كتاب القضاء

تقرير أبحاث

بقية العصر وحجة الله على الخلق

السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

Milani
١١٦

كتاب القضاء

تقرير ابحاث

فقيه العصر سماحة آية الله العظمى

السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني

(الجزء الاول)

(Arab)
KBL
.M542
juz' 1

(RECAP)

مطبعة الخيام - قم

١٤٠١

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY DUPL
32101 016192419

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، وافضل صلواته وازكى تحياته على اشرف انبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد العرب والعجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولي الفضل والكرم . وعلى اعدائهم اللعن المؤبد الاتم ، الى ان يجيء الله العظام بعد الرمم

وبعد ، فان العلم نور يقذف الله في قلب من يشاء ومن اوتي العلم فقد اوتي خيرا كثيرا . وقد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء ، وجعلهم ورثة الانبياء .

ثم ان ولدنا العلامة الفهامة السيد علي الميلاني ايده الله تعالى قد صرف عمره الشريف وزهرة شبابه في طلب العلم وكسب الفضيلة وكتب محاضراتنا وابحاثنا في الفقه من (كتاب القضاء) وعرض علينا ما كتب ، فاطلعنا عليه ووجدناه جامعا للمسائل حاويا للمطالب ، محتويا على النكات والدقايق ، وافيا بالمراد .

وقد استجازنا في طبعه ونشره ، فاجزنا له ذلك ، سائلين المولى جل شأنه ان يوفقه لمراضيه ، ويكثر في العلماء والمجدين امثاله ، فانه تعالى خير ، وعليه سبحانه اجره . والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمة الله وبركاته

قم المقدسة في ٨ / شهر رمضان المبارك ١٣٨٢



83-B85624 (U)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لاسيما خليفة الله في الارضين الامام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أرواحنا فداه، ولعنة الله على أعدائهم اجمعين من الاولين والاخرين.

اللهم انا نرغب اليك في دولة كريمة تعزبها الاسلام وأهله وتذل بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاة الى طاعتك والقادة الى سبيلك، وترزقنا بها كرامة الدنيا والاخرة.

وبعد:

فان لكل موجود من الموجودات التي يشاهدها الانسان نظاماً دقيقاً متقناً يسير عليه ولا يحيد عنه وذلك «صنع الله الذى أتقن كل شيء»، كما يشاهد الانسان كذلك نظاماً كلياً محكماً، وسنناً الهية ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها، وتلك سنة الله «ولن تجد لسنة الله تبديلا».

ولم يكن الانسان الذي خلقه الله تعالى وكرمه وفضله على كثير ممن خلق كما قال عز من قائل : « ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا »[1] بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحية ، بل ان الانسان أحق وأولى منها في أن يكون له نظام ، لان الموجودات الاخرى قد خلقت لاجله وسخرت له وجعلت تحت سلطنته لتعينه على السير في الصراط المستقيم المرسوم له حتى يصل الى الغاية المنشودة التى لاجلها خلق .

فكان لابد للانسان أيضاً من نظام يحدد له تصرفاته في مختلف شئونه الخاصة منها والعامة ، ويتناسب مع شتى حالاته ، وذلك النظام هو الذي يعبر عنه بـ « الدين » ، ويعرف بأنه « ما شرع الله لعباده على لسان رسله »، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم وكان ماجاء به هو النظام الاتم والقانون الادق، ومن ثم كان هذا الدين خاتمة الاديان.

ان الدين الاسلامي هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنداء الانسان ويتلائم مع فطرته التي خلق عليها ، وانه النظام الذي يتكفل سعادة الانسان ورقيه الى أعلى درجات الكمال ويأخذ بيده الى مافيه خيره في عاجله وآجله .

لقد اهتم الدين الاسلامي بكل ناحية من نواحي الحياة الانسانية بالقدر اللازم من الاهتمام، وعلى هذا الاساس بذل بالنسبة الى صيانة

---

١) سورة الاسراء : ٧٠ .

حقوق الانسان وحفظ النظام العام اهتماماً بالغاً للاهمية البالغةلهذه الناحية منحياة الانسان، فشرع لهاالقوانين الحقوقية الثابتة، وحدد علاقة الانسان بالانسان ومـا يجب له وعليه تجاه الاخرين ، وصلة الفرد بالمجتمع وحدود المسئوليات الفردية والاجتماعية، الىغير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياة .

وقدأشارت الاية الكريمة: « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهمالكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيهبأس شديـد ومنافع للناس . . . »[1] الى طـريقة الاسلام في معالجـة المشاكل التى تعرض الانسان والمجتمع فيهذا المقام. وتوضيح ذلك بايجاز هو : ان الغرض من خلق الانسان هوايصاله عناختيار الى الكمال المعنوي والفوزبرضىالله عزوجل والقرب منه، وذلك لا يتحقق الا بتنمية الروح الانسانيةالمودعة فيه وفطرتهالسليمة التى خلق عليها، وتعديل الغرائزالمختلفة الكائنة فيه ، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات وأنزل معهم الكتاب والحكمة والميزان لتحقيق هذا الغرض ، وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: « انما بعثت لاتمم مكارم الاخلاق » ، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقية سامية وعلم الكتاب والحكمة ، ودعا الى تهذيب النفوس ، وأمر بـالعدل والاحسان ، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغي ، وقد نجح ـ الى حد بعيد ـ في هذا المجال ، فكان في نفس كلانسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلي يمنعه من الاقتراب من أموال الاخرين والنيل من أعراضهم

١) سورة الحديد : ٢٥.

والتعدي على حقوقهم .

وقدجعل في الشريعة الاسلامية الى جانب ذلك الاحكام القضائية والقوانين الجزائية لتكون سداً أمام من لم ينتفع بالايات والحكم ولم تؤثر فيه المواعظ والاداب ، فمال مع غرائزه النفسانية التى تحمل الانسان على أن لايقتنع بحقوقه وتدفعه الى الظلم والتعدي على حقوق الاخرين، فجعل « القاضي » لان يكون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وجعل « الحديد » فيه بأس شديد تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغي في المجتمع .

ومن وقف على جزئيات تلك التشريعات في الفقه الجعفري عرف مدى الدقة المبذولة فيها من جهة ومدى تلائمها مع الفطرة الانسانية من جهة أخرى ، ولاعجب فانها تشريعات متخذة من أخبار أهل بيت الوحي والرسالة ، وهي مستمدة من جدهم عن الله عز وجل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد وينظم أمورهم، وذلك قوله تعالى: « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »[1] . وحينئذ يسقط عن الاعتبار والاعتماد سائر التشريعات المنسوبة الى السماء فكيف بالقوانين الوضعية الحديثة ؟ .

فشكر الله سعي علمائنا الابرار الذين نقحوا هذه المسائل ورووا أخبارها وجمعوا آثارها ، وكتبوا هذه البحوث العلمية الراقية ودرسوها وخلدوها الى يومنا الحاضر .

وعندما انبثقت الثورة في بلادنا ضد النظام الامبراطوري وأطاحت

---

١) سورة الملك : ١٤ .

به وطالبت الامة بالعودة بها الى أحكام الاسلام وأقيمت المحاكم الشرعية، قام سيدنا الاستاذ الاكبر فقيه الامة وزعيم الحوزة العلمية، المرجع الديني الكبير، آية الله العظمى الحاج السيد محمدرضا الموسوي الگلپايگاني دام ظله الوارف بتدريس «كتاب القضاء»[1] لاعداد ثلة من الفضلاء للتأهل بتولي هذا المنصب الخطير.

والحق انها بادرة منه دام ظله جديرة بالتقدير، فان القضاة اذا صلحوا وساروا على النهج الصحيح، وحكموا بالحق وهم يعلمون، وأقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط وساده الامن وانتشر فيه الصلاح، وأما اذا تولى القضاء من ليس أهلا له، أو اتبع هواه عند الحكم أو جار فيه انتشرت الفوضى واختل النظام وفسدت البلاد والعباد.

هذا وقد وفقت لتدوين مايلقيه سيدنا الاستاذ في بحثه الشريف، وعرضته عليه فلاحظه وأقره، فلما اكتمل جزء استأذنته في نشره ـ نزولا عند رغبة بعض الزملاء الافاضل ـ فأذن بذلك. واني اذ أقدم هذا المجهود العلمي ـ مع تعليقات على بعض مواضعه ـ الى زملائي الفضلاء واخواني العلماء أسأل الله عزوجل أن يمن علينا بدوام وجود سيدنا الاستاذ، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم انه سميع مجيب.

قم المقدسة ١٨ رمضان ١٤٠١ **علي الحسيني الميلاني**

---

١) وقد كان بحثه سابقاً في كتاب البيع، وقد طبع الجزء الاول منه بتقريرنا باسم (بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب).

كتاب القضاء

القضاء في اللغة والاصطلاح

هو لغة لمعان كثيرة ولا حاجة الى بيانها فليراجع كتب اللغة [1]

أما في عرف الاصحاب فقد قيل : هو فصل الخصومة بين المتخاصمين وتطبيق الاحكام على موادها الجزئية ، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عبارة عن الحكم الكلي الالهي بغض النظر عن تطبيقه .

---

١) كالصحاح والقاموس وتاج العروس وغيرها ، فمن تلك المعاني : الحكم والصنع والحتم والبيان والاتمام . . . ولكل واحد منها شواهد في الكتاب والسنة وكلمات العرب، وقد تكون له معان أخرى بحسب اختلاف موارد الاستعمال أو أداة التعدية الواردة في الكلام .

والظاهر ـ كما عن بعض اللغويين ـ أن تلك المعاني كلها ترجع الى معنى واحد وهو انقطاع الشيء ، بمعنى تحتمه وتمامه .

وقيل : هـو الولاية على تطبيق الحكم الجزئي في الموارد الجزئية [١].

أقـول : والظاهر أن القضاء هو « الحكم »، وهو أحد معانيه المذكورة في اللغة ، وهو الانسب بموارد استعماله ، قال تعالى :

---

١) وفي المسالك : « عـرّفوه شرعاً بأنه : ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة من البرية باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق » . وفي المستند : «ولاية حكم خاص أوحكم خاص في واقعة مخصوصة وعلى شخص مخصوص باثبات ما يوجب عقوبة دنيوية شرعاً أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فيه أوبنفي واحد منهما » . وفي الكفاية : «ولاية عامة بالنيابة عن النبي «ص» والامام «ع» خصوصاً أوعموماً ». وفي الـدروس : « ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة مـن قبل الامام عليه السلام » .

وهذه التعاريف مشتملة على « الولاية » مع أن القضاء ليس ولاية ، كما ان القضاء ليس فصل الخصومة . . . اذ قد يتحقق ذلك بالصلح ونحوه .

ومما ذكرنا يظهر أن الاولى هو ماذكره السيد الاستاذ دام ظله من أنه نفس الحكم. أي عند التنازع والخصومة لغرض رفعها، سواء كان في اثبات حق أو نفيه لاشخاص معينين في نزاع خاص أوفي المصالح العامة للمسلمين كالحكم بالهلال ونحوه .

« وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه . . . » [١] .

الا أن هذا الحكم الذي يجب اطاعته وتنفيذه لابد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى ، قال عزوجل: « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس » [٢].

أو من قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم أو الامام عليه السلام اما خصوصاً أو عموماً كما في رواية أبي خديجة : « ولكن انظروا . . . » [٣] .

وهو حكم مطابق للحكم الالهي ، فليس فصل الخصومة من القاضي بفتوى الفقيه أو الفقهاء ، بل انه حكم يصدره ومن آثاره وخواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء ، ـ وهذه حيثية أخرى للتفريق بين المفتي والحاكم [٤] الا اذا قطع أحدهم بعدم تمامية

---

١) سورة الاسراء: ٢٣؛ بل «الحكم» أول المعاني المذكورة للقضاء في القاموس والصحاح ، فيكون المراد من « القضاء » نفس الحكم الصادر من القاضي من باب الولاية، فانه الذي يقطع النزاع ويتم الامر ويحتمه ان كان صدوره بالشرائط المعتبرة شرعاً، ومن هنا يعبر عن القاضي بالحاكم ، ويؤمر بالتحاكم اليه .

٢) سورة ص : ٢٦ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/ ٤ .

٤) ان « القاضي » يغاير « المفتي » و « المجتهد » و «الفقيه» بالحيثية وان كانت الاوصاف هذه كلها مجتمعة ـ بناءاً على اعتبار

بعض مقدمات حكم من الاحكام ، أولم يقل بولاية الفقيه [١] .

وبالجملة فالمراد من الحكم هنا هوما يصدره القاضي بعنوان الولاية والسلطنة الشرعية [٢] لابعنوان الاخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره ، ولهذا الحكم آثار شرعية كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم ضمان القاضي مع عدم تقصيره في مقدمات الحكم ـ الى غير ذلك .

القضاء فى الشريعة :

ثم ان القضاء أمر ثابت في الشريعة لايمكن المناقشة فيه، وتدل عليه الايات [٣].

الاجتهاد ـ فيه ، لان القاضي يسمى قاضياً وحاكماً باعتبار الزامه بالحكم الذي يصدره، واما اذا كان مايصدره مجرداً عن هذا الاعتبار فانه يسمى مفتياً لانه حينئذ يخبر عن الحكم فقط ، وهو باعتبار مجرد الاستدلال على الاحكام يسمى مجتهداً وباعتبار علمه بتعين ما توصل اليه ظنه حكماً شرعياً في حقه وحق مقلديه يسمى فقيهاً .

١) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعي من الادلة الشرعية .

٢) المجعولة له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً اوعموماً.

٣) كقوله تعالى : « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك ... » وقوله : « انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس . . . » وقوله : « . . . فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ... »

والروايات البالغة حد التواتر عندنا [١]، فانها تدل على ثبوت أصل القضاء في الشريعة الغراء من قبل الله عزوجل بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعدة اللطف تقضي بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عزوجل، كذلك تقضي بوجود ولي يقضي بينهم في موارد الاختلاف حسماً للنزاع ودفعاً للخصومة، وأنه لا يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولي يرجعون اليه عند الخصومة والنزاع ليرفعها ويأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضروري من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق «قده» في الشرائع لايتعرض لهذه الناحية لانه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا ولا يجوز التصدي للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط المعتبرة الاتية[٢] وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

وقوله: «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة ...» وغيرها من آيات الكتاب.

١) وسيأتي ذكر نصوص بعضها في التعليق على قول المحقق «... ينفذ قضاء الفقيه ...».

٢) بل ان الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين» وعنه

فانه واجب كفائي ، لان الغرض حفظ النظام بـه كسائر الواجبات الكفائية المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الاسلامي ، وقد يجب عيناً في صورة عدم تصدي أحدله ، ومتى لم يتوفر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصد له فهل يجب تحصيلها أوحمل الغيرعلى ذلك؟ الظاهر ذلك لتوقف حفظ النظام عليه أولا [1] ، ولانـه لو لم يكن ذلك لتصداه غير أهله وهوينافي الارادة التشريعية لله عزوجل ثانياً.

وهذا الواجب كفائي ومع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون .

أيضاً : « لسان القاضي بين جمرتين من نارحتى يقضي بين الناس فاما في الجنة واما في النار » وفي الخبر : « من حكم في درهمين فأخطأ كفر » وفـي آخر : « القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة » وفي آخر: « أي قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء » . بل في بعض الاخبار ان القاضي اذا حكم بالحق وهولا يعلم فهو في النار .

١) أي ولو فـي الجملة ، لان حفظ النظام يتحقق به وبأمور أخرى كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وحل المنازعات بالصلح ونحو ذلك .

صفات القاضي

البلوغ . العقل . الايمان . العدالة . طهارة المولد
العلم . الضبط . الكتابة . الذكورة . السمع والبصر
والنطق . الحرية .

صفات القاضي :

الاصل : عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ، لكن قام الدليل ـ نقلا وعقلا ـ على نفوذ حكم أشخاص . . . فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لاريب في نفوذ حكمه لانه خليفة الله في الارض وصاحب الولاية الكبرى المقتضية لنفوذ حكمه ... وقد قال عز وجل « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً »[1] كما لاريب في ولاية الائمة من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم للادلة المعتبرة الدالة على ذلك كتاباً وسنة ، ومن ذلك قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر. »[2].

---

١) سورة النساء : ٦٥ .

٢) فالمراد من «أولى الامر» فيها ـ كما في الاخبار المعتبرة ـ هم الائمة المعصومون من أهل بيت الوحي والرسالة دون غيرهم .

ولا ريب في أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد تصدى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات . . . وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام . . . وهذا يدل على أنه يمكن اعطاء هذا المنصب لبعض الاشخاص وتوليتهم القضاء [1] فمن يصح نصبه لهذا الامر ؟ ومن الذي ينفذحكمه وان لم يكن منصوباً بالخصوص ؟ وما هي صفاته؟

١ ـ البلوغ

قال المحقق قدس سره : « ويشترط فيه البلوغ » .

أقول : لاريب ولا خلاف في اشتراط البلوغ في القاضي فلا

---

١) فالحاصل: ان الحكم في الاصل لله عزوجل كما قال : «ان الحكم الا لله »ثم انه جعله لاشخاص معينين ونصبهم له وهم الانبياء والاوصياء ، وقد أمر الناس بالرجوع الى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضي بحكم هؤلاء ، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع اليهم ، قال سبحانه : « يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به » . ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : «قد جلست مجلساً لايجلسه الا نبي أو وصي أو شقي ».

ثم ان هذا المنصب الجسيم قد أذن للتصدي له من قبل الائمة عليهم السلام لمن توفرت فيه الصفات المذكورة في أدلة الاذن ، ومن هنا نشرع في بيان تلك الصفات على ضوء تلك الادلة .

ينعقد القضاء لغير البالغ [١] ، لانه قاصر محتاج الى الولي ولاتنفذ أعماله في حق نفسه ولاولاية له عليها ، فكيف يكون ولياً على غيره؟

٢ ـ العقل :

قال : « وكمال العقل »

أقول : لاريب ولا خلاف في اشتراطه كذلك ولا حاجة الى الاستدلال عليه [٢] .

٣ ـ الايمان :

قال : « والايمان » .

أقول : قد يراد به الايمان المقابل للكفر ، فلا ينعقد القضاء

---

١) أي حتى المراهق الجامع للشرائط ـ عدا البلوغ ـ ويدل عليه الاجماع المصرح به في كلمات جماعة من الاصحاب وهو العمدة بعد معتبرة أبي خديجة: «أنظروا الى رجل ... » . وأما كونه قاصراً محتاجاً الى الولي في تصرفاته فقاصر عن الدلالة على المنع، اذ يمكن لهذا الشخص المفروض جامعيته للشرائط عدا البلوغ أن يتصدى للحكم باذن وليه .

ثم ان الادلة الاخرى الظاهرة في العموم تخصص بالمعتبرة المذكورة ومثلها الاخرى : « اجعلوا بينكم رجلا . . . » .

٢) بالاجماع والاعتبار لوضوح الامر ، وان أدلة الاذن في الحكم منصرفة عن المجنون قطعاً، واطلاق معقد الاجماع يعم من

لكافر ، قال الله تعالى : « ألم تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا ان يكفروا به . . . » [١] وقال صلى الله عليه وآله وسلم: « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » [٢] .

وقد يراد به الايمان بالمعنى الاخص ، وهو كونه امامياً اثني عشرياً . قال في الجواهر : هو من ضروريات مذهبنا ، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيرة البالغة حد الاستفاضة بل التواتر، الناهية عن الترافع الى قضاة الجور وحكام المخالفين ـ الا عند التقية ـ والمقتضية عدم جواز التصرف في ما حكم به قاضي الجور وان كان حقاً [٣] .

كان جنونه دورياً ، وأما تعليل بعضهم بمثل ما ذكر في المتن في البلوغ فغير تام كذلك والعمدة الاجماع .

١) سورة النساء : ٦٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٧/٣٧٦ .

٣) وتجد طائفة من هذه النصوص في الباب الاول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة ، وأول تلك النصوص ما رواه عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيما مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أوسلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم » .

والى اشتراطه يشير الامام عليه السلام في معتبرة أبي خديجة

٤ ـ العدالة :

قال : « والعدالة » .

قال بعض علمائنا المعاصرين : هذا الشرط يغني عن اشتراط « الايمان » . ويمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه : « لاينال عهدي الظالمين »[١] لان الولاية على القضاء ونفوذ الحكم عهد من الله تعالى والفاسق ظالم فلا يناله عهده[٢] .

ويدل عليه النصوص الكثيرة[٣] .

٥ ـ طهارة المولد :

قال : « وطهارة المولد » .

أقول: لادليل يدل عليه بالخصوص. قال في الجواهر: هو واضح

بقوله « رجل منكم » .

١) سورة البقرة : ١٢٤ .

٢) ولانه منع من الركون الى الظالم في قوله عزوجل « ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم اليه والاستناد الى حكمه ركون عرفاً وان تنظر بعض أعلام العصر في الاستدلال بالاية الكريمة في هذا المقام .

٣) كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي [كنبى] أو وصي نبي » .

بناءاً على كفره [١] أما على غيره فالعمدة الاجماع المحكي وفحوى ما دل على المنع من امامته وشهادته ان كان وقلنا به . . . » ولكن لايحضرني الان دليل له هذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك ، أللهم الا بتنقيح المناط أو اثبات الاولوية ، والانصاف ان كل ذلك مشكل ، فالعمدة الاجماع المحكي عن جماعة [٢] .

٦ ـ العلم :

قال : « والعلم » .

أقول : لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالاحكام الشرعية وأنه يشترط كون القاضي عالماً ، فعن أبي عبدالله عليه السلام قال : «القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة : رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهولايعلم فهو في النار ورجل قضى بالحق وهو لايعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق

ويدل عليه ما دل على اعتبار الايمان .

ولان الفاسق قاصر عن مرتبة الولاية على الصبي فكيف بهذه المرتبة الجليلة ، ولان شهادته مردودة فالقضاء أولى .

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

٢) والاصل الاولي المذكور سابقاً، وفي مباني تكملة المنهاج: « هذا مضافاً الى أن قوله عليه السلام في صحيحة الجمال المتقدمة: ولكن انظروا الى رجل منكم .. ينصرف الى غير ولد الزنا جزماً».

وهو يعلم فهو في الجنة »[١] .

فهل المراد من العلم [٢] في هذا الخبر ونحوه الاجتهاد المطلق أو يعم المتجزي وعلم المقلد الذي يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضاً؟

---

١) وسائل الشيعة : ١١/١٨ .

٢) البحث في هذا الشرط في جهات نذكرها باختصار ونقتصر على الاقوال وبيان الخلاف فيها :

الجهة الاولى : انه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضي ، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ حكمه ، ويدل عليه ـ قبل الاجماع ـ الكتاب والنصوص المستفيضة بل المتواترة من السنة الشريفة ، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والافتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام » . ومن أخباره ما ذكر في المتن ، وما رواه أبو عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » .

والثانية: قال أكثر الاصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلا بأهلية الفتوى، قال المحقق: «ولا ينعقد لغير العالم المستقل لاهلية الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء ، ولابد أن يكون عالماً بجميع ما وليه » وقال العلامة في القواعد: « فلا ينعقد قضاء... الجاهل بالاحكام ولا غير المستقل بشرائط الفتوى ولا يكتفى بفتوى العلماء ويجب أن يكون عالماً بجميع ماوليه » وفي المسالك: «والمراد بالعالم هنا

. . . . . .

المجتهد في الاحكام الشرعية، وعلى اشتراط ذلك في القاضي اجماع علمائنا ، ولا فرق بين حالة الاختيار والاضطرار ، ولا فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلع على فتوى الفقهاء وغيره ، والمراد بكونه عالماً بجميع ماوليه كونه مجتهداً مطلقاً ، فلا يكفي اجتهاده في بعض الاحكام دون بعض على القول بتجزي الاجتهاد » .

وصريح كلام المسالك دعوى الاجماع على اشتراط الاجتهاد المطلق ، وقد حكي الاجماع على اشتراط الاجتهاد عن جماعة وبه صرح في الرياض ، ومن قبلهم الشيخ « قده » وستأتي عبارته في المتن . ومن هنا يظهر أن ماذكره الشيخ في المبسوط بقوله: «وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ويستفتي العلماء ويقضي به» ليس قولا لاحد من قدماء أصحابنا .

نعم عن المحقق الاردبيلي نفي الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد ، واستشكل المحقق القمي في جامع الشتات الحكم باشتراط الاجتهاد على الاطلاق ولم يستبعد جواز المرافعة للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقة بالواقعة تقليداً في حال الاضطرار ، وفي الجواهر: « بل قديقال: ان المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن . . . » .

والثالثة : هل يشترط في المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفي التجزي؟ فيه أقوال ـ فالاول: ماعرفته من العبارات المزبورة

لقد حكي الاجماع على لزوم كون القاضي مجتهداً ، والقدر المتيقن منه « المجتهد المطلق » وأما بالنسبة الى غيره فنقول: تارة يقال بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ ووجوب الامتثال، وأخرى يقال بأنه بيان لحكم الامام عليه السلام فيكون كناقل الحكم ، فبناء على الثاني ينفذ حكمه سواء كان مقلداً أو مجتهداً مطلقاً أو متجزياً وعلى الاول يكون لحكمه موضوعية فيتوقف جواز الرجوع الى المقلد والمتجزي ونفوذ حكمهما على حجة شرعية ، ومع الشك فالاصل عدم النفوذ .

وقد استدل لجوازه برواية أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال: قال أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام : « اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه »[1] فان كلا من المقلد والمجتهد المتجزي « يعلم شيئاً . . . »

في الجهة الثانية من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً ، كما قد عرفت دعوى الاجماع عليه في المسالك. والثاني: جواز المرافعة للمجتهد المتجزي مطلقاً . واليه ذهب صاحب المستند تبعاً لغيره. والثالث: التفصيل بين صورة التمكن من المرافعة عند المجتهد المطلق وصورة فقده . وهو مختار صاحب الكفاية حيث قال : « ولا يبعد القول بالاكتفاء بالتجزي عند فقد المجتهد المطلق».

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ٤ .

وقوله عليه السلام: «فاني ...» يكشف عن أن القضاء منصب وليس وجوبه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، والرواية تعم زمان الغيبة والحضور معاً، لكن قال المجلسي «قده» هي خاصة بزمان الحضور، ولم يكن القضاة في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الائمة ويرجعون اليهم، وفيه: ان ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئاً ...» اشتراط كونه عالماً سواء مع الواسطة أو بدونها فلا اختصاص بزمان الحضور، وسواء علم بالكبريات وعرف تطبيقها على الموارد الجزئية باجتهاده أو لم يكن كذلك خلافاً للعلامة المذكور حيث استظهر منها الدلالة على اعتبار الاجتهاد...

والرواية مشتهرة بين الاصحاب كما في المسالك. وهو يجبر ضعف سندها لو كان ـ يرويها الشيخ الكليني «قده» عن أحمد بن محمد بن خالد، وطريقه اليه صحيح، وأحمد ثقة و«أبو خديجة» ضعفه الشيخ ووثقه النجاشي والعلامة في المختلف وأبو علي في كتاب الرجال الكبير، ولدى التعارض بين الجرح غير المفسر والتعديل فالتعديل مقدم [1].

---

١) ما ذكره السيد الاستاذ دام ظله الشريف هو أحد الاقوال في المسألة وقد ذكر جدنا العلامة المامقاني «قده» فيها سبعة أقوال في مقباس الهداية في علم الدراية فليراجع.

أقول: بل ينبغي أن لا يرتاب في وثاقة الرجل، لان المنقول عن الشيخ «قده» توثيقه في موضع آخر، فاذن يتعارض قولاه ويتساقطان

الا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وأنا حجة الله»[١] ومقبولة عمر بن حنظلة : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان والى القضاة أيحل ذلك ؟ قال : من تحاكم اليهم في حق أوباطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقاً ثابتاً له لانه أخذه بحكم الطاغوت وما أمر الله ان يكفر به ، قال الله تعالى : يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به .

قلت : فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا كالراد على الله وهو على حد الشرك بالله »[٢] لزوم كون القاضي مجتهداً .

وهذه الرواية أيضاً مشتهرة بين الاصحاب كما في المسالك

ويبقى توثيق النجاشي « قده » بلا معارض . هذا مضافاً الى ماذكره علماء الرجال في محله من أن للشيخ اشتباهات والنجاشي لم يشاهد له اشتباه وقد كرر توثيقه .

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٠١ .

٢) وسائل الشيعة ١٨/٩٨ .

كذلك ، ويكفي لاعتبارها اشتهارها بالمقبولة بينهم ، بل لا يوجد في سندها من توقف في توثيقه الا « داود بن الحصين » قال الشيخ: واقفي ، لكن وثقه النجاشي ، فهي موثقة معتبرة [1] .

---

١) هي في الوسائل : « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة . . . » قال : « ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسى . وباسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد ابن عيسى نحوه » فطرقها تنتهي الى « داود بن الحصين » وقد وثقه النجاشي ، واستظهر في تنقيح المقال من عبارته كونه امامياً اثني عشرياً لان من عادة النجاشي التعرض لمذهب من كان غير اثني عشري ، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفي فيتقدم عليه لانه أضبط من الشيخ في علم الرجال . هذا من ناحية داود بن الحصين .

وانما ضعف الرواية من ضعفها من جهة « عمر بن حنظلة » نفسه لان أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا تعديل ، لكن عن الشهيد الثاني أنه قال : « لكن أمره عندي سهل لاني حققت توثيقه من محل آخر وان كانوا قد أهملوه » وقد أشار بذلك الى ماروي في الكافي في باب وقت الصلاة عن علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن يزيد بن خليفة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام: ان عمر بن حنظلة أتانا عنك بوقت . فقال أبو عبدالله عليه السلام:

أقول: ويمكن الجمع بين روايتي أبي خديجة وعمر بن حنظلة بأن يقال : بأنه لا تنافي بين منطوقيهما ، وانما التنافي بين مفهوم رواية ابن حنظلة ومنطوق رواية أبي خديجة ، فان مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا ولم ينظر في حلالنا وحرامنا فغير مجعول للقضاء ، ومنطوق هذه : « . . . يعلم شيئاً . . . » لكن التنافي هو بالاطلاق

اذاً لا يكذب علينا » ، لكن أشكل في سندها بأن راويها « يزيد بن خليفة » ولم تثبت وثاقته. وأجاب في تنقيح المقال ـ مع تصريحه بعدم ثبوت وثاقته في ترجمته ـ بتلقي الاصحاب لها بالقبول في بابها حيث لم يردها أحد منهم فتدبر .

وقد ذكر رواية أخرى في توثيق عمر بن حنظلة وهي في التهذيب في باب العمل في ليلة الجمعة ويومها عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن اسماعيل الجعفي عن عمر بن حنظلة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام : القنوت يوم الجمعة . فقال: أنت رسولي اليهم في هذا اذا صليتم. الحديث . قلت: لكن الراوي لها هو ابن حنظلة نفسه .

وكيف كان فان وثاقة الرجل محل تأمل ، فالعمدة في اعتبار روايته هذه بالخصوص أمران : أحدهما ما ذكر في المتن من تلقي الاصحاب اياها بالقبول حتى اشتهرت بالمقبولة ، بناء على اعتبار ما كان بهذه المثابة من الاخبار . والثاني : كون صفوان بن يحيى في سندها قبل داود بن الحصين، وهو ممن نقل اجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه بناء على تمامية هذه الكبرى في محلها .

والتقييد ، فالمنطوق مقيد والمفهوم مطلق ، وحينئذ يتقدم خبر أبي خديجة لانه منطوق أولا [١] ، ولانه مقيد ثانياً ، فتكون النتيجة : « ... قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا » وهو « يعلم شيئاً من قضايانا . . . » .

وقديقال: انرواية أبي خديجة مطلقة كذلك، لانها تدل على نفوذ حكم من « يعلم شيئاً » سواء كان « راوياً » و« ناظراً في الحلال والحرام » أولا ، فلا يتم الجمع بينهما بما ذكر ، الا أن يقال : بأن الميزان هو «العلم» كما في رواية « القضاة أربعة » وأن « الرواية » و« النظر » ليس لهما موضوعية بل اعتبرا كمقدمة وطريق لحصول « العلم » . وبعبارة أخرى : التقييد بـ « الرواية » و«النظر» محمول على الغلبة لا الاحتراز، لانه ظاهر في الطريقيه لا الموضوعية حتى يكون وصفاً يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجة الاعتبار ، ويؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من « عرف الاحكام » ولكن لم يرو شيئاً من حديثهم ، فلو كان التقييد بـ «الرواية» احترازياً كان المعنى: من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا اليه وان كان عارفاً بأحكامنا وعالماً بشيء من قضايانا .

ويؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواة كانوا يتعلمون الحكم من الامام

---

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

عليه السلام في الواقعة ثم يقضون به، كما في رواية عبدالله بن طلحة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل دخل على امرأة ... فقال أبو عبدالله عليه السلام: اقض على هذا كما وصفت لك: فقال: يضمن مواليه . . . »[1].

وفي أخرى: « عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه »[2].

وحينئذ فمن «يعلم شيئاً ...» سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الامام عليه السلام حاكماً، ويكون حكمه نافذاً، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضي العالم بالاحكام تقليداً فضلا عن المجتهد المتجزي.

الا أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال: ان المعتبرة تشترط «العلم بشيء من قضاياهم» أي الاحكام وكيفية القضاء بين المتخاصمين، والمقبولة تشترط «الرواية» و«النظر في الحلال والحرام» و« معرفة الاحكام »، أي: الاجتهاد، فيكون الشرط المعتبر: الاجتهاد مع العلم بشيء من قضاياهم. جمعاً بين الخبرين بناء على ظهورهما في المعنيين المذكورين، فلاينفذ حكم المتجزي فضلا عن المقلد.

هذا كله بناء على ظهور معتبرة أبي خديجة في جعل منصب

---

١) وسائل الشيعة: ١٩/٤٥.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/٦.

القضاء لمن «يعلم شيئاً» من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح خلافاً لبعض علمائنا المعاصرين حيث قال: « ان الرواية غير ناظرة الى نصب القاضي ابتداءاً وذلك لان قوله عليه السلام فاني قد جعلته قاضياً متفرع على قوله عليه السلام فاجعلوه بينكم وهو القاضي المجعول من قبل المتخاصمين . فالنتيجة أن المستفاد منها أن من جعله المتخاصمان بينهما حكماً هو الذى جعله الامام عليه السلام قاضياً ، فلا دلالة فيها على نصب القاضي ابتداءاً . . . » [1] .

أقول : ما ذكره يخالف ظاهر الرواية ، لان قوله عليه السلام « فاني قد جعلته . . . » تعليل ، أي : لا ترجعوا الى من ليس منكم بل ارجعوا الى من جعلته قاضياً منكم وهو الذي ينفذ فيكم حكمه وترضون به ، أو أن المعنى : اذا تراضيتم بحكم رجل منكم فاني قد جعلت ذلك الرجل قاضياً . فالحاصل ان جعل الامام عليه السلام هو علة نفوذ حكمه وجواز الرجوع اليه .

هذا والعجب من صاحب الجواهر « قده » قوله بعد استظهار ارادة الاعم من المجتهد من معتبرة أبي خديجة : « نعم قد يقال بتوقف صحة ذلك على الاذن منهم عليهم السلام . . . » مع أن نفس هذه الرواية دالة على الاذن .

ثم قال: « ولو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس في شيء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم في ذلك » وفيه : ان

---

١) مباني تكملة المنهاج : ٨/١ .

مجرد عدم وجود نص على عدم الاذن لا أثر له ، وقد ذكرنا أن الاصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل وعدم مايدل على عدم الاذن ليس بدليل .

قال : « بل عموم ولا يتهم تقتضي ذلك » ولولا كلمة « بل » لا رتفع الاشكال ودل الكلام صدراً وذيلا على أن عموم ولايتهم ـ مع فرض عدم الدليل على الاذن ـ دليل ، وبه يخرج عن مقتضى الاصل المذكور ، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر .

قال : « بل قد يدعى أن الموجودين في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ممن أمر بالترافع اليهم قاصرون عن مرتبة الاجتهاد وانما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صلى الله عليه وآله وسلم » .

أقول: وهذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبة . نعم اذا كان المناط تعلم الحكم سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الادلة أو الاخذ من المجتهد ـ لم يفرق بين الزمنين .

ثم قال : « ويمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على ارادة النصب العام . . . » .

أقول : يعني أن مقتضى « فاني جعلته حاكماً » و« فانهم حجتي عليكم » أن للمجتهد أن ينصب العامي، لان له ما للامام عليه السلام فيكون للعامي ما للمجتهد . . قلت : لكن هذا المعنى يستفاد من

الخبر الثاني منهما فقط .

هذا مايتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة في الباب، وبقي الاجماع :

قال في الجواهر : « وأما دعوى الاجماع التي سمعتها فلم أتحققها ، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالا ثلاثة . . . » .

أقول : هذه عبارة الشيخ في شرائط القضاء من المبسوط : « لا ينعقد لاحد الا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعدالة اولكمال . وعند قوم بدل كونه عالماً أن يكون من أهل الاجتهاد ، ولايكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والاجماع ولسان العرب وعندهم القياس ... وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ... والاول هو الصحيح » [1] .

وقال في الخلاف : « لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفاً بجميع ماولي، ولا يجوز أن يشذ عنه شيء من ذلك ولايجوز أن يقلد غيره ثم يقضي به. وقال الشافعي : ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولا يكون عامياً ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ماوليه .

---

١) قد ذكرنا أن هذا القول ليس لاحد من أصحابنا الامامية ، ويتضح من عبارته في الخلاف أن مراده من «وفي الناس من أجاز» هو « أبو حنيفة » ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامة أو علمائهم بـ «الناس» في الاخبار وكلمات الفقهاء .

وقال في القديم مثل ماقلناه، وقال أبو حنيفة يجوز أن يكون جاهلا بجميع ماوليه اذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به . ووافقنا في العامي أنه لا يجوز أن يفتي .

دليلنا : اجماع الفرقة وأخبارهم ، وأيضاً تولية الولاية لمن لايحسنها قبيحة في العقول بأدلة ليس هذا موضع ذكرها بيناها في غير موضع، وأيضاً ماعتبرناه مجمع على جواز توليته وليس على ما قالوه دليل . . . » .

فالشيخ قدس سره يدعي الاجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين . فما نسب اليه في الجواهر عن التنقيح لا وجه له .

وقد ادعى هذا الاجماع أيضاً جماعة منهم الشهيد الثاني «قده» .

نعم ان مثل هذا الاجماع ـ حيث يوجد على معقده أخبار ـ لايعتمد عليه ، اذ يحتمل أن تكون تلك الاخبار هي المدرك له[1]، فهي المرجع وقد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا ولاأقل من دلالة الاجماع وغيره على شهرة القول بالاشتراط بين الاصحاب ، وذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الادلة في المعنى الذى استظهرناه منها حتى أدعوا الاجماع على الاشتراط ، وهذا مايمنعنا من الجزم

---

١) ويقويه قول الشيخ « دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم » هذا مضافاً الى أنه اجماع منقول وقد تقرر عدم حجيته ، مع أن في خصوص اجماعات الشيخ بحثاً ذكر في محله .

بما استظهرناه ويرجح القول باشتراط كونه مجتهداً مطلقاً أو في خصوص مسائل القضاء ، مع أن التصدي للقضاء مع الجهل بالمسائل التي سيبتلى بها والادلة التي يحتاج اليها خلاف ماهو المرتكز في أذهان المتشرعة .

وأما الجاهل العامي فلا يجوز له التصدي قطعاً .

* * *

وهنا مسائل :

(الاولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم لعدم الدليل ، ونصب المعصوم « ع » القاصر عن درجة الاجتهاد لايقتضي جوازه للمجتهد، لان له الولاية العظمى الثابتة له من الله تعالى[1].

وقد يقال بالجواز ، لعموم أدلة ولاية الفقيه[2] الدالة على ثبوت

---

١) وذلك هو المخرج عن الاصل، لان موضوع أدلة الاذن هو «العالم» و«الراوي للحديث» ونحو ذلك، والمقلد العامي لايصدق عليه شيء من هذه العناوين، ولان الاصل عدم تأثير نصب المجتهد. فان قيل: فقد نصب المعصوم عليه السلام من كان قاصراً عن مرتبة الاجتهاد. قلنا : ان الكلام انما هو في زمان الغيبة، وأما اذا نصب الامام عليه السلام في زمان حضوره القاضي غير المجتهد فان فعله « ع» حق لانه معصوم وله الولاية الكبرى .

٢) كالتوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها

كل ما للامام عليه السلام للمجتهد، ومن ذلك نصب القضاة ، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استناداً الى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له.

وتحقيق الكلام في هذه المسألة موكول الى ما تقرر في مبحث ولاية الفقيه ، وكيف كان فان فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد في القاضي تمنعنا من الجزم بالوجه الثاني .

الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم » و«مجاري الامور والاحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه » و«اللهم ارحم خلفائي . قيل : ومن خلفاؤك يارسول الله ؟ قال: الذين يأتون من بعدي و يروون حديثي وسنتي » .

وهذه الادلة فيها بحث سنداً ودلالة ، وقد أجاب المانعون عن الاستدلال بها في المقام صغرى و كبرى فليراجع . واكتفى المحقق النراقي في المستند بأن قال: «ربما يحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه ولم أتحققه ولم أره في كتابه ولا أرى له وجهاً أصلا... وتوهم أن عموم الولاية فيما للامام فيه الولاية ثابت للمجتهد ومنها الاذن الخاص في القضاء مدفوع بأن للامام الاذن للاهل والقابل، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً على من له الاهلية وهي لغير المجتهد غير ثابتة ، ومن ثبت له لا يحتاج الى النائب لثبوت الاذن له عن المنوب عنه . . . » .

(الثانية) قال بعض المعاصرين: حكم القاضي في الشبهة الحكمية ـ وهي القضية التي يكون منشأ الترافع فيها الاختلاف في الفتوى، كما اذا تنازع الورثة في الاراضي فادعت الزوجة ذات الولد الارث منها وادعى الاخرون حرمانها فتحاكما الى القاضي ـ ارشادي لا مولوي، لانه حينئذ تنجيز للمتنجز وهو تحصيل للحاصل وهو محال، فلايتصور الحكم في الشبهات الحكمية. وعليه يكون المراد من رواية عمر بن حنظلة هو الفتوى لا الحكم، وحينئذ تبقى رواية أبي خديجة بلا معارض[1].

وفيه: أولا ـ انه لا ظهور لرواية عمر بن حنظلة في الشبهة الحكمية بل النزاع في «الدين» من حيث الشبهة الموضوعية أكثر وأظهر، وكذا «الميراث» فقد يترافع حوله بنحو الشبهة الموضوعية.

وثانياً: ان الحكم يعتبر فيه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتباري ينتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بين «الفتوى» و«الحكم» ظاهر وليست المقبولة ظاهرة في الاولى.

(الثالثة) ماالمراد من معرفة الاحكام والعلم المعتبر في القاضي؟

ان كان المراد من «عرف أحكامنا» هو معرفة الاحكام الواقعية كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعي فقط، ومع الشك فلا يجوز الرجوع اليه ولا ينفذ حكمه، لانها

---

١) جامع المدارك: ٦/٦.

شبهة مصداقية كما اذا قال: اقتد بالعادل، فشك في عدالة زيد، فلا يجوز له الائتمام به .

وان كان المراد كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام فما هو الحكم في صورة اختلافهما في معرفة هذه الجهة فيه ؟ وبعبارة أخرى : هل ينفذ حكم الحاكم في القضية مع العلم بالخلاف ؟

أقول : لم تلحظ الخصوصيات في «الرجل» العالم بشيء من قضايا الائمة عليهم السلام ، والعارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين... فان هذه الدقائق لم تكن ملحوظة عند الامر بالرجوع الى هكذا عالم ، بل يكفي كون الرجل عالماً مشاراً اليه بالعلم ، وعلى هذا عمل الناس في هذه الازمنة أيضاً، وليس معنى الروايات هذه مجملا عندهم .

وأما في موارد العلم بالخلاف فنقول : ان حكم الحاكم ملزم ونافذ، الا في صورة كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف، فلو كان المدعي يعلم بأن المال الذي يدعي تملكه ليس له ـ بل لخصمه ـ لكن أحضر لدى القاضي شاهدين فحكم بأنه له ، فان هذا الحكم لا يجوّز له التصرف في هذا المال، لانه عالم بالخلاف وبكذب دعواه، وليس عدم نفوذ حكم القاضي حينئذ رداً لحكمه بل انه رد لدعواه نفسه واقرار بكذبه فيها .

ولو علم المحكوم عليه بمخالفة الحكم للواقع كما اذا علمت

المرأة بأنها ليست بزوجة لزيد لكن حكم القاضي بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم ـ حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما اذا كان مورد الترافع مالا ـ فلا يجوز لزيد وطؤها، وعلى المرأة أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن ، لان حكم الحاكم ليس محللا للحرام .

فالحاصل : ان حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه فيما اذا خالفه .

* * *

الضبط :

قال المحقق قدس سره : « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً ، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه » .

أقول: هذا مما لا يحتاج الى الدليل، فلابد من أن يكون القاضي ضابطاً ـ بالاضافة الى العلم ـ بهذا المعنى[1].

---

١) وقد اشترطه العلامة في القواعد والشهيدان في الدروس والروضة والسبزواري في الكفاية ، وفي الرياض : الظاهر عدم الخلاف فيه ، لكن في مفتاح الكرامة: قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الاصحاب كالتحرير وظاهر غيره، وعن الاردبيلي: مانجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثير وضبط هذه الواقعة ، وفي الجواهر والعروة لا دليل عليه بالخصوص. قال في الثاني: الادعوى انصراف

الكتابة :

قال : « وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ فيه تردد . . . والاقرب : اشتراط ذلك ... »[1].

أقول: ان كان عدم علم القاضي الجامع للشرائط بالكتابة موجباً لوقوع الخلل في الحكم أو مقدماته فهو ، والا فان الكتابة بنفسها لا ضرورة لها، وعلى هذا عمل أصحاب الحوانيت والكسبة، فانهم يكتبون مطالباتهم في الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان ، وأما اذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب .

أدلة الاذن كما لا يبعد في الضبط ونحوه أو الشك في الشمول حيث أن الاصل عدم الاذن .

وظاهر عبارة المحقق هنا وفي النافع الجواز لمن تساوى فيه الذكر والنسيان ، ولكن في القواعد كغيره : ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته .

١) وقد نسبه في المسالك الى الاكثر وفي شرح اللمعة الى الاشهر بل عن السرائر الى مقتضى مذهبنا ، لكن لم يذكروا على اعتبار هذا الشرط دليلا بالخصوص ، ودعوى تبادر اشتراطه من أدلة الاذن أو انصرافها الى العالم بها محل نظر، فما ذهب اليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط في صورة توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه .

ومع اخلال الجهل بالكتابة في الحكم أومقدماته يشترط العلم بالكتابة في القاضي مع عدم وجود عارف بها يطمئن اليه ويستعين به والا فلا حاجة .

٧ ـ الذكورة :

قال المحقق «قده» : « ولا ينعقد القضاء للمرأة وان استكملت الشرائط » .

أقول : ادعي عدم الخلاف بل الاجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأة ، واستدل بوجوه :

الاول :قوله تعالى « الرجال قوّامون على النساء » فانه ظاهر في قيمومية الرجال على النساء، ولازمها سلطنة الرجال وحكومتهم عليهن دون العكس .

فان قيل : الاية واردة في مورد الزوجين .

قلنا : وهل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنة في شئونها مع زوجها وتكون لها السلطنة في خارج دارها ، وعلى غيرزوجها من الرجال ؟

فان قيل : الاية المباركة تنفي ولاية النساء على الرجال، وأي مانع من ولاية المرأة على النساء ؟ فانه يقال : بأن ذلك مقتضى الاجماع المركب .

« بما فضل الله بعضهم على بعض »[1] قال الفاضل الجواد «قده»:

---

١) سورة النساء: ٣٤.

«أي الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأي والتدبير والعزم ومزيد القوة في الاعمال والطاعات والفروسية والرمي، وان منهم الانبياء والائمة والعلماء، وفيهم الامامة الكبرى وهي الخلافة والصغرى وهي الاقتداء بهم في الصلاة، وأنهم أهل الجهاد والاذان والخطبة . الى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن .

قال في الكشاف: وفيه دليل على أن الولاية انما يستحق بالفضل لا بالتغليب والاستطالة والقهر. قلت : هذا مما أجراه الله على لسانه، فانا لم نجد فيمن تقدم على علي عليه السلام بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم فضيلة يستحق بها الولاية كما عرف في محله[1].

ولاريب في أن جهات الفضيلة موجودة في نوع الرجال ـ سواء في ذلك الصفات الخلقية والخلقية ـ وليست في نوع النساء . . . ويشهد بذلك ماذكره الفاضل المذكور من أن فيهم النبوة والامامة والولاية ، ولم نجد الى الان انعقاد القضاء لامرأة ، ولو كان ذلك جائزاً لتصدى له بعض النساء الفاضلات كالصديقة الطاهرة وعقيلة بني هاشم عليهما السلام ولو بالنسبة الى النساء خاصة، بل ان حضور النساء عند القاضي الرجل ـ في حال جواز انعقاده لامرأة ـ مرجوح مرغوب عنه شرعاً .

على أنا قد استشكلنا في امامة المرأة للنساء واقتدائهن بها في

---

١) مسالك الافهام الى آيات الاحكام : ٣/٢٥٧ .

الصلاة لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه[١]

هذا والاية نازلة بعنوان حكم الهي في قضية رواها الطبرسي[٢] وهي تدل على أن للرجال الولاية على النساء ، وليس لهن عليهم ولايــة .

فهي مخصصة لعمومات الحكومة بالعدل[٣].

الثاني ـ قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن وللرجال عليهن درجة »[٤] فان هذه الاية ظاهرة في أن للنساء على الرجال حقوقاً ولكن

---

١) قال سيدنا الاستاذ في التعليق على قول صاحب العروة « يجوز امامة المرأة لمثلها » قال : « فى غير صلاة الميت اشكال » . وهذه المسألة قد اختلفت فيها كلمات الاصحاب تبعاً للاخبار الواردة فيها. راجع الصلاة من مصباح الفقيه وغيره .

٢) مجمع البيان في تفسير القرآن : ٤٣/٢ .

٣) كقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا . . . » وقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهــداء لله ولو على أنفسكم أو الوالــدين والاقربين ان يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا . . . » .

٤) سورة البقرة : ٢٢٨ .

« للرجال عليهن درجة » .

الثالث ـ قوله تعالى : « وقرن في بيوتكن »[١] راستلزام تصدي المرأة القضاء للخروج عن البيت واسماع صوتها الرجال وغير ذلك من الامور المنهي عنها في الشرع في غاية الوضوح، وتعيير الاصحاب والصحابيات عائشة بنت أبي بكر على خروجها من بيتها الى البصرة ـ من هذه الجهة ـ ونهيهم اياها عن الخروج وتذكيرهم لها بأمر الله وحكمه بأن تقر في بيتها مشهور .

الرابع ـ قوله عليه السلام في معتبرة أبي خديجة : « أنظروا الى رجل » . لا يقال : انه ليس للرجل موضوعية ، لانه لا يمكن الغاء الخصوصية في مثل هذا المقام، وأن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي الموضوعية ، فالرواية هذه مقيدة للروايات المطلقة ان لم تكن منصرفة عن النساء .

الخامس ـ ما ورد في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لامير المؤمنين عليه السلام المروية في الفقيه باسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام ـ « يا علي ليس على المرأة جمعة ـ الى أن قال ـ ولا تولي القضاء »[٢] وهذا النفي وضعي كما لايخفى، والرواية وان كانت غير تامة سنداً[٣] الا أن رواية الاصحاب لها واستدلالهم بها يجبر ضعفها

---

١) سورة الاحزاب : ٣٣.
٢) وسائل الشيعة : ٦/١٨ .
٣) لان رواتها بين مجهول ومهمل.

كما تقرر هذا المعنى بالنسبة الى حديث « على اليد ... » ونظائره.

وربما يقال: ان قوله صلى الله عليه وآله « ليس على النساء ... ولا تولي القضاء » لايدل على المنع ، بل ظاهره عدم الوجوب .

وفيه : ليس الامر كذلك في كل مورد ، فان هناك موارد جاء فيها « ليس على . . . » بمعنى « لا يجوز . . . » .

السادس ـ النبوي « لايفلح قوم وليتهم امرأة »[1].

السابع ـ ما عن مكارم الاخلاق : « ان الاقامة للصلاة . . . ولا تتولي المرأة القضاء »[2] وهي مطلقة تعم الحكم الوضعي والتكليفي معاً[3].

---

١) حديث نبوي رواه العامة .

٢) بحار الانوار ١٠٣/٢٥٤ .

٣) ويستدل له أيضاً بما يلي :

١ ـ مارواه جابر بن يزيد الجعفي قال سمعت أبا جعفر محمد ابن علي الباقر عليه السلام يقول : «ليس على النساء أذان ولا اقامة ولا جمعة ولا جماعة ... ولا تولى المرأة القضاء ولا تلي الامارة ولا تستشار » وسائل الشيعة : ٧/١٦١ .

٢ ـ ماروي في الوسائل عن الكليني بسند عن أبي جعفر وبآخر عن أبى عبدالله عليهما السلام قال : « في رسالة أمير المؤمنين عليه السلام الى الحسن عليه السلام : لاتملك المرأة من الامر مايجاوز نفسها . . . » قال فى الوسائل : « ورواه الرضي في نهج البلاغة

السمع ، البصر ، النطق :

وهل يشترط السمع والبصر والنطق ؟ قيل : نعم ، واستدل له بأنه لولاها لتعذر القضاء، وبأنه مقتضى الاطلاقات فانها منصرفة عن الاصم والاعمى والابكم، ولا أقل من الشك في شمول أدلة الاذن لهم.

أقول : لا ينبغي الاشكال في الاشتراط فيما اذا توقف القضاء على ذلك .

مرسلا نحوه » وسائل الشيعة : ٧/ ١٢٠ .

٣ ـ ماورواه الشيخ الكليني في الكافي مسنداً عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كل أمر تدبره امرأة فهو ملعون » وسائل الشيعة: ٧/ ١٣١ .

٤ ـ مادل على ترك طاعة النساء والنهي عن مشاورتهن. وسائل الشيعة : ٧/ ١٣٠ .

٥ ـ ما دل على نقصان عقلها ودينها .

٦ ـ ما دل على عدم صلاحيتها للامامة في الصلاة للرجال أو مطلقاً .

٧ ـ دعوى انصراف الادلة المطلقة عن المرأة .

٨ ـ الاصل ، فقد تقرر أنه عدم الاذن .

والحق أن هذه الادلة من الكتاب والسنة والاجماع وغير ذلك بمجموعها تشرف الفقيه على القطع بالحكم في هذه المسألة .

الحرية :

وهل يشترط الحرية ؟ قال في المبسوط: نعم، وقال المحقق: الاقرب : انه ليس شرطاً .

وقد استدل للاول في المبسوط والمسالك وغيرهما بأمرين: أحدهما : ان من كان لغيره ولاية عليه لايكون ذا ولاية، والثاني: ان القضاء منصب عظيم والعبد قاصرعن نيل هذا المنصب .

والجواب : أما عن الاول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبرة فيه وأذن له المولى في تصدي القضاء فلا مانع .

وأما عن الثاني : فبأن مقتضى الاطلاقات جوازه للعبد ان كان واجداً للشرائط المعتبرة كالحر[1].

---

١) لكن قد يجاب عن الجواب الاول بأنه اذا جاز ذلك فليجز بالنسبة الى غير البالغ ـ ولا سيما المراهق ـ وعن الثاني باحتمال انصراف تلك الاطلاقات عن العبد .

هذا ولا أقل من الشك والاصل هو العدم .

لكن الذي يسهل الامر انتفاء الموضوع في هذه الازمنة .

مسائل

فى قاضى التحكيم * حكم تولى القضاء هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل عند التعدد؟ هل يجوز للقاضى الاستخلاف ؟ . حكم ارتزاق القاضى من بيت المال * بم تثبت ولاية القاضى؟ جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد * ما يتعلق بانعزال القاضى وعزله * هل ينعزل بموت الامام ؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحة ؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟ *

المسألة الاولى

(فى الكلام فى قاضى التحكيم)

قال المحقق « قده » : « يشترط في ثبوت الولاية اذن الامـام عليه السلام أو من فوض اليه الامام » .

أقول : لا ريب ولا خلاف في هذا ، وقد أشرنا الى ما يـدل على ثبوته ، وهذه الكلمة من المحقق « قده » كمقدمة لقوله بعده :

« ولواستقضى أهل البلد قاضياً لم يثبت ولايته. نعم لوتراضى خصمان بواحد من الرعية . . . » .

أقول : أما عدم نفوذ حكم من استقضاه أهل البلد فانه بالنسبة الـى زمن حضور المعصوم وبسط يده واضح ، لان النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما وسلم كانا يرسلان القضاة الـى البلاد، فلاينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضي المنصوب من قبـل المعصوم . وأما في زمن الغيبة ـ أو الحضور مع عدم بسط

اليد ـ فـان الاذن العام الصادر منهم عليهم السلام ـ كما تدل عليه الروايات ـ يقتضي نفوذ حكم القاضي الـذي استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر في مرافعاتهم على الخلاف في الصفات المعتبرة فيه ، والقدر المتيقن هو المجتهد المطلق .

فعليه : لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعة الامام المبسوط اليد وكسب اذنه ، وأما في زمن الغيبة أو عدم بسط اليد فالاذن العام يكفي لنفوذ حكم من كان هذا الاذن شاملا له .

ولقد أشكل الامر هنا على الاصحاب فقالوا: ان كان من رجع اليه أهل البلد مجتهداً فالامام قد أذن في الرجوع اليه مطلقاً ، وان لم يكن مجتهداً فلااعتبار بحكمه مطلقاً ، فأي ثمرة لهذا الكلام ؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائدة في العبارة وعلم المراد من عنوان المسألة .

وقيل : المراد من قوله: « لو استقضى » هو القاضي العام فى البلد لعموم أهله . ومن قوله «نعم ...» هو من استقضاه الخصمان في واقعة خاصة من غير أن يعرف بأنه قاضي البلد . أقول : لكن الاولى ما ذكرناه .

هل يشترط الرضا بالحكم بعده ؟

قال المحقق « قده »:«ولا يشترط رضاهما بعد الحكم » .

أقول : في المسألة قولان، فالمشهور هو النفوذ وكفاية الرضا قبل الحكم فليس لهما الرجوع عن حكمه ولا يشترط رضاهما بعد

الحكم ، وقيل : يشترط رضاهما بعد الحكم أيضاً .

أقول : مقتضى الدليل التعبدي تأثير رضاهما بالحكم بعده في بعض الموارد مثل كون الدية على العاقلة[١] ، وفي بعض الموارد لا يتوقف الحكم على الرضا أصلا كما اذا تنازعا في الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقق الرضاع الموجب للحرمة في مورد وقال الاخر بعدمه ، فحكم الحاكم حسب القواعد والادلة ، فانه لا أثر لرضاهما بعدئذ . والحاصل: ان تأثير رضاهما على القاعدة الا اذا دل الدليل في مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبة الى غير المتخاصمين .

ويمكن أن يستدل لكفاية الرضا السابق في جميع الموارد برواية الحلبي قال : « قلت لابي عبدالله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا . فقال : ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط »[٢] بأن يقال : فرق بين لسانها ولسان معتبرة أبي خديجة التي جاء فيها: «فاني قد جعلته قاضياً» فتلك تعلل نفوذ الحكم بالجعل وهذه بالرضا

---

١) يعني: انهما لو تنازعا في قتل فقال أحدهما بكونه عن عمد وقال الاخر هو عن خطأ فحكم بكونه خطأ ، فلو رضيا بهذا الحكم بعده وجبت الدية على العاقلة، فأثر رضاهما به بعده لزوم الدية على طرف ثالث وهو العاقلة .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٥ . وهي صحيحة .

وظاهرها نفوذ حكم من رضي المتخاصمان من الاصحاب بحكمه اذليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسوط... نعم يشترط كونه واجداً للشرائط المعتبرة ، وحينئذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالاذن مطلقاً، وعلى هذا فلا تبقى ثمرة لهذا البحث بالنسبة الى زمن الغيبة حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا . . . الا أن يدعى دلالة ما في ذيلها وهو قوله عليه السلام « انما هو الذي . . . » على لزوم الرضا بعد الحكم ، أي بأن يكونان مطيعين للحكم ومنفذين له بدون اجبار ، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم .

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

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب ؟

قال: «ويشترط فيه مايشترط في القاضي المنصوب عن الامام» .

أقول : أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمرة له أصلا ، لانه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي المنصوب من الاجتهاد وغيره يكون قاضي التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الامام عليه السلام ومأذوناً له في الحكم .

وقال جماعة : بأن هذا الفرع يجري في زمن حضور الولي الذي بيده الحكم ونصب القاضي لاجل الحكم، فانه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعتبرة

وان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان في زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبي وأمير المؤمنين عليهما الصلاة والسلام أو مع عدمه فلا ثمرة للبحث عن قاضي التحكيم في زمن الغيبة، لانه ان لم يكن واجداً للشرائط فلا أثر لحكمه وان كان واجداً لها فقد دلت المقبولة وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الامام في الحكم.

وعن بعض المعاصرين تصوير المسألة بحيث يكون لها ثمرة في زمن الغيبة كذلك، لدلالة رواية الحلبي المتقدمة على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده ، وانما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط والسيف ، فالرواية ظاهرة في أنه حيث لا جبر يصح الترافع وان لم يكن واجداً للشرائط ، فيكون حاصل البحث : ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما اذا كان هناك اجبار على قبول الحكم بعد اصداره ـ وان الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ الى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه ـ فمفاد قوله اذا لم يكن سيف وسوط انه ينفذ حكمه وان لم يكن مجتهداً ويكفي علمه بالحكم في الواقعة المتخاصم فيها .

وكذا معتبرة أبي خديجة فانها ظاهرة في عدم لزوم الاجتهاد بل يكفي كونه عالماً ببعض القضايا ، والرضا بالحكم علة لجواز الرجوع اليه .

وقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها

واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » يشمل باطلاقه العامي غير المأذون بالحكم الذي تراضيا بالترافع عنده .

أقول: وفي هذا القول نظر، فان الاية وأمثالها لم نتمسك باطلاقها لاجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق ، فكيف يكون لها اطلاق بالنسبة الى العامي الذي تراضيا بالترافع عنده ؟

وأما رواية أبي خديجة فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهرة في أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع اليه لانه مجعول حاكماً من قبلي فاذا حكم فقد حكم بحكمنا، ومع التسليم بما ذكره فان النسبة بين هذه الرواية والمقبولة العموم من وجه فيقع التعارض ويتساقطان ويرجع الى الاصل المذكور في أول الكتاب .

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً، وأنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الرواية الاخرى لان المنطوق يتقدم على المفهوم، ولانه خاص أيضاً ، بل لقد احتملنا سابقاً كون المقبولة بصدد بيان اعتبار المعرفة والنظر في الاحكام ، والمعتبرة بصدد بيان العلم بالقضايا ، فتكون احداهما مؤكدة للاخرى . نعم لا يشترط الاحاطة بجميع الاحكام والقضايا بل يكفي كونه مجتهداً متجزياً[1] .

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبولة والمعتبرة هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد

---

١) أي بغض النظر عن الاجماع على اعتبار الاجتهاد المطلق.

المتجزي ، وأما اذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج الى دليل .

ولو فرض الاطلاق في «يعلم شيئاً» فان المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه ولعله لقرينة موجودة عندهم مفقودة عندنا، فالقول بجواز جعل العامي قاضياً للتحكيم مشكل جداً[1].

---

١) وحاصل الكلام في هذه المسألة في مقامات :

الاول : في مشروعية التحكيم ، والمشهور ـ كما في المسالك والرياض والكفاية ـ جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً، واستدلوا عليه بعموم قوله تعالى: «ومن لم يحكم بما أنزل الله» وبعموم ما دل على وجوب الامر بالمعروف، وبخصوص «من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى» وهو خبر نبوي عامي. قال في مفتاح الكرامة: «واستدل عليه أيضاً في الخلاف بأخبار الفرقة، ويشير اليه حسن أبي بصير يزيد بن اسحاق وغيره من الاخبار. فكأن من أنكر الدليل عليه من الاخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثة بكمال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف » .

هذا وصريح عبارة المحقق والعلامة في أول القواعد كغيرهما نفوذ حكم قاضي التحكيم في كل الاحكام، قال في المسالك: لوجود المقتضي في الجميع وعموم الخبر، وعن العلامة أنه استشكل تبوته في الحبس واستيفاء العقوبة .

الثاني : قد نص المحقق والعلامة والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب ، بل في المسالك

وهل يشترط الاعلمية ؟

لادليل على اعتبار هذا القيد ، والادلة مطلقة ، على أنه يستلزم العسر والحرج .

وهل يشترط الاعلمية فى البلد ؟

يمكن اشتراط ذلك في البلاد الصغيرة، وأما الكبيرة فانه يستلزم العسر والحرج والادلة مطلقة .

وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده لمالك رضي الله عنه : « اختر أفضل رعيتك »[1] فظاهر في الاولوية .

ـ كغيره ـ وقوع الاتفاق عليه، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظله خلافاً لبعض أعلام العصر في مبانى تكملة المنهاج .

وقد بحثوا ـ بناء على الاشتراط ـ عن تصوير قاضي التحكيم في حال الغيبة وعدمه ، لانه ان استجمعها كان مأذوناً وان فقدت فيه لم يجز له القضاء .

والثالث : هل يشترط رضا الخصمين بالحكم بعده ؟ قال فى الروضة: قولان أجودهما العدم عملا باطلاق النصوص. وقد نسب هذا القول الى المشهور ونقل الخلاف عن العلامة في بعض كتبه وعلى المشهور يجوز الرجوع قبل تمام الحكم حتى لو أقام المدعي شاهديه فقال المدعى عليه للقاضي عزلتك لم يكن له أن يحكم .

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٣ وعهد الامام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الاشتر رضي الله عنه مذكور في نهج البلاغة .

وقال صاحب الجواهر « قده » باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسدادياً ، لان الانسدادي غيرعالم وقداعتبر الشارع كونه عالماً بالاحكام . الا اذا كان عالماً وقاطعاً بحكم الله تعالى وان كان عن طريق ظني لان ظنية الطريق لاتنافي قطعية الحكم، وأما مع كونه ظاناً بالحكم في حينه فلا يجوز الرجوع اليه ولا ينفذ حكمه .

أقول : وهذا متين الا اذا صادف كون جميع الفقهاء في عصر من العصور انسداديين .

قال المحقق « قده » : « ويعم الجواز كل الاحكام » .

أقول: هذا اشارة الى مذهب بعض العامة الذين خالفوا في هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه في بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه فى الغيبة :

قال المحقق: « ومع عدم[1] الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت ...»[2]

---

١) أي عدم حضوره ، وفي نسخة : ومع غيبة الامام ...

٢) من الاخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبة ـ بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه » فيها ـ خبر أبي خديجة الذي ذكره المحقق في المتن .

ومنها : مقبولة عمر بن حنظلة الذي جاء فيه : « ينظران الى

ولو عدل والحال هذه الى قضاة الجور كان مخطئاً »[1].

أقول : وفي الجواهر : نعم لو توقف حصول حقه عليه ولو

من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله. قال : فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا... فقال: الحكم ماحكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما . . . » .

ومنها : خبر داود بن الحصين: « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف . . . فقال : ينظر الى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت الى الاخر » .

ومنها : خبر النميرى ، فقد جاء فيه : « ينظر الى أعدلهما وأفقههما في دين الله فيمضي حكمه » .

ومنها : التوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فأرجعوا فيها الى رواة أحاديثنا ... » .

راجع أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة .

١) للنهي عن ذلك في النصوص المعتبرة الكثيرة كخبر أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الاول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة.

لامتناع خصمه عن المرافعة الا اليهم جاز . وقال السيد « قده » في العروة : لا يجوز الترافع الى قضاة الجور اختياراً ولا يحل ما أخذه بحكمهم اذا لم يعلم بكونه محقاً الا من طرف حكمهم ، وأما اذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليته .

أقول : لكن الرواية[1] تدل على عدم جواز الاخذ بحكمهم وان كان حقاً ، الا أن تحمل الرواية على صورة شكه بكونه محقاً وأن أخذه بحكمهم حال كونه شاكاً غير جائز، فان تم هذا الحمل لم تشمل الرواية صورة العلم ولم يبعد كلام السيد قدس سره .

وعن الكفاية: ان حكم الجائر بينهما فعل محرم والترافع اليه يقتضي ذلك فيكون اعانة على الاثم وهي منهي عنها . وأجاب في الجواهر بمنع كونه اعانة أولا ومنع حرمتها ثانياً . . .

أقول: أما الحكم فانه يصدر من القاضي اختياراً وليس الترافع اليه اعانة عليه لانه ليس له أثر في تحققه ـ فليس من قبيل اعطاء السوط

١) يعني رواية عمر بن حنظلة قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان أو الى القضاة أيحل ذلك ؟ فقال : من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتاً لانه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى : «يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به » الحديث . وسائل الشيعة ١٨/٤ . وقد تقدم الكلام فيما يتعلق بسندها .

لاجل الضرب ظلماً ـ وان كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمراً، فان كلامه هذا ليس مؤثراً في تحقق القتل مع فرض اختيار زيد وقدرته على الترك . هذا وجه ما ذكره أولا .

ووجه ما ذكره ثانياً هو : دعوى انصراف رواية ابن حنظلة المشار اليها الى صورة عدم توقف انقاذ الحق واحقاقه على الترافع اليه ، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم وان كان في سائر الموارد حراماً، واذ ليس هذا الحكم اثماً فليس الترافع اليه اعانة على الاثم .

هذا ان أراد عدم حرمة الحكم ، ويمكن أن يراد عدم حرمة هذه الاعانة على هذا الاثم ، نظير ما اذا رجع الى جائر لانقاذ حقه من غاصب ، فلو ضرب الجائر الغاصب واسترجع الحق منه كان رجوعه اليه اعانة على الاثم ـ اذ لو لم يرجع اليه لما ضربه ـ ولكنها والحال هذه ليست اعانة محرمة ، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه وحفظ المال .

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

هذا واستدل في الجواهر بخبر علي بن محمد قال : «سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم ؟ فكتب عليه السلام : يجوز لك ذلك ان شاء الله اذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم»[1] قال : بناءاً على ما في الوافي من أن: المراد هل

---

١) كذا في الجواهر المطبوع ، وفي الوسائل : . . . عن علي

يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم . يعني اذا اضطر اليه كما اذا قدمه الخصم اليهم .

أقول : ان كان هـذا معنى الرواية كانت هذه الرواية معارضة لرواية ابن حنظلة الدالة على أن المأخوذ بحكمهم سحت وان كان حقاً ثابتاً ، الا أن تحمل تلك على صورة التمكن من انقاذ الحق من طريق آخر وتحمل هذه على صورة الانحصار والضرورة ، أو تحمل هذه على صورة العلم بكونه محقاً وتلك على صورة الجهل أو الشك بكونه حقاً له كما تقدم .

ويحتمل أن يكون المراد: انهم يقولون ـ مثلاً ـ بصحة الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد ونحن نقول ببطلانه ، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير « ألزموهم ما ألزموا به أنفسهم . . . »[1] وتخرج بذلك عن مبحث القضـاء .

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: «اذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا وان تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم »[2] .

ابن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام قال: سألته ... باختلاف يسير ، ١٨/١٦٥ .

١) التهذيب : ٢/٢١٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٥ . وهو للصدوق «قده» باسناده عن

ومورد هذه الرواية خصوص حال التقية ، والعبادات في تلك الحال صحيحة نصاً وفتوى ، أما المعاملات فلو عامل طبق أحكامهم تقية فهل تصح حالكونها باطلة عندنا؟ قال في الجواهر : لم يحضرني الان كلام للاصحاب بالخصوص . أقول : وكيف كان فهي واردة في حال التقية ولا مناسبة لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، الا اذا كان الانحصار من جهة التقية فهي دالة على الجواز حينئذ .

وفي المسالك : « يستثنى منه مالو توقف حصول حقه عليه فيجوز كما يجوز الاستعانة على تحصيل الحق بغير القاضي، والنهي في هذه الاخبار وغيرها محمول على الترافع اليهم اختياراً مع امكان تحصيل الغرض بأهل الحق وقد صرح به في خبر أبي بصير[1] عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « في رجل كان بينه وبين أخ له مماراة في حق فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى الا أن يرافعه الى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عزوجل : الم تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به. الاية».

أي فانها ظاهرة بل صريحة في اختصاص النهي عن الترافع

عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال: قد وقع الرجل في طريق الصدوق في باب من يجوز التحاكم اليه، وهو غير مذكور في الكتب الرجالية لاصحابنا .

١) وسائل الشيعة : ٣/١٨ .

اليهم بصورة التمكن من الترافع الى القاضي العدل ، وقد وافقه في الجواهر على ذلك وأضاف : بأن الاثم حينئذ على الممتنع .

وقد استدل لجواز الترافع الى الجائر حتى مع التمكن من العادل ان كان عالماً بكونه محقاً بخبر ابن فضال قال : « قرأت في كتاب أبي الاسدالى أبي الحسن الثاني عليه السلام وقرأته بخطه سأله : ما تفسير قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام ؟ فكتب بخطه : الحكام : القضاة . ثم كتب تحته : هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي ، فهو غير معذورفي أخذه ذلك الذي قد حكم له اذاكان قد علم أنه ظالم »[1].

اقول : والتحقيق أنه لو لا أدلة النهي المطلقة لحكمنا بجواز الترافع الى قضاة الجور مع العلم بالحق أو الشك سواء تمكن من الترافع الى العادل أولابمقتضى الاية الكريمة والرواية الواردة في ذيلها ، لكن الاية مطلقة وتلك الادلة واردة في خصوص قضاة الجور وأنه لايجوز الترافع اليهم حتى مع العلم بالحق أوالشك فيه ، فمقتضى الجمع جوازالرجوع الى الحاكم الجائرفي صورة العلم أوالشك بكونه محقاً مع عدم التمكن من الترافع الى القاضي العادل ، وأما في صورة العلم بالخلاف فلايجوزمطلقاً كما لايجوز الترافع الى قضاة الجور في صورة التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محقاً .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٥ .

واستدل المحقق الاشتياني للجواز في صورة توقف أخذ الحق على التحاكم الى قضاة الجور بقاعدة نفي الضرر والضرار في الشريعة . وفيه : ان قاعدة نفي الضرر لاترفع الضرر ، أي : ان الحكم بحرمة الترافع اليهم في صورة التوقف ضرري ولكن لادلالة للقاعدة على كون عدم نفوذ حكمه حينئذ ضررياً كذلك ، فلا تقتضي القاعدة هذه الا رفع الحرمة التكليفية ، وأيضاً : ان كان معنى « السحت » في قوله عليه السلام : « وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتاً» بمعنى الاثم رفعته قاعدة نفي الضرر، وأما ان كان بمعنى حرمة الاكل فانه حكم ضرري مجعول، ومن المعلوم أن القاعدة لاترفع الحكم الضرري المجعول .

المسألة الثانية

(في حكم تولي القضاء)

قال المحقق «قده» : « تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه وربما وجب ووجوبه على الكفاية . . . » .

أقول : فيه مطالب : الاول : تـولي القضاء مستحب ، وظاهر كلامه أنه مستحب ذاتاً. الثاني: انه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. الثالث : انه قد يجب . الرابع : وجوبه حينئذ كفائي .

وفي الدروس : ولو وجد غيره ففي استحباب تعرضه للولاية نظر من حيث الخطر وعظم الثواب اذا سلم ، والاقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به .

وفي الروضة: وفي استحبابه مع التعدد عيناً قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق .

وفي كشف اللثام: ويستحب التولية على الاعيان الا من وجبت عليه عيناً ، لانه أمر مرغوب عقلا وشرعاً .

وفي الرياض : استحبابه ـ أي قبوله ـ عيني ، فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب كفائي[1].

---

١) وفي القواعد : ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الاعيان وتجب على الكفاية .

وفي الكفاية : تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه القيام بالشرائط المعتبرة فيه ، وهو من الواجبات الكفائية ، وقد يتعين وجوبه عند الامر من الامام عليه السلام أو الانحصار فيه .

وفي مفتاح الكرامة بشرح عبارة القواعد المتقدمة « ويستحب التولية لمن يثق من نفسه» أي بأن لا يخرج عن الشرع. وقد أجمعت الامة كما في المبسوط ـ ماعدا أبا قلابة لانه كان يحتمل أنه غير فقيه ـ على أنه طاعة وأمر مرغوب عقلا ونقلا، والاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي .

فالدليل على الاستحباب بعد العمومات وبعض الاخبار ـ هو الاجماع المذكور ، وفي الرياض: لاخلاف في شيء من ذلك عندنا خلافاً لبعض العامة .

وأما دليل الوجوب على الكفاية ففي مفتاح الكرامة: يدل عليه بعد مرسل ابن أبي عمير والخبر النبوي عموم ما أوجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، والاجماع كما في المجمع، والاعتبار من تحصيل النظام ودفع المفاسد .

وفي الرياض: هو من فروض الكفاية بلا خلاف فيه بينهم أجده.

أقول : المنافاة أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائي ، وهو: ما وجب اتيانه على الكل ويسقط باتيان البعض بخلاف العيني وسقوط الوجوب يكون اما بالاطاعة واما بالعصيان واما بارتفاع الموضوع ، ومحل الكلام من قبيل الثالث ، نظير ما اذا صلى أحد المكلفين على الميت فانه لا يبقى موضوع للوجوب ، اذ لا يجب الا صلاة واحدة عليه، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدين فكيف يكون الشيء الواحد واجباً ومستحباً معاً؟ المستحب مايجوز تركه فاذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه وأنه اذا ترك فالكل معاقبون على ذلك ؟

وقيل : الواجب الكفائي ما يجب فعله على المجموع . ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه . . .

فالحاصل : دعوى عدم التنافي بينهما غير واضحة عندنا .

فالقائلون بعدم المنافاة في سعة من توجيه عبارة المحقق، وأما الذين لا يوافقون على ذلك فقد حاولوا توجيهها ، ففي المسالك : وظيفة القضاء من فروض الكفاية لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولعظم فائدته تولاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومن قبله من الانبياء بأنفسهم لامتهم

ثم انهم تصدوا لرفع التنافي الظاهر بين الحكمين ، فذكروا وجوهاً لاجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسيد الاستاذ مد ظله لم يرتض بشيء منها .

ومن بعدهم من خلفائهم ، وحينئذ فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به اذا كان من أهله ، أو على فعله لاهله في حال الغيبة حيث لا يتوقف على اذن خاص . وقوله « وربما وجب » يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له وفيما اذا انحصر الامر فيه ولم يعلم الامام به أو لم ينحصر بالنظر الى الوجوب الكفائي أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الامر بالمعروف في حال الغيبة. وقوله «ووجوبه على الكفاية » يعني به على تقدير وجوبه عنده، وانما يكون على الكفاية اذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعينه عليه الامام والا كان وجوبه عينياً كغيره من فروض الكفايات اذا لم يحصل منها الا فرد واحد . . .

أقول : ان كان مراد المحقق «قده» تولي القضاء والتصدي لهذا المنصب فانه يختص بزمان حضور الامام، لانه الزمن الذي لاحكم وجوبي عليه ـ الا في حال تعيين الامام ونصبه ـ فيستحب له الحضور عند الامام لاخذه منه ، ولا مورد للاستحباب غيره ، فان نصبه كان واجباً عينياً وان نصب جماعة كان كفائياً ، ولا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائي .

وان كان المراد أن يجعل نفسه في معرض ترافع الناس اليه ـ وان كان هناك قاض ـ فان كان التصدي واجباً عليه كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمة ، وان كان واجباً عليه وعلى غيره كفاية كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمة كذلك اذ لا يكون

ذو المقدمة واجباً والمقدمة مستحبة .

وان كان المراد من التولي نفس القضاء وفصل الخصومة فان كان في زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به كان واجباً عينياً عليه ومع الاذن العام يكون واجباً كفائياً فلا يتصور الاستحباب .

وان كان القضاء وجوبه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كان واجباً عليه من باب مقدمة الواجب .

فالحاصل : ان من كان حكمه في زمن الغيبة نافذاً كان وجوب القضاء عليه كفائياً سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الامر حينئذ ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفائي لا ينقلب معه الى العيني ، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل ، وهذا هو مراد من عبر بالواجب العيني حينئذ .

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب .

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً الى الاحاديث المحذرة . . . وأجيب عنه في المسالك وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره ولزوم شدة الاحتياط فيه .

ثم ان الاحكام التي ذكرها المحقق « قده » في هذه المسألة بالنسبة الى زمن الحضور[1] لاثمرة للبحث عنها بالنسبة الينا ، نعم

---

١) وهو قوله : واذا علم الامام أن بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له ، ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه ، ويحل قتالهم طلباً للاجابة .

يحتمل وجود الثمرة في قوله :« ولووجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله ، ولو ألزمه الامام : قال في الخلاف : لم يكن له الامتناع . . . » .

أقول : وجه ما ذهب اليه المحقق «قده» : أن الامام لا يوجب ما وجب كفاية بالوجوب العيني ، فلو خاطب الامام أحد المكلفين في واجب كفائي لـم يخرج بذلك عن كونه كفائياً ولا يلزم بامتثاله مع وجود غيره .

ووجه ما ذكره الشيخ « قده » في الخلاف : أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيره ـ لا أنـه يجتمع حينئذ حكمان ـ فيكون كحال الاضطرار وطرو العنوان الثانوي .

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق والشيخ في المسألة لاختلاف الموضوع ، وأن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائي عينياً بالعنوان الاولي .

قال المحقق: «ولولم يعلم به الامام وجب أن يعرف نفسه ...».

أقول : علم الامام عليه السلام بالامور يكون في ظرف ارادته واشاءته لان يعلم به[1]، فعلم الامام كبصر البصير ، ودليل الوجوب في حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الامر بالمعروف فيكون ـ بناء عليه ـ واجباً من باب المقدمة . . . وهذه العبارة كالتمهيد لقولـه :

---

١) تدل على ذلك النصوص الواردة عنهم عليهم السلام والمخرجة في أصول الكافي في الباب الذي عقده بنفس هذا العنوان .

هل له ان يبذل مالا ليلي القضاء ؟

«وهل يجوز أن يبذل مالا ليلي القضاء؟ قيل: لا لانه كالرشوة».

أقول : أما في زمن الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح ، وأما في زمن الغيبة حيث الامر بيد السلطان ولا قاضي يقضي بالحق فان راجعه فاشترط عليه بذل مال فهل له أن يبذله لتصدي ذلك لغرض الحكم بالحق واجراء الاحكام الالهية وأداء الواجب عليه ؟

لايبعد الجواز بل الوجوب مقدمة للواجب ، نظير الضرائب التي تعينها الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحج حيث يجب دفعها مع الامكان لاجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضي به والا فلا وجوب ، ويشترط ـ على أي حال ـ أن يثق من نفسه القيام بالحق والالتزام بالاحكام، وليس هذا رشوة ولا كالرشوة. نعم يحرم هذا المال على آخذه .

المسألة الثالثة

(هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل) ؟

قال المحقق «قده» : « اذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما ، فان قلد الافضل جاز » .

أقول: لا خلاف ولا اشكال في ذلك، وفي الجواهر: وان كان المفضول أورع، لان الملاك ـ وهو العدالة المانعة من الاقتحام في المحرمات وترك الواجبات ـ موجود في كليهما، والشرائط المعتبرة متوفرة فيهما ، والاعلم مقدم على غيره .

قال المحقق « قده »: « وهل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد ، والوجه الجواز ، لان خلله ينجبر بنظر الامام ».

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضول والافضل معاً في الاهلية ولزوم العسر والحرج على العامي في معرفة الافضل ، وأن الصحابة كانوا يتصدون لذلك من غير توقف ولا انكار مع أنهم كانوا متفاوتين

في الفضيلة ، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك .

وأجيب عن الاول: بأن الاهلية لكل منهما تجوز التصدي وتوجب نفوذ الحكم ، ولكن جواز رجوع المترافعين الى المفضول مع وجود الافضل أول الكلام .

وعن الثاني : بأنه ان كانت معرفة أصل الاهلية ممكنة له فان معرفة الاعلمية ممكنة أيضاً .

وعن الثالث : بأن الاصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام وهو الافضل من جميع الجهات وصاحب الولاية العظمى بنص من الله عزوجل ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس عملهم حجة عندنا .

ووجه المنع : انه مقتضى مقبولة عمر بن حنظلة[1].

---

١) اذجاء فيها: « قال: فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت الى ما يحكم به الاخر » قال في المسالك : انها نص في المطلوب . لكنه خدش فيها سنداً بقوله : لكن قد عرفت ما في طريقها. فان تم الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهرة فهي العمدة والا فلا .

أقول : لكن القرينة الداخلية المشتملة عليها هي المانعة عن الاستدلال بها للمدعى كما ذكر الاستاذ دام بقاه .

وفيه :ان هذا في ظرف المعارضة، وأما في غيره فلا دليل على تقدم قول الاعلم . بل يفهم من المقبولة نفسها أن لكليهما صلاحية الحكم وأهليته ، وانما حكم الامام عليه السلام بتقدم قول الاعلم لدى الاختلاف بينهما. ويشهد بهذا قوله عليه السلام في معتبرة أبي خديجة: «أنظروا الى رجل منكم يعلم ...» والا لقال من أول الامر: . . . الى رجل أعلم . . .

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

وفيه: ان هذا أول الكلام، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى . سلمنا ولكن ما الدليل الشرعي على تقدم مايفيد الظن الاقوى ؟[1].

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

---

١) واستدل للمنع أيضاً بالاجماع المحكي عن بعضهم، قال في مفتاح الكرامة بشرح قول العلامة : « ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع اليه حال الغيبة وان كان المفضول أزهد» دليل هذا الحكم الاجماع الذي حكاه المرتضى في ظاهر الذريعة والمحقق الثاني في حواشي كتاب الجهاد من الشرائع .

والجواب عنه: انه موهون بتحقق الخلاف في المسألة، وان تم فهو اجماع مستند وليس بحجة .

الظاهر كون الملازمة من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، وكأن صاحب الجواهر « قده » وافقه على هذه الملازمة ـ وان لم يصرح بها ـ لاستدلاله بنفس هذه الادلة للقول بجواز العدول عن الافضل وان أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منا في الجواب .

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمة فانه قال: الوجه الجواز لان خلله ينجبر بنظر الامام، وهذا يرتبط بحال حضور الامام عليه السلام ونصبه للمفضول ولا يفيد بالنسبة الى حال الغيبة، فيكون فرض المسألة خالياً عن الثمرة ضرورة أنه عليه الصلاة والسلام أعلم بما يفعل حينئذ ولا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له وعدمه[1].

وفي المستند اختار الجواز للاصل والاطلاقات .

أقول : لم يتضح لنا مراده من «الاصل» ، لان مورد الشك ان كان جواز التصدي للمفضول وعدم جوازه فلا ريب في أن الاصل

---

١) اي لا ثمرة في أن نبحث عن جواز نصب الامام القاضي المفضول وعدم جوازه مع وجود الافضل ، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول اليه والتحاكم لديه لو فعل الامام عليه السلام ذلك ، لان خطأ هذا القاضي ينجبر بنظر الامام الذي نصبه ، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال : ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع اليه حال الغيبة وان كان المفضول أزهد اذا تساويا في الشرائط . أما حال ظهور الامام عليه السلام فالاقرب جواز العدول الى المفضول لان خطأه ينجبر بنظر الامام .

هو البراءة ، وان كان نفوذ حكم المفضول وعـدم نفوذه فلا ريب في أن مقتضى الاصل عدم النفوذ .

وأما التمسك باطلاقات الروايات فلا بأس به ، لان الروايات الواردة في الباب مطلقة ، ففي احداهـا : « . . . يعلم شيئاً . . . » وفي أخرى : « ... عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا ... » .

لا يقال : انهذه الاخبار في مقام الردع عنالترافع الى قضاة الجور والامر بالترافع الى قضاة الحق والعدل فلا اطلاق فيها .

لانا نقول : ان الراوي يسأل الامام عليه السلام قائلا: « فكيف يصنعان »؟ فلو أراد الامام خصوص الاعلم لبين ذلك والالزمتأخير البيان عن وقت الحاجة ، لاسيما مع التفات الراوي الى الجهات المختلفة وأنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم انالراوي لم يسأل الامام عليه السلام عن اشتراط الاعلمية وعدمه وهذا يشهد بفهمه الاطلاق من كلام الامام عليه السلام .

اللهم الا أن يدعى تقييدها بما ورد في ذيل المقبولة وهوقوله عليه السلام « . . . أفقههما . . . ». لكن يجاب عن ذلك بأنه ناظر الى خصوص حال التعارض كما تقدم ، أي : انها مقيدة فيموردها لابنحو الاطلاق، بمعنىأنهيقدم حكم الافضل منهما لدىالاختلاف فقـط .

وقال السيد « قده » : لا يبعد قوة هـذا القول ـ يعني : تقديم الاعلم ـ لكون الاطلاقات مقيدةً بالاخبار الدالة على الرجوع الى المرجحات عنداختلاف الحاكمين من الافقهية والاصدقية والاعدلية

مع امكان دعوى عدم كونها الا في مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور فلا اطلاق فيها ... ودعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هي العمدة في المقام خصوص صورة اختيار كل من المترافعين حاكماً أو صورة رضاهما بحكمين ـ فاختلفا ، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع الى الاعلم مطلقاً ـ مدفوعة : بأن الظاهر منها أن المدار على الارجح عند التعارض مطلقاً كما هو الحال في الخبرين المتعارضين ، بل في صورة عدم العلم بالاختلاف أيضاً لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا اذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها بأن كانا مختلفين في الحكم من جهة اختلاف الفتوى، وأما اذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع اثبات الحق بالبينة واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك فلا دلالة في الاخبار على تعين الاعلم .

أقول : فتكون الاقوال في المسألة ثلاثة : أحدها : تقدم قول الاعلم مطلقاً . والثاني : تقدم قوله لدى الاختلاف، والثالث: انهما اذا رجعا اليهما فحكما بحكمين مختلفين قدم قول الاعلم، والا فيجوز الرجوع الى المفضول ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما في الحكم .

والروايات المقيدة واردة في مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما ، وهي غير متعرضة الى صورة المراجعة ابتداء. الا أن يقال : انه لما كان قول الاعلم هو المقدم حكم الامام عليه السلام بتقدمه في صورة التعارض والالما حكم بذلك في تلك الصورة.

بل ان السيد « قده » يقول بعدم جواز المراجعة الى غير الاعلم لو لم يعلم بموافقة فتواه لقول الاعلم، لان ذلك كالخبرين المتعارضين حيث يجب الاخذ بالخبر الراجح منهما .

وعلى هذا يجب على المراجع الى غير الاعلم مراجعة الاعلم من ذي قبل ، فان لم يجده مخالفاً لفتوى غيره جاز رجوعه الى غير الاعلم ، ولكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الاخبار والا فلا وجه له ، ولعله من هنا قال في الجواهر بمنعه كل المنع .

هذا والتوسعة في الترافع وعدم وجوبه الى الافضل لا يلازم التوسعة في الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل الى العالم لغرض الوصول الى الاحكام الالهية، ويكون فتوى الاعلم هناك أقرب الى الواقع، أما هنا فان اشتراط ذلك يؤدي الى التضييق على المكلفين، فالتوسعة هنا نظير التوسعة في مورد الشك أو الظن بنجاسة شيء حيث تجري أصالة الطهارة توسعة على الامة ، ولانه ليس الغرض هنا الوصول الى الواقع فقط . وعلى هذا الاساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الاعلم في حق الاعلم اذا كان طرفاً في النزاع وعدم جواز الرد عليه ، لان الغرض فصل الخصومة لا كون القضاء طريقاً الى الواقع حتى يقال بوجوب الاخذ بالقول الاقرب اليه .

ومما ذكرنا يظهر ما في قولهم : ان قول الاعلم يفيد الظن الاقوى قياساً على الدليل في مورد التعارض ، ففيه كما تقدم سابقاً لو سلمنا كون الظن الحاصل من قول الاعلم أقوى ـ انه ليس الغرض

هنا تحصيل الواقع .

وكذا قولهم : ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح ، ولـذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه‌السلام، لان ذلك في‌الامامة العامة والرئاسة الكبرى حيث الغرض منها اجراء الاحكام الواقعية والوصول الى الواقع ، لكن الغرض هنا فصل الخصومة وحسم النزاع وقد اقتضت المصلحة التوسعة فيه فلا قبح .

المسألة الرابعة

هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟

قال المحقق «قده»: «اذا أذن له الامام في الاستخلاف جاز...» .

أقول : تارة يبحث عن ذلك في زمن الحضور ، وأخرى في زمن الغيبة ، أما بالنسبة الى زمن الحضور فان نصب الامام أحداً وأذن له في الاستخلاف فلا كلام في الجواز وان صرح بالمنع فلا كلام في عدمه ، وان أطلق فان كان هناك شاهد حال مثلا على الاذن فيه كارسال الوالي الى بلاد واسعة بحيث لا تضبطها اليد الواحدة فهو والا فلا[1].

ولا ثمرة عملية لنا في البحث عن ذلك ، نعم فيه ثمرة علمية ،

---

١) والدليل على ذلك هو أن الحكومة حق للامام عليه السلام، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه، فله الاذن في قيام غيره بها وله المنع، ومع اطلاقه يتوقف الجواز على أمارة تدل على اذنه .

فقد ذكروا في كتاب الوكالة أن كل ما اشترطت فيه المباشرة شرعاً فلا يقبل الوكالة وكل مالم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه[1].

وجعل الامام القاضي في زمن الحضور يدل على أن القضاء من الامور القابلة لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشرة ، فيقع الكلام في أن ذلك توكيل منه عليه السلام ـ أي : أن القاضي المنصوب من قبله انما يقضي وكالة عنه ـ أوأنه تولية منه له على الحكم ، كما جعل الاب والجد له ولياً على الصغير ، فيجوز له التوكيل لغيره في الامور التى تخصه كما يجوز له جعل الولي عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟ ان كان جعله من باب الوكالة تم ماذكره المحقق «قده» من أنه اذا أذن له في الاستخلاف جاز، لانه يكون حينئذ وكيلا في القضاء ووكيلا في التوكيل فيه ، وان كان جعله من باب الولاية فلا حاجة الى الاذن في استخلاف غيره للقضاء فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي ، نظير من جعلت له الولاية في أمور الصغير من قبل وليه ليكون ولياً عليه بعد موته ، فانه يجوز له حينئذاك توكيل غيره في القيام بالامور من قبله .

وكذا الامر بالنسبة الى من عين لاجل القيام بأمور وقف من قبل

---

١) فمن الاول العبادات التي تعلق غرض الشارع بايقاعها من المكلف مباشرة ، ومن الثاني البيع والطلاق ونحوهما من العقود والايقاعات التي تعلق غرضه بوقوعها سواء كان المباشر المالك والزوج بأنفسهما أو غيرهما .

حاكم الشرع ، فان كان وكيلا في ذلك لم يجز له استخلاف غيره الامع الاذن الصريح أو شاهد الحال ، ولو مات الحاكم بطلت وكالته ، وأما اذا جعل الولاية له عليها لم يجب عليه الاستيذان في الاستخلاف ، ولا معنى لان يكون ولياً بشرط المباشرة ، ولم تبطل بموت الحاكم .

فظهر أن ثمرة البحث ، أنه ان كان الجعل بنحو الوكالة فعليه احراز الاذن في الاستخلاف ، وان كان بنحو الولاية فلا يجب .

هل القضاء قابل للوكالة ؟

وأما بالنسبة الى زمن الغيبة فهل للفقيه أن يستخلف غيره اذناً أو وكالة أو ولاية؟ فيه خلاف ، فعن جامع المقاصد: ان القضاء من الامور القابلة للتوكيل ، ومال اليه في الجواهر ، وعن المسالك عدم الجواز . أقول : لا نص في المسألة ولا يمكن الجزم بوجوب المباشرة في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر ، فلابد من المراجعة الى الاصل. قال في وكالة الجواهر : ان المستفاد من كلمات الاصحاب كون الاصل جواز الوكالة في كل شيء، ثم ذكر الاصل وعموم أدلة الوكالة . قلت : أما الاصل الذي ذكره ـ وهو عدم اشتراط المباشرة في القضاء ـ فانه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة ، وما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعة بمشروعية الوكالة، مندفع بأن المشروعية لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك ، وهناك موارد لا تجوز فيها

الوكالة قطعاً ، وموارد أخرى أصل المشروعية فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصالة عدم الوكالة بمشروعية الوكالة بنحو الاهمال، لانه مع الشك في أصل المشروعية فالاصل عدمها .

والحاصل: ان المباشرة ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، وحينئذ لايمكن رفعها بالاصل عند الشك، ولو سلمنا جريانه فالاصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء .

وأما الادلة العامة فان ارجاع القاضي أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التولية له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم كأن يجعله متولياً على موقوفة أو ولياً على الصغار للقيام بأمورهم ، واما يكون عن طريق التوكيل ، بأن يوكله في أمر القضاء كما تجوز الوكالة في أمور أخرى كالبيع والطلاق ونحوهما.

لكن الولاية ان كانت من جهة أن لازم جعل الحكومة صلاحية الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفادة هذه الناحية من أدلة الجعل وهى غير متحققة، لان الامام عليه السلام يذكر صفات القاضي « كالرواية » و « النظر » وغير ذلك وهذا تحديد من الامام وكون القاضي متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات معناه أن تكون دائرة صلاحيته أوسع من الامام وهذا لا يقول به أحد .

ونحن في التولية على الاوقاف لا نقول بجواز تولية المتولي غيره، لان جعل الحاكم اياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته .

وان كانت من جهة تنزيل الامام الحاكم منزلته واثبات الولاية العامة له فله أن يجعل مقلده كما للامام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد ، ففيه : أن الامام قد تعرض لامر القضاء وللنصب له كلا على حدة وانفراد ، وهذا يدل على عدم شمول التنزيل لامر القضاء وأنه لم يجعل القاضي نازلا منزلته ، ومع الشك في جعل الولاية له على نصب غيره فالاصل العدم كما هو واضح .

فالحاصل: عدم تمامية ارجاع أمر القضاء الى المقلد عن طريق الولاية .

وأما الوكالة فهي ثابتة وجائزة في كثير من العقود، ولكن ثبوتها في القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه أو دليل عام يدل على أن كل أمر يجب صدوره من المكلف يجوز التوكيل فيه الا ما استثني كالنذر والايمان ونحوهما . أما الدليل الخاص فغير موجود ، نعم هناك دليل يمكن الاستدلال باطلاقه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « من وكل رجلا على امضاء أمر من الامور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها »[1].

---

١) وسائل الشيعة : ٦/٢٨٥ : « محمد بن علي بن الحسين باسناده عن معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : من وكل . . .

محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن

وتقريب الاستدلال : انه لاريب في أنه اذا لم يكن المتكلم في مقام بيان جهة من جهات الكلام لم يجز التمسك بالاطلاق بالنسبة اليها ، وهذه الرواية تدل على مضي الوكالة في كل أمر يجوز فيه التوكيل ، وأن الوكالة باقية حتى الاعلام بالعزل ، وليست في مقام الدلالة على صحة الوكالة بأي نحو كانت ، الا أنه قد يكون لتلك الجهة التي ينظر اليها المتكلم في الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر الى ذلك اللازم ، مثلا قوله تعالى : « . . . فان لم تجدوا ماء فتيمموا ... » في مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء ، فيجب على فاقد الماء التيمم ، ولكن يجوز التمسك باطلاق «الماء» فيها ـ بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق مايصدق عليه الماء ـ وان لم تكن الاية الكريمة ناظرة الى هذا الحيث ، لان لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم ، فنقول: ان الاية باطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد مايصدق عليه الماء يجب التيمم .

وهنا كذلك، فان الامام عليه السلام في مقام بيان أن الوكالة اذا ثبتت كان عمل الوكيل في ما وكل فيه ماضياً حتى يعلمه بالعزل ، ولكنه قال قبل ذلك « على امضاء أمر من الامور » ولازم هذا جواز الوكالة في كل أمر لم يقم دليل على عدم جوازها فيه ، والا لبين ذلك في نفس الكلام ، فيجوز التمسك باطلاق هذا الكلام بأن يقال بجواز

محمد بن خالد الطيالسي عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب جميعاً مثله » .

الوكالة في القضاء لانه أمر من الامور عند العرف ولم يقم دليل شرعي على عدم قابلية القضاء للوكالة .

فالظاهر تمامية هذا الاطلاق وأنه لامانع من التمسك به[1] الا اذا قيل بأن القضاء من الامور التي يعتبر فيها أهل العرف المباشرة ولا يقبل التوكيل عندهم لكن مذهب جماعة من الاصحاب صحة الوكالة فيه ، ووجه المنع عند غيرهم عدم تمامية الاطلاق لاعدم القابلية عرفاً.

هذا، وقد جوز بعض المانعين التوكيل في مقدمات الحكم كاستماع الشهادة والتحليف ، وأشكل عليه في الجواهر بأنه اذا كان استماع الشهادة قابلا للوكالة فالحكم بالاولوية . ووجه ذلك ماذكرناه سابقاً من أن أهل العرف يقسمون الامور الى مايقبل الوكالة ومالايقبلها ، فمن الاول: البيع والشراء ، ومن الثاني: الاكل والشرب ،فصاحب الجواهر يقول انه ان جازت الوكالة في استماع الشهادة والتحليف – مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها وبتحليف المنكر – كانت جائزة في نفس الحكم بالاولوية .

والصحيح : أن كل أمر كان للوكالة عرفية فيه ولامنع من قبل الشرع كان مشمولا لـ « الامور» في الرواية المذكورة ، والله العالم.

---

١) كما أجاز في العروة التمسك بعموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ونحوه بدعوى شموله للوكالة ، بناءاً على أن المراد من الوفاء بالعقود هو العمل بمقتضاها ان لازماً فلازماً وان جائزاً فجائزاً.

المسألة الخامسة

في حكم ارتزاق القاضي من بيت المال

قال المحقق « قده » : « اذا ولي من لايتعين عليه القضاء فان كان له كفاية من ماله فالافضل أن لايطلب الرزق من بيت المال[1] ، ولو طلب جاز لانه من المصالح ، وان تعين عليه القضاء ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق ، وان كان له كفاية قيل: لايجوز له أخذ

---

١) المراد من بيت المال ـ كمايستفاد من كلمات الفقهاء ـ هو البيت الذي يجمع فيه مايشترك فيه جميع المسلمين من الاموال ويصرف في مصالح جميعهم كبناء المسجد ونحوذلك، وأما مايجمع فيه الزكاة والخمس وغيرهما ممايكون مختصاً بطائفة منهم فلايكون من بيت المال في شيء ولايجوز صرف ذلك في المصالح العامة بل يعطى لمستحقيه . فما يظهر من بعض من أن المراد هو الاعم ليس على ماينبغي ـ قاله المحقق الاشتياني .

الرزق لانه يؤدي فرضاً » .

أقول : ارتزاق القاضي من بيت المال ان لم يكن له كفاية من ماله جائز سواء كان القضاء متعيناً عليه أولا ، فله أخذ مؤنته من بيت المال ، والحاكم يعطيه منه لابعنوان الاجرة على القضاء ، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التي أعد لها بيت المال . وان كان عنده مايكفي المؤنة فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الاجرة على القضاء قهراً ، فيدخل في مبحث[1] جواز أخذ الاجرة على الواجبات وعدم جوازه ، فنقول :

موجز الكلام في أخذ الاجرة على الواجبات:

ان العمل الذي يقوم به الانسان المكلف تارة يكون ذا منفعة وأخرى يكون بلا منفعة ، فان كان بلا منفعة فلا معنى لان يطالب بالعوض سواء كان واجباً أولا ، وان كان العمل الذي يقوم به لغيره ذا منفعة له جاز له المطالبة بالعوض منه في صورة عدم منافاة أخذ

---

١) محصل كلام سيدنا الاستاذ هو دخوله في هذا البحث فيما اذا كان له كفاية من ماله في كلا الصورتين : توليه القضاء بعنوان الواجب الكفائي ، وتوليه بعنوان الواجب العيني بتعيين الامام عليه السلام أو لعدم وجود غيره خلافاً للمحقق حيث جوز له الاخذ من بيت المال في الصورة الاولى ـ وان جعل الافضل الترك ـ وقال بالنسبة الى الثانية : قيل لايجوز له أخذ الرزق لانه يؤدي فرضاً .

العوض للعمل المطلوب منه اتيانه ، فلو أمره زيد بالخروج للصلاة على ميت فطالبه بشيء في مقابل امتثاله ـ الذي أثره لزيد سقوط خروجه اليها وقد كان واجباً عليه كذلك ـ جاز ، ولكنه يتنافى مع قصد القربة المعتبر في الصلاة على الميت ، فيشكل أخذ الاجرة على فعله هذا ، الا بأن يتصور ايجاد الداعي الى الداعي ، نظير ما اذا أعطى مالا لغيره لاجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل ، فان قام بالعمل اطاعة لزيد جاز أخذ الاجرة وان كان لا بقصد ذلك لم يجز ، وحينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع الله ويمتثل أوامره ، فان اعتبر قصد القربة في العمل لم يجزله الاخذ لعدم صلاحية هذا العمل للمقربية ، وان قلنا بأن كونه داعياً الى الداعي لا يضر بقصد القربة وأنه يكفي كون الامر الالهي هو الداعي ولا يضر في ذلك وجود واسطة دنيوية تدعو اليه جاز له أخذ الاجرة على العمل .

وفصل بعضهم الداعي الراجع نفعه الى الفاعل بين ما اذا كان منفعة من الله سبحانه فلا يضر بالقصد والا لما كان لذكر الاجور التي في القرآن للذين آمنوا وعملوا الصالحات وجه ، وان كان منفعة من غيره عزوجل فيضر بالقصد .

هذا ، وفرق بين الواجب التعبدي والواجب التوصلي ، ففي التوصلي يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل وأن لا يمنع من أخذ الاجرة عليه كسائر الصنائع والحرف ، فانها واجبات توصلية ويجوز أخذ الاجرة عليها ، لكن قيل : هذا مادام الوجوب فيه كفائياً ، وأما

اذا كان تعييناً فلايجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد كان معالجة المرضى واجباً عينياً بالنسبة اليه لوجوب حفظ النفوس المحترمة فلايجوز له أخذ الاجرة ، ومن هنا كان الاطباء المتدينون سابقاً يتقاضون الاجور عوضاً عن الحضور لدى المرضى ويعبرون عن ذلك بـ « حق القدم » .

وظاهر قول العلامة في القواعد : «ويجوز أخذ الاجرة على عقد النكاح ويحرم الاجر على الامامة والشهادة وأدائها » هو أن الواجب المعين لايجوز أخذ الاجرة عليه . وقال في اجارة القواعد « هل يجوز على تعليم الفقه ؟ الوجه المنع مع الوجوب » أي : اذا كان واجباً عينياً « والجواز لامعه » أي : لامع التعيين وكونه كفائياً .

وفصل الفخر في الايضاح بين مايشترط فيه القربة فلا يجوز كالصلاة على الميت ومالايشترط فيجوز . . .

وفي جامع المقاصد معلقاً على « هل يجوز» من عبارة القواعد المزبورة : انكان واجباً على المعلم والمتعلم عيناً أو كفاية لم يجز أخذ الاجرة عليه لان المعلم مأخوذ بالتعليم ومؤديه ، فيمتنع أخذ الاجرة كسائر الواجبات» وتنظر في كلام الفخر قائلا بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الاجرة عليه كما تقدم في كتاب التجارة وهو صريح كلام الاصحاب ، وماذكره من الجواز اذا لم يكن الواجب مشروطاً بالنية مخالف لما عليه الاصحاب » .

أقول: أما الكفائي فسيأتي الكلام عليه ، وأما العيني توصلياً كان

أوتعبدياً فوجه المنع من أخذ الاجرة عليه هو أن أخذ الاجرة انما يصح حال كونه مالكاً لما يعطيه في مقابل الاجر ، فلا مانع من أن يملك الانسان مايملكه عيناً أو عملا ويأخذ العوض ، ولذا لايجوز له أن يؤجر نفسه لثالث في ذلك الزمان المعين أو العمل المعين ، وأما اذا كان العمل واجباً عليه شرعاً ولا يجوز له تركه فانه لايملك ذاك العمل بل عليه اتيانه وتسليمه لله ، وحيث لايملكه بل كان ملكاً لله سبحانه فلاقدرة له على أن يملكه الغير سواء كان تعبدياً أوتوصلياً، وأضاف في الجواهر بأنه لوأخذ عوضاً عنه لزم الجمع بين العوض والمعوض ، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلامعوض فهو آكل للمال بالباطل .

وفي الواجب الكفائي صرح الاكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجز أخذ الاجرة عليه والا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائي ـ عندنا ـ يتعلق بالمكلفين ، أي بكل واحد منهم كالواجب العيني سواء كان عبادياً أو لا ، والفرق بينهما حينئذ أن العيني لايسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائي فانه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، وعليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لايملك أحد منهم العمل فلايجوز له أخذ الاجرة عليه لكونه أكلا للمال بالباطل ، فظهر أنه لافرق بين الواجب الكفائي المتعين وغيره في عدم جواز أخذ الاجرة .

وذهب جماعة من الاصحاب الى جواز أخذ الاجرة وقالوا في وجه الجواز : بأن هذه الاعمال صالحة لان تقع عليها المعاملة ـ بقطع النظر عن الوجوب ـ لان لها مالية ويبذل بأزائها المال

لرفع الحاجة ، ويجوز أخذ المال في مقابلها لانها مملوكة لاصحابها، ومع الوجوب يكون للمسألة وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، والثاني : وجوب العمل مع جواز أخذ الاجرة ، وقد يجب الاخذ للانفاق على من يجب الانفاق عليه ، والثالث: وجوب العمل مع الخيار في أمر أخذ الاجرة عليه .

قالوا : ولامنافاة بين الوجوب وأخذ الاجرة على العمل، نعم لو صرح بوجوب اتيانه مجاناً لم يجز ، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الاخذ للانفاق الواجب أخذ ، وذلك لاينافي وجوب العمل ، ومع الشك في اشتراط المجانية في هذا الواجب وعدمه كان له الاخذ كذلك جميعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمة عمل المسلم ، لما تقدم من عدم المنافاة .

واختار السيد في العروة الجواز مطلقاً[1] قال: « للاصل والاطلاقات

---

١) أي بعد أن ذكر الاقوال في المسألة، ولا بأس بايراد نص عبارته: «اختلفوا في جواز أخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين أو أحدهما أو غيرهما مطلقاً أو مع الضرورة أو مع عدم التعين عليه أو مع الامرين وعدم جوازه مطلقاً على أقوال، فعن جماعة الجواز مطلقاً كما حكي عن القواعد والنهاية والقاضي وعن المفاتيح نقله عن بعضهم ، وعن شرحه اسناد جواز الاخذ الى المشهور ، وظاهره اطلاق الجواز، وعن جماعة المنع مطلقاً، بل عن المبسوط انه قال : عندنا لايجوز بحال وظاهره الاجماع عليه ، وعن المعتمد الاجماع عليه مع عدم الحاجة، وعن الكفاية نفي الخلاف فيه مع وجود الكفاية في بيت

وعدم الدليل على المنع سوى دعوى الاجماع والشهرة أو عدم الخلاف، ولاحجية في شيء منها لاسيما مع ما مر من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز ، وسوى ماهو المشهور المدعى عليه الاجماع من المحقق الثاني من عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، وقد بين في محله عدم الدليل عليه ، لمنع الاجماع ـ مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعيني التعبدي ـ ولضعف سائر ما استدلوا به عليه » .

وقد استدل على المنع بوجوه : منها : انه مناف لقصد القربة . وفيه : انه يختص بالتعبدي ولايشمل التوصلي ، وهل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ ان نتيجة القضاء كنتيجة الطهارة من الخبث، فكما أن الطهارة من الخبث حصولها لايتوقف على قصد القربة فان أثر القضاء هو فصل الخصومة وهو يتحقق من غير حاجة الى قصد القربة ، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم ، الا أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربة فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه .

وقد اختلفوا في العبادات ، هل يكفي فيها قصد امتثال الامر أو لابد من قصد القربة أيضاً ؟

المال قال : ومع عدمها ووجود الحاجة قولان أشهرهما المنع ، وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضرورة ومع التعين والكفاية لايجوز قولا واحداً ، وفي المستند دعوى ظهور الاجماع على عدم الجواز مع الكفاية » .

وقصد الامتثال يكون على أنحاء ، تارة : يعبد الله ويمتثل أوامره لانه خالقه ورازقه ، وأخرى : يعبده ويطيعه خوفاً من عذابه ، وثالثة : طمعاً في جنته ، ورابعة : طلباً للمزيد من فضله . . . ونحو ذلك ، وقد يعبد الله تعالى لانه أهل للعبادة وتلك عبادة أمير المؤمنين عليه السلام والائمة المعصومين عليهم السلام .

فان كان المعتبر عدم وجود شيء من الدواعي النفسانية والامور المادية كان الاخذ منافياً ولم يكن عمله مقرباً ومسقطاً للتكليف ، وان كان المعتبر الامتثال والقيام بالعمل وتحققه في الخارج ـ وان كان الداعي اليه الاجرة ـ جاز أخذها ، وكأنه يأخذ الاجر على اطاعة الله وامتثاله، لكن المانعين لايصححون الداعي الى الداعي ، فأما الامتثال خوفاً فغير مضر .

ومنها : التنافي بين الوجوب وأخذ الاجرة ، لان ايجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد في العمل والغاء ملكيته له ، فهو ليس له حتى يأخذ شيئاً بأزائه أو لايأخذ ، بل ان العمل حينئذ يوجد في الخارج مملوكاً لله ، وهذا نظير ماإذا كان أجيراً لزيد في خياطة مثلا فانه لايجوز له أن يملك نفس هذه الخياطة لعمرو .

وأجاب عنه السيد « قده » بعد قوله : « انه مختص بالواجب العيني» بوجهين أحدهما: « منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكية نظير الملكية للناس » .

وتوضيحه : ان الايجاب لايوجب سلب ملكية الانسان لعمله ،

فمثلا عندما ينذر دفع كذا من المال في سبيل الله ، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه لكن ذلك لايخرجه عن ملكه فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً، فالوجوب التكليفي لايقتضي سلب الملكية ،وكذلك العمل ان وجب لايخرج عن ملك العبد .

والثاني:« لامانع من اجتماع المالكين اذاكان احدى الملكيتين في طول الاخرى فان الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضاً مالك له لكن لالنفسه بل لله تعالى » .

وتوضيحه : ان سلمنا كون الفعل ملكاً لله فانه لو كانت ملكيته عرضية ورد الاشكال بأنهما لايجتمعان لان اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول ، لكن احدى الملكيتين في طول الاخرى نظير ملكية العبد التي هي في طول ملكية مولاه ، فانه يملك ماوهب مثلا لكنه مع مافي يده لمولاه ،كما أن العقلاء يعتبرون الملكية لما يحصل من الطرق المعينة ، والشارع قدأمضى هذه الملكية ووافق على هذا الاعتبار الا بالنسبة الى أشياء مخصوصة كالخمر والخنزير، وبالنسبة الى طرق معينة كالمنابذة والربا ، بل الملكية من ضروريات جميع الاديان . مع أن الله عزوجل مالك السماوات والارضين ، وسنخ ملكه للاشياء غيرسنخ ملكيتنا لها الا في المورد الذي جعل هوسنخ ملكيتنا لنفسه ، حيث قال تعالى في آية الخمس : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » الاية [1] .

---

١) سورة الانفال : ٤١ .

والحاصل : ان الملكية الطولية موجودة للعبد بالنسبة الى ماله وعمله وهي ممضاة من قبل الله سبحانه ، فيجوز له بيع ماله وعمله وأخذ العوض وان كان هو وما يملكه لله تعالى .

أقول : هذا توضيح الجواب وتقريبه ، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله وأنه عندمايؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لايجاده موصوفاً بكونه لله ويأخذ الاجر عليه ، فغيرواضح لعدم اعتبار ملكية ماكان موصوفاً بكونه لله لاحد عرفاً .

ومنها : ان أخذالمال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، والعقلاء لايعتبرون الملكية في هذه الصورة ، لان الالزام الشرعي كالالزام الطبيعي .

وأجاب السيد « قده » عنه بوجهين أحدهما: اختصاصه بالواجب العيني التعييني ، والثاني : امكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائي في ذلك لاأقل من حب كون معبوده مطاعاً .

ومنها : ان أخذ الاجرة على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط ولايجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب اتيانه مطلقاً.

وأجاب بأن هذا الاشكال يتوجه فيما اذا جاء بالفعل في مقام العمل مشروطاً ، وأما اذا جاء به بنحو الاطلاق وقصد ذات العمل ـ لاالعمل الذي كان بأزائه كذا ـ فلامانع .

على أن هذا ـ لو تم ـ يتمشى في التعبديات فقط .

ماورد في خصوص القضاء :

ثم انه قد وردت نصوص عديدة في خصوص أخذ الاجرة على

القضاء ، كالصحيحة التي رواها في الوسائل عن عبدالله بن سنان قال : « سئل ابوعبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق. فقال عليه السلام : ذلك السحت »[١].

أقول: فهل انه « سحت » لان السلطان حاكم جورأوأنه سحت لانه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: انظاهره خلاف الاجماع، فانه لامانع من ارتزاقه من بيت المال . أي : فلابد من حمل الرواية على الوجه الاول ، الا أن ظاهر « على القضاء » هو الوجه الثاني .

على أنه ان كان من جهة كون السلطان جائراً فان للامام عليه السلام الولاية على الاذن في القضاء في سلطنة السلطان الجائر .

وكالصحيحة عن الشيخ الصدوق في الخصال عن عمار بن مروان قال : قال ابوعبدالله عليه السلام : «كل شيء غل من الامام فهوسحت ، والسحت أنواع كثيرة ، منها ماأصيب من أعمال الولاة الظلمة ، ومنها أجور القضاة ، وأجور الفواجر، وثمن الخمر والنبيذ المسكر، والربا بعد البينة . فأما الرشا ياعمار في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم »[٢] .

فقال المانعون : بأن الصحيحة هذه ظاهرة في أن المراد من « أجور القضاة » فيها مايأخذه القضاة في مقابل القضاء وان لم يكن

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦١ .

٢) وسائل الشيعة ١٢/٦٤ .

مايأخذونه من « الولاة الظلمة » : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلا، فيكون ذلك من « السحت » كأجور الفواحش وثمن الخمر...

وأجاب المجوزون ـ كالسيد « قده » ـ بأن الظاهر أنها ناظرة الى الاجور التي كان القضاة يأخذونها من «الولاة الظلمة»، فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت لامطلقاً ، من جهة أن الظاهر كون الضمير في « ومنها » راجعاً الى « ما » في « ماأصيب » فتكون الحرمة من هذا الحيث .

أقول: والظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعاً الى ماذكر لجاء بلفظ المذكر لا المؤنث ، فما ذكره خلاف الظاهر، ومجرد عدم تكرار « منها» لكل واحد من الانواع لايكون دليلا على ماذكر. وبالجملة : ان « أجور القضاة » قسيم لـ « ماأصيب من أعمال الولاة الظلمة» ، فظهورها في الدلالة على حرمة أخذ الاجرة على القضاء تام .

نعم لاتدل على حرمة الارتزاق من بيت المال لابعنوان الاجر، ولاسيما مع الحاجة والضرورة ، فان ذلك لامانع منه، ويكون القاضي حينئذ كسائر العمال ، لكن لابمعنى كون ذلك في مقابل العمل « القضاء » بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينية قربة الى الله تعالى مع أن الحاكم الشرعي يرزقهم من بيت المال ، ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب والغزوات ويعطي كلا حسب جهده ومقامه . . . لكن لابعنوان العوض[1] .

---

١) واختار في مباني تكملة المنهاج ١/٥ الجواز واستدل عليه

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف..».

أقول : وبناءاً على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعي أو المحكوم له أو المتخاصمين معاً ؟ ان كان بعنوان الاجر فهو اما جعل واما اجارة ، وحينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، وان كان قد قضى ولم يقصد كونه مجاناً ضمن أجره ، فهل يضمنه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم ولايشترط في وجوب دفع العوض وجود المنفعة ؟ وجهان .

هل يجوز أخذ الاجرة على الشهادة ؟

قال المحقق : « أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الاجرة . . . » .

أقول : لااشكال في حرمة أخذ الاجرة على الشاهد بناءاً على حرمة أخذ الاجرة على الواجبات مطلقاً ، لان الشهادة واجبة عليه ، فيكون الشاهد كالقاضي في حرمة الاخذ بناءاً عليه بلافرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الاجرة عليها أشد حرمة منه على القضاء . نعم يحصل الفرق فيما اذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً .

بقول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده الى مالك الاشتر رضي الله عنه: « وأكثر تعاهد قضاتك وافسح له بالبذل مايزيح علته وتقل معه حاجته الى الناس . قال : وطريق الشيخ الى عهده « ع » الى مالك الاشتر معتبر .

وهل يجوز أخذها على تحمل الشهادة ؟ قال في الجواهر : قد يقال بجواز الاخذ عليه مع عدم تعينه عليه ، لكن الاولى تركه.

وهل يجوز أخذها على مقدمات أداء الشهادة ؟ وجهان ، من أن الواجب اقامة الشهادة لاتحصيل المقدمات ، ومن أن الشهادة واجبة وتحصيل مقدماتها مقدمة للواجب فهوواجب فلايجوز أخذ شيء في مقابل مقدمة الشهادة .

أقول : أداء الشهادة من الواجبات البدنية لاالمالية ، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهادة كأجرة السيارة التي تقله الى بلد آخر لاجل الحضور في مجلس الشهادة والقضاء مثلا ، الا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل مايلزم من المال في سبيلها .

قال المحقق :«ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح ، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الاداب والسنن » .

أقول : الامرفي ذلك كله واضح بعدما ذكرنا . والله العالم .

المسألة السادسة

في طريق ثبوت ولاية القاضي

قال المحقق « قده » : « تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة » .

أقول : لم يتعرض رحمه الله الى ثبوت ولاية القاضي بالعلم والبينة ، لان ثبوتها بهما لاريب فيه[1] ، فالولاية تثبت بشهادة عدلين بها وان لم يحكم بها حاكم كما في المسالك وغيرها، فتكون نظير الاجتهاد ، فانهم ذكروا أن الاجتهاد والاهلية للمرجعية في الاحكام الشرعية تثبت بشهادة عدلين من أهل الخبرة من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها ، لاطلاق أدلة البينة الشامل للمورد . نعم لو أنكر منكر ولاية القاضي مدعياً عدم نصب الحاكم اياه للقضاء ، أو

---

١) ولعله لهذا السبب أيضاً لم يتعرض الى ثبوتها بسماع التولية من الامام عليه السلام نفسه وباقراره « ع » بها وبحكم الحاكم بها بناءاً على ثبوتها به .

أنكر اجتهاده بناءاً على اشتراطه فيه ـ وقعت المرافعة وتوقف ثبوت الولاية على حكم الحاكم فيها حينئذ .

وحيث لاعلم ولابينـة تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة ، ومع عدم ثبوتها فلايجوز الترافع عنده والتحاكم اليه .

وهل المراد من الاستفاضة الخبر المفيد للعلم أو الشياع المفيد للظن المتآخم للعلم أويكفي في صدقه افادته للظن ؟

في المسالك : هي اخبار جماعة لايجمعهم داعية التواطى عادة يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على مايقتضيه كلام المصنف هنا ، أو الظن الغالب المقارب له على قول .

وفي الجواهر فسر الاستفاضة بالشياع الذي يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه ، قال : بل لعل ذلك هو المراد بالعلم في الشرع موضوعاً أو حكماً .

فان أراد المحقق الشياع المفيد للظن كان نظير خبر الواحد والبينة، غير أنه في البينة يشترط العدالة والعلم الحسي بالموضوع وغير ذلك ولايشترط ذلك في المستفيض ، فلو جاء جماعة ـ فيهم الكبير والصغير والمسلم وغير المسلم ـ بنبأ أفاد المجموع الظن وان لم يفد كل واحد من الاخبار الظن بوحده .

والظاهر أن المحقق لايريد ماذكر في المسالك والجواهر، لان ارادته مايفيد العلم أوماكان كالعلم بعيدة بعد أن لم يتعرض الى العلم والبينة في طريق ثبوت الولاية ، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم

أوالاطمينان مسلم ولذا تعرض الى الاستفاضة غير المفيدة لاحدهما رأساً . . . بل الظاهر أن مراده من الاستفاضة هو الشياع المفيد للظن ، فهو الحجة في ثبوت الولاية للقاضي[1] .

ولعل وجه كلام الشهيد الثاني حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق في آخر المسألة : « ولايجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وان شهدت له الامارات مالم

---

١) الاستفاضة من : فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاناً بمعنى « كثر »، فاذن يعتبر في الخبر المستفيض تكثر رواته ، ولذا عبر في المسالك بأنها اخبار جماعة ، وفي الجواهر بالشياع . ثم اختلفت كلماتهم في حد هذه الكثرة المعتبرة . وقد يستظهر من عبارة المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين في صدق « المستفيض » على خبرهم ، بخلاف عبارة الجواهر ونحوها فانها ظاهرة في تحقق صدقه باتحاد المعنى وان تعددت الالفاظ .

ثم هل المعتبر في الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أوالظن الغالب المتآخم للعلم أومطلق الظن ؟ أقوال قدعرفت نسبة الشهيد الثاني الاول الى المحقق ولكنها غير تامة وقد قال رحمه الله في آخر المسألة : وسيأتي رجوع المصنف عن الجزم باعتبار العلم الى الاكتفاء بمتآخمه على تردد فيه ، وعلى القولين الاخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الاحاد، ويؤيد ذلك قول الاصحاب في الكتب الفقهية : هذا الخبر مستفيض بل متواتر .

يحصل اليقين » ، ولكن الذي يقوى في النظر أنه قد تطرق الى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الاستفاضة اذ قال قبل ذلك : « ولو لم يستفض . . . أشهد الامام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين . . . » فلايدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضة مايحصل منه العلم واليقين .

ثم قال في المسالك في بيان وجه كلام المحقق : ان كان المراد من الاستفاضة مايوجب العلم فانها تفيد ذلك لانها أولى من البينة ، وان أريد مايفيد الظن فهو حجة في كل مورد لاطريق الى اقامة البينة عليه ولاطريق الى العلم فيه ، ففي مثل ذلك قامت السيرة على الاعتماد على الاستفاضة . . .

والشيخ «قده» ذكر في المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضة، ثم استدل لحجية الاستفاضة في مورد آخر بالاخبار ، وذلك يدل على أن مراده من الاستفاضة مايفيد الظن والا لم يستدل بالاخبار .

وصاحب الجواهر تمسك بالسيرة والاخبار لحجية الاستفاضة بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجة عند العقلاء مطلقاً .

ومما استدل به فيها : مرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن البينة اذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضي بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة ؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم:

الولايـات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات ، فـاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولايسأل عن باطنه »[١] .

قال المجلسي والكاشاني « قدهما» في شرحه : ان المستفاد من الخبر الحكم بظاهر دعوى متولي الامر وأنه لايجب الفحص عن باطن الامر ، فاذا ادعى الولاية وتولى الامر فلايجب السؤال عن باطنه . قال أحدهمـا : المدعي للتزويج يقبل منه ، وكذا القصاب بالنسبة الى الذبيحة فلايسأل عن باطن اللحم ، والشاهد كذلك فانه يحكم بحسب ظاهره ولايسأل عن باطن حاله ، فكأن جواب الامام عليه السلام في خصوص الشاهد : انه يحكم بحسب ظاهر الامر ولاحاجة الى السؤال عـن باطـن الشاهد وحقيقة حاله ان كان ظاهره ظاهراً مأمونـاً .

أقول: لكن هذا المعنى لايساعده لفظ الرواية ، ففي الرواية : « فاذا كان ظاهره » وهو ضمير مفرد لايصح عوده الى الشهـادات والبينة ، الا أن يجعل مرجعه أحد الفردين أو الافراد وهو خلاف الظـاهر .

وجعل صاحب الجواهر مرجع الضمير« الحال » و«المطلب» أي: فاذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً . فتكون الرواية واردة في مورد الشياع ، وأما على ماذكراه فتكون أجنبية عن محل الكلام،

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٢. وقدروي هذا الخبر مع اختلاف في بعض ألفاظه .

لكن ماذكره في الجواهر مشكل أيضاً .

وفي الرواية احتمالات أخرى ، والحاصل انه لادلالة تامة لها على الحكم[١] .

ومما استدل به منها : صحيحة حريز قال : « كانت لاسماعيل ابن أبي عبدالله عليه السلام دنانير وأراد رجل من قريش أن يخرج الى اليمن ، فقال اسماعيل : ياأبه ان فلاناً يريد الخروج الى اليمن

---

١) أي لاجمال لفظ الرواية . وأما سنداً فهي مرسلة ، الا أن « يونس » فيها هو يونس بن عبدالرحمن كما جاء في الوسائل عن الصدوق ، ويونس بن عبدالرحمن من أصحاب الاجماع ، فتكون الرواية معتبرة بناءاً على تصحيح مايصح عن أحدهم . لكن راويها عن يونس هو« محمد بن عيسى » وهو : ابن عبيد بن يقطين أبو جعفر العبيدي الاسدي الراوية عن يونس حتى قيل له « اليونسي » نسبة اليه . وهذا الرجل قد وثقه النجاشي قائلا : جليل من أصحابنا ثقة عين كثير الرواية حسن التصانيف . وضعفه الشيخ قائلا : ضعيف استثناه ابوجعفر ابن بابويه من رجال نوادر الحكمة وقال : لاأروي مايختص بروايته ، وقيل : انه يذهب مذهب الغلاة . . .

الاأنه قدتقرر تقدم رأي النجاشي على رأي الشيخ عندالتعارض، ولا سيما وأن الظاهر هنا كون سبب تضعيف الشيخ ماذكره عن الصدوق تبعاً لشيخه ابن الوليد ، على أنه قد تقرر أيضاً اعتبارخبر الثقة وان كان فاسد المذهب .

وعندي كذا وكذا ديناراً ، أفترى أن أدفعها يبتاع لي بها بضاعة من اليمن؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : يابني أمابلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال اسماعيل : هكذا يقول الناس : فقال : يابني لاتفعل .

فعصى أباه ودفع اليه دنانيره ، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها، فخرج اسماعيل، وقضي أن أباعبدالله عليه السلام حج، وحج اسماعيل تلك السنة فجعل يطوف البيت وهو يقول : اللهم أجرني وأخلف علي . فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له : مه يابني . فلاوالله مالك على الله هذا ولا لك أن يأجرك ولايخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته .

فقال اسماعيل : ياأبه اني لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون .

فقال : يابني ان الله عزوجل يقول في كتابه «يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين » يقول : يصدق لله ويصدق للمؤمنين ، فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولاتأتمن شارب الخمرفان الله تعالى يقول «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» فأي سفيه أسفه من شارب الخمر، ان شارب الخمرلايزوج اذاخطب ولايشفع اذاشفع ولايؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولايخلف عليه »[1] .

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/ ٢٣٠ . رواها الكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عميرعن حماد بن عيسى عن حريز . وهي صحيحة أوحسنة بابراهيم بن هاشم .

فانها صريحة في اعتبار الشياع بين الناس وترتيب الاثر عليه بأن لايأتي الانسان بما يخالف مقتضاه ، ولكن لوكان هذا الشياع كالبينة في الحجية للزم اجراء الحد عليه وهو خلاف الاجماع بل الضرورة .

فمراد الامام عليه السلام هو الاحتياط من هكذا شخص وان لايسلم الانسان ماله ولايأتمن أحداً على شيء الا بعد الوثوق بدينه وأمانته ، بل الشياع لايقتضي التفسيق ، والغالب في الشياعات عدم الاستناد الى الحس، فان الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر واجراء حد شرب الخمر عليه بالاستناد اليه غير جائز . نعم ترك تزويجه في محله، لانه محل شبهة وان لم يكن العقد لشارب الخمر باطلا .

وبالجملة : ان أفاد الشياع العلم أو الاطمينان العقلائي ـ وهو الذي يعبرون عنه بالعلم ويرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعاً ـ فهو والا فليس بحجة الا أن تقوم السيرة على جعل الشياع كخبر الواحد في ترتيب أثره عليه ، ولايبعد تحقق هذه السيرة عند عموم الناس ـ ماعدا المحتاطين منهم ـ ولكن في اتصالها بزمن المعصوم وامضائه لها تأمل .

أمور أخرى تثبت بالاستفاضة :

قال المحقق : « وكذا يثبت بالاستفاضة النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق » .

أقول : يكفي في ثبوت النسب ـ كما لو شك في كون زيد هاشمياً مثلا ـ شياع ذلك في بلده حيث لاطريق آخر الى اثباته ، وكذا الامر في الوقف ، فلو شاع أن القرية الفلانية موقوفة للجهة الكذائية كفى ذلك في ثبوت الوقف حيث لاطريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت ، فانه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجداني بالموت، وأما مع عدمهما كالموت في السفر ـ مثلا ـ فلا طريق الى الثبوت الا الشياع ، فتقسم الاموال وتترتب الاثار . . . وكذا الامر في الملك المطلق ، فانه لاطريق الى اثباته الا بالاخذ بالشياع ، لان تواطىء الناس على ذلك محال عادة ، وكذا النكاح والعتق .

والدليل على كفاية الاستفاضة في ثبوت هذه الامور هو السيرة ، ـ كما أنها الدليل المعتمد عليه في حجية خبر الواحد ـ فان أهل العرف يرتبون الاثر في مثل هذه الامور على الاستفاضة فيها لانها مفيدة للوثوق النوعي عندهم .

أقول : ونفس اقامة الدليل على الاعتماد على الاستفاضة دليل على أنهم لايريدون من الاستفاضة مايفيد العلم أو الاطمينان المتآخم له ، والا فنفس حصول العلم أو الاطمينان دليل.

وفي المسالك : الاستفاضة المفيدة للعلم دليل حجيتها هو العلم، والمفيدة للظن دليل حجيتها السيرة ، ولكن السيرة لاتتحقق الا في موارد مخصوصة ومنها الولاية على القضاء ، لانه لولا الاستناد اليها يلزم العسر والحرج لعدم امكان اقامة البينة .

وعن بعضهم دليل آخر على حجية الاستفاضة وهو: ان الحجة لاتقام عند الحاكم والا لزم الدور ، مثاله : اذا كان في البلد قاض وقد نصب الحاكم قاضياً آخرولم يعتبر الشياع ولا البينة الا بحكم وتوقف قبول البينة على ولاية الثاني على الحكم ، فان كان الحاكم بثبوت ولاية الثاني هو القاضي الاول فان المفروض سبق عزله ثبوت ولاية القاضي الجديد بناءاً على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثاني فلاينفذ حكمه ، وكذلك الامر بناءاً على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثاني لانه مع وصول الخبر ينعزل فلوأراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولاية الثاني. وان كان الحاكم بثبوت الولاية هو القاضي الثاني نفسه فان ثبوت ولايته يتوقف على حكمه وحكمه يتوقف على ثبوت ولايته ، وهذا دور ظاهر.

أقول : هذا يتم فيما اذا لم يكن هناك قاض آخر غير الاول المعزول أو لم يكن فى بلد آخرقاض يمكنهم الرجوع اليه لاجل الحكم .

وقال في المسالك : «وهذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط وقد جوزه العلامة في القواعد » .

أقول : لكن فيه : انه لايوافق قواعد الاصحاب وقد حكموا ببطلان الوكالة المعلقة ، أي : لايصح تعليق الوكالة على شرط ولابد من كونها منجزة ، فاذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الاذنية فان ابطاله للولاية التي ليست منها يكون بطريق أولى .

وقيل بالفرق بين الولاية والوكالة لان الوكالة من العقود . فلابد لها من الصيغة الممتنع فيها التعليق شرعاً والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة ، فيجوز في الولاية مالايجوز في الوكالة، فيجوز أن يكون الاول معزولا عن الولاية في ظرف ثبوت ولاية الثاني ، فحينئذ يحكم بولاية الثاني وينعزل هو عن القضاء .

وهذه بحوث علمية بحتة ليست محلا للابتلاء فعلا، نعم يجري البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة كأن يوكل الثاني ويرسله الى البلد ، فانه بوصوله اليه ينعزل الاول ، ومن البحوث العلمية قول المحقق : « ولو لم يستفض اما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أولغيره من الاسباب أشهد الامام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين بصورة ماعهد اليه وسيرهما معه ليشهدا له بالولاية » .

وكيف كان : « لايجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وان شهدت له الامارات مالم يحصل اليقين » .

المسألة السابعة

فى جواز نصب قاضيين فى البلد الواحد

قال المحقق : « يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهة على انفراده » .

أقول : لاريب في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد على أن يكون لكل منهما جهة على انفراده، كجعل أحدهما قاضياً في الاموال والاخر في الدماء والفروج ونحو ذلك .

قال: « وهل يجوز التشريك بينهما في الجهة الواحدة ؟ . . .».

أقول : وهل يجوز التشريك بينهما في الولاية الواحدة ؟ قولان ، اختار المحقق « قده » الجواز ، والصحيح : المنع ، لان الولاية من الامورذات الاضافة فلايمكن التشريك فيها، الا أن يراد من التشريك اناطة نفوذ حكم أحدهما بموافقة الاخر...

ومع التعدد فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضياً

بالاستقلال وليس نفوذ حكمه مشروطاً ـ في زمن الغيبة ـ بموافقة الاخر وامضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما في الحكم في الواقعة ، فلايجوز للاخر نقضه ـ الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه في الحكم ـ كما هو الحال في اجراء العقد للصبي من قبل كل من الاب والجد . . .

لواختلف المترافعان فى تعيين القاضى:

فان اختلف المترافعان في تعيين القاضي فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعي الترافع عنده ؟ قيل: نعم وادعي عليه الاجماع، لان المدعي هو صاحب الحق . وفيه نظر وفاقاً للسيد صاحب العروة « قده » ، اذ ليس للمدعي الحق لاعلى القاضي ـ لانه لو كان ذا حق لجاز لـه اسقاطه والحال ان نظر القاضي في المرافعة حكم واجب ـ ولاعلى المدعى عليه لانه مالم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق وان أمكن ثبوته في علم الله سبحانه .

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً ، فان للمدعى عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعي وكذا احضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه ، وحينئذ قالوا : يرجع الى القرعة لتعيين القاضي لانها المرجع عند التداعي كما سيأتي .

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعي ويبقى الاجماع ان كان ، والا فالقرعة هي المرجع أيضاً .

وأما في صورة التداعي بأن يكون كل منهما مدعياً ومنكراً ، كأن

يدعي أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والاخر الصلح فلا خيار ، فان توافقا على الترافع عند أحدالحاكمين فهو، وان سبق أحدهما الى الحاكم نفذ حكمه بناءاً على نفوذ الحكم الغيابي ، وان رجع كل واحد من المترافعين الى واحد من الحاكمين وحكم كل منهما غياباً قال الاكثر بالقرعة لان أحدالحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها، لكن مقتضى القاعدة بطلان الحكمين معاً ، لانه ان أريد بالقرعة العثور على الواقع كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع فهو، ولكن في المورد حيث مقدمات الحكم في كلا الطرفين تامة ويراد ترتيب الاثر على كل واحد باعتباره حكماً مطابقاً للواقع كان الحكمان متضادين ومقتضى القاعدة سقوطهما ، لكن لم أجد من أفتى بذلك .

وتفصيل المسألة : انه اذا حكم كل من الحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو التقارن فالوجه سقوط الحكمين ، وانما يتصور ذلك في الحكم الغيابي ، والحكم الغيابي يتصور في حالين :

الاول : أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الاخر فتارة يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم وأخرى يمتنع عنه مطلقاً ، فان أبى عن الحضور مطلقاً طلب الحاكم من المدعي الشهود ثم يحكم حكماً غيابياً على الخصم وينفذ هذا الحكم في حقه بلا كلام ، وان أبى عن الحضور عند هذا الحاكم مع الموافقة على الترافع عند غيره فهل يسمع كلامه أولا فيحكم عليه غيابـاً ؟ الصحيح : انه لاوجه لالزامه بل يرجع الى القرعة .

الثاني : أن يكون الحكم غيابياً بالنسبة اليهما معاً (بأن يكون أحدهما في بلد والاخر في بلد آخر، فيرجع كل منهما الى حاكم بلده ـ بعد عدم اجتماعهما في بلد واحد للمرافعة لجهة من الجهات ـ فيحكم كل واحد من الحاكمين حكماً غيابياً على الخصم الاخر) فأي الحكمين النافذ ؟

ان علم الاسبق منهما زماناً فهو المقدم ، ومع عدمه فالقرعة هي الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، ومع العلم بوقوعهما في زمان واحد فمقتضى القاعدة سقوطهما ، لانهما كالسببين المتمانعين ، وبعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد ودليل اعتبارهما واحد فحيث لايمكن اجتماعهما يسقطان .

وقيل : انهما كالخبرين المتعارضين فيحكم بالتخيير.

قلت : انما يحكم بالتخيير بين الخبرين المتعارضين في صورة الامكان لافي كل خبرين متعارضين ، وفيما نحن فيه لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضى الاخر كونه لعمرو كيف يحكم بالتخيير ؟

قال السيد « قده » : ان أدلة نفوذ حكم الحاكم منصرفة عن مورد التعارض بين الحكمين ، فدليل اعتبار الحكم لايشمله .

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

واحتمل السيد الرجوع الى حاكم ثالث فيكون حكمه رافعاً للنزاع .

قلت : وهل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث ؟

والصحيح : سقوط الحكمين معاً، فان تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو والا فيرجع الى القرعة لتعيين الحاكم .

ثم ان التداعي يكون تارة في الشبهة الحكمية كأن تعقد البنت الباكرة العاقلة الرشيدة نفسها لرجل – بناءاً على صحته – ويعقدها الولي لرجل آخر – بناءاً على استقلاله في ذلك – فيقع النزاع بين الرجلين . . .

وكما لووقع النزاع في الحبوة بين الولد الاكبر وسائر الورثة فاختلف الطرفان في الحكم تبعاً لمقلديهما – مثلا – .

وأخرى في الشبهة الموضوعية كأن يتنازعا على مال فان كان في يد أحدهما كان الاخر مدعياً وصاحب اليد منكراً ، فان أثبت المدعي ملكيته له فهو ، والا حلف المنكر على أنه ليس للمدعي وأبقي في يده ، وان لم يكن لاحدهما يد على المال كان التداعي.

وقد أجرى في المستند هذا التفصيل في الشبهة الحكمية أيضاً والحق وفاقاً للسيد « قده » كونهما متداعيين في تلك الشبهة وان كان لاحدهما يد، لان اليد حجة في صورة الجهل بمدركها فيحتمل أن تكون على وجه صحيح ، وأما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلا فليست بحجة . . . فلو كانت المرأة تحت من عقد له الاب وجاء من يدعي سبق عقد الجد له عليها ووقع النزاع حول

الاقدم كان احتمال صحة اليد في محله فيطالب الخصم بالبينة فان جاء بهـا والا حلف صاحب اليد وبقيت تحته ، ففي هـذه الصورة حيث النزاع على الاسبقية وليس المنشأ هو الاختلاف في الحكم يحتمل صحة اليد وكان من قبيل المدعي والمنكر لا المتداعيين .

المسألة الثامنة

فيما يتعلق بانعزال القاضي وعزله

قال المحقق « قده » : « اذا حدث بـه ما يمنع الانعقاد انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق، ولو حكم لم ينفذ حكمه ».

أقول : اذا فقد القاضي أحـد الشروط المعتبرة سقط حكمـه عن الاعتبار ولم ينفذ ، لان أدلة اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداءاً واستدامة ، فلا وجه للاستصحاب لانه أصل وهو لا يعارض الادلة ، فان ارتفع المانع فهل تعود التولية أولابد من نصب جديد؟ اختار في المسالك الثاني ووافقه في الجواهر قال : لا تعود بزوال هذه العوارض للاصل . أقول : والمراد من الاصل اما استصحاب حال الجنون ـ مثلا ـ واما أن التولية تحتاج الى دليل وبعد زوال الجنون فالاصل عدم التولية، فيكون نظير الوكالة اذا جن الوكيل...

والحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحداً بخصوصه

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، وأما اذا كان حكم النصب كلياً سواء في زمن الحضور أو الغيبة كما في معتبرة أبي خديجة فانه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلي وينفذ حكمه ، نظير : «لاتصل الا خلف من تثق بدينه » ، فلوحدث في امام الجماعة فسق لم تجز الصلاة خلفه، فان تاب وعاد جاز الائتمام به لقوله « ع» «صل» لان معناه : جواز الصلاة خلفه في كل زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته . . . ولعل كلمات الاصحاب ناظرة الى المنصوب من قبل الامام « ع » بشخصه ، وهذا جار في المنصوب من قبل المجتهد أيضاً بناء على أن له ذلك .

هذا كله في الانعزال القهري ، فان القاضي ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له وان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لانهم اذا شاءوا علموا . . .

وربما فرق بين ما اذا كان العارض سريع الزوال كالاغماء وبين غيره كالجنون فتعود في الاول قياساً على السهو والنسيان دون الثاني.

أقول : وفيه انه يشترط في القاضي العقل ، وان زواله يوجب العزل سواء كان بالاغماء أو الجنون ، اذ لا أثر لقلة زمان الزوال حتى يفرق بين الاغماء والجنون ، وأما في حال النوم والسهو والنسيان ونحو ذلك فلا يزول العقل ، فهو قياس مع الفارق .

قال المحقق « قده » : « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً ؟ الوجه لا ، لان ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً » .

أقول : ان كان في العزل مصلحة فلا اشكال في جوازه، ومورد البحث ما اذا أراد عزله لا لمصلحة بل تشهياً، وقد استدل المحقق «قده» للعدم بما سمعت لكنه مصادرة محضة. وقيل: لانه عبث والامام عليه السلام لا يفعله ، وفيه : انه ان عزله فلا يكون عبثاً، وقيل: انه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه، وفيه: ان عزله مع رفع هذه الشبهة فلا اشكال ، على أن لزوم ذلك أمر ثانوي ، والعنوان الثانوي قد يحصل حتى من النصب ، فقد ينصب الحاكم للقضاء ويترتب على ذلك المفسدة ، فلابد من البحث في جهة أخرى وهي أنه هل يجوز عزل القاضي عن القضاء أولا ؟

لقد ذكرنا سابقاً أن الولاية على القضاء أمر اعتباري عرفي قابل للجعل كالزوجية والملكية ونحوهما، فهي موجودة بين أهل العرف وقد جعل الشارع هذه الولاية للنبي والامام عليهما الصلاة والسلام ثم رخص المجتهد في ذلك أيضاً، فهل يستفاد من نفس التمكن من الجعل التمكن من العزل كذلك؟ أما بالنسبة الى الامام عليه السلام فلا ريب في انعزال من يعزله، وأما بالنسبة الى المجتهد فهذا مشكل بل لابد من دليل آخر ، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متولياً على وقف أو نصبه ولياً على أمر من الامور من غير سبب يقتضي ذلك شرعاً ، الا أن يدعى النيابة العامة للمجتهد بأن يكون له فعل كل ما فعله الامام عليه السلام ... وهذا يتوقف بالاضافة الى اثبات ذلك من ناحية الادلة على اثبات فعل الامام عليه السلام ذلك ،

الأن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاة ، ولكن هذا يحتاج الى الاثبات ، فلعله أرجع القاضي من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر .

وكيف كان فيحتاج الى دليل آخر غير ما دل على جواز النصب .

نعم كل شيء يتوقف على الاذن ـ لا الجعل ـ جاز الرجوع فيه عن الاذن .

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

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

وعلى فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضي بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل ؟ قال في المسالك : قولان أظهرهما الثاني لعظم الضرر في رد قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل .

وفي الاول : ان الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجهاً الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعي الباطل منهما ودليل « لا ضرر » لا ينفي مثل هذا الضرر ، فيكون المورد شبهة مصداقية له فلا يجوز التمسك به ، فيكون حكم هذا القاضي حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوباً لذلك من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلك فان حكمه باطل ، وكذا من باع مال غيره متخيلا أنه وكيله ثم ظهر العدم .

وفي الثاني: ان الاولوية ممنوعة، الا أن يقال بأن الولاية على القضاء وكالة مع زيادة السلطنة أو يصحح ذلك بتنقيح المناط .

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

قالوا : هذا اذا عزل القاضي لفظاً أو كتب اليه : أنت معزول ـ مثلا ـ وأما اذا كتب اليه: اذا قرأت كتابي فأنت معزول ففيه فروع منها : أنه لا ينعزل الا بعد قراءة الكتاب سواء وصل الى يده أولا فلو وصل اليه الكتاب وحكم في قضية قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا اشكال . ومنها : أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشرة بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه ولو بقراءة غيره له، ومنها: أنه هل يشترط قراءة الكتاب كله أو يكفي العلم بحاصل المراد ؟ وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابة أو تعذر عليه قراءته . . .

قال في الجواهر : ان هذه احتمالات باردة أطنب فيها العامة

في كتبهم لغرض صيرورة الكتاب ضخماً .

قلت : ويمكن أن تثمر هذه الفروع في الاجازات والوكالات التي يكتبها الفقهاء للاشخاص . . . ولكنها قليلة الجدوى .

المسألة التاسعة

هل ينعزل القاضي بموت الامام ؟

قال المحقق « قده »: « اذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ: الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع . وقال في المبسوط : لاينعزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته. والاول أشبه».

أقول : علل في المسالك القول الاول بقوله : لانهم نوابه وولايتهم فرع ولايته فاذا زال الاصل زال الفرع، ووافقه في الجواهر فيه وأضاف : فان أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أي: ان قضاة ذلك العصر ينعزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مرة أخرى أو ينصب غيرهم .

واستدل للقول الثاني: بأن ولاية القضاة قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الامام ومع الشك تستصحب ، وقد أيد ذلك في الجواهر وغيره بما في الانعزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحكام الى أن يجدد الامام اللاحق نواباً فتعطل الاحكام .

والصحيح أن يقال : ان كل فرد من الناس اذا وكل أحداً أو أنابه أو أذن له في شئونه الخاصة والامور التي بيده فانه اذا مات ينعزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام ، من غير فرق في ذلك بين الامام وغيره، فان كان القضاء كذلك بمعنى أن يكون أمر القضاء للامام وأن القاضي ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك وكالة عنه انعزل القضاة بموته، لان من قواعد المذهب انعزال الوكيل والنائب بموت الموكل والمنوب عنه .

وان كان القضاء نظير نصب المتولي على الموقوفة أو الولاية على الصغار فلا ينعزل بموت من نصبه ، لانه يقوم بالامر بعنوان السلطنة لا بعنوان الوكالة والاذن .

وبماذكرنا يظهر الحال في التمسك بالاستصحاب لعدم انعزالهم بموت الامام ، لان ولايتهم ان كانت من باب الوكالة فقد بطلت ، وان كانت من باب الولاية فلا شك في بقائها حتى تستصحب ، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية ، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكالة لعدم الاثر .

ويمكن تقريب الاستدلال بأن يقال: ان الولاية قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياة الامام فلا ريب في انقطاعها بالموت ، وقد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة ولا ريب في بقائها بعد موت الامام، ومع الشك في كونها مقيدة أو مطلقة يستصحب كلي الولاية فلا ينعزل

القاضي بموته وينفذ حكمه .

ولكن يشكل بأنه يبتني على القول بجريان الاستصحاب مع الشك في المقتضي .

ويمكن أن يكون المستصحب عدم وجود القيد في الولاية ، وليس هـذا الاستصحاب مثبتاً لخفاء الواسطة ، وحينئذ يسند بقاء الولاية المطلقة الى الشارع .

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

وأما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال ، فيرد عليه : ان لزوم الضرر لايفيد لاثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب وتوضأ به مدة من الزمن وغسلت به الثياب ونحو ذلك ثم انكشف الخلاف لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك موجباً للقول بعدم نجاسة الماء .

الا أن يقال بأن لزوم الضرر يقتضي القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة ، وأما أصل ولايتهم على الحكم فلا تثبته قاعدة نفي الضرر لانه أمر تكويني .

قال في المسالك : « والاظهر هو الاول ، وقد يقدح هـذا في ولاية الفقيه حال الغيبة وأن الامام الذي قد جعله قاضياً وحاكماً قـد مات، فيجري في حكمه ذلك الخلاف المذكور، الا أن الاصحاب

مطبقون على استمرار تلك التولية، فانها ليست كالتولية الخاصة بل حكم بمضمون ذلك ، فاعلامه بكونه من أهـل الولاية على ذلك كاعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذي اليد مقبول الخبر وغير ذلك وفيه بحث » .

قلت : وهو خلاف ظاهر المعتبرة حيث قال عليه السلام «فاني جعلته حاكماً » ولم يقل : فحكمه نافذ ـ مثلا ـ فلو كان حكماً الهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الامام ، بل ظاهر الرواية أن الحكومة لغير النبي والامام متوقفة على الجعل وهو بيد الامام « ع »، فيكون الحاصل : ان من كان معنوناً بتلك العناوين مجعول ولياً مـن قبل الامام ، وليس هـذا الجعل مقيداً بزمان حياته ، بل هـو نظير جعل التولية على المسجد لامام الجماعة من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب . وأما كون المسألة نظير الوكالـة أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر .

وبالجملة: ان كان توليهم للقضاء مستنداً الى النيابة من ناحية الامام أو الى الوكالة عنه كانت ولايتهم فرع ولاية الامام وبموته ينعزلون، وان كان جعلا من قبله وسلطنة لهم على الحكم فلا ينعزلون بموت الامام .

فالحق في المسألة ما ذكرناه[1].

---

١) من بناء الخلاف فيها على كيفية الاستظهار من أدلة الاذن، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بـزمن الحياة من معتبرة أبي

لو مات القاضي الاصلي فهل ينعزل النائب عنه ؟

ثم قال المحقق « قده »: « ولو مات القاضي الاصلي لم ينعزل النائب عنه لان الاستنابة مشروطة باذن الامام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الامام فلا ينعزل بموت الواسطة . والقول بانعزاله أشبه » .

أقول : لو أذن الامام للقاضي الاصلي في نصب القضاة بأن يكونوا وكلاء عن الامام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم لم ينعزلوا بموت القاضي الاصلي لكونه واسطة في النصب فحسب وهذا واضح، ولو كان ذلك من قبل نفسه لا الامام فلا ريب في انعزالهم بموته ، وهذا واضح أيضاً ، ولو أمره الامام بانشاء النصب وجعل الولاية على القضاء فلا ينعزلون لا بموته ولا بموت الامام لما تقدم في الفرع السابق .

خديجة ونحوها من تلك الادلة هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الامام، وهذا البحث يختص بزمان الحضور، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولاية الفقيه الذي قد مات الامام الذي جعله قاضياً وحاكماً وغاب الامام المتأخر عنه ، لان المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المجدد من اللاحق لغيابه، لكن المحقق والجماعة جعلوا المعتبرة من أدلة النفوذ في زمن الغيبة كما تقدم .

هذا كله في مقام الثبوت .

وفي مقام الاثبات: انعلم الامر من الامام عليه السلام أو بالقرائن الحافة بالكلام فلا بحث ، وان شك في كيفية الامر وفي نفوذ حكم القضاة المنصوبين بعد موت القاضي الاصلي فلامجال لاستصحاب كلي الوكالة أو النيابة لعدم جريانه مع الشك في المقتضي ، مضافاً الى أنه مسبب عن الشك في كون الجعل من قبل الامام والاصل عدمه كما أن الاصل عدم جعل الولاية والسلطنة، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضي الاصلي .

وأما في حال الغيبة فلا ريب في نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط لان له الولاية على القضاء ، فان قلنا بأنه لا يجوز لـه نصب غيره للقضاء فلا كلام، وان قلنا بأن له ما للامام جاء فيه التفصيل المذكور في الفرع السابق .

وأما في الامور الحسبية فتارة مايأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها فان أعماله نافذة مادام الفقيه الناصب له حياً وينعزل بموته البتة وأخرى يجعل الولاية له بالاستقلال فلا ينعزل بموته .

وأشكل المحقق الاشتياني في أن يكون للفقيه ما للامام من التصرف في الامور المستقبلة لعدم الدليل على ذلك. وفيه: ان هذا صحيح ولكن الفقيه يجعل الولاية في حال حياته ثم تبقى بعد موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت ـ نظير علقة الزوجية التي لا تزول بموت العاقدين ـ لان ذات الولايـة المجعولة قابلة للبقاء بمجرد انشائها حتى يقوم الدليل على زوالها .

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولاية الخاصة لثالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع في الامور الحسبية يتحقق بالاذن. وتظهر الفائدة في أنه مع الجعل لا يمكن العزل . وقد تدعو الضرورة الى العزل بخلاف الاذن ، فلذا يكون التصرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك .

المسألة العاشرة

هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحة ؟

قال المحقق: «اذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي عليه السلام. وربما منع من ذلك ... » .

أقول: اختلف الاصحاب في المسألة على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبرة في القاضي، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء ، كما أنه لم يكن عادلا كماهو واضح ، فيدور الامر في الحقيقة بين رفع اليد عن بعض الشرائط في حال تولية الامام أو حمل فعل الامام على بعض الوجوه ، وقد حمل بعضهم نصب الامام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقية ، لانه كان منصوباً من قبل في الكوفة ، فلو عزله عليه السلام

لخالف القوم كما وقع بالنسبة الى بعض الامور التي أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاة التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون « واعمراه » .

وقيل: ان الائمة عليهم السلام مهما كانوا في تقية وشدة لم يكونوا يتقون في أمر القضاء، وكانوا ينهون عن التحاكم الى قضاة الجور والمخالفين ، فكيف بنصب القاضي الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان في حال تقية لما عزل معاوية عن الشام .

أقول : أما النقض بعزل معاوية فغير تام ، لان معاوية لم يبايع الامام مع بيعة سائر المسلمين والولاة له ، وأما شريح فان الامام لم يوله ولم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلا : « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه الانبي أو وصي أو شقي » .

وقيل : ان الامام لم يفوض اليه أمر القضاء ، بل شاركه فيما ينفذه. وهذا هو المستفاد من الروايات ، وهو أحسن الوجوه في المسألة .

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

وفي المسالك: المروي من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك وفي حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه .

أقول : ولنذكر بعض الروايات التي أشرنا اليها ، ثم حديث الدرع :

منها ـ ما عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

« لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه »[١].

ومنها ـ ماروواه المشايخ الثلاثة عن سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح : « واياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك علي ان شاء الله ... »[٢].

وأما حديث الدرع الغلول فهذا نصه عن الكليني «قده» بسنده عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة . فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ قالا : ان الله يقول «وأشهدوا ذوي عدل منكم» . فقال : قول الله: وأشهدوا ذوي عدل منكم، هو لا تقبلوا شهادة واحد ويميناً! ثم قال :

ان علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمر به عبدالله ابن قفل التميمي ومعه درع طلحة . فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة. فقال له عبدالله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين. فجعل بينه وبينه شريحاً.

---

١) وسائل الشيعة : ٦/١٨ .

٢) وسائل الشيعة ١٥٥/١٨ .

١٣٨ ـــــــ

المسألة الحادية عشر

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته ؟

قال المحقق « قـده » : « كل من لا تقبل شهادته لاينفذ حكمه كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه. ويجوز حكم الاب على ولده وله ، والاخ على أخيه وله » .

أقول : هذا مذهب الاكثر ، بل ادعي عليه الاجماع لكنه غير معلوم ، واستدل على ذلك بـأن الحكم شهادة وزيادة ، فكل مـن لا تقبل شهادته في حق أحد لاينفذ حكمه فيه، وقد أنكر جماعة كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الاطلاقات ونفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد والعبد على مولاه ، وفي أصل قبول هذه الشهادة أخبار متعارضة سيأتي التعرض لها في محلها ان شاء الله تعالى .

وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا اذا رجع حكمـه الى الاقرار وهذا بحث آخر ، ويـدل عليه ـ مضافاً الى الاجمـاع

المدعى ـ انصراف الادلة عن ذلك، بل المتبادر منها الرجوع الى الغير، فان قوله عليه السلام « أنظروا الى رجل منكم ... فتحاكموا اليه » ظاهر في وجوب ترافع الخصمين عند من كان واجداً للشرائط المعتبرة وان كان أحدهما كذلك .

قال السيد صاحب العروة « قده » : نعم لـه أن ينقل حقه الى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم اليه ، فانه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير وان انتقل اليه بعد ذلك باقالة أو نحوها . . .

وهل ينفذ حكمه لمن له عليه ولاية خاصة كالابوة والوصاية ؟ قيل : نعم لان الحكم ليس لنفسه، وقيل : لا ، لانه هو المنازع في الحقيقة، واختاره السيد وهو الاظهر.

وأما المولى عليه بالولاية العامة فالصحيح نفوذ حكمه والالم يرتفع النزاع في هذه الموارد لان كل قاض ولي الايتام والمجانين ونحو ذلك .

واذا كان للحاكم شركة مع غيره في مـال ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما كما اذا تنازع أخـوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من جهة الارث فليس للحاكم أن يطالب الغير بالترافع عند نفسه ، لكن لاخيه مطالبته بـالترافع عنده ، وهل ينفذ حكمه حينئذ ؟ ذكروا أنـه اذا حكم لاخيه نفذ في حصة أخيه ولا ينفذ في حصة نفسه. وهذا فيه بحث، لانه اذا ثبت كون المال ارثاً كان النصف الاخر للحاكم في الفرض المذكور والا لزم التفكيك بين اللازم والملزوم .

وأجاب المحقق النراقي « قـده » بأن اللوازم الشرعية ليست كالعقلية بل هي قابلة للاستثناء .

وفيه : انه لا يمكن المساعدة عليه ، لان الواقع لا ينقلب عما هو عليه ، لان هذا المال ان كان لابيهما واقعاً كان الحاكم وأخـوه شريكين فيه ، وان لم يكن له فليس لاحدهما فيه شيء . نعم يمكن التفكيك في فصل الخصومة بأن ترفع بالنسبة الى حصة أخيه ويترافع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومة في حصته خاصة .

ولما كانت الملازمة المذكورة بحسب واقع الامر فانه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر ، وذلك في حال الشك في كون المال ارثاً ، نظير ما اذا تيقن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو فيجب على الاول الاجتناب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمة بينهما بحسب الواقع ، لانه ان كان طاهراً واقعاً جاز لهما شربه ، وان كان متنجساً واقعاً وجب عليهما الاجتناب عنه .

فظهر امكان التفكيك في الحكم الظاهري في حال الشك في كون ذلك المال ارثاً ، وأما مع احراز كونه كذلك فلا يمكن التفكيك بين السهمين .

وقد فرق السيد في مسألة الشركة في صورة كون مورد الدعوى عيناً بين ما اذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عـن حصة أخيه وبين ما اذا كانت بعده ، قال : اذا كان للحاكم شركة مع غيره

في مال ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما نفذ حكمه في حصة شريكه لا في حصة نفسه . مثلا: اذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من طرف الارث وترافعا اليه فحكم لاخيه نفذ في حصة أخيه ولا ينفذ في حصة نفسه ، ولايشترك مع أخيه في تلك الحصة التي ثبتت لاخيه ، الا اذا كانت الدعوى في عين وقد قسمها أخوه مع ذلك الغير وأفرز حصته ، اذ حينئذ يشترك معه في تلك الحصة لاقراره بالشركة . وأما قبل القسمة فلا يشترك معه ، فلاخيه أن ينقلها الى غيره على اشاعتها. وأما اذاكانت الدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الاقوى .

وفيه نظر، لانه ان استلزم الاقرار لم يكن فرق بين العين والدين وان لم يستلزمه فكذلك ، فالتفريق بينهما لاوجه له .

ولو تنازع جماعة مشتركون في مال مع غيرهم فأقاموا شاهداً واحداً وحلف بعضهم دون بعض ، فانه يثبت حصة الحالف دون غيره ، لان يمين كل واحد منهم جزء ، ولولاه فالخصومة باقية .

آداب القاضي والقضاء

وهي قسمان : الاداب المستحبة ،
الاداب المكروهة

آداب القاضي والقضاء

قال المحقق « قده »: « النظر الثاني في الاداب *) وهي قسمان: مستحبة ومكروهة .

فالمستحب : أن يطلب[1] من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج

* لم يتعرض السيد الاستاذ دام ظله في الدرس الى الاداب توفيراً للوقت ، لكنا نذكر متن عبارة المحقق قدس سره مع بعض الفوائد الاخرى التي ذكرها الاصحاب في هذا المقام لئلا يخلو الكتاب من هذا المبحث ، وقد صرحوا بأن كثيراً من هذه الاداب لا دليل عليها بالخصوص .

١) في المسالك : أن يطلب قبل قدومه الى البلد . . . فان لم يتيسر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل . قال: قيل: ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم حيث دخل المدينة في ذلك اليوم. قال في الجواهر: وهو كما ترى. قال: نعم في كشف اللثام: ينبغي له أن يقصد الجامع اذا قدم ويصلي ركعتين ويسأل الله العصمة والاعانة .

اليه في أمور بلـده ، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه ورود متساوياً، وأن ينادى بقدومه ان كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء ، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول اليه ، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم[١].

ولو حكم في المسجد صلى عند دخوله تحية المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم اليها، وقيل : يستقبل القبلة لقوله عليه السلام : خير المجالس ما استقبل به القبلة ، والاول أظهر[٢].

ثم يسأل عن أهـل السجون ويثبت أسماءهم وينادى في البلد بذلك ويجعل له وقتاً، فاذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله

---

١) لانها كانت في يد الاول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية اليه ، فيتوصل بذلك الى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوائجهم .

٢) وفاقاً للاكثر ومنهم الشيخ في النهاية، ولم يظهر وجه كونه الاظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبلة ، قال في جـامع المدارك : والجلوس مستدبر القبلة لا دليل على استحبابه ، بل المستحب بنحو الاطلاق الجلوس مستقبل القبلة وذكر في وجه ذلك كون الخصوم مستقبلي القبلة لعلهم يخافون الله ويرجعون عن الظلم . ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبا القبلة للقاضي .

عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده والا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه[1].

---

١) في الجواهر : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه : منها ـ أن يعترف بالحبس بالحق ، فان كان ما حبس به مالا أمر بأدائه ، فان قال : أنا معسر فعلى ما عرفته في الفلس ، فان لم يؤد ولم يثبت اعساره رد الى الحبس ، وان أدى أو ثبت اعساره نودي عليه فلعل له خصماً آخر ، فان لم يظهر خلى سبيله ، وان كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلي . ومنها ـ أن يقول : شهدت علي البينة فحبسني القاضي ، يبحث عن حال الشهود ، فان كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضاً محبوساً وبحث والا أطلقه . ومنها ـ أن يقول : حبست ظلماً ففي المسالك: ان كان الخصم معه فعلى الخصم الحجة ، والقول قول المحبوس بيمينه . وفيه : انه يمكن العكس عملا بأصالة الصحة في فعل القاضي ، وان كان للمحبوس خصم غائب ففي اطلاقه وابقائه في الحبس وجوه : الاطلاق لانه عذاب وانتظار الغائب قد يطول ، والابقاء مع الكتابة الى خصمه فان لم يحضر أطلق . والاطلاق مع المراقبة الى أن يحضر خصمه ويكتب اليه أن يعجل ، فان تأخر لا لعذر تركت المراقبة . وعن الشهيد التخيير بينهما وبين الكفيل وهو جيد اذ المدار على الجمع بين الحقين » .

وأورد عليه في جامع المدارك بأنه: كيف يكون من المستحبات!

وكذا لو أحضر محبوساً وقال : لا خصم لي فانه ينادى في البلد ، فان لم يظهر له خصم أطلقه . وقيل : يحلفه مع ذلك[١].

ثم يسأل عن الاوصياء وعن الايتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين أو انفاذ أو اسقاط ولاية اما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانة أو ضم مشارك ان ظهر من الوصي عجز .

ثم ينظر في أمناء الحاكم الحافظين لاموال الايتام الذين يليهم الحاكم ولاموال الناس من وديعة ومال محجور عليه، فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه .

ثم ينظر في الضوال واللقط ، فيبيع مايخشى تلفه ومايستوعب نفقته ثمنه ، ويتسلم ما عرّفه الملتقط حولا ان كان شيء من ذلك في يد أمناء الحاكم ، ويستبقي ما عدا ذلك مثل الاثمان والجواهر محفوظة على أربابها لتدفع اليهم عند الحضور على الوجه المحرر.

ويحضر من أهل العلم[٢] من يشهد حكمه فان أخطأ نبهوه، لان

فان المدين مع اظهار العسر يحبس حتى يتبين حاله، ومع تبين اعساره لا مجوز لحبسه فكيف يكون السؤال عن حاله وموجب حبسه مستحباً!

١) في الجواهر: استحسنه بعضهم . وفيه أنه لا وجه مع عدم خصم له والاصل البراءة ولذا نسبه المصنف الى القيل مشعراً بتمريضه.

٢) في المسالك : المراد بأهل العلم المجتهدون في الاحكام الشرعية لامطلق العلماء، وخالفه في الجواهر حيث قال: ولا يعتبر فيهم الاجتهاد لانه ليس المراد تقليدهم. وفي المستند: انه لا ينحصر

المصيب عندنا واحد . ويخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة .

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال[1].

واذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق ، فان عاد زجره ، فان عاد أدبه بحسب حاله مقتصراً على ما يوجب لزوم النمط .

من ينبغي احضاره بالمجتهدين اذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما في المسالك ليس بجيد . لكن في جامع المدارك : وكذلك احضار أهل العلم حال الحكم لكونه في معرض السهو والخطأ ، فمع الاطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً اذا أخطأ ، ومع عدم الاطمئنان كيف يجوز له الحكم حتى يقال: يستحب احضارهم للتنبيه على الغفلة والخطأ .

١) قد تقدم في الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضي في الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ في الحكم ، بل يكون على بيت المال. قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى. وفي الوسائل : باب ان أرش خطأ القاضي في دم أو قطع على بيت المال . وفيه عن الاصبغ بن نباتة قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام : أن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » وهو كما ترى وارد في مورد دية الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقة ، وقد ذكر السيد في العروة في صورة كون مورد الحكم مالا تفصيلا فراجعه .

والاداب المكروهة أن يتخذ حاجباً وقت القضاء[١] وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ، وقيل : لا يكره مطلقاً التفاتاً الى ما عرف من قضاء علي عليه السلام بجامع الكوفة[٢]، وأن يقضي وهو

---

١) للنبوي العامي : « من ولي شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره » قال في الجواهر: بل ربما قيل بالحرمة، بل عن الفخر أنه قربه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضرّبهم، بل في المسالك هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. قال : وان كان الجميع كما ترى ضرورة كون المراد كراهة اتخاذه من حيث كونه حاجباً فلا ينافي الحرمة من جهة أخرى. وفي جامع المدارك: لا يخفى أن المستفاد من هذا الحديث الحرمة أو الكراهة لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء .

٢) في المستند: « القضاء في المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للاكثر كما في المعتمد ، لمرسلة ابن أسباط : جنبوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والاحكام والضالة والحدود ورفع الصوت ومرسلة الفقيه: جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالة والحدود والاحكام. والاستدلال بالنبوي: جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم منظور فيه .

وقيل باستحبابه كذلك، لان المسجد للذكر ومنه القضاء، ولكونه أفضل الاعمال اللائق بأشرف البقاع .

غضبان[١]، وكذا يكره مع كل وصف يساوي الغضب في شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعة الاخبثين وغلبة النعاس[٢]

وقيل بالاباحة للاصل وفعل علي عليه السلام ، حتى أن دكة قضائه مشهورة .

وقيل : بكراهة الدائم دون غيره ، جمعاً بين أدلة المنع والجواز . . . » .

١) يدل عليه مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من ابتلي بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان» .

وفي رواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لشريح : « .. وان غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان » . أنظر باب كراهة القضاء في حال الغضب من وسائل الشيعة ١٨/١٥٦ .

٢) يدل على ذلك مارواه الشيخ الكليني باسناده عن سلمة بن كهيل في وصية أمير المؤمنين « ع » لشريح: « ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم » وسائل الشيعة ١٨/١٥٥ . وما رواه العامة في النبوي: «لا يقضي الا وهو شبعان ريان» وماذكروه في آخر عنه: « لايقضي وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون » . قال في المستند : وقد صرحوا بكراهة سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وان لم أعثر على نص عام. ويمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور في المروي عن الامالي .

فلو قضى والحال هذه نفذ اذا وقع حقاً، وأن يتولى البيع والشراء لنفسه[١]، وكذا الحكومة[٢]، وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجة، وكذا يكره اللين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم.

ويكره أن يرتب للشهادة قوماً دون غيرهم، وقيل يحرم لاستواء العدول في موجب القبول ولان في ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاقتصار[٣].

---

١) في الجواهر: «في مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره... بل الظاهر الحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما . . .».

٢) في الجواهر: بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر... وما اتفق وقوعه منه عليه السلام أو من النبي صلى الله عليه وآله وسلم انما كان لبيان بعض الاحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح.

٣) نسب القول بالحرمة الى الشيخ «قده» في المبسوط. وقد نقل في الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف في مفروض المتن . . . فراجعه.

مسائل

هـل للقاضى أن يحكم بعلمه ؟ * حكم مـا لو لم يعرف الحـاكم عدالة البينة * هـل للحاكم الثانى نقض حكم الاول ؟ * فى تتبع الحاكم حكم مـن قبله * فى دعـوى ان المعزول حكم عليه بشهـادة فاسقين * فى تعدد وعدالـة مترجم الحاكم * فـى شرائط كاتب القاضى * فروع حول عدالة الشاهدين * فى تفريـق الشهود عند الشهادة * فيما يعتبر فـى الشهادة بالجرح * فى الحكم باستمرار العدالة حتى تبين ماينافيها * فى كتابة الحاكم قضايا كل اسبوع * هل يجب عليه كتابة المحضر ؟ * يكره له ان يعنت الشهـود * لا يجوز له أن يتعتع الشاهد * يكره لـه ان يضيف احد الخصمين * فى حرمة الرشوة * فى احضار الخصم الى مجلس القضاء *

المسألة الاولى

(هل للقاضي أن يحكم بعلمه ؟)

قال المحقق: « وهنا مسائل ـ الاولى: الامام عليه السلام يقضي بعلمه مطلقاً ، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم » .

أقول: أما حكم قضاء الامام بعلمه فلا ثمرة للبحث عنه[1] الا من

---

١) ذكروا أن للامام أن يقضي بعلمه مطلقاً أي في حق الله وحق الناس ، واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والاجماع ، فمن الكتاب قوله تعالى: « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق » . ومن السنة بأخبار منها : ما رواه الصدوق باسناده الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ـ وقد وصفوه بالشهرة ـ قال: «جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فادعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه . فقال : قد أوفيتك . فقال : اجعل بيني وبينك

رجلا يحكم بيننا . فأقبل رجل من قريش فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أحكم بيننا . فقال للاعرابي: ماتدعي على رسول الله « ص » ؟ فقال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعتها منه. فقال: ماتقول يا رسول الله ؟ فقال : قد أوفيته ، فقال للاعرابي : ما تقول؟ فقال: لم يوفني . فقال لرسول الله «ص» : ألك بينة أنك قد أوفيته ؟ قال: لا . فقال للاعرابي : أتحلف أنك لم تستوف حقك وتأخذه؟ فقال: نعم . فقال رسول الله : لاتحاكمنّ مع هذا الى رجل يحكم بيننا بحكم الله . فأتى علي بن أبي طالب عليه السلام ومعه الاعرابي ، فقال علي عليه السلام: مالك يارسول الله ؟ قال: يا أبا الحسن أحكم بيني وبين هذا الاعرابي. فقال علي «ع» : يا أعرابي ما تدعي على رسول الله ؟ قال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعتها منه . فقال : ماتقول يارسول الله؟ قال : قد أوفيته ثمنها . فقال : يا أعرابي أصدق رسول الله فيما قال ؟ قال الاعرابي : لا ما أوفاني شيئاً . فأخرج علي سيفه فضرب عنقه . فقال رسول الله «ص» : لم فعلت يا علي ذلك؟ فقال: يا رسول الله نحن نصدقك على أمر الله ونهيه وعلى أمر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحي الله عزوجل ولا نصدقك على ثمن ناقة الاعرابي ، واني قتلته لانه كذبك لما قلت له : أصدق رسول الله . فقال: لا ما أوفاني شيئاً . فقال رسول الله: أصبت ياعلي فلاتعد الى مثلها : ثم التفت الى القرشي وكان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لاما

حكمت به » .

ومنها: مارواه الصدوق باسناده عن ابن عباس وذكر قضية عن أمير المؤمنين عليه السلام نحو القضية المذكورة .

ومنها : مارواه الصدوق باسناده عن عمارة بن خزيمة بن ثابت عن عمه: «أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاع فرساً من أعرابي فأسرع ليقضيه ثمن فرسه فأبطأ الاعرابي ، فطفق رجال يعترضون الاعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاعها حتى زاد بعضهم الاعرابي في السوم فنادى الاعرابي فقال : ان كنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه والا بعته، فقام النبي «ص» حين سمع الاعرابي . فقال : أوليس قد ابتعته منك ؟ فطفق الناس يلوذون بالنبي « ص » وبالاعرابي وهما يتشاجران. فقال الاعرابي: هلم شهيداً يشهد أني قد بايعتك. ومن جاء من المسلمين قال للاعرابي: ان النبي « ص » لم يكن يقول الا حقاً . حتى جاء خزيمة بن ثابت فاستمع لمراجعة النبي «ص» للاعرابي فقال خزيمة : اني أنا أشهد أنك قد بايعته ، فأقبل النبي على خزيمة فقال : بم تشهد ؟ فقال : بتصديقك يا رسول الله . فجعل رسول الله شهادة خزيمة بن ثابت شهادتين وسماه ذا الشهادتين » .

وهذه الاخبار تجدها في الوسائل : ١٨/ ٢٠٠ - ٢٠٢ .

ومنها : خبر درع طلحة المذكور سابقاً .

١٥٨ ـــــــ

التفصيل على عكسه ـ لما تقرر في محله في القطع الموضوعي من أنه اذا أخذ القطع في موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الامارة مقامه في العمل ، (بخلاف ما اذا أخذ بما هو صفة خاصة قائمة بالشخص) ، فاذا كان الظن الحاصل من البينة بما هي طريق يترتب عليه الاثر لحجيتها فان العلم أقوى من البينة فيجب ترتيب الاثر عليه بالاولوية[1].

ويدل عليه ـ بعد الاجماع ـ ما ذكروه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو ايقاف الحكم واستلزامه عدم وجوب انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق مع امكانه أو الحكم بعلمه .

ويدل عليه أيضاً عموم مادل على الحكم بالحق والقسط والعدل فاذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك وكان على عمرو قبوله .

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

---

١) وأشكل عليه بعدم معلومية العلة في البينة حتى يقاس عليها العلم .

ولا تكليفاً . . .

ويمكن رفع المنافاة بأنه وان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هذه الرواية تقضي باعتبار أمر آخر مع ذلك وهو كون القاضي عالماً بالواقع، فيكون مجموع الامرين هو الموجب لنفوذ الحكم وفصل الخصومة .

وأما حمل الرواية على بيان شرطية العلم في أصل القضاء ، أو اثبات العقوبة على مثل هذا القاضي من جهة تجريه على القضاء بغير علم وان كان نافذاً فخلاف الظاهر .

فيكون حاصل الجمع : ان الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقة وان كان هذا العلم جهلا مركباً في نفس الامر، ومع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالماً بالواقع فلا ينفذ ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقة ، ومع علمهما بعدم المطابقة فيؤثر الحكم في رفع الخصومة خاصة . . . فظهر أن العلم بوصف الطريقية جزء لموضوع الحكم ، وتقوم البينة والايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهة أن العلم حجة بذاته ولا سبيل للجعل اليه بخلافهما .

هذا، ولكن المستفاد من طائفة من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى : « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون»[1] وقوله تعالى: «وأن احكم بينهم بما

---

١) سورة المائدة : ٤٧ .

أنزل الله . . . »[1] أن على الحاكم أن يحكم «بما أنزل الله»، وظاهر ذلك أن « ما أنزل الله » هو موضوع الحكم بين الناس، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلا والا لم يجز الحكم لانه افتراء على الله تعالى ، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فان علم به حكم بحسبه ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلا ولا شرعاً .

وأما البينات والايمان فلا تحمل على ما هو الغالب كما في الجواهر بل انها طريق شرعي لاحراز الموضوع ـ وهو الواقع ـ عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم ولا للبينات والايمان في فصل الخصومة .

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم في قضية الملاعنة: «لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها » الظاهر في توقف الرجم على البينة بالرغم من علمه « ص » بالواقع فلا يمكن حمله على مورد الشك. فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرقنا، ومع التسليم فلا مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الاثر على العلم في اجراء بعض الحدود ، بل للشارع أن لا يرتب الاثر على الواقع في مورد وان كان المستفاد من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع .

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

هذا وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم فأفتوا

---

١) سورة المائدة : ٤٩ .

فيها بالجواز :

(منهـا) تزكية الشهود وجرحهم . قلت : قد يقـال بترتب الاثر هنا شرعاً على اقامة البينة للتعديل وأنـه لا يكفي علم القاضي بالعدالة ، ولكن يندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل ، على أنـه قد حكي الاجماع على الجواز في هذه المسألة .

(ومنها) تعزير من أساء الادب في مجلس القضاء وان لم يعلم به غير القاضي حتى لا تقل أبهة القضاء .

(ومنها) الاقرار ففي مجلس القضاء وان لم يسمعه غير الحاكم.

أقول : أما نحن في سعة من اقامة الدليل على الجواز في هذه الموارد اذ المختار هو الجواز مطلقاً ، لكن على من استثناها بيان ذلك[1].

---

١) وأما قول المحقق في آخر المسألة : ويجوز أن يحكم ... فالمراد منه أنه لا يشترط في حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد الحكم. وهو اشارة الى خلاف بعض العامة . وفي القواعد : لكن يستحب. قال شارحوه : دفعاً للتهمة . لكن في الجواهر : لم نتحقق دليله...

المسألة الثانية

(حكم ما لو لم يعرف عدالة البينة)

قال المحقق «قده» : « اذا أقام المدعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعدلها . قال الشيخ رحمه الله : يجوز حبسه لقيام البينة بما ادعاه . وفيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينة حق يوجب العقوبة » .

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

وقد يؤيد الاول بأن الاصل في الاشخاص هو العدالة حتى يثبت الخلاف ، وبأن الاصل في فعل المسلم هو الصحة فتحمل الشهادة على الصحة ويحكم على طبقها .

وفي ذلك كله نظر اذ لا يقتضي شيء من هذه الوجوه جواز حبسه ولا سيما في حال استلزام ذلك بقائه في السجن مدة من الزمن فأما أصالة الصحة فهي تجري في فعل المسلم لا بالنسبة الى شخصه، وأما كون الاصل في كل شخص مسلم هو العدالة فليس هذا أصلا عقلائياً يبني العقلاء عليه أمورهم، واجراء أصالة الاسلام بالنسبة الى من شك في كونه مسلماً في بلد أكثر أهله مسلمون هو من باب الغلبة، وليست العدالة في هذا الحد بين المسلمين .

فالحق ـ وفاقاً للمشهور ـ عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو كذلك حتى على القول بمانعية الفسق ، لانه ولو سلم تمامية قاعدة المقتضي والمانع لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع ، على أن مقتضى القول بتمامية القاعدة في المقام هو الحكم رأساً لا الحبس ريثما يثبت الحق .

وبالجملة فما لم تثبت عدالة البينة لا يجوز الحبس .

المسألة الثالثة

(هل للحاكم الثانى نقض حكم الاول)

قال المحقق « قده » : « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني ينظر، فان كان الحكم موافقاً للحق لزم والا أبطله ، وكذا كل حكم قضى به الاول وبان للثاني فيه الخطأ فانه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ ...».

أقول : لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الاول أو انعزاله مثلا ، قال المحقق « قده » : ينظر الثاني في حكم الاول ، فان كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال، وان وجده مخالفاً للحق أبطله . وفي المسألة فروع كثيرة .

حكم تجديد المرافعة:

فنقول: لا ريب في أن حكم الحاكم نافذ بالنسبة الى المحكوم

عليه فلا يجوز له بعد الحكم الاباء عن قبوله أو المطالبة بتجديد المرافعة عنده أو عند حاكم آخر لانه رد عليه والراد عليه كالرادعلى الامام عليه السلام .

ولا اشكال في عدم جواز الزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع مرة أخرى ، ولو رضي المحكوم له بذلك فقيل : لا مانع من ذلك، وقيل: لا يجوز كذلك لعدم الاثر لرضا المحكوم له . ومنشأ الخلاف هو هل يصدق الرد بذلك أولا ؟ والاقوى هو القول الثاني لصدقه حينئذ ، على أنه لو جاز للزم التسلسل ، نعم لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الاول في الحكم أو في بعض مقدماته كان له الترافع معه عند حاكم آخر ...

هذا كله بالنسبة الى المحكوم عليه .

حكم نظر الثاني في حكم الاول :

وأما بالنسبة الى الحاكم الثاني فقيل بوجوب النظر عليه في حكم الاول ، وقيل : لايجب عليه ذلك ، وقيل : بل لايجوز . ومنشأ الخلاف هو الخلاف في صدق الرد على النظر كذلك ، لكن الظاهر العدم ، كما أن جريان أصالة الصحة في حكم الحاكم الاول لايقتضي حرمة النظر والسؤال عن الواقع في ذلك المورد ولادليل على وجوب العمل بهذا الاصل ، فلو أوقع عقداً وشك في صحته لم يمنع الاحتياط باجرائه مرة أخرى جريان أصالة الصحة فيه ، فالظاهر جواز النظر في الحكم وان أمكن حمله على الوجه الصحيح ،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك ، وأما القول بالوجوب فمشكل جداً ، لان الشك في صحة حكم الحاكم الاول الواجد للشرائط لايقتضي وجوب النظر كما لايخفى .

وهل يجب على الحاكم الثاني النظر في الامور الجارية في البلد ؟ الظاهر: لا الا اذا طالبه أحد من الناس بالنظر في قضية، أو كانت له دعوى بالنسبة الى الحاكم الاول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومة .

أما قول المحقق « ينظر » فظاهره وجوب النظر ، وبه صرح في الجواهر وقال في المسالك بوجوب النظر في صورتين احداهما: دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الاول في حكمه ، والثانية : كون الغريم محبوساً ولم يفصل الامر بعد .

أقول : ان كان النظر في مورد لم تفصل الخصومة فيه فلامانع منه بل هو واجب ، وان كان بعد تمام حكم الحاكم الاول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا جوازه ، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز ، لاسيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الاول في الحكم . نعم على الحاكم الثاني حينئذ مراجعة الغريم ، فان كان عنده مايجب عليه أداؤه وجب عليه اجباره على الاداء من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وأما النظر في الحكم فلا وجه له. وحمل عبارة المحقق عليه غير صحيح، ولذا استشكل

في الجواهر في الفتوى بوجوبه، وحمل في المسالك كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الاول ، وحمله في الجواهر على ارادة النظر ان شاء. وفيه ان أدلة حرمة النقض وانفاذ الحكم تعم المورد الذى احتمل صدقه فيه فلا يجوز النظر ، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحة ... فظهر أنه لابد من حمل عبارة المحقق «قده» على معنى آخر لاوجوب النظر ، وما ذكره الشهيد الثاني هو الاولى .

بل لايجوز النظر حتى مع تراضي الخصمين خلافاً لصاحب الجواهر « قده » اذ لاوجه لذلك أيضاً ، مع صدق النقض والرد على هذا النظر، وحمل عبارة المحقق على هذا الوجه في غير محله، ولا ينافي ذلك ما ذكره الاصحاب في آداب القضاء من نظر الحاكم الثاني في المحبوسين ، اذلامنافاة بين استحباب النظر وعدم جواز تجديد الحكم بمعنى أن ينظر في المحبوسين فمن وجده محبوساً بحكم حاكم تركه في الحبس ...

نعم يجب تجديد النظر في صورة دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الاول على خلاف القواعد والاحكام المقررة في القضاء ، فان كان حكمه عن تقصير فهو ضامن ، وان كان عن قصور فضمانه من بيت المال .

فالحاصل: انه مع حكم الحاكم الاول وفصل الخصومة بحكمه وحبس المحكوم عليه لايجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم

عليه عن أداء الحق وان رضي المحكوم له بذلك ، وقد ظهر بما ذكرنا أنه لامجال للقول بتجديد النظر الافي صورة دعوى المحكوم عليه مخالفة الحاكم الاول لاحكام القضاء في حكمه فانها مورد البحث والكلام ، فقيل بلزوم النظر وان أمكن حمله على الوجه الصحيح، وأنه ينفذ حكم الحاكم الثاني وان استلزم النقض . أقول : ان استلزم نقض الحكم مع امكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل والا وجب النظر اذ لاوجه لعدم سماعها حينئذ .

وأما التتبع لحكم الحاكم الاول والتفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه والبحث عن صحته وعدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الأن يدعى بأن حكم الحاكم الاول بوحده لايكفي للحمل على الصحة ، فلو حكم على الغريم بأداء الحق وأخذه منه وأعطاه لمن له الحق فحينئذ لايجوز النظر فيه ، لانه نقض لحكمه أو لانه ليس مورداً للابتلاء ، وأما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب ، لكون الحكم الاول ناقصاً ، فعندما حضر الحاكم الثاني وأراد استيفاء الحق فلابد من تجديد النظر في أصل الحكم ليكون مسوغاً لاستنقاذ الحق ، لكن عبارة المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لانقصانه . وكيف كان فلا يشترط في حكم الحاكم استيفاء الحق ، بل الحكم بدونه تام ، الا أن تقوم دعوى أخرى لاجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الاعسار سمعت دعواه وطولب بالبينة وأمهل حتى

اليسار كي يؤدي الحق ، فظهر أن القول بالنظر في هذه الصورة مشكل .

وأما لو ادعى المحكوم عليه جور الحاكم الاول في الحكم فهل يكون سماعها رداً على الحكم أولا ؟ التحقيق : أنه ان كان المراد من الحكم الواجب انفاذه والمحرم نقضه هو الحكم الصادر بحسب القواعد والادلة الشرعية ، فكل حكم لايكون كذلك فليس حراماً نقضه ، فلا وجه لقول صاحب الجواهر « وان اقتضى نقض الاول » وأما اذا صدق عليه النقض فلامناص من الالتزام بتخصيص أدلة سماع الدعوى لادلة نفوذ الحكم ، فلا يجوز نقض الحكم الا اذا كان عن جور أو تقصير .

ويكون المسوغ لاصل النظر في الحكم مع وجود الادلة الامرة بحمله على الوجه الصحيح هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الاول فان ذلك يوجب النظر في الحكم مع وجود الاصل المذكور لان هذا الاصل لا يقتضي عدم جواز النظر .

فتلخص: ان الحق وجوب النظر في هذه الصورة وعليه يحمل عبارة المحقق كما في المسالك ، وأما حمله على صورة تراضي الخصمين أو صورة صدور الحكم من الحاكم الاول من غير استنقاذ للحق كما في الجواهر فغير صحيح كما تقدم ، وقد عدل هو «قده» عن ذلك أيضاً وحمله على ارادة النظر ان شاء وقد تقدم مافيه أيضاً.

متى يجوز النقض ؟

وكيف كان فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الاجتهادي المعتبر، ولايختص جواز النقض بصورة مخالفة الحاكم الاول للاجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. وبعبارة أخرى: ان كان الحكم الاول طبق الموازين الشرعية فلا يجوز نقضه سواء بالقطع النظرى أو غيره من الادلة المعتبرة أو الظن الاجتهادي، وأما اذا كان الحاكم الاول مقصراً في اجتهاده أو قد حكم غافلا عن دليل معتبر في المسألة فأخطأ على أثر ذلك في الحكم جاز نقض الثاني حكمه سواء كان عن قطع أو غيره .

والاوضح أن يقال : ان أمكن للحاكم الثاني أن يعذر الاول في حكمه ـ وان كان مخالفاً له في الرأي ـ فلا يجوز نقضه ، وان لم يمكنه ذلك نقضه بلا اشكال ، بل ان هذا ليس نقضاً في الحقيقة وانما يكون تنبيهاً على الخطأ في الحكم .

ولافرق في هذا بين العقود والايقاعات وغيرها حتى الاحكام الوضعية كالطهارة والنجاسة ونحوهما. ولا بين حق الله سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الاجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشىء عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك ، وانما يجوز نقضه بالقطعي من اجماع أو سنة متواترة أو نحوهما. فمندفعة أولا بأنه اجماع منقول وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الاجتهاد عنده بعد تبدل رأيه أو عند الحاكم الثاني، فلا يكون حجة حينئذ ولايصدق

عليه النقض لعدم وجوب تنفيذه بعد ثبوت بطلانه .

وحيث لم يجز النقض وجب على الحاكم الثاني انفاذ حكم الحاكم الاول وان خالفه في الرأي ، ولكن هل يجب عليه متابعة الحاكم الاول حينئذ عملا بالنسبة الى نفسه ومقلديه أو يكتفي في التنفيذ بمقدار فصل الخصومة به ؟ ظاهر الجواهر الاول، والمختار هو الثاني لئلا يلزم القول بالتصويب .

وكما لا يجوز نقض الحكم بالحكم ، كذلك لا يجوز نقضه بالفتوى، بل يبقى الحكم في مورد النزاع على قوته ونفوذه وان تبدل رأيه . ولا فرق هنا أيضاً بين العقود والايقاعات والاحكام الوضعية، وكذا الامر في العبادات ، فلو توضأ بماء محكوم بالطهارة صح وضوؤه وصلاته به. قالوا : والدليل هو الاجزاء . أقول : الاجزاء تارة يكون بالحكم الظاهري و أخرى بالحكم الاضطراري الثانوي . أما في الثاني فمع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقة ، وأما في الاول فمعه يبتني الحكم بصحة الصلاة على القول بالاجزاء . وكيف كان فان بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح .

وأما الفتوى فيجوز نقضها بالحكم وحينئذ يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلديهم تنفيذ هذا الحكم وامضاؤه فلو كان مذهبه ـ اجتهاداً أو تقليداً ـ نجاسة عرق الجنب من الحرام مثلا واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام فتنازع مع البائع

في صحة البيع وعدمها وترافعا الى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحة البيع فحكم بصحته لزم على المشتري العمل بحكمه وجاز له التصرف في ذلك المائع ، ففي هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهارة ويبني عليها وينقض الفتوى بالنسبة اليه بذلك الحكم. وأما بالنسبة الى سائر الموارد فيعمل على طبق مذهبه وهو القول بالنجاسة، وحتى أنه اذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهارة عرق الجنب من الحرام مرة أخرى يبقى على ذلك مالم يقع نزاع ولم يرجع الى الحاكم .

وحيث حكم بطهارة هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل يحكم بطهارة الملاقي كذلك أولا ؟ ان كان النزاع في صحة البيع وبطلانه فحكم الحاكم بصحه البيع دون طهارة المائع فقيل في هذه الصورة يحكم بصحة البيع وطهارة المائع الاول دون الملاقي .

وان كان النزاع في نفس الطهارة والنجاسة فمع الحكم بالطهارة يترتب جميع آثار الطهارة عليه .

وسيجيء تتمة لهذا الفرع ان شاء الله تعالى .

وبالجملة فان الحكم ينقض الفتوى من غير فرق بين أن يكون الحكم في العقود والايقاعات والاحكام الوضعية، فيجب تنفيذ الحكم مطلقاً الا في صورة القطع بمخالفته للواقع .

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى فالظاهر ذلك ، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه في المسألة واختار القول

بنشر هذا العدد الحرمة قال في الجواهر ببقاء الزوجية، وهو مشكل لانه بناء على الطريقية فقد انكشف الخلاف وظهر له بطلان هـذا العقد من أصله، وبناء على السببية حيث يحكم باستمرار الحكم ففيه أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علقة الزوجية بينهما، فالعقد باطل من أصله فكيف يستمر الحكم ؟

وكذا الكلام في ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقاً ثم تبدل رأيه وأفتى بنجاسته الان، فانه يجب عليه تطهير الثوب الان والا لم تصح الصلاة فيه . وتفريق صاحب الجواهر بين النكاح حيث اختار فيه العدم وبين الثوب حيث اختار فيه النقض . غير واضح وان ادعى في منية الطالب الاجماع على عـدم النقض وتمسك في الجواهـر بالسيرة ، لانه لو تم ذلك كان لازمه رفع اليد عن الحكم الواقعي في ذاك المورد ونظائره ، وقد ذكرنا في الحاشية على العروة في مسألة عدول المجتهد عن فتواه أن الاحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقة الا أن يدعى العسر والحرج . وفيها اشكال آخر ، فان الحرج يرفع التكليف ولكنه لا يغير الحكم الشرعي.

بم يتحقق الحكم ؟

وهل يشترط في وجوب امتثال الحكم كونه صادراً في مورد نزاع وتخاصم ؟ لا اشكال في صدق الحكم ان كان في مورد النزاع كما لا اشكال في نفوذ الحكم الصادر في غير المورد المذكـور كالهلال ـ مثلا ـ ، وأما اذا حكم في مورد نزاع قبل التحاكم اليه

ففي نفوذه اشكال ، الا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهة كونه منصوباً من قبل الامام عليه السلام وأنه كما ينفذ حكم الامام من غير تخاصم فهو كذلك ، ولكن في صدور مثل هذا الحكم من الامام تأمل ، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم .

ولا اشكال في تحقق الحكم بلفظ « حكمت » و « أنفذت » ونحوهما كقوله : « ادفع اليه ماله » بقصد الانشاء . وهل يتحقق بقوله : ثبت عندي ؟ الظاهر : العدم ولذا يمكنه نقضه بعدئذ .

وهل يتحقق الحكم بالفعل كأن يعطي الشيء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه اشكال، للشك في شمول الاطلاقات له. والقدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر في انشاء الحكم فلا يكفي الفعل والكتابة ونحوهما .

هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه ؟

هذا ومع تغير رأي المجتهد يجب عليه اعلام مقلديه بذلك ؟

أقول: أما بالنسبة الى المجتهد فانه مع تغير رأيه ـ بحيث يكون الرأي الثاني مقتضياً لفساد الاول من الان ـ على الاقل ـ يجب الاعلام لامرين أحدهما: ان لازم تغير رأيه كذلك بطلان عمل مقلديه بالرأى السابق ، والاخر : وجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وارشاد الجاهل ، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد اعلام مقلديه بتغير رأيه .

وأما مع العدول لدليل ظني لايقتضي فساد الاجتهاد الاول فقيل:

لايجب الاعلام ، وهو مشكل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق لايبقى له ظن بذلك الرأي بل ينقلب الى الشك ، فالحق أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعي أو بـدليل ظني فان كلا منهما يرفع طريقية الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير ودعوى القطع بعدم وجوب الاعلام غير واضحة، والتمسك بسيرة العلماء واختلاف فتاواهم في الكتاب الواحد يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه السلام .

وأما بالنسبة الى المقلد فان المقلد اذا لم يعلم بتغير رأي المجتهد يعمل بالفتوى التي تعلمها ، فان لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم، ومعه فلا يجب على المجتهد الاعلام اذ لا موضوع للنهي عن المنكر والامر بالمعروف بالنسبة اليه، وان كان شاكاً في تغير رأي مقلده كان لـه استصحاب بقاء الرأي السابق ، أو استصحاب عـدم تغيره ، وحينئذ فلا أثم عليه فلا موضوع للنهي عن المنكر والامـر بالمعروف بالنسبة اليه كذلك، وان علم بتغير الرأي وجب عليه العمل بالرأي اللاحق .

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقة وقد كان الرأي متغيراً في الواقع ، فـان أفتى المجتهد بصحة عمله فهو ، والا فقد قيل يجري ان الاستصحاب هنا، وتوضيحه: اذا تيقن سابقاً بأن الواجب في الصلاة ثلاث تسبيحات ثم شك في صحة هذا اليقين كان مقتضى دليل الاستصحاب العمل على طبق اليقين السابق، وهنا المقلد متيقن من صحة صلاته ـ مثلاـ ومع الشك في صحة يقينه بالصحة يستصحب.

قال : فان تم استفادة هذا المعنى من دليل الاستصحاب كانت صلاته بدلا عن الواقع . وأما على قول جماعة من بعد استفادة هذا المعنى من الدليل فلا سبيل الى تصحيحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الاعلام، وأعمال المقلد صحيحة لان كلا من الرأيين مستند الى دليل ظني .

وعن المحقق القمي « قده » ان المقلد ان عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأي مجتهد صح عمله، لكن في العروة: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل وان كان مطابقاً للواقع، وقد ذكرنا في التعليقة ان هذا ان كان عبادياً ولم تتمش منه القربة [1] ، وأما التوصلي فصحيح، وأما اذا اتفق مطابقته للواقع وتمشى منه قصد القربة فلا تجب الاعادة .

وعنه « قده »: ان طابق العمل فتوى المجتهد وشك في مطابقة الفتوى للواقع فيحمل على الصحة بعد العمل . قلت : الحمل على الصحة « بعد العمل » له صور :

١ ـ أن يشك بعد العمل ، كأن يشك بعد الفراغ من الوضوء في تحريك خاتمه مثلا ، فهنا يحمل على الصحة عند الكل .

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

---

١) أنظر : العروة الوثقى ، المسألة ١٦ من مسائل التقليد .

٣ ـ أن يعلم بعدم التحريك وعدم النفوذ معاً ، فلو أن مجتهداً أفتى بعدم اخلال ذلك في صحة الوضوء وشك في مطابقة هذه الفتوى للواقع فهل يحمل الوضوء على الصحة الواقعية؟ مقتضى كلام القمي : نعم . وهو مشكل جداً .

كالاشكال فيما قد يقال بصحة العقد من المجتهد أو مقلده اذا أوقعاه على خلاف الاجتهاد أو التقليد وكان موافقاً لاحد الاراء في المسألة ، بل الاصل في العقود هو الفساد . هذا في صورة الاحتمال وأما مع وجود الطريق عنده الى بطلان هذا العقد فلا يحكم بصحته بالاولوية .

وأما لو أتى بالاعمال مدة من الزمن من غير تقليد ، فانه بعد الالتفات الى وجوب التقليد يجب عليه ذلك ، ثم ان كل ما طابق من أعماله السابقة فتوى المجتهد الذي يريد تقليده فصحيح ، لان فتوى المجتهد تكون طريقاً الى الواقع ، والا فان أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو والا لزمته الاعادة ...

ولو أوقعا العقد وتنازعا في صحته تبعاً لفتوى مقلديهما وجب الرجوع الى حاكم ثالث وحكمه نافذ في حقهما .

والحاصل في مسألة الاعلام بتغير الرأي: أنه ان كان المجتهد يرى صحة أعمال المقلد حسب الفتوى السابقه فلا يجب الاعلام ، وأما مع القطع ببطلانها فيجب . قال في الجواهر : « بل الظاهر اتحاد الحكم والفتوى في ذلك » يعني: انه ينكشف له بطلان الحكم

من حينه لا أنه ينقضه الان .

والمقلد اذا شك في تغير رأي المجتهد استصحب وكان عمله صحيحاً ، والمراد من الصحة أنه ان طابق الواقع فهو وان كان على خلافه كان معذوراً وقد أدرك مصلحة العمل بالحكم الظاهري بناء على الاجزاء ، وليس المراد من الصحة هو صحة عمله سواء طابق أولا . واذا كان الامر كذلك لم يجب على المجتهد اعلامه بتغير رأيه .

نعم يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوّت المصلحة على المقلد . الا أنه قديجاب بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذي لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع ؟ الاقوى : انه لا يجوز له السكوت ، لانه هو السبب في وقوع المقلد في خلاف الواقع (وأما اذا لم يكن السبب فلا يجب الاعلام والمنع عن اجراء الاستصحاب الا في الدماء والفروج لاهميتها) فيجب عليه الاعلام من هذه الجهة لامن باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وكذا الامر في صورة تيقن المقلد بعدم تغير فتوى مقلده وكون عمله طبق الفتوى السابقة مع تغيرها في الواقع ، فهنا جهل مركب ولا حكم ظاهري فان الاقوى حينئذ وجوب الاعلام وان طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لان هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الاعمال .

وأما ما عن القمي من صحة عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبني على ما ذكروا في الاصول من أنه اذا قامت حجة وكان عمل الشخص بلا التفات اليها ثم صادف العمل تلك الحجة صح عمله وجاز للعبد الاحتجاج بتلك الحجة وان كان حين عمله جاهلا بها ، لكن فيه نظر . نعم مطابقة العمل للواقع اتفاقاً تكفي لصحة العمل، أما مطابقته للحجة التي لا يعلمها لاتوجب صحة العمل عقلا، بل العقل يجوّز مؤاخذة المولى للعبد في مثل المورد .

ثم انه لو كان كل من الصحيح والفاسد معلوماً ثم شك في صحة عمله جرت أصالة الصحة، وأمام الجهل بالصحيح فلا أصل ليتمسك به .

المسألة الرابعة

(في تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق « قده » : « ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم من كان قبله » .

أقول : ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم الاول حملا لذلك الحكم على الصحة ، وان جاز له ذلك سواء طلب المحكوم عليه ذلك أولا للاصل . وأشكل في الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الاول، فعليه ترك التتبع لئلا يؤدي الى ذلك وحمل الحكم على الصحة وانفاذه ، نعم اذا طولب بالحكم في المسألة كان عليه الفحص والتتبع. وفيه: ان العثور على خطأ الحاكم الاول لا يوجب القدح فيه البتة حتى لا يجوز، اذ لا يسلم من الخطأ الا أهل العصمة عليهم الصلاة والسلام .

نعم لو علم بأن تفحصه سيؤدي الى العلم بفسق الحاكم الاول لم يجز له التتبع الا اذا توقف عليه احقاق حق أو انجاء نفس

محترمة مثلا .

وبالجملة فان النظر في حكم الاول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أويتوقف عليه احقاق حق أوانجاء نفس محترمة أو نحو ذلك ، والعثور على الخطأ ليس بقادح .

وقد حمل في الجواهر قول بعضهم بلزوم النظر على الثاني على صورة عدم تمام حكم الحاكم الاول أو تراضي الخصمين بتجديد النظر .

نعم لو علم الثاني بفساد حكم الاول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق الله تعالى أوحقوق الناس، وقيل: لورضي المحكوم له بذلك في حقوق الناس .

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

قال في الجواهر : بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا ، وأوضحه بقوله: لانها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجة في اطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى الله عليه وآله وسلم «البينة على المدعي» وغيره .

أقول: وأي دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى والنظر ؟ فالصحيح التمسك بأدلة وجوب القضاء .

فان قيل : لعل وجه الدلالة أنه لما يدعي على الاول الحكم بالجور فان الحاكم الثاني يطالبه بالبينة وينظر في القضية، فنقول:

ان الامر الاجتهادي والحكم الشرعي ليس من الامور التي تقام البينة عليها ، بل يجب عليه النظر في حكم الاول وأدلته ـ عند دعوى الجور ـ ثم الحكم في القضية عن علم .

فظهر أن مورد النظر في حكم الاول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثاني بفساد حكمه ، ومن هنا قال المحقق: « وكذا لو ثبت عنده مايبطل حكم الاول أبطله سواء[1] كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » .

وقيل: ان الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام خصوصاً أو عموماً له الولاية على الناس وحكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم. هذا ماقاله بعضهم ولذا حمل كلام المحقق على صورة كون الحاكم الاول معزولا ولا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى .

لكن فيه: ان النظر في حكم الاول في صورة العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ليس نقضاً لحكمه ورداً عليه ، وهو وان كان له الولاية الا أنه قد ولي لان يحكم بالحق ومع الجور في الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه ، والمولى عليه ان علم

---

١) قول المحقق « سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس» اشارة الى ما عن الشيخ ـ وتبعه بعضهم ـ من أنه لاينقض حق الادمي الا مع المطالبة، لان صاحب الحق ربما أسقطه وأما اذا كان حقاً لله تعالى فانه ينقضه لان له النظر في حقوق الله تعالى .

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقة بأموره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأة وظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجية ، لانـه كان ولياً عليه لان يوقع عقداً صحيحاً وحيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول ، وترتب الاثر على رده عندما يكون متمكناً منه .

المسألة الخامسة

(فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين)

قال المحقق : « اذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب احضاره وان لم يقم المدعي بينة، فان حضر واعترف ألزم » .

أقول: اذا ادعى أن له عند الحاكم المعزول حقاً من دين ونحوه أو قال: ارتشى مني، وجب احضاره للفصل بينهما بحسب الموازين الشرعية كغيرها من الدعاوى .

وان ادعى أنه قضى عليه بشهادة فاسقين عنده وعادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شيء ، لان المفروض حكمه بشهادة شاهدين عادلين، فان جاء المدعي بالبينة لجرحهما فهو والا فلا تسمع دعواه.

وان ادعى أنه قد حكم عليه بالجور لانه قد حكم بشهادة فاسقين عنده أيضاً ففي هذه الصورة قال المحقق: يجب على الحاكم احضار الحاكم الاول وان لم يقم المدعي البينة ، ثم بعد احضاره يطالب

المدعي بالبينة ، فان أقامها فهو والا فان اعترف الحاكم الاول بما يدعيه المدعي ألزم ، وما قطع به «قده» هو مذهب الاكثر. وقيل : لا يحضر الحاكم الا أن يذكر المدعي أن له بينة بذلك .

وعلى تقدير احضاره ـ سواء قلنا بجوازه مطلقاً أو بعد ذكر المدعي وجود البينة ـ فان أقام المدعي البينة حكم الحاكم في القضية بحسب الموازين الشرعية، وان اعترف الحاكم ألزم ، وان قال : ما حكمت عليك بشهادة فاسقين كان منكراً والخصم هو المدعي « وان قال : لم أحكم الا بشهادة عادلين قال الشيخ : يكلف البينة لانه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه » ويكون خصمه المنكر ، فان أقام البينة فهو والا حلف الخصم .

قال المحقق : « ويشكل بما أن الظاهر استظهار الحكام في أحكامهم فيكون القول قوله مع يمينه لانه يدعي الظاهر » وهذا مذهب الاكثر ، فعلى من ادعى خلاف الظاهر ـ وهو الخصم ـ اقامة البينة على دعواه كما هي القاعدة المقررة في نظائر المسألة .

ومورد البحث في هذه المسألة هو الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام في زمن الحضور والمعزول من قبله ، وأما قبل العزل فلا تسمع دعوى المولى عليه ، وبه صرح فخر المحققين في شرح القواعد ، ومن هنا قيد المحقق بـ « المعزول »[1].

---

١) والحاصل أن في المسألة خلافاً في موضعين أحدهما: في وجوب احضار الحاكم الثاني للحاكم الاول المعزول، فقال المحقق

والعلامة في القواعد: وجب احضاره وان لم يقم المدعي بينة، ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال: وهو الاقوى. وقد أستدل له بأنها دعوى شرعية يشملها عموم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فيجب سماعها وترتيب الاثر عليها باحضار المدعى عليه وهو الحاكم المعزول والنظر في المرافعة وان لم يقم المدعي بينة له بذلك. قال في الجواهر: بل وان صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، ولاحتمال اقراره، وأبهة القضاء لا تنافي ذلك. وعن بعضهم: لا تسمع مطلقاً ـ وقيل: لا تسمع الا أن يذكر المدعي أن له بينة عليه بذلك، لان الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب فيعمل بهذا الظاهر الى أن تقوم الحجة بخلافه ولان فتح هذا الباب موجب للطعن في الحكام. وهذا القول اختيار فخر المحققين.

والثاني: أنه على تقدير احضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم الا بشهادة عدلين فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر الى البينة والا قدم قول المدعي؟ اختار الشيخ في المبسوط الثالث، لانه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه، فعليه البينة حينئذ. واختار في المسالك الثاني قائلا: وهو الذي مال اليه المصنف والعلامة وأكثر المتأخرين، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف وابن الجنيد، لادعائه الظاهر كسائر الامناء

اذا أدعى عليهم خيانـة . وقد أشكل المحقق على قول الشيخ بما سمعت ، وفي القواعد : وفيه نظر لان الظاهر من الحكام الاستظهار في حكمهم فيجب عليه اليمين لادعائه الظاهر . وقد رد دليل الشيخ: بمنع كون مطلق نقلـه المال موجباً للضمان ، بـل انما يكون سبباً للضمان مع التفريط والاصل عدمه، وبأن هذا يؤدي الى امتهان الحكام وزهدهم في الاحكام . وقيل : انه يصدق بغير يمين ، لانه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال . وقد حكى الشيخ هذا القول في المبسوط، قال في المسالك: واستحسنه الشيخ فخر الدين في شرحه بعد أن رجح القول الثاني ولا نعلم به قائلا من الاصحاب وفي مفتاح الكرامة : حكاه الشيخ وهو الصواب .

هذا وظاهر السيد الاستاذ موافقة المحقق في كلا الموضعين.

المسألة السادسة

(في تعدد وعدالة مترجم الحاكم)

قال المحقق « قده » : « اذا افتقر الحاكم الى مترجم لم يقبل الا شاهدان عادلان ولايقنع بالواحد عملا بالمتفق عليه » .

أقول : اذا افتقر الحاكم الى المترجم ، فقد حكي الاجماع على اشتراط كون المترجم بالغاً عادلا وان كانت السيرة قائمة على القبول وترتيب الاثر مع الوثوق والاطمينان وان لم يكن المترجم بالغاً عاقلا، فالناس في حوائجهم الشخصية يكتفون بالطريقة النوعية لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك .

انما الكلام في التعدد فهل يكفي المترجم الواحد البالغ العاقل أو لابد من التعدد ؟ فهل هو كالبينة حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفي الواحد ؟

ان كانت الترجمة شهادة فلابد من التعدد لقوله تعالى: « وأشهدوا

ذوي عدل منكم »[١] وان كانت اخباراً أمكن القول بكفاية الواحد بناء على شمول أدلة حجية خبر الواحد لجميع الاخبارات ، قال المحقق بلزوم التعدد لانه القدر المتيقن من الحجة ، وكأنه « قده » غير جازم بكون الترجمة خبراً أو شهادة ، اذ لو كان جازماً بكونه خبراً لافتى بكفاية الواحد ، وان كان جازماً بكونه شهادة لافتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الاخذ بالقدر المتيقن لعدم وجود اطلاق أو أصل يقتضي عدم لزوم التعدد مع الشك في حجية ترجمة الواحد .

وقيل : الرواية خبر والشهادة خبر ولكن اشترط في حجية الثاني أن يكون المخبر متعدداً ، فأدلة حجية خبر الواحد تقتضي حجيته الافي مورد الشهادة حيث قام الدليل على لزوم التعدد، ومع الشك في كون الترجمة شهادة يتمسك بعموم أدلة حجية خبر الواحد أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل[٢].

---

١) سورة الطلاق : ٢ .

٢) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمدة الادلة على حجية خبر الواحد هي السيرة وهي قائمة على اعتبار خبر الثقة في الاحكام والموضوعات على السواء، ولما كان اعتبار السيرة متوقفاً على عدم ردع الشارع ، فانه في كل مورد قام الدليل الشرعي على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعاً في ذاك المورد ، وحيث لم يرد نص في اعتبار التعدد في خصوص الترجمة ليكون رادعاً عن السيرة

وأجاب في الجواهر بأن الشهادة غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان وليست الشهادة خبراً مقيداً بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك . هذا أولا .

وثانياً : ان عمدة الادلة لحجية خبر الواحد هو السيرة، وهو دليل لبي يؤخذ منه بالقدر المتيقن وهو غير الترجمة .

فان قيل: ان آية النبأ[1] مطلقة ومفهومها عدم وجوب التبين عند اخبار العادل، والمترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد. وأجاب في الجواهر: بأن التبين غير واجب، ولكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الاية ، ولا منافاة بين عدم وجوب التبين ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص .

وأيضاً : آية النبأ واردة في مورد موضوع خاص يحتاج الى البينة .

وأيضاً : آية النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست في مقام وجوب العمل بخبر العادل ، بل هي في مقام بيان عدم جواز ترتيب الاثر والتعويل على قول الفاسق ، وبعبارة أخرى : ينكر أن يكون للاية مفهوم .

جاز الاكتفاء بترجمة الواحد. وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به في الجواهر عن هذا القول .

١) وهي قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين «سورة الحجرات : ٦ .

والحاصل : انه لا اطلاق للاية الكريمة .

والاولى أن نقول: ان لم تكن الترجمة في مورد الحكم ومقام الترافع ـ نظير الواعظ الذي يقرأ الرواية على المنبر ويترجمها ـ كفى الواحد، والسيرة قائمة على قبول هذه الترجمة ، بل الترجمة في هذه الحالة نظير الرجوع الى أهل الخبرة عرفاً ، وان كانت في مورد الحكم وتوقف القضاء عليها اشترط فيه التعدد . وبالجملة : ان كليهما اخبار غير أنه في مورد الترافع شهادة فيعتبر التعدد وفي مورد غيره اخبار، وحيث تكون الترجمة للشهادة في مورد الترافع فانها تكون شهادة على الشهادة ، وعليه ففي الشهادة على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين .

وكذا في مورد لا يسمع الحاكم الشهادة ، فمع الحاجة الى مسمع الحاكم يكفي الاثنان وان لزم أن يكون الشهود أربعة .

المسألة السابعة

(في شرائط كاتب القاضي)

قال المحقق « قده » : « اذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلا مسلماً عدلا بصيراً ليؤمن انخداعه ، وان كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً » .

أقول : ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً . وقد قال المحقق: «اذا اتخذ» لكن في المسالك: ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجة الى كتب المحاضرات والسجلات والكتب الحكمية، والحاكم لا يتفرغ لها غالباً ، ومن المشهور أنه كان لرسول الله «ص» كتاب وكذا لغيره من الخلفاء. وذكر في المسالك أوصافاً أخرى اشترطها في الكاتب استحباباً حيث قال : ويستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل ، عفيفاً عن المطامع الفاسدة ، لكيلا يخدع من غيره بمال وغيره ، وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل. وأن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع في الغلط والاشتباه .

وعن بعض العامة: ان الكتابة هي للتذكر فلا يشترط في الكاتب وجود شيء من هذه الاوصاف بل يجوز أن يكون غير مسلم ولا عادل.

أقول : يحتاج الى هذه الاوصاف في الكاتب حتى على القول بعدم الاعتبار للقرطاس، وذلك من جهات أخرى كاشتمال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلا لكي يتمكن من استئمانه عليها ويحصل الاطمئنان بها .

المسألة الثامنة

(فروع حول عدالة الشاهدين)

قال المحقق : « الحاكم ان عرف عدالة الشاهدين حكم وان عرف فسقهما اطرح وان جهل الامرين بحث عنهما » .

بحث الحاكم عن عدالة الشاهدين:

أقـول : اذا طرح المدعي دعواه وطالبه الحاكم باقامة البينة فان عرف الحاكم عدالة الشاهدين حكم ولا حاجة الى التزكية ، وان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه ـ اذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما ـ فعن تفسير الامام العسكري عليه السلام عن آبائه عـن أمير المؤمنين عليهم السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعي: ألك حجة ؟ فان أقام بينة يرضاها ويعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذي

ادعاه ولا شيء منه . واذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان . ثم يقيم الخصوم والشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامي المدعي والمدعى عليه والشهود ويصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك الى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك الى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الاخر الى قبائلهما وأسواقهما ومحالهما والربض الذي ينزلانه فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان ، فان أتوا خيراً وذكروا فضلا رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما وأحضر الشهود ، فقال للقوم المثنين عليهما : هذا فلان ابن فلان ، وهذا فلان ابن فلان أتعرفونهما ؟ فيقولون : نعم ، فيقول : ان فلاناً وفلاناً جاءني عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح انكما قالا ، فان قالوا : نعم ، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه ، فان رجعا بخبر سيىء وثناء قبيح دعا بهم ، فيقول : أتعرفون فلاناً وفلاناً ؟ فيقولون : نعم . فيقول: اقعدوا حتى يحضرا فيقعدون فيحضرهما فيقول للقوم : أهما هما ؟ فيقولون : نعم ، فاذا ثبت عنده ذلك لم يهتك سراً بشاهدين ولا عابهما ولا وبخهما، ولكن يدعو الخصوم الى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلا يفتضح الشهود ويستر عليهم ، وكان رؤوفاً رحيماً عطوفاً على أمته ، فان كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار ،

أقبل على المدعى عليه فقال: ماتقول فيهما؟ فان قال ماعرفنا الاخيراً غير أنهما قد غلطا فيما شهدا علي أنفذ شهادتهما ، وان جرحهما وطعن عليهما أصلح بين الخصم وخصمه وأحلف المدعى عليه وقطع الخصومة بينهما »[1].

قال: « وكذا لوعرف اسلامهما وجهل عدالتهما ... وقال في الخلاف : يحكم وبه رواية شاذة » .

أقول: لو جهل الحاكم اسلام الشاهدين أوعدالتهما من جهة الشك في اسلامهما فلاخلاف في وجوب التوقف عن الحكم والتفحص عن حالهما، وكذا لوعرف اسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، ومن شرائط الحكم بالحق عدالة الشاهدين في مورد قيام البينة ، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق ، ومذهب المشهور أن العدالة أمر زائد على الاسلام بل الايمان أيضاً، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: « واشهدوا ذوي عدل منكم »[2] فانه ظاهر في أن العدالة وصف زائد على الاسلام، اذ لوكان الاسلام كافياً لما قيد بالعدالة مع وجود كلمة «منكم»، وهذه الاية المباركة تقيد الاية الاخرى: « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[3] بالمنطوق أو بمفهوم الوصف ، والظاهر

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٤ وليصحح النص على التفسير.

٢) سورة الطلاق : ٢ .

٣) سورة البقرة : ٢٨٢ .

من الاية ـ لكونها في مورد الشهادة ـ بيان الحكم الوضعي ، أي: ان شرط قبول الحكم موقوف على كون البينة عادلة .

وعن الشيخ في الخلاف والمفيد وابن الجنيد عدم وجوب الفحص عن عدالة الشاهدين مع العلم باسلامهما، قالوا: والايتان تدلان على قبول شهادة المسلم والتقييد المذكور غير تام لعدم حجية مفهوم الوصف، وقال تعالى: «ان جائكم فاسق بنبأ فتبينوا ...»[1] وهو ظاهر في أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك في كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين .

أقول: انا لو سلمنا ماذكروا بالنسبة الى الايتين فان هذه الاية الثالثة الدالة على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل: استشهدوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم ، فان أرادوا التمسك باطلاق الايتين كان من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

وحيث أن الدليل الدال على اشتراط العدالة لايوضح معنى العدالة كان للقائل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين أن يقول بأن الاسلام عدالة ، لكنا نقول : لا اشكال في أن أحكام الاسلام مبنية على العدالة ، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلا لانه يأتي بجميع الاحكام ويطيعها فعلا وتركاً ، فان أرادوا من قولهم : «الاسلام عدالة» هذا المعنى فهو صحيح، وان أرادوا من «الاسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فان أثر التفوه بالشهادتين ـ كما في الروايات ـ هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين ، وهذا أمر تعبدي

---

١) سورة الحجرات : ٦ .

لا يفيد العدالة كما هو واضح .

نعم قيل : ان الاصل في المسلم أن يكون عادلا ، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالاحكام قهراً ، فلا يعصي هذا المسلم ربه الا نادراً، وحينئذ فمع الشك في عدالة مسلم أخذ بالاصل المذكور وحكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب، وهذا الاصل يبتني على القول بأن الاسلام غير العدالة وأن العدالة ملكة أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات ، أو كفاية حسن الظاهر.

ولكن الحق أنه مع وجود الدواعي الكثيرة المختلفة الى المعصية لاغلبة حتى يلحق بها ، بل قد يكون الاصل والغالب في بعض الازمنة هو الفساد وبه رواية[1] وكذلك زماننا .

قال في المسالك بالنسبة الى مذهب الشيخ «قده»: ان هذا القول وان كان أمتن دليلا . . . لكن المشهور الان بل المذهب خلافه ...

---

١) في سفينة البحار ج ٢/١١١: الدرة الباهرة قال ابو الحسن الثالث عليه السلام: اذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحد سوء حتى يعلم ذلك منه ، واذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل فليس لاحد أن يظن بأحد خيراً حتى يبدو ذلك منه.

نهج ـ قال أمير المؤمنين عليه السلام : اذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم تظهر منه خزية فقد ظلم ، واذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن رجل الظن برجل فقد غرر .

أقول : ومراد المحقق من وصف الرواية بالشذوذ هواعراض الاصحاب عما يدل على ذلك وان كانت عليه روايات عديدة [١] ،

---

١) قد أخرج قسم منها في أبواب الشهادات من وسائل الشيعة ومنها : ما عن علقمة قال « قال الصادق عليه السلام ـ وقدقلت له : يا ابن رسول الله أخبرني عمن تقبل شهادته ومن لاتقبل ـ فقال : ياعلقمة كل من كان على فطرة الاسلام جازت شهادته . قال فقلت له: تقبل شهادة مقترف الذنوب ؟ فقال : يا علقمة لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لماقبلت الاشهادة الانبياء والاوصياء عليهم السلام لانهم المعصومون دون سائر الخلق ، فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة والستر وشهادته مقبولة وان كان في نفسه مذنباً ، ومن اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله داخل في ولاية الشيطان» وسائل الشيعة ١٨/٢٩٢.

ومنها : ما عن حريز عن أبي عبدالله عليه السلام « في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الاخران. فقال : اذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أجيزت شهادتهم جميعاً ، وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه، انما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا ، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم الا أن يكونوا معروفين بالفسق» وسائل الشيعة ١٨/٢٩٣.

ومنها : مرسلة يونس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «سألته عن البينة اذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضي بقول البينة؟

حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها في مواضع أخر، بل ان التفحص عن الشهادة كان معمولا به في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما دلت على ذلك الرواية المذكورة سابقاً، وهي وان كانت ضعيفة سنداً[1] لكن عليها العمل .

وقال السيد في العروة : « لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعي أن له تزكيتهما بالشهود اذا كان جاهلا بذلك ثم

فقال : خمسة أشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم : الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانساب. فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وسائل الشيعة ١٨/ ٢٩٠ . وقد ذكر هذا الخبر في الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه .

ومنها : ما عن عبدالله بن المغيرة قال قلت لابي الحسن الرضا عليه السلام رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين . قال : كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته » وسائل الشيعة ١٨/ ٢٩٠ .

وقد أطال في الجواهر البحث عن هذه الاخبار ودلالتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها في صلاة الجماعة من كتاب الصلاة .

١) لانها من أخبار التفسير المنسوب الى الامام الحسن العسكري عليه السلام وفي ثبوت هذا التفسير له عليه السلام بحث بين علمائنا وكلام طويل مذكور في كتب الحديث .

يطلبها منه ، ولو قال : لاطريق لي الى ذلك أو قال : يعسر علي أو قال : لا أفعل وطلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه أولا ؟ قد يقال بوجوبه ... والاقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقاً والا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه أيضاً مع أنه ليس كذلك قطعاً .

أقول : ليس المراد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ترك النظر في الدعوى اذا لم يكن للمدعي بينة عادلة على دعواه، بل المعنى انه حينئذ يقضي باليمين، نظير الصلاة حيث تجب الصلاة مع الوضوء في حال وجدان الماء والا وجبت مع التيمم بعد الفحص واليأس عنه في الحدود المعينة لذلك شرعاً ، غير أن الشارع لم يحدد وجود البينة بل أحال الامر الى العرف ، وأهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين في بلدهما وعشيرتهما ، بل روي ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أيضاً ، فحاصل معنى الحديث أنه ان كان هناك ـ مع الجهل بحال الشاهدين ـ طريق متعارف الى معرفة حالهما فالفحص عن ذلك لازم ، والافيكون الحكم بالايمان ... وهذا تقريب آخر لمذهب المشهور ، بل يجب على الحاكم الارسال خلف الشاهدين ـ لو امتنع المدعي عن احضارهما ـ ان أمكنه ذلك، لان الحكم واجب عليه فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الامكان والمتعارف . . . فالحق مع المشهور .

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق «قده»: « ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه » .

أقول: لا ريب في هذا ولا يختلف باختلاف الاقوال في حقيقة العدالة ، فانه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم ، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهادة، ووجه الانتقاض: أن العدالة شرط واقعي لا علمي فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم . وقد يقال بأن الشرط في قبول الشهادة هو كون الشاهد عادلا في نظر الحاكم والا فلا طريق الى العلم بالعدالة الواقعية لاحد ، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » .

وفيه: ان ظاهر اشتراط شيء لشيء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، وكذا الاحكام تتوجه الى الامور الواقعية ، فاذا قيل: الغنم حلال ، أو البول نجس أريد الغنم الواقعي، والبول الواقعي، ولو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر ، ألا ترى الى قول الشارع في مسألة الاقتداء في الصلاة حيث العدالة فيه شرط علمي لا واقعي: « لا تصل الا خلف من تثق بدينه »[1] فلو صلى خلف من وثق بعدالته وانكشف الخلاف لم تجب عليه الاعادة ولا القضاء

---

١) وسائل الشيعة : ٣/٣٩٥ .

بخلاف ما لو كان الكلام هكذا : صل خلف العادل ، فانه ظاهر في الشرطية الواقعية ويترتب عليه الاعادة أو القضاء مع انكشاف الخلاف .

وقد ذكر صاحب الجواهر : أن الاصل الواقعية في الشرائط، وهذا الاصل غير واضح عندنا ولعله يريد الظاهر، ولقد كان الاولى التعبير به دونه ، لان الظاهر أمارة .

وقال في الجواهر : الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم، قال: بل لعله كذلك لو كان بعد الاقامة قبل الحكم ، وان المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقاً لا بأن يقول الخصم ـ بعد احراز الحاكم العدالة ـ: لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه والتفحص عن ذلك .

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر ؟

قال المحقق « قده » : « ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر» .

أقول : أي انه لا يجوز الاعتماد على حسن الظاهر ، بل لابد من معرفة باطن الشخص على أثر المعاشرة والمخالطة معه ، وهذا مبني على أن العدالة ملكة فانه بناء على هذا يشترط الشهادة بوجود الملكة فيهما ولا يحصل العلم بذلك الا بالمعاشرة، اذ الاعمال الجوارحية يمكن الاطلاع عن طريقها الى الجهات الباطنية لان الاناء يترشح بما فيه .

وأما بناء على أن العدالة حسن الظاهر ـ كما عليه جماعة ـ فيشهد بحسبها ، كما أن الامر بناء على أن الاسلام عدالة واضح .

وقد شبه صاحب الجواهر العدالة بناء على مذهب المحقق بالاعسار ، فلو ادعى المدين الاعسار لم يقبل منه ولا يثبت الاعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبة، بل لابد من التحقيق، فالملكة أيضاً كذلك ، فان كثيراً من المعاصي لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفي حسن الظاهر، وخالفه استناداً الى الاخبار الكثيرة الدالة على جواز الشهادة تعويلا على حسن الظاهر .

وسيأتي في كتاب الشهادات انشاء الله تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهادة استناداً الى طريق من الطرق والامارات الشرعية كاليد والبينة وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به ، وملخصه : أنه لو شك مثلا في كلام لا يعلم هل هو كذب أولا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدلة حرمة الكذب حينئذ لانها شبهة مصداقية، وعليه تجري البراءة عن الحرمة ، الا أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج والدماء، وأما الاخبار عن شيء بنحو الجزم ـ مع الشك في تحققه ـ فلا يبعد كونه افتراء ، فالشهادة بما لا يعلم افتراء ، اذن لابد من العلم في الشهادة ، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعي فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم في جواز الشهادة ؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ في الموضوع بنحو الكاشف والطريق، فتجوز الشهادة اعتماداً على الطريق الشرعي ، هذا كله أصولا .

وأما فقهاً فان الروايات الواردة في الجواز كثيرة[١]، وتفصيل المسألة في كتاب الشهادات. بل في الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عدالة، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمي مرجعه الى أن العدالة شرعاً هي ملكة يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عبارة عنه ، والا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطة والصحبة المتأكدة في سره وعلانيته .

أقول : وعندي أن العدالة هي الملكة وحسن الظاهر طريق اليها ، لان حسن الظاهر أعم من العدالة ، لكن الملكة تكون علة لحسن الظاهر ، لانها حالة نفسانية مستندة الى الاعتقادات الراسخة وتوجب ترك المحرمات والعمل بالواجبات ، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكة على الندم والتوبة .

ولا ريب في أن العلم بحسن الظاهر أيضاً يتوقف على المعاشرة كذلك ، فان الصفات التي ذكرت في الروايات ـ المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر ـ لا يمكن الاطلاع عليها الا بها... فالحاصل: ان الاثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافاً للمحقق ، وليس حسن الظاهر هو العدالة خلافاً للجواهر ، بل هو طريق اليها، وعليه تقوم الطرق الشرعية مقام العلم في الشهادة.

ثم ان المستفاد من تلك الاخبار عدم وجوب التعمق الشديد في حالات الشخص .

---

١) ذكرنا بعضها في الهامش المتقدم .

السؤال عن التزكية وكيفية ثبوتها :

قال المحقق : « وينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سراً فانه أبعد من التهمة » .

أقول : وهذا واضح ، لانه ان سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكية اما حياء واما وفاء واما خوفاً واما رجاء، وان كان يعلم بعدالته فأجاب بالايجاب وشهد بذلك لاتهم من قبل الخصم بأنه زكاه لاحد الاسباب المذكورة .

قال : « وتثبت مطلقة وتفتقر الى المعرفة الباطنة المتقادمة » .

أقول : ان التزكية تفتقر الى المعرفة السابقة بباطن المزكى على أثر المخالطة ولا تكفي الشهادة تعويلا على حسن الظاهر عند المحقق ، لكن في الجواهر « تفتقر الى المعرفة الباطنة المتقادمة المفيدة للعلم أو الظن بحصول الملكة وأن ما يصدر من ذلك من آثارها ، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لايظهر منه سراً وعلانية الا الحسن » أي: ان علم بالعدالة فهو والا كفى الظن بحصول الملكة، وكذا يكفي الشهادة بحسن ظاهره بالمعنى المذكور ، فكأنه يحمل عبارة المحقق الصريحة في عدم كفاية حسن الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التي لايستفاد منها الحسن في جميع ما يظهر منه سراً وعلانية ، قال : وهذا هو مراد القائلين بكفاية حسن الظاهر فيتحد القولان .

ثم ان الشهادة بالعدالة لايشترط فيها التفصيل فيكفي أن يشهد

بعدالته . وقيل : بل يلزم أن يقول في حقه : عادل مقبول الشهادة اذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهادة كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسة ، وربما يقال : بكفاية الشهادة بأنه مقبول الشهادة . . . وسيأتي لذلك تتمة قريباً ان شاء الله .

كيفية ثبوت الجرح :

قال المحقق : « ولا يثبت الجرح الا مفسراً وفي الخلاف : يثبت مطلقاً » .

أقول : في هذا المقام أقوال، فقيل: لاتثبت العدالة ولاالجرح الا مفسراً بذكر سبب التعديل دون التفسيق ، وقيل بالعكس وهو مختار المحقق « قده » .

ووجه تفصيل المحقق هو : ان تفسير العدالة يحتاج الى ذكر جميع الواجبات وانه يعملها كلها ، وذكر جميع المحرمات وانه يتركها كلها وهذا أمر يستلزم العسر والحرج ، فلذا تكفي الشهادة بالعدالة مطلقة ، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لانه يكفي في ثبوت الفسق فعل كبيرة واحدة من الكبائر .

وأيضاً : أسباب الفسق مماوقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلداً لمن يرى حرمة فعل من الافعال وليس حراماً عند من يقلده الفاعل كانت شهادته بذلك عند الحاكم اغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعي لايعلمه الشاهد . . . فلابد من ذكر السبب حتى يتضح الامر وترتفع الجهالة .

وقد أجيب عن الوجه الاول بالمنع من لزوم الحرج ، وعن الثاني : بوقوع الخلاف في سبب العدالة كذلك ، وعليه يكفي الاطلاق في كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معاً .

ثم ان المعدل أو الجارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العدالة وأن أي شيء يضربها وأي شيء لايضربها، وأن يكون عالماً بفتوى الحاكم في المسألة لئلا يلزم الاغراء بالجهل ، فان أحرز الحاكم معرفة الشاهدين بالامرين رتب الاثر على شهادتهما سواء في الجرح والتعديل من غير حاجة الى ذكر السبب ، وان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلديهما في معنى العدالة فلا يرتب الاثر ، وكذا اذا احتمل الاختلاف .

وفي الجواهر استوجه حمل عبارة الشاهد على الواقع وان اختلف الاجتهاد في تشخيصه، قال: ومن هنا لايجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به، وكذا التطهير والتنجيس وغيرهما وان كانت هي أيضاً مختلفة في الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح ...

وأورد عليه بالفرق بين المقامين ، اذ يكفي في مسألة الطهارة لاجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أوطريق الى الطهارة، أما في مسألة الحكم فلابد من احراز الواقع، وأيضاً: أصالة الصحة جارية في عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحة الواقعية مالم يعلم بالخلاف بخلاف الامر في الشهادة ، فلو شهدا بمالكية زيد

للدار وأراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهادة توقف الحكم على احراز عدالة الشاهدين ، فظهر أن بين الطهارة والملكية وما نحن فيه فرقاً .

أقول: في مسألة الشهادة ان شهد بوجود ملكة العدالة في المشهود له قبلت الشهادة، وان شهد بالعدالة فلا تقبل لانه يكون نظير الشهادة بعدالة زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته ، وأما الحمل على الصحة الواقعية ـ كما هو الحال في الطهارة والملكية ـ ففيه تأمل ويحتاج الى تتبع كلماتهم في ذلك .

ثم انه لابد أن يظهر المطلب بعنوان الشهادة، وبعبارة أخرى: يشترط أن ينشىء الشهادة لا أن يخبر عن العدالة مثلا، للفرق الواضح بين مفهومي الشهادة والاخبار لغة وعرفاً .

ويجب تعيين المزكى أو المجروح فلا يكفي القول المجمل بل كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسأل الشاهدين في حضور المدعى عليه هل هو نفسه أولا ؟

وهل يشترط ضم ألفاظ أخرى الى الشهادة بالعدالة مثل « مقبول الشهادة » كما عن بعضهم أو « مقبول الشهادة لي وعلي » كما عن آخر أو لا يشترط ؟ الذي يقوى في النظر هو الثاني وفاقاً لصاحب الجواهر، ولكن لا لما ذكره قدس سره فانه يبتني على تمامية قاعدة المقتضي والمانع ، وهي محل بحث كما فصل في محله ، على أن تلك القاعدة لا مجال لها في بعض صور المسألة، كما اذا كان المانع احتمال بنوة الشاهد ـ بناء على أن شهادة الولد على والده غير

مسموعة ـ فانه لا معنى للقول بأن الاصل عدم كونه ولداً له .

بل لان الاطلاقات والعمومات تعتبر العدالة فحسب وتفيد أن شهادة العادل مقبولة ، فمن ادعى العدم فعليه اقامة الدليل المخصص لكن في موارد الشك كما اذا شك في كون الشاهد خصماً للمدعى عليه فلابد من احراز عدم الخصومة والا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهات المصداقية .

قال المحقق « قده » : « ولا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفة ويكفي العلم بموجب الجرح » .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهادة بالعدالة فهي متوقفة عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل :

قال: «ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدم الجرح... ».

أقول: في حال اختلاف الشهود بالجرح والتعديل يتقدم الجرح لان حاصل شهادة المعدلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان : رأينا منه كذا . . . فتكون الشهادة بـالجرح شهادة بما خفي عن المعدلين فيقدم الجرح ولا تعارض بين الشهادتين.

وعلى هذا الاساس لو قال الجارح : رأيته يفعل كذا يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل والتزم باتيان الواجبات وترك المحرمات بعد هذا التاريخ قدم التعديل لانه شهادة بما يخفى على الجارحين .

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشهادتين ، كأن يقول الجارح : رأيته يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، ويقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر الى بلد آخر، فانه تتعارض البينتان ، قال المحقق : « ولو تعارضت البينتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف: وقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً » .

أقول : القول بالتوقف في صورة التعارض يكون تارة بمعنى رفع اليد عن شهادة الطرفين فلا يحكم بالفسق ولا بالعدالة بل يحلف الخصم، وأخرى لايحكم بشيء ولا يحلف الخصم، لكن في الخلاف أيضاً : « اذا تعارضت البينتان على وجه لاترجيح لاحداهما على الاخرى أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وأعطي الحق ، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روي أنه يقسم نصفين » .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهة انصراف قوله «ص»: « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » عن صورة التعارض بين البينتين وحينئذ فان أمكن التنصيف والا فالقرعة لانها لكل أمر مشكل، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً .

وأما لو قال أحدهما : هو الان عادل ، وقال الاخر : هو الان فاسق، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان ؟ الظاهر هو الثاني فيتساقطان .

وقال في الجواهر : وقد يقال أيضاً « ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عدالة أو فسق والا حكم به » .

أقول : ان أراد صورة التعارض بين البينتين فانه مع جريان الاستصحاب لا حاجة الى الجرح والتعديل بل تستصحب الحالة السابقة ويترتب الاثر ، الا أن الفقهاء لم يتعرضوا الى الاستصحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطة، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البينة مع عدم العلم لانها الكاشفة عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامة البينة حكم تعبدي يعامل مع مفادها معاملة الواقع لا أنها تكشف عنه، وحينئذ يقوم الاستصحاب مقامها لكن الظاهر أن حجية البينة هي بعنوان تتميم الكشف ولعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال .

ثم نقل عن كاشف اللثام احتمال تقديم شهادة التعديل لدى التعارض للاصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافاً لمن قدم شهادة الجرح ثم قال: «وهو جيد فيما يرجع الى ما ذكرناه لامطلقاً» فان قول بعضهم بأن الاسلام ملكة تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات ضعيف، وقد ضعفه كاشف اللثام أيضاً واختار أن العدالة حسن الظاهر كالجواهر .

المسألة التاسعة

(فى تفريق الشهود عند الشهادة)

قال المحقق «قده» : « لا بأس بتفريق الشهود ، ويستحب في من لا قوة عنده »[1].

---

١) هذا كلامه « قده » هنا ، وسيأتي في المسألة الرابعة عشرة : يكره للحاكم أن يعنت الشهود اذا كانوا من ذوي البصائر والاديان القوية ، مثل أن يفرق بينهم ، لان في ذلك غضاضة لهم، ويستحب ذلك في موضع الريبة. وقال في النافع في الاداب المستحبة للقاضي: وتفريق الشهود عند الاقامة فانه أوثق ، خصوصاً في موضع الريبة، عدا ذوي البصائر لما يتضمن من الغضاضة . وقال العلامة « قده » في القواعد: وينبغي للحاكم اذا طلب الاستظهار في موضع الريبة أن يفرق الشهود خصوصاً في من لا قوة عنده، ويكره اذا كان الشهود من ذوي البصائر والاديان القوية. وفي الرياض: عدا ذوي البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الاعيان فلا يستحب تفريقهم بل ويكره وربما

أقول : ان الميزان الشرعي للقضاء هو البينات والايمان كما في الحديث الشريف ، ولكن هل تعبدنا الشارع بالاخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات والنظر في القرائن وغير ذلك مما يستكشف به الواقع ويتوصل به الى حقيقة الحال[١]؟ قال المحقق : «لا بأس بتفريق الشهود ويستحب في من لا قوة عنده».

أقول : ان اطلاق الاية الكريمة : « واستشهدوا شهيدين من من رجالكم »[٢] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[٣] يشمل ما اذا شهدا معاً أو شهد كل واحد من الشاهدين على حدة، فيجوز الامران ، لكن في صورة التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطؤهما في الشهادة بخلاف ما اذا شهدا معاً... هذا بحسب القاعدة وقطع النظر عن الاخبار الخاصة الواردة، لكن المحقق أفتى بالاستحباب في صورة كون الشاهد لا قوة عقل عنده ولعل وجهه عمل النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما في

حرم لما يتضمن تفريقهم من الغضاضة والمهانة بهم، بل وربما يحصل في ذلك كسر قلوبهم .

١) استفاد السيد الاستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرين الاتيين عدم اختصاص التفريق بالشهود وأن للحاكم التوصل الى معرفة الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافي الشرع .

٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

بعض الموارد .

وفي الجواهر : قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل اثبات العدالة وطلب المدعي الحكم .

وهذا غير واضح اذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك الا التأكد والاطمئنان... وكيف كان فلا شبهة في الجواز ويدل على ذلك روايات منها : ماروي عن معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أتي عمر بن الخطاب بجارية قد شهدوا عليها أنها بغت ، وكان من قصتها أنها كانت يتيمة عند رجل وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله ، فشبت اليتيمة فتخوفت المرأة أن يتزوجها زوجها ، فدعت بنسوة حتى أمسكنها ، فأخذت عذرتها باصبعها ، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأة اليتيمة بالفاحشة وأقامت البينة من جاراتها اللائي ساعدنها على ذلك ، فرفع ذلك الى عمر فلم يدر كيف يقضي فيها ، ثم قال للرجل : ايت علي بن أبي طالب عليه السلام واذهب بنا اليه .

فأتوا علياً عليه السلام وقصوا عليه القصة فقال لامرأة الرجل : ألك بينة أو برهان ؟ قالت : لي شهود هؤلاء جاراتي يشهدن عليها بما أقول فأحضرتهن ، فأخرج علي بن أبي طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه ، وأمر بكل واحدة منهن فأدخلت بيتاً ، ثم دعا بامرأة الرجل فأدارها بكل وجه ، فأبت أن تزول عن قولها فردها الى البيت الذي كانت فيه ، ودعا احدى الشهود وجثى على

ركبتيه ثم قال : تعرفيني أنا علي بن أبي طالب وهذا سيفي وقد قالت امرأة الرجل ما قالت ورجعت الى الحق وأعطيتها الامان ، وان لم تصدقين لاملان السيف منك، فالتفتت الى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الامان علي فقال أمير المؤمنين فاصدقي، فقالت: لا والله الا أنها رأت جمالا وهيئة فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر ودعتنا فأمسكناها فافتضتها باصبعها، فقال علي عليه السلام: الله أكبر، أنا أول من فرق بين الشاهدين [الشهود] الا دانيال النبي. فألزم علي المرأة حد القاذف وألزمهن جميعاً العقر ، وجعل عقرها أربعمائة درهم ، وأمر امرأة الرجل أن تنفى من الرجل ويطلقها زوجها، وزوجه الجارية، وساق عنه علي المهر . فقال عمر : يا أبا الحسن فحدثنا بحديث دانيال ، فقال علي عليه السلام : ان دانيال ... »[1].

وما عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: « ان شاباً قال لامير المؤمنين عليه السلام: ان هولاء النفر خرجوا بأبي معهم في السفر، فرجعوا ولم يرجع أبي، فسألتهم عنه فقالوا: مات فسألتهم عن ماله فقالوا : ما ترك مالا، فقدمتهم الى شريح فاستحلفهم وقد علمت أن أبي خرج ومعه مال كثير ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : والله لاحكمن بينهم بحكم ما حكم به خلق قبلي الا داود النبي عليه السلام . يا قنبر أدع لي شرطة الخميس فدعاهم، فوكل

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٠٢. وهي صحيحة أوحسنة بابراهيم ابن هاشم .

بكل رجل منهم رجلا من الشرطة ، ثم نظر الى وجوهم فقال: ماذا تقولون؟تقولون انى لاأعلم ماصنعتم بأبي هذا الفتى؟اني اذاً لجاهل. ثم قال : فرقوهم وغطوا رؤوسهم. قال: ففرق بينهم وأقيم كل رجل منهم الى أسطوانة من أساطين المسجد ورؤوسهم مغطاة بثيابهم. ثم دعا بعبيدالله بن أبي رافع كاتبه فقال : هات صحيفة ودواة، وجلس أمير المؤمنين عليه السلام في مجلس القضاء ، وجلس الناس اليه، فقال لهم : اذا أنا كبرت فكبروا . ثم قال للناس : أخرجوا . ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه . ثم قال لعبيدالله: أكتب اقراره وما يقول ، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: في أي يوم خرجتم من منازلكم وأبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل : في يوم كذا وكذا . فقال : وفي أي شهر ؟ فقال: في شهر كذا وكذا، قال: في أي سنة؟ فقال : في سنة كذا وكذا. فقال: والى أين بلغتم في سفركم حتى مات أبو هذا الفتى ؟ قال : الى موضع كذا وكذا . قال : وفي منزل من مات ؟ قال: في منزل فلان ابن فلان . قال: وما كان مرضه ؟ قال : كذا وكذا. قال: وكم يوماً مرض؟ قال : كذا وكذا . قال : ففي أي يوم مات؟ ومن غسله؟ ومن كفنه ؟ وبما كفنتموه ؟ ومن صلى عليه ؟ ومن نزل قبره ؟ فلما سأله عن جميع ما يريد كبر أمير المؤمنين عليه السلام وكبر الناس جميعاً،فارتاب أولئك الباقون، ولم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم وعلى نفسه ، فأمر أن يغطى رأسه وينطلق به الى السجن . ثم دعا بآخر فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه وقال : كلا زعمتم أني

لا أعلم ما صنعتم ؟ فقال: ياأمير المؤمنين ما أنا الا واحد من القوم، ولقد كنت كارهاً لقتله ، فأقر . ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل وأخذ المال. ثم رد الذي كان أمر به الى السجن فأقر أيضاً. فألزمهم المال والدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك ... »[1].

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢٠٤ . وفي سندها علي بن أبي حمزة البطائني .

المسألة العاشرة

(في ما يعتبر في الشهادة بالجرح)

قال المحقق « قده » : « لايشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم ... » .

أقول : يشترط في الشهادة بالجرح مشاهدة الشاهدين لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك الفعل منه في الناس شياعاً موجباً للعلم واليقين ، والا فلا تجوز الشهادة به ، وأما في الشهادة بالعدالة فلا يشترط ذلك بل يكفي حسن الظاهر من جهة أنه ـ كما في الاخبار ـ الطريق الى معرفة العدالة والكاشف عن وجود الملكة الراسخة وان كان احتمال الخلاف موجوداً فقد ورد في تلك الاخبار[1]

---

١) قد تقدم ذكر بعضها ، ففي مرسلة يونس : « ... فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وفي

من كان كذلك تقبل شهادته ، ومن هنا يقع الفرق بين الشهادة بالجرح والشهادة بالعدالة .

وقد تقدم أن الشهادة استناداً الى البينة والاستصحاب جائزة .

وعن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض وانتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح وجهان، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتباعه الا ما استثني ، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينة المدعية للمعاينة كما مر في نظائره .

وأورد عليه في الجواهر بقوله: وفيه ما لايخفى بعد فرض عدم حصول مرتبة العلم ، وعدم الدليل على الاكتفاء بمثله وحرمة القياس على البينة التي مبناها التعبد ، ومن هنا كان ظاهر المصنف وغيره اشتراط العلم .

أقول : ان البحث هو في الشهادة بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهادة استناداً الى البينة بل ولا بالاستناد الى العشرة، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه .

هذا وتجوز الشهادة بالعدالة استناداً الى حكم الحاكم، وحكم الحاكم بعدالة الشاهدين أو فسقهما حجة بالنسبة الى الحاكم الاخر، ولكن ليس للاول ولا غيره الشهادة بالفسق أو العدالة ، فحكم الحاكم حجة وأما شهادته فغير مسموعة .

رواية عبدالله بن المغيرة: «كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته » ونحوهما غيرهما .

ثم هل للافعال ظهور كالاقوال بحيث يجب الاخذ به ؟ فيه خلاف والظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف . وانما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فان أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم ، والا فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجة أولا؟ الظاهر هو الاول وفاقاً للسيد « قده »[1].

---

١) اذ قال : انه يكفي ظهوره بملاحظة الحالات والمنضمات وأنه من الظنون المعتبرة ، وخلافاً لصاحب الجواهر «قده» حيث قال بأنه : من الظن الذي لا دليل على حجيته بل الدليل على خلافه.

المسألة الحادية عشرة

(في الحكم باستمرار العدالة حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق « قده » : «لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته ... »

أقول : لو ثبتت عدالة الشاهد حكم الحاكم باستمرارها بالاستصحاب غير أنه لما كان للاستصحاب كاشفية نوعية بنى العقلاء على العمل بها كما تقرر في الاصول ـ يشترط عدم الفاصل الطويل بين زماني اليقين والشك لان ذلك يؤدي الى ضعف الظن بالبقاء والكاشفية النوعية المذكورة .

قال : « وقيل : ان مضت مدة يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحد لذلك ، بل بحسب ما يراه الحاكم » .

أقول : وهذا قول ثان في المسألة ـ قال في الجواهر ـ وان

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا[1]. وعن المبسوط عن بعضهم تحديده بستة أشهر ولا دليل عليه، بل الاستصحاب حجة حتى يتبين ماينافي العدالة.

---

١) وجعله المحقق العراقي « قده » من خرافات العامة، لكنه الاحوط في القواعد اذ جاء فيه: والاحوط أن يطلب التزكية مع مضي مدة يمكن تغيير حال الشاهد، وذلك بحسب مايراه الحاكم من طول الزمان وقصره. وقال صاحب مفتاح الكرامة: ولا ريب في استحبابه.

المسألة الثانية عشرة

(فى كتابة الحاكم قضايا كل اسبوع)

قال المحقق : « ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها ، فاذا اجتمع مالشهر كتب عليه قضاء شهر كذا ، فاذا اجتمع مالسنة جمعه وكتب عليه قضاء سنة كذا » .

أقول : كان ينبغي ذكر هذه المسألة في الاداب ، والامر سهل.

المسألة الثالثة عشرة

(هل يجب على الحاكم كتابة المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابة المحضر...»

أقول: لايجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابة ولوازمها كالدواة والقرطاس، وقيل: يجب عليه الدواة، ولو بذل باذل أو أرسل اليه من بيت المال ـ وكانت الكتابة واجبة عليه ـ وجب عليه الكتابة، وفي الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً وان نسبه في المسالك الى الاشهر تارة والى المعروف بين الاصحاب أخرى معللا له بأن ذلك حجة فكان عليه اقامتها كالحكم، وكما لو أقرله بالحق وسأله الاشهاد على اقراره. الا أنه كما ترى، ضرورة أن الحجة حكمه والاشهاد عليه لاكتابة الحكم، بل وكذا كتابة الاشهاد على الاقرار.

أقول: قد يكون للكتابة واعطائها بيد من حكم له دخل في احقاق الحق ووصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث اذا لم تكن

كتابة لم يتحقق الحق وتحصيله ، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وتسليمه لاهله .

وقديستدل لوجوب الكتابة بقوله تعالى: « ... وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ... »[1] فانه ظاهر في الوجوب وقد اكده بالنهي عن الاباء عنها ، وأجاب في الجواهر : بأنه في غير ما نحن فيه وهو محمول على ضرب من الكراهة ، للقطع بعدم وجوب ذلك .

وفيه: أن المستفاد من الاية الكريمة هو الملاك العام وهو: عدم اباء الكاتب والشاهد عن الكتابة والشهادة عند الحاجة واحتمال ضياع الحق بدون ذلك. وخصوصية مورد الاية لا تخصص، ولذا استدل بها الاصحاب في غير الدين .

وأما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابة فان أريد القطع بعدم وجوبها أولا وبالذات فهو حق ، وان أريد القطع بعدم وجوبها عليه وان بذل له ما يلزم وطولب بها واحتمل ضياع الحق لو لم يكتب فتلك دعوى بعيدة .

وقد يستدل بقوله تعالى: « وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم ... »[1] بناء على ما هو الاظهر من أن « يضار » أصله « يضارر » فأدغمت الراء في الراء وفتحت

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الا بالحق ولا يشهد الشاهد الا بالحق والا كان فسقاً[1].

نعم في الاية السابقة ما يحتمل معه كون الامر فيه ارشادياً وهو قوله عز وجل « ذلكم أقسط ... » بناء على أنه يتوجه الى جميع الاية لا الجملة الاخيرة منها، ولكن الظاهر دلالة الاية على الوجوب في حال المطالبة ووجود الحاجة كما ذكرنا .

---

١) القول الثاني: ان أصله «يضارر» بفتح الراء الاولى فأدغمت، فيكون المعنى: لا يدعي الكاتب على وجه يضر به وكذلك الشاهد لقاعدة نفي الضرر . وقد ذكر في مجمع البيان القولين وقال : والاول أبين .

المسألة الرابعة عشرة

(في تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق : « يكره للحاكم أن يعنت الشهود اذا كانوا من ذوي البصائر ... » .

أقول : أي يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوي البصائر والفهم والاديان معاملة من ليسوا كذلك .

قال : « لان في ذلك غضاضة لهم » كما لا يخفى .

قال : « ويستحب ذلك في موضع الريبة » .

أقول : ويظهر من قول أمير المؤمنين عليه السلام : « أنا أول من فرق الشهود »[1] ان هذا الامر لم يكن جارياً الا في موارد الشبهة والريبة .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢٠٣ . وقد تقدم الحديث بكامله .

المسألة الخامسة عشرة

(لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشهود)

قال المحقق : « لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد ، وهو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه ، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده وان كان يتردد .

ولو تردد في الشهادة لم يجز ترغيبه في الاقدام على الاقامة ولا تزهيده في اقامتها .

وكذا لا يجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار لانه ظلم لغريمه ويجوز[1] ذلك في حقوق الله، فان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم

---

١) وفي المسالك: يستحب. قال: يستحب له ذلك تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم في قضية ماعز بن مالك لما جاء الى النبي « ص » وأقر عنده بالزنا وكان « ص » يعرض له بالتأويل ويقول له : لعلك قبلتها لعلك لمستها . ايثاراً للاستتار . والرواية مشهورة .

قال لماعز عند اعترافه بالزنا « لعلك قبلتها ، لعلك لمستها » وهو تعريض بايثار الاستتار » .

أقول : وكل ذلك واضح .

المسألة السادسة عشرة

(في أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

قال المحقق « قده » : « يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه » .

أقول : ووجهه واضح ، فان فيه ترجيحاً له على صاحبه ، وقد روي: « أن رجلا نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم اليه في خصومة [حكومة] لم يذكرها لامير المؤمنين ، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله «ص» نهى أن يضاف الخصم الا ومعه خصمه »[1].

وكذا يكره أن يذهب الى دار أحدهما دون الاخر ، بل كل ما يقتضي ترجيح أحد الخصمين على صاحبه .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ .

المسألة السابعة عشرة

(في حرمة الرشوة)

قال المحقق : « الرشوة حرام على آخذها » .

أقول: لا يجوز أخذ الرشوة، وهي حرام على آخذها بالاجماع بل بالضرورة من الدين ، ويدل عليه قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون »[1].

والاخبار في هذا الباب متواترة ، وفي جملة منها : ان الرشا في الحكم كفر بالله[2].

---

١) سورة البقرة : ١٨٨ .

٢) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « الرشا في الحكم هو الكفر بالله » .

وعنه عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: « وأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله » .

وفي بعضها : انه شرك[١].

فلا ريب في الحكم .

موضوع الرشوة :

انما الكلام في موضوع الرشوة، وكلمات الاصحاب من الفقهاء واللغويين في ذلك مضطربة :

قال المحقق : « ويأثم الدافع لها ان توصّل بها الى الحكم له بالباطل ، ولو كان الى حق لم يأثم » .

أقول : وعن جامع المقاصد : « ان الجعل من المتحاكمين رشوة » لكن ظاهر الرواية[٢]: ان الاجرة على القضاء غير الوشوة فلذا كانت الاولى سحتاً والثانية كفراً .

أنظر وسائل الشيعة : ١٨/١٦٢و١٦٣ .

وعن عمار بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: « فأما الرشا في الحكم فان ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم » وسائل الشيعة : ٦/٦١ .

١) عن الاصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال : « وان أخذ الرشوة فهو مشرك » . وسائل الشيعة ٦/٦٣ .

٢) يعني : ماعن عمار بن مروان قال قال أبو عبدالله عليه السلام: « كل شيء غل من الامام فهو سحت ، والسحت أنواع كثيرة منها ماأصيب من أعمال الولاة الظلمة ومنها أجور القضاة وأجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ المسكر والربا بعد البينة فأما الرشا ـ ياعمار ـ

وقيل : ما يبذله المتحاكمان رشوة ولو كان بعنوان الجعالة والاجرة .

وفي القاموس فسر الرشوة بالجعل، لكن في مجمع البحرين: قلما تستعمل الرشوة الا فيما يتوصل به الى ابطال حق أو تمشية باطل .

وقال السيد: هي مايبذله للقاضي ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقاً كان أو باطلا أو ليعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب على خصمه ، ولا فرق في الحرمة بين أن يكون ذلك لخصومة حاضرة أو متوقعة » .

أقول : فاذا كانت الكلمات في بيان حقيقة الرشوة مختلفة ومضطربة فانه في كل مورد يشك في صدق عنوان «الرشوة» فيه مثل «أجور القضاة» يكون المرجع أصالة الحل لكونها شبهة مصداقية لادلة حرمة الرشوة، الا أن تثبت الحرمة من دليل آخر وبعنوان غير عنوان الرشوة .

والقدر المتيقن من الرشوة: أنها ما يبذله للقاضي حتى يحكم لصالحه ، فهذا هو القدر المتيقن من الاية المباركة المذكورة أولا الا أن الاخبار المستفيضة الواردة في الباب الخامس من أبواب ما يكتسب[1] به تدل على أن الرشا في الاحكام « سحت » و« كفر» وهي

في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله «ص» . وسائل الشيعة : ٦/٦٤ .

١) وسائل الشيعة : ٦/٦١ ـ ٦٦ .

باطلاقها تعم ما اذا كان البذل لاحقاق الحق ، لا يقال : انها واردة في مورد الاية الكريمة . لانه يحتمل أن يكون قيد « بالاثم » غالبياً، لان غالب الراشين يتوصلون بالرشوة الى أكل مال الناس وابطال حقوقهم .

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقاً ـ أي حقاً كان الحكم أو باطلا ـ حرام بالكتاب والسنة، وأما اذا توقف احقاق الحق على بذل شيء بحيث لو لم يبذله لوقع في الضرر العظيم وضاع حقه ـ جاز البذل لتقدم قاعدة نفي الضرر حينئذ ، نظير ما قد يبذل للظالم مال دفعاً لاذاه وتحفظاً من ضرره .

حكم الرشوة في غير الحكم:

وأما في غير الاحكام فان أخبار الرشوة وان كانت واردة في مورد الحكم والاحكام الا أن مقتضى اطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها في غير الاحكام أيضاً ، فقد روى الشيخ الصدوق «قده» عن الاصبغ ابن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : « أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وان أخذ هدية كان غلولا ، وان أخذ الرشوة فهو مشرك »[1].

فهل تقيد اطلاق الرواية بالروايات المقيدة أو أن ظهورها آب عن التقييد ؟ الظاهر هو الثاني، و«حوائج الناس» يعم غير الاحكام كما لا يخفى .

---

١) وسائل الشيعة : ٦٣/٦ عن عقاب الاعمال .

وروى الشيخ الصدوق «قده» أيضاً عن سيدنا أبي الحسن الرضا عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين في تفسير قوله تعالى : أكالون للسحت ... قال : « هو الرجل يقضي لاخيه حاجته ثم يقبل هديته »[1].

ويمكن أن يقال ـ ولا سيما بالنظر الى هذين الخبرين ـ أنه ولو فرض كون الرشوة في الحكم فقط، فان كون الرجل منصوباً ـ شرعاً أو عرفاً ـ لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم يقتضي وجوب ذلك عليه وأن مطالبته أو أخذه شيئاً في مقابل عمله سحت.

وبالجملة فان الرشوة في الاحكام لابطال الحق مقطوع بحرمتها والظاهر أنها كذلك في مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوة سواء أثر في كيفية الحكم أولم يؤثر، وأما في غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الاخذ على من كان موظفاً بالقيام بالواجبات الموضوعة على عاتقه.

ثم انه لا فرق في « الرشوة » بين المال المبذول له وبين العمل النافع الذي يعمله له كخياطة ثوب مثلا أو انجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بالثمن المتعارف ، أي بأن يقدمه على غيره في المعاملة ، وهل هذه المعاملة باطلة حينئذ ؟ قيل: لا لانه نظير البيع عند النداء وقيل : نعم لان الحكم الوضعي هذا مترتب على الحكم التكليفي، فلما كانت الرشوة محرمة وكانت هذه المعاملة مصداقاً لها كانت باطلة.

---

١) وسائل الشيعة : ٦/٦٤ عن عيون الاخبار .

وأيضاً: لودفع اليه الخمس أو الزكاة حتى يحكم له، فانه حرام ولا تبرء ذمة المعطي من الخمس والزكاة حينئذ .

وفي هـذه الايام يقول بعض جهلة القضاة : ان أعطيت كـذا للمستضعفين نجوت من العقوبة مثلا، فان هذا المال رشوة ولا يملكه المستضعفون .

وكذا يحرم احترام القاضي وتبجيله والثناء عليه ان كان بعنوان الرشوة، ولو أثر ذلك في نفس القاضي فحكم له كان مرتكباً للحرام أيضـاً .

وبالجملة فان كل ماقصد به التوصل الى حكم الحاكم كان رشوة محرمة ، وان شك في بعض الافراد في الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءة جارية خلافاً لصاحب الجواهر .

حكم الهدية للقاضي:

وأما الهدية فهي في نفسها أمر مرغوب فيه ، وقـد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام يأمرون بها ويقبلونها الا أنه لا ريب في حرمة الهدية للقاضي والعامل، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول » ، و« سحت »[1]، وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال « ... ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا أهدي لي ، فهلا جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أيهدى له أم لا . والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً الا جاء

---

١) وسائل الشيعه : ١٨/١٦٣ ، ١٢/٦٣ ، ٦٤.

يوم القيامة يحمله على رقبته ... »[1] وهذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقاً ـ أي سواء كانوا عمال الظلمة أو غيرهم ـ الهدية حرام، ولا يبعد صدق عنوان «الرشوة» على هذا المال، وتخصيص بعض الاصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

وأما صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام : « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه . قال : لا بأس ».

فان كان المنزل ملكاً له فلا بأس بان يأخذ شيئاً حتى يتحول عن ملكه، وان لم يكن ـ كما ذكر صاحب الوسائل ـ فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثاني للاول لاجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق ـ هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه ، واما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكاً ولا متعلق حق لاحد، فان سبق الى مكان موقوف فلايجوز ازاحته عن ذلك المكان جبراً لان الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم . فلا بأس بأن يطالب بشيء في مقابل قيامه عن هذا المكان وان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض .

وهذا البحث جار في المسجد ومكان المصلي، وكذا في سوق المسلمين حيث قال صلى الله عليه وآله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل » .

---

١) حديث عامي .

وعلى كل حال يكون التعبير عن الشيء المأخوذ في مقابل التحول عن المنزل بـ «الرشوة» تعبيراً مجازياً، أو يقال بأنه رشوة ـ لانه مال أعطي له لاجل التوصل الى الغرض ـ ولكنه لا بأس به هنا لكونه في مورد محلل .

فتلخص ان الرشوة هو ما يبذله للقاضي أو الوالي أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه سواء كان بعنوان الرشوة أو الهدية.

وان بذل للقاضي مال وجهل عنوانه فهل يحمل على الصحة ؟ قال السيد نعم، وهو مشكل، فان أثر حمل فعل المسلم على الصحة هو أن لايكون فاعلا لمحرم، ولكن هذا لايثبت كون المال المأخوذ صدقة مثلا حتى يجوز له أخذه. وبعبارة أخرى: الحمل على الصحة انما يفيد الحل مع العلم بالعنوان ، كأن يعلم بأنه هدية ويشك في كونها هدية صحيحة أو فاسدة ، فيحمل فعل المسلم على الصحة ويجوز التصرف في المال المأخوذ .

هذا، ولاينفذ حكم الحاكم الاخذ للرشوة وان كان حكمه بالحق لصيرورته فاسقاً بأخذها ، وعليه رد ما أخذ على صاحبه .

قال المحقق: « ويجب على المرتشي اعادة الرشوة الى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها اليه ضمنها له» .

أقول : القول بالضمان هو المختار، وعن بعضهم نفي الخلاف فيه ، ويدل عليه عموم قوله « ص » : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » .

المسألة الثامنة عشرة

(هل يجب احضار الخصم الى مجلس الحكم؟)

قال المحقق «قده» : « اذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره اذا كان حاضراً » .

أقول : ظاهر « أحضره » هو الوجوب ، وفي القواعد : اذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم لزمه أن يعديه ويستدعي خصمه ان كان حاضراً ، سواء حرر المدعي دعواه أولا. قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك نسبته الى علمائنا وأكثر العامة وكذا عن ظاهر المبسوط الاجماع عليه .

فان كان اجماع على وجوب الاحضار فهو والا ففي ماذكروه من تعلق حق الدعوى به نظر واضح، لان الحاكم كما يحتمل صدق المدعي في هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً، وحيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق كيف يجب عليه احضار الخصم ؟

وكذا الكلام في قولهم : ان مقتضى منصب الحاكم احضار الخصم ، فان لازم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدمات رفع الخصومة ولكن لا توقف لذلك على احضار الخصم بل له النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية ثم الحكم على الخصم حكماً غيابياً .

فظهر سقوط كلا الوجهين ، فالعمدة هو الاجماع ان تم ، قال في الجواهر: « لكن الانصاف أنه لايخفى عليك مافي دعوى الاجماع في أمثال هذه المسائل، على أن المحكي عن الفاضل في المختلف عدم وجوب احضار الغائب بعد تحرير الدعوى... » وعليه فلا يجب الاحضار ويتعين الحكم الغيابي والغائب على حجته .

وبناء على الوجوب فلافرق بين الاشخاص المحترمين وغيرهم قال في كشف اللثام: سواء كان من أهل الصيانات والمروات أولا.. قال في المبسوط: لان علياً عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح... » وهذا يعني أن جميع المسلمين في الحقوق والاحكام على حد سواء ولا فضل لاحد منهم على أحد فيها[1] .

---

١) وقد استشكل في الحكم بوجوب الاحضار مطلقا جماعة ، فعن المحقق الاردبيلي « قده » في شرح الارشاد : في الوجوب بل الجواز تأمل ان لم يكن اجماع، اذ مجرد الطلب الى مجلس القاضي والدعوى ضرر واهانة ، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل وكون الظاهر صحة دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر ، على أن

ولا فرق في ذلك بين تحرير المدعي دعواه وعدم تحريره لها :

قال المحقق : « سواء حرر المدعي دعواه أم لم يحررها » .

قال: « أما لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحرر دعواه والفرق لزوم المشقة في الثاني وعدمها في الاول » .

أقول : هذا المقدار من المشقة لا يرفع وجوب الاحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، والا لانتفت الفائدة من نصب الحاكم والرجوع اليه وهي فصل الخصومة ورفع النزاع... فلا وجه لهذا التفصيل لكن تقدم التأمل في أصل وجوب الاحضار، فعلى الحاكم أن يحكم في القضية بحسب الموازين ثم الغائب على حجتـه .

تحرير الدعوى لا يضره بوجه. وفي المستند بعد كلام له: وبالجملة لا وجه تاماً لوجوب الاحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالاقرب التخيير والاولى البعث اليه واخباره بـأنه يحضر أو يحكم عليه . وفي الكفاية بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً الى المعروف من مذهب الاصحاب: والاحوط ان لا يحكم باحضاره قبل تحرير الدعوى لان في الاحضار في مجلس الحكم نوع ايذاء. وقال السيد في العروة: والاقوى عـدم وجوب احضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه اذا أسقط حق حضوره. وقال السيد الخونساري: فان تم الاجماع فلا كلام والا فيشكل ، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه الزامه ؟

٢٤٤ ـــــــ

أقول : مقتضى القاعدة الاولية توجه المؤنة الى الملتمس، وأما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السبب الاقوى في لزوم المؤنة والضرر ، والظاهر أن المدعي هنا هو السبب للضرر اختياراً، وليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى في السببية للضرر.

وفي الجواهر : لايمكن مطالبة المدعي بالضرر لانه لاجعالة ولا اجارة ، وأما الخصم فلا وجه لمطالبته ، قال : بل في المرة الاولى كذلك لايجب على المدعي دفع المؤنة . وفيه : أنا قد ذكرنا سابقاً أن عمل المسلم محترم والمفروض عدم اتيانه العمل بقصد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعي فعليه دفع المؤنة .

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنة كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلي لادليل عليه.

قال المحقق : « ولو ادعى على امرأة فان كانت برزة [1] فهي كالرجل وان كانت مخدرة بعث اليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها » .

أقول : وجه هذا كله واضح لايخفى .

---

١) المراد من المرأة البرزة هي غير المخدرة كما هو مقتضى التقابل بينهما، لكن المرجع فيه العرف والعادة كما نص عليه جماعة.

كيفية مجلس الحكم

وفيها مقاصد : « الاول » فى وظائف الحاكم .
« الثانى » فى مسائل متعلقة بالدعوى .
« الثالث » فى جواب المدعى عليه .
« الرابع » فى كيفية الاستحلاف.

المقصد الاول

(في وظائف الحاكم)

الاولى : التسوية بين الخصمين .

قال المحقق : « التسوية بين الخصمين في السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات والعدل في الحكم » .

أقول: جعله التسوية بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب وبه صرح في الجواهر[1].

قال: « ولا تجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً » .

أقول : وأما ما ورد عن الامام الباقر عليه السلام من أنه « كان في بني اسرائيل قاض وكان يقضي بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته: اذا أنا مت فاغسليني وكفنيني وضعيني على سريري وغطي وجهي فانك لاترين سوءاً ، فلما مات فعلت ذلك ثم مكث بذلك

---

١) بل لقد نسبه في المستند الى صريح المحقق ، ويتضح ذلك من قوله بعدئذ : ولاتجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً .

حيناً، ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فاذا هي [هو] بدودة تقرض منخره ففزعت من ذلك .

فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها : أفزعك ما رأيت ؟ قالت : أجل ، فقال لها : أما لئن كنت فزعت ما كان الذي رأيت الا في أخيك فلان ، أتاني ومعه خصم له ، فلما جلسا الي قلت : اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما الّي كان الحق له ورأيت ذلك بيناً في القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه ، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان مع موافقة الحق»[1] فقد حمله صاحب الجواهر على ضرب من الحث على المراتب العاليه[2].

قال : « هذا كله مع التساوي في الاسلام أو الكفر ...» .

أقول : أي انما تجب التسوية ـ على القول بها ـ مع التساوي

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٤ . وهي باسناد الشيخ الكليني قدس سره صحيحة أو حسنة بابراهيم بن هاشم القمي .

٢) وفي المستند: ان المؤاخذة كانت على ماقاله بقوله: اللهم.. حيث أظهر باللسان ما كان في قلبه وان لم يظهره على الخصمين . فتأمل . وقد استدل به في مفتاح الكرامة على استحبابها في صورة الامكان ، قال : نعم ان أمكن ولو بجهد استحب كما أشار اليه في الدروس ، لما رواه ثقة الاسلام والشيخ الطوسي في الامالي عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان في بني اسرائيل قاض ...

بين الخصمين في الاسلام أو الكفر أي كونهما مسلمين أو كافرين، وأما اذا كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً أو أعلى منزلا ، قال في الجواهر« بلاخلاف، بل في الرياض أنه كذلك قولا واحداً »[1].

قلت: أما العدل في الحكم فلاخلاف بين المسلمين في وجوبه حتى لو كان أحد الخصمين مسلماً والاخر كافراً ، وهو صريح الكتاب[2].

---

١) ولما ذكره الاصحاب في كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس بجنب شريح في حكومة له مع يهودي في درع وقال: «لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لاتساووهم في المجلس». قال في المستند : وضعفه منجبر ، وهل يختص ذلك بالمجلس أو يتعدى الى غيره أيضاً؟ الظاهر التعدي كما اختاره في الروضة ، واليه ذهب والدي في المعتمد واستقواه بعض المعاصرين ، للاصل واختصاص النصوص بحكم التبادر واختصاص المورد بالمسلمين وخلو ماظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه .

٢) كقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « ان الله يأمر بالعدل ... » وقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولايجرمنكم شنآن قوم على أن لاتعدلوا

والاخبـار المستفيضة ان لم تكن متواترة[1]. . . هذا اذا لم يكن في الحكم ضرر، وأما اذا كان فيه ضرر فان كان الضرر المترتب متوجهاً الى حياة الحاكم ، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضية وقعت حياته في خطر ترك الحكم بالعدل ، ولكن ليس له الحكم بالباطل ، وان استلزم الحكم ضرراً على المدعى عليه زائداً على أصل ما يقتضيه لم يجب عليه اصدار الحكم حينئذ ، وان استلـزم ضرراً على المدعي فان كان باختيار نفسه فالامر واضح ، وان كان الضرر يتوجه اليه فيما اذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم عليه فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك .

وان تعارض ضرران على أثر حكم كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلا، فقيل: مقتضى قاعدة نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الاشد ، وفيه : ان مقتضى القاعدة أن لا يحكم الحاكم في القضية أصلا .

وأما التسوية بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الامور

اعدلوا هو أقرب للتقوى » وقوله تعالى: « ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ... » .

١) تجدها في الابواب المختلفة من كتاب القضاء من وسائل الشيعة ، ويدل عليه الروايات التي يستدل بها على وجوب التسوية بين الخصمين في أنواع الاكرام وسيأتي ذكر بعضها .

الاخرى كالسلام والجلوس والنظر والكلام والانصات ونحو ذلك ففي وجوبها خلاف ، ففي المسالك نسبة الوجوب الى الاكثر، بل ادعى عليه الشهرة ، وقد يستدل له بقوله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق »[1] ونحوه ، بناءاً على أن التسوية بينهما في هذه الامور أيضاً من مقدمات الحكم ، فيكون معنى الاية وجوب العدالة في الحكم ومقدماته .

بل قيل بوجوب التسوية بينهما في رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الاخر صبر حتى يسلم الاخر فيرد عليهما معاً مرة واحدة بقوله : « وعليكما السلام » الا اذا طالت المدة عرفاً فيرد السلام على الاول حينئذ .

أقول : لكن استفادة وجوب التسوية بينهما في هذه الامور من الاية الكريمة مشكلة .

واستدل أيضاً بروايات على وجوب التسوية :

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبى المقدام عن أبيه عن سلمة بن كهيل قال : سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح . « . . . ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك من عدلك ... »[2] .

---

١) سورة ص : ٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٥ .

وهذه الرواية يبتني اعتبار سندها على القول بتصحيح مايصح عن أحد الرواة الذين عرفوا بأصحاب الاجماع فلا تقدح جهالة الراوي الذي هو بعده ، وهنا في سند هذه الرواية من أصحاب الاجماع : « الحسن بن محبوب »[1] ولولاه فهي غير معتبرة لوجود « سلمة بن كهيل » فيه .

ومن حيث الدلالة قال المحقق العراقي « قده » : يستفاد من تعليله عليه السلام التساوي بهذا المعنى عدم وجوبه وكون الامر ارشادياً، فلو حكم بالعدل واقعاً وعلم الخصمان بذلك واطمأنا بذلك لم يلزم مراعاة هذه الامور وكان في سعة بالنسبة اليها .

---

١) أي بناء على عد الكشي أياه منهم، وهذا نص كلامه: « تسمية الفقهاء من أصحاب أبي ابراهيم وأبي الحسن الرضا عليهما السلام: أجمع أصحابنا على تصحيح مايصح عن هؤلاء وتصديقهم وأقروا لهم بالفقه والعلم، وهم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذكرناهم في أصحاب أبي عبدالله عليه السلام ، منهم : يونس بن عبد الرحمن وصفوان بن يحيى بياع السابري ومحمد بن أبي عمير وعبدالله بن المغيرة والحسن بن محبوب وأحمد بن محمد بن أبي نصر. وقال بعضهم مكان (الحسن بن محبوب): الحسن بن علي بن فضال وفضالة ابن أيوب، وقال بعضهم مكان فضالة بن أيوب : عثمان بن عيسى. وأفقه هؤلاء يونس بن عبدالرحمن وصفوان بن يحيى » رجال الكشي : ٤٦٦ .

أقول : وماذكره « قده » يتم بناءاً على كون « حتى » تعليلية ، وأما بناءاً على كونها غائية وأن الامام عليه السلام قد ألزمه بالتسوية حتى لايطمع ... فلا ، والظاهر هو الثاني، ولو سلمنا كلامه فان العلة لاترفع الحكم ، فلوقال : لاتشرب الخمر لانه مسكر لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الاسكار ، بل يحرم شربه حتى قليله الذي لا يسكر وحتى اذا مزج بالماء كما روي فعله من بعض خلفاء الجور.

(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث ان حفظتهن وعملت بهن كفتك ماسواهن وان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن. قال : وماهن يا أبا الحسن ؟ قال : اقامة الحدود على القريب والبعيد والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط والقسم بالعدل بين الاحمر والاسود . قال عمر : لعمري لقد أوجزت وأبلغت »[1].

قال بعض المعاصرين : ان قوله عليه السلام : « ان حفظتهن

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٥٦ . وهو للكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن اسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيدالله بن علي الحلبي عن الصادق عليه السلام . وفيه « اسماعيل بن مرار » وهو مختلف فيه ، فقد ذكر في تنقيح المقال عد الشيخ اياه في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه ولم ينقل عن النجاشي فيه شيئاً، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهاني « قده » توثيقه ووافقه عليه، أما السيد الخوئي دام ظله فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه . فراجع.

وعملت بهن كفتك ماسواهن، وان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن » يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر[١].

وفيه : ان كانت الاخبار الدالة على وجوب تلك الامور معتبرة سنداً ودلالة لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الرواية، والمراد من هذه الرواية التأكيد على أهمية هذه الامور الثلاثة، على أن من الواضح وجود أمور لاريب في حرمة فعلها أو تركها على القاضي لم يذكرها الامام عليه السلام في هذه الرواية فتكون نظير قوله تعالى: «ان تجتنبوا كبائر ماتنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم»[٢] فانه لا يقتضي خروج الصغائر عن كونها معاصي منهي عنها .

٣ ـ السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : « من أبتلي بالقضاء فليواس بينهم في الاشارة وفي النظر وفي المجلس »[٣].

---

١) جامع المدارك : ٦/٢١ .

٢) سورة النساء : ٣١ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ وهو للكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي ـ وهو الحسين بن يزيد ـ عن السكوني ـ وهو اسماعيل بن أبي زياد ـ عن أبي عبدالله عليه السلام. ولقد كثر البحث عن وثاقة النوفلي والسكوني بين الاعلام، اذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيق لهما. نعم عن الشيخ في كتاب العدة دعوى اجماع الطائفة على العمل بروايات السكوني ... نعم هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات الذي التزم فيه بالرواية عن الثقات فلاحظ. وتأمل.

والامر ظاهر في الوجوب .

٤ ـ السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان رجلا نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم اليه في خصومة لم يذكرها لامير المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم الا ومعه خصمه »[1].

فان المستفاد منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحب والاختصاص واللطف لاحد الخصمين دون الاخر .

٥ ـ عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه . يعني عن يمين الخصم »[2] أي كن الى جنبه من طرف يمينه .

هذا ، وقد اختار في الجواهر تبعاً لجماعة استحباب التسوية ، فقال ـ بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذكر كلام صاحب الرياض في اعتبار أسانيدها وحجية بعضها: « الا أنه لا يخفى عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدها وحجية بعضها ، لانه مبني على أنه ان كان في السند أحد من أصحاب الاجماع لم تقدح جهالة الراوي بل وفسقه، والتحقيق خلافه... وحينئذ فقطع الاصول المعظمة بمثل هذه النصوص المنساق منها ارادة ضرب من الندب والكراهة كما

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ بالاسناد المتقدم .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ . وهو خبر صحيح .

٢٥٨ ـــــــ

على خصمه ، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج » .

أقول : ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ، فمثلا قد يطرح المدعي دعواه بحيث يحتاج الى اقامة البينة عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذي لا يحتاج اليها، أو أن يقول المنكر للمدعي « أعطيتك طلبك » فيكون مدعياً يحتاج الى البينة على اعطائه الطلب ، فيلقنه الحاكم أن يقول « لا تطلبني » فيكون منكراً لا يحتاج الى اقامة البينة ، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله : « لان ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها » .

أقول : ولكن هذا لا يكون دليلا لعدم جواز التلقين في جميع الموارد ، بل التلقين قد يؤدي الى سرعة حل النزاع وسد باب المخاصمة في بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى . هذا أولا. وثانياً : فتح باب المخاصمة فيما اذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضية غير محرم ، فالصحيح عدم الحرمة[1] الا اذا استلزم التلقين

---

١) اذ الاجماع المدعى لم يعلم تحققه، والنص مفقود، والتعليل المذكور ضعيف، بل لقد استضعفه بعض القائلين بالحرمة كالمحقق النراقي حيث قال : وأما ما ذكروه دليلا على عدم الجواز مطلقا من ايجابه فتح باب المنازعة فضعيف لمنع عدم جواز فتحها كلية أولا وعدم ايجابه له على الاطراد ثانياً . ومن هنا قال صاحب الكفاية : لا أعرف على أصل الحكم حجة فللتأمل فيه مجال ، وعن المحقق

ضرراً أوكان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، ولم أجد في النصوص ما يقتضي حرمة التلقين بخصوصه .

هذا، ولامانع من الاستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم الا اذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك .

الوظيفة الثالثة

(أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق « قده » : « اذا سكت الخصمان استحب أن يقول

الاردبيلي أنه مال الى الجواز ان لم يرد بذلك تعليم ماليس بحق.

هذا، الا اذا استلزم التلقين ضرراً أوكان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، والى هذا الذي ذكره السيد الاستاذ دام بقاه أرجع صاحب مفتاح الكرامة كلمات القائلين بالحرمة استناداً الى التعليل المذكور حيث قال : والمراد من العبارات على اختلافها أن الواجب على القاضي أن يجهد نفسه في سد باب المنازعة ولايتعرض لشيء يفتحه لانه منصوب لقطع المنازعات ، وقد استأمناه على الحكم من غير حيف وميل ، فاذا لقن أحدهما ما فيه ضرر على الاخر فقد خانه ولم يكن ساوى بينهما، وان لقن الاخر كذلك ليساوي بينهما فقد ألجأهما الى دوام المنازعة . وهذا مراد الاصحاب ، فالحجة عليه واضحة فبطل ما في الكفاية .

لهما : تكلما أو ليتكلم المدعي، ولو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك » .

أقول : لم أجد نصاً يقتضي استحبابه، والظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلا[1].

قال : « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من ايحاش الاخر » .

أقول : هذا لانه ينافي التسوية ، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهة أحدهما بالخطاب دون الاخر غير جائز لا مكروهاً[2]، اللهم

---

١) لعدم النص أولا ، ولوقوع الخلاف في الحكم المذكور ثانياً ، قال في المستند : « وظاهر الحلي عدم الاستحباب حيث قال: ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين ، والمستحب له تركهما حتى يبدء بالكلام ، فان صمتا فله أن يقول لهما حينئذ: ان كنتما حضرتما بشيء فاذكراه » .

٢) كما قال في المسالك: وقد تقدم أن التسوية فيه واجبة وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فاما أنه استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم ، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط التحريم ، لانهما عبرا بصيغة النهي كالسابق ، وهو حسن لاشتراكهما في المقتضي له ، وفي الدروس لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب وذكر كراهة تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً .

الا اذا كان ذلك بحيث لا ينافي التسوية مثل ما اذا كان أحدهما حاضراً قبل الاخر وهو لايعلم بكونهما خصمين .

الوظيفة الرابعة

(ترغيب الخصمين فى الصلح)

قال المحقق : « اذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ، ويستحب ترغيبهما في الصلح ... » .

أقول : في صورة وضوح الحكم يلزمه القضاء ولا سيما مع المطالبة به .

والترغيب في الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا ـ بترغيب من القاضي ـ بعدم صدور الحكم وبفصل الخصومة بالمصالحة[1]، لكن المحقق رحمه الله يقول في الوظيفة السابعة ـ كما سيأتى ـ : « ويكره للحاكم أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال » ، الا أن يجمع بين كلاميه بأن ترغيبهما في الصلح هو قبل الحكم وفي صورة جهلهما

---

١) لقوله تعالى : « والصلح خير » وقوله : « انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم » وغيرهما ، وفي صحيحة هشام بن سالم : «لان أصلح بين اثنين أحب الي من أن أتصدق بدينارين ».

وعن جماعة: انه لايجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به.

وقيل: ان المستحب للقاضي الترغيب في أصل الصلح، وأما التوسط فيما يصلحان به فيحوله الى ثالث .

به ، وأما بعد ما حكم وعلم به يكره أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال .

بل يجب على القاضي ذلك في موارد، ومن الموارد التي على القاضي الترغيب في المصالحة فيها هو فيما اذا نصب قاض للقضاء بين الناس وهو يعلم بعدم عدالة نفسه ، فانه لا يجوز له الحكم في هذه الحال ، بل عليه ترغيب المتخاصمين في المصالحة أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أونحو ذلك من الطرق، ثم ارجاع النظر في القضية والحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح .

هذا وأما مع عدم وضوح الحكم فلايجوز التعجيل في الحكم بل يستحب احضار العلماء والفضلاء في مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقل الاشتباه والخطأ مهما أمكن .

الوظيفة الخامسة

(رعاية العدالة فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق « قده » : « اذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالاول فالاول ، فان وردوا جميعاً قيل : يقرع بينهم ، وقيل : يكتب أسماء المدعين ولا يحتاج الى ذكر الخصوم ، وقيل : يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة معه وليس معتمداً، ويجعلها تحت ساتر ويخرج رقعة رقعة ثم يستدعي صاحبها ، وقيل : انما يكتب أسماءهم مع

تعسر القرعة بالكثرة » .

أقول : اذن في المسألة أقوال متعددة ، لكن المشهور ـ كما عن المسالك ـ هو القول الاخير[1].

الوظيفة السادسة

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين اقامة المدعى دعواه)

قال المحقق : « اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهي الحكومة ثم يستأنف هو ».

أقول: اذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفة القاضي الاستماع لها ، فلو تكلم الاخر في خلال دعواه لم يسمع كلامه ، ثم عندما تنتهي دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك ، وذلك لاحقية السابق في الحقوق المشتركة مطلقاً ، أي سواء في القضاء أو الفتوى أو الدرس ، فان الاسبق أحق ، وكذا الامر في الاموال المشتركة فمن سبق الى مكان مشترك فهو أحق به .

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن ـ بالاضافة الى المخالفة للوظيفة الشرعية ـ ؟ فيه تردد .

ولو أسقط السابق حقه سقط .

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومة ، فلقد كان من سيرة

---

١) وفي النافع لم يذكر الا قولا واحداً حيث قال: «وان اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعى من يخرج اسمه » .

النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه اذا كلمه أحد لا يستمع الى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الاول الا باذنه .

الوظيفة السابعة

(استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: « اذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذي على يمين صاحبه » .

أقول : لاريب في أولوية من بدر من الخصمين بالدعوى بايراد دعواه ، ولو ابتدرا معاً ذكروا : أنه يسمع الحاكم من الذي على يمين صاحبه (مع أنهم قالوا في مسألة ورودهما معاً عليه بالقرعة)، وقد استندوا في ذلك الى صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام »[1]. ويؤيده صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة سابقاً: « اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه ـ يعني: عن يمين الخصم»[2] بناء على عود الضمير الى الخصم ...

وعن الشيخ في المبسوط نسبته الى رواية أصحابنا ، ثم ذكر الاقوال في المسألة ثم قال : « وبعد ما رويناه القرعة أولى »، وعن

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ .

الخلاف قوة القول بالقرعة، قال: «لانه مذهبنا في كل أمر مجهول» .

قلت : القول بتقديم الحاكم من شاء منهم ـ بعد الرواية ـ هو الاولى، لانه بناء على كون الاستماع وظيفة شرعية فحيث لا يمكنه الاستماع لهما معاً للتزاحم كان الحكم هو التخيير عقلا ، ومعه لاجهالة حتى يرجع الى القرعة . . . لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود في المقام .

قال: « ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء مالم يستضر أحدهما فيقدم دفعاً للضرر » .

أقول : لكن هذا في صورة حل النزاع بذلك ، وأما لو توقف على الاستماع منهما فلا أثر لتقديم المسافر سواء كانا متداعيين أولا والعجب من الشراح كيف لم يلتفتوا الى هذه النكتة. نعم هذا الفرع يفيد في صورة تعدد الدعوى ، فانه اذا استضر أحد طرفي احداهما قدمت تلك الدعوى دفعاً للضرر .

قال المحقق : « ويكره للحاكم أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال » .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة وعبارته السابقة في الوظيفة الرابعة .

المقصد الثانى

المسألة الاولى

(هل تسمع الدعوى المجهولة؟)

قال المحقق «قده» : « قال الشيخ : لاتسمع الدعوى اذاكانت مجهولة، مثل أن يدعي فرساً أوثوباً ، ويقبل الاقرار المجهول ويلزم تفسيره ، وفي الاول اشكال »[1] .

---

١) ذكروا أنه لاخلاف في صحة الوصية بالمجهول والاقرار بالمجهول ، فيقبل دعوى الوصية به والاقرار به ، بل في الرياض عن التنقيح الاجماع على ذلك، ثم وقع الخلاف بينهم في الدعوى وأنه هل يشترط في سماعها كون المدعى به معلوماً معيناً أم تسمع الدعوى المجهولة كما هو الحال في الوصية والاقرار على قولين: فالاول عدم الجواز ، وقد حكي هذا القول عن الشيخ وابن ادريس وجماعة من القدماء والمتأخرين . والثاني : الجواز ، وبه صرح المحقق في النافع بقوله: وفي سماع الدعوى المجهولة تردد والاشبه

أقول : وجه الاشكال عدم الفرق بين الدعوى والاقرار في ذلك وقد استدل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى اذا كانت مجهولة . وأورد عليه بأن الاقرار كذلك ، فان الزم بالتفسير فليلزم المدعي بتفسير دعواه المجهولة . وذكر بعضهم في وجه الفرق : ان أثر الاقرار ثبوت حق للمقر له ولو اجمالا عند الحاكم فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق ، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه الزامه بالتفسير فاذا لم يسمعه لم يفسر ، بخلاف المدعي للدعوى المجهولة فانه اذا لم يرتب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطر بنفسه الى التفسير ، لانه يدعي حقاً لنفسه عند المدعى عليه. وأشكل عليه بأن مجرد هذا

الجواز، والعلامة في القواعد حيث قال: والاقرب سماع الدعوى المجهولة ، والشهيد الثاني في المسالك والروضة ، بل نسبه في المستند الى أكثر متأخري المتأخرين بل الاكثر مطلقاً .

واستدل على الاول : بأنه لا يترتب على هذه الدعوى الاثر وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بالايجاب. واستدل على الثاني : بأنه مقتضى عمومات الدعوى والمدعي والحكم ، وبأن عدم سماع هذه الدعوى قد يوجب الضرر على المدعي، وأجابوا عن دليل الاول بمنع عدم الفائدة، وبأنه ينافي قولهم بقبول الاقرار بالمجهول، وحينئذ يبقى تعيين الحق أمراً آخر، وأما وجوه الفرق التي ذكروها بين المقامين فلم يتم شيء منها كما ذكر السيد الاستاذ دام بقاه .

لايكفي لدفع الايراد بأن وظيفة الحاكم هـو الحكم وهذا متوقف على استماعه بلافرق بين الدعوى والاقرار .

ويمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالاقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم بـه ويلزم المقر بالتفسير ، وأما في الدعوى المجهولة فان أصل الحق مشكوك فيه ، وحينئذ فليس على الحاكم الزامه بالتفسير فان شاء المدعي أن يفسر فهو . ولكنه أيضاً لا يكون جواباً ، فان القضـاء واجب على الحاكم ، سواء فـي المورد المقطوع بهـا والمشكوك فيها .

وقال صاحب الجواهر بعد ذكر الوجوه المذكورة والاشكال فيها: « فالتحقيق أن يقال :لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهولة من كل وجه التى من أفرادها مالايقبل الدعوى . . . أما المجهولة التى كليها يوجب غرامة بأي فرد يفرض تشخيصه فلامانع من قبولها وفاقاً لاكثر المتأخرين أو جميعهم الا النادر . . . »

أقول : ذكر هذا الشيخ فى المبسوط ، ولعل وجهه دعـوى انصراف الاطلاقات الواردة في القضاء عن المورد الذي لا يفسر فيه المدعي دعواه . وهنا تارة عندما يطالب بالتفسير يترك الدعوى ويرفع اليد عنها فلا كلام. وأخرى يدعي النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعي الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول «اسألوه فان لم يقر فلا دعوى » ، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعى عليه. فدعوى الانصراف في الشق الاول صحيحة دون الثاني.

ثم قال الشيخ : « هذا كله مالم يكن وصية فأما ان كانت وصية

سمع الدعوى فيها » .

أقول: لما تقرر في كتاب الوصية من أنه يصح الوصية بالمجهول وقد بحثوا هناك عن مقدارما اذا أوصى بـ « شيء » أو « شيء كثير » أو « جزء من المال » ونحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحة الوصية بالمجهول .

قال الشيخ «قده» : « والفصل بينها وبين سائر الحقوق . . . ان تمليك المجهول بها يصح فصح أن تدعى وصية ، وليس كذلك غيرها لان تمليك المجهول به لا يصح » .

أقول : لاريب في جواز تملك المال المجهول كماً وكيفاً ، وهل يجوز تمليكه ؟ نعم يجوز تمليكه هبة كأن يعطيه صندوقاً قائلا له : وهبتك الصندوق بما فيه ، أو وصية ، فان ادعى تمليك شيء مجهول لابالوصية والهبة والصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تمليك المجهول بغير هذه الامور .

وحيث أن الاقرار بالمجهول مسموع فهل دعوى الاقرار كذلك مسموعة أيضاً؟ قيل: نعم لوجود الفائدة، وفي الجواهر عن الدروس فيه وجهان ، وذكر للعدم عدم ايجاب هذا الاقرار حقاً لان الاقرار لا يثبت المقر فيه ، وأجاب عنه في الجواهر: بأنه لما ثبت اقراره بالدعوى أثبت الاقرار المقر فيه، ولافرق في ترتب الفائدة ووجودها بين كونه مع الواسطة أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق .

المسألة الثانية

(هل يشترط الجزم في الدعوى؟)

قال الشيخ «قده»: «فان كانت أثماناً فلابد من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة وهو : أن يذكر القدر والجنس والنوع . . . فان كان هناك خلاف في صحاح أو مكسرة فلابد من أن يقول : صحاحاً أو مكسرة ، لان التفاوت كثير في كل هذا . قالوا : أليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف الى نقد البلد ؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف الى نقد البلد ؟ قلنا : الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجباً عليه وذلك يختلف في وقت وجوبه باختلاف الازمان والبلدان ، فلهذا لم يسمع منه الا محررة ، وليس كذلك الشراء لانه ايجاب في الحال ، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات ، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون في البلد نقود مختلفة فحينئذ لايصح أن يطلق الثمن ولابد أن يكون موصوفاً. هذا اذا كانت أثماناً .

فأما ان كانت من غير الاثمان لم يخل من أحد أمرين : اما أن يكون عيناً قائمة أو تالفة، فان كانت عيناً قائمة نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب ضبطها وطالب بها ، وان ذكر القيمة كان تأكيداً . وان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. وان كانت العين مما لايمكن ضبط صفاتها كالجواهر

ونحوها ذكر قيمتها. وأما ان كانت تالفة نظرت فان كان لها مثل كالحبوب والادهان والاقطان وصفها وطالب بها لانها يضمن بالمثل ، وان لم يكن لها مثل كالعبيد والثياب فلابد من ذكر القيمة » .

قال المحقق : « وفي الكل الاشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالاقرار » .

ثم قال «قده»: « ولابد من ايراد الدعوى بصيغة الجزم ...» .

أقول : فسر صاحب الجواهر « قده » كلام المحقق بقوله : « التي يستدل بها على جزم المدعي بما يدعيه كما عن الكافي والغنية والكيدري وظاهر الوسيلة بل في الكفاية نسبته الى الشهرة» وعلل قول المحقق : « فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع » بقوله : « لان من لوازم الدعوى الصحيحة امكان رد اليمين على المدعي وهو منتف ، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعي أو عدمه وهو منتف هنا أيضاً » أي : لافرق بين النكول والرد ، وحيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحة . هذا توجيه منه لكلام المحقق .

قال في الجواهر : « ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً » أي : لان الدعوى هو الاخبار عن جزم .

قال المحقق«قده»: «وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمة ويحلف المنكر . وهو بعيد عن شبه الدعوى » .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلي، وفي الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع في مثل القتل والسرقة

ونحوهما من الامور التي يعسر الاطلاع عليها ولايمكن الجزم فيها بسرعة ولاتسمع في غيرها ، وعن الايضاح : أنه قوى عدم اشتراط الجزم ، لكن عن الرياض الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الاصحاب ، بل انهم بين قولين: اعتبار الجزم والاكتفاء بالتهمة في مقامها .

وقال في المسالك : نبه بقوله ايراد الدعوى بصيغة الجزم على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ، بأن يجعل الصيغة جازمة دون أن يقول : أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم الى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا ، والامر كذلك فان المدعي لايشترط جزمه في نفس الامر ، لانه اذا كان للمدعي بينة يشهد له بحق وهو لايعلم به فله أن يدعيه به عليه وان لم يعلم سببه في نفس الامر ما هو .

أقول : كأن ثاني الشهيدين «قده» يريد أن قول المحقق«قده»: «بصيغة الجزم» وعدم قوله بالجزم القلبي هو لاجل وجوب السماع في هاتين الصورتين وان لم يكن يقين قلبي، كما تجوز الشهادة بالحق استناداً الى الاقرار وان لم يكن يقين قلبي ، وكذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى ويفتي به تارة عن علم وأخرى بالاستناد الى امارة وان لم يجزم بذلك الحكم .

لكن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم في الموردين ويجب سماعها وان لم يكن عن يقين ، فانه اذن يمكن دعوى الجزم في كل مورد .

أقول : ان كانت استفادة صاحب الجواهر من كلام المحقق صحيحة ورد عليه اشكاله بأن اظهار الجزم بالصيغة مع عدمه في القلب كذب وتدليس ، ولكن استفادة هذا المعنى منه غير تامة ، بل الحق ما ذكره صاحب المسالك ، وهو الظاهر من قول المحقق «بصيغة الجزم» .

وهل الجزم شرط للسماع؟ قال به جماعة بل قيل انه المشهور، لان من لوازم الدعوى هو الحلف عند رد اليمين ، ولان الدعوى لاتصدق مع عدمه . وقال في الجواهر : والتحقيق احالة الامر الى العرف ، وفي مورد التهمة تصدق الدعوى، ولو سلم عدمه يصدق التشاجر والتخاصم، ومع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم ، ثم استشهد رحمه الله بالاخبار الواردة في تهمة القصار ونحو ذلك[1].

---

١) ذكر المحقق الاشتياني رأي صاحب الجواهر بقوله: « وقد فصّل بعض مشايخنا في المقام بين موارد التهمة وغيرها ، فحكم بوجوب السماع وعدم الاشتراط في الاول وبعدم وجوبه والاشتراط في الثانى » ثم ذكر تأييده ماذهب اليه بالنصوص الواردة في تحليف الامين مع التهمة ، وهي : (١) خبر بكر بن حبيب : « قلت لابي عبدالله عليه السلام : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه. قال: ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء » (٢) خبره الاخر عنه عليه السلام : « لا يضمن القصار الا من جنت يداه وان اتهمته

وأما استدلال صاحب الرياض عليه بأن الدعوى توجب التسلط على الغير بالالزام بالاقرار أو بالانكار أو التغريم وهو ضرر عليه منفي ، ففيه أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعي .

وأما لزوم رد اليمين فان ذلك غير لازم في موارد كثيرة .

وعن المحقق العراقي «قده» الاستدلال بالاخبار الواردة في القصار والصباغ لجواز الدعوى المجهولة التي قامت الامارة على تهمة المدعى عليه ، فان تم هذا الحمل بالنسبة الى تلك الاخبار فان التمسك بالعمومات لامانع منه، ولو شك في تخصيصها فالاصل عدمه[1] .

احلفته » (٣) خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: « لايضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً » وهذه الاخبار ونحوها تجدها في الباب (٢٩) من أبواب كتاب الاجارة من وسائل الشيعة: ١٣ / ٢٧١. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ما سينقله السيد الاستاذ دام بقاه عن المحقق العراقي .

١) هذا، ولا بأس بذكر ملخص عبارة المستند في بيان الاقوال في المسألة ، وهي هذه : « ذهب المحقق وجماعة الى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغة الجزم ، وهو المحكي عن ابن زهرة والكيدري والتنقيح ، ونسبه في الكفاية الى المشهور وفي المعتمد الى الاكثر. وحكي عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين

وفي المستند : اذا كانت الدعوى بحيث لايترتب عليها فائدة فلاتسمع، مثل أن يعلم من قبل انه لن يقرولايحلف ولايرد اليمين- بناءاً على عدم الحكم بمجرد النكول - فلا تسمع هذه الدعوى، بخلاف ما اذا علم بترتب فائدة عليها .

والشهيدين في النكت والمسالك عدم الاشتراط، وهو ظاهر المحقق الاردبيلي واختاره بعض فضلائنا المعاصرين، ولكن المنقول عن الاول عدم الاشتراط في التهمة ، وعن المحقق الثاني عدم الاشتراط فيما يخفى عادة ويعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوهما والاشتراط في نحو المعاملات وهو ظاهر الدروس والروضة، وقيل: لعلهم أرادوا بذلك ماذكره ابن نما فيتحدان وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين، ونقل في شرح المفاتيح عن الشهيد الثاني وابن نما القول بعدم الاشتراط مطلقاً ثم قال : وقوى المحقق الشيخ علي عدم الاشتراط فيما يخفى عادة وظاهره تغاير القولين، ولعل مراد من حكم بالاتحاد فهم «من التهمة» ما يخفى ومن حكم بالتغاير حمل التهمة على مجرد التوهم الذي هو أعم من الظن . وتردد الفاضل في القواعد والارشاد والتحرير، وهو ظاهر الصيمري والمفاتيح وشرحه والكفاية وان كان كلام الاخير الى عدم الاشتراط أميل . وقال والدي المحقق : والتحقيق عندي عدم سماع الدعوى الا مع احتمال اقرار الخصم او شهادة بينة لها أوادعاء المدعي سماع أحدهما ، والاقوى عدم الاشتراط مطلقاً » .

المسألة الثالثة

(في حكم مطالبة المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق «قده»: «اذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعي؟ فيه تردد، والوجه أنه يتوقف لانه حق له فيقف على المطالبة».

أقول: اذا حرر المدعي دعواه والمدعى عليه حاضر فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه أولا يطالبه به الابعد التماس المدعي ذلك؟ لا اشكال في جواز مطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه وان لم يلتمس منه المدعي ذلك، الا اذا رفع المدعي اليد عن حقه، فلا موضوع لمطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه، فان لم يسقط حقه ولكن لم يلتمس من الحاكم المطالبة بالجواب فلايجب كذلك، فان التمس وجب على الحاكم ذلك عند الاكثر لان ذلك مقدمة للقضاء الواجب فيجب. ويمكن الخدشة في ذلك بأنه ليس القضاء موقوفاً على جواب المدعى عليه في كل مورد بل للحاكم أن يطالب باقامة البينة من المدعي فان أقامها حكم. هذا اولا. وثانياً: لو فرض توقف الحكم عليه وأنه قديقر بالحق فلاحاجة الى البينة، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء ومقدمته على الحاكم؟

وفي المبسوط ذكر في المسألة قولين، ثانيهما: عدم التوقف،

قال : ان نفس طرح الدعوى عند الحاكم مطالبة بالجواب . وقد نقله صاحب الجواهر عن المسالك وقال : ان هذا لاينفي التوقف، واستدل في الجواهر لعدم التوقف بأمرين : احدهما : الاصل ، والثاني : كون ذلك حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات .

أقول : هل للحاكم في مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعاً ، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطالبه بالجواب على دعوى المدعي ؟ ان هذا مشكل ، ولعل مراده من الحق هو الولاية والسلطنة على المترافعين لفصل الخصومة . وهذا صحيح لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبة المدعي بذلك ، فان لم يطالب فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية ؟ لا وجه للوجوب ، نعم له ذلك لغرض فصل الخصومة وحسم النزاع .

وأما الاصل : فان مقتضاه عدم حرمة مطالبة المدعى عليه بالجواب ، اللهم الا أن يريد من الاصل ان مقتضى الاطلاقات والعمومات وجوب القضاء بعد مطالبة المدعى عليه بالجواب، ومع الشك في شرطية التماس المدعي من الحاكم مطالبته به فالاصل عدمها ، ويكون مرجع ذلك الى تخصيص أدلة وجوب القضاء والاصل عدمه .

وكيف كان فانه يبقى عليه أنه ان أسقط المدعي حقه فلاخصومة حتى ترفع، والا فان لم يطالب بالجواب فعلافلاوجه لذلك بالنسبة الى الحاكم وان قلنا باطلاق أدلة القضاء ، فيبقى صورة التماس المدعي . وهنا يمكن أن يقال بأن أدلة القضاء لاتشمل هذه الصورة

بأن يحكم بعد قيام البينة ولايطالب المدعى عليه بشيء ، فان قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ونحوه منصرف عن مثله ، لاسيما وان المتعارف من القضاء كونه كذلك ، فان القضاة كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعي .

المسألة الرابعة

(في حكم الدعوى على القاضي)

قال المحقق : « لو ادعى أحد الرعية على القاضي ، فان كان هناك امام رافعه اليه وان لم يكن وكان في غير ولايته رافعه الى قاضي تلك الولاية ، وان كان في ولايته رافعه الى خليفته » .

أقول : ان كان النزاع في زمن حضور الامام فانه يرجع اليه، وان كان في زمن الغيبة وكان النزاع مع حاكم فانه يحضر عند حاكم آخر في عرضه في ولايته فان لم يكن في الولاية ففي غيرها وان كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم .

والدليل على سماع هذه الدعوى اطلاقات أدلة القضاء .

المسألة الخامسة

(في استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق « قده » : « يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي

الحاكم ، ولو قاما بين يديه كان جائزاً » .

أقول : قال في مفتاح الكرامة : لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي . وقول علي عليه السلام فيما تقدم : «لو لاأنه ذمي لجلست معه بين يديك» وأصل البراءة وأصل الاباحة مع ضعف السند وعدم وضوح الدلالة على الوجوب شواهد على الاستحباب . ولعل السر أنه أقرب للتسوية والخطاب معهما أسهل وأمرهما أوضح .

المقصد الثالث

(في جواب المدعى عليه)

قال المحقق « قـده » : « في جواب المدعى عليه ، وهو اما اقرار أو انكار أوسكوت » .

أقول : جواب المدعى عليه للدعوى التي يقيمها المدعي لـه صور، وقد أضاف بعض الاصحاب الى ماذكر المحقق صورة رابعة وهي أن يقول في الجواب : لاادري[1]، وأضاف آخر صورة خامسة

---

١) قال الاشتياني والسيد قدس سرهما ان في عد « السكوت » جواباً مسامحة ، وفي المسالك : وانما جعل السكوت جواباً لانه اذا أصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعي، فهو في الحكم كالانكار فكان في معنى الجواب . لكن قال الاشتياني: التوجيهات التي ذكروها له من كونه في حكم الانكار اذا أصر عليه أو غير ذلك لاتخرجه عن المسامحة كما لايخفى .

ثم قال : انما الاشكال فيما ذكره شيخنا الاستاد دام ظله وفاقـاً

وهي : أن يصرف الدعوى عن نفسه ويوجهها الى غيره كأن يقول في الجواب : لست أنا طرف الدعوى بل هو فلان .

١ ـ الاقرار وجملة من أحكامه:

قال : « أما الاقرار فيلزم اذا كان جائز التصرف » .

أقول : اذا أقر المدعى عليه وكان اقراره مطابقاً لاعتقاده كان المؤثر هو الاعتقاد ، لانه اذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد وجب عليه رده اليه عند مطالبته به سواء أقر بذلك بلسانه أو لم يقر ، وحيث كان اقراره جامعاً لشرائط الحجية المذكورة في محلها فانه يلزم بما أقر به والعمل على طبقته ، ولكن هل هذا الاقرار الحجة يتوقف ترتيب الاثر عليه على حكم الحاكم أو أنه بعد تمامية حجيته يترتب عليه الاثر من قبل المدعي بلا توقف على الحكم ، ولسائر الناس الزامه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كما هو الحال في الاقرار الجامع لشرائط الحجية الذي يترتب عليه الاثر مع عدم المرافعة والتحاكم الى الحاكم بلاخلاف ؟ .

لجمع من متأخري الاصحاب من أن هناك جواباً آخر للمدعى عليه لم يتعرض له الاصحاب بل ظاهرهم الحصر في المذكورات وهو قوله « لا أدري » فهل أدخلوه وأدرجوه في المذكورات أو غفلوا عنه ؟ وادراجه في المذكورات مشكل ونسبة الغفلة اليهم أشكل . ثم ذكر « قده » وجوهاً في الجواب عن هذا الاشكال فراجعه .

لااشكال في أن فصل الخصومة من آثار الحكم ، فمع الحكم لاتسمع دعواه لو عدل عن اقراره أو أنكره بعدئذ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه ، فهذا الاثر يختص بالحكم ، وأما غير هذا الاثر من الاثار فقد قال جماعة بأن الاحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، ووجه هذا الاحتياط هو أنه كما أن فصل الخصومة متوقف على الحكم فكذلك غيره من الاثار، اذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه يكون الامر بيده وتتوقف الاثار كلها على حكمه ، وان قامت الحجة بعد الاقرار للمدعي على أخذ مايدعيه ، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط وان كان مقتضى اطلاقات الادلة هو الاخذ بالحجة وبه قال جماعة .

ويدل على حجية الاقرار بناء العقلاء وسيرتهم على الاخذ به سواء حكم الحاكم أولا ، وقد أمضى الشارع هذه السيرة بقوله : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، فالاقرار حجة وان لم يحكم الحاكم ، نعم يحتمل أن يكون للحكم موضوعية في مورد النزاع، فالاحوط أن ترتب الاثار بعده .

ثم هل البينة كالاقرار أو أن حجيتها متوقفة على الحكم ؟ قال غير واحد من الاصحاب ـ بل قيل : انه المشهور ـ بالفرق بين

---

١) قال في وسائل الشيعة : ١١١/١٦ : « وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

الامرين[1] . وأن الاقرار حجة وتترتب عليه الاثار ـ عدا مايختص منها بالحكم ـ بخلاف البينة فلايترتب عليها أثر مطلقاً ، فلا يجوز له التصرف في المال مالم يحكم الحاكم ، فالبينة حجة بعد الحكم في مقام المرافعة الى الحاكم ؛ وأما مع عدم الترافع اليه وقيامها فهي حجة والاثر مترتب عليها .

وقيل: لافرق بين الاقرار والبينة ، فكما أن الاقرار حجة وللمقر له التصرف في المال وترتيب الاثر وكذا لغيره باذنه ، فكذلك البينة بعد قيامها. نعم يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم ويكون أثره عدم سماع الدعوى بعد ذلك ، فان كانت حجية البينة متوقفة في مقام التخاصم على حكم الحاكم فكذلك الاقرار من دون فرق بينهما.

ثم هل الاقرار تتقدر حجيته بمقدار ضرر المقر أو أنه كالبينة في الطريقية الى اثبات حق المقر له ؟ مثلا : اذا أقر بأن لزيد على ذمته كذا من الدراهم يكون اقراره حجة ، وأما اذا أقر بالنسبة الى عين خارجية بأنها لزيد فهل يفيد عدم كونها له فقط أو يفيد مع ذلك كون

---

١) وقد وقع البحث والكلام بينهم حول الوجوه التي ذكروها للفرق بينهما وما يترتب على ذلك من ثمرة ، وربما بني الخلاف في المقام على الخلاف في حجية البينة فعلى القول بعدم حجية البينة الا للحاكم توقف ثبوت الحق على الحكم بخلاف الاقرار وعلى القول بعموم حجيتها لم يتوقف كالاقرار. وان شئت التفصيل فراجع الكتب الاستدلالية المفصلة .

العين لزيد أيضاً فيكون الاقرار طريقاً الى مالكية زيد لتلك العين كالبينة ؟ وجهان .

قد يقال بالاول لان ذلك حد دليل حجية الاقرار وهو « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ، وأما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر ، بخلاف البينة فان مفاد دليل حجيتها وهو : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالته على عدم كونه للمنكر .

أقول : والوجه الثاني غير بعيد ، فانه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به ـ خصوصاً بعد حكم الحاكم ـ وكون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلافرق بين البينة والاقرار من هذه الجهة ، وانما ينشأ الاشكال فيما ذكرنا بناءاً على القول بانحلال الاقرار الى أمرين : « أحدهما » عدم كون المقر فيه للمقر، و« الاخر » كونه للمقر له ، فيقال بكونه حجة في الاول فقط ـ وهو عدم الملكية ـ لانه مقدار الضرر. ولكن لاوجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكية زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشمله « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

وكذلك لافرق بين الاقرار والبينة في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذي تنازعا فيه ، لان حكم الحاكم يفصل الخصومة بين المترافعين فلاتسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم في ذلك النزاع ، أما بالنسبة الى دعوى ثالث مالكية ماأخذه المقر

له أومقيم البينة فلايقتضي الحكم عدم سماعها لانها دعوى جديدة يجب سماعها والنظر فيها بحسب الموازين الشرعية .

وأما اليمين فليس لها حجية شرعية بالنسبة الى غير الحاكم، فليست كالبينة والاقرار في ترتب آثار الحجية ، بل ان الاثار كلها تترتب عليها بالحكم[1].

هل يحكم عليه من دون مسألة المدعى ؟

قال المحقق « قده » : « وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي ؟ قيل : لا لانه حق له فلا يستوفى الا بمسألته » .

أقول: وهل يحكم الحاكم على المقر قبل مطالبة المقر له بالحكم؟ لااشكال في جواز الحكم مع مسألة المدعي ، بل قد يجب كما اذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لايبعد الوجوب وان لم يتوقف عليه ، لان الحكم من شأن الحاكم ووظيفته بعد الاقرار والمطالبة وأما الحكم من دون مطالبة المدعي ففيه قولان ، فعن المبسوط : ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعي ، وظاهره الحرمة قال : لانه حق للمدعي فلا يستوفى الا بمسألته ، أي : فلا يجوز اصدار الحكم قبلها أو مع منعه . ولكن هذا التعليل غير تام ، لان كونه

---

١) في المسألة أقوال : فقيل: هي كالبينة ، وقيل : هي كالاقرار وقيل : هي شيء ثالث ، وعلى الاول هي كالبينة على الاطلاق حتى بالنسبة الى الثالث أولا؟ تعرض المحقق الاشتياني للمسألة بالتفصيل.

حقاً لا ينافي أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفاً على اذنه أومطالبته ولا يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك ، فالصحيح الرجوع الى الادلة أو الاصول ، وحيث لا دليل في المسألة فان الاصل مع الشك في الحرمة هوعدم الحرمة،ومع الشك في الوجوب فهوعدم الوجوب الا أن يستفاد الوجوب من اطلاقات أدلة الحكم والقضاء ـ فمقتضى الاصل هو جواز الحكم من دون مسألة المدعي هذا من الناحية التكليفية ، وأما وضعاً فالاصل مع الشك هو عدم نفوذ هذاالحكم لكن ظاهر مقبولة عمر بن حنظلة «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ...» هو الاطلاق ، فليس الحكم مقيداً بالمطالبة والمسألة من المدعي .

هذا مع أن الحكم قديكون حقاً للمنكر كما اذا لم يقم المدعي البينة فيحلف المدعى عليه ، فان الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعي. نعم يجوز لمن كان حقاً له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه ان كان قابلا له .

اذن يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبة، الا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً تمسكاً باطلاقات الايات والروايات فيقال بأن الحكم وظيفة الحاكم بعد تمامية المقدمات سواء سئل بذلك أولا، وأما مع المطالبة فالحكم واجب بلا كلام .

قال : « وصورة الحكم أن يقول : ألزمتك ... » .

أقول: كل لفظ ظاهر في الحكم صدر بقصد الانشاء فهو الحكم وأما « ثبت عندي » ونحوه فليس صورة له لعدم ظهوره فيه .

وهل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الانشاء؟ قيل: نعم، وهو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، وشمول الاطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابة الاقرار:

قال: «ولو التمس أن يكتب له بالاقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه ...».

أقول: وحيث حكم فهل يجب عليه كتابة الحكم مطلقاً أوفي صورة الالتماس أولا يجب؟ قيل: يجب لان الكتابة من تبعات الحكم ولواحقه فيجب كتابة الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى، ولانه ان لم يكتب أضاع حق المقر له، وقيل لا يجب لان الذي يفصل الخصومة ويقطع النزاع هو الحكم، وأما الكتابة فهي من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر - لامن آثار الحكم ولواحقه - وحيث كان من باب الامر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وانقاذه فان هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً فلا تجب الكتابة.

وقيل: تحرم الكتابة لانها قد تكون اعانة على الاثم كما اذا أخذ الشخص الكتابة الى حاكم جور فكانت سبب الظلم لاحد أوارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانة على الاثم الصادر منه، وفصّل بعضهم بأنه ان كان احقاق حق المقر له متوقفاً على الكتابة وجبت والا فلا.

وبناء على وجوب الكتابة فلا يجوز له أخذ الاجرة عليها بناء

على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، وحيث لا يجوز له أخذ الاجرة فانه لا يجوز له أخذ شيء في مقابل الدواة والقرطاس أيضاً، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم في الفرع السابق .

هذا، ولو قصر في تطبيق القواعد والاحكام أو خالف في شيء منها فانه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ وان كان حكمه حقاً لقوله عليه السلام «... ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار...»[1] اذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار ، ولعل السر في ذلك أن الحكم له جهة تعبدية ويعتبر فيه قصد القربة وأن يكون على طبق الاحكام والقواعد المقررة لذلك من قبل الشارع ، فان لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرمة لم ينفذ ألبتة، وعليه فلو حكم بالحق رياء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه .

ويحتمل أن يكون السر في ذلك اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادراً عن المقدمات الصحيحة والمشروعة، فمع انتفاء الشرط ينتفي المشروط .

ولو شك في كون اصدار الحكم واجباً تعبدياً أو توصلياً فان الاصل في الواجبات هو التعبدية... وسيأتي مزيد تحقيق لهذه المسألة انشاء الله تعالى .

هذا ، ولو أجاب الحاكم المدعي بكتابة الاقرار والحكم لم

---

١) وسائل الشيعة : ١١/١٨ .

يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه ، أو يشهد على الاسم والنسب شاهدا عدل حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومة بالاقرار أو الشهادة به لغير من وقع ، وقد اتفق حصول هـذا التزوير في زماننا من بعض المزورة ، اذ حضر رجلان عند فقيه ورع ـ وهو مكفوف البصر ـ وذكروا عنده أن فلاناً حاضر عندكم يقر بأنه قد بـاع داره لفلان ونحن شهود على ذلك ، فكتب الفقيه المذكور بذلك ، ثم ظهر أنه كان تزويراً من الرجلين ، وقـد أدى الامر الى النزاع والخصومة... اذن يشترط أن يكون الحاكم عارفاً للشخص من حيث اسمه ونسبه والا فيشترط شهادة شاهدين عادلين .

قال المحقق « قده » : « ولو شهد عليه بالحلية جاز ولـم يفتقر الى معرفة النسب ... » .

أقول: وهل يغني ذكر أوصافه وملامحه الذاتية عن ذكر الاسم والنسب قال المحقق: نعم ، لكن في الجواهر عن السرائر الاشكال في كفاية ذلك ، الا أن عبارة السرائر تدل على خلاف مانسب اليها في الجواهر فليراجع[1]. وكيف كان فما ذكره المحقق « قده » هو الاظهر لكن يجب ذكر الحلية بحيث يأمن معه من الاشتباه والتزوير.

---

١) وهذا نص عبارة السرائر: « واذا أقر انسان لغيره بمال عند حاكم فسأل المقر له الحاكم أن يثبت اقراره عنده قال شيخنا أبـو جعفر في نهايته : لم يجز له ذلك الا أن يكون عارفاً بالمقر بعينه واسمه ونسبه ، أو يأتي المقر له ببينة عادلة على أن الذي أقر هو فلان ابن فلان بعينه واسمه ونسبه، لانه لا يأمن أن يكون نفسان قد تواطآ

على انتحال اسم انسان غائب واسم أبيه والانتساب الى آبائه ليقر أحدهما لصاحبه بمال ليس له أصل ، فاذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيرة كان مخطئاً مغرراً . وقال في مسائل خلافه : مسألة اذا حضر خصمان عند القاضي فادعى أحدهما على الاخر مالا فأقر له بذلك فسأل المقر له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً والقاضي لا يعرفهما ، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب لانه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلا وتواطآ على ذلك ، وبه قال ابن جرير الطبري ، وقال جميع الفقهاء : انه يكتب ويحليهما بحلاهما التامة ويضبط ذلك . قال رحمه الله : والذي عندي أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء ، فان الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب ، فانه لا يكاد يتفق ذلك . ثم قال رحمه الله : والذي قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما فان ذلك يمكن استعارته ، قال رحمه الله : وليس في ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع اليه . هذا آخر كلام شيخنا في مسألة من مسائل الخلاف .

قال محمد بن ادريس مصنف هذا الكتاب: الذي ذكره وذهب اليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوى في نفسي . وهذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر في نهايته شيئاً لا يعمل عليه ولا يرجع فيه الى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع اليه ... » .

٢٩٢ ـــــــ

عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم : اصنعوا به ماشئتم ان شئتم واجروه وان شئتم استعملوه »[1].

بل عن الشيخين في المقنعة والتهذيب مرسلا: « قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه : انه قد حق لي أن آخذ البريء منكم بالسقيم ، وكيف لايحق لي وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه حتى يترك » فهذا يفيد جواز الايذاء من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الاأنه لم يذكر حده في الروايات فيرجع ذلك الى نظر الحاكم .

فالحاصل : انه يلزم أن تكون أحكام القضاة وعقوباتهم مطابقة للادلة الشرعية والموازين المقررة الالهية، فما تداول في هذه الايام من بعضهم من الحكم بالسجن ودفع كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل ، وكذا مصادرة الاموال ، فانه لم يجعل الشارع هذه العقوبة على جرم في الشريعة المقدسة ، ولو علم بوجود أموال مغصوبة في أموال أحد فاللازم استرداد ذلك المقدار فقط ودفعه الى صاحبه أو الى ورثته لا أن يجعل في صندوق المستضعفين أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى .

حكم ما لو ادعى الاعسار:

قال المحقق « قده » : « ولو ادعى الاعسار ... » .

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

أقول : أي لو أقر بالحق ثم ادعى الاعسار ، فان استبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »[١] وللموثق الاتي ذكره وغيره .

قال: «وفي تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان...».

أقول: قال في الجواهر: أشهرهما عملا وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالاصل والكتاب رواية الانظار ، يعني الموثقة : «ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا »[٢] ورواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «ان امرأة استعدت على زوجها أنه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال : ان مع العسر يسراً »[٣]. ومراده من الاصل هو أنه مع الشك في وجوب كونه أجيراً أو تسليم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدي دينه فالاصل عدم الوجوب ، والمراد من الكتاب الاية الشريفة المذكورة آنفاً .

والرواية الاخرى مارواه السكوني : « ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ماشئتم ان شئتم واجروه وان شئتم استعملوه » .

---

١) سورة البقرة : ٢٨٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

٣) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

لكن الشيخ عمل في النهاية برواية السكوني، وعن ابن حمزة التفصيل بين ما اذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، وما اذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسرة .

وقد رجح صاحب الجواهر الاولى على الثانية لموافقتها للكتاب، وقيل ان رواية السكوني غير مخالفة للكتاب حتى ترجح الاولى عليها لان المتمكن من العمل ليس معسراً ، وبهذا المعنى صرح العلامة في المختلف، ولذا لا يستحق الزكاة لانه واجد للمال بالقوة .

أقول : ان كان لفظ « المعسر » ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلاسواء تمكن من تحصيله بسهولة أولاوافقت الرواية الاولى لظاهر الكتاب ، وان كان ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوة لم توافقه ، والظاهر أن «المعسر» هو الذي ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، لان أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل واجارة أنفسهم في مختلف الصنائع والحرف والاشغال... لكن رواية السكوني تخالف الكتاب من جهة أخرى ، وذلك أنها تدل على تسليمه الى الغرماء وليس في الكتاب دلالة على ذلك .

ويحتمل أن تكون رواية السكوني موافقة للاصل، فانه اذا كان مال المدين أقل من حقوق الغرماء أو مساوياً لها منعه الحاكم عن التصرف في ماله مع مطالبة الغرماء لحقوقهم ، لان تصرفه في ماله يوجب الضرر في حقوق أولئك الا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعة وحرفة لها مالية يبذل بأزائها المال والغرماء يطالبون بحقوقهم

كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه وتسليمه الى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله وتشغيله ـ كما يمنعه ويحجره عن التصرف في أعيان أمواله ـ لان المفروض مالية عمله ، فتكون رواية السكوني غير مخالفة للاصل اذ الاصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن والمنع عن تضييعه والسعي وراء أدائه.

نعم لا يجوز حمل المدين على عمل حرجي أو اجباره على تحصيل المال عن طريق غير متعارف كأن تؤمر الامرأة بالتزوج لتأخذ المهر وتقضي الديون أو يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ونحو ذلك .

وبما ذكرنا يجمع بين الروايتين بأن من كان ذا صنعة وحرفة يستعمل ويحسب عمله عوضاً عن ديونه نظير من عمل في بناء المسجد مدة وطلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلا عن مبلغ معين من سهم الامام عليه السلام في ذمته، ومن لم يكن كذلك ولا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فانه ينظر حتى حصول الميسرة .

هل يحبس حتى يتبين حاله ؟

قال المحقق : « وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب الفلس » .

أقول : لو أقر بالحق وادعى الاعسار وجهل حاله ففي المسألة صور أربع :

الصورة الاولى : ان يكون حالته السابقة الاعسار والدائن يصدقه في ذلك لكنه يدعي يساره الان والمدين يدعي بقاء حالة الاعسار .

الصورة الثانية: أن يقر بالدين وباليسار سابقاً ـ أو وجود مال الدائن عنده ان كان أصل الدعوى مالا ـ لكن يدعي الاعسار الان فيقول له الدائن : أنت على يسارك السابق ، أو أن مالي موجود عندك الان .

الصورة الثالثة : الجهل بحالته السابقة .

الصورة الرابعة: أن يكون سابقاً معسراً تارة وواجداً أخرى.

وتفصيل الكلام في الصورة الاولى : في هذه الصورة يجب على الدائن الذي يدعي يسار المدين اقامة البينة على دعواه ، لان قول مدعي الاعسار هوالموافق للاصل ، فان أقام البينة حكم على المدين بدفع المال وأداء الحق ولامعنى للانظار، وان أبى حبس، وان لم يقم البينة أحلف مدعي الاعسار فان حلف أنظر ، وان رد اليمين على من يدعي اليسار أحلف، فان حلف حكم على المدين بأداء الحق فان ادى فهو والا حبس ، وان امتنع عن اليمين فقيل : انه مع رد اليمين على المدعي ونكوله يكون النكول سبباً للحكم بضرره ، لان النكول عن اليمين المردودة هو بمثابة يمين المدعى عليه، وقيل: النكول لايوجب ذلك وتبقى الدعوى مجملة، والمرجع في صورة اجمال الدعوى ـ في غير مسألتنا ـ هو الاصول والقواعد،

أما في هذه الصورة في محل الكلام فالمرجع هو قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » فانها تدل على أن وجوب الانظار مشروط بكونه معسراً، أي ان للدائن مطالبة حقه من المدين الا في حال كونه ذا عسرة ، فان أحرز الشرط ترتب حكم وجوب الانظار ، ومع الشك فلا يحكم بوجوبه ، فله المطالبة بحقه وأن يطلب من الحاكم حبسه ان امتنع عن أدائه .

ولو أقام مدعي الاعسار البينة على ذلك قال بعض الاصحاب بحجية تلك البينة بناء على اطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ، وقيل : لاتقبل منه البينة لانه منكر لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»[1] وسيأتى تحقيق المسألة في محلها انشاء الله تعالى، وعلى الاول فهل يحتاج الى ضم اليمين الى البينة ؟ قيل : لا ، لان البينة حجة تامة ، وقيل : نعم ، لان البينة على النفي ليست بحجة فلابد من ضم اليمين اليها .

٢ ـ الانكار وجملة من احكامه :

قال المحقق : « وأما الانكار فاذا قال « لا حق له علي » فان كان المدعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة فالحاكم بالخيار ان شاء قال للمدعي : ألك بينة ؟ وان شاء سكت ، أما اذا كان المدعي لا

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ في حديث فدك عن تفسير علي ابن ابراهيم القمي.

يعلم أنـه موضع المطـالبة بالبينة وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه ، فان لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن له اليمين ، ولا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعي لانه حق لـه فيتوقف استيفاؤه على المطالبة » .

أقول: حاصل ما ذكره قدس سره أنه ان طرح المدعي دعواه عند الحاكم وقال المدعى عليه : لاحق لـه علي ، فالمدعي اما لا يعلم بأن عليه اقامة البينة على مايدعيه فحينئذ يطالبه الحاكم باقامتها، واما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك ، فان لم يكن عنده بينة على دعواه أو لم يقمها أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه ، لان ترتب الاثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه اياه ، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر ، وكذا لـو استحلفه المدعي ولم يحلفه الحاكم ، أو أحلفه الحاكم بـدون استحلاف المدعي ، فترتب الاثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلا الامرين: استحلاف المدعي واحلاف الحاكم اياه بعد ذلك باذن المدعي .

وهل المراد من قوله : « ولايحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعي » وأن الحاكم لايحلفه الا بعد اذنـه هو الاثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعة بدون أحد الامرين لانها حينئذ لغو ، بل قد يقال بحرمتها للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عزوجل : « ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[1] ، هذا بالنسبة

---

١) سورة البقرة : ٢٢٤ .

الى المدعى عليه، وأما الحاكم فان قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم احلافه لانه يأمره بالمعصية حينئذ وأما وضعاً فلا يترتب على هذه اليمين أثر ، وهذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

« ولو تبرع هو أو تبرع الحاكم باحلافه لم يعتد بتلك اليمين وأعادها الحاكم ان التمس المدعي » .

ولقد استدلوا لعدم تأثيره وضعاً بأن احلاف المدعى عليه حق للمدعي، ومالم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم احلافه لتوقف استيفاء حق المدعي على مطالبته . وفيه تأمل : لان مجرد كون ذلك حقاً للمدعي لايمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعية وهو فصل الخصومة بين المتنازعين بعد تحاكمهما اليه ، فانه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين ، فلا يمكن المساعدة على القول بعدم ترتب الاثر على حكم الحاكم الصادر بعد احلافه المدعى عليه بدون اذن المدعي بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقاً للمدعي، بل قضية اطلاقات أدلة الحكم والقضاء كتاباً وسنة هو نفوذ حكمه ووجوب امتثاله وان كان صادراً بدون اذن المدعي، ولا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد .

فالحاصل: كونه حقاً للمدعي لايكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم وعدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبة المدعي باستيفاء حقه في احلاف المدعى عليه .

كما أن هذا الحق لا يجوّز له منع المدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف ، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لايجوز له أن يمنعه عن أداء الدين اليه الا بقصد اسقاط حقه وابراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه والعدول عن مطالبته فيما نحن فيه ، وأما بقصد ابقاء النزاع والخصومة فلا .

وقد اعترض في الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضي عدم تحليفه مع عدم رضاه لاعدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال ، وذلك لان الحق كالمال ، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال فكذلك الحق ولا يلزم الاذن الصريح منه بالحق، وعليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم وطرح الدعوى عنده يكفي شاهداً على رضاه باحلاف المدعى عليه والحكم في القضية .

ومن هنا قال في الجواهر : فالاولى الاستدلال لذلك بعد الاجماع بظاهر النصوص الاتية في اشتراط الرضا الذي لابد من العلم به ، وشاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل .

أقول: اذن لابد من النظر في الاخبار ، وقد وجدنا هذه الاخبار دالة على لزوم الاستحلاف، ثم اذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهذه الاخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزلة الشارح لاطلاقات «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» أو المبين لاجمالها ، اذ تضمنت كيفية اليمين وأن المدعي يستحلف المنكر ، فلو فرض

عـدم دلالة الاخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدعي فـلا ريب فـي أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبة المدعي . وبهذا البيان يتم دلالة هذه الاخبار بظاهرها على ما ذهب اليه الاصحاب ، ويكون مـا نحن فيه نظير المعاملات ، فـان العلم برضا صـاحب المال ببيع ماله لايكفي لجوازه بل لابد من اظهار رضاه الباطن والتصريح بـه . ولعل السر في ذلك أنه كثيراً ما يندم البائع عن بيع متاعه فمع التصريح بالاذن والرضا لايؤثر ندمه ، بخلاف مـا اذا أريد الاعتماد على رضاه فيمكنه انكار الرضا أصلا ولا طريق الى اثبات الرضا الباطني ، وهنا كذلك فانه اذا قال لـه احلف لم يبق له مجال بعدئذ للانكار بخلاف مـا اذا أريد الاستناد الى الرضا .

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعية في قبول حكم الحاكم في تلك القضية .

هذا وليس في الروايات أن يقول المدعي للحاكم : أحلفه ، بل فيها أنه يستحلف المنكر، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر : احلف ، فما الـدليل على أن استحلافه ايـاه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ وأن على الحاكم الاستيذان منه في احلاف المنكر؟ وحيث لادلالة في الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم اذن المدعي ؟ ثم انه اذا أحلفه في حضور الحـاكم وحلف فما الدليل على عـدم صدق الاستحلاف

عليه ؟ وهل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاكم احلافه ايـاه ؟

اللهم الا أن يكون الدليل هـو الاجماع وأن سيرة المسلمين منذ صدر الاسلام حتى الآن هـي على احلاف الحاكم المنكر بعد مطالبة المدعي ، والا فان المستفاد مـن الروايات هو ما ذكرنـاه ، بل قيل : انه يعتد بيمينه الواقعة بعد التمـاس المدعي وان لم يكن فـي محضر الحاكم ، وهو مقتضى اطلاق معتبرة ابن أبي يعفور : « اذا رضي صـاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق لـه قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له . قلت له : وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم . . . »[1] .

لكن الظاهر أنها محمولة على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حل النزاع بينهما ، فان المتخاصمين يتحاكمان الى الحاكم ويفوضان الامر اليه فتجري في مجلسه جميع المقدمات باذنه وتحت نظره ثم يحكم في الواقعة بحسب الموازين المقررة في الشرع ، فلا اطلاق لها اذاً ، ويشهد بما ذكرنا أن في الرواية : « قلت : وان كانت له عليه بينة عادلة؟ » أي: هل اليمين تذهب بحقه وان كانت له عليه بينة؟ فقد يتفق غياب البينة وهما مستعجلان في فصل خصومتهما فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان ، فان المراد من البينة هنا هي البينة التي تقام عند الحاكم كما هو واضح ، وبقرينة

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ١٧٩ .

المقابلة بين هذه البينة واليمين يعلم أن المراد من اليمين في الخبر هي يمين المنكر عند الحاكم .

ثم ان الاجماع المدعى على لزوم اذن المدعي في يمين المنكر مستند الى فهم الاصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات أو الى السيرة المستمرة التي ذكرناها، وأما كونه اجماعاً تعبدياً غير مدركي فبعيد جداً ، والاظهر استناده الى السيرة المستمرة القائمة على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم اليه ، وأنهما ليسا مختارين في حل النزاع بينهما حينئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعي بالبينة ويذكره باقامتها ان كان غافلا عن ذلك ، بل قيل بلزوم قول الحاكم له : ألك بينة ؟ وان لم يكن غافلا ، فهذا يكشف عن قيام السيرة على أن أمر المترافعين بيد الحاكم وأنه لا يجوز لهما التقدم عليه في شأنهما، نعم القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد احلاف المنكر بطلب من المدعي .

وليس المراد من « الاحلاف » أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه ، لان المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول ، بل المراد هو أن يأذن له باليمين ، وهذا هو مراد من عبر بـ « الامر » أيضاً .

وقد روى الشيخ الصدوق معتبرة ابن أبي يعفور المذكورة بزيادة جملة « من حلف لكم على حق فصدقوه »[1] وقد يدعى

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

كونها مطلقة ، لكنها محمولة على ما ذكرنا ولا سيما وأن الجملة في ذيل تلك الرواية .

وفي رواية أخرى: «... وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»[١].

وفي أخرى لعبدالله بن وضاح : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة ، فأردت أن أقتص الاف درهم التى كانت لي عنده وأحلف عليها ، فكتبت الى أبى الحسن عليه السلام فأخبرته : أني قد أحلفته فحلف ، وقد وقع له عندي مال ، فان أمرتني أن آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت . فكتب: لا تأخذ منه شيئاً ان كان قد ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها »[٢] .

وقد استشهد في الجواهر بما في هذا الخبر ـ من أنه قد أحلفه عند الوالي لا الحاكم ـ على كفاية الحلف وان لم يكن عند الحاكم. لكن لعل هذا الوالي الذي حلف عنده كان من الولاة الذين لهم الولاية على الحكومة ونصب القضاة بعد الترافع اليه ، فلا يستفاد منها كفاية الحلف عند غير الحاكم ، والقدر المتيقن منها ماذكرناه.

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٨٠ .

وكيف كان فلو حلف سقطت دعواه في الدنيا وان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجرة بالاجماع ، وفي الحديث : « . . . فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له بة قطعة من النار»[1].

قال المحقق « قده » : « ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل » .

أقول : عند ما يطرح المدعي الدعوى وينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعي أو ينكل فلا يحلف ولا يردها عليه .

حكم ماذا حلف المنكر:

قال : « فاذا حلف سقطت الدعوى » .

أقول: اذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعي ولا حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقاً فكالاول ، أي: ان كان الشيء المتنازع فيه له حقاً فهو، وان كان كاذباً فكذلك، أي لا يكون الشيء له باليمين ويحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل ، هذا بالنسبة الى المنكر نفسه ، وأما بالنسبة الى المدعي فلا تجوز له مطالبة المدعى عليه بالشيء بحسب الظاهر وهذا معنى سقوط دعواه، وأما بالنسبة الى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، وأما بالنسبة الى سائر الناس فانهم اذا أرادوا

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

التصرف في الشيء المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه.

قال المحقق: « ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصة » .

أقول : واذا سقطت الدعوى فهل للمدعي التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد ؟ ادعي الاتفاق على عدم جواز التقاص منه ان كان مورد النزاع ديناً، وأما اذا كان عيناً فالمشهور على الجواز ، وقال جمع بالعدم وبقاء الحق الى الاخرة، بل قالوا بعدم جواز التصرف في العين المتنازع فيها وان لم يكن تصرفاً منافياً لكونها بيد المدعى عليه كأن تكون عبداً ويعتقه في سبيل الله عزوجل أويبرأ ذمة المنكر قربة الى الله تعالى، لان ذلك ينافي حكم الحاكم المقتضي لعدم كون المنكر مديناً للمدعي ومقتضى الابراء كونه مديناً له .

أقول : ان مقتضى القاعدة هو جواز التقاص منه ـ الا أن يقوم الدليل على المنع ـ اذ ليس الحكم من المملكات والنواقل للاموال والا لما قال صلى الله عليه وآله وسلم : « ... فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار » فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وان أثم في اليمين الكاذبة نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة، وحيث لا تصبح العين ملكاً للحالف بيمينه فاما أن تكون ملكاً بلا مالك أو تبقى على ملك المدعي والاول ساقط فثبت الثاني، فللمدعي التصرف في العين أينما وجدها غير أنه يكون حينئذ راداً على الله لمخالفته لحكم الحاكم ، ولكن

لـو فعل ذلك خفية أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد . اللهم الا أن يقال بوجوب التزام المدعي بترتيب آثار مالكية المدعى عليه وان كانت العين ملكاً له في اعتقاده، وأن سائر الناس ملزمون بمعاملة هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعي نفسه ، فعليهم الاستيذان من المنكر ان أرادوا التصرف فيها، وقيل بوجوب ذلك عليهم ان لم يكونوا عالمين بكونها ملكاً للمدعي في نفس الامر ، الا أن الكلام في أثر اذن المدعى عليه حيث قد حلف كاذباً وهو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعاً بل هي باقية على ملك المدعي، فانه لا يجوز له الاذن ولو أذن لم يؤثر، فالاحوط لهم الاستجازة من المتداعيين كليهما في التصرف في العين .

قال المحقق : « ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه » .

أقول : أي ان الحاكم بعد ما حكم بأن الشيء للمنكر أو بأنه ليس مديناً للمدعي لايجوز له سماع الدعوى مرة ثانية، ولا استماع شهادة بينة المدعي على مالكيته للشيء المتنازع فيه، قال المحقق: «ولو أقام بينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور بل حكي عليه الاجماع، وذلك لحكومة خبر ابن أبي يعفور عن الصادق «ع»: « اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له. قلت له: وان كانت عليه بينه عادلة؟ قال: نعم وان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه . قال رسول الله من حلف لكم بالله فصدقوه وان سألكم بالله

فأعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له »[1] وغيره من الاخبار على: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2].

وهنا قولان آخران ، قال المحقق : « وقيل : يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين ، وقيل : ان نسي بينته سمعت وان أحلف » والثالث: انها تسمع مطلقاً ، قال المحقق: « والاول هو المروي » وتلك الاقوال مخالفة للنصوص الواردة في المقام ، وهي تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعي وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً ، وقد عمل الاصحاب بتلك النصوص الا من شذ .

قال المحقق : « وكذا لو أقام بعد الاحلاف شاهداً وبذل معه اليمين ، وهنا أولى » وهذا واضح .

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته...».

أقول : لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه فهل يكون اقراره بالكذب كالبينة التى يقيمها المدعي بعد يمين المنكر في عدم التأثير أو يؤثر هذا الاقرار ؟

ان دليل حجية الاقرار مطلق ، فهو حجة سواء كان قد حلف أولا ، ودليل حجية اليمين وذهابها بحق المدعي مطلق فهي تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أولا ، فالنسبة بين الدليلين

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الاقرار لذهاب الاصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع لحكومة دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الاقرار لانه رافع لموضوعه ؟ المستفاد من المعتبرة: « اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لي عليه، ثم انه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي أودعته اياه، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه ، ورفعت المال الذي كنت استودعته وأبيت أخذه استطلع رأيك ، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، فان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين »[1] كون الاقرار مسموعاً وأنه يتقدم على أدلة ذهاب اليمين بحق المدعي .

بل ان تلك الادلة منصرفة عن صورة تكذيب الحالف نفسه .

بل ان اليمين من الطرق العقلائية ، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما في يده ، كما أن الدليل المعتمد في حجية خبر الواحد هو السيرة وبناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين والخبر مقيد بما اذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، وعليه فلامعنى للقول باطلاق دليل حجية خبر الواحد ويمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الاثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين وأنها ليست مصداقاً عنده لادلة ذهاب اليمين بحق المدعي... وكذلك البينة لو أكذب الشاهدان

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٧٩ .

أنفسهما بعد الشهادة ...

وأمـا بقاء مالكية المدعي على المال فهو مقتضى خبر مناهي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حيث ورد فيه النهي عن أكل أموال الناس بشهادة الزور ، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي « ص » : « في حديث المناهي: انه نهى عن أكل مال بشهادة الزور »[1]. وكذا قوله «ص»: «... فانما قطعت له قطعة من النار»[1]. وفي خبر عبدالله بن وضاح : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فأحلفته فحلف ، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة ، فأردت أن أقتص الالف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها ، فكتبت الى أبي الحسن فأخبرته ... فكتب : لا تأخـذ منه شيئاً ان كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها »[2].

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من باب المشاكلة كما في قوله تعالى: « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »[3]، والا فان أخـذ الحق ليس ظلماً حقيقة ، نعم

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٨٠ .

٣) سورة البقرة : ١٩٤ .

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً ...

فتحصل : ثبوت ملكية المدعي للمال المتنازع فيه بعد اقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير ، بخلاف البينة التي يقيمها المدعي بعدحلف المنكر فقددلت النصوص علىتقدماليمين وعدم سماع البينة بعدها .

هذا، وفي كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لاتذهب بالمال بل تذهب بحق المدعي على المنكر . وفيه : أنه لا يثبت لصاحب المالالمدعي حق على المنكر، بل ليس لصاحب المالالمغصوب منه حق على غاصبه، وانماله المطالبة بماله وايقاع أنحاء التصرفات فيه ، ومن الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال ، فالصحيح أن أدلة ذهاب اليمين بحقالمدعي تمنع تصرفه فيماله الذي بيدالمنكربعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذي بيده ، فان أكذب نفسه جاز للمدعي مطالبته بالمال وحلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه .

وفي المسالك : « أما لو أكذب الحالف ...كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمة الخصم فلا وجه لسقوطه ». أقول: هذا يتوقف على عدم تمامية اطلاق أدلة « ذهبت اليمين بحقه »كما ذكرنا والا كان الاطلاق هو الوجه لسقوط الحق .

ثم انه هل يسقط حق المدعي بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم ؟ ظاهر النصوص هو الاول، قال السيد : والانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الاجماع على خلافه . والصحيح هو الثاني وفاقاً للجواهر ، لان اليمين مقدمة للحكم ـ كالبينة ـ وفصل الخصومة يحصل بالحكم وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان» أي: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينة أو تحقق اليمين ، فكل واحدة منهما في موردها مقدمة لحكم الحاكم وبه ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه ولم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الاسباب جاز للمدعي استيناف الدعوى .

هذا كله اذا حلف المنكر .

حكم ماذا رد اليمين:

قال المحقق : « وان رد اليمين على المدعي لزمه الحلف ».

أقول : ان رد المنكر اليمين على المدعي قالوا : يجب على المدعي أن يحلف ، وليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفي بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف ، فهو لزوم وضعي من باب المقدمة لاحقاق الحق فاذا حلف حكم له ووجب على المنكر تسليم الشيء المتنازع فيه اليه .

ويدل على ذلك الاجماع والاخبار المستفيضة أو المتواترة كما

في الجواهر، وهذه نصوص طائفة من تلك الاخبار نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضاً :

١ ـ محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « في الرجل يدعي ولا بينة له. قال : يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له »[١].

٢ ـ عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له »[٢].

٣ ـ الصدوق باسناده عن أبان عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له »[٣].

٤ ـ الكليني عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة. قال: يستحلف المدعى عليه فان أبى أن يحلف وقال: أنا ارد اليمين عليك لصاحب الحق فان ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله »[٤].

٥ ـ يونس عمن رواه قال: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي صحيحة .
٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي صحيحة .
٣) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٧ وليلاحظ طريق الصدوق الى أبان.
٤) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٧ . وهي مرسلة .

بشهادة رجلين عدلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فان أبى أن يحلف فلا شيء له »[1].

٦ ـ عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال: قلت للشيخ عليه السلام: « خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله. قال : فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له، وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقدمات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لا ندري لعله قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها ، أو غير بينة قبل الموت ، فمن صارت عليه اليمين مع البينة فان ادعى بلا بينة فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي، ولو كان حياً لالزم اليمين أوالحق أويرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق »[2].

فتحصل أن للمنكر رد اليمين على المدعي فان حلف ثبت حقه وحكم له ، وأما اذا كانت دعواه ظنية فقيل لاتسمع الدعوى الظنية

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي مضمرة .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٢. وفيها « ياسين الضرير » وليس لائمة الرجال فيه مدح ولا ذم .

مطلقاً ، وقيل : بل تسمع اذ قدتقوم البينة على طبقها وتكون دليلا ومستنداً لحكم الحاكم، لكن لاأثرلرد المنكراليمين على المدعي حتى على القول الثاني، لان الظان لا يمكنه الحلف، وكذا لوكان المدعى يدعي شيئاً لغيره كولي الصغير الذي يدعي على أحد حقاً للصغير ، لان يمينه لا تثبت حقه وان كان جازماً به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، وكذا الامر لوكان المدعي وصياً لميت فيدعي وصيته بشيء فينكر الوارث مثلا ذلك، فان أقام البينة على دعواه فهو والا حلف الوارث أوأقربالحق ولا يرداليمين على الوصي. وقيل: لقدقام الدليل على أن البينة على المدعي وعلى المنكر أن يحلف أويرد أو ينكل، وهذا الدليل مطلق يشمل صورة ما اذا لم يتمكن المدعي من اليمين أولم تكن يمينه نافذة، فنحكم في صورة رد المنكر اليمين وعجزه عنها ـ لكونه ظاناً أو لكون الحق لغيره ـ بسقوط الحق المدعى لا بأن يكون عجزه سبباً لتخيير المنكر بين الامرين الاخرين .

والجواب من وجهين: «الاول» ان أدلة تردد أمر المنكر بين الامور الثلاثة منصرفة عن هذه الصورة ، فليس له الرد فيها ويبقى الامران . «الثاني» الشك في اطلاق الادلة ـ بعد التنزل عن القول بانصرافها ـ فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو ما عدا هذه الصورة .

وحيث لايمكن الرد ـ لاجل لغوية يمين المدعي أوعجزه عنها ـ فهو مخير بين الاقرار والحلف .

اليمين المردودة في حكم البينة أو الاقرار ؟

وهل اليمين المردودة في حكم بينة المدعي أو في حكم اقرار المنكر ؟ قولان .

وجه الاول : ان الذي على المدعي هو البينة ، وعلى المنكر اليمين ، فان رد المنكر اليمين على المدعي وحلف ثبت حقه ، فتكون هذه اليمين في حكم البينة .

ووجه الثاني : ان اقرار المدعى عليه يثبت حق المدعي فتقوم اليمين المردودة منه على المدعي مقام الاقرار ، اذ هو حينئذ مسلم لما يدعيه ان حلف .

وقد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات منها: أن المدعى عليه اذا أقام بينة على أداء المال مثلا حلف المدعي، فان كانت اليمين المردودة نازلة منزلة البينة جاز للمنكر اقامة البينة بعدها، وان كانت نازلة منزلة الاقرار فلا مجال لاقامتها لان الاقرار منه يكذبها .

قلت : والاقوى أن اليمين المردودة طريق مستقل لاثبات حق المدعي، وما ذكروه في وجه القولين ضعيف، وليس طريق اثبات الحق منحصراً بالبينة والاقرار بل هي ثلاثة طرق : البينة والاقرار واليمين المردودة ، ولكل واحد منها أحكامه وآثاره ، وأما الثمرة التي ذكروها فغير مترتبة لان اليمين المردودة لا تصلح لنفي أداء المدعى عليه الدين بل هي تثبت أصل الدين، وحينئذ للمدعى عليه اقامة البينة على الاداء «كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينة على الاداء سقط الحق ، وان لم يكن عنده بينة حلف المدعي لانه

المنكر للاداء » ولا معنى لاقامتها على نفي ما تثبته اليمين المردودة التي جعلت لخصم النزاع بينهما ، اذن يجوز أن تقام البينة في مقابل اليمين المردودة لواختلف مدلولاهما ـ كما ذكرنا .

وحينئذ نبحث عن مقتضى الادلة أوالاصول فيمااذاأقام المنكر البينة بعد يمين المدعي مثلا ، فان شملت اطلاقات أدلة البينة هذه البينة فهووالافيرجع الى الاصل من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الامرين . . . فالحاصل أنه لاوجه للحصر المذكور ، وحينئذ نقيد أدلة البينة على المدعي واليمين على من أنكر بأن اليمين على المنكر الااذاردت على المدعي فهي عليه لاعلى المنكر .

ثم ان أثر اليمين المردودة يتوقف ترتبه على حكم الحاكم ، فهي من مقدمات الحكم ، والذي يثبت الحق هو الحكم وبه تنفصل الخصومة وينقطع النزاع كما ذكرنا سابقاً ، فيكون معنى قوله عليه السلام ـ في مرسلة أبان ـ : « . . . أن يحلف ويأخذ ماله » انه يحلف ويحكم الحاكم ويأخذ ماله .

قال المحقق : « ولو نكل سقطت دعواه » .

أقول : لو نكل المدعي عن اليمين المردودة فقد ذكروا أنه تسقط دعواه ، ثم ادعي الاجماع على عدم جواز اعادة الدعوى في ذلك المجلس ، وفي اعادتها في مجلس آخر قولان ، وفي المسالك : ان كان ترك اليمين لسبب وجيه وعذر مقبول أمهل والا كان ناكلا تسقط دعواه بامتناعه من اليمين .

أقول : ليس في الاخبار تعرض للنكول ، بل فيها : « أبى أن يحلف » و « لم يحلف » فان قال في المجلس « لا أحلف » مثلا فقد أبى أن يحلف ، ولا يبقى له حق ، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى ولا تسمع بعدئذ ، وان لم يحكم الحاكم لم تسقط وبقيت وجازت المطالبة بالحق ولكن تجديدها في ذلك المجلس لغو ، وأما الامهال فان كان لجهة عقلائية أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك والا فلا وجه لامهال الحاكم اياه ، وهذه المهلة ـ أي مقدار طالت ـ فقد أخر احقاق حقه بنفسه ولا يجبر على اليمين لاجل أخذ حقه ، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لان الحق للمدعي.

وهذا العذر الموجه لابد أن يكون له أمد اما عرفاً واما بتحديد من الحاكم .

وأما اذا رد اليمين على المدعي فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف ، فان كان المنكر متيقناً قيل له : احلف ، وان كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعي بقيت الدعوى ورجع الحاكم الى الاصول العملية وأفتى في المسألة بما أدى اليه نظره .

حكم ما اذا نكل المنكر :

قال المحقق: « وان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد، قال الحاكم : ان حلفت والا جعلتك ناكلا . . . » .

أقول : المراد من قوله : « والا جعلتك ناكلا » هو حكمه بنكوله ، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى ، وان رد

اليمين على المدعي فان نكل المدعي سقطت الدعوى كذلك، وان نكل المنكر فلم يحلف ولم يرد قال المحقق : « قال الحاكم ...» ثم قال : « ويكرر ذلك ثلاثاً استظهاراً لافرضاً » ولم يقم دليل على ذلك ، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم الا أن يقوم اجماع على ما ذكره «قده» .

قال : « فان أصر قيل يقضى عليه بالنكول ، وقيل : يرد اليمين على المدعي فان حلف ثبت حقه وان امتنع سقط » .

أقول : ان أصر المنكر على النكول ففيه قولان : أحدهما يقضى عليه بالنكول ، قال به جماعة من المتقدمين، والاخر: يقول له الحاكم: رد اليمين على المدعي، فان رد وحلف ثبت حقه وان امتنع المدعى عنه سقط حقه ، وهو قول جماعة من الاصحاب ... قال المحقق : « والاول أظهر وهو المروي » .

لقد استدل للقول الاول بأخبار منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فقد فصل «ص» بين المدعي والمنكر ، فجعل البينة وظيفة للمدعي واليمين وظيفة للمنكر والتفصيل قاطع للشركة، أي : انهما ليسا شريكين في البينة واليمين بل لكل واحد منهما وظيفته في ميزان فصل الخصومة ، وأما «رد اليمين» فمن الأحكام الطارئة ، مثلا: حقيقة الصلاة منوطة بتحقق أجزائها وشرائطها المحققة لها والمذكورة أولا وبالذات ، وأما ركعة الاحتياط مثلا فمن الامور الطارئة عليها ، . . . وحينئذ لو رد المنكر اليمين على المدعي وجب عليه أن يحلف ، وأما اذا

لـم يردها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هـو المطبق لامحالة، وأماالقول بأنه متىسكت رد الحاكم اليمين على المدعي ولاية أوحمل المنكر علىالحلف فيستلزم أنلايبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين .

وبعبارة أخرى : مقتضى الدليل الاولي الحكم بنكوله اذا لم يحلف، وان رد كان أمراً طارئاً واقتضىالدليل الثانوي ترتيب الاثر عليه لتحقق موضوعه وهوالرد، وأماإذا لم يحلفولميرد بقيالدليل الاول على مقتضاه وهو الحكم بنكوله .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عنالاخرس كيف يحلف اذاادعي عليه دين وأنكر ولم يكن للمدعي بينة؟ فقال: ان أمير المؤمنين عليهالسلام أتي بأخرسفادعي عليه دين ولميكن للمدعي بينة فقال أمير المؤمنين«ع»:الحمدلله الذي لميخرجني من الدنيا حتى بينت للامة جميع ماتحتاج اليه، ثم قال: ايتوني بمصحف ، فأتي بـه ، فقال للاخرس : ما هذا ؟ فرفع رأسه الى السماء وأشار أنه كتاب الله عزوجل ، ثم قال : ايتوني بوليه ، فأتي بأخ له فأقعده الى جنبه ثم قال : يا قنبر علي بدواة وصحيفة، فأتاه بهما ثـم قال لاخي الاخرس : قل لاخيك هذا بينك وبينه ، انه علي ، فتقدم اليه بذلك ، ثم كتب أمير المؤمنين «ع»: والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضـار النافع المهلك المدرك الـذى يعلم السر والعلانية ان فلان ابن فلان المدعي ليس لـه قبل فلان ابن فلان أعني الاخرس حق

ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا بسبب من الاسباب ، ثم غسله وأمر الاخرس أن يشربه فامتنع ، فألزمه الدين»[1] .

فان الظاهر منها أن الامام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، وذلك يقتضي أنه قدامتنع عن رد اليمين على المدعي ، للاتفاق على أنه لايحكم عليه مع الرد . وما أشكل عليه في الجواهر: بالقطع بعدم ارادة هذاالظاهرضرورة اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضاً فلابد في اصلاحه حينئذ من تقدير ، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له ... ضعيف لانه لو رد لحكم الامام عليه السلام على المدعي باليمين قطعاً ولحكى الامام الصادق عليه السلام ذلك البتة، اذ لاوجه لحكاية بعض الواقعة وترك البعض الاخر مع كونه محتاجاً اليه ، لكن لا مانع من عدم حكاية ما هو المحرز منها وهو ما ذكرنا من عدم رده اليمين على المدعي، بل ان حكم الامام عليه السلام بأداء الحق قرينة على ذلك.

وأما قوله : على أنه قضية في واقعة لا عموم فيها ... ففيه أن الامام الصادق عليه السلام قد ذكر القضية في جواب السؤال عن كيفية احلاف الاخرس حينئذ مستشهداً ومستدلا بها ولم يكن ذلك منه مجرد حكاية لها حتى لا يكون لها عموم .

فتحصل أن الرواية تدل على كفاية عدم رده ـ مع علمه بأن له

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٢٢. باب كيفية احلاف الاخرس ... الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

ذلك ـ للحكم عليه بدفع حق المدعي ، ولا يلزم أمره بالرد ثم الحكم بذلك ان امتنع عن الرد .

ومنها : رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] المتقدمة سابقاً .

فهذا الخبر يدل بظاهره صدراً وذيلا ـ على رواية الشيخ الكليني «قده»، وذيلا على رواية الشيخ الصدوق «قده» في الفقيه ـ على القول الاول ، لان حاصل القدر المتفق على روايته : أن المدعى عليه ان حلف سقطت الدعوى ، وان لم يحلف فعليه الحق الأن يرد ـ هو أو الحاكم من قبله ـ اليمين على المدعي ـ ولا يحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين ـ فان حلف المدعي ثبت حقه والا سقطت الدعوى .

ثم ان الجواب عن دعوى الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للتزلزل فيه. هو أن التزلزل يكون في حال اختلاف متن الخبر في الكتاب الواحد ، وأما هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ يختلف عن لفظ الكليني « قده » ، وقد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره[2] ، مع أن المحتمل تعدد نفس الرواية ، ومحل الاستدلال رواية الكليني ، ومع التنزل فان الذيل الذي اتفقا عليه ظاهر في الدلالة على القول الاول .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٢ .

٢) تعرضوا الى هذه المسألة كثيراً في صورة وقوع الاختلاف في لفظ الحديث بين رواية الشيخ الكليني والشيخ الطوسى قدس

وليس مخالفة ماتدل عليه رواية الفقيه لفتوى أبي حنيفة مرجحة، لان الترجيح بمخالفة العامة هو في الخبرين المتعارضين حكماً لا المختلفين زيادة ونقصاناً .

واحتمال تقدير جملة، بأن يقال : فان لم يحلف ـ أى المدعى عليه ـ ورد اليمين على المدعي فحلف ـ فعليه . ضعيف جداً .

هذا، وقد تلقى الاصحاب هذا الخبر بالقبول وأفتوا على طبقه في لزوم ضم اليمين الى البينة في الدعوى على الميت ـ ولادليل لهم غيره ـ وهذا جابر لضعف سنده .

ثم ان صاحب الجواهر بعد أن ذكر أدلة الطرفين قال: «وبذلك كله ظهر لك أن أدلة الطرفين محل نظر. . . نعم قد يقال: انه بعد فرض الاجماع المركب على انحصار القضاء في الفرض بأحد الامرين وان اختيار أمر ثالث . . .خرق للاجماع المزبور يتجه القول حينئذ انه يرد اليمين منه على المدعي ، لاصالة عدم ثبوت الحق بدونه ولظهور حصر استخراج الحقوق في مضمر يونس بالاربعة، ومجرد النكول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفيضة أو المتواترة الدالة على انحصار كيفية القضاء بين الناس بالبينات والايمان تقتضي ذلك . . . » .

سرهما ، فقدموا رواية الكليني على رواية الشيخ قائلين بأنه أضبط في نقل الاخبار، لان الكليني لم يشتغل بغير الحديث وقد عمل الكافي في عشرين سنة ، بخلاف الشيخ فله كتب كثيرة في علوم مختلفة ، ولذا نصوا على وقوع اشتباهات كثيرة في تهذيبه .

أقول : أما الاجماع المركب فمنتف هنا ، وأما أصالة عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعي فمعارضة بأصالة عدم وجوب رد اليمين حينئذ ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهة نكوله فالحق ثابت ، وان كان الحكم مترتباً على اليمين أو الرد فلايحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لامجال لجريان أصالة عدم ثبوت الحق، لان موجب الحكم في الصورة الاولى حاصل قطعاً وفي الثانية غير حاصل قطعاً وحيث يتردد الامر بين أمرين مقطوع بهما لا يجري الاستصحاب أبداً ، الا أن يقال هنا بأن الاصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الاصل أيضاً معارض بأصالة عدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب الزام المدعى عليه بالرد على الحاكم .

والحاصل: انه لو افترقت الامة على قولين ، فقالت طائفة بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، وقالت أخرى : بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعي ـ أو يردها هو من قبله ـ فان حلف حكم بثبوت الحق والا حكم بسقوطه ، فان كان القولان متباينين ـ نظير ما اذا قالت طائفة بوجوب الجمعة في زمن الغيبة وقالت الاخرى بحرمتها ـ فلامجال للاستدلال لاحد القولين بالاصل، وان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول احداهما بوجوب السورة في الصلاة وتقول الاخرى بعدم وجوبها

مع اتفاقهما على اجزاء الصلاة مع السورة ، فهنا لا تجري أصالة عدم وجوب السورة لعدم الشك في اجزاء الصلاة الواجدة لها ... وعلى هذا فان كان مقتضى القول بكفاية النكول عدم لزوم الرد على المدعي مع عدم المنع عنه ، ومقتضى القول الاخر لزومه بعد النكول ، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدعي اليمين المردودة ونفوذ الحكم بذلك قطعاً فلا مجال لاصالة العدم حينئذ، لكن أصالة العدم بالنسبة الى النكول وحده جارية كما في الجواهر.

هذا ، فان رد اليمين على المدعي فنكل فقولان كذلك ، وهنا أيضاً يتعارض الاصلان .

فظهر أن الاصل الذي ذكره في الجواهر يجري في حال قبول الطرفين لترتب الاثر على رد اليمين على المدعي مع عدم وجود قول ثالث في البين .

وأما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق في مضمر يونس بالاربعة . ففيه نظر، اذ الرواية في مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعي فقط لا مطلقاً والا فان اقرار المدعى عليه مثلا من أسباب ثبوت حق المدعي وليس له ذكر في الرواية .

وأما قوله : بل لعل النصوص المستفيضة . . . ففيه : أن الامر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينة على المدعي بأن نقول : الا في حال رد المنكر اليمين عليه، وبين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر ، بأن نقول : الا اذا ردها على المدعي فحينئذ تجب

على المدعي لا المنكر ، لكنا ذكرنا سابقاً بأن اليمين توجب الاطمئنان نوعاًبصدق الحالف وان الامتناع منها يكشف ـ نوعاً ـ عن الكذب ، فهي مؤثرة وجوداً وعدماً ، فميزان القضاء هو بينة المدعي ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين . . .

لو بذل اليمين بعد النكول :

وكيف كان فقد قال المحقق : « ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت اليه » .

أقول : لوبذل المنكريمينه فان كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله فلا ريب في عدم الالتفات اليها ، وهو المشهور بل عليه الاكثر بل ادعي عليه الاجماع ، لان الحكم قد فصل الخصومة وقطع النزاع ولا يجوز نقضه ، وان كان بذله قبل الحكم وبعد النكول فكذلك، لان النكول حينئذ كاليمين والاقراروالبينة في تعقب الحكم له من دون حالة منتظرة ، فلا أثر لبذل اليمين ـ بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المدعي ـ ولا يلتفت اليه ، انما الكلام في كيفية تحقق النكول ، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم: ان حلفت والا جعلتك ناكلا ويكرر ذلك ثلاثاً ، واكتفى صاحب الرياض بالمرة الواحدة ، وعن كاشف اللثام انه لا يجب الا الامر بالحلف لاقوله: ان حلفت والاجعلتك ناكلا ولامرة ، وهوالاظهر.

وأما بناء على القول الثاني من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعي فيلتفت اليه ، لانه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحكم ، فان حلف المدعي لم يلتفت اليه كذلك لانه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق الى المدعي وبذلك ينقطع النزاع .

قال في الجواهر : ان أدلة القولين لا يعارضها اطلاق ما دل على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به ، قال : بل في الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادروغيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو احلاف المدعي برد اليمين عليه ولو من الحاكم . قلت : وأما بناء على ما ذكرنا من أن ما دل على ذلك ظاهر في تأثير اليمين وجوداً وعدماً وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق، فلاتصل النوبة الى الاطلاق والتقييد أودعوى الانصراف.

وفي الرياض : هذا اذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرة ولوقضى بنكوله من غيرعرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففي نفوذ القضاء اشكال : من تفريطه وظهور عذره ، ولعل الثاني أظهر وبالاصل أوفق .

وأشكل عليه في الجواهر بأنه : ليس في شيء مما وصل الينا من الادلة وجوب العرض عليه بمعنى اعلامه حكم النكول والاصل البراءة ، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصاً بعد ملاحظة الاستصحاب وغيره .

أقول : ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول ، فان الحكم نافذ والاصل براءة ذمة الحاكم عن وجوب الاعلام ، لكن تمسك صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت

قبل البذل لو شك في بقائه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الرد شرعاً قبل صدور الحكم ، وبعد الحكم حيث يشك في بقاء التأثير وعدمه فيستصحب فيقع التعارض بين الاستصحابين .

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعي اليمين المردودة ـ قال في الجواهر ـ فالمتجه جوازه للاصل ، من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم، أي : ان الرد وحده ليس موضوع الحكم الشرعي بل هو الرد ويمين المدعي بعد ، فان أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعي فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع الحكم الشرعي ، فلذا يلتفت اليه .

ولو بذلها بعد حلف المدعي اليمين المردودة وقبل حكم الحاكم فقولان ، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله ويلتفت اليه ، ومن أنه لما حصل سبب الحكم وموجبه فقد قامت الحجة التامة للحاكم لان يحكم على طبقها فيجب عليه اصدار الحكم لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم . نظير الاقرار ، فلو أقر المنكر بما يدعيه المدعي ثبت الحق ولزم الحكم بذلك ، فلو رجع عن اقراره لا يلتفت اليه وان كان قبل الحكم .

هل يأمر الحاكم المدعي باحضار البينة ؟

قال المحقق: «ولو كان للمدعي بينة لم يقل الحاكم أحضرها لانه حق له» .

٣٣٠ ـــــــ

ابن مسلم : « في الرجل يدعي ولا بينة له قال : يستحلفه . . . » .

فهـذا الخبر وارد في مورد عدم وجود البينة ، فله استحلافه حينئذ ، فالظاهر هـو الوجه الاول وأن ميزان المرافعة هو اقامة المدعي البينة فان لم يكن عنده بينة فله استحلافه فان رد اليمين على المدعـي فحلف ثبتت الدعـوى وان نكل سقطت . . . وان وظيفة الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان .

وفي خبر عبيد بن زرارة : « في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق» .

وفي خبر: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه . بشهادة رجلين عدلين . . . » .

وفي مرسلة أبان: «في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة . قال : يستحلف المدعى عليه . . . » .

فمفاد هذه النصوص[1] وغيرها أن ميزان المرافعة عند الشرع ذلـك ، فكيف نرفع اليد عنها ونقول : ان اقامة البينة حق للمدعي وله رفع اليد عن حقه ؟ ويؤيد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينة .

قال : « وقيل : يجوز وهو حسن » .

أقول : أي : يجوز الالزام بناءاً على ما ذكرنا في معنى « لم يقل » . لكن القول بجواز الالزام غير تام .

---

١) وهي في الباب المذكور من وسائل الشيعة .

بعض أحكام البينة :

لو كان للمدعي بينة فهنا ثلاثة أحكام ، الاول ما تقدم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها » .

والحكم ثاني قول المحقق: «ومع حضورها لايسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي » .

والحكم الثالث قوله : « ومع الاقامة بالشهادة لا يحكم الا بمسألة المدعي أيضاً » .

والدليل على هذه الاحكام الثلاثة قول المحقق في ذيل الاول: « لان الحق له » أي الحق للمدعي في هذه الحالات، فله ألا يحضر البينة وان لاتدلي بشهادتها مع حضورها وألايحكم الحاكم في القضية بعد اقامتها بأن ينصرف عن حقه ، أويرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فان حلف كان له الانصراف عن حقه وان امتنع أو رد اليمين على المدعي فهل على المدعي أن يحلف مع وجود البينة أولا؟ فيه بحث.

وكيف كان فانه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، وهو أن للمدعي أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد اقامة الشهادة وقبل حكم الحاكم له ، الا أنا ذكرنا سابقاً أن المنسبق من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » بضميمة أدلة «البينة على من ادعى واليمين على من ادعي عليه» انه لو كان للمدعي بينة على دعواه لا تصل النوبة الى مطالبة خصمه باليمين، فهو وان كان له الانصراف عن حقه لقاعدة السلطنة، أما كون التخيير بين اقامة

البينة وبين المطالبة بيمين المنكر حقاً له فغير معلوم ، بل لايبعد أن يكون من جملة الاحكام المقررة لمجلس القضاء وفصل الخصومة أن يطالب الحاكم المدعي باقامة البينة ، فان لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين ، فليس تخيير المدعي بين الامرين حقاً له ، كماأنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينة المدعي خلافاً لمن قال بذلك .

هذا، ولكن ظاهر بعض الاخبار كرواية ابن أبي يعفورهو تخيير المدعي في ذلك ، فقد جاء فيها : « اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلادعوى له . قلت : وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قداستحلفه »[1] .

فهي ظاهرة في وجدانه البينة قبل رضاه بيمين المنكر ، الا أنها غير ظاهرة في كون ذلك بعد اقامة البينة وقبل الحكم .

والمستفاد من رواية ابي العباس : « اذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين »[2] انه لا أثر لرد اليمين بعد اقامة البينة بل يحكم الحاكم له .

وفي رواية محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفرعليه السلام

---

١) وسائل الشيعة ١٨/١٧٩ . الباب ـ٩ من ابواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة ١٨/١٧٨ . الباب ـ٨ من ابواب كيفية الحكم.

عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال: لا»[1].

فـان كان « يستحلف » مبنياً للمعلوم كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر ، وان كان مبنياً للمجهول كان المعنى انه مع اقامة البينة على حقه لا يستحلف المدعي مع البينة ، والثاني هو الظـاهر .

وفي رواية القاسم بن سليمان عن عبيد بن زرارة: «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي. قال: يستحلف أويرد اليمين على صاحبه فان لم يفعل فلا حق له »[2] .

وفي رواية يونس : « فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعي فهى واجبة عليه أن يحلف»[3] فان مفهومها أنه ان كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: ان له المطالبة بيمين المنكر مع وجود البينة بمقتضى رواية ابن أبي يعفور، وأما أن يفعل ذلك بعد اقامة الشهادة فلا دليل عليه ، بل مقتضى أدلة الحكم مثل « فاحكم بين الناس بالحق »[4] وجوب الحكم على الحاكم حينئذ .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٦. الباب ـ٧ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . الباب ـ ٧ مـن أبواب كيفية الحكم . و « القاسم بن سليمان » من رجال كامل الزيارات.

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي مضمرة .

٤) سورة ص : ٢٦ .

وظاهر عبارة الجواهر أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال: «لكن قد يقال: ان له الحكم وان لم يسأله المدعي لان ذلك منصبه ووظيفته . . . » .

فان كان المدعي جاهلا أو غافلا عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كي يأذن بحكمه فيحكم أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم ؟ وجهان .

ثم ان التمس المدعي سؤال الحاكم البينة فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك ؟ ذهب الى الثاني جماعة وقالوا: له أن يقول : من كان عنده شهادة فلا يكتمها ، لان الامر بالشهادة قد يوهم الادلاء بالشهادة وان لم تكن عن علم، ولكن هذا لا يمكن المساعدة عليه اذ لا يكون معنى الامر بالشهادة ما ذكروا ولا يتوهمه أحد ، بل ان عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ، فالحق هو القول الاول .

حكم جرح المدعى عليه البينة :

قال المحقق «قده»: « وبعد أن يعرف عدالة البينة يقول : هل عندك جرح ؟ . . . » .

أقول : وكيف كان فان أقيمت الشهادة وعرف الحاكم عدالة البينة فان قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب : نعم وسأل الانظار في اثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثة أيام ، وان قال : لا ،

حكم للمدعي . . . لكن في الرواية[1] امهاله أمداً ـ يحضر فيه الجارح ، بل هو مقتضى أدلة القضاء . ولعله لذا احتمل في كشف اللثام تنزيل اطلاق العبارة على ماذالم يدع بعد مسافة البينة بحيث لا تحضر في ثلاثة أيام ، واعترض عليه في الجواهر ووجه العبارة بأن التأخير ثلاثة أيام لقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، الا أنه كلام لايمكن قبوله لان الخصم على حجته فمتى أثبت الجرح بطل الحكم وسقطت الدعوى ، فلو انقضت الثلاثة أيام وأثبت الجرح كشف عن بطلان الشهادة وأن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعية ، أي : ان العدالة المعتبرة في الشاهد هي نظير العدالة المعتبرة في شاهد الطلاق لا العدالة المعتبرة في امام الجماعة .

ويحتمل أن وجه تحديد الاصحاب الامد بثلاثة أيام هو أن المستفاد من الرواية كون الامر بيد الحاكم ، وحينئذ فمقتضى الحكم بالحق والعدل هو الانظار ثلاثة أيام لانه يكون ذلك بلحاظ قاعدة لا حرج .

قال : « فان تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعي » .

أقول : ان تعذر الجرح مدة الانظار ـ وهي ثلاثة أيام ـ أو الامد الذي يمكن اتيان البينة فيه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد حكم عليه الحاكم بعد سؤال المدعي ذلك عند المحقق .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٥ . الباب ـ ١ من أبواب آداب القاضي .

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت :

قال المحقق «قده» : « ولا يستحلف المدعي مع البينة الا أن تكون الشهادة على ميت . . . » .

أقول: في هذا الفرع حكمان «الاول»: انه لايستحلف المدعي مع البينة، والدليل على ذلك الاجماع المدعى، مضافاً الى النصوص الواردة فيه، مثل خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال: لا»[١].

وخبر أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له »[٢] .

لكن في الخبر في وصية أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : « ورد اليمين على المدعي مع بينته فان ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء»[٣] ولكنه ليس بحجة لضعفه، ولم يأخذبه أحد من الاصحاب فضعفه غير منجبر، وقدحمل على بعض الوجوه، ولكن الاولى فى

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٧ . الباب ـ ٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٨ . الباب ـ ٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٥ .

٣٣٨ ـــــــ

[الاولى]: هل البينة في الدعوى على الميت ساقطة عن الحجية الااذا ضم اليها اليمين أوأنها باقية على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المدعي معها، من جهة أن المدعى عليه لو كان حياً وادعى وفاء الدين وأنكر هـو ذلك لوجبت عليه اليمين ؟ وثمرة هـذا البحث واضحة، اذ على الاول لاحجية للبينة بدون اليمين مطلقاً ، وأماعلى الثاني فيترتب الاثر على البينة لو كان معذوراً عن اليمين .

[الثانية]: هل يمكن التعدي عن مورد السؤال في النصوص الى غيره أولا ؟

للتعدي عن مورد النص أنحاء، كالتعدي عن احتمال الوفاء الى احتمال الابـراء أو الوفاء بواسطة غيره فى حياته أو بواسطة وصيه بعد موته .

وكالتعدي عن الدائن الى وليه، بأن نقول لايشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لوأقامها وليه أو وصيه .

وكالتعدي عن الدين الى العين .

وكالتعدي عن البينة الى الشاهد الواحد واليمين .

[الثالثة] : انـه بناءاً على عدم التعدي عن مورد النص الـى الموارد المذكورة ، فلـو ادعى عيناً على ميت فهل تسمع دعواه وتكفي البينة أوالشاهد الواحد مع اليمين لاثباتها أولاتسمع أصلا؟

وبناءاً على التعدي والالحاق فهل تسمع دعواه لوكان معذوراً عن اليمين ويكتفى لاثباتها بالبينة أو هي حينئذ ساقطة ؟

[الرابعة] : هل الوجوه والاحتمالات التى يذكرها الامام عليه السلام في جواب عبدالرحمن بن أبي عبدالله تقتضي قصور حجية البينة في الدعوى على الميت؟ .

أقول : ان التعدي والخروج عن مورد النص الى الموارد الاخرى يحتاج الى القطع بملاك الحكم الوارد في النص ووجود ذلك الملاك بالقطع واليقين في غيره، أوالاستظهارمن نفس اللفظ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبة الحكم والموضوع فيحكم به في كل موضوع وجدت فيه تلك العلة ، وأما تعدية الحكم من موضوع الى آخر من باب « حكم الامثال فيما يجوز وفيما لايجوز واحد» فهو قياس باطل وأما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعي وتحصيله مشكل .

فالمتعين هو الاستظهارمن النصوص والدقة فيها للوصول الى أحكام الفروع المشار اليها في الجهات المذكورة . . .

ففي خبر عبدالرحمن : « . . . فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه فان حلف والا فلاحق له لانا لاندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة، فان ادعى ولا بينة فلاحق له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه الحق » .

وهو ظاهر في أن يكون المدعي نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه. اللهم الا أن يقال بأن ما ذكره الامام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل ولكنه مشكل . وأما دعوى الاطلاق في « المطلوب بالحق » فمشكل أيضاً لاسيما بالنظر الى ما جاء بعده من قوله : « فعلى المدعي اليمين . . . وان حقه لعليه » .

وكذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور في الخبر، وهو قوله عليه السلام « لانا لا ندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها . . . » بأن نقول بأنه في كل مورد لا ندري لعل المدعى عليه قد وفى ما للمدعى ببينة كذلك وجبت اليمين لاثبات الحق، سواء كان الحالف المدعي نفسه أو وليه أو وصيه أو وارثه ، لاحتمال كون هذا الكلام تعليلا للحكم بوجوب اليمين على المدعي نفسه . نعم لا مانع من التمسك به للتعدي عن الدين الى العين ، وعن الوفاء الى الابراء ونحوه .

وبالجملة لا نتمكن أن نستفيد من هذه الرواية جواز حلف الولي أو الوصي أو الوارث مثلا بدلا من المدعي ، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلا عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجة للحالف فقط ولا أثر ليمين غير ذي الحق وان كان وليه وكان عالماً بالواقع ، وسيأتي وجهه في محله ان شاء الله تعالى .

وهل يتعدى الحكم من الميت الى الغائب والطفل والمجنون؟ قولان ذكرهما الشهيد الثاني « قده » في المسالك واختار العدم تبعاً للمحقق وخلافاً للاكثر .

وكيف كان فعلى التعدي لا حجية للبينة الا بضم اليمين اليها، وكذا في الموارد التي لا يتمكن المدعي من اليمين لانها حقه ولا يتولاه غيره ، وقال جماعة بأنه ان وجب الجمود في كيفية اليمين على ظاهر اللفظ الوارد في الخبر فهو، وأما ان كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف ـ كما هو ظاهر الخبر الاخر ـ فلا مانع من يمين الولي مثلا حيث يقيم الدعوى بدلا عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف بالله الذي لا اله الا هو لقدمات فلان وان حق هذا الطفل لعليه ، ان كان عالماً بذلك ، والا لم يحلف ، فان ادعى وارث الميت على الولي العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك .

ولو فرض كون الولي عالماً بأداء الميت حق الطفل لم يجز له المطالبة بشيء ، ولكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره .

هذا كله بناءاً على القول بسقوط البينة عن الحجية مالم تضم اليها اليمين وان كان المدعي غير متمكن منها ، الا أن المختار أنه في الفرض المذكور يعتمد على البينة ويحكم له بها .

ثم ان صاحب الجواهر «قده» لما كان يميل الى القول بالتعدي بالنسبة الى بعض الموارد اعترض على معاصره القائل بكفاية البينة فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر ـ لان الدليل انما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعي فيبقى ما عداه على الاصل وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم ـ بأن ظاهر الفتوى

والنص خصوصاً الصحيح كون ذلك ـ أى البينة مع اليمين ـ هو الحجة على الميت ، فيتجه حينئذ سقوط الحق .

أقول : مراده من « الصحيح » هو صحيحة الصفار : «كتب محمد بن الحسن الصفار الى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع عليه السلام : اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي يمين. وكتب: أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة . وكتب : أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين»[1].

ثم قال قدس سره « الا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال ان للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو ـ مع أنه كما ترى أيضاً خصوصاً اذا كان المستصحب غير معلوم له وانما شهدت بـه البينة ـ لا يتم في الوصي الذي لا يجوز حلفه لاثبات مال الغير ، اللهم الا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط في حجية البينة التى هي في الحقيقة المثبتة، أو يقال بالاكتفاء بيمين الوارث مع البينة في اثبات مفادها الذي

---

١) وسائل الشيعة: ١٨ / ٢٧٣. الباب ـ ٢٨ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والارث ، لانها من الحجة المثبتة للموضوع في نفسه .

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة بل يكفي يمين واحدة من أحدهم، لان مقتضى اطلاق النص اعتبار يمين واحدة في تمامية حجية البينة التى قدعرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وان أقامها أحدهم ، فتأمل فانه دقيق نافع وان كان لا يخلومن بحث ، ضرورة كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد ، فلا يكتفى بها لغير ذي الحق .

بل قديناقش في قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والابراء ونحوهما ، ولا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتباريمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولا ، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشيء منهـا » .

قلت : لكن الشك في ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدلة حجية البينة زائداً على القدر المتيقن ، وقد تقرر في محله جريان الاصل في السبب ، فلو أريد الرجوع الى الاصل في هذا المقام كان المرجع أصالة عدم التخصيص الزائد لادلة حجية البينة ، ويكون الحاصل حجيتها في المورد من غير توقف على ضم اليمين اليها .

ثم قال رحمه الله : « نعم قد يقال ـ بعد استبعاد سقوط الحق

مع البينة العادلة خصوصاً مع قطع الوارث بالحق ، بل يمكن دعوى معلومية خلافه ولو بالسيرة القطعية، واستبعاد سقوط اليمين في الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه ـ ان المتجه الزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو ابرائه .

لكن فيه : أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما اذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو ابرائه اياه ، اذ لا ملازمة بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق، والمفروض أن هذه اليمين هي للاستظهار، وحيث لا أثر لهذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيرة القطعية، فلابد من الاخذ بالبينة .

ومن فروع المقام ما ذكره في المسالك بقوله : « لو أقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ففي ضم اليمين الى البينة وجهان، من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ، ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق . وهذا أقوى » .

قلت: والصحيح هو الوجه الثاني، وأما ما أورد عليه في الجواهر من أنه مناف لاطلاق صحيح الصفار ففيه أن التعليل الموجود في خبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله حيث قال عليه السلام : « لانا لا ندري لعله قد وفاه . . » يقيد اطلاق صحيح الصفار فلا يشمل هذا المورد الذي نعلم بعدم وفاء الميت للحق . . . ومما ذكرنا يظهر

الاشكال في قوله بعد ذلك « مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد» لانه لا مجـال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الـذي يقتضي كون اليمين للاستظهار .

قال : ثم ان ظاهر قوله : « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفـي الاحتمال بعد الموت أيضاً ، لكن ظاهر اليمين فـي الخبر المزبور اعتبار نفيه الى حين الموت دون ما بعده ». أقول : لكن مقتضى التعليل في الخبر هو العموم لما بعد الموت .

أحكام قيام البينة على الغائب والصبى والمجنون :

قال المحقق « قده » : « ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ففي ضم اليمين الى البينة تردد ، أشبهه أنه لا يمين ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال » .

أقول: ذكروا أن للحاكم أوعليه أن يدفع من مال الغائب الى المدعي ، وهـذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجية البينة هنا أو لم نقل بذلك ، فانه بعد قيام الحجة على الحكم وتمامية الحكم مـن قبل الحاكم يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال لان الغائب على حجته ، فلو حضر وظهر براءة ذمته مـن الحق المدعى استرجع المال المـأخوذ منه اليه . . . وهـل المراد من الكفالة هنا هـو الضمان ؟ ان الضمان المصطلح في الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين فينتقل الحق من ذمة المدين الى ذمة الضامن ويكون هو المطالب

بالحق في حال عدم وفاء المدين بالحق ، لكن يشكل أن يكون المرادمن التكفيل هنا هذاالمعنى لعدم ثبوت اشتغال ذمة القابض - فلامعنى لان يضمنه غيره لانه من قبيل ضمان مالم يجب وهو باطل - وان لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمة ، وأماالعين فان ضمانها يكون بنحوالتعهد لاخذها وردها الى صاحبها. وحينئذ يقع الشك في هذا المورد لانه - لما يدعي المدعي الحق على الغائب ويقيم البينة على ذلك ويحكم الحاكم له ويدفع اليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا - يشك في أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك . وبعبارة أخرى: هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته ؟

هذا في غيرما نحن فيه مشكل ، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب أمكن الضمان فيه على تقدير ، نعم يبقى فيه اشكال أن الانشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق، الا أن يدفع بأن التعليق هو في المنشأ لا في الانشاء .

هذا، ولا حاجة الى ذكردليل على جوازدفع الحاكم من مال الغائب الى المدعي لوضوح أن ذلك هو الاثر المترتب قهراً على البينة وحكم الحاكم بالحق، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص والالم تكن حاجة اليه بعدثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما اذا حضر وثبت براءة ذمته ، والنص المشار اليه هو :

ما رواه الشيخ باسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمد عن

جعفربن محمد بن ابراهيم عن عبدالله بن نهيك عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن جماعة من أصحابنا عنهما عليهماالسلام : « الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهوغائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم . قال : ولايدفع المال الى الذي أقام البينة الا بكفلاء». ويمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن في الجواهر أنه لم يعثر على قائل به ، ولعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم: اذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم ، وكذا قولهم : يشترط اذن العلماء في كذا ، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء .

قال في الوسائل : وعنه عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل مثله[1].

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ، لكن فيه : « اذا لم يكن مليـاً »[2] فانه ظاهر في تكفيل القابض اذا لـم يكن ملياً ، وأما اذا كان ملياً فلا يجب ، ولعل وجه ذلك أنه ان كان

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢١٦. الباب ـ ٢٦ من أبواب كيفية الحكم.

٢) قال في الوسائل: ١٨/٢١٦ بعدما رواه عن جميل: وباسناده عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عـن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عـن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام نحوه وزاد : «اذا لم يكن ملياً». ورواه الكليني عن أحمد ابن محمد عن علي بن الحسن مثله.

فقيراً ولم يؤخذ كفيل ضاع حق الغائب على تقدير براءة ذمته ، لان المفروض افلاس المدعي والمفلس في أمان الله . ومن هذه الرواية يعلم أيضاً أن المدعي يكفل من جهة المال الذي يأخذه لامن جهة شخصه، ولذا لو أقام المدعى عليه البينة على براءة ذمته أخذ الحاكم حقه وأرجعه اليه وان لم يكن المدعي حاضراً.

هذا، وليس في الروايات ذكر لليمين، ومن هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا . ولو سلم عموم التعليل في رواية الدعوى على الميت الدالة على لزوم اليمين في تلك الصورة لما نحن فيه كانت روايات هذا المقام مخصصة لتلك الرواية وتكون النتيجة لزوم اليمين في كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهة أداء حق المدعي الا الغائب فلا يلزم في الدعوى عليه ضم اليمين الى البينة . الا أن يقال بلزومها هنا أيضاً من جهة أنه لامنافاة بين اشتراط اليمين هناك واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفي لزومها ، بل ان المراد من البينة هو البينة مع اليمين ، ولكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر ، لان ظاهر الادلة كفاية البينة بوحدها .

هذا، وجميل من أصحاب الاجماع والرواية معمول بها عند الاصحاب فلا يقدح ارسالها في حجيتها[1] .

---

١) فيه رد على المحقق الاردبيلي « قده » حيث طعن فيها بالارسال. وقد طعن فيها أيضاً بمجهولية «جعفر بن محمد بن ابراهيم» و« عبدالله بن نهيك » قلت : أما « ابن نهيك » فهو ثقة ، وأما «جعفر

ثم ان صاحب المسالك قال في شرح عبارة المحقق «قده» : وانما اعتبر المصنف الكفيل لانه لم يوجب عليه اليمين مع البينة، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءة الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البينة، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا على تقدير تعذرها كما لو كان المدعي على الغائب وكيل المستحق فانه لا يجوز احلافه فيستظهر بالكفيل ، ولا شك في أن الكفالة واليمين احتياط واستظهار الا أن ثبوتهما يحتاج الى دليل » .

وقد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الكلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا اليمين فانه متى تعذرت عليه كما لو كان المدعي على الغائب وكيلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين، الا أن يقول بأن هنا روايتين احداهما تفيد الاستظهار بالكفيل والاخرى تفيد الاستظهار باليمين ، وفيما نحن فيه يمكن التمسك بكل منهما ولا يجمع بين الامرين ، بل ان حلف فلا يكفل وان كفل فلا يحلف ، وأورد عليه في الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بين الامرين، ومن هنا اعتبر في القواعد ضم اليمين الى التكفيل.

قال : ولكن لا يجب شيء من الامرين لا فيما نحن فيه ولا في

ابن محمد بن ابراهيم » وهو الموسوي فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقة لكنه من رجال كامل الزيارات. وكيف كان فالظاهر صحة الطريق الثاني، وأما الطعن بالارسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الاصحاب لما يصح عن تلك الجماعة .

صورة الدعوى على الميت ، بل ان القضية تتم بحكم الحاكم ، بعد قيام البينة وأما اليمين والكفيل فللاحتياط والاستظهار .

أقول: يتوجه هذاالكلام في خصوص كون المدعى عليه غائباً لان الرواية الدالة على اعتبار ضم اليمين الى البينة في حال كون المدعى عليه ميتاً تختص بموردها ولاتشمل محل الكلام ، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط والاستظهار، وقد استفاد في الجواهر أن أخذ الكفيل في حال عدم الملاءة ـ كما في رواية محمد بن مسلم ـ هو للاستظهار أيضاً وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل، ولكن ظاهرها توقف دفع المال اليه في هذه الحالة على التكفيل .

وعن الاردبيلي قدس سره الاشكال في دفع المال الى المدعي لانه قد يستلزم الضرر على الغائب ، وأن الخبر غير عام فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق وهو فيما اذا علم الخصم بأنه اذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب لانه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه في مثل هذاالحكم الذي يستلزم الضرر غالباً لايمكن القول بحكومة أدلة لا ضرر .

هذا كله بالنسبة الى الغائب، وكذلك المجنون والصغير، فانه بنفس البينة يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعي من دون حاجة الى ضم اليمين الى البينة لعدم شمول رواية اعتبار اليمين

الواردة في خصوص الميت لهما وقياسهما عليه باطل بالضرورة ، فالاشبه أنه لايمين وفاقاً للمصنف وجماعة .

حكم ما لو ذكر المدعى ان له بينة غائبة :

قال المحقق: «ولو ذكر المدعي أن له بينة غائبة خيره الحاكم بين الصبر وبين احلاف الغريم . . . » .

أقول : ذكر جماعة أنه لو ذكر المدعي بعد طرح دعواه عند الحاكم أن له بينة على مـا يدعي ولكنها غائبة خيره الحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البينة وبين أن يحلف غريمه المنكر ، وليس للمدعي ملازمة الغريم ولا مطالبته بكفيل .

وليس في عبارة المحقق « قده » ذكر لمدة الصبر، وأما التخيير بينه وبين احلاف الغريم فهو مقتضى القاعدة ولا حاجة الـى دليل خاص يدل عليه لان الخيار بيده وأن يمين الغريم حق ثابت له، بل له اختيار احلاف الغريم حتى مع حضور البينة .

هذا ما ذكره المحقق « قده » هنا ، لكن في النافع : « ولـو قال : البينة غائبة أجل بمقدار احضارها ، وفي تكفيل المدعى عليه تردد ، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الاجل » .

وقد ذكر الشهيد الثاني « قده » فـي المسالك أدلة الطرفين ، فدليل عدم لزوم أخذ الكفيل هو أن الاصل براءة ذمة المدعى عليه من اعطاء الكفيل ولادليل على جواز الالزام باعطاء الكفيل، ودليل اللزوم : احتمال ضرر المدعي فيدفع الضرر بأخذ الكفيل . قـال

في المسالك : وهو الاحوط .

اذن في المسألة ثلاثة أقوال .

وقد أشكل في الجواهر في التأجيل بأنه لا ثمرة له ، لانه ان أحضر البينة بعد انتهاء المدة سمعت الشهادة بلا خلاف ، ولم يقل أحد بأنه يجبر على الاحلاف بعد المدة مع عدم حضور الشاهدين، وان كان المراد تعيين الاجل للكفالة بناء على جواز أخذ الكفيل كان له وجه ، وتكون الثمرة خروجه من الكفالة عند انقضاء الاجل ، ولكن هذا لا يتلائم مع عبارة النافع حيث تردد في أخذ الكفيل ، فيكون التأجيل لغواً .

لكن في قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : « اجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما فان أحضرهم أخذت له بحقه وان لم يحضرهم أوجبت عليه القضية » دلالة على لزوم تعيين الاجل، فمع انقضائه لم يمهل ، الا أنه لاقائل بذلك ، فالاولى حمله على مجرد الامهال حتى حضور البينة، مع احتمال حمله وان كان بعيداً على كون الشهادة على جرح بينة المدعي بعد اقامتها ، فيجعل لاحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما . هذا كله لو فرض تمامية سند الخبر .

وهل يلزم التكفيل ؟ استدل للعدم بأن المدعي قد اختار الصبر حتى حضور البينة ، فلا وجه لالزامه المدعى عليه باعطاء الكفيل أو ملازمته اياه أو المطالبة بحبسه ، لان حق المدعي غير ثابت فكيف يقال باضرار المدعى عليه فعلا كأن يحبس أو يلازم دفعاً للضرر المحتمل

توجهه على المدعى .

فان قيل: اذن يؤخذ منه الكفيل لانه ان كان ضرراً على المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعي ، فنقول : ان قاعدة نفي الضرر ليست مشرعة بل انها قاعدة ثانوية ترفع الحكم الاولي المجعول حالكونه ضررياً ، وفيما نحن فيه لا حكم شرعي مجعول ترفعه قاعدة نفي الضرر لكونه ضررياً .

فان قيل: ان حرمة الالزام بالكفيل حكم ضرري فترفعه القاعدة ويحكم بالجواز ، فنقول : ان هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، ولامعنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الاخر.

وأما كون أخذ الكفيل هو الاحوط كما في المسالك ففيه أن الاحوط هو العكس ، لان معنى الاحتياط هو الاتيان بالفعل مثلا لاجل التيقن بفراغ الذمة على كلا احتمالي الوجوب والاستحباب، وأما هنا فان في أخذ الكفيل ضرراً فعلياً على المدعى عليه ، وفي عدمه ضرر احتمالي على المدعي، فالاحوط عدم أخذ الكفيل منه، لانه في حال ترك الاخذ يعلم بعدم الضرر ، وأما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعي باختياره الصبر فالاحوط الترك .

وقد يفصل بأنه اذا كان المدعى عليه ملياً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءة ذمة الخصم فلايكفل والا فيكفل ، والوجه في ذلك وجوب مراعاة الحاكم لاقل الضررين في حال دوران الامر بينهما .

وهذا أيضاً ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين .

وعلى التكفيل فهل يتعين في ضرب مدة ثلاثة أيام كما عن ابن حمزة أو يناط بنظر الحاكم ؟ قولان .

وان كان له شاهد واحد وذكر أن الاخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الاخر ، والاشبه أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل ، فهذا الفرع كسابقه .

٣ ـ الاحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه :

قال المحقق : « وأما السكوت فان اعتمده ألزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، وقيل: يجبر حتى يجيب ، وقيل ... والاول مروي . . . » .

أقول : ان سكت المدعى عليه أوقال : لا أدري ، فتارة يكون سكوته لا عن عناد بل من جهة خوف أو دهشة أو تفكير في الامر والجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم ويصبر حتى يزول خوفه، وتارة يكون سكوته عن عناد ولجاجة فهنا ثلاثة أقوال ذكرها المحقق « قده » : « الاول » الحبس حتى يبين الجواب « الثاني » اجباره على الجواب بالضرب ونحوه . « الثالث » أن يقول له الحاكم: اما أجبت واما جعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعي، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعي .

وهل هذا البحث والخلاف قبل اقامة المدعي البينة أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام « الاولى » : أن يقيم المدعي دعواه عندالحاكم فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت، « الثانية » : أن يقيم الدعوى ويطالبه الحاكم باقامة بينة ثم يسأل المدعى عليه فيسكت . « والثالثة » : أن يقيم الدعوى ولا بينة عنده عليها فيسكت المدعى عليه عن الجواب .

لاريب في عدم كون الصورة الاولى محل الخلاف والاقوال.

وأما في الصورة الثانية فان علم الحاكم بعدالة الشاهدين فانه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع .

فظهر أن مورد الاقوال هو الصورة الثالثة ، والحق أن جواب المدعى عليه ليس حقاً للمدعي، وأنه لادليل على وجوبه عليه شرعاً، نعم هو مقدمة للعلم بالحال وفصل النزاع . ولننظر فيما يمكن أن يستدل له للاقوال في هذا المقام ، فنقول :

الظاهر أنه لا نص في المسألة بالخصوص ، وقول المحقق والعلامة قدس سرهما بالنسبة الى القول الاول : « والاول مروي » يمكن أن يكون اشارة الى النبوي المشهور : « لي الواجد يحل عرضه وعقوبته »[1] الذي ذكروا انجبارضعفه بعمل الاصحاب. وقد أجيب بأن الظاهر من « الواجد » هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى ، ويشهد بذلك أن الامام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين والغريم كما في الاخبار .

---

١) وسائل الشيعة ١٣ / ٩٠ الباب ـ ٨ من أبواب الدين .

أقول : وفي الاستدلال به والجواب عنه كليهما نظر ، أما في الاستدلال فلانه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجباً على المدعى عليه اما من جهة كونه حقاً للمدعي واما من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحينئذ لوشككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث ، وأما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا يجوز حبسه ، كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مديناً . . . وقد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقاً تأملا واشكالا اللهم الا أن يكون اجماع، فسقط الاستدلال.

وفي الجواب المذكور أيضاً نظر من جهة أنه لو فرض ظهور لفظ « الواجد » فيما ذكر ، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام فلا مانع من دعوى الغاء خصوصية المال هنا بمناسبة الحكم والموضوع ، فيكون معنى الحديث : لي الواجد عن أداء مالالناس ـ مالا كان أوحقاً ـ يحل عقوبته وعرضه.

واستدل للقول الثاني بأن اجباره على الجواب بالضرب هو من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وفيه : ان هذا أيضاً متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه والا فان أدلة وجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف والمنكر . . .

واستدل للقول الثالث بعموم الروايات الواردة في باب « أن المدعي اذا لم يكن له بينة فله استحلاف المنكر ، فان رد اليمين على المدعي فحلف ثبتت الدعوى وان نكل بطلت» كصحيحة محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : «في الرجل يدعي ولا بينة له . قال : يستحلفه ، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له »[١] .

وبالرواية الواردة في الاخرس[٢] اذ المستفاد منها أن الانكار غير لازم بل يكفي لثبوت حق المدعي امتناع المدعى عليه من اليمين، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهة القياس .

وبرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٣] .

فالاظهر هو القول الثالث، وان قال بالاول جماعة كبيرة من الاصحاب .

وقد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين ، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعي فهو مقر وعليه دفع ما يدعيه ، وان كان ينكر ذلك وجب عليه رد اليمين على المدعي ، وحيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعي فان حلف ثبتت دعواه والا سقطت ، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق .

وفيه : ان الاقرار أو الانكار لابد من ابرازه حتى يترتب عليه الاثر، والعلم الاجمالي المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٦. الباب:٧ من أبواب كيفية الحكم.
٢) وسائل الشيعة:١٨/ ٢٢٢. الباب:٣٣ من أبواب كيفية الحكم.
٣) وسائل الشيعة :١٨/ ١٧٢. الباب :٤ من أبواب كيفية الحكم.

وقد يعترض بأنه لو كان السكوت في حكم النكول ـ كما تمسك لذلك بالروايات العامة ـ فيرد اليمين على المدعي كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير والمجنون والغائب والميت موضوعاً لجواز الرد على المدعي .

وفيه : انه قياس مع الفارق .

وأما رأي صاحب الجواهر « قده » فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينة .

وفيه : انه مشكل جداً فانه يؤدي الى عدم ثبوت دعوى أبداً، ولا ريب في بطلان نسبة هذا الحكم الى الشارع ، وعليه فلامناص من سماع الدعوى ، ومع سكوت المدعى عليه يحلف المدعي بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه ، وان كان الثاني هو الاحوط ، فان لم يحلف سقطت الدعوى .

بل ربمايكون ما ذكرناه هوطريق فصل النزاع حتى في صورة الحبس أو الضرب ، لانه قد لايجيب المدعى عليه بعدهما ويكون المرجع ما ذكرنا ، وعليه فهل يجب الحبس أوالضرب مع وجود هذا الطريق الذي يحتمل سلوكه بالتالي ؟ الحق هو العدم .

قال المحقق « قده » : « ولو كان به آفة من طرش أو خرس توصل الى معرفة جوابه بالاشارة المفيدة لليقين » .

أقول: هذاالم نقل بأن اشارة الاخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذي يكتفى بالظن بالمراد منه فلاحاجة الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقراً أو منكراً .

قال : « ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد . . . » .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبني على أن ذلك من مقام الشهادة ، وأما بناءاً على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبرة في فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد .

٤ ـ حكم ما لو اجاب بقوله «لاادرى»:

اذاأجاب المدعى عليه بقوله « لا أدري » فان كان للمدعي بينة على دعواه فهو والا فوجوه :

منها: سقوط الدعوى ، لان المدعي بعد فرض عدم البينة يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أولا لا يجب عليه دفع شيء .

ومنها : أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعي في ذمته استناداً الى الاصل، فانشك في مشروعية هذه اليمين وسقوط الدعوى بها فالاصل هو العدم ، ولكن تعارضه أصالة عدم استحقاق الحق .

ومنها : ان يرد اليمين على المدعي .

ومنها: انه منكر وعليه اليمين بنفي العلم باستحقاق المدعي ما يدعيه عليه ، قال في الجواهر : «ثم ان ظاهر حصر الاصحاب حال المدعى عليه في الثلاثة عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم، وحينئذ فاذا كان جوابه لا ادري ولا اعلم ونحو ذلك فهو منكر ، ضرورة عدم كونه اقراراً كضرورة عدم كونه ساكتاً فليس الا الانكار وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافي كونه فرداً آخر له مرجعه عدم

استحقاق مايدعيه وان لم يعلمه في نفس الامر، ضرورة اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فاذا نفى العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكراً لا يتوجه عليه الا اليمين لموافقته للاصل وغيره، ولا ينافي ذلك ماتسمعه من الاصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت في فعله نفياً واثباتاً المنزل على الصورة الغالبة من الانكار بخلاف مااذا كان انكاره بالصورة الثانية فانه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث » .

ومنها : ما ذكره السيد « قده » ـ ولا يبعد كونه الاصح ـ وهو التفصيل بين صورة تصديق المدعي دعوى المدعى عليه عدم الدراية وبين صورة عدم تصديقه لها ، فقال ما حاصله بلفظه : « اذا أجاب المدعى عليه بقوله: لاأدري، فاما أن يصدقه المدعي في هذه الدعوى أولا . فعلى الاول : ان كان للمدعي بينة على دعواه فهو والا فلا حق له، لان المفروض تصديقه في عدم علمه، ومعه ليس مكلفاً بالاداء في مرحلة الظاهر لان الاصل براءة ذمته والمدعي أيضاً معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينة واعتراف المدعي بعدم علم الوارث، فانه لاخلاف في سقوط دعواه حينئذ . ويمكن أن يستدل على ماذكرنا بالاخبار الواردة في ادعاء رجل زوجية امرأة لها زوج وأنه لاتسمع دعواه اذا لم تكن بينة كموثقة سماعة[1] ورواية

---

١) وسائل الشيعة : ٢٢٦/١٤ . الباب : ٢٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد من كتاب النكاح .

يونس[١] وحسنة عبدالعزيز[٢] فان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعي وكذبه ، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجية وغيرها .

وعلى الثاني فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر ، لانه منكر من هذه الحيثية ، فالمنكر قسمان : منكر للاشتغال الواقعي ، ومنكر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع ، وللمدعي أن يحلفه على نفي العلم ان ادعى علمه بثبوت الحق ، فان حلف كفى في سقوط الدعوى ، وان رد اليمين على المدعي أو الحاكم ردها عليه فحلف ثبت حقه ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه البينة بعد ذلك ولا يجوز له المقاصة » .

هذا اذا كانت الدعوى ديناً ، وأما اذا كانت متعلقة بعين في يده وأجاب المدعى عليه بقوله : « لا أدري » فقد ذكروا أنه ان كانت تحت تصرف تلك اليد فقط ولم تشاركها يد أخرى في الاخذ والوضع من الصندوق الذي وضعت تلك العين فيها مثلا كانت اليد المنحصرة حجة والا وجب على المدعي اقامة البينة ، فان أقامها حكم له والا فبما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع ومن هنا أيضاً لا يمكنه رد اليمين على المدعي تكون الدعوى ساقطة ظاهراً .

---

١) وسائل الشيعة : ١٤/٢٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٤/٢٢٦ .

وقال السيد رحمه الله ما ملخصه «بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعي على الميت اعتماداً على يد من انتقلت منه اليه كما يظهر من خبر حفص بن غياث[1] فانه يظهر منه جواز الحلف اذا اشترى من ذي يد ، بل يظهر منه جواز الشهادة باليد مع أن أمر الشهادة أصعب ، بل وكذا اذا كانت في يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له ، ولا يضر قوله : لا أدري من أين صارت في يدي وأنها في الواقع لي أو ليست لي .

لكن قال في المستند في هذه الصورة: ان رد اليمين على المدعي فحلف كانت له وان لم يدع عليه العلم أو ادعى وحلف على نفي العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعي، لانه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنه له أو لا » .

قلت: والاولى ما ذكره السيد « قده » لانه مقتضى قاعدة اليد.

---

١) وهو : « عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم . قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبدالله عليه السلام : أفيحل الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبدالله عليه السلام : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال أبو عبدالله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق » وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

ثم انه بناء على ماذكرنا من سقوط الدعوى في صورة تصديق المدعي دعوى المدعى عليه عـدم درايته وأنه لا أثر لليمين حينئذ ـ لان الغرض منها ازالة الشك في صدقه فمع العلم به لا أثر لها ـ يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه في دعوى عدم الدراية من دون حاجة الى يمين المدعى عليه على ذلك .

وقال بعض المعاصرين: واذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعي له ، فاما أن يكون له بينة فهو ، ومع عدمها لا حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفاً بالاداء في الظاهر والمدعي معترف بذلك فلا يجوز مطالبته، ومعه ليست الدعوى مسموعة حتى يقال يصدق عليه المدعي وكل دعوى مسموعة يكون الفصل فيها بالبينة واليمين ، وذلك لعدم البينة وعدم امكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له في براءته بحسب الظاهر»[1].

وفيه: أنه ليس الشك في الصدق ملحقاً بالعلم به في عدم جواز الاحلاف ، لان اليمين هي للاستظهار في حال تكذيبه دعوى نفي العلم أو الشك في صدق هذه الدعوى .

وانما يحلف مع كون الاصل عدم كونه مديناً لان الصحيح ـ كما ذكر الشيخ الاستاذ قـدس سره[2] ـ ان قولهم بعدم وجوب الفحص في الشبهة الموضوعية ليس على اطلاقه ، لانه قد يكون

---

١) جامع المدارك : ٦/٤١ .

٢) آية الله الحاج الشيخ عبدالكريم اليزدي الحائري .

الفحص من السهولة بحيث لايصدق معه الشك والشبهة عرفاً ، فلو توقف ظهور حقيقة الحال في المنازعة على حق على مراجعة دفتر الحساب لـم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك في صدق الدعوى وتمسكه بأصالة العدم حينئذ... وما نحن فيه من هذاالقبيل فالحلف لابد منه في هذا المقام .

(مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)

الاصل ـ لولاالدليل ـ عدم نفوذ الحكم على الغائب ، الا أنه لاريبفي سماع الدعوى ونفوذ الحكم عليه، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وقد يستدل لذلك بالادلة التالية :

١ـ اطلاق أدلة القضاء كقوله تعالى«فاحكم بين الناس بالحق»[١] .

٢ ـ اطلاق أدلة الحكم بالبينة واليمين ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم« انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[٢] .

الاأن التمسك بهاتين الطائفتين من الادلة غير تام لعدم الاطلاق الشامل للغائب فيها بحيث يمكن أن يكون دليلاللجواز لولاالاخبار الخاصة والاجماع، لانهذه الادلة في مقام بيان الحكم على الاجمال، فهـي تبين أصل القضاء وتشريعه مـن غير تعرض الـى الشرائط

---

١) سورة ص : ٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ . الباب : ٢ مـن أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

والخصوصيات، ويكون معنى «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»، اني لا اقضي بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزة بل أقضي بينكم بالبينات والايمان، بل ان هذا الحديث ونحوه منصرف عن صورة كون أحد المتخاصمين غائباً.

٣ـ ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أنه قال لهند زوجة أبي سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] وكان أبو سفيان غائباً.

وفيه ـ مع الغض عن سنده وعما قيل من أن كون أبي سفيان غائباً غير معلوم ـ أنه لا ظهور له في كون ذلك من النبي «ص» من باب الحكم، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

٤ ـ ما روى عن أبي موسى الاشعري: «كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما ولم يف الاخر قضى للذي وفى على الذي لم يف. أي مع البينة»[2].

وهذا الحديث ـ مع الغض عن سنده ـ صريح في حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصورة غياب أحدهما من الاول.

---

١) حديث عامي وصفه صاحب الجواهر بالمستفيض.

٢) حديث عامي.

٥ ـ خبر جميل: «الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي أقام البينة الا بكفلاء»[١].

٦ ـ خبر محمد بن مسلم: «الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي أقام البينة الا بكفلاء اذالم يكن ملياً»[٢].

٧ـ اطلاق ماروي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «القضاة أربعة، ثلاثة في النار وواحد في الجنة، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لايعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة»[٣].

لكن الظاهر كونه في مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط، فلااطلاق له ليستدل به في المقام.

وببعض ما ذكر يتقيد اطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «اذا

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢١٦. الباب: ٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/٢١٦.

٣) وسائل الشيعة: ١٨/١١. الباب: ٤ من أبواب صفات القاضي.

تقاضى اليك رجلان فلاتقض للاول حتى تسمع من الاخر ، فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء »[١] وان كان يحتمل ظهور «تقاضى اليك رجلان» في كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع : الحكم في القضية جزماً ويكون الغائب على حجته اذا قدم .

وكذا ما عن علي عليه السلام قال : « قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهني الى اليمن : اذا تحوكم اليك فلا تحكم لاحدالخصمين دون أن تسأل من الاخر. قال: فما شككت في قضاء بعد ذلك »[٢] ، وما رواه العياشي في تفسيره عن الحسن عن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعثه ببراءة ـ الى أن قال ـ فقال : « ان الناس سيتقاضون اليك، فاذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الاخرفانه أجدرأن تعلم الحق »[٣] بناء على ظهورهما في الاطلاق ، ويكون مفاد أخبار الامر بالسؤال من الاخر أنه اذا حضرا معاً فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الاخر وسماع كلامه ، وقد حمل الامر بالسؤال منه على الارشاد ولكنه خلاف الظاهر .

وأما ما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه عن عليه السلام

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٨ ضعيفة .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ ضعيفة .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ ضعيفة .

من أنه قال : « لا يقضى على غائب »[1] فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده[2] ولاعراض الاصحاب عنه، مع امكان حمله على بعض الوجوه .

وبعد، فهل يقضى على الغائب في كل دعوى وعلى كل حال؟ يتضح الامر في هذا المقام في مسائل :

المسألة الاولى

(في المراد من الغائب)

قال المحقق « قده»: «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضراً ، وقيل : يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم » .

أقول : لا اشكال ولاخلاف في أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهة مرض أوشبهه ، أوكان ممتنعاً عن الحضور.

ولا خلاف في صدق « الغائب » على المسافر بمقدار المسافة الشرعية ، وأما اذاكان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، ولعل دليله أن القدرالمتيقن من «الغائب» هو المسافربقدر المسافة الشرعية .

---

١) وسائل الشيعة: ٢١٧/١٨ عن قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختري . . .

٢) لان راويه أبا البختري ـ وهو : وهب بن وهب ـ ضعيف كما نص عليه علماء الرجال .

وهو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقة .

وان كان حاضراً في البلد وغائباً عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، قال في الجواهر: وان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط وتعليق الارشاد : يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم ، الأأنا لم نجد في المبسوط مانسب اليه ، والشيخ «قده» لم يتعرض الى مسألتنا ، ويمكن أن يكون قد تعرض لها في محل آخر .

وفي المسالك: انكان غائباً عن البلدقضى عليه باتفاق أصحابنا سواءكان بعيداًأم قريباً، وكذا لوكان حاضراً في البلدوتعذرحضوره في مجلس الحكم اما قصداً أو لعارض ، ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً لعموم الادلة . وقال الشيخ في المبسوط : لا يحكم عليه حينئذ لان القضاء على الغائب موضع ضرورة فيقتصر فيه على محلها، ولانه ربما وجدمطعناً ومدفعاً وجازفي الغائب للمشقة بطول انتظاره . والاظهر الاول .

ولعل المشهور قد حملوا أدلة السؤال من المدعى عليه على الحاضر في المجلس ، أوحملوا «الغائب» في أدلة القضاء عليه على من غاب عن المجلس ، فتكون هذه الادلة مخصصة لادلة السؤال من المدعى عليه بناءاً على عموم التعليل الموجود فيها ، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العلة في تلك الادلة ، ويجوز حمل العلة على الاستحباب أو العلية الناقصة . . . لكن في الحكم على الغائب عن المجلس تردد وان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الاظهر ، وكونه على حجته اذا قدم يدفع الضرر عنه .

هذا ولايجب على الحاكم الارسال خلف المدعى عليه للحضور في المجلس الا أن يلتمس المدعي ذلك .

ثم هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في القواعد التوقف فيه ، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بينته الا لاخذ المال لو اعترف باعترافه ـ ومرجعه الى اشتراط ادعاء الجحود اذا طلب الحكم دون المال ـ والتردد اذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به ولم يعلم ، ومن تنزل الغيبة منزلة السكوت النازل منزلة الجحود ، لاحتماله الجحود فى الغيبة وان لا يقدر بعد على الاثبات اذا ظهر الجحود ؟ قال في الجواهر: لا يخفى عليك اطلاق النص والفتوى ومعقد الاجماع . أقول : على أنه اذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحداً فيلزم في صورة اقرار المدعى عليه أن لايحكم الحاكم بعد الاقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا في تسليمه ... والافلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم في القضية . الا أن يقال بأن الله عزوجل قد أذن للحاكم أن ينشىء الحكم حتى تترتب الاثار على الحكم الشرعي ان كان لحكمه أثر زائد على الاقرار ـ لان المسلم به أنه لايسمع الانكار بعد الاقرار وأن الاقرار كحكم الحاكم في فصل الخصومة ـ كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا في الاقرار .

قال في الجواهر: نعم قد يتوقف في صورة العلم باعترافه بناءاً

على اشتراط الخصومة في مطلق القضاء على الحاضر وقد عرفت الكلام فيه سابقاً، والمتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا اشكال في تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح .

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكلة.

المسألة الثانية

(يقضى على الغائب مطلقاً أو في حقوق الناس ؟)

قال المحقق « قده » : « يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود ولا يقضى في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط لانها مبنية على التخفيف » .

أقول : ولذا تدرء الحدود بالشبهات ، بخلاف حقوق الناس فانها مبنية على الاحتياط . . . فان قيل: فلماذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البينة يلغيه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهة والا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع في القضية أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين أو اقامة البينة على أن المتهم في هذه القضية ليس هو بل غيره ، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد .

قال المحقق: «ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقة يقضى بالغرم ، وفي القضاء بالقطع تردد » .

أقول : لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق الله معاً كالسرقة

يقضى عليه في حق الناس ، وأمـا القضاء بحق الله وهو القطع فقد تردد فيه المحقق «قده» ، قال شارحوه انه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء .

وذكر في الجواهر وجه التردد : ان السرقة علة للامرين ، فاذا قامت البينة عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك بأن الاحكام الشرعية معرفات لا علل حقيقية . ومعنى هذا الكلام : ان الامور المذكورة فـي كلمات الشارع بعنوان العلة ليست عللا حقيقية يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها بل هي معرفات . أقول : ان العقل لايمكنه ادراك أن الشيء الكذائي علة للشيء الكذائي في الاحكام الشرعية ، فلولا بيان الشارع ان الجنابة علة لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك ، وحينئذ فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني علـة للشيء الفلانـي وجب التصديق بحكم الشارع بالعلية ، لكن الفرق بين العلية المدركة بالعقل كعلية النار للحرارة والعلية الواردة في لسان الشارع هو أنه في الاول يستحيل التفكيك بين النار والحرارة الا عن طريق الاعجاز، أما في الثاني فانه يمكن تخلف ماجعل معلولا عما جعل علة ، ولذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العلة وهو يكشف عن عدم العلية التامة ... اذن ليست الاحكام الشرعية معرفات، بل هي علل ومعاليل كالعلل والمعاليل الاخرى.

وعليه فلو أقر الحاضر بالسرقة مرتين ترتب الاثران ، وان أقر مرة واحدة يؤخذ منه حق الناس ولا يحكم عليه فـي حق الله ، فلا

يلزم أن نقول الاحكام الشرعية معرفات ، بل نقول هي علل ، ولكن في هذا المورد العلة لترتب الامرين هوالاقرارمرتين، والاقرارمرة واحدة علة لترتب أحدالاثرين، وذلك لان مبنى الشارع في الحدود الالهية على التخفيف فلابد من اقرارين ، وأما في حقوق الناس فعلى الاحتياط فيكفي الاقرار الواحد لان يقضى عليه بالغرم .

هذا، ولكن مقتضى أدلة القضاء عمومها بالنسبة الى الحاضر والغائب، وحينئذفلوسرق حكم بقطع يده وبالغرم معاً لعموم الادلة، ودليل درء الحد بالشبهة لا يشمل هذا المقام ولا مخصص تام سنداً ودلالة لتلك العمومات، فيقضى عليه في الحقين بلافرق الأن يكون هناك اجماع .

المسألة الثالثة

(لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)

قال المحقق : « لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل ولا بينة ، ففي الالزام تردد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الاداء، وبين الحكم والغاء دعواه لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء والاول أشبه » .

أقول : الوكيل تارة وكيل في المرافعة فقط وأخرى هووكيل في المرافعة والمطالبة بالحق معاً ، وحيث يكون له المطالبة بالحق فان ادعى الغريم تسليمه الى الموكل طالبه باقامة البينة على دعواه الوفاء به ، فان أقامها حكم الحاكم له ، وان لم يكن له بينة على

تلك الدعوى فلايمكنه احلاف الوكيل لان يمين الوكيل لاأثرلها، وحينئذتسقط دعواه ويلزم بدفع الحق، لان الاصل عدم دفع الحق وعدم ابراء صاحب الحق اياه ، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالالزام .

وأماقوله: «لان التوقف يؤدي الى تعذرطلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى .

وأما القول بأنه لو لـم يلزم لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضاً توجه الضرر الى الغريم لاحتمال صدقه في دعوى الاداء .

وهل يلزم التكفيل حينئذ لوطلبه الدافع ؟

ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثرلان الدعوى بعد الحكم لا تسمع ، والا كان له وجه نظير ما اذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعي .

وفي المسألة وجهان آخران :

أحدهما ـ تفصيل صاحب المستند بين ماذاكان الوكيل وكيلا في دعوى الابراء والوفاء أيضاً فالتوقف، وبين ماذا لم يكن وكيلا فالالزام .

والثاني ـ التفصيل الذى لم يستبعد السيد « قده » قوته ، وهو التفصيل بين ماذا ثبت الحق بالبينة أوباقرار المدعى عليه من الاول،

٣٧٦ ـــــــ

المقصد الرابع

في كيفية الاستحلاف والبحث في أمور ثلاثة

(الاول : في اليمين)

اعلم أن المستفاد من الاخبار الكثيرة كراهة اليمين الصادقة وكونها مرجوحة مطلقاً، فعن أبي عبدالله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه »[1] .

وعنه عليه السلام قال : « لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين ، فانه عزوجل يقول : ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[2] .

وعن أبي جعفر عليه السلام في رواية : « واني لاكره أن أقول (والله) على حال من الاحوال »[3] .

---

١) وسائل الشيعة : ١١٥/١٦ . الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١١٦/١٦ . الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١١٥/١٦ ـ الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

ولكن تزول الكراهة بـل يترجح اتيانها في كثير من الموارد بالنظر الى الاثر المترتب عليها كبيان أهمية المطلب أو التأكيد عليه ونحو ذلك، ولذا كان النبي والائمة عليه وعليهم الصلاة والسلام قد يحلفون فـي كلامهم ، فعن الرضا عليه السلام : « بلغني أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا ، لاوقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما قلته قط ... »[1] .

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما اذا وقعت المرافعة على زوجية امرأة مثلا أو ملكية دار ونحو ذلك .

ويحرم الحلف بالاوثان والاصنام ، فالحلف باللات مثلا حرام وان كان على ترك محرم أو اتيان واجب ، ولا كفارة عليه في صورة المخالفة .

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦١ . وما رواه أبو جرير القمي قال: قلت لابى الحسن عليه السلام جعلت فـداك . . . وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت ؟ قال: قد والله مات ...» وسائل الشيعة: ١٦/١٦١.

ومـا عن صفوان الجمال : « ان أبا جعفر المنصور قال لابى عبدالله عليه السلام: رفع الي أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو اليك ويجمع لك الاموال. فقال: والله ما كان ...» وسائل الشيعة: ١٦/١٦٧.

وما عن نجية العطار قال : «سافرت مع أبي جعفر عليه السلام الى مكة فـأمر غلامه بشيء فخالفه الى غيره . فقال أبو جعفر عليه السلام : والله لاضربنك يا غلام . . . » وسائل الشيعة ١٦/١٧١ .

ولو حلف على ترك واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمة هذا الحلف ولو خالف لم تجب عليه الكفارة .

لا يستحلف أحد الا بالله :

قال المحقق قده : «ولايستحلف أحد الا بالله ولوكان كافراً» .

أقول : ان اليمين تكون في موارد ثلاثة :

الاول : في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على مايقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا مالايترتب عليه أثر وضعي .

والثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أوترك أمرمرجوح فعله، وأثرهذه اليمين هووجوب الكفارة عليه مع المخالفة انكانت بالله عزوجل .

والثالث : اليمين في مورد المرافعة لاثبات حق أواسقاطه .

ففي الاول يجوز الحلف بغير الله تعالى ؟ ان الاخبار الواردة في النهي عن اليمين بغير الله فوق حد التواتر، لكن الاصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة وحملوها على الكراهة ولم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله ، بل ادعي الاجماع على الكراهة ، بل لقد وجدنا في الاخبار حلف الائمة بغير الله في محادثاتهم ومحاوراتهم[1]، وفي كتاب القضاء للمحقق الاشتياني: أن عليه السيرة ، وأجاب عن

---

١) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله : « لا وقرابتي من رسول الله . . . » وقد تقدم .

ذلك بأن الاخبار الناهية عن اليمين تصلح لان تكون رادعة عن هذه السيرة ، وفيه : انها ليست رادعة، بل يمكن القول بأن السيرة كاشفة عن عدم ارادة الحرمة من تلك الاخبار[1] .

وأشكل بأن بعض تلك الاخبار يأبى الحمل على الكراهة، مثل ما روي عن النبي «ص» : « من حلف بغير الله فقد أشرك »[2] وفي حديث آخر « فقد كفر »[3] .

وفيه: أن الحديثين ـ مع الغض عن سندهما ـ محمولان على اليمين الموجبة للكفر والشرك كأن يحلف المسلم باللات والعزى، أو بالاب والابن ـ تعالى الله عن ذلك ـ ونحوهما ... ويشهد بذلك وجود لفظي الشرك والكفر في الحديثين، لان من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر والشرك لا يكون كفراً وشركاً ، ويؤيد ذلك سيرة المتشرعة .

وفي الثاني لا اشكال في جواز الحلف بغير الله وعدم وجوب الكفارة على مخالفته .

وأما الثالث ـ وهو مورد البحث والكلام ـ فقد دلت جملة من النصوص بصراحة على أنه لا يحلف الا بالله ، واليك بعضها :

---

١) بل في الاخبار ما يقتضي ذلك، مثل قوله عليه السلام: «واني لاكره أن أقول والله . . . » .

٢) مستدرك وسائل الشيعة : الباب : ٢٤ من كتاب الايمان .

٣) سنن البيهقي : ٢٩/١٠ .

١) عن سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا يحلف اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغيرالله ، ان الله عزوجل يقول : فاحكم بينهم بما أنزل الله »[١].

٢) عن جراح المدائني عن أبي عبدالله عليه السلام: «لايحلف بغير الله . وقال : اليهودي والنصراني والمجوسي لاتحلفوهم الا بالله عزوجل »[٢].

٣) عن الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون . فقال : لاتحلفوهم الا بالله عزوجل »[٣].

٤) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته هل يصلح لاحدأن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟ قال : لايصلح لاحد أن يحلف أحداً الا بالله عزوجل »[٤].

٥) عن الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون ؟ فقال : لاتحلفوهم الا بالله »[٥].

٦) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن استحلاف أهل الذمة . قال : لاتحلفوهم الا بالله »[٦].

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٦) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٧) عن علي بن مهزيار قال: «قلت لابي جعفر الثاني عليه السلام: قول الله عزوجل : (والليل اذا يغشى والنهار اذا تجلى) . وقوله عزوجل (والنجم اذا هوى) وما أشبه هذا . فقال : ان الله عزوجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به عزوجل »[1].

٨) عن محمد بن مسلم قال : « قلت لابي جعفر عليه السلام قول الله عزوجل (والليل اذا يغشى) (والنجم اذا هوى) وما أشبه ذلك . فقال: ان لله عزوجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به »[2].

٩) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله . . . »[3].

١٠) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله ... »[4].

فهذه الاخبار تدل على أنه لا يستحلف أحد الا بالله عزوجل ولو كان كافراً بانكار أصل واجب الوجود فضلا عن غيره ، وقد وردفي بعض الاخبار[5] أن اليمين بغير الله يؤدي الى ترك الحلف بالله، أي

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٥٩ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .
٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .
٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان.
٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .
٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ ، ١٦١ .

أنه في المورد الذي يترجح فيه اليمين لابد من الحلف بالله حتى لايعظم شيء في مقابله عزوجل، لان الحلف يكون عادة بماله أهمية وجلالة وعظمة، فالالتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له واثبات لعظمته ونفي لعظمة شيء سواه، وأما الاستحلاف في مورد المرافعة فلايجوز بغير الله عزوجل وان رضي الطرفان بالحلف بغيره .

وهناك أخبار واردة في الاستحلاف بغير الله تعالى سنذكرها قريباً .

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار اضافة شيء من صفات الذات أو الافعال الى الاسم في ترتب الاثر ، لكن قال المحقق :

« وقيل: لايقتصر في المجوس على لفظ الجلالة، بل يضم الى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال لانه سمى النور الهاً » .

أقول: هل يستحلف المجوسي الذي يسمى النور آلهاً بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له : « احلف بخالق النور » مثلا وان كان غير معتقد به ؟ ظاهر المبسوط حيث قال : فان قيل : كيف حلفته بالله وليست عنده بيمين؟ قلنا: ليزداد اثماً ويستوجب العقوبة» هو الثاني، لكن مقتضى اطلاق الاخبار هو الاول ، وأما قول الشيخ : « ليزداد اثماً ويستوجب العقوبة » فلم يظهر لنا المراد منه .

وكذا الامر بالنسبة الى منكر أصل واجب الوجود، ومن يعتقد بآله غير الله ، ومن يعتقد بالهين كالثنوية ، ومن يعبد الاصنام . . . لاطلاق الادلة .

عدم جواز الاحلاف بغير أسماء الله :

قال المحقق: «ولايجوز الاحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والاماكن المشرفة» .

أقول: ويدل على ذلك النصوص الكثيرة المذكور بعضها آنفاً، فلا يجوز الحلف بغير الله وان تراضى الطرفان بالحلف بغيره ، بل ان المصالحة على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع ، لان هذه اليمين محرمة اما تكليفاً ووضعاً واما وضعاً فقط على الخلاف ، لانه على الاول يكون الصلح على أمر محرم فعله ، وعلى الثاني يكون على أمر لغو ، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

ووجه الخلاف في هذا المقام بين الاصحاب هو اختلافهم في الاستفادة من أدلة النهي عن الاستحلاف بغير الله ، ومع الشك في الحرمة التكليفية تجري البراءة ، وحينئذ لا يحكم بفسق المحلف والحالف، أما مع الشك في الحكم الوضعي فالاصل عدم النفوذ، والقدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق وعدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى وان كان من الكتب المنزلة أو الرسل المعظمة أو الاماكن المشرفة .

لكن في بعض الاخبار ما ينافي تلك الادلة ، وهذه نصوص تلك الاخبار :

١) عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التى أنزلت على موسى عليه السلام »[١] .

٢) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الاحكام . فقال : في كل دين ما يستحلفون به »[٢] .

٣) عن محمدبن قيس قال: «سمعت أبا جعفرعليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه وملته »[٣] .

٤) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحكام، فقال : تجوز على كل دين بما يستحلفون »[٤] .

٥) الصدوق «قده» قال: «وقضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن استحلف رجلا من أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته»[٥] .

ولعل بالنظر الى هذه الاخبار قال المحقق « قده » :

« ولورأى الحاكم احلاف الذمي بمايقتضيه دينه أردع جاز».

لكن المشهور عدم جواز احلاف اليهود والنصارى بغير الله للنصوص الناهية عن ذلك عموماً وخصوصاً، وقد أجابوا عن خبر

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . وعن نسخة : يستحلون به .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . و« يمين صبر » : جهد القسم.

٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

السكوني بضعف سنده ، وفي الوسائل : حمله الشيخ على أنه مخصوص بالامام ، وعلى هذا حملت الاخبار الاخرى أيضاً ، وأما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم .

والحاصل ان هذه النصوص لاتصلح معارضة للنصوص السابقة لقصور بعضها سنداً والبعض الاخر دلالة . . .

وهل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط ؟ الواجب هو الحلف بذات الله المقدسة ، أي المسمى بلفظ الجلالة والاسماء الحسنى ، فيجزى أي اسم كان من أسمائه أو أي صفة من صفاته الخاصة به عزوجل .

استحباب تقديم العظة وتغليظ اليمين :

قال المحقق : « ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها » .

أقول : بأن يذكر له مما ورد من ذلك في الاخبار مثل :

١) « من حلف بالله كاذباً كفر ومن حلف بالله صادقاً أثم »[١] .

٢) « ان يمين الصبر الكاذبة تترك الديار بلاقع »[٢] .

٣) « من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله »[٣] .

---

١) وسائل الشيعة : ١١٦/١٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١١٩/١٦ .

٣) وسائل الشيعة : ١١٩/١٦ .

٤) « اليمين الصبر الكاذبة تورث العقب الفقر »[١] .

٥) « ... ان اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها وتثقلان الرحم ، وان ثقل الرحم انقطاع النسل »[٢] .

٦) « قال الله عزوجل : لا أنيل رحمتي من يعرّضني للايمان الكاذبة . . . »[٣] .

قال المحقق : « ويكفي أن يقول : والله ماله قبلي حق » .

أقول : والدليل على ذلك اطلاق الادلة .

قال : « وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان ، لكن ذلك غيرلازم ولوالتمسه المدعي، بل هومستحب استظهارأفي الحكم».

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ اطلاق الادلة في الايمان، ويدل فعل أمير المؤمنين في احلاف الاخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ في اليمين ، وقد استدل به على الاستحباب ، قلت : وفيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات وغسلها وأمر الاخرس بشرب ذلك الماء ، فان كان الاخرس يعرف القراءة تحقق التغليظ والافأي تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غيرواضح عندنا.

ثم ان الامام قدحكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعي، وهذا يخالف سائر الاخبار والقاعدة المقررة في فصل الخصومة وكيفية القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٢٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٢٢ .

يدل على استحباب التغليظ، وانما على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ في اليمين في غير محله .

وقد يستدل بما رواه صفوان الجمال : « أن أبا جعفر المنصور قال لابي عبدالله عليه السلام: رفع الي أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو اليك ويجمع لك الاموال . فقال : والله ما كان ـ الى أن قال المنصور ـ فأنا أجمع بينك وبين من سعى بك ، قال: فافعل. فجاء الرجل الذي سعى به، فقال له أبو عبدالله عليه السلام: ياهذا أتحلف؟ فقال : نعم والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم لقد فعلت . فقال له أبو عبدالله عليه السلام : ويلك تبجل الله فيستحي من تعذيبك ولكن قل : برئت من حول الله وقوته وألجئت الى حولي وقوتي ، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتاً . فقال أبو جعفر المنصور : لا أصدق عليك بعد هذا أبداً، وأحسن جائزته ورده »[1] .

ولكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة .

واستدل برواية السيد الرضي « قده » عن أمير المؤمنين عليه السلام : « أحلفوا الظالم اذا أردتم يمينه بأنه بريء من حول الله وقوته ، فانه اذا حلف بها كاذباً عوجل واذا حلف بالله الذي لا اله هو لم يعاجل لانه قد وحد الله سبحانه »[2] .

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٧ . الباب : ٣٣ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٧ .

وهذه الرواية لا تدل على الاستحباب ، بل الامر فيها ظاهر في الارشاد ، ويشهد بذلك قوله بعده : اذا أردتم . . .

واستدل برواية الراوندي « قده » عن الرضا عليه السلام عن أبيه: « ان رجلا وشى الى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعة لنفسه على الناس ليخرج عليهم ، فأحضره المنصور ، فقال الصادق عليه السلام : ما فعلت شيئاً من ذلك ، فقال المنصور لحاجبه: حلّف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا ـ يعني الصادق عليه السلام ـ فقال الحاجب : قل والله الذي لا اله الا هو ، وجعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لاتحلفه هكذا ... فقال المنصور: فحلفه اذاً يا جعفر . فقال الصادق عليه السلام للرجل : قل ان كنت كاذباً عليك فبرئت من حول الله وقوته ولجأت الى حولي وقوتي. فقالها الرجل ، فقال الصادق عليه السلام : اللهم ان كان كاذباً فأمته ، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً ... »[1] وهذا أيضاً لا يدل على الاستحباب .

فالانصاف: انه لادليل على استحباب التغليظ ، ومن هنا قال في المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الاصحاب وذكروا أنه مروي وما وقفت على مستنده .

وكيف كان فقد قال المحقق: « فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: والله الذي لااله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٧ .

المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية مـا لهذا المدعي علي شيء مما ادعاه ، ويجوز التغليظ بغير هذه الالفاظ مما يراه الحاكم » .

أقول : كما في رواية احلاف الاخرس ، ورواية نهج البلاغة، وغيرهما .

قـال : « وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكله من الاماكن المعظمة، وبالزمان كيوم الجمعة والعيد وغيرها من الاوقات المكرمة».

أقول : ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله من وضع اليد على المصحف الشريف في حال أداء اليمين .

قال : « ويغلظ على الكافر بالاماكن التي يعتقد شرفها والازمان التي يرى حرمتها » .

أقول : يدل عليه مـا رواه الحسين بن علوان عن جعفر عـن أبيه « أن علياً كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول: شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين»[1] .

وما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه « ان علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم »[2] .

قال : «ويستحب التغليظ في الحقوق كلها وان قلت عدا المال

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

فانه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع » .

أقول : استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعي عليه الاجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه ، وأما النهي عن التغليظ في المال الاقل من نصاب القطع فقد ورد في خصوص كونه عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وهوما رواه محمد بن مسلم وزرارة عنهما عليهما السلام جميعاً قالا : « لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله على أقل مما يجب فيه القطع »[1] .

فرعان :

الاول : حكم ما لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ :

قال المحقق : « لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ لم يجبر ، ولم يتحقق بامتناعه النكول » .

أقول : استدل له بالاصل ، أي : ان الاصل عدم جواز اجباره على ذلك ، وقبله اطلاقات أدلة القضاء وكيفية الحكم ، مضافا الى قوله عليه السلام : « من حلف بالله فليصدق ، ومن حلف له بالله فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله »[2] وفي الجواهر : بلاخلاف أجده الا عند من ستعرف . ثم نقل الخلاف عن بعض العامة من وجوبها عليه وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٢٥ . الباب : ٦ ، كتاب الايمان .

لكن بناءاً على كون الاحلاف وكيفيته حقاً للمدعي يجب عليه الاجابة ، وفي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله : « . . . فان كان المطلوب بالحق قدمات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والافلا حق له . . . »[1] فان ظاهرها ان الامتناع عن اليمين المغلظة نكول، لكن لا يبعد أن لايكون النظر فيها الى الكيفية بل المراد ـ كما عليه الاكثر ـ هو الامتناع عن أصل اليمين وأنه ان لم يحلف فلا حق له.

وذكر في الجواهر وجه خلاف بعض العامة بقوله: ولعل وجهه أنه لافائدة في استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه ، مضافاً الى استمرار السيرة على توجيه اليمين مغلظة على المنكر . . . الا أن ذلك كله كما ترى .

أي : لان اللغوية ممنوعة ، لان أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه وتشديد الامر عليه لئلا يقدم على اليمين الكاذبة[2] ، ولان اتصال هذه السيرة بزمن النبي صلى الله عليه وآله

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كيفية الحكم.

٢) كما عن أمالي الشيخ : « اختصم امرؤ القيس ورجل من حضرموت الى رسول الله «ص» في أرض فقال : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فيمينه . قال : اذن والله يذهب بأرضي . قال : ان ذهب بأرضك بيمينه كان ممن لا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزكيه وله عذاب أليم. قال: ففزع الرجل وردها اليه» وسائل الشيعة :١٨/١٧٢.

وسلم غير معلوم ، ولو سلم فانها لا تدل على وجوب الاجابة وأنه لو امتنع كان ناكلا . . .

فالحاصل: ان في المسألة قولين الوجوب وهو لاصحابنا وعدم الوجوب وهو لبعض العامة ، ولا قائل بالاستحباب ، وعن آخر من العامة التفصيل بين التغليظ الزماني والمكاني فتجب الاجابة عليه فيه وبين التغليظ القولي فلا تجب ولعله لاطلاق أدلة اليمين، وأما وجوبها بالنسبة الى الزماني والمكاني فلان للمدعي أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعة أو الى المسجد مثلا وليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال في الجواهر : وفيه أنه يمكن أن يكون الامر بالعكس ... لكن في كشف اللثام الموافقة على ذلك، فلم يجوز الجبر في التغليظ القولي، قال : أما بالزمان والمكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعي . . .

أقول: ان التغليظ مطلقاً مستحب للحاكم، والمستحب يتسامح فيه ، الا أنهم دققوا النظر في المسألة من جهة ترتب أثر النكول وعدم ترتبه على الامتناع عن الاجابة .

ثم هل يقتضي قوله عليه السلام: « لايحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم على أقل مما يجب فيه القطع »[1] بناءاً على قراءته بالتشديد جواز التغليظ في الحقوق والاموال كلها مطلقاً الا على الاقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

---

١) وسائل الشيعة : ٢١٩/١٨ .

غيره من الاماكن المشرفة ، وسواء كان التغليظ مكانياً أو زمانياً ؟ الانصاف : ان استفادة هذا الحكم الكلي من الخبر مشكل .

قال في الجواهر : ولو ادعى العبد ـ وقيمته أقل من نصاب القطع ـ العتق فأنكر مولاه لم يغلظ ، ولو رد فحلف العبد غلظ عليه لان العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال .

الثاني : حكم ما لو حلف لايجيب الى التغليظ :

قال المحقق : « لو حلف لايجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه » .

أقول : لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظة انعقدت يمينه ولو خالف وجبت عليه الكفارة ، فان التمسه خصمه قال المحقق: لاتنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل ان مفاد بعض الاخبار كراهة اليمين المغلظة ومرجوحيتها . . . وليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحاً ـ كما هو الحال في متعلق النذر ـ بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً .

واستحباب احلاف الحاكم اياه كذلك لايلازم استحباب اجابة الحالف اليه . أقول : لكن يمكن القول بأن أدلة استحباب اجابة دعوة المؤمن وقضاء حاجته توجب زوال الكراهة وتحقق الرجحان لليمين المغلظة ، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الافطار منه لو طلب ذلك ، ونظيرما اذا نذر الولد ترك شيء كشرب التتن مثلا حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك لان فعله حينئذ يترجح على تركه ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه .

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لايجيب.

على أن هناك أخباراً تدل على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها جازله المخالفة بل استحب ولا كفارة عليه . . . فعن سعيد الاعرج : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل ، وان لم يتركها خشي أن يأثم أيتركها؟ قال : أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا رأيت خيراً من يمينك فدعها »[1] .

واستدل في الجواهر لما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين » . أي : انه لما حلف على أن لايجيب فقد لزمت اليمين، وحق المستحلف في احلافه متأخر عن لزومها، وهذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه ، لانه مع فرض عدم استحباب الاجابة لعدم الملازمة لا يبقى حق للمستحلف ، الا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له .

ثم قال : وماورد من أن طروأولوية المحلوف على تركه يبيح الحل لايجدي ، اذ لا أولوية للحالف وان التمسه الخصم أي طلبه منه . . . وهذا الكلام اشارة الى خبر سعيد الاعرج ونحوه الظاهر في جواز المخالفة بل استحبابها .

قال: لكن في الدروس: ولوحلف على عدمه ففي انعقاد يمينه نظرمن اشتمالها على ترك المستحب ومن توهم اختصاص الاستحباب

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٤٥ . الباب : ١٨ ، كتاب الايمان .

بالحاكم . وقد اعترض عليه بقوله : وفيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الاستحباب به ، بل في الرياض : نسبته الى ظاهر النص والفتوى بخلاف من عليه الحلف فان الارجح له ترك التغليظ بل الارجح له ترك الحلف بالله ... ومن هنا قال في كشف اللثام معرضاً بما سمعته من الدروس: واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف » .

قلت : لكن كاشف اللثام ممن قال بالفرق بين التغليظ القولي وبين التغليظ الزماني والمكاني فاختار لزوم الاجابة في الثاني دون الاول . وعلى هذا المبنى لامانع من القول بانحلال اليمين السابقة على عدم الاجابة .

ثم ان اليمين تارة تكون في المرافعات المالية فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدعى، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييري مكروهاً في نفس الوقت ؟ وأخرى تكون في الجنايات فانه اذا لم يحلف حينئذ يجري القصاص في حقه فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعييني ، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها ؟ فمن هنا قال في الجواهر : ولكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من اشكال...

وكذا الامر بالنسبة الى التغليظ، ولذا قال «قده»: بل وكذا المغلظة منها بعد أمر الحاكم بها كذلك . . .

قال : بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف وان كان مخالفاً للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه كما هو مقتضى القول المزبور .

فتلخص أن ما ذكره المحقق « قده » مشكل .

أقول : تارة يجتمع حكمان من الاحكام الخمسة في موضوع واحد مثل : « أنقذ الغريق ، ولا تغصب » فيمن اتفق غرقه في مكان مغصوب ، وحينئذ يتقدم أحدهما الاهم بحكم العقل .

وتارة يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع والاخر الى ذاك الموضوع مقيداً بأن لا يتوجه اليه حكم آخر ، وحينئذ لاريب في تقدم الحكم الاول على الثاني في حال اجتماعهما ، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعة أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفة ثم حصلت له الاستطاعة ، وانحلال نذره المذكور ، خلافاً لصاحب العروة «قده» ، لان الشرط في وجوب الحج هو الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب ، وحيث تحقق ذلك كانت الاستطاعة متحققة ووجب الحج ، لان الامر بالحج متوجه الى ذات الحج ، والامر بالوفاء بالنذر في حقيقته متوجه الى زيارة عرفة المقيدة بعدم استلزامها لتفويت الحج[1] .

---

١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعة الشرعية بالاضافة الى الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب ، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعة

وفيما نحن فيه ان كان الامر بالحلف المغلظ متوجهاً الى ذات اليمين من دون قيد الرجحان وكان الامر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح فانه يتقدم أمر الحاكم باليمين المغلظة اجابة لالتماس الخصم وتنحل اليمين السابقة .

كيفية استحلاف الاخرس :

قال المحقق : « وحلف الاخرس بالاشارة ، وقيل : وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه ويوضع يده عليه، وقيل : يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع ألـزم الحق استناداً الى حكم علي عليه السلام في واقعة الاخرس » .

أقول: فالاقوال في كيفية استحلاف الاخرس مختلفة ، ومستند الاخير صحيحة محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقاً ، وربما يستظهر

المالية والبدنية أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفة، لان الوفاء بهذا النذر واجب ولـو حج لفات هذا الواجب ، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعة الشرعية والعذر الشرعي كالعقلي في المنع من الوجوب . وقد ذكر سيدنا الاستاذ في حاشية العروة ان الشرط في وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها ولذا يجب الحج في الفرض المذكور .

منها التعيين ولكن الاصحاب لم يعملوا بها بهذا الوصف ، اذلعل الامام عليه السلام كان عالماً بحقيقة الحال وواقع الامر في تلك الواقعة ، وقد يؤيد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشرب من دون ردلليمين على المدعي، وقديقال بكونهاقضية في واقعة لاسيما بالنظر الى ماذكر ، أوأن ذلك من كيفية من انحاء استحلاف الاخرس: والحق أنه لايستفاد منها الحصر ،لان لفظ اليمين الذي كتبه الامام عليه السلام يختلف من حيث التغليظ عما جاء في الاخبار الاخرى، ولذا احتاط في الجواهر بالجمع بين الاشارة المفهمة التي بهايتم العقد والايقاع وغيرها من الاخرس وبين الكيفية المذكورة مع رضاه بشرب ذلك الماء والا فالاشارة .

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟

قال المحقق: « ولا يستحلف الحاكم أحداً الا في مجلس قضائه الا مع العذر كالمرض المانع وشبهه ... » .

أقول : لقد ادعي الاجماع على هذا الحكم ، وظاهر الجواهر أن الاستحلاف في مجلس القضاء والحكم ـ أي كونهما في مجلس واحد ـ من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارة المحقق هذه كقوله: « لا يستحلف أحد الا بالله ... » ونحوه ، ويكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له ... قال في الجواهر : ولعله لاصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الاطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء

للحكام لغير الغرض ولو للاتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسباق ذلك منه خصوصاً النصوص المستفيضة المشتملة على الشكوى من نبي من الانبياء الى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الاذن فقال: «اقض بينهم بالبينات وأضفهم الى اسمي يحلفون به»[1] الظاهرة في مباشرة ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابة فيه حينئذ.

لكن في المسالك جعل المراد من العبارة الكراهة، فانه قال: قد تقدم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد ونحوه، وحينئذ فالنهي عن الاستحلاف في غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهة انما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنة التغليظ والا لم يتم النفي والنهي مطلقاً، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها..

بل ظاهر السرائر أن استحلافه في مجلس الحكم من الامور المستحبة للحاكم، فانه قال: «وينبغي للحاكم أن لا يحلف أحداً الا في مجلس الحكم ...» فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم... وبناء عليه يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضاً وعدمه ...

ولكن الاكثر على الاول وهو جعل «لا يستحلف» عزيمة ولذا تعرضوا الى نفوذ الحكم وعدمه بدون ذلك، ولو كان مكروهاً أو مستحباً لم يكن لذلك البحث هنا وجه، ولما تمسكوا بالاصل.

أقول: الا أن الشك الذي ذكره في الجواهر مسبب عن الشك

---

١) وسائل الشيعة ١٨/١٦٧.

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟ ——— ٤٠١

في شرطية الاستحلاف في مجلس الحكم لنفوذ الحكم ، فيكون المرجع هو البراءة وتكون النتيجة نفوذ الحكم، وأما الخبر الذي ذكره « قده » فان ظهوره في المباشرة ليس لفظياً، نعم اللازم العقلي لتوجه الخطاب باضافة الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشرة، الا اذا قامت قرينة على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، وحيث لا قرينة فلا حجة للمخاطب على الترك .

ثم ان بعض الامور تقبل الوكالة عرفاً كالعقود فتشملها أدلة الوكالة وان كانت أدلة تلك الامور ظاهرة في المباشرة ، لان أدلة الوكالة تنزل الغير منزلة الوكيل ، فان كان الاستحلاف منها شملته أدلة الوكالة كذلك ولم يلزم مباشرة الحاكم له بل يكفي استحلاف وكيله، ويكفي استحلافه سواء كان في المجلس أو غيره عملا باطلاق «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وان كان الاستحلاف من الامور غير القابلة للتوكيل كما هو الاصل في العبادات فالمباشرة لازمة . . .

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور وشبهه، فان الاكثر ـ بل نفي الخلاف فيه ـ على أن الحاكم يستنيب من يحلفه في مكانه ، وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز الى مجمع الرجال فانه يرسل الى منزلها من يستحلفها ... وقيل : يجب على الحاكم المضي بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، وقيل بالتوقف حتى يزول العذر .

٤٠٢ ـــــــ

البحث الثانى

(فى يمين المنكر والمدعى)

قال المحقق « قده » : «اليمين تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر ، وعلى المدعي مع الرد ومع الشاهد الواحد ، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم » .

أقول: الاصل في اليمين أن تتوجه على المنكر، وقد أستثنى من ذلك موارد ذكر المحقق «قده» ثلاثة منها: «أحدها» رد المنكر اليمين على المدعي، «والثاني» ثبوت الدعوى بيمين المدعي مع الشاهد الواحد في دعوى الدين، «والثالث» ما اذا كانت دعوى المدعي في القتل مقرونة بالظن ، فهنا تتوجه اليه اليمين على تفصيل ذكر في محله .

وتتوجه اليمين على المدعي في الدعوى على الميت مع البينة وفي الموارد التي لا تعلم حقيقة الحال فيها عادة الا من قبل المدعي، كما اذا طلقت المرأة فادعت كونها غير طاهرة عند الطلاق .

والحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، وهذا الاصل قانون كلي مستفاد من الاخبار[١]، ويكون المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعي أو المنكر ... وقدجاء في أكثر تلك الاخبار : « واليمين على المدعى عليه » لكن الفقهاء يعبرون عنه بـ «المنكر» ، ولعله من جهة أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين كما اذا أقر بما يدعيه المدعي .

وهذه الاخبار تقيد اطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[٢] لو كان مطلقاً .

قال : « ولا يمين للمنكر مع بينة المدعي » .

أقول : ويدل على ذلك النصوص أيضاً[٣].

قال : « لانتفاء التهمة عنها » .

أقول : أي لما يقيم المدعي البينة وهي حجة شرعية من دون ضم يمين اليها تنتفي التهمة عن الدعوى .

قال: « ومع فقدها فالمنكر مستند الى البراءة الاصلية فهو أولى باليمين » .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/ ١٦٩ .

٣) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

أقول : هذا معنى آخر للاصل المذكور سابقاً ، فانه مع فقد المدعي للبينة يكون المنكر مستنداً الى البراءة الاصلية، اذ الاصل براءة ذمة المنكر عما يدعيه المدعي ، وحيث ادعي عليه فهو أولى باليمين من المدعي ، فان حلف سقطت الدعوى .

وأما استحلاف المدعي الذي لابينة له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل في مقابل الاصل الذي يقتضي براءة ذمة المدعى عليه ، وأما « انما أقضي بينكم ... » فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء وليس فيه تعرض الى من عليه البينة ومن عليه اليمين ، فلا اطلاق له .

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعي وأما تقدم البينة على اليد فقد ثبت بالدليل .

أقول : لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لان يكون الحكمة لجعل الشارع اليمين وظيفة للمنكر ، وليس معنى آخر للقاعدة الكلية في المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لولا النصوص المشار اليها .

حكم ما اذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك

قال المحقق : « ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم » .

أقول : هذا أحد الاقوال في المسألة ، وفيها قولان آخران :

أحدهما : لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائماً ، لان

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقاً كان مجرد عدم علمه بالحق كافياً لعدم ثبوته ولا حاجة الى نفيه كونه مديناً للمدعي .

والثاني : لزوم كون الحلف على البت والقطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، اذ لا معنى للتقابل بين الواقع ونفي العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائماً مع الجزم واليقين بنفي الدعوى مطلقاً .

أقول : والذي وجدنا في النصوص هو الحلف والاستحلاف على نفي المدعى، ولم نجد في شيء منها أن يحلف على نفي العلم[1] وكيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفي المدعي يستلزم نفي العلم به أولا ، وقد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه وأن يحلف على نفي العلم به ، وأما على القول بلزوم اليمين على نفي المدعى على البت فلا يكفي اليمين على نفي العلم حينئذ .

وبناءاً على القول الثاني لو ادعى عليه ديناً ولا بينة له وجب عليه الاداء في صورة العلم بكونه مديناً ، ومع الشك لا يجب لاصالة البراءة ، فان ادعى علمه بذلك ونكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق ووجب عليه الاداء، وحينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفي العلم في كل مورد مع أنه مخالف

---

١) أنظر: خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله ، وخبر ابن أبي يعفور وخبر كيفية احلاف الاخرس، وقد وردت نصوصها في الكتاب.

لظواهر النصوص المشار اليها ، ومن هنا حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالماً فهناك يحلف على نفي العلم .

ثم انه لو ادعي عليه ما ليس يعلمه ولم يطلب منه اليمين على نفي العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفي العلم بمنزلة الانكار فان لم يكن له بينة ولم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة .

هذا ، وهنا فروع يشكل حكمها والحاقها بأحد القسمين ، قال المحقق : « فلو ادعي عليه ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم ، ولو ادعي على أبيه الميت لم يتوجه اليمين مالم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم » .

أقول: أما في الفرع الاول فلان الابتياع مثلا فعل نفسه فاذا أنكر حلف على الجزم، وأما في الفرع الثاني فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير ، فان ادعي عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم .

هذا وظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومة بهذا الحلف ، وأما اذا لم يحلف كانت الخصومة باقية وتسمع بينة المدعي حينئذ ، وسيأتي بيان ذلك قريباً .

ومن الفروع ماذكره بقوله : « وكذا لو قال قبض وكيلك ». يعني : أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول ، وقيل لا يجوز لانه فعل الغير .

أقول : لكن قد يحصل له العلم والجزم بعدم القبض وان كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لان المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهة الجهل به غالباً ، فان علم به جاز، كما اذا قال المدين: قبضه وكيلك الساعة العاشرة من صباح يوم الجمعة وقد كان الوكيل عند موكله المدعي يوم الجمعة من أول الصبح حتى الظهر مثلا ، فانه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفي القبض لعلمه الجازم بذلك . . .

فان لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف ، وكذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدع عليه ذلك ، وحيث لا بينة للمدعى عليه على الاداء وجب عليه دفع الحق .

وفي الجواهر عن كشف اللثام : « فاذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءة . وفيه : أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل ... ».

أقول : ليس في كشف اللثام ما يفيد ذلك ، وهذا نص كلامه معلقاً على قول العلامة: « ولو قال قبض وكيلك حلف على نفي العلم» بقوله: «دون البت، لانه فعل الغير وان قيل أن يده يده وقبضه قبضه» نعم في القواعد فرع آخر ذكره بقوله: « ويكفي مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق وان نفى الدعوى على رأي » .

هذا ، ولكن قال المحقق الاشتياني « قده » انه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه ـ لا أنه يحلف لنفيه ـ لان علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، اذ قد يكون جهلا مركباً، ولا يكون حجة

للحاكم حتى يحكم على طبقه .

وفيه : أنه منقوض بما لو ادعي علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل ، فان هذا التصديق يكون بمنزلة الاقرار عرفاً وان احتمل عقلا كونه جهلا مركباً، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً ولا أقل من نهي الحاكم اياه عن المطالبة حينئذ ، فلماذا لا تسمع ؟

ومن الفروع ما ذكر في المسالك والجواهر : لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعي مايوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفي العلم، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت .

فعلى الثاني ان لم يحلف يكون ناكلا بخلاف الاول فلايكون ناكلا بعدم الحلف، فان كان للمدعي بينة على الجناية فهو والا سقطت دعواه .

ومنها: اذا ادعي عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً له مثلا حيث يجب الضمان باتلاف البهيمة فأنكر فهل يحلف على البت لانه الذي يضمن الضرر بتقصيره في حفظها أولا لانه فعل الغير؟ قولان، وعن الشهيد قدس سره : ان العبد يخالف البهيمة من وجهين «الاول»: ان البهيمة لا تضمن جنايتها الا مع التفريط بخلافه «الثاني» : ان جناية العبد تتعلق برقبته ، فاذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمة ، فانها اذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها ولا تتعلق برقبتها .

ومنها : لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن ويسلم المبيع فقال له المشتري : ان موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق

الحبس وأنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لانها لنفي فعل الغير ، أو لابد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان .

ومنها : لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه وقال للمشتري : أنت عالم به . قيل : يحلف على البت لانه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع اليه، ويحتمل الحلف على نفي العلم ، لان متعلقه فعل الغير .

ومنها: ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضاً لان الاخوة رابطة جامعة بينهما ، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم .

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً الى نفسه مع الالتفات وان لم يكن مستنداً الى « غيره » .

هذا، وقد اعترض صاحب الجواهر على القول الاول بعد ذكر الفروع المذكورة بقوله : « ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الانسان نفسه نفياً واثباتاً وبفعل الغير اثباتاً : يميناً على البت أو رداً ، والا كان ناكلا قضى عليه به أو بردها من الحاكم ، ولا يجديه الجواب بنفي العلم وان صدقه المدعي فضلا عما لو ادعاه عليه أيضاً، فان جميع هذه الفروع مبنية على ذلك ، وقد تقدم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه

المناقشة في ذلك ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسبيبها ذلك ... » ثم انه «قده» انتهى الى القول: « وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقة جميعها، وأنه لافرق في الحكم فيها بين القول بتعلقها في فعل الغير أو فعل المدعى عليه في الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقاً أو اذا ادعى عليه ، والا كان طريق اثباتها منحصراً في البينة ... » .

لكن الاظهر كون اليمين على البت، لانه مقتضى أدلة وجوبها على المنكر، فان كانت الدعوى على الواقع وهو ينكرها حلف على البت سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره ، وان كانت على علمه وهو ينكره حلف على نفيه كذلك مطلقاً .

ولو كان شاكاً في صدق دعوى المدعي لم يمكنه اليمين سواء كانت على فعل نفسه أو غيره ، فلا يمكنه رد الحلف على المدعي ، واذ ليس للمدعى بينة على دعواه ـ كما هو المفروض ـ تسقط الدعوى لانحصار سبب الحكم في بينة المدعي ويمين المنكر وكلاهما منتفيان ، فان ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديدة وكان له الحلف على نفيه .

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البت مطلقاً .

وهل اليمين بنفي العلم تفصل الخصومة كيمين المنكر على عدم الحق فلا يستمع الى بينة المدعي بعدها أولا ؟ قال المشهور بالاول وهو ظاهر قول المحقق « قده » : « فيكفيه الحلف على أنه لايعلم » أي : فيكفيه فاصلا للخصومة ، بمعنى أن الحاكم ان حكم على طبقها لم تسمع بينة المدعي بعدها على أصل الدعوى ، لان معنى

« واليمين على من أنكر » و« انما أقضي بينكم بالبينات والايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفة المدعى عليه بذلها ، فحيث ادعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم فصلت الخصومة. على أن ظاهر المدعي الفاقد للبينة على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه في نفي دعواه علمه بالواقع ، وقد دلت الاخبار على أن من رضي بيمين خصمه سقط حقه[1] ، فاذا حلف فقد حصل سبب الحكم وبصدوره تنفصل الخصومة ولا تسمع البينة بعدئذ، بخلاف ما اذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فانها تسمع لان الخصومة باقية وليس للحاكم احلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعي .

وبعبارة أخرى : عندما يحلف بنفي العلم تسقط دعوى العلم ، وحينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينة ، فيكون أثر الحلف على نفي العلم ـ مع حكم الحاكم ـ فصل الخصومة وعدم سماع البينة ، فيكون الحاصل : ان الحلف على نفي العلم لا ينفي الواقع ولكنه لا يبقى المجال لان يتمكن المدعي من الالزام بدفع شيء باقامة البينة على الدعوى .

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات والاصول، والا كان له الحلف على نفي الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهري ، فما هو المستفاد من الادلة ؟

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٨. الباب:٩ من أبواب كيفية الحكم.

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد امارة على الملكية ، فكلما كان تحت سلطنة الشخص من غير معارض يكون له ملكاً له[1]، ومن هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه ، ويجوز لغيره الاخبار ـ في غير مورد المرافعة ـ عن كون الشيء ملكاً له استناداً الى كونه تحت يده .

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والاستصحاب ؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد ؟ قولان .

ويدل على الجواز :

١ ـ خبر حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام : «قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم. قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبدالله عليه السلام : أفيحل الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبدالله عليه السلام : فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال أبو عبدالله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق »[2] .

بل قد يستظهر من قوله « وتحلف عليه » ان كلما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهادة كذلك .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ٢١٤. الباب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/ ٢١٥ .

٢ ـ خبر علي بن ابراهيم في تفسيره بسنده عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث فدك أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لابي بكر: « أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال: اياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين . قال: فاذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي وقد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا علي كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم ... »[1] .

وأمارة الصدق على هذا الخبر لائحة مع حسنه سنداً[2] .

ويدل على جواز الشهادة والحلف اعتماداً على الاستصحاب خبر معاوية بن وهب قال : « قلت له : ان ابي ليلى يسألني الشهادة عن هذه الدارمات فلان وتركها ميراثاً وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له . فقال : اشهد بما هو علمك . قلت : ان أبي ليلى يحلفنا الغموس . فقال : احلف انما هو على علمك »[3] .

ويدل على الجواز في خصوص الشهادة خبره الاخر : « قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يكون له العبد والامة قد عرف

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

٢) ويكون صحيحاً بناء على كون « ابراهيم بن هاشم » ثقة.

٣) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٥. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

ذلك فيقول : أبق غلامي أو أمتي فيكلفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أوأمته لم يبع ولم يهب أنشهد على هذا اذا كلفناه؟ قال: نعم»[1].

لكن يعارضه المنع الوارد في ذيل خبر آخر له وان كان صدره دالا على الجواز كذلك ، وهذا نص الخبر بتمامه «قلت لابى عبدالله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندري ما أحدث في داره ولا ندري ما أحدث له من الولد، الا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان ، أونشهد على هذا ؟ قال : نعم .

قلت: الرجل يكون له العبد والامة فيقول: أبق غلامي أوأبقت أمتي فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه أفنشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً ؟ فقال : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به »[2] .

وهذا الذيل والخبر المتقدم كلاهما واردان في مورد الترافع فحمل المانع على هذا المورد والمجوز على أن المراد من الشهادة فيه هو الاخبار عن الواقع استناداً الى الاستصحاب خلاف الظاهر

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

والاولى الجمع بينهما بحمل الخبر المانع على الكراهة لانه ينافي رغبة الشارع وترغيبه في انعتاق الاماء والعبيد بشتى الوسائل مهما أمكن .

هذا كله بالنظر الى الادلة الخاصة ، ويمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدلة الاستصحاب واليد ، اذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهادة ، وعليه فان شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكية بلا ريب ، وكذا في الاستصحاب ، فحيث يستصحب طهارة الثوب مثلا وتجوز الصلاة فيه يجوز الحلف على هذه الطهارة أيضاً ولا مقيد بكونها طهارة واقعية حتى يجوز الحلف .

ثم ان الدعوى تبرز تارة بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت وان كانت في الواقع متعلقة بفعل الغير كأن يقول له : « الذي في يدك لي » وأخرى تبرز على وجه لايكون له ذلك ، كأن يقول له: «الذي بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفي العلم.

متى يحلف المدعى ؟

قال المحقق : « أما المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه » .

أي: لماتقدم مراراً من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البينة على المدعي واليمين على من ادعي عليه » .

قال : « الا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول » .

أي : بناءاً على القول بتوجه اليمين على المدعي مع نكول

المدعى عليه وأما على القول الاخر فيثبت حق المدعي بنكول المدعى عليه من دون يمين .

قال : « فان ردها المنكر توجهت ، فيحلف على الجزم ، ولو نكل سقطت دعواه اجماعاً » .

أي : وتنفصل الخصومة فلا تسمع دعواه بعدئذ .

قال : « ولو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الاحلاف ، قال الشيخ : ليس له ذلك الا برضا المدعي . وفيه تردد منشؤه أن ذلك تفويض لا اسقاط » .

أقول : والظاهر أنه تفويض لا اسقاط ، وهو مقتضى عمومات واطلاقات: « واليمين على المدعى عليه »، اذ القدر المتيقن خروج صورة الرد مع حلف المدعي، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه في الحلف الثابت له قبل الرد ، ولاينافيه ما في النصوص من التعليل بقوله عليه السلام : « لانه رضي . . . » لان المراد هو أن اليمين التي كانت برضاه تذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه .

قال : « ويكفي مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق... ».

أقول : قد يدعي المدعي الحلف ولا يذكر سبب الاستحقاق، وقد يذكره أيضاً، فان لم يذكر السبب حلف المنكر على نفي الحق، وان ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفي الحق، وله أن يحلف على نفي الاستحقاق بحيث يعم ذاك السبب وغيره ، اذ لا فرق بين

نفي عين المدعى وبين نفي الاعم .

وعن الشيخ « يلزمه الحلف على وفق الجواب، لانه لم يجب به الا وهو قادر على الحلف عليه » .

ولكن مقتضى اطلاقات أدلة البينة هو الاول .

قال المحقق « قده » : « ولو ادعى المنكر الابراء أو الاقباض فقد انقلب مدعياً والمدعي منكراً ، فيكفي للمدعي اليمين على بقاء الحق ، ولوحلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم » .

أقول: أي أنه لاخلاف هنا على أن له أن يقول : والله لم أبرأ ذمتك، أو: والله ماأقبضتني حقي ، وله أن يقول: والله ان حقي باق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسألة خلافية .

قال : « وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول كالعتق والنسب والنكاح وغير ذلك ، وعلى القول الاخرترد اليمين على المدعي ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول » .

أقول : ان بعض الدعاوي تسقط مع عدم البينة ولا يمين فيها على المنكر مثل الدعوى في الحدود ، فلوأحضرزيداً عند الحاكم وادعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق فلذا لايسمعها الحاكم ، وأما لو كان له بينة على ذلك حكم بوجوب الحد عليه .

وبعض الدعاوي يحلف المنكر فيها على النفي عند عدم البينة مثل الدعوى على مال أو حق .

وبعض الدعاوي وقع الخلاف فيها بين العامة والخاصة مثل

الدعوى على الطلاق والنكاح ، فالاصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينة المدعي ، وخالف بعض العامة فمنع من توجه الحلف على المنكر في الابواب المذكورة لان المطلوب من التحليف الاقرار أو النكول ليحكم به ، والنكول عن اليمين نازل منزلة البذل والاباحة ، ولا مدخل لهما في هذه الابواب ، وخالف بعض آخر منهم ، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين الحاقاً له بالحد .

وعمومات واطلاقات «واليمين على المدعى عليه » و«على من انكر» تبطل ما ذهبوا اليه ، وما ذكر في وجه المنع استحسان محض ، وقد تقدم أن اليمين تتوجه على المنكر في كل مورد أوجب حقاً بخلاف الدعوى في الحدود .

مضافاً الى خصوص ما رووه : «ان ركانة أتى النبي (ص) فقال : يارسول الله طلقت امرأتي البتة . فقال : ماأردت بألبتة؟ قال : واحدة فقال : والله ما أردت بها الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ماأردت بها الا واحدة ، فردها اليه ، ثم طلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان »[1] حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق من جهة أن قصده ذلك لا يعرف الا من قبله فلذا أمره صلى الله عليه وآله وسلم بالحلف .

ولكن استحلافه «ص» على أنه قصد المرة ـ ولم يكن الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد مبدعاً بعد ـ وجهه غير واضح .

---

١) سنن البيهقي ٣٤٢/٧ .

مسائل ثمان

المسألة الاولى

(متى تتوجه اليمين على الوارث ؟)

قال المحقق « قده » : « لا تتوجه اليمين على الوارث مـا لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق ، وأنه ترك في يده مالا » .

أقول : يشترط في صحة الـدعوى على الوارث في حق على المورث أمور : «الاول» علم الوارث بموت المورث، «والثاني» علمـه بثبوت الحق على المورث واشتغال ذمته بـه ، « والثالث » العلم بوجود تركة في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه .

فهذه الامور شرط ، ولذا لو صدق المدعي الوارث على عدم أحد هذه الامورالثلاثة لم يكن للدعوى عليه وجه فضلا عن توجه اليمين عليه الذي أشار اليه المحقق بقوله :

« ولو ساعد المدعي على عدم أحد هذه الامور لم يتوجه » .

ثم قال « قده » : « ولو ادعي عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم » .

أي : لانها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير ، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفي العلم .

قال : « نعم لو أثبت الحق والوفاة وادعي في يده مالا حلف الوارث على القطع » .

أقول: لا اشكال فيماذكر، لانه بعد ثبوت الحق والوفاة بالبينة مثلا تكون دعوى وجودمال للمورث عندالوارث متعلقة بأمر راجع الى نفس الوارث ، فان كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لاعلى نفي العلم .

ولكن هل الدعوى مشروطة بهذه الامـور أو أن الاستحلاف مشروط بها ؟ الظاهر هو الاول كما ذكرنا ، بل لا ريب في اشتراط الامر الاول حتى يتمكن من الدعوى ، اذ تقدم في محله أنه يشترط في صحة الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق .

ولوصدق الوارث في دعوى الجهل بكون مورثه مديناً كانت مطالبته بحقه منه لاغية، وأما لوكان متيقناً من علمه أوشك فيه جازت له المطالبة مع فرض وجود التركة ، وهل يحلفه على نفي العلم أو على انكار أصل الدعوى ؟ ان ادعي علمه بالاموركان عليه اليمين على نفي العلم ، وهل هذه اليميـن تفصل الخصومة على الواقع ؟

قولان . وتظهر ثمرة الخلاف في البينة التي يقيمها المدعي بعدها.

وعن الشيخ: انه لا يشترط في صحة الدعوى دعوى المدعي على الوارث العلم، بل للمدعي ابراز الدعوى وللوارث حينئذ الحلف على نفي العلم، فان حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومة، لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفي العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك بعيداً جداً .

وقال المحقق « قده » : لاتتوجه اليمين مالم يدع علمه بالحق اذ لا يحلف على فعل الغير . وهذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك ، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق ، فان كان له بينة ثبت حقه والا فان ادعى علم الوارث حلف على نفيه والا لم يحلف لانه على فعل الغير ، ومع الحلف تنفصل الخصومة وينقطع النزاع، وقيل : لا تسقط الدعوى باليمين على نفي العلم .

لكنانقول بناء على ماعرفت فيما مضى في مسألة يمين الموكل انه ان كان الوارث متمكناً من اليمين على نفي أصل الدعوى جاز له ذلك ، والا وجب عليه اليمين على نفي العلم وان لم يكن يدعي عليه العلم حتى ولو كان المال الذي بيده للمدعي في الواقع ، الا أن يقال بانصراف أدلة «اليمين على من ادعي عليه» عن هذا المورد لكن تقدم أن الاظهر عمومها للمورد ، وأن اليمين على نفي العلم تقوم مقام اليمين على نفي الواقع ، لان الغرض من الدعوى على

المورث في الحقيقة هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك ، والا لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه .

وبعبارة أخرى : ان اليمين على نفي العلم أثرها سد الطريق على المدعي بحيث لا يمكنه بعد ذلك الزام الوارث بالحق .

واختار صاحب الجواهر « قده » كفاية اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق، واعترض على الاصحاب بأن الامر مشوش غير منقح عندهم ، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً ، كما لو ادعى مدع على عين في يد آخر أنه سرقه سارق وباعه أبا ك من دون أن يدعي عليه العلم بذلك، ضرورة عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك.

المسألة الثانية

(لو ادعى على المملوك فمن الغريم ؟)

قال المحقق « قده » : « اذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية » .

أقول : يعني أن المدعى عليه في الحقيقة هو المولى ، وعليه يكون العبرة باقراره وانكاره لا باقرار العبد وانكاره ، سواء كانت الدعوى في المال أو كانت في جناية ارتكبها العبد . . . لكن في المسألة تفصيل ، وبيان ذلك :

انه في كل دعوى يكون الضرر متوجهاً فيها على المولى تكون العبرة باقرار المولى وانكاره ، فلو ادعي على المملوك ملكية مال

معين بيده كان المولى هو المدعى عليه في الواقع لانه الغريم ، اذ العبد وما في يده لمولاه ، فان أقر المولى أخذ المال ودفع الى المدعي وان أنكر حلف، وكذا لو كانت الدعوى جناية، فعلى القول بأن دية خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار باقرار المولى وانكاره، ولا فرق في الجناية بين مايوجب استحقاق العبد وغيره، لان الغريم هو المولى على كل حال، وأما على القول بأن هذه الدية على العبد نفسه لا على المولى كانت العبرة باقرار العبد وانكاره ، فان أقر صبر حتى ينعتق فيؤدي والا حلف على النفي .

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق .

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً في حال رقيته فهل المعتبر اقرار المولى وانكاره لانه الغريم أو يعتبر اقرار وانكار العبد حينئذ لانه المباشر والمدعى عليه ؟ وجهان ، وتظهر الثمرة فيما لو أقر المولى بالجناية وأنكر العبد . والاول مشكل ، لانه وان كان هو الغريم لكن ليس المولى مالكاً لحياة العبد ، وقد تقرر أن من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

ولو أقر العبد بهذه الجناية فان اقراره ينتهي الى ضرر المولى اذ المفروض وجوب قتله فعلا قبل الانعتاق، وحينئذ يتوجه الاشكال بأن دليل : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ليس على اطلاقه ليشمل صورة استلزامه الضرر لغيره .

فظهر أن في المسألة تفصيلا ، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما اذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك ...

وقدتلخص أنه يدور أمر الاعتبار بالاقرار والانكارمدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر والخسارة على المولى يكون الاعتبار باقراره وانكاره وحيث يتوجه على نفس العبدبأن يؤدي الحق بعدالانعتاق كان الاعتبار باقراره وانكاره .

وعن القواعد : « واذا ادعي على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جناية ، والاقرب عندي توجه اليمين عليه ، فان نكل ردت على المدعي وتثبت الدعوى في ذمة العبد يتبع بها بعد العتق » وظاهره وجوب اليمين على العبد وان كان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. وفي الجواهر: ومراده على الظاهر الاشارة بذلك الى توجه سماع الدعوى على العبد منفرداً أواقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولي... قلت : ولكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء وليس قولا للعلامة حتى يقول والاقرب عندي.

ويحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا المولى لانها على فعل الغير ، وفيه: لوكان مراده ذلك لوجهها على المولى بأن يحلف على نفي العلم .

المسألة الثالثة

(هل تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ؟)

قال المحقق: «لاتسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة».

أقول : لا خلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود حتى يقيم

المدعي البينة المعينة شرعاً في كل مورد، لان الحدود حق الله تعالى وقد اشترط في ترتيب الاثر على الدعوى فيها وجود البينة ، بل انه تعالى يحب عدم تعقيب مايوجبها وترك اثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات[1].

قال : « فلا يتوجه اليمين على المنكر » .

وأما في حق الادمي فتسمع الدعوى المجردة عن البينة ويستحلف المنكر لان اليمين أحد طريقي اثبات حق الادمي، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه .

قال : « نعم لو قذفه بالزنا ولا بينة فادعاه عليه قال في المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف وفيه اشكال ، اذ لا يمين في الحد » .

أقول : كان ما ذكرناه في خصوص الدعوى في حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر ، ولو اشتركت الدعوى بين الله وبين الادمي كحد القذف كأن يقذفه بالزنا ولا بينة فهل لليمين أثر في ثبوت الحد وعدمه أولا ؟ الصحيح هو الثاني لاطلاق النصوص الواردة في المقام والدالة على أنه « لا يمين في حد » :

١) فعن البزنطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفني،

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٣٣٥. الباب : ٢٤ ، أبواب مقدمات الحدود .

ولم تكن له بينة . فقال : يا أمير المؤمنين استحلفه ، فقال : لا يمين في حد ولا قصاص في عظم »[١].

وهذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظن أن للقاذف الـذي لا بينة له أن يستحلف المقذوف لكونه منكراً كسائر المرافعات، فقال الامام عليه السلام : ان اليمين لاتؤثر لا في اثباته ولا في نفيه .

٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: « لايستحلف صاحب الحد »[٢].

والظاهر أن المراد مـن «صاحب الحد» هو من يجب اجراء الحد عليه ، ويحتمل أن يكون المراد : ان الذي يريد اجراء الحد

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٣٣٥. وهو مرسل وفي طريقه « سهل ابن زياد » وقال الشيخ الحر « قـده » بعده : « محمد بن الحسن باسناده عـن أحمد بن محمد عن محمد بن أبي عمير عـن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام مثله» قال صاحب الجواهر «قده»: وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في رواية التهذيب بل وكذا في رواية الكافي المنجبر مع ذلك كله بالعمل ... ومراده من رواية التهذيب هو الثاني ومن رواية الكافي هو الاول ، لان ابن أبي عمير وأحمد بن محمد بن أبي نصر ـ وهو البزنطي ـ من أصحاب الاجماع ، وأن الامر في « سهل » سهل .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود ، وهو معتبر .

٤٢٨ ـــــــ

الزنا سقط الحد والا ثبت ، قال الله تعالى : « والذين يرمون المحصنات . . . » الى آخر الاية[1].

وليس حق الادمي في هذه المسألة منفصلا عن حق الله تعالى ليرجح فيها حقه على حق الله ، بل الحقان كلاهما واردان على الحد بخلاف مسألة السرقة حيث الغرم والقطع أمران مختلفان ولذا يمكن اثبات الغرم دون القطع في بعض صورها كما سيأتي أيضاً .

المسألة الرابعة

(منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: «منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لاسقاط الغرم».

أقول : قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب في حال ثبوتها أمرين : « أحدهما » حق الادمي وهو المال المسروق ، و «الثاني» القطع وهو الحد الشرعي وهو حق الله تعالى ، وقد عرفت أنه لا ملازمة بين الحقين فقد يثبت أحدهما في مورد دون الاخر ، فمن ادعي عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهة حق الادمي، فان حلف سقط الغرم .

« ولو نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول وهو الاظهر » تبعاً للمحقق وجماعة « والا حلف المدعي » ليثبت الحق والا سقطت الدعوى .

---

١) سورة النور : ٤ .

قال المحقق : « ولا يثبت الحد على القولين » .

أقول: أي لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعي المقرر.

قال : « وكذا لو أقام شاهداً وحلف » .

أقول : أي لانه لايمين في حد كما تقدم ، اذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهة .

المسألة الخامسة

(لو كان له بينة فأعرض عنها فهل له الرجوع ؟)

قال المحقق: « لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال أسقطت البينة وقبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل : لا. وفيه تردد ، ولعل الاقرب الجواز » .

أقول : في المسألة قولان ، والاقوى هو الجواز وفاقاً للمحقق وغيره وخلافاً للشيخ ، ووجه التردد عند المحقق هو التأمل في أن اقامة البينة حق للمدعي أو أنه حكم شرعي ، ولو كان حقاً فهل هو من الحقوق القابلة للاسقاط أولا ؟

والظاهر أنه حق لا يقبل الاسقاط ، ومع الشك في كونه حقاً قابلا له يكون الاصل بقاؤه ، وكذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكماً ، فالظاهر هو جواز الرجوع الى اقامة البينة أو اليها بعد اقامتها وقبل حلف المنكر .

ولا يجري هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالاعراض

أو الاسقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشك في بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير، ووجه عدم الجريان هو أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الامر بين استصحاب حكم المخصص والتمسك بعموم العام ، وقد تقرر في محله أن التحقيق هو الثاني .

قال : « وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر » .

أي: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعي ثم عاد الى اختيار الحلف الذي يقوم مقام الشاهد الثاني .

المسألة السادسة

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعة فروع أفتى في الثلاثة الاولى منها بقبول قول المدعي بلا يمين وتردد في الرابع ، لكن في المسالك ذكر أكثر من عشرين فرعاً قال في جميعها بقبوله كذلك ، فالفروع الثلاثة هي :

الاول « لو ادعى صاحب النصاب ابداله في أثناء الحول » أي لينفي عنه الزكاة « قبل قوله بلا يمين » .

الثاني « وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان » أي: في الثمرة المخروصة أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ماقدر عليه من الزكاة .

الثالث « وكذا لـو ادعى الذمي الاسلام قبـل الحول » أي : ليتخلص عن الجزية بناء على عدم شمول «الاسلام يجب ما قبله»[1] لهذا المورد ، وأما بناء عليه فلا يطالب بالجزية وان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل في هذه الفروع عدم الخلاف كما في الجواهر، وأن الحق في هذه الموارد لله عزوجل ، مع أن الحق فيها لايعلم الا من قبل المدعي.

وهناك نصوص في خصوص بعض فروع المسألة مثل أن يقول: « لا زكاة علي » مثلا[2].

والفرع الرابع قوله : « أما لو ادعى الحربي الانبات بعلاج لا بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، ولعل الاقرب أنه لا يقبل الامع البينة ».

أقول : منشأ التردد هو : ان قتل الكافر الحربي حد من حدود الله تعالى ، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات ، وقد تقدم أن

---

١) في مجمع البحرين ٢/٢١: « في الحديث : الاسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها من الكفر والمعاصي والذنوب » .

٢) الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام: « باب مايستحب للمصدق والعامل استعماله من الاداب وأن الخيار للمالك والقول قوله » من وسائل الشيعة: ٦/٨٨ . وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظله الرواية الاولى من تلك النصوص وتطرق على ضوئها الى بعض القضايا التي وقعت في البلاد ، فأبدى تضجره منها ونبه على وجوب الانتهاء عنها .

لايمين في حد ، وأن الانبات لا يعلم الامن قبل الشخص ، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ وهذا مشكوك في بلوغه .

ومن أن الانبات امارة شرعية على البلوغ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر، ولايقبل قول من ادعى خلاف الظاهر الا مع البينة ، واذ لا بينة هنا فان أقل ماتثبت به الدعوى هو اليمين ، فقيل: يحلف الان لوجود الامارة الشرعية على البلوغ المعتبر في صحة اليمين، وقيل: يصبر حتى يعلم ببلوغه ، وعلى الاول ان حلف لم يقتل والاقتل ، وعلى الثاني ان حلف سقط الحد وان نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الاسر .

أقول : لكن يرد على القول الثاني أنه ان بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجة الى هذا البحث ، وان أسلم فان قلنا بمقتضى « الاسلام يجب ما قبله » فلايحلف ولا شيء عليه ، والا فان حلف سقط الحد وان نكل قتل .

هذا ان لم نقل بأن كون الانبات أمارة للبلوغ مشروط بكونه طبيعياً والا فانه مع الشك في كونه بالعلاج أو بالطبع فلا يجوز قتله وان لم يدع الانبات بعلاج ، الا أن يتمسك بأن الاصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت... اللهم الا أن يكون اجماع على وجوب قتله حينئذ .

ومعنى قول المحقق : « لا يقبل الا مع البينة » انه لا يقبل مع اليمين، فان أقام البينة قبل والا قتل، وأشكل عليه في الجواهر بقوله: « لكن لا يخفى عليك مافيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافي تحقق

الشبهة الدارئة ـ قال ـ : بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصاً في مثل الفرض » .

وهل يقبل قول مدعي الانبات بعلاج في غير مورد الحد الذي أمرنا بدرئه بالشبهة؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع ادعى كونه صغيراً في حال اجراء العقد وأن انبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه وليس طبيعياً ليدل على البلوغ فهل يسمع قوله لا سيما وأنه مطابق للاصل أولا بل يسمع قول المشتري وهو مقتضى أصالة الصحة ؟

أقول : أما أصالة الصحة فتجري عند الشك في الصحة بعد احراز اجتماع الشرائط المعتبرة، ومع الشك في بلوغ البائع فلا يجري هذا الاصل لانه لايحرز البلوغ ... لكن الصحيح عدم قبول قول البائع في هذه الصورة ، لان انبات الشعر ظاهر في البلوغ ، والمناقشة في هذا الظهور ممنوعة ، وهو متقدم على الاصل والا لم تتقدم أمارة على أصل في مورد .

قال في الجواهر : ومما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالاحتلام خاصة، لامكان اقامة البينة على السن واعتبار الانبات لان محله ليس من العورة ، وعلى تقديره فهو من مواضع الضرورة . وعلى كل حال لا يمين والالزم الدور، لان اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره .

أقول: صحة اليمين متوقفة على البلوغ، والبالغ قد لا يحلف

أصلا ، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها ، فلادور . . . فالدليل على عدم اليمين في المقام كونه شبهة مصداقية للبلوغ المعتبر تحققه للحالف في صحة يمينه .

هذا وقد ذكروا في المقام فروعاً، والضابط الكلي هو: ان كان الطرف في الدعوى هو الله تعالى محضاً فلا يشترط اليمين، وكذا ان كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس .

وفي المسالك : ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد وبين الله تعالى ، أو لا يعلم الا منه ولا ضرر فيه على الغير ، أو ما تعلق بالحد أو التعزير .

وفيه ـ كما في الجواهر ـ ان ذلك كله مع عدم الخصومة ، وأمامعها فلا، فقول ذي اليد مثلا حجة الا اذا خوصم فحينئذ تتوجه عليه اليمين ...

المسألة السابعة

(حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق : « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين قيل: يحبس حتى يحلف أويقر... وكذا لوادعى الوصي أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث. وفي الموضعين اشكال لان السجن عقوبة لم يثبت موجبها » .

أقول : في المسألة فرعان : « الاول » ـ لو شهد شاهد بأن زيداً الميت يطلب من عمرو كذا مالا ولاوارث لزيد حتى يطالبه به،

فان أقر عمرو بالدين وجب عليه الاداء ، وان أنكر وجب عليه اليمين ، فان حلف على الانكار فلاشيء عليه، وان نكل ألزم بدفع الحق ، اذ المفروض عدم امكان الرد لموت الدائن وعدم الوارث وأنه يستحيل تحليف المسلمين والامام عليه السلام ، وعن الشيخ في المبسوط : يحبس حتى يحلف أو يقر .

و« الفرع الثاني » : لو ادعى الوصي على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ثم شهد شاهد واحد بما يدعيه الوصي وأنكر الوارث ذلك، فان كان الوارث يعلم بالعدم حلف على النفي على البت ، وان لم يعلم حلف على نفي العلم ، ولو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصي، لانه يدعي حقاً للفقراء فلايجوز له أن يحلف عنهم ، وحينئذ يحكم على الوارث بالنكول ، ويلزم بدفع الحق ، وقيل : يحبس حتى يحلف أو يقر .

بل لا فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصي شاهد واحد أولا ، لما عرفت من عدم ترتب الاثر على يمينه ، فوجود الشاهد الواحد وعدمه على السواء .

ولو ادعى الوارث على أحد حقاً لمورثه استناداً الى ما وجده مسجلا في ثبته ، فان حلف زيد على النفي فهو، وان حلف على نفي العلم فكذلك ، والا فلا مجال للرد على الوارث ، وعليه دفع الحق بمجرد النكول .

وكذا الامر في كل مورد لم يمكن فيه الرد ، فانه يحكم على

المنكر بالنكول ويلزم بدفع الحق، وأمامع امكانه فان حلف المدعي ثبت الحق والاسقطت الدعوى .

ولو كان صاحب الحق الامام عليه السلام فعلى المنكر اليمين ، فان لم يحلف ثبت الحق ولا يرد على الامام .

المسألة الثامنة

(حكم ما لومات وعليه دين يحيط بالتركة)

قال المحقق : «لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل الى الوارث وكانت بحكم مال الميت ، وان لم يحط انتقل اليه مافضل عن الدين » .

أقول : في الكتاب مطلقات تدل على انتقال مال الميت الى وارثه مطلقاً ، مثل قوله تعالى: « يوصيكم الله في أولادكم . . . » وقدقيد ذلك في آيات كقوله تعالى « ..من بعد وصية يوصي بها أو دين » فيكون مقتضى الجمع : انتقال ما فضل من المال الى الوارث بعداخراج الوصايا والديون... وعليه: فان استوعب الدين وأحاط بالتركة لم ينتقل الى الوارث شيء منها .

والقول بانتقالها الى الوارث يبتني على التجوز اما في المطلق بأن يحمل على الاعم من الملك المستقر وغير المستقر ، واما في المقيد فيكون المعنى : استقرار الملك بعد الوصية والدين .

ومع التنزل عن هذا الدليل وغيره فان الاصل عدم انتقال المال الى الوارث وبقاؤه على ملك الميت ، لان الملكية أمر اعتباري فيجوز اعتبارها له، ومع الشك في البقاء يستصحب، الا أن يقال:

بأن العقلاء يفرقون في هذا الاعتبار بين الحي والميت، وهو بعيد، وعلى هذا الاساس يتضح معنى الوصية ، فانها في الحقيقة تصرف المالك في ماله بعد حياته .

وأما بناء على أن الملكية من عوارض الوجود وأنها أمر يقوم بنفس المالك فان مات زالت فلا يتم الاستصحاب ، وعليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالك ، لكن يكون بحكم مال الميت وتجري عليه أحكامه .

وأما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله الى وارثه ، ومع جريان أصالة العدم في المسبب يزول الشك في بقائه على ملك الميت . ففيه : انه أصل مثبت وهو ليس بحجة .

وكيف كان فان تم هذا الاصل فهو والا وصلت النوبة الى الاحتياط ومقتضاه العمل طبق الوصية وأداء الدين باذن الوارث .

قال المحقق: « وفي الحالين للوارث المحاكمة على ما يدعيه لمورثه لانه قائم مقامه » .

أقول: وسواء على القولين: القول الثاني وهو الانتقال والقول الاول وهو عدم الانتقال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالك واما لانه قائم مقامه .

ولو ادعى ديان الميت على المدين فحلف على الانكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعد ، فان جاء الوارث وأقام البينة على المدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومة؟ الظاهر هو الاول.

البحث الثالث

(في اليمين مع الشاهد)

قال المحقق : « يقضى بالشاهد واليمين في الجملة استناداً الى قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء علي عليه السلام بعده».

أقول: لاريب ولاخلاف في القضاء بذلك في الجملة، والقدر المسلم منه أن تكون الدعوى في الدين فيشهد الشاهد ويحلف المدعي، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الاجماع ونصوص المسألة الحاكية لقضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأمير المؤمنين عليه السلام مثل:

١) ماعن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز في الهلال الاشاهدي عدل»[1].

٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٢. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

صاحب الحق »[١] .

٣) عن حماد بن عثمان قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام : يقول : « كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي »[٢] .

٤) عن حماد بن عيسى قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول « حدثني أبي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين »[٣] .

٥) عن أبي بصير قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد. قال فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين »[٤] .

ثم ان كان المراد من البينة في قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » وفي أخبار : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ونحوه هوما يبين الشيء[٥] فلا كلام ، وان كان المراد منها شهادة الشاهدين في الواقعة

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/١٩٣. الباب ١٤: من أبواب كيفية الحكم.

٣) وسائل الشيعة: ١٨/١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٤) وسائل الشيعة: ١٨/١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٥) وقد جاءت هذه اللفظة بهذا المعنى في مواضع من القرآن الكريم ، قال عزوجل : « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب

ـ كما هو المنسبق الى أذهان المتشرعة عند الاطلاق ـ فان ثبوت الدعوى بشاهدويمين في بعض الموارديكون من جهة الادلة المعتبرة الدالة عليه ، فتكون تلك الادلة مخصصة للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهدويمين المدعي، ومن حيث أن اليمين هنا تكون على المدعي لا على المدعى عليه .

وماورد في بعض الاخبار المتقدمة من «كان رسول الله (ص)..» و«كان علي عليه السلام ... » ظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك ولم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصة بها أو نادر الوقوع .

٦) عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : دخل الحكم بن عتبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة ، فقالا : هذا خلاف القرآن . فقال : وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان الله يقول : وأشهدوا ذوي عدل منكم . فقال قول الله : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » هو لا تقبلوا شهادة واحد ويميناً ! ! . ثم قال : ان علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة ، فمر به عبدالله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة ، فقال علي عليه السلام : هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم

والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » وقال : « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة ».

البصرة . فقال له عبدالله بن قفل : اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين ، فجعل بينه وبينه شريحاً .

فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال له شريح : هات على ما تقول بينة ، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة، فقال شريح : هذا شاهد واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك .

قال : فغضب علي عليه السلام وقال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات ، قال : فتحول شريح وقال: لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات . فقال له : ويلك ـ أو ويحك ـ اني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت : هات على ما تقول بينة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينة فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت : هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت : هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك اذا كان عدلا .

ثم قال : ويلك ـ أو ويحك ـ ان امام المسلمين يؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا »[1].

قلت : وشريح مخطىء من جهات أخر أيضاً لم يشر الامام عليه السلام اليها .

قال المحقق : « ويشترط شهادة الشاهد أولا وثبوت عدالته ثم اليمين » .

أقول : لا ريب في اشتراط ثبوت عدالة الشاهد ، انما الكلام في لزوم تقدم الشهادة وثبوت عدالته قبل يمين المدعي، فقال المحقق:

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة

«ولو بدأ باليمين وقعت لاغية وافتقر الى اعادتها بعد الاقامة» .

أقول : قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهادة واليمين، فهذا الذي لاريب فيه، بخلاف ما اذا تقدمت اليمين على الشهادة ، ومع الشك فالاصل عدم النفوذ ، لانه المرجع في كل مورد شك في نفوذ الحكم فيه .

وأما الاستدلال لاشتراط تقدم اقامة الشهادة على اليمين بتقدم ذكرها عليها في نصوص المسألة ففيه : أولا ـ ان التقدم الذكري في النصوص لايقتضي التقدم في مجلس القضاء وكيفية المحاكمة. وثانياً: لقد ذكرت اليمين في بعض النصوص مقدمة على الشهادة[2].

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٤ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى . الحديث : ١٥ ، ١٦ .

ومن هنا نقول : ان الظاهر أن نصوص المسألة ليست بصدد بيان الكيفية مطلقاً ، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، وهو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد ويمين المدعي من دون تعرض الى الخصوصيات ، لكن المؤثر يقيناً هو صورة تقدم الشهادة على اليمين ، ونفوذ الحكم في صورة العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الاصل المزبور .

وفي المسالك : « أما اشتراط اقامة الشهادة أولا لان المدعي وظيفته البينة لااليمين بالاصالة ، فاذا أقام شاهده صارت البينة التي هي وظيفته ناقصة ومتممها اليمين بالنص، بخلاف ما لوقدم اليمين فانه ابتدأ بما ليس وظيفة ولم يتقدمه ما يكون متمماً له » .

وفيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسألة أن وظيفته هنا اقامة الشاهد الواحد واليمين حتى تثبت دعواه ، فالقضاء يكون بكلا الامرين وليس في شيء من النصوص اشارة الى أن وظيفته هنا اقامة البينة ـ كسائر الموارد ـ وأن يمينه تكون متممة للوظيفة الناقصة من جهة عدم الشاهد الاخر .

وعن كاشف اللثام الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، وانما يحلف من يقوى جانبه ، كما أنه يحلف اذا نكل المدعى عليه، لان النكول قوى جانبه .

وفيه : انه استحسان لا أكثر .

والحاصل : ان المثبت للدعوى كلا الامرين الشهادة واليمين حالكونهامتقدمة على اليمين، وصورة العكس مشكوك فيها من حيث

النفوذ وعدمه والاصل هو العدم، وعلى ما ذكرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعي من المال في هذه الدعوى .

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين يختص بما اذا كانت في الدين، أو تثبت في مطلق ما كان مالا أو كان المقصود منه المال أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال ؟

قال بالاول جماعة، واختار الثاني آخرون بل نسب الى المشهور ويشهد للثالث اطلاق عدة من الاخبار كخبر منصور بن حازم، وخبر حماد بن عيسى ، وكالاخبار الآتية :

١) عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق »[١] و« كان » له ظهور في الاستمرار .

٢) عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «أجاز رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شهادة شاهد مع يمين طالب الحق اذا حلف أنه الحق »[٢] و« أجاز » هنا بمعنى « الانفاذ ».

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة : كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضي به علي عليه السلام عندكم . فضحك أبو حنيفة. فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة . فقال : ما نفعل . فقال : بلى يشهد مائة فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله »[1].

٤) محمد بن علي بن الحسين قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة شاهد ويمين المدعي. قال وقال عليه السلام: نزل جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق »[2].

٥) عن جابر بن عبدالله قال : « جاء جبرئيل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد »[3] وهذا الخبر أيضاً ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك، وهو باطلاقه يشمل المال وغيره.

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

لكن لا ريب في خروج « حق الله » من تحت هذه المطلقات لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ماكان من حقوق الله عزوجل أو رؤية الهلال فلا[1] » والمراد بضم الاخبار الاخرى والاجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين ، والمراد من «الخصم» هو نفس المدعي.

واستدل للقول الاول ـ وهو التخصيص بالدين ـ بعدة من الاخبار المذكورة كخبر محمد بن مسلم وخبر أبي بصير المتقدمين بل في خبر القاسم بن سليمان :

« سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده»[2].

وقد حمل اطلاق النصوص السابقة على التقييد في هذه النصوص وأجيب عن خبر درع طلحة ـ حيث كان النزاع في العين ـ بأنه انما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على اطلاق قول شريح « ماأقضي الا بشاهد آخر معه »، ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالي .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

وقد يستشكل في هذا الحمل بأن أخبار « الدين » تحكي حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين في الدين ، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير : اكرم العالم الفقيه ، اذ لا يفهم منه عدم وجوب اكرام العالم النحوي مثلا .

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعة، فقد ورد التعبير في الروايات عن الحج بـ « الدين »[1].

وفي الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد وعدم قوة المطلق من حيث كونه مطلقاً وهما معاً ممنوعان، لامكان عدم ارادة التقييد في النصوص السابقة ، ضرورة أن القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضي عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره .

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول الله وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصية ـ نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الكوفة بكذا ـ ثم يقول بنحو الحكم الكلي : « لو كان الامر الينا أجزنا ... في حقوق الناس»، وربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء في خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «في الدين وحده»: « وقضى رسول الله ... » ولم يقل : « كان رسول الله يقضي ...» .

---

١) راجع وسائل الشيعة ج : ٩ ، كتاب الحج ، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه ، الاحاديث : ٤ ، ٥ ، الباب ٢٨ ، الحديث : ٩ .

هذا كله بعد الاغضاء عن قصور السند في بعض الاخبار التي أخذت مقيدة للاطلاقات[1].

وبعد، فان مقتضى الاطلاقات هو عدم التخصيص بالدين والحكم بالشاهد واليمين في غيره من الحقوق المالية، وهل يجوز التعدية عنها الى مطلق حق الناس؟ ان مقتضى الاطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه، ولعل وجه تقييدهم بالحقوق المالية ما روي مرسلا عن ابن عباس: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي بذلك في الاموال وقال: لا تعدو ذلك» لكنه ـ كما في الجواهر ـ ليس هو من طرقنا ولا معروف النقل في كتب فروعنا ... فالاولى ما ذكره قدس سره من احتمال فهم الاصحاب «المال» من نصوص «الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من «الدين وحده» هو «المال وحده» فتخرج الحقوق التي ليست بمال، وأما «حقوق الناس» في صحيحة محمد بن مسلم فينصرف الى الحقوق المالية فلا اطلاق له ... وكيف كان فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد ويمين اذا كان مورد النزاع عيناً.

---

١) ففي طريق خبر حماد بن عثمان: «معلى بن محمد» وهو البصري، والراوي لاحدها هو «القاسم بن سليمان»، ولم تثبت وثاقة هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال. نعم هما من رجال كتاب كامل الزيارات.

كما لاريب في كفاية اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهادة للنصوص الدالة على ذلك ، ومنها :

١) عن منصور بن حازم : « ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز»[١] أي : فهو نافذ .

٢) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «ان رسول الله صلى عليه وآله وسلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق »[٢] .

ثم انه ـ بعد أن استقر رأي المشهور على الثبوت في الحقوق المالية ـ لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالاوبين أن يكون من الحقوق التى تترتب عليها آثار مالية ولذا ذكر المحقق «قده» أمثلة من القسمين ثم ذكر الضابط في المسألة قال :

«ويثبت الحكم بذلك في الاموال كالدين» فانه حق مالي صرف « والقرض » فانه لما يقول له : قد أقرضتك كذا يدعي حقاً مالياً له على ذمته « والغصب » كذلك ، فانه وان كان مغايراً للمال مفهوماً ، لكنه لما يدعي عليه غصب شيء له فانه يستلزم كون ذلك الشيء

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٧ . الباب : ١٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، وهي صحيحة.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٨ . الباب : ١٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، وهي صحيحة.

ملكاً له « وفي المعاوضات » يثبت الحكم أيضاً ، فان المقصود فيها هو المال « كالبيع والصرف والصلح والاجارة والقراض والوصية له » في مال عيناً أو ديناً «والجناية الموجبة للدية كالخطأ» فمن ادعى جناية فقد ادعى موضوع الدية ، فهي حق يقصد بها المال ، أما لو كانت جناية موجبة للقصاص فلا، لان القصاص حق وليس مالا «وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحر بالعبد» اذ تثبت الدية دون القصاص فانه لا يقتل الوالد بالولد والحر بالعبد ، « وكسر العظام » حيث يتعذر القصاص وتجب الدية فتكون الدعوى مالية «والجائفة» وهي الجناية التي تصل الجوف «والمأمومة» وهي التي تصل أم الدماغ.

قال « قده » : « وضابطه ما كان مالا أو المقصود منه مالا » أي: بخلاف القصاص ونحوه ...

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهة أخرى، وهي أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفي ترتب الاثر المالي مطلقاً وان لم يكن هو المقصود بالذات؟ ولذا اختلفوا في بعض المصاديق كالنكاح ، فقد قال المحقق :

« وفي ثبوت النكاح تردد » .

أي : لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالا وغير مال ، فان قلنا بالثبوت حتى في صورة كون ترتب المال من اللوازم البعيدة ثبت النكاح بالشاهد واليمين، لان المهر والنفقة ـ ان كانت الدعوى من الزوجة ـ وارث الزوج مال الزوجة بعد موتها ـ ان كانت الدعوى من الزوج ـ من الاثار المترتبة على النكاح وان كان المقصود منه بالذات

هو التناسل واقامة السنة وكف النفس عن الحرام ، والنفقة والمهر تابعان[1] .

قال « قده » : « أما الخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية اليه وعيوب النساء فلا » .

أقول : لكن الخلع اذا ادعاه الزوج يثبت بالشاهد واليمين لدخوله في الضابط الذي ذكره من جهة أنه مشروط ببذل الزوجة مالا الى الزوج ليطلقها بـه ، فحيث يدعي الرجل ذلك فانه يدعي حقاً مالياً .

---

١) فالحاصل : أن في المسألة أقوالا : أحدها : عدم الثبوت سواء كان المدعي الزوج أو الزوجة ، وقد نسب هـذا القول في الروضة وغيرها الـى المشهور . والثاني : الثبوت كذلك ، ذكره الشهيدان لكن في الروضة : لانعلم قائله ، وكذا قال غيره، والثالث الثبوت ان كان المدعي الزوجة وهـو مختار العلامة في القواعد حيث قال: أماالنكاح فاشكال أقربه الثبوت انكان المدعي الزوجة، وفي مفتاح الكرامة : تبعه عليه الشهيد في غاية المراد . قال : لان دعوى المرأة النكاح تستلزم مالا ما وهومناط الشاهد واليمين ، أما الزوج فلا مال يدعيه بدعواه الزوجية والتوارث بعيد جداً، ويقرب اذاكان التداعي بعدموت المرأة، ومثله قال الشهيد الثاني. والرابع: التوقف وعليه المحقق هنا ـ أما في النافع فلم يذكر النكاح أصلا ـ وتبعه الشهيد في الدروس .

قال: « وفي الوقف اشكال منشؤه النظر الى من ينتقل ، والاشبه القبول لانتقاله الى الموقوف عليهم » .

أقول : هذا في الوقف الخاص ، وأما العام فلا تتضمن دعواه المال ، لان الموقوف بالوقف العام لا مالك له بل يكون كعتق العبد لله، ولو قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم فانه يتعذر حلف جميعهم ولا فائدة في يمين بعضهم .

أقول : وصفوة الكلام في هذا المقام هو : أن الاصل الاولي هو عدم ثبوت شيء الا مع العلم ، ثم ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » أصبح أصلا ثانوياً ، فتقبل كل دعوى أقام المدعي فيها البينة على دعواه ويحكم له بثبوت حقه ، ثم نزل جبرئيل عليه « ص » بالشاهد واليمين ـ فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق ، وأن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه اضافياً ـ ثم قيد اطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس ، فلايقبل ذلك في حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من « حقوق الناس » وقد تقدم عدم جواز التعويل على ما روي عن ابن عباس ـ فان تم ما ذكرنا من انصراف «حق الناس» الى «الحق المالي» فهو ، والا فهي شبهة مفهومية مرددة بين الاقل والاكثر ، والاقل هو المتيقن ، والمرجع فيما زاد عنه هو « انما أقضي بينكم ...» فيقبل الشاهد واليمين في كل ماكان مالا من حقوق الناس .

و« الحق المالي » أيضاً مردد بين ما هو حق مالي بالذات وما

هو حق مالي مطلقاً ـ سواء كان مالا بالذات أو بالتبع ـ وهنا أيضاً يؤخذ بالقدر المتيقن ـ وهو الحق المالي بالمقصود بالذات ـ وان لم يكن عنوان الدعوى مالا مثل البيع ، ولذا قال في الجواهر : « ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة عن المال وان كانت بجعل وكذا الوصية واختلافهم في العتق » .

وأما في موارد الشبهة المصداقية ، فلا يؤخذ فيها بعموم العام بل المرجع هو الاصل . نعم للمتداعيين العمل بالاحتياط في صورة الشك .

حكم ما لو كان المدعي جماعة والشاهد واحد

قال المحقق : « ولا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد الا مع حلف كل واحد منهم » .

أقول: هذا لا اشكال فيه، لان الدعوى حينئذ تنحل الى دعاوي متعددة وان كانت شهادة الشاهد الواحد كافية لجميعها ، فان حلف جميع أفراد الجماعة ثبتت الدعوى «ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع » لان مقتضى الادلة السابقة ثبوت الدعوي المالية بالشاهد ويمين المدعي ، فمن حلف مع الشهادة ثبت حقه وكان له استيفاء سهمه سواء كانت الدعوى في حق الارث أو حق الشركة ، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شيء ، وهنا فروع :

« الاول » : هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعي عن اليمين المردودة في سقوط الدعوى فلا يترتب على

بذله اليمين بعدئذ أثرأو لايكون كذلك ؟ قالوا: لايكون كذلك، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر الشاهد الثاني بعد، فحينئذ يلزم على الحاكم أن يصبر حتى يحضر لان حق المدعي باق ، ولذا لايأمر المدعى عليه باليمين ـ الا اذا رفع المدعي اليد عن اقامة الشهادة وقنع بيمين المنكر فحينئذ يأمر المنكر بذلك ـ فهنا كذلك ، فان الممتنع عن اليمين يبقى حقه ويترتب الاثر على يمينه في الزمان اللاحق .

« الثاني » : لو ورث الحالف الناكل فهل للوارث أن يحلف حتى ينتقل اليه سهم الناكل؟ نعم، لما تقدم من أن النكول لايقتضي الحرمان بل الدعوى باقية، فلا مانع من أن يحلف مرة ثانية لاثبات سهم أخيه مثلا الناكل حتى ينتقل اليه بالارث ، وهل يلزم تكرار الشهادة حينئذ ؟ وجهان ، من أن الدعوى واحدة والمفروض اقامة الشهادة قبل موت الناكل ، ومن أن المدعي لهذا السهم فعلا غير المدعي سابقاً. والاقوى عند العلامة هو الاول، لان اختلاف المدعي لايوجب اختلاف الدعوى .

« الثالث »: ذكر كاشف اللثام أنه لو مات المدعي قبل الحلف والنكول يحلف وارثه على أن هذا المال كان لمورثه وانما يحلف لتعلق حقه بهذا المال ، لكن يتوقف تملك الوارث للمال على عدم البينة للمدعى عليه على ابراء المورث اياه أو نقل المال اليه مثلا، وهذا بخلاف ما لو كان المدعي هو المورث نفسه فانه اذا حلف ثبت حقه من دون توقف على ما ذكر .

أقول: انما لاتسمع دعوى المدعى عليه الابراء مثلا فيما لو قال المدعي : هذا المال لي الان وشهد الشاهد على ذلك ، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلاناً مات وله عليك كذا ، فانه حينئذ لاتسمع دعواه الابراء ولا يتوقف مطالبة الوارث بالحق منه على عدم بينته . . . ولعل هذا الذي ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام .

«الرابع» : لوورث الناكل الحالف أخذ سهمه وان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، اذ لاملازمة بين الامرين، نعم لاريب في عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل في صورة تكذيبه الدعوى.

«الخامس» : لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادة الشاهد ويمينه أو مطلقاً ، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال الي ، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الان ، ووجه وجوب الحلف عليه للمرة الثانية هو أن ما يدعيه الان دعوى جديدة فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى ، فان حلف ثبت الحق ـ الا اذا أثبت المدعى عليه الانتقال ـ وهل يلزم اعادة الشهادة كذلك؟ قال العلامة : الاقوى نعم .

أقول : ان كانت هذه دعوى جديدة بمعنى أن الوارث يدعي أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلابد من اقامة الشهادة أيضاً، لان الشهادة السابقة قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه ، وان لم تكن دعوى

جديدة فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة وغيره هنا تأمل .

عدم جواز الحلف من غير علم :

قال المحقق : « ولايحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً».

أقول : لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً ولاسيما في مورد المرافعة ، ويدل على ذلك النصوص الصريحة مثل :

١ـ ما عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل الا على علمه »[١] .

٢ ـ وعن أبي بصير عن أبـي عبدالله عليه السلام قـال : « لا يستحلف الرجل الا على علمه »[٢] .

٣ـ وعن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قـال : « لا يستحلف الرجل الا على علمه ولا تقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف »[٣] .

قـال في الجواهر بعد عبارة المتن : « وان كان هـو مقتضى الاصول العقلية » قلت : لعل مراده ما في القواعد وغيره من أن من شرط اليمين الجزم والجزم لا يتحقق الا مع العلم .

هذا، وقد تقدم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

كماتجوزالشهادة أولا؟ وقدقلنا بجوازهافي كل مورد تجوزالشهادة فيه ، سواء كانت استناداً الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعية، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه .

وهل يحلف على أنه ماله واقعاً أو أنه له بحسب الحكم الظاهري؟

ان حلف على أن مابيده ملك له واقعاً استناداً الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب في هذا المورد، وان أريد الملكية الظاهرية لزم التخصيص في الاصل العقلي والنصوص الواردة في المسألة لعدم الجزم المعتبر في اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص .

أقول : انا نقول بالتخطئة في الاحكام الواقعية والظاهرية معاً ، والحكم الظاهري يمكن تعلق العلم به مع الشك في الحكم الواقعي، وحينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهري ، فمرادهم من « لا يحلف من لايعرف ما يحلف عليه يقيناً » هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استناداً الى كتابة من خط مورثه، أوشهادة شاهدواحد بأن المال الكذائي للمورث .

قال في الجواهر : أما لو شهدله به شاهدان فقد يقال بالجواز لانها حجة شرعية ، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لايخلومن اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعتبر في الحلف ...

وفيه ـ أولا : ان الفرق بين اليد والبينة غير واضح ، وثانياً : قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهري ، وعلى

هذا فلا فرق بين اليد والاستصحاب .

والملكية الظاهرية هي المراد من رواية حفص بن غياث[1] .

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف :

قال المحقق : « ولا يثبت مالا لغيره » .

أقول : قال في الجواهر : وان تعلق له به حق ، بلا خلاف بل قد يظهر من المسالك وغيرها الاجماع عليه .

ويدل على ذلك مع ما ذكر ظواهر أدلة القضاء كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ، فانه ظاهر في كون البينات والايمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما ، وهو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره .

قال في الجواهر : لكن في كشف اللثام : الا الولي لمال المولى عليه ، فان الحالف اما المنكر واما المدعى له ، أما الولي فقوله بمنزلة قول المولى عليه . قال : ولم أجده لغيره بل اطلاقهم يقتضي خلافه .

قلت : لكن لم نجد هذا الكلام في كشف اللثام ، بل قد صرح بأن القيم لايجوز له الحلف ، نعم فيه جواز حلف المولى لمال العبد .

قال المحقق : « فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت وان امتنع لم يحلف الغريم » .

أقول : وعلى ما ذكرنا فلو مات المدين ولا تركة له ، وقد عرف الدائن مديناً للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد فهل

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ . وقد تقدم نصها في الكتاب .

له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادة الشاهد حتى يستوفي حقه منه ؟ قالوا : يثبت حقه ان حلف الوارث وأما يمينه هو فلا أثر لها لانها في مال الميت وان تعلق له به حق، وترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبني على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، ولو كان الدين مستوعباً لم يجز له التصرف في شيء من المال ، فانه بناء على هذا يكون يمين الوارث في ماله لا في مال الغير .

وتعرض في الجواهر الى مسألة الوصية من جهة أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الاثر على يمين الوارث دون الغريم ، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال في مورد معين ولم يترك مالا يفي لتنجيز الوصية، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال ، فقيل : الوصية بحكم الدين في ترتب الاثر على يمين الوارث فقط ، وفي الجواهر: ان كانت الوصية كلية غير متعلقة بالمال فهي كالدين ، وان كانت متعلقة بالمال ـ ولو بعنوان الكلي في المعين كالعشرة دنانير من المال ، أو الحصة المشاعة ـ فالحكم يبتني على القول بانتقال مال الميت الى الوارث بالموت وعدمه.

أقول : الوصية (تارة) تتعلق بالفعل ـ وان كان مشتملا على المال ـ فهنا صورتان :

«فالاولى» : أن يكون مراد الموصي صرف كذا من ماله قبل انتقاله الى الوارث . فبناء على أن الملكية أمر اعتباري يكون المال للميت وعلى الوصي صرف المال الذي أوصى به في المورد الذي

عينه، وفي هذه الصورة لايحلف الوصي ولا الوارث ولاالموصى له ، لان المفروض كون المال للميت وحلف كل واحد من هؤلاء يكون في مال الغير فلا أثر له . . .

وكذا الامر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

و« الصورة الثانية » : أن تكون الوصية بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال الى الوارث ، أي يكون تملك الوارث له مقدماً في الرتبة على تملك الموصى له، ففي هذه الصورة يحلف الوارث أو الوصي .

وبناء على كون المال الموصى به في حكم الدين ـ بمعنى جعل المورث على ذمة الوارث كذا من المال بأن ينتقل اليه بحكم الارث ثم تكون ذمته مشغولة بصرف ماعينه المورث في كذا بحكم الوصية ـ فلا اشكال في أنه يحلف حينئذ .

وأما لو كانت الوصية مضافة الى المال بنحو الحصة المشاعة فلا يحلف .

(وأخرى) تكون الوصية بنحو النتيجة ، كأن يوصي بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتي، فان قبل الموصى له الوصية فلا أثر لحلف الوارث بل المؤثر يمين الموصى له لان المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلي في المعين ، وسواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت في حكم مال الميت ثم ينتقل الى الموصى له بحكم الوصية، أو قلنا بانتقاله الى الوارث بالارث ثم الى الموصى له ، أو قلنا بانتقاله الى الموصى له رأساً . وان لم يقبل الموصى له

الوصية فهنا تأتي الاقوال، وعلى كل حال فليس له أن يحلف، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال اليه بالارث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول .

وكذلك الكلام في المال الذي تعلق به الخمس أو الزكاة ثم خرج المال من تحت يد صاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلا بذمة الميت فلا يحلف مستحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث ، وان قلنا ببقائه على ملك الميت أو في حكم ماله فلا يحلف .

هذا، وحيث لا يحلف الغريم فهل له احلاف المدعى عليه؟ قال في الجواهر: نعم، لان الدليل على عدم حلفه هو الاجماع وانصراف الادلة ، وأما الاحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المدعى عليه برأت ذمته وان نكل ثبت الحق بمجرده ان لم يمكن الرد .

وأما الوارث الذي له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال في الجواهر: لا، لعدم الدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه وأراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلك ولكنه ليس بواجب .

وعلى القول ببقاء المال في ملك الميت أو في حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف ، وهنا قال في الجواهر : اللهم الا أن يقال انه قد ورث حق الدعوى به وان صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به . ولكنه كما ترى ، ولم أجد ذلك محرراً في كلام الاصحاب .

قلت : وما أشار اليه من التأمل في هذا الاحتمال هو الظاهر ، لان حق الدعوى في المال يتبع ملكية نفس المال ، لانه أثر كسائر الاثار المترتبة على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبة الى مال الغير الا في صورة الوكالة عنه .

ولو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، ولكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث فهل للغريم مراجعة الوارث ؟ الظاهر : نعم لان سقوط الحق من جهة لاينافي عدم سقوطه من جهة أخرى .

قال المحقق : « وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لاثبات مال الغير » .

أقول : هذا واضح ولا اشكال فيه ، نعم لو ادعى رهانة المال وأراد اثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد واليمين وان كان المال ملكاً للغير، اذ المفروض ارادة اثبات الرهانة لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعة مالا لمورثهم :

قال : « ولو ادعى الجماعة مالا لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى وقسم بينهم على الفريضة ... » .

أقول : ان حلف الجماعة كلهم أخذوا المال المدعى وقسموه بينهم حسب الفريضة سواء كان المال عيناً أو ديناً .

«ولو كان وصية قسموه بالسوية الا أن يثبت التفضيل» من الموصي.

وانما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل الى دعاوي متعددة.

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم » وهذا واضح ولا اشكال فيه .

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث ، قال المحقق :

« ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة » .

يعني سواء كان المدعى به في الاصل ديناً أو عيناً، وقيل : يكون له معه شركة مطلقاً ، وقيل : بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه وبين العين فله معه شركة .

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينة في الحجية واثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف ، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعي عن اليمين المردودة في سقوط الدعوى ، فلو غصب غاصب عيناً مشتركة بين أخوين فقال لاحدهما : اني أريد غصب سهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين في النصف، لكون الحق مشاعاً ولاحق للغاصب في افراز السهم اجماعاً . هذا في العين الخارجية ، فلو وقع الترافع بين الاخوين معاً والغاصب الى الحاكم ، فحلف أحدهما دون الاخر فقيل باشتراكهما في النصف الذي يأخذه الحالف كالنصف الباقي بيد الغاصب ، لان نكول الممتنع لا يسقط حقه ويمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الاخر فالشركة باقية، وقيل: بعدم الشركة مطلقاً ـ أي سواء في العين أو الدين ـ لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف ـ وقيل : بالتفصيل بين العين والدين، فلاشركة في الدين لانه بالقبض ينفرز

سهم كل واحد عن سهم الاخر فيكون ما قبضه الحالف ملكاً له .

ولو أقرض رجلان مالا مشتركاً بينهما رجلا ، كان له تبديل الكلي في ذمته بمال معين في الخارج فيكون مشتركاً بين الدائنين، ولكن ليس له دفع نصف الدين الى أحدهما ، لان حق أحدهما لايتعين دون الاخر وان أذن، بل يكونان شريكين في ذلك النصف، فان وقع النزاع بينهم وترافعوا الى الحاكم فحلف أحد الشريكين وامتنع الاخر ثبت نصف الدين الكلي بحكم الحاكم لكن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الاخر، لان الحق المشاع لايفرز في الخارج ولا يتعين الا برضا الشريكين .

ثم انه اشكل في المسالك على المحقق في شرح عبارته المذكورة: «وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لوادعيا على آخر مالاوذكرا سبباً موجباً للشركة كالارث فانه اذا أقرلاحدهما شاركه الاخر فيما وصل اليه .

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، لان أعيان التركة مشتركة بين الورثة والمصدق معترف بأنه من التركة بخلاف الدين فانه انمايتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الاخر فيه ... » .

ولم يفرق في الجواهر بين العين والدين حيث قال: «والتحقيق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركة فيهما، اذ الدين عين أيضاً الا أنها كلية ...» أي : كما لاينفرز الحق في الشيء المشترك في الخارج الا مع رضا الشريك فإن ما في الذمة كذلك،

فيكون الخارج مصداقاً لما في الذمة ومشتركاً ، ولو أوجد في الخارج باذن الشريك مصداق نصف مافي الذمة كان مشتركاً بينهما، فلو لم يأذن الشريك في جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك .

لا يقال : اذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره .

لانا نقول: ان المدين بعد الشهادة والحلف يدفع نصف الحالف اليه ، لكن الحالف الاخذ للنصف يعلم ويقر بمشاركة أخيه له في ذلك بحكم الارث .

هذا وقال المحقق «قده» في كتاب الشركة: «اذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الاخر فيه » .

وفي الاقرار : « لو أقر بعين أو دين ودفع مقداراً تشارك الشريكان في ذلك المقدار » .

هل للممتنع عن اليمين شركة مع الحالف ؟

وهنا قال: «ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة».

ومن هنا يظهر أن رأي المحقق يختلف، ففي صورة التنازع يفتي بعدم الشركة وفي صورة عدمه يقول بالشركة ، ويدل على ما ذكره في كتاب الشركة روايات :

١) عن أبي حمزة قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى أحدهما ولم يقتض

آخر . قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله »[١] .

٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله الا أنه قال : « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما »[٢] .

٣) عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين ، فاقتسما العين والدين فتوى[٣] الذي كان لاحدهما من الدين أوبعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله »[٤] .

وقال في الجواهرفي شرح العبارة : «لكن هذه النصوص بل والمتن وما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة، وما ذاك الالحصول الاذن من الشريك بالقبض ولوزعم القسمة الفاسدة ونحوها، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض ، انما الكلام فيما اذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه ، وقد ذكر غير واحد من الاصحاب بل نسب الى المشهورأن للشريك مشاركة الاخرفيما قبض ، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته ، فيكون قدرالحصة في يد القابض، كقبض الفضول ان أجازه ملكه وتبعه النماء وان رده ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين ، ولوتلف قبل اختيار

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/١٧٩ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

٢) وسائل الشيعة : ١٣/١٧٩ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

٣) توى : هلك .

٤) وسائل الشيعة : ١٣/١٨٠ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

الشريك كما في المسالك ، بل في التذكرة التصريح في تعين حقه به ولا يضمنه للشريك ، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنه من الفضولي ، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه .

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية ، وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله ، وان كان فيه اشكال أو منع من وجوه بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين ، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لاوجه له ، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع ، وذلك لان القابض ليس له الا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ، ونية الدافع أنه مقدار حصة القابض لا تنفع في ذلك وان وافقتها نية القابض ، بل لو رضي الشريك بكون ذلك حصة القابض ، وما في ذمة الغريم حصة له لم يجد لعدم صحة مثل هذه القسمة .

ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه فان حصل تمت والا رجع على القابض ، وشاركه فيما قبضه تهجس بلا دليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدين ، وللمعلوم من أنه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود اليه بعد عدم القبض ، وحينئذ فان لم يكن ثمة اجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه ، اللهم الا أن يقال انه برضا الشريك يكون

المقبوض حصة للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركة ، بل هو في الحقيقة اجازة لذلك » .

اذن قد فرق المحقق وجماعة بين مورد الدعوى وغيره، ولذا أشكل في المسالك الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين والعين ، وقد أشكل في الجواهر على هذا الفرق .

وعن جماعة التفريق بين الاقرار وبين المقام ، وأشكله في المسالك بأن سبب الملك في المقام ليس هو اليمين بل الامر السابق من ارث أو وصية ... ويكون أثر اليمين من بعض الجماعة رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه اليهم .

هذا وفي الجواهر : « نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعة بعين أو حول عليها على اشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين » . والظاهر أن مراده من «أو حول عليها» أن يحول شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه مايقابل حقه في هذا المال فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه .

قال : نعم قد يتجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منهما اذا لم يعلم بقاء سبب الشركة لاحتمال الابراء من شريكه أو نقله بحصته على الاشاعة أو نحو ذلك ، والعلم السابق بحصول الشركة لايقتضي الشريك فيما يدفعه المديون أو من في يده العين منهما .

أقول : يمكن أن يقال بأن الشك في بقاء الشركة مسبب عن الشك في نقل الشريك حصته مثلا، وجريان الاصل في السبب لا يثبت بقاء الشركة في المال الا على القول بالاصل المثبت، وهذا هو مراد صاحب الجواهر، ولكن لامانع من اجراء أصالة عدم الشركة في هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها ، فالاستصحاب في العين تام وفي الدين مشكل لشبهة الاثبات .

قال : « مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع ».

أقول : انه اذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون ادفع اليه حقه ، فان علم الاخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه اعطاؤه حقه وان كان شاكاً فكذلك للاصل، فقوله أراد بعدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع عدم ثبوتها في العين فهو غير تام .

قال : بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضي بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك .

أقول: يعني اذا وقع النزاع في الابراء فادعاه المديون وأنكره هو فرضي بيمين المديون ، فاذا حلف سقط حقه ، وكذا لو رد المديون اليمين عليه فنكل عنها، فانه يثبت بذلك عدم الشركة بظاهر الشرع .

هذا ويختص المال بالحالف مع غيبة الشريك وان جاء وحلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون ، ولو كان ثمة شركة له فيما أخذه لترتب عليها آثارها كالشركة في النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده .

حكم ما لو كان في المدعين صغير

قال المحقق: « ولو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فان كمل ورشد حلف واستحق وان امتنع لم يحكم له » .

أقول : لقد تقدم أنه لا يحلف أحد في مال غيره ، وعليه فلا يحلف ولي الصغير مثلا في مال الصغير ، بل يصبر حتى يكبر فان حلف مع شهادة الشاهد ثبت حقه وان امتنع فلا ...

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟ قيل : نعم ان كان المال عيناً، والاظهر هو العدم مطلقاً لعدم ثبوت الحق بعد .

قال: «وان مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه».

أقول : وان مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفى نصيبه، وهل يحتاج الى اعادة الشهادة؟ الاقوى: العدم مطلقا ، خلافاً لمن فصل بين ما اذا كان العنوان الارث فلا حاجة وما اذا كان العنوان الوصية فيلزم .

هذا كله فيما اذا أريد اثبات الحق بالشاهد واليمين ، ولو أن بعض الجماعة أقام البينة على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى فانه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت ـ ان لم يدع الابراء أونحوه ـ وبذلك يثبت حق جميع الورثة، ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا تكون البينة حجة لمن أقامها فقط ، لكونها طريقاً الى الواقع وكاشفة عنه ولازمها

اشتراك جميع الورثة في المال حتى الغائب والمجنون ولازم البينة حجة .

وأما في الدين فان تطبيق المديون المال على عين خارجية موقوف على اذن جميع الورثة، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية ، وبناء على هذه الولاية فللحاكم أن يرافع من قبل الصغير الذي يكون تحت ولايته بأن يقيم البينة على حقه مثلا ، وأما بناء على عدم هذه الولاية فانه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه.

مسائل خمس

المسألة الاولى

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

قال المحقق « قده » : « لو قال : هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي حلف مع شاهده وثبت رقيتها، دون الولد لانه ليس مالا ويثبت لها حكم أم الولد باقراره » .

أقول : لو كانت جارية في يد شخص فادعى أحد أنها له وهي أم ولده فدعواه تشتمل على جهات «الاولى» كون الجارية مملوكته و« الثانية » : انها أم ولد ، و«الثالثة» : لحوق الولد به، و«الرابعة»: حرية الولد .

فان أقام شاهداً على دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان « احداهما » : كون الجارية مملوكته ، لان الجارية مال وقد تقدم ثبوت الحق المالي بالشاهد واليمين، و« الثانية » : كونها أم الولد لانه قد أقر بذلك ، وحينئذ يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز

بيعها وعدم انتقالها الى الورثة بموته وغير ذلك من الاحكام .

وأمـا « الجهة الثالثة » فلا تثبت بالشاهد واليمين لان الولـد ليس مالا .

وأما « الجهة الرابعة » وهي حرية الولد ـ فلا تثبت بالشاهـد واليمين كذلك لانها ليست بمال، الا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد واليمين هو الاعم من صورة اثبات المالية وصورة نفي المالية لاطلاق الادلة ، وفيما نحن فيه حيث ينكر من بيده الولد حريته فهو على هذا التقدير مال، والذي يدعي حريته ينفي ماليته، فاذا كانت أدلة الشاهد واليمين مطلقة أثرت الشهادة واليمين مـن هذه الجهة أيضاً وحكم بحرية الولد .

لكن هذا يتوقف على اطلاق الادلة بل الاظهر ان هذه الادلـة واردة في مورد احقاق المدعي حقه بالشاهد واليمين ، وأما انـكار حق للاخر فهي منصرفة عنه ، ومع التنزل عن ذلك فانه لوشك في ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحرية بالشاهد واليمين ، بل لابد من اقامة البينة .

وأما الحكم بالحرية بناء على الملكية آناًما ثم الانعتاق ففيه : ان الملكية آناًما تتحقق في مورد دعوى الولد مالكية أحد عموديه فانه ان أقام شاهداً وحلف مع شاهده ثبت وتملك آناًما ثم انعتق عليه وأما في هذه المسألة فهو يدعي أن هذا الولد حر منذ وجد فليس له حالة الرقية سابقاً فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد .

وقال في الجواهر : وأما الحرية فبناء على ثبوتها بالشاهد واليمين

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعة للنسب لا واقعة بالذات، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع . وفيه: ان انتفائه واقعاً يقتضي ذلك لاعدم الحكم به في ظاهر الشرع، وحينئذ يمكن اثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الاخر... فهي حينئذ كدعوى السرقة، ودعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعي كي تندرج في ضابط الشاهد واليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولداً له .

أقول: وفي جوابه وجوه من النظر، فأولا: ليست الحرية حقاً من الحقوق بل هي عدم تعلق الحق، وثانياً : ليست الحرية من الحقوق المالية لو كانت حقاً ، وثالثاً : سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه ، ولا معنى لان يقال بأن حرية الولد من حقوق الاب .

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، ويبقى الولد في يد من بيده الجارية حتى ترتفع باقراره مثلا .

وأما قوله : « بل قد يقال ان الحكم بملكية الجارية يقتضي الحكم أيضاً بملكية الولد الذي هو من نمائها التابع لها ... » ففيه: ان هذا يصح حال كون الولد قد وجد ملكاً للجارية فيكون ملكاً لمولاها بتبعها ، لكن المفروض أنه قد وجد حراً كما تقدم، فما ذكره غير تام .

المسألة الثانية

(حكم ما لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً)

قال المحقق « قده » : « لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم ».

أقول : الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعي وقفية الدار عليه من الورثة أو غيرهم ، فان الوقفية تثبت بالشاهد ويمين المدعي ، وبذلك تخرج الدار عن التركة فلا يؤدى منها الدين وان كان مستوعباً ولا تقسم بين الورثة بحسب الميراث ، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صورة الوقف .

فان انقرض هؤلاء فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على اقامة الشهادة والحلف مرة أخرى أم لا بل يكفي لذلك حلف البطن الاول وشهادة شاهدهم على دعواهم المذكورة فتنقل الدار اليهم كالارث ؟ وجهان. وهذا البحث يتوجه فيما اذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطون لا الترتيب ، «فالوجه الاول» هو التوقف على تجديد الحلف والشهادة ، لان دعوى الوقفية على نفسه وعلى نسله تنحل في الواقع الى دعويين : كونه الموقوف عليه مادام حياً وكون الدار وقفاً على نسله من بعده ، فبيمينه وشهادة شاهده تثبت الدعوى الاولى ، وثبوت الثانية يتوقف على يمين البطن الثاني وشهادة شاهدهم .

« والوجه الثاني » كفاية حلف البطن الاول مع شهادة الشاهد لان البطن الثاني يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف ، والمفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفاً عليه وعلى نسله .

وبعبارة أخرى: ان كان الواقف يجعل الدار للبطن الاول مشروطاً بانتقالها منهم الى البطن الثاني دون سائر الورثة ـ نظير ايقاف الدار على زيد مادام حياً وانتقالها بعد موته الى جهة اقامة المأتم على سيد الشهداء عليه السلام ـ فلا حاجة الى اثبات البطن الثاني للوقفية، وان كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الاول والثاني للبطن الثاني بعد انقراض الاول لزم الحلف واقامة الشهادة على الثاني.

وظاهر المسالك اختيار الوجه الاول، وقد ذكر وجوهاً على ذلك « أحدها » التنظير بالارث، قال: «كما اذا أثبت ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين». واجاب في الجواهر بأن تملك الموروث موضوع في الدليل الشرعي للانتقال الى الوارث ولكن لا دليل في مسألة الوقف على أن ماثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم ان أقيمت البينة كانت كاشفة عن ملكية هذا البطن ونسله.

« والثاني » قوله: «ولانه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين». أقول: ان أراد من هذا الوجه الاخذ بتنقيح المناط بمعنى أن الموجب لاخذ البطن الاول يوجب أخذ الثاني بالاولوية ففيه: أن ذلك ممنوع الا اذا ثبتت الوقفية بالبينة. وان أراد أن ثبوت الوقفية يستلزم الدوام، لان الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه: ان الذي ثبت بالشاهد ويمين البطن الاول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لان الوقف لا يثبت

بالشاهد واليمين ، فيكون نظير جواز الصلاة في الثوب المحكوم بالطهارة استصحاباً، فانه لايثبت له الطهارة بل تثبت جواز الصلاة فيه.

« والثالث » قوله : « ولان البطن الثاني وان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا فلا يحتاجون الى اليمين...» وفيه : ان هذا ليس بدليل يعتمد عليه .

فتلخص: أن أصل الوقفية لا يثبت بالشاهد ويمين البطن الاول ، فان وصلت النوبة الى البطن الثاني وجب عليهم اعادة الشهادة واليمين ولاملازمة عقلا أوشرعاً بين قول البطن الاول وقول البطن الثاني.

ثم قال في المسالك : « وان قلنا بالثاني لم يأخذ الا باليمين كالبطن الاول ، وعليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثة كالاولاد مثلا للفقراء وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلته فالحكم كالاول، وان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم امكان اثباته باليمين وعادت الدار ارثاً » .

وفيه : انه لا وجه للحكم ببطلان الوقف ، نعم لا يثبت الوقف وهو أمر آخر ، اللهم الا أن يقال بترتب أثر البطلان عليه ، وحيث تعود الدار ارثاً فهل يشترط في استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أولا ؟ فيه بحث .

ثم قال « قده » : « وهل يصرف اليهم بغير يمين ؟ وجهان » .

أقول : وهذا عجيب ، فانه لما تعود الدار ارثاً لايبقى مورد لهذا البحث .

قال : « ويحتمل عودها الى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف المنقطع... » أي : انه مع غض النظر عن الاشكال من جهة تعذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفاً متعذر المصرف، فيحتمل عودها الى أقرب الناس الى الواقف وفيه : انه ان كان المراد من الاقرب اليه هو الاقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الاصحاب ، والاولى في الوقف الذي تعذر مصرفه أن يصرف في مطلق وجوه البر أو الى الوجه الاقرب الى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقي سائرهم صرف نصيبه اليهم ، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال في المسالك: « وهل أخذ الاخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنا أولى وان قلنا باليمين ففيه هنا وجهان : من انتقال الحق الى الباقي من غيره فيفتقر الى الحلف . ومن كونه قد حلف مرة وصار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تارة أقل وتارة أكثر » لكن الاقرب ـ وفاقاً للجواهر ـ عدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبة الى حكم ما اذا حلف المدعون أجمع .

قال المحقق «قده» : « وان امتنعوا حكم بها ميراثاً وكان نصيب المدعين وقفاً » .

أقول : وان امتنع جميع المدعين للوقفية عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثة في الدار وقسمت بينهم حسب الفريضة في الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفية يكون ماوقع اليهم وقفاً فلايتصرفون فيه التصرف الملكي، ومع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثهم وعليهم أن يعاملوا ماينتقل اليهم معاملة الوقف لاقرار مورثيهم بالوقفية، ولو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففي المسالك: «وجهان مبنيان من كون الاولاد تبعاً لابائهم فاذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية . وربما بني الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الاولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم ، وان جوزناه جاء الوجهان. والحق مجيؤهما وان منعنا من الوقف المنقطع الاول ، لان حلف الاولاد اقتضى عدم انقطاعه في الواقع وان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم ، ولان البطن الثاني كالاول، لان الوقف صار اليهم بالصيغة الاولى عن الواقف ، ولان منع الثاني من الحلف يؤدي الى جواز افساد البطن الاول الوقف على الثاني وهذا لاسبيل اليه . فالقول بجواز حلفهم أقوى، وهو خيرة الشيخ في المبسوط والمصنف وغيرهما » .

قلت: وما ذهبوا اليه هو الاقوى، وأما اشكال صاحب الجواهر قدس سره من « أن يمين الاولاد لا يصلح لاثبات اتصال الوقف لانه حينئذ يكون يميناً للغير » فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لابائهم .

قال المحقق: «وان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً تقضى منه الديون وتخرج الوصايا وما فضل ميراثاً».

أقول: أي ينتفع منه الجميع، ولكن الناكلين الذين يعترفون بالوقفية ليس لهم أن يعاملوا ما وقع اليهم معاملة الملك، وكذا الامر بالنسبة الى وراثهم وان أعطوا بعنوان الارث، لان اقرار آبائهم بالنسبة الى ما بأيديهم حجة، فلو أقر المورث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعة عنده من فلان وليس من جملة أمواله وجب على الوارث دفع الشيء الى مالكه بلا بينة.

ومن ادعى الوقفية ونكل عن اليمين جاز لوارثه أن يحلف عليها فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الاول. ويترتب على يمين وارث الناكل أنه ان كان الوقف على الاولاد بالسوية وامتنع أحدهم عن اليمين كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفية ـ فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها ـ وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الارث.

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الارث؟ قال المحقق والعلامة قدس سرهما: نعم.

والاقوى كما تقدم هو جواز حلف الاولاد على أن جميع الدار وقف، لانه ليست الوقفية على البطن الثاني تابعة للوقفية على البطن الاول، وأيضاً: ليست يمين البطن الثاني تابعة ليمين البطن الاول.

قال المحقق: «وما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً».

أقول: أي للاقرار كما عرفت آنفاً.

قال: «ولو انقرض الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقهم بامتناع الاول».

أقول : وهذا واضح وقد عرفته آنفاً أيضاً .

المسألة الثالثة

(حكم ما لو ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده)

قال المحقق «قده» : « اذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده ثبتت الدعوى ولا يلزم الاولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة » .

أقول: هذا مذهب المحقق وجماعة، وفي المسالك بنى المسالة على أنه ان كان الأولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون وان كان من البطن الاول فلا ، ووجه ما ذكره المحقق « قده » قوله : « لان الثبوت الاول أغنى عن تجديده » يعني ان ثبوت الوقفية في حق البطن الاول يغني عن اثباته في حق البطن الثاني .

وفي الجواهر : « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً، ضرورة كونه كذلك اذا كان في مال لا منازع لهم فيه لا في مثل الفرض » قلت : وهذا هو الاولى .

قال المحقق : « وكذا اذا انقرضت البطون وصار الى الفقراء أو المصالح » .

أقول: أي لا يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفية بحلف البطن الاول مع شهادة شاهدهم ، لكن بناءاً على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا الحلف ان كانوا محصورين وأما في حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحة اليمين

من أحدهم ، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ ، لكن ضعفه في الجواهر ، وقال : بل مناف لظاهر الادلة .

هذا كله في وقف الترتيب .

قال المحقق : « أما لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني الى اليمين » .

في الجواهر : قطعاً بل لاخلاف أجده فيه ، وقد بين المحقق وجه ذلك بقوله: « لان البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى » أي لماتقرر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره .

وخالف السيد صاحب العروة قدس سره فقال الاقوى عدم الحاجة الى الحالف ، قال: لان الطبقات المتأخرة وان كانوا يتلقون من الواقف ، الا أن الوقف بهذه الكيفية أمر واحد مستمر ، فاذا أثبت من الاول ثبت في حق الجميع ، وفيه أنه ليس في المقام الا انشاء صيغة واحدة فيقول : وقفت لاولادي، لكن هذا الانشاء ينحل بعدد الاولاد في البطن الواحد ، ولكنه حيث يوقف على الاولاد وأولادهم يقول : وقفت على أولادي وأولاد أولادي، وحينئذ يكون شموله للطبقة المتأخرة متوقفاً على اليمين .

وعلى ما تقدم قال المحقق: « فلو ادعى اخوة ثلاثة أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أي: وثبت ذلك بالنسبة اليهم « ثم صار لاحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً » فهنا

مسائـل :

(الاولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ ؟ نعم فانه لافـرق بينه وبين الثلاثة ، فكمـا أن أولئك ثبتت دعواهم وأعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف . ووجه ذلك ما تقدم مـن كون التلقي عن الواقف ، فلو كان رابع الثلاثة من أول الامر لوجب عليه اليمين مثلهم فالان كذلك ، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، ولذا قال المحقق : «ولاتثبت حصة هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لوكان موجوداً وقت الدعوى ، ويوقف له الربع » .

(الثانية) واذ يوقف له الربع فعند من يوقف ؟ في المسالك: « في تسليمه الى وليه أو يوضع في يد أمين وجهان . . . » توضيح الاول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهماً باقرار الثلاثة ، وما للولد يكون عند وليه، وتوضيح الثاني: انه يجعل عند أمين من غير الثلاثة، لانه قد لا يحلف عند كماله ، ويحتمل أن يأبى وليه عن رده ، فان كان الوارث منحصراً بالثلاثة فمع اقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهة ومع نكول الولد عند الكمال أونفيه الوقفية من جهة أخرى يكون الربع للميت ومنه تقضى ديونه وتنجز وصاياه ، وان لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثة .

وقد اختار صاحب المسالك الوجه الثاني ، حيث قال بعده : « وهذا هو الاصح » وفي الجواهر: قلت بل يتوقف في أصل ايقافه

لما عرفته في الوجه الاصح ، وحينئذ يجري عليه حكم ما لم يثبت وقفه ويحرم الثلاثة منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً ، الاني لم أجد قائلا بذلك ، ولعله قوي للاحتياط في مثله ...

(الثالثة) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثاً ، وبقي الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته الى موته. وحيث أن الثلاثة قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه ، فيصل النماء الى ورثة الولد .

(الرابعة) قال المحقق: « فان كمل وحلف أخذ، وان امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الاخوة لانهم أثبتوا أصل الوقف عليهم مالم يحصل المزاحم وبامتناعه جرى مجرى المعدوم. وفيه اشكال ينشأ من اعتراف الاخوة بعدم استحقاق الربع » .

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى رد الربع الى الثلاثة لاثباتهم أصل الوقف عليهم، والولد بنكوله عن اليمين يجري مجرى المعدوم فتبقى الدار بين الثلاثة كما كان الامر قبل ولادة الولد. ولان الواقف جعل الاخوة الثلاثة أصلا في استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد في جملة المستحقين على سبيل العول ، فاذا سقط الداخل فالقسمة باقية بحالها على الاصول كما كانت ، نظير ما اذا مات انسان وخلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً ، فان حلفوا معه فالالف بينهم ، وان حلف اثنان منهم فهو لهما ، وان حلف واحد فالالف له .

فللشيخ رحمه الله على ماذهب اليه وجهان، وقدأشكل المحقق وغيره في الاول بأن الاخوة معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين ؟

لكن الشيخ نفسه قدتعرض الى هذا الاشكال وأجاب عنه، وهذا نص كلامه: «فان قيل: الثلاثة اذا اعترفوا بالربع للصبي كيف يعود اليهم ما اعترفوا بـه لغيرهم ؟ قلنا : الاقرار ضربان : مطلق ومعزى الى سبب، فاذا عزي الى سبب فلم يثبت السبب عاد الى المقربه، كقولهم : مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله ، فرد ذلك زيد ، فانه يعود على من اعترف بذلك ، وكذا من اعترف لغيره بدارفي يده فلم يقبلها الغير عادت الى المقر ،كذلك ههنا » .

وفي الوجه الثاني نظر ، فأمـا المثال الاول فالفرق بينه وبين محل الكلام واضح ، لانـه مع رد زيد الموصى له للوصية لاتتم تلك الوصية . وأما الثاني فلا نسلم بعود الدار الى المقر مع عدم قبول المقرله، لان المقر يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم اعطاؤها للمقرله بأي نحو كان .

هذا ، وما ذهب اليه الشيخ من عود سهم الولد الى الثلاثـة أحد الوجوه في مصرف هذا السهم في هذه المسألة ، وقـد ذكر وجهان آخران :

الاول : صرفه الى الناكل بالرغم من نكوله لاعتراف الاخوة له بالاستحقاق دونهم ، الا أن هذا يتوجه فيما اذا كان الولد معترفاً

بالوقفية او ممتنعاً عن اليمين ، وأما في صورة انكاره لاصل الوقفية واعترافه بعدم الاستحقاق فلا وجه لاخذه ما يعطونه ، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح ، الا أن الشيخ قد وجه ما ذهب اليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الاقرار الى ضربين .

ويمكن القول هنا بأن كون المال للاخوة بأحد سببين «الاول» كون المال ارثاً ، فهم يستحقونه بالارث بالعنوان الاولي ، الا أن يقوم دليل ثانوي على تصرفهم فيه بعنوان آخر . و«الثاني» السبب العارض والعنوان الثانوي وهو الوقفية . وحينئذ فان اقرار الاخوة بعدم كون السهم لهم مستند الى الوقفية، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الاولي للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفية، أما هناك فان مجرد عدم ثبوت الوقفية كاف لثبوت كونه ارثاً من غير حاجة الى أن يحلفوا على الارث ، وعلى هذا فان الاقرار المستند الى الوقفية مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل اليه، فيكونون شركاء في الارث، الا أن الاخوة الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

« الثاني »: أنه وقف تعذر مصرفه ، لانه لا يصرف الى الثلاثة لاعترافهم بعدم الاستحقاق ، ولا الى الولد لعدم ثبوته له بنكوله ، فيكون من صغريات مسألة الوقف الذي تعذر مصرفه ، فهل يرجع الى الواقف أو الى ورثته أو يصرف في أقرب الوجوه الى غرضه

أو مطلق وجوه البر ؟ وجوه .

(الخامسة) : قال المحقق : « ولو مات أحد الاخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت ، لان الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع الى حين الوفاة. فان بلغ وحلف أخذ الجميع، وان رد كان الربع الى حين الوفاة لورثة الميت والاخوين، والثلث من حين الوفاة للاخوين » .

وهذا مذهب الشيخ « قده » قال المحقق : « وفيه أيضاً اشكال كالاول » .

أقول: ان رد فلا يعطى وراثه شيئاً، بل يصرف الى ورثة الواقف فانهم الطبقة الاولى وينكرون الوقفية، وان لم يكن له ورثة فيصرف الى الحالفين .

هذا وأضاف في الجواهر فرعاً وقال : ولو ادعى البطن الاول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم انه وقف تشريك ، ففي القواعد : كانت الخصومة بينهم وبين البطن الاول، فان أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم. وفي كشف اللثام : وان نكلوا خلص الوقف للاولين ما بقي منهم أحد ، وان تجددوا وادعوا التشريك قبل حلف الاولين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثة ، ولكن لا يجدي نكولهم الا المدعين، فانهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الاولون صار نصيب الاولين ميراثاً . والله العالم.

المسألة الرابعة

(حكم ما لو ادعى عبداً وأنه اعتقه فأنكر المتشبث)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبث . قال الشيخ : يحلف مع شاهده ويستنقذه . وهو بعيد لانه لايدعي مالا » .

أقول : لو ادعى عبداً هو الان بيد غيره ، فقال انه كان لي وقد اعتقته ، فأنكر الذي بيده العبد ذلك . قال الشيخ : يحلف المدعي مع شاهده ويستنقذ العبد. وقال المحقق : « هو بعيد لانه لا يدعي مالا » وقد تقدم أن الذي يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده، وتقدم أيضاً أن الحرية ليست مالا. وأما بناء على كون الحرية حقاً من الحقوق فتشملها صحيحة محمد بن مسلم ، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه ، ولا أثر ليمين المعتق لاثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأة أم ولده ، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت .

ولعل نظر الشيخ الى ترتب الاثر المالي على هذه الدعوى ، وهو أنه يرثه من جهة الولاء .

المسألة الخامسة

(حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً)

قال المحقق « قده » : « لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً فان كان خطأ أو عمد الخطأ حلف وحكم له . وان كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد وكانت شهادة الشاهد لوثاً ، وجاز له اثبات دعواه بالقسامة » .

أقول : لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً واحداً فتارة يدعي ما يوجب المال وأخرى يدعي مالا يوجبه ، ففي « الصورة الاولى » كما لو كان القتل المدعي خطأ أو عمد الخطأ خلف المدعي مع شهادة الشاهد وحكم له لما تقدم من ثبوت الحق المالي بالشاهد واليمين .

وفي « الصورة الثانية » كما لو كان القتل المدعى عمداً موجباً للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهاة الشاهد الواحد لعدم كونه حقاً مالياً ، وتكون شهادة الشاهد الواحد في هذه الصورة لوثاً وجاز للمدعي اثبات دعواه حينئذ بالقسامة .

وتوضيحه : ان قتل العمد يثبت بأمور : (١) البينة ، (٢) اقرار القاتل ، ويكفي مرة واحدة . (٣) القسامة في صورة اللوث . واللوث أمارة دون البينة ، أي أن يكون هناك قرينة موجبة للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامة ، مثلا : لو وجدت جثة شخص مقتول مضرج بدمائه وبالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطخ بالدم ، فتقام القسامة وهي أن يقسم خمسون رجل ـ أحدهم ولي المقتول ـ بأن فلاناً هو القاتل فيثبت القصاص حينئذ وان لم يكن هؤلاء عدولا .

ولو كانوا خمسة وعشرين رجلا حلف كل واحد منهم مرتين ،

ولو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين ، ولو كان الولي وحده حلف خمسين مرة، ولو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الانكار ، أو أقيمت البينة على النفي .

وهنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثاً وجاز للمدعي اثبات دعواه بالقسامة فان أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا .

(قال الميلاني) : هذا آخر الجزء الاول من الكتاب . ويتلوه ان شاء الله تعالى الجزء الثاني وأوله : في كتاب قاض الى قاضى .

والحمد لله أولا وآخراً وصلى الله على محمد

وآله الطاهرين ولعنة الله على

أعدائهم أجمعين

فهرس الكتاب

تقريظ السيد الاستاد دام ظله ٣

مقدمة المؤلف ٥

القضاء في اللغة والاصطلاح ١٠

القضاء في الشريعة ١٣

وجوب القضاء ١٤

(صفات القاضي)

الاصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ١٩

١ ـ البلوغ ٢٠

٢ ـ العقل ٢١

٣ ـ الايمان ٢١

٤ ـ العدالة ٢٣

٥ ـ طهارة المولد ٢٣

٦ ـ العلم ٢٤

هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء ؟ ٣٨
ما المراد من معرفة الاحكام والعلم المعتبر في القاضي ؟ ٤٠
٧ ـ الضبط ٤٢
٨ ـ الكتابة ٤٣
٩ ـ الذكورة ٤٤
١٠ ـ ١٢ ـ السمع ، البصر ، النطق ٤٩
١٣ ـ الحرية ٥٠

(مسائل)

الاولى : في قاضي التحكيم ٥٣
هل يشترط الرضا بالحكم بعده ؟ ٥٤
هل يشترط فيه ما يشترط في المنصوب ؟ ٥٦
هل يشترط الاعلمية المطلقة ؟ ٦٠
هل يشترط الاعلمية في البلد ؟ ٦٠
نفوذ قضاء الفقيه في عصر الغيبة ٦١
الثانية : في حكم تولي القضاء ٦٩
هل له أن يبذل مالا ليلي القضاء ؟ ٧٥
الثالثة : هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل ؟ ٧٦
الرابعة : هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟ ٨٤
هل القضاء قابل للوكالة ؟ ٨٦

الخامسة : في حكم ارتزاق القاضي من بيت المال ٩١
موجز الكلام في أخذ الاجرة على الواجبات ٩٢
ما ورد في خصوص القضاء من النصوص ١٠٠
هل يجوز أخذ الاجرة على الشهادة ؟ ١٠٣
السادسة : في طريق ثبوت ولاية القاضي ١٠٥
أمور أخرى تثبت بالاستفاضة ١١٢
السابعة : في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد ١١٦
لو اختلف المترافعان في تعيين القاضي ١١٧
الثامنة : في ما يتعلق بانعزال القاضي وعزله ١٢٢
التاسعة : هل ينعزل القاضي بموت الامام ؟ ١٢٨
لو مات القاضي الاصلي فهل ينعزل النائب عنه ؟ ١٣٢
العاشرة : هل تنعقد الولاية لفاقد الشروط لو نصبه الامام مصلحة ؟ ١٣٥
الحادية عشرة : هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟ ١٣٩
آداب القاضي والقضاء ١٤٣
الاداب المستحبة ١٤٥
الاداب المكروهة ١٥٠

(مسائل)

الاولى : هل للقاضي ان يحكم بعلمه ؟ ١٥٥
الثانية : حكم ما لو لم يعرف عدالة البينة ١٦٣

الثالثة : هل للحاكم الثاني نقض حكم الاول ؟ ١٦٥
حكم تجديد المرافعة ١٦٥
حكم نظر الثاني في حكم الاول ١٦٦
متى يجوز النقض ؟ ١٧١
بم يتحقق الحكم ؟ ١٧٤
هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه ؟ ١٧٥
الرابعة : في تتبع الحاكم حكم من قبله ١٨١
الخامسة : في دعوى الرجل أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين ١٨٥
السادسة : في تعدد وعدالة مترجم الحاكم ١٨٩
السابعة : في شرائط كاتب القاضي ١٩٣
الثامنة : فروع حول عدالة الشاهدين ١٩٥
بحث الحاكم عن عدالة الشاهدين ١٩٥
لو عرف الحاكم اسلامهما وجهل عدالتهما ١٩٧
انتقاض الحكم بظهور فسقهما وقت الحكم ٢٠٣
هل يجوز التعويل على حسن الظاهر ؟ ٢٠٤
السؤال عن التزكية وكيفية ثبوتها ٢٠٧
كيفية ثبوت الجرح ٢٠٨
حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل ٢١١
التاسعة : في تفريق الشهود عند الشهادة ٢١٤

العاشرة : في ما يعتبر في الشهادة بالجرح ٢٢٠
الحادية عشرة : في الحكم باستمرار العدالة حتى ثبوت ما ينافيها ٢٢٣
الثانية عشرة : في كتابة الحاكم قضايا كل أسبوع ٢٢٥
الثالثة عشرة : هل يجب على الحاكم كتابة المحضر؟ ٢٢٦
الرابعة عشرة : في تعنيت الحاكم للشهود ٢٢٩
الخامسة عشرة : لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشهود ٢٣٠
السادسة عشرة: يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين ٢٣٢
السابعة عشرة : في حرمة الرشوة ٢٣٣
موضوع الرشوة ٢٣٤
حكم الرشوة في غير الحكم ٢٣٦
حكم الهدية للقاضي ٢٣٨
الثامنة عشرة: هل يجب احضار الخصم الى مجلس الحكم؟ ٢٤١
على من تكون مؤونة الاحضار ان وجب ؟ ٢٤٤

(كيفية مجلس الحكم وفيها مقاصد)

المقصد الاول : في وظائف الحاكم
الوظيفة الاولى : التسوية بين الخصمين ٢٤٩
النصوص التي استدل بها الموجوب ٢٥٣
الوظيفة الثانية : ترك تلقين أحد الخصمين ٢٥٨
الوظيفة الثالثة : أمر الخصمين بالتكلم ٢٦٠

الوظيفة الرابعة : ترغيب الخصمين في الصلح ٢٦٢
الوظيفة الخامسة: رعاية العدالة في ورود الخصوم عليه ٢٦٣
الوظيفة السادسة: عدم سماع دعوى المدعى عليه حين اقامة المدعي دعواه ٢٦٤
الوظيفة السابعة: استماع دعوى الذي على يمين صاحبه ٢٦٥

المقصد الثانى

المسألة الاولى : هل تسمع الدعوى المجهولة؟ ٢٦٧
المسألة الثانية : هل يشترط الجزم في الدعوى ؟ ٢٧١
المسألة الثالثة: في حكم مطالبة المدعى عليه بالجواب ٢٧٧
المسألة الرابعة : في حكم الدعوى على القاضي ٢٧٩
المسألة الخامسة : في استحباب جلوس الخصمين بين يدي الحاكم ٢٧٩

المقصد الثالث : فى جواب المدعى عليه

١ ـ الاقرار وجملة من أحكامه ٢٨٢
هل يحكم على المقر من دون مسألة المدعي ؟ ٢٨٦
حكم كتابة الاقرار ٢٨٨
هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟ ٢٩٢
حكم ما لو ادعى الاعسار ٢٩٣
هل يحبس حتى يتبين حاله ؟ ٢٩٦

٢ ـ الانكار وجملة من أحكامه ٢٩٨
هل يحلف من دون سؤال المدعي؟ ٢٩٩
اذا حلف المنكر سقطت الدعوى ٣٠٦
حكم ما لو أكذب الحالف نفسه ٣٠٩
هل يسقط حق المدعي بمجرد اليمين ؟ ٣١٣
حكم ما اذا رد اليمين ٣١٣
اليمين المردودة في حكم البينة أو الاقرار ؟ ٣١٧
لو نكل المدعي سقطت دعواه ٣١٨
حكم ما لو نكل المنكر ٣١٩
لو بذل اليمين بعد النكول ٣٢٧
هل يأمر الحاكم المدعي باحضار البينة ؟ ٣٢٩
هل يسأل الحاكم البينة من دون سؤال المدعي ؟ ٣٣٢
هل يحكم الحاكم بعداقامتها من دون سؤال المدعي؟ ٣٣٢
حكم جرح المدعى عليه البينة ٣٣٥
حكم ما لو كانت الدعوى على الميت ٣٣٧
أحكام قيام البينة على الغائب والصبي والمجنون ٣٤٦
حكم ما لو ذكر المدعي أن له بينة غائبة ٣٥٢
هل يلزم تكفيل المدعى عليه حتى حضور البينة ؟ ٣٥٣
٣ ـ الاحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه ٣٥٥
٤ ـ حكم ما لو أجاب بقوله : لا أدري ٣٦٠
مسائل تتعلق بالحكم على الغائب ٣٦٥

الاولى : في المراد من الغائب ٣٦٩
هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده ؟ ٣٧١
الثانية: هل يقضى عليه مطلقاً أو في حقوق الناس فقط؟ ٣٧٢
حكم ما لو اشتمل الحكم على حق الله وحق الناس معاً ٣٧٢
الثالثة: حكم مالو كان صاحب الحق غائباً فطالب وكيله به ٣٧٤

المقصد الرابع : في كيفية الاستحلاف

والبحث في أمور (الاول في اليمين)

تكره اليمين الصادقة وقد تجب ٣٧٨
لا يستحلف أحد الا بالله ٣٧٩
كيفية استحلاف المجوس ٣٨٣
عدم جواز الاحلاف بغير أسماء الله تعالى ٣٨٤
استحباب تقديم العظة ٣٨٧
لا دليل على استحباب تغليظ اليمين . كيفية التغليظ ٣٨٧
حكم ما لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ ٣٩١
حكم ما لو حلف لايجيب الى التغليظ ٣٩٤
كيفية استحلاف الاخرس ٣٩٨
هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟ ٣٩٩
متى يحلف المدعي ؟ ٤١٧

الامر الثانى

في يمين المنكر والمدعي ٤٠٣

حكم ماذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك ٤٠٥
هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والاستصحاب ٤١٣
متى يحلف المدعي ؟ ٤١٧
لو ادعى المنكر الابراء أو الاقباض انقلب مدعياً ٤١٨

(مسائل ثمان)

الاولى : متى تتوجه اليمين على الوارث ؟ ٤٢٠
الثانية : لو ادعى على المملوك فمن الغريم ؟ ٤٢٣
الثالثة: هل تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة؟ ٤٢٥
لو اشتركت الدعوى بين الله وبين الادمي كحد القذف فهل لليمين أثر ؟
الرابعة : منكر السرقة تتوجه عليه اليمين ٤٢٩
الخامسة : لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس اليمين فهل له الرجوع ؟ ٤٣٠
السادسة : فيمن يقبل قوله بلا يمين . وفيها فروع ٤٣١
السابعة حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين ٤٣٥
الثامنة : حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركة ٤٣٨

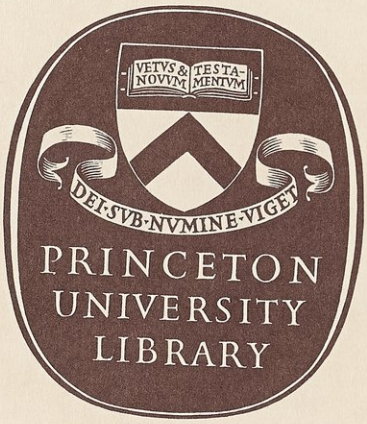
الامر الثالث

في اليمين مع الشاهد ٤٣٩
حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة ٤٤٣

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين ٤٤٥
حكم ما لوكان المدعي جماعة والشاهد واحد ٤٥٤
عدم جواز الحلف من غير علم ٤٥٧
لاتثبت اليمين مالا لغير الحالف ٤٥٩
حكم مالو ادعى جماعة مالا لمورثهم ٤٦٣
هل للممتنع عن اليمين شركة مع الحالف ؟ ٤٦٦
حكم مالوكان في المدعين صغير ٤٧١

(مسائل خمس)

الاولى: حكم مالوقال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي ٤٧٣
الثانية : حكم مالو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً مثلا ٤٧٥
الثالثة: حكم مالوادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده ٤٨٢
حكم مالو ادعى التشريك بينه وبين أولاده ٤٨٣
حكم ما لوصار لاحد الاولاد ولد ٤٨٥
حكم مالو امتنع الولد عن اليمين ٤٨٧
الرابعة: حكم مالوادعى عبداً وأنه أعتقه فانكر المتشبث ٤٨٩
الخامسة: حكم مالوادعى عليه القتل وأقام شاهداً ٤٨٩
فهرس الكتاب ٤٩٢


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

Princeton University Library
32101 061870158