

Princeton University Library



32101 061495048

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

DUE DEC 3 1972

كتاب القضاء

تأليف

استاذ الفقهاء والمجتهدين

حجة الاسلام والمسلمين آية الله في العالمين

الشيخ ضياء الدين العراقي

قدس سره

المتوفى سنة ١٣٦١ هـ

ويتلوه رسالة في تعاقب الايدي



كتاب القضاء

تأليف

استاذ الفقهاء والمجتهدين

حجة الاسلام والمسلمين آية الله في العالمين

الشيخ ضياء الدين العراقي

قدم من سره

المتوفى سنة ١٣٦١ هـ

حقوق الطبع محفوظة لناشره فضيلة العلامة ركن الاسلام
السيد مهدي الاصفهاني الامامي صهر المؤلف دامت بر كاته

المطبعة العلية في الخف

(RECAP)

KBL

.I726

1900z

كتاب القضاء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(تعريف القضاء)

وهو لغة لمعان كثيرة يمكن إرجاع بعضها الى بعض إذ منها الحكم الممكن ارجاءه الى الحتم او الفراغ من جهة تسجيل الحق على المدعى عليه او بملاحظة فراغ الخصومة بينهما (واصطلاحاً) عرفوه بالولاية على الحكم نظراً الى ظهور تلق الجعل به في كونه من الامور الجعلية مضافاً الى كفاية هذا المقدار في صدق القاضي ولو لم يتلبس بعد بالقضاء اصلاً (ولكن) يمكن أن يقال بان مجرد صدق القاضي بمجرد الجعل لا يقتضي كون المبدأ فيه الساري في المصدر ايضاً بمعنى الولاية المزبورة إذ ربما تكون الهيئة الاشتقاقية مقتضية لتوسعة في النسبة الملازمة لجهة الولاية على الحكم الغير المانع عن بقاء المبدأ على معناه العرفي أو اللغوي من الحكم الفعلي الحقيقي ولذا لم يتوهم أحد في لفظ الحكم معنى الولاية ، ومع ذلك جعل عنوان الحاكم مورداً للجعل وصادقاً بمجردده (ومن هذا الباب) الفرق بين عنوان التجارة والتاجر المعلوم كفاية مجرد شأنه لها في صدق الاشتقاق بلا كفاية ذلك في صدق المبدأ الساري في غيره ، فيكشف ذلك عن انه من جهة توسعة في مدلول الهيئة لا أنه من جهة اختلاف في مفهوم المادة ، ومرجع ما ذكرنا في الحقيقة الى الالتزام بتوسعة في دائرة

التلبس الفعلي لا الالتزام بتوسعة في المفهوم الصادق حتى على المتلبس سابقا كي يكون خلاف التحقيق (وعليه) فما يظهر عن استاذنا العلامة قدس سره في امثال هذه المقامات من التصرف في المبدأ المعروض لمخصوص هذه الهيئة الاشتقاقية (منظور فيه) كيف واصالة عدم نقل المادة السارية في ساير الهيئات يقتضي بقاءها على معناها الحقيقي المساوق لعنوان الحكم

﴿ موضوع وجوب القضاء ﴾

وعلى أي حال لا اشكال عندهم في وجوب القضاء كفاية مع التعدد لمن له الاهلية وعينا مع عدمه (وقبل الخوض) في شرح وجهه فلنقدم الكلام في موضوع الوجوب من انه نفس الحكم او تولى مجلس القضاء او تحصيل الولاية من قبل المقدمات المتمشية من قبله ظاهر كلماتهم في جعل القضاء عبارة عن الولاية على الحكم يقتضي كون موضوع الوجوب ذلك كما ان ظاهر استدلالهم بامر داود بالحكم بالحق يقتضي كون الموضوع هو نفس الحكم وان التولي للقضاء بتحصيل أصل الولاية من الاجتهاد والعدالة من مقدماته (كما ان) ظاهر استدلالهم بقوله ان الله لا يقدرس امة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه (وجوب) التولي للقضاء « ولكن » يمكن أن يقال انه بعد الجزم بعدم استحقاقه بتفويت كل مرحلة من المراحل الثلاث إلا عقوبة واحدة يوجب أن لا يكون في البين إلا ارادة نفسية قائمة بشي واحد يكون هو الغرض الاصلي من فصل الخصومات وان البقية مقدمات لمثل هذا الغرض ومتعلقة لأرادات غيرية ، وبهذه الجهة لا يترتب على تفويت جميعها إلا عقوبة واحدة و« بعد ذلك » يبقى الكلام فيما هو مورد الخطاب الشرعي هل هو تحصيل الولاية وانه هو مورد التحميل على العبد وان البقية اغراض للواجب النفسي الاصطلاحي أو أن مورد التحميل هو المراتب اللاحقة وان البقية مقدمات الواجب وواجبات غيرية ، ومثل هذا النزاع لا ينتج للفقهاء ثمرة عمالية، اللهم إلا أن يقال بان الحكم والفصل الذي هو غاية الغايات كان متعلقاً للخطاب فحيث أنه مشروط بالترافع وتمامية الميزان عند القاضي فع الشك في تحقق هذا الشرط يوجب جريان البراءة عن بقية المقدمات ، ولازمه جواز ترك كل أحد تحصيل المراحل السابقة وليس كذلك



ومثل ذلك شاهد عدم كون الحكم تحت خطاب الشارع بل لا بد وان يستكشف بان ماهو تحت الخطاب هو الولاية او التولي كي به يستكشف إننا تحقق سائر الاغراض وذلك من باب التمسك بالخطاب في مورد الشك في المخصص اللبي وبذلك يجمع بين التزامهم بوجوب الاقدام في المراحل السابقة مع الشك في تحقق المراحل اللاحقة وعدم وجوبه مع الجزم بعدمه ، هذا ولكن الانصاف ان ذلك لا يناسب وجود الخطاب بنفس الحكم وظهور كلما تهم ايضاً بالتمسك به في وجوبه ، وعليه فلا بد من الالتزام بجواب آخر وحينئذ فيمكن تصوير آخر بالالتزام بوجوب كل مرحلة بنحو الترتيب على المرحلة السابقة اذ مثل هذا المعنى ايضاً لا يقتضي إلا عقوبة واحدة غاية الأمر لا بد وأن يلتزم بكون ايجاب المرتبة السابقة مقدمة لحفظ الايجاب المتوجه الى المرتبة اللاحقة من قبله لا من قبل سائر الشرائط المأخوذة في وجوبها نظير ما قيل في الواجبات التمهئية اذ لازم ذلك حكم العقل بوجوب التخصيص مع الشك من جهة الشك في القدرة دون الجزم بالعدم (ومع غمض) العين عن الوجهين فلا محيص من الالتزام بايجاب الاحتياط في المراتب السابقة والا فلا محيص أما من الالتزام بايجاب المرتبة السابقة مطلقاً فيجب تخصيصها ولو مع الجزم بعدم تحقق الشرائط في المراتب اللاحقة او بايجابها مشروطاً بوجود الشرائط اللاحقة في موطنها فيلزم جواز تركها مع الشك في تحققها ولا يلتزم أحد بكل واحد من الشقين كما لا يخفى

﴿ دليل وجوب القضاء ﴾

(نعم يبقى الكلام) حينئذ في دليل وجوبه ، ولعل عمدة الوجه فيه هو دعوى الاجماع عليه لولا انكار الجواهر في بعض كلماته من منع دليل على وجوب القضاء ذاتاً على غير الامام وإلا فمثل هذا ايضاً يصير موهوناً فضلاً عن سائر وجوهه التي منها الفرار عن اختلال النظام ، ومنها مقدميته للنهي عن المنكر (إذ لا يخفى) ما فيهما من منع الاول لامكان احقاق الحقوق بطور آخر ولزوم تضييع الحقوق على ما ذكرنا ليس بازيد من لزومه على فرض الجعل كما لا يخفى ، ولنع صدق المنكر قبل الحكم على من اعتقد صدق قوله من الطرفين ، ومع الشك فيه ايضاً لا يتحقق

موضوع المنكر بالنسبة اليه إلا بعد قيام الحجة على بطلان مدعاه ومع قيامها فيمكنني ذلك في تحقق موضوعه ولو لم يكن حكم اصلاً (وأضعف) مما ذكر الاستدلال بأمر داود (ع) أو أمر نبينا (ص) لعدم الملازمة، نعم في المرسل « لا تقدر أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه » ولكن يمكن حمله أيضاً على الأخذ بعنوان عون الضعيف لا بملاك فصل الخصومة، ولعل مثل هذا التعبير أيضاً مشعر بكر اهته لآحرمة فتأمل

ثم انه على فرض وجوب القضاء لاجتماع او غيره قد يشكك الجمع بينه وبين ماشتهر من استحبابه لمن يثق بنفسه عيناً، إذ يستحيل اجتماع الوجوب ولو كفاً مع الاستحباب العيني والكفائي، ولعله لذا حمل الاستحباب على تحصيل الولاية والوجوب على الحكم في ظرفها، ولكن لا يخفى أن ذلك إنما يتم لو كان مدرك الوجوب هو الاجتماع أو أمر داود وإلا فلو كان المدرك برهان اختلال النظام لكان يقتضي وجوب تحصيل مقدمته أيضاً فيعود المحذور حينئذ مع أن هذا المعنى لا يناسب لتوصيفه بالاجر وحسن الذخر في وصيته (ص) لعلي (ع) إذ مثل هذه الوصية بالنسبة اليه يقتضي استحباب ما هو ازيد من تحصيل الولاية (نعم) لابس بحمله على احضار نفسه لسماع الدعوى والموازن كي يصدر منه الحكم الفاصل الواجب، ولكن الظاهر منهم أن صدور الحكم منه حينئذ واجب عيني لا كفاً ولعله لذا جمع بعض آخر بحمل الوجوب على تحصيل الولاية والاستحباب العيني على احضار نفسه لسماع الخصومات المستلزم لعدم سقوطه عن غير من قام لهذه الجهة ايضاً، وهو ايضاً صحيح لو تم الدليل على وجوب هذا المعنى، وعهده على مدعي قيام الاجتماع عليه والا فلا أظن امكان اتمام دليل آخر عليه كما لا يخفى (هذا) ويمكن الجمع ايضاً بعد حمل الوجوب كفاً على احضار النفس على ما ذكر بحمل الاستحباب على الاقتضائي قبل اقدام أحد بما هو واجب عليه وعلى الفعلي بعده، ولئن استشكلنا في وجوب ازيد من اصدار الفصل عند تحقق الميزان لا يبعد حينئذ حمل دليل الاستحباب على احضار النفس على السماع المزبور مقدمة للفصل الواجب كما لا يخفى والله العالم

﴿ صفات القاضي ﴾

وكيف كان نقول فيه أي في المقام (فصول)

(الفصل الاول) في صفات القاضي، وليعلم اولاً أن مقتضى الاصل وضعاً عدم نفوذ حكم أحد على أحد وتكليفاً عدم حرمة صدوره ولو بعنوان التشريع في اهليته لأن حرمة التشريع لا تقتضي حرمة العمل خارجاً (نعم) لا بأس بدعوى اقتضاء القاعدة خلافه من جهة ما في صحيحة سليمان (اتقوا الحكومة فإن الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي او وصي نبي) اذ الظاهر منه حرمة الحكم بعنوان الاهلية الملازمة مع التشريع لانفس التشريع ولا الحكم مطلقاً فكان النهي في المقام نظير النواهي المتعلقة بعنوانين العبادات المعلوم كون الاستفادة منها حرمة العمل بعنوان العبادية تشريعاً لا ذات العمل مطلقاً ولا عنوان التشريع محضاً كي لا يسرى الى العمل خارجاً، وعليه فمقتضى القاعدة حرمة الحكم على غير النبي ووصيه لولا قيام دليل آخر يقتضي المأذونية الموجب لادخال المورد في الوصي او يخصص العام المزبور به و(حيث) كان الامر كذلك فلنرجع الى ادلة النصب في مقدار دلالتها على خلاف القاعدة (فنقول) أن عمدة ما يمكن التشبث به في المقام عمومات بالسنة مختلفة تارة بقوله في رواية ابي خديجة ، (انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه) الي آخره (وأخرى) اجعلوا بينكم رجلاً ممن عرف حالنا وحرماننا (وثالثة) بقوله في المقبولة انظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حالنا وحرماننا (ولا يخفى) انه لا بد من الأخذ بهذه العمومات في المقدار المشترك من مداليلها .

وأما بالنسبة الى الجهة المختصة ببعضها دون بعض فالامر يدور بين الاخذ بمفهوم القيد الوارد في مقام التجديد ورفع اليد عن اطلاق غيره او الاخذ بالاطلاق في غيره ورفع اليد عن ظهور اعتبار القيد في غيره ، وعليه فلا يبعد ترجيح الوجه الاول من جهة ظهور الاخبار خصوصاً المقبولة الواردة في مقام ردهم عن الرجوع الى قضاة الجور وصرافهم الى قضاة الشيعة في كونها في مقام التجديد لمن يرجع اليه من قضائنا ، ولازمه الاخذ بما استفاد منها تصريحاً او انصرافاً ، ومن ذلك قيد

الرجولية المنصرف عن الصبي وهكذا العلم والنظر المنصرف الى الاجتهاد في الاحكام كما ان المنصرف من جميع الاطلاقات غير المجنون حال جنونه ، بل وعن الفاسق وولد الزنا لعدم مناسبتها مع شرف المنصب هذا مع إمكان استفادة عدم جواز قضاء المرأة بمرور النص المخصوص بعدم صلاحيتها للقضاء ، وعدم جواز قضاء الفاسق بما ورد بقوله واياكم ان تتحاكموا الى هؤلاء الفاسق من اقتضاء ظهور تعليق الحكم بمثل هذا الوصف كونه مناطا فيه ، وعدم قضاء ولد الزنا بما ورد في شرطية طهارة المولد في الامام الجارية في المقام بالفحوى ، وعليه فلا غرو في القول بانه لا بد وان يكون مكلفاً مؤمناً عدلاً عالماً ذكراً طاهر المولد واما اعتبار كونه ضابطاً بصيرا كاتباً ففيه اشكال لعدم مساعدة الدليل عليها قبال الاطلاقات

﴿ اعتبار الاجتهاد في القاضي ﴾

ولا يكفيه أيضاً فتوى العلماء اذ مضافاً الى انصراف عنوان العالم بالاحكام عن المقلد يدل عليه صريح اعتبار النظر في المقبولة ، وهو كاف في رفع اليد عن بقية المطلقات خصوصاً مثل قوله تع (واذا حكمتكم بين الناس ان تحكموا بالعدل) وقوله (كونوا قوامين بالقسط) ومفهوم قوله « ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الفاسقون » او « الكافرون » ، اذ هي « بين » مالا دلالة لها لاصل منصب القضاء والحكومة « وبين » ما كان في مقام بيان لوازم الحكم من دون نظر الى تعيين من له هذه الشأنية كما هو الظاهر من الطائفة الاولى كما لا يخفى

« ثم انه » بعد اعتبار النظر والاجتهاد فهل يعتبر فيه الاجتهاد المطلق ام يكفيه مطلقه قولان بعد البناء على امكان التجزي في المملكة المزبورة ووقوعه بمعنى كونه قابلاً للمراتب المتفاوتة بحيث يكون ببعض مراتبها متمكناً من استنباط بعض المسائل دون بعض نظير ملكة فهم عبارة دون عبارة ومطلب دون مطلب (بل بمقتضى) برهان استحالة الطفرة لا بد من الالتزام به (وعدم) دليل آخر ايضاً على تقييد الاستنباط بحسب الأدلة بمن له قوة خاصة وملكة مخصوصة يقتدر بها على استنباط جميع المسائل

(والذي) يقتضيه التحقيق في اصل المسئلة التفصيل بين من اقتدر على استنباط

جملة معتدبها من المسائل على وجه يصدق عليه انه عالم بشي من الاحكام بعد انصرافه جزماً عن عرف اقل قليل منها كأنصراف اطلاق شي من البحر عن قطرة او قطرات منه بل لا بد وان يكون مقداراً معتداً به على وجه يصدق عليه انه شي منه وبين من لم يقتدر على استنباط هذا المقدار وان كان متجزياً في قليل منها فانه لا باس بقضاء الاول لاطلاق رواية ابي خديجة لمثله بخلاف الثاني (نعم) ربما لا يحتاج في الصديق المزبور إلى كونه عالماً بنوع الاحكام على وجه يصدق عليه انه عارف باحكامهم على نحو العموم وان لم يحتاج في صدقه كذلك إلى العلم بجميع الاحكام دقة ، إذ المدار على صدق الاطلاق في رواية ابي خديجة ، وبمثله ترفع اليد عن ظهور العموم في بقية الروايات لظهورية الرواية المزبورة من تلك الجهة من بقیة الروايات كما لا يخفى (ثم) ان الظاهر من المقبولة الارجاع الى من كان ناظراً في مورد الاحتياج الى الخصومة كي يصدق بانه حكم بحكمهم الذي عرفه عن نظر واجتهاد بناء على ظهور الباء في كونه صفة لاسببية ، وعليه فقد يشكل حينئذ أمر قضاء من استنبط الاحكام بمقدمات الانسداد من باب حكومة العقل اذ لا يصدق عليه انه حكم بحكمهم العارف به عن نظر لولا دعوى توسعة في صدق العرفان بالنظر على مثل هذا النحو من العرفان الظني ايضاً خصوصاً لو قلنا بمقالة المصنف من أن العقل مستقل في تعيين دائرة ايجاب الاحتياط الشرعي في الظنون بعد ورود الترخيص في بعض اطراف العلم فانه حينئذ يصدق عليه المعرفة بحكمهم حقيقة نظير معرفتهم بالايجاب الطريقي في مفاد الامارات كما هو ظاهر

﴿ عدم جواز تفويض القضاء الى المقلد ﴾

(ثم انه) بعدما علم ان القضاء من وظائف المجتهد فهل له تفويض امره الى المقلد ام لا ، وعلى فرض عدم فهل له توكيله في اصل القضاء بجميع مقدماته ام لا وجوه واحتمالات ، اما مرحلة اعطاء المنصب فهو فرع تامة مقدمتين احدهما قابلية المقلد للتصدي له بحسب الحكم الجهلي الالهي وثانيتها ولاية المجتهد وسلطنته على اعطائه له ، كيف ولولا واحدة من المقدمتين لما كان مجال لاتبائه (وعليه فنقول) ان المقدمة الالهي فرع اثبات عدم دخل الاجتهاد في اصل موضوع القضاء شرعاً

كيف وعلى فرض دخله فيه لا يبقى مجال تغيير مثل هذا الحكم الآلهي حتى من الامام فضلا عن نائبه وهو فرع عموم دليل دال على جوازه من كل شخص ، غاية الامر بملاحظة جعله من وظائف الامام أولا لا بد وأن يكون باذن منه ، ولعمري ان اثبات مثل هذا العموم في غاية الاشكال وحينئذ فيكفي لنا احتمال دخل قيد خاص في موضوعه شرعا على وجه لا يكون المحل قابلا لتفويض العمل اليه حتى من الامام السلطان في أمر الخلق لكونهم أولى الامر ولهم الخيرة في أمرهم وكونهم أولى بهم من أنفسهم ، إذ من البديهي أن مثل هذه العمومات لا تصلح للمشرعية ولا يثمر في مورد لم يحرز من الخارج قابلية محله

نعم بعد الفراغ عن اثبات قابلية المحل يبقى الكلام في صلاحية الفقيه لمثل هذا التفويض وعليه فيمكن أيضاً منعه لانه بعد ما لم يكن من الامور الحسبية التي علم من الشارع مطلوبة وجوده موقوف على ثبوت الولاية العامة وأن مال الامام لهم وهو ايضا في غاية الاشكال لأن عمدة ما يصلح لاثباته هو عموم (وأما الحوادث الواقعة وعموم مجاري الامور بيد العلماء) بالله وإلا فعمومات الوراثة والخلافة وامثال ذلك يمكن حملها على مقام تبليغ الاحكام وبيان الحلال والحرام (ولا يخفى) ان الاول منهما منزل على أمور معهودة في المسئول المشكوك كون المورد منها خصوصا مع توصيف الحادثة بالواقعة فانه لا بد من حملها على وقوعه حقيقة اولاً بد وقوعه وعلى التقديرين ليس ما نحن فيه من مصاديقه لعدم احراز مطلوبة وقوعه والتفويض من الشارع كما هو ظاهر ، واما الاخير فهو من حيث المجاري وان كان عاموا لكن الكلام في شمول العلماء بالله لغير الامام (ع) (نعم) بناء على العموم لا باس باستفادة مرجعية الفقيه في الامور العامة النوعية كما انه ربما يستكشف ذلك من صرف الامام عن التحاكم اليهم وارجاعهم الى فقهاء الشيعة إذ من مثله ربما يستفاد كون الفقيه حاكما في قبائل حكاهم وان له من الشأن ما لهم من الولاية على الامور النوعية السياسية التي كانوا مرجعا فيها ، بل والولاية على الحكم في رؤية الهلال والتصرف في اموال الغيب والقصر وحبس الغريم بل واحضار المدعى عليه في مجلس القضاء والزامه بالجواب وامثاله ، نظر الى ان هذه كلها من شئونهم (وعليه) فلا غرو من المصير الى أن لهم تفويض أمر القضاء الى المقلد ايضا لو ثبت مثل هذا

الشأن لقضائهم ايضاً (واماكن الكلام بعد فيه) إذ تفويضهم اليهم ليس من باب تفويض القضاء الى غير الاهل بل من جهة انهم لما يرونه اهلا وموضعا له بعمل الهى يفوضون اليه القضاء (ثم انه) من التأمل فيما ذكرنا ظهر حال التوكيل بنحو الاستقلال فى القضاء ايضاً إذ ادلة الوكالة ايضاً قاصرة عن اثبات قابلية المحل للتسبيب بعد احتمال كون العمل بحسب الجعل الالهى ليس بمثابة يصدر من كل أحد (هذا) مع انه على فرض قابليته للجعل الالهى نقول ان التوكيل انما يتمشى فى مورد يكون الشخص قادرا على اقدار غيره على مماثل وظيفته المجمولة له كما هو الشأن فى التصرفات المالية ، وفى المقام بعد احتمال اختصاص السلطنة فى المجتهد بخصوص تصديده كيف يحرز سلطنة على اقدار غيره على مثل هذا ، وكان المجتهد من تلك الجهة نظير الوكيل فى التصرفات المالية فانه لا يقدر على جعل غيره وكيلا عنه إلا اذا كان وكيلا فى التوكيل ايضاً وإلا فبدونه لا يقتضى مجرد وكالته صحته توكيل غيره (ومن هنا) نقول ان المجتهد لا يصلح له أن يجعل مجتهدا آخر وكيلا عن نفسه (فما) عن بعض الكلمات من جوازه منظور فيه ، وبهذا الوجه قلنا بعدم صلاحية المجتهد لجعل قاض آخر وتفويض الامر اليه لولا ولايته العامة على وجهه يقوم مقام الامام فى جميع الشؤون (ثم لا يقاس) باب الولاية على القضاء بالولاية على الاموال فان قضية تفويض أمر المال اليه سلطنته على تقلباته ولو بتوسيط الغير الآلة له فى التصرفات بخلاف الولاية على القضاء فانه فعل مخصوص لا يقتضى سلطنته عليه إلا ايجاده بشخصه بلا سلطنة له على غيره عليه فتأمل فانه لا ينحلو عن دقة (نعم) لابس لجواز التوكيل فى مجرد انشاء الحكم الفاصل بعد تصديده هو بنفسه بجميع مقدماته إذ مثل هذه الامور عرفا من التسبيبات التى لا يلتزمون باختصاص الحاكم به ومباشرته بنفسه وعليه فبنائهم متبع ما لم يرد من الشارع ردع عن طريقته (ويمكن) دعوى ابتناء المسئلة على كون الحكم من الامور القصدية الانشائية على وجه يضاف الى الموكل حقيقة اذا كان الوكيل قاصدا عنه او هو من الامور الخارجية الغير القابلة إلا لضافته اليه تنزيلا ، فعلى الاول لابس به لانه فصل المجتهد وحكمه بخلافه على الاخير إذ لا يضاف اليه كذلك الا بصحة توكيله المنوط بسلطنته على اقدار غيره وقد عرفت ما فيه

هذا كله في تفويض أمر القضاء ، وأما تفويض الولاية في سائر الامور النوعية التي هي من شؤون الفقيه الى المقلد بل ومطلق غير الاهل فهو فرع ثبوت ولاية الفقيه على التفويض المزبور بعد الجزم بان العمل قابل للصدور عن الغير وليس من قبيل القضاء المحتمل لدخل صفة خاصة في أصل موضوعه شرعاً ومن المعلوم أن اثبات ذلك منوط باحراز ان مثل هذا الشأن لحكام الجور كي يثبت للفقيه ما ثبت لهم من الشؤون وإلا فعمومات ادلة ولاية الفقيه قاصرة عن اثبات مثل هذه الجهة ، (نعم) لا باس باستخلافهم من جهة شمول دليل الوكالة للمورد بعد فرض قابلية المحل بل وقابلية اقدار الغير من اطلاق سلطنته على المال الموجب لسلطنته على تسليط الغير عليه اللهم إلا ان يمنع مثل هذه السلطنة للولي كالكيل الغير السلطان على التوكيل ، لكن الانصاف ان ظاهر ادلة تفويض أمر المال الى الولي جعل السلطنة على مطلق تقلباته حتى بتوسيط غيره على وجه يكون آلة له في التصرفات (نعم) في استفادة سلطنته على اقدار الغير بنحو الاستقلال اشكال مبني على ثبوت الولاية المطلقة وبذلك يمتاز التفويض عن التوكيل كما لا يخفى ومن مثلها يستكشف عدم دخل المباشرة في النفوذ وتحكم مثل هذه على ما دل على اعتبار المباشرة كما لا يخفى ، وعليه فلازمة انزال الموت وذلك لامن جهة ثبوت الولاية للمفوض بازيد من زمان حياته بل من جهة أن مثل السلطنة المفوضة كانت باستعداد ذاته بأقية ما لم يرفعها رافع وموت المفوض لا يكون رافعاً ولا أقل من الشك فيستصحب وعليه فلو فرض الفقيه أمر إلى غيره وشك بانه من قبيل التفويض الباقي بعد الموت أو من قبيل الاستخلاف المرتفع بموته فالاصل يقتضي بقاءه ، ولكن ذلك كله مبني على تمامية الولاية على التفويض المجتهد ولقد عرفت أن دون اثباته خرط القتاد

﴿ عدم انزال القاضي بموت الامام ﴾

نعم يشمر مثل هذا النزاع في من فوضه الامام كتفويضه ولاية القضاء للفقيه في زمان الغيبة ولقد بينا بانه يكفي في بقائها بعد موت الامام احتمال كون هذه السلطنة بنفسها مستعدة للبقاء ما لم يمنعها مانع من دون احتياج الى اثبات بقاء الولاية

حينئذ للفقهاء في زمان الغيبة الى اثبات امضاء من حجة العصر لجعل الصادق * ع * (ولا) الى اثبات أن لهم الولاية على التفويض بازيد من زمان حياتهم ، كي يشكل أمر الجهتين بعدم ثبوت امضاء من حجة العصر بحال الله فرجه ولا ثبوت ولايتهم على التفويض المطلق ، وان كان لا يبعد استفادته من تعليق الاذن على عنوان راوي الحديث من كون ذلك يدور مدار بقاء هذا العنوان ولو بعد موته ، لا نه حينئذ يستكشف من فعله ولايته المزبورة لا نه لا ينطق عن الهوى ، وعلية فلا مجال لما يحكى عن الشيخ من مصيره الى انزال القضاة بموت الامام الا اذا اجازه الامام اللاحق اذ مضافا الى أنه خلاف ظاهر تعليق الاذن والجعل على ظاهر العنوان الغير المختص بمجال حياته يكفي لنا الاصل في اثبات بقائه بعد موته بلا سببية موته لانزاله كما لا يخفى ، وعلى أي حال قد عرفت لا بد في القضاء جواز اوصحة من اذن الامام الذي زمام أمره بيده وان القضاء له وانه لا يجلس مجلسه إلا نبي أو وصي أو شيعي (ولذا نقول) ان المأذون في القضاء مثل الفقيه في الغيبة وسائر نوابهم المخصوصين يتلقون أمر القضاء من قبلهم لا انه موضوع للحكم في عرض النبي والوصي ، وعليه فيحرم قضاء من لم يكن منصوبا من قبلهم ولو ترفع اليه الخصمان

﴿ قاضي التحكيم ﴾

نعم قد يدعى صحة قضاء قاضي التحكيم بعد تراضيها بحكومتها قبل حكمه من دون اعتبار رضاها به بعد الحكم بل ادعى الاجماع عليه وهو العمدة من دون احتياج الى المرسلة العامة (من حكم بين اثنين فتراضيها به فلم يعدل فعليه لعنة الله) والى خبر أحمد المشتمل على اقصادهم عروية ليجتمعوا عنده فيتكلموا ويتساءلوا كي يرد عليهما ان الاول انما يكون في مقام كيفية الحكم وانه لا بد وأن يكون عدلا (وأما) ان من له هذه الشأنية فليس مثله في مقام بيانه كما أن الثاني ايضاً في مقام بيان كون عروية معدا لاخذ المسائل لا للحكومة وفصل الخصومة بل وصدوره شاهد استنكاره جعل القاضي بينهم (وبالجملة نقول) ان عمدة الدليل القابل للاتكال عليه في اثبات مشروعية قاضي التحكيم هو الاجماع المزبور وإلا فالادلة الظنية غير وافية باثباته وان كانت في منتهى الدلالة ، مع ان موضوع قاضي التحكيم انما يكون قبل النصب العام ، والا فبعده لا يتصور

له موضوع بعد الجزم باعتبار شرائط قاضى المنصوب فيه الاجماع فما قيل انه قد يتصور ذلك في العالم العادل عند وجود الاعلم الاعدل اذا قلنا بتعيينه ولو بمعونة اصابة عدم نصب غيره فلا يخفى ما فيه وحينئذ فلا مجال لاعمال التعبد بالنسبة الى ما هو خارج عن محل الابتلاء جداً و عليه فلا اشكال في انه ينفذ قضاء الفقيه مع الغيبة اذا اجتمع الصفات السابقة فيه

﴿ الترافع الى حكام الجور ﴾

كما لا اشكال في حرمة قضاء قضاة الجور لانهم غير النبي ووصيه بل وظاهر المقبولة والمشهور النهى عن ترافعهم اليهم بل وحرمة الاخذ بحكمهم ولو كان حقاً وانما الكلام في حرمة المأخوذ من قبل حكمهم مطلقاً او عدمه كذلك « او التفصيل » بين العين والدين . ومنشأ الاشكال اطلاق السجت المراد بين كونه صفة الفعل او المال ، وفي الحقيقة منشأ الشبهة اجمال اللفظ من حيث كونه بمعنى يناسب توصيف الفعل به او توصيف المال بمثله ، ومع هذا الاجمال لا يثمر ظهور الهيئة في كونه مفعولاً مطلقاً او مفعولاً به اذ اصابة الظهور لا يثمر في الشكوك الوضعية ، مع أمكان منع الظهور في احدهما « وعليه » فاستفادة حرمة المال من ظهور الحمل ايضاً في بعض الاخبار مشكل كاستفادته من ظهور الهيئة الكلامية في كونه مفعولاً به في هذا الخبر (نعم) القدر المتيقن حرمة أخذه (نعم) في الدين قد يتوهم بانه لا يتعين بدون تعيين العريم عن قصده ورضاه ومع الزام الحاكم واجباره لا يتعين لحديث رفع الاكراه (ولكن لا يخفى) ان ذلك انما يصح لو تعلق الاجبار بنفس التعيين لا بلازمه من اداء الدين المستلزم لتعيينه لانه حينئذ من قبيل الاكراه على اللازم الغير المضر بالصحة كما هو ظاهر (ثم) ان ذلك كله في صورة التمكن من الترافع عند حكام العدل (واما) مع عدمه فالظاهر ايضاً حرمة حكومته ومجرد كونه مقدمة لاستنقاذ حق الغير لا يخرج عن الشقاوة (نعم) في استفادة حرمة الاخذ من الاخبار السابقة (اشكال) لامكان دعوى انصرافها الى صورة التمكن من غيرهم (وعليه) فلا يبقى وجه للحرمة الا عنوان الإعانة على

الائتم « وتوهم » كونه قصدياً منظوراً فيه كيف وبالنسبة الى المقدمات القريبة تصدق الاعانة ولولم يخطر بباله عنوانه اصلاً « واضعف » منه استشهاده باستلزام الترافع الى العدل اعانة على البر المستحق للثواب الجزيل « اذ مجرد » عدم ترتب الثواب بلا قصد التقرب بعمله الملازم للالتفات الى اعانته لا يوجب قصدياً اصل العنوان « وعليه » فما ذكره بعض المقررين في المقام منظور فيه « نعم » لا بأس بالتمسك بعموم نفي الضرر والحرج لرفعه لحكومتها على جميع الادلة من دون احتياج الى التمسك بخبر عطا « اذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في احكامهم ولا تشهروا فتمقتلوا » (وبما في رواية) علي بن محمد قال سألته هل نأخذ في احكام المخالعين ماياخذون منافي احكامهم فكتب (ع) « يجوز ذلك ان شاء الله تعالى اذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم » الخ (بمفهوم) رواية ابن فضال المشتمل ذيلها لقوله (فهو غير معذور في اخذ ذلك الذي حكم به اذا كان قد علم انه ظالم) (كي يرد) عليها بمنع المفهوم في الاخير بعد احتمال كون الشرطية تقريراً لمورد سؤال السائل لا انه سيقى لبیان المفهوم « ومنع » دلالة سابقه على جواز الاخذ بحكمهم بعنوان الفصل بل من الممكن حمله على العمل بفتواهم ، وهكذا المراد في الرواية الأولى خصوصاً مع ظهور ذيله في صورة التمكّن من الرجوع الى غيرهم اذ مثله حينئذ غير معمول به فيطرح او يؤول بما ذكرنا فتدبر وافهم

تفسيرات

« بقي الكلام » في امور لم يتعرضها المصنف ولا يخلوا يرادها عن فائدة « فنها » انه اذا اختلف المجتهدان في الفضيلة « فهل » يجوز الترافع لدى المفضول مع التمكّن من الافضل (ام لا) قولان من اطلاق الادلة ومن فحوى الاخذ بالافقه في المقبولة حتى مع عدم التعارض مؤيداً بقبوح ترجيح المرجوح على الراجح (ولا يخفى) ما في هذين الوجهين من النظر الواضح من منع تنقيح المناط في المقبولة ومنع المرجوحية كي يقبح الترجيح المزبور لاحتمال استواء المناط فيها بلا دخل لافضلية احدها في ترجيحه (وعليه) فلا ارى في قبالات الاطلاقات ما يصلح للمعارضة (نعم) مع فرض تعارض حكمها ولو في فرض حكمها دفعة امكّن الترجيح للمقبولة ولرواية

داود المعروف المعمول بها في المقام (نعم) لو كان الحكمان متعاقبين لا يتصور في المقام تعارض كي يحتاج الى الترجيح (لان) الحكم الاول ان كان عن ميزان فلا يبقى مجال للحكم الثاني لفصل الخصومة بالاول والا فلا يسمع حكمه كي يعارض الثاني كما لا يخفى

(ومنها) انه لا اشكال في انه اذا اذن الامام في الاستخلاف جاز ولولم يأذن لم يجز اذ من اذنه يستكشف قابلية المحل للاستخلاف (ولذا) نقول انه لاشئمة مهمة في هذه الجهة من البحث (وانما) الاشكال في ان من ادلة ولايته هل يستفاد سلطنته على الاستخلاف ام لا ولقد تقدم شرح الكلام فيه مستقصى فراجع

(ومنها) انه لا اشكال ظاهرا في جواز ارتزاق القاضي من بيت المال المعد لمصالح المسلمين (لما في المرسلة الطويلة) ويؤخذ الباقي فيكون ارتزاق اعوانه على دين الله « الى قوله » وغير ذلك مما فيه المصلحة العامة « من دون فرق بين كون القضاء واجبا عليه عينياً او كفائياً وبين كونه ممن له الكفاية على وجه لا يحتاج اليهام لا (نعم) في ارتزاقه من سهم سبيل الله لا بدوان ان يكون محتاجا (وتوهم) كون الارتزاق من قبيل اخذ الاجرة فمع فرض وجوبه يزم اخذ الاجرة على الواجب « مدفوع » اولان باب الارتزاق بعنوان كونه احد المصارف غير مرتبطة بعالم اخذ الاجرة عليه (وثانياً) على فرض التسليم نمنع منافاة مجرد الوجوب له لامكان كون الواجب هو مطاق العمل الجامع بين كونه مجانياً او غيره ومثل ذلك لا يقتضى خروج العمل عن المالية المحترمة (نعم لو كان) العمل من العبادات ربما يتوهم ان صيرورتها مورد عقد الاجارة المستتبع لوقوع العمل منه بعنوان الوفاء به يضر بقصد خلوصه

ولذا التزم بعض الاعاظم بأن الاجرة في العبادات المستأجرة نيابة عن الميت ازاء النيابة وان العمل يقع من المايب خالصاً لوجه ربه ، ولكن لا يخفى ان ما افيد انما يصح لو كان قصد الوفاء داعياً بدوياً على العمل في عرض داعي التقرب به واما لو كان طويلاً كطولية داعي الثواب مثلاً فلاينا في ذلك المقدار مع الخلوص ويشهد لما ذكرنا جريان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بجميع مراتبهم بالنسبة الى العبادات اذ لو كانت طولية داعي غير الله مضرراً بالخلوص لما يكاد يصح صدور

العبادة من المأمور بالمعروف إذ يلزم من الأمر به عدم العبادة مخلصاً لوجه ربه (وتوهم) الاكتفاء بصورة العمل من مثل هذا الشخص كالاكتفاء بما يؤخذ جبراً زكاة (مدفوع) إذ كيف يكتبني بعمل يأتي به صورة للخوف مع كونه في باطن أمره مشمئراً من عمله هذا ، ولا أظن التزامه من أحد بل القائل باعتبار قصد القرية لم يستثن اعتبارها في مورد من الموارد ، وقياس المقام بباب الزكاة منظور فيه إذ يمكن أن يدعي أن الساعي من باب ولايته عن المالك الممتنع يهين حقه بل وينوي عنه حينئذ ولا أقل من أخذه حق الفقير منه ، وبعده يسقط عنه محل العبادة ، لأن الزكاة محجز عنه حينئذ بلا قرينة فتأمل ، وابن هذا بباب سائر العبادات التي لا طريق إلى اجزائها إلا صدورها من الفاعل قريباً وحينئذ فلا محيص إلا من الالتزام بكفاية طولية الداعي ، وبعد ذا لا بأس بالالتزام بما هو المرتكز في الأذهان من جعل الاجرة بازاء العمل العبادي ، هذا مع أن مالية النيابة ليست إلا بلحاظ استتباعها العمل المزبور وإلا فلا مالية لها على وجه يكون قابلاً لبذل المال بازائها

وبعد ذا نقول ان لازم قصد وفاء بالاجارة قصده العمل المقوم لمالية نيابته فلو كان مثل هذا القصد مضراً بعبادته يستلزم عدم تمكنه من وفاء ما استؤجر عليه من النيابة المستتبعة للعمل المزبور ، وعليه فلا محيص للمجيب ايضاً الا بان يلتزم بعدم مضرية مثل هذا القصد الطولي وبعده لم يخرج عما هو المرتكز من كون الاجرة بازاء نفس العمل العبادي

نعم في نيابة العبادات اشكال آخر وهو انه كيف يقصد التقرب عن الغير مع انه لم يكن مأموراً بأمر عبادي خصوصاً في المتبرع وكونه مأموراً بالوفاء تبرعاً او بعقد الاجارة لا يصلح قرب الميت بل هو مقرب نفسه ، ومن هذه الجهة من الأشكال التزم شيخنا الأستاذ المصنف اعلى الله درجته بانه نايب في ذات العمل بلا تمشي القرية منه غاية الأمر رضاه الميت به واقعاً موجب لتقربه به نظير رضاه شخص بتقبيل غيره يد زيد عن قبله ، وعليه فلا يرد الاشكال السابق في نيابة العبادات كي يحتاج الى احد الجوابين ، هذا ولا يرد عليه ايضاً بأن لازمه كون العمل صحيحاً مجزياً ولو كان العامل مستهزئاً بعمله هذا ، وهو كما ترى لا مكان

دعوى ان استهزاه اذا لم يكن عن قبل الغير لا يضر بقربيته لغيره وان كان مبعداً لنفسه ولا منافاة بينهما نعم الذي يرد عليه ظهور كلماتهم في صدور العمل منه عن قصد التقرب وانه اجيره في العبادة لالذات العمل بلا فرقة إذ هو ايضاً خلاف ما هو المرتكز في الأذهان

وعليه فاللتحقيق في حل الأشكال أن يقال أن التقرب بالعبادة تارة ذاتي ناشيء عن اتيانه بداعي أمره وأخرى قصدي ناش عن قصد مقربة العمل لنفسه او لغيره ولومن جهة العلم بوفاء العمل بهذا القصد بالعرض العبادي ، وفي المقام مالا يمكن صدوره منه هو التقرب بالنحو الأول لعدم توجه أمر الميت اليه ، وعلى فرض التوجه ايضاً لا يفي ذلك بمقربة عمله للميت ، وأما التقرب بالنحو الاخير فلا بأس بصدوره عن النايب وانه من جهة علمه بوفاء العمل بغرضه يقصد مقربيته للغير وهو واف بالعرض الراجع الى غيره (وتوهم ان قصد تقربه فرع وفاء ذات العمل به والافع دخل هذا القصد فيه حسب الفرض كيف يتمشى منه القصد المزبور المتعلق بما يجيء من قبل نفسه (مدفوع) بان مثل هذا الاشكال سار في جميع العناوين القصديّة إذ نشو التعظيم عن القيام انما يناط بقصد فكيف يتعلق القصد هناك بما يجيء من قبله ، وهكذا في جميع الانشاءات المعاملية ، وحل الاشكال في الجميع بان يقال ان الفعل بعدما كان دخيلاً في الوفاء بالمقصود فقهرأ يتمشى منه القصد الى التوصل بعمله الى مقصوده وبعده انضمام هذا القصد اليه يتم السبب فيترتب عليه الاثر ، و (كيف كان) ظهر من جميع ما ذكرنا ان عبادية العمل غير مضرة باخذ الاجرة عليه كما لا يضر به مجرد وجوبه ، نعم قد وردت الرواية في المقام بأن اجور القضاة سحت كالأجر على الأذان ، ومن مثله يستكشف لا بدية كون العمل مجانياً ، ولا بأس بالأخذ به وتخصيص قاعدة احترام الأعمال وماليتها ولازمة عدم جواز أخذ الاجرة عليه ولو لم يكن بواجب ولا عبادي كما هو ظاهر

و (منها) انه لا اشكال في ثبوت ولاية القاضي بالعلم وهكذا بالبينّة العادلة على المشهور ، لعموم ما في ذيل رواية مسعدة واطلاقه ايضاً يقتضي حجيتها حتى لو اقيمت لدى غير الحاكم ، وفي غير مورد الخصومات ، ولئن اغمض عن جبر ضعف سند الرواية بفتوى المشهور على طبقه فلا مجال لأبواب اطلاق الحجية لها من بعض الاخبار

التمسك بها في المقام مثل قوله « اذا شهد عندك المسلمون فصدقهم » وقوله « ان شهادة الاخ على الاخ تجوز » الخ وقوله « اذا كان خيراً جازت شهادته » وقوله « استخراج الحقوق بالاربعة » ، إذ الاول غير مرتبط بمقام التعبد في مقام العمل وانما كانت في مقام كيفية آداب المعاشرة والبقية بين مالا عموم فيها يشمل المقام وبين مالا اطلاق لها من حيث قيامها في غير محضر الحاكم او في مورد الخصومات ، وكيف كان يكفي لنا اطلاقاً وعموماً رواية مسعدة المنجية بالعمل ، وعليه فلا اشكال حينئذ في اثبات ولاية الحاكم عند حاكم آخر بل وعند غيره ايضاً ، نعم لو اعتبر في حجية البيعة اقامته في محضر الحاكم فان قلنا بجواز قاضيين مستقلين في زمان واحد فلا اشكال وان لم نقل به فقد يستشكل في اثبات ولاية الحاكم لأن قيامه عند الحاكم الأول المشكوك عزله من جهة الشك في نصب الثاني لا يثمر كعدم اثماره عند نفسه لأن دوره ، ولو علق عزله على قيام الشهود على النصب كان ذلك مستلزماً لاجتماع القاضيين في زمان واحد ، اللهم إلا أن يكون مفاد الشهادة حينئذ هو النصب المعلق على العزل فانه بضميمة التعليق الاول يتم المطلوب ، هذا مع أن مثل هذا الأشكال انما يزد على فرض امكان خلو الزمان عن القاضى بحيث تحتمل معزولية السابق مع عدم نصب اللاحق وإلا لو فرض المفروغية عن عدم جوازه ايضاً فيمكن اثباته باقامة البيعة لديهما ، إذ يعلم اجمالاً حينئذ بانه بينة عند الحاكم تثبت به عزل الاول ونصب الثاني ، كما لا يخفى ، من دون احتياج حينئذ الى تصوير العزل المعلق او النصب المعلق كي يستشكل بعدم وفاء دليل على امضائه بعد احتمال كونه من قبيل سائر الايقاعات الغير القابلة للتعليق ، وان كان ممكناً في نفسه ولو من جهة ان مثل هذه الامور الاعتبارية في التعليق والتنجيز تابع لكيفية جعلها باي نحو ، وليس من باب التأثير والتأثر كي يستشكل فيها بانفكالك الاثر عن المؤثر كما انه لاشبهة في كونها من الامور التسببية المحتاجة الى التوصل اليها به ، فما يظهر عن مقرر بحث استاذنا العلامة من منعها ووضح الدفع إذ لولاه كيف يقصد بانشائها التوصل به اليهما كما هو الشأن في جميع ابواب المعاملات هذا ولكن الانصاف يقتضي أن يقال بان اطلاقات سلطنة الامام على العزل وازم يقتض رفع الشك في كيفية سببه لعدم كونها مشرعة من هذه الجهة ، ولكن يمكن

اتمام الدليل عليه بتقريب آخر من دعوى انه بعد استقرار طريقة العقلاء عليه لا بأس باستكشاف كيفية العزل المزبور من مقدمات عدم رده ، ولا زمة اثبات مثل هذا الشأن للفقيه على فرض عموم دليل الولاية اولا اقل من كونه من شؤون القضاة الثابتة لقضائنا بقريظة التقابل على التقريب المتقدم سابقا والله العالم .

ثم انه قد اشتهر بانه تثبت بالشياع الظني امور خمسة الولايات والنسب والموت والنكاح والانعقاد ، لقيام السيرة عليها ، ولا يعد قيامها في النسب والزواج ، وأما البقية ففيه اشكال ، وأضعف منه التمسك بظهور ما في المرسل « خمسة اشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحال » وفي بعض النسخ « بظاهر الحكم » بتقريب أن المراد ما ظهر بين الناس من الحكم بانه كذا ، وأورد عليه بعض المقررين بإمكان كون المراد وجوب الأخذ بظاهر الحال عند كل شخص ولولم يعرفه احد غيره كما يشهد ذيله من قوله « اذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » (أقول) لا يخفى أن الرواية لا تخلو عن اجمال ، لأن المراد من ظاهر الحال ان كان حسن ظاهر الشخص الذي هو طريق الى عدالته فليس اخذه به مختصاً بقبول شهادته بل يترتب عليه جميع آثار عدالته ، مع أن المناسب حينئذ ذكر العدالة في طبي الخمسة لا خصوص الشهادات ، هذا مع ان هذا المعنى لا يناسب سياق باقي الفقرات لأن ظاهر الحال فيها مثبت لنفسها لا لمنشأها ، وان أريد ظهور الحال في الواقعة المشهود بها فهو وان يناسب البقية لكن لا يناسب صدر الرواية وذيلها ، نعم الذي يسهل الخطب لزوم رفع اليد عن السياق المزبور وحمل ظهور الحال في البقية على ظهور حال الواقعة وفي الشهادات على ظهور حال الشخص لصدر الرواية وذيلها ، وحينئذ فتكون الرواية دالة على ظهور حال الواقعة في غير الشهادات ، ومثل ذلك كما قيل غير مرتبط بمرحلة حجية الاستفاضة الظنية كما لا يخفى (ثم ان) الاضعف من المرسل المزبورة التمسك بالحجية الاستفاضة بقوله « اذا شهد عندك المسلمون » في قصة اسماعيل ، وفيه أن الظاهر منه هو تصديقهم الصوري مع مراعاة الاحتياط في باطن الامر ، إذ هو الذي يتفجع جميع المؤمنين ، فكأنه ارشاد الى بيان كيفية آداب المعاشرة كيف ولو كان في مقام التعبد فلا اختصاص لها بالخمس خصوصاً مع عدم كون المورد منها ، واضعف من الجميع الاستدلال عليه

بعسر اقامة البيئة ، ووجه الملازمة إما من جهة استفادته مما دل على حجية دعوى لا يعلم الا من قبله حيث ان الظاهر انه لذلك كما حكى وروده في الخبر بهذا المضمون او من جهة دعوى جريان مقدمات الانسداد الصغير في موردها ، وذلك لما في الوجهين من وضوح الفساد اما (الاول) فواضح لمنع تحقق العسر المزبور في المقام ، وأما (الثاني) فهو فرع تامة المقدمات التي منها لزوم العسر من الاحتياط فيها ، مع ان لازم ذلك حجيه كل ظن لخصوص الاستفاضة

(منها) انه حكى الخلاف في جواز نصب قاضيين بنحو الاستقلال في جميع الأمور ، وكذلك بنحو التشريك ، واستدل المحقق على جوازه بان القضاء نيابة يتبع اختيار المنوب ، انتهى ، (اقول) لا يخفى ان الكلام في امثال المقام تارة في صحة مافعله الأمام واخرى في ان له ان يفعل ، اما المقام الأول فلا يناسب لنا التكلم فيه لأنهم معصومون من الخطأ ، واما الثاني فأما يثمر لو فرض ثبوت مثل هذا الشأن للفقهاء في زمن الغيبة بالنسبة الى غيره ، وحيث انه لم يثبت مثل هذا الشأن لهم فلا يبقى لمثل هذه الأبحاث مجال اصلا ، ومن هنا ظهر حال بحثهم عن جواز عزل الامام عن مصلحة او اقتراحا اذ لم يف دليل على ثبوت مثل هذه الجهات للفقهاء ، مع انه على فرض ثبوت ولايتهم يمنع ثبوت مثل هذه المعاني للامام لأن اداة الولاية قاصرة عن اثبات مثل هذه الأمور التي شك في قابليتها من حيث الحكم الشرعي لما مر منا صراحا أن عمومات الولاية غير مشرعة كما لا يخفى ، نعم لا اشكال ظاهرا في انزال المنصوب بزوال ما يعتبر في شخص هذا النصب وان لم يكن له مفهوم كما هو ظاهر

آداب القاضي

ثم ان من آداب القاضي و مسنونه انه ينبغي الاعلان بوصوله والجلوس في وسط البلد ليسهل وصول الناس اليه وان يكون الجلوس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم اليها ، وقيل ينبغي استقبال القاضي للقبلة بنفسه لكونه خيرا المجالس وينبغي له ايضا السؤال عن الحجج والودائع وارباب السجن وموجبه لانها من شئون القضاء ولا اقل من كونها من شئون قضاة الجور الثابتة لقضائنا باطلاق

الجعل في المقبولة وان يفرق الشهود خصوصاً مع التهمة لكونه نحو استظهار حافظ عن الخطأ في مبادئ حكمه و ينبغي ايضاً مخاوضه العلماء ليستعلم حال الفتوى ليطمئن بمطابقتها للواقع ويكره القضاء مع شغل القلب بالغضب والجوع والعطش واللهم والفرح وغيرها الموجب لخطأ الانسان من جهة اشتغال قلبه به وفي الرواية « لا يقضي القاضي وهو عطشان » وفي آخر « وهو شبهان » وفي ثالث « وهو عطشان مهموم ولا مصاب محزون » وفي رابع « لسان القاضي وراء قلبه » ولا يخفى ان المستفاد من المجموع عدم كون القاضي مختل الخيال على وجه كان في معرض الخطأ ، ومن ذلك تعدى الاصحاب عما في النصوص الى غيرها الموجب لذلك ويكره ايضاً اتخاذ الحاجب وقت القضاء للنبوي (من ولي شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته) ويكره ايضاً تعيين قوم للشهادة لما فيه من المشقة على الناس ، وربما يكون هتكاً لبقية العدول فيحرم ، بل ربما يؤدي مثله الى ابطال الحقوق لعدم تمكنهم من اقامتهم ، وكثيراً ما يكون مثله منشأً تجر بهم لاخذ الرشاء في ادائهم للشهادة او تحملها ، ولكن مع ذلك لا يصلح مثل هذه الوجوه مدركا للحكم بالكره شرعاً ولم ارنصاً له ، فحينئذ تشكل الفتوى بمثله وتكره ايضاً الشفاعة الى الغريم في اسقاط حقه خوفاً من ان لا يسمع فيصير مهتوكاً وكون ذلك مدرك الحكم الشرعي منظور فيه

﴿ قضاء القاضي بعلمه ﴾

وكيف كان فالمشهور بل المجمع عليه انه يقضي الامام بعلمه وان كان مثل هذا البحث كبعض الابحاث السابقة قليل الجدوى ، اذ ليس تعيين وظيفة الامام الامقدمة لاثبات وظيفة الفقيه وعليه فإلهم اثبات وظيفة غيره من انه هل يقضى به فالمشهور قضائه مطلقاً ، خلافاً للمحكي عن الاسكافي من عدم نفوذه مطلقاً ، وعن المختصر التفصيل بين حقوق الله فلا وحقوق الناس فنعم ، وعن ابن حمزة عكسه ، وعمدة الدليل على المشهور بعد دعوى الاجماع فتوى مادل على القضاء بالبينه واليمين اذ في كمال الاستبعاد اشتراط ميزانيتها باحتمال مخالفتها للواقع ، ولعلمه

من هذه الجهة جعل العلامة الكنى ره للعلم الحاصل منها خارجاً عن محل البحث وانه حجة لدى الفريقين ، وانما النزاع في العلم الحاصل من غيرهما بشرط كونه أيضاً من الاسباب المتعارفة العادية والافيممكن دعوى الانصراف عنه ايضاً ، ولكن لا يخفى ان ظاهر الكلمات عدم تخصيص النزاع بما ذكر بل مطلق شامل للحاصل من البيئنة ايضاً ، وعليه فيمكن في رده دعوى تنقيح المناط بين ميزانية اليمين والبيئنة مع ميزانية العلم كما لا يخفى

(ثم) لو اغمض عن اثبات مثل هذا التقريب لا يبقى المجال لاثبات المدعى ببعض عمومات اخرى التي منها عموم قوله « من حكم بحكمتنا » وعموم وجوب الحكم بالحق والقسط والعدل ، اذ التمسك بها فرع كون المراد من الحكم والحق والقسط والعدل هو الحكم والحق واخويه في نفس الواقعة ، ولازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحجة عليه ، ولكن لا يخفى ان مثل هذا المعنى يتنافى ما في قوله « رجل قضى بالحق وهو لا يعلم » اذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء واقعاً ولا وضعاً ولا تكليفاً ، وعليه فالأمر يدور بين رفع اليد عن هذه الروايات بحمل الحق والقسط والعدل والحكم على القسط في مقام الفصل وكذلك الحق في هذا المقام قبال الباطل الناشئ عن غير ميزانه ، او بحمل الرواية الاخيرة على بيان اثبات العقوبة على مثل هذا القاضي من جهة تجريه بلا اقتضاء مثل ذلك نفي نفوذ قضائه وان كان خلاف سوق الرواية لأنه في مقام شرح حال القضاء من حيث صحة قضائهم وعدمه لا من حيث تجريبهم في عملهم مع صحته واقعاً ، او بحمل الرواية لبيان شرطية الاجتهاد في أصل القضاء لا وجود الميزان والطريق الى الحكم وان كان الظاهر من قوله « لا يعلم بالحق » المدعى به باطلاقه شامل للمجتهد ايضاً وحينئذ نقول أن مع الدور ان بين هذه الاحتمالات لا يبعد ترجيح الاحتمال الاول ولا أقل من تساويها المسقط للبقية عن الحجية على المدعي ، لأن مثل هذه العمومات بناء على هذا الاحتمال غير صالحة لاثبات الصغرى من أن الفصل والحق في هذا المقام بأي شيء يتحقق بل لا بد من احراز ذلك من الخارج كما هو ظاهر ، نعم يمكن اثبات جواز القضاء بعلمه من عموم « رجل قضى بالحق وهو يعلم » بناء على ان المراد يعلم بالمدعى به بقرينة الحق في الفقرة الاخرى ، وعليه ينفذ حكمه في حقه

وحق كل من علم بكون علمه مطابقاً للواقع كي يحرز به كون قضائه بالحق عن علم وأما الشاك في مطابقة علمه للواقع فلم يحرز كونه قضاء بالحق وان علم كونه حاكماً به باعتقاده وعلمه ، وعليه فلا مجال لاثبات كون العلم كالبينة ميزاناً للفصل على وجه لا تسمع الدعوى على خلافه حتى ينظر الشاك في مطابقة علمه للواقع ، إذ كم فرق بين العلم والبينة حيث ان مفاد البينة من جهة حجيتها في حق الشاك بنظر كل احد يصدق على الحكم على طبقها انه حكم بالحق بالنسبة الى كل أحد ، وهذا بخلاف علم القاضي الذي لا يكون إلا حجة في حق العالم دون غيره ، ولا (يخفى) ان هذا المقدر وان كان لا يضر بميزانية العلم بالحق في الجملة لكن ليس مثله كالبينة تمام الميزان بل الميزان التام هو العلم المطابق للواقع لا مطلقاً ، وحينئذ تختص حرمة نقضه بخصوص من احرز ذلك لا مطلقاً ، وهذا المقدر خلاف ظاهر كلمات من جعل العلم من الموازين في قبيل البينة واليمين وحينئذ صح لنا دعوى عدم وفاء امثال هذه العمومات لميزانية نفس العلم ولو لم يطابق الواقع كالبينة واليمين ، و (عليه) فلا يبقى في البين الادعوى الاجماع المتكررة في الكلمات ، او دعوى تنقيح المناط في ميزانية البينة واليمين بالنسبة الى العلم مطلقاً ايضاً ، والعهدة في اثبات الجهتين على مدعيهما خصوصاً في صورة كون العلم من غير البينة واليمين ، من جهة احتمال اختصاص التعدي الى العلم الحاصل منهما كما ادعاه العلامة الكني (ره) ، بل ظاهر كلماته خروج ذلك عن محل النزاع ، فعلى القاضي حينئذ التحري في تحصيل هذه الأمور علمية كانت أم ظنية و (بالجملة) نقول انه بعد القطع بان الكلام في كونه بنفسه ميزاناً في عرض البينة بحيث يكون الحكم الصادر عن علمه حكماً فاصلاً صحيحاً بنحو لا تسمع الدعوى ولا البينة على خلاف مضمونه مالم يقطع بمخالفة الحكم للواقع ، ان هذا المعنى لا يكاد يحرز من العمومات السابقة بل غاية ما تقتضي العمومات كون الفاصل هو الحكم المطابق للواقع ، ومثل ذلك لا يمنع عن سماع الدعوى والبينة على خلافه عند الشك في مخالفته للواقع المساوق للشك في كونه فاصلاً وان فرض محكوميته بالصحة والفاصلية ببركة اصالة الصحة لولا دليل وامارة اخرى على خلافه ، ولكن ذلك المقدر لاظن التزامه من القائل بالميزانية لعلم القاضي وعليه فلا يكاد تتم الميزانية بالنحو المزبور على وجه لا تسمع بعده الدعوى والبينة

على خلافه مع الشك في مخالفة حكمه للواقع إلا بتامة الأجماع المدعي على ميزانية علمه او دعوى الاجماع على الملازمة بين الجواز التكليفي لهذا القضاء وبين نفوذه وضماً في حق غيره واتمام الوجوهين عهدته على مدعيه ، والا فلا مجال لاثبات ميزانية العلم للقضاء بنحو ميزانية البيئنة وسائر الموازين له ، نعم الذي هو قابل للتصديق به هو مجرد وجوب ترتيب اثر الفاصلية عند صدوره عن قطعه لعين حكمهم بترتيب اثرها عند صدوره عن القطع بالميزان المحتمل تخلفه عنه ، اذ كلاهما مشتركان في الشك في كونه حاكماً بحكمهم ، ولكن اصاله الصحة تثبت نفوذه وأن لم تثبت كونه واجداً لشرط النفوذ كما هو الشأن في جميع موارد جريان الأصل ، و (لكن) قد عرفت ان مثله ليس فاصلاً على نحو لا تسمع الدعوى او البيئنة على خلافه ، (ثم انه) من التأمل فيما ذكرنا ايضاً ظهر عدم تمامية التمسك في جواز الحكم بعلمه في حقوق الله بما ورد في قوله (الواجب على الأمام اذا نظر الى رجل يزني او يشرب الخمر ان يقيم عليه الحدود ولا يحتاج الى بيئنة مع نظره) وماورد ايضاً من قتل علي (ع) خصم النبي (ص) في دعوى الناقة وثمنها ، اذ قد عرفت عدم الملازمة بين جواز الفصل بعلم الأمام الذي هو حجة في حق كل احد وعلم غيره الذي لا حجية له في حق غيره ، مع امكان منع كونه فعله (ع) بعنوان فصل الخصومة بل من الممكن كونه بعنوان ترتيب ما للواقع من الأثر من جهة قيام الحجة عليه ، وليس مطلق ترتيب الأثر على طبق الحجة حكماً ما لم يقصد به فصل الخصومة كيف والحاكم بل وغيره يرتب الأثر على طبق اليد والاستصحاب ، مع انها ليسا ميزان فصل اصلاً ، و (عليه) فصيح لنا انكار دلالة مثل هذه الأدلة على ميزانية العلم للفصل بنظر الغير وان كان الحكم على طبقه جائزاً تكليفاً ووضماً بالنسبة الى من احرز المطابقة للواقع لصدق العموم السابق بنظره كما لا يخفى ، (نعم) لو انعمض عمادنا لاجال لتوهم التفصيل بين حقوق الناس وحقوق الله بتوهم اقتضاء حصر الميزان بالبيئنة واليمين في قوله انما اقضى بينكم بالبينات والأيمان بالنسبة الى حقوق الناس ، إماماً نصرافة اليها او من جهة تخصيصها بما ورد من حكم علي (ع) على طبق علمه في قتل خصم النبي (ص) وغيره ، وذلك لا يمكن كون مثل هذا العموم ناظراً الى الحصر بالاضافة الى غير البيئنة واليمين من اليد والاستصحاب وامثالهما بلا نظر فيها الى مثل القطع

اصلاً ، وعلى فرض العموم يمنع الأنصراف المزبور ، وعلى فرضه ايضاً لا يقتضي مثله التفصيل الا على فرض تمامية دلالة البقية على جواز الحكم في حقوق الله بعلمه والا كما اشرفنا يكفي في عدم ميزانية العلم هنا ايضاً مجرد الأصل بلا احتياج الى اقامة الدليل عليه ، و (اضعف) منه حينئذ تفصيل آخر من المصير الى الاطلاقات المزبورة لأنبات ميزانية العلم بضميمة تخصيص حقوق الله بما ورد من قوله (لو كنت راجماً بغير بينة لرجمتها) وفي آخر مستفيض : لا يرجم الزاني حتى يقر اربع مرات « اذ لا يخفى ما في المقدمتين ، اما الأولى منها فهي فرع دلالة الاطلاقات على ميزانية العلم الا اذا خرج بدليل ولقد عرفت ما فيه ، واما الثانية فلمنع تمامية الخبر الأول سنداً ولو بالجبر ، واما المستفيضة فيمكن حملها على الحصر بالاضافة الى الامارات التعبدية لامطلقاً

وعلى أي حال ظهر من التأمل فيما ذكرنا وجه ما افاده المصنف من مصيره الى نفوذ الحكم بعلمه في حقوق الناس بل مطلقاً على اشكال في حقوق الله اقر به ذلك اي الجواز ولقد عرفت وجه الجميع ، بل قد عرفت ايضاً وجه الأشكال في ترتيب الغير آثار الفصل على مطلق الحكم بالعلم في غير الأمام لولا تمامية الفحوى في ميزانية الفصل للبينه واليمين ، (نعم) في المقام شي آخر وهو ان مقتضى الاطلاقات جواز القضاء بالعلم تكليفاً للقاضي ، ولو كان من الأسباب الغير العادية ، ولكن لو كان المدرك فيه هو الأجماع او فحوى جوازه بالبينه فيشكل شموله لمثل هذه العلوم ، وعليه ففي ترتيب الغير آثار الفصل على مثله اشكال ، لما عرفت من عدم طريق لاثباته إلا الأجماع الغير الشامل لها

و (من هنا) نقول انه اتضح أن وجه حرمة نقض مثل هذا الحكم على الغير الشاك هو الاجماع المزبور والافقيه اشكال (نعم) لاشكال في حرمة نقض الحكم الصادر عن سائر الموازين التعبدية من البينة واليمين والاقرار ولو من جهة ميزانيتها بعموم « انما اقضى بينكم » فيشملة عمومات الحكم بحكمهم والحكم بالحق واخويه ، حتى على ما احتملنا من كون المراد الحكم والحق في مقام الفصل فضلاً عن عموم « قضى بالحق وهو يعلم » على ما تقدم تقريره ، (نعم) حيث ان الظاهر من وجوب القبول هو الوجوب طريقياً لا يكاد يشمل الدليل صوره القطع بمخالفة الحكم للواقع

نقض حكم القاضي

وإن صدق بنظر الغير انه حكم بحكمهم عند جزمة بعد التمهال للجزم بكون مثله ميزانا ظاهرياً شرعياً بالنسبة الى الحاكم الشاك ببطا بقتها للواقع ، من دون فرق في ذلك المقدار بين كون الميزان بينة او يميناً ، و (لذا) لا يحكم بملكية المال المحكوم له على وجه يجوز لتغير الشراء منه وترتيب سائر آثار الملكية عند قطعه بخلاف الحكم للواقع (نعم) بين اليمين والبينة فرق من جهة اخرى وهو ان الميزان لو كان بينة فيجوز للعالم بخلافه التقاص منه وسماع الدعوى من مدعيه وهكذا بخلاف مالو كان الميزان يميناً فان اليمين يذهب بحقه فيه من حيث دعواه والتقاص منه الشامل للقاطع على خلافه ولتفجور اليمين كما سيأتي شرحه ان شاء الله تعالى ، وذلك المقدار ايضاً لا ينافي طريقتي اليمين بالنسبة الى اصل الملكية على وجه يجوز الشراء منه ، وسيوضح ايضاً ان المراد من ذهاب اليمين بحقه ليس ذهابه به حقيقة ، وانما المراد ذهابه به بالنسبة الى خصوص الاحكام الخاصة المشروحة في محله على ماسياتي شرحها ان ان شاء الله تعالى ، و (من هذه الجهة) نقول ان للحاكم الآخر القاطع بالتفجور نقض الحكم الصادر حتى عن اليمين في اصل الملكية وان لم تسمع منه الدعوى ، بل وينهى عن التقاص منه حتى مع قطعه بمخالفة اليمين للواقع ، و (من هنا) ظهر وجه الجمع بين الكلمات من حيث اطلاقهم جواز نقض الحكم للقاطع بالخلاف الشامل لما كان ميزانه يميناً وتصريحهم ايضاً بعدم سماع الدعوى وحرمة التقاص منه حتى على من يعلم بتفجور اليمين اذ لا منافاة بين موضوعية اليمين من جهة وطريقتيه من جهة اخرى كما هو ظاهر ، (ثم) ان هذا كله في صورة كشف الخلف بنحو القطع واما في صورة كشفه بنحو الظن من جهة اجتهاد صحيح على خلاف الاجتهاد الاول الذي هو مدرك حكمه ، فظاهر كلما تبهم جواز نقض الفتوى بالحكم دون العكس وعن بعض المقررين في توجيهه هو ان دليل صدق الفتوى والخبر انما ينظران الى وجوب تصدق يقها لو خليا وطبها بلا نظر فيهما الى صورة طرو عنوان ثانوي عليها من رد حكم الغير فلا اطلاق لمثلها يشمل هذه الصورة ، (هذا) ولكن لا يخفى مافيه فان عنوان الرد وعنوان تصديق العادل امران عرضيان طاريان على العمل على طبق قول العادل ، ولا وجه لتسجيل الاطلاق في احدهما ونفيه في غيره بعد كون النسبة بينها ايضاً عموماً من وجه ، (وحينئذ) فالاولى في وجه التقديم على الفتوى

التشبه بظاهر المقبولة التي هي في مورد الاختلاف في الفتوى وفي مقام التأسيس لحرمة الرد ودفع توهم الجواز في مثله ، إذ هي كالصرحة في اطلاقها لصورة مخالفة الفتوى مع الحكم لأنه الذي كان الرد فيه في معرض الجواز إلا فيكفي في حرمة رده دليل وجوب الاخذ بفتواه وذلك واضح ظاهر كما لا يخفى

(ثم) ليعلم أن عدم جواز نقض حكم الحاكم بالفتوى إنما يختص بالنسبة الى ما هو محط نفس الحكم ولوازمه الشرعية ، وأما ملزومه فلا يشمله دليل حرمة النقض ، مثلاً لو فرض محط الدعوى صحة البيع في الملاقى لعرق الجنب عن الحرام من جهة النزاع في نجاسته بملاقاة معه وعدمه من جهة الشبهة الحكيمة فحكم الحاكم بصحة البيع موجب لحرمة رده بفتوى غيره بفساد البيع لفتواه بنجاسة عرق الجنب ولازمه الحكم بتملك ثمنه لا جواز ارتكابه له حتى في مورد الدعوى من اكلاه وشربه والوضوء به إذ مثل هذه الجهات ليست موارد حكمه لأنه ليس إلا انشاء شخصياً في محط الدعوى غير مستلزم لتحقيقه في لوازمه ، غاية الامر دليل تصديده إنما يقتضي ترتيب لوازمه الشرعية دون غيرها و (من هنا) يفرق بين الحكم والشهادة لأن الدليل يشمل جميع ما تحكى عنه البينة بخلاف الحكم الانشائي حيث أنه لاحكامه في مؤداه فلا يصدق إلا فيما تعلق به انشاؤه الذي مرجعه الى ترتيب ماله من الأثر الشرعي ، فكان الحكم من تلك الجهة نظير سائر الاصول العملية التي لا تنتظر الا الى الآثار الشرعية لا العرفية والعادية ، وذلك المقدار واضح كوضوح ان محط الحكم ايضاً هو فساد هذا البيع الشخصي او صحته لا الصحة في كلية الوقائع ، لما سياتي من أن حقيقة الحكم ليس إلا اجراء الاحكام في الموارد الشخصية

(ثم) لافرق في حرمة نقض الحكم بالفتوى بين فتوى نفسه من جهة تغيير اجتهاده او فتوى غيره ، نعم لا بأس بنقض مجرد الفتوى بالنسبة الى كل ماله اثر عملي فعلي من دون فرق بين ما كان اثره ابدياً كالنكاح وغيره او آنياً اذ الامارة الجديدة تقتضي فساد النكاح من الاول (وحينئذ) فما عن الجواهر من عدم جواز نقض الفتوى في مثل هذه الاعمال (منظور فيه) ، كدعوى عدم وجوب قضاء ما فات لقاعدة الاجزاء ، إذ قد حققنا في محله من عدم اقتضاء الاوامر

الطريقة للاجزاء فيمنذ ان تمت حرمة النقض في امثال هذه المقامات بالاجماع فهو
وإلا فلننظر فيه مجال (وتوهم) ثمول « لكل قوم نكاح » لمثل هذه الموارد (منظور
فيه) اذ غاية دلالة امضاء نكاح كل قوم بما يرونه واقعا في مذهبهم لا مثل هذه
الانكحة المعلوم كونها على خلاف الواقع غاية الامر ان دليل التعبد اقتضى
صحتها ظاهرا

و (من التأمل) فيما ذكرنا اتضح موارد جواز نقض الفتوى بالفتوى وكذلك
موارد جواز نقض الحكم به ، وان ميزانه كل مورد علم وجدانا خطأ الميزان عن
الواقع او خطأه عن اصل الميزان كما ان يحكم على طبق البينة باعتقاد انه عادل فبان
ناسقا ، وفي حكمه لو ثبت ذلك ببينة وغيرها ، ولولا طريق آخر لا ثباته كانت
اصالة الصحة محكمة فيحكم بنفوذ الحكم الصادر من الحاكم من دون فرق بين صورة
انقطاع الفصل بينهما حتى بتبعاته من ايصال الحق الى الغريم أم عدم انقطاع
تبعاته ولو بكونه في حبسه مقدمة لاستنقاذ حق غريمه ، و (عليه) فلا يجب على
الحاكم الثاني التتبع في الحكم الاول لمكان احراز صحة حكمه ولو بالاصل وان كان
لهذا في المقامين استظهاراً (وتوهم) ان في الصورة الثانية لما لم يتم الفصل فلاجال
لاصالة الصحة الجارية بعد الفراغ عنه فيجب عليه التتبع في الحكم الاول (مدفوع)
بمنع كون الاستنقاذ من مراتب الفصل بل انما هو نظير القبض في المتبايعين من
تبعات الفصل والتمليك لا من مراتبه الموجب لعدم صدق الفراغ منه بل الفصل
والتمليك انما يتحققان بنفس انشائهما وانما البقية من آثارهما ، (هذا) مع انه لا وجه
لتخصيص اصالة الصحة بالفراغ عن جميع المراتب بل يكفي لجريانها مضي مقدار من
العمل الذي تكون صحته موضوع ترتيب سائر المراتب عليه كما لا يخفى ، بل ولا مجال
لتخصيص اصالة الصحة في فعل الغير بحال مضميه اصلا بل المختص به قاعدة الفراغ الجارية
في حق نفسه وهي غير اصالة الصحة في فعل الغير كما لا يخفى ، و (عليه) فما يظهر
من المحقق في شرايعه من التفصيل بين المقامين (منظور فيه)

(ثم) انه بعد التتبع فان علم بخطأ القاضي الاول او بعدم كون حكمه عن ميزان
فيجب عليه النقض لما بينا ، وهل يجب عليه حينئذ اعلام المتداعيين بذلك فالظاهر
عدم الاشكال فيه في موارد الدماء والاعراض لان كثرة الاهتمام بهما يوجب

حفظها على كل من يتمكن منه ، وأما في الاموال فوجوبه مبني على احد الامر ين إما من جهة كون مثل هذا من شئون القضاة عرفاً اولاً أقل من كونه من شئون قضاة الجور الثابتة لقضائنا باطلاق المقبولة ، وأما بدعوى صدق الانلاف على مجرد سكوته ، وإلا فلا دليل على وجوب حفظ مال الغير بالاعلام بعد فرض قيام الحججة للمحكوم له في أخذه المال . ودليل النهي عن المنكر غير ظاهر الشمول لمثل المورد نعم لو كان المحكوم له عالماً بخطأه يجب على كل من يعلم بحاله نهييه عن عمله لكونه منكراً حتى لدى العامل

هذا كله في إعلام القاضي واما إعلام المفتي بنقض فتواه في الشبهات الحكمية فقد يفصل كما في الجواهر بين صورة انكشاف الخلاف قطعياً وبين صورة انكشافه ظنياً اجتهادياً ، فأفاد بعض الاعاظم بالوجوب في الاول دون الثاني واستدل لكل منهما بجهة مشتركة غير مناسبة للتفصيل فرجع الجواهر ، (والاولى) المصير الى الوجوب مطلقاً لجريان مناط وجوب الفتوى بل اطلاق دليله من قوله (ع) « من افتي الناس » في بعض الاخبار بل يمكن التمسك بوجوب إظهار الحق المستفاد من آية السؤال والكتان بعد عدم الفصل بين سبق السؤال وعدمه على اشكال فيه ، بل وآية النفر ايضاً بناء على حملها على وجوب الفتوي او بتنقيح المناط في الرواية ، و (من هذه) الجهات نلتزم بوجوب ارشاد الجاهل في الاحكام الكلية ، وأما في الموضوعات الخارجية فلا دليل على وجوبه خصوصاً مع تصريح رواية اللمعة المعروفة حيث ردهه الامام (ع) عن إعلامه ، نعم لو كان ذلك من الامور المهمة فلا محيص من الاعلام مقدمة لحفظ ما هو الواجب عليه كما أشرنا اليه في الدماء والاعراض ، او فرض من عدمه تضييع حقوق كثيرة علم من الشارع عدم رضاه به ولو من جهة تنقيح المناط في اخبار جواز بيع الوقف لذلك فإنه حينئذ يجب عليه الاظهار ايضاً مقدمة لحفظها

توقف صحة الحكم على سبق الخصومة

ثم انه هل يعتبر في الحكم أن يكون مسبقاً بالخصومة أم لا وجهان أظهرهما الاول لأن عمدة الدليل على حرمة الرد هو المقبولة المنصرفه الى سبق الحكم

بالخصومة ولا أقل من كونه المتيقن منها في مقام التخاطب المانع عن الاطلاق
وأما بقية الاطلاقات مثل وجوب الحكم بالحق والقسط والعدل فكلها مسوقة لبيان
كون الواجب هو الحكم بالحق وأما محل الحكم بالحق فليس مثل هذه متكفلة لبيانه
ونظير هذه عموم « ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون » فانه أيضاً
في مقام بيان لزوم كونه حكماً بما انزل الله لا بيان مورده ومحلّه ، مع امكان حمل هذا
على بيان وجوب الارشاد بما انزل الله من الاحكام الكلية من غير ارتباط له
بمقامنا اصلاً ، وعليه فاصالة عدم النفوذ في غير المسبوق بالخصومة محكمة ، إلا في
الحكم المتعلقة بالسياسات النوعية وكذا الهلال إذ يمكن دعوى الجزم بانها من
شؤون قضاة الجور الثابتة لقضائنا باطلاق المقبولة ، (ثم) ان الظاهر بمقتضى انصراف
الدليل كون الحكم متعلقاً بمحط الدعوى من شخص الواقعة ، حينئذ ليس على الحاكم
الحكم على كلى الواقعة بمقتضى اجتهاده فيه المستلزم لحرمة نقضه في الكلي ، كما
انه لا مجال لان يكون محط الدعوى ايضاً كلياً لان مثل هذه الدعوى لا تكون
ملزمة على كليتها الشاملة للموارد الخارجة عن محل ابتلائه فتكون دعواه حينئذ
كدعوى الاجنبي مالية شيء لشخص آخر غير مرتبط به رأساً ، نعم لو لم يعتبر في
الحكم سبقه بالدعوى الصحيحة الملزمة امكن اثبات جواز الحكم على كلى الواقعة
باطلاق قوله « او سنة ماضية » على اشكال في اطلاقه ايضاً من هذه الجهة
و (حينئذ) فلا عموم يقتضي نفوذ الحكم وعدم رده مطلقاً ولو قلنا بعدم اشتراط
سبق الحكم بالخصومة فضلاً عن القول به ، ولعل ذلك منشأ السيرة على عدم بنائهم
على اصدار الحكم في كلى الواقعة على وجه يصير ذلك منشأ قلب فتوى من خالفه
في مقام العمل و (من هذه الجهة) نقول بانه لا بد في شرح الحكم ان يقال بانه
انشاء حكم في واقعة شخصية بمقتضى فتواه في كليها او بمقتضى موازين أخرى
من دون فرق بين الانشاء القولي او الفعلي كما انه لا يكون حقيقة إلا من
الاعتبارات القصدية ، و بمثله ربما يفترق عن العمل على طبق الامارة لابهتوان
الفصل بل من جهة صرف وجوب التعبد بمؤداها كما هو الشأن في العمل على طبق
اليد والاستصحاب وغيرهما مع عدم تحقق الفصل بهما

سماع الدعوى على الدعوى

بقي في المقام شيء آخر وهو أنه لو ادعى المحكوم عليه عدم صحة الحكم أما لعدم اهلية الحاكم أو عدم وقوعه عن ميزان الفصل أو خطأه لعلم المدعي بكذب الشهود أو خجور اليمين ، فلا يخفى أن طرف مثل هذه الدعوى أما نفس الحاكم أو المحكوم له ، فعلى الأول فاما أن يكون الغرض من هذه الدعوى اثبات الغرامة على الحاكم واما أن يكون الغرض ابطال فصله المنشأ لانتقال المال الى المحكوم له ظاهرا كي يترتب عليه الزام الحاكم الثاني برد المال الى المحكوم عليه بالحكم الاول فان كان الغرض من توجيه الدعوى الى الحاكم تغريمه فلا إشكال في سماعه مطلقا كان في البين بينة أم لا كان الميزان في حكمه السابق بينة أم يمينا (وتوهم) أن اليمين يذهب بحقه فلا مجال لدعواه بالتغريم على الحاكم لانها من شؤون ثبوت حقه في المال فحيث لاحق له فلا تغريم له ايضاً لغيره (مدفوع) بان ذهاب اليمين بحقه ليس ذهابا حقيقيا كما سيأتي ان شاء الله تعالى بل هو ذهاب تزبلي بلحاظ بعض الآثار الراجعة الى الخائف من عدم تجديد الدعوى معه وعدم تقاضية من ماله ، وأما دعوى التغريم على الحاكم المتلف عليه شرعا فلا يمنعه مانع ، وحينئذ فلا قصور في توجيه مثل هذه الدعاوي الى الحكام فيلزم الحاكم بالجواب في هذه الدعوى بانكاره او اقراره فيرتب على كل واحد منهما آثاره

وأما لو كان الغرض من توجيه الدعوى المزبورة اليه ابطال فصله ، فان كان دعواه فساد حكمة من جهة خطأ الميزان عن الواقع فالظاهر عدم سماعه من جهة انه مستلزم لعدم انتهاء خصومة المدعي القاطع بحقيقته ، كيف وينتهي أمر مثل هذه الخصومة الى التسلسل لأن القاطع بخطأ الحاكم قاطع ايضاً بخطأ الحاكم بعدم خطأ الحاكم المزبور ، وهكذا الى أن يتسلسل ، ومن المعلوم من مذاق الشرع عدم رضائه بمثل هذه الخصومة الغير الصالحة للانقطاع ابداء (مضافا) الى امكان دعوى السيرة على عدم سماعها وان لم تشملها ادلة حرمة رد الحكم إذ هو متعلق بالحكم الصحيح المحتمل مطابقته للواقع ومثل هذه الدعاوي ناشئة عن جزم المدعي بفساد حكمة واما لو كان الغرض من الدعوى فساده من جهة عدم اهلية الحاكم أو عدم

صلاحية الميزان للميزانية لنفسق الشهود او غيره فظاهر كلماتهم سماع الدعوى مع وجود البيينة مع المدعي خلافاً لظاهر المستند حيث انكر مثل هذه الخصومة باطلاقه الشامل لصورة وجود البيينة ايضاً ، نظراً الى ان من شرائط سماع الدعوى كونها ملزمة لحق او مال على الخصم المدعى عليه وفي هذه الدعوى على الحاكم لا يثبت شئ عليه ، و لكن فيه منع اعتبار هذا المعنى من الملزمة في سماع الدعوى بل غاية شرطها كونها مما يترتب عليها حق من جهة خصوصية راجعة الى الخصم ، ولقد اجاد العلامة الكني (ره) حيث صرح بسماع الدعوى المزبورة مع وجود البيينة لاطلاق دليل سماع الدعوى ، بل ادعى نفي صراحة كلما تهم في عدم سماعها في فرض تحقق البيينة ، بل صريح جملة من الكلمات سماعها مع البيينة ، وانما الاشكال في سماعها بلا بيينة من جهة عدم انتهائها الى ميزان ، لانه اما اقرار او حلف انكار او غيرها ولا يكاد يتم واحد منها في المقام ، اما الاقرار فلانه غير نافذ بالنسبة الى الغير و اما الحلف فلانه غير مثبت لحق الغير اذ ليس مثله شأن الحلف كما سيجي شرحه ان شاء الله تعالى ولا يرد على الاول بامكان سماع اقرار الحاكم بفساد حكمه بقاعدة « من ملك » النافذة حتى في حق الغير ، اذ مثل هذه القاعدة على فرض تماميتها انما تجري في صورة احراز مالكيته للمقر به نقياً واثباتاً ، واما لو كان مفاد الاقرار نفي سلطنة على المقر به من جهة عدم اهليته او غيره فلا مجال لسماعه اصلاً كما هو ظاهر

هذا كله لو كانت الدعوى متوجهة الى الحاكم ، واما لو كانت متوجهة الى المحكوم له ، فلا اشكال ظاهراً في عدم سماع دعوى خطأ الحاكم لخطأ ميزانه عن الواقع امين ما ذكرناه في وجه عدم سماعها على الحكام للزومه التسلسل خصوصاً لو كان ميزانه اليمين المذهب بحق المدعي من حيث اسقاط دعواه وتقاصه ، واما دعوى الفساد من غير جهة الخطأ عن الواقع فلا بأس بسماعها لكونها دعوى ملزمة باقرار خصمه ، و (توهم) ان الاقرار في المقام كيف يكون ملزماً مع كونه مستتبعا لرد حكم الغير الذي هو ضرر عليه والاقرار غير مسموع في ضرر غيره (مدفوع) بامكان اثبات هذا النفوذ بفحوى ما دل على سماع تكذيب الحالف نفسه الشامل باطلاقه لما بعد حكم الحاكم ، او بتنقيح المناط فيشمل فساد الحكم

من غير جهة فجور اليمين ، بل عدم الفصل في كلماتهم من تلك الجهة بين الموارد يثبت المدعى ، هذا مع امكان ان يقال أن ضرورة الاقرار على نفسه يكون برد المال الذي هو عين رد الحاكم ، ومن المعلوم انه ليس هنا جهتان قابلتان للتفكيك بينها تعبدًا كي يؤخذ باحدها وتترك الاخرى ، فحينئذ اذا انطبق على أمر واحد عنوانان احدهما اقراره على نفسه والاخر اقراره على غيره فمن حيث اقراره على نفسه ينفذ وان كان ذلك مستتباً لكونه اقراراً على غيره الا انه لا يمنع عن النفوذ من الجهة الاولى ، اذ غاية الامران هذه الجهة لا تقتضى نفوذه من جهتها لا انها تقتضى عدم النفوذ من الجهة الاولى فكان مانحاً فيه من هذه الجهة نظير اقرار المورث النافذ على وارثه ونظير اقرار المدين بشي في ذمته لعمره فان اقراره لعمره يكون بعين اقراره على نفسه بمعنى كون نفوذ اقراره على نفسه بعين الحكم بملكيته لعمره اذ الاستغفال الذي هو منشأ لضرره هو عين استحقاق الغير في ذمته شيئاً فنفوذ اقراره على نفسه يكون بعين الحكم بملكية ما في ذمته لعمره ، وهذا بخلاف العين الخارجية فان اقراره بكونها لزيد لا يقتضى الا نفوذه في عدم كونها ملكه ولا يقتضى ذلك كونها لزيد حتى في فرض انحصاره به في الواقع ، اذ الملازمة الواقعية لا تقتضى الملازمة في مقام التعبد كما لا يخفى ، ومن تلك الجهة نقول انه مع عدم كون المال في يد المقر لا يقتضى مثل هذا الاقرار كونه لزيد ، و (اما) حكمهم في صورة اقرار ذي اليد بملكية المال للمقر له فانما هو من جهة ان اليد بعينها اقتضت اختصاص المال بذي اليد ونفي اختصاص غيره به فباقراره ترفع اليد عن اعتبارها بالنسبة الى المقر من ناحية ملكيته وبالنسبة الى المقر له من ناحية نفي ملكيته ، ولكن يبقى اعتبارها في نفي ملكية غير المقر له على حاله فحينئذ يستكشف من مجموع الاقرار النافي عن نفسه واليد النافية لغير المقر له كون المال للمقر له ، فمثل هذا الحكم في الحقيقة جاء من قبل اليد في ظرف وجود هذا الاقرار لامن قبل الاقرار ، والى مثل هذه الجهة نظرهم في التعبير بكون المقر له بمنزلة ذي اليد وبكونه منكراً اذا ادعى المال ثالثاً وبتقديم قوله ، وعمدة الوجه فيه ما ذكرنا ، والا فلو بنينا على الغاء الاقرار لليد عن الاعتبار رأساً لما كان لهذا الكلام مجال ، بل لا بد من المعاملة مع المدعى الآخر معاملة التداعي لعدم قيام حجة على وفق احدهما ، وتام المسئلة في محله ، والغرض

من التطويل في المقام هو شرح موارد التفكير بين الاقرار على النفس وعلى الغير
اوله وبين موارد عدم التفكير بينهما ، فعليك بالتأمل فيما ذكرنا كي لا يختلط عليك
الأمر في امثال هذه المقامات المشتبهة ، (فتلخص) مما ذكرنا ان كل مورد يكون
الاقرار على الغير اوله بعين الاقرار على نفسه فلا يحيص عن نفوذه وعدم مانعية مثله
عن نفوذ الاقرار على نفسه

هذا كله حكم اقراره ، واما لو انكر المحكوم له فساد الحكم من جهة عدم اهلية
الحاكم او عدم ميزانية الميزان ، ومرجع الكل الى دعوى فساد الحكم من جهة عدم
سلطنة الحاكم على مثل هذا الفصل اما لتقصور في نفسه او قصور في ميزانه ففي
توجيه اليمين الى المدعى عليه حينئذ اشكال لانه حق متقوم باثبات سلطنة الحاكم
على حكمه ، هذا ومن المعلوم ان كل مورد يكون الحق متقوما بشبوت جهة في الغير
من حق او سلطنة ليس شأن الحلف اثبات مثله ، فكان ما نحن فيه من تلك الجهة
نظير حلف الغريم لاثبات حق في مال الميت المتقوم بكونه ماله غير متعلق لحق احد
فيه فكما ان الحلف لا يثبت حقا للغير المتقوم به حقه بالعين كذلك في المقام ،
و (ببيان آخر) نقول ان حق المحكوم له بحسب الظاهر ثابت في المال بسبب حكم
صحيح من الحاكم ، فع الشك فيه لا يثبت الحلف صحة الحكم المنوطة باثبات الولاية
للحاكم كي يترتب عليه المال ، كما ان حق الغريم بعد تعلقه بالتركة فع الشك بكونه
تركة واقعا لا يثمر حلف الغريم تعلق حقه بالمال لعدم احراز كونه تركة ومجرد يد
الميت لا يثمر في اثبات المدعى في مقام الفصل كما ان اصالة الصحة ايضاً في مسئلتنا
كذلك ، ثم انه بعد تمامية الوجه في عدم توجه اليمين على المنكر في هذه الخصومة
لا مجال لرد اليمين فيه الى المدعي ولا لميزانية نكوله وان قلنا به في غير المقام ،
و (عمدة الوجه) فيه انصراف ادلة الرد والنكول الى مورد كان له اليمين بدو
والا فلا يكاد يشملها الدليل كما لا يخفى

« تنبيه »

إذا افتقر الحاكم الى مترجم ، قال في الشرايع ، لا يقبل إلا الشاهدان ولا يقبل
الواحد عملاً بالمتيقن ، واقد بنى بعضهم المسئلة على كون الترجمة من باب الرواية او

الشهادة ولا يخفى أن ذلك الابتناء إنما يتم على فرض عموم دليل على سماع الرواية وإلا فلوم يكن في البين مثل هذا العموم لاختصاص أدلة حججته بالأحكام الكلية دون الموضوعات الخارجية لاجمال لهذا الابتناء رأساً ، ثم انه على فرض العموم المزبور ايضاً لاجمال لهذا الابتناء إلا على فرض تمييز الرواية عن الشهادة مصداقاً وإلا فمجرد تمييزها مفهوماً مع اجتماع مصداقهما في وجود واحد لا يثمر مثل هذا النزاع شيئاً أصلاً ، كما انه على فرض التمييز بينهما مصداقاً ايضاً لا يثمر مثل النزاع المزبور إلا على فرض عدم عموم لدليل الشهادة على وجه يشمل الشاهد الواحد وإلا فهو حجة على أي حال ، ولكن فرض عموم دليل الشهادة كعموم دليل الرواية في غاية البعد كما أن تمييز مصداقها على وجه لا ينطبقان على وجود واحد بعد لأن ميزان التمييز بين المصداقين إن كان بسبق الدعوى وعدم السبق بها على ما هو المحكى عن شيخنا العلامة اعلی الله مقامه فهو منظور فيه لصدق الشهادة على الهلال وعلى بولية شيء او خمريته حتى في مورد لم يكن في البين مخاصمة اصلاً ، وفي كثير من مقامات الاختلاف في فتوى المفتي يسمع قول الراوي مع كونه رواية في مقام الخصومة والاختلاف ، و (أضعف) منه توهم كون الميزان اثبات ما يترتب عليه الحكم وعدمه لورود النقضين المذكورين عليه ، وعن العلامة المصنف في بعض تقارير مقرري بحقه الشريف ان الفرق بينهما بكيفية نظر الدليل الى حججته فإن كان ناظراً الى اعتبار صرف حكايته فهو رواية وان كان لاطلاعه دخل في اعتبار حكايته عن الواقع فهو شهادة ، ولا يخفى ان مثل هذا الفرق على فرض تسليمه لا يجدي في النزاع المزبور ولو قلنا بعدم عموم دليل الشهادة وعموم دليل الرواية فإن مثل هذا الفرق لا يوجب اختلافهما مصداقاً بل المصداقان قابلان للانطباق على وجود واحد ، بل لا يزال يكون كذلك وحينئذ فلا ثمرة للنزاع المزبور إذ لا يزال يكتفي في اعتباره بعموم دليل الرواية وان لم يشمله دليل الشهادة ، و (لئن قيل) بان دليل الشهادة يقتضي القاء صرف حكايته فقي مورد شك بكونه رواية او شهادة يشك بكونه من مصداق المخصص للعام أم لا ولازمه عدم جواز التمسك به إلا في مورد علم بكونه رواية (قلت) بعد فرض اتحادهما مصداقاً في جميع موارد دليل الشهادة من الموضوعات الخارجية لازمه العلم بتخصيص دليل الرواية في الموضوعات

مطلقاً فلا يبقى للنزاع المزبور وجه ، و (كيف كان) لاجمال لتحرير النزاع في قبول مترجم واحد على النحو المزبور ، بل الأولى ابتناء المسئلة بعد الجزم بعدم عموم في دليل الرواية او تخصيصه بدليل الشهادة في الموضوعات ، على أن لدليل الشهادة عموم يشمل الشاهد الواحد أم لا ، و حينئذ فيمكن منع عموم الدليل فلاصل يقتضي عدم اعتباره

ثم ان ظاهر المحقق اعتبار الاسلام والعدالة في كاتب القاضي وظاهر الجواهر ايضاً تقريره من جهة دخل الكتابة في حفظ المراسلات أمراً ونهياً ، (أ قول) بعد انتهاء النوبة الى حجية الكتابة من الكاتب تعبداً لم لا يعتبر التعدد أولاً قل من اعتبار الاطمينان فيه الذي هو المرجع عند العقلاء ، وتوهم الانسداد الصغير فيه لا يقتضي على فرض تماميته الالتزام بالشرطين ، وعليه فالالتزام باعتبار الشرطين في الكتابة في خصوص المقام تعبد لا وجه له بل الامر موكول الى كليه

الحكم بالبيننة وتزكيتها

ثم انه بناء على جواز حكم القاضي بالعلم فان تحقق علمه بالواقعة فهو وان انتفى العلم حكم بالشهادة مع تمكن المدعي من اقامتها ومع علمه أي الحاكم بعدالة الشهود او النزكية باقامة البيننة العادلة على تعديله ولو من جهة استناد علمها بالملكية من المقدمات واللوازم الحسية الملازمة لها عادة بنحو نخرج اخبارهما عن الحدسية المحضبة المنصرفه عنها اطلاقات ادلة البيننة وسيأتي شرحه ايضاً في ذيل كلام المصنف وهل يجب على الحاكم الفحص عن حال الشهود مع عدم علمه بحالهما بالسؤال او بطريق آخر ، ظاهر المحقق في شرايعه ذلك ، واستدل له في الجواهر بما هو المحكي عن النبي (ص) من فعله ذلك وباطلاقات وجوب الحكم على طبق الميزان الذي منه البيننة العادلة مثل ما دل على وجوب الحكم بالحق والقسط والعدل وامثالها نظراً الى كون مثل هذه القيود من قيود الواجب كالطهارة بالنسبة الى الصلاة ، ولكن يمكن ان يمنع من اطلاقها من حيث تحصيل الميزان كيف ولازمه وجوب تحصيل أصل البيننة ولا أظن التزامه به ، بل الظاهر كونه مثل هذه الاطلاقات في مقام بيان وجوب الحكم وكونه حكماً بالحق ، ولا نظر لها الى حفظ الميزان بل لانظر لها الى

وجوب اصل الحكم ، وانما المتيقن منها كونها في مقام بيئان انه لو حكم فلا بد أن يكون بحق ، فكأنها ناظرة الى ايجاب كيفية الحكم وخصوصيته لا ايجاب نفسه ولقد أجاد في الجواهر حيث أنكر قيام الدليل علي وجوب الحكم بعنوانه الاولي على غير الامام والنبي والمأمورين من قباهم ، فيثبت لاجال لاثبات وجوب الفحص بملاك المقدمة من مثل هذه الاطلاقات و (اضعف) من الجميع التمسك بعموم « رجل قضى بالحق وهو لا يعلم » بناء على أن المراد هو العلم بالميزان او الحق الاعم من الواقعي والظاهري ، (إذ غاية) دلالة وجوب تحصيل الخصوصية في ظرف ارادة الحكم لاجوب الحكم الخاص مطلقا كي يجب تحصيله مطلقا مقدمة للواجب المطلق كالطهارة بالنسبة الى الصلوة ، فيكون تحصيل الميزان بمقتضى الرواية من قبيل الطهارة بالنسبة الى مس كتابة القرآن لا بالنسبة الى الصلوة الواجبة وكم فرق بين المقامين ، و (أما) الرواية المحكي فيها فعل النبي فع ضعف سندها لا تدل على وجوبه لعدم اقتضاء فعله « ص » ذلك غاية الامر استفادة الرجحان منه ، نعم لو ثبت وجوب الحكم مطلقا من الخارج أمكن اثبات حرمة الحكم بلا ميزان من مثل الاطلاقات المزبورة خصوصا الاخير منها ، ولكن اثبات ذلك لولا دعوى الاجماع في غاية الاشكال ، نعم على فرض ثبوته لا مجال لتوهم ان غاية دلالة الاطلاقات تحصل مطلق ما هو ميزان ، ومن المعلوم أن مع العلم بالبيئنة العادلة ينحصر الميزان بها وأما مع عدمه فمقتضى اصالة عدم وجود البيئنة العادلة ينتقل الميزان الى حلف المنكر فلا يجب عليه الفحص ايضاً لامكان الجواب بان دليل ميزانية الحلف منصرف عن صورة اقامة المدعي بيئته ، ولو كانت مشكوكة الحال فلا بد وان يفحص عن مثلها ، مع أن اصالة عدم في الشبهات الموضوعية قبل الفحص في الامور الراجعة الى حقوق الناس او اعراضهم او دمائهم غير جاريه ، ولذا لا يظن اكتفاءهم في البراءة عن الدين الزائد على المقدار المعلوم بصرف شكه بدون الرجوع الى دفتره مع كمال قدرته عليه ، وهكذا في الاعراض والدماء فتأمل ، و (على) أي حال فقي الاكتفاء باعتراف الخصم بعدالتها مع دعواه خطأهما اشكال لعدم نفوذ اقراره إلا على نفسه فليس له بعده دعوى الجرح عليهم وأما اثبات الميزان به للحاكم ففيه اشكال إذ ليس شأن طريقة الاقرار هذا المقدار ، ومجرد كون القرض من التزكية

استظهار حق المدعي لا يقتضي سقوطه باقراره ، نعم ذيل المرسلة المحكية عن النبي (ص)
وان كان يدل على سماع قول الخصم لكن اثباته بها فرع حجيتها ، ولقد أشرنا
سابقا الى انها ضعيفة غير مجبورة

(ثم) انه بناء على اعتبار العدالة بمعنى الملكة المعروفة لا يجزي مجرد علم الحاكم
باسلام الشاهد وعدم ظهور فسقه إلا يجعله من طرق العدالة تعبدا ، ولعل من
اكتفى بها يكون مذهبه في العدالة الاكتفاء بذلك أما في حقيقتها او في طريق
احرازها ، نعم لا بأس بحسن ظاهره لما حققناه في محله من كونه من طرق العدالة
فحينئذ لو علم خلافه حين اداء الشهادة ينتقض حكمه السابق ، وقياس المقام بباب
الجماعة غير وجيه بعد بطلان القياس واختصاص كل باب بدلائل مخصوصة نعم لو انكشف
فسقه بعد حكمه او بعد اداء الشهادة فلا وجه لنقض حكمه لعموم دليل حرمة النقض بمثله
﴿ كيفية تزكية الشاهد وجرحه ﴾

و على اي حال المشهور انه تسمع مطلقة اي مطلق الشهادة بالعدالة بلا استفسار
عن السبب فيها اي في العدالة وكذا في الجرح يسمع مطلق الشهادة عليه على الاظهر
وان كان خلاف المشهور في الجرح لمصيرهم الى وجوب الاستفسار عن السبب
(وقد يوجه) التفصيل المزبور بان الاستفسار في العدالة مستلزم للجرح لتعدد
الكبائر التي لا بد من اجتنابها عنها بخلاف الجرح إذ يكفي فيه ارتكاب واحد منها
(ولا يخفى ما فيه) من منع لزوم العسر في السؤال عن اجتناب الكبائر خصوصا
إذا كان ذلك بنحو الاجمال ، مع أن نفي الجرح في طرف الجرح لا يقتضي وجوب
السؤال بعد امكان حمل كلام الشاهد على الفسق الواقعي المستند الى حسية سببه
بل ربما لا يشر الاستفسار في فرض امكان حمل فعله على الصحة مع فرض احراز
حسن ظاهره في كونه مجتنباً عن سائر المعاصي ، نعم لو لم يحرز حسن ظاهره ولو
بقيام البيئة على خلافه أو لم تجر اصالة الصحة في حقه ولو من جهة ظهور حاله في
كون ارتكابه عن معصية امكن قبول قول الشاهد في جرحه ، بل في هذه الصورة
يحتاج الشاهد الى المعدل ولو لم يكن في البين جارح لأن الأثر مترتب على عدالة
الشهود لا على عدم فسقهم ،

(ثم) ان ذلك كله لو لم يحتمل اختلاف الحاكم والمعدل او الجرح في حقيقة العدالة من حيث الشبهة الحكمية وإلا فلا بد من الاستفسار من جهة احتمال مخالفة اعتقاده مع اعتقاد غيره ، و (وجه ذلك) هو ان دليل الشهادة لا يشمل ما يكون حدسياً بحسب محتمل المخالفة لاعتقاده وهذا غير الموارد المحتمل حسيته او حدسيته المدعى قيام السيرة على قبولها ، كما ان قياس المقام باصالة الصحة المحمولة على الصحة الواقعية مطلقاً باطل ، مع امكان منع السيرة عليه في الاصل المزبور باطلاقه و (عليه) فلا مجال للمصير الى قبول شهادة الجرح والتعديل مطلقاً كما في الجواهر ولا لاطلاق القول بالاحتياج الى الاستفسار كما عن بعض آخر ولا لاطلاق الاحتياج اليه في خصوص الجرح كما عن المشهور ، بل التحقيق المصير الى قبولها في الشبهات الموضوعية مع اتحاد الرأي مع فرض عدم جريان اصالة صحة العمل في ثقته أيضاً وإلا فلا يسمع الجرح مع احراز حسن ظاهره من سائر الجهات حتى مع الاستفسار و (أما) في الشبهات الحكمية مع احتمال مخالفة الاجتهاد فلا يسمع إلا مع الاستفسار ، ولا يخفى ان مثل هذا التفصيل بين الشبهات الموضوعية والحكمية جار في كل ما يجري الاجتهاد في شرح حقيقة المشهود به كالملكية والزوجية وامثالها ، ولكن الذي يسهل الخطب في هذه الامور غير مسألة الجرح دعوى بعض قيام السيرة على سماع الشهادة مطلقاً فيها بلا احتياج الى الاستفسار عن سببها ، فان تم ذلك فهو ، وإلا فلا ينظر فيه باطلاقه مجال ، إذ مقتضى القاءه هو الذي

بيناه مفصلاً

« ثم انه لا اشكال ظاهراً في جواز استناد الشهادة بالعدالة الى حسن ظاهره الذي هو طريق اليها من جهة بعض النصوص الخاصة ، مضافاً الى امكان استفادة قيامه مقام العلم الموضوعي على وجه الطريقة من عموم دليل اعتباره الدال على تنميط كشف الامارة عن الواقع ولولاها يشكل أمر جواز الشهادة بشيء بمحض قيام امارة تعبدية عليه من جهة ان جوازها ليس من آثار واقع المشهود به بل هو من آثار العلم به ، إذ مع الشك به يصدق على الاخبار به الافتراء المحرم ، فلا ترفع هذه الحرمة الا ببركة العلم بمطابقتها للواقع ، ولذا نقول بان العلم بالمشهود به مأخوذ في موضوع جواز الشهادة جزماً ، وليس وجه حرمة احتمال كذبه إذ من هذه

الجهة كانت الشبهة موضوعية وهي مجرى البرائة قطعاً

تعارض الجرح والتعديل

(ثم) انه اذا اختلف جرح ومعدل فان كان بنحو قابل للجمع بينهما ولو بان يكون احدهما مصرحاً باستناده الى الامارة والآخر غير مصرح به او احدهما يكون مصرحاً باستصحاب ما رأى منه من المعصية والآخر بتوبته وحصول الملكة له جديداً فلا اشكال في الجمع بينهما بنحو ممكن ، و اما مع التعارض بينهما بان يصرح الطرفان بمعنى لا يمكن صدقهما فيه فانه يعمل حينئذ كما اذا لم تكن هناك بيئة للتعارض المقتضي لتساوقهما حتى في فرض العلم باختلاف المستند لشهادتهما لو لم نقل بترجيح المستند بالوجدان على المستند بالاصل والامارة ، وذلك لتساوي نسبة دليل اعتبار البيئة اليهما ولارمه التساوق ، بناء على التحقيق من طريقتيها لاثبات الميزان ، وان قلنا بموضوعيتها على اصل الملكة بالاضافة الى الفصل للخصومة ، مع إمكان دعوى ان ماهو موضوع الفصل هو البيئة الحجة على الواقع طريقاً محضاً إذ لازمه ايضاً عدم تحقق الميزان عند التعارض ، ولو قيل بان البيئة المعدلة بنفسها ميزان في الفصل اوله دخل في الميزان ، لا انه طريق محض اليه ، مع إمكان منع موضوعيتها حتى بالنسبة الى مرحلة الفصل ، بل الفصل من آثار نفس الواقع ، غاية الامر خصص دليل التعبد في بعض المقامات مثل اليد والاستصحاب وامثالها بالنسبة الى مثل هذا الأمر بعموم الحصر في قوله « انما اقضى بينكم بالبينات والايمان » الناظر الى الطرق التعبدية ، على ماهو عمدة التقريب في استفادة جواز القضاء بالعلم من مثل عموم من حكم بحكمتنا ، وان كان التحقيق خلافه لظهور قوله « رجل قضى بالحق وهو لا يعلم » الخ في بطلان قضائه وعدم فاصليته ، ومن جهة ذلك لا بد من حمل مثل هذا العموم وكذا سائر العمومات المدالة على وجوب القضاء بالحق والقسط والعدل على الحكم في مقام الفصل ، وكذلك الحق والقسط في هذا المقام لا الحق من المدعي به واقعا ولذا قلنا سابقاً بان عمدة وجه الجواز للقضاء بالعلم هو قوله « رجل قضى بالحق وهو يعلم » بناء على كون المراد من الحق فيه بقرينة مقابله هو الحق من المدعي به لا الحق في مقام الفصل قبيل الفصل الباطل ، مضافاً الى تنقيح المناط المستفاد من

القضاء على طبق البيئنة واليمين ، لبعداشراط ميزانيتها بصورة عدم حصول العلم منها بل وبما صارت مثل هذه الجهة من الاستبعاد سبب جعل بعض الاعاظم مثل الفاضل الكنى قده العلم الناشئ منها خارجا عن محل النزاع وان عمدة النزاع في العلم الناشئ عن غيرهما ، وعلى اي حال فالتحقيق ان الفصل من آثار الحجية على الواقع لامن آثار نفس الواقع ولا من آثار ذات البيئنة واليمين ، ولو لم يكونا حجتين لعموم « قضي بالحق وهو لا يعلم » بالنسبة الى الجهة الثانية « وقضى بالحق وهو يعلم » بضميمة قيام الامارة مقام العلم الموضوعي الا ما خرج بعموم الحصر المتقدم بالنسبة الى الجهة الاولى ، وعليه ظهر مما ذكرنا موضع النظر فيما حكى عن شيخنا العلامة اعلى الله مقامه

ثم ان ذلك كله حكم صورة تصريح الشاهدين باحد النحوين ، واما مع اطلاقها في الجرح والتعديل ففي الجواهر إلحاق هذه الصورة بالصورة الاولى القابلة للجمع نظراً الى دعواه الانصراف في التعديل بحكم الغلبة الى حسن ظاهره مع عدم علمه بصدور الفسق منه وانصراف الجرح برؤية صدوره منه ، ولكن لا يخفى ما في هذه الدعوى من كون باب المنع فيه واسع اذ على فرض تسليم الغلبة لانسلم كونه منشأ لانصراف اللفظ وظهوره فيه بل غاية الامر كونه خارجياً لا يعني من الحق شيئاً ، فالحقق حينئذ إلحاق هذه بالصورة الثانية المحكومة بالتساقط من جهة صدق التعارض بينها عرفاً على وجه غير صالح للجمع بينها لفظاً كما هو ظاهر

ثم انه لا اشكال في صورة قطع المعدل او الجارح بالعدالة والفسق من حيث جواز الشهادة بمقتضى علمها ، وانما الكلام في صورة عدم العلم بها وجداناً مع قيام امارة تعبدية عليه مثل حسن الظاهر بناء على طريقتيه للعدالة او قيام بيئنة عادلة عنده على كل واحد منهما ، ففي جواز الشهادة على طبقها بمقتضى القاعدة فرع اقتضاء ادلة الامارات تتميم الكشف والافلو كانت ناظرة الى مجرد تنزيل المؤدي منزلة الواقع فلا يكاد يصلح مثلها للقيام مقام العلوم المأخوذة في الموضوع على نحو الطريقة ، وحينئذ فيحتاج الى دليل خاص تعبدى يمكن اثباته في الحسن الظاهر بمقتضى قوله « اذا كان ظاهره ظاهر اماموناً جازت شهادته » وهكذا في اليد بالنسبة الى الاملاك واما غيرها ففي القيام مقام العلم على هذا المسلك اشكال وان كان التحقيق خلافه

ثم أن هنا مسائل تعرض لها في الشرائع لابس بالإشارة إليها (فمنها) انه مهما ثبتت عدالة البيعة او فسقها نتحكم ببقائها الى ان نعلم بالمزبل لحرمة نقضها بالشك من دون فرق بين مضي زمان يمكن تغير الحالة فيه عادة اولاً ، والتفصيل من خرافات العامة . و (منها) انه ينبغي للقاضي ان يجمع قضايا كل اسبوع في كتابه ليبقى على ثقة منه في الازمنة الآتية مقدمة لرفع الخلط والاشتباه و (ومنها) انه في كل موضع يحتاج القاضي الى كتابة ليس مؤنة قرطاسه وغيرها عليه بل كلها لما كانت راجعة الى مصالح المسلمين فهي من بيت المال المعد لهم ، ومع عدم بيت المال فليس على القاضي بذله من كيسه بل يمكن نفي وجوبه حتى مع بذل الغير وفاقاً للجواهر في التشكيك في هذه الجهة و (منها) انه يكره ان يضيف احد الخصمين دون الآخر لما ورد من نهى الرسول (ص) عنه و (منها) انه يحرم اخذ الرشوة على المعطي والآخذ لقوله « لعن الله الراشي والمرثى » والمراد من الرشوة هو المال المعطى بقصد احداث الداعي به على الحكم اعم من ان يكون بحق او باطل : وليس مثل هذا العنوان مختصاً بما يجعل عوضاً عن العمل الذي هو اصدار الحكم منه ، وان كان ذلك ايضاً حراماً على الآخذ لما تقدم من ان من السحت اجور القضاة المنصرف الى جهة قضائهم (نعم) في شمول العنوان المزبور لما يعطى لمحض التجيب والمودة الداعية في محله للحكم على طبق مرامه اشكال وان توهمه بعضهم فالاصل حينئذ عدم الحرمة وصحة نقله باحد العناوين المعهودة بعد الجزم بان الاعطاء بعنوان التمليك لا بد وان ينطبق على احده هذه العناوين ، نعم لو كان داخلاً في العنوان الفاسد من العناوين المعهودة الفاسدة او غيرها كان فاسداً مع قطع النظر عن طر و عنوان الرشوة ، فالبطلان الناشئ من ناحيته لا بد وان يكون في مورد يكون العمل لولاه صحيحاً ذاتاً ، ولازمه مع الشك في شمول الرشوة المبطله الرجوع الى دليل مقتض لصحته ذاتاً (ومن هنا) ظهر ان الرشوة المبطله لا بد وان تكون في ضمن احد العناوين المقتضية للصحة ، وعليه ، فيكفي في رفع اليد عما يقتضي صحتها ما ورد من ان من اكل السحت الرشاً في الاحكام ، حيث ان النهى عن نفس المال ملازم عرفاً مع الفساد من دون احتياج في اثبات الفساد الى التمسك بنواهي نفس الرشوة كي يرد عليه بان النهى المتعلق بالمعاملة بعنوان ثانوي مثل الاعانة

على الاثم لا يقتضي الفساد ، وهذا ايضاً على فرض كون الرشوة نفس العمل من نحو التملك بداعي كذا ، واما لو كان عنوانا للمال المعطى فالنهي يقتضي الفساد كما اشترنا اليه ، و (من التامل) فيما ذكرنا ظهر لك مافي كلمات الجواهر حيث ادعى دلالة حرمة المعاملة حتى بعنوان الاعانة على الاثم على الفساد ، وايضاً ظهر مافي رد بعض المقررين من منع اقتضاء دليل الرشوة فساده مطلقاً وانما فساده في صورة كونه جمالة على الحكم لما ورد فيه انه سحت . ويظهر وجه ضعفها من التامل فيما ذكرنا

ثم انه لا اختصاص في تحريم اعطاء المال رشوة بين كونه لاستنقاذ حق او لمحض الحكم بالبطل نعم مع انحصار الطريق في استنقاذ حقه بالرشوة لابس به في المعطى لعموم نفي الضرر بل الحرج واما الآخذ فيجرم عليه اخذها بل وتجب إعادتها وان حكم بالحق لحرمة مطلقا على المرتشي لاطلاق الخبر السابق ، ومع التلف حينئذ يضمن لكونه من صغريات المقبوض بالعقد الفاسد على اشكال في المجانيات لما اشتهر من ان كل مالا يضمن بفساده ولقد حققنا المقال فيه في كتاب البيع فراجع ، (هذا كله) لو كانت الرشوة عينا واما لو كانت عملا فضمن المرتشي فرع كون العمل بامر او بمقتضى معاملة فاسدة والافني الضمان اشكال اذ لا مقتضى له حينئذ وان كان العمل وافيًا بغيره

﴿ وجوب احضار الخصم عند الحاكم ﴾

و على اي حال اذا التمس الغريم احضار خصمه اجابه الحاكم على المشهور في الحاضر في البلد قبل تحرير الدعوى وفي الغائب بعده كما في الشرائع مستنداً الى المشقة في الغائب دون الحاضر ، واورد عليه بانه قد يشق على ذري المرات الحاضرين في البلد ايضاً ، مع ان قضية المشقة تقتضي عدم لزومه حتى بعد تحرير الدعوى ، ولعله لذا التزام بعض بعدم لزوم الحضور مطلقا حتى بعد التحرير (اقول) لا يخفى ان طاهر هذه الكلمات مذروعية تحقق مقتضى الوجوب فيه وانما الاشكال في ابداء المانع من مثل المشقة ، ولكن اتمام الدليل على اصل الوجوب ايضاً مشكل اذ نمنع كونه من توابع حق دعوى المدعى ولا كونه من لوازم استنقاذ حق من

له الحق منه خصوصاً بناء على اقتضاء القاعدة جواز الحكم على الغائب ، غاية الامر هو على حجته الغير المنافي لحرمة رده ولو من جهة كون حجته ناظرة الى نفي موضوع حرمة الرد من صحة الحكم الصادر عن ميزان الفصل كما لا يخفى ، (اللهم) ان يدعى كون الالتزام بالحضور من شئون القضاء عرفاً او خصوصاً قضاء الجور الثابت مثلها لقضائنا بالمقبولة ، بل ربما يشعر قوله في ذيل رواية عبد الرحمن « لالزم باليمين او الحق » بشبوت مثل هذا الحق للقاضي مقدمة لازامة بيمينه ولو من جهة كون حضوره لدى الحاكم شرط يمينه ، ولكن ذلك ايضاً على فرض تماميته لا يقتضي الالتزام بالحضور قبل تحرير الدعوى بل وبعد تحريرها بل غاية ما يقتضية احضاره وقت توجيه اليمين اليه كي يلزم باليمين في محضر الحاكم ومثله اجنبي عن محط البحث في كلماتهم (ثم انه) على فرض ثبوت الوجوب لوجه التفصيل بين الاحضار قبل تحرير الدعوى في الحاضر في البلد وبعده في الغائب لان اختصاص دليل الحرج في الغائب لا يقتضي التفصيل المذكور الا اذا فرض قيام الحرج في الغائب بالنسبة الى مقدار تحرير الدعوى مع اقتضاء دليل الالتزام احضاره معها امكان وانمام الامرين في منتهى الاشكال ، وعلى اي حال بعد البناء على لزوم الاحضار فان مثل هذا الحكم ثابت مطلقاً الا في المرأة الغير البرزة او المريض فينفذ اليها من يحكم بينهما بناء على لزوم الحكم في حضور المنكروالافيحكم في غيابها الا مع فرض توجه اليمين اليه فانه لا بد من الانفاذ اليه كي بصير يمينه في محضره

الفصل الثاني في كيفية الحكم

ويجب عليه اي على القاضي ان يسوي بين الخصمين في الكلام والسلام والمكان والنظر والانصات على المشهور لما في خبر السكوني المنجبر « من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الاشارة والنظر وفي المجلس » وفي آخر « فليسا و » بدل « فليواس » وفي ثالث النهى عن ضيافة الخصم الا ومعه خصمه ، ولو صيغة علي (ع) لشريح « ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا يئأس عدوك من عدلك » هذا ولكن لا يخفى ان التعامل في

في ذيل الاخير يصلح للقرينية المانعة عن ظهور الأمر في صدره في الوجوب ، وعليه فيشكل استئادة الوجوب من مثله ، واما البقية فهو فرع العلم باتكال المشهور عليها ودونه خرط الفتاد ، وحينئذ فر بما يشكل امر اقامة الدليل على ازيد من رجحانها ولقد اجاد في الجواهر في منعه ذلك بمقتضى الصناعة والله العالم ويحب ايضاً العدل في الحكم لما في الرواية من الثلاثة التي لا بد من حفظها « الحكم بكتاب الله في الرضا والسخط والقسم بالعدل بين الاحمر والاسود » مضافاً الى الامر به في كتاب الله (وان تحكموا بين الناس بالعدل) ثم ان ذلك كله في صورة تساويها في الاسلام ومع الاختلاف يجوز ان يكون المسلم قاعداً او اعلى منزلاً والكافر قائماً او اخفض لقول رسول الله (ص) « لاتساوهم في المجلس » وفي التعدي عن مورد الرواية الى غيره مع اطلاق النصوص السابقة نظر الافيما كان متعلقاً بحفظ الشرف لا بمرحلة العدل في الحكم والا فيجب التسوية بينها جزماً ولا يلحق الخصم بما فيه ضرر على خصمه مع علمه بفساد دعواه للنهي عن اضراره بمقتضى لاضرار وهذا لا اختصاص له حينئذ بالحكم ، واما مع عدم اضراره به ولو لعلمه بحقيقته في دعواه ففي اثبات الحرمة لولا اطلاقها قد الاجامعات نظر ، وعليه فيقتصر ذلك في الحاكم دون غيره ولو بادر احدهما بالدعوى قدمه فيها بناء على منع الاطلاق في ادلة الحكومة من هذه الجهة ، والا فهو مخير في تقديم ايها شاء لولا اطلاق صحيح ابن مسلم الدال على تقديم صاحب اليمين ومن اطلاقه يستفاد حكم ما لو وردا دفعة ايضاً من دون احتياج الى القرعة لعدم اشكال فيه حينئذ ، ومنه ظهر وجه ما افاده المصنف اعلى الله مقامه ولو ادعيا دفعة سمع من الذي على يمين خصمه وان كان الاولى جعل ذلك مرجحاً مطلقاً

اشتراط كون الدعوى ملزمة وعن جزم

وكيف كان مهما ابرز المدعى دعواه في مجلس المحاكمة لا بد وان تكون الدعوى عن جزم ولو اجمالاً بما يترتب عليها اثر ملزم والا فلا يكاد تنتهي مجرد الدعوى بشي مجهول الى الالتزام به بمقتضى الموازين الامع فرض الالتزام بجواز الاختلاف

بين البينة والدعوى من حيث الاجمال والتفصيل ، ولكن ذلك ايضاً انما يتم على فرض الدليل على السماع الا ما خرج بالدليل ولو كان الدليل المطلق بناء العرف الممضي شرعاً بتقريرهم وعدم ردعهم في سماعهم والا فلا مجال للسماع للشك في كون المورد مما يصلح ان تقع فيه الخاصمة التي هي ظرف ميزانية اليمين والبينة في مقام الفصل ، وعلى اي حال لا مجال للمصير الى اعتبار كون المدعى به جزمياً تفصيلاً فيمكن كونه على اجماله ملزماً ، فما عن الشيعيخ (قده) من عدم سماع دعوى فرس او حمار منظور فيه اذ لارجه لعدم سماعها مع بناء العرف على سماعها وفرض انتهائها الى الميزان ايضاً من اقرار او بينة اجمالاً او تفصيلاً او يمين على نفيه مطلقاً او على ثبوته اجمالاً المقتضيه لالزام الخصم على الفراغ عن العهدة باي طريق يمكن ، (نعم) لولم ينته الامر في مورد الى ميزان الفصل فسماع الدعوى في مثله لغو محض فينتظر الى زمان تحقق ميزان فصله ، ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر انه لا تسمع الدعوى المحجولة من جميع الجهات حتى مع الجزم بملزمتها على فرض ثبوتها الا مع فرض قيام اماره على تهمة المدعى عليه اذ العرف يسمعون مثلها وبنائهم متبع ما لم يردعهم الشارع ولم يثبت ذلك بل ثبت خلافه من جهة الاخبار الواردة في القصار والصباغ على جواز الدعوى عليهم بصورة الظن ، نعم لولم يثبت بناء العرف على السماع مطلقاً في موارد التهمة اشكل التعدي عن مورد هذه الاخبار من حيث اختصاصها بالامين او بكون المال مما يستصحب بقاؤه ، الى غيرها ، (نعم) في ابراز مثل هذه الدعوى بصيغة الجزم في غير صورة اقتضاء الاستصحاب او اماره تعبدية اخرى على صحتها منه اشكال من جهة كونه نحو افتراء محرم ومع قيامها لا بأس به لقيام مثلها مقام العلم في هذا الاثر كالفقوى على طبق الواقع بمقتضاها كما لا يخفى ،

(هذا) ثم انه اذا تمت الدعوى قال في الشرائع « هل يطالب الحاكم بالجواب ام يتوقف على التماس المدعى فيه ترده ، والوجه انه يتوقف لانه حق له فيوقف على المطالبة » انتهى (اقول) ظاهر هذه الكلمات ان للحاكم المطالبة في الجملة وذلك ايضاً بمعنى سلطنته على الزامه بالجواب لانه لحق عليه على وجه قابل لاسقاطه ولا بمعنى مجرد جوازه تكليفاً اذ لا مجال للشك في جوازه تكليفاً ولو من جهة الاصل ولا في بقائه على السلطنة عند القائل بها حتى بعد اسقاطه للاستصحاب ،

وعلى اي حال انما الاشكال في اصل المبنى لمثل هذه السلطنة بعد اقتضاء الاصل عدمها بضميمة عدم توقف استيفاء الحق على جوابه خصوصاً مع وجود البيئة للمدعى ، لان اطلاق ميزانيتها يقتضى جواز الحكم على طبقها ولو قبل جوابه بل وعلى فرض عدم اطلاق في دليل الميزانية لوجه اللزوم مقدمة لتحصيل الميزان لما عرفت من عدم دليل يقتضى مثل هذه السلطنة ، اللهم ان يدعى ان مثل هذه السلطنة من شؤون القضاة اما مطلقاً او لا اقل من كونها من شؤون قضاة الجور الثابتة لقضائنا باطلاق المقبولة ، غاية الامر لا اطلاق لها من حيث مطالبة المدعى فيقتصر على المتيقن منه كما ان اطلاق الزام الحاكم باليمين على فرض تسليمه لا يقتضى الزامه بالجواب اصلاً فضلاً عن الزامه بها قبل مطالبة المدعى بل غاية ما يقتضيه هو الزامه باليمين بعد الفراغ عن احراز كونه منكرآ ووظيفة اليمين كما لا يخفى ، وعلى اي حال فما عن الجواهر من عدم التوقف على مطالبة المدعى للاصل منظور فيه

﴿ اقرار المدعي عليه ﴾

ثم ان جواب المدعى عليه بعد الالتزام به او قبله اما اقرار أو انكار أو سكوت وقيل بشق رابع وهو الجواب بقوله لا ادري ، وسيوضح توضيح المقال فيه انشاء الله تعالى كما سيجي حكم صورة خامسة وهو ان يجيب بانه ليس له على نحو

يصرف الدعوى عن نفسه (وبالجملة) فان اقر خصمه للمدعى الزمه ان كان كاملاً

مختاراً على ما هو المذكور في محله من شرائط سماع اقراره ، من دون فرق في ذلك في الدين او العين في يد المقر اذ على اي حال يلزم المقر بمقتضى اقراره ويحكم باشتغال ذمته للمقر له بل بحكم بكونه مالكالانه من تبعات سماع اقراره على نفسه كما اشرنا اليه سابقاً ، كما ان في العين ايضاً يحكم بملكيتها للمقر له لكن لامن جهة اقراره حيث انه لا يكون نافذاً الا في نفي ملكية المال عن نفسه بل انما هو بملاك اقتضاء اليد نفي ملكيته لغير المقر له ايضاً ولذا يصير المقر له في دعوى غيره عليه بمنزلة ذي اليد فيقدم قوله بيمينه ، ولكن في كون امثال هذه مناطاً للفصل اشكال بل ما هو مناط الفصل هو اقراره بما اقتضت حججته وهو نفي ملكيته عن نفسه لاملكيته لغيره ، ولئن هذه الجهة نقول ان حكم الحاكم في مثل هذه الصورة لا يقتضى

الا فصل الخصومة بينها بحيث لا تسمع الدعوى من المقر ولا يقتضى عدم سماعه عن مدعى آخر وذلك اقوى شاهد على ان محط حكم الحاكم في مقام الفصل ليس هو الملكية للمقر له كيف ولازمه حرمة رده بالنسبة الى كل احد ولازمه عدم سماع الدعوى حتى عن غير المقر وعدم اختصاص الفصل المنتزع عن حرمة الرد بالمقر وحده وهو كما ترى لم يلتزم به احد ، وذلك شاهد عدم كون الحكم بالملكية حكماً فصلياً وانما هو حكم بترتيب الاثر على طبق الحجية بالتقريب المتقدم ، و (من هنا) ظهر ايضاً حال حكم الحاكم على طبق البينة على ملكية المال للمدعى اذ في مثله ايضاً ليس فصل الحاكم الا نفي ملكية المنتكر له بمعنى انه تفصل بحكمه خصومته فقط لا خصومة غيره وان حكمه بالملكية بمناط حكمه بترتيب الاثر على طبق حجته لعموم دليله ، وعمدة النكتة فيه ايضاً ان اطلاق حجية البينة غير ملازم لاطلاق ميزانيتها للفصل بل انما هي ميزان عند تحرير المخاصمة ولازمه حينئذ عدم ميزانيتها للملكية المال حتى بالنسبة الى غير هذا المدعى الذي لم يحرز بعد خصومته وانما هي ميزان للملكية بالاضافة اليه لا مطلقاً ومرجعه الى الحكم بالملكية في ظرف انحصار الامر بينهما لا الملكية مطلقاً لعدم اقتضاء ميزانية البينة ايضاً ازيد من ذلك من جهة عدم اطلاق في دليل ميزانيتها حتى بالنسبة الى غير من حرر التخاصم ، وهكذا الامر في اليمين ، و (هذه الجهات) منشأ حكمهم بان حكم الحاكم لا يكون فاصلاً الا للخصومة المحررة من قبل المدعى دون غيره

(ثم) انه قد يشكل في ميزانية الاقرار لفصل الخصومة من جهة انه مع الاقرار لاخصومة كي يحتاج الى الفصل مضافاً الى كونه مخالفاً لحصر الميزان في قوله (انما اقضى بينكم بالبينات والايمان) في بعض الروايات و (بالسنة الماضية) ايضاً في بعض آخر ، ولكن يمكن تخصيص الحصر بالاجاعات المتكررة في كلماتهم ، واما ما افيد من عدم الخصومة معه فهو كذلك لو لم نقل بان ثمرة الحكم كونه فاصلاً للخصومة الفعلية والشأنية نظر الى اطلاق حرمة رده كما لا يخفى ، (ثم) لا يخفى ان مجرد العمل على طبق قول المقر لا يكون فاصلاً ولو قيل باعمية الفصل من الانشاء الفعلي خصوصاً لو كان العمل على طبق ملكيته للمقر له لما عرفت من انه عمل في الحقيقة على طبق اليد او الدعوى بلا معارض في الاعيان ، مع ان من الواضح

عدم كون امثال هذه من موازين الفصل بل الفصل من الامور الانشائية القصدية الصادرة عن قصد تحققه بقول أم فعل ، وبهذا البيان ايضاً نقول في العمل على طبق البينة القائمة على ملكية شيء لزيد انه نظير العمل على طبق قطعه او على طبق اليد والاستصحاب فانها كلها من لوازم حجيتها الغير المختصة بالمجتهد بعد عموم دليل كل واحد منها ، وحينئذ فلا وجه لما حكي عن بعض الاعاظم من كون العمل على طبقها مختصاً بالمجتهد نظراً الى اختصاص فصل الخصومة به ، ولا لما يجاب عنه من منع اختصاص مطلق مراتب الفصل بالمجتهد كيف ولو كان فصلاً كان بجميع مراتبه مختصاً به لاختصاص منشأ انتزاعه من حرمة رده بمثله ، و (على ما ذكرنا) فلا تنافي بين عموم دليل حجية الاقرار والبينة لكل أحد وبين اختصاص الفصل بخصوص الحاكم بجميع مراتبه ، وحينئذ فلا بأس بالعمل على طبقها قبل حكم الحاكم لكل أحد أقيمت عنده الحجتان كما أفاده في الجواهر ، غاية الامر لا يقتضى مجرد هذا العمل فصلاً موجبا لعدم سماع دعوى المدعى بعده وانما هذه من شؤون الحكم الصادر عن الحاكم بعنوان الفصلية كما لا يخفى ، (ثم ان مقتضى اطلاق المصنف قده بالتزامه عدم توقف الالتزام فصلاً على التماس المدعي وفاقاً للجواهر من جهة كون زمام أمره بيده للاطلاقات ، ولكن فيه منع سوق الاطلاقات في مقام البيان من هذه الجهة لعدم سوقها من حيث موازينه فاذا الأصل يقتضي اعتبار ما شك دخله في نفوذه ، و (على) أي حال يجب على الحاكم ولو بعد السؤال انشاء الحكم فعلاً او قولاً

وأما كتابة صورة هذا الحكم فلا يجب عليه ، وحينئذ فلا بأس باخذ الاجرة بازاء كتابته ولا يشمله دليل حرمة الرشوة أو أخذ الاجرة بعد حكمه فعلاً او قولاً و « توهم » شمول اطلاق دليلها لجميع مراتب وجود الحكم حتى وجوده الكتابي (منظور فيه) فيبقى حينئذ عمله هذا تحت اصالة احترام الاعمال المقتضية لجواز أخذ الأجر عليه (ثم لأن اغمض عماداً ذكرنا وقلنا باطلاق دليلها لجميع مراتب الوجود فللحاكم اختيار كتابته في قرطاسه مع قصده العوض عن القرطاس المنقوش فيه حكمه ، لأن نهر بما يصير مثل هذا النقش سبب ماليته باضعاف قيمته فله أخذ القيمة بازاءه و (بالجملة) نقول انه لو صدر مثل هذا المعنى عن عالم جليل فليس للعوام الطعن عليه

ورميه باخذ الرشا في أحكامه

(ثم) انه بعد ما حكم الحاكم فان امتنع المحكوم عليه عن اداء الحق حبسه الحاكم مع التماس خصمة لرجوع مثل ذلك اليه بملاحظة كونه من مقدمات أستيفائه، والا اقل من الشك في استقلال الحاكم في السلطنة على الحبس فالاصل عدمه، ولكن ذلك فيما أحرز كونه واجداً أما بالوجدان أو بالاصل كي يشمل عموم « لي الواجد يحصل عقوبته وعرضه»، وأما لو لم يحرز هذا العنوان ففي جواز الحبس اشكال لاصالة عدم سلطنة أحد على حبسه، بل ربما يقتضي الاصل عدم كونه واجداً الذي لازمه عدم حلية عقوبته، نعم قد يتوهم من اطلاق رواية حبس الاميرع جوازه، ولكن في اطلاقها من هذه الجهة نظر وتأمل كالتأمل في اطلاق كلام المحقق هنا وفي كتاب المفلس فراجع، ولو طلب المدعي اثبات حقه في قرطاس اثبتته مع معرفته باسمه ونسبه او بعد شهادة عدلين بالحلية والاصناف المشخصة ليو من من التدليس ولقد أشرنا ايضاً الى ان مثل هذا المعنى غير واجب عليه فضلاً عن كونه مجانياً لعدم دليل عليه فاصالة احترام العمل يقتضي جواز أخذ الاجر عليه

﴿ دعوى الغريم الاعسار ﴾

ولو ادعى الاعسار وثبت انظره الحاكم لعموم قوله تعالى « فنظرة الى ميسرة » وفي الرواية (ان علياً ابى ان يحبس المعسر، وقال عليه السلام ان مع العسر يسرا) خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية حيث التزم بدفعه الى الغريم ليوجره لخبر السكوني المشتمل على قوله « فانه ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم أجروه وان شئتم استعملوه » ولكن اشهر الروايتين عملاً هو رواية الانظار بل هو موافق للكتاب الذي هو من المرجحات كخالفه العامة، وذلك ايضاً لولا دعوى ضعف سنده مع عدم جبره بهذا المقدار من العمل وحينئذ فيخلى سبيله الى ميسرة، وفي وجوب التكسب عليه تسكيناً وجهازاً مبنياً على كون وجوب اداء الدين وجوباً مطلقاً او مشروطاً بالوجدان الفعلي، ويكفي في الثاني مجرد التشكيك في اطلاق وجوبه من هذه الجهة كما أنه لا مجال للتمسك

فيه بعموم دليل السلطنة على الأزام إذ المفروض انه مخصص بدليل الأنظار ، مع إمكان دعوى ان قضية السلطنة ليس إلا سلطنته على استنقاذ حقه الموجود لا سلطنته على الزامه بتحصيله لمنع اطلاقه بهذا المقدار ، و « من التأمل » فيما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للتفصيل بين ذي الحرفة وغيره بالزام الاول لكونه واجداً عرفياً دون غيره لمنع صدق الوجدان الفعلي في حقه ومجرد اجراء حكم الغني عليه في باب الزكاة لا يقتضي اجراء حكم الواجد الفعلي عليه إذ من الممكن دعوى اوسعية دائرة الغني عن الواجد فلا يقاس حينئذ موضوع كل باب بغيره لولا دعوى ان وجود مقتضى الوجدان بمنزلة الوجدان عرفياً (ثم) ان ذلك كله في فرض ثبوت الاعسار

وان لم يثبت الزم بالبينة اذا عرف له مالا او كان أصل الدعوى مالا من دون فرق بين البينة على التلف أو الأعسار لعموم سماعها من المدعي بلا احتياج الى ضم يمين للتفصيل القاطع للشركة ، خلافاً للمحقق في كتاب المفلس حيث فصل بين الفرضين والزم بضم الحلف للبينة على الأعسار ، وقد يوجه ذلك بان البينة على التلف بيينة على أمر وجودي فمع احتمال استنادها إلى الحس تسمع ، بخلافها على الاعسار إذ هي بنفسها أو بمنشأها راجع إلى الأمر العدمي الممكن كون اتكائها على نفي العلم وحيث لم تكن بنفسها متبعة فلا أقل من صيرورتها سبباً لتقديم قوله بيمينه (هذا) ولكن لا يخفى ما فيه من أن مجرد ايكال الشاهد على أصله في شهادته على فرض جوازها لا يخرج عن صدق البينة التي هي الميزان في الفصل قبال اليمين ، كيف والشهادة باشتغال الذمة الفعلية غالباً مستندة الى الاصل ، ثم على فرض عدم ميزانية مثل هذه البينة لا مجال لازامه بها على فرض عدم كونه وظيفته في المقام مع أنه على فرض الأزام يمنع صيرورته منكرراً بمحض قيام مثل هذه البينة الغير المسموعة ، وبالجملة لا مجال للتفصيل في سماعها من حيث قلب المدعي منكرراً ومن حيث الفصلية في فرض كونه مدعياً بنفسه إذ على فرض السماع فلا بد وأن تكون ميزاناً في فصل الخصومة ، وعلى فرض عدمه لا يصلح لقلب المدعي منكرراً كي يتوجه اليه اليمين ، و (اضعف) من التوجيه المزبور توجيه آخر في وجه ضم اليمين اليه بانحلال دعواه الى دعويين ، أحديهما على وفق الاصل الذي هو بالنسبة اليها منكرراً ، والآخري على خلاف الاصل الذي هو بالنسبة اليها مدع

فوظيفته اليمين ، ووجه الضعف (اولاً) بجران مثل هذا الانحلال في دعوى تلف جميع المال الظاهر في حصره في الوجود و « ثانياً » بمنع انحلال دعوى واحدة بعد كونه على خلاف الاصل في الجملة الى دعويين ، كيف وفي كثير من الدعاوي يمكن تصوير مثل هذا الانحلال المحتاج الى ضم اليمين اليه وهو كما ترى خلاف ديدنهم في الدعاوي كما هو ظاهر ، و « هذا » كله في صورة سبق العلم بالمال وإلا أي وان لم يسبق العلم به سواء علم عدمه أو لم يعلم بالحالة السابقة أصلاً قبل قوله مع اليمين لكون قوله « ابق اصالة عدم المال أو اليسار في الاول ، وإصالة عدم السلطنة على عقوبته والزامه في الثاني ، فيوجه عليه اليمين ، وفي سماع البينة منه إشكال للتفصيل الآتي في وظيفة المدعي والمنكر الفاطح للشركة ، ولكن ظاهراً اطلاق المحقق في كتاب المنسلس قبولها منه وسيتمضح وجه ما أفاد والنظر فيه

﴿ انكار المدعى عليه ﴾

و على أي حال ان جحد المدعى عليه طلب البينة من المدعي اولاً لترتب ميزانية الحلف للمنكر على فقد البينة على ماسياً في اخباره ، والظاهر من طلبه مجرد إرشاد الجاهل إلى وظيفته وإفلا دليل على الزامه لعدم اطلاق في وجوب الفصل على وجه يقتضي حفظ ميزانه كيف ويلزم على المجتهد حينئذ الفحص عن وجود الميزان وهو كما ترى ، وحينئذ فان أحضر واحكمه لتحقيق ميزان فصله وإلا توجهت له اليمين على المنكر بلا إشكال في غير الدماء من سائر الحقوق لعموم اليمين على من أنكر ، وانما الكلام في اقتضاء العموم المزبور اختصاص الوظيفة بيمينه أو ان ما هو حق للمدعي على المنكر هو ذلك وذلك لا ينافي سماع البينة منه لا اطلاق دليله بخلافه في طرف المدعي إذ لا اطلاق لدليل الحلف يشمل مثله هذا ملخص ما يستفاد من بعض كلمات الجواهر وتبعه فيه شيخنا العلامة في بعض تقريراته المحكمة واستدلاله قريب لهذا البيان ، حيث أفاد تارة بان الفقرة الثانية من قبيل الامر عقيب توهم الحضر المناسب للأرفاق عليه لعدم تمكنه من اقامة الشهود غالباً وأخرى بتزويل اطلاق الفقرتين على الغالب بضميمة اطلاق دليل الحجية في طرف البينة دون

اليمين (هذا ولكن لا يخفى ما فيه من أن مجرد اطلاق دليل الحجية غير مرتبطة بمرحلة الميزانية ، وعليه فكما لا يقتضي دليل اليمين ميزانية الحلف من المدعي فبعد عدم اقتضاء هذا العموم بالتقريب المزبور كذلك لا يقتضي اطلاق دليل البيئنة ميزانية البيئنة من كل أحد ، (هذا) مع أن الظاهر بملاحظة كونه في مقام البيان حصر الميزان في كل منهما بشيء غير الآخر ، ويؤيده ما في رواية منصور الصريحة في أن عدم قبول البيئنة من المنكر بأمر الله ، وعلى أي حال

﴿ حلف المدعى عليه ﴾

فان التمسها أي التمس المدعي اليمين احلف الحاكم المنكر على طبق انكاره ولا يجوز احتلاوه حتى يلتمس المدعي بلا إشكال ظاهر آفتوى ونصاً ، لما في جملة من الروايات من تعليق ذهاب اليمين برضاه بها بل في بعضها انه لولا رضاه بها لكان يأمره باخذ حقه تقاصاً من مال المنكر ، (هذا) ولكن لا يخفى ان الاستدلال بهذه الفقرات انما يتم على فرض كون ميزان الحكم هو اليمين المذهب بحقه وإلا فمجرد دخل الرضا في ذاهبية اليمين بحقه لا يقتضي نفي ميزانيته مطلقاً ، نعم الذي يسهل الخطب بمنع اطلاق في ميزانية اليمين على وجه يشمل عدم رضا المدعي بها إذ اطلاقات اليمين طرأوردت في مقام بيان غير هذه الجهة فيمكننا ان الشك في ميزانية اليمين في غير فرض رضاه بها ، ثم ان مجرد دخل رضا المدعي في ميزانية اليمين لا يقتضي حقيقته على وجه قابل للاسقاط ، فما في بعض كلمات المحقق من التعبير بالحق في المقام منظور فيه لو اريد منه هذا المعنى ، بل يمكن ايضاً نفي سلطنة المدعي على الالتزام بها بل له البذل في ظرف رضا خصمه بها ، نعم للحاكم السلطنة المزبورة بملاحظة كونه من شؤون حكومته ، بل في رواية عبد الرحمن « لو كان حياً لالزم باليمين أو الرد » الخ ، ولكن ذلك المقدار ايضاً لا يقتضي تقييد ميزانية اليمين بمطالبة الحاكم بحيث لو بذل قبل المطالبة لا يكون ميزاناً ، اللهم ان يدعى نفي اطلاق دليله من هذه الجهة كنفى اطلاقه من حيث رضا المدعي ، نعم في خبر اليهودي الآتي دلالة على الاكتفاء بها قبل المطالبة ولكونه بواسطة اشتماله

على الحلف في غير محضر الحاكم لا بد من طرح مثله لما سيجيء من لا بدية ذلك فيه ولو بحمله على التقيية من ولاية الجور ، وكيف كان فإن تبرع المنكر ببذل يمينه قبل مطالبة المدعي ورضاه بيمينه بلا احلاف من الحاكم ايضاً او احلفه الحاكم لم يعتد بها واعيدت مع التماس المدعي لما عرفت من شرطية رضاه في ميزانيتها ثم بعد المطالبة المزبورة إما أن ينكل أو يرد أو يحلف

﴿ نكول المنكر عن اليمين ﴾

فإن نكل ولم يرد ردت على المدعي على ما نسب الى الاكثر من القدماء والمتأخرين خلافاً لجماعة أخرى منهم المحقق في شرايعه من القضاء بمجرد النكول عن اليمين والرد إلى المدعي ، وفي المقام احتمالات أخرى لم أر نسبتها الى أحد (منها) حلف المدعي بلا رد من أحد و (منها) حبس المنكر وألزاه بالرد او الحلف و (منها) توقيف الدعوى ، ولكن الاحتمال الأول في غاية الضعف بعد عدم مساعدة قاعدة أو اصل عليه ولا أظن التزامه من أحد كما أن الاحتمال الثاني ايضاً متفرع على عدم تمامية أحد القولين السابقين بضميمة عدم رضا الشرع بتوقيف الدعوى ، ولكن احراز هذه الجهة الاخيرة في غاية الاشكال فإذا يدور الأمر بين الاحتمالات الثلاثة مع ترتب الاحتمال الأخير ايضاً على عدم تمامية أحد الأولين و (توهم) أن التوقيف مستلزم للضرر (ممنوع) لعدم احراز محققة المدعي بعد كي به يحرز الصغرى ، وعليه فلا بد أولاً من التكلم في وجه القولين الاولين فإن تم فهو وإلا فلا محيص إلا من المصير إلى التوقف

فنقول أما القضاء بمجرد النكول فقد يستدل عليه بوجوه (منها) عموم قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » نظراً الى أن التفصيل قاطع للشركة فلازمه عدم كون اليمين وظيفة المدعي إلا في صورة رد المنكر لما سيأتى من النص عليه ولازمه بمقتضى عدم القول بالفصل المدعى في الجواهر ثبوت ميزانية النكول ، وحينئذ فلا يرد عليه ما أورده في الجواهر من عدم تعرض الرواية لمزانية النكول بل مقتضى العمومات الحاصرة عدم ميزانيتها ، مضافاً الى كونه على

طبق الاصل إذ ذلك انما يتم على فرض عدم تمامية الاجماع المركب المزبور وإلا فيمكن استكشافه بالتقريب السابق الحاكم على الاصول العملية ، اللهم إلا أن يقال بعد العمومات الحاصرة أن الأمر بعد الاجماع المزبور يدور بين أحد التخصيصين أما تخصيص عموم اختصاص وظيفته المدعي بالبينة أو تخصيص عموم الحصر فيهما ومع عدم الترجيح يتساقطان فلا مجال لاستكشاف ميزانية النكول حينئذ ، بل من الممكن منع دلالة عموم البينة على المدعى على حصر أصل الميزان بل غاية الأمر يقتضي حصر ما يلزم به بالبينة ، حينئذ لو دل دليل على اثبات وظيفة اليمين له فيبقى النكول تحت أصل العدم ، وحينئذ نقول أن العمومات الحاصرة تقتضي نفي ميزانية ذير المحصور فيه ، بضميمة الاجماع المزبور يستكشف ميزانية اليمين منه وان لم يكن بذاته ملزماً به ، اللهم أن يقال ان الاجماع المزبور يقتضي كونه ملزماً به لولا ميزانية النكول فلا جرم يلزم تخصيص ظهور ما دل على حصر ما يلزم به بالبينة فينتهي الأمر حينئذ الى التساقط المزبور المانع عن احراز ميزانية واحد منها كما لا يخفى ، (هذا) ولكن لا يخفى أن الاستدلال المزبور مع قطع النظر عما قلنا فرع تمامية عدم القول بالانصل وبطلان احتمال توقيف الدعوى وإلا فلا محيص من المصير الى ما ذكرنا من الاحتمال

و (منها) رواية حلف الاخرس المشتبهة على قضاء أمير المؤمنين « ع » بامتناعه عن شربه بتقريب أن ظاهر قول الامام الحاكي لفعله (ع) في مقام بيان كيفية حلف الاخرس ولازمه ثبوت الالتزام بمجرد النكول ، غاية الأمر لا بد من تقييده بالنكول عن الرد ايضاً ولا يعارض ذلك باحتمال تقييده برد الحاكم وحالته فإنه تقييد زايد للزوم التقييد الاول جزماً مع امكان أن يقال أن عدم دلالة على امتناعه عن الرد من جهة كون امتناعه عن الحلف قد قدر متيقن في مقام التخاطب لا أنه منصرف اليه ظهور اللفظ ، وحينئذ فيبقى ظهوره في نفي التقييد من الجهة الاخرى بلا معارض و (اضعف) من الجميع توهم الاحتياج الى التقييد بكونه بعد الحكم لامكان حمل الزامه على حكمه في مقام الفصل للجزم بعدم احتياج الفصل الى انشاء مخصوص بالفاظ خاصة ، نعم الذي يرد عليه عدم التزام المشهور بمضمون الرواية وتعيين هذه الكيفية بل وأصل مشروعيتها

بل المشتهر بينهم الاكتفاء بإشارته في حلقه كما اكتفائهم بها في تلييته وقراءته فمن الممكن حمل فعله (ع) على صورة علمه بظلم المنكر وامتناعه بعد تغليظ الأمر عليه و (توهم) أن عدم العمل بفقرة من الرواية لا يقتضي طرح جميعها مدفوع بأنه كذلك لولا الارتباط التام بينهما على وجه لا يرى العرف تفكيكا بينهما، و (فيه) ان المقام من قبيل الأخذ بالكبرى التي طبقها الامام (ع) على مصداق وطرح تطبيقه المحمول على جهة أخرى وهو لا يضر بالاستدلال بالكبرى

و (منها) رواية عبد الرحمن المشتمل صدرها على قوله « فإن لم يحلف فعليه » وذيلها على قوله « ولو كان حياً لألزم باليمين أو الحق أو برد اليمين عليه » ولكن لا يخفى ما في صدرها من اختلاف النسخ ففي نسخة الفقيه تبديل هذه الفقرة بقوله « وان لم يحلف ورد اليمين على المدعي ولم يحلف فلا حقه » ومن المعلوم انه مع هذا الاختلال لا يمتنع مجال للتمسك بالحكاية الاولى لاحتمال سهو الراوي المانع عن كونهما خبرين ولا مجال في مثل المورد لجريان اصالة عدم السهو لا يفرض وحدة السند ووحدة بقيمة الفقرات ربما يوجب تحقق الوثوق بوقوع سهو في البين بمقدار مانع عن جريان الأصل المزبور، وهذه هي النكتة في عدم عملهم في موارد اختلاف الراويين في متن رواية عمل الخبرين كي يلاحظ كل منهما مستقلاً ثم تنسب احدهما الى الاخرى في مقام العلاج من حيث التعارض وعدمه، وأما ذيلها فهو فرع كون منشأ الالتزام بالحق نكوله، ولكن من الممكن كون المنشأ اقراره

(هذا كله) في رجوه الاكتفاء بمجرد نكول المنكر ولقد عرفت عدم تمامية واحد منها وأما وجه رد الحاكم اليمين الى المدعي فتارة من جهة كونه ممتنعاً وهو ولي الممتنع، وفيه أن ذلك فرع ثبوت ولاية الحاكم على مثله خصوصاً مع عدم كونه حقاً عليه بل هو حق له، نعم لو تم دليل الولاية كانت هذه القاعدة حاكمة على ما دل على حصر الراد بالمنكر، وعليه فعمدة الكلام في مثل هذه الولاية أولاً أقل من اثبات كون ذلك من شؤون القضاء أو من شؤون قضاة الجور الثابتة لهم باطلاق المقبولة، وكل ذلك مورد المنع و (اضعف) من ذلك التمسك باطلاق (برد) بصيغة المجهول في ذيل رواية عبد الرحمن ورواية هشام ورواية عبيد بن زرارة الشاملة لرد غير المنكر المخصص بالحاكم اجماعاً، إذ لمنع الاطلاق في هذه

الفقرات المستتبع للتخصيص او تقييد المنفصل الى أن ينتهي الى الواحد كمال المجال
وحيث أن فلا طريق الى اثبات مثل هذه الجهة بل بمقتضى الدليل أمره أهون وان
كان بمقتضى الفتوى أشهر ، وعليه فلا جرم
ينتهي الامر الى تعطيل الأمر عند عدم البيينة لولا الجزم باستزامته تقويت
حقوق كثيرة نقطع بخروجه عن مذاق الشرع المستلزم لاستكشاف الولاية على
الرد بعد الجزم ببطلان بقية الاحتمالات اجماعاً وبتأ ، وكيف كان ففي كل مورد

﴿ حلف المدعي ونكوله ﴾

يثبت رد الحلف الى المدعي من المنكر او الحاكم يثبت حقه ان حلف المدعي فان
نكل بطلت دعواه على المشهور بل ادعى الاجماع على الحكم الثاني ايضاً بالنسبة الى
خصوص مجلس المرافعة بل عن بعض دعوى الاجماع على السقوط مطلقاً
(وكيف كان) فعمدة المستند للحكمين ما في خبر البصري ، وان رد اليمين على المدعي
فلم يحلف فلا حق له « ومفهومه ظاهر في الحكم الاول من ثبوت الحق باليمين
ونظيره صحيح ابن مسلم وصحيح عميد ابن زرارة وفي الرسالة « ان يحلف ويأخذ
حقه وان ابى ان يحلف فلا شيء له « وفي رسالة أخرى « فان ذلك واجب على
صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله « وضعف سندهما مجبور بالعمل وحيث أن فلا
اشكال في مدرك الحكمين في الجملة ، وانما الكلام في جهات أخرى (منها) ان
الظاهر ان مورد الروايات انما هو صورة امكان صدور الحلف من المدعي
وحيث أن فلوم يكن المدعي عالماً كفاي الدعوى عن تهمة فلا اقتضاء لمثلها تشرع الحلف
عن غير بت على وجه يصلح أن يخصص بها ما دل على اعتبار كون اليمين بتيماً
وهكذا لا يقتضي مثلها تشرع الحلف لأثبات مال الغير وحيث أن فلا تشمل دعوى
الوكيل أو الوصي المتعلق بمال الغير وان ينتهي الأمر أخيراً الى كون المال بيده
لكن ذلك متقوم بثبوته لغيره ولقد أشرنا سابقاً وسياً تي ايضاً عدم مشروعية
مثل هذا اليمين بمقتضى أدلتها و (توهم) انه بعد تخيير المدعي بين الحلف والنكول
لا يقتضي مجرد اضطراؤه لترك أحد الفردين اسقاط الرد بالنسبة اليه بل غاية الأمر

ينكل فيقضي بسقوط حقه (مدفوع) بمنع الاطلاق بهذه المثابة من الأول بل الحكم
بنكوله ايضاً منصرف الى صورة تمكنه من حلقه فينكل لا مطلقاً وحينئذ فلا
يكون في مثل هذه الصورة ميزان إلا يمين المنكر

و (منها) انه قد ينازع بان اليمين المردودة بمنزلة الافرار من المنكر أو بمنزلة
البينة من المدعي ورتبوا عليه ثمرات من مثل سماعه في قبال بينة المدعي على الاداء
على الثاني بخلافه على الاول لأنه حينئذ باقراره مكذب لبينته على الاداء ومثل
عدم الاحتياج الى الحكم على الاول واحتياجه اليه على الثاني ومثل انه على فرض
كونه اقراراً لا يثبت به إلا نفي ملكيته عن نفسه واما اثباته لغيره فهو فرع قيام
طريق آخر عليه كما قرناه في اقرار ذي اليد ، وهذا بخلاف كونه بمنزلة البينة فإنه
بنفسه مثبت للملكية المال له ، ولعل عمدة نظر من قال بانه بمنزلة البينة استفادة ذلك
من عموم حصر الميزان بالبينة بالنسبة الى المدعي ، ونظر من قال انه بمنزلة الاقرار
الى ان نكوله عن اليمين وردة الى المدعي عرفياً بمنزلة الاقرار و (لا يخفى) مافى
الوجهين لمنع اقتضاء اصالة العموم في حصر الميزان التنزيل المزبور ومنع كون
النكول لاحترام أو خوف بمنزلة الاقرار عرفياً ، مع ان لازم ما أفيد كون رده
اقراراً لا يمينه وهو كما ترى مع انه على فرض تسليم استفادة التنزيل المزبور يمنع
العموم فيه على وجه يقتضى ترتيب جميع الآثار ، وعليه فلا بأس بسماع البينة على
الرد مع تسليم كون اليمين بمنزلة الافرار ، فإذ الأول جعل ذلك ميزاناً مستقلاً
ويرجع في سماع البينة أو الاحتياج الى الحكم الى مقتضى القواعد الذي هو سماع
البينة من مدعي الرد والاحتياج الى الحكم مطلقاً في مقام الفصل وعدم الاحتياج
اليه في أصل حججته لاطلاق « ان حلف فله الحق »

و (منها) ان مقتضى اطلاق الادلة السابقة ايضاً عدم اختصاص جواز الحكم
بنكوله بخصوص مجلس دون مجلس وحينئذ فلا مجال لتوهم بعض من امها له
اذا ذكر عذراً لنكوله الى زمان تمكنه من اقامة البينة لانه خلاف الاطلاق لولا دعوى
انصراف النكول في الاختيار عن مثل هذا النكول ، فإنه حينئذ يمكن ان يدعي
عدم تمامية الميزان للاصل كما لا يخفى

﴿ عدم جواز التقاص بعد يمين المنكر ﴾

و كيف كان اذا حلف المنكر لم يكن للمدعي المقاصة ولا المطالبة والترافع بلا خلاف وعمدة السند في ذلك ما في رواية ابن ابي يعفور « اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر خلف فلا حق له وذهبت اليمين بحق المدعي » وفي ذيلها ايضاً « ولا دعوى له » وفي أخرى « نفيه عن التقاص » بضميمة قوله (فان ظلمك فلا تظلمه) ، ولا يخفى ان ظاهر اطلاق الظلم عليه كون ماله باقياً على عهده وان اطلاق الظلم الثاني من باب الازدواج كجزاء سيئة سيئة ، ومن مثله بل ومما دل على جواز أخذه باقراره وتكذيبه نفسه كما سيأتي ايضاً ان شاء الله ترفع اليد عن ظهور نفي الحق في نفيه حقيقة بحمله على التنزيل بلحاظ الآثار المزبورة وحينئذ ففي شموله جميع الآثار حتى مالا يترتب منه الزام على الحالف كالتقوى ونحوه، نظر وايضاً مقتضى اطلاق (لاحق له) نفي السلطنة على الامور المذكورة ولو قبل حكم الحاكم ، ودعوى الجواهر تقييد ذلك ببعده كالفصل المترتب على البيينة منظور فيه بعد بطلان القياس، بل يمكن أن يقال بان ما يترتب على الحكم بالبيينة ليس إلا عدم مسموعية دعواه عند حاكم آخر جاهل بالواقعة وإلا فخرمة التقاص بالنسبة الى من يعلم بمخالفة الحكم للواقع لا وجه لها بعد ما تقدم سابقاً من أن حرمة رد الحكم حكم طريقي لا نفسي حقيقي ، نعم بناء على النفسية لا وجه لتخصيصه بخصوص رده ظاهراً لا في باطن الامر إلا توهم كون مصلحته ملاحظة احترام الحاكم لا غيره أذ حينئذ يصح ترتب كل ما كان يناسب هذا الاحترام ، و (لكن) أمام هذه الجهات دونها خرط القتاد ، وحينئذ فما في بعض الكلمات من الميل الى مثل هذا التفصيل منظور فيه ثم ان ذلك كله مالم يقر الحالف بكذب حلفه فلا يجوز مطالبته والتقاص منه إلا أن يقر أو يكذب نفسه فانه لا اشكال ظاهراً في جواز ذلك وعمدة الوجه فيه ما في الرواية المشتملة على قضية الوديعة وجود الوديعة فراجع ، ويؤيده ما حكى عن الفقه الرضوي ، وأما ما أفاده في الجواهر من كون الاقرار مثبتاً جديداً فمنظور فيه ، لأن دليل الاقرار لا يقتضى إلا طريقيته لا ثبات الواقع بمقدار يكون اقراره عليه ، وحينئذ فلو لا دليل خاص على تصديقي اقراره في خصوص

المقام لكأن عموم (لاحق له) حاكماً على عموم دليل الاقرار إذ هو إنما يثبت إزماءه في صورة احتمال بقاء السلطنة لصاحب المال في هذه الحال ، ومع اقتضاء الأدلة نفي سلطنة المالك على ماله لا يسبق مجال اثباته بالاقرار جزماً ، اللهم إلا أن يقال ان الظاهر من قوله (ان ظلمك فلا تظلمه) عدم جواز التعدي عليه ، ومع اقراره بالحق فلا يكون التقاص منه تعدياً عليه وظلماً ، وحينئذ لا بأس بعموم الأدلة على سماع الاقرار كلية حتى في المقام (ثم) ان ظاهر قوله « اذا رضيت بيمينه » دخل رضاه في مسقطية اليمين لحقه وذلك اما في صورة رضاه به بقول مطلق فواضح ، وأما لو كان رضاه به بخيال عدم البينة فإن كان ذلك من باب التقييد وتخلف العنوان فلا يشمر الحلف عند عدم المعلق عليه وان كان من باب تخلف الداعي فلا بأس بالاكتفاء به .

﴿ حكم الدعوى على الميت ﴾

وَأَعْلَى أَي حَالٍ لَوْ كَانَ الطَّلِبُ وَالدَّعْوَى مُتَوَجِّهَةً عَلَى مَيِّتٍ أَحْتَاكُجِ الْمُدْعَى فِي اثْبَاتِ حَقِّهِ عَلَيْهِ مَعَ الْبَيِّنَةِ إِلَى الْيَمِينِ عَلَى الْبِقَاءِ اسْتِظْهَاراً فَلَا اشْكَالَ ظَاهِرَ آفِي الْجُمْلَةِ وَإِنْ حَكِيَ عَنِ الْمَسَائِلِ نَسَبَتْهُ إِلَى الْمَشْهُورِ ، وَلَكِنْ عَنِ جَمْعِ آخِرِ دَعْوَى الْوَفَاقِ أَوْ نَفِيِ الْخِلَافِ فِي الْمَسْئَلَةِ ، وَعَمْدَةُ السَّنَدِ فِيهِ بَعْدَ كَوْنِ مِثْلِ هَذَا الْحُكْمِ عَلَى خِلَافِ قَاعِدَةِ حَصْرِ الْمِيزَانِ فِي طَرَفِ الْمُدْعَى بِالْبَيِّنَةِ مَا فِي رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمَتَّقِدَةِ الْمَشْتَمَلَةِ عَلَى قَوْلِهِ (فَإِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْحَقِّ قَدْ مَاتَ فَأَقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَعَلَى الْمُدْعَى الْيَمِينُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فَلَانِ وَإِنْ حَقَّقَهُ لَعَلِيهِ ، فَإِنْ حَلَفَ وَإِلَّا فَحَقُّهُ لَنَا لَا نَدْرِي لَعَلَّهُ قَدْ أَوْفَاهُ بَيِّنَةٌ لَا نَعْلَمُ مَوْضِعَهَا أَوْ بَغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَبْلَ الْمَوْتِ فَمَنْ صَارَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ مَعَ الْبَيِّنَةِ فَإِنْ ادَّعَى بِلَا بَيِّنَةٍ فَلَا حَقَّ لَهُ لِأَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لَيْسَ حَيًّا وَلَوْ كَانَ حَيًّا لِأَنَّ الْيَمِينُ أَوْ الْحَقُّ أَوْ يَرُدُّ الْيَمِينُ عَلَيْهِ فَمَنْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ عَلَيْهِ الْحَقُّ) الْخَبْرُ وَفِي ذَيْلِ صَحِيحِ الصَّفَّارِ « وَكُتِبَ إِلَيْهِ أَوْ تَقْبَلُ شَهَادَةَ الْوَصِيِّ عَلَى الْمَيِّتِ بَدِينٍ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ فَوْقَ نَعْمٍ مِنْ بَعْدِ يَمِينٍ » وَأَمَّا صَدْرُهُ فَبَغَيْرِ مَرْتَبِطٍ بِمَا نَحْنُ فِيهِ إِذْ ظَاهِرُهُ صُورَةٌ عَكْسُ مَسْئَلَتِنَا مِنْ شَهَادَةِ الْوَصِيِّ بَدِينٍ لِلْمَيِّتِ عَلَى الْغَيْرِ وَامْكَانُ كَوْنِ الْجَوَابِ عَنْهُ حَكِيمًا بِنُفُوزِ شَهَادَةِ غَيْرِهِ مَعَ يَمِينٍ بِلَا تَعَرُّضٍ لِقَبُولِ شَهَادَةِ الْوَصِيِّ كِي يَحْتَاكُجِ إِلَى

حمل الوصي على الوصي على حفظ الصغار محضاً كي يخرج عن شهادة من يعرج نفعاً بل وحمل اللام وعلى معنى غيره كي يكون شاهداً على مسئلتنا ويخرج عن معقد الاجماع على خلافه ، وبالجملة نقول ان في دلالة الخبرين كمال الظهور في المدعى بهد جبر سندهما بالعمل ، خصوصاً مع قوة سند الاخير ذاتاً ، و بعد ذلك فلا مجال لبعض المناقشات التي أوردها في الجواهر لما أفادها بانها لا يستأهل رداً

« تنبيهات »

نعم يبقى الكلام في جهات أخرى (منها) ان الظاهر من قوله (وان حقه لعليه كون المدعي صاحب حق مالي قابل لتحقيقه على عهدة المدعى عليه واما مجرد السلطنة على المال المأخوذ منه من جهة وصاية أو وكالة عن صاحب المال فلا يكاد يشمل هذه العبارة لها لعدم كونه حقاً على المدعى عليه ، بل لو أغض عن هذه الجهة من الاستظهار يبقى ايضاً مجال استفادة التخصيص بغير الوصي والوكيل من كون المدعي في الرواية لا بد وان يكون من شأنه اليمين ، ومعلوم ان الوصي والوكيل ليس شأنهما ذلك إذ لا يمين على مال الغير ، نعم لا يرد عليه بلا بدية كون اليمين على البت إذ هو انما يمنع في صورة كون الوصي جاهلاً بالواقعة والإلاع عليه او قيام بيئته عليه له فلا بأس بيمينه بناء على التحقيق من قيام الامارة مقام العلم الموضوعي على وجه الطريقة ، نعم لولا هذه الجهة من الكلام لا مجال في المورد من الاكتفاء باليمين على نفي العلم أو على الحق ظاهراً ولو من جهة توهم كون الرواية بصدده بيان ضم اليمين الذي هو شأن المدعي بحسب حاله أو انه شرط لحجية البيئته لا أنه مثبت للحق إذ ذلك كله خلاف تعليل الحلف بكونه نافياً لاحتمال الاداء حقيقة او تنزيلاً وليس ذلك إلا اليمين على نفي الاداء واقعاً لا غيره ، فينبذ العمدة في منع الشمول هو الذي أشرنا اليه ، وعليه فالمرجع فيهما ما تقتضيه القاعدة من الاكتفاء ببيئته المدعي

و (منها) ان ظاهر قوله (وان حقه لعليه) ايضاً كون المدعى به ديناً إذ هو الذي يصدق عليه بانه في رقبة المدعى عليه وإلا فالمتعارف في الاعيان التعبير بكونها على اليد وامثاله ، ولكن يمكن الجزم بالمناطق في العين ايضاً مع امكان

شمول التعبير المزبور لمثله فتأمل

و (منها) ان ظاهر قوله « انه مات وكان حقه لعليه » مؤيداً لظهور التعليل باحتمال الوفاء المختص بحال الحياة كون الحلف متكفلاً لنفي احتمال الوفاء في زمان حياته وأما احتمال اسقاطه او ابرائه بعد موت المدعى عليه فلا يصلح مثل هذا اليمين لنفيه. فيبقى مثل هذه الصور تحت القاعدة من الاكتفاء بالبينة (وتوهم) ان اليمين لا بد وأن يكون على طبق مضمون البينة القائمة على الاشتغال الفعلي ولازمه تكفل اليمين لرفع جميع الاحتمالات (مدفوع) بظهور الرواية بكون الراجع لاحتمال الوفاء هو اليمين فقط ولا يكون إلا بجعل البينة على حدوث اصل الاشتغال وان اليمين ناف لاحتمال الوفاء ، وعليه فيبقى الكلام في مقدار ما يتكفله لرفع مثله فع احتمال الاختصاص بما يجري في زمان حياته ، فلا مجال لتشريح اليمين المزبورة في غيره بل في مثله يستصحب الحاكم وذلك ايضاً لا بمعنى استصحابه في مقام حكمه بالاشتغال الفعلي كي يورد عليه بان الاستصحاب لا يكون ميزاناً ، بل بمعنى ان الحاكم يحكم بالاشتغال على طبق البينة على الاشتغال السابق ثم يستصحب في مقام اجراء حكمة وانفاذه كما لا يخفى

و (منها) انه لو أقام المدعي شاهداً واحداً فعن القواعد الاكتفاء باليمين الواحد ، خلافاً لبعض آخر ملزمين بتعدد اليمين لعدم تداخل الاسباب ، ولا يخفى ان نحو هذه الكلمات يدل على اكتفائهم بالشاهد الواحد بضم اليمين بدل البينة العادلة ، ولعل وجه ذلك مع تصريح الرواية بعدم الحق مع عدم البينة المنصرفة عنه جزماً ما في ذيل الرواية من التعليل بقوله « لأن المدعى عليه ليس بحي » إذ الظاهر ان هذه الفقرة علة لنفي الحق بواسطة عدم البينة ومعلوم انه لا يتم ذلك إلا بكون المراد من البينة في المقام مطلق حجة المدعي على فرض حياته إذ نفي خصوص البينة العادلة مع وجود حجة أخرى لا يوجب الزام المدعى عليه باليمين او الحق وغيرهما ، هذا مضافاً الى امكان استظهار كون الرواية في مقام تفرقة الميت عن الحي من حيث ضم اليمين بلا نظر فيه الى التفرقة من سائر الجهات ، فيبقى عموم الاكتفاء بشاهد ويمين في المايات او شاهد وامرأتين بحالهما وعلية فيمكن في المقام المصير الى عدم الاكتفاء بيمين واحد وان قلنا بتداخل

الاسباب في سائر المقامات لظهور الرواية في كون اليمين زائداً عما هو وظيفة المدعي خصوصاً مع ظهور الرواية في اختلاف مضمون اليمين الاستظهارى مع ما هو جزء بينته على أصل الاشتغال كما أشرنا ، نعم لا بأس بالاكْتفاء في يمينه بانشاء واحد على الاشتغال السابق ونفي ادائه واسقاطه وبراءه لكونه عند العرف بمنزلة اليمينين ولا يخفى ان ذلك غير اليمين الواحد على الاشتغال الفعلي الملازم لثبوته سابقاً إذ لا اشكال في عدم الاكْتفاء به بناء على عدم التداخل ، ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر ايضاً وجه قيام الشاهد والامراتين مقام البيئنة بالتقريب السابق مضافاً الى امكان دعوى كونها ايضاً من مصاديقها حقيقة

و (منها) ان مقتضى التعليل بقوله « لانا لاندرى » هل هو مجرد احتمال الوفاء الفعلي وان يصلح المورد لتحرير دعواه من المدعى عليه ببيئنة فيما بعد كي يشمل العلة مثل الدعوى على الصبي والمجنون والغائب أو هو احتمال وفاء غير صالح لتحرير الدعوى من المدعى عليه بعد ذلك ابداً كي يختص بالميت ولا يشمل غيره وجهان أ قواهما الاخير ولا أقل من الشك فلا وجه للتعدي الى غير الميت خصوصاً في الغائب الذي هو مورد النص بجواز الحكم عليه بمحض البيئنة مع كون الغائب على حجته وسيتمضح ذلك فيما يأتي ان شاء الله

﴿ سكوت المنكر ﴾

ولو سكت المنكر لآفة توصل الى معرفة اقراره او انكاره الى اشارة مفهومة قطعاً بلا اشكال وظناً على اشكال فيه ناش عن كون اشارة الآخرس هل هو من قبيل ظواهر الالفاظ التي قامت السيرة على العمل بها من باب الظن النوعي او التعبدي المحض على خلاف فيها وانها مثل الكتابة التي ليس بناؤهم على العمل بها بدون افادة العلم وجهان الا قوى هو الاخير لعدم ثبوت السيرة المزبورة فيها و على أي حال لو استغلقت بحيث احتاج الى المترجم فلا بد من مترجمين عدلين على ما تقدم تفصيلاً في كيفية رجوع الحاكم الى المترجم فراجع وان كان سكوته عناداً حبس حتى يجيب بناء على وجوب جوابه كي ينتهي الامر الى ميزان من يمينه او اقراره

بعد عدم تمامية دليل النكول والرد الذي كان المورد من مصاديقه ايضاً لو لم نقل أن المتبادر منها في بادي النظر غيره ولا أقل من كونه قدر متيقن في مقام التخاطب كي يصدق عليه نكول المنكر ، وعلى أي حال يكفي في وجوب الجواب الجزم بعدم رضا الشارع بتعطيل الواقعة بعد تحرير الدعوى بمجرد سكوت المدعى عليه للعلم باستلزامه تعطيل الحقوق مع امكان دعوى ادخاله في شؤون القضاء عرفاً او خصوصاً قضاء الجور الثابتة لقضائنا باطلاق المقبولة (ويؤيده) ما في ذيل رواية عبد الرحمن « لانزم باليمين » وان كان في دلالاته على المدعى من الألتزام بالجواب نظر ، بل النفس بهدلم تطمئن بكون امثال هذه الأمور من نحو الألتزام بالحضور والجواب من شؤون القضاء عرفاً خصوصاً مع بذل المدعى بينته والحكم على طبق بينته لعموم دليلها ، غاية الامر ان المدعى عليه على حجته على فساد الحكم لعدم الميزان او دعوى الرد الغير المنافي لحكمه بالاستتغال ، اللهم إلا أن يقال أن المستفاد من بعض الاخبار الواردة في الدعوى على الغايب عدم حجية البينة قبل الفحص عن حجة خصمه في مقام الميزانية ، بل ظاهر كلامهم ذلك فان تم هذه فيمكن اثبات مدرك للألتزام بالحضور والجواب وإلا فلننظر فيه مجال ، وسيتضح توضيح هذه المقالة في الدعوى على الغايب فانتظر لتام الكلام هناك (ثم) ان في كل مورد يثبت للحاكم الألتزام على الجواب كان له العقوبة على تركه باى نحو يراه انفذ في الوصول الى المقصود من دون خصوصية للحبس فيه لولا دعوى كونه أهون العقوبات المشكوك ثبوت السلطنة على جميع مراتبها له

﴿ جواب المدعى عليه بلا اعلم ﴾

(بقى الكلام) في التنبيه على أمرين (احدهما) أنهم حصروا الجواب بالثلاثة المعروفة بلا تعرضهم لرابع وهو دعوى نفي العلم بحقه ، واعتذر عن ذلك بعضهم بأنه داخل في السكوت نظراً الى ان المراد منه السكوت عن الاقرار والانكار وبعض آخر بأنه داخل في الانكار نظراً الى كونه المراد من الانكار هو انكار الاستحقاق عليه فعلاً ومن جهة الاصل الجاري فيه (أ قول) لا يخفى أن دخوله في السكوت فرع اجراء حكمه عليه وهو فرع اجراء احكام النكول والرد عليه

بدعوى شمول اطلاق دليلهما لمطلق عدم حلقه وإلا فبناء على عدم أثر عملي على الساكت غير الأزام بالجواب فلا يكاد يشمل مثل هذا الأثر للمقام وأما دخوله في الإنكار فهو أيضاً فرع عموم دليل وظيفة اليمين أو الرد لمثل هذا الشاك وإلا فلو بني على اختصاصهما بالمنكر للحق واقعاً فلا يشمل مثلها للمقام أيضاً ، وعليه فلا بد وان يعتذر عن تثليث الجواب بانهم بصدد تقسيم ماله أثر من الآثار المزبورة وأن سكوته عن هذا القسم لعدم أثر عليه ، وحيث انضح ذلك فالعمدة في المقام تنقيح موضوع الآثار المزبورة من أنها على نحو يشمل المقام أم لا فنقول ان دليل وظيفة اليمين وان لم يكن مختصاً بخصوص المنكر بل عموم قوله اليمين على المدعى عليه شامل للمورد ولكن عمدة الكلام في أن دليل اليمين له اطلاق يشمل كل يمين ناف للاستحقاق الفعلي أو لا بد وأن يكون اليمين على نفي المدعى به لا يبعد في المقام نفي الاطلاق لوجود المتيقن في مقام التخاطب خلافاً للجواهر المائل الى أخذه باطلاق دليل اليمين وعليه فمقتضى الاصل عدم ميزانية اليمين على نفي العلم أو نفي المدعى به ظاهر آ في نفي المدعى به واقعاً إلا ما خرج في توجيه الدعوى باشتغال ذمة المورث على الوارث متضمنة لدعوى العلم عليه كما سيأتي في محله ، و (حيث) كان الأمر كذلك يبقى الكلام في مطلب آخر وهو أن مثل اليمين على نفي الواقع هل يتمشى من مثل هذا الشاك أم لا بعد الجزم باخذ العلم في الأدلة العامة الآتية ووضوعاً في اليمين (أ قول) ان المقام عند وجود اماره له على نفي الواقع من صغريات مسئله قيام الأماره مقام العلم المزبور ولقد حققنا قيام ذلك في محله ، وأما الاصول فلا يصح للقيام إلا الاستصحاب بناء على التحقيق من كون مفاده هو التبعد بابقاء اليقين لانفس الواقع المتيقن ولكن ذلك انما يثمر في مورد اخذ في موضوعه مجرد اليقين لانفي الشك وإلا فشان الاستصحاب ليس نفيه وانما هو ناظر الى ابقاء اليقين في ظرف الشك وهو غير نفي الشك كما لا يخفى ، وحينئذ فقيام الاستصحاب في المقام فرع كون المأخوذ في دليل الحلف مجرد اليقين به بلا استفادة نفي الشك والسترة فيه واثبات ذلك وان كان مشكلاً ولكن ظهور ادلتها في الاول أيضاً اشكل ، وعليه فلا يجوز له الحلف على نفي الواقع ، ولازم ذلك عدم اثمار رده او نكوله ورد الحاكم إذ ذلك كله فرع الفراغ عن كون اليمين وظيفته فعلاً

غاية الامر امتنع عنه باختياره ، (ثم) ان ذلك كله في صورة عدم وجود بينة المدعي وإلا فلا بأس بالاخذ بعموم ميزانيتها والحكم على طبقها ، ولعل التقسيم المزبور انما هو بلحاظ حال المدعى عليه بعد انتهاء الامر اليه لفقد البينة فتأمل

(الحكم على الغائب)

(الأمر الثاني) في بيان الحكم على الغائب ، فنقول أولاً ان مقتضى الاصل وان كان عدم ميزانية ما هو مشكوك الميزانية وعدم نفوذ الحكم إلا ما خرج واكن اطلاق حجج دلائل البينة لا قصور فيه بضميمة عموم « رجل قضى بالحق وهو يعلم » بعد البناء على استفادة تتميم الكشف من عموم دليل حجج البينة من مثل ذيل رواية مسعدة ، بل ولولا العمومات الحاصرة (لكنا) نقول بان مقتضى القاعدة ميزانية كل امانة يستفاد من دليلها تتميم كشفها عن الواقع ، وعليه فلا يحتاج الى التمسك بمثل عموم البينة على المدعي او العمومات الحاصرة بنفسها لميزانية البينة في امثال المقام كي يرد عليه بمنع كونها في مقام البيان من حيث المورد ، بل غاية الامر استفادة الاختصاص في مرحلة الميزانية بالمدعي او ميزان الفصل منحصر بالبينة واليمين والسنة الماضية ، وأما في أي مورد فلا يستفاد منها شيء ، وبالجملة نقول ان مقتضى الاطلاقات بالتقريب المزبور ميزانية البينة من المدعي وجواز الحكم على طبقه ولو قبل سؤال المدعي عليه ولو كان حاضراً في المجلس فضلاً عن كونه غائباً عنه أو عن البلد وان كان دون المسافة فضلاً عن ان يكون بمقدارها ، ولا ينافي ذلك ايضاً كونه على حجته إذ هو بينما ينفي صغرى الحكم عن ميزان لدعوى جرح شهوده أو يدعي الوفاء او البراء وكل منهما لا ينافي ادلة حرمة الرد كي يدعى كونه على خلاف الاعداء ايضاً ، نعم قد يظهر من الكلمات عدم نفوذ القضاء قبل السؤال عن الخصم الحاضر في المجلس المستلزم لعدم حجج البينة وميزانيتها قبل الفحص عنه من المدعي الحاضر بل جعل في الجواهر هذه الصورة في سلك المسلمات ناسباً لها الى الدروس ايضاً ، فان تم فهو فيكون الخارج عن تحت القاعدة هذه الصورة فقط دون غيرها ، نعم قد يستظهر من بعض الاخبار قلب هذه القاعدة رأساً الذي لازمه الاحتياج في جواز الحكم على الغائب الى اخبار خاتمة وإلا فالاصل الثانوي

يقتضي خلافه وذلك مثل ما في رواية البخري « لا يقضي على غائب » وفي خبر آخر « فلا تحكم لاحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر » الى ان قال « فما شككت في قضاء بعد ذلك » وفي رواية العياشي « فاذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع الآخر فانه أجدر ان تعلم الحق » وفي رواية ابن مسلم « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع من الآخر فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء » الى غير ذلك من الروايات الظاهرة في وجوب الفحص عن حجة الخصم المعارضة لبيئة المدعي أو النافي لحجته ، وبمثلها تقييد الاطلاقات السابقة ببعد الفحص المزبور ، ولكن الانصاف منع تمامية هذه الروايات لأن الأولى منها باطلاً فيها معرض عنها فمن المحتمل كونه للحمل في سندها مع امكان حملها على نفي القضاء البقي قبيل الحاضر في المجلس الذي لا يقضى عليه إلا بتأ ولو من جهة السيرة او الاجماع المستظهر من تسامحه في كلماتهم كما عرفت عن الجواهر ، واما البقية فيمكن حملها ايضاً على مثل هذا المعنى بملاحظة حضور المدعي عليه كما هو منصرف الاخبار ، مع امكان دعوى اشعار التعليمات على شدة الفحص لتحصيل الواقع مها امكن الذي هو مستحب جزماً ومن المعلوم ان اقتران الكلام بمثل هذه التعليمات الصالحة للقرينة يمنع انعقاد ظهور الكلام في وجوب الفحص ، وعليه فليس في البين ما يوجب قلب القاعدة الأولية فيؤخذ بها إلا في خصوص الحاضر في مجلس المرافعة للاجماع أو السيرة وإلا فيؤخذ بالقاعدة حتى في الحاضر في البلد فضلاً عن غائبه ولو بمقدار دون المسافة من دون احتياج الى التشبث بالاخبار الخاصة كي يدعى انصرفها الى الغائب عن البلد بقرينة قوله « اذا قدم » إذ ذلك انما يتم بناء على عدم تمامية الاطلاقات الأولية ومثل هذا المشي خلاف المشهور على المحكي في قضاء الشيخ العلامة الكني أعلى الله درجته ، وبعد ما ذكرنا كله لا يحتاج في اثبات جواز القضاء على الحاضر في البلد الغائب عن المجلس الى التمسك بقصة ابي سفيان كي يورد عليه بما كان كونه من باب الأذن من حيث الولاية لا بملاك فصل الخصومة (بقى الكلام) في مطلب آخر وهو ان المشهور اختصاص الحكم على الغائب في حقوق الناس دون حقوق الله واستدل عليه في الجواهر بما دل على ان الحدود تدبره بالشبهه (أقول) لا يخفى أن هذا الاستدلال انما يتم في صورتين (احدهما)

في صورة قيام البينة على مجرد شرب الخمر أو الوطي بالأجنبي بلا خصوصية كونه عن عمد وعلم ، إذ حينئذ مجرد البينة على الشرب مع احتمال الشبهة في حقه لا يوجب حداً عليه (ثانيتها) فالوفرض تمامية الاخبار السابقة على وجوب الفحص على وجه تنقلب القاعدة الأولى بقاعدة ثانوية من عدم جواز الحكم على الغير قبل الفحص عن حجته ، فانه لا مجال للحكم على الغائب الا ماخرج ، والمفروض ان ما دل على جواز الحكم على الغائب ايضاً لاعموم فيها على وجه يشمل المقام ، وأماالوفرض بقاء القاعدة الأولى على حالها وقيام البينة على الفعلين عن عمد وعلم فلا وجه لعدم الحكم على الغائب حتى في الحدود لعدم شبهة حينئذ كي بها تدره الحدود غاية الأمر هو على حجته اذا قدم (ثم) على فرض عدم الحكم في حقوق الله فلو كان المدعى به ذات جهتين كدعوى السرقة لأغبار في التفكيك بين الجهتين من الأخذ باطلاق دليل البينة بالنسبة الى احدى الجهتين دون الأخرى ، لأمكان التفكيك في طريق الاثبات بين الجهات ، ومالا يمكن ذلك فانما هو في وسائط الثبوت وحينئذ لا مجال لاجراء احكام وسائط الثبوت في وسائط الاثبات ، وايضاً لو بنينا على وجوب الفحص وعدم الحكم على الحاضر في المجلس قبل الفحص عنه فانما يتم ذلك بالنسبة الى نفس الخصم الحاضر في المجلس ، وأما بالنسبة الى وكيه الغائب عن المجلس في دعوى ادائه اليه فلا مانع عن الحكم على طبق بينة المدعى على الوكيل لشمول القاعدة الاولية لثل هذه الصورة بلا شمول دليل المخصص له

الفصل الثالث في الاستحرف

وهو نحو من الاعتبارات العقلائية المتقومة بالفصلا جداً نظير التعظيم والتوهين ولا يبعد دعوى كونه من سنخ المراهنة في المايات الموجبة للوثوق لتخصيصه ل مقصوده فكان الحالف في المقام رهن المحلوف به على وقوع ما اخبر به وجودياً كان أم عدمياً ، بحيث كان في اعتباره ينعدم المحلوف به وينفقد ما هو عزيز لديه بكنذب خبره وعدم وقوعه ، ولذا ينسب الى الحالف اعدام المحلوف به عند انكشاف كذبه ، بل ربما يصير من حلف برأسه أو بعمره بصدد المواخذة عنه في حلقه به

كذلك ، وحيث كان الامر كذلك (فقول) ان من المعلوم ان الامور الاعتبارية القصدية لا يضاف الى احد إلا بتوسيط لحاظه في ذهنه وبحسب اعتقاده ، ولا يمكن في هذه الاضافة مجرد وجوده واقعاً ، ومن جهة ذلك يصح سلب تعظيم زيد لشخص اعتقد انه عمرو فيان زيدا ، ومن هذا القبيل حلقة ، ولازم ذلك اعتقاده بوجود المحلوف به في اضافة الحلف اليه وكرنه محلوفاً به (وعليه) فقد يشكل الامر في الحلف بالله أو بسائر اساميه المختصة به تعالى ممن لا يعتقد بذاته المقدسة لكونه دهرياً أو يعتقد بالوهية غيره مثل المجوسي القائل بالنور والظلمة ، مع انه ورد في الرواية بانه ولا حلف حتى من المجوسي إلا بالله « بل في خبر « لا يصلح حلفهم بألهتهم » ووجه الاشكال انه كيف يصدر منه حقيقة الحلف بالذات المستجمع الذي هو معنى لفظ الله مع اعتقاده بعدمه ، بل لا يحصى من ارادته من الله ما هو بحسب معتقدهم آله وهو النور والظلمة لا خالقهما (وتوهم) ان الظاهر من الحلف بالله هو الحلف بنفس اللفظ لا المعنى كما عن بعض الاعاظم (كلام ظاهري ، إذ من البديهي ان الظاهر من الحلف بشيء هو الحلف بمعناه لا لفظه فكان اضافة الحلف الى الله كاضافة التعظيم اليه من كون المضاف اليه مسماه لا اسمه كما هو الشأن في جميع الالفاظ المأخوذة في حيز الحكم ، ، إذ هي عبرة لأبصاليه الى معانيها لا نفسها من دون فرق بين كون اللفظ قابلاً للحكم عليه ايضاً أم لا نعم في بعض الاخبار « واضفهم الى اسمي » وظاهره وان كان للاسم دخل فيه ولكن لا يتنافى ذلك مع ظهور البقية في دخل معناه ايضاً ، فيستفاد من المجموع وجوب كون الحلف بذاته المقدسة بتوسيط اساميه المختصة به ، وبهذا البيان ربما يجمع بين ما دل على حصر الحلف بالله الظاهر في معناه وبين ما دل على دخل اسمه فيه ، ولازمه كون الحصر في الاخبار ناظراً الى نفي الحلف بغير ذاته المقدسة لا بغير لفظ الله فيبقى حينئذ اطلاق اسمي الظاهر في الاكتفاء بمطلق اسمه المختص به بحاله ، من دون فرق بين اسم ذاته او صفته ، نعم يخرج مالا يكون من الاسامي المختصة به كالموجود الواحد والاحد التي لا تشار الى ذاته المقدسة إلا بتوسيط القرينة لأنصرف اسمي عن مثلها ، وبالجملة بعد ثبوت دخل المعنى في تمشي الحلف به جدا ، كيف يمكن اضافته اليه بدون اعتقاده به ، وعليه فلا يحصى من ارادة خلاف ظاهر في رواية

المجوسي أما بارادة الحلف بلفظه او الحلف بما هو معتقد المحاف بما هو موجود اعتقادي له لأنه المتيقن لدى الحالف لا المعتقد بما هو خارجي ، وعليه فلا مجال للتعدي الى الدهري الذي لا يعتقد بشيء أصلاً إلا بدعوى تنقيح المناط في التعدي وذلك أيضاً لولا احتمال آخر في المجوسي وهو الحلف على طبق ما اعتقده من الله غاية الأمر استفيد من قوله واصلهم الى اسمى اعتبار لفظه ولا يمكن اعط النور والظلمة، إذ مع هذا الاحتمال كما هو الأقرب انصافاً في مثل هذه المقامات لا يبقى المجال لدعوى المناط أيضاً بالنسبة الى الطبيعي الذي لا يعتقد بشيء أصلاً

و من التأمل فيما ذكرنا كله ظهر انه لا يجوز الحلف بغير اسماء الله تعالى ، وفي بعض الاخبار « من حلف بغير الله فقد أشرك » وفي آخر « فقد كفر » الى غير ذلك من الاخبار التي منها ما في صحيح ابن مسلم « ان لله عز وجل ان يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه ان يقسموا إلا به » وقد يقال ان ظاهر هذه الروايات خصوصاً الأخيرة حرمة الحلف بغير الله في مطلق الموارد حتى في غير مورد فصل الخصومة ، نعم في دلالتها على نفي الفصل بها اشكال من جهة عدم اقتضاء النهي عن المعاملة فسادها ، نعم ما دل منها على نفي الحلف يكفي لنفي جميع آثاره التي منها ميزانيته في مقام الفصل ، بل لولا هذه الاطلاقات يكفي في نفي ميزانيته الأصل بعد عدم اطلاق في دليل اليمين من هذه الجهة ، وأما دلالتها على الحرمة ففيه أيضاً اشكال إذ الظاهر من قوله « وليس لخلقه » نفي الحلف بنحو كان له تعالى ومثل ذلك أعم من الكراهة ، وهكذا ما في رواية أخرى (ولا أرى ان يحلف الرجل) إذ مثل هذا التعبير يناسب الكراهة أيضاً ، بل وفي الخبرين الأولين المشتملين على الشرك والكفر أيضاً يمكن نفي الظهور في الحرمة ، لورود مثل هذه التعبيرات بل وأشد منها في المكروهات ، ويؤيده قيام السيرة بمثل هذه الأيمان من دون نكر في غير مقام الفصل ، وتوهم التخصيص في النواحي بخصوص مقام الفصل لا يساعده ما في صحيح ابن مسلم المتقدم ، لقوة ظهوره في غير مورد الفصل من جهة صدره فراجع ، نعم الذي يرد عليه ما في جملة من أخبارهم من حلفهم عليهم السلام بغير الله ، حيث انه لا يناسب الكراهة أيضاً ، وذلك مثل قول

الرضا (ع) (لا وقرآبي من رسول الله (ص) وفي كتاب ابي جعفر (ع) « اني قد جئتكم وحياتكم » وعن ابي الحسن (ع) « وحقك لقد كان الخ » وعن مواضع من نهج البلاغة حلته بعمره الشريف وعن علي بن الحسين « نحن وبيت الله أولى بالنبي » الى غير ذلك من موارد حلثهم بغير ذاته المقدسة ، ومعلوم أن مثاه ينافي المرجوحية مطلقا ، وعليه فلا تخلو الأخبار عن المعارضة على وجه غير قابل لطرح أحدها سنداً ، لا مكان دعوى تواترها اجمالاً ، ولا دلالة إلا بحمل الأخير على صورة تحقق عنوان راجح في حلثهم بحيث تمنع هذه الجهة عن كراهة ذاته ، وعليه فلا مجال لجعلها قرينة على رفع اليد عن ظهورها في الحرمة على فرض ظهورها فيها (ثم) ان ظاهر الاطلاقات عدم جواز الحلف بغير الله حتى من الذي ولو كان ذلك اردع لهم ، ولكن المحقق في شرايعه التزم بجوازه بخبر السكوني من أن أمير المؤمنين (ع) « استحلّف يهودياً بالتوراة التي انزلت على موسى » وظاهر هذا التعبير كونها المحلوف بها لا غيرها كما احتمله في الجواهر وعليه فلا بأس بالاخذ بدلالته لولا ضعف سنده وعدم جبره ، وعمل المحقق فقط غير صالح للجبر خصوصاً مع احتمال عدم اتكاله بهذه الرواية ، وانما اتكل بما في صحيح ابن مسلم « سئلته عن الاحكام ، قال في كل دين ما يستحلّفون به » وهو ايضاً من جهة احتمال منته لأن في بعض النسخ ما يستحلّفون به بل والدلالة من جهة احتمال كون المراد أن في كل شريعة ما يستحلّفون به لاستحلاف أهل المال في شرعنا لا يصحح لئلا تكال عليه على وجه ترفع اليد به عن الاطلاقات والله العالم

ويستحب قبل الاستحلاف الوعظ والتخويف كما في رواية مشتملة على قصة الحضري والكندي فراجع الجواهر ومقتضى الاطلاقات ايضاً الاكتفاء بقوله لا والله ماله قبلي حق ولكن يستحب التعليق في الحقوق مطلقاً كما في الشرايع وفي المايات بما باغ نصاب القطع فما زاد على المشهور للصحيح (لا يحلف أحد عند قبر النبي (ص) على أقل مما يجب فيه القطع ومقتضى اطلاقه اعتبار النصاب المزبور في مطلق الحلف ، لولا دعوى انصر اذ الى المايات ، بل وقد يشكل استحباب التعليق مطلقاً إذ غاية ما في الباب ماورد من حلف الامير (ع) الأخرس ، وماورد في يمين

الأستظهار ، وفي ثالث تغليظه على اليهود والنصارى استظهاراً للمسلمين ، ومثل هذه الاخبار لا يقتضي اطلاق الاستحباب إلا بقتة يريح المناط ، فان تم فيمكن استفادة التفصيل من الجمع بينها وبين الصحيحة وإلا فلا بد من المصير الى تفصيل آخر من التغليظ بين المسلمين في مالياتهم بمقدار النصاب واستحباب التغليظ في غيرهم مطلقاً فتأمل ، ثم ان التغليظ تارة بالقول وأخرى بالمكان والزمان ويكفي للآول ما في يمين الأخرس (ائلفوا الظالم الخ) والثاني ما في الرواية (لا يحلف أحد عند منبري الى قوله إلا تبوء مقعده من النار) ونظيره خبر آخر وفي ثالث (فعليه لعنة الله) ولكن في دلالة هذه على استحباب التغليظ بالمكان نظر ، نعم هي دالة على مشروعية التغليظ مكانياً كمشبوت مشروعيته زمانياً بقوله (ورجل حلف بعد العصر يمينا فأجرة) وعليه فلا بد من استفادة الاستحباب فيهما من فحوى ما دل على استحبابه قولاً من قوله (ائلفوا الظالم الخ) فتأمل ، وعلى أي حال لو امتنع عن اجابة التغليظ لم يجبر بل يكفي والله ماله قبلي كذا كما أشرنا وحينئذ لا مجال لاجراء حكم الكول عليه (وتوهم) انه لو لم يجب الاجابة لما كان لاستحبابه على الحاكم معنى (منظور فيه) إذ يكفي فيه كون مقتضاه استحباب اجابته ، بل من الممكن منع الملازمة بين الاستحبابين ايضاً ، ولذا نقول بانه لو حلف على أن لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه من الحاكم فأجابه لم تنحل يمينه

بل يمكن دعوى عدم الانحلال حتى على الملازمة بين الاستحبابين لو كان لنفي اجابته رجحان دنيوي ، لأن مرجعه حينئذ الى مزاحمة مقتضى الوجوب مع مقتضى الاستحباب ، ومن المعلوم أن الاول أولى بالمراعات ، نعم لو لم يكن له رجحان دنيوي لا بد حينئذ من تقديم دليل الاستحباب في الاجابة على دليل اليمين ، لأنه من باب الدوران بين التخصيص والتخصيص كما لا يخفى

﴿ كيفية حلف الأخرس ﴾

و كيف كان فالشهور ان يمين الأخرس بالاشارة المفهومة وقد يوجه بقيام سيرة على كونها بمنزلة القول في ابراز مقاصده من دون احتياج في اصل

مبرزيتها الى التمسك بالنصوص الواردة في تكبيره وتلبيته ولو بتنقيح المناط هذا
واكن يمكن ان يقال أن الحلف بحقيقته بعد مالا يكون من مقولة المعنى محضاً
بل هو كسائر الاعتبارات من الامور الانشائية المحتاجة الى السبب في انشائه
المبرز لمقصوده فينبغي ان احتمال دخل الابرار القولي فيه فلا يكفي مجرد اتكالمهم
في أصل ابراز المقاصد منه بإشارته في الاكتفاء بها في انشائه ، بل يحتاج الى نص
مخصوص دال على قيام اشارته مقام قوله في هذه الجهة ولهذا الجهة نحتاج الى
التمسك بالاخبار الخاصة الواردة في التكبير والتلبية وحينئذ فان تمت دلالتها على
البديلية ولو بتنقيح المناط فهو وإلا فلننظر فيه مجال ، نعم لو ثبت من الخارج كجاءه
غير بعيد الاكتفاء في انشائه بمطلق المبرز كانت السيرة المزبورة كافية بلا احتياج
الى النصوص الخاصة ، ولكن لازم ذلك الاكتفاء بالإشارة المزبورة حتى من
المتمكن عن القول الصريح والنطق الفصيح ، مع أن ظاهر كلماتهم تخصيص
الاكتفاء بها بالاخرس ، وتوهم قيام اجماع في البين على خلاف اطلاقات الحلف
كلام ظاهري ، فاذن الاولى أن يقال في وجه التفصيل باحد الوجهين احدهما
دعوى انصراف اطلاقات الحلف من كل طائفة الى ما يتمكن من اعلى مراتب
الاطهار وهو من كل طائفة شيء مخصوص نظير ما قيل في انصراف ادلة المسح
باليد الى المسح بباطنهما ، ومع ذلك تمسكوا بها في المسح بظواهرها لغير المتمكن
فراجع ، و (ثانيها) دعوى منع مظهرية الاشارة من المتمكن من القول الذي
هو اعلى مراتب الاظهار ، إذ من المعلوم أن عدول المتمكن من الاعلى الى الادنى
يوجب وهنا في دلالاته ، ولذا ترى الاكتفاء به عند وجود مانع من تلأظه ، وفي
الحقيقة تخرج الاشارة من مثل هذا المتمكن عن أصل الدلالة لأبهامها اخفاء
مقصوده ، وأما في مورد كان له مانع عن ابراز مقصوده بقوله فلا نسلم عدم
الاكتفاء بإشارته في حلقه وابرار سائر مقاصده ، ولا يبعد دعوى انصراف كلمات
الاصحاب ايضاً عن هذه الصورة ، وعلى أي حال لا اشكال في صدق الحلف مع
الاشارة المفهمة من أي شخص وبعد ذا يصير مشمولاً لاطلاقات الباب من دون
فرق بين افراد اشارته من وضع يده أو غيره ، بل ويمكن التعدي منه الى كل مبرز
حتى مثل شرب ماء غسل فيه اسمه تعالى على ماورد به النص السابق ، ويمثله

يستكشف انه لا مدخاية لخصوص الابرار بالاشارة في حلفه ، ولعل طر حهم النص من جهة ظهوره في التعمين خصوصا مع اشتماله على التقليل الغير الواجب اجابته والحكم بنكوله مع عدمها ، وهذا كله مع امكان منع المبرزية في صرف الشرب على قصد الحلف

وانشائه ، وحينئذ فقي أصل الاكتفاء به لولا النص مع اعتباره سند اكمال مجال ، والغرض ان اعتباره مع اعراض الاصحاب عن مثل هذه الطريقة في غاية المنع والله العالم

اعتبار مجلس القضاء في اليمين

ولا يحلف المنكر إلا في مجلس القضاء مع المكنة بلا خلاف فيه في الجملة ، وإنما الكلام في المراد من المجلس من انه المجلس المعد للقضاء ولولم يكن مجلس سماع الدعوى ، أو خصوص مجلس سماع الدعوى أو خصوص مجلس الحكم ، أو انه كناية عن مطلق محضر الحاكم وان التعبير به لا تحادها غالباً وجوه يمكن حمل كلامهم على الاخير خصوصاً مع عدم مساعدة انصراف المطلقات بازيد من ذلك وفي الزائد عن هذه الجهة يؤخذ باطلاقها و (توهم) ان الرواية في مقام بيان من له ميزان مخصوص من دون نظر فيها إلى مثل هذه الجهات فمع الشك في دخل شيء في ميزانيتها فلا بد أن يؤخذ به للاصل (مدفوع) بظهور الرواية في كونها في مقام بيان أصل ميزانية الحلف على المنكر لا لبيان ثبوت المنوع عن ميزانية عليه كي يحتاج في اثبات ميزانيته الى الخارج ، وبعد ما فرض كونه في مقام بيان أصل الميزانية فلا شبهة في انه يؤخذ بمقدار ما له من الاطلاق ، غاية الأمر بعد ملاحظة مقدار ينصرف اليه اطلاقها وهو ليس إلا كونه في محضر الحاكم ، واما دخل مجلس دون مجلس مدفوع باطلاقها ، ويشهد لما ذكرنا انه لولا الاطلاق في الرواية من هذه الجهات لما كان مجال للتعدي عن دخل كلما شك في دخله من مثل كونه في مجلس الحكم والدعوى مع كون المجلس معداً للقضاء ايضاً ، ولا أظن التزام أحد بمثل هذه التضييقات في ميزانية الحلف ، وذلك شاهد عدم اعتنائهم بمثل هذه التشكيكات في ميزانيته من جهة اطلاق دليله ، وعلى اي حال لولم يتمكن

بتمكين منه في محضر الحاكم فهل يجب على الحاكم ذهابه الى منزله لسماعه أم لا وجهان
 مبنيان على ان وجوب الفصل عليه هل هو مطلق حتى من جهة تحصيل الميزان
 أو مقيد بحصول شرائطه وعلى التحقيق من منع الاطلاق في ادلة الفصل المتكفله
 لمثل هذه الجهة لا وجه للمصير الى وجوب ذهابه ، مضافا الى مناقاته لعظمة منصب
 القضاء ، وعلى أي تقدير هل يجزي ارسال وكيله في سماعه منه فيه ايضاً وجهان
 مبنيان على ان تحصيل مثل هذه المقدمات من الوظائف الخاصة على حسب العمل
 الشرعي كتنفس القضاء أم ليس من الوظائف المخصوصة بالقاضي بل شأن كل أحد
 تصديها وان كان المخاطب بها خصوص القاضي ، فعلى الاول لا مجال لاثبات
 التوسعة بادلة الوكالة اطلاقاً كانت أو سيرة لما عرفت غير مرة من أن ادلة الوكالة
 إنما توسع ما كان شأنه التوسعة بعد الفراغ عن ثبوت هذه الشأنية ومع الشك فيها
 لا يبقى لاثباتها مجال ، نعم بعد الفراغ عن شأنية الصدور من كل أحد كان لادلة
 الوكالة شأنية اثبات التوسعة وسلطنة المخاطب بها على التوكيل ، وحينئذ فلا بد
 اولاً من اثبات الشأنية المزبورة وإلا فلا قصور لادلة الوكالة ولو مثل بناء العقلاء
 لاثبات مشروعية الوكالة والاستنابة في الافعال القابلة للتسبيب ، وقصارى ما يتخيل
 من الطريق لاثباتها دعوى كون ذلك من شؤون القضاة عرفاً أو من شؤون قضاة
 الجور الثابتة لهم باطلاق المقبولة ، فان تم ذلك فهو وإلا فلا نظر فيه مجال ، ولعل
 مثل هذا لتشكيك دعوى الجواهر على الاشكال في الحلف عند التوكيل واحتمل
 إيقاف الدعوى الى أن يتحقق لها الميزان ، لا أت نظره فيه الى ظهور دليل
 الاستحلاف في المباشرة مع صلاحيته للاستنابة فيه ، إذ من المعلوم ان مثل هذا
 الظهور محكوم باقتضاء ادلة الوكالة سلطنة المخاطب بعمل على الاستنابة فيه بعناية
 ان النائب هو المنوب عنه على وجه يصدق أن الفعل صدر عنه عناية وتزويلاً كما هو
 الشأن في جميع موارد تشريع النيابة التي توسع ببركة دليل النيابة دائمة الموضوع

﴿ اعتبار البت في اليمين ﴾

• على أي حال لا بد في اليمين أن يكون على البت والقطع إلا في نفي فعل الغير
 فانها على نفي العلم بلا خلاف فيه في الجملة ، ولا يخفى أن مقتضى ظاهر هذه العبارة

المعروفة بينهم التفصيل بين اليمينين في قطع الدعوى على الأمر الواقعي المتعلق بنفسه أو بغيره لا التفصيل بين كون المدعى به أمراً واقعياً راجعاً الى نفسه أو علم المدعى بفعل الغير ، اذ بناء عليه لا معنى للتفصيل المزبور بل يكون اليمين الفاصل مطلقاً على البت ، غاية الأمر تارة يكون المدعى به الاشتغال واقعاً واخرى علم المدعى باشتغال غيره ، ولذا التزم العلامة الكني أعلى الله درجاته بظاهر التفصيل واختار كفاية اليمين على نفي العلم في دعوى الاشتغال واقعاً اذا كان المدعى به اشتغال غير المدعى عليه بل التزم ايضاً بعدم احتياج ذلك الى تضمن دعواه دعوى علم المدعى عليه باشتغال مورثه ولـسكن في كثير من الكلمات مثل ما قاله المحقق في شرائعها وصرح المسالك ايضاً اشتراط دعوى العلم في توجيه اليمين على نفي العلم على المدعى عليه ولا يخفى ان مقتضى اجمع بين عبارتي المحقق المتعرضة للتفصيل الأول وتصريحه بهذا الشرط هو الذي اجاب به في الجواهر من أن مراد المحقق وسائر الأصحاب اشتراط دعوى العلم في ضمن دعوى الاشتغال الواقعي المتعلق بالغير في توجيه هذه الدعوى عليه بخلاف الاشتغال المتوجه الى نفسه فانه لا يشترط ذلك فيه وان اليمين الفاصل للدعوى الأولى هو يمين نفي العلم بخلاف الفاصل في الثانية فانها اليمين على نفي الواقع عن بت ، نعم في صريح الرياض والمستند جعل اليمين نفي العلم فاصلاً للخصومة في دعوى العلم على المدعى عليه مع بقاء دعوى الاشتغال الواقعي بلا فصل ، ولذا أورد بعضهم الايراد على تفصيل الأصحاب بتوهم ان غرضهم في شرطية دعوى العلم ايضاً ذلك وان يمين نفي العلم عندهم ايضاً يكون فاصلاً لهذه الخصومة ، ولكن الانصاف ان مثل هذا المعنى اجنبي عن كلمات المفصلين كما لا يخفى من جهة ان مقتضى الجمع بين الكلمات هو الذي اشرنا اليه ولازمه عدم سماع الدعوى على الميت بعد اليمين المزبورة من الوارث ، بخلاف ما لو قيل بمقالة الرياض والمستند فان محل هذه الدعوى بعد باق ، نعم بناء على كون اليمين على نفي العلم فاصلاً للخصومة رأساً يبقى الكلام في وجه اشتراط توجيه هذه الدعوى الى الوارث بتضمن دعوى العلم عليهم ، وامله من جهة ما هو المعروف بينهم من لا بدية كون الدعوى ملزمة للخصم ، ومعنى الزامه كون المدعى به شيئاً على عهدة الخصم على وجه كان المدعي السلطنة على الزامه على الخروج عن عهده ،

ومن المعلوم ان هذا المعنى في الدعاوى المالية على نفس الخصم في غاية الوضوح
واما في دعوى اشتغال الغير بالمال على وجهه لا يكون الخصم إلا ملزماً الزاماً
تكليفيًا واقعاً بادائه من مال مورثه فلا يكاد يتحقق إلا في ظرف علمه اذ بدون
علمه كانت ذمته بريئة بحيث ليس لصاحب المال الزامه بادائه فكيف يوجه اليه
خصومته، مع أن مناط الزامه علمه باشتغال ذمة مورثه ، ولا يخفى أن مرجع
ذلك الى دخل العلم في ملزمة الدعوى الذي هو من تبعات تنجز التكليف عليه في
هذه الصورة اذ بدونه تكون ذمته بريئة بالمرّة فلا يكون له حينئذ حق توجيهه
الخصومة اليه لعدم سلطنته على الزام برىء الذمة بشيء ومثل هذا المعنى لا ينافي
طريقة علم الخصم بالنسبة الى تكليفه بتفريغ ذمة مورثه بلا موضوعية فيه ابداً
على ماتوهم ، هذا غاية التوجيه لوجه اشتراط دعوى العلم في توجيه دعوى اشتغال
ذمة الميت على الوارث ، ومرجعه الى كون دعوى علمهم متمم هذه الدعوى عليهم
ولازمه حينئذ كون يمين نفي العلم منهم فاصلاً لهذه الخصومة الذي لازمه قطع
علقة المدعي عما في ذمة الميت من حيث اضافته اليهم الذي هو عين قطع علقته عن
تركة الميت ولازمه بقاء دعواه على الميت بلا ملزم لأن نتيجة هذه الدعوى تنتهي
الى اثبات حق في تركته المعلوم سقوطه باليمين السابقة وحينئذ لانعني من فاصلية
اليمين المزبورة لأصل دعوى الاشتغال الواقعي حتى بالاضافة الى الميت الا هذا
و حينئذ (لا يقال) أن الحكم محض في الفاصلية للخصومة المتوجهة الى شخص المدعي
عليه لا غيره فيبقي توجيه دعوى الاشتغال على الميت باقياً بحاله ولازمه رجوع
نتيجة هذه المقالة الى ما اختاره في الرياض وان افترقا من حيث الاعتبار (لأنه
يقال) أن ما أفيد انما يتم لو كان للدعوى الأخرى مجال ، وأما لو كان ملزمية بها
ملزمة الدعوى الأخرى فلا يبقى مجال للدعوى الأخرى مع سقوط غيرها بفصلها
المخصوص بها ، نعم ما أفيد انما يتم لو كان وجه ملزمة إحدى الدعويين غير الوجه
الأخر نظير الدعوى على ذي اليد المقر لزيد او على الحاكم أو الشاهد لتقريرهم
وما نحن فيه غير امثال هذه الفروع بتأ كما بيناه

وحيث اتضح ذلك يبيى الكلام في الدليل على فاصلية اليمين المزبورة بعد
اقتضاء القاعدة كون اليمين على طبق المدعي به من جهة الجزم بانصراف اطلاق

اليمين الى هذه الصورة إذ لازمه كون فاصلية اليمين المزبورة على خلاف القاعدة لعدم كونها على طبق المدعى به كي ينفيه حق يصير مثلها مشمولاً للاطلاقات (ولا يرد عليه) بان اليمين بعد ما كان على طبق الدعوى الضمنية فيقتضي مثلها سقوط هذه الدعوى بمقتضى الاطلاقات ولازمه سقوط دعوى اشتغال المورث على الوارث من جهة فقد شرطها من الملزمة (لأنه يقال) بعد الالتزام بكفاية هذا المقدار من المطابقة للدعوى الضمنية في فاصليتها لها على القاعدة نقول أن غاية ما يلزم منه عدم توجه الدعوى الأخرى اليه لعدم كونها ملزمة ، ولكن ذلك لا ينافي بقاءها على الملزمة عند توجيهها الى الميت لفرض عدم اسقاط اليمين السابق حق استحقاقه عن تركة الميت ، ومرجع مثل هذه المقالة الى مقالة الرياض ايضاً وان كانا مختلفين اعتباراً ، وهو خلاف المقصود بل المقصود كونها فاصلاً لاصل خصومة الاشتغال على وجه تكون اليمين المزبورة ذاهباً بحق المدعي عن تركة الميت ، لا انه بعد باق على استحقاقه ، غاية الأمر لاملزم له في دعواه على الوارث ، و (بعبارة اخرى) الغرض من فاصلية اليمين وقاطعيتها في هذه الدعوى قاطعيتها لجميع مراتب دعواه على الوارث لا بعض مراتبها ومثله على خلاف الاطلاقات جزماً ، وعليه فلا محيص إلا من الرجوع الى ما في رواية بعض مشايخنا من قوله « رجل مات فادعي عليه مالا وان عنده رهناً فكتب (ع) ان كان له على الميت مال ولا بيعة له عليه فليأخذ ماله مما في يده ويرد الباقي على ورثته ومن أقرب بما عنده أخذ به وطواب بالبيعة على دعواه وأوفي حقه بعد يمينه ومتى لم تقم البيعة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يلمنون بالله ما يعلمون أن له على ذمتهم حقاً » ولا يخفى أن هذه الرواية صريحة في كون الورثة ينكرون دعوى اشتغال ذمته منه ولازمه كون يمين نفي العلم فاصل هذه الخصومة لا خصومة أخرى من دعوى العلم على الوارث مع بقاء دعوى اشتغال ذمة الميت بحالها بلا علم ، نعم مقتضى اطلاق الرواية سماع دعوى اشتغال الميت على الوارث لا تضمينها لدعوى العلم عليهم ، ولعل مثل هذا الاطلاق دعا مثل العلامة الكشي اعلى الله مقامه على عدم اشتراطه تضمن دعوى العلم في توجيه دعوى اشتغال ذمة الميت على الوارث خلافاً للمحقق وجماعة أخرى ، ولكن (التحقيق) أن يقال أن التضمن لدعوى العلم ان كان دخيلاً في ملزمة دعوى

الاشتغال على الوارث وسماعها منه فلا شبهة في ان اطلاق الرواية لا يرفع مثل هذه الجهة إذ الرواية انما وردت في مورد الفراغ عن صحة الدعوى وملزمتها من دون نظر منها الى نفي اعتبار الملزمة في صحة الدعوى ، وتليه فيمكن أن يكون مرجع نزاعهم الى جهة أخرى من كفاية ملزمة الدعوى وسماعها بمجرد ترتيب الأثر عليها عند قيام البيئة على طبق دعواه أو اقرار المقر على طبقها أو ان المدار في سماع مثل هذه الدعاوى كونه المدعى به على فرض تحققه واقعا ملزما للمنكر بشيء وضعا أو تكليفا فعلا ، وعلى (الاول) فلا يحتاج الى تضمن دعوى العلم على الوارث اصلا بل يؤخذ باطلاق الرواية ، وهذا بخلاف الفرض (الثاني) فإنه لا مجال حينئذ للاخذ باطلاق الرواية لما عرفت من عدم سوق الأطلاق لبيان صحة الدعوى ، وانما هي متعرضة للحكمها في فرض الفراغ عن صحة الدعوى وتحقق المحاصمة الصحيحة ، وحيث كان الأمر كذلك فأمكن أن يقال أن مرجع توجه الدعوى الى شخص كونه طرف الخصومة من حيث ملزميته بشيء وضعا أم تكليفا ومن المعلوم ان في مثل المقام ما لم يكن الوارث عالما لا يكون هو ملزما بشيء وبمجرد التكليف الواقعي لا يوجب في حقه الزاما فعليا على وجه يكون للغير مطالبة اقدمه بوظيفته ، فكيف يكون مثل هذا الشخص طرف الخصومة ، ولا ينافي ذلك سماع البيئة في استنفاد حق المدعي من التركة إذ مثل هذه الجهة لا تمتضي كون الوارث فعلا طرف الدعوى والخصومة اللتين هما من شؤون مطالبة الخصم بالتفرغ عما اشتغلت ذمته وضعا وتكليفا ، بل لابد أن يكون طرف الدعوى في اشتغال الذمة محضا الميت ، محضا وفي هذه الدعوى لا يتوجه اليمين الى الورثة وانما توجيهها اليهم في الدعوى المتوجهة اليهم ، وفي هذه الدعوى لا مجال للتوجه إلا بتضمينها دعوى العلم كي تصير ملزمة تكليفا لولا دعوى تعلق حق الديان بالتركة ، فان المدعى به حينئذ جهة وضع على مافي يد الورثة ، كما انه على فرض بقائه ما يقابل الدين في مال الميت وتعلق حقهم به كان مرجع الدعوى ايضا الى عدم كون مافي يد الورثة من التركة ملكا لهم ، وهو ايضا نحو وضع في المدعى به بلا احتياج فيها الى دعوى العلم ، نعم لو قيل بان التركة تنتقل الى الورثة بلا تعلق حق منهم فيها وان الورثة مكلفون بادائها كان لدعوى العلم وجه ، ولكنه خلاف التحقيق بل لا أظن التزامه

من أحد إذ الأصحاب بين القولين الأولين، وحينئذ فالتحقيق ما ذهب إليه المحقق الكنى لما افاده المحقق وجماعة، ولا ما افاده الرياض والمستند من عدم توجه الدعوى الى الوارث إلا دعوى العلم وان اليمين على نفي العلم تكون فاصلاً لهذه الخصومة دون خصومة اشتغال الميت.

وحيث انضح ذلك فنقول ان الرواية لما كانت على خلاف القاعدة فلا بد وان يقتصر على مقدار دلالتها، ومن المعلوم ان المنصرف في مورد الرواية هو صورة جوابهم بلا أدري، وإلا فلو اجابوا بنفي اشتغال ذمة الميت عن دراية وعلم فقي الاكتفاء بيمين نفي علمهم باشتغال ذمة الميت إشكال بل مقتضى إطلاقات لا بديهة كون اليمين على طبق تمام المدعى به هو يمين البت على نفي الاشتغال واقعاً، وإطلاق الكلمات حتى لمثل هذه الصورة ايضاً منظور فيه، وايضاً ظاهر الرواية كون الدعوى دنياً في ذمته، بل هو صريح ذيلها ولا تشمل دعوى العين، بل يمكن في دعوى العين أن يقال بانها ملزمة على الوارث بكون عهدة العين عليه، فهي من جهة اثبات نحو من الوضع على الوارث كدعوى اشتغال ذمة نفسه، وفي مثلها لا يحتاج في صحة الدعوى عليه الى تضمينها للعلم ايضاً إذ المدعى به ملزم للخصم على جهة وضع عليه لا صرف تكليف محض كي يكون نظير الأولى، وفي مثل هذه مقتضى الاطلاقات فتوى ونصاً لزوم اليمين على البت، وبعد ذلك لا مجال لتوهم تنقيح المساط بين دعوى الدين ودعوى العين كما هو ظاهر، وحينئذ فالميزان في مثل هذه الدعوى ليس إلا اليمين على ملكية العين واقعاً لهم، ولو من جهة قيام اليد مقام العلم في جواز الحلف، إما من جهة كونه على القاعدة، أو لا أقل من استفادته من رواية حفص بن غياث المشتملة على قوله (ع) «وتقول بعد ذلك هو لي وتحلف عليه» الخ وايضاً ظاهر الرواية كون المدعى به من الاشتغال متوجهاً الى الغير، وان المدعى عليه مورد تكليف محض على وجه لا يكون مثله طرف الخصومة إلا في ظرف علمه به ولا تشمل الرواية صورة كون المدعى عليه مورد ثبوت وضع راجع بالآخرة اليه من ثبوت حق أو ضمان أو غيرهما، ولذا قلنا بعدم شمول الرواية دعوى العين الراجعة عهدها عليهم، وحينئذ فلا يتعدى عن مورد الرواية الى جملة من الفروع المعنونة في الجواهر التي هي مورد

تشكيك الاصحاب من كونها من باب الدعوى على فعل الغير كي يكتفى بيمين نفي العلم أو الى أمر راجع اليه كي يحتاج الى اليمين البتي ، وذلك ايضاً على فرض التعدي عن مورد الرواية في خصوص الوارث والمورث الى مطلق الغير والإفلامر أشكل ، ولعمري أن مثل هذه التشكيكات منهم يكشف كاشفاً تاماً عن أن فاصلية يمين نفي العلم على خلاف القاعدة وان تمام نظرهم فيها الى التعدي عن مورد النص الى غيره ، ولكن صاحب الجواهر حيث يرى فاصليتها من المجيب بلا أدري على القاعدة التزم في جميع الفروع المزبورة بالاكتفاء بها ، بل هو لم يكن مقيداً بكون الدعوى متوجهة الى الغير ابدأ ، ولذا طوى الكلام عن هذه التشكيكات والتزم بما أفاد من الاكتفاء بها مطلقاً ، ولكن التحقيق خلافه على ما عرفت شرحه في المقام وفي ذيل الجواب بلا أدري في دعوى إشتغال ذمة نفسه بما لا مزيد عليه فراجع ، (ثم) لا يخفى أن سقوط دعوى المدعي وعدم سماع بينته بعد الحكم بنفي الإشتغال بواسطة ميزانية هذا اليمين غير مبني على شمول اطلاقات ذاهبية اليمين بحقه لمثل هذه اليمين كي يبقى مجال انصراف اطلاقاتها عن مثله جزماً ، بل يكفي في نفي سماع الدعوى بعدها أدلة فصل الخصومة بالحكم من مثل اطلاقات حرمة الرد وان سماع الدعوى بعده وتجديد اقامة البينة على الملكية نحو رد لحكمة ، وحينئذ فلا مجال للتشبث في بقاء المدعي على دعواه بأشتغال الميت وسلطنته عليه بعد اليمين المزبورة ، ولازمه عدم فاصلية اليمين إلا حق دعوى العلم عليهم كما هو مفاد كلام الرضا والمستند في وجهه ، (نعم) ما كان مبتنياً على شمول اطلاقات ذاهبية اليمين بحقه لمثل هذه اليمين هو صورة عدم صدور الحكم عن الحاكم بعد ، بناء على التحقيق من شمول الاطلاقات لمثل هذه الصورة خلافاً للجواهر وهو غير مرتبط بالمدعى كما لا يخفى ، و (من العجب) حينئذ ما عن الجواهر (ره) حيث انه مع حمله اخبار ذاهبية اليمين بالحق على ما بعد الحكم التزم في المقام بسماع البينة من المدعي بعد اليمين نظراً الى منع شمول اخبار المسقطية لمثل المقام ، اذ لنا ان نقول انه على فرض تسليم عدم شمول مثل هذه الاطلاقات للمقام لا بأس بالأخذ باطلاقات حرمة رد الحكم المنشأ لانتراع فاصليتها في نفي سماع البينة من دون احتياج الى سائر الاطلاقات ، (نعم) لو بدل سماع البينة بجواز التقاص مع علم

المدعى بحقيقته لكان أمّن ، إذ مثل هذا الأمر لا ينفى بادلّة حرمة الرد الذي هو حكم طريقي مختص بالجاهل وانما نفيه موقوف على شمول اطلاقات ذاهبية اليمين بحقه مثله من جهة ظهورها في موضوعية اليمين من هذه الجهة الشاملة للقاطع بحقيقته ايضاً كما لا يخفى ،

(هذا) ثم ان ظاهر بعض الكلمات التزام الاصحاح بجواز رد الورثة المنكرين لدعوى اشتغال مورثهم اليمين الى المدعى ، وحينئذ فقلد يجرى الكلام في أن اليمين المتوجهة الى المدعى برد المنكر هو اليمين على البت على الاشتغال واقعا أم مجرد اليمين على علم الوارث كي بمقتضى السياق يستفاد ايضاً ميزانية مثل هذا اليمين للحكم على أصل الاشتغال كميزانية يمين الورثة على نفى العلم للحكم على عدم الاشتغال واقعا فيه (وجهان) مبنيان على شمول اطلاقات الرد لمثل ما كان على المنكر وان كان الذي يتأتى من المدعى ازيد من ذلك ، وانها ناظرة الى مجرد رد اليمين الذي هو ميزان الفصل لاشخص ما هو متوجه الى المنكر لعدم علمه ، ولا زمه عدم شمول الاطلاقات يمين المدعى على العلم فلا يكون الميزان منه إلا اليمين على البت ، لا يبعد ترجيح الأخير ومنع الاطلاق وبعد نظره الى الخصومية فتدبر ، نعم بناء على فرض النظر الى الخصومية ايضاً أمكن دعوى كون مثل يمينه على العلم ايضاً فاصلة لخصومة دعوى الاشتغال على الميت إذ محط أصل الدعوى هو ذلك وان تضمنها لدعوى العلم انما هو شرط ملزمة الدعوى المزبورة على الخصم ، لأن محط أصل الدعوى هو ذلك كما توهمه الرياض ، وحينئذ فقضية اخبار الرد هي كون اليمين المرودة باي نحو كان فاصلة لهذه الخصومة ، وعليه فالتشكيك في الاكتفاء بمثل هذه اليمين في فصل الخصومة لدعوى الاشتغال انما هو ناش عن التشكيك في اقتضاء اخبار الرد ذلك ، وإلا فبعد الشمول لاجمال للتشكيك في ميزانيتها لفصل هذه الخصومة كما لا يخفى

(فرع) تعرض له في الجواهر في ذيل المسئلة ، لا بأس بالتعرض له تبعا ، وهو انه اذا ادعى على المملوك بجهة راجعة الى مولاه كاسترقاقه بجنسية أو بمال في يده من قبل مولاه فلا اشكال في أن الخصومة متوجهة الى المولى إذ هو الملزم في هذه الحساسة ، بل واحكام المدعى عليه متوجهة اليه من نفوذ اقراره وانكاره

وترتيب أحكام المنكر من اليمين وردها عليه ، كيف و اقرار العبد غير مسموع في هذه الخصومة لعدم نفوذ اقراره على مولاه ولا يكون يمينه ايضاً فاصلة للخصومة لانصراف أدلتها الى مورد توجه الدعوى الملزمة اليه ، نعم لو كانت الدعوى متوجهة الى جهة راجعة الى العبد كاتلافه الموجب لضمانه التابع له بعد العتق كان هو الغريم وطرفاً لهذه الخصومة لعين ما ذكرناه من الوجوه في الفرض السابق الجاري عكسها في المقام ، وان كان جهة المدعى به راجعة اليها كدعوى القصاص والغريم كلاهما بمعنى انه لا يثمر اقرار احدهما ، وأما في الاكتفاء بيمين احدهما لنفي الحق أو الاحتياج الى يمينها أو لا يجزي يمينها معاً لعدم صدق صدورهما عن المنكر الذي يسمع اقراره بعد دعوى انصراف دليل المنكر الى من يسمع اقراره (وجوه) الاقوى (الأول) لاطلاق مسقطية يمين المدعي عليه لحقه وذلك ايضاً لولا انصرافه الى ذاهبيتها بالحق المتوجه الى الخالف ، وإلا فلا بد من يمينها معاً ، وعلى أي حال لا وجه للاحتمال الأخير ، كما انه لا مجال للاكتفاء بواحد منهما ، إذ رد كل منها بمنزلة اسقاط حقه ، ومثل هذه اليمين لا تثبت الحق إلا على غير الراد ، نعم لورد كلاهما لا بأس بالاكتفاء به لشمول الاطلاق لمثله ، وللتأمل في المسئلة بعد مجال ولم أر في كلماتهم تحرير هذه الجهات والله العالم وعلى أي حال لو ادعى المنكر الابرأ أو الاقباض انقلب مدعيًا (لأن) دعواه متضمنة للاقرار بالاشتغال السابق فيدعي بعده شيئاً يكون في دعواه مدعيًا لما يقتضي الاصل خلافه ولا يكون مثل هذه الدعوى منافية لمفاد الفصل السابق اذا كان مفاد الفصل مجرد الاشتغال سابقاً على طبق البيينة القائمة عليه ، نعم لوقاة البيينة على الاشتغال الفعلي ولو كانت ذلك من جهة الاستصحاب وقلنا بجواز الشهادة على طبق استصحابه للملكية الواقعية ، اشكل سماعه بعد الحكم لكونه منافياً لفصل الخصومة ، نعم لا بأس به قبله ، ولا يخفى أن ذلك ايضاً على فرض عدم انكاره في السابقة على وجه ينافي مثل هذه الدعوى وإلا فلا مجال لسماع دعواه الرد عند هذا الحاكم ، بل للحاكم حينئذ الحكم بالاشتغال الفعلي من جهة البيينة السابقة الميضية لمثل هذا الاقرار بهدم الوفاء على فرض الاشتغال كما لا يخفى

﴿ لا يمين في الحدود ﴾

وكيف كان نقول انه لا يمين في حد بلا اشكال فيه في الجملة ، الجملة من الأخبار الواردة بهذا المضمون من مثل ما في رسالة ابن ابي عمير عن ابي عبد الله (ع) « أتى رجل امير المؤمنين (ع) برجل فقال هذا قد قذفني ولم تكن له بينة ، فقال يا امير المؤمنين استحلفه ، فقال (ع) لا يمين في حد » ، وفي خبر آخر « لا يستحلف صاحب الحد » وفي ثالث « ان رجلا استعدى علياً فقال انه افتري علي فقال عليه السلام للرجل فعلت ما فعلت فقال لا فقال عليه السلام المستعدى ألك بينة فقال مالي بينه فأحلفه فقال عليه السلام ما عليه يمين » الخبر (أقول لا يخفى) ان ظاهر الاخيرة نفي اليمين على القاذف الذي افتري ، وعليه فيمكن ان يكون المراد من صاحب الحد في الرواية السابقة من عليه الحد بناء على قراءة يستحلف بالمجهول ، وان قرئ بالمعلوم فلا بد وأن يكون المراد منه من له الحد وهو المقذوف لا القاذف ، ومن الممكن ايضاً أن يكون المراد من اليمين اليمين المردودة الى المقذوف ، كما ان الظاهر من الرواية الأولى ايضاً إستحلاف المقذوف للقاذف وان اليمين المنفي يمين المثبت للقذف بناء على ظهور قوله ولم يكن له بينة في كونه من كلام الراوي لا المقول لقول الرجل فتأمل ، (وعلى أي حال) لا إشكال ظاهراً في اطلاق نفي اليمين في الحد لكل يمين مثبتاً للحد أو مسقطاً ، واختصاص مورد الأخبار بالمسقط لا يوجب تقييدها خصوصاً لو كان المراد من صاحب الحد من له الحد على قراءة المعلوم ، فان يمينه تكون مثبتة (وأيضاً) الظاهر من الروايات نفي اليمين في دعوى أصل القذف مع الشك في أصل صدوره في حق من هو محصن جزماً ، أو باعتراف القاذف (وأما) صورة الجزم بصدور قذف مع دعوى القاذف عدم كون المقذوف محصناً فهو أجنب عن مورد الاخبار إلا على احتمال قوله « ولم تكن له بينة » مقول لقول القائل الذي يرويه الراوي ، ولكنه خلاف ظاهر سوق الرواية (وعلى أي حال) ففقتضى القاعدة في هذه الصورة اقامة الحد عليه عند عدم اقامة البينة على الزنا لو قلنا بجريان الأصل في طرف المقذوف واثبات كونه محصناً ، كما هو الظاهر من إنطلاق كلماتهم في حد القذف ، من ان القاذف يحد ما لم يقم بينة

على فجور المقذوف ، ولعله من جهة إخراج موضوع رمي المحصن بالأصل والوجدان (نعم لو قلنا) بان القذف عبارة عن عنوان الافتراء كما هو الظاهر من الرواية الاخيرة فبالأصل لا يثبت عنوان القذف المأخوذ فيه حيثية الافتراء ، وعليه فبني اجراء الحد عليه بمجرد صدور القول منه إشكال ، لولا دعوى حجية ظهور حاله أو حسن ظاهره حتى في هذه الجهة واثبات ذلك ايضاً في غاية الصعوبة ، إذ غاية الأمر طريقية حسن الظاهر الى العدالة لا مثل هذه الجهة كما لا يخفى فتأمل ، (هذا) وعليه فاطلاق كلمات الأصحاب خصوصاً المحقق في شرايعه في باب حد القذف من انه يحد القاذف مع عدم البيينة على الزنا منظور فيه ، لولا بلوغه الى حد الاجماع (ثم انه) لا قصور في شمول الاخبار لحدود كانت حقاً لله تعالى محضاً ، بل صاحب الحق في مثله هو الله تعالى الذي كان في مقام كتم السر وأمره بدره الحدود بالشبهة ، فليس لأحد المخاصمة فيه لعدم حق لأحد غيره تعالى فيها ، كي يكون سلطاناً على الدعوى ، كما انه بناء عليه لا مجال لتوجيه اليمين على المنكر إذ لا اعتبار له في غير مورد المحصومة من صاحب الحق (وهذا) بخلاف البيينة فان اطلاق دليل حجيتها متبع في كل مقام وبعده تترتب آثار مؤداها ، من حد أو غيره وعلى أي حال لا يمين ايضاً مع عدم العلم بلا إشكال ، وعمدة الوجه فيه الاخبار المستفيضة المشتملة تارة على قوله « لا يحلف الرجل الأعلى علمه » ، واخرى « لا يستحلف الرجل إلا على علمه » الخ ، وحينئذ فمع الشك في الحلوف به لا يجوز الحلف (وانما الكلام) في جوازه في صورة قيام اماره عليه ، من يد ، أو غيرها وعلى فرض الجواز هنا هل الاستصحاب يقوم مقامه في هذا الحكم أم لا ، قد تقدم شرح ذلك مستقصى فراجع .

و ايضاً لا يحلف الرجل ليثبت ما لا تغيره وان تعلق به حقه المتقوم بثبوت مال للغير ، والوجه فيه انصراف اخبار اليمين عن مثله ، فانها هي متكفلة لاثبات طريقية اليمين على اثبات حق له ، أو نفي حق عنه ، ومن جهة ذلك نقول بأنه ليس للغير المتعلق حقه بتركة الميت أن يحلف على اثبات مال للميت كي به يصير متعلقاً لحقه ، نعم ، لو لم يكن تعلق حقه بالمال منوطاً بثبوت مال للغير كحقوق الرهانة الغير

المتقوم بالمال المتعلق بالمديون ، فلا مانع من الحلف لاثباته عند توجيه اليمين الى المرتن ، لمدم قصور في ادلة اليمين في اثبات كل حق ، نعم ، في هذا الفرض لو كان دعوى المرتن بدوا متوجهة الى اثبات العين المرهونة للمدين الراهن مثلاً ، لا مجال لليمين في هذه الدعوى الراجعة الى اثبات مال الغير (واما) لو كانت الدعوى متوجهة الى تعلق حق الرهانة بهذا المال بلا تعرض للمالك ، فلا بأس بيمينه ، وهذا بخلاف مثل حق الغريم المتعلق بتركة الميت وأمثاله المتقوم بمال شخص خاص ، فان اليمين لا تثبت مثل هذا الحق سواء كانت الدعوى بدواً متوجهة الى اثبات ملكية العين للميت ، أو متوجهة الى تعلق حقه بهذا المال بلا تسمية صاحب المال (إذ) من المعلوم ان موضوع الحق بعد ما كان تركة الميت فما لم تثبت التركة لا يبقى موضوع لحقه كي تثبته اليمين ، إذ ليس شأن اليمين إلا اثبات الحلو فبه في ظرف الفراغ عن احراز موضوعه كما لا يخفى (وحينئذ) فما في الجواهر من احتمال التفرقة بين هذين الفرضين منظور فيه .

تبيرات

بقي في المقام امور (منها) انه لو رضى المدعي بحلف المنكر فهل له ان يرجع عن رضاه ويقيم البينة ، أم لا (وجهان) مبنيان على أن اقامة البينة التي هي من وظائفه من الحقوق القابلة للإسقاط وان رضاه باليمين اسقط حقه ، أم لا ، فعلى الاخير له الرجوع ، دون الأول ، والاقترب هو الاخير للأصل المقتضي لعدم الحقيقة ، مع ان اقتضاء مجرد رضاه أسقاط حقه أشكل (ومنها) ان ظاهر كلماتهم سماع الدعوى في كثير من المقامات بيمينه ، والظاهر ان ذلك ليس من جهة سماع اليمين من المدعي كي يستلزم تخصيص ادلة الوظائف (بل عمدة الوجه أن قول المدعي في هذه المقامات بعد ما كان في نفسه حجة فصارت دعواه مقرونة بالحجة ، نظير دعوى ذي اليدي وبواسطته يصدق في حقه انه لو ترك غيره ترك وحيثه فيتوجه عليه حينئذ وظيفة المنكر ولا ينافي ذلك اطلاقهم الدعوى عليه ، إذ هو كإطلاق دعوى ذي اليد مبني على التسامح في التعبير ، نعم يبقى الكلام في وجه سماع قولهم بعد الخزم بعدم كونها بمجموعها تحت كبرى واحدة (بل هنا كبريات

متعددة (منها) كبرى المدعي بلا معارض (ومنها) كبرى سماع قول ذي اليد (ومنها) كبرى سماع قول الامين في ما ثبت فيه امانته ، و(منها) كبرى من ملك في ما هو راجع الى تحت سلطنته (ومنها) دعوى ما لا يعلم الا من قبله ، وعليه ينبغي حينئذ التكلم في وجه هذه الكبريات .

(فقول) اما كبرى سماع الدعوى بلا معارض على وجه يترتب الاثر على قوله ولولم تكن يده عليه ، فالظاهر ان المقدار المسلم منها انما هو في الماليات وما يتعلق بها ، واما ، مثل الطهارة والنجاسة والهلال وغير ذلك فهي خارجة عن مورد القاعدة بل ربما لا يصدق المدعي في كثير من هذه الموارد (ويمكن) ان يقال ان الدعوى لما كانت عبارة عن الاخبار بما يلزم به غيره فيصدق في كل مورد كان متضمناً لهذه الجهة وفي ما لا يتضمن هذه الجهة لا يصدق (لانه) خبر واحد لا يتبع في الموضوعات ولعل عمدة الوجه السيرة القطعية على طبقه في الجملة (وربما) يتمسك برواية الكيس المعروفة وسياقي وجه دلالتها والاشكال فيها عند التعرض لها في محله، ويؤيده ما دل على قبول قول المدعي مع العلامة في اللفظ وما دل على قبول مدعي الفقر في كونه مستحق الزكوة وما دل على قبول دعوى ملكية صيد عليه اثر من قبله فراجع باب الصيد والذباجة وقد يتشبه فيه ايضاً باصالة صححة الاقوال ولافعال (ولكن) لا يخفى ما فيه من عدم قيام دليل يفي بعمومه لمحل الكلام من قبول قول كل مدع بلا معارض ولولم يكن مسلماً « غاية الامر » تسلم الدليل بالنسبة الى اعمال المسلمين كالسيرة المدعاة فيها واما مثل قوله ضع (امر اخيك على احسنه) فهو بموضوعه وان كان شاملاً للاقوال (ولكن) في دلالاته على لزوم تصديقه تعبداً نظر واضح (كيف) ويلزم قبول قول كل أحد في كل أمر ولو في مثل الطهارة والهلال وامثالها وهو كما ترى وبالجملة لا وجه له إلا السيرة على الحجية واعلم مدرك نفى الخلاف المحكي عن الرياض والجواهر « وإشعار » كلام المجمع عليه وحينئذ فيمكن أن يقال ان القدر المتيقن من السيرة هو السماع في الماليات وكل ما يكون ربطاً بين الاثنين من الزوجية وغيرها ولولم يكن في يد المدعي له ما لم يكن مورد ابتلاء لغيره فعلا وان جاز ان يصير محل ابتلاءه كشرائه منه

بدعوى المالكية أو الوكالة « بل وصورة » عدم كون المال في يد شخص يكون مخاطباً بإيصاله إلى مالكه ولذا ترى في موارد اللقطة عدم اكتفائهم في وجوب الاداء بصرف دعوى شخص للملكية المال له (بل) يطالبون منه البيئنة أو العلامة ، نعم ربما يستفاد من بعض أخبارها تخيير ذي اليد في الاعطاء وعدمه (ولكن) ذلك غير مرتبط بمرحلة تصديق الدعوى بلا معارض إذ لازمه وجوب ادائه له فلا بد وأن يكون حكماً تعبدياً مختصاً بمورده « ولعله » من هذه الجهة أفاد في الجواهر بعدم سماع الدعوى في مثل هذه الصورة ثم بعد اللتيا والتي لا يثمر مثل هذه الكبرى في مقامنا شيئاً « إذ مثله » لا يكون ميزان القضاء القصصني ولا ميزان تميز المدعي عن المنكر لأن حججته مغياة بعدم خصومة أحد معه ، فمح تحقق الخصومة لا يبقى موضوع لهذه الكبرى كما لا يخفى

وأما كبرى دعوى ذي اليد فبالنسبة إلى جهة تناسب الاختصاص بما في يده من ملكية أو اجارة ، أو امانة فلا شبهة في سماعه حتى في مقام تشخيص المدعي من المنكر (لافي مقام الفصل على وجه يكون مثله من احد الموازين وعمدة الوجه فيه ليس ايضاً من جهة صرف حججته قوله بل من جهة امارية اليد لأعلى مراتب الاختصاص به ونفيه عن غيره مالم يبلغ اعتبارها باقراره فبمقدار يتأفيمها اقراره ترفع اليد عن ظهورها في الاختصاص به فينفيه عن غيره ويؤخذ بقيمة المراتب (ويدل) عليه في الجملة ايضاً خبر الكيس المعروف بالتقريب الذي سيوضح حاله في محله ان شاء الله تعالى (واما) في غير مثل هذه الاختصاصات كالطهارة والنجاسة والتذكية وامثالها ففي السماع منه بدون احراز كون معاملته معه معاملة المذكي والطاهر والنجس اشكال ، ولقد اجاد في الجواهر في تصريحه بهذه الجهة في الاخبار بالتذكية (وربما يدل) عليه النص في ذلك الباب ، نعم لو تمت السيرة على الاطلاق أمكن تخصيص باب التذكية بخصوص النص المزبور ، وأما في غيره حتى مثل الطهارة والنجاسة فيؤخذ به مطلقاً (وعليه) فالتأمل في قيام مثل هذه السيرة على الأطلاق مجال

وأما كبرى قبول قول الأمين في الجهة الرجعة إلى امانته ، فتدل عليه جملة من النصوص من قوله عليه السلام « لا يضمن القصار إلا ما جنت يده وان

اتهمته احلفته « (وفي أخرى) « فإن اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء » (وفي كثير من الأخبار) لا يضمن الامين مع عدم الاتهام ، مضطاً الى ما في جملة من الكلمات ايضاً من دعوى الاجماع عليه بل وظاهر تعليمهم بمثل هذه الكبرى في بعض المقامات يقتضي مفروغية مثلها وان قول الامين يسمع فيما فوض اليه وكان اميناً فيه (ولا يخفى) أن الغرض من التفصيل بين صورة الاتهام وعدمه في الاحتياج الى الحلف وعدمه ليس ما يتوهم من قبول قوله بلا ميزان في غير مورد التهمة حتى في مقام الفصل (بل المراد) انه مع الجزم بعدم الخيانة لا يكون مجال للدعوى عليه لعدم ملازمتها في حقه من جهة حكم الشارع بعدم ضمانه وانما الدعوى تسمع في صورة الاتهام ففي هذه الصورة كان قوله متبعاً ومشخصاً لمنكرية وسبباً لتقديم قوله بيهينه (وعلى أي حال) نقول أن القدر المستفاد من الاخبار المزبورة قبول قوله في صورة كون الدعوى متوجهة اليه ، وأما في صورة توجيهها الى غيره ففي سماعها اشكال (ولعل) هذه الجهة منشأ تفرقة المحقق ، بين ما لو وكله في قبض دينه من الغريم فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وانكره الموكل ، وبين ما لو أمره ببيع السلعة وتسليمها وقبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكره الموكل حيث قال بان القول في الفرع الاول قول الموكل ، وفي الثاني قول الوكيل ، وان تردد فيه في ذيل كلامه ، ولقد أجاد في الجواهر في وجه التفرقة بان الدعوى في الاول متوجهة الى غير الوكيل فلا يسمع قوله وفي الثانية الى الوكيل فيسمع قول الوكيل ويمكن أن يكون وجه ترديد المحقق ايضاً هو التردد في الاختلاف من حيث توجيه الدعوى لافي السماع مع الجزم بتوجيهها فيهما الى الوكيل فتأمل

وأما كبرى من ملك شيئاً ملك الا قرار به فبعد الجزم بان مدر كها ليس قا عدة اقرار العقلاء الغير الجارية في الصغير حتى بالنسبة الى ما كان تحت سلطنته وغير النافذ في أزيد من ضرره على نفسه بلا اثبات شيء على الغير ولاله ولا لنفسه مع أن مدلول تلك الكبرى أعم منها من هذه الجهات (نقول) أنه من جهة الاختلاف في كثير من صغرياتها يمكن دعوى الجزم بعدم كونها بهذا المعنى العام ، معقد اجماع أو مضمون نص معتبر ولذا أمكن منع كون هذه القاعدة كسائر القواعد

المنصوصة (بل) هي نظير قاعدة ما يضمن بصحيحه ، وقاعدة كلما صح بيعه صح رهنه وقاعدة كلما صححت اجارته صححت اعارته ، من القواعد الاصطلاحية من مدارك مختلفة وارادة في مقامات خاصة ، كما ورد النص في العبد المأذون في التجارة المستعمل على لفظ الاقرار ونفوذه في حق مولاه وعليه ، ونفوذ اقرار الوكيل والامين في الجهة الراجعة الى امانته . وحينئذ فني كل مورد من الصغريات الخاصة الاتفاقية يؤخذ بها وفي غيرها لا بد من ملاحظة قاعدة أخرى تقتضيه وإلا فبدونها لا مجال للتصير الى الحكم بمضمون مثل هذه القاعدة لعدم الوقوف على مدرك صحيح لها (وتوهم) دعوى قيام السيرة على سماع قول شخص في ما يرجع زمام أمره اليه عين الدعوى بقيام السيرة على مضمون القاعدة وعمومها ودعوى مثله عهدتها على مدعيها ، وإلا فلانظر فيه مجال والله العالم

وأما كبرى مالا يعلم إلا من قبله ، فيمكن ان يستند فيها الى ما ورد في بعض الاخبار « بان العدة والحيض الى النساء فإذا ادعت صدقت ، وحكى في قضاء الكني ايضاً ان في بعض هذه الاخبار التعليل بانه يتعذر علمها بالاشهاد ولعله محط نظر القوم في تعليلهم سماع الدعوى في امثال الموارد ، بتعذر اقامة الشهادة بل وتعديهم من مورد النص الى غيره مما كان كذلك في التعذر المزبور . ولا ينافي ذلك عدم سماع عدم قصد الانشاء من المنشى (إذ مثل) هذه الدعوى على خلاف ظاهر كلامه ومعلوم أن مثل هذه الدعوى نظير اصالة الصحة لا تصلح للحجية في قبال حجة أقوى على خلافه من مثل البيينة والظاهر وامثال ذلك . ومن هنا ظهر وجه تشكيكهم في سماع قول من يدعي الانبات بعلاج عند سمييه نظر الى عدم معارضة قوله مع اطلاق ما دل على أن الانبات امارة البلوغ المعلوم شمول مثله لما يحتمل العلاج فيه ايضاً . كيف وألا يلزم تنزيهه على الموارد النادرة (نعم) من صغريات القاعدة تصديق المالك في جهات زكاته من ادائه وعدم تفریطه (بل ويمكن) دعوى شمول اطلاق دليل سماع دعوى المالك حتى في نقصة بغير تفریط عما خرص ، ولذا قلنا في باب الزكاة بان قاعدة الخرص ليس بازيد من رفع كلفة التقدير بعد التصفية ، وان الخرص طريق تعبدية اليه ولم يعارض مع قوله في نقصه بلا تفریط ولا يوجب تضمينه ايضاً بهذا المقدار كما في الجواهر ، وعليك بالمراجعة

إلى هذا الباب (ومنها) دعوى الفقير في فقره كما تفصح عنه قصة الحسن والحسين عليهما السلام المرورية في باب الزكاة فراجع والله العالم

(ومنها) انه لومات وظهر في دفتره دين على غيره « فلا اشكال » بمقتضى القواعد في أن للورثة حق الدعوى على الغريم فان أنكر فللحاكم الزامه على جواده وحلفه على ما تقدم من أن للحاكم مثل هذين الأزامين « بل وفي خبر » عبدالرحمن التصريح بالآخر ، وحينئذ فيمكن دعوى سلطنة الحاكم على عقوبته مع امتناعه من حبس أو غيره مما يرى المصلحة في الوصول الى ما الزمه عليه « لأن » ذلك كله من شؤون الحكام عرفاً أولاً أقل من كونها من شؤون حكام الجور الثابتة لاعتدائنا باطلاق المقبولة « وحينئذ » فما عن المحقق من أن السجن عقوبة لم تثبت عليه منظور فيه « وتوهم » حمل كلام المحقق على صورة عدم الوارث ولا الوصي فلا تسمع دعوى الأجنبي حينئذ كي يلزم بالجزاب والحلف « مدفوع » بمنع انحصار المدعي فيها ، بل من الممكن كون المورد من صغريات الدعاوي الحسبية ، خصوصاً مثل دعوى الفقيه في محل الفرض الراجع الى مال الأمام عليه السلام ، بل ربما ينتهي الأمر في الدعاوي الحسبية الى عدول المؤمنين ، وضابطه هو أن كل مورد يجب حفظ مال يكون في معرض التلف على وجه علم من الشارع عدم رضاه بتركه واحتمل كونه بنظر شخص خاص فانه حينئذ يكون الفقيه متعيناً في تحرير الخصومة وعلى فرض عدمه تنتهي النوبة الى غيره من العدول وحينئذ فيمكن اثبات هذا المقدار من الولاية لهم على وجه تصير دعواهم ملزمة لجهة راجعة اليهم نظير سماع دعوى الوكيل والولي في ما هو ولي في حفظه كما لا يخفى

وتم انه ، لو كان على هذا الميت دين وكان له وارث ، فعن المحقق في شرايعه أن للوارث الخاصة على ما يدعيه لمورثه ، سواء في الدين المستوعب أو في غيره بالنسبة الى مقدار دينه وعلاجه بانه قائم مقام مورثه في الحلف دون الغريم ، وان كان متعلق حقه ، ولكن ، لا يخفى انه بناء على المختار من بقاء التركة على حكم مال الميت لاوجه لترجيح الحلف اليه لأنه حلف على اثبات مال الغير ، ومجرد قيامه مقام الميت في انتقال المال اليه في غير المتمام لا يقتضي قيامه مقامه مطلقاً حتى في الحلف ، إذ ليس في البين عموم تنزيل يستظهر ذلك منه ، نعم لا بأس بصحة دعواه

وسماعها لا كتفاء العقلاء بهذا المقدار من الاضافة ، ولو بنحو ملك أن يملك ، ولكن اخبار الحلف من ذي الحق منصرفه عنه جزما كما انه لا باس بسماع دعوى الغريم على ما هو متعلق حقه كدعواه في سائر حقوقه ولها احلاف غريم الميث وليس لهما الحلف كما أشرنا ، خلافاً للحقق المفصل بين الوارث والديان وحينئذ فلو حلف الغريم لكل واحد منها برضاها فهو وإلا فلا يكفى الحلف لاحدهما في اسقاط حق غيره (ثم) لو بنينا على حلف الوارث اليمين المردودة لحلف وأخذ المال فبني تعلق حق الديان به وجهه ، لعدم ذهاب يمين الغريم بمال الميث حقيقة كي لا يبقى مجال تعلق حق الديان به بحلف الوارث باليمين المردودة بل المراد من ذهاب الحق ذهابه ببعض الآثار الراجعة الى الحالف ، وحينئذ فما استنقذه الوارث كان مالا متعلقا لحق الديان فيجب على الوارث اداء حقهم ، ولو من جهة اقراره بتعلق حقهم بتركة الميث لامن جهة حانقه الغير الصالح لاثبات حقهم

انتقال المال الى الورثة في الميراث المستوعب

ثم انه لما جرى القلم الى كيفية انتقال المال في فرض وجود دين مستوعب أو غيره فلا بأس لتعرض المسئلة كي به تزداد بصيرة في مسئلتنا هذه (فنقول) مستعينا بالله انهم اختلفوا في المقام على قولين معروفين من الانتقال مطلقا ، وعدم الانتقال بمقدار الدين والوصية وانما ينتقل الزائد عنهما ، نعم حكى عن العلامة قول ثالث وهو عدم الانتقال في الغير المستوعب والانتقال في المستوعب ، وفي الجواهر انه لا يعلم وجهه بل لم يعرف ذلك من غيره بل اظن كونه سهوا من قلم الناسخ وبالجملة العمدة في الباب القولان الأولان المعروفان وعمدة مبنى الخلاف بين الاعلام هو الخلاف في المراد من البعدية « في الآية الشريفة » وفيما ورد من الترتيب المستفاد من تقديم الكفن ، ثم الدين ، ثم الوصية ، ثم الأثر في جملة من الاخبار بل في بعضها نفي الأثر قبل الدين ، بعد الجزم بتحريم مثل هذه المقيدات على اطلاقات دليل الأثر أو السهام في الجملة (وملخص) ما قيل فيها هو انه بعد الجزم بعدم كون المراد من البعدية الجسدية الزمانية في اصل الانتقال للجزم بانتقال ما زاد

عن الثلث الموصى به بل مازاد عن الدين لدى المشهور اليهم حين الموت فيدور الأمر بين أن يكون المراد البعدية الزمانية بالنسبة الى استقرار الملك كي بها ترفع اليد عن اطلاق مادل على انتقال المال اليهم مستقرا ، أو المراد البعدية الرتبوية بالنسبة الى تسهيم السهام كما افاده في الجواهر من دون نظر فيها الى كيفية الانتقال أو المراد البعدية الرتبوية في أصل الانتقال (اقول) مقتضى التحقيق أن يقال أن مثل الوصية والآرث بعد ما كان بينهما المضادة من حيث التأثير فلا جرم تقدم الوصية والدين في التأثير يوجب منع الآرث عن تأثيره وحينئذ فيقع الآرث في تأثيره في رتبة لاحقة ولازمه حينئذ عدم تأثير الآرث إلا في رتبة فارغة عن المزاحم اما لزيادته عن مقدارهما او لوفائهما من الخارج (وعليه) فولا شبهة أخرى كما سيأتي بيانها مع فسادهما في ذيل الكلام (كان) مقتضى القاعدة المصير الى المعنى الاخير لظهور الآية والرواية في ترتيب أصل الانتقال ، لا تسهيم السهام ولا استقراره بل ولولا الاجماع السابق ايضاً ، أمكن حمل البعدية على هذا المعنى بلا ظهور في الزمانية فضلاً عن وجود الظهور المعين للحمل على ما ذكر بعد عدم اردة الزمانية منه جزماً ولازم ذلك تقديم الدين كالوصية على الآرث في التأثير في الانتقال ، وحيث أن اعتبار الدين على الميت فرع اعتبار مال قابل لوفاء ذمته منه بحيث لولاه لما اعتبر العقلاء لهذمة فلا بد من اعتبار مقدار من المال للميت على وجه قابل لأداء دينه منه (وعليه) فالقدر اللازم اعتبار ما يقابل الدين في عين التركة ، وبذلك المقدار ترفع اليد عن ظهور العمومات في انتقال تمام المال الى الوارث ، بل ومقتضاه حينئذ كون المعترف في مال الميت هو الكلي الموجود في التركة لعدم دليل رافع لظهور ما يقتضي انتقال خصوصيات المال الى الورثة (ومن هذه) الجهة نقول ان اختيار الوفاء بيد الوارث نظير الصاع في الصبرة وان التلف منهم الى أن يبقى مقدار الدين (وتوهم) ان ذلك كله فرع اعتبار الذمة للميت الذي هو من الجمادات مع أن العقلاء لا يعتبرون له ذمة (مدفوع) بان مجرد عدم اعتبار العقلاء على فرض التسليم غير مضر بعد قيام الدليل على الاعتبار الكاشف عن خطأهم في فهم ضابط الاعتبار ، كما انه قد يكون الأمر بالعكس من جهة تخطيطهم في اعتبارهم في بعض المقامات ، ومن جهة ذلك ربما نقول انه لا بأس باعتبار ملكية المنافع أو الاعيان في بعض المقامات للهيئة الاجتماعية

المسماة بالدولة ، بل ربما يساعد العرف عليه ايضاً ولذا يلتزمون بصحة القرض لهم بهذا الاعتبار من دون اشتغال ذمة احد بخصوصه له وبهذه الملاحظة يصح امر العبور في السفن والجسور والتصرف في اجرة البرق والبريد المعمولة عند الدول بلا مالكية أحد بخصوصه لها ولذا ترى سيرتهم على المعاملة معها معاملة الاملاك خصوصا في الجسور والسفن المعلوم تحققها في زمن الأئمة عليهم السلام بلا نهي منهم عن التصرف فيها بلا اذن من شخص خاص ، خصوصاً مع كون السلطان في بعض الاحيان صغيراً أو سفيهاً او محجوراً من سائر الجهات وليس ذلك إلا من جهة عدم اعتبارهم امثال هذه ملك شخص خاص (وبالجملة) نقول ان الملكية بعد ما كانت من الامور الاعتبارية كانت تابعة لاعتبار العقلاء أو الشرع عن منشأ صحيح عنده ولو لم يلتفت اليه العقلاء ابداً لكن بحيث لو التفتوا اليه كان لهم مثل هذا الاعتبار ايضاً (وعليه) فيكفي لنا في اثبات اعتبار الشرع مال للميت ما يقتضيه ظاهر الدليل في أمثال المقام (ومما ذكرنا) ربما يصح امر الاوقاف المتعلقة بالعتبات المقدسة والمشاهد المشرفة والرباطات . بل ربما يستقرض لها فيؤدي القرض من منافع تلك الاوقاف كما هو المتعارف في مشهد الرضا عليه آلاف التحية والثناء . وارجاع جميعها الى تملك المسلمين كلام ظاهري إذ لا دليل على لا بديعة كون المالك من ذوي الشعور مع أن الطبيعي المالك للزكاة ليس بذوي شعور . كيف ولا يكون الاشخاص الموجودون مالكين لها قبل القبض جزماً . بل مثل هذا المعنى خلاف الوجدان في اثناء الوقف . او انشاء عقد القرض عند الاحتياج الى المصارف من دون التزام ايضاً باشتغال ذمة المتولي في هذا القرض . وعليه فلا مجال للتوهم المزبور اصلاً (واضعف) منه توهم اقتضاء عدم الانتقال عدم شركة ابن الابن مع عمه بعد اداء الدين من الخارج . ووجه الفساد هو انه بعد حمل عموم ماترك على بيان الحكم الاقتضائي كان اعتبار الطبقات ناظرة الى هذه المرتبة من الانتقال ولازمه حينئذ ثأثير المقتضى اثره عند رفع المانع ومقتضاه حينئذ انتقال المال الى الاثنيين الميت والحى ثم من الميت الى ابنه بمقدار سهمه . ولئن شئت تقول ان ترتيب الطبقات انما كان ملحوظاً بلحاظ حال الموت لاحل الانتقال الفعلي وله الى ما ذكرنا نظر من قال **بالميت ينتقل اليه ملك ان يملك** وهذا المعنى ينتقل الى ابنه . وإلا فمحل

هذا المعنى ليس مما ترك كي يشمل مثله دليل الارث بل هو حكم محض غير قابل للانتقال وكيف كان لاجمال لرفع اليد عما تقتضي الصنعة في تطبيق القواعد والنصوص بمثل هذه الاجتهادات

﴿ القضاء بشاهد ويمين ﴾

وعلى اي حال تقبل الشهادة مع اليمين بلا إشكال فيه في الجملة ويشهد له مضافاً الى دعوى الاجماع (ما دل) على قضاء رسول الله (ص) وقضاء علي عليه السلام كما حكاه الصادق (ع) (مضافاً) الى اشتمال قصة درع طلحة عليه ومحاجته عليه السلام مع شريح في ذلك (ولكن) قد يقال بانه كذلك ؟ اذا بدأ بالشهادة من عدل في المال ، وامله من جهة منع الاطلاق في الروايات على وجه يشمل عكسه ، إذ غالبها حكاية حا خصوصاً مع تقديم الشاهد على اليمين في غالبها في الذكر ، (لا من جهة) ما يتوهم من تقوية جانبه بالشهادة فيصير منكرآ فيتوجه اليه اليمين كما افاده في كشف اللثام (ولا من جهة) ان المدعى وظيفته الأصلية هي اقامة الشاهد فلا بد وان يقدم ، إذ هذه كلها مجرد استحسان لا يصلح مثلها لرفع اليد عما دل على كون الشاهد واليمين بمجموعهما ايضاً من احد الموازين (مع) ان تقوية القول بالشاهد الواحد فرع حجتيه وإلا فلا مجال لتقويته ولا دليل على ذلك لعدم اقتضاء عموم دليل الرواية أو الشهادة لمثله ، فاذن العمدة في الوجه هو الذي اشرنا اليه (ولكن) يمكن أن يقال ان هذه الأخبار وإن كانت حكاية حال وفعل ولكن لما كان الحاكي إماماً مع فرض كونه في مقام البيان عن جواب السؤال المكتفى صاحبه بجوابه عليه السلام ، لا شبهة في انه يؤخذ باطلاقه الحاكي عن ميزانية المجموع قبال سائر الموازين بعد عدم اقتضاء مجرد الترتيب الذكرى للقرينية على اعتبار الترتيب في الميزانية ، خصوصاً مع اختلاف أخبار الباب في ذلك بنحو يعلم بانه لا خصوصية لاحد النحويين في الافامة كما لا يخفى (واما) سماعه في مطلق دعوى المال ولو ما كان المقصود منه المال أو خصوص الدين أو مطلق حق الناس ولو لم يكن مالياً بعد الجزم بعدم السماع لحقوق الله محضاً ، ولا الهلال لتصريح بعض النصوص عليه بهلاوة نفى الخلاف فيه (ففقه) خلاف بين الاصحاب

ومنشأه اختلاف أخباب الباب ، من اشتمال جملة منها على مطلق الحق ، وجملة أخرى على مطلق المال مثل خبر الدعائم المنقول في مستدرك الوسائل ، والمرسلة بقوله : « فأشار علي بذلك (أي بالشاهد واليمين) في الاموال وقال لا تعدو ذلك » وفي ثالث « اختصاصه بالدين من قوله (ع) « في الدين وحده » وفي آخر « يمين صاحب الحق وذلك في الدين » (و مقتضى) كون النافل هو الامام في مقام البيان ظهور دخل الخصوصية فلا يرد عليه من احتمال اختصاص فعله (ع) به بلا نظر الى دخل الخصوصية (وعليه) فمقتضى القاعدة هو الأخذ بما هو اخص مضمونا من الجميع وهو رواية الدين محضاً « بل هي » حاكمه على البقية (ولكن) مع ذلك ، والتحقيق ان الحصر المستفاد في اخبار الدين حقيق بمقتضى اطلاقه القابل للتقييد بقصة درع طلحة فيصير به الحصر اضافياً بالنسبة الى غير المال من بقية الحقوق وبه يستناد مذهب المشهور فيافي الجواهر في المقام فيه مواقع للنظر فتدبر ولكن لاشبهة في لابدية طرح مثلها لضعفها مع عدم الجابر لها لو لم نقل بوهنها لاعراض المشهور عنها مضافاً الى معارضته مع رواية درع طلحة بعد الجزم ببطلان احتمال كون الامام في مقام ردع قضائه في كلية الامور مع قطع النظر عن خصوص المورد ، وعليه فلا محيص ، اما من طرحه أو توجيهه ، ولو بحمل غرض الامام على مجرد بيان فعلهم ، وحينئذ تبقى أخبار مطلق المال أو مطلق الحق ، والنسبة بينهما وان كانت عموماً مطلقاً ولكن حيث لا مفهوم لواحد منهما ، فلا مانع من الاخذ بكلتا الطائفتين ، ولكن الذي يوهن الأخذ بالطائفة الثانية عدم اعتناء الاصحاب بمثلها فيعين الأخذ بالطائفة الأولى وان كانت ضعفاً إذ لا ضمير فيه بعد ما كانت مورد اتكال الاصحاب في فتوأم عليها (هذا) ولكن في الجواهر ذهب الى الاخذ بالطائفة الاخرى قبيل الاصحاب وهو تابع وثوقه بالسند شخصياً (والمسئلة) من هذه الجهة لا تخلو عن إشكال (كما) انه قد يشكل أمر القبول في مثل ، النكاح ، والخلع ، والطلاق ، والرجعة ، والتدبير ، والكتابة ، والنسب ، والوكالة والوصية ، وعميوب النساء . والوقف . من جهة التشكيك في المال المسموع فيه الشاهد واليمين . هل هو ما كان متعلق الدعوى مالا بدوا « أو كانت الدعوى مالية عرفاً وكان المقصود منه المال كي يفصل في هذه الذعاوى » بين ما كان

كذلك أو لم يكن . ويقال بانها تسمع فى دعوى الزوجة دون الزوج . وكذلك تسمع فى الخلع . والكتابة . وعيوب النساء . والوقف الخاص . دون غيرها الذى لا يكون من هذا القبيل عرفاً . خصوصاً الوقف العام الذى لا يرجع الى شخص فتكون اليمين فيه يمينا فى اثبات ما ل الغير فتأمل

(ولكن) الجواهر (قد ره) فى سعة من هذه الجهات . ولذا التزم بان مقتضى القاعدة هو القبول فى جميع هذه الفروع إلا ما خرج (وانما) الاشكال على من يسلك فى المقام مسلك الأصحاب فى الأخذ بمثل خبر الدعائم والمرسلة وطرح البقية وعليك بالتأمل التام وعدم التحري فى امثال المقام فى المصير الى أحد الطرفين بصرف ضعف سند احدى الطائمتين بالقواعد الرجالية أو بمجرد مضمير أحد من الأساطين مثل الجواهر وغيره اليه وعليه التوكل فى حفظنا عن الزلل فى احكامه

« فروع »

(بقى) فى المقام فروع تعرض لها فى الشرايع (منها) انه لو ادعى جماعة مالا فلا يثبت جميع المال إلا مع حلف كل واحد بضم اقامتهم الشاهد الواحد لا تحلل الدعوى الى دعاوى متعددة ، فكل مدع لا بد من حلفه فى اثبات حقه وحينئذ فلو امتنع واحد منهم لا يثبت نصيبه خاصة (ولكن) لا يسقط لعدم الدليل على مسقطية هذا النكول وتنظيره بالنكول عن اليمين المردودة قياس بلا دليل وحينئذ فلو مات الناكل فلورثته الحلف على نصيبه من مورثه (وفى لزوم) تجديد اقامة الشاهد عليه اشكال ناش من الاكتفاء ببينة كل من كان له تحرير مثل هذه الدعوى على وجه موجب للشركة (أم لا بد) من أن يكون من خصوص الخالف ومنشأ الاشكال فى الحقيقة التشكيك فى الاطلاق ، لأن الأصل حينئذ هو عدم ميزانية شاهد اقامه غيره (ومنها) انه لو ادعى جماعة مالا وحلف بعض وامتنع بعض آخر فهل يختص المأخوذ من مقدار حصة الخالف بالخالف أو يشار كالممتنع بعد الجزم بعدم سقوط حقه حقيقة بامتناعه جزماً ، فالظاهر انه لا إشكال فى صورة كون المدعى به عيناً ، إذ حال هذا الحلف حال اقرار ذي اليد بسبب موجب

للشركة ، فإنه يشاركه غيره فيما أخذ ، وليس ذلك من باب اثبات مال الغير بحلف غيره ، بل انما هو بسبب اقرار الحالف بالشركة بعد عدم سلطنة أحد الشرى يكن على افراز ماله بدون رضاه شريكه ، وأما لو كان ديننا فقد يتوهم اختصاص القابض فيما أخذ بيمينه ، ولعله من جهة توهم ولاية المدعى عليه على تعيين حصة كل منهم في العين الخارجية ولولاها لما يصح اقباضه حصة من المال بدون رضاه الباقي بقبضه ، ولكن لا يخفى ما فيه من منع الملازمة المزبورة كيف وفي رسالة ابي حمزة التصريح بصحة القبض مع شركة رفيقه فيما أخذ من نصيبه وفيها « عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب عنها فاقسما الذي بايديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر فقال ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله » وفي خبر غياث مثله وفي ذيله أيضاً « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب فهو بينهما » ولكن يمكن حمل الروايتين على صورة إذن كل منهما في قبض غيره ، ألا أن يقال ان اذنها في القبض لما كان بعنوان كون المقبوض مختصاً بالقابض كما هو المنصرف من الرواية لا يثمر في صحة قبض المشاع ، وعليه فالروايتان صريحتان في كفاية القبض بدون الأذن مع دلالتها على عدم ولاية الدائن والمدين في الافراز وحينئذ الحكم بالشركة هو مقتضى القاعدة ، لأن القبض الصحيح يقتضي انتقال الملكية من الكلي الى العين ، فبعد ما كانت الملكية في الكلي بنحو الاشتراك ، فلا يحيص من صيرورة العين المأخوذة أيضاً كذلك كما لا يخفى

(ومنها) مالو ادعى أحد أن هذه الجارية التي في يد غيره أم ولدي (فهنا) دعاوى اربعة ، مملوكية الجارية فعلاً ، وحررتها بعد موته ، وانتساب ولدها اليه وكونه حراً (ولا اشكال) في ثبوت الدعوى الأولى بالحلف ، كما انه لا اشكال أيضاً في ثبوت الدعوى الثانية باقراره ، كما انه بناء على مبناهم من اختصاص الشاهد واليمين بالماليات عدم ثبوت الثالثة بها ، وأما حرية الولد ففي ثبوتها باليمين المزبورة اشكال ، من أن المراد من الدعوى المالي هل هو ما كان محكوماً بالمالية لولا الحلف أم يختص بما يوجب جلب المال فينافيه حينئذ ما كان يمينه من يسهل ومنشأ الاشكال التشكيك في شمول الاطلاق فالمرجع حينئذ اصالة عدم الميزانية (ومنها) انه لو ادعى بعض الورثة ان مورثهم وقف عليهم داراً وبعدهم على

نسلمهم فان حلف المدعون أجمع مع شاهدهم فلا اشكال في ثبوت حقهم على القول
 بسماع اليمين في الأوقاف الخاصة وانما الكلام في صورة انقراضهم فهل يثبت بحلفهم
 حق الطبقة الثانية أم يحتاجون الى حلف جديد فعلى القول بان الطبقة الثانية يتلقون
 الوقف من الطبقة السابقة فلا اشكال في كفاية حلف السابقة لأن ملكية الثانية من
 آثار ملكية الأولى الثابتة بالحلف ، وليس هذا من باب اثبات مال الغير بحلف غيرهم
 وأما ان قلنا بتلقيهم من الواقف كما هو التحقيق وحينئذ ففهي اثبات ملكيتهم بحلف
 الطبقة الأولى اشكال فانه من باب اثبات حق الغير بحلف غيره و بذلك يفترق مع
 البيئنة المثبتة للجميع ، و (توهم) تنظير المقام بيمين اوارث المثبتة لحق الغريم
 (مدفوع) بان ثبوت حق الغريم هناك ايضاً ليس بصرف الحلف بل من جهة
 اقرارهم المثبت لحق الغريم الذى هو من آثار ملكهم الثابت بالحلف و (من التأمل)
 فيما ذكرنا يظهر النظر فيما أفاده في الجواهر في التفرقه بين المقام وبين اثبات حق
 الغريم بحلف الوارث حيث ادعى في المقام منع الملازمة دون مسئلة حلف الوارث
 إذ الغرض ان كان منع الملازمة بينهما واقعا فيلزمه عدم ثبوت الوقف للثانية حتى
 مع البيئنة وان كان الغرض نفي الملازمة في مقام التعبد فلزمه عدم الثبوت في حلف
 الوارث ايضاً ، (ثم) انه لو انقرض الاولاد بطبقاتهم اجمع ففي ثبوت الوقف بحلف
 الطبقة الأولى لمطلق البر أو خصوص الفقراء على فرض دعواهم الوقف بهذه
 الكيفية أو فرض احراز ذلك من غرض الواقف في المنقطع الآخر ، اشكال مجنى
 على الاحتمالين السابقين من تلقى الطبقة الثانية من السابقة أو تلقيهم من الواقف
 فعلى الاول يثبت بحلفهم دون الاخير ، وحينئذ فيحتاج في حقهم الى حلف جديد
 لولا رجوع الوقف بالنسبة اليهم الى الجنس على وجه لا يكون الافراد مالكين إلا
 بعد الاخذ فان حاله حينئذ حال الاوقاف العامة التي أشرنا الى الاشكال في تأثير
 حلف الافراد فيها لكونه من قبيل حلف الغير لاثبات حق غيره ، ولعل عدم حصر
 الافراد في بعض المقامات كاشف عن رجوع الوقف الى الجنس الموجب لرفع اليد
 عن ظهور لفظه في التشريك كالفقراء في الزكاة ، وهذا بخلاف ما لو كانوا
 محصورين كعلماء بعض القرى والبلاد فان الظاهر من العموم كون الموقوف عليهم
 هم الافراد على السوية الموجب لتشريكهم فيه بالمساواة و (عليه) فيمكن حمل كلام

المسالك في التفصيل بين فرض الحصر وعدمه من حيث الحمل على التثريك وعدمه على ما ذكرنا من البيان لاعلى الحصر من باب الاتفاق بعد ما لا يكونوا كذلك كي يرد ايراد الجواهر عليه بان مجرد طرو الحصر عليهم من باب الاتفاق لا يوجب رفع اليد عما اقتضاه الوقف من الحمل على الجنس ، (ثم) انه لومات أحد الحلفاء من الطبقة الاولى في انحصار المال بالباقي منهم بلا حلف اشكال لو لم نقل بان حلفهم من الاول منحل الى حلفين احدهما الحلف بمقدار حصته حال حياته والآخر بالانحصار حصته غيره فيه بعد موته ، إذ حينئذ لا يحتاج في الحكم بانتقال حصته الميت اليهم الى دعوى كونهم متلقين للملك عن الخالف الميت لا الواقف ، إذ على أي حال لم يرد استحقاقهم لحصته الخالف الميت ببركة حلفه كي يجيء الابتناء المزبور ، و (عليه) فما في المسالك من هذا الابتناء منظور فيه

(ثم) لو امتنع الطبقة الاولى عن الحلف فعلى فرض القضاء بالنكول نحكم في الزايد عن مقدار حصتهم من الارث بملكيتهم للورثة المنكرين للوقفية ، بل ويتعلق بجميع المال حق الديان والوصية ، وأما بالنسبة الى مقدار حصتهم فبعد اقرار المدعين للوقفية ينفذ عليهم وعلي وراثتهم المتلقين للملك من قبلهم ، وليس للوارث دعوى الملكية بنحو الطلق ، نعم مع اعترافهم بالوقف على الطبقات من جميع الوراثة بنحو الترتيب قد يستشكل أمر الانتقال اليهم من جهة اقرارهم باستحقاق الطبقة الاولى لجميع المال ولازمه عود حصتهم الى المنكرين للوقفية كما أن المنكرين ايضاً ماخوذون باقرارهم بانتقال مقدار حصته الميت من الطبقة الاولى الى الطبقة الثانية الوارثة له وعليه فلا بد من انتزاع المال من يدهم وزمام أمره حينئذ بيد الفقيه الجامع للشرائط أما يوقف المال الى أن يتعين صاحبه أو ينصفه بملاك درهم الودعي أو قاعدة العدل والانصاف ، نعم لو لم يكن الورثة مقررين بالوقف على جميع الوراثة حتى المنكرين له كان أمر هذه الحصته الوافية بمقدار اراثهم راجعا الى مدعي الوقفية فبمقتضى اقرارهم بالوقفية يكون المقر به بيدهم وقفا ، (ثم) ان ذلك كله في مقدار حصتهم من الارث وأما بالنسبة الى الزايد عن حصتهم فهل لوراث الماكل أن يحلفوا بالوقفية فبدأخذوا بعد نكول الطبقة الاولى عن الحلف أم لا وجهان مبنيان على أن النكول ذاسب بحق الوقفية حقيقة كي يكون المورد من قبيل الوقف المنقطع الاول فيبطل

الوقف ويرجع الى الميراث أولاً يذهب بالحق كذلك بل غاية الأمر كونه مسقطاً لسلطنة الناكل على مطالبة حقه فيبقى حينئذ حق الطبقة اللاحقة بحاله ، فيأخذون بحلقهم جديداً ، الأ قوى هو الثاني بل بناء على الأول ايضاً يمكن أن يقال غاية ذاهبية النكول بالحق كونه مسقطاً من حينه لحقهم ومثل ذلك لا يقتضي فساد الوقف بالنسبة اليهم من حين انشاء الوقف كي يكون من صفريات المنقطع الأول وان كان المدعى به الوقف التشريكي ففي كفاية حلف الطبقة الأولى للثانية ايضاً اشكال لأن تلبية الموقوف عليهم بجميع طبقاتهم الملك من الواقف في عرض واحد رتبة فلا يكفي حلف أحد في حق غيره لعدم مثبتية لحق غيره ، نعم هنا في مقدار حصتهم لا يكون في العين منازع فيأخذون حصتهم ويترب عليه آثار الوقفية باعتبارهم (ولو انكروا) اعتراف مورثهم بالوقفية أو ادعوا صورية اقراره فتسمع دعواهم عليه بشهودهم وفي الاحتياج الى اليمين اكونه من الدعوى على الميت اشكال من اختصاص الدليل بمورد الدين والعين المحتمل ادأوها كي يراعى بواسطة ذلك الاحتمال وظائف المنكر وفي المقام لا يتصور مثل هذا المعنى بالنسبة الى الميت كي يصير به مدعي والمدعي منكر ، ومن انه لمحض التعبد الممكن اجراؤه في كل مورد يكون طرف الدعوى ميتاً بلا خصوصية للدين وملكية العين (ثم) لو كانت الطبقة الثانية صغاراً فلا طريق لا ثبات حصتهم فعلاً لأن حلف الطبقة السابقة وكذلك الولي عن الصغير لا يثمر في اثبات مال غيره فلا يحيص من توقيف الدعوى بمقدار حصتهم الى أن يبلغوا فهل توقف حصتهم من العين ايضاً أم تبقى تحت يد المنكر ظاهر الجواهر هو الثاني خلافاً للشرايع

(وقد يتوهم) بان مبنى نزاعهم في المقام هو الخلاف بينهم في تقديم اليد اللاحقة على الاستصحاب وعدمه بعد كون المورد من صفرياته من جهة كون المال بالحلف من الطبقة السابقة سبقه وجود الصغير بتامه محكوماً بالوقفية وكون يد المنكر بمنزلة يد المدعين للوقفية فيتحكم اليد السابقة على اللاحقة أو العكس كل على مذهبه (ولكن فيه) أولاً أن ذلك انما يتم في صورة خروجه من يد المذكر حقيقة وكونه في يدهم فعلاً وإلا فمع فرض كونه في يد المنكر من أول الأمر فمقتضى القاعدة استصحاب عنوان القصبية في يده وفي مثله لا نسلم كونه محل النزاع المزبور

(وثانياً) نقول أن ذلك إنما يتم في فرض احتمال مطابقة اليدين للواقع ولو من جهة احتمال انتقال جديد وإلا فبني مثل المقام تقع المعارضة بين هذا اليد والхلف السابق فمع تقديمه عليها سابقاً يخرج هذا اليد عن الحجية فيستصحب عدم حجيتها لعدم عموم ازماني في دليلها كما لا يخفى فأفهم (وعليه) فلا وجه لا بقائه تحت يد المنكر ولو بنينا على تقديم اليد اللاحقة على السابقة كما لا يخفى ، وحينئذ فما أفاده المحقق من إيقاف الحصص الى زمان بلوغهم في غاية الجودة (والمرجع) في حفظها بعد ما كان من الحسبيات هو الفقيه ، ثم العدول ، ثم لو بلغ الصغير فإن حلف فيأخذ حقه (وان نكل) وقلنا بالقضاء به فلا حق له ، وحينئذ فبني الاعطاء للمنكر الاشكال السابق المبني على عموم دليل اليد ازمانا في فرض كونه في يد المنكر من أول الامر الى الحين وعدمه ، وحينئذ يكون المال مما قامت الحجة على عدم كونه لكل منهم لأن الاستصحاب ينفي ملكية المنكر ، والنكول ينفي ملكية الناكل ، والقرار من بقيمة المدعين للوقفية بنحو التبرك ينفي سلطنتهم على مقدار حصته ، وحيث ان شيئاً من الامارات لا يعارض الاقرار ، ينحصر الحق ظاهراً بين الناكل والمنكر ولا بد حينئذ من التقسيم بينهما بمقتضى العدل ، ولا مجال للتوقيف في المقام لعدم انتهائه الى أمد مخصوص والله العالم

(ومنها) انه لو ادعى حرية عبد في يد غيره فبني ثبوتها بالشاهد واليمين اشكال قد تقدم وجهه في دعوى حرية ولد الأمة في الفرع السابق (وتوهم) الفرق بين المقامين من جهة ان حرية الولد من لوازم ملكية أم الولد الثابتة بالشاهد واليمين دون المقام الذي يكون الحرية تحت الدعوى بدواً (مدفوع) بان حرية الولد من لوازم حرية الأم بعد موت مالكها لا ملكيتها قبله ، واثبات مثل هذه الجهة بالشاهد واليمين أول الدعوى لعدم احراز ماليتها المدعى به (ولعل) الى ما ذكرنا ايضاً نظر الجواهر في منعه للملازمة بين الحرية للولد والامومة بحمله على الملازمة في الظاهر بين ملكية الأم الثابتة بالخلف والشاهد وحرية ولدها ، لان في الملازمة بينهما في الواقع ايضاً كي يرد عليه بان لازمه عدم سماع البيعة ايضاً مع انه ليس كذلك جزماً

و كيف كان اذا شهد بالحكم عدلان عند الحاكم الآخر انقذه الحاكم الثاني ما لم يناف المشروع بلا اشكال فيه لو كان المراد مجرد اجرائه ، لا انشاء حكم آخر في الواقعة امضاء للحكم الأول ، لعدم تمامية الميزان في حقه ، وكون مجرد الحكم السابق ميزان مثل هذا الحكم أول الدعوى خصوصاً مع اعتبار سبق هذا الحكم بخصوصية جديدة ، للمنع عن تجديده بمقتضى الحكم الفاصل السابق ، ولقد تقدم ايضاً من أن دليل الحكم لا يشمل مالا يكون مسبوقاً بالخصومة (وتوهم) كون الحكم الأول موضوع هذا الحكم من جهة حرمة رده افسد (لأن) حرمة الرد لا يقتضي وجوب الانفاذ ، نعم لو كان المراد من الحكم بالانفاذ هو الحكم بصدور الحكم الصحيح عن الحاكم الاول ، فهو ايضاً صحيح على فرض كون مثل هذه الجهة مورد التخاصم وعلى أي حال لا اشكال في وجه المراد (وانما الكلام) في تعيينه في كلمات الاصحاب إذ الظاهر من كلمات المحقق هو التنفيذ ، بمعنى الحكم بالصدور أو صحة المصادر . وظاهر كلمات الرياض كون المراد هو التنفيذ بمعنى امضاء الحكم باصل الملكية ، ولذا انكره وأدعى عدم مشروعيته ، وحينئذ فلا يرد النفي والاثبات على معنى واحد (وعلى أي حال) ففي سماع قول الحاكم وحده اخباراً عن حكمه في جواز التنفيذ من الثاني بكل واحد من المعاني نظر ، لعدم كونه من موازين الحكم وان يترتب اثر صدوره من جهة كونه مدعياً بلا معارض ، أو من جهة قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولعل تردد المحقق ناظر الى الاكتفاء به ميزاناً للتنفيذ لاحجية في مقام ترتيب الأثر على الصدور أو صحة المصادر ، ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر حال كتمانته اخباراً فانه على فرض عدم مصرية احتمال التزوير ، ولا عدم النقص لا يكون ذلك بأقوى من قوله فضلاً عن مجيء الاحتمالات السابقة المضرة بحججته ، نعم لو فرض نفي الاحتمالات المزبورة وكان الشك في مجرد كونه بصدور الاخبار عن الواقع جداً أو بصدده تقيية ، أمكن دعوى السيرة على جريان اصالة الجهة الموجبة لحججته ، وبهذا المعنى تسمع الكتابة في الوصايا والاقارير ، وبملاحظة ذلك ربما يصح الانتكال على الاسناد المتعارفة المعمولة في مقام الاستشهاد على شيء لفرض الاحتمالات السابقة وكون الشك في صرف مطابقة اخباره الكتبي للواقع

أو لوجهه والله العالم

(تم) ان في الشرايع اختصاص القضاء التنفيذي بحقوق الناس دون حقوق الله وادعى عليه الاجماع ، فان تم فهو وإلا فلننظر فيه بعد قيام البيئة مجال (وتوهم) أن الاستفادة من دره الشبهة هو اسقاط الله حق خصومته فليس لأحد الخصومة فيه (مدفوع) بان مجرد دره الشبهة لا يقتضي الاسقاط ، مع أن الكلام في تنفيذ الحكم الاول ، فلا بد من فرض الكلام في مورد تصور الخصومة وفصلها بالحكم الاول كما لا يخفى ، والاولى القول بعدم الموضوع له لعدم تصور الحكم بمعنى الفصل فيه بل المراد ترتيب الأثر على طبق البيئة لما أظده الجواهر فتدبر ، ثم انه قد يفرق في مورد التنفيذ بين صورة فسق الحاكم الاول بعد حكمه ، وبين جنونه ، او موته فذهبوا الى مشروعية التنفيذ في الاخيرين دون الاول ، وقد تمسك في الجواهر باصالة عدم صحة الحكم في الاول ، واصالة بقاء الحكم على صحته في الثاني ولكن لا يجفى أن هذه التفرقة انما يتم لو احتمل كون ع.م الفسق شرطا متأخرا في صحة الحكم دون الاخيرين ، وإلا فلا مجال للفرق بينها إذ جريان الأصل بالنسبة اليها بنحو واحد ، وحيث كان كذلك ، فقول ان غاية ما يستفاد من أدلة مانعية الفسق هو المانعية المتقدمة لا المتأخرة ، وعليه فولوا الاجماع المزبور على التفرقة بين الفرضين ، كان للنظر فيه مجال لولا دعوى أن حكمة مشروعية التنفيذ تجليل الحاكم الاول ايضاً والناسق خارج عن صلاحية التجليل ، ولكن للنظر فيه ايضاً كمال مجال والله العالم

الفصل الرابع في المدعى

وقد يعرف المدعى بانه لو ترك الخصومة ترك ، ولا يخفى أن مرجعه الى كونه مبدء الخصومة ، وكان من شأنه ابداء الالتزام على غيره ، وفي قبالة المنكر الذي شأنه نفي الزام الغير عن نفسه ، من دون فرق بين كيفية تحرير الخصومة بنحو السلب أو الايجاب ، ومن المعلوم أن لازم هذا المعنى كون المنكر تاركاً للخصومة لو ترك غيره ، لأن وظيفة بالطبع رد الزام الغير عن نفسه الذي هو بحسب الرتبة

متأخرا عن الدعوى ، نظير تأخر طبع القبول حقيقة عن الايجاب ، (ثم المراد) من الألتزام الذي من شأن المدعي ابداءه ، ربما يختلف بحسب المقامات ، لأنه إن كان محط الخصومة هو مرتبة أصل ثبوت الاشتغال فالألتزام المبدء في هذه المرحلة لا يكو إلا باثبات الاشتغال ، وأما لو كانت الخصومة في مرحلة الفراغ عما اشتغلت الذمة يقينا ، فأبداء الألتزام في هذه المرحلة إنما هو باثبات الفراغ ، وهذه الجهة صارت مذبشاً صيرورة مدعي الرد مدعيا ، إذ في مرحلة الفراغ الذي هو محط الخصومة لا يكون الدائن ملزما لطرفه بدعواه ، إذ الزامه ليس إلا بما هو ثابت في نفسه ، ولو من جهة اقتضاء الأصل ذلك ، وإنما ابداء الألتزام المتصور في مثله ليس إلا من قبل المديون ، نعم لو كان قوله في رده حجة كقول الامين في دعواه الرد ينقلب هذا الشأن منه الى الدائن (وبالجملة) نقول أن مبدء الخصومة عرفا لا بد وأن يكون في دعواه محتاجا الى مثبت خارجي ولا يشمل من كان قوله ثابتا في نفسه ، ولذا يترك هو وحجته لو تركه غيره ، وحينئذ فربما يلزم مثل هذا المعنى قول بعضهم في تشخيص المدعي من أنه هو الذي يكون قوله على خلاف الحجة ، والظاهر أن المراد من الحجة هي الحجة الفعلية في مورد دعواه أصلا كان أو ظاهرا يتكل عليه عرفا ، ومن جهة ذلك كان مدعي الفساد على خلاف اصالة الصحة مدعيا ، وليس مراده مخالفة قوله لا يصل مخصوص أو أصل في الجملة (ومن التأمل) فيما ذكرنا كله ظهر مواقع النظر فيما أفيد في الجواهر فراجع وتأمل فيه وفيما ذكرنا

(وهل المدار) على قيام الحجة في محط الدعوى محضا أم يكفي قيام الحجة على نفي الجهة الملزمة المترتبة على هذه الدعوى ، قد يظهر من الجواهر في دعوى استيجار دار باجرة معينة مع اختلافها في تعيين الاجرة بين الاقل والاكثر . بان المدار مخالفة القول للحجة في نفس محط الدعوى ، ولذا ادعى بان كل منهما مدع من جهة لاصالة عدم تعلق العقد على ما ادعاه ، واكن صريح السرائر خلافه ، حيث التزم بان الاصل مع منكر زيادة مال الاجارة ، والظاهر تقديم قول السرائر لعدم صدق لو ترك ترك بالتقريب المتقدم على من وافق قوله الاصل في جهة لغيره الزامه كي يكون الغير مبدءا للألتزام باسمه غير ثابت ، مع أن في النص الصريح في دعوى

الوديعة من طرف المالك والرهن من طرف غيره ، تقديم الامام حينئذ قول من يدعي الوديعة الذي هو كاشف عن أن المدار في موافقه الاصل ومخالفته ليس إلا في الجهة التي تكون الدعوى بالنسبة اليها ملزمة لا بالنسبة الى محط الدعوى وايضاً ، هل المراد من الحجية في المقام هو مجرد الحجية الاقتضائية كي تكون صورة الاختلاف في ثمن المبيع بين المتباينين من باب الدعويين والخصومتين لكل منهما مدع ومنكر كما هو ظاهر كلام المسالك في نظره من التحالف ، أو المراد هو الحجية الفعلية كي يصدق على كل واحد بعدم مطابقة قوله للحجة فيكون مثل الفرض المزبور من التداعي في خصومة واحدة بلا تحقق منكر في هذه الخصومة ، ولقد اعترف الجواهر في فرض كون العين بيدها مشاعاً باليدين متساقتان ، فلا يصدق على شيء منها المنكر ، ولكن قد اختلف في الاختلاف في ثمن الاجارة المزبورة بان كل منها مدع من جهة ومنكر من جهة ، مع انه لو كان المدار في الاصل المخالف أن كان على الاصل ولو لم يكن حجة فعلاً ، فلازمه في العين في يدها بعد تساقط اليدين بمختاره أن يكون ايضاً من باب الدعويين وإلا فلا محيص في فرع الاختلاف في مال الاجارة ايضاً أن يلتزم بعدم وجود منكر لعدم أصل حجة من جهة العلم الاجمالي بكذب احدهما ، وعلى أي حال لا يخلو التفرقة بين الفرعين على مختاره من تساقط اليدين من تهافت (وكيف كان) الذي يقتضيه التحقيق جعل المدار على الحجية الفعلية إذ هو الذي يوجب كون من كان قوله موافقاً له متروكاً لو تركه غيره ، مع انه او كان المدار على مجرد الحجية الاقتضائية يلزم الالتزام بعدم تشخيص المنكر في غالب الدعاوى ، إذ ربما يكون قول الآخر ايضاً موافقاً للاصل آخر محكوم ، ومن جهة ذلك نقول أن مقتضى المقاعدة كون النزاع في فرع الاختلاف في الثمن المردد بين المتباينين من باب التداعي في خصومة واحدة لا من باب الخصومتين لوجود مدعين ومنكرين ، وتام الكلام في محله (ثم) ان المراد من الحجية هل هو مجرد الحجية العقلية ولو كانت مردوعة شرعاً أو لم يثبت امضائهم من ناحيته ، أم خصوص الحجية الشرعية (قد يتوهم) بان تشخيص المدعي والمنكر المأخوذ في لسان الدليل بعد ما كان نظير سائر العناوين العرفية بيدهم فلا بد وان يلاحظ نظرهم في صدق عنوان المدعي على كل منها ، ولازم ذلك كون المتبع

حينئذ اصولهم لا الاصول الشرعية (ولكن) يمكن أن يقال بأن صدق المدعي على مثل هذا الشخص بمناط حجبية الاصل باعتقادهم فلو ردعهم الشرع الشريف من جهة تخطأ تهم في التمييز لا يبقى مناط في الصدق المزبور ، بل ربما يصح العنوان حينئذ منطبقا على غيره ، نعم ما لم يردعهم كان نظرميزان التمييز بمقتضى الاطلاق المقامي كسائر العناوين القابلة لفهم مناط خطأهم كما هو الظاهر ، وعليه فلا بد وأن يكون الظاهر الذي يكون مخالفته مع الدعوى مناط صدق المدعي من الظواهر المتبعة شرعا كما لا يخفى

(ثم) انه لو شك في مورد في تشخيص المدعي عن المنكر من جهة عدم احراز حجة شرعية أو عرفية ففي الاكتفاء بالبينة نظر لا من جهة عدم عموم دليل في حجيتها كما يدعى اطلاق ذيل رواية مسعدة ، بل من جهة الشك في ميزانيتها بعد اقتضاء التفصيل قطع الشركة في عموم البينة على المدعى الخ (وحينئذ) فلو أقام أحد الطرفين بينة فإن حلف على طبق دعواه مع رضاه غيره بخلفه فيحكم له للعلم الاجمالي بوجود الميزان وإلا فلا مجال للحكم على طبق واحد منهما في ظرف انفراده عن غيره للشك في قيام ميزان الفصل في مثله ، وحينئذ فما في الجواهر من ان عموم دليل البينة يقتضي الحكم على طبقه منظور فيه (وتوهم) أن عموم « رجل قضى بالحق » « ومن حكم بحكمتنا » وان لم يرجع اليه في الشبهة المصدقية المحضة ، وأما في مثل المقام وان كان المخصص مبين المفهوم لكن الشك في تحققه لما كان من جهة الشك في حجبية شيء مخالف لقوله شرعا كان رفع مثله بيد الشارع ففي مثله كان اصالة العموم المزبور بضميمة اطلاق دليل حجبية البينة محكمة (مدفوع) بان ذلك فرع كون اصالة العموم حجة حتى في صورة احتمال انطباق الحجة على الخاص عليه وإلا فلا مجال لتصير اليه ولو كان أمر رفع شكه بيد الشارع هذا ، مع ان ذلك الكلام انما يتم في العمومات بالنسبة الى مخصصاتها وأما بالنسبة الى المطلقات والمقيدات فلا يكاد يتم ابدا ، وتذبح الكلام موكول الى محله ولقد بسطنا الكلام في مسألة التمسك بالعام في الشبهة المصدقية في مقالاتنا وحاشيتنا على كفاية شيخنا العلامة اعلى الله مقامه فراجع وتأمل فيه

(ثم اعلم) ان سماع الدعوى على وجه يوجب الزام الخصم بالحضور والزامه

بالجواب ثم باليمين عند عدم البينة على ما تقدم سابقاً مشروط بكون المدعي سلطاناً على المطالبة لأن السلطنة على الدعوى من شؤون السلطنة على مطالبة الحق الثابتة حتى في حال الشك في ثبوت حقيقته ، فبدون مثل هذه السلطنة واقعا لاجمال للسلطنة على الدعوى المترتبة عليها الآثار الخاصة المزبورة ، ومثل هذه الجهة هو الملاك التام في سماع الدعوى عرفاً وشرعاً

﴿ ما يعتبر في المدعي ﴾

(وبعد) ذلك الأساس لا بد من اعتبار امور في المدعي (منها) أن يكون مكلفاً فلا يسمع دعوى الصغير ولا المجنون وذلك لامن جهة سلب عبارتهما ، إذ يمكن منع اقتضاء دليله منع هذا المعنى بل غاية الامر عدم جواز أمرها المنشأ لترتب آثار ومسببات على مثلها لاملل الدعوى الحاكية عن مطالبة حقه ، بل العمدة عدم سلطنته على المطالبة المزبورة فكيف له السلطنة على مامن شأنه هذا ، مع امكان كون هذه الدعوى ايضاً بملاحظة منشأيتها لآثار خاصة من الامور التي لا يجوز مثلها على الصغير (ومنها) أن يكون مدعياً لنفسه أو لمن له الولاية من جهة سلطنته على المدعي به ، بخلاف الاجنبي المحض الذي لاسلطنة له بوجه على المدعي به ، وليس شأن مثله عرفاً تحرير الخصومة ، نعم لابس بسمع بينته لكن لا بما هو ميزان فصل خصومة بل بما هو حجة ومنشأ لترتيب آثار الواقع (وقيل) ايضاً انه لا بد وأن يكون مدعياً بما يصح تملكه فلا يسمع دعوى تملك الخمر والخزير ولكن يمكن الاشكال في اطلاقه إذ ربما يكتفي فيه بمجرد حق الاختصاص المنتهي الى الملكية أو الصالح له كدعوى خمر يصلح أن يصير خلا ، نعم مالا ينشئ الى الملكية ابداً ففي الاكتفاء بصرف حق الاختصاص الغير المنتهي الى حق ملزم تكليفي على الغير ، بل ربما يكون مثله منشأ توجع التكليف بازائه عن المسجد وامثاله منظور فيه لعدم كونه من الدعاوى الملزمة على الغير ، مع أنهم اشترطوا في سماع الدعوى عرفاً أن تكون ملزمة لخصمه ولو بضميمة أصل من الاصول ، وامل وجهه ايضاً هو كون السلطنة على الدعوى من شؤون السلطنة على الزام الغير بوفائه على طبق دعواه ومطالبته ، ومن ذلك لا يسمع دعوى الوقف والهبة وبيع الصرف بلا ضم دعوى

القبض به ، إذ لا يكون المدعى به موجبا لازما الخصم بشيء ، وأما دعوى بيع غير الصرف فلا باس بسماعها ولو لم يضم اليه انقضاء زمان الخيار على المختار من عدم دخله في الانتقال خلافا للشيخ (قده) بل ولا يحتاج في سماع الدعوى لزبورة ضم دعوى عدم الفسخ إذ نفس المدعى به كان ملزما غاية الامر الفسخ يوجب رفع تأثيره والاصل عدمه ، فما أفاده الارديني (قده) من الاحتياج الى هذه الضميمة منظور فيه ، كيف ولازمه عدم سماع دعوى الهبة للاجنبي حتى مع ضم القبض لاحتمال رجوعه وهو كما ترى

(ثم انه بقي في المقام فروع) لا باس بتعرضها تبعا للمحقق (قده) في شرايعه (منها) انه لو التمس الغريم احلاف خصمه بعد اقامة الخصم بينته لم يسمع منه سواء في دعوى الايمان أو الذمم ومن غير فرق بين قيام البينة على الاستحقاق الفعلي أو الاستحقاق السابق وحكم الحاكم ايضاً على طبقه كي يستصحب في اجرائه لا لميزانيته في حكمه بالاستشغال الفعلي كي تنكر ميزانيته ، وعمدة الوجه فيه ظهور التفصيل القاطع للشركة بعد الجزم بعدم جريان المناط في اليمين الاستظهارية في الدعوى على الميت في المقام ، لما أفيد من العلة الغير الجارية في المقام . وحينئذ فما عن القواعد من سماع الالتماس المزبور منظور فيه . نعم في فرض قيام البينة على الاستشغال السابق وحكم الحاكم على طبقه كان للخصم دعوى الوفاء لو لم يكن انكاره السابق متضمناً لا قراره بعدم الوفاء . وبعد تحرير مثل هذه الدعوى الجديدة كان وظيفة منكر اليمين . وأما قبل تحرير الدعوى فلا مجال لتوجيه اليمين عليه بعد قيام بينته على الاستشغال ولو سابقاً فضلاً عن اقامة البينة على الاستشغال الفعلي . إذ لا مجال حينئذ لضم اليمين به ابداً . بل لا مجال لسماع دعوى الرد والوفاء من المنكر بعد حكم الحاكم بالاستشغال الفعلي لحرمة رده وفصل مثل هذه الخصومة ايضاً كما لا يخفى هذا (ومنها) انه هل تسمع دعوى الاقرار لكونه ملزماً ظاهرياً أم لا نسمع من جهة أن ملزميته ولو ظاهراً فرع وصوله فما لم يصل الى المكلف لا يكون ملزم اصلاً . فكان كدعوى الهبة قبل التمسك ومن هذه الجهة لا يقاس الاقرار بالبيع (وجهان) مبنيان على أن الاحكام الظاهرية هل فعليتها فرع وصولها الى المكلف بحيث لولاه لان تكون فعلية بعثة

بخلاف الأحكام الواقعية من الوضعيات والتكليفات إذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها غاية الأمر لانجز لها ، وحيث قد حققنا في محله عدم تبعية فعليتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها ، مع امكان أن يقال انه يكفي في سماع الدعوى مجرد ملازمتها في ظرف ثبوتها ولا يحتاج الى الملزمة في ظرف الدعوى (اللهم) أن يقال أن الدعوى بعدما كانت من شؤون السلطنة على المدعى به فما لم يثبت مثل هذه السلطنة لاجمال لصحة الدعوى عليه وحينئذ فالعمدة هو المبنى الأول كما لا يخفى (ومنها) انه لا تقتصر صحة الدعوى الى تفصيل السبب بعد ترتيب الأثر على التمدد المشترك بل وعلى فرض ترتيبه على كل واحد من الخصوصيتين ، نعم في سماع الدعوى على فرض ترتيب الأثر على احدى الخصوصيتين اشكال إذ هي من صفريات الدعاوى المجبولة ولقد تقدم شطر من الكلام فيها فراجع له لعله ينفك في المقام

وعلى أي حال فلو ادعى الزوجية وأنكرت المرأة فلا شبهة في سماعها بلا احتياج الى استتصال خصوصياتها لأن نفس الزوجية مما يترتب عليها الآثار وعليه فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر ، ولكن فليعلم أن دعوى كل طرف في مثل هذه الدعوى بمنزلة اقراره بما هو ضرر عليه ولارم ذلك تقديمه على البينة والحلف وغيرها كما ورد من قول الصادق (ع) « المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمناً » الذي لازمه ترجيحه على البينة المقدمة على سائر الحجج جزماً مضافاً الى ماورد في سماع تكذيب الخالف نفسه حتى بعد حكم الحاكم المستلزم التقديم الأقرار على حكم الحاكم وحنه ائضاً ، ولارم ذلك حينئذ عدم تمامية ميزان القضاء على الزوجية مطلقاً حتى بالنسبة الى الآثار الضرورية على المقر بها أو بعدمها نعم لا بأس بسماع سائر الموازين بالنسبة الى غير مثل هذه الآثار ، وحينئذ فلا بد للحاكم أن يحكم على طبق ما جرى عليه الميزان من البينة واليمين مع ضخمة ما يقتضيه اقرار كل واحد من الطرفين عند تحريرها الخصومة وليس له الحكم بالزوجية حتى بالنسبة الى المنكر لها من حيث آثارها الضرورية عليها وهكذا العكس (ثم) انه من التأمل فيما ذكرنا من عدم سماع دعوى الجاهل في فرض ترتيب الأثر على احدى الخصوصيتين ظهر وجه ما أفاه المحقق من قوله « ولو ادعى ايضاً أنها ولدت في ملكي فيني عدم السماع اشكال » من جهة أن مثل هذه غير ملازم بنفسه ومن انه

بضميمة الاصل وقاعدة تبعية الهاء للملك كان ملزماً اقواه الاخير ، وهكذا لو ادعى انه نمرة نخلي وأولى بالسمع لو قال هذا غزل قطني أو دقيق حطبي فان احتمال انتقاله بصيرورته دقيقاً وغلزلاً غير متصور إلا بنذر نتيجة أو بشرطه في ضمن عقد لازم وهو بعيد وان كان مقتضى التحقيق صحة شرط النتيجة بالنسبة الى الملكية وان لم يصح بالنسبة الى مثل عنوان البيع والصلاح وغيرها لثبوت احتياجها الى اسباب خاصة غير معلوم الثبوت بمثل النذر والشرط

(بقى الكلام) في كيفية التوصل الى الحق فنقول أن الحق تارة عين ، وأخرى غيرها من منفعة أو دين (فان كان عيناً أو منفعة) فلا اشكال في انه بعد ثبوت الحق بينة أو غيرها ان له انتزاعه ولو بظهر مالم تثر فتنة عظيمة فيها تلف الاموال والنفوس بحيث يعلم عدم رضاه الشارع بمثله كما تشعر به ايضاً اخبار بيع الوقف نعم لو كان عالماً بحقوقه بلا قيام حجة شرعية لدى غيره ، فبني تكليف نفسه لاشكال مالم يحلف من أخذه منه مع تمكنه من انتزاعه ، وإلا فع عدم التمكّن من التقاص من ماله ففيه التفصيل الآتي في الفرع الآتي لا تحاد المناط ، ومع عدم التمكّن منه ايضاً فلا بد من رفع أمره الى الحاكم العدل ، فيتبع حكمه في الواقعة (وأما ان كان دينياً) فلا اشكال مع بذله في أن للباذل اختيار القضاء وليس له الأخذ من ماله بدون تعيينه وان كان غائباً ، فع عدم الضرر في صبره فيصبر الى أن يحضر فيميدل وإلا فمقتضى عموم نفي الضرر عدم رضاه الشارع بتفويت حقه ، فلا بد من تعيينه باذن الحاكم مع فرض ثبوت حقه عنده لأنه من الحسابات التي تكون المرجع فيها هو الحاكم الولي عن القصر في هذه التصرفات ، مضافاً الى امكان استفادة هذا المقدار من الولاية من اطلاق المقبولة بعد كون مثله شأن قضاة الجور ، نعم الغايب حينئذ على حجته وفي لزوم أخذ الضامن منه وجه تقدم الكلام فيه في محله (وان كان المديون حاضراً مقراً ولكن كان ممتنعاً عن الاداء ، فع عدم التمكّن من الوصول الى الحاكم فالظاهر انه لا اشكال في استقلاله في التقاص بمقدار ماله من ماله الآخر ، وان تمكن من الحاكم فبنيه اشكال سيأتي في المسئلة الآتية من فرض وجود الطرف بناء على التحقيق من جيان الاخبار بمناطها في المقام خصوصاً ما اشتمل على قضية زوجة ابني سفيان إذ الظاهر كونه من مصاديق المسئلة ، وعمدة

وجه الاشكال بعد كون استقلاله فيه على خلاف القاعدة لاحتمال عدم التعيين إلا باذن رئيس في تقاضيه ولاية (تارة) من جهة التشكيك في وجه دلالة الأخبار الآتية بأنه من باب بيان الحكم الالهي كي يستكشف منه تدم احتياج التعيين في المورد الى تعيين المالك بنفسه وباختياره أو انه من باب اذن الامام له ولاية كي يحتمل في زمان الغيبة دخل اذن رئيس فيه (واخرى) من حيث اطلاقها لصورة التمكن من الاثبات لدى الحاكم العادل (ولو كان) المديون جاحداً فان قلنا باستقلاله في التقاص بمقتضى اطلاق الأخبار الآتية من حيث التمكن من اثبات حقه لدى الحاكم وعدمه فهو ، وان لم نقل باطلاقها لمثل هذه الصورة أو لم نقل باصل الاستقلال فلا بد حينئذ من اثبات حقه لدى الحاكم ببينة كي يكون له الاذن في التقاص ولا يكفي حينئذ مجرد اذنه المعلق على محققة بلا احتياج الى البينة المثبتة ، إذ كيف له مثل هذا الاذن مع احتمال خطاء المتصرف الموجب لكون اذنه الذي هو بمنزلة تصرفه بلا محل ، وهذا بخلاف فتواه على الجواز معلقاً لأن الفتوى منه بيان للحكم الواقعي وليست هي منه بمنزلة تصرف نفسه كما لا يخفى (نعم) لو لم يتمكن من اثبات الامر لدى الحاكم فالظاهر عدم اشكالهم في استقلاله في التقاص ، اما لاطلاق الاخبار او لقاعدة الضرر المثبتة للسلطنته عليه

(وحيث اوضح مثل هذه الجهات) فالعمدة في المقام التكلم في أخبار الباب (فنقول) ان من جملتها ما في خبر جميل سئلت أبا عبدالله « ع » (عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجعله فيظفر عن ماله بقدر الذي جرده أياخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال نعم) ونظيره ما في صحيحتي داوود وابن ذؤيب وفيها (ثم يقع لهم عندني المال فلي أن آخذ فقال خذ مثل ذلك ولا تزد عليه) وفي خبر ابن مهزيار وصحيفة أبي بكر (أيجوز ان وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حتى قال فقال نعم) الخ ولا يخفى ان مقتضى ترك الاستفصال فيها استقلاله بالتقاص حتى في فرض تمكنه من الاستيدان من الحاكم أو اثبات حقه لديه ، وتوهم حمل هذه الأخبار على بيان الاذن من الامام خلاف ظاهر كون الراوي في مقام السؤال عن حكم الواقعة من حيث جوازه وعدمه شرعاً لاني مقام الاستيدان منه « ع » مع جزؤه بعدم الجواز بدون اذنه (ع) وأيضاً ظاهرها شمولها لما لو كاز المال

وديعة عنده خصوصاً في خبر ابن سليمان التصريح به بل وفي صحيح بقباق (أما أنا أحب أن تأخذ وتحلف) وحينئذ فربما يقع بينهما وبين النواهي الواردة في أخذ الوديعة المشتملة على قوله (ولا تخن من خائك ، ارا ان خائك فلا تخنه) وفي ثالث (هذه الخيانة) معارضة التباين لصراحة رواية بقباق في الرجحان وصراحة أخبار النواهي في المرجوحية على وجه لا مجال للحمل على الكراهة ، وحينئذ فلولا اعراض الأصحاب عن صحيحة بقباق لا بد من أعمال قواعد التعارض بينهما ، وحيث انه لا مرجح في البين إلا العمومات من جهة عدم تمامية البقية وعدم وجود الترجيح بمخالفة العامة أيضاً فلا محيص في مثل المقام من الرجوع الى عمومات جواز التقاص (وأما توهم) موافقة النواهي أيضاً لعمومات حرمة الخيانة (مدفوع) بان عمومات الحرمة منصرفة عن مثل المقام إذ الظاهر من الخيانة التصرف في مال الغير بلا استحقاق وولاية على الأخذ ومع عموم أخبار التقاص لا يبقى موضوع للعمومات أصلاً ، ومن هذه الجهة أيضاً ندعي ان المراد من الخيانة في هذه الأخبار هي الخيانة الصورية المناسبة لحمل هذه النواهي على الكراهة ولذا لا تكون بين هذه النواهي والأخبار المجوزة معارضة أصلاً وإنما المعارضة بين هذه النواهي الصريحة في المرجوحية وصحيحة بقباق الصريحة في الرجحان وفي مثل هذه المعارضة لا مجال لرجحية أخبار حرمة الخيانة للنواهي أصلاً كما لا يخفى ، ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر ان في علاج هذا التعارض لا يبقى مجال التشبث بقاعدة نفي الضرر إذ مثله لا يجري في غير إلزاميات على التحقيق في حملها على نفي الضرر بنفي منشأه لان نفي الموضوع الضرري (نعم) لو كانت المعارضة بين ما دل على حرمة الأخذ وجوازه أمكن اجراء حديث نفي الضرر في الحرمة ، فيبقى أدلة الجواز بلا معارض وذلك أيضاً بملاك حكومة لا ضرر على عموم أدلة التكليف ، لا بمنطاط المرجحية لعدم كون مثل هذا العام في عرض سائر العمومات ، وحينئذ فما في الجواهر من أعمال المرجحية في عمومات نفي الضرر منظور فيه كما لا يخفى ، ولكن الذي يسهل الخطب في المقام عدم اعتناء المشهور برواية بقباق وذلك مع كونها صحيحة يوجب وهناً فيها على وجه يسقطها عن الحجية فتبقى النواهي الظاهرة في مطلق المرجوحية أولاً أقل من الحمل على ذلك جمعاً بينها وبين المجوزة خصوصاً

خبر ابن سليمان بلا معارض في أصل المرجوحية كما لا يخفى هذا
 (ثم) انه لا اشكال في جواز التقاص من غير الجنس لرواية الأمة والدابة
 واطلاق بقية الروايات ، وإنما الكلام في السلطنة على تبديله بالجنس فيقتص أم
 لا قد يظهر من المحقق جوازه دفعاً لمشقة التربص ، وفيه ان هذا المقدار من
 التربص والصبر الى أن يصل الى جنس ماله لازم على أي حال سواء اقتص غير جنسه
 ثم تبادل بجنسه او يتبادل بجنسه فيقتص فحينئذ لا يفهم لهذا الوجه معنى محصل كما ان
 ظاهر الاخبار أيضاً مجرد جواز التقاص مما في يده من عين ماله بلا تعرض فيها لنقله
 بشيء آخر مقدمة لتقاصه فحينئذ فاستفادة السلطنة على التبديل من أخبار التقاص
 دونه خرط القتاد

(وأيضاً) نقول ان الظاهر من الروايات باطلاقها عدم الفرق بين كون مال
 المذبوب به حين التقاص موجوداً أم تالفاً كما انه لا شبهة أيضاً ان بالتقاص تفرغ
 ذمة المقتص منه ، وإنما الكلام في ان العين الموجودة في فرض كون المال الموجود
 عيناً ينتقل الى الجاحد بالتقاص من ماله أو يبقى العين على ملكية المقتص وان لم
 يكن له عهدة ضمان على المقتص منه ، وجهان مبنيان على ان باب التقاص من قبيل
 المعاوضة وحقيقتة التملك بالعوض أم من قبيل باب الوفاء بمرتبة من مراتب المال
 مع بقاء خصوصية العين في ملكية المالك الأول بلا ضمان في المالية ولازمه حينئذ
 ترتيب آثار وجوده من حرمة تصرف من يده بدون رضا صاحبه لا آثار تلقه
 من ضمانه نظير ما قيل في المال المأخوذ بدل الحيولة بلا لزوم اجتماع العوض
 والمعوض في مثل هذا الفرض أصلاً ، الأقوى هو الثاني لانه المرتكز في الذهن لا
 انه معاملة مستقلة ولا أقل من الشك فيبقى استصحاب بقاء ملكية شخص العين
 بحاله بعد عدم اقتضاه عموم لا ضرر أيضاً شيئاً في امثال المقام ، وحينئذ فلو لا قيام
 اجماع على الانتقال كان فيما أتاده في الجواهر مجال منع (ثم) انه لو تلفت العين في
 يد المقتص قبل تقاصه فان لم يكن المال وديعة عنده فالظاهر ضمانه لعموم على اليد
 (وتوهم) ان جواز أخذه له شرعاً رافع للضمان (مدفوع) إذ لا منافاة بينهما نظير
 ضمان المأخوذ بالسوم وأضعف منه احتمال كون يده يد من هو ولي في أداء دينه
 من ماله فان الظاهر انه لا اشكال في كونه يد أمانة لا ضمان عليه في تلقه ، ومع هذا

الاحتمال لا مجال للتمسك بالعموم المربور لكونه من باب التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للجزم بخروج أيادي الأمانات عنه ، ووجه الضعف انه على فرض عدم جواز التمسك في الشبهات المصدقية الناشئة عن الشبهة الحكيمة خصوصاً في المطلقات بالنسبة الى مقيدانها كانت اصالة عدم جعله ولياً حاكمة على الاحتمال المزبور ومدخلة للمورد تحت يد غير أماني مشمول للعموم بتأ ، ولو كان المال عنده ودبعة فقبل قصده التقاص لا اشكال في عدم ضماه بتلقه وأما بعده سواء قصد البيع بجنس ماله بناء على فرض جوازه أم لا يقصد إلا التقاص من عين ما في يده فقد يقال في المقام بعدم الضمان من جهة احتمال الولاية فيستصحب أمانية يده فيحكم على عموم على اليد بالنسبة الى المورد الذي شك في مصداقته لمخصصه ، ولكن يمكن أن يقال بان الشك فيه مسبب عن الشك في صيرورته ولياً على التصرف ، فاصالة عدمها حاكمة على الأصل المزبور بعد الجزم بان ولايته السابقة على حفظه انعدمت واستصحب مطلق ولايته غير جار لأنه من باب استصحاب الكل من القسم الثالث (نعم) لوقلنا بجواز التمسك بالمطلق في صورة الشك في مصداقية شيء للمقيد ، لا بأس بالرجوع الى العموم من دون كون المقام مقام استصحاب حكم المخصص ولولم نقل بعموم زمانى للعام لأن اطلاقه الحالي يكفي في التمسك به في صورة الشك في التقييد الزايد الوارد حين حدوث الفرد كما هو الشأن في عموم الوفاء بالعقد بالنسبة الى الخيارات الثابتة حين حدوثها كما لا يخفى ، ولكن التمسك المزبور خصوصاً في المطلقات بمعزل عن التحقيق ، وعليه فالعمدة في امثال المقام كون المرجع هو الأصل فان أثبتنا به عدم الولاية كما في الفرض الأول فنثبت به ونحكم بادخاله في اقرار المحكوم بضمانه وإلا فيشكل الحكم بالضمان بمقتضى العموم المزبور

﴿ في دعوى الاملاك ﴾

وعلى أي حال لو ادعى ما لا يد لأحد عليه قضي له به مع عدم المنازع بمعنى ترتيب آثار الاختصاص عليه ، لا القضاء بمعنى فصل المضموم ولو كانت متوهمة الذي لازمه عدم سماع دعوى غيره عليه ، بل مثل هذه الدعوى لا تثمر في جعل مثله منكرأ بعد وجود المعارض له لأن حجتها مادام يصدق عليها انها بلا معارض

(ومن هنا) ظهر أيضاً انه لا تثمر يده اذا علم استنادها الى دعواه هذه ، نعم لو كانت يده مستندة الى سبب آخر كانت موجبة لصيرورته منكرآ في دعوى الغير عليه وعلى أي حال قد يتمسك لحجية الدعوى بلامعارض بالرواية المعروفة المشتملة على قضية كيمس واقع بين عشرة مع كون واحد منهم مدعيآ له والبقية نافين عن أنفسهم ، وقد أورد عليه بانه من الممكن كونه من باب سماع دعوى ذي اليد حيث ان المال في يد الجميع فنفي الباقيين يلغي يدهم عن الاعتبار وتبقى يد المثبت باقية بحالها ولكن لا يخفى مافيه ، من انه لو فرض كون المال في يد العشرة فمجرد اقرار البقية لا يلغي اليد عنهم موضوعا وإنما يلغي اعتبارها (وبعد ذلك نقول) ان من الواضح كون يد كل واحد على تمام المال غير معقول لأن حقيقة اليد ليست إلا عبارة عن الاستيلاء على المال خارجا ومثل هذا المعنى لا يتصور بنحو الاستقلال بالنسبة الى اثنين فضلا عن الأكثر لأن استيلاء كل واحد مستقلا ملازم مع قدرته على منع الغير عن التصرف وهذا المعنى لا يجمع مع قدرة الغير كذلك فما هو معقول هو الاستيلاء القائم بكليهما بنحو يكون كل واحد مشمول هذا الاستيلاء ضمناً لا مستقلا ، ومن المعلوم ان مرجع هذا الاستيلاء الضمني بحسب الاعتبار الى استيلاء كل واحد على النصف ، وللازمة حينئذ في مورد الفرض كون يد المدعي للمال على عشره لا على تمام المال فمقتضاه حينئذ كون الحكم باعطاء التمام لامتلاكه صرف اليد بل اعطاء البقية بملك الدعوى بلا معارض

(وتوهم) ان ما افيد إنما يرد على فرض كون اليد عبارة عن نفس الاستيلاء ، واما لو كانت عبارة عن الاضافة الخاصة المعهودة بين الجماعة فلا مانع من تصوير الأيدي التامة الاستقلالية بالنسبة اليهم ولذا لو لم تكن البقية نافين لكاننا نحكم بالشركة بنفس هذه الاضافة الخاصة لامن جهة ما ذكر من الاستيلاء ، كيف وهو مشكوك في المورد لأنه من المحتمل عدم تحقق الاستيلاء إلا لبعض هذه الجماعة (مدفوع) بانه كيف تكون اليد مجرد الاضافة المزبورة مع إننا نرى ان اضافة المشتري الى ما في الدكان من الامتعة ليست بأقل من اضافة المالك اليه ، والحال انه ليس ذو اليد بالنسبة الى الامتعة الكائنة في الدكان إلا صاحبه بلا صدق يد المشتري أصلا مع اقربية المتاع اليه من المالك ، فيكشف ذلك ككشفاً

جزمياً بأن المدار في حقيقة اليد ليس مثل هذه الاضافة المحسوسة الخارجية بل تمام المناط هو الاستيلاء الذي كان ثابتاً لصاحب الدكان دون غيره ، وأما ما ذكر من انه لو لم ينف الباقون يحكم بالشركة حتى مع الشك في الاستيلاء الفعلي للجميع في غاية المتانة لكن ليس ذلك من جهة كون اليد عبارة عن نفس الاضافة بل الظاهر ان الاضافة المزبورة عند العقلاء طريق الى اليد فما لم ينكشف الخلاف يحكم بكون المال في يد الجميع لا البعض بخلافه في صورة كشف الخلاف ، ولذا نقول بان في فرض اضافة المال الى المشتري أيضاً لو لم يحرز من الخارج كونه مشترياً يحكم بنفس هذه الاضافة بكونه مشتر بينهما ، لا ان أحدهما أجنبي ، عن المال رأساً ، وبالجملة بعد فرض عدم تصور الايدي المتعددة على تمام المال بنحو الاستقلال ، فلا يحيص فيما ذكر من الفرض عما ذكرنا من الاشكال ، فحينئذ فلاولى أن يقال ان نفي البقية صار موجباً لكشف خروج المال عن تحت يدهم وكون نسبتهم اليه كنسبة المشتري الى متاع الدكان ، بخلاف المدعي فان نفس اضافته حاكية عن يده مستقلاً فيكون رد المال اليه أجمع بمناط قول ذي اليد لا المدعي بلا معارض ، وعليه فلا دليل على قبول هذه الدعوى إلا ما ذكرناه سابقاً عند التعرض لها في ذيل بيان الدعاوي من السيرة عليه في الجملة وتفصيله موكول الى المراجعة الى ما أسلفناه

(بقى في المقام) فرع آخر وهو انه لو انكسرت سفينة في البحر ففي الرواية (ان ما أخرجـه البحر فهو لأهله وما أخرج بالعوص فهم أحق به) واحتمال ارجاع الضمير الى مالكه الاول كما في الجواهر في غاية البعد انصافاً ، وعليه فحمل الرواية على القاعدة فرع دعوى ان المال الواقع في البحر بحكم التالف على وجـه يكون ذلك مانعاً عن ملكية صاحبه مع وجود مقتضية بنحو يعتبر العقلاء من مثله مرتبة ملك أن يملك لولا مانع عن تملكه بحيث لو ارتفع المانع لا يحتاج في العود الى صاحبه بعد خروجه عن البحر الى تملك جديد بل خروجه بنفسه من البحر نظير الفسخ في العقود الذي هو في اعتبارهم رافع للمانع وهو هنا الخرج الجديد وان عوده الى المالك بعد حله وانعدامه إنما هو بمقتضى الملكية السابقة لا انه مقتضى له مستقلاً ، ولئن شئت قلت ان وقوعه في البحر وبعد وصوله اليه كما يوجب كونه بمنزلة التالف في رفع علقـة الملكية كذلك خروجه بنفسه منه معيد لها باقتضاءها

الاولية ، وأما لو ملكه غيره بالغوص فهو بنفسه أيضاً مانع عن الرجوع الى صاحب المال ، ولا يبعد مساعدة الاعتبار أيضاً على ذلك بل يوصى اليه أيضاً التعبير في الخبر في الفقرة الأولى (أنه أخرجه لهم) حيث ان الظاهر منه كون الامتنان في اخراجه لهم لا في تملكهم اياه جديداً ، كما ان الفقرة الأخيرة عبر (بأنه احق) إذ مثله يشعر بكونه من صغريات من سبق الى شيء فهو أحق الوارد في المباحات التي كان الناس فيه شرع سواء ، ولازمه كون المال بمنزلة التالف الخارج عن ملكية المالك على وجه لا يبقى لهم حتى حق اختصاص قابل لترقيه الى مرتبة الملكية ، كيف ومعه لا مجال لتملك الغير بالغوص ، نظير عدم سلطنة أحد على اثبات اليد على ما هو متعلق حق اختصاص الغير كما هو ظاهر ، فظهر مما ذكرنا ان وجه أحقية المالك له ليس من جهة بقاء حق اختصاصه بالمال الموجب لملكته له بعد خروجه نظير بقاء حق الاختصاص في الخمر القابل لصيرورته خلا الموجب لصيرورته ملكا بعد ما يصير خلا ، كما انه ليس وجه التفصيل بين المخرج بنفسه او بالغوص كون المورد من صغريات خروج المال عن الملكية بالاعراض ودخوله فيه بالرجوع عن أعراضه قبل تملك الغير ، وذلك لأن الظاهر من الرواية ان بنفس الخروج يدخل في ملكه بلا احتياج الى رجوعه عن أعراضه السابق ، مع ان مجرد انقطاع يد المالك عن المال قهراً لا يقتضي تحقق الاعراض المخرج عن الملكية ، بل الاعراض امر قصدي لا بد من قصده المعلوم عدم خطوره ببال المالك في المقام أصلاً ، وأضعف من ذلك ادخال التفصيل المزبور في صغريات الاباحة لما يأخذ نظير نثار العرس ، إذ مثل ذلك المعنى أيضاً فرع قصده اليه المعلوم عدم تحققه من المالك عند عبوره عن محل غرق فيه ماله ، وبالجملة لا مجال لتطبيق مضمون الرواية على القاعدة إلا على ما ذكرنا ولقد أشرنا الى ان اعتبار العرف أيضاً مساعد لذلك بل ويمكن استفادته من الرواية أيضاً كما لا يخفى والله العالم هذا

وكيف كان قد تقدم الكلام مفصلاً في انه يحكم على الغايب مع البينة وهو على حجته وأنه يباع ماله في الدين ولا يدفع الى المدعي المقيم للبينة إلا بكفيل على ما استقصينا الكلام فيه فراجع

ولو تنازع اثنان فيما في يدهما فلها بالسوية ويقضي بالاشاعة بينهما بعد الحلف من

كل منهما عند عدم البينة وذلك لما عرفت من ان مرجع يديهما على تمام المال الى استيلاء كل واحد عليه ضمناً لاستقلاله ، ولازم كشف مثل هذا الاستيلاء العام بهما عن الملكية القائمة بهما على وجه يكون جميع ذرات العين تحت ملكيتهما بلا ميز في متعلق الملكية بل ولا في نفس الملكية أصلاً ومرجع مثل هذا الاعتبار الى اعتبار كون كل منهما مالكا للنصف المشاع ومن هذا البيان اتضح حقيقة الملكية الاشاعية عن المفروزة ، من انه باختلاف الكيفية في نفس الملكية لا في المتعلق كي يستشكل أمره بانه أي شيء يفرض من بعد فرض كون كل ما يتجزى منه مشاعاً بينهما وحينئذ فالقسمة عبارة عن جمع المنبسط في نقطة خامة ، لا بتبديل بعض متعلق المشاع ببعض آخر ، ولا من قبيل تمييز المختلط عن غيره ، وذلك ظاهر واضح ، وبالجملة نقول بعد كون اليدين على التمام بالنحو المزبور بمزلة يد كل على النصف فكل بالنسبة الى ما تحت يده منكر ومدع بالنسبة الى ما في يد الغير ، ولازم ذلك كون الحلف ميزان كل واحد بالنسبة الى نصف المال الذي تحت يده لاتمامه ، فاذا حلفا فلا بد من التنصيف بينهما بحكم الحاكم ، ومن هذا البيان اتضح فساد ما في الجواهر ، من جعل اليدين متعارضتين وعدم الانتهاء الى الحلف لكونها من قبيل التداعي ، الذي لا منكر في البين أصلاً ، ويؤيده رواية مرسلّة من ان النبي (ص) (جعلها بينهما) بلاتعرض فيه للحلف أصلاً ، ولكن لا يخفى انه على فرض كون المقام من باب التداعي أيضاً لا مجال للفصل بلا بينة فجعله «ع» بينهما يمكن أن يكون بمنطوق حجية يد كل على النصف لا بمنطوق فصل الخصومة وحينئذ فالرواية شاهدة لنا لاعلمنا ثم لو فرض كون ظهور الرواية في مقام الفصل ، فان كان له اطلاق من حيث عدم الاحتياج الى الحلف فيؤخذ به وترفع اليد عن القاعدة وإلا فلا مجال للاكتفاء به بلا حلف ، ولو قلنا بكونه من باب التداعي لاحتمال دخول التحالف من الطرفين فيه ، وعليه فلا مجال للتفصيل بين الاحتمالين من حيث جريان الاصل وعدمه ، إذ كون المقام من قبيل يد كل على النصف أو مما لا يد لأحدهما عليه لا يوجب فرقا من حيث الاصل المزبور عند عدم الاطلاق او الاطلاق ، فما في الجواهر من التفرقة بين الاحتمالين في ذلك منظور فيه جداً ، ثم انه على المختار لو حلف كل منهما فلا شبهة في انحلال حلف كل الى الحلف على كل واحد من النصفين ، فيؤخذ

بواحد من حلقي كل واحد ويلغى الآخر ، لعدم كونه ميزانا وان حلف احدهما ونكل الآخر ، فان قلنا بالقضاء بالنكول فيعطي تمام المال للحالف نصف بحلفه ونصفه الآخر بنكول خصمه ، وان لم نقل به وبنينا على رد الحاكم في الاكتفاء بالحلف الاول الصادر منه قبل الرد اشكال ، لانه حلف غير منكر ولا مردود ، ولو كان حلفه على التام بعد الرد ، فلا بأس بالاكتفاء به بعد فرض انحلاله لكون كل منها مستنداً الى احد السببين وفي المسئلة لا يقتضي تعدد الاسباب تعدد الوجود خارجا بعدما كان منحللاً الى المتعدد اعتبارا ، وحينئذ فالتحقيق ما ذهب اليه بعض المفصلين في المقام من دون أن يرد عليه ما أورده في الجواهر كما لا يخفى على من راجع وتأمل ، ولو نكل عن اليمين المردودة فيقضى ايضاً بينهما نصفين نصفاً للحالف بحلفه ونصفاً لغيره لنكول الحالف عن اليمين المردودة ، ولو نكلا كلاهما ولو بعد رد الحاكم الحلف الى كليهما فقتضى القاعدة ايضاً الحكم بالتنصيف من جهة ميزانية كل واحد للحكم بالصف لغيره وهو واضح ظاهر ولو كان في يداحدهما فللمتشبه مع اليمين لعموم البيئة على المدعي واليمين على من أنكر الذي يكون المورد من اظهر مصاديقه

ولو كان في يد ثالث فهي لمن صدقه وللآخر احلافه من جهة اقتضاء مجموع الاقرار النافي عن نفسه واليد النافي لغير المقر له كونه له فيكون المقر له بمنزلة ذي اليد ، يقدم قوله بيمينه ، وفي كفاية توجيه الدعوى الى من بيده المال بعد تصديقه لغيره لطرفية المقر له في هذه الخصومة وعدمها وجهان ، أظهرهما عدم ، لأن توجيه الخصومة الى كل منهما بلحاظ الجهة الملزمة عليه ، وحيث أن المزم به في كل منهما غير المزم به في غيره فلا بد وأن تكون في البين خصومتان ، ومجرد وحدة المدعي به من العين غير موجب لوحدة الخصومة بعد كون الغرض من هذه الدعوى على من كان بيده المال أخذ بدل الحيولة منه ، وبالنسبة الى المقر له أخذ العين ، ولئن شئت قلت بان الدعوى بعدما كانت من شؤون المطالبة فكما أن المطالبة من أحد ذي الايدي لا تكفي عن مطالبة الاخرى خصوصاً بعد فرض اختلاف المطالب به من كل واحد ، فكذلك دعواه التي كانت من شؤونها ، ثم ان أخذ العين من المقر له فهو وليس بعده تحرير الخصومة على المقر ، واما ان لم يأخذ ولو بحلفه فلا يسقط بحلفه حق مطالبته عن المقر كما عرفت نظيره في بعض الفروع السابقة

فراجع ، وان أقر الخالف بعد حلقه وأخذ منه العين يرد الى المقر بدله المأخوذ منه بواسطة المخاصمة معه وذلك ظاهر واضح

وكيف كان فان صدقها المقر الذي بيده المال تساويا في الحكم بالنصف وحلف كل منهما لصاحبه ، وذلك ايضاً من جهة الغاء اليد بالاقرار في النفي عن المقر له وفي الاثبات لنفسه مع بقائها على الأمارية على النفي بالنسبة الى غيره ، ولازمه حينئذ ايضاً كون كل منهما بمنزلة ذى اليد على النصف فكان المال حينئذ يكون في يدهما ولقد تقدم أن مقتضى القاعدة الحكم بالتنصيف بعد حلقها ، لعدم ميزانية حلف كل واحد إلا بالنسبة الى ما كان منكر افيه والمفروض أن ذلك ليس إلا النصف في حينئذ ينصف بعد تحليفهما الى آخر ما ذكرنا في الفرض السابق من كون المال في يدهما ، وعلى أي حال بعد الحكم بالمثل لنكول الخصم عن اليمين تسقط الدعوى عن المقر حتى بالنسبة الى النصف المقر به للناكل بعد وصول العين ، وتوهم أن اليمين المردودة بمنزلة الهبة الجديدة للخالف مذهباً لحق المدعي وآتياً بحق جديد له كما توهمه كشف اللثام ممنوع جداً ، لأنه لا تكون اليمين المردودة مذهبة للحق ، بل كانت مثبتة له نظير البينة لانها مثبتة لحق جديد ايضاً بعد اذها بها الحق الاول فيتم فرق حينئذ بينها وبين التملك بسبب جديد إذ في التملك الجديد بعد الحلف ذهاب حق واحداث حق جديد ، بخلافه في اليمين المردودة بل وهذه الجهة هي عمدة منشأ الفرق الجاري حتى في الهبة المجانية (لاماً فادة) في الجواهر من كون التفرغ لما كان في العاوضة الجديدة قبيل العوض فلم يكن مثله مانعاً عن الرجوع الى المقر بخلافه في النكول عن اليمين (إذ لازمه) عدم الرجوع في صورة التملك بالهبة الجديدة وهو كما ترى

و بالجمله ان كذبها أقرت العين في يده فعليه اليمين لها وان نكل وقلنا بميزانيتها للقضاء فكانت نكوله واردا على حجية يده لنفسه وان بقيت على حجيتها على نفي ملكية غير المنكول له ، ولازم ذلك كون المال بمنزلة مالواقر لاحدها بلانعيين ويجيء حكمه (وان نفي عن نفسه) وقال ليس لي أولاً أعرف صاحبها ، ففي مثله يلغى اليد عن الاعتبار نفيًا واثباتًا فكان المدعيان في المقام كما فيما لا يدل احدهما عليه في حينئذ ان

قلنا بان توافقهما على نفي المال عن غيرهما دعوى بلا معارض فتسمع فكانت هذه الصورة من هذه الجهة مثل صورة اقراره لاحدهما، وإلا فلان مجال لا تحصر الحق فيهما كي تكون القرعة منحصرة بينهما، ولا مجال ايضاً للحكم بالتنصيف بينهما لقاعدة العدل والانصاف ولا مناط الودع والودعي ، لأنه في مورد الا تحصر ، ولا جبر للقرعة ايضاً في هذه الصورة ، بل لا بد من اجراء حكم مجهول المالك عليه ، ومن هنا ظهر ما في الجواهر من منعه جريان القرعة من جهة عدم الاشكال في التنصيف إذا الكلام بعد فيه بعد عدم شمول الدعوى بلا معارض لمثل المقيم ، ومن العجب تمسكه بالتنصيف في بعض كلماته باقتضاء الدعوى لمثل ذلك إذ لا وجه لا يقتضاه الدعوى شيئاً ابداً كما لا يخفى فالاولى التمسك لمنع القرعة بضعف دلائلها ليس إلا ، نعم لو ثبت الا تحصر فيهما فقد يتوهم جريان مناط القرعة عند تعارض البينتين وتساويهما فيما لا يد لاحدهما عليه فانه حينئذ يمكن أن يقال أن ملاك القرعة من جهة حجوية البينة في نفي الثبات وتساقطها بالنسبة اليها وحينئذ يلحق به كل مورد كان الأمر منحصر بين الشخصين ولم يكن معين في البين ، ولكن ذلك ايضاً لولا تنقيح المناط في الحكم بالتنصيف في الودع والودعي ، وإلا فيقدم ذلك ايضاً على القرعة من جهة نفي الاشكال فيه ، فحينئذ تختص القرعة بخصوص مورد تعارض البينتين المنصوصة فيه ، نعم لو استشكل في جريان المناطين في المقيم ايضاً في ظرف الا تحصر بهما فمع احتمال الاشتراك بينهما فلا شبهة في جريان قاعدة العدل والانصاف في الحكم بالتنصيف بينهما بعد فرض كون توقيف المال موجبا لصيرورته في معرض التلف ، ومع عدمه فقد يشكل في تقديم احتمال رفع الظلم في أحد الطرفين بالنسبة الى تمام المال مع القسط بلزوم الظلم بالنسبة الى احد الطرفين في نصفه وترجيح الثاني على الاول لا يخلو عن غموض بل لا يبعد حكم العقل بعد الجزم بعدم توقيف المال الذي هو في معرض الزوال بالتخير بينهما فتأمل ثم انه ظهر مما ذكرنا حكم مالو أقر لاحدهما ولم يعين ، فان في الرجوع الى القرعة مع جريان مناط الودعي في المقيم الحاكم على دليل القرعة اشكال والله العالم

ولو تداعى الزوجان متاع البيت قضي لمن أقام البينة وحكي نفي الخلاف في ذلك عن الرياض وذلك ان تم اجماعا فهو ، وإلا فلننظر فيه مجال بعد فرض كون

المتاع بينهما على نحو يحكم انه بيدهما لان البينة انما تسمع في نصفه الذي كانت البينة بالنسبة اليه بينة الخارج ، ومقتضاه مع اجتماع البينتين من الطرفين الحكم بالتنصيف حسبما مر الكلام فيما كان المال بيدهما ، ولازم ذلك كون الوظيفة عند عدم البينة التحالف والتنصيف ايضاً من دون فرق بين ما يختص بالرجال أو النساء ، و بين كون الدار لهما أو لاحدهما ، و بين كون الزوجيه باقية أم زائلة ، و حكي ما ذكرناه من التحالف المستلزم للتنصيف عن الشيخ في مبسوطه والعلامة في قواعد وغره في شرحه ، ثم ان ذلك كله ايضاً في صورة عدم احراز استيلاء واحد منها على المتاع كلا أو بعضاً معيناً من الخارج ، وإلا فقد أشرنا سابقاً أن مجرد اليد لا يكفي في الحكم بكون المال في يدهما كيف و حقيقة اليد عرفاً هو نفس الاستيلاء الخارجي كما هو ظاهر الرواية الآتية ، وان اضافة اليد خارجاً ربما تكون اشارة الى هذا الاستيلاء وحينئذ فيحكم على من استولى على متاع بانه ذا يد عليه و بينة صاحبه بينة خارج ، هذا كله بمقتضى القواعد من دون فرق فيه ايضاً بين سبق ملكية المتاع لاحدهما وعدمه ، بناء على التحقيق من تقديم اليد الحالية على السابقة ولكن نسب الى المشهور كما عن المسالك بل عن الخلاف والسرائر دعوى الاجماع عليه بان ما يصلح للرجال كالمنطقة وامثالها للنساء ، وما يصلح للنساء كالمنطقة وامثالها للرجال ، وما يصلح لهما كالوسادة وامثالها فيقسم بينهما ، ويدل عليه صحيح النخاس عن الصادق (ع) « اذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما الخ » وفي الموثق « في امرأة تموت قبل الرجل الى قوله ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء فهو له » وعن الشيخ في استبصاره فتوى ثالث وهو أن المتاع كلها للمرأة إلا ما علم انه للرجل أو اقيمت البينة عليه لرواية عبد الرحمن في الصحيح المشتملة على قضاء ابن ابي ليلى باربعة وجوه وفي ذيلها « فقال أبو عبدالله (ع) القضاء الاخير » من كون تمام المتاع للمرأة وفي خبر آخر مثله وفي ذيله « والمتاع يهدي علانية من بيت المرءة الى بيت الرجل فيمطي الذي جاءت به وهو المدعي فان زعم انه احدث فيه شيئاً فليأت بالبينة » ولا يخفى أن ذيل الاخير والاولي ايضاً يقتضي اختصاص المرءة

بما تأتية من بيتها ، وفي مثله ربما يكون الحكم على طبق القاعدة من استصحاب عنوان اليد في الرجل من كونها يد مأذونة من مالكة ، ولازمة حينئذ كونه مدعياً ووظيفته البينة ، ومثل ذلك أخص مضموننا من ظاهر فتوى الشيخ ، لولا دعوى كونه على طبق مضمون الروايتين ، وعليه فما هو على خلاف القاعدة هو الرواية الأولى التي هي أشهر الروايات وأظهرها بين الأصحاب ، لولا تنزيلها أيضاً على القاعدة بحمل ما يصلح للرجل على الغالب بكونهم مستولين عليه ، وهكذا ما يصلح للنساء ، ويؤيده ما في ذيل الموثق من قوله « ومن استولى على شيء فهو له » الذي هو بمنزلة التعليل لما أفاده من الحكم كما أن اطلاق الفتاوى أيضاً منزل عليه أيضاً ، وعليه فلا يكون للشيخ فتاوى مختلفة ، بل في كل مورد صبر بتعبير مخصوص ، ولكنه خلاف الظاهر أيضاً فكأنه شاهد لفهمه الاطلاق وحينئذ ان تم كون فهمه قرينة على الاطلاق فيؤخذ على خلاف القاعدة بعد اعراضهم عن الرواية الثانية ، وإلا فلا مجال لرفع اليد عن القواعد بمثل هذه الاخبار انصافاً وكيف كان فلو ادعى أبو الميته انه اعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره كلف بالبينة لانها خلاف ظاهر يدها في الملكية الظاهرية ، ولكن في خبر جعفر بن عيسى الفرق بين دعوى الأب وغيره فيعطى الأب بلا بيينة دون غيره من أخ أو غيره وضعفه جماعة وان صححه أخرى وما كان هذا شأنه لا يصلح لأن يرفع اليد عن القاعدة بمثله لعدم الوثوق بسنده ، نعم على فرض تسليم السند لا مجال لما قيل في دلالة بحمله على القاعدة من جهة أن المأثري به لما كان من جهة تملك أبيها فمع الشك فيه يستصحب عدمه ، إذ هو خلاف المختار من تقديم اليد الفعلية على الاستصحاب فتدبر

تعارض البينتين

ولو تعارضت البينتان فإن قامت أحدهما على الملكية في زمان والآخرى على ملكية غيره في هذا الزمان ، سواء كان من جهة اطلاقها الشاملين لزمان واحد أو تصريح أحدهما بالتاريخ واطلاق الآخر أو تصريحهما بتاريخ الحدوث مقارنين أو مع تقدم تاريخ حدوث أحدهما على غيره ، فالظاهر ان الحكم في الجميع بمقتضى

القاعدة هو التساقط ، لا الجمع بينهما بتقييد الاطلاق لعدم اقتضاء القاعدة الجمع المزبور في الكلام الصادر عن الشخصين اذا لم يكونا من جهة عصمتهم بمنزلة شخص واحد كالأئمة عليهم السلام ، ولا الاخذ بأسبقهما تاريخاً في مقدار سبقه مع الالتزام بالتساقط في غيره ، لان ذلك إنما يتم في مورد لم تكن البينة الدالة على الاسبق دالة على الملازمة بين السبق والحق ، وإلا فلا مجال للتساقط في بعض المدلول بملاك المعارضة وعدمه في غيره ولو من جهة التبويض سنداً فضلاً عن الدلالة لفرض دلالتها على عدم الانفكاك أيضاً ، ولأزمه حينئذ كون معارضتها في الملكية اللاحقة معارضة معها في أصل الملكية رأساً ، (ومن هنا) ظهر حال البينة على التمام لشخص وعلى نصفه ببينة أخرى لغيره ، إذ يجيء فيه التفصيل المزبور من حيث قابلية البينة للتفكيك بين النصفين ولو من حيث السند وعدمه ، فإنه يؤخذ في النصف الآخر في الاول دون الاخير (بل ذلك أيضاً) لا بملاك الميزانية عند عدم المعارض في النصف لما عرفت من انها فرع قيامها في مورد الخصومة ، وإلا فهي متممة من حجيتها لا ميزانيتها كما هو ظاهر وسيأتي الإشارة إليه في بعض الفروع الآتية فانتظر ، « وأيضاً » لا مجال للجمع بين البينتين بالتبويض في المدلول من حيث التصنيف وأمثاله وذلك لان البينة على التمام بعد اقتضاءها ملكية كل جزء في كل جزء كانت البينتان متعارضتين ، ولا مجال في مثله للجمع بينهما بالتصنيف حتى لو كان الخبران من شخص واحد فضلاً عن الشخصين ، كما انه لو أدت البينتان على الملكية الواقعية من جهة اليد أو الاستصحاب بناء على جواز الشهادة على الواقع بمقتضى كل واحد منهما ، فلا وجه لتقديم ما كان مستندها الوجدان على ما كان مستندها التصرف او اليد او الاصل بنحو الاطلاق إذ من المعلوم ان دليل البينة بالنسبة الى كليهما على السوية بعد احتمال مطابقتها أحدهما للواقع (وتوهم) ان تقديم البينة على نفس الاصل الذي هو مدرك الآخر يقتضي تقديمها على مقتضاها (مدفوع) غاية الدفع لان ما هو مقدم على الاصل إنما هو البينة القائمة على المتشبه به والمفروض ان المتشبهت بالاصل ربما لانكون البينة الأخرى في حجة حجة لأمه بفسقها مثلاً ، ومن كانت حجة عنده هو الحاكم الذي تكون البينتان من حيث المطابقة للواقع عنده سميان ، نعم لو فرض حجيتها لدى الشاهدين المستنديين

الى الاصل في شهادتهما بحيث لو التفتنا اليهما لم يشهدا أمكن في هذه الصورة ترجيح غيره إذ مثل هذا يكشف عن فساد مدرك الشهادة حتى عند نفسه ، وفي مثله أمكن دعوى انصراف دليل الحجية عنه ، وهذا بخلاف الصورة الاولى التي لا يكون المدرك فاسداً حتى عند غيره في فرض بناءه على جواز الشهادة على طبق الاصل ، نعم لو لم يكن بناء الحاكم على ذلك مع كون بناء الشاهد على الجواز ، فقيهه أيضاً اشكال من جهة كونه من صغريات ما اذا فرض فساد مدرك الشاهد عند الحاكم وصحته عند الشاهد ، إذ في شمول عموم دليل البينة لمثله اشكال وعلى فرض العموم يلحق بالاول ، (وعلى أي حال) فما في بعض الكلمات من تقديم الشاهد المستند الى الوجدان على المستند بالاصل بنحو الاطلاق لا يخلو عن اشكال ، نعم لو صرح الشاهد بالملكية بمقتضى الاستصحاب لديه او بالملكية الظاهرية ، لاجمال السماع مثله منه اصلاً ولو لم تكن في البين معارضة ، لان من المعلوم ان الملكية الظاهرية والاستصحابية إنما تكون موضوع الاثر عند من كان محكوماً بها دون غيره الذي لا يكون كذلك إذ كان الاستصحاب متحققاً في حقه ، نعم لو كان في مورد تكون الملكية الظاهرية عند غيره موضوع الحكم لديه ، لا بأس بسماع مثله لترتيب الاثر المزبور على طبقه (ومن هنا) ظهر أيضاً انه لا وجه لسماع الشهادة على علمه بالملكية ، إذ مثله لا يكون موضوع اثر للسامع غالباً ، وفي مثل هذه المقامات لاجمال المعارضة البينتين كي يطلق الترجيح على تقديم ما قامت على الملكية الواقعية وان كان مدركها الاصل بناء على الاكتفاء بصحة المدرك حتى عند الشاهد ، وعليه فصح لنا ان ندعي بان مقتضى القاعدة في فرض تعارض الشهود هو التساقط مطلقاً إلا مع كشف الشهادة عن فساد المدرك عند الشهود الاخر ولو على فرض التفاتهم اليه طانه حينئذ يقدم الآخر لانه لا معارض له حقيقة هذا كله الكلام في مقتضى القاعدة في باب الشهادة

(وبقي الكلام) في مطلب آخر وهو ان من المعلوم المقرر ان مجرد دليل حجية البينة بنحو الاطلاق لا يلزم ميزانيتها المصطلح بعد عموم البينة على المدعي واليمين على من أنكر الظاهر في التفصيل العاطع للشركة (وإنما الكلام) والاشكال في مقام آخر وهو انه هل دليل الميزان ناظر الى ما ثبتت فعلية حجيته من الخارج أم

لا نظر له إلا الى اثبات الميزانية والحجية بنفس هذا البيان مع قطع النظر عن الخارج ، فان قلنا بالاول فلازم ذلك عند تعارض بينة الداخل والخارج عدم وجود ميزان في البين حسب القاعدة ، إذ بعد اقبضاء القاعدة السابقة تسافطهما ، فلا تكون في البين حجة كي تكون ميزاناً للمدعي فلا جرم يحتاج بتقديم بينة الخارج او الداخل الى مرجح منصوب بنص مخصوص ، وإلا فنزل هذا العموم بل وما في رواية منصور الآتية غير مئمر حسب ما ذكرنا من المبني ، وأما أن قلنا بالثاني فلا بأس بعموم دليل الميزان في فرض التعارض المذكور والحكم بتقديم بينة الخارج ، لانه المدعي ، وحيث كان الأمر كذلك نقول ان مقتضى التحقيق هو الاخير ، لأن موضوعية البينة لعموم دليل الميزان والحجية في مقام الفصل في عرض موضوعيتها لعموم الحجية لكل أحد ، وحينئذ فسقوط عموم الحجية بالتعارض لا يقتضي سقوط دليل الميزانية كما هو ظاهر ، وعليه فالاعادة تقتضي في جميع المقامات تقديم بينة الخارج على الداخل ، نعم ربما يتعارضان في مقام الفصل أيضاً اذا كانت البينة من الطرفين بينة خارج وميزان فصل كما سيوضح الحال في فروع التداعي ان شاء الله

و عليه ولو كان المال في يدها وأقام كل منهما البينة فتمتضى ماتلونه لك ، هو الأخذ بالبينة في كل واحد من الطرفين بمقدار من مؤداها الذي كانت البينة بالاضافة اليه بينة خارج وهو النصف ، لما أسلمنا من أن يد الشخصين على تمام المال بمنزلة يد كل واحد على النصف كما هو المشهور المعروف ، نعم مقتضى مختار الجواهر من تساقط اليدين في الفرض كون البينتين ايضاً متعارضتين ولا مجال له حينئذ للمصير الى التنصيف إلا من جهة الاخبار الخاصة الآتية أو من جهة اقتضاء اليد بينهما بالأخذ بكل منهما في نصف ، واكن لا يخفى ما في الاخير لما تقدم وجهه والاول وان كان صحيحاً لكنه لولا معارضته مع رواية اسحق الصريح في اعتبار التحالف منها في الحكم بالتنصيف المزبور ، إذ مقتضى هذه الرواية عدم كون كل من البينتين في المقام حجة وميزانا ، واما الميزان هو الحلف ، فع عدم صدور الحلف منها ينصف بينهما ، ومثل هذه الرواية على فرض تسليم قوة اطلاق الاخر بباينة فضلاً عما لو لم نقل بقوة الاطلاق إذ لا بأس بتقييمه بما بعد التحالف ، نعم الذي

يسهل الخطب في أمر هذه الرواية عدم اعتناء المشهور بها فلا مجال للاخذ بسندها وعلى أي حال مقتضى التحقيق في مثل هذا الفرض هو التصنيف خصوصاً على المختار من عدم حجبية البيئتين في مقام الميزانية من غير المدعي كما لا يخفى ، إذ حينئذ مافي المرسلة المجبورة بالعمل من الحكم بالتصنيف في الفرض يكون على القاعدة ، بل من الممكن حينئذ كون طرفيهم رواية اسحق من جهة ترجيح هذه المرسلة عليها بموافقة عموم السنة لامن جهة ضعف السند فتأمل ، المهم إلا أن يقال أن حجبيتها في نفسها كافية في صدق المعارضة ، فتخرج بالنسبة الى التصنيف ايضاً عن الميزانية وحينئذ فلا محيص من أن تحمل اخبار التصنيف على صورة حلتها أو على الحكم به من باب المصالحاة الحكمية بلا كفايته في فصل الخصومة ، ثم ان مقتضى هذه المرسلة حسب ما فيها من التفصيل بين كثر المال في يديها بالتصنيف وبين مالا يدلا حدها فالقرعة مع فرض التسوية التي لازمها بمفهومها الترجيح بينها عند عدم الاعتدال وبين مالو كان بيد أحدهما فالحكم لغير من بيده المال ، تخصيص مادل باطلاقه بالاخذ بالقرعة أو الاكثر عدد او الارجح عدالة بصورة مالا يد لاحد عليه ، فلا يكاد يشمل جريان مثلها في المقام ، ولا اقل من معارضة مطلقاً بها مع مطلقات التصنيف الواردة في الباب مثل رواية تميم بنحو التباين الموجب لترجيح هذه المطلقات في المقام بعموم السنة الجارية في امثال المقام أو غيره مما لا يكون من موارد تعارض البيئتين كما لا يخفى هذا ،

ولو لم يكن في يد أحدهما بل ولا في يد ثالث فعن المصنف الحكم بالتصنيف فيه ايضاً لا لعموم البيئتين كي يقتضي تساقطها في مقام الفصل ولا الجمع بينها بالتصنيف ، بل من جهة اطلاق مادل على التصنيف بعد خروج ماخرج (اقول) وما أفيد كذلك لولا المرسلة المجبورة المشار اليها سابقاً الدالة على اخراج مطلق مالا يدلا حده عليه ، ولازمها اجراء حكم التعارض عليه من القرعة مع التساوي والترجيح بالاكثرية أو الاعتدلية مع الاختلاف وحينئذ لاوجه لتخصيص الخارج بخصوص صورة كون المال بيد ثالث إلا بعدم الاعتناء بالمرسلة المزبورة مع فرض اختصاص البقية بصورة كونه بيد ثالث وكلا الامرين كما ترى ، إذ في مثل اخبار القرعة ايضاً مثل هذا الاطلاق الشامل لما لا يدلا حدهما

عليه وبالجملة لاجمال للتخصيص المزبور بعد اطلاق المخصص وما يتأتى عن المحقق في شرايهه ايضاً من تخصيص الفرض الثالث بصورة كون المال في يد الثالث ايضاً منظور فيه ، وكيف كان نقول أن مقتضى التحقيق كون هذه الصورة حكم الصورة الآتية في كلامه من كون المال في يد ثالث فانتظر لتام الكلام فيه ولو كان المال في يد احدهما قضي للخارج على المشهور ، بمقتضى القاعدة على تأمل أشرنا الى وجهه سابقاً فراجع ، مضافاً الى روايه منصور (وما يعارضها) من مثل رواية غياث بن ابراهيم الصريحة في تقديم بيته الداخل ، وكذا رواية جابر ، وكذا رواية ابي بصير المشتملة على ترجيح الاكثر عدداً فيستحلفه ورواية عبدالله بن سنان المرجحة للبيته المثبتة للنتاج (مطروح) أما لاعراض المشهور ، أو لترجيح رواية منصور بعد فرض تباين الجميع دلالة بموافقه السنة وذلك ايضاً لولا اطلاقها لصورة تشبث ذي اليد بالسبب وإلا فيعقيد مثلها برواية منصور (وتوهم) أن رواية منصور أعم من رواية ابي بصير المشتملة على الأخذ باكثرهم بيته فيستحلف (مدفوع) بان اشتغال رواية ابي بصير الاستحلاف يكشف عن دلالتها على عدم ميزانية البيته ولو كان اكثر ويدل بالفحوى على عدم ميزانيتها حتى مع المساوات ، وحينئذ لاجمال لتقييم خبر منصور بغير صورة الاكثرية لأنه مناف لفحوى رواية ابي بصير ، ولذلك نقول أن في أصل الدلالة على ميزانية البيته في المورد بينهما المباينة فلا بد حينئذ من الترجيح بينهما بعموم السنة لما عرفت (ثم) ان مورد جميع الروايات حتى رواية منصور بعدما كان في صورة ذكر البيته سبب الملكية لا يبقى مجال التفصيل بين صور تشبث البيته بذكر السبب فيها وعدمه فما حكى عن الشيخ في كتابي الاخبار من التفصيل المزبور، منظور فيه . ثم ان ذلك كله فيما لم يكن المتخاصمان متشبهين بالسبب . فلو تشبها به او تشبث خصوص ذي اليد منها فيمكن أن يقال أن مقتضى القاعدة صيرورة ذي اليد مدعيًا وذلك لعدم كون اليد اماره خصوصية الملكية المدعى به ، بل غاية الأمر كونه اماره نفس الملكية . فالخصوصية كانت على خلاف الأصل فيكون القائل بها مدعيًا . بل لو ادعى الأنتقال من طرفه كان خصمه بمقتضى اقراره منكراً أولاً اقل من كونه بالنسبة الى الملكية السابقة مدعيًا بلا معارض بضميمة استصحاب بقاء

ملكيتيه ، وعليه فبني الفرض الأخير لا اشكال فيه لجريان القاعدة وخبر منصور في مثله ، ولازم ذلك سماع بينته لا بيئته المدعي المتشبهت بالسبب ، وأما لولم يدع الانتقال من خصمه بل تعرض للسبب بغير هذا الوجه ، فلا يكون المورد حينئذ مشمول قاعدة تقديم بيئته الخارج ولا مشمول خبر منصور ، وحينئذ يبقى الكلام في بقرية الأخبار (فان قلنا) بظهورها في صورة عدم تشبهت ذي اليد بالسبب فلا يشمل مثلها للمقام ، فالرجوع في مثله حينئذ قاعدة تساقط البينتين وعموم اخبار التصنيف لولم نقل بجريان مناط أخبار ما لا يد لأحدهما في المقام ، وإلا فيرجع الى القرعة في فرض التداري والترجيح بالأكثرية والاعدلية عند التفاوت (ولوقلنا) باطلاً فإنها بعد تخصيص صور عدم ذكر السبب بخبر منصور تقع المعارضة بين البقرية بنحو التباين ولازمه مع عدم الترجيح الرجوع الى التخيير ، لا الأخذ برواية أبي بصير المستتملة على الأخذ بأكثر عدداً من جهة ترجيحها ببقرية ما دل بهومه على الأخذ او القرعة ، لأن ظاهر ما دل على الأخذ بالأكثر على فرض شمولها للمقام كون البيئته مرجعاً في الفصل لافي تمييز المدعي من المنكر فلا موافقة بينهما كي يرجح رواية أبي بصير بها ، وعلى أي حال لا مجال لما افاده العلامة المصنف قدس سره بقوله إلا ان يقيمها المتشبهت على السبب ولو أقامها كل منهما على السبب فلا تمتشبهت ويخلف في الصورتين وذلك لأنه لو أريد به ما هو ظاهره من التفصيل بين تعرض الشاهد بالسبب وعدمه كي يرجع الى ما أفاده المحقق في شرايعة حاكياً عن الشيخ ، فلقد عرفت ضعفه ، وان أريد به صورة تعرض المتخاصمين للسبب عند تحرير خصومتها ، فلقد عرفت ان مقتضى الصناعة أما التصنيف أو أعمال قواعد التعارض الآتي فيما لا يد لأحدهما عليه او التخيير بين الأخذ برواية غياث او خبر أبي بصير او خبر الأخذ بالنتاج ، وعلى أي حال لا وجه لما أفيد والله العالم فتأمل في المقام فإنه من مزال الأقدام ولو كان في يد ثالث قضى لارجح البينتين بالكثرة او العدالة وذلك لمفهوم خبر عبد الرحمن عنه «ع» (قال كان علي «ع» اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء اقرع بينهم على أيها تصير اليمين) (بعد تقييد اطلاقه بالرسالة المفصلة بين ما لو كان في يد أحدهما او يدها او لا يد لواحد منهما بحمله على صورة لا يد لواحد منهما ، وظاهر المفهوم عدم الاحتياج

في القضاء الى القرعة بل يعطى بنفس أكثرهما بيذة أو عدالة (وتوهم) ان منطوقه الاحتياج عند التساوي الى القرعة واليمين، والمفهوم عدم الاحتياج الى كليهما فلا ينفي الاحتياج الى أحدهما (مدفوع) بان سوق المظوق هو عدم ميزانية البينة رأساً للتساقط، والاحتياج الى القرعة في تمييز المدعي عن المنكر كي يترتب عليه الوظيفة، ومفهوم هذا البيان ليس إلا ميزانية أكثرهم عدداً أو عدالة بملاك الترجيح هذا مضافاً الى ان في موثقة سماعه بمقتضى منطوقه الاحتياج عند التسوية بصرف القرعة في القضاء، ومفهومه عدم الاحتياج عند الاكثرية عدداً اليها في القضاء ومجرد تقييد المنطوق بالدليل المنفصل بـ عدم اليمين لا يرفع ظهوره في طرف المفهوم في عدم الاحتياج فيما أخذه، وأما ما في خبر أبي بصير من الاستحلاف بعد الاخذ بأكثرهم بيذة فهو لا يصلح لتقييد مثل هذا الاطلاق حتى فيما لا يدل أحدهما عليه، بل هذه الفقرة إنما كانت مصدرة بصورة كون المال في يد أحدهما ولقد عرفت انه في مورده مبتل بمعارضات شتى فكيف يصلح لتقييد مثل هذه المطلقات بالنسبة الى مورد لا يدل أحدهما وبالجملة لا بأس بالاخذ باطلاق هذه الروايات ويحكم بميزانية ذي المرجح من البينتين ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر ما في كلمات الجواهر من التزامه بالاحتياج الى الحلف مع وجود المرجح وأعجب منه نسبته الى ظاهر الاصحاب وحمل اطلاق كلماتهم وعدم تعرضهم اليمين على وضوح اعتباره لديهم (ثم لا يتوهم) أيضاً معارضة هذه المطلقات بخبر غياث بالتنصيف الوارد فيما لا يدل لأحدهما خاصة من جهة كون النسبة بينهما عموماً من وجه لاعمية خبر التنصيف من حيث الاكثرية والاعدلية وأخصميته منها من حيث كونه فيما لا يدل لوحد منهما او يدهما (لانه يقال) انه يكفي في وجه الجمع بينهما ما في الرسالة عن أمير المؤمنين (ع) (في البينتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا اعتدلت بيذة كل واحد منهما وليس في أيديهما فان كان في أيديهما فهو في ما بينهما نصفان وان كان في يد أحدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعي عليه) وضعفها بجر بشهرة العمل (ولا يخفى) ان لازمه تقييد اطلاقات القرعة بصورة نسوية البينتين عدداً وعدالة في مورد لا يدل لأحدهما عليه كما ان اطلاق بعضها من حيث القضاء بالقرعة إلا تعرضه لليمين مخصصة برواية البصري (ثم ان) في

رواية البصري تقديم اكثرهم عدالة على اكثرهم عدداً بحسب الذكر ، وفي اقتضاء هذا المقدار تقديمه على الاكثرية عدداً من حيث الترجيح رتبة اشكال (ومقتضى) اطلاق موثقة سماعه هو الاكتفاء بالاكثر والقدر المتيقن من التصرف فيه هو رفع اليد عن تعيينه عند وجود الاعدل ، وأما الزائد منه المستلزم لعدم مرجحيته أصلاً مع وجود الاعدل ، فلا دليل عليه ولازمه حينئذ التخيير بينهما ، وعليه فلو فرض وجود الاعدلية في طرف والعدد في آخر فمقتضى اطلاق الاكثرية عدداً بعد الجزم بعدم احتمال تعيينه دون الاعدل التساقط والرجوع في مثله الى اطلاق دليل القرعة بناء على شمول الاعدل لثله ، ولكن ظاهر الاصحاب خلافه ، بل نظرهم الى تقديم الاعدلية ، فان كان ذلك اجماعاً منهم فهو وإلا فلننظر فيه بحسب الصناعة مجال والله العالم (ثم ان) مقتضى الجمع بين اطلاق خبر غياث واطلاقات الاخذ بالأكثرية بشهادة المرسله الدالة على تقييد كل واحد في مورد غير مورد الآخر (ليس إلا ادخال) صورة لا يد لأحدهما مع التساوي في أخبار القرعة ولازمه الاقتصار بمقدار دلالتها على خلافه وهو فرض اقدمها على الحلف بعد القرعة (وأما) مع نكولها عنه فيسبق تحت اطلاقات التنصيف وعليه فيستخرج من ملاحظة جميع ما ذكرنا ما أفاده المحقق (قده) في شرايعه من القرعة ، والحلف مع تساوي البنتين ، والأخذ بالأكثر عدداً أم عدالة عند اختلافها فيما لا يد لأحدها ، والتنصيف مع نكولها عنه (وبواسطة) ذلك كله ايضاً ترفع اليد عما دل على الأخذ بنكول المدعي الذي هو في المقام من لم تخرج القرعة باسمه ، إذ مثل هذه العمومات أعم مورداً من أخبار التنصيف قطعاً ، لو لم نقل باختصاصها بصورة عدم وجود البينة في البين أصلاً والله العالم (كما انه) ظهر ايضاً وجه ما أفاده المصنف (قده) اشكالا على المحقق في تقديم الاعدلية على الاكثرية بقوله

ولو اختلفا فيهما بان يكون احدهما أعدل والآخر اكثر عدداً ففي الترجيح

بالاعدلية والاكثرية اشكال كظهور وجه قوله وان تساويا اقرع فيحلف من

نخرج اسمه فان امتنع عن الحلف والرد أحلف الآخر فان امتنع قسم بينهما

على اشكال في التصنيف (ولعل) وجه الاشكال ، اقتضاء المرسله التي هي شاهد الجمع بين اطلاقات التصنيف واطلاقات القرعة والترجيح ، حمل كل على مورد غير مورد الآخر ولازمه تخصيص التصنيف بمقتضى المرسله بما اذا كان في يدها ، وادخال مالا يد لاحدهما عليه في القرعة وبعد ذلك لا تبقى حجية لظهور أخبار التصنيف بالنسبة الى مالا يد لاحدهما كي يحكم بالتصنيف عند امتناعها (ولكن فيه) أن اقتضاء المرسله ادخال مالا يد لاحدهما في القرعة انما يقتصر فيه بمقدار مضادته مع اطلاق التصنيف ، وذلك انما هو في صورة اقدمها على الحلف وأما مع امتناعها عنه فيبقى تحت اطلاق أخبار التصنيف بتأ والله العالم

خاتمة للمقصد

(بقي) في المقام فروع لم يتعرض لها المصنف ولا يخلو ارادها عن فائدة (خاتمة للمقصد) (فنقول) ان من جملتها انه قال في الشرايع ويتحقق التعارض بين الشاهدين ، والشاهد والامرأ تين ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين انتهى ، ووجه في الجواهر الفرق بينهما بصدق البيئته على الاول دون الأخير ، غاية الأمر يقوم مقامها في الميزانية في الجملة لا في مطلق الآ نار (أ قول) ما أفيد انما يتم لو كان نظر المحقق فيما أؤاد الى منع ترتيب ما تقدم من الآ نار من الاخذ بالاكثر والاعدل والرجوع الى القرعة مع التساوي ولكن ذلك خلاف ما افاده بعد ذلك بقوله فيقضي بالشاهدين بل والشاهد والامرأ تين دون الشاهد واليمين ، إذ ظاهر ذلك منع تحقق اصل المعارضة لامنح تحقق أحكامها المزبورة (وعليه) فيرد عليه بان مجرد عدم صدق البيئته على الشاهد واليمين لا يقتضي عدم المعارضة بعد اطلاق دليله في الاموال ، بل حينئذ ربما يكون الشاهد واليمين مقدماً على الشاهدين في فرض كونها من جانب خارج اليد ، لأنه وظيفته المدعي في مقام الفصل بلا صلاحية الشاهدين من قبل ذي اليد للميزانية اصلاً (كما انه) لا بأس بالاخذ بكليهما فيما لو كان المال بيدهما ، إذ كل منهما من حيث كونه من الخارج حجة غايته يحكم بالتبويض من حيث السند بمقدار اقتضاء يده على المال كما هو ظاهر وحينئذ

(فالتحقيق) في صورة كون المال في يد ثالث غير مقر لأحدهما معيناً أولاً يد
لاحد عليه الحكم بالتساقط بين الشاهدين والشاهد واليمين ، على ماهو التحقيق من
كون الأخير ايضاً ميزاناً مستقلاً للمدعي قبال البينة واليمين ، نعم لو بنينا على أن
ضم اليمين بملاحظة صيرورة طرفه متقوماً بالشاهد الواحد فيصير منكر ا فوظيفته
اليمين (كان) لما افاده وجه ، لأن البينة الصادرة من المدعي مقدمة في السماع على
غيرها لان وظيفة المدعي مقدمة على وظيفة المنكر ، ولكنه مجرد تحمك (كيف)
وظاهر دليله كونه من وظائف المدعي في عرض الشاهدين ، غاية الأمر في خصوص
الاموال لا مطلقاً ، ولا أقل من الشك في ذلك ، فيكفي في المعارضة حينئذ مجرد
اطلاق دليله من دون شمول دليل ترتب يمين المنكر على بينة المدعي لمثله كما هو ظاهر
(وعليه) فمقتضى القاعدة صيرورة المورد بلا ميزان ، وفي مثله يمكن المصير الى
عموم «القرعة لكل أمر مشكل» فيقرع في مقام تمييز المدعي عن المنكر ، لا من
جهة ميزانيتها للفصل فاي واحد خرجت القرعة باسمه كانت وظيفته اليمين ، وان
نكلاً فيحكم بنكول المدعي لو لم نقل بميزانية نكول المنكر لعموم دليله بعد فرض
اختصاص أخبار التنصيف لغير المقام وهو فرض تعارض البينتين كما لا يخفى
(ولعل) نظر الشيخ (قده) في حكمه بالرجوع الى القرعة ايضاً الى ما ذكرنا
لا الى الاخبار المتقدمة المختصة بمورد تعارض البينتين المنصرف عن المورد (ولكن)
ذلك لولا التزامه في فرض امتناعها عن اليمين بالتنصيف فراجع كلامه ترى
حقيقة مرامه (ثم أعلم) ان في كل مورد قضينا بالتنصيف فانما هو في مورد يمكن
فرض الاشتراك فيه ويصح التبعض من جهته ، وأما فيما لا يمكن فيه ذلك مثل
دعوى الزوجية ، ففي الجواهر انه يحكم بالقرعة كما نص عليه في رسالة داود من
الرجوع اليها عند تساوي البينة من الطرفين ، وظاهرها كسوق سائر الاخبار كرن
القرعة ميزان تحصيل المنكر لا الفصل ولازمه الاحتياج الى الحلف ، ومع امتناعها
عن الحلف يحكم على طبق نكول المدعي على المختار ، وذلك ايضاً لولا منع شمول دليل
الحكم بنكول المدعي عن اليمين المردودة لمثل المقام من فرض تعارض البينتين ، وإلا
فيبقى المورد بلا ميزان وان يحكم بالزوجية لمن خرج اسمه بالقرعة — إلاك
حجتها لا فصلاً بينها

(ومنها) انه قال في الشرايع بان الشهادة بقدم الملك اولى من الشهادة بالحادث ولعل عمدة الوجه فيه ما في الرواية المتقدمة من ترجيح الشهادة بالنتاج على الشهادة بالشراء وإلا (فتوهم) تسا قط البينتين في الملك الفعلي وبقاء البينة على الملكية السابقة بلا معارض فيشملة عموم دليلها المقتضي للتبعيض في سندها لادلائها (مدفوع) جزماً بالنسبة الى صورة كون الشهادة بالملكية القديمة بسبب يقتضي ملكيته الحالية ، إذ حينئذ كانت البينة الحالية معارضة لها في اصل الملكية لطرفه من الاول فيتساقطان مع أن غاية ما يلزم كون المال بمقتضى حجية البينة محكوماً في الامس بملكيتها له ومثلها ليس محط الخصومة ، بل محط الملكية الحالية ، ولا يثبت في الحال الا بالاستصحاب الذي ليس هو ميزان الفصل ، بل غاية الأمر يصير منكر الولا كون المال في يد غيره أو في يدهما ، وإلا فاليد الحالية مقدمة على الملكية السابقة واستصحابها وذلك كله غير مرتبط بتقديم البينة على الملك القديم في مقام الميزانية (واما الرواية) فاستفادة المناط منها من ترجيح ما هو أقدم تاريخاً اول الدعوى ، مع أن مورد الرواية صورة كون المال في يد احدها ، وفي مثله قد تقدم بان الاخبار متعارضة على وجه لا مجال إلا من الترجيح بينهما بموافقة السنة المنطبق ذلك على رواية المنصور الحاكم فيها بتقديم بينة الخارج ، بلا صلاحية بينة الداخل للمعارضة معها في مقام الفصل كي ينتهي الامر الى ترجيح احدها على الآخر بمرجح كما لا يخفى

(ومنها) اذا ادعى شيئاً في يد غيره فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه مخصصته في نفس العين ، لانه باقراره غير مسلط على ادائها الى المدعي ولو مع اعترافه بعده ، غاية الامر يوجب اقراره اخيراً غرامته عليه للمقر له ثانياً (ولكن) في اندفاع الخصومة عنه كلية ولو بلحاظ الدعوى الملزمة للملازمة مع التعريم (اشكال) وفي مثل هذه الخصومة ايضاً لا يحتاج الى دعوى العلم عليه ، إذ ليس محط الدعوى جهة تكليف غير ملزم عليه إلا بالعلم كدعوى اشتغال ذمة الميت بالمال على الوارث الذي تقدم شرحه ، وحينئذ فلا وجه للاحتياج الى دعوى العلم في تلك الخصومة الملزمة الدعوى بلا علم ، وحينئذ لما في الشرايع من تخصيص دعواه بعلمه ، منظور فيه (وعلى أى حال) فلوانكر المقر له مالية المال له ففي الشرايع حفظها الحاكم لخروج المال ظاهراً عن ملك المقر باقراره وعدم دخوله في ملك المقر له بانكاره له فيرجع

أمره الى الحاكم فلا يعطى المدعي إلا بيئته « وفي شمول ، كبرى الدعوى بلا معارض في المقام نظر من جهة كون الغير الذي هو ذي اليد مأمور باعترافه بإيصاله الى مالكة ولو بدسه في ماله ، ومثل هذه الصورة أعظم من اللقطة التي هي في يد من لم يعلم صاحبها ، فكما ان مجرد يده مانع عن سماع مثل هذه الدعوى كذلك في المقام « ولو قال « المدعى عليه انه مجهول لا اسميه ، ففي اندفاع الخصومة عنه بالاضافة الى العين من جهة اقراره النافي عنه ، أو عدمه ولو من جهة احتمال اقراره له فلم يكن بعد غير مقدور التسليم الموجب لصرف خصومة شخص العين عنه نظير عدم صرف المطالبة عن يده المال لمحض احتمال الحيلولة في ماله (وجهان) أقوىها الثاني خلافاً للجواهر من التزامه بالاول

« ومنها » انه اذا ادعى مدع انه آجر الدابة التي هي في يد غيره عليه « وادعى ثالث « انها ماله وأودعها إياه ، فراجع هذه الدعوى في الحقيقة الى دعوى كل واحد مالية العين له وإنما اختلفا في ملكية نفس العين وان اختلفا في العقد المزبور تبعي محض

(وبذلك) يمتاز مثل هذا الفرض عن دعاوى العقود الراجعة الى دعوى كل واحد تحقق عقد على المال المعين من حيث المالك بلا خصومة في المال أبداً بل كانت الخصومة بتمامها متعلقة بكيفية العقد الصادر منها (وعليه) فيمكن دعوى كون المقام من باب التداعي بالاضافة اليهما في فرض عدم اعتراف من يده المال لاحدهما معيناً ، وإلا ففي فرض الاقرار يقدم قول المقر له لكونه بمنزلة ذي اليد ، وعلى أي حال حكم كل واحد من الفرضين واضح ، من الحكم على طبق بينة كل واحد ومع تعارضها تجري الاحكام الثلاثة السابقة من الترجيح او القرعة والحلف او التنصيف في صورة امتناعها عن الحلف (هذا كله) في فرض نفي ذي اليد عن نفسه وإلا فح انكاره لها او لواحد منها تجري بالنسبة الى ذي اليد ومدعيه الاحكام المعهودة من ان البيئتين على المدعي واليمين على من أنكر وتكفي يمين واحد لها بلا احتياج الى يمينين والله اعلم (ولو فرض) الدعوى على اجارة ما في يد غيره عليه وادعى ذي اليد اعارته منه (فهي) راجعة الى مسألة اختلافهم في العقود في مال شخص معين ، وفي مثله « هل المدار » في تشخيص المدعي

والمنكر على جريان الاصل في مصب الدعوى كما سيجيء عن الجواهر كي يكون مدعي الاجارة مدعياً والآخر منكراً « وجهان تقدم سابقاً بان الاقوى هو الثاني ويؤيده الرواية المحكية عن أمير المؤمنين (ع) من تقديمه قول مدعي الاعارة على مدعي الرهينة وعلى الثاني البيئته على مدعاه ولقد أشرنا الى الرواية سابقاً أيضاً والله العالم

(ومنها) لو ادعى داراً في يد انسان وأقام بيئته على أنه في يده أمس او على ملكية كذلك (ففي الشرايع) الأقرب القبول، وظاهر تعليلهم بان الحكم بالاستصحاب اوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة كون المراد القبول في مقام الميزانية لفصل الخصومة، وإلا فمثل هذا التعليل مستدرك (وعليه) فيشكل الحكم بمثل هذا الاستصحاب بمقتضى العمومات الحاصرة لولا دعوى كون المراد من القضاء بالبيئته ما كان للبيئته دخل في اثباته ولو بضم الاستصحاب (ولسكن) مع ما في ذلك من الاشكال لظهور البيئات في البيئات القائمة على محط الخصومة (لا اشكال) في عموم دليل اليد اللاحقة وحكومته على الاستصحاب، اللهم إلا ان يمنع عموم حجية مثل هذا اليد في مورد الخصومة، ولكنه كما ترى (ثم ان ذلك) في صورة قيام البيئته على صرف الملكية السابقة او اليد كذلك (وأما لو أقيمت) على سبق غاصبية ذي اليد الفعني فالظاهر ان استصحاب عنوان غصبية اليد يخرجها عن الامارية على الملكية (فحينئذ) يبقى في البين استصحاب بقاء الملكية السابقة، وعليه فلا اكتفاء بهذا المقدار في مقام الفصل فرع ما ذكرنا من التوجيه في العمومات الحاصرة، وإلا ففي النظر فيه مجال، لولا قيام اجماع في البين ولو بحمل دعوى نفي الخلاف فيه على مجرد الحكم بمناط الحجية لا بمناط فصل الخصومة والله العالم

تقديم في جملة من فروع الاختلاف

في العقود والموارث والأولاد

أما صور الاختلاف في العقود (فمنها) ما لو اختلفا في استيجار دار معينة شهراً معيناً، واختلفا في الاجرة، تارة من حيث قلتها وكثرتها، واخرى من حيث تعيين جنسها المردد بين المتباينين كالدينار والدرهم (فعلى الأخير) فلا شبهة

في عدم مطابقة واحد منهما للأصل حتى بالنسبة الى الجهة الملزومة من الدعوى لتعارض الاصل من الطرفين (وعليه) فلا بد وان يجعل ذلك من باب التعادي في خصومة واحدة بلا وجود منكر في البين ، نظير دعواها في ملكية مال لا يذلل احد عليه (وتوهم) كفاية مجرد الاصل الاقتضائي في طرف المنكر (منظور فيه) لما تقدم من مدار المنكرية على الموافقة مع الحجّة الفعلية فراجع ما ذكرناه في شرح الدعوى (وعليه) فلا مجال للمصير في هذا المورد الى التحالف بلا بينة ، بل الميزان في مثله منحصر بالبينّة ، فان أقامها كل واحد منهما فتسمع ومع التعارض يؤخذ بالارجح كثرة اوعدالة ومع التساوي يقرع ويحلف من خرج اسمه ، أو يرد على طرفه فان امتنعاً يحكم بالتنصيف في محط الخصومة باعطاء نصف الدينار ونصف الدرهم على أشكال فيه من جهة انتهائه الى العلم الاجمالي باخذ ما لا يستحقه جزماً المنافي مع كون التنصيف في الاخبار نظير الاخذ بالحلف والبينّة الراجحة من الاحكام الظاهرية الغير الجارية مع فرض مخالفته للعلم الاجمالي (وعليه) فلا يحيص الا من المصير الى عموم دليل النكول من طرف المنكر الخارج اسمه بالقرعة او نكول المدعي عن اليمين المردودة ، هذا كل ما تقتضيه قواعد الباب (ولكن) ظاهر كلمات الاصحاب عدم التزامهم بمثله ، إذ كلمات جملة صريحة في جعل من باب الخصومتين مع وجود المنكر في كل واحد من جهة بنائهم فيه على التحالف والانفساخ مع عدم البينة ومع وجودها المرجع هو البينة ومع التعارض يرجع الى الأحكام الثلاثة التي من التنصيف مع امتناعها عن الحلف حتى صورة لزوم مخالفة المعلوم اجمالاً ، بل واسلام ذلك علماً تفصيلاً بمخالفة الواقع ، ولا أرى لمثل هذه الجهات وجهاً خصوصاً في استلزام التحالف انفساخ العقد ، إذ ذلك إنما يتم لو فرض ذهاب اليمين بحق الطرفين حقيقة ، وإلا فلو لم تذهب إلا مجرد السلطنة الظاهرية الخارجية مع بقاء ذمة الحالف على اشتغالها بما كان ، فلا وجه للانفساخ إذ لا تبقى المنفعة بلا بدل (وتوهم) ان قطع السلطنة الخارجية يوجب كون العوض بمنزلة التلف ولازمه حينئذ إجراء قاعدة التلف قبل القبض ، فلا بد حينئذ من الانفاسخ (مدفوع) بان ذلك كله لو لم يتمكن الحالف من أدائه ولو بتكذيبه حلقه وإلا فلا وجه لشمول هذه القاعدة لمثل المورد ، اللهم إلا ان يدعي بان الاقرار

يوجب قلب الموضوع من المنكر الى المقر وان نظرهم في الانفساخ مادام باقياً على انكاره الذاهب بحقه اليمين لا ملطفاً (ثم ان) في اطلاق حكمهم بالتنصيف حتى مع الانتهاء الى مخالفة العلم الاجمالي بل وللتنصيفي في بعض الاحيان أشد اشكالا ، والالتزام بكونه مصالحة قهرية شرعية خلاف سوق الأخبار الظاهر في مقام الوظائف الظاهرية المجمولة في مرتبة الشك بحكم الواقع « وعليه » فلا يحصى إلا من الالتزام بهام جريان التنصيف حتى في مثل هذه كعدم جريانه فيما لا تقبل القسمة كالزوجية ، ولقد تقدم ان المرجع فيها هو الأخذ بنكول الحالف بناء على شمول دليله للمقام او الحكم بترتيب الأثر على طبق القرعة ، بمنط الحجية ، لا بمنط فصل الخصومة ، ولقد أشرنا اليه أيضاً في فرع الاختلاف في الزوجية الغير الجارية فيه التنصيف والقسمة فتدبر والله العالم « ثم ان » ظاهر الجواهر بل صريحه ارجاع الفرع الاول أيضاً الى الخصومتين بتخييل ان مصب الدعوى أمران متبائنان، من تعلق العقد بالاربعة او الاثنين فحكم فيه أيضاً بالتحالف والانساخ مع عدم البيئنة ومع البيئنة فيؤخذ بيئنة كل واحد ومع التعارض يرجع الى الاحكام الثلاثة « ولكن لا يخفى » ما فيه من انه مع الانحاض عما ذكر في تاليه ، لا يكفي مجرد التباين في مصب الدعوى كون المقام من التداعي ، بل الظاهر ان مناط تشخيص المنكر على مطابقة قول أحدهما للاصل في جهة ملزمة ، كما نطقت به الرواية الواردة في الاختلاف في عقد الرهن والوديعة ، وعليه فالقول قول منكر الزائد ووظيفته اليمين ومع الرد فيحلف مدعي الزيادة ، ومع وجود البيئنة فلا تسمع إلا بيئته بل معارضتها مع بيئنة المنكر كما هو مختار بن ادريس في السرائر ، من دون وجه لترديد المحقق في اطلاق كلامه كما لا يخفى والله العالم

« ثم انه » من التأمل فيما ذكرنا ظهر الحال فيما لو اختلفا في استيجار دار معينة وقال الآخر باجارة بيت منها ، اذ لازم ما ذكرنا فيه أيضاً تقديم قول الموجر بعد الجزم بكون الاختلاف في متعلق عقد واحد وفقاً للسرائر ، ولازمة حينئذ عدم سماع البيئنة إلا من طرفه بلا أول الامر فيه أيضاً الى تعارض البيئتين ، خصوصاً ما في كلام الشيخ من تقديم الاسبق تاريخاً من البيئتين لما عرفت من ان مجرد ذلك لا بصير مرجحاً « وأضعف » منه ما اختاره المحقق قدس سره في الشرايع من

الاخذ ببينة مدعي البيت اذا كان أ قدم ويؤخذ ببينة غيره في الباقي ، بتخيل بطلان اجاره الباقي بالنسبة الى البيت لسبق اجارته وصحتها بالنسبة الى الباقي ، إذ ذلك انما يتم مع احتمال العقدين وهو لا يتناسب دعواهما في متعلق عقد واحد مع تسلمها عدم صدور عقدين في البين ، إذ مثل هذه الدعوى مكذبة للاختلال المزبور ومعه كيف يمكن الاخذ بمضونها المناسب مع وقوع عقدين إذ البينة انما تكون حجة بمقدار لا تكذبها الدعوى ، فمافي الجواهر من الاخذ بها من حيث اقتضاءها تعدد العقد مع عدم مساعدة الدعوى إلا على عقد واحد منها في نهاية الاشكال « واشكل » منه العمل بكل منها حتى مع علم الحاكم بخروج الحاصل من مجموع البينتين للواقع « اذ ذلك » كما ترى ينافي طريقية البينة كما هو ظاهر والله العالم

(ثم ان من التأمل فيما ذكرنا ظهر الحال فيما هو نظير الفروع المتقدمه من انه لو ادعى كل منهما انه اشترى داراً معينة من شخص بعينه واقبضا الثمن وهي في يد البائع فان كذبها من بيده المالك فيحلف لكل منها ، ولا يبعد الاكتفاء بحلف واحد في نفي دعواهما بعد تحرير الدعويين لا قبله ، وان صدق احدهما دفع العين اليه بملاك الجمع بين مقتضى اليد والاقرار . وفي حلف المقر للمدعي الآخر حينئذ اشكال ، من جهة امكان كون المالك باقراره بمنزلة التلف قبل القبض فلا ملزم له على العين (وأشكل) منه صيرورة المقر له في هذه الدعوى منكر اكي يصير عليه اليمين لأن اليد انما تثبت الملكية محضاً لا الخصوصية المدعى به ، وعليه فيصير حال هذا الشخص من قبيل دعوى ذي اليد بملكية العين بسبب خاص في عدم صيرورته بمجرد يده حينئذ منكر ا ، بل لا بد حينئذ من اجراء حكم التداعي عليه ، وان كان المالك في حكم ملكه لما ذكرنا وحينئذ يشكل انتزاعه في صورة دعوى السبب على المحكي عن جماعة من مصيرهم الى انتزاعه ، اذ ذلك فرغ عدم اطلاق في دليل اليد لمثل هذه الصورة وإلا فلننظر فيه مجال (وعلى أي حال) فلو قال ذي اليد لأعلم لمن هي منكما فعن كشف اللثام يقرع مع عدم البينة ، ولعله لعموم دليلها فينتهي الى حلف من خرج اسمه ومع النكول يحكم بنكول المدعي عن اليمين المردودة على المختار من عدم القضاء بنكول المذكر ، ولكن ذلك ايضاً لولا جريان اخبار التنصيف في المقام من جهة أن الخارج من عمومات التنصيف صورة حلف من خرج اسمه بالقرعة

وبقي الباقي تحته ، وذلك ايضاً بعد احتمال كون المناط في التصنيف عند تعارض البيئتين بملاك تساوقها وكونها كالعدم ، وإلا فلا اطلاق لها يشمل صورة فقد البيئة رأساً كما لا يخفى ، إذ حينئذ لا اشكال في البين كي يرجع الى القرعه كما انه لا مجال للمصير اليها في صورة جريان سائر الاصول (ولكن) الكلام بعد في احراز هذا المناط فتأمل ، ثم لو تحقق في البين بيئة فيؤخذ ببيئة كل واحد ، ومع التعارض يرجع الى الأحكام الثلاثة على اشكال في التصنيف المقتضي لرجوع كل بنصف ثمنه بحكم تبعض الصفقة ، إذ ينتهي الأمر الى علم البايع بعدم انتقال نصف الثمن من ماله الواقعي اليه ، بل مقتضى القاعدة ادخال هذه الصورة ايضاً فيما لا يقبل التبعض فينتهي الأمر الى الحكم بنكول المدعي عن اليمين المرودة او القرعة في مقام ترتيب الأثر بملاك الحجية لفصل الخصومة ولقد أشرنا الى نظيره سابقاً فراجع (واشكل منه) حكمهم في فرض التبعض بحكم التصنيف بانه لو فسخ احدهما ينتقل المال بتامه الى غيره لعدم مزاحمة بيئته بغيرها حينئذ (إذ فيه) مالا يخفى لأن الحكم بالنسخ من أحكام التعارض فكيف يرفع موضوعه ، بل هو بمنزلة انتقاله الى البايع بنقل جديد ، إذ هذه كلها لا يوجب النقل الى غيره ببيئته المعارضة بمثلها من الاول

(ثم انه) لو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع المعين الذي بيده عكس المسئلة السابقة فان صدق احدهما قضى عليه باقراره ، وفي حلقه للآخر اشكال ، لعدم امارية اليد على خصوصية المدعي به ، فبالنسبة اليها لا بد من اجراء احكام التداعي لا المدعي والمنكر ، وان صدقها يقضي عليه بشمنين لا مكان صدق وقوع العقدين (ولا يضر) بذلك اعترافها بهدمه بتخييل أن كلا يدعي صدور العقد الواحد المتنازع فيه منه لكونه ملكه دون غيره (إذ غاية) ما يلزم من مثله العلم الاجمالي بمخالفة أحد الاقرارين ، ومثله لما كان بين الشخصين غير مضر ، فكان المقام من هذه الجهة نظير اقرار المقر بعين لشخص ثم اقراره بها لشخص آخر إذ ينتهي مثله ايضاً الى العلم الاجمالي بعدم استحقاق أحد الشخصين لعين المال أو بدلها ومثل هذا العلم لا يقتضي عملاً مانعاً عن نفوذ اقراره « لا يقال » انه كذلك ولكن العلم بكذب أحد الاقرارين ينافي طريقتهما فلا جرم يسقطان عن الحجية

كالبينتين « لأنه يقال » بأن ذلك إنما يرد على من التزم بأن مجرد العلم بالمخالفة وإن لم يوجب عملاً مضر بالطريقة ، وأما بناء على ما هو التحقيق المقرر في محله من عدم مصرية مثل هذا العلم حتى في الامارات كالاصول فلا يأس بالاتزام به « وأما » جهة التفرقة بين البينة وامثالها وبين الاقرار فانما هو من جهة حجية لازم البينتين من النفي عن الآخر ، وبواسطته لا يعقل التعبد بمقاد البينة في جميع مداليها فتسقط عن الاعتبار رأساً بعد عدم ترجيح لطرح خصوص الاتزامي منه ، وهذا بخلاف الاقرار ، إذ لا تكون الحجية منه إلا مدلوله الاثباتي على نفسه لا النفي من غيره ومعلوم أن التعبد بمثله في الطرفين لا يوجب محذوراً عملياً نظير التعبد بوجوب الطرفين بالاستصحاب مع العلم الاجمالي بكذب احدهما (ثم ان هذا كله) صورة احتمال صدور عقدين باقراره كذلك ، وأما لو علم من الخارج أو من دعوى الطرفين عدم العقدين لا مجال للأخذ بالاقرار المزبور للجزم بكذب شخص هذا الاقرار ومعه لا مجال للحجية ، نعم لو اعترف بصدق كل واحد تدريجاً لا بأس بالأخذ بها ولو علم من الخارج كذب واحد منها لما عرفت من أن العلم الاجمالي على خلاف المثبتين من الحكم الطريقي غير مضر بالأخذ بها ، ومن هنا نقول في الاقرار بالعين لشخصين ايضاً لا بد من التفرقة بين ما لو أقر لها باقرارين تدريجاً أم باقرار واحد دفعة بملاحظة مصرية العلم بمخالفة شخص الاقرار للواقع وعدم العلم بمخالفة احدهما له بنحو الاجمال والله العالم بحقيقة الحال (ثم ان ذلك) كله حكم صور عدم وجود بيينة في البين وأما مع وجودها فعند عدم المعارضة يؤخذ ببيينة كل منها لصدق المدعي عليه ، ومع التعارض ينتهي الى الاحكام الثلاثة حتى الحكم بالتنصيف ، إذ ما ذكرنا من محذور مخالفته للعلم اجمالاً على خلاف الواقع في مثل المقام غير مضر ، لأنه من باب العلم بين الشخصين الغير المنافي مع الحكم ظاهراً في حق كل واحد ، نعم ليس لثالث أن يشتري النصفين من الشخصين إذ في مثله ينتهي الى العلم بالمخالفة بالنسبة الى شخص واحد ومثله مضر بالحكم الظاهري ، وحينئذ فان تم اجماع على صحته فلا بد وان يلتزم بان الحكم الظاهري لكل واحد موضوع الحكم الواقعي للاخر وإلا فلنظر فيه بمقتضى القواعد مجال والله العالم

(ومن التأمل) فيما ذكرنا ايضاً ظهر حال ما لو ادعى عبدان مولاه اعتقه

وآخر ان مولاه باعه منه وكان العبد في يد ثالث، فان صدق العبد فلا تقطع الخصومة معه لغيره لالزامه عليه بالقيمة، كما انه ان صدق غيره كان خصومة العبد معه باقية لالزامه عليه بعد انتقاله اليه بوجه نظير دعوى جنابة العبد بنحو راجع الى نفسه بعد عتقه (وعليه) فلا مجال لما حكى من المبسوط من عدم الحلف للاخر بعد تصديقه لغيره، بتخيل أن الخصومة لا تبقى معه بعد اقراره لغيره لعدم سماع اقراره بعده لكونه اقراراً في حق الغير فلا تبقى للمدعي جهة الزام بعد عليه كي تصح معه الخصومة المعتبرة في صحة الحلف (ووجه الفساد) أن مجرد عدم سماع الاقرار بالنسبة الى الغير في الالزام بنفسه فعلا غير مضر بسماعه بعد انتقاله اليه بوجه كما هو الشأن في دعوى جنابة العبد بما هو راجع الى نفسه بعد عتقه، مع أن ما أفيد انما يصح بالنسبة الى خصومة العبد المدعي للحرية وأما بالنسبة الى خصومة غيره المدعي لرقيته فيسمع الاقرار بالعين في الالزام ببدله كما لا يخفى هذا (ثم انه) مع وجود البينة فيمتنع ذلك من كل من المدعين ومع التعارض تجري الاحكام الثلاثة حتى التنصيف، (وفي مثله) لا مجال لتقويم العبد على ذي اليد المعترف بعدم مالكيته بنفسه بلا تصديق لواحد من المدعين، لأنه من باب الحكم بحرية النصف تعبدًا ظاهريًا من دون دخل لأخبار المولى في ذلك كي يقوم عليه، نعم ذلك صحيح لو كان الحكم بالتنصيف من باب التبويض في سند البينتين، إذ حينئذ يمكن أن يقال بان المقام من باب قيام البينة على تحرير المالك نصفه باختياره، ولكن الكلام في اثبات هذه الجهة إذ من البديهي أن الحكم بالتنصيف غير مرتبط بمقام الجمع بين البينتين، وانما هو حكم تعدي في مورد التساقط بينهما ثم الرجوع الى القرعة وامتناعها من الحلف ومثل ذلك لا يثبت صدور تحرير نصف العبد من المولى اختياراً (وعليه) فما في الجواهر في رد هذه الشبهة من أن بناء الاحكام على مقتضى ظواهر الأدلة الشرعية وهو هنا عتق النصف بالبينة ولو بعد الادلة على اعمالها مع التعارض على الوجه المزبور (منظور فيه) اذ لنا مجال السؤال عمادل على اعمال البينة حال التمازض بعدما عرفت من ان أخبار التنصيف غير ناظر الى الجمع المزبور وعدم اقتضاء القاعدة ايضاً إلا التساقط كما هو ظاهر هذا (ثم أعلم) أن مرجعية الشهود بل وجميع الطرق الشرعية انما هي صورة عدم قيام قرينة قطعية على خلافها وحينئذ فلو شهد بملكية الدابة

في مقدار من الزمان الغير المساعد لسنها لا تسمع ووجه ذلك ظاهر
ولو ادعى دابة في يد زيد بانه اشتراه من عمرو فاقام البيينة على محرد شرأه
فعلى القول بتقديم اليد اللاحقة فلا اشكال في عدم الحكم له وعلى القول بتقديم
السابقة ولو في خصوص مورد الخصومة ففي الحكم بالملكية بمجرد قيام البيينة على
الشراء المزبور تردد لاعمية الشراء من الفضولي وغيره ومن انصرافه الى الشراء الملزم
ولو كان الصغير المجهول النسب في يد واحد وادعى رقيته قضى عليه بالملكية
لدى المشهور بمنط الدعوى بلا تعارض ، لا بمنط اليد كي يدعي بان ماهو اماره
الملك هو اليد المستقرة على معلوم المالية دون مشكوكها ، لعدم اطلاق في دليلها ،
ولكن ، ما في رواية عبدالرحمن من قوله (الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه
بالرق وهو مدرك الخ) ظاهر في كرن الأصل في كل انسان حرته إلا ما علم
بالاقرار او البيينة ، ولازمه عدم ثبوته بمجرد الدعوى بلا معارض ولا بصرف
اليد عليه ، وكون صدر الرواية في مورد الدعوى مع المعارض غير مضر بعموم
هذه الفقرة ، كما ان من مثل هذا العموم يستكشف ردع العقلاء في السماع لدعوى
بلا معارض ، بلا صلاحية نبائهم المزبور لتخصيص مثل هذا العموم كما لا يخفى ،
ولعله لذلك اختار في المبسوط على المحكي عنه توقف ثبوته على البيينة ، والظاهر ان
الحصر اضافي بالنسبة الى غير اقراره ، بل ولولا الاجماع والسيره لصار اليه في
الجواهر ، وحينئذ فان تم ذلك فهو ، وإلا فلننظر فيه مجال (وتوهم) ان مفاد
العموم بمنزلة الأصل المحكوم بحجية الدعوى بلا معارض كحكومية كل أصل عملي
بالنسبة الى الطرق الاجتهادية (مدفوع) بانه كذلك لولا استثنائه الاقرار بل
والبيينة في ذيلها ، وإلا فنفس هذا الاستثناء شاهد تكفل مثل هذا العموم معنى
مناسباً للجعل بنحو حاكم على سائر الامارات ، لا لخصوص الجعل في ظرف
الاستتار المحكوم بالنسبة الى ماهو متكفل نفيه ، ولا يكون ذلك إلا بجعله مثل
هذه الجملة في مقام نفي الشك عن الحرية ، لا بتكفلا لجعل الحرية في ظرف شكه ،
ولا الأعم منها ، كيف وفي جعل واحد لا يتصور الجعل في ظرف الاستتار
والجعل بنحو رافع لاستتار الواقع ، إذ هانحوان من الجمل الغير الواقعين تحت
جامع واحد كما هو ظاهر وعليه فلا مجال لدعوى الحكومة المزبورة الموجبة

لتخصيص الرواية بموردها من الدعوى مع المعارض كي يتم ماهو المشهور (ثم ان) مقتضى قوله إلا من أقر على نفسه نفوذ اقراره عليه نظير مفاد عموم اقرار العقلاء على أنفسهم وعليه في الحكم بالرقية لخصوص من أقر له مع وجود مدع آخر نظر إذ لا وجه لسماعه حتى بالنسبة الى ضرر الغير ولذا قلنا كراراً بان اقرار من يده المال لا ينفذ في ضرر الغير ولا يحكم بنفي ملكية الغير إلا بتوسط اقتضاء يده ولذا صار المشهور بان المقر له بمنزلة ذي اليد على الملكية والمفروض انه ليس في المقام شيء آخر من يد او غيره على وجه ينفى ملكية غيره عنه فمن أين يحكم برقية العبد للمقر له على وجه يقطع به دعوى مدعيه الآخر (وتوهم) كون ذلك بمنأى قاعدة من ملك شيئاً فأسد جداً إذ هذه القاعدة على فرض تماميتها إنما تتم فيما اذا كان اقراره متعلقاً بما ملكه لانافياً للملكية وفي المقام من قبيل الثاني إذ باقراره يخرج نفسه عن تحت سلطنته بل كان ممن لا يقدر على شيء وكلا على مولاه ولعله لذا حكي عن الشيخ في مبسوطه بعدم سماع اقراره على ضرر غيره (ولا مجال) لدفع الجواهر بعدم الدليل عليه ، بل ظاهر الأدلة خلافة ، إذ ليس في المقام ظهور دليل إلا عموم اقرار العقلاء او خصوص خبر حمران ، ولقد تقدم ما لها من مقدار الدلالة (وتوهم) ان مورد رواية حمران هو قبول اقراره حتى على ضرر المربية المدعية لحريتها وكونها بنتها إذ ربما تكون رقيتها ضرراً عليها من حيث نفي ارثها منها (مدفوع) بان مثل هذه الآثار مما يترب على ماهو ضرر على نفسه وفي طوله ، ولا بأس بسماعه فيها ، ومالا يسمع فيه إنما هو أثر ضرري على الغير في عرض ضرر نفسه ، ولذا أشرنا في بعض المقامات سابقاً الى شرح موارد سماع الافرار على ضرر غيره وعدم سماعه ، وجعلنا من الثاني اقرار المورث على وارثه فراجع ، وبالجملة لا تصلح مثل هذه الرواية شاهداً على خلاف ما ادعينا ، وعلى هذا فان تم في البين اجماع حتى مع خلاف الشيخ على السماع حتى على ضرر الغير في خصوص المقام فهو ، وإلا فلنظر في مجال

ولو ادعى داراً في يد زيد باجمعها وادعى عمرو نصفها (فتارة) تكون دعوى التأم بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين (واخرى) على نحو قابل للتفكيك بينها من حيث الصدق والكذب (فعلى الأول) تكون دعوى النصف مزاحمة لدعوى

التام (دون الآخر) ولازمة حينئذ تراحم بينهما، وفي مثله لاجمال لتوهم الأخذ بالبينة بالنسبة الى النصف بلا معارض، بل ولاجمال للاخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من ان دعوى الملكية على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره، بل وفي هذه الصورة لاجمال لجعل يده على التام مرجحاً لقوله لأن اليد إنما تثمر في صورة دعوى الملكية محضاً لا الملكية المستندة الى سبب موجب لعدم التفكيك بين النصفين، وفي مثله وان كانت الخاصة متعلقة بالنصف لكن لا من جهة اقرار مدعي النصف بكون النصف الآخر له، كي تكون دعواه في النصف بلا معارض، بل من جهة عدم ملزمة انكاره للنصف الآخر لكونه اجنبياً عنه فحقيقة الخاصة المنشاء للآثار وان لم يتحقق بالنسبة الى النصف، ولا يمكن لا يخرج المورد بمجرد ذلك عن صدق المعارض من حيث النفي والاثبات، وعليه فلا تسمع البينة من الجانبين إلا على النصف من حيث الميزانية، وان كان تسمع بمناط الحجية بالنسبة الى الجميع فيترتب عليها الآثار، ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر ما في اطلاق بعض الكلمات من جعل النصف مورد الدعوى بلا معارض، وحصر المعارض فيه في خصوص النصف، إذ تخصيص الخصومة بملاك الملزمة من الطرفين بالنسبة الى النصف لا يقتضي تخصيص المعارضة به، كي تسمع في النصف لكونها بلا معارض والسيرة على سماع الدعوى بلا معارض غير ظاهر الشمول لمثله وحينئذ فلا يحكم بكون النصف له في هذا الفرض أيضاً إلا بالبينة بمناط حجيتها ويكون مرجعيتها من حيث فصل الخصومة بالنسبة الى النصف المتنازع فيه (نعم) ما أفيد إنما يتم بالنسبة الى الصورة الاخرى القابلة للتفكيك بين النصفين من حيث صدق الدعوى وكذبها فتسمع حينئذ قوله في النصف لعدم المعارض بل ربما يعترف الخصم بكونه له وفي النصف الآخر يقع مورد التخاصم وحينئذ فان كان المال في يد مدعي التام وتسمع بينة مدعي النصف في مقام الفصل لأنها بيينة خارج كما انه كذلك لو كان المال بيدها وهكذا لو كان بيد مدعي النصف واعترف كون نصفه الآخر لمدعي التام ولو اعترف لغيره لا بد من تقديم بينة المدعي للتام لأنها بيينة خارج (ولو كان بيد ثالث) فان أنكرها بلا بيينة في البين فيحلف لها ولو بحلف واحد بعد دعواها ومع البينة) تسمع بينة كل منهما على ذي اليد لأنها بيينة خارج وبعد

الحكم لواحد بينته لا تقطع خصومة غيره مع المحكوم له لما عرفت من ان الحكم في كل خصومة لا تقطع إلا الخصومة المحررة وأما غيرها فبعد تبقى موكولة بتحريرها (ومع اقامتها البيئة) بعد تحريرها متوجهة على كل واحد من ذي اليد ورفيقه فيرجع الى الأحكام الثلاثة حتى التنصيف ولازمه حينئذ فصل الخصومة بين الثلاثة ولو بتنصيف النصف المتنازع فيه بين المدعين والحكم بكون النصف الآخر له ومقتضاه اعطاء ثلاثة أرباع لمدعي الكل وربع لمدعي النصف (وهذا) كله أيضاً على فرض كون ذي اليد غير متشبه في دعواه الى السبب وإلا فيقع التداعي بين الثلاثة ولازمه سماع أكثرهم بيئته وإلا فالقرع بين الثلاثة فايهم خرج اسمه فهو منكر يتوجه اليه الحلف فإذا حلف مدعي النصف تفصل الخصومة في هذا النصف بين الثلاثة وتبقى الخصومة بين مدعي الكل وذي اليد بالنسبة الى النصف الآخر باقية ولازمه مع فرض تعارض بيئتهما قرعه اخرى بينهما فاي واحد خرج اسمه فيحلف ومع امتناعهما فينصف النصف الأخر بين مدعي الكل وذي اليد كما انه لو كان الحالف هو مدعي التمام فيسقط حق الطرفين من التمام ، وهكذا لو كان الحالف ذي اليد المتشبه بالسبب (ولو نكل الجميع عن الحلف) فلا بد وان يقسم بين الثلاثة بنسبة دعواهم ولازمه اعطاء الربع الى مدعي النصف واعطاء ربع ونصفه الى مدعي التمام والبقية الى ذي اليد (ثم) ان ذلك فيما لو فرض تخصصهما في الكسور وأما لو كانت دعوايهم على نحو لاتنافي دعوى الغير كما لو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس مع عدم يدهم على المال بل ومع وجود يدهم أيضاً فلا يبقى نزاحم حينئذ بينهم في هذه الصورة إلا مع الخارج منهم وألا فبالنسبة الى انفسهم لا تبقى خصومة أصلاً بل كل مدع بنحو قابل لتصديقه لعدم المعارض له كما لا يخفى (ومن التأمل) فيما ذكرنا ظهر حال ما لو ادعى أحدهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث فإن الكلام بتام شقوقة في أمثاله هو الكلام في الفرع الأول من دعوى الكسور كما لا يخفى هذا كله الكلام في دعاوي العقود

﴿ وأما صور الاختلاف في الموارث ﴾

فلو مات المسلم عن ابنين وتصادقا على اسلام احدهما حين موت الأب واختلفا

في مسامية أخيه وهو مدع لها (فتارة) يكون مسبقاً بالكفر (وأخرى) مجهول الحال سابقاً ، فعلى الأول فلا إشكال في أن أصالة عدم إسلامه إلى حين الموت تقتضي عدم انتقال المال إليه ، لأنه مرتب على الموت في حال إسلامه ، فالأصل المذبور متبع ولا يعارض ذلك بأصالة عدم الموت إلى حين الإسلام ، لأنه لم يترتب عليه أثر ، ولازمه تقديم قول منكر إسلاميته فيرث المال كله ، إلا أن تقوم البيينة لمدعيه ، لأنه مرتب على كونه وارثاً ولم يكن وارث غيره ، وأما الفرض الأخير من كون حالته السابقة مجهولة فلا شبهة في عدم جريان الأصلين المتقدمين وأما أصالة عدم تحقق الموت الخاص بنحو مفاد ليس التامة فهي لا تنفي وارثية هذا المشكوك إلا بناء على حجج المثبتة وحينئذ فأصالة عدم انتقال الزائد من استحقاق المنكر لإسلامية شريكه جارية بالنسبة إلى الطرفين وعليه فلا وجه لتقديم قوله لعدم مساعدة الأصل مع واحد منهما ، فينتهي الأمر في مثله إلى التداعي الذي لا ميزان له إلا البيينة ومع تعارضها فلا حكام الثلاثة (وتوهم) أن لمدعي الإسلامية تكفي دعوى علم خصمه بإسلامه وفي هذه الدعوى كان الأصل عدم علمه به ، فيكفي في فصله يمين الخصم على نفي علمه بإسلامه الموجب لارثه (مدفوع) بأن مجرد علم الطرف لا يوجب انتقال المال إلى غيره ولا بنفيه يوجب انتقال تمامه إليه ، كي تتم هذه الدعوى محضاً في اثبات وارثية المشكوك عند الحاكم ، ولذا نقول أن مثل هذه الدعوى مما لا نسمع في مورد يكون الأثر مترتباً على واقع الحال ، نعم ربما يعتبر مثله في توجيه الدعوى إلى غير من عليه الحق بملاحظة ملزمتها بادائه تكليفاً ، وذلك أيضاً لا من باب كونه دعوى مستقلة ، بل هو شرط ملزمة دعوى الحق على غيره عليه ، ومن المعلوم أن في مانحن فيه ليس الأمر كذلك ، بل دعوى الاستحقاق متوجهة إلى نفس الخصم لا غيره ، وفي مثله لا نسلم كفاية مجرد دعوى العلم كي يقتضي تقديم قول منكر العلم ، بل لا بد وأن يكون محط الدعوى نفس الحق الواقعي من جهة وارثيته ، وفي هذه الدعوى لا يقتضي الأصل تقديم أحد القولين للمعارض من الجانبين كما عرفت (ومن التأمل) فيما ذكرنا ظهر أنه لا تكفي اليمين على نفي علمه في هذه الدعوى لافي الفرض الأخير ولا الأول ، لما عرفت سابقاً من أن مقتضى الأصل والقاعدة عدم الاكتفاء بيمين نفي العلم في فصل خصومة الاستحقاق الواقعي ، ولو كان المحجب مجيباً بلا ادري فضلاً

عن المجيب بنفي الواقع ، خلافاً للجواهر فاكثفي بذلك من مثل هذا المجيب ولقد تقدم الكلام معه مستقصى ، كما انه تقدم ايضاً عدم تمامية الكبرى الكلية المعروفة في كلماتهم من كفاية اليمين على نفي العلم في كل ما كان راجعاً الى نفي فعل الغير ، بل الميزان المنضبط هو الذي اشرنا اليه آنفاً لأنه المقدار المستفاد من النص الخاص على خلاف القواعد والاصول ، نعم لا يكفي في المقام اليمين على البت على نفي الواقع ايضاً لأنه يمين على نفي فعل الغير ، ولقد تقدم أن أدلة اليمين لا تقتضي اثبات الحق المتقوم بنفي فعل الغير كيمين الغريم على نفي اشتغال ذمة الميت المديون وحينئذ فما عن كشف اللثام من نفي الحلف عليه لولا دعوى العلم عليه في غاية المتانة بالنسبة الى عقده السلي دون الاثباتي ، وعليه فلا يكون في مثل هذه الدعوى ميزان فصل نرضه إلا البيئنة (غاية الأمر) يقدم بيئنة منكر الاسلامية في الفرض الاول لأنه بيئنة خارج بخلافه في الفرض الاخير ، لأنه من التداعي الذي تسمع البيئنة من كل واحد منها ومع التعارض ينتهي الأمر الى الوظائف الثلاثة المعروفة والله العالم ومن التأمل فيما ذكرنا كله ظهر الحال في مملوكين اعتقاً وانفقاً على حرية احدهما حال موت مورثه واختلفا في الآخر فإن الاصل فيه مع المنكر (وتوهم) الجواهر بان اصالة عدم الحرية والاسلام تقتضي عدم الحكم بالاسلام والحرية قبل الموت وذلك لا يكفي في نفي الارث المقتضى له نفس الولدية والكفر والرق مانعان لالاسلام والحرية شرطان (منظور فيه) إذ غاية ما يلزم مما أفيد عدم جريان الاصل في نفي الاسلام والحرية ولكن لا مانع من جريان الاصل في نفس الكفر والرقية المانعين (وتوهم) أن الاصل مع الشك في الحرية هو الحرية كما تقدم في رواية حمران (مدفوع) فانه انما يثمر مع الشك في اصل الحرية لامع العلم بها في زمان والعلم بهما في زمان آخر والشك في زمان حدوثه إذ مثل هذه الصورة غير منساق من عموم رواية حمران . نعم على فرض عمومها لمثله لا يكون الاستصحاب المزبور حاكماً عليها كما عرفت من أن مثل هذا العموم بقرينة الاستثناء في ذيلها كان حاكم على جميع الاصول كما لا يخفى وتقدم شرحه مفصلاً .

ولو اتفق أن احدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان ولكن اختلفا في تأريخ الموت بانه قبل رمضان أو بعده بعد اتفقا قهراً على انه وقع بعد اسلام

الآخر في شعبان ففي هذه لاجمال لجريان عدم الاسلام الى حين الموت لان الشك فيه بالاضافة الى الموت شك في الحدوث لاشك في بقاءه وانما الاصل يجري في عدم الموت الى حين الاسلام ولكن قد تقدم انه لا يترتب على مثله أثر فلا يثمر مثله في تقديم قول واحد منها كما أن اصالة عدم تحقق الموت الخاص لا تقتضي نفي وارثية المشكوك الاعلى القول بالاصل المثبت ، وعليه فلا يكون مثل المقام إلا من باب التداعي بالنسبة الى المقدر الزايد عن استحقاق منكر الإسلامية ، فلا يكون ميزان الفصل حينئذ إلا البينة (وحينئذ) فما عن المحقق من أن الأصل بقاء الحيوة والتركة بينهما نصفان كما في الشرائع ، مبنى على ماهو المعروف من حجية الاصول المثبتة عند القدماء ، وإلا فلا يكاد يتم مثل هذا الاصل اصلا (واضعف منه) ما أفاه في الجواهر من جعل المدرك عنده قاعدة المقتضى والمانع اذ اتمام الدليل عليه دونه خرط القناد والله العالم

ولو كان دارا في يد انسان وادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب ارثا لها من أبيها ، فان أنكر ذو اليد ، ولم تكن في البين بيينة فيحلف على نفي حقها ، وإلا فان أقيمت بيينة كاملة على انه لا وارث له سواها ، حكم للمدعي بالنصف فصلا لخصومته ، وفي الحكم للغائب بنفس هذه البيينة مبني على ثبوت ولايته على أخيه من جهة أو وكالته ، وإلا فلا تسمع البيينة بالنسبة الى مقدار حقه في مقام الفصل إلا بعد حضوره ودعواه ، نعم لا باس بالالتزام بحجية البيينة وترتيب الاثر على طبق مؤداها لامن باب الفصل ، وحينئذ فيؤخذ من المنكرو يعطى بيد أمين الى أن يحضر الغائب ولعل الى هذه الجهة نظر الشيخ في الخلاف على المحكي عنه ، لامن باب فصل الخصومة كي يحتاج الى اثبات قيام بعض الوراث مقام الميت في اثبات حقه بمناسط فصل الخصومه كي يتأمل فيه متأمل (ثم المراد) من البيينة الكاملة في كلما تهم هي البيينة القائمة على انحصار الحق فيها من جهة وجدانه الناشي عن خبرته باحوال الميت ، وأما ولم يعلم بوجود وارث آخر ، فعلى القول بجواز الشهادة على نفي الواقع بمقتضى الاصل فلا باس بسماع مثله ما لم تعارض بيينة أخرى كاملة فيحكم فصلا حينئذ على طبقها لعموم دليل ميزانيتها ، وأما أن لم نقل به فلا بد وأن يشهد على نفي العلم بوارث آخر ، وحينئذ فلا مجال للحكم بانحصار الحق فيها بل غاية الامر يثبت

بها مقدار متيقن من استحقاقه والبقية تنظر لكشف الحال ، ولكن تنزع من ذي اليد وتعطي بيد أمين الى ان ينكشف الامر ، بل لابس باعطاء مقدار دعواه للمدعي بمقتضى الاصل لا بمناط الفصل كما هو ظاهر ، وحينئذ في أخذ الضامن منه استظهارا كما عن المحقق في شرايعه ووجوبه على المدعي الآخذ بمقتضى الاصل حقه نظر ، بل وفي وجوب فحص الحاكم عن الوارث في الاعطاء بملاك حجبية الاصل المزبور نظر ، لأن الاصول الموضوعية باطلاق ادلتها محكمة (وتوهم الجواهر أن الاصل المزبور لا يقتضي انحصار الوارث (صحيح) لو كان موضوع انتقال تمام المال جهة وجودية ، وإلا فلو كان الموضوع كونه وارثا ولم يكن معه غيره ، فلا بأس بتتبع بعض الموضوع بالاصل وبعضه بالوجدان كما لا يخفى وإذا ماتت امرأة وابنها فقال آخوها أن الولد مات أولا ثم المرأة فالمراث بينهما وبين زوجها نصفان ، وقال الزوج عكس ذلك فالمراث كله له (فتارة) يكون تاريخ موت احدهما معلوما (وأخرى) يكونان مجهولين التاريخ (فعلى الاول) فلا اشكال في اقتضاء استصحاب حيوية مجهول التاريخ الى حين موت الآخر بلا معارضته باستصحاب عدم موت الآخر الى حين موت مجهول التاريخ لأن الشك في بقاءه الى زمان الآخر في الحقيقة مسبب عن الشك في حدوث الموت قبله وبعبارة أخرى مرجع الشك في المقام الى الشك في اضافة البقاء الى زمان الموت ومن المعلوم ان شأن الاستصحاب هو احراز البقاء ونفي الشك عن نفسه بلحاظ الأثر المترتب عليه ولا يكون شأنه اثبات الخصوصية ونفي الشك عنها مع الجزم بالبقاء الى زمان كذا وذلك بخلاف العكس فان الشك فيه متعلق بنفس بقاءه الى زمان موت معلوم التاريخ . وهذه الجهة هي النيكتة في عدم معارضة الاصل في معلوم التاريخ مع الاصل في مجهوله « لا شبهة » احتمال انتقاض اليقين باليقين ، وتوضيح ذلك موكول الى محله ، واية فيمكنوز الاصل مع من يدعي تأخير مجهول التاريخ عن معلومه فيقدم قوله حينئذ بيمينه ؛ لأنه يمين على بقاء حيوته الى حين موت مورثه الذي هو فعل نفسه لا غيره (وأما على الثاني) فلا مجال لجريان الاصل في واحد من الطرفين ، فيلحق المورد بموارد التداعي من الطرفين ، وفي مثله لا يكون ميزان سوى البينة ، ومع

وجودها مع كل منها يحكم على طبقها ، ومع التعارض ينتهي الأمر الى الوظائف الثلاثة المعروفة التي منها التنصيف بينهما ، وأما مع عدم البينة فلا بد من توقيف القضاء فيه الى زمان تحقق الميزان ، ولازمه حينئذ توقيف المال لا الحكم بكون حركة الابن لأبيه بعد يمينه انه ما مات قبل امه ، ولا بتنصيف التركة بينهما بعد يمين الأخ انها ما ماتت قبل الابن ، إذ من المعلوم ان الحكم المزبور فرع اثبات مقارنة الموتين وعدم بقاء كل واحد الى حين موت الآخر ، ولا يكفي فيه مجرد عدم الموت قبل الآخر لعدم ترتب أثر عليه ولا على نقيضه أصلاً كما لا يخفى (وحينئذ) فما في الشرائع من المصير الى الحكم المزبور منظور فيه والله العالم ثم ان ذلك كله حكم الاختلاف في الموارث

﴿ الاختلاف في الاولاد ﴾

بقي في المقام تنمة في الاشارة الى الوظيفة المقررة في الاختلاف في الاولاد (فنقول) لاشبهة عندنا في عدم اعتبار الظن الحاصل من القيافة والنسابة وأمثالها لعدم دليل على مثلها خصوصاً مع ردعهم عنها كما عن أبي جعفر « ع » (من سمع قول قائف أو كاهن أو ساحر فصدقه أكبره الله على منخره في النار) ، وما في بعض الاخبار من حكمهم على طبق القيافة محمول على حصول القطع بها ، ومثله قضية شخصية في واقعة خاصة لانصير حجة كليمه (ثم بعد ذلك) فان كان في البين فراش صحيح لاحدهما يلحق بصاحبه ، فيقدم قوله ، وإلا فان علم بالزنا فلا يلحق ومع الجهل فان أمكن اقامة البينة عليه فهي المتبعة ، ومع التعارض يؤخذ بالأرجح ، ومع التساوي يؤخذ بالقرعة كما انه مع عدم البينة أيضاً كان المرجع هو القرعة وعمدة الوجه فيه اطلاق ما عن زيد بن أرقم من قوله في ذيل الرواية (والحق الولد بمن أقرع وغرمه ثلثي قيمة الام) ونظيره مضمونا ما عن الباقر « ع » المحكي في الجواهر فراجع الرواية ومقتضى الاطلاق في هذه الروايات عدم الفرق في مرجعية القرعة بين ما لو كان الواطيان المعيان للولد مسلمين او كافرين عبيدين او حرين او مختلفين ، بل في صحيح الحلبي (اذا وقع الحر والعبد والمشارك على امرئة في طهر واحد وادعوا الولد اقرع بينهم وكان الولد للذي يقرع) وحكي عن لقطة

المبسوط ، ان المسلم والحر أولى ، ولكن في الجواهر دعوى استقرار الاجماع على خلافه خصوصاً مع الاطلاقات السابقة مع عدم دليل للتزجيج المزبور والله العالم حرره الأفل الأحقرخادم الشريعة المطهرة ضياء الدين العراقي في يوم الاحد من شهر رجب المرجب من شهور سنة ثلاث وثلاثين من المائة الرابعة بعد الالف من الهجرة النبوية علمية آلاف التحية على هاجرها آلاف التحية آمين آمين آمين

رسالة

في تعاقب الأيدي

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين وصل الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين
وبعد نقول اذا تعاقبت الأيدي على مال الغير على وجه توجب الضمان فالظاهر عندهم ان للمالك الرجوع الى أي واحد شاء وان قرار الضمان على من بيده التلف ، ولا اشكال أيضاً بينهم في ان للسابقة عند غرامته للمالك الرجوع الى اللاحقة باخذ عينه او بدله وانه مع أخذ العين يرجع العين الى المالك ويرجع بما أعطاه من البديل كما ان الظاهر أيضاً عدم استحقاق المالك للبديل مع وجود العين في يد من يرجع المالك اليه ، ومدرك هذه الاحكام ليس إلا النبوي المعروف ، على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وحينئذ فعمدة المقصود في استفادة الاحكام المزبورة من العام المزبور (وقبل الخوض) في تنقيح المقصد ينبغي دفع التوهات الواردة في ضمان الايدي المتعددة لمال واحد وملخصها انه كيف يتصور ابدال متعددة لمبدل واحد نظراً الى ان الضمان المتعدد يقتضي تعهد كل يد لرد بدل العين ، ولازمه الالتزام بان على كل واحدة من الايدي بدل من المال القابل لرجوع المالك اليه ، ولازمه الالتزام بابدال متعددة على الايدي العديدة ، ومن هذه الجهة التزم بعض الاعظم بان الخطاب بالنسبة الى غير من بيده التلف تكليفي لا وضعي والتزم آخر بان الايدي المتعددة طرف الاضافة لبديل واحد وان البديل الواحد مضاف الى الأيدي لا ان على كل

واحدة منها بدل مستقل فإرأ عن لزوم المحذور المزبور وان الخطاب بالنسبة الى الجميع وضمي بهذا المعنى لابلعنى الآخر المتقدم (ولكن أنت خير) بان أصل الشبهة لا موقع لها فضلاً عما التزموا به في جوابها وذلك لان الغرض من تعدد البدل ان كان ما يقوم مقام المبدل فعلاً فهو في غاية المتانة ، ولكن ما على الايدي قبل أدائها الى المالك لا يقوم مقام مبدله إلا بعد أداء المسقط للبقية بلا تصور تعدد في هذا المقام وان كان المقصود عدم تعدد ما يصلح للوفاء بغرض المبدل ، فانكاره مساوق انكار البدهة اذ امكان تعدد الابدال لشيء واحد بهذا المعنى كالنار على المنار ولذا ترى لكل دواء ومسهل ابدال متعددة ، والمفروض ان ما على الايدي المتعددة ليس إلا البدل بهذا المعنى لابلعنى السابق كما عرفت (فان قلت) ظاهر على اليدما أخذت ان نفس العين الشخصية على أيدي متعددة لأبداله وحينئذ يلزم محذور آخر أشد من المحذور السابق وهو انه كيف يتصور لشيء واحد شخصي وجودات متعددة أوامكنة مختلفة (قلت) ما أفيد كذلك لو كان ما على الايدي المتعددة وجودات حقيقة متعددة وليس كذلك ، بل غاية ما في الباب اعتبار وجودات شخصية بتعدد الايدي عليها وتصور الوجودات المتعددة الاعتبارية أيضاً لشيء واحد في الوضوح كالشمس في رابعة النهار (وحينئذ) فلا تصور في اعتبار وجود للعين على كل واحدة من الايدي مستقلاً ويقال بان على كل يد وجود شخص ما أخذت بالعناية المزبورة وبهذه العناية لا يحتاج الى الالتزام بتفسير سياق العام بين من بيده التلف وغيره بجعل الخطاب في الاول وضعياً وفي غيره تكليفياً ، ولا الى الالتزام بوحدة الوجود وتعدد الاضافة خصوصاً مع ان الظاهر من العام ان ما على اليد عين ما أخذت لا اضافته بالجملة فلا تصور في اعتبار تعدد وجود ما أخذت حسب تعدد الايدي بلحاظ تعدد الابدال القائمة عليها وبملاحظة ان وجود البدل نحو وجود للمبدل وهذه الجهة هي مصحح العنايةتين في وجودات العين على حسب تعدد الايدي (وحيث انصح ذلك فنقول) ان الظاهر من العموم بعد ما كان ما أخذت بنفسه على اليد فرجعه في اليد الاولى الى كون ما هو تحت يده واستيلائه باخذه على يده فكانه قال ان ما هو تحت يده على يده ، ولازمه اعتبار وجود آخر لما تحت يده بجعله فوقها ، ولازمه كما أشرنا أعمال عناية في اعتبار العين فوق اليد وعليها

وحينئذ يبقى الكلام) في أن محل أعمال العناية (تارة) نفس وجود العين ويقال أن الوجود بالعناية على اليد حقيقة بمعنى ابقاء مدلول على والاستعلاء على حقيقةه بلا تصرف فيه (وأخرى) محل أعمال العناية هو مدلول على وأن الوجود الحقيقي للعين الذي هو تحت اليد كان على اليد بلا تصرف في وجود العين ابدأ ، ولعل نظر من قال بتعدد الاضافة الى ذلك لأن ما هو على اليد هو الاضافة كي يكون خلاف ظاهر العموم كما أشرنا (وربما يترتب) على كل واحد من أعمال العناية نتائج متعددة (منها) انه على الأعمال الاول تبقى الغاية من الاداء الحقيقي بحاله حيث أن اداء العين بوجوده الحقيقي برد عينه وبوجوده الاعتباري برد بدله ، وهذا الاداء ايضاً اداء حقيقي بلا عناية فيه (وأما على الثاني) فلا يحيص من أعمال عناية أخرى في الاداء الذي هو الغاية يجعل اداء بعض مراتبه بمنزلة ادائه من حيث أن البدل واف ببعض مراتب العين لا انه مصداق وجودها حقيقة والمفروض أن ما على اليد بالعناية وجود العين حقيقة (وبعبارة أخرى نقول أن الغاية مضافة الى ما أخذت فاذا فرض لما أخذت وجودان ، فلامحاله الاداء المضاف الى جامع الوجودين حقيقي وجود كل بحسبه وأما اذا فرض لوجود ما أخذت حقيقة وجود واحد واعتبر لهذا الوجود الحقيقي مكانين بحيث استعمل العناية في المكان لافي الوجود والاداء المضاف الى وجود العين حقيقة ليس إلا باداء شخصه وإلا فاداء بدله ليس وفاء حقيقةاً له فلا يحيص حينئذ من أعمال عناية أخرى في الغاية كما يخفى (ومنها) انه على أعمال العناية في وجود العين ليس للمالك مطالبة الوجود الاعتباري مادام العين موجوداً في اليد إذ الوجود الاعتباري في الحقيقة هو البدل وهو المصحح لاعتبار وجود العين على اليد اذ كان هو هو ، ومن المعلوم أن المالك لا يستحق مطالبة غير عينه من بدله إلا في ظرف تلف العين أو تحويلتها ، وهذا بخلاف أعمال العناية في مكان العين مع بقاء العين على وجوده العيني الحقيقي ، فانه حينئذ أمكن أن يقال أن للمالك مطالبة شخص عينه في أي مكان كانت فله حينئذ مطالبة بدله بملاحظة انه مصحح اعتبار مكان آخر لشخص العين الذي هو تحت سلطنته بمطالبتة (ومنها) انه على العناية الاولى كان الوجود الاعتباري للعين قبل اداء الضامن اياه ملك الضامن حقيقة إذ هو حينئذ عين بدله الذي هو قبل ادائه ملك الضامن ، غايبة الأمر عناية كونه عين

مأخذت موجب لاستحقاق مطالبة المالك اياه الذي هو روح ضمنا نه الراجع الى استحقاق المالك على الضامن ماهو الميسور من مراتب وجود ما له وهو ليس إلا البديل وهذا بخلاف العناية الثانية إذ وجوه العين بالحقيقة في أي مكان كان هو ملك المالك فرجوع المالك الى الضامن من جهه سلطنته على أخذ ماله غاية الأمر حيث لا يتمكن الضامن لا يجب عليه إلا بدله ، وحينئذ فما على اليد ليس ملك الضامن وأن ماهو ملكه هو البديل المسقط للعين ، وإلا فما على اليد كما في اليد ليس الا ملك المالك ، ومن تبعات هذه الجهة من الفرق بين العنايتين يتولد نتيجة أخرى ، وهي أن بمقتضى العناية الأولى عند كون اليد اللاحقة الواردة على ما فيها باخذها يصدق انها واردة على وجودي العين المدين هما في اليد وعلى اليد ، فبني الحقيقة استيلائه على العين استيلاء على وجود العين لجميع انحاء وشؤنه ، فكأن اليد الثانية بمنزلة كأس آخر قائم على الكأس الأول الحاروي للعين بشؤنها ، ولازمه احداث ما أخذت عيناً اعتبارياً على يد الثاني للمالك وعيناً اعتبارية أخرى على اليد الثانية الضامن كل ذلك لعموم على اليد مأخذت غاية الأمر مأخذت في اليد الأولى وجود عين واحدة وفي اليد الثانية وجودي العين من حقيقي واعتباري وكل منها على اليد الثانية ، و بهذه الملاحظة يقال أن اليد الثانية ايضاً مشغولة بمال الضامن فعلى يده ايضاً وجود هذا العين ، غاية الأمر ليس للضامن السابق مطالبة اللاحق إلا في ظرف ادائه ما عليه من البديل لأن ادائه موجب لتلف ماله فله الرجوع الى اللاحقة بما عليه من ماله ايضاً ، كما أن للمالك ايضاً الرجوع الى اللاحقة في ظرف تلف ماله بيد اللاحق أو حيولته ، غاية الأمر يكون مطالبتهم في ظرف ادائه ما على يده برجوع المالك اليه وهذا واضح في فرض تلف العين ، كما أن من بيده التلف ليس له يد لاحقة فلا مقتضى لرجوعه باداء البديل الى غيره ، ولذا كان قرار الضمان عليه (وأما في فرض) بقاء العين في يد اللاحقة فان طالب المالك من السابقة شخص العين فهو بمنزلة الاذن باخذه من اللاحقة واعطائها للمالك فلا اشكال فيه ، وان طالب البديل ولو بملاحظة حيولته بين المالك والمال فلا شبهة في انه باداء البديل يسقط سلطنة المالك عن مطالبة العين عن اللاحقة لظهور حتى تؤدي في سقوط استحقاق المالك (ولا أقول) بان العين تخرج عن ملك المالك باخذ بدله ، كيف والبديل وجود ناقص

للعين فكيف يوجب ملكه خروج الوجود الكامل من شخص العين عن ملكية المالك (ولئن شئت قلت) أن المالك أخذ بدل مالية العين وإلا فشخصها بقا على ملكه ولا يتنافى ذلك أيضاً مع ملكية المالك للبدل حيث انه بدل مرتبة من مراتب العين فلا قصور في الجمع بين ملكية البدل والمبدل ، نظير الجمع بين طلب البدل وطلب مبدله في الابدال الناقصة في العبادات (وانما لا يتصور الجمع) بين الملكية والطلب في البدل التام لا الناقص وحينئذ لذي اليد السابقة بعد ادائه البدل استحقاق مطالبته العين التي هي بيد اللاحقة ببعض مراتبها التالف من ماله بادائه مع سقوط سلطنة المالك باخذه البدل عن حقيقة العين فأخذ السابقة العين من اللاحقة يرجع سلطنة المالك عليه لخروجه عن الحيولة ويصير مستحقاً للعين ورجع بدله المأخوذ الى المأخوذ منه فيعطي الآخذ العين للمالك ويأخذ ما أعطاه من بدل العين ، ثم بهذه النسبة نقول بالنسبة الى سائر الأيدي فبتعدد الايدي يتعدد اعتبار وجودات للعين عليها على وجه موجب لرجوع السابقة عند تلف العين أو حيولتها الى اللاحقة ، نعم كل سابقة بالنسبة الى اللاحقة ليس له الرجوع مع عدم اعطاء ما على يده للمالك أو لسابقة ، كما انه مع اعطائه اياه أيضاً ليس له الرجوع الى اللاحقة بالنسبة الى ما على يده مع وجود العين تحت يده بل حقه حينئذ ليس إلا مطالبة العين باخراجها من الحيولة إذ السابقة باعطائه بدل العين مستحق للعين أو لا ومع حيولته مستحق لبدلها (لا أقول) انه حينئذ يصير مالكا للعين كما لا يصير باعطائه البدل عند التلف أو الحيولة مالكا ما على اللاحقة من البدل ، بل انما يملك البدل باخذه ومع وجود العين أيضاً يستحق المطالبة باداء بدله غاية الامر هنا باخذه العين أيضاً لا يملك العين من جهة انه باخذه العين ترفع الحيولة فيرجع استحقاق المالك او السابقة عليه للبدل المأخوذ ، حيث أن ملكيته مراعي بالحيولة فيستحق المالك العين فيرجع البدل ويأخذ العين (ومن هذا البيان) ظهر أيضاً حال بدل الحيولة وان المالك مالك للبدل المأخوذ ومالك للعين مع كون المأخوذ أيضاً بدل نفس العين ، غاية الأمر حيث انه بدل ناقص وواف ببعض مراتب العين فلا مانع في ملكية المالك له عند أخذه البدل مع بقاء ملكيته لشخص العين دون جهة مالية على حالها وحينئذ فصح لك أن تقول أن ما يأخذه المالك مثلاً بدل نفس العين ببعض مراتبها فيما يملكه بهذه الملاحظة مع بقاء العين بمراتبها

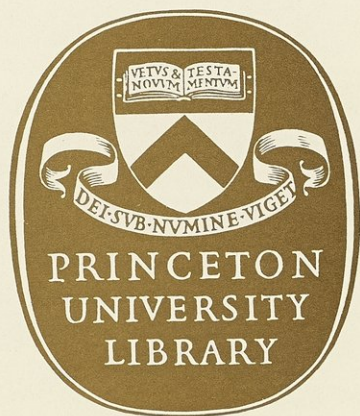
الاخرى على ملكية المالك ، ومن هنا ظهر أن بدل الحيولة كبديل العين التالفة بدل نفس العين ، غاية الأمر في بدل التالف حيث لا مجال لعود العين فيستقر ملكية المالك للبدل المأخوذ ، بخلافه في بدل الحيولة حيث انه ممكن العود ، فلا يحصى من كوز ملكية المالك للبدل المأخوذ مراعى بعدم ارتفاع الحيولة والإفبمجرد ارتفاعه يرجع ملكية البدل ويستقر ملكية المالك في العين (ولئن شئت قلت (أن البدل مطلقاً في التالف أو الحيولة حيث انه بدل ناقص للعين بمقتضى وفائه ببعض مراتب وجودها لا يوجب بنفسه ملكية مستقر له ولذا لو فرض عود التالف على خلاف العادة يعود ملكية البدل المأخوذ فيرجع التالف العائد الى المالك ويرجع البدل الى الضامن ، وانما استقراره من جهة عدم عود التالف لخرق العادة بخلافه في بدل الحيولة (وعلى أي حال لا مجال للفرق بين بدل التالف وبدل الحيولة بجعل الأول بدل العين والثاني بدل السلطنة القائمة بخيال أن شأن البدل في باب الضمانات أن يكون جابراً للتالف ومع عدم تلف العين لا يكون في البين تالف قابل للجبران إلا السلطنة على العين فيكون بدل الحيولة بدلاً وجابراً للسلطنة لا لنفس العين ، وتوضيح الدفع هو ان شأن البدل وان كان جبران التالف ولكن نقول ان دائرة التلف أعم من انعدام العين مطلقاً او انعدامها في الجملة ولو في زمان الحيولة بالنسبة الى يد الضامن فإنه في هذه القطعة من الزمان ولو بملاحظة فقد العين في يد الضامن يصدق أيضاً نحو مرتبة من التلف القابل للجبران بالبدل بمقدار تلفه ولذا كان جبرانه مادام العين تالفاً في يد الضامن وبمجرد عودها اليه يرتفع ملكية البدل ويرجع الى الضامن كما أن العين تعود وترجع الى المالك ، ولئن شئت قلت (ليس قوام البدلية بجبره للفئات بل قوامه بقيامه مقامه في الوفاء بوازمه وآثاره عند فقدته ولو في الجملة ، غاية الامر لا يكاد يستحق المالك المطالبة بالبدل مع وجود العين تحت يده ، إذ مع امكان الوصول الى عين ماله لا يبقى مجال عناية البدلية للمرتبة الناقصة منها لعدم استحقاق الانسان أزيد من عين ماله (وكيف كان) نقول أن شأن البدل جبران الفئات الحاصل بالتلف تارة وبالحيولة اخرى ، وحينئذ لا يقتضي في تصحيح الجبران المزبور جعل البدل في الحيولة بدل السلطنة القائمة ، إذ لا قصور في كونه بدل عين المال للفئات في الجملة ولو في حال الحيولة ، مضافاً الى أنه لو كان

البدل بدل السلطنة القائمته لزمه عدم عود البدل برجوع العين لان السلطنة القائمة غير قابلة للرجوع ، ولئن قيل بان البدل بدل تمام السلطنة قلنا بانه ليس بفائت ليجبر (ولو قيل) بان البدل في الحيلولة بدل العين في السلطنة لا الملكية كي يرجوع العين يرجع البدل كان أولى (ولكن) لزمه عدم ملكية المالك للبدل المأخوذ بل في حكم ملكه في السلطنة على جميع التصرفات فيه ، نظير القول بالاباحة في معاطات البيع مع حفظ حقيقة البيع من المبادلة بين المالين فيها ، ولكن ذلك خلاف ظاهر كلماتهم من كون المأخوذ بدلا ملك للاخذ غاية الامر مراعى ببقاء الحيلولة فتدبر فيه حيث لا يأتي كلماتهم من الحمل على هذا المعنى لولا دعوى ان البدل في مورد التلف ايضا بحكم بدل الحيلولة من كونه مرجوعا أيضا برجوع العين على خرق العادة والحال ان المرتكز في الأذهان فيه هو الملكية ، ولم يتوهم أحد فيه انه بدل السلطنة فليكن كذلك في بدل الحيلولة أيضا إذ هامن هذه الجهة يرتضعان في ئدي واحد كما لا يخفى (وعلى أي حال) نقول ان ترتيب هذه الآثار والوزام إنما هو من تبعات كون ماعلى اليد ملك الضامن قبل أدائه الذي هو من تبعات العناية في الوجود وأما على العناية في المحل لا في الوجود ، فلا شبهة في ان اليد الثانية الواردة على العين بجميع شؤونها قائمته على عين المالك بلا قيام يده على مال الضامن وحينئذ من قبل هذا العام لا مقتضى لرجوع السابقة على اللاحقة عند اعطائه البدل ، لأن يده حينئذ بالنسبة الى ما هو تحت اليد الاولى يد على مال المالك وغاية ما تقتضيه يده جواز رجوع المالك عليه ، لا جواز رجوع الضامن عند خسارته على اللاحقة ، فائبات مثل هذا الحكم حينئذ من عموم على اليد فقط دونه خرق القماد (ونظيره) في هذا الاشكال لوقلنا بان مفاد على اليد تعهد الضامن والتزامه برده بلا اعتبار وجود عين على اليد إذ مجرد العهدة لا يصلح أن يقع تحت اليد وموردا للضمان كيف وهو من شؤون الأموال عيناً كانت أم منفعة أو حقاً ، وأما الاحكام الوضعية والتكليفية فهي اجنبية عن مقام التضمين بيد او غيرها (وأعجب من ذلك) توهم آخر وهو انه مع التزامه بعدم تعدد العين في الايدي وان الاضافات متعددة التزم أيضاً برجوع السابقة على اللاحقة قضاء لحق البدلية (إذ لنا) حينئذ حق السؤال بان بدلية الشيء عن الفائت بقيامه مقامه لا تقتضى أن يقوم الضامن أيضاً مقام المالك إذ هو من تبعات

المعارضة القهرية ، وليس كذلك خصوصاً في
 بدل الحيلولة ، وبالجملة كلماتهم في المقام في نهاية
 التشويش حيث لم يلاحظوا رقة المطلب ولم
 يعتنوا به والله العالم كتبه الاحقر
 ضياء الدين العراقي مع
 اختلال باله سنة ١٣٥٧
 تمت بعون الله تعالى آمين آمين
 يارب العالمين

ص	السطر	الخطأ	الصواب	ص	السطر	الخطأ	الصواب
١٢	١١						مما ذكرنا انه
١٣	١٨		الغريم الغريم	١٥	٢٦	مراتبه	مراتبها
١٦	٢		مشمراً مشمئزاً				
١٩	١		بجواز نصب قاضيين-				بم تثبت ولاية القاضي
٣١	٢		الدعوى الحاكم	٢٢	١٧	التجيب	التجيب
٣٢	١		بم تثبت ولاية القاضي				سماع الدعوى على الحاكم
٤٣	٢٣		التزام التزم	٤٤	٤	حجته	حجته
٤٤	٤		العصل الفصل	٨١	١٧	الميت	ذمة الميت
٩٦	٢		اخبار أخبار	١٠٩	٢٢	بن	بين
١١٣	١٥		وانما وانما	١٣٦	٢	بليتته	بليتته
١٣٦	٢٥		العام العالم	١٣٨	١١	الاجملي	الاجمالي
١٣٨	٢٠		واستلزام واستلزام	١٤٠	١٥	للمدعى	للمدعى
١٤٤	٣		مجرد مجرد	١٤٤	١٥	نبأهم	بناءهم

قیمت ۱۰۰ ریال



Princeton University Library



32101 061495048