحسين بن
 محمد المتقدمة فى سند الترجيح انفا .
 واما تأخر الاكثرية عن الاعدلية فلم اقف على سند له كما
 اعترف به المحقق صاحب المستند التراقي قدس سره : نعم ذكر
 ان بعض مشايخنا استدل بالاجماع المنقول عن الغنية ولا يخفى
 ضعفه .

تنبيه

وهل بعد تعارض البينتين الذى يوجب الرجوع الى القرعة
 نحتاج الى اليمين ام لا .
 وهل مقتضى تعارض البينتين هو التنصيف كما فى الاخبار
 بخلاف القرعة ام لا فلا بد من ايتان الكلام فى المقام فى مقامين
 حتى يتضح المرام بعون الله الملك العلام .
 المقام الاول فى بيان دلالة الاخبار الواردة فى القرعة

مع اليمين فنقول ان كلا من اخبار القرعة والتنصيف على نحوين
الاول ما يدل على القرعة او التنصيف مطلقا .

والثانى ما يدل على القرعة او التنصيف بعد الحلف ولكن
بعد تقييد المطلق بالمقيد نستنتج ان القرعة مع اليمين وان -
التنصيف بعد الحلف من كل منهما .

ثم لا يخفى انا نحتاج الى رفع التنافى بينهما اى القرعة او
التنصيف انشاء الله تعالى .

فمن الاخبار الدالة على اليمين بعد القرعة .

خبر داود بن سرجان السابق ذكره فى سند القرعة و فيه
قال : يقرع بينهم فايهم قرع عليه فعليه اليمين وهو اولى
بالقضاء له .

وخبر عبد الرحمان بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه
السلام السابق ذكره فى سند الترجيح .

وفيه قال كان على عليه السلام اذا اتاه رجلان يختصمان
بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء اقرع بينهم على ايهم يصير
اليمين وفيه بعد الدعاء ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين
اذا خلف .

نعم فى خبر سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام السابق ذكره
فى سند الترجيح بجملة (بينة سواء فى العدد) .

وفيه : فاقرع بينهم سهمين ولكن ليس فيه ذكر اليمين

فهو مطلق .
 وكذا خبر عبد الله بن سنان بعد ذكر القرعة لم يتعرض
 باليمين فهو ايضا مطلق ومقتضى القاعدة تقييد المطلق بالمقيد
 فيصير النتيجة بعده ان القرعة يلزمها اليمين بعد تعارض البينتين
 فيحلف من خرجت باسمه .

المقام الثانى فى التنصيف :

ويدل عليه خبر غياث عن ابي عبد الله عليه السلام ان
 امير المؤمنين عليه السلام اختص اليه رجلان فى دابة كلاهما
 اقاما البينة الى ان قال : ولولم يكن فى يده جعلتها بينهما
 نصفين .

وهذا مطلق من حيث الاحتياج الى اليمين .
 وخبر تميم بن طرفة ان رجلين ادعيا بغيرا فاقام كل
 واحد منهما بينة فجعله امير المؤمنين عليه السلام بينهما و هو
 ايضا مطلق .

نعم فى خبر اسحق عن ابي عبد الله عليه السلام فى حكاية
 قضاء امير المؤمنين عليه السلام .

وفيه : فليل لولم يكن فى يد واحد منهما واقاما البينة
 قال احلفهما فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا

جميعا جعلتها بينهما نصفين : ولا يخفى ان بالتقييد يصير -
النتيجة ان التنصيف بعد التحالف .

ثم نقول في رفع التنافي بين ما دل على القرعة مع اليمين
وبين التنصيف ان اخبار القرعة اصح سندا وهو المعمول به عند
المشهور .

واما اخبار التنصيف فقال المحقق الاشتياني قدس سره فلم
نجد من عمل بها الا الشيخ في بعض الصور وهو ما كانت البيئتان
مسببتين لكنه ايضا ليس عملا بها حق العمل لان مقتضى ما ذكرنا
في اخبار التنصيف هو انقول بمقتضاها على تقديره مع التحالف
لا بدونه فاخبار التنصيف لا عامل بها على ما يقتضيه التحقيق -
انتهى كلامه رفع مقامه .

والظاهر ان اخبار التنصيف مما يشملها (قوله عليه السلام
فذرره في سنبله) فيتعين العمل باخبار القرعة مع اليمين على ما
هو المشهور ايضا لانها اصح من حيث السند .

ولو فرض بان اكثر الاختلافات في الروايات من جهة الدلالة
لكان الحكم به بعد التكافؤ ايضا هو العمل بالقرعة لاجل عموماتها
لتعين الرجوع الى القرعة بعد تكافؤ المتعارضين من حيث الدلالة
و الحكم باجمالهما كما لا يخفى على ما يظهر من كلام الشيخ الانصاري
قدس سره على تقرير تلميذه المحقق الاشتياني قدس سره .

تنبيه :

وهل نحتاج الى اليمين مع وجود الترجيح ام لا : ظاهر المحقق قدس سره في المتن هو الاكتفاء بالاجح بلا يمين . وكذا يظهر من جماعة وصرح العلامة في بعض كتبه حسبما حكى عنه عدم الافتقار الى اليمين كما عن الاشتياني ص ٣٩٩ . ولكن الذي يستفاد من رواية ابي بصير السابقة في سند تقديم الاكثر هو الاحتياج الى اليمين وكذا ذيله في بغلة حيث اشتملت على القضاء مع الاستحلاف وهي وان كانت مختصة بالخارج والداخل الا ان الحاق المقام بضمونها لا يخلو عن قوة بلحاظ ما عن العلامة في تحريره من التصريح الى الاحتياج باليمين ممن كان ارجح بينة على المحكى عنه ومن اجل ما نسب الفاضل الهندي قدس سره في كشف اللثام ذلك الى صريح اكثر الاصحاب وابن ادريس الى الاصحاب حيث قال :

فاما ان كانت العين المتنازع فيها خارجة من يد المتداعيين وهي يد ثالث غيرهما ثم اقام كل واحد منها بينة بها فان اصحابنا يرجحون بكثرة الشهود فان استويتا في الكثرة رجحتا بالتفاضل في عدالة البينتين فيحكم في المال المتنازع فيه و تقديم بينته صاحب الترجيح مع يمينه : انتهى كلامه رفع مقامه .

وفي الرياض نفى الخلاف عنه .

والاقرب عند شيخنا الانصارى قدس سره ايضا هو الاحتياج الى اليمين لعموم ما دل على انحصار القضاء بالبينات والايان كما ذكره الاشتياني قدس سره فى ص ٣٩٩ من قضاائه : الاشكال .

اقول تلك العمومات ليست ناظرة الى الافتقار الى اليمين ولو بعد وجود البيئته بل ناظرة الى معيار القضاء بالبيئنة فى المدعى واليمين بالنسبة الى المدعى عليه لان البيئنة حجة شرعية باستقلالها نعم يمكن الاستدلال باخبار تلك المسئلة كما استظهرنا آنفا ومع ذلك لا يخلو عن تأمل واشكال من حيث - استظهار ذلك من رواية ابى بصير الا ان نستمد بذهاب الاصحاب فى تلك المسئلة فتأمل .

التحقيق فى المقام :

اذا عرفت مشى المسئلة بما عرفت .

فاعلم ان التحقيق يقتضى الذهاب الى كون الكثرة اى الاكثر الوارد فى الروايات هو الملاك فى تقديم حجة المتداعيين لان الاكثر مع كونه سندا للتقديم مشتمل على الرجحان فالترتيب هو تقديم الاكثر .

والوجه فى ذلك هو ان التقديم بالارجح ليس الا من ناحية المفهوم الذى ذكرنا ولكن دلالة التقديم بالاكثر من ناحية

المنطوق ولا يخفى ان دلالة الثانى اقوى من الاول مع قطع النظر عن التأمل فى المفهوم .

وان كان حجية المفهوم من حيث الكبرى مسلمة لانه ظهورا ايضا ولاطلاق رواية الاكثر الشامل بمورد وجود الرجحان .
نعم مع التساوى يقدم الراجح عملا بالمفهوم بعد الاكثر و بعد الانتصار برواية عمر بن حنظلة الواردة فى تقديم احدى الروائتين لوفهمنا ان المزية ملاك التقديم ولو فى غير الرواية .
ويؤيده ذهاب الاصحاب المستفاد من كلام المحقق - المدقق ابن ادريس الذى نقلناه آنفا قدس سره وان كان ما ذكرنا خلاف المشهور كما عرفت .

ولعل وجه المشهور هو اطلاق ما دل على تقديم الراجح فح لا يخفى يتحقق التعارض بين اطلاق رواية الاكثر واطلاق ما دل على الترجيح على نحو عموم من وجه .

وقد قيل : كما عن صاحب الجواهر قدس سره ان الترجيح للاعدلية لاجماع ابن زهرة المعتضدة بالشهرة المحققة بين الاصحاب ووجود ذلك فى رسالة على بن بابويه و كذا فى النهاية التى هو متون الاخبار .

ولكن النظر الدقيق يعطى تقديم الاكثر لا بلحاظ الاطلاق بل بلحاظ المنطوق الاقوى من حيث الدلالة مع اشتمال الاكثر على الرجحان كما لا يخفى فتأمل .

قال المُحقّق قدس سره :

وقال فى المبسوط يقضى (اى مع التساوى) بالقرعة ان
شهدتا (اى البينتان) بالملك المطلق . ويقسم بينهما ان شهدتا
بالملك المقيد وان اختصت احدهما بالتقييد يقضى بهادون الاخرى
والاول انسب بالمنقول : المتن .

ويمكن توجيه ذلك من المبسوط بان اخبار القرعة ناظرة
الى تساوى البينتين اذا شهدتا بالملك المطلق بقريئة رواية طرفة
بن تميم ان رجلين ادعيا بغيرا فاقام كل واحد منهما بينة فجعله
اميرالمؤمنين (عليه السلام) بينهما بحملها على صورة الشهادة بالملك
المقيد وبحمل رواية غياث بن ابراهيم عن ابيعبدالله ان امير-
المؤمنين (عليه السلام) اختصم اليه رجلان فى دابة وكلاهما اقاما
البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى يده .

وكلاهما فى الباب ١٢ من ابواب كيفية القضاء : على من
اختصت بينته بالملك المقيد بتقريب الجمع بين ما دل على القرعة
وبين الخبرين المذكورين .

ولا يخفى اولا ان غياث بن ابراهيم كان بتريا ولكنه موثق
مع رواية الثقات عنه كما فى جامع الرواة .

واما تميم بن طرفة فذكر فى الرجال انه روى ما روى و
لكنه بلا توثيق .

وثانيا : ان رواية الحسن عن زرعة عن سماعة تدل على

القرعة ايضالا فى المطلق بل فى المقيدتين فراجع الى الباب
: ١٢

وكذا رواية عبدالله بن سنان فراجع الباب ١٢ : مضافا
الى اخبارالتنصيف التى اشتملت على المقيدتين كخبرغياث بن
ابراهيم والمطلقتين كخبرتميم بن طرفة فنستنتج من جميع ذلك
ان هذا ليس بجمع مضافا الى ما فى خبراسحاق بن عمار من
تحليفهما معا فراجع الباب ١٢ .

ولذا قال فى المتن : والاول انسب بالمنقول مع ان ما
ذكروامثاله من الاقوال النادرة كما لا يخفى على المتتبع .

مضافا الى ان خبرغياث وغيره مما ذكر فيه المقيدتان -
ظاهر فى ترجيح ذى اليد كما عن صاحب الجواهر قدس سره .
واما خبرالسكونى من قوله عليه السلام : لصاحب الخمسة
خمسة السهم الخ فانه مناف لما دل على الترجيح بالكثرة فهو
قاصر عن المعارضة ولذا حمله الشيخ على الاصطلاح .

وايضا ليس فى اخبارنا من ذكر الترجيح بالتقييد والاطلاق
شيئا يستفاد منه ذلك نعم هو شئ ذكره العامة كما فى الجواهر .
تنبيهه :

ليس فى المتن تعرض لتصديق الثالث وكذا عن اكثرالفقهاء
نعم يظهر من العلامة فى التحرير عدم الاعتبار بملاك ان
البينتين متطابقتان على عدم ملكية الثالث فلا يكون اقراراً لانه

انما يكون فى ملك الشخص واقعا او ظاهرا ومع البيئتين لا يكون
كذلك نقله فى الفستند للنراقى قدس سره .

تنبيهه :

فرع لولم يكن العين فى يد احد فان كانت لواحد بيئته
يقضى له ولو اقاما البيئته فظاهر عبارة الصدوقين كما فى المستند
ان حكمه حكم يد الثالث .

والظاهر ذلك لاجل اطلاق الاخبار السابقة فتأمل .

(تحقق التعارض)

قال المحقق قدس سره : ويتحقق التعارض بين الشاهدين
والشاهد والمرأتين ولا يتحقق بين الشاهد ويمين : المتن .
مقدمة لا يخفى عليك ان البيئته عبارة عن شهادة العدلين
والبيئته حجة شرعية بحيالها واستقلالها ومجريها واسع من حيث
الاموال والحقوق والحدود وغيرها على ما يظهر من كلمات -
الاصحاب فى الابواب فما عن الاشتياني قدس سره ص ٤٠٢ فى
تعريضها انها عبارة عن كل حجة معتبرة ليس على ما ينبغى ثم
قوله بصدقها على تعريفه على الشاهد واليمين ليس له دليل و
دعواه التبادر على ذلك معارض بانها عبارة عن الشاهدين مع
الانتصار بكلمات الاصحاب فليس القول بهما من باب أنس الذهن
بهما كما قاله كما يعلم بالتأمل فى ابواب الفقه .

وفى خبر يونس قال استخراج الحقوق بأربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين الخ الباب ١٥ من كيفية القضاء من (ثل) وفى رواية محمد بن مسلم وذيلها ولم يجز فى الهلال الا شاهدى عدل الباب ١٤ الخبر الاول .

اذا عرفت هذا فاعلم انه لاشك فى تحقق التعارض بين الشاهدين العدلين ومثلهما ولاشك ايضا فى تحققه بين الشاهدين وبين الشاهد العدل والمرأتين العادلتين فان كل واحدة منهما حجة شرعية ولو يجعل الشارع المرأتين بمنزلة شاهد واحد ولا ترجيح فى نظر الشارع فى التشريع بينهما فان الحقوق المالية تثبت بكل واحدة منهما وقد نفى الخلاف فيما ذكر من جمع الفقهاء رضوان الله عليهم مضافا الى صدق البينة عليهما كما لا يخفى .

ولا تعارض بين الشاهدين وبين الشاهد واليمين فانهما ليسا بحجة شرعية مستقلة فى جميع الاحكام بل الشاهد حجة مع انضمام اليمين من المدعى فى بعض الاحكام كما عن المحقق الاردبيلي قدس سره .

ويؤيده صحة سلب البينة عنهما وعدم صدقها عليهما وهذا ظاهر كما لا يخفى .

الاعتبارات :

قد قيل فى عدم تحقق التعارض بين الشاهدين و بين

الشاهد واليمين انه من جهة ضعف الشاهد واليمين و من جهة وقوع الخلاف فى كونه مثبتا ومن جهة ان الحالف يصدق نفسه بخلاف الشاهدين فانهما يصدقان غيرهما .

ولا يخفى ان ذلك المشى مشى اعتبارى والاعتبارات ليست سندا فى فهم المسئلة من الدليل كما عرفت وتلك من الوجوه يساعدها طريقة العامة التى فتح بابها شيخ الطائفة فى الخلاف والمبسوط قدس سره حيث جرى فيها للترجيح على طريقة المخالفين والترجيح بين اقوالهم بمذاقهم لكونه مختلطا معهم كما ذكره الحلى فى السرائر قدس سره فظن الداخل فى فقه الامامية على غير بصيرة وبلا توجه فى مشيه ان امثال تلك الاعتبارات مما يعتبرها الامامية ايضا لحسن الظن بالشيخ قدس سره مع الغفلة عن مرام الشيخ رحمة الله انتهى ما قاله ابن ادريس بنقل المستند قدس سره .

الاستدلال بالروايات :

ويدل على عدم الاعتبار بالشاهد واليمين فى قبال الشاهدين وعدم تحقق التعارض خبر ابي بصيره .
وذيله المشتمل على الترجيح بالاكثر حيث قال عليه السلام اكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه وقد سبق فى ادلة الترجيح

بلاكثر ويستفاد منه اعتبار التعدد فى البينة الشرعية .
 ونستنتج من اخبار الاكثر ومن اخبار الترجيح بارجح البينتين
 المشتملة على قوله عليه السلام (عدلهم سواء وعددهم سواء) الذى
 يدل على اعتبار التعدد فى البينة ايضا : عدم اعتبار الشاهد
 واليمين بطور الاطلاق .

نعم يستثنى من الاطلاق ما ثبت اعتبارهما فى غير مورد
 المعارضة وهوفى الدين فراجع الى اخبار الباب ١٤ .
 ويدل ايضا ما دل من الاخبار على كون الشاهد واليمين
 معتبرا على الملاك فى الاعتبار هو الشاهد وان النظر فى اعتباره
 عبارة عن عدم بطلان حق المؤمن واما اضافته اليه بلحاظ -
 الشرط والاستظهار لئلا يتوجه التهمة .

والملخص من بعض الاخبار ان الجهة فى اعتبار الشاهد
 هولزوم بطلان حق المؤمن لولاه فنستنتج من ذلك عدم اعتباره
 فى مورد كان هناك مثبت للحق وهو الشاهدان .

وما ذكرنا يستفاد من تقريرات باب القضاء لشيخنا الانصارى
 على ما يستفاد من بيان تلامذته المحققين قدس سرهم .
 وما يدل على اعتباره من اجل عدم لزوم بطلان حق المؤمن
 هو ما عن الفضل بن عمر عن ابي عبد الله عليه السلام فى كتابه اليه
 قال رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد مع يمين
 المدعى ولا يبطل حق مسلم ولا يرد شهادة مؤمن : المرورى فى

(ثل) الباب ١٤ من ابواب كيفية القضاء : فى آخر الباب .
 ولم اجد خبرا مشتملا على ذلك الا هذا الخبر و تمام اخبار
 الباب ١٤ الكثيرة خال عن ذلك التعليل وكلها دالة على القضاء
 بالشاهد الواحد مع اليمين ومن هنا يحتمل قويا وقوع التعارض
 بين الشاهدين وبينهما ويأتى انشاء الله تعالى شأنه البحث
 المشبع فى كلام المتن فى كلام الشيخ فى المبسوط فى موضعين
 قال المحقق : وربما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع
 بينهما المتن .

لا يخفى عليك ان عبارة المتن تدل على احتمال القول منه
 بالتعارض باعتبار نقل الخلاف فى المبسوط .

ولتوضيح المرام ننقل كلام فخر المحققين فى الايضاح .
 قال فى الايضاح : ج ٤ : ص ٤٠٩ نقل شيخنا نجم
 الدين بن سعيد عن الشيخ الطوسى انه ربما قال الشيخ نادرا
 يتعارضان و يقرع بينهما واليه اشار المصنف بقوله (وربما قيل
 بالتعارض) .

وذلك لان الشيخ ذكر هذه المسئلة فى المبسوط فى
 موضعين .

الاول فى فصل الرجوع عن الشهادة وحكى فيها الخلاف
 ولم يختر شيئا .

الثانى فى فصل الدعاوى والبيّنات واختار عدم التعارض

بل يقدم الشاهدان والشاهد والمرأتان على الشاهد واليمين .
 واما فى مسائل الخلاف فصّح بعدم التعارض ايضا انتهى
 كلامه رفع مقامه .

ولا يخفى ان نسبة التردد الى الشيخ من الفخر كما فى
 المسالك والجواهر لا يفهم من كلامه كما رأيت ولذا يلزم للفقيه
 التفحص فى كلمات الاصحاب حتى يتضح حق المطلب وفقنا الله
 على ذلك .

وتحقيق المقال هو ان يقال ان اخبار حجية الشاهد و
 اليمين بنفسها تدل على انها حجة وهى مطلقة كما يعلم من
 المراجعة الى الباب ١٤ من (ثل) باب القضاء من ابواب كيفية
 الحكم .

ومن اجل ما ذكرنا يتوهم التعارض بينهما ولكن التأمل
 الصادق فيها اى فى اخبار الباب ١٤ يعطى انها بحياهما
 حجة فى موارد وليس فيها نظر الى تقابلها بالبينه فاذا حصل
 التعارض يعمل بما مر من الاكثر والارجح او القرعة عند التساوى
 فالمسئلة واضحة واحتمال التعارض موهوم جدا .

قال المحقق :

ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين بل يقضى بالشاهدين
 والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين : المتن .
 والوجه واضح بعد جعل المرأتين بمنزلة شاهد واحد كما

فى الآفة وبما عرفت مفصلا .

قال المحقق :

وكل موضع قضينا فيه بالقسمة فانما هو فى موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما اذا تداعى رجلان زوجة : المتن .
لا يخفى ان امكان القسمة شرط فيها حتى يجىء الحكم بالقسمة والامتناع قيد و شرط فى تحقق الحكم بالقرعة كما فى رواية داود بن ابى زيد العطار عن الصادق عليه السلام المروية فى (تل) الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم : فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود فشهدوا ان هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخرون فشهدوا انها امرأة فلان فاعتدل وعدلوا .

قال :

يقرر بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو اولى بها .
داود بن ابى زيد نيشابورى ثقة صادق اللهجة من اهل الدين له كتب ذكره ابن النديم والكشى كما فى الفهرست من اصحاب الهادى عليه السلام .

فما فى الرسائل : عن داود بن ابى يزيد .

الظاهر انه اشتباه فراجع الى الرجال والرواية مرسله لقوله عن بعض رجاله .

ولكن فى الكافى ج ٧ ص ٤٢٠ عن ابى يزيد وفى بعض النسخ داود بن يزيد وفى بعض ابى يزيد .

قال : المحقق الشيخ محمد الاردبيلي في جامع الرواة
بعد نقل النسخ .

الصواب من تلك النسخ : هو داود بن ابي زيد بقرينة
روايته عن ابي الحسن الثالث عليه السلام واتحاد الخبر فراجع
وليس فيما رأيت من رجال الاردبيلي قدس سره عنوان : بعنوان
داود بن يزيد فراجع .

وان قالوا ان الكافي اضبط وكيف كان فالرواية موثقة و
صحيح في اسناد الشيخ قدس سره كما لا يخفى على المتتبع فلا
يضر ذلك الارسال مضافا الى استناد ابن فضال الموثق ورواية
بعض المشايخ عنه فراجع .

و الرواية ظاهرة في كفاية القرعة وعدم الاحتياج الى
الحلف كما هو ظاهر المتن وقال المسالك (ولا يمين عليه) و في
الجواهر استشكل عليه .

ثم قال بعد اسطران القرعة لاثبات الرجحان .
وفيه : ان الترجيح بها محل كلام بل يحتاج الى دليل .
قال المحقق الاردبيلي قدس سره بعد الاستدلال .
ويمكن التفصيل بان المرأة هل تصدق احدهما او تنكر
فيمكن ترجيح من صدقته ومع انكارهما او تصديقهما معا يرجع الى
الاول ولكن في صورة الانكار والحكم للمنكر بها ينبغي ان يذكر
لها ان لم تكن في الواقع زوجته تمنعه عن نفسها بينها وبين
الله .

وان كان الحاكم يحكم عليها بحسب ظاهر الشرع بالامتثال
والزوجية وهو ظاهر وامثاله كثيرة : انتهى كلامه .
ولكن ظاهر اطلاق الرواية عدم الفرق فى ذلك فتأمل .
فانه لو كان للترجيح فى المسئلة جهة لقاله المعصوم كما
لا يخفى .

المرجّحات :

قال الماتن : والشهادة بقدم الملك اولى من الشهادة
بالحادث .
مثل ان تشهد احدهما بالملك فى الحال و الاخرى -
بقديمه او احدهما بالقديم و الاخرى بالاقدم فالترجيح لجانب
الاقدم : المتن .
ينبغى فى المسئلة ايتان وجوهها والاقوال فيها على ما
مشوا فيه .
ثم بيان ما هو المختار فى المسئلة .
احدها : ما ذهب اليه جماعة وهو تقديم ما هو اقدم و
قديم .
ثانيها : ما ذهب اليه ابن ادريس ناسبا له الى الاصحاب
من الحكم بالتساوى والتساوق عن رأس كما فى القضاء للاشتياني
قدس سره ص ٤١٦ .

ولكن ليس فى كلامه على ما راجعت السرائر هذا الحكم
بالتساوى بل ذكر ما ذكر الشيخ قدس سره من ترجيح الاقدم و
القديم على الحادث ومن ذكر اسباب الاملاك .

ثم قال : ص ١٩٥ من السرائر : والذى اعتمده واعتقده
واعمل عليه بعد هذه التفاصيل الا ترجح الا بالعدد او بالتفاضل
فى عدالة البينتين فحسب دون الاسباب و قدم الاملاك لان
القياس عندنا باطل على ما قدمناه .

وانما فصلنا ما فصلناه على وضع شيخنا فى مسائل خلافه و
هى من فروع المخالفين ومذاهبهم فحكاها واختارها دون ان
يكون مذهبنا لنا او لبعض مشيختنا ولاوردت به اخبارنا ولم يذهب
اليه احد من اصحابنا سوى شيخنا ابي جعفر فى كتابيه مبسوطه
ومسائل خلافه وعادته فى هذين الكتابين وضع اقوال المخالفين
واختيار بعضها فليحظ .

انتهى محل الحاجة من كلامه رفع مقافه .

وثالثها : ما جنح اليه الفاضل الهندى فى كشف اللثام
وجزم به المحقق جمال الدين فى تعليقاته على الروضة على
المحكى عنه . من الحكم بتقديم المتأخرة : ذكره المحقق الاشتياني
ص ٤١٦ .

والعهدة عليه فان فى الحكايات ما لا يخفى من ظهور
الخلاف كما لا يخفى على المتتبع المطلع .

ولكن المحقق الاردبيلي قدس سره : قال ينبغى الحكم
بترجيح بينة الحادث فراجع الى شرح الارشاد .
والدليل على الاول هو الشهرة فان المشهور انه لوتعارضت
البيتان فى المالك ولكن اختصت احديهما بزيادة التاريخ هو
الترجيح بها كما فى مثال المتن وتوجيه الاستدلال فى التقديم
يكون من باب ان متقدمة التاريخ تثبت الملك فى وقت لايعارضها
البينة الاخرى فيه وفى وقت تعارضها الاخرى تسقط البينتان
فى مورد المعارضة وتبقى ما قبل محل التعارض من الوقت سليما
فيستصحب .

وتوضيح التقديم ان الاقدم بالنسبة الى القديم وبالنسبة
اليه حادث لاتعارض بينهما بل الحكم للقديم والاقدم فانه
راجع لحصول التعارض بين البينتين فى الوقت المشترك مثل
الحال والقديم وبقيت البينة على الملك فى الزمان الزايد
الذى اختص به الاقدم والقديم بغير معارض واستمر بحكم -
الاستصحاب .

ولكن ضعف هذا الاستدلال ظاهر لان مع عدم تصريح
بينه الاقدم والقديم بالملك فى الحادث والقديم اى الزمان
المشترك بين البينتين كالحال والسنة فيما قالت سنتين لا يخلو
عن قوة ان نرجح بينة الحادث والقديم سواء قالت البينة الاولى
لا اعلم زواله اولا اعلم زال ام لا .

والوجه فى الترجيح ان البيينة الثانية خاصة و مفصلة و
الاولى مجملة والخاصة مقدمة .

وهذا الذى ذكرت ما ذهب اليه المحقق الاردبيلى قدس
سره بتغيير بعض العبارات وكنت قبل ان اعثر على كلامه ومرامه
قائلا بانقطاع الاستصحاب لاجل بيينة الحادث فنعم الوفاق فراجع
الى تمام كلامه .

ودليلهم الثانى هو خبر ابن سنان المروى فى (ئل) الباب
١٢ من ابواب كيفية الحكم من القضاء الحديث العاشر عن -
الصادق عليه السلام عن على عليه السلام انه كان اذا اختصم
الخصمان فى جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الآخر انه
انتجها وكانا اذا اقاما البيينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده
وجه الاستدلال انهم فهموا من هذه الرواية ان عليا عليه
السلام قضى بالبيينة التى تشهد بالانتاج لاجل كونه مقدما على
الاشترء فيستفاد منه ان البيينة المتقدمة تكون مقدمة على البيينة
المتأخرة .

والانتاج هو توليد النتيجة وهو غير الاشترء مع النتيجة كما
هو ظاهر الرواية فلا توهم فى معنى الرواية .

والمختار عندى ان نعمل بما يستفيد من اخبار الباب و
الذى قام الدليل عليه عبارة عن العمل بالكثرة فى جانب البيينة
لو كانت اكثر وان تساوت البيينة من حيث العدد .

فنعمل بالتفاضل في عدالة البيئتين من الطرفين و ان
تساوت البيئة من الجانبين فنعمل بالقرعة في تعيين الحق ان
لم نقل بتقديم بيئة الخارج ولكن يأتي انشاء الله البحث المشبع
فيه في المقصد الثاني في مسألة ما لو اتفقا على استيجار دار من
قول الشيخ بالقرعة وابن ادريس بتقديم بيئة الماجر منهما .
واما رواية ابن سنان فالترجيح فيها ليس لاجل زيادة
التاريخ بل لعله لاجل التصرف وكون الجارية في يده كما يدل
عليه جملة (انتجت عنده) وهو وح يكون ذا اليد ولكن المصير الى
ما ذكرنا مشكل من حيث تقديم بيئة ذي اليد والمشهور هو تقديم
الخارج بل قالوا ان اخبار تقديم بيئة الداخل محمولة على التقية
كما في الرياض نقلا عن خاله العلامة المجلسي قدس سره .
ويتخلص مما ذكرنا كون المسئلة موردا للقرعة مع اليمين
على الظاهر المصرح به في كلمات الاصحاب .
ولا يخلو عن قوة عملا بعمومها وان كان بعضها مطلقا -
فراجع .

(القول الثاني)

ودليل من حكم بالتساوي وعدم الترجيح بالقدم والحدوث
اصلا هو ما ذكره العلامة قدس سره في القواعد من عدم الدليل
على القضاء بالبيئة المنظمة الى الاستصحاب في جميع التقادير:

نقله المحقق الاشتياني قدس سره في قضاؤه ص ٤١٦ .

(القول الثالث)

و دليل من يقدم المتأخرة كما مال اليه الفاضل الهندي و
 جزم المحقق جمال الدين الخوانساري قدس سرهما على المحكى
 عنهما هو حمل البينة المتقدمة على كون مستندها في الشهادة
 على البقاء هو الاستصحاب و حمل المتأخرة على كون مستندها
 في الشهادة على حدوث ما يزيل الاستصحاب و يرفعه .
 والوجه في هذا الجمع .

هو لزوم التصديق بالبينة من الجانبين والعمل بهما بقدر
 الامكان ولو بهذا النحو الذي مر من الحمل .

مضافا الى ما دل من بعض اخبار حجية الشاهد الواحد و
 اليمين المروى في الوسائل في الباب ١٤ من قوله عليه السلام
 لئلا يرد شهادة مومن وهو ظاهر في رعاية الحجة وعدم الرد
 بقدر الامكان .

وانت بعد التأمل الصادق تعلم ان ذلك كله تكلف .
 قال المحقق :

وكذا الشهادة بالملك اولى من الشهادة باليد لانها
 محتملة : المتن .

ظاهر العبارة هو الشهادة بالملك المطلق .
 وتوضيح المسئلة هو انه لو تعارضت البينة بالملك المطلق

والبينة باليد اى التصرف فى العين بانحائه رجحت البينة -
 بالملك لاجل ان اليد نحتمل ان تكون على غير جهة الملك كما
 فى الاجارة والعارية بخلاف الشهادة بالملك فانه صريح فى مالكية
 المشهود له ونستنتج من ذلك ترجيح الشهادة بالملك على الشهادة باليد .
 قال فى المسالك ولا فرق على هذا التقدير بين تاريخ
 شهادة اليد بان شهدت ان يده على العين منذ سنة وشهدت
 بينة الملك بتاريخ متأخر او بانه ملكه فى الحال لاشتراك الجميع
 فى المقتضى وهو احتمال اليد بخلاف الملك .

وفى هذه المسئلة قول بتقديم اليد على الملك القديم و
 سيأتى الكلام فيه : انتهى محل الحاجة .
 قال : ايضا : وكذا الشهادة بسبب الملك اولى من
 الشهادة بالتصرف : المتن .

توضيح المسئلة انه لو تعارضت البينة بسبب الملك والبينة
 بالتصرف بان شهدت الاولى ان العين لفلان اشتراها من فلان
 وشهدت بينة الآخرا انها وجدته يتصرف فيها تصرف الملاك من
 البناء والبيع وغيرها رجحت الاولى على الاخرى لاجل ان التصرف
 اعم من الملك المطلق بخلاف الشهادة بالملك المسبب بالشراء
 فانه صريح فى مطلوبنا كما لا يخفى ومقتضى هذا التعليل كما فى
 المسالك تقديم بينة الملك المطلق بان لا يذكر سببه على بينة
 التصرف وهو قوى كما لا يخفى ولكن لا يخلو عن تأمل .

قال المحقق : (المسئلة الثالثة) :

اي من مسائل الاختلاف فى دعوى الاملاك اذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة حاضراً كان المقرله او غائبا وان قال المدعى احلفوه انه لا يعلم انها لى توجهت اليمين لان فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل اورد . وقال الشيخ لا يحلف ولا يغرم لو نكل والاقرب انه يغرم لانه حال بين المالك وبين ماله باقراره لغيره : المتن .
توضيح المسئلة :

لا يخفى انه لو ادعى شخص عينا فى يد شخص آخر فلا يخلو من انه اما يصدقه فلا شبهة فى الحكم .
واما يكذبه ويقول هى ملكى فلا اشكال ايضا فى جريان احكام المنكر .
ولكن لو نفاها عن نفسه وقال هى لفلان سقط عنه الخصومة سواء كان المقرله حاضرا او غائبا .
والمقصود من سقوطها من حيث تلك العين اى دعوى ملكية ما فى يده واما من حيث المالية ومن جهة اخرى كالولاية على الحفظ فلا .
والوجه فى السقوط هو انه بنفيه عن نفسه تخرج عن كونه مدعى عليه فلا دعوى عليه .

وكونها فى يده ينطبق على الوديعة او العارية وفى هذه الصورة لايمن له عليه اذ لالحلف على مال لغيره : واما انتزاع العين عن يد النافى عن نفسه فلا وجه له كما قيل لعدم الملازمة بين صرف الخصومة عنه وبين القول بالانتزاع ومقتضى قاعدة اليد عدم جواز الانتزاع عن يده وعدم امكان الحكم بالملكية من جهة النفى كما لا يخفى .

نعم لو قال المدعى احلفوه انه لا يعلم انها لى توجهت اليمين عليه .

والوجه فى توجه اليمين مبنى على ان الاقرار بعد الاقرار يوجب الغرم للمقر له الثانى للحيلولة كما هو المشهور وقال فى المسالك هو الاظهر وعليه العلامة فى القواعد وكذا غيره فى مقابل القول بان الاقرار بعده لا يوجب الغرم بالقيمة وتلك المسئلة محل بحث فى محله فعلى المشهور كان له احلافه وفائدته الغرم لو نكل عن الحلف بعد الرد الى المدعى او بدونه كما مر الكلام فيه فى مسئلة النكول فالمدعى اذا حلف اليمين المردودة وقلنا بانه بمنزلة البينة والفرض ان تلك العين بلحاظ الاقرار الاول صارت بمنزلة التالف للحيلولة يأخذ القيمة كما قال الماتن قدس سره وفائدتها الغرم لو امتنع اى عن اليمين لحيلولته ح بين المالك وماله باقراره لا القضاء بالعين لو نكل او رد لاجل ان العين صارت مالا لغيره بواسطة الاقرار الاول ولا يبطله الاقرار

اللاحق والمقام فى حكم الاقرار .

ولا يخفى ان التقرير بملاحظة قول الاصحاب فى الباب و

تحقيق اصل المسئلة فى باب الاقرار والله الموفق .

واما قول الشيخ قدس سره : من انه لا يحلف ولا يغرم

لو نكل فمدركه عدم صدق الاتلاف بذلك شرعا .

ولكن الاقرب عند المصنف انه يغرم لانه حال الخ .

قال المحقق : ولو انكر المقر له حفظها الحاكم لانها :

(اى العين) خرجت عن ملك المقر ولم تدخل فى ملك المقر له

ولو اقام المدعى بينة قضاى له اما لو اقر المدعى عليه بها للمجهول

لم يندفع الخصومة والزم البيان : المتن .

اقول اما حفظ الحاكم لانه امين ولكن المقر لو كان امينا

ففى تحويلها الى الحاكم نظر .

واما لو اقر للمجهول وقال لغيرى ولغيرك الذى لا يحتمل

ان يكون هو المدعى فمقتضى كلام جماعة من الاصحاب و منهم

المصنف والعلامة فى القواعد هو عدم انصراف الخصومة عنه لان

الاقرار للمجهول لا يوجب حقا له ولا يقتضى رفعها عن المقر و ح

تبقى العين على حالها فكأنه لم يقر لها اصلا .

وجزم الشيخ الانصارى قدس سره بنقل تلميذه المحقق

الاشتيانى ص ٤٢٩ رحمه الله بالحكم بصرف الخصومة عنه للمنع

من عدم ايجاب الاقرار للمجهول احداث حق له .

واما الالزام بالتفسير والبيان فلاجل وصول الحق لصاحبه
بان يعترف للمدعى او غيره ولو لنفسه فافهم .

قال المحقق : (المسئلة الرابعة)

اذا ادعى انه آجره الدابة وادعى آخرانه اودعه اياه -
تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين وعمل بالقرعة مع
تساوى البينتين فى عدم الترجيح : المتن .
الظاهر من قوله (اودعه اياه) ان الدابة فى يد الثالث
كما فهمه ايضا صاحب المسالك : حيث قال ان الدابة فى يد
المدعى عليه والمدعيان خارجان فادعى احدهما انه آجرها من
صاحب اليد وادعى الآخرانه اودعه اياها .
ولا يخفى ان المسئلة راجعة الى التداعى فى الاملاك و
لو من جهة كفاية دعوى الملك الضمنية بدعوى اليد و التصرف
منهما ولاجل ذلك ذكرها هنا لا فى الاختلاف فى العقود وظاهر
العبارة مع التامل الصادق هو ارادة المصنف قدس سره التصرف
فى الاملاك فلا وجه لما قيل او يقال .

اما حكم المسئلة مع تعارض البينتين فالترجيح بالكثرة ان
كانت او بارجح البينتين ان كان فى احديهما التفاضل بالعدالة
او القرعة مع التساوى فيحلف من خرجت القرعة باسمه والقرعة

هنا على الظاهر للتعيين لا لليمين اذ التنصيف مع نكولهما متف
 . فتامل

قال المحقق : (المسئلة الخامسة)

لو ادعى دارا فى يد انسان واقام بينة انها كانت فى
 يده امس او منذ شهر قيل لا تسمع هذه البينة وكذا لو شهدت
 بالملك امس لان ظاهر اليد الآن الملك فلا تدفع بالمحتمل المتن
 والمحتمل عبارة عن اليد السابقة والملك السابق مضافا الى ان
 الشهادة ليست شاملة للملك الحالى والاستصحاب منقطع باليد
 الفعلية .

قال: وفيه اشكال ولعل الاقرب القبول : المتن اى من
 قول الشيخ قدس سره فى المبسوط والخلاف من عدم سماع
 البينة .

وتوجيه القبول من المصنف هو ان اليد الحاضرة ان كانت
 دليل الملك فالسابقة المستصحابية او الملك الفعلى المستصحب
 اولى لمشاركتها لها فى الدلالة على الملك الآن وانفرادها -
 بالزمن السابق فيكونان ارجح والحكم باستصحابها اوجب المطابقة
 بين الدعوى والشهادة كما فى المسالك .

وفيه ان انفرادها بالسابق لا يوجب ترجيحا الا من جهة
 الاستصحاب واذا سقط بالمعارضة لا يبقى وجه ترجيح كما فى

المستند للنراقى قدس سره .
 ولكن لا يخفى على المتتبع ان المسئلة صارت بين قيل
 وقال ونقض و ابرام فالفتوى فى المسئلة مشكل ان لم يكن فى
 البين اجماع والله العالم .
 نعم يمكن حلّ المسئلة بجعلها مدعىا ومنكرآ مع اجراء
 احكامهما فتامل .

قال المحقق :

اما لو شهدت بينة المدعى ان صاحب اليد غصبه او استأجره
 حكم بها لانها شهدت بالملك و سبب يد الثانى ولو قال غصبنى
 اياها وقال آخر بل اقرلى بها واقاما البينة قضى (بها) للمغصوب
 ولم يضمن المقرلان الحيلولة لم تحصل باقراره بل بالبينة المتن
 وجه تقديم بينة المغصوب لاجل انها يشهد له بالملك و
 بسبب يد المتشبهت وانها عارية فى مجموع وقتها فيكون اقراره
 للغير بها فى زمن اليد اقرارا بعين مغصوبة فلا ينفذ اقراره هكذا
 فى المسالك .

قال المحقق : (المقصد الثانى)

(اى من المقاصد الاربعة : فى الاختلاف فى العقود)
 اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهرا معيناً و اختلفا فى
 الاجرة و اقام كل منهما بينة بما قدره فان تقدم تاريخ احدهما

عمل به لان الثانى يكون باطلا : المتن .
 قد يكون الغرض فى الفرض راجعاً الى نفس العقد اى
 حكمه الوضعى من دعوى الغبن فى حصول العقد كما فى مورد
 قول المستأجر لموجرانك آجرتنى بدرهمين وقول الموجر بل بدرهم
 ويكون مراد المستأجر اثبات الغبن فيفسخ المعاملة .
 وخلاصة الكلام ان من يدعى الزيادة من المالك او -
 المستأجر او البايع او المشتري او الاجنبى كالشفيع قد يكون الغرض
 اثبات حكم وضعى غير ثابت لذات العقد ولا يكون الغرض لاجل
 اشتغال الذمة وعدمه وح يكون البحث متعلقا للاختلاف فى
 العقد بعنوان (ما فيه ينظر) لا بعنوان (ما به ينظر) كالمرأة التى
 قد تكون مقصودة من حيث الذات من الجودة والردائة وقد
 تكون من حيث انها سبب للارائة بانعكاس النور .
 فعلى هذا يكون المسئلة راجعة الى الاختلاف فى العقود
 كما لا يخفى كما هو ظاهر المتن او صريحه لدلالة قوله لان الثانى
 يكون باطلا .

وقد يكون الغرض فى العقد عنوان (ما به ينظر) بحيث
 يكون العقد سبيلا الى ما يثبت العقد من الزيادة او النقصان
 كقول المستأجر آجرتنى بخمسة دارهم والموجر (لا) آجرتك بعشرة
 فان المقصود ح ليس فى نفس العقد بل فى ما ينتج العقد من
 الزيادة والنقصان فيكون المسئلة داخله فى التداعى فى الاملاك .

وحكم التداعى فى الاملاك هو البينة لو كانت وهى الاصل فى القضاء فيها ولو كانت البينة من حيث النسبة اليهما اى المتداعيين بالسوية فالقضاء يكون بالقرعة مع اليمين ولونكل الآخر عن اليمين بعد رد من خرجت باسمه فالقضاء ح يكون بالتنصيف لو كانت العين قابلة للنصف ومع عدمها كالزوجية فالقضاء بالقرعة المجردة على رأى .

ولقد مرّ الكلام فى الاملاك : (ابداء الفرق)

لا يخفى ان مقتضى القضاء فى التداعى فى الاملاك هو الرجوع الى القرعة لا التحالف اذا كانت البينتان متعارضتان .
واما القاعدة فى التداعى فى العقود هو التحالف فيجئى
سؤال الفرق .

وابداء الفرق يتحصّل ببيان ان المتداعيان كل منهما مدع لشيء وهو العقد المعين ومنكر لشيء آخر وهو العقد الذى يدعيه طرفه فيتحقق فى كل منهما عنوان المدعى وعنوان المنكر فالتكليف القضائى فيهما اعمال البينة من حيث الادعاء والمصير الى الحلف من حيث الانكار فلما تعذرت القضاة لاجل فقد البينة او لاجل التعارض بين البينتين يتعين المعيار القضائى فى الحلف بمقتضى الحيثية الانكارية .

ومن هنا تربيهم يحكمون بالتحالف فى الاختلاف فى العقود مع عدم البينة وبالقرعة او التنصيف فى الاختلاف والتداعى فى

الاملاك .

اشارة :

ولكن ليس ما قلنا وقالوا بأمر اتفاقي بل الكثير منهم يحكمون هنا بالقرعة بعد التعارض والتساوى ونظرهم ح يقتضى ان يكون لاطلاق اخبار القرعة فى تعارض البينتين او عمومها الشاملان لكلا الامرين والمقامين من التداعى فى الاملاك والتداعى فى العقود كما لا يخفى على المتتبع المطلع المنضلع .

اذا عرفت ما سبق من الكلام اللازم من جهة التوجه و

الاتضاح .

فاعلم ان فى المسئلة صوراً .

الاولى وجود البينة منهما .

والثانية عدم البينة منهما .

والثالثة وجودها من احدهما .

اما لصورة الاولى : فهى قيام البينة من الطرفين

فان تقدم تاريخ احديهما على الاخرى عمل بالمتقدمة وبطل الآخر

لانه يكون عقدا على معقود عليه من المتعاقدين وبطلانه ظاهر

كما فى المتن والمسالك .

وكذا عن المحقق الاردبيلى قدس اسرارهم حيث .

قال وان كان معهما بينة فمع وجود المرجح يرجح ذو

الترجيح مثل كون تاريخ احديهما مقدا على الاخرى .
ولكن كلامه لا يخلوعن اشكال لان الثانى يكون باطلا
لامرجوحا كما علله فى المتن فتامل .

اتحاد التاريخ :

وان كان التاريخ واحدا تحقق التعارض اذ لا يمكن فى
الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين وحينئذ يقرع بينهما و يحكم
لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا فى المبسوط المتن .
والمستند فى ذلك الاختيار هو دلالة الاخبار الآمرة -
بالقرعة مع وجود التعارض فى البينتين .
ويحتمل التحالف ايضا كما عن المحقق الاردبيلى قدس
سره اذ بعد اسقاط البينة بالتعارض تصير الصورة .
مثل عدم البينته يجىء التحالف المتقدم هنا انتهى محل
الحاجة .

قال المحقق : وقال آخر يقضى ببينة الموجر لان القول
قول المستأجر لولم تكن بينة . اذ هو يخالف على ما فى ذمة
المستأخر فيكون القول قوله . ومن كان القول قوله كان البينة
فى طرف المدعى وحينئذ نقول هو (اى الموجر) مدع زيادة وقد
اقام البينة بها فيجب ان تثبت وفى القولين تردد : المتن .

وسند القضاء بينة المجرما عن محمد بن ادريس الحلّي
 قدس سره فى السرائر ص ١٩٤ حيث بيّن ذلك فى مسألة : و
 متى كان مع واحد منهما يد متصرفة ونقل ما عن الشيخ قدس سره
 فى نهايته ثم قال والذى يقوى فى نفسى واعمل عليه وافتى
 به ان اليد الخارجة احق من اليد المتصرفة و البينة بنيتها
 كيفما دارت القصة هذا الذى يقتضه اصول مذهب اصحابنا بغير
 خلاف بين المحصلين المحققين منهم لقوله عليه السلام (البينة
 على المدعى وعلى الجاحد اليمين فجعل عليه السلام البينة بينة
 المدعى وفى جنبته فلا يجوز ان يسمع بينة الجاحد سواء كان
 معه سبب الملك او غيره .

وكذا ذكره ذلك بعد اسطر فراجع .

والظاهر ان ما ينقل عنه قدس سره استفيد من تلك الكلمات
 وفى المسالك يقول فى تقديم بينة المجرر .

وهذا هو الذى اختاره ابن ادريس واكثر المتأخرين .

وقال المحقق الاردبيلى قدس سره : ومع عدمه (اى عدم
 الترجيح وتحقق التعارض) يحتمل تقديم بينة المجرر كما اختاره
 المصنف (اى العلامة فى الارشاد) لانه المدعى و بينته مقدمة
 للحديث المستفيض وهو ظاهر على القول بتقديم بينة الخارج (و
 هو المدعى) ويحتمل تقديم بينة المستأجر لانه المنكر فهو الداخل
 بناءً على تقديم بينة الداخل .

ثم انه رحمه الله علل ذلك بقوله : ولان البينتين تعارضتا فتساقطتا ووقوع الاجارة منفق عليه وزيادة الاجرة مختلف فيها والاصل عدمها فينتفى به : انتهى كلامه .

وظاهر السرائر هو اطلاق القول بتقديم بينة الموجرو هو جيد بعد استظهار عدم جعل البينة فى طرف المنكر كما يصرح بذلك رواية منصور السابقة فى طىّ المباحث .

وفىها : قال عليه السلام وحقها (اى البينة) للمدعى من الذى فى يده بينة لان الله تعالى انما امر ان يطلب البينة من المدعى ان كانت له البينة والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل : وذكر السبب فى السؤال ليس بمضّر لما فى الجواب من العموم وذكر العلة فتكون الرواية حجة مستقلة مع قطع النظر عن سائرهما .

ولا يخفى ان الاصح عند المسالك ذلك كما ان الاظهر و الاقوى عند صاحب المستند للتراقى قدس سره ذلك :

واما تردد المصنف فلاجل وقد يقال ان التردد لاجل الاختلاف فى الدعوى .

وبسط الكلام فى تحليل المسئلة يقتضى ايتان ما يتضح به المرام .

فنقول : ان فى تقديم بينة الخارج اقوالا متعددة ولعلها من نوادر الاقوال فى المسئلة .

فالمهم هو التأمل الصادق فيما يستفاد من لسان الادلة لان الحكم هو عبارة عن مدلول الدليل وح لا بد من توجيه سائر الاقوال .

الاول ترجيح بينة الخارج مطلقا سواء شهدت البينة من الجانبين بالملك المقيد او المطلق او التفريق وذلك الاستدلال ذكره فيما لو اقاما البينة وكانت العين فى يد احدهما .

ولكن الظاهر عدم الفرق من حيث المورد لما يستفاد - الاطلاق والتعليل كما فى رواية منصور الآتية والقائلين به والد الصدوق والشيخ فى كتاب البيوع من الخلاف والديلمى و ابن زهرة والكيدرى وعن الغنية دعوى اجماعنا عليه كما فى المستند للنراقى قدس سره .

الاختيار :

واختاره طائفه من المتأخرين .

والسند لهذا القول عبارة اولا من الاجماع منقولا ومستفيضا بالتصريح بان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه بملاك ان التفصيل قاطع للشركة ويقتضى هذا اختصاص قبول البينة من المدعى والاستدلال به ايضا لاكثر الاصحاب كما لا يخفى .

وثانيا : يدل على ما قلنا خبر منصور فى رجل فى يده

شاة فجاء رجل فادعا فاقام البينة العدول انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع وجاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول وانها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع .

فقال حقها (اى البينة) للمدعى ولا اقبل من الذى فى يده بينة لان الله تعالى انما امر ان يطلب البينة من المدعى فان كانت له البينة والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امره الله عزوجل : فى الباب ١٢ من القضاء من ابواب كيفية الحكم من (ئل) .

ولا يخفى ان تلك الرواية حجة بحيالها على ما ذكرنا من حيث السند فقد اوضحنا رجال السند فيما سبق .

واما ذكر السبب فى السؤال فلا يضر لاجل عموم الجواب و التعليل فيها .

وثالثا : ما فى الرضى كما فى المستدرك .

قال عليه السلام : فادعى رجل على رجل عقارا او حيوانا او غيره واقام بذلك بينة واقام الذى فى يده شاهدين فان الحكم فيه ان يحرر الشئ من يد مالكة الى المدعى لان البينة عليه .

وهذه الرواية ان لم تقبل من اجل الضعف ولم ينجبر لاجل الاجماع والروايات فلا اشكال فى انها مؤيدة للمطلوب .

الاستنتاج :

ونستنتج من ذلك عدم حجية بينة الداخل واصالة عدمها

منه .

ورابعا : قوله صلى الله عليه وآله : البينة للمدعى و اليمين على من انكر (المدعى عليه) وتقريب الاستدلال انه جعل لكل واحد من المدعى والمنكر فى مقام الدعوى حجة فكما ليمين على المدعى لا بينة على المنكر والتفصيل قاطع للشركة كما مر ذلك فى السابق .

و خلاصة الكلام ان اعطاء القاعدة فى معيار القضاة يقتضى مراعاتها من قبول البينة من المدعى وقبول اليمين من المدعى عليه لزوما .

فلا يقال ان ايجاب الواجب لا ينافى جواز اقامتها من المنكر .

فانه يقال ليس فى قوله صلى الله عليه وآله ما يدل عليه . والجواز يحتاج الى دليل فان قام فى مورد كما فى الدم خاصة كما فى رواية يزيد بن معاوية عن الصادق عليه السلام . وكذا فى رواية عن ابي بصير : وحكم فى دمائكم ان - البينة على من ادعى عليه واليمين من ادعى لئلا يبطل دم امرء مسلم نختصر به ويكون ذلك استثناء من القاعدة فلا يضر بالقاعدة

كما ان اليمين قد تكون وظيفة عارضية بالنسبة الى المدعى .
 لا بالاصالة كاليمين المردودة من المنكر فلا يضر ذلك العارض
 منافيا للقاعدة كما لا يخفى وكما لو لم يكن للمدعى الا شاهد فيضم
 اليه اليمين كما فى رواية يونس عن رواه فى (ئل) الباب ٩ قال
 استخراج الحقوق باربعة الخ .

واما رواية : جابران رجلين اختصما عند رسول
 صلى الله عليه وآله فى دابة او بعير فاقام كل واحد منهما
 البينة انه انتجها فقضى بها رسول الله للذى هى فى يده كما
 فى سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦ : فعامية كما ضعفها المسالك :
 واما رواية : غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه
 السلام ان عليا عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة وكلاهما
 اقام البينة انه انتجها قضى بها للذى هى فى يده . وقال لو
 لم يكن فى يده جعلتها بينهما نصفين (ئل) الباب ١٢ من ابواب
 كيفية الحكم .

فمع قطع النظر عن تضعيفها بغياث بن ابراهيم لاجل كونه
 (تبريا) مع انه ثقة على ما بينا سابقا ص ٥٤٠ فهى موافق لعدة
 من اصحاب الشافعى .

الاستنتاج :

ونستنتج مما ذكرنا عدم صلاحيتها للمعارضة مضافا الى ان

ما يشتمل على التنصيف غير معمول به على ما فى خاطرى الا قليلا فراجع .

التصريح :

والذى يدل على ما اخترنا من تقديم بينة المدعى ويصرح بنحو الاتضاح رواية ابى على الاشعري باسناده عن ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام .

قال : ان الله حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى اموالكم حكم فى اموالكم ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وحكم فى دمائكم ان البينة على من ادعى عليه واليمين على من ادعى لكيلا يبطل دم امرى مسلم : الكافى ج ٧ ص ٤١٥ و نقله (ئل) فى الباب ٣ من ابواب كيفية الحكم من القضاء وفى (ئل) (لئلا) .

ووجه الصراحة هو التفكيك فى القضاة من جهة الاموال والدماء وان لزوم البينة من المدعى عليه لاجل ضرورة حفظ الدم ومعنى (حكم) هو جعل القانون فى المقامين فلا يتخطى عنه .

خصوصا فى صورة التعارض حيث لا يبقى لبينة المنكر سند . وكذا : رواية ابن ابى عمير عن يزيد بن معوية عن ابى عبدالله عليه السلام قال : سئلته عن القسامة فقال الحقوق

كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى الدم خاصة : (ئل) الباب ٣ من كيفية الحكم ومن الواضح ان معنى (خاصة) انه لا تقبل البينة من المنكر فى غيره :

القسامة بفتح القاف الجماعة يحلفون على الشئ يأخذونه :

ولكن القسامة بضم القاف بمعنى مال الصدقة او ما يفرده القسام لنفسه .

حل الاطلاقات :

واما اطلاقات مثل انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان و امثاله فهى فى مقام تأسيس اصل المعيار فى القضاء .

واما ان البينة وظيفة (من) واليمين وظيفة (من) فيبينها تلك الاخبار الكثيرة و تتميز الاختصاص كما رأيت بعضا منها وترى فى الابواب المناسبة فى (ئل) والكافى و تهذيب فراجع .

ومن الاطلاقات قوله عليه السلام : احكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة او يمين قاطعة او سنة ماضية من ائمة الهدى الظاهران المراد من السنة فيه هى القرعة نقله (ئل) فى الباب الاول من كيفية الحكم باسناده عن على عليه السلام و رواه - الشيخ قدس سره والصدوق عليه الرحمة فى الخصال .

ارشاد :

ومن الموارد الذى يتوجه اليمين على المدعى رواية يونس

عن رواه قال استخراج الحقوق باربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا فرجل وامرأتان وان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه : الخ (ئل) الباب ٨ من ابواب كيفية الحكم .
فترى :

ان اليمين مع رجل واحد تتوجه الى المدعى فى مورد فقدان الشاهد الآخر ولكن لو لم يكن شاهد فعلى الحتم تكون اليمين على المدعى عليه وظيفه وليس فيها اشارة الى بينة المدعى عليه لو كانت سنداله .

ارشاد آخر :

ومن المورد الذى تتوجه اليمين الى المدعى هو لو كان المطلوب بالحق قد مات فاقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا اله الا هو لقدمات فلان وان حقه لعليه الخ .
كما فى رواية عبدالرحمان بن ابي عبدالله قال قلت للشيخ (عليه السلام) وفى رواية الصدوق قلت للشيخ يعنى موسى بن جعفر (عليهما السلام) نقله (ئل) فى الباب ٤ من ابواب كيفية الحكم فراجع تفصيله .

والحاصل ان التتبع التام يعطى ان القاعدة عبارة عن لزوم البينة على المدعى ولزوم اليمين للمدعى عليه ثم المتتبع

يوجد موارد قد استثنت منها فلا ضير .

الاستنتاج :

ونستنتج من جميع ما ذكرنا واستظهرنا ان الاقوى هو تقديم
 بينة الخارج والله العالم .
 سند تقديم الداخل هو ان اليد والبينة اقوى من بينة
 الخارج لاجل كون اليد حجة .
 ولكن ضعف هذا ظاهر لان اليدوان كانت اصلا او امانة
 للملك الا انها معارضة بقيام البينة من المدعى .
 مضافا الى انها لو كانت من اسباب الترجيح فى مسئلتنا
 لحكم بها الامام المعصوم فى القضاة فالاعتناء بها هل هو نظرو
 اجتهاد فى مقابلة النص فتامل .

واما الصورة الثانية :

فهى فقدان البينة من كليهما والمشهور بين الاصحاب
 تقديم قول المستأجر مع يمينه كما فى المسالك .
 والوجه فى ذلك معلوم لانه منكر للزيادة التى يدعيها
 الموجب مع اتفاقهما على ثبوت ما يدعيه الموجب .
 واذا تحقق عنوان المنكر والمدعى يشملهما ميزان القضاة

من اليمين على المنكر والبينة للمدعى فلما لم يكن له بينة يعمل
بميزان المنكر من الزيادة كمثال قول المدعى انا اطلب منك عشرة
مثلا وقول المنكر (لا) بل تطلب منى خمسة دنانير .

قول الشيخ قدس سره :

وللشيخ قول بالتحالف وثبوت أجرة المثل كما فى المسالك
وكان عندى المبسوط ولكن اعتمدت على نقله .

ويوجه هذا القول بكون كل منهما مدعىا ومنكرا لان العقد
المتشخص بالعشرة غير العقد الشامل على الخمسة خاصة فيكون كل
واحد منهما يدعى لعقد غير عقد الذى يدعيه الآخر وهذا يوجب
التحالف حيث لم يتفقا على شئ ويختلفا فيما زاد عنه .

ولكن بعد التامل الصادق تحكم انت بفساده وضعفه .
والوجه فى ذلك واضح لان العقد مما لانزاع منهما هذا
اولا .

وثانيا ان العين المستأجرة ايضا مما لا اشكال فى استحقاق
المستأجر لها .

وثالثا : انه ايضا لا اشكال فى استحقاق المقدار الذى
يقربه المستأجر .

فاذا النزاع واقع فى القدر الزايد .

فمقتضى ميزان القضاة هو الحكم بقول المنكر للزايد عملا
بقوله عليه السلام واليمين على المنكر .

تنبيه

ولوضح هذا القول وكان موجبا للتحالف لكان جارياً في كل نزاع على حق مختلف المقدار .

كما لو قال : اقترضت عشرة فقال بل من خمسة .

لماذا : لان العقد القرض المتضمن لاحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر .

وكما لو قال أبرئتنى من جملة دين الذى على فقال بل من خمسة فان الصيغة المشتملة على اسقاط احديهما غير الاخرى وهكذا القول فى غيره وهذا مما لا يقول به احد : كما فى المسالك .

وله قدس سره : قول اخر بالقرعة فى الخلاف على المحكى عنه كما فى المسالك .

وسند هذا القول هو انه امر مشكل وكل أمر مشكل فيه القرعة .

وهذا السند ممنوع وغير مقبول من حيث الصغرى لان - المشكل ما لاسبيل الى حلّه ولما قلنا ان القاعدة بينت ان اليمين للمنكر فلا يدخل المسئلة تحت المشكل حتى تنطبق عليه الكلية المسلمة وهى كل مشكل فيه القرعة .

ولافرق بين وقوع النزاع قبل مضى المدة المشترطة وبعدها

لاشتراك الجميع فى المقتضى كما فى المسالك : وهذا هو الظاهر
والتفريق بينهما كما عن الشيخ فى موضع من مبسوطه على
المحكى عنه ليس على ما ينبغى فتأمل .

اما الصورة الثالثة :

فهى لواقام احدهما خاصة وحكمها واضح قالوا لان من
اقام البينة حكم له دون الآخر .
كما فى كفاية السبزوارى قدس سره .
ولكن فى اطلاق قولهم (حكم له دون الآخر) اشكال من
حيث انه لو كان من له البينة هو المنكر فمقتضى اصالة عدم
قبول البينة منه عدم الاعتناء ببينة .
وتوضيح ذلك : ان القول بتقديم قول المستأجر فى صورة
الاختلاف فى القدر مع فقدان البينة من جهة كونه منكرا والقول
بتقديم بينة الموعجر فى حال تعارض البينتين لا يعلام ما ذكره فى
صورة وجود البينة لاحدهما من الحكم لذى البينة بنحو الاطلاق .
والوجه فى ذلك ان مقتضى دليلهم فيما قلنا من الصورتين
عدم اعتبار بينة المستأجر فكيف يحكم له بها كما اعترف بذلك صاحب
المستند قدس سره ايضا .
وكما قال صاحب الجواهر قدس سره .

قال : اما اذا اقامها المنكر فيها فلا عبرة بها بناء على عدم
 بيينة له مطلقا انتهى كلامه .
 وتصحيحه : بان المستأجر ايضا مدّع ولو بنحو
 الصدق العرفى كما عن المستند لا يخلو عن تأمل فتأمل .
 فان عموم حجية البيينة يقتضى قبول بيينة المنكر هنا لاجل
 عدم التعارض ببيينة المؤجر .
 الا ان يدعى عدم جواز البيينة منه حتى مع انفراده بها
 كما لا يخلو عن قوة فاصالة عدم حجيتها للمنكر ينحصر بصورة التعارض
 ويؤيد لغوية البيينة منه عدم قبول البيينة منه عوضا عن
 اليمين اجماعا كما فى المستند للنراقى .

ارشاد :

وان شئت الاطلاع على باقى الاقوال والجواب عنها فراجع
 الى ما فى المستند للنراقى قدس سره فان فيه التفصيل المطلوب
 قال المحقق :

ولو ادعى استيجار دار فقال المؤجر آجرتك بيتا منها قال
 الشيخ يقرع بينهما .
 وقيل القول قول المؤجر والاول اشبه لان كل واحد منهما
 مدّع : المتن .

لا يخفى ان تلك المسئلة نظير المسئلة السابقة و اصل

الاجارة ومقدار المدّة ومقدار الاجرة مورد اتفاق منهما و لكن
الاختلاف واقع في مقدار العين الموجرة مع الاتفاق على ان البيت
مورد اجارة .

وانما الاختلاف في الزائد .

فهنا قولان الاول القرعة بينهما كما عن الشيخ قدس سره .
والثاني : القول قول الموجر كما عن ابن ادريس قدس سره
وعند المصنف في تلك المسئلة هنا الاشبه هو الاول مع كونه مرددا
في السابقة .

و خلاصة الكلام في المقام في توجيه المسئلة بحسب القولين
هو ان وجه القرعة بينهما لاجل ان كل واحد من الموجر والمستاجر
يدعى شيئا خلاف ما يدعى الآخر فاذا لم يكن هنا شىء يبين
الحال كالبينة تكون المسئلة من المتشابه والامر المشكل فنحتاج
الى القرعة لينكشف الحال على قول الشيخ قدس سره و لا بينة
ولعله لا تطلق اخبار القرعة وان كان المعيار عند كثير من الفقهاء
في الاختلاف في العقود هو التحالف كما عرفت شطرا من الكلام
في ص ٥٨٠ .

وجه القول : بان القول قول الموجر كما عن ابن ادريس
على المحكى عنه هو ان الموجر ينكر الزيادة والاصل عدمها ولا
بينة كما سمعت منه قدس سره تقديم قول المستاجر المنكر للزيادة
في الاجرة .

والاظهر قول المحكى عن ابن ادريس لان النزاع يرجع الى المدعى والمنكرهنا ايضا كما فى الاجرة لا الى التداعى .
 والوجه فى ذلك ان انتقال البيت امر مسلم فيه و انما الكلام فى الزائد عنه نظير الاختلاف فى الاجرة كما لا يخفى .
 ولكن ترى ان المحقق اختار هنا قول الشيخ مع انه كان مردداً فى الاختلاف فى الاجرة والفرق غير ظاهر والله العالم .
 وفى صورة اقامة البينة من كل واحد منهما فى حال اتفاق التاريخ او اطلاقه يتحقق التعارض مع انتفاء المرجح الذى اقدمنا ذكره من الكثرة والتفاضل بالعدالة .
 كما قال فى المتن : ولو اقام كل منهما بيينة تحقق -
 التعارض مع اتفاق التاريخ : المتن .
 فمع التعارض قلنا فيما سبق بتقديم بيينة المستأجر مع كونه مدعياً وهو الخارج وكون الموجر هو الداخل الذى لابيينة له او القرعة على ما قالوا كما لا يخفى .
 قال المحقق : ومع التفاوت يحكم للاقدم (اى نتيجته بطلان الآخر المتأخر) لكن (استدراك من الماتن وغيره فى الحكم للاقدم) ان كان الاقدم بيينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته و باجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة : المتن .
 توضيح التفاوت ان مع اختلاف تاريخ البينتين لا يخلو الامر اما ان يتقدم تاريخ الدار اى بتمامها فينتج بطلان اجارة البيت

لسبق اجارتها من المستأجر .
 واما ان يتقدم تاريخ بينة البيت حكم به باجرة المسماة
 كالعشرة مثلا .
 ولكن يبطل من اجارة الدار ما قابل البيت و صح فى
 الباقي .
 فلو كان البيت يساوى نصف أجرة الدار صح فى باقيها
 بنصف الاجرة .
 فنستنتج من ذلك انه يجتمع على المستأجر مجموع الاجرة
 لاجل البيت ونصفها لاجل بقية الدار .
 ومثال ذلك ان يقال لو كان اتفاهما على العشرة اى
 ان الاجرة عشرة ولكن ادعى المستأجر انها اجرة الجميع اى
 الدار بتمامها وادعى الموجران العشرة اجرة البيت وكان حينئذ
 المتقدم هو تاريخ بينة البيت يثبت على المستأجر خمسة عشر فى
 مقابلة المجموع : اى يثبت عشرة من باب اجرة البيت لاجل
 بينة الموجر وخمسة فى مقابلة باقى الدار لاجل بينة المستأجر .

اشكال و دفع :

اما لاول : فهو ان ما ذكرتم من ثبوت مقتضى البينتين -
 خمسة عشر للمستأجر يخالف الاتفاق على وحدة العقد واتفاهما

على ان الاجرة فى البين هى العشرة والخلاف انما فى متعلق
الاجارة من العين الموجرة .

واما الثانى :

فهوان نقول ان البينة حجة شرعية ومقتضاها اعمالها
من الجانبين ومع العمل ينتج ما مروان كان الحاصل من العمل
مخالفا للمطرح من الدعوى عند الحاكم لانه موظف بمفادهما ولا
يضر ذلك فى الحكم كالحكم بالتنصيف فى مسئلة التداعى فى
العين المشخصة مع وجود البينتين من الطرفين اذ العلم -
الاجمالى من الحاكم بالمخالفة مما لاسند للمنع فى امثال المقام
كما لا يخفى فتفصّل .

قال المحقق :

ولو ادعى كل منهما انه اشتري دارا معينة (اى من شخص)
واقبض الثمن وهى فى يد البايع قضى بالقرعة مع تساوى البينتين
عدالة وعدداً وتاريخاً وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه ولا يقبل
قول البايع لاحدهما .

ويلزمه اعادة الثمن على الآخر لان قبض الثمنين ممكن
فتزدحم البينتان فيه : المتن .

وتوضيح المسئلة يحتاج الى شرح .

فنقول : اذا ادعى كل من المشتريين اشتراء الدار من

- ذى اليد مع ايقاء الثمن منهما .
- فلا يخلو البحث عن المسئلة .
- اما لاتكون البينة فى البين فالمرجع هو المالك فان كذبهما
حلف لهما واندفعا عنه .
- وان صدق احدهما دفع اليه المبيع وحلف للآخر وله
احلاف الاول ايضا كما فى المسالك .
- وان صدق كل واحد منهما فى النصف حكم لكل منهما بما
اقربه .
- واما لباقى فيبقى النزاع فيه لكل منهما فيحلف لهما كالسابق
وهذه فروع بينها الشهيد فى المسالك ولم يتعرض الماتن هنا
قدس سرهما .
- واما تكون البينة من طرفهما فالمسئلة تدخل ح فيما يرسم
فى الكتاب بقرينة قول الماتن (تاريخا) لانه يضبط فيه غالباً فان
تقدم تاريخ احديهما حكم له وكان البيع الثانى باطلا لان البايع
باع ما لا يملكه ويرد الثمن اذ لاتعارض هنا .
- وهذه الصورة ايضا غير مذكور فى المتن .
- واما ان تكون البينتان متساويتان من حيث العدالة و
العدد والتاريخ او كانتا مطلقتين او احديهما مطلقة ففى هذه
الصورة اى انتفاء الترجيح من حيث الكثرة او التفاضل بالعدالة
اقرع بينهما وحكم لمن اخرجته القرعة بعد يمينه للآخر .

وهذه الصورة بينها .

بقوله : قضى مع تساوى الخ وهذا الحكم هو المشهور .
 قوله : ولا يقبل قول البايع لاحدهما : اى اقراره وقوله
 لاحدهما بانه باعه لا غير لانه صاحب التهمة وبذلك علل المحقق
 الاردبيلى بعد الحكم بما مر .

والوجه فى ذلك هو عدم الدليل على حجيته قول البايع
 هنا بعد انكشاف كون البايع غير مالك لاجل موجب البينتين .
 فلا يقال كيف قلتم بقبوله مع عدم البيينة لان القبول مع
 عدمها لا يستلزم القبول معها فهو فى حال كونه محكوماً بمالكية ما
 فى يده يكون اقراره نافذاً فى حقه فاذا اقر لاحدهما ينفذ ويثبت
 الملك .

وهذا ليس كعدم كونه مالكا لاجل انكشاف الحال بموجب
 البينتين فح لوجه لقوله .
 قال :

ويلزمه اعادة الثمن على الآخر لان قبض الثمين ممكن
 فتزدحم البينتان فيه : المتن مكرر : اى تلاطم كالموج على
 الموج من حيث الاجتماع لامكان قبض الثمين .
 قال المحقق : ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما و يرجع
 كل منهما بنصف الثمن : المتن .

اى كما قلنا بالتقسيم فى العين التى ادعياها .

و اما الرجوع الى نصف الثمن فلا جل انهما دفعا الثمن الى البايع والقرض قبضه للثمينين .

فـرع : لو نكل الخارج بالقرعة احلف الآخر كما فى المسالك .

قال المحقق : وهل لهما ان يفسخا الاقرب .

نعم : لتبعّض المبيع قبل قبضه : المتن .

اي اذا حكمنا انه لهما بالتقسيم النصفى فهل لهما فسخ المعاملة قال المصنف :

الاقرب نعم .

وقال العلامة فى الارشاد (ولكل خيار) .

وقال المحقق الاردبيلى قدس سره ولكل منهما خيار -

الفسخ للعيب الحاصل من الشركة فانها عيب عندهم .

فاذا فسخ كل واحد منهما أخذ تمام الثمن الذى دفعه الى

البايع .

واذا فسخ احدهما فقط اخذ كل ثمنه من البايع و الآخر

ياخذ العين بتمام الثمن ودليل ذلك ظاهر ما تقدم انتهى كلامه

رفع مقامه .

ووجه الاقربية عند الماتن لاجل ان ذلك الخيار خيار

التلف قبل القبض كما يشير اليه قوله قبل قبضه .

فما عن كشف اللثام من سقوط خيار من كان معترفا بتسليم

- العين غير مستقيم فيما نحن فيه من كون العين في يد البايع .
- والاصح ان لهما الفسخ لوجود المقتضى من العيب .
- كما عن الاردبيلي او تبعص الصفقة .
- كما عن الماتن .
- وكما عن المسالك .
- وقال في الدروس في الدرس الراجع الى الاختلاف في العقود بعد اسطر : ولهما الفسخ عند الشيخ لعيب التبويض و لعله جرى ان التنزه عن اليمين عذر .
- و ح لو فسخا كانت العين للبايع ورجع كل منهما عليه
- بكمال الثمن .
- قال المحقق :
- ولو فسخ احدهما كان للآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم :
- المتن .
- اما جواز أخذ الجميع للآخر فلعدم المزاحم له ولاقتضاء مفاد بينته بل لاقتضاء دعواه انه له .
- فما عن الشيخ قدس سره من عدم جوازه له لان الحاكم قد قضى له بالنصف دون النصف الآخر مع ان المحكى عنه في الدروس هو التفصيل : ضعيف .
- ومن الحرى ان نرجع الى الدروس ونشاهد ما قال فان في الحكايات ما لا يخفى .

قال فى المسئلة الاولى من الدرس الراجع الى الاختلاف
فى العقود فى السطر السادس .

ولو فسخ احدهما فلآخر الجميع وفيه اوجه .

ثالثها وهو مختار الشيخ فى المبسوط الفرق بين كون الآخذ

الاول .

او الثانى لان القضاء للاول بالنصف اذا لم يتعقبه فسخ

يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع .

ونعنى بالاول الذى فاتحد القاضى بتسليم النصف فرضى

بخلاف ما اذا فسخ المفاتيح فان الثانى يأخذ الجميع قطعاً لايجاب

بينه الجميع ما لم ينازع .

ثم قال الاقرب ان لكل منهما الاخذ .

ثم قال وفى وجوبه حينئذ احتمال من قضاء الشرع بالقسمة

ومن زوال النزاع وهو اولى . انتهى كلامه رفع مقامه و

مما ذكرنا ظهر التفصيل لانسبة عدم الجواز وهو مع ذلك ضعيف

ايضا .

اذ الفرق غير ظاهر بعد كون النصف لاجل حكم الشرع -

فتامل .

وقال المحقق :

وفى لزوم ذلك عليه تردد اقربه اللزوم : المتن .

توضيح اللزوم وعدمه .

بان يقال ان عدم اللزوم باعتبار ثبوت الخيار ابتداءً
فيستصحب .

ولكن ضعفه ظاهر لانتهاء المقتضى للخيار .
وان الاول وهو اللزوم باعتبار انه مقتضى بينته بشرائه مع
انتفاء المانع اذ المانع من اخذه الجميع دعوى الغريم الآخر و
انتفت تلك الدعوى من اجل تركه الاخذ ولاجل ان المقتضى
للخيار كان تبعّض الصفقة فالآن قد انتفى كما لا يخفى .
قال المحقق :

لو ادعى اثنان ان ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع
واقام كل منهما بينة فان اعترف لاحدهما قضي عليه بالثمن .
وكذا ان اعترف لهما قضي عليه بالثمنين .
ولو انكروا كان التاريخ مختلفا او مطلقا قضي بالثمنين جميعا
لمكان الاحتمال : المتن .

توضيح المسئلة : لا يخفى ان المسئلة عكس السابقة
وان المطالب فيها هو المبيع وهنا يكون المطالب هو الثمن .
والمسئلة لا يخلو من احد وجوه فاما يقرّ لهما مع وجود البينة
منهما فيطالب بالثمنين لاجل امكان صدقهما فح يواخذ به باقراره
على القاعدة من اقرار العقلا .
وان لم يقرّ الا لاحدهما يطالب بالثمن الذي سماه ولكن
يحلف للآخر هذا صورة الاقرار .

ولكن فى شرح الارشاد للمحقق الاردبيلى وقضى للآخر
ايضا عليه بالثمن اذا لم يكن لبينة الآخر عليه رجحان بتاريخ و
نحوه .

صورة الانكار :

ولو انكر ما ادعياه ولكن مع عدم البينة يحلف لهما يمينين
على القاعدة من اليمين للمنكر .

وان اقام احدهما البينة قضى له ويحلف للآخر .
وان اقام كل منهما بينة على ما اعاده فلينظر الى التاريخ
فان ارجحنا بتاريخين مختلفين فعليه يلزم الثمنان والوجه فيه
هو امكان اجتماعهما .

وتوجيه الامكان بان يقال ان الشراء من كل منهما كيف
يجوز .

ولكن يوجه بان يشتري من احدهما ثم يبيع من الآخر ثم
يشترى منه كما لا يخفى .

قال : لو كان التاريخ واحدا تحقق التعارض .
اذ لا يكون الملك الواحد فى الوقت الواحد لاثنتين ولا يمكن
ايقاع عقدين فى الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه -
احلف وقضى له ولو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما : المتن .
توضيح المسئلة : وهوان تحقق التعارض

- واضح لما علله فى المتن .
- واما الحكم بالقرعة فلما عرفت مرارا فى خلال المباحث من النص والفتوى من ايجاب القرعة عند تعارض البينتين .
- ولكن مع فقدان الرجحان .
- فمن اخرجته القرعة قضى له بالثمن الذى شهد به شهوده بعد حلفه للآخر : فان امتنع من اليمين احلف الآخرفان حلف أخذ .
- فان امتنعا من الحلف قسم الثمن بينهما نصفين اى ان كان الثمن متفق الجنس والوصف .
- وان كان مختلفا فلكل واحد نصف ما ادعاه من الثمن كما فى المسالك وغيره .

تنبيه :

- قال المسالك فى ذيل شرح المسئلة : وان كانت البينتان مطلقتين او احديهما مطلقة والاخرى مورخة فالوجه انهما كالمورختين بتاريخين مختلفين فيلزمه الثمنان لان التنافى غير معلوم فالعمل بكل واحدة من البينتين ممكن .
- ثم قال ويحتمل كونهما ح كالمورختين بتاريخ واحد لانهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد والاصل براءة ذمة المشتري فلا يؤخذ الا باليقين انتهى كلامه رفع مقامه .

ولكن الانصاف زوال هذا الاحتمال لاجل ظهور البيينة
 فى التعدد والاصل يقتضى تعدد المسبب بتعدد السبب كما
 اوضحنا ذلك فى كتابنا (المسائل التداخلية) وهو محتاج الى التكميل
 بعون الله تعالى شأنه كما اعترف بذلك صاحب الجواهر قدس
 سره .

قال المحقق :

ولو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن . وادعى آخر
 شراءه من عمرو وقبض الثمن واقاما بينتين متساويتين فى العدالة
 والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق فحينئذ يقضى بالقرعة ويحلف
 من خرج اسمه ويقضى له . ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما:
 المتن .

وتوضيح المسئلة :

هو انه لو ادعى شخص شراء شئ من زيد مثلا واقباض الثمن
 اياه وادعى شخص آخر شراء ذلك الشئ بعينه من عمرو واقباض
 الثمن فالمصنف ذكر صورة وجود البينتين مع التساوى فى العدالة
 والعدد والتاريخ واستنتج من ذلك تحقق التعارض لاجل عدم
 كون المال الواحد مملوكا بتمامه لشخصين فى زمان واحد و تفرغ
 القرعة وحلف من خرج اسمه ويقضى له .

ثم ذكر صورة نكولهما عن اليمين وحكم بقسمة المبيع بينهما:

فالمسئلة على ما ذكره الى هنا ظاهر .

ونزيد فى المسئلة صورا .

الاولى ان يقيم احدهما بينة فقط فى هذه الصورة يحكم له به ولا ينظر الى انكار البايع واقاراره كما فى شرح الارشاد عن المحقق الاردبيلى قدس سره .

الثانية : عدم البينة لاحدهما فى هذه الصورة يمكن القول بالقرعة مع حلف من خرج اسمه ومع نكوله حلف الآخرومع نكولهما يكون القسمة بينهما .

الثالثة : صورة قيام البينة فى هذه الصورة لو كان لاحدهما ترجيح بالتاريخ او العدالة ثم العدد يحكم للراجع ومع عدمه الحكم هو القرعة كما مرولو نكلا عن اليمين كما فى المتن قسم بينهما بان يأخذ كل واحد نصف المبيع بنصف ثمنه ويرجع على بايعة بنصف الآخركما فى المتن الآتى ذكره .

قال المحقق : ورجع كل منهما على بايعة بنصف الثمن ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين .

ولو فسخ احدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع لان النصف الآخر لم يرجع الى بايعة : المتن .

اما جواز الفسخ فلاجل حصول العيب بالشركة .

وقال المحقق الاردبيلى ان هذه الشركة عيب كما يأتى

البحث عنه .

• اولاجل تبعض الصفقة و .

توضيح : قوله (ولهما الفسخ) الخ هو انه لو فسخ احدهما فقط رجع نصف المبيع الذى حصته الى بايعه و يأخذ .
هو تمام ثمنه ولكن ليس للآخر اخذ ذلك النصف الآخر فانه ما ثبت له شرعا الا النصف والنصف الآخر للآخر و بفسخه يرجع الى بايعه كما هو ظاهر لا يخفى .

تنبيه :

لا فرق فى المسئلة المبحوث عنها بين ان تكون العين فى يد احد البايعين او يد اجنبى كما صرح به فى الدروس فى المسئلة الثالثة من درس فى العقود .
قال المحقق :

لو ادعى عبد ان موله اعتقه و ادعى آخر ان موله باعه منه واقاما البينة قضا لاسبق البينتين تاريخا فان اتفقتا قضا بالقرعة مع اليمين : المتن .

توضيح المسئلة كذا : اذا ادعى مملوك ان موله اعتقه و ادعى شخص آخر انه اشتراه من موله فى صورة اقامة البينة منهما يقضى لاسبق البينتين تاريخا كما فى المتن فان كان الاسبق هو العتق بظهر بطلان البيع وان كان هو البيع يظهر بطلان العتق .

ولكن لو تكافأت البيّتان من حيث العدالة او العدد و التاريخ او لاجل الاطلاق فى كليهما او مع الاطلاق فى احديهما و ذكر التاريخ فى الاخرى فحينئذ قضى بالقرعة مع اليمين لزوما لا احتياطا كما عن الشيخ قدس سره .

قال المحقق : ولو امتنعا من اليمين .

قيل يكون نصفه حرّاً و نصفه رقّاً لمدعى الابتياح و يرجع بنصف الثمن ولو فسخ عتق كلّه .

و هل يقوّم على بايعه الاقرب نعم لشهادة البينة مباشرة عتقه : المتن .

توضيح المسئلة انه لو امتنع من خرج اسمه من اليمين و الوجه انه يحلف الآخرو مع الامتناع اى من كليهما .

قول يكون نصفه حرّاً و يكون نصفه الاخر رقّاً لمدعى الابتياح . وهذا القول عن الشيخ و جماعة و ظاهره التمسك بروايات التنصيف التى مرت فى خلال المباحث و فى القول المذكور ضعف يظهر من قوله (قيل) .

وعلى ما ذكر يرجع على البايح بنصف الثمن لاجل فوات نصف المبيع .

و هل له خيار التبعض الظاهر ذلك .

واما قوله : ولو فسخ عتق كله فلاجل ان المانع عن العتق

قد زال بشهادة البينة على المولى بعته .

واما قوله (وهل يقوم) اى لولم يفسخ المشتري فهل يقوم على بايعه اى ان كان موسرا كما فى المسالك ام لا الاقرب عند المصنف قدس سره (نعم) وعلة بقوله لشهادة البينة بمباشرة عتقه وواقفه جماعة فيتم شرط السراية .

ولكن قال الشهيد فى الدروس فى المسئلة الرابعة من (درس) فى العقود .

وان امسك فى التقويم نظر من قيام البينة بالمباشرة . و من اعمال بينة الشراء فى النصف وهى ينفى اصل العتق فلا يحكم بثبوت العتق بالنسبة الى هذا النصف ولانه عتق قهرى فلا يقوم عليه : انتهى محل الكلام .

و اعترض عليه فى شرح الارشاد للمحقق الاردببلى و فى المسالك بان ما ذكره مقتضى العمل بظواهر القواعد الشرعية فراجع الى التفصيل فيهما وهو لا يخلو عن قوة والله العالم .

ارشاد :

وفى المسئلة غير ما ذكره الماتن قدس سره فروع ومطالب من قيام البينة من احدهما وغيره فان شئت التفصيل فراجع الى المسالك وشرح الارشاد .

قال المحقق قدس سره :

(مسائل)

الاولى

لو شهد للمدعى بان الدابة ملكه منذ مدة فدلّت سنّها على اقل من ذلك قطعا واكثر سقطت البينة لتحقق كذبها :
المتن .

توضيح المسئلة : ان قوله (فدلّت) ان كان على نحو القطع فسقوط البينة ح واضح لان الكذب يكون قطعيا .
واما لو كانت الدلالة ظنية ففى سقوطها اشكال و لذا -
اقتصر فى الحكم بالسقوط على الدلالة القطعية كما فى المسالك .

المسئلة الثانية :

اذا ادعى دابة فى يد زيد . واقام بينة انه اشتراها من عمرو فان شهدت البينة بالملكية مع ذلك للبائع او للمشتري او بالتسليم قضى للمدعى : المتن .

اى شهدت البينة بالشراء وقالت كانت ملكا للبائع او شهدت بانها ملك للمشتري او شهدت بتسليمها للمشتري منه فحينئذ قضى للمدعى قضاء لمفاد البينة التى هى حجة شرعية .

وان شهدت بالشراء لا غير قيل : لا يحكم لان ذلك قد

يفعل فيما ليس بملك فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون وهو قوى :
وقيل يقضى له لان الشراء دلالة على التصرف السابق الدال
على الملكية . المتن .

توضيح المسئلة : :

ان القولين كلاهما للشيخ قدس سره .
اما الاول فهو فى مبسوطه ورضى به المصنف والاكثر كما
فى المسالك .
والثانى فهو فى الخلاف ووافقه الفاضل فى المختلف كما
فى المسالك .
ويظهر قوة القول الاول بضعف دلالة التصرف على الملكية
وهو ظاهر بالتأمل الصادق .

المسئلة الثالث : :

قال : الصغير المجهول النسب اذا كان فى يد واحد
وادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا . وكذا لو كان فى يد اثنين .
اما لو كان كبيرا وانكر فالقول قوله لان الاصل الحرية .
ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه وان اعترف
لاحدهما كان مملوكا له دون الاخر : المتن .
تحليل المسئلة : ان الدليل على القضاء بالرقية ظاهرا

هل هو مجرد اليد او مع التصرف .
 او لكونه يدعى شيئا لا معارض له .
 و ظاهر المتن هو الاستناد الى يده .
 فلا بد ح من تحقيق القول في اليد و كونها امانة على الملك
 كما هو الاظهر او كونها اصلا لا يقاوم الدليل القائم على خلافه كما
 قيل و تفضيل الكلام في اليد و ان كان لا يقتضيه المقام .
 الا ان البحث عنها بنحو ينكشف المرام في الاستناد لاجل
 استدعاء بعض السادة .

من افاضل مجلس درسنا الذي يصعب مخالفته و هو سيد
 شريف من اهل النظر جعله الله علما في الدين : (١) (رسالة
 مختصرة في اليد) .

فنقول بعون الله الموفق الهادي تعالى شأنه .
 ان اليد عبارة عن الحارجة و العضو الذي يستعان به في
 الامور .

والذي يستفاد من استعمال اليد و الاحاطة بموارده ان
 معناها يساوق السلطة و الجوزو الملك و الاستيلاء المناسب لما في يده
 و التصرف من لوازمها حتما .

و يساوي معنى القوة على الشيء و لا بأس بالارشارة الى

١- و هو السيد الشريف الفاضل الحجة السيد حسن النبوي

المازندراني دام توفيقه قائم شهر كادي كلا .

بعض موارد ها حتى يتضح حق الكلام .

منها : انه يقال هذا فى يده فلان اى فى حوزة وملكه
ولعله منه قوله تعالى : الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة
النكاح .

والعقدة اسم لما يعقد من نكاح او يمين او غيرهما و يقال
له عقدة ملك اى العهدة .

ومنها : انه يقال : لفلان يد على كذا : اى قوة .
وكذا يقال يد الدهر ويد الريح كما فى قول الشاعر : بيد
الشمال زمامها من باب التشبيه لما له من القوة ومنه يقال (انا
يدك) .

ويقال ايضا يده مطلقه اى هى عبارة عن ايتاء النعيم .

ويقال يد مغلولة اى عبارة عن امساكها .

وعلى هذا المعنى قيل فى الاية : وقالت اليهود يد

الله مغلولة الى قوله بل يدها مبسوطتان .

ويقال : نقضت يدي عن كذا: اى خليت اى بعد الحياة

والسلطة ومن هذا يشتق ويقال كما فى الآيه : (اذ أيدتك

بروح القدس) اى قويت يدك : ومنه ايضا قوله : واذكر عبدنا

داود ذالايدي (اى القوة) .

ومنها : معنى الولاية والنصرة يقال فلان يد فلان اى

وليه وناصره . ولذى اليد ولاية التصرف فيما له كما هى مرادة

فى قوله تعالى (لما خلقت بيدى) اى تولية الخلقه بالاختراع
الذى ليس الا له جل جلاله .

وقوله تعالى : يد الله فوق ايديهم : قوته ونصرته و
نعمته :

والخلاصة : يستفاد مما ذكران اليد المجردة عن الحوز
والتصرف ليست مرادة من اليد بل فيها نحو تصرف كما لا يخفى
بالتأمل الصادق .

التوسع لا المجاز :

وبما ان اليد جارحة واسم لجامد فلا ربط بما يراد من
المعانى الحدثية .

لكن العرف لما راي ان التحول والتصرف والتحويل يتحقق
بها اطلق عليها اى على ما ذكر من المعانى حقيقة بالتوسع -
بجعلها عليها بحيث يريدون تلك المعانى فى استعمالهم بلا
ارتياب فلا وجه للبحث ازيد من ذلك فى الاستعمالات الشرعية
والعرفية لم يرد معنى اللغوى قطعاً .

ويمكن الالتزام بكونها حقايق عرفية كما هو ظاهر المحكى
عن النراقى فى عوائده .

وعن المحقق القمى قدس سره ما يقال ان لفظ اليد مجاز

الاستنتاج : اج :

ونستنتج مما ذكرنا ان اليد قاعدة عليها بناء العقلاء وعمل
الناس والعرف استنادا الى كونها كاشفة عن الملكية غالباً .
لا من باب الظن النوعى كما يتراى فى كلمات الاصحاب فى
تأليفاتهم .

بل من باب ان العمل بما يوجب الاطمينان كالعلم و
كقبول قول الثقة طريق عقلاى يلزم رعايته ومتابعته وعلى هذا
تكون اليد واردة على مبنا على الاستصحاب لاحكامه و سيجى
توضيحه .

ومن هنا يظهر ان اعتبار الثقة .

وقاعدة اليد ونظائرها فى التشريع الاسلامى امضائى .
لان جهة العمل فيها عبارة عن جهة الكشف و هى امر
ذاتى لنفس الامارة من الاحراز وامضاء الشارع امضاء لامر فطرى
لا من باب تتميم الكشف كما عن المحقق النائينى وغيره حيث ان
ما ليس له كشف كيف يتم كشفه يجعله التشريعى .

الا ان يلتزم بالتعبد فى الباب وهو بعيد ولقد بيننا ذلك
فى كتابنا (العلم الثانى من الاصول) وهى الحجة وقد كتبت منه
شطرا ونسئل الله اتمامه .

ارشاد الى نظر بعض الاساطين :

الشهيد الاول امام الفقه قدس سره ذكر اليد في قواعده ص ٢٧٦ ولكن ما تعرض لدليلها ولاعلى كونها امارة او اصلا وكأنه حسبها غنية عن البحث .

شيخ الاساطين الانصارى قدس سره ذكرها في رسائله ص ٣٩٣ من طبع خط الهاشم الوزيري في آخر خاتمة ذكر بعضهم للعمل بالاستصحاب شروطا كبقاء الموضوع وعدم المعارض الخ فقال فيقع في مسائل : الاولى ان اليد الخ .

وهو قدس سره بين ان العمل بها واعتبارها امركان على مبنى عمل الناس في امورهم وامضاء الشارع .

ثم قال ولا يخفى ان عمل العرف عليها من باب الامارة لا من باب الاصل التعبدى وهذه العبارة عبارة اخرى عما ذكرنا موسى بن جعفر :

وقال الشيخ الجليل المحقق العلامة موسى بن جعفر بن احمد التبريزى قدس الله سرهم فى كتابه (اوثق الوسائل فى شرح الرسائل للانصارى) المطبوع كرارا : ص ٥٤٣ .

قلت اولاً : اى فى جواب من استشكل وجه تقديم البينة عليها لو كانت اليد امارة اجتهادية انك قد عرفت اى فى ص ٥٤٢ فى آخر الصفحة ان اعتبار اليد من باب الغلبة وامضاء الشارع

لها الى آخره فهو يعترف انها امانة على الاظهر وانها مما مضاه
الشارع تبعا للشيخ قدس سرهما .

النائينى :

المحقق النائينى قدس سره ايضا تبع الشيخ الانصارى و
صرح بانها قاعدة عقلائية امضائية استقرت على ذلك طريقة العقلاء
وقال ايضا :

والظاهر ان تكون من الامارات فان بناء العقلاء و عمل
الناس كان على اعتبار اليد الخ فراجع ص ٢٢٤ فى تقريرات العلامة
الحجة الشيخ محمد على الكاظمى الخراسانى رحمه الله الجزء
الثالث طبع النجف الحجرى .

مدرك اليد :

مستند اليد غير ما ذكرنا فى اعتبارها فى الجملة هى الاخبار
الواردة فيها ولا يخفى انه نقل الاتفاق والاجماع بل الضرورة
على اعتبارها ايضا كما فى (اوثق الوسائل) .

منها : رواية حفص بن غياث (وضعفه لكونه عامى المذهب
لا يضر لاجل امرين .

احدهما رواية المشايخ عنه كالحسن بن محبوب وجميل بن

دراج .

والاول كان جليل القدر يعد فى الاركان الاربعة .

وقال الكشي انه ممن اجمع اصحابنا على تصحيح ما يصح عنهم وتصديقهم واقروا لهم بالفقه والعلم : راجع جامع الرواة: الجزء الثاني ص ٢٢١ .

واما الثاني : وهو ايضا ثقة جليل وهو ايضا ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح من هولاء وتصديقهم واقروا لهم بالفقه .

وهولاء :

- ١- جميل بن دراج .
- ٢- وعبدالله بن مسكان .
- ٣- وعبدالله بن بكير .
- ٤- وحماد بن عيسى .
- ٥- وحماد بن عثمان .
- ٦- وابان عثمان .

جامع الرواة ج ١ : ص ١٦٥ :

ولا يخفى ان السيد الجليل بحر العلوم قدس سره قد نظم هولاء في نظم فقال : قد اجمع الكل على تصحيح .

ما يصح عن جماعة فليعلما : فهم الونجاية ورفعته : اربعة وخمسة وتسعة : الخ .

وثانيهما : وجودها في الكتب الثلاثة وهم المحمدون الثلاثة الاجلاء الاثبات الثقات رضوان الله عليهم : عن ابي عبد الله (عليه

السلام) المروية في (ثل) في الباب ٢٤ من ابواب كيفية الحكم برواية الكافي قال : قال له رجل اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي ان اشهد انه له : قال : نعم .
قال الرجل : اشهد انه في يده ولا اشهد انه له فلعله لغيره .

فقال ابو عبد الله (عليه السلام) : أفيجل الشراء منه قال :

نعم .

فقال ابو عبد الله (عليه السلام) : فلعله لغيره فمن اين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هولى وتحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك .
ثم قال ابو عبد الله (عليه السلام) لولم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق .

ورواه الصدوق باسناده عن سليمان بن داود .

ورواه الشيخ باسناده عن على بن ابراهيم مثله : واستفاد منه صاحب الوسائل الشيخ الحر العاملى قدس سره وجوب الحكم بملكية صاحب اليد حتى يثبت خلافها .

ومنها : رواية حماد بن عثمان جميعا عن ابي عبد الله

(عليه السلام) في حديث فدك .

ان امير المؤمنين (عليه السلام) قال لابي بكر أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين قال : لا : قال فان كان في يد

المسلمين شئ يملكونه ادعيت انا فيه من تسأل البينة قال ايّك
 كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين .
 قال (عليه السلام) فاذا كان في يدى شئ فادعى فيه -
 المسلمون تسألتي البينة على ما في يدى (اى فلا جواب له) و
 قد ملكته فى حيوة رسول الله (صلى الله عليه وآله) وبعده ولم
 تسأل المؤمن البينة على ما ادعوا على كما سألتني البينة على ما
 ادعيت عليهم الى ان قال : وقد قال : رسول الله (صلى الله
 عليه وآله البينة على من ادعى واليمين على من انكر : ورواه -
 الطبرسى فى الاحتجاج مرسلًا قدس سره .

ومنها : رواية يونس بن يعقوب : فى المرأة تموت قبل
 الرجل او الرجل قبل المرأة قال عليه السلام : ما كان من متاع
 النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجل فهو بينهما .
 ومن استولى على شئ منه فهو له نقله فى (ثل) الباب
 ٨ من ابواب ميراث الازواج الحديث ٣ من كتاب الفرائض .

تحليل مفاد اليد : فينبغى التنبيه على امور :

الاول : لا كلام فى جريان اليد فى الاملاك والاموال .
 وهل تجرى فى العرض كالمرأة التى تنازع فيها رجلان
 اى فى زوجيتها مع كون المرأة فى يد احدهما .
 مقتضى انعقاد الاجماع على اعتبار اليد فى الاعراض ذلك

نص على الاجماع فى الاوثق : ص ٥٤١ : وهو يدل على
تعميم الموضوع فى اليد فتأمل .
الثانى : ان اليد امانة معتبرة بين الناس بلا فرق بين
يد المسلم والكافر .

- لاجل ان مبنى عمل الناس ذلك
- اولا و لاجل دلالة النصوص عموما
- ثانيا و لاجل دلالة الاخبار فى الموارد الجزئية خصوصا
- ثالثا :

الاستثناء :

ويستثنى من كون اليد امانة على الملكية ما فى يد الكافر
من اللحوم وما يتعلق بها لاجل اصالة عدم التذكية وما كان غير
مذكاة ليس بقابل لان يملك .
نعم قيل ان يده امانة على كون اللحم من الميتة كما فى
تقريرات المحقق النائيني قدس سره .
الثالث :

- هل تجرى اليد فى الانساب ام لا
- الظاهر عدم الجريان لان موضوع الاخبار الواردة فيها هو
الملك والمال لا النسب .
- وان قلت ان ما كان مطلقا منها كيف نصنع .

- قلنا ان مقتضى القاعدة التقييد بما هو خارج عن سنخ المال من الحق او المنافع كقوله عليه السلام من استولى .
 والظاهر عدم قائل جازم بذلك كما يظهر من كلام فخر المحققين قدس سره واليك كلامه .
 قال العلامة فى القواعد ص ٣٩٩ ج ٤ من كتاب ايضاح الفوائد لولده قدس سرهما .
 ولو تداعيا صبيا وهو فى يد احدهما لحق بصاحب اليد -
 خاصة على اشكال : وهذا ليس بقول صريح كما لا يخفى .
 قال ولده الفخر فى شرح كلامه بعد قوله اليد اما ان تكون عن التقاط اولاً :
 الى ان قال .
 قيل : نعم لانها اى اليد امانة دالة عليه .
 ولانه مدعى عليه وغيره مدع .
 وقيل : لا : لان اليد لا تأثر لها .
 ولا فى ترجيحه .
 والاصح الثانى : انتهى محل الحاجة حيث لم يعلم قائل ظاهر جازم منه والقييل قيل .
 الرابع :
 هل تجرى اليد فى المنافع ام تختص بالاعيان .
 الظاهر القوى هو الاول وان قال صاحب المستند لم اجد

بعد على مصرح باحد الطرفين .

وتوضيحه : ان اليد امارة الملكية فى الاعيان .
ولكن اليد. تفيد ايضا الملكية فى المنافع لوجود المقتضى و
عدم المانع .

اما لاول : فلان صدق اليد فى المنافع كصدق اليد فى
الاعيان ايضا فى صورة اثبات اليد على العين .

وتوضيحه : ان مع اثبات اليد على الدابة مثلا
او الدار يحكم العرف بانه اثبت يده على المنافع وهذا هو صدق
اليد عليها وان كانت المنافع تتحصّل بالتدرّج كلا او بعضا بعد
ذلك : ولكن صاحب المستند النراقى قدس سره يخالف .

ويقول الظاهر اختصاص الاخبار بالاعيان للاصل والاجماع
فى غيرها غير ثابت ولكن تعرف فى قولنا الاستنتاج ثبوته وعرفت
صدق اليد والمسئلة لا يخلو عن تأمل فتأمل .

الاستنتاج :

ونستنتج من صحة ما قلنا .

ما اجمعوا على وجوب دفع الاجارة بمجرد تسليم العين من
الموجرو ان كان استيفاء منافع العين مع التأخر والتدرّج و كذا
على ضمان المشتري لمنافع المبيع بالبّيع الفاسد بمجرد اثبات اليد
من المشتري عليه وان لم يستوف المنافع بان فاتت وهو فى

- يده كما حقق ذلك فى كتاب البيع .
- ومن هنا يظهر ضعف ما عن المحقق النراقى قدس سره فى
المستند من الاشكال فراجع باب القضاء منه .
- واما لثانى : وهو عدم المانع : وتوضيح المانع .
- ان المنافع غير موجودة حتى يمكن اثبات اليد عليها .
- او ان اليد تصدق بالنسبة الى المستوفى منها لاما يستقبل
منها كما عن بعض المتأخرين كما فى الاوثق ص ٥٤١ فهذا هو
المانع .
- فنقول ان مع التأمل الصادق يعلم ان هذا صرف مناقشة
لامانع فلو كان مانعا لما كان اجماع كما مر .
- الخامس : الحقوق الماليّة :
- هل تجرى اليد فى الحقوق المالية بحيث تفيد الاختصاص
اي اختصاص ذى اليد بها مثل الوقف والتجويرام لا الاظهر
الاول .
- توضيحه : هو ان نقول لو كان شئ فى يد احد مدعى
توليه عليه باذن الواقف او باذن الحاكم الشرعى كما فى الاوقاف
العامة فمع ثبوت يده عليه نحكم باختصاص ذلك بهذا الشخص
والمستند فيه هو عموم قوله عليه السلام فيما سبق فى رواية يونس
بن يعقوب وهو : من استولى على شئ منه فهو له .
- والاجماع المدعى فيه .

الاستنتاج :

ونستنتج من ذلك تقديم قوله لو نازعه احد على قول المنازع في صورة عدم البينة منه ومثله حق التحجير ونحوه كما لا يخفى
السادس :

ان اليد مع الانفراد تدل بان ذا اليد مستقل بالملكية في تمام ما في يده بخلاف ما لو كان في يدهما فان العرف يحكم بالتشريك ولما في رواية يونس المتقدمة من قوله : ومن استولى على شئ منه فانه يدل على انه لو استوليا معا عليه كان لهما ويعضده من الاخبار ما دل على التنصيف .

السابع :

انّ اليد امانة وليست من الاصول لما عرفت انها طريقة عقلائية مبنية على الكشف عن الملكية .

وبعبارة أخرى ان الاعتماد على اليد عند عمل الناس مربوط بما هو مرتكز في الفطرة من الاتباع بما هو كاشف عن المطلوب كالعلم وما هو كالعلم من الاطمينان القائم مقام العلم في الحياة الاجتماعية فح يرون في اليد المالك .

ويرتبون الاثار المشاهدة منه على الملكية فمعاملة الناس مع اليد معاملة الكاشف والطريق بل المتعارف عند الناس عدم التوجه باحتمال كون صاحب اليد من الغاصبين .

الاستنتاج : —————

ونستنتج من ذلك ان ما ورد فى لسان الشرع من الاخبار من باب رعاية عمل الناس والعناية على ذلك الطريق الكاشف وليس من باب التشريع والتأسيس بحيث كانت اليد معتبرة ولولم يلاحظ جهة الكشف .

فلا ينبغى الاشكال فى تحقق الغلبة الكاشفة نوعا وهكذا الاشكال بان الغلبة حكمة لاعلة حتى تقول ان اعتبارها من باب التعبد المحض وليس قوله عليه السلام ولولم يجز ذلك لما قام للمسلمين سوق امر بالتعبد بل هو اشارة الى حكمة اعتبار اليد سيتلوعليك ثمرة ذلك انشاء الله تعالى شأنه .

وليست من الاصل :

والنراقى :

فاليد على ما استظهرنا ووضحنا أساسها ليست من الاصول كما عن المحقق النراقى قدس سره فى المستند فى القضاء قال : الثانى المراد بكون اليد ظاهرة فى الملكية واقتضاءها لها انها الاصل فيها لا انها الدليل عليها فلا يخرج عن مقتضاها بلا دليل مخرج ولا يعارض دليلا اصلا بل يرفع اليد عنه مع الدليل الخ كلامه .

ولكن يضعفه ان الظاهر من الفتوى والنص الوارد فى

اليد مثل رواية حفص بن غياث ان اعتبار اليد امر كان مبنى عمل
الناس فى امورهم عليها وقد امضاه الشارع كما صرح بذلك شيخنا
الشيخ الانصارى قدس سره فى الاستصحاب فى مسألة اليد .
وقلنا ان امضاء الشارع من باب العناية بالكشف .
وقال الشيخ الانصارى ايضا .
ولا يخفى ان عمل العرف عليها من باب الامارة لا من باب
الاصل التعبدى : فراجع كلامه .
ومن المصرحين بكونها اماره هو الشيخ الجليل المحقق
موسى بن جعفر فى اوثق الوسائل قدس سره .
والمحقق النائينى فى تقريراته ومن التبع والتضلع يظهر
سائرهما لكسب التأيد فراجع .

الثامن : (ترتب امرين على اليد)

يترب على / اليد من حيث اعتبارها مضافا الى افادتها -
الملك سواء كانت صحيحة او باطلة .
امران احدهما جواز اقرار ذى اليد بما فيها لكل من اراد
مثلا اذا تنازع شخصان فى عين مغصوبة فى يد ثالث فح يقدم
قول من صدقه الغاصب .

ثانيهما : اعتبار قول ذى اليد فى باب الظهارة والنجاسة
وان كانت يده يد عدوان فح لو اخبر بالنجاسته فيتبع وان علمنا
بطهارة ذلك الشئ سابقا وكذا العكس والحكم فى كلا المقامين ثابت

بالاجماع . كما فى الاوثق ص ٥٤٢ .

اقول :

لا يخفى عليك ان الحكم لو كان من باب ثبوت الاجماع عليه فتخرج اليد ح عن كونها مستندا فى المسئلة اذ الكلام فى آثار اليد .

وان كان المستند هى اليد ودلالاتها على ذلك الحكم فلا مسرح للاجماع .

التوجيه : —————

الا ان يوجه المسئلة بان الاجماع قائم على تعميم موضوع اليد من الملك فقط .

ولكن عرفت ان الاخبار ظاهرة فى الاعيان فمخالفته لها محل اشكال نعم ما كان من سنخ المال من الحقوق او المنافع يمكن اذ حاله فى موضوعها كما عرفت شطرا من الكلام فيه .

توجيه آخر : —————

ويمكن ان يقال ان مقتضى من ملك شيئا ملك الاقاربه هو انه لاشبهة ان الماء الطاهر عند ذى اليد وكذا النجس مما يصدق عليه قوله عليه السلام (من استولى) كما فى رواية يونس بن يعقوب فقوله فى الطهارة والنجاسته اقرار بهما فيؤخذ به فتشلهما اليد بمالها من الآثار واشباع الكلام فى باب الطهارة فتأمل .

التاسع : (اليد مع المباشرة)

وهل يعتبر في اليد مباشرة ذى اليد بنفسه او يكفى الاعم

منه ومن الوكيل ونحوه .

الظاهر هو الثانى بشرط ثبوت الوكالة او الاستعارة او الامانة

او الاستجارة او الغصب فى ذلك التصرف وكل ذلك للصدق

العرفى فلا يتوقف صدق اليد على المباشرة النفسية فافهم .

العاشر : (فى تعارض اليد مع الاستصحاب)

اعلم انك قد عرفت ان اليد من الامارة المفيدة للملك فح

لا يعارضها الاستصحاب لجهتين .

الاولى ان الاستصحاب اصل عملى فى مورد الشك لاجل

التعبد اولغيره والبحث فيه فى محله .

ولكن اليد اماراة ولا اشكال فى تقديم الادلة على الاصول

لاجل الحكومة سواء كانت الاصول وجودية او عدمية .

الجهة الثانية :

هى لزوم لغوية جعل اليد لولم تقدم على الاستصحاب

لورود اليد مورد الاستصحاب غالباً فانه قل مورد لم يكن الاستصحاب

على خلافها فح لو قدم الاستصحاب لزم اللغوية حيث لولاها لما

قام للمسلمين سوق كما فى الرواية .

وتشريح المرام بايتان شطر من الكلام .

فنقول : ان اليد ان كانت من الامارات الفطرية كما قلنا

اي ما يعتمد عليه بحسب حكم الفطرة بالعمل بما يحصل منه الاطمينان او من الامارات المنصوبة دليلا على الملكية كما في كلمات الاصحاب من حيث كون الغالب في مواردها كون صاحب اليد مالكا او نائبا عنه .

- وان اليد المستقلة غير المالكية قليل بالنسبة اليها .
- فلا كلام في تقديم اليد على الاستصحاب على ما حقق في محله من حكومة ادلة الامارات على دليل الاستصحاب .
- ولكن على طبق مبنای تكون واردة عليه .

ارشاد الى معنى الحكومة :

• ومجمل القول فيه .

ان الحاكم اي مبين حال المحكوم مقدم على المحكوم بلسان المراد منه وهذا قد يكون بالتصرف في محمول المحكوم او في موضوعه مثال الاول ادلة نفي العسر والجرح والضرر فانها حاكمة على الادلة الدالة على الاحكام الاولية من وجوب الوضوء لكل مكلف مثلا فالعسر والضرر يبين ان المحمول اي حكم الوضوء مرتفع عن المريض والذي فيه عسر وجرح فالحاكم في هذه الصورة قد تصرف في حمل القضية لافى موعها .

ومثال : الثانى اي رجوع تصرف الحاكم في موضوع الدليل الاول المتكفل لبيان الحكم الواقعي كقوله (من شك بين الثلاث

والاربع فليبين على الاربع) .

وكقوله لاشك لكثير الشك فانه حاكم على قوله (من شك) بمعنى التصرف في الموضوع بلسان نفي الشك عن من كثر شكه والشاك موضوع لحكم الشك فدليل الحاكم يضيق موضوع قوله (من شك فليبين) ويبيّن المراد منه بلسان ان كثير الشك ليس بمراد من قولنا فليبين على الاربع .

وكحكومة الامارات على دليل الدال على بيان الحكم عند الشك كالاصول العملية فان الامارة تكون حاكمة ليلها بلسان ارتفاع الموضوع من الشك .

ونستنتج من ذلك البيان ان اليد بناء على كونها امانة كما هو الاظهر والاقوى تكون حاكمة على الاستصحاب .

عود الى صدر الكلام :

ولو كانت من الاصول بمعنى انها غير كاشفة بنفسها عن الملكية او انها كاشفة لكن اعتبار الشارع بها ليس من هذه الحيثية بل جعلها في محل الشك تعبدًا لتوقف استقامة معاملات العباد على اعتبارها نظير اصاله الطهارة كما يشير اليه قوله عليه السلام في ذيل رواية حفص بن غياث الدالة على الحكم بالملكية على ما في يد المسلمين : ولولا ذلك لما قام للمسلمين سوق بناءً على ما قرره شيخنا الانصارى قدس سره بما ذكرنا فالظاهر ايضاً

تقديمها على الاستصحاب اذ لولا هذا لم يجز التمسك بها فى اكثر المقامات فيلزم المحذور المنصوص و هو اختلال السوق و- بطلان الحقوق اذ الغالب العلم بكون ما فى اليد مسبقا بكونه ملكا للغير كما لا يخفى وهذه هى الجهة الثانية فى تقديمها عليه .

ولا يخفى عليك ان الاجماع قائم على ما بينا فى صورة الجهل بحال اليد مع كون المال من الاموال التى يقبل النقل والانتقال وسيأتى مراتب وحالات اليد انشاء الله تعالى شأنه .

اشكال ودفنــــــــــــــــع :

اما الاول فهو ان المشهور حكم بانه لو اعترف ذو اليد بكونه سابقا ملكا للمدعى انتزع عنه العين الا ان يقيم البينة على - انتقالها اليه فهذا يكون من تقديم الاستصحاب على اليد ولقد قلم انها مقدمة عليه .

واما لو قام البينة على الملك السابق او ثبت بعلم الحاكم فالمسئلة محل خلاف من الانتزاع وعدمه ولعل الاقوى عدمه فى صورة اثبات البينة للملك السابق .

واما علم الحاكم فى الملك السابق فلا اعتبار به و لعله اتفاقى اذ لا اثر لعلمه بان المال كان للمدعى قبل استيلاء ذى

اليد عليه لاجل احتمال انتقال المال اليه بناقل شرعى فلا مدرك
لانتراع المال عن يده الاستصحاب بقاء المال فى ملك المدعى و
لقد اوضحنا ان اليد حاكمة على الاستصحاب فلا تغفل .

واما الثانى : (و انقلاب الدعوى)

فنقول ان هذا ليس من تقديم الاستصحاب بل العلة فى
ذلك هو ان دعواه الملكية الفعلية منضمته الى اقراره بكون -
العين قبل دعواه ملكا للمدعى فيرجع الى دعوى انتقال العين
اليه فح يلزم انقلاب الدعوى اى يكون هو مدعيا والمدعى منكرا .
ومن هنا يظهر لك انه لو لم يكن طرف له اى مقابل يدعى
تكون دعواه الملكية بلا قادح فى الحكم بها له كما لا يخفى .

الاستنتاج :

ونستنتج من جميع ما ذكرنا ان اليد ولو كانت من الاصول
التعبدية تقدم على الاستصحاب لان التشريع كان فى مورد
الاستصحاب فلولا تقديمها لزم كون التشريع فى مقابله بلا جهة .
ولك ان تقول ان دليل اليد اخص من عموم الاستصحاب
مضافا الى ما عرفت مما ذكرنا انها من الامارات بحسب النص و -
الفتوى .

ارشاد : (الى تقديم البينة)

لا يقال ان البينة تقدم على اليد من دون ملاحظة التعارض

اى علاجه بينهما وذلك يكشف عن كونها من الاصول حيث لا يلاحظ فيها قواعد التعارض .

فانه يقال : ما ذكر لا يكشف عن كونها اصلا .

ووجهه ان اليد انما جعلت اماره على الملك عند الجهل بسببها .

ولكن البينة مبينة لسببها فحال اليد مع البينة حال الظاهر مع النص فلا اشكال فى تقديم النص على الظاهر مع كونهما من الدليل .

مراتب اليد : —————

قال : الشهيد الاول فى (القواعد) ص ٢٧٦ اليد تقبل الشدة والضعف .

اذ هى عبارة عن القرب والاتصال فكلما زاد تأكدت اليد .

١- فابلغها ما قبض بيده .

٢- ثم ما عليه من الثياب والمنطقة والنعل .

٣- ثم البساط تحته .

٤- ثم الدابة ثم تحت حمله .

٥- ثم ما هو سائقها او قائدها .

٦- ثم الدار التى هو ساكنها اذ هى دون الدابة لاستيلائه

فى الدابة على جميعها .

٧- ثم الملك الذى يتصرف فيه .

ولو تنازع ذو يد ضعيفة وقوية كالراكب مع السائق او قابض

اللجام .

او تنازع ذو الحمل مع غيره قدمنا ذا اليد القوية .

ويمكن ان يقال الترجيح هنا ليس بقوة اليد بل باضافة

التصرف اليها : انتهى كلامه قدس سره .

اقول : مرفى تفسير اليد ما هو يثبت رعاية التصرف فى

معنى اليد فعلى هذا قوله قدس سره (ويمكن) يخرج الامكان

الى الترجيح الذى ذكره .

ثم ان تحليل معنى اليد لايحتاج الى ذكر المراتب لان

المراد منها كما عرفت بحكم العرف عبارة عن الاستيلاء بالشئ ولا

يراعى فى معناها حيثية القرب والاتصال على نحو ما ذكره قدس

سره فكلما صدق السلطة والاستيلاء ثبت آثارها حتى الضمان كما

يدل عليه .

قوله صلى الله عليه وآله اى الخبر النبوى : على اليد ما

اخذت حتى تؤدّى .

الا ان يدعى ان قوة اليد محل اتفاق يصعب خلافه

فليراعى فى مورد الاتفاق لانه يكشف عن المناط .

وخلاصة الكلام فى معنى اليد هو تحقق التسلط والاستيلاء

الذى يصدق معه ان الشئ الفلانى فى يده والتعبير باليد

لاجل ان السلطة تكون غالبا باليد وما ذكرنا من المعانى الشائعة العرفية .

وتوضيح ذلك ان بين قبض العضو وبين الاستيلاء عموما من وجه ومرجه الى سالتين جزئيتين وموجبة جزئيته كالتسلط على الحدائق والمزارع والحيوان دون القبض باليد و كالقبض باليد دون الاستيلاء كقبض الجواهر مثلا مع القدرة عليها وقد يجتمع كلا الاضافتين .

ولكن مرجع جميع ذلك الى ما قلنا من الاستيلاء على انحاءه واليد فى العرف كناية عنه كما يظهر بالتأمل الصادق .
ولذا ترى الفقهاء رضوان الله عليهم انهم يدورون مدار صدق الاستيلاء فى تنقيح موارد الضمان .

تنبيه : (و المراتب)

نعم يتحقق مراتب الايدى فى تعاقبها لاطلاق النبوى السابق على ثبوت الحكم من الضمان لكل من استولى سواء كانت يدا ابتدائية او كانت الايدى متعاقبة ومن ذلك حكم الفقهاء على ضمان الايدى المتعاقبة فى المغصوب .

ارشاد الى العويصة : (فى مسألة الايدى)

وهنا عويصة ليس المقام مقتضيا لذكرها وهى انه كيف يعقل

ان يكون الشيء الواحد موجبا للضمان اى عدم الفراغ الا بالاداء
مع تعاقب الايدى عليه .

مثلا لو قلنا ان كل واحدة من الايدى فى عهدة من -
الضمان لزم ثبوت اموال كثيرة فى مقابل مال واحد عينا او قيمة
او مثلا .

وان قلنا ان الضمان لواحدة من الايدى لزم الترجيح بلا
مرجح .

وان قلنا ان الضمان لواحد لابعينه .

ولكن يتعين بتعيين المالك لزم ان لانتزم بقاعدة اليد
الحاكمة بضمان كل صاحب يد اذا تعاقبت .

وان قلنا فى المقام ان الضامن من اتلف المال فقط للزم
عدم اعمال القاعدة وعدم تضمين الباقيين .

ولكن يعانده اجماع الاصحاب المستند الى قاعدة اليد
فى تضمينهم .

وان قلنا بان لاضمان فى المقام لتعارض تلك الايدى مع
عدم امكان الجمع بينها لاجل تكرر العوض وعدم امكان التعيين
لاجل الترجيح بلا مرجح فلا يخفى انه يلزم فوت المال على مالكة
مع وجود سبب الضمان وهذه هى العويصة التى تعرض لها
الاصحاب رضوان الله عليهم .

الجواب عن تلك العويصة انها عويصة بحسب مقام الثبوت

والتصور فى المسئلة ولكن فى مقام الاثبات والدلالة التصديقية
اى الكشف التصديقى تنحل العويصة .

وبيانه ان الواجب من الاداء فى الضمان امر واحد وان
الاداء من واحد منهم مسقط للضمان اى ضمان كل واحد منهم
الذى كان واجبا لكل واحد منهم ولا بأس عدم لزوم المباشرة فى
الاداء بل هو غاية تحصل الواجب كما فى الواجب الكفائى على
ما اوضحناه فى كتابنا (المحاورات الاصولية) فى مجلده الاول المطبوع
فح لم نخالف ظاهر دليل اليد الدال على ضمان كل واحد من
اصحاب اليد مع وصول الحق الى صاحبه باى نحو كان ولو
بالابراء مثلا فاذا أدّى احد منهم الحق فقد صار سببا لسقوط
العهدّة والضمان عن السائرين .

كما لا يخفى هذا مجمل الكلام فى المسئلة حسبما يقتضيه
المقام والاشباع فى محله .

حالات : (اليد)

الحالة الاولى : ان يعلم انها تحققت على نحو العدوان
كالغصب او على وجه من وجوه احدى الاوصاف كالعارية او الاجارة
او الامانة ولكن احتمال انتقال المال الى من هو بيده .
فى هذه الصور لا اعتبار بها بل اللازم هو العمل بمقتضى

الاستصحاب .

لأننا قلنا ان اليد امانة على الملك فى صورة كون اليد
مجهولة الحال فاذا استصحبنا حال اليد فاليد تكون موصوفة ح
بصفة الامانة او الاجارة ونحوها ولا تكون كاشفة ولا حاكمة على
الاستصحاب بل الامر بالعكس حين معلومية احد الاوصاف كالعدوان
او الاجارة ونحوها .

الحالة الثانية :

صورة كون المال وقفا من قبل سلطة صاحب اليد عليه و
لكن يكون من المحتمل طرود بعض ما يسوغ بيع الوقف فح اشتراه
صاحب اليد .

فهل هذه اليد معتبرة فى اماريتها ام لا .

فنقول فيها وجهان ومقتضى الوجه الاول هو الاعتبار .

ومقتضى الثانى عدم الاعتبار .

بيان الاول : ان العلم بكون المال وقفا قبل استيلاء
صاحب اليد عليه يكون كالعلم بكونه ملكا للغير حيث لا اثر له فى
قبال اليد والوجه ظاهر ان ليس فى المقام الا استصحاب بقاء
الوقفية وهو كاستصحاب بقاء المال على ملك الغير يكون محكوماً
باليد .

نعم لو علم ان اليد حدثت على ما كان وقفا واحتمل طرود

بعض مسوغات بيع الوقف بعد ذلك كان استصحاب حال اليد -
 حاكما عليها .

واما اذا لم يعلم ذلك بل احتمال ان تكون اليد حدثت
 بعد بطلان الوقف فلا يكون فى البين ما يقتضى سقوط امارية
 اليد .

وهذا الوجه هو الذى اختاره السيد الفقيه السيد محمد
 كاظم اليزدى قدس سره فى كتاب القضاء من ملحقات العروة اعتمادا
 على تقارير الاستاد المحقق النائينى بتقرير تلميذه العالم الكامل
 العلامة الحجة الشيخ محمد على الكاظمى الخراسانى قدس سرهما .
 وبيان الثانى وهو عدم اعتبار تلك اليد .

توضيحه ان اليد انما تكون امارة على الملك فى المال
 الذى يكون فى طبعه قابلا للنقل والانتقال فعلا ولم يكن محبوسا
 عنه ولا يكفى مجرد امكان طرّوما يقبل معه النقل والانتقال .
 وبعبارة اخرى اليد انما تكون امارة على ان المال انتقل
 من مالكة الاول الى ذى اليد باحد اسباب النقل والانتقال على
 سبيل الاجمال بلا تعيين سبب خاص وذلك انما يكون بعد الفراغ
 عن المال القابل للنقل والانتقال والوقف ليس كذلك فان -
 الانتقال فيه انما يكون بعد طرّوما يوجب قابلية النقل فيه من
 عروض احد مسوغات بيع الوقف .

فى الوقف لابد من عروض المجوز للبيع اولا .

ثم ينقل الى الغير وأمارية اليد انما تتكفل الجهة الثانية
وهى النقل الى ذى اليد .

واما الجهة الاولى فلا تتكفل لاثباتها اليد بل لابد من
اثباتها بطريق آخر بل الجهة الاولى تكون بمنزلة الموضوع للجهة
الثانية فاستصحاب عدم طرّوما يجوز معه لبيع الوقف يقتضى سقوط
اليد فانه بمدلوله المطابق يرفع موضوع اليد فهو كاستصحاب حال
اليد انتهى : وهذا ما قرّره المحقق النائيني قدس سره و قال :
والاقوى عدم اعتبار اليد فيه .

ثم انه تعرّض لدفع ما يتوهم واطال الكلام فى المقام فراجع
الى تقريراته ص ٢٢٦ فى الاستصحاب .

اقول : ان ما ذكره من البيان راجع الى التحوّل الخارجى
من جهة المحول الذى يجوز البيع واقعا فهذا موضوع بحسب
الواقع لكون اليد امارة ولكن ظاهر اليد خصوصا من المتدين و
المواظب لموازين الشرع انها وقعت على المجوز للبيع وان لم تكن
اليد علة للتحوّل المجوز ولكنها ظاهرة فى وقوعها على المحول كما
قلنا .

و ما أتى من مثال الخل والخمر لدفع التوهم من قوله
قدس سره .

لوشك فى كون ما فى اليد خلا او خمر مع كونه فى السابق
خمر لا يمكن اثبات كونه خلا بمجرد كونه فى اليد واليد لا تثبت

الموضوع فلا تكون اليد امانة على انقلاب الخمر خلاً بل استصحاب بقاء الخمرية حاكم على اليد الخ .

فهو ايضا راجع الى التحول التكويني ومن المعلوم ان اليد لاتعد من اسباب التحويل ولكنها ظاهرة فى الوقوع على المحول كما قلنا خصوصا من المتدين العارف بالحلال والحرام .
 ويؤيد ما قلنا اصالة حمل فعل المسلم على الصحة .
 ونستنتج مما ذكر ترجيح قول السيد الطباطبائى قدس سره فتامل .

الحالة الثالثة :

هى صورة عدم العلم بحال اليد واحتمل النقل من مالكه اليه وهذه الصورة هى المتيقنة من موارد اعتبار اليد وحكومتها على الاستصحاب كما مر بيان ذلك فى خلال البحث .

الحالة الرابعة :

هى صورة تفردھا فلو كان فى قبالتها من يدعى ملكية المال وثبت كون المال كان ملكا للمدعى قبل سلطة ذى اليد ففى انتزاع المال عن يده وتسليمه الى المدعى وعدمه .
 تفصيل قد مرّ شطر من الكلام فيه .
 ومجمله ان الملكية السابقة قد تثبت باقرار صاحب اليد .

- وقد تثبت بالبينة .
- وقد تثبت بعلم الحاكم .
- فقول بالانتزاع فى الاول وعدمه فى الثالث .
- ومختلف فيه فى الثانى فالبحت المشبع فى محله .

الحالة الخامسة :

هى تجرد اليد فى الشهادة وكفايتها عن العلم ونتيجة ذلك جواز الشهادة بالملك المطلق وعدم اعتبار العلم بالملك .
وقال : فى الاوثق الاقوى هو الاول اى عدم لزوم العلم وفاقا لجماعة خلافا للمشهور على ما حكى عنهم وتدل عليه رواية حفص بن غياث المتقدمة انتهى كلامه رفع مقامه .
اقول ظاهر تلك الرواية هى الكفاية ولكن المسئلة بعد محل بحث ولعل الله تعالى شأنه يوفقنا فى البحث عنه مشبعاً فى كتاب الشهادة انشاء الله تعالى .

الحالة السادسة :

هى حالتها مع الاستفاضة اذ من المعروف ان الاستفاضة تثبت بها امور .
منها الملك المطلق فاذا اعاضها اليد كما اذا شاع واستفاض كون ما فى يد زيد ملكا لعمرو .

فهل تقدم اليد او الاستفاضة فيه .

احتمالان مقتضى القاعدة .

هو الاول : ولكن لا من حيث قوة دلالتها واطهرتها
والا فالاستفاضة قد تفيد ظناً اقوى منها اى اليد بل من حيث ان
الدليل على اعتبار الاستفاضة هو الاجماع على اعتبارها فى الامور
المذكورة (اى النسب والموت والوقف والنكاح والعق و ولاية
القاضى) وهو ممنوع فى المقام لان المتيقن منه اى الاجماع مورد
عدم معارضتها باليد وهذا الفرع .

ذكره فى الاوثق فى التتميم ص ٥٤٥ : اقول : ان
الاستفاضة ولو كانت اظهر من اليد لكان بلا ثم بعد كون اليد
امارة دالة على النقل من مالكة اليه كما لا يخفى فافهم فان الاحتمال
ليس تحليلاً فى المسئلة .

الحالة السابعة :

حالة اليد والاستصحاب فى مسئلة الشهادة فان المتسالم
بين الفقهاء رضوان الله عليهم جواز كون الاستصحاب مدركا و -
مستندا لشهادة البينة .
ولا كذلك اليد .
وتوضيحه انا اذا علمنا بكون شئ ملكا لزيد فى سابق الزمان
يجوز لنا ان تشهد بكونه لزيد .

بخلاف ما لو علمنا بكونه فى يده سابقا بلا علم بكونه ملكا له
فح لا يجوز لنا ان نشهد له .

الاستنتاج :

فنستنتج من ذلك ان الاستصحاب لو كان ضعيفا بالاضافة
الى اليد التى ذكرنا تقدمها عليه فى مقام التعاند و المعارضة
فكيف يصح كون الضيف مدركا للشهادة دون القوى وهى اليد :

دفع الاشكال :

وبيانه ان الفرق كائن فى المقام .
لان اليد شى والشهادة على الملكية شى آخر لماذا : لان
المناطق فى ذهابهم الى تجويز كون الاستصحاب مدركا للشهادة
هو لزوم ابطال الحقوق لو لم يستند اليه .
وتوضيحه : انه لا سبيل لنا فى الشهادة الفعلية
غالبا الا التمسك بالاستصحاب و عليك بالمثال فلو علمنا بدين لزيد
على عمرو او بامانة له عنده او بكون هذا الملك له دونه لكان من
المحتمل الابراء فى الدين و الاداء من دون اطلاع الشاهد فى
الامانة .

و النقل فى الملك فلا سبيل للشهادة الفعلية الا الاستصحاب
ولا دليل على كون اليد السابقة مستندا للشهادة الفعلية ولا غرو

فى ذلك مع وجود حكمة داعية كما اعترف بذلك الشيخ الجليل
موسى بن جعفر فى اوثق الوسائل فراجع .

تنبيه :

مضافا الى ما فى التسالم من الكلام كما هو ظاهر المستند
للمحقق النراقى قدس سره حيث قال فى القضاء فى الموضوع
الاول من بيان اليد : ثم لا يتوهم ان ما ذكرنا من عدم توقف
صدق اليد على التصرفات الملكية يخالف ما ذكره جماعة فى بحث
ما يصير به الشاهد شاهدا من الاشكال فى جواز الشهادة بالملكية
بدون مشاهدة التصرفات كصاحب الكفاية بل المحقق بل قد
يستشكل مع التصرفات ايضا . ونقل التردد عن المبسوط .

لان اليد شئ . والشهادة على الملكية شئ آخر .
ولذا تريهم جميعا يقولون .

اليد المفردة عن التصرف هل يصح بالشهادة على الملكية

ام لا فيثبتون اليد . ويختلفون فى الشهادة .

بل قد يثبتون اليد ويضمون معه التصرف ايضا .

وكذا لا ينافى ما ذكره مع ما سنذكره من اقتضاء مطلق اليد

اصالة الملكية .

كما ان استصحابها ايضا يقتضى اصالتها مع الاختلاف فى

جواز الشهادة بالملكية الاستصحابية .

ولذا اتفقوا على انّ ما كان فى يد مورث شخص ولم يعلم حاله يحكم بملكيتة له ويجوز اشتراؤه منه ولولم يجز الشهادة له بملكية مورثه : انتهى كلامه رفع مقامه .

صاحب الوسائل : قال بعد نقل اخبار اليد فى الباب ٢٨ من ابواب كيفية القضاء .

اقول لا ينافى هذا ما يأتى فى الشهادة من جواز الشهادة باستصحاب بقاء الملك لان المفروض هناك عدم دعوى التصرف الملكية .

على انه لا منافاة بين جواز الشهادة و بين عدم قبولها لمعارضة الخ وتنقيح المقال يتضح فى كتاب الشهادة انشاء الله تعالى .

و خلاصة الكلام :

وملخص المقال ان تقديم البيينة المستنده الى الاستصحاب على نفس اليد الموجودة فلعله لوجود الاجماع تعبدا كما اعترف به صاحب الاوثق قدس سره .

وايضا ليس ما قالوا من التقديم من جهة تقديم احدى الامارتين على الاخرى عند المعارضة حتى تستنتج انت من ذلك لزوم كون الاستصحاب اقوى من قاعدة اليد بل الجهة من ذلك عدم الاعتناء باليد فى المقام .

و بيان ذلك :

ان الايدى على انحاء .

منها : يد الانكار بمعنى ان يكون شئ فى زيد وادعاه شخص آخر
كعمرو مثلاً وانكر زيد عليه ذلك الادعاء ولم تعلم اليد السابقة
على يد زيد او علمت وكان ذواليد السابقة غير عمرو وهو ساكت
عن الدعوى ففى هذا التقرير لا اشكال بل لاختلاف فى الحكم بما
فى يده .

بل لادخل فى ذلك لليد لان الحكم به له لاجل .

ان الدعوى التى لامعارض لها مسموعة اتفاقاً وهذا باب
واسع فى الفقه يأتى فى باب الوكالة والانكحة وغيرهما و
نستنتج من ذلك انه لو ادعى احد كونه وكيلًا فى البيع او الشراء
او ادعت المرأة خلّوها عن الزوج ونحو ذلك تسمع الدعوى اى
دعوى ذلك الشخص المدعى .

ومنها : هى اليد المسبوقه بالعلم بكون ما فى يده

للمدعى كما اذا كان شئ فى يد زيد وعلما بكونه فى السابق
لعمرو وادعاه عمرو وانكره عليه زيد وبعبارة اخرى ادعى كونه
ذلك له فعلا دون عمرو من دون تعرض لكونه فى السابق لعمرو
حتى يكون بذلك مدعياً للانتقال منه اليه وعمرو منكرًا للانتقال كى
ينتزع المال من يده ويدفع الى عمرو ويلزم باقامه البيينة على
دعويه نظرا الى ان مقتضى الاصل عدم الانتقال كما عرفت فيما مر

من عدم الاعتداد باليد في مثله ومحل الكلام في المقام هذا
القسم الاخير .

وتقديم البيينة المستندة الى الاستصحاب على اليد الموجودة
انما هو لعدم الدليل على اعتبار مثل تلك اليد الموجودة لا لتقديم
الاستصحاب على اليد .

العلة في ذلك :

هي كون اليد معتبرة لاجل الغلبة مع امضاء الشارع لها
ومع تنزيل الروايات عليه لا على التعبد ونستنتج من ذلك عدم
وجود الغلبة مع دعوى المالك السابق .
فملاك اعتبارها مفقود حينئذ .

اقول : هكذا قرره صاحب الاوثق قدس سره بتغيير
يسير منا في عبارته ولكن .

التحقيق : ان اليد كما استظهرنا امانة كاشفة من الامارات
ومقتضاها عدم الاعتناء بالاستصحاب في المقام .

وما يدعى من الاجماع في تقديمه في تلك الصورة المفروضة
في المسئلة محل تأمل لاجل منع ابي الصلاح الحلبي قدس سره
لجواز الشهادة استنادا الى الاستصحاب .

وفصل العلامة بين افادة الاستصحاب للظن وعدمها -
فقال بجوازه على الاول دون الثاني .

وفصل الشيخ الحر العامل على نحو ما نقلنا كلامه فراجع
المختلف للعلامة قدس سره تجد كلام ابي الصلاح .
وكيف كان فالمسئلة تكون مشهورة لا اجماعية كما يخفى على
المتتبع .

اشارة :

ويمكن ان يقال ان وجه عدم الاعتناء بالاستصحاب الذى
ذكرنا من ذى قبل هو اطلاق رواية حفص بن غياث الشامل لليد
الموجودة ولو مع دعوى المالك لبقاء ملكه فيصح لنا الحكم بكون ما
فى يده له ولو مع دعوى ذى اليد السابقة ولكنه لا يخلو عن
تأمل فتأمل .

واما موثقة يونس السابقة من قوله عليه السلام (من استولى
على شئ منه فهو له : فهو لا يخلو عن ظهور فيما قلنا .
واما ما نقلنا من رواية فدك فيظهر مفاده بما سيجىء من
شرح قضية (فدك) فى الخاتمة فالمسئلة غير منقحة فالظاهر موافقة
المشهور او الاجماع المدعى فى خصوص المورد خلافا لقاعدة اليد :
والله العالم بحقايق احكامه .

خاتمة :

لا يخفى عليك ان المناسبة الحاصلة من بحث اليد تقتضى

ايتان الكلام فى رواية فذك المتقدمة ليتضح المرام منها وذلك
لاستدعاء بعض فضلاء البحث .

فنقول مستعينا بالله تعالى شأنه .

اما لرواية فيليق بنا ان نكرها للاستحضار والتذكار وهى :
عن ابي عبد الله عليه السلام فى حديث فذك : ان امير المؤمنين
عليه السلام قال لابي بكر أتحمك فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين
(هذه الجملة تنادى باعلى صوتها ان عمل ابي بكر كان امرا غير
مشروع واقداما باطلا بلا احتياج الى سائر ما يدل عليه لانه عليه
السلام معصوم لآية التطهير ونفس الرسول صلى الله عليه وآله .
لآية المباهلة . وباب مدينة علمه لقوله : انا مدينة العلم وعلى
بابها (٠٠٠) .

قال : لا .

قال : فان كان فى يد المسلمين شئ يملكونه ادعت انا
فيه من تسأل البينة قال : اياك كنت اسأل البينة على ماتدعيه
على المسلمين (هذه الجملة ايضا تنادى ان صاحب اليد لا يحتاج
الى شئ لان اليد امانة على الملكية وان يدنا ثابتة على فذك
فالبينة متوجهة عليك .

لا : لنا : فما بال الانكار والعناد .

ويظهر من تلك البيانات ان مقصوده عليه السلام كان على
الوصول بالحق باية حجة كانت وان كان فذك نحلة بكسر النون

وهو أسم من نحل ينحل من باب منع اى الاعطاء كما يتضح انشاء
الله تعالى انه كان نحلة وملاكا لفاطمة الزهراء عليها السلام
بالادلة الآتية .

وكان بيانه بيانا لمعيار القضاة وطرقها مما شاة) .
قال : عليه السلام فاذا كان فى يدى شئ فادعى فيه
المسلمون تسألنى البينة على ما فى يدى وقد ملكته فى حياة
رسول الله (صلى الله عليه وآله) وبعده ولم تسأل المؤمنىن
البينة على ما ادعوا على كما سألتنى البينة على ما ادعيت عليهم .
(وهذه الجملة ايضا تنادى باعلى صوتها انك غير عارف باصول
القضاة ومقتضى طرح الدعوى وعلاجها وان المالك و صاحب
اليد لا يطالب بالبينة وان البينة للمدعى وهوانت .
ولا يخفى ان قوله عليه السلام : وقد ملكته فى حياة -
رسول الله صلى الله عليه وآله قاطع لدعويهم وهو صادق مصدق
وان رده رد لقوله تعالى فى آية التطهير فكيف تحكمون وبأى
شئ تؤمنون بعد الله وآياته) .

ولما اشرنا : قال عليه السلام .
وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) البينة على
المدعى واليمين على من انكر : هذا تمام الرواية : ثل الباب
٢٥ من ابواب كيفية القضاء .

تحليل الرواية وتوضيحها : —————

ان قوله عليه السلام (ملكته فى حياته) ناظر الى تحقق الملكية فلا مناص الامن التصديق .
 وليس اقراراً اى بان يقول : نعم كان ملكا لرسول الله صلى الله عليه وآله ليحتاج الى اثبات الانتقال بل يقول ملكته مضافا الى ما أتى انشاء الله تعالى من مدارك الاعطاء والاقطاع والايطاء الالفاظ التى هى صريحة فى الملك فانتظر .
 ثم انا لما رأينا ان البحث عنه يوجب خروج الكتاب عن وضعه الاصلى مع اشتماله على (رسالة اصالة الصحة) وعلى (قاقداليد) اوكلنا البحث عن فدك الى رسالة مستقلة انشاء الله تعالى ووفقنا فى ذلك الامر مع ان المسئلة ظاهرة بالعناية الى تواريخ الفرقين والكتب المولفة فى ذلك الموضوع وعلى الله التكلان

عود الى متن الشرايع : —————

قال المحقق :

اما لو كان كبيرا وانكر فالقول قوله لان الاصل الحرية المتن اى مع انكار الكبير كونه رقا .
 فالقول قوله فى القضاء لان الاصل فى الانسان هو الحرية .

والظاهر عدم الخلاف في المسئلة .

فما في (ئل) الباب ٥ من ابواب بيع الحيوان من كتاب التجارة من جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرية فلا بد من التأمل فيه او يحتمل على دعوى التحرير لانها يحتاج الى اقامة البينة ومسئلة دعوى الحرية غير دعوى التحرير .

قال : ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه وان اعترف لاحدهما كان مملوكا له دون الآخر : المتن .

والمسئلة بعد عدم الخلاف فيها كما قالوا يشملها اقرار العقلاء نقله (ئل) في الباب ٣ من كتاب الاقرار .

ويدل على مدرك المسئلة ايضا .

رواية حمران بن اعين قال سئلت ابا جعفر عليه السلام قال : قال كان (اي على عليه السلام) يقول الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالرق وهو مدرك : الحديث : نقله (ئل) في الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم من القضاء .

وما حكى عن الشيخ قدس سره من الكلام الذي حاصله مفروغية عدم قبول اقراره كما نقل عن العامة من عدمه مطلقا او بالتفصيل من الاقرار المضر لنفسه فالقبول والمضر لغيره فعدمه فالظاهر انه بلا دليل لان ظاهر الادلة على خلافه : مضافا الى ما في الحكاية من الخفاء فلا بد من النظر الى نفس كلامه ليتضح المرام فراجع ان وجدته ثم تأمل فيه .

قال المحقق : (المسئلة) الرابعة :

لو ادعى كل منهما ان الذبيحة له وفي يد كل واحد
بعضها واقام كل منهما بينة .
قيل : قضى لكل منهما بما في يد الآخر و هو الاليق
بمذهبننا : المتن .

توضيح المسئلة يتبنى على بيان وجوه :
الاول ان وجه القضاء بما في يد الآخر في الطرفين هو ما
قلنا من تقديم بينة الخارج على بينة الداخل .
الثاني : ان قلنا بتقديم بينة ذي اليد بلحاظ اعتضاها
باليد فنحكم ح لكل من الطرفين بما في يدهما .
الوجه الثالث : هو القضاء بالاشاعة بينهما ولكن مع فرض
اتصال بعض الذي في يد احدهما بالآخر ولقد مر نظير ذلك في
خلال المباحث على ما اتخطر : قال في المسالك الشهيد قدس
سره : ومما يتفرع على المسئلة انه لو كان احدهما كافرا والآخر
مسلمما حكم بكون ما يقضى للكافر ميتة وللمسلم مذكى وان كان كل
واحد من الجزئين قد انتزعه من الآخر عملا بظاهر اليد المعتبرة
شرعا ولا يقدر في ذلك اليد السابقة لظهور بطلانها شرعاً :
انتهى كلامه .

قال : وكذا لو كان في يد كل واحد شاة وادعى كل

منهما الجميع واقاما بينة قضى لكل منهما بما فى يد الآخر المتن
ويأتى هنا الوجهان دون الثالث كما لا يخفى .

قال المحقق قدس سره : (المسئلة الخامسة) :

لو ادعى شاة فى يد عمرو واقام بينة فتسلّمها ثم اقام الذى
كانت فى يده (اى عمرو) بينة انها له .

قال الشيخ : ينقض الحكم وتعاد (اى الشاة الى عمرو)
وهو بناء على القضاء على اليد (فان صاحب اليد كان عمرواً) -
الاولى انه لا ينقض : المتن .

لان امارية اليد اى من عمرو للملك معتبرة ما لم يقم بينة
على خلافها كما سمعت شطرا من الكلام فيما سبق فى رسالة اليد
وبحكم الحاكم انقطعت يده .

لكن لو اقام بينة على انتقال حادث يسمع دعواه .
والظاهر عدم الخلاف فى هذه الصورة مضافا الى الميزان
فى الدعوى من سماع بينة المدعى كما لا يخفى .

قال المحقق : (المسئلة السادسة) :

لو ادعى دارا فى يد زيد وادعى عمرو نصفها واقاما البينة
قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم وتعارضت البينتان فى
النصف الآخر فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ولو

امتنعا من اليمين قضى بينهما (اي فى النصف) بالسوية فيكون

لمدعى الكل ثلاثة ارباع ولمدعى النصف الربع : المتن .

اقول : الحكم بكون النصف اى المشاع لمدعى الكل هو

المشهور كما فى المسالك وغيره سواء كان مدع النصف وهو عمرو

مقرا له او ساكتا لمحوضة النزاع فى النصف من الكل .

وهذه المسئلة مبينة على كون الدار فى يد ثالث .

ثم تصل النوبة الى تعارض البينتين فى النصف الآخرو

حكمه مع التعارض هى القرعة ويقضى لمن يخرج باسمه ولكن مع

اليمين ولو امتنع عن الحلف حلف الآخر فيكون له .

ثم : لو امتنعا كلاهما من اليمين قضى بينهما اى فى

النصف الباقي بالسوية فنستنتج من ذلك كون ثلثة ارباع لمدعى

الكل لان النصف الذى لم يكن فيه نزاع مع نصف النصف وهو

الربع تكون ثلثة ارباع .

ويبقى نصف النصف وهو الربع لمدعى النصف وذلك ظاهر

قال : ولو كانت يدهما على الدار وادعى احدهما الكل

والآخر النصف واقام كل منهما بينة كانت (اي الدار) لمدعى الكل

ولم يكن لمدعى النصف شئ لان بينة ذى اليد بما فى يده غير

مقبولة : المتن .

وهذه المسئلة ايضا هو المشهور لاجل تقديم بينة الخارج

لخروج النصف عن يد مدعى الكل ودخوله فى يد مدعى النصف

فيأخذه مدعى الكل لاجل البينة والنصف الآخر من باب عدم المعارضة كما لا يخفى .

كلام ابن جنيد في المقــــــــــــــــام :

ولا يخفى عليك ان ابا على ذاهب الى تقسيم الدار بطريق العول اى دخول النقص فى السهم .
فقال : ان الدار تقسم اثلاثا فيجعل لمدعى لكل ثلثان ولمدعى النصف ثلث نظير ضرب الديان فى مال المفلس والميت نظرا الى ان المنازعة وقعت فى النصف المشاع . فكل جزء من العين مورد للمنازعة .
ومقتضاه ان يجعل بين المتنازعين بنسبة دعواهما .

الاستنتاج :

ونستنتج من ذلك هوان يجعل لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث لان نسبة النصف الى الكل نسبة الثلث الى الثلثين .
ولا يخفى ان ما ذكره المذكور فى المسالك وغيره من كتب القضاء فراجع .

(من المحقق الرشتى)

توضيح المقال : ان الاصل فى المسئلة هوان مسئلتنا

هل هي من باب تزاحم الحقوق او من باب تعارض الامارات .
 فان كانت من الاول اتجه كلام ابن الجنيد لانه اذا اجتمع
 فى شئ حقوق لايسع ذلك الشئ لها لزم الجمع بطريق العول
 وادخال النقص على كل واحد .

فاذا كان مدعى الكل حقه الكل بموجب بينته و مدعى
 النصف حقه النصف و اريد الجمع بين الحقين فى الدار التى
 تداعياها لزم تقسيمها بينهما على وجه يكون الواصل الى كل ذى
 حق بقدر ما وصل الى الآخر بنسبة حقه و يكون الفائت من كل
 حق بقدر الفائت من الآخر . وهو لا يكون الا بالعول .

وان كانت المسئلة : من باب تعارض الامارات و جب فيه
 مراعات قواعد الجمع وهو تصديق كل اماراة فى مورد التعارض -
 بقدر تصديق الآخر .

و نستنتج من ذلك وجوب تصديق بينة الكل فى محل التعارض
 بقدر تصديق بينة النصف عملا وهو لا يكون الا بالتنصيف .
 وهذا الذى قررنا ذكره المحقق الرشتى فى قضائه ص ٢٩١
 من الجزء الثانى انتهى كلامه .

ولكن الحق ما عليه المشهور و قبل بيان الحق نشرح اساس
 كلامه .

وهو ان كلام ابن جنيد رحمه الله لا بد ان ينشاء من تعقل
 الاشاعة فى المقام .

وهى تعلق حق كل من الطرفين بكل جزء جزء من الدار
 فاذا كان مدعى النصف فى دعواه هو النصف المشاع فلا
 شبهة ح فى تعلق دعواه بكل جزء من الدار ونستنتج من ذلك
 عدم بقاء جزء سالم لمن يدعى الكل .

والحاكم فى مقام القضاة اذا قصد تصديق البينتين القائلتين
 بالكل والنصف لم يقدر على تصديقهما لاجل ان المحل غير
 صالح لانفاذهما بالاضافة الى ما يدعيانه فح .
 يكون النتيجة ورود النقص على الطرفين ولكن بالنسبة الى
 نصيبهما .

وتوضيحه : هو ان يكون نسبتها اذا ورد -
 النقص على الطرفين كنسبتهما من قبل .
 وهى بعد المقايسة ان نسبة النصف والكل نسبة الثلث
 والثلثين فلا مناص الا من كون نسبة ما ينقص عن الطرفين ايضا
 نسبة الثلث والثلثين وهذا ما يراد من معنى العول .

الاستنتاج :

ونستنتج من ذلك لزوم اعطاء الثلث لمن يدعى النصف و
 اعطاء الثلثين لمن يدعى الكل .
 هذا محصل مبنى ابن جنيد .
 اذا عرفت هذا .

فاعلم ان حقية مستند المشهور واضحة .
 وبيانها ان صرف النزاع على طريق الاشاعة التى تسرى
 فى تمام الاجزاء وجميعها لا يقتضى عدم سلامة جزء لمن يدعى
 الكل .

لماذا : لانه كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد
 من يدعى النصف نصفه كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف
 من المجموع نصفه يبقى نصفه الاخر لمدعى الكل بلا منازع .
 فالتزاحم انما وقع حقيقة بالنسبة الى نصف الكل فلا مناص
 الا من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبة اليه فتقسم العين اربعا
 فيكون حق مدعى الكل ثلاثة ارباع وحق مدعى النصف ربعا .
 ومن هذا التقرير تعرف ان ما ذكر لا دخل له بالعول ولا
 بمسئلة اجتماع حقوق الغرماء فى مال المفلس والميت الذى لا
 يكفى بتلك الحقوق .

لماذا لان الفرض فى هذه المسائل تعلق كل من الحقين
 الزايد والناقص بالمال وانما القصور فى العين فصاحب الحق
 الزايد يعترف بثبوت الحق الناقص لصاحبه وكذلك يعترف صاحب
 الحق الناقص بالنسبة الى الزايد .

واذا صارت جهة تلك المسائل معلومة .
 تعرف ان ما نحن فيه تخالفها لماذا : لان الذى يدعيه
 مدعى النصف هو بعينه الذى يدعيه مدعى الكل ويكذب مدعى

النصف بالنسبة اليه واما مدعى الكل فلا يكذبه من يدعى النصف
بالنسبة الى النصف المشاع من المال .

وانما يكذبه بالنسبة الى نصف من الكل مشاعا فيحكم بالتقسيم
بينهما بالنسبة الى مورد التداعي وهو النصف من العين .

ولكن لا يخفى ان تلك البيانات التي قررها المحقق -
الاشتياني قدس سره ص ٤٦٣ وان كان وجهها وجيها .

الا انه لو كان اساس اعتماد ابن جنيد مبنيا على كون البينة
من باب السببية في باب المرافعة .

ونتيجة السببية سببية كل من البينتين بالنسبة الى ما
يتعلق به فيكون تزامهما بالنسبة الى الجميع .

لكان الجواب محل تأمل واشكال : لانه يمكن ان يقال
انا .

لانسلم ان هنا نصف غير متنازع فيه حتى يعمل بينة الكل
في ذلك النصف وانما يكون كذلك .

لو قال مدعى النصف : (لى احد النصفين) وليس كذلك
لانه يدعى النصف الكلى .

والصواب ان يقال : ان مجرد كون كل جزء محلالللدعوى
لا يقتضى التزام او التعارض فى مجموع الاجزاء لماذا : لان سريان
حق مدعى النصف الى كل جزء ليس باعتبار تمامه بل باعتبار بعضه
والذى يسهل الخطب : هو ما سبق من مرسل ابن حمزة

ص ٦٦١ فراجع فان فيه تعليل اختصاص احد الدرهمين بمدعى الاثنيين بان صاحبه اقربانه ليس له فتكون علة منصوصة فى المسئلة وان ابيت كونها منصوصة فليكن دليلا على ان احد الخصمين اذا اعترف ببعض المدعى به لصاحبه وجب العمل - بمعيار القضاوة فى غيره .

ولقد عرفت فى بيان المرسل انه ظاهر فى الاشاعة فيكون مدركا فيما نحن فيه بلا ارتكاب التكلّف فى طرح المسئلة تارة بكذا واخرى بكذا كما عرفت شردمة منه فيما تعرضنا .

تنبيهه : واما مسئلة سببية البينة بالنسبة الى مورد الاجتماع من النزاع على ما يترأى فى بعض عبائر الاصحاب فعلى محل تأمل بل منع واعمالهما فى محل الاجتماع تصديق لهما بالنسبة فتأمل .

ونستنتج مما ذكرنا من وجود النص فى المسئلة الذى يسهل الخطب حقية قول المشهور وهو المنصور .
قال المحقق :

ولو ادعى احدهم النصف والآخر الثلث .

والثالث السدس وكانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث (اى تكون امارة على الثلث) .

لكن صاحب الثلث لا يدعى زيادة على ما فى يده وصاحب السدس يفضل فى يده مالا يدعيه هو ولا مدعى الثلث فيكون

لمدعى النصف فيكمل له النصف وذلك لان نقص الثلث عن النصف
يكون بسدس فاذا رجع اليه يتم النصف .

وكذا لو قامت لكل منهم بينة لدعواه : المتن .

اقول : تلك المسئلة ليس فيها تنازع لاجل ان سهام
المدعيين لاتزيد عن اجزاء مورد الطلب من العين فح لا يفرق
المسئلة من حيث اقامة البينة على الدعوى وعدمها .

ويعلم ان ليس هنا يمين ايضا لعدم المعارضة كما عن الشهيد
فى المسالك قدس سره .

قال المحقق : ولو ادعى احدهم الكل والآخر النصف
والثالث الثلث (اى مع كون ايديهم على العين) ولا بينة قضى
لكل واحد بالثلث لان يده عليه وعلى الثانى والثالث اليمين
لمدعى الكل (١) .

وعليه (اى مدعى الكل) وعلى مدعى الثلث اليمين لمدعى
النصف : المتن لان الاستحقاق باليمين اذ لا بينة : (اى ان
لم يعترف لذى الثلث) .

قال فى المسالك هكذا : فان كانت ايديهم عليها ولا
بينة ففى يد كل واحد ثلث فمدعى الثلث لا يدعى زائداً على ما
فى يده ومدعى النصف يدعى سدسا عليهما ومدعى الكل يدعى

١- لان الخارج له مع عدم البينة حق اليمين على الداخل .

جميع ما بايديهما فيقدم قول كل واحد فيما بيده ويحلف مدعى
الثالث لكل واحد منهما لانهما معاً يدعيان عليه ويحلف مدعى
النصف لمدعى الجمع خاصة وبالعكس انتهى كلامه .

قال : وان اقام كل منهم بينة فان قضينا مع التعارض
ببينه الداخل فالحكم كما لو لم يكن بينه لان لكل واحد بينة و
يداً على الثالث (فتقسم الدار بينهم اثلاثاً) وان قضينا ببينة
الخارج وهو الاصح كان لمدعى الكل ما بيده ثلاثة من اثني عشر
بغير منازع (لانه لا معارض له فيما في يده) الا مدعى النصف بنصف
سدس وهو واحد من الاربعة التي هي الثالث في يده .

والاربعة (يكون لمدعى الكل ايضاً) التي في يد مدعى
النصف (وهي ثلث اثني عشر فيجمع ح عنده (٧)) لقيام البينة
لصاحب الكل بها اي الاربعة وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر
اليها اذ لا تقبل بينة ذي اليد .

وكان ثلاثة (اي تكون ثلاثة له ايضاً) مما في يد مدعى
الثالث (اي لاجل ان بينة مدعى الثالث داخل بالنسبة الى
مدعى الكل) .

ويبقى واحد مما في يد مدعى الثالث يدعيه كل واحد من
مدعى النصف ومدعى الكل (اي الواحد الذي هو خارج عنهما)
فيقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له فان امتنعا قسم
بينهما نصفين فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف ولصاحب النصف

واحد ونصف وتسقط مدعى الثلث : المتن .
 ووجه السقوط كون بينته داخلة فتقدم الخارجه فلا تعارضها
 ولك ان تخرج السهام بعدد صحيح بلا كسرتجد عددا
 فيقسم فى مورد النزاع وهى اربعة وعشرون فيصل واحد وعشرون
 لمدعى الكل وثلاثة لمدعى النصف : فافهم
 تنبيهه :

ولا يخفى عليك ان فى المسئلة تفرض صور اخرى فان شئت
 التفصيل فراجع الى المسالك وتعرض لما فيه صاحب الجواهر قدس
 سره .

قال : ولو كانت فى يد اربعة فادعى احدهم الكل والآخر
 الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث .

ففى يد كل واحد ربعها . فان لم تكن بينة قضينا لكل
 واحد بما فى يده واحلفنا كلا منهم لصاحبه : المتن .
 قوله : ربعها لثبوت يد كل منهم بالنسبة الى الربع وهو
 من فرض السهام اثنى عشر عبارة عن ثلاثة فيدكل منهم تكون ثابتة
 بالربع وربع اثنى عشر هو الثالث .

وقوله : واحلفنا كلا منهم لصاحبه .
 وذلك لانه لم يختص لاحد منهم ما يدعيه فيقضى لكل واحد
 بما فى يده مع يمينه لكل واحد منهم .
 فتكون اليمين مع عدم البينة مجوزا للتصاحب لان اليد و

ان كانت سندا لذى اليد الانها فى مقابل يداخرى التى تعارضها
لا تكون سندا فاليمين لاجل عدم تمامية السند وهو اليد للمعارضة
قال : ولو كانت يدهم خارجة ولكل بينة خلص لصاحب
الكل الثلث اذ لا مزاحم له : اى لو كانت العين فى يد من
لا يدعيها مع البينة لكل منهم كان لصاحب الكل الثلث بلا منازع
من الثلاثة الاخر .

بقية المتن : ويبقى التعارض بين بينة مدعى الكل و
مدعى الثلثين فى السدس فيقرع بينهما فيه .

توضيحه : ان من يدعى الثلثين وفرضاها ثمانية
من اثنى عشر فهو آخذ للسدس الذى عبارة عن الاثنيين الزائد
على النصف فيتعارضان فى ذلك السدس ولا ينازعهما من يدعى
النصف والثلث ومع التعارض وعدم الرجحان بين البينتين يعمل
بالقرعة فمن خرج اسمه حلف والاحلف الآخر ولو امتنع اقسام بينهما
نصفين .

بقية المتن : ثم يقع التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى
الثلثين ومدعى النصف فى السدس ايضا : المتن المراد من
السدس هو الزايد على الثلث وفى تلك الصورة لا ينازع الرابع
معهم فيه .

قال المحقق (فيقرع بينهم فيه) اى كما فى السابق .
قال : ثم يقع التعارض بين الاربعة فى الثلث فيقرع

فيقرع بينهم ويختص به من تقع القرعة له ولا يقضى لمن يخرج اسمه الا مع اليمين ولا يستعظم ان يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل فان ما حكم الله تعالى به غير مخطىء : المتن .

قال : ولو نكل الجميع من الايمان قسّمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبة بالسوية فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهما : المتن .

اقول : توضيح ذلك ان نعطي من السهام التى هى عبارة عن ستة وثلاثين لمدعى الكل عشرون سهما لماذا : لان اثنا عشر منها ليس بمورد نزاع تشمله بينته فالاعطاء هنا على طبق البينة بلا منازع .

والباقى من العشرين ثمانية فيأخذه من موارد النزاع و نضيف الى اثني عشر فيتم العشرون .

وبيان الاخذ ان ثلاثة نأخذ التى هى نصف السدس الذى عبارة عن الستة الذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين : (فهذا خمسة عشر) ونأخذ اثنين الذى هو ثلث السدس الذى هو ستة الذى تنازع معه ايضا ومع مدعى النصف (وهذا سبعة عشر) .

ونأخذ ثلاثة التى هى ربع الثلث الذى هو اثني عشر من ستة وثلاثين الذى يتنازع فيه مع الجميع (وهذا مع اضافة الثلاثة هو العشرون .

وهى خمسة اتساع الدار :

(ولمدعى الثلثين ثمانية) ثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل .

واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه ايضاً (و هذا خمسة ومع مدعى النصف . وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع : وهذه ثمانية : وهى تسعا الدار .

(ولمدعى النصف خمسة) اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الجميع ومدعى الثلثين وثلاثة ربع الثلث الذى عبارة عن اثني عشرالذى تنازع فيه مع الجميع : (و هذه هى الخمسة) .

وهى تسع وربع تسع .

(ولمدعى الثلث ثلاثة) ربع الثلث الذى تنازع فيه مع - الجميع : والثلاثة هى ثلثة ارباع تسع الذى هو عبارة عن الاربع الذى هو تسع ستة ثلاثين كما لا يخفى .

قال : ولو كان المدعى (اى العين) فى يد الاربعة ففى يد كل واحد ربعها (مثلاً لو فرضنا مخرج السهام اثني عشر يكون الربع هو الثلاثة) فاذا اقام كل واحد منهم بينة .

بدعواه قال : الشيخ يقضى لكل واحد بالربع لان له بينة

ويدا .

والوجه القضاء ببينة الخارج على ما قرّرنا فيسقط اعتبار بينة

كل واحد بالنظرالى ما فى يده ويكون ثمرتها فى ما يدعيه مما

فى يد غيره .

فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم
ويقضى فيه بالقرعة واليمين ومع الامتناع بالقسمة : المتن (اى
يقضى بالقسمة) .

توضيحه : ان الدار لو كانت فى يد الاربعة و اقام
كل واحد منهم بينة فعلى مبنى الشيخ قدس سره من تقديم بينة
الداخل يقضى لكل واحد بالربع ووجه ذلك ظاهر على قوله
من وجود البينة مع اليد .

ولكن على مبنى المصنف من تقديم بينة الخارج فيكون
نتيجة القضاة اسقاط اعتبار بينة من بيده من الدار و تكون -
ثمرتها وفائدتها بالنسبة الى ما يدعيه مما فى يد غيره فتكون نتيجة
القضاء على هذا هو ان يجمع القاضى بين كل ثلاثة منهم على ان
ياخذوا ما فى يد الرابع بانتزاعه لهم .

ولكن القضاء فيه يكون بالقرعة واليمين فمن خرجت باسمه
ياخذه ثم يحلف .

الا مع الامتناع فيقضى بالقسمة .

فطريق القضاء حينئذ كما قاله فى المتن : وهو .

فيجمع بين كل مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد
مدعى الثلثين وذلك ربع اثنين وسبعين : المتن .

وتوضيحه : انا نحتاج فى المقام الى مخرج سهام

يكون له ربع وهو ثمانية عشر للمخرج الذى هو عبارة عن اثنين
وسبعين فيقسم ذلك كذلك $\frac{4}{18}$ - منها كما هو ظاهر .

$$\begin{array}{r} 18 \\ \underline{4} \\ 14 \\ \underline{32} \\ 18 \\ \underline{32} \\ 14 \\ \underline{18} \\ 26 \end{array}$$

ثم نحتاج الى ثلث ذلك الربع وهى الستة التى ربع

• (١٨)

ونحتاج ايضا الى تسع ذلك الربع وهواثنان و لذلك

التسع نصف لصحة التقسيم .

قال المحقق : وهو ثمانية عشر فمدعى الكل يدعيها اجمع
ومدعى النصف يدعى منها ستة ومدعى الثلث يدعى (اى من
الربع الذى هو (١٨)) اثنين : المتن : اى تسعها الذى هو اثنان
وتوضيح ذلك مختصرا .

اما لكل يدعى اجمعها : واما مدعى النصف فلما كان
فرضها ودعواه عبارة عن ستة وثلثين الذى هو نصف اثنين و
سبعين .

ولكن بيده منها (١٨) والذى يبقى له على الثلاثة فى كل
ربع ستة بمقتضى التقسيم .

واما مدعى الثلث يدعى اثنين اى تسع الربع اى (١٨) و
ذلك لاجل ان فرضها ودعواه الثلث اى ثلث اثنين وسبعين
وهو اربع وعشرون .

ولكن بيده . بها ثمانية عشر فالباقي له ستة على ربع كل واحد من الثلاثة اثنان .

الاستنتاج : قال المحقق : فتكون عشرة منها لمدعى الكل لقيام البينة بالجميع الذى تدخل فيه العشرة : المتن .
توضيحه : ان تلك العشرة مما لا ينازعه الآخريين له فيها .

قال : ويبقى ما يدعيه النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى الكل فيها ويحلف : المتن اى يحلف من اخرجت القرعة باسمه وان لم يحلف حلف الآخر .

قال : ومع الامتناع يقسم بينهما : المتن : اى وذلك التقسيم يكون بالتنصيف .

قال : وما يدعيه صاحب الثلث وهو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل وبينه فمن خرج اسمه حلف واعطى ولو امتنعا قسم بينهما : المتن (اى نصفين) .

قال : ثم يجمع دعوى الثلاثة على ما فى يد مدعى النصف (وهو ثمانية عشرا ايضا) فصاحب الثلثين يدعى عليه عشرة ومدعى الثلث يدعى اثنين ويبقى فى يده ستة لا يدعيها الامدعى الجميع فتكون له ويقارع الاخيرين (اى فى العشرة : والاثنين) ثم يحلف وان امتنعوا اخذ نصف ما ادعياه : المتن : وهو اى نصف ما ادعياه عبارة عن خمسة من العشرة وواحد من الاثنين .

قوله : يدعى عشرة : وذلك لان فرضها ودعواه عبارة
عن الثلثين من اثنين وسبعين وثلثه عبارة عن ٢٤ ويكون الثلثين
عبارة عن ٤٨ .

ولكن فى يده ثمانية عشر منها فالباقي له ثلثون على كل
منهم عشرة وهى اى العشرة خمسة اتساع ثمانية عشر لان تسع
١٨ عبارة اثنين وبضربه على خمسة يحصل العشرة وهذا واضح .
قال : ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الثلث وهو
ثمانية عشر فمدعى الثلثين يدعى منه عشرة (اى لما مر) و مدعى
النصف يدعى ستة (اى لما مر) يبقى اثنان لمدعى الكل (اى بلا
نزاع) ويقارع على ما افرد للآخرين فان امتنعوا عن الايمان قسّم
ذلك بين مدعى الكل وبين كل واحد منهما بما ادعاه : المتن .
قال : ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الكل (اى
ثمانية عشر) فمدعى الثلثين يدعى عشرة (منها) ومدعى النصف يدعى
(منها) ستة .

ومدعى الثلث يدعى اثنين فتخلص يده عما كان فيها فيكمل
(الاستنتاج) لمدعى الكل ستة وثلثون من اصل اثنين وسبعين
(توضيحه : وذلك باجتماع اربعة عشر مما فى يد الثانى و اثنا
عشر مما فى يد الثالث .

وعشرة مما فى يد الرابع وذلك هو المجموع اى ٣٦ .
ولمدعى الثلثين عشرون (وذلك لاجل اجتماع خمسة مما

فى يد الثالث وخمسة اخرى مما فى يد الرابع وعشرة مما فى يد
المستوعب وهذا واضح) .

ولمدعى النصف اثنا عشر (وذلك لاجتماع ثلاثة مما فى يد
الثانى .

• وثلاثة مما فى يد الرابع .

• وستة مما فى يد المستوعب) .

ولمدعى الثلث اربعة (اى اثنان مما فى يد المستوعب .

واثنان مما فى يد الباقيين) وبعض توضيحات المتن موجود

فى الجواهر كما لا يخفى ومأخذه المسالك .

هذا ان امتنع صاحب القرعة عن اليمين ومنازعه المتن .

فرع : لواقام احد الاربعة بينة على مدعاه خاصة حكم

له .

قال :

المسئلة (السابعة) :

اذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينة

وان لم تكن بينة فيدكل واحد منهما على نصفه قال فى المبسوط

يخلف كل منهما لصاحبه سواء كان مما يختص بالرجال او النساء

او يصلح لهما وسواء كانت الدار لهما او لاحدهما وسواء كانت -

الزوجية باقية او زائلة : المتن .

- توضيح المقام بنحو يتضح المرام
- يقتضى التأمل الصادق فى مدرك المسئلة .
- اما مسئلة تنازع الزوجين فى امتعة البيت مع وجود البينة من احدهما بكلها او بعضها .
- فظاهرة من حيث الحكم حيث يقضى لمن له البينة .
- والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما عن المستند للنراقى و صاحب الرياض قدس سرهما .

تحليل المقام :

- هو ان نقول ان مسئلتنا هذه داخلة فى الموضوعات فح الاعتماد فيها على مطلق الظهور الحاصل من العادات المختلفة فى البلاد فى غاية الاشكال هذا اولاً .
- وثانياً : ان الاصل الاولى يقتضى الحكم بخروج يد المرأة عن الامتعة لو كان الدار للرجل وبخروج يد الرجل لو كانت الدار للمرأة ووجه ما قلنا ظاهر من اجل ان اليد على الدار - بذاتها اشارة كما بينا فى رسالة قاعدة اليد وهى تقتضى اليد على امتعتها .
- ولكن يكون كل منهما ذا يد بالاضافة الى مافى يده حقيقة كلباسهما .

والظاهر خروج ما ذكر عن اطلاق قولنا البحث في المتاع
ففيه يكون الحكم على طبق القاعدة .
هذا الذى ذكرنا هو مقتضى الاصل فلا مناص لنا فى الخروج
عن مقتضاه الا اتباع الدليل فلو قام ما يكون حجة على خروجنا
عن الاصل فهو مطلوبنا .
والا يكون المتعين هو الجريان على طبقه .

النظر الى الدليل :

وهل هنا دليل نتبع بمفاده فى حلّ المسئلة ام لا .
نعم مقتضى رواية عبدالرحمان بن الحجاج عن ابي عبدالله
عليه السلام المروية فى كتاب الفرائض الباب ٨ باب حكم اختلاف
الزوجين فى متاع البيت المجلّد الثالث من الطبع القديم .
هو الحكم بكون اليد للمرأة والعلة فى ذلك هو كون المناط
فى الحكم بتحقيق اليد عبارة عن استقرار العادة بحيث امكن الحكم
بمقتضى العادة على سبيل الاطمينان والوضوح فلو كانت العادة
مستقرة يصح الاعتماد عليها من اجل الظهور والاطمينان كانت
حاكمة على الاصل بل اليد ايضا .
فتكون ملاكا فى الحكم .
فلو فرضنا فى بلد من البلدان استقرار العادة على عكس

ما فرض في مكة المشرفة كما في الرواية لحكمتنا بمقتضاها باليد للرجل
ونستنتج من ذلك انه لو لم تستقر عادة من الجانبين لكان
الرجوع الى الاصل بلا معارض .

تنبيه :

ظاهر الرواية هو استقرار العادة في (مكة) وقلنا ان ذلك
المناطق لو تحقق في غيره لغير المرأة ينعكس الحكم .
ولكن من المشكل احراز تلك العادة في البلدان مضافاً
الى الاختلاف في جهة المتاع حيث ليس لنا دليل على انه للمرأة
وبالعكس كما شاهدنا انه لا يكون للمرأة الا شئ يسر كالقرط وما
يختص بها من بعض الالبسة وقد يكون للمرأة دون الرجل في
بعض الاشخاص بنحو القلة .

الخلاصة :

وكيف يطمئن مع الاختلاف في الامتعة و البلاد و في
بعض الاصقاع .
نعم ما يمكن من العرف المعمول بين الاجتماع هو ان
متاع البيت يتحصل بشئ منه بواسطة الرجل وشئ منه بواسطة
المرأة فيكونان مشتركين فيه بحسب الظاهر مع التأمل في تحقق
ذلك الظهور الواصل الى حد الاطمينان .

واما رواية ابن الحجاج فناظرة الى العادة التي كانت
مستقرة في (مكة) .

واما تحققها في غيره فمورد تأمل الا ان يدعى تحقق ما
تحقق في (مكة) .

واما رواية ابن الحجاج فننقلها لتري مفادها .

محمد بن يعقوب باسناده عن عبدالرحمان بن الحجاج عن
ابيعبدالله (عليه السلام) .

قال : سئلنى هل يقضى ابن ابى ليلى بالقضاء ثم يرجع
عنه .

فقلت : له بلغنى انه قضى في متاع الرجل والمرأة اذا
مات احدهما فادعاه ورثة الحى وورثة الميت او طلقها فادعاه -
الرجل وادعته المرأة باربع قضايا .

فقال : وما ذاك .

قلت :

اما اولهن فقضى فيه بقول لابراهيم النخعى .

كان يجعل متاع المرأة الذى لا يصلح للرجل للمرأة .

ومتاع الرجل الذى لا يكون للمرأة للرجل .

وما كان للرجال والنساء بينهما نصفين .

ثم بلغنى انه قال : انهما يدعيان جميعا فالذى بايديهما

جميعا يدعيان جميعا . بينهما نصفان .

ثم قال : الرجل صاحب البيت والمرأة الداخلة عليه و
 هى المدعية فالمتاع كله للرجل الا متاع النساء الذى لا يكون -
 للرجال فهو للمرأة .

ثم قضى بقضاء بعد ذلك لولا أنى شهدته لم أروه عنه .
 ماتت امرأة منّا ولها زوج وتركت متاعا فرفعتة اليه .
 فقال : اكتبوا المتاع فلما قرأه .

قال : للزوج هذا يكون للرجال والمرأة فقد جعلناه للمرأة
 الا الميزان فانه من متاع الرجل فهو لك : فقال (عليه السلام)
 لى : فعلى اى شئ هو اليوم . فقلت : رجع الى ان قال
 بقول ابراهيم النخعى ان جعل البيت للرجل .

ثم : سئلته عن ذلك فقلت : ما تقول انت فيه فقال :
 القول الذى اخبرتنى انا شهدته وان كان قد رجع .
 فقلت : يكون المتاع للمرأة .

فقال : رأيت ان اقامت بيعة الى كم كانت تحتاج فقلت
 شاهدين .

فقال : لو سئلت من بين لابتيتها يعنى الجبلين .
 ونحن يومئذ بمكة لاخبروك ان الجهاز والمتاع يهدى
 علانية من بيت المرأة الى بيت زوجها فهى التى جاءت به وهذا
 المدعى فان زعم انه احدث فيه شيئا فليأت عليه البيعة : وروى
 هذا بطرق متعددة (ثل) كتاب الميراث الباب ٨ .

وهنا روايات أخرى :

- منها : ما عن زرعة عن سماعة .
- قال : سئلته عن رجل يموت . ما له من متاع البيت
- قال : السيف والسلاح والرحل و ثياب جلده : الرجل ما يجعل
- على ظهر البعير كالسرج .
- ويقال أيضا للمنزل عاد المسافر الى رحله .
- ويقال لما يستصحب من الاثاث فى السفر .
- ومنها :
- ما عن يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله (عليه السلام) فى
- امرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة .
- قال : ما كان من متاع النساء فهو للمرأة .
- وما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما ومن استولى
- على شئ منه فهو له .
- ومنها : ما عن النخاس عن ابي عبد الله (عليه السلام) .
- قال : اذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما
- يكون للنساء وما يكون للرجل و النساء قسم بينهما .
- قال : واذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها و
- ادعى الرجل ان المتاع له كان له ما للرجال ولها ما يكون
- للنساء .

- وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما .
- تنبيهه : حمله الشيخ قدس سره على التقية و الصلح كما فى (ئل) فى الباب ٨ .

المختار من الاقوال :

- اذا لاحظت تلك الاخبار فلا بد من التأمل الصادق فى اختيار ما يصلح للقول الثانى بعد علاج التعارض بينها .
- اذ فى المسئلة اقوال مختلفة تبلغ الخمسة على ما فى المستند للنراقى قدس سره وفى المسالك عدّها اربعة .
- فنذكر سند القول الثانى .
- ثم نشير الى باقى الاقوال ومستندها وما فيه من الضعف بعون الله تعالى .
- وبيانه : ان ما يصلح للرجال خاصة يحكم به للرجل وما يصلح للنساء خاصة يحكم به للمرأة .
- وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف او النكول .
 - اما القول به فقد حكى عن الشيخ كما قالوا فى النهاية .
 - ولكن الظاهر انه قدس سره نقل رواية النحاس كما فى ص .
- ٣٥١
- الخبر الثامن من النهاية و عنه اى فى المجلد الثالث

- من الخلاف ص ٣٦٣ الطبع الجديد الخلاف .
- وعن الاسكافى وابن ادريس وابن حمزة والكيبرى و
 المحقق فى النافع والشرايع والتحرير والمهذب و السدروس و
 غيرهم بل مذهب الاكثر كما عن الشهيد فى المسالك و كما عن
 شرح المفاتيح كما فى المساند .
- وفيه قال بل هو المشهور كما عن صريح النكت بل عن الخلاف
 وفى السرائر الاجماع عليه ونسبه فى المبسوط اى فى ص ٣١٠
 ج ٨ طبع جديد الى روايات الاصحاب لقضاء العادة بذلك .
- واما دلالة الرواية على ذلك .
- فمنها ما مر من خبر النحاس .
- ومنها رواية يونس بن يعقوب المتقدمة من ذى قبل .
- ومنها : موثقة سماعة السابقة ايضا .
- لا يقال ان الاول يختص بالطلاق والاخيرين بالموت و
 نتيجة ذلك عدم الاطلاق فى المسئلة .
- فانه يقال ان ذلك غير مضر للاجماع المركب وتتميم كل
 منهما بالآخر لعدم التنافى .

الاستنتاج :

- ونستنتج من تلك الروايات امرين بلا شبهة .
- الاول ان متاع النساء يختص بالنساء لصراحة الروايات -

- السابقه بلا دلالة سائر الروايات على خلافها .
- الثانى وان متاع الرجال للرجال لصراحة رواية سماعة و
رفاعة .
- وخبر البجلي من غير معارض وما فى خبره الآخر من العموم
من التامل فيه مخصص بالخصوصيات .

بقى الثالث :

- ولكن بقى الامر الثالث فى المتاع المشترك فيقع التعارض
فيه لاجل ان صريح رواية يونس بن يعقوب ورفاعة التقسيم بينهما
وصريح رواية بن الحجاج البجلي انه للمرأة .

علاج التعارض :

- اقول : لو كان فى احد المتعارضين مزية و رجحان كان
العمل به متعينا لقاعدة الترجيح .
- ففى المقام الترجيح لما عن يونس ورفاعة .
- لان ما عن ابى الحجاج وغيره مخالف للشهرة الحاصلة
فى القديم وما بعده بل يمكن ان يقال بعدم عامل لهما بنحو
الصراحة سوى المحمدون الثلثة .
- كما هو المحكى عن الشيخ فى الاستبصار .
- وظاهر الكلينى فى الكافى وحكاه المحقق الاردبيلى عن

التهديب ولكن عرفت عن الشيخ ما فى المبسوط وكذا فى الخلاف ج ٣ ص ٣٦٣ ط جديد وعمل غيره ايضا ليس بمعلوم ولا بد من التأمل وما هذا شأنه يشك فى حجيته فكيف مع المعارض .

الاشكال فى دلالة المعارض :

ولو قلنا بعدم سقوط الرواية من حيث السند لاجل مخالفة الشهرة فهل لها دلالة فيها على انه للمرأة مطلقا ام انها ناظرة الى ما فى (مكة) من قضاء العرف كما هو ظاهرها او ناظرة الى التعليل الذى يفيد العلم .

فان لم تكن للاول فالثانى متعين .

فنقول ليس لاحد بحث ونزاع فى الاختصاص بها لاجل البيئة او لحصول العلم كما يستفاد من التعليل فتختص الرواية و تكون سندا انه للمرأة فى صورة العلم وانما الكلام فى المقام فى اطلاقها لكل زمان و بلد و متاع فهل لها اطلاق يشمل ما ذكر و لو لم يكن علم ولا عرف عام ولا خاص يحصل منه لا اقل من الاطمينان الفاصل فى المسئلة .

فالجواب عدم الاطلاق لكونها مشيرة (اي الرواية) الى تحقق العلة من العلم بالاختصاص .

فمعنى عدم التعارض عدم تعرضها لما مر من الحكم بكونه لهما فيما يصلحان لهما بلا تعرض للعلة التى ذكرت فى زاوية ابن

• الحجاج

فيكون مقتضى قضاء العرف عند فقدان البينة او العلم هو اختصاص ما يختص بالنساء للنساء واختصاص ما يختص بالرجال للرجال .
 ويكون ما يصلح لهما لان كل واحد منهما مستولى عليه ولا بينة .

نعم جواز التصرف والتملك من الرجل والمرأة فيما يصل اليهما من النصف بحكم التنصيف يحتاج الى الحلف منهما لتحصيل الامتياز كما لا يخفى فتبصر .

نعم الوفاق :

قال المحقق النراقي في المستند او آخر المسئلة التاسعة التي أتى فيها الكلام بنحو التفصيل : هذا مع ما في دلالة الصحاح على اطلاق الحكم وكيته من المناقشة لمكان التعليل المذكور فيها فان مقتضاه ان الحكم المذكور (اي انه للمرأة) مخصوص بما يوجد فيه العلة وهو العلم بان الزوجة اهدت الجهاز والمتاع الى بيت الزوج ولم يعلم ان للزوج ايضا فيه شيئا .

فلا يجرى فيما علم ان الزوجة لم تهد الجهاز اليه او لم يعلم ذلك او علم ان الزوج ارسل امتعة الى بيت الزوجة وهي اهدتها او مع شئ آخر الى بيت الزوج كما هو متعارف الآن في

كثير من البلدان .

• او علم ان الزوج ايضا فى بيته امتعة .

وبالجملة لا يثبت الحكم فى غير مورد يجرى فيه العلة كما هو الآن فى اكثر البلدان وظهر من ذلك ان الترجيح للروايتين الاوليين الحاكمين بان المتاع يقسم بينهما وان الحق هو القول الثانى فعليه العمل .

• انتهى كلامه رفع كقامه .

ارشاد :

وقد سبقه الى ذلك صاحب المسالك قدس سره فراجع الى تمام كلامه فانه مفيد جدا كما سبق الى الشيخ فى الخلاف الاسكافى وتبعه ابن حمزة وابن ادريس وغيرهما على المحكى ولم يكن فى حال الكتابة توفيق الى الرجوع مع وجود كتابيهما .

اما الاقوال :

فالاول : انهما سواء مطلقا اى كان المتنازع فيه ما يصلح للرجال خاصة او النساء خاصة او كان صالحا لهما وسواء كانت الدار لهما او لاحدهما او لثالث وسواء كانت الزوجية باقية او زائلة وسواء كانت يدهما عليه تحقيقا كالمشاهدة او تقديرا فيتحالفان او ينكلان فيقسم بينهما بالسوية ويختص الحالف بالجميع لو حلف

احدهما ونكل الآخر .

وسند ذلك :

وقبل ذكر السند ننقل القائل به صريحا وهو العلامة في القواعد وفخر الدين ولده في الايضاح قال في الايضاح (١) ان في المسئلة اقولا ثلاثة (الف) قوله في المبسوط وهو الذي اختاره المصنف هنا وهو الاصح عندي الثاني ما في الخلاف الثالث في الاستبصار وهو قول المرأة .

ولكن اقول ليس في المبسوط ما اختاره فقط لان الشيخ طرح المسئلة .

اولا بانه نظرت فان كان مع احدهما بينة قضى له بها و ان لم يكن مع احدهما فيدكل واحد منهما على نفسه يحلف كل واحد منهما لصاحبه ويكون بينهما نصفين .
ثم بعد توضيحه وشقوته .

قال : وقد روى اصحابنا ان ما يصلح للرجال للرجال وما يصلح للنساء فللمرأة وما يصلح لهما يجعل بينهما .
ثم قال : وفي بعض الروايات ان الكل للمرأة و على الرجل البينة وبعد سطر قال .

والاول احوط والاول راجع الى ما قاله بقوله وقد روى

اصحابنا بدلالة ما فى الخلاف حيث نقل ما روى اصحابنا وما فى بعض الاخبار وقال الاحوط الاول وليس فيه ما فى صدر المسئلة من المبسوط : فراجع ج ٨ ص ٣١٠ من الطبع الجديد، وراجع الخلاف ج ٣ ص ٣٤٣ .

وعلى هذا : فالعلامة قدس سره ما اختار ما فى المبسوط بل اختار ما فى صدر المسئلة منه وجعل ما روى اصحابنا : وما فى بعض الاخبار قولاً اذ قال (قيل) وقال وروى انه للمرأة : - فراجع الايضاح ج ٤ ص ٣٨١ .

توضيح المرام فى المقام :

ان الشيخ قدس سره اختار فى المبسوط ما اختاره فى الخلاف ثم تعرض بانه للمرأة بقوله وقد روى ان القول فى جميع ذلك قول المرأة وقال الاحوط الاول فليس له الاقول واحد فى الفتوى والدليل انه قال فى الخلاف فى آخر المسئلة دليلنا - اجماع الفرقة الخ : وليس ما فى الاستبصار فتوى فتأمل .

القول الثانى :

قد عرفت صحته وان كان فيه شيئاً من البحث السذى ينبغى توضيحه لينجلى دفع الاشكال .

فنقول : ان ما يذكر فيه من قضاء العادة ليس فيه صراحة من حيث المراد .

فان كان المراد منه ان العرف والعادة قاضيان للملك اى ما يصلح للرجل ملكه وكك المرأة وهو الذى جاء به الى الداروكك هى التى جاءت به اليها اى ما يصلح لها .
وما كان مما يصلحان لها يكون لهما .

فيتوجه عليه ان ما ذكر ليس بملاك كلى وليس بمعيار-
غالبى ايضا من حيث انه كثيرا توجد امرأة عفيفة فقيرة يستفاد من حالها انها غير مالكة او مالكة لشيء يسير ومع ذلك يتزوجها رجل غنى يهدى اليها ما تحتاج اليها من اللباس وغيره من اصناف التزيين وقد يملكان بغير ذلك من الاسباب .

وايضا : ان كان المراد من العادة هو عرف زمان او بلد خاص فمن الظاهر ان الفقيه لا يعتنى بذلك بحيث يجعله سندا على حكم بنحو القاعدة والاصل العام ليشمل الازمنة و الامكنة مضافا الى انه امر اختلافى فى شئون الاجتماع بحسب البلدان بل الازمان .

اشكال آخر : وان كان المراد من قضاء العادة قضائها فى اليد بمعنى تعيين صاحب اليد من الرجل او المرأة .
فيتوجه عليه ان هذا القضاء هل هو علمى كما يظهر من المحقق الاردبيلى على ما فى المستند ففيه كلام بل منع لان

المعيار فى بعض الامكنة والبلدان هو يد المرأة وتصرفها فيما يتعلق بالرجال : أم ظنى ففيه انه ما الدليل على حجيته .

اشكال آخر ايضا :

وهو ان الاخبار المستدل بها للقول الثانى معارضة بالاخبار الأخر كما مر الكلام فى الاستدلال ولكن ظهر فيما اسلفنا اما - التزجيج او عدم سندية المعارض لاجل الاجمال كما يأتى الاشارة اليه عنقريب والجواب عن انه علمى او ظنى هو ان نقول ان لم يكن علمياً فهو ما يوجب الاطمينان الحاصل منه كما يحصل من خبر الثقة المعمول به عند العقلاء .

القول الثالث :

هو المصير الى قول المرأة مطلقا .
ونتيجه كونه المتاع المتنازع فيه بتمامه يكون للمرأة ويستثنى منه ما اقام عليه الرجل بينة .
وهذا منسوب الى الشيخ قدس سره فى الاستبصار و التهذيب والى ظاهر الكلينى قدس سره فى الكافى .
وسند ذلك القول عبارة عن خبر عبد الرحمان بن الحجاج البجلي وفيه : المتاع متاع المرأة الا ان يقيم الرجل البينة الخ .
ففيه : انه ان كان المراد من كون المتاع للمرأة المستفاد

من التعليل اى مطلق المتاع فيحصل الاجمال المسقط للاستدلال
فان الظاهرا متاع النساء خاصة او المشترك ولم يعلم
دخول ما يختص بالرجال فى الجهاز الذى جئى به من بيت المرأة
حتى يحتاج الى البينة .

بل لا يرب ولا شبهة لاحد فى ان للزوج فى البيت ايضا

شيئا .

لما ذا : لان الزوج لم يدخل البيت عاريا .

بل يعلم كل احد فضلا عن بين لابتيتها ان الزوج ليلة
الزفاف لم يكن جالسا فى بيته عاريا مكشوف الرأس و العورة فلا
فراش ولا انية ولا ابريق ولا كوزة ولا سراج ينتظر لان يجئى -
الزوجة بهذه الاشياء مع ان الغالب ان لباسه غير منحصر باللبسه
كما فى المستند المشتمل على تذوق وفكاهية .

الاستنتاج :

ونستنتج مما ذكرنا ان للزوج فى البيت يكون شيئا ايضا
قطعاً فيحصل الاجمال فى التعليل فلا يصلح سندا لهذا القول .
وايضا لا يبعد ان يكون العلة المذكورة اى العلم لاجل
عادة مخصوصة معلومة فى بلده عليه السلام فى ذلك الزمان و
مع الاجمال المذكور وغيره ينقدح خلو ذلك القول عن السند التام
فيسقط فتأمل .

و اما القائل بهذا القول فليس بمعلوم صريحا و انما نسب
اليه باعتبار نقل الرواية كما نسب فخر المحققين فى الايضاح اليه
فى الاستيصار .
ولكن كيف يكون قولاه مع دعواه الاجماع فى الخلاف
على ما اختار من القول الثانى .
وكذا ليس للكلىنى قدس سره قول صريح .
و اما لصدوق عليه الرحمة فيأتى فى القول الرابع انه ليس
بفتوى .

القول الرابع ————— :

هو ان ما لا يصلح الا للرجال فهو للرجال .
ولكن ما يصلح لهما او للنساء خاصة فهو للمرأة و يقول
الاصحاب انه للصدوق قدس سره فى الفقيه كما فى المستند .
وسنده على ما قيل صحيحة البجلى الاولى و الثانية او
مع الثالث ولكن بعد الجمع لان الاوليين اخص مطلقا من الاخيرة
والجمع باعتبار تخصيصها بهما .
ولكن قد عرفت انها معارضة بما ذكرنا فى القول الثانى مع
الترجيح المذكور ولو كان قائلا به .
مع انه غير معلوم و ذكر هذا القول فى ضمن معنى الحديث
لا يكون قولاه صريحا كما لا يخفى .

القول الخامس :

- (كما المستند ايضا) (وجعله فى المسالك قولاً رابعاً) .
هو الرجوع الى العرف العام او الخاص الدال على اختصاص
بعضه باحدهما فان وجد عمل به وان فقد او اضطرب كان بينهما
نصفين (١) واختاره الفاضل فى المختلف والشهيدان فى النكت
والروضة والمحقق الشيخ على واستقر به فى الكفاية واستحسنه
فى المهذب ونفى عنه البأس فى شرح الشرايع للصيمرى لان عادة
الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ذلك و
لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل .
وكون المتشبهت اولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما
فى يد الانسان غالباً فيحكم بايجاب البينة على من يدعى خلاف
الظاهر والرجوع الى من يدعى ظاهر العرف ويؤيده استشهاد
عليه السلام بالعرف حيث قال .
قد علم من بين لا بيتها .
وقال : لو سئلت من بينهما : انتهى .

ارشاد :

- لا يخفى عليك قوة هذا القول والقول الاول .
١- وعلة فى المسالك بتصادم الدعويين وعدم الترجيح .

ولكن من حيث طرح المسئلة الابتدائي اشارة الى ما يقتضى القضاء مع قطع النظر عن تنوع القضاء مع تنوع الاحاديث كما طرح الشيخ قدس سره فى المبسوط فى صدر المسئلة .
ولكن الطرح غير الاختيار .

ولذا ترى انه رحمه الله بعده اختار القول الثانى بعد الاشارة الى القول الثالث بذكر ما روى فيه وقال بكونه احوط .
والظاهر كون الاحوط للوجوب لعدم سبق الفتوى الصريح فتأمل .

وكذلك القول الخامس فكيف يكون الطرح بما هو سندا فى المسئلة وفيها انواع من الاخبار فلا يجوز الاغماض عنها فلا مناص الا من حسابها كما حاسبناها حسابا يسرا والله هو الميسر :

ينبغي التنبيه على امور :

الاول ان اخبار المقام خالية عن ذكر اليمين ولو كانت معتبرة فى حل المسئلة جزاء او شرطا ل اشاروا الى لزوم اليمين فيمكن للمشتمر ان يقول بعدم اعتبارها فيما نحن فيه .

نعم يشمل عمومات اليمين على من ادعى عليه على المرأة بجعلها مدعيه عليها وكذا الرجل فيما يصلح لها وما يصلح له .

ولكن مع قطع النظر عن العمومات .

ظاهر الاصحاب الاتفاق على ثبوت اليمين فى المقام ايضا

كما اعترف به المحقق النراقي في المستند .
وعلى ما ذكر يكون الاحوط في المسئلة اليمين ايضا .

الثانى :

ان الظاهر ان حكم المسئلة يختص بمتاع البيت الذى لم يعلم ان ذلك المتاع بيد احدهما وتصرفه بخصوصه ولو علم ذلك كالثوب الذى على الرجل او المرأة او الحلى الذى عليها فهو لذى اليد ولكن مع يمينه لظاهر قوله عليه السلام (ومن استولى على شئ منه فهو له) فى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة ص ٦٨٥

الثالث :

الظاهر اختصاص الحكم بمتاع البيت او الدار الذى هماى الرجل والمرأة يسكنان ويترددان فيه لا غير ذلك كما اعترف وصرح به المحقق النراقي قدس سره لقوله عليه السلام فى خبر الحجاج حيث قال : يهدى الى بيت زوجها ونظيره ما فى خبر رفاة وسماة .

ولكن فى خبر يونس يعقوب المتقدم : ص ٦٨٥ : ليس ذكر البيت او الدار فلا بد من تقييده بسائره .

ثم اعلم ان المراد من متاع البيت ما يتمتعان اى شئ كان

فتامل .

واعلم ايضا : انه يشترط ان يكون البيت او الدار مما يتعلق بهما بحيث يتصرفان فيه .

ونتيجة ذلك هي انه لو كان للمرأة بيتا مخصوصا ومعينا فى الدار بحيث لا يكون لغيرها دخالة لايجرى الحكم فى متاعه ومن البيت ما يعد للضيافة للرجل وللحكم والتدريس و

ما يعد لمركب الرجل ونحوه الذى يختص هو للتصرف فيه .

فرع : لو كان لاحدهما شئ خارج البيت يحكم فيه

بذى اليد منهما ولو كان بيد ثالث يصدق قوله فى حقهما .

الرابع :

لا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين ما اذا كان التداعى فى

تمام متاع البيت او بعضها وسند ذلك هو اطلاق الادلة .

الخامس :

مقتضى رواية يونس ص ٦٨٥ ان الموضوع فى الحكم هي

المرأة المشتتة على الدائمة والمنقطعة .

ولكن فى سائر الروايات يوجد لفظ الطلاق كرواية رفاعه

وغيرها فيكون مفادها هي الدائمة من أجل ذكر الطلاق .

ومقتضى القاعدة تقييد المطلق بالمقيد واختصاص الحكم

بالدائمة .

ولكن الظاهر انه لم ينعقد الاجماع على التخصيص فيمكن العمل باطلاق (المرأة) فى الرواية والمسئلة بعد محل تأمل -
عندى .

السادس :

هل موضوع الحكم فى المقام هو ما لم يعلم فيه ملكية السابقة لاحدهما فقط ام هو اعم كما هو ظاهر اخبار الباب لاجل انها تصرح بان الحكم كذلك لاجل ملكية الزوجة السابقة .
فلاظهر هو الثانى الا ان يعلم يد مستقلة خالية للآخر فيقدم قوله على الملكية السابقة كما لا يخفى والله العالم .

عود الى المتن :

قال : وما ذكره فى الخلاف اشهر فى الروايات و اظهر بين الاصحاب : المتن .
قال : ولو ادعى ابو الميته انه اعارها بعض ما فى يدها من متاع او غيره كلف البينة كغيره من الاسباب .
وفيه رواية بالفرق بين الاب وغيره ضعيفة : المتن .
والتكليف بالبينة لاجل عموم البينة للمدعى واليمين على من ادعى عليه والتسوية بين الاب وغيره هو مذهب الاصحاب كما فى المسالك واما قوله (وفيه رواية) وهى ما عن الكافى باسناده

عن جعفر بن عيسى قال : كتبت الى ابي الحسن يعنى على بن محمد عليهما السلام .

المرأة تموت فيدعى ابوها انه كان اعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم أتقبل دعواه بلا بينة ام لا تقبل دعويه بلا بينة فكتب اليه (يعنى على بن محمد عليهما السلام) يجوز بلا بينة . قال : وكتبت ان ادعى زوج المرأة الميتة او ابو زوجها او ام زوجها فى متاعها وخدمها مثل الذى ابوها من عارية بعض المتاع والخدم أ يكون فى ذلك بمنزلة الاب فى الدعوى فكتب : لا : ورواه الشيخ والصدوق : راجع الباب ٢٣ من ابواب كيفية الحكم من (ئل) .

ومفاده عدم الاحتياج الى البينة فى دعوى الاب والاحتياج اليها فى غيره .

والقول بانها ضعيفة ضعيف لان السند ليس بمنحصر -
بواحد والمكاتبة ان كانت مما يعرفه المكاتب ويعلم انه خطه عليه السلام لانحتاج الى السماع كما عن ابن ادريس قدس سره الاحتياج الى السماع .

وحمل قوله (يجوز بلا بينة) على الاستفهام ليس بصحيح مع مشاهدة .

ذيل الحديث مضافا الى ان صوت الاستفهام لا يفهم من الكتابة بل من شأن التلفظ فلا بأس فى العمل بمفاده و لعل

الحكم هنا لاجل الاستصحاب ولكن مع اليمين .
ولكن مخالفة مذهب الاصحاب مشكل اذ لعلهم وجدوا
ما يوجب عدم العمل بها .
ويخطر ببالي عدم مقاومة ذلك للعمومات لقوتها كما لا يخفى
والعمل بها ليس الا من كشف اللثام والعلامة في التحرير
والشيخ في جواب المسائل الحائريات : حيث اجاب الشيخ قدس
سره فيها بان القول قول ابيها مع اليمين بناء على ما رأى كشف
اللثام في حائريات الشيخ .
الا ان ابن ادريس .
قال : وضعفه في جواب المسائل الحائريات .
ثم حكى عن المفيد ان النوادر هي التي لا عمل عليها
فتامل في معارضة النقل والنسخة .

ما في الايضاح : ص ٣٨١ ج ٤

قال : مختار المصنف هنا وهو احتياج الاب الى البينة
هو الاصل وعليه فتوى الشيخ في بعض كتبه وابن ادريس . ثم
نقل الرواية اى المكاتبه وقال : والاصح عندي ما اختاره المصنف
لعموم قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر .
ئل الباب ٢٥ الخبر الثالث من ابواب كيفية الحكم .

اقول : مجرد العموم لا يكون مدركا لانه نقل بتخصيصه على القاعدة .

نعم قوّة العموم وما عرفت من مذهب الاصحاب يوجب ان نذره فى سنبله .
قال المحقق :

(المقصد الثالث)

(فى دعوى المواريث) (وفيه مسائل)

الاولى : لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على تقديم اسلام احدهما على موت الاب وادعى الآخر مثله فانكر اخوه فالقول قول المتفق على اسلامه مع يمينه انه لا يعلم ان اخاه اسلم قبل موت ابيه : المتن .

توضيح المسئلة : اذا مات مسلم والحال ان له ابنين و اسلم احدهما قبل موت الاب بالاتفاق وقال : الآخر اسلمت ايضا قبله .

وقال : المتفق على اسلامه بل اسلمت بعد موته .

فالقول قول المتفق على اسلامه زمان الموت .

لما ذا : لانه مقتضى اصالة عدم اسلام الآخر فى زمان موت المورث فيثبت تمام الارث للمتفق على اسلامه مع حلفه على نفي علمه .

هذا اذا ادعى عليه العلم بناءً على ما هو المشهور من
اشتراط دعوى العلم فيما يكون الميزان فيه اليمين على نفي العلم
وكفاية هذا من جهة انه حلف على نفي فعل الغير .
(تعارض الاصلين) .

ينبغي توضيح الاصل في المقام ليتضح المرام فنقول : اذا
شك في حادثين من حيث تقدم احدهما على الآخر فلا يخلو الامر
من صور ثلاث .

الاولى عدم معلومية تاريخ احدهما اى كان كلاهما مجهولين
كما نفرض في مثال المتن .

وهو تاريخ اسلام المختلف في زمان اسلامه مع تاريخ موت
المورث وهذه صورة .
الثانية :

ان يكون تاريخ الموت معلوماً وتاريخ الاسلام مجهولاً .
الثالثة :

ان يكون تاريخ الموت مجهولاً وتاريخ الاسلام معلوماً .
اذا عرفت ذلك فاعلم ان القول قول المتفق على اسلامه
زمان الموت في الصورة الاولى والثانية كما قالوا في ابحاثهم .
وذلك لان اصالة عدم اسلام الآخر في زمان موت المورث
يُكْفَى في اثبات تمام الارث للمتفق على اسلامه مع حلفه على نفي
علمه كما مرّت الاشارة اليه .

ولا يعارض ذلك الاصل فى الصورة الاولى باصالة عدم تقدم الموت على الاسلام .

لما ذا : لعدم ترتب الاثرعلى تلك الاصالة لانها من الاصول المثبتة التى لا اعتباربها ومفادها بناء عليها هو اثبات كون الاسلام قبل الموت ولكن بين فى بابه عدم نظارة الاصل الى اللازم والملزوم لان العمل على ثبوت موءدى الاصل الذى هو عبارة عن عدم تقدم الموت على الاسلام فى المقام لا يلازم البناء على ثبوت الملزوم او ما يلازم الموءدى بل مقتضى الاصالة ثبوت الاثر على نفس عدم الاسلام من انتفاء الارث عنه .

مثلا لو كان موءدى الاصل جواز الصلوة فى الجلد المشكوك كونه من مأكول اللحم لما كان يثبت به حلية الحيوان المتخدمه الجلد فما كان يلازم جوار الصلوة وهو كون الحيوان مما يؤكل لحمه لا يثبت به .

نعم مثبتات الامارات تكون من اثر الامارة الكاشفة والبحث المشبع فى محله .

وما فى الجواهر :

وما فيه من الاشكال بان مقتضى الاصل عدم الحكم باسلامه قبل الموت وذلك لا يكفى فى نفي الارث الذى هو مقتضى نفس الولدية والكفر مانع لان الاسلام شرط حتى يكفى فيه عدم تحقق الشرط

ليس بوارد :

وذلك لان استصحاب بقاء الكفر الذى كان وهو امر وجودى

يقطع الكلام بان الاصل عدم المانع .

مضافا الى ان نفس الولدية لا تقتضى الارث لان ارث القريب

من القريب ليس بمطلق بل موضوعه المسلم ولا ريب ان الاسلام

شهادة بالحق فلا بد من احرازه والموضوع علة لجرى الحكم .

فالتمسك بعموم ما دل على ارث القريب باعتبار ان الخارج

هو معلوم الكفر فى مقابل المشهور فاسد لان التمسك بالعام فى

الشبهات المصادقية ليس بجائز كما حقق فى محله

وجهته معلومة لان الحكم لا يكون محققا لموضوعه بل لا بد

فى الايجاب والحكم من وجود الموضوع وما ليس بمحرز لا يعد من

الموضوع كما لا يخفى .

مضافا : الى ذلك انه لو قلنا ان الكفر امر عدمى كما عن

جماعة لقلنا ان عدم الاسلام المطابق للعدم يكفى فى المصير الى

شرطية الاسلام فى الارث فتأمل حتى لا تكون فى ضلالة فى دلالة .

قال : وكذا لو كانا مملوكين فاعتقا و اتقفا على حرية احدهما

واختلفا فى الآخر : المتن .

لان المعيار فى كل واحدة من المسئلتين أمر فارد و هو

استصحاب البقاء على دينه فى الاولى وعلى رقيته فى الثانية و

مما ذكرنا فى المسئلة الاولى من دفع الاشكال تقدر على دفعه

هنا والله الموفق :

فـــــــرع :

لواقام المختلف فيه البينة على ما ادعاه قبلت فنحكم بارثه
ايضا .

فـــــــرع آخر :

ولو اقام كل واحد منهما البينة فى مورد الاختلاف تعارضتا
فيقدم الارجح والاكثر لو كان والا فيدخل المسئلة فى مسئلة: لو
كانت العين فى يدهما واقاما البينة ولقد مر الكلام فيه فتامل .

الصورة الثالثه :

وهى ما كان زمان الاسلام معلوما و زمان الموت مجهولا
اقول : قد يوجه بان القول هنا قول من يدعى تأخر
زمان الموت بمناط استصحاب بقاء حياة المورث الى زمان حصول
العلم بالموت كما عن عدة من الاصحاب : ومنهم المصنف كما
ياتى انشاء الله .

اولا لجل عدم العلم بتحقق المانع مع وجود المقتضى من
القرابة والولدية كما عن صاحب الجواهر قدس سره .
ولكن التأمل الصادق فى مفاد ادلة الاصول يقضى بأن

المثبت منها مما لا يعتنى به وذلك لما عرفت آنفاً إجمالاً إن الملاك فيها ترتيب الأثر على نفس المفعول أي المؤدى بلا نظر إلى اللازم والملزوم العقلي أو العادي .

ففي استصحاب حياته إلى زمان العلم بموته ليس إشارة ولسان لتأخر زمان الموت حتى يقبل قول مدعى التأخر إذ ليست الأصول كالآمارات في المفاد وتام الكلام في غير المقام .

نعم : لو كان المصير على أن الأصول من دون فرق من المثبت وغيره يؤخذ بها لما كان بأس في العمل به إذ هو - استظهار .

وما قيل : من عدم العلم بالمانع كما مرضعيف جدالان الشارع إذا علق الحكم على شيء كالكرية مثلاً .

فلا إشكال أنها امر وجودي فلا بد من إحصائه ليترب عليه الحكم بعدم الانفعال ولو كان مورد شك لم يجرى الحكم به . وقد عرفت أن إرث القريب من القريب موكول على الإسلام أي الشرط في الإرث أي الموت عن قريب مسلم فكيف يحرز بما ذكر فتذكر .

الاستنتاج : ونستنتج مما ذكرنا عدم نفع في القول من عدم المانع مع مقتضى إذ ليس دليل على ذلك حتى لو فرض أن الوارث كان شاكاً غير معترف بالمعارف حرم من الإرث قطعاً كما عن المحقق الرشتي قدس سره ص ٣٠٣ الجزء الثاني : سطر ٥

الخلاصة :

لم يدل دليل على نهوض ذلك الاصل باثبات موت المورث
في حال اسلام الوارث .

ارشاد :

ما ذكرنا كان مربوطا في الاختلاف في زمان احد الوارثين
الذي كان قطعاً كافراً في زمان .

لكن المقصود هو الاشارة الى انه لو كان الاختلاف بين
المتفق على اسلامه وبين غيره في اصل الاسلام .

لا يخفى ان الذي يقتضى الاصل هو عدم الحكم بالاسلام .
الا انه اذا كان في المقام اماره شرعية على اسلامه كما
اذا كان في دار الاسلام فهذا يوجب رفع اليد عن الاصل كما صرح
به المحقق الاشتياني قدس سره وذلك لحكومة الامارة على الاصل
ونكته في غاية الاشكال من حيث معلومية الكفر هنا وانما تكون
دار الاسلام اماره حيث كان حاله مجهولاً كما لا يخفى فلا وجه لرفع
اليد عن الاصل .

كما انه اذا كان مقتضى الامارة الشرعية الكفر كما اذا كان
في دار الكفر لم يحكم بالارث حتى على قول من يذهب الى -

الحكم بالارث بمقتضى الاصل .

كما فيه ايضا فتامل .

المسئلة الثانية : —————

قال : لو اتفقا ان احدهما اسلم فى شعبان والآخر فى

غرة رمضان .

ثم قال : المتقدم . مات الاب قبل شهر رمضان .

وقال : المتأخر مات بعد دخول رمضان كان الاصل بقاء

الحياة . والتركة بينهما نصفين تبعا للشيخ قدس سره فى المبسوط

ج ٨ ص ٢٧٣ كتاب دعاوى والبيانات قال : لان الاصل الحيوة

حتى يعلم زوالها .

ولا يخفى على ما فى المتن من الحكم حيث ان الظاهر

ان للسابق تحليف اللاحق على عدم سبق الموت على رمضان و

هو ظاهر كما اعترف به المحقق الاردبيلى قدس سره ويخطر بالبال

ارتفاع الاشكال من حيث الاصل المتثبت فتامل . المتن .

الغرة بضم الغين من كل شئ اوله ومعظمه وقد يطلق

على ثلاث ليال من اول الشهر فالغرة اول الشهر .

توضيح المسئلة ما شرحنا فى الصورة الثالثة فلا نعبد .

قال فى المسالك وانما قدم هنا قول مدعى تقدم الاسلام

لاتفاقهما على اسلامه فى وقت مخصوص لا يقبل التقدم والتأخر و

اختلافهما فى وقت موت الاب على وجه يحتمل التقدم والتأخر

فيكون استمرار حياة الأب الى بعد الوقت الذى اتفقا على اسلام

المسلم فيه انتهى كلامه .

وقد يوجه قول المصنف ايضا كما مر .

بان قوله ليس بمستند الى الاصل المثبت ببيان ان استصحاب حياة المورث في شعبان يثبت سبب الارث شأننا لان اسلام الوارث في حياة المورث سبب له على تقدير الموت . والمفروض تحقق-

الموت ايضا فالسبب يثبت بالاصل . والشرط بالوجدان .

والجواب : انه مستند اليه اى الى المثبت .

وتوضيحه ان الشرط في الارث هو الموت عن قريب مسلم وهذا العنوان لا يمكن اثباته باستصحاب الحياة لانه غير نفس الحياة الى زمان الاسلام وبعده كما عن المحقق الآشتياني قدس سره .

واجاب المحقق الرشتي قدس سره ايضا بتقرير آخر ص ٣٠٤

الجزء ٢ .

قال : وفيه ان الثابت بالوجدان هو الموت و الثابت

بالاستصحاب هو الحياة .

واما الموت في حال الحياة - وهو الذى يترتب عليه حكم

الارث - فلا يثبت به الا على القول بالاصل المثبت : انتهى .

قال :

المسئلة (الثالثة) :

دارفى يد انسان وادعى آخرانها له ولاخيه الغائب

ارثا عن ابيهما (اى ولكن مع انكار ذلك الانسان ذلك الادعاء) و
 اقام (اى المدعى) بينة فان كانت كاملة وشهدت انه لا وارث -
 سواهما سلم اليه النصف وكان الباقي فى يد من كانت الدار فى
 يده : وفى الخلاف : وتجعل فى يد امين حتى يعود : المتن
 توضيح المسئلة : اذا كانت دار او غيرها فى يد شخص و
 كان هنا مدعى ان تلك الدار او غيرها متعلقة لى ولاخى من باب
 الارث من ابينا و اقام بينة كاملة فيدفع اليه نصف الدار او غيرها و
 ذلك ظاهر لا اشكال فيه بل نفى الخلاف كما فى كلمات بعض
 الاصحاب .

ولا وقع فى النقاش بانه كيف يملك النصف مع عدم تسلطه
 على تمام الدار لان البينة حجة شرعية ومفادها تمامها .
 ولا فرق فى الحكم بين كون المدعى هو الابن او غير الابن
 وبين كون الحق غير النصف بمعنى ان يكون الوارث ازيد من
 اثنين فان من الواضح لزوم دفع نصيبه بقدره ان طالبه والا
 فالحكم بثبوت الحق فى العين على نحو الاشاعة بالنسبة .
 فهل : بعد دفع النصف له ينتزع النصف الباقي عن يد
 المنكر بان يجعل ذلك فى يد شخص امين او يحفظه الحاكم -
 الشرعى الى ان يحضر الغائب .

ام لا ينتزع بل يبقى فى يد المنكر .
 فيه قولان : الاول للشيخ فى الخلاف قدس سره : ص

٣٥٧ : ج ٣ قال : فى مسألة ١٢ انتزعت ممّن هى فى يده و
 يسلم الى الحاضر نصفها والباقى يجعل فى يد امين حتى يعود
 الغائب .

قال : بعد اسطر : دليلنا : ان الدعوى للميتّ والبينة
 بالحق له دليل انه اذا احكم بالدار يقضى منها ديونه وينفذ
 وصاياه الى ان قال : واذا ثبت الدار للميتّ ثبت ميراثا عنه
 بين ولديه : ونقل قولاً بما ذهب هنا وبعدهم الانتزاع من -
 المخالفين فراجع .

الثانى للشيخ ايضا فى المبسوط ج ٨ ص ٢٧٤ : من كتاب
 دعاوى والبيانات الطبع الجديد : قال بعد نقل الانتزاع : و
 قال قوم يؤخذ من المدعى عليه نصيب الحاضر ويقرّ الباقى فى
 يدى من هو فى يده حتى يحضر الغائب وهو الاقوى عندى .
 والذى يسهّل الامر ان الامر موكل الى الحاكم فى القضية فانهولى
 الغائب فيفعل ما يرى من المصلحة فيه فان رأى الصلاح فى اقراره
 فى يده فعل وان رأى تحويله الى أمين فعل كما يظهر من المحقق
 الاردبيلى قدس سره استظهار ما قلنا من عبارة العلامة فى ارشاده
 قدس سره حيث يقول : وبقى النصف الآخرفى يد الغير او
 سلّمه الحاكم من ثقة : انتهى : ولكن العلامة فى المختلف
 اختار ما عن الشيخ فى الخلاف كما نقله فخر المحققين ولده قدس
 سره عنه فى الايضاح ج ٤ ص ٣٩٤ .

وقال هو الاصح عندي لانه اى النصف الآخر ملك الغائب
 والحاكم وليه فيجعلها فى يد امين وقد مرجوا به .
 ارشاد : اعلم ان مع شهاده البينة بنفى الوارث ولو
 بعدم العلم بغيره تكون الحجة تامة بمعنى عدم الاحتياج الى
 اليمين قطعا كما عن الاردبيلي فهم ذلك من نفي الوارث .
 وايضا : الظاهر عدم تضمينه اى القابض للنصف فى هذه
 الصورة والا يلزم اتهام الشهود .
 ولكن يحتمل التضمين باعتبار ان الشهود يشهدون على
 النفى على ما يعلمون فيحتمل عندهم ايضا غيرها ولاجل ذا لا
 يلزم الاتهام .

ارشاد آخر :

ان العلامة قدس سره لم يتعرض فى ارشاده الى مسألة
 التضمين .
 ولكن صرح فى قواعده وقال ولا يلزم القابض للنصف اقامة
 ضميين : الايضاح : ج ٤ ص ٣٩٦ : فراجع الى كلام امام -
 المجتهدين فى متن القواعد : كما صرح المصنف قدس سره فى
 المتن وقال : ولا يلتزم القابض للنصف اقامة ضميين بما قبض .
 وقال : الشهيد فى المسالك قدس سره : من غير ان
 يطالب بضميين لان المطالبة ح طعن فى الشهود : انتهى : و

ولقد عرفت ما فى الطعن والاتهام .
ولكن الاظهر هو عدم التضمن مع البيئة الكاملة و عدم
اليمين كما مرو يساعده الاصل مضافا الى عدم سلطنة الحاكم على
الزامة بالضامن مع قيام البيئة الكاملة .

ما هي البيئة الكاملة :

قال : الشهيد فى الدروس فى درس فى العقود الى ان
قال السادسة فى الاختلاف فى الارث وشبهه وفيه مسائل .
قال الرابعة ادعى عينا فى يد اجنبى له ولشريكه فى -
الارث واقام بينة ذات خبرة باطنة ومعرفة متقدمة فشهدت
بانها لاتعلم وارثا غيرهما سلّمت اليهما : ولو كان احدهما غائبا
سلم الى المدعى نصيبه : الخ توضيح العبارتين :
اما لخبرة الباطنة بأمرين احدهما ان عادة الانسان ان
يستر المعاصى فاذا لم يكن بباطنه خبيرا ربما كان فاسقا فى الباطن
ثانيهما : ان كان لايعرف الباطن من حاله كانت معرفته
ومعرفة الحاكم سواء لان كل واحد منهما يعرف الظاهر فلما قلنا
لا بد للحاكم من البحث انه يبحث لمعرفة الباطن : واما لمعرفة
المتقدمة : فهو ان الانسان ينتقل من حال الى حال يتوب
مدة فيعدل وينقض التوبة اخرى فيفسق فاذا لم يتقدم معرفته
لم يعرف بنقل حاله فلهذا قلنا لا بد من ذلك راجع المبسوط ج

٨ ص ١١٠ .

ونستنتج من كلامه بان المراد منها عبارة عن ذات خبرة باطنة ومعرفة متقدمة : اى التى تشرف على احوال المايت و تعلم سابقه ولاحقه من حيث الملك والوارث .
 وعبر عنها العلامة فى الارشاد .
 وقال ولو اقام بينة كاملة انتهى .
 وتكون الكاملة هى التى تشهد بنفى وارث آخر غيرهما و ذلك اى نفى الوارث .

لا يخفى انه انما يتيسر من جانب الخبرة الباطنة والصحة المتقدمة كما اعترف به المحقق الاردبيلى قدس سره فيتحدح ما فى الدروس .

وقال : فى المسالك اختلف عبارات الاصحاب فى معنى البينة الكاملة هيئنا فمقتضى عبارة المصنف والاكثر ان المراد بها ذات الخبرة والمعرفة باحوال المايت سواء شهدت بانها لا يعلم وارثا غيرهما ام لا وانها ح تنقسم الى ما يثبت بها حق المدعى بان يشهد بنفى وارث غيره والى غيره وهى التى لا يشهد بذلك ثم نقل ما قال الشهيد الاول من كون الكمال عبارة عن ذات الخبرة مع شهادتها بنفى وارث ولو بعدم العلم لغيره .
 واستنتج من ذلك ان انتفاء الكمال يحصل بانتفاء الخبرة والشهادة بنفى العلم او احدهما اى من اجل ان المركب ينتفى

بانتفاء احد جزئيه حيث جعل الكمال عبارة عن الخبرة والشهادة
بنفى العلم ثم قال ان الكمال امراضى .

ثم استظهر ان الكمال ما يثبت به الحق وهو اى الحق
لا يثبت بدون الامرين : فان شئت فراجع نقلنا بتغيير مختصر .

ولا يخفى عليك ان ما فسره قدس سره اوفق بالقواعد و

انسب بكلمات الاصحاب كما عن المحقق الرشتى لان العلم بعدم

الوارث غير معتبر فى الشاهد كما استظهر صاحب الجواهر قدس

سره من ان المراد بالكمال ان تشهد البينة بعدم وارث آخر و

بعدم الكمال ان تشهد بعدم العلم به فاسقط اعتبار كون البينة

اهل الخبرة والاطلاع لكونه قدحا فى العادل .

ولا يخفى انه يكفى فى النفى عدم العلم بالوجود بل قد

يقال ان الشهادة بالنفى ساقطة لكونها من باب القطع فى غير

محله كقطع القطع لان القطع يستلزم الاحاطة الخارجة عن طاقة

الانسان غالبا .

قال المحقق :

ولولم تكن البينة كاملة وشهدت انها لاتعلم وارثا غيرها

ارجئ التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقيا بحيث لو

كان وارث لظهر . وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه -

استظهارا : المتن : ارجئ اى آخر .

توضيح المسئلة : و تحليلها :

ومع عدم الكاملة وذلك يكون بعدم الخبرة ولو كانا خبرتين .
ولكن لم يقولا : لا نعلم وارثا سواء لما كانت ايضا كاملة
لانتفاء احد الجزئين اللذين مراعاتهما فى البيئة الكاملة .
ومع تأخير التسليم يصل النوبة الى البحث والفحص عن
حال المايت فى البلد الذى كان يعيش فيه ويسكن و يحصل
الفحص بان يذهب اليه الحاكم بنفسه ويستعلم حاله بالمباشرة
او الكتابة الى حكام البلد او يرسل من يستعلم واعلم ان مدة
التفحص هو المقدار الذى يحصل منه الاطمينان بانه لو كان لوجد
و اذا خلص الحاكم عن الفحص دفع الى الحاضر حصمة و
لكن بضمين ذى مال واسع متول وظاهر لفظ الضمين فى المتن وغيره
هو الضمان بالمعنى الاخص لان لفظ الضمان من
حيث المعنى هو الالتزام والكفالة والتعهد فهو ينطبق على معناه
العام على جميعها ولكن الضمان كما فى كتابه يستعمل فى معنى
خاص كما لا يخفى .

فلا يراد منه الكفيل فى المقام ولكن الاشكال فى ضمان
الاعيان وفيه بحث موكول الى كتابه .

تحليلها : اذا عرفت صورة البحث والفحص نصل الى

وجوب هذا الحكم فنقول .

ان اصحابنا الاصوليين رضوان الله عليهم بنائهم على عدم الفحص فى الموضوعات فعلى هذا يجرون الاصل فيها ويكتفون فى اكثر الامور بان الاصل العدم ويشبتون به اكثر الاحكام و ما نحن فيه منها فلما ذا لا يكتفى به هنا كما اعترف المحقق الاردبيلى قدس سره : (لزوم التفحص فى الموضوعات) .

ولكن التأمل الصادق يعطى المصيرالى وجوب الفحص و عدم الاكتفاء بالاصل لكونه موجبا لضياغ الحقوق .
 و توضيح ذلك ان الشارع اذا علق التكليف على موضوع الذى لا يحصل العلم به الا بالبحث و الفحص عنه غالبا يجب - الفحص عنه لان امثال التكليف موقوف عليه مثلا اذا قال : خمس اوجج او يجب الزكاة فان المكلف المطيع يعلم من خطاب المولى انه يريد الحج مع الاستطاعة و اداء الزكاة حين بلوغ المال حد النصاب .

ثم يلتفت الى ان امثال امره لا يتيسر الا بالعناية الى المال الذى هو موضوع الحكم فيفهم الملازمة بحسب الفهم العرفى بين الحكم و بين الفحص عن موضوعه .

ولولا ذلك لزم الوقوع فى مخالفة التكليف كثيرا .
 والظاهر من ناحية حكومة الفطرة عدم جعل و تشريع حكم مع الوقوع فى المخالفة لولا الفحص .

الاستنتاج :

- ونستنتج مما ذكرنا وجوب الفحص .
- فالقول بعدم وجوب الفحص فى الموضوعات على اطلاقه لا يصلح فالظاهر وجوب الفحص بالنسبة الى الموضوعات التى يتوقف العلم بها على الفحص غالباً .
- كما اعترف به واجاد وافاد المحقق (١) النائينى قدس سره فى الامر الثالث قبل فصل الاستصحاب ص ١٠٥ من الطبع الحجرى
- نعم باب الطهارة والنجاسته فيه التوسعة .
- فما عن المحقق الاردبيلى قدس سره من قوله .
- ولكن وجوب هذا الحكم وان التفحص شرط لتسليم المال مع عدم البينة الكاملة : مع جملة : ليس بواضح : انتهى .
- ليس على ما ينبغى .

الاشكال فى التضمين :

وهو ان منع شخص عما يستحقه لاحتمال وجود شريك له وتكليفه بالضمين المذكور يحتاج الى الدليل من العقل و النقل او الاجماع وذلك قد يؤل الى الضرر بصاحب الحق فمقتضى -

١- كما صرح و شرح مقصلاً قبله السيد الجليل الفقيه فى ملحقات العروة من القضاء ص ١٨٠ .

الدليل عدم ذلك بل اعطاء حق شخص اليه واذا حصل مستحق آخر يكون بحجته فيطلب حقه بعد اثباته فان كان عنده يأخذه والا يصبر حتى يحصل كسائر الحقوق : كما عن المحقق الاردبيلي قدس سره في شرح الارشاد للعلامة قدس سره .

اقول : في دفعه ان ما افاده وان كان لا يخلو عن

قوة .

ولكن القائل بالتضمن كالمحقق في المتن والعلامة في القواعد ومن يحدو حدوهما يقول للاستظهار والاحتياط فهو حكم عقلي لرعاية الاموال وحفظها عن الضياع مع اهتمام الشارع فيها فلا تحاشى عنه وكل من ذكره اعتمد على الاحتياط الذى هو طريق النجاة خصوصا فى الحقوق والاموال كما ترى الشهيد قدس سره فى المسالك يقول استظهارا ولم يتعرض لتفصيله كغيره :

فتأمل .

ومن هنا :

ومن هنا اعترف .

وقال : اى المحقق الاردبيلي :

نعم قد يحصل الشبهة ويكون احتمالا ظاهرا فى وجود آخر فهنا : التوقف والتثبيت غير بعيد : اقول فح لازم كما بينا فلا يكفى نفى البعد فان المفروض فى المسئلة وجود الشبهة ولذا افتوا بوجود الفحص على ما حققناه من ذى قبل لا على ما اطلقوا

كما لا يخفى : ولا على ما قيل بعدم جريان اصل العدم لان المورد لو كان من مصاديق لا ضرر يكون هو اى لا ضرر حاكما على الاصل كما لا يخفى .

ثم قال : بعد قوله (غير بعيد) .

مع اعطاء شئ فى الجملة الى صاحب الحق مع حاجته .

اقول : لوجه للاعطاء مع لزوم الفحص او على قوله غير

بعيد الا ان يراد منه اقل قليل من حصة مع الضرورة .

ثم قال : على ان حصول العلم للبينة لا يخلو عن

اشكال اذ قد تزوج خفية فى بلاد الغربية او أخذ المنقطع واشترى

جارية او يحصل وطئ بالشبهة وحصل الاولاد وهكذا وكذا غير

الاولاد .

نعم قد يحصل العلم نادرا وقد يحصل الظن المتأخم

للعلم : انتهى .

اقول : لا يخفى ان هذا البيان والاشكال فى حصول

العلم من البينة يكون دليلا على ما نفاه من وجوب الفحص وما

اثبته بقوله (غير بعيد) .

معنى (التأخم) اعلم انه يقال : تأخم ملكى ملكك . اى

اتصل حدّه حدك فهنا وصول الظن الى حد العلم .

ولكن الملاك كما قلنا مرارا هو الاطمينان الذى هو مورد

عمل للعقلاء فى شتى العلوم وامور الاجتماع وهو المسمى بالعلم

• المتعارف •

قال المحقق :

ولو كان ذا فرض اعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه
تماماً وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين ان كان وارث فيعطى
الزوج الربع •

والزوجة ربع الثمن معجلاً من غير تضمين وبعد البحث
يتم الحصّة مع التضمين : المتن •

توضيح المسئلة ان المدعى اذا ادعى انى وارث مع الغائب
واقام البينة الكاملة اعطى ولكن مع اليقين بعدم الوارث ويقوم
مقام اليقين الشهادة الكاملة : نصيبه تاما اذا كان ذا فرض اذا
البينة شهدت بانتفاء وارث الذى لو كان ينقصه عما يدعى •

وقوله : وعلى التقدير الثانى : اى عدم الكاملة وفقدان
اليقين يعطى ما هو اليقين ان كان وارث فيعطى الزوج الربع و
الزوجة ربع الثمن •

اما لربع للزوج فلان نصيبه النصف لو لم يكن لها قريب و
اما مع عدم العلم بانتفائه فلا يسلم النصف عن انتفاء الولد لها
فيعطى ما هو اليقين الذى هو الربع •

واما ربع الثمن :

فلان الرجل لو خلف زوجة ولم يخلف غيرها من رحم كان
لها الربع بنص القران واما عدم العلم بانتفاء غيرهما فما هو-

المتيقن عبارة عن الثمن ولكن لو كان للرجل غيرها من الزوجات مع انه لم يعلم انتفائهن يعطى ما هو اليقين من ربع الثمن : عجالة وكذلك فى الربع من غير تضمين واذا حصل البحث و- الفحص يجوز اتمام الحصة اى تكميل النصف للزوج وتكميل الثمن للزوجة ولكن مع التضمين عملا بالاحتياط مع الاحتمال .

قال : وان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالاخ فان اقام البينة الكاملة اعطى المال وان اقام بينة غير كاملة اعطى بعد البحث والاستظهار بالتضمين : المتن .

توضيح لا يخفى ان الاخ يحجبه الابوان والاولاد واذا كان وارثا واقام البينة الكاملة القائلة بانه هو الوارث لا غيره اعطى المال كله والا فبعد الفحص والتضمين .

قال المحقق :

المسئلة (الرابعة) :

اذا ماتت امرأة وابنها فقال اخوها مات الولد اولا ثم المرأة فالميراث لى وللزوج نصفان وقال الزوج بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لى قضى لمن تشهد له البينة: المتن .

توضيح المسئلة : هكذا : اذا كان الرجل له زوجة وابن فماتا واختلف الرجل واخ الزوجة لاجل عدم معلومية السبق . فقال الرجل ماتت الزوجة اولا فورثتها أنا وابنى ثم مات

الابن فورثته فمقتضى ذلك ان المال كله لى : وقال الاخ بل مات الابن اولا فورثته مع اختى ثم ماتت الاخت فورثناها ومقتضى ذلك ان الميراث لى وللزوج نصفان .

وعلى هذا لو كان لاحدهما بينة قضى بها له . ولو كان المفروض انهما اقاما البينة فمع الترجيح بالفضيلة و الكثرة فترجح البينة المشتملة عليها وتقدم ومع التساوى بينهما يحصل التعارض فعلاجه القرعة وبناء على الحلف بعد خروج الاسم حلف واخذ والا حلف الاخر ومع الامتناع عن الحلف من الطرفين قسم المال بينهما نصفين بمعنى انه لو كان المايت هو الابن قبل الام فالاخ يطلب نصف تركة الاخت وان كان قد مات بعد الام فالاخ لا يستحق شيئا ونستنتج من ذلك ان محل النزاع نصف تركة الاخت فمع الامتناع قسم ذلك النصف نصفين فللاخ الربع وللرجل ثلاثة ارباع (١) .

قال : ومع عدمها لا يقضى باحدى الدعويين لانه لا ميراث الا مع تحقق الحياة فلا ترث الام من الولد . ولا الابن من امه و يكون تركة الابن لابييه . وتركة الزوجة بين الاخ والزوج : المتن . اى مع عدم البينة من الطرفين لا يتمشى القضاء باحدى الدعويين لان الميراث لا يتحقق الا بحياة الوارث و موت المورث

١- واعترف به السيد الجليل الفقيه فى ملحقات العروة من القضاء قدس سره .

ونستنتج من ذلك ان الام لا ترث من الولد لعدم تحقق الشرط
وهو كونها حية حال موت الولد لاجل عدم العلم بحياتها .
وكذلك لا يرث الابن من امه لما قلنا من عدم العلم بحيات
الابن حال موتها .

الاستنتاج :

ففى النتيجة يكون تركة الابن لابيّه اى يكون القول قول
الرجل فى مال ابنه وليس فى المتن ذكر اليمين و لكن فى
المسالك وغيره مع اليمين اى يمين الرجل انه ما مات قبل امه .
واليمين لا يخلو عن قوة .
وكذلك : تكون تركة الزوجة بين الاخ والزوج بعد اليمين
اى انه يحلف انها ما ماتت قبل ولدها . اى يكون القول قول -
الاخ فتقسم التركة نصفين .

فـرـع :

قال فى المسالك : هذا اذا لم يتفقا على وقت موت
احدهما فان اتفقا عليه واختلفا فى موت الآخر قبله او بعده -
فالمصدق مدعى التأخر لان الاصل دوام الحياة : انتهى كلامه
رفع مقامه .

اقول : قد سبق فى المسئلة الثانية من المصنف قدس

سره البناء على الاستصحاب و بقاء الحياة و الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه و ما ذكره الشهيد فى المسالك قدس سره فى هذا الفرع مبنى على ذلك الاصل .
 ولكن قد عرفت الكلام فيها و قلنا انه مثبت فراجع الى تفصيله فلا نعيد .

فرع آخر :

ولو علم سبق احدهما الآخر ولكن لم يعلم بخصوصه و لم يتداعيا فيه فالظاهر هو الرجوع الى القرعة لانها لكل امر مشتبه كما لا يخفى فما عن السيد الفقيه فى ملحقات العروة من القضاء من الرجوع الى الاصل لا يخلو عن الاشكال فراجع .
 قال المحقق :

المسئلة (الخامسة) :

لو قال هذه الامة ميراث ابى و قالت الزوجة هذا اصدقنى اياها ابوك ثم اقام كل منهما بينة قضى ببينة المرأة لانها تشهد بما يمكن خفاؤه على الاخرى : المتن .

توضيح و تحليل :

لو قال الوارث ان هذه الامة ارث من ابى ولكن ادعت

الزوجة ان الامة اصدقاء ومهر من الاب فالظاهر ان القول قول الوارث للاصل وهو عدم انتقال الامة الى غيره كما اعترف به الشهيد قدس سره فى المسالك وقال المحقق الاردبيلى قدس سره فمع عدم البينة يحكم للوارث بعد يمينه لانه المنكر والزوجة هى المدعية وهذا هو الظاهر فلا وجه لترك ذكر اليمين فانهم .

اما البينة : فان اقامها المدعى بينة قضى بها .

وان اقام كلاهما بينة فلا يخفى ان المدعى للاصداق - خارج فيتبنى الحكم بمسئلة تقديم بينة الخارج (١) فى صورة التعارض فتقدم بينة الزوجة لانها تشهد بما يمكن خفاؤه على الاخرى كما فى المتن ولشهادة بينتها بامر زائد يخفى على الاخرى كما فى المسالك ولو قلنا بتقديم الخارج فهنا اولى : قال فى المسالك و ان قلنا بتقديم الداخل فالاقوى هنا تقديم الخارج ايضا للتعليل المذكور من قوله (لشهادة) .

قال فى المسالك : ولو كانت العين فى يد اجنبى لا يدعيها فكذلك لعدم التعارض ثم قال : نعم لو تعارضتا قطعاً بان تدعى الاصدقاء فى وقت بعينه فتشهد بينة الوارث بموته قبل ذلك الوقت تحقق التعارض فيرجع الى القرعة مع عدم الترجيح

١- ووضح عبارة ما عن المحقق الاردبيلى حيث قال : لانها المدعى والخارج اذ الاصل كون مال الميت تركة فيكون المئصرف فيها الوارث وان كانت الزوجة ايضا وارثة ولكنها خارجة ومدعية بالنسبة الى هذه الدعوى .

ولكن الظاهر لزوم اليمين لصاحب القرعة كما مر نظيره فى
خلال المباحث فتامل .

قال المحقق قدس سره : (المقصد الرابع)

(فى الاختلاف فى الولد)

تمهيد : (فى التوالد والتناسل) :

اعلم ان التوالد والتناسل الصحيح على طبق حكمة الله تعالى شأنه وسنته التكوينية فى خلق الانسان اصل يتبنى على الاصلين والعنصرين الزوجين الذكرو والانثى بل سائر الاشياء و الموجودات اساسها بنى على الزوجين وكل ممكن زوج تركيبى فسيحان الله وذلك المعنى اى الزوجية فى تمام الاشياء من اعجاز القران وبرهان عدل الفرقان امير المؤمنين باب مدينة علم النبى على عليهما السلام فى نهج البلاغه وحكمته قال الله الذى عظم شأنه وحسن صنعه الذى احسن كلشئ خلقه سبحانه الذى خلق الأزواج كلَّها مما تنبت الارض ومن انفسهم ومما لا يعلمون سورة يس آيه ٢٦ حتى الذرتين المشكلتين لما يصلح من الاشياء باذنه تعام ومشيته الفعلية لانه مكوّن كل شئ جل وعلا .

مزدوجتين ومركبتين من المثبت والمنفى و الايجاب و السلب وبرهانه برهان على عليه السلام حيث يقول : مؤلف بين

متعادياتها و مفرق بين متدانياتها : فى النهج فراجع : قال
الحكيم العلامة ميرفندرسكى فى قصيدته المعروفة (ازميان سلب و
ايجاب اين جهان پيداستى) .

فمسئلة الزوجية فى الاشياء و اساسها و شعائها هى حكمة
القران الموحى الى برهان الله محمد صلى الله عليه وآله حيث
كان البشر المنتشر فى الارض فى جهالة عن ذلك و امثاله فلما
ظهر الاسلام و نوره و برهانه و اطلع عليه فضلاء البشر و الساعون
فى معرفة الاشياء انكشف لهم بعد حين حق القران و برهانه
بكمال و فطرة التى فطر الناس عليها حيث يقول عز من قائل : ربنا
الذى اعطى كلشئ خلقه ثم هدى : حتى النحل و النمل فى
صنعه : و حيث يقول : علم الانسان ما لم يعلم : فليشكر البشر
على تلك النعمة و الحكمة و العقل و الفكرة و يعلم انها موهبة من
الوهاب و يعرف ربه الذى خلقه كذلك و اكرمه و لا يخطر بباله انه
من شأنه ليظهر الكفران و يجعل نفسه من الغافلين بل يرجع الى
وجدانه الحاكم بان العلم من العالم و القدرة من القادر و كل
كمال ينتهى اليه تعالى شأنه و يدعن بان قضاوة الوجدان محكمة
لا تحتاج الى القاضى .

و لقد حققنا فى التوالد فى مقدمة كتابنا (عقد اللقاح فى -

عقد النكاح) المخطوط فعلا .

و فى مسئلة الزوجين فى كتابنا (داورى وجدان) باللغة

الفارسية فى التوحيد الكامل : المطبوع : فراجع فانه مفيد .
 اذا عرفت هذا فاعلم ان الولد لا يلحق برجلين كما فى عبارة
 الشيخ قدس سره فى الحلاف : ج ٣ ص ٣٦٢ : ولا يلحق بالابوين
 فصاعدا عندنا كما فى المسالك واجماع الفرقة واخبارهم كما عن
 الشيخ فى الحلاف .

وسند ذلك اما من الكتاب الحكيم قوله تعالى شأنه : يا
 ايها الناس انا خلقناكم من ذكروا نثى .

والمراد ان كل واحد من الناس خلقه من ذكروا نثى و
 هذا مقتضى دلالة الآية فمن قال : من انثى وذكرين فقد ترك
 الآية وخالفها كالعادة كما سيجئ نقل مذهبهم : فراجع الخلاف :

اقوال العامة :

قال الشيخ قدس سره فى الخلاف ج ٣ ص ٣٦١ مسألة
 ٢٣ : اذا اشترك اثنان فى وطئ امرأة فى طهر واحد و كان
 وطيان يصح ان يلحق به النسب وأتت به لمدة يمكن ان يكون
 من كل واحد منهما اقربنا بينهما فمن خرجت قرعته الحقنا به : و
 به قال على عليه الصلوة والسلام .

الشافعى :

قال الشافعى نريه القافة فمن الحقته به الحقناه به فان

لم يكن قافة او اشتبه الامر عليهما او نفته عنهما ترك حتى يبلغ
فينسب الى من شاء منهما ممن يميل طبعه اليه وبه قال : انس
بن مالك وهو احدى الروائين عن عمر .

وبه قال في التابعين عطاء وفي الفقهاء : مالك والاوزاعي
واحمد بن حنبل .

ابو حنيفة : الحقه بهما (اي برجلين) معا ولا اريه القافة و
حكى الطحاوي وفي المختصر قال : ان اشترك اثنان في وطئ
الامة : (امراة نسخه بدل) ولا الحقه بثلاثة . وقال : ابو يوسف
الحقه بثلاثة واختار الطحاوي طريقة ابي يوسف : هذا قول
المتقدمين .

المتأخرون منهم ——— :

وقال المتأخرون منهم الكرخي والرازي يجوز ان يلحق
الولد بمأة أب على قول ابي حنيفة الى ان قال : دليلنا اجماع
الفرقة و اخبارهم لانهم لا يختلفون في ذلك قال فاما الدليل
على ان القيافة لاحكم لها في الشرع الخ .

ما هي القيافة : (لاعبرة بالقيافة)

اعلم ان القايف هو الذي يعرف النسب بفراسته و نظره
الى اعضاء المولود كما في اللغة .

واعلم انه لاعبرة للقيافة من حيث الطريقية المثبتة لكون
الولد لمن يشيه له فى مذهبنا .
ولما فى الاخبار من نفى قوله من حيث الاعتبار كما فى
رواية الصدوق عليه الرحمة بسنده عن محمد بن قيس عن ابي
جعفر (عليه السلام) : قال : كان امير المؤمنين (عليه السلام) يقول
لاأخذ بقول عراف ولاقائف ولالصّ ولاقبل شهادة الفاسق الا
على نفسه : (ئل) الباب ٣٢ من كتاب الشهادة) (العراف الظاهر
انه المنجم والمخبر عن الماضى والمستقبل كما فى اللغة وهو اعم
من القايف) : فالرواية مسندة لامرسل كما فى الجواهر .
وفى رواية عن فقه الرضا : لاتجوز شهادة عراف ولاكاهن
وفى رواية : عن ابي جعفر عليه السلام : من سمع قول
قائف او كاهن او ساحر فصدقه اكبه الله على منخيره فى النار .
وهذا الخبر ليس فى (ئل) ولكنه نقله الشهيد الثانى -
قدس سره فى المسالك .

الشرائط المعتمدة فى القافة :

فمن عمل قال بقول القائف كالعامة: اعتبر فيه امورا . من
كونه عالما بالقيافة ثقة حرا ذكرا . اما العلم فلان يعمل به فهو
كالفقه للحاكم والثقة والعدالة فانه موضع حكم خوفا من ان يلحقه
بغير ابيه والحرية والذكورية فلانه حاكم فيه والمرأة و العبد لا

يليان الحكم .

ويعتبر معرفته بالقيافة باختباره بان يجعل ولد بين عشرين رجلا ليس فهم ابوه ثم يريد ذلك فان لم يلحقه باحدهم جعلناه فى عشرين غيرهم فيهم ابوه فاذا الحقه بابيه وتكرر هذا منه حكما بانه قائف وانما اعتبر التكرار لان المرّة الواحدة قد تكون اتفاقا من غير علم بالشأن : انتهى ما نقلنا عن المبسوط للشيخ الاجل الطوسى قدس سره ج ٨ ص ٣٠٧ : وراجع الى بقية ما فيه لانه يزيد فى اطلاعكم .

واذا عرفت عدم العبرة بالقيافة تعلم فساد مذهب من ذهب اليه من العامة .

اللهم انك قادر على الهداية فان الدين عندك هو الاسلام القائم بالوحى القائم بعلى باب مدينة على النبى بعد نبيك الذى قال : اقضاكم على (عليه السلام) والاسلام الذى - مظهره وحقيقته فى ولاية محمد وولاية على واولاده الائمة - المعصومين صلواتك عليهم اجمعين اعدال الكتاب وقرناء القران بمقتضى أمره فى حديث الثقلين والذين هم سفن النجاة عن الهلكة والضلالة بنص حديث السفينة فمن آمن بالله ورسوله فليعمل بقوله لانه مسلم ومن ترك العمل فكيف يكون حاله فأين تذهبون فاستعلم ايها المسلم فطرتك وجدانك فان السبيل سهل وهو فصل وليس بهزل واعلم ان الله ناصرك ولا تأخذك لومة لائم فانه غير عالم .

عود الى المتن : قال : اذا وطئ اثنان امرأة وطأ -
يلحق به النسب مع عدم العلم بسبق احدهما اما بان تكون زوجة
لاحدهما ومشتبهة على الآخر :

او مشتبهة عليهما او يعقد كل منهما عليها عقدا فاسدا ثم
تأتى بولد لسته اشهر فصاعدا ما لم يتجاوز اقصى الحمل فحينئذ
يقرع بينهما : المتن .

امر مشتهبه وفي رواية عن ابن الحسن فقال لي كل مجهول ففيه
القرعة وفي رواية نقلها في المسالك عن ابي جعفر عليه السلام و
نقله (ثل) الباب ١٣ من ابواب كيفية الحكم .

باسناده عن عاصم بن حميد عن بعض اصحابنا عن ابي جعفر
عليه السلام (عاصم بن حميد ثقة عين صدوق روى عن ابي عبد الله
وله كتاب . ويروى عنه صفوان بن يحيى) فلا يضر الاضرار .

قال : بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) عليا عليه
السلام الى اليمين فقال له حين قدم حدثني باعجب ماورد عليك
فقال : يا رسول الله اتانى قوم قد تبايعوا جارية فوطاها
جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما واحتجوا فيه كلهم يدعيه -
فاسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم فقال :
رسول الله (صلى الله عليه وآله) ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا
امرهم الى الله الاخرج سهم المحقق .

ورواه الصدوق باسناده عن عاصم بن حميد عن ابي بصير

عن ابي جعفر عليه السلام فالرواية تخرج عن الاضمار .
وهنا رواية عن زيد بن ارقم رواها البيهقي النيشابوري في
سننه ج ١٠ ص ٢٤٧ .

انهم أتوا اميرالمؤمنين (عليه السلام) في امرأة اتوها في
طهر واحد كلهم يدعى الولد فأقرع والحق الولد بمن اقرع و غرمه
ثلثي قيمة الام . وانهم سألوا رسول الله (صلى الله عليه وآله)
عن ذلك فقال : لا اعلم الا ما قال على (عليه السلام) .
قال المحقق :

سواء كان الواطئان مسلمين او كافرين او عبيد او حرين
او مختلفين في الاسلام والكفر والحرية والرق او أبا و ابنه :
المتن .

اقول : ان التسوية فيما ذكر اشارة الى خلاف العامة .
قال : الشيخ قدس سره في الخلاف ج ٣ ص ٣٦٢ مسألة
٢٦ :

اذا وطئ اثنان على ما قدرنا . وكانا مسلمين او احدهما
مسلمًا والآخر كافرا او كان احدهما حرًا او اجنبيين او احدهما ابناؤ
الآخر أبا لا تختلف الحكم فيه في انه يقرع بينهما و به قال الشافعي
الا انه قال بالقافة او الانتساب وقال ابو حنيفة الحرّ اولى من
العبد والمسلم اولى من الكفر .

دليلنا : _____ :

اجماع الفرقة وعموم الاخبار التي قد منها فمن ادعى التخصيص
فعليه الدلالة فأما الاب والابن فلا يتقدر فيها الاوطى الشبهة
او عقد الشبهة : انتهى كلامه رفع مقامه .

وسند ذلك من الرواية ما عندنا عن الشيخ باسناده عن
ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام
قال : اذا وقع المسلم واليهودي والنصارى على المرأة
فى طهروا واحد اقزع بينهم فكان الولد للذى تصيبه القرعة : (ئل)
للباب ١٠ من ابواب ميراث ولد الملاعنة وما اشبه : من كتاب
الارث .

وما هو المحكى عن لقطة المبسوط من ان المسلم والحر
اولى فالاجماع على خلافه .

قال المحقق : هذا اذا لم يكن لاحدهم بينة : المتن .
اى اذا لم يكن بينة فما ذكرنا من الحكم واما لو كان لاحدهم قضي
بها لمن كانت له او كان لجميعهم بينة ولكن تعارضت ولم يكن
فى البين مرجح فالحكم ما ذكرنا من ذى قبل من القرعة و ان
كانت كثرة وترجيح فيها قدمت وحكم بها ولكن مقام الثبوت مشكل
اى مع وجود الوطى من الجميع فى طهروا واحد يكون اقامة البينة
فى غاية الاشكال .

قال المحقق قدس سره :

ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوة المنفردة وبالفراش

المشترك و الدعوة المشتركة و يقضى فيه بالبينة و مع عدمها بالقرعة .

توضيح و تحليل ———— :

ان الفراش المنفرد يكون بان ينفرد بوطئها و يكون الوطئ وطيا يلحق به النسب و هذا سبب لحوقه بالرجل بما ذكر من الانفراد كما ان الدعوة المنفردة و هو ان يدعى مجهول النسب وحده لا ينازعه فيه غيره سبب للحوقه به .

واما لفراش المشترك : اعلم ان نحقق الاشتراك يكون بما ذكر المصنف من قوله من كونها زوجة لاحدهما الخ : فى المتن .
وقال : الشيخ قدس سره فى المبسوط : ج ٨ ص ٣٠٥ :
فاشتراكهما فى هذا الوطئ يكون باحد اسباب ثلاثة احدها ان يكون وطئ شبهة من كل واحد منهما . و هو ان يكون لكل واحد منهما زوجة فيجد على فراشه امرأة فيطأها معتقدا انها زوجته .

والثانى :

ان يكون نكاح كل واحد منهما فاسدا و طئها احدهما فى نكاح فاسد .

ثم تزوجت بآخر نكاحا فاسدا فوطئها .

والثالث :

ان يكون وطئ احدهما فى نكاح صحيح و الآخر فى نكاح

فاسد وهوان يطأ زوجته ثم يطلقها فيتزوج نكاحا فاسدا فوطئها .

اشارة :

اعلم ان مدة الامكان هوان يأتي به من حين وطى كل واحد منهما لمدة يمكن ان يكون منه . وهوان يكون بين الوطئ والوضع ستة اشهر فصاعدا الى تمام اكثر مدة الحمل وهى عندنا تسعة اشهر وهذا ظاهر كما فى المبسوط .

وقال : وعند قوم اربعة سنين وعند آخر سنتان : ط ج ٨ ص ٣٠٥ :

واما لحكم فاذا صار النزاع كذلك الحق باحدهم بالبينة او بالقرعة عندنا .

وفى الدعوة المشتركة ايضا يكون اللاحق باحدهما بالبينة او القرعة كما فى المتن والمبسوط وغيرهما وهذا كله فى الرجال :

دعوة المرأة :

قال : الشيخ فى المبسوط ص ٣٠٨ والذى يقتضيه مذهبا ان المرأة لها دعوة ويلحق الولد بها بالبينة و بدعواها اذا كان ذلك ممكنا : ومتى تداعاه امرأتان اقرع بينهما كالرجل سواء انتهى قوله ممكنا اى بلا منازع .

ولا يخفى ان هنا فروعا يطلع عليها المتتبع فى النكاح فى

احكام الاولاد وكتاب الاقرار وكتاب اللقطة والله الموفق .
 قال فى المسالك : فى خاتمة كتاب القضاء فى (وطئها -
 فى طهر واحد) اما لو تخلل بين وطئها حيض قيل انما انقطع
 الامكان عن الآخر الا ان يكون الاول زوجا فى نكاح صحيح نظراً
 الى جعل الشارع الحيض امانة على براءة الرحم من الحمل ومن
 ثم اعتبر به الاستبراء والعدة وهذا يتم مع القول بان الحمل و
 الحيض لا يجتمعان مطلقا والا اشكل الامر لتحقق الامكان الا ان
 ينزل الغالب منزلة المتعين ويطرح النادر ولا بأس و كما يقرع
 بينهما مع عدم البينة فكذا مع قيامها من الطرفين انتهى كلامه رفع
 مقامه .

وغير خفى على الخفى ان البحث فى اجتماع الحمل مع
 الحيض بحيث لا يبقى لوجه المرام نقض و ابرام فى غير المقام والله
 الموفق وعليه الاعتصام .

هذا آخر مباحث القضاء : والحمد لله والمنة على التوفيق
 والعناية فى اتمامه والشكر على نعمائه وآلائه والصلوة على خاتم
 رسله محمد وسيد اوصيائه على واولاده اعدال الكتاب الائمة -
 المعصومين صلواتك وسلامك عليهم اجمعين ولعنة الله على اعدائهم
 من الاولين والآخرين .

تم الكتاب بيد مؤلفه الشيخ راضى نجل الشيخ المحقق
 الشيخ محمد حسين النجفى التبريزى عفى عنهما فى حرم كريمة آل

فہرست

مطالب

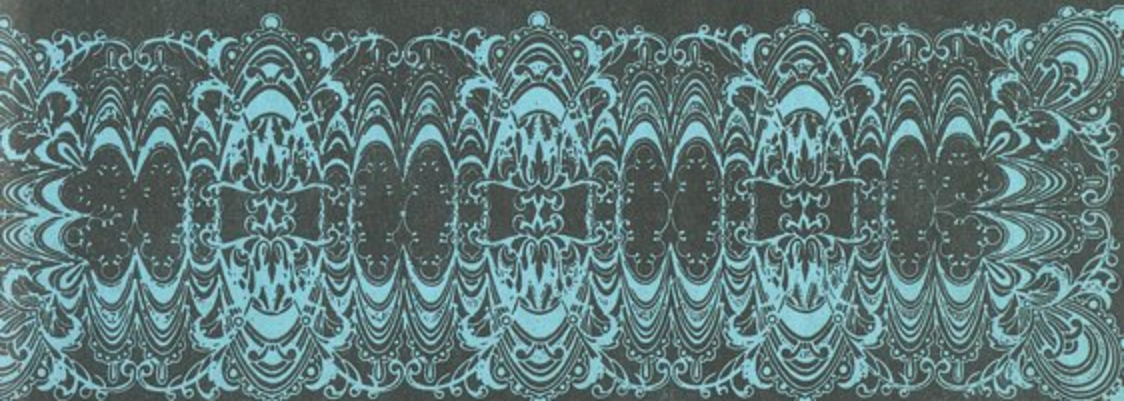
۴	معنى القضاء
۶	القضاء اصل خاص
۸	دلالة الآيات
۱۱	تعريف القضاء
۱۳	شروط القاضى
۱۷	حكم الشيعة عند الشيعة
۱۹	دلالة النصوص
۲۰	من جملة الشروط طهارة المولد
۲۰	من جملة الشروط الذكورة
۲۱	عدم جواز تولى المرأة
۲۲	كلام المحقق القمى
۲۳	تحقيق الكلام فى المرأة
۲۴	الكلام فى اشتراط الكتابة

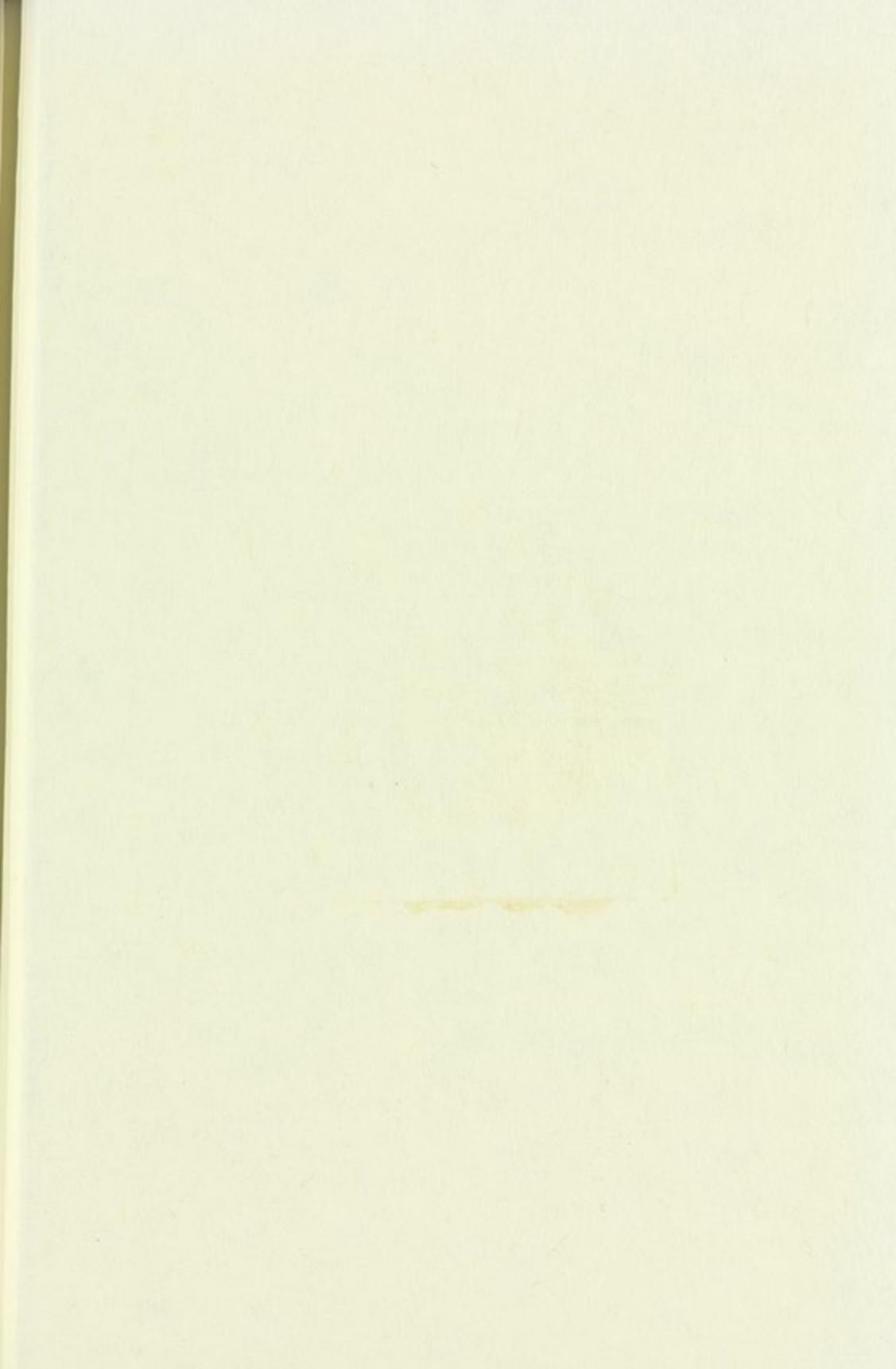
٢٦	و من جملة الشرائط البصر
٢٧	و من جملة الشرائط الحرّية
٢٨	اشتراط العلم فى القاضى
٢٩	تقسيم العلم على قسمين
٣٣	تفصيل الكلام فى مقدار العلم
٣٦	الكلام فى التجزى و المتجزى
٣٧	امكان التجزى
	الكلام فى اختصاص القضاة بالنبى (ص) و الامام
٤٦	عليه السلام
٥٢	التّحقيق بمقتضى الاخبار
٥٤	الاستنتاج
٥٥	قضايا باب مدينة علم النبى (ص)
٥٦	فى اختصاص الحكم بلا بينة بالقائم عليه السلام
٥٩	الكلام فى ولاية القاضى المنسوب
٦٢	الكلام فى تعارض الدليلين
٧٣	اشتراط الاعلمية فى القاضى
	حكم المترافعين فى صورة تساوى القضاة من حيث
٧٤	الفضل و العلم
٧٨	مخالفة المحقق القمى
٧٩	قضاة الاخبار على المختار

قم . چاپخانه استقلال

انتشارات دارالنشر اسلام . خیابان بهار

تلفن : ۳۱۰۶۲







WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
JULY - AUG 1983
We're Quality Bound

