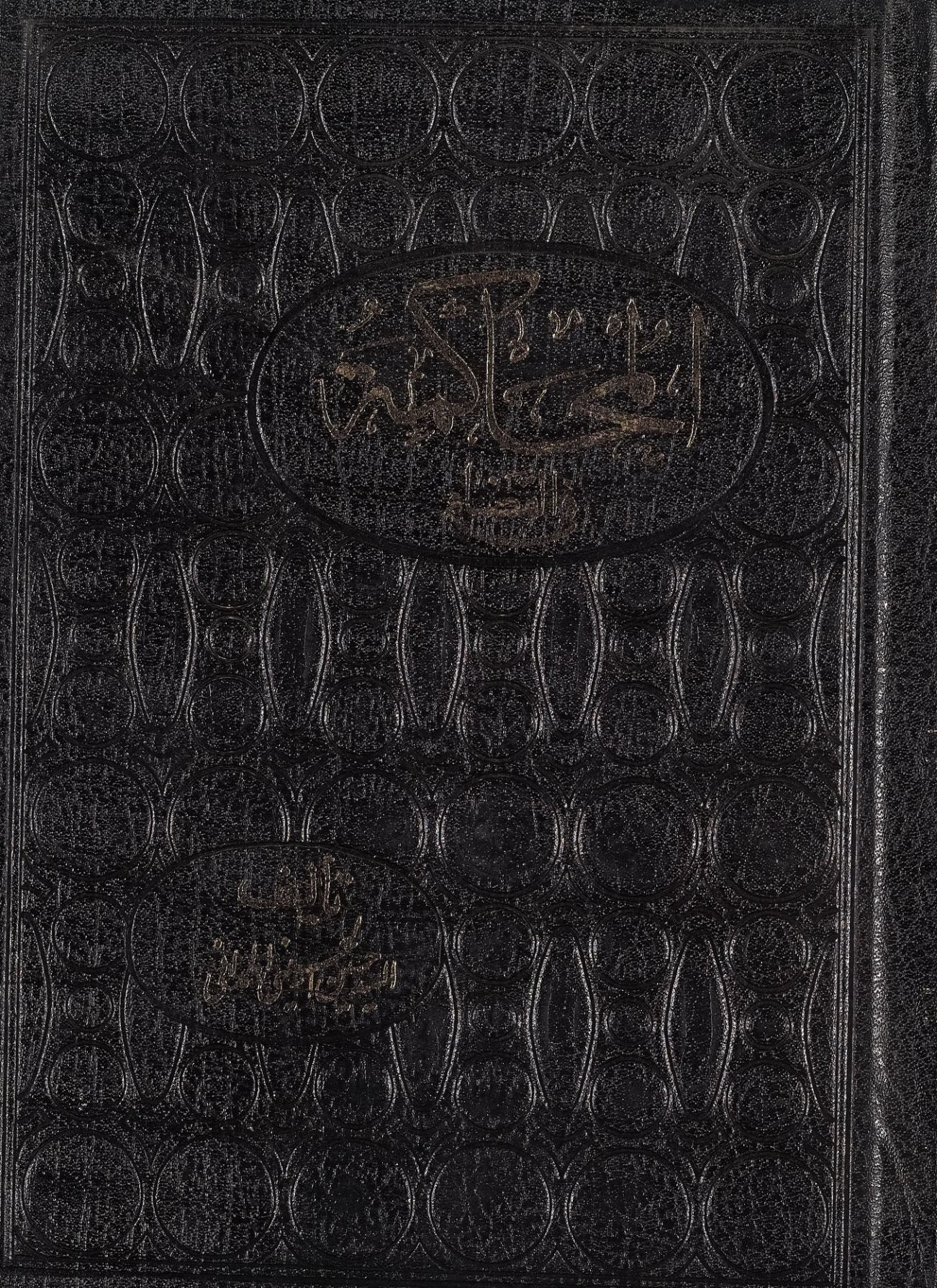


PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

Hamadāni

المحاكمة

في القضاء

محاضرات فقهية عالية القاها سماحة آية الله العظمى

الحاج الشيخ محمد طاهر آشتياني الخاقاني

دام ظله الوارف

تأليف

السيد حسين الحسيني الهمداني

(RECAP)
KBL
.H3525
1976

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR
32101 020992317

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على كمال لطفه ورأفته بعباده الذي هداهم الى مناهج الحق والبيان
وانارلهم الطريق الى سعادة الحياة العليا في الدارين والصلاة والسلام على خير
خلقه وامناء وحيه الهداة للرضيين محمد وآله الطاهرين، وبعد فان من
نعم الله على خلقه وجود علماء امناء يبلغون الى الناس احكام الشريعة جاهلة
عليها غير العصور ومجدين على استخراجها اصيله وفق متطلبات الظروف
والازمان، وبذلك يسدون فراغا هائلا من الحياة الفردية والاجتماعية
باحسن وجه واكمل اسلوب ومن الواجب على مؤولي الامة رعاية هذه الجانب
الخطير بتربية اولي الكمال والفضائل من ذوي القرائح الوقاده تمهيدا لاقدارهم
على استنباط احكام الشريعه من منابعها الاصيله وليكونوا ذخرا للجيل القادم
وهكذا جيلا بعد جيل ومن اولئك الافاضل الانجبين صاحب الفضيله
الراقيه والذهنيه الشاحذه للكب على تحصيل العلم والجد في تحقيق مبانيه
السيد حسين الحسيني الهدائي الذي شمر ساف الجد في تحرير مبانينا الفقهيه
بقلمه الشيق الانيق وجمع بين دقة التحقيق وسلامة البيان في اسلوب لطيف
مما بعث على اعتزازنا به وجلب رعايتنا اليه فنسأل الله له مزيد جهوده
المتواصله في هذا السبيل كما ونسأله تعالى ان يمده بتوفيقه ويمنحه لطفه
وتاييده في بلوغ ذروة الاجتهاد الشامخه والله يختص برحمته من يشاء بمنه
بعباده لطيف خبير حرره الاحقر محمد طاهر
آل شبير قدس سره الخاقاني

83-B0159

تقديم

بسمه تعالى وله الحمد

الفقه : عنوان مصطلح يطلق على شعبة ذات اهمية من العلوم الاسلامية . هو العلم بأحكام الشريعة المقدسة مستنداً الى أدلتها الاولية .

وبعبارة أوضح : هو علم بقوانين ودساتير جاءت بها الشريعة الاسلامية لتنظيم هذه الحياة مرتبطة بالحياة الاخرى ، فى كافة شؤونها ومراحلها ، كاملة شاملة ، بقيد أن يكون العالم بها قد حصل عليها باجتهاده ونظره الخاص فى مدارك هذه الاحكام والقوانين .

ومن ثم فان العالم بذلك يكون فقيهاً ومجتهداً ، ويكون نظره ورأيه الخاص ذا مدخلية فى حجية مايفتى به من فروع ومسائل .

وقد أخذ هذا الاصطلاح ، من قوله تعالى : «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم» .

اما لفظة «الاجتهاد» فمأخوذة من واقع العمل الذى يقوم به المجتهد فى تحصيل احكام الشريعة عن مستنداتها الاولية . وليس هذا وذاك المصطلح بدعاً فى الدين اذا كان الواقع من صميم الشريعة المقدسة ، فلا مشاحة فى الاصطلاح .

وبعد فالاجتهاد فى سبيل الوصول الى احكام الشريعة باب واسع ، فتحه الاسلام على وجه هذه الامة المرحومة ، وحبذ اليهم النظر والعلم بأحكام الدين ، بل اوجبه وفرض عليهم فرضاً بالكفاية .

وهذا الباب لايزال منفتحاً ـ عند الامامية ـ الى اليوم ، ويعد مفخرة لهذه الطائفة على سائر الطوائف الاسلامية الكبرى ، الذين حرموا على أنفسهم هذه الفضيلة الاسلامية منذ زمن سحيق . وبذلك نقضوا أقوى دعامة لتلكم الفسحة الواسعة التى كان الاسلام قد أوجدها للاحاطة بجميع شؤون الحياة عبر العصور وعلى مر الاجيال .

نقول : اذا كان الاسلام ديناً خلودياً للبشرية عبر الاجيال ، واذا كانت متطلبات الحياة تختلف يوماً فيوما ، وحسب اختلاف الظروف والعصور ، فان الحاجة الى احكام ونظريات فقهية ، تتجدد عصراً بعد عصر . ولابد فى الشريعة من قواعد كلية متكفلة لجميع هذه الشؤون مع الخلود .

وعليه فيجب ان يبقى باب الاجتهاد منفتحاً مع طول الزمان أبدياً ، اذا كنا نعتبر الاسلام ديناً شاملا جامعاً ، وكافلا للاجابة على مختلف متطلبات البشرية عبر القرون .

هذا وقد ازدهر الفقه الاسلامى العريض بمؤلفات ضخمة من كبار علماء الامامية ولاتزال تزداد حجماً يوماً فيوماً ، وتتجدد نظريات وآراء فى الفقه الاستدلالى المبسط ، رهن جهود يبذلها فقهاء الامامية باستمرار ، شكر الله مساعيهم فى سبيل

ترقية المستوى الفقهى الاصيل .

ومما يبعث على الفخار والاعتزاز، وجود فقهاء محققين فى العصر الاخير ، حققوا من مبانى الفقه ، ودققوا النظر فى طرق الاستدلال ، فوصلوا الى نتائج باهرة لم يصل اليها السابقون ، وان كانوا هم حازوا قصب السبق فى الجمع والترتيب ورد الفروع الى الاصول . ولكن كم ترك الاول للاخر .

ومن فقهاء كبار يعتز به العصر الحاضر سماحة آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد طاهر آل شبير الخاقانى الذى جمع بين تحقيق المبانى ودقة النظر ، ووضوح البيان الشافى . فقد كرس جهوده الجبارة فى سبيل تحقيق مبانى اصولية ، جامعاً بين نظريات كبار محققى العصر الاخير مردفة بنظرياته الخاصة ، فى كتاب يحتوى على اكثر من اربع مجلدات ضخام .

كما ودقق النظر فى رد الفروع الى اصولها الاولية فى مؤلفات فقهية مبسطة ، و جاء فيها باسلوب حديث شيق ، خرج منها الى عالم الطباعة ثلاث مجلدات من شرح وسائل الشيعة وغير ذلك من كتب فقهية جامعة .

كما وايضاً خرج على يد مقررين فضلاء كراسات كبيرة فى مختلف ابواب الفقه منها : كتاب « الطلاق » بقلم العلامة الفاضل الشيخ محمود محسنى دام فضله ، وكتابنا هذا الحاضر « المحاكمة فى القضاء » بقلم فضيلة العلامة السيد حسين الحسينى الهمدانى دام توفيقه .

و هذا الاخير تفضل به سماحته ـ دام ظله ـ فى ابحاثه فى بلدة قم المقدسة . خلال السنوات الاخيرة .

ويجدر بنا الان التكلم ـ ولو بصورة اجمالية ـ عن موضوع كتابنا الحاضر ،

وهو القضاء . فنقول :

الفقه الاسلامي بعرضه العريض ، كله محل ابتلاء البشرية ، وهم بحاجة ماسة الى جميع فروعه ومسائله على كثرتها الكثيرة ، ولاغنى للبشرية التى تعيش على وجه هذه البسيطة ، اذا كانت تريد الحياة السعيدة الكافلة لاسعاده فى الدارين ، والتى ترتبط هذه الحياة الدنيا بحياة اخرى اسعد ... ان تمد يد الحاجة الى هذا القانون السماوى الخالد ، الذى يتلخص فى احكام ودساتير جاء بها نبى الاسلام صلى الله عليه وآله وبينها و فصلها علماء اهل بيته الطاهرين ـ عليهم صلوات الله وبركاته ـ فهى لم تجىء و لم تفصل الا بعد أن لوحظت الحاجة الماسة فى حياة البشرية . فهى جمعاء موارد حاجاتهم عبر العصور.

لكن بعض ابواب الفقه تكون الحاجة اليها امس ، و الابتلاء بها أكثر ، لغالبية أفراد الناس فى كل العصور : كأبواب الطهارات و العبادات و المعاملات و ما اليها .

ومن ثم كانت الحاجة الى كتاب القضاء ـ وهو الباب العريض الكافل لتنظيم الحياة الاجتماعية ، ورفع مشكلات الدعاوى والمرافعات ـ أتم واكثر.

و قد صنف الفقهاء رضوان الله فيه عليهم كتباً مفصلة دققوا فيها النظر وحققوا فيها المباني ، وخرجوا على أحكام قضائية ، تكون نماذج العدل فى الحكومة على وجه الاطلاق .

هذا وقد تفضل شيخنا الاستاد ـ دام ظله ـ بخلاصة نتائج تلكم الافكار وعصارة اولئك الانظار ، مزيداً عليها التحقيق الشافى و التدقيق الوافى ، و اتى بنظريات مستجدة وافكار ثاقبة حديثة، تتناسب والاوضاع الحاضرة ، فى تحفظ حاذر على المنهج

الفقهى الاصيل ، الذى كان بناؤه الاساسى متركزاً على دعامتين قويمتين : القرآن والسنة المأثورة ، غير متغافل عن حكومة العقل السليم فى مجاله الخاص ، مع مراعاة كاملة لموارد الاجماع المحصل المتيقن ، تاركاً تلكم المباحث الجدلية التى لاتمس موارد الابتلاء ولاهى تمد الطالب جانباً علمياً فى بحوثه .

ومن ثم جاء الكتاب ، بعون الله تعالى ولطفه الخاص ، فريداً فى بابه ، وطريفاً فى اسلوبه ، جامعاً مانعاً ، وكافلا كافياً ، يستغنى به الطالب عن مراجعة المطولات ، ويمده بنظريات وافكار بما لايعثر عليها فى غيره ، اذا كان يريد الجمع بين آراء المحققين القدامى والمتأخرين ، والاحتواء على جميع مدارك هذا العرض ، واصول مبانى هذا الباب .

ونسأل المولى تعالى ان يمد فى عمر شيخنا الاستاذ فى صحة وعافية ، لينتفع به الجيل الحاضر الذى كاد يخلو من بين اظهرهم علماء ربانيون كشيخنا الاستاذ ـ دام ظله الوارف ـ وليربى طلبة مجدين وفى طريق الاستنباط مجتهدين بحوله تعالى وقوته ، انه قريب مجيب .

قم ـ محمد هادى معرفة

٢٥ شعبان المعظم ١٣٩٦ هـ

مقدمة المؤلف

الحمدلله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف بريته ، سيدنا محمد وأهل بيته الطيبين الطاهرين ،ولعنة الله على اعدائهم ومعانديهم من الاولين والاخرين وبعد فيقول العبد المفتقر الى رحمة ربه الغنى السيد حسين الحسينى الهمدانى : أنه لايخفى على اولى الفضل والكمال ،أنعلم الفقه من اشرف العلوم ، وأجلهاقدراً، واتمها واحسنها فائدة ،اذبه يحصل الامتثال للمولى الكريم ، وتتحقق الاطاعةللرب العظيم ، وقد أوجب الله تعالى تعلمه فى كتابه المجيد ، حيث قال : «فلولانفر من كل فرقةمنهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذرواقومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون» .

والفقهاء هم العلماء باحكام الله ، والامناء على حلاله وحرامه، وهم حجج الله

على الخلق أجمعين ،وورثة انبياء رب العالمين ،ورواة أحاديث الائمة المعصومين، الذين أذهب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً .

وممن صرف عمره الشريف ، وزهرة حياته فى تحقيق الفقه و تدقيق مبانيه ،ورد فروعه الى اصوله ، بالتعمق فى اسراره ، ودقائقه ، ونكاته ، سماحة شيخنا الاستاذ المحقق آية الله العظمى الحاج الشيخ محمدطاهر آل شبير الخاقانى دام ظله الوارف ، وماأودعت فى هذا الكتاب من مباحث القضاء ، قداستفدته من افاضات شيخنا الاستاذ و تلقيته من دروسه العالية ، حسبما أدى اليه فهمى القاصر ، فى مدة ثلاث سنوات ، بالايام التى كان يسمح بالقدوم الى الحوزة العلمية بقم المشرفة ، وكثيراً ماسافرت الى (خرمشهر) للحضور على أبحاثه ،والنيل الى تحقيقاته المبتكرة فى فقهه وأصوله. ولقد تحملت مشاقـاً كثيرة ، وبذلت الجهد المتواصل للوصول الى هذا السفر القيم .

كل ذلك شكراً لله تعالى على نعمائه وآلائه ، وخدمة للعلم و أهله ، راجياً من الله تعالى أن يمن على بالقبول ، واعترف بقلة البضاعة وعدم اللياقة ، وأن يجعله ذخراً لاخرتى، ليوم لاينفع فيه مال ولابنون ، والله ولى التوفيق ـ انه خير موفق ومعين .

ليلة السبت ، ٢١ شوال المكرم ١٣٩٦ هـ قم المشرفة

حسين الحسينى الهمدانى

كتاب القضاء

الفقه عبادات ، ومعاملات ، وايقاعات ، ووظائف شرعية ، واحكام . وان القضاء من ابواب الوظايف الشرعية ، وهومن اهم المباحث الفقهية ، اذتبتنى عليه قواعـد مهمة ، فى مقام استنباط الاحكام الشرعية .

واول شخصية توسع فى هذا الباب ، واحكمه ، هو الشيخ الاعظم الشيخ مرتضى الانصارى (اعلى الله مقامه الشريف) حسب ماقرره تلميذه الاعظم المرزا حبيب الله الرشتى (رحمه الله تعالى) فى تقريراته عن الشيخ ، وما كتبه المحقق الاشتيانى (رحمه الله تعالى) عنه . ولذا كان هو السبب الداعى لنافى الخوض فى هذا الموضوع واتيان ما حرره الاكابر ، وما استفدناه من الادلة ، والقواعد الشرعية .

والله هو الموفق ، ومنه التسديد .

وفيه مقامات :

المقام الاول

فی حقیقة القضاء واحکامه والقاضی وشرائطه

معنی کلمة القضاء

وقد عدوالهذه الکلمة ، معانی کثیرة :

فمنها ـ الحکم ، کقوله تعالی « والله یقضی بالحق .» (۱)

ومنها ـ الاعلام ، کمافی قوله تعالی « الاحاجة فی نفس یعقوب قضیها .» (۲)

ومنها ـ الحتم ، کقوله تعالی « فلما قضینا علیه الموت . » (۳)

۱ـ سورة مؤمن آیة ۲۱

۲ـ سورة یوسف آیة ۶۸

۳ـ سورة سباء آیة ۱۴

ومنها ـ الامر، كقوله تعالى « وقضى ربك ان لاتعبدوا الاياه . » (١)

ومنها ـ الخلق ، كقوله تعالى « فقضيهن سبع سموات . » (٢)

ومنها ـ الفعل ، كقوله تعالى « فاقض ما أنت قاض . » (٣)

ومنها ـ الاتمام ، كقوله تعالى « فلما قضى موسى الاجل . » (٤)

ومنها ـ الفراغ ، كقوله تعالى « ايما الاجلين قضيت . » (٥)

والتحقيق : ان الاصل فى معنى هذه الكلمة ، هو الحكم ليس الا .

واما بقية المعانى، فهى: اما من لوازم الحكم ، واما معان مجازية ، قداستعملت فيها كلمة القضاء ، بالعناية والتجوز، فان الالزام ، والحتم ، وصواب الامر، وكونه حقاً، من لوازم الحكم ، كما ان الاعلام ، والفراغ ، والخلق ، ونحوها معان مجازية ، وليست معانى حقيقية للقضاء المبحوث عنه .

ما هى حقيقة القضاء ؟

هل هى أمر خارجى متأصل ، اوأمر اعتبارى ، اولاهذا ، ولاذاك ، بل ماهية من الماهيات التى نعبر عنها بالامر الواقعى؟.

ولأن يتضح الحق فى المسألة جيداً نقول :

١ـ سورة الاسراء آية ١٣

٢ـ سورة فصلت آية ١٢

٣ـ سورة طه آية ٧٢

٤ـ سورة القصص آية ٢٩

٥ـ سورة القصص آية ٢٨

ان الشيء تارة يكون موجوداً خارجياً او حيثية لموجود خارجي . وهذا ما نعبر عنه بالامر المقولي .

وتارة يكون امراً واقعياً لايدخل تحت مقولة من المقولات ، وهذا كالماهيات وجميع الامور الانتزاعية التي تنتزع عن الواقع ، كعنوان العلية ، والامكان، ونحوهما فانها امور ليست مقولية ، ولا اعتبارية بالمعنى الذي سنذكره ، بل هي واسطة بين الامر المقولي ، وبين الامر الاعتباري الاتي ذكره .

وثالثة يكون امراً اعتبارياً ، وهذا ينقسم الى اقسام ثلثة :

١ـ ان يكون الامر الاعتباري بحيث ينتزع عنه عنوان البعث، والزجر ، والتخيير فنسميه بالحكم التكليفي .

٢ـ ان يكون اعتباراً تترتب عليه الاثار، كاعتبار الشارع : الزوجية ، والملكية والمالية ، ونحوها مما تترتب عليه آثار: تكليفية ، اووضعية . وقد يعبر عنه بالاحكام الوضعية بالمعنى العام ، ليشمل الامور التبعية : كالجزئية ، والشرطية ونحوها .

٣ـ ان يكون امراً اعتبارياً لكن لابالمعنى الاول ، ولا الثاني ، بل بمعنى ان يكون اعتباراً مجرداً ، يعتبره الشارع ، اوالعرف ، لقيام المصالح ، والمفاسد على ذلك الاعتبار، فيرتب عليه آثاراً تكليفية ، اووضعية .

والقضاء المبحوث عنه امر اعتباري بهذا المعنى الاخير.

وليعلم اننا حينما نقول : ان القضاء ، امر اعتباري ، لانقصد به انها كانياب اغوال ، ليس لها وجود ولاحقيقة ، اذليس ذلك معنى الامر الاعتباري ، بل نريد ان نجعله مقابلا للامر الواقعي ،والمقولي ، كيف فان الامور الاعتبارية اموريعتبرها العقلاء ولها وجود ذهني ، حقيقي .

ومن هنا علم ان مايستفاد من بعض الفقهاء من كون القضاء امراً تنزيلياً ، وان مفاده مفاد التنزيل ، معللا بانه كالوكالة ، فكما ان الوكيل وجود تنزيلى لوجود الموكل كذلك القاضى يكون وجوداً تنزيلياً لوجود المعصوم عليه السلام ، غير صحيح ، كما يأتى تفصيله .

كما ان القول ، بان الشارع اعتبر القضاء على نحو التفويض ، بمعنى انه فوض الجهات العامة ، الى القاضى .

وجعله مطلقاً ، ومرسلا كالوكيل المطلق ،فاسدايضاً .

فتلخص :ان القضاء ،ليس من الامور الوضعية ،ولابمعنى التنزيل اوالتفويض بل انما هو عبارة عن جعل اعتبار ، يترتب عليه الاثار الشرعية .

والموجب لجعل هذا الاعتبار انما هو وجود المصلحة النوعية فيه كرفع التنازع ، والخصومة ، ونحو ذلك ...

الفرق بين القضاء والفتوى :

اذا تأملنا فى معنى الفتوى ، ودققنا النظر فى حقيقته نجد فرقاً واضحاً بينه وبين باب القضاء ، وانه لايرتبط احدهما بالاخر . فان الفتوى ، عبارة : عن الاخبار عن رأى واعتقاد . فهو فى الحقيقة اخبار ، تشبه الانشاء ، لان المفتى اذاافتى بشىء فهو وان كان حاكياً لرواية المعصوم عليه السلام ، ومخبراً عن رأيه ، لكنه لايحكى الرواية بماهى رواية كرواة الحديث ، بل يحكيها بما انه استفاد ذلك الشىء عنها ، بعد عمليات كثيرة قداتعب نفسه فيها من طرح ، اوتعديل ، اوترجيح ، اونحوها ...

وعليه فلايكون الفتوى مجرد اخبار عن حكم ظاهرى ، اوواقعى ،بل اخبار

عن رأى ، واعتقاد . وان شئت فقل انها عبارة : عن الاحكام و الكبريات الكلية ، الثابتة لدى الفقيه .

واما القضاء فهو يكون دائماً متاخراً عن الفتوى ، لانه ، انما يوجد الحكم ، والقضاء بعدتطبيق ذلك الحكم الكلى ، فى المورد الذى يريد القضاء فيه . فيكون الفتوى دائماً فى رتبة سابقة ، على القضاء .

والمعنى الذى ذكرناه للفتوى ، كماترى ، اجنبى عن باب القضاء بتاتاً !

فالقول بان القضاء من سنخ الفتوى ، وانه نحو خاص منها فى غير محله .

الفرق بين باب القضاء

وباب الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر

وقد جعل صاحب الجواهر رحمه الله ، باب القضاء من توابع الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وذهب الى ان القضاء ليس باباً مستقلا برأسه ، بل هو من جزئيات ذلك الباب وفروعه .

ولكن التحقيق : ان القضاء لا يرتبط بالامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، اذ يشترط في ذلك الباب : ان يكون الحكم واضحاً ، بديهياً عند المسلمين ، او ضرورياً من المذهب ، ولا اقل من ان يكون معلوماً لدى التارك للمعروف ، والفاعل للمنكر . وليس كذلك باب القضاء ، اذ قد تقدم انها ليست الا انشاء حكم يوجب فصل الخصومة ، او قل : انه سبب واقعي في عالم الظاهر ، بحيث لا يجوز رده للمقلد ، ولا للمجتهد ، بل يجب تنفيذ ما حكم به القاضي للكل . ومن هنا ظهر عدم ارتباط باب القضاء ، بباب الارشاد . لان الارشاد انما هو تنبيه للجاهل ، وارشاده . وليس القضاء تنبيهاً

للجاهل ، بل انما هوحكم ، وانشاء يجب تنفيذه على الكل كما تقدم .

اشكال ودفع

ان قلت : ان ماذكرتم من الفرق بين مانحن فيه . وبين الفتوى ، انما يبتنى على ماهو المشهور ، من كون الامارات الشرعية ، ورأى الفقيه طريقاً الى الواقع ، سواء قلنا بان الشارع ، نزلها منزلة العلم حكما ، كما هوالمشهور ، قديماً وحديثاً، اوقلنا : بان الشارع ،جعلها علماً فى مقام التشريع فتصبح علماً تشريعياً ، كما يستفاد من بعض كلمات المحقق النائينى رحمه الله .

اوقلنا بانها علم عرفى عادى ، حيث نرى ان العرف والعقلاء ، يرتبون الاثر على الخبر الموثوق والصحيح . ويعدونه علماً فى نظرهم على مايظهر من بعض كلماته الاخرى .

وكيف كان ، فالفرق الذى ذكرتم ،انما يصح لو كانت الامارات طريقا الى الواقع ، سواء قلنا بمقالة المشهور ، اوبمقالة المحقق النائينى رحمه الله .

واما لوقلنا بعدم كونها طريقا الى الواقع ،بالمعنى المذكور ، بل لهاالسببية كما يظهر من بعض القدماء ، حيث ذهبوا الى ان الاحاديث الموجودة فى الكتب الاربعة ، وغيرها لها سببية ، وليست طريقا الى الواقع ، فلايصح الفرق المتقدم .

ومن المعلوم ان القائلين بالسببية من اصحابنا ، لابد ان يلتزموا بأن المقصود من السببية ليس ذلك المعنى الذى يقوله المصوبة ، من عدم وجود حكم فى الواقع ، وانه يتبع رأى الفقيه بل لابد اما من الالتزام بوجود حكم واقعى ، وان الامارة توجب حدوث مصلحة فى مؤداها ،سواءطابق الواقع ام لا. كماهو المنسوب

الى بعض القدماء .

اويقال :ان الامارة انما تكون سببا عند خطائها وعدم اصابتها الواقع ، كما التزم به صاحب الكفاية ـ رحمه الله تعالى ـ على مايظهر منه فيها ، وفى حاشيته على الرسائل.

اويقال بحدوث المصلحة فى تطبيق العمل على طبق الامارة ، المعبر عنه بالمصلحة السلوكية كما ذهب اليه الشيخ الاعظم الانصارى رحمه الله تعالى ، اويقال بان الامارة وان كانت علماً تشريعياً ، تعبدنا بها لتحصيل الواقع ، وحفظه .

لكنا نعلم بالادلة الثانوية المتممة للجعل ، انه لابد ان يؤتى بها من طريق اهل البيت ـ عليهم السلام ـ ، كما ذهب اليه المحقق النائينى رحمه الله تعالى ، معللا بان كل شيء جاء من غير اهل البيت فهو زخرف ، او باطل فهو يعتقد بعدم التقييد فى الجعل الاولى . لابالعلم ، ولابغيره .

ولكنه يذهب الى ان الدليل الدال على الحكم الواقعى لابد ان يكون بلسان الامارة . ومن طريق اهل البيت عليهم السلام .

فتكون نتيجة ذلك هو التضييق فى دائرة الاثبات . والتقييد فى لسان الروايات.

وكيف كان فاذا بنينا على السببية فى باب الامارات ، يكون فتوى الفقيه انشاء، كالقضاء بلافرق بينهما وحينئذ فلايصح ماذكرتم من الفرق .

قلت :

اولا ـ ان المختار عندنا هو ماعليه المشهور من الطريقية فى باب الامارات، ولانقول نحن بالموضوعية بجميع صورها وقد بينا ضعف القول بها فى كتابنا (المحاكمات بين صاحب الكفاية والاعلام الثلاثة) واثبتنا هناك عدم تمامية ماذهب

اليه الشيخ الاعظم الانصارى رحمه الله تعالى ،ايضاً ، من المصلحة السلوكية ،وليس هنا محل ذكره .

وثانياً ـ ان الامارات وان كانت تنشىء حكماً ،ومصلحة على القول بالسببية.

لكن هناك فرق واضح بين الانشاء الموجود فى باب الامارات ، وبين الانشاء فى باب القضاء ، فانه فى الاول انشاء للحكم بمعنى ان الامارة انما تنشىء مصلحة فى مؤداها اما مطلقا . اوفى بعض الحالات ، اوفى مقام التطبيق على الخلاف المتقدم ، فيكون انشاء لحكم كلى واقعى بخلاف الانشاء فى الثانى ، اى فى باب القضاء ،فانه انشاء فى مورد التنازع ، وفصل الخصومة فليس ذلك الا تطبيقاً للحكم الكلى على المورد الخاص كما تقدم .

وبالجملة فلاننكر نحن كون كل من الفتوى ، والقضاء انشاء ، لكن نفرق بينهما بان الاول انشاء حكم ثبت من جعل الامارات وحجيتها .

والثانى انشاء حكم ثبت من تطبيق القاضى الحكم الكلى على المورد الخاص، بعد حصوله على منصب القضاء .

وان شئت فقل بصريح العبارة ، أن الاول انشاء فى اصل الكبرى ، والثانى انشاء فى تطبيقها على المورد على نحو فصل الخصومة .

القضاء في مصطلح الفقهاء

قد صرح الشهيد الاول رحمه الله تعالى في الدروس « ان القضاء عبارة عن الولاية على الحكم ، في الدعاوى ، والمنازعات ، وفي الامور العامة» ووافقه على ذلك الشهيد الثاني رحمه الله تعالى الا انه خصها بالدعاوى ، والمنازعات .

والتحقيق : ان القضاء في مصطلح الفقهاء لا يفرق عن معناه اللغوي ، لان الظاهر ، ان الشارع انما جرى في ذلك على طبق اللغة والعرف ، ولم يؤسس في معناه امراً جديداً وليس له حقيقة شرعية في المقام .

وعليه يكون معنى القضاء هو الحكم في مقام التنازع ، وفي الامور العامة .

واما الولاية فلم يعتبرها الشارع في حقيقة القضاء وهويته ، وانما اعتبرها في فرد خاص من تلك الحقيقة .

ولذا نحن نعتقد ان اطلاق القضاء على الصور الاربع في قوله عليه السلام « القضاة اربعة ، ثلثة في النار وواحد في الجنة ، الى ان قال : رجل قضى بالحق وهو يعلم ، فهو

في الجنة » (١) اطلاق حقيقي . وهكذا في سايرروايات الباب .

وبالجملة فحقيقة القضاءشيءواشتراط القاضي بثبوت التولية له ،من قبل الشرع ، شيء آخر، لبداهة ان الشرط لايكون داخلا في حقيقة المشروط ، وليس الشرط جزءاً لمفهوم المشروط .

فالانصاف ان الولاية التي اخذها الشهيدان رحمهما الله ، في مفهوم القضاء ، لاترتبط بحقيقته .

وليس كلامنا في شرائط القاضي ، حتى يقال باشتراط الولاية فيه .

كما انه ليس في الروايات الواردة في المقام ، تصرف في حقيقة القضاء .

نعم : قد ورد فيها ما يدل على اشتراط كون القاضي ، امامياً ، عادلا، فقيهاً ، و نحوذلك ، وهذا امر اجنبي عن حقيقة القضاء .

ثم انه لو تنزلنا عما قلناه ، وسلمنا باخذ الولاية في مفهوم القضاء ، نقول :

ان الشارع لم يتصرف في مفهوم القضاء ، وحقيقته ، بل قيده بقيد الولاية ، وفرق واضح بين تغيير المفهوم الى مفهوم آخر، وبين تقييده بقيد .

١- الوسائل باب -٤- من ابواب صفات القاضي حديث ٤

القضاء ، لاتفويض ، ولاتنزيل

قد تقدم ان القضاء ، ليس بمعنى تفويض الامام ، الجهات العامة الى القاضى وهل انه تنزيل للقاضى بمنزلة المعصوم عليه السلام ، ام لا ، بل جعله الامام حاكماً ، واعتبره قاضيا للناس ، الظاهر من الادلة ، هو الثانى ولادليل على الاول بل ربما يستظهر منها خلافه . وكيف كان فهذا البحث لايستحق اكثر من هذا الكلام ، لانه نزاع علمى محض ولايترتب عليه اى اثر علمى .

ما هو مقتضى القاعدة فى حكومة الفقيه ؟

نتكلم هنا فى مقامين :

الاول ـ ماهو مقتضى الاصول العملية ؟

الثانى ـ ماهو مقتضى الادلة الاجتهادية ؟

اما المقام الاول ، فلاريب فى ان الاصل عدم حجية قول شخص وحكمه على شخص آخر ،وان الاصل عدم نفوذ حكمه فى حق الغير .

بل نقول اكثر من ذلك كما ذكره شيخ الاساطين فى فرائده ، وهو « ان مجرد الشك فى الحجية كاف فى عدم الحجية ولانحتاج الى الاستصحاب » .

واما المقام الثانى، فالظاهر انه ايضاً كذلك وانه اذا لم يكن هناك نبى اووصى لم تصح الحكومة كما يستفاد من بعض الروايات الواردة فى المقام (١) وفى بعضها الاخر الامر بالاتقاء عن الحكومة .

١ـ راجع الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى

وفي ثالث ، النهي عن الرجوع الى حكام العامة وفقهائهم ،

وغير ذلك من الروايات الدالة على الردع عن حكومة هؤلاء وقد عقد لذلك في الوسائل باباً (١)

ويستفاد من مجموع ذلك عدم نفوذ حكم احد في حق الاخر . ومن المعلوم ان المقصود من عدم الجواز في هذه الروايات ليس هو الحرمة المولوية التكليفية حتى يقال ان الحرمة لا تنافي ونفوذ القضاء ، بل المقصود منه الارشاد الى عدم ترتب الاثر على حكم الحاكم ، كما في النهي عن المعاملات .

ان قلت : اذا كان النهي في الروايات المتقدمة ارشادياً ، وكان مقتضى القاعدة العلمية هو عدم جواز القضاء ، فما فائدة تلك الروايات الكثيرة ؟ وان شئت فقل : او ليس قلتم ان الشك في الحجية وفي نفوذ القضاء يكفي في عدم الحجية ، وحينئذ فما حاجتنا الى الادلة المتقدمة ؟.

قلت : ان الروايات ، انما تعرضت لنكتة زايدة عن مجرد الحرمة ، وعدم النفوذ ، والاصل العملي المجرد لا يفي بتلك النكتة ، وهي عبارة عن الارشاد ، الى خطأ العامة ، والردع الشديد عن حكمهم ، والانكار عليهم ، وان هؤلاء يتقمصون بلباس الولاية والخلافة ، مع عدم لياقتهم بهما .

وبالجملة ، فالروايات المتقدمة ، الناهية عن الرجوع الى حكام العامة ، تدل مضافاً الى مؤدى الاصل من عدم حجية حكمهم ، على وجوب ردعهم ، والتباعد عنهم ، وعدم قبول قولهم ، ونحو ذلك .

---

١ ـ راجع الوسائل باب ١ و ٣ من ابواب صفات القاضي وفيه روايات تدل على المطلوب قد ذكرها في ابواب متفرقة من ابواب صفات القاضي .

شرائط القاضي

قد ذكروا للقاضي ، شروطاً ، نذكرها بالترتيب :

الاول ـ الولاية، ولابدلنا من التعرض اولا، لولاية النبي، والائمة عليهم الصلاة والسلام ، من جهة ان ولاية الفقيه ، ايضاً ، رشحة من رشحات تلك الولاية وقطرة من ذلك البحر. فنقول ، والتوفيق من الله تعالى :

الاقوال فى كيفية ولاية الائمة -ع- على الخلق

الاقوال فى كيفية ولايتهم عليهم السلام ، على الخلق على وجوه ثلاثة :

الاول : ـ ماذهب اليه الحكماء ، منهم المحقق صدر المتألهين ، واستاذنا المحقق الاصفهانى رحمهما الله تعالى من ان وجود اهل البيت ـ ع ـ واسطة فى التكوين ، والتشريع ، معاً ومن المعلوم ان المقصود من الوساطة ليس انهم ، عليهم السلام ، يخلقون ، ويرزقون ، وينشؤن احكاماً مولوية ، من قبلهم ، فان ذلك غير معقول ، ولايمكن ان يدعيه احد .

بل مقصودهم من ذلك ، هوانهم شرائط للمعلول لاللعلة ، بمعنى انه لايوجد هناك ، وجود تكوينى اوتشريعى ، الا بتوسيط اهل البيت ـ ع ـ

ولان يتضح لك المقصود جيداً ، نمثل بمثال فنقول : ان احراق النار للخشب ، له شرطان ـ احدهما ، مجاورة الخشب للنار ، وثانيهما ، عدم ، رطوبة الخشب فالاول شرط ، لفاعلية الفاعل . والثانى شرط ، لقابلية القابل فاذا قيل : ان جفاف الخشب ، واسطة فى الاحراق ، لايرجع ذلك الى نقصان فى الفاعل وهى النار ، بل يرجع

الى كونه ، شرطاً للمعلول ، والى قابلية القابل .

وهكذا اذاقلنا ان اهل البيت ـ ع ـ ، واسطة، في التكوين ، اوالتشريع ، نقصد منه انهم ـ ع ـ شرائط للمعلول ، لا ان لهم التأثير، والفاعلية ، اوفقل ان المحل لايقبل التاثيرالا بهم ، ولايرجع ذلك الى نقصان بالسببية الى الفاعل « تعالى الله عن ذلك ، علواً كبيراً » وليس في ذلك غلو، كمايزعمه بعض الناس. فتكون الولاية حسب ما ذكره الاستاذ ، ولاية تكوينية . ومن المعلوم ، انه لامعنى ، للولاية الاعتبارية ، بعد فرض الولاية التكوينية ، وتمامية المحل .

ومن الغريب ، ان استاذنا المدقق رحمه الله جمع هنا ، بين الولاية التكوينية ، والاعتبارية ! وقد ذكرنا ، عدم تمامية ذلك ، ووجهه مفصلا، في بعض كتبنا ، الفقهية وليس هنا محل التفصيل .

الثاني، ماذهب اليه المشهور، والمعظم من فقهائنا ، من ان ، اهل البيت ـ ع ـ اشرف الكائنات، واعظم الموجودات ، لكن لا بنحو الوساطة، بل بمعنى ان ، وجودهم عليهم السلام ، كالنور القوى وساير المخلوقات ، انوار ضعيفة ، بالنسبة اليهم .

وسيأتي ان القول الاول ، وان كان ، تاماً في نفسه ، لكنه يحتاج الى دليل، عقلي ، اونقلي ، وهما مفقودان في المقام ، بخلاف هذا المعنى الثاني ، فانه مطابق للموازين العلمية ، وموافق للروايات الدالة ، على انهم اشرف الكائنات ، ولاجلهم خلق العالم ، كله ، وهم علل ، غائية ، لكل ، وجود ، لان غاية كل وجود ، ناقص ، هو الوجود الاكمل، وهم ـ ع ـ ، اتم الموجودات واكملها .

وعلى ضوء هذا المعنى، يمكن ان يقال : ان الولاية تجوز ان تكون ، تكوينية ، وتشريعية . فمن جهة ، ان الوجود الكامل بوجوده ، كاف ، في الولاية ،

على الوجود الناقص ، تكون الولاية تكوينية ، ومن جهة ان الناقص ، ايضاً ، له ، وجود ، في مقابل الكامل ، يصح اعتبار الولاية ، للوجود الكامل على الناقص .

الثالث، ماذهب اليه، قدماء اصحابنا كالسيد المرتضى وغيره رحمهم الله ، من انهم ـ ع ـ ، مبلغون ، لرسالات الله تعالى ، وهم معصومون ، لايخطئون، ولايذنبون، وليس عليهم ، سهو، ولااسهاء . وعليه تكون الولاية ، اعتبارية ، ليس ، الا .

وربما يقال بامكان التعدى ، باكثر من المعانى المتقدمة . والقول بان علمهم، عليهم السلام ، بالمخلوقات ، حضورى كما يوجد ذلك فى بعض الكلمات . لكن الانصاف ان التعبير عن علمهم ، بالعلم الحضورى ، فيه مسامحة واضحة ، لان حضور شيء عند شيء ، فرع معلوليته لذلك الشيء فان العلية مالم تكن كاملة ، لايمكن للمعلول الحضور لديها . فمثلا ان النفس تخلق الصور وتتصورها ، وليس معنى ذلك ان الشيء الخارجي بنفسه يحضر عند النفس الناطقة، بل ليس الحاضر عندها الا الصورة.

نعم العلم الحصولى يكون فى مقام النفس ، حضورياً ، لكونه معلولا لها . فاذا قيل ان المخلوقات حاضرة عندهم ويعلمونها ، بالعلم الحضورى ، يكون معناه حضور المعلول عند علته ، وهذا لانلتزم به ، الا بالنسبة ، الى الله تعالى . بل يمكن ان يقال، ان الخلاق الحقيقى . للصور النفسية ، والمجردات ، والماديات ، وغيرها ايضاً ، ليس الا الله تعالى وان النفس ، مجرى للفيض الالهى ، فيكون قولهم ان حضور الصورة ، لدى النفس ، علم حضورى ، ومعلول لها ، تعبيراً مسامحيا ايضاً .

ولعل المقصود من هذه العبارة ، ونظائرها هو الاشعار ، بان علمهم عليهم السلام، ليس ، تعليمياً فى مقابل من يعتقد ذلك ! وليس المقصود مايعطيه ، ظاهر العبارة.

ماهو المستند للاقوال المتقدمة ؟

اما القول الاول ، فقد استدل له ، بعض الحكماء : بان الواحد الحقيقي من جميع الجهات ، لايمكن ، ان يصدر عنه ، الاالواحد ،وذلك الواحد ،هو العقل الاول ، فى اصطلاح الحكماء اليونانيين ، والنبى صلى الله عليه وآله وسلم وآله الطاهرين، فى اصطلاح الحكماء الالهيين .

وربما قالوا ، باتحاد النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، مع العقل الاول ، من بعض الجهات وفيه:ان هذا كلام ، نشأ من علماء اليونان . واما الشرع الاسلامى ، فلم يقربه ، بل نهانا عنه .

وقد ناقشنا هذا القول ،فى كتابنا (المثل الاعلى) وقلنا هناك ، انه لامانع ،من كون الله تعالى ، خالقاً ، لموجودات ، متعددة ، متباينة . وهوقادر ، على كل شىء وذلك من كمال العلة ولايترتب ، عليه اى محذور عقلى .وليس هنا محل هذا البحث باكثر من ذلك . وقدحققناه فى محله .

فاذن لايبقى ، عندنا الا الادلة الشرعية ، وهى ، امور .

١ـ قوله تعالى «انما وليكم الله ورسوله .الاية» (١) حيث جعلت فيها ،الولاية لله ، ولرسوله ، والائمة عليهم السلام ، ولاتكون الابمعنى واحد ، وهو السلطنة التكوينية . غاية الامر انها تكون ، فى واجب الوجود ، باعلى مراتبها ، وفى اهل البيت عليهم السلام بمرتبتها الضعيفة .

وفيه : ان الولاية وان كان لهامعنى واحد ، ولكنها تختلف فى المصداق ، اى تكون الولاية تكوينية ،بالنسبة الى الله تعالى .واعتبارية بالنسبة اليهم عليهم السلام. وهذا الاختلاف ليس فى المفهوم بل انما وجد بتعدد المصداق .

٢ـ قوله تعالى «النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم» (٢) ، بتقريب ان سلطنة الانسان ، على نفسه ، ذاتيه له ، فتكون هذه السلطنة فيهم عليهم السلام ، اشدواولى، بحكم الاية .

وفيه : ان سلطنة الانسان ، على النفس ، وان كانت ذاتية ، وتكوينية باعتبار، انها من شؤن النفس ، ولوازمها ،لكنه ، لاربط لها بالولاية على الاعمال .واى منافاة بين كون ولاية الانسان على النفس تكوينة ، وبين كون ولايتهم عليهم السلام ، على الاعمال اعتبارية .

٣ـ قوله عليهم السلام فى زيارة الجامعة « بكم فتح الله وبكم يختم وبكم ينزل الغيث . .» فجعل الافتتاح والاختتام ، بوجودهم عليهم السلام ، ولايتحقق الوجود الابواسطتهم . وهذا هو معنى كونهم وسائط تكوينية .

وفيه :انه كما يحتمل هذا المعنى ،يحتمل ايضاً ان يكون المقصود انهم اشرف

١ـ المائدة آية ٥٥

٢ـ الاحزاب آية رقم : ٦

الموجودات ، وانهم علة غائية لخلق الدينا ،وانها خلقت لاجلهم عليهم السلام .

٤ـ الروايات الدالة على انحصار الرجوع اليهم ، وافتراض طاعتهم وهى كثيرة ، قدعقد لها فى الكافى باباً . (١)

وفيه : انه ليس فى الروايات ، اشعار بذلك ، ويجد ذلك كل من راجع اليها ، وتأمل فيها . فهذه الروايات اجنبية عما نحن فيه .

هذا كله مضافاً الى ان مسألتنا هذه ، مسألة عقلية ولابد فى اثباتها من دليل ، وبرهان عقلى .

ولايفيد فى ذلك ظهور الادلة ، مع عدم بلوغ هذا الظهور ، الى حد التواتر فى الدلالة ، اى الى حد يحصل معه القطع . والظن لايغنى من الحق شيئاً ولاسيما فى مسألتنا هذه .

فالحق ، عدم الدليل على هذا القول ، وان لم يترتب عليه محذور عقلى ،فى مقام الثبوت .

واما القول الثانى ، فهو حق ، صحيح ، تدل عليه الروايات (٢) الكثيرة الدالة على انهم اشرف المخلوقات ، وان الارض لهم ، والفرات لهم ، وان الامام له حق التصرف فى املاك الناس ، وان يصالح بعض بلاد المسلمين مع الكفار . فلهم التصرف الكامل ، فى جميع جهات الناس ، وغير ذلك من الاخبار .

واما القول الثالث ،فيحتمل جداً ، ان القائلين به كانوا يعيشون فى عصور مبتلية بالاعداء ، ولم يكن لهم المكنة من التصريح بكونهم ـ ع ـ اشرف الكائنات ، واعظم الموجودات والا فالادلة كما عرفت ، صريحة فى ان مقام النبوة . والامامة،

١ـ اصول الكافى باب ٨ من كتاب الحجة

٢ـ اصول الكافى باب ٥٧ من كتاب الحجة

هي ارفع مكانة ، واشرف مقاماً ، مماذكر من كونهم معصومين فقط ، مبلغين عن الله في احكامه كما عرفت مفصلا . وان القول من السيد المرتضى ، واضرابه اعلى الله مقامهم ، لم يكن الا المجاراة مع العامة الذين يستعظمون عصمة اهل البيت عليهم السلام ، فضلا عن كونهم اجل المخلوقات ، واشرف الكائنات .

ولعله يشعر بذلك ، اجوبة علم الهدى ، السيد المرتضى عن ورود سيد الشهداء عليه السلام في كربلا : انها في مقام فع الاشكال عن العامة ، لافي مقام اعتقاد الامامية في اهل البيت عليهم السلام .

كلام مع شيخ الاساطين رحمه الله تعالى

ثم ان الشيخ المرتضى رحمه الله ، احتمل هنا ، وجهاً آخر ، بعد قولا رابعاً في المسألة ، وهو القول بثبوت الولاية لهم عليهم السلام ، من جهة وجوب طاعتهم على الناس ، من حيث ان الولاية انما هي من لوازم الطاعة ومن توابعها .

وبتعبير آخر ان اهل البيت عليهم السلام ، هم اولياء النعم ، وهم المنقذون للعالم عن الضلالة والجهالة وحيث يجب شكر المنعم فيجب علينا طاعتهم ، ولازم الطاعة هو الولاية .

ويرد عليه : ان ماذكره صحيح لاينكر ، وانهم عليهم السلام منقذون للبشرية ، وانهم ، منعمون ، يجب شكرهم ، وطاعتهم لكن كل ذلك ، مستقلات عقلية ، يدركها العقل وليس الكلام فيها ، بل كلامنا انما هو في الحكم الوضعي . واظن ان الذي دعى بالشيخ رحمه الله تعالى ، ان يجعل الولاية امراً يرجع الى الحكم التكليفي ، انما هو ، عدم التزامه ، بالاحكام الوضعية .

ماهو معنى التشريع

قد اختلفوا في قيام التشريع بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم على قولين :

الاول ان التشريع والحكم انما هو عبارة عن ارادة الله تعالى المتوجهة الى العباد وليس للنبي والائمة عليهم السلام ، الاسمة الحكاية عن الحكم الواقعي ، وبتعبير اوضح ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حينما يقول « اقيموا الصلاة أو آتوا الزكاة » مثلا ، فهذا وان كان انشاء صدر عنه ، لكنه يرجع عند التحليل الى الاخبار عن الحكم الواقعي وعن تلك الارادة الالهية . وانما يبرزها النبي والوصي بصورة الانشاء فيكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، مخبراً عن الله تعالى ليس الا . ونتيجة ذلك ، أن التشريع ليس قائماً بهم عليهم السلام .

الثاني ، ان الانشاء يقوم بنفس النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، لا بمعنى انه يوجد الحكم من قبل نفسه ، بل بمعنى انه لما كان انشاء الخطاب مستحيلا بالنسبة الى واجب الوجود كان النبي ، هو المنشيء للحكم ، ويكون الانشاء قائماً به .

والمختار عندنا هو هذا القول ، اذ من المعلوم أن الحكم الشرعي لاينتزع

عن الارادة ،مالم تصل الى مرتبة البعث ، والزجر ،فلابد فى انتزاع الحكم ،من وجود الانشاء ، ولمالم يمكن تحقق ذلك فى حقه تعالى فلاجرم يكون الانشاء قائماً بالنبى ومحققاً به ، فينشىء النبى ، على طبق المصالح والمفاسد ، وعلى طبق الارادة الا لهية .

وبعبارة اخرى ،ان مجرد ارادة الله تعالى ،مالم تبرز بصورة الانشاء لايوجب حكماً على العبد ويكون العبد معذوراً فى مخالفة تلك الارادة .

وحينئذ ، لابد فى ثبوت الحكم ،ووجوده ، من تحقق الانشاء ، ولمالم يمكن ذلك ، بالنسبة الى الله تعالى يقوم به النبى ، وينشىء الحكم ، موافقاً لتلك الارادة .

نعم: لو فرض (وان كان هذا الفرض محالا فى نفسه عادة) أنه علمنا من الخارج ان الارادة الازلية ، تعلقت بالشىء الفلانى على الوجه الاكمل ، ولم يكن هناك مجال للا براز ، لامكن ان يقال حينئذ ، بوجود الحكم ، وعدم معذورية العبد فى مقام الامتثال .ولكن هذا الفرض غير معقول ،فى ذات الواجب وان أمكن فى سايرالموالى.

فالمختار عندنا ،كما اشرنا اليه فى شرحنا على الكفاية ،هو ان مقام الحكم لاينتزع الا من الانشاء وان التشريع انما يقوم باهل البيت ـ عليهم لسلام ـ.

ولاية الفقيه

وقداختلفوا فيها على أقوال ثلاثة :

الاول : ما ذهب اليه المحقق النراقى اعلى الله مقامه من ان كل حيثية يقوم بها المعصوم عليه السلام يقوم بها الفقيه فى زمان الغيبة الا الجهات المخصوصة بالنبوة اوالامامة كتكليف النبى صلى الله عليه وآله وسلم مثلا بواحد وخمسين ركعة ونحوها .

الثانى : ما ذهب اليه المشهورمن ان الفقيه يقوم بكل امريحتاج الرعية فيه الى الزعيم ، وتبتنى عليه امورالناس من اقتصاد وسياسة وتدبيرمعاش وتكليف وقضاء ونحوها .

الثالث : ما ذهب اليه صاحب الحدائق رحمه الله تعالى والاستاذ المحقق الاصبهانى رحمه الله تعالى وغيرهما من ان الفقيه ليس له الا الفتوى والقضاء فى باب المرافعات .

ثم انه استدل المحقق النراقى رحمه الله تعالى على القول الاول بالاخبار

الواردة فى المقام الدالة على ان « العلماء ورثة الانبياء (١) وانهم امناء الرسل مالم يدخلوا فى رغبات السلاطين(٢) وانهم خلفاء رسول الله(٣) وان العلماء حكام على الملوك والملوك حكام على الناس » (٤) ونحو ذلك من الاخبار الكثيرة الدالة على ان « العلماء يجلسون مجلس الانبياء و يقومون بكل ما يقوم به اهل البيت عليهم السلام (٥) .

هذا ولكن الانصاف ان اكثر هذه الروايات قد وردت فى فضيلة العلم كما يظهر ذلك من سياق كثير منها وعلى تقدير التنزل عن هذا نقول انها لاتدل على المطلوب بوجه ،اذ اولا ان الذى يرثه الوارث ليس هو جميع شئون الميت ،بل لايرثه الا مايصلح للوراثة لامطلقا .

وثانياً ان وجود الولاية المطلقة فى المنزل عليه غير معلوم ، فضلا عن المنزل فان لفظ الانبياء يشمل باطلاقه الانبياء السابقين كلهم .

والظاهر عدم ثبوت الولاية لهم بالمعنى الذى نعتقده فى نبينا صلى الله عليه وآله وسلم .

وثالثاً ان هذه الروايات مذيلة غالباً بان الانبياء لايورثون مالا ،فيستكشف من ذلك ان معنى الرواية ليس كما ذكره رضوان الله تعالى عليه ،بل المقصود منها انه ليس من شأنهم عليهم السلام المال والدنيا وانهم لايهتمون بهما ،بل من شأنهم التوجيه الى

١ــ اصول الكافى ج١ ص٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم .

٢ــ اصول الكافى ج ١ ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه .

٣ــ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٧ .

٤ــ مستدرك الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث١٨ .

٥ــ راجع الوسائل باب ٣ من ابواب صفات قاضى .

الدين والتبليغ لرسالة رب العالمين .

وبالجملة فان تلك الادلة على اختلاف السنتها ليست في مقام جعل الولاية ، بل مسوقة لبيان فضيلة العلم فتكون مهملة من هذه الجهة، اضف الى ذلك كله ان لفظ العالم او العلماء انما كان يطلق على اهل البيت ـ عليهم السلام ـ في ذلك الزمان وينصرف اليهم كما يظهر ذلك لمن راجع كتب الحديث من الكافي وغيره ، وقد ورد من الائمة عليهم ـ السلام «نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون» (١) .

بل لعل الناس في ذلك الزمان لم يكونوا يفهمون غير هذا المعنى ، ومع ذلك فكيف يحمل اطلاق لفظ العلماء على الفقهاء في زمان الغيبة مع عدم وجود قرينة على ذلك بل مع وجود القرينة على خلافه، كما ذكرنا ، ولا اقل من احداث الاحتمال فلا يصح التمسك بها على المطلوب على سبيل الجزم .

ثم ان المحقق النراقي رضوان الله تعالى عليه، استدل على قوله بما ورد من ان «مجاري الامور بايدي العلماء» (٢).

ويرد عليه مضافاً ، الى ما تقدم والى عدم تماميته دلالة وسنداً انها ليست في مقام الولاية ولاسيما بقرينة ذكر (مجاري الامور) فان هذه الرواية لو تمت من جهة الدلالة والسند تكون دليلا على القول بتوسيط اهل البيت عليهم السلام في الامور تكوينياً و تشريعياً فان هذا التعبير انما يصح على هذا القول ولا ينطبق على ولاية الفقيه لان قوله ﷺ (بايدي العلماء) يدل على ان مجاري الامور وسيرها انما يكون تحت يدهم و انهم مسلطون عليهما . واني للفقيه ان يكون التوسيط بيده مهما بلغ من العلم والفقاهة .

١ـ الوسائل باب ٧ من ابواب صفات القاضي حديث ١٨

٢ـ تحف العقول ص ٢٣٧

الادلة على القول الثانى

وقد استدل للقول الثانى بامور :

الاول ـ ماورد عن ابى عبدالله عليه السلام فى مقبولة عمر بن حنظلة «من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا، فليرضوا به حكماً فانى قد جعلته عليكم حاكماً، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف و علينا رد والراد علينا الراد على الله فهو، على حد الشرك بالله»(١)

الثانى ، ماورد فى رواية ابى خديجة « انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه» (٢) ونحو ذلك من الروايات الواردة فى المقام ، وقد ذكرها فى الوسائل فى ابواب متفرقة من ابواب صفات القاضى.

وتقريب الاستدلال بها: انه لاريب ان القاضى فى زمن الخلفاء السابقين، لم يكن مخصوصاً بامر التنازع فقط بل كانوا يرجعون اليه فى جميع الامور العامة من

---

١ ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١

٢ ـ الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث : ٥

الحدود والقصاص والاهلة ونحوها ،وكان كل ذلك تحت ولاية القاضي لدى خلفاء الجور.والائمة ـ عليهم السلام ـ لما رأوا ان العامة يرجعون الى قضاتهم في جميع الامور العامة وفي جميع مايحتاجون اليه في حياتهم نصبوا الفقيه للقضاء بين الشيعة في قبال قضاة العامة .فيفهم من قرينة التقابل ، ان الشيعة لابد ان يرجعوا الى الفقهاء في كل مايرجع العامة فيه الى قضاتهم .

ويدل على هذا التقابل ،ردعهم عن الرجوع الى قضاة العامة والالزام بالرجوع الى فقهائنا كمانرى ذلك في الروايات الكثيرة المسوقة لذلك (١) .

ولايضر بالاستدلال، الاشكال في الرواية الاولى بكونها مقبولة ، لان الرواية الثانية صحيحة تغنينا عن الاولى ،مضافاً الى ورود روايات كثيرة بهذا المضمون .

وكيف كان فلانحتاج الى المقبولة سواء كانت تامة من حيث السند ام لا ، غايته ان رواية ابى خديجه شاملة للمتجزى والمجتهد المطلق من حيث المنصب والقضاء ،ولاقصور في شمولها لمنصب القضاء غايته على مسلكنا ان القضاء مخصوص بالمجتهد المطلق كما تؤديه الرواية المقبولة، والافلو ناقشنا في سند المقبولة واعتبارها لدى الاصحاب فيثبت المنصب والقضاء للمجتهد اعم من ان يكون مجتهداً مطلقاً ام متجزياً فيستفاد جواز الحكم و القضاء للمتجزى كماهو للمجتهد المطلق . لاان نصب القضاة للمرافعات وللاهلة مما لادليل عليه . فيثبت المطلوب ولو برواية ابى خديجة .

الثالث ، ان الناس يحتاجون في زمن الغيبة الى اكثر مما قلناه لكونهم مبتلين

١ـ راجع الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضي

بامور كثيرة من اقتصاد وسياسة وجزاء ونحو ذلك ممالايحصى ،فاذن لايسع للمعصوم عليه السلام ان يترك امته بهذه الكيفية بل لابدله ان ينصب قاضياً يقوم بكل مايحتاج اليه الرعية والاكان الامام عليه السلام مضيعاً لشيعته ولحقوقهم .

وليعلم ان هذا البرهان لايخلو من الاستحسان ، اذ ليس معنى ذلك ، تنزيل الفقيه فرداً من المعصوم فان عدم تضييع الامام امته في زمان الغيبة امر لايتوقف على التنزيل او التفويض وقد تقدم بطلانهما فيما سبق .

والحاصل ان هنا مقامين :

الاول ـ ان الفقيه ليس فرداً تنزيليا للمعصوم عليه السلام لان من لوازم التنزيل ان يقوم الفقيه بكل مايقوم به الامام وان يجوز له فسخ نكاح وطلاق زوجة شخص وتزويجها من شخص آخر واخذ اموال الناس وتمليكه لنفسه او لغيره، وجواز المصالحة على اراضي المسلمين والهدنة بين المسلمين والكفار في بعض الاوقات ونحو ذلك . وهذا لانلتزم به نحن لعدم الدليل عليه ،بل الدليل على خلافه كما تقدم .

المقام الثاني ـ ان الفقيه له ان يقوم بكل مايحتاج الناس فيه الى الزعيم وانه لو انقادت له الامور لتمكن من القيام بالامور الاجتماعية السياسية والمدنية وباقامة الحدود والقصاص واستيفاء الحقوق من ايدى الناس ونحو ذلك .

وهذا امر لاننكره نحن ،لكنا نقول :ان هذا لايحتاج الى التنزيل او التفويض بل انما ذلك من لوازم الزعامة والمرجعية والحكومة الاسلامية . ولعل المقام يحتاج الى تفصيل اكثر ليس هنا مجاله .

ثم ان من المعلوم عدم وجود حكم عقلي في المقام، لان الحكم العقلي، اما ان يكون من باب الملازمات العقلية فهو غير موجود فيما نحن فيه قطعاً ولم يدعه احد، واما

ان يكون من الاحكام التى يستقل بها العقل اى من المستقلات العقلية فلو كان هناك حكم عقلى لابد ان يكون من هذا الباب .

والتحقيق : انه لامعنى لحكم العقل المستقل فى مقامنا هذا لان معنى الحكم الذى استقل به العقل هو ان لايمكن الحكم بخلافه ، وانه اذا حكم الشارع على خلافه يكون مناقضاً له كما انه لو حكم على وفقه يكون موافقاً له ، مع انا نرى امكان ذلك على الشارع . اذ له ان يامر بالصبر على الشيعة والتحمل للظلم والجور الى ان يظهر القائم عجل الله تعالى فرجه الشريف ، ولو كان هناك حكم عقلى بولاية الفقيه لما امكن للشارع الحكم على خلافه عقلا .

وكيف كان فاذا لم يكن هناك حكم عقلى فلابد لنا من الرجوع الى الروايات المثبتة لوظيفة الفقيه فى زمان الغيبة وهى على ما يأتى :

الاولى : مقبولة عمر بن حنظلة المتقدمة ، وقد استدل بها المشهور فى المقام .

والاشكال عليها بكونها مقبولة ، مدفوع اولا بما تقدم من عدم الحاجه اليها مع وجود صحيحة ابى خديجة المتقدمة .

وثانياً : ان المشهور قد اخذوها بالقبول وعملوا بها فيكون عملهم جابراً للسند الا ان يلتزم بالدقة الكاملة فى علم الرجال ويقال بوجوب كون الراوى عادلا تثبت عدالته بعدلين ويلتزم بالمشى على الموازين المذكورة فى علم الرجال .

لكن التحقيق عدم صحة ذلك وحققناه فى كتابنا (انوار الوسائل) وقلنا هناك : ان الالتزام بذلك يستلزم سقوط اغلب روايات الكتب الاربعة وغيرها ولازم ذلك ان لايبقى من السنة الا قليلا لايفى بالاحكام ، فيرجع فيها الى الاجماع والشهرة .

و نعم ما قال جدنا رحمة الله عليه : « انه يلزم من ذلك القول بالانسداد فى الجملة . »

فتلخص ان الميزان فى قبول الخبر هو الوثاقة بالصدور ، لا العدالة . وان المقبولة منجبرة بعمل المشهور .

الثانية ـ رواية ابى خديجة المتقدمة وهى دالة على نصب القاضى ، اعم من ان يكون مجتهداً مطلقاً او متجزياً .

الثالثة ـ التوقيع الشريف « واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله ... » (١) .

---

١ ـ الاحتجاج طبع النجف ص ٢٨٣ ولما كان التوقيع الشريف مشتملا على مسائل مهمة وفوائد جليلة رأينا من المناسب ان نذكره بتمامه .

وهو : عن محمد بن يعقوب الكلينى ، عن اسحق بن يعقوب قال : سألت محمد ابن عثمان العمرى رحمه الله تعالى ان يوصل لى كتاباً قد سئلت فيه عن مسائل اشكلت على . فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف :

اما ما سئلت عنه ارشدك الله وثبتك ووفاك من امر المنكرين لى من اهل بيتنا وبنى عمنا ، فاعلم : انه ليس بين الله عز وجل وبين احد قرابة ، ومن انكرنى فليس منى وسبيله سبيل ابن نوح .

واما سبيل ابن عمى جعفر ولده فسبيل اخوة يوسف عليه السلام .

واما الفقاع فشربه حرام ولاباس بالشلماب .

واما اموالكم ، فلا نقبلها الا لتطهروا ، فمن شاء فليصل ومن شاء فليقطع وما آتانا الله خير مما آتاكم .

واما ظهور الفرج فانه الى الله وكذب الوقاتون .

←

وقداورد على هذه الرواية بامور :

الاول ـ ان الواو للعطف و المعطوف عليه غير معلوم .

واما قول من زعم ان الحسين عليه السلام لم يقتل فكفر و تكذيب وضلال .

اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله .

واما محمد بن عثمان العمرى فرضى الله عنه وعن ابيه من قبل فانه ثقتى وكتابه كتابى .

واما محمد بن على بن مهزيار الاهوازى ، فسيصلح الله قلبه ويزيل عنه شكه .

واما ما وصلتنا به فلاقبول عندنا الا لمن طاب وطهر ، ثمن المغنية حرام .

واما محمد بن شاذان بن نعيم ، فانه رجل من شيعتنا أهل البيت .

و اما ابو الخطاب محمد بن ابى زينب الاجدع ملعون واصحابه ملعونون ، فلا تجالس أهل مقالتهم ، فانى منهم برىء و آبائى عليهم السلام منهم براء .

واما المتلبسون بأموالنا ، فمن استحل منها شيئاً فاكله فانما يأكل النيران .

واما الخمس فقد ابيح لشيعتنا وجعلوا منه فى حل الى وقت ظهور أمرنا لتطيب ولادتهم ولا تخبث .

وأما ندامة قوم شكوا فى دين الله على ما وصلونا به فقد أقلنا من استقال فلا حاجة الى صلة الشاكين .

واما علة ماوقع من الغيبة فان الله عزوجل يقول «يا ايها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء ان تبدلكم تسؤكم » انه لم يكن احد من آبائى الا وقعت فى عنقه بيعة لطاغية زمانه ، وانى اخرج حين اخرج ولا بيعة لاحد من الطواغيت فى عنقى .

الثانى ـ ان اللام للعهد ولانعلم بالمعهود عليه . فان ذيل الحديث وان كان كبرى كلية ولكن لانعلم ان انطباقها يكون على اى مورد من الموارد .

الثالث ـ ان المقصود من كلمة (الحوادث) مجهول ولا نعلم ان الحوادث التى لابدان يرجع فيها الى الرواة ما هى .

والجواب عن الاول : ان الواو استينافية والالتزام بكونها للعطف ، التزام بما لايلزم .

وعن الثانى ، ان المعانى المتعددة التى يذكرونها لحروف الجر والعطف ليست كلها موضوعاً له اللفظ ، بل اللفظ انما وضع لمعنى واحد او معنيين فى الغالب .

واما المعانى المتعددة ، فانما تأتى من قبل المتعلق فان الباء مثلا لم توضع الا لمعنى واحد وهو الالصاق والاتصال كما صرح به علماء الادب .

واما بقية المعانى من الابتداء والظرفية ونحوهما ، انما يفهم من المتعلق على اختلاف الموارد .

وهكذا نقول فى اللام ، فانها وضعت لتعيين مدخولها . واما العهد الذهنى ، او الخارجى او الاستغراق ، ونحوهما فيفهم من المتعلق .

والجواب عن الثالث : ان المقصود من الحوادث معلوم وهو مايرجع به الرعية

← و أما وجه الانتفاع بى فى غيبتى فكالا نتفاع بالشمس اذا غيبها عن الابصار السحاب وانى لامان لاهل الارض كما أن النجوم امان لاهل السماء .

فأغلقوا أبواب السؤال عما لايعنيكم و لاتتكلفوا علم ما قد كفيتم وأكثروا الدعاء بتعجيل الفرج فان ذلك فرجكم .

والسلام عليك يا اسحاق بن يعقوب وعلى من اتبع الهدى .

الى رؤسائهم اذ لاتطلق كلمة (الحوادث) على القوانين الكلية، كالفتاوى ولاعلى القضايا الشخصية لعدم كونها من شئون الامامة والفقاهة ،مع أن كل من الفتوى والقضاء كان مبيناً من زمان امير المؤمنين عليه السلام الى زمان العسكرى عليه السلام فلايكون محتاجاً الى البيان بهذا الحديث . فلابد ان يكون المقصود منها هو الامور المهمة من السياسية والاقتصادية والاجتماعية ونحوها .

ويؤيد ذلك قوله عليه السلام فى ذيل الحديث :« فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله » فلو كانت الحجية مقيدة بالفتوى ،والقضاء لكان للامام عليه السلام التقييد فيستكشف من ذلك حجية قول الفقيه فى جميع شئون الرعية التى يحتاجون فيها الى الرئيس والزعيم فالرواية لاقصور فيها، للدلالة على ولاية الفقيه فى الجهات العامة .

بل نقول بنص العبارة :انه لولم تسبق الشبهة ، الى الاذهان من بعض الاكابر لكان المتبادر عن الرواية، ماقلناه ، ولفهم ذلك كل من نظر فيها .

واما اشكال الاستاذ المحقق العراقى رحمه الله من ان لفظة (الواقعة) تنحل الى قولنا «التى وقعت» فيصبح المعنى هكذا :واما الحوادث التى وقعت (اى فى الازمنة الماضية) فارجعوا فيها ... الى آخر الحديث» ، وبالنتيجة ،تكون الحوادث الواقعة مجهولة لنا .

فمدفوع :اولا بان كلمة (الواقعة) اسم فاعل من الوقوع وليس معناه المضى ولم يفسره به احد ، بل هو قابل للانطباق على الازمنة الثلاثة .

وثانياً ـ انه لوسلمنا انه بمعنى المضى لم تكن الحوادث الواقعة مجهولة لنا لان جميع الامور التى نحن نحتاج فيها الى الزعيم ونريد اثبات ولاية الفقيه فيها ، قد وقعت فى زمان العباسيين وغيره من الازمنة المتقدمة على زمان الحديث . هذا مضافاً الى

أن قوله عليه السلام (فانهم حجتي عليكم) لاينطبق على الحوادث التي لانعرفها ، بل هـذا لايصدر من عربي بليغ ،فكيف بالامام عليه السلام .

فالحق ان هذه الرواية اظهر روايات الباب دلالة . واما القول الثالث ـ وهو القول الاخير الذي اختاره الاستاذ المحقق الاصبهاني رحمه الله تعالى وقد سبقه صاحب الحدائق وغيره من الاعلام فقد استدل له بعدم الدليل على ثبوت الولاية في الجهات العامة لان المقبولة لاتثبت الا القضاء .

والتوقيع الشريف المتقدم مجمل من الجهات المتقدمة ،فلايثبت به شيء .

بل لولا رواية ابي خديجة لاشكل الامر حتى في القضاء ايضاً ،فاذن ليس المجعول في زمان الغيبة الا القضاء والفتوى .

وفيه أولا : أنه لاقصور في دلالة المقبولة على ولاية الفقيه في كل ما يبتلى به عموم الناس وترجع فيه الرعية الى رؤسائها وذلك حيث نزلت المقبولة قضاة الامامية منزلة قضاة العامة .

و هـذا يقتضي أن يثبت جميع ما كان لعلماء العامة من المناصب لعلماء الامامية .

و من المعلوم أن قضاة العامة في تلك العصور لم يكن أمرهم مختصاً بصرف القضاء والفتوى بل يشمل كثيراً من شؤن الناس ،وما يبتلى به الرعية وتلتجيء الى رؤساءهم ،ولاسيما في عصر العباسيين من بعد زمان المأمون .

وثانياً : أن جعل الفقيه حاكماً يقتضي تعميمه للقضاء والفتوى ،ولكل ماتلتجيء فيه الرعية الى زعمائها ،ولا ينافي تعميم الحكومة ،وان كان الخبر مورده القضاء ،فان ذلك لايستدعي تخصيص الحكومة بالقضاء .

واجمالا أن فى المقبولة قرينتين تدلان على التعميم .

الاولى : تنزيل قضاة الامامية منزلة قضاة العامة بكل مالهم من شأن ورياسة .

الثانية : نصب الامام له بكونه حاكماً من غير تقييد بمورد خاص فانه مما يدل على تعميم الحكومة بكل ما تلتجىء فيه الرعية الى رؤسائهم ،وأنه من البعيد جداً أن يهمل الامام رعيته ، وخصوصاً فى زمان الغيبة ،ويوقعهم فى الحيرة على نحو الدوام .

ولذا أن التوقيع الشريف واف لهذه الجهة من رجوع الناس فى حوادثها الاجتماعية والسياسية الى فقهاء الشيعة ، وأنهم الحجة على الناس ،كما أنه عليه السلام حجة عليهم .

ومقتضى التقابل بين الحجتين هو رفع الحيرة عند احتياج الناس الى الفقهاء فى النظام الاجتماعى والسياسى .

وقدذهب بعض الاعلام (١)الى عدم تمامية أدلة القضاء فى اعتبار الاجتهاد ، و عدم جعل الولاية للفقهاء ، وهذا نص عبارته :

« ولكن الصحيح أن الرواية غير ناظرة الى نصب القاضى ابتداء ، وذلك لان قوله عليه السلام : فانى قد جعلته قاضياً متفرع على قوله عليه السلام : فاجعلوه بينكم ، وهو القاضى المجعول من قبل المتخاصمين ، فالنتيجة أن المستفاد منها ان من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الامام عليه السلام قاضياً ، فلا دلالة فيها على نصب القاضى ابتداء » .

« ويؤكد ذلك أن قوله عليه السلام : يعلم شيئا من قضايانا لادلالة فيه بوجه على اعتبار

---

١ ــ وهو المحقق السيد أبو القاسم الخوئى فى كتاب مبانى تكملة المنهاج صفحة ٨ .

الاجتهاد ، فان علومهم عليهم السلام و ان لم تكن قابلة للاحاطة بها الأن قضاياهم و أحكامهم فى موارد الخصومات قابلة للاحاطة بها ، و لاسيما لمن كان فى عهدهم عليهم السلام » .

« وعليه فمن كان يعلم شيئاً من قضاياهم ـ ع ـ يجوز للمترافعين أن يتحاكما اليه وينفذ حكمه فيه ، وان لم يكن مجتهداً وعارفاً بمعظم الاحكام » انتهى كلامه .

وقد ذكره بتفصيل وتوضيح أكثر فى كتاب التنقيح فى بحث الاجتهاد والتقليد صفحة ٤١٩ .

والمحصل منها : أن المقبولة على حسب رأيه باعتبار علم الرجال وقوانينه غير مقبولة ؛ لانه يرى عدم وثاقة عمر بن حنظلة ، وأن فى طريق الرواية يزيد بن خليفة ولم تثبت وثاقته ، واذا سقط سندها فمن الواضح عدم اعتبار دلالتها على اعتبار حكومة القاضى ، مجتهداً مطلقاً أو متجزيا .

و أما التوقيع المعروف من الامام المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف، فقد طعن فى سنده .

فلم يبق لنا من الادلة على اعتبار حكم القاضى الا رواية ابى خديجة .

ورواية ابى خديجة مع ملاحظة صدرها وذيلها ظاهرة فى قضاء التحكيم .

ومن المعلوم عدم اشتراط عنوان الاجتهاد فى قاضى التحكيم .

هذا غاية ما اختاره فى المقام ،ومن الواضح جداً أن اعتبار الاجتهاد فى القضاء لو لم تقم عليه الروايات المذكورة ، فهو من السيرة المقطوع بها ، فى ارجاع الائمة عليهم السلام الشيعة الى نوابهم ، و وكلائهم فى الاقطار ، ولم يرجعوهم الى كل أحد .

والقدر المتيقين منها : هو اعتبار الاجتهاد المطلق في القاضي ، وان كان الاجتهاد في تلك العصور لم يكن بهذه المثابة من عصورنا .

وذلك لبعد الزمن بيننا وبين أهل البيت ـ ع ـ وكثرة الاستدلال التي توجب مشقة الاجتهاد وتحصيله .

وثانياً أن رواية أبي خديجة ليست في مقام التحكيم ، كما ذهب اليه ، بل ظاهرها كما عرفت كفاية التجزي في القاضي .

وثالثاً : أنه على ما اختاره من تعديل علم الرجال ، وعدم قبول قول الاصحاب في توثيق الخبر مستلزم لعدم الدليل في كثير من المباحث الفقهية ، والانسداد في الجملة كما أشرنا اليه .

على أنه يستلزم ذلك عدم ولاية الفقيه في جميع الامور، حتى بالنسبة الى سهم الامام عليه السلام المفروض أن جل العلماء لا يجوزون التصرف في حق الامام الا باذن الفقيه .

وحسب ما استدل به من قصور الادلة سنداً ودلالة ، هو عدم الولاية لهم في سهم الامام ـ عليه السلام ـ و مجهول المالك و اللقطة ونحو ذلك ، و أن ليس للفقيه الا الفتوى فقط .

و المفروض عدم الالتزام منهم في سهم الامام ـ ع ـ و نحو ذلك ، حتى على هذا القول .

ولاية المتجزى

قد اختلفوا فى ان الولاية هل هى مختصة بالمجتهد المطلق أوتعم المتجزى؟ فذهب جماعة الى عدم التنافى بين مقبولة عمربن حنظلة ، وبين رواية أبى خديجة، وأن قوله عليه السلام فى الاولى : « من عرف أحكامنا ، ونظر فى حلالنا وحرامنا » يناسب الاجتهاد المطلق .

كما أن قوله عليه السلام فى الثانية : «من عرف شيئاً من قضايانا» يناسب التجزى .

وقد حاول الاستاذ العراقى رحمه الله أن يجعل مضمون المقبولة عين مضمون رواية أبى خديجة ، بتقريب أن لفظ الشىء نكرة مبهمة ، واذانسب الى قضايا أهل البيت يكون ذلك أقل مراتب الاجتهاد المطلق .

وقال بعض فى تقريب ذلك : أن القليل من الكثير كثير ، بمعنى أن الشىء اذا نسب الى قضايا أهل البيت ـ عليهم السلام ـ يكون قليلا ، والافقى حد نفسه كثير .

ثم ان المتداول المعروف فى كتب الحديث ، وفى الكتب الفقهية هو «من قضايانا» بصيغة الجمع .

وفى بعض نسخ الكافى «من قضائنا» بصيغة المفرد .

وعليه فالمطلب واضح ، اذ يصير المعنى أن الشخص الذى يكون متجزياً ، ويعرف شيئا من القضاء والحكومة ، يكون حاكما فيما يعرفه .

وعليه يكفى التجزى فيما يدخل فى باب القضاء ، وأما التجزى فى غير ذلك الباب ، من الصلاة والصوم ونحوهما فلا يرتبط بما نحن فيه .

وهناك قول آخر يقابل القول المتقدم ، وهو : أن المقبولة تنافى مع رواية أبى خديجة ، فان الاولى صريحة فى الاجتهاد المطلق ، والثانية صريحة فى التجزى ، وهما متنافيان .

وأوردوا عليه أن ذلك انما هو من باب المطلق والمقيد المثبتين ، فلا تنافى بينهما .

والتحقيق أن هذا البحث انما يتم بعد الفراغ عن امكان التجزى والا فلو قلنا بعدم امكانه لا معنى للبحث عن صحة قضاء المتجزى .

والحق عندنا امكان التجزى ذاتا ، ووقوعه خارجاً ، وأنه مما لابد منه .

ويتضح ذلك بالدقة فى معنى الاجتهاد ، فانه عبارة عن القدرة على الاستنباط ، وأن يتمكن الفقيه أن يسند الحكم الى الكبرى الاصولية ، وأن يطبقها على مواردها الفقهية .

وان شئت فقل : ان الاجتهاد عبارة عن الملكة ، وهى كيفية نفسانية توجب القدرة على الاستنباط ، ولا تحصل هذه الكيفية الا بالممارسة والمراجعة وبالتدريج .

ولايعقل أن تحصل الملكة من أول الفقه الى آخره دفعة ، والايستلزم الطفرة في الوجود ، فيكون التجزى على هذا ممالابد منه .

نعم قدلايحتاج الشخص لاالى الاجتهاد ولاالى التجزى ، كما اذاعلم بالحكم بالالهام من الله تعالى ، فيحصل له العلم دفعة واحدة ، كما يتفق ذلك في الانبياء والاولياء .

والمختار عندنا ان المقبولة وروايةابى خديجةليستا من باب المطلق والمقيد المثبتين،بل ليس المقام الامقام التحديد ،حيث تصرح الاولى بلزوم الاجتهادالمطلق، والثانية بكفاية التجزى ، فهما متنافيان .

وحينئذ فاما أن يرجح أحدهما لوكان هناك مرجح في البين ، فيرفع اليد عن الاخر .

واما أن يتعارض الظهوران فيسقطان عن الحجية ، فيرجع الى الاصل ، والاصل عدم الحجية بالنسبة الى المتجزى .

وبالجملةفان قلناان الروايتين من باب المطلق والمقيد ،تثبت الولاية للمتجزى.

وان قلناانهما في مقام التحديد وهما متنافيان في المدلول ، لاتثبت الولاية له، لانه لابد حينئذ من الرجوع الى ماهو الاظهر ،أوالمتيقن من الدليلين ، وهو المقبولة، فيرفع اليد عن رواية أبى خديجة الظاهرة في المتجزى .

وأما تعليل عدم وجود التنافي بين الروايتين بأنهما قدوردا للردع عن قضاة الجور وتوجيه الشيعة الى علمائهم وقضاتهم ، فلايكونان في مقام التحديد .

مندفع بعدم تنافي الجمع بين كون الرواية في مقام الرد على العامة ، وكونها في مقام بيان التحديد .

ثم انهم قدأشكلوا على قبول فتوى المتجزى وقضائه ، بتقطيع الروايات ، وأن المتجزى لايحيط بجميع الادلة والروايات ، ومالم يكن الفقيه كذلك لايمكن له الاستنباط الفقهى مع تقطيع الروايات ، وجواز كون بعضها مربوطاً بالاخرى، ولايعرفه المتجزى .

فاذن يقبل فتوى المجتهد المطلق وقضائه ، ولايقبل من المتجزى .

والجواب أن هذا الاشكال ان تم فهو مشترك الورود، اذ لايختص ذلك بالمتجزى.

فالحق قبول فتواه لنفسه لالغيره مطلقا ، وأما قضاؤه فيبتنى على ماقلناه .

ثم انه قدحاول بعض اثبات صحة قضاء المتجزى من كلمة (الحوادث) معللا بأنها قدلوحظت على نحو القضايا الشخصية بحيث تنطبق مع المتجزى .

ولكن التحقيق أن التوقيع الشريف ان كان مجملا فهو يسقط عن الاعتبار ،سواء فى المتجزى اوغيره .

وان لم يكن مجملا ،وكان واضح الدلالة على مااخترناه ،لايرتبط بالمتجزى، بل ولابالقضاء ، بل يكون المقام مقام ولاية الفقيه .

دفع شبهة

أما الشبهة فهى أن اختلاف المبانى فى باب الامارات يوجب فى بعضها صحة القضاء من الحاكم الشرعى ، وفى بعضها لا يوجب ذلك .

وذلك اذا قلنا ان الامارات من باب الطريقية المحضة ، أو كون الامارات علماً تشريعياً من قبل المعصوم عليه السلام فيتم قوله عليه السلام : « فاذا حكم بحكمنا » حيث يستند الحكم من الحاكم الى مؤدى هذه الروايات ، وعلى طبق الامارة القائمة من المعصوم التى هى كالعلم .

وأما اذا بنينا على أن الامارات من باب السببية والموضوعية ، فلا تشمله هذه الادلة ، اذ لا ينطبق قوله عليه السلام : «فاذا حكم بحكمنا» ، اذ ليس الحكم بناء على الموضوعية من الاحكام الواقعية من قبل الشارع .

والجواب أن اختلاف المسالك فى باب الامارات لا يؤثر فى كون حكم الفقيه حكم الائمة ـ عليهم السلام ـ ، وأن الراد عليه رادعليهم ـ عليهم السلام ـ ويتمشى القضاء على جميع المبانى ، سواء قلنا بطريقية الامارات الى الواقع كما هو المختار ،

أوقلنا بانه علم عرفي اوسبب تام تحدث مصلحة في مؤداها امامطلقا أوفي مقام خطاء الامارة .

فانه على القول بالسببية يكون حكم المؤدى مستنداً الى المعصوم ايضا ،نظير العناوين الثانوية التي ينقلب فيها الحكم الى عنوان آخر وموضوع غير ذلك الموضوع الواقعي ، كما في أدلة التقية ، بناء على انقلاب الحكم فيها الى مؤدى التقية .

بل حتى في الادلة الحاكمة من قاعدة لاضرر ولاحرج و نحوهما مما كان الحكم مترتباً على عنوان غير عنوان الواقع ، فانه في الجميع يرجع الى جعلهم وتنزيلهم ـ عليهم السلام ـ المؤدى كالواقع .

وبعد هذا التنزيل واعتباره شرعاً صح قوله عليه السلام : «حكم بحكمنا» ، فلافرق حينئذ بين جميع المسالك في باب الامارات .

نعم على ما اخترناه يكون المقام من الواضحات في أن حكم القاضي حكمهم ـ عليهم السلام ـ .

عدم جواز الحكم ممن لايقول بالولاية العامة

اعلم أنه اذا بنى على عدم الولاية كما سلكه المحقق النراقى وغيره ، وأن ليس له الا حكم القضاء والفتوى ، فلايصح له الحكم ، بالقياس الى مقلديه وغيرهم فى الاهلة .

وعلى تقدير ثبوت الوثوق من الشهود لنفسه فهل يتعين عليه السعى فى ايجاد الوثوق الى مقلديه وغيرهم أم لا ؟

لاريب فى عدم دلالة الادلة على ذلك ، وانما الحكم الواقعى يترتب على نفسه ، فان وثق مقلدوه أوغيرهم بمنشأ ماوثق به من الشهادة فى الهلال تعين عليهم الافطار ، والافان لم يحصل لهم الوثوق بالمنشأ لايجوز للعامى اتباع الفقيه وان قلده فى ذلك .

وأما غير الفقيه فالظاهر عدم جواز الزامه للناس بالافطار برأى مجتهد لايجوز

الحكم بالاهلة ، وان وثق المجتهد بشهود الاهلة .

وعليه فلو الزمهم فأفطروا ثم انكشف الحال بعدم ثبوت الهلال كان مأثوماً.

بل لايصح له على وجه الالزام حتى لوفرض عدم انكشاف الحال .

بل ولعله لايخلو عن التأمل على وجه الارشاد ايضاً .

ما هو مصير القضاء على مذهب الانسداد ؟

قد اختلفوا في باب الانسداد على قولين :

الاول الكشف : بمعنى انه يستكشف من مقدمات الانسداد على تقدير تماميتها حكم الشارع بحجية مطلق الظن .

الثاني الحكومة : بمعنى ان العقل يحكم بحجية مطلق الظن من باب الاضطرار واللابدية ، فلا يكون هناك حكم من الشارع بالحجية .

فعلى القول الاول فتشمله أدلة الولاية ، وقوله عليه السلام : « الراد عليهم راد علينا » يشمل الفقيه القائل بهذا القول، لانه وان انسد عليه باب العلم على هذا التقدير، ولكن باب العلمي غير مسدود ، والمفروض حكم الشارع بحجيته .

وبالجملة : فانطباق ادلة الولاية على هذا الفقيه واضح جداً .

وبالنتيجة : يقرب هذا القول الى القول بالظن الخاص ، الا أنه ظنون خاصة قام الدليل القطعي من الروايات على اعتبار بعض الظنون ، وعلى مسلك الانسداد بناء

على الكشف قام الدليل القطعي على اعتبار مطلق الظن .

وأما القول الثاني : فلا يرجع الى العمل بالظن في الحقيقة ، بل يكون العمل به من باب الضرورة واللابدية ، وليس هذا حكم الله تعالى ، ولا وظيفة عقلية للفقيه .

وما قاله المحقق العراقي رحمة الله عليه : من أن ذلك وان لم يكن علماً بالنظرة الدقية العقلية ، لكنه علم بالنظر التسامحي العرفي ، اذ يقال عليهم في العرف : أنهم علماء ، فينطبق عليه قوله عليه السلام : « الراد عليهم راد علينا » .

مندفع بما تقدم من كون العمل بالظن كما صرح به هو نفسه من باب اللابدية و ليس هناك حكم شرعي .

كما أن الفقيه لا يكون حاكماً على هذا التقدير ، فلا تشمله أدلة القضاء ، والمفروض عدم دليل شرعي في المقام يوسع دائرة العلمي الى اعتبار حكومة العقل في المقام ، حتى يكون هذا الفقيه حاكماً بذلك الدليل .

وأما ما يقال كما ينسب الى بعض الاخباريين : من أن الاجتهاد مفتوح لكل أحد حتى العوام ، و أن ما بأيدينا من الاخبار الموجودة في الكتب الاربعة وغيرها كلها صحاح لابد من العمل بها ما لم يوافق العامة فمع أنه غير تام في نفسه ولا ينبغي صدوره من أهل العلم ، لا دليل على صحة ما بأيدينا من الاخبار بأجمعها .

ولو سلمنا ذلك ، لا نسلم انفتاح باب الاجتهاد لكل أحد ، ولا معنى للقول بأنا لا نحتاج الا الى مخالفة العامة ، مع أنها قد ذكرت في المقبولة متأخرة عن أمور كثيرة .

ثم أنه من المعلوم وجود المطلق والمقيد والعام والخاص في الروايات ، فكيف يعرفها العامي ؟ وكيف يحلل الروايات الى معانيها ؟ ويفهم خصوصياتها ؟

فالقول بكون الاجتهاد مفتوحاً لكل عامي قول ضعيف ، لادليل عليه ، ولاينبغي الاعتناء به ، ويشكل أمر القائل به في الفتوى ، فضلا عن القضاء .

مقتضى القاعدة فيما اذا تعدد القاضي

اذا تعدد المجتهد ، وحكم كل منهما بخلاف ما حكم به الاخر ، وحينئذ فان لم يكن أحدهما أعلم من الاخر ، وكانا متساويين فى الفضيلة ، فيحكم بما هو الاسبق فى الحكم .

وان تقارنا فيه ، وكان حكمهما فى زمان واحد ، فالظاهر سقوط حكمهما ، و عدم اعتبارهما ، فيرجع الى ثالث .

و ان كان أحدهما أعلم من الاخر ، فهل تقتضى القاعدة سقوط حكمهما ؟ أو يتخير بينهما ؟ قولان .

ولنذكر أولا ما به يعلم الاعلمية ، فنقول :

أن معنى الاعلمية فى باب التقليد هو أن يكون الاعلم أدق نظراً من غيره فى تحقيق الكبرى الاصولية من حيث الاستدلال والاستنباط ، بمعنى : أن الذى يخترع القواعد و يؤسسها ، أو يأتى بمزاياها تأسيساً ، فهو أفضل من الذى ليس كذلك ، بل يعتمد فى استدلاله واستنباطه على غيره ، وهكذا فى مقام تطبيق القاعدة الاصولية على

القواعد الفقهية بوجه حسن .

وبالجملة : فكل مجتهد كان أقوى فى هذين الامرين يكون أعلم من غيره .

وعليه فليست الاعلمية بمعنى جمع الكلمات والاقوال ، كما يظهر عن بعض ، و لابمعنى الاحاطة بأبواب الفقه وحفظها كما يظهر عن آخر .

فان الاعلمية تدور مدار قوة الصنعة والملكة فى القواعد الاصولية ، وحسن التطبيق على القواعد الفقهية ، ولاتدور مدار الحفظ للاقوال ، أولابواب الفقه .

ثم ان أدلة التقليد هل تشمل غير الاعلم أو لا ؟

و قد ذهب جماعة الى الاول ، وتمسكوا باطلاق أدلة التقليد من قوله تعالى : «فأسئلوا أهل الذكر» وقوله تعالى ، «ولولا نفر من كل فرقة» .

مضافاً الى الروايات الواردة فى المقام ، من ارجاع العوام الى العلماء .

وقد أورد عليه بأن تلك الادلة مسوقة لبيان اعتبار أصل الفضيلة ، وأما اذا تعارضت الفضيلتان فليست الادلة فى مقام بيانه .

وزاد عليه بعض بأن تلك الادلة ليست مسوقة لبيان أمر المفتى وانما المقصود منها الرواة وكيف كان فالحق أن اطلاق الروايات والادلة لايدل على شىء ، ولايدل على مرتبة المفضول عند تعارضه مع الافضل .

مضافاً الى أن الادلة من الايات والروايات لاتدل على أصل التقليد ، ولا هى فى مقام اثباته كما حررناه فى محله .

اذن لابد من الرجوع الى حكم العقل ، فنقول :

أن العقل يحكم برجوع كل جاهل فى أية صناعة كانت الى العالم ، وهذا أمر فطرى مجبول عليه كل احد ، وهذا واضح لا كلام فيه.

وانما الكلام فى تعارض الاعلم مع غيره ، وأنه هل هناك حكم عقلى موجب لتعيين الرجوع الى الاعلم أم لا ؟

فنقول : ان العامى لايتمكن الامن الرجوع الى الاعلم ، اذلابدله من الاخذ بالقدر المتيقن ، وبالطريق المأمون فى نظره ، ولايحصل ذلك الابالرجوع الى الاعلم .

و اما القول برجوعه الى غير الاعلم ، معللا بقضاء السيرة على ذلك ، مندفع بعدم ثبوت السيرة على رجوع الامامية الى علماء بلدهم من دون تحقيق عن الاعلم ، ولاسيما اذا أمكن لهم تعيين الاعلم فانهم لايرجعون الى غيره .

وبالجملة فالقدر المتيقن للعامى هو الرجوع الى الاعلم ، وهذا حكم عقلى احتياطى وليس حكماً استقلالياً حتى يكون حكم الشارع بتقليد غير الاعلم مناقضاً له ، كما هو الشأن فى كل حكم عقلى استقلالى .

واجمالا فالحكم بأصل التقليد من باب رجوع الجاهل الى العالم ، وهذا هو الحكم العقلى الدال على التقليد .

واما أخذ العامى بفتوى الاعلم ، فمن باب الاخذ بالقدر المتيقن عند الشك فى ذلك ، وليس أخذ العامى بحكم العقل هذا الا من باب الاحتياط ، لامن باب الحكم الاستقلالى ابتداء .

هذا كله فى مقام التقليد ، و أما فى مقام القضاء ، فلا يجرى هذا البحث فيه ، لوجود الفرق الواضح بين المقامين ، فان مقام التقليد انما بنى على الطريقية ، كما اخترناه فى الامارات ، بل حتى لوقلنا بالسببية يجرى هذا البحث فى باب التقليد ايضاً ، لان معنى السببية هنا هو أن يكون احدى الامارتين باقية على اقتضائها ، وتكون الامارة الاخرى مثبتة لفعلية الحكم ، فيقدم الاعلم ، لكون رأيه حكماً فعلياً ، ويؤخر المفضول ،

لان رأيه حكم انشائى اقتضائى .

و هذا بخلاف باب القضاء ، فانه مبنى على السببية التامة ، وان قلنا بالطريقية فى باب الامارات ، لما تقدم من أن حكم الحاكم له موضوعية ، وهو تمام الموضوع وأنه سبب كامل لايجوز رده .

وهكذا نقول بالنسبة الى حكم المجتهد الثانى، ولما لم يكن لنا أن نقول بكون أحدهما حكماً اقتضائيا والاخر فعلياً فلاجرم نلتزم بفعلية الحكم فى كليهما ، على نحو الموضوعية والسببية ، فيكون المقام من باب تزاحم الحكمين لاتعارضهما .

وحينئذ فان كان المجتهدان متساويين فى الفضيلة يكون من باب تزاحم المتساويين فى السببية .

وان كان أحدهما أفضل ، يكون من باب تزاحم الاهم والمهم ، فيقدم الاهم ، لان سببية الاعلم أمر طبيعى قهرى .

مضافاً الى الروايات الواردة فى باب القضاء الدالة على تقديم الاعلم ، كرواية(١) داود بن الحصين، ورواية(٢) ابى خديجة ، وكقول (٣) على عليه السلام فى كتابه الى مالك الاشتر : « اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك » ونحوها .

ان قلت : اذا كان حكم المجتهد الاعلم هو السبب التام كما ذكرتم ، فيلزم أن لاتكون سببية لغير الاعلم ،وعليه فكيف تجعلون ذلك من باب تزاحم الاهم والمهم ؟.

وبعبارة أوضح أن المقام انما هو من باب ايجاد الموضوع فى مورد ، ورفعه

١ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى .

٢ـ « « « « « « «

٣ـ « « « « « « «

فی موردآخر، لانه اذا جعل حکم الافضل سبباً واقعیاً فلابد أن یرتفع ویسقط حکم المفضول ،کما هورأی صاحب الجواهر فی باب الاهم والمهم علی احتمال فی عبارته فی ذلك الباب ، فاذن لایصح جعل المقام من باب التزاحم .

قلت :ان اعتبار الاعلمیة وان کان ملازماً لارتفاع حکم المفضول و سقوطه ، و لکنه لاینافی کون المقام من باب التزاحم ، لان اعتبار الاعلمیة لیس معناه عدم الملاك لحکم المفضول ، بل معناه انتفاء فعلیة الحکم عن الثانی .

وبالجملة فان حکم کل منهما سبب فی عالم الثبوت والانشاء ، ولکن اعتبار الاعلمیة موجب لفعلیة حکم الافضل دون المفضول ، وان کان حکم الثانی ایضاً ثابتاً فی عالم الانشاء .

ولذا یصح حکم المفضول ، فیما اذا تراضی الخصمان به ، أواذا کان الافضل مخطئا فی حکمه .

نعم لو بنینا علی کلام صاحب الجواهر فی باب التزاحم ، وقلنا بسقوط الملاك عن المهم حین وجود الاهم، یخرج المقام عن التزاحم ، ویسقط هذا البحث من أصله ویکون الحکم للاعلم لیس الا .

ولکن التحقیق عدم صحة هذا الکلام کما حققنا فی محله .

عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور

لاريب ولااشكال فى عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور، لانه مقتضى الاصل، فان الاصل عدم حجية قولهم .

مضافاً الى الاخبار(١) الكثيرة المتواترة التى تدل على تحريم القضاء منهم ، وأنه لايجوز للشيعة الرجوع الى قضاتهم هذا لاكلام فيه .

و انما الكلام فى وجه ذلك ، فهل هو من جهة تحقق الاعانة على الاثم ؟ أو من جهة كون الرجوع اليهم تعظيماً لشعائرهم ؟ أو من جهة أن المال أو الحق الذى يؤخذ بحكمهم يكون سحتاً وحراماً ؟ أو من جهة ورود النهى التكليفى؟ فيكون حراماً تكليفياً وجوه ، بل أقوال فقد يقال بان الرجوع اليهم موجب للاعانة على الاثم ، و لتحقيق ذلك نقول : ان الاعانة على الاثم يتصور على أنحاء ثلاثة .

الاول : أن تكون هناك علية قريبة من العمل ، كاعطاء السم لمن يريد قتل نفسه .

الثانى : أن يكون من المقدمات البعيدة ، على نحو الاعداد للعمل ، كأن يبنى

١ـ راجع الوسائل باب ١ و١١ من ابواب صفات القاضى .

داراً . ويكون قصده من البناء أن يبيعه ممن يعمل فيها خمراً ، اذا وجد المشترى كذلك .

الثالث : أن لاتكون علة قريبة من العمل ، ولامقدمة بعيدة له ، بل يكون واسطة بينهما ، كمن باع العنب لان يعمل خمراً .

أما الاول فلاريب فى كونه اعانة للاثم ، وأنه من اظهر أفرادها ، كما أنه لاريب فى عدم كون الثانى اعانة .

وأما الثالث فقد ألحقه جماعة بالاول ، وآخرون بالثانى .

والتحقيق : أن تحقق الاعانة فى هذا القسم يدور مدار القصد ، فان قصد بايع العنب لان يعمل منه الخمر ، يكون اعانة على الاثم ، والافلا .

ان قلت : ان المستفاد من بعض الروايات كون ذلك اعانة على الاثم وان لم يقصد الاثم ، فلا يكون للقصد دخل فى تحقق الاعانة ، ففى رواية (١) صفوان بن مهران الجمال قال : دخلت على ابى الحسن الاول عليه السلام فقال لى : ياصفوان كل شىء منك حسن جميل ماخلا شيئاً واحداً .

قلت : جعلت فداك أى شىء ؟ قال : اكراؤك جمالك من هذا الرجل ، يعنى هارون ، قال : والله ماأكريته أشراً ولابطراً ، ولاللصيد ولاللهو ، ولكنى أكريته لهذا الطريق ، يعنى طريق مكة ، ولاأتولاه بنفسى ، ولكن أبعث معه غلمانى . فقال لى : ياصفوان ايقع كراؤك عليهم ؟ قلت : نعم جعلت فداك ، فقال لى : أتحب بقائهم حتى يخرج كراؤك ؟ قلت : نعم ، قال : من احب بقائهم فهو منهم ، ومن كان منهم كان ورد النار ـ الحديث .

---

١ ـ الوسائل باب ٤٢ من ابواب مايكتسب به حديث ١٧

وقال بعض العلماء للخياط الذى كان يخيط الثوب للظلمة: أنت من الظلمة انفسهم، ومن باعك الابرة والخيط فهو معين الظلمة. ونحوها من الاخبار الدالة على تحقق الاعانة بدون القصد .

قلت : الظاهر عدم منافاة هذه الاخبار مع اشتراط القصد فى تحقق الاعانة على الاثم ، لان هذه الاخبار انما هى مسوقة لبيان عدم جواز تعظيم سلاطين الجور وتكريمهم بالاعانة عليهم . ومن المعلوم أن خلفاء الجور الغاصبين لحق اهل البيت عليهم السلام لا يجوز الاعانة لهم بأى مرتبة من مراتب الاعانة ، لانهم يقابلون أهل البيت عليهم السلام فى الخلافة ، ولا ربط لها بالاعانة على الاثم المبحوث عنها .

بل يحرم على الشخص حتى لو كان بنحو الاستعداد والتهيؤ لخدمتهم مالم يكن غافلا عن عود نفع ذلك اليهم .

فالحق أن الاعانة لها ثلاث مراحل .

الاولى: السببية وقدقلنا بكونها اعانة بلااشكال .

الثانية الاعدادية ، وقدتقدم أنها ليست باعانة على الاثم .

الثالثة : التوسط بين الاولى والثانية ، وقد اخترنا أنه تدور مدار القصد ، فان قصد الاثم تحققت الاعانة والا فلا .

فان قلت : ان الاعانة على الاثم ليست بنفسها حراماً ولامعصية ، لا بالحمل الاولى ولا بالحمل الشايع الصناعى فكيف يجعلها الشارع معصية ؟

فان اعطاء السم لمن يريد قتل نفسه لاينطبق عليه عنوان المعصية بعنوانه الاولى ، اذليس المعطى هو القاتل فى الحقيقة ، فما معنى قول الشارع أنه يعذب كالقاتل ؟

قلت :انه وان لم يكن معصية بالعنوان الاولى ،والشارع ايضا لم يحكم بكونها معصية حقيقة .

لكنه لما كان علة قريبة للقتل ،وكان سبباً للمعصية فنزله الشارع منزلة المعصية، وحكم بكونه معصية تنزيلا .

نعم لو قال الشارع :بأن الاعانة على الاثم معصية حقيقة بالحمل الاولى،او بالحمل الشايع الصناعى لورد عليه ماذكرتم . من الاشكال .

ولكنه لم يقل كذلك ، بل نزلها منزلة الاثم لتعنونها بعنوان ثانوى موجب لذلك ، وهو كونها سبباً للاثم وعلة قريبة له .

ولذا قلنا : ان الاعانة اذا كانت على نحو الاعداد ، وكانت مقدمة بعيدة من العمل ، لم ينزلها الشارع منزلة المعصية ، لعدم تعنونها بذلك العنوان الثانوى .

وبالجملة كل مقام أوجب المعصية ، وصار سببا لتقويتها ،وكان كبث الروح فى المعصية ، يعتبره الشارع معصية ، وينزله منزلتها .

نعم لو شككنا فى مورد أنه من القسم الاول ليكون اعانة أو من القسم الثالث ليدور مدار القصد ، فنحكم بأنه من القسم الثالث الذى يقومه القصد .

كما أنه لو شككنا فى أنه من هذا القسم أو من القسم الثانى أى من المقدمات البعيدة نحكم بأنه من المقدمات البعيدة .

هذا كله فى المعاونة على الاثم وتقابلها فى الاقسام الثلاثة المعاونة على البر ، ويحصل فى مقابل كل مرتبة من الاعانة على الاثم قسم للاعانة على البر .

وجميع المراتب فى الاعانة على البر مستحب مؤكد ، وليس بواجب الا اذا توقفت عليها حياة انسان أو حيوان .

فتلخص أن الرجوع الى قضاة العامة يحرم اذا كان من باب الاعانة على الاثم، واما اذا لم يكن من هذا الباب ،بل كان رجوع الشيعة اليهم من جهة أنه يريد ارضائهم، ولان يثبت اطاعتهم في الامور العامة ، وقبوله لهم ، وليس في قصده معاونتهم ليكون من باب المعاونة على الا ثم .

وحينئذ فمقتضى صدر المقبولة (١) المتقدمة أن المال الذى يأخذه بحكمهم، يكون سحتاً حراماً ، وان كان في الواقع حقاً ثابتاً له ، فقد جاء فيها «من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت ، ومايحكم له فانما يأخذ سحتا وان كان حقاً ثابتاً » والظاهر أن كلمة السحت مفعول به ، وأنها وصف للمال المأخوذ بحكمهم .

ودعوى أنها صفة للفعل ،فتدل الرواية على حرمة الاخذ ولا أقل من كونها مجملة ، اذ يحتمل أن يكون السحت وصفاً للمال ،وأن يكون وصفاً للفعل فلا ظهور لها في شيء منهما .

مدفوعة بأن الظاهر منها كونها وصفاً للمال ،ولاسيما بقرينة قوله عليه السلام :وان كان حقاً ثابتاً ، مع أن السحت هو الشيء الباطل ، وانما يتناسب هذا المعنى مع المال ، وليس بمعنى الحرمة التكليفية حتى يناسب الفعل .

نعم اذا كان الشيعة مضطراً للرجوع اليهم ، من دون القصد الى ترويج الباطل، فلا اشكال حينئذ في صحة الرجوع ، وتشمله أدلة التقية .

والملخص : أن عندنا عناوين ثلاثة :

١ـ الترويج للباطل .

١ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى

٢ـ المساعدة على الظلم والعدوان .

٣ـ الاضطرار والتقية .

ولااشكال فى جواز الثالث ، وتدل عليه الاخبار الكثيرة الواردة فى باب التقية .

ثم ليعلم أن التقية غير الاضطرار ، وليست الاولى من صغريات الثانى كما اختاره جماعة ، كالمحقق الكركى وغيره ، حيث جعلوا أدلة الاضطرار الشخصى من جملة أدلة التقية .

وقدأثبتنا فى كتابنا «أنوار الوسائل» عدم ارتباط احدهما بالاخر ، وقلناهناك : ان التقية انما تكون فى القضايا النوعية ،وفيما يفعل لاجل النوع ، بخلاف الاضطرار، فانه انما يتحقق فى القضايا الشخصية .

كما أن تطبيق التقية فى مواردها يحتاج الى أدلة خاصة،وتجرى فى جميع الشبهات الحكمية ، والموضوعية ، ولاتحتاج فى اثباتها الى أدلة الاضطرار الشخصى .

هذا مضافاً الى أن علة الحكم فى باب التقية هو الاضطرار النوعى الذى يكون بالنسبة الى الاشخاص حكمة للحكم ، بخلاف الاضطرار فان الموجب للحكم الاضطرارى هى الجهات العقلية والشخصية ، ولاربط لها بالنوع .

والتحقيق :أن فى باب التقية يتبدل الحكم بواقع ثانوى ،ولايبقى الحكم الاول على حالته ، كما عن كثير من الفقهاء .

بل يتبدل من الواقع الاولى الى الواقع الثانوى ، ولكن لايفى بذلك دليل التقية وحده .

بل لابدله من دليل آخر يفيد الاجزاء ، فان الامر بالعمل على طبق قول العامة

لايستفاد منه الاالحكم التكليفى .

واما الحكم الوضعى وهو كفاية قضاء العامة واجزائها فيحتاج الى دليل آخر.

فتلخص من جميع ماذكرنا : أن الرجوع الى قضاة العامة اذا كان بعنوان التأييد لهم ، والهدم لخلافة اهل البيت عليهم السلام، يكون حراماً .

كماأن المال المأخوذ بهيكون سحتا ، ومن قبيل الاكل بالباطل .

واما اذاكان الرجوع اليهم من باب الاضطرار واللابدية فلادليل على حرمته، ولاعلى كون المال الماخوذ به سحتاً .

ومن هنا ظهر أنه لافرق فيما قلناه بين العين والدين .

فما ينسب الى الشيخ الاعظم من الفرق بين العين والدين بعدم كون الاول سحتاً ، بخلاف الثانى ، معللا بأن عنوان السحت لاينطبق على العين لانه ماله ،وقد دفع اليه .

وأما اذا حكم الحاكم بأداء الدين يكون هذا التطبيق منه سحتاً باطلا .

مدفوع بعدم الفرق بينهما ، وأى فرق بين ان يقول قاضى العامة : أيها الشيعى هذا العين لزيد ؟ أو يقول : زيد يطلب فى ذمتك الف درهم مثلا فان السحت ينطبق على كل منهما .

جريان التقية فى الموضوعات الخارجية وعدمه

وقد ذهب جماعة الى شمول أدلة التقية للموضوعات الخارجية ، كالاهلة ونحوها ، كشمولها للحكم .

مستدلين له بأن تلك الادلة اذاشملت الحكم تشمل الموضوعات الخارجية ، بالملازمة العرفية بينهما ، فيقبل حكم علماء العامة فى باب الاهلة والحج ونحوهما.

وذهب جماعة اخرى منهم الاستاذ المحقق الاصبهانى ره بعدم شمول الادلة لها ، الا اذاكان الحكم فى الموضوع الخارجى يعد مذهباً عند العامة ، لاسيطرة وسلطاناً .

فالميزان فى قبول حكمهم هوكون الموضوع يعد من مذهبهم كالحج والاهلة .

وقال الاستاذ الاكبر النائينى رحمه الله بوجوب قبول حكمهم فى الموضوعات الخارجية لالشمول الادلة لها ،ولالوجوب قبول كلما يعد مذهباً لهم ،بل لان السيرة القطعية تقتضى ذلك ، أولما ورد من الامر بالحج من قوله عليه السلام : حجوا كما يحجون.

والتحقيق عدم وجود السيرة القطعية في المقام ، وأن الامر بالحج كما يحجون لايستفاد منه الا الحكم التكليفي .

واما الحكم الوضعي وهو الصحة بحيث لايحتاج الى الاعادة فمحل كلام وتأمل .

بل قد تقدم أن نفس دليل التقية لايفي بالحكم الوضعي، بل لابد من قرينة أو دال آخر.

فالمختار عندنا هو عدم دلالة ادلة التقية على الحكم الوضعي ، ولذا نقول بوجوب اعادة الحج اذا امكن .

الشرط الثانى

العدالة

تحقيق فى معنى العدالة :

العدالة من الاعتدال والاستقامة .

وقد اختلفوا فى تعريفها وتفسيرها .

فقد ذهب جماعة الى أنها اسم للصفة النفسية، أو كاشف عن وجود تلك الصفة النفسية .

وآخرون الى أنها اسم للمظهر والعنوان ، بمعنى ان من كان ظاهره حسناً صالحاً يسمى بالعادل ، وليست هى اسماً لحقيقة تلك الصفة .

وقال الاستاذ المدقق الاصبهانى ره : أن الدافع الى العمل ان كان أمراً الهياً فهو عادل والاففاسق ، فيمكن للشخص الواحد أن يكون عادلا وفاسقاً فى يوم واحد مثلا .

والتحقيق : أنها عبارة عن حالة نفسية تقتضي اجتناب المحرمات واداء الواجبات، واذا حصل شرطه يؤثر هذا المقتضى أثره فتبقى العدالة والافلو وجد المانع فتنتفي.

والانصاف أن المستفاد من مجموع الروايات الواردة في تفسير العدالة في ابواب متفرقة من الجهاد والقضاء والشهادات والجماعة هو هذا المعنى .

ان قيل ان هذا الذي ذكرتم من معنى العدالة هو اول مراتبها ، وهو الذي اعتبره الشارع في شاهد الطلاق وفي امام الجماعة ونحوهما .

واما العدالة المعتبرة في مثل الاجتهاد والتقليد والقضاء ونحوهما فلابد ان تكون بأعلى مراتبها ، كما يشير اليه قول (١) علي بن الحسين عليهما السلام :

«اذا رأيتم الرجل قد حسن سمته وهديه وتمارت في منطقه وتخاضع في حركاته فرويداً لايغرنكم ، فما أكثر من يعجزه تناول الدنيا وركوب المحارم منها لضعف قيمته (بنيته) ومهانته ، وجبن قلبه ، فنصب الدين فخاً لها ، فهو لايزال يخيل (يحيل) الناس بظاهره ، فان تمكن من حرام اقتحمه .

واذا وجدتموه يعف عن المال الحرام فرويداً لايغرنكم فان شهوات الخلق مختلفة ، فما اكثر من ينبو عن المال الحرام وان كثر ويحمل نفسه على شوهاء قبيحة فيأتي منها محرما .

فاذا وجد تموه يعف عن ذلك فرويداً لايغرنكم حتى تنظروا ماعقده عقله ، فما أكثر من ترك ذلك أجمع ثم لايرجع الى عقل متين ، فيكون مايفسده بجهله أكثر مما يصلحه .

واذا وجدتم عقله متيناً فرويداً لايغرنكم حتى تنظروا مع هواه يكون على

١ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صلاة الجماعة حديث ١٢

عقله ، أويكون مع عقله على هواه ، وكيف محبته للرياسات الباطلة ، وزهده فيها، فان فى الناس من خسر الدنياوالاخرةبترك الدنيا للدنيا ،ويرى أنلذة الرياسةالباطلة أفضل منلذة الاموال والنعم المباحة المحللة فيترك ذلك اجمع طلباً للرياسة (الىأن قال :)

ولكن الرجل كل الرجل نعم الرجل هوالذى جعل هواه تبعالامرالله ، وقواه مبذولة فىرضاءالله ، يرى الذل معالحقأقرب الىعزالابد منالعز فىالباطل (الىأن قال :) فذلكم الرجل نعم الرجل فيه فتمسكوا ، وسنته فاقتدوا ، والى ربكم به فتوسلوا ، فانه لاترد له دعوة ، ولايخيب له طلبة .

فتحمل هذه الروايةعلى المرتبة العالية منالعدالة التى نقول باعتبارها فىباب الولاية العامة وفىباب القضاء ونحوهما .

وتحمل الرواية التى ظاهرها كفاية حسن الظاهرعلى أدنى المراتب المعتبرة فىالشاهد وفىامام الجماعة ونحوهما .

قلنا : انكثرة مراتب التقوى والعدالة أمرلاننكره نحن .

ولكنليس كلامنا فى مراتبها، بلالكلامفىمعنىالعدالة ، ومفهومها ، وانطباق اصل حقيقها ، وأى دليل دل على لزوم وجود أعلى مراتبها فىالقاضى .

فان الرواية المتقدمة لاتدل على ذلك ، و اكثرما تدل عليه الرواية هولزوم التثبت ، و أن حسن الظاهر لايغرنكم ، و أن العدالة لها ابواب من العدم ، وأنها قد تذهب وتنتفى .

وليست الرواية فى مقام تفسير العدالة .

ولوسلمناذلكفلادليلعلىالجمعالمتقدم،فيكونالجمعبينالرواياتعلى نحو

المذكور تبرعياً لاقرينة عليه .

ولقائل أن يقول :لم لاتعسكون الامر؟ ولم لاتقولون بلزوم أعلى المراتب فى الشاهد وامام الجماعة وادناها فى الفقيه والقاضى ؟

ومن المعلوم أنه ليس ذلك الامجرد الاستحسان ، وملاحظة المناسبات الذوقية .

وقد يستند هذا التفسير للعدالة الى صحيحة ابن ابى يعفور (١) ، قال : قلت لابيعبدالله عليه السلام : بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين؟ حتى تقبل شهادته لهم وعليهم ، فقال عليه السلام : أن تعرفوه بالستر والعفاف ،وكف البطن والفرج واليد واللسان ـ الى آخر الحديث .

بتقريب أن الستر أو العفاف صفة نفسانية ، والمقصود منهما هو الستر والعفاف الواقعيان ، وليس المقصود الستر الظاهرى .

اذن فيكون الامام ـ ع ـ قدأخذ بالمعرف ،وهو الملكة، ثم قيده بالستر والعفاف ثم أتى بالامارات التى يعرف بها العدالة .

فقد اعتبر فى العدالة وراء الملكة النفسانية الستر والعفاف اللذين لايحصلان الا بمجاهدة النفس ، واخماد الشهوات .

وفيه أن الانصاف أن الرواية لاتدل على هذا المعنى، ولايفهم العرف ذلك منها ، ولابد فى فهم ذلك من الدقة العقلية التى لايعتبر ذلك فى المفاهيم العرفية .

فالظاهر من الرواية هو ان العدالة عبارة عن حالة نفسية التى توجب الستر والعفاف على وجه الاقتضاء دون العلية التامة . وتفصيل معنى العدالة يطلب من مظانها من بحث الجماعة ونحوها .

---

١ ـ الوسائل باب ٤١ من ابواب كتاب الشهادات ح ١

الشرط الثالث

البلوغ

واستدل لهذا الشرط بقوله ـ ع ـ : (انظروا الى رجل عرف حلالنا وحرامنا) فان عنوان الرجل لايشمل الصبى غير البالغ ، وان كان مميزا .

والمناقشة فى ذلك بأن السؤال من الامام ـ ع ـ لما لم يكن عن الطفل فبطبيعة الحال أتى بعنوان الرجل ، والافلو سئل سائل عن الطفل الواجد للاجتهاد والعدالة ، فيجوز ان يجيب الامام بجواز قضاء الطفل .

مندفعة بان هذا احتمال علمى محض و لايساعده الدليل واذا شككنا فى نفوذ قضائه فالاصل عدم النفوذ .

ولتوضيح محل النزاع فى الصبى نقول : لاريب فى أن الامور التى لايحتاج فى تحققها الى القصد والالتفات يصح صدورها من الصبى واستنادها اليه ، وان لم يلتفت ولم يقصد العمل، كالحيازة والتحجير ونحوهما .

وهكذا لانزاع فى ترتب الاثر على فعله اذا لم يقيد بالعلم والقصد كباب الارث والضمانات ونحوهما من الاسباب الجعلية الشرعية فى تمليكه .

وهذان الموردان خارجان عن محل النزاع .

فيبقى مورد واحد ، وهو ما اذا كان العمل محتاجا الى القصد والارادة ، فهل يعتبر قصد الصبى ام لا ؟

فذهب جماعة الى أنه مسلوب العبارة ، وأن حاله كحال البهائم ، وهذا لانقول به نحن ، وهو بعيد جداً .

وبنى جماعة النزاع هنا على أن العقد المقيد بالصباوة غير معتبر ، أو ان العقد لايعتبر ، لانه صدر عن صبى .

فالجهة على الاول تقييدية ، وعلى الثانى تعليلية .

فان قلنا بالاول يكون العقد قابلا للصحة باجازة الولى ، وان قلنا بالثانى فالعقد لايقبل الصحة بتاتاً .

هذا فى باب المعاملات ، وأما القضاء فالظاهر انهم توقفوا فيه ، ولم يبنوه على الاحتمالين ، بل حكموا ببطلان قضاء الصبى بضرس قاطع ، مع ان هذين الاحتمالين يأتيان هنا ايضاً .

وكأنهم اغمضوا النظر عن ذلك المبنى ، وقالوا باشتراط كون القاضى رجلا ولعلهم اعتمدوا بالانصراف اى انصراف لفظ الرجل الى البالغ ، او اعتقد وا الجهة تقييدية .

الشرط الرابع

أن يكون القاضي رجلا

وقد دلت الروايات الكثيرة على عدم جواز تولى المرأة للقضاء ، كما لا يجوز لها أن تتصدى لصلاة الجمعة والجماعة ، وأن النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان يعزل النساء عن هذا المنصب .

والتحقيق أن ذلك حكم بطبيعة المرأة لا للافراد ، أذ رب امرأة تكون خيراً من الرجل كما فى الرواية (١) .

ومن المعلوم ان الصديقة الزهراء سلام الله عليها لو قبلت أن تحكم يقبل حكمها ، وليس لاحد رده ، اذ قد ثبت انها عالمة بجميع الاحكام ، وأنها معصومة لا تحكم على خلاف الواقع .

---

١ ــ الكافى ج ٢ ص ٣٠٦ ب ٦٠ ح ١ وقد جاء فيها : « أتحج المرأة عن الرجل ؟ قال : نعم اذا كانت فقيهة مسلمة وكانت قد حجت رب امرأة خير من رجل »

وأما النبوى من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لايفلح قوم ولتهم امرأة » فليس فيه ظهورفى نفى القضاء ،ويقرب أن المقصودمن هذا النبوى فى مقام الفلاح الاخروى ،وليس فى مقام القضاء ، اوالمناصب الاخر .

وعلى تقدير تسليم دلالته فيشكل اعتباره،من حيث ضعف سنده .

نعم قد يستدل على المطلوب بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعلى عليه السلام فى وصية له المروية فى الفقيه باسناده عن حماد (١) : « يا على ليس على المرأة جمعة » الى أن قال : « ولا تولى القضاء » .

على أنك عرفت من المقبولة وصحيحة ابى خديجة اعتبارعنوان الرجولية فى القاضى ، ولا اقل من انصراف الحديث الى اشتراط الرجولية فيه .

ولولم تتم الادلة الاجتهادية كفى الاصل فى عدم صلاحيتها للقضاء ،وعدم نفوذ القضاء منها .

١ــ الوسائل باب ٢ من ابواب صفات القاضى ح١ .

الشرط الخامس

الحرية

وقد ذكروا انها من جملة الشرائط .

والتحقيق أن اطلاقات أدلة القضاء تشمل العبد بلا قصور فيها ، اذلاقصور فى العبد من جهة البلوغ والاجتهاد والعدالة والاسلام وكونه امامياً والقضاوة ونحوها .

لكن لمالم يكن له سلطنة فى الامور يحتاج فى نفوذ قضائه الى اذن سيده ،فهو فى ذلك يشبه الصبى المحتاج الى اذن الولى .

بل يجوز ان يقال : ان العبد اذابلغ مرتبة الاجتهاد ، وكان مسلماً ، وواجداً للعدالة ونحوها من الشرائط أن لاولاية للسيد عليه فى هذا الحال ، لان ولاية السيد علي العبد لاتعلم بأنها ثابتة فى جميع المراحل والجهات .

فيشكل اعتبار ولايته عليه ، لعدم عموم دال عليه ، أواطلاق حتى فى هذه

الصورة .

نعم لو ترددنا في شمول ادلة الاجتهاد والقضاء له اشكل اعتبار قضائه، ونفوذ حكمه .

كما أنه لو ثبت هناك عموم أو اطلاق يثبت ولاية السيد عليه بكل حال ، تعين استئذانه في قضائه ونفوذ حكمه .

الشرط السادس

الاسلام وعدم الكفر

والدليل عليه قوله تعالى (١) : « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ».

ولايتمسك بقوله ﷺ : « الاسلام يعلو ولايعلى عليه » كما في الجواهر ، لجواز أن لايكون الحديث في مقام الانشاء، على انه لا يخلو سنده عن الاشكال .

---

١ ـ النساء ١٤٠

الشرط السابع

طهارة المولد

ويعتبر فى القاضى طهارة المولد ،والمدرك :ماوردفى اخبار الشهادة من اعتبار طهارة المولد فيها .

ولاريب أنه اذااعتبر فى الشاهد ففى القاضى بطريق اولى ،على نحو الدلالة العرفية فى ذلك ، لامن باب تنقيح المناط ،نظير قوله تعالى : «ولاتقل لهما اف» الدال بطريق أولى عرفا على حرمة شتمهما أوضربهما .

الشرط الثامن

أن يكون امامياً

بأن يكون من الشيعة الاثنى عشرية لامن سائر الفرق كا لمخالفين من العامة وغيرهم ، وذلك لماذكرناه من الروايات من حرمة الرجوع الى قضاتهم ، وعدم نفوذ حكمهم ،وان الراجع اليهم من غير اضطرار قدرجع الى ائمة الجور والظلم ، وأن الادلة وافية فى عدم جعل المنصب لهم من قبل الشارع ،وأن الردع ثابت فى عدم الرجوع اليهم ، وعدم نفوذ حكمهم وأنهم ائمة جور وضلالة .

وهكذا الحكم فى سائر الفرق من الزيدية والاسماعيلية ، وان عدوا أنفسهم من فرق الشيعة .

ولكن قدبينافى (المثل الاعلى) أن الزيدية والاسماعيلية وغيرهم ممن ينتسب ظاهراً الى التشيع هم من فرق العامة ، حيث انهم يقولون بالخلافة ، ولايقولون بالامامة المعتبرة عند الامامية ، ويرجعون فى فروعهم الى ابى حنيفة وغيره من علماء

العامة ، ولايرجعون الى ائمة الهدى فى احكامهم .

وكيف ينسبون الى التشيع والحالة هذه ، وماهم الا من بعض فرق العامة .

* * *

واما اشتراط الكتابة والبصر بان لايكون القاضى أعمى ،ويتمكن من الكتابة فلا دليل على ذلك ، وانما تعرض له بعض الفقهاء ، ولايخرج ماذكره عن استحسان .

مع ان بعض الانبياء كشعيب عليه السلام كان أعمى وقاضياً .

والكتابة قديؤدبهاعنه شخص آخر ،فلادليل على اشتراط الكتابة فى القاضى.

واما الضبط فلاكلام فى اعتباره فى الراوى ، حيث يتوقف نقل الفاظ الرواية على الضبط ، كما يتوقف نقل المعنى ايضاًعلى الضبط ،ليفرق بين نقل المعنى ونقل اللفظ ، وليكون حافظا للمعنى الذى ينقله بخصوصياته .

واما فى القاضى فلادليل على ذلك ، على انه يتمكن أن يضبط صور قضائه ومرافعاته بالتحرير والكتابة ، لوقلنا باشتراط الضبط فى القاضى .

وعلى كل تقدير فهذه الامور لادليل عليها ، عداترجيحات عقلية واستحسانات لامدرك لها من الادلة الشرعية .

* * *

وليعلم ان هذه الشروط التى مرت هى شروط لصحة القضاء ،ونفوذه فى زمان الغيبة ،فان جعل القضاء والحكم من الفقيه الجامع لشرائط الافتاء مستلزم لنفوذ حكمه فى زمان الغيبة .

نعم هذه الشرائط لو كانت فى زمان حضور ائمة اهل البيت ـ عليهم السلام ـ أمكن للمعصوم أن يجعلها شرائط صحته ونفوذه معاً ، فيكون الحكم من القاضى صحيحاً ونافذاً فقط، وامكن ان يجعلها شرائط صحته فقط ،ويمنع نفوذ حكم الحاكم فى بعض الموارد أوفى جميعها .

وتختص أدلة شروط الصحة بغير موارد نفوذ القضاء .

واجمالا أن الانفكاك بين الصحة والنفوذ فى شرائط القضاء يجرى فى زمان حضورهم ـعليهم السلام ـ .

واما فىزمان غيبة الامام المنتظر عجل الله تعالى فرجه فالادلة وافية بالتلازم بينهما .

آداب القاضي

اعلم أن الفقهاء ذكروا أموراً كثيرة ،وعدوها من آداب القاضي في مقام الحكم، والترافع بين الناس ، كجلوسه مستد بر القبلة ، وجلوس الخصماء قباله مستقبلين القبلة ، وأن يكون في حالة الحكم غير مشغول بامور الدنيا ، ولا بمرض يشغله عن الالتفات الى الحكم وموازينه ، وان لايكون بمدافع للاخبثين من البول والغائط ، وأن يكون على وقار وسكينة ، الى غير ذلك مما هو مسطور في الكتب المطولة .

الا ان كثيراً منها لم يقم عليها دليل معتبر ، ولعل بعضها الى الجهة الاخلاقية اقرب من الجهة الشرعية ،من الحكم بالاستحباب او الكراهة او الوجوب او الحرمة.

وقد استدل الفقهاء رضوان الله عليهم على ثبوت الحكم الشرعي في هذا المقام بادلة التسامح (١) في السنن ، كما ذكره المحقق الكني وغيره .

وتوضيح المسألة على نحو الاجمال في المقام وفي كل مورد من نظائره ، أن الفقهاء رضوان الله عليهم احتملوا في ادلة من بلغ وجوهاً ثلثة .

١ـ راجع الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمة العبادات

الاول ـ وهو المشهور بين القدماء ـ: ان اخبار من بلغ موجب لتوسعة نقل الراوى للرواية بما يكون أعم من الثقة وغيره ، اذ من المعلوم أن أخبار حجية خبر الثقة المحررة فى علم الاصول مختصة بخبر الثقة والعادل ، ولا تعم غيرهما ، وأن التعبد فى الاحكام الشرعية منوط باخبار الثقة .

واخبار من بلغ توجب تعميم المخبر والناقل الى الاعم من الثقة وغيره ، ولو كان خبرا ضعيفاً .

وعليه تكون نسبة هذه الادلة الى ادلة حجية خبر الثقة نسبة حكومة وتوسعة فى حجية خبر المخبر ، وهذا هو المقصود من العبارة المعروفة بين القدماء وهى التسامح فى أدلة التسنن .

الثانى : ما عليه جملة من المحققين ، كالاستاذ الاكبر النائينى وغيره ممن تقدم عليه من ان مؤدى أخبار من بلغ مسألة فقهية . وليس مسألة أصولية كما فى الوجه الاول ، لان مؤدى تلك الاخبار أن المكلف اذا بلغه شىء بالبلوغ المعتبر شرعاً ترتب الحكم الشرعى على موضوع البلوغ ، وان كان قد يخطأ البلوغ عن الواقع .

فالحكم الشرعى مترتب على البلوغ ولكن بشرائط حجية الخبر ، من نقل العادل أو الثقة .

فالمسألة الفقهية يراد بها هنا أن الناقل بشرائط العدالة والوثاقة اذا نقل حكما على موضوع يكون ذلك الموضوع بعنوان البلوغ للمكلف موضوعاً للحكم لا بعنوانه الاولى الواقعى ، ويكون الحكم من الاستحباب او الكراهة بناء على شمول الادلة للكراهة مترتباً على عنوان البلوغ .

فلم تكن الادلة فى مقام توسعة حجية الخبر ، وانما هى فى مقام ترتب الحكم

على العنوان الثانوى، وهو البلوغ ، وتكون المسألة فقهية ، والحكم فيها مترتباً على عنوان البلوغ لا على الواقع .

الثالث ـ و هو المختار عندنا، وعليه جملة من الاساطين والاكابر ـ: ان الادلة غير متعرضة لحكم ، ولا لتوسعة الطريقية لحجية الخبر، وانما هى ارشادية الى حكم العقل وهو ترتب الثواب على اتيان الشيء بقصد كونه من قبل الشارع وان لم يكن فى الواقع مأموراً به ، فهى ليست الا لصرف الارشاد .

غايته أن الارشاد هنا لبيان نكتة فى المقام ، وهى ان الثواب والعقاب وان كان يدور مدار اتيان المأمور به ، وترك المنهى عنه واقعاً . ولكن هنا يترتب الثواب على ما اعتقده المكلف أو ظنه أنه مأمور به وان لم يكن فى الواقع مأموراً به .

فهذه نكتة وراء ترتب الثواب على الاطاعة والعقوبة على المعصية، وهذه النكتة وان حكم بها العقل من باب الانقياد ، كما أنه يحكم باستلزام الانقياد للثواب .

الا أن الروايات قد افادت أكثر من ذلك ، وهو ان الثواب يترتب على مطلق ما بلغ وان لم يصادف الواقع .

وهذه النكتة لا تستفاد من مجرد الانقياد العقلى، وانما يستفاد من هذه الاخبار الشريفة.

* * *

اذا عرفت ذلك ، ففى كل مقام لا تنفى الادلة بثبوت الحكم على عنوان البلوغ ولا توسعة الوسطية والطريقية لحجية الخبر الواحد فيستفاد منها ترتب الثواب على العمل ، والمقام من آداب القاضى فيما ورد فيه الدليل لا فيما هو مجرد استحسان أو جهة أخلاقية ، فانه لا يستفاد ترتب الثواب على ذلك من موارد هذه القاعدة .

ولكن بعد المراجعة يرى الانسان أن بعضها ليس عليها دليل يثبت استحبابه

ولوعلى القول بالتسامح فى ادلة السنن ،وانما هى تشبه الاخلاقيات.

و قد عنون الفقهاء رضوان الله عليهم آداب القاضى فى أول مباحث صفات القاضى .

ولكن حيث لا اهمية لهذا البحث ، وانما الاهمية لمدرك الادلة فيه أخرنا بيانه، وبينا مدرك الحكم فى الاداب بالوجوه الثلاثة .

نصب المقلد للقضاء

هل يجوز للفقيه أن ينصب العامي المقلد له اولغيره قاضيا أم لا ؟ فذهب جماعة الى الاول ، فقالوا بجواز النصب ، مستدلين بأنه كما يجوز ذلك للامام عليه السلام ، وليس لاحد الاعتراض عليه ، كذلك الفقيه يقوم بتلك المرحلة .

واختلفوا ايضاً فى كيفية الجواز ، فقال بعضهم : انه يصح على نحو التفويض ، بأن يفوض الامر الى المقلد .

وآخر : انه على نحو التنزيل ، بأن ينزله منزلة نفسه ، كالوكالة .

وكيف كان فاستدلوا على الجواز بانه حكم بالحق ، ولاقصور فى شمول ادلة القضاء له ، ولاسيما على مبنى المحقق النراقى «ره» .

والتحقيق عدم جواز التفويض او التنزيل ، لان التفويض له شرطان .

الاول : أن يكون المحل قابلا له .

الثانى : أن يكون هناك دليل يدل على التفويض ، و أن الشرطين مفقودان فى المقام .

أما الاول فلان العامي مقلد في الحكم، وفي الكبرى الكلية، ومن كان أمره كذلك ليس له أن يفصل الخصومة .

وأما الثاني فلعدم دليل يدل على تفويض امر القضاء الى العامي .

ان قيل : ان اطلاق أدلة الوكالة يشمل المقام .

قلنا : ان دليل الوكالة لو بنينا على تعميمه لا يجعل الموضوع موضوعاً ، بل يأتي بالحكم بعد تمامية الموضوع .

هذا مضافا الى ان قوله عليه السلام : « انظروا الى رجل عرف حلالنا وحرامنا » يقيد في الواقع بعدم كون ذلك الرجل عامياً ، حيث لم يقل الى رجل من شيعتنا .

وبعبارة اوضح : أن الرجل العارف بالحلال والحرام لابد ان تكون معرفته لهما بنسبة أولية ، وبلا واسطة ، والعامي يعرفهما بواسطة المجتهد لا بنفسه .

ومن هنا يعلم أنه لا ينطبق على علمه قوله عليه السلام : في تقسيم القضاة «رجل قضى بالحق وهو يعلم ، فهو في الجنة » لان المقلد ليس عالماً بلا واسطة ، وبالنسبة الاولية، ولا ينطبق عليه ايضاً قوله عليه السلام : « اذا حكم بحكمنا » .

أضف الى ذلك كله ان منصب القضاوة امر لا يجوز التصدى له لكل أحد ، والا فلو كان ذلك جائزاً لكل مقلد شيعي ، لكان للامام عليه السلام أن يقول برجوع بعض الشيعة الى بعض ، و لم يحتج الى تلك التكلفات و التقييدات بقوله عليه السلام : « انظروا الى رجل عرف حلالنا وحرامنا الى آخره ، ولم يحتج الى بعث الامام عليه السلام وكلائه الى البلاد ، لان ينبهوا شيعتهم بأن مقام القضاء ليس مقاما يرجع فيه الى كل احد، بل لابد لهم من الرجوع الى المنصوب من قبلهم ـ عليهم السلام ـ .

هذا كله في حالة الاختيار، أما في حال الاضطرار ، فربما يقال : بجواز نصب

العامى للقضاء ، فانه اذا لم يكن الفقيه موجوداً فى بلد وتعذر الرجوع اليه فى بلد آخر فللمجتهد حينئذ أن ينصب العامى ، ولولم يوجد فقيه أصلا ، فلعدول المؤمنين أن ينصب بعضهم بعضاً .

ولكن هذا الدليل بالاستحسان أشبه من البرهان ، ولايستقل العقل بلزوم نصب العامى للقضاء ،لامكان ايجاب الشارع الصلح القهرى على المؤمنين، اويوجب العمل على طبق الواقع ، وانه لابد لهم من حل المشاكل الموجود بينهم حلا واقعياً ، عند ذلك لايوجد اضطرار فى البين ، ولايلزم منه اختلال فى النظام .

هل يجوز للفقيه أن ينصب فقهيا آخر للقضاء؟

والتحقيق عندنا عدم جواز نصب الفقيه، الفقيه الثانى للقضاء، لان الثانى انما هو منصوب بنفسه ، وقد نصبه الامام فى عرض الفقيه الاول ، فان اطلاق الادلة يشمل كل فقيه ، فتكون نسبة هذا المنصب اليهم على حد سواء .

وبعبارة اخرى : أن نصب الفقيه للقضاء من ناحية الشارع ليس طولياً ، بحيث اذا عجز الفقيه الاول عن القضاء ينصب الثانى ، بل قد جعل الشارع الفقهاء فى مرتبة واحدة بالنسبة الى منصب القضاء ، وعليه فلامعنى لان ينصب الفقيه فقيها آخر الذى هو منصوب ايضاً بنفسه .

وبعبارة ثالثة : أن نصب الفقيه للقضاء أمر اعتبارى ، اذا تحقق وتم من ناحية الامام لايعقل أن يعتبر ثانيا ، لان الاعتبار الثانى من الفقيه للفقيه الاخر حينئذ يكون لغوا ، هذا اذا كان الفقيهان متساويين فى الفضيلة .

واما لو كان أحدهما اعلم من الاخر، فيجوز أن يقدم المعصوم الافضل على غيره كماورد فى الروايات الشريفة، فى مقام اختلاف الحكم ، وان كان أصل جعل الحكم

والولاية لهم على حد سواء في الفاضل والافضل .

وانما وردت الادلة في مقام تزاحم حكم المفضول والفاضل، على أن كلا منهما فقيه و مجعول من قبل الشارع بالحكومة، الا ان الشارع المقدس قدم حكم الاعلم على غيره في صورة تزاحم الحكمين فقط ، لا في مقام اصل جعل الولاية والحكم، فان المفضول في ذلك المقام انما هو مجعول في عرض الاعلم .

و بالجملة : فان كان القاضي الثاني جامعا لشرائط القضاء ، ومنه العدالة و الاجتهاد وغيره فهو منصوب من قبل الامام ، مثل الاول .

وان لم يكن جامعاً للشرائط، بأن لم يكن عادلا، أو مجتهدا أو غير ذلك من الشرائط فهو معزول بنفسه ، فلا يحتاج الى عزل من القاضي الاول .

ومن هنا ظهر أنه كما لا يجوز ان ينصب الفقيه فقيها آخر للقضاء ، كذلك لا يجوز أن يعزل الفقيه فقيها آخر عن الحكومة والقضاء .

جواز نصب الامام قاضيين

ان نصب الامام قاضيين مطلقا أو فى واقعة واحدة أمرغيرمعقول ، لانه ان كان احدهما مقدماً للاخر فى فصل الخصومة والقضاء ، فليستند الحكم اليه ، و لايكون هناك قضاء وحكم بالنسبة الى المتأخر، ولاسيما على القول بعدم اشتراط الاعلمية فى باب القضاء .

وان تقارنا فى الحكم يكون من قبيل السببين المتزاحمين ، وقدتقدم حكمه ، وقلنا فيما تقدم : ان باب القضاء يشبه باب التزاحم لاالتعارض .

نعم لو اشترطنا الاعلمية وكان احدهما أعلم من الاخر لامكن أن يقال : ان القضاء للاعلم دون غيره .

هذا مضافاً الى أن فصل الخصومة والقضاء معلول واحد ، فلو حكمنا بصدوره من قاضيين يلزم منه اجتماع سببين مستقلين على معلول واحد .

ان قلت : لم لايكون ذلك من باب اجتماع الدواعى كما تقولونه فى باب الوضوء ؟ فكما يصح الوضوء بداعى التبريد ، وبداعى رفع الحدث ، باعتبار أنه

اجتماع للداعيين لاللسببين ، فليكن هنا ايضاً كذلك .

قلت : قدحققنا فى محله أن الداعيين لوانفرد كل منهما فى التأثير كان سببا مستقلا ، واما لواجتمعا كان كل منهما جزء للعلة ،والمقام وانلم يكن بالدقة من باب المعلولين لعلة واحدة ، ولكن بناء العقلاء والشارع انما هو على عدم صحة تحقق شيئين متخالفين من منشأ واحد .

نظير اجتماع الوجوب والحرمة على موضوع واحد ،فانالوجوب والحرمة وان يكونا من المتضادين ولاالمعلولين ، ولكن لايمكن نسبتهما الى موضوع واحد من جميع الجهات .

والعقلاء يرون ذلك بحكم المعلولين المتخالفين على علة واحدة ، وليس ذلك الالاستحالة كلا الموردين فى نظر العقلاء .

غايته أن اجتماع عرضين على موضوع واحد بتمامهمامما يستحيل برهانا ووجوداً ، وكذا المقام ممايستحيل فى أنظار العقلاء وبنائهم ،وقدبيناه مفصلافى باب اجتماع الامر والنهى .

قضاء القاضي بعلمه

وقد كانت المسألة هذه «جواز قضاء القاضي بعلمه» محل بحث ونظر ، من قديم العصر ، واختلفوا فيها على أقوال أربعة :

الاول : هو الجواز مطلقا وهو المشهور بين الاصحاب .

الثاني : عدم الجواز مطلقا ، وأنه لايصح القضاء بالعلم .

الثالث : التفصيل بين حقوق الله تعالى وحقوق الناس ، بالجواز في الاول دون الثاني .

الرابع : عكس ذلك .

وليعلم أولا أن علم الامام عليه السلام خارج عن محل النزاع ، اذ من الواضح أن الامام عليه السلام لايمكن له أن يعامل مع الناس طبق علمه ، لاستلزام ذلك اختلال النظام جداً ، فان الامور انما تدور مدار الظواهر الشرعية والعرفية ، من الاستصحابات والايادي والبينات ونحوها ، فلو اظهر الامام عليه السلام علمه الواقعي ، وعامل مع الامة على طبق الواقع ، لاختلت الامور المبنية على الظواهر كلها .

وليعلم ايضاً أننا حينما نقول : انه هل يجوز للامام القضاء بعلمه أم لا ؟ونحو ذلك من التعبيرات لانقصد منه بيان وظيفة الامام عليه السلام ،اذليس لنا تعيين ذلك .

بل كلما فعله الامام عليه السلام يستكشف منه الجواز قضية لعصمته عليه السلام بل مقصودنا من العبارة المتقدمة ونحوها ليس الابيان حكم الواقعة ،بالنسبة الى الامام عليه السلام ،بمعنى أن نفهم ماهو الحكم الواقعي الثابت من قبل الله تعالى في حق الامام عليه السلام ، واما بيان وظيفته عليه السلام فموكول الى نفسه عليه السلام .

وكيف كان فكلامنا في علم الفقيه .

والمختار عندنا عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، لعدم الدليل على الجواز ، وقدمر غير مرة ان الشك في الحجية كاف في عدم الحجية .

وماستند اليه القائلون بالجواز لايصلح للدليلية كما سيأتي عن قريب ،وتأتي في مقام الجواب عن ادلة المجوزين زيادة توضيح لمابنينا عليه المختار .

ادلة القول بالجواز والجواب عنها

وقد استدلوا عليه بوجوه :

الاول انه لاريب ولااشكال فى أن القضاء بالعلم انما هو من أعلى مراتب القضاء لانه انما اعتبرت البينة طريقا للوصول الى الواقع ، والمفروض أن القاضى عالم بالواقع ، ومع ذلك فلايحتاج الى البينة ونحوها .

أوفقل : ان الشارع اذا اعتبر فصل الخصومة بالظن الراجح الحاصل من البينة، فكيف لايعتبره بالعلم الذى يكون الملاك فيه آقوى وأولى من الظن ؟

بل ورب بينة لاتوجب الظن ، ويبقى القاضى على حالة الشك ، فاذا اعتبرت البينة ، يكون اعتبار العلم أولى قطعاً .

الثانى : أن قوله عليه السلام فى تقسيم القضاة « رجل قضى بالحق وهو يعلم به فهو فى الجنة» يشمل مانحن فيه بلاكلام ، اذ المفروض فى المقام أن القاضى يقضى بالحق على طبق علمه ، فيكون من مصاديق من قضى بالحق ، وهو يعلم به .

الثالث : ماورد (١) فى قضايا امير المؤمنين عليه السلام ، من أنه جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، فادعى عليه سبعين درهماً ، ثمن ناقة باعها منه ، فقال : قد أوفيتك ، فقال : اجعل بينى وبينك رجلا يحكم بيننا . فأقبل رجل من قريش ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :احكم بيننا ، فقال للاعرابى : ماتدعى على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ؟ فقال :سبعين درهما ثمن ناقة بعتها منه . فقال : ماتقول يارسول الله ؟فقال:قدأوفيته،فقال للاعرابى : ماتقول ؟ فقال : لم يوفنى .فقال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ألك بينة أنك قدأوفيته ؟ قال :لا. فقال للاعرابى : أتحلف انك لم تستوف حقك ولم تأخذه ؟، قال : نعم . الى أن جاء على عليه السلام ، وجرى الكلام بينه وبين الاعرابى ،الى ان قال :ياأعرابى أصدق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فيما قال ؟ قال الاعرابى : لا ماأوفانى شيئاً . فأخرج على عليه السلام سيفه ، فضرب عنقه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لم فعلت ياعلى ذلك ؟ فقال : يارسول الله نحن نصدقك على امر الله ونهيه ،وعلى امر الجنة والنار ، والثواب والعقاب ،ووحى الله عزوجل، ولانصدقك على ثمن ناقة الاعرابى !!!

وانى قتلته ، لانه كذبك لما قلت له : أصدق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ؟ فقال : لا ماأوفانى شيئا .فقال رسول الله : أصبت ياعلى فلاتعد الى مثلها .ثم التفت الى القرشى، وكان قدتبعه ، فقال : هذا حكم الله ، لاماحكمت به .

ودلالة هذه الرواية على جواز قضاء القاضى بعلمه واضحة ، لايحتاج الى البيان .

الرابع :الاخبار والايات التى تدل على وجوب الحكم بالعدل والحق والقسط

١ــ الوسائل باب ١٨ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى.

ونحو ذلك ، كقوله تعالى(١) : فاحكم بين الناس بالحق ، وقوله تعالى(٢) : أن تحكموا بالعدل ، وغير ذلك من الايات والاخبار ، فان جميع ذلك يشمل مانحن فيه بلااشكال .

الخامس : الاخبار الدالة على أن الواجب على الامام عليه السلام اقامة الحد على من زنى ، اوشرب الخمر ،ولايحتاج الى بينة . كخبر (٣)حسين بن خالد عن ابيعبدالله عليه السلام قال :سمعته يقول :الواجب على الامام اذانظر الى رجل يزنى أويشرب الخمر أن يقيم عليه الحد ،ولايحياج الى بينة مع نظره، لانه امين الله فى خلقه .واذانظر الى رجل يسرق أن يزجره وينهاه ، ويمضى ويدعه . قلت :وكيف ذلك ؟قال ،لان الحق اذا كان لله فالواجب على الامام اقامته ،واذا كان للناس فهو للناس .

وبهذا المضمون غيره ومن فصل بين حقوق الله وحقوق الناس استند الى هذا الخبر ونحوه .

فهذا غاية مااستدلوا به على جواز قضاء القاضى بعلمه .

وقبل الجواب عن استدلالاتهم تذكر مقدمة يتضح بها القول المختار ،فنقول: ان العلم والقطع انما يكون على قسمين :

الاول : القطع الطريقى ، وهو ما يكون طريقاً الى الواقع ، ولا يكون قيداً لموضوع الحكم ،ولالمحموله ،كما أنه لايكون سبباً لترتب الحكم على الموضوع.

الثانى ، القطع الموضوعى ،وهو مايكون قيداً للموضوع على نحو الوسطية

١ــ الاية ٢٦ سورة ص

٢ــ الاية ٥٨ سورة النساء

٣ــ الوسائل باب ٢٢ من ابواب مقدمات الحدود واحكامها العامة حديث ٣

فی الثبوت ،بحیث یکون ترتب الحکم علی الموضوع موقوفا علی حصول العلم، کما فی العلم المأخوذ فی الرکعتین الاولیتین مثلا .

ومن المعلوم أن العلم طریقی غالباً ، واعتباره موضوعاً للحکم ، أو أخذه قیدا للموضوع خلاف للظاهر ، فیحتاج ذلك الی عنایة زائدة ، وما لم یدل دلیل علی الموضوعیة یحکم بالطریقیة ، وهذا واضح لااشکال فیه .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان حکم الحاکم فی باب القضاء یشبه العلم الموضوعی لان مایکون سبباً لترتب الاثر ووسطاً فی الثبوت فی باب القضاء لیس الا حکم الحاکم فان قوله : «حکمت بان الدار لزید لا لعمرو» عند قیام البینة علی ذلك هو الذی یوجب ملکیة زید للدار المتنازع فیها ، لاان علم القاضی أوجب ذلك ، اذ البینة لاتفید العلم وربما لاتکون الدار لزید ولا لعمرو فی علم الله، بل قد یکون لثالث أجنبی عن المترافعین فالموجب لانتقال الدار لزید لیس الا حکم الحاکم، وعلیه فلا ربط لباب القضاء بالواقعیات، ولا بالعلم الطریقی .

وبعبارة اخری ان حکم الحاکم یشبه القطع الموضوعی فی کون کل منهما موجباً لترتب الاثر والحکم علی الموضوع ، ولایشبه العلم الطریقی المحض ، ومن المعلوم أن علم القاضی علم طریقی لایرتبط بباب القضاء وحکم الحاکم .

ان قلت : اذا خرج علم القاضی عن باب القضاء موضوعاً فما معنی النزاع بینهم فی ان القاضی هل یقضی بعلمه ام لا ؟

قلت : معنی النزاع انه کما یجوز للشارع أن یجعل العلم الطریقی موضوعیاً، بأن یأخذ فی موضوع حکمه ، ویتعبدنا علی ذلك، کذلك یجوز ان یجعل علم القاضی وسطاً فی الثبوت والاثبات ، وان یرتب الاثر علی علمه ، و حینئذ یقع النزاع فی أنه

هل فعل الشارع ذلك أم لا ؟

وحيث لم يدل عليه دليل نختار أن الشارع لم يفعل ذلك ، وقد تقدم انه لو شككنا في ذلك يكون الشك كافياً في عدم حجية علم القاضي على النحو المذكور.

واما الادلة المتقدمة فقد ظهر ضعف الاول منها مما قلناه ، حيث لادليل على كون العلم موضوعياً في المقام .

ويرد على الثاني ان قوله عليه السلام :«قضى بالحق وهو يعلم به» ليس فيه تخصيص بمورد العلم ، بل المقصود منه هو العلم الحاصل من البينة ونحوها .

مضافاً الى ان الدليل المتعرض لبيان الحكم لا يبين حال الموضوع بوجه ، فالرواية تدل على أن القضاء لابد أن يكون بالحق .

و اما موضوع القضاء وأنه هل يجوز بعلم القاضي ام لا ؟ فليست الرواية في مقام بيانها ، ولا التعرض له .

واما الثالث : ففيه أن قتل علي عليه السلام الاعرابي يمكن أن لايكون بعلم الامامة ، اذ يحتمل أن يكون ذلك لا ستلزام قول الاعرابي تكذيب رسول الله صلى الله عليه وآله بل يقطع الانسان بذلك ،اذا تأمل في الرواية، فانها تصرح بأن القتل كان لتكذيبه لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لابعلم الامامة .

و اما الرابع : فيرد عليه ما اوردناه على الثاني من أن الايات و الاخبار الدالة على وجوب الحكم بالحق والعدل و القسط لاتدل على كيفية الموضوع ، كما أن قوله عليه السلام : الناس مسلطون على اموالهم» لايثبت حالات السلطنة و كيفيتها .

واما الخامس :ففيه أن الظاهر أن الرواية قد وردت في مقام الامامة والخلافة ، وليست في مقام بيان قضاء القاضي بعلمه ، وهناك واجبات وتكاليف تختص بالنبوة

والامامة ، فوجوب شيء على الامام لايدل على وجوبه على الفقيه .

مع أنه يمكن أن يكون ذلك من باب ترتيب آثار الواقع ، لامن باب الحكم و القضاء ، وان اطلق عليه الحكم ، ويكون اطلاقه عليه من باب الاطلاقات العرفية ، وسيأتي الفرق بينهما .

فاذا لم يكن دليل على جواز القضاء بالعلم على نحو الاطلان فكيف اذا بالتفصيل بين حقوق الله وحقوق الناس ، فانه محتاج الى أدلة خاصة وراء جواز الحكم من القاضي بعلمه ، والمفروض عدم الدليل على ذلك .

فتلخص من جميع ماقلناه أن قضاء القاضي بعلمه وان كان ممكناً في مقام الثبوت ، ولكن لم يدل عليه دليل ، في عالم الاثبات .

كلام مع المحقق العراقي

ثم ان المحقق العراقي ره قد ذهب الى صحة قضاء القاضي بعلمه ، اذا كان العلم مطابقاً للواقع ، وعليه يكون الشرط في صحة القضاء المذكور ونفوذه هو المطابقة للواقع ، ولا يصح عند عدمها ، وهذا بخلاف البينة واليمين ، فان القضاء يصح بهما سواء كانت البينة مطابقة للواقع ام لا .

وفيه انه لا فرق بين العلم والبينة ، فان كان هناك دليل يدل على صحة ترتب الاثر على العلم ، وعلى صحة قضاء القاضي بعلمه فيصح العلم كالبينة ، فيصح القضاء به سواء طابق الواقع ام لا ، وان لم يكن هناك دليل كذلك ، كما هو الحق وقد بيناه مشروحاً لا يصح القضاء بالعلم مطلقا .

وبالجملة التفصيل بين المطابقة للواقع وعدمه لا وجه له .

مضافاً الى أن تقييد الادلة بمصادفة علم القاضي للواقع مما لا معنى له ، اذ أخذ ذلك في الدليل اما أن يكون موجبا لشك القاضي في مطابقة حكمه للواقع ، ولازمه عدم الحكم واما ان لا يكون موجبا لشكه بأن يكون قاطعا بالمطابقة للواقع ، فلا اثر لهذه الادلة في حكمه .

على ان المطابقة للواقع وعدمها ليست من شؤون القضاء ، ولا القاضي حتى تؤخذ قيداً في قضائه .

وقد استدل على عدم صحة القضاء بالعلم ، بما روى ان نبياً سأل الله تبارك وتعالى : بأي شيء أحكم فيما لم اره ببصري ، ولم أسمعه باذني ؟

فقال تعالى : أحكم بالبينات والايمان . (١)

وفيه أن الحصر هنا اضافي لا حقيقي ، وقد وقع الحصر هنا على حسب المتعارف الغالب عند الناس ، حيث أن القضاء والحكم يكون غالبا بالبينة والايمان ، وليس معنى الرواية عدم تمشي العلم ، وانه لا يصح القضاء به بتاتاً .

١ـ الرواية منقولة بالمعنى . الوسائل ج١٨ ص١٦٧

كلام مع المحقق الاشتياني

ثم ان المحقق الاشتياني (ره) بعد ما ذهب الى جواز قضاء الامام عليه السلام بعلمه، اورد على نفسه اشكالا، وهو أنه لو بنينا على جواز حكم الامام عليه السلام بعلمه، لاختلت امور الامة، واختل نظام الناس، من جهة أن الامام عليه السلام يعلم جميع جزئيات افعال الناس وأقوالهم، وقد تقدم أن الامور انما بنيت على الظاهر، فلو كشف الغطاء وظهر الواقع لظهرت حالات الناس، وأفعالهم الخفية، ومنه يلزم الاختلال في النظام.

ثم أجاب عن الاشكال المذكور بأنا نمنع عن علم المعصوم بجميع جزئيات افعال العباد بل نقول: ان لهم القدرة عليه فان شاؤا علموا، ولو سلمنا علمهم - عليهم السلام - بجميع الجزئيات علماً حضورياً، لانسلم أنهم لم يحكموا بمقتضى علمهم، بل الثابت لدينا من حالهم أنهم كثيراً ما كانوا يرتبون الاثر على الواقع، وأنهم يعملون بمقتضى علمهم. واما ما نرى من معاشرتهم مع العامة وعدم حكمهم بما علموا من كفر العامة، ونجاستهم فليس ذلك من اجل عدم جواز الحكم بمقتضى علمهم، بل يحتمل أن يكون مجرد قول اشهد أن لا اله الا الله، واظهار الاسلام كافيا للحكم بالطهارة، وموجبا لجواز المعاشرة

معهم فى الظاهر .

اقول :ويرد عليه أولاأن الاخبار الدالة على أن الائمة ـ عليهم السلام ـ قادرون على العلم . بحيث انشاؤا علموا ،وانلم يشاؤالم يعلموا ضعيفة جداً ، ونحن لانعتمد عليها ، ومن تأمل فى تلك الاخبار من حيث السند والدلالة ، ودقق النظر فيها يجد ماقلناه .

والذى نعتقده نحن فى علم الائمة عليهم السلام أنهم يعلمون جميع جزئيات الافعال ،سوى البداء والذى يختص بذاته سبحانه وتعالى، بمعنى أنهم ـ عليهم السلام ـ عالمون بالاشياء ،لكن لامطلقا،بل بالامور التى لم يرد الله تعالى اخفائه عنهم .

واماالامور التى قدارادالله تعالى اخفائها ولم يظهرها لخلقه فليسوا عالمين بها واما كون علمهم علما حضورياً فلا نلتزم به، لان القول به مستلزم للغلو والكفر ، ولم يذهب اليه احدمن علماءالشيعة ، ممن له معرفة بالقواعد الحكمية .

وان وجد هذاالتعبير فى بعض الكلمات، فيرادمنه تحقق المعلومات فى نفوسهم لابمعنى الحضور ووجود المعلول عند وجود علته ، كما نجده فى كتب علما الشيعة من التعبير لعلم الحضورى بهذاالمعنى، ويريدون منه وجود المعلومات فى نفوسهم ،كما عليه أبناء المحاورة واللغة ،ولايريدون به حضور المعلول عند علته ،ويستنكرون ذلك من أى كاتب كان .

وان مذهب التشيع والامامية قائم على أن وجود النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته ـ عليهم السلام ـ ليس لهم وجود استقلالى فى قبال وجود الحق، فلاميل لهم ولارغبة ولاعلم الا بتعلق الارادة الالهية بذلك الشىء ، كما هو صريح كلمات علماء الامامية فى ذلك .

فان حضور الاشياء لديهم ليس الا بمعنى كونهم علة تامة لها، والعلة التامة منحصرة في وجوده تعالى.

وثانياً: انه فرق واضح بين الحكم بمقتضى العلم، وبين ترتيب اثر الواقع على مقتضاه والعمل عليه.

وما هو محل البحث والكلام انما هو الاول، واما الثاني فلا كلام لنا فيه، فان عمل المعصوم عليه السلام بمقتضى علمه، وترتيب آثار الواقع على نفسه وظيفة شخصية له لا يرتبط بباب الحكم والقضاء، وليس لنا تعيين الوظيفة للامام عليه السلام، فمثلا فرق بين أن لا يدخل الامام دار زيد ولا يعاشر معه عملا بمقتضى علمه من نجاسة زيد، وكفره وبين حكمه وقضائه بكفر زيد.

وما هو محل البحث هو الثاني، والثابت من الامام عليه السلام هو العمل على العلم على النحو الاول.

وبالجملة: عمل الامام عليه السلام على مقتضى علمه وترتيب اثر الواقع على نفسه بواسطة علم الامامة امر أجنبي عن الحكم والقضاء بمقتضى علمه، وهذا شأن من شؤونه ولا يبحث عنه الفقيه من هذه الجهة، فان الاول وظيفة شخصية للامام لا يرتبط بالنظام الاجتماعي، ولا يلزم منه الاختلال، ولا يهمنا البحث عن ذلك، والذي يهمنا هو البحث عن أن الامام عليه السلام هل حكم وقضى بمقتضى علمه أم لا؟

وثالثاً لو سلمنا أن الامام - عليه السلام - كان يحكم بمقتضى علمه، لكن ذلك لا يفيد للفقيه ما لم يكن هناك دليل يدل على جواز قضاء الفقيه بعلمه، حيث أن القضاء منصب الهي عظيم، ولا تثبت أية مرتبة من مراتبه الا بالدليل، ولو شككنا في وجود الدليل فالاصل عدم الحجية.

ولوسلمنا وجود الدليل على جواز قضاء القاضى بعلمه ، فلا فرق بين العلم الحاصل من البينة واليمين ، والحاصل من غيرهما .

فماذهب اليه بعض من اختصاص النزاع بالعلم الحاصل من غير البينة لاوجه له، اذالعلم حجة ذاتاً من أى منشأ كان .

القضاء التنفيذى واحكامه

معنى القضاء التنفيذى أن يكون الحكم صادراً من مجتهد ، ويكون التنفيذ من مجتهد آخر ، بمعنى : أن يحكم القاضى الاول بحكم فى واقعة ، والمفروض اجتماع الشرائط فيه من الاجتهاد والعدالة وغيرهما ، ثم يأتى فقيه آخر يريد تنفيذ ذلك الحكم الصادر من الاول ، من دون أن يكون له حكم فى تلك الواقعة ، حتى يقال بوجوب اتباع الاعلم ونحو ذلك .

وحينئذ يقع البحث فى صحة تنفيذ الثانى، فنقول :

هذا يتصور على أنحاء :

الاول أن يقول الفقيه الثانى : حكمت بتنفيذ ذلك القضاء الصادر من الاول ، ونحو ذلك ، وهذا يرجع فى الحقيقة الى تأكيد الحكم الاول ،فيكون الفقيه الثانى مؤكدا للاول .

الثانى :أن يكون تنفيذ القضاء من الثانى متمما لقضاء الاول ،فيشبه ذلك بالمتمم للجعل ، فكأن الاول يكون قاصراً عن التنفيذ ، ويتم ويرتفع ذلك النقص بتنفيذ

الثانى ، كماقد يتفق ذلك من بعض الفقهاء ، حيث لايكون له السلطنة والقدرة على التنفيذ ، واجراء الحدود ، وفى نفس الوقت يكون الفقيه الاخر فى كمال القوة ، ويكون له السلطنة الكاملة ، وحينئذ يحكم الاول ،ويفوض التنفيذ الى الثانى ،وهذا يشبه قصد القربة فى العبادات التى لايمكن أن يؤخذ فى الدليل الاول ، فيدل عليه دليل ثان بعنوان المتمم للدليل الاول .

الثالث : ان يكون حكم الثانى وتنفيذه من باب الامر بالمعروف ، باعتبار ان الاول لما لم يكن نافذ الكلمة ، ولم يكن له قدرة على التنفيذ ، فكان الثانى مساعداً له فى اجراء حكمه ، وتنفيذ قضائه ، من باب وجوب الامر بالمعروف .

الرابع : ان يكون حكم الثانى ارشاداً الى حكم الاول .

الخامس : ان يكون تطبيقا خارجياً لحكم الاول .

* * *

اما الوجه الاول وهو التأكيد فغير صحيح ، لان مفهوم الحكومة والقضاء ونحوهما مفهوم اعتبارى ،لايقبل التأكيد ،لان تلك المفاهيم يدور امرها بين الوجود والعدم ، فهى ان وجدت وتحققت توجد صحيحة كاملة ، ولاتوجد ناقصة ، حتى يحتاج الى التاكيد ، وليست لها مرتبتان من الوجو الشأنى والفعلى ، حتى يتصور فيها النقص والكمال .

ومن هنا ظهر ضعف الوجه الثانى أيضاً ، فان معنى تتميم الجعل الذى بنى عليه الوجه الثانى هو عدم وفاء الاول بتمام المصلحة ،وقد ظهر لك مما بيناه ان فصل الخصومة والقضاء امر اعتبارى ، يدور امره بين الوجود والعدم .

واما الوجه الثالث فقد ظهر ضعفه مما قدمناه فى اوائل الكتاب ، من الفرق بين

باب القضاء والامر بالمعروف ، وقلنا انه لايرتبط أحدهما بالاخر ، وقد أوضحنا ذلك فيما تقدم ، فلانعيده .

ثم لوسلمنا أن باب القضاء من توابع باب الامر بالمعروف نقول : ان القضاء التنفيذى لايكون الاتأكيداً لقضاء الاول ، اذلو تعدد الامر بالمعروف على النحو الذى ذكرنا فى معنى القضاء التنفيذى يكون الثانى تأكيدا للاول قطعاً ، فيرجع هذا الوجه الى الوجه الاول ، أوالثانى ،وقدعرفت مافيه .

واما الوجه الرابع : فضعفه ظاهر لايحتاج الى البيان ، اذ الارشاد لايرتبط بباب القضاء جزماً .

واذابطلت الوجوه الاربعة ، تعين الوجه الخامس ، وهو التطبيق الخارجى، فيكون القضاء من الثانى تطبيقا عملياً لقضاء الاول ،ولعل من قال بصحة القضاء التنفيذى أرادبه هذا الوجه .

* * *

والتحقيق ان تطبيق فصل الخصومة بعد الحكم ليس قضاء فى الحقيقه ، بل هو تطبيق للقضاء ، والحكم على مورده . وهذا التطبيق يكون بيد الفقيه الاول تارة ، وبيد الثانى اخرى .

هذا مضافاً الى ان الدعوى فى باب القضاء لابد أن تكون فعلية ، ولايكفى فيه دعوى الشأنية كماسيأتى وعليه فلايكون القضاء التنفيذى من باب القضاء المصطلح، لعدم الفعلية فيه .

قاضي التحكيم

قاضي التحكيم انما يتصور في زمان حضور الامام عليه السلام ، حيث يكون النصب فيه خاصا ، فيأتي البحث في أنه هل يجوز أن يتراضى المترافعان الى غير ذلك القاضي ، أي الى الذي لم ينصب من قبل الامام عليه السلام أم لا يجوز ذلك ؟

واما في زمان الغيبة فلا حاجة الى قاضي التحكيم ، لوجود النصب العام لكل فقيه جامع لشرائط الافتاء ، فلا يحتاج اليه في مقام القضاء ، انما وقع الكلام في زمان الحضور من انه هل يحتاج الى نصب المعصوم أم لا ؟

قد يدعى أن بعض الروايات ظاهرة في عدم الحاجة فيه الى نصب المعصوم ـ عليه السلام ـ كما في المرسلة العامية : «من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله» .

وقد ورد في خبر احمد بن الفضل أنهم أجلسوا عروة ليتكلموا ويتساءلوا فيحكم بينهم.

ولكن من الواضح ان المرسلة ضعيفة السند ، وهي ليست في مقام جعل قاضي التحكيم كما يعطيه ظاهرها ، بل هي في مقام الحكومة بالعدل ، وانما ذكر عنوان

التحاكم مقدمة لعنوان الحكم بالعدالة ، لانه هو المقصود بالرواية .

واما خبر احمد (١) فيفهم منه ، بملاحظة صدره وذيله أن اجلاس عروة انما كان لبيان الفتوى والحكم ، لا لبيان فصل الخصومة ، ولا دليل في المقام الا دعوى الاجماع ، وفي ثبوته تأمل .

١ـ الوسائل ج ١٨ ص ١٠٧ رقم : ٣١

بماذا تثبت اهلية القضاء؟

تثبت الاهلية للقضاء بامور :

منها :العلم ، لاريب ولاخلاف من أحد فى ثبوتها به ، بل ولايمكن الخلاف فى ذلك ، اذقد تقدم مراراً وقد أثبتناه فى محله أن حجية العلم وطريقيته ذاتية ،لانحتاج الى جعل من الشارع ،لانفياً ولااثباتاً، فهو كاشف عن متعلقه ذاتاً ،بل هو عين الكشف والاحراز .

واما عدم تعرضهم له فى هذا المقام ، فلعله كان لوضوح المطلب ، لالقصور فى اعتبار العلم كما أشار اليه المحقق الاشتيانى رحمه الله .

ومنها البينة :وقد بحث الفقهاء ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ عنها وعن حجيتها فى باب الطهارة والنجاسة وفى باب القضاء .

ومجمل القول فيها أنها حجة بلااشكال وتثبت ماتعلقت به من دون احتياج الى حكم الحاكم فى موردها ، كما يراه بعض من اهل العلم ، فان الواقع يثبت بالبينة بنفسها ، وتكون هى طريقاً الى الواقع كسائر الطرق ، ولذا لوشهد شاهدان على

رؤية الهلال عند شخص يجوز له الافطار ، بل يتعين ذلك عليه ، ولايحتاج الى حكم الحاكم ، وانما يفيد الحكم لمن لم تقم عنده البينة .

ومن تتبع فى الروايات الواردة فى حجية البينة على اختلاف مواردها من الاهلة والطهارة والنجاسة وغيرها ودقق النظر فيها ،يجدان الشارع انما يرتب الاثر على نفس البينة ، وبعد الغاء الخصوصية عن الموارد المخصوصة تكون البينة حجة فى جميع الموارد بالنسبة الى من قامت عنده البينة .

كماورد فى باب الاهلة من ثبوت الهلال بشاهدين عادلين . كرواية منصور ابن حازم عن ابيعبدالله عليه السلام فى حديث ، فان شهد عندكم شاهدان مرضيان بانهمارأياه فاقضه .

ورواية الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول : لااجيز فى الهلال الاشهادة رجلين عدلين ، ونحوهما غيرهما (١) .

وماورد فى باب العدالة من قوله عليه السلام فى رواية علقمة قال : قال الصادق عليه السلام . وقدقلت له : يا ابن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اخبرنى عمن تقبل شهادته ومن لاتقبل. فقال : ياعلقمة كل من كان على فطرة الاسلام جازت شهادته ، قال :فقلت له : تقبل شهادة المقترف بالذنوب ؟

فقال : يا علقمة لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لما قبلت الاشهادة الانبياء والاوصياء ـ عليهم السلام ـ ، لانهم المعصومون ، دون سائر الخلق، فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً، أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من اهل العدالة والستر، وشهادته مقبولة

١ـ راجع الوسائل باب ١١ من ابواب احكام شهر رمضان

وان كان في نفسه مذنباً (١) .

وما ورد في الجبن عن الصادق عليه السلام كل شيء حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان عندك أن فيه الميتة . (٢)

ومن المعلوم عدم خصوصية في الميتة، وانما ذكرت من باب المثال ، فهي مورد من موارد الشهادة لانها موضوع لها .

أضف الى ذلك كله ما ورد في رواية (٣) مسعدة بن صدقة قوله عليه السلام : كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه ، فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته ، وهو سرقة ، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك وهي اختك، أو رضيعتك ، والاشياء كلها على هذا ، حتى يستبين لك غير ذلك ، أو تقوم به البينة .

والرواية وان كانت ضعيفة من حيث السند، لكن الفقهاء ـ رضوان الله عليهم ـ قد عملوا بها ، وبعد عمل المشهور بها ، وأخذهم لها بالقبول ، لاينبغي لنا الاستشكال في سندها الاعلى القول بلزوم عدالة الراوي ، والالتزام بما التزموه في فن الرجال من الدقة في وثاقة شخص الراوي ، وقد تقدم غير مرة من عدم التزامنا بذلك ، وان الالتزام بما وراء الوثاقة بالصدور التزام بما لايلزم .

وأن من اظهر موارد قبول الرواية بين الاصحاب هي هذه الرواية ، ولم يقع من احد من أصحابنا عدم قبولها ، أو التشكيك فيها، مع كون راويها مخالفاً في المذهب

---

١ ـ الوسائل باب ٤١ من ابواب الشهادات حديث ١٣

٢ ـ الوسائل باب ٦٠ من ابواب الاطعمة المباحة حديث ٢

٣ ـ الوسائل باب ٤ من ابواب ما يكتسب به حديث ٤

أوبترى العقيدة ، و ان تشكيكات علم الرجال والجريان على اصوله مما يسد كثيراً باب العلم فى الاحكام الشرعية .

وان اردت توضيح ذلك فى الجملة فراجع ماكتبناه فى الجزء الثانى من انوار الوسائل .

وكيف كان فلااشكال فيها من جهة السند .

وانما الكلام فى دلالتها ، والذى أوجب الاختلاف فيها ، هو مشكلة عدم تلائم صدر الحديث مع ذيله، من جهة ان الظاهر من الصدر هو بيان الحكم الظاهرى فى الشبهات الحكمية .

والظاهر من الذيل . ومن الامثلة التى بينها الامام ـ عليه السلام ـ هو بيان الحكم فى الشبهات الموضوعية .

ومن المعلوم عدم تناسب تطبيق الحكم الكلى على الاصول الموضوعية من السوق واليدوالاستصحاب ونحوها .

ومن هنا اختلفوا فى تفسيرها على اقوال .

الاول : أنها ظاهرة فى الشبهة الحكمية، ولكنها تستلزم الشبهات الموضوعية .

وفيه أنه لو كانت الرواية ظاهرة فى الشبهة الحكمية ، فأى ملازمة بينها وبين الشبهات الموضوعية، ولادليل على التلازم بينهما .

نعم لو كان هناك ملازمة شرعية أو خارجية بينهما ، لامكن القول بان الشارع لما رأى التلازم بينهما ،فقد طبق الشبهة الحكمية على الموضوعية ، ولكن الانصاف انه لم يدل دليل على ذلك .

الثانى : ما ذهب اليه المحقق العراقى «ره» من أنها تحكى عن انشاءات متعددة

فی صورة الاخبار، بمعنی : أن الصدر انشاء للشبهة الحکمیة ، وأما الذیل فهو انشاءات متعددة فی الشبهات الموضوعیة .

وفیه ان هـذا خلاف للظاهر جدا ، بل لیس ذلك فی الحقیقة جوابا عن الاشکال فان المشکلة و هی تطبیق الامام ـ علیه السلام ـ الصدر علی الذیل باقیة علی حالها .

الثالث : انها وردت لبیان الشبهة الحکمیة ، وذیل الروایة لایرتبط بصدرها ، بل الامام علیه السلام بعد ما بین الحکم فی الشبهات الحکمیة أراد ان یبین اشیاء أخر لاربط لها بما قبلها ، فأتی بأمثلة فی الشبهات الموضوعیة لبیان حالها تفضلا منه ـ ع ـ .

وفیه : ان هذا خارج عن مساق الروایة، فان ظاهرها التطبیق .

الرابع : وهو المختار ان الروایة ظاهرة فی الشبهة الموضوعیة .

ویدل علیه قوله علیه السلام : حتی تعلم أنه حرام بعینه ثم تعقیبه بقوله : فتدعه ، فان الظاهر من ذلك هو الشبهة الموضوعیة ثم طبق (ع) ذلك بقوله : «وذلك مثل الثوب الی آخره» .

وبالجملة : فمن تأمل فیها وألفت نظره الی صدرها وذیلها عرف ما قلناه .

ثم ان معنی البینة فی الروایة لیس الا ما هو المرتکز فی اذهان المتشرعة ، و ماهو المتداول فی اطلاقات الشارع ، وهو قیام شاهدین علی شیء ما .

فالقول بارادة مطلق الحجة منها وان کان بخبر العدل الواحد معللا بأن البینة معناها الوضوح کما هو کذلك لغة لاوجه له .

ثم ان حجیة البینة عامة ،لاتختص بمورد دون مورد .

وتوهم انه یستفاد من قوله علیه السلام فی روایة الحلبی المتقدمة : « لا اجیز فی الهلال الاشهادة رجلین عدلین » عدم حجیتها فی غیر مورد الحکم .

مندفع بأن غاية ماتدل عليه الرواية هو عدم جواز الحكم بالافطار الا بشاهدين.

وأما عدم ترتيب الاثر على الشهادة لدى من قامت عنده البينة فلا تدل الرواية عليه حتى تنفيه.

وان شئت فقل: ان الرواية انما هو في مقام الحكم، لا في مقام مطلق ترتيب الاثر على الشهادة.

عدم حجية خبر الواحد في الموضوعات

قدذهب جماعة من الفقهاء الى كفاية خبر الثقة في الموضوعات ، كماهو كذلك في الاحكام .

وقالوا في وجه ذلك :ان رواية مسعدة وغيرها من الروايات الدالة على اعتبار البينة ليس فيها اطلاق يشمل جميع الموارد ، لاشتمال كل منها على خصوصية من الخصوصيات كالميتة اوالطهارة اوالنجاسة اونحو ذلك .

واذاكان الامر كذلك يكون الميزان في الشبهات سواء كانت حكمية أم كانت موضوعية هوحصول الاطمئنان .

ولما كان خبر الثقة اوالعادل الواحد موجباً للاطمئنان فلابدمن القول باعتباره في الاحكام وفي الموضوعات .

والتحقيق عدم حجية خبر الواحد في الموضوعات ، لانه اولا ليس في دليل حجيته اطلاق يشمل المورد .

وثانياً انه لوسلمنا الاطلاق ، وقلنا بشمول دليل الحجية للموضوعات كان

خبر مسعدة المتقدم حاكماً على ذلك الاطلاق ، لان هذا الخبر يبين كيفية الاطمئنان اللازم فى الموضوعات ، وانه لابد وان يحصل من طريق البينة ، ولايكفى حصوله من خبر الواحد .

واما الاستدلال على كفاية خبر الثقة فى الموضوعات بكلمات الوثوق والثقة ونحوهما مما وردت فى مدح الرواة فى لسان اهل البيت ـ عليهم السلام ـ بقولهم «فلان ثقة عندى» مثلا .

فمدفوع بأن معنى الوثوق عند اهل البيت ـ عليهم السلام ـ وفى اطلاقاتهم ليس هو الذى ارتكز فى اذهاننا ، ونقصده فى استعمالاتنا ، فان الوثوق عندهم انما يراد به اعلى مراتب العدالة ومنتهاها ، والوثاقة هذه ربما تكون اعظم من البينة بمراتب لانها كثيراً ماتفيد العلم دون البينة .

والخلاصة : أن اطلاق الوثاقة على شخص فى عصر اهل البيت ـ عليهم السلام لايراد منه الا العدالة بأعلى مراتبها ، وكون الشخص ورعاً متثبتاً لامجرد كونه محل الاطمئنان بعدم الكذب .

وأن استعمال الوثاقة بمعنى الاطمئنان بعدم الكذب انما هو من مصطلحات الاصول المتأخرة ، ولذا نشاهد فيمن عبر عنه الامام المعصوم بالثقة او الموثوق به أنه فى تلك العصور من الاشخاص البارزين فى العدالة والورع .

وأما الاستدلال له بما ورد (١) فى التعويل فى دخول الوقت على اذان الثقة من قوله عليه السلام صل الجمعة باذان هؤلاء ، فانهم اشد شىء مواظبة على الوقت ونحوه ، بتقريب أن الامام عليه السلام حينما أمر بصلاة الجمعة باذان المؤذن مع ملاحظة ان المؤذن

---

١ ـ راجع الوسائل باب ٣ من ابواب الاذان والاقامة .

يكون واحداً غالباً ،وأنه من أبناء العامة ،فكأنه اعتمد في احراز الوقت بخبر الواحد فيكون موجباً لحصول الاطمينان .

فمدفوع بأن من الواضح المشاهد بالعيان عدم كون المؤذن واحداً ،بل يكون متعدداً ، في أغلب البلدان ،فيحصل العلم بدخول الوقت من المجموع ،والا فالمؤذن الواحد لايوجب الاطمئنان بدخوله . هذا مضافاً الى أنه لاكلام لنا في حجية العلم مطلقاً ، وان حصل من خبر الواحد ، وانما الكلام في حجية خبر الواحد بما هو هو، لامن حيث القرائن .

ولعل الامام عليه السلام انما أمر بالصلاة باذان المؤذن الواحد « على تقدير عدم تعدد المؤذن» من جهة ملاحظه حصول العلم به ،كما يظهر ذلك من تعليله عليه السلام بقوله: «فانهم أشد شيء مواظبة على الوقت» .

واما القول بأن خبر الثقة علم في نظر العرف والعقلاء ،ومن الاستبانة في نظرهم، ودليل الحجية من الشارع ايضاً ليس الا ارشاداً لما عليه العرف والعقلاء . ففيه أنه من المعلوم انه لايفيد العلم واقعاً ، وان افاده في بادىء النظر ، ولكن الانسان عند التأمل وعند مايجرب نفسه يرى أن خبر الثقة لايوجب العلم ، وأن السترة موجودة بينه وبين الواقع ، فلايحصل منه الا الظن القابل للتشكيك .

وحينئذ فان تعبدنا الشارع بالاخذ به فهو والا فلايمكن لنا الاخذ بكل مايفيد الظن .

والمفروض انه لادليل على التعبد لخبر الواحد في الموضوعات .

حجية الاستفاضة وعدمها

ينبغى لنا التكلم فيها فى مقامين :

الاول فى معناها ومايحصل به الاستفاضة .

والثانى فى حجيتها .

أما المقام الاول ، فنقول : انهم قد اختلفوا فيما تحصل به الاستفاضة على أقوال :

فمنهم من فسرها باخبار جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب .

ومنهم من فسرها باخبار ثلاثة فمافوق .

ومنهم من قال : بأنها تحصل باخبار اثنين فمافوق .

ومنهم من فسرها بالشياع ونحوه .

والتحقيق كما أشار اليه المحقق الاشتيانى أن هذه الاقوال والتفاسير ليست اختلافا فى معناها اللغوى ، بل انما هى تحديدات لما تتحقق به الاستفاضة ، فى العرف ، والا فلا أظن ان يختلف اللغويون فى معناها اللغوى ، فانها فى اللغة بمعنى السيلان ،

والشياع من أفاض الماء فيضا ،اى كثر وسال .

وقد صرح بذلك جماعة من اهل اللغة كالمصباح وغيره .

ولكن الفقهاء لماجاؤا الى مقام التحديد ، وأنه بماذا تتحقق الاستفاضة ، فقد اختلفت فيه كلماتهم .

فقال بعض :انها تحصل بثلاثة فمافوق ، أوأربعة فما فوق .

واعتبر بعض وصول الاخبار الى حد التواتر ، الى غير ذلك .

وذلك يشبه اختلافهم فى معنى الصحة فى العبادة ، فاختلافهم فيها ليس اختلافا فى معناها اللغوى ، فانها فى اللغة ليست الابمعنى التمامية .

ولكن نظر الفقيه لماكان فى باب العبادات هورفع التكليف ، ففسر :بكونها مسقطة للاعادة والقضاء .

وأما المتكلم فينظر الى جهة العبودية والاطاعة ، فيفسرها بموافقة الامر والامتثال .

وهذا الاختلاف فى الحقيقة لايرجع الى تصرف فى صميم المعنى وذاته .

وهكذا نقول بالنسبة الى معنى الاستفاضة ، فانهم لم يختلفوا فى معناها اللغوى، بل الاختلاف انماوقع فيما تحصل به الاستفاضة .

اما المقام الثانى فنقول : ان الذى يقتضيه التأمل هو عدم حجية الاستفاضة ، بماهى هى .

نعم لوفرض حصول العلم منها يكون حجة ، لكن لابعنوان الاستفاضة ، بل بعنوان العلم ، فيكون الاعتبار بنفس العلم .

وقد تقدم انه حجة ذاتاً ، وانه طريق الى الواقع ، ولاكلام لنا فيه .

وانما الكلام فى نفس الاستفاضة بماهى هى ، وقد قلنا انها غير معتبرة عندنا ، والدليل على ذلك أن مايكون حجة ودليلا فى الحقيقة ليس الا العلم ، وانما قبلنا خبر العادل والبينة للتعبد ، والا فليس كل مايفيد الظن حجة ، فان اعتبار الظن بماهو ظن يحتاج الى دليل والاستفاضة لاتفيد الا ظناً مطلقاً ، وهو ممانشك فى حجيته ، وقد تقدم مراراً أن الشك فى الحجية كاف فى عدمها .

وأما القائلون بحجيتها فقد استدلوا بوجوه :

الاول : السيرة فانها قد استقرت من زمن الائمة ـ عليهم السلام ـ الى الان على الاعتماد بالاستفاضة فى تعيين القاضى ، وأن الناس فى تلك الازمنة كانوا يصدقون قول من يدعى انه منصوب من قبل الامام بمجرد شهادة ثلثة اشخاص فما فوق ، فاذا شهدوا بسماعهم من الامام عليه السلام نصب ذلك القاضى كانوا يقبلون منهم ، وهذا دليل على حجية الاستفاضة .

وقد ذهب المحقق العراقى الى أنه لابد من الالتزام بالسيرة فى بابى النكاح والولاية ، وان لم نقل باعتبارها فى غيرهما .

وفيه أن ادعاء هذه السيرة ممنوعة جداً ، اذ كيف يعقل الاعتماد فيمن يدعى النيابة عن الامام عليه السلام بشهادة ثلثة أو أربعة ؟ مالم يكن هناك كتابة مقطوع بانها عن الامام عليه السلام ، أو قرائن موجبة لصدق الدعوى .

ولنفرض انه جاء واحد فى زمان الصادق عليه السلام من المدينة الى خراسان ، وادعى النيابة عن الامام عليه السلام ، وشهد له ثلثة أو اربعة ، فهل تقبل الشيعة ذلك ؟ مع كثرة الاعداء وكثرة التجسس منهم .

بل وكيف تطمئن الشيعة بشخص غير معروف عندهم ؟ وأن امامهم عليه السلام قد

بعث اليهم قاضياً يجب التعبد بقوله .

ولهذا لانعتقد نحن بوجود هذه السيرة اصلا، حتى فى باب النكاح والولاية.

بل نقول :لو قبلنا تمامية السيرة فى سائر الابواب لانقبلها فى باب الولاية ،لانها باب عظيم، وخطرها خطير .

نعم لو حصل من الاستفاضة العلم ،يكون الاعتبار به لابها كما تقدم .

الثانى مرسلة (١) يونس عن ابى عبدالله (ع) قال :سألته عن البينة اذا اقميت على الحق أيحل للقاضى أن يقضى بقول البينة من غير مسألة اذالم يعرفهم ؟قال : فقال : خمسة اشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم (الحال) الولايات ،والمناكح والذبايح والشهادات والمواريث ، فاذا كان ظاهره ظاهراً مأمونا ، جازت شهادته، ولايسئل عن باطنه.

فالرواية تدل على أن هذه الامور الخمسة ،ومن جملتها الولاية اذا استفاضت بين الناس وشهد وابها يجب الاخذ بظاهر حالهم ، ولايحتاج الى الدقة ،والتفتيش عن باطن الامر .

ونتيجة ذلك هو الاكتفاء بالظهور العادى بين الناس ،ولانعنى بحجية الاستفاضة الاذلك .

والظاهر من قوله : « يجب الاخذ فيها بظاهر الحال » هو ظاهر حال الواقعة ، لاظاهر الحال بالنسبة الى من قامت عنده البينة ، كما أن المراد من ظاهر الحكم على ماوقع فى بعض نسخ التهذيب هو ذلك ايضاً .

فالرواية من حيث الدلالة لااجمال فيها ،وانما يقع الاشكال فيها من جهة السند

١ــ الوسائل باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم .

من حيث أن من التزم بالموازين المذكورة في فن الرجال ،من وثاقة الراوى وعدالته تسقط الرواية عنده ، وهذا بديهى .

واما على ما اخترناه، من كفاية الوثاقة بالصدور، فنقول: ان استناد الفقهاء اليها فى الحكم والعمل غير معلوم ، لعدم انحصار المدرك فى هذه الرواية ، فلما لم يكن استناد المشهور اليها معلوماً لدينا ، نحكم بسقوط الخبر عن الحجية ،وان كان صريحا فى المطلوب ،من جهة الدلالة .

الثالث صحيحة (١) حريز قال : كانت لاسماعيل بن ابيعبدالله عليه السلام دنانير ، وأراد رجل من قريش ان يخرج الى اليمن، فقال اسماعيل: يا أبه ان فلانا يريد الخروج الى اليمن ، وعندى كذا وكذا ديناراً ، أفترى أن أدفعها يبتاع لى بها بضاعة من اليمن.

فقال له ابوعبدالله عليه السلام : يابنى أما بلغك أنه يشرب الخمر ، فقال اسماعيل : هكذا يقول الناس ، فقال يابنى لاتفعل . فعصى أباه ،ودفع اليه دنانيره ، فاستهلكها، ولم يأت بشيء منها .

فخرج اسماعيل ، وقضى أن اباعبدالله عليه السلام حج ، وحج اسماعيل تلك السنة فجعل يطوف بالبيت ، وهو يقول : «أللهم أجرنى واخلف على» فلحقه ابوعبدالله عليه السلام فهزه بيده من خلفه ، وقال عليه السلام :يابنى فلا والله مالك على الله هذا ، ولا لك أن يوجرك، ولا يخلف عليك ،وقد بلغك أنه يشرب الخمر، فأتمنته ،فقال اسماعيل: يا أبه انى لم أره يشرب الخمر ، انما سمعت الناس يقولون ،فقال ابوعبدالله عليه السلام :يابنى ان الله عزوجل يقول فى كتابه : (٢) يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين ، يقول يصدق الله ويصدق المؤمنين ، فاذا

١ـ الوسائل باب ٦ من ابواب الوديعة حديث ١ ،

٢ـ سورة براءة : ٦١

شهد عندك المؤمنون فصدقهم ،ولا تأتمن شارب الخمر ،فان الله تعالى يقول :ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ، فأى سفيه أسفه من شارب الخمر ، ان شارب الخمر لا يتزوج اذا خطب ، ولا يشفع اذا استشفع ، ولا يؤتمن على أمانة،فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله أن يوجره ، ولا يخلف عليه .

والرواية تدل على ترتيب الاثر على ما يقوله الناس ، والمؤمنون ، وليس ذلك الا لاجل حجية الاستفاضة والشياع .

وفيه أن التحقيق عدم كون الرواية فى مقام اعتبار الاستفاضة ، بل انما هى فى مقام الشهادة الكاملة التى لا تحصل الا بعدلين ، فهى صريحة فى اعتبار البينة .

ومن هنا ظهر ضعف ما افاده الاستاذ المحقق العراقى «ره» وغيره من الاعلام فى المقام ، من أنها ليست الا من قبيل قوله تعالى : (١) « قل اذن خير لكم » و يكون مساقها مساق اخلاق، ولا تدل الا على امر اخلاقى، وهو تصديق المؤمنين وعدم تكذيبهم فى اخبارهم وأقوالهم، مع عدم ترتيب الاثر عليها، وعليه فلا تكون الرواية دالة على حكم من الاحكام .

ووجه الضعف ما قلناه من دلالتها على اعتبار الشهادة بوضوح كامل.

واما عدم ترتيب الاثر من اسماعيل على قول الصادق عليه السلام فليس لاجل مخالفته الامام عليه السلام ، فان اسماعيل رجل عظيم الشأن ، وهو اجل شأناً من ان يخالف المعصوم ـ عليه السلام ـ ، بل لانه لم يجزم بما قاله الامام عليه السلام ، ولم يفهم منه النهى المولوى، كما ان منع الامام عليه السلام عن الائتمان لذلك الرجل لم يكن الا اخلاقياً .

الرابع : ما رواه فى الكافى ، عن ابن ابى ليلى عن ابيعبدالله عليه السلام فى حديث

---

١ ـ سورة براءة : ٦١

طويل، عرضه الراوى على الامام عليه السلام ، وفيه : « فقلت يكون المتاع للمرأة ؟ فقال : أرأيت ان أقامت بينة الى كم كانت تحتاج ؟ فقلت شاهدين ، فقال : لو سئلت من بين لابتيها يعنى الجبلين ونحن يومئذ بمكة لاخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت زوجها ، فهى التى جاءت به وهذا المدعى ، فان زعم أنه احدث فيه شيئاً فليأت عليه البينة .

وتدل الرواية على أن متاع البيت للزوجة، وذلك لاستفاضته بين الناس ، بحيث لو سئل عنهم لاخبروا بان المتاع للزوجة ، وأنها جاءت به من بيت أبيها .

وهذا يدل على اعتبار الاستفاضة .

وفيه : أن ذلك ليس من الاستفاضة فى شىء ، بل ليس ذلك الا أخذاً بظهور الحال ، بمعنى : أن ظاهر حال الناس أنهم يهدون للمرأة متاع البيت ، و انها تأتى بالجهاز من بيت أهلها ، وهذا اعتبار بظهور الحال ، ولا يرتبط باعتبار الاستفاضة .

مسألة جواز النقض وعدمه

ومما ينبغي أن يبحث عنه في المقام ، هو أنه هل يجوز نقض الفتوى بالفتوى ، أو الحكم بالحكم ، أم لا ؟ ونستوفي البحث في المقام في ضمن امور.

الاول : أنه هل يجوز نقض الفتوى بالفتوى من مجتهدين ، بأن يفتي المجتهد الثاني بخلاف المجتهد الاول أم لا؟

فنقول : انه جائز قطعاً ، والا فيلزم منه سد باب الافتاء والاجتهاد .

نعم لا يسمى الفتوى الثاني نقضاً للفتوى الاول ، و في تسمية ذلك بالنقض مسامحة، وقد استعملوا هذا اللفظ في المقام من باب التجوز والتسامح، والا ففي الحقيقة يرجع الفتوى الثاني الى موضوع آخر، وكل فقيه يتعبد برأيه ، و لا يرتبط برأي الاخر، حتى في الفقيه الواحد لو تبدل رأيه الى فتوى آخر.

ثم انه لا ربط لهذه المسئلة والمسئلة الاتية بباب القضاء ، وانما المربوط به هو نقض الحكم بالحكم ، وقد ذكروهما استطراداً ، ونحن تابعنا هم في ذلك .

الثاني : أنه هل يجوز نقض الفتوى بالفتوى من مجتهد واحد ؟ بأن يفتي الفقيه

بأمر، ثم يتجدد نظره ، فيؤدى الى خلاف ما أفتى به أولا ، أملا؟

فهذه المسألة ايضاً كسابقتها فى عدم مناسبتها لباب القضاء .

فلابد أن يؤخذ النقض ههنا بمعنى العدول ، أى عدول الفقيه عن رأيه الاول ، وقد حررت المسئلة فى باب الاجزاء ، ولا كلام فى جوازه ، بل ولا مفر لاحد من القول بالجواز.

وانما الكلام فى أنه هل تصح الاعمال السابقة المبتنية على الفتوى الاول من المقلدين أو من المجتهد نفسه أم لا ؟ بل تجب فى هذه الصورة أى فى صورة انكشاف خطأ الرأى الاول اعادة الاعمال السابقة .

فنقول : الذى يقتضيه التحقيق هو عدم الاجزاء ، لان الامارة الثانية القائمة على خلاف الامارة الاولى تكشف عن خطاء الامارة الاولى من الاول ، وتصيرها غير حجة من أصلها ، فان ذلك مقتضى حجية الامارة الثانية وصحتها ، ولاسيما على مسلك المشهور القائلين بطريقية الامارات .

نعم لو قلنا بالسببية مطلقاً أو عند خطاء الامارة كما هو رأى بعض ، على ما فصلناه سابقاً ، لامكن القول بصحة الاعمال السابقة .

ولكن قد تقدم أن السببية العامة فى جميع الاحوال لايقول بها الامامية .

و عليه فلو فرضنا العدول عن الرأى الاول ، بامارة أقوى من الاولى ، فمعناه : عدم تمامية الحكم الاول من أصله ، فان كاشفية الامارة وحجيته ليست مقيدة بزمان دون زمان ، بل هى طريق الى متعلقها من اول الامر.

وبالجملة : فالقاعدة تقتضى فى المقام القول بعدم الاجزاء .

ولكن الظاهر ثبوت الاجماع على الاجزاء ، وصحة الاعمال السابقة اذا كانت

من العبادات ، واما المعاملات والنكاح والمواريث ونحوها فهي غير مجزية ، حسب القاعدة التي قدمناها .

ثم ان الاجماع يقع على نحوين :

الاول : أن ينعقد في مسئلة لم يكن فيها مدرك ودليل من ناحية اخرى لم يناقش فيها وفي انعقاد الاجماع احد من العلماء ، فيأتي الاجماع دفعة ، من دون رد ومناقشة ومن دون استدلال من الفقهاء .

وهذا كالاجماع القائم على طهارة الدم المتخلف في الذبيحة . وحينئذ يكون الاجماع حجة ودليلا على المطلوب .

الثاني : أن ينعقد الاجماع في مسئلة تنازع فيها العلماء ، وصارت محل نقض وابرام .

وهذا كالاجماع القائم على عدم لزوم بيع المعاطاة ، وهذا النوع من الاجماع يكون في الحقيقة أخذاً بالقدر المتيقن من الاقوال ، ومتصيداً من الاراء المتعددة ، وهذا لا نقول بحجيته .

ولعل الاجماع المدعى فيما نحن فيه من هذا القبيل .

وربما يستدل على الاجزاء في المقام بلزوم العسر والحرج ، فانه ربما يكون المقلدين قد عملوا بفتوى الفقيه طيلة عشرين سنة ، أو أزيد ، فاذا رجع عن رأيه ، و أفتى بما يخالف الاول ، لابد وأن نقول بصحة الاعمال السابقة ، والا فكيف يمكن للمقلد أن يعيد أعماله التي عملها في مدة عشرين سنة ، فان لزوم العسر والحرج من ذلك واضح جداً .

وفيه : ان العسر والحرج وان كانا يضيقان دائرة الحكم والتكليف ، لكن

التضييق انما يكون بمقدار العسر والحرج ، فان الضرورات انما تقدر بقدرها .

فالتحقيق فى المسألة : هو ماتقدم من عدم الاجزاء .

* * *

الامر الثالث : انه هل يجوز نقض الحكم بالحكم امْلا ؟

فنقول انه يتصور على نحوين :

الاول أن يكون ذلك فى الشبهة الموضوعية .

والثانى : أن يكون فى الشبهة الحكمية .

وعلى كلا التقديرين اما أن يكون الناقض هو المجتهد الاول بنفسه ، أوغيره

أما الاول :فالظاهر جواز النقض فيه ،سواء كانت الشبهة حكمية أم موضوعية، كما اذا بنى على عدالة زيد مثلا ، ثم انكشف خلافه ، اما لاشتباه فى الموضوع ، أولاشتباه فى الحكم ، كان يكون بناؤه على عدالة زيد مبنياً على اعتقاده بأن العدالة عبارة عن حسن الظاهر ، ثم تبين له انه يلزم فيها وجود الحالة النفسية ،ولايكفى مجرد حسن الظاهر ، أوحكم بحلية العصير العنبى ، ثم انكشف له نجاسته أوحرمته .

والتحقيق جواز النقض فى جميع ذلك ، لماتقدم من أنه يلزم من عدم الجواز انسداد باب الاجتهاد والفتوى .

وأما الثانى :وهو أن يكون النقض من المجتهد الثانى ،بأن يحكم الاول بحكم ثم يرجع المترافعان الى الفقيه الثانى ، فيحكم بخلاف ماحكم به الاول .

فالتحقيق عدم جواز النقض فى هذه الصورة ، لان المجتهد الاول قد استندفى حكمه الى دليل معتبر عنده ،وقدفصل الخصومة بموازين علمية ، ومع فحص كامل،

من دون قصور في الاستنباط والفحص. وعليه: فلا يجوز النقض من الثاني.

مضافا الى انه ينطبق على الفقيه الاول قوله عليه السلام في المقبولة (١) «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله، وعلينا رد، والراد علينا راد على الله». وقوله عليه السلام (٢): «فليرضوا به حكماً، قد جعلته عليكم حاكماً».

وبالجملة: فالحق والانصاف انطباق كل من القاضي والحاكم والنائب للائمة - عليهم السلام - على القاضي الاول.

وأما استدلال بعض في المقام، باستصحاب بقاء الحكم الاول. فغير صحيح، لان الاستصحاب لا أثر له، اذا كان المقام من باب الحجة واللاحجة، فان حكم الفقيه الثاني يوجب ارتفاع موضوع الاول، وان بقي الحكم الاول كما هو المفروض، فلا موضوع للحكم الثاني.

الامر الرابع: في انتقاض الفتوى بالحكم وتوضيحه: أنه اذا افتى المجتهد بأمر، ثم جاء الثاني، فحكم بخلاف ما أفتى به الاول، فهذا لا شبهة في جوازه، وأنه يجب قبول الحكم من الثاني، ولا اشكال في نفوذ حكمه، اذ يشمله قوله عليه السلام: «من حكم بحكمنا» وقوله عليه السلام: «جعلته حاكما» أو «قاضياً».

فالفتوى الصادرة من الفقيه لا اثر لها، بالنسبة الى حكم القاضي، ولكن لا يسمى ذلك نقضا للفتوى، كما عرفت سابقاً.

وهكذا القول فيما لو تبدل رأي الفقيه بنفسه، بأن يكون قد أفتى بأمر، ثم تبدل رأيه، فأفتى بخلاف رأيه الاول، ثم حكم على طبق رأيه الجديد، فلا اشكال

١، ٢ - الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

حينئذ في نفوذ حكمه ، وأنه يكون ناقضاً للفتوى الاول ، على ما اصطلح عليه القوم.

اذقد تقدم أن مرتبة الحكم انما تكون بعد الفتوى ، فـان الفتوى عبارة عن الكبرى الكلية ، والحكم ليس الا تطبيقا لتلك الكبرى على المورد الخاص على نحو فصل الخصومة .

هل ينتقض بالحكم جميع لوازم الفتوى ؟

اذاورد حكم بعد فتوى المفتى ، فهل يرتفع جميع آثار الفتوى السابق أم لا ؟ فمثلا لوا فتى الفقيه بنجاسة العصير العنبى وحرمته ، وأنه ليس مما يشترى ويباع ، ثم حكم بجواز المعاملة عليه ، سواء كان الحكم صادراً من نفس ذلك الفقيه ، أو من غيره ، فهل يكون الحكم حينئذ ناقضا لجميع لوازم الفتوى الاول ؟ أو لايكون ناقضاله الا بالنسبة الى مصب الحكم ، وهو جواز المعاملة عليه ، دون الطهارة والنجاسة والحلية والحرمة .

فالظاهر هو الثانى ، فلايثبت بالحكم الطهارة والحلية وغيرهما من اللوازم ، لان الحكم انما يكون مثبتا لماحكم به ، ويكون نافذاً بالنسبة الى مصبه ، ولايثبت به اللوازم الاخرى .

وباب القضاء والحكم انما يشبه الاصول العملية التى لاتثبت بها اللوازم ، بل تقف على موضوعها فقط ، بخلاف باب الشهادة التى تثبت بها جميع لوازم متعلقاتها ، كالا مارات التامة الكاشفة عن الواقع .

هل يجوز نقض الحكم بالفتوى ؟

فنقول : أما فتوى الغير فلايكون ناقضا لحكم المجتهد .وهذا واضح لاشبهة فيه . وأما اذا كان الفتوى من نفس الحاكم ، بان حكم فى أمر على طبق فتواه الاول، ثم تبدل رأيه ، فأفتى بخلاف ماحكم به ، فالظاهر لزوم الرجوع عن الحكم ،وأن الفتوى حينئذ يكون ناقضا لحكمه .

والسر فى ذلك واضح ، فانه قدتقدم أن الحكم انما هو تطبيق للفتوى الكلى على المورد . واذا لم يكن له فتوى فى ذلك المورد ، أو كان ولكنه عدل عن ذلك فلابد له من الرجوع عن حكمه ايضا ، اذلافرق فى الخطاء والاشتباه بين أن يكون فى أصل الكبرى وبين أن يكون فى تطبيقها على الصغرى .

وقد حاول جماعة من الاعلام أن يصححوا الحكم ، وقالوا فى وجهه : ان الحكم ليس كالامارة والفتوى ، فان له موضوعية كاملة ، وسببية تامة ، فاذا صدر من فقيه ، تشمله ادلة القضاء والنفوذ ، ويكون حكمه نافذاً ، وليس له أن يرجع عن حكمه .

وبعبارة اخرى :انالفقيه بعدماحكم ،وفصل الخصومة ،فقدتم الفصل وانتهت الخصومة ، فلايسقط الحكم بعد ذلك .

ولكن الحق والانصاف ان الحكم لااثرله بعد تمامية الفتوى ، فان الحكم قد صدر بواسطة الفتوى ،وانه مسبب منها ومستند اليها ، واذاتبين عدم تماميتها ،فبطبيعة الحال يكون الحكم ساقطاً .

نعم لوقلنا ان حكم الحاكم انمايغير الواقع ، ويتغلب عليه ، ويرفع الحكم الواقعى بجميع مراحله ، ولايبقى للحكم الواقعى اية مرحلة كانت كما اخترناه فى أدلة التقية ، فحينئذ لامكن القول بأن الفتوى لاتنقض الحكم ، ولكن أنى لنا باثبات ذلك ؟ ! ! بل الظاهر المحقق عندنا انتقاض الحكم بتبدل الفتوى ، كيف لا ؟ فان الفقيه قداستند فى حكمه الى كبراه الباطلة لديه ،ومن لم يكن عنده كبرى كلية صحيحة، كيف يطبقها على الصغرى ؟

هذا كله فى الشبهات الحكمية ، وأما الشبهات الموضوعية فاوضح من أن يحتاج الى البيان ، فانه اذاتبين الخلاف ، انكشف الخطأفيبطل الحكم من الاول، ولايترتب عليه أى أثر من الاثار .

ثم انه قدذهب جماعة الى أن الحكم وان لم يكن له السببية الكاملة وأنه لايبدل الواقع بجميع مراحله ، لكنه يبدله ببعض مراحله ، وأنه سبب فى الظاهر .

والفرق بينه وبين السببية الكاملة يظهر فى بعض الموارد كما لوتنازع شخصان على دار ، فحكم الحاكم على أن الدار لزيد على طبق البينة التى قامت عنده ، مع أن عمراً يعلم بينه وبين الله ان الدار له ،وأن البينة ليست بصحيحة ، ولكن ليس له دليل يثبت ذلك .

ولنفرض ان لزيد وديعة عند عمر ويساوى قيمة الدار ، فعلى هذا القول يجب قبول حكم الحاكم فى الظاهر ، ولايجوز رده بمقتضى السببية الظاهرية ، وفى نفس الوقت يجوز له أن يرد الامانة لزيد ، بل يأخذه قبال قيمة الدار من باب التقاص.

وعلى القول الاول لايجوز له ذلك ، اذ المفروض أن حكم الحاكم قد غير الواقع ، وتغلب عليه بجميع مراحله .

والتحقيق هو القول الثانى ، وأنه ليس لحكم الحاكم سببية كاملة عندنا ، بل ولعل سببية اليمين أوضح من سببية الحكم ، كما يأتى فى محله ، وسيأتى أن الحكم الواقعى على ماهو عليه ، وأن الحكم واليمين انما يقعان على وجه السببية فى الظاهر لبعض مراحل الواقع لالتمامها .

ومن هنا سيأتى انشاء الله أن بعض الاثار مترتب على الواقع ، وان كان حكم الحاكم واليمين يترتب عليهما كثير من الاحكام الظاهرية .

جريان القضاء في الاحكام الكلية العامة

اعلم أن القضاء من توابع الرياسة المجعولة من قبل الامام المعصوم عليه السلام ، وأن جعل الامام عليه السلام القضاء للمجتهدين هل يختص بمورد القضاء والفتوى ؟ أو يعم لكل مايبتلى به الناس عادة ، وترجع الرعية فيه الى زعمائها ؟ أو أن منصب القضاء فرع الرياسة العامة الشاملة لعنوان الاجتماعيات والسياسيات في داخل المملكة وخارجها؟ كما يظهو ذلك من بعض الفقهاء ، وتقدم ذكره مفصلا .

فان قلنا بخصوصية نصبه في القضاء والفتوى ، او لكل مايبتلى به الناس عادة ، فانه لاريب في عدم جواز الحكم له في الحكم الكلى فلايجوز لفقيه اذا كان قائلا بحرمة العصير العنبى اوالزبيبى أن يحكم بنحو القضية العامة على مقلديه وغيرهم ، بحرمة شرب العصير ، وانما يختص الحكم الكلى بمقلديه على نحو الفتوى لاعلى نحو الحكم.

وهكذا لايصح له أن يحكم بحرمة التتن ، لو كان اختياره في الشبهة الحكمية التحريم ، وانما يذكر ذلك لمقلديه على نحو الفتوى دون الحكم . ولايصح له ايضاً لو اختار أن المحرم بين الطفلين هو الرضعات العشرة أن يحكم على

مطلق المسلمين بحرمة الرضعات اذا كانت عشرة على نحو الحكم دون الفتوى .

وأما اذا كان مبنى الفقيه هو الرياسة العامة بكل معنى الكلمة بحيث تشمل الرياسة للاجتماعيات والسياسات ونحوهما فيجوز له الحكم حينئذ .

ولعل الحكم بحرمة التتن في زمان السيد مجدد المذهب الشيرازى رحمه الله تعالى كان على هذا الوجه ، والا فان لم يكن قائلا بهذا القول ، ولا كان من رأيه ذلك، بل كان قائلا بالمذهب الوسط ، من رجوع العوام فيما يبتلون به الى رؤسائهم ، فلابد من حمل القضية على الامور الحسبية ،وأنه قام بها كما يقوم به عدول المؤمنين وأن موارد الامور الحسبية اذا كانت عامة ، بحيث لو لم يقم بها عدول المؤمنين ، أو الشخصيات المرموقة بين الناس ، لكان ضررها على عامة المسلمين عظيماً ،فحينئذ يتعين على الفقيه ،أو عدول المؤمنين القيام بتلك الجهة ،وان لم يقم بها عدول المؤمنين، يتعين على الفقيه وهو من أظهر أفراد عدول المؤمنين ، القيام بهذا الواجب .وربما كان نظر السيد الى هذا الوجه ،ان لم يكن مختاره الرياسة العامة للفقيه في زمان الغيبة.

هل يجوز أخذ الاجرة على القضاء

وقد بحث فقهاؤنا ـ رضوان الله عليهم ـ ، عن المسئلة في أبواب متعددة، فكثير منهم ذكرها في باب الصلاة ، وتعرض لها آخرون في باب الحج ، وثالث ذكرها في باب القضاء .

وكيف كان ، فقد ذهب بعض الى عدم جواز الاجارة في الواجبات ، اما لان الوجوب مطلقا يتنافى مع الاجارة ، أو لان الوجوب العيني مناف له .

أما منافاة مطلق العبادات ، أو النيابة القربية بخصوصها مع الاجارة فهو أمر يختص بباب العبادات ، وأنه لابد أن يبحث عنها فيها ، وان تعرضنا لهاتين الجهتين في المقام ، فيما سيأتي فليس ذلك الا من باب الاستطراد ، والاستيفاء للبحث.

وأما منافاة أصل الوجوب مع الاجارة ، فقد استدل له بامور :

الاول : أن الشارع اذا أوجب شيئا ، فقد اسقط ماليته ، ومن المعلوم انه اذا كانت المالية معدومة ، وساقطة من قبل الشارع ، لا يمكن الاجارة لانها عبارة عن المبادلة بين المنفعة والمال .

الثانى : أن الايجاب موجب لارتفاع السلطنة وانعدامها ، ومالم يكن للانسان سلطنة عليه ، لايقابل بالمال ، فلاتصح الاجارة .

الثالث : أن الايجاب يوجب ارتفاع الملكية ، ولااجارة الافى ملك .

ويرد على الاول ، أن المالية أمر اعتبارى ، قائم بالشيء باعتبار بذل المال بازائه ، حسب رغبات الناس بالنسبة الى ذلك الشيء .

والايجاب عبارة عن النسبة البعثية التى تبعث المكلف نحو الفعل ، ومن المعلوم عدم ارتباط أحدهما بالاخر ، وبعبارة أخرى : ان الايجاب عبارة عن الدفع التشريعى نحو الواجب ، وليس بأكثر من الدفع الخارجى ، ومن الواضح أنه لايوجب سقوط مالية مادفع اليه ، وأى ربط بين ايجاب شيء ، وسلب ماليته ، مع كون كل منهما منوطاً بغير ماأنيط به الاخر .

ويرد على الثانى : أن الايجاب لايسلب السلطنة الوضعية ، وانما هى اعتبار عقلائى لاربط لها بالايجاب ، ولايجعل الايجاب الانسان مسلوب القدرة وضعاً .

نعم لو اريد من السلطنة : «انه له اختيار الفعل والترك» وأن الايجاب يمنعه من الترك تكليفاً ، فيصح سلب السلطنة حينئذ ، اذ كل تكليف واجب جاء من قبل الشارع فهو يسلب سلطنة المكلف ، بالنسبة الى ترك الفعل تكليفاً وأما السلطنة الاعتبارية ، فباقية على حالها .

ويرد على الثالث : أن الملكية أمر اعتبارى عقلائى ، وهو الربط والاضافة بين المالك والمملوك ، وهذا معنى واقعى لايرتفع بالايجاب عند من شرع ذلك المعنى الاعتبارى ، اذ ليس معنى الايجاب سلب الملكية ، وأن العبد لايكون مالكاً لعمله .

واما الاضافة الاشراقية من الله تعالى ، بالنسبة الى الواجب ، فهى أمر صحيح

لايرتبط بمسئلتناهذه،بل تلك الاضافة موجودة فى كل شيء ولايختص بشي دون آخر.

هذه هى عمدة الوجوه التى ذكروها فى المقام.

وهناك وجوه آخر نذكر بعضاً منها:

الاول: أن الشارع اذا أوجب شيئاً، يكون الواجب ملكاً لله تعالى، وحيث لايجوز التصرف فى ملك الغير لاتصح المبادلة ايضاً.

وفيه: أنه مصادرة للمطلوب، اذ كون الواجب ملكاً لله تعالى، سوى ماتقدم من الاضافة الاشراقية، أول الكلام، وينحصر الامر فى الاضافة الاشراقية، فان عين وجود الشيء والممكن هو ملك لله تعالى.

الثانى: أنه لو صحت المبادلة فى الواجبات، لترتبت عليها آثارها، كالاقالة ونحوها، مع انه لايترتب عليها جميع آثار المبادلة.

وفيه مضافاً الى ترتب جميع الاثار عليها: أنه ليس من لوازم كل بيع أو اجارة أن يترتب عليه جميع الاثار، فعدم ترتب الاقالة عليها لايكشف عن كونه معنى لايصح الاجارة عليه.

وكيف كان فالذى يقتضيه التحقيق، أنه لامنافاة بين ثبوت الملكية، و بين الايجاب، لان الايجاب عبارة عن اعتبار شرعى، وهو البعث نحو الفعل، ولايثبت به الا الجهة التى يقتضيها التشريع، ولايستفاد منه أكثر من ذلك، وليس له نظر الى الجهة التكوينية، أو العقلائية، ولاربط له بالمالية، أو السلطنة او الملكية.

وبعبارة واضحة: أن الاحكام الشرعية، كالوجوب والحرمة والاباحة وغيرها ليست حقائق تكوينية، وانما هى أمور اعتبارية، بمعنى: أن المكلف يفرض نفسه فى عالم الاعتبار مبعوثاً الى العمل أو الى تركه، خارجاً.

فالشارع حينما يأمر بالصلاة مثلا ، كأنه يدفعه الى فعلها ، لكنه دفع اعتبارى تشريعى ، وما حكمه الاكحكم البعث والدفع التكوينى الخارجى ، فى انه لايرتبط بالمالية والملكية .

بل وليس فيه تعرض، لابأمر تكوينى ولابامر اعتبارى آخر ، ألاترى أن الشارع أوجب بذل المال للناس ، وتعريضه للبيع فى المخمصة، مع أنه لابيع الافى ملك ، فنرى أن الوجوب لاينافى الملكية والمالية ونحوهما ، فالمالية والملكية لصاحب المال ، وان وجب عليه بذله للبيع ، تكليفاً من الشارع .

وقد اتضح مما تقدم أن الوجهين الاخيرين أبعد الوجوه فى المقام .

كما علم أنه لافرق بين الوجوب المطلق والوجوب العينى، فى عدم منافاتهما مع المالية والملكية .

مناقشة مع المحقق الرشتي في المقام

نقل المحقق الرشتي «ره» في كتاب القضاء كلاماً عن الشيخ الانصاري «ره» ـ على ما ببالي ، ولم اراجعه قريباً ـ .

وحاصل كلامه في المقام : أنه من المعلوم مغايرة المصدر مع اسمه ، فان الاول عبارة عن الفعل ، والثاني نتيجة الفعل ، فالفعل الواحد يكون مصدراً من حيث الايجاد ، واسم مصدر من حيث الوجود ؛ وينحل بالدقة العقلية الى شيئين ، لان غاية الشيء تغاير اصل وجوده .

ونتيجة ذلك ، أن الواجب ينحل الى شيئين ، اما حقيقيتين أو اعتباريتين ، بمعنى أن الشيء الواحد يكون متحيثاً بحيثيتين اى حيثية الايجاد والوجود .

ثم نقول : ان مصب الوجوب والقربة انما هو نتيجة الفعل ، وهو الوجود المعبر عنه باسم المصدر ، ومصب الاجرة هو الايجاد المعبر عنه بالمصدر .

وبالجملة : هناك أمران ، أو حيثيتان ، وهما الايجاد والوجود ، فمن جهة الوجود يكون الفعل واجباً عبادياً ، يشترط فيه القربة ، ونحوها ، ومن جهة الايجاد يقع مورداً

للاجارة ، ويصح أخذالاجرة عليه .

والظاهـرعلى ما فى ذهنى ، أن أصل هذا الحل قـد صدر من الشيخ الاعظم الانصارى «ره» ، وتبعه جماعة ممن تأخرعنه، منهم استاذنا المحقق النائينى «ره» .

ولان يتضح الكلام جيداً ، نكرره ثانياً بتوضيح اكثرونقول :

ان انحلال العمل العبادى الى شيئين، يكون على أنحاء ثلاثة .

الاول : أن يكون الايجاد والوجود أمرين حقيقيين يغاير أحدهما الاخر، تغاير الغاية مع ذيها .

وعليه فيترتب عليه أثر العبادة والقربة، باعتبار الوجود. ويترتب عليه أخذالاجرة باعتبار الايجاد .

الثانى : أن يكون الايجاد أمراً حقيقياً خارجياً، ثم ينتزع عنه عنوان الوجود ، المعبرعنه بالغاية ونتيجة الفعل .

وقصد القربة والعبادية انمايترتب على هذا الامر المنتزع ، ومحط الاجرة هو الايجاد المفروض وجوده حقيقة .

الثالث : أن يكون كل من الوجود والايجاد أمراً اعتبارياً ، فيترتب على الايجاد « وهو امر اعتبارى » الاجارة ، وعلى ما نشأ منه الاعتبار الثانى وهو الوجود القربة والعبادية .

والذى ألجأهم الى ذلك ـ كمايظهر من الشيخ المؤسس لهذه التحليلات ـ هو التزامهم بأن كل عبادة لابد أن يكون جميع مقدماتها عبادية، سواء كانت علة قريبة، بالنسبة الى تلك العبادة أم بعيدة. وعليه فيشترط فى عبادية الفعل أن تكون المقدمات والدواعى باجمعها عبادة ، والافان وجد فى سلسلة العلل مقدمة أوداع غير عبادى، لايكون ذلك الفعل عبادة .

وتوهم كون بعض الدواعي في بعض العبادات أمراً دنيويا غير عبادي ، كسعة الرزق في صلاة الليل ، وطلب السقي في صلاة الاستسقاء ونحوها .

مدفوع ، بأن كل ذلك يرجع الى الامر العبادي ، لان الله تعالى هو الذي أمرنا بذلك ، وهو الذي رجح طلب هذه الامور ، وأمر الله تعالى بشيء يدل على العبادية .

* * *

والتحقيق : أن الوجود والايجاد أمر واحد ، بحيث اذا تحقق الايجاد يتحقق معه الوجود ، ولا يختلفان ـ لا حقيقة ولا مقولياً ـ وليست هناك مقولتان ، أو حيثيتان خارجتان حتى يقال : ان الاجارة تقع على حيثية ، والعبادة على حيثية أخرى .

ومن المعلوم : أن الحيثية الخارجية لا تتعدد مالم تتعدد المقولة الاضافية ، فاذن لا يحصل هناك وجودان ، أو حيثيتان مختلفتان .

نعم الايجاد والوجود عنوانان مختلفان ، ولكن تعدد العنوان لا يفيد في المقام بل ربما يقال : ان الاعتبار فيهما ايضاً غير متعدد .

هذا مضافاً الى أنه يلزم من ذلك ، أن تكون العبادة دائماً أمراً منتزعاً اعتبارياً ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به .

ومن المعلوم : أن العبادة ـ كالصلاة مثلا ـ ليست كالقيام والقعود ، حتى يقال بترتب عنوان واقعي ثانوي عليها ، كما يترتب عليهما عنوان ثانوي ، كالتعظيم والتوهين ونحوهما .

وأما قولهم : «بأن العبادة لابد أن تكون جميع مقدماتها عبادية» فهذا التزام بما لا يلزم ، بل ولا يمكن الالتزام به .

اذ يلزم منه خروج أكثر العبادات عن كونها عبادة ، فان أغلب الناس انما يعبدون الله تعالى في أوامره ونواهيه مطلقا خوفاً من النار ، وطمعا في الجنة .

ومن المعلوم : عدم كون هذه الدواعي عبادية ، فيلزم أن يكون أغلب العبادات غير عبادية . وأمر الله ـ تعالى ـ بالخوف من النار وطلب الجنة ، أو الرزق أو الاولاد ونحوها . وحثه ـ تعالى ـ على هذه الامور لا يوجب كونها عبادية.

اذ من الجائز أو المقطوع به ، أن كثيراً من هذه الاوامر يراد بها الارشاد الى الواقع والحث في التوجه الى العبادة ، والافهي في نفسها غير عبادية .

فالحق ، أن العبادة أمر عرفي تتقوم بأمرين :

الاول : أن يكون العمل أداة خضوع .

الثاني : أن يكون ذلك منسوبا الى المولى الحقيقي .

واذا تحقق الامران تتحقق العبادية ، ولا يشترط أن يكون جميع سلسلة عللها عبادية ، بل التحقيق كفاية كون العلة التامة القريبة عبادية .

* * *

ومن هنا اتضح : انه لا اشكال في أخذ الاجرة للقاضي ، وان كان القضاء أمراً واجباً ، لما تقدم من عدم المنع في جميع الواجبات ، ومن جملتها القضاء ، حتى لو قلنا بكون عمل القاضي أمراً قربياً عبادياً .

فلا يستشكل في جواز أخذ الاجرة ، لان الاجرة لا تقع في قبال العمل القربي ، بل يكون سبباً له .

وقد تقدم أنه لا يشترط في عبادية شيء أن يكون جميع اسبابها ودواعيها عبادية مع أن القضاء ليس عملا قربياً ، بل انما هو وظيفة شرعية يجب على القاضي أداؤها سواء قصد الله تعالى أم لا ، فلا يحتاج الى جعله عملا قربياً ، حتى نحتاج الى رد الاشكالات الواردة في العمل القربي .

حرمة أخذ الرشوة للقاضى

وقبل البحث عن حكمها لابد لنا من البحث عن معناها ، وموضوعها ، فنقول :

ان كلمات الفقهاء ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ مختلفة فيها جداً ، والظاهر أن اختلافهم انما نشأ عن اختلاف اللغويين فى معناها .

فمنهم من فسرها بالجعالة على الحكم الباطل .

ومنهم من جعلها بمعنى الجعالة على الحكم مطلقا ، حقاً كان أو باطلا .

ومنهم من عممها موضوعاً للهدية ايضاً ، او لمطلق البذل ، أو لمطلق التمليك.

وهناك تفاسير أخر قد ذكروها فى كتب اللغة .

ولكن التحقيق أن تلك المعانى ليست الا أن اللفظ قد استعمل فيها .

ومن المعلوم أن مجرد الاستعمال لا يثبت المعنى الحقيقى الموضوع له اللفظ ، كما لا يثبت أحد المعانى المذكورة ، اذا كان الاستعمال على حد سواء ، ولم يبلغ الى درجة الانصراف الى أحدها .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، نرى أن الروايات ايضاً مختلفة فى تفسيرها

وتطبيقها على موارده، فيظهر من بعضها أنها هي التي تقع مقابلا للحكم كما في رواية(١) عبد الله بن سنان قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين، يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت.

وفي بعضها الاخر: أنها شبيهة بالجعالة أوهبة.

وقد ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام - أنه لما جاء الى شريح القاضي - قال عليه السلام له: ما ذا بين يديك؟ فأجاب: أنه هدية، فقال عليه السلام: أيهدى لك لولم تكن قاضياً؟ بل هو الرشوة!!!

وقد ورد في رواية (٢) أصبغ بن نباتة، انه قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه، وان أخذ هدية كان غلولا، وان أخذ رشوة فهو مشرك.

فعد المعصوم - عليه السلام - الهدية ظلماً، وأنها بحكم الرشوة، وان لم تكن داخلة موضوعاً.

وورد (٣) عن ابي حميد الساعدي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم استعمل رجلا من الازد على الصدقة، فجاء فقال: هذا لكم، وهذا اهدي لي، فقام النبي صلى الله عليه وآله على المنبر، فحمد الله واثنى عليه، وقال:

ما بال العامل نبعثه، فيجيء فيقول: هذا لكم وهذا اهدي لي، ألا جلس في بيت امه وأبيه، فينظر أيهدى له أم لا، لايأتي أحد منكم بشيء من ذلك الاجاء به يوم

---

١ - الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ١

٢ - الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به

٣ - سنن ابي داود ج٢ كتاب الخراج باب الهدايا

القيامة ، ان كان بعيراً فله رغاء ، أوبقرة فله خوار، أوشاة تبعر، ثم رفع يديه حتى رأينا غفرة ابطيه ، ثم قال : أللهم هل بلغت ؟ أللهم هل بلغت ؟ .

و الرواية وان كانت من طرق العامة ، ولم تجبر بعمل الفقهاء ، ولازمه سقوط سندها، الا أنه مع الاغماض عن هذه الجهة ، وتقريبها بأنها مطابقة لرواية أمير المومنين ـ عليه السلام ـ لشريح القاضى السابقة ، يكون ظاهـرها تنزيل الهدية حكماً منزلة الرشوة ونحوها من المحرمات .

ونحن فى غنى عن هذه الرواية وأمثالها ، فان فيما ذكر عن ائمتنا ـ ع ـ فى هذا الموضوع غنى وكفاية .

ويمكن أن يستفاد حرمة الرشوة والهبات المقصود بها تبديل الحكم أوموافقة المدعى من الايات القرآنية المانعة عن أكل المال بالباطل، وأن لاتدلى الامر الى الحكام الاان تكون المعاملة تجارة عن تراض .

وليعلم أن الذى يظهر من بعض الادلة هو حرمة الرشوة وما بحكمها ،سواء كانت الرشوة لاجل حكم القاضى أوعمل الوالى وان لم يكن قاضياً ، أوكان القاضى شرعياً ولكنه قد أخذ الرشوة فى هذا المورد .

فـالحكم فى الجميع على حد سواء ، كما هو الظاهر المستفاد من مجموع الروايات .

نعم قـد ورد فى بعض الاخبار كما نشاهده فى الوسائل وغيرها جواز اعطاء الرشوة ـ لتخليص المال ـ الى حكام الجور والطغاة والمأمورين من قبلهم .

ولاريب فى ظهورها فى الجواز من قبل المعطى لتخليص ماله الا أنه لاملازمة بين الجواز تكليفاً للمعطى والحرمة على الاخذ تكليفاً ووضعاً ، وأنه لايملكه ويأثم على

قبضه ، وأنه سحت لايجوز التصرف فيه .

نعم يستفاد من ظاهر بعض الروايات : أن الرشوة ما تقع قبالا للحكم الباطل ، ولانعم الحق ، و هى الروايـات التى حكمت بأن الرشوة سحت ، أوظلم أو كفـر بالله تعالى .

ففى تفسير العياشى عن جراح المدائنى عن ابيعبد الله عليه السلام قال فى حديث : من أكل السحت الرشوة فى الحكم .

وفى رواية سماعة عن ابيعبدالله عليه السلام ـ فى حديث ـ قال : وأما الرشا فى الحكم فهو الكفر بالله .

ونحوها (١) غيرها .

هذا ولكن التحقيق ـ بعد التأمل فى كلمات القوم و السير فى الروايات ـ أنها ليست بجعالة ولامبادلة ولاأجرة ، ولاهبة، ولاينطبق عليها هذه العناوين .

بل هى عبارة عن بذل المال فى قبال عمل من الاعمال ،فهى بذل للمال ليتوصل الى الحكم .

وان شئت فقل : انها اباحة مال ليتوصل به الى الحكم .

نعم يعم الحكم ، ولايختص بالحكم الباطل .

و ما ذكرناه هو المتفاهم العـرفى من معناها ، وهو المستفاد من الاخبـار على اختلافها .

أما رواية (١) يوسف بن جابـر قال : قال ابوجعفر عليه السلام : لعن رسول صلى الله عليه وآله

١ـ راجع الوسائل باب ٨ من أبواب آداب القاضى

١ـ باب ٨ من أبواب آداب القاضى حديث ٥

من نظر الى فرج امرأة لاتحل له، ورجلا خان أخاه فى امرأته ، ورجلا احتاج الناس اليه لتفقهه ، فسألهم الرشوة .

حيث أن ظاهرها ،كون الرشوة فى قبال الفتوى والحكم الكلى ، وليست فى مقام فصل الخصومة والقضاء .

فاما أن نلتزم بظاهرها ، وهو أن الجعالة أو البذل للفقيه فى قبال اظهار الحكم الكلى للعامى مقتض لحرمة أخذ المال ، وضعاً وتكليفاً ، أو ننزيلها على مورد الحكم كما يطلق كثيراً الفتوى على الحكم والقضاء .

وحيث أن البذل او الجعالة أو الاستيجار أو الهبة المحرمة انما يكون فى قبال الحكم فقط ،ولايكون فى قبال الفتوى ، ولافى قبال الحكم الكلى .

ولذا نرى أن الفقهاء ـ رضوان الله عليهم ـ لم يتعرضوا لبيان حكم البذل و الرشوة فى قبال الحكم الكلى والفتوى .

فيقرب أن تحمل الرواية على الحكم والقضاء ، و الافلو قطعنا النظر عن هذه الجهة لكانت الرواية ظاهرة فى ذلك ،أى فى حرمة البذل والرشوة فى قبال الفتوى .

وعلى تقدير تمامية ظهورها كما أن الظاهر اعتبار سندها يمكن حمل الحرمة فى الرشوة وضعاً وتكليفاً على الحكم الكلى والفتوى .

ولاضير فى الالتزام بمفاد هذه الرواية، غايته عدم تعرض الفقهاء لبيان هذا الحكم ويكون المورد من مصاديق الرشوة اذا كان أخذ المال فى قبال عنوان الافتاء وبيان الحكم .

ومع ذلك كله فالاستفادة من الرواية بهذا المعنى محل تأمل و نظر.

هل يملك القاضى المال المأخوذ رشوة ؟

ثم انه بعدالفراغ عن حكم الرشوة تكليفاً ، وأنها محرم ، هل يملكها القاضى أم لا ؟

قديقال بعدم المانع من تملكه لها ، لان الرواية الحاكمة بأنها سحت ونحوها لاتدل على أزيد من الحرمة التكليفية .

وأما الحرمة الوضعيه بمعنى عدم تملكه لها فليس عليها دليل .

ولكن الانصاف أنه يستفاد من مجموع الروايات عدم التملك ، اذ الدليل ليس منحصراً فى الرواية التى فيها لفظة السحت .

بل هناك روايات تـدل على أنها ظلم وجور، أو كفر وشرك بالله تعالى ، وهذا كالصريح فى عدم التملك ، ولايتناسب مع الحكم التكليفى بالحرمة فقط .

والتحقيق أن هذه المسألة وهى جواز أخذ الرشوة للقاضى ساقطة من أصلها ، لان الـرشوة تكون غالباً قبل الحكم ، واذا قبل القاضى الرشوة فمعناه أنه فعل فعلا محرماً ، وبه تزول عدالته، وبعد ذلك لايكون قاضياً ، وينتفى موضوع القضاء فيكون

عنوان المسألة على النحو المذكور كما هو المشهور أمر ألغواً لاينبغى البحث عنه.

نعم يمكن تطبيق العنوان المذكور بفرض المسألة على نحو آخر ، وان كان وقوعه نادراً جداً ، بأن يفرض أن القاضى قدأخذ المال غفلة ،أوجاهلا بالموضوع، ثم التفت بعد الحكم والقضاء أنه رشوة يحرم أخذها ، فقبلها عالماً عامداً .

فحينئذ يصدق عليه أن القاضى قدقبل الرشوة ، وفى هذ الفرض ينفذ حكمه السابق ، لانه كان عادلا جامعا للشرائط حين الحكم ، وانلم ينفذ حكمه فيمابعد .

أووعده صاحب الدعوى بمال ، وقبل منه ، أوظهر منه الرضا ، فانه فى هذا الفرض يكون منقبيل قصد المعصية ؟لاايجاد المعصية وفعلها ، والاففى غيرماذكرناه يكون حكمه باطلا وغير نافذ .

نعم ان لم يقبل الرشوة اذاالتفت اليها ينفذ حكمه السابق واللاحق .

توبة القاضي بعد أخذ الرشوة

القاضي اذا تاب الى الله تعالى بعد ما قبل الرشوة هل يصبح عادلا؟ ويرجع الى القضاء بمجرد التوبة ؟ام لابد له من مضى مدة تحصل له بها ملكة العدالة ؟

فنقول : ان فسرنا العدالة بالملكة النفسانية ـ كما عن المشهور ـ فيحتاج تحصيل العدالة ثانياً الى مدة وزمان .

وان قلنا : ان العدالة هى الباعث النفسانى نحو الطاعة ، وترك المعصية ليس الا ، بحيث يمكن أن يكون الشخص عادلا وفاسقاً فى ساعة واحدة ـ كما عن استادنا المدقق الاصبهانى ـ فيكتفى فى المقام بمجرد التوبة .

ولكن التحقيق : عدم صحة هذين القولين ، بل المختار عندنا الحد الاوسط بينهما ، وهو أن العدالة عبارة عن الحالة النفسانية الثابتة المحركة نحو الطاعة ، والمقتضية لايجاد الطاعة وترك المعصية ، لابنحو العلة التامة كما هو المشهور .

وقد شرحنا ذلك مفصلا فى كتابنا (الطلاق) .

وكيف كان فنتيجه مااخترناه ايضا هوعدم الاكتفاء بمجرد قوله . تبت الى الله تعالى ، بل لابد فى العدالة من حصول تلك الحالة النفسية ، ولكنها ـ اى تلك الحالة النفسية ـ ليست ملكة يصعب حصولها ، ولاأمراً دفعياً يحصل بسرعة ، بل أمر متوسط بينهما .

الهبة تفارق الرشوة

ثم ان الهبة ليست من باب الرشوة ، ولادليل على حرمتها لان غرض المهدى ليس الاايجادالمحبة فى قلب القاضى ،وجلب عاطفته ،وهذاليس بازيد من نية السوء.

ومن المعلوم أن نية السوء لاتكتب عليها المعصية ، فانه يشملها اخبار العفو ، بل نحن نعمم تلك الاخبار حتى بالنسبة الى مقدمات المعصية ، فمالم يتحقق نفس المعصية ، لايكتب عليه شيء .

ولو فرض أن القاضى شك فى أن مايأخذه هدية أورشوة ، نقول :ان هذاالشك لاأثر له ، ويجوز له قبض المال ، اذالمفروض أن الواهب انما يسلم المال بطيب نفسه ، وبرغبة منه ، واحتمال الرشوة لايؤثر فى الحرمة ، وفعل المسلم محمول على الصحة .

نعم هذا مخالف لشرافة القاضى وأخلاقه الانسانى ، وآدابه ، ومعاشرته مع الاجتماع ، وأن أخذ الهدية على النحو المذكور يدل على رذالة النفس ودنائتها ، وخسة الطبع ، فيكون حراماً أخلاقيا ، لاشرعياً .

وأما استدلال بعض على كون الهدية من باب الرشوة برواية امير المومنين عليه السلام المتقدمة فمدفوع بأنه عليه السلام لم يحكم بان الهدية ليست بهدية ، ولا يجوز أخذها ، لتكون الهدية بحكم الرشوة ، وان لم تدخل في موضوعها ، وأنها تنزل بمنزلتها في مقام الحكم ، وان لم يكن تنزيلا لها في مقام الموضوع . بل حكم بأن ما أخذه شريح القاضي رشوة موضوعاً ، لعلمه بذلك أو لحصول القرائن على ذلك ، لأن كلما يعطى للقاضي بعنوان الهدية فهو من قبيل الرشوة ، فان الامام عليه السلام انما كذب قول شريح وخطأه فحكم بان شريح كاذب في قوله بكون ما بين يديه هدية ، بل ان ما أخذه رشوة وهذا أمر أجنبي عما نحن بصدده .

ثم ان القاضي لو أخذ المال بعنوان الهدية ولم يعلم بكونه رشوة الا بعد التلف فالظاهر أنه لا يضمن المال ، لانه أخذه بعنوان الهدية ، وقد أغفله المعطي ، فأهدر ماله بهذا الاعطاء . نعم اذا علم القاضي بكونه رشوة ، فتلف المال بيده ، فيجب عليه حينئذ المثل أو القيمة لشمول أدلة الضمان عليه بلا اشكال ، وهذا واضح لا ريب فيه .

وسيأتي منا البحث مفصلا في دعوى الرشوة على القاضي في مباحث الدعاوى.

استرزاق القاضي من بيت المال

لاريب في جواز ذلك اذا كان القاضي محتاجاً اليه، وانما وقع الكلام فيما اذا كان غنياً لايحتاج اليه .

والظاهر من الادلة الدالة على قيام بيت المال لمصالح المسلمين العامة هو الجواز حتى في هذه الصورة ، لعدم اختصاصها بما اذا كان القاضي محتاجاً ، بل اطلاقها يشمل صورة الغناء ايضاً ، ولذا يجوز الاعطاء من بيت المال للمؤلفة قلوبهم مع العلم بعدم احتياجهم اليه ، ولهذا نرى أن امير المومنين ـ سلام الله عليه ـ امر مالك الاشتر بتو فير بيت المال على القضاة ، واعطائهم أزيد من احتياجهم ، لكي لا ينظر وا الى أموال الناس .

بل كانت سيرة أمير المؤمنين ـ سلام الله عليه ـ اعطاء الجيش، والتوسعة عليهم من باب الزكاة ، ومن لاحظ باب ادلة الزكاة لايجدها منحصرة في عنوان الفقر ، بل تشمل جميع الموارد التي فيها الصلاح العام ، وان بيت مال المسلمين ايضاً موضوع لكل المصالح العامة ومن الواضح أن قضاء القاضي من اهم المصالح العامة .

بل يظهر من بعض الاخبار وعهد الامير عليه السلام لمالك الاشتر جواز التوسع على

القضاة فى الاعطاء ، لئلا ينظر والى أموال الناس ، وهذا لايحصل الا بالبذل لهم ، والتوسعة عليهم فى الرزق .

وليعلم أنه كما بينا سابقاً أنه لو كان القضاء واجباً عينياً ، فضلا عن كونه واجباً كفائياً صح أخذ الاجرة عليه ، حتى ولو كان مشروطاً بالقربة .

فانك عرفت أن لامنافاة بين ذلك وبين أخذ الاجرة .

ولو تنز لنا وقلنا بحرمة أخذ الاجرة على القضاء ، من باب الزكاة ، أومن بيت مال المسلمين ، أومن المترافعين ، فيجوز أن يأخذ ولو من المترافعين مايحتاج الى قوته ومعاشه المعتاد ، لاهمية القضاء فى هذا المورد على حرمة الاخذ ، ويكون الاخذ له جائزاً من بيت مال المسلمين أوغيره ، ويكون المقام من باب تزاحم الاهم والمهم ، و تقديم جانب القضاء على حرمة الاخذ .

بل ربما نقول : ان القاضى اذا كان محتاجاً فى قوته وقوت عياله ، فلايحرم له الاخذ أصلا ، نظير الشخص الذى يكون مضطراً الى الاخذ من مال غيره عند احتياجه ، فيجوز له أن يأخذ بمقدار حاجته .

وهذا الحكم عام ثابت فى الشريعة حاكم على أدلة حرمة التصرف فى مال الغير ، من غير حاجة الى الرجوع الى الادلة الحاكمة ، من عنوان الحرج أوعنوان لاضرر ، فانه بعد ورود الادلة بجواز الاخذ بمقدار الحاجة ، لامورد للاخذ بالادلة الحاكمة .

وجوب القضاء عينى ام كفائى ؟

وقد أخرنا هذا البحث ، مع أن المعروف ذكره فى أوائل الكتاب ، لانا رأينا أن المناسب انما هو أن يذكر هنا، لان البحث عن وجوب القضاء يتوقف على معرفة القاضى و معرفة أحكامه فى الجملة .

و كيف كان فيبحث فى المقام عما هو مقتضى الدليل الشرعى ، فهل يدل الدليل على وجوب نصب القاضى على الامام عليه السلام ؟ وأنه يجب عليه جعل الوالى على الامة أم لا ؟

أو هل يدل الدليل على وجوب الزام الامام الناس على تحصيل الاجتهاد لكى يكون بعضهم قضاة ؟

أو هل يجب على المجتهد الجامع للشرائط ان يتولى مجلس القضاء أو يتصدى للقضاء ؟ وجوه ، بل أقوال :

فقد ذهب كثير من أعلام الفقه ـ كالمحقق العراقى (ره) وغيره ـ الى أنه يجب نصب القاضى والحاكم ، واستدلوا عليه بوجوه :

الاول : قاعدة اللطف ، بمعنى أنه يجب على الامام عليه السلام من باب اللطف أن ينصب ولاة لدفع جور الجائرين ،وانقاذ حقوق المؤمنين ، واصلاح امور المسلمين وأن العدالة الاجتماعية لاتحصل الابجعل الولاية ، فيجب على الامام ـعليه السلامـ جعلها .

وبعبارة أخرى : ان من لطف الله على عباده ورحمته عليهم أن يحفظ حقوقهم، وأن لايضيعهم في المعاش والاجتماع .

وذلك يقتضي أن ينصب في كل زمان فقيها جامعاً للشرائط ،قاضيا في المرافعات وحاكماً في المنازعات .

فقاعدة اللطف كما اقتضت نصب النبي والامام ، وصار ذلك واجباً على الله تعالى بهذه القاعدة ، كذلك تقتضي عدم تضييع الحقوق . وليس نصب القضاة في كل عصر الاشأنا من شؤن النبوة والامامة .

وفيه : أنه لاريب أن قاعدة اللطف تقتضي نصب النبي والامام ايصالا للبشر الى مراتبهم ، ومنازلهم الاخروية .

ولولا تشريع النبوة والامامة ، لماقام حق على وجه الارض ، ولما دفع باطل، ولاختل نظام الاجتماع والمعاش ،كما يختل نظام المعاد والجزاء يوم القيامة ،وهذا أمر لاخفاء فيه .

أما الالزام بوجود قضاة في كل عصر ، فليس من لوازم قاعدة اللطف ،اذيجوز للشارع أن يرجع الناس ـفي غالب الامور ـالى عدول المؤمنين في الامور الحسبية، والى الصلح في كثير من الموارد ،والى الصلح القهري ،كما ألزم به الشارع في بعض المقامات.

ومع هذه الفروض ، لايكون نصب القضاة لازماً بقاعدة اللطف .

اذتنحل أكثر المشاكل بالطرق التى ذكرناها .وليست قاعدة اللطف بالقياس الى نصب القضاة ، من حكومة العقل الاستقلالى ـ كماهو كذلك فى نصب النبى والامام ـ والفرق بينهما فى غاية الوضوح .

وبالجملة فان اريد من جعل الولاية جعل الخلافة ،والرسالة فصحيح أن قاعدة اللطف تقتضى ذلك .

وأما ان اريد منه جعل القاضى بالمعنى المصطلح ، فلانقتضيه قاعدة اللطف، اذلايلزم من عدم وجود القاضى أى اختلال للنظام الاجتماعى ، فان كل مكلف اذاعلم بأحكام الله تعالى ، وطبقها على نفسه فى أعماله وأقواله فى الموارد المختلفة ، ينتظم الاجتماع بنفسه .

ولايتحقق فى الدنيا ظلم وجور ، بلااحتياج الى القاضى ، وأين هذا من قاعدة اللطف .

الثانى : السيرة ، فان بناء العقلاء ـ من كل ملة ونحلة منذ نشوء البشرية الى الان ـ على أنهم ينصبون قضاة يتولون أمور الناس ، وينفذون حقوق المظلومين ويأخذون للضعيف حقه ، ويدفعون عن الضعفاء ظلم الاقوياء ، ويرون أنهم لولم ينصبوا ذلك فقدضيعوا أمر الرعية .

وهذه السيرة لاتختص بالمسلمين فقط ، بل هل جارية فى كل ملة وقوم .

ولما كانت هذه السيرة بمرئى ومنظر من الائمة ـعليهم السلام ـ من دون ورود ردع عنها فلابد أن تكون جارية بين المسلمين ، والامامية ايضا ، لتقرير المعصوم عليه السلام لهذه السيرة .

والجواب عنه كسابقه ، فان هذين الدليلين مالم يرجعا الى اختلال النظام واختلال الاجتماع لايدلان على شيء .

وقدعرفت ان قاعدة اللطف حكم عقلى استقلالى من جميع الجهات ،وليست من باب الظنون والاستحسانات .

نعم اذالزم من عدم جعل القاضى اخلال كلى فى النظام البشرى وتضييع للمجتمع ، نقول بوجوبه .

ولكن قدتقدم أنه بعد مابين الشارع جميع الاحكام ، فلوأن الناس يكونون مؤمنين ، ويطبقون الاحكام على أنفسهم ،لم نحتج الى قاعدة اللطف ، أوبناء العقلاء.

مضافاً الى أنه ليس عندنا سيرة بهذه الكيفية ، اذلاينحصر حسم الخصومات وفصل المرافعات بنصب القضاة فى كل زمان ، بل تندفع المشكلة فى كل عصر بالارجاع الى عدول المؤمنين ، كمايرجع اليهم فى الامور الحسبية ، والى الصلح القهرى ، أوغير القهرى التى تنحل به غالب مشاكل الناس فى أسواقهم ومعاملاتهم، وليس الامر منحصراً فى رفع مشاكل الاجتماع بنصب القضاة ،فلايلزم نصب القاضى من هذه الجهة .

الثالث : قوله (١) تعالى : «ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق» .

وجه الاستدلال بها ،أن الاية ألزمت الحكم بالحق على من كان جامعاً لشرائط الحكم ، والاية الشريفة قدتعرضت الامور :

منها : جعل داود عليه السلام خليفة فى الارض ، وراء الخلافة المعنوية ،وهى النبوة

١ــ سورة ص ، الاية ٢٦

العامة المشتركة بينه وبين سائر الانبياء ـ عليهم السلام ـ ، فهو مع واجديته لمقام النبوة ، جعل خليفة في الارض ، وحاكماً بين العباد .

ومنها : تفريع الحكم بالحق على هذا المقام .

ومنها : تقييد الحكم بأن يكون بالحق .

فالاية الكريمة قد تعرضت لجعله خليفة ، وان ذلك الخليفة لابد أن يحكم ويكون حكمه مقيداً بالحق .

وعليه : فكل مجتهد قد بلغ رتبة الاجتهاد المطلق ، يتعين عليه الحكم بين الناس ـ على نحو الوجوب العيني أو الكفائي ـ ولايجوز له التخلف عن الحكم .

بل ربما يقال : ان الحكم بالحق يترتب على الاجتهاد حتى ولو كان المجتهد متجزياً ، فان الحكم منه يقع على وجه الحق والعدالة . فيتعين للمجتهد ـ سواء كان مطلقا أم متجزياً ـ أن يحكم بالحق ـ بالوجوب العيني او الكفائي ـ ولايجوز له أن يهمل نظام الامة ، ويتركها من غير حكم في المرافعات .

والجواب عن الاية أنه لايستفاد منها تعيين الموضوع ، والزام كل مجتهد أن يحكم بين الناس ، على نحو الوجوب العيني او الكفائي ، وهي غير متعرضة للموضوع ولا لبيان شروطه .

بل غاية مايستفاد منها أنه اذا حكم لابد أن يكون حكمه بالحق ، لا وجوب الحكم عليه ابتداء ، فتقييد الحكم انما يكون عند التصدى للحكومة ، لا أنه ملزم بالحكم .

وبالجملة : فالاية في مقام دفع توهم الحظر من جواز الحكم ونفوذه ، فتدل على صحة الحكم ونفوذه ـ على تقدير التصدى له ـ فليست في الاية دلالة على المطلوب ،

من الوجوب العيني أو الكفائي ، ولا على لزوم تصدي الفقيه ، وتعريض نفسه للحكومة ، والقضاء بين الناس .

نعم ربما يقال : بدلالة الاية الكريمة على وجوب الحكم لداود عليه السلام ، حيث أنه جعل خليفة في الارض ، من قبل الله تعالى ، وهذا يلازم عرفاً وجوب الحكم بين الناس ، وأن يكون حكمه بالحق والعدالة .

وهذا لا ربط له بوجوب القضاء على المجتهد المطلق ، أو المتجزي . وعلى كل ، سواء كانت الاية الشريفه ناظرة الى القيد والمقيد ـ من الحكم والحق ـ او الى المقيد دون القيد ، أو بالعكس ، فلا دلالة لها على وجوب القضاء عيناً ، أو كفاية على الفقيه .

وبعبارة أوضح : أن القضية في المقام ليست الا من قبيل القضايا الشرطية غير المتعرضة لبيان موضوعها ، من قبيل قولك : « اذا سافرت فرافق فلاناً في السفر فانه نعم الرفيق» .

فان هذه الجملة غير متعرضة لنفس السفر ، ولا لبيان شروطه ، وانما تعرضت لمرافقة الرفيق على تقدير السفر .

وأما الايات الاخر ، من قوله تعالى(١) : «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون» أو «الفاسقون» (٢) فغير ناظرة الى وجوب القضاء على الفقيه ، وانما هذه الايات ونظائرها ليست الا من قبيل القضايا الشرطية .

وأن الحكم لابد أن يكون بما أنزل الله تعالى .

١ـ سورة المائدة الاية ٤٤

٢ـ « « « ٤٧

وأن من حكم بغير ما أنزل الله فاولئك هم الكافرون .

ولا ربط لها بوجوب القضاء على الفقيه ، كما لا تدل على وجوب تحصيل الاجتهاد ومقدماته على الناس ، ليكونوا مجتهدين ، ويحكموا بالعدل .

وأما الروايات المستدل بها على المقام :

فمنها الروايات الدالة على أن العلماء (١) ورثة الانبياء، وأنهم (٢) أمناء الرسل ، ونحو ذلك مما سبق ذكره في فضيلة العلم .

فان من الواضح ـ كما أشرنا اليه سابقاً ـ أن العلماء انما يقومون مقام الانبياء في مقام تبليغ الاحكام ، وارشاد الناس الى الحلال والحرام .

وهذا معنى كونهم امناء الرسل ، وأنهم ورثة الانبياء ، ولا يفهم من هذه الروايات أكثر من هذا الاثر الظاهر ، وهو الوراثة في التبليغ ، والارشاد الى الاحكام .

واما استفادة الوراثة ، بمعنى الولاية والهيمنة على الناس كما هو لبعض الانبياء ـ عليهم السلام ـ من ابراهيم وموسى وعيسى ونبينا الاعظم صلى الله عليه وآله وسلم ووجوب القضاء على العلماء في فصل الخصومات فلا يخلو عن التأمل .

وأما ماورد (٣) مرسلا من أن الله لا يقدس امة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه. فان الظاهر من المرسل بعد اعتبار سنده أنه من باب المساعدة للضعيف ، وأنه من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بمعنى أنه لا ينبغي ذهاب حق الضعيف ، وغصب حقوقه ، ولا تدل الرواية على وجوب القضاء على المجتهدين كما هو المدعى .

١ـ اصول الكافي ج١ ص٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم

٢ـ « « « « المستأكل بعلمه

٣ـ مستدرك الوسائل باب ١٥ من ابواب صفات القاضي حديث ٩

ومنها : رواية (١) ابى خديجة سالم بن مكرم الجمال ، قال : قال ابوعبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام : اياكم أن يحاكم بعضكم بعضا الى أهل الجور ، ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم ، فانى قد جعلته قاضياً ، فتحاكموا اليه .

ومنها : رواية (٢) أخرى له ، قال : بعثنى أبوعبدالله عليه السلام الى أصحابنا فقال: قل لهم : اياكم اذا وقعت بينكم خصومة ، اوتدارى فى شيء من الاخذ والعطاء أن تحاكموا الى أحد من هؤلاء الفساق اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا ، فانى قد جعلته عليكم قاضياً ، واياكم أن يخاصم بعضكم بعضا الى السلطان الجائر .

وتقريب الاستدلال بهذه الروايات : أنها ظاهرة فى ارجاع عموم الشيعة الى القضاة والفقهاء من علماء الشيعة ، وأن وظيفة الفقهاء ـ المنصوبين من قبل المعصوم عليه السلام ـ هو التصدى للقضاء عند مراجعة المترافعين والمتخاصمين . اذن يجب على القضاة الحكم بينهم .

وعليه : فيكون الوجوب اما عينيا على كل واحد من فقهاء الشيعة ، أو كفائياً يسقط عن البعض ، اذا قام به البعض الاخر .

والجواب عنها : أن أكثر هذه الروايات أو كلها فى مقام المنع عن الرجوع الى قضاة العامة ، والردع عن مراجعتهم فى القضاء .

فلا تدل الروايات ابتداء على وجوب القضاء عند الترافع ، ليستدل بها على

٢ـ الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث ٥

١ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

الوجوب العينى اوالكفائى ، بل جاءت هذه الروايات مصدرة بالمنع عن الرجوع الى قضاة العامة .

فاذن فالارجاع الى قضاة الشيعة لايستفاد منه الاالجواز ، دون الوجوب ، لانه وقع فى مقام الحظر والمنع .

وان شئت قلت : ان الروايات ليست فى مقام بيان وجوب القضاء على الفقهاء، بل فى مقام الردع عن العامة ، وأنه اذا راجع المترافعان الى علماء الشيعة ،يجوز لهم القضاء ، أوالصلح ، أوتعطيل الواقعة الى مدة يرتفع النزاع بينهما من أصله .

ومع هذا الاحتمال القريب ، كيف يستفاد منها وجوب القضاء على فقهاء الشيعة عينا أو كفاية ؟

ان قلت : ان الامام عليه السلام لما ردع عن جهة ، وكان أمر المراجعات مما يقع غالباً بين الناس ، ويبتلى به عادة ، وأنهم مضطرون الى جهة القضاء والحكومة ، يكون هذا قرينة على أن الارجاع كان على نحو الوجوب العينى أوالكفائى .

قلنا :هذا الاحتمال وان كان موجوداً بحسب الواقع ، الاأنه لايوجب ظهوراً نوعياً فى الروايات .

وبالجملة : لادليل على وجوب القضاء على الفقهاء ،عيناً أو كفاية ، لامن قاعدة اللطف كماعرفت أنها أجنبية عن موضوع البحث ،ولامن السيرة التى أدعى قطعيتها بين الناس ، وأن عليها بناء العقلاء ، لما أشرنا اليه من عدم كونها قطعية ، كمايحكم بذلك الوجدان ، وأن مشكلة المترافعين قدتنحل من الشارع بطريق آخر ، كالصلح القهرى أوتداخل عدول المؤمنين فى الامور الحسبية ، أورجوع المتخاصمين الى

الحكم الواقعي ، وفتوى من يقلدانه اذا كانا من أهل الايمان والصلاح .

واما الايات الشريفة : فقد عرفت أنها أجنبية عن المقام ، وانما هي في مقام اثبات الملازمة بين الحكم والعدالة ، والحكم والقسط ، ولا ربط لها بوجوب القضاء على الفقهاء .

نعم قد يشعر به قوله تعالى : ياداود انا جعلناك خليفة في الارض الخ ، لا من جهة الحكم ، ولا الحكم المقيد بالحق .

بل من حيث جعل الخلافة ، وأن مقتضى جعل الله تعالى داود عليه السلام خليفة ، أن يحكم بين الناس بالحق .

وهذا استظهار لو تم ، وثبتت الملازمة ، يكون ذلك مخصوصاً لمن جعل خليفة من قبل الله تعالى ، وأن يكون نبوته بمرتبة تلازم الحكم بين الناس ، على نحو الوجوب العيني .

الا أن هذا المعنى لا يثبت مورد النزاع ، من وجوب القضاء على الفقهاء ، لعدم تحقق تلك الخلافة الخاصة لهم .

واذا تمت دلالة الاية في قضية داود عليه السلام فلا تتم في ولاية الفقهاء ، ولا يثبت تنزيلهم منزلة خلافة داود ، أو من كان بحكمه من الانبياء ـ عليهم السلام ـ ، فان هذا المنصب لم يعلم ثبوته لكل نبي فضلا عن ثبوته للفقهاء .

وأما اندراج المورد تحت باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وأن أدلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر توجب للفقيه أن يحكم بين الناس .

ولعل الايات المتقدمة ايضا تدل على هذا المعنى ، وأنها من باب تطبيق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر على الفقهاء .

فقد عرفت فى اول الكتاب : أن باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لاربط له بباب القضاء والحكم .

اذ أولا : أن الامر بالمعروف والنهى عن المنكر من باب الحكم التكليفى ، دون الوضعى ، وباب القضاء بالعكس .

وثانياً أنه لايتم الامر بالمعروف والنهى عن المنكر الااذا كان الحكم مسلماً بين الامر والمأمور ، كأن يكون من ضروريات الاحكام، كحرمة شرب الخمر ،وترك الصلاة ، ونحوذلك .

أويكون مسلماً بين الطرفين ،وان لم يكن مسلماً عندعموم المسلين ، كمالو كان الامر والمأمور مقلدين لشخص يرى : نجاسة العصير الزبيبى والعنبى قبل ذهاب ثلثيه .

فصح لاحد المقلدين لذلك الفقيه : النهى عن شربه بالنسبة الى الاخر المقلد لذلك الفقيه ايضاً ،حيث أن كلا من الامر والمأمور يراه محرماً ،دون من لايرى الحرمة والنجاسة ، من سائر الفقهاء والمقلدين لهم .

وقدظهر مماتقدم : أنه لايجب على الامام عليه السلام الزام الناس للاجتهاد .

اذ قد تقدم : أن أدلة القضاء ، انما تدل على وجوب الترافع الى المجتهد العادل ـ على فرض وجوده ـ ولاتدل على لزوم الاجتهاد وتحصيله ، لكى يصير قاضياً.

فالقضاء واجب مشروط ، أى اذاوجد المجتهد وترافع اليه الناس ، يجب عليه القضاء ، وليس معناه لزوم ايجاد الواجب المشروط ، وتصييره واجباً مطلقاً .

نعم يجب تحصيل العلم باحكام الله تعالى ،وتحصيل الاجتهاد ،لاجل الفتوى

ولاجل بيان الاحكام وجوبا عينياً ، أو كفائياً على اختلاف فيه .

وعليه : هل تجب مقدمات الاجتهاد أم لا ؟

والظاهر أن الحكم بالوجوب يبتنى على القول بوجوب المقدمة ، ونحن لانقول به ، وقدحققناه فى الاصول بمالامزيد عليه .

استحباب التصدى للقضاء وعدمه

ان فقهاءنا المتأخرين ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ يعقبون المقام بما ذكره صاحب الشرايع ـ رحمه الله ـ من استحباب التصدى للقضاء والتولية .

وايضاً يذكرون استحباب أصل القضاء ، بعد مايذكرون أنه واجب اما عينا أو كفاية .

وقد يستشكل فى هذا القول :بعدم امكان الجمع بين الاستحباب والوجوب، لانه يكون من قبيل الجمع بين المتضادين ، على ماهو المعروف بين علماء الاصول، من كون الاحكام الشرعية من قبيل الاعراض المقولية المتضادة ، التى لايمكن جمعها فى موضوع واحد ، أومحل واحد ، نظير السواد والبياض ، الذى لايمكن أن يجتمعا فى جسم واحد .

اويكون من قبيل جعل الاعتبارات المتباينة على منشأ واحد ، بناء على ما

اخترناه فی محله ، من کون الاحکام بأسرها من باب الاعتبارات الجعلیة التی یعتبرها الشارع لوجود الملاکات الموجبة لجعل ذلك الاعتبار، فانها وان لم تکن من قبیل الاعراض عندنا ولکن لاتقوم بموضوع واحد .

فبناء علی ما هوالمشهور لایمکن الجمع بین الحکم الوجوبی والاستحبابی فی القضاء وغیره ، لان الاحکام من قبیل الاعراض المتباینة التی لاتقوم بموضوع واحد ، ولابد أن یکون موضوع أحدهما غیرموضوع الاخر .

وعلی ما بنینا علیه : فلا یصح جعل الاعتبارات المتباینة علی منشأ واحد ، فان اعتبارشیئین متبا ینین علی موضوع واحد ، یکون لغواً فی نظر العقلاء .

وعلی کل حال ، سواء کانت الاحکام أعراضاً مقولیة: لاتقوم بموضوع واحد، أواعتبارات من المشرعین· یلغی اعتبارها علی منشأ واحد ، لایمکن الجمع بین الحکم الاستحبابی ، والوجوبی فی کل مقام .

ولذا قد وقع التأویل من بعض الفقهاء فی هذه المسئلة، فالتزم بالواجب الکفائی و بالاستحباب الشرعی ، اذا طلب الامام المعصوم ـ ع ـ من شخص خاص التصدی للقضاء ، ممن له الاهلیة .

و فیه أنه من الواضح : أن القاضی عند مرتبة استعداده بالاجتهاد المطلق ، و أهلیته للقضاء ، یجب علیه القضاء ، ولایستحب ذلك فی حقه ، بعنـوان کونه قاضیاً شرعیاً .

فان الذی له أهلیة القضاء یکون محکوماً بوجوب القضاء ، لیس الا .

وأما ثبوت الاستحباب له بعنوان آخر، من : ترجیح الامام المعصوم ـ ع ـ له، أو الزامه بالقضاء ، لجهات یعلم بها الامام ـ ع ـ فهومجرد فرض لایستفاد من الادلة

الشرعية .

وقد ذكر بعضهم وجهاً آخر، وهو: أن يحمل الاستحباب على عنوان التصدى من القاضى ، وتعريض نفسه للقضاء بين الناس ، فيكون التصدى للقضاء ـ ممن يجد لنفسه تمام الاهلية ـ مستحباً ، وان كان من جهة أخرى واجباً كفائياً .

وفيه :انه لم يظهر من الادلة ، استحباب عنوان التصدى ، فهو حمل من غير مدرك .

و قد جوز شيخنا الاستاذ المحقق رحمه الله فرضاً آخر ـ على ما بنى عليه فى اصوله ـ وهو: أن الواجب الكفائى نظير الواجب التخييرى، غاية الامر ان الواجب التخييرى تخيير فى المكلف به ، وفى الكفائى تخيير فى المكلف ، فالقضاء اذن من حيث الجامع واجب كفائى ، ومن حيث الخصوصية مستحب .

وتوضيحه: أن كل واحد من أفراد الواجب التخييرى ، انما يكون واجباً فى ظرف عدم وجوب الاخر، فكل من أفراد التخيير قد تعلقت به ارادة ووجوب ناقص ومعنى الوجوب الناقص هو: أن يكون أحد الشيئين أو الاشياء ، واجباً فى ظرف عدم وجوب الاخر.

و نظيره الواجب الكفائى ، فانه واجب على المكلف فى ظرف عدم اتيان الاخر به .

وعليه : يجوز أن يتعلق بأصل القضاء ، الوجوب الكفائى ، وبقيامه بشخص خاص ، الاستحباب الشرعى ، من جهة الدليل الخاص .

وفيه : أنه لا يخلو عن تأمل ، فان احتمال ذلك على مبناه ، و ان كان وجيهاً فى حد نفسه فى عالم الثبوت ، ولكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات .

اذليس هناك دليل ، يثبت الاستحباب بالخصوصية ، بل المتتبع لايرى وجود هذا الفرع قبل زمان صاحب الشرايع ، فى كتب الفقهاء ، فامكانه ثبوتاً ، لايستلزم وجود الدليل فى عالم الاثبات .

نعم يكون ما قاله رداً على من يقول بامتناع الحكمين المتضادين واقعاً ، أو اعتباراً ، فى موضوع واحد ، وقد جعله الاستاذ على مبناه جائزاً ، ولكن المورد ـ كما عرفت ، ـ لايكفى فيه الصحة فى مقام الثبوت .

و على كل حال ، فما احتمله قدس سره فى المقام ـ كما صرح به فى مجلس بحثه ـ من أن الواجب التخييرى و الكفائى واجب من جهة ، ومرخص فيه من جهة اخرى ، على نحو الوجوب الناقص ، أوشموله للمكلف على وجه النقصان كما فى الكفاية .وعند ذاك ، فيجوز أن يتعلق الاستحباب بالخصوصيات .

مندفع بعدم الدليل عليه فى مقام الاثبات .

وجوز بعض الفقهاء فى المقام أن يكون الاستحباب، لتحصيل الولاية، والوجوب يدل على الحكم فى ظرف الولاية، وكان مورد الاستحباب هو جهة الولاية ومورد القضاء هو أهليته للقضاء، من تحقق الاجتهاد والعدالة والايمان ، ونحو ذلك .

وفيه : أنه لايتم ذلك ايضاً فى مقام الاثبات ، ولما لم يكن على استفادة الاستحباب دليل ظاهر من الروايات ، فلايثبت هذا الوجه ايضاً .

وعلى كل حال ، فالتوجيهات المذكورة فى هذا البحث ، من التوجيهات التبرعية التى لامدرك لها فى مقام الجمع .

ورود الاحكام الاربعة على عنوان القضاء

قد عرفت مما بيناه وجه وجوب القضاء مفصلا .

و أما حرمة القضاء : فاما ان تكون الحرمة بمعنى : عدم الوقوع خارجاً ، أو تكون بمعنى الحرمة التشريعية ، فيحرم القضاء تشريعاً أصالة وبالـذات ، نظيرقضاء قضاة الجور، والحكام الظالمين .

وقد تكون الحرمة عرضية، لا بالاصالة ،كما اذا استلزم القضاء ، خلاف التقية بين العامة ، أوهتك حرمة دم مؤمن ، ونحوذلك ، بحيث كان مورد القضاء غيرأهم ، وكان الاهم غيره ، والافيقدم القضاء الاهم على غيره .

وقد يكون القضاء مكروهاً ،كالقضاء فى حالة الجوع ، والعطش ، وتشويش البال وغيرها مما ذكرفى آداب القاضى .

فالكراهة هنا ليست كراهة بالذات ، وانما هى كراهة بالعرض .

وأما استجاب القضاء : فقد بيناه فى البحث السابق مفصلا.

وأما الحكم باباحة القضاء فلامورد له ، لان القاضى اذا استجمع الشرائط كان

القضاء ـ على ما هو المعروف ـ واجبا عليه .

و على كل حال ، فالقضاء اما واجب واما حرام ، والحرام : اما حرام بالذات وبالاصالة أوبالعرض ، أويقع مكروها كما فى بعض الموارد .

وأما الاباحة فلامورد لها ، ولادليل عليها .

عدم انعزال القاضي بموت الامام -ع-

هذه المسألة وان لم تكن محل ابتلاء في زمان الغيبة ، لوجود الادلة المعتبرة الدالة على نصب الفقيه الجامع للشرائط للقضاء، وليس زماننا زمان الحضور، حتى يبحث عن أن المعصوم -ع- اذا انتقل من دار الدنيا ، هل يكفي نصبه السابق أم يحتاج الى اذن المعصوم اللاحق ؟

ولكن حيث حرر الفقهاء (ره) هذه المسئلة في كتب القضاء ، نبحث عنها ، تبعا لهم .

فنقول : انه يقع البحث فيها من جهتين :

الاولى : من جهة الادلة الاجتهادية .

الثانية : من جهة الاصول العملية .

أما الادلة الاجتهادية : فالظاهر منها : أن نصبهم ، وجعل الولاية من قبلهم

موجب لترتيب الاثارفي مقام البقاء ، كتـرتبه في مقام الحدوث ، من دون فرق بين المقامين ، فان من المقطوع به في زمان الائمـة ـ عليهم السلام ـ ، وجود رجال و علماء ، و فقهاء قضاة ، ولم يرد عزل واحد منهم ـ بعد وفاة المعصوم المتقدم من الامام المتأخر ـ وأن ظاهر اطلاقات أدلة الولاية من قبل المعصوم ـ ع ـ : هو النصب في حال الحياة والموت .

ولو كان هناك عزل لحدث التاريخ به ، كما ورد في من تخلف عن أهل البيت ـ عليهم السلام ـ في مقام العقيدة والعمل .

فمن مجموع السيرة وأدلة النصب ، يحصل الانسان على العلم المتعارف ، بأن ما يجريه المعصوم من ولاية وسلطنة لاتـزول بوفاة المعصوم ، ولم يقع من أحد المعصومين ـ ع ـ عزل المتولين المنصوبين من قبل الامام السابق .

ولعل المستفاد من حالات أهل البيت ـ عليهم السلام ـ وولايتهم أنها أرفع شأناً وأجل قدراً ، من ولاية الفقهاء التي تجرى عليها التغييرات والتبدلات .

هذا بحسب الادلة الاجتهادية ، وأما الاصول العملية ، فاستصحاب ولاية المتولى وسلطنته باق ، ما لم يثبت العزل .

وقد أفاد الاستاد المحقق العراقي : أن المقام ليس الا من باب الاستصحاب ، ولايمكن احراز ولايتهم المطلقة ، والمناصب المجعولة من قبلهم بعد وفاة المعصوم للشك في ثبوت الولاية بهذا المعنى ، وعدم العلم باستعداد ولايتهم الى هذه المرحلة ، بحيث تبقى لمن جعل ولياً من قبلهم .

وفيه نوع خفاء ، اذ الظاهر من الادلة و السيرة ، وعـدم عزل الامام المتأخر للمنصوبين من قبل الامام المتقدم ، هو ثبوت ولايتهم في ذلك ولافرق فيه بين وفاة

المعصوم وحياته .

نعم لوفقد الدليل الاجتهادى ، كان الرجوع للاصل العملى ، وهواستصحاب بقاء السلطنة للمتولى بعد موت المعصوم ـ ع ـ .

لزوم العدالة والتعدد في المترجم وعدمه

ذهب كثيرمن أعلام الفقه الى أن الحاكم و القاضى ، اذا احتاج الى مترجم فى الدعوى ،لابد فيه من العدالة والتعدد ، ولايكفى المترجم الواحد ، وان كان عدلا، فضلا عن كونه ثقة فقط .

وذهب آخرون الى عدم الاحتياج الى ذلك .

وقدبنى المسألة فى الجواهر على أن عنوان المترجم هل يدخل تحت عنوان الشهادة ، فلابدفيها من التعدد ، أوليس الا من قبيل نقل الرواية فيكفى المترجم الواحد العادل أو الثقة .

و توضيح المسألة : أن باب الشهادة هى اخبار عن جهة حسية ، أو قريبة من الحس .

و الرواية و ان كانت تشترك مع الشهادة فى جهة الكشف والاراأئة ،الا أنها مختصة فى مصطلح الفقهاء بنقل الحكم الشرعى من الرسول الاعظم اوالائمة الهداة صلوات الله عليهم اجمعين ، سواء كان النقل بلفظ المنقول عنه ، أوبمؤداه ومعناه.

مع حفظ المفهوم و التأدية ، وكل من مفهوم الشهادة و الرواية لايختلف بالقياس الى المترجم ، الامن جهة اعتبار التعدد فى الشاهد ، دون الراوى.

فان دخل المترجم تحت الشهادة لزم التعدد .

وان كان من باب الرواية ، يكفي المترجم الواحد ، كالراوى .

ولكن التأمل قاض بأن المسئلة غير مبتنية على هذه الجهة ، وانما تبتنى على أن النقل فى الموضوعات يحتاج الى التعدد .

وانما خرجنا عن هذه القاعدة فى الراوى عن الحكم الشرعى ، للدليل الخاص المثبت لحجية خبر الواحد ، فى نقل الاحكام الشرعية .

و الا فلولا الدليل الشرعى فى حجية خبر الواحد ، لكانت رواية مسعدة بن صدقه ، شاملة للمورد ايضاً ، فان ذيل الرواية المذكورة من قوله ـ عليه السلام ـ : «والاشياء كلها على هذا ، حتى تستبين أو تقوم عليه البينة » مما يشمل خبر المترجم ، ونقله ، فلابد من الاستبانة وحصول العلم القطعى من قول المترجم للقاضى .

وذلك أمر كثيرا مالايحصل ، الابقيام قرائن خاصة ، توجب ذلك . والافبحسب الطبع والعادة ، يكون المترجم فى نقله داخلا تحت عنوان التعدد ، وأنه لايقبل قول المترجم الواحد .

وعليه : فماذكره صاحب الجواهر ، من ابتناء المسئلة على الرواية والشهادة، أو اعتبار المترجم الواحد ، وكفاية نقله ، لا يخلو من تأمل ، و مخالفة لما ذكر ناه من الدليل ، من رواية مسعدة التى اعتبرها صاحب الجواهر وغيره ، رضوان الله عليهم.

معنى الحكم فى باب القضاء

المقصود من الحكم هنا ،انما هوعبارة عن فصل الخصومة ، وقطعها ، بتطبيق الكبريات الكلية على مواردها الجزئية ، و ليس المقصود منه ، هو ابراز الارادة و اظهارها ، اوالبعث والزجر .

وعليه : فلايأتى هنا النزاع المذكور فى الاصول ، فى باب الاوامر والنواهى، من أن الحكم هل هو بعث وزجر ، أو اظهار للارادة ، فانه حينما يقول القاضى : « حكمت بان المال لزيد» لامعنى لان يقال : انه بعث وانشاء بالنسبة الى مال زيد ، اذليس هنا بعث و زجر ، بل ليس الافصل الخصومة ، و قطعها ، ولايكفى فى فصل الخصومة ارادة القاضى للحكم ، فان الارادة بما هى ارادة ليست حكماً ، ولا فصل خصومة .

وتوضيح البحث ان النزاع المذكور فى الاصول يمكن تصويره فى الحكم التكليفى ، من جهة أن الحكم انما هو نفس البعث والانشاء ، الملقى من قبل المولى تشريعاً ، و أن العقل لاينتزع الحكم الامن مرحلة البعث و الزجر أو الترخيص ،

كالاباحة ، و اذا لم يصل الحكم الى مرحلة البعث و الزجر ، فليس بحكم أصلا ، ولا ينتزع منه حقيقة الحكم بتاتاً ، فالحكم يساوق الانشاء ، فى عالم التشريع بعثاً أوزجراً أو ترخيصاً .

ومن هنا يظهر ضعف ما أفاده فى الكفاية ،من ان حقيقة الحكم لها مراحل أربعة.

مرحلة المصلحة والملاك .

ومرحلة الانشاء على الموضوعات الكلية .

ومرحلة الدفع والزجر على الموضوعات والمتعلقات .

ومرحلة التنجيز والعلم بالحكم الفعلى .

اذ من الواضح جداً : أن المصلحة ليست من مراتب الحكم ، بل هى الداعية الى جعل الحكم من قبل المولى ، و الباعث الى انشائه ، من غير أن تكون دخيلة فى قوام الحكم .

وأما المرحلة الرابعة : وهى العلم بالحكم فى مقام التنجز ، فمن الواضح : انه ليس من مقومات الحكم ، وأن الحكم بعد تماميته وفعليته قد يتعلق العلم به ،فيكون منجزاً ، وقد لايتعلق ، فلايكون منجزاً .

فالعلم بالحكم و الجهل به من الامور الطارئة على الحكم الفعلى بعد وجوده وليس من مقوماته .

وقد حررنا فى محله أن فعلية الحكم حقيقة : هى ما كانت الفعلية من قبل المولى، فاذا بعث بداعى البعث و التحريك ، و دفع المكلف الى العمل ، ولم يقيد تكليفه بقيد ولاشرط ،كان فعلياً من قبل المولى ، اذ الفعلية من قبله ليست الا البعث فعلياً بداعى التحريك .

و عند ذلك فان كانت شرائط الموضوع و اقامة الحجة و البيان من المولى تامة ، انطبق الحكم على مورده ، و ان لم تكن شرائط الموضوع أو اقامة الحجة تامة ، فالحكم فعلى من قبل المولى ، وان لم يتمكن المكلف من الامتثال عقلا ، لعدم حصول شرائط الموضوع ، وعدم قيام الحجة من قبل المولى ، فى بيان التكليف ، وهذا القصور ليس من ناحية التكليف الفعلى ، وانما هو قصور واقعى ، من ناحية عدم وجود شرائط الموضوع ، وعدم اقامة الحجة والبيان .

ومما بيناه يتضح لك : أن ماذكره الاساتذة كالمحقق النائينى (ره) وغيره من ادخال شرائط الموضوع فى ناحية التكليف ، وما اختاره المحقق العراقى والاصبهانى رحمهما الله : من كون فعلية الحكم موقوفة على تحقق جميع القيود ، حتى اقامة الحجة ، وبيان التكليف ، لامورد له ، لان الفعلية من قبل المولى لاتستدعى الا تحريك المكلف بالفعل نحو المطلوب ، ولا تستدعى دخول هذه الامور فى فعلية الحكم ، و ان كان لا يمكن للمكلف امتثال التكليف الا اذا حصلت شرائط الموضوع ، و اقامة الحجة .

ولكنها ـ كما عرفت ـ غير دخيلة فى فعلية التكليف من قبل المولى ، وانما هى لوازم عقلية ، يتوقف عليها الامتثال خارجاً .

نعم اذا علق المولى التكليف على شرط ، كان التكليف مشروطاً ، لعدم فعليته من قبل المولى ، واشتراطه من ناحيته .

سببية الحكم و عدمها

لاريب ولا اشكال فى أن الحكم له موضوعية ، وسببية بالنسبة الى ما يحكم بـه فى الجملة ، لعدم كونه امارة كاشفة عن الواقع . بل انما هو ايجاد و انشـاء لفصل الخصومة .

وانما وقع الكلام فى أن هذه الموضوعية والسببية ، هل هى سببية كاملة أم لا ؟

والفقهاء ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ يذكرون ذلك فى باب البينة اجمالا ، و نحن نقدم ذكره هنا ، ليتضح المطلب تماماً .

فنقول : انهم قد اختلفوا فى المسألة .

فبعضهم : جعل الحكم سبباً وموضوعاً ، مالم ينكشف الخلاف ، فاذا انكشف الخلاف لدى المترافعين ، فلهم أن يرتبوا الاثر على الواقع ، لان الشارع لم يرفع يده عن ملاك الواقع ، بجميع مراحله ، وكان الحكم الواقعى محفوظاً فى مرتبته .

وبعضهم جعل الحكم سبباتاماً مطلقاً : سواء انكشف الخلاف أم لا ، فمعناه : أن الشارع رفع يده عن الواقع ، بجميع مراتبه .

و بعضهم : فصل بين الموارد ، فجعل السببية كاملة ، فى بعض المقامات ، و ناقصة فى بعضها الاخر .

والظاهر من الادلة ـ كما هو المشهور بين الفقهاء ، هو السببية الناقصة .

و عليه : فلو علم أحد المترافعين بخطأ القاضى ، فى مدرك حكمه ، يجوز له أخذ ماله ، مقاصة وسراً ، بحيث أن لايلزم منه رد حكم الحاكم ، و عدم قبول قوله فى الظاهر .

ومن هنا علم : أن باب الحكم لاربط له بباب الحكومة والورود .

فان الحكومة : خروج عن الحكم بنتيجة التخصيص .

والورود : خروج عنه بالتخصص ، تعبداً .

ولكن الحكم : سبب وموضوع . لمايحكم به .

فهو لا يرتبط بهما ، بأى وجه .

هذا كله فى الحكم .

وأما اليمين : فلعل سببيته أكثر وأشد ، بل ولعله يستفاد من بعض الروايات أنه ، بحكم المعاوضة ، كما سيأتى بيانه .

لكن هذه السببية : هل تشمل جميع الاثار أم لا ؟ فيه تأمل .

فمثلا : لـو أبق عبد ، ولم يكن للمولى بينة تثبت أنه عبده ، ولم يحلف عليه ايضاً ، فحلف العبد على حريته ، وحكم الحاكم على طبق حلفه ، هل يجوز للمولى أن يعتقه ، بدلا عن الكفارة أم لا ؟

فان قلنا : ان اليمين كالمعاوضة ، يكون العبد خارجا عن ملكه ، فلايجوز له عتقه اذ لاعتق الا فى ملك .

وكذلك ان قلنا : انه سبب تام ، فلا يجوز للمولى عتقه .

وسيأتي منا أنه ليس من باب المعاوضة ، ولا السببية التامة بل الحكم الواقعي محفوظ بمرتبته ، وأن حكم الحاكم أو اليمين أحكام ظاهرية ، تترتب عليها آثارها ، على حسب ما يستفاد من الادلة ، سعة وضيقاً ، سواء كان المورد من حكم الحاكم ، أو من يمين المدعى عليه أو المدعى .

جريان المعاطاة فى الحكم

الظاهر : أن الحكم كما يحصل بقوله : « حكمت » ونحوه ، كذلك يحصل بالفعل ، بأن يأخذ المال من عمرو مثلا ، ويعطيه لزيد .

اذا التحقيق جريان المعاطاة فى جميع ابواب المعاملات والولايات ، بل وأغلب الايقاعات ايضاً، فان هذه المفاهيم ، كما توجد بالانشاء القولى، كذلك توجد بالانشاء الفعلى ، ولافرق بينهما فى ايجاد المعنى ، وتحققه .

أوفقل : ان سببية الحكم ليست متقومة بالانشاء القولى والالاحتاج ذلك الى دليل ، والمفروض عدمه .

فمفهوم القضاء والحكم ، كما يتحقق بسبب الانشاء القـولى ، كذلك يتحقق بسبب الانشاء الفعلى ، من غير فرق بينهما .

ولـو وقع التشكيك فى باب البيوع ، و الاجارات ونحوها ، فى تحققها بالانشاء الفعلى ، فلا كلام ظاهراً هنـا فى تحققه بالمعاطاة والفعل ، و بالانشاء القولى .

ثم انه قد استشكل بعض الفقهاء فى لفظة : « حكمت » وأوجب الحكم بلفظة : « قضيت » ولكن الظاهر أن الاولى أصرح من الثانية .

وأما لو قال : ثبت عندى ، فهل يتحقق الحكم به أم لا ؟ فيه تأمل .

لان اللفظ لابد أن يكون فى المعاملات وغيرها صريحاً فى مدلوله، أوظاهراً فيه ، وان كان مجازاً .

وعليـه : يتحقق الحكم فى مثل : « قضيت و حكمت » ويقع الاشكال فى مثل : « أبرمت و أنفذت » و نحوهما ، مما ليس بصريح فى الحكم ، وفى فصل الخصومة .

عدم قبول الحكم للنيابة

اعلم أن العناوين القائمة بأفعال المكلفين على وجوه :

الاول : أن يكون مطابق ذلك العنوان فعلاخارجياً ، وعرضاً قائماً بموضوع ، كعنوان الاكل والشرب والنوم ونحوها ، فان هذه الافعال العارضة للشخص تقوم بنفس الشخص ، من غير توسيط ولانيابة ، فالاكل للطعام والشارب للماء مثلاهوزيد لاغيره .

الثانى : أن يكون العنوان المطابق للشيء من العناوين الاعتبارية التى تقبل أن يقوم به الشخص ، بنفسه ، وان تنسب الى غيره ، كعنوان الاحترام والتعظيم ، وعنوان الاهانة والتوبيخ ، فان هذه العناوين المطابقة لافعالها ، تارة تقوم بنفس الشخص الفاعل لها ، وأخرى بوكيله أو المنزل منزلته .

الثالث : العناوين الانتزاعية القابلة لقيام الشخص بها ، أو تسببها من الغير ، نظير العناوين القائمة بالاسباب ، كعنوان البيع ، و الاجارة ، والشركة ، وسائر المعاملات .

فان هذه العناوين لما كانت ناشئة عن أسبابها ، وحاصلة من عللها ، جاز أن يقوم بها الشخص ، بنفسه ، فيأتي بالسبب الذي ينشأ منه الفعل ، كما لو أنشأ صيغة البيع ، لحصول حقيقة البيع ، أو يقوم بها شخص آخر ، بتسبيب عن المنوب عنه ، كما اذا أنشأ البيع وكيله ، أو ولي القاصر .

وهذه الامور الثلاثة تختلف ، في عالم الاعتبار ، والخارج .

فالوجه الاول : تكون الافعال فيه من الاعراض ، وليست من الامور الاعتبارية فان عنوان الاكل والشرب ونحوها ، مما ينطبق عليه مفهوم الجوهر من جهة ، ومفهوم العرض ، من جهة اخرى فالماء من حيث ذاته جوهر ، ومن حيث شرب الانسان له عرض من الاعراض .

وأما الوجه الثاني : فليس الا أمراً اعتبارياً ، وليس بأمر مقولي ، بالمعنى المصطلح ، وان كان منشأه أمراً مقولياً ، فمفهوم التعظيم ، بما هو أمر اعتباري ، وان كان منشأ ذلك التعظيم من القيام لشخص ، أو اطعامه ، من الاعراض ، أو الجواهر .

وأما الامر الثالث : فقد ينطبق عليه الامر الاعتباري من جهة ، كعنوان ايجاد البيع والامر العرضي من جهة أخرى ، كايجاد مقولة الكيف من الصوت المسموع ، لتحقق مفهوم البيع .

وبهذا البيان قد اتضح : أن القسم الاول ، ليس قابلا للنيابة ، فان أكل زيد للطعام ليس بقابل للنيابة من عمرو ، أو بكر ، وهو أمر لا يقوم به الا فاعله .

وأما القسم الثاني والثالث : فيجوز فيهما النيابة ، فان باب التعظيم يمكن أن يقع من الانسان بنفسه ، كما اذا قبل شخص يد عالم ، وفقيه . وهذا الاحترام قائم بنفسه .

ويمكن أن يقوم غيره بالنيابة عنه، كما لو قال شخص لولده : قبل يد العالم الفلانى عنى .

ومن هنا ، كان المعروف بين الفقهاء : صحة النيابة فى العبادات ، من الصلاة ، والصوم ، والحج ، ونحوها ، وأنه بعد موت الميت ، يقوم شخص آخر بما تركه الميت من العبادات ، وينسب العمل للمنوب عنه ، وصحت الاجارة عليه ـ كما هو المعروف بين الفقهاء ـ وان كان داعى القربة ـ كما أشرنا اليه سابقاً ـ هو الاجارة ، والمال ، وأن الدواعى لايشترط فى جميعها القربه، بل الميزان هو كون الداعى القريب للفعل ، والعلة لايجاد العمل ، هو القربة .

خلافاً للاستاذ الاكبر تبعاً لشيخ الاساطين « الشيخ مرتضى الانصارى ره » وغيرهما، من اشتراط القربة فى جميع الدواعى، والتجأوا فى المقام الى القول : بأن العبادة الراجعة للمنوب عنه ، هو اسم المصدر، تخلصاً من شبهة كون داعى الداعى غير قربى .

وقد أشرنا الى الجواب عنه ، فى أخذ الاجرة من القاضى ، و تفصيل المسئلة موكول ، الى محلها فى باب الصلاة ، أو الاجارة .

واذا عرفت أن الامر الثانى والثالث : مما يقبلان النيابة ، وأن الامر الاول مما لايقبلها ، تعرف أن حكم الحاكم ، بالقياس الى فصل الخصومة ، يكون شبيهاً بالقسم الاول ، فى المؤدى ، والنتيجة ، وان لم يكن منه حقيقة .

وذلك حيث أن الحكم لايقوم بكل شخص ، بل لابد ان يكون الحكم من نفسية وشخصية قد بلغت مرتبة الاجتهاد المطلق، وواجدة لحالة العدالة، وسائر الشروط المعتبرة فى القضاء .

والا، فالحكم لااثرله، سوى مجرد ايجاد اللفظ ، فما لم يكن الحكم من محل قابل، وشأنية قابلة لاصدار الحكم ، وفصل الخصومة ، لم يكن نافذاً ، وحكماً شرعياً فى باب القضاء .

ومن الواضح : أن المقلد ـ سواء كان لذلك المجتهد الحاكم أولغيره ـ ليس له هذه الاهلية ، والشأنية ، فالحكم يقع منه لغواً ، وان قصد به فصل الخصومة ، و رفع التنازع ، فالحكم أمرغيرقابل للنيابة ، ولاللتبرع .

بل عند التحقيق و التأمل ، لوجرى الحكم من قاض آخر ، وكان القاضى واجداً لمرتبة الاجتهاد ، وسائر الشرائط ولكن لم تكن على يده موازين القضاء ،من الشهادة ، واليمين ، ونحوهما ، بل انما كانت الموازين عند قاض آخر ،فالحكم منه، فى هذه الصورة ، فى غاية الاشكال ، ولايكون من حقيقة الحكم المصطلح ،وانماهو صورة حكم فقط .

جواز الحكم بالكتابة وعدمه

قديخطر بالبال : أن انشاء الحكم كما يحصل بالقول، وبالمعاطاة، كذلك يحصل بالكتابة .

فاذا تمت الموازين عند القاضى ، ثم كتب القاضى فى ورقة ، وعبر بالكتابة «حكمت بأن الدار لزيد لا لعمرو» أن هذا من باب القضاء .

فالقضاء كما ينشأ باللفظ تارة ، وبالمعاطاة أخرى ، كذلك ينشأ بالكتابة ، فالكتابة وان لم تكن انشاء لفظياً ، الا أنها لا تقصر عن المعاطاة فى ايجاد الحكم بها .

ولكن يرتفع هذا الخاطر بأدنى تأمل فى أطراف المسئلة .

وتوضيح ذلك : أن الجمل والافعال تأتى على نحوين :

الاول : أن تأتى على جهة الحكاية والكشف عن مؤداها .

والثانى : أن تأتى على نحو الايجاد من طرف الموجد ، وذلك كالانشاءات، فبعت «مثلا» اذا قصد به الحكاية فمؤداه الكشف عن بيع قد وقع فى وقت ، واذا قصد به ايجاد مفهوم البيع ، وحقيقته ، فليس فيه واقع مفروض ، يريد أن يخبر عنه ،

وانما مؤدى الجملة ، حكايتها عن مفهومها ، وايجاد النسبة ، من غير ملاحظة كشف للواقع ، أو الحكاية عنه .

وهذا المعنى كما يجرى فى الالفاظ ، يجرى فى غيره ، فمثلا اذا قصد الايلام والاذية لشخص ، فضرب زيداً بهذا القصد ، فقد حصلت الاذية التى كانت مقصودة لفاعلها فى ايجاد الضرب .

وأما اذا قصد بفعل نفسانى ، كتصور ايلام زيد ، وضربه ، فانه لا توجد الاذية والالم ، بايجاد هذه الصورة ، كما لو قصد أن يضع يده اليمنى على يده اليسرى .

وبهذا الوضع تصدى الى ألم زيد وأذيته ، فانه بوضع يده اليمنى على اليسرى لا يتحقق هذا الالم خارجا .

واذا اتضح ذلك عرفت : أن الكتابة ، من المفاهيم الحاكية للمعنى ، والموجب للانتقال من الكتابة الى المعنى ، من غير أن تكون الكتابة فيها جهة الايجاد والانشاء.

ولذا ، ان المعروف بين الفقهاء (ره) ، عدم التعرض لهذا الفرع ، من كون الكتابة سبباً لايجاد الحكم ، فالقول ، بأن الكتابة ، يتحقق بها الحكم ، وينشأ بها فصل الخصومة ، لا يخلو من خفاء ، فان مفهومها لا يتناسب مع الانشاء ، وايجاد الحكم .

وليست الكتابة الا كمفهوم الصور الذهنية الحاكية عن الخارج ، بحيث ليس لها الا الكشف عنه ، دون الايجاد للوجود الخارجى ، أو التسبب للايجاد خارجاً.

اعتبار الكتابة فى الحكم

اختار بعض أعلام الفقه أنه يتعين على القاضى أن يورد الحكم بصورة الكتابة ، ولاسيما اذا طلب ذلك منه المدعى ، أو المدعى عليه . بل قد يقال : ان ذلك من وظائف القاضى ، وأن وظيفته تقتضى أن يرسم حكمه بالكتابة .

ولا يخفى ما فيه : اذ ليس عندنا دليل يدل على وجوب كتابة الحكم، على الحاكم لا من حيث وظيفته الشرعية ، ولا من حيث الزام المترافعين ، عدا ما يتوهم من أن قضاة العامة يعملون بذلك ، ويرسمون الحكم فى صحيفة ، وكتابة ، واذا كان ذلك من شأن قضاتهم ، فيجرى بالنسبة الى قضاة الامامية ، على حسب ما عرفت ، من المقبولة وغيرها : أن الحاكم الشرعى المنصوب من قبل الامام عليه السلام منزل منزلة قضاة العامة ، فى جميع الاحكام والاثار المترتبة على قضاتهم .

ولكن التأمل يقضى أولا : بعدم معلومية ذلك من مذهبهم ، وأنه على نحو الوجوب والوظيفة ، أو على نحو الاستحباب ، أو التعارف بين القضاة ، فى كتابة الحكم فى ورقة .

وانه من المستبعد أن تكون كتابة الاحكام بالاوراق ،في زمن العباسيين ،فانه يقرب أن يكون هذا ، قدجرى في العصور المتأخرة ، في تنظيمات الحكومات ، والدول ، والافالمعروف ـ في زمن العباسيين ـ أن الولاة كانوا يبعثون المترافعين الى القاضي ،فاذا حكم القاضي على أحد الطرفين ، أخبر المأمور الوالي بحكم الحاكم فينفذ الحكم من غير كتابة .

وثانياً : لوسلمنا ثبوت ذلك في تلك العصور ، كما في هذه العصور ، فلايفهم أن ذلك كان من لوازم القضاء البينة الواضحة ، أو اللوازم البعيدة .

واذا شك في ذلك ، فالذي يجري عليه قضاة الامامية ، هو الجري على طبق قضاتهم في الاثار والاحكام الواضحة ،والافاللوازم البعيدة لاتجري على قضاة الشيعة.

* * *

ثم انه هل يصح أخذ الاجرة والمال في قبال كتابة الحكم ؟ فالظاهر جوازه ، ولامانع منه ، حتى لوقلنا بحرمة اخذ الاجرة على نفس القضاء والتصدي للحكم ، فان أخذ الاجرة على الكتابة خارجة عن نفس القضاء وشؤنه ، وانما هو أمر قديلتجي اليه أحد المترافعين ، وقديستغني أحدهما ، أو كلاهما عن الكتابة . فاذن لامحذور شرعاً ، من أخذ الاجرة على نفس الكتابة .

ولوتنزلنا عن كل ذلك فلامحذور على أخذ المال في قبال الورقة المبذولة من القاضي ،وليس المقام باشكل ممالوطلب شخص ،شهادة شخص عند الحاكم ،ولكن أراد أن ترسم شهادته في ورقة ، فأبى الشاهد عن ذلك ، وقال للطرف : ان الواجب على هو اداء الشهادة عند الحاكم الشرعي ،وهذا مما أقوم به ، وأما ان أردت رسم الشهادة في ورقة فآخذ مبلغاً في قبال هذا ،فانه لاريب في جواز ذلك للشاهد .

ونظير ذلك ،لوطلب من عالم وحاكم شرعي ،الشهادة في ورقة ممضاة بخاتمه

وقال العالم أوالحاكم الشرعى : انى أتحمل الشهادة ، ولكن ان أردت كتابتها ، عن لسانى وختم الورقة بخاتمى ، فاريد منك مبلغ كذا ، فالظاهر جواز ذلك ايضاً له من حيث الحكم الشرعى ، وان كان أمثال هذه الامور مما لاينبغى استعمالها بين الناس ، ولاسيما للنفوس الزكية ، والشخصيات العلمية ، فانهم أرفع شأناً ،وأجل مقاماً عن هذه التنزلات .

المقام الثانى

فى المدعى

والمدعى عليه

والدعوى .

تعريف المدعى والمدعى عليه

المقصود من المدعى عليه ، هو المنكر ، وان كان المفهوم من أحدهما ليس عين مايفهم من الاخر ، ولكن المقصود واضح .

وقدعرفوا المدعى والمنكر بتعاريف عديدة : وقبل التعرض لها نذكر مقدمة للتوضيح ، وهى :

أن القدماء ـ من فقهائنا رضوان الله تعالى عليهم ـ قدكانوا يتعرضون كثيراً للتعاريف ، ويأخذون فيه شطراً من الكلام ، فى النقض والابرام .

ولكن المتأخرين ، ذهبوا الى كونها ، تعاريف لفظية ، والمعرفات كلها ، شارحة للاسم ، فلايحتاج الى ذلك الشرح والتفصيل ، وأرادوا بذلك أن يجيبوا عن اشكال عدم كون التعاريف جامعة للافراد ، ومانعة عن الاغيار .

والتحقيق أنهم ، ان أرادوا منه أنه لانحتاج الى تعريف كامل جامع للافراد ، ومانع

عن الاغيار ، وأن التعريفات ، لاتحتاج الى هذا المقدار من النقض والابرام .

ففيه : تأمل واضح ، لان الموضوعات والمفاهيم كلها ، ولاسيما العناوين الموجودة فى الفقه ، لايمكن الحكم عليها ، الابعد معرفتها جامعة للافراد ، ومانعة عن الاغيار ، وان كانت المعرفة بالموضوع حاصلة بواسطة اللوازم ، والعوارض .

وبالجملة : فاناوان لم نقل بلزوم كون التعريف بالذاتيات .

ولكن نقول : بعدم الاكتفاء بالتعريف اللفظى ، اذالم يذكر فيه اللوازم التى تكون جامعة للافراد ، ومانعة عن الاغيار .

وان أرادوا من الاكتفاء بشرح الاسم ، أنه لايمكن تعريف الشىء حقيقة ، ولايمكن الوصول الى حقيقة الشىء ، وحده الواقعى .

فيرد عليهم : انا لانسلم أن كل شىء لايمكن تعريفه ، فان خفاء الماهيات شىء وعدم امكان الوصول الى تعريفها شى آخر .

نعم ، قديتفق أن الانسان يخفى عليه بعض الحدود ، والماهيات وليس معنى ذلك ، عدم امكان الوصول اليها .

وبيانه : أن الفلاسفة لما جاؤا الى تعريف الوجود ، ذكروا أن تعريفه غير ممكن ، لانه من أوضح الواضحات ، وليس هناك مفهوم أعرف من الوجود ، حتى يقع معرفاله .

وأيضا ، ليس له ماهية ـ لاجوهرية ولاعرضية ـ فانه هوعين التقرر ، والثبوت ، ولايقام عليه البرهان ـ بكلاقسميه : اللمى والانى ـ اذليس هوعلة لشىء ولامعلولاله .

هذا ماذكره الفلاسفة فى فن الحكمة .

والتحقيق : أن هذا الكلام صحيح فى الفلسفة والحكمة ، حيث يبحث فيها عن الوجود ، والبحث عن الماهية عندهم يكون تبعاً واستطراداً ، ولايصح ذلك فى علم المنطق ، وسائر العلوم ، فان المنطقى يبحث عن الماهية استقلالا ، ولذا تراهم، يختصون العلم المنقسم الى التصور والتصديق ، بالعلم الحصولى .

فترى : أن مباحث المنطق ، تختص بالماهيات والحدود .

ومن المعلوم : أن كل شىء له ماهية معينة ، وحد محدود ، يمكن تعريفه به . وكون بعض الماهيات خفية لنا ، لاينافى امكان التعريف ، فان العجز والقصور عن الواقع ، لايغير الواقع .

ولذا نعتقد نحن : أن المنطق علم مستقل ، غاية الامر أنـه علم آلى مقدمى بالنسبة الى الفلسفة .

فالحق كما تقدم : هو لزوم كون التعاريف بحيث تضبط الافراد ، وتمنع الاغيار ، وان كان ذلك باللوازم والعوارض ، حتى ترتب الاحكام على الموضوعات، والمحدودات .

اذا عرفت ذلك ، فاعلم أنهم عرفوا المدعى والمنكر بالتعاريف التالية :

الاول : أن المدعى هو الذى لو سكت ، لسكت عنه ، ويقابله المنكر .

وفيه : أنه معنى عدمى ، فرضى ، لايصح به التعريف .

الثانى : أنه هو الذى لو ترك الخصومة لتركت .

ويرد عليه ماورد على سابقه .

الثالث : أنه هو الذى يدعى أمراً خفياً .

وفيه : أنه لايرجع الى معنى محصل ، مع أن المقصود من الخفاء ومراتبه غير

واضح .

وقدذهب بعض الى أنه أمر عرفى لابد من الرجوع اليه .

ويرى المحقق الكنى ره أن المدعى هو الذى يحتاج الى البينة ، وأن ذلك هو المستفاد من الاخبار .

وفيه مالايخفى فان المقام مقام تعريف المدعى والمنكر ، لامقام تقييد المدعى بالحجة الشرعية وعدمها ، وترتيب الاحكام عليه .

و كيف كان ، فلابد أن يكون مقصودهم من هذه التعاريف هى التعاريف اللفظية، ولكنها مالم تكن جامعة لافراد المحدود ، ومانعة عن الاغيار ، لايكفى بكونها تعاريف لفظية ، اذ كون التعريف لفظياً لايدفع جهة الاشكال فى عدم كونه جامعا ، أومانعاً .

وقد ذهب بعض الى أن المدعى هو الذى يخالف قوله الاصل ، أو الظاهر ، ومن المعلوم : أن المقصود من الاصل أو الظاهر ليس هو الاصل والظاهر العقليين ، أو العرفيين ، لان كلا منهما قد يوافق قول المدعى ، فهذا النوع من الاصل أو الظاهر لايبتنى على أساس دقيق ، وعلى فرض وجود الاصل أو الظاهر العرفى فهو غير معلوم الحجية . فلابد أن يكون المقصود هو الاصل الشرعى فيكون المدعى هو الذى يخالف قوله الحجة الشرعية .

والمنكر : هو الذى يطابق قوله لها .

فيكون المدعى مهاجماً على الخصم ، والمنكر مدافعاً .

وبالجملة : فحيث كان المدعى هنا مأخوذاً من معنى الادعاء ، لامن معنى الدعوة

والدعاء ، فانهما أجنبيان عن مفاد المدعى فى المقام ، فمن قام به الادعاء على الغير فى مورد توجيه الدعوى ، فهو المدعى عرفاً .

وليس للشارع المقدس اصطلاح خاص فى بيان المدعى والمنكر ، فانهما ليسا من الموضوعات المستنبطة الشرعية ، وانماهما باقيان على مفادهما العرفى ، بلا تصرف من الشارع فى حقيقتهما ، وانما يخطىء الشارع فى جهة الادعاء والحيثية .

وهذا موافق لما اختاره بعض الاعلام .

من أن المدعى من يكون قوله على خلاف الحجة الشرعية .

والمنكر : من كان موافقاً لها .

فالتخطئة من الشارع انماهى ، فى اضافة المدعى والمنكر الى الحجة الفعلية وعدمه ، لا فى مفهوم المدعى والمنكر .

ثم ان هذا المعنى الذى ذكر ، هل هو من جهة تخطئة الشارع العرف فى المصداق ؟

أو أنه قيد المفهوم العرفى ، وخطأ العرف فى بعض المصاديق ؟

أو أنه اعتبر الاصل أو الظهور المعتبر عنده ، سواء كان مطابقاً للظهور العرفى أم لا ؟

الظاهر : هو الثالث ، لانا نرى أن الشارع لم يعتبر كثيراً من الظهورات العرفية ، ولاسيما فى باب القصاص والديات .

ومن تأمل فيهما ، يعرف أنه لم يعتمد فيهما على مفهوم عرفى أصلا . وليس مقامنا هذا كباب المعاملات .

ويظهر ذلك من كثرة الردع الواردة فى الروايات ، بالنسبة الى الاصول ، والظواهر العرفية ،وجعل ظواهر وأمارات اخرى فى باب التداعى ،والمحاكمات، فيكون المقام من باب التحديد للمفهوم العرفى ، فى المدعى والمدعى عليه ، بقيود شرعية .

تقييد الحجة الشرعية بالفعلية

قلنا فى تعريف المدعى : انه هو الذى يخالف قوله الحجة الشرعية ، فلا بد أن تكون الحجة فعلية ، ولا يكتفى بالاقتضائية والشأنية ، كما اكتفى به بعضهم ، وتوضيح الفرق بينهما يكون بالمثال التالى :

لو ادعى زيد بيع داره من عمرو بجواهر قيمتها ألف درهم ، وأنكره عمرو ، وادعى أنه اشتراه بنفس الدراهم .

وحينئذ فان اكتفينا بالحجة الاقتضائية ، يكون كل منهما مدعياً ومنكراً ، لان معنى الحجة الشأنية هى الحجة الشرعية ، وان كانت مدلولة بالالتزام ، فان ادعاء زيد بيع الدار بازاء الجواهر ، يستلزم انكاره للبيع بازاء الدراهم ، وهكذا ادعاء عمرو شرائها على نفس الدراهم ، يستلزم انكاره للشراء على الجواهر . فيكون مصب الحجة هو الملزوم ، وأما بالنسبة الى اللازم ، فليست هناك حجة فعلية ، الا من باب الدلالة الالتزامية .

والتحقيق : أنه لامعنى للحجة الاقتضائية فى المقام ، لان مراتب الاستعداد ، والاقتضاء ، والفعلية أمر يختص بالامور التكوينية .

وأما الامور الاعتبارية ، فيدور أمرها بين الوجود والعدم ،فانها اما أن توجد، فتلزمها الفعلية ، واما أن لاتوجد فليست هناك فعلية ولااقتضاء .

ومن هنا علم أن صورة التداعى ايضا ، ترجع الى الحجتين الفعليتين ، لان كلا منهما فى الحقيقة ، مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى .

ان قلت : أولستم تقولون بمرتبة الشأنية ،والاقتضاء ، فى الاحكام التكليفية ؟ مع أنها ايضا أمور اعتبارية ، فماالفرق بينها وبين المقام ؟

قلت : الكلام هنا فى الحجة فى باب القضاء ،وهو أمر اعتبارى وضعى ،وليس له وجود الافى مقام اعتباره ،والحكم الوضعى يدور أمره بين الوجود والعدم ،وليس ذلك كالحكم التكليفى .

هذا ، مضافاً الى المناقشة فى الحكم التكليفى ايضاً، لان الحكم ليس الاالانشاء بداعى البعث ، وهذا المعنى ليس الافعلياً ، لايتصور فيه مرحلة الشأنية .

وان شئت ، فقل : ان المولى ان أنشأ بداعى البعث ، يوجد الحكم فعلياً ، والافلا يوجد الاعلى تقدير ،وفرض .واعتبار فرضه وتقديره ليس معناه شأنية تحققه، ووجوده فان الشأنية من مراتب وجود الشىء ، والحكم قبل فعليته ليس الافرضاً ، وتصويراً ، لاشأنا وفعلية .

نعم ، انطباق الحكم على المورد ، انما يتم عند اجتماع شرائطه ، والانطباق لايرتبط بنفس الحكم ، كما تأتى الاشارة اليه .

هذا كله ، مضافاً الى أن انتزاع عنوان المدعي والمدعى عليه الفعليين عن الحجة الاقتضائية ،غير معقول ،فانهما يتبعان الحجة ، فان كانت فعلية فهما فعليان ،والافلا، ولايمكن انتزاع الفعلية من مرتبة الشأنية ، او بالعكس ، اذهما من المتكافئين بالقوة والفعلية .

شرائط المدعى والمدعى عليه

قدذكر الفقهاء شروطاً للمدعى .

منها : البلوغ والرشد ، فالتزموا فى المدعى أن يكون بالغاً رشيداً .

وعليه ، فلاتصح الدعوى من الصبى ، معللين ذلك بأن الادلة ظاهرة فى عدم الصحة .

وفيه ـ مضافاً الى عدم تمامية الظهور المذكور ـ: عدم الفرق بين المقام وبين المعاملات ، وقدتقدم : صحة معاملة الصبى مع انضمام الولى ، وأوضحنا ذلك بما لامزيد عليه ، فكما تصح معاملاته مع الولى ، فليكن دعواه صحيحة كذلك .

بل ربما يقال: ان الامر هنا أوضح من هناك ، لان المعاملات لها جنبة مالية ، تحتاج الى الولى من هذه الجهة .

وأما الدعوى فقد لاتتعلق بالمال ، فتصح منه بدون الولى .

على أن كلامنا فى صحة أصل دعوى الصبى ، وليس الكلام فى صحة تصرفاته ، فلامانع من أن يكون له السلطنة على الدعوى ، وان كان محجوراً عن التصرفات فى

المال الاباذن الولى .

ان قلت : لوصحت الدعوى عن الصبى ،لترتبت عليها آثارها ، بأجمعها ،مع أنه لايصح تحليف الصبى، ولاامتثال أمره بتحليف البالغين.

قلت : ان صحة الدعوى لايلزم أن يترتب عليها جميع آثارها . على أنه أى محذور فى سماع البينة من الصبى ، ولاتنحصر الموازين فى الحلف وحده .

وبالجملة فلولا دعوى ظهور الادلة ،فى البالغ العاقل ،لاشكل اشتراط البلوغ فى المدعى ، فان الذى تقتضيه القواعد ، هو سماع الدعوى من الصبى ، لان عنوان الادعاء لاقصور فيه عرفاً ،ولاقصور فى شمول الادلة لكل من يدعى ،مالم يخرج بالدليل، كالمجنون مثلا .

فالذى ينطبق عليه عنوان المدعى عرفاً ،تشمله الادلة من وجوب الحكم والقضاء ولادليل على عدم سماع الدعوى منه ، ولاسيما اذا كان من ادعى عليه يخاف فراره ، فاى مانع من سماع دعواه ،واقامته البينة ؟.

نعم لايترتب عليه جميع آثار القضاء ،من الحلف ونحوه،فلايجوز له التحليف، ولايسمع اقراره ، ولايدفع اليه المال ،لانه محجور عليه ،وليس من لوازم سماع دعواه ترتيب جميع الاثار ، فان كثيراً من الدعاوى لايترتب عليها جميع آثارها .

تحقيق فى معنى الدعوى

الدعوى : بمعنى الادعاء لغة وعرفاً ، وهذا لااشكال فيه ، وانما وقع الكلام ـ بين العلماء الاعلام ـ فى أن الدعوى هل هى معنى انشائى أو خبرى ؟

قد ذهب المحقق الكنى ره الى كونها معنى خبرياً ، ولايستفاد منها المعنى الانشائى بتاتاً ، كما فى الاقرار والشهادة .

وعليه : فيكون المدعى مخبراً عن المدعى به أمام الحاكم ، وليس فى الدعوى جهة انشاء أصلا .

ويقابل هذا القول ، ماذهب اليه جماعة من الفقهاء ، من كونها معنى انشائياً ، كسائر الانشاءات .

وقد أطالوا البحث عن ذلك ، ولا أرى الحاجة الى التطويل بهذا المقدار ، فان هذا البحث انما يأتى ، ويصح على القول بان الجملة الخبرية ، تغاير الجملة الانشائية بالذات ، وأن كلا منهما مقيدة ذاتاً بالجهة التى فيها من الخبرية والانشائية .

وأما على ماهو التحقيق الثابت فى الاصول من عدم الفرق بينهما ، الا بالقصد ،

والداعى ، من دون فرق بينهما فى الحقيقة والذات ، فلايكون للنزاع هنا مجال ، وقدحققنا فى محله أن معنى الخبر هو الحصة الخاصة من الجملة الملازمة لقصد الحكاية ، كما أن الانشاء هو الحصة الخاصة من الكلام الملازم لقصد الايجاد والانشاء ، فان الظاهر من الجملة الخبرية والانشائية ، عدم تقييدهما بعنوان الايجاد والحكاية ، وأن قصد الايجاد والحكاية ، من الدواعى لايجاد الجملة الخبرية والانشائية . وليست الحكاية والانشاء من مقومات الجمل لاعلى وجه التقييد ، ولاعلى وجه الحصة المقارنة لعنوان الحكاية ، والايجاد على نحو التقيد .

وعلى ضوء هذا البيان نقول : ان الدعوى ، جملة خبرية ، معنونة بعنوان الالزام ، كالفتوى ، والاقرار ، ونظائرهما ، فان المقر اذا أقر ، وقال : هذا المال لزيد ، ليس معناه الحكاية فحسب ، بل هو حكاية ، مع الزام نفسه : بأنه لزيد ، وهكذا اذا قال المدعى : هذا مالى ، ليس معناه أنه يحكى عما فى الخارج ، ويخبر عنه فحسب ، بل يقصد بذلك الخبر بداعى الالزام ، والانشاء .

فاذن ، تكون الدعوى : جملة خبرية أشرب فيها الانشاء ، أى : جىء به بداعى الانشاء ، فليست الدعوى جملة خبرية صرفة ، كما أنه ليس بانشاء صرف ، بل اخبار بداعى الانشاء .

ولعله بهذا يقع التصالح بين الطرفين ، فيرتفع النزاع .

اشتراط الخصومة الفعلية فى الدعوى

هل يصح حكم الحاكم فى مقام الدعوى الشأنية ؟ أولابد فى تحققه من ثبوت الدعوى الفعلية ؟

المعروف لدى الفقهاء ، هو الثانى ، ويظهر من جماعة : صحة الحكم حتى فى الدعوى الشأنية .

وتظهر الثمرة فيما اذا كان هناك وقف ،أووصية ، فاراد الولى حكم الحاكم بصحة الوقف ، أوالوصية ،على نحو الحكومة ،وفصل الخصومة ، لئلا يقع النزاع من الورثة فى المستقبل .

فحينئذ يصح الحكم ان قلنا بصحته فى الدعوى الشأنية ، ولايصح اذا قلنا باشتراط فعلية الدعوى ، والخصومة ،والمعروف بين الفقهاء هو الثانى ، فمالم تتحقق الخصومة بالفعل فلامورد للحكم .

والتحقيق أن الحكم وان كان صحيحاً فى الدعاوى الانشائية ، فى عالم الثبوت،

ولكن لايساعده عالم الاثبات والدلالة ، لان الظاهر من قوله عليه السلام (١): «جعلته عليكم حاكما » فى المقبولة ، هو القضاء فى الدعاوى الفعلية ، وفيما يبتلى به الناس فعلا ، ولاأقل من انصرافه الى هذا المعنى ، وأنه هو القدر المتيقن ، على تقدير الشك فى الظهور ، والانصراف .

كما أن الظاهر من الحوادث الواقعة فى رواية التوقيع (٢) ، هى الحوادث الفعلية ، لا التقديرية .

وأما قوله تعالى : ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الفاسقون ، ونظائره فاجنبى عن المقام جداً ، لان مفاد هذه الايات ، هو انما تعليق أمر على امر آخر ، فهى تحكم بان القاضى اذا قضى ، لابد أن يقضى بالعدل ، وبما أنزل الله تعالى ـ كما عرفت مفصلا وأما أن متعلق القضاء فعلى أو تقديرى ، فلا تعرض له فى الايات الشريفة .

ثم انه لو عممنا الحكم ، للدعوى الشأنية والفعلية ، فهل يصح للحاكم أن يحكم بحكم كلى يشمل المورد ونظائره أم لا ؟

فمثلا هل يصح أن يقول : حكمت بنفوذ كل وصية يكون هكذا ؟ أو يقول : حكمت بصحة كل وقف ، يكون بهذه الكيفية .

ومعنى ذلك انه يجعل المورد حكماً كلياً ، أو فتوى كلياً .

فقد يظهر من المحقق العراقى (ره) صحة ذلك الحكم ، وان تردد فيه .

أولا ، مستدلا بانه ليس هناك محذور عقلى لالتزام الحاكم بان يجعل متعلق حكمه فتوى كلياً . وبه يرتفع النزاعات التى يحتمل وقوعها ، فى المستقبل .

١ـ الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى ح١

٢ـ الاحتجاج طبع النجف ج٢ ص٢٨٣

نعم لوقلنا باختصاص الحكم بالدعاوى الفعلية ، لايشمل الدعاوى التقديرية المحتمل وقوعها فى المستقبل .

ولكن التحقيق أن ذلك أمر غير معقول ، لان حكم الحاكم ليس الاتطبيق الكبرى الكلية ، على مواردها الشخصية ، كماتقدم .

ولامعنى لحكمه بحكم كلى أوفتوى كلية ، فهل ترى صحة حكم الحاكم بنجاسة البول ، وبوجوب اجتناب الناس عنه ؟ فان الحكم لايتعنون بقاطعية فصل الخصومة به وبالسببية .

الاأن يكون شخصياً ، وأماالحكم الكلى فهوتابع لجعل الشارع . مضافاًالى أنه ، لوقيل بصحة حكم الحاكم ، فى الاحكام الكلية ، للزم على من يخالفه عقابان ، واثمان : عقاب لمخالفة الـواقع ومخالفة الشارع ، وعقاب آخر لمخالفة قـول الحاكم ورده ، ولاأظن أحداً يلتزم بذلك .

وأما ماافاده الميرزا الشيرازى فى قصة التتن ـ كمابيناه سابقاً ـ فهوامامن قبيل جريان القضاء فى الحكم الكلى .

ولعله بعيد منه قدس سره ،واما أن يحمل على الجهات الحسبية ، التى أوجبت له فى ذلك الوقت القيام بهذا الواجب .

ولعل الوجه الاخير ،هوالاقرب بالنظر الى فتواه فى التنباك ، راجع ماقدمناه من البحث عن هذا الموضوع .

اشتراط الجزم والمعلومية فى الدعوى

المشهور : لزوم كون الدعوى عن جزم ، وقد نسب المحقق الرشتى وغيره ذلك الى شيخ الاساطين (ره) حيث قال : «ولابد فى الدعوى من الجزم ، وأنه لاتعتبر الدعاوى المجهولة من جميع الجهات ، وكذا لاتصح الدعاوى اذا كانت مرددة بين الاقل والاكثر» .

وفى مقابل هذا القول ، هو القول بعدم اعتبار الجزم فى الدعاوى ، لافى مقام الاثبات ، ولافى مقام الثبوت .

والتحقيق ـ عند تدقيق النظر فى قول الشيخ ، وتحليل كلامه ، بتحليل علمى دقيق ـ أنه : لايقول بمافسروا به كلامه من الشراح ، بل نرى أنه لم يذهب الا الى ماذهب اليه فى المكاسب ـ فى البيع المردد ـ فانه قال ماحاصله : أن الترديد فى البيع موجب لعدم الجزم ، فاذا قال : «بعتك فرساً أوثوباً » لايقع واحد منهما مبيعاً ، لان البيع المردد مفهوماً ومصداقا لايكون بيعاً أبداً ، اذلاتحقق له لاماهية ولاهوية ووجوداً.

وهكذا يقول فيما نحن فيه ، من جهة أن الدعوى المرددة لاتحقق لها فى الخارج

بماهي مرددة .

وأما بطلان الدعاوى المجهولة من جميع الجهات ،فمن جهة أنه لاواقع لهذا النحو من الدعاوى ، كمالاواقع للمعاملة المجهولة من جميع الجهات .

نعم يبقى الكلام فى الدعوى التى ترددت بين الاقل والاكثر . أوانحلت الى العلم الاجمالى ، فيتحقق فيه الجزم ، باعتبار ان الاقل هو المتيقن .

فكيف يحكم الشيخ ببطلانها على مانسب اليه ؟ فنقول : ان الشيخ انما يمنع الترديد فى الدعوى بما هو ترديد ، بمعنى أنه اذاأتى بها بصيغة الترديد ،تقع الدعوى المرددة ، بماهي مرددة باطلة .

وأما اذا فرضنا الكلام فى الكلى المنطبق على الفرد . من دون ترديد فى الواقع نظير موارد العلم الاجمالى ، فلايقول الشيخ ببطلان هذا النوع من الدعوى .

وبالجملة ، فالشيخ انما فرض كلامه فى المجهول المطلق ، والمردد بماهو مردد ، وان كان ذلك فى مورد الاقل والاكثر .

ثم ان التحقيق : أن نسبة الجزم الى الدعوى ، نسبة بالعرض والمجاز ،فان الجزم انما ينسب أولا وبالذات الى المدعى ،وعليه فليس اشتراط الجزم فى الدعوى شرطاً مستقلا ، ولا من مقوماتها .

ثم انه على القول باشتراط الجزم ، هل يشترط ذلك فى مقام الثبوت والاثبات معاً ؟ أم يكفى الجزم فى مقام الثبوت ؟ الظاهر ، هو الثانى .

وعليه : فلو نطق المدعى بكلام يشبه الترديد ، أى : أتى بعبارة غير ظاهرة فى العلم والجزم ،ولكن الحاكم يعلم جزم المدعى فى مقام الثبوت لصحت هذه الدعوى، اذلاربط لعالم الاثبات بعالم الثبوت فيكون الثانى باقياً على حاله .

ثم اذا ادعى المدعى وهو لا يعلم ، وليس عنده طريق للعلم بالمدعى به ، هل يجب على الحاكم رده وعدم سماع دعواه ، كما لو علم بافترائه أم لا ؟

والتحقيق أنه لا يجب على الحاكم السماع ، ولكن لو سمع وأقدم على الحكم يصح منه ذلك ، اذ لعل الدعوى تكون صحيحة ، ولعل هناك حق للضعيف ، فيصح للحاكم الاقدام من باب ترقب الوصول الى عون الضعيف .

ومن هنا ظهر ان المدعى لو ادعى شيئاً يظن به بظن شخصى ، يجوز للحاكم حينئذ السماع ، ولا محذور فيه ، بناء على الحق من عدم اشتراط الجزم فى الدعوى ، وان كان ذلك غير واجب عليه ، فان وجوب السماع يحتاج الى دليل مفقود فى المقام ، ولا سيما اذا قلنا باشتراط الجزم فى سماع الدعوى .

ثبوت الدعوى بالامارة

اذا لم يكن عنده قطع بالنسبة الى المدعى به، لا على نحو اليقين، ولا على نحو الكلى، ولكن وجدت عنده أمارة من البينة والاقرار ونحوهما، تدل على أن أباه كان يطلب فلاناً الف دينار مثلا.

ففى هذه الصورة لا اشكال فى صحة الدعوى، وان لم يكن المدعى جازماً بنفسه، اذ يكون ادعاؤه هذا مستنداً الى البينة والامارة.

وان شئت فقل: ان صحة الدعوى، تقوم بالعلم الوجدانى أو الامارة، هذا واضح لا اشكال فيه.

وانما الكلام فيما اذا ادعى العلم، وقال: انى أعلم أن أبى يطلب فلاناً، فيعبر بعبارة يفيد الجزم، من دون أن يستند ذلك الى البينة، والمفروض أنه لا مستند له سواها. فقد ذهب بعض الى: ابتناء هذه المسئلة على الكلام فى الامارة، فان قلنا: انها تفيد علماً وجدانياً ـ كما هو نتيجة القول بتتميم الكشف فى باب الامارات ـ فلابد أن

تصح منه هذه الدعوى ، لان المدعى المفروض عالم حقيقة ، باعتبار أن الامارة جعلته عالماً واقعاً ، فاذا قال :أبى يطلب فلاناً ،صح هذاالقول منه ، ولاملزملاستناد الى الامارة ، ولاداعى لذلك .

وان قلنا :ان الامارة لاتفيد ، الاجعل المؤدى منزلة الواقع ،وأنها تعبدوتنزيل محض ، فلايصحله حينئذ ادعاء العلم ، فلوقال : انى أعلم أن أبى يطلب فلاناً ، فقد كذب فىقوله ، لعدم كونه عالماً ، فىالواقع وفىنفس الامر .

والمفروض أن الامارة لاتجعل غير العلم علماً ، على تقدير جعل المودى ، ولاتنزله منزلة العلم .

والتحقيق : عدم صحة هذا الابتناء فىالمقام ،لان الامارة لاتخرج عن التنزيل بالاخرة ، والواقع لاينقلب عما هوعليه ،فاذا فرض أن المدعى ليسله علم وجدانى تكوينى ، لايصحله الدعوى بالعبارة المفيدة للعلم ،سواء قلنا فىباب الامارة :بتتميم الكشف أوبغير ذلك منالاقوال .

نعم لوصححنا مااحتمله الاستاد المحقق النائينى (ره) فىبعض كلماته ، من عدمالحاجة فىباب الامارات الى التعبد ،وعدم كوننا مكلفين بالعلم الحقيقى الوجدانى، وأن العلم الذى عليه تعارف الناس فى خبر المخبرين ، ونقل الثقات والعدول ، علمعادى فىنظر العرف ، والعقلاء ،لصح قول المدعى بالصورة المذكورة المفيدة للعلم .

كما لايصح ايضاً على ماقربه الاستاذ منجعل الامارة علماً تشريعياً ، كمابنى عليه فى أصوله ، فان كونه علماً فى عالم التشريع لايصيره علماً حقيقياً واقعياً ، حتى يصح للمدعى أن يعبر عنهبالعلم الحقيقى ،فان الظن مهما بلغ فىالتنزيل ،ولو

بجعله فيعالم التشريع علماً لايكون منحقيقة العلم ، واقعاً .

ولذا لوقيل له : انك تعلم هذا واقعاً ، لم يسعه الجواب بالعلم الحقيقى، وانما يجيب على فرض العلم التنزيلى .

الدعوى فى موارد التهمة

التحقيق عندنا: صحة الدعوى فى مورد التهمة ،ووجوب سماعها على الحاكم.

وهذا هو الظاهر من كلمات الاصحاب ، وقد ذهب الى ما قلناه حتى من اشترط الجزم فى الدعوى .

والقول بأن صحة الدعوى فى مورد التهمة ، تنافى واشتراط الجزم فيها .

مدفوع بعدم المنافاة بينهما ، وذلك لامرين :

الاول :أن الدعوى مفهوم عرفى ،وليس للشارع فيها اصطلاح خاص ،أو حقيقة شرعية .

ومن المعلوم : أن الدعوى فى موارد التهمة مقبولة ، لدى العرف ولاسيما اذا كانت محفوفة بقرائن الصدق .

الثانى : الروايات الدالة على صحة الدعوى المذكورة .

فمنها (١)خبر بكر بن حبيب ، قال : قلت لابيعبدالله عليه السلام : أعطيت جبة الى

١ــ الوسائل باب ٢٩ من ابواب أحكام الاجارة حديث : ١٦

القصار، فذهبت بزعمه ، قال : ان اتهمته فاستحلفه ، وان لم تتهمه فليس عليه شيء .

وبهذا الاسناد(١) عنه عليه السلام قال :لايضمن القصار الاماجنت يداه ، وان اتهمته أحلفته .

ومنها (٢) ماعن ابى بصير عن ابيعبدالله عليه السلام ، قال،لايضمن الصايغ ولاالقصار، ولاالحائك ، الاأن يكونوا متهمين ، الخبر .

وفي المقام روايات كثيرة ، من أرادها فليراجع الى كتب الاحاديث .

وتدل على ماذكر مضافاً الى الروايات المتقدمة ، الاخبار الواردة فى باب الوديعة الحاكمة : بأن (٣) الودعى أمين مالم يتهم .

وهكذا الروايات الواردة فى باب القذف ، والقصاص ، والديات .

وعليه ، يمكن أن يقال : بصحة الدعوى فى مورد التهمة بحكم هذه الروايات ـ حتى لو كانت القاعدة تقتضى الجزم فى الدعوى ـ .

وتكون هذه الادلة نسبتها الى اعتبار الجزم ، نسبة الحكومة ، أوالورود ، ولاريب فى تقديم دليل الحاكم أوالوارد على المورود والمحكوم عليه ، وأن القول بالجزم لاينافى أدلة الحكومة أوالورود .

١ـ الوسائل باب ٢٩ من ابواب أحكام الاجارة حديث : ١٧

٢ـ « « « « « « : ١١

٣ـ راجع الوسائل باب٤ من أبواب الوديعة .

اشتراط مالية المدعى به فى صحة الدعوى

قداشترطوا فى صحة الدعوى ، كون المدعى به مالا ، ومن المعلوم أنه ليس مقصود قائليه ،أن الدعوى لاتقبل الااذا كان المدعى به مالا ،وكيف فان صحة الدعوى فى الحقوق ممالاينكره أحد . فلابد أن يكون مقصودهم من ذلك ، أنه اذادار الامر فى الدعوى بين الملكية والمالية ،فيشترط فى صحتها المالية ،ولايكفى مجرد الملكية.

وكيف كان ، فقداشترطوا فى صحة الدعوى ، المالية .

ولذا قالوا :لوادعى شخص على آخر حبة من حنطة ، لاتسمع دعواه لانه ليس الامجرد الملكية ، وهى دعوى لاغية لاتسمع .

وقدذهب بعض الى أكثر من ذلك . وهوأن تكون المالية مماتناسب المدعى والمدعى عليه ،فلوادعى تاجر غنى على مثله درهماً ،لاتسمع دعواه ، لعدم التناسب فى هذه الدعوى ، بل تعد هذه لاغية فى أنظار العقلاء .

ولكن الانصاف سقوط هذا الاشتراط ، لان الدعوى ليست الاجهة سلطنة من المدعى على المدعى عليه ، ولادليل على اعتبار التناسب فى الدعوى ، بل كثيراً

ماتقع الدعاوى والنزاعات على اشياء تافهة جداً .

وليست الدعوى منوطة بالشأن والمكانة والتناسب ، بل هى كماذكرنا سلطنة من المدعى على المدعى عليه .

ومجرد حصول ذلك كاف فى العرف فى صحة الدعوى ، سواء كان المدعى به ملكاً مجرداً ، أومالا ، أوحقاً مالم تكن الدعوى لاغية ، وان كانت فى نظر بعض الناس أنها تافهة الى حد من الحدود .

ثم اذا كان الحاكم الشرعى ممن يرى عدم السماع فى دعوى الملكية المجردة ، أوفى المال القليل الذى لايناسب شأن المدعى ، والمدعى عليه .

فحينئذ هل يجوز له سماع الدعوى المذكورة ، والاقدام عليها ؟

الظاهر هو الجواز ، لكن لامن جهة أن ذلك واجب عليه من باب الحكومة المصطلحة ، وفصل الخصومة ، كيف فانه يرى : عدم صحة الدعوى المذكورة ، وأنها لاغية فى نظره ، فكيف يجب عليه السماع ، بل من جهة ترتيب أثر الواقع عليه ، وترقب الوصول الى الحق ، كما قالوا نظير ذلك فى باب الاقرار ، واليد ، وقدتقدم الكلام ايضاً فى نظير ذلك قريباً .

ثم انه اذاعلم الحاكم : أن المدعى أوالمدعى عليه غير متوجه الى موازين الحكم ، والقضاء . اما لجهله بها ، كما هوالغالب فى العوام ، أولغفلته عنها ، كما اذا كانت هناك بينة لايدرى بها المدعى ، فهل يجب على الحاكم تكليفاً البيان والافهام؟ بأن يفهمه طريق الاستدلال ، أوأن ذلك واجب عليه وضعاً ، بأن يكون ذلك من وظيفة القاضى ، وشؤون القضاء ، وأن ذلك من الحقوق التى تكون للمدعى على الحاكم ، وجوه ، بل أقوال .

والتحقيق عدم صحة كل من هذه الوجوه ، لان الظاهر من الادلة أن حكم الحاكم انما هو من قبيل الواجب المشروط ، بمعنى أن وجوب الحكم والقضاء ، انما هو مشروط باجتماع شروط القضاء وتمامية موازين الحكم ، ومن المعلوم أنه لايجب تحصيل الشروط في الواجب المشروط .

وكما لايجب الافهام على الحاكم تكليفاً ، كذلك لايجب وضعاً ، لعين ماقلناه ، كما أنه لايكون للمدعى حق على الحاكم ، الابعد تمامية الموازين ، على القول بحدوث الحق المذكور ، والافلنا أن نقول : انه لادليل على ثبوت الحق حتى بعد تمامية الموازين .

نعم لابأس بالقول بجواز افهام العوام ، وبيان الموازين لهم ، من باب تنبيه الغافل ، وارشاد الجاهل .

وهذا أمر آخر لايرتبط بالقضاء ولابموازينه .

وعليه فاذا علم الحاكم بوجود بينة للمدعى ، وهو لايعلم بها ، لايجب عليه البيان ، وان انجر ذلك الى تضرر المدعى .

نعم يكون البيان راجحاً كما تقدم .

اشتراط كون متعلق الدعوى مشروعاً

لاريب ولا اشكال في صحة الدعوى من المسلم على الكافر، وبالعكس، ومن الكافر على الكافر، اذا كان متعلق الدعوى مشروعاً، كما اذا ادعى أحد المذكورين على الاخر غصب داره مثلا، فانه لا كفر ولا اسلام في باب القضاء.

وانما الكلام فيما اذا كانت الدعوى غير مشروعة عند الامامية، كما اذا ادعى أحدهما على الاخر، غصب خنزير، أو خمر، ونحوهما.

والتحقيق في هذه المسألة، يحتاج الى تحقيق مسألة أخرى، تبتنى عليها مسألتنا هذه.

وهي: أن الكافر هل يحكم عليه على طبق مذهبه؟ أوليس للفقيه الحكم الا على طريقة الحق.

فقد ذهب الى الاول بعض أهل العلم، مستدلا عليه بأن الشارع، لما اقر الكفار على أداء الجزية، فقد أقرهم على مذهبهم، ومن لوازمه الحكم على طبق مذهبهم، في باب القضاء.

وبتعبير آخر :أن من لوازم الذمة ،وقرار الجزية ،هو الحكم على طبق مذهبهم

وفي مقابله : القول المشهور ، القائل : بعدم جواز الحكم ،الا على طبق مذهب الحاكم ، فلا يجوز له الحكم ، على طبق مذهب الكافر ، وأن أدلة الجزية لا تدل على ماذكر .

ولو سلمنا ،فلابد من الانتقال الى القيمة ، فلا يجوز له الحكم بعين الخمر ، و الخنزير ،هذا .

والانصاف أن الالتزام بالقيمة ايضا تسليم للقول الاول في الحقيقة ،اذ لا فرق بينه وبين الحكم بالعين في المآل.

والتحقيق أنه ليس عند نا دليل يدل على الحكم على طبق مذهبهم ، والقضاء بينهم، بما يوافق دينهم ،ولا يستفاد ذلك من أدلة الجزية ،فان الحكم على خلاف مذهب الحاكم وخلاف الواقع ، لاجل التطبيق على مذهبهم ظاهراً يحتاج الى دليل يرفع الواقع ، ويثبت الحكم الظاهري ،وهو مفقود في المقام .

بل ظاهر الادلة في غالب موارد القضاء ـ ان لم يكن كلها ـ بقاء الحكم الواقعي على حالته ،والتصرف انما وقع في مرتبة الظاهر، وجعل الحكم ظاهراً على خلاف الواقع ، مع كون الحكم الواقعي محفوظاً بمرتبته في هذه الحالة .

جريان قاعدة الالزام وعدمه في المقام

قدوردت روايات كثيرة في أبواب متفرقة ، تدل على لزوم الحكم ، على طبق مذهبهم ، والزامهم بما ألزموا به أنفسهم .

فمنها : (١) ماورد في باب الطلاق ، في رواية أبي حمزة عن ابي الحسن عليه السلام حينما سئل عن المطلقة على طريقة العامة ـ أيتزوجها الرجل ؟ فقال عليه السلام : ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم .

ومنها : (٢) ماورد في رواية ابن طاووس ، قال : قلت لابي الحسن الرضا عليه السلام : ان لي ابن أخ زوجته ابنتي ، وهو يشرب الشراب ، ويكثر ذكر الطلاق ، فقال : ان كان من اخوانك ، فلا شيء عليه ، وان كان من هؤلاء ، فابنها منه ، فانه عنى الفراق .

قال : قالت : أليس قد روى عن أبي عبدالله عليه السلام ، أنه قال : اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس ، فانهن ذوات الازواج ؟ فقال : ذلك من اخوانكم ، لا من هؤلاء انه من دان

١ـ الوسائل باب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥

٢ـ « « « « « « « ١١

بدين قوم لزمه أحكامهم .

و منها : ماورد (١) فى باب الميراث ، فى رواية ابن محـرز ، قال : قلت لابيعبدالله عليه السلام : رجل ترك ابنته ، وأخته لابيه و أمه ، فقال : المال كله لابنته، و ليس للاخت للاب والام شيء ، فقلت : فاناقد احتجنا الى هذا ، و الميت رجل من هؤلاء الناس ، و أخته مؤمنة ، عارفة ، قال : فخذلها النصف، خذوا منهم كما يأخذون منكم ، فى سنتهم ، و قضاياهم .

و قدورد هذا المضمون فى أخبار القصاص ، و الديات ، و القضاء ونحوها، ولايمكن التشكيك فى سند هذه الروايات لتواترها ، وكثرتها جداً ، و صحة أسانيد كثير منها .

وبعد ذلك ، فيقع البحث فيها من جهات أخرى ، ونحن نشير اليها بالاجمال والاختصار ، بما يناسب المقام ، ومن أراد التفصيل ، فليرجع الى ماكتبناه فى كتاب الطلاق .

* * *

الجهة الاولى : أن هذه الروايات تحتمل وجوها .

الاول : أنها تفيد الا باحة ، و الرخصة فقط ، بمعنى أن المرأة المطلقة علـى لسانهم ، تكون مباحا للرجل الشيعى الذى يتزوجها ولاتكون زوجة له حقيقة بالحمل الشايع الصناعى، لانها ليست مطلقة فى الواقع ، فهى باقية على زوجية الاول حقيقة ، ولكن يباح لنا تزويجها ، والا ستمتاع منها .

و هذا ما ذهب اليه شيخ الفقهاء صاحب الجواهر ره .

١ــ الوسائل باب ٤ من أبواب ميراث الاخوة والاجداد حديث ١

الثانی : أنها ناظرة الـی القضایا الشخصیة ، الخارجیـة ، ولا تترتب علیها الاثار الکلیة ، و علیه فلوطلق السنی اءرأته ، ثم تشیع بعدذلك ، ینقلب الموضوع، و تعود المرأة کما کانت وعند ذلك فیبقی الحکم مراعی ، فان بقی علـی مـذهبه ، و لم یستبصر ، یحکم بصحة الطـلاق ، و تبین زوجته منه ،عند انتهاء العدة ، حیث یلزم علی ما ألزم بـه دینه ، و ان تشیع ، یحکم ببطلان الطلاق ، فتبقی المرأة علی الزوجیة .

الثالث : و هو المختار ، أنها تفید حکماً و اقعیاً ثانویاً ، نظیر أدلة التقیة . و أن السنی لو تشیع فی المثال المفروض ، یبقی علی حکمه من الطلاق ، ولایحکم ببطلان الطلاق ، بل یرتب علیه الاثار ، ولا یصح له الرجوع ، ولا تعود المرأة علی حالتها الاولی ، مالم یکن الطلاق رجعیاً .

أما الوجه الاول ، فلا ینبغی أن یقصد منه الا باحة الشرعیة ، اذلامعنی لجواز التزویج للشیعی ، و اباحة جمیع الاستمتاعات ، و ترتیب جمیع آثار الزوجیة علیه، مع عدم کونها زوجة له حقیقة ، فان هذا المعنی غریب جداً ، فـی جمیع الفروع المترتبة علیه ، فلابد أن یکون المقصود من الا باحة ، هو الحکم الوضعی ، بمعنی أن تکون المرأة ، زوجة للاول واقعاً ، حسب الادلة الاولیة ،وتکون زوجة للثانی ، حسب الظاهر ، فیکون هناك حکمان ، حکم واقعی یدل علی کونها زوجة للاول ، و حکم ظاهری یدل علی صیرورتها زوجـة للثانی حسب الظاهر ، و کیف کان ، فلا یستفاد هذا المعنی من روایات الباب ، بل الادلة ظاهرة فی خلافه .

و أما الوجه الثانی : فهو ایضاً خلاف ظاهـر الادلة ، و اطلاقاتها ، اذلیس الحکم مع العامة مراعی ، بعدم التشیع ، و لیس فی الروایات عنوان الانقلاب ،

و التعليق ، فان الظاهر منها ، بل صريحها هو بينونة الزوجة بالطلاق .

فيتعين الوجه الثالث ، و يؤيده حكم الامام عليه السلام ، ببينونة الزوجة، في روايات الطلاق ، و يستكشف منه الحكم الواقعي الثانوي .

و عليه : فلوطلق السني امرأته، ثم تشيع بعدأيام ، تحصل البينونة ، ولايصح له الرجوع ، اذا كان الطلاق بائنا ، لان هذا هومقتضى الزامهم ، بماألزموه أنفسهم.

* * *

الجهة الثانية : ان ما تقدم من الكلام ، انما يصح بالنسبة الى العامة ، و اما المستضعف : فلايحكم عليه بمذهبه ، لعدم العلم بكونه سنياً ، فتشمله أدلة القضاء.

و بعبارة أخرى : أن ادلة القضاء عامة ، شاملة لجميع أفراد البشر ، على اختلافهم في المذاهب ، والاديان ، فاذا جاء التخصيص يخرج منه من علم بكونه سنياً ، و تبقى الادلة بالنسبة الى المستضعف على حاله .

* * *

الجهة الثالثة : أن رواية « من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » و نظائرها ، لاربط لها بأدلة الالزام ، لان ذلك انما هو امضاء لطريقة اليهود و النصارى ، من جهة أن كل ملة ، لهم طلاق ، ونكاح .

فهذه الروايات أجنبية عن مساق روايات الا لزام ، بل لهما لسانان مختلفان ، فلا وجه لخلط أحدهما بالاخر ، كما وقع في بعض الكتب المطولة ، كما أن روايات الا لزام متوجهة الى أبناء العامة ، بخلاف روايات من دان بدين قوم لزمته أحكامهم، فانها عام شامل لجميع الاديان.

و أما لو كان مشركاً ، أو كافراً منكراً للالوهية ، فلا بد من الحكم عليه ،

بأحكامنا ، اذلايشمله من دان بدين الخ ، لان المفروض أنه لايدين بدين .

* * *

الجهة الرابعة : أن هذا التقييد و التخصيص ، حكومة ظاهرية ، على مسلك صاحب الجواهر ره ، وحكومة ، واقعية ، على الثانى ، لكن يدور أمرها على مراعاة الموضوع ، و عدم انقلابه .

و على مسلكنا ، تكون الحكومة واقعية ، نظير أدلة التقية .

ثم ان قاعدة الالزام ، لاتسقط وان سقط اعتبار مذهبهم ، أولم يكن هناك خوف منهم ، فانها ليست كالتقية ، لان موضوع التقية ، هو الخوف ، او الضرر النوعيان ، فاذاسقط لايخفى مجال للتقية ، بخلاف قاعدة الالزام .

فان الظاهر من أدلتها ، عدم سقوطها ، و ان لم يكن لهم القدرة على الامامية ، أوسقط اعتبار مذهبهم .

بل لوفرضنا : سنياً لايعرف أحكام دينه ، يمكن أن نقول ايضاً : بالمعاملة معه ، بقاعدة الالزام ، بل لاتسقط القاعدة ، حتى لوأراد السنى ، المجاراة مع الشية ، و التنزل على مذهب الحق .

احتياج حكم الحكام

الى استدعاء من المدعى و عدمه

اذاتمت الموازين بجميع جهاتها ، هل يتعين على الحاكم : الحكم ، أولابد فيه من استدعاء المدعى ، و طلبه له؟ فيه : قولان .

و قد ذهب صاحب الجواهر ره الى الاول ، واستدل لمرامه بوجهين :

الاول : أن نفس الترافع الى الحاكم ، وسوق الدعوى يعد استدعاءاً للحكم، و قرينة على طلبه .

الثانى : أنه نزل علماء الشيعة ، فى مقبولة عمر بن حنظلة ، منزلة قضاة العامة، و مقتضى ذلك : أن يثبت فى حقهم ، كل شأن يثبت فى حق قضاة العامة ، و من المعلوم : أن قضاة العامة ، يحكمون بمجرد تمامية موازين القضاء ولا ينتظرون التماس المدعى .

وقدأورد على الوجه الاول : أن كون نفس الدعوى قرينة ، على طلب المدعى

للحكم ، أول الكلام ، و الاستدلال عليه مصادرة.

و على الوجه الثانى : بأن الاحتياج الى طلب المدعى للحكم ، و عدمه ، من الامور الخفية ، فى ترتبها على قضاة العامة ، و اذا كانت من الامور الخفية ، و لم تكن من الامور الواضحة فى القضاء عندهم ، قلا تثبت بالتنزيل ، ولا دليل على مثل هذا التنزيل فى الامور الخفية .

و التحقيق : أن المسئلة ، غير مبتنية على التنزيل ، أو على كون نفس الترافع ، و الدعوى قرينة ، على طلب الحكم ، حتى يستشكل عليه ، بماذكر.

بل المسألة ، تتبنى على أمر آخر ، و هو ثبوت الحق للمدعى على الحاكم ، فان ثبت له حق عليه ، يكون اعمال ذلك الحق بيد المدعى ، فيحتاج حكم الحاكم الى طلبه ، و استدعائه ، و ان قلنا بعدم ثبوت حق لـه عليه ، يكول الحكـم من وظيفة الحاكم ، و شؤنه.

والظاهر من الادلة عدم تقييدها ، باستدعاء المترافعين ، وأن الحكم أمر راجع الى الفقيه ، ومن شؤون قضائه .

فالا قرب عندنا ما ذهب اليه صاحب الجواهر ره

الدعوى على القاضى

ان توجه الدعوى على القاضى يكون ،تارة قبل الحكم و القضاء ، و أخرى بعدهما ، أما الاول : فيكون على أنحاء : ـ

الاول : أن يدعى عدم اجتهاد القاضى ، فهذا يسمع منه بلا اشكال ، لان رجوع العامى الى القاضى فى الحكم و التقليد ، لابد ان يكون بعد الفحص و العلم باجتهاده ، و المفروض أنه يدعى عدم اجتهاده ، فلابد من سماع دعواه .

الثانى : أن يسلم اجتهاده و لكن يدعى عدم اجتهاده المطلق ، و هذا حكمه كسابقه بلا فرق .

الثالث أن يدعى عليه : أنه ليس بحيث يرونه جميع أهل العلم مجتهداً ، فاصبح المدعى يشك فى اجتهاده فيسمع دعواه ايضا .

و بالجملة ، لما اعتبر فى القاضى الاجتهاد ، واعتبر احرازه للمترافعين ، فلا يصح الرجوع اليه مع الشك فى الاجتهاد ، و يسمع دعواه من هذه الجهة .

* * *

و اما الثانى : أى فيما اذا كانت الدعوى على القاضى ، بعد الحكم، والقضاء ،

فهو ايضا على أنحاء :

الاول : أن يدعى بعد الحكم ، عدم اجتهاد القاضى ، فلاتسمع دعواه حينئذ ، الا اذااقام عليها البينة ، فتسمع دعواه ، لا طلاق ادلة البينة . و عدم قصور فى الدعوى .

قماعن المستند : من عدم سماع دعواه حتى مع البينة ، لاوجه له .

الثانى : أن يناقشه المدعى ، فى جهة الا ستنباط ، و يرى خطأه فى أصل الكبرى ، المبتنى عليها الحكم .

فالظاهر أنه لاتسمع دعواه ، الا اذا رجع اليه ، وناقشه فى الكبرى ، الى حد رجع القاضى عن مبناه ، فحينئذ ، يسمع دعواه ، لكن لا لاجل الدعوى ، بل لاجل خطأ القاضى فى الكبرى ، و ظهور ذلك للقاضى ، و ليس هذا فى الحقيقة من باب سماع الدعوى .

الثالث : أن يدعى عليه عدم العدالة ، و معلوم أنه لايسمع دعواه ، لانه لايصح الرجوع اليه ، الا بعد احراز عدالته ، وبعد ما رجع اليه وتحقق الحكم ، لاتكون دعواه مسموعة ، الا أن يقيم البينة على فسقه .

الرابع : أن يخطأه فى مبناه فى العدالة ، و حكمه كحكم الصورة الثانية ، فلاتسمع دعواه ، الا أن يكون موجباً لرجوع القاضى عن رأيه ، بحيث يتنبه لاشتباهه فى مبناه ، فيكون من باب ارشاد القاضى ، الى خطأه فى قطعه ، لامن باب الدعوى .

الخامس : أن يدعى عدم عدالة الشهود ، فيخطئه فى مستند حكمه ، وحينئذ ، يحتاج الى اثبات ذلك ، فان أقام البينة على ذلك ، تسمع دعواه ، و الافلا .

وهكذا لوادعى أنهم عدول ، ولكن قدأخطاؤا فى شهادتهم .

السادس : أن يدعى كذب اليمين ، ولو باعترافه أمام العدول . فقدذهب بعض هنا الى عدم سماع دعواه ، لان اليمين تؤخذ بها ، وان حلف كاذباً ،

ولكن قد تقدم: أن اليمين ليست فيه سببيته كاملة، وان كانت سببيته أشد من الحكم، و لذا لواعترف بكذب حلفه و يمينه يرجع المال الى صاحبه ، و يكون هذا من موارده .

بل نقول : ان اليمين لايتمشى فى كل مورد علم كذب الحالف ، فلو علم الحاكم بكذب الحالف، و أنه كاذب فى قسمه ، فلا يعتبر ذلك القسم من موازين القضاء ، و انما يعتبر القسم من الموازين ، فى مورد صدق الحالف ، أوفى موارد عدم العلم بكذبه ، و الا ففى مورد العلم بالكذب ، و عدم احتمال الصدق ، أو قيام البينة على الكذب ، فلا أثر ليمينه ، و ليس ذلك يمينا يترتب عليه القضاء .

السابع : أن يقطع المدعى خطأ حكم الحاكم ، من بعض القرائن الخارجية، مع علمه بعدم قصوره فى الاجتهاد ، و العدالة ، و ساير ما يعتبر فى القاضى ، ففى هذه الصورة ، لا يسمع دعواه قطعاً ، و ان كان قد يوجب ذلك شكاً فى نفس القاضى .

بل نقول : حتى لو قطع القاضى ، و علم اجمالا بخطاء بعض ما حكم به فى القضاء ، فى مدة حياته ، أو فى مدة طويلة ، أو قصيرة ، و لم يعلم خطأ القاضى فى مورد خاص ، فليس له أن يرفع اليد عن حكمه ، مالم يتعين الخطأ فى موردخاص، و فى قضية مخصوصة ، و الا فلو فتحنا هذا الباب ، للزم تعطيل باب الحكم و القضاء غالباً .

و ما هذا الانظير من قطع بأشياء كثيرة ، فى مدة من عمره ، أوفى عمره كله،

فانه يجزم أن بعضاً مما قطع به ، كان خطأ ، و لكن من الواضح أن ذلك لا يمكن له تطبيقه فى مورد خاص ، فهذا القطع ، و ان تولد عنده أخيراً أنه لاينتج فى رفع يده عن كل ما قطع به و فى جميع الامور التى قطع بها .

فان كل عاقل يقطع : أن ما جزم به فى مدة حياته مما يجوز على نفسه الخطا فى بعضها ، أو يعلم خطأ بعضها ، من غير تعيين ، فانه من الواضح فى جميع ذلك: أن القاطعين لايرفعون أيديهم عما قطعوا به وبذلك جرى بناء العقلاء ، والمورد من هذا القبيل .

الثامن : أن تكون الدعوى متوجهة الى تغريم الفقيه ، بأن يكون القاضى قد حكم وسلم المال بيد المحق فى نظره ، ثم أثبت المدعى عدم عدالة الشهود مثلا . فهل يضمن القاضى أم لا ؟

الظاهر هو : عدم الضمان ، بل يتدارك خطأه من بيت المال ، اذ المفروض ، أنه قد جرى على موازين القضاء ، وحكم بما هو الحق فى نظره .

نعم ، اذا ثبت أن خطأه ، كان من جهة عدم اجتهاده او عدم عدالته ، فالظاهر ضمانه حينئذ .

نعم لو علم المدعى ، عدم اجتهاده ، ورجع اليه فى الحكم ، فلا يضمن القاضى لان المدعى ، هو الذى سلطه على ماله ، مجاناً ، ومن غير عوض ، فقد أقدم على اهدار ماله .

وعليه ، فلو ادعى بعد ذلك ، أنى كنت جاهلا ، مركباً ، وكنت أعتقد اجتهاده لايسمع منه ، اذ يجب عليه الفحص والاحراز قبل الحكم ، كما تقدم :

دعوى الرشوة على القاضي

تمام الكلام في ذلك يستدعي البحث عن جهات ومراحل :

المرحلة الاولى ، أنه اذابذل المدعى ، أوالمدعى عليه ،مالا للقاضي ،وكان المال عيناً باقيا فيدالقاضي ، وقد أثبت المدعى على القاضي : أنه لميكن بجهة شرعية ، وأنالقاضي قدأخذه ، بعنوان الرشوة ،أو بوجه غيرجائز ، كالهبة ، اذاقلنا: انها بحكم الرشوة ـ تعين على القاضي رد العين ، الى المدعى ، اذاأثبت المدعى: أنها رشوة ، أوبحكمها ، لمادل عليه النبوى (١) المعروف : «على اليد ماأخذت ، حتى تؤديه» .

* * *

الثانية : فيما اذاكانت الدعوى بعد تلف العين ، وهذه الدعوى ، تأتي على وجوه :

الاول : أن يدعي المدعى التمليك المطلق ، بداعي جعل الحكم له ، وأن

١ـ المستدرك باب ١ من أبواب الغصب

يحكم القاضي له ، في مقابل المال ، ولو باطلا .

وهذا الوجه ـ وان منعه شيخ الاساطين ، في مكاسبه ، وجـزم بان التمليك المطلق ، مما لاتحقق له في الواقع ، حيث أن الجنس وهو المعنى العام ، بدون المعنى الخاص والفصل ، مما لاتحقق له ـ ولكنا قدبينا في محله : أن المعاملات العرفية ، وماعليه بناء العقلاء ، لاتنحصر بالعناوين المذكورة في كتب الفقه ، وان كل شيء قدبنى عليه العقلاء ، ورتبوا عليه أنه من المعاملات العرفية بينهم ، ولـم يردع عنه الشارع ، فهو من المعاملات الممضاة من قبل الشارع .

وليس من شروط المعاملة ، أن تتقوم بجنس ، وفصل ، كما يظهر من بعض الكلمات ، فان المعاملات أمور اعتبارية ، وليست من حقيقة الجنس ، والفصل المصطلح ، بل ولاتحتاج الى تقومها من اعتبارين ، اعتبار كالجنس ، واعتبار كالفصل ، فانه يجوز أن يكون من الامور الاعتبارية البسيطة ، عند العرف أوالشارع ، فالالتزام بلزوم الجنس والفصل ، أومايكون في حكمهما ، في كل شيء ، لاملزم له .

نعم قديقع الترديد في بعض المعاملات الحادثة ، في العصور المتأخره التي لم يكن عليها بناء العقلاء ، في عصر أهل البيت ـ عليهم السلام ـ فيقع التشكيك في صحة هذه المعاملة ، لعدم تحقق دليل الامضاء في هذا المورد ، والا فالمعاملات التي وقعت في عصر أهل البيت ـ عليهم السلام ـ ولم يردع عنها الشارع ، تكون صحيحة . فحكم الشيخ الاعظم (ره) بعدم صحة المعاملة اذا لم تقيد بقيد أو تنفصل بفصل يجب ان يتأمل في وجهه .

وعليه ، فتكون الدعوى في هذه الصورة من المدعى صحيحة ، ان أقام عليها البينة .

وقد أورد على الشيخ بعض من تأخر عنه : أن التمليك المطلق يتصور له فصل، في مقام الذهن، وان لم يكن له فصل في مقام الخارج ، وأن الامور الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء، والشارع، هي من سنخ الامور الذهنية، غير المحتاجة الى فصل خارجي ، ومقوم مقولي.

الا أن هذا البيان مما لا يتوجه على كلمات الشيخ (ره) ، فان الشيخ مصرح في مكاسبه : أن البيع ، ونحوه من الامور الاعتبارية العقلائية ، وبعد هذا التصريح، لا يرد عليه ما تقدم ، من أن الامور الاعتبارية ، لا تحتاج الى فصول خارجية .

نعم ، لو اشترط شيخ الاساطين (ره) في المعاملة ، وجود ما يكون بمنزلة الجنس ، والفصل فيها ، في عالم الاعتبار ، فهو التزام بما لا يلزم ، لانه يجوز كما أشرنا اليه ، أن يكون الامر الاعتباري متميزاً عن سائر المفاهيم الاعتبارية ، بنفس اعتباره ، من غير فصل اعتباري ، بل بوجوده البسيط في عالم الاعتبار ، وهذا كاف في تمييزه عن غيره ، في مقام ترتب الاثار عليه .

وبتوضيح أكثر : أن الامور الاعتبارية ، نظير الوجودات الخارجية ، فقد يكون الوجود الخارجي أمراً مركباً محتاجاً الى جنس، وفصل ، ويكون الفصل مقوماً لمادة الجنس ، وقد يكون الشيء بسيطاً بحيث لا يحتاج الى جنس ، وفصل ، ويكون جنسه عين وجود فصله ، واستعداده عن فعليته ، كما يقال ذلك في وجود الملئكة، من الوجودات المفارقة للمادة ، أو كمفهوم المادة ، والنقطة ، على ما قيل .

وبعين ذلك يقال في الامور الاعتبارية ، فقد يكون الامر الاعتباري متقوماً بحد، في عالم الاعتبار ، هو كالفصل له . وقد يكون وجوده بسيطاً ، من غير حاجة الى فصل في عالم الاعتبار ، وأن التمليك انما هو من هذا القبيل ، فوجود جنسه عين وجود فصله ، وليس بمركب من شيئين ، ويحصل التمييز عن غيره بنفسه ، وذاته ، كما

فى وجود كل بسيط ، فان تمايزه ، يكون بتمايز ذاته ،والعقلاء فى مثل ذلك ،يرتبون عليه الاثار العقلائية ، والشرعية .

فاذاادعى المدعى،وأقام البينة ،وجب على الحاكم ،دفع البدل ،اذاتلفت العين، من المثل ،أوالقيمة ، كمالو ادعى عليه عنوان الهبه .أوالبذل بالعوض ، ونحوذلك.

الثانى : أن يدعى عنوان الجعالة ، بأن يدعى أن المال كان جعالة ، فى قبال الحكم ـ حقاً كان ، أوباطلا ـ .

وحينئذ ، فان أقام البينة ، كانت المعاملة باطلة .

الثالث : أن يدعى الهبة المعوضة ، فى قبال الحكم ، وحكمه كسابقه ، فتبطل المعاملة ، عندقيام البينة .

الرابع : أن يعطيه المال ، ولم يعلم أن الاعطاء كان على نحو العوضية ، والمبادلة ، أوعلى نحو الاعطاء مجاناً .

وهذا يتصرر على وجهين :

الاول : أن يأخذ المال قبل الحكم ، وقد أخذه لاجل الحكم .

وفى هذه الصورة ، لاريب فى حرمة الاخذ . وعدم استحقاقه للمال ، ويكون ممن انطبقت عليه الروايات الشريفة المتقدمة ، من كونه سحتاً أوماهو أشدمن ذلك كماورد عنهم ـ عليهم السلام ـ أنه كفربالله العظيم .

ومن الواضح المعلوم : أن المراد من كونه سحتاً ، ليس هوالحكم التكليفى فقط ،وهوالحرمة المجردة .بل يراد فى هذه الموارد الحكم الوضعى ايضاً،فلاينتقل اليه المال اذاأخذ رشوة ، أومن غير سبب مملك شرعاً .

وتوهم :أن حرمة الرشوة من قبيل الحكم التكليفى المجرد عن الحكم الوضعى،

فالقاضى وان فعل حراماً بقبض المال . الأنه يملكه عند القبض . ولامنافاة بين الحرمة التكليفية ، وتملك المال من القاضى .

مندفع بأن الظاهر من الادلة ليس الحكم التكليفى ،وانما هو الحكم الوضعى والحكم التكليفى هنا تابع للحكم الوضعى ، دون العكس ، وأن الاخبار المتقدمة يراد بها الحرمة الوضعية ، نظير حرمة الخمر فى البيع ، والشراء ، ونظير حرمة الربا ، فانه ليس فى هذه الموارد حكم تكليفى فقط ، وانما الناظر الى أدلتها يفهم بوضوح أن المقصود ، هو الحكم الوضعى ،وان جاء حكم تكليفى ، فهو تابع لذلك الحكم الوضعى .

ولايتوهم أحد أن حرمة معاملة الخمر .أو المعاملات الربوية من قبيل التكاليف المجردة عن الوضع .

الوجه الثانى : أن يأخذه لابعنوان الرشوة . بل بعنوان البذل أو الهدية ،وفى هذا الفرض لايكون أخذه حراما عليه ، ويكون الباذل مدعياً ، فان أقام البينة على عنوان الرشوة ، وجب على القاضى رد العين ان كانت موجودة ، والافرد قيمتها أومثلها .

* * *

الخامس : أن يقع التنازع بين المدعى ، والمدعى عليه ، وهو القاضى ،بأن يقول المدعى : أعطيته فى قبال الحكم ، الاعم من الهبة ، أو الجعالة . اوالبذل ،بازاء الحكم ، أو الاباحة التى مؤداها المعاوضة مع الحكم ، ويدعى القاضى أن الاعطاء كان بنحو الاعطاء المجانى من غير عوض ، و كانت الدعوى بعد أخذ المال ، و قبل الحكم .

فقد يقرب تقديم قول القاضي من جهة أن الاعطاء من غير عوض لا يوجب الضمان، وانما يتعين على القاضي الضمان في صورة ما اذا كان البذل على وجه المعاوضة ، و أما اذا كان على وجه المجانية فلا ضمان ، الا أنه لا تسمع هذه الدعوى من القاضي ، الا اذا أقام البينة على ذلك ، وان لم يكن عنده بينة فهو ضامن ، لرد العين مع وجودها ولرد المثل أو القيمة عند التلف ، لعموم النبوى المتقدم الشامل لكل يد أخذت مالا ، مالم يكن على وجه المجانية ، أو على وجه الصحة ، كالوديعة ، و العارية ، ونحو ذلك ،

ولا فرق في ذلك بين أن يقيم المدعي بينة على عنوان الرشوة ، أو ما بحكمها ، و بين أن لا يقيم ،

هذا كله اذا كان الأخذ والدعوى قبل الحكم .

و أما اذا كانت الدعوى من المدعي بعد الحكم ، فمقتضى القاعدة ، صحة أخذ المال للقاضي ، واحتياج المورد الى اقامة البينة من المدعي ، فان أقام وجب على القاضي الدفع ، والا فلا .

وأما اذا كان الشك من القاضي في أنه هل هو بعنوان الهدية والعطية أو الرشوة؟ فلا يجوز له اخذها .

أما أذا كان قبل الحكم ، فمن الواضح جداً أن التسليط على مال الغير لا بد أن يكون من سبب مجوز للاخذ ، ومع الشك لا يجوز له ذلك .

وأما اذا كان بعد الحكم ، فهو و ان لم يكن بعنوان المبادلة للحكم ، لتحقق الحكم حسب الفرض ، لكن أخذ المال ، ولو بعنوان الاستمالة ، و جلب المحبة ، ولو لحكم آخر ، أو لاجل توجيه المدعي الى مدح القاضي و أنه أخذه بحق ، و

أمثال هذه الاعتبارات لايخلو عن تأمل ، وان كان حسب القواعد الفنية جوازذلك.

لا يقال : ان اعطاء المال للقاضى ، و لغيره ، اذا كان بعنوان هتك ماله ، و اهدار ماليته ، لايصح له التضمين ، حتى لو لم نقل بجواز أخذ القاضى له، حيث أن صاحب المال ر قدأذهب عنوان المالية ، من ماله ، و جعل ماله بحكم المعدوم ، و فى مثل هذا الفرض ، لاتضمن المالية و لا يتعين على الاخذ ردها ، بل حتى لو تعين على الاخذ ردها يشكل صحة تضمين القابض على هذا التقدير .

لانا نقول : لا يصح القبض على مال شخص ، والتصرف فيه ، الا اذا كان بعنوان المجانية ، والبذل الذى ليس بازائه مال آخر ، أو على وجه المعاملة الصحيحة .

وفيما عدا ماذكر ، فالمال مضمون ، واليد ضامنة له عند أخذها ، ولايخرج ذلك عن مورد عموم : «على اليد ماأخذت حتى تؤديه» حيث أن الدافع لم يقصد الاعطاء مجاناً ، بل فى نفسه أن هذا الاعطاء ، أو البذل مقيد بمقابلة حكم الحاكم ، على طبق الواقع ، أوعلى خلافه .

وفى مثل هذا ، لايعد البذل والاعطاء مجانياً ، و ليس فى الحقيقة هاتكا بمالية ماله ، بل حرمة ماله ، باقيه على حالتها ، وان فعل المعطى حراماً ، من جهة كونه اعطاء رشوة للحاكم ، موضوعاً ، أوحكماً .

* * *

المرحلة الثالثة : أنه اذا اختلف القاضى ، مع الدافع ، فى جهة الدفع ، فادعى الدافع الهدية التى هى بحكم الرشوة ، وادعى القاضى الهدية على وجه الصحة .

قيل بتقديم قول الدافع ، لانه أعلم بفعله ، ولكنه محل تأمل ، لان دليل الضمان

لايشمل يدالقاضى ، و ان كان المستفاد من قاعدة :«على اليدما أخذت حتى تؤديه» هو الضمان مطلقا ، ولا يخرج عنها الا يدالامانة.

الا ان انطباق هذه القاعدة هنا ، من باب انطباق العام على الشبهة المصداقية ، والمعروف بين الفقهاء ، والمحقق عندنا عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقية .

و أما اذا تردد أمر القابض والدافع ، بين الوجه الصحيح عند القاضى ، كالهبة ، والوجه الباطل عند الدافع ، كعنوان الرشوة . فربما يقال بعدم جريان أصالة الصحة ، فى فعل المسلم ، لعدم الجامع بين الفعلين .

وقد يدفع :بأن القدر الجامع بينهما ، هوعنوان التمليك ، و هذاالعنوان مما يمكن حمله على الصحة ، بخلاف مالوكان مورد البحث فى المسئلة عنوان العقد ، فيكون كل واحد من العقدين ، مما تقوم به خصوصية ، غير الاخر ، فليس هناك عنوان محرز ، وحقيقة ، بالحمل الشايع ، ليرد على ذلك العنوان ، و تلك الحقيقة عنوان الصحة ، والفساد .

بخلاف مااذا كانت الجهة الجامعة عنوان التملك ، من غير تخصص بحقيقتين مختلفتين ، فيجوز عروض عنوان الصحة و الفساد عليه ، و عند احراز العنوان فيحمل الفعل على الصحة .

وأما الاشكال على الصحة : بأن التملك بما هو من غير حد و خصوصية لا واقع له ، فكيف يطرأ عليه عنوان الصحة والفساد ؟

فيدفع : بأن التأمل يقضى بعدم محالية ذلك ثبوتاً ، فقديعتبر العقلاء فى بعض الامور عنوان التملك ، من غير لحاظ الخصوصية ، ولا امتناع فى ذلك عقلا ، و قدم

جزم بهشيخ الاساطين .

وانما الكلام مى مقام الاثبات والدلالة ، و ليس من البعيد . أن العقلاء فى مقام اثبات اعتباراتهم الملكية ، يعتبرون الملكية ، بما هى هى ، من غير حد ولا فصل ، فى عالم الاعتبار .

وعليه ، فتجرى أصالة الصحة ، الا أن يناقش فى ثبوت ذلك عند العقلاء .

وأما لو دفع الى القاضى الخمس أو الزكاة ، بداعى الرشوة ، لا بداعى الحق الشرعى ، و علم القاضى ذلك ، لم يحتسب خمساً ، و لا زكاة . و لا ولاية للفقيه أن يحتسب ذلك على الفقير من الزكاة أو الخمس .

نعم ، لو كان مبسوط اليد ، وأخذه منه بعنوان الخمس . أو الزكاة ـ اذا كان ممتنعاً عن الاداء ـ احتسب ذلك منهما ، وان توصل به الى عنوان الرشوة ، فان هذا القصد مما لا أثر له اذا كان الحاكم الشرعى مبسوط اليد .

ويجوز للفقيه ايضا ـ وان لم يكن مبسوط اليد ـ أن يأخذ المال المدفوع من الزكاة و الخمس ، فيما اذا تلف المال من صاحبه ، و لم يبق الا مقدار الزكاة والخمس .

بل قد يتعين عليه الاخذ ، وكان عنوان الرشوة ملغى فى الواقع ، لانحصار حق الفقراء فيما أخذه .

الدعوى على المحكوم له

اعلم أن الدعوى على المحكوم له يكون على أنحاء :ـ

الاول : أن يوجه الدعوى على المحكوم له ، ويدعى عليه الخطاء في الحكم ، اما لخطأ الشهود ، أو لقرائن أخرى .

فيظهر من الاستاذ المحقق العراقى (ره) : عدم اعتبار قوله ، معللا بأنه يلزم من قبول قوله التسلسل ، و المقصود من التسلسل ليس هو المعنى الاصطلاحى ، و هو تعدد العلل والمعلولات الى مالانهاية لها ، فانه لايتصور الا فى الوجودات الحقيقية المتسلسلة .

فلابد أن يكون مقصوده من التسلسل : اما أن قبول قوله يستلزم أن يكون كل دعوى كذلك ، واما أنه اذا ادعى المدعى خطأ الحاكم فى الحكم ، فالحاكم ايضاً يدعى خطأ المدعى ، وهلم جراً الى مالا نهاية له .

وكيف كان ، فلاتقبل هذه الدعوى ، ولا يعتنى العقلاء بمثلها .

الثانى : أن يدعى عدم اجتهاد القاضى ، ولكن لايوجه دعواه على القاضى ، بل

يوجهها على المحكوم له ، فينكر اجتهاد الحاكم ، ويتحاشى عن الرجوع اليه، فتأتى فيه الفروض ، والصور المتقدمة المنقسمة الى ماقبل الحكم وبعده ، و يقال فيه ، كلما قلنا هناك .

الثالث : أن يستدعى اليمين من المحكوم له ، فيقول له بعد الحكم : احلف بالله تعالى أن المال لك .

فيظهر من جماعة : عدم الاشكال فى ذلك اى فى احلافه المحكوم له ، لان المدعى يعلم عدم حقه فى المال ، وانما حكم الحاكم له بالموازين الظاهرية ، والا فلا يستحق المحكوم له المال ، ولما لم تكن عنده بينة تثبت ذلك ، التجأ الى احلاف المحكوم له .

و ذهب بعض الى عدم جواز ذلك ، لان احلاف المحكوم له لا أثر له بعد الحكم .

الرابع : أن يحاول المدعى لاخذ الاقرار من المحكوم له ، و المعروف أن الاقرار لما كان يرجع الى نقض الحكم ، فلا يسمع منه ذلك .

بيان ذلك : أن الاقرار وان كان اخباراً فى الظاهر ، لكنه انشاء فى الواقع ، فيؤتى به بداعى الانشاء وانما يكون اقراره نافذاً اذا أقر على نفسه ، وأما الاقرار على غيره فلا ينفذ، فان أقر بعدم كون المال له ، ينفذ اقراره بالنسبة الى سلب الملك عن نفسه ، وأما أن المال هل يثبت لزيد أم لا ، فلا يستفاد من الاقرار .

نعم لو كان المدعى للمال منحصراً فى زيد ، يلزم من اقرار الخصم ، اثبات المال له .

وفيما نحن فيه ، اذا أقر المحكوم له : بأن هذا المال ليس لى ، وأنه للمدعى،

فباقراره هذا ، أوجب نقض حكم الحاكم ، لانه بهذا الاقرار يجعل المال ملكاً للمدعى ، وبه ينقض حكم الحاكم الشرعى ، فحينئذ ، لاتسمع هذه الدعوى .

الا أن يقال : ان اقراره للمدعى ، انما يثبت جهة نفيه عن نفسه ، و أما اثباته للمدعى ، فلايثبت باقراره ، لان غاية الاقرار ، نفيه عن نفسه ،على جهة العقدالسلبى.

وأما ثبوته لغيره على نحو العقد الايجابى ، فليس من مؤدى الاقرار ، ولكن يمكن أن يقال : انه ليس نقضا ولا رفعاً للحكم ، بل هورفع للموضوع ، وبه يرتفع الحكم بنفسه ، وهذا لااشكال فيه ،اذ ليس فيه مصادمة مع الحكم مستقيماً ،

دعوى الاشتغال أو الفراغ

اعلم أن الدعوى تتوجه تارة بأصل اشتغال الذمة، وأخرى بفراغها . فمثلا ، لو ادعى زيد بانى أطلب من عمرو كذا ، وأنكره عمرو ، تكون الدعوى فى الاشتغال .

ولكن لو قال عمرو : انى سلمت المال له ـ بعد تسليمه بكونه مديوناله ـ تكون الدعوى فى مرحلة الفراغ .

ومن هنا يعلم أن الحجة الشرعية ، تختلف باختلاف الموارد ، فان كانت الدعوى فى مرحلة الاشتغال ، يحتاج المدعى الى البينة ، لانه هو المهاجم ، و المدعى عليه هو المدافع .

وان كانت فى مرحلة الفراغ ، ينقلب الحال ، ويكون المدعى عليه هو الذى يحتاج الى البينة .

فليست البينة على المدعى دائماً ، كما هو المعروف .

بل الموازين الشرعية من اقامة البينة او اليمين ، او اليمين المردودة ، تختلف بالنظر الى مصب الدعوى . ففى أصل الاشتغال يكون المدعى من ألزم غيره بالاشتغال

ويتعين عليه عند ذلك اقامة البينة ، او الشاهد واليمين ، او يمين المدعى عليه ، وأخيراً تتعين الوظيفة في يمين المدعى والا فيكون حقه سابقاً .

واما اذا كان مصب الدعوى هو الابراء وفراغ الذمة و رفع الاشتغال السابق بعد تسليم وقوعه ويكون الطرف الاخر وهو المنكر مدعياً الوفاء و اداء مافي ذمته أوردما أخذه من الاعيان ان كان التنازع بينهما في عين معينة، وحينئذ فلا بد من اقامة البينة على أداء مافي ذمته اورد العين التي أخذها من صاحبها .

وان لم تكن هناك بينة اوشاهد ويمين امكنه توجه اليمين على صاحب المال الذى أخذه منه . فان حلف بعدم الوفاء التزم به، أوقبل رد اليمين عليه فحلف مدعى الوفاء باداء الثمن او العين ، فتسقط الدعوى حينئذ .

واجمالا فان موازين القضاء من الشهادة واليمين بل ومن الاقرار واليد تختلف بحسب موارد الاشتغال والفراغ ، وتكون موارد الفراغ في موازينه على عكس موارد الاشتغال .

جواب المدعى عليه

اعلم ان جواب المدعى عليه اما أن يكون اعترافاً و اقراراً بالمدعى به ، او يكون انكاراً ، اوسكوتاً ، اويجيب بقوله : لاادرى ونحوه مما يفيد عدم العلم .

وكيف كان فان أجاب المدعى بالاقرار والاعتراف ، فهل يدخل ذلك فى باب الحكومة ، القضاء ام لا ؟

فذهب الشهيد الثانى رحمه الله تعالى وجماعة الى أنه لايدخل فى باب القضاء وعللوا ذلك بأن الحكومة ، والقضاء انما تتحقق اذا كانت هناك سترة و حجاب بين دعوى المدعى وبين الواقع ، فاذا اعترف المدعى عليه ترتفع السترة ولا يبقى مجال لحكم الحاكم .

وهذا بخلاف البينة فانها قد تخطىء وتكون فى الاغلب عن امور حدسية ، أو امور حسية قريبة من الحدس فتتحقق السترة فيها دائماً ، ولذا يصح حكم الحاكم فيها .

نعم للحاكم أن يرتب الاثر على الاقرار ، بان يأمر المدعى عليه بتسليم المدعى به الى المدعى .

و اما الحكم فلا معنى له بعدانكشاف الواقع ووضوحه باقرار المدعى عليه.

و زاد بعض القائلين بهذا القول أن باب اليد ايضاً لا يدخل فى الحكومة و القضاء.

فلو كانت للمدعى يدعلى المدعى به ، و لم تكن هناك بينة على خلاف اليد فتؤثر اليد أثرها . ولا يكون حكم الحاكم هنا الامن قبيل ترتيب الاثر على موضوعه وعلى الواقع .

وبالجملة فالاقرار واليد لا يدخلان فى باب الحكومة ، وانما يدخلان فى باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر .

هذا وقد ذهب المتأخرون الى اندراج كل ذلك تحت باب الحكومة والقضاء وأن الحصر فى قوله صلى الله عليه وآله « انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان (١) » اضافى لا حقيقى .

وهذه المسألة بهذا الترتيب مذكورة فى الكتب الفقهية ، و لكنها تحتاج الى بحث اكثر من ذلك .فنقول:

ان هنا مقامين :

المقام الاول : ترتيب الحكم على موضوعه الواقعى ، و ترتيب الاثر على الواقع . وهذا لاربط له بباب القضاء ، و لذا نرى انه لو شهد شاهدان على أن هذا المال لزيد يرتب عليه الاثر كل من سمع بالبينة من دون توقف ذلك على حكم الحاكم .

وهكذا نقول فى باب الاقرار ، فلو أقر زيد بأن هذا المال لزيد يرتب عليه

١- الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

الاثر كل من سمع به ، من دون ربط ذلك بالقضاء والحكم ، بل يكون من باب ترتيب آثار الواقع على موضوعه ويكون امر الحاكم باعطاء المال لصاحبه من باب الامر بالمعروف ، ولا يختص ذلك بالحاكم كما قلنا .

المقام الثانى : مقام الحكم وفصل الخصومة ، ولابد أن تنزل كلمات الشهيد رحمه الله تعالى على هذا المقام لوضوح المقام الاول جداً ، ولكونه مسلماً عند الكل ، فيكون مقصوده رحمه الله أن الاقرار لايحتاج الى حكم الحاكم ، كما يشهد لذلك كلماته لمن راجعها . فانه شبه مسئلتنا هذه بما اذا علم الحاكم الشرعى بالواقعة فكما لايكون ذلك من باب القضاء كذلك فيما نحن فيه .

مضافاً الى أنهم صرحوا بأن الاقرار هادم للدعوى ورافع لموضوعها ،

بيان حقيقه الاقرار

ولاجل توضيح ما هو المختار عندنا و ايضاح كلام الشهيد و الجواب عنه نذكر مقدمة . وهي :أنه يحتمل فى باب الاقرار وجهان :

الاول : أن يكون الاقرار اخباراً عن الضرر المتوجه الى نفس المقر فليس مفاده الا الاخبار من دون ربط له بالانشاء .

الثانى : أنه ليس مجرد الاخبار ، وان كان فى الظاهر قد عبر بصورة الخبر ، فانه انشاء لثبوت حق وتضرر على المقر .

وعلى كلا التقديرين ، فتارة يكون الاقرار من القضايا الواقعية ، فيكون قوله «لهعلى كذا» اخباراً عن الواقع ، وعن قضية واقعية .

واخرى يكون قضية ظاهرية يلزم العمل بها فى الظاهر بتعبد من الشارع .

فعلى الاول لايكون الاقرار من باب الحكومة ، لانه اذا ثبت بالاقرار أن المقر مطلوب لزيد الف درهم مثلا واقعاً وحقيقة ، يكون ذلك كالواقع المشاهد المعلوم. ولا معنى حينئذ للحكومة و القضاء ، اذ المفروض عدم السترة والحجاب عن الواقع

على هذا التقدير .

وعلى الوجه الثانى تكون القضية ظاهرية فتتحقق السترة بينه و بين الواقع فيصح حكم الحاكم حينئذ .

والحق عندنا أن باب الاقرار ليس بذلك الوضوح الكاشف عن الواقع بتمامه، ، اذربما يكون الاقرار لدواعى اخر ، غير الحكاية عن الواقع ، كما اذا أقر على نفسه ليثبت لشخص آخر ، اوأراد تضييع المال مثلا ، فرب محتال يحتال بالاقرار، فيقر على نفسه ، ويحاول محاولات اخرى ، كانتقال المال الى اشخاص آخرين ، اولمنع الوارث ، اوالغريم،ونحو ذلك ، فليس الاقرار لدى الشارع اخباراً صريحاً عن الواقع وعليه فيصح فيه حكم الحاكم .

وربما يقال : ان الاقرار ليس اخباراً عن الواقع ولاانشاء لحكم ظاهرى ، بل هوعبارة عن جعل السبب،فعند مايعترف المقر بكون الدار لزيد مثلا ، يجعل ذلك سببا شرعياً لملكية زيدللدار ،ولذالوأقر مرة ثانية لعمرو يكون ضامناً مرتين ،فيدفع الدار لزيد ويضمن قيمتها لعمرو ، لان كل اقراريكون سبباً للغرامة مستقلا .

ولكن الانصاف أنه خلاف الظاهر ولايمكننا الالتزام به . فخير الوجوه فى المقام هوكون الاقرار حكماً ظاهرياً تترتب عليه احكامه .

دلالة الاقرار على الحكم السلبى

لاريب ولااشكال فى أن الاقرار يدل دائماً على ترتب الضرر على المقر ،وعدم كون المال المقربه له وأما ثبوت المال لزيداى المقرله ، فلايدل عليه الاقرار .

وبتعبير أوضح : ان الاقرار انما يفيد حكماً سلبياً ، ولاتعرض فيه لجانب الايجاب ، وعليه فلايثبت الدار لزيد المقرله .

وقد ذهب بعض الى أن الاقـرار يدل على الحكم الايجابى بالدلالة الالتزامية ،بمعنى أنه يدل على نفى الملكية عن المقر بالمطابقة وعلى ثبوتها للمقرله بالالتزام .

ولكن الانصاف عدم وجود اللسانين فى الاقرار ، فان ظاهر الاقرار هو النفى ليس الا .

واما الدلالة الالتزامية فلايمكن الالتزام بها ، لعدم اللزوم بين نفى الملكية عن نفسه ، وبين ثبوتها لغيره المعين، لاعقلا ، ولاعرفاً .

وذهب بعض منهم الاستاذ المحقق العراقي الى أنه تثبت الملكية لزيد بحكم اليد ، لانه لما سلبت يد المقر عن المال بالاقرار ، تبقى يد المقرله عليه بلا معارض .

وفيه أن معنى اليد فى المقام غير معلوم ، فان اريد منها أن يد المقر له مستولية على المال حقيقة ، فغير صحيح ، لعدم كون المال بيده حقيقة . وان اريد منها أن الشارع نزل يده منزلة اليد الحقيقى ،فهذا امريحتاج الى الدليل ، ولايمكن القول بالتنزيل من غير دليل .

واما أن المقر لما نفاه عن نفسه صار دعوى المدعى من قبيل الدعوى بلامعارض، فيحكم له بالعين من هذه الجهة .

ففيه أن مرجع الدعوى بلامعارض ليس الا انتفاء الدعوى رأساً ، والدعوى هنا موجودة قطعاً ، لان المقر وان نفى المال عن نفسه لكنه لم يثبت لغيره فالموضوع فى هذه المسئلة يغاير موضوع الدعوى بلامعارض بالبداهة .

نعم لو قلنا بكون الاقرار سبباً لملكية المقرله كما تقدم عن بعض ، يكون هنا سبباً لملكية زيد ، اذيكون حينئذ من باب ايجاد السبب والمقتضى لملكية الغير بعد نفيه عن نفسه .

ولكن الكلام فى صحة هذا المبنى ، وقد تقدم أنه لايمكننا الالتزام به ،فان الاقرار كما تقدم انما يفيد حكما ظاهرياً يحتمل فيه عدم المطابقة للواقع كما هو الغالب فى الاقرارات ، وليس من قبيل السبب الحقيقى فى مقام ترتب الاثر عليه .

وعليه فيبقى المال المقر به تحت يد الحاكم الشرعى الى ان يحكم .

ومن هنا علم أن تفصيل بعض الاعلام بين العين والدين بعدم ثبوت الاول لزيد بخلاف الثانى باعتبار أن المقر به اذا كان ديناً ، يمكن الانتقال من ذمته الى ذمة زيد بخلاف العين ، لا وجه له اذ كما أن اثبات العين للمقر له يحتاج الى دليل غير الاقرار، كذلك انتقال الدين من ذمة الى اخرى يحتاج الى دليل مفقود فى المقام .

جواب المدعى عليه بالاعسار

اذا أجاب المدعى عليه بالاعسار ، فان صدقه المدعى فلا كلام فى أنه يمهل الى أن يقدر على الاداء .

ويدل عليه قوله تعالى «فنظرة الى ميسرة» (١) .

وان لم يصدقه المدعى ،فان أقام بينة على اعساره ، اورضى المدعى بالقسم وحلف المدعى عليه سقط دعوى المدعى ، والا فان أقام المدعى البينة على الايسار وجب الاداء ممن يدعى الاعسار ، والاحبسه الحاكم حبس استظهار لاتأديب ،حتى تعلم حالته من الايسار اوالاعسار .

ثم أن المدعى عليه لو كان ذاحرفة وصنعة ، فهل يكون بذلك واجداً ام لا ؟ فذهب بعض الى كونه واجداً ،ولذا قالوا بلزوم سعيه للمدعى حتى يستوفى ماوجب عليه اداؤه.

وذهب المشهور الى كونه معسراً ،حيث اشترطوا الايسار الفعلى فى المقام.

١ــ سورة البقرة . آية ٢٨٠

وقداورد عليه بعض بأنه ما الفرق بين المقام وبين باب الزكاة؟ حيث أنهم يحكمون هناك بكون من له الصنعة والحرفة واجداً لايستحق الزكاة ،ثم يأتون الى باب القضاء فيحكمون بامهاله الى مدة ، لانه غير واجد ، فان كان المقصود من الغنى هـو الغنى بالقوة فهو حاصل فى المقامين ، وان كان بالفعل فهوغير واجد بالفعل فيهما ،فماوجه التفرقة بين البابين ؟

أقول : من المعلوم أن المقصود من الغنى هو الغنى الفعلى ،والايسار فعلا، كماهو الظاهر المتفاهم لدى العرف من كلمة (الواجد) ،حيث أن المشتق ظاهر فى المتلبس بالمبدء فعلا ، الاأن تقوم قرينة على كفاية المبدء ملكة اوحرفة .

وأما أنهم يرون الغنى بالقوة غنياً فى باب الزكوة ، فليس من أجل أن ذلك هو معنى الوجد ان والايسار لغة وعرفاً ، بل لاجل الادلة الخاصة ، فان الدليل دل على تنزيل الواجد بالقوة منزلة الواجد الفعلى . وليس فى المقام هذا النحو من الدليل .

وبعبارة اخرى : أن الدليل الشرعى قائم فى باب الزكاة على منع الزكاة عمن هوواجد بالقوة .

واما باب القضاء فلمالم يكن هناك دليل على تحديد الواجد ،فلابد من الرجوع الى المعنى العرفى وعند المراجعة نرى أن المفهوم المتعارف من كلمة الواجد ليس الاالواجد بالفعل .

تحقيق وتوضيح

لاريب ولا اشكال فى أن الاعسار والايسار من المعانى المتقابلة ، وانما اختلفوا فى نوع التقابل الموجود بينهما من التضاد ،والتناقض ، والتضأيف ، والعدم والملكة .

وكلمات العلماء رضوان الله عليهم مختلفة فى ذلك جداً ،حتى أن الواحد منهم قد يعبر عن التقابل بينهما بالتضاد ، ثم يلتزم هو بنفسه بالتضايف ، أو يحرر المسألة على نحو التضايف ، ثم يرتب آثار التضاد .

وتظهر ثمرة الخلاف فى مدعى الاعسار ، فان قلنا أنهما ضد ان يكونان امرين وجوديين ، وبالنتيجة يكون المعسر مدعياً لامر وجودى فيحتاج الى البينة ،كما أن لازم التناقض أن لايطلب منه البينة ،لان الدعوى انما تقع حينئذ على طبق الامر العدمى سواء قلنا بأصل العدم الازلى كما هو المشهور ام لا ، وان كان التحقيق عدم صحته ، وأن هذا التعبير مسامحة منهم ، لان العدم الازلى قد طرد بوجود الحق سبحانه فكل مافرض عدماً ازلياً فقد طرد بالوجود الازلى وهو وجود الحق تعالى .

واما القول بالتضايف فقد ينطبق عليه باب الانكار فلايحتاج الى البينة ، وقد ينطبق عليه باب المدعى فيحتاج حينئذالى البينة ،وبالنتيجة فيختلف الحال باختلاف المقامات .

والتحقيق أن التقابل بينهما انما هو من قبيل تقابل الملكة وعدمها ، فان الايسار ملكة والاعسار عدمها ،اذالمعسر من كان من شأنه الايسار ، ونتيجة ذلك أن لايطلب البينة من المدعى للاعسار ، ولاسيما اذاكان مسبوقاً بعدم المال له .

وظيفة الحاكم فيما اذا ادعى الاعسار

ذهب المحقق رضوان الله تعالى عليه الى أنه يتعين للحاكم أن يقبض المدعى للاعسار ويحبسه حتى يتبين حاله .

وقد أخذ المحقق رحمه الله ذلك ارسال المسلمات ، وتبعه كثير ممن تأخر عنه، فقالوا بتعين التوقيف على الحاكم الذى يعبر عنه فى الاصطلاح الحديث بالحبس التوقيفى .

ولكن الانصاف عدم وجود الدليل على ذلك ،لان الفقيه انماله ولاية القضاء كما أن له ولاية على المجرم اذا أجرم .

ومن المعلوم أن المدعى للاعسار ليس مجرماً ،غاية الامر أن الاعسار مشكوك فيه ، ومجرد ذلك لايوجب حبسه مالم يدل عليه دليل .

كما أن القول بان للمدعى حق الزام الحاكم بحبس المدعى للاعسار لئلا يذهب ماله هدراً ،قول بلادليل ،فان ثبوت هذا الحق للمدعى يحتاج الى دليل مفقود فى المقام .

هذا كله حسب القواعد الاولية .

واما من جهة الاخبار والروايات ، فربما يقال بدلالتها على لزوم الحبس والتوقيف . كرواية محمدبن الحسن الصفار عن جعفر عن ابيه عليه السلام أن الامير عليه السلام كان يحبس فى الدين ، فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (١).

ورواية السكونى عن جعفر عن ابيه أن الامير عليه السلام كان يحبس فى الدين ، ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء ، وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ماشئتم وآجروه وان شئتم استعملوه الحديث (٢) .

وفيه مضافاً الى ضعف السند بالسكونى أن هذه قضايا شخصية ، لاتكون دليلا على الكبرى الكلية ، على أنه قدأشرنا فيما سبق الى أنه مالم يحرز من الخارج ان قضايا امير المؤمنين عليه السلام حقيقية ، لايمكن للفقيه الاعتماد عليها ، لان احكامه عليه السلام فى القضاء من الاحكام الشخصية غالباً ، وان كان كثير منها قدورد فى مقام الموازين القضائية العامة لجميع المكلفين ، وليست من القضايا الشخصية المحفوفة بالقرائن الخاصة لاظهار كرامته ومعجزته .

مضافاً الى انها معارضة بأخبار كثيرة ، تدل على أن المعسر يخلى سبيله من دون حبس . كرواية السكونى عن على عليه السلام أن امرأة استعدت زوجها أنه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال ان مع العسر يسراً (٣) .

ورواية عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : الف درهم اقرضها

١ــ الوسائل باب ٧ من كتاب الحجر حديث ١

٢ــ الوسائل باب ٧ من كتاب الحجر حديث ٣

٣ــ الوسائل باب ٧ من كتاب الحجر حديث ٢

مرتين احب الى من أن أتصدق بهامرة ، كما لايحل لغريمك ان يمطلك وهو مؤسر فكذلك لايحل لك أن تعسره اذا علمت أنه معسر (١) ونحوهما غيرهما .

نعم لو استفدنا من مجموع الروايات كما هو غير بعيد أن الشخص المشكوك حاله لابد انيوقف أياماً حتى يعلم حاله كان ماذكروه من الحبس موجهاً .

١ــ الوسائل باب ٨ من ابواب الدين حديث ٥

سكوت المدعى عليه

اذا سكت المدعى عليه عن الجواب ، فان كان سكوته لافة فى لسانه كما اذا كان اخرس اومريضاً بحيث لابقدر على التكلم ، فلابد من تحصيل طريقة يحصل بها التفاهم ، ويتوصل بها الى فهم كلامه . وهذا واضح لااشكال فيه .

وان كان سكوته عن تعمد و عناد ، لا لوجود آفة فى لسانه ، فقد اختلفو فيه على أقوال ثلاثة :

الاول : أنه يقبض ويحبس ، ويضيق عليه فى الحبس ، حتى يجيب ، اذلاطريق لانقاذ الحق الا بذلك ، والقاضى انما جعل قاضياً لانقاذ الحقوق ، و المفروض انه لا يحصل الا بالحبس .

وفيه ماأشرنا اليه سابقاً من أن الحبس فى الروايات يراد به الحبس التوقيفى ، وليس المقصود منه الحبس التأديبى .

وبعبارة اخرى : ان المقصود بالحبس فى الروايات ، انما هو ايقاف الموضوع لكى يحصل الفحص التام ، وليس للتنكيل والتأديب .

فان ارادوا من القبض والحبس ، ماقلناه من التوقيف ، فهو حق صحيح ،وان أرادوا منه الحبس لاجل التأديب فلا دليل عليه .

الثانى : انه يضرب حتى يجيب ، وهذا القول ليس قولا معروفاً من احد من اصحابنا رضوان الله تعالى عليهم .

نعم يذكر فى الكتب الفقهية أن هناك قولا بالضرب والاهانة الى أن يجيب ، ولم يذكروا القائل ولا أتوا بدليل يدل عليه .

الثالث : أنه يقول الحاكم له : اما أن تنطق و تجيب ، و الا جعلتك ناكلا . وحينئذ هل يحكم الحاكم بمجرد النكول ، اويرد اليمين على المدعى ؟ فيبتنى على ما سيأتى من الخلاف فى هذه المسألة .

والتحقيق هو القول الاول ، مع ارادة الحبس التوقيفى من الحبس لا التأديبى .

اذاأجاب المدعى عليه بعدم العلم

اذا أجاب المدعى عليه بقوله : لاادرى ، فاما أن يصدقه المدعى أولا .

وعلى كلاالتقديرين تتوجه الدعوى تارة على نفس المدعى عليه ، و اخرى تكون الدعوى متوجهة على الميت، وانما توجهت على الحى لانتقال مال الميت اليه .

وكيف كان فان صدق المدعى المدعى عليه فى دعوى عدم العلم ، يلزم منه سقوط الدعوى .

كمالا يتوجه على المدعى عليه اليمين ايضاً ، وحينئذفان أقام المدعى بينة ، أخذ ببينته ما يستحقه ، والا فقد سقطت الدعوى .

وعلى تقدير موافقة المدعى عليه لتسليم المال ، فانما ذلك من باب تصديقه للمدعى ، وبذله للمال ، لا من باب الحكومة الشرعية ، لعدم حكم الحاكم ، ولامن باب ثبوت الموازين المقتضية لترتب الاحكام على موضوعاتها الواقعية و انما هو بذل للمال عن رضى من نفسه .

نعم لو كانت الدعوى متوجهة الى الميت ، و ادعى الحى الوارث عنه العلم

بحالة الميت ، وان ذمته غير مشغولة ، يتعين عليه القسم ، وان لم يحلف الزم بالحق، ويحكم الحاكم بوجوب الاداء .

هذا كله اذا صدق المدعى المدعى عليه فى عدم العلم ، والا فلابد من الجريان على موازين القضاء ، من البينة ، واليمين ، وغيرهما ،

انحصار الحكم بالبينة واليمين

ربما يقال باختصاص حكم الحاكم بالبينة واليمين ، بمعنى أن البينة تختص بالمدعى ، واليمين بالمنكر . وعليه فلا يجوز للمدعى اليمين ، و لا للمنكر البينة .

والدليل عليه قوله صلى الله عليه وآله «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان»(١).

و قوله صلى الله عليه وآله : في رواية هشام ، البينة على من ادعى ، و اليمين على من ادعى عليه (٢) .

وقول ابى عبدالله عليه السلام في خبر بريدبن معاوية « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ونحوها غيرها . (٣)

وجه الدلالة ، أن اللام اما للاستغراق ، و اما للماهية و على كلا التقديرين يكون المعنى: أن كل بينة تختص بالمدعى ،وكل يمين بالمنكر .

١ـ الوسل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

٢ـ الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

٣ـ « « « « حديث ٢

وفيه اولا: أن اللام بل الحروف كلها انما وضعت لتعيين مدخولها . وليست لها معانى متعددة على ماذكره علماء الادب ، وقد تقدم ذلك مشروحاً فى شرح رواية التوقيع فلا نعيده .

وثانياً : ان هذه الادلة ، انما تفيد الوظيفة الاولية للمدعى والمنكر ، و لا تفيد الحصر ، ومعنى ذلك أن الوظيفة الاولية للمدعى والمنكر هى البينة واليمين ، ولكن قد تتبدل هذه الوظيفة ، فيأتى المدعى عليه بالبينة ، والمدعى باليمين ، كما يأتى ذلك فى تعارض البينتين .

ويويده ماورد (١) من ان اليمين انما جعل للمدعى عليه تسهيلا له ، من جهة ان المنكر انما يدعى النفى ، و لايتمكن فيه من البينة غالباً ، فاكتفى الشارع فيه باليمين لاجل التسهيل والتخفيف عليه .

ولا ينا فى ذلك الاتيان بالبينة لدى الامكان ، ولو جاء بها لم يكن ذلك مخالفاً للشرع .

وهكذا نقول فى مسألة الاعسار المتقدمة فان المدعى له لاينحصر امره باليمين فقط ، بل له أن يأتى بالبينة اذا أمكنه ذلك .

وبالجملة فان طبيعة الدعوى غير قائمة بالبينة من المدعى ، واليمين من المدعى عليه دائماً ، بل تتغير وتتحول من شكل الى شكل و تكون الادلة الثانوية حاكمة على تلك الادلة ، ويكون المقام من باب الترتب فى الادلة .

فالادلة الاولية تدل على أن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر ، ثم تأتى الادلة الثانوية فتحكم برد اليمين على المدعى ، وتكون الموازين على هذا النحو

١ــ الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم والدعوى حديث ٤

مترتبة ومتسلسلة .

ولا وجه لاسقاط الادلة الثانوية التى هى حاكمة على الادلة الاولية ، سوى الاستظهارات التى يتخيل منها انحصار اقامة البينة على المدعى واليمين على المنكر ولا ريب فى لزوم رفع اليد عن هذا الحصر بالادلة الثانوية الحاكمة .

و ذلك كثير فى ابواب الفقه من كتاب الصلاة و الصوم و نحوهما مما كان ظاهر الادلة الاولية الحصر ثم جاءت الادلة الثانوية لتوسعة الادلة الاولية .

ومن هنا ظهر ان تفصيل بعض بين ما اذا كان مدعياً للتلف فيكتفى فيه بالبينة، وبين ما اذا ادعى مجرد الاعسار ، فلابد فيه من انضمام الحلف اليها ، لاوجه له ، فان البينة ان كانت كافية فلتكف فى الموردين ، وان كانت غير كافية فكذلك .

كما أنه لاوجه لعكسه ، كما عن المحقق و ان كان المحكى عنه رجوعه عن هذا القول .

وتوضيح القول فى المقام : ان البينة تقع على وجهين .

الاول : ان تكون راجعة الى معنى ايجابى جزمى ، كما اذا شهدت البينة بالعلم بعدم المال للمدعى عليه ، على نحو الاستغراق والاستيعاب ، فحينئذ لا وجه لانضمام اليمين اليها ، اذ المفروض ان البينة قد شهدت بالعلم القطعى الحاصل من الحس ، على عدم المال للمدعى عليه واقعاً .

واما الاحتمال البعيد الموهوم اى احتمال أن يكون له مال لم تطلع عليه البينة فلا يدور الفقيه مداره .

و بالجملة فان كان مفاد البينة الاستيعاب و الاستغراق على نحو اطلعت البينة على جميع جزئيات الامور ، فلا تبقى حاجة الى اليمين .

مضافاً الى عدم وجود دليل على الانضمام فى هذا المورد .

الثانى : أن تكون راجعة الى معنى سلبى ، فيكون مفادها عدم العلم بوجود المال للمدعى عليه ، فيحتمل أن يكون له مال لم تطلع عليه البينة ، فيضطر الحاكم الى ايجاب اليمين ،

ولكن هذا لا يفرق فيه بين ادعاء التلف ، وبين ادعاء الاعسار .

والخلاصة انالا نمنع من انضمام اليمين الى البينة احياناً اى فيما اذا لم‌تكن البينة عن جزم ولم ترجع الى معنى ايجابى .

ولكن نقول : لاوجه للتفرقة بين ادعاء الاعسار والتلف .

على انه قد يجوزالتشكيك فى ثبوت البينة وحجيتها فى الموارد التى يكون مؤداها مفاد النفى دون الايجاب ، وأنه ان رجعت البينة الى هذا المعنى ،فلا تكون الشهادة فى الحقيقة من‌الشهادة المصطلحة التى دلت الادلة على حجيتها .

وبالجملة فكل مقام قامت البينةعلى مفاد السلب ، دون الايجاب ، فللتشكيك فى‌حجيتها و ثبوتهامجال‌واسع ، اذلاترجع فى‌الحقيقة الى مفاد الشهادة على‌الشىء ، و المستفاد من أدلة الشهادة فى جميع الابواب هو ما كان متعلقها و مفادها المعنى الايجابى دون السلبى .

ومن هناظهر أن القول بعدم جواز اليمين ، اذاكانت البينة عن حدس يقرب عن الحس ، كما ذهب اليه الاستاذ المحقق العراقى رحمه الله لاوجه له ، اذقد تقدم أن البينة اذا لم‌تكن مفيدة للجزم ، واحتمل مخالفتها للواقع يتوجه اليمين فلا أقل من الجواز لولم نقل بالوجوب .

حجية البينة لاتختص بباب القضاء

والحق ان ترتيب الاثر على البينة ليس مخصوصاً بباب القضاء فقط ، بل هى كما تجرى فيه كذلك تجرى فى باب الطهارة والنجاسة و غيرهما من ابواب الفقه .

وقد يستدل له برواية مسعدة بن صدقة ، من قوله عليه السلام «والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البينة» (١)

والاستبانة بمعنى العلم واليقين ، ولذا جعلت فى الرواية مقابل البينة .

وعليه ، فتفسير بعض الاعلام لها بما يشمل البينة لاوجه له .

وكيف كان فان هذه الرواية من أوضح مايدل على حجية البينة ، و لا يعتنى بضعف سنده بمسعدة بن صدقة ، لقبول الاصحاب لها ، والعمل على طبقها .

و لو قطعنا النظر عنها تكفينا الروايات الواردة فى مختلف ابواب الفقه من الشهادة والطلاق والحج ونحوها . فانها تدل على أن الشارع جعل البينة حجة فى جميع تلك الموارد ، وحكم بترتيب الاثر عليها .

١ـ الوسائل باب ٤ من ابواب مايكتسب به حديث ٤

وقد تقدم ان تبرتيب الاثرعلى الموضوع الواقعى لا يرتبط بباب القضاء ، و ليس من شروط اعتبار البينة كونها فى مورد حكم الحاكم و قضائه ، بل هى حجة مطلقا .

نعم قداعتبرت البينة من احدى موازين القضاء ايضاً . وسيأتى فى باب الموازين تفصيل ذلك .

مفهوم اليمين

وقد ذهب بعض الى أنمعنى الحلف هو الرهانة بمعنى أن المدعى عليه مثلا يجعل ذمته ورقبته رهينة للمدعى فى الدنيا والاخرة ، بسبب الحلف .

ولكن الانصاف انهذا المعنىلايفهمه العرفولادلالة لهمناللغة ،بلالمتفاهم العرفى لهذه الكلمة ليس الا التعهد بين العبد وربه الكريم .

وهذا ينحل الى معنى ايجابى وسلبى فكأنالحالف يقول : ياربى انىاحلف بك بأنى صادق فى قولى ، والتزمت لك بذلك (و هو معنى ايجابى للحلف) و لو كنت كاذباً فانتقم منى (وهو معنى سلبى) .

فالقسم دائماً ينحل الىمعنى ايجابى والى معنى سلبى ، فليسالحلف الاعبارة عن الالتزام والتعهد النفسانى بين العبد وربه .

ثم اعلم أن عدم الحلف والقسم من المدعى عليه ، لايدل على ثبوت الدعوى عليه ، اذقد يكون المدعى عليه ، شخصاً شريفاً مؤمناً يأبى عن الحلف بالله العظيم، ولا يحلف بأسمائه تعالى بهذه السهولة وان كان صادقاً فىقوله .

كما يشهد له بعض الروايات ، كرواية ابى بصير عن ابيجعفر عليه السلام ان اباه كانت عنده امرأة من الخوارج ، أظنه قال من بنى حنيفة فقال له مولى له يا ابن رسول الله ان عندك امرأة تبرء عن جدك ، فقضى لابى أنه طلقها ، فادعت عليه صداقها ، فجاءت به الى أمير المدينة تستعديه فقال له امير المدينة ياعلى اما ان تحلف و اما أن تعطيها ، فقال لى : يابنى قم فاعطها أربعمأة دينار ، فقلت له يا ابت جعلت فداك ألست محقاً؟ قال بلى يا بنى ، ولكنى اجللت الله أن احلف به يمين صبر (١) ونحوها غيرها .

وبالجملة فان عدم حلف المدعى عليه لايدل على ثبوت الدعوى عليه دائماً .

---

١ ـ الوسائل باب انه يستحب للمدعى عليه باطلا أن يختار الغرم على اليمين حديث ١ ب٢ ابواب الايمان ج١٦ ص ١٤٢

صحة اليمين مع امكان البينة

قدذهب جماعة الى أن اليمين انماتصح اذ اجيء بهامترتبة علىالبينة ، بمعنى أنه لابد للحاكم أولا أنيلزم المدعى بالبينة ، فان عجز عنها تصل النوبة حينئذ الى اليمين ، والا فلا تصح اليمين ابتداء .

و عليه فان رضى المترافعان باليمين يكون ذلك على خلاف موازين باب القضاء .

و استدلوا على مطلوبهم بالروايات المتقدمة التى وقع فيها هذاالترتيب ، كقوله ﷺ «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان» وقوله ﷺ «البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» و نحو ذلك فيكون الترتيب الطبيعى هو البينة اولا ، فان لم توجد فاليمين . وعليه فلا يصح للحاكم ان يوجه اليمين الى احد المترافعين ابتداء .

ولكن الحق والانصاف صحة اليمين قبل البينة ، وترتب الاثار عليه ، اذارضى به صاحب الحق .

وتدل عليه الروايات الكثيرة الواردة في المقام .

فمنها رواية ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه ، فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له ، قلت له ، وان كانت عليه بينة عادلة قال نعم ، و ان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه . (١)

ومنها ما رواه الصدوق باسناده عن ابن ابي يعفور مثله ، وزاد فيها قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من حلف لكم على حق فصدقوه ، ومن سألكم بالله فاعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدعي و لا دعوى له .

ومنها ما رواه عبد الله بن وضاح قال كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم ، فقدمته الى الوالي ، فأحلفته فحلف ، و قد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة ، فاردت أن اقتص الالف درهم التي كانت لي عنده ، وأحلف عليها ، فكتبت الى ابي الحسن عليه السلام ، فأخبرته اني قد أحلفته فحلف ، وقد وقع له عندي مال ، فان امرتني ان آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت ، فكتب لا تأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ، ولو لا انك رضيت بيمينه فخلفته ، لامرتك أن تأخذ من تحت يد ، ولكنك رضيت بيمينه ، وقد ذهبت اليمين بما فيها فلم آخذ منه شيئاً ، وانتهيت الى كتاب ابي الحسن عليه السلام (٢).

ونحو ذلك من الروايات الدالة على أن الرضا بالقسم موجب لسقوط الدعوى .

---

١ ـ الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم والدعوى حديث ٢

سقوط الدعوى باليمين

لااشكال ولا ريب فى أن الدعوى تسقط باليمين ، وأنه اذا تم الحلف بشرائطه الاتية ، لايجوز للخصم أخذ المال من الحالف ، اذقد تقدم أن الروايات تدل على سقوط الدعوى باليمين .

ففى خبر عبدالله بن وضاح المتقدم «ان كان ظلمك فلا تظلمه ».

وفى رواية ابن ابى يعفور المتقدمة «ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له».

و فى خبر سليمان بن خالد عن ابيعبدالله عليه السلام عن رجل وقع له عندى مال فكابرنى عليه وحلف ، ثم وقع له عندى مال ، فآخذه لمكان مالى الذى أخذه واجحده و أحلف عليه كما صنع ، قال عليه السلام ان خانك فلا تخنه ، و لا تدخل فيما عتبه عليه (١) .

وبالجملة فان سقوط الدعوى باليمين فى الجملة مما لا اشكال فيه .

و انما الخلاف فى ان ذلك بعد حكم الحاكم أو قبله ، فقد ذهب جماعة من

١ــ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٧

الفقهاء رضوان الله عليهم الى أن الدعوى انما تسقط باليمين بعد حكم الحاكم لا قبله .

و استدل له بعضهم بقوله ﷺ «انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» فجعل الفاصل للخصومة والدعوى هو الحكم باليمين .

والتحقيق فى ذلك ان هنا مقامين .

المقام الاول مقام حكم الحاكم و قضائه ، ففى هذا المقام يترتب عليه جميع الاثار ، فلا يجوز للمدعى أن يأخذ المال ، و يصح فيه النقل و الانتقال من البيع و الاجارة ونحوهما بالنسبة الى الحالف .

المقام الثانى : مقام ترتيب الاثر على اليمين ، من دون رجوع الى الحاكم ، ففى هذا المقام ايضاً يسقط الدعوى بلا اشكال ، ولكن لو علم ثالث بكذبه فى يمينه لايجوز له شراء ذلك المال ، بخلاف المقام الاول ، فان حكم الحاكم فيه يكون سبباً لترتيب كثير من الاثار .

و هذا الفرق بين المقامين يستفاد من أخبار الباب لدى الدقة والتأمل .

أخذ العين أو بدلها بعد حكم الحاكم

هل يجوز للمدعى أن يأخذ العين التى حلف عليها المدعى عليه بعد حكم الحاكم ام لا .

فقد ذهب المحقق الاشتيانى و غيره رحمهم الله الى عدم جواز ذلك ، معللا برواية سليمان بن خالد المتقدمة ، من قوله ـ عليه السلام ـ «ان خانك فلا تخنه» ،

و أما رواية عبدالله بن وضاح المتقدمة فهى ظاهرة فى الدين ، فلا تشمل العين، اذ من المعلوم أن الالف درهم الذى يريد المدعى اخذها من المدعى عليه ليس هو بعينه الدراهم الاولية التى وقعت الدعوى عليها .

وهكذا رواية النخعى عن ابيعبدالله عليه السلام ، فى الرجل يكون له على الرجل المال، فيجحده قال : ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً ، وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه (١) ،فانها ظاهرة فى الدين، دون العين، لوجود لفظة «على» فيها، وهى تختص بالدين ، وفيه ان كلمة على ليست مخصوصة بالدين بل كما تستعمل فيها تستعمل فى العين ايضاً،

١ـ الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

فانقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» اعم من العين والدين ،لان معنى «على» في أمثال المقام هو كون المال على عاتقه وعهدته ، سواء كان ذلك المال عيناً ام ديناً.

وثانياً أن لفظ الوالى فى رواية عبدالله بن وضاح ظاهر فى والى الجور ،و امضاء الامام عليه السلام لقوله وحكمه بأنه «ان ظلمك فلا تظلمه »ليس من جهة الولاية و حكومة الحاكم الشرعى ، بل من جهة الاستحلاف و الرضا باليمين .

فالتفرقة اذن من بعض الاعلام بين العين والدين لا تخلو من خفاء وتأمل .

لايجوز التقاص بعد اليمين

لا اشكال ولاريب فى حرمة التقاص بعد تمامية اليمين والحكم .

وتدل عليه مضافاً الى الاجماع المدعى فى المقام الروايات المتقدمة ، فان قوله عليه السلام «اذا ظلمك فلاتظلمه» وقوله عليه السلام «اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه ، فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له» و قوله عليه السلام «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً» صريح فيما قلناه .

وقد تقدم ايضاً فى بعض الروايات تعليل ذلك بقوله عليه السلام «لانك استحلفته» وكثير من روايات الباب بهذا المضمون .

لايقال : ان الظاهر من عنوان المقاصة اختصاصها بما اذا كانت العين موجودة، فيجوز حينئذ للمالك التقاص واخذ ماله الموجود .

و اما اذا كان الحالف متلفاً للعين ، والمفروض انقطاع علاقة المالك عنها بالقسم ، فلا تجوز المقاصة .

و تبعبير آخر : أن المال الاصلى قد تلف وذهبت علاقة المالك عنه بالقسم،

وبعد الاستحلاف لايجوز له أن يأخذ عنه مالا جديداً ، بخلاف ما اذا كانت العين باقية على حالها ، فان الملكية لاتنقطع عن المال الموجود .

لانا نقول : ان القسم كما تقدم مسقط للدعوى و موجب لذهاب علقة المالية، ولا فرق في ذلك بين العين والدين .

بل لعل ذلك في الاول اظهر من الثاني ، اذ قد يقال ان ذلك يكون كمبادلة بين القسم وبين المال ، فيكون القسم كالثمن لتلك العين ، اذا تحقق الحلف ينتقل المال الى الحالف ، وتنقطع عنها علاقة المالك .

ولكن التحقيق ان الروايات لاتدل على المبادلة القهرية بهذه الكيفية ، اي بحيث يكون القسم كالثمن بالنسبة الى المال ، بل المستفاد من الروايات هو ان القسم يكون حائلا بين المدعى وماله ، وهذه الحيلولة والحجز ، أوجب أن تكون المالية للحالف و ان كانت الملكية باقية للمدعى .

وعليه فيجوز للحالف البيع والاجارة وسائر مايوجب النقل و الانتقال ، فان حكم الحاكم قد صار موجباً لحجز المالك الاصلي عن ماله و ان كان هو المالك في الواقع وفي علم الله ، ولذا قلنا ان تصرف المالك في العين بعنوان الملكية لا المالية يكون تصرفاً صحيحاً ، ولا يستفاد من أدلة اليمين منع المالك عن هذا النوع من التصرفات .

وقد ظهر مما بيناه عدم صحة التهاتر ايضاً ، فلو كان للحالف مال عند المدعى، لا يجوز له الاحتساب منه ، سواء كان هذا المال مساوياً لما أخذه الحالف أو أقل منه ، لانه اذا اعتبر القسم كسلب للنقل و الانتقال ظاهراً يكون المال في الظاهر للحالف ، ولازم ذلك عدم جواز التهاتر .

كيفية ترتيب الاثر على القسم

لاريب أن ترتيب الاثر على القسم انما هو من باب الحكم الوضعى كما هو صريح كلماتهم ، فان القسم يوجب الحجز ، ويجعل المال مضافاً الى من حلف، وليس من باب الحكم التكليفى اى وجوب تسليم المال الى الحالف فانه لو لم يكن هناك الا مجرد التكليف لجاز للمدعى ان يسرق المال عن الحالف أو يأخذ عنه مالا فى مقابله ، اذ لايكون فى ذلك الا مجرد مخالفة التكليف ، و لا اظن احداً يلتزم بذلك .

و قد صرح بذلك الشيخ الاعظم الشيخ الانصارى رحمه الله على مافى قضاء المحقق الاشتيانى رحمه الله ، مع ان المعروف عنه هو انكار الحكم الوضعى حقيقة، و أن كلما يتصور من الاحكام الوضعية فهى منتزعة من الاحكام التكليفية على رأيه .

وقد صرح بذلك المحقق الاشتيانى رحمه الله ، ولم يناقش فيه .

و أحتمل فى المقام ، كما ذكرته فى كتاب البيع من انوار الوسائل ان الشيخ

رحمه الله لاينكر وجود الحكم الوضعي رأساً ، بل مقصوده من عدم وجوده هو عدم وجوده مستقلا، فمعنى انتزاعه عن التكليف انه موجود حقيقة ولكنه وجود غير مستقل ، وحينئذ يرتفع الاشكال عنه هنا .

ولو قلنا أن الشيخ رحمه الله ينكر الحكم الوضعي بكل معنى الكلمة ، فلابد له من التزام آخر ، وهو الذى أجاب به عن اشكال وجوب الغسل على الطفل الذى أدخل حشفته فى فرج امرأة بعد البلوغ مع عدم الوجوب قبله ، وهذا من الموارد التى استشكل به على الشيخ رحمه الله .

واجاب عنه بأن ذلك من باب السبب الخارجي الواقعي ، ولايرتبط بـوجود الحكم الوضعي وعدمه ، فيكون ادخال الحشفة فى الفرج سبباً واقعياً لوجوب الغسل سواء قلنا بوجود الحكم الوضعي امْلا .

وهكذا يقال فيما نحن فيه فيعد القسم من الاسباب الواقعية للانتقال ، ولاربط له بوجود الحكم الوضعي وعدمه ، والجواب الاول فى النظر امتن من الثانى .

ترتيب الاثر على يمين المدعى

اذا نكل المنكر عن الحلف ورده الى المدعى فحلف المدعى هل يكون حلفه سبباً لنقل المال اليه ، فلايصح التهاتر ، والتقاص ام لا ؟

وبعبارة اخرى : هل يترتب على يمين المدعى جميع الاثار المترتبة على يمين المدعى عليه ام لا ؟ الظاهر هو الاول لاطلاق ادلة اليمين ، وعدم قصور فى شمولها للمقام .

وقدذهب جماعة كثيرة الى الثانى ، وأن جميع آثار اليمين لايترتب على يمين المدعى .

واستدلوا عليه بأن أدلة اليمين تختص بالمنكر والروايات انما وردت فى حقه. والتعدى منه الى المدعى يشبه القياس .

وفيه اولا ان حكم الحاكم وقضائه انما هو من باب الحكم الوضعى ، وليس هو مجرد الحكم التكليفى كما تقدم وعليه فلابد من ترتب جميع احكام اليمين وآثاره على يمين المدعى كترتبه على يمين المدعى عليه .

وثانياً أن قوله ﷺ «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان» ليس مخصوصاً بالمنكر، ولاقصور فى شموله ليمين المدعى.

وبالجملة فان الادلة غير مقيدة بالمنكر، بل انطباقها عليه ليس الامن قبيل انطباق الكلى على فرده، وعليه: فلاوجه لتخصيص الادلة بيمين المنكر.

تكذيب الحالف نفسه

لو كذب الحالف نفسه بعد اليمين ، فاعترف بالحق فهل هذا الاقرار موجب لجواز تصرف المدعى في المال ام لا ؟ فاختلفوا فيه على أقوال .

الاول : انه يجوز له التصرف فيه لانه ماله قطعاً ، وانما خرج عن تحت يده باليمين ، واذا اعترف بكذبه في يمينه ، فقد أقر بالحق ، ورجع المال الى مالكه الاصلي .

الثاني : انه لايجوز له التصرف .لان اليمين قد أوجب انقطاع العلقة الملكية، فأصبح سبباً واقعياً لانتقال المال الى الحالف ،فكأن الحالف قد اشتراه بالحلف وعليه: فلايجوز للمدعى التصرف فيه .

وان شئت قلت :ان الاقرار وان كان محققاً على ماهو المفروض الا انه لااثر له بعد الحلف ، لان الحلف سبب واقعي للانتقال .

نعم للحالف ان يهب المال للمدعى ،ولامانع منه ، فلايصح انتقال المال الى المدعى الا بالهبة ونحوها .

الثالث وهو المشهور ان أدلة الاقرار اظهر من أدلة اليمين فتقدم عليه .

وجه الاظهرية ان أدلة اليمين انما توجب انقطاع المالية عن المالك الاصلى فى الظاهر ، حتى لوقلنا بانقطاع الملكية يكون المنقطع عن المالك هـو الملكية الظاهرية فقط .

وهذا بخلاف الاقرار ،فانه طريق الى الواقع فتجرى الامور فيه على مجاريها الطبيعية ، وعليه : فتقدم أدلة الاقرار على أدلة اليمين ، وبالنتيجة يجوز له التصرف فى المال .

وقـد ذهب بعض اهـل العلم الى أن دليل اليمين اظهر من دليل الاقرار حسب القاعدة الاولية ، ولكن هناك رواية أوجبت تقديم دليل الاقرار وجعله اظهر من اليمين ،وهى رواية مسمع ابى سيار قال :قلت لابيعبدالله عليه السلام ، انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لى عليه ، ثم أنه جائنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى اودعته اياه ، فقال : هذا مالك فخذه ، وهذه اربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك . واجعلنى فى حل ، فاخذت منه المال ، وابيت ان آخذ الربح منه ، ورفعت المال الذى كنت استودعته ،وابيت اخذه حتى استطلع رأيك ، فماترى ، فقال عليه السلام خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله فان هذا رجل تائب والله يحب التوابين (١).

وفيه عدم خصوصية فى هذه الرواية بحيث توجب الاظهرية ، بل ليست هى الاكسائر الادلة وهى من جملة ادلة الاقرار ، ولايكون هذا شاهداً للجمع وموجباً لتقديم الاقرار .

والتحقيق فى المقام انه لاريب ولااشكال فى كون اليمين موجباً لانتقال المال

١ــ الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث ٣

الى الحالف ظاهراً وحكماً ،وحينئذ فان كان مفادالاقرار ايضاً هو كون المال للمقرله حكماً وظاهراً ، فيقع التعارض بينهما ، فلابد من تقديم الاظهر منهما لو كان احدهما اظهر والافيتساقطان .

وأما اذا كان دليل الاقرار ناظراً الى نفس الموضوع يكون مفاده اثبات المال للمقرله موضوعاً وواقعاً فيكون نسبته الى اليمين نسبة الحكومة بل نسبة الورود .

وعليه : فلايقع التعارض بينهما حتى يلاحظ الاظهر منهما ، والظاهر من دليل الاقرار هو الثانى ، ولذا نرى أن أحداً من الفقهاء أوأصحاب الروايات رضوان الله عليهم لم يحتمل عدم تأثير الاقرار ،ولم يخطر ببالهم أن الاقرار لاأثر له ، وليس ذلك إلا لان دليل الاقرار له ورود على دليل اليمين، وازالة لموضوع اليمين حسب دليله.

رد اليمين على المدعى

قداختلفوا فى أن رد اليمين من المدعى عليه على المدعى هل هو من موازين القضاء ام لا ؟

والظاهر ان اختلافهم هذا ليس فى مقام الثبوت اذلامانع منه فى عالم الثبوت، ولايترتب على كون ذلك من الموازين محاذير عقلية .

انماوقع الكلام فى مقام الدلالة والاثبات ، فذهب جماعة الى عدم كونه من موازين باب القضاء واستدلوا له بقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان» .

وتقريب الاستدلال به ان الرواية تدل على انحصار الموازين فى البينة واليمين، ومن المعلوم ان رد اليمين على المدعى ليس ببينة على المدعى ولايميناً على المنكر .

وفيه ان هذا الحصر مخصص بأدلة رد اليمين، و تخصيص الدليل المفيد للحصر كثير فى الفقه جداً يجده المراجع بأدنى تأمل .

ان قلت : ان قوله صلى الله عليه وآله «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان » مفيد للحصر

وآب عن التخصيص نظير قوله تعالى «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا(١)» فيكون معنى الحديث انه لاتشريع فى باب القضاء الابالبينة واليمين .

وبتعبير أوضح: انه ليس كل عام قابلا للتخصيص، ولا كل مخصص كان موجباً لرفع اليدعن العموم ، فربما يقدم العموم ويرفع اليد عن المخصص لقوة ظهور العام فى العموم ، وعدم قابليته لعروض التخصيص عليه ، ولما كان العموم هنا فى منتهى القوة فادلة رد اليمين الى المدعى لايصلح للتخصيص .

قلت : ان الرواية المتقدمة ليست كالاية فى الاباء عن التخصيص ، فان الاية الشريفة تنفى الجعل فى مقام التشريع ، اذليس المقصود من عدم جعل السبيل للكافر على المؤمن هو نفى الجعل تكويناً ، اذمن المعلوم والمشاهد بالعيان هو وجود السبيل على المؤمن خارجاً ، فيكون المقصود من عدم الجعل فى مقام التشريع ، وعدم قابلية السبيل للكافر على المؤمن . وهذا الامر لايقبل التخصيص ، بخلاف مانحن فيه ، فان الرواية المتقدمة ، وان أفادت الحصر لكنه لاينافى التخصيص .

هذا مضافاً الى وجود روايات تدل على أن رد اليمين على المدعى من جملة موازين القضاء : كرواية البصرى قلت للشيخ عليه السلام : خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق ، فلم تكن له بينة بماله قال عليه السلام فيمين المدعى عليه، فان حلف فلاحق له، وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قدمات فاقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لااله الاهو لقدمات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لاندرى لعله قد أوفاه ببينة لانعلم موضعها أوغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة فان ادعى

١ــ سورة نساء : آية ١٤١

بلابينة فلاحق له ، لان المدعى عليه ليس بحى ، وان كان حياً لالزم اليمين اوالحق اويرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق (١) .

هذه الرواية واضحة الدلالة جداً ، الاأنه ربما يستشكل فى سندها .

ومضمرة يونس عمن رواه قال : استخراج الحقوق باربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأ تان فان لم تكن فرجل ويمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهى واجبة عليه ان يحلف و يأخذ حقه ، فان ابى أن يحلف فلا شىء عليه (٢) ،

وهذه الرواية مضافاً الى المناقشة فى سندها بالاضمار ، ربما يناقش فى دلالتها ايضاً من جهة عدم تلائم صدر الحديث مع ذيله ، حيث ان صدره صريح فى أن استخراج الحقوق انما يكون بأربعة وجوه ، مع أن الذيل يدل على كون ذلك بخمسة وجوه .

ولكن يجاب عن ذلك بأن يمين المنكر ليس من باب اخراج حق بل انما هو اسقاط للحق . وعليه فيتطابق الصدر مع الذيل .

ولكن الانصاف عدم الحاجة فى المقام الى هاتين الروايتين ، حتى يستشكل فيهما بما ذكر ، اذ هناك روايات صحاح أخر تدل على المطلوب ، و لها حكومة على الحصر المستفاد من قوله ﷺ «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان» .

كصحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام ، فى الرجل يدعى ولابينة له قال:

١ـ الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

٢ـ الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ٤

يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له (١) .

وصحيح عبيد بن زرارة عن ابيعبدالله عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق و لا بينة للمدعى قال : يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق ، فان لم يفعل فلا حق له (٢) .

و هاتان الروايتان كما ترى صريحتان في المطلوب .

واجمالا فيعلم من مجموع الادلة و لا سيما من الصحيحتين الاخيرتين أن موازين القضاء قائمة على مرتبتين طوليتين : الاولى اقامة البينة من المدعى ، واليمين من المدعى عليه .

الثانية : يمين المدعى اذا لم يحلف المدعى عليه ، فان حلف ثبت حقه من جهة يمينه ، و ان لم يحلف ردت الدعوى ، و لم تثبت صحتها من كل الطرفين و الاخبار و ان جازت المناقشة في بعضها من حيث السند اوالدلالة يكفي وجود الصحيحتين ، بل وبعض الروايات الصحيحة الاتية في اثبات المطلوب . و لا تنافي بين الحصر في الادلة الاولية و الوظيفة المجعولة من قبل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، و بين ورود ميزان آخر ، و هو يمين المدعى عند الانتهاء من عدم وجود البينة و عدم قسم المدعى عليه ، فان الحصر انما وقع بالنسبة الى عنوان الميزان الاولى ، و لا ينافي ذلك وجود ميزان آخر عند عدم تمامية الميزان الاول .

ولو تنزلنا وشككنا في أن نكول المدعى عليه كاف في سقوط الدعوى ام لابد من ميزان القسم من المدعى ، فالقاعدة تقتضي حينئذ عدم تمامية ميزان النكول ، و

١ــ الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

٢ــ الوسائل باب ٧ من ابواب كلفية الحكم واحكام الدعوى حديث ٢

تقتضي ثبوت ميزان آخر كما اشرنا اليه .

ان قلت : انهناك روايات تدل على القضاء بنكول المنكر من دون حكم برد اليمين على المدعى ، كرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في كيفية احلاف الاخر قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينة ؟ فقال ان امير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينة ، فقال امير المؤمنين عليه السلام : الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للامة جميع ما تحتاج اليه ، ثم قال : ايتونى بمصحف فاتى به ،فقال للاخرس ماهذا ؟ فرفع رأسه الى السماء واشار أنه كتاب الله عزوجل ، ثم قال ايتونى بوليه ، فأتى باخ له فأقعده الى جنبه ، ثم قال : ياقنبر على بدواة وصحيفه ، فأتاه بهما، ثم قال لاخ الاخرس ،قل لاخيك ، هذا بينك وبينه انه على ،فتقدم اليه بذلك ، ثم كتب امير المؤمنين عليه السلام و الله الذى لااله الاهو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر والعلانية ان فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان أعنى الاخرس حق ، و لا طلبة بوجه من الوجوه و لا بسبب من الاسباب ، ثم غسله وامر الاخرس ان يشر به فامتنع فالزمه الدين (١) .

فقضى فيها امير المؤمنين عليه السلام بمجرد نكول الاخرس و لم يلزمه برد اليمين الى المدعى ، فلو كان آخر موازين القضاء هو الرد ، فكيف يحكم بمجرد النكول .

أو فقل ان القضاء بالنكول يكشف عن عدم كون الرد من الموازين القضائية، و لا أقل من التخيير بين الحكم بالنكول و بين رد اليمين ، فلا يكون رد اليمين على المدعى ميزاناً تاماً بالاستقلال .

١ــ الوسائل باب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

قلت : قدتقدم فى اول البحث انانبحث فى المقام عن السير الطبيعى للقضاء ، و ان الجريان العادى بطبيعة الحال ومع قطع النظر عن حكم الحاكم و رأيه هل هو القضاء بالنكول أوهناك ميزان آخر وهو رداليمين على المدعى .

واما اذا لاحظنا رأى الحاكم ونظره فتختلف المقامات باختلاف الحاكمين، فقد يكون الحاكم معتقداً بالقضاء بمجرد النكول ، وقد لايكون كذلك .

واما تخيير المنكر بين الحكم بنكوله و بين رد اليمين على المدعى فهذا صحيح لاننكره ، فانه امر لابد انيعرض على المدعى عليه ويسئل عنه لان رداليمين ليس ميزاناً فى القضاء على الاطلاق ، بل هو ميزان على تقدير قبول المنكر للرد ، فيقال له بعد نكوله عن اليمين ، لك حق رداليمين على المدعى ، فان قبل الرد فهو والا فيحكم بالنكول .

تنبيه

ثم انهم بعد الفراغ عن كون اليمين المردودة من جملة موازين القضاء ، قد اختلفوا فى أن هذه اليمين هل هى بمنزلة بينة المدعى من جهة كون كل منهما وظيفة للمدعى أو بحكم اقرار المنكر او يمينه ، من جهة ان كلا منهما اخبار يحكى عن الواقع ؟

والتحقيق ان هذه الوجوه استحسانات وترجيحات لامدرك لها ، واى ملازمة عرفية أوعقلية بين كون اليمين المردودة من الموازين فى باب القضاء وبين كونه بحكم احد المذكورات . فان كونه بحكم احدها يحتاج الى دليل برهانى ، وهو مفقود فى المقام . بل نقول : اى ارتباط بينه وبين البينة أو بينه وبين الاقرار .

ومن الغريب ذهاب بعض الاكابر الى كونه بحكم الاقرار مع وضوح الفرق بينهما .

على أن من قال بكونه بحكم الاقرار اطلق القول فيه ، و لم يبين انه من اى

قسم منه وقد تقدم أن الاقرار تارة يقع فى مقام الحكم و القضاء و اخرى يقع فى مقام ترتيب الاثر على نفسه .

و كيف كان فنحن لا نعقل تشابهاً بين اليمين المردودة و بين احد المذكورات .

نكول المنكر عن اليمين

اذا امتنع المنكر عن اليمين ، ولم يردها الى المدعى؟ فهل يقضى عليه بمجرد النكول ، أولابد من رد اليمين الى المدعى ؟ قولان .

وهذه المسألة قد حررها الفقهاء رضوان الله عليهم مع قطع النظر عن حكم الحاكم ورأيه ، فكل من بحث عن هذه المسئلة حررها هكذا : هل يحكم بمجرد النكول أو لابد من رد اليمين الى المدعى ؟ من دون تعرض لعرضها على الحاكم ، و أنه ماذا رأيه فى المقام ، هل يحكم بمجرد النكول أو يرى بوجوب رد اليمين ؟

والسر فى ذلك أنهم انما نظروا الى سير القضية بطبيعتها ، و انه ماهو السير الطبيعى والجريان العادى فى باب القضاء .

وبعبارة اخرى : ان اخر موازين القضاء والختام لها هل هو النكول ام لابد من سيرها الى مرحلة اخرى وهى رد اليمين الى المدعى .

وكيف كان فالحق ان اليمين ترد الى المدعى و لا يقضى بمجرد النكول .

و تدل عليه رواية البصرى المتقدمة ، بناءاً على رواية الصدوق رحمه الله في الفقيه من زيادة قوله ـ عليه السلام «وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» .

والرواية وان كانت ضعيفة من جهة السند لان رواتها اما مطعون فيهم او من المجاهيل ولكنها منجبرة بعمل الاصحاب بها .

نعم يمكن الاشكال فيها من جهة اخرى و هى : ان تلك الزيادة ليست في نسخة الكافي والتهذيب فلا يعلم ان استناد الاصحاب رضوان الله عليهم اليها وعملهم بها هل كان مع الزيادة المتقدمة ام لا ؟

لايقال : انه اذا تردد الامر بين زيادة جملة ونقصها لااشكال في أنه يؤخذ بالزيادة اذ الاصل عدم كونها ملغاة وعليه فلابد من الاخذ بها هنا ايضاً .

لانا نقول : ان الزيادة انما يؤخذ بها اذا كانت معتبرة من حيث السند كاصل الرواية بخلاف ما اذا كانت الزيادة مشكوكة الاعتبار بين العلماء فلاندرى ولعل عمل الاصحاب بالرواية كان على رواية الكافي والتهذيب بل هذا هو القدر المتيقن من عمل الاصحاب بها .

ويدل على المطلوب رواية محمد بن مسلم المتقدمة الواردة في كيفية احلاف الاخرس ، هذه الرواية وان كانت صحيحة السند ، لكن دلالتها على المطلوب غير واضحة ، لانها صدراً وذيلا تتناسب مع نكول الاخرس ، وحملها على يمين المدعى بعيد جداً .

و بتعبير آخر : ان الرواية انما هى في مقام احلاف الاخرس و نكوله ، لا في مقام رد اليمين على المدعى .

وعلى كل حال فلو قطعنا النظر من هاتين الروايتين واستشكلنا فيهما بضعف السند اوالدلالة لكفانا الخبران المتقدمان عن عبيد بن زرارة و عن محمد بن مسلم .

وقد ظهر مما تقدم ان رد اليمين الى المدعى ليس من باب الاحتياط في الاموال، ولا من باب ترتيب اثر الواقع على الواقع ، بل الظاهر و الاقوى ان يكون ذلك ميزاناً قضائياً في باب القضاء ، فان ورود هذه الروايات لمجرد الاحتياط ، أو ترتيب اثر الواقع بعيد غاية البعد .

هذا مضافاً الى أن الاحتياط ان كان استحبابياً فلا أثر له، وان كان وجوبياً يكون الرد واجباً ، فلا تظهر الثمرة بين القول بالاحتياط و بين كونه وظيفة شرعية .

على انه يرد على القائل بالاحتياط ، انه كما يحسن الاحتياط بتحليف المدعى لحفظ مال المدعى عليه ، كذلك يحسن العكس ، فلم صار الاحتياط واجباً بالنسبة الى المدعى فقط .

بذل اليمين

بذل اليمين هو أن يبادر المنكر باليمين فتسقط الدعوى بيمينه ، وقد خصصوا هذا بالمنكر ، و لكن الظاهر عدم اختصاصه به ، بل كما يتصور ذلك في المدعى عليه كذلك يتصور في المدعى ايضاً ، كان يقول المدعى «احلف و آخذ مالي» فتسقط الدعوى حينئذ .

وكيف كان فعلى تقدير صحة البذل ، هل هو من موازين القضاء ، او من باب الرضا باليمين ؟ الظاهر هو الثانى ، لعدم الدليل على كونه من الموازين ، فيكون سقوط الدعوى من باب ترتيب الاثر على اليمين ، لا من باب الحكم و القضاء .

الدعوى بعد اليمين

اذارضى احدالمترافعين بيمين الاخر فحلفه ، هل يصح له الدعوى بعدالقسم؟ وهل تقبل منه الدعوى بعد رضاه باليمين ام لا ؟

نقول : ان ذلك يتصور على وجوه .

الاول : أن يكون المدعى مثلا قد رضى بيمين المنكر ، و أن يقع الحلف أمام الحاكم و بأمر منه ، فالظاهر حينئذ عدم قبول دعوى المدعى ، اذ قد تقدم ان اليمين انما تشبه المعاوضة وانه انخانك فلا تخنه ، وان ظلمك فلا تظلمه .

الثانى : انيقع الحلف منفرداً عن الحاكم ، فحينئذ ان قلنا ان القسم لا يصح الا اذا وقع عند الحاكم ، وليس القسم من المدعى او المدعى عليه مجرداً عن الحاكم ميزاناً فى القضاء ، أوميزاناً فى مقام ترتب الحكم على موضوعه ، فواضح انه تصح الدعوى ، وان اليمين لااثر له . واما ان قلنا ان صحة اليمين لا تحتاج الى الحاكم كما هوالحق والظاهر من أدلة اليمين ، اذ ليس فيها تقييد بكون اليمين فى حضور الحاكم ، بل الروايات قد دلت على أنه اذا رضى بالحلف سقط حقه ، فحينئذ لا

تصح منه الدعوى بعد الرضا باليمين وبعدوقوع الحلف .

الثالث : أن يرضى بالحلف و تكون الدعوى قبل الحلف ، فالظاهر حينئذ تكون صحة الدعوى وسماعها منه بلااشكال ،اذالمفروض عدم وقوع اليمين وان رضى به ، و انما يؤثر اليمين اثره بعد وجوده ، و اماقبله فحق الدعوى باق لم يسقط .

الدعوى على الميت

اذا توجهت الدعوى على الميت ، فلابد للمدعى مع اقامة البينة اليمين حفظاً لحق الميت ، وتحصيلا للمتيقين ، اذ يحتمل أن يكون الميت مؤدياً لحق المدعى و لا تعلم به البينة ، ولما لم يكن للميت لسان الرد ، فلا جرم الزم المدعى باليمين للاستظهار ولذا سموه بيمين الاستظهار .

ويدل على ذلك خبر البصرى المتقدم ، وقد ورد فيه «وان كان المطلوب بالحق قدمات ، فاقيمت عليه البينة ، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا اله الا هو لقدمات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والا فلاحق له ، لانا لاندرى لعله قدأو فاه ببينة لانعلم موضعها ، أوغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فان ادعى بلا بينة فلاحق له لان المدعى عليه ليس بحى ، ولو كان حياً لالزم اليمين او الحق اويرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق » .

ومكاتبة الصفار الى ابى محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع عليه السلام : اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى

يمين . الحديث .

فتدل الروايات على أن هذه اليمين انما وضعت للاستظهار ولحفظ حق الميت كما يظهر من تعليله ـ عليه السلام ـ بقوله «لانا لاندرى لعله قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها» .

وكيف كان فان المسألة اتفاقية لاكلام فيها .

نعم قد اختلف فقهائنا رضوان الله عليهم فى التعدية الى غير الميت ممن يشترك معه فى عدم اللسان فى بيان مقصوده ، كالصغير والمجنون و نحوهما ، فذهب جماعة الى لزوم اليمين فيهما ايضاً .

و القائلون بهذا القول قد حاولوا أن يجعلوا قوله عليه السلام «لانا لاندرى لعله قد أوفاه الى آخره» كبرى كلية فى موارده ، فيكون المقام من قبيل العلة المنصوصة التى يتعدى فيها الى كل مورد يشترك فى العلة .

ولتوضيح المطلب تماماً نذكر مقدمة وهى :

ان الدليل الذى يثبت الحكم على موضوع من الموضوعات ينقسم الى اقسام :

الاول : أن يكون الدليل متعرضاً لثمرات الحكم و فوائده ، كالامر بغسل الجمعة لنظافة البدن والامر بالعدة لئلا تختلط الانساب وهكذا ، و لا اشكال فى أن هذه علل تشريعية ، و ليست عللا واقعية ، بمعنى انها عبارة عن نتائج و ثمرات قد تتخلف ولا تترتب على الحكم دائماً .

الثانى : أن يكون الدليل كاشفاً عن العلة الحقيقية ، و متعرضاً لملاك الحكم فى الظاهر . على نحو يكون التعليل مقيداً بموضوع الحكم كأن يقال : الخمر حرام

لاسكاره ، فيكون الاسكار المقيد بكونه مسبباً عن الخمر موجباً للحرمة لا مطلق الاسكار ، فان العلة ظاهراً هى الاسكار الناشىء عن الخمر .

الثالث : أن تذكر العلة فى الدليل من دون تقييد بموضوع دون موضوع ، كأن يقال : الخمر حرام للاسكار ، من دون تقييد بكونه ناشئاً من الخمر .

اما الصورة الاولى فلا اشكال فيها من جهة عدم تسرية الحكم الى غير مورد النص ، اذ المفروض عدم ذكر العلة فيها ، بل انما ذكرت نتائج وثمرات ، و هى لا توجب تسرية الحكم الى غير مورده وان وجدت فيه تلك الثمرة والفائدة .

كما انه لا اشكال فى الصورة الثانية ايضاً ، وأنه لا يجوز التعدى فيها الى غير مورد الحكم ، اذ المفروض أن التعليل فيها ليس بعام يشمل كل مورد ، بل مقيد بموضوع ذلك الحكم المخصوص ، فانه اذا كانت العلة لحرمة الخمر هو الاسكار المقيد بحصوله عن الخمر فكيف يتعدى الى الاسكار الحاصل من الفقاع ونحوه ! و هذا واضح لا اشكال فيه ولم يقع فيه خلاف من احد من العلماء .

وانما وقع الكلام فى الصورة الثالثة ، وهى ما ذكرت العلة فيه من دون تقييد بشىء ، والظاهر جواز التسرية فيها من مورد الحكم الى غيره مما وجدت العلة فيه ، وان ناقش فيها بعض ، ولكن المناقشة فى غير محلها . فانه اذا قيل : الخمر حرام للاسكار من دون تقييد تثبت الحرمة لمطلق الاسكار ، فيرى العرف أن الموضوع للتكليف ليس هو الخمر ، بل الموضوع لها انما هو الاسكار ، وان الخمر مصداق له فيكون من قبيل منصوص العلة ، فيتعدى الى كل ما يوجد فيه الاسكار و تلغى خصوصية الخمر من المورد .

وهذا دليل قطعى لدى العرف والعقل وليس من الاستنباطات الظنية كما توهمه

بعض .

وان شئت فقل : أن المورد يكون من قبيل الحكم الكلى على موضوع كلى عام .وعنوان الخمر ليس الامن مصاديق ذلك العنوان ، فمآل هذه القضية الى كبرى كلية وحكم فقهى كلى . وهذا هو مراد فقهاء الامامية رضوان الله عليهم من منصوص العلة ، من رجوعها الى عنوان كلى هو عين الموضوع يترتب عليه ذلك الحكم . وليس مقصودهم ان هناك علة واقعية يراد سرايتها الى جميع الافراد ، فانه خلاف الظاهر من كلماتهم .

على أن الشارع المقدس لم يتعرض للعلة الموجبة لترتب الحكم على موضوعه فى الغالب الا نادراً جداً .

فتلخص أن المقصود من كلماتهم كما يظهر ذلك لمن راجعها هو أن معنى المنصوص العلة عندهم هو رجوع العلة الى عنوان كلى هو موضوع الحكم ، ويكون المورد من مصاديق ذلك الموضوع الكلى ، وليس الغرض من كلماتهم هى العلل الموجبة لترتب الاحكام على موضوعاتها ولا الجهات التعليلية الواقعة بين الموضوعات و المحمولات الشرعية على نحو العلل الواقعية .

و اما استفادة العلية الواقعية من الادلة ففى غاية الاشكال ، و لعله من الامور المعدومة فى الفقه كما اشرنا اليه .

ولعل ذلك يكون منشأ لطرو الاستحسانات الظنية ،والاقيسة الباطلة، كما هو الظاهر من كثير مذاهب العامة كابى حنيفة والشافعى ، بل حتى فى فقه المالكى فى كثير من الموارد . و قد نهانا عن ذلك أئمة الهدى ، و منعوا الشيعة من التصدى للاستحسان والقياس ، و أن دين الله لايصاب بالعقول .

اذا عرفت ذلك فنقول : انالظاهر ان المقام ليس من قبيل العلة المنصوصة، اذليس فى روايات الباب عنوان الكبرى الكلية ، فان العرف يفهم من قوله عليه السلام «لانا لاندرى لعله أوفاه الى آخره» ان اليمين انما وضع لئلا يضيع حق الميت لاان كل مورد لايدرى بالوفاء يحتاج الى اليمين كالصغير والمجنون .

ومن الغريب اصرار بعض كالمحقق الاشتيانى رحمه الله وغيره على ذلك ، مع أن الفهم العرفى لايساعده .

هذا ـ مضافاً الى انه يلزم من التعميم ان يتعدى الى كل مورد لا يدرى بالوفاء و لازم ذلك هو الاحتياج الى اليمين مع البينة فى الغائب ، و فيما اذا ادعى الابراء أوالاسقاط او نحوهما ، مع أنه لم يلتزم به احد من الفقهاء .

تنبيه

ذهب الشهيد الاول فى الدروس الى انقوله عليه السلام «لانا لاندرى لعله أوفاه...» كبرى كلية تشمل كلما يشترك الميت فى عدم اللسان كالمجنون ، و الصغير ، و الغائب ، ونحوهم .

و قد ناقشه الشهيد الثانى فى كلية الكبرى فجزم بعدم شمولها للموارد المذكورة .

وقد وافق المحقق الاشتيانى الشهيد الاول ، وذهب الى جريان حكم الميت فى جميع الموارد المتقدمة .

و قال فى وجه ذلك : ان أدلة الشهادة و ان كانت ظاهرة فى الاكتفاء بهاوانه لا حاجة الى اليمين ، لكنه ظهور بالاطلاق .

واماالدليل الدالعلى هذه الكبرى فهو أظهر من ادلة الشهادة ، و لذا يقدم عليها ، لان الخاص يقدم على العام ويكون مقيداً له .

ولا يخلو ماذكره من التأمل لما عرفت من عدم انطباق منصوص العلة على

أمثال هذه التعبيرات ، ولايتم ماذكره الشهيد الاول الا على تقدير كون الكبرى من منصوص العلة .

مضافاً الى أن تقديم الخاص على العام ليس على وجه الدوام ، فـان بعض العمومات يكون أظهر من المخصص ، فيقدم العموم حينئذ كما ذهب اليه الشهيد الثاني ،فعلى رأيه رحمه الله ليس كل خاص يقدم على العام ،بل قديكون الامر بالعكس وذلك اذا كان العام أظهر من الخاص .

والتحقيق فى المقام ان هذه المسألة اى تقديم الخاص على العام تبتنى على أمر آخر ، وهو ان تقديم المقيد على المطلق ، والمخصص على العام هل هو مبنى على الظهور ، فيقدم الاظهر منهما على الاخر ، او ان الخاص حاكم على العام ؟

فان قلنا بالاول فالحق مع الشهيد الثاني رحمه الله ،لانه لابد ان ينظر حينئذ الى الدليلين أيهما اقوى وأظهر فيقدم على الاخر ،فقديكون الاظهر هو الخاص وقديكون بالعكس وقديكونان متساويين فى الظهور فلايقدم احدهما على الاخر .

وان قلنا بالثانى فلابد من تقديم المقيد والخاص دائماً ، كما هو المعروف قديماً وحديثاً ،لان الحاكم يكون دائماً قرينة على المحكوم ، والقرينة تقدم على ذى القرينة ، وان لم تكن أظهر منها .

كلام مع الشهيد الثاني رحمه‌الله

قدتقدم أن المشهور عند العلماء هولزوم اليمين على المدعى على الميت مع البينة .

وقد ناقش الشهيدالثاني رحمه‌الله‌فيذلك ،فذهب الى سقوط اليمين :واختاره صاحب الجواهر رحمه الله ، ولم‌يعلم ماذا يراد من السقوط ، فهل يقولون بسقوط اليمين مطلقا أوفي‌بعض الموارد؟ وليس في كلامهما بيان من‌هذه الجهة .

ولكن يحتمل قوياًأن يكون مقصودهم هو سقوط اليمين فيما اذاشهدت البينة على اشتغال ذمة الميت بالفعل مقارنا للموت ، بأن شهدت البينة على انه لم يف بالدين ولم‌يبرء ذمته الى الآن ،فلايحتاج حينئذالى اليمين ، من‌جهة انه‌يحصل‌اليقين المقصود من‌اليمين بالبينة .

وأما اذاشهدت البينة‌بالاشتغال السابق‌على الموت ،ولم‌يكن‌دليل على‌الاشتغال حين الموت ؛لا الاستصحاب فنحتاج حينئذ الى اليمين ليحصيل اليقين بعدم الوفاء،

اذالمفروض انه ليس للبينة اطلاع على حالة الميت حين الموت . فهم لايقولون بسقوط اليمين في هذه الصورة .

وهذا توجيه حسن ، ولكن سيأتي منا عدم سقوط اليمين مطلقا ، لان احتمال الوفاء والابراء باق على حاله حتى فيمالو شهدت البينة على الاشتغال الفعلي . فبدون اليمين لايحصل اليقين مطلقا .

هذا ـ ويمكن ان يكون مقصود الشهيد امراً آخر وهو ان الميت لو فرض حياً لكان مدعياً ، اذربما يدعي الوفاء اوالابراء فاذافرض الميت مدعياً لانقلب الامر وصار المدعي منكراً ، فكأن الميت قدادعى على هذا الحي بالوفاء والابراء ، وعليه يكون الاحتياج الى اليمين من باب أن اليمين على من انكر ، فالقضية جرت على طبق الموازين القضائية ، موافقاً لاصولها الفنية ، وليس هناك بعدئذ يمين استظهار . وقد ذهب الى هذا بعض اهل العلم وقال : انه خير الوجوه .

وفيه مالا يخفى ، فان المفروض ان الحي قد أتى بالشهادة ، وقامت عنده البينة التامة ، ومع ذلك كيف ينقلب هذا منكراً ، ومامعنى تلك اليمين بعد قيام البينة .

والقول بأن هذه اليمين اعانة للميت ـ وهو ضعيف ـ وعون الضعيف صدقة .

مندفع بأنه من اين علم ضعف الميت فربما ينعكس الامر ويكون الحي ضعيفاً والميت قوياً ، فان كثيراً من الاقوياء المتمردين ، يأكلون اموال الناس حتى الموت .

مضافاً الى أن الدعوى على الميت لاتختص بـالدين ، بل قـد تكون في

العين التى غصبها الميت ،فيكون الميت الغاصب هو القوى ، والحى المغصوب منه هو الضعيف .

فالحق والانصاف أن كون عون الضعيف صدقة اجنبى عن المقام بتاتاً ولا ربط له بالدلالة على المورد .

فيما اذا لم يكن للمدعى على الميت

الاشاهد واحد

اذا لم يكن للمدعى على الميت الاشاهد واحد ، فلااشكال فى انه يحتاج الى اليمين لتكملة الشاهد حتى يقوم مقام البينة ؛ فحينئذ هل يسقط يمين الاستظهار ام يحتاج الى يمين ثانية للاستظهار ولحفظ حق الميت .

وقدذهب جماعة الى كفاية اليمين الواحدةالمكملة للشاهد ،لان الغرض واحد فيكفيه اليمين الواحدة.

وقال آخرون : ان اليمين الاولى انما كانت من تتمة الشاهد ، واما يمين الاستظهار فلم تحصل بعد ،ولاوجه للاكتفاء باحدهما عن الاخر .

وفصل جماعة فى المقام بين مالو شهدت البينة باشتغال ذمة الميت سابقاً على موته فيحتاج الى اليمين الثانية ، اذلعله قدأوفاه قبل موته ، وبين مالوشهدت على اشتغال ذمته فى الحال الحاضر فتكفى اليمين الاولى .

وبعبارة اخرى : ان البينة ان شهدت بأنه كان يطلب الميت قبل الموت واما حال الموت وبعده فلم تقم عليه البينة ، فحينئذ يحتاج الى اليمين لاثبات اشتغال ذمة الميت فعلا ، وان شهدت البينة بالاشتغال الفعلى فلاتبقى حاجة الى اليمين حينئذ .

هذا ـ ولكن التحقيق هو الاحتياج الى اليمين الثانية ، لان اليمين الاولى انما تقوم مقام الشهادة والثانية يمين استظهار ، والاصل عدم التداخل .

نعم يمكن القول بالاكتفاء بيمين واحدة فى مورد واحد ، وهو فيما اذا كانت اليمين الاولى مشتملة على العقد الايجابى والسلبى معاً ، كأن يحلف على انه يطلبه ولم يفرغ ذمة الميت الى الان ، فان العرف والعقلاء يحللون ذلك الى يمينين : احداهما تقوم مقام الشهادة والثانية تقوم مقام اليمين الاستظهارية .

ولكن ليس فى روايات الباب اشعار بهذا التفصيل .

هذا ـ مضافاً الى ان احتمال برائة ذمة الميت مقارناً لموته موجود ، حتى فى صورة شهادة البينة على الاشتغال الفعلى اذ يحتمل ان لاتطلع البينة على ذلك ، وعلى تقدير التسليم فيجوز ان يتعبدنا الشارع بضم اليمين الى الشهادة قهراً مطلقا ، كما أن ذلك هو ظاهر الاخبار .

نعم اذا كانت اليمين الواحدة تؤدى مؤدى يمينين عند العرف والعقلاء ، وكان ذلك هو المتفاهم العرفى منه لامكن القول بالاكتفاء بيمين واحدة.

واما مجرد الانحلال العقلى من دون استناد ذلك الى فهم العرف ، فلايفيد فى المقام .

فيما اذاقامت الشهادة برجل وامرأتين

قدظهر مما تقدمعدم الفرق فىلزوم اليمين الاستظهارية بين مالوقامت الشهادة برجلين وبين مالوقامت برجل وامرأتين ، لعدم الفرق بين بينة واخرى .

والقول بأن قيام امرأتين مقام الرجل الواحد ليس شهادة فى الحقيقة بلهو تنزيل منزلتها ، وعليه فان شككنا فىلزوم اليمين هناك لانشك هنا لعدموجود الشهادة الاصلية على ماهو المفروض .

مندفع بان الظاهر لمن تأمل فىالمقام ، وراجع باب الشهادة هوعدم الفرق بينقيام الشهادة برجلين ، وبين قيامها برجل وامرأتين ، وليس فيها تنزيل ، بل هى شهادة حقيقة ،غايةالامر انالشهادة بطبيعتهاالاولية انماتحصل برجلين ،فاذا لم تحصل شهادة رجلين ، فتحصل برجل وامرأتين ، فيكون هذا فىالمرتبة الثانية منالشهادة .

وان شئت فقل :انه ليس معنى قيام امرأتين مقام الرجلالواحد هوتنزيلذلك منزلة الشهادة ، وعدم كونه شهادة واقعاً .

بل قدنقول ان هذه الشهادة فى عرض الشهادة الاولى ، لافى طولها ، ولاأنها

فى مرتبة ثانية . وأى دليل دل على أن قيام امرأتين مقام الرجل انما يصح عند العجز عنه ، واى مانع يمنع عن شهادة المرئة ابتداء اذا كانت صالحة عادلة الافى مورد ورد الدليل فيه بالخصوص . والالتزام به من حيث وجود الدليل ، لامن حيث عدم قابليتهما للشهادة .

وبالجملة لو قطعنا النظر عن كل ذلك فلاينكر كون شهادة المرئة شهادة حقيقة، لأنها منزل منزلة الشهادة حكماً ،فكما ان الرجل يتحمل الشهادة ، وكذلك تتحملها المرئة . غايته أن المرئة لما كانت ناقصة العقل اعتبر الشارع امرأتين مقام الرجل الواحد وجعل شهادتهما فى طول شهادة الرجلين ، مالم نقل ان الترتيب بينهما فى الايات والروايات ليس الامجرد الترتيب فى الذكر ،وان كان المستظهر من كلمات الفقهاء هو الترتيب الطولى .

عدم الفرق فی المقام بین العین والدین

ربما یقال ان الروایات الحاکمة بلزوم الیمین للاستظهار تختص بما اذا کان المدعی به دیناً ولاتشمل الاعیان ، وذلك بقرینة کلمة «علی» و « فی ذمته » فـان هذه الالفاظ ولاسیما لفظة علی انما تستعمل فی الدیون لافی الاعیان .

وفیه : عدم الفرق فی الروایات بین العین والدین ، وکلمة (علی) کما تستعمل فی الدین تستعمل فی العین ایضاً بلافرق بینهما .

وهم ودفع

وربما یتوهم انه لامعنی للدعوی علی المیت ، فان الدعوی من الادعاء والتداعی. وهو یحتاج الی المدعی علیه ، وهذا المعنی لایقوم بالاموات ، فلا یصح أن یکون المیت مدعی علیه ، ولاسیما بناء علی ماهو المعروف من انتقال المال الی الورثة بمجرد موت المیت وخصوصاً بناء علی مبنی من یقول بعدم حق اختصاص للدائن

بالنسبة الى العين .

والجواب عن هذه الشبهة اولا انه لاتسلب عن الميت اضافة المالية مطلقا ، وان سلبت عنه الملكية .

وثانياً ان الرأى المعروف هو ان المال لاينتقل الى الورثة الامحقوقاً بحق الدائن ومن هنا لم اجد من يذكر هذا التوهم فى الكتب الفقهية، وذلك لانه من الواضحات لديهم.

الدعوى على ورثة الميت

قدظهر مما بيناه انه اذا كانت الدعوى متوجهة الى ورثة الميت لاتجرى حينئذ تلك القواعد المتقدمة، لان المفروض ان المدعى عليه حي حاضر فلاينطبق عليه قوله عليه السلام «لانالاندرى لعله قدأوفاه . . .» وهذا واضح لايحتاج الى البيان .

وهكذا اذا اعترف الميت قبل الموت أوفى حال مرضه بمسمع ومرأى من الناس ان المدعى يطلبه ولم يؤددينه الى زمان الموت .فلايحتاج حينئذ الى ضم اليمين الى البينة ،لان الاعتراف مزيل لموضوع الدعوى كما تقدم.ولذامر انه قداشكل بعض على كون الاقرار من موازين القضاء والدعوى بكونه موجباً لسقوط الدعوى ، فيكون المدار حينئذ على الشهادة فقط .

ثبوت الملكية للميت وعدمه

اذامات الشخص وكان له دين ثابت فهل تنتقل التركة الى الوارث ابتداء أو يتوقف الانتقال الى وفاء الدين ؟ ففى المسألة اقوال .

الاول : ان جميع التركة ينتقل الى الوارث ، ولا يكون الميت مالكاً لشيء منها ، بل تكون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث .

الثانى : انه لاينتقل المال الى الورثة ، ولا يبقى على ملكية الميت ، بل يكون ملكاً للغريم اذا كان غريم .

الثالث : انه ليس ملكاً للورثة ولا للغريم كما انه ليس ملكاً للميت ايضاً بالحمل الشايع الصناعى اى بحيث يكون الميت مالكاً له حقيقة ، و لكن المال يبقى على ملكية الميت حكماً ـ اى ترتب عليه آثار ملكية الميت .

الرابع : انه ينتقل المال الى الورثة ولكنه يكون محقوقاً بحق الغريم بحيث لايجوز للورثة التصرف فيه ، نظير حق الرهانة المتعلق بالمال المرهون .

الخامس : انه وان كان محقوقاً بحق الغريم ، لكن ليس هذا الحق كتعلق

حق الرهانة بالمال الذى يمنع عن التصرف فيه ، بل تعلق به حق الغريم فى الجملة، على وجه يجوز معه التصرف فيه .

السادس : أن المال يملكه الوارث بالملك المتزلزل و تستقر الملكية بعد اداء الدين .

و كيف كان فقبل محاسبة الاقوال و عرضها على الادلة الشرعية الاجتهادية ينبغى لنا البحث عما هو مقتضى الاصول العملية .

فنقول : ان مقتضى الاصل بالنسبة الى الوارث هو عدم الملكية اذ الاصل عدم انتقال الملكية الى الوارث ، ويراد بالاصل هنا العدم الازلى . و قد أثبتنا فى كتابنا (انوار الوسائل) ان مقصودهم من العدم الازلى فى هذا المقام وفى كل مورد يرد هذا اللفظ هو الوجود المسبوق بالعدم . و الا فالعدم الازلى بما هو المتبادر منه ليس له تحقق ولا ثبوت لان العدم الازلى قد طرد بوجود الحق تعالى . و قد حققنا ذلك فى محله واشرنا اليه فيما تقدم ، وليس هنا محل التفصيل .

واما الاصل فى الغريم فمن المعلوم انه يقتضى عدم كونه مالكاً لاصالة العدم وعدم مايوجب الملكية .

و اما بالنسبة الى الميت فربما يقال باصالة عدم كونه مالكاً ايضاً كما عن بعض .

ولكن الانصاف عدم جريان الاصل العدمى فيه لوجود استصحاب الملكية ، و لا أقل من استصحاب حكمها ان لم نقل بوجود نفس موضوع الملكية بضرس قاطع كما عن الاستاذ المحقق العراقى رحمه الله . حيث ذهب الى ان الميت يملك حقيقة ، وأن العلقة الملكية لا تنتفى بمجرد الموت .

وبالجملة فان لم يصح استصحاب نفس الملكية في المقام فلا اقل من استصحاب آثارها هذا تمام الكلام بالنسبة الى مقتضى الاصول العملية .

واما الادلة الاجتهادية فقد يظهر من جماعة ان المال ينتقل الى الوارث .

واستدلوا له باطلاقات أدلة الارث الدالة على أن المال ينتقل الى الوارث بموت المورث من دون التقييد باداء الدين و نحوه . كقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون (١) وقوله ﷺ (ماترك الميت فهو لوارثه) وبهذا المضمون روايات كثيرة قد ذكرها في الوسائل في ابواب المواريث .

و كيف كان فاطلاق هذه الادلة يدل على انتقال المال الى الوارث بمجرد موت المورث .

هذا ـ و قد ذهب كثير من اعلام الفقه الى المنع من انتقال المال الا بعد وفاء الدين .

واستدلوا عليه بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس من بعد وصية يوصى بها اودين (٢) .

وقوله تعالى ولكم نصف ماترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين (٣) .

١ـ النساء : الاية : ٨

٢ـ النساء : الاية : ١٣

٣ـ النساء : الاية ١٢

وقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها اودين (١) ونحو ذلك من الايات والاخبار ، فانها تدل على ان المال لاينتقل الى الوارث الا بعد الوصية والدين ، فهى تعارض مع ماتقدم من اطلاق الادلة .

ومن المعلوم انه يحمل الاطلاق على التقييد و بالنتيجة يثبت القول الثانى و هو عدم الانتقال الابعد وفاء الدين .

وقد يجاب عن ذلك بأن البعدية فى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها اودين لاتنافى الملكية المتزلزلة ، لان معنى الايات الشريفة ان الوارث لايملك ملكاً تاماً مستقراً الا بعد اداء الدين .

واما الملكية الناقصة المتزلزلة فلا تنفيها الايات الشريفة . وعليه فيحمل مفاد الاطلاقات على الملكية المتزلزلة ومفاد المقيدات على الملكية التامة .

واما ماذهب اليه المحقق الكركي رحمه الله على ماحكى عنه فى قضاء الاشتيانى من ان الادلة المتقدمة لايستفاد منها التخصيص والتقييد ، اذلا تدل عليه الا بالمفهوم وبالدلالة الالتزامية ، وليس عندنا دليل يفيد التخصيص بالمنطوق .

ففيه : ان دلالة قوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها اودين» ونظائره ليست بالمفهوم ولا يطلق على ذلك الدلالة المفهومية لعدم كونه واجداً لشرائطها .

والتحقيق فى المقام : انه لا مانع من كون الميت مالكاً فى عالم الثبوت ، فلو فرض ان العقلاء بنوا على ملكية الميت ، و اعتبروه ما لكاً لم يكن ذلك بعيداً ما لم يدل دليل عقلى على امتناعه .الاترى ان العرف يعتبرون القبر ملكاً له.

١ــ النساء : الاية ١٦

بل وليس من البعيد اعتبار الملكية في المقدسات الشريفة . فلا تستغرب استغراباً بعيداً لو قال احد ان المال الفلاني ملك لامير المؤمنين عليه السلام .

وتؤيد ما قلناه الروايات الدالة على ان الارض كله للائمة عليهم السلام (١) اذ ليس معنى هذه الروايات أن المالك هو الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف باعتبار كونه حياً ، فانه مالم يمنع مانع عن ملكية الميت لاداعي الى هذا الحمل البعيد من الاذهان .

وبالجملة لامانع في مقام الثبوت عن ملكية الميت ، و لادليل على الامتناع . هذا كله في مقام الثبوت .

واما مقام الاثبات فالظاهر من الادلة بل صريحها هو انتقال المال الى الوارث بمجرد موت المورث ، وليس هناك دليل واضح يفيد ملكية الميت ، بل ظاهر الايات المتقدمة وقوله صلى الله عليه وآله «كل ماترك الميت من حق او مال فهو لوارثه» ان الميت لا يكون مالكاً .

فنستنتج من جميع ماتقدم : ان المال للوارث ، الا انه يكون محقوقاً بحق الديان ، و بهذا ايضاً يجمع بين الادلة المتقدمة .

وقد يقال : يستفاد من بعض الروايات ان المال لايرثه الوارث ولا ينتقل الى ملكه الا بعد اداء الدين . فتكون هذه الروايات معارضة مع مادل على انتقال المال الى الوارث .

اما الروايات المانعة : فمنها صحيحة عبادبن صهيب عن ابى عبد الله عليه السلام رجل فرط في اخراج زكاته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع مافرط فيه مما

١ـ اصول الكافي باب ٥٧ كتاب الحجة

لزمه من زكاته ،ثم اوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال ، انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ، ليس للورثة شيء حتى يؤدى ما أوصى به من الزكاة (١) .

ومنها صحيحة سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذالم يكن على المقتول دين (٢) .

ومنها ماعن زرارة قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً او ترك عبداً له مال فى التجارة وولداً وفى يد العبد مال ومتاع و عليه دين استدانه العبد فى حياة سيده فى تجارته وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما فى يد العبد من المال والمتاع وفى رقبة العبد . فقال : ارى ان ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على مافى يده من المتاع والمال الا أن يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما فى يده من المال للورثة ، فان أبوا كان العبد وما فى يده للغرماء ، يقوم العبد و مافى يديه من المال ، ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ، فان عجز قيمة العبد و ما فى يديه عن اموال الغرماء ، رجعوا على الورثة فيما بقى لهم ان كان الميت ترك شيئاً قال : وان فضل قيمة العبد وما كان فى يديه عن دين الغرماء رده على الورثة (٣) و نحو ذلك من الروايات .

فهذه الروايات تدل بصراحة على أن المال لا ينتقل الى الورثة و انه ليس

١ــ الوسائل باب ٤٠ من ابواب احكام الوصا يا حديث ١

٢ــ الوسائل باب ١٠ من ابواب موانع الارث حديث ١

٣ــ الوسائل باب ٣١ من ابواب الدين والقرض حديث ٥

للورثة شيء قبل وفاء الديون .

وقد أشار الشيخ الاعظم الشيخ الانصارى رحمه الله كما نسبه اليه المحقق الاشتيانى الى الجواب عنه بما حاصله :

ان النفى فى قوله عليه السلام « ليس للورثة شيء » ظاهر فى سلب العموم لاعموم السلب ، ولاأقل من احتمال ذلك .

ولكن الانصاف انذلك لايتم بالنسبة الى الرواية الاولى ، فان الظاهر منها بل صريحها هوعموم السلب لاسلب العموم ، كما انالرواية الثانية تفيد التلازم بين انتقال المال الىالورثة و بين عدم وجودالدين،بحيثاذاكانللميت دين لاينتقل الى الوارث كما هوالظاهر من الجملة الشرطية فى قوله عليه السلام «يرثها الورثة اذالم يكن على المقتول دين» .

فالحق فى الجواب بعد ملاحظة الروايات والايات المتقدمة الدالة على الانتقال وبعد جمع الدائن مع الوارث فىهذه الروايات ولا سيما فىالثالثة .

ان يقال : ان الروايات المانعة عن الانتقال ليست ناظرة الى سلب الملكية مطلقا ، بل هى ناظرة الى منع التصرفات المنافية لحق الغريم ، و عليه فتكون نتيجة الروايات المتقدمة هوانتقال المال الى الوارث محقوقاً بحق الديان بحيث لايجتمع مع جواز التصرف كما فى حق الرهانة .

الدعوى على الغائب

وليعلم اولا ان المراد من الغائب ليس هو الغائب عن مجلس القضاء وان كان حاضراً في بيته أو مسافراً الى بلد يقرب عن بلده ويمكن الوصول اليه بسهولة .

بل المقصود من الغائب هو من سافر الى بلد بعيد عن بلده جداً ، بحيث يكون الوصول اليه متعذراً او متعسراً .

وكيف كان فقد تقدم من الشهيد الاول والمحقق الاشتياني رحمهما الله شمول حكم الميت على الغائب ايضاً ، وأن تلك الكبرى المتقدمة تثبت فيه من جهة كونه منصوص العلة .

نعم للغائب حكم آخر وهو لزوم اخذ الكفيل ، كما في مرسلة جميل عن جماعة من أصحابنا عنهما ـ عليهما السلام ـ قالا : الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة و يباع ماله ، ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته اذا قدم قال ولا يدفع المال الى الذى أقام البينة الا بكفلاء (١) و زاد في روايته الاخرى اذا لم

---

١ ـ الوسائل باب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

يكن ملياً .

فيشترط فى الحكم على الغائب أخذ الكفيل اولا و ان يكون ملياًثانياً .

بل ذهب بعض الى عدم الاكتفاء بمجرد وجود الملائة ، و قال بلزوم تعيين مال قبال مال الغائب كما يستفاد ذلك من الروايات الواردة فى القيم على الصغير من الولى والوصى ونحوهما .

وبالجملة فعلى رأى الشهيد الاول ومن تابعه يحتاج المدعى الى بينة و يمين وكفيل زائداً على تعيين مال قبال مال الغائب على رأى بعض اهل العلم .

وهذا المعنى قداستبعده بعض الاعلام فقال : ان اخذ الكفيل لا يجتمع مع اليمين ، كيف فان حكم الغائب ليس بأشكل من الميت . ومن هنا حمل الشهيد الثانى رحمه الله أخبار الكفالة على ما اذا لم يكن هناك يمين من المدعى ، فحكم بالتخيير بين اليمين والكفيل .

وعليه يكون المدعى مخيراً مع اقامة البينة بين ضم اليمين اليها و بين اخذ الكفيل .

ونقول تأييداً لقول الشهيد رحمه الله و توجيها لكلامه : أن الكفالة موجبة لذهاب موضوع اليمين و سقوطه لانه انما اعتبرت اليمين فى الميت لحفظ ماله و حصول اليقين . وهذه الغاية تتحقق بأخذالكفيل ، فلا تبقى بعدئذ حاجة الى اليمين. ولذا كتبنا فى كتابنا (انوار الوسائل) فى باب القضاء أن ماذكره الشهيدرحمه‌الله من الاستشكال ليس بعيداً كل البعد .

ولكن ذلك مجرد استبعاد لايفيدشيئاً اذا لم يساعده برهان ودليل ، فان كثيراً مايستبعد الانسان أشياءلايعلم بملاكها . والمفروض عدم التنافى بين اليمين والكفالة،

ولا مانع من الجمع بينهما ، وكل منهما يثبت بدليله الخاص ، وليس في مدلول احدهما سلب للاخر .

فكل من يذهب الى جريان حكم الميت في الغائب لابد ان يلتزم بالجمع بينهما .

واما نحن فلا نحتاج الى هذا النقض والابرام . حيث ناقشنا في الكبرى ، و قلنا بعدم الحاق الغائب بالميت .

اعتراف الغائب

ان المدعى لو أثبت اعتراف الغائب بمال له عليه تكون المسئلة نظير اعتراف الميت قبل موته .

فان قلنا هناك ان اعتراف الميت مزيل للدعوى و مسقط لها نقول هنا ايضاً ، و الا فتجرى المسئلة على مجاريها الطبيعية من لزوم اقامه البينة و اليمين واخذ الكفيل .

وقد ظهر مما تقدم حكم المجنون والصغير ايضاً ، وان ضم اليمين الى البينة على ماسلكناه يكون مختصاً بالميت فقط .

نعم ربما يتخيل شمول الكبرى للمجنون الاطباقى و انه بحكم الميت ، من جهة ان الحكم فى الميت وان لم يكن من باب منصوص العلة ، الا انه يشمل المجنون باطلاق لدى العرف ، فان المجنون الذى لا يعود اليه العقل بتاتاً يكون بحكم الميت عرفاً .

وفيه : اولا ان عدم عود العقل الى المجنون امر غير معلوم .

وثانياً ان الحكم اذا لم يكن من قبيل منصوص العلة لايجوز التعدى منه الى غيره كما فى المقام .وقدتقدم ذلك تفصيلا .وتقدم ان ضم اليمين الى البينة مخصوص بالدعوى على الميت ، فالحاق المجنون ولاسيما الطفل به بعيد جداً .

حكم الحاكم بعدم لزوم اليمين

هل يصح للحاكم أن يأمر المدعى بأخذ الكفيل فقط و يكتفى به من اليمين ام لا ؟ ففيه قولان .

والتحقيق عدم الاكتفاء ولزوم الجمع بينهما ، اذقد عرفت ان الادلة ظاهرة فى الجمع ، ويجب على الفقيه أن يجرى وفق الدليل و طبق الموازين القضائية ، والميزان هنا هوالجمع بين اليمين والكفيل بعد اقامة البينة .

نعم ربما يناقش هنا من جهة اخرى : بأن يقال : اذا تمت البينة و قلنا بتتميم الكشف فيها تصبح البينة حينئذ كاشفة عن الواقع حاكية عنه . وعليه فلا تبقى حاجة الى اليمين .

ولكن يندفع هذا الاشكال اولا بانه لوتم لورد على الميت ايضاً ، ولايختص بالغائب .

وثانياً : ان البينة وان كانت تكشف عن الواقع ولكن ليس كشفها على نحو اليقين والجزم ، بحيث لايبقى مجال لليمين . بل معنى تتميم الكشف هنا ان البينة

منزلة منزلة الكاشف الواقعى فى ترتيب اثر الواقع عليها ، وليس معنى ذلك حصول اليقين منها فالاحتياج الى اليمين يبقى على حاله ، لانها انما وضعت لاجل الاستظهار وحصول اليقين الذى لم يحصل ذلك من البينة .

صحة الدعوى من الولى والوصى و نحوهما

المشهور انه يصح ان يكون الولى و الوصى مدعيا من قبل الطفل و الموصى .

و قد اورد عليه بعض الاعلام ، بأن الوصى أو الوكيل و نحوهما ، كيف يحلف اذا توجه عليه اليمين وهو لايعلم بالواقع ؟ !!!

وعلى تقدير صحة الحلف ، ولو بأن يحلفوا على عدم العلم كيف يكون يمين شخص موجباً لملكية شخص آخر . فان اليمين انما تؤثر اثرها اذا حلف صاحب الحق بنفسه على حقه .

والجواب عنه : اولا بالنقض بما اذا رضى المدعى عليه بيمين ابن المدعى مثلا، كان قال للمدعى : اذاحلف ابنك على هذا المال أرفع يدى عنه ، واعطيه لك، فان ذلك صحيح بلا اشكال ، ولم يناقش فيه احد ، وان لم يتعرضوا لهذا الفرع صريحاً فكما يصح كون حلف الابن موجباً لنقل المال لابيه فليكن صحيحاً فى المقام ايضاً .

وثانياً ان هذه استبعادات مجردة لا اثر لها مالم يقم عليها دليل من عقل اونقل، والمفروض انه لادليل على امتناع كون حلف شخص مملكاً للاخر ، و لا سيما اذا رضى به المدعى عليه .

والقول بأن هذه اليمين وان كانت صحيحة يرتب عليها الاثر الا انه ليس من موازين القضاء .

مندفع بما تقدم من ان اليمين تكون فى مقام القضاء تارة وفى مقام ترتيب اثر الواقع عليها اخرى ، وقد أثبتنا فيما سبق ان اليمين تعم الجهتين .

دعوى الوقفية

لو ادعى بعض الورثة وقفية ما تركه الميت ، و انكرها الاخرون ، فان أقام المدعى بينة كاملة فشهد عليه شاهدان تسمع الدعوى و تثبت الوقفية بلااشكال ، سواء كانت الوقفية وقفية منفعة أو انتفاع .

وانما اختلفوا فيما اذا أقاموا شاهداً واحداً مع اليمين فذهب جماعة ،كشيخ الطائفة ، والمحقق وغيرهما من الاعلام رضوان الله عليهم الى ثبوت الوقفية بالشاهد الواحد مع اليمين .

وذهب بعض آخر الى عدم سماع هذه الدعوى ، و انه لاتثبت الوقفية بهما.

حقيقة الوقف

و لما كانت الفروع المترتبة هنا كما سيأتى بيانها مبتنية على اختلاف المبانى فى حقيقة الوقف وانحائه و اقسامه ، فلابد من تقديم تمهيد فى بيان حقيقة

الوقف وشئونه ، ليتضح للطالب الفروع الاتية .

فنقول : قد اختلفوا فى أن الوقف والتحبيس ، هل هما امران مبتاينان بالذات، أو يجمعهما مطلق التحبيس ؟ غاية الامر التحبيس المطلق يسمى بالوقف ومطلق التحبيس يسمى بالتحبيس المصطلح .

والذى يظهر من غالب كلمات الفقهاء انها غير متباينين الا من حيث الاطلاق والتقييد ، نظير مفهوم اللابشرط شيء .

وهذا المعنى هو الحق الذى يساعده العرف و اللغة ، وهو الظاهر مما ورد فى تعريف الوقف من اهل البيت عليهم السلام من كون الوقف عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة . هذا من ناحية .

ومن ناحية اخرى : ان الوقف سواء كان هو التحبيس المطلق او مطلق التحبيس هل فيه فك الملكية عن المالك بحيث تنقطع علقة الملكية بين المال الموقوف و بين الواقف ام لا ؟

والمشهور عدم الانقطاع ، واختاره الاستاذ المحقق العراقى رحمه الله ، و لذا قالوا: انه لو انقرض الموقوف عليهم ينتقل المال الموقوف الى الواقف او ورثته لوجود العلة الملكية من الاول وعدم ارتفاعه .

ولكن الحق ان الوقف وان كان من سنخ التحبيس ولكنه تحبيس مطلق. وتنقطع علقة الملكية بمجرد الوقف، ولا تبقى بين الموقوف والواقف اية علاقة، حتى علاقة الاختصاص.

و عليه يتحقق فى الوقف دائماً عقد ايجابى و هو التحبيس المطلق على الموقوف عليه و عقد سلبى و هو فك الملكية و انقطاع علاقة المالك عن الموقوف .

و من هنا قد يشكل على القائل ببقاء العلقة بالاوقاف العامة ، كالمساجد و الحسينيات و المدارس والخانات العامة ونحوها اذا عرض عليها الهدم والتلف. فمقتضى مبنى القائلين بعوده الى الواقف او ذريته الالتزام به فى هذه الموارد ، ولا أظن ان احداً من الفقهاء يلتزم بذلك .

بل و لا أظن ان يلتزموا ببقاء العلقة فى الوقف على العلماء و على اهل البلد و نحوهما ايضاً .

وكيف كان فالمختار عندنا هو ان التحبيس المطلق موجب لرفع الملكية، بل ويرتفع الاختصاص ايضاً فيكون المال الموقوف قد خرج بالوقف عن الملكية رأساً ، فهو ليس ملكاً للواقف ولا للموقف عليه .

و بالجملة فان حقيقة الوقف مما تأبى عن التمليك على الموقوف عليهم و عن بقاء الملكية للواقف .

اذا عرفت ذلك فاعلم انه لو ادعى بعض الورثة ان الميت قد أوقف عليهم و على نسلهم داره ، وأقاموا شاهداً واحداً مع اليمين تثبت الوقفية سواء قلنا بملكية الموقوف عليهم املا ، فان كون الموقوف ملكاً للموقوف عليه او للواقف لا اثر له فى المقام .

صور دعوى الوقفية

و لان يتضح المطلب جيداً نذكر صور المسئلة . فنقول : ان الدعوى الوقفية تتصور على وجوه :

(الاول) : ان تكون الورثة كلهم معترفين بالوقفية ، من غير منازع و لم تكن هناك دعوى من دين او وصية . فحينئذ لا اشكال فى سماع الدعوى لعدم وجود التنازع ، بل يدخل هذه الصورة تحت عنوان الدعوى بلا معارض ، و لهذا لم يتعرض الفقهاء لهذه الصورة ، ولا ينبغى دخولها فى محل النزاع .

(الثانى) : ان تكون دعوى الوقفية فى قبال من ينكرها أوفى قبال دين يدعيه صاحبه أو وصية يدعيها الوصى . وهذا يتصور على نحوين .

الاول : ان يكون المدعون للوقفية قد ادعواوقفية جميع المال ، فيدعون ان أبانا قد اوقف هذا المال علينا وعلى أخينا المنكر للوقفية ، فهم يرفعون الميراث حتى بالنسبة الى سهم المنكر ففى هذه الصورة لاأشكال فى ثبوت الوقفية على هذا الوجه،ما لم يقم المنكر بطلان شهادة الشاهد من جهة جرحه له والا فتنتزع يده من

سهمه خصوصاً اذا كان الموقوف عليه على جهة تختص بعنوان الوارث، كعنوان كونه فقيراً اولمطلق المبرات والخيرات التي لا خصوصية للوقفية فيها بالنسبة الى الوارث.

الثاني :أن يكونوا قد ادعوا وقفية سهامهم فقط من دون دعوى الوقفية في سهم المنكر .وفي هذا الوجه تثبت الوقفية بالنسبة اليهم،ولا تثبت بالنسبة الى حق المنكر.

وعلى كلا التقديرين فالمنكر للوقفية تارة يدعي العلم بكذبهم ويقول : اني اعلم بكذب هؤلاء ،وان ابي لم يوقف المال عليهم ، واخرى يدعي عدم العلم بالحال فيقول : لا أعلم بالوقفية .

وعلى جميع التقادير تنحصر الدعوى تارة بالبالغين والكبار ، واخرى يكون بينهم صغير اومجنون .

وكيف كان ففي جميع هذه الفروض والصور لا يفرق في الحكم بين أن يكون الوقف من باب التمليك للموقوف عليهم اوالاختصاص بهم . وانما تظهر ثمرة هذا النزاع في مقام آخر وهو فيما اذا انقرض نسل الموقوف عليهم ،فان الموقوف حينئذ يرجع الى ملك الموقوف عليهم على القول بالتمليك ولا يرجع اليهم على القول بالاختصاص واما في المقام فلا اثر لهذا الخلاف بالنسبة الى الطبقة الاولى .

حكم وجود الصغير اوالمجنون

مع الموقوف عليهم

اذا كان بين المرقوف عليهم صغير ، فهل يجعل المال تحت يد المنكر أو توقف الدعوى ويجعل المال تحت نظر القاضي حتى يكبر الصغير ؟

فذهب جماعة الى الاول باعتبار ان يده على المال يد شرعية لانتقال المال اليه على نحو الارث ، فيجعل يده على المال الى أن يكبر الصغير .

ولكن الحق هو الثاني كما عن الشرايع ، لان المال انما ينتقل الى الورثة اذا جرى على طبيعته وعلى طبق العادة ، والمفروض ان هذا المال مردد بين الوقفية والميراث من الاول .

هذا ـ مضافاً إلى ان يده على المال انما تكون شرعية وحجة بالنسبة الى سهمه . واما بالنسبة الى سهم الاخرين فلا تكون يده شرعية ، ولا تكون حجة على غيره .

وفي هذا الفرض اذا كبر الصغير ،فان اعترف بالوقفية وحلف عليه فهو والا فان حلف الكبير على كونه ميراثاً فيحكم به .

واما اذا لم يحلف الكبير على كونه ميراثاً ولا الصغير على كونه وقفاً فهل يقسم المال بينهما بالتنصيف .اذا لم يكن وارث غيرهما ام لا ؟

والتحقيق هو التقسيم بالتنصيف . اذ المال لا يخرج عن احدهما فنعلم اجمالا ان احدهما مالك له ولا نعرفه بالتفصيل ،والقاعدة في مثل ذلك هو التقسيم على السوية كما قررناه في مسئلة الودعي .

وان شككنا في تعميم مسألة الودعي ، وقلنا انه خاص بمورده ولا يتعدى الى غيره يكون هذا المال من قبيل المال المجهول مالكه ، وليس من شرائط مجهول المالك ان يكون مردداً بين افراد كثيرة .

واما الحكم بالتنصيف بينهما من جهة ان قاعدة العدل والانصاف يقتضي ذلك، فضعيف جداً ، اذ بناء العقلاء على هذه القاعدة وترتيب الاثر عليها غير معلوم ، كما ان امضاء الشارع لها ايضاً مشكوك ، فلا تكون هذه القاعدة مدركاً لحكم شرعي .

هذا كله بالنسبة الى الطبقة الاولى واما الطبقة الثانية فهل يمضى حلف الاولى بالنسبه الى اولادهم . أم لابد من حلفهم ثانياً ؟ فهذا يبتنى على أن البطن الثاني من الموقوف عليهم هل يتلقى الوقف من الطبقة الاولى ام من الواقف ؟

فعلى الاول لا يحتاجون الى الحلف ثانياً ،وعلى الثاني فلابد في ثبوت الوقف من حلفهم ثانياً .

والمختار عندنا أن الطبقة الثانية انما يتلقون الوقف من آبائهم اى من الطبقة

الاولى لامن الواقف كما أثبتنا ذلك في محله وعليه فلا تحتاج الطبقة الثانية الى الحلف. هذا اذا كان ثبوت الوقفية بيمين الطبقة الاولى .

واما اذا كان ذلك باقرار آبائهم فيكون اقرارهم ماضياً بالنسبة الى اولادهم، ولافرق في ذلك بين ان يكون تلقيهم للوقف من الطبقة الاولى وبين ان يكون من الواقف لان الاقرار لاربط له باليمين ، فانه يمضى حتى بالنسبة الى الذرية ولايحتاج الى يمين بعد الموت .

نعم لو كانت الطبقة الاولى عاملت مع المال معاملة الوقف عملا من دون ان يتحقق هناك اقرار منهم اوشهادة اويمين ، فانه لاتسرى الوقفية الى الطبقة الثانية ، لان عملهم المجرد من الموازين من الاقرار والشهادة ونحوهما لايكون دليلا على الوقفية .

وذلك لاجمال الفعل في كشفه عنها وأن العمل والمعاملة مع المال معاملة الوقف قد يكون من جهة انهم اناس اخيار متدينون ، يصرفون اموالهم في سبيل الخير، ولايكون مجرد ذلك دليلا على الوقفية بالنسبة الى الطبقة المتأخرة .

وأما لو ادعى الصغير ـ عند رشده ـ والمجنون ـ بعد افاقته ـ : الوقفية كما ادعاها الكبير الرشيد مع اقامة شاهد واحد ، ولكن لم يحلف في قبال من انكر الوقفية، فهل يشارك الطفل والمجنون مع الكبار المعترفين بالوقفية الحالفين عليها ام لا ؟ وجهان .

فمن حيث عدم حلفهم على الوقفية لايشاركون الكبار ، لان السبب الناقل للوقفية الى الكبار هو الشاهد العادل واليمين ، ولما لم يتحقق اليمين ـ وهو جزء

السبب للنقل ـ في الطفل والمجنون فلازمه عدم مشاركتهما مع الكبار في الوقفية .

ومن حيث ان الشاهد واليمين لهما جهة الموضوعية والاختصاص بالكبار ، وانما هما طريقان لا ثبات الحق ، ولما ثبت الحق بالوقفية كان الطفل والمجنون مشاركاً فيها مع الكبار .

واجمالا فان الشاهد واليمين وان كان لهما الموضوعية بالنسبة الى حكم الحاكم ولكنهما طريقان الى اثبات الوقفية ، وجهات تعليلية لثبوتها ، وليست شهادة الشاهد واليمين من الكبار من الجهات التقييدية ومن الاسباب المختصة بهم لكيلا يتعدى الى الطفل والصغير .

فالاقرب في النظر ان الشهادة واليمين بالقياس الى اثبات الحق ليسا من الجهات التقييدية والاسباب الموجبة للانتقال الى الكبير فقط وانما هما من الجهات التعليلية ، كما هو الظاهر من الادلة ايضاً . ومقتضى ذلك شمول الوقفية للطفل والمجنون كالكبير العاقل .

ثم انه لو كان هناك غريم يطلب الميت وينكر الوقفية هل يسمع ذلك منه ام لا ؟ فنقول : ان المدعين للوقفية ان أثبتوها قبل زمان الدين تثبت الوقفية بلا اشكال ، ويكون الغريم كأنه قد أعطى ماله للمعسر الذى لم يكن له مال .

واما ان لم يتمكنوا من اثبات الوقفية قبل زمان الدين ففي ثبوت الوقف اشكال .

الدعوى بلامعارض

اذا ادعى شخص مالاولم يكن له معارض فى دعواه كما اذا ادعى مالا لايكون لاحد يد عليه ، أوادعى زوجية امرأة ولم تنكر المرأة الزوجية ، أوادعى لقطة ولم يكن لها معارض ، وهكذا ، فهل يحتاج فى اثبات دعواه الى البينة امﻻ ؟ .

المشهور انه لايحتاج الى البينة بل يحكم بكون المال له من دون حاجة الى شيء من بينة اوحلف اونحوهما .

وينبغى ان يعلم اولا أن الدعوى بلامعارض ليست من الدعوى المبحوث عنها اذالمفروض فى المقام عدم وجود معارض لدعواه ، وقدذكرنا فى معنى الدعوى انها من الادعاء وهو يحتاج الى تحميل شخص على آخر بسبب ادعائه عليه ،وهذالايتحقق الا اذاكان هناك معارض لدعوى المدعى . وعليه فيكون اطلاق الدعوى على الدعوى بلا معارض اطلاقاً مسامحياً ، والافلم تتحقق هناك دعوى بحسب الحقيقة والواقع .

وقدتقدم سابقاً انه لايكفى فى تحقق الدعوى الدعوى التقديرية والشأنية ولذا

لايصح حكم الحاكم بشيء من دون دعوى فعلية ، وان كان الشخص طالباً للحكم .

ومن هنا نقول في المقام : لو فرض احتمال ان يكون هناك معارض لدعوى المدعي ، وان كان ذلك باحتمال قوى أو احتمال انه سيوجد المعارض في المستقبل لما كان هذا الاحتمال مفيداً في المقام ولما صح انطباق الدعوى المصطلحة على هذا النوع من الدعوى التي ليس لها معارض ، اذ قد تقدم انه يشترط في الدعوى الفعلية ، ولا تكفي الدعوى الشأنية والتقديرية .

وكيف كان فاستدل المشهور على سماع الدعوى بلا معارض من دون حاجة الى البينة والحلف ، برواية منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم بعضاً الك هذا الكيس فقالوا كلهم لا ، وقال واحد منهم هو لي ، فلمن هو ؟ قال عليه السلام للذي ادعاه (١) .

وفيه أن الظاهر من الرواية انها ليست في مقام الدعوى ، وان الحكم بكون الكيس لمن ادعاه ليس من جهة الحكومة والقضاء ، بل من جهة قاعدة اليد وترتيب اثر الواقع على الواقع . فانها صريحة في عدم وجود منكر لدعوى المدعي ، ومع ذلك كيف يندرج ذلك في باب الدعاوى .

وان شئت فقل : ان اليد سواء كانت امارة أو أصلا فهي ميزان واقعي لترتب الاثر على موضوعه واقعاً أو ظاهراً ، ولا ربط لها بباب القضاء اذا لم تكن هناك خصومة ونزاع فعلي .

واستدلوا ايضاً بالسيرة المستمرة من زمان الائمة ـ عليهم السلام ـ الى الان على سماع الدعوى بلا معارض وان خصها بعض بالماليات ، من جهة ان القدر المتيقن

---

١ ـ الوسائل باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

من السيرة انما هو اعتبارها في الماليات .

ولكن صاحب الجواهر ـ اعلى الله مقامه ـ استشكل في السيرة حتى في الماليات حيث ذهب الى عدم الدليل على اعتبارها في اللقطة ، ومن المعلوم انها من الاموال لا الاعراض .

وكيف كان فلا دليل دليل في المقام غير السيرة واعتبارها مشكل جداً ، مع أنها تختص بالاموال ولا تشمل غيرها .

هذا مضافاً الى الاستشكال فيها ايضاً كما رأيت عن صاحب الجواهر قدس سره .

والتحقيق ما تقدم من أن الدعوى بلا معارض وان كانت مسموعة ومعتبرة عند العرف والعقلاء ، الا ان ذلك ليس من جهة تحقق الدعوى والحكومة والقضاء ، فان ذلك لا يدخل في باب الدعاوى ويغايرها مفهوماً ومصداقاً . بل من جهة قاعدة اليد وترتيب آثار الواقع عليها .

الدعوى التى تسمع من غير بينة ولا يمين

قد ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم مواضع تسمع الدعوى فيها من دون حاجة الى بينة ويمين . ونحن نذكر جملة منها هنا . وجملة اخرى فى اختلاف العقود ، تبعاً لفقهائنا رضوان الله عليهم .

الاول : دعوى مدعى الفقر ، فان الظاهر من كلماتهم هو سماع قول الفقير المدعى للفقر ، ولا يسئل عنه البينة ، ويدل عليه بعض ادلة الزكوة . هذا .

ولكن للمناقشة فى المورد مجال واسع ، فانه كيف يصح تصديق قول شخص بمجرد ادعائه مالم يوجب الاطمئنان ، فان سماع الدعوى ممن يدعى الفقر ، او السيادة ، او الاجتهاد ، او نحوها يحتاج الى دليل وبرهان .

نعم يظهر من الادلة كفاية ظهور الحال ، وأن ظاهر الحال لو كان بحيث دل على المدعى به لقبل ذلك منه ، و لكن ليس ذلك من جهة تصديق قول المدعى ، بل من جهة القرائن الحالية ، و الا فلو لم يكن هناك ظاهر حال يدل على المدعى به

لاشكل التصديق وقبول قول المدعى .

الثاني : دعوى المرأة الحيض اوالطهر .

والتحقيق انه لولم تكن هناك ادلة خاصة . لما قبلتدعواه بلابينة ، اذالقاعدة الاولية تقتضى ان لاتسمع الدعوى بمجرد الادعاء ، ولكن فىالمقام ادله خاصة تدل على سماع دعوى المرئة الحيض او الطهر ، لان ذلك من الامور التى لا يعلم الا من قبلها .

وعليه فيكونتصديق المرأة لالخصوصيةفى قولها ، بل من جهة وجودالدليل الخاص ، كما ورد فى كثير من اخبار العدة والحيض أن العدة والحيض الىالنساء فاذا ادعت صدقت (١) .

الثالث : دعوى الزوجية ، فقد ذكروا انها من الدعاوى المسموعة من دون حاجة الى البينة واليمين .

ولكن التحقيق عدم الدليل على قبول قول مدعى الزوجية ، بل نقول ان سماع دعواه ـ حتى فيما اذا اعترفت المرأة بالزوجية ـ ليس من جهة تصديق ادعاء الزوج ، بل من جهةاعتراف المرئة و اقرارها ، فالمدعى للزوجية بما هو مدع لها لايسمع قوله .

الرابع : دعوى الودعى ، فالمشهور انه يصدق فى قوله و لا يطلب منهالبينة واليمين .

وليعلم اولاانه قد يطلق الودعى او الامين ويراد منه الودعى بالمعنى الاخص

١ـ الوسائل باب ٢٤ منابواب العدد وباب ٤٧ من ابواب الحيض

و هو الذى جعله المالك نائباً عنه فى حفظ ماله و بهذا الاعتبار تنطبق عليه الامانة المالكية .

و المفروض ان الشارع ايضاً قد أقر وامضى هذه الاستبانة و جعله نائباً فى الحفظ كالمالك ، فتنطبق عليه الامانة الشرعية . اذن يكون الودعى بالمعنى الاخص ما انطبقت عليه الامانتان اى المالكية والشرعية .

وقد يطلق الودعى ويرادمنه المعنى العام الشامل للاستعارة التى تكفيها الامانة المالكية .

و كيف كان فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم قبول قول الامين و سماع دعواه سواء ادعى التلف ، اوالسرقة ، او ادعى ردالمال الى مالكه .

والسر فى ذلك ان تضمين الامين ينافى مع استنابته ، فان الشارع اذا جعل الودعى اميناً من قبل المالك و مستنيباً فى حفظ ماله . و المالك ايضاً سلطه على ماله بنفسه ، وقد أقر الشارع على هذا التسليط .

و حينئذ فلا معنى لتضمينه من قبل الشارع ، فان التضمين يرجح الى عدم كونه اميناً وهو خلاف المفروض .

وربما يفرق بين دعوى التلف والسرقة ونحوهما و بين دعوى الرد فيصدق قوله فى الاول دون الثانى .

وذلك من جهة انه اذا ادعى رد المال الى المالك فهو يدعى عدم استنابته فى حفظ المال من زمان الرد حيث يقول : انى رددت المال الى المالك و رفعت يدى عنه فتكون دعواه هذه رافعة لموضوع الاستنابة . فحسب القاعدة يحتاج هنا

الى اثبات ما يدعيه .

و اما اذا ادعى التلف ونحوه فلا يدعى عدم الاستنابة اذلا يقول انى لست بمستنيب عن المالك . بل يقول : انا مستنيب و وكيل عن المالك فى الحفظ الا انه قد تلف المال عندى أو سرقه سارق ، فهو لا ينفى الاستنابة ، فيكون التضمين منافياً لها .

وفيه : ان هذه التفرقة وان كانت صحيحة حسب القواعد الفنية ولكن الادلة صريحة فى عدم الفرق ، وانه يسمع دعواه بلافرق بين دعوى الرد وغيره .

ففى رواية بكربن حبيب المروية فى التهذيب عن ابيعبدالله عليه السلام قال: لايضمن القصار الا ماجنت يداه ، و ان اتهمته أحلفته (١) .

و فى رواية اخرى قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه قال : ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شىء (٢) وبمضمونها كثير من الاخبار المذكورة فى باب الامانات .

ويستفاد من مجموعها قبول قول الودعى من دون حاجة الى البينة والحلف بلافرق بين دعوى التلف اوالرد .

نعم يحتاج الى الحلف اذا كان متهما كما هو صريح الروايات . ومن المعلوم ان المقصود من الاتهام ليس مطلق التهمة و ان لم يكن لها منشأ عقلائى كما يعطيه ظاهر كلماتهم فى المقام . فان الامين بعد كونه مسلم الامانة و العدالة ، يستصحب حاله الى ان تقوم قرينة قطعية على الاتهام او مايوجب الاطمئنان اوالاحتمال العقلائى

---

١ و ٢ـ الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١٦و١٧

على اتهامه . هذا كله فى الودعى بالمعنى الاخص .

واماالودعى بالمعنىالاعم فلما لميكنفيه استنابة فىالحفظ ، ولاامانه واقعية رلم يكن المالك فيه قادماً على الاستعارة ونحوها فيحكم فيه بالجريان على موازين القضاء .

تحقيق فى قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به

وقد يستدل على قبول دعوى الودعى بقاعدة «من ملك شيئاملك الاقرار به» .

وتوضيح البحث فى هذه القاعدة انه لاريب فى ان هذه الجملة لم ترد بعينها فى الروايات الواردة عن المعصومين سلام الله عليهم اجمعين . بل انما هى قاعدة متصيدة من الروايات الواردة فى موارد مختلفة ، وقد عمل بها الاصحاب فى جميع مواردها .

وقد قال الشيخ الاعظم الشيخ الانصارى رحمه الله تعالى :القضية المذكورة اجماعية فى الجملة بمعنى انه مامن احد من الاصحاب ممن وصل الينا كلامهم الا و قد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم انه لا مستند لهسواها .

و كيف كان فينبغى لنا شرح الالفاظ الواردة فى هذه القاعدة اجمالا فنقول :

لاريب ولا اشكال فى ان المقصود من الملكية ليست هى الملكية المتعارفة المقصودة فى المعاملات ، فان الملكية قدتطلق ويراد منها الملكية الحقيقية المعبر

عنها بالملكية الاشراقية ، و هى غير مقصودة فى المقام قطعاً ، لكونها مختصة لله تعالى . وقد تطلق ويراد منها الملكية الاعتبارية المقصودة فى باب المعاملات .

و اختلفت الاقوال فى تفسيرها على وجوه .

الاول : انها عبارة عن الجدة التى هى احدى المقولات .

ومن المعلوم عدم صحة هذا المعنى بالنسبة الى الودعى لعدم وجود الجدة والاحاطة فيه بالاضافة الى المال المودع عنده .

الثانى : انها عبارة عن الاضافة المقولية ، فتكون الملكية اضافة بين المال و مالكه . وهذا المعنى ايضاً غير موجود فى الودعى ، لعدم وجود اضافة مقولية بينه وبين المال .

الثالث : ان الملكية امر حقيقى واقعى و ان لم تكن من قبيل المقولات ، كواقعية الماهيات والاضافات .

ولكن هذا المعنى من الملكية ايضاً لايرتبط بالودعى اذ من البديهى عدم وجود ذلك الامر الواقعى فى المقام بالنسبة الى الودعى والمال .

الرابع : و هو الذى اخترناه فى تفسير الملكية ـ انها عبارة عن الاضافة الاعتبارية ، بمعنى ان العقلاء يعتبرون اضافة بين زيد و ماله ، و يعبرون عن تلك الاضافة الاعتبارية بالملكية . ومن الواضح عدم صحة هذا المعنى ايضاً فى المقام .

و بالجملة فان الملكية باى معنى فسرت لا تتحقق فى الودعى ، و لا يمكن انطباقه على القاعدة المتقدمة . فلا بد ان يكون المقصود من الملكية هو نوع من السلطنة والاضافة الاعتبارية ، غير اضافة الملكية .

وعليه فيصبح معنى القاعدة ان من كان له نحو اضافة وسلطنة على شىء يتمكن

ان يقر بذلك الشيء ، ويلزم نفسه على الاقرار به .

و اما ملكية الاقرار فليس المقصود منه انه يملك الاقرار بشيء ، و ان كان لنفعه ، كما يظهر من بعض الكلمات اذ قد تقدم ان الاقرار لا يثبت الا ما كان فيه ضرر على المقر فالانسان انما يلزم باقراره اذا أقر بالجهات التي تضره ، و هذا هو المشهور ، وعليه اهل التحقيق من العلماء .

ثم ان المناط في قاعدة من ملك اما ان يكون هو الاقرار او الائتمان على سبيل منع الخلو ، وان كان يظهر من بعض الكلمات انها قاعدة برأسها و مؤديها صحة الاقرار في مقام الضرر و النفع من غير تخصيص لها بمقام الضرر ، كما هو شأن قاعدة الاقرار .

وعلى ضوء هذا البيان قد اتضح انه لو كان المدرك لقاعدة من ملك هو الاقرار يكون مفاد قاعدة من ملك عين مفاد قاعدة الاقرار ولا تزيد عليها شيئاً ، و الحكم فيها كما في هناك ، من ان اقراره انما يكون حجة على نفسه ولا يكون حجة على ضرر الغير ، كما لا يكون حجة اذا أفاد نفعاً لنفس المقر .

عدم انطباق القاعدة على اقرار الوكيل والوصي ونحوهما

قد ظهر مما تقدم ان القاعدة لا تشمل اقرار الوكيل والوصي والولي ونحوهم، لان اقرارهم ليس اقرارا على أنفسهم ، وانما هو اقرار على الغير وقد تقدم ان الاقرار لاينفذ الا اذا تعلق على ضرر المقر ، فاقرار الوكيل لايمضى بالنسبة الى الموكل .

ولو تنزلنا و قلنا ان اقرار الولي والوكيل حجة على الموكل والمولى عليه، فليس ذلك من جهة الاقرار و انطباق قاعدة من ملك فى حقهما . بل من جهة ادلة التنزيل التى نزلت الوكيل منزلة الموكل ، والولي منزلة المولى عليه وهكذا .

نعم ان كان المدرك للقاعدة هو الائتمان تشمل اقرار الطفل و اعترافاته لانه مؤتمن على مافى يده .

و من هنا ذهب الاستاذ المحقق العراقى رحمه الله الى صحة اقرار الطفل المميز ـ اذا قارب البلوغ ـ وترتب الاثار على اقراره .

و اما ايراد بعض اهل العلم عليه بأن الفقهاء رضوان الله عليهم يشترطون البلوغ فى الصلاة والصوم و الحج و المعاملات ونحوها ، فكيف لا يشترطونه فى الاقرار .

فمندفع بأنه لاربط لباب الاقرار بباب الصلاة و نحوها ، و لاتنافى بين عدم كون البلوغ شرطاً فى الاقرار و كونه شرطاً فى غيره ، لان ذلك امر يتبع الدليل، فان دل الدليل على الاشتراط يؤخذ به كما فى الصلاة و الصوم و الا فلا كما فى باب الاقرار .

قاعدة من ملك مسئلة اصولية او فقهية

قد ذكر بعض الاعلام ان قاعدة من ملك ليست من المسائل الاصولية لان الضابط فى المسئلة الاصولية انما هو وقوع الشيء فى طريق الاستنباط ، و من المعلوم ان القاعدة المذكورة لاتقع طريقاً فى الاستنباط ، و لا ينتهى اليها الفقيه فى مقام العمل .

ولكن التحقيق ان هذا البحث لا يأتى فى هذه القاعدة ، لان العبارة المتقدمة الدالة عليهاليست كلام معصوم ولاآية قرآنية كما تقدم ، وقد اعترف بذلك جميع العلماء فى جميع الطبقات .

بل هى كماقلناه قاعدة متصيدة من الروايات المختلفة ، وعليه فلا وجه للبحث عنها بانها مسئلة اصولية اوفقهية .

نعم يصح الخلاف فى منشأ هذه العبارة و مدركها وقد صرح بما قلناه الشيخ الاعظم فى نظير المقام و هو قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فقال : ولابد من البحث عن مدركها و اما نفس القاعدة فليست رواية او آية حتى يبحث عنها .

نعم قدحاول بعض الاعلام أن يجعل القاعدة قولا للمعصوم ـ عليه السلام ـ من جهة ثبوت الاجماع على مضمونها كما تحتمله عبارة الشيخ الاعظم فى ملحقات المكاسب ، و اذا تحقق الاجماع على العبارة المذكورة يكون كاشفاً عن قول المعصوم بمضمونها ، فتصبح القاعدة كنص ورد عن المعصوم عليه السلام .

وفيه انه ليس المقصود من الاجماع المدعى فى المقام هو الاجماع المصطلح الكاشف عن قول المعصوم عليه السلام ، وان العبارة المذكورة اجماعية بهذا المعنى ولم يصرح الشيخ رحمه الله بانها اجماعية بحيث تصبح كالرواية الواردة عن الامام ـ عليه السلام ـ .

بل المقصود بالاجماع أن تلك القاعدة قدعمل بها الاصحاب فى الجملة كما هو صريح عبارة الشيخ : و ان مضمونها تنطبق على المسائل الفقهية فى بعض الموارد و الا فمن المعلوم أن هذه العبارة بهذا التعبير ليست محط رواية ولا محط اجماع .

اشكال ودفع

قد تقدم ان المدرك لقاعدة من ملك هو النبوى المعروف «اقرار العقلاء على انفسهم جائز» .

فربما يناقش فى المقام بأن هذه الرواية حجة بلا اشكال ، وبعد ثبوت حجيتها لا تبقى حاجة الى قاعدة من ملك ، فلابد أن يراد من هذه القاعدة غير ما يراد من القاعدة الاولى .

وان شئت فقل : انه لو كان مفاد القاعدتين شيئاً واحداً وهو حجية الاقرار للزم التكرار بلا سبب .

ولكن تندفع هذه المناقشة اولا بعدم كون قاعدة من ملك مباينة مع قاعدة الاقرار وليس فى مدلولها نفى لباب الاقرار .وثانياً لو سلمنا خروجها عن باب الاقرار فانها تدخل فى باب الائتمان ،والافلو فرض خروجها عن كلا البابين يلزم كون العبارة لغواً وساقطة عن الاعتبار ،ولا يحتاج الى اتعاب النفس فيها ولا الى ثبوت الاجماع عليها .

فالحق أنها قاعدة على باب الاقرار تارة و على باب الائتمان اخرى على

اختلاف الموارد والمسائل ، وان كان ظهور العبارة يتناسب مع قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز .

قاعدة من ملك قضية شرطية

الظاهر ان قضية من ملك شيئاً ملك الاقرار به ليست قضية حملية حقيقية بحيث تفيد الحكم الفعلى ، بل هى قضية شرطية تعليقية تفيد التلازم بين مقدمها و تاليها ، فمعنى القضية : ان من ملك شيئاً و كان له سلطنة على ذلك الشيء كان له السلطنة على الاعتراف به لانها من شئون السلطنة على الشيء ، ومن توابعها فيكون مساقها مساق اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، فينفذ اقراره اذا كان فيه ضرر على نفسه .

لزوم كون زمان الاقرار مطابقاً لزمان السلطنة

قد اختلفوا فى أن هذه القاعدة هل تشمل الاقرار على شيء ليس له عليه سلطان بالفعل ، بل كان له سلطنة عليه فيما مضى ام لا ؟

وبعبارة اخرى : هل يشترط فى نفوذ الاقرار تحقق السلطنة الفعلية على المقر به أو يكفى فيه تحقق السلطنة فى الجملة ، و ان كان ذلك فى زمان سابق على زمان الاقرار ؟ .

التحقيق اشتراط فعلية السلطنة ، لان العبارة المذكورة انما تفيد التلازم بين ملكية شيء و الاقرار به وبالنتيجة يكون نفوذ الاقرار فى ظرف ثبوت هذا التلازم ،اذ لايمكن ثبوت التالى من دون ثبوت المقدم ، كما هو الشأن فى كل قضية شرطية .

بل نقول ان ظهور العبارة المذكورة فى الفعلية اشد من ظهور المشتق فيها ، لان امر المشتق يرجع الى العرف و ربما يدعى توسعة المفهوم العرفى للمشتق و

شموله لما انقضى عنه المبدء ، و هـذا بخلاف مانحن فيه فـان قضية من ملك شيئاً ملك الاقرار به تفيد التلازم بين طرفيها ، و ان الاقرار لاينفذ الا فى ظرف التلازم . ومع ذلك ففرض نفوذ الاقرار فيما اذالم يكن له السلطنة الفعلية خلاف المفروض .

جريان القاعدة في العقود والايقاعات

لاريب ولا اشكال في مضي الاقرار بالنسبة الى الايقاعات ، لانها انما تقوم بطرف واحد ، فاذا أقر بفعله من طلاق او رجوع او عتق او نحوها ينفذ اقراره و يقبل قوله . بل ليس ذلك الا من قبيل تصديق المسلم فيما يقوله .

واما العقود فمن حيث انها تحتاج في تحققها الى طرفين ، فربما يقال بعدم نفوذ اقراره فيها ، اذليس له استيلاء على الطرف الاخر ، ولايملك تلك الجهة ،فلابد أن لايملك الاقرار بها ايضا .

ولكن التحقيق نفوذ الاقرار مطلقا في العقود ، والايقاعات ، لان المقصود بالمضي والنفوذ هو المضي بالنسبة الى ماللمقر استيلاء عليه ،فاقراره في العقود يمضي في الجهة التي استولت عليها ، ولذا لو أقر بوقفية شيء ينفذ الاقرار ، ويترتب عليه آثار الوقف حتى فيما اذا قلنا بتوقف صحة الوقف على قبول الموقوف عليه ، فان نفوذ اقرار الواقف وترتيب آثار الوقف من ناحية استيلائه عليها لايتوقف على قبول الموقوف عليه .

وبالجملة فالفرق بين العقود والايقاعات لايخلو عن تأمل .

عدم ثبوت الاجماع على القاعدة

قدتقدم ادعاء ثبوت الاجماع على القاعدة عن بعض ، فان صح هذا الادعاء وثبت الاجماع على العبارة المتقدمة باطلاقها ،فالظاهر عدم الفرق حينئذ بين الاقرار على الجهات الضررية اوالنفعية ،وبين أن يكون مقرّ الحق نفسه اولحق الغير .

ولكن الحق كماذكرناه انهذه العبارة ليست معقد اجماع .ويشهدله اختلاف عباراتهم فى التعبير عن هذه القاعدة ، فعبر عنها بعض بأن «من قدر على شيء قدرعلى الاعتراف به» وبعض آخربأن « من استولى على شيء استولى على الاعتراف به » و نحوهما من التعابير .

والاجماع على بعض فروع القاعدة وانطباقها على بعض المسائل كماعن الشيخ الاعظم ليس اجماعاً على نفس هذه العبارة .

فتلخص من جميع ماتقدم انهذه القاعدة اماان ترجع الى قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، وانها عبارة ثانية عنها .اوانها قاعدة مستقلة تثبت نفوذ الاقرار بالنسبة الى النفع والضرر كما يظهر من بعض الكلمات ، واما انها قاعدة متصيدة من قاعدة الاقرار اوالائتمان على نحو مانعة الخلو كما اخترناه وبيناه .

تكملة للبحث

اعلم انهنا كثيراً من الدعاوى لم نتعرض لها ، كدعوى المسبى سبق اسلامه ودعوى اداء الزكاة والخمس ،ودعوى البلوغ بالاحتلام ودعوى الاسلام قبل الحول تخلصاً من الجزية ونحوها .

وفي جميع ذلك ، فان قام الدليل على كفاية الادعاء كتصديق المرئة بالحيض ونحوه، فلاريب في صحة الدعوى وسماعها ،وان لم يقم دليل عليها ،فتجرى الامور على طبق الموازين المقررة في القضاء ،ولايكفى مجرد الادعاء .

ولعل بعضاً من هذه الفروع يأتى فى اواخر القضاء في باب اختلاف العقود و ان اختلاف العقود وان دخل في باب الدعاوى والتداعي ولكن الفقهاء رضوان الله عليهم أفردوا لها باباً مستقلا ، لكثرتها ولاجل ترتب الموازين الفقهية والقضائية عليها .

المقام الثالث

فيما يتوصل به الى الحق

طريق التوسل الى الحق

و ليعلم اولا ان مسألة التقاص الذى يتوسل به الى الحق بعد ثبوته لا ترتبط ارتباطاً تاماً بباب القضاء ، لانه باب مستقل بنفسه ، كباب الصلح و باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ونحوهما ، فكما لايرتبط باب الصلح بباب القضاء، ولا يذكرونه فيه ، كذلك باب التقاص ايضاً .

اذن فماوجه ذكرهم مسائل التقاص فى باب القضاء ؟!

يمكن ان يقال فى وجهه :ان مسائل التقاص قليلة جداً ، وليس له مسائل كثيرة حتى يعنون بكتاب مستقل ، فينبغى ان يبحث عنه فى ضمن كتاب آخر و حيث لا يناسب غير باب القضاء من ابواب البيع و الاجارة و نحوهما فذكروه فى باب القضاء .

و وجه المناسبة بينهما ان القضاء اقتصاص بحكم الحاكم ، والتقاص اقتصاص بلاحكم منه ، بل بحكم الشارع أو فتوى المجتهد لمقلده .

وكيف كان فالتقاص على تقدير القول بجوازه انما يصح فيما اذا لم يتحقق

هناك يمين سواء وقع الحلف بحكم الحاكم او برضاء الطرف و الاقضى صورة الحلف لايجوز للمدعى اخذ المال من المدعى عليه .

و قد اشرنا اليه فيما سبق وذكرنا الروايات الدالة على المطلوب .

و بالجملة فيقع البحث فى انه اذا لم يحلف المنكر و لم يحكم الحاكم كما اذا استعار شيئاً فانكره من دون حلف و لا مراجعة الى الحاكم ـ هل يجوز الاقتصاص من ماله بمقدار حقه ام لا ؟

التحقيق هو الجواز . وتدل عليه الروايات الكثيرة التى تقرب من التواتر .

فمنها رواية الحضرمى عن أبيعبدالله عليه السلام قال قلت له : الرجل عليه دراهم فيجحدنى وحلف عليها ايجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى فقال عليه السلام : نعم و لكن لهذا كلام. قلت :وماهو؟قال يقول :اللهم لم آخذه ظلماً و لا خيانة ، و انما اخذته مكان مالى الذى اخذ منى لم از دد شيئاً عليه (١) .

ومنها خبر عبدالله بن وضاح المتقدم وقد ورد فيه «ولو لا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تأخذ من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه و قد ذهبت اليمين بما فيها» (٢) .

ومنها خبر على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاهد مثلها عند المجحود أيحل له ان يجحده مثل ماجحد قال عليه السلام : نعم ولايزداد (٣) .

١ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٤

٢ـ الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

٣ـ الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث ٤

ومنها صحيح داود بن رزين قلت لابى الحسن موسى عليه السلام انى اخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها ، والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندى المال فلى ان آخذه ، قال عليه السلام : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (١) .

و منها صحيح ابن زربى قلت لابى الحسن عليه السلام انى اعامل قوماً فربما ارسلوا الى فأخذوا منى الجارية والدابة فذهبوا بهما منى ثم يدور لهم المال عندى فآخذ منه بقدر ما اخذوا منى ، فقال ـ عليه السلام ـ خذ منهم بقدر ما أخذوا منك و لا تزد عليه (٢) .

و منها رواية جميل بن دراج سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أيأخذه و ان لم يعلم الجاحد بذلك قال عليه السلام نعم (٣) .

و منها رواية ابى بكر الارمنى قال : كتبت الى العبد الصالح عليه السلام جعلت فداك انه كان لى على رجل دراهم فجحدنى ، فوقعت له عندى دراهم فأقبض من تحت يدى مالى عليه ؟ وان استحلفنى حلفت ان ليس له على شىء . قال عليه السلام : نعم فاقبض من تحت يدك ، و ان استحلفك فاحلف له انه ليس له عليك شىء (٤) .

و منها رواية اسحاق بن ابراهيم ان موسى بن عبد الملك كتب الى ابى جعفر عليه السلام يسأله عن رجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه فى بعض وجوه البر ، فلم يمكنه

---

١ ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١

٢ ـ الفقيه ج ٣ ص ١١٥ حديث ٢٥

٣ ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١٠

٤ ـ الوسائل باب ٤٧ من كتاب الايمان حديث ١

صرف ذلك المال فى الوجه الذى امر به ، وقد كان له عليه مال فسأل هل يجوز لى أن اقبض مالى او ارده عليه فكتب عليه السلام اقتص مالك مما فى يدك (١) .

و منها رواية على بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ما خانه أو غصبه أيحل له حبسه عليه فكتب عليه السلام نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه و ان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقى انشاء الله (٢) .

و بهذا المضمون روايات اخر ، قد وردت فى ابواب متفرقة تدل على جواز المقاصة ، كما ان كثيراً منها تدل على عدم جوازها فى صورة الحلف و الرجوع الى الحاكم .

و تفصيل البحث ان المقاصة تقع على انحاء :

الاول : المقاصة بعد حكم الحاكم او بعد يمين المدعى عليه ، اذا رضى المدعى بيمينه . ففى هذه الصورة لايكون للمدعى حق التقاص ، لان التقاص بعد حكم الحاكم موجب لرد الحكم .

ومن الواضح ان أدلة حرمة رد الحكم تمنع عن هذه الصورة ، كما ان رضى المدعى بيمين المدعى عليه يوجب سقوط الدعوى ، حيث وردت الادلة انه قد ذهبت اليمين بما فيها ، وان الحالف الكاذب اقتطع بحلفه قطعة من النار وقد تقدم ان اليمين وان لم تكن معاوضة حقيقية ، الا انها تشبه المعاوضة من بعض الجهات ، وعليه فلايصح للمدعى ارجاع المال بالتقاص ونحوه .

١ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٨

٢ـ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٧

الثانى ان يكون التقاص فى الدماء ونحوها من القذف وقطع الجوارح ، و نحو ذلك .

ففى هذه الصورة ربما يقال بعدم جواز التقاص الا باستيذ ان من الحاكم الشرعى ، لعظم خطر القصاص و القذف ، وشدة الاحتياط فيه .

مضافاً الى ان حد القصاص و القذف انما يكون بيد الحاكم على ما تقتضية السياسة الاجتماعية بزجر الناس وارتداعهم عن المنكرات والتعديات .

ولكن ظاهر الادلة شمولها لهذه الموارد ، وانه يصح له التقاص ، و ان ذلك حق من حقوقه ، يجوز له اعماله ويجوز لهتركه .

ويظهر من بعض العبارات ان القصاص فى هذه الموارد لايجوز الابالمراجعة الى الحاكم الشرعى .

و لكن الاطلاقات كافية فى دفع هذا الاحتمال لان اشتراط اذن الحاكم يحتاج الى دليل مفقود فى المقام .

نعم لوشك الفقيه فى الاطلاق وتردد فى بيان الشارع لفرض المقاصة فى الدماء كان لاشتراط اذن الفقيه وجه ولكن الاطلاقات ظاهرة فيما بيناه .

الثالث : ان يكون التقاص فى الاموال ، و قد تقدمت الادلة من الروايات الشريفة الدالة على ذلك ولعل الفرد الاظهر من الادلة هو التقاص فى الاموال .

وحينئذ فان كان المدعى بهعيناً فى يدانسان معترف بها ، فلصاحب الحق انتزاعها منه ولو قهراً ، وان احتاج ذلك الى مساعدة ظالم او احتاج الى تمزيق الثوب ، وكسر القفل ، وشتم الشخص المعتدى ونحو ذلك ، لقوله عليه السلام لى الواجد بالدين يحل عقوبته وعرضه (١) .

وان كان المدعى بهديناً . فان كان الغريم معترفاً بالدين باذلا قاصداً للوفاء

١ــ الوسائل باب ٨ من ابواب الدين حديث ٤

تعين له الوفاء بما في ذمته، وتعيين المصداق للوفاء انما يكون بيده الا اذا فرض وجود عذر له كالمرض ونحوه بحيث يتعذر له التعيين ولو بالتوكيل فان التعيين حينئذ يكون بيد الحاكم دون المدعى .

و ان لم يكن الغريم باذلا للدين مع اعترافه به ، فليس لصاحب الدين ايضاً التعيين ، لاعتبار رضى المدعى عليه واشتراط ذلك في تعيين مصداق الوفاء .

نعم له حق الزامه على التعيين فان عين فذاك ، و الا فيرجع الامر الى الحاكم الشرعي .

عدم الفرق فی المقاصة بین العین والدین

ربما یظهر من بعض الکلمات ان التقاص انما یجوز فی العین دون الدین .

و لکن قد عرفت مما ذکرنا عدم اختصاصه بالعین ، و عرفت اطلاق الروایات و عدم التخصیص بها ، فان الروایات المتقدمة صریحة فی جواز التقاص فی العین و الدین بلا احتیاج الی اذن الحاکم .

وهذا واضح لمن راجع الاخبار و تأمل فیها ، کما انه لا فرق فی جواز المقاصة بین المنفعة والعین .

وان شئت فقل : انه لو کان الجواز موقوفاً علی اذن الحاکم لتعین علی الامام ـ علیه السلام ـ ان یقید التقاص باذنه ، و یوجب علی الشیعة الرجوع الیه فی زمان الحضور والی الفقیه فی زمان الغیبة مع ان الاخبار کما عرفت مطلقة من هذه الجهة .

و بعبارة اخری : ان السائل فی الروایات المتقدمة انما سأل عن الحکم

الواقعى للتقاص ، و قد أجاب الامام عليه السلام بحكم واقعى ، وليس فيها انه من مناصب المعصوم او الفقيه ، ولم يؤخذ فى دليله اى اعتبار من الاعتبارات .

و من راجع اخبار الباب لا يشك فيما قلناه ، فالتشكيك من بعض الاعلام كما عن صاحب المستند وغيره لاوجه له .

جواز التقاص من الوديعة

قد ظهر مما تقدم ان جواز التقاص ثابت فى جميع الاموال سواء كانت وديعة اوغيرها .

و يدل عليه مضافاً الى ماتقدم اطلاق قوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم» (١) وقوله تعالى «فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به» (٢) ومضافاً الى اطلاق الروايات المتقدمة خصوص رواية على بن سليمان المتقدمة ، و خبر البقباق «ان شهاباً سألةمارأيه فى رجل ذهب له بالف درهم ، واستودعه بعد ذلك الف درهم ، قال ابو العباس فقلت له :خذها مكان الالف التى اخذ منك فابى شهاب .قال: فدخل شهاب على ابى عبدالله عليه السلام ، فذكر له ذلك ، فقال :اما انا فاحب ان تأخذ و تحلف (٣) فهاتان الروايتان كما ترى صريحتان فى المطلوب .

١ــ البقرة ــ الاية ١٩٤

٢ــ النحل ــ الاية ١٢٦

٣ــ الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٢

و بالجملة فبحسب اطلاق الادلة من الايات والروايات لايبقى فرق فى جواز التقاص بين الوديعة وغيرها .

نعم هناك روايات تدل على المنع عن التقاص فى الوديعة ، كخبر معاوية بن عمار عن ابيعبدالله عليه السلام قال قلت له :الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى ان آخذ مالى عنده ؟ قال عليه السلام لا،هذه الخيانة (١) و خبر ابن اخ الفضيل ابن يسار قال : كنت عند ابيعبدالله عليه السلام و دخلت امرأة و كنت اقرب القوم اليها ، فقالت لى اسأله ، فقلت عماذا ؟ فقالت : ان ابنى مات و ترك مالا كان فى يد اخى فاتلفه ثم أفاد مالا فاودعنيه ، فلى ان آخذ منه بقدر ما اتلف من شيء ؟فاخبرته بذلك، فقال عليه السلام لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أد الامانة الى من ائتمنك ، و لا تخن من خانك (٢) .

فقديتوهم ان هذه الروايات المانعة تخصص اطلاق تلك الادلة المجوزة فتكون نتيجة ذلك هو جواز التقاص مالم تكن هناك و ديعة.

ولكن التحقيق يقتضى حمل الاخبار المانعة على الكراهة، بعد ما عرفت من دلالة صريح بعض الاخبار كخبرى على بن سليمان والبقباق على الجواز ،و هذا هو القاعدة فى كل مورد وردت فيه اخبار المنع والترخيص، فيحمل المنع على الكراهة.

بل يمكن القول باكثر من ذلك و هو ان المقام ليس مقام الحكم التكليفى حتى يجمع بين الاخبار بما ذكر.

فالاولى فى الجمع بينها ان للروايات المجوزة نحو حكومة على الاخبار

١- الوسائل باب٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١١

٢- الوسائل باب ٨٢ من ابواب مايكتسب به حديث ٣

المانعة، فان قوله عليه السلام فى اخبار المنع هذه الخيانة اولا تخن من خانك يدل على المنع من فعل الخيانة، والروايات المجوزة تحكم بجواز التقاص من الوديعة وانه ليس بخيانة، فهى تنفى موضوع الخيانة فاذن تحمل الاخبار المانعة على جهة اخلاقية عرفية لا على جهة التكليف .

تحقيق حول المال المأخوذ مقاصة

قد اختلفوا فى المال الذى يؤخذ مقاصة على اقوال :

الاول : ان الاخذ انما يأخذه من باب الاستيفاء و تطبيق ما اخذه الغاصب على هذا المال ، ولا يقصد بذلك معاوضة او بدلية اونحوهما .

الثانى : انه معاوضة قهرية ، و عليه فيكون المال الذى اخذه الغاصب ملكاً له ، كما ان المال المأخوذ من باب التقاص يكون ملكاً للاخذ .

الثالث : انه معاوضة شرعية قد جعلها الشارع بيد الاخذ فجعل له الولاية على هذه المبادلة ، وعليه تكون هذه هى مبادلة موكولة الى الشخص نفسه .

الرابع : انه مبادلة مال بمال ، فقط فيكون قد أخذ مالا قبال ماله ، وليس فيه مبادلة ملكية بملكية .

اما الوجه الاول فالظاهر انهم يريدون بالاستيفاء التعويض من باب اللابدية بمعنى ان الاخذ انما يأخذ المال من باب انه يقوم بحق من حقوقه و ليس قصده

تبديل الملكية او المالية، بل يأخذ هذا المال لغرض ان يستوى شيئاً من ماله ،فيشبه المقام ببدل الحيلولة ان قلنا بصحته ، وان اثبتنا فى كتابنا (انوار الوسائل)عدم تمامية بدل الحيلولة بجميع فروضها ،وليس هنا محل التفصيل .

وكيف كان فالظاهر عدم صحة ارادة الاستيفاء بهذا المعنى فى المقام ، و ليس المقام من قبيل استيفاء شيء من ماله ، الا اذا رجع الاستيفاء الى المعنى الثانى او الثالث ، وسيأتى بيانهما و المناقشة فيهما .

و اما الوجه الثانى و هو التعويض القهرى فهو مبنى على تحقق الاعراض اى اعراض المالك عن ماله الذى اخذه الغاصب وعلى ان الاعراض موجب لتمليك الطرف الاخر .

وهذا و ان بنينا نحن على صحته ثبوتاً ولكن ليس له دليل فى مقام الاثبات كما يأتى البحث عنه . وان الظاهر فى المقام عدم تحقق الاعراض .

و بالجملة فان المعاوضة القهرية مبتنية على تحقق الاعراض و كونه موجباً لسلب الملكية ، والاعراض هنا غير متحقق .

و من هنا يظهر عدم صحة الوجه الثالث ايضاً اذ الظاهر ان الاخذ لم يأخذ المال على نحو تبديل الملكية ، بحيث يكون ما اخذه الغاصب ملكاً للغاصب ، فلا يبقى فى البين الا القول الرابع وهو التبديل فى المالية فقط . وهذا هو الظاهر من العرف فى مقاصاتهم ،وعليه فلو تاب الغاصب بعد مدة و أتى بمال المالك ليدفعه له و يأخذ منه ما اخذه مقاصة يصح له ذلك ، اذ المفروض بقاء الملكية .

ثم اعلم ان عنوان المقاصة لاينطبق الا فى مورد تحقيق فيه الاخذ و الاستيلاء فلا يتحقق بمجرد قصد الاستيفاء من مال الغاصب ما لم يسلب سلطنته و استيلائه عنه .

تلف المال المأخوذ بالتقاص

اذا تلف المال المأخوذ بالتقاص هل يتعين عليه دفع المثل او القيمة ؟

فقد يقال بتعين ذلك عليه ، بناء على ماتقدم من بقاء الملكية و انه ليس فى المقام الا تبديل فى المالية كما اخترناه .

ولكن الظاهر من ادلة المقاصة هو حدوث المعاوضة القهرية عندالتلف .

فاذن يفرق بين ما اذا تصرف فى مال الغاصب من دون اتلاف للعين ولوعلى نحو البيع والهبةونحوهما ، فيقال فيه ببقاء الملكية ووجوب رد المالالىالغاصب و أخذ ماله منه وبين ما اذا أتلف المال و ان كان الاتلاف ببيع و نحوه ، فتتحق حينئذ المعاوضة القهرية .

ومن هنا ظهر انه فى صورة بقاء العين ، اذا كانت هناك انتفاعات لا توجب تلف العين ، كما اذا اخذ منه غنماً ، وقد استفاد منها صوفها و لبنها يحتسب عليه ، فان الغاصب وان أقدم على الحرام و صار مأثوماً و مسئولا عند الله تعالى ، الا ان

ذلك لا يوجب ان يستفيد الاخذ بالانتفاعات مع اخذ ماله ايضاً عن الغاصب .

نعم لو تلف الغنم عنده او باعه من شخص تصبح المعاوضة قهرية ، ولايكون عليه شيء كما قدمناه .

عدم جواز المقاصة فى مثل الخمس والزكاة ونحوهما

قد يظهر من بعض الاعلام جواز اقتصاص الفقير الحقوق الشرعية من الغنى الممتنع عن ادائها ، فيجوز له تقاص الزكاة او الخمس او رد المظالم عن الغنى المماطل او الممتنع .

و قال المحقق النراقى فى المستند فى وجه ذلك « الحق الذى يجوز تقاصه اعم من ان يكون ذوالحق معيناً او احدا لافراد . فلو أوصى احد بشيء لواحد من اولاد زيد يجوز لاحدهم مقاصته بعد الجحود اوالمماطلة ، لصدق كون حقه عليه ، لان ذلك ايضاً نوع حق ، وعلى هذا فيجوز للفقير تقاص الزكوة اوالخمس او رد المظالم عن الغنى المماطل .

وهل يجوز للحاكم ذلك للايصال الى اهله ، الظاهر نعم بل يجب لمامرمن وجوب دفع الظلم عن المظلوم» .

هدا . و قد ذهب بعض الى جواز ذلك مع اذن الحاكم كما فى العروة .

و التحقيق فى المقام ان هذا النوع من الاقتصاص ان كان موجباً لاختلال النظام فلا يجوز قطعاً ، و لا اظن ان القائل بالجواز يقول به حتى فى هذه الصورة .

و اما اذا لم يوجب اختلالا فى النظام فالظاهر عندنا عدم الجواز ايضاً ، اذلا دليل على الولاية على هذا الحق ، فان الزكاة ليست ملكاً شخصياً لاحاد الفقراء و كذا الخمس ليس ملكاً لاحاد السادات .

بل الملكية فى هذه الموارد انما تعلقت بعنوان كلى ، اى ان المالك انما هو نوع الفقير ، وتتعين الملكية فى شخص خاص الا بالقبض .

و بالجملة فان جواز التقاص مبنى على القول بالملكية الشخصية فى الموارد المذكورة و لا نقول بها نحن . هذا كله فى الفقير .

واما جواز التقاص بالنسبة الى الحاكم الشرعى فالحق انه موقوف على بسط يده وقدرته ، فان كان مبسوط اليد فيجوز له ذلك والا فلا .

حكم استلزام المقاصة اخذ المال بأكثر مما غصبه

ان المقتص تارة يكون ديناً وثمناً كدراهم و دنانير ، فيستوفى من الطرف الاخر بمقدارها ، واخرى يقتص من عين تكون مساوية فى الثمن لمقدار ما ذهب منه ، ولا ريب فى جواز ذلك .

واما اذا استلزم اخذ مال اكثر مما غصبه الغاصب او استلزم التصرف بكسر شيء مثلا لاستيفاء حقه ، فالظاهر جواز ذلك ايضاً فى الصورتين ، غايته انه فى صورة أخذ الاكثر يجب عليه ارجاع الزائد الى صاحبه .

واذا دار الامر بين اخذ حقه من مال يستلزم ضرراً فى الجملة وبين اخذه من مال لايستلزم الضرر اصلا تعين عليه اخذ حقه من الثانى .

وتصح المقاصة بالجنس وبغيره لاطلاق الروايات كما عرفت .

واما اذا ادعى ديناً على شخص وقال الطرف لا اعلم بذلك ، ولكن الدائن علم جزماً بعدم الوفاء واشتغال ذمته جاز له المقاصة من غير حاجة الى ارجاعه الى التحاكم والقضاء ، وان جاز له ارجاع القضية الى الحاكم الشرعى .

اعتبار العلم فی جواز المقاصة وعدمه

لاریب فی جواز المقاصة مع العلم باشتغال ذمة الطرف بالمال ، وامامع عدم العلم فان قامت الامارة الشرعية على الاشتغال جازت .

ویظهر من السيد الفقيه فی عروته عدم صحة التقاص الافی صورة العلم أوقيام الامارة ولكن الظاهر جواز المقاصة حتی فی صورة استصحاب اشتغال الذمة .

واما اذا كانت المسئلة محل خلاف بين الاعلام فتجوز المقاصة اذا كان مقلداً لفقيه يصحح المقاصة ، والافان لم يكن الفقيه المقلد له العامی ممن يجوزها كما فی مورد الاستصحاب ، فلاتجوز المقاصة .

وبالجملة فان اللازم هو العمل على قول من يرجع اليه فی المنع والجواز .

ثم انه اذا كان للمدين مال مشترك بينه وبين شخص آخر ، فهل يصح له المقاصة سواء رضی به الشريك ام لا ؟

يظهر من الفقيه اليزدی رحمه الله عدم جوازه الا باذن الشريك ولكن الظاهر من

اطلاقات الادلة المتقدمة جواز ذلك رضى به الشريك ام لا .

نعم لو استلزم ضرراً على الشريك ، لا على صاحب المال فقط ، فالظاهر عدم الجواز للشك فى ثبوت حقه فى هذه الصورة ولا سيما مع العلم بالضرر او الاطمئنان به .

جواز اخذ الحق فی صورة النسیان والخجل ونحوهما

اذا نسی المدعی علیه ماثبت فی ذمته من الدین ، فهذا یکون علی نحوین:

الاول : ان یعلم المدعی بأنه لو ذکره لتذکر وصدقه فی دعواه من دون جحود. ففی هذه الصورة لا یصح التقاص الا باخباره علی جمیع المبانی من المعاوضة القهریة او الشرعیة او استیفاء المالیة .

الثانی : انه یعلم بأن المدعی علیه لا یتذکر اصلا وان لم یکن علی وجه المماطلة والجحود أو یتذکر مع احتمال الجحود ، فالاقرب فی هاتین الصورتین جواز الاستیفاء .

واما الاستشکال علیه من السید الفقیه فی العروة ، بأن المأخوذ فی ادلة التقاص انما هو عنوان الجحود ، وهو لا ینطبق علی النسیان .

مندفع : اولا ، بان النسیان المستمر مما یوجب عدم استیفاء حق المدعی

او تضرره .

وثانياً ان الجحود ليس مأخوذاً في مطلق الادلة بما هو جحود ، بل انما هو فرد ظاهر في مقام الاستيفاء وليس الجحود مقوماً لاستيفاء الحق او المعاوضة او الاخذ على وجه البدلية في المالية ، فان الظاهر من مجموع الادلة عند التأمل فيها هو دفع الظلامة واستيفاء الحقوق ، تحقق عنوان الجحود ام لا .

ولذا لو كان المطالب بالمال مجنوناً وكان جنونه مستمراً لا يرجى برؤه ، ولم يكن له ولي يراجع اليه في استيفاء الحق ، فلا اشكال حينئذ في جواز المقاصة ، ولا يسع للفقيه الحكم بعدم الجواز في هذه الصورة .

فيعلم من مجموع ذلك ان الجحود انما هو اظهر مصاديق عدم اداء الحق ، لا انه مقوم لاستيفاء الحق .

واما الحياء المانع عن مطالبة الحق فهو يكون على نحوين :

الاول : ان يكون الحياء متعارفاً بحيث لا يعد قصوراً في النفس ، وجبناً ذاتياً فيها ، ففي هذه الصورة يتعين عليه المطالبة عند ما يكون الطرف مؤدياً للحق من دون مماطلة ولا جحود .

الثاني : أن يكون الحياء من قبيل الصفات النفسية الرذيلة الموجبة لقصور الانسان عن اداء الحقوق ومطالبة حقه من غيره كالخوف الطبيعي للنفس الموجب لاتصافها بالجبن ، فحينئذ يجوز له بطريق من الطرق استيفاء حقه من غير اضرار بالغير .

وفي حكم الحياء في الصورتين الخوف ، فانه ايضاً قد يكون من ناحية القصور النفسي وقد يكون متعارفاً ، فتجوز المقاصة في الصورة الاولى دون الثانية .

واما الغائب فان كان يرجى رجوعه وعدم انكاره من غير ضرر على صاحب المال ،

فلاريب فى وجوب الانتظار واستيفاء حقه باذنه .

واما فى صورة تضرر صاحب المال فى التأخير او العلم او الظن بعدم الاداء او احتمل ذلك باحتمال عقلائى أوطالت غيبته بحيث استلزم ضرراً كثيراً على صاحب المال ، فالظاهر فى جميع ذلك جواز الاستيفاء او المعاوضة فى جميع ذلك، لاطلاق الادلة وخصوص صحيحة البقباق ورواية اسحق المتقدمتين .

ولا وجـه للاشكال فى الغائب فى الصور المذكورة ، كما وقع عن بعض الاعلام .

حكم التقاص اذا كان للغريم ديون لا يفى بها المال

اذا كانت له ديون كثيرة ، فان حكم الحاكم الشرعى بالحجر على المال و تسليمه للدائنين فلا يجوز التقاص بأكثر مما يتنزل على حصته ، فيأخذ نصف ماله او ثلثه او ربعه على حسب تنزيل الديون على المال .

واما اذا كان ذلك قبل حكم الحاكم فقد ذهب بعض الاعلام الى جواز التقاص بجميع ماله ، ولكنه لا يخلو عن تأمل ، لانه قد تعلق بالمال جميع حقوق الدائنين من من غير سبق ولحوق .

هذا كله فيما عدى المستثنيات فى الدين من المسكن والملبس ونحوها واما فيها فان كان له مال آخر يمكن العوض به عنها فالظاهر جواز التقاص حينئذ ، ولكن فيما اذا رضى المدين بذلك لا مطلقا ، فان ظاهر ادلة المستثنيات تخصيصها بعناوينها و توجه الديون على المال الاخر دونها .

واما الاستيفاء أو المعاوضة من المال الذى تعلق به حق الرهانة فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز ذلك .

واما الاستيفاء عن المال الذى تعلق به حق النذر ، فيظهر من بعض فقهائنا من السادة انه كالمال المرتهن وكأنه من قبيل المسلمات عنده .

ولكن المسئلة مبتنية على ان ماتعلق به النذر هل هو نفس المال او ذمة الشخص ؟

فان قلنا بتعلق حق النذر على العين كان كحق الرهانة والافلا .

التوكيل فى المقاصة

التوكيل فى المقاصة يكون تارة مجرداً عن كون الموكل مديوناً للوكيل بمال فحينئذ لاريب فى صحة التوكيل فى المقاصة ، كما يصح له اخذ الديون و اجراء المعاملات والايقاعات .

واما اذا كان الموكل مديوناً للوكيل وقد يأخذ الوكيل المال باعتبار دينه عن الموكل ، فحينئذ ربما يستشكل بأن هنا امرين طوليين : احدهما المقاصة والاخرى جعله عوضاً عن دينه وهذا ممالايقع فى فعل اوانشاء واحد .

ولكن التحقيق ان الاخذ للمال يصح ان يتعنون بعنوانين : عنوان المقاصة للموكل ، وعنوان البدلية لماله ، ولا محذور فى انطباق العنوانين على فعل واحد .

المقام الرابع

فی موازین ترتب الحکم علی موضوعه

وموازین حکم الحاکم وقضائه

قاعدة اليد

قد ذكر الفقهاء ـ رضوان الله عليهم ـ اموراً جعلوها موازين لباب القضاء ، و قبل ذكر الموازين لابد أن يعلم أنها على نحوين :

الاول : مايكون ميزاناً لترتب الحكم الواقعى ، أو الظاهرى على موضوعه الواقعى ،أوالظاهرى .

الثانى : مايكون ميزاناً فى باب القضاء ، فلا بد أن يفرق بينهما لئلا يختلط الامر فى كثير من المقامات .

نعم هناك امور قابلة لان تكون ميزاناً فى كلا المور دين ، كالاقرار مثلا ، و سيأتى بيانه .

و قد ذكروا من جملة الموازين قاعدة اليد ، و الحق أنها : بعنوانها الاولى ليست ميزاناً فى باب القضاء ، بل هى ميزان لترتب الحكم ، على موضوعه ، واقعا أو ظاهراً .

نعم لو تغيرت اليد عن عنوانها الاولى، بان وجد هتاك مدع ، و صار ذواليد

مدعى عليه ، يدخل في باب القضاء بالتبع و العرض ، من باب وصف الشيء بحال متعلقه ، وعليه : فاليد بما هي يد مسلم أو كافر ، لا تنطبق عليها موازين باب القضاء ، بل هي متمحضة في كونها ميزاناً لترتب الحكم على موضوعه الواقعي ، أو الظاهري من دون ربط له بالقضاء ، وليست هي كالاقرار الذي يدخل في البابين ، بما هو اقرار .

و كيف كان ، فالمشهور أن المقصود من اليد ، ليس هو الجارحة و العضو المخصوص ، بل يراد منه الاستيلاء في المقام مجازاً .

ولكن التحقيق : أن الاستيلاء انما يتحقق في المقام حقيقة ، فان ثبوت اليد على شيء مصداق من مصاديق الاستيلاء ، لان معنى الاستيلاء هو القاهرية ، ومقهورية شيء تحت شيء آخر ، وهذا المعنى قد يتحقق في الخارج بسبب اليد ، وقد يتحقق بغيره ، حتى لو استولى على الشيء برجله او ببصره ، او بغيره من الاعضاء ، فقد تحقق الاستيلاء ، فيكون انطباق الاستيلاء على اليد من باب انطباق الكلي على فرده ، و ليس ذلك مجازاً ، أو كناية ، كما قيل ذلك في قوله تعالى (١) : يدالله فوق أيديهم ، فان المقصود منه ايضاً هو الاستيلاء ، و انطباقه على اليد انطباق حقيقي ، و الالتزام بالمجازية التزام بما لا يلزم ، و سيأتي في قاعدة اليد تفصيل ذلك .

١ـ سورة الفتح ـ الاية ١٠

هل اليد امارة اوأصل؟

المشهور بين الفقهاء ـ رضوان الله عليهم ـ و ماعليه أهل التحقيق ، أن اليد امارة تكشف عن الملكية ، خلافاً لما ذهب اليه المحقق النراقى ، من كونها اصلا، من دون وجود جهة الكاشفية فيها .

و لكن المعروف بين الفقهاء ، قديما و حديثاً ـ هو اعتبارها امارة كاشفة عن الملكية ، و انما اختلفوا فى الجهة التى اوجبت كونها امارة على أقوال :

الاول : انها انما صارت امارة من جهة بناء العقلاء ، فتكون أماريتها بمقدار ما يراها العقلاء ، من جهة الكشف .

الثانى : أن اليدبطبيعتها تكشف عن الملكية ، و بناء العقلاء ايضاً انما نشأمن هذا الامر الطبيعى الارتكازى .

الثالث : ان الموجب لكونها امارة هو غلبة كون اليد دالة على الاستيلاءعلى نحو الملكية .

الرابع : ما ذكره الاستاد المدقق : من ان العقلاء انما يعتبرونها أمارة من

جهة حفظ النظام الاجتماعى ، بحيث لولا اعتبار اليد امارة ، لاختل نظام الكسب و الاجتماع ، و لاختل امر المعاشرةمع الناس ، واختلال النظام الاجتماعى هوالذى اوجب على العقلاء ان يجعلوا اليد امارة على الملكية . و هذا نظير حكم العقل بحسن الاشياء ، و قبحها ، لايجاد النظام الاجتماعى وحفظه .

و التحقيق : أن بناء العقلاء يحتاج الىسبب و منشأ ، اذ لا يمكن الالتزام ببناء العقلاء فى كل مقام ، بلا سبب وموجب .

و اما ماذكره الاستاذ المدقق الاصبهانى ره من اختلال النظام ، و كونهسبباً لبناء العقلاء فى المقام ، فهو ينطبق مع كون اليد امارة ، وكونها أصلا ، فان حفظ الاجتماع انمايحتاج الى اعتبار اليد دليلا على الملكية ، و أما كونها امارة اوأصلا فلا يفرق فى حفظ الاجتماع .

و بالجملة : فان بقاء النظام الاجتماعى ، و الحفظ عليها ، كما يطابق مع الامارة يطابق مع الاصل ايضا ، فيكون المدعى أخص من الدليل .

و لمزيد التوضيح نقول : ان اراد الاستاذ ـ قدس سره ـ انه يلزم من عدم حجية اليد اختلال النظام ثبوتاً ، بمعنى ان اليد انما شرعت عند العقلاء من جهة لزوم اختلال النظام ثبوتاً وواقعاً ، فهذا لا يوجب كونه امارة ، بل ينطبق هذا على الاصل ، كما ينطبق على الامارة .

و ان اراد لزوم اختلال النظام فى مقام الاثبات ، و فى لسان الدليل ، حيث علل الامام عليه السلام حجية اليد فى بعض الروايات بلزوم اختلال النظام من عدمها ، كما فى قوله عليه السلام فى بعض الروايات الاتية : «لما قام للمسلمين سوق» فليس ذلك علة للحكم ، بل حكمة للتشريع . وعليه : يكون عدم اختلال النظام من ثمرات حجية

اليد ، وفوائدها لا انه ملاك واقعي لها .

فالحق والانصاف : ان العقلاء لمارأوا أن مفهوم اليد و الملكية متقاربان ،و أنه يفهم من كل منهما الاستيلاء و القاهرية ، جعلوا أحدهما دالا على الاخر ، ففي الحقيقة ، الملازمة بين المفهومين ، و الاتصال بين الحقيقتين جعلت اليد كاشفةعن الملكية كما تقدم .

عدم اعتبار اليد فى غير الملكية

قد تقدم أن اليد أمارة كانت أو أصلا تكشف عن ملكية ذى اليد ، و لكن هل تترتب عليها آثار أخرى ، كالطهارة والنجاسة ونحوهما ، أملا ؟

التحقيق أنه لا يترتب عليها الاالملكية فقط ، و عليه فلا تكشف اليدعن طهارة شيء أونجاسته .

نعم ، اذا اخبر ذواليد بخبر ، كما اذا أخبر عن طهارة ما فى يده اونجاسته ، يصدق قوله اذا كان ثقة يطمئن بخبره ، و لكن هذا لاربط له بقاعدة اليد ، فاليد مالم تعنون باخبار ذى اليد لاتكشف عن شيء ، و لا تقبل الا الملكية .

ان قيل : ان السيرة قائمة على اعتبار اليد ، فى الطهارة و النجاسة ، و نحوهما .

قلنا : أولا لانسلم اعتبارها فى الامورالمذكورة ، و لوسلمنا ، فليست السيرة الا فى باب الطهارة فقط ، و أما فى مثل التذكية مثلا ، فلا توجد سيرة تدل على اعتبار اليد فيها ، فان اليد تدل على ان اللحم الفلانى مثلا ملك لصاحب اليد ، و أما

أنه مذكى أم لا ؟ فلا يستفاد ذلك منها ، فاللحم ما لم يكن فى معرض بيع أوشراء، أو أكل ونحوها ، لا تدل اليد ـ بما هى يد ـ على تذكيته. و من هنا ، قال صاحب الجواهر ـ و نعم ماقال ـ : ان اليد لا تكون حجة على التذكية ، الا أن يكون عليه أثر الا ستعمال ، من طبخ و أكل ونحوهما . و هكذا فى باب الطهارة والنجاسة ، فانهما لا يثبتان بمجرد وضع المسلم يده على شىء .

نعم ، اذا تعنون الشىء بعنوان فعل المسلم ، يحمل على الصحة ، ولكن ذلك ليس من حجية اليد فى شىء .

و بالجملة ، فاليد بما هى ، غير قابلة الا للكشف عن الملكية ، واما التذكية، و الطهارة ، و النجاسة ، ونحوها من الاثار ، فلا تثبت بها ، الا اذا تعنون بعنوان فعل المسلم المحمول على الصحة ، أو اخبار المسلم الذى يصدق قوله اذا كان ثقة ، أو كان فى سوق المسلمين ، أونحو ذلك .

و بتقرير آخر . أن الظاهر من أدلة اليد هو اعتبارها على نحو القضايا الشخصية ، فتكشف عن ملكية زيد دون عمرو ، و أن هذه الدار أو البستان ، أو الخان ، لزيد لا لعمرو .

و أما الاحكام الكلية ، كا لطهارة ، و النجاسة ، و التذكية ، و نحوهما مما لا تختص بمسلم دون مسلم ، فلا تثبت باليد ، الا اذارجع الى باب اخبار ذى اليد، أو الى فعل المسلم ، كما مر .

و لو تنزلنا عن ذلك كله ، و قلنا بثبوت السيرة بين المسلمين ، فلا يمكن الجزم بها الا فى مورد الطهارة ، دون مورد النجاسة أو التذكية ، وغيرهما .

ثبوت اللوازم باليد و عدمه

قد تقدم : اختلافهم فى اليد ، فى كونها أصلا ، أو أمارة ، فان ثبت كونها أصلا ـ كما تقدم عن المحقق النراقى رحمه الله و غيره ـ فلا يثبت باليد الامؤداها، و هذا واضح لا اشكال فيه .

و انما اختلفوافيما اذا كانت امارة تكشف عن مؤداها ، فهل تثبت بهاجميع اللوازم ام لا ؟

و هذا النزاع انما يبتنى على ان كاشفية اليد عن الواقع هل هى تامة ،نزلها الشارع منزلة العلم ، فحينئذ يثبت بها جميع اللوازم ، كما فى خبر الواحد ، و البينة ، و نحوهما ، مما كان الكشف فيه تاماً، ودل الدليل على اعتبار جهةالكشف فيها ، و الا فلو كانت كاشفة تامة فى انظار العقلاء ، و لكن الشارع المقدس الغى جهة كشفها ، كانت بحكم أصل من الاصول ، فلا تكشف اللوازم و لاالملزومات .

و كل دليل ظاهره الكشف فى نظر العقلاء كخبر الواحد ، أو الشهرة ، أو الظهورات العرفية ، فان تم من الشارع كشفها بالتعبد ، أو أمضى طريقة العقلاء

كانت من الامارات الكاشفة ، فتثبت بها اللوازم و الملزومات ، و الا فلا تكون كاشفة الا بمقدار ما أمضاه الشارع أو تعبد بها ، أوأن كاشفيتها ناقصة ، لم ينزل منزلة العلم ، فلا يثبت بها اللوازم .

و التحقيق : ان اليد و ان كانت كاشفة عن الواقع ، لكنه كشف ناقص لا تثبت بها اللوازم ، و لذا لا تعارض اليد مع البينة ، بل تقدم البينة عليها اذا وقع التعارض بينهما .

و من ثم لم يقل بثبوت اللوازم كل من قال باعتبار اليد من باب الامارة و الكاشفية ، وليس ذلك الالانهم يرون الكشف فيها ناقصاً هذا كله فى مقام الثبوت .

و أما فى مقام الاثبات ، فهناك روايات تدل بصراحة تامة على حجية اليد ، على نحو الا مضاء لطريقة العقلاء لا على وجه التعبد بها بخصوصها .

فمنها خبر حفص بن غياث عن ابيعبدالله عليه السلام قال : قال له رجل : اذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له ؟ قال : نعم .قال الرجل :أشهد أنه فى يده ولا أشهد انه له . فلعله لغيره ، فقال ابوعبدالله عليه السلام :أفيحل الشراء منه ؟ قال :نعم، فقال أبو عبدالله عليه السلام : فلعله لغيره ، فمن اين جاز لك أن تشتريه ، و يصير ملكاً لك ؟ ثم تقول بعدالملك : هو لى و تحلف عليه ، و لا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك .

ثم قال ابو عبد الله ـ عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق (١) .

و منها موثقة يونس بن يعقوب فى المرأة تموت قبل الرجل ، أورجل قبل

١ـ الوسائل باب ٢٤ من ابواب كيفية الحكم ح ٢

المرأة قال : ماكان من متاع النساءفهو للمرأة وما كان من متاع الرجال ، و النساء فهو بينهما ، و من استولى على شيء منه فهو له (١) .

و منها رواية حمزة بن حمران : ادخل السوقفاريد ان اشترى جاريةفتقول : انى حرة ، فقال عليه السلام : اشترها الا أن يكون لها بينة .

و منها صحيحة العيص، عنمملوك ادعى أنهحرولم يأت بينة على ذلكأشتريه؟ قال عليه السلام : نعم (٢) .

و منها خبر مسعدة بنصدقة عن ابيعبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : كل شيء هولك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه ؛ من قبل نفسك ، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته و هو سرقة ، و المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه ، أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك و هى اختك ، أو رضيعتك ، و الاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير هذا أو تقوم به البينة (٣) .

و منها ما عن الاحتجاج عن حماد بنعثمان عن الصادق ـعليه الصلاة والسلام قال : لما بويع ابوبكر و استقام له الامر على جميع المهاجرين و الانصار بعث الى فدك من أخرج وكيل فاطمة بنت رسول الله منها ، فجاءت فاطمة الزهراء ـ عليها السلام ـ الى أبى بكرثم قالت :لم تمنعنى ميراثى من ابىرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و أخرجت وكيلى من فدك و قد جعلها لىرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأمر الله تعالى ؟ فقال : هاتى على ذلك بشهود . فجاءت بأم أيمن ، فقالت له أم أيمن :

١ـ الوسائل باب ٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ٢

٢ـ الوسائل باب ٢٩ من ابواب ان الاصل فى الناس الحرية حديث ٤

٣ـ الوسائل باب ٤ من ابواب مايكتسب به حديث ٤

لا اشهد يا ابابكر حتى احتج عليك بما قال رسول الله ﷺ انشدك بالله ألست تعلم أن رسول الله ﷺ قال : «أم أيمن امرأة من أهل الجنة» فقال : بلى . قالت : «فاشهد : أن الله عزوجل أوحى الى رسول الله ﷺ «و آت ذاالقربى حقه» فجعل فدكاً لها طعمة بأمر الله .

فجاء على عليه السلام فشهد : بمثل ذلك ، فكتب لها كتاباً و دفعه اليها ، فدخل عمر فقال : ما هذاالكتاب ؟ فقال : ان فاطمة ادعت فى فدك ، و شهدت لها أم أيمن وعلى عليه السلام ، فكتبته لها ، فأخذ عمر الكتاب من فاطمة فتفل فيه و مزقه ، فخرجت فاطمة تبكى .

فلما كان بعد ذلك جاء على عليه السلام الى أبى بكر و هو فى المسجد و حوله المهاجرون و الانصار ، فقال : ياأبابكر لم منعت فاطمة ميراثها من رسول الله ﷺ ؟ وقد ملكته فى حياة رسول الله ﷺ فقال ابو بكر : هذا فىء للمسلمين ، فان اقامت شهوداً ان رسول الله جعله لها و الا فلا حق لها فيه ، فقال امير المؤمنين عليه السلام : يا ابابكر تحكم فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين . قال : لا. قال : فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ، ثم ادعيت أنا فيه من تسئل البينة ؟ قال : اياك أسئل البينة، قال : فما بال فاطمة سئلتها البينة على ما فى يديها ؟ وقد ملكته فى حياة رسول الله ﷺ وبعده ، و لم تسئل المسلمين بينة على ما ادعوها شهوداً ، كما سئلتنى على ما ادعيت عليهم ؟

فسكت أبو بكر ، فقال عمر : ياعلى دعنا من كلامك فانا لانقوى على حجتك، فان اتيت بشهود عدول ، والا فهو فىء للمسلمين ، لا حق لك و لا لفاطمة فيه!!

فقال أمير المؤمنين عليه السلام : ياابابكر تقرأ كتاب الله ؟ قال : نعم . قال : أخبرنى

عن قول الله عزوجل : «انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيراً» فيمن نزلت فينا أم في غيرنا ؟

قال : بل فيكم . قال: فلو أن شهود أشهدوا على فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بفاحشة ما كنت صانعاً بها ؟ قال : كنت أقيم عليها الحد كما أقيمه على نساء المسلمين ، قال: اذن كنت عند الله من الكافرين قال : ولم ؟ قال : لانك رددت شهادة الله لها بالطهارة ، وقبلت شهادة الناس عليها !!!

كما رددت حكم الله وحكم رسوله ، أن جعل لها فدكاً قد قبضته في حياته ، ثم قبلت شهادة أعرابي بائل على عقبيه عليها ، واخذت منها فدكاً وزعمت أنها فيء للمسلمين ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ، فرددت قول الله صلى الله عليه وآله وسلم : البينة على من ادعى ، واليمين على من ادعى عليه ، قال : فدمدم الناس وأنكروا ، ونظر بعضهم الى بعض ، وقالوا : «صدق والله علي بن ابيطالب عليه السلام» فرجع الى منزله .

هذه جملة من الروايات التي تدل على حجية اليد ، وكشفها عن الملكية ، وامضاء الشارع لها .

تحقيق في قصة فدك

حيث ذكرنا رواية فدك ، فينبغي لنا بيانها اجمالا ، ليتضح دلالتها على اليد ، ومخالفة ابي بكر للتشريع الاسلامي ، وان كانت مخالفة الخلفاء لقوانين الاسلام وتشريعهم احكاما منهم ومن الصحابة كثيراً جداً ، كما يثبتها التاريخ وكتب فقائهم .

ولكن نحن نشير الى قصة فدك بمناسبتها مع اليد في باب القضاء فنقول ـ ومن الله التوفيق والتسديد ـ :

أن التاريخ يشهد أن فدكاً كانت بيد الصديقة الطاهرة سلام الله عليها ، من تاريخ الشيعة والسنة .

ومما يدل على كونها بيد الزهراء سلام الله عليها انه لو كانت فدك للمسلمين وكانت تحت ايديهم لما احتاج ابو بكر الى أن يتنازع مع الصديقة سلام الله عليها ، وأن يطلب الشهود من فاطمة سلام الله عليها ـ وهو صاحب سلطان وقدرة في ذلك الوقت فابو بكر بنفسه قد اعترف أن فدكاً كانت تحت يد الصديقة الطاهرة فانتزعها منها .

وعليه فأى حق لابى بكر أن يسئل عن منشأ اليد ، وان فاطمة الزهراء سلام الله عليها من أى طريق تملكتها ، فانه ليس من حق أحد أن ينازع صاحب يد ، وهو لا يدعى الملكية ، وليس له تعلق بذلك المال .

وهل من الصحيح أن يسئل أحد من آخر أنك من اين ملكت دارك التى تسكن فيها ويطلب منه البينة على أن الدار له ؟ ولو كان هذا صحيحاً لكان للناس حق السؤال عن ابى بكر ، وأنه من اين صار مالكاً لداره وثيابه ، فبعد ما اعترف ان يد الزهراء ـ سلام الله عليها ـ شرعية كسائر الايادى بالنسبة الى أموالهم ، فرفع يدها وطلب البينة منها يكون مخالفاً للقواعد الاسلامية .

ويشهد لذلك ماقاله امير المؤمنين عليه السلام لابى بكر : «فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ، ثم ادعيت أنا فيه من تسئل البينة ؟ قال : اياك أسئل » فهو يعترف ان البينة لاتسئل عن صاحب اليد .

ومع ذلك لاندرى كيف طلب البينة من فاطمة الزهراء ـ سلام الله عليها ـ ، مع علمه واعترافه بانها صاحبة اليد ، وليس ذلك الاحباً للرياسة ، واحتمال مخالفة بعض الناس من المهاجرين والانصار والمزارعين لفدك . ولا اظن أن مذهباً من المذاهب يعترف بصحة هذا العمل ، وأنه اذا جاء خليفة او سلطان ، له أن يضع يده على أموال الناس ، من غير مبرر شرعى .

ثم انه بعد ماقبض ابو بكر المال ، وخرجت فدك من تحت يد الزهراء ـ سلام الله عليها ـ ، فطلب ابو بكر البينة على اعطاء رسول الله اياها ، فأقامت البينة على ذلك ، وما كان جواب ابى بكر الا أن قال : ان علياً يجر النار الى قرصه ، وقد فرض نفسه كانه لايجر النار الى قرصه.

وبالجملة : فحسب الموازين لابد أن يجعل ثالثا يحكم بينهما ، اذلا يصح حسب موازين القضاء أن يكون الشخص حاكماً ، وفي نفس الوقت يكون مدعياً أومدعى عليه، وانه ردشهادة أمير المؤمنين عليه السلام ،مع أن شهادة الزوج للزوجة مقبولة حسب الموازين الشرعية .

مع أنه لو فرضنا أن فاطمة ـ سلام الله عليها ـ لم تكن صاحبة يد ، بل ادعت الملكية وجاءت بشاهد واحد فحسب القواعد تحتاج الى الحلف فقط ولم يحلفها ابو بكر ، بل اجاب بذلك الجواب المخالف للقواعد الشرعية .

وبالجملة فابو بكر في اول خلافته قد خالف القوانين الشرعية ، والرسول الاعظم صلى الله عليه وآله من جهات شتى : من رفع صاحب اليد عما في يده ، وانتزاع ملكه عنها ورفض البينة الشرعية ، وابطال الشهادة الشرعية ، ومن كونه حاكماً ومدعياً ، ومن اسقاطه اليمين مع الشاهد الواحد ونحو ذلك .

واما استدلال ابي بكر اخيراً بما نسبه الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « انا معاشر الانبياء لانورث مالا» فيرد عليه مضافاً الى أن هذا الحديث لم يصدر من النبي صلى الله عليه وآله ، بل من الاحاديث المجعولة ،ولا يمكن تصديقه في باب المخاصمة ،لان هذا الحديث مخالف للايات القرآنية ، من قوله تعالى :«وورث سليمان داود «(١) . وقوله تعالى :« يرثني ويرث من آل يعقوب »(٢) وغيرهما من الايات .

ثم انه على فرض صحة الحديث وقبولها، فالمقصود منه ليس ما فهمه ابو بكر، بل معناه أنه ليس من دأب الانبياء جمع المال ،وتوريثه ،والحرص على جمع الاموال وتكثيره

١ـ الاية ١٦ : السورة ٢٧ النمل

٢ـ « ٦ : « ١٩ مريم

للورثة ، لأن الانبياء لايورثون اصلا ، لادراً ، ولاعقاراً ، ولو كان الامر كما قال ابوبكر من صحة الرواية ، فكيف ورث ابوبكر عايشة دار رسول الله صلى الله عليه وآله ، فكما انتزع فدكاً عن يد فاطمة سلام الله ـ عليها ـ فلينتزع ماورثته عايشة ايضاً .

وبالجملة فلسنا نحن في صدد ذكر مخالفة الخلفاء للقوانين الشرعية ، فان هذه الخلافة قد غيرت من السنة احكاما كثيرة ، ومن اراد الاطلاع عليها فليراجع الكتب الموضوعة لذلك ككتاب الغدير للعلامة الامينى قدس سره وغيره .

اشكال ودفع

أما الاشكال فقدذهب بعض الاعلام الى المناقشة فى دلالة روايات اليد ،وأنها لاتدل على حجيتها ، سواء كان اعتبار اليد من باب الاصل ،أو الامارة ، وعليه فيشكل الامر فى حجيتها والاخذ بمواردها .

والجواب أن اعتبار اليد ان كان من جهة بناء العقلاء كما بيناه ، فلانحتاج الى ورود الاخبار والروايات فى التعبد على طبقها ، بـل امضاء الشارع لحجيتها كاف فى اعتبارها ، ولو بسكوته حينما يرى عمل الناس على اعتبار اليد . وعليه : يكون كشفها عن الواقع على مقدار مابنى عليه العقلاء ،ولذا قداشرنا الى انها لاتثبت بعض اللوازم ، أو الملزومات ، لنقصان كاشفيتها فى نظر العقلاء .

و ان كان اعتبار اليد وحجيتها من باب التعبد فحينئذ نحتاج الى دلالة الروايات .

و قد اوردوا فى المقام على رواية يونس بن يعقوب أن الضمير فى قوله : «من استولى على شىء فهو له» انما يرجع الى المتاع المتنازع فيه بين الرجل و

المرأة ، وحينئذ فتختص الرواية بموردها ، و لا يمكن التعدى الى مورد آخر .

ولكن من تأمل في الرواية ، و دقق النظر فيها يجد أن قوله عليه السلام : «من استولى على شيء الخ» مما وقع كبرى كلية منطبقة على المورد من المتاع المتنازع فيه بين الرجل و المرأة ، وعلى الموارد الاخر من غير تخصيص ، ولا تقصر هذه العبارة عن الكبريات الواردة فى الفقه المنطبقة على موارد ها ، من دون تقييد لها بالمورد .

و أما الاشكال على رواية فدك فهو ان الصديقة الزهراء ـ سلام الله عليها ـ لم تستدل بها من ناحية اليد ولكن قد عرفت مما حررناه أن القضية كانت على فرضين و تقديرين .

الفرض الاول : ان الصديقة الطاهرة كانت صاحبة يد ، و بمقتضى يدها على فدك لا ترفع يدها عنها الا بحجة شرعية ، وقد خالف ابوبكر هذا الحكم ، فرفع يد الصديقة ـ سلام الله عليها ـ من غير حجة شرعية ، و يدل على ذلك قول أمير المؤمنين عليه السلام فى احتجاجه على ابى بكر أنه : لو كان هناك مال فى يد المسلمين و ادعيت أنا، فهل تطلب منى البينة أو من المسلمين فقال ابوبكر أطلب البينة منك و لا اطلبها من المسلمين ، و ذلك من جهة يد المسلمين على المال ، فاورد عليه الامام عليه السلام ، و قال : كيف تطلب البينة من فاطمة ؟ و هى صاحبة يد ، وعندها سكت ابوبكر ، ولم يجب .

الفرض الثانى : هو طلب البينة من الصديقة ـ سلام الله عليها ـ مع قطع النظر عن اليد ، و قد جاءت بعلى و بالحسن و الحسين و أم أيمن شاهداً و اثبتت فى الشهادة أن المال لم ينتقل بعد وفاة الرسول اليها ليكون احتجاج ابى بكر فى

الرواية المزعومة من ان الانبياء ـ عليهم السلام ـ لا يورثون منطبقة عليها ، بل اثبتت الهبة و العطية في زمان الرسول صلى الله عليه وآله و عندها فقد انسد باب حجة ابى بكر في الحديث، حيث انه لم ينتقل فدك الى الزهراء بعد موت الرسول صلى الله عليه وآله و انما انتقل اليها في زمان حياة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، كما اعطى رسول الله هدايا كثيرة لاهل اليمن و غيرهم، فكيف تصح عطاياه و هداياه في حياته للناس و لا تصح لفاطمة ـ عليها السلام ـ وعند ذلك اخذ ابو بكر فدكاً بالقهر والاستيلاء من دون حجة و دليل.

وهذا مما يؤسف المسلم المؤمن في ارتكاب اصحاب الرسول لهذه الخطط التي يكشفها الزمن على طوله، و أنها حيكت لاغراض الرياسة والسلطة ، وان مقام الصحابة و التابعين لرسول الله (ص) أجل من أن تأخذهم نزعات الرياسة، وحب الدنيا.

و أما الاشكال على رواية مسعدة بانها اجنبية عن قاعدة اليد ، و انما تعرضت لامور اخرى لا ربط لها بقاعدة اليد .

فيدفعه أن الرواية و ان تضمنت أمور أخرى ، ولكن لا منافاة في تعرضها لقاعدة اليد ايضاً ، كما يعطيها التأمل في فقراتها ، فالرواية متعرضة لقواعد وشبهات موضوعية قد تعرض الامام ـ سلام الله عليه ـ للجواب عنها كلها ، و قد بينا ذلك في كتاب الطهارة من أنوار الوسائل .

وما ذكرناه من الاستدلال على رواية مسعدة مبني على ان تكون اللام في قوله عليه السلام : لك للتمليك دون الصلة .

و أما بناء على ما استفدناه في محله ان اللام هنا بمعنى الصلة دون التمليك ، كما هو الظاهر من سياق الرواية ، و خصوصاً على ما بنينا عليه في الحروف من

عدم تعدد معانى الحروف غالباً ، و ان اللام لا يستفاد منه التمليك ، اوالاختصاص ، الا من حيث المتعلقات ، فتحمل على كونها للصلة . وعليه فلا تستفاد منها قاعدةاليد الا بنحو الدلالة الالتزامية البعيدة .

و قد أجاب الاستاذ المحقق العراقى ره عن هذه الرواية بانها انشاء كلى لمنشآت عديدة ، و من جملتها اليد ، و لكن تعرضنا فى كتاب الطهارة أن ذلكغير ظاهر من الرواية ، و أنها فى مقامالشبهة الموضوعية ، دون الحكمية .

هذا كله اذا قلنا ، ان روايات قاعدة اليد مما تفيد حكماً تعبدياً ، و الا فعلى ما اخترناه و قدمناه من انها قاعدة عقلائية ، و أن روايات الباب انما هى امضاء لطريقة العقلاء ، فلا يرد هذا الاشكال من جذوره .

جملة من اقسام اليد

ان اليد المبحوث عنها تنقسم الى اقسام :

الاول : أن يكون اليد على مال ، و لا يعلم أنه قد انتقل الى صاحب اليد بارث أو بشراء ، أو بهبة ، أو بغير ذلك من الاسباب الموجبة للملكية ، فتكون سابقة اليد مجهولة لنا ، فحينئذ تدل اليد على الملكية بلا اشكال .

الثانى : أن يكون استيلاء اليد على المال مشكوكاً فيه ، بمعنى أنه رأينا يده على المال ولكن شككنا كيف انه استولى عليه ؟ وذلك كالمال فى يد السارق مثلا ، فلا يدرى أن المال الذى تحت يده له ، أو لغيره و قد سرقه منه ، لضعف يده فى الملكية ، و أن ما يملكه من الاموال لنفسه فى غاية القلة ، فالظاهر فى هذه الصورة أن يعتمد على قرينة الحال ، فان كثرت اليد بالخيانة و العدوان فيحمل على عدم الملكية ، ولا تكشف اليد حينئذ عن الملكية .

و من هذا القبيل اذا كان المال تحت يد الحاكم الشرعى الذى تكثر تحت يده الامانات ، و الحقوق الشرعية ، ويكون المملوك له فى غاية القلة .

و بالجملة فان كثرة استيلاء اليد على غير ماله الواقعى بحيث كان ملكية المال فى غاية الندرة اما أن تكون من جهة أنها يد امانة وحفظ ، و ولاية شرعية ، كمراجع التقليد و أهل الفضيلة من العلماء ، أو يكون الشخص ـ و العياذ بالله ـ من ذوى الخيانة والعدوان كالسراق و الغاصبين الذين لا يبالـون بغصب أموال الناس فانه فى الفرضين لا يمكن الحكم بان اليد مالكة للمال ، لضعف استيلاء الملك و ندرته ، وكثرة الا ستيلاء أمانة أو خيانة .

الثالث : أن تكون ايادى مستولية على شىء كيد المالك و يد المشترى فى الدكان بالنسبة الى المال الذى يكون قريبا من المشترى ، فيما لو ادعاه المشترى و جزم صاحب الدكان بأنه من جملة أمواله التى عرضها للبيع ، فان يد المالك فى هذا الفرض أقوى من يد المشترى عند العقلاء ، فنحكم بملكية ذلك الشىء لصاحب الدكان البايع ، و لانحكم به للمشترى .

و نحوه ما لو قبض شخص على زمام دابة وقد ركبها ، و لكن ادعى الراكب الثانى الذى خلفه أنه ملكه ، فان الظاهر فى هذا الفرض أقوائية يد القابض على الزمام و الراكب المتقدم على سرج الدابة .

ونظير ذلك السفائن والعمارات التى يزاولها شخص بالتصرف ، بهدم و بناء ، وتغيير آلاتها ، اذا كانت السفينة على يد ربانها ، والعمارة على يد الساكن فى بيوتها .

ولعل مثل المورد ايضاً مالو كان شىء من خواص الرجل ، و من الأشياء التى لا تزاولها المرأة فان اليد بالنسبة الى الرجل أقوى من يد المرأة .

و هكذا لو رأ يناشاباً كاسباً متصرفاً فى بيت ورأينا أباً له شيخا كبيراً عاجزاً ،

فان هذا الفرض ايضاً مما تقدم يدالشاب فى تلك الدار على يد أبيه ، و نظائر هذه الموارد كثيرة جداً .

و اجمالا ان كل مورد كان هناك أيادى متعددة ـ من الاثنين فمافوق ـ ولكن علمنا من الخارج أقوائية احدى اليدين على الاخرى ، و التصرف من احدهما أقوى من الاخر ، فان الظاهر أن اقوائية اليد اذا كانت بالكيفية التى ذكرناها مما توجب عند العقلاء استناد الملك الى اليد القوية ، دون الضعيفة . و لاسيما اذا كان على ممر السنين من غير نزاع من اليد الضعيفة مع اليد القوية .

الرابع : ان يعلم ان المال كان لزيد مثلا ، وقد غصبه غاصب ، ولكن يحتمل أن صاحب المال قد أبرأ ذمة صاحب اليد الفعلى ، أو أنه قد انتقل اليه بصورة شرعية .

ففى هذه الصورة لاتكون اليد اللاحقة كاشفة عن الملكية ، اذ المفروض علمنا بالغصب ، فيستصحب حكم اليد السابقة .

و احتمال الابراء ، او احتمال أنه عوضه بمال آخر لايجعله ملكاً لليد اللاحقة التى نعلم بغصبيتها .

الخامس : أن يعلم ان المال كان سابقا تحت يد زيد مثلا ، ولكن بعد مضى مدة نراه تحت يد عمرو ، ولا نعلم أنه قد انتقل اليه بصورة مجوزة للانتقال ، أو أن اليد الثانى غاصبة للمال ، أو أنها قد استعارها من المالك .

وحينئذ لاشك فى ان اليد اللاحقة حاكمة على اليد السابقة ، لان اليد اللاحقة حجة فعلية ، والسابقة حجة اقتضائية ، فتقدم الاولى على الثانية .

السادس : أن يعلم أن المال كان وقفاً للحسين عليه السلام ، أو أحد المعصومين

ـ عليهم السلام ـ ، أو للزائرين أو نحو ذلك ، و الان هو تحت يدشخص يتصرف فيه تصرف المالك .

وهذا يقع على نحوين :

الاول : أن المال الموقوف قد خرب وآل الى التلف بحيث جاز بيعه ،وحينئذ يحمل فعل المسلم على الصحة ، ويحكم بان المال له ، ولعله قداشترى الوقف من متوليه ، اذ المفروض انه قد خرب وأشرف على التلف بحيث جاز بيعه ، قبل تسلط اليد الثانية .

الثاني : أن يحتمل أن يده كانت سابقة على تلف الوقف ،وجواز بيعه، فقدذهب السيد الفقيه اليزدى قدس سره فى هذه الصورة الى حجية اليد الفعلية ، لحمل فعل المسلم على الصحة ، وأنه لايتصرف فى المال الابتصرف صحيح شرعى .

ولكن الانصاف أن استصحاب الوقفية محكم هنا ، وليس هذا بمثابة يدار تفعت فجاءت يدثانية حتى يحكم بان المال لصاحب اليد الفعلية ، اذالمفروض انه كان وقفاً ، فيتحقق هنا الاستصحاب الموضوعى ، و هو حاكم على الامارة لتقدمه عليها موضوعاً .

وكل امارة او اصل قدجرت فى موضوع الشيء فهى حاكمة على الامارة او الاصل ، اذا كانت الامارة أوالاصل فى المرتبة المتأخرة عن الامارة الاولى أوالاصل الاول ، و المورد من هذا القبيل ، و ليس من قبيل تعارض اليدين و تقدم المتأخرة على المتقدمة .

عدم ترتب الاثر على علم الحاكم باليد السابقة

اذا علم الحاكم الشرعي أن المال الفلاني قد كان بيد زيد سابقاً ، و ان كان المال فعلا تحت يد عمرو ، هل يجوز للحاكم استصحاب اليد الاولى ، فيحكم بكون المال ملكاً لزيد ، كما كان له سابقاً أم لا ؟

الظاهر عدم ترتب الاثر على علمه ، اذ لامنافاة بين علمه باليد السابقة و بين كون اليد الثانية كاشفة عن ملكية الثاني ، اذ ربما انتقل المال الى الثاني بوجه صحيح شرعي .

ان قلت : ان هذا انما يصح اذا بنينا على ان اليد امارة تكشف عن الملكية ، و حينئذ تتقدم اليد على الاستصحاب ، واما اذا قلنا بكونها أصلا كما عن المحقق النراقي وغيره ، فيتقدم الاستصحاب على اليد .

قلت : ان اليد مقدمة على الاستصحاب ، سواء كان اعتبارها من جهة الامارة ، أو الاصل ، والسر في ذلك انه لو علمنا في هذه الموارد بالاستصحاب ، ورفعنا اليد عن قاعدة اليد ، لايبقى مورد لليد ، وتسقط عن الاعتبار راساً .

وأما اذا عكسنا الامر ، وعلمنا باليد فللاستصحاب موارد كثيرة أخرى يعمل به فى تلك الموارد المجردة عن اليد .

نعم ربما يقع الاشكال فى تقديم اليد على مسلك الاستاد المحقق النائينى من كون الاستصحاب اصلا تنزيلياً ، بمعنى انه منزل منزلة العلم ، فيقع التعارض حينئذ بينه وبين قاعدة اليد .

ولكن الانصاف ان اليد تتقدم على الاستصحاب مطلقا حتى على رأيه ، لان الاستصحاب وان كان اصلا تنزيلياً عنده قدس سره لكنه لا يخرج بذلك عن كونه اصلا ، و المفروض ان اليد امارة .

ومن المعلوم ان الامارة تتقدم على الاصل ، وان كان أصلا تنزيلياً ، بل نقول: لو بنينا على كون اليد ايضا اصلا تنزيلياً ، كما لاستصحاب تتقدم اليد لما قدمناه من العلة .

ومن هنا ظهر أنه لو قامت البينة على أن هذا المال كان سابقاً تحت يد زيد مثلا لا يترتب عليها الاثر ، لعدم المنافاة بينها وبين كون المال تحت يد عمرو فعلا.

نعم لو قامت البينة على ان هذا المال ملك لزيد ، وان ملكيته باقية الى الان ، و أن اليد الثانية يد غاصبة ، فحينئذ يترتب عليها الاثر ، ولكن هذا خلاف المفروض.

شمول اليد للاعيان والمنافع

قد ذكرنا ان اليد عبارة عن الاستيلاء على الشيء ، ولا ريب في انطباقه على من استولى على الاعيان كدار ، أو دكان ، أو بستان ، وانما اختلفوا في شمول اليد للمنافع فقد ذهب المحقق النراقي قدس سره وغيره الى عدم شمول اليد لها ثبوتاً أو اثباتاً .

اما ثبوتاً فعمدة ماذكروه ان المنافع ليست أمراً موجوداً ، و لا يعقل تعلق الاستيلاء بها ، ولو تنزلنا وقلنا بعدم كونها معدومة حقيقة نقول انها بحكم المعدوم في نظر العرف والعقلاء ، ولا تشملها قاعدة اليد والاستيلاء .

و بتقريب آخر أن المنافع تدريجية الحصول ، و آنية البقاء ، فالمنفعة عند وجودها تنعدم ، نظير حركة الزمان وآناته و عندما يوجد آن من الزمان ينعدم ، و يخلفه آخر ، وظاهر الاستيلاء على الشيء أن يكون الشيء مما له قرار واستقرار في الجملة ، والمنافع لاقرار لها ، فلا تكون مشمولة للاستيلاء واليد .

بل لو قلنا بصدق اليد والاستيلاء على المنافع ايضا كان الاستيلاء عليها على

نحو العرض والمجاز ، وانطباق الاستيلاء بهذه الكيفية مما لا يعد استيلاء لا في الواقع ولا في نظر العرف .

نعم ربما يقال بتحقق الاستيلاء في المنافع العينية ، كثمرة النخيل و الاشجار من حيث استقرارها ، واستمرار وجودها في الجملة ، فيصح انطباق اليد عليها من حيث كونها من الاعيان الخارجية .

واما اثباتاً : فظاهر ادلة اليد من الروايات الشريفة هو تعلقها بالاعيان الخارجية لا بمثل المنافع والامور المعدومة ، فان من نظر الى قوله عليه السلام : «من استولى على شيء فهو له ، والى رواية فدك ومسعدة ورواية شراء الجارية ونحوها لا يجد فيها اشارة الى استيلاء المنافع ولو تلويحاً .

و بالجملة : فان الاستيلاء لا ينطبق على المنافع لا في مقام الثبوت و لا في مقام الاثبات .

والتحقيق ان المنافع امور قائمة بحيثية في العين موجودة فيها بالقوة ، فمثلا الدار القابلة للسكنى انما يصح اجارتها ، لان في الدار حيثية واستعداد و قابلية لان يسكن فيها بالفعل ، ولولا تلك الحيثية و القابلية لما أمكن الاستيفاء لمنفعة الدار ، ولا صحت اجارتها ، و تلك الحيثية و الاستعداد أمر موجود بالفعل ، وان كانت تلك الحيثية بالقياس الى السكنى الفعلية موجودة بالقوة .

وهذا نظير النطفة لوجود الانسان ، فانك اذا قست النطفة الى وجود الانسان كانت انساناً بالقوة ، وان اعتبرت النطفة في نفسها كانت وجوداً بالفعل .

فكذلك في باب استعداد الدار للايجار ، فحيث ان الدار مشتملة على ذلك الاستعداد فالاستعداد موجود فيها بالفعل ، وان كانت باعتبار السكنى الفعلية تلك الحيثية موجودة

بالقوة ،فالمنفعة اذن موجودة لامعدومة، وليس فى الادلة الشرعية ولا فى بناء العقلاء والعرف جعل هذا الموجود بحكم المعدوم ،وليست اليد بالنسبة الى المنافع استيلاء عليها بالتبع والعرض ، الافيلزم انتفاء اليدعليها حقيقة .

مع أن الاستيلاء على ذلك الاستعداد وتلك القابلية استيلاء عليها بالفعل على وجه الاستقلال ، ويكون الاستيلاءعلى العين وسطافى الثبوت للاستيلاء على المنفعة استقلالا ، وليس الاستيلاء على المنفعة عرضاً و مجازاً عن الاستيلاء على العين بعد كون الحيثية حيثية حاصلة وموجودة بالفعل .

غاية الامر لا يتوصل اليها ولا على استيلائها الا بتوسط الاستيلاء على العين والا فكل من الاستيلاء على العين وعلى المنفعة استيلاء استقلالى . وان تنزلنا وقلنا بان الاستيلاء على المنفعة من توابع الاستيلاء على العين فلا محذور فيه ايضا ،فان الاستيلاء على المنفعة يكون استيلاء تاماً ، غايته انه استيلاء قد وقع تبعا لاستيلاء العين ، فهو استيلاء بالحمل الشايع ، و ان كان يتبع استيلاء آخر ، و لا منافاة فى ذلك فى صدق اليد عليها ، هذا فى مرحلة الثبوت .

واما فى مرحلة الاثبات : فالظاهر عدم قصور الادلة فى شمولها للاستيلاءعلى المنافع ، بعد تسالمهم على شمول اليد على عنوان الحق ـ كعنوان التحجير ، و الاختصاص الى غير ذلك مماثبت عندهم استيلاء اليد عليه .

واما نقض الفقيه السيد اليزدى اعلى الله مقامه على القائلين بعدم صحة الاستيلاء على المنافع بالاستيلاء على المنافع العينية كثمرة النخيل والاشجار فانه واضح الدفع ، اذلا خلاف فى صدق اليد على تلك المنافع لانها اعيان خارجية ، و ليست

المنافع الخارجية محل الخلاف والنقض والابرام .

اما شمول قاعدة اليد للحقوق فالظاهر من كلماتهم التسالم على ذلك كحق التحجير كما بيناه و الحيازة و الاختصاص فى الخمر الذى يؤل الى الحلية و نحو ذلك .

عدم شمول قاعدة اليد للاضافات والنسب

الظاهر من الادلة وكلمات الفقهاء قديما وحديثا عدم شمول اليد لمن ادعى زوجية امرأة وان كانت تحت استيلائه ، او ان شخصا ادعى رقية شخص آخر ، او انه من قرابته ليحصل التوارث من الطرفين الى غير ذلك فان الظاهر عدم الشمول فى جميع هذه الموارد .

و أما القول بان قوله عليه السلام فى رواية مسعدة : أو امرأة تحتك هى اختك أو رضيعتك» تدل على اعتبار مطلق اليد حتى فى الاضافات و النسب ، سواء كان هناك مايخالف اليد ظاهراً ، او مجرد احتمال وجود مخالف يدعى خلاف اليد ، فمندفع بان الرواية لايستدل بها على اليد الا اذا كان قوله : «لك» صفة للشيء و«حلال» خبرا وهو خلاف الظاهر منها ، فان الظاهر منها ان اللام لام الصلة لالام الملك .

وأما ثبوت الولاية على الطفل الصغير للرجل المدعى أنه ولده فليس من جهة اليد ، بل لورود الادلة الخاصة المصرحة بذلك ، و لعله من جهة انها دعوى بلا معارض .

و أما بالاضافة الى الاب فمن باب اقرار العقلاء على انفسهم جائز .

و أما ماتسالم عليه الفقهاء من دعوى زوجية شخصين لامرأة و هى تحت أحدهما فمن جهة ظهور الحال ، أوحمل فعل المسلم على الصحيح حتى يثبت فساد عمله ، او من جهة تصديق المرأة لمن تحته ، ونحو ذلك .

و بالجملة فلا يستفاد من اطلاق ادلة اليد شمولها لجميع الموارد ، و انما يثبت اطلاقها فى الاموال عيناً أو منفعة ، وما ذكر فى ادلة التعميم اجنبى عن مفاد قاعدة اليد .

احكام اليد

تنازع شخصين فى العين التى فى أيديهما

اذا تنازع شخصان أو أكثر فى عين كانت فى ايديهما ، ولم يكن هناك ثالث يدعيها ، فالاقوى فى النظر هو أن تقسم العين بينهما الى نصفين ، لان اليدين قد تعارضتا ، فوقعت المزاحمة بين الاستيلائين ، و حيث لا يمكن تحقق استيلائين استقلاليين كاملين على عين واحدة شخصية ، فلا جرم يتنزل الاستيلاء آن الى استيلاء واحد قائم بالشخصين .

و يرجع ذلك عند التحليل الى استيلائين كاملين على النصف ، فكل من النصفين يتعلق به استيلاء كامل ، نظير الملكية المشاعة التى يكون لكل من الشريكين فيها استيلاء تام على نصيبه .

و القول بان الحكم بالتنصيف ليس من جهة تعارض اليدين و تساقطهما حتى يتنزل الاستيلاء آن على الاستيلاء الكامل على النصف ، بل الحكم بالتنصيف انما هو

من جهة ان الواقعة لا تخلو من كون العين واقعا بينهما ، اذالمفروض عدم احتمال وجود مدع ثالث غير هما ، فلا يكون المقام من باب الاستيلاء الكامل على النصف .

فمندفع بان الاستيلاء قد تحقق بالنسبة اليهما معا ، و ان تزاحم الاستيلائين لا يوجب ارتفاع موضوع الاستيلاء ، و انما يوجب تنزل الاستيلاء من الاستيلاء الكامل على العين الى الاستيلاء الكامل على النصف ، كالملكية المشاعة و الاستيلاء المشاع .

ثم ليعلم أن الحكم بالتنصيف هنا ليس من باب الحكم و القضاء المصطلح الذى يتوقف على فصل الخصومة ، لان القضاء بهذا المعنى المصطلح لا يتحقق الا اذا تحققت موازين القضاء من البينة واليمين و نحوهما ، و المفروض عدم تحققها فى المقام .

نعم لوفرض كون المقام من موارد القضاء ، بان كان كل منهما مدعياً ومدعى عليه ، و احتجنا الى فصل الخصومة بينهما ، فلابد من التحالف بين المدعيين .

اذالمفروض ان كلا منهما مدع و مدعى عليه ، وليس لكل منهما بينة على ما يدعيه .

وحينئذ فان حلف كل منهما قسم المال بينهما على السوية ، وان حلف احدهما دون الاخر فيرد اليمين أو يقضى بالنكول على الخلاف المتقدم ، و على تقدير رد اليمين يحتاج المدعى الحالف الى يمينين .

أحداهما النفى استحقاق صاحبه وهو المدعى عليه .

وثانيتهما : اليمين المردودة لاثبات أن النصف الاخر الذى يدعيه صاحبه له .

وأما الاكتفاء بيمين واحدة جامعة للامرين من النفى والاثبات ، فيما اذا نكل أحدهما قبل صاحبه ، كما عن شيخنا الاستاذ .

فمندفع بان اليمين حقيقة عبارة عن سنخ تعهد وقرار مع الله تعالى تترتب عليه آثار شرعية ، فاذا احتاج المقام الى قسمين حسب موازين باب القضاء ، يكون الانسان رهينا لله سبحانه وتعالى بقرارين و تعهدين ، بحيث يترتب على كل منهما أثر حكمى أو وضعى .

وبالجملة فلا دليل على كفاية القسم الواحد فى المقام ، بل الدليل على خلافه كما ذكرناه ، هذا كله اذا كانت العين بيد كل منهما .

وأما اذا كانت فى يد احدهما دون الاخر ، فيحكم لصاحب اليد مع يمينه اذا التمسه خصمه ، على الحكم لقاعدة البينة على المدعى واليمين على من انكر .

حكم مالو كانت العين بيد ثالث

اذا كانت العين بيد ثالث فان ادعاها لنفسه يحكم له مع يمينه ، والا فان لم يدعها فان نكل كل واحد من المدعيين يرجع المال اليهما على القول بالحكم بمجرد النكول .

واما ان بنينا على عدم كفاية مجرد النكول فى الحكم ـ كما هو الحق ـ فترد اليمين عليهما ، فان نكل احدهما دون الاخر حكم به لغير الناكل ، واذا حلف كل منهما قسمت العين بينهما .

وقد احتمل بعضهم فى المقام الرجوع الى القرعة ، باعتبار انها وردت لكل أمر مشكل ، وهذا من مواردها .

ولكن التحقيق كما حررناه فى أنوار الوسائل أن القرعة لايمكن الاخذ بعموم دليلها ، و أنه يقتصر فى مورد القرعة على الموارد التى عمل بها الاصحاب .

ففى الحقيقة يكون الميزان عمل الاصحاب ، واتفاقهم على العمل بها ، لا الاخذ باطلاق أدلتها أو عمومها .

فيما اذا أقر الثالث بكون العين لهما

لو اعترف الثالث الذى كانت العين تحت يده أنها لهما ، فيقضى بالتنصيف بينهما اذا حلف كل منهما لصاحبه ، فانه بسبب الاقرار يصبح كل من المدعيين بحكم صاحب اليد على العين ، وتكون العين تحت ايديهما بسبب اقرار من كانت العين تحت يده ، فيقسم العين بينهما بعد حلف كل واحد منهما ، هذا اذا قلنا بحجية الاقرار مطلقا .

وأما لو بنينا على عدم حجية الاقرار الاعلى الجهات السلبية كما هو الحق ، فلاتثبت به الملكية للطرف الاخر ، وعليه فلا يكون اقرار من كانت العين تحت يده مقتضياً لتمليكهما .

وبالجملة فان الاقرار فى جميع موارده انما يفيد العقد السلبى ، وهو الاعتراف بان العين ليست له ، واما العقد الايجابى فلا يستفاد منه .

وحينئذ فلا يكون مفاد الاقرار فى المقام تمليك احدهما او كليهما ، بل تكون يد المقر لهما كلايد بالنسبة الى العين ، نعم يعلم اجمالا ان العين لم تخرج عن

ملكية احدهما اذا علمنا عدم ثالث فى البين ، فاما ان تكون العين لاحدهما بتمامها اويكون كل منهما مالكاً لنصفها .

و الحق فى امثال المقام هو الحكم بملكية كل منهما لنصف العين ، بناء على ما هو الحق من التعدى عن مورد النصوص فى درهم الودعى الى مثل المقام ، فيصير العين كما لو كانت فى ايديهما ، ويرجع الامر فى المقام الى التحالف .

هذا اذا كان مفاد التعبد بنصوص الودعى هو الحكم بملكية كل واحد النصف ملكية واقعية ، وأما اذا كان الحكم بالتنصيف بينهما من جهة المصالحة الظاهرية بين المدعيين لامن باب الحكم الواقعى ، نظير الفرض الاول ، أوقلنا بعدم التعدى من نصوص الودعى الظاهر فلا يبقى حينئذ مورد للحكم بالتحالف ، فيرجع فيه الى القرعة ، لتحقق الحكم الظاهرى ، وان كان ذلك فى هذا الفرض لا يخلو من تأمل .

فيما اذا قال الثالث : ان العين ليست لى

اذا قال من كانت العين تحت يده : انها ليست لى ، فمن المعلوم أنه تسقط يده من جهة اقراره على نفسه ، وحينئذ فان قلنا بحجية اقراره بالنسبة الى نفى ملكية العين عن ثالث ، وان النفى عن نفسه يلازم النفى عن الثالث ، فتكون العين بينهما، فيحكم بالتنصيف عملا بالنصوص الواردة فى الودعى ان جوزنا التعدى ، و الا فالحكم هو القرعة ، ولعل العمل على طبقها فى المقام متحقق من جماعة و ان كان لا يخلو عندنا من نظر .

وان قلنا ان انكار صاحب اليد كون العين له لايدل على نفى الثالث كماهو الحق الذى يعتمد عليه: فان قول صاحب اليد انهاليست لى اولاأعرف صاحبها لايدل على نفى الثالث ، وأن العين لهما بالتنصيف أولاحدهما ، كما ان نفس الدعويين من المدعيين لاتدل على الحكم بالتنصيف بينهما ، فحينئذ يكون المال من موارد مجهول المالك لعدم العلم بما يقتضى انحصار الحق فيهما .

فيما اذا صدق صاحب اليد على المال أحدهما دون الآخر

اذا كان صاحب اليد على المال قد صدق احدهما دون الاخر ، فالمقر له يكون كصاحب اليد ، اذا قلنا : ان اعترافه مما يجعله بحكم صاحب اليد ،فيكون الثاني مدعياً ، فيقضى له اذا حلف ، لقوله ـ عليه السلام ـ : البينة على المدعى و اليمين على من انكر .

و أما بناء على ان الاقرار لا يجعله كصاحب اليد ، و انما يحقق جهة العقد السلبي فقط ، وهو ان المال ليس له ، فيرجع المدعى للعين الى من كانت العين عنده ، لاخذ الغرامة ، فان حلف سقطت عنه الغرامة ، و الا فتؤخذ الغرامة منه ، لاتلافه العين بسبب اعترافه للثاني ،اذاقلنا بتحقق القضاء بمجرد النكول ، والافلابد من رد اليمين الى المدعى .

اجتماع الايادى على شيء واحد

قد اختلفوا فى مفاد اليد ، فذهب بعض الى انه هو الاستيلاء ، وذهب جماعة الى ان مفاد اليد هو الاضافة كما هو مذهب الفقيه السيد محمد بحر العلوم .وقدارادوا التخلص بذلك عن اشكال اجتماع الايادى المتعددة على شيء واحد ، حيث قالوا : ان اليد ليست الا الاضافة ، ولا مانع من تعدد الاضافات على شيء واحد . و توضيح المقام أنهم : قد اختلفوا فى امكان اجتماع مالكين مستقلين على مملوك واحد ، او اجتماع استيلائين تامين على مستولى واحد .

فقد اختار المحقق السيد الفقيه اليزدى قدس سره امكان ذلك ، بل وقوعه مع قوله بان الاستيلاء والملكية من مقولة الجدة ، وانه لامانع من اجتماع الاستيلائين على شيء واحد ، ثم قال : ان هذا شيء واضح لاينكر .

ونظيره الملكية فى باب الزكاة ، فان الزكاة شيء واحد يملكها كل فقير بناء على كون الزكاة ملكاً للفقراء ، وعليه فلو فرض وجود الف فقير فى البلد كان كل منهم مالكاً للزكاة بملك شخصى مستقل ، فاذا التزموا هناك باجتماع مالكين مستقلين

على مملوك واحد فيلتزم هناايضاً وهكذا نرى انهم يلتزمون به في الحق كحق الفسخ مثلا ، فانه قديقوم بشخصين أو باشخاص متعددة .

وهكذا قد يجتمع الولايتان على شخص واحد ، كولاية الاب و الجد على الطفل مثلا .

و بالجملة : فللمسئلة نظائر كثيرة فكما لم يمنع الفقهاء عن تعدد الحق و الولاية في موضوع واحد فلا بدان لايمنعوا هناايضا .

وفيه : أولا قدتقدم أن اليد فرد من افراد الاستيلاء ، و مصداق من مصاديقه ، وليست الملكية والاستيلاء من المقولات ، ولااظن أحداً يلتزم بما التزم به هو قدس سره من كون الملكية من مقولة الجدة ، فضلا عن كونها مقولة قابلة للتشكيك بالشدة والضعف ، مع ان المقولات لاتقبل التشكيك الافي بعضها .

و أما تنظيره بباب الخمس و الزكاة فواضح الدفع ، اذ التحقيق في باب الزكاة ان الفقير لايملكها بملك شخصي ذاتي ، ولادليل على ان كل فرد فرد من الفقراء يملكون الزكاة بملك شخصي ، ولم يقل بذلك أحد من الفقهاء مما اعلم ، فكيف يغرض هذا أمراً مسلما مفروغاً عنه ، ويشبه المقام به . بل ملكية الزكاة على التحقيق قائمة بنوع الفقير ، وملكية الخمس قائمة بنوع السادات ، فيكون المالك للزكاة نوع الفقير ، وهو ليس متعدداً ليلزم منه اجتماع مالكين على مملوك واحد ، و انما يتعين المالك في الخارج بالقبض و التطبيق ، وهذا لاربط له باجتماع مالكين على موضوع واحد .

وأما تنظير المقام باجتماع الولايتين على شخص واحد ، فغير تام ايضا ،لان الشارع المقدس وان جعل الولاية لكليهما (اى الاب والجد مثلا) الا أن اعمال

الولاية لايكون الا لاحدهما ، فجعل الولاية وانشاؤها شيء واحد ، و اعمالها شيء آخر ، ولذا لو أعملا ولا يتمهما دفعة واحدة ، فزوج كل منهما البنت مثلا من غير من زوجه الاخر لايصح هنا قطعاً الا احدى الولايتين . وهكذا يقال في حق الفسخ ونحوه .

و بالجملة فالامثلة التي استشهد بها (ره) للمقام اجنبية عما نحن فيه .

وأما ما ذهب اليه السيد بحر العلوم من أن الملكية ليست الا عبارة عن الاضافة، و لامانع من تعدد الاضافات وأطرافها ، اذ كثيراً ماتكون الاضافة واحدة ، والاطراف متعددة ، كما اذا جلس شخص قبال اشخاص متعددة، فتكون المقابلة واحدة وطرف الاضافة وهو الافراد المتقابلة متعددة . و قد تكون الاضافة متعددة كاطرافها .

وهذا المعنى للملكية وما يلزمه من الاشكالات قد ذكرناه في قاعدة «على اليد» من كتابنا انوار الوسائل، و سيأتي بعضه في قاعدة على اليد ، ونقول هنا بالاختصار: ان الملكية أو اليد ليس معناها الاضافة ، فان التحقيق أن الملكية عبارة عن الاحتواء والاستيلاء ، كما ان اليد ايضاً مصداق للاحتواء والاستيلاء ، و لوجود هذه المناسبة و الاتحاد بين الملكية واليد جعلت اليد كاشفة عن الاستيلاء ، وذلك من جهة تقارب المفهومين ، و انطباقهما مصداقاً .

فتلخص مما ذكرناه اولا : ان الملكية والاستيلاء ليست من الامور المقولية . وثانيا : انه لايمكن تحقق استيلائين كاملين على مستولى واحد ، كما انه لا يعقل اجتماع مالكين مستقلين على مملوك واحد ، اما لانهما من قبيل اجتماع الضدين على موضوع واحد كما هو الظاهر من كلمات الاعلام في كتب الفقه ، و اما للغوية انتزاع

اعتبارين متنافيين عن مورد واحد ، كما اخترناه في محله ، و ان اجتماع الاحكام المتضادة تكليفاً أووضعاً ليست من قبيل اجتماع الضدين بالمعنى المصطلح الفلسفي، و انما هو في الحقيقة من باب انتزاع مفهومين متنافيين عن موضوع واحد ، أو محل واحد .

وعليه فاذا اجتمع المالكان على مملوك واحد لابد ان يتنزل الاستيلاء عليهما بالتنصيف ، ويسقط استقلال كل منهما لملكية الجميع ، ولايكون من قبيل مالايدل على المال أصلا ، كما ذهب اليه بعض الفقهاء ، فجعل الاستيلائين على مال واحد من قبيل الامرين المتزاحمين ، ومقتضى عدم وجود الاهم بين المتزاحمين أو عدم تأثير أحدهما في مقتضاه و تعطيل التأثير عدم استيلاء اليدين على المال ، و يكون المال من قبيل مالا استيلاء لاحد عليه .

ولا ريب في عدم تمامية هذا الوجه ، فان الواقع ان تزاحم اليدين في عالم الاعتبار لايوجب سلب الاستيلاء من كل منهما ، بل يتحقق الاستيلاء من كل منهما، و لكن لما كان الاستيلاء من يد كل واحد منهما على جميع اجزاء المال غير معقول، فلا بد من التنزل الى الاستيلاء الناقص ، فيكون استيلاء كل واحد منهما استيلاء على النصف على الوجه المشاع ، و لا يتعين الا بالقسمة ، او بالتعيين ، أو بحكم الحاكم برفع احدى اليدين .

حكم السفينة المنكسرة في البحر

لا بأس بالاشارة الى فرع يذكر في المقام و هو : انه لو انكسرت سفينة في البحر فما اخرجه البحر فهو لصاحب المال ، وما اخرجه الغواص فهو لمن أخرجه. و هذا التفصيل لعله يستفاد من خبر الشعيري وقد ورد فيه : «ان ما أخرجه البحر فهو لاهله ، وما اخرج بالغوص فهم أحق به » معللا للاول في الخبر بان الله اخرجه لهم، وللثاني بانهم أحق به (١) .

فيقع البحث في الرواية من حيث السند ومن حيث الدلالة ، اما من حيث السند فهي ضعيفة عندنا ، فلا تصح الا ستدلال بها على المطلوب .

واما من حيث الدلالة : فقد ذهب كثير من الاعلام منهم شيخنا الاستاذ المحقق العراقي أنها قد وردت على طبق القواعد الشرعية .

بتقريب أن الوقوع في البحر يوجب ضعف العلقة الملكية ، و لا تبقى علقة للمالك الا الاختصاص ، لان الوقوع في البحر يجعله مصداقاً للتلف ، و لا يبقى

---

١ ـ الوسائل باب ١١ من ابواب اللقطة حديث ٢

موضوع للملكية بعد التلف ، وحينئذفان كان ارجاعه من قبل الله تعالى فتقوى جهة الاختصاص ، وتشتد الى ان تبلغ درجة الملكية ، وتصبح العلقة الملكية تامة ، وان كان ارجاعه بواسطة سائر الناس ، و لم يكن خروجه بواسطة ماء البحر و أمثاله حتى يقال بان الله اخرجه لهم تبقى درجة الاختصاص على حالها من دون أن تبلغ الى درجة الملكية ، فيكون حينئذ بمنزلة المباح يملكه الاخذ .

اذ يكون اخذ الشخص مانعا من تقوى درجة الاختصاص الى حد الملكية.

و عليه فالرواية موافقة للقواعد والمرتكزات العرفية ، فان المرتكز في اذهانهم هو البناء على التلف في أمثال ذلك ، و ان كل من يأخذ يتملكه . فالرواية و ان كانت ضعيفة السند ، الا ان مطابقتها للقواعد و عمل جملة من الاعلام بمضمونها يكون جابراً لضعفها .

و لكن التحقيق عدم صدق التلف في المورد ، اذ المفروض امكان تحصيل المال سواء كان باخراج من الله تعالى ، أو باخراج الغواصين ، فلا يكون هذا من مصاديق التلف .

على أنه كل من طبق الرواية على القواعد لم ينكر تحقق حق الاختصاص للمالك ، و اذا فرضنا وجود حق الاختصاص للمالك ، فيشكل تمليك الاخذ له مالم يأذن المالك في أخذه .

نعم لو كانت الرواية معتبرة من حيث السند لامكن القول بمضمونها من باب التعبد المحض ، والا فانطباقها على القواعد مشكل جداً كما عرفت .

وقد ذهب صاحب السرائر بصحة الاخذ والتملك مع يأس المالك .

وحمل بعض المحققين من الاساتذة عبارته على عنوان الاعراض ، بناء على

ان الاعراض عن المال موجب لسقوط علقة الملكية عن المالك فيكون المالك بالقياس الى المال كالاجنبى ، والاعراض عن المال مخرج له عن الملكية و مسقط لها فى انظار العقلاء و المرتكزات العرفية ، ففى المقام ايضاً خرج المال عن الملكية بسقوطه فى البحر ، فيتملكه من يأخذه كسائر المباحات الاصلية من المياه و الاراضى .

فالتحقيق ان المقام يحتاج الى تحرير فى الجملة و هو ان الاعراض يبحث فيه من ناحيتين .

الناحية الاولى : جهة ثبوته وتحققه واقعاً .

الناحية الثانيه : الدليل على اثباته ، أما الناحية الاولى فليس من الممتنع عقلا أن يكون اعراض المالك عن ملكه موجباً لسلب علقة الملكية بين الشخص والمال، بحيث يكون المال من المباحات الاصلية التى يجوز لكل احد تملكها ، و لاامتناع عن ذلك فى عالم الثبوت .

ولكن الاعراض بناء على اعتباره انما يعتبر فى مقام يتحقق فيه عنوان الاعراض و لايكون ذلك الا فى مقام يقصده المالك . بأن يقصد اهمال ماله على نحو يلازم اباحة التصرف للغير ، أو الاذن فى تملك من يأخذه فيلزم به حينئذ ، و الا فمجرد الاعراض بما هو اعراض لا حقيقة له .

وأما الناحية الثانية : فليس عندنا هناك دليل من الشارع المقدس على جواز تملك الاموال عند اعراض اهلها عنها ، فيشكل اخذ المال وتملكه بمجرد الاعراض ولذا لاتجد احداً من الناس يصح تملك اموال الزهاد وأهل الاعراض عن الدنيا و تملك أموالهم ودورهم و عقاراتهم ، فمن سكن الجبال و الرمال واعرض عن الدنيا

وأبنائها ، هل ترى أنه يجوز ان تملك اموالهم و عقاراتهم بحيث لو رجعوا عن الزهد و الانقطاع عن الدنيا لايجوز لهم أخذ اموالهم ممن تملكها و أخذها وكانوا أجانب بالقياس الى اموالهم ؟ و من المعلوم ان الامر ليس كذلك ، ولا اظن احداً يذهب اليه .

وأما ما قامت عليه السيرة من أخذ الاموال الحقيرة كحطب المسافرين وبقايا متاعهم الحقيرة فلا نسلمه الا فى مورد يعلم بالاذن و الا باحة لجواز التصرف و الاخذ و التملك و لو بالقرائن . ولذاقد يختلف ذلك بحسب حال الناس من الثروة و الفقر .

فانك اذا وجدت مسافرين قد ذهبوا عن مكان وكانوا من اهل الثروة الطائلة و من اهل الشرف و تركوا قليلا من الحطب وقطع الخبز و نحو ذلك تجزم بصحة التصرف و التملك ، بخلاف ما لورأيت مسافراً فقيراً او درويشاً ذهب عن قليل من الحطب و المتاع فلا تطمئن أن يكون ذلك اذناً فى التصرف والتملك .

ولا سيما اذا احتمل رجوعه ، كما ان ذلك مشاهد من المسافرين حسب مقاماتهم وثروتهم ونفسياتهم .

فاتضح أن عنوان الاعراض لاموضوع له ليدخل الموارد فى صغرياته .

و الالتزام بالتفصيل بين الحقير والخطير لاوجه له مالم يحصل الوثوق بالاذن واباحة التصرف .

وبالجملة فمجرد كونه اعراضا لااعتبار به أصلا .

وأما الاستشهاد على تحقق كبرى الاعراض بنثار العرس باعتبار أنه يجوز اخذه ، وتملكه .

ففيه : انه مصادرة على المطلوب ، اذمالم تقم قرينة على جواز الاخذ به فيشكل تملكه وأخذه ، و انما يؤخذ فى بعض الموارد من جهة القرائن الواضحة الدالة على جوازه ، بل التصريح بالاخذ فى بعض الاحيان ، و الا فمع الشك فلا يصح الاخذ .

وبالجملة : ان نثار العرس نظير اذن صاحب الحمام للدخول فى حمامه ، و الاغتسال بمائه ، و الصرف منه مهما شاء أوحسب المتعارف ، غايته أن نثارالعرس اذن فى التصرف والتملك بلا عوض ، و هذا اذن فى التصرف فى الماء بعوض .

وليس ذلك من باب الاجارة ، لعدم المعلومية فى المعوض ، وهو ممايوجب بطلان الاجارة ، فان المفروض ان الماء الذى يصرفه الداخل فى الحمام مما لاتعلم كميته ، فكيف تصح الاجارة مع الجهل ؟

فتطبيق المقام على نثار العرس أو دخول الحمام لاوجه له .

قاعدة اليد

اذادعى المدعى على شخص بمال وقد اقام البينة عند الحاكم الشرعى ،فحكم الحاكم الشرعى بصحة الدعوى و رجوع المال الى صاحبه المغصوب منه ، أو المأخوذ منه اشتباهاً ، أوالمقبوض منه بعقد فاسد ، فان كان المال موجوداً بعينه كان فى عهدته ووجب عليه رد العين بنفسها .

وان لم تكن العين موجودة . وجب عليه رد مثلها ، و ان تعسر أو تعذر ذلك عليه تعين رد القيمة ، ولابد فى المقام من بيان قاعدة على اليد ، و ان كنا فى مقام الضمان تعتبر الضمان بيوم التلف ، لا بيوم الا داء .

ولكن حيث ان كثيراً من اعلام الفقه والتحقيق او جبوا ذلك فى يوم الاداء، فلا بد من التعرض لقاعدة على اليد وما يستفاد منها .

كما أن من جملة موازين القضاء هو الحكم بالضمان بهذه القاعدة فنقول و من الله التوفيق :

ان الاصل فيها هو النبوى المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» (١) و قد رواه سمرة بن جندب عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

و يقع الكلام فيها من جهتين : الجهة الاولى فى سندها ، و الثانية فى دلالتها .

اما الجهة الاولى :فلاريب ولا اشكال فيضعف سندها ، لان سمرة بن جندب الذى روى هذا الحديث من اشد الناس ضعفاً ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى حقه «انك رجل مضار» (٢) والحديث معروف يذكر فى قاعدة لاضرر .

ولا شك فى انه كان فاسد العقيدة والعمل وكان من الوضاعين للحديث، و هو من اصحاب معاوية عليهما لعائن الله .

و كيف كان فسندهذه الرواية ضعيف عند العامة و الخاصة ، و لكن مع ذلك كله نقول :

ان الخبرمعتبر غاية الاعتبار ، و ذلك لاعتبارهذا الخبر لدى السيد المرتضى و الشيخ الطوسى ، و السيد ابى المكارم ابن زهرة ، وغيرهم من المشايخ و الاعلام قدس الله نفوسهم الزاكية .

وقد أخذ ابن ادريس رحمه الله بهذاالخبر جازماً بصحته ، وهو ممن لايعتمد على أخبار الاحاد كابن زهرة رحمه الله ، فنرى انهم يعتنون به غاية الاعتناء .

هذا مضافاً الى علو مضمون الرواية جداً ، و موافقته لما عليه بناء العرف و

١ــ المستدرك باب ١ من ابواب الغصب

٢ــ الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات حديث ٤

العقلاء من الحكم بالضمان فی مورد الید .

والاشکال علیه بان اعتناء هؤلاء الاعلام بالروایة و اعتمادهم علیها لعله کان من جهة الرد علی العامة ، حیث یفتون بخلاف مضمونها ، وعلیه : فلیس ذکرهم لها ، واعتنائهم بها لاجل صحة الروایة ، بل کان لاجل الرد علیهم .

مندفع : اولا بان ذلك لا یناسب مع مثل هؤلاء المشایخ العظام ، و الفقهاء الاعلام . اذ لاینبغی لهم یتعرضوا کلهم للروایة جدلا . بل مقامهم اجل من الجدل بهذه الکیفیة فی جمیع موارد الفقه .

و ثانیاً : انهم لو أرادوا الجدل فلما ذا جاؤا بهذه الطریقة ، مع کون الروایة ضعیفة عند العامة ایضاً ، فکان الاولی ان یطعنوا فی سندها لاان یجعلوا مدرکاً للرد علیهم مع ضعفها عندهم ، وهذا مما یؤکد اعتبار الروایة لدی علمائنا الاعلام .

نعم من اشترط فی حجیة الخبر عدالة الراوی ، أو وثاقته زائداً علی الوثاقة بالصدور ، فلا بد أن یقول بعدم اعتبار الروایة ، ولکن قد تقدم فی بعض المباحث المتقدمة عدم اشتراط ذلك عندنا ، وانه یکفی فی قبول الخبر الوثوق بالصدور .

فالانصاف ان الروایة معتبرة لایمکن الاستشکال فیها من جهة السند .

واما الجهة الثانیة : فالروایة تدل علی الضمان بوضوح کامل ، و الضمان لغة تضمن شیء لشیء ، وهذا المعنی بنفسه هو الضمان العرفی ، فکان الید تکون متضمناً للمال ، والمتفاهم العرفی من هذه الروایة هو ان المال قد استقر وثبت علی عاتق القابض للمال و علی عهدته ، کما ان المتفاهم العرفی من نحو هذه العبارة هو الحکم الوضعی دون التکلیفی ، حتی لو استعمل مثل هذا التعبیر فی مورد الحکم التکلیفی لفهم العرف منه الحکم الوضعی ، ویفهم التکلیف بالقرائن ، کما فی قوله

ﷺ «الامام ضامن لقرائة المأموم(١)» فانه مفيد للضمان و هوالحكم الوضعى و ان كان المقصود منه سقوط وجوب القرائة عن المأموم وهو الحكم التكليفى .

أضف الى ذلك ان لفظة «على» وهى من الحروف الجارة اذا تعلقت بالاموال والاعيان تفيد الحكم الوضعى ، واذا تعلقت بالافعال يفهم منها التكليف .

١ـ راجع الوسائل باب ٣٠ من ابواب صلوة الجماعة

ماهو متعلق الضمان ؟

قد ذهب الاستاذ المحقق النائيني والاستاذ العراقي قدس سرهما الى ان متعلق الضمان هو الشيء بحيثياته الثلاثة و هي الشخصية ، و النوعية ، و المالية فظاهر الرواية يفيد ان اليد اذا قبضت المال تكون ضامنة للحيثيات الثلاثة على نحو الطولية والترتب ، بمعنى انه يضمن لشخص المال اولا ، فان تعذر فمثله ، والا فقيمته .

وعليه تكون هذه المراتب الثلاث من الشخص ، والمثل والقيمة مما استولت عليها اليد ولابد من ادائها على نحو الترتب فتكون الجهة النوعية والمالية من مراتب وجود الشيء حقيقة ، وان من استولى على شيء فقد استولى على جهاته الثلاثة ، فيكون اداء تلك الجهات تابعاً لاستيلائه عليها ، فيشمل الحديث لضمان المثل والقيمة من جهة دخولهما تحت الاستيلاء ، وان من استولى على شيء بدون اذن مالكه لابد له من اداء ذلك الشيء ، اما بشخصه ان كان موجوداً ، واما بمثله او قيمته ان لم يكن موجوداً .

والاستاذ المدقق الاصبحاني يختار انما يستقر في العهدة ويضمن القابض للمال ليس الالعين الشخصية، واما المثل والقيمة فهما لازمان للعهدة على الشخص ويتبعان لها ، بمعنى ان المثل والقيمة لايكونان داخلين تحت الاستيلاء على العين ، اذليس المثل اوالقيمة عنده من مراتب وجود الشيء حقيقة .

واما شمول الحديث لضمان المثل والقيمة ،فليس من جهة التعميم في ناحية الاستيلاء على العين ، بل من جهة التعميم في ناحية الاداء ، حيث ان القابض للعين لا تفرغ ذمته الا بالتأدية ، وهي اعم من تأدية نفس العين اذا كانت موجودة ، ومن تأدية مثلها او قيمتها عند التلف .

وعليه فتكون التأدية اعم من الاستيلاء على العين ، و يكون ضمان المثل و القيمة من توابع العهدة على شخصية المال .

وفيه ان هذا البيان ، و التقريب ان صح في القيمة فلا يصح في المثل قطعاً ، لان المثل في نظر العرف وجود حقيقي بالنسبة الى العين ، وانه من افراده حقيقة ، ولا أقل من كونه فرداً تنزيلياً له في نظر العقلاء والعرف ، فان من اتلف شيئاً ثم أدى مثله الى المالك يرى العرف أن هذا المثل اما فرد حقيقي للشيء التالف ، أو فرد تنزيلي له ، فيكون الضامن في نظرهم مؤديا لما ضمنه حقيقة .

وان شئت فقل: ان اداء المثل اداء حقيقي بالنسبة الى ما يماثله لدى العرف والعقلاء .

وبالجملة فعلى ما اخترناه في معنى الحديث يكون الاستيلاء شاملا للعين و المثل حقيقة ، أو تنزيلا .

نعم يشكل شمول الحديث لضمان القيمة ، من جهة ان المالية ليست من مراتب وجود الشيء ، لاحقيقة ولا تنزيلا ، وأنها ليست تحت الاستيلاء ، لما ذكرناه مفصلا

فى بيع «انوار الوسائل» من ان القيمة ليست من حيثيات العين ، لا من حيثيات وجودها ، ولا من حيثيات الكلى المنطبق على العين ، فان حيثية القيمة كما هو المعروف فى اذهان ابناء المحاورة والعقلاء من الحيثيات التعليلية التى توجب ترتب الحكم على موضوعه .

وليست من الجهات التقييدية ، كعنوان شخصية العين بالقياس الى الحصة والكلى ، فشمول الحديث للجهات التقييدية من العين أو المثل ، والجهات التعليلية كحيثية القيمة ورغبات الناس فى بذل المال بازاء الشىء مما لا يساعد عليه العرف فى لسان دليل واحد ، لعدم القدر المشترك بين الجهة التعليلية والتقييدية .

نعم لو أن العرف والعقلاء التفتوا الى الفرق بين الجهة التعليلية المعتبرة فى القيمة و بين الجهة التقييدية فى المعتبرة فى العين والمثل .

ومع ذلك اعتبروا الجهة التعليلية فى القيمة كالجهة التقييدية فى شمول اليد على الحيثيتين أمكن الالتزام بشمول دليل على اليد ما اخذت للعين و المثل والقيمة ايضاً .

ولكن ثبوت هذا التنزيل من ابناء العرف و المحاورة ، أو من بناء العقلاء على ذلك مقطوع بعدمه وعليه فالرواية شاملة للعين الشخصية ، و لمثلها ، دون القيمة .

وتفصيل هذا البحث قد بيناه فى باب البيع من كتاب «انوار الوسائل» هذا كله اذا قلنا بما اخترناه فى معنى الحديث من كونه فى مقام جعل الحكم الوضعى من الشارع ، وهو الضمان .

واما لو قلنا بانه فى مقام الاخبار عن الواقع ، او انه ارشاد الى ماعليه العرف

والعقلاء فيمكن القول بشمول الحديث لضمان القيمة ايضا من جهة أن العرف لايرى مانعاً من قيام الشيء الواحد بجهات متعددة من النوعية و المالية فى مقام الاخبار عنها ، او الارشاد عليها ، ولكن هذا خلاف ظاهر الحديث جداً ، فان ظاهره انشاء الحكم الوضعى .

هل الضمان أمر واقعي أو اعتباري ؟

والتحقيق ان باب الضمانات ليس من الامور الواقعية ، ولا يدخل تحت مقولة من المقولات المعروفة من الجوهر والعرض وغيرهما .

بل انما هي امور اعتبارية ، اعتبرها الشارع ، أو العرف ، لتحقق النظام في العالم و لتنظيم معايش العباد ، و الجواهر و الاعراض ليست قابلة للانشاء و الاعتبار.

ومن هنا ظهر ضعف ماذهب اليه المحقق العراقي رحمه الله من ان الضمان ، أو كون الشيء على اليد و ان لم يكن من سنخ المقولات و لكنها حقائق ثابتة ، و ماهيات واقعة قد ابرزها الشارع . اذ نقول : انه لو كان من سنخ الحقائق والماهيات الواقعية لكان غير قابل للانشاء والجعل ، مع انا نرى ان الشارع أو العرف ينشيء هذه الامور اي الضمان والملكية ونحوهما ، و يعتبرها في عالم الاعتبار ، بل ولعل حياة البشر في مختلف شؤنها مبنية على هذا النوع من الاعتبار والانشاء. وبالجملة:

فان حقيقة الضمان انما هى عبارة عن الامر الاعتبارى الذى يترتب عليه الاثار من الوضعى والتكليفى .

وليست من الموجودات الحقيقية ، ولا حيثية لموجودخارجى فلا حقيقةله الا ذلك الاعتبار القائم بالشارع أوالعرف .

الفرق بين قاعدة اليد و قاعدة على اليد

ولان يتضح الفرق بينهما جيداً نفسر مفردات الحديث المتقدم ، والا لفاظ التى وردت فيه ـ وان كنا غير محتاجين الى ذلك فى التفرقة بين القاعدتين .

لكنا نتعرض له توضيحاً ، فنقول : ان كلمة (على) انما وضعت للاستعلاء ، سوا كان الاستعلاء خارجياً كما فى قولنا : زيد على السطح ، أو كان معنوياً كما يقال : على كذا درهم مثلا .

وأما كلمة :(اليد) فهى قداستعملت هنا فرداً من الاستيلاء على الشيء ،وليست بمعنى الجارحة المخصوصة ، اذربما لاتكون للغاصب تلك الجارحة ، اوكانت .

ولكنه لم يقبض المال بها ،فليس المقصود منها هيهنا الاالاستيلاء على الشيء، ولكن ليس استعمال اليد فى الاستعلاء استعمالا كنائياً ، أومجازياً ، كما يعتقده بعض الاعلام .

بل التحقيق ان اليد من احد مصاديق الاستيلاء ، فان للاستيلاء معنى عام ،وله

مصاديق متعددة ومن جملتها اليد ، فحينما يقال : «يدالله فوق كل ايديهم» لم يستعمل لفظ اليد الا في معناه الحقيقي ، وهو الاستيلاء باعتبار انه احد مصاديقه ، لا انه كناية عنه .

بل ربما نقول : ان المعنى الحقيقي لكلمة اليد ليس الا الاستيلاء ، واما اطلاقها على الجارحة المخصوصة فهو ايضاً باعتبار استيلائها على الاشياء في أغلب الموارد وعلى تقدير التنزل نقول : ان كلمة اليد تطلق على معنيين احدهما : الجارحة وثانيهما : الاستيلاء .

وبالنتيجة يكون استعمال اليد في الاستيلاء استعمالا حقيقياً ، وعليه فلا نحتاج في مثل قوله تعالى : يدالله فوق ايديهم الى القول بالتجوز أو الكناية .

ثم ان جملة على اليد خبر مقدم للموصول ، ويتعلق الجار بفعل من افعال العموم من الثبوت والكون ونحوهما ، وعليه يكون الظرف مستقراً لا لغواً ، لان تقدير فعل خاص يتعلق به الجار يحتاج الى تكلف ومؤنة زائدة لا دليل عليها .

وعلى ضوء ماذكرناه يصبح معنى الحديث هكذا : ماأخذته اليد استيلاء ، واستولت عليه اليد ثابت عليها ، ويكون في عهدة الاخذ الى ان يؤديه . فكانه يكون المال المستولى عليه اليد مستعليا على اليد ، وثابتا عليها على نحو الاستعلاء ، وأن الشارع اعتبر المال مستوليا على اليد بعد استيلاء اليد عليه .

ومن هنا تعرف الفرق بين هذه القاعدة وقاعدة اليد ، وان الثانية على عكس من الاولى ، اذ اليد تكون في الثانية مستولية على المال ، واما في الاولى فالمال مستول عليها على نحو الاستعلاء كما عرفت .

وقد ظهر مما ذكرناه ان لفظة : (حتى) في الحديث غاية للحكم ، لانها قيد

للموضوع ، لان معنى الحديث على ماذكرنا هوان المال ثابت ومستقر فى عاتق القابض ، وعهدته الى أن يؤديه الى صاحبه ، ولانعنى بالضمان الاهذا . ولوقلنا بكونها قيداً للموضوع يكون المعنى ان المال الذى اخذته اليد مقيداً بالاداء لابد ان يؤديه، وهذا يستلزم التكرار المستهجن .

دلالة الحديث على الحكم الوضعي

قدتقدم ان الحديث يدل على ان ماأخذته اليد واستولت عليه يكون مستوليا على اليد ،وثابتاًعليها الى أن تؤديه ،والمقصود من الضمان هو هذا الاستيلاء الاعتباري المعبر عنه في اللغة بتضمن شيء لشيء .

وتوهم انه لما لم يكن الوجود الخارجي قابلا لاستيلائه على اليد ، فلابد أن يكون المقصود منه هو الاستيلاء الاعتباري ، وعليه يكون هذا الاستعمال استعمالا مجازياً ، ويتحقق التجوز اما في مدخول حرف الجر ، أوفي نفسه لاوجه له .

اذ التحقيق ان الوجود الاعتباري ليس وجوداً مجازياً بالنسبة الى الوجود الخارجي ، فان كل ماهية من الماهيات لها انحاء من الوجود ، كالوجود الخارجي والذهني والكتبي والاعتباري ونحوها . فكما لايكون الوجود الذهني مجازاً عن الوجود الخارجي ،ولاالكتبي مجازاً عن الذهني ،فكذلك لايكون الوجود الاعتباري مجازاً بالنسبة الى الوجود الحقيقي .

بل كل هذه الوجودات مرتبة من مراتب الوجود ،ولاترتبط بالحقيقة والمجاز .

وليس ذلك الامن قبيل تعدد الوجود بالحمل الشايع الصناعى، وذلك لايوجب التعدد فى الحمل الاولى ، ولانعنى بالضمان الاهذا الوجود الاعتبارى .

نعم لابد أن يكون الاعتبارعن مصلحة وملاك ، أوفقل ان الاعتبار يحتاج الى المصحح للاعتبار ، اذعليه بنى اغلب امور الناس ،من الاجتماعية والاخلاقية والسياسية ونحوها مما يتوقف عليه معايش العباد .

بل ولعل تأثير الاعتباريات فى حياة البشر واجتماعه أكثر من الموجودات الحقيقية من الجواهر والاعراض .

فالحق والانصاف ان الرواية تدل على الحكم الوضعى بوضوح كامل .

اختلاف الاقوال على القول بافادة

الحديث الحكم التكليفى

والقائلون بدلالتها على الحكم التكليفى قداختلفوا فى التكليف المدلول عليه بالرواية على اقوال .

الاول : انه عبارة عن وجوب الرد ، وان الظرف متعلق بوجوب الرد.

وفيه : عدم تناسب العبارة مع ذلك ، اذيكون معنى الحديث حينئذ انه يجب رد العين التى اخذها حتى يؤديها ويردها ، وقدتقدم انه يلزم منه التكرار المستهجن.

الثانى : وجوب حفظ المال الى ان يؤديه .

وفيه انه ليس مساق الرواية وجوب الحفظ ونحوه ، بل المتفاهم العرفى منها هو الضمان ، ورد العين كما تقدم .

الثالث : انه الجامع بين التكليف والوضع .

وفيه عدم وجود الجامع الحقيقى بين التكليف والوضع ؛ والجامع الاعتبارى

لايجعل الامرين المتباينين أمراواحداً .

الرابع : ان الرواية تدل بالمطابقة على الحكم التكليفى ، وبالالتزام على الوضعى بمعنى انها تدل بالمطابقة على وجوب الرد ؛ ويلزم من عدم الرد الضمان ، فيكون الضمان وهو الحكم الوضعى مدلولا عليه بالدلالة الالتزامية .

وفيه : انه خلاف للظاهر جداً . فالانصاف انها لاتدل الاعلى الحكم الوضعى، وهو المتفاهم العرفى من امثال هذه العبارة بالاضافة الى القرائن التى قدمناها .

و أما القول بان للضمان مرتبتان مرتبة التقدير و الشأنية ، ومرتبة التنجيز و الفعلية بمعنى انه ان كان المال قد تلف فى يده فالضمان فعلى ، والا فتقديرى ، اى يضمن على تقدير التلف ، و عليه فيجمع بين الاقوال بان القائل بعدم الحكم الوضعى (الضمان) نظر الى الفعلية ، فنفاها ، و القائل بوجوده نظر الى التقدير فأثبته .

فمندفع بأن الضمان من الامور التى ليست لها مرحلتان من الوجود أى الشأنية و الفعلية .

بل أمره دائر بين الوجود والعدم ، فهو اما أن يوجد ، فيكون وجوده فعلياً. واما ان لايوجد أصلا لافعلا ولا تقديراً .

وهكذا نقول فى جميع الوجودات الذهنية والاعتبارية مما كان يدور امرها بين الوجود والعدم .

تعدد الايادى

اذا تعددت الايادى على مال سواء كان على نحو الغصب اوعلى نحو المقبوض بالعقد الفاسد ، فهل يكون الضمان بينها على نحو التشريك أم لا ؟

وكلامنا الان فى الايادى المتعددة التى استولت على المال عرضا ، و دفعة واحدة .

وأما الكلام فى تعاقب الايادى التى تستولى على المال على نحو الطولية فسيأتى .

وكيف كان ففى المسئلة اقوال :

الاول : أن يكون كل من اليدين يدا كاملة ، و يكون الاستيلاء كاملا بلا قصور فيه ، وانما يكون القصور فى المحل بمعنى ان المال الواحد لايتحمل الايادى المتعددة ولا يقبلها ، والا فليس فى الايادى عجز عن الاستيلاء ، أوقل : ان القصور فى متعلق الاستيلاء لا فى نفس الاستيلاء .

الثانى : أن يكون الاستيلائان كاملين ، ولا قصور ايضاً فى المستولى عليه ، فيكون كل من الايادى مستولياً على المال مستقلا ، كما اختاره السيد الفقيه فى العروة .

الثالث : انه لما وقع التزاحم بين الاستيلائين ، و لا يمكن ترجيح أحدهما على الاخر ، فيكون المال كانه لايد عليه ، لان مقتضى التزاحم عدم تأثير كل منهما فى مقتضاه ، فيكون من باب المال الذى لايد عليه .

الرابع : أن يتنزل كل من الاستيلائين من العلة التامة الى جزء العلة .

* * *

اما الوجه الاول والثانى : فغير صحيح ، بل غير منقول ، اذ يلزم منهما اجتماع علتين على معلول واحد، مضافا الى أن القول بغصب كل غاصب جميع المال خلاف الوجدان .

اذ المفروض انه مال واحد قد اشتركت الايادى فى الاستيلاء عليه .

والقول بان المقام ليس من قبيل العلل التكوينية حتى لايعقل اجتماعها على معلول واحد بل المقام انما هو من قبيل الامور الاعتبارية ، و التشريعية التى يتصور فيما ذلك ، ولا يلزم منه المحذور الذى يلزم هناك وهذا يكون نظير اجتماع الملكيتين على مملوك واحد .

مندفع بان العرف و العقلاء لايفرقون فى ذلك بين التكوينيات والاعتباريات بمعنى ان المقام وان لم يكن من باب اجتماع العلتين على معلول واحد ، أو عرضين على معروض واحد .

لكن العقلاء يرون هذاالنوع من الاعتبار لغواً ، ولا يعتبرون استيلائين كاملين على مال واحد .

و اما اجتماع ملكيتين على مملوك واحد فهو ايضاً محل كلام واشكال ، بل نقول : انه ايضاً لغو غير معقول .

واما ماافاده المحقق اليزدى فى العروة ـ كما صرحنا باختياره فى قاعدة اليد ـ من تنظير المقام بباب الوضوء بادعاء انه يصح فيه اجتماع العلتين كقصد التبريد و القربة ، معللا بانه لو انفرد احدهما كان هو المؤثر فى المعلول دون الاخر ، وكان هو العلة التامة دونه .

فمدفوع بانه قضية فرضية لايصحح اجتماع العلتين على معلول واحد ، فان الانفراد التقديرى لايفيد مع عدم الانفراد الفعلى .

بل نقول : ان ذلك اعتراف منهم بالاشكال ، لانه رافع له .

وأما الوجه الثالث : فضعفه ظاهر لعدم امكان القول بارتفاع اليدين معاً ، و ان المال غير مستولى عليه ، لان هذا مما يكذبه الوجدان ، فان المشاهد بالعيان ان المال قد استولت عليه الايادى ، و مع ذلك فكيف يقال : بان المال لا يد عليه أصلا ؟

واذا بطلت الوجوه الثلاثة تعين الوجه الرابع وهو المختار ، فاذا اجتمعت الايادى فبطبيعة الحال يتنزل كل منها من العلية التامة الى جزء العلة ، فتشترك الايادى كلها فى الضمان ، وللمالك ان يضمن كلا من الغاصبين بالنسبة ، فان كان الغاصب اثنين يضمن كل منهما نصف المال ، وان كان ثلاثة فثلث المال وهكذا .

وقد تقدم ما ينفعك هنا فى قاعدة اليد فى بحث اجتماع الايادى على مال واحد .

ضمان الصبي والمجنون وعدمه

الظاهر ان الاستيلاء على المال بدون اذن المالك ورضاه سبب للضمان مطلقا، سواء كان المستولى عليه مكلفا أولم يكن كذلك ، كالصبي والمجنون .

غاية الامر أنه اما لم يمكن توجه الخطاب اليهما ، يكون الضامن للمال هو الولي والقيم ، فيجب عليهما اداء المال الى صاحبه من مال الطفل ، والمجنون .

هذا و قد يشكل الامر في المقام على مبنى الشيخ الاعظم الشيخ الانصارى رحمه‌الله ، حيث يقول بعدم وجود الاحكام الوضعية ، وأنها منتزعة من الاحكام التكليفية .

والمفروض في المقام عدم وجود حكم تكليفي على الطفل والمجنون ، فكيف ينتزع عنه الحكم الوضعي وهو الضمان ؟ ومع ذلك ، فكيف يصح الحكم بضمان الولي ، اووجوب تأدية المال عن الطفل والمجنون .

ولكن قدتقدم ـ في نظير المسئلة في كيفية ترتيب الاثر على اليمين ـ احتمال ان الشيخ (ره) لاينكر وجود الحكم الوضعي رأساً ، بلايقول بوجوده حقيقة ، و لكن لاعلى نحو الاستقلال ، بل على نحو الانتزاع عن التكليف ، وحينئذ لايرد عليه الاشكال المتقدم ، وقد ذكرت هذا الاحتمال في باب البيع من كتاب انوار الوسائل .

ولكن الظاهر من كلماتهم انه يفهم من عبارات الشيخ في المكاسب ، وغيره انكار الحكم الوضعي تباتاً ، وانه ليس في مورده جعل و تشريع ، و ليس له وجود لاستقلالا و لاتبعاً ، فحينئذ يرد عليه الاشكال ، فلابد أن يلتزم بالتزام آخر ، كما التزم به في مورد وجوب الغسل على الطفل الذى ادخل حشفته في فرج امرأة بعد البلوغ ، فانه قد اجاب بان ذلك من قبيل الامور الواقعية ، والاسباب الخارجية، وليس لها ربط بوجود الحكم الوضعي وعدمه ، فكما ان ادخال الحشفة في الفرج سبب واقعي لوجوب الغسل ، كذلك استيلاء الصبي والمجنون على المال سبب واقعي للضمان ، و لافرق في ذلك بين القول بوجود الحكم الوضعي ، وبين القول بعدمه .

وعليه : فليس ضمان الصبي والمجنون من جهة الحكم التكليفي او الوضعي حتى يستشكل عليه بعدم الجعل في الاحكام الوضعية .

ولكن الانصاف ان كلامه قدس سره لايخلو من تأمل لانه ان كان غرضه من سببية استيلاء الطفل للضمان انها من قبيل الاسباب التكوينية الخارجية ، كسببية النار للاحراق فهو خارج عن محل الكلام ، لانه على هذا التقدير لايحتاج الى جعل شرعي ، مع أن الظاهر من الادلة كون الضمان ونحوه امراً مجعولا شرعياً .

وان كان عرضه انها من قبيل المصالح والمفاسد الكامنة في الاشياء ، فتكون دواعي للجعل من قبل المولى فهذا أمر لايختص بما نحن فيه ، فان جميع الاحكام الشرعية وخطاباتها لايصدر من الشارع المقدس الا اذا كان هناك مصالح و مفاسد واقعية تقتضي التكليف ، أو الوضع كما هو مذهب العدلية ، وهذا لا يوجب انكار

الحكم الوضعى .

هذا كله اذا كان الطفل مميزاً بحيث تعتبر يده لدى العرف و العقلاء يداً مستولية ، واما غير المميز ممن كانت يده كلا يد ، فلا اشكال فى تعين الضمان على الولى .

اشتراط المالية فى متعلق الضمان

لاريب و لا اشكال فى اعتبار المالية فى متعلق الضمان فما لا يكون مالا ، كالحشرات ونحوها لايشمله الحديث ، ولا يتحقق فيه الاستيلاء فلا يأتى فيه الضمان وهكذا اذا كان مالا لدى العرف .

و لكن الشارع اسقط ماليته كالخمر و آلات القمار و نحوهما ، فلا ضمان للمسلم الذى غصب الخمر عن مسلم آخر . اذ المفروض عدم المالية للخمر لدى الشارع ، فكيف يحكم الشارع بضمان شيء حكم بسقوط المالية عنه ، وانه لايملكه احد من المسلمين .

نعم اذا كان المسلم قد اخذ الخمر لان يجعله خلا ، و كان الخمر قد قرب من الخلية ، فيجوز ان يقال حينئذ بوجود حق الاختصاص للمسلم بالنسبة الى ذلك الخمر ، فيكون الغاصب ضامناً لهذا الحق ، و لذا نقول : انه كان من المسلمين كسبه وعمله ذلك لايحوز لاحد منهم اتلاف ذلك الخمر ، لثبوت حق الاختصاص، واما الاخبار الدالة على عدم الضمان فى الخمر فلابد أن يحمل على الخمر

الذى لايقصد منه الخلية .

بل و لعل هذه الاخبار منصرفة الى هذه الصورة ، هذا كله اذا كان الخمر بيد المسلم ، واما اذا كان بيد غيره فان كان ذمياً مؤدياً للجزية فلا اشكال فى انه يحكم بالضمان بينهم ، سواء كان الغاصب للخمر ايضا ذمياً ، او كان مسلماً ، لان الظاهر من ادلة الجزية ان يرتب عليهم آثار احكامهم ، و ان يلزموا بما الزموا به انفسهم ، فيحكم بغاصب الخمر بينهم بالضمان سواء كان الغاصب منهم ، أو من المسلمين .

نعم لا يجوز لنا تسليم عين الخمر اليهم ، لان ذلك قد ينجر الى اعتقادهم بجواز شربه عندنا مضافا الى ان تسليم عين الخمر بيدهم يكون بمنزلة الاقرار منا على جواز شربه لهم وهذا لايجوز .

ولاسيما اذا كان الغاصب مسلماً ، ودليل اقرارهم على احكام والزامهم بما الزموا به انفسهم لايقتضى الا اعتبار ذلك الشيء مالا لا خمراً ، فيرد اليهم مالية الخمر لانفس الخمر .

واما اذا كان المغضوب منه مسلماً والغاصب ذمياً ، ففى هذه الصورة لا اشكال فى عدم امكان تسليم عين الخمر ، او مثله للمسلم ، و هل يرد له قيمة الخمر كما احتمله جماعة أم لا ؟

فالظاهر هو الثانى لان دليل الالزام بمذهبهم ، و اقرارهم على احكامهم لا يقتضى الا الالزام بمذهبه فيما اذا كان المغضوب منه كافراً كالغاصب ، او كان الغاصب مسلماً والمغضوب منه كافراً .

فحينئذ يضمن الغاصب ، ويجب عليه الاداء على النحو الذى تقدم ، و ليس

مقتضى أدلة الجزية هو التزام المسلمين بدينهم مع اعتقاد المسلمين ببطلان مذهبهم وحرمة افعالهم .

ومن هنا ظهر ضعف ماذهب اليه الاستاذ المحقق العراقي فى بحثه من ضمان الكافر للمسلم من جهة اعتقاد الكافر بحلية الخمر ، اذ قد تقدم انه لا يمكن الحكم بضمان عين الخمر أو مثله وقد عرفت الاشكال فى ضمان القيمة ايضاً .

هذا كله اذا قلنا بعدم حرمة الخمر فى بعض الاديان السابقة ، و الا فان قلنا بحرمته فى كل دين كما يظهر من بعض الروايات فيشكل اقرار الذمى ايضا على أخذه .

خروج اليد الامانية عن قاعدة على اليد

لاريب ولا اشكال فى خروج جميع الايادى الامانية عن القاعدة المذكورة، كيد الودعى والوكيل والمستاجر ونحوها ، لان الامانة معناها الاستنابة فى الحفظ ، سواء كانت الامانة مالكية ، أو شرعية ، و هى لا تجتمع مع الضمان ، فان الامانة سواء كانت من قبل الشارع كالحاكم الشرعى بالنسبة الى مال القاصر .

والولى الاجبارى كالاب والجد،اوالولى المجعول من قبلهما كالوصى والقيم، اوكانت من قبل المالك كما فى الوديعة والاجارة و الوكالة و نحوها ، فان جميع هذه الموارد خارجة عن الضمان بالتخصيص ، اى من جهة تخصيص أدلة الامانات لقاعدة اليد ، و ان صدق عليها الضمان و الاستيلاء ، و انطبق عليها قاعدة على اليد بعنوانها الاولية ، وعليه يكون خروج الامانات عنها بالتخصيص .

نعم لواخذ فى عنوان على اليد مفهوم التعدى والتفريط تخرج الايادى الامانية عن القاعدة موضوعا و تخصصا .

تعاقب الايادى

و قد تقدم أن معنى قوله ﷺ على اليد ما اخذت ان ماستولت عليه اليدمن المال من غير اذن مالكه وقبضته على وجه الغصب يكون مستوليا على اليد ، وقاهرا لها ، فاذا قبضه الغاصب أوغير المأذون كان المال مستولياً على يده .

واذا قبضه شخص ثان كان المال المقبوض مستوليا على يده ايضا من ناحية المالك الاصلى ، و من ناحية من قبضها منه ، فاصبح القابض الثانى فى عهدتين و ضمانين واستيلائين . أحدهما من طرف المالك ، والثانى من طرف القابض .

و هكذا اذا انتقلت العين الى ثالث كانت على عهدة الثالث ضمانات و استيلائات متعددة احدها من ناحية المالك والاخران من ناحية من قبض المال منه اولا وثانياً ، وهكذا يتعدد الضمان والاستيلاء بتعدد الايادى وترتبها طولا .

و قد يتوهم فى المقام عدم صحة الضمانات المتعددة بتقريب : أن الوجود الواحد الشخصى كيف يتصور ان يكون فى الايادى المتعددة ؟ و كيف يتصور الضمان فى كل منها مع ان المال الواحد انما يقع تحت استيلاء واحد ؟ فلا بد ان يكون

الضمان ايضا ليد واحدوهي التي تلف المال عندها . وبالجملة فكيف يعقل استيلاء كل من الايادى لمال واحد لكي يحكم بضمان كل منها ؟

والجواب انه على ما بيناه في مفاد الحديث أن الشارع المقدس قد اعتبر وجودات عديدة للمال ، على حسب تعدد الايادى ، و ان هذه الوجودات المتعددة للمال مستولية على الأيادى موجبة لضمانها كلها ، بمعنى انه يصح لصاحب المال ان يضمن كل واحد من سلسلة الايادى .

و يرجع اليه سواء كانت العين بيده ، او كانت بيد غيره ، لتحقق ذلك الوجود ، اعنى وجود المال على يدالضامن ، و هذه الوجودات الاعتبارية ليست مجازاً عن وجود العين خارجا ، اذقد حقق فى محله ان لماهية الشيء وجودات متعددة ، كالوجود العينى و الكتبى و الذهنى و اللفظى ، و ليست هذه الوجودات الثلاث مجازاً عن الوجود العينى ، بل هى حقائق ثابتة فى عالمها .

فالشارع اذن قد اعتبرها على عاتق الضامن فى عالم الاعتبار و التشريع ، و ان المال قدأستولى على يدالضامن منغير تجوز فى عالم التشريع .

و اجمالا ان كل تشريع اذا لوحظ فى نفسه كتشريع الاستصحاب و البرائة وقوله : لاضرر ولا ضرار ، وقوله : لاحرج الى غير ذلك من التشريعات الاسلامية فلها حقائق ثابتة فى عالمها سواء كانت من القواعد الأصولية ، أو الفقهية من غير تجوز ولا مسامحة ، ونسبتها الى الخارج ليست نسبة المجاز الى المعنى الحقيقى ، بل نسبة المفهوم و الماهية الى ما يلبسه من ثوب الوجود من الذهن أو الكتابة او اللفظ .

ومما بيناه يتضح لك ان ماافاده الاستاذ المحقق العراقى من ان الوجودات

الاعتبارية مجازعن العين الحقيقية ،لايخلو من خفاء وتأمل . كما ان ما أفاده المحقق السيد محمد بحر العلوم من تعدد الاضافات لاوجه له .

اذقد بينا ان قاعدة اليد وعكسها قاعدة على اليد تفيدمعنى الاستيلاء والقاهرية والسلطة على الشيء ، وهذا مما لايتناسب مع مجرد الاضافة . على ان مسلكه قدس سره من تعدد الاضافة غير واف بضمان الايادى المتعاقبة عن الايادى السابقة ، لان غاية ما يفيد تعدد الاضافة هو ان المالك له حق الرجوع على كل من الايادى لاضافته اليهم من حيث كون ماله بايديهم ، واما ضمان بعض الايادى المتأخرة عن الايادى المتقدمة ، فلا يكفى فيه تعدد الاضافة كما هو واضح . بل لا بد فيه من الاستيلاء و ان كل يد متأخرة عن سابقتها تكون عليها عهدتان ، عهدة للمالك ، و عهدة لمن اخذ المال من يده ، و ربما تتعدد الايادى ، فتعدد العهدة على القابض للمال .

هذا على مختارنا ، واما على مختار شيخ الاساطين فيرجع الامر الى اشتغال ذمته للمالك ، ثم اشتغال ذمته بمن اخذ المال من يده ، فيتعدد الاشتغال بتعدد الايادى المأخوذ منها المال ، وتفصيل ذلك موكول الى بحث المعاملات .

و ليعلم انه بناء على اعتبار قاعدة على اليد من حيث السند و تمامية الدلالة فالمشهور هو تعين الضمان بيوم الاداء اما باداء العين ، أو باداء المثل او القيمة فى ذلك اليوم ، و عليه الشهرة من المتأخرين و قد ماء الامامية ، كما صرح بذلك و اختاره جدنا قدس سره .

ولكن الحق ـ كما حررناه فى محله ـ هو تعين الضمان بيوم التلف ، لا بيوم الاداء ، ولا بيوم الغصب كما ذهب اليه الطبقة الوسطى من الامامية .

مضافا الى ما أشرنا اليه على وجه الاجمال من ان ما استفاده الاعلام من الطبقة المتأخرة لا يخلو من تأمل ، حيث انهم ذهبوا الى أن القابض ضامن للمال بحيثياته الثلاثة .

وقد اشرنا الى ان الحيثية المالية ليست من حيثيات العين المضمونة ،وأنها من الجهات التعليلية للشيء ، لامن الجهات التقييدية .

بل حتى لو اخذ العرف على نحو الجهة التقييدية كان من باب الاشتباه ، و التخطئة فى المصداق .

الاقرار

و من جملة موازين القضاء هو الاقرار و قد تقدم أن الاقرار يكون على نحوين :

الاول : ان يكون من موازين ترتب الحكم على موضوعه ، و هذا ليس من باب القضاء ، كما اذا اعترف شخص لاخر بمال وحينئذ فاما ان يؤديه له ، و اما ان ينكره ، فيأخذ صاحب المال ماله منه و لو قهراً من غير مراجعة الى حاكم شرعي .

الثاني : ان يكون من موازين القضاء ، بحيث يكون الاقرار عند الحاكم الشرعي وفي مقام الخصومة .

وتوضيح حقيقة الاقرار على مابيناه في محله : انه تارة يراد به مجرد الاخبار الحاكي عن الواقع ، من غير قصد الانشاء والالزام بشيء ، وأخرى يراد به الاخبار على جهة الانشاء والالزام ، وثالثة يراد به السببية لايجاد ماتعلق به من ضمان مال ، أواشتغال ذمة ، أونحو ذلك .

أما الوجه الاول والثالث وهما الاخبار والسببية فظاهر الكلمات لايعطى ذلك كما انه ليس ذلك من مؤدى الاقرار لغة وعرفاً ، فان اللازم من البناء على السببية و الاخبارية ـ فيما اذا اقر بان الدار مثلا لشخصين ـ هو التعارض والتساقط ، ونتيجة ذلك أن لايكون اقرار على الدار ، و لاعلى ثمنها ، مع ان المعروف ـ بين الفقهاء قديما وحديثا ـ عدم الالتزام بذلك فى مقام الفتوى ، و ان كان يظهر منهم كما صرح به المحقق الكنى (ره) أنه من سنخ الاخبار المحض .

وعلى كل فالمختار لنا ان الاقرار من باب الحكاية والخبر على وجه الانشاء و الالزام ، و لذا يضمن الدار لزيد بالاقرار الاول ، و يضمن الثمن لعمرو بالاقرار الثانى .

ثم انه اذا كان الاقرار فى مورد الخصومة والحكومة عند الحاكم الشرعى ، فعلى ما اشرنا اليه سابقا يكون من موازين القضاء ، ولامحذور فى ذلك ، وليس الاقرار موجبا لترتب الحكم على الموضوع فى مقام الظاهر ، أو الواقع فقط ، بحيث يرتفع عن موضوع موازين القضاء كما هو واضح .

واما علم الحاكم فعلى ما بنينا عليه سابقاً لايكون من باب القضاء ، وانما هو من باب انكشاف الواقع فى نظر الحاكم ، ولايقع العلم الاطريقاً كاشفا عن الموضوع وحكمه ، كما لوقطع بخمرية شيء أو نجاسته ، أو طهارة شيء وحليته .

فان ترتب الحكم على الموضوع فى باب القضاء ليس نظير ترتب الحكم على موضوعه الواقعى أو الظاهرى ، بل لابد فى كون العلم من موازين القضاء من كونه وسطاً بين الموضوع وحكمه فى مقام الثبوت ، كسائر الموازين ، ويكون حكم الحاكم من متممات تلك الوسطية ، وليس حكم الحاكم من باب ترتب الحكم

على موضوعه الواقعي ، أوالظاهري ، نظير العلم بالحكم واقعاً ، أوظاهراً .

وقد افاد جدنا (ره) فيهذا المقام أن علم القاضي يتصور على وجهين :

الاول : يكون القطع والعلم كاشفا عن الحكم وموضوعه ليس الابحيث لم يكن له جهة الوسطية أصلا .

وعليه فلايكون المورد منموازين القضاء المصطلح وفصل الخصومة ،وانما يكون منباب ترتيب الحكم على موضوعه واقعا ،أوظاهراً .

الثاني : ان يكون علم القاضي وسطا فيترتب الحكم على موضوعه ، فيقع وسطاً فيالحكومة وفصل الخصومة .

ولكن قدعرفت منا ان العلم الكاشف عن الواقع فيحال كشفه لايكون من باب القضاء والحكومة .

واما اعتبار كونهوسطا بحيث يدخل فيباب الحكومة والقضاء فهو وان امكن ثبوتاً وتصوراً الاان الادلة لاتساعد على ذلك ، وان الظاهر فيكل مقام جاء العلم انه لايكون الاطريقاً ، وكاشفا عما تعلق به ، وليس منقبيل الوسطية ، أومتمم الجعل لترتب الحكم على موضوعه .

وقد بينا فيما تقدم : ان جعل العلم بهذه الكيفية مما يمكن أن تفى به الادلة الاولية ،ولابد فيه منادلة ثانوية متعرضة لجعله وسطاً فيترتب الحكم علىموضوعه.

الشهادة واعتبار العدالة في الشاهد

ومن جملة موازين القضاء الشهادة وهي بمعنى الشهود والحضور لغة وعرفاً، فانها مأخوذة من المشاهدة للشي يتوسط احد الحواس ،وتفيد الظن النوعي وان كان قديوجد الظن الشخصي في بعض الموارد على خلاف الظن النوعي المستفاد من البينة.

ولكن الميزان هو اعتبار الشرع والعرف لها من باب الظن النوعي دون الظن الشخصي ، والالسقطت غالبية الشهادات في كثير من الموارد ،لتحقق الظن الشخصي على خلافها .

ويعبر عن الشاهدين العادلين اوالشاهد العادل والمرأتين العادلتين بالبينة .

والبينة لغة : بمعنى البيان والوضوح ، وان كانت البينة في تعبير الشارع والمتشرعة اسماً للشاهدين العادلين من الرجلين اورجل وامرأتين عادلتين وسيأتي توضيح ذلك .

ثم انه يعتبر في البينة من الشاهدين اواكثر ، العدالة وقد اشرنا اليها سابقاًمن انها عبارة عن الملكة الراسخة اوصفة عارضة للنفس تقتضي اداء الواجبات

وترك المحرمات من الكبائر والاصرار على الصغائر ، اوانها عبارة عن وجود حالة في النفس ، وان لم تكن الحالة مقتضية لذلك بل يكفي وجودهـا في بعض الاحيان ، اوانها مجرد فعل الطاعة وترك المعصية ، فالدافع للمكلف ان كان في ذلك الحال هو امر الشارع ونهيه كان عادلا ، وان ارتكب خلاف امره ونهيه كان في ذلك الحال فاسقاً كما اختاره استاذنا المدقق في بحث الجماعة .

واما حسن الظاهر ، فليس هو موضوع العدالة ، وانما هو طريق الى معرفتها ، وتفصيل المقام يطلب من محله في شرائط امام الجماعة والجمعة وباب الطلاق ونحوها ، وقد اشرنا في اوائل الكتاب الى ذلك اجمالا ، واخترنـا في محله انها صفة نفسانية تقتضي اداء الواجبات وترك المحرمات .

والميزان في قبول الشهادة هو كون الشاهد عادلا عند القاضي على حسب اختياره في معنى العدالة ، فالعدالة وان كانت معنى واقعياً ، الا انها تختلف في انظار الفقهاء حسب دلالة الادلة في نظر الفقيه من الملكة الراسخة او الصفة التي تقتضي اداء الواجبات وترك المحرمات او الصفه في الجملة او اندفاع المكلف لاوامر المولى آنأما .

ثم انه لابد للقاضي اذا لم يعرف عدالة الشاهدين او الشهود ان يطلب تعديـل الشهود من المدعى واذا حصل التعديل بان حصلت البينة على عدالة الشهود ، فللمدعى عليه حق الجرح فان اثبت جرح الشاهدين او الشهود ببينة عادلة عند الحاكم سقطت الشهادة وان اقام بينة على ارتكاب معصية اومعاصي ، ولكن لا يراها الحاكم والقاضي معصية ، او كانت معصية ، ولكن لا تذهب معنى العدالة لانها صغيرة في نظر القاضي فحينئذ لا اثر للجرح ولا موجب لرفع اليد عن الشهادة .

تعارض البينتين

ان تعارض البينتين من طرف المستولى على المال والمدعى على المال ،لايدخل تحت عنوان التناقض بين قضيتين كما حرره الفلاسفة والمنطقيون فى كتبهم ،من ان التناقض يستدعى وحدة الموضوع والمحمول الى آخر الوحدات المذكورة فى كتبهم ، حتى وحدة النسبة ووحدة الحمل كماصرح به صدر المتألهين فى اسفاره، فانه كمايأتى بيانه قديحصل التعارض بين الشهادة على الملكية لشخص على الاطلاق، وبين الشهادة بملكية شخص آخر فى وقت معين ، اوبين كون احدى الشهادتين قد ذكرت فيها السبب ، والاخرى لم تذكر فيها السبب .

فانه فى جميع ذلك يتحقق تعارض الشهادتين ، وان كان بمصطلح الفلاسفة والمناطقة لاتناقض بينهما .

نعم قديكون التعارض هنا مصداقاً للتناقض فى مصطلح الفلاسفة فى بعض الاحيان كما اذا كانت كل بينة فى عين زمان الاخرى مع ذكر كل منهما السبب الذى يذكره الاخر ، فانه عند ذلك يكون المورد مصداقاً للتناقض المصطلح عند الفلاسفة حيث

لايمكن اجتماعهما فى مورد واحد من جميع الجهات .

واجمالا ان تعارض البينات والشهود اعم من التناقض اوالتضاد ، ويعبر عن موضوع البحث فى المقام بالتعارض .

واما عنوان التكاذب فليس بمقصود هنا اصلا ،وان وجد هذا التعبير فى كلمات بعض الفقهاء ،الا انه من الواضح ان عنوان التكاذب لاينطبق على المقام ،الا اذا تعرضت كل شهادة فى طرف ايجابها وسلبها لتكذيب الاخرى وهذا المعنى غير التعارض بين الحجتين اوالبينتين .

ثم ان المقصود من الداخل هو المتشبث بالمال والمستولى عليه ،ومن الخارج هو المدعى على المال غير المستولى عليه ،وليس المراد بالمدعى عليه المتشبث بالمال ان يكون المال تحت يده .

بل المقصود :انما هو من كان المال له وان كان ذلك بحسب القواعد الاولية، ولو بحسب الاصول العملية كاستصحاب ملكيته اوكونه وارثاً .

فهم وان عبروا عن الداخل بالمتشبث بالمال الا ان الغرض ليس حصره فى خصوص من كان المال تحت يده بل اعم من كون المال تحت يده ومن كونه ثابتاً له بمقتضى القواعد الاولية ولو بسبب التوارث اوالهبة اونحوهما .

ادلة القائلين باعتبار بينة الداخل

وقد استدل القائل باعتبار بينتة الداخل بعدة روايات .

١- رواية ابى بصير : سئل الصادق عليه السلام عن رجل يأتى القوم فيدعى داراً فى ايديهم ويقيم الذى فى يده الدار البينة ، انه ورثها من ابيه ولا يدرى كيف كان امرها. فقال عليه السلام : اكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه ، وذكر ان عليا عليه السلام : اتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا واقام هؤلاء البينة انهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا فقضى عليه السلام لاكثرهم بينة واستحلفهم قال : فسألته فقلت أرأيت ان كان الذى ادعى الدار ، قال : ان ابى هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن ابيه قال : اذا كان امرها هكذا فهى للذى ادعاها واقام البينة . (١)

٢ - رواية اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله عليه السلام : ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام : فى دابة فى ايديهما وأقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده

١- الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما وابى الاخر ان يحلف فقضى بها للحالف .فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما واقاما البينة فقال : احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين قيل : فان كانت فى يد احدهما واقاما جميعاً بينة قال : اقضى بها للحالف الذى هى فى يده (١) .

٣ـ رواية غياث عن ابى عبدالله عليه السلام : ان امير المؤمنين عليه السلام : اختصم اليه رجلان فى دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى يده وقال :لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين (٢) .

٤ـ رواية جابر ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى دابة وبعير ، كل واحد منهما البينة انه انتجها فقضى بها رسول الله ـ صلى الله عليه وآله وسلم ـ بمن هى فى يده (٣) .

٥ـ رواية البصرى : كان على عليه السلام اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين (٤) .

٦ـ موثقة سماعة : ان رجلين اختصما الى على عليه السلام فى دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده واقام كل واحد منهما بينة سواء فى العدد فاقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السموات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم»

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

٢ـ « « « « « « ٣

٣ـ المستدرك « ١٠ « « « « ٥

٤ـ الوسائل « ١٢ « « « « ٥

ايهما كان صاحب الدابة وهواولى بها فاسئلك انيقرع ويخرج سهمه فخرج سهم احدهما فقضى لهبها . (١)

٧ـ رواية عبدالله‌بن سنان قال :سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول : ان رجلين‌اختصما فى‌دابة الى على عليه السلام فزعم الى آخر مافى‌الموثقة بتفاوت يسير ثم قال : وكان‌ايضاً اذا اختصم اليه الخصمان فى‌جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه‌انتجها فكان اذا اقاما البينة جميعاً فقضى به‌للذى انتجت عنده (٢) .

٨ـ رواية داودبن سرحان وصحيحة‌الحلبى :فى‌شاهدين شهدا على امرواحد وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا واختلفوا قال عليه السلام : يقرع بينهما فـأيهما قرع فعليه‌اليمين (٣) .

٩ـ الرضوى فان لم‌يكن الملك فى‌يد احد وادعى فيه الخمان جميعاً فكل من اقام عليه شاهدين فهوا حق به فان اقام كل واحد منهما شاهدين فان احق المدعيين من‌عدل شاهديه ، فان استوى الشهود فى‌العدالة فاكثرهم شهودا يحلف بالله ويدفع اليه الشيء (٤) .

وظاهر الرواية اعتبار العدالة دون الاعدلية فمايترآى من‌بعض الكلمات من احتمال الاعدلية فى‌الرواية ممالاوجه‌له بعد نقلهاوحكايتها بلفظ العدالة دون‌الاعدلية ومجرد الاحتمال لايوجب دلالة على ذلك فضلا عن الظهور اللفظى وليس فى‌نسخ

١ـ الوسائل باب ١٢ من‌ابواب كيفية الحكم حديث ١٢

٢ـ « « « « « « ١٥

٣ـ « « « « « « ٦و١١

٤ـ المستدرك باب ١٠ « « « « ٢

الرواية التعبير بالاعدلية .

هذا على فرض تمامية السند فى الرضوى والافعلى مابنينا عليه فى الفقه من عدم حجية الرضوى فتسقط الدلالة رأساً فضلا عن محتملاتها من العدالة والاعدلية .

١٠ـ رواية زرارة عن ابى جعفر عليه السلام قال قلت له : رجل شهد له رجلان بان له عند رجل خمسين درهما وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم وكلهم شهدوا فى موقف قال عليه السلام : اقرع بينهم ثم استحلف الذين اصابهم القرع بالله انهم يحلفون بالحق (١) .

١١ـ رواية العطار عن بعض رجاله عن ابى عبدالله عليه السلام : فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود ان هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخر ان فشهدا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود ، وعدلوا فقال عليه السلام يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو اولى بها . (٢) .

١٢ـ وخبر السكونى عن الصادق عليه السلام : قال قضى امير المؤمنين عليه السلام : فى رجلين ادعيا بغلة فاقام احدهما شاهدين والاخر خمسة فقضى عليه السلام : لصاحب الخمسة خمسة اسهم ولصاحب الشاهدين سهمين (٣) .

١٣ـ رواية الثقفى عن ابيعبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : فى رجل ادعى على امراة انه تزوجها بولى وشهود وانكرت المرأة ذلك فاقامت اخت هذه المرأة على

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٧

٢ـ « « « « « « « ٨

٣ـ « « « « « « « ١٠

رجل آخر البينة انه تزوجها بولي وشهود ولم يوقتا وقتا ان البينة بينته الـزوج ، ولاتقبل بينة المرأة لان الزوج قداستحق بضع هذه المرأة وتريد اختها فسادالنكاح فلاتصدق ولاتقبل بنيتها الابوقت قبل وقتها اودخول بها (١) .

والظاهر من مجموع هذه الروايات هودلالتها على حجية بينة الداخل والمتشبث بالمال ، وان كان سند بعضها لايخلو من ضعيف كمالايخفى على المراجع الى موازين علم الرجال .

ولعل المتأمل جلها يجدها غير ظاهرة فى عنوان بينة الداخل ، وانما هى مسوقة لبيان تعارض الشهادتين وان كانت كلتاهما من قبيل بينة الخارج .

كما ان جملة منها مسوقة ايضاً لتعارض الشهادتين من حيث العدالة والاكثرية والاشهرية ، وليست فى مقام اعتبار بينة الداخل .

على انه يمكن ان يقال فى الروايات الواردة عن امير المؤمنين عليه السلام انها قضية فى واقعة ولعل القرائن فى ذلك الزمان والحالات الشخصية فى الدعوى ولو من باب انقاذ الحق ودفع الباطل قد اوجبت اعمال امير المؤمنين عليه السلام كلا من بينة الداخل والخارج .

واما الاستدلال بالرضوى فعلى مابيناء فى انوار الوسائل من عدم حجية الفقه الرضوى فلايصح به الاستدلال لالبينه الداخل ولالبينة الخارج .

اما رواية عبدالله بن سنان المرجحة البينة المثبتة للنتاج فالمعروف بينهم هو طرحها لاجل اعراض المشهور عن مفادها اوالتقديم رواية منصور الاتية عليها .

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٣

وعليه فلاتصح هذهالروايات المتقدمة للمعارضة مع الادلة الدالة على اعتبار بينة الخارج ، وان كانت المناقشة من حيث الدلالة او السند موجوداً فى بعضها كما سيأتى .

ادلة القول باعتبار بينة الخارج

قد اختار كثير من المحققين اعتبار بينة الخارج فقط ولم يعتبروا بينة الداخل ، وعلى تقدير المعارضة بين مادل من الروايات على تقديم بينة الداخل ومادل على اعتبار بينة الخارج فمقتضى القاعدة هو التساقط .

ولكن التحقيق هو اعتبار بينة الخارج وعدم صحة الاستناد الى مادل على اعتبار بينة الداخل .

وتدل على المطلوب الروايات التالية :

١- رواية منصور قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام رجل فى يده شاة فجاء رجل فادعاها فاقام البينة العدول انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع فقال عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذى فى يده بينة لان الله عزوجل امر أن تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عزوجل .

٢- المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام : انه قضى فى البينتين تختلفان فى الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس فى

ايديهما فاما ان كان فى ايديهما فهوفيما بينهما نصفان وان كان فى يد احدهما فانما البينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه (١) .

٣ـ الرضوى عليه السلام : فاذا ادعى رجل على رجل عقاراً اوحيواناً اوغيره واقام بذلك بينة واقام الذى فى يده شاهدين فان الحكم فيه ان يخرج الشىء من يد مالكه الى المدعى لان البينة عليه (٢) .

والظاهر من رواية منصور هو اختصاص البينة بالخارج وغير المستولى على المال ، بل تعطى الرواية عدم قابلية غيرها من الروايات لمعارضتها لانها كالنص فى عدم المعارض لها وان لابينة الامن المدعى الخارج عن المال .

واما ماذكره بعض الفقهاء من عدم اعتبار السند .

ففيه ان الرواية قدجاءت بطريقين طريق غير معتبر والطريق الاخر هو اعتبار سندها والوثوق به فلو تم الاشكال على احد الطريقين فلايتم على الطريق الاخر فراجع .

واما الحديث المرسل المروى عن امير المؤمنين عليه السلام فهو وان لم يكن بصراحة رواية منصور الاانه ظاهر فى اعتبار بينة الخارج فقط .

نعم يبقى الاشكال على المرسل من حيث السند الاان يقال بجبره بعمل المشهور.

ولكن قدبينا مراراً ان الجبر لايتحقق الااذا علم باستناد المشهور فى فتواهم الى الخبر والعمل به وليس المقام منه، فانه من الجائز القريب ان يكون استدلال المشهور واستفادتهم جاءت من قبل رواية منصور وسائر الروايات الواردة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم

١ـ المستدرك باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

٢ـ « « « « « « ٣

« انما اقضى بينكم بالبينات والايمان والبينة على المدعى واليمين على من انكر » فليس الامر منحصراً بالمرسل ليعلم استناد المشهور اليه .

واما الرضوى المذكور فحيث لانعتبر الرضوى فلايمكن الاستدلال به فى المقام، ولا فى سائر الموارد .

وبالجملة فان تم المرسل ورواية منصور فى الاستدلال على المطلوب فذاك والافنحن فى غنى عنهما لماورد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم (ان البينة على المدعى واليمين على من انكر) فان هذا العموم قاطع للشركة وان ظاهر هذه الرواية وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «انما اقضى بينكم بالبينات وبالايمان» هوان الوظيفة فى الدعاوى هى كون البينة من المدعى واليمين على من انكر وان لاتشريع اصلا فى حكم المدعى والمدعى عليه عليه الابكون البينة على المدعى واليمين على من انكر ،فان الظاهر من عموم النبوى هوجعل الوظيفة وحصرها فى اقامة البينة من المدعى واليمين من المنكر ولذا اختار جدنا قدس سره اعتبار بينة الخارج وسقوط بينة الداخل رأساً ، وان العموم من قوله البينة على المدعى واليمين على من انكر وقوله انما اقضى بينكم بالبينات والايمان قدجاء على طبق المرتكز فى كل ملة ودين من ان البينة تطلب من المدعى لامن المدعى عليه فلم تكن هذه الروايات مجرد تعبد صرف بل جائت على طبق ماهو مرتكز العقلاء كما يدل عليه طريقة النبى فى باب القضاء من ان عادته صلى الله عليه وآله هوطلب البينة من المدعى واليمين من المدعى عليه .

فهذه السيرة من النبى وروايات العموم والحصر قدجائت على طبق مرتكز الاذهان فى باب الدعاوى والمشاجرات .

وقد اطنب المحقق الاشتيانى رحمه الله فى اعتبار بينة الداخل واكثر من الرد

على ماذكره شيخ الاساطين من اعتبار بينة الخارج ،وان الوظيفة الواقعية فى المرتبة الاولى هى اقامة البينة من المدعى ثم تأتى الوظيفة ثانياً باقامة اليمين من المدعى عليه فالحلف لم يقع فى عرض البينة .

وعليه : فان اقامة البينة من المدعى عليه المتشبث بالمال تقع فى رتبة اليمين ، ولاتقع فى رتبه بينة الخارج فالحاكم الشرعى عند امتناع المدعى عليه من اليمين يطلب منه البينة ، وليست اليمين وظيفة للمدعى عليه بحيث لم يكن له حق اقامة البينة بل حكم الشارع بالقسم عليه ليس الامن باب تسهيل الامر فى المنازعة والافله ان يقيم البينة من غير قسم .

والنتيجة ان الحلف ليس وظيفة للمدعى عليه على وجه الانحصار ، فيجوز للمدعى عليه ترك الحلف واقامة البينة من طرفه .

وعليه : فليست اليمين فى عرض بينة الخارج ، وانما اليمين مع بينة الخارج على وجه الترتب والطولية فاولا تطلب البينة من الخارج فان تمت حكم على طبقها، والاتوجهت اليمين على المدعى عليه وحينئذ فالمدعى عليه اما ان يحلف اويقيم البينة وفقاً لموازين القضاء .

فاذن : لاتكون اعتبار اليد من قبيل الموازين القضائية وان كانت اليد موجبة لترتب الحكم على موضوعه ، على طبق الموازين الواقعية .

هذا كله ان اعتبرنا بينة الداخل ،والافعلى حسب مااخترناه واختاره المحققون فلاتصل النوبة الى بينة الداخل ، وانما الحكم على وفق بينة الخارج .

ولعل كون بينة الداخل فى مرتبة اليمين مما يقتضى عدم بقاء موضوع لبينة الداخل عند قيام بينة الخارج من جهة ان بينة الداخل فى عرض اليمين الذى هوفى

طول بينة الخارج لافي عرضها .

فتلخص من جميع ماتقدم : ان الاخبار المستدل بها لاعتبار بينة الداخل هى مابين قضايا فى وقائع خاصة كالقضايا التى وردت عن امير المؤمنين عليه السلام ، فلايمكن الاستشهاد بها على حجية بينة الداخل ، وبين ماهو ظاهر فى باب التداعى الذى هو من قبيل بينة الخارج ، لامن بينة الداخل ، اذليس باب التداعى من قبيل المدعى والمنكر فان التداعى يستدعى اقامة البينة من الطرفين لامن طرف واحد .

وقداتضح مماتقدم ان اعتبار حجية بينة الداخل ليس لها مدرك واضح ، فالاظهر من الادلة هو اعتبار بينة الخارج .

بطلان التفصيل فى المسئلة

وقد اتضح مما بيناه : ان بينة الخارج تقدم مطلقا سواء شهدت البينتان بالملك المطلق او بالملكية المقيدة بالسبب أو شهدت احداهما بالسبب دون الاخرى .

فما ذهب اليه فى الجواهر من تقديم بينة الداخل اذا شهدت بالسبب ولم تشهد بينة الخارج الا على الملك المطلق لا وجه له ، اذ ليس هناك دليل واضح على هذا التفصيل الذى ذكره المحقق وصاحب الجواهر رحمهما الله .

حتى لو قلنا بتقديم بينة الداخل ، فانه على هذا التقدير ايضاً تقدم بينة الداخل مطلقا من غير تفصيل .

وبالجملة فان الامر يدور بحسب الادلة بين امرين : اما تقديم بينة الداخل مطلقا ، واما تقديم بينة الخارج مطلقا ، وليس فى الادلة من الطرفين دلالة على هذا التفصيل وغيره من التفضيلات المذكورة فى الكتب المبسوطة .

تنبيه

قدظهر مما تقدم ، ان المال ينتزع من يد الداخل ، اذا أقام الخارج عن المال بينة على ان المال له ، ولم يكن للمستولى على المال بينة ، اذلاريب ان الحاكم انما يحكم على طبق البينة ولااعتبار بعدئذ بيمين المدعى عليه لو اراد الحلف ، الاان ينتزل المدعى عن البينة ويقبل يمين المدعى عليه .

وحينئذ فلايكون المورد من باب حكم الحاكم وقضائه ، بل يكون من باب الرضا بسقوط الحق باليمين وهذا أمر وراء الحكم والقضاء ، وليس هومن موازين القضاء المصطلح كما اشرنا اليه سابقاً ، فيكون المقام من قبيل موازين الواقع ، وترتيب اثر الواقع على موضوعه .

كما ان ترتيب اثر الشهادة عند من قامت الشهادة عنده غصبية دار مثلا من غير حكم الحاكم انما يكون من قبيل الموازين الواقعية ، وترتب الحكم على موضوعه الواقعى ، لامن باب موازين القضاء ، اذ المفروض عدم تعدى هذا الحكم الى غير من قامت عنده البينة من سائر افراد الناس .

ثبوت الترجيح باليد وعدمه

اذاقامت البينة من الطرفين اى من المستولى على المال والخارج عنه ، قلنا بقبول البينة من المدعى عليه . فعند ذلك يقع التعارض بين بينة الداخل وبين بينة الخارج .

ولازم ذلك سقوط البينتين والرجوع الى المرجح ، والمرجح هنا لبينة الداخل هو اليد من المستولى على المال والمرجح لبينة الخارج هو ماورد عن النبى صلى الله عليه وآله «البينة على المدعى واليمين على من انكر» فانه قاطع للشركة وناف للتفصيل فلازم الرجوع الى مثل هذا النبوى وغيره من العمومات هو عدم قبول البينة من المدعى عليه .

كما ان ظاهر المرسل المتقدم المروى عن امير المؤمنين على بن ابيطالب عليه السلام فى البينتين المختلفتين على شىء واحد قال : « وان كان فى يد احدهما فالبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه هو ان اقامة البينة انما هى على المدعى ، لانه هو

الذى عليه وظيفة البينة .

ولو فرض التشكيك فى دلالة المرسل على انحصار اقامتها من المدعى فتكفينا رواية منصور عن الصادق عليه السلام فى مورد الشاة ، حيث قال عليه السلام «ولا اقبل البينة ممن هو فى يده لان الله عزوجل امر ان تطلب البينة من المدعى والايمين الذى هو فى يده ، هكذا امر الله » . فانها غير قابلة للتشكيك ، بل هى فى غاية الظهور فى لغوية اعتبار البينة من المدعى عليه ، وان المدار فى موازين باب القضاء هو اقامة البينة من المدعى واليمين من المدعى عليه .

وهذا هو الذى يدور عليه باب القضاء وفصل الخصومة ، بل الخبر نص فى المطلوب ، حيث ان الفقرة الاخيرة منه تقع مفسرة لعمومات البينة على المدعى واليمين على من انكر (١) .

نعم ان كان هناك اشكال فى الخبر المذكور فمن حيث ضعف سنده كما صرح بذلك صاحب الجواهر قدس سره ، وقد عرفت مناصحة سنده من بعض الطرق .

وقد اختار الاستاذ المحقق فى قضائه اعتبار المرسل وخبر منصور ، واعتمد بهما

---

١ ـ لا يخفى ان كلام شيخنا الاستاذ هنا فى تقديم بينة الخارج وسقوط بينة الداخل لا يتنافى مع ما سبق من جواز اقامة المدعى عليه البينة بدل اليمين .

وذلك لان كلامه هناك كان بناء على الاصل الموضوعى وصلاحية اقامته للبينة ذاتاً مع قطع النظر عن خصوصيات المسئلة ، وان العمومات بذاتها لا تصلح مانعة عن ذلك لانها قابلة لحكومة الادلة الثانوية عليها لو كانت .

اما هنا فكلامه فى تحقيق وجود الدليل الثانوى فينتهى الى عدم وجوده .

بواسطة عمل الفقهاء بهما وجعلهما مدركاً على المطلوب .

ولكن مـاذكر لايخلو عن تـأمل ، اذلم يعلم استناد الفقهاء الى المرسل ، فلايبقى فى المقام الا العمومات الاولية ، ورواية منصور التى ظاهرها بل نصها انها فى مقام الوظيفة وان التفصيل قاطع للشركة فيها ، وان ليس هناك ميزان فى حسم الدعاوى الا اقامة البينة من المدعى واليمين من المنكر .

فان تم الاستدلال بها فذاك والا فاستفادة الحكم من المرسل محل اشكال وتأمل.

وبالجملة فان مجرد الشهرة على تقديم بينة الخارج لايكفى فى مقام الترجيح ولاسيما ان القائل بتقديم بينة الداخل قداستند فى قوله الى الروايات دون الشهرة الفتوائية حيث انها لااثر لها .

عدم صحة الترجيح بالتقية

اعلم ان الترجيح بالتقية لايتوجه هنا ،لان اقوال العامة مختلفة فى المسئلة فمثل احمدبن حنبل ذهب الى تقديم بينة الخارج وذهب الشافعى الى تقديم بينة الداخل، وذهب ابوحنيفة الى تقديم بينة الداخل فيما اذا لم يتكرر السبب لامطلقا .

ومن المعلوم انه اذا اختلفت اقوالهم فلاسبيل للترجيح بالموافقة اوالمخالفة معهم . وان كان قدتكرر منا فى انوار الوسائل ان المدار فى الموافقة والمخالفة انما

هوزمان مذهب الصادق عليه السلام وماقبله من مذاهب العامة كمذهب ابى حنيفة ومالك ومن تقدمهما من علماء العامة ،وليس المدار فى الموافقة والمخالفة كون الشيء مذهباً للعامة مطلقا وان تأخر ودون فى اواخر زمان العباسيين كمذهب احمدين حنبل والشافعى وغيرهما .

فيما لو كانت العين في يد كل منهما

اذا كانت العين في يد كل منهما بحيث كان الاستيلاء باليد من كل منهما استيلاء كاملا لولا المزاحم من اليد الاخرى، واقام كل منهما بينة على النصف مما في يد الاخر فيحكم لهما بالتنصيف كما لو لم يكن يد لاحدهما .

أو يقال بسقوط البينتين عند التعارض ،فيرجع الى اليد والاستيلاء من كل منهما على النصف ، بناء على ماهو التحقيق وما اختاره اهل النظر من عدم امكان الاستيلاء من كل منهما على تمام العين فيتنزل الاستيلاء من تمام الشيء على النصف .

و بعبارة اخرى : اذا تحقق الاستيلاء من كل منهما على نصف المال الذي تحت يده فيوزع عليها بالتنصيف ،من جهة ان استيلاء اليد على نصف المال يقتضي ذلك ، لان الملكية بالتنصيف تابعة لاستيلاء كل يد منهما على النصف .

وملكية اليدين بالتنصيف ليست هي بشرط لا وانما كل يد بالقياس الى اليد الاخرى لا بشرط ، ولذا لو كذبت اليد الاخرى كانت العين ملكاً لليد الاولى . بخلاف ما لو كانت اليد من احدهما في منتهى القوة وكانت اليد الاخرى في منتهى الضعف

اوكانت ضعيفة ، فانه يحكم بالعين لصاحب اليد القوية ، وتنتزع من صاحب اليد الضعيفة ، ولاسيما اذا كانت اليد الثانية نظير الالة بالقياس الى اليد الاولى وكالمعنى الحرفي بالقياس الى المعنى الاسمي ، فانه لاريب في سقوط يد من كان آلة بالقياس الى غيره أوكالالة في الضعف ويحكم بالمال لليد المستقلة القوية ، كما تقدم في بعض المباحث السابقة .

ويمكن ان يقال : انه اذا تساقطت البينتان من كل منهما يتعين الحلف قبل الرجوع الى الاستيلاء اليدين ، فان حلف احدهما ونكل الاخر حكم بالمال لمن حلف ، وان حلف كل منهما اونكل كل منهما فيقسم بينهما المال على التنصيف لكن لابملاك اليد من كل منهما ، بل يشبه بملاك الدعوى بلامعارض ، مع القطع بعدم وجود المعارض من غيرهما .

واعتبار اليد في المقام مستلزم لاعتبار البينة ايضاً ، بمعنى ان البينتين وان كانتا متعارضتين ، لكن يرجح كل من البينتين بواسطة كل من الاستيلائين ويكون مؤدى ذلك اعتبار البينتين في الجملة ، فيكون الترجيح والتقديم والأعتبار بالبينة واليد معاً. بمعنى ان اصل الاعتبار كان بالبينة واعتضد كل من البينتين بكل واحدة من اليدين، من غير نظر على هذا القول بتقديم احدى البينتين على الاخرى من ناحية تقديم العدالة اوالاشهرية كما اختاره بعض الفقهاء ، وذهب الى ان الترجيح في هذا الفرع انما هو باعدلية البينتين اوبالاكثرية في احدهما والشهرة في الاخر ، فانه اذا كان الترجيح بالاعدلية والاشهرية فلاتصل النوبة لترجيح البينتين باليدين ، لان الاعدلية والاورعية او الاكثرية والشهرة تقع في المرتبة السابقة على الترجيح باليد وذلك واضح.

وعلى كل فالحكم بالتنصيف اما من حيث قيام البينة على النصف ومقتضى

العمل بها هو تنصيف المال بينهما ، واما لسقوط البينتين والرجوع الى حكم اليد ومقتضاها التنصيف .اوان المال لايد عليه ولابينة والمفروض انه لامعارض لهما فى دعوى الملكية اصلا فلاجرم يقسم المال بينهما بالتنصيف .

هذا كله اذاقلنا بعدم الحاجة الى الحلف والافان اعتبرنا لزوم الحلف عند قيام البينتين فلابد من التحالف فان حلف احدهما ونكل الاخر اخذ المال وان لم يحلفا اوحلف كل منهما قسم المال بينهما ايضاً على التنصيف .

واجمالا : ان الحلف من كل منهما مبنى على اعتبار اليد فى كل منهما والافان قلنا بسقوط اليد منهما معاًوان المال يكون من قبيل مالايد عليه فيسقط الحلف وتوزع المال بينهما حيث لامالك فى البين غيرهما ،فيكون المورد من باب الدعوى بلامعارض اوشبيهاً لذلك الباب وان لم يكن منه حقيقة كما اشرنا اليه آنفاً .

اويقسم المال بينهما من باب قاعدة الانصاف أومن باب تقسيم درهم الودعى بناء على عدم خصوصية فيه لمورد الوديعة كما اشرنا اليه سابقاً .

واماخبر اسحاق بن عمار عن ابيعبدالله عليه السلام ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين فى دابة فى ايديهما وأقام كل واحد منهما البينة انها نتجت فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما وابى الاخر ان يحلف فقضى بها للحالف ، فقيل فلو لم يكن فى يد واحد منهما ، واقاما البينة قال احلفهما ،فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل فان كانت فى يد احدهما وأقاما جميعاً بينة اقضى بها للحالف الذى هو فى يده (١) .

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

فغير معمول به ، اذظاهر الخبر هوالاخذ بالحلف ، فـان لم يحلف احدهما وحلف الاخر استحق المال الحالف وكان على طبقه ، والمفروض ان ذلك لايتوجه الاعند فقد المرجحات الاخرى لامطلقا ، فلابد من طرحه ، لعدم العمل على طبق مضمونه .

فيما اذا كان المال في يد ثالث

اذا كان المال تحت يد ثالث ، ولم يكن لاحدهما يد عليه ، وقد اقام كل منهما البينة ، فعند ذلك ينظر الى ترجيح احدى البينتين على الاخرى .

فعن المفيد رحمه الله تقديم جانب الاعدلية والاورعية على العادل والورع . وعن صدوق الامة تقديم جانب الاكثرية .

او يقال بتقديم الاعدلية اولا والاكثرية ثانياً . وان لم تحصل الاعدلية ولا الاكثرية فيقرع بينهما ، فمن كانت القرعة باسمه اخذ به دون غيره ، وعلى هذا الوجه ذهب المحقق صاحب الشرايع .

او تقدم او مطلق المرجح او يؤخذ بالقرعة من دون نظر الى الترجيح بالاعدلية والاكثرية كما ذهب اليه العماني على ما نقل عنه .

والمدرك لهذا الاختلاف هو اختلاف الاخبار ، ففي صحيح داود (١) قد صرح باعتبار القرعة من غير نظر الى الاعدلية او الاكثرية ، ولابد من تقييد الخبر المذكور

١ــ الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦

بماورد من اعتبار الاعدلية او الاكثرية .

كما ان موثقة سماعة المتقدمة الدالة على الحكم بالقرعة بينهما بعد اقامة البينة من الطرفين تقيد بمادل من النصوص على لزوم الحلف فيمن خرجت القرعة باسمه ، كمامر ذلك في الروايات المتقدمة .

وعلى مابيناه فلا وجه لعدم اعتبار اليمين اما مطلقا او في خصوص الترجيح بالاعدلية او الاكثرية ، وان كانت نصوص اشتراط تقديم الاعدل على العادل خالية من اشتراط اليمين في صحة الدعوى وتحققها .

الا انه يستفاد من مجموع الادلة ان اعتبار الاعدلية كاعتبار الاكثرية وان الحكم فيهما واحد .

واما الاخبار الدالة على اعتبار الاشهرية فرواية ابى بصير المتقدمة سئل الصادق عليه السلام عن رجل يأتى القوم فيدعى داراً في ايديهم فيقيم الذى في يده الدار البينة انه ورثها عن ابيه ، ولايدرى كيف كان امرها ، فقال ـ عليه السلام ـ اكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه .

وذكر ان علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك ، فقضى عليه السلام لاكثرهم بينة واستحلفهم قال فسئلته حينئذ فقلت ارأيت ان كان الذى ادعى الدار ، قال ان ابى هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن ابيه ، قال اذا كان امرها هكذا فهي للذى ادعاها واقام البينة . ونحوها غيرها .

الا ان كل ذلك لايقتضى الاطمئنان باشتراط الاعدلية في مورد الاشهرية .

نعم يمكن ان يقال ان الرجوع الى الاعدلية من باب وجوب الرجوع الى المرجح

عند تعارض المدركين من جميع الجهات ، فالرجوع الى الاعدلية يكون مرجحاً لاحد الطرفين على الاخر .

كما انا نقول : ان الرجوع الى اليمين عند التعارض التام فى اقامة البينتين ايضاً من المرجحات لاحدى البينتين على الاخرى. فتكون الاعدلية على هذا مرجحة وليست من قبيل التأسيس لصحة الدعوى كما نقول ذلك فى باب الحلف عند تعارض البينات من جميع الجهات فان الرجوع الى الحلف ايضاً من المرجحات لقول المدعى او المدعى عليه وبالجملة :فان الاعدلية وان لم تكن كاليمين ولا كاصل البينة فى كونها من الموازين القضائية .

ولكن ذلك لاينافى ان تكون الاعدلية من المرجحات ، وماذاك الا نظير ترجيح اليد لصاحب اليد بعد تعارض البينات . فالاصول واليد والاعدلية كلها تكون من باب المرجحات لامن قبيل موازين القضاء .

العدالة والاكثرية

ان رواية البصرى المتقدمة قد تعرضت لعنوان العدالة والعدد والاكثرية، والخبر مجبور بالشهرة والعمل على طبقه .

فان قلنا ان التقديم فى الذكر يقتضى التقديم فى الطبع فى عالم الاقتضاء والمصلحة وفعلية الحكم فقد ذكر فى الخبر تقديم العدالة على الاشهرية : ولازمه ان يقع الترجيح اولا بالعدالة وكيفية الشهادة ثم بكمية الشهود .

وان قلنا ان التقديم فى الذكر لااثر له فتصبح العدالة فى عرض الاكثرية ، فلاتكون الاكثرية والشهرة فى طول العدالة ، اذا المفروض ان مجرد التقديم فى الذكر لايقتضى التقديم واقعاً ، فهما فى مرحلة التقديم يكونان فى عرض واحد ، وان اطلاق الاشهرية فى الروايات الشريفة يكون مقتضياً لتقديم الاشهرية كما هو الاقرب الى المرتكز فى الاذهان ايضاً .

الاان يقال : المعروف عن الشارع المقدس هو تقديم العدالة ولعل عليه كلمات الاصحاب وهى مما تشبه الاتفاق على ذلك ، كما ادعى عليه الاجماع السيد أبو المكارم

ابن زهرة رحمه الله .

ولكن الانصاف ان هذا كله لا يوجب ترجيح العدالة ، بل ولا الاعدلية على وجه القطع او على وجه الاطمئنان .

وبالجملة فان كانت الاستفادة من الادلة منحصرة في رواية البصرى ، وانها قد تعرضت لتقديم العدالة أو الاعدلية كما يظهر من بعض النسخ . فالتأمل يقضى بعدم وجود نسخة الاعدلية حيث انه لم يوجد لعنوان الاعدلية رواية او نسخة تدل عليها ، وان كان اعتبار العدالة في الشهود مما هو ضرورى في الاخبار والآثار ، ولا خلاف في اعتبارها واشتراطها في الشهادة .

ولعله ان كان هناك كلام ففي اعتبار الاعدلية لا العدالة .

نعم ربما يقال : ان معنى الاعدلية في ذهن الشارع والمتشرعة ، فجاز للفقيه ان يذهب الى تقديم الاعدلية على الاشهرية .

ولكن التحقيق ان دليل الاشهرية لا ينحصر في رواية البصرى ، بل قد تعرضت رواية ابى بصير ورواية سماعة للاكثرية والشهرة ، ولم تتعرض الروايات للاعدلية.

وعليه فيكون الترجيح بالاشهرية كما اختاره جماعة من المحققين .

هذا تمام الكلام فيما اذا وقعت المعارضة بين الاعدلية والاشهرية .

واما اذا حصلت العدالة مع التساوى في العدد من دون كثرة في احد الاطراف فيقرع بينهما ، بلا فرق بين ان تكون الشهادة بالملك المطلق او بالملك المقيد .

فما ذهب اليه في المبسوط ، واختار الحكم بالقرعة في الاول ، والتقسيم بالسوية في الثانى ، وانه اذا اختصت احدى البينتين بالتقييد قضى بها دون الاخرى الخالية عن التقييد .

وقد اعتبر صاحب المبسوط رحمه‌الله هذا الوجه جمعاً بين بعض النصوص مع بعض ، كخبر تميم وغياث على ماهو مقتضى الاطلاق والتقييد .

فقد ورد فى رواية تميم‌بن طرفة ان رجلين ادعيا بعيراً فاقام كل واحد منهما بينة ، فجعله امير المؤمنين عليه السلام بينهما (١) .

ورواية غياث عن ابيعبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان‌فى دابة ، وكلاهما اقاما البينة انه انتجها ، فقضى بها للذى هى فى‌يده (٢) .

مندفع : بأن‌اخبار القرعة بين‌ماهو مقيد ايضاً كخبرى ابن‌سنان وسماعة‌وماهو مطلق كصحيح داود ، وقدجاء فى‌اخبار التنصيف ايضاً التقييد كخبر غياث والاطلاق كخبر تميم . بل وفى خبر اسحاق المتقدم تحليفهما معاً فايهما حلف قضى له وهذا خارج عن مورد الجمع .

وبالنتيجة فلاوجه لهذا التفصيل ،لعدم دليل عليه‌عدا خبرغياث المعلوم‌قصوره عن المعارضة مع تلك النصوص المقتضية للرجوع الى القرعة .

وعليه فلابد من‌الاخذ بالقرعة وتقييد خبر غياث المتقدم بأن‌القضاء بالتنصيف بينهما انما وقع بعد تحقق القرعة ونكولهما عن اليمين .

١ـ الوسائل باب ١٢ من‌ابواب كيفية الحكم حديث ٤

٢ـ « « « « « « « ٣

حجية البينة في جميع صورها

اذا قلنا بحجية بينة الداخل ، وانها تعارض لبينة الداخل ، وانها في عرضها . فلايفرق فيه بين كون البينتين على وجه الاطلاق ، اوعلى وجه التقييد ، بان شهدت احديهما بملكية الدار لزيد مثلا وشهدت الاخرى بملكيتهالعمرو على وجه الاطلاق اوالتقييد أوشهدت احديهما بان الدار ملك لزيد يوم الخميس وشهدت الاخرى ايضاً بمثل الاولى ، اوشهدت احديهما بالملكية يوم الاحد من شهر رجب وشهدت الاخرى بالملكية من شهر شعبان. أوشهدت احديهما باليد الظاهرة في الملكية . والاخرى شهدت بالملكية الواقعية .

ففي جميع هذه الفروض من اطلاق البينتين اوتقييدهما، اوالاطلاق في احدهما دون الاخرى يقع التعارض بين الشهادتين ويرجع الامر بعدتساقطهما الى الحلف اوالمرجحات الاخرى .

نعم لوعلم الحاكم الشرعي ببطلان مدرك الشهادة تسقط تلك الشهادة عنده ويحكم على وفق الشهادة الاخرى .

واما ماقربه الاستاذ العراقي رحمه الله من تقديم بعض الصور على بعض ، كما لو التفت الشاهدان المستندان في شهادتهما الى الاصل كالاستصحاب مثلا الى انه لاموضوع له في المورد ، فتقدم حينئذ الشهادة المستندة الى الوجدان .

ففيه تأمل واضح ، اذلو التفت الشاهدان الى بطلان المدرك الذى استندا اليه من الاصل كانت الشهادة لاموضوع لها ، ولايكون ذلك من باب تعارض الشهادتين ، وتقديم احديهما على الاخرى .

وبالجملة فاذاعلم بطلان منشأ الشهادة ومدركها ، فلايكون المورد من تعارض الشهادتين ، اذلايبقى موضوع للتعارض حينئذ ، وتكون الشهادة الثانية هى المدرك في القضاء .

فما أفاده قدس سره في كتاب القضاء وبحثه من التعارض بين الشهادتين مع العلم بخطاء مدرك احدهما وتقديم احدى الشهادتين على الاخرى لايخلو من تأمل واضح .

ومن هنا يتضح لك ان التفرقة في اعتبار الشهادة على بعض الوجوه كما لو كانت احديهما باعتبار الاستصحاب والاخرى بالسبب الناقل ، او كانت احديهما مطلقة والاخرى مقيدة لاوجه لها .

بل تعتبر الشهادة من الطرفين ، ويقع التعارض بينهما في جميع الفروض ، مالم يظهر بطلان مدرك الشهادة او بطلان سبب الانتقال عند الحاكم الشرعي بحيث لايراه سبباً شرعياً ، كما لو كان الحاكم الشرعي لايرى صيغة البيع سبباً ناقلا اذا كانت باللغة الفارسية أو يرى عدم صحة الشهادة المبتنية على الاستصحاب مثلا ، وان

الملكبة لابد ان تكون مستندة الى سبب تام لاالى مثل الاستصحاب ونحوه .

وعلى كل فالذى يقتضيه النظرعلى تقديرالقول بحجية بينة الداخل هووقوع المعارضة بينها وبين بينةالخارج ولازمه التساقط ولكنعرفت مناعتبار بينةالخارج دون الداخل .

قيام امرأتين مقام الرجل الواحد فى الشهادة

اعلم ان شهادة المرأتين العادلتين فى ظرف فقدان الشاهد العادل الثانى بل حتى مع وجودها بينة كاملة ، وهى من جملة موازين القضاء .

والبينة فى هذا الحال تقع فى عرض بينة الرجلين العادلين لا فى طولهما ، وقد تقدم منا فى طى المباحث السابقة الاشارة الى ان البينة تتشكل تارة من رجلين عادلين واخرى من رجل عادل وامرأتين عادلتين ، وكل منهما مصداق للبينة ويحمل على كل منهما عنوان البينة بالحمل الاولى ، وبالحمل الشايع الصناعى ، وليست شهادة الرجل وامرأتين من باب التنزيل للشاهدين العادلين ، لا تنزيلا موضوعياً ولا تنزيلا حكمياً ، فان التنزيل تحتاج الى مؤونة زائدة وراء العنوان الاولى ، لان دليل التنزيل لا يأتى بمفاد الحمل الاولى ولا بمفاد الحمل الشايع الصناعى ، وانما يأتى بالحمل العرضى والعنوان الثانوى على نحو العناية والتجوز ، اما فى ناحية الموضوع او فى ناحية الحكم .

كما اذا قيل الطواف فى البيت صلاة او اكرم الشيخ الكبير لانه بحكم والدك

فان نفس الطواف لاينطبق عليه عنوان الصلاة حقيقة لابالحمل الاولى ولابالحمل الشايع الصناعى ،وهكذاعنوان الشيخ الكبير لاينطبق عليه عنوان الاب حقيقة .

وليس كذلك دليل اعتبار شهادة الامرأتين ، فانه يدل على كونها بينة حقيقة لأنها تنزل منزلة شهادة الرجل العادل.

وعلى مابيناه فتقع المعارضة فى الشهادة بين الطرفين ،وان كانت احدى الشهادتين من الرجلين العادلين ،والشهادة الاخرى من الرجل وامرأتين عادلتين، وجميع الاحكام التى بيناها يجرى هنا ، ويكون المورد وهو شهادة امرأتين مشمولا لادلة الترجيح والقرعة كما عرفته مفصلا .

واما بناء على انشهادة الرجل وامرأتين من باب تنزيل شهادتهما منزلة البينة من الرجلين ،فان استفاد القائل بالتنزيل من دليله التنزيل بحسب الموضوع حقيقة ومن جميع الجهات ،فلاتثمر المسألة خلافاً بين مااخترناه وبين ماذهب اليه هذا القائل فى مقام العمل لو كان فى المسئلة قائل بهذا القول .

واما اذا كان التنزيل تنزيلا حكمياً فلا يصح ترتيب جميع آثار البينة على شهادة الرجل وامرأتين الامع اطلاق دليل التنزيل من جميع الجهات .

ومقتضى ماذكرناه فى مورد التعارض سقوط الشهادة من الطرفين والرجوع الى اليد ان كان هناك يد ،وان لم يكن هناك يد فى البين فيكفى القسم من الطرف الاخر ويستحق المال،ولاترجيح لاكثرية النساء ولاللاعدلية ،ولالسائر المرجحات المذكورة فى شهادة الرجلين ،لان شهادة الرجل وامرأتين على هذا القول ليست فى عرض شهادة الرجلين العادلين حتى يترتب عليها جميع المرجحات التى هى فى باب الشهادة .

وعليه فيكون التقديم للبينة العادلة من الرجلين والقول قول من أتى بشهادة

الرجلين هذا .

والظاهر من مجموع كلمات الفقهاء عدم الخلاف في تحقق التعارض بين الشاهد وامرأتين مع الشاهدين من الرجال . فليس التشكيك في ان المرأة جزء البينة او تنزيل لجزئها الامجرد فرض علمي وتشكيك فني ، وحينئذ فيجرى التعارض والترجيح و القرعة . وكان ذلك منهم من ارسال المسلمات لتحقق التسالم على ذلك .

واما مايقال من ان الشاهد وامرأتين انما هو من باب الحجة الشرعية لامن باب البينة ، لان البينة منحصرة في الرجلين العادلين ، واما الرجل وامرأتين ليس الانظير الشاهد واليمين وان كان الاول مقدماً على الثاني في الحجية ولكنهما من باب الحجة لامن باب البينة ، فهما في طول الشاهدين العادلين لافي عرضهما .

مندفع : بأن الظاهر من الادلة عند مراجعتها كما اشرنا اليه انها من مصاديق البينة ، وليست من مصاديق الحجة بالمعنى الاخير . فشهادة الرجل وامرأتين مما ينطبق عليها عنوان البينة حقيقة سواء اريد من البينة الوضوح والبيان كما هو الظاهر لغة أو كانت اسماً لشهادة العدول من العدلين او الرجل وامرأتين .

فهما مصداقان حقيقيان للبينة على كلا التقديرين ويقدم اعتبار هما على عنوان الحجة في الدعوى كما في الشاهد واليمين .

الشاهد واليمين

الظاهر من أدلة الشاهد واليمين انهما يكونان ميزاناً في بعض الفروض والموارد في باب القضاء، الا انها لا تقاوم البينة من الشاهدين العادلين او الشاهد العادل وامرأتين عادلتين .

وذلك لان المستفاد من ادلة الشاهد واليمين عدم كونهما في عرض البينة ، ومجرد جعلهما ميزاناً لا يقتضي ترتيب جميع الاثار عليهما كآثار البينة .

ولازم ذلك تقديم قول من أقام البينة جريان على طبق موازين القضاء من ان البينة على المدعي واليمين على من انكر .

وهذا الفرع الذي بيناه اي تقديم الشهادة بالبينة على الشاهد واليمين انما يصح فيما اذا كان المال بيد ثالث او لم يكن عليه يد اصلا .

واما اذا كان المال بيد احدهما فتطلب البينة من الخارج غير المتشبث بالمال اذا كانت له بينة والا فيؤخذ بالشاهد واليمين .

ومما أوضحناه من تقديم البينة على الشاهد واليمين يظهر ضعف ماذهب اليه الاستاذ في قضائه من الالتزام بكون الشاهد واليمين في عرض الشاهدين العادلين . فان

ادلة الشاهد واليمين تعطى كونهما ميزاناً بعد البينة . وكون كل منهما ميزاناً في باب القضاء لايستدعى ان يكونا في عرض واحد . بل الظاهر ان الشهادة من العادلين مصداق حقيقى للبينة بالحمل الشايع الصناعى دون الشاهد واليمين ، وان كان كل منهما قد اعتبره الشارع المقدس ميزاناً لباب القضاء .

القرعة

القرعة كما عرفت من اخبارها هى من احد الموازين فى باب القضاء، ولكنها انما تكون ميزاناً على بعض الوجوه لا مطلقا وهى موارد تكافؤ البينات والمرجحات.

وقد بينا فى محله ان القرعة وان كان ماورد فى دليلها صحيحاً من جهة السند يدل على انها لكل امر مشكل او مشتبه، الا ان الاخذ باطلاقها فى كل مورد فى غاية الاشكال، ولذا لم يلتزم الفقهاء رضوان الله عليهم بالاخذ باطلاقها فى جميع الموارد فلا بد فى الاخذ بها من عمل الفقهاء والا فما لم تكن مقرونة بالعمل يشكل الاخذ بها جداً . بل لو اخذ باطلاقها فى جميع الجهات لما امكن العمل على هذا الاطلاق اذ يلزم منه تأسيس فقه جديد .

واما الاخذ بها فى باب القضاء قبل اليمين او بعده فانما ذلك من جهة الدليل الخاص الذى يعينها فى موردها .

ثم انه من الغريب جداً القول بان القرعة ليست من موازين الحكم للقاضى ،

وان القاضى اذاعمل بها على طبقها فهى من باب عمله على طبق الموازين الواقعية الموجبةلترتب الحكم على موضوعهالواقعى اوالظاهرى وليست القرعة منشألحكم الحاكم ، واعتبار قضائه فهى نظير اليد مما يتعين على القاضى ترتيب الاثرعليها وليست من باب حكمه على طبقها .

نظرة حول موازين القضاء في العصر الحاضر

حكم كثير من الملل الاجنبية ،والحكومات العصرية بثبوت الجريمة بوسيلة الكلب المعلم على معرفة الجرائم في السرقة والقتل ونحوهما ،أو بالالات الالكترونية التي تضبط حركات الانسان ،أو بالالات التي تعرف بها صدق المدعى وكذبه التي توجه الى الدماغ وحركات القلب،أو بغسل الدماغ بحيث يتوجه الذهن الى جهة خاصة فتعرف حالات الانسان بتلك الجهة .

وقد اخذ العصر الحديث هذه الامارات والطرق موازين القضاء ومعرفة الواقع الاان الشارع لم يثبت منه دليل على اعتبار امثال ذلك وقد اغلق الشارع الباب على هذه الامور.

وذلك لجواز ان يكون الكلب في تلك الحالة غير عارف بماشاهده ،ولامطلع على اسباب الجريمة ، لعل الكلب يختلف ذهنه بواسطة اختلاف البلدان فقد يكون متربياً في بلدة باردة،فلاتكون له معرفة للبلاد الحارة او بالعكس ونحوه الالات ،اذيجوز ان تكون واقفة في حالة الاستخبار اومنحرفة عن مجراها الاصلي .

وهكذا العقل الالكترونى و تغسيل الدماغ ، فان استعداد الناس مختلف فى التقبل لتغسيل الذهن .

ومثل ماذكرنا التنويم المغناطيسى الذى يعتبره الهنود وغيرهم ، فان جميع ذلك كله فما لايوجب العلم بالشىء .

ولذا ان المعروف من التشريع الاسلامى عدم اعتبار علم الفراسة وآثار الاقدام التى تعتبرها العرب ،وقد انكرها الشارع اشد الانكار مع انها كانت من الامور القطعية عندهم .

ولو تنزلنا وقلنا أن هذه الامور تفيد العلم للقاضى وجوزنا الحكم للقاضى وان لم تكن لديه شهادة ، وقلنا ايضاً ان العلم طريق له من اى سبب كان ولو من طرق غير متعارفة .فيندرج تحت جواز حكم الحاكم بعلمه ،وقد بينا المسألة مفصلا واخترنا فى محله ان العلم لايكون من القاضى و سطاً لاثبات المحمول على موضوعه ، وانما يكون حكم القاضى بمعنى ترتيب اثر الواقع على الواقع ، لما من باب الحكومة والقضاء .

وبالجملة : فان هذه الامور التى ذكرناها على تقدير صحتها تندرج تحت علم القاضى . وحينئذ فان قلنا باعتبار علمه من اى طريق كان يصح الحكم بها .

ولكن اعتبار علمه مطلقا فى غاية الاشكال ، بل لابد ان يكون علمه حاصلا من الطرق المشروعة كالكتاب والسنة والاجماع والعقل لامطلقا .

وعلى تقدير التنزل على كل ذلك يكون الحكم فى هذه الموارد من باب ترتيب الحكم على موضوعه لامن باب القضاء .

واذا فرضنا كثرة الوقايع والفساد فى العصر الحاضر من قتل النفوس ،ونهب

الاموال وهتك الاعراض ،وانه لايمكن الشهادة على ذلك ،فيمكن ان يتصدى الحاكم الشرعي لعموم منصبه لحفظ النفوس ، والاعراض ، والاموال ، بطرق احتياطية ، لئلا تقع هذه الامور .

كما يجوز حبس المتهم بالايسار اذا كان مطلوباً لشخص ليعلم كيفية ايساره واعساره ونحوه مما جوز الحاكم الشرعي الاحتياط فيه لدفع التشاجر والخلاف وظهور الفساد بكل وسيلة جائزة اوراجحة .

هل الفحص عن الجرح حق لمن اقيمت عليه البينة او حكم يتعين على الحاكم

اذا اقيمت البينة من المدعى على المدعى عليه عند الحاكم الشرعى . فهل يتعين على الحاكم السؤال من المدعى عليه بان له جارحاً فى الشهادة التى اقيمت عليه ام لا؟ بل انه حق من حقوق المدعى عليه ، فان اقام بينة جارحة على شهادة المدعى فذلك اليه ، وان اسقط حقه عن اقامة الجرح فلا يجب على الحاكم السؤال عن الجرح منه، والذى يظهر من بعض الكلمات لمن راجع الكتب المطولة انه حكم على الحاكم الشرعى فيتعين عليه الطلب من المدعى عليه ، والسؤال منه بأنه هل له بينة جارحة ام لا ، وأن ذلك من الوظائف الشرعية والاحكام الثابتة على عهدة القاضى والحاكم .

ولكن الفقيه عند التأمل والنظر لا يجد من ذلك عيناً ولا اثراً . فان التحقيق ان اقامة جرح الشهود من شؤن المدعى عليه ، ومن وظائفه الراجعة اليه ، فان شاء اعمل

الجرح ، وان شاء اهمله .

بل ولايتعين على الحاكم الشرعى تعليم المدعى بأن له حقاً فى الجرح وان علم الحاكم الشرعى بكون المدعى عليه جاهلا بثبوت هذا الحق له . اذليس عندنا دليل على وجوب ذلك على الحاكم والقاضى فان ثبوت الحق للمدعى عليه لايقتضى وجوب تعليم القاضى له بهذا الحق .

الحلف واحكامه

ومن جملة موازين القضاء الحلف ، وهو عبارة عن نحو تعهد بين العبد وبين الله تعالى على امر مخصوص ، وقرار نفساني على انه عند التخلف عنه وكونه كاذباً في حلفه ، ان يكون محطاً للانتقام والعقاب من الله تعالى اما في الدنيا او في الاخرة، وانه ان تخلف عما حلف به خرج عن العهدة .

وذلك القرار الذي بينه وبين ربه ، وان لم يكن بيعة ومبايعة بينه وبين الله ، ولكنه من المفاهيم المتقاربة للبيعة مع الله ولذا ورد النهي الشديد عن الحلف بالله العظيم كاذباً من غير ضرورة (١) وانه كفر بالله العظيم (٢) .

وكيفية اليمين صيغة تدل على القسم من اسم او فعل او حرف ومن حيث المتعلق لايجوز القسم الا بالله تعالى . ولابد في القسم في باب القضاء ان يكون في المورد خصومة فعلية وأن يقصد الذات المقدسة .

١ـ راجع الوسائل باب ٣ من ابواب تحريم اليمين الكاذبة من غير ضرورة .

٢ـ المستدرك باب ١١ من ابواب الايمان حديث ٥و٦

واما اذالم يقصد عنوان القسم اصلا ، كما فى كثير من الناس الذين اعتادوا بالتعبير بـ (والله وبالله) او بقصد معنى غير مشروع .

كما لو حلف انيؤدى العبادات المستحبة ولاينام أويصوم ولو بتكلف وضرر، فانه وان قصد فى حلفه ذلك المعنى الذى اراده الا انه لايقع شرعاً .

ولعل الاية الشريفة «لايؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم» والاخبار تدل على ان هذه من الايمان اللاغية لتعميمها لماجرى على لسانه عادة ،ولايترتب عليه اثر شرعى، بل كان منهياً عنه .

وكيف كان فلايجوز الحلف فى مورد الخصومة الا بالله او باسمائه المختصة به . ولايجوز بغيره تعالى من القرآن الكريم والرسول العظيم ، اواهل بيت العصمة من امير المؤمنين على واولاده الطاهرين ، ولا بالكعبة المشرفة ، ولا بالشمس والقمر ولا باله النور والظلمة كما عن المجوس ، فالحلف مختص باسمه تعالى من لفظ الجلالة ، واسمائه المقدسة المختصة به ، من غير فرق فى ذلك بين كون الحالفين من المسلمين اومن اليهود ، والنصارى اوالمجوس اوسائر الكفار . ولايصح من القاضى احلافهم على مذهبهم .

وقد صرحت الاخبار بلفظ الجلالة اوبأسمائه المختصة به (١) .

وماورد فى بعض الاخبار من تحليف اليهود بالتوراة ،والمجوس بخالق النور والظلمة (٢) . لايقاوم مادل على الاختصاص به تعالى بصراحة كاملة . وان كان القسم من اليهود بالتوراة اوالمجوس بخالق النور والظلمة اردع عن الغى وابعد عن الباطل،

١ـ راجع الوسائل باب ٣٠ من ابواب الايمان

٢ـ « « « ٣٢ « «

ولكن الواقع لايتبدل من البعد عن الله في القسم الكاذب ، والانتقام على القسم المخالف للواقع .

فما ورد في بعض الاخبار من تحليفهم بالتوراة ونحو ذلك فلعله قضية في واقعة كما روى ذلك عن امير المؤمنين عليه السلام (١) .

ومن هنا يتضح انه لاوجه لما قاله في المبسوط وغيره من جواز القسم للمجوسي بخالق النور والظلمة . اذ قد عرفت عدم الدليل عليه . وعلى تقدير دلالة بعض الروايات على ذلك ، فلايقاوم تلك الادلة المانعة والاخبار المصرحة بعدم الجواز .

بل لايصح القسم الا بالله تعالى حتى لو كان الحالف لايعتقد باله اصلا كالماديين والطبيعين ، فلابد لهم من الحلف بالله العظيم .

وقد ظهر مما تقدم ان المراد من الروايات الدالة على اليمين بالله ليس خصوص لفظ الجلالة لكفاية لعمر الله من الحلف بالله كما تشعر به صحيحة الحلبي (٢) .

نعم يظهر من صاحب المدارك الاختصاص بلفظ الجلالة وعدم كفاية اسمائه الحسنى . لكنه خلاف ظواهر الاخبار ، فان المتبادر منها ذاته تعالى باى لفظ اختص به ، ولايتبادر خصوص لفظ الجلالة . بل يصح بالالفاظ المشتركة المنطبقة عليه كلفظ الرحيم والرحمن والجبار ونحوها ، اذا قامت قرينة على ذلك .

وليس القسم في تعيين الذات المقدسة نظير اسباب المعاملات من الايجاب والقبول حيث ذكرنا في محله ان مفهوم المعاملة لايتحقق الا بالالفاظ التي ظاهرة في مدلولها ، ولايعد ايجاد المسبب باسبابه الا اذا كان اللفظ ظاهراً بنفسه في ايجاد المفهوم وتحققه . وهذا بخلاف مانحن فيه ، فان القسم لايشترط فيه ذلك . فيكفي فيه دلالة

١ــ الوسائل باب ٣٢ حديث ٤

٢ــ الوسائل باب ٣٠ من ابواب الايمان حديث ٤

اللفظ على المعنى ، وان كان بسبب القرائن .

ولذا لا تجد من الفقهاء اعتبار اشتراط الظهور اللفظي في الحلف وليس ذلك الا لتحقق مفهوم القسم باللفظ المشترك ولو بمعونة القرائن وكان المسئلة هنا من باب ارسال المسلمات.

نعم اذا قلنا ان القرينة جزء الدال في اللفظ المشترك وليست القرينة واسطة في ظهور اللفظ في مدلوله جاز ان يقال بعدم صحة الالفاظ المشتركة في القسم ، لعدم دلالة اللفظ حينئذ على القسم الامع انضمامه الى القرينة .

ولكن قد بينا في محله من المعاملات ان قرائن المشترك ، بل وقرائن المجاز المشهور هي اوساط لظهور اللفظ في المعنى ، وليس هي جزء الدال كما اختاره بعض علماء الادب .

ثم انه يجوز الحلف بغير اسم الله تعالى في غير الخصومة كما تشير اليه بعض الروايات الدالة على جواز الحلف بالائمة . ولا يترتب عليه كفارة .

نعم هو مكروه كما يظهر من بعض الروايات الدالة على انه لو صح القسم بغير الله لانسد القسم والحلف بالله العظيم (١) .

وفي رواية مسعدة بن صدقة قال : سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول وسئل عما يجوز وعما لا يجوز من النية والاضمار في اليمين ، فقال يجوز في موضع ولا يجوز في آخر، فاما ما يجوز فاذا كان مظلوماً فما حلف به ونوى اليمين فعلى نيته، واما اذا كان ظالماً فاليمين على نية المظلوم (٢) .

ويؤيد ذلك ماورد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من النهي عن ان يلغز بالايمان ، وان كان

١ـ راجع الوسائل باب ٣٠ من ابواب الايمان

٢ـ الوسائل باب ٢٠ من ابواب الايمان حديث ١

الطريق ضعيفاً .

ويجوز ان يراد من مجموع الروايات الواردة في المقام انطباق اليمين الفاجرة والكاذبة عليها ، الاان التأمل في عنوان الرواية لايتناسب مع الكذب. فان التورية على ماذكرناها في باب المعاملات عبارة عن استعمال اللفظ في مدلوله من غير كذب ولاتجوز ، وانها نوع من الفصاحة والبلاغة .

الاان الذي ورد في المقام ان الحالف اذا كان ظالماً فالمدار على نية المظلوم سواء كان كاذباً اوموريا . هذا اذا كان احد الطرفين قد حلف الاخر بدون تحليف الحاكم الشرعي.

واما اذا حلفه الحاكم الشرعي فالميزان هو قصد الحاكم لاقصد الحالف ، ولذا لو كانت المسئلة خلافية كما لو وقع عرق الجنب من الحرام في ماء ، وكان الحاكم يرى نجاسته اوطهارته ، واختلف المدعي والمدعى عليه في ذهاب مالية الماء من جهة وقوع عرق الجنب من الحرام فيه . فالميزان انما هو رأي الحاكم في الطهارة والنجاسة ، فيرتب الحكم على مايراه الحاكم من الرأي .

وليعلم ان اليمين على خلاف الواقع قد تجوز اوتجب كما في مورد التقية والضرورة كما قال ابوجعفر عليه السلام : ماصنعتم من شيء اوحلفتم عليه من يمين في تقية فانتم منه في سعة (١) .

وفي رواية يونس عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلام في رجل حلف تقية فقال : ان خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك ، فان لم تر ان ذلك يرد شيئاً

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب الايمان حديث ٢

فلاتحلف لهم (١) .

وفي خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائهم ـ عليهم السلام ـ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : احلف كاذباً ونج اخاك من القتل . (٢) .

١ـ الوسائل باب ١٢ من ابواب الايمان حديث ٣

٢ـ « « « « « ٤

تحليف الاخرس

اذا كان المدعى عليه اخرس، واراد الحاكم الشرعي، او المدعي تحليفه فالظاهر كفاية اشارته عن الحلف، لان المستفاد من مجموع الادلة قيام الاشارة مقام اللفظ في مطلق الحكاية والاخبار، كما في العبادات او في الانشاءات كالعقود والايقاعات.

واما صحيح محمد بن مسلم قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه دين وانكر، ولم يكن للمدعي بينة؟ فقال. ان امير المؤمنين عليه السلام اتى بأخرس فادعى عليه دين ولم تكن للمدعي بينة، فقال امير المؤمنين عليه السلام الحمدلله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للامة جميع ما تحتاج اليه الى ان قال ثم كتب امير المؤمنين عليه السلام: والله الذي لااله الاهو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر والعلانية ان فلان بن فلان المدعي ليس له قبل فلان بن فلان اعني الاخرس حق ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا بسبب من الاسباب، ثم غسله، وامر الاخرس ان يشربه فامتنع فالزمه الدين (١).

١- الوسائل باب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

فهذا الخبر وان كان ظاهراً في التحليف على النحو المذكور في الرواية ، وقد عمل به بعض الاصحاب ايضاً ، من جهة ان الرواية انما هي في مقام الاستدلال ، حيث استدل بها الامام مستشهداً لذلك بما فعله امير المؤمنين عليه السلام ولازم ذلك عدم كونها قضية في واقعة ، بل صدرت الرواية لبيان الحكم الواقعي .

ولكن مع ذلك كله نقول : انه لا ينافي الاكتفاء بالاشارة في مقام تحليف الاخرس ، اذ لعل الرواية جائت في مقام التغليظ في القسم ، لا لانحصاره بهذا الوجه .

فالتحقيق كفاية الاشارة في تحليف الاخرس ، وان جاز التغليظ عليه على المذكور في الرواية .

استحباب الوعظ قبل التحليف

يستحب للقاضي قبل تحليف الطرف وعظه ، وذكر الايات والروايات الدالة على عدم رجحان الحلف ، تخويفه من ارتكاب الذنب ان كان كاذباً في حلفه ، كما انه ينبغي للقاضي الترجيح بعدم الاحلاف لمن يريد احلاف المدعى عليه ، والراجح للمدعي عليه ايضاً ان يغرم ولا يحلف تعظيماً لله تعالى كما ورد ذلك في رواية ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام ان اباه كانت عنده امرأة من الخوارج اظنه قال : من بني حنيفة فقال له مولى له يا بن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان عندك امرأة تبرأ من جدك فقضى لابي انه طلقها فادعت عليه صداقها فجائت به الى امير المدينة فقال له امير المدينة : يا علي اما ان تحلف واما ان تعطيها ، فقال لي يا بني قم فأعطها اربعمأة دينار ، فقلت له : يا ابة جعلت فداك ألست محقاً ؟ قال : بلى يا بني ولكني اجللت الله ان احلف به يمين صبر (١) .

ويستحب للقاضي تغليظ القسم على الحالف ، وان لم يجب على الطرف الاستجابة .

١ـ الوسائل باب ٢ من ابواب الايمان حديث ١

وفي استحبابه مطلقا سواء اتهمه القاضي ام لا تأمل فان الظاهر من الادلة عند ضم بعضها الى بعض هو مورد تهمة الطرف باكل المال لا مطلقا وهو المناسب للاعتبار ايضاً .

وبالجملة فان التحذير من الحلف مستحب مؤكد وهو في منتهى الرجحان .

وتدل عليه الروايات الواردة في المقام من ان الحلف بالله كاذباً كفر بالله العظيم (١) .

وانه يدع الديار بلاقع كالارض الجرداء من غير نبت وانه موجب لقطع النسل (٢) .

وان من قدم غريماً الى السلطان يستحلفه وهو يعلم انه يحلف ثم تركه تعظيماً لله تعالى لم يرض الله له بمنزلة يوم القيامة الا منزلة ابراهيم خليل الرحمن (٣) .

ثم انه لا يشترط في القسم العربية فيجوز بسائر اللغات اذا كان مؤدى القسم محفوظاً فيها ، وكانت الفاظ الترجمة مؤدية للمعنى العربي .

القسم بالبرائة

الظاهر ان القسم بالبرائة من الله تعالى او من النبي وآله المعصومين (والعياذ بالله) ليس قسماً في الحقيقة ، فان القسم بالمعنى الذي تقدم لا ينطبق على عنوان البرائة ،

١ــ الوسائل باب ١ من ابواب الايمان حديث ٦

٢ــ راجع الوسائل باب ٤ من ابواب تحريم اليمين الكاذبة

٣ــ الوسائل باب ٥٢ من ابواب الايمان حديث ١

وليس مفهوم البرائة متحداً مع مفهوم القسم لابالحمل الاولى ولابالحمل الشايع الصناعي.

فهو نوع تعهد خاص يشبه القسم والحلف ،والظاهر من الروايات حرمة التعرض لذلك .

ففى رواية يونس بن ظبيان قال :قال لى : يايونس لاتحلف بالبرائة منا فانه من حلف بالبرائة منا صادقاً او كاذباً فقد برىء منا (١) .

وفى مكاتبة الصفار الى العسكرى :رجل حلف بالبرائة من الله ورسوله فحنث ماتوبته وكفارته ؟فوقع ـ عليه السلام ـ يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفر الله عزوجل (٢) .

واطلاق الحلف عليه باعتبار انه نوع تعهد يؤدى مؤدى القسم .

وعلى تقدير الحرمة فلافرق بين الصادق والكاذب .

ثم ان ماورد فى رواية يونس من ان البرائة منهم غير جائزة فهى ظاهرة فى مطلق البرائة والظاهر ان الحرمة انها تتحقق اذا كان عن قصد للبرائة واقعاً والا فلو لم يقصد البرائة ، وانما جرى بها لسانه لاعن اعتقاد فليس من البرائة الحقيقية وانما هى برائة صورية لايترتب عليها آثار البرائة الواقعية .

وقد صرحت الاخبار فى قضية عمار بن ياسر المعروفة وغيرها ، لصحة البرائة ظاهراً .

فما ورد من رواية يونس وغيرها ،فيراد به البرائة الحقيقية دون البرائة الصورية

١ـ الوسائل باب٧ من كتاب الايمان حديث ٢

٢ـ « « « « « ٣

والافالادلة واضحة فی عدم کونه متبرئاً واقعاً .

مضافاً الی قوله تعالی الامن اکره وقلبه مطمئن بالایمان (۱) فانها ظاهرة فی جواز البرائة اذا کان مطمئناً بالایمان ، وعقیدته راسخة علی الاسلام ،وان قضیة عمار بن یاسر احد مصادیق هذه الایة الشریفة .

واما الکفارة باطعام عشرة مساکین اذا خالف عنوان البرائة فهو وان لم یقل به احد من الفقهاء ، الا انه من الممکن ان الحدیث لم یکن معهوداً بین الفقهاء قدیماً ،بل ولم تکن هذه المسئلة محررة بهذا العنوان عن قدماء الفقهاء ،ولذا لم یتعرضوا لکفارته، والافرجحانها لولم نقل بالوجوب قوی .

ولیعلم انه لیس من وظائف الفقیه التحلیف بالبرائة ولامن وظائف المدعی والمدعی علیه هو الحلف بها اذلا یوجب ذلک قطع الخصومة .بل قطع الخصومة انما یکون بالقسم بالله تعالی .

واما الحلف بالعتق والطلاق کما یراه العامة، فلیس من باب الحلف المصطلح وانما یرتبون الاثر علی طلاق الزوجة والعتق عند التخلف عما التزموا به وان لم یکن قسماً بالمعنی المصطلح .

ثم : ان الحلف بغیر الله کالرسول والائمة ـ علیهم السلام ـ والکعبة المشرفة اذا لم یکن القسم بها فی باب القضاء والمرافعات فلا مانع منه وان کان لایخلو عن کراهة اوعدم رجحان کما اشرنا الیه .

ثم انه اذا حلف ان لایحلف بالله فهل یشمل صورة ما لو ادعی علیه وانکر ام لا؟ فهذا یقع علی نحوین :

۱ـ سورة النحل آیة ۱۰۶

النحو الاول : ان يكون غير ملتفت الى عنوان القسم فى الدعوى ، وفى هذا الفرع يصح له القسم بلااشكال .

النحو الثانى : أن يكون ملتفتاً وكان غرضه الاستيعاب فى القسم لكل صورة من الصور ، فحينئذ لايصلح له القسم ولاتشمله ادلة نفى الضرر لاقدامه على ذلك كما ذهب اليه السيد الفقيه اليزدى .

ولكنه لايخلو عن تأمل اذقصده للضرر لايوجب ارتفاع نفى الضرر شرعاً فان الاقدام من المكلف لايوجب نفى التشريع الثابت بادلة نفى الضرر .

لايمين فى الحدود

اعلم ان اليمين ثابت فى كل دعوى سواء كانت مالية كالمعاملات ام لا كالنكاح والطلاق والنسب ونحو ذلك .

واما الحدود فلايثبت فيها القسم .

والمدرك لذلك النبوى : ادرؤا الحدود بالشبهات ولاشفاعة ولاكفارة ولايمين فى حد (١) .

ومرسلة البزنطى : اتى رجل امير المؤمنين عليه السلام برجل فقال : هذا قذفنى ولم يكن له بينة . فقال : ياامير المؤمنين استحلفه . فقال عليه السلام : لايمين فى حد ولاقصاص فى عظم (٢) وبمضمون هذه الروايات غيرها ، هذا كله فى حق الله .

واما اذا كانت الدعوى مشتملة على حق الله ، وحق الناس ، فيثبت اليمين فى حق الناس دون حق الله ، كالسرقة فيثبت المال ، دون قطع اليد .

١ــ الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

٢ــ » « « « « « ١

واما اذا كان الحق مشتركاً بين حق الناس وحق الله ولم يكن من باب تعدد الحقوق فالمعروف بين الفقهاء : عدم صحة اليمين ايضاً نظير القذف فانه لايثبت على من ادعى عليه .

ولولا الشهرة وانه المعروف بين الفقهاء لكان القول بالتفكيك بين الحقين قوياً ولامانع منه .

وقد منعه الفقيه اليزدى واعتبره من المسلمات .

وقرب المنع استاذنا المحقق العراقى فى بحثه وليس الامر من المسلمات الواضحة حيث انه قابل للتفكيك بين الحقين فتنتفى اليمين بملاحظة حق الله وتثبت بملاحظة حق الناس .

خاتمة

فى الاختلاف فى العقود والايقاعات

ومسائل القسمة

الدعوى فى الحقوق الشرعية

اذا ادعى صاحب النصاب تبديله بشيء آخر او نقصانه عن النصاب عند الخرص او ادعى الذمى اسلامه قبل الحول للتخلص من الجزية ، فالظاهر والمعروف من كلمات الاصحاب : هو تصديق قولهم من غير حاجة الى اقامة البينة ولا الى تحليفهم على ذلك ولا يسمع قول مدعى النصاب وان كان وكيلا عن الفقيه او منصوباً من قبل المعصوم عليه السلام .

ونظيره ما لو ادعى على شخص الخمس بماله او ادعى الفقير حصول النصاب فى مال الغنى فانه لا تسمع الدعوى ايضاً ولا يلزم بالحلف .

وقد ناقش فى ذلك الفقيه اليزدى : فصحح دعوى الفقير على صاحب المال فى ثبوت النصاب لانه شريك معه وان كان المالك له حق ان يدفعه الى فقير آخر لان المالك فى الحقيقة هو عنوان الفقير وتقبل الدعوى فى النصاب من وكيل الفقيه .

واما قبول الامام دعوى عدم النصاب ونقصان الخرص مثلا فليس الا فى مورد لا يعلم بثبوت الحق عليه والا فتصح الدعوى ، هذا .

ولكن الظاهر من رواية بريد بن معاوية : ان امير المؤمنين عليه السلام امر مصدقه (قل

لهم :ياعبادالله ارسلني اليكم ولي الله لاخذمنكم حق الله في اموالكم فهل لله في اموالكم من حق فتؤدوه الى وليه فان قال لك قائل :لافلاتراجعه (١).

ورواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام قال : كان على صلوات الله عليه اذا بعث مصدقه قال له :اذا اتيت رب المال فقل : تصدق رحمك الله مما اعطاك الله فان ولي عنك فلاتراجعه (٢) .

هو تصديقه حتى مع الظن بعدم الاداء او تهمته بعدم الاداء .

والسر في ذلك ان الزكاة حق نوعي اوملك للنوع وليس ملكاً للفرد اوالافراد ولعل هذا الحق اوالملكية للنوع انما تقتضي الاداء في صورة ما اذا كان المكلف منقاداً لا ما اذا اراد عدم الامتثال اوتظاهر بالامتثال .

١ــ الوسائل باب٢ من ابواب زكاة الانعام حديث ١

٢ــ « « « « « « ٥

الدعوى فى البيع وبعض المعاملات

ويقع البحث فيها فى ضمن فروع :

الاول : ان يختلف المتبايعان فادعى احدهما انه باعه داراً بثمن كذا وادعى الاخر انه باعه بستاناً بثمن كذا فالظاهر ان المقام من موارد التداعى وليس من باب المدعى والمنكر ، ولاتنفسخ المعاملة باختلافهما ، اذالاختلاف انما وقع فى تعيين احدهما لافى اصل المعاملة وصحتها ، ولاوجه للانفساخ بعد صحة اصل المعاملة، فيرجع فى هذه الموارد اماالى لتحالف من الطرفين اواولى الصلح القهرى من الحاكم الشرعى ، ولعل التحالف اظهر وجهاً من الصلح فى هذا المقام .

وعلى تقدير القول بالانفساخ فهو فى ابتداء المعاملة ،اذلاوجه لتمامية المعاملة اولا وانفساخها آخراً .

الثانى : ان يتنازعا فى عين بعد تسليم كل منهما انتقالها الى الاخر ، ولكن اختلفا فى انه هل كان بنحو البيع اوكان بنحو الهبة فادعى احدهما البيع والاخر الهبة فان اقام احدهما بينة دون الاخر لتعين الحكم على طبقها والافان حلف احدهما

دون الاخر حكم له ايضا بالمال فان نكل كل واحد منهما اوحلف كل واحد منهما يرجع النزاع الى اشتغال ذمته بالعوض وعدمه، فيقدم قول المنكر بيمينه وان كان يحتمل قريباً انفساخ المعاملة بعد الحلف اوالنكول من كل منهما .

ولكن الاقرب الى الفن ان يقال :ان الغرض من الدعوى ان كان وقوعها بكيفية البيع اوبكيفية الهبة فيعتين التحالف وان كان الغرض استحقاق العوض اوعدم استحقاقه فالقول قول مدعى الهبة لاصالة برائة ذمته عن ذلك .

وماذكرناه لاينافى احترام مال المسلم فان الهبة المجانية لاتنافى احترام مال المسلم اذليس من شرائط احترامه تحقق العوض .

الثالث : ان يختلفا فى الصلح الواقع بين الطرفين انه كان بالعوض ام لا اوفى الهبة انها معوضة ام لاولم تكن فى المقام بينة فالاصل عدم اعتبار العوضية فتثبت الصلح والهبة من غير عوض .

وان اختلفا فى الاذن فى شىء والتصرف فيه مجاناً او بشرط العوض فان مقتضى وضع اليد والاستيلاء هوالحكم بالضمان مضافاً الى قاعدة احترام مال المسلم ان قلنا بها .

واما اذاتنازعا فى بيع دار فاعترف المشترى بوجوب اداء الثمن للبايع ولكن ادعى فراغ ذمته عن الوفاء فان اقام بينة فذاك والافذاك والافلايكفى قوله ببرائة الذمة بل وجب عليه اداء الثمن .

الدعوى فى خصوص الاجارة

لو آجر شخص داراً على آخر فادعى الموجر ان الاجارة بمأة دينار وادعى المستأجر بخمسين فالقول قول المستأجر مع يمينه . سواء كان بعد استيفاء المدة اوفى اثنائها اوابتداء المدةلانطباق عنوان المدعى عليهعلى المستأجر كما انالمدعى ينطبق على الموجر ويكون المورد من قبيل الاقل والاكثر والمتيقن هوالاقل والاصل برائة الذمة عن الاكثر وليس المقام من قبيل المتباينين لتكون المسألة من موارد التداعى والتحالف من الطرفين كماذكره شيخ الطائفة فى المبسوط .

بتقريب : ان كلامنهما مدعى ومدعى عليه وان كلا منهما يدعى عقداً ينكره الاخر .

والوجه فى ذلك ان الاصل هنا مع المستأجر اذالاصل برائة ذمته عن الزائد وليس قول كل واحد منهما مطابقاً للاصل ليكون المقام من قبيل التداعى .

كماان المورد ليس من قبيل الاقل والاكثر بشرطلاوشرط شيء ليكونا من قبيل المتباينين باعتبار تباين الحدودمع عدم التباين فى اصل وجوديهما اذ كمايتحقق التباينين

بالاختلاف فى اصل الوجود كذلك يتحقق بالاختلاف فى الحدود وانه ايضا نحو من انحاء التباين كما هو واضح .

ثم انه لو اقام كل منهما بينة يحكم على طبق بينة الخارج وينطبق هنا على الموجر سواء كانت الشهادة فى تاريخ واحد املا .

واما اذا كان الاختلاف بينهما على وجه التباين كما اذا ادعى احدهما وقوع العقد على دينار وادعى الاخر وقوعه على من من حنطة ، فانه يكون من قبيل التداعى لا من قبيل المنكر والمدعى وحينئذ فلا تطلب البينة من الداخل كما بيناه سابقاً ، خلافاً لجماعة من الفقهاء ، ومنهم الفقيه اليزدى من دون فرق ايضاً فى كون البينة مطلقة او مقيدة بزمان خاص ، حيث ان بينة الداخل على ما اخترناه غير معتبرة اصلا وعليه فلا تعارض بين بينة الداخل والخارج كما يستفاد ذلك من صريح عبارة اليزدى فى جميع الصور .

وبعد ما عرفت ان المدار ليس الاعلى بينة الخارج تعرف انه لا وجه للتعدد والتعارض مطلقاً سواء كانت البينتان مطلقتين او مطلقة ومقيدة او مقيدتين وسواء كان الاختلاف فى العقد الواحد او المتعدد ، فلا مورد لشهادة بينة الداخل ، ولا لاعتبار القرعة فى الاخذ باحدهما ، من غير فرق ايضاً بين كون الدعوى بين الاقل والاكثر فى عين او دين فى الذمة او كان على عكس الفرض الذى ذكرناه كما لو كان النزاع بين الموجر والمستأجر بين الاقل والاكثر ، كما لو ادعى الموجر اجارة شهر لدار وادعى الاخر شهرين فان المدعى للاقل هو المنكر والمدعى للاكثر هو المدعى والمسئلتان ليستا من قبيل التداعى بل من قبيل الدعوى الواحدة غايته انه من قبيل الاقل والاكثر فى الثمن او فى العين المستأجر كلها او بعضها .

والمختار فى الفرعين وفى كل مقام يدور الامر بين الاقل والاكثر هو ما ذكرناه

سابقاً من ان مدعى الاكثرية فى العين المستأجرة اوفى ثمن الاجارة هوالمدعى ومن كان قوله على طبق الاقل هو المدعى عليه الا ان الفقهاء استثنوا من ذلك ثمن المبيع وقالوا ان من ادعى الاقل هو المدعى وانه يصدق البايع فى دعوى الاكثرية ولكن بيمينه .

وذلك لمرسل اليزنطى رواه المشايخ الثلاثة المنجبر بالشهرة عن ابيعبدالله عليه السلام فى الرجل يبيع الشيء فيقول المشترى هوبكذا وكذا باقل مماقال البايع القول قول البايع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه (١) .

ويؤيده الصحيح من قوله : فان اختلفا فالقول قول رب السلعة اويتتاركا (٢).

والظاهر : ان الحكم متسالم عليه وان كان فى المسئلة اقوال اخر ولكنها شبيهة بالشهادة والا لامكن المناقشة فى المرسل من حيث السند وفى الصحيح من حيث الدلالة

واما اذالم يكن المبيع قائماً فالقول هوقول المشترى وبحكم التلف فى تقديم قول المشترى تلف البعض اوالانتقال الى ثالث ببيع ونحوه .

واما حكم الامتزاج فان كان بغيره فهو كالتلف و الافليس بحكم التلف على الاظهر .

هذا كله فيما اذا كانت الدعوى على عنوان الثمن .

اما اذاكانت الدعوى على المثمن فلاريب ان القول قول من يدعى الاقل .

وليعلم ان تقديم قول البايع فى دعوى اكثرية الثمن انما هو من باب التعبد الشرعى فلايسرى الحكم الى وارثه اذامات البايع لان الحكم على خلاف القواعد

١ــ الوسائل باب ١١ من ابواب احكام العقود حديث ١

٢ــ « « « « « « ٢

فيقتصر على مورده الان يدعى ان قول البايع مطابق للاصل حيث ان الثمن لما كان مرددا بين الاقل والاكثر كان الانتقال بالاكثر غير معلوم والمعلوم انما هو الانتقال بالاقل فتكون دعوى البايع لاكثرية الثمن على طبق القاعدة وان المخالف للقاعدة هو كون الثمن على وفق الاقل .

وعليه فتكون الروايات المتقدمة ايضاً على وفق القاعدة ولكن مع ذلك كله فلا يخلو ماذكرناه من التامل .

الاختلاف في الجدار

اذا اختلف مالكان في جدار فادعى كل منهما انه له فمن اقام البينة حكم له به وان لم تكن هناك بينة فان قامت القرائن على انه لاحدهما كما لو كان الاساس لاحدهما اوبنى عليه قبة او كان سقف داره عليه حكم له به لتحقق التصرف واليد عليه مالم تقم البينة على خلافه .

واذا حكم له باليد جاز للطرف احلافه فان حلف اخذه والارد عليه القسم فان نكل وقلنا ان مجرد النكول يوجب الحكم للطرف الثاني والا فلايحكم له .

وقديشهد لماقلناه من الحكم في الجدار بالقرائن والخصوصيات صحيح منصور ابن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام سئلته عن حصن بين دارين فزعم ان علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القماط (١) .

المعتضد بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن ابى جعفر ـ عليه السلام ـ عن ابيه عن جده عن على عليه السلام انه قضى في رجلين اختصما اليه في حصن فقال ان الحصن

١ـ الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ١

للذى اليه القماط (١) .

فان ظاهر الصحيح والخبر هوالحكم لمن قامت القرائن بثبوته له وان كان فى دلالة كل من الخبرين على وجه الظهور العرفى على المطلوب تأمل .

١ــ الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ٢

تنازع الزوج والزوجة فى متاع البيت

لو تنازع الزوج والزوجة فى متاع البيت ، فذهب بعض الفقهاء الى كون الزوج هو المدعى والزوجة هى المدعى عليها وذهب آخرون الى عكس ذلك وذهب بعضهم الى ان المتاع ان كان من مختصات النساء فيكون الزوج هو المدعى والافهى المدعية .

الاان التامل فى هذا الفرع يقتضى ان الاستيلاء على الدار ومافيها ان كان من الزوج فهى مدعية على المتاع وان كان الاستيلاء منها فيكون هو المدعى على المتاع مالم تقم قرينة خارجية على اختصاص بعض الاشياء بها او بالزوج كاللباس المختص بها واللباس المختص به وهذا هو الاقرب الى القواعد من استيلاء احدى اليدين الى المال ويكون المستولى هو المدعى عليه وغير المستولى هو المدعى ويحتاج غير المستولى الى اقامة البينة كما تقتضيه قواعد الحكومة فى القضاء .

وبتقريب آخر انه اذا لم تقم البينة من الرجل والمرأة على المال حلف كل منهما ووزع المال بينهما بالتنصيف والا اخذه الحاكم كما يظهر ذلك من شيخ الطائفة والعلامة فى القواعد ، هذا اذا لم يكن استيلاء على المال من الزوج او الزوجة .

واما اذا كان هناك استيلاء من احدهما فيحكم بأن المال له ، مالم تقم البينة على خلافه ، ولعل من اعتبر اليدين من الرجل او المرأة نظر الى جهة الاستيلاء لا الى مجرد اليد ، وان لم تكن مستولية .

واما اذا كانت اليد من احدهما فعلية بمعنى ان الاستيلاء كان منه بالفعل واستيلاء الاخر كان متقدماً زماناً فيحكم لليد الفعلية سواء كانت اليد والاستيلاء من الرجل او المراة .

وذهب بعض الفقهاء كما اشرنا اليه : ان مختصات الرجل كالعمامة ونحوها تكون للرجل كما ان السوار والقلادة ونحوهما تكون للمرأة .

وذلك لموثق يونس بن يعقوب عن ابى عبدالله عليه السلام فى امرئة تموت قبل الرجل اورجل قبل المرئة قال عليه السلام : ماكان من متاع النساء فهو للمرئة وماكان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما رمن استولى على شيء منه فهوله (١) .

وذهب الشيخ فى الاستبصار الى ان المتاع كله للمرئة الاما علم انه للرجل اواقيمت البينة عليه لصحيح عبدالرحمن وفى ذيل الصحيح قال ابوعبدالله عليه السلام :يكون المتاع للمرئة وفيه ايضاً : المتاع يهدى علانية من بيت المرئة الى بيت زوجها فهى التى جائت وهذا المدعى فان زعم انه احدث فيه شيئاً فليأت عليه البينة (٢) .

وانت عند التامل فى مضمون هذه الروايات لاتجد فيها مصادمة للقواعد المقتضية بأن من استولى على شيء فهوله فالميزان هو الاستيلاء او العلم بأن المتاع قد جائت به من بيت ابيها والافمقتضى القاعدة هو الحكم بالملكية لمن استولى على المال سواء

١ــ الوسائل باب٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ٣

٢ــ « « « « « « « ١

كان من طرفهااومن طرف الزوج وليس فى روايات الباب مايخالف القواعد فى الفرع المذكور وان كان قد يظهر من بعض كلمات الاستاذ العراقى منافاة الروايات للقواعد ولكن التامل يقضى بعد مها .

دعوى الزوجية او الطلاق

ان ادعى شخص زوجية امرأة و انكرتها ، فعلى المدعى البينة ، و الا توجه القسم اليها وكذا ان ادعت زوجية شخص فعليها البينة والافعلى الزوج القسم.

وان ادعت عدم الانفاق من الزوج فالقول قولها وعليه البينة .

واما ان علم من الزوج طلاق زوجته مرة وادعت طلاقها مرة اخرى اما بعد رجوعها اوفى وقت يمكن الرجوع بها من الزوج ، فعلى مدعى الطلاق اثبات البينة امامن الزوج اوالزوجة كمايظهر من السيد الفقيه اليزدى .

ولكن الظاهر تصديق قوله فى الطلاق الاول والثانى والثالث ايضاً لانه مصدق فى دعواه ولان امر الطلاق بيده ، فيؤخذباقراره ، بل وينطبق عليه قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به وقد بيناها مفصلافيما تقدم.

واما اذا دارالامر بين كون الطلاق رجعياً اوباينا ، فقد يظهر من جماعة من

الفقهاء ومنهم الفقيه اليزدى انه من باب التداعى وليس من باب المدعى والمنكر.

ومدركهم فى ذلك ان حقيقة الطلاق البائن يغاير الطلاق الرجعى هوية وماهية و اذا اختلفا كذلك يكونان من الدعويين المتباينتين فيكون المورد من التداعى لامن المدعى والمنكر.

ولكن التأمل فى المسئلة يقضى بخلافه فان المباراة ـ نحو من انحاء الطلاق، وقطع لعلقة الزوجية، وليست المباراة ـ حقيقة اخرى وراء الطلاق.

واما البذل فيه فلايخرجه عن حقيقة الطلاق ايضاً وانما هو طلاق مشروط بالبذل ولايكونان بذلك من الحقيقتين المختلفتين وجوداً وماهية، ولا مما يختلفان حداً.

فان الظاهر من ادلة الباب: ان المباراة ـ كالطلاق الرجعى نحو من انحاء الطلاق وهما مصداقان لحقيقة الطلاق، وان اختلفا من حيث اختلاف الافراد، و هذا لايوجب ان يكونا من الحقيقتين المتباينتين هوية او ماهية.

وعلى الاجمال: ان مقتضى «الطلاق بيد من اخذ بالساق» (١) هو تصديق قوله سواء كان فى اصل الطلاق اوفى الطلاق الثانى.

واما اذا ادعى الرجوع قبل انتهاء المدة ظاهراً و ادعت ان دعواه الرجوع انما كانت بعد العدة فالظاهر تصديق قوله فان الظاهر فى هذا الفرع هو صحة دعوى الرجوع.

واما اذا علم كل من الرجوع وانقضاء العدة اوعلم تاريخ احدهما ولكن شك فى كون الرجوع هو السابق ليصح للزوج الرجوع بالزوجة اوان انتهاء مدة الطلاق

١ـ المستدرك ج ٣ ص ٨ كتاب الطلاق.

كانت قبل الرجوع فلا يصح له الرجوع ، فانه لا يقبل قوله الابعد اقامة البينة ، وقد اوضحنا هذا الفرع ونظائره فى كتاب الطلاق من انوار الوسائل وفى تقريراتنا فى الطـلاق .

دعوى وطى الشبهة

اذا ادعى شخص على امرئة انه قد وطئها شبهة و كانت زوجة رجل آخر، فلا يصدق قوله الا بالبينة و ليس الولد من المرئة بولد له .

واما اذا تحقق وطى شخصين لامرئة شبهة فالولد يلحق بالاول .

و ان شك فى التقدم والتأخر ، فالحكم بينهما القرعة فيأخذ الولد من خرجت القرعة باسمه ان كان يمكن الحاقه باحدهما .

واما اذا كان الولد دون ستة اشهر او فوق منتهى الحمل من تسعة اشهر او عشرة كما قد قيل به فلا يلحق لا بالاول ولا بالثانى .

واما اذا امكن الحاق الولد بصاحب الفراش فيلحق به فى مورد احتمال الزنا حيث ان الولد للفراش وللعاهر الحجر (١) كما صرحت به الادلة فى باب النكاح فراجع ، وتفصيل هذه الفروع يطلب من محلها .

١ــ راجع الوسائل باب ٥٨ من ابواب العبيد والاماء .

الدعوى على بنوة ولد من حيث البنوة والتوارث

اذا ادعى شخص بنوة صغير وكان الصغير بيد شخص آخر فان قلنا بحجية اليد هنا فالقول قول صاحب اليد ويحتاج المدعى الى البينة وان وقع التشكيك فى حجية اليد هنا ، كما يقتضيه النظر ، فيكون كل منهما لا يدله عليه ومن اقام البينة انتسب الولد اليه ، فان حجية اليد على الحر او الطفل المدعى كونه ابناً لاوجه لها .

كما انه يشكل اعتبار قول الطفل نفى الولدية بعد البلوغ ممن ادعى ابوته له فاذا اقام شهادة عادلة عند الحاكم الشرعى ببطلان تلك الشهادة ممن ادعى ابوته صح له نفى الابوة والالزم بنوته له فيترتب على ذلك احكام التوارث والنسب والمصاهرة .

واما اذا تنازع شخصان فى ولد بالغ رشيد وانكرهما فالقول قوله .

وان اعترف لاحدهما دون الاخر فهو لمن اعترف له الاان يقيم الاخر البينة على كذبه .

وان اعترف لاحد من غير يقين فالظاهر ثبوت القرعة ، فمن خرجت القرعة باسمه اخذه ، ويترتب عليه احكام الابوة والبنوة .

القسمة

وقد تعرض كثير من الفقهاء رضوان الله عليهم لبحث القسمة عند انتهاء بحث القضاء لبعض المناسبات ، والا فالقسمة ليست مختصة بباب القضاء ، بل قد ترد فى الشركة ونحوها .

وكيف كان فليست هى من باب المعاوضات ، ولا مما يدخل فيها الربا كما هو واضح .

ويقع البحث فيه عن جهات .

الجهة الأولى : انها عبارة عن تعيين السهام ، وان عبر بعضهم بتمييز السهام ، فان التمييز يستدعى ان يكون لها واقع معين ، والقسمة لا تستدعى التمييز السابق ، بل حقيقتها ليست الا تعيين السهام .

ولما كانت التعاريف فى الفنون لفظية صح التعبير عنها بتمييز السهام ، بعد ان كان ذلك مفهوماً مرتكزاً فى اذهان العرف . ولا يضر اختلاف تعريفها بعد بيان المقصود منها .

نعم أشرنا في مؤلفاتنا الفقهية والاصولية ، وكتاب القضاء من انوار الوسائل أن التعاريف اللفظية لاتكون مفيدة في بيان الاثار والاحكام اذا لم يكن دخول مصاديق الحقيقة في المعرف وخروج اغيارها عنها معلوماً . فلابد في التعريف اللفظي من ذكر لوازم توجب بيان الحقيقة وعدم خروج افرادها عنها وعدم دخول افراد غيرها فيها.

ثم انه لابد في القسمة من رضاء الطرفين ، بل حتى في القسمة الجبرية .

وان لم يتراض الطرفان تعينت السهام بالقرعة .

الجهة الثانية : ان الاظهر عدم الاحتياج الى تعيين قاسم لاجل القسمة .

ولو قلنا باشتراطه فلايشترط فيه العدالة ، بل يكفي ان يكون موثوقاً به .

وليس على الامام او الحاكم الشرعي تعيين القاسم وان كان امراً راجحاً كما عينه امير المؤمنين عليه السلام .

ولعله لبيت مال المسلمين ، اولجهات تقتضي نصب قاسم لاموال الناس في موارد خاصة ، ولايكون ذلك مدركاً للحكم على وجه العموم .

واجرة القاسم امامن بيت مال المسلمين واما على السهام وليست على الرؤوس.

واما اذا استأجر شخصا مرة اخرى بعد الاجارة الاولى فان كانت الاجارة الاولى على تعيين سهمه بالخصوص والاجارة الثانية على تعيين سهم الشريك صحت الاجارتان على التعاقب . وان وردت الاجارة على السهام برضاء من اصحابها صحت الاجارة ايضاً . والافاما ان نقول : بأن الاجارة تلزم الموجر فقط كما يقتضيه التأمل، اوتبطل الاجارة وان كان مقتضى الصناعة هو ثبوت الاجارة على الموجر .

الجهة الثالثة : لاتعتبر القرعة في القسمة الااذا تنازعا في تعيين حصتهما

فان القرعة ليست من مقومات القسمة ، كما يظهر من الجواهر وغيره ، بدعوى ان التمييز لايحصل الا بالقرعة. اذ من الواضح ان تعيين السهام لايحتاج الى القرعة، واعتبار القرعة فى مفهوم القسمة مما لامعنى له .

الجهة الرابعة : انه اذا اراد احد الشريكين القسمة تعين على الاخر القبول .

وقد ذهب كثير من الفقهاء رضوان الله عليهم الى جواز تخلف الشريك اذا كانت القسمة ضررية عليه ، سواء كان ذلك بنقص الشيء عن عنوانه الاولى ، او بوصوله الى حد لاينتفع بالسهام بعد القسمة .

والتحقيق فى المسألة ان احد الشريكين اذا توجه عليه الضرر جاز له الزام الطرف الاخر بالقسمة بلااشكال ، وهكذا الحكم اذا تساوى الضرران .

واما جواز الالزام بالقسمة اذا لزم منها التضرر على الطرف الاخر فمحل تأمل بل منع .

واذا كان الضرر على نفس الطالب للقسمة جاز للشريك القسمة معه ، الاان يكون موجباً لذهاب المالية ، بحيث يعد سفهاً فى القسمة ، فحينئذ لايجاب الى القسمة لانه يكون من باب تسليط السفيه على ماله وهو محل اشكال ، اذ لايصح لاحد الشريكين تسليم حصة الشريك له اذا كان العمل سفهياً .

الجهة الخامسة : ان القسمة اما ان تكون بافراز السهام كما فى المثليات كالدهن والحنطة ونحوهما ، واما ان تكون من باب التعديل كما فى القيميات ، واما ان تكون بالرد اى بانضمام شيء الى احد الطرفين من الخارج .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى صحة الاجبار فى القسمة فى الصورتين الاوليين دون الصورة الثالثة من جهة تحقق المعاوضة فيها .

ولكن التأمل يقضي بالصحة في الجميع ان لم يكن ضرراً ، والا فلاتصح القسمة .

والبحث في القسمة يستدعي اكثر مما تعرضنا له هنا ، وقد تعرضنا له مفصلا في اواخر بحث الشركة من كتاب انوار الوسائل .

نظرة اجمالية حول القانون الاسلامى والقانون الوضعى المدنى

اعلم ان هنا اموراً ينبغى التنبيه عليها :

الاول : ان طبيعة البشر من حيث النشأة والتطور تستدعى الاختلاف فى الجاه والشرف وفى الاموال والحقوق وفى السلطة والاستيلاء وهكذا .

الثانى :ان هذا التطور والاختلاف يستدعى ان يجعل له نظام يحفظ حدودها، وينزل الشخص منزلته الحقيقية من غير تعد ولا تفريط ويفى بحفظ ماله وشؤونه وحقوقه من غير اجحاف .

وبطبيعة الحال يحتاج البشر الى قانون عدل يفى بعدالة النظام الاجتماعى البشرى وبالنظام الجزائى والمدنى ويحفظ حقوق الافراد بعضهم عن بعض ،ويحفظ حقوق المجتمع بين الافراد والهيئة الحاكمة ، وحقوق العالم والمتعلم والحاكم والمحكوم والرعية والملك والزوج والزوجة والاباء والابناء والاقارب .

وهكذا لابد انيكون القانون كافلا لنظام البلاد والقرى ولكل مايحتاج اليه اجتماع البشر على تمام وجه الكرة الارضية .

الثالث :ان النفوس البشرية ينشأون ويعيشون فى بيئات خاصة وتقاليد مخصوصة وعادات ونظم محدودة ، وكل قطر له سلوك وكل بلد لها سير خاص وكل مملكة لها اتجاه لايتجامع مع النظام الاخر .

فمن العسير جداً ان يهدى نظام قطر اودولة جميع العالم على مختلف حالاته وبيئاته فلابد ان يأتى النظام ممن ليس مقيداً بهذه الحيثيات ممن ينظر الى الحقوق بنظر واحد من غير تفاوت فى ميزان العدل ونظام الاجتماع .

ولو وجد فى افراد المجتمع من يرى الصلاح العام للبشرية مطلقا فهو مع ذلك لايسعه ان يسيطر على النظام العالمى فيتعين ان يأخذ النظام من قانون العدل الحقيقى والرحمة الشاملة لكل افراد البشر وهو قانون الله العدل الذى لايحيف .

الرابع :ان القضاء العدل الثابت هو القضاء الشرعى واما القوانين الدولية على اختلاف تعديلاتها ونظمها ومايحتاج اليه المحيط فى بلادهم فمضطربة فقد وضعوا قوانين القضاء المدنى الذى يشمل القضاء التجارى وحقوق المنازعات والقضاء الابتدائى فيما يبلغ كمية قليلة فى المال كمأتين وخمسين ديناراً .

ثم قسموا الدوائر الى دوائر حكومية واستينافية وتمييز وجعلوا فى كل دائرة موظفين من مستنطق ومدع عام وحكام ورئيس محكمة .

ثم صرحوا بأن نظام القضاء الجديد يختلف عن القديم جداً وان القضاء كلما تمر عليه اعوام من السنين يحتاج الى اصلاح .

وهكذا قاموا ينقلون البشرية من نظام الى آخر ونظم الى اخرى .

ولورجعوا الى رسالة السماء والقانون الالهى لما احتاجوا الى هذه التبديلات والتغييرات وعدم الانتظام فى كل قرن .

فانظر الى قانون القضاء الذى بين يديك من التشريع الاسلامى قداحاط بكل جهة من المحاكمات التى يحتاج اليها البشر مع تسهيل الامور وايجازها .

ومع هذا القانون والنظام الكامل رجح الشارع المقدس والزم على وجه الاستحباب المؤكدان يهتم الحاكم الشرعى والقاضى اذاجائه المترافعان باول وسيلة لهما وهى وسيلة الصلح التى تذهب اضغان النفوس وخبث الضمائر وتجعل المترافعين اخوان الصفا ، بعد التباعد والبغضاء ، وان يأتى القاضى بكل وسيلة للمترافعين من وسائل الصلح والتسالم ،ورفع الشحناء بين النفوس حيث ان الله تعالى يعلم ان العدل وان كان هو القانون بين البشرية وهو النظام الاكمل بين الافراد والجماعات ،الا انه تعالى يعلم ان النظام البشرى لايكون على صعيد واحد ، وتجاوب بين النفوس ، الابان يجعل الله قانون الاحسان والرحمة ، وقانون العطف والحنان بين الامم وبين المترافعين ، وبين افراد كل بلدة وقرية ، فان العدل وان أصاب المرمى واوقف الظلم والجور واوجب سد باب العدوان .

الا انه مع ذلك لايكون هناك تأخ بين النفوس وتوافق بين العقول الا اذا فتح الله لهم قانون الرحمة والاحسان ، فان الله يأمر بالعدل والاحسان ، ولايرفع مافى النفوس بتمامه الا اذا تبادل الاحسان بين افراد البشر والمجتمعات .

ومن هنا كان الصلح هو الوسيلة الاولية للقاضى .

ولكل فرد من افراد الانسان ان يصلح بين اخوانه ، وبين اهل ملته وبين اهل دينه ، ويتسالم مع كافة البشرية ،وان لم يكن على ملته ،ليحصل التقارب والتجاوب

بين النفوس ، وعطفها الى الحق ، وميلها الى الاحسان والمروة .

والى تمام هذا الموضوع نختم كتابنا هذا بالشكر لله تعالى على اتمامه ، والتوفيق الى اكماله ، ونسأله التوفيق لما يحب ويرضى ، والتسديد بمنه وكرمه .

انه ولى التوفيق

٢١ صفر الخير ١٣٩٧

قم المقدسة ـ السيد حسين الحسينى الهمدانى

طبع على نفقة الواعظ الجليل

الحاج احمد البزاز

الفهرس

الموضوع	الصفحة
تقديم	٥
مقدمة المؤلف	١٠
كتاب القضاء	١٢
معنى كلمة القضاء	١٣
ماهى حقيقة القضاء	١٤
الفرق بين القضاء والفتوى	١٦
الفرق بين باب القضاء وباب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر	١٨
اشكال ودفع	١٩
القضاء فى مصطلح الفقهاء	٢٢
القضاء لاتفويض ولاتنزيل	٢٤
ماهو مقتضى القاعدة فى حكومة الفقيه	٢٥

الموضوع	الصفحة
شرائط القاضى	٢٧
الاقوال فى كيفية ولاية الائمة - ع - على الخلق	٢٨
ماهو المستند للاقوال المتقدمة	٣١
كلام مع شيخ الاساطين	٣٥
ماهو معنى التشريع	٣٦
ولاية الفقيه	٣٨
الادلة على القول الثانى	٤١
ولاية المتجزى	٥٣
دفع شبهة	٥٧
عدم جواز الحكم ممن لايقول بالولايه العامة	٥٩
ماهو مصير القضاء على مذهب الانسداد	٦١
مقتضى القاعدة فيما اذا تعدد القاضى	٦٤
عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور	٦٩
جريان التقية فى الموضوعات الخارجية وعدمه	٧٢
الشرط الثانى : العدالة	٧٨
الشرط الثالث : البلوغ	٨٢
الشرط الرابع : أن يكون القاضى رجلا	٨٤
الشرط الخامس : الحرية	٨٦
الشرط السادس : الاسلام وعدم الكفر	٨٨

الموضوع	الصفحة
الشرط السابع :طهارة المولد	٨٩
الشرط الثامن : ان يكون امامياً	٩٠
آداب القاضى	٩٣
نصب المقلد للقضاء	٩٧
هل يجوز للفقيه ان ينصب فقيهاً آخر للقضاء ؟	١٠٠
جواز نصب الامام قاضيين	١٠٢
قضاء القاضى بعلمه	١٠٤
ادلة القول بالجواز والجواب عنها	١٠٦
كلام مع المحقق العراقى	١١٢
كلام مع المحقق الاشتيانى	١١٤
القضاء التنفيذى واحكامه	١١٨
قاضى التحكيم	١٢١
بماذا تثبت اهلية القضاء	١٢٣
عدم حجية خبر الواحد فى الموضوعات	١٢٩
حجية الاستفاضة وعدمها	١٣٢
مسألة جواز النقض وعدمه	١٣٩
هل ينتقض بالحكم جميع لوازم الفتوى	١٤٥
هل يجوز نقض الحكم بالفتوى	١٤٦
جريان القضاء فى الاحكام الكلية العامة	١٤٩

الموضوع	الصفحة
هل يجوز اخذ الاجرة على القضاء	١٥١
مناقشة مع المحقق الرشتى فى المقام	١٥٥
حرمة اخذ الرشوة للقاضى	١٥٩
هل يملك القاضى المال المأخوذ رشوة	١٦٤
توبة القاضى بعد أخذ الرشوة	١٦٦
الهبة تفارق الرشوة	١٦٨
استرزاق القاضى من بيت المال	١٧٠
وجوب القضاء عينى او كفائى	١٧٢
استحباب التصدى للقضاء وعدمه	١٨٤
ورود الاحكام الاربعة على عنوان القضاء	١٨٨
عدم انعزال القاضى بموت الامام	١٩٠
لزوم العدالة والتعدد فى المترجم وعدمه	١٩٣
معنى الحكم فى باب القضاء	١٩٥
مسببية الحكم وعدمها	١٩٨
جريان المعاطاة فى الحكم	٢٠١
عدم قبول الحكم للنيابة	٢٠٣
جواز الحكم بالكتابة وعدمه	٢٠٧
اعتبار الكتابة فى الحكم	٢٠٩
تعريف المدعى والمدعى عليه	٢١٥

الموضوع	الصفحة
تقييد الحجة الشرعية بالفعلية	٢٢١
شرائط المدعى والمدعى عليه	٢٢٤
تحقيق فى معنى الدعوى	٢٢٦
اشتراط الخصومة الفعلية فى الدعوى	٢٢٨
اشتراط الجزم والمعلومية فى الدعوى	٢٣١
ثبوت الدعوى بالامارة	٢٣٤
الدعوى فى موارد التهمة	٢٣٧
اشتراط مالية المدعى به فى صحة الدعوى	٢٣٩
اشتراط كون متعلق الدعوى مشروعاً	٢٤٢
جريان قاعدة الالزام وعدمه فى المقام	٢٤٤
احتياج حكم الحكام الى استدعاء من المدعى وعدمه	٢٤٩
الدعوى على القاضى	٢٥١
دعوى الرشوة على القاضى	٢٥٥
الدعوى على المحكوم له	٢٦٤
دعوى الاشتغال اوالفراغ	٢٦٧
جواب المدعى عليه	٢٦٩
بيان حقيقة الاقرار	٢٧٢
دلالة الاقرار على الحكم السلبى	٢٧٤
جواب المدعى عليه بالاعسار	٢٧٧

الموضوع	الصفحة
تحقيق وتوضيح	٢٧٩
وظيفة الحاكم فيمااذا ادعى الاعسار	٢٨١
سكوت المدعى عليه	٢٨٤
اذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم	٢٨٦
انحصار الحكم بالبينة واليمين	٢٨٨
حجية البينة لاتختص بباب القضاء	٢٩٢
مفهوم اليمين	٢٩٤
صحة اليمين مع امكان البينة	٢٩٦
سقوط الدعوى باليمين	٢٩٨
اخذ العين اوبدلها بعدحكم الحاكم	٣٠٠
لايجوز التقاص بعد اليمين	٣٠٢
كيفية ترتيب الاثر على القسم	٣٠٤
ترتيب الاثر على يمين المدعى	٣٠٦
تكذيب الحالف نفسه	٣٠٨
رد اليمين على المدعى	٣١١
تنبيه	٣١٧
نكول المنكر عن اليمين	٣١٩
بذل اليمين	٣٢١
الدعوى بعد اليمين	٣٢٣
الدعوى على الميت	٣٢٥

الموضوع	الصفحة
تنبيه	٣٣٠
كلام مع الشهيدالثانى	٣٣٢
فيما اذا لم‌يكن للمدعى على الميت الاشاهد واحد	٣٣٥
فيما اذاقامت الشهادة برجل وامرأتين	٣٣٧
عدم الفرق فى‌المقام بين العين والدين	٣٣٩
وهم ودفع	٣٣٩
الدعوى على ورثة الميت	٣٤١
ثبوت الملكية للميت وعدمه	٤٤٢
الدعوى على الغائب	٣٤٩
اعتراف الغائب	٣٥٢
حكم الحاكم بعد لزوم اليمين	٣٥٤
صحة الدعوى من‌الولى والوصى ونحوهما	٣٥٦
دعوى الوقفية	٣٥٨
حقيقة الوقف	٣٥٨
صور دعوى الوقفية	٣٦١
حكم وجود الصغير اوالمجنون مع الموقوف عليهم	٣٦٣
الدعوى بلامعارض	٣٦٧
الدعوى التى تسمع من‌غير بينة ولايمين	٣٧٠
تحقيق فى‌قاعدة من‌ملك شيئاً ملك الاقرار به	٣٧٥

الموضوع	الصفحة
عدم انطباق القاعدة على اقرار الوكيل والوصى ونحوهما	٣٧٨
قاعدة من ملك مسئلة اصولية اوفقهية ؟	٣٨٠
اشكال ودفع	٣٨٢
قاعدة من ملك قضية شرطية	٣٨٣
لزوم كون زمان الاقرار مطابقاً لزمان السلطنة	٣٨٤
جريان القاعدة فى العقود والايقاعات	٣٨٦
عدم ثبوت الاجماع على القاعدة	٣٨٧
تكملة للبحث	٣٨٨
طريق التوصل الى الحق	٣٩١
عم الفرق فى المقاصة بين العين والدين	٣٩٧
جواز التقاص من الوديعة	٣٩٩
تحقيق حول المال المأخوذ مقاصة	٤٠٢
تلف المال المأخوذ بالتقاص	٤٠٤
عدم جواز المقاصة فى مثل الخمس والزكاة ونحوهما	٤٠٦
حكم استلزام المقاصة اخذ المال بأكثر مماغصبه	٤٠٨
اعتبار العلم فى جواز المقاصة وعدمه	٤٠٩
جواز اخذ الحق فى صورة النسيان والخجل ونحوهما	٤١١
حكم التقاص اذا كان للغريم ديون لايفى بها المال	٤١٤
التوكيل فى المقاصة	٤١٥

الموضوع	الصفحة
قاعدة اليد	٤١٩
هل اليد امارة اوأصل	٤٢١
عدم اعتبار اليد فيغير الملكية	٤٢٤
ثبوت اللوازم باليد وعدمه	٤٢٦
تحقيق فيقصة فدك	٤٣١
اشكال ودفع	٤٣٥
جملة منأقسام اليد	٤٣٩
عدم ترتب الاثر على علم الحاكم باليد السابقة	٤٤٣
شمولاليد للاعيان والمنافع	٤٤٥
عدم شمول قاعدة اليد للاضافات والنسب	٤٤٩
احكام اليد : تنازع شخصين فيالعين التى فيايديهما	٤٥١
حكم مالو كانت العين بيد ثالث	٤٥٤
فيما اذااقر الثالث بكون العين لهما	٤٥٥
فيما اذاقال الثالث : ان العين ليست لى	٤٥٧
فيما اذا صدق صاحب اليد على المال احدهما دون الاخر	٤٥٨
اجتماع الايادى على شيء واحد	٤٥٩
حكم السفينة المنكسرة فيالبحر	٤٦٣
قاعدة على اليد	٤٦٨
ماهو متعلق الضمان	٤٧٢

الموضوع	الصفحة
هل الضمان امر واقعی اواعتباری	٤٧٦
الفرق بين قاعدة اليد وقاعدة على اليد	٤٧٨
دلالة الحديث على الحكم الوضعی	٤٨١
اختلاف الاقوال على القول بافادة الحديث الحكم التكليفی	٤٨٣
تعدد الايادی	٤٨٥
ضمان الصبی والمجنون وعدمه	٤٨٨
اشتراط المالية فی متعلق الضمان	٤٩١
خروج اليد الامانية عن قاعدة على اليد	٤٩٤
تعاقب الايادی	٤٩٥
الاقرار	٤٩٩
الشهادة واعتبار العدالة فی الشاهد	٥٠٣
تعارض البينتين	٥٠٤
ادلة القائلين باعتبار بينة الداخل	٥٠٦
ادلة القول باعتبار بينة الخارج	٥١٢
بطلان التفصيل فی المسألة	٥١٧
تنبيه	٥١٨
ثبوت الترجيح باليد وعدمه	٥١٩
عدم صحة الترجيح بالتقية	٥٢١
فيما لو كانت العين فی يد كل منهما	٥٢٣

الموضوع	الصفحة
فيما اذا كان المال في يد ثالث	٥٢٧
العدالة والاكثرية	٥٣٠
حجية البينة في جميع صورها	٥٣٣
قيام امرأتين مقام الرجل الواحد في الشهادة	٥٣٦
الشاهد واليمين	٥٣٩
القرعة	٥٤١
نظرة حول موازين القضاء في العصر الحاضر	٥٤٣
هل الفحص عن الجرح حق لمن اقيمت عليه البينة او حكم يتعين على الحاكم	٥٤٦
الحلف واحكامه	٥٤٨
تحليف الاخرس	٥٥٤
استحباب الوعظ قبل التحليف	٥٥٦
القسم بالبراءة	٥٥٧
لايمين في الحدود	٥٦١
الدعوى في الحقوق الشرعية	٥٦٥
الدعوى في البيع وبعض المعاملات	٥٦٧
الدعوى في خصوص الاجارة	٥٦٩
الاختلاف في الجدار	٥٧٣
تنازع الزوج والزوجة في متاع البيت	٥٧٥
دعوى الزوجية او الطلاق	٥٧٨

الموضوع	الصفحة
دعوى وطى الشبهة	٥٨١
الدعوى على بنوة ولدمن حيث البنوة والتوارث	٥٨٢
القسمة	٥٨٤
نظرة اجمالية حول القانون الاسلامى والقانون الوضعى المدنى	٥٨٨

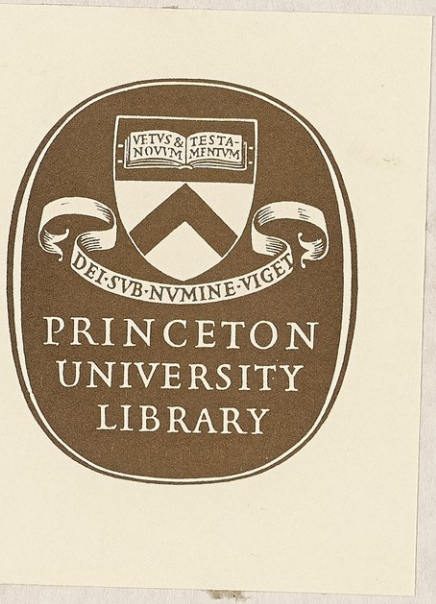
تصحيح أخطاء مطبعية

ص	س	الخطاء	الصواب
٢٩	٤	بالسببية	بالنسبة
٣٤	٦	فع	دفع
٤٠	٨	فكليف	فكيف
٤٠	١٨	عليهما	عليها
٦٢	١٣	الاخبارتين	الاخباريين
١٠٣	٧	يكونا	لم‌يكونا
١١٩	١٤	الرجو	الوجود
١٢٠	١٦	دعوى	الدعوى
١٤١	١٦	المقلدين	المقلدون
١٤٧	٣	تمامية	عدم تمامية
١٤٨	٣	أن يرد	انلايرد

ص	س	الخطاء	الصواب
١٧٤	١٧	هل	هى
١٩٣	١١	الاراأئة	الارائة
٢١٨	٨	لايكفى	لايكتفى
٢٦١	٤	المال ر	المال
٢٦٢	٢٠	وقدم	وقد
٢٦٣	٦	الفاضى	القاضى
٢٩٣	١	بترتيب	ترتيب
٣١٥	٤	الاخر	الاخرس
٣٢٥	٢	للمتيقن	لليقين
٣٥٥	٢	لابها	لانها
٣٥٩	٥	انها	انهما
٣٨٢	١٢	قاعدة	قاعدة تنطبق
٣٩١	١	يتوسل	يتوصل
٣٩٢	١	قضى	ففى
٤٠٣	١	يستوى	يستوفى
٤٠٣	١٩	تحقيق	تحقق
٤٠٧	٩	تتعين	لاتتعين
٤٣٩	٦	كيف انه	فى انه كيف
٤٤٣	١١	علمنا	عملنا

ص	س	الخطاء	الصواب
٤٤٤	١	علمنا	عملنا
٤٤٧	٣	الا	والا
٤٤٧	٣	عليها	عنها
٤٥٦	٩	الودعى الظاهر	الودعى
٤٦٠	١٤	يغرض	يفرض
٤٦١	١	شيء واحد	شيء
٤٦٢	٦	مالايدل	مالايد
٤٦٥	١٩	يصح	يصحح
٤٦٨	١	قاعدة اليد	قاعدة على اليد
٤٦٨	٧	تعتبر	نعتبر
٤٧٠	٦	يتعرضوا	انيتعرضوا
٤٧٤	٩	فى المعتبرة	المعتبرة
٤٧٩	١	كل ايديهم	ايديهم
٤٨٦	٨	منقول	معقول
٤٨٦	١٤	فيما	فيها
٤٨٨	١٢	بلا	بل
٤٩١	١٠	كان	من كان
٤٩٢	١١	احكام	احكامهم
٥٠١	١٥	يمكن	لايمكن
٥١٠	٥	ضعيف	ضعف

ص	س	الخطاء	الصواب
٥١٠	١٧	البينة	للبينة
٥١٠	١٨	التقديم	لتقديم
٥١١	١	فلاتصح	فلاتصلح
٥١٨	٩	غصبية	على غصبية
٥١٩	١	قلنا	وقلنا
٥٢٤	١٥	بتقديم	الى تقديم
٥٢٧	٩	اوتقدم	اوتقدم الاكثرية
٥٣١	١٠	والمتشرعة	والمتشرعة مرتكز
٥٣٩	٦	جريان	جرياً
٥٤٤	٤	فما	مما
٥٤٤	١٢	لما	لا


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

Princeton University Library
32101 061494124