

بسم الله الرحمن الرحيم

والنظر في صفات القاضي وآدابه وكيفية الحكم وأحكام الدعاوى [١]

[١] قد جعل (قدس سره) بحث القضاء أربعة أقسام، وعبر عن كل قسم بالنظر:

النظر الأول: في صفات القاضي، أي الأمور المعتبرة في المتصدي للقضاء؛ ليجوز له قضاؤه تكليفاً ووضعا، بمعنى نفوذه في حق المتخاصمين وغيرهما، ولا يخفى أن ما يعتبر في جواز قضاؤه تكليفاً عليه احرازها في نفسه؛ لأنّ القضاء فعله ولا يفيد احراز غيره، وما يعتبر في نفوذ قضاؤه على المتخاصمين احرازها فيه لينفذ حكمه في حقهما، وكذا غيرهما ممن يريد ترتيب الأثر على قضاؤه.

النظر الثاني: في الآداب، يعني الأمور المطلوبة من القاضي أو الجائزة له.

النظر الثالث: في كيفية الحكم، يعني بيان الأمور التي على القاضي الاعتماد عليها في قضاؤه وما يعتبر رعايته بالاضافة إلى المتخاصمين.

النظر الرابع: في أحكام الدعاوى، يعني الوظائف المقررة بمقتضى أدلة الأحكام في موارد الاختلافات والمنازعات في الأموال والعقود والايقاعات والمواريث والأولاد.

وينبغي قبل الشروع في النظر الأول التعرّض لمعنى القضاء والحكم وبيان الفرق بينه

وبين الفتوى، فنقول:

القضاء لغةً يطلق على معان: منها الحكم كقوله سبحانه: (ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ

.

حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ) (١) و (فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ)، (٢) ومنها الانهاء والالتمام كقوله سبحانه: (فَلَمَّا قَضَى مُوسَى

الْأَجَلَ) (٣) و (أَيُّمًا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتَ)، (٤) ومنها الأمر كقوله سبحانه: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) (٥) ومنها

(١) النساء: ٦٥.

(٢) طه: ٧٢.

(٣) القصص: ٢٩.

الحتم: (فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ) (٦) ومنها الفعل والخلق: (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ) (٧) ويمكن ارجاع بعضها إلى بعض كارجاع الأمر إلى الحكم.

وكيف كان فالمراد بالقضاء في المقام هو انشاء الحكم الجزئي لحصول الموضوع أو المتعلق لكلية المجعول في الشريعة بمفاد القضية الحقيقية، أو الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومة والمنازعة في حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم في واقعة خارجية بتطبيق الكبرى المقررة في الشرع على تلك الواقعة فيما إذا وقعت المخاصمة في حكم تلك الواقعة، أما لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكلية المجعولة: في الشرع أو اختلافهم في تلك الكبرى.

وقد يطلق الحكم على ما ذكر وعلى مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهة فيه بين الناس من غير مخاصمة كالحكم برؤية الهلال، كما يطلق أيضاً على تعيين الوظيفة الفعلية على الناس في مورد أو موارد لرعاية المصلحة العامة الموجبة له، ويعبر عن هذا القسم بالحكم الابتدائي.

.

ويحتمل أن يكون اطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم ويكون من تغليب المطلق على بعض أفرادها، ويحتمل أن اطلاقه على الحكم في موارد المخاصمة بمعنى الانتهاء والاتمام، فيكون اطلاقه على غيره بالعناية أو بمعنى مطلق الحكم، ولا ينافي ذلك ما يأتي من أن الأدلة الواردة في نفوذ القضاء والحكم قاصرة عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كله في القضاء.

وأما الفتوى فهي تعيين الأحكام المجعولة في الشرع بنحو القضايا الحقيقية المستفادة من مداركها وتعيين ما يعتبر في موضوعاتها ومتعلقاتها من القيود نفيًا أو اثباتًا.

وهل كما أن جواز الافتاء لمن كان عدلاً في دينه وعالمًا بالأحكام الشرعية من مداركها من قبيل الحكم والموضوع كذلك جواز القضاء، أو أن جواز القضاء والولاية عليه يحتاج إلى النصر عامًا، أو خاصًا؟ ظاهر المشهور أن القضاء منصب يُعطى، كما هو مقتضى أخذهم

(٤) الفصص: ٢٨.

(٥) الاسراء: ٢٣.

(٦) سبأ: ١٤.

(٧) فصلت: ١٢.

الولاية في تعريفه وأنه ولاية الحكم، ولعلّ مرادهم أنّ القضاء بالأصالة منصب للنبي (صلى الله عليه وآله) والإمام (عليه السلام) وقيام الغير به يحتاج إلى نصب النبي (صلى الله عليه وآله) أو الإمام.

جاء في صحيحة سليمان بن خالد: «أتقوا الحكومة فإنّها للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصي نبي». (٨)

وفي رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح: «يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلاّ نبي أو وصي نبي أو شقي». (٩)

وفي معتبرة سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبو عبدالله (عليه السلام): «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا

.....

فاجعلوه بينكم فإنّي قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». (١٠)

وظاهر هذه الروايات أنّ ولاية القضاء للرجل المزبور أعطي من قبل الإمام (عليه السلام)، ومثلها مقبولة عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله (عليه السلام) فإنّ فيها: «ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنّي قد جعلته حاكماً». (١١)

ولا ينافي ذلك ما عن المشهور أيضاً بل لم ينقل الخلاف فيه من أنّ القضاء واجب، فإنّ انحصر القاضي بواحد تعيّن عليه القضاء، وكذا فيما إذا لم ينحصر بواحد ولكن لم يكف الواحد بحاجة البلد، ومع تعدده والاكتفاء بواحد يكون القضاء واجباً كفاً على حد سائر الواجبات الكفائية، وعلل ذلك يتوقف نظم البلاد والعدل بين الناس عليه وإنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمه، ولأنّ القضاء داخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

والوجه في عدم المناقاة أنّه يجب على من شمله النصب العام القيام به بما ذكروا، بل يجب على الناس تحصيل ما به يعمّم النصب العام بنحو الواجب الكفائي، نظير ما يذكر من وجوب التقه في الدين، ويمكن أن يستفاد ذلك من قوله سبحانه: رَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ

(١) و (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣ و ٢: ٧.

(١٠) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥: ٤.

(١١) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب صفات القاضي.

بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ،^(١٢) حيث إنَّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه في القيام بالقسط.

ولكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآية المزبورة، بل استفاضة نفوذه من دليل

وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما ترى، مع أنَّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف والقيام بالقسط فيما إذا أحرز أنَّ أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يتزك المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب ارشاد الجاهل والغافل في الموضوعات، أو أحرز أنَّ أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط. وعلى كلِّ حال سواء كان القضاء ولاية معطاة أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات وأحكامه، فلا ينبغي التأمُّل في نفوذ القضاء ممَّن له أهليته؛ فإنَّ النفوذ مقتضى جعله حاكماً أو قاضياً، ومعنى نفوذه على المتخاصمين أنَّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق وعدم سقوطه، وعلى السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر وعدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلك القضاء حتَّى ما إذا كان القضاء في موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعي الكلي.

وبهذا يظهر المراد من قولهم: إنَّ الحكم لا ينقض بالفتوى ولكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهاداً أو تقليداً على خلاف قضاء القاضي تكون الواقعة الخاصة خارجة عن الفتوى المعتمدة في كلي تلك الواقعة، فيعمل في تلك الواقعة على طبق القضاء، ولا يجوز لقاض آخر نقض ذلك القضاء، حتَّى لو عدل القاضي المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجاً عن الكبرى التي استتبطها عن الأدلة لاحقاً، وهذا مقتضى ما دلَّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتي بعض الموارد في جواز النقض، كما يأتي أنَّ القضاء لا يغيِّر الواقع عمَّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنَّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعاية الواقع.

النظر الأول:

النظر الأوّل:

في الصفات [١].

[١] يقع الكلام في صفات القاضي بالاضافة إلى القاضي المنصوب وبالاضافة إلى قاضي التحكيم.

فإنّ القاضي على نحوين:

الاول: قاضي التحكيم، وهو أن يتراضيا — أي الخصمان — بنظر شخص في واقعتهما وقضائه وفصل الخصومية بينهما، وهذا القاضي يعتبر علمه بالقضاء وقوانينه في تلك الواقعة، وإلاّ كان حكمه وقضائه فيها من غير علم فيكون ملعوناً ومع قضائه فيها بالعلم يكون قضائه نافذاً، ولكن لا يترتب على هذا الشخص شؤون القاضي المنصوب من الزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمين الدعوى عنده أو الاجبار على العمل بحكمه بعد قضائه.

ويشهد بنفوذ قضائه عليهما صحيحة الحلبي «قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذلك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط». (١٣)

فإنّ تجويز المراجعة إليه ظاهره نفوذ قضائه وحكمه، وما في ذيلها اشارة إلى قاضي الجور المنصوب من قبل الولاية في عصره (عليه السلام)، وقد ذكروا (عليهم السلام) أنّ المرافعة إليهم إيمان بالجبّ والطاعوت.

.....

والثاني: القاضي المنصوب، وإنّما يتصور المنصوب بالنصب الخاص في زمان الغيبة إذا كان للمتصدي لأمر المسلمين ولو في بقعة من الأرض الولاية الشرعية للزعامة عليهم وحفظ بلادهم من كيد الأعداء وتحصيل الأمن لهم الموقوف على تعيين قاض أو قضاة فيها ممّن شملهم النصب العام، وأمّا مجرد النصب العام فقد تقدّم استنفاة اعطاء الولاية ممّا دلّ

(١٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٨١ الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨: ٥.

عليه بحيث يثبت لمن يعمهّ النصب غير نفوذ قضائه مع تراضي المتخاصمين بالمحاكمة عنده من سائر الآثار كالتصدي لتنفيذ قضائه أو الزام الخصم بالحضور للمرافعة مع رجوع المدعي إليه وغير ذلك مما يعد من شؤون القاضي كالحكم بثبوت موجب الحد على الشخص مشكل وأن لا يبعد الالتزام بأن من شمله النصب العام له ذلك لا لدلالة ما دلّ على النصب العام عليه بل للعلم بأن هذه الأمور مما لا بدّ من التصدي لها مع التمكن والتميقن من التصدي لها من شمله النصب العام.

ودعوى استفادة كل ذلك مما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والقيام بالقسط والعدل لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ أدلّة الأمر بالمعروف لا تقتضي نفوذ أصل القضاء على المتخاصمين، فضلاً عن دلالتها على نفوذ غيره مما يترتب على نفوذ القضاء، بل لا يقتضي وجوب النظر في أمر المترافعين إلاّ فيما إذا علم الشخص اجمالاً، بأن أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بأنه منكر أو يترك المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هذا العلم لا للقضاء، بل للقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الاستدلال بالآية المباركة فإنّ الآية غايتها أنّها تعم القضاء، وأمّا نفوذه والمقدار النافذ من فعل القاضي بعد قضائه فليست ناظرة إليه، ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعدالة، وطهارة المولد، والعلم، والذكورة. [١]

وبتعبير آخر لا يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهادة، فكما لا دلالة لها على شرائط الشهادة والقيود المعتبرة في نفوذها كذلك في ناحية القضاء، وإلاّ جاز لكلّ أحد تنفيذ قضاء القاضي ولو بالتصرّف في أموال المدعى عليه، بدعوى أنّ التنفيذ ولو بالتصرّف فيها بعد قضاء القاضي بثبوت الدين مثلاً قيام بالقسط، مع أنّ مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف في مال الغير بلا طيبة نفسه كون التصرف المزبور جوراً على المدعى عليه.

[١] لا ينبغي التأمّل في أنّ نفوذ القضاء سواء فسّرت الولاية على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إنّ مقتضاه عدم الجعل فيحتاج اثبات النفوذ بمجردّه أو مع جواز الالتزام بقضائه وتنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

وقد تقدّم أنّ الولاية على القضاء للنبي (صلى الله عليه وآله) ووصيه (عليه السلام)، وفي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «أتقوا الحكومة فإنّ الحكومة للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصي نبي»،^(١٤) وفي رواية اسحاق بن عمّار عن أبي

(١٤) وسائل الشيعة ١٨: الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣: ٧.

عبدالله (عليه السلام) «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي»،^(١٥) ونحوها غيرها. ويخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

وقد تعرّض الماتن (قدس سره) أولاً لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة وطهارة المولد والعلم والذكورة، وتعرّض ثانياً لما قيل

أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابة والبصر والحرية. ولا يخفى أنه لو بُني على عدم وفاء الأدلة اللفظية لجعل الولاية على القضاء في غير موارد التحكيم، واستفيد لزوم التصدي للقضاء الابتدائي مما تقدّم من الدليل على الحسبة حفظاً للنظام وانتصافاً للمظلوم من ظالمه، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتقين إلا أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف في مورد، وادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلك المورد والتصدي للقضاء كالامامة في الصلاة؛ حيث ورد فيها جواز امامة العبد وقبول شهادته، وكذا عدم اعتبار عرفان الكتابة والبصر فيهما، ولكن في التصدي منهما إلى القضاء تأمل.

وكيف ما كان فلا ينبغي الاشكال والتردد في اعتبار البلوغ والذكورة في القاضي، سواء أكان القاضي ابتدائياً أم قاضي تحكيم؛ لأنه قد ورد في معتبرة سالم ابن مكرم وفي صحيحة الحلبي المتقدمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبوي والمرأة.

ودعوى أن ذكر الرجل باعتبار أن الغالب في العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضي التحكيم رجلاً مفروض في السؤال في صحيحة الحلبي، فلا يدل على التقييد، وبالجملة: ذكر الرجل أو فرضه في السؤال لا يدل على الاختصاص ولا يمنع عن الأخذ بالاطلاق في مقبولة عمر بن حنظلة؛ حيث ذكر (عليه السلام) فيها: «ينظران إلى من كان منكم - الخ»، فإنها تعم من كان منهم بلا فرق بين الذكر والأنثى.

لا يمكن المساعدة عليها، لا لضعف المقبولة سنداً، كما بنينا عليه سابقاً وعدلنا عنه فيما بعد، حيث إن عمر بن حنظلة من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قدح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضاً لما علم من الشارع من ارادته الستر من المرأة و ارادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما

أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضي مواجهتها معهم فلم يرض
.

الشارع بإمامتها للرجال، وقد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن محمد بن محمد عن آبائه في وصية النبي (صلى الله عليه وآله) لعلي: «يا علي ليس على المرأة جمعة ولا جماعة — إلى أن قال: — ولا تولى القضاء، الحديث».^(١٦)
ومما ذكرنا يظهر أنه لو وقعت المخاصمة بين امرأتين وجعلنا امرأة أخرى قاضي التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها في حقهما.

وكذا لا ينبغي التأمل في اعتبار كمال العقل والإيمان حيث ورد التقييد في معتبرة سالم بن مكرم الجمال في قوله (عليه السلام): «انظروا إلى رجل منكم»، وفي المقبولة: «ينظران إلى من كان منكم»، وفي صحيحة الحلبي فرض في السؤال كون الرجل المزبور قضاؤه من طائفة المتراضيين، فلا يعم شيء غير المؤمن من المخالف أو الكافر.

ومما ذكر يظهر أيضاً وجه اعتبار العدالة، فإن الفاسق لا يليق بمنصب القضاء أو جعل قضاؤه نافذاً بعد ما ذكر في صحيحة سليمان بن خالد وغيرها أن القضاء لا يحق للنبي أو وصي النبي، مع أنه يظهر من مقبولة عمر بن حنظلة أن اعتبار العدالة في القاضي كما مفروغاً عنه في القاضي كفاهته؛ حيث ذكر (سلام الله عليه) فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذي حكم به عدلها وأفقهما وأصدقهما في الحديث وأورعهما.

أضف إلى ذلك أن الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامة في الصلاة ولم يجعل شهادة الفاسق نافذة إلا إذا دخلت في الإقرار على نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهييه عن الرجوع إلى قضاة الجور حتى فيما كان قضاء الجائر حقاً وعلى طبق موازين القضاء.

فلا ينعقد القضاء لصبي ولا مراهق ولا كافر، لأنه ليس أهلاً للأمانة، وكذا الفاسق، ويدخل في ضمن العدالة اشتراط الأمانة والمحافظة على فعل الواجبات.

ولا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله، كما لا تصح إمامته ولا شهادته في الأشياء الجليئة.

(١٦) وسائل الشيعة ١٨: الباب ٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١: ٦.

وأما الاستدلال على اعتبار العدالة في القاضي، فيمكن أن يقال في توجيهه بأنّ الشارع إذا نهى عن الركون إلى الظالمين بالاشتراك في ظلمهم أو تأييدهم والرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطي الولاية على القضاء للظالم وفيها ما يقتضي ركون الناس إليه.

وبالجمله لا يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشريعه واعتباره التحفظ على حقوق الناس واستيفائها والانتصاف للمظلوم من ظالمه بيد الفاسق، مع ما ورد فيه من أنّه ليس إلاّ لنبي أو وصي، وعلى ذلك فقياس القضاء بالرواية حيث لا يعتبر في اعتبار الرواية عدالة راويها مع الفارق، بل مقتضى ما ذكر اعتبار طهارة المولد لما ذكر من عظم أمر القضاء، والشارع لم يشرع إمامة ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

وكذا يعتبر في القاضي ابتدائياً أو تحكيمياً كمال العقل، ويقتضي اعتباره انصراف معتبرة أبي خديجة وغيرها عن المجنون والسفيه بملاحظة ما ورد من عظم القضاء وخطره، فإنّ ظاهرها بملاحظة ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضى علمه صالحاً للقضاء، والمجنون والسفيه لا يناسبان القضاء خصوصاً القاضي الابتدائي، حيث إنّ له استيفاء حقوق الناس المقتضي الولاية على التصرف في أموالهم مع توقف استفتاءها عليه، والمجنون والسفيه لا ولاية لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

وكذا لا ينعقد لغير العالم، المستقل بأهلية الفتوى [1]، ولا يكفي فتوى العلماء، ولا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه، ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه، وهل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردد، نظراً إلى اختصاص النبي (صلى الله عليه وآله) بالرئاسة العامة، مع خلوه في أول أمره من الكتابة والأقرب اشتراط ذلك، لما يضطر إليه من الأمور التي لا تتيسر لغير النبي بدون الكتابة.

ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط، وفي انعقاد قضاء الأعمى تردد، أظهره أنّه لا ينعقد لإفتقاره إلى التمييز بين الخصوم وتعذر ذلك مع العمى إلاّ فيما يقل، وهل يشترط الحرية؟ قال في المبسوط: نعم، والأقرب أنّه ليس شرطاً.

[1] يعتبر في القاضي كونه عالماً بالقضاء، وظاهر الماتن اعتبار كونه مستقلاً بالفتوى، ولا يكفي مجرد كونه راوياً للفتوى، ولا يتحقق الاستقلال بها إلاّ بالاجتهاد المطلق وكونه

ضابطاً؛ لأنّ العلم فعلاً بالأحكام لا يتحقق مع غلبة النسيان، ولذا ذكر (قدس سره): ويدخل فيه — أي في اعتبار العلم — أن يكون ضابطاً.

وذكر في الجواهر في ذيل المتن: يعتبر في القاضي أن يكون مجتهداً مطلقاً ولا يكفي التجزي ولا خلاف فيه، بل في المسالك الاجماع عليه بلا فرق بين حالتي الاختيار والاضطرار.

ثمّ أورد على هذا الاعتبار بهما حاصله: أنه يظهر من بعض الآيات والروايات جواز الحكم بالحق من كلّ مؤمن كان عالماً بالاجتهاد كما ذكر أم بغيره، كقوله سبحانه: (وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (١٧) و (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ) (١٨) فإنّ من كون الرجل قِيماً بالقسط حكمه في الواقعة بالحق والعدل، وقوله

سبحانه: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (١٩) فإنّ مفهومه أنّ الحكم بما أنزل الله ليس من الفسق بل أمر واجب، وكذا يستفاد ذلك من قوله (عليه السلام): «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة». (٢٠)

وبالجملة: مقتضى الروايات الكثيرة المتعاضدة أنّ كلّ من تعلّم أحكاماً خاصة بطريق معتبر وحكم بها بين الناس يندرج حكمه في القسط والعدل والحق وغيرها من العناوين الواردة في الكتاب المجيد، وما في معتبرة أبي خديجة سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناءً على أنّ ذلك يعمّ غير المجتهد.

والحاصل: يمكن القول بأنّه يندرج في الحكم بالحق والعدل والقيام بالقسط تعلّم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح والحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر في القضاء أصل الاجتهاد فضلاً عن الاجتهاد المطلق.

وأجاب عن ذلك بأنّه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر في جواز القضاء والحكم بين الناس زائداً على العلم بالأحكام وهو النصب من قبل الإمام (عليه السلام)، واستشهد على اعتباره بصحيفة سليمان بن خالد وخبر اسحاق بن عمّار المتقدمين، وعلى ذلك يقيّد اطلاق جواز الحكم بالحق والعدل والقسط بما إذا كان ذلك بالنصب، وقد ورد هذا النصب قي

(١٧) النساء: ٥٨.

(١٨) النساء: ١٣٥.

(١٩) المائدة: ٤٧.

(٢٠) وسائل الشيعة ٢٧: الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦: ٢٢.

مقبولة عمر بن حنظلة ومعتبرة أبي خديجة بناءً على ارادة الاجتهاد منها، كما هو ظاهر
المقبولة، أو يحمل القيام بالقسط والحكم بالحق في الآيات والروايات المشار إليها بالقيام بالأمر
بالمعروف والنهي عن المنكر

.....

المجردين عن القضاء وفصل الخصومة كما هو المراد في المقام.
وناقش في الجواب المزبور بأنه لو كان النصب معتبراً أمكن دعوى تحقّقه بالاضافة
إلى كل مؤمن يعلم من أحكامهم (عليهم السلام) ما يقضي به في الواقعة سواء أكان بالاجتهاد أم
بالتقليد الصحيح، كما تدلّ عليه رواية جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سمعته يقول:
«يغدو الناس على ثلاثة أصناف: عالم ومتعلّم وغيثاء، فنحن العلماء وشيعتنا المتعلّمون وسائر
الناس غيثاء»،^(٢١) حيث إنّ ظاهرها تساوي الشيعة العالمين بالأحكام سواء أكان تعلمهم
بالمشاهدة أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلك من خبر عبدالله بن طلحة
عن أبي عبدالله (عليه السلام) أيضاً الوارد في السارق الذي قتلته المرأة التي دخل بيتها ليسرق
وفجر بها بالاكراه وقتل ابنها، حيث أمر الإمام (عليه السلام) السائل بالقضاء في الواقعة بما
أجاب.^(٢٢)

والنهي أو الانكار عن القضاء أو على القضاة يرجع إلى المعرضين في القضاء عن
التمسك بحبلهم وأحكامهم (عليهم السلام) والأخذ بآرائهم وقياساتهم وغير ذلك من الباطل الذي لفقوه
من عندهم واستغنوا بذلك عن تتبّع أحكام الأئمّة (عليهم السلام)، واستشهد لذلك بصحيفة الحلبي
المتقدّمة: «قال: قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة في
الشيء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف
والسوط». ^(٢٣)

ولو سلم عدم دلالة النصوص على نصب كلّ شيعي عالم بأحكامهم كما ذكر فلا

.....

أقل من عدم الدلالة على عدم النصب.

(٢١) وسائل الشيعة ٢٧: الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥: ١٨.

(٢٢) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٢: ٦٢.

(٢٣) وسائل الشيعة ١٩: الباب ٢٣ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢: ٤٥.

بل لو تأمل المتأمل في القضاة الذين كانوا زمان النبي (صلى الله عليه وآله) وأمر الناس بالترافع إليهم لوجد جُلهم قاصرين عن مرتبة الاجتهاد وكان قضاؤهم وحكمهم بما سمعوا عن النبي (صلى الله عليه وآله)، فالالتزام بقصور من تعلم جملة من أحكامهم مشافهة أو اجتهاداً أو بتقليد صحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات والروايات المشار إليها، ونصب خصوص المجتهد زمان الغيبة بناءً على ظهور المعتمدة والمقبولة فيه لا ينافي نصب غيره للقضاء أيضاً، فيكون نصب المجتهد بالنصب العام على وجه يكون للإمام (عليه السلام) من الرئاسة العامة للتصرف بالقضاء وغيره من الولايات، ومن تلك الولايات نصب القاضي، فيجوز للمجتهد نصب مقلده للقضاء بفتواه في المنازعات المرفوعة إليه ولا تكون هذه الرئاسة لغيره.

والمتحصل: أن اشتراط الاجتهاد في القاضي الموجب لعدم جواز القضاء لغيره من العالم بالأحكام بالتقليد الصحيح كاشتراط البصر والكتابة والحرية ونحو ذلك يناسب الاستحسان والقياس ونحوهما مما ذكره العامة ولا يناسب الروايات المنقولة إلينا عن الأئمة (عليهم السلام)، ودعوى الاجماع في المسألة لا يمكن المساعدة عليها حيث حكي في التنقيح عن المبسوط بأنّ في المسألة أقوالاً ثلاثة: منها جواز تصدي العامي للقضاء، بحيث أن يستفتى المجتهد ثم يقضي وإذا كان جواز التصدي من العامي قبل تعلمه قولاً فكيف يدعي عدم الجواز لمن تصدى للقضاء بعد الاستفتاء وتعلم جملة من الأحكام بحيث يقضي في الواقعة بما يعلمه! وذكر (قدس سره) في آخر كلامه: ولو سلم اعتبار النصب أو غيره من الشرائط مما ذكره في القاضي من الكتابة والبصر ونحو ذلك فلا وجه لاعتبارها في جواز الافتاء، حيث إنّ

الفتوى بالاجتهاد الصحيح حكم بما أنزل الله والعدل والقسط فيجوز ويجب الأخذ بها بعد كونها مندرجة في العدل والحكم بما أنزل الله والقيام بالقسط ولا يحتاج إلى النصب كما هو مقتضى جوازها ووجوب الأخذ بها فيكون شروط القضاء غير شرط الفتوى، نعم يمكن استفادة اعتبار الفتوى من دليل جواز القضاء فإنّ الحكم الخاص الذي طبق على واقعة ويعبر عنه بالقضاء إذا كان حقاً وعدلاً وقسطاً كانت الكبرى المنطبقة عليها حقاً وعدلاً وتلك الكبرى تعتبر — هذا ملخص كلامه الطويل العريض في المقام.

أقول: أمّا قوله سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ)، (٢٤) ظاهره ولا أقل من المحتمل كون المراد من القيام بالقسط هي الشهادة بالحق وعدم العدول عنه،

ويؤيده قوله سبحانه في سورة المائدة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ)،^(٢٥) وعلى تقدير كون المراد القيمومة بالقسط في كلِّ مقام حتّى عند القيام بالقضاء بين الناس، بأن يكونوا شهداء لله خبيراً بعد خبر فليس لها دلالة على نفوذ القضاء من كلِّ شخص، لعدم كونها في مقام بيان شرائط القاضي، بل في مقام بيان العدل والحق في كلِّ الأمور ومنها القضاء، كما أنّ الأمر بكون الناس شهداء لله لا يقتضي قبول الشهادة في كلِّ مقام عن كلِّ شخص كما إذا كانت على الغير ولم يكن عادلاً.

وبتعبير آخر: شمول قوله سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ) للناس، مثل قوله سبحانه: (وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)^(٢٦)

في مقام اعتبار القسط في الحكم، وأمّا الأمور المعتبرة في الحاكم فلا نظر له إلى ذلك، فلا يمكن التمسك بشيء منهما في دفع احتمال بعض الأمور المحتمل اعتبارها في الحاكم كالاتجاه وكونه رجلاً، لاحظ قوله سبحانه: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)^(٢٧) فإنه ليس في مقام بيان الأمور المعتبرة في المطلق، ولو شك في اعتبار كون المطلق زوجاً أو يصحّ طلاق الولي أيضاً فلا يمكن التمسك به في اثبات صحّة طلاق الولي.

ومما ذكرنا يظهر ما عن بعض الأصحاب — قدّس سرّه — من رفع اليد عن اطلاق الآيات بما ورد في نفوذ القضاء من كون القاضي راوياً للحديث والناظر في الحلال والحرام والعالم بقضاياهم من العناوين التي لا تصدق على العامي ولو مع تعلّمه عدداً من القضايا من مجتهده لا يمكن المساعدة عليها.

والحاصل: أنّ الكلام في المقام في شرائط القاضي بحيث ينفذ حكمه لا في شرائط حلية ابراز الحكم الشرعي والحق في الواقعة؛ ولذا لا يمكن التمسك في المقام أيضاً بقوله سبحانه: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)^(٢٨) فإنّ مفهومه أنه لا محذور تكليفاً على الشخص إذا كان حكمه بما أنزل الله، وأمّا ما يعتبر في نفوذ ذلك الحكم فلا تعرض فيه لذلك، ونظر ذلك ما ورد في رجل قضى بالحق وهو يعلم.

(٢٥) المائدة: ٨.

(٢٦) النساء: ٥٨.

(٢٧) الطلاق: ١.

(٢٨) المائدة: ٤٧.

نعم ربّما يستدلّ على عدم اعتبار الاجتهاد ولو بنحو التجزي في قاضي التحكيم بالاطلاق في صحيحة الحلبي «قال: قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منّا فقال: ليس هو ذلك - الحديث». بعد تقييدها بكون الرجل عادلاً يعلم القضاء في تلك الواقعة ولو تقليدياً، أخذاً بما دلّ على

عدم نفوذ الفاسق وعدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

ولكن قد تقدّم أنّ مدلول مقبولة عمر بن حنظلة ومعتبرة سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمر يتوافق الخصمين في الرجوع إلى من ذكر فيهما والرضا بحكمه مقتضاه ذلك ولو كان المراد القاضي الابتدائي لكان تعيين المراجعة إليه بيد المدعي، لمّا يأتي من أنّ تعيين القاضي حق للمدعي والمدعى عليه ملزم بالاستجابة عند رجوع المدعي إلى القاضي الابتدائي، خصوصاً بملاحظة ما ورد في ذيل المقبولة من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلاً وتراضيهما بكونهما ناظرين في منازعتهم، ولو كان القضاء ابتدائياً لكان الحكم هو الذي عيّنه المدعي، وينفذ حكمه على المتخاصمين.

أضف إلى ذلك أنّ المقبولة والمعتبرة لم يفرض فيهما زمان الغيبة، بل المتيقن من الأمر فيهما بالمراجعة إلى من وصفه (عليه السلام) زمان حضوره، ومن الظاهر أنّ في ذلك الزمان لم يكن القضاء من أصحابه (عليه السلام) كالقضاء ممّن له شؤون القاضي من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق الله من العقوبات لأنّ هذا الاستيفاء يتوقف على القدرة والسيطرة التي كانت بيد المخالفين، ولا تحصل للشخص إلاّ أنّ يكون بيده ولاية البلاد وإمارتها أو بكونه منصوباً بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلك، اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّ عدم التمكن من العمل بمقتضى الولاية لا ينافي ثبوت الولاية.

هذا كلّه بالإضافة إلى اشتراط الاجتهاد وعدمه في القاضي، وأمّا اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابة والبصر والحرية و غير ذلك فقد تقدّم أنّ مقتضى الاطلاق في دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شيء منها، فيكفي في القاضي البصيرة ولا يلزم البصر وكذا في غيره.

وهنا مسائل:

الأولى: يشترط في ثبوت الولاية اذن الإمام (عليه السلام) [١] أو من فوّض إليه الإمام، ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافعا إليه فحكم بينهما لزمهما الحكم ولا يشترط رضاها بعد الحكم، ويشترط فيه ما

[١] ظاهر كلامه (قدس سره) أن نصب الإمام (عليه السلام) أو من فوّض إليه أمر النصب شرط في نفوذ القضاء من القاضي الابتدائي فلا ينفذ القضاء من غير المجاز إلا بنحو التحكيم، ويعتبر في قاضي التحكيم الشرائط المعتمدة في القاضي الابتدائي ومنها الاجتهاد كما تقدّم.

ثم ذكر (قدس سره) أن مع عدم إذن الإمام ينفذ القضاء الفقيه الجامع لشرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت (عليهم السلام)، وتمسك في ذلك بقول أبي عبدالله (عليه السلام) في معتبرة أبي خديجة: «فاجعلوه قاضياً فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالاذن الاذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضي التحكيم والقاضي الابتدائي بأنه ليس في قاضي التحكيم الاذن الخاص، ولذا لا ينفذ حكمه إلا مع تراخي الخصمين بكونه حاكماً في منازعتهما، إلا أنه يرد عليه أنه كيف يمكن القاضي الابتدائي مع عدم إذن الإمام (عليه السلام).

فان قيل: أنه لا يعتبر مع عدم حضور الإمام (عليه السلام) الاذن الخاص في القاضي الابتدائي، فيقال: إن كان المستند لعدم اعتباره معتبرة أبي خديجة ورواية عمر بن حنظلة وغيرهما فهي تعم زمان حضور الإمام (عليه السلام) بل ذلك الزمان مقطوع من مدلولها.

وبالجملة: نفوذ القضاء بلا إذن خاص في زمان غيبة الإمام (عليه السلام) خاصة خارج عن مدلول تلك الأخبار، إلا أن يراد من عدم الإمام عدم التمكن من الرجوع إليه، سواء أكان زمان الحضور أم زمان الغيبة.

.

وإن كان المراد بالاذن الأعم من الاذن الخاص، كما هو المعروف في كلمات الأصحاب فكيف يتصور قاضي التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضي الابتدائي. والحاصل: لم يظهر لي ما يجمع شمل كلام الماتن في المقام.

وأيضاً إن أراد ممّا ذكره (قدس سره) من جواز القضاء بنحو التحكيم في جميع الأحكام تمام المرافعات والمنازعات، فهو وإن أراد استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس وحقوق الله من العقوبات الشرعية فمن المعلوم أنه ليس في البين ما يدل على جواز ذلك لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غاية ما يستفاد من صحيحة الحلبي المتقدمة نفوذ

قضائه في المنازعات والمرافعات، بل استفادة العموم من معتبرة أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة أيضاً مشكل.

نعم، لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبة التصدي للقضاء بنحو القاضي المنصوب الخاص، واستيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، واجراء الحدود والتعزيرات على مرتكبي موجباتهما؛ حفظاً لحقوق الناس ونظام البلاد؛ وكون من له القضاء هو المتيقن ممن تقتضي خطابات الحدود والتعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثم إنه يكفي في القاضي في واقعة علمه بحكمها، ولو بنحو التجزي في الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد في معتبرة أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة عليه، فإن العلم بالأحكام المتعارف في ذلك الزمان وعرفانه بها والنظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعية إلى الشخص وعرفانه مدليلها بمقدار يعتد بها، وهذا أقل مراتب الاجتهاد، ونصب القاضي في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) أو في زمان علي (عليه السلام) قد وقع لهذا النحو من العالم، واستظهار جواز القضاء لمن تعبد بفهم الغير من تلك الخطابات والروايات وان صدق عليه أنه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشكل جداً؛ يشترط في القاضي المنصوب عن الإمام ويعم الجواز كل الأحكام ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت (عليهم السلام) الجامع للصفات المشترطة في الفتوى، نقول أبي عبدالله (عليه السلام): «فاجعلوه قاضياً فإني جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»، ولو عدل – والحال هذه – إلى قضاة الجور، كان مخطئاً [١].

لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلّم بنحو المعهود في ذلك الزمان.

بل في البين أمر آخر وهو أنه إذا فرض مع عدم حضور الإمام (عليه السلام) الولاية الشرعية بتنظيم أمر البلاد والتحفظ عليها للفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه ادخالاً لأمر تنظيم أمور البلاد والتحفظ عليها في أمور الحسبة، فالتصدي للقضاء وسائر شؤون القضاء واستيفاء الحقوق والعقوبات الشرعية بلا استيذان من ذلك القائم بأمرنظام البلاد والتحفظ بها فيما إذا أوجب ذلك موجباً لبعض الاختلال فيها وضعف القوة المركزية لحوزة الإسلام، التي تصدى لها الفقيه الجامع لشرائط الفتوى أو المنصوب والمجاز من قبله مشكل إلا بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفادة القضاء الابتدائي من المقبولة ومعتبرة أبي خديجة فلا ينبغي التأمل في أن المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أن الأصل عدم نفوذ القضاء فلا بد في الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها والتحفظ عليها ملحقاً بحكام الجور يكون أمر القضاء في المنازعات داخلاً في مداليل الروايات المشار إليها.

[١] لا خلاف في عدم جواز الترافع إلى قضاة الجور مع التمكن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء واستيفاء حقه بحكمه.

ويقال: وكذا المراجعة إلى مطلق من ليس أهلاً للقضاء؛ ويشهد لذلك مثل معتبرة أبي خديجة المتقدمة، فإنّ عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله (عليه السلام): «إياكم

.

أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور»، ونحوها غيرها.

ولكن يمكن دعوى أنّ التحذير المزبور لا يعمّ مطلق من لا يكون أهلاً للقضاء، بل مثل القضاة في ذلك العصر ممن كانوا من أصحاب الصولة والسيطرة ومستقلين في قضاياهم ولو بالقياسات والاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمة (عليهم السلام).

وعلى ذلك فلا يكون في المراجعة إلى غير أهله من العالم بقضاياهم (عليهم السلام) مع فقدته بعض الأمور المعتبرة في القاضي إلاّ الحكم الوضعي وهو عدم نفوذ قضائه، فلا يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجة معتبرة من الخارج أنّه حقه، بخلاف ما إذا أحرز ذلك، فلا يكون عليه في أخذه أيّ محذور.

وقيل بحرمة اعانة الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعة إليه، يعني إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، والمراجعة إليه من اعانته على ارتكابه المحرم.

ولكن ذكرنا في المكاسب المحرمة أنّ في حرمة مجرد اعانة الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلاً في عنوان الاعانة على الظلم على الغير ومن غير كونه تعاوناً على الأثم والعدوان تأملاً، وأيضاً في حرمة قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعة مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأملاً، وإنّما لا يكون قضاؤه جائزاً وضعاً، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء والكذب على الشارع.

وكيف ما كان فلو توقّف استنفاذ حقه المعلوم والمحرز على المراجعة إلى قاضي الجور أو من ليس أهلاً للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن (قدس سره) وغيره، والوجه في ذلك أنّ التحذير في معتبرة أبي خديجة وغيرها منصرف إلى صورة امكان فصل الخصومة بالمراجعة إلى من كان أهلاً له ولو بنحو التحكيم، ولو فرض الاطلاق وعدم

.

الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعدة نفي الضرر الحاكمة على المحرمات، ومنها المراجعة إلى أهل الجور أو حرمة الاعانة على إثم الغير وارتكابه الحرام.

ثم إنَّ المذكور في كلمات جماعة من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل إنَّه إن أخذ حقه بالمراجعة إلى غير الأهل للقضاء في فرض حرمة المراجعة إليه لا يحلَّ له ذلك الحق وإن كان ثابتاً في الواقع.

وقد ورد ذلك في معتبرة عمر بن حنظلة التي وصفوها بالمقبولة لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، وعبارة عدّة من الأصحاب كعبارة الماتن خالية عن ذكر ذلك. وناقش بعضهم في الرواية بضعف السند لعدم ثبوت توثيق لعمر ابن حنظلة، ولكن ذكرنا أنَّ الرجل من المعاريف، ولم يرد في حقه قدح.

نعم، لا موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمة عيناً وكان الشخص محرراً أنَّها ماله، فإنَّ مقتضى كونها ماله جواز تصرفه فيها والحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، والدين وإن يتعيّن في المال الخارجي باعطاء المديون بقصد الوفاء، وهذا لا قصد حاصل في فرض الرواية، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعاً، كما هو المفروض في المعتبرة من كون مورد السؤال فيها الشبهة الحكمية.

ومن هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لمّا ذكرنا أنَّ المفروض فيها الشبهة الحكمية، ومع عدم نفوذ قضاء القاضي لا سبيل للشخص إلى إحراز حقه ليجوز له بحسب الحكم الظاهري.

وبتعبير آخر: المفروض في المعتبرة اختلافهما في الدين والميراث، فالأول يختصّ بغير العين والثاني يعمّ العين والدين، ويلتزم بأنَّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلاّ بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرف ولو كان محقاً في الواقع الثانية: تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه [١]، وربما وجب ووجوبه على الكفاية، وإذا علم الإمام أنَّ بلداً خال من قاض لزم أن يبعث له. ويأثم أهل البلد بالإتفاق على منعه ويحلّ قتالهم طلباً للاجابة، ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، ولو ألزمه الإمام قال في الخلاف: لم يكن له الامتناع لأنَّ ما يلزم به الإمام واجب، ونحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا يلزم بما ليس لازماً، أمّا لو لم يوجد غيره تعيّن هو ولزمه الاجابة، ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرف نفسه لأنَّ القضاء من باب الأمر بالمعروف. وهل يجوز أن يبذل مالاً ليُلي القضاء؟ قيل: لا لأنَّه كالرشوة.

في موارد الدين والعين، ولو سلم أنّ الرواية تعم العين والدين حتّى ما إذا كان الاختلاف فيهما لاختلاف الموضوع لا الحكم الكلي، فيلتزم بعدم الحل لكنّه عدم الحل في خصوص المراجعة إلى المفروض فيها من السلطان الجائر والقاضي المنسوب من قبله.

[1] ذكر الماتن (قدس سره) استحباب تولي القضاء لمن يثق بنفسه ويجد لنفسها شرائط القضاء، وقد يجب كفاية، ويظهر من آخر كلامه أنّ وجوبه في موارد من جهة وجوب الأمر بالمعروف، وكأنّ حكم القاضي بين المتخاصمين داخل في عنوان الأمر بالمعروف فيجب حيث قال: ولو لم يعلم الإمام من يكون له شرائط القاضي مع انحصار واجدها به وجب أن يعرّف نفسه طلباً لنصب الإمام؛ لأنّ القضاء من الأمر بالمعروف.

وفيه ما تقدّم من أنّ وجوب القضاء لا يرتبط بمسألة وجوب الأمر بالمعروف، كيف وقد لا يكون من يلزم بالدين على صاحبه لاثباته ذلك الدين بالبينة معروفاً واقعاً لخطأ البينة، أو لأنّ المنكر قد أدّى الدين ولكن لعدم البينة له على الاداء أنكر الدين إلى غير ذلك من الموضوعات التي لا يجب فيها ارشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

.

وكيف كان فالمذكور في كلام جماعة من الأصحاب أنّ القضاء مستحب عيني وواجب كفائي.

ويورد على ذلك بأن الاستحباب التعيني وإن يجتمع مع الوجوب التخيري كما في كفارة شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبة تخييراً مع كونه مستحباً تعييناً، حيث إنّ الوجوب في موارد التخيري يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلك الجامع امراً انتزاعياً اعتبارياً كعنوان أحدهما فلا يتعلّق الوجوب بعتق الرقبة، بل يتعلّق بالجامع ويكون العتق مصداقاً له، فلا منع في كون تطبيق الواجب عليه مستحباً تعييناً، وأمّا في موارد الوجوب الكفائي فاجتماع الوجوب الكفائي في فعل مع كون ذلك الفعل مستحباً عينياً غير ممكن؛ لأنّ التكليف في موارد الوجوب الكفائي يتوجه إلى كلّ واحد من المتعددين، غاية الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم معيّب بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث إنّ توجه التكليف و البعث الى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإنّ الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعية مثل ملكية الزكاة للفقير و سهم السادة للهاشمي الفقير.

وعلى ذلك فمع توجه التكليف الوجوبى إلى فعل الشخص، ولو مع كونه مغيباً بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلك الفعل مستحباً لذلك الشخص، خصوصاً بملاحظة أن الاستحباب أيضاً يكون كفاثياً لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

وقد نقل في الجواهر في الجمع بين الاستحباب العيني و الوجوب الكفاثي بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفاثي قبل قيام الغير بشؤون القضاء في الواقعة والاستحباب النفسي ممن يثق بنفسه يتعلّق بالقضاء في تلك الواقعة بعد تصدي الغير وقيامه بمقدمات القضاء فيها.

الثالثة: إذا وجد إثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما، فإن قَدَّ الأفضل جاز، وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردد، والوجه الجواز [١] لأنَّ خلله ينجر بنظر الأمام.

وناقش فيه بأنهم لم يقيّدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفاثي وقيام الغير بشؤون القضاء في واقعة، مع أن الوجوب الكفاثي لا يسقط بمجرد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئة نفسه للقيام به، وذكر أن الأولى أن يقال: إن التولي للقضاء عن الإمام (عليه السلام) مستحب نفسي لمن يثق من نفسه و لا يجب على غير الإمام (عليه السلام) التولي على ما تقدم من الروايات و في بعضها من أن القضاء لنبي أو وصي نبي، نعم ربّما يجب التولي إذا كان مقدّمة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولي القضاء متمكناً منهما كما يجب فيما أمر الإمام (عليه السلام) بالتولي، ولعل ما ذكر المصنّف (رحمه الله) يرجع إلى ذلك، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إن تولي القضاء بجعل نفسه في معرض المرافعة إليه مع شمول الأذن و النصب له وإن كان واجباً كفاثياً مع عدم الانحصار، و عينياً مع الانحصار، حفظاً للنظام و حسماً للمخاصمة و المنازعة بين الناس الموجبة لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياع الحقوق، إلا أن وجوب القضاء في كل واقعة ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعي الحق في العفو والاعراض، حتى على تقدير حقه واقعاً، وفي مثل ذلك إذا اطمئن من نفسه بايصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحباً لما فيه اعانة وسعي في قضاء حاجة المؤمن ونحو إيصال الحق إلى صاحبه.

[١] ذكر (قدس سره) إذا كان اثنان بشرائط القاضي، ولكن اختص أحدهما بالفضيلة، يعني بالأعلمية في مسائل القضاء، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، وهل يجوز له ترك

الأفضل و نصب المفضول؟ فيه تردد، ولكن الأظهر جوازه؛ لأنّ الخلل الحاصل بترك نصب الأفضل يجبر بكون الإمام ناظراً إلى قضاء المفضول.

وأورد عليه في الجواهر أنّه قد لا يكون الإمام (عليه السلام) قريباً ليطلع على حكم المفضول في الوقائع المرفوعة إليه، و إنّ أصل فرض المسألة خال عن الثمرة، حيث إنّ الإمام (عليه السلام) أعلم بما يفعل مع حضوره والعمدة التكلّم في نواب الغيبة الذين بيدهم القضاء في الوقائع، و أنّه هل يجوز المرافعة إلى المفضول منهم في القضاء أو الفتوى ولو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضول في القضاء أو الفتوى ولو اجمالاً؟ فاختار الجواز أخذاً بالاطلاق في أدلّة النصب العام من قوله (عليه السلام) «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا»، فإنّه (عليه السلام) لم يقل انظروا إلى الأفضل منكم، وإذا كان قضاء المفضول مع وجود الأفضل نافذاً فلازمه اعتبار فتواه في كلّ تلك الواقعة؛ لأنّ الحكم الكلّي يكون من الحق والقسط وما أنزل الله، فيستفاد جواز تقليد المفضول من جواز المحاكمة إليه، أضف إلى ذلك السيرة المستمرة من المتسرعة، فإنّها كانت جارية على الرجوع في الوقائع المبتلى بها إلى نواب الإمام (عليه السلام) مع العلم باختلافهم في مراتب الفضل.

لا يقال: لا يمكن التخيير بين الأفضل و المفضول مع العلم باختلافهما، كيف قد ورد في بعض الروايات تعيّن حكم الفاضل و ترجيحه على حكم غيره.

فإنّه يقال: ان ما أُشير إليه في بعض الروايات ناظر إلى ما إذا اتفق المتخاصمين على المراجعة إلى الفاضل و المفضول دفعة، فاختلفا في حكم الواقعة فإنّه في هذا الفرض لا يمكن التخيير ولا ترتفع المخاصمة، فلا بد من ترجيح أحدهما، ولذا ذكر فيها أنّه مع فقد الترجيح يتوقف حتى يلقي الإمام (عليه السلام) ولا ينافي ذلك التخيير ابتداءً في

.

رفع أصل المخاصمة بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمّل في أدلّة النصب ومنها صدر المقبولة يقضي تجويز الرجوع الى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسألة الرجوع إلى الأعم في مقام الاستفتاء فهي خارجة عن البحث في المقام، وقد تقدم أنّه لاملازمة بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، والكلام في المقام في نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، والأظهر بحسب معتبرة أبي مريم و معتبرة عمر بن حنظلة جواز

الرجوع إلى كل منهما، ولكن بما أنّ نفوذ القضاء واعتباره كنفوذ الفتوى واعتبارها طريقيّ فلا إطلاق لهما بالاضافة إلى صورة العلم باختلاف الفاضل و المفضول في القضاء في الواقعة التي يراد رفعها إلى القضاء.

وبتعبير آخر: لا يدخل هذا الفرض في مدلول معتبرة أبي مريم و صدر معتبرة عمر بن حنظلة.

نعم يستظهر من ذيل الثانية اعتبار قضاء الأعم، حيث لا يحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعة إليه مع المراجعة إلى المفضول وبين الاتفاق على المراجعة إلى الأعم خاصة من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدى للقضاء حفظاً للنظام واستيفاءً لحقوق بعض الرعية على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضاً نفوذ قضاء الفاضل مع احراز اختلاف قضائه مع المفضول.

بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان في بقعة من الأرض زعامة اسلامية بحيث يمكن احراز الولاية الشرعية للمتصدى لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان في نصبه كفاية، لأنّ نفوذ نصبه بالاضافة إلى الأفضل محرز و غيره مشكوك.

وربما يدل عليه ما في العهد المعروف إلى مالك الأشتر من قوله (عليه السلام) «اختر للحكم بين الناس أفضل رعينك»،^(٢٩) ولكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز ولو منع لم يجز، ومع اطلاق التولية إن كان هناك امارة تدلّ على الاذن، مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة جاز الاستنابة وإلاّ فلا، استناداً إلى أنّ القضاء موقوف على الإذن [١].

الأفضل الموجود في البلد ومحاوله بحيث يمكن لعامة الناس في ذلك البلد أو محاوله من الرجوع إليه، فإنّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعم غير محتمل، حيث لا تتيسر لجميع الناس المرافعة إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنّه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواية الفتوى أو الرجوع إلى رسالة الأعم.

نعم لا يبعد أن يكون الأمر في القضاء أيضاً كذلك فيما إذا كان اختلاف المترافعين ومنازعتهم ناشئة عن جهلها بالحكم الشرعي الثابت للواقعة التي ابتليا بها، حيث إنّ ترتفع منازعتهم برجوعهما إلى فتوى الأعم من غير حاجة إلى القضاء.

(٢٩) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٩: ١٦٣.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لو أذن الإمام (عليه السلام) لمنصوبه الخاص في الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه ولو منع عن الاستخلاف لم يجز، ومع اطلاق توليته القضاء وتفويضه إليه فإن كان في اليمين قرينة تقتضي الاذن في الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعاً لا يتيسر فيه القضاء بوحده جاز الاستخلاف، ومع عدم القرينة فلا يجوز لأن القضاء من غير الإمام (عليه السلام) موقوف على اذنه (عليه السلام) وقد تحقق بالاضافة إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم في المقام التكلم في زمان الغيبة وإن المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستتبع غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلاً في النصب العام كأن يوكل المجتهد مقلده البصير في أمر القضاء أن يقتضي بفتاواه في الوقائع التي ترفع إليه، بأن يطبق على تلك الوقائع فتاواه التي ذكرها في رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

.

فقد ذكر في الجواهر جواز ذلك ونقله عن المحكي عن الفاضل القمي وقال: لا بأس بذلك لولم يكن اجماع على خلافه كما لهجت بدعواه السنة المعاصرين وبعض من تقدمهم، وقال: لا يرد على ذلك باختصاص النصب العام بالمجتهد، فكيف يكون قضاء غيره نافذاً، فإن اختصاص النصب العام للمجتهد يقتضي عدم نفوذ حكم غيره مستقلاً، لا عدم نفوذ حكمه ولو كان بالتوكيل عن المنصوب، فإن للمجتهد الولاية على القضاء نظير ما كان للإمام (عليه السلام) على ما هو ظاهر رواية عمر بن حنظلة وكما كان للإمام (عليه السلام) الاستتابة للقضاء بقضاياه (عليه السلام) كذلك للمجتهد الاستتابة وتولية الحكم بفتاواه التي هي عدل وقسط وحكم بما أنزل الله؛ انتهى.

ولا يخفى أنّ غاية ما يستفاد من النصب العام أنّ للعالم بقضاياهم أن يقضي في الوقائع التي ترفع إليه، وأمّا أنّ له التوكيل بأن يوكل الغير في القضاء فيها فلا.

وبتعبير آخر: ان مقتضى جعل شخص حاكماً أو قاضياً كما هو مقتضى معتبرة أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة هو قيام مبدء القضاء والحكم بذلك الشخص لا الأعم من قيامه به وبمن هو من قبله، إلا أن يثبت أنّ القضاء نظير البيع والنكاح والطلاق من الأمور التي تستند إلى الشخص بالتسبيب والوكالة، كما أنه لم يحرز أنه من الأفعال التي تستند عرفاً إلى غير المباشر أيضاً، كما في الحلق والذبح والتصديق.

وليس فيما ورد بمشروعية الوكالة عموم يدخل فيه القضاء. والتمسك في مشروعية التوكيل في القضاء بمثل رواية معاوية بن وهب وجابر بن يزيد غير صحيح؛ فإنها واردة في بيان حكم آخر، وهو استمرار الوكالة في أمر إلى زمان وصول العزل إلى الوكيل بعد مشروعية الوكالة في ذلك الأمر. وبالجملة: الثابت هو أن قضاء المجتهد قضاؤه (عليه السلام) وأما أن قضاء وكيل

.... .

المجتهد قضاؤه (عليه السلام) فهذا غير ظاهر، ومقتضى الأصل عدم النفوذ. هذا كله إذا وكل المجتهد مقلده، وأما إذا وكل مجتهداً آخر لا يجوز لذلك المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولاً ومع الأفضل في البلد فالأمر أيضاً كذلك، بل الأمر فيه اشكال فإنه وإن وكله في القضاء بعلمه فالمفروض أن القضاء عنه بعلمه غير نافذ في الواقعة، وإن وكله في القضاء بفتوى الموكّل فالمفروض أن ذلك المجتهد لا يرى فتواه حكم الله والحق والعدل فكيف يكون قضاؤه بالحق والعدل وبما أنزل الله. وأجاب عن ذلك السيد اليزدي (قدس سره) بأن دليل اعتبار ظن المجتهد على حدّ سواء بالاضافة إلى المجتهدين، ولكن لم يظهر وجه صحيح لذلك الجواب، فإن مقتضاه أن يترك ما استفاده من الأدلة والأخذ في الواقعة بفتوى الغير، وكيف يمكن لمجتهد أن يترك مقتضى خطاب الشرع بنظره ويتعبد بما يراه مقتضى خلاف ظاهره. ثم إنه قد يقال: إذا اقتضت المصلحة تولية القضاء لغير الواجد لشرائط القاضي كغير العالم أو غير العادل فلإمام (عليه السلام) توليته، ويستدلّ على ذلك بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، وإن الاضطرار إلى فعل كمايرفع حرمة كذلك الاضطرار إلى ترك رعاية شرط يرفع اشتراطه، وعلى ذلك فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عدالة يوجب جواز المرافعة إليه، بل نفوذ قضاؤه وجواز نصبه. أقول: الاضطرار، تارة: يلاحظ بالاضافة إلى وليّ الرعية حيث لا يكون له خيار إلا نصب من لا يكون واجداً للأوصاف المشروطة، كما قيل وقوع ذلك في نصب شريح، وأخرى: بالاضافة إلى الرعية حيث يضطرون إلى المرافعة إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضي. وثالثة: يلاحظ بالاضافة إلى نفس القاضي حيث يرى نفسه فاقداً

.... .

لبعض شرائط القاضي كالعادلة أو الاجتهاد، ولكن يرى حاجة الرعية إلى قضائه لعدم كون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الكفاية لحاجة الناس أو عدم تصدّي الواجد لشرائطه للقضاء، عذراً أو من غير عذر.

فإن كان الاضطرار بالاضافة إلى وليّ المسلمين فلا ينبغي التأمّل في أنه يجوز له الاذن لغير الواجد بالقضاء بالحق في الوقائع المرفوعة إليها؛ لأنّ الاذن في القضاء في نفسه وان كان غير جائز لغير الواجد، إلّا أنّ طرور الاضطرار إلى الاذن والنصب يجوّزه، كما يجوزه نفي الحرج أو الضرر الحرمة الثابتة في فعل لولا طرور هذه العناوين، ويقال من هذا القبيل اضطرار علي (عليه السلام) إلى النصب في قضية الحكمين. ولكن لا يترتب على هذا النصب حكم وضعي.

وبتعبير آخر: يكون نصبه هذا من قبيل التقية في بيان الحكم أو القضاء، ولعل نصب شريح كان من هذا القبيل، ولذا اشترط (عليه السلام) أن لا ينفذ قضائه حتى يعرضه عليه، وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لما وليّ أمير المؤمنين (عليه السلام) شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه» (٣٠).

نعم لو كان النصب بمعنى الزام وليّ المسلمين الرعية بالعمل بقضاء ذلك الفاقد وترتيب الأثر عليه لطرور المصلحة الموجبة لذلك، فلا بأس بالالزام بترتيب أثر القضاء الصحيح عليه، إلّا مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، كما ربّما يلتزم بذلك بالاضافة إلى قضاء القاضي من أهل الخلاف بالاضافة إلى ثبوت هلال ذي الحجة، ويمكن استظهار ذلك مما ورد في شأن شريح في قضية درع طلحة.

.... .

ولعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه (عليه السلام) لاحراز كونه على الحق، وهذا يدخل في الحكم الولائي بالاضافة إلى الرعية وبالاضافة إلى الولي من الحكم الشرعي في نصبه وأمر الرعية باتباع قضائه، حيث إنّ جواز النصب وجواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعي المترتب على ولاية الزعامة على الرعية، فيما كانت شرعية كما في الإمام (عليه السلام).

وأما اضطرار المترافعين إلى المرافعة إلى فاقد الأوصاف المعتبرة في القاضي، فقد تقدم الكلام فيه في المراجعة إلى حكّام الجور وقضائهم من أنّه إذا أحرز حقّه وتوقف استنقاذه على الترافع إلى غيرالواجد للأوصاف فلا بأس لإرتفاع الحرمة بأدلة نفي الضرر الحرج وللاضطرار، ولا يقتضي شيء من ذلك اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدلة الرافعة نفي التكليف الثابت لولاها لا اثبات الحكم الوضعي.

وبالجملة: فالأوصاف المعتبرة في القاضي لايدخل في فعل المكلف ليضطرّ إليه فعلاً أو تركاً، وإنما فعله المرافعة إلى فاقد الوصف والرجوع إليه لو كان محرماً يرتفع حرّمته، ولكن لا يثبت نفوذ قضائه.

وأما اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضي إلى القضاء فلايتصور اضطراره إلى قضائه، فإنّ تولّى القضاء مشروط بصفات وعلى غير الواجد تحصيل تلك الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضي بين الناس، ومع عدم تمكنه فلا تكليف بالاضافة الى القضاء، نعم يمكن تصوير اكرامه على القضاء، ومعه يجوز له القضاء تكليفاً، ولكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

الخامسة: إذا وليّ من لايتعين عليه القضاء فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز[1] لأنّه من المصالح، وإن تعيّن عليه القضاء ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق وإن كان له كفاية قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدي فرضاً.

[1] ذكر (قدس سره) أنّه إذا لم يتعين على الشخص تولّي القضاء كما إذا كان التولي واجباً كفائياً وتولى القضاء وكان له مال يكفي لمؤنته، فالأفضل أن لا يأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات والخراج والمقاسمة وجزية الرؤوس ونحوها، ولعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال وتيسير ولي المسلمين، حيث إنّ الامتناع عن الارتزاق منها اعانته على مهامّه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، ولو طلب الرزق والحال هذه جاز لأنّ صرفها على القضاة من صرفها على مصالح المسلمين.

وذكر في الجواهر أنّ في جواز المطالبة اشكال، وهو أنّه مع وجوب تولي القضاء ولو بنحو الواجب الكفائي لا يجوز له الامتناع عن التولي، ومع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبة بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبدياً وإلاّ يجيء في الطلب اشكال آخر وهو أنّ العبادة فعل العبد ليتقرب به إلى الله سبحانه ومع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض والمعوض، هذا إذا كان الوجوب كفائياً، وأمّا إذا تولّى القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام (عليه السلام) بالتولي

فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحة المسلمين ونظام النوع، وأمّا إذا لم يكن محتاجاً فلا يجوز على قول لأنّ القضاء في الفرض متعيّن عليه.

أقول: أمّا أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أكان له مال يكفي لمؤنته أم لا؛ لأنّ بيت المال معدّ للصرف على مصالح المسلمين، وإذا كان في إعطاء ولي المسلمين القاضي من بيت المال ولو مع عدم فقره ما يوجب اهتمامه وسعيه أمّا لو أخذ الجعل من المتاحكمين ففيه خلاف والوجه التفصيل، فمع عدم التعيين وحصول الضرورة قيل يجوز، والأولى المنع ولو اختل أحد الشرطين لم يجز.

في أمر القضاء جاز له الاعطاء، كما جاز للقاضي الطلب والأخذ.

ولا يقال: قد ورد في صحيحة عبدالله بن سنان: «سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت»^(٣١).

فإنه يقال: مع أنّ ظاهرها العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لاكتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهي منصرفة إلى قضاة الجور المعروفين في ذلك الزمان المنهي عن المراجعة إليهم من الأعوان الظلمة.

والحاصل: ارتزاق القاضي والاعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصاً مع حاجته ولو للتوفير على عياله أو تأمين الأمور المرتبة على قضائه، وقد ورد في العهد المعروف إلى مالك الأشر: «واكثر تعاهد قضائه وافسح له في البذل ما يزيح علته وتقلّ معه حاجته إلى الناس»^(٣٢).

وأما أخذ الأجرة على القضاء فقد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ولو كان تعديداً لا يوجب عدم جواز أخذ الأجرة عليه؛ لأنّ العبادة لا توجب كون الفعل مملوكاً لفاعله أو لله سبحانه بملك اعتباري ليلزم من أخذ الأجرة عليه الجمع بين العوض والمعوض، ويكفي في قصد التقرب المعتبر فيه أنه لو لم يكن أمر الشارع به لما كان يأتي به حتى مع إعطاء الأجرة عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأجرة أحد أمرين: أحدهما: أن يكون إيجابه على المكلف بأن يأتي به مجاناً، الثاني: أمّا الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة، لتعيّن الإقامة عليه مع التمكن، ويجوز للمؤذن

(٣١) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١٦٢: ١.

(٣٢) المصدر نفسه: الحديث ١٦٣: ٩.

والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان و والي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنه من المصالح، وكذا من يكيل للناس و يزن، ومن يعلم القرآن والآداب.

عدم المالية لذلك الفعل، سواء أكان واجباً أم مندوباً، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

وربما يقال: إنه يستفاد عدم المالية للقضاء شرعاً وإيجابه على واجد الأوصاف مجاناً من صحيحة عمّار بن مروان قال: «قال أبو عبدالله (عليه السلام): كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت، والسحت أنواع كثيرة، منها ما أُصيب من أعمال الولاية الظلمة و منها أُجور القضاة وأجور الفواجر و ثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البيّنة فأما الرشا في الحكم فإنّ ذلك الكفر بالله العظيم جلّ اسمه وبرسوله. (٣٣)

وأجيب بأنها ناظرة إلى ذلك الزمان من القضاة المتصددين للقضاء من قبل الظلمة، وإنّ أجورهم داخلة في ما أُصيب من أعمال الولاية الظلمة، كما يؤيدّها تكرار لفظة منها الظاهرة في التبويض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينة على أنّ الألف واللام في القضاة للعهد وتكرار لفظة منها لا يدلّ على شيء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينة على عوده إلى الأنواع، مضافاً إلى أنّ القضاء في واقعة كالاتفاء فيها في عدم المالية، فالأحوط ترك أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقاً، وإن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأوّل والاكتفاء بالإرتزاق، حيث إنّ ما في العهد لا يخرج إلى حد الظهور في أخذ العوض، فإنّه يمكن أن يكون السؤال لكتابة القضاء، ولو كان الكاتب هو القاضي ومثل الكتابة ليس داخلاً في القضاء الواجب، كما لا يخفى.

السادسة: تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة [١]، وكذا يثبت بالاستفاضة: النسب

[١] الظاهر أنّ المراد من ولاية القاضي نصبه الخاص للقضاء ومراده من الاستفاضة شهرة خبر نصبه، بحيث يحصل منه الإطمئنان والثوق وسكون النفس غالباً، ولو لم يكن في بعض الموارد لبعض الجهات كذلك والثبوت بالشياع كذلك لا يختص بالولاية على القضاء، بل يثبت بالاستفاضة غيرها أيضاً مما جرت السيرة حتى عند المتشعبة على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلان أو أخاً لفلان من غير فرق من جهة الأب أو الأم والملك

المطلق ككون هذه الدار لزيد أو المزرعة لفلان، نعم خصوصية الملك ككونه بالشرء أو المصالحة أو الهبة ونحوها لا تثبت بالشياع.

ومن الاستفاضة المعتبرة، الشياع في موت شخص أو نكاحه من فلانة، أو كون الملك وقفاً وكون العبد معتقاً ونحو ذلك مما قيل في ضابطها كل ما يعسر عليه إقامة البيئنة، والوجه في تفسير الاستفاضة في كلام الماتن بذلك أنه لو كان المراد بالاستفاضة الشياع المفيد للعلم واليقين فعلاً لما يكون اعتباره مختصاً بالأمر المذكورة كما هو ظاهر المتن وغيره.

وفي مرسله يونس بن عبدالرحمان عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: سألته عن البيئنة إذا أُقيمت على الحق أيجز للقاضي أن يقتضي بقول البيئنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه».^(٣٤)

.

وفي رواية الفقيه: الانساب بدل المواريث،^(٣٥) ولعل المراد منهما واحد، حيث إنّ المراد من المواريث موجب الارث، أي النسب والمراد بظاهر الحكم الشياع الموجب للاطمئنان وسكون النفس غالباً، وإن لم يكن في بعض الموارد لوجود مقتضى الشك كذلك.

ولعل المراد من ظاهر الحكم في عدالة الشهود وعدم السؤال عن باطنه، مع أنّ القاضي يفتش عن حال الشهود، ويسأل المدعى عليه عن الجرح لهم هو أنّه يكفي في عدالة الشخص احراز حسن ظاهره واحراز عدم القادح في ذلك الحسن، ولا يعتبر التفتيش والسؤال عن باطن أمره وفي بعض نسخ التهذيب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحكم.

وذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أنّ المراد منهما واحد لكون المراد بظاهر الحكم شيوع النسبة بين المحمول وموضوعه، وإنّ النسبة بينهما فيما كانت شائعة عند الناس، بحيث ينسبون الحكم إلى ذلك الموضوع كما يقال هذه الدار وقف، أو أنّ فلاناً ابن خالد يجوز الحكم بذلك الشياع في الأمور المتقدمة، ويحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم في الشهادات الأمور المربوطة بالشهادة كعدالة الشاهد وفسقه.

واستشهد لذلك بصحيفة حريز الواردة في ذم أبي عبدالله (عليه السلام) ابنه اسماعيل في دفعه مالا إلى من كان يريد السفر إلى اليمن ليشتري له بضاعة مع الشياع عند الناس بأنّ المدفوع إليه

(٣٤) الوسائل: ١٨ الباب ٢٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٣.

(٣٥) الفقيه ٣: ٩، الرقم: ٢٩.

شارب الخمر و أنه ليس أهلاً للأمانة،^(٣٦) حيث إنَّ الصحيحة ظاهرة في اعتبار الشيعاء في احراز فسق الشخص وحسن حاله فيكون العبرة بنفس الشيعاء

لابما يحصل منه من العلم أو الظن المتأخّم أو مطلق الظن . بل يظهر من الصحيحة اعتبار الشيعاء في كل أمر ولولم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأمور المتقدمة، لأنّ سياق الصحيحة وهو الأمر بتصديق المؤمنين به، واقتصارهم بالأمور المتقدمة في ذكر اعتبار الشيعاء ليس لعدم اعتباره في غيرها مع حصوله، بل لأنّ تحقق الشيعاء في غيرها أمر نادر، كيف وقد صرّحوا بثبوت رؤية الهلال وغيرها بالشيعاء، وعلى ذلك فيجوز للقاضي الحكم في الواقعة المرفوعة إليه بالشيعاء وظاهر الحكم عند الناس، ولا ينافي ذلك ما ورد في أنّ القضاء يكون بالبينات دون غيرها وذلك فإنّ ما دلّ على عدم اعتبار غير البيّنة واليمين في القضاء بالاطلاق فيرفع اليد عنه في موارد الشيعاء لقيام الدليل على اعتباره.

ويحتمل أن يكون حصر القضاء بالبينات بملاحظة الغالب، حيث إنّ تحقق الشيعاء في الحكم في غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شيعاء الحكم أن يكون الناس على اذعان بالنسبة لا أن يكون الشيعاء في خبر النسبة بأن اشتهر أنّه قيل أنّ زيدا شارب الخمر وخبر اسماعيل يشير إلى أنّ المراد هو شيعاء التصديق، فإنّ المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق واذعان؛ انتهى.

أقول: قد تقدم أنّ الشيعاء الموجب للعلم ليس مورد المناقشة في الاعتبار فإنّ العلم الوجداني معتبر من أي سبب حصل، والكلام في الشيعاء غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار في بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنّه معتبر في كل الأمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر (قدس سره)؟

والأظهر عدم اعتبار الشيعاء بنفسه فإنّ رسالة يونس مع ضعفها سنداً وعدم انطباق ما ورد فيها على الأمور التي ذكرها الماتن وغيره لادلالة لها على اعتبار الشيعاء،

(٣٦) الوسائل: ١٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعة، الحديث ١: ٢٣٠.

فإنه من المحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم في الولايات المعاملة مع المتصدي لها معاملة الولي الشرعي من جواز المعاملة كمتقدم في جواز شراء الخراج والمقاسمة والالتزام بطاعتهم طاعة الرعية على ماكان في ذلك الزمان لرعاية التقية ولو مداراة، وفي النكاح والمواريث والذبائح اسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، وفي الشهادات ماتقدم في ثبوت عدالة الشاهد.

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال سألته عن الإيمان فقال: الإيمان ما كان في القلب والإسلام ما كان عليه التناكح والمواريث وتحقق به الدماء، وأما صحيحة حريز فلوم يكن فيها الاستشهاد بالآية لكانت في دعوى دلالتها على اعتبار الشيعاء في ثبوت الشيء وجه، ولكن بملاحظته لاتكون لها دلالة على أزيد من الترغيب في تصديق الناس تحفظاً على الواقع واحتياطاً فيه، لاتصديقهم في ثبوته حتى بالاضافة إلى أثر يكون ترتيبه على خلاف الاحتياط، كما هو المراد من ثبوت الشيء واعتبار الأمانة.

وبتعبير آخر: ليس المدعى أن المراد من الإيمان للمؤمنين خصوص تصديق الناس فيما ينفعهم ولا يضرهم المعبر عنه بالتصديق الأخلاقي بأن لاينسب الكذب إليهم، كما في مورد نزول الآية حيث صدق النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله وسلم) النمام على انكاره نميمته مع تصديقه الله سبحانه فيما أوحى إليه في أمر النمام فإن ارادة خصوصه ينافي مورد الصحيحة، حيث إن موردها ترتيب أثر شارب الخمر على من يذكره الناس بشرب الخمر، فالجمع بين الصحيحة وما ورد في مورد الآية هو أن المراد من تصديق المؤمنين التحفظ في مورد أخبارهم على الأخلاق والواقع وإن هذا من المرغوبات الشرعية.

والمك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق، ولو لم يستفص إماماً بعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو غيره من الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه [١] وسيرهما معه ليشهدا له بالولاية، ولا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين.

والمتحصل أنه لا اطلاق في البين يقتضي اعتبار مجرد الشيعاء في ثبوت كل شيء ما لم يوجب العلم أو الوثوق والاطمئنان لا يكون موجباً للحكم والقضاء في المرافعات وموجبات الحدود أخذاً بما دل على اعتبار البينة في مدرك القضاء وما ورد في بعض الموارد أو قامت السيرة على اعتبار الشيعاء فيها حتى ولو لم يكن مفيداً للوثوق والاطمئنان كشيوع نسب شخص

وثبوت حسن الظاهر له الكاشف عن عدالته، ولكن لم يظهر وجه لكون نصب القاضي منها سواء كان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخيل في النصب العام من اجتهاده وفقاهته.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لو لم يكن نصبه مستفيضاً لبعد موضع تولّيه القضاء عن موضع عقد القضاء له، يعني النصب، أو الجهة أخرى أشهد الإمام أو من بيده أمر نصبه باطلاقه أو تقييده والاشتراط فيه بشاهدين ويرسلهما معه إلى موضع تولّيه ليشهدا له بالنصب، ولا عبرة في ثبوت النصب بغير شهادة العدلين من سائر الأمارات الظنيّة، حيث لم يثبت اعتبار غير شهادتهما.

وذكر في الجواهر أنّ هذا بناءً على عدم الحاجة في اعتبار البيّنة إلى حكم الحاكم على طبقها، وأمّا بناءً على اعتبار الحكم فيحتاج ثبوت ولايته على حكم الحاكم سواء أكان حاكم بلد آخر أم الحاكم الذي في ذلك الموضع فيما إذا كان عزله معلقاً على أن تثبت ولاية القاضي المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجة في اعتبار البيّنة إلى حكم الحاكم في غير الحقوق السابعة: يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد [١] لكل منهما جهة على انفراده وهل يجوز التشريك بينهما في الولاية الواحدة؟ قيل بالمنع حسماً لمادة اختلاف الغريمين في الاختيار، والوجه الجواز لأنّ القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب.

المحتاجة إلى المرافعة وغير الحدود، لما ذكر على اعتبارها من الدليل، نعم عزل القاضي معلقاً على حدوث امر معين كتعليق نصبه صحيح، فإنّ العزل والنصب يتبعان نظر ولي المسلمين نصب القاضي في البلد بالاضافة إلى الواقعة المرفوعة إليها، معلقاً على ما إذا كان حكمه في الواقعة موافقاً مع سائر القضاء في سائر البلاد بحسب كلي تلك الواقعة، وهذا علاج لتشتت القضاء في الوقائع التي تتحد في نوعها في الحكم؛ حفظاً لنظام القضاء فيها.

[١] ذكر (قدس سره) أنه يجوز لولي المسلمين نصب قاضيين في بلد واحد فيما كان نصب كل منهما في جهة غير ما ينصب الآخر لتلك الجهة، بأنّ نصب أحدهما للقضاء في الحقوق المالية والآخر في الدماء والفروج، وأمّا فيما كان نصبهما في الجهة الواحدة على الاستقلال أو أن يقضي كل منهما في كل الجهات والقضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال في النصب العام، فقبل بعدم الجواز؛ لأنّ مع النصب كذلك يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يختاره الآخر، فيكون منشأً للنزاع والاختلاف، ولكن الوجه الجواز؛ لأنّ كلاً من القاضيين ينوب عن

ولي المسلمين في القضاء، والنيابة تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالك اثنين في بيع ما له بحيث يكون لكل منهما بيعه.

وذكر في الجواهر في ذيل ذلك أنّ مع تنازعهما في اختيار القاضي يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، ومع التقارن يرجعان في التعيين إلى القرعة، وذكر أيضاً جواز نصب المتعدد وجواز نصب المتعدد أيضاً للقضاء في الوقائع بنحو الاشتراك والاجتماع، كما قواه العلامة وولده، ولكن منع عنه بعضهم لعدم الدليل على التشريك

حتى في الوكالة وسائر الولايات. ويمكن أن يقال ان التشريك في الوصاية والوكالة هو عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر لا أن يكون لكل منهما نصف الولاية أو الوكالة، ففي المقام أيضاً يمكن التشريك في الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزلة نصف القاضي، ويترتب على التشريك بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر أنه لو مات أحد الوصيين يكون تصرف الآخر نافذاً، ولا يحتاج الى ضم الحاكم شخصاً آخر مكان الميت بناءً على أنّ المراد من التشريك شرط رضى الآخر مع امكانه.

ثم أشار (قدس سره) إلى ما قد يقال في المقام من أنه كيف لا يجوز التشريك بمعنى اعطاء الولاية لاثنتين مجتمعين. مع أنه قد وقع مثل هذا التشريك في الولاية العامة التي هي فوق الولايات، كما في قضية موسى وهارون – على نبينا وآله وعليهما الصلاة والسلام – ، وأجاب بأنّ منصب النبوة كان لموسى والمراد من تشريك هارون اعطاء المنصب له، ولذا أفرد التصريح بهذا المنصب له في بعض الآيات، وعلى ما تقدم فإن اختلفا في الحكم وقف الحكم وإلا نفذ؛ انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كل من الاثنتين أو الأكثر بنحو الاطلاق والاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراك في اصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل اصدار أحدهما الحكم.

وأما بالنظر إلى النصب العام فلا ينبغي التأمّل في أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممن ترافعا عنده، وكان الأوصاف المعتبرة المتقدمة سواء تعدد من على الأوصاف في البلد أم لا، والعمدة أن مع تعدد القاضي ونفوذ الحكم من كل منهم فهل يكون اختيار القاضي للمدعي أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعة إلا إذا اتفقا بواحد؟

.

ذكر في المستند أنه إذا كان هناك مجتهدان وأكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو منهم فمن اختاره المدعي للمرافعة إليه يكون له القضاء في الواقعة، ويجب على خصمه الاجابة لذلك القاضي، وعلى ذلك الاجماع و لأن المدعي هو المطالب بالحق ولا حق للمنكر ابتداءً.

وأجاب عن ذلك في ملحقات العروة بأن للمنكر أيضاً حق الجواب كما أن له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدعي، ومقتضى القاعدة مع عدم علمية أحد الحاكمين القرعة، إلا إذا ثبت الاجماع على تقديم مختار المدعي، وذكر في العروة أن اختيار الحاكم بيد المدعي إلا إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعم مطلقاً.

أقول: ليس في البين مايدل على ثبوت حق للمنكر قبل رجوع المدعي إلى قاض والمطالبة بحقه بطرح دعواه وكذا بعد رجوعه إليه، وما ذكر من ان للمنكر حق الجواب، فإن أريد لزوم الجواب بالاقرار أو بالانكار أو بغيرهما فهذا ليس حقاً له بل حكم يترتب على رجوع المدعي إلى القاضي وطرح دعواه عنده و مطالبة القاضي الخصم بالجواب عن دعوى المدعي.

وأما الحق في تخليص نفسه عن دعوى المدعي فلانعرف له مدركاً، فإن المسقط لدعوى المدعي حلف المنكر وما دام لم يطالب المدعي القاضي بالحكم لا يكون للقاضي تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنه لو حلف كذلك لايسقط حق الدعوى، كما يأتي على مايقال. نعم هذا إذا كان المدعي مطالباً بالحق عن خصمه، وأما إذا كانت دعواه سقوط حق كان لخصمه سابقاً فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبة بحقه
.....

عند قاض، فيلزم على مدعي السقوط الحضور واثبات دعوى السقوط. وبالجملة: مقتضى مطالبة المنكر للسقوط بحقه احضار المدعي عند أي قاض راجع إليه لاستيفاء حقه، لكن هذا لا ينافي تعيين اختيار مدعي السقوط.

والمتحصل: أنه إذا كان القضاء في موارد الاختلاف في الموضوعات الخارجية فاختيار القاضي بيد المدعي سواء أكان مختاره أعلم أم لا، فإن مقتضى اطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضي أعلم، كما تقدم في التكلم في معتبرة سالم بن مكرم ومقبولة عمر بن

حظلة بناءً على عدم انصرافهما إلى قاضي التحكيم. وبما أن للمدعي اثبات دعواه بأيّ طريق شرعي ولا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال في كل من يتصدي لاثبات أمر فله اثبات دعواه ولو بقضاء من لا يوافق عليه خصمه.

وهذا فيما إذا كانت دعوى المدعي ثبوت الحق، أمّا إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضي أيضاً بيد المدعي للسقوط لما تقدم، ولا ينافيه جواز مراجعة المنكر إلى قاض لاستيفاء حقه فيما إذا ترك المدعي المرافعة إلى قاض، هذا كلّه في الاختلاف في الموضوعات الخارجية.

أمّا إذا كان اختلافهما في الحكم الكلّي للواقعة فيجري أيضاً ما ذكر في الاختلاف في الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمة على القضاء، كما إذا كانت المنازعة بين مجتهدين مختلفين في الرأي أو بين مقلديهما، ولا يبعد تقييد مختار المدعي في الفرض، بما إذا كان أعلم، وأمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء فالمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقاً أو فتوى الأعلام، فيما إذا علم اختلاف القضاة في الفتوى ولو بنحو الاجمال، على ما هو المقرر في بحث لزوم التقليد على العامي.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من كون تعيين القاضي بيد المدعي لا ينافي رضاه بمن يعينه
.....

خصمه أو رضاهما بحاكمين بأن يكونا ناظرين في أمرهما، وحينئذ مع اختلافهما في الحكم يكون المتبع قضاء الأعلام، كما يشهد لذلك موثقة داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيّهما يمضى الحكم؟ قال: ينظر إلى أفقهما وأعلمهما بأحاديثنا و أوعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر». (٣٧)

ولا يخفي أنه لو أمكن في موارد التداعي رفع الاختلاف بتقليد صحيح و هو التقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، وأمّا مع عدمه فان اتّفقا على قضاء واحد فهو، ومع عدم اتّفقهما يتعيّن الرجوع في تعيين القاضي إلى القرعة من غير خلاف يعرف، بلافرق بين الاختلاف في الموضوع أو الحكم.

ويشهد لذلك بعض الروايات الواردة في القرعة، فإنّها على ما قيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتزاحمها في مقام العمل، ففيما ادعى الولد الأكبر عيناً

(٣٧) الوسائل: ١٨ الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠:٨٠.

بأنها حبوه كالراحلة لأبيهم وادعاها سائر الورثة ارثاً، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكرة منه زوجيتها وادعاها أيضاً من زوج البنت نفسها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصحيح وهو التقليد ممن تسالموا على كونه أعلم فهو، وأما مع عدم امكانه كما إذا كان كل من الولد الأكبر وسائر الورثة مجتهداً أو مقلداً لمن يرى الحكم على طبق ما يدعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معين يرجع في تعيين القاضي إلى القرعة، بلافرق بين كون الراحلة بيد الولد الأكبر أو سائر الورثة، وبلافرق بين كون الزوجة تحت يد أحد الزوجين أم لا.

الثامنة: إذا حدث به ما يمنع الانعقاد اعزل[١] وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق ولو حكم لم ينفذ حكمه، وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه لا، لأن ولايته استقرت شرعاً فلاتزول تشهياً، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله، لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظراً، فإنه جائز مراعاة للمصلحة.

وما عن المستند من التفصيل بأن مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدماً لأن الآخر هو المدعي وكذا يقدم تعيين من لا تكون المرأة تحت يده لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا أثر لليد ولا إعتبار بها في الشبهات الحكيمة وتعيين صاحبها منكرًا من آثار اعتبارها، وإنما تعتبر في موارد الاختلاف في الموضوعات سواء أكان الخلاف في موجب اليد أم في مزيل حكمها.

[١] ذكر (قدس سره) انعزال القاضي بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث ما يمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبرة في القاضي، وإن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه مادام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداءً واستدامةً، وعلى ذلك فإن قضى بعد حدوث ما يوجب انعزاله لا ينفذ حكمه، حتى وإن لم يعزله الإمام ولو لعدم اطلاعه بحاله.

نعم الانعزال وإن كان تابعاً لزوال الوصف واقعاً، ولكن مادام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب في ناحية بقاء الوصف، وهذا من الحكم الظاهري في الشبهة الموضوعية فلا ينافي عدم النفوذ الواقعي.

كما أن الكلام في أن عزل القاضي يكون بوصول خبر العزل إليه أو بحدوث انشائه، وإن لم يبلغه خبره لا يجري في فرض فقد الوصف، لما تقدم من أن مقتضى اعتبار الوصف في القاضي ابتداءً واستدامةً عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.

وذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أنّ عود الوصف الزائل لا يفيد في المقام بلا فرق بين التاسعة إذا مات الإمام، قال الشيخ (رحمه الله): الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع، و قال في المبسوط: لا ينزلون [١] لأنّ ولايتهم تثبت شرعاً فلا تزول بموته (عليه السلام) والأول أشبه، ولومات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه لأوّل الاستنابة مشروطة باذن الإمام (عليه السلام) فالنائب عنه كالنائب عن الإمام (عليه السلام) فلا ينزل بموت الواسطة والقول باتعزله أشبه.

عوده سريعاً أو غير سريع وأنه ربّما يفرق بينهما فلا يبطل النصب في الأوّل دون الثاني. أقول: لا يبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص اعطاء الولاية للقضاء في زمان كان في ذلك الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولاية القضاء، كما هو الحال في النصب العام.

وبالجملة: لا يكون له ولاية القضاء زمان فقد الوصف خاصة.

[١] ذكر (قدس سره): أنه إذا مات الإمام ينزل القضاة بموته عند الشيخ (قدس سره) قائلاً بأنّ انزالهم مقتضى مذهبنا، ووجهه في الجواهر بأنّ ولاية القضاة فرع ولاية الإمام (عليه السلام) التي انقضت بوفاة، وقال في المبسوط بعدم انعزالهم لأنّ ولاية القضاء تثبت لهم بتوليته (عليه السلام)، والأصل بقاؤها، ولأنّ في الانعزال ضرراً عظيماً لخلوّ البلاد من القضاة إلى أن يتجدد النصب من الإمام اللاحق.

وذكر في المسالك أنّه يبطل النصب العام أيضاً لأنّ الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكماً أو قاضياً قد مات، إلا أنّ الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام في زمان الغيبة، وأنه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلّي واعلامه كبيان قبول شهادة العدل وكون اليد أمانة الملك، وغير ذلك من الأحكام الكلية.

أقول: اخبار الإمام (عليه السلام) بالكبرى الشرعية غير اعطاء الولاية بخلاف نصب

.

القاضي للرعية عاماً أو خاصاً فلا يقاس الثاني بالأوّل، ولو قيل بأنّ النصب الخاص أيضاً، وذلك فإنّ اعطاء الولاية واعتبارها غير الوكالة في القضاء، فإنه لا يكون تصرف الوكيل نافذاً بعد موت الموكل، حيث إنّ الوكالة أخذ الغير نائباً في الفعل القابل للاستناد إلى الشخص ولو

بالتسبب فهذه النيابة تعتبر مادام الموكل حياً، وتتقضي بموته بخلاف اعطاء الولاية وجعل المنصب للغير كجعل القيم للصغار والمتولي للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولاية للمنصوب. ولو قيل بأنّ نصب شخص قاضياً من قبيل الاستتابة في القضاء، كما هو مقتضى ما ذكرنا عن صاحب الجواهر (قدس سره) جرى مثلها في النصب العام أيضاً، حيث إنّه عن الإمام السابق، إلاّ أن يدعى امضائه عن الإمام اللاحق وحتى عن إمام العصر – عجل الله تعالى فرجه الشريف – بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوكالة الفضولية والالتزام بالفضولية واثبات الإمضاء كما ترى، وإن يقال بمثله في مسألة تحليل الخمس، أو يدعى أنّ الإمام (عليه السلام) لا تتقضي ولايته بموته بل ولايته ثابتة حياً أو ميتاً، وعلى ذلك يلزم بقاء النصب الخاص أيضاً والالتزام باختلاف أحكام الوكالة بين كون الموكل هو الإمام (عليه السلام) أو غيره أيضاً كما ترى.

وبالجملة: نصب القاضي خصوصاً أو عموماً من قبيل اعطاء المنصب واعتبار الولاية فلا تتقضي بموت الإمام (عليه السلام)، نعم في مثل نصب الفقيه القيم للصغار أو المتولي للأوقاف ونحو ذلك كلام وهو أنّ للفقيه الولاية على النصب أو إنّه ليس له إلاّ التوكيل والاستتابة ولو كان من قبيل التوكيل ينتهي بموت الفقيه، بخلاف ما إذا كان له اعطاء المنصب فإنّ المنصب المعطى يبقى ما دام المنصوب.

وقد ذكرنا في بحث ولاية الفقيه أنّ تصديه للأوقاف التي لا متولي لها ولأموال العاشرة: إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاة في زمان علي (عليه السلام)، وربما منع من ذلك فإنّه (عليه السلام) لم يكن يفوض إلى من يستقضيه ولا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو (عليه السلام) الحاكم في الواقعة لا المنصوب.

الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه [١] كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله كما تجوز شهادته.

الأيتام التي لا قيم لهم داخل في الأمور الحسينية التي يكون الأصل فيها عدم جواز التصرف الفقيه فيها بالمباشرة أو بالاستتابة من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، وأمّا ولايته على النصب فاقامة الدليل عليه مشكل، إلاّ أن يدعى أنّ مجرد التوكيل في مثل تلك الأمور غير كاف للزوم توقف التصدي وتعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الإذن من مجتهد

آخر، أو أنّ النصب المزبور ونحوه من شؤون القاضي، كما يظهر من بعض الروايات، وقد أعطي منصب القضاء للفقير العادل على ما تقدم.

[١] ذكر (قدس سره) أنّه لا ينفذ قضاء القاضي فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضاؤه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضاؤه على والده حيث لا تقبل شهادته الولد على والده وكشهادة العبد على مولاه وشهادة أحد على آخر بينهما خصومة أي عداوة، بحيث لا توجب تلك العداوة فسق الشاهد، وإلا يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإنّ القاضي إذا كان ممّن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضاً ولو مع كونه بشرائط القاضي وأوصافه، وهذا بخلاف شهادة الولد لوالده، أو شهادة الوالد على ولده أو لولده، وشهادة الأخ على أخيه؛ فإنّ الشهادة كذلك نافذة فيما كان الشاهد عدلاً ولذلك يكون قضاؤه أيضاً نافذاً مع كونه بشرائط القضاء وأوصاف القاضي، والوجه في ذلك

يعني عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أنّ القضاء شهادة وزيادة وإذا لم تجز الشهادة فلا يجوز القضاء أيضاً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ أصل الحكم يعني عدم قبول شهادة الولد على والده غير ثابت وإن نسب ذلك إلى الأشهر بل إلى المشهور؛ لأنّ المستند فيه هو مرسله الفقيه^(٣٨) وللإرسال ومعارضتها بخبري علي بن سويد^(٣٩) وداود بن الحصين^(٤٠) غير صالحة للاعتماد عليها، فيؤخذ باطلاق ما دلّ على ثبوت الحق بشهادة العدلين ويمين المدعى ونحو ذلك.

وأما الأخذ بعموم قوله سبحانه: **رَبِّائِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ**^(٤١) كما ذكر في الجواهر وغيرها لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه كما تقدم، حيث إنّ الأمر باقامة الشهادة لا يدلّ على نفوذها ولزوم قبولها مطلقاً.

لا يقال كيف تجوز شهادة الولد على والده مع حرمة العقوق وظاهر قوله سبحانه **رَوَّاحِيَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا**^(٤٢) مع أنّها اظهر لكذب الوالد وايدائه فلا يكون معروفاً بل عقوقاً.

(٣٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧١: ٦.

(٣٩) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٢٩.

(٤٠) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٠.

(٤١) النساء: ١٣٥.

(٤٢) لقمان: ١٥.

فإنه يقال: اظهر الحق وردّ الوالد عن باطله وتخليصه عما عليه من حق الغير معروف إليه ولو صحّ ما ذكر كان مقتضاه حرمة شهادة الولد على والدته ولا تنفذ

شهادته لكونه بتلك الشهادة محكوماً عليه بالفسق، وعموم قوله سبحانه: (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ) ينفي تلك الحرمة، وإلا لما كان فرق بين الشهادة على الوالد والشهادة على الأم، وما قيل من جواز شهادة الولد على والده بعد موته مبني على دعوى العقوق، ثم على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلاً في الشهادة بأن يكون القضاء شهادة وزيادة ممنوع، فإنّ القضاء أخذ بشهادة الغير لاقامة لها، نعم لو تم أمر العقوق والمصاحبة بالمعروف لما كان فرق بين اداء الشهادة والقضاء.

ومن جملة من لا تقبل شهادته من يجرب شهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غرامة عن نفسه، ولذا قالوا إنّ القاضي إذا كان داخلاً في الأطراف في المخاصمة سواء كان مدعياً أم منكرأ أو كان المدعي أو المنكر متعدداً أحدهم القاضي فلا ينفذ حكمه في تلك الواقعة ولو مع تراضي الأطراف.

ويستدل على ذلك بوجهين :

الأول: عدم قبول شهادة من يجربّ شهادته نفعاً إلى نفسه، أو يدفع غراماً عنه، والقضاء شهادة وزيادة، وفي معتبرة أبان قال: «سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلا في شيء له فيه نصيب»^(٤٣) ونحوها غيرها.

وفي موقفة سماعة قال: «سألته عما يردّ من الشهود؟ قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم... الحديث»^(٤٤).

ولكن هذا الوجه غير تام لما تقدم من أنّ القضاء غير الشهادة فلا يجري على

الأول الحكم الثابت في الثاني، مع أنّ مقتضى الوجه المزبور أن لا ينفذ حكمه في تلك الواقعة، فيما إذا كان في الحكم الصادر جرّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان في

(٤٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٢.

(٤٤) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٨.

قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذاً مع أنّ ظاهرهم عدم نفوذ حكمه في تلك الواقعة مطلقاً وحتى مع تراضي الأطراف.

كما هو مقتضى الوجه الثاني، وهو أنّ الظاهر من معتبرة سالم بن مكرم ومقبولة عمر بن حنظلة وغيرهما ممّا ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضاياهم أو من يروي حديثهم وينظر في حلالهم وحرامهم توجه الأمر إلى أطراف المخاصمة، وإذا كان القاضي من أطرافها يكون مكلفاً كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكماً وقاضياً.

وهذا نظير ما يذكر في باب الزكاة من أنّ الأمر بدفعها والإتيان بها ظاهر الدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالك النصاب تملك الزكاة لنفسه مع فقره، وهذا الوجه لا بأس به، ولذا لا يبعد الالتزام بعدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكلّ القاضي الغير في المرافعة إليه مع الطرف الآخر، أو كان النزاع بين وكيله والطرف الآخر في مال أنّه ملك موكله أو للطرف الآخر، وكذا فيما كان النزاع في مال بأنّه للمولى عليه للقاضي أو لشخص آخر كما إذا كان القاضي وصياً أو قيّماً للأطفال بالإيصاء إليه أو بجعل القيمومة من الميت؛ فإنّ القاضي المزبور في الواقعة طرف المخاصمة.

وذكر في ملحقات العروة أنّ الولاية الخاصة لا تمنع القضاء كالولاية العامّة، فيما إذا وكلّ القاضي الغير في المرافعة إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضي داخلياً في أطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نذر أحد المال للقاضي أو وقف عليه، ثم وقع النزاع بين الناذر أو الواقف وبين الغير في المال المنذور أو الوقف، فلا اشكال في

.

قضاء القاضي بالمنذور له الموقوف عليه حيث إنّ الخطاب بالرجوع إلى من ينظر في واقعتهم لا يتوجه إلى القاضي المزبور.

ويظهر من المستند أنّ القاضي لا ينفذ حكمه فيما كان هو أو وكيله طرفاً في النزاع ولو في الوقائع التي يتصرف فيها القاضي بالولاية العامّة بأن كان المتصدي للواقعة التي وقعت المخاصمة فيها هو القاضي أو وكيله، وأمّا إذا كان المتصدي لها شخص آخر نصبه القاضي المزبور قيّماً أو متولياً أو نصبه كذلك حاكم آخر فلا بأس بتصديّه للقضاء فيها؛ لأنّ القاضي في فرض تصديّه بالمباشرة أو بالتوكيل طرف النزاع، بخلاف ما إذا كان طرف النزاع القيم أو المتولّى المنسوب من قبله أو من قبل حاكم آخر فلا يتعلّق نزاعهما بالقاضي.

ويمكن تأييد ذلك بما ورد في درع طلحة، فإنه إما كان راجعاً إلى بيت المال أو إلى ورثة طلحة، وباعتبار غيابهم عن المال كان المتصدي لأمره علي (عليه السلام) بالولاية العامة، وقد جعل (عليه السلام) بينه وبين من كان بيده درعه شريح.

أقول: لا يخفى أنّ التأييد في غير محلّه فإنّ جعل القاضي في الواقعة كان تلبية لسؤال عبدالله بن قفل فلا يدلّ على عدم نفوذ قضائه (عليه السلام) فيما لو كان متصدياً للقضاء، بل ظاهر أمره (عليه السلام) بعد بيان خطأ شريح بأخذ الدرع هو نفوذ حكمه (عليه السلام).^(٤٥)

والحاصل: أنّ دعوى الانصراف في روايات نصب القاضي و إنّ أطراف المخاصمة مكلفون بالرجوع إلى شخص آخر ليقضي بينهم بالإضافة إلى موارد الولاية العامة غير محرز وإن كان رعاية ما ذكر مطابقاً للاحتياط في بعض الموارد.

النظر الثاني:

النظر الثاني:

في الآداب.

وهي قسمان: مستحبة و مكروهة. [١]

فالمستحبة: أن يطلب من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد لترد الخصوم عليه وروداً متساوياً، وأن ينادى بقدومه إن

[١] الآداب المذكورة في المقام على نحوين، منها ما تكون رعايتها على من يكون منصوباً للقضاء بالنصب الخاص كالأخذ من الحاكم المعزول تسجيلات حجج الناس و ودائعهم، ومنها ما يكون رعايتها حتى لمن قضاؤه بالنصب العام كاتخاذ وسط البلد مسكناً ليسهل لجميع أهل البلد الوصول إليه.

ثم إن من يقضي بين الناس إما أن يتخذ القضاء شأنًا وشغلًا لنفسه وإما أن يتفق له القضاء من غير أن يتخذه شأنًا و شغلًا، والأمور المرغوبة إليها قد تتعلق بالأول كالسكن في وسط البلد والقضاء في موضع بارز وقد تعم كليهما كالتسوية بين الخصمين، وربما يذكر الأمور المتعلقة بما يعمهما في كيفية الحكم وآداب القضاء، وقد لا يلاحظ ذلك و يذكر ما يعمهما في آداب القاضي كما يقال يستحب أن يطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أن ذلك من آداب القضاء.

وكيف ما كان فقد ذكر الماتن (قدس سره) استحباب أمور للمتصدي للقضاء، بعضها راجعة إلى شؤون القاضي المنسوب بالنصب الخاص من غير أن يدخل في القضاء كما في النظر إلى أمر المحبوسين وأولياء القصر والنظر في اللقط، وبعضها داخلة في شؤون القضاء كالجوس مستدبر القبلة أو مستقبلها، ولكن لا يتيسر اتمام كل ما ذكر بالدليل، كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء، وأن يجلس للقضاء في موضوع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول إليه، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول [١] من حجج الناس و ودائعهم لأنّ نظر الأول سقط بولايته، ولو حكم في المسجد، صلى عند دخوله تحية المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة، ليكون وجوه الخصوم إليها، وقيل: يستقبل القبلة لقوله (صلى الله عليه وآله): «خير المجالس ما استقبل به القبلة» والأول أظهر.

مع أنّ الحكم الاستنباطي و غير الالزامي كالالزامي يحتاج إلى مستند معتبر؛ لما ذكرنا في بحث الأصول من أنّ قاعدة التسامح في أدلة السنن لا أساس لها؛ فإنّ الروايات الواردة في الثواب على عمل بلغ فيه الثواب لا تدل على مزيد من اعطاء الثواب البالغ لمن أتى بذلك العمل على طبق البلوغ، فإن كان الخبر البالغ معتبراً يكون الاتيان به بنحو الجزم وإن كان غير معتبر يؤتي به رجاءً أو بعنوان الاحتياط، وأنّها لاتعم غير موارد بلوغ الخبر.

نعم يمكن أن يدخل بعض ما ذكر في المقام في بعض العناوين المرغوبة إليها شرعاً فإنّ اتّخاذ القاضي في وسط البلد مسكناً وجلوسه للقضاء في موضع بارز يسهل للناس الوصول إليه، فيدخل في عنوان السعي في حوائج الناس ودفع اضطرارهم فيكون مستحباً بهذا العنوان، كما أنّ حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء وشهودهم الحكم فيه نوع تحفظ على الواقع واحتياط في حقوق الناس وأموالهم، فيكون مستحباً بما دلّ على حسن الاحتياط في الدين أو حقوق الناس.

[١] ظاهر كلامه (قدس سره) أنّ القاضي المنصوب يبدأ بأخذ ما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم، ثمّ ينظر في حال المحبوسين ويفتّش عن موجب حبسهم، و ينادي بهم في البلد طلباً لخصومهم ثمّ ينظر في حال أوصياء الأيتام ويلاحظ تصرفاتهم و موجب وصايتهم وأمر انقراض ولايتهم، ثمّ ينظر في أمناء الحاكم ثمّ يسأل عن أهل السجون، ويثبت أسماءهم، وينادي في البلد بذلك ليحضرالخصوم، ويجعل لذلك وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، ويسأله عن موجب حبسه، وعرضَ قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، وإلاّ أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه. وكذا لو أحضر محبوساً فقال: لاصم لي، فإنّه ينادى في البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، وقيل: يحلّفه مع ذلك.

ثمّ يسأل عن الأوصياء على الأيتام، ويعتمد معهم مايجب من تضمين، أو إنقاذ أو إسقاط ولاية، إمّا لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه، أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصي عجز. ثمّ ينظر في أمناء الحاكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، ولأموال الناس من وديعة أو مال محجور عليه، فيعزل الخائن ويُسعد الضعيف بمشارك، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

الحافظين لأموال الأيتام وسائر القاصرين من الناس ثم ينظر في الضوال واللقط الموجودة بيد أمناء الحاكم.

ولكن لم يتضح وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنّ النظر فيما ذكر حفظاً للنظام والحقوق واجب على الوالي أو القاضي على حسب العهد المرسوم لهما من وليّ الأمر، فإن تمكن القاضي المنصوب لجميع ذلك من النظر فيها ولو بمعونة أمنائه ووكلائه في زمان واحد فهو وإلاّ يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أنّ بين المحبوسين مظلوماً ودفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعيناً، خصوصاً فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيرها.

ثمّ ينظر في الضوال واللقط، فيبيع ما يخشى تلفه، وماتستوعب نفقته ثمنه، ويسلمّ ما عرفه المنتقط حولاً إن كان شيء من ذلك في يد أمناء الحاكم، ويستبقي ما عدا ذلك مثل الجواهر والأثمان، محفوظاً على أربابها، ليدفع إليهم عند الحضور، على الوجه المحرّر أولاً. ويحضر من أهل العلم من يشهد حكمه [١] فإن أخطأ نبهوه لأنّ المصيب عندنا

[١] قد تقدم أنّ حضور بعض أهل العلم والفضل مجلس القضاء والحكم نوع احتياط في أعراض الناس وأموالهم وحقوقهم، وما ذكر (قدس سره) من أنّ القاضي لو أخطأ فاتفق لم يضمن، وكان التلف على بيت المال، يستدل عليه تارة بكون القاضي محسناً، و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ^(٤٦) وإنّ الضمان سبيل، وأخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصبغ بن نباتة «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام): أنّ ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين»، ^(٤٧) ورواه الكليني (قدس سره) بسند موثق عن أبي مريم عن أبي جعفر (عليه السلام).

أقول: أمّا قضية كون القاضي محسناً فلا يمكن الاستدلال بها في المقام، فإنّ القاضي كان قاصداً للاحسان لا أنه محسن فعلاً، وثانياً: نفي السبيل على المحسن لو اقتضى نفي الضمان فالمنفي ضمان التلف لا ضمان الإلتلاف، كما هو الفرض في كلام الماتن (قدس سره)؛ فإنّ الإلتلاف ولو بنحو التسبب يوجب ضمان المتلف كان قاصداً للاحسان أم لا، بل عدم ضمان التلف في موارد الأمانة المالكية أو الشرعية مستفاد من الروايات الظاهرة في عدم ضمان الأمين الموافقة للسيرة العقلانية.

(٤٦) التوبة: ٩١.

(٤٧) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٦٥.

وعلى ذلك فمقتضى القاعدة لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطيء واحد ويخاوضهم فيما يُستبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة، ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال وإذا تعدى أحد الغريمين سنن الشرع عرفه خطأه [١] بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب لزوم النمط.

موجوداً استردّه، وإن كان تالفًا يكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الاعطاء له مجاناً وإلا يكون استقرار ضمانه على القاضي، حيث إنه أتلف المال بالتسبب ولكن فيما كان الضمان على القاضي يتدارك من بيت المال لأن ثبوت الضمان على القاضي لابهذا النحو يوجب الكف عن القضاء، مضافاً إلى امكان استقادته من الموثقة الدالة على ضمان دية القطع والدم مع خطأ القاضي على بيت المال؛ فإنه لا يحتمل الفرق بين الدية والمال في الفرض.

[١] لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرفه الحاكم خطأه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرًا على ما يوجب النمط.

أقول: لو كان التعدي بارتكاب ما لا يجوز شرعاً بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمداً أو إلى القاضي الجور والميل عن الحق، أو كان فعله اهانة وإيذاء لخصمه أو الشاهد أو القاضي وغير ذلك، فإن كان ذلك لجهله بعدم جواز ذلك شرعاً أو احتتمل الجهل في حقه عرفه الحاكم خطأه؛ لأن ذلك يدخل في تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر في عنوان النهي عن المنكر ولو عاد أدبه فإنّ التاديب يدخل في عنوان المنع عن المنكر عنه عملاً أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. ولكن ذكرنا في بحث الأمر بالمعروف أنّ النهي عملاً وان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلا أنه لا يدخل في الواجب الكفائي. نعم ربّما يدخل الفعل في عنوان المنع عن المنكر، إلا أنه لا دليل على وجوبه ولو بنحو الواجب الكفائي، بل لا دليل أيضاً على مشروعيته إلا بالاضافة إلى الأهل،

كما هو مقتضى اطلاق قوله سبحانه: (قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا)،^(٤٨) وفي صحيحة عبدالله بن سنان أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «جاء رجل إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال: إن أمي لاتدفع

يد لامس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قل قد فعلت، قال: قيدها فانك لاتبرها بشيء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عزوجل»، وما ورد في تفسير الآية لا يدل على انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

نعم تأديب من يرتكب محرماً ليرفع يده عنه مشروع للحاكم والوالي ولو فيما لم ينطبق عليه غير عنوان التعزير فضلاً عما إذا انطبق عليه عنوان المنع عن ايداء الغير أيضاً أو غيره من الحرام، وفي موثقة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إن رجلاً لقي رجلاً على عهد أمير المؤمنين (عليه السلام) وقال: إن هذا افتري علي، قال: وما قال لك؟ قال: إنه احتلم بأمر الآخر، قال: إن هذا افتري علي، قال: وما قال لك؟ قال: إن في العدل إن شئت جلدت ظله فإنّ الحلم إنما هو مثل الظل ولكن سنوجهه ضرباً وجيعاً حتى لا يؤذي المسلمين، فضربه ضرباً و جيعاً». (٤٩)

ومما ذكر يظهر أنه يجوز للحاكم هذا التأديب بالعود بعد تعريف الخطأ؛ لأن غاية ما يستفاد مما ورد في عدم ثبوت الحدّ والتعزير في حق الجاهل بالحكم عدم مشروعية التأديب بالضرب أو بغيره قبل تعريف الخطأ، لا في العود بعد عرفان الحكم.

والآداب المكروهة:

أن يتخذ حاجباً وقت القضاء [١]، وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ولا يكره لو اتفق نادراً، وقيل: لا يكره مطلقاً التفاتاً إلى ما عرف من قضاء علي (عليه السلام) بجامع الكوفة، وأن يقضي وهو غضبان، وكذا يكره مع كل وصف يساوي الغضب في شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح والوجع ومدافعة الأخبثين وغلبة النعاس، ولو قضى والحال هذه، نفذ إذا وقع حقاً.

[١] قد ذكر في الكلمات أنه يكره للقاضي أمور:

منها: اتخاذه حاجباً عند الحاجة إلى القضاء للنبي المروي في كلمات العامة: «من ولى شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره»، (٥٠) ولسان الخبر وإن يناسب الكراهة، إلا أن الإعتقاد عليه في الحكم بها لضعف سنده مشكل.

(٤٩) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب حد القذف، الحديث ١: ٤٥٨.

(٥٠) السنن البيهقي ١١٠: ١٠.

والأظهر انه لو كان الحجب بحيث يترك الناس و خصوماتهم من غير فصل فهذا غير جائز، لما تقدم من وجوب تولي القضاء حفظاً للنظام وانهاء الخصومات باستيفاء حقوق بعضهم من بعض، وان لم يكن الحجب موجباً لذلك بأن كان مجرد التأخير في القضاء فيكون هذا من ترك المستحب وهو السعي في قضاء حوائج الناس كما في صورة اتخاذ الحاجب والقضاء فوراً.

و منها: اتخاذ المسجد مكاناً للقضاء أو القضاء فيه من غير اتخاذه مكاناً، كما هو ظاهر المحكي عن الصدوق (قدس سره)، وبعضهم كالمصنف (قدس سره) فصل بين جعله مجلساً للقضاء دائماً فيكرهه، وبين القضاء فيه بعض الأحيان فلا يكرهه، وبعضهم أنكروا الكراهة لما هو المعروف من قضاء عليّ (عليه السلام) في جامع الكوفة، فإن أمر دكة القضاء إلى يومنا هذا معروف.

.

واستدل على الكراهة بما ورد في النهي عن بعض الأمور في المسجد، معللاً بأن المسجد بني لغير ذلك أو أنه بني للقرآن، وفي معتبرة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليه السلام) قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن سلّ السيف في المسجد وعن برىء النبل في المسجد وقال: إنّما بني لغير ذلك»،^(٥١) وبمرسلة علي بن اسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبو عبد الله: جنبوا مساجدكم البيع والشراء والمجانين والصبيان والأحكام والضالة والحدود ورفع الصوت». ^(٥٢)

ولكن لا يخفى أنه يمكن دعوى أن القضاء من قبيل تعليم الحكم فيكون داخلًا فيما بني له المسجد، والمرسلة لضعف سندها لاتصلح للاعتماد عليها، خصوصاً بملاحظة معروفة أمر دكة القضاء بجامع الكوفة. والقول بأن قضائه في المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكة القضاء من المسجد أو كان القضاء فيها بعض الأحيان اتفاقاً لا يمكن المساعدة عليه؛ فإنّ كون دكة القضاء من المسجد كمعروفة سائر الأجزاء والمقامات فيه ولو كان قضاؤه فيها نادراً لاشتهر مكان آخر أيضاً بكونه مجلس القضاء.

ومنها: القضاء حال الغضب ولعلّ المراد بالغضب ما يخرج به النفس عن الاعتدال واشتغالها بأمر آخر لا يناسب الدقة في القضاء وملاحظة موازيه، ويؤيد ذلك إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله قال: «قال رسول الله (صلى الله

(٥١) الوسائل: ٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١: ٤٩٥.

(٥٢) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب المساجد، الحديث ١: ٥٠٧.

عليه وآله): من ابتلي بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان»،^(٥٣) وفي خبر سلمة بن كهيل:
«ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم»،^(٥٤) وكيف ما كان فلو قضى والحال هذه نفذ
وأن يتولى البيع والشراء بنفسه [١].

إذا كان على الموازين أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء وقصور ما دلّ على المنع عن الظهور
في عدم النفوذ بل الحرمة، فلاحظ.

[١] ذكر في الجواهر في ذيل هذا الكلام ما حاصله: أنه يكره للقاضي تولّي البيع
والشراء لنفسه في مجلس الحكم وغيره، سواء أكانت معاملته مع من يعلم أنه يحاسبه أم غيره،
ولعلّ النسخة الصحيحة: مع من يعلم أن يحاسبه أو غيره أي معاملته مع من يوقع البيع المحاباة
وغيره لقوله (صلى الله عليه وآله) على ما رواه بعض العامة: «ما عدل وال اتجر في رعيته
أبداً»،^(٥٥) بل في آخر: «لعن إمام يتجر في رعيته». ^(٥٦)

ولأنّ في حال تولي القضاء يكون البيع أو الشراء موجباً لتشويش خاطره خصوصاً إذا
كان ذلك في مجلس الحكم فإنّه المانع من التوجه بتمام قلبه إلى الخصومة المرفوعة إليه،
ولاحتمال أن يقع البيع أو الشراء منه على وجه المحاباة بأن يبيع الآخر المال منه بأقل من
قيمته السوقية أو يشتري منه بأكثر منها بحيث يوجب ذلك جلب محبة القاضي وميله إليه، وقد
يحصل الخوف لخصم من يعامل القاضي من ميل القاضي إلى ذلك المعامل فيمتنع عن
المرافعة إليه فيكون القاضي موضع التهمة إلى غير ذلك.

وقد عمّم (قدس سره) الحكم فألحق سائر المعاملات بالبيع والشراء وقال: بل يكره للقاضي
النظر في نفقة عياله وضيعته وغير ذلك ممّا يشغل قلبه فالأولى للقاضي أن يوكل من لا يعرفه
الغير أنّه وكيله للبيع والشراء، ثمّ نقل ما روى عن بعض كتب العامة أنّ علياً (عليه السلام) امتنع
عن شراء القميص ممن عرفه إلى أن انتهى إلى من لا يعرفه فاشترى منه. ^(٥٧)

وكذا الحكومة [١]

(٥٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٦.

(٥٤) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١: ١٥٥.

(٥٥) الجامع الصغير للسيوطي ٢: ١٦٤، المغني لابن قدامة ١١: ٤٣٩.

(٥٧) السنن للبيهقي ١٠: ١٠٧.

أقول: ليس فيما ذكر وجه يصحّ الاعتماد في الحكم بكراهة تولي القاضي البيع والشراء لنفسه، وإنما الممنوع ميل القاضي إلى أحد الخصمين للحكم له، كما تشهد لذلك صحيحة أبي حمزة الثمالي، نعم معاملة القاضي ممن يبيعه أو يشتري منه محاباة لجلب رضاه ليحكم له عند المخاصمة إليه داخل في الرشوة، فيما إذا علم القاضي أنّ بيعه أو الشراء منه كذلك، فلا تجوز له تلك المعاملة لأنها من الرشوة في الحكم، كما ذكرنا في المكاسب المحرّمة، وأمّا تولي البيع والشراء في مجلس الحكم بحيث يوجب تشويش البال فقد تقدم كراهة الحكم حال اشتغال القلب، وهذا داخل فيه سواء أباغ أو اشترى لنفسه أم للغير.

[١] أي وكذا يكره توليه الحكومة لنفسه بأن يقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولى أن يوكل من يرافع مع خصمه عند قاض آخر، وفي نهج البلاغة «إنّ للخصومة قحماً»، قال ابن أبي الحديد في ذيل هذا الكلام: قالها أمير المؤمنين حين وكلّ عبدالله بن جعفر في الخصومة عنه، وروى أنه (عليه السلام) وكلّ عقيلاً في خصومته وقال: إنّ للخصومة قحماً.^(٥٨)

أقول: لو تمّ ذلك لم يكن هذا من آداب القاضي، بل يكره لكل خصم تولي الخصومة بنفسه وإنّ الأولى التوكيل في المخاصمة إلى القاضي، وقد ورد في بعض الروايات المروية بطرقنا أن أمير المؤمنين^(٥٩) (عليه السلام) بل قبله النبي^(٦٠) توليا الخصومة بنفسهما، ويقال إنّ ذلك لا ينافي الكراهة وإنما كان ذلك لبيان بعض الأحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب قاضياً للناس، كما في قضية درع طلحة أو لغير ذلك من المصالح.

وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجّة [١].

وكذا يكره اللين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم، ويكره أن يرتب للشهادة قوماً [٢] دون غيرهم، وقيل: يحرم لاستواء العدول في موجب القبول ولأنّ في ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاقتصار.

[١] ذكروا أنّ اظهارة القاضي الانقباض في وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجّة والتفتن بها وتحريرها على وجه الكمال مكروه.

أقول: ينبغي أن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانة المؤمنين والتجبر عليهم، فإنّ هذا أمر في نفسه غير جائز، سواء أكان من القاضي أم غيره. وإذا لم يكن كذلك فيمكن أن يقال أنّه لا يجوز للقاضي فعل ما يوجب دهشة المترافعين إليه بحيث يغفلان أو

(٥٨) شرح النهج لابن أبي الحديد ٢٦٠: ١٩.

(٥٩) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٦٠) الوسائل: ١٨، الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل في الإفصاح عن مورد منازعتهم، فإنّ هذا ينافي مشروعية القضاء وإيصال الحق لأهله وفي غير ذلك فلا موجب للكرهية أيضاً.
و ممّا ذكرنا يظهر الحال في اللين الخارج عن المتعارف والموجب لجرأة المتخاصمين على ما فيه نوع مهانة للقاضي أو لقضائه.

[٢] لا يخفى أنّ ترتيب قوم للشهادة إن كان بحيث لا تقبل الشهادة من غيرهم حتى مع التمكن من احراز عدالتهم، فهذا ابطال لحقوق الناس وتضييع لها وقد جعل القضاء لرعاية حقوق الناس واستيفائها، وإن كان المراد أنّه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم وحقوقهم شهوداً منهم دون غيرهم فالاستجابة لذلك لالزوم لها على الناس، ولكن لا كراهة فيه فيما إذا لم يكن في تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمة، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء وعدم تأخيرهم إلى تعديل الشهود، وقيل: إنّ أول من رتب للشهادة قوماً بعض القضاة من العامة.

وهنا مسائل:

الأولى: الإمام يقضي بعلمه مطلقاً [١] وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق

وكيف ما كان فليس مراد الشيخ (قدس سره) من منعه الصورة التي ذكرنا عدم الكراهة فيها أيضاً، فلاحظ كلامه المنقول عنه في مبسوطه تجده موافقاً لما ذكرنا.

[١] وجوب اتباع حكم الإمام (عليه السلام) على الرعية ونفوذه بعد كون طاعته (عليه السلام) كطاعة النبي (صلى الله عليه وآله) من أصول مذهبنا ولم يخالف فيه أحد منّا، وأمّا جواز قضائه بعلمه فهو أيضاً ممّا لا ينبغي التأمل فيه، فإنّ القضاء المزبور داخل في القضاء بالحق والحكم بالعدل فيدخل في قوله سبحانه: (وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ) (٦١)، ولقول عليّ لشريح في قضية درع طلحة: «ويحك — أو: ويلك — إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»، (٦٢) ولقتله (عليه السلام) خصم النبي (صلى الله عليه وآله) قضاءً بعلمه. (٦٣)

بل يظهر من بعض الروايات المعتبرة أنّ حكم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) بعلمه كان مفروغاً عنه بين الناس كصحيحة محمد بن قيس وفي خبر حسين بن خالد أو صحيحه عن أبي عبدالله (عليه السلام): «سمعتة يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب

(٦١) المائدة: ٤٢ .

(٦٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤.

(٦٣) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٠.

الخمير أن يقيم عليه الحد ولا يحتاج إلى بيّنة مع نظره لأنّه أمين الله في خلقه»،^(٦٤) وفي ذيله دلالة على أنّ ذلك بالاضافة إلى حقوق الله، وأمّا حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبة صاحبة.

وكيف كان فلا موجب لتطويل الكلام في المقام، وما نقل السيد (قدس سره) عن أبي علي ابن الجنيد من الخلاف لا يعتنى به، فإنّ خلافه مبني على اجتهاده المخدوش، وهو أنّ الناس وفي حقوق الله سبحانه على قولين أصحهما القضاء [١]، ويجوز أن يحكم في ذلك كلّ من غير حضور شاهد يشهد الحكم.

الله سبحانه قد أوجب للمؤمنين حقوقاً لم تثبت بينهم وبين الكفار والمرتدين كالمناكح والمواريث والذبائح وغير ذلك ووجدنا الله تعالى قد أطلع نبيّه على من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فكان يعلمه ولم يبيّن النبي (صلى الله عليه وآله) أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنين ليمنّوا عن مناكحتهم وإرثهم وذبائحهم إلى غير ذلك.

و وجه الخدشة أنّ الكفر باطناً لا يمنع عن الحكم بالإسلام، فإنّ الموضوع لترتيب الحقوق المزبورة هو الاعتراف بالشهادتين من غير اظهار الخلاف بتكذيب نفسه في اعترافه.

[١] صريح كلام السيد (قدس سره) جواز الحكم من الحاكم بعلمه في حقوق الناس عند الإمامية ولو من غير الإمام (عليه السلام)، حيث ذكر في الجواب عن الاشكال بأنّه كيف تدعون الاجماع على جواز الحكم مع أنّ أبا علي ابن الجنيد يصرح بالخلاف، بأنّ خلاف ابن الجنيد لاجتهاد مخدوش وأنه لا يخفى اتّفاق الإمامية على الانكار على أبي بكر، حيث طلب البيّنة من الزهراء (عليها السلام) على دعواها بأنّ فدك نحلة أبيها مع علمه بصدقها لعصمتها (عليها السلام).

والمتحصل: جواز قضاء غير النبي (صلى الله عليه وآله) وغير الإمام (عليه السلام) بعلمه في حقوق الناس أيضاً من القطعيّات في كلمات جملة من الأصحاب، وقد نقل الاجماع عليه و على جوازه في حقوق الله في الانتصار والخلاف والغنية والسرائر.

و على كلّ حال يقع الكلام في المقام في جواز الحكم من القاضي بعلمه تكليفاً، و في نفوذ ذلك الحكم على المتخاصمين وغيرهما وضعاً، وأنّه يجوز للقاضي اجراء حدود الله على مرتكبي موجباتها فيما إذا كان ثبوتها بعلمه، والكلام في الأولين فيما

.

إذا كانت المخاصمة في الموضوعات، وأمّا فيما إذا كان من الشبهات الحكمية فلا كلام في جواز الحكم و نفوذه على ما تقدم سابقاً.

فنقول: الحكم بعلمه في حقوق الناس داخل في الحكم بالعدل والقضاء بالقسط فيجوز بل ينفذ لاطلاق قوله (عليه السلام): جعلته حاكماً أو قاضياً، بعد عدم الدليل على تقييد ذلك بكون الحكم بغير علم وكذا الحال فيما إذا كان حكمه في حدود الله أخذاً بقوله سبحانه: (الرَّأْيَةُ وَالرَّأْيُ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)^(٦٥) وغيره بعد كون الخطاب للحكام على ما يأتي.

وما يقال في المقام في وجه المنع إمّا راجع إلى عدم جواز الحكم من القاضي بعلمه كما قيل بأنّ الحكم بعلمه يجعل القاضي موضع التهمة، وإمّا راجع إلى الحكم الوضعي بدعوى أنّ الطريق المألوف في القضاء في حقوق الناس وغيره غير علمه، كما يستفاد ذلك من صحيحة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٦٦)، وما ورد في الرجل الذي رأى الفجور بزوجه. (٦٧)

ولكن شيئاً من ذلك لا يصلح مانعاً، فإنّ قضيته جعل الحاكم موضع التهمة، فلا مورد لها فيما إذا عرف القاضي بالديانة وتعصّب في دين الله، بل مطلقاً بعد عرفان عدالته، وإلا لكان تعديله الشاهد بعلمه أو تجريحه غير جائز للتهمة الموهومة، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف و المناقشة في مسألة جرحه و تعديله بل لا بدّ من انتهائهما بعلمه كما لا يخفى.

.

وأمّا قوله (صلى الله عليه وآله): «إنّما أقضي بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبي بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أمير المؤمنين (عليه السلام) مشهورة معروفة عند العوام فضلاً عن الخواص، فيكون الحصر في الصحيحة غالبياً، والصحيحة ناظرة إلى عدم تغير الواقع بحكمه (صلى الله عليه وآله) على طبق البيّنات والأيمان كما يشهد بذلك ذيلها، وقد يكون القضاء باعتراف الخصم و اقراره، مع أنّ الحكم به لا يكون داخلاً في شيء من البيّنة والأيمان.

(٦٥) النور: ٢.

(٦٦) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٦٧) الوسائل: ١٨، الباب ٤٥ من أبواب حد الزنا، الحديث ١: ٤١٣.

أضف إلى ذلك احتمال كون البيّنة في الصحيحة بمعناها اللغوي، فتعمّ علم القاضي كمايفصح عن ذلك غير واحد من الآيات كقوله سبحانه: (قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي)^(٦٨) وقوله: (فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ)^(٦٩) و (أَرَأَيْتُمْ إِن كُنتُ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي)^(٧٠) إلى غير ذلك مما استعمل فيه البيّنة بمعنى موضح الواقع والأمر والحق.

لا يقال: لايحتمل كون البيّنة في الصحيحة بالمعنى اللغوي، وإلاّ لم يصح إفراد الأيمان عن البيّنات حيث إنّ الأيمان أيضاً من موضح الحق والواقع.

فإنه يقال: عطف الأيمان على البيّنات لا ينافي كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إنّ البيّنة ظاهرها موضح الأمر، والواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء ولايكون الأيمان كذلك فإنّها موضحات بلحاظ مقام القضاء في حقوق الناس، وما ورد فيمن رأى الفجور بزوجه ناظر إلى عدم جواز إجراء الحدّ لغير الحاكم، وأنه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنه لا بأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

وبالجملة: فليس في البين مايمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف
.....

لا يدخل فيه علم القاضي بل اعتبار البيّنة في حق القاضي العالم بالحق والواقع غير ممكن. ومايقال بأنّه: لا يجوز الحكم في حقوق الله بالعلم لأنّ حقوق الله مبتنية على المسامحة، ويدل عليها ماروي عن النبي (صلى الله عليه وآله) في قضية الملاعة: «ولو كنت راجماً بغير بيّنة لرجمتها»^(٧١)، ولذا حكى عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، ولايمكن المساعدة عليه فإنّه لم يثبت في حقوق الله إلاّ أنّ للقاضي المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتكب، لا أنّ علم القاضي لا يكون طريقاً لثبوته.

وربّمايستدل على جواز القضاء بالعلم بأنّه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضي ثلاث مرات بحيث لايجوز له الرجوع إليها إلاّ بعد النكاح من المحلّل، ثم جدد الرجل الطلاق ولم تتمكن زوجته من اقامة الشهادة على طلاقها كذلك فإنّه يتوجه اليمين إلى الزوج، فإنّ حكم الحاكم المزبور يكون المرأة زوجته فهذا حكم بالباطل والزور، وإن لم يحكم بشيء لم يترك

(٦٨) الأنعام: ٥٧.

(٦٩) الأنعام: ١٥٧.

(٧٠) هود: ٢٨.

(٧١) سنن البيهقي ٤٠٧: ٧.

القضاء، وقد تقدم وجوبه عيناً أو كفاية، فيتعين القضاء بعلمه وإن ترك القضاء بالعلم مستلزم لعدم انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق مع امكانه وإذا لم يجز ذلك يتعين الحكم بعلمه. أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأنه لو ثبت انحصار طريق القضاء بالبينة والحلف والاقرار يمكن للقاضي العالم بحقيقة الحال أحد أمرين: الأول: أن يحول الواقعة إلى قاض آخر، ويحضر عنده ليشهد بما علمه من أمر الطلاق أو غيره، إذا كان معه شاهد آخر. الثاني: أن يأمر الزوج باعترافه بالطلاق والتوبة والرجوع عن انكاره، ويعزّره على

كذبه وانكاره؛ حتى يعترف بالحال، ونذكر ان شاء الله تعالى أن ما يذكر من أن الاقرار بالاكراه لا يكون نافذاً لا يشمل الفرض مما يعلم القاضي ان اقراره ولو باكراهه مطابق للواقع. وقد يقال في وجه عدم جواز القضاء بالعلم: بأن العلم إنما يكون طريقاً بالذات إلى متعلقه بالاضافة إلى العالم، فيكون علم القاضي طريقاً إلى الواقع بالاضافة إلى نفسه، وجواز القضاء ليس من أثر الواقع، بل أثر احرازه كما يفسح عن ذلك قوله (عليه السلام) في تقسيم القضاة: «رجل قضى بالحق وهو يعلم»^(٧٢)، وقوله (عليه السلام): «من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكة السماء»^(٧٣) لعدم احتمال الفرق بين الافتاء والقضاء من هذه الجهة، وإذا كان احراز الواقع موضوعاً لجواز القضاء فيمكن أن يختص الموضوع بما إذا كان الاحراز بالبينة أو الحلف، كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»، ولا يمكن التعدي إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجداني، فضلاً عن دعوى الأولوية لاحتمال الخصوصية في البيّنة لكونها طريقاً إلى الواقع مطلقاً لا بالاضافة إلى شخص دون شخص بخلاف العلم، فإنه طريق بالاضافة إلى العالم فقط أضف إلى ذلك ماتقدم من أن القضاء بعلمه يجعله موضع التهمة. أقول: كون الموضوع لجواز القضاء والافتاء احراز الواقع لانفس ثبوت الشيء واقعاً صحيح، لكن هذا لا يمنع عن حكمه بعلمه فكما ان علمه طريق إلى الواقع بالاضافة كذلك البيّنة في موارد قضائه بها وإلا ربّما يكون كل من المتخاصمين جازماً بما يدعي أو ينكر فلا يكون اعتبار بالبينة بالاضافة إليهما، وأمّا دلالة الحصر فقد تقدم أنه اضافي وقد ذكر للدلالة على تغيير الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن

كون القضاء بالعلم يجعل القاضي موضع التهمة، كما في موارد قضائه في اختلاف المترافعين في واقعة لاختلافهما في الحكم الشرعي لكلي تلك الواقعة فتدبر.

وبتعبير آخر كما أنّ حكم القاضي في موارد اختلاف المتخاصمين في حكم كلي الواقعة لا يكون بالبينة واليمين كذلك في مورد اختلافهما في الموضوع مع علم القاضي بواقع الأمر، حيث إنّ القاضي في موارد عدم علمه بواقع الأمر عند اختلافهما في الموضوع يتمسك بالحجة المعتبرة في حق الشاك، ويجعل من يكون قوله موافقاً لتلك الحجة المعتبرة المدعى عليه ومن يكون قوله مخالفاً لها المدعى فيطلب من الثاني البينة ومع عدمها تصل النوبة إلى طلب الحلف من المدعى عليه، ومع علم القاضي بالواقع لا تكون لتلك الحجة موضوعاً، بل يكون قضاؤه في الواقعة باحرازه الصغرى والكبرى كما في موارد الخصومة للاختلاف في حكم كليها فيعمه قضائه فيها مادلاً على مشروعية القضاء بالسنة العادلة كما لا يخفى.

ثمّ إنه قد ذكر في المسالك أنّه بناءً على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه يستثنى موارد: منها تزكية الشهود وجرحهم لئلا يلزم الدور أو التسلسل، ومنها الاقرار في مجلس القضاء وإن لم يسمع ذلك الاقرار غير القاضي، بل قد يقال باستثناء اقرار الخصم مطلقاً ولو لم يكن في مجلس القضاء، ومنها العلم بخطأ الشهود وكذبهم، ومنها أن يشهد مع الحاكم آخر فإنّه لا يقصر الحاكم عن الشاهد، ومنها تعزير من أساء أدبه في مجلسه، وإن لم يعلم به غيره.

أقول: أمّا قضية التعديل والجرح فقد تقدم الكلام فيه، وإنّ القاضي يعمل فيهما على طبق علمه لا محالة، وتقدم أيضاً أنّ علمه باقرار الخصم سواء أكان في مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، ويظهر ذلك من بعض الروايات، خصوصاً الواردة الثانية: إذا أقام المدعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدعي حبس المنكر لبعد لها، قال الشيخ (رحمهم الله): يجوز حبسه [١] لقيام البينة بما ادعاه، وفيه اشكال من حيث لم يثبت البينة حق يوجب العقوبة.

في ثبوت بعض موجبات الحدود، وكذلك الحال في علمه بخطأ الشهود أو كذبهم. وأمّا أنّ الحاكم يحسب شاهداً وأنه إذا شهد معه آخر يجوز الحكم فلا يمكن المساعدة عليه فيما إذا كان المراد ان يقضي بشهادته مع آخر، لأنّ ظاهر الأدلة كون الشاهدين غير القاضي، وخروج القاضي عن الشاهدين كخروج المدعي والمدعى عليه عنهما.

[١] إذا أقام المدعي بدين له على غيره شاهدين ولم يعرف الحاكم عدالتهما، واحتاج المدعي إلى اثبات عدالتهما، فالتمس من الحاكم حبس المدعي عليه حتى تثبت عدالتهما قال الشيخ (قدس سره): يجوز للحاكم الاجابة بحبس المدعي عليه لقيام البيّنة بدعواه، واستشكل الماتن (قدس سره) بأنّه لم يثبت بشهادتهما الدين ليحبس المديون لادائه أو ثبوت اعساره. وبتعبير آخر إنّما يجوز حبس المديون بالدين الحال عليه ليؤديه أو يحرز عسره كما يدل على ذلك مثل موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً (عليه السلام) كان يحبس في الدين فإذا تبيّن له حاجة و افلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(٧٤)، وإذا لم يثبت الدين فلالموجب لجواز حبسه بعد كون الأصل براءة ذمة المدعي عليه.

و وجه في الجواهر كلام الشيخ بأنّه يرى ثبوت الدين بالبيّنة التي لم يعرف فسقها، وإن جاز للحاكم طلب المدعي بتزكية الشاهدين لاسترابته أو التماس الغريم أو للاستظهار أو نحو ذلك، ثمّ قال: إنّ المعتبر في الشاهد العدالة، ولا يكفي مجرد عدم ظهور الفسق، وأنّه ما لم يثبت الدين فلا يجوز حبس المدعي عليه ولا مطالبة الكفيل.

الثالثة: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثاني ينظر [١] فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلا أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً، وكذا كل حكم قضى به الأوّل وبان للثاني فيه الخطأ فإنّه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثمّ تبيّن الخطأ فإنّه يبطل الأوّل ويستأنف الحكم بما علمه حقاً.

وفيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصل. فإنّه لو كان الأصل في الشاهد العدالة أو أنّ المعتبر في الشهادة عدم ظهور فسق الشاهد لا يكون للحاكم مطالبة المدعي بتزكية الشاهدين واثبات حالهما واقعاً، فإنّ طلب ذلك منه يكون كطلبه باثبات نسبهما وغير ذلك من الأمور الراجعة إليهما، ممّا لا يجب على المدعي الاستجابة لطلبه.

وأما ما ذكره (قدس سره) من أنّه ما دام لم يثبت الدين لم يحز مطالبة المدعي عليه بالكفيل، فلا يمكن المساعدة عليه فإنّ مطالبته بالكفيل لا تتوقّف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبة الكفيل من المدعي عليه ليحضر مجلس الحكم لانتهاء المخاصمة وفصلها سواء أكان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءة المدعي عليه وقد اعترف (رحمهم الله) في باب الكفالة بمشروعيتها في الحقوق ومنها حق الدعوى، ولعلّ مراده في المقام عدم جواز مطالبة الكفيل بالدين لابق الدعوى.

[١] ذكر (قدس سره) في المسألة أموراً ثلاثة:

(٧٤) الوسائل: ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١٤٨: ١.

الأول: إنّ الحاكم الأول إذا حكم على أحد بضمان مال وحبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثاني النظر في أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأول حقاً ألزم عليه المال، وإن لم يكن حقاً أبطل الأول وخلق سبيل المحبوس سواء أكان مستند حكم الحاكم الثاني قطعياً أم اجتهاداً. الثاني: إنه إذا حكم الحاكم الأول بحكم وفصل الخصومة في واقعة لا يجب على

.

الثاني النظر فيها، ولكن لو نظر وبان له خطأ الأول في حكمه أبطله. الثالث: إنه لو حكم هو بنفسه في واقعة بحكم ثم بان له خطائه في حكمه نقضه ويستأنف الحكم فيها بما يراه حقاً.

وقد ذكر في الجواهر في ذيل الأمر الأول أنه وإن جزم بوجود النظر في المسالك بل يظهر من عباراتهم عند تعرضهم لكون النظر في المحبوسين من آداب القاضي تسالمهم عليه، إلا أنه مع ذلك يشكل وجوب النظر لنفوذ القضاء الأول ويعمّه ما دلّ على عدم جواز رده ويحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثاني واستيفاء المال منه نظير التصرف في المال الذي أخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأول في أنه لا يجب النظر في أمر ذلك المال والتفتيش عن صحّة الحكم الأول، بل لا يجوز النظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعة عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعة مع تراضيهما، وينفذ الحكم الثاني ولو كان مستنده اجتهاداً.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأول على طبق موازين القضاء عنده يعمّه ما دلّ على نفوذ الحكم، فيجوز للحاكم الثاني تنفيذ ذلك الحكم فيما إذا لم ينفذه الحاكم الأول ويكون تنفيذه لكونه عملاً بالحكم المزبور الذي يعمّه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإن إيقاف تنفيذه ردّ للحكم المشروع، نعم يجوز للتاني النظر في تلك الواقعة تكليفاً فيما إذا رضى المحكوم له بالحضور، ولكن لا يكون الحكم من الثاني بخلاف الأول مشروعاً وناقذاً إلا إذا تبين للحاكم الثاني خطأ الأول بأن ظهر له عدم رعاية الأول موازين القضاء، كما إذا كان في المسألة دليل بحيث لا يقبل الاجتهاد على خلافه ولا يكون الحكم المزبور إلا بالتقصير وعدم رعاية موازين القضاء، فإن في هذا الفرض ينقض ذلك الحكم ولا يجوز له تنفيذه لأنّ الحكم المزبور ليس من الرابعة: ليس على الحاكم تتبّع حكم من كان قبله لكن لو زعم المحكوم عليه أنّ الأول حكم عليه بالجور، لزمه النظر فيه [١]، وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس.

حكمهم، بل حكم بالجور والباطل حتى ولو احتمل مطابقته للحكم الواقعي.

نعم احراز التقصير في القضاء والغفلة عن موازين القضاء لا يتيسر غالباً إلا فيما كان في البين مثل الدلالة القطعية التي يصل إليها الفاحص بالفحص القليل، أو يكون من الحاكم الأول الغفلة الظاهرة في ملاحظة موازين القضاء، بحيث لا يحتمل الاجتهاد على خلافها. ومما ذكرنا يظهر أنه لا يسقط نفوذ القضاء الأول ولو بتراضي المتخاصمين إلا فيما ذكرنا وعدم النفوذ فيه لا يحتاج إلى رضاهما كما لا يخفى، كما ظهر أن على الحاكم الثاني تنفيذ ما حكم به الحاكم الأول في موارد نفوذه؛ حيث إن مقتضى ما دلّ على نفوذه عدم الفرق بين المتخاصمين والحاكم الثاني.

وبالجملة: نظر الحاكم الثاني لا اعتبار به في الواقعة التي انتهت الخصومة فيها بالحكم من الحاكم الأول بالحكم منه أولاً.

[١] ذكر في المسألة أموراً ثلاثة:

الأول: عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني في القضاء الصادر عن الحاكم الأول.
الثاني: أنه لو ادعى المحكوم عليه بقضاء الحاكم السابق جوره عليه في قضائه وجب على الثاني النظر في قضائه.

الثالث: إن كل حكم من الحاكم السابق ينقض على تقدير ظهور خطأه في قضائه للحاكم الثاني، من غير فرق بين حقوق الناس وحقوق الله، مشيراً إلى خلاف بعض
.

في حقوق الناس، حيث قالوا إنّ النقص في حقوق الناس يحتاج إلى مطالبة المستحق.

وذكر في الجواهر في وجه الأمر الأول أنّ عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني مقتضى حمل قضاء الحاكم الأول على الصحة.

أقول: ماتقدم من الماتن (قدس سره) من وجوب النظر في أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافي ما ذكر في المسألة من عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني، في حكم القاضي الأول؛ وذلك فإنّ وجوب النظر في أمر المحبوس باعتبار أنّ استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثاني، ولذا يجب النظر في أمره، حيث إنّ مجرد ثبوت الحق عند القاضي الأول لا يوجب كون الثاني ولياً على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر في هذه

المسألة فإنّ المفروض فيها انتهاء الواقعة السابقة حكماً واستيفاءً، ولكن قد عرفت ما في الفرق فلا نعيد.

وأما ما ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) في وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثاني، فيمكن أن يقال بعد الحاجة إلى إجراء أصالة الصحة في القضاء السابق، بل لولم تكن أصالة الصحة فيه لما كان النظر فيه واجباً على الحاكم اللاحق، لأنّ العمدة في وجوب النظر والقضاء هو وجوب القيام بأمر إنهاء المنازعة بين الناس واستيفاء الحقوق لذويها ممّن عليه، ولذا ذكرنا سابقاً أنّه لو أمكن فصل الخصومة بترغيب المتخاصمين بالمصالحة لما وجب القضاء.

وعليه فالوقائع السابقة التي انتهت المخاصمة فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين بالقضاء فيها خارج عن وظيفة القاضي الثاني، سواء أكان قضاؤه فيها صحيحاً أم خطأ عنده، ولذا ذكرنا أنّه لا يجوز له نقض حكمه وإنّ حكمه نافذ حتى على القاضي الثاني.

.

نعم لو نظر و وجد حكمه بغير ما أنزل الله و بغير موازين القضاء من جهة تقصيره يجوز له النقض بل يجب، و لعلّ مراده (قدس سره) من الحمل على الصحة نفي هذا القسم من الفساد، هذا بالإضافة إلى المخاصمات.

وأما بالإضافة إلى حقوق الله والحدود فليس فيها إلّا أنّ للحاكم اجرائها بعد ثبوت موجباتها عنده، ولا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيها بالثبوت أو النفي، وعليه فان اراد الحاكم اجراء الحدّ على من حكم الأول بثبوت موجه في حقّه فاللازم عليه احراز ثبوته.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ الحكم بثبوت الموجه من شؤون القاضي ولو لم يكن حكمه بالثبوت نافذاً في حق الغير لما جاز للحداد اجراء الحدّ بأمر القاضي إلّا مع احرازه ثبوت الموجه.

وذكر في وجه الأمر الثاني: إنّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قد حكم عليه بالجور مسموعة فأنّه يعمه قوله (صلى الله عليه وآله): «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(٧٥)، من غير أن يكون في البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لا يقال: دعوى الجور على القاضي الأول وكذا استئناف القضاء في تلك الواقعة ردّ على القاضي الأول فلا يجوز، وأيضاً لو جاز دعوى الجور على القاضي الأول لجاز دعواه في قضاء الأخير أيضاً، وهذا سدّ لباب فصل الخصومة بالقضاء، والقول بأنّ دعوى القضاء

(٧٥) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

بالجور تسمع فيما إذا كانت الدعوى بعد عزل القاضي الأول بحيث تكون الدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه الخامسة: إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب احضاره [1] وإن لم يُقم المدعي بينة، فإن حضر واعترف به أُلزم، وإن قال: لم أحكم إلا بشهادة عدلين قال الشيخ: يكلف البينة لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه، وهو يشكل لما أن الظاهر استظهار الحكام في الأحكام فيكون القول قوله مع يمينه لأنه يدعي الظاهر.

على وليه بالاضافة إلى بعض ما وقع أيام ولايته، لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو كان السماع رداً للقضاء فلا يجوز قبل العزل وبعده، وإن لم يكن رداً فلا وجه لعدم سماعه حتى على القاضي الأخير أيضاً، مع أن مسألة العزل لا تجري بالاضافة إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

والظاهر أنه ليس برداً، فإن منصرف الرد انكار الحكم على القاضي عملاً مع كون قضاؤه على الموازين، ولا يعم ما إذا كانت الدعوى خطأه وخروجه عن موازين القضاء في قضاؤه.

[1] حاصل ما ذكره (قدس سره) في المسألة أن دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثاني بأن الحاكم الأول قد حكم عليه بشهادة فاسقين مسموعة سواء أقام بينة على دعواه أم لا، فإنه ليس من شرط سماع الدعوى إقامة البينة بها، ولا خصوصية للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

وعلى ذلك فعلى الحاكم الفعلي احضار الحاكم الأول، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه أُلزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه وإن لم يعترف بأن ذكر أنه لم يحكم إلا بشهادة العدلين، فقال الشيخ (قدس سره): يكلف الحاكم المزبور باقامة البينة بما ذكره لأنه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه ويدعي عدم ضمانه في ذلك، ويلزم على ذلك أنه لو لم يقيم البينة يحلف المحكوم عليه ويلزم الحاكم بضمان المال.

السادسة: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان [1] ولا يقتنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه.

ولكن مقتضى أصالة الصحة في حكمه تجعله منكرًا، فعلى المحكوم عليه المدعي إقامة البينة بما يدعيه، ولعل هذا هو المراد من قول الماتن (قدس سره): إن الظاهر استظهار الحكام في

أحكامهم، وأيضاً إلزام الحاكم بالمال مع اعترافه ينحصر بما إذا كان اعترافه بما يوجب الضمان، كما إذا اعترف بأنه حكم مع علمه بفسق الشاهدين أو عدم احرازه عدالتهما.

و مما ذكرنا يظهر أنه تسمع دعوى المحكوم عليه على القاضي الأول، فيما إذا ادعى أنه حكم عليه بشهادة الفاسقين مع علمه بفسقهما أو عدم احرازه عدالتهما، فإنه في هذا الفرض لو اعترف القاضي بما يدعيه الزم بالمال ويمكن للمحكوم عليه المخاصمة مع المحكوم له أيضاً فيما إذا ادعى أنه كان يعلم بأن حكم القاضي بشهادة فاسقين أو بشهادة من لم يكن عدالتهما محرزاً له عند حكمه، وفي غير ذلك لا مورد لسماع الدعوى، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر (فسر سره) أنه لو احتاج الحاكم إلى مترجم يعتبر التعدد فيه بأن يكونا رجلين عدلين لا يكتفي بالعدل الواحد، لأن كفاية المتعدد متفق عليه وكفاية الواحد غير محرز. وربما يقال بأن كفاية الواحد وعدمها مبنيان على كون الترجمة من قسم الشهادة أو من قبيل الرواية فيعتبر التعدد على الأول ويكتفي بالواحد على الثاني.

فالعدة التكلم في المائز بين الشهادة والخبر ليرى دخول الترجمة في أيّ منهما، وقد قيل إن الشهادة قسم من الخبر وكل مورد ثبت فيه اعتبار التعدد فيؤخذ فيه التعدد وفي غيره يكتفي بالواحد كما هو مقتضى ما دلّ على اعتبار خبر العدل.

وأورد على ذلك في الجواهر بأن الرواية غير الشهادة في العرف بحيث يكون

.

اطلاق الشهادة ولا يكون اعتبار التعدد وعدمه مائزاً بينهما عند العرف بحيث يكون اطلاق الشهادة دائراً مدار اعتباره، وإنّ الظاهر دخول الترجمة في الشهادة بعضاً كما أنّها قد تكون رواية، فإنه إن كان المقصود من الترجمة اثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهادة الشاهد فتكون شهادة كالشهادة بالبيع أو النكاح أو الزنا وشرب الخمر فيعتبر التعدد.

وأما إذا كان المقصود ترجمة دعوى المدعي أو جواب المدعى عليه ونحو ذلك، كترجمة فتوى المفتي لمقلديه أو ترجمة سؤال السائل عن المجتهد فيكتفي فيه بالواحد.

وبالجملة: الميزان في تمييز أفراد الشهادة عن أفراد الرواية المقابلة في العرف فما كان من الأول يعتبر فيه التعدد، وفي غيره يكتفي بالواحد أخذاً بقوله سبحانه: (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ) (٧٦) في الأول ربما دلّ على اعتبار خبر العدل في الثاني، ولو اشتبه فرد بينهما فيلحق بالشهادة عملاً بالمتفق عليه، ولا دلالة لآية النبأ على اعتبار قول العدل ونبئه مطلقاً بحيث

لا يعتبر فيه التعدد لأنّ غاية مدلولها عدم اعتبار التبيّن فيه في مقابل اعتباره في العمل على نبيّ الفاسق، ومن الظاهر عدم منافاة ذلك مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآية. ثم ذكر في آخر كلامه (قدس سره) أنّه يمكن أن يقال باعتبار التعدد في كل ما له دخل في القضاء أخذاً بقوله (صلى الله عليه وآله): «إنّما أفضي بينكم بالبينات»، وقوله (عليه السلام): «استخراج الحقوق بشهادة رجلين — الخ»^(٧٧)، وعلى ذلك في الترجمة التعدد لاعتبار أنّها ترجمة،
.....

بل من حيث إنّها ترجمة للشهادة أو دعوى المدعي أو اعتراف الخصم إلى غير ذلك ممّا له دخل في موضوع القضاء — انتهى.

أقول: لا ينبغي التأمّل في أنّ الشهادة قسم من الخبر، فإنّ الشاهد يخبر بالواقعة الخارجية فيكون راوياً ومخبراً بها، ولكن يعتبر حضوره الواقعة التي يخبر بها، ولو كان حضور الواقعة بمشاهدتها يعتبر المشاهدة، وفيما كان الحضور لها بسماعها يعتبر سماعها إلى غير ذلك والاستعمالات الشائعة في الكتاب المجيد وغيره، مثل قوله سبحانه: (وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ)^(٧٨) و (مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونِ)^(٧٩) و (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ)^(٨٠) إلى غير ذلك تفصح عن اعتبار الحضور والاخبار عن حس.

وليس المراد أنّ الشهادة لا تستعمل في الخبر بالشيء بمجرد الاعتقاد والعلم كقول القائل: أشهد ان لا إله إلاّ الله ونحوه، بل المراد انصراف الشهادة إلى ما ذكر من قسم الخبر، ويعتبر في الخبر بالشيء العلم به، وإلاّ لدخل القول المزبور في الكذب أو في مثل قوله سبحانه: (لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ)^(٨١) إلاّ أن مجرد العلم واحراز الشيء لا يوجب دخول خبره في عنوان الشهادة به، بل يعتبر في صدقها العلم بالواقعة بحضورها.

فكل واقعة اعتبر في ثبوتها الشهادة يعتبر في المخبر بها التعدد والعلم بها حسيّاً، وفيما لا يثبت فيه إلاّ اعتبار خبر العدل والنقّة يعتبر الخبر بها سواء أكان بحسّ الواقعة أم الاخبار بها مع الوساطة ولا يعتبر الخبر فيما كان المنشأ للعلم مجرد الحدس إلاّ فيما إذا السابعة: إذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه [١]، وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً.

(٧٧) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤: ١٧٦.

(٧٨) النور: ٢.

(٧٩) النمل: ٣٢.

(٨٠) الطلاق: ٢.

(٨١) الاسراء: ٣٦.

اندرج الخبر المزبور في قول أهل الخبرة.

ثم لا يخفى أنّ المترجم لا يشهد بالواقعة التي شهد بها الشاهدان؛ لأنه لم يحضر تلك الواقعة وتقبل ترجمة العدلين شهود الزنا، ولا تكون أيضاً من الشهادة على الشهادة، حيث إنّ الترجمة تقبل في الشهادة بحدود الله مع أنّه لا يسمع في الحدود الشهادة على الشهادة، بل الترجمة تفسير لشهادة الشاهد والأتیان بالمرادف لكلامهما.

وما في كلام الجواهر (قدس سره) من أنّ الظاهر اعتبار التعدد في المترجم لأنّ الترجمة نظير شهادة الفرع لا يمكن المساعدة عليه، وكذا ما ذكره أخيراً من اعتبار التعدد في كل ما له دخل في القضاء أخذاً بقوله (صلى الله عليه وآله)، وذلك فإنّ ظاهره حصر فصل الخصومة في الواقعة المتخاصم فيها بالبيّنة، وأمّا تعيين الواقعة وتمييز المدعي والمنكر فيها فلا دلالة على كون ذلك بالبيّنة.

والمتحصل أنّ المترجم للشهادة الواقعة عند الحاكم ولغيرها لا يدخل في البيّنة والشاهد للمدعي أو غيره ليعتبر فيه التعدد، بل مقتضى السيرة العقلانية الاعتماد في الترجمة على الثقة العارف بلغة الشاهدين أو غيرهما، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر (قدس سره) أنّ القاضي إذا اتخذ كاتباً فيعتبر كونه مسلماً بالغاً عاقلاً عادلاً بصيراً لئلا يندفع، ومجرد كونه مسلماً عاقلاً بالغاً عادلاً غير كاف، بل يعتبر كونه بصيراً بحيث لا يندفع، فإنّ الكاتب أمين القضاء، فيعتبر كونه على الصفات المزبورة، ولو كان فقيهاً أيضاً كان حسناً لأنّ الفقاهة كمال للشخص.

وأضاف في الجواهر أنّه ينبغي أن يكون جيّد الكتابة بلاخلاف أجده في شيء من ذلك، ثمّ قال: ولكن قد يقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف في الكاتب لأنّ كتابة القضاء الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم [١] وإن عرف فسقهما اطرح و إن جهل الأمر يبحث عنهما، وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما توقّف حتى يتحقق

لا تكون حجة بنفسها لا للقاضي المزبور ولا لغيره، بحيث يعتمد عليها في الحكم ثانياً، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن انفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه.

وبالجملة: ثمرة الكتابة تذكر القاضي بقضائه فإن تذكر قضائه فلا يحتاج إلى الأوصاف، وإن لم يتذكر فلا تفيده الأوصاف، وأجاب عن ذلك بأنّ ثمرة الكتابة لا تنحصر بما يكون

التذكرفيه دخيلاً بل ربّما تكون الكتابة مراسلة إلى قاضٍ آخر أو أمراً أو نهياً للسائرين ممّا يكون فيه تغيير وزيادة ونقيصة، وإذا كان القاضي بحيث لا يتمكن من ملاحظتها ثانياً فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبورة.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضي وكتابته بتحريف فتكون ذريعة لدعوى المحكوم عليه بطلان قضائه وكونه على خلاف الموازين ولو مستقبلاً فاعتبار الأوصاف في الكاتب منع عن وقوع ذلك.

[١] ذكر (قدس سره) في هذه المسألة أمور لعلّها لاتناسب آداب القاضي بل تناسب كيفية الحكم.

فمنها: إنّ القاضي إذا عرف عدالة الشاهدين سواء أكان عرفانه عدالتهم بشهادة الشاهدين بعدالتهم من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين وعرفانه عدالتهم وجداناً يحكم على طبق شهادتهما، كما أنّه لو عرف فسقهما كما ذكر طرح شهادتهما، وإذالم يعلم حالهما من حيث الفسق والعدالة يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

ولكن ذكر الشيخ (قدس سره) في الخلاف جواز الحكم بشهادة من علم اسلامه ولم يعلم فسقه، وبه رواية شاذة لم يعمل بهامعظم الأصحاب، ويستفاد من كلامه (قدس سره) إنّ الفحص

عن عدالة الشاهدين وظيفه الحاكم وأنّه لا يطالب المدّعي بالتعديل.

ويقال بانه يظهر ذلك ممّا ورد في حكاية فعل النبي (صلى الله عليه وآله) في التفسير المنسوب إلى الحسن بن علي العسكري: وأنّه كان يرسل شخصين من قبله لا يعلم أحدهما الآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح وثناء حكم، وإن جاء بشرّ ستر عليهما ودعا الخصمين إلى الصلح، وإن لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عنهما فإن زكاهما حكم وإلاّ طرحهما. (٨٢)

وفيه أنّ الرواية لضعف السند غير قابلة للاعتماد عليها ولادلالة لها أيضاً على أنّ الفحص عن عدالة الشاهدين وظيفه الحاكم لأنّ فعله (صلى الله عليه وآله) لعلّه لتسهيل الأمر للمدّعي المكلف باقامة البيّنة على دعواه. فإنّ ظاهر ما ورد في أنّ البيّنة على المدّعي إنّ عليه اثبات أنّها شاهدان عدلان، وايضاً ما ورد في ذيلها من حكمه (صلى الله عليه وآله) مع تزكية الخصم لايلتزم به، فإنّ مجرد تزكيته لاتكفي في احراز كون شهادتهما بيّنة، كما لا يكون اعترافاً من الخصم بما يشهدان به ليقال ثبوت الدعوى لاعتراف الخصم بها، فإنّه يمكن أن يزكّيهما

(٨٢) الوسائل: ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٤.

ويخطئهما بما يقولان، وعلى كل تقدير فإن بحث الحاكم وثبت عنده عدالة الشاهدين يحكم بما شهدا به، ومع عدم ثبوتها لا يمكن الحكم بشهادتهما سواء أظهر الجرح أم لا، وكذا لو علم اسلامهما بل وإيمانهما ولم يعرف عدالتهما، فإن مجرد الإيمان مع عدم احراز الفسق لا تكون عدالة، ودعوى أنّ الأصل في المؤمن العدالة لا أساس لها وإن قال به الشيخ (قدس سره) وحكى عن الاسكافي والمفيد - قدس سرهما - .

وقد يقال في وجه ذلك إنّ الإسلام والإيمان مع عدم ظهور الفسق عدالة، أو أنّه لا يشترط في قبول الشهادة العدالة بل المعتبر في الشاهد الإسلام والإيمان مع عدم ما يبني عليه من عدالة أو جرح، وقال في الخلاف: يحكم وبه رواية شاذة ولو حكم بالظاهر ثمّ تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه [١].

ظهور الفسق، كما هو مقتضى قوله سبحانه: (وَأَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ)^(٨٣)، فإنّ مدلوله كفاية الشاهدين من المسلمين وآية النّبأ قد دلّت على الغاء خبر الفاسق أكان في مقام الشهادة أو غيرها، واستصحاب عدم الفسق يدخل الشاهد في عموم المستثنى منه، لا يقال: قوله سبحانه: (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ)^(٨٤) مقتضاه اعتبار العدالة في الشاهد وبه يقيد الاطلاق في الآية الأولى، فإنّه يقال: لادلالة للآية على كونها مقيدة لأنّ الوصف لا مفهوم له.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ صحيحة ابن أبي يعفور الآتية قد علقت قبول الشهادة على عدالة الشخص المنكشفة بحسن الظاهر، كما إنّها تنافي كون العدالة اسلام الشخص وعدم ظهور فسقه، كما أنّها تنافي كون الأصل في المسلم أو المؤمن العدالة، وكذا غيرها من الروايات، وحمل فعل المسلم على الصحة بمعنى أنّه لا يعصى الله سبحانه فيما أمكن أمر آخر ولا يرتبط بمسألة ترتيب آثار العدالة على الفاعل، وما ذكر (قدس سره) من الرواية الشاذة سوف نتعرض لها في بحث الشهادات، وسنذكر أنّها معرض عنها ومعارضة بما أشرنا إليها من الروايات وموافقة للعامة فتطرح.

[١] لعلّ المراد أنّه إذا حكم القاضي في واقعة بشهادة شاهدين قد أحرز عدالتهما بوجه معتبر كما كان في البين بينة بعدالتهما أو باعتقاده عدالتهما الحاصل بالخلطة أو غيرها، ثمّ بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنّه ينقض حكمه ويتمكن المحكوم

.

(٨٣) البقرة: ٢٨٢.

(٨٤) الطلاق: ٢ .

عليه من ترك العمل بقضائه، فيحتاج إلى تجديد الدعوى؛ والوجه في النقض انكشاف عدم كون الحكم بالبيّنة العادلة فلا يكون نافذاً، فيلزم انشاء الإلغاء واعلانه لئلا يفوت على المحكوم حق أو يتوجه إليه ضرر.

وقد يناقش في النقض بأنه غير جائز، لأنّ الحكم كان على موازين القضاء بنظر القاضي حين قضائه.

وبتعبير آخر: الموضوع لنفوذ حكمه كونه بشهادة رجلين قد أحرز عدالتهما عند حكمه لا العدالة الواقعية، فيكون نظير جواز الاقتداء، حيث إنّ الموضوع له احراز عدالة الإمام عند الاقتداء بصلاته لاعدالته الواقعية، ولذا لا يكون انكشاف فسق الإمام موجباً لبطان صلاة المأموم.

ولكن لا يخفى أنّ الموضوع للحكم النافذ كونه بالبيّنة أي بشهادة العدلين، ونظر القاضي واحرازه طريق إلى ما هو الموضوع لنفوذ حكمه وجوازه، وبانكشاف عدم عدالة الشاهدين يعلم عدم تحقق الحكم النافذ، ودعوى أنّ العدالة احرازها شرط لم يعلم لها وجه صحيح، بل الأمر في الائتتام أيضاً كذلك حيث إنّ الموضوع لجواز الائتتام عدالة الإمام.

وما في بعض الروايات: «لاتصلّ إلاّ خلف من تتقّ بدينه»^(٨٥)، لا يدل على كون الموضوع لجواز الائتتام الوثوق بعدالة الإمام، حيث إنّ ظاهره أخذ الوثوق والعلم ونحوهما في خطاب الحكم بما هو طريق لا لدخله في موضوع الحكم، ولا أقل من حمله على ذلك جمعاً بين الروايات وعدم إعادة الصلاة بعد انكشاف بطان الجماعة لحديث لاتعاد، والرواية الواردة لاتتعدى عن مدلول الحديث.

.

هذا كلّ فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله وبعد الشهادة فلا موجب لجواز النقض؛ لأنّ الحكم كان بالبيّنة العادلة، وكذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنّ مقتضى الاستصحاب في عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصالة الصحّة في حكمه كما لا يخفى.

(٨٥) الوسائل: ٤، الباب ١٠ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٣٨٩: ٢.

وقد ذكر في الجواهر أنّ ما ذكر فيما اتفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين وأراد تجديد الدعوى فإنّه لا يجوز التجديد فإنّ جوازه يناقض نفوذ القضاء وفصل الخصومة، ويكشف عن ذلك قولهم بأنّه يمهل ثلاثة أيّام لو ادّعى وجود الجارح، فإنّ مقتضاه أنّه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلك المدّة فيما حكم الحاكم، ولا يوجب دعواه الجارح بعد المدّة توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنّ الاتيان بالجارح وظيفّة المحكوم عليه، وإذا لم يأت به وقت الحكم وحكم القاضي في الواقعة فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم في واقعة بحلف المنكر مع عدم اتيان المدّعي بالبيّنة ثمّ ظفر بالبيّنة فإنّ الظفر عليها لا يفيد بعد الحكم، كما يشهد بذلك بعض الروايات، وكذا فيما إذا قيل بأنّ الفحص عن الجارح وظيفّة الحاكم وقد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادّعي المحكوم عليه ترك القاضي الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من احراز حال الشاهدين للشياح المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أنّ الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما. ولايجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر[1]، وينبغي أن يكون السؤال عن

[1] حاصله عدم جواز الشهادة بعدالة شخص اعتماداً على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاشر له في غير خفاياه إلّا الخير والمواظبة على وظائفه الشرعية كالصلاة في أوقاتها، لأنّ العدالة كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، وربّ شخص ظاهره الفقر وفقد المال وباطنه على خلاف ظاهره، وكذا الحال في العدالة خصوصاً في ما إذا كان متصدياً لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامة في الصلاة، بل يعتبر في احراز عدالة الشخص المعرفة المتقدمة بباطنه، بأن يعرف أنّ باطنه وخفاياه أيضاً حسن كظاهره فتكون المعرفة كذلك بطول المعاشرة ليتمكن له احراز ملكة العدالة، هذا بحسب احرازها.

وأما بحسب أداء الشهادة بها فتكفي الشهادة بها مطلقة، أي بلا حاجة إلى تفسير عدالته بأن يصرّح له ملكة اجتناب الكبائر التي هي عبارة عن المعاصي الفلانية وانه يترك الإصرار على الصغائر التي هي عبارة عن المعاصي الفلانية، فإنّ التفسير كذلك لا يحتمل اعتباره لعسره نوعاً وينبغي للحاكم أن يسأل الشاهد بعدالة الشاهد سرّاً لأنّ السؤال وأداء الشهادة سرّاً يجعل الشاهد بالعدالة بعيداً عن التهمة، بأنّه يشهد بالعدالة حياءً أو خوفاً وتقية، أو لغير ذلك من الدواعي، هذا كلّه في التعديل.

وأما الجرح فلا بدّ من تفسيره في مقام أداء الشهادة، لعدم العسر، حيث يكفي في الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافاً للشيخ (قدس سره)، حيث اكتفى فيه أيضاً بالاطلاق لعدم حاجة معرفة فسق الشخص إلى المعرفة الباطنة المتقدمة لحصول الفسق بفعل واحد وكفاية احرازه به.

أقول: لا ينبغي التأمل في أنّ حسن الظاهر طريق معتبر إلى عدالة الشخص، ومع احراز القاضي حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون قيام البيئة بالحسن كعلمه التزكية سرّاً فإنّه أبعد من التهمة ويثبت مطلقة [١]، ويفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة ولا يثبت الجرح إلاّ مفسراً، وفي الخلاف يثبت مطلقاً.

وجداناً بها كما هو ظاهر صحيحة ابن أبي يعفور^(٨٦)، وفي موثقة سماعة بن مهران عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت اخوته»، ولا تنافي بينها وبين الصحيحة لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقاً إلى عدالة الشخص.

ثمّ إنّ بما أنّ حسن الظاهر طريق إلى العدالة فلا يعتبر في صورة العلم بباطن الشخص وكون خفاياه على خلاف ظاهره، كما أنّه لا يسقط هذا الطريق عن الاعتبار بالعلم اجمالاً بأنّه قد صدر عن الشخص في خفاياه بعض الحرام ولو صغيراً في بعض الأوقات.

لأنّ مع احتمال التوبة يكون حسن ظاهره معتبراً لاحتمال اصابة حسن الباطن ولو قلنا كما هو الصحيح بأنّ الصغيرة أيضاً بلا توبة كالكبيرة بدونها قاذحة في العدالة كما هو غير بعيد، على ما يأتي في بحث العدالة في مباحث الشهادات.

[١] قيل في وجه التفرقة بين التزكية والجرح باعتبار التفسير في الثاني دون الأول بأنّ التفسير في الأول يحتاج إلى تعداد الكبائر والاصرار على الصغائر والشهادة بالترك بالملكة الحاصلة له وترك ما ينافي المروءة، وهذا أمر حرجي على المزكي لا يحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنّه يكفي في ثبوته سبب واحد، ولأنّ الاختلاف في كون بعض المعاصي كبيرة أم لا، يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنّّه موجب للفسق أم لا.

وأورد على ذلك في الجواهر بما حاصله: إنّ الاختلاف في كون بعض المعاصي

.

(٨٦) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٨: ١.

كبيرة كما أنّها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيرة، كذلك أنّها لا تقدر في العدالة مع عدم الإصرار عليها عند من لا يراها كبيرة، وإذا شهد المزكي بالعدالة واحتمل القاضي أنّ الشخص يرتكب ما يراه كبيرة ممّا لا يراه المزكي أنّها كبيرة فكيف يقبل شهادته بالعدالة مطلقة ولا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير.

ثمّ قال: الأقوى كفاية الاطلاق في الشهادة بالعدالة والفسق، لا لأنّ الحاكم يحرز كلاً من المزكي والجرح عارف بالمعاصي الكبيرة والصغيرة وما ينافي المروءة وما لا ينافيها، وإلّا لم يصحّ لهما الشهادة بالعدالة بالفسق ومع احرازه كذلك لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، وذلك فإنّ الاحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلاً من المزكي والجرح يعرف أسباب الجرح والتعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافق في الفتوى، بل الوجه في كفاية الاطلاق ما هو معلوم من طريقة الشرع من حمل شهادة المزكي والجرح على العدل والفسق الواقعيين، ولو مع اختلاف الاجتهاد في الواقع، نظير سائر الموارد من الشهادة بالملك أو الطهارة أو الزواج وغير ذلك من موارد الشهادة بالمسببات مع وقوع الاختلاف في بعض أسبابها.

وأنكر بعض الأعظم هذا الكلام وذكر أنّ السيرة على قبول الشهادة بالعدل أو بالفسق أو الملك أو غيرها ممّا وقع الخلاف في أسبابه مطلقاً غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف في الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبيين.

أقول: مقتضى السيرة هو الحمل على الواقع إلّا مع احراز الاختلاف، ومعه لا يفرق بين التعديل والجرح.

ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيّنة في التعديل والجرح ولكن لا يبعد دعوى اعتبار خبر العدل الواحد؛ لأنّه طريق معتبر في الأحكام والموضوعات التي لا يدخل ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة ويكفي العلم بموجب الجرح، ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قدّم الجرح لأنّه شهادة بما يخفي على الآخرين، ولو تعارضت البيّنتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف: توقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً [١].

في عنوان الدعوى وبعض الموضوعات التي اعتبر الشارع في ثبوتها طريقاً خاصاً، ولذلك يمكن للحاكم في التعديل والجرح الاعتماد على الاستصحاب، ولو كانت عدالة المخبر أو الشاهد من قبيل دعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، وأيضاً يشكل التعديل أو الجرح فيما إذا

تعارضت البينة وخبر العدل، كما هو الحال في تعارض خبر عدل في الأحكام مع خبر عدلين آخرين.

[١] ومراده (قدس سره) إنّ الجرح شهادة بما يخفى على الآخرين والمزكي في الغالب يشهد بأنّه لم ير من الشاهد المعصية والجرح يشهد بأنّه يراها منه، ولا منافاة بين عدم رؤية شخص ورؤية شخص آخر.

وفي الجواهر: أنّه يتم فيما إذا لم يعين الجرح وقت المعصية، وأمّا مع التعيين وشهادة المزكي أنّه كان في ذلك الوقت في المسجد أو غيره من الأماكن فيقع التعارض لا محالة.

أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكي كما إذا ذكر الجرح أنّه رأى منه المعصية الفلانية وقال المزكي أنّه عدل فعلاً وإنّه لو وقع منه ما ذكرت فقد تاب منه فعلاً، ولكن مع تعارض ما أخبرا به أيضاً تكون النتيجة تقديم قول الجرح؛ لأنّه إذا لم تتم البينة على المدعى عليه تصل النوبة إلى استخلافه.

وعن الشيخ (قدس سره) في الخلاف أنّه مع اختلاف الشهود في التزكية والجرح توقف الحاكم عن الحكم، ويأمر المتخاصمين بالمصالحة، ولا يتوجه اليمين إلى المنكر؛ التاسعة: لأبأس بتفريق الشهود [١]، ويستحب فيمن لا قوة عنده.

لاحتمال كون الشهادة بالدعوى بيّنة ومعها لاتصل النوبة إلى اليمين. وفيه أنّه لو تم ذلك لاقتضى التوقف عن الحكم أيضاً فيما كان لدعوى المدعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكي لهما.

والحلّ إنّ شهادة العدلين إنّما تكون بيّنة فعلاً للحاكم فيما إذا تمكن من احراز عدالتهما، مع أنّه يمكن احراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجاري في عدم حدوث ملكة العدالة أو حسن الظاهر أو الاستقامة في الدين لهما، لأنّ كلّ ذلك من الأمر الحادث المسبوق بالعدم، ولا يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث إنّ الفسق لا أثر له في المقام، وأنّ الموضوع والمستند لحكم القاضي عدالة الشاهدين كما تقدم.

[١] ذكر في الجواهر أنّه لا يجوز للقاضي تفريق الشهود والسؤال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعة التي يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم وتشئت كلامهم أو بغير ذلك، ويستحب ذلك في مورد الريبة، كما إذا لم يكن للشاهد قوة عقل بحيث يحتمل تلبيس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهادة غلطاً، كما يشهد بذلك فعل دانيال — عليه الصلاة والسلام — في شهود الزنا^(٨٧)، وما فعل داود — عليه

الصلاة والسلام – في منكري قتل صاحبهم وأخذهم ماله^(٨٨)، أضف إلى ذلك قوله سبحانه
لنبيه (صلى الله عليه وآله) من الأخذ بهداهم بقوله: (فَبِهَدَاهُمْ أَفْتَدِهِ).^(٨٩)

لا يقال: قد نسخت الأحكام الثابتة في الشرائع السابقة بشريعتنا، فاستجاب التفريق
.....

في شرعهم لا يقتضي الاستحباب في شريعتنا، فإنه يقال ليس المراد من نسخ الشرائع السابقة
بشريعتنا نسخ كل واحد واحد من تلك الأحكام، ولا ينافي الأمر ببعض ما كان في تلك
الشرائع. وأيضاً يلاحظ المروي من فعل علي (عليه السلام) في سبعة خرجوا في سفر ولم يرجع
واحد منهم من تفريق السنة الراجعين^(٩٠)، بل يظهر منه أنه يجوز للقاضي التوسل إلى معرفة
الحق بكل وسيلة مباحة في نفسها كالتكبير في الناس ونحوها. وفي المسالك أن التفريق قبل
أن تتم البينة في الواقعة وقبل طلب الحكم، كما إذا كان التفريق قبل تركية الشهود، وإلا لم
يجز ترك الحكم والتفتيش عن الحق حتى في فرض ثبوت الريبة. فإن مجرد الريبة لاتمنع عن
الحكم بعد تمام مقدمات الحكم وطلب المدعي، ودعوى أنه لا دلالة في البين على وجوب
الحكم على القاضي مع ثبوت الريبة وإن طلب المدعي الحكم، كما عن بعض، لا يمكن
المساعدة عليها.

وعلى ذلك فاللازم حمل جواز التفريق واستحبابه في كلام المصنف (قدس سره) إلى ما قبل
تمام مقدمات الحكم، أو على مقام أداء الشهادة، حيث إن أداء الشهادة تفريقاً أحد فردي الأداء،
والقاضي مخير بينهما، ويستحب الاداء التفريقي مع ثبوت الريبة؛ انتهى.

أقول: إذا تمت مقدمات الحكم وطلب المدعي القضاء فلا دليل على عدم جواز تأخير
القضاء فيما إذا كان في البين ريبة إذا احتمل القاضي تدارك المظلمة والعلم بالواقع مع التأخير
وتفريق الشهود والسؤال من كل واحد منهم من غير اطلاع الآخرين، فإن هذا التأخير لا ينافي
القيام بالقسط والحكم بما أنزل الله، ولا الدليل السابق المذكور على وجوب القضاء حفظاً
للأمن واستيفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرين.

(٨٨) الكافي ٣٧٢: ٧.

(٨٩) الانعام: ٩٠.

(٩٠) الكافي ٧: ٣١٧، والوسائل: ١٨، الباب ٢٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٠٤.

العاشرة: لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدر في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياً موجياً للعلم [1]، ولا يعول على سماع ذلك من الواحد والعشرة لعدم اليقين بخبرهم.

نعم المنقول من دانيال (عليه السلام) ظاهره تفريق أهل الدعوى في سماع دعواهم، ولكن صدر الرواية الواردة في قضاء عليّ (عليه السلام) في قضية اليتيمة من قبيل تفريق الشهود، إلا أنّ الزنا حيث لا يثبت بشهادة النساء منفردة فيمكن أن يكون تفريقهن للتوسل إلى الواقع ودفع المظلمة المحتملة من غير أن يكون في البين تأخير القضاء.

ويستفاد من المروي في قضية داود (عليه السلام) أنه يجوز للقاضي محاكمة المتهم بنظره لتدارك المظلمة المحتمل وقوعها، وإن لم يكن دعوى من ذي الحق لعدم جزمه بدعواه. ويقوى هذا الجواز فيما كان في البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام وأمن البلاد، والله سبحانه هو العالم.

[1] لا يخفي أنّ الفسق كغيره من الأمور يعتبر في الشهادة به من احرازه حساً، والمراد حسّ المشهود به أو حسّ ما لا ينفك عن المشهود به عادة، ولذا يمكن الشهادة بالشيء اعتماداً على الاستفاضة الموجبة للعلم به عادة، حيث لا تتفك هذه الاستفاضة عن ثبوته، بخلاف الشهادة بالشيء اعتماداً على استصحابه أو خبر العدل به ونحو ذلك مما لا يكون حساً بذلك الشيء ولا علماً به عادة، نعم لو كان ذلك الشيء مما يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، وقد تقدم أنّ عدالة الشاهد يعتبر فيه الخبر به ولا يتعين الشهادة به، ولذا يمكن للقاضي الاعتماد على استصحاب عدالة الشاهد، كما يعتمد في تعديل الرواة وتوثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال في تشخيص حال الرواة.

.

ودعوى الاجماع على اعتبار الشهادة في ثبوت العدالة، كما عن جماعة، لا يمكن المساعدة عليها، وكيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضي على الاستصحاب في عدالة الشاهد.

نعم يعتبر في ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير، الشهادة، على ما تقرّر في بحث الحدود.

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار الحسّ في الشهادة هو القاعدة الأولية. وقد يقال بجواز الشهادة ببعض الامور مع عدم الحسّ بها كالشهادة بالملك اعتماداً على اليد وبالعدالة اعتماداً على حسن الظاهر، ونحو ذلك مما قيل بأنّ ذلك مقتضى الأدلّة الخاصة الواردة في مواردّها، ويأتي البحث في بعضها أو جلّها في بحث الشهادات ان شاء الله تعالى.

وقد ذكر في الجواهر أنّه لا يكفي في شهادة بالفسق مجرد مشاهدة الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصية، ولا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلك، ودعوى أنّ للأفعال ظهوراً كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور في الثاني يعتمد على الظهور في الأوّل لا يمكن المساعدة عليها؛ فإنّ الفعل بما هو ليس له ظهور وإنّما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإن أفاد تلك المقارنات العلم فهو، وإلا فلا يجوز الشهادة بالفسق، لأنّه من الظن الذي لا يغني من الحق شيئاً، نعم لا عبرة بالاحتمال الذي لا يعتدّ به ولا ينافي الجزم في العادة.

أقول: دلالة الفعل كدلالة اللفظ بالاضافة إلى مدلول الفعل انشاءً أو اخباراً بالدلالة العرفية فاعطاء المال الفقير ظاهره تملكه إياه، فيجوز له تملكه الغير مجاناً أو بلا عوض، وأمّا كون الفاعل منتقياً إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنّه كان مكرهاً على ارتكابه أو مضطراً أم لا، فمثل ذلك لا تدخل في دلالة الفعل لا عقلاً

ولاعرفاً، فلا بد من احراز ذلك من الخارج.

بقي في المقام أمور:

منها: أنّ الشاهدين في الواقعة إذا كانا عدلين عند القاضي ولكن اعترف المدعي بفسقهما فهل يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فإنّ ميزان القضاء احراز القاضي كون شهادتهما بينة، والمفروض تحقق ذلك فلا إعتبار باحراز المدّعي أو اعترافه كما لا اعتبار بنظر خصمه، وقد يقال: بأنّه لا يصحّ له الحكم لاعتراف المدّعي بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إنّ الاعتبار في القضاء عدالة الشاهدين واقعاً، واحراز القاضي يعتبر طريقاً، لا أنّه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: احراز القاضي عدالة الشاهدين وإن كان موضوعاً لجواز القضاء بشهادتهما تكليفاً إلا أنّ المدّعي مع عدم احرازه ثبوت حقه واقعاً لا يمكن أن يرتب على قضائه أثر الواقع والقضاء النافذ، فلا يجوز له مطالبة القاضي بحبس المدّعي عليه بالدين الذي شهد به الشاهدان،

كما يجوز للمدعى عليه الإمتناع عن أداء الدين المزبور أخذاً باعترافه فسق الشاهدين وكون القضاء ليس على الموازين.

ومنها: ما ذكره جماعة أنه يجوز للحاكم الحكم مع عدم احراز عدالة الشاهدين بالاعتماد على تصديق المدعى عليه عدالتهما، لأنّ اعترافه بعدلتهما اعتراف بثبوت الحكم النافذ بشهادتهما، ويدلّ على ذلك ما عن تفسير العسكري (عليه السلام) من فعل رسول الله (صلى الله عليه وآله) واقباله على المدعى عليه وسؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلاّ خيراً غير أنّهما قد غلطا فيها شهدا عليّ أنفذ شهادتهما.^(٩١)

ولو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها، وقيل: إن مضت مدة يمكن تغيير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحدّ لذلك بل بحسب ما يراه الحاكم. الحادية عشرة: ينبغي أن يجمع قضايا كل اسبوع [١] ووثائقه وحججه ويكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه من شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه ثم كتب عليه قضاء سنة كذا.

ولكن تقدم انّ الرواية لا يمكن الاعتماد عليها كما تقدم، وان نفوذ الحكم فرع جوازه تكليفاً وإذا لم يحرز القاضي عدالة الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوز له القضاء تكليفاً ليكون ذلك الحكم نافذاً على المدعى عليه باعترافه أو بدونه.

[١] المراد من جمع قضايا كل اسبوع جمعها في الكتابة وضبطها في ديوان الحكم بأن يكتب ولو بأمره كاتبه كل واحد من الوقائع المرفوعة إليه وأربابها بأسمائهم وحكمه فيها، وأنّه قد حكم في الواقعة الفلانية بكذا بالبينة الفلانية أو باقرار المدعى عليه أو بيمين المنكر أو اليمين المردودة، ثمّ يجمعها ويكتب عليها أنّها قضايا القاضي فلان بن فلان في اسبوع كذا من شهر كذا ومن سنة كذا.

وإذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها إنّها قضايا فلان بن فلان في شهر كذا من سنة كذا وإذا جمع قضايا الشهور يكتب عليها انها قضايا القاضي فلان بن فلان في سنة كذا، كل ذلك لتسهيل المراجعة إلى الواقعة المرفوعة إليه وحكمه فيها عند الحاجة منه أو من غيره، يعني القاضي الذي يجيء من بعده، فإنّ الكتابة وان لم تكن من شرائط القضاء ونفوذه، إلاّ أنّها من آدابه ومستحباته، لأنّ بها نوع سعي في حوائج الناس وتحفظ على حقوقهم.

بل لا يبعد وجوبها إذا طلبها وليّ الأمر الذي نصبه للقضاء رعاية للأمن وحقوق

.

(٩١) الوسائل: ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٤.

الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها واستحبابها من معتبرة عقبة بن خالد عن أبي
عبدالله (عليه السلام) حيث سأل (عليه السلام) غيلان بن جامع قال: «كيف تقضي يا غيلان؟ فأجاب:
أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم
أطرحه في الدواوين، قال: قلت: هذا هو الحتم من القضاء»^(٩٢). بل يستظهر من قوله سبحانه:
(إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ الآية^(٩٣))، بدعوى أَنَّ القضاء أولى
بالتحفظ عليه من الدين، وإذا كانت كتابة الدين للتحفظ مطلوبة فهي في أمر القضاء أولى.

هذا بالإضافة إلى الكتابة للإيداع في الديوان، وأما إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون
حجة عنده فلا دليل على وجوب الاجابة، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، وان نسب وجوبها
إلى الاشهر، إلاَّ أنه لا دليل عليه فضلاً عن وجوبها مجاناً، والتمسك في ذلك بقوله تعالى: (وَلَا
يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ)^(٩٤) لا يمكن المساعدة عليه، فإنَّ الوجوب في مورد الآية غير ثابت فضلاً عن
التعدي عنه إلى المقام، حيث إنَّ الكتابة ليست شرطاً في الدين ولا واجباً فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقه عليها، كما إذا نصب وليَّ الأمر لانتفاذ القضاء
شخصاً آخر لا يعلم الحق إلاَّ بالكتابة أو شرط عليه في الانتفاذ كتابة القاضي لزم الكتابة، وهذا
أمر آخر، ويجوز للقاضي أخذ الأجرة على الكتابة كما تقدم سابقاً، والوجه في اللزوم أنَّ
القضاء بغير انفاذه لا يثمر في أمن البلاد واستيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآخر
ولكن الواجب الكتابة لا اعطاء القرطاس والمداد ونحوه.

الثانية عشرة، كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر فإن حمل له من بيت
المال ما يصرفه في ذلك وجب عليه الكتابة، وكذا ان أحضر الملتمس ذلك من خاصة ولا يجب على
الحاكم دفع القرطاس من خاصه.

الثالثة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود [١] إذا كانوا من ذوي البصائر، والأديان القوية
مثل أن يفرق بينهم، لأنَّ في ذلك غصاً منهم، ويستحب ذلك في موضع الريبة.

الرابعة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد [٢]، وهو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يتعقبه،
بل يكف عنه حتى ينهي ما عنده، وإن تردد. ولو توقف في الشهادة لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام
على الإقامة، ولا تزهيده في إقامتها وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار، لأنه ظلم لغريمه.
ويجوز ذلك في حقوق الله تعالى، فان الرسول (صلى الله عليه وآله) قال لما عز! عند اعترافه بالزنا «لعلك
قبَلْتَهَا لعلك لمستها» وهو تعريض بايثار الاستتار

(٩٢) الكافي ٧: ٤٢٩.

(٩٣) البقرة: ٢٨٢.

(٩٤) البقرة: ٢٨٢.

نظير ما يقال من أنّ الواجب هو تكفين الميت لا اعطاء الكفن فإنّه مقتضى قاعدة نفي الضرر، وأيضاً الواجب نفس الكتابة لا الكتابة مجاناً، وقد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أنّ مجرد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأجرة عليه ممن يستفيد من ذلك الفعل، بل المانع عدم المالية لذلك الفعل أو الغاء الشارع المالية بإيجابه على المكلف مجاناً، حيث يدخل بذلك أخذ الأجرة عليه في أكل المال بالباطل.

[١] الاعانات: ادخال المشقة والأمر الشاق ولو بملاحظة حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيرة والذهن والقوي، فيكون التفريق بينهما في مقام اداء الشهادة والاستفسار والاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبة مكروهاً، بخلاف ما إذا كان الشاهد في شهادته مورد الريبة، فإن التفريق والسؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

[٢] حاصله أنّه لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد بأن يتداخل أثناء شهادة الشاهد
.....

بكلام ليتكلم به في شهادته، أو يعرض عمّا يريد التكلّم به، أو يتكلّم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تنمة لشهادته، كل ذلك بقصد ايقاع الشاهد و هدايته إلى شهادة تنفع المدعي أو تضرّه، ولو بأن تكون مسموعة أو مردودة.

وعن المسالك عدم الفرق في عدم جواز ذلك بين كون الشاهد مريداً التكلّم به في ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا وقرّره في الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدعي أو تضرّره وكون شهادته مسموعة أو مردودة، و أضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخلة القاضي وغيره سوى الخصم حيث يجوز له المداخلة.

والوجه في عدم الجواز أنّ في المداخلة المزبورة تضييع حق وترويج باطل ونحوهما ممّا هو معلوم حرّمته من غير الحاكم فضلاً عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن في المداخلة المزبورة تضييع حق أو ترويج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانة على ابراز مقصده ونحو ذلك فيشكل الحكم بحرّمته والأصل الجواز.

وأيضاً لو تردد الشاهد أثناء شهادته لم يجز للحاكم ترغيبه في الشهادة باقامتها أو إكمالها، كما لايجوز تزهيده في الشهادة وإيقاعه في الشك في المشهود به بعد كونه جازماً بالشهادة به.

والوجه في عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لا يجوز الشهادة مع التردد، وفي الثاني نهى عن المعروف أي إقامة الشهادة، ولا يختص هذا بالشاهد، بل لايجوز إيقاف الخصم عن اقراره بحق المدعى فإنّه ظلم لغريمه.

نعم يجوز هذا الايقاف في حدود اللّه، كما يظهر ذلك ممّا فعله النبي (صلى الله عليه وآله) في قضية ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلك قبّلتها»^(٩٥) على المروي فيها.

الخامسة عشرة: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه [١].

السادسة عشرة: الرشوة حرام [٢] على أخذها ويأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل ولو كان إلى حق لم يأثم، ويجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

أقول: يظهر ذلك من صحيحة مالك بن عطية وغيرها أيضاً من المرويات في الحدود.

وما ذكر من عدم جواز الترغيب في اقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنه عالم بالحق والواقع وإنه كان حاضراً في الواقعة وإنّ تردده في اقامتها بسبب تردده في بعض الخصوصيات التي لا دخل لها في ثبوت الموضوع كزمان الواقعة ومكانها فالأظهر في مثل ذلك جواز الترغيب، فإنه داخل في الأمر بالمعروف، وكذا يجوز تزهيده فيما إذا احتل أن اقامتها لعدم التفاته فعلاً بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعة بالحسّ خصوصاً إذا كان التزهيد قبل اقامتها، فإنّ هذا التزهيد غير داخل في النهي عن المعروف.

[١] يكره للقاضي أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما في ذلك تهمة ميل القاضي إليه. وفي معتبرة السكوني: «إنّ رجلاً نزل بأمر المؤمنين (عليه السلام) فمكث عنده أياماً ثمّ تقدم إليه في خصومة لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحوّل عنّا فإنّ رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلّا و معه خصمه»^(٩٦)، ومناسبة الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهة؛ لأنّ الضيافة المزبورة لا تدخل لها في الخصومة والقضاء إلّا نحو ايهام الميل إليه كما لا يخفى.

[٢] قد تكلمنا في المكاسب المحرّمة في حكم الرشا الحكم، بالإضافة إلى السابعة عشرة: إذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره [١] إذا كان حاضراً، سواء كان حرّاً المدّعي دعواه أو لم يحرّرها، وأمّا لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحرّر

(٩٥) سنن البيهقي ٨: ٢٢٦، نيل الأوطار ٧: ١٠٤، باب استفسار المقر بالزنا.

(٩٦) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من آداب القاضي، الحديث ٢: ١٥٧.

الدعوى، والفرق المشقة في الثاني وعدمها في الأول، هذا إذا كان في بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفة يحكم، وإن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجة وإن كان غائباً، ولو ادعى على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل، وإن كانت مخدرة بعث إليها من ينوبه في الحكم بينها وبين غريمها.

الراشي والمرتشي تكليفاً وفي حكمه وضعاً وبيان مصاديقه، وكذا في حكم الهدية للقاضي، ولا حاجة إلى اعادته في المقام.

[١] وحاصله أنه إذا طلب أحد الخصمين من القاضي احضار خصمه مجلس الحكم وكان ذلك الخصم حاضراً في البلد لزم على الحاكم الاجابة باحضاره، وبلافرق بين التماسه قبل تحرير دعواه أو بعده، وبلافرق بين كون خصمه من ذوي الشرف والمروآت وعدمه، وبلافرق بين كون الاحضار بكتابة يدفعها إلى المدعي أو إلى غيره من أعوانه أو أعوان الحكومة، ومع امتناعه عن الحضور استعان بهم على احضاره، كل ذلك مقتضي اطلاق كلامه (قدس سره) وادعى على وجوب الاجابة لالتماس الخصم ولو قبل تحرير الدعوى في صورة كون الخصم حاضراً في البلد الاجماع، وان خالف الاسكافي فيما إذا كان الخصم من أهل الشرف والمروآت.

و أما إذا لم يكن الخصم حاضراً في البلد فلا يجب على الحاكم أن يعده أي أن يمهله للحضور إلا مع تحرير الدعوى و وجدان القاضي دعواه مسموعة، والفرق بين حاضر البلد والغائب عنه تيسر الحضور في الحاضر وعدم تيسره في الغائب.

والاحضار بعد تحرير الدعوى يختص بما إذا كان الغائب في موضع يدخل في ولاية القاضي ولم يكن فيه للقاضي خليفة، ولو كان فيه خليفة له يقال تسمع القاضي

.

بينه المدعي إن كانت، وأرسل إلى خليفته أن يحكم في واقعتها. وإن لم يكن ذلك البلد داخلاً في ولايته حكم في الواقعة مع غياب الخصم ان كانت للمدعي بينة كما سيأتي في القضاء على الغائب، وإن رضى المدعي بالحضور إلى ذلك البلد ليحكم القاضي في ذلك البلد بينهما أرجع الواقعة إلى ذلك الحاكم.

هذا كله فيما إذا كان الخصم رجلاً، أما إذا كانت امرأة فإن كانت برزة يعني من النساء التي من عاداتهن البروز لحوائجهن وحضور مجالس الرجال فهي كالرجل فيما ذكر، وأما إذا كانت مخدرة تمتنع من الخروج إلى حوائجها من غير ضرورة ولا تخرج إلى مجالس الرجال بعث إليها من يثق به ليحكم بينها وبين غريمها.

أقول: لا موجب على القاضي في توجيه الطلب إلى الخصم بالحضور مجلس الحكم قبل تحرير المدعي دعواه من غير فرق بين حضور الخصم و غيابه؛ لأنه ما دام لم يثبت كون دعواه مسموعة، لا يثبت للمدعي حقّ الدعوى ومن الظاهر أنّ تيسر الحضور وعدمه لا يوجب الحق في الأول دون الثاني مع انه ربّما يكون الحضور للمخاصمة أمراً صعباً وحرَجياً للخصم، كما إذا كان من أهل المروة ومعروفاً بعدم اعتدائه على الناس في حقوقهم وأموالهم، ولذا قيل إنه لا يوجّه إليه الطلب.

نعم لو علم القاضي بأنّ دعوى المدعي مسموعة بقريضة حاله يمكن دعوى لزوم احضار خصمه مع امكانه سواء أكان حاضراً في البلد أم غائباً عنه، كما أنّه لا فرق بين المرأة والرجل، حيث يمكن للمرأة المخدرة أو الرجل الذي من أهل المروة والشرف التوكيل في المخاصمة.

ثمّ إنّ ثبوت ما ذكر في حق القاضي المنصوب بالنصب الخاص، أمّا من يحكم في الواقعة المرفوعة إليه بالنصب العام فوجوب الاجابة له عند طلب الخصم منه احضار
.

خصمه مع تمكنه عليه لا يخلو من قوة، بناءً على ماتقدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس وفصل الخصومة بينهم، واستيفاء حقوق بعضهم من بعض، واللّه سبحانه هو العالم.

النظر الثالث:

النظر الثالث:

في كيفية الحكم.

وفيه مقاصد:

المقصد الأول: في وظائف الحاكم، وهي سبع:

الأولى: التسوية بين الخصمين [١] في السلام والجلوس والنظر والكلام والانتصات والعدل في الحكم، ولا تجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً، وإنما تجب التسوية مع التساوي في الإسلام أو الكفر، ولو كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمي قائماً وإنما تجب التسوية والمسلم قاعداً أو أعلى منزلاً.

[١] ذكر (قدس سره) أنه يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في السلام بدءاً أو ردّاً، والجلوس بأن يجلسهما في مكان لا يعدّ مكان أحدهما أعلى المجلس والآخر أسفله، بل مقتضى عبارته أنهما لو جلسا كذلك كلّفهما بالجلوس سواء، كما هو ظاهر التسوية بينهما اللازمة رعيتها على القاضي، ويدخل فيها التسوية في النظر إليهما بأن لا يختص نظره إلى أحدهما أو يكون أكثر منه إلى الآخر، وفي الكلام معهما سواء أكان الكلام راجعاً إلى المشاجرة أم غيرها، وفي الانتصات والاستماع إليهما عند تكلمهما، كما يجب على القاضي العدل في الحكم بينهما.

أقول: العدل في الحكم بينهما ممّا لا ينبغي التأمّل في اعتباره لقوله سبحانه: (وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)^(٩٧)، ولكن لا يعرف من العدل في الحكم إلّا الحكم على موازين القضاء وترك الجور فيه وإلّا يكون الحكم باطلاً غير نافذ.

.

أمّا غيره من التسوية في السلام والجلوس والنظر والكلام والانتصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين وإلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقاً، كما يجد الناظر في كلمات الأصحاب، ويستدلّ على ذلك بمعتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام): «قال: قال أمير

المؤمنين (عليه السلام): مَنْ ابْتَلِيَ بِالْقَضَاءِ فَلْيُؤَسِّسْ بَيْنَهُمْ فِي الْإِشَارَةِ وَفِي النَّظَرِ وَفِي الْمَجْلِسِ»^(٩٨) وقد تقدمت معتبرته في إضافة أحد الخصمين^(٩٩)، ولعلَّ ما ذكر في المعبرة من باب المثال والمراد التسوية بينهم ولو في غير ذلك من كيفية المعاشرة والاكرام، لئلا يتوهم أحدهما ميل القاضي إلى الآخر، وأنه يقضي له ولو بالجور عليه، كما يظهر ذلك ممَّا ورد في خبر سلمة بن كهيل من قول علي (عليه السلام) لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا يبأس عدوك من عدلك»^(١٠٠).

والظاهر أنَّ الإيهام المزبور حكمة في رعاية التسوية، فيعمُّ لزومها حتى ما إذا عرف القاضي بأنَّه لا يعدل عن الحق والحكم على موازين القضاء حتى مع أقرب الناس إليه، وأيضاً يختصَّ التسوية بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، ولو كان أحدهما مسلماً فلا يجب رعايتها. نعم يتعين الحكم بالعدل وعدم الجور لما تقدم وعدم رعاية التسوية لعدم كون الكافر أهلاً للاكرام ولا يكون مساوياً للمؤمن، وفي المروي عن علي (عليه السلام): «أنَّه جلس في جنب 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) يقول: لاتساووهم في المجلس»^(١٠١).

.

كما أنَّ التسوية تختص بالأفعال ولا تعم الميل القلبي بأنَّ لا يجب أن يكون الحق والحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين وأن يظهر التسوية بالإضافة إلى ذلك أيضاً من صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (عليه السلام) في حكاية قاض في بني اسرائيل^(١٠٢).

والوجه في عدم الوجوب كون التكليف في التسوية في الميل القلبي أمراً حرجياً وشاقاً، ولا يمكن أن يعتمد على الصحيحة في الحكم بلزوم التسوية في الميل القلبي بالإضافة إلينا بل غايتها ثبوت ذلك في بني اسرائيل، وتصدي الإمام (عليه السلام) لنقلها لا يدلُّ على بقاء ذلك الحكم بحده بل يكفي بقاء أصل مطلوبيتها وقد كان في بني اسرائيل من التكاليف الشاقة وليكن هذا منها خصوصاً بملاحظة قوله سبحانه: (مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)^(١٠٣).

(٩٨ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢ و ١٥٧.

(١٠٠) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١٥٥: ١.

(١٠١) المغني لابن قدامة ٤٤٤: ١١.

(١٠٢) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١٦٤: ١.

(١٠٣) الحج: ٧٨.

والمتحصل أنّ الموجب لهلاك القاضي ميّله عن موازين القضاء في حكمه. وفي معتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): يدالله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة، فإذا حاف وكله الله على نفسه»^(١٠٤)، بناءً على أنّ المراد بالحاكم القاضي أو مایعمّه، بل يكفي في ذلك قوله سبحانه: (كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا).^(١٠٥)

ولكن الانصاف أن التسوية في الجلوس والنظر والكلام والانصات وغير ذلك من حسن المعاشرة من الآداب المستحبة للقاضي، كما نقل ذلك عن الديلمي والعلامة الثانية: لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه [١] ولا أن يهديه لوجوه الحجاج، لأنّ ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها.

و غيرهما، ولا يتعين رعايتها، لأنّ الظاهر أنّ الأمر بها لدفع ايها أحد المتخاصمين إنّه يراعي جانب الآخر ويعدل عن الحكم بالحق، وهذا ليس من الملاك الملزم، خصوصاً بعد ما علم المتخاصمان من القاضي العدل في حكمه، وأنّه لا يعدل عن القضاء بموازينه في أي قضية ترفع إليه.

[١] ذكر (قدس سره) أنّه لا يجوز للقاضي أن يلقن أحد الخصمين ما يضرّ خصمه بأن يلقنه ما يكون موجباً لسماع دعواه، كما إذا قال المدعي إنّ له بيد خصمه مالاً فسكت قال له الحاكم لا بدّ من أنّك رأيت المال المزبور وتتمكن من توصيفه وتعيينه والداعي له إلى هذا القول تلقين المدعي أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليتمكن سماعها، أو يلقن أحد الخصمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريد انكار الدين عليه بدعوى الاداء: أنّك ما اقتضت من مدعي المال عليك بداعي تلقينه أنّ له مع علمه بفراغ ذمّته انكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضرر ولو كان مالياً، والوجه في عدم الجواز أنّ القاضي جعل لسد المنازعة، وتلقينه في الأول فتح لبابها، كما أنّ تلقينه طريق الاحتجاج اضرار أو فيه ضرر لخصمه فإنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الدين على عهدة مدعي الاداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا يجوز فيما إذا لم يحرز القاضي صدق مدعي الاداء، أمّا مع علمه فالتلقين المزبور اعانة للمظلوم وانتصار له، وما قيل من أنّه مع احراز الصدق

(١٠٤) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب القاضي، الحديث ١٦٤: ١.

(١٠٥) المائدة: ٨.

لا يحتاج إلى التلقين فإنّ للحاكم أن يحكم بعلمه يدفعه امكان المانع عن حكمه من غير انكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمة لإيصال الحق إلى صاحبه.

الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلمًا [١] أو ليتكلم المدعي، ولو أحسنّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك. ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إحاش الآخر.

الرابعة: إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ويستحب ترغيبهما في الصلح [٢] فإنّ أبيا إلا المناجزة حكم بينهما وإن اشكل آخر الحكم حتى يتضح،

وأيضاً تلقينه ما يصح دعوى المدعي لم يعلم عدم جوازه فإنّ التلقين المزبور وإن يوجب فتح باب المرافعة، ولكن مجرد ذلك ليس مانعاً عن جوازه، لأنّ القاضي جعل لفصل المنازعة لا لسدها، كما لا يخفى.

[١] ذكر (قدس سره) أنه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضي أن يوجه إليهما الخطاب بقوله تكلمًا أو ليتكلم المدعي منكما، ولو أحسنّ القاضي إنّ الخصمين قد دخلاهما الخجل والاستحياء من القاضي، يقول لمن يقول لهما تكلمًا أو ليتكلم المدعي منكما، ويكره للقاضي أن يوجه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلم؛ لأنّ توجيه الخطاب إلى أحدهما بخصوصه ادخال الآخر في الوحشة.

أقول: لم يعلم الوجه في ترتب أمره لمن يقول لهما ذلك على احساسه بأنّ سكوتها لاحتشامه. ولعلّ توجيه الخطاب إليهما داخل في عنوان المعاشرة بالمعروف، ويستحب بذلك العنوان، ولكن قوله (قدس سره): ويكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافي ما سبق من وجوب التسوية بين الخصمين في الكلام ودعوى استثناء ذلك من العموم المزبور كما ترى! وكيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيهه إلى أحدهما تركاً للاستحباب.

[٢] يستحب للقاضي دعوة المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما؛ لأنه داخل ولاحد للتأخير إلا الوضوح.

الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بُدئ بالأوّل فالأوّل [١]، فإن وردوا جميعاً قيل: يقرع بينهم، وقيل: يكتب أسماء المدعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل: يذكرهم أيضاً لتحضر الحكومة معه وليس بمعتد، ويجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعة ويستدعي صاحبها، وقيل: إنّما تكتب أسماؤهم مع تعسر القرعة بالكثرة.

في الأمر بالمعروف، بل الصلح والإصلاح في نفسه أمر مستحب، وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لإن أصلح بين اثنين أحبّ إليّ من أتصدق بدينارين»^(١٠٦)، ويمكن أن يستظهر ذلك من قوله سبحانه: (وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِإِيمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصَلِّحُوا بَيْنَ النَّاسِ)^(١٠٧)، وإذا سئل المدعى المناجزة حكم بينهما على ماتقدم من وجوب القضاء وفصل الخصومة بين الناس.

وإذا أشكل الحكم بينهما لعدم احراز القاضي المدعى من المنكر في الواقعة أو عدم تشخيصه الكبرى فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف في الكبرى فلا يجوز له الحكم؛ لأنه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء في الواقعة إلى وضوح الحكم و خروج قضائه عن القضاء بغير علم وعن كونه قضاءً بغير موازينه.

[١] قيل إنّ البدء بالأول لكونه أحقّ بالسبق، وعلى ذلك فإن كان السابق واحداً تعيّن وان لم يحرز السابق أو وردوا جميعاً يقرع بينهم بكتابة اسم كل واحد منهم في رقعة وجمع القاضي تلك الرقع تحت الساتر ويخرج واحداً واحداً وإذا خرج اسم واحد أجرى الحكم بينه وبين خصمه، بعد سماع دعواه ومطالبته القضاء بينهما، ولا يحتاج إلى كتابة أسماء الخصوم مع أصحاب الدعوى لأنّ القضاء ومطالبته حق للمدعى.

السادسة: إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم تسمع [١] حتى يجيب عن الدعوى وينتهي الحكومة ثمّ يستأنف هو.

وقيل بذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصحاب الدعوى للحكم، ولكنه ضعيف لما تقدم من عدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعة، وربما قيل: إنّ كتابة أسماء المدّعين كما ذكر بعد تعذر القرعة أو تعسره لكثرة المدّعين وإلاّ يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع في بنادق من طين ونحوه وسترها، ولكن لا يخفى أنّ كلا النحويين من القرعة فيما بينهم، فلا يتوقف اختيار كتابة الأسماء كما ذكر على تعذر الأول أو تعسره.

نعم الكلام في تعيّن اصل القرعة وعدم تخيير القاضي في اختيار الأول، فالأول فيما وردوا جميعاً، بل مع ورودهم مترتبين، فإنّ الورود أولاً لا يوجب الحق الملزم للسابق حتى تجب القرعة لاخرجه وما تقدم من لزوم التسوية على تقدير القول به لا ينافي التخيير في

(١٠٦) الوسائل: ١٣، الباب ١ من أحكام الصلح، الحديث ١:١٦٢.

(١٠٧) البقرة: ٢٢٤.

المقام، فإنها بالإضافة إلى المتخاصمين في واقعة لا بين الخصم في واقعة وبين خصم للآخر في واقعة أخرى، وهذا فيما إذا لم يشترط على القاضي في نصبه تقديم السابق، وإلا فعليه رعايته مع احراز السابق، والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا قطع الخصم دعوى خصمه بدعوى أخرى لا تسمع منه حتى يجيب عن الدعوى ويحكم القاضي فيها. وكذا إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنه لا تسمع دعوى خصمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالانكار أو بالافتقار أو بغيرهما ويحكم القاضي فيها، وكل ذلك بملاحظة ان السابق والمبادر بطرح دعواه لسبقه في دعواه أحق بالقضاء بناءً على ما تقدم من كون ذلك موجباً للحق الملزم ولا يبعد كون ذلك من الآداب إلا إذا احتمل القاضي الارتباط بين الدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانية الحال في بعض الخصوصيات في الدعوى الأولى.

السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، ولو ابتدرا بالدعوى سُمع من الذي عن يمين صاحبه، ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء [١] ما لم يستضرّ أحدهما

ولو ابتدرا معاً فالذي على يمين خصمه أولى بالدعوى، وقد حكى على ذلك الاجماع عن السيد والشيخ (قدس سرهم)، ويستدل على ذلك بخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام» (١٠٨)، وصحیحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا تقدمت مع خصم الى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه» (١٠٩).

ولكن لا يخفى أنّ الخبر لضعف سنده وعدم تمام دلالاته لا يمكن الاعتماد عليه؛ فإنّ سند الصدوق (قدس سره) إلى محمد بن مسلم فيه علي بن أحمد بن عبدالله عن أبيه، وابن الجنيد وان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب ولكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أنّ المراد بصاحب اليمين من كان جالساً يمين خصمه لايمين القاضي غير ظاهر أمّا صحیحة عبد الله بن سنان فلا دلالة لها على حكم طرح الدعوى وأحقية صاحب اليمين في طرحها؛ لأنّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحباً في نفسه، ولذا ذكر في الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم ويستحب للقاضي أن يقدم الذي عن يمين خصمه بالكلام، وأمّا دعوى الاجماع فيظهر الحال فيها بمراجعة كلمات الأصحاب، وعدم كونه على تقديره مدركياً.

(١٠٨) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢ و ١٦٠: ١.

(١٠٩) المستدرک: ١٧، الباب ١١ من أبواب القاضي، الحديث ٢: ٣٥٨.

[١] يعني إذا كان أحد المدعين حاضراً والآخر مسافراً، فلا يكون المسافر أحق بالقضاء بينه وبين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما في سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرًا بحاله، وإلا يقدم. بالتأخير، فيقدم دفعا للضرر، ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال [١].

وقيل: ان تضرر المسافر لا يوجب سقوط حق الحاضر، كما في الازدحام على سائر الحقوق المشتركة، ويجب بأنّ التخيير في المقام حتى القاضي وترجيحه، ومع عدم المرجح الشرعي يرجع إلى القرعة في حق تخييره ولزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعي في حق تخييره، ومثل المسافر المرأة التي تضرر بالتأخير عن بيتها. ولكن لا يخفى أنّ لزوم الممانعة عن تضرر الآخر مطلقاً غير محرز.

[١] ذكر (قدس سره) أنه يكره للقاضي الشفاعة إلى أحد الخصمين في إسقاط حقه بعد ثبوته بحكمه أو إبطاله حقه في الدعوى على خصمه قبل حكمه، ويستدل على ذلك بما عن النبي (صلى الله عليه وآله) حيث سأله أسامة حاجة لبعض من خاصمه إليه فقال: «يا أسامة لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعة». (١١٠)

وعلى ذلك فقد يتراءى التناهي بين ذلك وبين ما تقدم من أنه يستحب للقاضي ترغيب المتخاصمين في الصلح الموجب للاغماض عن بعض الحق، وربما يجمع بينهما بجعل الصلح أمراً متوسطاً بين الإسقاط وعدمه أو ترغيبهما في الصلح ببعث القاضي شخصاً في ترغيبهما، أو كون الترغيب إلى الصلح مستثنى من الحكم المزبور لكون الصلح أمراً مرغوباً إليه وكون اصلاح ذات البين أفضل من الصدقة، خصوصاً فيما كان الترغيب قبل ثبوت الحق، حيث إنّ ظاهر الرواية مع ضعف طريقه الشفاعة بعد ثبوته كما لا يخفى.

المقصد الثاني: في مسائل متعلّقة بالدعوى، وهي خمس:

الأولى: قال الشيخ لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة [١]، مثل أن يدعي فرساً أو ثوباً ويقبل الإقرار بالمجهول ويلزم تفسيره، وفي الأوّل اشكال، وأمّا لو كانت الدعوى

[١] المحكي عن الشيخ وأبي الصلاح وبني حمزة وزهرة وادريس والعلامة في التحرير والتذكرة لا تسمع الدعوى فيما إذا كان المدعي به مجهولاً لم يعيّنه المدعي أو لم يصفه

بما يرفع جهالته، كما إذا ادّعى أن له على الآخر فرساً أو ثوباً من غير ذكر خصوصياته وأوصافه، وعلل ذلك بعدم الفائدة في سماعها، حتى فيما لو أقرّ به خصمه، حيث لا يمكن أخذ المعترف بشيء معيّن.

وأورد على ذلك بأنهم ذكروا سماع الاقرار بالمجهول، ويكلف المعترف بالتفسير، فإن فسره بشيء تعيّن أخذه به لنفوذ اقراره على نفسه، ومع عدم تفسيره يؤخذ بما يصدق عليه عنوان المدعى به، وعلى ذلك فاللزام سماع دعوى المدعي لإمكان اعتراف خصمه به، فيلزم لسماع الاقرار بالمجهول سماع الدعوى المجهولة.

و دعوى الفرق بين الاقرار بالمجهول والدعوى المجهولة حيث إنه لو لم يسمع الاقرار بالمجهول لأدى ذلك في بعض الأحيان إلى رجوع المعترف عن اعترافه، وفيه ذهاب حق الغير، بخلاف الدعوى المجهولة، فإن الزامه بالتفسير لا يوجب رفع يده عن دعواه أو ذهاب حق الغير عليه، ولكن لا يخفى ما فيها، حيث إن المدعي قد لا يتمكن من تفسير دعواه وتعيين المدعى به لنسيانه، فعدم سماع دعواه يوجب رفع يده عنها، وان يضيع حقه على الغير.

وقال بعض: أنه لو كانت الجهالة في الدعوى بحيث توجب خروج ما يذكره عن عنوان الدعوى على الغير في بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلا مع رفعه ذلك الاحتمال. وإذا قال إنه أتلف عليّ ثوباً واحتمل كونه ممّا لا مائة له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما اذا وصية سُمعت وإن كانت مجهولة لأن الوصية بالمجهول جائزة، ولا بدّ من ايراد الدعوى بصيغة الجزم [١] فلو قال: أظن أو اتوهم لم تسمع، وكان بعض من عاصرناه يسمعونها في التهمة ويحلف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى.

قال أتلف عليّ ثوباً من أموالي، وقال بعض آخر: أنه لو كان المدعى به من القيميات وفرض تلفه فيعتبر في سماع دعواه تعيين القيمة التي يدعيها على خصمه، وإن كان مثلياً فيعتبر تعيين أوصافه بما يعتبر في بيعه سلفاً ولا يعتبر تعيين القيمة وإن كان من الأثمان فيعتبر جنسه ووصفه ونقده وقدره.

قال في الدروس تبعاً للشيخ (قدس سره): لا يعتبر في بيع شيء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنه يعتبر في سماعها تعيين النقد لأن الدعوى إخبار عن الماضي فيحتمل النقود المختلفة بخلاف البيع حيث إنه إنشاء وإيجاب في الحال ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، وأمّا دعوى الوصية فإنها تسمع وان كانت الوصية المدعى بها لم تتعيّن لصحة الوصية بالمجهول.

أقول: لا يعتبر في سماع الدعوى ارتفاع الجهالة عنها، بل لو كانت الدعوى بحيث مع اقرار الخصم يلزم بالتفسير، ومع اعتذاره عن التفسير بالنسيان ونحوه يلزم بما يصدق عليه عنوان المدعى به، كان هذا كافياً كمانتقدم، ولا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك، ومما ذكر يظهر وجه المناقشة فيما ذكره في الدروس ولا حاجة إلى الاعادة.

[1] ذكروا في سماع الدعوى بإلزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمة، فلا تسمع فيما كانت على وجه التردد أو الظن، كما إذا قال: أحتمل أو أظن أن لي عند زيد أو عليه مالاً، ويقال في وجه اعتبار الجزم تارة بعدم صدق الدعوى بدونه.

فإنها الاخبار الجازم، وأخرى بأن من لازم الدعوى شرعاً أنه إذا رد المنكر اليمين على المدعي أو نكل أن يتمكن من الحلف عليها.

.

ولكن لا يخفي ما في الاستدلال بهما، فإن صدق المنازعة والمخاصمة، بل صدق الدعوى في موارد الاتهام ظاهر، وجواز رد الحلف أو الرد بالنكول يثبت في غير موارد الجزم أيضاً، غاية الأمر لا يجوز للمدعي في تلك الموارد الحلف بحقه لعدم علمه، فيلزم إيقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتي.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، وهو: أن الأمانة أو الأصل الجاري في الواقعة عند القاضي يعتبر في حق المدعي المزبور أيضاً لفرض عدم علمه بالواقع، ومقتضى الاعتبار في حقه أيضاً عدم جواز الزام خصمه بشيء.

ولكن هذا الاستدلال لا يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان في البين بيّنة، أو يَحْتَمَلُ أن يعترف بحقه لو كان خصمه ملزماً بالجواب لاحتماله علمه بالواقع وثبوت حقه. اللهم إلا أن يقال إن مع البيّنة بحقه تكون دعواه جازمة لأنها علم بالواقع، وأمّا مع عدمها فاحتماله له علم خصمه بحقه على تقديره لا يفيد شيئاً في سماع دعواه حيث إن الامارة أو الأصل حجة لعدم ثبوت الحق له ليطالب به الآخر أو يدعي عليه.

نعم لا يجوز لمن لاجزم له بحقه ولكن كان مقتضى الأصل المعتبر ثبوت حقه أن يوجه الدعوى إلى غريمه اعتماداً عليه، كما إذا استدان منه آخر وشك في أنه أدى ما عليه من الدين أم لا فيجوز له الأخذ باستصحاب بقاء الدين على عهده ويوجه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعدم سماع الدعوى على الغير في هذه الصورة بلاوجه، وكذا ما كان له عند غيره مالاً فاحتمل عدم رده عليه ونحو ذلك.

وبالجملة: فالقول باعتبار الجزم في سماع الدعوى على الاطلاق لايمكن المساعدة عليه.
ثم إنه لا يجوز له في موارد عدم سماع الدعوى بغير جزم ابراز الدعوى بصورة
.

الجزم فإنّ الإخبار عن جزم يدخل في الكذب، والتورية لا تنفعه مع عدم جزمه، فلو علم
القاضي انه غير جازم في دعواه وأنه أبرزها بصورة الجزم فلايرتب عليه أثراً.
نعم مع عدم علمه بذلك يكون ظاهر قوله معتبراً في كونها على نحو الجزم كان كاذباً أو
مورياً، وهذا بخلاف موارد الدعوى اعتماداً على الأصل المعتبر، فإنه يجوز فيها الدعوى
بنحوالجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

وقد يقال: انّ عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعي عليه
مأموناً، وأمّا إذا كان متّهماً فتسمع الدعوى في موارد الاتهام، كما في دعوى القتل والسرقة
ونحوهما فيماكان المدعى عليه غير مأمون، وعن بعضهم تخصيص السماع في المال
الذي يكون بيد المدعى عليه للعمل فيه للمدعي أو استيفائه منه حقّه أو بوجه العارية والوديعة،
فإنّ صاحب المال إذا اتّهمه بالخيانة بامساك المال أو اتلافه أو الافراط والتفريط فيه وكان
متهماً غير مأمون تسمع دعواه، وإن لم يكن اتّهامه على نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التي وردت في ضمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسماع
الدعوى، بل مفادها أن الأجير ضامن لما تلف بيده، إلاّ إذا أقام بيّنة أنّه لم يحصل منه افراط
وتفريط واتلاف من غير توقف الضمان على حلف المالك. وهذا الحكم وان التزم به جماعة
ولم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهرة في خلافه، إلاّ أنّه على كل تقدير
خارج عن البحث في المقام.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه إذا تردد المدعى عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل
ابني أحد هذين، أو سرق أحدهما مالي، أو أنّ أحدهما مديون لي، فهل على القاضي سماع
الدعوى بمطالبتهم بالجواب أو أنّه يعتبر في سماعها تعيين المدعى عليه؟

فقد يقال بعدم السماع لعدم وجوب الجواب على كل منهما لعدم توجه الدعوى
.

إليه بل لعدم فائدة الجواب لو قال كل منهما نعم واحد منّا كذلك، حيث إنّ الإقرار كذلك لا يوجب على المقرّ شيئاً، فإنّه ليس من الإقرار على النفس، بل الإقرار المزبور جامع بين الشهادة على الغير والإقرار على النفس، بل لو كان للمدّعي بيّنة على دعواه، وشهدت تلك البيّنة بالحق من غير تعيين من عليه الحق لا تفيد شيئاً، إذ البيّنة لا تزيد على علم القاضي بالحال وأنّه لا يمكن له الحكم على أحدهما بذلك العلم الاجمالي إلاّ في موارد خاصة، كتقسيط الدية عليهما أخذاً بما ورد في الميت يوجد بين أهل قرية ونحوهما.

ويظهر من المحقق في باب القصاص السماع في مثل دعوى القتل، قال: ولو قال قتله أحد هذين سمع، إذ لا ضرر في احلافهما ولو أقامت بيّنة سمعت لا ثبات للوث. وفي المسالك: الوجه في سماع هذه الدعوى عدم تضررها باحلافهما بخلاف عدم سماع الدعوى، حيث إنّ المدّعي يتضرّر بذهاب حقه لإخفاء القاتل قتله غالباً حتى لا يدّعي عليه غالباً، وكذلك غير القتل من السرقة والخيانة والاتلاف فإنّه في أمثال هذه تسمع الدعوى على المردّد بخلاف دعوى القرض والبيع ونحوهما ممّا لا يكون في الغالب إلاّ ظاهراً فإنّه لا تسمع في هذه الموارد الدعوى على المردّد واحتمل السماع حيث إنّ الانسان عرضة للنسيان ولا يتوجّه من سماع الدعوى ضرر على المدّعي عليهم ولا يثبت بالبيّنة بالمردّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعني التهمة ويتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المردّد بين محصورين يقسّط ذلك الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعة تسمع الدعوى على المردّد، حيث يثبت التقسيط أو الاخراج بالقرعة باقرارهم، وكذا مع نكولهما أو ردّهما اليمين على المدّعي.

.

وأما إذا لم يثبت التقسيط والاخراج بالقرعة كما هو كذلك بالاضافة إلى التقسيط في غير مورد القتل، وكذا الاخراج بالقرعة لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ماورد فيها، بل من الآية المباركة في قضية يونس – على نبيناو آله وعليه الصلاة والسلام – فمقتضى الأصل من ناحية عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا في مثل الجنابة المردّدة بين شخصين عدم مطالبة أي منهما أو منهم بشيء.

لا يقال: لا يجري في المقام الأصل في ناحية عدم الاشتغال في حق كل واحد لكون جريانه كذلك ضرر على المدعي، كما أنّ حديث نفي الضرر ينفي الأحكام الواقعية عند كونها ضرورية كذلك ينفي الأحكام الظاهرية الموجبة للضرر.

وبتعبير آخر حكومة قاعدة نفيه على حدّ سواء بالاضافة إلى الأحكام المجعولة واقعيةً كانت أو ظاهرية.

فإنّه يقال: لو سلم ذلك فمن المقرّر في محلّه أنّه لاحكومة لقاعدة نفي الضرر في موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتناناً والمقام منه، فإنّه كما أنّ في جريان الاستصحاب في حقّ كل منهما ضرراً على المدّعي فرفع الاستصحاب أيضاً فيه ضرر على المدّعي عليهم.

ومما ذكرنا يظهر الحال في سماع الدعوى مع التردد في صاحب الحق، كما لو ادّعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، وأنّه بناءً على التقسيط أو الاخراج بالقرعة تسمع الدعوى، بل السماع في الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكل أحدهما الآخر في الدعوى عليه، ومع هذا التوكيل يمكن للتوكيل توجيه الدعوى الجازمة إليه، غاية الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو برده اليمين يقسط ذلك الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعة، والله سبحانه هو العالم.

الثانية: قال إذا كان المدّعي به من الأثمان، افتقر الى ذكر جنسه ووصفه ونقده. إن كان عَرَضاً مثلياً، ضبّطه بالصفات، ولم يفتقر الى ذكر قيمته، وذكر القيمة أحوط. وإن لم يكن مثلياً، فلا بد من ذكر القيمة، وفي الكل إشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار.

الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدّعي عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدّعي؟ فيه تردد[١] والوجه أنّه يتوقف لأنّه حق له فيقف على المطالبة.

[١] ذكر (قدس سره) أنّه إذا تمت الدعوى من المدّعي فهل على القاضي أن يطالب المدّعي عليه بالجواب أو أنّ مطالبته يتوقف على التماس المدّعي، ففي ذلك تردد، فإنّ الشيخ (قدس سره) حكى عنه قولان، ولكن الوجه أنّه يتوقف على التماسه فإنّ الجواب يرجع إلى حق المدّعي فيتوقف على مطالبته.

وذكر في الجواهر: أنّ الأوجه خلاف ذلك، وأنّ مطالبة الحاكم لا يتوقف على التماس المدّعي للأصل، وإنّ الجواب حق للحاكم فإنّه المكفّ على فصل الخصومة المتوقف على المطالبة بالجواب.

وعن الشهيد الثاني وجه آخر لعدم التوقف وهو قيام القرينة الحالية على مطالبة المدّعي واردة الجواب؛ إذ الانسان لا يحضر بخصمه مجلس الحكم إلاّ لأرادته فصل الخصومة

المتوقف على سماع القاضي جواب خصمه، وأورد في الجواهر في هذا الوجه بأن مقتضاه توقف المطالبة بالاتماس ولو كان ذلك الاتماس بشاهد الحال.

أقول: إن كان المراد بالأصل الأصلي العملي فلا ينبغي التأمل في أن مقتضاه عدم وجوب مطالبة المدعى عليه بالجواب عند التماس المدعى حيث إن الوجوب في الفرض محرز ومع عدم التماسه مدفوع بأصالة البرائة.

وإن كان المراد منه الاطلاق في مثل قوله سبحانه: (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ) (١١١) فقد الرابعة: لو ادعى أحد الرعية على القاضي، فإن كان هناك إمام رافعه إليه وإن لم يكن وكان في غير ولايته رافعه إلى قاضي تلك الولاية وإن كان في ولايته رافعه إلى خليفته [١].

تقدم ان وجوب القضاء على القاضي مشروط بمطالبته منه، ولا يجب عليه احضار المتخاصمين من غير مراجعتهم إليه أو التماس المدعى القضاء، وعلى ذلك فمع مطالبة القضاء فعلى القاضي أن يطالب خصمه بالجواب التماس المدعى أو لم يلتمس.

[١] حاصله أنه إذا كان لأحد الرعية دعوى مال أو حق على القاضي تسمع تلك الدعوى على القاضي كما تسمع دعوى أحد الرعية على مثله، كما يشهد بذلك ما نقل عن علي (عليه السلام) من حضوره مع خصمه عند شريح، وثبوت منصب القضاء لا ينافي ما ثبت في الشرع من كون البيئنة على المدعى واليمين على من ادعى عليه.

وعلى ذلك فإن كان في البين إمام رفع الرعية المزبورة المحاكمة إليه، وإن لم يكن الإمام في متناول يده، وكان المدعى في غير ولاية خصمه رفع دعواه إلى قاضي ذلك البلد ويجب على القاضي المخاصم الحضور إلى ذلك القاضي ولو بوكيله، أما إذا كان المدعى في بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفة خصمه، ولو طالب المدعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضي بلد آخر لم يجب عليه الاجابة؛ لأن قضاء خليفته نافذ في حقهما لخروج الخليفة عن طرف المخاصمة، كما أنه ليس وكيلاً عن القاضي ليجري عليه حكم موكله، كما يشهد بذلك حضور علي (عليه السلام) مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إن تعيين القاضي للمدعى، حيث إنه صاحب الدعوى، فله اثبات حقه بأي طريق وعليه لو كان للقاضي المدعى عليه خليفة فله طرح دعواه عند قاضي بلد آخر، ويجب على القاضي المدعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضرورياً أو حرجياً، ويكون قضائه نافذاً في حقهما، وإن فرض نصب ذلك القاضي لأهل ذلك البلد

الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم [١] ولو قاما بين يديه كان جائزاً.

المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه. وهو إما اقرار أو انكار أو سكوت [٢].

لأنّ المراد بالأهل من حلّ فيه. وإن كان وطنه غيره، كما في المسافر، ويجري ذلك في اختلاف أحد رعية مثله، ولا فرق فيما ذكر بين كون الدعوى على القاضي المال وغيره من الحق أو القضاء عليه بالجور بمايوجب ضمانه ولو من بيت المال، وقد تقدم الكلام في ذلك آنفاً.

[١] قيل: إنّ الجلوس كذلك يوافق الأدب فيستحب، كما أنه لو قاما بين يديه جاز، لأنه ليس في القيام بين يديه ماينافي كرامة القاضي، وربّما يؤيد الجلوس بين يديه بالمروي عن علي (عليه السلام) في قضية مخاصمته مع اليهودي وجلوسه بجنب شريح: «لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك»^(١١٢)، والنقل ضعيف كما تقدم؛ ولذا يصلح للتأييد.

[٢] ادخال السكوت في جواب المدعى عليه لا يخلو عن المسامحة، ولذا ذكر أنّ المراد بالجواب ما يصدر عن المدعى عليه بعد الدعوى عليه فإنّ الجواب بهذا المعنى يطلق على السكوت أو أنّ السكوت مع الاصرار عليه يجعل المدعى عليه ناكلاً فيردّ معه اليمين على المدعى، فالسكوت مع الاصرار عليه كالإنكار و كأنه بمنزلة الجواب بالانكار وترك اليمين.

أقول: اطلاق الجواب على السكوت لا يخرج عن المسامحة وكونه مع الاصرار عليه كالانكار والنكول عن اليمين يدخله في الانكار حكماً فيكون اطلاق الجواب عليه بالعناية، وأيضاً لا ينحصر الجواب بما ذكر، بل يمكن أن يجيب بلا أدري وسيأتي أمّا الاقرار: فيلزم [١] إذا كان جائز التصرف.

الكلام فيه فيما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، اللهمّ إلا أن يقال المهم في المقام الجواب المترتب عليه الأثر والجواب بلا أدري لا أثر له كما يأتي.

[١] ذكر (قدس سره) أنه إذا أجاب الخصم بالاقرار بالمدعى به يثبت الدعوى به، فيما إذا كان المقرّ واجداً لشرائط نفوذ الاقرار.

ويبقى الكلام في أنه يجوز الحكم في الواقعة بمجرد سماع الحكم اقرار المدعى عليه أو يتوقف على التماس المدعى، قيل والقائل الشيخ (قدس سره) في المبسوط عدم جواز الحكم إلا بعد مطالبة المدعى لأن الحكم حق للمدعى فيتوقف على مطالبته.

أقول: ينبغي التكلّم في المقام في جهات: نفوذ اقرار المدعى عليه والحاجة بعد الاقرار إلى حكم الحاكم وما يترتب على الحكم بعده.

أمّا الجهة الأولى: فلا ينبغي التأمّل في نفوذ اقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعنوية فيه المذكورة في باب الاقرار، كما يشهد بذلك استقرار السيرة العقلية على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبي (صلى الله عليه وآله) قوله: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١١٣)، وقد ورد في الروايات المتفرقة في أبواب مختلفة ما يشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتي وردت فيمن أقرّ بارتكابه موجب الحد، وكالتي وردت في اعتراف بعض الورثة بالوصية للغير، وما ورد في عدم سماع الاقرار مع الاكراه على المقرّ، وما ورد في عدم سماع شهادة الفاسق إلا على نفسه إلى غير ذلك.

وأمّا الجهة الثانية: فقد يقال في المقام: بأنّ ثبوت الحق بالاقرار لا يتوقف على حكم الحاكم، وأنه إذا كانت العين بيد المقرّ فيجوز له أخذها من يده بمجرد اعترافه،
.....

كما أنه لو كان من قبيل الدين فيجوز له المطالبة به بخلاف البيّنة فإنّ اعتبارها بالاضافة إلى الحاكم خاصة لأنّ المدعى عالم بحقّه كما هو فرض دعواه وخصمه منكر لحقه ولما يشهد به البيّنة ولو بادعائه خطأ الشاهدين.

وبتعبير آخر البيّنة بنفسها لا ترفع الخصومة بين الخصمين بخلاف اعتراف الخصم، فإنّ مع الاعتراف لا خصومة ليحتاج فصلها إلى الحكم.

أقول: ربّما يكون جواب الخصم اعترافاً بالحق بنظر القاضي ولا يلتفت إليه المدعى، وربّما يكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضي، وربّما يدعي المعترف أنّ اعترافه كان بنحو الاشتباه فيمتنع عن ايصال حق المدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما أنه إذا حكم الحاكم في الواقع يكون حكمه نافذاً حتى بالاضافة إلى السائر من لم يعلموا باقرار الخصم للمدعى.

ومما ذكرنا يظهر الحال في صحة حكم الحاكم ونفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالدين عليه وأداه إلى المدعى بعد اعترافه وقبل حكم الحاكم، لأنّ حكم الحاكم بالدين وأنه أداه قاطع لنشوب المنازعة والمخاصمة بينهما بعد ذلك ولو بدعوى أنّ الاعتراف والدفع وقع منه خطأ.

أمّا الكلام في الجهة الثالثة: فقد تقدم أنّ المترتب على قضاء القاضي إنهاء المخاصمة، ثمّ إنّ للقاضي أن يتصدى بعد القضاء لتنفيذه إذا وجد المدعى عليه ممتنعاً عن العمل بمقتضاه، لأنّ هذا داخل في الأمور الحسبية التي من شؤون الفقيه إذا تمكن عليه، كما هو الحال في القاضي المنصوب بالنصب الخاص، بل يظهر من بعض الروايات أنّ التنفيذ يدخل في شؤون القاضي بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع في أداء دينه ونحو ذلك على نحو ما يأتي.

وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي[1]؟ قيل: لا لأنّه حق له فلا يستوفي إلاّ بمسأله.

وصورة الحكم أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله[2].

نعم لو كان في البين من هو منصوب ممّن له ولاية شرعية لاستيفاء الحقوق وتنفيذ قضاء القاضي لم يكن للقاضي التصدي للتنفيذ، بل عليه إيصال قضائه في الواقعة إليه ولو بالكتابة كما تقدم.

[1] لم يثبت أنّ الحكم في الواقعة بعد رفعها إلى القاضي للحكم حق للمدعى، بأن لا يجوز ولا ينفذ قبل مسأله، بل مقتضى ما ورد في ميزان القضاء جواز الحكم بعد تمامه، فيعمّه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان بالاقرار النافذ أو بغيره من تمام البيّنة التي اقامها المدعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقدّم بيّنة على دعواه.

وبالجملة: جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعد رفع الواقعة إليه للحكم فيها، سواء أكان المنتفع بالحكم المزبور هو المدعى أو المدعى عليه، وكما أنّ الحكم مع انتفاع المدعى عليه أو عدم انتفاعه من حق المدعى عليه كذلك الحال بالاضافة إلى المدعى.

[2] قد ذكرنا سابقاً الفرق بين الفتوى والقضاء، وإنّ الافتاء هو تعيين المجتهد الكبرى الشرعية المجعولة المستفاد بنظره من مدارك الأحكام، فيعتبر هذا التعيين بالاضافة إلى العامي على ما هو المقرر في باب الاجتهاد والتقليد، ويكون تطبيقها على موارد بيد.

وإنّ القضاء — سواء أكانت المخاصمة في الواقعة الخارجية ناشئة عن الاختلاف في تعيين الكبرى الشرعية كما إذا اختلفت الزوجة مع سائر الورثة في ارثها من العقار

ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه أو يُشهد شاهداً عدل[١]، ولو شهد عليه بالحلية جاز ولم يفتقر إلى معرفة النسب واكتفى بذكر حليته.

بأن قالت: إنها تترث منها، وأنكر ذلك سائر الورثة، أم كانت ناشئة عن الاختلاف في تحقق الموضوع أو المتعلق كما في دعوى امرأة أنها زوجة أبيهم المتوفي وفيهم كونها زوجته — هو تعيين الحكم الجزئي في الواقعة، سواء أكان بتطبيق الكبرى الكلية المجعولة في الشرع بتلك الواقعة أم بتعيين الموضوع والمتعلق لتمام المثبت أو النافي لهما بقصد إنهاء الخلاف وقطع الخصومة.

والظاهر عدم الفرق بين أن يكون انشاء الحكم الجزئي بالتلفظ أو بالكتابة وكان انشاؤه بالدلالة المطابقة أو التزامية، وكذا الحكم بتحقيق الموضوع أو المتعلق بقصد انتهائها.

[١] يظهر ممّا تقدم الحال في كتابة القاضي حكمه بعد انشائه أو كتابة اقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أنّ الكتابة بعد الحكم لا تدخل في القضاء، ولكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لا يتمكن خصمه من تجديد المخاصمة بدعوى عدم القضاء وأراد القاضي كتابته مباشرة أو تسببياً فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر ونسبه وكذا في كتابة الحكم فيكتب: أنّ فلان بن فلان قد اعترف عندي بكذا، ويشهد على اسمه ونسبه شاهداً عدل ولو عيّن القاضي المقر مع عدم معرفته باسمه ونسبه وعدم قيام شاهدي عدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لا يمكن الاشتباه عادة كفى، كأن يكتب أنّه اعترف عندي من يكون عينه اليسرى مقلوعة ولونه أسود ورجله اليمنى مقطوعة بكذا وكذا لفلان بن فلان. كلّ ذلك للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمة.

ولو ادعى الإعسار[١] كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانتظار حتى يوسر، وهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر في باب المفلس.

وقد تقدم أيضاً أنّ الكتابة ولو في مورد توقف إنهاء المخاصمة خارجاً وتنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الأجرة عليها؛ لأنّ مجرد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأجرة، نعم إذا كان القاضي منصوباً واشترط عليه كتابة القضاء أو أمر بها ولي الأمر لزم رعاية الشرط والأمر.

[١] ثم إنَّ الموسر إذا امتنع عن أداء ما عليه بعد الحكم أُجبر عليه، ومع ممالته أو اصراره على الامتناع فالمذكور في كلام جملة من الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه في القول، ولو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادّعى بعضهم عدم الخلاف في ذلك.

ولعل الظاهر منهم أنَّ للحاكم التخيير بين حبسه وتصديّهِ للاداء من ماله، ولكن في موقفة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنَّ عليّاً (عليه السلام) كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإنّ أبي فيقسم بينهم»^(١١٤)، وفي بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوى» ولعله الصحيح، فالمتيقن من صورة تصديّهِ الاداء عدم امكان اجباره ولو بالحبس والتغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر والزامه باداء ما عليه من مال الغير.

ولو ادّعى الإعسار فقد ذكر الماتن (قدس سره) أنه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، ولا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلى غريمه ليستعمله بازاء الدين أو يوجره ولو مع مطالبته بهذا التسليم، وأن يظهر ذلك ولو مع عدم المطالبة من رواية إلا أنّ الأشهر هو الأنتظار.

.

ولعلّ الأخذ برواية الانتظار لموافقتهما الكتاب المجيد قال الله سبحانه: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ»^(١١٥)، وفي موقفة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنَّ عليّاً (عليه السلام) كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(١١٦)، وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «إنّ امرأة استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال: «إنّ مع العسر يسراً»^(١١٧).

ولكن مع ذلك عن الشيخ في النهاية أنّه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو يستعملوه، لمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه «أنَّ عليّاً (عليه السلام) كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ماشئتم، إن شئتم اجره، وإن شئتم استعملوه»^(١١٨)، وقد ظهر ممّا تقدم ضعفه.

(١١٤) الوسائل: ١٣، الباب ٦ من أبواب الحجر، الحديث ١: ١٤٧.

(١١٥) البقرة: ٢٨٠.

(١١٦) و (١١٧) الوسائل: ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١ و ٢: ١٤٨.

(١١٨) الوسائل: ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٣: ١٤٨.

أضف إلى ذلك أنّ الأصل عدم ولاية الحاكم عليه بالتسليم وعدم ولاية الغريم بالاجبار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف والصناعة وطلب الغريم استيجاره للعمل وجب على المديون القبول إذا كان في العمل له اداء دينه كلاً أو بعضاً ، بخلاف العمل لغيره، ولا يبعد جواز اجباره على الاجارة المزبورة؛ لأنّ المراد باخلاء السبيل اطلاقه عن الحبس ليستفيد مالاً، فلا ينافي الإيجار عليها مع اطلاقه عن الحبس.

ثمّ هل للحاكم حبس المديون المدعي الاعسار حتى يتبيّن حاله؟ عن جماعة منهم المصنّف في كتاب المفلس التفصيل، وهو أنّه إذا احرز المال لمدعى الاعسار

سابقاً ولو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصمة مع غريمه وقد أثبت الاقتراض على خصمه ففي مثل ذلك لا تقبل دعوى اعساره بل يحبس حتى يظهر حاله ولو بقيام البينة باعساره بتلف أمواله أو تلف ذلك المال ويخلى سبيله، وأمّا إذا لم يعلم المال له سابقاً كما إذا ادعى عليه أنّه قتل دابته فأقر به وادعى اعساره، وفي الفرض لا يحبس ولعله لاستصحاب عدم المال، غاية الأمر لو ادعى غريمه عليه أنّه موسر ونكل عن الحلف على عدم يساره يحبسه الحاكم مع ردّ اليمين على مدعى يساره أو بمجرد نكوله على الخلاف في جواز الحكم بمجرد النكول أو أنّه يكون بعد ردّ اليمين.

ولكن عن بعض أنّ مقتضى موثقة غياث بن إبراهيم المتقدمة عدم الفرق في جواز الحبس إلى تبيّن العسر بين الفرضين، ودعوى عدم الاطلاق لها فإنّ مدلولها نقل الفعل ولعلّ الفعل كان في فرض احرز المال للمديون سابقاً أو في فرض دعوى المال بالاقتراض ونحوه يدفعها أنّ الحكاية لبيان وظيفة القاضي ولو كان ذلك في بعض الفروض تعرّض (عليه السلام) لذكره.

أضف إلى ذلك أنّ ما قيل من أنّ استصحاب عدم المال له لا يثبت عسره، فإنّ الاستصحاب المزبور ينفع في مثل اعطاء الزكاة حيث إنّ الفقر المعتبر في مستحق الزكاة عدم ملكه قوت السنة وعدم الحرفة له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، ويمكن اثبات عدم الملك وعدم الحرفة كذلك بالاستصحاب، بخلاف العسر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللازم لعدم المال، ولا يمكن ذلك بالاستصحاب.

وهل حبس المديون يختصّ بما إذا كان رجلاً أو يعم المرأة أيضاً؟ يمكن دعوى الاطلاق فيما تقدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالدة لدين ولدها، لمنافاة طلب حبسهما

لمصاحبتهما بالمعروف، وفي صحيحة الحسين بن أبي العلاء قال:
وأما الإنكار:

فإذا قال: لا حق له عليّ، فإن كان المدعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة [١] فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدعي أنك بينة، وإن شاء سكت وأما إذا كان المدعي لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن له اليمين.

«قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف — إلى أن قال: — أو كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يحبس الأب لابن».

وكذلك يشكل جواز حبس المديون المريض مع كون الحبس مضرّاً بحاله بناءً على تأخير إقامة الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتي في باب الحدود، وكذا فيما إذا كان في البين مانع آخر ككونه أجيراً للغير ويكون الحبس منافياً للعمل لذلك الغير.

[١] إذا أجاب المدعي عليه بالإنكار فعلى المدعي اثبات دعواه بالبينة، ويطلبها الحاكم مقدّمة لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعي أنّ إقامة البينة بدعواه وظيفته لا يجب على القاضي سؤال البينة عنه، بل يجوز له أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف (قدس سره)، ولكن لا يعد لزوم المطالبة مطلقاً، لأنّ القضاء فصل الخصومة وإنهائها ومع عدم المطالبة يبقى في البين اعتذار المدعي لتجديدها، بأنّه كان لي بينة فلم أحضرها أيضاً انتظاراً لمطالبة الحاكم.

نعم لو كان المدعي عالماً بأنّ احضارها أيضاً لا يتوقف على مطالبة الحاكم لا يجب على القاضي سؤالها وإنّ يحتمل ذلك في موارد أيضاً لباب تجديد المنازعة بدعوى المدعي الجهل بأنّ وظيفته إقامة البينة أو احضارها بلامطالبة القاضي ولكنه ضعيف كما يظهر ذلك بالتأمّل، نعم لو احتمل القاضي جهله ذكر له أنّ عليه احضار البينة.

.....

وأما إذا لم تكن للمدعي بينة، أي لم يقدّم البينة بدعواه بعد المطالبة، والمراد من البينة المثبت لحقه، سواء كان شاهدي عدل أم غيرهما، كشهادة العدل ويمينه، كما إذا كانت الدعوى مالا، يذكر الحاكم للمدعي أنّ له استحلاف المدعي عليه إذا لم يعرف أنّ له ذلك، فإنّه يعتبر في القضاء بحلف المنكر استحلاف المدعي، فإذا تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبة المدعي فلا يجوز الحكم، كما عليه المشهور قديماً وحديثاً، بل قولاً واحداً.

ويشهد لذلك موثقة عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبيله ذهب اليمين بحق المدعي فلا دعوى له. قلت له: وإن كانت عليه بينة عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبيله مما قد استحلفه عليه». (١١٩)

وفي خبر خضر بن عمرو النخعي عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الرجل يكون له على الرجل المال فيجده؟ قال: «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه». (١٢٠)

لا يقال: ظاهر الموثقة وإن كان ما ذكر من كون الاستحلاف حق للمدعي فلا ينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعي عليه بالحلف أو بمجرد احلاف الحاكم، وكذا خبر النخعي، إلا أن ظاهرهما أن ما يترتب عليه سقوط الحق هو يمين المدعي عليه بعد استحلاف المدعي، من غير حاجة إلى حكم الحاكم.

.

وبتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجة إلى حكم الحاكم في إنهاء الخصومة وسقوط حق الدعوي.

فإنه يقال: ظاهر الموثقة ونحوها بيان وظيفة الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعي، وأنه يحكم بانقضاء الخصومة وانهاؤها، خصوصاً بملاحظة قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»^(١٢١)، وليست ناظرة إلى عدم الحاجة إلى الحكم بمجرد حصول الحلف، كما أن ما دلّ على ثبوت الحق بالبينّة لا ينفي التوقف على الحكم في موارد المخاصمة.

والمتحصل: أن طلب اليمين حق للمدعي على المنكر، فمع عدم اقامته البينة بدعواه فله مطالبة المنكر باليمين، وله حق تأخير الواقعة وإيقافها كما هو ظاهر الموثقة.

ولا يبعد أن يقال: إن هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها وظاهر غيرها. وأمّا إذا كانت دعواه سقوط ما كان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى أداء ما كان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينة، وأنكر الدائن ادائه فإن لم يقم البينة

(١١٩) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

(١٢٠) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٩: ١.

(١٢١) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

بالاداء ولم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعة وإيقاف الحكم فللحاكم احلاف الدائن على عدم الاداء وحكمه ببقاء الدين.

وفي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: في كتاب علي (عليه السلام): «إن نبياً من الأنبياء شكأ إلى ربّه كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه: أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلّفهم به، وقال: هذا لمن لم تقم له بينة»^(١٢٢) فإنّ ظاهرها كظاهر غيرها أنّ التحليف وظيفه الحاكم مع عدم اقامة المدعي البينة، ولا يحلف المدعي عليه إلاّ بعد سؤال المدعي لأنّه حق له فيتوقف استيفاءه على المطالبة، ولو تبرّع هو أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين وأعادها الحاكم إن التمس المدعي.

ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم يحلّ له مقاصته [١] ولو عاود المطالبة أثمّ ولم تسمع دعواه، ولو أقام بينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع، وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

فيرفع اليد عن الاطلاق بمطالبة المدعي فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير ويؤخذ في غيره بالاطلاق.

[١] أمّا سقوط الدعوى وعدم سماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه وأنّه مقتضى نفوذ القضاء وعدم سماع البينة بعده، وأمّا عدم جواز المقاصّة من مال الغريم فتدل عليه موثقة ابن أبي يعفور المتقدمة حيث ذكر (عليه السلام) فيها: «وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا استحلّفه عليه»، ولكن بما أنّ القضاء بحلف المنكر أو بغيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): «إنّما أقضي بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجّته من بعض آخر، فأيمأ رجل قطعته له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له به قطعة من النار»^(١٢٣).

يقال: إنّ المراد بذهاب الحق ذهابه في دار الدنيا، بمعنى أنّه لا يجوز له في دارها ترتيب آثار الحق له من جواز المطالبة والتقاص به، وفي خبر النخعي المتقدم: «وان استحلّفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلّفه فهو على حقه»، ونحوه ما في خبر عبدالله بن وضاح قال: «كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخاني بألف»

(١٢٢) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٧.

(١٢٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

درهم — إلى أن قال: — فكتب أبو الحسن (عليه السلام) لا تأخذ منه شيئاً إن كان ظلمك فلا تظلمه ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه — الحديث»^(١٢٤)، ولكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

وفي صحيحة سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع لي عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجده وأحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه»^(١٢٥).

ولكن في معتبرة أبي بكر الحضرمي قال: «قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال: نعم ولكن لهذا الكلام — الحديث»^(١٢٦).

ولكن لا يخفى أن المعتبرة بناءً على نقل الشيخ مضمرة، وعلى رواية الكليني والصدوق — قدس سرهما — مسندة، وعن أبي عبد الله (عليه السلام) ولكن ليس على نقلهما فرض حلف وعلى تقديره أيضاً تكون موثقة ابن أبي يعفور موجبة للجمع بين صحيحة سليمان بن خالد والمعتبرة، حيث يحمل الصحيحة على صورة الحلف بالاستحلاف ومعتبرة أبي بكر على الحلف تبرعاً.

و دعوى بما أن الحلف لا يوجب ذهاب حق المحق واقعاً فالموثقة ناظرة إلى ذهابه من حيث الدعوى والمطالبة فلا دلالة لها على عدم جواز المقاصة، وصحيحة سليمان بن خالد ظهورها يناسب الكراهة فلا تنافي معتبرة أبي بكر لا يمكن المساعدة وقيل: إن نسي بينة سُمعت وإن أحلف والأول هو المروي، وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين وهنا أولى، وأما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته [١] وحلّ مقاصته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

عليه، فإن حمل الموثقة على ما ذكر خلاف ظاهرها فإن ظاهرها تفريع نفي حق الدعوى على ذهاب ما يدعيه من الحق، ويلزم على ذلك عدم جواز المقاصة فلاحظ.

(١٢٤) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ١٨٠.

(١٢٥) الوسائل: ١٨، الباب ٨٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٧: ٢٠٤.

(١٢٦) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٠٣.

ثم إنَّ الظاهر عدم جواز المقاصة من مال الغريم بعد استحلافه بلا فرق بين كون ما ادّعه المدعي من الحق له ديناً أو عيناً. بل الظاهر عدم جواز الامسك فيما لو ظفر المدعي بعد ذلك بنفس العين التي ادّعاها على ذي اليد الحالف، فإنّه وإن لم تخرج العين عن ملكه واقعاً فيما لو كان صادقاً في دعوا وانّ القضاء لا يبطل الملكية الواقعية، كما يشهد بذلك صحيحة هشام المتقدمة وغيرها: «فأياً رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار»، إلاّ أنّه لا يجوز له تكليفاً بل وضعاً ما ينافي القضاء ويعدّ معارضة للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمدعي المزبور ما لا ينافي نقضه و لا يعد معارضة له، كما إذا استعار العين المزبورة من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملك المدعي، فإنّ الاستيذان من المدعي والاذن للمستأذن لا يعد نقضاً ولا معارضة للمنكر والله سبحانه هو العالم.

[١] بلاخلاف ظاهر، فإنّ جواز مطالبة المنكر بالمال عليه مع تكذيبه نفسه ولو بعد الحلف والقضاء مقتضى نفوذ اقراره، ويبطل اليمين الذي حكم بها بذهاب حق المدعي.

لا يقال: ما دلّ على نفوذ الاقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المدعي عليه يذهب بحق المدعي متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما في الاقرار غير المسبوق بالحلف وفي الحلف غير الملحوق بالاقرار ويجتمعان في الاقرار المسبوق بالحلف على وإن ردّ اليمين على المدعي لزمه الحلف [١] ولو نكل سقطت دعواه.

النفى ويتعين الأخذ بما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظي معتبر أو اطلاق كذلك في ناحية نفوذ الاقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفة فيكون اصطليادياً فلا يكون محرزاً مع الاطلاق أو العموم اللفظي على خلافه، ودعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق عن صورة تكذيب الحالف نفسه بعد ذلك لم يعلم لها وجه غير ما قيل من أنّ المرتكز في أذهان المتشرعة وغيرهم الزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فإنّه يقال: مضافاً إلى ما ذكر في وجه الانصراف أنّه يتعين الأخذ بمقتضى تكذيب نفسه واعترافه بحق المدعي، سواء أكان تكذيبه واعترافه عند الحاكم أم عند المدعي، كما يشهد بذلك معتبرة مسمع بن أبي سيار قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجدنيته وحلف لي عليه، ثمّ إنّه جاني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي أودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت منه المال وأبيت أن أخذ منه الربح وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك،

فماتري؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّه فإنّ هذا الرجل تائب واللّه يحب التوابين»^(١٢٧)، فإنّها كالصریح في جواز الأخذ بالحق مع اعتراف الحالف المنكر، ولو كان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

[١] لا خلاف في أنّه يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعي في الجملة، وأنّه إذا ردّها عليه فإن حلف المدعي على حقه ثبت وان نكل سقط حقه ودعواه. ويشهد ذلك غير واحد من الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)

في الرجل يدعي ولا بينة له؟ قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»^(١٢٨)، وصحيحة جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين، وإن لم يقم البينة فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له»^(١٢٩)، وفي رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله قال: «قلت للشيخ: خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله، قال: فيمين المدعي عليه فإن حلف فلاحق له وان ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلاحق له»^(١٣٠)، ولا يبعد اعتبار هذه سنداً كما يأتي ونحوها غيرها، ومدلولها كما ذكرنا أنّ نكول المدعي عن اليمين المردودة كاف في حكم الحاكم بسقوط حقه، سواء أكان نكوله للإبراء عن الحلف وان كان صادقاً أم كانت دعواه بنحو التهمة وعدم العلم كما في دعوى التفريط على من كان ماله بيد الآخر عارية أو ودیعة على ماتقدم.

وقد يقال: إنّ حلف المنكر حق للمدعي لا أنّه حكم شرعي فيجوز للمدعي اسقاطه بمعنى إبراء المدعي عليه من الحلف نظير إبراء الدائن لمدينه، وهذا الإبراء والاسقاط بمنزلة الاستيفاء فيجوز معه الحكم ببراءة عهدة المدعي عليه عمّا كان يدعي عليه سواء أكان ديناً أم عيناً.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مقتضى مثل قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أفضي بينكم بالبينات والأيمان» لزوم اليمين في القضاء، وكذا الاطلاق في مثل قوله (عليه السلام): «إذا رضی صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعي»^(١٣١)،

(١٢٧) الوسائل: ١٦، الباب ٤٨ من أبواب الإیمان، الحديث ٣: ٢١٥.

(١٢٨) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و١٧٦: ٦.

(١٣٠) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

(١٣١) المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

حيث لو كان الابرء عن الحلف كالحلف لزم تقييد فاستحلفه بذكر العدل
.

كقوله أو ابرأة.

وبتعبير آخر: المستفاد من الروايات كون رضا المدعي بحلف المنكر شرط في صحّة الحلف يعني جواز الحكم معه، نظير رضا الأب في نكاح الباكرة، لا أنّ الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعي، ولذا لا يترتب على عدم استحلافه إلا إيقاف الواقعة لو لم يسقط حق دعواه.

وتوهم أنّ عدم استحلاف المدعي بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلك استناداً إلى معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في الرجل يدّعي عليه الحق ولا بينة للمدعي، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»^(١٣٢)، بدعوى أنّ ضمير الفاعل يرجع إلى المدعي، فاسد فإنّ ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعي عليه، ولا أقلّ من احتمالته ومقتضى ما دل على أنّ القضاء بالبينّة والأيمان عدم سقوط الدعوى وعدم حصول القضاء بترك الاستحلاف، ولا ينافي ذلك القضاء بنكول المدعي عن اليمين المردودة لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقي في المقام أمر، وهو أنّ الظاهر اختصاص جواز ردّ اليمين على المدّعي بما إذا كانت الدعوى ماليّة، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالي احترازاً عن اليمين، ولو كان صادقاً أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأة أنّها زوجته فانكرتها فعلى المرأة الحلف على نفي الزوجية، ولا يجوز له ردّ اليمين على المدعي لأنّ ما ورد في تخيير المدعي عليه بين الحلف وردّه على المدعي واردة في دعوى الحق الظاهر في المال، غاية الأمر سواء أكان ديناً أم عيناً. ولا يبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردودة من مدرك القضاة في غير دعوى المال أخذاً بقولهم (عليهم السلام): وإن نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف ولم يردّ، قال الحاكم [١]: إن حلفت و إلا جعلتك ناكلاً ويكرّر ذلك ثلاثاً، استظهاراً لا فرضاً، فإن أصرّ قيل: يقضي عليه بالنكول وقيل بل يرد اليمين على المدّعي فإن حلف ثبت حقّه وإن امتنع سقط، والأوّل أظهر وهو المروي.

(١٣٢) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

«البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»^(١٣٣) فإن مقتضاه كما أنّ البينة من المدعى عليه لا تكون مدرکاً للقضاء كذلك اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردودة برد المدعى عليه وقد رفع اليد عن ذلك في دعوى الأموال.

و دعوى الاطلاق في بعض الروايات كقوله (عليه السلام) في صحيحة هشام عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «ترد اليمين على المدعى»^(١٣٤)، لا يمكن المساعدة عليها فإن مقتضاها جواز ردّ اليمين على المدعى تكليفاً أيضاً مع أنه ذكرنا عدم امكان الإلتزام بجواز الردّ تكليفاً في مثل دعوى الزوجية حتى يؤخذ بلازمه، وهو نفوذ القضاء باليمين المردودة، والله سبحانه هو العالم.

[١] إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر ولم يردّ اليمين على المدعى، فظاهر المصنّف (قدس سره) أنه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر ما مضمونه ان حلفت أو ردّدت اليمين فهو، وإلاّ يجري عليك حكم الناكل، وإنّ القول المزبور مرّة لازم وتكراره ثلاث مرات مستحب استظهاراً لنكوله، وعن بعض التصريح باستحباب القول المزبور ولا يجب حتى مرّة.

أقول: اللازم أن يعلم المنكر أنّ عليه اليمين أو ردّها إلى المدعى، أمّا إذا لم يفعل فماذا يفعل القاضي فلا يعتبر علم المنكر بذلك، بل استحباب القول المزبور أيضاً

لايخلو عن الاشكال.

ودعوى أنّ استحبابه للتسامح في أدلة السنن لفتوى جماعة، يدفعها أنّ أدلة التسامح لا تثبت استحباب الفعل، وعلى تقديره فلاتعمّ إلاّ موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم (عليه السلام).

ويمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتي ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار القول المزبور والنكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف والرد كما يأتي. وكيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعة من قدماء أصحابنا ومتأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، وعن جماعة أخرى أنّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت وإلاّ فلا حقّ له، بل نسب ذلك أيضاً إلى الأكثر وعن الخلاف والغنية الاجماع عليه.

(١٣٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٠:١.

(١٣٤) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦:٣.

ويستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدعى مع نكول المنكر، والثاني أنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبة المدعى باليمين ويرفع اليد عن ذلك فيما إذا ردّ المدعى عليه اليمين عليه. ولا يخفي أنّ شيئاً من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم ونفوذه معه متيقّن وبدونه غير محرز، ومقتضى الأصل عدم نفوذه واعتباره، نظير مايشك في اعتبارشيء في معاملة لم يكن لدليل اعتبارها اطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها ولا يقاس المقام

كالمعاملات بالشرط في اعتبارشيء في متعلّق التكليف; حيث إنّ مقتضى الاصل العملي فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر في بحث الأصول العملية من علم الأصول.

وكذا مقتضى ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه هو عدم اعتبار يمين المدعى، إلّا أنّ ما دلّ على عدم القضاء إلّا بالبيّنة واليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعى عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعى عليه اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه. وبدونه يؤخذ بمقتضاها معاً وهو عدم نفوذ الحكم بلا بيّنة ولا يمين ولو كانت مردودة من المدعى عليه أو الحاكم.

والوجه الثالث صحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية احلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ عليّاً (عليه السلام) كتب الحلف ثمّ غسله وأمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين»^(١٣٥)، حيث إنّ مقتضاه جواز حكم الحاكم بمجرد امتناع المنكر عن الحلف.

لا يقال: مقتضى ما ورد في كيفية احلاف الأخرس جواز الحكم بمجرد امتناع المدعى عليه عن الحلف ولو لم يمتنع عن ردّ اليمين على المدعى.

فإنّه يقال: على تقدير هذا الاطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ على أنّ للمنكر ردّ اليمين على المدعى عليه، فإنّ حلفه هو وإن أبى سقطت دعواه وبطل حقه.

أقول: الصحيح في الجواب عن الاستدلال بالصحيحة منع اطلاقها، وإنّه بمجرد نكول المدعى عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنّها وردت في مقام بيان كيفية احلاف المدعى عليه الأخرس لافي مقام جميع مايلزم في الحكم على الأخرس المدعى عليه، والواقعة قضية

خارجية، ففعل الإمام (عليه السلام) بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين على المدعي فحلف،
أو ردّها عليه الإمام (عليه السلام) فحلف، ثم أزمه بالدين.

.

وقد يقال: غاية دلالة الصحيحة على جواز الحكم بمجرد نكول المنكر أنّها بالاطلاق
يعني عدم ورود ردّ الإمام (عليه السلام) اليمين على المدعي ولكن مقتضى صحيحة هشام عن أبي
عبدالله (عليه السلام) «قال: تردّ اليمين على المدعي»^(١٣٦)، هو لزوم ردّها على المدعي في الحكم
كان ذلك بردّ المدعي عليه أو الحاكم، وقد تقدم أنّ الرد ابتداءً للمدعي عليه.

وبالجملة: مقتضى صحيحة محمد بن مسلم الواردة في احلاف الأخرس جواز الحكم مع
نكول المدعي عليه، ولكن مقتضاها ذلك باطلاق، ومقتضى اطلاق صحيحة هشام لزوم ردّ
اليمين في الحكم ولو من الحاكم، بعد تساقط الاطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدلة الأولية التي
ذكرناه في الجواب عن الوجه الثاني، وقلنا بعدم جواز الحكم بلا ردّ اليمين على المدعي ولو
من الحاكم، ولو فرض عدم تمامه أيضاً يرجع إلى مقتضى الأصل العملي، وقد ذكرنا في
الجواب عن الوجه الأوّل أنّه الاشتراط.

وقد يقال: في وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعي بأنّه ولي الممتنع والمنكر فيما إذا امتنع
عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولاية عليه، ولا يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعي على
المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كما تقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعي فهو مسقط
لحق المدعي على المدعي عليه؛ ولذا لو امتنع المدعي عن الحلف بعده أو قال لا أريد ردّ
الحلف سقطت دعواه، وولاية الحاكم على الممتنع فيما كان ذلك حقاً للغير على الممتنع.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه ربّما يستدل لجواز الحكم بمجرد نكول المدعي عليه بخبر
عبدالرحمان بن أبي عبدالله «قال: قلت للشيخ (عليه السلام): خبرني عن الرجل يدعي قبل
ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» [١].

الرجل الحق فلا يكون له بينة بماله، قال: فيمين المدعي عليه، فإن حلف فلاحق له وإن لم
يحلف فعليه — الحديث»^(١٣٧)، فإنّ مدلوله جواز الحكم على المدعي عليه بمجرد تركه ما عليه
من الحلف غاية الأمر ترفع اليد عن اطلاقه صورة ردّ اليمين المدعي فلم يحلف.

(١٣٦) الوسائل ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ٣.

(١٣٧) الوسائل ج ١٨، الباب من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

وفيه: أنّ الرواية في سندها ياسين الضرير البصري ولم يوثق، ولم يثبت كونه من المعاريف، مع أنّ الصدوق (قدس سره) نقل في الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلاحق له، وإن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له بل نقل في الوسائل عن الكافي كما في الفقيه^(١٣٨) وجعل: وإن لم يحلف فعليه، نسخة، وعلى ذلك فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل. وقد تقدم أنّ مقتضى الاطلاق في صحيحة هشام تعين الرد على المدعي كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف والردّ مقتضى الأصل، والله سبحانه هو العالم.

[١] قيل: هذا بناءً على كفاية نكوله في حكم الحاكم، أمّا بناءً على ردّ الحاكم اليمين على المدعي فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعي، ولا يبعد ذلك، فإنّه قد تقدم أنّ مع حلف المدعي باليمين المردودة يثبت ميزان القضاء بالحق وإنّ ما دلّ على أنّ ميزان القضاء البينة من المدعي ومع عدم اقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن اطلاقه بما إذا دلّ على أنّ حلف المدعي على حقه بعد ردّ اليمين عليه ميزان لثبوته وابطائه موجب لسقوطه، وإذا لم يحصل هذا الحلف والاباء فيؤخذ بالاطلاق المزبور، ومقتضاه نفوذ

بذل اليمين من المنكر.

ودعوى أنّه إنّما يفيد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلاً وإلا فلا فائدة لبذل المنكر اليمين لا يخفي ما فيها، فإنّ المفروض أنّه لم يثبت أنّ نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت أنّ حلف المدعي بعد الرد عليه و ابطائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سقوطه وإذا لم يحصل هذا الميزان الذي اعتباره في طول عدم حلف المدعي عليه وحلف المدعي عليه على نفي الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق والنكول بنفسه ليس مورد المخاصمة ليكون حكم القاضي فيه فاصلاً.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن ردّ اليمين على المدعي وحلف على نفي الحق قبل حلف المدعي على ثبوته فإنّ مقتضى قوله (صلوات الله وسلامه عليه): «البينة للمدعي واليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، وفي موقفة ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أنّ لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له»^(١٣٩)، فإنّ عمومها يعمّ المقام.

(١٣٨) الكافي ٧: ٤١٥، التهذيب ٦: ٢٢٩، الفقيه ٣: ٣٨.

(١٣٩) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

ونظير ذلك ما إذا لم يقر المدعي البينة بدعواه، ولكن قبل حلف المدعي عليه على نفي حقه أقامها كما إذا حضر مجلس القضاء اتفاقاً شاهداً كان كل منهما عالماً بحقه فشهدا، فإن شهادتهما في الفرض داخله في قوله (عليه السلام): «البينة على المدعي» وأنها ميزان القضاء بثبوت الحق.

بقي في المقام أمور:

منها: ما إذا طلب المنكر الإمهال في اختيار الحلف أو ردّ اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الإمهال له أو لا يسمع طلب؟

.

فنقول: لا ينبغي التأمل في جوازه فيما إذا رضى المدعي بالتأخير؛ لأنّ الحلف فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق على الغير حق له فيكون له التأخير في المطالبة، أمّا إذا لم يرض بذلك فالإمهال من الحاكم مشكل فيما إذا كان في الحضور ثانياً نفقة السفر ونحوها، بل لا يبعد أن يكون مقتضى مثل معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في الرجل يدعي عليه الحق ولا بيّنة للمدعي؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق»^(١٤٠) عدم الحق للمنكر في الاستمهال.

ومنها: ما هو المنسوب إلى الشهرة من أنّ ردّ المنكر اليمين على المدعي فيما إذا كانت دعواه لنفسه وكونها جرمية، أمّا إذا كانت لغيره كما إذا كان المدعي ولياً أو وكيلاً أو وصياً وادعى على الغير مالاً للمولى عليه أو لموكله أو الوصية بالمال الذي بيد الوارث وأنكرها الغير أو الوارث فإنه لا يكون مورد لردّ الحلف، بل يتعين على المنكر الحلف على نفي الحق، وإلا فيحكم الحاكم بثبوته بمجرد نكوله وامتناعه عن الحلف، وكذا فيما كانت دعواه غير جرمية كدعوى التهمة في اتلاف ماله الذي كان بيد الغير أمانة أو عارية أو اجارة.

والوجه في ذلك أنّ ما ورد في أنّ البينة على المدعي واليمين على من أنكر مقتضاه تعيين اليمين على المدعي عليه، غاية الأمر قد رفع اليد عن دلالتها على تعيينها عليه بما دل على أنّ له ردّ اليمين على صاحب الحق المدعي، وإذا لم يكن المدعي صاحب الحق كما في دعوى الولي والوصي والوكيل فلا موضوع لرد اليمين، وكذا ما ورد في ردّ اليمين فظاهره أنّ للمنكر ردّ اليمين إلى المدعي الذي يرى نفسه صاحب الحق، والدعوى فيما إذا كانت بنحو

التهمة لا يرى المدعي نفسه صاحب الحق، بل غايته أنه
.....

يظن أنّ له الحق على المدعي عليه.

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): «في الرجل يدعي ولا بينة له؟ قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له»^(١٤١)، وفي معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في الرجل يدعي عليه الحق ولا بينة للمدعي؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له»^(١٤٢)، إلى غير ذلك ممّا ظاهره الردّ على المدعي الذي يرى نفسه صاحب الحق، وفي غيره يؤخذ بما تقدم ممّا يكون مقتضاه تعيين الحلف على المدعي عليه.

أقول: الأظهر جواز ردّ اليمين على المدعي في موارد كونه ولياً أو وصياً أو حتى إذا كان وكيلاً، وذكر صاحب الحق في أكثر الروايات الواردة في ردّها لا يمنع عن الرد عليهم فإنّ ظاهرها صاحب الحق أصالة أو بالولاية والوصاية أو حتى بالوكالة، ويجوز لهم الحلف باليمين المردودة فإنّه لا يعتبر في الحلف إلاّ العلم بما يحلف عليه، ولو ادعى عدم ظهورها في العموم واختصاصها بصاحب الحق بالأصالة لكان طالب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعي ولياً أو وصياً مشكلاً؛ لأنّ الوارد في موثقة عبد الله بن أبي يعفور: «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهب اليمين بحق المدعي».

أضف إلى ذلك اطلاق صحيحة هشام المتقدمة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «قال: ترد اليمين على المدعي»^(١٤٣)، فإنّه وإن قلنا سابقاً إنّ لا يمكن الأخذ باطلاقها بالإضافة إلى موارد الدعوى في غير الأموال، إلاّ أنّ الأخذ باطلاقها من حيث كون المدعي
.....

فيها صاحب المال بالأصالة أو بالولاية والوصاية أو الوكالة بلا مانع.

ولا يبعد أيضاً أن يقال في موارد كون المدعي وكيلاً يكون الرد عليه رداً على الموكل أيضاً، وإذا ردّ المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكل وحلف على حقه ثبت حيث إنّ التوكيل

(١٤١ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ١٧٦: ٢.

(١٤٣) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ٣.

يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضاً، فيكون سقوط حقه بإبائه الوكيل والموكل عن اليمين المردودة وثبوته بحلف أحدهما.

وأما في موارد الدعوى على الغير تهمة فيما إذا كان المال بيد الغير فلامورد لرد المنكر اليمين على المدعي، بل المنكر فيها إذا أقام البينة بعدم الخيانة وتلف المال بلا تفریط أو حلف عليه فهو أن كلاً منهما تسقط دعواه وإن لم يقيم بينة أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

وهذا كما ذكرنا استقيد مما ورد في ضمان الأجير وفي صحيحة عبدالله بن مسكان عن أبي بصير، كما تقدم، قال: «لا يضمن الصائغ والقصارو لالحائك إلا أن يكونوا متهمين فيجيبون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيء» مع ملاحظة ما ورد في أنهم إن أقاموا البينة فهو وإلا فيضمنون حيث تقيّد الثانية بالأولى فتكون النتيجة لزوم إقامة البينة بالتلف من غير افراط أو الحلف عليه وإلا فيضمن.

نعم الموارد التي أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيراً، كدعوى التهمة على الودعي والمرتهن والمستعير والوكيل وعامل المضاربة، يمكن القول فيها بأنه لا يستفاد الحكم فيها مما ورد في اتهام الأجير بل هي باقية في دعوى المال على الغير مع فرض كونه أميناً من قبل المدعي فيجري عليها رد اليمين على المدعي، غاية الأمر إذا لم يحلف المدعي على حقه ولو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، ولكن لا يبعد التعدي منها ولو كان للمدعي بينة لم يقل الحاكم احضرها [١] لأن الحق له، وقيل يجوز وهو حسن.

ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلمس المدعي، ومع الإقامة بالشهادة لا يحكم إلا بمسألة المدعي أيضاً.

إلى موارد كون من بيده المال متهماً بلا فرق بين الأجير وغيره، ويؤيده ماورد في دعوى المرتهن تلف الرهن.

[١] نسب عدم الجواز إلى الأكثر وإلى جماعة كالشيخ في المبسوط وابن ادريس في السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المذهب، وعن بعضهم التفصيل كالعلامة في المختلف والشهيد في الدروس بين علم المدعي بأن له حق الاحضار فلا يجوز، وبين جهله فيجوز.

ويظهر من تعليل عدم الجواز بأنّ احضارها حق للمدعي كون المراد بقوله احضرها أمر المدعي والزامه باحضار البينة، ومن الظاهر أنّ الزامه باحضارها غير جائز سواء أكان عالماً بأنّ له حق الاحضار أم لا، حيث إنّ الممتنع عن أداء حق يؤمر ويجبر عليه ولكن الممتنع عن استيفاء حقه والانتفاع به لا يجبر عليه.

نعم إذا كان الأمر بنحو الارشاد إلى أنّ للمدعي احضار البينة واقامة الشهادة بدعواه لا بأس به بالإضافة إلى المدعي العالم، ويجب بالإضافة إلى الجاهل؛ لأنّ في تعليم الجاهل تمكيناً له على الوصول إلى حقه، وقد شرع القضاء له.

وأما الالتزام فلا يجوز؛ لأنّ له العدول عن دعواه أو رضائه بحلف خصمه، ولو مع تمكنه على اثبات دعواه بالبينة، كما يدل عليه ما في موثقة عبدالله بن أبي يعفور من قوله: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله
.....

ذهب اليمين بحق المدعي».(١٤٤)

نعم لا أثر الحلف المنكر أو استحلافه بعد احضار البينة وشهادتها، لمثل قوله (عليه السلام) في صحيحة سليمان بن خالد الواردة في الاحلاف: «هذا لمن لم تقم له بينة»^(١٤٥) فإنّ ظاهره تمام الشهادة وحصول ملاك القضاء، لا مجرد احضار البينة.

واحضارها مجلس الحكم وقوله هذه بينتي كاف في وجوب الشهادة على الشاهدين، كما هو مقتضى قوله سبحانه: (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)^(١٤٦)، (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)^(١٤٧) فلحاكم طلب الشهادة منهما ولا دليل على كون الطلب حق المدعي، كما لا يكون حكم الحاكم بعد تمام الشهادة حقاً للمدعي أخذاً بقوله سبحانه: (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ)^(١٤٨) ولوجوب القضاء وفصل الخصومة واستيفاء حقوق الناس لبعضهم من بعض، فلا يكون أداء الشهادة والحكم بعده من حق المدعي.

ولكن لا بأس بالصلح بينهما بعد أداء الشهادة بل بعد الحكم حيث إنّ الصلح جائز بين المسلمين كما إنّ للمدعي اسقاط حقه قبل أداء الشهادة أو بعدها وكذا قبل حكم الحاكم وبعده.

(١٤٤) الوسائل: ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٩: ١.

(١٤٥) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٧: ١.

(١٤٦) الطلاق: ٢.

(١٤٧) البقرة: ٢٨٢.

(١٤٨) النساء: ١٣٥.

وبالجملة: ما ذكر الماتن (قدس سره) من أنّ الحاكم لا يسأل الشهادة إلاّ بعد التماس المدعي وكذا لا يحكم إلاّ بعد التماسه، لا يمكن المساعدة عليه فإنّ ذلك من وظائف الحاكم واداء الشهادة وظيفة الشاهد مع طلب الشهادة منه.

وبعد أن يعرف عدالة البيّنة يقول هل عندك جرح [١]، فإن قال: نعم وسأل الإنظار في اثباته أنظره ثلاثاً فإن تعذّر الجرح حكم بعد سؤال المدّعي.

[١] إذا كان القاضي عالماً بعدالة الشاهدين وبعد ادائهما شهادتهما يتمّ عنده ميزان القضاء فله الحكم بثبوت الدعوى ولا يعتني بشهادة الجارح فضلاً عن احتمال وجوده لأنّ مع علم القاضي بعدالة الشاهدين لا تكون بيّنة الجرح معتبرة في حق القاضي، أمّا إذا لم يعلم القاضي بعدالتهما، وإنّما يقبل شهادتهما لوجود بيّنة التزكية أو حسن الظاهر.

فقد يقال: يجوز له الحكم أيضاً لحصول ملاك ميزان القضاء وأصالة عدم الجارح. غاية الأمر يكون للخصم دعوى فسق الشاهدين واثبات فسقهما ومع اثباته ولو بعد الحكم ينقض الحاكم حكمه؛ لأنّ عدم نقض الحكم بالبيّنة القائمة بعدالحكم فيما إذا كان الحكم السابق برضى المدعي بحلف المنكر.

ولكن المنسوب إلى المشهور أنّه لو ادّعى الخصم وجود الجارح أنظره الحاكم ثلاثة أيام من غير تفصيل بين بعد المسافة وقربها.

وفي رواية سلمة بن كهيل عن علي (عليه السلام) من قوله: «واجعل لمن ادّعى شهوداً غيباً امداً بينهما»^(١٤٩)، وظاهرها جعل الإنظار بحيث يناسب احضارها فيكون الإنظار بالثلاثة بلا مستند يصلح الاعتماد عليه.

كما أنّ رواية سلمة بن كهيل لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها وعدم دلالتها على حكم المقام، فإنّ المقام في الامهال فيما إذا ادّعى الخصم البيّنة له بالجرح، وظاهر الرواية امهال المدعي إذا كان له شهود غيب بحقّه.

ولا يبعد أن يقال: إنّ مع تمام ميزان القضاء بشهادة شاهدين المحرز ولا يستحلف المدّعي مع البيّنة إلاّ أن تكون الشهادة على ميت [١]، فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً.

(١٤٩) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١:١٥٥.

عدالتهما بالبينة لا موجب لوقف القضاء، حتى إذا ادّعى الخصم أنّ له بينة الجارح، غاية الأمر إذا ظهر فسق الشاهدين وخلاف بينة التزكية يلغى الحكم؛ لانكشاف كون الحكم لم يكن بالبينة العادلة، ولا يقاس بقيام البينة بالحق بعد الحكم بحلف المنكر أو نكول المدعي عن اليمين مع ردّها عليه؛ لماتقدم من سقوط الحق باليمين المزبورة وإنّ هذا اليمين تثبت الحق إذا ردت على المدعي، ومع نكوله تكون موجبة لسقوط حقه.

وبتعبير آخر لم يكن احضار المدعي البينة بعد تمام الحكم بالحلف كاشفاً عن عدم كون الحكم السابق عند صدوره بميزان القضاء بخلاف صورة العلم بفسق شاهدي الدعوى أو قيام بينة الجارح لهما في زمان شهادتهما بحق المدعي.

[١] لا خلاف بين أصحابنا أنّه لا اعتبار بيمين المدعي مع اقامته البينة بدعواه ويشهد لذلك مثل قوله (صلى الله عليه وآله): البينة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه»^(١٥٠)، حيث إنّ التفصيل قاطع الشركة، وفي صحيحة محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا»^(١٥١)، وفي خبر أبي العباس عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين — الحديث»^(١٥٢) ونقل عن بعض العامة اعتبار اليمين مع بينة المدعي، ويوافق ذلك ما في خبر سلمة بن كهيل من قوله (عليه السلام) لشريح «وردّ اليمين على المدّعي مع بينته فإنّ ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء»^(١٥٣) ومع ضعفه سنداً، ومعارضته مع ما تقدم، وكونه على وفاق

.

العامة لا يمكن الاعتماد عليه. بل في حمله على الاستحباب حتى مع طلب المدعي عليه ورضا المدعي مشكل؛ لظهوره في الحكم الوضعي واعتباره في القضاء.

وكيف كان فقد استثنى الأصحاب من الحكم الدعوى على الميت بالدين عليه فإنّه لو أقام المدعي البينة بدعواه في ثبوتها انضمام يمين المدعي بالبينة، ومع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، وقد يقال: بعدم تعرض الأصحاب لهذا الاستثناء قبل المصنف غير الشيخ (قدس سره).

ويدلّ على اعتبار ضم اليمين صحيحة الصفار إلى أبي محمد (عليه السلام): «هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى

(١٥٠) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٠: ١.

(١٥١) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٧: ١.

(١٥٣) المصدر نفسه: الحديث ١٧٨: ٤.

المدعي يمين وكتب: أيجوز للوصي أن يشهد لوarith الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوق (عليه السلام): نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة، وكتب: أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوق (عليه السلام): نعم من بعد يمين». (١٥٤)

والاستدلال بما في الذيل ، حيث إنّ ظاهره اجتماع شرط الشاهد في الوصي من غير جهة كونه وصياً وجوابه (عليه السلام) بقبول شهادته مع شهادة عدل آخر من بعد يمين مقتضاه اعتبار يمين المدعي، كما ذكر في صدرها، ولا يضر ما في الصدر من اعتبار اليمين في الدعوى للميت على الحيّ، لأنّ عدم امكان الأخذ بما في الصدر لما دلّ على عدم اعتبار اليمين مع البينة للمدعي لا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لا يمكن الأخذ بما في ذيلها أيضاً لمعارضته بصحيحة أخرى للصدار «قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل أوصي إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم

.

صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوق (عليه السلام): نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»^(١٥٥)، حيث إنّ ظاهر هذه اداء الدين على الميت في صورة اثبات مدعيه بشهود عدول ولو كان ضم اليمين مع الشهود العدول معتبراً تعرض (عليه السلام) لا اعتبار الضم في الجواب.

فإنّه يقال: غاية دلالة هذه الصحيحة على عدم اعتبار ضم اليمين إلى البينة في الدعوى على الميت بالاطلاق بعدم ذكر ذلك في الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في صحبته المتقدمة، مع أنّ من المحتمل جداً أن يكون ما في الكلام السائل بشهود عدول قيداً لقضاء الكبار.

ويظهر اعتبار الضم من رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله «قال: قلت للشيخ (عليه السلام) إلى أن قال: — قال (عليه السلام): وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله إلا هو لقد مات فلان وإنّ حقّه لعليه فإن حلف وإلا فلاحق له، لأننا لاندري لعله قد أوفاه ببينة لانعلم موضعها أو غير بينة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه

(١٥٤) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

(١٥٥) المصدر نفسه ج: ١٣ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا، الحديث ٤٣٨: ١.

اليمين مع البينة فإن ادعى بلا بيينة فلاحق له لأن المدعى عليه ليس بحي ولو كان حياً لألزم
اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق». (١٥٦)

ولكن في سندها ياسين الضرير، ولم يثبت له توثيق، وربما يناقش فيها بعدم ثبوت ان
المسؤول فيها هو الإمام (عليه السلام) ولعلّه غيره، وبان اعتبار اليمين بالله على النحو الوارد فيها
غير معتبر.

.

ومثلها رواية سليمان بن حفص المرزبي قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) في رجل
مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالاً وأنّ عنده الرهن، فكتب (عليه السلام): إن كان له على
الميت مال ولا بيينة له عليه فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى أقرّ بما عنده
أخذ به وطولب بالبيينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البيينة والورثة ينكرون
فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أنّه على ميّتهم حقاً» (١٥٧)، والوجه في كونها مثل
السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

والظاهر أنّ المذكور في صدر الجواب هو أنّ مثل هذا الشخص إذا لم يمكنه اثبات الدين
على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاصاً وردّ الزائد عن حقه على الورثة من غير اقرار
بأنّ ما عنده كان رهناً لأبيهم، وإلا يؤخذ باقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.
ثمّ إنّ قد وقع الكلام في أنّ اعتبار يمين المدعي في الدعوى على الميت مطلقاً أو أنّه
يختص بما إذا كان المدعي على الميت يدعي عليه الحق لنفسه فلو كان المدعي عليه وصي
ميت آخر. كما إذا قال لوصي ميّت انّ من أوصى إليّ له مال كذا على ميّتك وأقام البيينة بما
ادعاه فإنّه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفاً على اليمين مطلقاً حتى في مثل الفرض لم
يثبت الدين عليه؛ لأنّ يمين الوصي لا يفيد شيئاً حيث لم يعهد ثبوت مال لأخر بيمين شخص
ثالث، وأنما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصة كما قيل.

وكذا فيما كان المدعي على الميت ورثة ميت آخر كما إذا قالوا: لميّننا على ميّتك مقدار كذا
من المال وأقاموا البيّنة بمدّعاهم، فإنّه لا يمكن للورثة المدّعين الحلف على بقاء المال على
عهدة الميت المدعي عليه، حيث إنّ غاية الأمر أنّهم يعلمون بثبوت
.

(١٥٦) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

(١٥٧) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الرهن، الحديث ١٤٠: ١.

الدين عليه لابقائه. ومن المحتمل أن الميت الدائن قد ابرأ الميت المديون.
واحتمال جواز الحلف للورثة اعتماداً على الاستصحاب في الدين كجواز الشهادة بالملك
اعتماداً على قاعدة اليد بلاوجه؛ لأنّ منصرف أدلة اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم
والبت لا بنحو التعبد، وجواز الشهادة بقاعدة اليد لم يثبت، وعلى تقدير القول به فهو لدليل
خاصّ كما يأتي.

و ذكر في الجواهر (قدس سره) (١٥٨) أنّ ثبوت الدين على الميت كثبوت الدين على الحيّ
يكون بالبينة ويعتبر يمين المدعي استظهاراً لبقاء دينه فيما إذا كان المدعي على الميت
صاحب الحق وانّ عدم ثبوت المال بالبينة مخالف للذوق الفقهي، ويفصح عن كون اعتبار
اليمين استظهارياً لبقاء الدين الثابت بالبينة قوله (عليه السلام) في قولي عبدالرحمان: «فعلى
المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وانّ حقّه لعليه فإن حلف وإلا فلاحق
له» (١٥٩) وأنّ هذا الحلف للمدعي أنّه صاحب الحق على الميت فلا يعم غيره، وحمل المفروض
فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلالة رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله على عدم الحاجة إلى ضم اليمين
فيما إذا لم يكن المدعي دعواه الحق لنفسه على الميت لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ غاية القول
أنّها لا تدل على ضمّ اليمين إلى البيّنة في الفرض أيضاً، فيؤخذ بالاطلاق من صحيحة الصفار
المتقدمة، ومقتضاه اعتبار الضم مطلقاً.

نعم دلالتها على ثبوت الدين ايضاً على الميت بالبيّنة واعتبار ضم اليمين لاحتمال عدم بقاء
الدين الثابت فلاحاجة إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على نمته على تقدير الثبوت وأنّه لا بدّ
من يمين المدعي إذا ثبت الدين على ميتهم باقرارهم و لكن قالوا

.

نحتمل عدم بقاءه لاحتمال الاداء والابراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين
فيها تامّة ودعوى أنّ ما ورد فيها حكمة لاتعليل لا يمكن المساعدة عليها، لعدم القرينة على أنّ
الوارد فيها حكمة، إلا أنّها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

(١٥٨) الجواهر ٤٠: ١٩٥.

(١٥٩) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٣: ١.

ومقتضى صحيحة الصفار المتقدمة أنّ سقوط الاستصحاب في بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينة ولا تعدم ما إذا ثبت باقرار الورثة أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أنّ مقتضاها اعتبار ضم اليمين إلى البينة حتى لو اعترف الورثة والوصي ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

وعلى ذلك فتسمية اليمين من المدعي استظهارياً بمعنى أنّ اليمين تعتبر فيما إذا احتمل براءة عهدة الميت بالوفاء ونحوه قبل موته وإنّ اليمين تعتبر في موارد اقرار الورثة بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أو الإبراء قبل موت ميتهم أو شهدت البيّنة على اقرار الميت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعدة عليها كما التزم بذلك وإنه يعتبر الضم مطلقاً صاحب المستند (قدس سره)، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد في رواية عبدالرحمان حكمة لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقي في المقام أمور:

الأول: قد ذكرنا أنّ العدة في القول باعتبار ضم اليمين من المدعي إلى بيّنته هو صحيحة الصفار المتقدمة، وأنّها لاتعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصي والورثة والشياخ المفيد للعلم، فهل يمكن في هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلاً بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتمل الحاكم أو المعترف بأصل الدين حصول الإبراء أو الوفاء قبل موت الميت أو أنه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟

.

الأظهر هو الثاني؛ لأنّ مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»^(١٦٠)، منضمّاً إلى قولهم (عليهما السلام): «البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه»^(١٦١) عدم جواز القضاء بمجرد الاستصحاب أو غيره من القواعد المقررة للشاك، بل يتعين أن يكون مدرك القضاء البيّنة أو اليمين غاية الأمر رفعنا اليد عن ذلك فيما إذا علم القاضي جزماً بثبوت الحق وصحة دعوى المدعي أو كان عالماً بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوى المدعي وثبوت الحق له فعلاً، ومن المفروض أنّه مع احتمال البقاء والارتفاع لا يحصل شيء من ملاك حكمه.

(١٦٠) الوسائل: ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٩: ١.

(١٦١) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧١: ٥.

وعلى ذلك فيصح في الموارد المزبورة الحكم بأن الدين كان ثابتاً على الميت وبعد ثبوت الدين السابق بالحكم كما في موارد علم القاضي أو باقرار الوصي والوارث يجب العمل من الوارث والوصي على طبق الاستصحاب فللحاكم الزامهما بالعمل به، كما تقدم في موارد عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم فلو ظفرا ولو بعد ذلك بالبينة على الوفاء أو الابرأ أو قد علما بأحد هما فلهما الترافع مع المدعي لعدم حصول القضاء بالدين على الميت عند موته ليقال عدم انتقاض هذا الحكم، كما أنّ المدعي على الميت إذا وجد البينة على الدين فله اثباته بها منضماً إلى يمينه، لما ذكرنا من عدم كون كل ذلك من تجديد المخاصمة بعد فصلها.

الثاني: يقع الكلام في أنّ ضم اليمين إلى بينة المدعي على الميت يختص بما إذا كانت الدعوى عليه ديناً فلا يحتاج إلى ضم اليمين فيما كانت دعواه العين التي كانت بيد المورث أو المنفعة أو الحق كحق الخيار.

.

فقد يقال بالاختصاص لاختصاص رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله بالدين، حيث ورد فيها الحلف على أنه مات وحقه عليه، وظاهر بقاء الحق عليه هو الدين، وكذا ما ورد فيها من التعليل بأنه لاندري لعله أوفاه ودعوى ان ذكر احتمال الوفاء بالدين من باب المثال، والمعيار احتمال عدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عند الميت عند موته لا يمكن المساعدة عليها، خصوصاً بملاحظة الفرق بين البيّنة القائمة بالدين والقائمة بكون العين للغير. فإنّ بيّنة الدين تعتمد غالباً في بقاءه على الاستصحاب بخلاف الشهادة بكون العين للغير.

لا يقال: قد تقدم ضعف الرواية سنداً وان المستند في اشتراط الضم هو صحيحة الصفار ومقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى ديناً أو غيره.

فإنّه يقال: لا يمكن أن يستفاد من الصحيحة أيضاً اعتبار الضم في غير الدين فيكون المرجع في غيره اطلاق ما دلّ على ثبوت الدعوى وحصول ميزان القضاء بالبينة، والوجه في عدم امكان الاستفادة انّ الصدوق (قس سره) رواها هكذا: «أو تقبل شهادة الوصي على الميت بدين مع عدل آخر، قال (عليه السلام): نعم من بعد يمين». (١٦٢) ومقتضى الاختلاف بين النقلين بالزيادة والنقيصة الأخذ بالزيادة ولا أقل من اجمال الصحيحة من هذه الجهة.

بل لا يبعد أن يقال: إنَّ على نقل الكليني (قدس سره) أيضاً ظاهرها دعوى الدين على الميت حيث تكون الدعوى في العين على الوارث لوقوع العين بيدهم وانحلال العارية
.....

ونحوها التي كانت موجبة لجريان يد الميت عليها فالشهادة على الميت والدعوى عليه ظاهرها موارد الدين لا العين ونحوها وقد تقدم أنَّ المناقشة في التمسك في اعتبار ضم اليمين بصححة الصفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهد لا المدعي غير صحيحة فإنه قد ذكر في صدرها في شهادة الوصي للميت يمين المدعي وظاهر الذيل اعتبار تلك اليمين فلاحظ.

وقد تحصل مما ذكرنا أنه لو شهدت البيّنة بأنَّ العين التي كانت بيد الميت كانت عارية عنده أو ودیعة أو غصباً إلى أن مات يحكم القاضي على العين بأنَّها ملك المدعي بلا حاجة إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شهدت أنها كانت للمدعي في السابق ولا تدري ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبيّنة الملك السابق، فيحكم به ويلزم الورثة العمل بمقتضى الاستصحاب فيما إذا اعترفوا بالملك السابق واحتملوا الانتقال بعد ذلك لسقوط يد الميت عن الاعتبار مع اعترافهم بالملك السابق للمدعي.

أمّا إذا قالوا مع قيام البيّنة بالملك السابق للمدعي أو مع اعترافهم بملكه السابق بأنَّ العين عند موت مورثهم كان ملكاً له لا للمدعي فلهم على المدعي الحلف على عدمه لانقلاب الدعوى بالبيّنة المزبورة أو بالاعتراف، وأن لا يخلو الانقلاب في صورة البيّنة بالملك السابق عن المناقشة. وإذا لم تكن في البين إلاّ دعوى المدعي العين وجواب الورثة بعدم علمهم بالحال، فيأتي الكلام في ذلك في جواب المدعي عليه بلا أدري ان شاء الله تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الدين على الميت كالدين على الحيّ يثبت بشهادة واحد ويمين المدعي، وعليه اختلفوا في الحاجة في ثبوت دعوى الدين على
.....

الميت بشاهد ويمين المدعي إلى يمين أخرى من المدعي على بقاء الدين عليه إلى أن مات أو أنه لا حاجة مع ثبوت الدعوى بشاهد ويمين إلى الأخرى للتداخل، فقد يقال بالحاجة لأنَّ اليمين

الأولى مع شهادة عدل تثبت أصل الدين واليمين الأخرى لاستظهار بقاء الدين عليه إلى موته كما يقال إذا كانت شهادة الشاهد واليمين أول مرة على الدين على الميت إلى أن مات ففي الحاجة إلى اليمين الأخرى اشكال للزوم تكرار اليمين بلافاضة.

أقول: لو ثبت أنّ حلف المدعي مع شهادة عدل بيّنة فلايبعد أن يقال بلزوم تكرار اليمين، حيث يعمه قوله (عليه السلام) ما في رواية عبدالرحمان، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدعي يمين، فيكون كما إذا ثبت الدين على الميت بشاهد عدل وامرأتين عادلتين، كما هو ظاهر ما ورد في سماع شهادة النساء مع الرجال في الماليات أو الدين خاصة.

وأما إذا قيل بعدم قيام دليل التنزيل فلازم ذلك عدم ثبوت الدين على الميت بشاهد واحد، ولو مع يمين المدعي بأكثر من مرة لقوله (عليه السلام) في ذيل الرواية: «فإن ادّعى بلا بيّنة فلاحق له». (١٦٣)

لايقال: ما ورد في ثبوت دعوى المال بشهادة الواحد مع يمين المدعي مقتضاه ثبوت الدين بهما في الفرض أيضاً، بل ظاهره أنّهما بيّنة، خصوصاً بملاحظة ما ورد من أنّ البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه، وإنّ الحكم باليمين فيما إذا لم يقيم المدعي البيّنة بدعواه.

.

فإنّه يقال: نعم ما ورد في ثبوت الدين أو مطلق المال بشهادة عدل مع يمين المدعي أو بشهادة رجل وامرأتين ويمين المدعي ظاهره كون ما ذكر بيّنة، إلا أنّ مقتضى صحيحة محمد بن يحيى اعتبار تعدد الشاهد في البيّنة على دين الميت، وذلك فإنّ الدين عليه لو ثبت بشهادة عدل ويمين المدعي ولو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شهادة الوصي على الميت بما إذا كان معه عدل آخر ويمين المدعي، فمقتضى الصحيحة أنّ قبول شهادة الوصي مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعي، وهذا نوع تخصيص في أدلّة اعتبار البيّنة في الدعاوي، ولذا يحتاج إلى ضمّها حتى ما لو علم أنّ الميت على تقدير كونه مديوناً لم يوفيه وأنّه قد مات والدين عليه، فدعوى كون اليمين استظهارياً، كما هو ظاهر خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمة لايمكن المساعدة عليها.

نعم لو كان في البين خطاب يكون مدلوله تنزيل يمين المدعي في موارد دعوى المال أو الدين على الغير منزلة شهادة عدل لا يمكن القول بكفاية شهادة واحد ويمين المدعي في الدعوى على الميت أيضاً بعموم التنزيل.

ولكن يمكن المناقشة في الجواب بأن كون شهادة عدل آخر مع شهادة الوصي لم يؤخذ قيدا في جواب الإمام (عليه السلام) ليكون مقتضاه أن شهادة الوصي بدون انضمام شهادة عدل آخر ولو مع يمين المدعي لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلك في كلام السائل بفرضه شهادة الوصي مع شهادة عدل آخر فذكر (عليه السلام) أن شهادتهما لا تفيد إلا مع يمين المدعي على الدين على الميت.

نعم ذكر ذلك قيدا في الجواب في صدر الرواية في فرض الدعوى للميت على الحيّ فذكر (عليه السلام) تثبت الدعوى إذا انضم إلى شهادة الوصي شهادة عدل آخر مع يمين
.

المدعي، ومن الظاهر أن الصدر غير معمول به فإنه لا يعتبر في دعوى الورثة على حي بالدين لمورثهم عليه مع شهادة العدلين يمين الورثة فلا بد من أن يترك أو يحمل على عدم قبول شهادة الوصي مطلقاً أو في صورة اختلال بعض شرائط الشاهد فيه.

والمتحصل: أنه لا يبعد القول بثبوت الدين على الميت بشهادة عدل ويمين المدعي، كثبوته بهما على الحي والفرق بينهما أن الدين على الحي يثبت بشهادة العدلين ولكن الدين لا يثبت على الميت بمجرد شهادتهما بل لابد من ضم اليمين.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو ادعى الوارث على ميت بدين لمورثهم وكان بينهم عدلان يثبت الدين على الميت المدعى عليه بشهادتهما مع اليمين من كل واحد منهم، فإن دعوى العدلين بالاضافة إلى سهام الوارث يحسب بينة فتثبت سهامهم بضم اليمين منهم كما إذا دعوى كل منهما بالاضافة إلى دعوى الآخر يحسب شهادة عدل واحد يضم إليهما يمينه.

وبتعبير آخر: كل من الوارث بالاضافة إلى سهمه من الدين على الميت مدّع، ودعواه بالاضافة إلى سهام الآخرين شهادة. لكن هذا مبني على أن المأخوذ لا يكون مشاعاً بين جميع الورثة بأن يختص كل واحد من الورثة بما يأخذه من الدين بمقدار سهمه، وإلا تدخل شهادة العدلين من الورثة في شهادة الشريك لشريكه و هي غير مسموعة كما يأتي في الشهادات.

الرابع: أنّ ما تقدم من توقف ثبوت الدين على الميت على ضم يمين المدعي لا يجري إذا كان ثبوت الدين عليه باقرار الميت بالدين له عليه قبل موته، حيث إنّ اعترافه قبل موته نافذ. ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ففي ضم اليمين إلى البينة تردّد أشبهه أنه لا يمين [١].

نعم إذا كان اعترافه في مرض موته وكان متهماً في اقراره فلا ينفذ ذلك الاقرار، كما يشهد بذلك غير واحد من الروايات كصحيحة منصور ابن حازم قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له»^(١٦٤)، وتام الكلام في كتاب الوصية.

[١] المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشهور الحاجة إلى ضم يمين المدعي بالبينة في موارد دعوى الدين على مثل الميت ممّن لا لسان كالصبي والمجنون والغائب، وعن جماعة بل عن أكثر المتأخرين عدم الحاجة، ويستدل على الحاجة بالتعليل الوارد في رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله^(١٦٥) المتقدمة، ولكن لا يخفى أنّ الصبي والمجنون ليسا من أهل الوفاء ليندرج احتمال وفائهما في التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهة إلى وليهما. والغائب وإن لم يكن له لسان إلاّ أنّه على حجته إذا جاء، ففي صحيحة جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلاّ بكفلاء». وبالجملة: الميت لا لسان له أصلاً والغائب لا لسان له فعلاً، فلا يمكن التعدي ممّا ورد في الأوّل إلى الثاني.

هذا مع ضعف الرواية سنداً والعمدة في دعوى الدين على الميت صحيحة محمد بن يحيى الواردة في شهادة الوصي، ولم يرد فيها تعليل.

ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال [١].

[١] قد ذكر هذا الحكم في كلماتهم ويستدل على ذلك بصحيحة جميل عن جماعة من أصحابنا، عنهما (عليهما السلام) قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى

(١٦٤) الوسائل: ١٣، الباب ١٦ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١: ٣٧٦.

(١٦٥) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء» (١٦٦).

والشيخ (قدس سره) وإن رواها بسند فيه ضعف^(١٦٧)، إلا أنّ السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن أيوب بن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل، أضف إلى ذلك أنّ له (قدس سره) إلى جميع كتب محمد بن أبي عمير ورواياته التي منها هذه الرواية طريق صحيح، على ما ذكره في الفهرست، ولا يضرّ باعتبارها التعبير عنها بالمرسلة، فإنّ الارسال يمثل ما في الرواية من التعبير بالعدة والجماعة وغير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو اثنين، ومع كثرة رواته لا يخلو رواته عن الثقة والعدل، كما يظهر بوضوح بملاحظة من روى عنه جميل. وفيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) مثله إلا أنّه «زاد إذا لم يكن ملياً» (١٦٨).

ومقتضى الجمع بين الكفالة و عدم ملاءة المدعي إنّ المراد بالكفالة التكفيل بمعنى ضمانه المال المدفوع إليه و إلاّ فيمجرّد الكفالة لا تفيد في تدارك مايفوت على الغائب أحياناً إلاّ أنّ السند في تقييد الكفالة بعدم الملاءة لا يخلو عن الضعف ومناسبة المقام موجبة لرفع اليد عن اعتبار الكفالة بمعناها الظاهر المعروف.

ولو ذكر المدعي أنّ له بينة غائبة خيرها الحاكم بين الصبر وبين إحلاف الغريم [١] وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل.

وما يقال من أنّه لا يمكن الأخذ بظاهر مرسلة جميل فإنّ مقتضاها اعتبار تعدّد الكفيل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ظاهرها بمناسبة الحكم والموضوع ارادة الجنس من الجمع المحلى باللام، فلا مجال في الحكم في المقام، وإن كان لايبعد كما تقدم أنّ يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

ومما ذكرنا يظهر أنّه لا مجال لتوقف في الحكم بما في رواية أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي قال: «لا يقضى على غائب»^(١٦٩)، فإنّه مضافاً إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدّعي كفيل.

(١٦٦) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١٦:١.

(١٦٧) التهذيب: ٢٩٦/٦، الاستبصار: ٤٧/٣.

(١٦٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١٧:٤.

(١٦٩) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢١٧:٤.

بقي في المقام أمر، وهو أنه إذا كانت دعوى المدعي على الغائب سقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب وكيل الغائب الدين لموكله عن المدين وادعى المدين أنه أداه لموكله فإن كان للمدعي بينة بالاداء أو بالابراء فهو وإلا يجب عليه الاداء إلى الوكيل وليس له احلاف الوكيل على عدم الاداء أو الابراء، نعم لو ادعى عليه علمه بالاداء والابراء فله احلاف الوكيل على عدم علمه.

ويمكن أن يقال: أنه مع عدم البينة له بالاداء أو الابراء وإن يكلف بالاداء إلى الوكيل إلا أنه للأخذ باقرار المدين بالدين عليه للموكل وعدم اثباته الاداء والابراء لا لتبوت القضاء في الواقعة وعليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

[١] إذا كان للمدعي بينة حاضرة بحيث حصل القضاء بها وثبت الدين على المنكر فلا كلام، أما إذا ذكر المدعي أن له بينة غائبة بدينه خيره الحاكم بين احضار البينة وبين احلاف المنكر لأن كلاً من احضارها واستحلاف الغريم حق للمدعي فله اختيار وأما السكوت: فإن اعتمده أزم الجواب فإن عاند حبس حتى يبين [١]، وقيل: يجبر حتى يجيب، وقيل: يقول الحاكم إما أجبت وإلا جعلتك ناكلاً ووردت اليمين على المدعي فإن أصر رد الحاكم اليمين على المدعي، والأول مروياً الأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول.

أحدهما وقد تقدم أن حلف المنكر مدرك للقضاء مع عدم إقامة المدعي البينة بدعواه لامع عدمها، ولكن لو لم يستحلف وطلب تأخير القضاء إلى احضارها لا يكون له ملازمة الغريم بنحو لا يجوز تلك الملازمة مع عدم الخصومة فضلاً عن أن يطلب حبسه أو يطلب الكفيل، لأن الملازمة فرع ثبوت الحق وحبسه فرع امتناعه عن اداء ما ثبت عليه من الدين، وكذا مطالبة الكفيل.

ولكن ربما يقال: لا بأس بجواز مطالبة المدعي المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقه ولا تتوقف الكفالة على ثبوت الدين بل تصح مع الدين المحتمل، وفيه أن صحة الكفالة مع الدين المحتمل لا يوجب جواز الزام الخصم بالكفالة على الدين المحتمل.

[١] يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأني لا أدري.

فنقول:

لوسكت ولم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، وينسب ذلك إلى الشيخين وابن حمزة أيضاً، وقد ذكر الماتن (قس سره) أن هذا مروى، وقد تلقى بعض هذا الكلام بالرواية المرسلة، ولكن لا يخفى ما فيه.

فإنه يحتمل أن يكون مراده رواية (ليّ الواجد تحل عقوبته)، بدعوى أنها تعمّ واجد الجواب أيضاً، وقد تقدم في بحث حكم الممتنع عن أداء الدين ولو بدعوى الاعسار أنّ ظاهرها واجد المال، وقيل: إنّ الزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر

بالمعروف والنهي عن المنكر بمراتبهما ولو بالانتهاز إلى الضرب والاهانة، ويدخل فيهما حبسه.

وفي قول آخر نسب إلى الشيخ (قدس سره) في المبسوط وابن ادریس والقاضي في مهذبته وعن العلامة في القواعد، أنّ الحاكم يقول له إمّا أجبت و إلاّ جعلتك ناكلاً وردت اليمين على المدعي، ومع اصراره على السكوت وبعد تكراره ثلاثاً، يردّ اليمين على المدعي، فإن حلف ثبت حقه وإلا سقط.

ولكن قد يناقش في هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولاً ورد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الانكار والنكول لا مطلقاً وتدفع المناقشة بأنّه لم يرد في الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعي عليه اليمين، كما في صحيحة محمد بن مسلم^(١٧٠)، أو أنّه يرد اليمين على المدعي، كما في صحيحة هشام المتقدمة^(١٧١)، وهذه تعم ما إذا كان الرادّ هو المدعي عليه أو الحاكم.

وبتعبير آخر مقتضى الروايات الدالة على أنّ البينة للمدعي واليمين على المدعي عليه كون طلب الحلف في فرض سكوت المدعي عليه أيضاً من حق المدعي؛ فإن طلب المدعي هذا الحق وأبى المدعي عليه عن أدائه يردّ الحاكم اليمين على المدعي أخذاً بصحيحة هشام.

وما ورد في بعض الروايات «البينة للمدعي واليمين على من أنكر»^(١٧٢)، لا ينافي ما تقدم لعدم المناقاة بينهما، فيكون اليمين من المدعي عليه منكراً أو ساكتاً من حق المدعي.

.

(١٧٠) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦: ١.

(١٧١) المصدر نفسه: الحديث ١٧٦: ٣.

(١٧٢) مستدرک الوسائل: ١٧، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣٦٨: ٤.

وقد يقال بعدم الحاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعي باصراره على سكوته وعدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعي، ويستظهر ذلك من صحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية احلاف الأخرس، حيث ورد فيها: «انّ علياً (عليه السلام) كتب الحلف ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين»^(١٧٣)، وظاهر الصحيحة أنّ أبا عبد الله (عليه السلام) في مقام بيان كيفية القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس ولم يكن للمدعي بيّنة، ففوله (عليه السلام) في مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أنّ مع امتناع الخصم عن الحلف وردّه على المدعي يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين.

وكذا يستدلّ على ذلك بمعتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في الرجل يدّعي عليه الحق ولا بيّنة للمدعي؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل شيئاً من ذلك فلاحق له في الاعتراض بثبوت الدعوى.

وبالجملة: اصرار المدعى عليه بسكوته وعدم جوابه عن دعوى المدعي يكون امتناعاً عن الحلف وعن ردّه على المدعي فيحكم بثبوت الدعوى.

ولكن لا يخفى أنّ صحيحة محمد بن مسلم في مقام بيان كيفية احلاف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعي بيّنة و كان الأخرس منكراً، أمّا أنّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المدعي من قبل الحاكم أو من قبله فليست في مقام بيان ذلك، كما يظهر ذلك بملاحظة السؤال في صدرها.

وأما معتبرة عبيد بن زرارة فلم يظهر أنّ المراد من قوله (عليه السلام): «فلا حق له» نفي

.

الحق للمدعي له لو لم نقل بظهوره في نفي الحق للرجل المدعي كما سئل عن حقه مع عدم البيّنة له بذلك الحق وذكر الإمام (عليه السلام) أنّ له أن يستحلف المدعي عليه فيحلف أو يردّ المدعى عليه اليمين على المدعي المزبور فيحلف هو، فإن لم يفعل أي لم يحلف المدعي بعد ردّ اليمين عليه فلاحق له، يعني يسقط حقه، فيكون موافقاً لما في غيرها كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): «في الرجل يدعي ولا بيّنة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»^(١٧٤) هذا أوّلاً.

(١٧٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢٢٢: ١.

(١٧٤) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٦ و ٢: ٢.

وثانياً: سلّمنا ظهورها في أنّ امتناع المدعى عليه عن الحلف وعن ردّه على المدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلالة بالاطلاق، حيث تقبل التقييد بأنّه إذا لم يفعل وردّ الحاكم اليمين على المدعى فحلف فلا حقّ له في الاعتراض، كما أنّ دلالة صحيحة هشام عن أبي عبدالله (عليه السلام) «تردّ اليمين على المدعى»^(١٧٥) مطلقة يدلّ على أنّ القضاء لا يكون إلاّ برد اليمين مع عدم اقامة المدعى البينة بدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم وبعد سقوط الاطلاق من الجانبين يرجع إلى أصالة عدم نفوذ القضاء بلائينة ولايمين.

وربّما يستدلّ على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المدعى فيما إذا كان المدعى عليه منكرًا و لم يحلف ولم يردّ اليمين فيكون ردّ الحاكم مع سكوته أولى، ولكن لا يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع انكار المدعى عليه ونكوله عن الحلف أو الردّ أوّل الكلام وثانياً ما لا يخفى في دعوى الأولوية.

وقد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدعى عليه مع اصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى
.....

عليه والحاكم جائراً، كما في دعوى الأموال، وأمّا فيما لا يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين، كما في دعوى الزوجية ونحوها فالأجبار بالجواب متعين والله العالم.

وإذا أجاب المدعى عليه بلا أدري وأنّه جاهل بالحال فقد يقال: أنّه إذا لم يكذب المدعى في دعوى الجهل بالحال فليس له احلافه، وإلاّ أحلفه على عدم العلم ويقال في وجهه أنّه لا يمكن أن يستحلف على نفي الحق الواقعي؛ لأنّه يدعي الجهل بالحال وأنّه لا يتمكن من الحلف عليه لعدم علمه، وهذا فيما إذا صدّقه المدعى في دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدّقه ولم يكذبّه فإنّه لا يجوز له احلافه أيضاً لعدم كون المدعى جازماً بعلمه بالحال، وقد تقدم اعتبار الجزم في سماع الدعوى نعم إذا كذبّه في دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقيّ فله حينئذ الحلافه على عدم علمه بالحال.

وقد يقال بأنّ المدعى في الفرض بما أنّه جازم بحقّه على خصمه فدعواه في الحق عليه مسموعة، وبما أنّ حق المدعى لا ينحصر في خصوص استحلاف المدعى عليه، بل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لما تقدم من أنّ الحق للمدعى لا ينحصر بما إذا كان خصمه منكرًا، بل على المدعى عليه أمّا اليمين أو ردّها على المدعى، والمدعى عليه متمكن عن الردّ على المدعى

وان لم يتمكن من الحلف مباشرة فيتعين عليه الرد أخذاً بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين وعلى ذلك فلاتفيده دعوى الجهل بالحال سواء كذّبه المدعى أو صدّقه أو قال لا أصدّقه ولا أكذّبه لأنّ غاية تصديقه أنّه قد نسي الدين عليه، وهذا لا يوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزمية ماهو الفرض.

نعم إنّما يتم ذلك فيما إذا كانت الدعوى حقاً مالياً يجوز على المدعى عليه فيها ردّ اليمين على المدعى، أمّا في مثل دعوى الزوجية فلاتسمع دعوى المدعى مع عدم

البينة بدعواه وتصديقه بأنّ المدعى عليه جاهل بالحال وأنّه نسيه أو مع عدم تكذيبه في جوابه بلا أدري، حيث يعترف بأنّه ليس له حق الاستحلاف لعدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادّعي عليه العلم بالحال يكون له استحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

ويؤيد ذلك ما في ذيل رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمة في حكم الدعوى على الميّت فإنّه قد ورد فيها: «فإن ادّعى بلابيّة فلاحق له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه»^(١٧٦)، ومقتضى التعليل أنّ مع الدعوى على الحيّ لا يخلو أمر المدعى عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

ودعوى أنّ مورد الاخبار الواردة في ردّ اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففي مثل ذلك شرع ردّ اليمين على المدعى وأنّه كيف تكون دعوى المدعى مسموعة مع عدم البينة بدعواه وتصديقه بأنّ خصمه يعمل على طبق وظيفته الشرعية من أصالة عدم اشتغال ذمته بشيء لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ الوارد في تلك الأخبار يمين المدعى عليه وإطلاقه يعم المنكر وغيره إلّا أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأنّ الآخر يعمل على وظيفته الشرعية وهو كمانرى.

نعم إذا أجاب خصمه بلا أدري فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد في الموارد التي ذكرنا عدم جواز ردّ اليمين على المدعى فيها، فلاتسمع فيها الدعوى إلّا بالبينة أو اعتراف خصمه إلّا أن يدعي على خصمه، العلم بالحال، وفي الفرض يجب عليه الحلف على نفي علمه وإلّا يجبر على الاعتراف بحق المدعى أو على الحلف على نفي ولو كان به آفة من طرش أو خرس [١] توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة

(١٧٦) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٣.

لليقين ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد وافتقر في الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين.

علمه، على ماتقدم في امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعي بالسكوت.

لكن مع ذلك لايبعد دعوى أنّ حق المدعي من المدعى عليه ينحصر باحلافه، والرد على المدعي حق للمدعى عليه لا للمدعي وإذا اعترف المدعي بأنّ خصمه لا يدري أو قال لا أدري أنه عالم بحقي أم لا فهذا اعتراف منه بعدم حق له في الاستحلاف، فلاموجب للرد على المدعي في الفرض، والله العالم.

[١] يعني لو كان للمدعى عليه طرش لايسمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلم، توصل إلى معرفة جوابه بإشارته التي تفيد اليقين بمراده من الإقرار والإنكار، ولو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيج إلى مترجم فلا بدّ من مترجمين عدلين؛ لأنّ ترجمتهما شهادة بجواب الخصم.

أقول: الترجمة ليست شهادة ولذا تسمع ترجمة شهادة الشاهدين في حقوق الله ولو كانت شهادة لم تقبل لعدم اعتبار الشهادة بالشهادة في حقوق الله، بل إنها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبرة ذلك، ويكفي فيه الوثاقة فلا يعتبر فيه العدالة فضلاً عن التعدد. ولعلّ ما ذكر في الجواهر من أنّ الترجمة من قرينة الظن بالمراد لا الشهادة راجع إلى ما ذكرنا.

استدراك: بقي ممّا يقول المدعى عليه في الجواب أمر، وهو أنّه إذا أجاب المدعى عليه بأنّ المال للغير، يعني لفلان ولو صدّقه الغير اعترافه وقال نعم المال لي يكون المقرّ له خصماً للمدعي، فإن أقام بينة بأنّ المال له أخذ المال سواء أكان بيده أم بيد المقرّ وليس للمدعي بعد أخذه المال دعوى على المقرّ، حيث إنّّه قد أخذ ماله، أمّا إذا لم يكن مسائل تتعلق بالحكم على الغائب:

الأولى: يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً [١] مسافراً كان وحاضراً، وقيل يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

له بيّنة فإن حلف المقرّ له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقر له كما يسقط دعواه مطلقاً إذا ردّ المقر له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف؛ لأنّ عدم حلفه اسقاط لحقه في دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقر مورد.

ويجوز له الدعوى على المقر فيما إذا حلف المقرّ له على نفي دعواه، كما أنّه يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنّه قد دفع ماله إلى الغير أو اتلفه عليه باقراره بأنّ العين للآخر ولو حلف المقر على أنّه لم يدفع ماله إلى الغير وانه لم يتلف عليه المال باقراره فهو وإلاّ فيرد اليمين على المدعي أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعي بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعي ماله باقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر في اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أري أنّه لي أم لا ينحصر خصم المدعي على المقرّ.

فإن كان للمدعي بيّنة أخذ بدل العين من المقرّ لاتلافه العين على المدعي باقراره بأنّ العين للغير، وكذا إذا لم تكن بيّنة ولم يحلف المقر على عدم كون العين له وأنّه لم يتلف عليه ماله باقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] الوارد في جواز القضاء هو عنوان الغائب لاعنوان المسافر ليدعي انصرافه إلى ما يكون السفر شرعياً، بل لايبعد صدقه على الحاضر في البلد إذا تم اعلامه بالحضور بالمرافعة وأخفى نفسه وامتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفاً. أمّا إذا

.

لم يتم الاعلام ولم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر اطلاق كلمات جملة من الأصحاب جواز الحكم عليه، ولكن في جواز القضاء عليه تأملاً، ومثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذّر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث إنّ تعذّر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب، خصوصاً فيما كان متمكناً على التوكيل في المرافعة.

ثمّ إنّ ظاهر القضاء هو فصل الخصومة فلايعم موارد الحكم بثبوت موجب الحدّ كالزنا واللواط وغيرهما ممّا يترتب على مرتكبه الحدّ، فلاحاجة في الحكم بعدم مشروعية القضاء في حدود اللّه سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهة^(١٧٧) أو بغيره كما لا يخفى.

(١٧٧) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤:٣٣٦.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التبريم والحد كدعوى السرقة فبالحكم على الغائب بسرقة المال يثبت الموضوع لاجراء الحد أيضاً، حيث إنه لادليل على أن القضاء بثبوت موجب الحد يحتاج إلى حضوره من يجرى عليه الحد.

ويمكن دفعه بأن الدليل على اعتبار الحضور هو أن للشخص أن يبطل الحجة التي هي مستند ثبوت موجب الحد، وبما أن المعلوم من مذاق الشعر أن بناء الحدود على التخفيف والممانعة عن ثبوت موجب مهما كان سبيل لها، كما يظهر ذلك من الروايات الواردة في ثبوت الزنا بالاقرار بأربع مرات^(١٧٨)، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحد أو يوكل شخصاً في اجراء الحد على الغائب الذي لم يحضر مجلس ثبوت الحد، مع احتمال أنه عند ما يوجب بطلان الحجة المزبورة ولا مانع عن تفكيك ثبوت التبريم عن ثبوت الحد إذا كان الثبوت تعدياً.

الثانية: يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود، ولا يقضى في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط لأنها مبنية على التخفيف، ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يختص الناس، كالسرقة يقضى بالغرم وفي القضاء بالقطع تردد.

الثالثة: لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينة، ففي الإلزام تردد [١] بين الوقوف في الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والغاء دعواه لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، والأول أشبه.

[١] إذا كان صاحب الحق غائباً وطالب وكيله الغريم بحق موكله، وادعى الغريم أنه قد أدى المال لموكله أو أن موكله قد أبراه ولم يكن لدعواه بينة فهل للوكيل الزام الغريم بالاداء أو ليس له الزامه به؟

فقد يقال: أنه لا يحكم على الغريم بلزوم الاداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو البينة لاحتمال ادائه أو ابراء موكله.

وقد يقال: إنه لو لم يحكم بلزوم الاداء لم يكن مطالبة الحق بالوكلاء ولا يفيد دعوى الغريم بلا بينة بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام البينة به وذكر أصحاب هذا القول بأنه ليس للغريم احلاف الوكيل على عدم الاداء إلى موكله أو عدم ابرائه؛ لأن دعوى الاداء أو الإبراء متوجهة إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله. نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالاداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: في النفس ممّا ذكر من الزام الغريم بالاداء شيء، فإنّ حكم الحاكم بالاشتغال فعلاً، وأنّ الغريم ملزم بالاداء لا يستند إلى البينة القائمة بثبوت أصل الدين ولا باقرار الغريم بثبوت سابقاً، حيث لا مخاصمة في الثبوت سابقاً، بل يستند إلى الاستصحاب، والاستصحاب غير داخل في مدرك القضاء، إلاّ أن يقال أنّ مع اعتراف الغريم بالوكالة للوكيل عن موكله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالاداء أو الابرء المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف والبحث في أمور ثلاثة:
الأول: في اليمين: ولا يستحلف أحد إلاّ بالله ولو كان كافراً [١].

اعترافاً بأنّه يعمل بوظيفته الوكالةية شرعاً، فيلزم بالاداء مع عدم البينة له، كما هو الحال في دعواه ابراء الموكل أيضاً.

[١] البحث في كيفية الاستحلاف وما يترتب على اليمين يقع في أمور:

الأول في اليمين وما يحلف به، الثاني: في يمين المنكر والمدعي، والثالث: في اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأول: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّه لا يصحّ الحلف ولا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى والحق أو ثبوته بغير الله سبحانه كالنبي (صلى الله عليه وآله) والإمام (عليه السلام) والمشاهد المشرفة والكتب المنزلة وغير ذلك ممّا له حرمة، وظاهرهم عدم تعيّن لفظ الجلالة، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

وفي صحيحة محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر (عليه السلام): قول الله عزّوجلّ: (وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى) (١٧٩) و(وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى) (١٨٠) وما أشبه ذلك فقال: إنّ لله عزّوجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به» (١٨١)، ونحوها صحيحة علي بن مهزيار (١٨٢)، وفي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «في كتاب عليّ أنّ نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليهم: احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلّفهم به وقال: هذا لمن تقم له بينة» (١٨٣) وقريب منها غيرها.

وقيل: لا يقتصر في المجوسي على لفظ الجلالة بل يُضمّ إلى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال لأنّه يسمّى النور الها [١]، ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله (سبحانه)

(١٧٩) الليل: ١.

(١٨٠) النجم: ١.

(١٨١) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٣: ١٩١.

(١٨٣) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ١٧٩: ٢.

ومقتضى مثل هذه الروايات جواز الحلف بكل اسم الله (سبحانه)، بل مقتضاها عدم اعتبار العربية، وأنه يصح الحلف بكل اسم يرادف اسمه (سبحانه) من سائر اللغات، خصوصاً بملاحظة ما في كتاب علي (عليه السلام) من شكايته نبي من الانبياء والوحي إليه حيث لم يقيد فيها بكون النبي عربياً ولهذا يكون دعوى انصراف اسم الله إلى لفظ الجلالة بلاموجب.

وأيضاً لا يبعد جواز الحلف بكل دالّ عليه سبحانه كقوله: والذي أنزل المطر وأنبت الأرض لصدق الحلف بالله (سبحانه) عليه، بل يصدق أنه حلف باسمه سبحانه؛ لأنّ المراد بالاسم ليس العلم الشخصي، فإنّ أسماء الله (سبحانه) ليس كلّها من قبيل العلم الشخصي.

ثمّ إنّ المراد بعدم صحّة الحلف بغير الله (سبحانه) عدم جواز ترتب القضاء وغيره من وجوب الوفاء به وترتب الكفارة على حنثه، أمّا الحلف المعاملي بأن يصلح ما يدعيه من الحق بحلف غريمه بغير الله (سبحانه) من سائر المحترمات فلا بأس به، كما إذا قال لمدعي الاداء أصلح ديني بأن تحلف لي بالاداء بصاحب راية الحسين، أخذاً بما دل على نفوذ الصلح ونفوذه.

نعم إذا كان الحلف بشيء أمراً محرماً على ما قيل في الحلف بالطلاق والعتاق وبالبراءة فلا يجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد على الفرض المزبور، كما إذا صالح حقه على الآخر بشربه الخمر.

[1] قال الشيخ في المبسوط أنه يطلب في استحلاف المجوسي أن يضيف إلى لفظ الجلالة أمراً لينحصر مدلوله بالله (سبحانه) والله الذي خلق النور والظلمة أو بالله كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والأماكن المشرفة ولو رأى الحاكم احلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع، جاز.

الذي خلق كل شيء، ووجه الإضافة أنّ المجوسي يرى النور إلهاً، فلعل في حلفه أراد النور فلا يكون حالفاً بالله (سبحانه).

وناقش في الجواهر بما حاصله: أنّ اضافة خالق النور أو كل شيء إلى لفظ الجلالة لا تقتضي أن يريد المجوسي الحالف ذاته المقدسة مع أن المعتبر في الحلف ارادة المحلف لا الحالف، ولو طلب الحاكم الحلف بالله (سبحانه) وعلمنا أنّ الحالف يريد بلفظ الجلالة غير

ذاته المقدسة فلا يضر في القضاء والحكم، والحاصل أنّ الاطلاق في الروايات الواردة في الحلف بالله مقتضاها عدم اعتبار الزيادة والاضافة.

أقول: مقتضى الاطلاق وإن كان ما ذكره فيما إذا احتمل اجابة المجوسي أو غيره بالحلف الذي طلبه الحاكم، أمّا إذا علم خلافه وأنّه أراد غيره فلا يكفي في القضاء لعدم صدق الحلف بالله عزّوجلّ عليه.

ودعوى أنّ الحلف يتبع ارادة المحلّف دون الحالف لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ حلف بالله سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلك صحيحة صفوان قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير»^(١٨٤)، فإنّها وإن كانت ناظرة إلى قصد الحالف في المحلوف عليه إلاّ أنّه لا يحتمل الفرق بينه وبين المحلوف به. ونحوها صحيحة اسماعيل بن سعد الأشعري.^(١٨٥)

نعم في رواية الصدوق اليمين على الضمير يعني ضمير المظلوم^(١٨٦)، لكن هذه

.

لا تكون قرينة على رفع اليد عن ظهور الصحيحتين لاحتمال كون التفسير من الصدوق (قدس سره) مع ضعف سندها؛ لأنّ سنده إلى اسماعيل بن سعد الأشعري مجهول.

وبالجملة: ظاهر الأصحاب، بل المصرح به في كلام الأكثر عدم الفرق في القضاء بالحلف بالله بين الحالف المسلم والكافر بأقسامه.

وتشهد لذلك جملة من الروايات كصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «لا يحلف الرجل اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله إنّ الله عزّوجلّ يقول: (فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)^(١٨٧)»^(١٨٨)، وصحيحة الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن أهل الملل يستحلفون فقال: لا تحلفوهم إلاّ بالله عزّوجلّ»^(١٨٩)، وموثقة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلّف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بالهتيم؟ قال:

(١٨٤) و (٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٢: ١٧٩.

(١٨٦) الفقيه: ٣/٣٣٣، ح ٣٠.

(١٨٧) المائة: ٤٨.

(١٨٨) الوسائل: ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ١ و ٣ و ٥: ١٩٦.

لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عزوجل»^(١٩٠) واطلاق هذه يعمّ غير الطوائف الثلاثة أيضاً.

لكن في مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأديان بما يعتقدون، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام): «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى (عليه السلام)». ^(١٩١)

وربما يقال إنّها في واقعة خاصة، ويحتمل اختصاصه بالإمام (عليه السلام) ، أو أنّ المراد أنّه (عليه السلام) استحلفه بمنزل التوراة على موسى (عليه السلام)، أو أنّ استحلاف المزبور وقع تغليظاً بأنّ استحلفه به زيادة على الحلف بالله، لكن كل ذلك كما ترى، وفي صحيحة محمد بن

مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «سألته عن الأحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون به»^(١٩٢)، وفي صحيحة محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: قضى علي (عليه السلام) فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته». ^(١٩٣)

ولهذا ذكر جماعة منهم الماتن (قدس سره) أنّه لو رأى الحاكم أنّ احلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز بلا فرق بين أن يكون المترافعان ذميين أو تكون المرافعة بين المسلم والذمي. لا يقال: كيف يجوز القضاء بحلفهم بما يعتقدون وإن كان حلفهم به أردع مع أنّ الطائفة الأولى تدل على عدم جواز احلاف أحد بغير أسماء الله (سبحانه).

فإنّه يقال: لا معارضة بين الطائفتين، فإنّ الطائفة الثانية أخص بالاضافة إلى الأولى، حيث إنّ الطائفة الأولى تمنع عن احلافهم بغير الله عزوجلّ، سواء أكان بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم أم بغيره، والثانية أي المجوزة تختص بما يعتقدون به من كتابهم ودينهم فيرفع اليد عن اطلاق الأولى بالثانية، وعلى تقدير الاغماض فالطائفة الثانية كالنص في جواز احلافهم بكتابهم ودينهم، وظاهر الأولى المنع فيرفع اليد عن ظهور المنع بثبوت بالترخيص في الحلف بما يعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولوية اختيار الاستحلاف بالله عزوجلّ، وعلى تقدير

(١٩١) المصدر نفسه: الحديث ١٩٨: ٤.

(١٩٢) الوسائل: ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤ و ٧ و ١٩٨: ٨.

المعارضة فلا ترجيح للأولى على الثانية، فيرجع بعد تساقطهما إلى الاطلاق في قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان» (١٩٤).

اللهم إلا أن يقال: أن المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لا بحسب أنواع
.....

الحلف كما هو الحال في البينات. وظاهر صحيحة سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الاطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به، إلا أنك قد عرفت أنه لا تصل النوبة إلى المعارضة، فالأظهر جواز حلفهم بما يعتقدون من كتابهم ودينهم بلا فرق بين كونه أردع أم لا، إلا أن الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم الله سبحانه والله العالم.
بقي في المقام أمران:

الأول: قد يقال إن احلاف الكافر بالله (سبحانه) أو بما يعتقد على كراهية أو بدونها فيما إذا كان ذمياً، أما الحربي سواء أكان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرك والاحاد فلاتسمع دعواه على المسلم، ولاتحتاج دعوى المسلم عليه إلى البينة لتصل النوبة مع عدمها إلى حلف الحربي، وذلك فإنه لا حرمة للكافر الحربي والمشرک والملحد نفساً و عرضاً ومالاً والقضاء وفصل الخصومة لإيصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لاحلاف الحربي أصلاً.

نعم إذا لم يتمكن المسلم في مورد التخلص من الحربي إلا بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صورة القضاء والاستحلاف وسيلة للانقاذ أو التخلص منه لا للقضاء الشرعي، وعليه فيجوز الانقاذ والتخلص بكل وسيلة مشروعة ومنها احلافه بما يعتقد. ودعوى أن الملحد والمشرک ربما يكون معاهداً فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعدة عليها؛ لأن غاية المعاهدة ثبوت الحكم التكليفي يعني عدم جواز التعرض عليه نفساً و عرضاً ومالاً أيضاً، ولا يوجب ثبوت الحكم الوضعي يعني الضمان.

الثاني: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير الله (سبحانه) تكليفاً من غير فرق بين مقام القضاء وغيره وأنه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء وكفارة الحنث،
.....

بل لا تجوز المصالحة بالحلف بغير الله لحرمة.

ويستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحة علي بن مهزيار قال: «قلت لأبي جعفر الثاني (عليه السلام): جعلت فداك في قول الله عز وجل: (وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى * وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى) وقوله عز وجل: (وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى) وما أشبه هذا؟

فقال: إنَّ لله عز وجلَّ يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عز وجلَّ»^(١٩٥)، ونحوها صحيحة محمد بن مسلم^(١٩٦)، وفي رواية الحسين بن زيد عن الصادق (عليه السلام) عن آبائه عن النبي (صلى الله عليه وآله) في حديث المناهي: «أنه نهى أن يحلف الرجل بغير الله، وقال: من حلف بغير الله فليس من الله في شيء، ونهى أن يحلف الرجل بسورة من كتاب الله عز وجلَّ وقال: من حلف بسورة من كتاب الله فعليه بكل آية منها كفارة يمين فمن شاء برٍّ ومن شاء فجر، ونهى أن يقول الرجل للرجل لا وحياتك وحياة فلان»^(١٩٧)، وعن غوالي اللآلي عن النبي (صلى الله عليه وآله): «من حلف بغير الله أشرك، وفي آخر: فقد كفر»^(١٩٨). وظاهر عبارة الماتن يعطي عدم الجواز، وعن الدروس والروضة وفي تحريمه أي الحلف بغير الله في غير الدعوى نظر من الخبر والحمل على الكراهة، وأمّا الحلف بالطلاق والعناق والبراءة فحرام قطعاً.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غايته لجريان السيرة القطعية من المتسرعة الحلف بسائر المحترمات ولو كان هذا أمراً محرماً لكانت حرمة من المسلمات، وفي صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي جرير القمي قال: «قلت لأبي الحسن (عليه السلام) جعلت ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين [١] والتخويف من عاقبتها، ويكفي أن يقول: قل: والله ماله قبلي حق، وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلك غير لازم ولو التمس المدعي بل هو مستحب استظهاراً في الحكم.

فداك قد عرفت انقطاعي إلى أبيك ثم إليك ثم حلفت له وحق رسول الله (صلى الله عليه وآله) وحق فلان وفلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ماتخبرني به إلى أحد من الناس وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت؟ فقال: قد والله مات — إلى أن قال: — قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم»^(١٩٩).

(١٩٥ — ٣) الوسائل: ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ١ و٢ و١٩٠: ٣.

(١٩٨) المستدرک: ١٦، الباب ٢٤، من أبواب الأيمان، الحديث ٦٥: ٣.

(١٩٩) الوسائل: ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٦ و٧: ١٩٣.

ولو كان الحلف بغير الله محرماً لمنع الإمام (عليه السلام) الحلف بحق رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسائر الأنمة، بل كان المناسب لصفوان أن يذكر له حرمة هذا الحلف، وفي معتبرة مروك بن عبيد عن محمد بن يزيد الطبري قال: «كنت قائماً على رأس الرضا (عليه السلام) بخراسان إلى أن قال: فقال: بلغني أن الناس يقولون إننا نزع من أن الناس عبيد لنا، وقرابتي من رسول الله (صلى الله عليه وآله) ماقلته قط ولا سمعت أحداً من آبائي ولكني أقول: ان الناس عبيد لنا في الطاعة موال لنا في الدين». (٢٠٠)

والمتحصل: أن ما ورد في صحيحة علي بن مهزيار وغيرها يكون المراد منه أن ما يترتب على حلف العباد من حرمة الحنث وقطع المخاصمة به لا يترتب على غير الحلف بالله أو على استحباب اختيار الحلف بالله في مقام الحاجة إلى الحلف أو تعينه، كما في الحلف الذي يترتب عليه القضاء.

[١] يستحب للحاكم أن يقدم على اليمين وعظ من عليه اليمين بكرامة اليمين الصادقة، ولو بدعوة المتخاصمين إلى المصالحة والتخويف من اليمين الكاذبة ومنع جحد حق الناس عليه والتعدي عليهم بما في الآيات والروايات نظير قوله سبحانه:

وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٢٠١)، وما في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه»، وما في صحيحة محمد بن يحيى الخزاز قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين» (٢٠٢)، وما في صحيحة أبي عبيدة الحذاء وغيرها من «أن اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها» (٢٠٣) أي خالية من أهلها و «إن الحلف بالله كاذباً مبارزة لله سبحانه» (٢٠٤) وغير ذلك.

حيث إن مقتضى قوله سبحانه: (وَذَكَرْ فَإِنَّ الدَّكْرَى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ) (٢٠٥)، وما دل على الاحتياط في حقوق الناس هو استحباب العظة والتخويف مما يترتب على اليمين كاذباً.

(٢٠١) البقرة: ٢٢٤.

(٢٠٢) الوسائل: ج ١٦، الباب ٤ من أبواب الأيمان، الحديث ١٤٤: ١.

(٢٠٤) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٤٥.

(٢٠٥) الذاريات: ٥٥.

ومما ذكر يظهر وجه استحباب التغليظ في اليمين قولاً وزماناً ومكاناً، ووجه الظهور أنّ المراد بالتغليظ طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظة في اليمين فإنّ هذا التغليظ نوع احتياط في إيصال الحقوق إلى ذويها وقد شرع القضاء لغاية فصل الخصومة والتمكين على وصول ذي الحق إلى حقه.

ولا يبعد استفادة التغليظ قولاً ممّا ورد في احلاف الأخرس^(٢٠٦)، وما روي في قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام): «إنّ علياً (عليه السلام) كان يستحلف النصارى واليهود في بيعتهم وكنائسهم والمجوس في بيوت فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: قل: واللّه الذي لا إله إلاّ هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية، ما لهذا المدعي عليّ شيء ممّا ادعاه، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم.

وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمة.

وبالزمان كيوم الجمعة والعيد وغيرهما من الأوقات المكرمة.

ويغلّظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها والأزمان التي يرى حرمتها، ويستحب التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلّت، عدا المال فإنّه لا يغلّظ فيه بمادون نصاب القطع.

فرعان:

الأول: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر ولم يتحقق بامتناعه نكول [١].

نيرانهم ويقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين»^(٢٠٧) ولعلّ في قوله سبحانه: (تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ) إشارة إلى التغليظ من حيث الزمان، والمكان وقد ورد أيضاً التغليظ في الدعوى على الميت.

وبالجملة: فالمنسوب إلى المشهور استحباب التغليظ في اليمين وإنّه ثابت في جميع الحقوق عدا المال فإنّه لا تغليظ فيما دون نصاب القطع من المال.

ويستدل على الاستثناء برواية محمد بن مسلم وزرارة عنهما (عليهما السلام) جميعاً قالوا: «لا يحلف أحد عند قبر النبي (صلى الله عليه وآله) على أقلّ ممّا يجب فيه القطع»^(٢٠٨)، ولكن الدلالة مبتنية على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلك ضعف سندها.

(٢٠٦) الوسائل: ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

(٢٠٧) المصدر نفسه: الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢: ٢١٩.

(٢٠٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢١٩.

[١] المشهور ان استحباب التغليظ للحاكم بأن يطلب ممن عليه اليمين المغلظة وأما الحالف فلا استحباب في حقه بل يكره التغليظ منه، كما يكره الحلف وعليه فلو
.....

امتنع الحالف عن تغليظ يمينه وحلف بدونه لا يكون ناكلاً بل على الحاكم القضاء في الواقعة بذلك الحلف و ذلك أخذاً بما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنات والأيمان بعد رفع اليد عن اطلاقه بالإضافة إلى الحلف بغير الله سبحانه والحلف بغير مطالبة المدعي.

وفي صحيحة أبي حمزة عن علي بن الحسين (عليهما السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) لا تحلفوا إلا بالله ومن حلف بالله فليصدق ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عزوجل»^(٢٠٩) فإن إطلاقها يعم صورة طلب اليمين المغلظة.

وبالجملة: الثابت من الروايات أنّ ما على المدعى عليه مع عدم اقامة المدعي البينة بدعواه اليمين على نفي الدعوى وإنّ للمدعى أن يطلبها من خصمه وأما كون اليمين المغلظة حقاً له فلم يثبت ذلك، نعم قد يناقش بأنه لا يجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الاجابة على من عليه اليمين.

ويؤيد وجوب الاجابة بما ورد في استحلاف الأخرس وبما ورد في اليمين الاستظهارية لظهورهما في كون ترك اليمين المغلظة نكولاً ومسقطاً للدعوى على الميت، حيث ورد في رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمة الواردة في دعوى الدين على الميت بعد اقامة البينة به: «فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وإنّ حقه لعليه فإن حلف وإلا فلاحق له»^(٢١٠).

أقول: امكان التفكيك بين الاستحباب للحاكم وعدم وجوب الاجابة على من عليه يمين ظاهر، بل لا يبعد القول بعدم وجوب الاجابة بالتغليظ زماناً أو مكاناً، و إن قيل **الثاني:** لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمس خصمه لم ينحل يمينه [١].

بوجوب الاجابة فيهما، فإنّ عدم وجوب الاجابة مقتضى الاطلاق المتقدم وكون التغليظ استظهاراً يناسب عدم وجوب الاجابة فإنّ من عليه اليمين اقدمه على اليمين المغلظة مع علمه

(٢٠٩) الوسائل: ١٦، الباب ٦ من أبواب الأيمان.

(٢١٠) الوسائل، ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٢.

بعدم وجوب التغليظ عليه يناسب صدقه في عدم ثبوت الحق عليه أو ثبوت ما يحلف عليه من الحق.

وما ورد في الدعوى على الميت ظاهره أنه يتعين على الحاكم المطالبة بالحلف بنحو التغليظ وأنه لا يكون مجرد الحلف بالله مدركاً لقضائه، لا أن الحاكم إذا طلب الحلف المغلظ يكون عليه ذلك الحلف، كما هو المدعى، مع أنه قد تقدمت المناقشة في سندها، أما ما ورد في حلف الأخرس فإنها واقعة خاصة ولعلّه (عليه السلام) قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلّظ.

وبالجملة فإن لم يطلب المدعي الحلف من المدعى عليه حتى صار زمان يرى حرمة أو دخل في مكان كذلك فوجوب الاجابة على المدعى عليه بما أنه اجابة على الاستحلاف ولا بأس به إذا اجتمعت في الزمان المزبور أو المكان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أما إذا طلب في مجلس الحكم أن يحلف في ذلك المكان أو ذلك الزمان فلا يجب عليه الاجابة إلا على نفس الحلف.

[١] ذكر (قدس سره) أن التغليظ وإن كان يستحب للحاكم إلا فيما تقدم في المال الأقل من نصاب القطع إلا أنه مكروه بالاضافة إلى الحالف بحيث لا ينحل يمينه فيما إذا حلف على ترك التغليظ في حلفه فإن الحلف على شيء إنما ينحل فيما إذا صار المحلوف عليه مرجوحاً في زمان العمل وترك التغليظ لا يصير مرجوحاً ولو مع استدعاء المدعي أو طلب الحاكم. لا يقال: على ذلك لو حلف على ترك الحلف واتفق المرافعة بينه وبين غريمه

و وصلت النوبة إلى طلب الحلف منه فاللزام أن يردّ اليمين على خصمه لعدم انحلال حلفه. فإنّه يقال: بانحلال حلفه في الفرض والانحلال واضح في موارد عدم جواز ردّ اليمين على المدعي لعدم كون الدعوى في المال بل في مورد دعوى المال عليه أيضاً انحلاله مقتضى نفي الضرر بخلاف الحلف على ترك التغليظ.

اللهم إلا أن يقال: إنه لم تثبت كراهة التغليظ في فرض الحلف، إنما الثابت كراهة الحلف وإن المطلوب تركه اجلالاً لله سبحانه ولو بتحمل الضرر كما هو المستفاد مما تقدم كمعتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): من أجلّ الله سبحانه أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه»^(٢١١)، وفي موثقة أبي أيوب الخزاز قال: «سمعت

(٢١١) الوسائل، ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٣: ١٤٠.

أباعدالله (عليه السلام) يقول: لا تحلفوا صادقين ولا كاذبين فإنه عزوجل يقول: (وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ) (٢١٢) «(٢١٣)، إلى غير ذلك.

وعليه فلو حلف على ترك اليمين المغلظة بأن لا يحلف بالله سبحانه مغلاً ينعقد الحلف فإنه من الحلف على ترك المكروه، وان حلف أنه إذا حلف بالله سبحانه في مورد فلا يجعله مغلاً فصحة هذا الحلف مبينة على كون ترك التغليظ مع فرض الحلف اجلاً لله سبحانه أيضاً ولا يخلوا عن تأمل.

و دعوى أن التغليظ مع طلب الحاكم ولو بالتماس المدعي اجابة للمؤمن والاجابة له مستحب لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لم يثبت استحباب اجابة المؤمن وحلف الأخرس بالإشارة [١] وقيل توضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسم الله سبحانه وتوضع يده عليه.

وقيل يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق استناداً إلى حكم عليّ (عليه السلام) في واقعة الأخرس.

في ترك المستحب وفعل المكروه كما لو دعاه مؤمن والتمس منه ترك صلاة الليل ونحوها، نعم ورد ذلك فيمن صام ندباً و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

[١] المشهور عند الأصحاب أن حلف الأخرس بالإشارة المفهمة كغيره من انشاءاته وقراءته في الصلاة وتلييته وغير ذلك، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام): «أن علياً (عليه السلام) قال: تلبية الأخرس وتشهده وقراءة القرآن في الصلاة تحريك لسانه وأشارته باصبعه» (٢١٤) وظاهرها اعتبار تحريك اللسان، مع أنه لم يرد فيها ذكر غير التلبية والصلاة وقراءة القرآن، فيكون التعدي إلى مثل الحلف لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

ويشكل الوثوق فضلاً عن عدم احتمال الفرق بملاحظة صحيحة محمد بن مسلم الواردة في حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعي عليه الدين وأنكر وليس للمدعي بينة، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بينت للأمة جميع ماتحتاج إليه — إلى أن قال: كتب الحلف وغسله ثم أمره بشربه» (٢١٥) ولذا نسب الماتن (قدس سره) الحلف كذلك إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتبار وضع الأخرس

(٢١٢) البقرة: ٢٢٤.

(٢١٣) الوسائل، ١٦، الباب ١ من أبواب الأيمان، الحديث ٥: ١٤٠.

(٢١٤) المصدر نفسه: ٩: الباب ٣٩، من أبواب الاحرام، الحديث ١: ٣٩.

(٢١٥) الوسائل، ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢٢٢: ١.

اصبعه على اسم الله في المصحف أو غيره، ولعلّ الوضع كذلك محقق للإشارة إلى الحلف باصبعه.

ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه [١] إلا مع العذر كالمرض المانع وشبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه في منزله وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعة بأحد الأعدار.

والمتحصل: أنّ المستفاد من الصحيحة أنّ استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها ومقتضى الجمع بينها وبين المعتبرة أنّ ما ورد في الصحيحة داخل في إشارة الأخرس ولو حكماً، وحيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعين ما ورد في استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الإشارة إليه، والله سبحانه هو العالم.

[١] الظاهر عندهم أنه يعتبر صدور الحلف ممن عليه اليمين عند الحاكم في مجلس قضائه بطلب من الحاكم فلا يجوز للحاكم أن يوكل شخصاً آخر في استحلافه، ويستدل على ذلك بأصالة عدم انقطاع الخصومة ونفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو اطلاق يقتضي نفوذ الحكم مع التوكيل في الاستحلاف، بل ظاهر صحيحة سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالمباشرة حيث ورد فيها: «أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: ياربّ كيف أقضي فيما لم أر ولم أشهد؟ فأوحى الله إليه: احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به». (٢١٦)

ولكن لا يخفى أنه لو كانت المباشرة في الطلب والحلف في مجلس القضاء معتبرة لما كان فرق بين صورتَي الاختيار والعذر، حيث إنه لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم في نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين وجعل منزله مجلس قضائه في الواقعة، ومع عدم إمكان ذلك ليوقف الحكم في الواقعة كسائر موارد إيقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن وغيره بين الصورتين.

وبالجملة: مقتضى الأصل العملي المزبور أو ما يدعى استظهاره من صحيحة البحث الثاني: في يمين المنكر والمدعي.

اليمين تتوجه على المنكر [١] تعويلاً على الخبر وعلى المدعي مع الرد ومع الشاهد الواحد، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم ولا يمين للمنكر مع بيّنة المدعي لانتفاء التهمة عنها ومع فقدتها فالمنكر مستند إلى البرائة الأصلية فهو أولى باليمين.

سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار والعذر.

ولكن الأظهر أنه لا يعتبر في الحلف أن يكون في مجلس القضاء حتى في حال الاختيار، فإن مقتضى ما ورد في مدرك القضاء كونه بالبينة من المدعي ومع عدم اقامتها بحلف المدعي عليه، سواء أكان الحلف عند الحاكم أو عند وكيله فإن غاية ما ثبت اعتباره أن يكون الاحلاف من الحاكم بعد مطالبة المدعي والطلب كما يكون بالمباشرة كذلك يكون بالتسبيب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكله.

والحاصل: أنه لا يعتبر كون الاستحلاف في مجلس القضاء بل لايبعد أن يكون الأمر في سماع البينة كذلك بأن يوكل الحاكم شخصاً أو أشخاصاً لسماع شهادة الشاهدين، فيكون حكمه بعد احرازه شهادتهما حكماً بالبينة.

[١] يتوجه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلاخلاف يعرف أو ينقل لقوله (صلى الله عليه وآله): «البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»^(٢١٧) كما في صحيحة جميل وهشام عن أبي عبدالله (عليه السلام)، وقوله (عليه السلام) في صحيحة بريد بن معاوية: «الحقوق كلها البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في الدم خاصة»^(٢١٨)، وفي صحيحة جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين وإن لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له»^(٢١٩) ومثل هذه الأخيرة تدل
.....

على توجه اليمين على المدعي مع رد المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ماتقدم. ويتوجه اليمين أيضاً على المدعى في دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتي.

ويتوجه على المدعي وقبيلته في دعواه القتل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامة على ما يأتي في بحث ثبوت دعوى القتل، وقد علل الماتن (قدس سره) عدم الحاجة إلى اليمين مع البينة للمدعي بعدم التهمة في البينة، وعلل وصول النوبة مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءة الأصلية، فيكون أولى بها، ولكن التعليل في كلا الحكمين ضعيف، فإن مع إقامة المدعي البينة بدعواه يتم ملاك القضاء على ماتقدم من الروايات المشار إليها، وقد ذكر فيها
(٢١٧ و ٢) الوسائل، ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٢: ١٧٠.

(٢١٩) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٧: ٦.

أنّ المطلوب منه البيّنة: المدعي، وأنّ المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، وفي رواية منصور عن أبي عبدالله (عليه السلام)، حيث ورد فيها: «لأنّ الله عزّوجلّ إنّما أمر أن تطلب البيّنة من المدعي، فإن كانت له بيّنة وإلاّ فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّوجلّ». (٢٢٠)

والحاصل: أنّ مقتضى الروايات أنّ مع البيّنة للمدعي يتم ملاك القضاء والشبهة في البيّنة توجب الفحص عن حال البيّنة لا ضم يمين المدعي ومع عدم تمام البيّنة تصل النوبة إلى يمين المدعي عليه سواء كان المدعي عليه قوله مطابقاً لأصالة البرائة، أو غيرها من الأمور المعتمدة في حق القاضي المزبور عدم علمه بالواقعة المرفوعة إليه. أمّا ما في رواية سلمة بن كهيل^(٢٢١) من احلاف المدعي مع البيّنة له فلا يمكن

الاعتماد عليها؛ لضعفها سنداً، ومع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقريّة ما دلّ على أنّ مع البيّنة يتم موضوع القضاء وإنّ اليمين على المدعي عليه مع عدمها، ومع الإغماض عن ذلك أيضاً يكون الترجيح مع الروايات الدالة على الاكتفاء في القضاء ببيّنة المدعي؛ لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامة.

وبالجملة: ضم اليمين إلى البيّنة ثبت اعتباره في الدعوى على الميت، وفي غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّ يعتبر في الحلف كونه على نحو القطع والبتّ، وعليه فهل يجوز للحالف الحلف كذلك فيما كان مستنده أمانة معتبرة في حقه أو أصل معتبر كذلك كقاعدة اليد وأصالة الصّحة أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد في الروايات عدم جواز الحلف على غير العلم؟ لا يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأمانة أو الأصل العلم بالواقع، حيث إنّ الأمانة أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع للحكم بنحو الطريقية وأمّا بناءً على أنّ المجعول والمستفاد من دليل الاعتبار جعل الحكم التكليفي الظاهري الطريقي أو جعل المنجزية والمعدريّة فالحلف استناداً عليه مشكل؛ لعدم العلم بالمحلوف عليه.

(٢٢٠) الوسائل، ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧١: ٤.

(٢٢١) المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٨: ٤.

ولعل قول الماتن بعد ذلك: ومع توجيهها يلزم الحلف على القطع مطرداً، مقتضى اعتباره وقوع الحلف في الموارد المزبورة أيضاً على نحو البتّ، ولا يكفي فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله في المقام فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية يقرب من الصراحة في ذلك، ولكنه كما ترى.

ومع توجيهها يلزمه الحلف على القطع مطرداً [١] إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم، فلو ادعى علي ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم. ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم وكذا لو قيل قبض وكيلك.

[١] ظاهره أن مع توجه اليمين على أحد الخصمين في مرافعة فاللزام عليه أن يحلف على نحو القطع والبت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما في اليمين المردودة إلى المدعى أو على نفيه، كما في يمين المنكر، واستثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع مورداً واحداً، هو الحلف على نفي فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفي علمه به.

ولكن لا يخفى ما في الاستثناء فإن المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلا تسمع الدعوى على الخصم إلا بالبينّة، كما تقدم في مسألة ما إذا أجاب المدعى عليه بأنه لا أدري، نعم لو ادعى على الخصم أنه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر فعله الحلف على نفي علمه، وهذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، ولا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعي بعد ذلك بينة على ذلك الفعل على ماتقدم.

وعلى ذلك فلا يتوجه في مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، ومع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفي المدعى به الثاني، وهو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفاً على القطع والبت.

وبالجملة: فمع توجه الحلف يكون الحلف في كل مورد على نحو القطع والبت بلا استثناء، ولا يتوجه الحلف في مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلاً، ويشهد لما ذكرنا ما فرّعه بعد ذلك على هذا الاعتبار، وقال: ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلا مع دعوى علمه بدين أبيه.

.

هذا ما يتعلّق بالعبارة، وأمّا أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم والبت فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه ووقوع الحلف على نفي المدعى به كما أنّ على المدعى إقامة البيّنة عليه، وكذا ما دلّ على رد اليمين على المدعى ووقوع الحلف منه على ما ادعاه وبضميمة ما دلّ على أنّه لا يحلف الرجل إلّا على علمه ولا يستحلف إلّا على علمه أنّه إنّما يتوجه اليمين على من ادعى عليه من علمه بما يحلف عليه. والمتحصّل: أنّه لا فرق في الحلف على فعل نفسه أو غيره في أنّه لا يترتب على نفي العلم إلّا سقوط دعوى العلم، نعم لو رد المنكر العلم اليمين على مدعي العلم عليه فحلف ثبت ذلك الفعل وهذا مشترك بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

ثمّ إنّ المصنّف (قدس سره) قد فرّع على ما ذكره من اعتبار الجزم والبت في الحلف على نفي فعله وكفاية الحلف على نفي العلم في فعل غيره أنّه لو ادعى عليه ابتياعاً أو قرضاً أو جنائياً يعتبر الحلف على نفيه بنحو الجزم والبت لأنّ المدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادعى على أبيه الميت بما ذكر فإنّه يكفي فيه الحلف على نفي علمه به مع دعوى العلم على الابن، وكذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض وكيلك حقك، فإنّه يكفي أن يحلف الموكل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

وقال في الجواهر في ذيل ذلك: إنّ لو يتضمّن الدعوى دعوى العلم على الموكل فلامورد لليمين، بل إن كانت للمدعي بيّنة بدعواه وإلّا فلا تسمع، ونقل عن كشف اللثام أنّ الموكل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض وكيله فللمدعي اثبات قبضه أو أن يحلف على البراءة، وأورد عليه بأنّه لا مورد لحلف مدعي القبض على البرائة بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضاً بمعنى أنّه لا يترتب على حلفه بالبراءة القضاء بها، أمّا

.

مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق رد اليمين، وكذا مع رضاه لأنّ رضاه لا يجعل يمين البرائة بقبض الوكيل يميناً مردودة فإنّ اليمين المردودة تكون برد من يتوجه إليه اليمين والموكل في الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفي القبض، إلّا أن يدعي كفاية رضا المدعى عليه بحلف المدعي في ردّها، وإن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، وأجاب المدعى بعدم علمه به فلا يتوجه إليه اليمين على النفي، أمّا إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردودة، إلّا مع مصالحة الموكل

الحالف حقّه بحلف المدعي على القبض أو على البراءة وتدخل اليمين في اليمين المعاملي لا في اليمين المرذوبة.

وتعرض صاحب الجواهر (قدس سره) في المقام لفرع، وتكلم في الحلف فيه أنه على نفي العلم لكونه من فعل الغير أو أنه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت والجزم، وهو ما إذا ادعى على عبده جنائية بما يتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنائته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، ومنشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبورة على المولى لكونه هو الغريم والعبد كسائر أمواله مملوك له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

و نقل عن كشف اللثام أنه بناءً على كونها من فعل الغير يتعين اثباتها بالبيّنة سواء أحلف المولى نفي علمه أم اعترف المدعي بعدم علمه وبناءً على كون المولى هو الغريم تثبتت الجنائية بحلف المدعي مع نكول المولى عن الحلف على نفي الجنائية، ولا يكفي حلفه على عدم علمه.

أمّا المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه إلاّ مع الرد أو مع النكول على قول، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم ولونكل سقطت دعواه إجماعاً [١].

ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشيخ: ليس له ذلك إلاّ برضا المدعي [٢] وفيه تردد منشأه أنّ ذلك تفويض لا إسقاط.

واختار (قدس سره) أنّ الحلف في الدعوى المزبورة حلف الغريم ونقل عن المسالك أنه بني الوجهان على تعلق ارش الجنائية برقبة العبد فقط أو برقبته وذمته، بحيث يتبع العبد بعد عنقه بما فضل ارش جنائته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثاني يكون الحلف على نفي العلم.

أقول: يظهر الحال في الفرع ممّا ذكرنا من عدم الفرق بين فعل نفسه وفعل غيره، فإن كان منكراً يتوجه إليه اليمين على نفي المدعى به، وإن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلاّ مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، واللّه سبحانه هو العالم.

[١] قد تقدّم الكلام في ذلك فلاحاجة إلى الإعادة.

[٢] لو ردّ المنكر اليمين على المدعي، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المدعى به، ولا أثر لبذل المنكر الحلف بعد ذلك بلاخلاف يعرف أو ينقل، ويشهد لذلك مفهوم الشرطية في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): «في الرجل يدّعي ولا بيّنة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ

اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»^(٢٢٢)، فإنّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردّ اليمين عليه ثبت حقه.

وأما إذا بذل المنكر الحلف قبل احلاف المدعي، فهل يكون رجوعه عن ردّ اليمين وحلفه نافذاً؟ ذكر الشيخ (قدس سره) إنّ رجوعه وبذله غير نافذ إلاّ برضا المدعي وكان ويكفي مع الإتيان الحلف على نفي الاستحقاق لأنّه يأتي على الدعوى [١] فلو ادعى عليه غصباً أو اجارة مثلاً فأجاب بأنّي لم أغصب ولم أستأجر قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لأنّه لم يجب به إلاّ وهو قادر على الحلف عليه، والوجه أنّه إن تطوّع بذلك

ردّه اليمين على المدعي اسقاط لحقه.

ولكن الصحيح نفوذ حلفه فإنّه لا يستفاد ممّا ورد في ردّ اليمين على المدعي إلاّ تفويض اليمين فإذا رجع عن تفويضه وبذل الحلف فيتم الموضوع للقضاء في الواقعة كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»، وقد تقدم أنّ الحلف على المدعي عليه ليس حقاً لا للمدعي عليه ولا للمدعي، حتى يقبل الاسقاط منهما، غاية الأمر ثبت أنّه يجوز للمدعي عدم المطالبة بالقضاء بترك المطالبة بحلف المدعي عليه، كما يجوز للمدعي عليه ردّ اليمين على المدعي مع مطالبته الحلف، ولو كان ردّ اليمين بمجرد اسقاط لا ينفذ في عودته رضا المدعي كما لا يخفى.

[١] لايعتبر في حلف المنكر أن يكون المحلوف عليه نفي خصوص ما ذكره المدعي في دعواه، كما لايعتبر فيه أن يكون المحلوف عليه خصوص ما أجاب به عن دعوى المدعي وإذا قال المدعي أقرضتك الألف فأجاب بأنّي ما اقترضت منك ألفاً ولاغير ألف وحلف أنّه لا يستحق عليه مالاً كفى في ترتب الحكم عليه من جواز القضاء ببراءة ذمته، حيث إنّ الحلف المزبور يصدق عليه أنّه حلف على نفي دعواه، فإنّ نفي العام نفي للخاص أيضاً.

وربما يقال بأنّه تعتبر مطابقة المحلوف عليه بما ذكره في الجواب، ولو ادعى عليه غصباً أو اجارة أو قرضاً فأجاب بأنّي ماغصبت ولم أستأجر أو لم اقترض فاللزم أن يحلف على نفي الغصب والاستيجار والاقتراض؛ لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنّه صحّ وان اقتصر على نفي الاستحقاق كفى. ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعيّاً والمدعي منكرّاً [١] فيكفي المدعي اليمين على بقاء الحق ولو حلف على نفي ذلك كان أكد لكنه غير لازم.

متمكن على الحلف عليه، ولكنّه كما ترى، فإنّ مقتضاه جواز الحلف على طبق الجواب لا تعين ذلك، والموضوع لجواز القضاء اليمين على نفي ما يدعيه المدعي كان اليمين على نفيه بعنوانه الخاص أو بعنوان يدخل فيه.

[١] لو ذكر منكر الدين أنّ الغير قد أبرأ ذمته أو أنّه قد قبض دينه تتقلب الدعوى فيصير مدعيّاً، فعليه اثبات الابراء أو الإقباض، ومدعي الدين منكرّاً، يتوجه إليه اليمين على بقاء حقه أو على عدم الابراء أو القبض، وهذا ظاهر.

ولكن في المقام أمر وهو ما تقدم من أنّه يعتبر في نفوذ الحلف عن المنكر كونه برضا المدعي ومطالبته، وعليه فلو لم يطالب الذي صار مدعيّاً بدعوى الابراء والقبض عمّن صار منكرّاً بانكار الابراء والاقباض بأن أراد إيقاف الدعوى فهل يمكن لمنكر الابراء والاقباض استيفاء دينه ومطالبة المدعي بالدين، مع أنّ ظاهر الأصحاب أنّ استحلاف المنكر حق للمدعي وإذا تبرّع بالحلف فلا يصحّ القضاء به، ومقتضى ذلك أنّ للمدعي إيقاف القضاء بتركه مطالبة المنكر بالحلف.

وفي موطئة عبدالله بن أبي يعفور عن أبي عبدالله (عليه السلام): «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهب اليمين بحق المدعي فلا دعوى له» (٢٢٣)، وفي رواية خضر النخعي عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في الرجل يكون له على الرجل المال فيجده؟ قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً» (٢٢٤)، وظهرها في وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين [١] ويقضى على المنكر

اعتبار مطالبة المدعي الحلف غير منكر، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) «في الرجل يدعى ولا بينة له؟ قال: يستحلفه» (٢٢٥) وظهرها أيضاً اعتبار طلب المدعي صاحبه باليمين إلى غير ذلك.

ولكن لا يبعد أن يقال مقتضى وجوب القضاء وفصل الخصومة بين الناس مع ملاحظة ما دلّ على أنّ مدرك القضاء البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أنّ على القاضي مطالبة المدعي بالبينة، كما أنّ عليه مطالبة المدعي عليه باليمين مع عدم إقامة المدعي البينة، وكما أنّ رضا المنكر غير دخيل في مطالبة المدعي بالبينة كذلك لا دخل لرضا

(٢٢٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٨.

(٢٢٤) المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٩.

(٢٢٥) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٧٦.

المدعي في مطالبة المنكر باليمين، غاية الأمر يرفع اليد عن الاطلاق في ناحية طلب اليمين عن المنكر بالروايات المتقدمة، ومدلولها ما إذا كان الشخص مدعيًا للحق له وخصمه منكرًا للحق عليه، أما إذا انعكس الأمر بأن كان المدعي يدعي سقوط حق الغير وخصمه ينكر سقوط حقه فهذه الصورة خارجة عن مدلولها، بل لو قلنا بأن اعتبار رضى المدعي بيمين المنكر على القاعدة لأنّ المدعي صاحب الحق فله إيقاف المطالبة بحقه ولو بعدم مطالبة المنكر لحقه بالحلف، فيختص ذلك بما إذا كانت الدعوى ثبوت الحق لا سقوط حق الغير.

وعلى ذلك فللقاضي في الفرض مطالبة المنكر للإبراء والقبض بالحلف على بقاء حقه وبعده يقضى ويلزم مدعى الإبراء والقبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعي تأخير القضاء لاحضار بيئته بالإبراء أو القبض فللحاكم الإهمال بنحو لا يوجب الإهمال في أداء حقوق الناس.

[١] ذكر (قدس سره) أنّ كل مورد يتعيّن فيه على الخصم الجواب عن الدعوى بالاقرار أو به مع النكول كالعق والنسب والنكاح وغير ذلك. هذا على القول بالقضاء بالنكول، وعلى القول الآخر ترد اليمين على المدعي ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول.

بالانكار أو حتى بقوله لا أعلم بأن كانت الدعوى عليه مسموعة يتوجه إليه الحلف، ولو بأن يحلف على عدم علمه على ماتقدم.

فلا يتعين الجواب فيما لا تسمع الدعوى كدعوى موجب الحد على أحد بلائينة، كما يأتي فإنه لا يتوجه في دعواه اليمين، وإذا توجه اليمين إلى المنكر فنكل يحكم بثبوت الدعوى بمجرد النكول أو مع رد اليمين على المدعي على خلاف ما تقدم، و ذكر أنه مع اعتبار الردّ ان حلف المدعي تثبت دعواه وإن نكل أي امتنع عن الحلف سقطت دعواه بلا فرق في ذلك كلّ بين كون الدعوى بالمال أو بغيره من حقوق الناس، كدعوى العتق والنسب والنكاح والطلاق والرجوع فيه والإيلاء وغير ذلك. خلافاً لبعض العامة، حيث قالوا بعدم توجه اليمين في غير الأموال وعللوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضي بالنكول، فإن نكوله بمنزلة البذل والإباحة، ولا مورد لهما في غير الأموال ونحوها. وعن بعض آخر منهم أنّ اليمين لا يتوجه على الخصم، إلاّ فيما إذا ثبتت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحدّ.

أقول: ما ذكره (قدس سره) من الملازمة بين سماع الدعوى واستحقاق الجواب عنها وبين الحلف عليه وان كان صحيحاً كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «البيّنة على من

ادعى واليمين على من ادعى عليه»^(٢٢٦)، وقوله: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٢٢٧)، إلا أنّ دعوى مثل النسب يختصّ سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعي كالإرث و وجوب النفقة ونحوهما، ولو لم تتضمن دعواه مطالبة حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلا تكون مسائل ثمان:

الأولى: لا يتوجّه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وأنّه ترك في يده مالاً [١]، ولو ساعد المدعي على عدم أحد هذه الأمور، لم يتوجه، ولو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق، كفاه الحلف أنّه لا يعلم، نعم لو أثبت الحق والوفاء، وادعى في يده مالاً، حلف الوارث على القطع.

في البين دعوى على الغير.

ومن هذا القبيل دعوى الزوجة الظهار أو الايلاء على زوجها، فإنّها تسمع دعواها لتضمنها مطالبة ما على زوجها أو سقوط ماله عليها، وكذا لامورد لتوجه اليمين في مثل ما إذا ادعى الزوج طلاق زوجته أو الرجوع في طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حين دعوى الرجوع، فإنّ قبول قوله فيهما لدخوله في قاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

وأيضاً قد تقدم أنّ ردّ اليمين على المدعي من المنكر أو من الحاكم في موارد دعوى المال أو ما يرجع إليها صحيح، أمّا في غيرها فمشكل، بل الحكم بالنكول فيها أيضاً كذلك.

[١] إذا ادعى على الوارث بدين له على المورث يتوجه اليمين إلى الوارث فيما إذا فرض في دعواه اجتماع أمور ثلاثة علم الوارث بموت المورث وبالدين له عليه، ووجود التركة بيده كلاً أو بعضاً، وإذا ساعد المدعي أي صدّق الوارث في عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يتوجه إلى الوارث يمين أصلاً، كما إنّه إذا كانت التركة بيد الوارث وادعى علمه بموت المورث أو بالدين له عليه يكفي الوارث الحلف على عدم علمه، ولو أحرز الموت والدين وادعى التركة يلزم على الوارث الحلف على عدم كونها بيده، لأنّ المال بيد الوارث من فعل الوارث، فيعتبر في الحلف عليه البت بخلاف دعوى الثانية: إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه [١] ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية.

(٢٢٦) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٠: ١.

(٢٢٧) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

الدين على المورث أو دعوى موته.

لا يقال: مقتضى رواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله^(٢٢٨) عدم سماع الدعوى على الميت بلائبنة، وان تضمنت دعواه الأمور الثلاثة فضلاً عن توجّه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها وان ادعى بلائبنة فلاحق له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ. فإنّه يقال: لو تضمنت الدعوى الأمور الثلاثة تكون الدعوى على الوارث أيضاً فمن ثمّ تتوجّه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت ووجود التركة بيد الوارث ولم يعترف المدعي بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنّه تصدق في الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب الوارث بلا أدري فلامورد لليمين ولاحق للمدعي بلائبنة. وإذا أجاب بنفي الدين يتوجه إليه اليمين على النفي، كما أنّه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

والحاصل: انّ الدعوى تكون على الميت خاصة، فيما إذا اعترف المدعي بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلائبنة كما هو ظاهر الرواية.

[١] وذلك فإنّ دعوى الجناية على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبة المولى بالفداء، فتكون متوجهة إلى المولى، وكذا الحال في دعوى المال الموجود بيد العبد، فإنّ المال المزبور ملك المولى أو أنّ ولاية التصرف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكة أو الولي به، ولاعبرة في أمثال ذلك باعتراف العبد أو انكاره، ولا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى ويتوجه إليه اليمين مع انكاره أو انكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ماتقدم.

الثالثة: لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة [١] ولا يتوجه اليمين على المنكر، نعم لو قذفه بالزنا ولائبنة فادّعاه عليه قال في المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه اشكال، إذ لا يمين في الحد.

نعم إذا كانت دعوى المال منحصرة بما في ذمة العبد، كما في دعوى الإلتلاف عليه فلا يكون للمولى شأن في هذه الدعوى، ولا يكون اعترافه نافذاً في حق العبد ولا يتوجه إليه

حلف، بل العبرة في ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعناقه باعتراف العبد وفي سقوطها بحلفه على نفيها.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو كانت للدعوى جهتان، كما في دعوى القتل على العبد عمداً، فينفذ اعتراف المولى بالاضافة إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، وأما القصاص فلا، لأنّ ازهاق روح العبد ليس من اقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير والمولى لا سلطان له في غير ملكيته، بل ينفذ اعتراف العبد بالاضافة إلى القصاص ولكن بنحو لا ينافي ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، وبذلك يظهر الخلل في اطلاق كلام الماتن وغيره.

[1] يأتي أنه يعتبر في سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البيّنة للمدعي كون المدعي به حقاً للمدعي أو لمن يتعلّق به ولاية أو وكالة أو وصاية أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما في دعوى الأموال وغيرها من حقوق الناس، أمّا حدود الله سبحانه فلا تكون من قبيل الحق لأحد ليطالبها أربابها، بل هي من حقوق الله سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على اثبات الإرتكاب لا يجب عليه اظهاره ولو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الاظهار، كما يشهد لذلك صحيحة أبي العباس قال: «قال أبو عبدالله (عليه السلام) أتى النبي (صلى الله عليه وآله) رجل فقال: إني زنيت — إلى»

أن قال: فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): لو استتر ثم تاب كان خيراً له» (٢٢٩) ونحوها غيرها. بل لا يبعد القول بعدم جواز الاظهار من غير المتمكن على الإثبات ولو عند القاضي فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذاً بما دلّ على حرمة الاغتيا ب، كما أنه لو أظهر مع حرمة أو مع جوازه فلا يجب على القاضي المطالبة بالجواب، فإنّ الموضوع في الحدود لا يزيد على سائر الشبهات الموضوعية في عدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشبهات، والأمر بالستر على مرتكب السوء، وفي مرسله الصدوق: «ادروا الحدود بالشبهات ولاشفاعة ولا كفالة ولايمين في حدّ». (٢٣٠)

(٢٢٩) الوسائل: ١٨، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣٢٨:٥.

(٢٣٠) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣٣٦:١.

نعم يجوز الاظهار مع التمكن على الاثبات، بل يجب حسبةً، وفيما أمره ولي المسلمين به منعاً عن المنكر، ويكون الاظهار عند الحاكم من قبيل الشهادة بالإرتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، ويظهر ذلك ممّا ورد في رفع مفطر الصوم وغيره إلى الإمام. ولا فرق أيضاً في جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحد وموجبات التعزير. ويختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق الله سبحانه فقط، وأمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبة به بدعوى القذف على الغير وان يدخل في الدعوى على الغير، ولكنه لاتسمع الدعوى فيه أيضاً بلائبينة ولايتوجه فيه يمين على منكره، وفي معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد»^(٢٣١)،

.

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق الله فقط أو من حق الناس أيضاً. وبالجملة: فالمخبر عن الغير بأنّه ارتكب موجب الحد لا يكون من المدعي حقيقة في غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، ولو اجتمعت في المخبر شرائط الشهادة يكون من الشهود، ولذا ذكر جماعة أنّه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثة شهود يثبت زناها، وان كان ما ذكره مورد تأمل، كما يأتي في بحث الحدود ان شاء الله تعالى.

ثمّ إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق الله سبحانه لكونه موجباً للحد على فرض وقوعه ويكون من حق الناس، فيترتب عليه ضمان المال مثلاً فيجري على كل من الجهتين حكمها، كما إذا ادعى على الغير سرقة المال فتسمع دعواه بالاضافة إلى ضمان المال فإن أقام شاهداً واحداً وحلف على سرقة يثبت ضمانه، وإذا حلف سقطت دعواه، وإن ردّ اليمين على المدعي أو ردّها الحاكم مع نكوله وحلف المدعي ثبتت السرقة، ولكن لا يترتب على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين أو باليمين المردودة قطع يده؛ لعدم الإعتبار في الحدود باليمين، ولو مع الشاهد الواحد أو كانت مردودة.

ثمّ إنّ قد ذكر الشيخ (قدس سره) في المبسوط أنّه لو قذف الآخر بلائبينة بزناه بأن قال له: يا زاني، ثم ادعى عند الحاكم بأنّه قد زنى أنّه يجوز للمقذوف أن يحلف على عدم زناه ليثبت على قاذفه حدّ القذف.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه ليس في الحدود يمين فلا يحتاج في ثبوت حد القذف عليه إلى حلف المقذوف على عدم زناه، وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين، لإسقاط الغرم [١] ولو نكل لزمه المال دون القطع بناءً على القضاء بالنكول وهو الأظهر وإلا حلف المدعي ولا يثبت الحد على القولين وكذا لو أقام شاهداً وحلف.

الخامسة: لو كان له بيّنة فأعرض عنها، و التمس يمين المنكر أو قال: أسقطت البيّنة وقتعت باليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا [٢] وفيه تردد ولعل الأقرب الجواز وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقتع بيمين المنكر.

علي (عليه السلام) «في ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، فقال علي (عليه السلام): أين الرابع؟ قالوا الآن يجيء فقال علي (عليه السلام): حدّوهم فليس في الحدود نظرة ساعة»^(٢٣٢)، وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لا يجلد رجل ولا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الإيلاج والإخراج، وقال: لا أكون أوّل الشهود الأربعة أخشى الروعة أن ينكل بعضهم فأجلد»^(٢٣٣)، وظاهرهما في كون الشهادة بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف على الشاهد لا يقبل المناقشة.

[١] قد ظهر ما في المسألة ممّا تقدم فلا نعيد.

[٢] لو كان للمدعي بيّنة فأعرض عنها والتمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البيّنة وقبلت باليمين، ثمّ رجع وأراد إقامة البيّنة فهل تسمع تلك البيّنة أم لا؟ فعن الشيخ (قدس سره) في المبسوط والمحكي عن ابن ادريس أنها لا تسمع؛ لأنّ إقامة البيّنة كانت من حقه وقد أسقطها كسائر الحقوق في أنه لا يرجع فيها بعد إسقاطها. ولكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعي قبل تمام اليمين من المنكر.

والوجه في ذلك أنّ مع إقامة البيّنة لا تصل النوبة إلى يمين المنكر، وجواز السادسة: لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله ولا يمين [١] وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان.

(٢٣٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤ من أبواب حد الزنا، الحديث ٣٧٢: ٨.

(٢٣٣) المصدر نفسه: الحديث ٣٧٣: ١١.

اقامتها للمدعي حكمي لا حقّي، كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه»^(٢٣٤)، فيما إذا لم يقدّم المدعي البيّنة مع ضميمة قوله (صلى الله عليه وآله): «إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٢٣٥)، فإنّ إقامة البيّنة تعم المفروض في المقام، وإنّما ترفع اليد ما إذا حلف المنكر على النفي، فإنّه لا تسمع بعد ذلك البيّنة لتمام ملاك القضاء قبل اقامتها على ما تقدم من أنّه إذا رضى صاحب الحق بيمين صاحبه فحلف فلا حق له. ومما ذكرنا يظهر الحال فيما كان شاهد واحد بدعواه فإنّ للمدعي اثبات دعواه بشهادة الشاهد بضم يمينه، وإذا طلب الحلف عن خصمه وقبل حلفه رجع وحلف بحقّه، فمع شهادة الواحد يتم ملاك القضاء، كما عليه المشهور.

[١] لو ادعى صاحب النصاب ابداله أثناء الحول قبل قوله ولا يمين عليه، وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان لينتقص من مقدار الزكاة لكون اعتبار الخرص في تعيين مقدار الزكاة طريقي، والظاهر أنّ الحكم في بابي الزكاة والخمس متسالم عليه بين الأصحاب قديماً وحديثاً ولا يكون قول مالك النصاب من دعوى الإبدال أو دعوى الخطأ في الخرص، بل كلّما ذكر صاحب المال عدم تعلق الزكاة أو الخمس بماله أو عين مقداره أو ذكر سقوطه بادائه يقبل قوله.

وفي صحيحة يزيد بن معاوية قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: بعث أمير المؤمنين (عليه السلام) مصدّقاً من الكوفة إلى باديتها - إلى أن قال: قال: ثم قل لهم: يا عباد الله»

أرسلني إليكم ولي الله لأخذ منكم حق الله في أموالكم فهل لله في أموالكم من حق فتؤدّوه إلى وليّه؟ فإن قال لك قائل: لا، فلا تراجع»^(٢٣٦) وفي موطّأ غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام) قال: «كان عليّ (عليه السلام) إذا بعث مصدّقاً قال له: إذا أتيت على ربّ المال فقل تصدّق رحمك الله ممّا أعطاك الله فإن ولىّ عنك فلا تراجع»^(٢٣٧)، ولعلّ ظاهرها الإعراض عن المصدّق بالإعتذار بعدم الزكاة في ماله.

وذكر بعض الأصحاب: أنّ المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين في نفي الزكاة والخمس عن ماله صورة عدم العلم بكذبه، أمّا إذا علم كذبه سواء أكان العالم الفقير أم عامل

(٢٣٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧٠: ١.

(٢٣٥) المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٦٨: ١.

(٢٣٦) الوسائل: ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام، الحديث ٨٨: ١.

(٢٣٧) المصدر نفسه: الحديث ٩٠: ٥.

الزكاة أو الحاكم فلاموجب لرفع اليد عمّا دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاة في ماله، وإذا كان المدعي فقيراً يكون هو صاحب الحق لأنّه شريك مع المالك من حيث إنّه فرد من الطبيعي، غاية الأمر أنّ المالك ليس ملزماً بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر وكذا العامل أو الحاكم فإنّه مطالبه الوكيل والولي.

أقول: أمّا الفقير فلاموجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الإخبار والشهادة، ولو انضم إليه قول غيره، وكانا عدلين، لكان من البيّنة بكون المال متعلق الزكاة؛ وذلك فإنّ الفقير ليس مالكا للزكاة، حيث إنّ الزكاة ملك الجامع بين الأصناف الثمانية، كما أنّه ليس له ولاية على الزكاة وإنما يدخل في أحد العناوين المقررة مصرفاً للزكاة، نظير الفقير في إعطاء الكفارة، ولا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفارة يكون من الدعوى المسموعة على الغير.

.

نعم إذا احزر الحاكم بالزكاة فيما بيده أو على عهده أو شهد العدلان عنده بذلك و أنكره ربّ المال فهل ربّ المال الحلف على عدم الزكاة أو ادائها؟ فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، ولو مع العلم بكذبه، وكأنّ لقول صاحب المال موضوعية، وفي موثقة سماعة قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربة هل عليه في ذلك المال زكاة إذا كان يتجر به؟ فقال: ينبغي له أن يقول لصاحب المال زكوه فإن قالوا إنا نزكّه فليس عليه غير ذلك وإن هم أمره بأن يزكّيه فليفعل، قلت: رأيت لو قالوا إنا نزكّيه والرجل يعلم أنّهم لا يزكونه، فقال: إذا هم أقروا بأنهم يزكونه فليس عليه غير ذلك وإن هم قالوا: إنا لا نزكّيه فلا ينبغي له أن يقبل ذلك المال ولا يعمل به حتى يزكوه». (٢٣٨)

ولكن لا يخفى ظاهرها زكاة التجارة ولعدم كونها من الزكاة الواجبة عندنا، عبّر (عليه السلام) بينبغي ولاينبغي وأنّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، وطلب الحلف من ربّ المال على إخراج الزكاة أو عدم تعلّقها لا موجب له مع الجهل بالحال، ومع العلم بها وانكاره فإنّ مع الجهل فالسماع بلايمين مقتضى صحيحة بريد وموثقة غياث المتقدمتين، ومع العلم بكذبه فلأنّ الحاكم له الولاية على الزكاة وأخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها في المال أو على عهدة الغير فله إجباره على إخراجها، وإلاّ فله التصدي بذلك، وما دلّ على أنّ اليمين على من

ادعي عليه أو على المدعي مع ردّها عليه ظاهره الواقعة المرفوعة إلى الحاكم، ولا يعم الواقعة التي يكون التصدي بها للحاكم بما هو حاكم.
قال في المستند: لو علم تعلق الزكاة بما له وعدم اخراجها كان لمن شأنه ذلك أن
.

يكلفه بالأداء أو يأخذ منه، وهل تقوم شهادة العدلين مقام العلم أم لا؟ صرح في الشرائع بالأول ومقتضى الأصل هو الثاني.

ثم إنه قد ثبتت الولاية بالاضافة إلى الزكاة وصرفها على مصارفها للنبي الأكرم والأنمة — صلوات الله عليهم أجمعين — كمايفصح عن ذلك قوله سبحانه: (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ)^(٢٣٩)، فإنّ الأمر بالأخذ يعم صورة امتناعهم والأخذ منهم قهراً عليهم ولاينافيه ما في الذيل من الصلاة عليهم؛ لأنها طلب الرحمة وعدم امسك النعمة عليهم فيناسب العاصي من الأمة أيضاً.

ويظهر من الر وايات الكثيرة الواردة في موارد مختلفة أنّ لرب المال أيضاً الولاية على صرف زكاته على مصارفها منها ما ورد في جواز اعطائه زكاتها أقاربه من الذين لا يجب عليه نفقتهم، ومنها ما ورد في جواز قضاء دين الأب عن الزكاة، ومنها ما ورد في اعطاء الفقير حتى يغيثه، وما ورد في سماع قول رب المال إلى غير ذلك والنتيجة ثبوت الولاية على الصرف لكل من رب المال والإمام (عليه السلام).

ولو قيل بالنيابة للفقير أو للأعلم في زمان الغيبة فيجوز للفقير أو الأعلم ماكان جائزاً للنبي والإمام (عليه السلام) من أخذ الزكاة من رب المال مع امتناعه ولو قهراً عليه، كما أنه لو أمر بنقل الزكاة إليه كان أمره كأمرالإمام (عليه السلام) في وجوب الاتباع.

وأما لو بُني على عدم النيابة، وإنّ الثابت في حق الفقير مايدخل في الأمور الحسبية التي ذكرنا في بحث ولاية الفقير من أهمّها تنظيم أمر البلاد وتأمين بلاد المسلمين والدفاع عن الحوزة الإسلامية وذكرنا أنّ مع وضع فقيه يده على الأمر الحسبي فلايجوز للآخرين مزاحمته فلايثبت الولاية للفقير بالاضافة إلى الزكاة، لأنّ

.

مع ثبوت الولاية لرب المال لا يدخل أمر الزكاة في الأمور الحسبية إلا إذا امتنع ربّ المال عن اخراجها وكان لصرفها على مواردها ضرورة كما أنه لو توقف حفظ نظام البلاد والحوزة الإسلامية على أخذ الزكاة وصرفها على مواردها دخل أخذها وصرفها في ولاية الفقيه المتصدي لحفظها وترتيب أمنها، ومع امتناع ربّ المال من ادائها يكون على الفقيه أو المأذون من قبله التصدي لأخذ الزكاة ولو بالجبر.

ذكر في العروة: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاة إلى الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة لا سيّما إذا طلبها لأنه أعرف بمواقعها، ولكن الأقوى عدم وجوبه فيجوز للمالك مباشرة أو بالاستتابة والتوكيل تفريقها على الفقراء وصرفها في مصارفها، نعم لو طلبها الفقيه على وجه الإيجاب بأن يكون هناك ما يقتضي وجوب صرفها في مصرف بحسب الخصوصيات الموجبة لذلك وكان مقلداً له يجب الدفع إليه، حيث إنّه تكليفه الشرعي للمجرد طلبه، وإن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام (عليه السلام) في زمان الحضور، فإنّه يجب الدفع إليه بمجرد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلداً له لكون إيجابه مع عدم التقليد عن لا يكون من التكليف الشرعي المعتبر في حق غير مقلده.

وبتعبير آخر: لو كان فتوى الفقيه المزبور ان طلب الفقيه الزكاة ولومع الموجب المزبور كطلب الإمام (عليه السلام) في وجوب الاجابة فلا يجب الاتباع على غير مقلده. وأما بالاضافة إلى الخمس فمقتضى الآية المباركة بضميمة ما ورد في تفسيرها على أنّ لرب المال أن يعطي نصفه الفقراء والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين ونقل النصف الآخر إلى الإمام (عليه السلام)، إلا أنّ مقتضى الروايات الواردة في أنّ لنا الخمس وكذا لو ادعى الذمي الإسلام قبل الحول [1] أما لو ادعى الصغير الحربي الإنبات

والأمر بنقله أو دفعه إلى وكلائهم عدم ثبوت الولاية لرب المال في زمان الحضور، ويكون الأمر كذلك في زمان الغيبة أيضاً لو قيل بنيابة الفقيه.

وأما إذا قيل بعدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سهم السادة الأيتام والمساكين وأبناء السبيل من الهاشميين أخذاً بمقتضى الآية وما هو بمفادها، فإنّ المقدار الثابت في رفع اليد عن مقتضاها زمان الحضور، وأما بالاضافة إلى السهم المبارك فالتصرف فيه من التصرف في ملك الغير، ويكون منوطاً باحراز الرضا والاذن، ولا يحصل هذا الاحراز إلا بالرجوع إلى من يقلده، والعمل على طبق ما يعينه.

ويجري في فرض امتناع ربّ المال عن اخراج الخمس ما ذكرنا في فرض الامتناع عن اخراج الزكاة، والله سبحانه هو العالم.

[١] هذا الفرع مبني على أنّ الإسلام بعد الحول لا يوجب سقوط الجزية أمّا بناءً على سقوطها باسلام الذمي سواء أكان قبل الحول أم بعده قبل اعطاء الجزية، كما عليه المشهور والأظهر عند الماتن (قدس سره) على ما ذكره في كتاب الجهاد فلا يدخل الفرض في سماع القول. ويشهد لذلك مع الإغماض عن النبوي الدال على أنّ الإسلام يجب ما قبله، والدال على أنّه ليس على المسلم جزية^(٢٤٠) ظاهر الآية المباركة في أخذ الجزية حال كون المأخوذ منه صاغراً والأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، وصحيحة زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما حدّ الجزية على أهل الكتاب وهل عليهم في ذلك شيء موظّف لا ينبغي أن يجوز إلى غيره؟— إلى أن قال (عليه السلام): فالجزية تؤخذ منهم على قدر ما يطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ الله عزّوجلّ قال: (حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ بَعْلَاجٍ لَا يَسْتَلْخِصُّ عَنِ الْقَتْلِ، فِيهِ تَرَدُّدٌ [١] وَلَعَلَّ الْأَقْرَبَ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِلَّا مَعَ الْبَيْتَةِ.

يَدُ وَهُمْ صَاغِرُونَ)^(٢٤١)، كيف يكون صاغراً وهو يكثر لما يؤخذ منه حتى يجد ذلاً لما أخذ منه فيألم لذلك فيسلم»^(٢٤٢) فإنّ ظاهرها أيضاً أنّ بالإسلام ينتهي أخذ الجزية بلا فرق بين حيلان الحول عليه كافر أم لا، وما هو المنسوب إلى الحلبي وبعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطاً للجزية لا يمكن المساعدة عليه.

ولكن بناءً عليه فدعوى الذمي اسلامه قبل الحول لسماع قوله بلاموجب لعدم كون المقام من صغريات قاعده من ملك شيئاً، فرقع اليد عن الاستصحاب في ناحية كفره إلى آخر السنة بلا وجه، ولو لم نقل باشتغال العهدة بالجزية من أوّل الحول، كما لا يخفى.

ودعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد وربّه ولا يعلم إلا من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عبارة عن اظهار الشهادتين ويمكن فيه الاشهاد.

[١] إذا أسر الكافر الحربي أثناء القتال وادعى صغره وانّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبني على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعي الحاصل بالطعن في

(٢٤٠) المستدرک: الباب ٦١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٣٤.

(٢٤١) التوبة: ٢٩.

(٢٤٢) الوسائل: ١١، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١١٣: ١.

السن لا مطلق الإنبات، ولو كان بالعلاج؛ إذ لو كان الموضوع للبلوغ مطلق الإنبات فلامورد للسمع لإحراز بلوغه ولزوم قتله.

وفي صحيحة الكناسي قال: «قلت لأبي جعفر (عليه السلام): متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ — إلى أن قال: — قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمسة عشرة»

سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك».(٢٤٣)

ولا يبعد ظهورها في الإنبات الطبيعي، كما لا يبعد ذلك حتى في البلوغ بالإحتلام، ولا يضر بالاستدلال اشتمالها على حكم لا يعمل به، وهو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغها فيما إذا زوجه أبوه في صغره إن لم يمكن تقييده بما إذا زوجه بالصغيرة.

والمتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلى الطبيعي فسمع دعوى الحربي صغره وإن الإنبات كان بالعلاج فيما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره وعدم تحقق الإنبات الطبيعي ومقتضاه دخوله فيمن لا يقتل، حتى حال قيام الحرب، كما هو ظاهر النص و الفتوى، وفي صحيحة أبي حمزة الثمالي أو محمد بن حمران وجميل معاً عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) إذا أراد أن يبعث سرية — إلى أن قال: — ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صبياً ولا امرأة ولا تقطعوا شجراً إلا أن تضطروا إليها»(٢٤٤)، ونحوها غيرها.

وعلى ذلك فلا موضوعية لدعوى الحربي، بل كل من احتمل صغره لا يجوز قتله فدعواه الإنبات بالعلاج موجبة لانقذاح احتمال صغره.

وربما يقال بسمع دعوى البلوغ بالاحتلام فإن الاحتلام مما لا يعلم إلا من قبل الشخص فيقبل قوله فيه، ويورد عليه بأن سماع قوله دوري لأن سماع القول موقوف على إحراز البلوغ فإن الصبي لا يعتبر قوله ولو توقف البلوغ يعني إحرازه على سماع قوله لدار.

.

(٢٤٣) الوسائل ج ١٤، الباب ٦ من أولياء العقد، الحديث ٩: ٢٠٩.

(٢٤٤) الوسائل: ١١، الباب ١٥ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢: ٤٣.

ولكن لا يخفى أنّ البلوغ حتى بالإحتلام يمكن احرازه بغير قوله، ومعه لا موجب لرفع اليد عن الاستصحاب في صغره فيحكم عليه بعدم جواز قتله أو سائر ما يترتب على الصغر من عدم صحّة عقده وإيقاعه إلى غير ذلك.

ثمّ إنّّه قد حكى في الجواهر عن غاية المراد والمسالك موارد تلحق بسماع الدعوى فيها، كما إذا ادعى بنوة صغير ولا منازع له، ويمكن استظهار القبول فيه من صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الحميل فقال: وأي شيء الحميل؟ قلت: المرأة تسبى من أهلها ومعها الولد الصغير فتقول: هو ابني، والرجل يسبى فيلقي أخاه فيقول: هو أخي وليس لهم بينة إلا قولهم؟ قال: فقال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت: لا يورثونهم لأنّه لم يكن لهم على ولادتهم بينة وإنما هي ولادة الشرك، فقال: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقرة به - الحديث». (٢٤٥)

ومنها: مدعي أنّه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية، وربّما يستدل على ذلك ما عن النبي (صلى الله عليه وآله) في بعض الروايات المعتبرة من أمره السرايا بقبول الجزية من باذليها (٢٤٦)، مع أنّه لا يعلم في الغالب أنّ الباذلين من أهل الكتاب إلا باقرارهم، وربّما يذكر أيضاً أنّ الدين أمر قلبي لا يعرف إلا من قبل صاحبه ولكن قد تقدم ما فيه ويؤيد السماع ما ورد في بعض الروايات من سؤال علي (عليه السلام) ما أخذوا على الافطار في شهر رمضان عن دينهم. ومنها: مدعي تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل، ولعلّه لدرء الحد بالشبهة وجريان الحد جلدًا لا اعترافه باستحقاقه.

.

ومنها: مدعي فعل الصلاة والصيام خوفاً من التعزير، ولعلّه لأنّ التعزير كالحّد يرتفع بالشبهة.

ومنها: مدعي إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنية كالحج والصلاة، وفيه أنّ المدعي فيما إذا كان ثقة فوقوع العمل منه يحرز بقوله، وأمّا صحته فيكفي في احرازها أصالة الصحة، أمّا إذا لم يكن ثقة فمجرد كون النية أمراً قلبياً لا يكفي في احراز الوقوع و احراز براءة ذمة الميت.

(٢٤٥) الكافي ١٦٥: ٧.

(٢٤٦) سنن بيهقي ٩: ١٨٤.

ومنها: دعوى الولي اخراج ماكلّف به من نفقة وغيرها والوكيل بفعل ما وكلّ فيه، ولا يبعد سماع قولهما مع عدم الانكار عليهما من المولى عليه والموكل، وإلّا فيحتاج إلى الاثبات.

ومنها: دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكية الكنز على قول مشهور، وهذه أيضاً لا توجب سماع دعواها بلايمين. غاية الأمر بما أنّ يد المالك أقوى من يد المستعير، والمستأجر بحسب المالك منكرًا في الواقعة لموافقة قوله مع مقتضى قاعدة اليد.

ومنها: دعوى أنّ احراز الطعام للقوت، والوجه في سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضرورة الناس تربصاً للغلاء، ومقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجواز الاكراه عليه.

ومنها: قول المدعي مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، ولكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاك القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعي، فإن حلف فهو، وإلّا سقطت دعواه.

ومنها: مدعي الغلط في اعطاء الزائد عن الحق لا التبرع والسماع لأنّه مقتضى

الاستصحاب في عدم تملك الزائد ولا يعارضه الاستصحاب في عدم الخطأ فإنّه لا يثبت التعمد بالتبرع.

ومنها: دعوى المحلّة الاصابة ليلزم على مالكة الاستبراء، وهذا يدخل في دعوى المرأة أنّها في العدة.

ومنها: دعوى المرأة أنّها في الحيض أو الطهر أو في العدة أو أنّها خلية وفي صحيحة زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «العدة والحيض للنساء إذا ادعت صدقت»^(٢٤٧)، ونحوها غيرها، وربّما يظهر من معتبرة السكوني أنّ ذلك ما لم تكن متّهمة^(٢٤٨)، ويلحق بما ذكر دعوى المرأة عدم الزوج كما في صحيحة ميسر.

ومنها: دعوى الظنر أنّه الولد، وفي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل استأجر ظنراً فغابت بولده سنين ثم إنّها جاءت به فأنكرته أمّه وزعم أهلها أنّهم

(٢٤٧) الوسائل: ج ١٥، الباب ٢٤ من أبواب العدة، الحديث ٤٤: ١.

(٢٤٨) الوسائل: ج ١، الباب ٤٧ من أبواب الحيض .

لا يعرفونه؟ قال: ليس عليها شيء الظئر مأمونة»^(٢٤٩)، ويلحق بذلك دعوى ملك المال بلا منازع في غير اللقطة لخبر الكيس.

ومنها: ما إذا ادعى أنّ ما بيد زيد ماله قد سرقه منه وقال زيد أنّه كان ماله، ولكنه وهبه له لا أنّه سرقه. فإنّه قد تقدم عدم قطع يد مدعي الهبة لعدم ثبوت السرقة لا لسماع قوله نعم يجوز لمدعي السرقة أخذ المال المزبور ولو كان من بيده المال من ذوي الأرحام لعدم ثبوت الهبة أيضاً، ومما ذكر يظهر الحال في منكر موجب الرجم أو مدعي الاكراه فيه أو الجهالة مع احتمالهما في حقّه وكذا في مدعي الضرورة في الكون مع السابعة: لو مات ولا وارث له، وظهر له شاهد بدين [١] قيل يحبس حتى يحلف، أو يقرّ لتعذر اليمين في طرف المشهود له وكذا لو ادعى الوصي أنّ الميت أوصى للفقراء، وشهد واحد وأنكر الوارث، وفي الموضوعين اشكال لأنّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها.

الأجنبي مجردين ومنكر القذف مع عدم البينة لمدعي القذف.

ومنها: مدعي ردّ الوديعة في المشهور، ولكن قد ذكرنا في بحث الوديعة أنّه يسمع قول الودعي في صورة التلف في عدم الخيانة، كما في سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانة، أمّا رد الواجب عليه فعليه اثباته كغيره.

ومنها: مدعي تقدم العيب مع شهادة الحال، ووجهه أنّ مع شهادة الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشتري لإحراز صدقه.

وقد تقدم من جميع ما ذكرنا أنّه لا يستفاد من الموارد الكليّة لا قاعدة قبول الشخص في نفي موجب الحد والتعزير أو قبول ما كان قوله اخباراً بينه وبين ربّه أو لا يعلم إلاّ من قبله ولم يكن فيه ضرر على الغير.

[١] إذا مات شخص لا وارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين وشهد واحد بالدين له على حي وأنكر الدين ذلك الحيّ قال الشيخ في محكى المبسوط أنّه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقرّ بالدين، وذلك لعدم امكان ان يردّ الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميّت ولا يمكن أيضاً ردّها على الإمام (عليه السلام) أو على المسلمين.

ويجري مثل ذلك يعني حبس المنكر إلى أن يحلف على النفي أو يعترف فيما إذا ادعى وصي الميت على ورثته أنّه أوصى بكذا للفقراء وأنكر الورثة الوصية فإنّ الورثة يحبسون

إلى أن يحلفوا على نفي الوصية أو يعترفوا بها، وذلك فإن ردّ الحاكم مع نكول الورثة على الوصي غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصي عن الميت.

.

وقد أورد الماتن (قدس سره) على ما ذكره في المبسوط بأنّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها، وذكر في الجواهر في ذيل ذلك أنّه قد ثبت موجب العقوبة، فإنّ الدعوى المسموعة تقتضى من المنكر اليمين أو اداء الدين، وبما أنّه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحقّ الحبس.

أقول: ما ذكر في الفرعين مبني على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بذله على المدعي وإلا فاللازم الحكم بثبوت الدين للميت على الحي والحكم بثبوت الوصية للفقراء بمجرد نكول الحي أو الورثة عن اليمين.

قد ذكر بعضهم أنّه وإن لا يحكم بثبوت الدعوى بمجرد نكول المنكر في سائر الموارد، لكن مجرد نكوله عن اليمين في مثل الفرعين ممّا لا يمكن ردّها على المدعي كاف في الحكم بثبوتها.

كما أنّه ذكر بعض آخر أنّه ليس في مثل الفرعين توجه اليمين على المنكر، فإنّه إنّما يتوجه اليمين عليه فيما إذا أمكن له ردّها على المدعي، وفي مثل هذين الموردين يوقف الدعوى إلى أن يوجد بينة بها.

ولكن ضعف كل من القولين ظاهر، لأنّ ما ورد في أنّه يرد اليمين على المدعي ظاهره عدم جواز القضاء بمجرد نكول المنكر عن اليمين، كما أنّه قد تقدم عدم اختصاص توجه اليمين على المنكر بموارد جواز ردّه على المدعي وموارد عدم جوازه مع موارد جوازه سيّان.

والصحيح في المقام أنّ ردّ الحاكم على الوصي اليمين مع نكول الورثة المنكرين متعين وإذا حلف بها ثبتت الوصية، ودعوى أنّ المدعي إنّما يحلف على فعل نفسه لا يمكن المساعدة عليها، لما تقدم من جواز الحلف على البت والقطع مع العلم، سواء الثامنة: لومات وعليه دين يحيط بالتركة، لم ينتقل إلى الوارث وكانت في حكم مال الميت، وإن لم يحطّ انتقل إليه ما فضل عن الدين، وفي الحاليين للوارث المحاكمة على من يدعيه لموروثه [١] لأنّه قام مقامه.

أكان المحلوف عليه فعله أم فعل غيره، كما هو الحال في حلف الولي والوكيل، بل لاجابة مع فرض شهادة عدل آخر إلى مسألة رد اليمين، فإنّ شهادة الواحد مع يمين المدعي تثبت دعوى المال.

وأما مسألة دعوى الدين لميت لاوارث له فهي راجعة إلى نفس الحاكم فإن تصدى لأمر تركته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحي مديون للميت المزبور أخذ المال منه بلا حاجة إلى القضاء وإن لم يحرز ذلك، كما هو فرض شهادة واحد أو وجدانه مكتوباً في مذكراته، فيما إذا احتمل أنّ ضبطه كان بلا موجب فمقتضى أصالة براءة ذمة الحي الجارية عند الحاكم لأمر مال الإمام (عليه السلام) عدم أخذ الحي المزبور بشيء، والله سبحانه هو العالم.

[1] لو كان للميت دين يحيط بتركته لم تنتقل التركة إلى الوارث، بل تبقى على ملك الميت وعدم انتقالها إلى الورثة لأنّ الإرث بعد الدين، وأما عدم انتقالها إلى الدائن فإنّ الدائن يملك على ذمة الميت فتبقى التركة على ملك الميت ليوفى بها دينه.

ويترتب على ذلك أنّه لو حصل للتركة نماء بعد ذلك وقبل صرفها على دينه يكون ذلك النماء أيضاً ملكاً للميت، فتصرف على دينه، فيما كان دينه أكثر من تركته، بخلاف ما إذا قيل بانتقال التركة إلى الوارث، ولو مع الدين المستوعب، فإنّه يكون النماء المتجدد ملك الورثة، ولا يصرف على دينه، وكذا الحال فيما زادت التركة عن دين الميت فإنّه لا ينتقل مقدار الدين إلى الوارث، وهذا هو القول الأظهر في المسألة، والقول الآخر أنّ التركة تنتقل إلى الورثة بزعم أنّ المال لا يبقى بلا مالك والميت لا يملك.

.

وعلى الأوّل من القولين ففي الحاليين أي ما إذا كان الدين مستوعباً للتركة أو كانت التركة أزيد لو لم يكن للميت تركة إلا على ذمة زيد وكان على الميت دين لعمرو فانكر زيد الدين عليه للميت فهل طرف المخاصمة مع زيد هو الوارث أو عمرو؟

ذكر الماتن (قس سره) أنّ طرف المخاصمة مع زيد هو الوارث لاعمرو لأنّ الوارث يقوم مقام الميت فلو كان للدين على زيد شاهد واحد يحلف الوارث مع ذلك الشاهد، ويثبت الدين على زيد لثبوت الدعوى المالي بشاهد واحد ويمين المدعي، وأما عمرو فليس طرف المخاصمة، لأنّه ما على ذمة زيد ليس بملكه وان تعلّق به حقّه، فإنّ المفروض بقاء التركة في المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملك الميت .

نعم ذكر في القواعد أنه لو امتنع الوارث عن المرافعة يجوز للدائن يعني عمرو في
الفرض المحاكمة مع زيد، ولكن لا يجوز له الحلف مع الشاهد الواحد أو باليمين المردودة، بل
يجوز له احلاف زيد على عدم اشتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط
دعوى زيد لادعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلك اثبات الدين على زيد بشهادة واحد
ويمينه أو باليمين المردودة.

وإذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبة الوارث بالدين على مورثه
لبقاء المال على ملك المورث ولزوم صرفه في أداء دينه، وهل يجوز لعمرو مطالبة زيد
بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

وذكر في الجواهر في وجه الاشكال توهم سقوط الدين عن زيد باحلاف عمرو قبل ذلك،
وأجاب عنه بأن الساقط بالاحلاف حق الدعوى على زيد لا المطالبة بالمال الثابت على عهدة
زيد باثبات الوارث، ولذا لافرق في جواز مطالبته بين أخذ الوارث وعدمه.

.

ولكن ناقش (قدس سره) في جواز مطالبة عمرو زيدا أو الوارث بأن اليمين على الإبراء من
زيد قد فوتت التركة بالاضافة إلى عمرو أن الميت ليس له تركة بالاضافة إليه ليطالبها وفاءً
للدين، وإن كان له تركة بالاضافة إلى الوارث، وناقش أيضاً في حلف الوارث مع الشاهد
الواحد أو باليمين المردودة بأن يمينه عن الغير، حيث إن المال لم ينتقل في الفرض إلى ملكه
وانتقاله إليه بإبراء الدائنين الميت لا يوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، ولو كان الانتقال
التقديري موجباً لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضاً، لكون ما على ذمة زيد ملكه
على تقدير وفاء دين الميت به — انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصرة بما له على عهدة
الآخر فليس للدائن مطالبة الورثة بالوفاء، لأن ما على عهدة الآخر ملك للميت يتعين الدين
على الميت فيه، وليس للوارث شأن فيه، ولذا ليس للوارث مخاصمة المدين للميت في
الفرض، وانتقاله إلى الوارث على تقدير ابراء الميت عما على عهده لا يصح طرح الدعوى
قبل الإبراء.

نعم إذا كان الوارث وصياً للميت في استيفاء ماله واداء ما عليه يجوز له مخاصمة
المدين للميت، وهذا خارج عن الفرض، كما أنه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكالة عن
الدائن في طرح الدعوى على المدين للميت.

وبالجملة: فللدائن مطالبة المدين للميت ومخاصمته، وكذا الحال فيما كان ما للميت على ذمة الآخر أكثر من الدين، ولكن ذكر الوارث بأنه لا يدرى أن لمورثه مال بذمة الآخر. نعم إذا اعترف الوارث بأنّ للمورث على عهدة الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركة أخري فطرف المخاصمة مع المدين للميت هو الوارث، حيث إنّ البحث الثالث: في اليمين مع الشاهد. يقضى بالشاهد واليمين في الجملة [١] استناداً الى قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقضاء علي (عليه السلام) بعده.

الدائن لا يستحق عن التركة إلاّ الدين له بنحو الكلّي في المعين فللوارث اداء ذلك الكلّي وتعيينه في كل من ابعاض التركة.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمة مع مدين الميت فيجوز للدائن مطالبة بوفاء ما عليه من الدين للميت؛ لأنّ امتناع الورثة عن المحاكمة اسقاط لحقه في تعيين الدين على الميت في أبعاض تركته.

[١] لاختلاف عندنا في ثبوت الدعوى بشهادة عدل واحد ويمين المدعي في الجملة، وعلى ذلك اتفاق الأصحاب قديماً و حديثاً، وبذلك نطقت الروايات وأنه قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بهما وعلي (عليه السلام)، والمشهور على أنّ الثابت بهما دعوى المال عيناً أو ديناً، وكذا كل دعوى يكون المقصود بها المال، كدعوى البيع والاجارة والهبة إلى غير ذلك، ولكن عن جماعة كالشيخ في النهاية والاستبصار وابني زهرة والبراج اختصاص الثبوت بدعوى الدين، وعن السبزواري ثبوت حقوق الناس بهما مطلقاً، ولولم تكن من دعوى المال أو المقصود منها المال كالطلاق والعناق والنسب والوصية إليه إلى غير ذلك، حيث مال إلى ذلك في آخر كلامه، واستثنى المورد الذي تم فيه الإجماع على عدم قبول شهادة الواحد مع اليمين.

والروايات الواردة في المقام على طائفتين :

الأولى: ما يظهر منها الاختصاص بالدين أو أنّ الثبوت بهما في الدين، وفي موثقة أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد قال: فقال: كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق و ذلك

.

في الدين»^(٢٥٠)، وفي صحيحة حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: كان علي (عليه السلام) يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي»^(٢٥١)، وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل»^(٢٥٢)، إلى غير ذلك.

الثانية: ما يظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤية الهلال فلا»^(٢٥٣).

ومعتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»^(٢٥٤) بناءً على عدم ارادة الدين من الحق.

ولو لم يكن في البين صحيحة محمد بن مسلم كالصريحة في الاطلاق يتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الاطلاق في الطائفة الثانية على القيد في الطائفة الأولى، ولكن معها لا يمكن ذلك، بل يتعين أن تحمل الأولى على أن قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) قد وقع بشاهد ويمين في الدين لا أن ثبوت الدعوى بهما يختص بالدين، كما يحمل على ذلك ما ورد في معتبرة داود بن الحصين^(٢٥٥) وغيرها مما يلحق بالطائفة الأولى.

لا يقال: مع الاغماض عن صحيحة محمد بن مسلم أيضاً لا يمكن الاختصاص؛ لأنّ اعتراض علي (عليه السلام) على قضاء شريح في قضية درع طلحة شاهد لثبوت دعوى العين

.

بشاهد ويمين، حيث ذكر (سلام الله عليه) فيها: «ثم اتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد يكون معه آخر وقد قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بشهادة واحد ويمين»^(٢٥٦).

فإنه يقال: لم تكن دعوى علي (عليه السلام) درع طلحة من موارد المحاكمة، كما ذكرنا سابقاً، ويشير إلى ذلك ما في ذيل الحديث: «ويلك — أو ويحك — انّ إمام المسلمين يؤمن من

(٢٥٠) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١ و ١٩٣.

(٢٥٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٥: ٥.

(٢٥٣) المصدر نفسه: الحديث ١٢: ١٩٦.

(٢٥٤) المصدر نفسه: الحديث ١٩٣: ٢.

(٢٥٥) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب كيفية الشهادات، الحديث ٢٦٥: ٣٥.

(٢٥٦) الوسائل: ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

أمورهم على ما هو أعظم من ذلك»، واعتراضه (عليه السلام) كان مبنياً على عدم جعل شريح شهادة الواحد مع يمين المدعي ميزان القضاء ولو في دعوى الدين، كما يظهر ذلك من استشهاده (عليه السلام) بقضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله).

نعم يمكن أن يقال: إنَّ في صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج دلالة أو إشارة إلى عدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال وهو أنَّه (عليه السلام) قد ذكر في ردِّ حكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل قول الله: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ) (٢٥٧) هو أن لا تقبلوا شهادة واحد مع اليمين (٢٥٨). وحاصل جوابه (عليه السلام): أنَّ الله قد أمر بأخذ شاهدين عدلين في تحمل الشهادة بالطلاق أو النكاح لا في مقام ادائها ويمكن أن يتعيَّن في مقام التحمل الشاهدين ولا يعتبر في مقام الاداء لاحتمال أن يكون حكمة التعدد في التحمل لأجل أنه لو نسي أحدهما الشهادة يكون الآخر على ذكر منها، وعلى ذلك فلو كان اعتبار شهادة الواحد مع يمين المدعي مختصاً بالدين لكان الأنسب أن يذكر (عليه السلام) في الردِّ عليهما بأن الآية ناظرة إلى الطلاق أو النكاح واعتبار شهادة الواحد واليمين يختص بالدين.

.

لا يقال: آية التداين بقريئة ما فيها من ذكر وجه اعتبار المرأتين مع الرجل من قوله سبحانه: (أَنْ تَصِلَ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (٢٥٩) ظاهرها عدم اعتبار شهادة الواحد ويمين المدعي في الدين أيضاً.

فإنَّه يقال: لا دلالة في الآية المباركة أيضاً على عدم سماع شهادة الواحد مع يمين المدعي إذا لم يمكن في مقام الاداء شهادة رجل وامرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور اطلاقاً يرفع اليد عنه بما ورد في قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) بهما، كما يدل عليه ما ورد في معتبرة داود بن الحصين (٢٦٠) وغيرها مما تقدم.

والحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الإلتزام بثبوت الدعوى في حقوق الناس كافةً بشهادة الواحد ويمين المدعي، إلا إذا تم في مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره في الجواهر أيضاً. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لا يخلو عن المناقشة، فإنَّه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جملة من الحقوق غير المالية كدعوى

(٢٥٧) الطلاق: ٢.

(٢٥٨) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦: ١٩٤

(٢٥٩) البقرة: ٢٨٢.

(٢٦٠) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥: ٢٦٥.

الوكالة فيما كان غرض المدعي المطالبة بالأجرة، وكذا دعوى الوصاية فيما كان غرض المدعي الأكل بالمعروف، ودعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الارث أو النفقة إلى غير ذلك.

وإن كان مرادهم أن يكون المدعى به في نفسه مالا فلاوجه في خلافهم وترددهم في ثبوت النكاح، ودعوى الوقف بهما. ثم إن الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق الله التي يدخل فيها الحدود ومع التردد في مورد أنه من حقوق الناس أو حقوق الله يرجع فيه إلى الأصل ومقتضاه عدم اعتبار شهادة الواحد، ويمين المدعي بينة، لو لم يشترط شهادة الشاهد أولاً، وثبوت عدالته ثم اليمين [١] ولو بدأ باليمين، وقعت لاغية، وافتقر إلى اعادةها بعد الإقامة.

نقل بظهور البينة في خصوص شهادة العدلين من مثل قولهم (عليهما السلام): «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢٦١)، وإن قولهم: واليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعي في القضاء.

[١] المنسوب إلى المشهور بل نفي الخلاف في أنه يعتبر في ثبوت الدعوى بشاهد ويمين وقوع اليمين بعد شهادة الشاهد وثبوت عدالته، فإنه وإن لا يعتبر الترتيب بين شهادة الشاهد وثبوت عدالته إلا أنه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعي أولاً وقع لغواً، فعليه اعادة اليمين بعدهما، ونسب في كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

ويستدل على ذلك بوجوه بعضها استحسانية، كالمذكور في المسالك بأن وظيفة المدعي اثبات مدّعه بالبينة ولو بدأ بشهادة الواحد تنقص البينة ويكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإن الحلف ليس من البدء بما هو وظيفة المدعي فلا يعتبر.

وفيه أن النص قد دل على ثبوت الدعوى بشاهد ويمين ولم يعتبر فيه تقديم الشهادة فتكون وظيفة المدعي اقامة البينة ومع عدمها الشاهد واليمين، نظير ما ورد من أن على المدعي في دعواه المال شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهادة الرجل قبل شهادة المرأتين.

وذكر في كشف اللثام أن اليمين تكون حجة المدعي إذا قوى جانبه، ومع حصول شهادة العدل الواحد أولاً يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أن اليمين تثبت بها الدعوى بمجرد إذا قوى جانبه بنكول المنكر. وفيه أن ما ذكر مجرد دعوى

.

لم يشهد بهاشيء من الروايات.

نعم قد يذكر أنه قد ورد في الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهرة في اعتبار وقوع الشهادة قبل اليمين.

وفيه: أن الوارد في جملة منها عطف يمين المدعي على شهادة رجل واحد بالواو العاطفة أو بلفظ مع ولا دلالة لهما على الترتيب بل في رواية عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آبائه: «أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى باليمين مع الشاهد الواحد»^(٢٦٢)، ورواية العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) قال: «إن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال له أبوحنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد»^(٢٦٣).

وقد يذكر في وجه تقديم شهادة الواحد أنه لا اطلاق في روايات الباب، فإنها واردة في مقام نفي حصر ثبوت الدعوى بالبينة، وإنه يكفي في القضاء في الدين أو الحق المالي شهادة الواحد ويمين المدعي، ولذا لم يذكر فيها تمام مايعتبر في ثبوت الدعوى بهما، وإن الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعي من إقامة البينة.

وفيه: أنه لا قرينة في البين على كون تمام الروايات مهملة، مع أن الأصل في كل خطاب كون المتكلم به في مقام البيان من جهة قيود الموضوع والحكم، وفي صحيحة أحمد بن محمد ابن أبي نصر البزنطي قال: «سمعت الرضا (عليه السلام) يقول: قال أبوحنيفة لأبي عبدالله (عليه السلام) تجيزون شهادة واحد ويمين؟ قال: نعم قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقضى به علي (عليه السلام) بين أظهركم»^(٢٦٤).

فإنه وإن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، ولكن لا مجال لدعواه في مثل صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقضي بشاهد واحد مع

.

يمين صاحب الحق»^(٢٦٥)، ومعتبرة داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهنّ — إلى أن قال: فقلت: أنى ذكر الله تعالى قوله: (فَرَجَلٌ

(٢٦٢) و ٢ و ٣ (الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٥ و ١٣ و ١٧ و ١٩٦.

(٢٦٥) (الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٣: ٢.

وامرأتان^(٢٦٦)، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي إذا لم يكن امرأتان، وقضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله) وأمير المؤمنين (عليه السلام) بعده عندكم^(٢٦٧).

وبالجملة: التأمل في اعتبار تقديم الشهادة بل منع اعتباره، كما عن صاحب المستند هو الأظهر، وليس المراد من يمين على صدق الشاهد فيما شهد حتى لا يكون للحلف موضوع قبل الشهادة، بل المراد اليمين على أنه حقه ثابت، وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب يحلف بالله أن حقه لحق^(٢٦٨)»، وظاهر الحلف على ثبوت حقه لا الحلف على صدق الشاهد فيما وقع منه من الشهادة.

نعم في المقام كلام، وهو أن يمين المدعي تقوم مقام الشاهد الآخر، بحيث تكون اليمين احد جزئي المثبت للحق، أو أن مثبتته شهادة الشاهد ويمين المدعي شرط في شهادته ويتفرع على الأول أن الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها يغرم نصف المال، وعلى الثاني أنه يغرم تمام المال، لكن ظاهر الروايات كون اليمين احد جزئي المثبت للحق، خصوصاً بملاحظة معتبرة داود بن الحصين، حيث إن ظاهرها قيام اليمين مقام شهادة المرأتين القائمة شهادتهما مقام شهادة عدل آخر من البيّنة.

ويثبت الحكم بذلك في الأموال [١]: كالدين والقرض والغصب، وفي المعاوضات: كالبيع، والصرف، والصلح، والاجارة، والقراض، والهبة، والوصية له، والجنائية الموجبة للدية: كالخطأ، وعمد الخطاء، وقتل الوالد ولده، والحر العبد، وكسر العظام، والجايقة والمأمومة، وضابطه ما كان مالاً، أو المقصود منه المال، وفي النكاح تردد أما الخلع والطلاق والرجعة والعق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء، فلا. وفي الوقف اشكال، منشأه النظر إلى من ينتقل إليه، والأشبهه القبول، لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

[١] ظاهر كلام الماتن (قدس سره) أنه يثبت بشهادة عدل واحد ويمين المدعي ما إذا كان نفس المدعى به مالاً أو أمراً يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس دعوى تملك المال عيناً أو ديناً أو منفعة، كدعوى البيع، والوصية له، والهبة، والقرض، والغصب في مال تالف أو

(٢٦٦) البقرة: ٢٨٢.

(٢٦٧) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٥: ٣٥.

(٢٦٨) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٨: ٣.

غيره، والجنابة الموجبة للدية، والأرش، ودعوى الإجارة، وغيرها مما يعبر عنها بالحقوق المالية.

وأَنَّه لا يثبت بهما ما يكون المدعى به أمراً لا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس المال وان ترتب عليه تملك المال، كما في دعوى الخلع والطلاق والرجعة والتدبير والكتابة والنسب والوصية إليه و عيوب النساء وقد تقدم أن هذا القول هو المنسوب إلى المشهور، وفي مقابل ذلك اختصاص الثابت بشهادة الواحد ويمين المدعي بموارد دعوى الدين وعموم الثبوت بهما مالم يكن من حدود الله سبحانه وأن يطلق عليه حق الناس، كدعوى القذف، أو كان مثل رؤية الهلال مما لا يكون فيها دعوى حق على الغير، أو كان فيها هذه الدعوى، ولكن قام دليل خاص أو اجماع على عدم اعتبار شاهد ويمين فيها.

وذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أن كل مورد تشرع فيه ردّ يمين المنكر على المدعي ولا يثبت دعوى الجماعة مع الشاهد، إلا مع حلف كل واحد منهم [١] ولو امتنع

تثبت الدعوى فيه بشهادة الواحد ويمين المدعي، حيث إن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعي الذي له شاهد واحد، وعلى ذلك فالأمر في المسألة دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أقول: لم يظهر أن يمين المدعي مع شهادة الواحد دائر مدار جواز ردّ اليمين، وقد تقدم أن طائفة من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهما بالدين، ولكن في مقابلها صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) ^(٢٦٩) من ثبوت حقوق الناس بهما، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الدين كما ذكرنا انصراف الحق إلى الدين في الروايات الواردة في ردّ اليمين على المدعي، وبين أن يحمل ما ورد ما ظاهره الاختصاص بالدين على أن القضاء الواقع بشاهد ويمين من رسول الله (صلى الله عليه وآله) قد وقع في الدين لا أنه يختص الثبوت بهما بالدين. وقد ذكرنا أنه يمكن استظهار ثبوت المال بهما ولو كان عيناً من صحيحة عبدالرحمان ابن الحجاج ^(٢٧٠)، بل ما يكون المقصود منه مالا.

وقد ظهر مما ذكرنا أن التردد في دعوى النكاح لا وجه له فإنه ربّما يكون غرض مدعيه المال كما في فرض موت أحد الزوجين إلا أن المقصود من النكاح عند الناس هو الزوجية لا المال، نظير دعوى الوصاية إليه، والله سبحانه هو العالم.

(٢٦٩) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٦: ١٢.

(٢٧٠) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

[1] لو ادعى جماعة مالاً مشتركاً بينهم بسبب واحد كالإرث واقاموا شاهداً واحداً فلا يكفي في ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهادة الشاهد لهم، بل يعتبر في ثبوتها حلف كل واحد منهم، لأنّ الدعوى المزبورة وان كانت بحسب الصورة واحدة، إلا أنّ كلاً منهم مدع بالاضافة إلى حصته من ذلك المال، والشاهد الواحد يشهد البعض، ثبت نصيب من حلف دون الممتنع ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً،

بالحصة لكل منهم ، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

ووحدة السبب لا توجب الإكتفاء بحلف واحد فإنه مضافاً إلى ما تقدم من أن الثابت بشهادة الواحد ويمين المدعي المال دون السبب ان السبب فيه أيضاً انحلال، فنثوته بالاضافة إلى بعض لا يلزم ثبوته بالاضافة إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادي من كفاية حلف واحد من بعضهم، وإلا فلا يثبت حقّ الحالف أيضاً بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعدة عليه، بل المحكي في كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربّما يحتمل أن تثبت حصة كلّ منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف وليّاً عليهم أو وكيلاً عنهم في الدعوى، ولكنه أيضاً لا يخلو من تأمل، وقد تقدم جواز حلف الولي بل الوكيل في الدعوى مع علمه بالحال.

وعلى ذلك ففيما حلف البعض وامتنع الآخرون تثبت حصة الحالف ولو باعها من المدعى عليه وأخذ ثمنها فلا ينبغي التأمل في عدم شركة الممتنعين عن الحلف في الثمن المزبور، لأنّ المبيع هو الحصة، وكذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أمّا إذا أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، في المأخوذ بقية الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته وكان المدعى به عيناً شارك، في المأخوذ بقية الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطلان القسمة مع غير المالك.

وبالجملة: فالمقدار المأخوذ مال مشترك باعتراف الحالف، كما أنّ الباقي من العين عند المدعى عليه باق على الإشاعة بين الجميع.

وأما إذا كان المدعى به ديناً على عهدة المدعى عليه تتعين حصته في المأخوذ، لأنّ الدين إنّما يتعين بما في الخارج بقصد الدافع وإذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملك الحالف، وتبقى حصة الآخر على ذمّته.

.... .

لا يقال: كيف يختص الدين بالمدفوع إليه الحالف ولا يشترك فيه سائر الورثة مع أنّ الأصحاب ذكروا عدم جواز قسمة الدين المشترك قبل أخذه واستفادوا ذلك من الروايات الواردة من أنّ التالف من الدين يذهب على كل الشركاء والواصل منه يكون مشتركاً بينهم ولو مع قسمة الديان، وفي موثقة غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي (عليه السلام): «في رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه ما غائب عنهما فاقتهما الذي بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الآخر قال ما قبض احدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» وقريب منها غيرها.

فإنه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنتين مالاً بذمة الواحد أو المتعدد واقتسما ذلك الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ ما لنا ما في ذمة فلان من الدين المشترك لك وما على عهدة الآخر لي، أو قال ما يؤخذ من المديون من القسط الأول من الدين لك والقسط الثاني لي، وكان دفع المديون وفاءً لما عليه من الدين لهما، وفي مثل ذلك لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطلان القسمة أو انحلالها بتلف البعض.

أمّا إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع ولا يدخل في المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن الحلف، وكأنه اتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقي في المقام أمر، وهو أنّ امتناع المدعي مع الشاهد الواحد عن الحلف، ليس كامتناعه عن اليمين المردودة عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردودة يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضي ببراءة ذمة المدعي عليه، فلا يفيد الطفر بعد ذلك بالبينة، على ولايثبت مالاً لغيره[١]، فلو ادعى غريم الميّت مالاً له على آخر، مع شاهد فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم وكذا لو ادعى رهناً، وأقام شاهداً أنه للراهن لم يحلف لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

ما تقدم، وهذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث إنّ يمينه في المقام إقامة المثبت لدعواه كإقامة البينة وامتناعه عن إقامة البينة ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر والرضا بيمينه، فيكون

امتناعه عن الحلف بلاطلب اليمين عن المنكر من إيقاف الدعوى، ولو ظفر بعد ذلك بشاهد آخر أو أنه مات وقام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصة مورثه جاز.

[١] ذكر (قدس سره) اعتبار أمرين في الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأول: كون المحلوف عليه امرأ يقينياً سواء أكان الحلف على النفي أم الإثبات وسواء أكانت اليمين مردودة أم غيرها.

الثاني: أنه يعتبر في الحلف أن لا يكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير وإن تعلّق حقه به، ولأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأول، عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه في كتابته أو كتابة مورثه مع احتمال كونه بلا موجب أو نحو ذلك مما لا يكون حجة معتبرة فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهرة في اعتبار علم الحالف وأنه لا يمين إلا على العلم، وإن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتماداً على الحجج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنها علم بالواقع فلا يمكن المساعدة عليه كالاستصحاب، حيث مفاد خطاب اعتباره أن اليقين بالحالة السابقة يقين ببقائها وأن اليقين السابق يعتبر علماً بالبقاء، نعم لا يجوز الحلف اعتماداً على مثل اصالة البراءة مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهري.

.

وما عن صاحب الجواهر من الاستشكال في جواز الحلف اعتماداً على الاستصحاب بل تقويته عدم الجواز فيه تأمل، وقد تقدم جواز الحلف اعتماداً على قاعدة اليد ووروده في معتبرة حفص بن غياث.

وأما ما ذكر من الأمر الثاني وهو عدم جواز الحلف على المال للغير سواء أكان عيناً أم على العهدة فقد نسب ذلك إلى الشهرة، وعن كاشف اللثام جواز حلف الولي على المال للمولى عليه.

ويستدل على عدم الاعتبار بما في الروايات في ثبوت الحق بشاهد ويمين صاحب الحق كما في معتبرة منصور بن حازم^(٢٧١)، ويمين صاحب الدين كما في صحيحة محمد بن مسلم^(٢٧٢)، مع أن الأصل عدم ثبوت الدعوى وعدم نفوذ القضاء بغير يمين صاحب الحق.

(٢٧١) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٣: ٢.

ولكن الأظهر عدم الفرق في الحلف سواء أكانت اليمين مردودة أم مع الشاهد بين كونه على المال للحالف أو للغير فيما إذا تعلّق للحالف الحق بذلك المال أو بدعواه، كما في الولي والوكيل في الدعوى.

و ما ذكر من الروايات وإن كان ظاهرها حلف من يدعي أنه مالك المال، إلا أنّها لا تصلح لتقييد الاطلاق في البعض الأخرى كصحيحة حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: كان علي (عليه السلام) يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي»^(٢٧٣)، وصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل

ولو ادعى الجماعة مالاً لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم تثبت الدعوى [١] وقسم بينهم على الفريضة ولو كان وصية قسّمه بالسوية، إلا أن يثبت التفضيل وإن امتنعوا لم يحكم لهم، ولو حلف بعض أخذ، ولم يكن للممتنع معه شركة، ولو كان في الجملة مولى عليه، يوقف نصيبه فإن كمل ورشد حلف واستحقّ، وإن امتنع لم يحكم له وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه.

الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم»^(٢٧٤) وصحيحة هشام عن أبي عبدالله (عليه السلام): «ترد اليمين على المدعي»^(٢٧٥)

والوجه في عدم صلاحها للتقييد كون الغالب في المدعى بالمال صاحبه فلا تمنع عن الأخذ بالاطلاق في الطائفة الثانية مع أنه لا تنافي بين الاطلاق والتقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

والحاصل: أنّ مع الاطلاق لا تصل النوبة إلى الأصل العملي، أضف إلى كل ذلك صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج الواردة في اعتراض عليّ (عليه السلام) على قضاء شريح في درع طلحة^(٢٧٦)، مع أنّ الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالك بناءً على ما ذكروا من توجه اعتراضه (عليه السلام) إليه في قضائه المفروض في الرواية.

[١] ثم إنّ الماتن (قدس سره) قد فرع على الأمر الثاني فروعاً:

(٢٧٢) المصدر نفسه: الحديث ٥ و ١١:١٩٥.

(٢٧٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١:١٩٥.

(٢٧٤) المصدر نفسه: الحديث ١٢:١٩٦.

(٢٧٥) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣:١٧٦.

(٢٧٦) المصدر نفسه: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦:١٩٤.

الأول: ما إذا ادعى غريم الميِّت يعني الدائن عليه مالاً للميِّت على آخر، وكان له شاهد، فإنّه لا يحلف الدائن على ذلك المال للميِّت على الغير وان يصحّ له طرح الدعوى على الغير لتعلّق حقه بذلك المال مطلقاً او مع امتناع الوارث عن المخاصمة مع ذلك الآخر على ما تقدم والحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

مسائل خمس: الأولى: لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأمّ ولدي حلف مع شاهده ويثبت رقيتها [١] دون الولد لأنّه ليس مالاً ويثبت لها حكم أم الولد بإقراره.

أقول: قد تقدم الكلام في ذلك فلا نعيد.

الثاني: مالو ادعى على الآخر أنّ المال الموجود بيده ملك الغير وأنّه قد رهن عنده بالدين له عليه فإنّه لا يجوز له ان يحلف على انّ المال للمديون لأنّ حلفه يكون لثبوت المال للغير.

الثالث: ما إذا ادعى جماعة أنّ المال بيد الآخر أو عهدته لمورثهم واقاموا شاهداً واحداً فإنّهم يحلفون مع الشاهد ويقتسمون المال على اسهم الإرث ولو ادعوا أنّه وصية لهم يقتسمونه بالسوية مع عدم ثبوت القرينة على التفصيل ولو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفين أسهمهم ولا يشارك الممتنع في المأخوذ، ولو كان في جملة الجماعة قاصر لا يحلف وليه، لأنّ حلفه للغير، بل يأخذ غيره سهمه، ويوقف الدعوى بالاضافة إليه، وينتظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعى عليه، وإن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إنّ الحالف فيما أخذ العين المدعى بها كلاً أو بعضاً يشترك فيه الجميع لبطلان القسمة مع غير المالك مع اعتراف الحالف بأنّ المال على الاشاعة بين الجميع، وذكرنا في المقام عدم الفرق بين الولي وغيره في جواز الحلف، بل لا يجوز في الفرض للولي ايّاقف الدعوى بامتناعه عن الحلف لأنّه من تضييع مال المولى عليه.

[١] لو كانت بيد زيد جارية وادعى آخر عليه أنّ الجارية مملوكته وأنّها أم ولده واقام شاهداً وحلف أنّها أم ولده فلا ينبغي التأمّل في أنّه يثبت بهما أنّها مملوكته، وأمّا ولدها فيبقى في يد زيد؛ لأنّ مدعي الجارية لم يدع ملكية الولد له، بل ادعى النسب، وهو على ما تقدم لا يثبت بشاهد ويمين. نعم لا يجوز للمدعى بيع الجارية أخذاً الثانية: لو ادعى بعض الورثة أنّ الميِّت وقف عليهم داراً [١] وعلى نسلهم، فإنّ حلف المدعّون مع شاهدهم، قضى لهم وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً، وكان نصيب المدعين وفقاً ولو

حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقي طلقاً، يقضى منه الديون ويخرج الوصايا وما فضل ميراثاً وما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً.

بإعترافه بأنها أم ولد يترتب عليها حكمها من عدم جواز البيع وغيره. والمتحصل: أنه يبقى الولد بيد المدعى عليه، فيحكم بكونه ملكاً له، أخذاً بمقتضى يده عليه. نعم إذا انتقل ذلك الولد إلى المدعى بالارث من ذي اليد أو المصالحة أو غيرها يحكم بكونه حراً، أخذاً على المدعى بإعترافه السابق، وربما يناقش فيما ذكر ببعض الاعتراضات، ولا ثمرة مهمة للتعرض لها.

[١] لو ادعى بعض الورثة أنّ الدار الفلانية التي كانت لمورثهم قد وقفها المورث عليهم وعلى نسلهم، كما هو مقتضى الوقف الخاص وأقاموا شاهداً واحداً، فإن حلفوا قضى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميت من غيرها، كما يخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركة الباقية بعد أداء الدين ويقسم باقى التركة على جميع الورثة على اسهم الارث، ولولم يكن له تركة غير الدار فهو ممن لا تركة له، فلاموضوع لاجراج ديونه ووصاياه وارثه، وإذا امتنع مدعي الوقف عن الحلف مع الشاهد بأن لم يحلف من المدّعين بالوقف حتى واحد منهم تدخل الدار المزبورة في تركة الميت فيخرج منها ديونه ويصرف من ثلثها وصاياه ويكون الباقي لجميع الورثة المدّعين بالوقف وغيرهم على اسهم الارث، غاية الأمر يؤخذ المدعون باقرارهم بأن الدار ليست من الملك المطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

ولو لم يكن للميت مال آخر غير تلك الدار وحلف بعض المدعين بالوقف عليهم دون البعض الآخر كما إذا كانوا أربع اخوة وادعى اثنان منهم الوقف عليهما ولو انقض الممتنع، كان للبطن التي تأخذه بعده [١] الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقهم بامتناع الأول.

وأقاما شاهداً واحداً وحلف احدهما وامتنع الآخر يثبت الوقف في نصف الدار كما هو تقضى ادعائهما أن تمام الدار وقف عليهما حيث إنّ مقتضاه كون كلّ منهما مدعيّاً بأنّ نصف الدار بنحو الإشاعة وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخر وينفذ وصاياه من ثلث الباقي من بعد أداء الدين ويجعل ثلثي الباقي من النصف ثلاثة اسهم سهمان منه لغير المدعين وسهم للمدعي غير الحالف نعم يؤخذ غير الحالف باقراره بأنّ ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلاً يكون الدار المزبورة اثني عشر سهماً، وبحلف احد المدعين يثبت له ستة اسهم وهي نصف الدار، وتبقي ستة أسهم، وإذا صرف ثلاثة من الستة الباقية في ديون الميت و وصاياها يبقي ثلثة اسهم، سهم واحد للممتنع عن الحلف وسهمان للآخرين.

ولكن ظاهر المصنف (قدس سره) كجماعة من الأصحاب أن الباقي بعد اخراج الدين و وصاياها يقسم على جميع الورثة حتى الحالف، ولايمكن المساعدة عليه، فإنّ الحالف معترف بأنّه لا سهم له من الباقي، وأنّه ليس له من الدار إلاّ نصفها حيث إنّها وقف عليه وعلى اخيه والمنكرين للوقف وإن يعترفون بإرث الحالف إلاّ أنّه يقولان بأنّ سهمه أقل من النصف.

[1] ذكر (قدس سره) أنّه إذا إنقراض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذي يصير حصة الممتنع إليه الحلف على الوقفية، فتأخذ الحصة بتمامها، لأنّ امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف في النصف الثاني من الدار.

أقول: في المسألة فرضان:

الأول: أن يكون بعض الاخوة ممن لم يدع الوقفية كان منكراً للوقفية على الثالثة: إذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده، بعده وحلف مع شاهده تثبت الدعوى، ولايلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة، لأنّ الثبوت الأول أغنى عن تجديده وكذا إذا انقضت البطون، وصار إلى الفقراء أو المصالح، وأمّا لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين [1] لأنّ البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت

المدعين بها وبما أنّه ثبتت دعوى الوقفية في نصف الدار بشاهد ويمين حلفوا على نفي الوقفية، وفي هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفية بالاضافة إلى نصفها الآخر، غاية الأمر من انتقلت إليه حصة الممتنع عن الحلف من نصفها لاعترافه بالوقف أيضاً يلزم باقراره به بالاضافة إلى تلك الحصة التي فرضنا أنّها الواحد من ثلاثة.

الثاني: أن يكون جريان حكم التركة على نصف الدار لإيقاف الدعوى و عدم مطالبة الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أنّ البعض لم يكن منكراً للوقفية ولا مقراً بها، كما إذا قالوا لانهلم الحال، وفي هذا الفرض يمكن أن يقال بأنّ للبطن اللاحق من نسل الممتنع أن يحلف على الوقفية ويأخذ النصف الثاني من الدار، ولكن قد يناقش في هذا أيضاً بأنّه لامورد لحلف البطن اللاحق، لأنّ الحكم بالوقفية في النصف الثاني يكون من الوقف المنقطع الأول.

ولكن لا يخفى أنّ الشاهد واليمين تثبتان الوقفية من الأول كاثبات البينة، حيث إنّ الوقف تمليكي فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار وماتلف من منافعتها في يد الآخرين مما كان

ملكاً للممتنع عن الحلف، اللهم إلا أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان اسقاطاً لاحترام تلك المنافع فلا يضمن الآخرين عليه بها.

[١] ذكر في الجواهر أنه إذا انقرض الحالف وصار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأن الوقف ثبت بالاضافة إلى الحالف الماضي والبطن اللاحق لا يتلقى الملك من السابق كما في الإرث ليكفي في الانتقال الدعوى فلو ادعى ثلاثة إخوة، أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد، ثم صار لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أربعاً ولا تثبت حصة هذا الولد مالم يحلف، لأنه يتلقى الوقف، عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ويوقف له الربع، فإن كمل وحلف أخذ. وإن امتنع قال الشيخ يرجع ربه على الإخوة، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم، وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع ولو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاة الميت، لأن الوقف صار أثلاثاً، وقد كان له الربع إلى حين الوفاة فإن بلغ وحلف أخذ الجميع وإن ردّ، كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميت والآخرين والثلث من حين الوفاة لأخوين وفيه أيضاً اشكال كالاول.

إلى اللاحق ثبوت الملك للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم في ثبوت الوقف بالاضافة إليه الحلف.

وفيه: أن الوقف وإن ينحل بالاضافة إلى الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد وعمرو ومن بعدهما على اولادهما نسلاً بعد نسل فيكون نصفها وقفاً لزيد ونصفها الآخر لعمرو، إلا أن الوقف لا ينحل إلى التعدد بالاضافة إلى البطن التالية، ولذا يكفي في تحقق القبض قبض البطن الموجود وعلى ذلك وكما أن مع البينة بالوقف تثبت الوقف التمليكي وكذلك بشاهد وبمين، وقد تقدم عدم صحة ما بنوا عليه الحكم في امثال المقام من أن الحلف على ملك الغير غير صحيح، فإن ظاهر الروايات أن الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البينة وتثبت بها دعاوي المالية أو غيرها أيضاً كثبوتها بالبينة و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعياً ولاية أو وكالة.

والظاهر عدم الفرق في عدم الحاجة إلى الحلف من البطن اللاحق سواء أكان الرابعة: لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه [١] فأنكر المتشبهت قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه وهو بعيد لأنه لا يدعي مالاً.

الخامسة: لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ، حلف وحكم له [٢] وإن كان عمداً موجباً للقصاص، لم يثبت باليمين الواحدة وكانت شهادة الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامة.

الوقف بالاضافة إلى البطن اللاحق على وجه التشريك أم بنحو الترتب وانقضاء البطن الموجود.

[١] لو كان بيد شخص عبداً فادعى عليه آخر أن العبد المزبور كان له وأنه اعتقه فهو حر واقام بذلك شاهداً فهل يثبت كونه حراً بحلف المدعي مع ذلك الشاهد الواحد؟ قال الشيخ (قدس سره) نعم؛ لأن الملك السابق يثبت بشاهد ويمين فيحكم بكونه حراً أخذاً عليه بإقراره، ولكن لا يخفى ما فيه لعدم تحقق الدعوى على الغير في الفرض ليقال بثبوتها بشاهد ويمين. ودعوى ولاء العتق مما لا يثبت بشاهد ويمين، كما هو المفروض. نعم إذا كان المدعي المزبور عدلاً، وشهد معه آخر بما ذكر يثبت عند الحاكم كونه حراً غير مملوك، فيأخذه ويخلي سبيله بناءً على ترتب ولاء العتق لا يوجب ردّ شهادته.

[٢] لو ادعى أن فلاناً قتل مورثه خطأً أو بنحو شبه العمد، وأقام شاهداً واحداً وحلف على القتل تثبت الدية على العاقلة في الأول وعلى القاتل في الثاني فإن الدية ما يثبت بشاهد ويمين. بخلاف ما إذا ادعى عليه القتل عمداً واقام شاهداً، فإنه لا يثبت القصاص بشاهد ويمين، بل وجود شاهد واحد يوجب اللوث، فيثبت القتل العمدي في المورد بالقسامة.

.

لا يقال: بناءً على ثبوت حق الناس بشاهد ويمين يثبت القصاص، فإنه من حق الناس. فإنه يقال: لا يثبت القصاص بشاهد ويمين ولو كان من حق الناس، فإن ذلك مقتضى ما ورد في ثبوت القتل بالبينة، ومع عدمها في مورد اللوث على المدعى عليه بالبينة بالنفي ومع عدمها تعتبر القسامة، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك بالاضافة إلى القتل خطأً أو شبه الخطأ، فيعتبر في ثبوت الدية على العاقلة أو على القاتل القسامة، ولا يكفي مجرد شاهد ويمين. وتام الكلام في كتاب القصاص و الديات، ان شاء الله تعالى.

خاتمة

تشتمل على فصلين

الأول

في كتاب قاض إلى قاض

إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إما بالكتابة أو القول أو الشهادة.
أما الكتابة فلا عبرة [١] بها لإمكان التشبيه.

[١] قد يتحقق القضاء وفصل الخصومة عن قاض وينهي القاضي المزبور ويبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به أيضاً، وربما يكون الداعي إلى ذلك عدم تجديد المخاصمة عنده، أو تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنه قد حكم للمدعي مع غياب المدعى عليه، وحيث إن الغائب على حجته ويمكن له إقامة الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه في الواقعة المرفوعة إلى القضاء قبل ذلك.

والإبلاغ والإنهاء يكون على وجوه:

الأول: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثاني بصورة حكمه وأنه قد حكم في الواقعة الفلانية للمدعي المزبور على فلان ويذكر اسمه و رسمه بكذا وكذا ولاسيما أن يذكر مدرك قضائه من شهادة العدلين أم شهادة واحد ويمين المدعى أو غير ذلك.

الثاني: أن يذكر الحاكم الأول للثاني أنه قد حكم في الواقعة الفلانية المرفوعة إليه و يذكر خصوصياتها بكذا وكذا.

الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهادة الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

وأما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف، أنه لا يقبل.

أما الإبلاغ و الإنهاء بالكتابة فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أكان في البين شهادة شاهدين أنه كتابته ام لا، وسواء أكان الكتاب مختوماً بخاتمه ام لا؛ لأن الكتابة تحتل التزوير

وعدم القصد بما رسّمه، وفي موثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «أنه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض في حد ولا في غيره حتى وليت بنو اميه فأجازوا بالبيّنات»^(٢٧٧)، ونحوها رواية طلحة بن زيد^(٢٧٨)، خلافاً لأبي علي، فجوزها في حقوق الناس دون حقوق الله تعالى. وعن الأردبيلي موافقته مع العلم بكتابه قاصداً لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثاني أن ما وصل إليه كتابة القاضي الأوّل وأنه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها وبين أخباره بحكمه مشافهة و ما في الروايتين محمول على صورة عدم احراز ذلك مع ضعف الثانية سنداً.

وأما أخبار الحاكم بحكمه الحاكم الثاني، كما إذا قال له قد حكمت في الواقعة الفلانية لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ (قدس سره) في الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر ولا يصلح سنداً للحكم من الحاكم الثاني و تردّد فيه الماتن (قدس سره) وإن قوّى القبول فيما بعد و سيأتي التعرض له.

وأما الحكم اعتماداً على البيّنة بالحكم من الحاكم الأوّل بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأوّل قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على فلان فقد ذكر الماتن (قدس سره) في جوازه وجوهاً:
الأوّل: الحاجة إلى الحكم من الحاكم الثاني أو تنفيذه يقتضي ذلك، فإن الحقوق وأما الشهادة فإن شهدت البيّنة بالحكم، بإشهاده إياهما على حكمه، تعيّن القبول لأنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة

لأربابها في البلاد المتباعدة أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيلة في رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنتقل الشاهدين بأصل الحق في البلاد متعسر أو متعذّر غالباً، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهادة الشاهدين بحكمه من أتم الوسيلة.

لا يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثاني بوجه آخر، وهو شهادة الفرع على شهادة الأصل بالحق عند الحاكم الثاني ليكون انفاذه وحكمه من الحكم بالبيّنة.

فإنه يقال: تعسر التنقل أو تعذّره يجرى في شاهدي الفرع أيضاً؛ لأن قبول شهادة الفرع يختص بالمرتبة الثانية وشهادة المرتبة غير مقبولة عندهم بل شهادة الفرع بالمرتبة الثانية أيضاً لا تكفي في ثبوت كل الدعاوي كما يأتي.

الثاني: أنه لو لم تسمع الشهادة بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثاني بأصل الحق على البيّنة به عنده أو على الشهادة بالشهادة بالحق بالمرتبة الثانية كما يعبر عنها بشهادة الفرع لبطل إقامة الحجج لذوي الحقوق مع تطاول الأزمنة، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثاني على قيام البيّنة عنده بالحق أو الشهادة بالشهادة به، وبتتالي الأزمنة يموت الحاكم الأول وشهود الحق أصلاً وفرعاً وتنقطع الحجة بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحجة بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أنّ حكمه به يتوقف على البيّنة عنده أو الإقرار أو اليمين المردودة، بل تبقى الحجة في الأزمنة المتتالية بحكم اللاحق بأنّ هذه الواقعة قد حكم فيها بكذا السابق عليه وان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهة أم بغيره حتى من غالب، وتكليف شهود الأصل التنقل متعذراً أو متعسراً فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء ولا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام وأتمّ ذلك احتياطاً ما صورناه.

خصوصيات كتابة القاضي السابق كما تقدم أم بقيام البيّنة عنده بالحكم من الحاكم السابق. وبالجملة: فمقتضى ما تقدم من لزوم التصدي كفاية لإيصال حقوق الناس بعضهم إلى بعض ونفوذ القضاء وعدم جواز نقضه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل. ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر الماتن (قدس سره) في الوجه الثالث، وهو أنه لو لم تسمع الشهادة بالحكم اتصلت المنازعة بين المتخاصمين في خصومة واحدة حيث يمكن للمدعى عليه فيها طرح الخصومة عند حاكم آخر، ووجه الظهور ان مقتضى ما تقدم تنفيذ الحكم الآخر الحكم الصادر عن الأوّل لا الحكم في تلك الخصومة ثانياً بثبوت الحق للمحكوم له بلا بيّنة عنده بالحق.

الثالث: أنّ المتنازعين لو اعترفا بأنّ الحاكم قد حكم في واقعهما بكذا الزمهما الحاكم الثاني بالعمل على طبق حكمه، فتكون البيّنة بحكمه أيضاً كذلك، ومقتضى ذلك لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأوّل.

فتحصل من جميع ما ذكرنا، أنّ إلزام الحاكم الثاني المحكوم عليه في حكم الحاكم الأوّل بالعمل عليه مشروع بل لازم، فإنّه مقتضى نفوذ ذلك الحكم وعدم جواز ردّه والإلزام بالعمل عليه داخل في الأمر بالمعروف، وأنّ تنفيذه من شؤون القاضي والحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أكان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعية حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل، لأننا نقول قد لايساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لا تسمع ولأنه لو لم يُشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد ولأنّ المنع من ذلك يودّي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة بأن

المحكوم له وأحرزه الحاكم وجداناً أو بشهادة الشاهدين.

لا يقال: هذا خارج عمّا دل على نفوذ القضاء في موارد المخاصمة، فإنّ مقتضاه القضاء في مورد المنازعة لا في ثبوت القضاء وعدمه.

فإنّه يقال: الغرض من القضاء إنهاء الخصومة واستيفاء الحقوق، وهذا لا يتم إلاّ بحكم الثاني بثبوت الحكم عن الحاكم السابق وإلاّ لاستمرت المنازعة، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له في تلك الواقعة اعتماداً على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلاً عن نفوذه، فإنّه من القضاء بلا بيّنة ولا علم منه.

ثمّ إنّ ظاهر المصنّف (قدس سره) أنّه يعتبر في حكم الحاكم الثاني بنفوذ الحكم الأوّل حضور شاهدي الحكم المخاصمة المرفوعة إلى الحاكم الأوّل وسماعهما الحكم بأشهاده على حكمه، ولو كان حضورهما في تلك الواقعة اتفاقياً، ولم يطلب منهما تحمل الشهادة فلا يعتبر شهادتهما. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لا يعتبر في سماع البيّنة إلاّ الاخبار بالواقعة المشهود بها عن حسنّ، و عليه فلو لم يحضر إلاّ انشاء نفس الحكم الصادر من القاضي السابق بعد أن يستمع المرافعة بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم.

بقي في المقام أمور:

منها: أنّه قد تقدم أنّه على الحاكم الثاني الحكم التنفيذي وانفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلك الحكم عنده بوجه معتبر، فإنّه مع ثبوته كذلك يكون الزام المتخاصمين بالعمل به داخلاً في الأمر بالمعروف والمنع عن المنكر يعني ردّ قضاء
.....

الحاكم الأوّل كما أنّ عليه الحكم التنفيذي لئلاّ تستمر المنازعة، أضف إلى ذلك: أنّ إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

وأما إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أن حق زيد على عمرو بكذا كان ثابتاً عند الحاكم الفلاني، أو أن الحاكم الأول ذكر لهما هذا الحق اخباراً فلامورد للحكم التنفيذي من الحاكم الثاني ولا للتنفيذ لعدم احراز الحكم من الأول، ومجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لا يلزم ثبوته عند الحاكم الآخر، بل يعتبر في الحكم من الحاكم الآخر إقامة المدعي البينة بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردودة على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء في الواقعة ثانياً بعد القضاء النافذ سابقاً.

ومنها: أنه لو تغيّر حال الحاكم الأول بعد حكمه بموت أو عزل لم يقدح ذلك في انفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغيّر حاله بفسق، فإنه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو وإلا فلا ينفذ بل يتعين تجديد المرافعة عند الحاكم الثاني، وذكروا في وجه الفرق أن فسقه يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت والعزل ونحوهما وفي الفرق ما لا يخفى.

وهذا بالإضافة إلى تغيّر حال الحاكم الأول، وأما تغيّر حال الحاكم الثاني فلا يقدح في الحكم من الحاكم السابق، وكلما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الانفاذ أو وجوبه.

ومنها: إن قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأول في حقوق الناس، فلا يشرع ذلك في الحدود ونحوها من حقوق الله سبحانه، وذكر في الجواهر بلاخلاف، بل حكي غير واحد الاجماع عليه وهو الحجّة، لا ما قيل من درء الحدود بالشبهة فإنه لا تكون شبهة بعد قيام البينة.

يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتصلت المنازعة. ولأن الغريمين لو تصادقا إن حاكماً حكم عليهما، ألزمهما الحاكم ما حكم الأول فكذا ما لو قامت البينة لأنها تثبت ما لو أقرّ الغريم به لزم.

لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض ولا العمل به، ورواية طلحة بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام): أن علياً (عليه السلام) كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا في حد ولا في غيره، حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات.

أقول: ما تقدم أن الالتزام بالقضاء التنفيذي لقطع المنازعة وعدم استمرارها في طول الزمان، وهذا لا يجري في الحدود بل ذكرنا سابقاً أنه لا مورد للقضاء في الحدود، حيث إن موجب الحد مع احرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه إجراء الحد وإلا فلا، وعلى ذلك فإن

كان الحاكم الآخر وكيلاً في إجراء الحد من الحاكم الذي ثبت عنده موجب، وإلا فاستيفاء الحد اعتماداً على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

منها: ما ذكر من صورة الإنهاء أن يخبر الشاهدان بما شهداه من الواقعة وما سمعا من الحاكم ويقولان أشهدنا الحاكم الفلاني، ولو أحالا الحاكم الثاني على الكتابة وبعد قراءته الحاكم الثاني الكتاب لهما قالاً اشهدنا الحاكم الفلاني بأنه قد ذكر ما في الكتاب كفى في الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهادة بحكم الحاكم الأوّل فيما إذا لم يشهدا المرافعة قبل الحكم، ولا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعة والحكم جاز شهادتهما.

لأنَّ نجيب عن الأوَّل بمنع دعوى الإجماع، على خلاف موضع النزاع، لأنَّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته ونحن نقول فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أو مفتوحاً و إلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر (رحمه الله) في الخلاف.

ونجيب عن الرواية بالطعن في سندها فإنَّ طلحة بترى والسكوني عامي ومع تسليمها نقول بموجبها فإنَّ لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهد به فكأنَّ الكتاب ملغى.

إذا عرفت هذا، فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق الله. ثمَّ ما ينهى إلى الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين والثاني إثبات دعوى مدَّع على غائب.

أما الأوَّل: فإنَّ حضر شاهداً لإنهاء خصومة الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم واشهدهما على حكمه، ثمَّ شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم، وانفذ ما ثبت عنده، لا أنَّه يحكم بصحة الحكم في نفس الأمر إذا لا علم له بذلك بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عادوا المنازعة في تلك الواقعة وإن لم يحضرا الخصومة فحكى لهما الواقعة، وصورة الحكم، وسمى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما واشهدهما على الحكم ففيه تردد والقبول أولى لأنَّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً.

وأما الثاني وهو إثبات دعوى المدَّعي، فإنَّ حضر الشاهدان الدعوى وإقامة الشهادة والحكم بما شهدا به، وأشهدهما على نفسه بالحكم، وشهدا بذلك عند الآخر قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعة وأشهدهما بما صورته: ادَّعى على فلان بن فلان الفلاني كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما فحكمت أو أمضيت ففي الحكم به تردد، مع أنَّ القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود، أما لو اخبر حاكماً آخر، بأنَّه ثبت عنده كذا، لم يحكم به الثاني وليس كذلك لو قال حكمت، فإنَّ فيه تردداً.

وصورة الإنهاء أن يقصَّ الشاهدان ما شاهداه من الواقعة، وماسمعا من لفظ الحاكم، ويقولوا: وأشهدنا على نفسه أنَّه حكم بذلك وأمضاه، ولو احالا على الكتاب بعد قراءته وقالوا أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنَّه حكم بذلك جاز.

ولابدَّ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ولو اشتبه على الثاني، أوقف الحكم حتى يوضحه المدَّعي ولو تغيَّرت حال الأوَّل بموت أو عزل، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، وإن تغيَّرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرَّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه ولا أثر لتغير حال المكتوب إليه في الكتاب بل كلَّ من قامت عنده البيِّنة بأنَّ الأوَّل حكم به وأشهدهم به، عمل بها إذا للزم لكلَّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

مسائل ثلاث:

الاولى: إذا أقرّ المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه، ألزم [١] ولو أنكر، وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالباً فالقول قوله مع يمينه ما لم يُقم المدعي البيّنة وإن كان الوصف مما يتعذر اتفاهه إلا نادراً، لم يلتفت إلى انكاره لأنّه خلاف الظاهر.

ولو ادعى أنّ في البلد مساوياً له في الاسم والنسب كلف ابانته في إثباته فإن كان المساوي حياً سئل فإن اعترف أنّه الغريم ألزم واطلق الأوّل وإن أنكر، وقف الحكم حتّى يتبيّن، وإن كان المساوي ميتاً، وهناك دلالة تشهد بالبرائة، إمّا لأنّ الغريم لم يعاصر وإمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأوّل، وإن احتمل، وقف الحكم حتّى يتبيّن.

[١] لو شهد شاهدا الحكم بأنّ الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجاً فلا اشكال، أمّا إذا شهدا أنّه أجرى الحكم على العنوان بأن قالوا أنّه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنّه المحكوم عليه ألزم بالحق عملاً باعتزافه.

.

أمّا إذا أنكر المحكوم عليه ولم تكن شهادة الشاهدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، وكان العنوان ممّا يحتمل عادة اتفاق غير واحد فيه فلا ينبغي التأمّل في أنّ القول المنكر مع يمينه ما لم يقم المدعي بيّنة بأنّه المراد من العنوان أو أحرز ذلك الحاكم الثاني من طريق آخر، وإذا اعترف بأنّه المراد من العنوان المذكور في الحكم ولكن لم يعترف بالحق عليه فقد قيل لم يلزم؛ لأنّ القضاء على عنوان يغلب فيه الاشتراك قضاء مبهم محكوم بالفساد فلا يلزم المعترف بأنّه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخذ بإقراره بالحق عليه ولعل هذا خلاف ظاهر اطلاق الماتن (قدس سره) وصریح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافذ مع اعتراف الشخص بأنّه المراد من العنوان أو ثبت ذلك بطريق آخر لصدق القضاء والحكم عليه وإنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلك الحق لا يفيد له شيئاً.

أمّا إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق غيره إلا نادراً لم يلتفت إلى انكاره ويلزم بالحق الذي قضى به عليه الحاكم الأوّل أخذاً بظاهر العنوان، و هل يحتاج في الزامه بالحق إلى حلف المدعي على أنّه المحكوم عليه دون غيره أو لا يحتاج إليه الأوفق بقاعدة اليمين على المنكر مع عدم البيّنة للمدعي هو الحلف؛ لأنّ من له الحق لموافقة قوله

الظاهر يكون منكرًا بالاضافة إلى دعوى الغريم بأن المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللهم إلا أن يقال بانصراف ما دل على تلك القاعدة عن مثل هذا المورد من الخلاف، وأنه كما يؤخذ بظاهر كلام القاضي في غير ناحية المدعى عليه كذلك يؤخذ به في ناحية المدعى عليه. نعم إذا كان العنوان المحكوم عليه مما لا يقع فيه الاشتراك إلا نادرًا، وادعى المعنون بذلك العنوان مع عدم اعترافه بالحق عليه ولا بكونه هو المراد في حكم الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض [١] ولولم يكن عليه

الحاكم أن في البلد شخصاً آخر معنون بذلك العنوان أيضاً فقد ذكر الماتن (قدس سره) أنه يكلف أن يعين ذلك الشخص المساوي له في العنوان فإن عيّنه واعترف ذلك المساوي بأنه المراد من العنوان في حكم الحاكم الأول أُلزم بالحق وأطلق الأول وإن أنكر انه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف في الحكم الصادر عن الأول حتى يتعين المحكوم عليه.

وقد ناقش في الجواهر في كلا الفرضين، أمّا في الأول فلأنّ المحكوم له ادعى الحق على الأول، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبل الحاكم الثاني. وفي الثاني بأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الدعوى على المعنوين بالعنوان، كما إذا كان المدعي وارث صاحب الحق وقلنا بجواز هذه الدعوى وعدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعي، فإنّه في الفرض إن حلفا على النفي فهو وإلا الزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعة عند الحاكم الأول من صاحب الحق وغريمه، وقد ذكر الحاكم الأول عند شاهدي الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صاحب الحق رفع الواقعة إلى الحاكم الثاني طلباً لا نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأول و لظهور العنوان فيمن عيّنه احضره عند الحاكم الثاني، و اذا ذكر الحاضر للحاكم الثاني إنّ في البلد من هو مساو لهذا العنوان وأحضره الحاكم واعترف بأنّه هو المراد من المحكوم عليه في قضاء الحاكم الأول يطلق الحاكم الأول ويلزم الثاني لاعترافه بالقضاء عليه، ولولم يعترف الثاني بالقضاء عليه يتعين إيقاف دعوى الوارث لما يأتي أنّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

وما ذكر الماتن (قدس سره) من تكليف الحاضر الأول المنكر للقضاء عليه بابانة المساوي، فوجوبها عليه شرطي لغرض اسقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

[١] قيل: إنّ المشهود عليه في عين أو دين له الامتناع عن تسليم تلك العين أو الوفاء بالدين، حتى يتمّ الإشهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الإشهاد ضرر عليه

بالحق شاهد، قيل لا يلزم الإشهاد ولو قيل يلزم، كان حسناً، حسماً لمادة المنازعة أو كراهيةً لتوجه اليمين.

الثالثة: لا يجب على المدعي دفع الحجّة مع الوفاء لأنّها حجة له [١] لو خرج المقبوض مستحقاً، وكذا القول في البائع إذا التمس المشتري كتاب الأصل لأنّه حجّة له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً.

وإذا كان المشهود به عيناً، فهل يضمن تلك العين زمان جواز الامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان.

أقول: في الامسك حتى يتم الإشهاد فيه أيضاً ضرر على المالك، وقد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد وأمّا إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالإشهاد؛ لأنّ المشهود عليه يمكنه انكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه. وذكر الماتن (قدس سره): إنّ القول بجواز إلزام القابض بالإشهاد مطلقاً حسن؛ حسماً لمادة المنازعة وكراهة توجه اليمين.

أقول: كراهية توجه اليمين لا يوجب ردع اليد عمّا دلّ على عدم جواز التأخير في أداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب ردّ المال على صاحبه مع عدم رضاه بالامسك، وحسم مادة المنازعة لا يكون أيضاً موجباً لذلك، خصوصاً مع إمكان عود المنازعة بموت شاهد القبض. نعم، لا يبعد أن يقال: إنّ في الموارد التي يمكن أن يكون القبض فيها في معرض الإنكار، ومعه يخسر دافع العين والدين يكون الواجب الرد أو الأداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

[١] لا يجب على الدائن الحجة للدين إلى المدين مع وفائه الدين، لأنّ الحجة

.....

ملك الدائن «والناس مسلّطون على أموالهم»، وربّما يظهر أنّ ما دفع إلى الدائن وفاءً ملكاً للغير، فيؤخذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجة المزبورة.

وكذلك الحال فيما إذا اشترى المتاع من بايعه، وأخذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشتري المتاع من آخر فطالب المشتري الثاني بايعه أي المشتري الأوّل بدفع كتاب الأصل فلا يجب عليه الدفع؛ لأنّ الكتاب ملكه ويفيده لو ظهر المتاع مستحقاً للغير، حيث يأخذ به البائع

الأول بالثمن المدفوع إليه. نعم لو طالب المدين الدائن باعطاء الحجة لقبضه الدين عليه
والمشتري الثاني كتاب البيع الثاني وكان اشتراط دفعهما أمراً ارتكازياً في الدين والبيع أو
غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

الفصل الثاني

في لواحق من أحكام القسمة

والنظر في القاسم، والمقسوم، والكيفية، واللواحق.

أما الأول:

فيستحب للإمام أن ينصب قاسماً كما كان لعلي (عليه السلام) ويشترط فيه البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعدالة، والمعرفة بالحساب، [١] ولا يشترط الحرية، ولو تراضى الخصمان بقاسم، لم تشترط العدالة، وفي التراضي بقسمة الكافر نظر أقربيه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

[١] يقع الكلام في لواحق مباحث القضاء من القسمة وأحكامها، والوجه في لحوقها بمباحث القضاء ما يقال بمناسبة القضاء القسمة، حيث إن الحاكم لا يستغني عن القسام لما يتفق عليه في موارد المخاصمة قسمة المال المشترك. وعلى كل يقع الكلام في هذا الفصل من كتاب القضاء في القاسم والأمور المعترية فيه والمال الذي تتعلق به القسمة المعبر عنه بالمقسوم وكيفية القسمة و في بعض لواحقها، أي بعض الأمور التي قد تقع بعد القسمة. وقد تكلم أكثر الأصحاب في القسمة في أواخر مباحث الشركة وعرفوها بأنها تمييز حق الشركاء والأولى تعريفها بأنها تعيين حصة الشركاء في بعض المال المشترك خارجاً، والوجه في الأولية ظهور التمييز في أن للحق واقعاً معيناً يتمييز

بالقسمة، مع أنه لا يكون في موارد الشركة بنحو الإشاعة واقع معين. ثم إن القسمة عقد مفاده تعيين الحصص في البعض المعين من المال المشترك، وإن المنشأ ابتداءً هذا التعيين، ولا تدخل في البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أن القسمة مبادلة حصة الآخرين في بعض المال المشترك بحصته في البعض الآخر من ذلك المال،

ويلزم على ذلك أن يترتب على القسمة ما يترتب على البيع والمعاوضة من ثبوت خيار المجلس وحرمة الربا فيما كان العوضان من جنس واحد مكيلاً أو موزوناً بخلاف ما ذكرنا من أنّها في حقيقتها تعيين الحصص في الأبعاض الخارجية من المال المشترك.

نعم التعاوض لازم القسمة لا أنّ مفادها المعاوضة، ويكفي في مشروعية القسمة ولزومها بعد ما عليها سيرة العقلاء وبنائهم في المال المشترك قوله عزّ من قائل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢٧٩)، حيث إنّ المراد بالعقد العهد والالتزام ولو بنحو المشدود.

كما يدل على مشروعيتها ولو في الجملة قوله سبحانه: (وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ) (٢٨٠) لو لم نقل بدلالته على المشروعية في كل مال مشترك.

نعم قوله سبحانه: (وَيَتَّبِعُهُمُ الْغَىٰبُ وَأَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ) (٢٨١) غاية دلالاته على قبول الماء بنحو من القسمة، كما أنّ مثل النبوي الوارد في الشفعة إذا وقعت أو حددت الحدود وعرفت الطرق فلاشفعة مقتضاه مشروعيتها في الأراضي المشتركة.

وذكر الماتن (قدس سره) أنّ الإمام يستحب له أن ينصب قاسماً، كما كان القاسم لعلي (عليه السلام) وقيل إنّ اسمه عبدالله بن يحيى وإنّ الظاهر هو الحضرمي الذي قال له (عليه السلام) يوم

.

الجمال: «فإنّك وأباك من شرطة الخميس وابشر بالجنة».

ويقال في وجه استحبابه أنّ نصبه من مصالح المسلمين، ولذا يعطى الأجرة من بيت المال المصروفة على مصالحهم، وأنّه يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة ومعرفة الحساب واعتبار معرفته بالحساب ظاهر، لأنّ القسمة تتوقف على تعديل السهام واعتبار عدالته لأنّ نصبه قسماً من اعطاء الولاية ولزوم قبول قوله والفاسق لا يستحقها لا يقبل قوله، والحرية غير معتبرة في اعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه ورضاه بتصديّيه لها.

أقول: كون نصب القسام من اعطاء الولاية بأن تكون القاسمية للأموال المشتركة من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غير ظاهر، وكون القاسم لعلي (عليه السلام) لم يثبت أنّه كان بنحو نصب القاضي ولولم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، ولو شك في كونها منصباً فالأصل عدمه.

(٢٧٩) المائدة: ١.

(٢٨٠) النساء: ٨.

(٢٨١) القمر: ٢٨.

والحاصل: يجوز للحاكم استئجار شخص أو توكيله لقسمة المال المشترك فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما في صورة امتناع بعض الشركاء عن القسمة، ولذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلك القاسم في القسمة، لأنّ الولاية في القسمة لشركاء، فإنهم ملاك المال المشترك والقسمة تصرف في المال المشترك نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمة أجبره الحاكم عليها ولو لم يمتثل يتصدى بقسمته ولو بالتوكيل لولايته على الممتنع. ولا تعتبر العدالة في الوكيل، كما لا يعتبر فيه الايمان والإسلام، والتوكيل في المقام لا يزيد عليه في سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شخصاً ينبغي أن يكون بتلك الصفات تحفظاً على كرامة المقام. وعلى ذلك فيمكن للشركاء ايكال أمر القسمة إلى والمنصوب من قبل الإمام، تمضي قسمته بنفس القرعة [١] ولا يشترط رضاها بعدها وفي غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة، وفي هذا اشكال، من حيث إنّ القرعة وسيلة إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضا.

غير بالغ ولا يفدح في ذلك عدم صحة عقد الصبي، لأنّ قسمة الصبي باذن الشركاء وأمره بها تدخل في عقد الشركاء فيعمّها قوله سبحانه: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). [١] ذكر جماعة من الأصحاب كالماتن (قدس سره) أنه إذا كانت القسمة من قاسم نصبه الإمام تمضي قسمته بنفس القرعة التي أجزاها القاسم فلا يجوز للشركاء الامتناع عن القسمة الحاصلة بها، بخلاف ما إذا كانت القسمة بقرعة الوكيل عن الشركاء أو بفعل الشركاء، فإنّه يعتبر رضاهم بالقسمة بعد القرعة وناقش الماتن (قدس سره) في هذه التفرقة بأنّ رضا الشركاء بالقسمة حال القرعة يوجب تحقق القسمة والقرعة التي وسيلة إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

وقد يقال في وجه التفرقة، بأنّ قرعة المنصوب من قبل الإمام بمنزلة حكمه فتكون نافذة بخلاف القرعة من غيره، فإنّ مقتضى الأصل بقاء الشركة في المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، وهو يحصل برضا هم بالقسمة حتى بعد القرعة.

أقول: قد تقدم أنّ القسمة من العقود عند العقلاء، فمع تحققها بالقرعة برضاء الشركاء التي من قبل انشاء المعاملة بالفعل يحكم بنفوذها، أخذاً بالعموم في قوله سبحانه: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢٨٢)، يعني العهود، ولا تصل النوبة إلى الأصل العملي. ومع قطع النظر عن ذلك فلا تكون قرعة القاسم المنصوب من قبل الإمام إلاّ كالقرعة من الوكيل للشركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازماً لزمّت القسمة في كلا الفرضين، وإلاّ فلا، وما دلّ على نفوذ القضاء وعدم جواز نقضه

لايعم القسمة، فإنّ القسمة هي التي يجبر ويجزي القاسم الواحد، إذا لم يكن في القسمة ردّ [١]، ولا بدّ من اثنين في قسمة الرد لأنها تتضمن تقويماً، فلا ينفرد به الواحد ويسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك

الحاكم الممتنع من الشركاء عليها.

ثمّ إنّ مقتضى عموم قوله سبحانه: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) نفوذ القسمة بالتراضي القولي من الشركاء في تعيين حصصهم من غير قرعة والالتزام باعتبار القرعة في حصول القسمة بلا موجب، سواء أريد من الاشتراط الشرط الخارجي أم ما ذكر كصاحب الجواهر من كونها شرطاً داخلياً للقسمة، بحيث لا يصدق عنوان القسمة بدونها، ولكن شيء من الأمرين غير ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها في القسمة، ولم يرد في شيء من اخبار القرعة أنّها معينة في قسمة المال المشترك.

بل قيل في الأخبار ما يكون ظاهراً في حصول القسمة بدونها، كالتي وردت في قسمة الدين المشترك كموتقة غياث عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «عن رجلين بينهما مال بأيديهما ومنه غائب فاقتما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما نصيبه فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر» الحديث، ولكن في ظهورها في قسمة ما بأيديهما بالقرعة أو بلا قرعة تأمل، بل منع، حيث إنّها واردة في السؤال عن حكم آخروها قسمة مال الغائب يعني الدين كما لا يخفى.

[١] ذكر المائتين (قدس سره) كجماعة أنّه لا يعتبر في القاسم التعدّد إلاّ في قسمة الردّ، وعلل اعتبار التعدد في قسمة الردّ بأنّها تتضمنّ التقويم ويعتبر في المقوم الداخل قوله في الشهادة التعدّد وأردفه بقوله ولو رضى الشريكان بتقسيم واحد كفى، ولا يحتاج إلى ضم الآخر حيث إنّ الحق لهما.

أقول: قد ذكرنا في بحث ارش العيب من الخيارات أنّ الرجوع إلى المقوم فيما كان الرجوع إليه من الرجوع إلى أهل الخبرة لا يعتبر فيه التعدد، لا اعتبار قول أهل

.....

الخبرة مع عدم المعارضة بمثله، وهذا ممّاجرت عليه سيرة العقلاء، فيكون قوله نظير اعتبار خبر الثقة في الأحكام، حيث إنّ مع السيرة على اعتباره علماً لا يعمّه مثل قوله

سبحانه: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ) (٢٨٣) ومع السيرة أيضاً على اعتبار قول أهل الخبرة في الموضوعات لا يمنعها ما في رواية مصدق بن صدقة: «الأشياء كلها على ذلك إلا أن يستبين غير هذا أو تقوم به البينة» كما أنها لا تمنع عن اعتبار قول ذي اليد وغيره مما يلتزم باعتباره في الموضوعات.

وعلى ذلك ينحصر اعتبار التعدد في القاسم على موارد دخول التقويم في الشهادة، كما إذا لم يكن تعيين المال من أي جنس أو ماليته بأي مقدار محتاجاً إلى الحدس من أهله.

وثانياً: إنَّ القسمة لا تتضمن التقويم، بل تتوقف عليه في غير قسمة الإفراز، فلا يعتبر التعدد في القاسم، بل يعتبر في المقوم، ولو قوم المال اثنان وقسمه واحد حصلت القسمة.

وثالثاً: إنَّ القسمة تضمّنها أو توقفها على التقويم لا ينحصر على قسمة الردّ، بل تعمّ قسمة التعديل أيضاً، فلا وجه لتخصيص التضمن بقسمة الردّ إلا أن يراد بها ما تعمّ قسمة التعديل بأن كان المراد غير قسمة الإفراز ولكن هذا الاطلاق غير معروف.

وبالجمله قد تقدم سابقاً أن ايكال القسمة إلى شخص الاذن له في انشاء القسمة كان المأذون أو الأجير واحداً أو متعدداً.

وأجرة القسام من بيت المال [١] فإن لم يكن إمام، أو كان ولاسعة في بيت المال، كانت أجرته على المتقاسمين.

[١] إذا طلب الشركاء القسمة من الحاكم فلا يبعد أن يقال بان ضمان أجرة القاسم عليهم إلا أن يرى الحاكم في اعطائها من بيت المال صلاحاً، كما في موارد الاجبار على القسمة بعضاً أو كلاً، وقد قيد بعضهم كون الأجرة من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممن يرتزق من بيت المال، وإلا فلا يستحق أجرة على عمله مع أمر الحاكم بالقسمة ولعله لظهور أمره في طلبها مجاناً.

وما قيل في الفرق بين الارتزاق من بيت المال وأخذ الأجرة على العمل منها من أن أخذ الأجرة تكون في موارد اختصاص منفعة عمل العامل بالغير، كما في المقام بخلاف الارتزاق، فإنَّ منفعة عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضاً كالمؤذن حيث ينتفع هو وغيره من اذانه لا يخفى ما فيه، فإنّه يجري الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، ولكن

الشارع شرع العمل مجاناً كالتصدي لتغسيل الموتى ودفنهم، بل كالتصدي للقضاء على ما تقدم.

ثم إنه إذا استأجره الشركاء على القسمة بإجارة واحدة أو أمره بالقسمة ولو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه اصالة وعن سائر الشركاء وكالة أو أمره بالقسمة كذلك فلا ينبغي التأمل في أن الأجرة على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلا مع بنائهم كون الأجرة على الرؤوس لا بحسب السهام، حيث إن مع عدم بنائهم كذلك ظاهر أمر المتعدد واحداً بالقسمة هو ضمان الأجرة بحسب السهام، ولعل وجه الظهور أن العمل لصاحب السهم الزائد أكثر وأنه لو كانت القسمة على الرؤوس فربما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترك شيء، كما إذا كانت السهام كثيرة مختلفة بالزيادة فإن استأجره كل واحد بأجرة معينة فلا بحث وإن استأجره في عقد واحد، ولم يعينوا نصيب كل واحد من الأجرة، لزمهم الأجرة بالحصص وكذا لو لم يقدروا أجرة، كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية.

والنقيصة باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى باجرة القسمة على تقدير كونها على الرؤوس.

نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصة صاحبه يستشكل في جواز أن يؤجر نفسه ثانياً على تعيين حصة الآخر، حيث إن العمل بالاجارة الأولية الواجبة عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصة الشريك الآخر فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه، فإنه من أخذ الأجرة على الواجب، ويجري هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركاً بين ثلاثة، فإنه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصتهما فلا يجوز له الايجار من ثالث.

أقول: لا يبعد أن يلتزم ببطلان الاجارة الثانية لا لأن الواجب لا يجوز أخذ الأجرة عليه، فإنه قد ذكرنا في بحث أخذ الأجرة على الواجبات أن مجرد وجوب الفعل ما لم يكن ايجابه عليه بنحو المجانية لا يمنع عن أخذ الأجرة عليه، أضف إلى ذلك أن تعيين حصة المستأجر يلزم تعيين حصة الآخر، لا أن تعيين حصة الآخر مقدّمة للعمل المستأجر عليه.

بل لأن أخذ الأجرة على تعيين الحصة للشريك الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصة الشريك الأول من أكل المال بالباطل عرفاً، حيث إن الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلزم ذلك التعيين.

الثاني في المقسوم:

هو أمّا متساوي الأجزاء، كذوات الأمثال مثل الحبوب والادهان أو متفاوتها كالأشجار والعمارة.
فالأول: يجبر الممتنع [١] مع مطالبة الشريك بالقسمة، لأنّ الإنسان له ولاية الانتفاع

[١] إذا كان المال المشترك متساوي الأجزاء بأن كان مثلياً فيجبر الممتنع عن القسمة عليها عند مطالبة سائر الشركاء القسمة بلاخلاف، بل عليه الاتفاق، وأضاف في الجواهر إلى ذكر الاتفاق قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر في الإيصال، كما هو الفرض في قسمة الاجبار المفروض في المقام، وذكر الماتن (نفسه) بأنّ الإنسان له ولاية الانتفاع بماله والافراد به أكمل نفعاً.

أقول: أمّا دعوى الإجماع فعلى تقديره مدركي، ولا أقل من احتمال كون المدرك له ما ذكر في قاعدتين وغيرهما.

وأما القاعدتان فشيء منهما غير تام؛ لأنّ حق الشريك هو الحصة من المال بنحو الإشاعة، لا بنحو المعين، وصيرورتها معيناً يتوقف على القسمة، والقسمة نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضي، ويحكم بالبطلان مع الإكراه عليهم أو على بعضهم، كما هو مقتضى رفع الإكراه في سائر العقود والمعاملات.

و أمّا دعوى جواز الاجبار عليه لكون الافراد أكمل نفعاً فهي تشبيه دعوى جواز الاجبار على البيع فيما كان الثمن نفعاً للبايع، والعمدة في المقام جريان السيرة العقلية على أنّ لكل من الشركاء حق افراز ماله عن الآخرين ولو مع الاجبار فيما لم يكن ضرراً في القسمة على سائر الشركاء. والضرر كما يأتي نقص مالية الحصة مع خروجها عن الاشاعة إلى التعيين و كذلك فيما كان الشيء غير قابل للقسمة الخارجية فإنّها جارية على قسمة ماليته ولو بالبيع وتقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين على بماله، والافراد أكمل نفعاً، ويقسم كيلاً ووزناً متساوياً أو متفاضلاً ربوياً كان أو غيره لأنّ القسمة تميز حق لا بيع [١].

شراء حصة صاحبه، وفي صورة الضرر ولو لبعض الشركاء السيرة غيرمحرزة، واحتمال جواز الاجبار مدفوع بما تقدم من اعتبار التراضي في العقد وعدم امضائه مع الإكراه عليه.

وذكر في الجواهر في المقام أنه لا فرق في المال المشترك المزبور كونه مثلياً بين الجامد والمائع، وفي المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أي الثخونة كالعصير يمسه النار ليصير دبساً أو ربّاً، أو مسّته للتصفيه كالعسل والسمن، خلافاً لبعض العامة، حيث منعوا القسمة في الثاني حتى مع عدم التفاضل، لأنّه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض ولو مع المماثلة والقسمة داخلة في البيع، وعن كشف اللثام مثل ذلك، وقال بعده أنّ هذه خرافة في خرافة، حيث إنّ الالتزام بعدم جواز معاوضة مائع مسّته النار بمثله خرافة. والالتزام بكون القسمة بيعاً خرافة أخرى.

[١] ذكر (فسر سره) أنّ المثلي يقسم بين الشركاء على حساب الحصص بالكيل والوزن متساوياً أو متفاضلاً، كما إذا كان المال المشترك صبرتين من الحنطة إحداهما جيّدة والأخرى رديّة، بحيث تساوي قيمة الجيدة ضعف قيمة الرديّة، فإنّه يجوز لأحد الشريكين أن يعيّن حصته في الرديّة، بحيث يكون مقدار سهمه خارجاً ضعف السهم لشريك الآخر بحسب الكيل والوزن، وحيث إنّ القسمة ليست بيعاً جاز ذلك وأيضاً بما أنّ القسمة ليست بيعاً فيجوز أن يوضع بعض المال في إحدى كفتي الميزان والبعض الآخر في كفته الأخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من المتفاضل أن يأخذ أحد الشريكين زائداً على حصّته ولو بهبة الآخر الزائد ضعيف غايته؛ لأنّ الهبة لا تدخل في عنوان القسمة.

والثاني: إمّا أن يستضرّ الكلّ أو البعض أو لا يستضرّ أحدهم، وفي الأوّل لا يجبر الممتنع [١] كالجواهر والعقائد الضيقة، وفي الثاني إن التمس المستضرّ، اجبر من لا يتضرر وإن امتنع المتضرر لم يجبر ويتحقّق الضرر المانع من الإيجاب، بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، وقيل بنقصان القيمة وهو أشبه وللشيخ قولان.

[١] إذا كان المال المشترك مختلفاً في أجزائه، ولو بحسب القيمة، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمة فلا يجبر أحدهما عليه ولو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، وكذا فيما إذا تضرّر أحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضى به المتضرر وطلبها وجبت على الآخر الإجابة وليس المراد بالضرر سقوط الحصّة عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص في ماليّتها كما هو المعهود من الضرر في الأموال.

ويستدل على عدم وجوب الإجابة وعدم جواز الاجبار في الصورتين بقاعدة نفي الضرر، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يرد في وجوب الإجابة على طلب القسمة من أحد

الشريكين وجواز الاجبار عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعدة نفي الضرر حاكماً على اطلاق ذلك الخطاب أو عمومه بالاضافة إلى صورة الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه أو عدم حلّ مال الغير إلّا بطيبة نفسه وإنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه عدم مشروعية القسمة الإجمالية، غاية الأمر يرفع عن ذلك في صورة عدم الضرر في القسمة أو مطالبته المتضرر للسيرة العقلانية الثابتة في المال المشترك من وجوب الإجابة وجواز الاجبار عليها، وأمّا مع الضرر على كلّ منهما أو طلب غير المتضرر فلا موجب لجواز الاجبار.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمة إنّما يعتبر في وجوب الاجبار عليها مع عدم الضرر أو مع مطالبة المتضرر إذا كانت تعديلية لا تتضمن ردّ المال من أحد الشريكين، أمّا إذا كانت ثمّ المقسوم إنّ لم يكن فيه ردّ ولا ضرر، اجبر الممتنع، ويسمّى قسمة اجبار و إنّ تضمنت أحدهما، لم يجبر ويسمّى قسمة تراض، ويقسم الثوب الذي لا ينقص قيمته بالقطع، كما يقسم الأرض وإن كان ينقص قيمته بالقطع لم يقسم لحصول الضرر بالقسمة، ويقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار، وإذا سأل الحاكم القسمة ولهما بيّنة بالملك، قسم وإن كانت يدهما عليه، ولا منازع لهما، قال الشيخ في المبسوط لا يقسم وقال في الخلاف يقسم وهو الأشبه، لأنّ التصرف دلالة الملك [1].

متضمّنة لردّ لمال من أحدهما فلا يجبر عليها حتى مع عدم الضرر يعتبر فيها تراضي الشريكين مطلقاً، ويستدل على عدم جواز الاجبار في القسمة الردية بأنّها تتضمن المعاوضة وتمليك المال فيعتبر فيها التراضي.

ولكن لا يخفى عدم الفرق بين القسمة الافرازية والتعديلية والقسمة الردية في أنّ القسمة حقيقتها أمر واحد في جميعها، وهي تعيين الحصّة خارجاً، فالمعاوضة غير منشأة ليعتبر فيها التراضي، بل قهرية تبعية يعبر عنها بالتعاضد، ومقتضى السيرة المشار إليها عدم الفرق في الحكم بين الأقسام مع عدم الضرر، كما إذا كانت لهما داران ضيقّتان على نحو الاشاعة وتكون قيمة احدهما ألفين وقيمة الأخرى ألفاً وخمسمائة فيضاف إلى الأدنى خمسمائة أخرى، فيقرع بينهما فمن أصابته الدار الأدنى يأخذ من صاحبه مائتين وخمسين، و إنّما تحتاج إلى القرعة مع عدم تراضيها بدونها، وإذا لم تمكن هذه القسمة ولو لعدم المال تباع الداران، ويقسم ثمنهما بينهما كل ذلك بالسيرة المشار إليها.

[١] إذا سأل الشريكان الحاكم أو غيره قسمة المال المشترك بينهما فإن كان لهما بيّنة بملكهما ذلك المال قسّمه بينهما، لأنّ البيّنة حجّة للقسمة التي قيل إنّها بمنزلة الحكم في فصل الخصومة ورفع الخلاف بخلاف ما إذا لم يكن لهما بيّنة بأن كان الثالث: في كيفية القسمة بالحصص. إن تساوت قدرًا وقيمة فالقسمة بتعديلها على السهام [١] لأنّه يتضمن القيمة كالدّار يكون بين اثنين وقيمتها متساوية وعند التعديل يكون القاسم مخيّرًا بين الإخراج على الأسماء، والإخراج على السهام.

أمّا الأوّل فهو أن يكتب كلّ نصيب في رقعة ويصف كلّ واحد بما يميزه عن الآخر ويجعل ذلك مصنوعًا في ساتر كالشمع والطين ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم احد المتقاسمين فماخرج فله.

الطريق إلى مالكيّتهما يدهما بالمال فإنّه يذكر أنّه لا يقسّم لأنّ الحكم لا يجوز بغير البيّنة والقسمة بمنزلة الحكم ولاحتمال أن يحصل لهما منازع.

وفيه: أنّ القسمة حتى من الحاكم لا تكون حكمًا، بل هي تعيين الحصة من المال المشترك في أبعاضه، وتحسب نوعًا من المعاملة توجد بالمباشرة والتوكيل، وإذا ظهر أنّ المتقاسمين أو أحدهما لم يكن شريكًا ينكشف بطلانها نظير انكشاف عدم الملك في سائر المعاملات.

ولو ادعى أحد على المتقاسمين أو على أحدهما قبل القسمة أو بعدها تسمع دعواه هذا أوّلاً، وثانيًا لو فرض أنّ القسمة بمنزلة الحكم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلى قاعدة اليد، فلازم ذلك عدم جواز القسمة بالبيّنة بالملك أيضًا، لأنّ الحكم يصح ببيّنة المدعي خاصة، ولا يكفي فيه مطلق البيّنة وبيّنة المتقاسمين في الفرض غير داخل في بيّنة المدعي، حيث إنّ يدهما على المال.

[١] إذا كان سهم أحد الشريكين مساويًا مع سهم الشريك الآخر من حيث المقدار و القيمة من المال المشترك على تقدير جعله حصتين كما في الأرض المتساوية الأجزاء من حيث القدر والقيمة فإنّها إذا كانت مشتركة بين اثنين بالمناصفة يجعلها القاسم نصفين، ثمّ يخرج القرعة باسم الشركاء أو السهام.

وأما الثاني: فهو أن يكتب كلّ اسم في رقعة، ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

وإن تساوت قدرًا لأقيمة عدلت السهام قيمة والغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويًا
للثالث لجعل الثلث محاذيًا للثلثين وكيفية القرعة عليه كما صورناه.

أمّا الأوّل يعني اخراجها باسم الشركاء فيكتب كلاً من نصفي الأرض في رقعة، بحيث
يميزه عن النصف الآخر، ويجعل كلاً من الرقعتين بحيث لا يمحو كتابتها في ساتر من شمع
أو طين أو نحوهما، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما باخراج أحدهما باسم أحد الشريكين.
وأمّا الثاني أي اخراجها باسم السهام فيكتب اسم أحد الشريكين في رقعة، واسم الشريك
الآخر في رقعة أخرى، ويجعل كلاً منهما في ساتر، كما تقدم، ثم يؤمر من لا يطلع على
كتابتهما باخراج إحداهما لأحد السهمين المعينين خارجاً.

أمّا إذا كانت السهام متساوية في المقدار من المال المشترك، لكن المقدار المساوي للسهم
منه لا يكون مساوياً لمقدار السهم الآخر في القيمة، مثل إذا كانت الأرض المشتركة بين
الإثنين بالمناصفة مختلفة في أجزائها بحسب القيمة، بحيث يساوي ثلثها من جانب ثلثي الباقي
بحسب القيمة، وفي هذا الفرض تعدل السهام بحسب القيمة لا المقدار، كما في الصورة السابقة
بأن يجعل ثلثها من ذلك الجانب سهماً و ثلثيها الباقيين سهماً آخر، ثم يخرج القرعة باسم
الشريكين أو باسم السهام على ماتقدم.

و إذا كانت السهام مختلفة قدرًا لا قيمة، كما إذا كانت الأرض المتساوية أجزائها بحسب
القيمة مشتركة بين ثلاثة أسهم أحدهم نصفها وسهم الثاني منهم ثلثها وسهم الثالث سدسها، وفي
مثل ذلك يعدل المال المشترك على أقل السهام بأن تجعل الأرض
وإن تساوت الحصص، قيمة لا قدرًا، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث
وللآخر السدس، وقيمة أجزاء ذلك الملك متساوية، سوّيت السهام على أقلهم نصيباً، فجعلت اسداساً
ثم كم تكتب رقعة؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام والأقرب الاقتصار على عدد
الشركاء، لحصول المراد به، فالزيادة كلفة.

المزبورة ستة أسهم خارجية، ويعين لإبتداء السهام طرفاً بالتراضي أو بحكم القاسم، ثم يقرع
بكتابة أسماء الشركاء في الرقع، وهل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريك في
رقعة فيكون في الفرض ثلاث رقع ومن له ثلثها في رقعتين واسم من له السدس في رقعة
فتحصل ست رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأول لحصول الغرض كما نذكر، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتها باخراج احداها، فإن خرجت باسم الشريك بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثة منها، ثم يخرج رقعة أخرى فإن خرج باسم الشريك بالثلث يأخذ سهم الرابع وسهم الخامس والسهم الباقي لصاحب السدس وهكذا، ولو جعل الرقع ستاً فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانياً أو ثالثاً يلغى الرقعة الخارجة، وفائدة زيادة الرقع مع أنه يلغى ثانيها وثالثها لتكثير حظه في الخروج لأن أكثر المال له هكذا قيل، ولكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام وعدم جواز تفريق سهام شخص.

وبالجملة: يخرج الرقع في هذه الصورة على السهام، ويكتب في الرقع أسماء الشركاء ولا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام في الرقع حذراً من تفرّق السهام. وإذا اختلفت السهام قدراً وقيمة عدل المال المشترك على أقل السهام بحسب القيمة، ثم يعين السهام بكتابة أسماء الشركاء في الرقع كما تقدم في الصورة السابقة، إذا عرفت هذا، فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة، ويجعل للسهام أول وثان وهكذا إلى الأخير، والخيار في تعيين ذلك إلى المتقاسمين ولو تعاسروا، عيّنه القاسم، ثم يخرج رقعة، فإن تضمنت اسم صاحب النصف، فله الثلاثة الأول. ثم يخرج ثانية، فإن خرج صاحب الثلث، فله السهمان الآخران. ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة بل لصاحبها ما بقى، وكذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولاً، كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس ولا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعين لصاحبها.

وقد يقال بإمكان إخراج القرعة على الاسماء بأن يكتب السهام في الرقاع بالنحو التالي ففي رقعة نصف المال، وفي الأخرى ثلثه وفي الثالثة سدسه، ويعين مبدأ السهام المخرجة بالتراضي، أو بتعين القاسم أو بالقرعة الأخرى على المبدأ، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها باخراج رقعة من الرقاع الثلاث ثم يؤمر باخراج الثانية، ولكن لا يخفى أن هذه عبارة أخرى لكتابة أسماء الشركاء واخراجها على السهام.

وأما كتابة السهام الستة على الرقاع الستة ثم اخراجها فقد تقدم أنه قد يوجب التفريق على واحد في سهامه، كما إذا ظهر السهم الثاني أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، وهكذا.

أقول: يقع الكلام في المقام في جهتين: الأولى في وجه اعتبارقسمة السهام بالقرعة وهل الدليل على مشروعية القرعة تعم مثل المقام مما لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ والثانية

في انحصار طريق القسمة في المال المشترك على القرعة بما تقدم من الكيفية من الرقع وكتابتها والستر عليها، أم أنها تصدق ولو لم تكن بالكيفية المتقدمة.

وهكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولاً كان له السهم الأول ثم يخرج أخرى فإن كان صاحب الثلث كان له الثاني والثالث، والباقي لصاحب النصف ولو خرج في الثانية صاحب النصف، كان له الثاني والثالث والرابع، وبقي الآخرون لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه، ولا يخرج في هذه على السهام، بل على الأسماء إذ لا يؤمن أن يؤدي إلى تفرق السهام وهو ضرر، ولو اختلفت السهام والقيمة، عدلت السهام تقويماً وميزت على قدر سهم أقلهم نصيباً وأقرع عليها كما صورناه.

أمّا الجهة الأولى: فقد يقال أن مشروعية القرعة تنحصر بما إذا كان للشئ واقع معين فيستكشف الواقع المجهول لنا بالقرعة.

وبتعبير آخر: تخرج القرعة الحق الواقعي، ومع عدم التعيين للشئ واقعاً كما في المال المشترك فلا دليل على كونها معينة، ويجب عن ذلك بأن في روايات القرعة ما يدل على جريانها حتى فيما لم يكن للشئ عواقع معين، وفي صحيحة إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد الله (عليه السلام): «في رجل قال: أول مملوك أمملكه فهو حرّ فورث ثلاثة قال: يقرع بينهم فمن أصابة القرعة اعتق قال: والقرعة سنّة».. (٢٨٤)

ولكن في الاعتماد على الصحيحة اشكال، فإنه لا عتق إلا بعد ملك كما في غير واحد من الروايات المعتمدة سنداً ودلالة، فلا يكون عتق الواحد قبل الملك صحيحاً ليحمل المعتق على الطبيعي المقيد بالواحدة، ويتعين ذلك الطبيعي بالقرعة، وفي صحيحة منصور بن حازم «قال: سألت بعض أصحابنا أبا عبد الله (عليه السلام) عن مسألة فقال: هذه تخرج في القرعة، ثم قال: فأية قضية عدل من القرعة إذا فوضوا أمرهم إلى الله عزّ وجلّ أليس الله يقول: (رَسَاهُمْ فَمَا كَانَ مِنَ الْمُذْحَبِينَ) (٢٨٥)».. (٢٨٦)

وأما لو كانت قسمة رد، وهي المفتقرة إلى ردّ في مقابلة بناء أو شجر أو بئر، فلا تصحّ

(٢٨٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٨٧: ٢.

(٢٨٥) الصافات: ١٤١.

(٢٨٦) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩١: ١٧.

وأورد على الاستدلال بهذه الصحيحة بأن من كان مطلوب الحوت كان معيناً واقعاً، وأجيب بأن الأمر وإن كان كذلك واقعاً إلا أن أهل السفينة اعتقدوا أن واحداً لابعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه وإلا فلو كانوا عالمين بأن الحوت يطلب يونس (عليه السلام) لأخذوه وأقوه في البحر.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال بها فإن أهل السفينة وإن لم يعتقدوا بأن يونس (عليه السلام) مطلوب للحوت، إلا أنه من المحتمل أنهم اعتقدوا كما نقل أن واحداً معيناً يطلبه الحوت وهم لا يعرفونه بعينه، واستعملوا القرعة في إخراجهم.

وبالجملة: لا تثبت بالرواية مشروعية القرعة في تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحة حريز عن محمد عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعنق ثلثهم قال: كان علي (عليه السلام) يسهم بينهم»^(٢٨٧) حيث إن شركة الميت مع سائر الورثة في الثلث بنحو الإشاعة، والرواية ظاهرها تعيين سهم الوصية، بالقرعة ولكن في سندها اشكالاً فإن محمد الذي يروي عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذي روى غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كما يحتمل كونه غيره.

وبالجملة: لا يتعين محمد في محمد ابن مسلم.

ولكن لا يبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجاً في موارد الميز لبعضها ولو قهراً مع عدم التراضي بين الشركاء بنحو آخر للسيرة الجارية من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها في الإلزام بالقسمة مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، وهذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كاف في الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا القسمة مالم يتراضيا جميعاً [١] لما يتضمن من الضميمة التي لا تستقر إلا بالتراضي وإذا اتفقا على الرد، وعدلت السهام فهل يلزم بنفس القرعة، قيل لا، لأنها تتضمن معاوضة ولا يعلم كل واحد من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعة.

مسائل ثلاث:

الأولى: لو كان لدار علو و سفلى، فطلب أحد الشريكين قسمتها [٢] بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفلى بموجب التعديل جاز، واجبر الممتنع مع انتفاء الضرر ولو طلب انفراده بالسفلى أو العلو، لم يجبر الممتنع وكذا لو طلب قسمة كل منهما منفرداً.

(٢٨٧) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٨٨: ٣.

الشركاء بعدها بالقسمة الحاصلة بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل اجرائها في موارد جواز الاجبار بالقسمة على ماتقدم، ومما ذكر يظهر الكلام في الجهة الثانية وانّ القرعة تحصل ولو بفقد بعض ما تقدم.

[١] قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الاعادة.

[٢] إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين وكان لها علو وسفل وطلب أحد الشريكين القسمة يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء:

الأول: أن يطلب قسمتها على حصتها، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل العلو والسفل، و تجوز هذه المطالبة بمعنى أنه يجبر الشريك على هذه القسمة مع عدم الضرر فيها.

الثاني: أن يكون المطلوب من قسمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسفل والآخر بالعلو ويذكر أنّ هذا النحو من القسمة لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضي ولو مع عدم الضرر، ويقال في وجه ذلك أنّ القسمة بالنحو الأول داخلة في القسمة افرازاً. وبالنحو الثاني: داخلة في القسمة تعديلاً، ومع امكان قسمة المال المشترك افرازاً لا يجوز الاجبار على القسمة تعديلاً كما يأتي.

الثانية: لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع [١] لأنّ الزرع كالمتاع في الدار ولو طلب قسمة الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأنّ تعديل ذلك بالسهم غير ممكن وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة أما لو كان بذراً لم يظهر لم يصحّ القسمة لتحقق الجهالة ولو كان سنبلًا قال أيضاً لا يصحّ وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

أقول: الكبرى وإن كانت كما ذكر؛ لأنّ عمدة الدليل على جواز الاجبار على القسمة، السيرة العقلية و مقتضاها تقديم القسمة الافرازية إلاّ انّ كون الأول قسمة افرازية غير صحيح، ومع كونها تعديلية أيضاً يجبر على الجامع بين القسمتين، ومع عدم التراضي بأحد النحويين يعين أحدهما بالقرعة مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم في مثل الشقق المتعارفة في عصرنا الحاضر تحسب كل طبقة مالاً مستقلاً ويأتي حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمة كل من العلو و السفل منفرداً، بأن يقسم السفل مع قطع النظر عن العلو، والعلو مع قطع النظر عن السفل و كأنّهما مالان مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركاً بينهما، وهذه القسمة تحتاج إلى التراضي، ولايجبر عليها؛ لأنّ تقسيمها كذلك

بحيث يكون السفلى من الجانب الأول للآخر غير داخل في قسمتها المتعارفة، لأنّ الدار تحسب بجميع أجزائها مالاّ واحداً مشتركاً.

[١] إذا اشترك اثنان في أرض و زرعها يحسب كل من الأرض و الزرع مالاّ مستقلاً، و لذا لو طلب أحدهما قسمة الأرض خاصة يجير الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أكانت قسمتها قسمة تعديل أم إفراز، أمّا إذا طلب أحدهما قسمة الزرع خاصة فالمحكي عن الشيخ (قدس سره) إنه لا يجير الآخر على القسمة لعدم إمكانها في الزرع لأنّ القسمة تتوقف على تعديل السهام و تعديلها في الزرع عادة غير ممكن وناقش الماتن (قدس سره) فيه بأنّ كلامه لا يخلو عن اشكال فإنّ الذي لا يمكن في الزرع عادة هو التعديل عيناً و أمّا التعديل قيمة فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذراً لم تصح قسمته لتحقق الجهالة في المقسوم.

الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدّدة، وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعض لم يجبر الممتنع [١] ولو طلب قسمة كلّ واحد بانفراده أوجب الآخر، وكذا لو كان بينهما حبوب مختلفة و يقسم القراح الواحد، وإن اختلفت أشجار أقطاعه، كالدار الواسعة إذا اختلفت ابنيتهما ولا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة اجبار، لأنّها املاك متعدّدة، يُقصد كلّ واحد منها بالسكنى على انفراده فهي كالأقربة المتباعدة.

أقول: لعلّ المراد بالجهالة عدم إمكان تعديل السهام حتى قيمة، ولا يبعد أن يقال: إنّ المال المشترك إذا كان حياً مستوراً في الأرض لم يخضر أو مع اخضراره أيضاً المسمى بالبذر في بعض الكلمات غير قابل للقسمة، لأنّ البذر قبل صيرورته قصيلاً أو سنبلًا لا يعتبر مالاّ حتّى يعدل السهام قيمته وإن يكون ملكاً اللهمّ إلاّ أن يقال عدم المالية بلحاظ الحالة الفعلية لا بلحاظ اشتراك بقائه ليصير قصيلاً أو سنبلًا أو حنطة و شعيراً كما لا يخفى.

ولو صار الزرع سنبلًا فالمحكي في كلام الماتن عن الشيخ (قدس سره) عدم صحة قسمته ولعلّه لعدم إمكان تعديل السهام ولو بالقيمة ولكن ضعفه الماتن (عليه السلام) بجواز بيع الزرع قصيلاً كان أو سنبلًا وكان جواز البيع يلزم التقويم الذي يدخل فيه تعديل السهام بالقيمة ولكن لا يخفى أنّ جواز البيع يلزم التقويم لا تعديل السهام في أبعاض العين العين قيمة كما يظهر ذلك للمتأمل.

[١] المشهور بين الأصحاب كما قيل إنّ الأملاك المتعدّدة التي يعد كل واحد منها ملكاً و مالاّ مستقلاً إذا كان كل واحد منها مشتركاً بين اثنين أو أزيد وطلب أحد الشريكين الآخر بقسمة بعضها في بعض بأن يكون بعضها بتمامه ملكاً له، و بعضها الآخر بتمامه ملكاً للشريك

الآخر، كما إذا كان لهما قطعتان أربع من الأرض الخالية من الشجر المعبر عن كل واحد منها بالقراح، وطلب أن تكون قطعتان منها له و القطعتان

للآخر، أو كان في الخارج صبرتان احدهما حنطة والأخرى شعير وكل منهما مشترك بين اثنين بالمنصفة فطلب احدهما القسمة، بأن تكون احدي الصبرتين بتمامها له والأخرى بتمامها لصاحبه، وكذا إذا كانت لهما غير ذلك من الدكاكين والدور المتعددة، ففي مثل ذلك لا يجبر الآخر على هذه القسمة حتى فيما لم يكن في البين ضرر، بخلاف ما إذا طلب قسمة كل منها بأن يكون بعض كل منها لواحد وبعضه الآخر للآخر فإنه يجبر على هذه القسمة مع عدم الضرر.

وعلّوا ذلك بأن هذا النحو من القسمة قسمة افراز ومع امكانها لايجبر على القسمة بالنحو الأول الداخلة في القسمة التعديلية، لأنّ للمالك أن يحتفظ بحصّته من المال ولو مع اجابته لطلب القسمة أو طلبها. نعم مع عدم امكان القسمة إلاّ بالنحو الأول كما في الثياب المتعددة المشتركة كل واحد منها بينهما وكالدواب والكتب وغير ذلك جاز الاجبار عليها، واستثنوا من جواز الاجبار القسمة بالردّ والتزموا بعدم جواز الاجبار عليها حتى ولو يمكن غيرها.

بل استشكلوا في صحة قسمة الرد مع امكان القسمة بالافراز أو بالتعديل حتى مع التراضي، فإنه مع امكان غيره لاتصدق عليها القسمة ولذا ذكر بعضهم عدم صحتها حينئذ إلاّ بايقاع المصالحة المفيدة فأنذتها.

ثمّ إنه إذا طلب أحد الشريكين قسمة المال المشترك بينهما بالقسمة بالنحو الثاني وجبت الاجابة لها و جاز الإجبار عليها ولو كانت القسمة بالاضافة إلى توابعه من النحو الأول يعني من قسمة بعض التوابع المشتركة في البعض الأخرى، كما إذا كانت الدار واسعة فيها أشجار مختلفة وأبنية متعددة، وإلى ذلك ينظر كلام الماتن (قدس سره) ويقسم القراح الرابع: في الواحق وهي ثلاثة:

الأول: إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه، لم تسمع دعواه [١] فإن اقامت بيّنة سمعت، و حكم ببطلان القسمة، لأنّ فأنذتها تميّز الحق ولم يحصل ولو عدمها، فالتمس اليمين، كان له، إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

الواحد وان اختلفت أشجار اقطاعة كالدرد الواسعة إذا اختلفت أبنيتها.

أقول: قد تقدم أنه إذا لم تمكن القسمة بالإفراز والتعديل يجوز لأحد الشريكين مطالبة الآخر بالقسمة الردية، ويجب على الآخر القبول، غاية الأمر إذا طلب كل منهما الحصة الخالية عن الرد أو الضميمة بها الرد يقرع بينهما ومع عدم إمكان هذا النحو من القسمة ولو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص ببيع المال المشترك و يقسم الثمن لهما على ما أشرنا إليه من السيرة العقلانية.

[1] إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وقوع الغلط لم تسمع إلا مع البينة به فيما أجاب الآخر بلا أدري، أما إذا كان نافياً للغلط أو ادعى عليه علمه بالغلط يتوجه اليمين على الآخر بالحلف على نفي الغلط أو على عدم علمه بالغلط؛ لأن أصالة الصحة الجارية في القسمة تجعل من يدعي الغلط مدعياً في دعواه فعليه اثباته، ومع جواب الآخر بلا أدري و اعتراف المدعي بعدم العلم لم يتوجه الدعوى على الآخر. بل الأمر كذلك حتى مع قوله بأنه لا يدري أن الآخر يعلم الغلط أم لا، لأن قوله هذا مساو بأن الآخر مع عدم علمه به يعمل على وظيفته.

والماتن كغيره (قدس سرهم) لم يتعرض لصورة نفي الآخر الغلط، فإنه قد ذكرنا أن مع نفيه يتوجه إليه اليمين على نفيه وعدم تعرضهم له لما بنوا عليه في موارد الدعوى على الغير في فعل الآخر من أنه لا تسمع الدعوى إلا مع البينة، حيث لا يمكن فيها للمدعى عليه اليمين على فعل الآخر وهو القاسم في المقام، ولكن قد عرفت ما فيه.

الثاني: إذا اقتسما، ثم ظهر البعض مستحقاً فإن كان معيماً في أحدهما، بطلت القسمة [1] لبقاء الشركة في النصيب الآخر ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل لأن فائدة

وبالجملة: إنما لاتسمع الدعوى في المقام كسائر المقامات مع عدم البينة للمدعي فيما إذا أجاب الخصم بلا أدري لا مطلقاً.

ثم إن الخصم في دعوى الغلط هو الشريك الآخر سواء أكانت القسمة عن قاسم منصوب أم بتوكيل من المتقاسمين أو كانت بفعل الشريكين. نعم إذا كان القاسم غيرهما بالأجرة على المدعي أو على الشريكين فللدعوى عليه وجه لاسترداد الأجرة أو دعوى سقوطها عن عهدة المدعي، ولعل ما ذكر في القواعد يرجع إلى ذلك.

أما التفرقة في سماع الدعوى بين القسمة اجباراً فتسمع دعوى الغلط مع البينة بل بدونها أيضاً على ما تقدم وبين القسمة بالتراضي فإنها لا تسمع لأن التراضي حصل منهما بتعيين

حصتها بما وقع فلا يمكن المساعدة عليه; فإنّ التراضي بما وقع مبني على التعديل وهو غير حاصل على دعوى مدعي الغلط.

[1] إذا ظهر بعد القسمة بعض المال مستحقاً للغير فإنّ أوجب ردّ ذلك البعض على مستحقّه بطلان التعديل بطلت القسمة، كما إذا اقتسما الأموال المتعددة المشتركة بينهما بتقسيم التعديل وتعيين حصة أحدهما في بعضها بحصة الآخر في المال الآخر وظهر المدفوع إلى أحدهما مستحقاً للغير، وكذا إذا ظهر لمن وقعت حصته على بعضها أنّها ملك للغير، وكذا في المدفوع إلى الآخر من الشريكين مع اختلاف المالكين المستحقين للغير في القيمة، أمّا إذا كان كل منهما مساوياً مع الآخر في القيمة فلا تبطل القسمة لعدم بطلان التعديل، نعم إذا أوجب ذلك خروج الباقي للشريكين عن التعديل في القيمة لبقاء دار لأحدهما بلا طريق ماء ونحوه بطلت القسمة ببطلان التعديل.

القسمة باقية وهو افراز كلّ واحد من الحقّين، ولو كان فيهما لا بالسوية بطلت لتحقيق الشركة، وإن كان المستحقّ مشاعاً معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحقّ والثاني تبطل لأنّها وقعت من دون إذن الشريك وهو أشبه.

هذا كلّه فيما إذا ظهر البعض المعين مستحقاً للغير، وأمّا إذا ظهر بعض المال بنحو الاشاعة مستحقاً للغير، كما إذا قسمت التركة بين أخوين، ثم ظهر أخ ثالث، فيقال مع تساوي نسبة المال المستحق للغير تبطل القسمة بالاضافة إلى حصة الأخ الثالث، بمعنى أنّ الثالث يشترك في كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث.

وبتعبير آخر: القسمة صحيحة بالاضافة إلى حصتي الأخوين المتقاسمين.

وعن الشيخ (قدس سره) في أحد قوليّه أنّها تبطل من أصلها، لأنّ القسمة من المعاملات وقد وقعت بلا إذن الشريك الثالث حتى فيما كان الثالث شريكاً في حصته أحدهما خاصة، كما إذا قسمت التركة بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجة أخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجرز الثالث تلك القسمة وإلاّ صحت القسمة ويكون شريكاً مع كل من الأخوين في ما بيده بالثلث في الأوّل ومع ما بيد الزوجة بالمناصفة في الثاني، لأنّ صحة المعاملة الفضولية لا تختصّ بغير القسمة بل تجري فيها أيضاً، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد اجازة أربابها.

وظاهر بعض الكلمات عدم الحاجة إلى الاجازة أيضاً فيما إذا كانت النسبة متساوية بالاضافة إلى حصتي المتقاسمتين، كما إذا كان المال المشترك ثلاث دواب تساوي قيمة احداها

قيمتي الآخرين فاقتهما بينهما بقسمة التعديل بأن أخذ أحد الشريكين الدابتين والآخر تلك الواحدة، فإنّ الغير في الفرض يملك من كل دابة ثلثها والنسبة بعد القسمة أيضاً باقية بحالها، ولكن الأظهر بطلان القسمة في الفرض أيضاً مع عدم اجازة الغير، وذلك فإنّ النسبة ولو كانت باقية بحالها إلا أنّ قسمة الشريكين مع الثالث: لو قسم الورثة التركة، ثمّ ظهر على الميت دين فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة [١] وإن امتنعوا، نقضت وقضى منها بالدين.

الغير تختلف مع قسمة كل الشركاء، فإنّ القسمة في الفرض تكون بقسمة الرد لا محالة، ولكن الشريكين اقتسما بقسمة التعديل.

فالصحيح هو أنّه إذا كانت القسمة بين الشريكين المتقاسمين قسمة افراز لا تحتاج إلى القرعة بين الشركاء، كما كان المال المشترك صبرة من الحنطة التي بعد قسمتها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبة من كل حبة، فالقسمة المزبورة لا تحتاج إلى اجازة الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى في مقام القسمة مع كل منهما، أمّا إذا كانت القسمة تعديلية أو افرازية تحتاج كالتعديلية إلى القرعة مع تشاح الشركاء كالارض التي تشاح في الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسمة رديّة فلا تجوز القسمة الاّ بإجازة الغير.

[١] بأن أدى الورثة الدين من اموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبي دين الميت تبرعاً أو ابراء الدائن ذمته فإنّه بعد ذلك لا يكون على الميت دين فتكون تركته للورثة فتصح القسمة الحاصلة قبل ذلك.

ويلحق بذلك ما لو ضمن الورثة الدين على الميت للغرماء فإنّه بناءً على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمة الضامن مع عقد الضمان تبرء ذمة الميت فتصح القسمة السابقة.

وقيل: إنّ هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعباً للتركة، حيث إنّ مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض في المسألة السابقة يعنى الثانية تقريباً وأنّما الفرق بين المفروض والمتقدم في المسألة السابقة هو أنّ ما يستحقه الغير في تلك المسألة كان من الحصة المشاعة وفي الفرض من قبيل الكلي في المعين، أمّا مع كون الدين مستوعباً فلا يحكم

.

بلزوم القسمة لأنّ مع الاستيعاب لا تكون التركة ملكاً للورثة لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترك ويدخل في لزوم الوفاء بالقسمة التي تدخل في المعاملة والعقد، بل يكون الورثة مالكيين بعد حصولها نظير مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك.

أقول: صحّة القسمة مع عدم استيعاب الدين أيضاً مورد المناقشة، فإنّ القسمة بالاضافة إلى مقدار الدين نظير مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك، وبيان ذلك أنّ مع عدم استيعاب الدين أيضاً لا تنتقل جميع التركة إلى ملك الورثة ويكون استثناء مقدارها عن التركة بنحو الكلي في المعين.

وبتعبير آخر: يكون الفرض كتقسيم الورثة تركة الميت قبل موته بلا فرق بين صورة استيعاب الدين وعدمها، والأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضي بالقسمة السابقة أو اجازتها من الحاكم إذا كانت قسمة اجبار.

ثمّ إنّ يذكر في المقام أنّه لو أدى بعض الورثة من ماله دين الميت بمقدار سهمه وامتنع البعض الآخر ببيع على الممتنع ما وصل إليه من التركة بمقدار سهمه من الدين ويقال كما عن صاحب الجواهر (قدس سره) أنّه إذا بطلت القسمة بالاضافة إلى ما يباع فلا تصحّ القسمة المزبورة.

أقول: مع الغمض عن المناقشة السابقة لا يكون في الفرض اشكال آخر، وذلك فإنّه قد تقدم أنّه يجوز للورثة تملك التركة باداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركة التي بيد الممتنع يكون مقابلاً لما تملكه سائر الورثة من التركة باداء دين ميّتهم فيحصل التعديل في بقية التركة مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

النظر الرابع:

النظر الرابع:

في أحكام الدعوى

وهو يستدعي بيان مقدمة ومقاصد.

أما المقدمة فتشتمل على فصلين:

الأول

في المدعي

وهو الذي يترك لو ترك الخصومة [١] وقيل هو الذي يدعي خلاف الأصل، أو أمراً خفياً وكيف عرفناه، فالمنكر في مقابلته.

[١] قد ورد في الروايات أنه يكون القضاء بالبينة للمدعي واليمين على من ادعي عليه إذا لم يقم المدعي البينة، فيقع الكلام في المقام في الميزان لكون أحد المتخاصمين مدعياً ليطالب منه البينة، واليمين من خصمه مع عدمها. هذا بالاضافة إلى غير الموارد التي قام دليل خاص فيها على كيفية الحكم على ما يأتي، وذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أنه لو اشتبه في مورد الأمر ولم يتبين فيه المدعي من المدعي عليه ينحصر الاثبات بالبينة لأنها حجة شرعية ومع فرض تعارض البينة فيه بأن كان لكل منها بيّنة يعمل على المرجح ومع عدمه تتعين القرعة في العمل بها.

أقول: تتضح حقيقة الحال وما فيه بعد تتميم المقال في ميزان تشخيص المدعي من المدعي عليه، وقد ذكر الماتن (قدس سره) في الميزان أنّ الذي يترك لو ترك الخصومة بمعنى أنّ خصمه لا يراجعه لو لم يراجع هو خصمه هو المدعي.

.....

وأورد على هذا التعريف بأنه يصدق في موارد دعوي الحق على الغير خاصة، أما في موارد دعوى سقوط ماكان للغير عليه من الحق فلا، فإنه لو ترك دعوى سقوط الدين عن عهده لأخذه الآخر وطلب منه الدين.

وقد يعتذر عن الايراد بأن ما ذكر في تعريف المدعي للإشارة إلى تمييز الدعوى ببعض الجهات وإلا ففي الحقيقة ليس للدعوى على الغير حقيقة شرعية، بل الدعوى على معناها اللغوي العرفي وهو الاخبار الجازم المتضمن للحق له على الغير أو سقوط ماكان للغير عليه.

وقد يجاب عن الايراد بأن المراد من تركه لو ترك الدعوى عدم مطالبته بشيء من جهة الدعوى فلا ينافي مطالبته من جهة أخرى كثبوت المال على عهده.

وفيه: أن التعريف قد ذكر للمدعي في مقابل المنكر، وهو الذي لا يترك إذا ترك انكاره ومعنى عدم تركه مطالبته بالحق عليه للغير، فقد تحصل مما ذكر أن التعريف المزبور لا يكون ملاكاً لتشخيص المدعي عن المنكر.

وقد يقال في ميزان كون أحد المتخاصمين مدعيًا والآخر منكرًا: إن المدعي من يكون قوله مخالفًا للأصل فيكون المدعي عليه والمنكر من يكون قوله موافقًا للأصل.

وقد يورد على هذا التعريف بأنه إن أريد من الأصل جميع الأصول فمن المقطوع عدم اعتبار جميع الأصول في كون شخص مدعيًا والآخر منكرًا وإن أريد بعضها فيمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفًا لأصل وموافقًا لأصل آخر، كما يمكن أن يكون قول أحد المتخاصمين مخالفًا لأصل وقول الآخر أيضًا مخالفًا لأصل آخر.

ولكن لا يخفى ضعف هذا الايراد فإن المراد بالأصل هو الأصل المعتبر الجاري

.....

في حق الشاك، والأصول المتعددة إذا كانت بعضها موضوعية وبعضها حكمية لا تصل النوبة إلى الأصل الحكمي مع جريان الأصل الموضوعي.

وبتعبير آخر: تشخيص المدعي من المنكر لتطلب البينة من المدعي يكون من وظيفة الحاكم الشرعي المزبور جهله بواقع الحال في الواقعة المرفوعة إليه، فيأخذ في تلك الواقعة بالأصل المعتبر في حق الشاك فمن يوافق قوله مع ذلك الأصل المعتبر لا يحتاج قوله إلى اثبات ومن يخالف قوله ذلك الأصل فيطالبه بالبينة.

ومما ذكر يظهر الجواب عما إذا كان قول أحد الخصمين موافقاً لأصل والقول الآخر موافقاً لأصل آخر، ووجه الظهور أنه إذا كان أحد الأصلين موضوعياً والآخر حكماً فلا تصل النوبة إلى الحكمي، وإلا تكون الواقعة من موارد التداعي لا الدعوى والانكار.

والصحيح في الإيراد عليه أنه لا يختص المدعي بمن لا يوافق قوله الأصل والمدعي عليه بمن يوافق قوله الأصل، بل يعم المدعي كل من يكون قوله محتاجاً إلى الإثبات لكونه مخالفاً لما اعتبر في حق الشاك، سواء أكان أصلاً عملياً أم اشارة كقاعدة اليد، ولعله لذلك عطف الماتن (قدس سره) كغيره المخالفة للظاهر على خلاف الأصل كما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال في مورد أو حكم بحلف من يكون قوله موافقاً له بحيث يفهم منه اعتبار ذلك الظاهر.

والحاصل: لا يختلف الشرع والعرف في معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف احدهما مدعياً والآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق ونحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى اثبات ما يذكره هو المدعي فالمقام نظير ما ذكرنا في المعاملات بالمعنى الأخص من أن لفظ البيع مثلاً يستعمل في كلام الشارع

.

فيما يستعمل فيه عند العرف، غاية الأمر يختلف نظرهما في مصاديقه بحيث يرى العرف تمليك الخمر بالعوض بيعاً أو المناذبة بيعاً ولا يعتبرهما الشارع.

والوجه في كون المقام نظيرها أن المدعي في دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، والمراد بالحق في المقام ما يعم المال على العهدة والخارج وغيرهما مما يقع مورد المخاصمة والمنازعة والمطالبة كدعوى الزوجية والوصاية والطلاق إلى غير ذلك مما يكون عند العقلاء ملزماً باثباتها على الغير، فربما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجاً إلى الإثبات ولكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس وذلك لموافقته لما اعتبر الشارع في حق الشاك.

وعلى ذلك فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معاً فالنكاح باق وقالت الزوجة أسلمت قبلك فلا نكاح، فإن الاستصحاب في ناحية عدم اسلامهما معاً يعارضه عدم اسلام الزوجة قبل زوجها فإن اسلامهما معاً موضوع لبقاء نكاحهما واسلامها قبل اسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبة إلى استصحاب بقاء نكاحهما ويوافق قول الزوج فتكون المرأة مدعية لزوال النكاح فعليها اثباته.

وقيل: إن قولها يوافق الظاهر لأنّ اسلامهما معاً خلاف الظاهر يعني أمراً بعيداً، ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ موافقة الظاهر توجب كون من يوافقه منكراً، ولا يلاحظ معها موافقة الأصل، لأنّ الظاهر من قبيل الأمانة والاتصل النوبة إلى الأصل مع اعتباره، وكذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلك الظاهر وأمّا مع عدم ثبوت شيء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به في تشخيص المدعي عن المدعى عليه.

وذكر صاحب الجواهر (قدس سره) أنّ المتعين هو القول بأنّ المدعي من ينشأ الخصومة

.

في حق له أو في الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفاً للأصل والظاهر أم موافقاً لأحدهما، وسواء ترك مع تركه أم لم يترك، وعلى ذلك ففي مسألة اسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلام الزوجة فكل منهما مدّع فيكون المورد من موارد التحالف، وإن كان مصب الدعوى بقاء الزوجية وعدم بقائها فالمرأة مدعية.

أقول: إذا كان أحد المتخاصمين منشأ الخصومة في حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفاً للأصل لا محالة، لأنّ ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبق بالعدم.

وأما قوله (قدس سره) أنّه لو كان مصب الدعوى تقارن اسلامهما أو تقدم اسلامهما يكون كل منهما مدعياً ومنكراً فلا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كان كل منهما مدعياً بالإضافة إلى قوله ومنكراً بالإضافة إلى قول الآخر تكون الوظيفة مع عدم البيّنة التحالف، ولا معنى للتحالف في مثل المقام ممّا لا يمكن الحكم معه، وإنما يعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومة معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلك أنّ مجرد الاختلاف في مصب القولين كما في قول أحدهما تقارن اسلامهما وقول الآخر تقدم اسلامها لا يوجب صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثمّ لا يخفى أنّه ربّما يسمع قوله شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعياً عرفاً، كما إذا ادعى الودعي ردّ الوديعة وأنكر صاحبها ردّها، فإنّ الأكثر التزموا في المسألة بتقديم قول الودعي وأنّه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال و قال المالك بقاءه وعدم تلفه فإنّ ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعي ويشترط البلوغ والعقل [١] وأن يدعى لنفسه، او لمن له ولاية الدعوى عنه ما يصحّ

معنى شرعياً، بل الحكم في هذه الموارد إمّا لأنّ الشارع منع من اتهام الأمين مطلقاً كما قيل من أنّ الأصل في الأمين عدم الخيانة فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنّه من قبيل التخصيص في قولهم البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه.

ومما ذكرنا يظهر أنّه يختلف صدق المدعي والمدعي عليه باعتبار تضمن القول مطالبة الحق أو سقوطه، فلو اختلفا وقال مالك المال أنّه وهب المال وقال صاحبه أنّه باعه منه وأخذ الثمن وكان غرض البائع من دعوى الهبة الرجوع لبقاء عين المال وغرض صاحبه أنّه لا يجوز له الرجوع لبيع المال وقبض الثمن، فيكون المدعي هو المالك لجريان الاستصحاب في ناحية عدم الهبة، ولا يجري الاستصحاب في ناحية البيع لاعتراف المالك بعدم استحقاقه المطالبة بالثمن واثبات الهبة بالاستصحاب في عدم البيع مثبت.

وأما إذا كان المال تالفاً وقال مالك أنّ الواقع بينهما كان بيعاً بكذا فله المطالبة بالثمن وقال الآخر أنّه كانت هبة فلا يستحق عليه شيئاً فالمالك مدّع، لأنّ الاستصحاب يجري في ناحية عدم البيع ولا يعارضه الاستصحاب في ناحية عدم الهبة لعدم الأثر للهبة في الفرض واثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

وما يقال من أنّ الميزان في تشخيص المدعي عن المنكر مصب الدعوى، ينبغي أن يراد منه الغرض والمقصود فيما لامورد للأصل في المصّب إلاّ بلحاظ أثر هو الغرض والمقصود. [1] حاصل ما ذكره (قدس سره) أنّه يعتبر في المدعي أن يكون بالغاً عاقلاً وأن يدعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه وأن يدعي ما يصح منه تملكه ولو ولاية أو وكالة. وهذه القيود الأربعة معتبرة في كون شخص مدعياً ثمّ أردف على هذه القيود ولا بدّ من كون منه تملكه فهذه قيود أربعة، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون ولا دعواه مالاّ لغيره إلاّ

الدعوى صحيحة لازمة وكأنّ مراده (قدس سره) أنّ القيود الأربعة معتبرة في كون شخص مدعياً بإضافة كون دعواه صحيحة لازمة.

وكيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر في المدعي فنقول: لا ينبغي التأمّل في اعتبار البلوغ والعقل في سماع الدعوى لو كان المراد من سماعها القضاء في الواقعة وفصل الخصومة والمرافعة فيها فإنّ المتصدي لواقعتها مرافعة وليّهما، نعم فيما إذا لم يمكن لولي الصبي المرافعة كما إذا ادعى الصبي أنّ الغير جنى عليه بالجراحة أو سلب ثيابه ونحو ذلك أو حتى

ما إذا ادعى أنّ الغير يظلمه في التصرف في أمواله ووضع يده عليها من غير ولاية أو وصاية أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولاية والوصاية فلا يبعد سماعها فيما إذا حضر بيّنة أو ذكر أنّ له بيّنة أو احتمال القاضي علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلا يبعد السماع بهذا المعنى، حفظاً للنظام ودفعاً للظلمة إذا ثبتت. ولكن هذا غير السماع للقضاء في واقعة الصبي، فإنّ الصبي لا يستحلف ولا يعتبر اقراره ولا يرد عليه اليمين ولا يجوز عليه أمره، اللهم إلا أن يقال: أنّ عدم السماع بهذا المعنى يجري عندهم في دعوى الوكيل بل الولي أيضاً على ما تقدم.

وقد ذكروا أيضاً أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالاً للغير على شخص مع عدم الولاية والوكالة والوصاية بالإضافة إلى ذلك الغير، ويناقش في ذلك بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونة ودعوى الودعي والمستعير ونحوهما على غاصب الوديعة والعارية، ويجاب عن ذلك بتعلّق حق الرهن أو الوديعة أو العارية عنده، ولذا تسمع دعواها، ولكن يستشكل بأنّه إذا ثبت عند الحاكم كونها رهناً عنده بالشهود أو اليمين المردودة فلا يثبت كونها ملكاً لذلك الغير، لأنّ الدعوى بالإضافة إلى ملكية الغير تبرعية.

.

ويمكن الجواب عن ذلك بان اعطاء المدين رهناً أو إيداع شخص عنده مالاً أو دفعه إليه عارية أو استئجار شخص للاحتطاب له ونحو ذلك يتضمن الاذن من المالك الدافع أو المستأجر في حفظ ماله بأيّ نحو يكون به حفظه حتى ما كان بالمرافعة، وهذا المقدار من الاذن كاف في التوكيل في المرافعة التي يحفظ بها المال.

والمتحصل فيما كانت الدعوى تبرعية بحيث لا يتعلّق بها المدعي فلا تدخل الواقعة في الخصومة المنازعة التي أمر أطرافها برفعها إلى العالم بالأحكام ونهى عن رفعها إلى قضاة الجور.

ولا ينتقض ذلك بموارد رفع الواقعة بالقضاء حسبة فإنّ الدعوى فيها مسموعة بلا كلام، ووجه عدم الانتقاض كما أنّ في مورد التصرف في مال الغير حسبة يكون للمتصرف ولاية ذلك التصرف كما هو المقرر في بحث الولاية وكذلك في مورد لزوم المرافعة يكون للمحتسب ولاية الدعوى في ذلك المال لمالكه القاصر أو الغائب.

ثم إنه ربّما باعتبار الرشد في المدّعي فلا تسمع دعوى السفية، كما عن الارديبيلي وغيره، ولعلّ مراده ومراد غيره (قس سرهم) الدعاوي المالية، وإلاّ فلاوجه لعدم سماع دعواه على الغير بقذفه أو الجناية عليه وكذا دعوى النكاح ونحوه ممّا لا يكون تصرفاً مالياً بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالي إذا لم تنتهي إلى تصرف في أمواله، كما إذا ادّعي على الغير بأنّه قد باع من ولي المال الفلاني ويمتنع عن الإقباض.

وبالجملة: فيما كانت الدعوى منتهية إلى تصرف مالي من السفية في أمواله فلا تسمع تلك الدعوى لعدم تمكنه على ذلك التصرف، وأمّا غيره فيدخل فيما دلّ على مشروعية القضاء وفصل الخصومة والأمر بالقيام بالقسط والعدل بين الناس.

أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم، ولا تسمع دعوى المسلم خمرأ أو خنزيراً^[١]. و لا بدّ من كون الدعوى صحيحة لازمة^[٢] فلو ادعى هبة، لم تسمع حتى يدعى الإقباض وكذا لو ادعى رهناً.

[١] عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهدة ظاهر، فإنّه لا يثبت على ذمة أحد للمسلم شيء منهما لعدم المالية لهما شرعاً والعهدة تكون مضمونة بالمال ومثل ذلك يدخل في الدعوي الممتنع شرعاً، أمّا إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهدة الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير على عهدة الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضاً ثمّ أسلم، فإنّه بعد الاسلام يستحق الثمن على عهدة الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلك الكافر أيضاً.

وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) «قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرأ أو خنزيراً إلى أجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه»^(٢٨٨)

وأما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجاً فاطلاق كثير من الأصحاب أنّها لا تسمع؛ لأنّ المسلم لا يملك الخمر أو الخنزير، ولا بد من حمل كلامهم على صورة عدم إمكان تخليل الخمر، وإلاّ يثبت حق الاختصاص أو المك ولو لم تكن بها مالية شرعاً.

[٢] ظاهر عطف اللزوم على الصحة وإن كان تغايرهما وأنّه يعتبر في سماع الدعوى كون المدعى به تاماً وكونه لازماً، إلاّ أنّ التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبة لم تسمع حتى

يدعي الاقباض لا يناسب التغيرات، فإنّ الهبة المقبوضة لا تكون لازمة
.....

لجواز الرجوع فيها.

ولا يخفى أنّ التصريح بالصحة في الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أيّ المعاملة في صحيحها، ولذا يحمل الاقرار بها على الصحيح، ولعله لذلك اكتفى في الدروس باعتبار اللزوم وقال: كل دعوى ملزمة معلومة فهي مسموعة فلا تصح دعوى الهبة بلا اقباض وكذا دعوى الرهن ولادعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله ويلزمك تسليم المبيع، فإنّ مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمة لجواز فسخه بخيار المجلس.

وعن صاحب الجواهر (قدس سره): أنّ المراد باللزوم الصحة، فيكون عطف اللزوم على الصحة تفسيرياً، وأنّه لا أجد في ذلك خلافاً، ونقل عن الأردبيلي (قدس سره): أنّه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبة بلا دعوى اقباض حيث يمكن للمدعي اثبات عقد الرهن أو الهبة أوّلاً ثمّ يدعي الاقباض و أنّه لو كان كون المدعي به أمراً لازماً غير معنى الصحة فلا يفيدهمّ دعوى الاقباض أيضاً فإنّ المتهم فيما كان غير ذي رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضم دعوى الاقباض، ويلزم أيضاً عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس وزمان الخيار، ولا أظن أن يلتزم به أحد.

وقال: إنّ عقد الهبة أو الرهن بلا اقباض ليس بصحيح، أي ذا أثر ولا يعتبر في سماع الدعوى إلّا كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقه المدعي، وهذا حاصل مع ضم دعوى الاقباض وان أمكن رجوع الواهب فيها، ومراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم امكان الرجوع بالفسخ أو الاقالة ونحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقّه المدعي على تقدير ثبوتها وضم قوله يلزمك تسليمه بمعنى أنّك لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنّه لا يمكن الفسخ بعد ذلك أصلاً.

أقول: يعتبر في صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعي به أثر فعلاً أو لو ادّعى المنكر فسق الحاكم، أو الشهود، ولا بينة فادعى علم المشهود له، ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد، اشبهه عدم التوجه [١] لأنّه ليس حقاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة، ولأنّه يثير فساداً.

مستقبلاً، ومع عدم الأثر له كذلك لا معنى للدعوى عليه و لا مورد فيه للمخاصمة كما إذا ذكر لصاحب المتاع أنك وهبتي ولكن لم تقبض، وكذا لا مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومة بنفسها موجبة للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجة لزوجها أيام عدتها الرجعية إنك طلقنتي، وقال: ما طلقنتك، ومن هذا القبيل إذا قال المتهم للواهب: أنك وهبتي هذا المال الذي بيدي، قال: ما وهبتك، أو قال شخص لآخر: أنك أوصيت إليّ، قال: ما أوصيتك، ففي مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى ولا للمرافعة ورفع الخصومة إلى الحاكم للقضاء.

وما في كلمات الأصحاب في دعوى الهبة المقبوضة لم يفرضوا أنّ المدعى عليه في دعواها هو الواهب ليكون انكاره الهبة رجوعاً، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لا يخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضاً حق للمدعي كما في دعوى البيع على صاحبه في زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه الزاماً بأحد الأمرين إمّا الوفاء وإمّا ردّ الثمن.

[1] لو ادعى المنكر على المدعي علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، ولم يكن للمنكر بينة لاثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو اثبات فسق الشهود عند الحاكم الأول أو الآخر فلا تسمع دعواه، أي لا يتوجه اليمين على المدعي بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، وإذا لم تسمع دعوى المنكر في الفرض فلا يترتب على نكول المدعي ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرد النكول، ولا باليمين المرودة

.....

بناءً على عدم كفاية نكول المدعى عليه بمجرد ثبوت الدعوى.

وذكر (رحمه الله) في وجه عدم السماع وجهين:

الأول: أنّ الدعوى ليست ملزمة على المدعي بمعنى أنه لو كان عالماً بفسق الشهود أو الحاكم لا يضرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعاً ولا ينافي أيضاً بأنه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم باقراره.

الوجه الثاني: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينة جرأة على الاستطالة على الحكام والقدح في الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه في عدم لزوم الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الحاكم عندحكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملي وفي ما نحن فيه الأثر موجود وهو جواز المنكر عن العمل بقضائه بعدم اعطاء الحق للمشهد له أو استرداده منه ثانياً، ولذا لو اعترف المشهود له بذلك ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، وهكذا الحال في الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعي المحكوم له بلا بيّنة فإنّ هذا يوجب اجترأ الناس على نقض الأحكام الصادرة عن القضاة وامتناع الشهود عن الحضور للشهادة حذراً من القرح فيهم، ولو اغمض عن ذلك فلا موجب لرفع اليد في المقام عن اطلاق ما دلّ على أنّ البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

وربّما يعلّل عدم السماع في المقام بأنّه لا يمكن في المقام الحكم ببطلان القضاء الأوّل بنكول المدعي عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلك باليمين المردودة عن المحكوم له إلى المنكر المدعي بعلم وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي، منضمة إلى الشهادة، لم يجب اجابته لنهوض البيّنة بثبوت الحق [١].

المحكوم له، ويستظهر ذلك من عبارة الماتن أيضاً حيث إنّهُ (قدس سره) لم يأت بال «فاء» في قوله لا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة، بل أتى بال «واو» وقال: ولا يثبت بالنكول واليمين المردودة، ولكن التعليل ضعيف فإنّه لا مانع عن الالتزام بعد توجّه اليمين على نفي العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردودة.

[١] على المشهور، والوجه في ذلك أنّ المدعي يثبت دعواه بالبيّنة، فلا يحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأنّ البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأنّ اليمين على المدعى عليه فيما لم يقدّم المدعي البيّنة بحقّه، ويشهد لذلك صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البيّنة على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٢٨٩)، ونحوها صحيحة أبي العباس (٢٩٠).

نعم في خبر سلمة بن كهيل عن علي (عليه السلام) في آداب القضاء قوله (عليه السلام) لشريح: «وردّ اليمين على المدعي مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء» (٢٩١)، ولكن قد

(٢٨٩ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ و ١: ١٧٧.

(٢٩١) المصدر نفسه: الحديث ٤: ١٧٨.

تقدم ضعف سنده، ومع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعاً، بل لظهور كونه أثبت للقضاء وأجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أمّا ما في مكاتبة الصفار إلى أبي محمد (عليه السلام) «هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي يمين»^(٢٩٢) فقد تقدم سابقاً أنها معرض عنها عند المشهور، ومع الاغماض عنه أنها واردة

في شهادة الوصي للميت فيمكن أن يكون وجه الحاجة عدم سماع شهادة الوصي للميت، ولذا يحتاج إلى يمين المدعي أو يرفع اليد عن الاطلاق المتقدم فيما كان أحد الشاهدين للميت وصيته.

ثمّ إنه لا فرق في عدم وجوب الاجابة بين موارد دعوى الدين على المدعى عليه أو دعوى العين، كما هو مقتضى اطلاق ما تقدم.

وعن القواعد أنه بعد أن ذكر الحكم المزبور قال: لو التمس المنكر بعد اقامة البينة عليه استحلاف المدعي على الاستحقاق أجيب إليه، ولو التمس المنكر يمين المدعي مع الشهادة لم يلزم اجابته.

وفسره في الجواهر أنّ المراد بالثاني موارد دعوى العين وانّ المنكر الذي بيده العين لو التمس يمين المدعي مع بيئته لم يلزم اجابته لأنّ البيئته تثبت الملكية الفعلية للمدعي وتكون معارضة مع يد المنكر فتقدم على اليد لأنّه لا اعتبار باليد مع البينة على خلافها، والمراد بالفقرة الأولى دعوى الدين فإنّ المنكر المدعي بالبراءة عن الدين لو التمس الحلف بأن يحلف المدعي على استحقاقه الدين عليه بعد البينة بأصل الدين أجيب إليه الحاقاً للمورد بمورد الدعوى على الميت، لأنّ البينة في المقام أيضاً قد شهدت بأصل الدين، غاية الأمر فرق بينهما من جهة أخرى، وهو أنّ الدعوى على الميت تحتاج إلى اليمين مع البينة المعبر عنها بيمين الاستظهار بالفرق بين سؤال المدعى عليهم أم لا، بخلاف المقام فإنّ استحقاق اليمين موقوف على سؤال المنكر.

ثمّ نقل عن المبسوط ما ظاهره أنّه لو طلب المنكر الحلف على بقاء الدين وعدم سقوطه أجيب إليه، أمّا إذا طلب الحلف على أصل ثبوت الدين بأن قال أنّه برىء من الأوّل لم يلزم الجواب، ووجه الظهور أنّه تعرض الشيخ (قدس سره) لكيفية حلف المدعي

وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد[١] منشأه أن الإقرار لا يثبت حقاً في نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهراً.

والمحلف عليه فيها بقاء الدين على العهدة.

أقول: لو كان المنكر لأصل الدين مدعياً بأنه قد أبرأه دابنه، أو أنه اقتضى دينه فهذه دعوى على دابنه ولو لم يكن انكاره الأوّل تكذيباً لهذه الدعوى، كما إذا اعتذر عن انكاره بعدم البيّنة له بالابراء أو الاقتضاء واعتقاده عدم تمام البيّنة للمدعي يكون له استحلاف المدعي فيما إذا شهدت بيّنته بأصل الدين، وأمّا إذا لم يكن مدعياً بأن قال: أنني احتمل ابرائه عهدتي ونحوه فلا تسمع ليتوجه إلى خصمه اليمين.

والحاصل: لا يقاس المقام بالدعوى على الميت، حيث لا يعتبر في المدعى عليه البيّنة مجردة، والتعليل الوارد فيه في الحاجة إلى يمين المدعي مع ضعف مستنده لا يعمّ المقام، فإن من عليه الدين في المقام حيّ فعليه إقامة البيّنة على أداء دينه كما لا يخفى.

[١] إذا لم تكن الدعوى على الغير ثبوت الحق له واقعاً، بل كانت دعواه أن ذلك الغير اعترف بأن له حقّ كذا عليه أو مال كذا بيده فهل يتوجّه اليمين إلى الخصم فيما أنكر اعترافه أو أنه لا تسمع الدعوى المزبورة إلا بقيام البيّنة باعترافه بالحق؟

قيل: لا تسمع دعوى الإقرار بدونها فإنه يعتبر في توجه اليمين على المنكر أن يدعي عليه الحق الواقعي والاقرار وأن يؤخذ به المقرّ إلا أنه لا يقتضي ثبوت الحق واقعاً، فلا تكون دعوى اعترافه اخباراً بثبوت الحق الواقعي له.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن صدق الدعوى على دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار ظاهر، حيث إنّ الخصم يؤخذ به على تقدير تصديق دعوى الاقرار وقد تقدم أنه لا يعتبر في المدعى به إلا كونه ذا أثر ولافتقر صحة الدعوى إلى الكشف، في النكاح ولاغيره[١] وربما افتقرت إلى

فيعمه قولهم (عليهم السلام) «البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(٢٩٣)، ويظهر ذلك عن القواعد والمسالك والايضاح وغيرها.

و على ذلك فإن نكل المنكر يحكم ثبوت الحق ولو بعد ردّ اليمين على مدعي اقراره سواء حلف المدعي على اعترافه أو على ثبوت الحق له واقعاً، لأنّ اعتراف خصمه طريق

(٢٩٣) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٧١: ٥.

إلى ثبوت ذلك الحق له فيكون حلفه عليه مع العلم وإن لم يعلم الحق بسببه الواقعي، كما لا يبعد عدم الزام الخصم بخصوص الحلف على عدم إقراره له بل يكفي حلفه على عدم الحق عليه أو عنده.

وهذا نظير ما يقال: إنه إذا ادعى عليه الاقتراض أو البيع منه نسبة ليثبت اشتغال ذمته يجوز له الحلف على براءة ذمته.

لا يقال: إذا كان مقتضياً أو مشترياً، ولكن قد أدى ما عليه يتعين الحلف على البراءة، ولا يجوز له الحلف على عدم الاقتراض أو الشراء.

فإنه يقال: قد ذكر في بحث حرمة الكذب الكلام في جواز الكذب والحلف كاذباً لدفع الضرر عن نفسه وماله وعرضه، فيدخل المقام في تلك الكبرى.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لا يتوقف سماع الدعوى بلزوم مطالبة الجواب عن الخصم وتوجه اليمين إليه مع انكاره على الكشف عن خصوصيات المدعى به.

وقال في الجواهر في ذيل ذلك: لا يتوقف سماع دعوى الملك على بيان سببه سواء ادعى العين أو الدين بلاخلاف، بل الاجماع على قسميه على ذلك، بل قيل أنه لا خلاف في ذلك عند العامة أيضاً، وكذا إذا كان المدعى به النكاح أو غيره من العقود بأن يتوقف سماع دعوى النكاح أو الزوجية على الكشف عن خصوصياته بأن يقول ذلك في دعوى القتل [١] لأنَّ فائته لا يستدرك.

وقع في زمان كذا و مكان كذا بعقد دائم في حضور فلان وفلان و نحو ذلك، بلاخلاف عندنا، وعن الشافعي الحاجة إلى الكشف في النكاح مطلقاً في وجهه، وفي وجه آخر يحتاج إلى الكشف فيما كان المدعى به الزوجية، أمّا إذا كان النكاح فلا يحتاج، وعن بعض أصحابه أنّ الكشف مستحب، وعن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجة إلى الكشف فيما كان المدعى به النكاح حدوثاً وأمّا إذا ادعى بقاءه فلا يفتقر إلى الكشف. وللشافعي أيضاً قول بالاحتياج إلى الكشف في غير النكاح من العقود مطلقاً، وفي وجه آخر فيما إذا كانت الدعوى متعلقة بالجارية وذلك للاحتياط في الفروج.

أقول: صدق الدعوى على الغير التي تكون البينة فيها على المدعي واليمين على المدعى عليه لا تتوقف على الكشف، والتفصيل في دعوى الملك من غير فرق بين دعوى العين أو الدين، وكذا غير الملك، إلا أنه يلزم أن تكون الدعوى متضمنة بما يطالب الآخر به أو سقوط ما كان للآخر عليه، وعلى ذلك فمجرد قول المرأة أنها زوجة فلان من غير أن تتضمن

مطالبتها بصداقها أو غيره لا يحسب أنها دعوى عن الرجل، حيث تحتل الزوجية الانقطاع، ومعه لا يكون مجرد الكشف عنها مطالبة الرجل بشيء، نعم لا يعتبر أن يكون الكشف قبل سؤال الحاكم أو إرشاده بأنّ الدعوى أن يقول انسان شيئاً يطالب خصمه به، وهذا بخلاف دعوى الرجل زوجية امرأة فان دعوها تتضمن مطالبة المرأة بحق الاستمتاع منها.

[١] ظاهر كلامه (قدس سره) أنه قد يفتقر سماع الدعوى في القتل إلى الكشف عن الخصوصيات وعلّله بأنّ فائته لا يستدرك، وأضاف عليه في الجواهر اختلاف أسبابه قيل فلا بدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ وبأنّه قتله وحده أو مع غيره بالمباشرة أو التسبيب، وحكى عن المبسوط الاتفاق على ذلك، وقال إن لم يثبت الاجماع على ذلك ولو اقتصر على قولها هذا زوجي كفى في دعوى النكاح ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية لأنّ ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية [١] ولو انكر النكاح لزمه اليمين ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول وعلى القول الآخر تردّ اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجية وكذا السياقة لو كان هو المدعى.

فلا يخلو اعتبار الكشف عن الاشكال لأنّ الاعتبار وعدم سماع الدعوى قد يوجب ذهاب دم امرئ مسلم. كما إذا نسي المدعي الخصوصية أو لم يتعرض لها لتردده فيها.

بل قد يقال: إذا أحرز القتل فيمكن احراز كونه خطأ بالأصل، ولذا قال في الدروس والمصنّف في كتاب القصاص الأقرب الاكتفاء في دعوى القتل بعدم التفصيل وكما عن الأردبيلي (قدس سره)، بل ربّما يظهر من المصنّف – رحمه الله – في المقام التأمّل في اطلاق اعتبار التفصيل، حيث عبّر بكلمة ربّما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل.

وبالجملة: لا فرق بين دعوى القتل وغيره وأنه إذا فرض عدم ترتب أثر على الكلي في غيره أيضاً لم تسمع الدعوى به وإلا سمعت.

أقول: ما ذكره (قدس سره) أخيراً لعلّه ما ذكرناه في ذيل قول الماتن (قدس سره) ولا يفتقر صحّة الدعوى إلى الكشف في النكاح.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لو قالت المرأة في مقام الدعوى أنّ هذا زوجي لكفى في السماع ولا يتوقف على شيء من حقوق الزوجية، لأنّ قولها هذا زوجي يتضمن المطالبة بتلك الحقوق، ولا يخفى أنّ هذا ما ذكرنا سابقاً من اعتبار ظهور الدعوى في مطالبة الآخر بحق أو مطالبته برفع اليد عما كان له من الحق سواء أكان هذا بالذكر في الدعوى أم بقريضة المقام، هذا في

قول الزوجة، أمّا إذا ادّعى الرجل زوجية امرأة فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتي، يكون بمجرد دعوى عليها.

.

وكيف ما كان فقد ذكر (قدس سره) كما عليه المشهور في كلامهم: أنّ الرجل إذا أنكر كونه زوجاً لهابتوجه إليه اليمين مع عدم البيّنة للمرأة كما هو الفرض، وإنّه لو حلف على عدم الزوجية سقطت دعواها ولو نكل يحكم بكونه زوجاً لها بناءً على أنّ النكول كاف في الحكم في ثبوت المدعى به. وعلى القول الآخر يرد اليمين على المرأة ويحكم بثبوت دعواها بحلفها، وكذا الكلام فيما كان الرجل مدعياً بأن قال: هذه زوجتي، وأنكرتها المرأة، فتتوجه اليمين على المرأة، فإن حلفت سقطت دعواها، وإن نكلت يحكم بثبوت الزوجية بمجرد النكول أو مع حلف الرجل بردّ اليمين عليه على القولين، وعن العلامة في التحرير: أنّه لو حلفت المرأة على الزوجية يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمة ذلك عليه وأنّها ليست بزوجته ومن حكم الحاكم بالزوجية.

أقول: يجري الاشكال فيما إذا كان الرجل مدعياً وإنّه لا يجوز للمرأة تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنه أجنبي.

وذكر في الجواهر في ذيل كون الرجل مدعياً والمرأة منكراً أنّ مع الحكم بثبوت الزوجية بمجرد نكولها أو مع اليمين المردودة على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجود التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجية، أو كانت المرأة معتقدة بوجود التمكين مع الحكم وإنّ المرأة لا تستحق شيئاً بدون الوطي لاعترافها بعدم استحقاتها بشيء من المهر بدون الوطي، وفي كشف اللثام يجب في هذا الفرض يعني كون الرجل مدعياً نفقتها عليه لحبس المرأة على الرجل، وقال: وفيه نظر؛ انتهى.

ولا يخفى أنّه لو كانت هي المدعية للزوجية وأثبتها بالنكول أو اليمين المردودة عليها يجوز لها الزام الزوج بنفقتها لكونها زوجة بزعمها وأثبتتها بالحكم والمفروض

.

تمكينها من الرجل، وهذا تمام الموضوع للزوم النفقة على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعياً لها وأثبتها بنكولها أو باليمين المردودة عليه، فإنّه لا يجوز لها الزام بنفقتها لاعترافها بأنّها لا تستحق النفقة عليه، ومجرّد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول وبين نفقتها، فإنّها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذاً باعتبارها كذلك الأمر في نفقتها ولو مع الجبر عليها بالدخول، والأمر في ميراثها من زوجها كذلك.

ثمّ إنّ الاشكال في الميراث وجواز التمكين والمطالبة بالنفقة تجري حتى فيما إذا أثبت المدعي بالزوجة بالبيّنة، كما يظهر وجهه للمتأمل.

وظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقاً ويظهر من كلام الماتن (قدس سره) أيضاً أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعي عليه فله ردّها على المدعي فإن حلف ثبتت دعواه، وإلا سقطت وإنّه إذا لم يحلف المدعي عليه ولم يردّها على المدعي يحكم بثبوت الدعوى أيضاً بالنكول أو باليمين المردودة من قبل الحاكم بلافرق بين دعوى الماليات أو الأعراض والنفوس والأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

ويستدل على ذلك بعدة روايات، منها صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) «في الرجل يدعي ولا بيّنة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له»^(٢٩٤)، ونحوها معتبرة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في الرجل يدعي عليه الحق ولا بيّنة للمدعي؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له»^(٢٩٥)، فإنّ مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالاً أو

.

غيره، وفي صحيحة هشام عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «تردّ اليمين على المدعي»^(٢٩٦). وقد ذكرنا سابقاً أنّ المراد بالحق في مثلها دعوى المال ديناً أو حتى عيناً بقريئة أمرين: أحدهما: كثرة ارادة المال من الحق عند اطلاقها، كما في جملة من الروايات الواردة في ثبوت دعوى الحق بشاهد ويمين، وما ورد في الدعوى على الميت كرواية عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمة^(٢٩٧)، ونظير مرسله أبان عن رجل عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في الرجل يدعي عليه الحق وليس لصاحب الحق بيّنة؟ قال: يستحلف المدعي عليه فإنّ أبي أن يحلف

(٢٩٤ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٢ : ١٧٦.

(٢٩٦) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

(٢٩٧) الوسائل: ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧٦.

وقال: أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فإنّ ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله»^(٢٩٨) ولا يحتاج في اثبات كون اطلاق الحق يراد به المال إلى ملاحظة السند في الروايات الدالة عليه كما يظهر وجهه للمتأمل، فإن تعارف الاستعمال لا يحتاج إلى ثبوت وثاقة الراوي.

وثانيهما: وهو العمدة ظهور بعض الروايات كمعتبرة عبيد بن زرارة في تخيير المدعى عليه بين الحلف والرد، ولا يمكن الالتزام بذلك إلا في مثل الماليات، فإن رد اليمين من المنكر لقتل العمد على مدعيه مما لا يحتمل جوازه، وكذا في موارد دعوى الزوجية المأمور كل من المتخاصمين بحفظ الفرج. وعلى ذلك فلا يبعد الالتزام باختصاص مسألة رد اليمين إلى الدعاوى المالية وفي غيرها مع ابراء المنكر عن اليمين يجبر على الاقرار أو الحلف، ومع عدم امكانه يقف القضاء، ولو قيل باطلاق رد اليمين فلا ينبغي التأمّل في عدم جواز ردّها على المدعي من المنكر العالم بالحال في الموارد المشار إليها.

ولو ادعى أنّ هذه بنت امته، لم تسمع [١] دعواه لاحتمال أن تلد في ملك غيره، ثمّ تصير له وكذا لو قال، ولدتها في ملكي لاحتمال أن تكون حرة وملكاً لغيره وكذا لا تسمع البيّنة بذلك، ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه وكذا البيّنة.

[١] ذكر أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا قال هذه بنت أمته، فإنّ القول المزبور لا يعدّ دعوى بملكيّة البنت لاحتمال كونها بنتاً لأمته ولم تكن مملوكة له، كما إذا صارت أمّها ملكاً له بعد أن تلدها في ملك غيره، وكذا لا تسمع الدعوى بأنّها ولدتها في ملكه لاحتمال كون البنت حرة، كما إذا وطئها حرّشبهة أو بالتحليل أو ملكاً لغيره ولو بالشرط في شراء أمّها أو غير ذلك.

والحاصل: سماع دعوى ملك البنت يحتاج إلى ذكر أنّ البنت ملكه، وكذا يعتبر في سماع البيّنة بملك البنت تصريح الشهود بأنّ البنت ملكه ومثل القول في بنت الأمة، القول في ثمرة النخل، ولو قال هذه مشيراً إلى ما في الخارج ثمرة نخلي لا تسمع مالم يذكر أنّها ملكي، وكذلك الأمر في الاقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بيده ثمرة نخل فلان، أو أنّ هذه البنت بنت المملوكة لفلان فلا يلزم بأنّ الثمرة أو البنت بيده ملك الغير، وهذا فيما فسّر اقراره بنحو لا ينافي كون الثمرة أو البنت ملكاً لنفسه وليس كذلك الاعتراف بأنّ الغزل بيده من قطن فلان أو الدقيق بيده من حنطة فلان، فإنّه يلزم باعترافه ويحكم بأنّ الغزل أو الدقيق لفلان، والفرق

أنّ الغزل أو الدقيق نفس القطن والحنطة قد تغيّر وصفهما بخلاف الثمرة فإنّه من النماء المنفصل وكذا بنت الأمة.

أقول: ينبغي التعرض لأُمور تتعلّق بكلامه (قدس سره) :

الأوّل: ما ذكره أنّها لا يسمع قوله فيما كذا قال مشيراً إلى البنت ولدتها أمّها في ملكي، فإنّه نقل في الجواهر عن لقطة المبسوط والتذكرة سماع الدعوى والبيّنة، بل في التذكرة دعوى الاجماع عليه، وذكر في وجه السماع ولعلّه لاصالة تبعية النماء للأصل ومثله لو قال: هذه ثمرة نخلي. وكذا لو أقرّ له من الثمرة في يده، أو بنت المملوكة،

ولكن هذا الأصل يعتمد عليه مع عدم يد الآخر على النماء حيث لا اعتبار للأصل المزبور ولا بغيره ممّا هو أقوى من هذا الأصل، وكلام الأصحاب في المقام في الدعوى على الآخر فيكون المفروض في كلامهم كون البنت بيد الآخر، ولا يقاس بباب اللقطة المزبور فيه عدم اليد لآخر أو اعترافه بأنّ ما بيده ليس ملكاً له.

أقول: انقطاع الأصل المزبور بقاعدة اليد يوجب أن يكون صاحب اليد هو المدعى عليه، ومن قال للآخر: ما بيدك من البنت ولدتها أمّها في ملكي مدّعياً، لا أن لا تسمع دعواه.

وبالجملة: لو كان لقوله في مقام الدعوى هذه البنت ولدتها أمّها في ملكي ظهور في دعوى ملكيته البنت لمالك الأم كما هو المفروض فاللزام سماع الدعوى، بل الأمر كذلك لو قال في مقام الدعوى أنّها بنت أمته وإن لم يكن هذا الظهور بأنّ لم يكن القول المزبور في ذلك المقام، كما إذا كانت البنت بيده وقال ذلك جواباً عمّن يدعي ملكية البنت يكون ظاهره الإنكار، وقد تقدّم أنّه لا يعتبر في سماع الدعوى وترتيب ما يترتب عليها إلاّ ظهور قوله في الدعوى على الغير ولو كان الظهور بقرينة المقام.

الثاني: أنّه قد قيد الماتن (قدس سره) عدم سماع الاقرار بأنّ ما بيده من الثمرة نخل فلان أو البنت بنت المملوكة لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ينافي مالكيته نفسه للثمرة والبنت، ومقتضاه أنّه إذا لم يفسّر المقرّ قوله يكون اقراراً بملكيّة الغير للثمرة أو البنت.

وعليه فيشكل الأمر بين كونهما بيد الغير وقال: أنّها ثمرة نخلي أو بنت مملوكتي فلاتسمع لأنّه لا يكون دعوى على الغير وبين كونهما بيده وقال الثمرة لنخل زيد أو البنت بنت أمة زيد فيحسب مع عدم التفسير اقراراً على نفسه، مع أنّه لو اعتبر الظهور لاعتبر في كلا المقامين وان اشترط التصريح لم يقيد عدم سماع الاقرار بصورة التفسير

لم يحكم عليه بالإقرار، لو فسره بما ينافي الملك. ولا كذا لو قال: هذا الغزل من؟ قطن فلان، أو هذا الدقيق من حنطته.

بل لا يسمع مطلقاً كعدم سماع الدعوى.

وقد تعرّض للاشكال في المسالك وذكر أنّ العلامة في القواعد والتحرير تبع المصنّف — رحمه الله — في تقييد الإقرار، وأجاب في الجواهر عن الاشكال بأنّه لا يظهر من عبارة المصنّف أو العلامة اعتبار التفسير بنحو التقييد في عدم سماع الاقرار بأنّ يعقب قوله هذه ثمرة نخلتك بقوله ولكنها ملكي بلا فصل، بحيث لو فسّره بقوله ولكنها ملكي بعد حين لم يسمع التفسير لأنّه من الانكار بعد الاقرار، بل المراد أنّه لا يحكم على القول المزبور بأنّه اقرار ولو فسّره بعد حين بما لا ينافي الملك و ليس ذلك إلّا لعدم كونه اقراراً بملك الغير في نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن (قدس سره) في الغزل والحنطة قرينة واضحة على كون مراده من التفسير غير صورة عدم التعقيب بلا فصل وإنّه لا يكون اقراراً مطلقاً.

الثالث: أنّه (قدس سره) ذكر أنّ هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطته يسمع ويلزم بالاقرار، ولكن لا بدّ من حمل ذلك على صورة عدم تعقيبه بلا فصل بما لا ينافي ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أي اشتريته منه، وكذا في الحنطة، وهذا ما ذكرنا أنّ ما ذكره في الغزل والدقيق قرينة على أنّ المراد من التفسير في الثمرة والبنت صورة عدم التعقيب.

الفصل الثاني

في التوصل إلى الحق [١]

من كانت دعواه عيناً في يد انسان، فله انتزاعها و لو قهراً، ما لم يكن فتنة، ولا يقف

[١] قد ذكر تقسيم الحق إلى العقوبة والمال، فالأول كالقصاص وحدّ القذف، وادعى أنّ الاستيفاء في الأول يحتاج إلى مراجعة القاضي والحاكم، لعظم خطره والاحتياط فيه وإنّ استيفاءه من وظيفة الحاكم على ما تقتضيه السياسة وزجر الناس.

وفي الكفاية لا أعرف في ذلك خلافاً، وفي الجواهر أنّ اطلاق السلطان على ولي الدم في قوله سبحانه: (وَمَنْ قِيلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا) (٢٩٩) وتسلّط الناس على استيفاء حقوقهم اسقاطاً واستيفاءً يقتضي عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع معلومية الحال وقرار من عليه الحق، كما يقتضي أنّ المباشر للاستيفاء من له الحق لا الحاكم.

أقول: يأتي في باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظيفة الحاكم لا فرق بين كونه من حق الناس كالقذف أو غيره لاطلاق بعض ما ورد فيه، بل يظهر من بعض الروايات أنّ حق القصاص أيضاً كذلك، فيكون المراد من سلطنة ولي الدم اتباع نظره في الاستيفاء والاسقاط، كما هو كذلك في حق القذف أيضاً، نعم قد ورد في بعض الحدود الترخيص للكلّ في اجرائها مع كونها من حدود الله سبحانه كالحد في سب النبي (صلى الله عليه وآله)

.

وسائر المعصومين (عليهم السلام)، وكذا في حد ارتداد الرجل عن فطرة، وتمام الكلام في محلّه، والكلام في المقام في الحق المالي.

فقد ذكر الماتن (قدس سره) كغيره أنّ من كانت دعواه عيناً بيد الغير مع اعتراف ذلك الغير بأنّها أو مع عدم اعترافه يجوز للمدعي أخذها منه قهراً ما لم تكن فتنة، ولا يحتاج الأخذ إلى

الاذن من الحاكم الشرعي، و ربّما قيل وإن استلزم الأخذ ضرراً على المأخوذ منه كتمزيق ثوبه وكسر القفل ونحو ذلك، بل وإن أثار فتنة بنحو لاتصل مرتبة يمكن معها دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل يترتب عليه الفساد المزبور، حتى ما إذا كان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، ولا يعتبر أن يكون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلومية، بل يكفي في عدم الجواز كونه مظنة لذلك الفساد، كما يظهر ذلك ممّا ورد في بيع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس والأموال و ربّما يشير إليه قوله سبحانه: (إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ). (٣٠٠)

أقول: إذا كان من بيده المال معترفاً بأنّ المال له أو على علم بأنّه له فلا ينبغي التأمّل في جواز الأخذ ولو قهراً عليه وإن استلزم ذلك الضرر على الممسك بالمال بلاحق لسقوط حرمة ما يتلف عليه في الأخذ المزبور، بل يجوز الأخذ بأيّ ضرر عليه فيما إذا كان ذلك للدفاع عن ماله كما إذا توقف الأخذ على ذلك.

وأما إذا لم يكن المأخوذ منه معترفاً ولا عالماً بأنّ المال بيده للغير فإنّ أمكن أخذ ماله من يد الممسك به من غير أن يستلزم التصرف في مال آخر للممسك أو ضرر ذلك على اذن الحاكم ولو كان الحقّ ديناً، و كان الغريم مقرراً باذلاً لم يستقل المدعي بانتزاعه [١] من دون الحاكم، لأنّ الغريم مخير في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء دون تعيينه، او تعيين الحاكم مع امتناعه.

بكسر قفله و نحوه ففي جواز الأخذ مع امكان المراجعة إلى الحاكم والأخذ بقضائه ولو كان جائراً اشكال، لعدم اضطراره إلى التصرف المحرم لترتفع حرمة.

نعم لا تبعد المقاصة في الفرض من ماله لاطلاق بعض الروايات الواردة كصحيحة أبي العباس البقباق «أنّ شهاباً ما راه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله (عليه السلام) فذكر له ذلك، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ وتحلف». (٣٠١) فإنّها تعم صورة كون الألف الذاهب عيناً أو ديناً، كما تعم صورة بقاء الألف وعدمه. وفي صحيحة داود ابن رزين قال: «قلت لأبي الحسن موسى (عليه السلام) أني أخالط السلطان فتكون عندي

(٣٠٠) الأنفال: ٧٣.

(٣٠١) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، ١: ٢٠٥.

الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبيعون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»^(٣٠٦) فإنها تعم صورة امكان الأخذ بماله بالقضاء وعدمه.

[١] يملك الدائن في موارد الدين المال على ذمة المدين، وانطبق ما في ذمته على المال الخارجي يتوقف على قصد الدافع بالمال المدفوع خارجاً اداء ما بذمة المدين سواء كان الدافع هو المدين أو وكيله أو وليه أو المتبرع، ويتعين المال المدفوع في الاداء بقبض الدائن مباشرة أو توكيلاً أو ولاية أو اجازة الدائن القبض الواقع فضولاً.

وبالجملة: يكون اداء الدين وتعيينه في المال الخارجي بقصد الاداء من الدافع وقبض المستحق كما ذكر، حيث إن اداء الدين من العناوين القصدية، فلا يتحقق إلا

بالقصد من الدافع والقبض من المستحق.

نعم لو قام دليل في مورد على تعيين ما على العهدة بمجرد العزل بدون قبض المستحق كتعيين زكاة الفطرة بالعزل يؤخذ به في مورد دلالاته، وربما احتل بعضهم في تعيين اداء الدين في القبض الخارجي قصد المستحق أيضاً التسلم بأن يلتفت حين القبض أن الدفع إليه بعنوان الوفاء بالدين، ومع عدم التفاته يشكل الالتزام بالوفاء، ولكن الصحيح عدم اعتبار ذلك بل الملاك في تحققه قبضه، ويشهد لذلك صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي الحسن (عليه السلام) «في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لاتمام فيدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلة ولا يعلمه أنه أخذ له مالا فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبار قصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصدق الوفاء بالدين بدونه عرفاً.

ومما ذكرنا يظهر أنه لو وقع بيد الدائن مال من المدين، ولو كان من جنس ما على عهدة المدين، وبمقداره لا يتعين الدين في ذلك المال، ولو مع قصد الدائن تملكه بعنوان الأخذ بدينه نعم لو فعل ذلك وأجاز المديون يتحقق باجازه وفاء ما عليه من الدين لجريان الفضولية في القبض أيضاً كما ذكر في محله. وعلى ذلك ففيما إذا كان اداء الدين بمال المدين فلا بد من تصديه مباشرة أو توكيلاً أو يتصدى بذلك من له ولاية عليه، كما إذا كان المدين غائباً أو ممتنعاً فإن للحاكم الولاية على الغائب والممتنع، هذا بحسب القاعدة الأولية.

ولكن وردت روايات بجواز تقاص الدائن دينه من مال المدين إذا وقع بيده، والكلام في مقدار دلالة تلك الروايات، ولا ينبغي التأمل في أنه إذا كان المدين معترفاً بالدين وبإذلاً له فلا يجوز

التقاص مما يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض في هذا
.....

الفرض عذر للمدين كالغيبية والحبس تصدى لاداء دينه الحاكم، وهذه الصورة خارجة عن
الروايات المشار إليها.

كما أنه لا ينبغي التأمل في جواز التقاص فيما إذا جحد المدين على دائه الدين، فامتنع
عن ادائه، فإن هذا الفرض مدلولها تعييناً، وفي معتبرة أبي بكر الحضرمي عن أبي
عبدالله (عليه السلام) «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه وذهب به ثم صار
بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله أيأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟
قال: نعم». (٣٠٣)

نعم تأمل بعضهم في شمولها لما إذا كان المدين معترفاً بالدين ولكن يمتنع عن ادائه ولو
بالمماثلة اللاحقة بالامتناع، أو كان جاحداً ولكن للدائن بيّنة بدينه فيمكن له استيفاء الدين
بالمحاكمة إلى الحاكم، ولكن الأظهر جواز التقاص في الصورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا
بالإضافة إلى الامتناع كصحيحة أبي البقباق المتقدمة فإنّها باطلاقها تعمّ الامتناع عن الاداء
كما لا يخفى وأمّا بالإضافة إلى صورة جحوده ولو مع البيّنة للدائن فإطلاق معتبرة أبي بكر
المتقدمة. وفي خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون له على الرجل
الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال:
نعم». (٣٠٤)

أمّا الصورة الخامسة: فهي ما إذا كان امتناع المدين عن الاداء بحق، كما إذا لم يعلم ثبوت
المال على عهده، فإنّه يقال بعدم جواز التقاص في الفرض بل يترافعان، ولكن لا يخفى أنّ
اطلاق صحيحة أبي البقباق يشمل الفرض أيضاً لصدق أنّه ذهب ألف أو
.....

غيره من ماله، كما يصدق في صورتى الجحود والامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه
لنسيانه أو اعتقاده الاداء ونحو ذلك لا يمنع عن صدق الحق.

(٣٠٣) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥: ٢٠٤.

(٣٠٤) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠: ٢٠٥.

لا يقال: لو فرض الاطلاق فيما دلّ على جواز التقاص يرفع اليد عنه بالأخبار الواردة بالمراجعة إلى من نصبه (عليه السلام) قاضياً ولو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود والامتناع عن ظلم عن مدلول تلك الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضاياهم (عليهم السلام) وخروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الواردة في التقاص، ويجتمعان في صورة الامتناع عن الاداء بحق في الماليات يرجع بعد سقوط الاطلاق من الجانبين إلى ما دلّ عدم جواز التصرف في مال الغير وتملكه بلارضا مالكة، خصوصاً إذا كان للدائن بيّنة بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأنّ الأخبار الواردة في الأمر بالمراجعة إلى من يعلم قضاياهم (عليهم السلام) في مقام بيان طريق الوصول إلى الحق وفصل الخصومة في مقابل النهي عن المراجعة والمرافعة إلى قضاة الجور، وأنّه لا يجوز الوصول إلى الحق وفصل الخصومة بالمراجعة إليهم.

أمّا إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعة إلى أولئك القضاة فلا تكون هذه الأخبار ناظرة إلى هذه الصورة، خصوصاً فيما إذا كان صاحب الحق عالماً بأنّه لا يصل إلى حقه بالمراجعة إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، والإطلاق في أخبار جواز التقاص تعيّن طريق الوصول إلى حقه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلك صدق الجحود في بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسي الاستدانة أو اعتقد الاداء كما لا يخفى.

ولو كان المدين جاحداً وللغريم بيّنة تثبت عندالحاكم، والوصول إليه ممكن، ففي جواز الأخذ تردد، اشبهه الجواز، وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط، وعليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص، ولو لم يكن له بيّنة، أو تعذر الوصول إلى الحاكم، ووجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلاً بالاستيفاء [1] نعم لو كان المال وديعة عنده، ففي جواز الاقتصاص تردد، اشبهه الكراهة، ولو كان المال من غير الجنس الموجود، جاز أخذه بالقيمة العدل، ويسقط اعتبار رضا المالك بالطاظة كمايسقط اعتبار رضاه في الجنس.

[1] يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه ولا خلاف في ذلك، إلا إذا كان ما وقع بيده من مال المدين وديعة، فإنه قد ذكر بعضهم أنّه لا يقتص من مال الوديعة، واعتمدوا في ذلك على بعض الروايات المانعة عن الاقتصاص من الوديعة كصحيحة معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: قلت له: الرّجل يكون

لي عليه حق فيجذنيه ثم يستودعني مالاً ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال: لا ، هذه الخيانة»^(٣٠٥) ونحوها غيرها. ولكن لا بدّ من حملها على الكراهة بقريئة صحيحة أبي البقباق المتقدمة المجوزة للاقتصاص من الوديعة. وأمّا إذا كان المال الواقع بيده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضاً استقلالاً، كما هو ظاهر المصنّف أيضاً.

ولكن ربّما يقال إنّه لا بدّ في جواز الاقتصاص من غير الجنس من الاستئذان من الحاكم الشرعي، حيث إنّه وليّ الجاحد والممتع، ولكن لا يخفى ضعفه لأنّ مع اذن الشارع في الاقتصاص ولو من غير الجنس، كما هو ظاهر صحيحة داود بن رزين الواردة في الاقتصاص ممّا أخذوا منه من الجارية والدابة الفارهة والإطلاق في معتبرة أبي بكر الحضرمي لا حاجة إلى الاستئذان من المالك أو الولي، وعلى ذلك لو كان ويجوز أن يتولى بيعها [١] وقبض دينه من ثمنها، دفعاً لمشقة التربص بها ولو تلف قبل البيع قال الشيخ الا ليق بمذهبنا أنّه لا يضمنها والوجه الضمان، لأنّه قبض لم يأذن فيه المالك [٢] ويتقاصن بقيمتها مع التلف.

المأخوذ أزيد في ماليته ممّا ذهب منه فاللزم إيصال الباقي الزائد من حقه إلى مالكة بأيّ وسيلة، ففي صحيحة داود بن رزين «خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»^(٣٠٦)، وفي رواية علي بن سليمان «ويسلم الباقي إليه إن شاء الله»^(٣٠٧).

[١] جواز بيع المال والتقاص من ثمنه مقتضى الاطلاق في بعض الروايات كالتي ورد في صحيحة داود بن رزين «ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»، فإنّ مقتضى تجويز أخذ المثل فيما كان المال الواقع بيده متاعاً بيعه، والأخذ من ثمنه بمقدار قيمة ما أخذ منه كالدابة أو الجارية.

[٢] إذا قبض المال من غريمه عارية أو وديعة و نحوهما ممّا لاضمان فيها، ثم بدا له في التقاص فالأظهر عدم الضمان، أخذاً بما دل على عدم الضمان فيها، والمفروض أنّ ما بداله من المقاصة ليست خيانة حيث إنّ الشارع قد أذن فيها. نعم إذا أخذه من الأوّل بقصد المقاصة من المأخوذ فيمكن أن يناقش في تحقق تلك لعناوين، بل المأخوذ يكون أشبه بالقبوض بالسوم، فإنّ رضا الشارع بالأخذ كرضا المالك بالأخذ في المأخوذ بالسوم في أنّه لا يمنع عن الضمان.

(٣٠٥) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٠٥: ١١.

(٣٠٦) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢٠٢: ٩.

بقي في المقام أمر وهو أن جواز التقاص لا يختص بالتقاص مباشرة، فيجوز أن يوكل غيره فيه، لأن فعل الوكيل يستند إلى الموكل، فيكون أخذه أخذاً منه، ولكن الوكيل لا يبد من احراز أن لموكله حقاً ليجوز له التقاص وأصالة الصحة في التوكيل تجري بعد احراز ولاية الموكل على التقاص، ولا تثبت بها ولاية الموكل، ويجوز التقاص مسألتان :

الاولى: من ادعى ما لا يبد ل احد عليه قضي له [١] ومن بابه أن يكون كيس بين جماعة، فيسألون هل هو لكم؟ فيقولون لا، ويقول واحد منهم هو لي فإنه يقضى به لمن ادعاه.

للولي أيضاً، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجده أو امتنع عن الاداء والرد، جاز التقاص لوليها، حيث إن كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالك لصغره وجنونه يقوم به وليه، ولا تبعد دعوى أن ما في صحيحة داود بن رزين من قوله «أني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها»^(٣٠٨)، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنه يجوز للحاكم الشرعي المقاصة من مال الممتنع عن اداء الحقوق الواجبة عليه والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكروا ذلك، ويستدل عليه مضافاً إلى أن سماع دعوى بلا معارض بسيرة العقلاء، وبصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قلت: عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هولي، فلمن هو؟ قال: للذي ادعاه»^(٣٠٩).

وربما يناقش فيها بأن الكيس المزبور فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنه ليس لهم من دعوى ذي اليد، والمفروض في المسألة ما إذا لم يكن بالمال يد، و يناقش أيضاً بأن ظاهرها دعوى الملكية بعد الانكار، حيث إن ظاهر فقالوا كلهم لا وقال: واحد منهم هو لي أن دعواه كانت بعد النفي، ولكن لا يخفى أن مجرد الجلوس في مكان يقع مال في وسطهم مع كونه اتفاقاً كما يتفق مثله الثانية: لو انكسرت سفينة في البحر، فما اخرج البحر، فهو لاهله، وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه [١] وبه رواية في سندها ضعف.

(٣٠٨) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٠٢.

(٣٠٩) الوسائل: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١: ٢٠٠.

كثيراً لا يتحقق اليد والاستيلاء بالمال، فالحكم بكونه لمدعية في الفرض ظاهره سماع دعوى الملكية مع عدم المعارض لها، ويترتب على ذلك أنه لو ادعاه بعد ذلك شخص آخر يحسب ذلك الشخص مدعياً، ومن أخذه بدعواه سابقاً يكون منكراً.

وذكر في دفع المناقشة الثانية: أن الدعوى وإن كانت بعد الإنكار إلا أنه تجري أصالة الصحة في كل من النفي السابق والدعوى اللاحقة بكون النفي قبل التذكر والدعوى بعده نظير ما إذا أنكر الرجل زوجية امرأة ثم أقرّ بها، فإنّ الحاكم لا يمنع الرجل عن التمكين بالمرأة أخذاً بانكاره الزوجية أولاً.

أقول: دعوى أن ظاهر الصحيحة دعوى الملكية بعد الإنكار لا يمكن المساعدة عليها، بل ظاهر أن قوله واحد استثناء عما ذكر قبل ذلك من قول كلهم: لا، وهذا النحو من الاستثناء تعبير متعارف في الاستعمالات العرفية.

وأما مسألة تمكين الرجل من المرأة المدعية للزوجية باقراره بها ولو بعد انكاره فهو لثبوت الزوجية التي ادعتها المرأة، فيترتب عليها آثارها، ومنها جواز تمكين نفسه منها فيلغى انكاره السابق نظير ما إذا ادعى عليه آخر بأنه قد باع داره منه بكذا فأنكر بيع الدار ثم أقرّ به، فإنه لا معنى لأن يقال يجب عليه بعد اقراره بالبيع تسليم داره من مدعي الشراء ولكن لا يجوز له الزام المشتري بتسليم الثمن، لأنّ انكاره السابق اقرار بعدم استحقاقه الثمن.

[١] لو انكسرت سفينة في البحر وغرقت مع متاعها أو سقط متاعها في البحر فما أخرج البحر من متاعها فهو لمالكة وما يخرج بالغوص فهو لمن أخرجها، وظاهر الماتن الافتاء به كجملة من الأصحاب مع ضعف الرواية الدالة عليه عنده.

.....

ولكن في المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد ابن يحيى عن أبي عبدالله عن منصور بن عباس عن الحسن بن علي بن يقطين عن أمية بن عمر عن الشعيري «قال: سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن سفينة انكسرت في البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجها، وأمّا ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحقّ به». (٣١٠)

وهذه الرواية ضعيفاً سنداً، لأنَّ أبا عبد الله الراوي عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازي الجاموراني، وقد ضعّفه القميون باستثنائه من رجال نوادر الحكمة، ومنصور بن عباس أيضاً ضعيف، كما هو ظاهر النجاشي، وأمّية بن عمرو واقفي لم تثبت وثاقته. وقد نوقش في دلالتها أيضاً لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينة، فيكون مدلولها أنّ ما أخرج البحر أو الغوص فهو لأصحاب السفينة، والتفصيل بالاضافة إلى سبب الخروج فقط و أنّه قد يكون البحر وقد يكون الغوص، ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ التفصيل في سبب الخروج من غير دخله في الحكم كالتفصيل في زمان الخروج بين كونه ليلاً أو نهاراً. ومما ذكر يظهر الحال في رواية أخرى، وهي ما رواه الكليني عن عليّ بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «قال: وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم»^(٣١١)، وسندها لا بأس به،

.

ولا يبعد اتحاد الروایتين والاختلاف في سند الشيخ (قدس سره) والكليني إلى إسماعيل بن أبي زياد السكوني الشعيري.

نعم ربّما يستظهر من قوله (عليه السلام): «وتركه صاحبه» أنّ الوجه في تملك ما يخرج بالغوص اعراض مالكة، فيكون نظير مفاد صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنّما هي مثل الشيء المباح»^(٣١٢).

(٣١١) الوسائل: ١٧، الباب ١١ من أبواب اللقطة، الحديث ٢: ٣٦٢.

(٣١٢) المصدر نفسه: ١٨، الباب ١٣ من أبواب اللقطة، الحديث ٢: ٣٦٤.

المقصد الأول

في الاختلاف في دعوى الاملاك

وفيه مسائل:

الاولى: لو تنازعا عيناً في يدهما، ولا بينة قُضى بها بينهما نصفين [١] وقيل يحلف كل منهما لصاحبه.

[١] لو كانت عين بيد اثنين وادعى كل منهما بلا بينة أنّ تمامها له فيحكم بأنّ لكل منهما نصفه. وهل يحتاج الحكم بذلك إلى حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر أو لا يحتاج؟ ظاهر الماتن (قدس سره) عدم الحاجة، كما هو المحكي عن الخلاف والغنية والكافي، بل في الأوّل دعوى الاجماع عليه، والمنسوب إلى المشهور توقف الحكم على حلف كل منهما، ولو حلف أحدهما دون الآخر يقضي للحالف بكلّ العين.

واستظهر عدم الحاجة من المرسل المروي عن النبي (صلى الله عليه وآله): «أنّ رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبي (صلى الله عليه وآله) بينهما». (٣١٣)

ووجه الاستظهار لم يقيد الحكم في مقام الحكاية الجعل بعد حلفهما، ولو قيل بعدم احراز أنّ الحكاية في مقام بيان نحو القضاء ليؤخذ باطلاقها فلا أقل من اشعارها بعدم الحاجة. وفيه: أنّ دعوى الاجماع في المقام غير تامة، فضلاً عن كونه تعدياً، والمرسل

لضعف سنده وعدم الجابر له غير قابل للاعتماد عليه، ومقتضى قولهم (عليهم السلام): «البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه» (٣١٤)، اعتبار حلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، فإنّ كلاً منهما بالاضافة إلى العين ذو اليد على حد سواء فاليد من كل منهما على نصفها المشاع، فيحسب بالاضافة إلى نصفها منكرأ وبالاضافة إلى نصفها الآخر مدعيأ، ومع عدم البينة كما

(٣١٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٥٥.

(٣١٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٧١.

هو الفرض تصل النوبة إلى حلف المنكر، ليتم ملاك القضاء، ولأنه قد ورد اعتبار الحلف في فرض اقامة كل منهما البينة على دعواه فالفرض أولى منه في الحاجة إلى الحلف.

ويتفرع على ذلك أنه إذا حلف أحدهما وامتنع الآخر عن الحلف أن يقضى بتمام العين للحالف، وهل الحكم بأنّها للحالف يحتاج إلى حلفه الآخر على أن تمام العين له، حيث إنّ حلفه الأوّل يسقط دعوى الآخر بالاضافة إلى ما بيده، واثبات دعواه بأنّ تمام العين له يحتاج إلى اليمين المردودة من خصمه أو من الحاكم أو يفصل بين نكول الثاني فيحتاج الأوّل إلى الحلف ثانياً على أنّ العين له، وبين نكول الأوّل فإنّ الحلف من الثاني بأنّ تمام العين له يكون معنوياً بالحلف على نفي دعوى الغير واليمين المردودة ولو من الحاكم على دعواه فالأظهر التفصيل ولذا يقرع بينهما في الاستحلاف لو تشاحا فيمن يبدء الحلف.

ولو امتنعا عن اليمين يحكم أيضاً بأنّ العين لهما بالمناصفة، وربما يصير ذلك منشأ الوهم في كون الحكم بأنّ العين لهما بالمناصفة لا يحتاج إلى الحلف من كل منهما، فإنه مقتضى يدهما على العين حتى مع نكولهما، ويدفع الوهم بأنّ الحكم بكونها بينهما بمقتضى يدهما ليس قضاءً، بخلاف صورة حلفهما أو نكولهما فإنه قضاء

فلا يفيد أحدهما الظفر بالبينة بدعواه بعد ذلك.

وذكر في الجواهر في عدم الحاجة إلى الحلف وجهاً آخر، وهو أنّ المقام لا يدخل في كبرى البينة على المدعي واليمين على المنكر، وذلك فإنّ يد كلّ منهما على تمام العين لعدم تصور يد كل منهما على نصفها مشاعاً لإلّا يكون يدهما بتمامها، ومع يد كل منهما على تمام العين لا يكون منهما المدعي والمدعى عليه لتساوي كل منهما مع الآخر، وكما أنّ دعوى واحد بملكية العين يوجب الحكم بكونها له كذلك فيما كانت اليد ملغاة كما في المقام. وحيث لا يمكن العمل في جميع المال بدعوى كل منهما يعمل بها في نصف المال بلا حاجة إلى اليمين، لأنه ليس في البين المدعى عليه ليتوجه إليه اليمين. نعم كون يد كل منهما على العين يوجب كون كل واحد منهما المدعى عليه بالاضافة إلى دعوى شخص ثالث لا يد له بالعين.

وبالجملة: معلومية التباين بين المدعي والمدعى عليه مع كون يد كل منهما في الفرض على تمام العين توجب أن لا يكون المقام من صغريات الكبرى الواردة في الروايات (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، كما لا يكون من موارد التحالف، حيث إنّ مورد

التحالف ما إذا كان أحدهما مدعياً بالاضافة إلى شيء والمدعى عليه بالاضافة إلى شيء آخر والآخر بالعكس، وفي المقام المدعى به أمر واحد وهو ملكيته تمام العين التي بيد كل منهما. أقول: لا يخفى ما فيه، فإن يد كل منهما على تمام العين وان كان أمراً صحيحاً إلا أن اليد من كل منهما على تمامها ليست استقلالية، بل ضمنية في ضمن يدهما فتحسب في هذه الموارد اليد الاستقلالية مع عدم تعيين السهم بحسب عدد الأيدي، فلو كانوا ثلاثاً ولو كانت يد احدهما عليها قضى بها للمتشبث، مع يمينه ان التمسها الخصم[١]

فتكون اليد الاستقلالية لكل منهم بثلاث المال، وهكذا فيكون كل من المتعدد بالاضافة إلى ما يحسب عليه بيده استقلالاً المدعى عليه، وبالاضافة إلى ما للأخر مدعياً كما تقدم.

ويلزم على ما ذكره (قدس سره) أن يحكم بتمام العين لأحدهما فيما إذا كانت دعواه ملكية تمام العين وقال الآخر لا أدري واقع الحال ونصف العين لي ظاهراً بحسب يدي على العين مثل يدك عليها كما إذا كانت العين بيد شخصين فماتاً معاً ولكل منهما وارث وضعا يدهما عليه وادعى احدهما على الآخر أن تمام العين كانت لمورثه والوجه في اللزوم عدم المعارض لدعواه والغاء يد كل منهما بالاضافة إلى دعوى الآخر.

وذكر (قدس سره) أنه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: إن الحلف ليس لكون منهما منكرًا يتوجه إليه اليمين بالاضافة إلى دعوى الآخر بل لتقديم أحد السببين للملك على السبب الآخر كما في تقديم احدى البيئتين على الأخرى، فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بتمام العين له لتقديم احدهما بخلاف حلفهما أو تركهما الحلف وليس الحلف من يمين الانكار ليجوز عليها ردّها إلى المدعي مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أن تمام العين له ونكل الآخر يحكم بأن تمامها للحالف بلا حاجة إلى ردّ اليمين عليه ثانياً.

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال، لأن الترجيح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه وليس في البين ما يدل على كون الحلف مرجحاً لاحدى الدعويين أو لأحدى البيدين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

[١] والوجه في ذلك أن من بيده المال بمقتضى موافقة قوله اليد يحسب منكرًا والآخر مدعياً، فيحلف المتشبث مع استحلافه وتسقط به دعوى الآخر، وإذا نكل وقلنا بالحكم بمجرد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المدعي وحلف ثبتت دعواه، وإلا سقطت على ما تقدم. ولو كانت يدهما خارجة [١] فإن صدق من هي يده احدهما أحلف وقضى له.

[١] ولو كانت العين بيد ثالث، وكانت يد كل منهما خارجة عن العين بالمرّة فإن اعترف من بيده المال لاحدهما المعين بأنّ العين له صار المقرّ له منكرًا والآخر مدعيًا، وإذا حلف المقرّ له على نفي كونها للمدعي سقطت دعواه ويحكم بأنّ العين له دون الآخر قضاءً. وقد يناقش في توجه اليمين إلى المقرّ له بأنّه ليس هو المدعي عليه في دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقر له ابتداءً متوجهة إلى من كانت العين بيده فاللزام أن يتوجه اليمين إليه غاية الأمر للمدعي الآخر أن يتوجه دعوى جديدة على المقرّ له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما في استيناف الدعوى على من أخذ العين ممن كانت بيده باليمين المردودة مثلاً أو بشاهد ويمين.

وبالجملة: أنّ للمدعي الآخر احلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أنّ له احلاف المقرّ له بتجديد الدعوى عليه وأجيب عن المناقشة بأنّ الدعوى تتبع العين فالدعوى وان كانت متوجهة في الابتداء إلى من كانت العين بيده إلا أنّ بعد صيرورتها للمقرّ له تنصرف إليه، فلاتكون للمدعي الآخر دعوى بالاضافة إلى المعترف الذي كانت بيده.

وأورد في الجواهر على الجواب بأنّ الكلام في المقام في المدعي عليه وأنّه من كانت العين بيده أو لا أو المقرّ له وليس الكلام في المدعي به، يعني دعوى العين ليقال أنّها كانت بيد المقر وصارت بيد المقر بعد الانتزاع، وعلى ذلك فقبل تصديق من كانت العين بيده قبل اعترافه للمقر له فله اليمين على المعترف، لا لأخذ العين التي صارت لغيره باعترافه، بل لفائدة الغرم مع نكوله لاتلافه العين عليه باعترافه.

أقول: كانت الدعوى الأولى على من كانت العين بيده دعوى العين، وقد
.....

انصرفت تلك الدعوى إلى المقر له باعتراف ذي اليد ودعوى الاتلاف بالاقرار لغاية الغرم دعوى أخرى يأتي الكلام فيها وليست عين الدعوى السابقة.

ثمّ قال (قدس سره): بناءً على انصراف الدعوى إلى المقرّ به يكون للمدعي الآخر احلاف كل من المقرّ له ومن كانت العين بيده، ولكن احلاف المقرّ له لسقوط دعوى العين عليه واحلاف من كانت العين بيده لدعوى الغرم لا لسقوط دعوى العين عليه لانصرافها على الفرض إلى المقرّ له، ويتفرّع على ذلك أنّه لو حلف المقرّ له يحكم بأنّ العين له من غير حاجة في هذا الحكم إلى حلف من كانت بيده وإنّما يكون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، ولكن في القواعد

أنه لو كانت العين بيد ثالث حكم بها لمن يصدقه بعد اليمين منهما وظاهره توقف الحكم بأنّ العين للمقرّ له و سقوط دعوى الآخر على كلا الحلفين، ولكن يحتمل أن تكون كلمة منهما في عبارة القواعد متعلّقة بقوله يصدّقه يعني لو كانت العين بيد ثالث حكم لمن يصدقه الثالث من المدعيين بعد اليمين، أي يمين المقرّ له فيكون مطابقاً لعبارة المصنف، ولكن في كشف اللثام أنّ من كانت بيده المال يحلف على المدعي الآخر، فيما إذا ادعى عليه المدعي الآخر أنّك كنت عالماً بالحال عند اقرارك وكننت تعلم بأنّ العين لي لا للمقر له.

أقول: المدعى عليه من يكون قوله موافقاً للحجة المعتبرة على ما تقدم والمدعي من يكون قوله على خلاف تلك الحجة ومن الظاهر أنّه بعد اقرار ذي اليد لاحدهما المعين يكون قوله هذا العين لي مطابقاً للحجة المعتبرة يعني الاقرار المعتبرة، فيكون قول الآخر مخالفاً له فيكون في دعوي العين المقر له منكرًا والآخر مدعيًا، ويخرج ذو اليد السابق عن أطراف هذه الدعوى، وإنما يكون ذواليد المدعى عليه بالاضافة إلى دعوى الاتلاف عليه باقراره العين للمقر له وهذه الدعوى لا مورد لها إلاّ بعد سماع وإن قال هي لهما قضى بها بينهما نصفين، واحلف كل منهما لصاحبه [1] ولو

الاقرار وسقوط دعوى ملك العين على المقرّ له فتكون دعوى أخرى غير الدعوى السابق قبل الاقرار.

وهل لهذه الدعوى يعني دعوى الاتلاف على المقرّ مجال مع ثبوت أنّ العين كانت للمقر له ولم تكن للمدعي الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفي دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت أنّ العين لم تكن له لأن تتلف عليه.

نعم للمدعي الآخر دعوى الخيانة على المقر في اقراره نظير دعوى الخيانة على المقر وليست الخيانة إلاّ دعوى العلم على المقر وأنّه كان يعلم بأنّ المال ليس للمقر له وأنّها كانت له وهذا ما ذكره كاشف اللثام، ويظهر من كلمات الأصحاب أيضاً والله العالم.

[1] ولو قال من بيده العين أنّها لهما قضى أنّ العين بينهما بالمناصفة بعد حلف كل منهما لصاحبه بأنّ العين ليست له فإنّ الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما وادعى كل منهما ملكية تمام العين، والعجب من الماتن (قدس سره) أنّه حكم بكون العين لهما بالمناصفة من غير حاجة إلى الحلف منهما، وظاهره في المقام الحاجة إلى الحلف منهما.

وقد ظهر ممّا ذكرنا سابقاً أنّ الحكم بكون العين بينهما بالمناصفة بلا يمين ليس حكماً قضائياً بالاضافة إلى دعوى كل منهما بأنّ تمام العين له الحكم القضائي يتوقف على حلفهما،

وعليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأنّ العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الاثبات فيما كان الناكل هو الثاني بعد حلف الأوّل على النفي، ولا يبعد عدم الحاجة إلى التكرار لو كان الناكل هو الأوّل، حيث إنّ حلف الثاني بأنّ تمام العين له حلف على نفي دعوى الأوّل في نصفه وحلف على ثبوت دعواه بالاضافة إلى دعواه في نصفهما الآخر.

.

وفي كشف اللثام أنّه بعد الحكم بأنّ تمام العين لأحدهما لحلفه ونكول الآخر فإن ادعى الحالف على الثالث الذي كانت العين بيده علمه عنده اقراره بأنّ تمام العين له و نكل الثالث عن الحلف على نفي علمه غرم للحالف نصف العين فيكون للحالف تمام العين. ويدل نصفها. وأورد على ذلك في الجواهر بأنّه بعد انتزاع الحالف تمام العين لا موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنّه لا يستحقّ أزيد من تمام العين، اللهم إلا أن يقال انتزاع نصف العين من الناكل باليمين المردودة كانتزاعه من يده بالمعاوضة، وكما أنّ الانتزاع بالمعاوضة لا يمنع عن دعوى العلم على الثالث كذلك انتزاعها باليمين المردودة ولكن هذا التتظير ضعيف، لأنّ الانتزاع من المدعي لها باليمين المردودة غير الانتزاع منه بالمعاوضة في أنّ الثاني لا ينافي دعوى الغرامة على الثالث.

ومن ذلك أنّه لو ادعى أحدهما على من بيده العين بأنّ تمامها له، ولكن اعترف ذواليد بأنّها له ولزيد وادعي المدعي على من كانت بيده العين علمه بأنّ تمام العين له ونكل ذواليد عن الحلف على نفي علمه وحلف المدعي فإنّه يأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذي اعترف به لزيد قبل ذلك، وإذا ادعى بعد ذلك على زيد بأنّ تمام العين له فنكل زيد وحلف المدعي فإنّه ينتزع العين فتكون تمامها له، فيلزم على ما ذكر ارجاع الغرم إلى الثالث لوصول حقه إليه بتمامه لأنّ حقه ليس بأزيد من العين بتمامها.

أقول: الأظهر أنّه إذا ادعى على الثالث علمه بكون تمام العين له ومع ذلك أقرّ بأنّها له ولزيد وفرض أنّ الثالث نكل عن الحلف على نفي علمه وحلف هو على علمه وأخذ منه بدل نصفها تقع المبادلة القهرية بين البديل المزبور ونصف العين فلا تسمع دعواه بعد ذلك على زيد بأنّ تمام العين له، كما أنّه إذا ادعى على زيد بتمام العين وأخذ دفعهما اقرت في يده [١].

منها تمامها ولو باليمين المردودة لاتسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصول تمام حقه إليه على ما تقدم.

[١] دفع الثالث المتداعيين تارة بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفي ملكية نفسه فلا ينبغي التأمّل في الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالاضافة إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما وأقرت العين بيده.

ولو نكل عن الحلف لهما ففي الجواهر يكون الفرض كما لا يد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفة، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنه لو حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ مع نكول المدعيين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكية العين ويحكم بأنّ العين للثالث الذي بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتصنيف فيما إذا حلفا أيضاً مشكلاً فإنّ كلاً منهما قد أثبت باليمين المردودة بعد نكول الثالث أنّه ما لك لتنام العين، فيحكم بالعين للحالف أولاً وببده للحالف ثانياً، نظير ما أقرّ بتمامها للأول ثمّ أقرّ بها للثاني، وقد تقدم أنّه مع تشاحهما في الحلف أولاً يقرع بينهما وإن قال من بيده العين أنّها ليست لي أو لا أعرف مالکها أو أنّها لأحد كما فلا ينبغي التأمّل في عدم كون الثالث منكراً ليتوجه إليه اليمين، كما أنّه لا يكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكية مال لا يد عليه ولا معارض لها لمعارضة دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعدة العدل والانصاف فيحكم بتصنيفها أو إلى القرعة أو يفصل فيرجع إلى القاعدة فيما إذا قال ليس لي أو لا أعرف مالکها ويرجع إلى القرعة فيما لو أجاب بأنّها لأحدكما؟ لا يبعد الرجوع إلى القرعة في الأخير لإخراج الحق المجهول منهما وفي الأولين إلى قاعدة العدل لكون دعوى كل منهما مملكة للمال لولا الثانية: يتحقق التعارض في الشهادة، مع تحقق التضاد [١] مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ويشهد آخران أنّ ذلك الحق بعينه لعمرو أو يشهدان بأنّه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوة، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت، ومهما امكن التوفيق بين الشهادتين، وفق فإنّ تحقق التعارض، فإنّ أن يكون العين في يدهما أو يد أحدهما أو في يد ثالث.

المعارضة، بل ربّما يقال بالتصنيف حتي في فرض الإقرار لاحدهما من غير تعيين، ويستظهر ذلك من معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام) «في رجل أقرّ عنه موته لفلان وفلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات في تلك الحال فقال علي (عليه السلام) أيّهما أقام

البينة فله المال وإن لم يقد واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها ومورد الكلام في المقام في الحكم.

[١] لا ينبغي التأمل في أنّ التعارض بين البيئتين يكون بالتنافي والتضاد بين مدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مدلول كل منهما ملازماً لانتفاء مدلول الأخر، والملاك في المدلول ظهور كل منهما، وما يقال مع التوفيق بينهما ويؤخذ بهما غير صحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفي بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينة عرفية فإنّ الإعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلك فبيما شهدت بيئة بأنّ العين الخارجية لفلان وشهدت الأخرى أنّها لشخص آخر ففي ذلك صور:

الأولى: أن تكون العين المزبورة بيدهما، الثانية: أن تكون بيد أحدهما، الثالثة: أن تكون بيد ثالث، والرابعة: أن لا تكون يد عليها أصلاً.
أمّا الصورة الأولى: فقد ذكر الماتن (قدس سره) فيها أنّه يقضى بها لهما بالمناصفة، وعلل ذلك بأنّ لكل منهما يد بالاضافة إلى نصف العين على ماتقدم فتعتبر بيئة كل منهما
.

بالاضافة إلى نصف الأخر، فيكون كل منهما مالاً لما بيد الآخر بقيام البينة ونتيجة ذلك هو الحكم بالمناصفة قضاءً بالبيئة.

أقول: ينبغي الكلام في هذه الصورة في جهتين:

الأولى: أنّ مقتضى القواعد الأولية في القضاء ما ذكره الماتن (قدس سره) أم لا.

الثانية: هل في المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلك القواعد أم لا؟

أمّا الجهة الأولى: فالظاهر عدم اعتبار شيء من البيئتين، فإنّه قد تقدم أنّ مع كون العين بيدهما يكون كل منهما بالاضافة إلى دعوى الأخر منكرًا في نصف العين ومدعيًا بالاضافة إلى نصفها الأخر، ومن الظاهر أنّ بيئة المدعي تكون معتبرة، ولا تصل النوبة معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاة بالمعارض، فإنّ قوله — صلوات الله عليه وآله — «البيئة على المدعي واليمين على المنكر» و «أقضي بينكم بالبيئات والأيمان»، ظاهره البيئة التي تكون بيئة مع قطع النظر عن القضاء، ولما ذكرنا لا يمكن المساعدة على ما ذكر في المتن من أنّه أقام كل واحد على ما بيد الأخر بيئة فيقضى لكل بما بيد الأخر.

وبتعبير آخر: بينة المنكر وإن لم تكن مدركاً للقضاء إلا أنها تمنع عن اعتبار بينة المدعي مع المعارضة، فيكون الفرض كما إذا لم يكن في البين بينة فيحكم بتصنيف العين بينهما بمقتضى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، ولكن هذا الحكم ليس بنحو القضاء وفصل الخصومة، بل فصلها يتوقف على الحلف فإن حلفا فهي لهما بالمناصفة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فيحكم بأن العين للحالف.

ودعوى أن بينة كل منهما معتبرة بالاضافة إلى ما بيده من النصف، لأن اليد عليه مرجحة لها فلا يمكن المساعدة عليها لاحتياج ترجيح كل منهما بالاضافة إلى ما بيده من النصف على البينة الأخرى ولو في بعض مدلولها إلى قيام الدليل، والأصل في تعارض الأمارات هو سقوطها.

.....

وأما الجهة الثانية ففي معتبرة اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله (عليه السلام) «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده فأحلفهما علي (عليه السلام) فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البينة؟ فقال: أحلفهما فأبىهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين – الحديث»^(٣١٥)، والرواية كما أشرنا معتبرة، فإن غياث بن كلوب وإن كان من العامة إلا أنه يظهر من الشيخ (قدس سره) في العدة توثيقه، والحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشي في مدحه، ومضمونها مطابق لما تقدم من أن حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعدة ولو كان في الروايات الآتية ما يخالف المعتبرة بالإطلاق فيرفع اليد عن إطلاقها بماورد في صدر المعتبرة، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجة إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لا يقال: ماتقدم من عدم الاعتبار ببينة المدعي مع تعارضها ببينة المنكر ينافيه رواية منصور «قال: قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاهما فأقام البينة العدول أنها ولدت عنده لم يهب ولم يبع وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع؟ فقال أبو عبدالله (عليه السلام): حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بينة لأن

اللّه عزّوجل امر أن يطلب البيّنة من المدعي فإن كانت له بيّنة وإلاّ فيمين الذي هو في يده هكذا أمر اللّه عزّوجلّ». (٣١٦)

أقول: الرواية ضعيفة سنداً، فإنّ محمد بن حفص الراوي عن منصور بن حازم ففي الأوّل يقضى بها بينهما نصفين، لأنّ يد كل واحد على النصف، وقد أقام الآخر بيّنة، فيقضى له بما في يد غريمه.

وفي الثاني يقضى بها للخارج دون المتشبه [١] إن شهدتا لهما بالملك المطلق وفيه قول آخر ذكر في الخلاف بعيد ولو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد لقضاء على (عليه السلام) في الدابة وقيل يقضى للخارج لأنّه لا بيّنة على ذي اليد كما لا يمين على المدعي عملاً بقوله (صلى الله عليه وآله) «واليمين على من انكر» والتفصيل قاطع للشركة وهو اولى.

مجهول، ولا يمكن أن يكون وكيل الناحية، كما قيل، مع أنّها معارضة بما في ذيل معتبرة اسحاق من قوله «قيل فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة؟ قال: أقضى بها للحالف الذي هي في يده» وعلى ذلك فيؤخذ بمقتضى ذيل المعتبرة، بل على تقدير المعارضة يؤخذ بالقاعدة التي أشرنا إليها.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لو كانت العين في يد أحدهما، وأقام كل منهما البيّنة بالملك المطلق له بأن شهدت كل من البيّنتين بأنّ العين ملك من غير ذكر سببه يقضى بأنّ العين ملك لمن لم تكن العين في يده، وكذلك فيما إذا شهدت كل من البيّنتين بالسبب. واستدل على ذلك أنّ من في يده العين منكر لموافقة قوله اليد على العين بخلاف الآخر فإنّه يحسب مدّعياً، لأنّه يدعي خلاف يد غريمه، ومقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «البيّنة للمدعي واليمين على من أنكر» أنه لا اعتبار في مفروض الكلام لبيّنة المنكر، كما أنه لا تصل النوبة إلى حلفه لأنّ المدعي قد أقام البيّنة بما ادّعاه، ومقتضى التفصيل بين المدعي والمنكر بطلب البيّنة من الأوّل والحلف من الثاني أنّه لا اعتبار ببيّنة المنكر و لا بحلف المدعي. و ربّما يحكي عن الشيخ (قدس سره) بتقديم بيّنة الداخل لكون بيّنته أقوى لتعاضدها باليد، ولمعتبرة غياث بن إبراهيم في فرض ذكر السبب فإنّه روى غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه رجلان في دابة

.

وكلاهما أقاما البينة أنه انتجها، ففضى بها للذي في يده وقال: لولم تكن في يده جعلتها نصفين بينهما». (٣١٧)

أقول: قد ظهر مما تقدم عدم صحة استدلال الماتن (قدس سره) وأنه لا اعتبار في الفرض لبينة المدعي، حيث إن البينة المبتلاة بالمعارض لا تكون بينة يقضى بها، والتفصيل بين المدعي والمدعى عليه، يقطع الشركة في مدرك القضاء، ولا يدل على عدم اسقاط بينة المنكر المدعي عن الاعتبار، وعلى ذلك فالمتعين العمل بما تقدم وروده في ذيل موثقة اسحاق بن عمّار من أنه يحكم بالعين لذي اليد مع حلفه، ويرفع اليد عن اطلاق معتبرة غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجة إلى حلف ذي اليد، ولا خصوصية لذكر السبب للملك، بل ظاهر المعتبرة أن ذكر السبب لبيان أن المشهود به في كل من البينتين الملك فعلاً لا في السابق.

وأما ما عن الماتن (قدس سره) من أنه ترجح بينة المتشبهت فيما إذا شهدت بالسبب ولم تشهد بينة الخارج إلا بالملك المطلق فلا يمكن المساعدة عليه، فإن مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينة المتشبهت ولو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البينة على المدعي واليمين على من أنكر بناءً على ما ذكره قبل ذلك، والترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم وروده في خطاب شرعي معتبر بلا موجب.

وقد يناقش فيما تقدم من أنه يحكم للمتازعين بالمناصفة في العين مع كونها بيدهما ويحكم بها للمتشبهت مع حلفه على نفي دعوى الآخر في فرض اقامة كل منهما البينة الحكمين مخالفان لما يستفاد من صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله عن أبي

.

عبدالله (عليه السلام) قال: «كان علي (عليه السلام) إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهما على أيهما تصير اليمين وكان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع أيّهم كان له الحق فأدّاه إليه ثم يجعل الحق للذي يصير إليه اليمين إذا حلف». (٣١٨)

وما يستفاد من موثقة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «أنّ رجلين اختصما إلى علي (عليه السلام) في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده وأقام كل واحد منهما بيّنة

(٣١٧) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٨٢.

(٣١٨) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥: ١٨٣.

سواء في العدد فأقرع بينهما سهمين على كل واحد منهما بعلامة ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع و ربّ الأرضين السبع وربّ العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها فأسألك أن يقرع وتخرج سهمه أحدهما ففضى له بها»^(٣١٩)، وفي صحيحة الحلبي قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»^(٣٢٠)، والحلف ممّن أخرجته القرعة وإن لم يذكر في الموثقة، ولكن يحمل على الصحيحتين جمعاً.

وبالجملة: فمقتضى هذه الروايات أنّ مع تساوي البيئتين يقرع للحالف، سواء أكان العين في أيديهما أم في يد واحد منهما أم لم يكن في أيديهما أصلاً، فتكون المعارضة بينها وبين معتبرة اسحاق بن عمّار المتقدمة الدالة على توجّه اليمين على كل من المتداعيين فيما إذا أقاما بينة سواء أكان المال في أيديهما أم لم يكن، وأنّه إذا كانت العين بيد واحد منهما يحلف من تكون العين بيده.

.

ولا يمكن حمل المعتبرة على صورة اختلاف البيئتين في الوصف والعدد، وحمل الصحيحتين والموثقة على صورة تساويهما، حيث إنّ اختلاف البيئتين يناسب التقديم لا توجّه اليمين إلى كل منهما مع أنّه لم يعهد الفتوى بذلك التفصيل من أصحابنا.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشة بوجهين:

الأوّل: أنّه لم يفرض في صحيحتي عبدالرحمان بن أبي عبد الله والحلبي اختلاف المتخاصمين في ملكية العين والموثقة وان كانت واردة في الاختلاف في ملكيتها إلاّ أنّها حكاية واقعة خاصة، ولعلّ علي (عليه السلام) طلب فيهما تراضيهما بالقرعة فأقرع، ويؤيد ذلك أنّه حكم في العين بمجرد خروج السهم بالملكيّة، وعلى ذلك فتحمل الصحيحتين على غير المخاصمة في ملكية العين برفع اليد عن اطلاقهما، فإنّ معتبرة اسحاق بن عمّار المتقدمة واردة في خصوص التنازع في ملكيتهما.

الوجه الثاني: ولعلّه الأظهر أنّ معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدم، ظاهرها بيان حكم صورتين: إحداهما: أن تكون العين بيد أحدهما واقامتها البينة على ملكيتها، وقد حكم فيها الإمام (عليه السلام) بتقديم من كانت يده على العين.

وثانيتها: ما إذا كانت العين بيدهما معاً وفي هذه الصورة حكم (عليه السلام) بأنّ المال نصفين، حيث ورد فيها فقضى بها للذي في يده، وقال لو لم تكن في يده جعلت بينهما نصفين، وظاهر هذا الكلام أنّه لو لم تكن بيده خاصة بأن تكون في أيدهما ولو كان المراد صورة عدم اليد عليهما أصلاً لعبر (عليه السلام) ولو لم تكن في أيديهما.

ويؤيد ذلك المروي عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «أنّه قضى في البيئتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينة كل أماً لو شهدت للمتشبث بالسبب، وللخارج بالملك المطلق، فإنّه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر كالنتاج ونساجة الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع والصياغة، وقيل بل يقضى للخارج، وإن شهدت بينته بالملك المطلق، عملاً بالخبر والأول أشبه.

واحد منهما وليس في أيديهما، فأما ما كان في أيديهما فهو بينهما نصفان وإن كان في يدي أحدهما فإنّما البينة فيه للمدعي واليمين على المدعى عليه»^(٣٢١) والتأييد راجع إلى خروج صورتين كون المال في أيديهما أو في يدي واحد عن الأخبار المتقدمة الظاهرة باطلاقها في اعتبار القرعة في فرض اقامتها البينة سواء أكان المال بيد واحد أم بيدها أم لم تكن يد. لهما عليه.

وبالجملة: يؤخذ في صورتين كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبرة غياث بن إبراهيم وما ورد في صدر معتبرة اسحاق بن عمار وما ورد في ذيلها، فيقتد بها اطلاق الروايات الواردة في القرعة بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بينة بملكية العين، والوجه في التقييد كون معتبرة غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال في أيديهما أصلاً وعدم شمول المعتبرة لهذا الفرض، وبما أنّ صدر معتبرة اسحاق بن عمار و ذيلها مساوق لمعتبرة غياث فيلحقان بها.

ولو فرض أنّ معتبرة غياث أيضاً تشمل ما إذا لم تكن العين في أيديهما بدعوى أنّ قوله (عليه السلام) ولو لم تكن في يده عام يشمل ما إذا كان في أيديهما وما إذا لم يكن في أيديهما أصلاً لوقعت المعارضة بين الطائفتين، الطائفة الأولى معتبرتا اسحاق بن عمار وغياث، والثانية الروايات الواردة في اعتبار القرعة، وبعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعدة الأولية

(٣٢١) المستدرک: ٣ : الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، ص ١٩٩.

ومقتضاها كما تقدم اعتبار التحالف بلا فرق بين اختلاف واعتبار حلف ولو كانت في يد ثالث قُضى بأرجح البيئتين [١] عدالةً. فإن تساويا قُضى لأكثرهما شهوداً و مع التساوي عدداً وعدالةً يقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف وقضى له، ولو امتنع أحلف الآخر وقضى له وإن نكلا قُضى به بينهما بالسوية وقال في المبسوط يقضى بالقرعة، إن شهدتا بالملك المطلق ويقسم بينهما إن شهدتا بالملك المقيد، ولو اختصت إحداها بالتقييد قُضى بها دون الأخرى، والاول أنسب بالمنقول.

من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البيئتين وعدمه.

[١] لو كانت العين بيد ثالث وادعى كل منهما ملكيتها وأقاما بينة بدعواهما فإن اعترف ذواليد بها لأحد هما يكون المعترف له هو المنكر والآخر هو المدعي، وبما أن بينة المدعي فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له على نفي دعوى غريمه كما إذا تقدم في فرض كونها بيده، وأمّا إذا أقرّ لهما معاً يكون الفرض كما إذا كانت العين في أيديهما وأقاما كل منهما البينة بأنّ العين له فيحكم بالمنصفة لهما مع حلفهما أو نكولهما وللحالف إذا نكل الآخر على ما تقدم.

وإن قال الثالث الذي بيده العين: أنها ليست لي ولكن لا أدري لمن هي فتلغى يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادّعى مالا لا يد فيه لأحدهما هي الصورة الرابعة من الصور المتقدمة. وقد ورد في معتبرة اسحاق بن عمّار المتقدمة «فقبل له فلو لم تكن في يد واحد منهما و أقاما البينة؟ فقال: أحلفهما فأيتها حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين»^(٣٢٢)، فيؤخذ بها بناءً على عدم المعارضة بين الطائفتين بتقييد اطلاق الطائفة الدالة على الاقراع بغير التنازع في ملكية العين. بل يحكم بالمنصفة أيضاً في صورة نكولهما بناءً على أنّ ما ورد في معتبرة غياث بن إبراهيم من قوله (عليه السلام): «ولو لم تكن في يده جعلتها نصفين»^(٣٢٣)، يعمّ صورة عدم ويتحقّق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين [١] ولا يتحقّق بين شاهدين

كون العين بيد المتنازعين ونكولهما عن الحلف، ولكن على تقدير الالتزام بالمعارضة وعدم العموم والاطلاق بالاضافة إلى صورة نكولهما حتى في معتبرة غياث بن إبراهيم تدخل صورتان في فرض ما إذا ادّعى عيناً ليست لها يد ولا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعدة العدل (٣٢٢ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣ و ٢: ١٨٢.

الجارية في سيرة العقلاء في مثل المقام أو يقرع بينهما أخذاً بما ورد في القرعة «بأنها تخرج سهم المحق وأي قضية أعدل من القرعة إذا فوّضوا أمرهم إلى الله عزّوجلّ». (٣٢٤)
وبالجملة: ما ذكره الماتن (قدس سره) من الترجيح بين البيئتين لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

بقي في المقام أمر، وهو أنه إذا لم تكن العين التي تنازعا فيها في أيديهما ولا بيد واحد منهما ولكن أقام أحدهما البيئته بملكيتها له فإنه لا ينبغي التأمّل في الحكم بمقتضى البيئته. ولكن قد يتبادر إلى الذهن أنّ الحكم المزبور ليس حاكماً قضائياً لأنّ الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقة قوله بأنّ المال لي للحجة لابنفسه ولابلازمه من نفي ملكية صاحب البيئته؛ لأنّ أصالة عدم ملكية صاحب البيئته لولاها لم تثبت أنه المالك والحكم على طبق البيئته إنّما يكون قضاءً فيما إذا كان الآخر المدعى عليه في الواقعة، ولذا ذكرنا أنه لو لم تكن العين بيدهما ولا يد واحد منهما وادّعى ولم تكن أيضاً بيئته لهما ولا لأحدهما يؤخذ بمقتضى قاعدة العدل أو بالإقراع والأخذ بالقاعدة أو الإقراع في الملكية قضاءً حتى لا تسمع الدعوى بعد ذلك إذا ظفر أحدهما بالبيئته على قوله.

[١] المشهور بين الأصحاب جريان التعارض بين البيئتين وما يتبعه فيما إذا شهد رجلان عدلان بالعين لو احد وشهد عدل وامرأتان بها للآخر بناءً على اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في دعوى العين أيضاً وعدم اختصاص اعتبارها بالدين. ولكن وشاهد ويمين، وربّما قال الشيخ نادراً يتعارضان ويقرع بينهما، ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضي بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

لا تجري فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين وللآخر شهادة رجل مع يمينه أو شهادة امرأتين مع يمينه، بل لو كان الأمر كذلك تؤخذ بمقتضى البيئته على ضوء ما تقدم.
والوجه في ذلك أنّ ظاهر الروايات المتقدمة في تعارض البيئتين صورة تعدد الشاهد لكل من المتنازعين، فلا تعمّ ما إذا كانت لأحدهما بيئته وللآخر شاهد ويمين، وكذا ما إذا كانت لأحدهما شهادة رجلين وامرأتين وللآخر شهادة امرأتين واليمين لارتكاز أنّ المرأتين في حكم رجل واحد في الشهادة. وقد تقدم الأشكال في اعتبار شهادة امرأتين مع رجل في الشهادة بالعين، وعليه يشكل جريان التعارض السابق فيما إذا كان لأحدهما شهادة رجلين وللآخر شهادة رجل وامرأتين، ولكن استظهرنا اعتبار شهادة رجل واحد مع يمين المدعى أو شهادة امرأتين مع يمينه في موارد العين أيضاً، ولا ينافي التفكيك بين شهادة المرأتين مع الرجل وبين (٣٢٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٣: ١٩٠.

شهادة الرجل مع يمين المدعي في موارد الشهادة بملكية العين معتبرة داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) حيث ورد فيها «فقلت أنى ذكر الله تعالى قوله: (فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ) (٣٢٥) فقال ذلك في الدين إذا لم يكن فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي إذا لم يكن امرأتان». وذلك فإن غايتها عدم دلالتها على اعتبار شهادة رجل ويمين المدعي في غير الدين، ولا ينافي التعميم بحسب دلالة سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالاتها على الطولية في الاعتبار فلا يكون اعتبار مع البينة بشيء بشهادة رجل واحد ويمين المدعي الآخر بخلافه و لازم ذلك أن تقدم شهادة رجلين فيما إذا تعارض مع شهادة رجل وامرأتين. وكل موضع قضينا فيه بالقسمة فاتماً هو في موضع يمكن فرضها كالأموال [١] دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجة.

ولكن التفريع غير صحيح، وذلك فإن الطولية المستفادة منها بمعنى عدم وجدان المدعي بالدين شهادة رجلين، وأمّا عدم الاعتبار بشهادة رجل وامرأتين فيما إذا وجد المدعي الآخر رجلين للشهادة فلا دلالة للمعتبرة على ذلك أصلاً.

فالعمدة في وجه عدم معارضة بينة أحد المدعيين في العين مع شهادة رجل للمدعي الآخر مع يمينه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلى صورة تعدد الشاهد لكل من المتنازعين في العين.

[١] ذكر أن كل موضع يقضى فيه بالقسمة والتحالف أو النكول أو بغيرهما إنما هو في مورد قابل للقسمة، أمّا ما لا يمكن فيه القسمة كما إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأقام شاهدين بها وادعى آخر زوجيتها أيضاً وأقام شاهدين بها فلا يدخل فيما تقدم. أقول: كان أولى ابدال فرض القسمة بفرض الشركة، ولعل مراده من القسمة الأعم من قسمة العين والقيمة.

وقد يقال في التنازع في زوجية المرأة أن مع نكولهما يخلّى سبيلها واستشكل بعضهم بما إذا علم أنها زوجة لأحدهما بل مع عدم العلم أيضاً، فإنّ البيّنات وإن تساقطتا بالإضافة إلى مدلوليهما المطابقين إلا أنّهما تنفيان بالالتزام كونه خلية أو زوجة لثالث. وقد يقال بأنّها اعترفت لأحدهما بعينه يحكم بأنّها زوجة له أخذاً باعترافهما وإن لم تعترف لأحدهما يقرع بينهما، ولا يحتاج من خرج بالقرعة إلى الحلف، حيث إنّ القرعة لتعيين الزوج لها لا من يصير إليه الحلف، وفي رواية داود ابن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبي

عبدالله (عليه السلام): «في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن

.....

هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخران فشهدا أنها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بها»^(٣٢٦)، وظهرها عدم الحاجة إلى اليمين بعد القرعة.

أقول: إنها لضعفها سنداً غير قابلة للاعتماد عليها ومقتضى بعض الروايات المعتبرة في مثل دعوى الزوجية الإقراع بين المتنازعين مع اعتبار ضم اليمين، وفي صحيحة الحلبي المتقدمة «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأبهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»^(٣٢٧)، وفي صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله المتقدمة «كان علي (عليه السلام) إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين - الحديث»^(٣٢٨)، بناءً على ماتقدم من عدم اختصاصها بدعوى الحق المدعى ظهوره في المال وظاهر التقييد في حكايته (عليه السلام) الإقراع بصورة تساوي البينتين في العدد أن مع عدم تساويهما نرجح ما هو أكثر شهوداً، ولكن بما أن لادلاله لها على الحكم بمجرد الترجيح فالمتيقن ضم اليمين، فيختص الإقراع بصورة تساوي البينتين كما هو ظاهر الفرض في صحيحة الحلبي.

ولا دليل في المقام أن مع نكول من رجحت بينته أو أخرجتها القرعة يرد اليمين على المدعي الآخر ومع نكوله أيضاً يقرع مرة ثانية ليعين الزوج كما هو المذكور في كلام بعض الأصحاب، لأن ما ورد في حلف الآخر ورد اليمين في موردين، أحدهما التنازع في العين في ملكيتها، والثاني رد اليمين من المنكر إذا ردّها على المدعي هو أو والشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث، [١] مثل أن تشهد إحدهما بالملك في الحال، والأخرى بقديمه، أو احدهما بالقديم والأخرى بالاقدم، فالترجيح لجانب الاقدم وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد لأنها محتملة وكذا الشهادة بسبب الملك أولى بالشهادة بالتصرف.

(٣٢٦ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٨ و ١١: ١٨٥.

(٣٢٨) المصدر نفسه: الحديث ١٨٣: ٥.

الحاكم والمفروض في المقام من الحلف هو حلف المدعي الذي تثبت دعواه بالبينة بضم اليمين أو بالقرعة بضمها.

وعلى ذلك فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعة ثبتت الزوجية، وإلا يحكم بأنها خلية فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما إجمالاً، كما هو مقتضى الأصل، وما ذكر من دلالة البينتين التزاماً فقد ذكرنا في بحث الأصول أنه لا مجال للدلالة الالتزامية مع سقوط المدلول المطابقي عن الاعتبار بالمعارضة في البيئات وغيرها من الإمارات.

ومما ذكرنا يظهر أنها لو اعترف بزوجيتها لأحد المدعين معيناً ثبتت الزوجية بينهما باعترافهما، يعني باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، وعلى ذلك فيكون طرف المدعي الآخر كل من المعترفين، فأيهما حلف على نفي دعواه لسقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضة سقطت دعواه.

[١] ذكر (قدس سره) لترجيح احدى البينتين المتعارضتين على الأخرى مرجحات:

الأول: أن تشهد احدى البينتين بالملك لأحد المتنازعين فعلاً، والأخرى بقدوم الملك للمتنازع الآخر.

الثاني: أن تشهد احدهما بقدوم الملك لأحدهما والأخرى بالملك الأقدم للآخر ويسمى كلا الفرضين بالترجيح بالتاريخ، وعلل الترجيح في بعض الكلمات بأن البينتين تتعارضان في الملك في الحال في الفرض الأول وفي الحال، والقديم

في الفرض الثاني ولكن الملك بالاضافة إلى الماضي في الأول والأقدم في الثاني بلامعارض لاختصاص احدى البينتين به، فيستصحب ذلك الملك.

وربما يستدل على ذلك بما ورد في رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام): «كان أيضاً — اي علي (عليه السلام) إذا اختصم إليه الخصمان في جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها وزعم الآخر أنه أنتجها فكانا إذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذي انتجت عنده» (٣٢٩)

أقول: أما الرواية فلضعفها سنداً واحتمال اختصاص الحكم في التنازع في الجارية لا يمكن أن تكون سنداً للترجيح بالتاريخ، والصحيح لو كانت شهادة احدهما بالملك السابق فقط، كمايوهم ظاهر المتن ولكن من أقامها كان نزاعه مع الآخر في الملك في الحال فلا تفيده البينة بملك القديم، بل يحكم بثبوت دعوى المدعي الآخر بملك الحال ببينته به من غير فرق بين كون

العين بيد صاحب البينة بملك القديم أو بيد شخص ثالث، نعم إذا كانت العين بيدهما أو بيد صاحب البينة بملك الحال فعليه أن يحلف لصاحب البينة بملك القديم، لأنه يحسب منكرًا إذا كان المال بيده بالإضافة إلى دعوى الآخر في تمام المال أو بالإضافة إلى ما بيده من النصف، وقد تقدم أن بينة المنكر لا تغني عن الحلف، أمّا إذا كانت بينة الملك القديم تشهد باستمرار الملك له من قديم الزمان إلى الحال، ولعلّه مراد الماتن (قدس سره) ففي الفرض البيّتان متعارضتان وبما أنّ لكل من المتنازعين بينة فتدخل الخصومة فيما وردت في معتبرة اسحاق بن عمّار ومعتبرة غياث بن إبراهيم، فيؤخذ بهما على ما تقدم، وإن نوقش في ذلك بأنّ المفروض في المعتبرتين وغيرهما عدم اختلاف البيّتين من حيث تاريخ المشهود به،
.....

والمفروض في المقام اختلافهما فلا يعمل في الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا في عين ولم يكن لأحدهما بيّنة بدعوى أنه بعد تساقط البيّتين كما هو فرض عدم الدليل على الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، وذلك فإنّه لا بأس في الفرض بالأخذ بصحيفة عبدالرحمان والحلي والحكم بالإقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهادة احدى البيّتين بالإضافة إلى الملك الماضي بلا معارض، فيؤخذ به و يستصحب ونتيجة ذلك نتيجة تقديم البينة الشاهدة بملك القديم. مضافاً إلى أنه لا مجال لدعوى ثبوت الملكية في الماضي لعدم التعارض بالإضافة إليها، والوجه في عدم المجال أنّ الملكية في الماضي مدلول بيّنة مبتلاة بالمعارض، وليس الملكية السابقة مدلولاً مع قطع النظر عن الملكية الحاليّة لتحلّ البيّنة القائمة بملك القديم إلى بيّنتين احدهما مبتلاة بالمعارض دون الأخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول احدى البيّتين ملك العين لأحدهما و مدلول الأخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بيّنة الملك بدعوى أنّ اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعارية والوكالة وغيرهما.

ولا يخفى أنّ بيّنة الملك وإن يؤخذ بها، ولكن الأخذ ليس لترجيحها على البيّنة الأخرى، فإنّ بيّنة اليد لاتزيد على العلم الوجداني بأنّ العين بيد من يدعى الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بيّنة اليد أو بيّنة التصرف، حيث إنّ التصرف مرجعه إلى اليد منكرًا وصاحب بيّنة الملك مدعيًا بالتعارض بين البيّتين، بل التعارض بين قولي المتنازعين.

والحاصل: انّ لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمة الظاهرة في فرض
الثالثة: لو ادعى شيئاً، فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة [١]

التعارض بين البينتين، فيؤخذ فيه بقاعدة البينة للمدعي بعد صيرورة الآخر منكراً ببينة اليد أو
التصرف.

ونظير ذلك ما إذا شهدت احدى البينتين بسبب الملك لأحدهما و الأخرى بالتصرف من
الآخر، حيث إنّ التصرف عبارة أخرى عن كون العين بيد ذلك الآخر.

[١] لو كانت العين بيد واحد وادعاها آخرا بأن قال كل منهما أنّها لي واعترف ذو اليد
بها لأحدهما المعين فلا ينبغي التأمل في نفوذ اقراره على نفسه، وملكية غير المقر له غير
محزنة، ليقال أنّ الاقرار هو على الغير أيضاً بل عدم الملكية للغير محرز بالأصل، فيحكم
بأنّ العين للمقر له فتتوجه دعوى غير المقر له بملكية تلك العين إلى المقر له.

وهل لهذا المدعي أن يقول فليحلف ذو اليد على أنه لم يكن عالماً بأنّ العين لي.

وبتعبير آخر: هل تسمع دعوى العلم على المقر؟ ذكر الماتن (قدس سره) تسمع لأنّه إذا لم
يحلف ذو اليد وردّ اليمين هو أو الحاكم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمة العين؛
لأنّه حال بين العين ومالكها بالاقرار للآخر وذكره الحيلولة ظاهره سماع دعوى العين حتى
مع بقاء العين بيد المقر له.

وذكر في المسالك بعد تقييد السماع بصورة تلف العين أنّ السماع مبني على أنّ اعتراف ذي
اليد بأنّه يعلم بأنّ العين كانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم القيمة، أمّا إذا بنى على أنّ اقراره
بذلك لا يوجب الغرم، كما عليه الشيخ في احد قوليه، فسماع دعوى العلم مبني على أنّ اليمين
المردودة من ذي اليد المقر لاحدهما بالعين بمنزلة البينة، أمّا إذا قيل بأنّ اليمين المردودة
كإقراره فلا تسمع لعدم الفائدة في الدعوى المزبورة على تقدير كونها كالاقرار؛ لأنّه لو اعترف
المقرّ بأنّه كان يعلم لا يوجب هذا الاقرار غراماً،
حاضراً كان المقر له او غائباً فإن قال المدعي احلفوه انه لا يعلم أنّها لي، توجهت اليمين،
لأنّ فائدتها الغرم لو امتنع لا القضاء بالعين لو نكل او ردّ وقال الشيخ: لا يحلف ولا يغرم لو نكل
والأقرب أنّه يغرم، لأنّه حال بين المالك وماله، باقراره لغيره ولو أنكر المقر له حفظها

فكيف ما هو بمنزلته، يعني اليمين المردودة بخلاف ما إذا قلنا بأن اليمين المردودة كالبينة فإنه تسمع دعوى العلم؛ لأنه إذا قامت البينة بعد اعترافه بالعين للمقر له مع تلف العين بأنه كان يعلم بأنها للمدعي الآخر أخذ البديل على ما هو المقرر في باب تعاقب الأيدي على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردودة مثل قيام تلك البينة.

وناقش في الجواهر بعد الإغماض عن تقييد السماع بصورة تلف العين بأنه لو قيل بأن اليمين المردودة كالبينة القائمة بالدعوى فلا تسمع دعوى العلم، فإن البينة التي يوجب قيامها ضمان المقر هي البينة القائمة بأن العين كانت للمدعي الآخر، كما هو المعروف في باب الإقرار، لا البينة القائمة بأن ذا اليد كان يعتقد عند اقراره لأحد المدعين أن مالك العين هو المدعي الآخر واليمين المردودة بمنزلة البينة على الدعوى المزبور كونها دعوى العلم على المقر لدعوى أن العين كان له، فإن هذه الدعوى تتوجه إلى المقر له كما تقدم.

أقول: قد تقدم أنه لامجال لدعوى العلم على المقر فيما إذا أخذ المدعي الآخر العين من المقر له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنه قد وصل إليه ما كان مالكا لها من نفس العين أو بدلها، وإذا لم يأخذ من المقر له ولو بتركه الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقر، حيث إن دعوى العلم عليه يعد من دعوى الاتلاف وادخاله في الخسارة لنفوذ اقرار ذي اليد، ولا يفرق أيضاً في سماع هذه الدعوى بين بقاء العين وعدمه، والله سبحانه هو العالم.

الحاكم، [1] لأنها خرجت عن ملك المقر ولم تدخل في ملك المقر له، ولو اقام المدعي

[1] ولو أنكر المقر له كون العين له يسمع انكاره؛ لأنه اعتراف على نفسه، وعلى الحاكم أن يحفظ العين حتى يحرز مالكةا، ولو أقام مدعيها بينة أو شاهداً وحلف معه على أن العين له يحكم بأنها له، وإلا تبقى بيد الحاكم، فيعمل فيها بوظيفة المال المجهول مالكة. واحتمل العلامة في القواعد دفعها إلى من يدعيها ولو لم تكن له بينة أو شاهد بلا حاجة إلى يمينه؛ لأن دعواه من دعوى ملكية عين بلا معارض ولا يخفى ما فيه فإن دعوى ملكية المال تسمع فيما لم يكن بيد من يكون وظيفته إيصاله إلى مالكة، كما هو المقرر في باب اللقطة والمال المجهول مالكة.

والمحكي في الجواهر عن بعض العامة أنه لو نفى المقر له كون المال له يقال للمقر أنك نفيت المال عن كونه لك، وقد ردّه المقر له أو نفى كونه له، فإن لم تقر به لمعروف بحيث تتصرف الخصومة إليه أو لم تدعيه لنفسك جعلناك ناكلاً، وإذا حلف المدعي استحق المال.

ولا يخفى أنّ الذي يردّ مع نكوله اليمين على المدعي هو من يتوجه إليه اليمين ويمتنع عن الحلف، ومع اعتراف المقرّ بأنّه ليس المال له يدخل المال في المجهول مالكة، ولا يتوجه إليه يمين.

والمحكي عن العلامة في التحرير أنّ العين تترك في يد المقرّ حتى تقوم الحجّة بأنّها لغيره؛ لأنّ اقراره بأنّ المال لغيره قد بطل بانكار المقرّ له، وفيه أيضاً أنّ اقرار المقرّ بأنّ المال ليس له لم يبطل وإنّما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذي عينه. ثمّ إنّ لو رجع المقرّ له عن انكاره وصدّق المقرّ بأنّ العين له، فعن التذكرة أنّ المقرّ له يأخذ المال لزوال حكم انكاره بتصديقه ثانياً وبقي اقرار المقرّ بلا معارض. ولا يخفى ما فيه أيضاً، فإنّه لا دليل على سماع تصديقه بعد انكاره فإنّ انكاره اعتراف بيّنة قضى له واما لو اقرّ المدعي عليه بها لمجهول، لم تندفع الخصومة وألزم البيان [١].

على نفسه بخلاف تصديقه، نظير ما إذا رجع ذو اليد المقرّ عن اقراره بأنّ المال لغيري فقال بل المال لي.

والمتحصل يأخذ الحاكم العين المزبورة ويعمل فيها بالوظيفة في المال المجهول مالكة. أقول: الوجه في أخذ الحاكم العين مع أنّ المال المجهول مالكة إذا كان بيد انسان لا يؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذي اليد بأنّه لفلان مع انكار ذلك الفلان كونه له يعدّ من عدوان ذي اليد في ذلك المال، فيؤخذ منه ولولم يكن منه اقرار ومن المقرّ له انكار لم يؤخذ منه لحمل يده في المال على الصحة.

[١] لو اقرّ من بيده العين بأنّها ليست له بل للغير ولكن لم يعين ذلك الغير ذكر الماتن (قدس سره) أنّه لا تندفع الخصومة عنه، بل يلزم بالبيان.

أقول: يكفي في دفع الخصومة عنه اعترافه بأنّ العين للغير غاية الأمر لو كان قوله أنّها للغير بحيث خرج المدعي من اطراف الاحتمال كما إذا قال إنّها ليست لي ولا لك بل للغير تتوجه الدعوى إلى المالك الغائب، فإن كانت للمدعي بيّنة أو شاهد وحلف معه يأخذ العين ويحكم بأنّها له مع أخذ الكفيل كما في الدعوى على الغائب، ولو لم يكن له شاهد ويمين يترك العين بيد المقرّ فيما لو احتمل الصحة في يده عليها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ يده على العين عادية فإنّ الحاكم يأخذها كما مرّ.

والحاصل: أنّ الدعوى في الفرض تتصرف عمّن في يده العين إلا أنّ يدعي عليه بأنّه يعلم بأنّها للمدعي.

أمّا إذا كان قوله وليست لي العين بحيث لم يخرج المدعي عن أطراف الاحتمال كما لو قال: لأدري لمن هو لك أو لغيرك، فإن كان للمدعي بينة أو شاهد وحلف معه الرابعة: إذا ادّعى أنه أجره الدابة، و ادّعى آخر أنه اودعه اياها تحقق التعارض [1] مع قيام البينتين بالدعويين، وعمل بالقرعة مع تساوى البينتين في عدم الترجيح.

أخذها ولا يحتاج في الدفع إليه في الفرض إلى الكفالة لعدم احراز كون دعواه على الغائب، كما في دفع اللقطة والمجهول المالك إلى من أقام الحجّة بأنّه المالك، وما ذكر الماتن (قدس سره) من أنه لو أقرّ من بيده المال للغير من غير تعيين يلزم بالبيان، فلا أرى له وجهاً صحيحاً بعد ما ذكرنا اندفاع الخصومة عنه بالاقرار المزبور والدعوى عليه بأنّه يعلم أنّ مالکها هو المدعي دعوى أخرى غير دعوى ملكية المال عليه على ما تقدم.

[1] ظاهر كلامه (قدس سره) أنه فيما لو قال أحد المتنازعين في العين التي بيد زيد أجرتها منه، وقال الآخر: أودعتها عنده، يكون غرض كل منهما من دعوى الاجارة والوديعة ملكية العين له لا لذي اليد و لا للمدعي الآخر، فمع تساوي البينتين يقرع بين المتنازعين على ماتقدم، وإلا يحلف من تكون بينته أرجح.

وفي الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعة يحلف ويحكم بأنّ العين له، ومع عدم حلفه يحلف الآخر، ومع نكولهما أيضاً يقتسمان. وعلى ذلك يكون المفروض في المقام من صغريات دعوى الاملاك، لا الاختلاف في العقود.

أقول: هذا فيما إذا كان ظاهر كل من البينتين هو الشهادة بالمالك للمشهود له بالتصرف، وإلا فمجرد الشهادة بتصرف لا توجب تحقق التعارض بين البينتين في الملك، ليدخل المفروض في المقام فيما ورد في معتبرتي اسحاق بن عمّار وغيث ابن إبراهيم، أو ما دلّ على الإقراع في تعارض البينتين مطلقاً، حيث إنّ ظاهرها تعارض البيّنة في المدعي به.

ثمّ إنّ قد ذكرنا أنّ المفروض في المقام لا يدخل في الاختلاف في العقود نظير ما إذا كانت عين بيد زيد وادّعى أنه استأجرها من عمرو وقال عمرو لا بل هي عارية، فإنّ هذا الاختلاف من الاختلاف في العقود ويقدم قول المالك ولو مع البيّنة لكل منهما،

.

لأنّ من بيده العين معترف بأنّها ليست له، بل أنه يملك منفعتها من المالك يعني عمرو، والمالك ينكره، وبما أنّ بينة المدعي مبتلاة بالمعارض فيحلف المالك على نفي الإجارة، كما

أنه لو انعكس الأمر وادعى المالك أنه استأجرها سنة وقال من بيده العين أنه أودعهما عنده يحلف ذواليد؛ لأن المالك يدعى عليه الأجرة، والأصل عدم وقوع الاجارة. وما يقال أنه يقدم قول المالك لأن الأصل في الأموال ضمان المنافع والأعيان بضمان معاملي أم بغيره ويستفاد ذلك من الروايات المتفرقة والسيرة لا يمكن المساعدة عليه؛ فإن الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالك في الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، والمفروض في المقام اذن المالك في وضع اليد، والأصل عدم ثبوت الاجارة.

هذا كله بحسب القاعدة الأولية، ويمكن أن يدعي مع قيام البينة لقول كل من المالك ومن بيده العين يدخل الفرض في مدلول صحيحة عبدالرحمان المتقدمة الدالة على أن مع تساوي البينتين في الوصف والعدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعة، ونحوها صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في شاهدين شهدا على أمر واحد، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه واختلفوا قال يقرع بينهم فأبهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء»^(٣٣٠)، وصحيحة الحلبي المتقدمة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأبهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق»^(٣٣١)، ومع اختلاف البينتين في العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

الخامسة: لو ادعى داراً في يد انسان واقام بينة أنها كانت في يده امس، او منذ شهر قيل لا يسمع هذه البينة [١] وكذا لو شهدت له بالملك امس، لأن ظاهر اليد الآن الملك،

وبالجملة: لا يختص ما تقدم في تعارض البينتين بدعوى الاملاك بل يجري ما دل على الترجيح بالعدد والاقراع مع التساوي في موارد الاختلاف في العقود ولكنها موهومة، فإن ظاهر ما ورد في الترجيح أو الاقراع ما إذا كان التنازع في أمر يتردد أمره بين شخصين أو أكثر.

[١] لو كانت داراً في يد زيد وادعاها عمرو وأقام بينة فشهدت بأن الدار كانت بيد عمرو قبل شهر أو أنها كانت لعمرو قبل شهرين من غير أن تشهد بملكيتها له فعلاً فقد يقال كما هو ظاهر الماتن (قدس سره) أنه تسمع هذه البينة، حيث يثبت بها ملك عمرو سابقاً، ويستصحب هذا

الملك، فيثبت أنها ملك عمرو فعلاً فتكون البينة مع الاستصحاب المزبور مثبتة لملكها لعمرو فتؤخذ الدار من زيد وتعطى لعمرو.

أقول: لا تسمع البينة المزبورة حتى إذا شهدت بأن الدار كانت لعمرو قبل شهر والوجه. في ذلك أن القضاء بكون الدار لأيّ منهما لا بد أن يستند إلى بينة المدعي، ومع عدمها تصل النوبة إلى يمين المدعى عليه بعد تمييز المدعى عليه عن المدعي.

ونقول في تمييز المدعى عليه في المقام أن البينة بأن الدار كانت لعمرو قبل شهر لا تثبت الملك لعمرو فعلاً ولا تجعل عمرواً لمدعى عليه، لأنه شهدت بالسابق ولا يستصحب الملك السابق في مقابل اليد الفعلية لزيد لحكومة قاعدة اليد على الاستصحاب، كما هو المقرر في محلّه، ومقتضى اليد الحالية لزيد أن الدار ملك له فعلاً، فيكون عمرو مدعياً، وبما أنه لا بينة له بملكية الدار فعلاً تصل النوبة إلى احلاف ذي اليد، ومع حلفه تسقط دعوى عمرو.

هذا فيما إذا لم يعترف زيد بأن الدار اشتراها من عمرو و إلاّ تنقلب الدعوى فيصير فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال، ولعلّ الأقرب القبول وأما لو شهدت بينة المدعي أن صاحب اليد غضبها أو استأجرها منه حكم بها لأنها شهدت بالملك، وسبب يد الثاني ولو قال غضبني أيها وقال آخر بل اقر لي بها، واقام بينة قضى للمغصوب منه [1] ولم يضمن

عمرو المدعى عليه وزيد هو المدعي، وذلك فإنه لا اعتبار باليد فيما كان صاحبها معترفاً بأن المال انتقل إليه من مدعيه، ويكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملك القديم بعد سقوط اعتبار اليد، وقول عمرو مطابق لذلك الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

ونظير ذلك ما لو شهدت البينة بأن زيداً اعترف بأن العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإن ثبوت اعترافه بالبينة يوجب سقوط يده الحالية على العين عن الاعتبار، وهذا هو الفارق بين شهادة البينة بأن الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهادة سقوط اليد الحالية عن الاعتبار، وبين البينة باعتراف زيد بأن الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

ونظير البينة باعتراف زيد الشهادة بأن يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار في الدار، فإنه يستصحب بقاء الدار على ملك عمرو، ولا يكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعلية، بل اليد المحرزة حالها سابقاً غير معتبرة في الملكية الفعلية فيما إذا كان المالك سابقاً منكراً لانتقالها أو مطلقاً على ما ذكر في محلّه.

[1] ذكر (قدس سره) أنه لو كانت العين بيد شخص، وادعى عمرو عليه بأنه قد غضبها منه وأن يده فيها يد غضب، وادعى زيد أن العين له، حيث إن ذا اليد اعترف بأنها له، وأقام كل من

عمرو وزيد بينة، عمرو بالغصب منه وزيد بالاقرار له، أنه يحكم بأن العين لعمرو و لا يخسر ذو اليد لزيد البديل حيث إن ما تقدم من أن المقرّ يغرم للمقرّ له البديل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد المتنازعين باقراره أيضاً، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ المقرّ لأنّ الحيلولة لم تحصل باقراره بل بالبينة.

بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، ولكن دفع العين إلى عمرو في مفروض الماتن (قدس سره) بالبينة التي شهدت بأنّ العين مغصوبة من عمرو فلا يكون اقرار ذي اليد بعد ذلك بأنّها لزيد اقراراً باتلاف العين له، كما في صورة الاقرار بعد الاقرار.

المقصد الثاني

في الاختلافات في العقود

إذا اتفقا على استئجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا في الأجرة واقام كلّ منهما بيّنة بما قدره، فإن تقدّم تاريخ أحدهما عمل به [١] لأنّ الثاني يكون باطلاً وإن كان التاريخ واحداً، تحقّق التعارض إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين و حينئذ يقرع

[١] قد تقدم أنّ مع فرض التعارض بين البيئتين لا يكون تقدم التاريخ مرجحاً لاحدهما أو معيناً، كما إذا علم وقوع عقد إيجار واحد، فكل من البيئتين تنفي وقوع الآخر وتقدم التاريخ في احدهما وتأخره في الأخرى لا يوجب سقوط دلالتها الالتزامية أو ارتفاع تلك الدلالة عمّا يعين التاريخ في التأخر، وعلى ذلك فلا فرق بين اتحادهما في التاريخ أو اختلافهما.

وقد يقال إنّ في موارد الاختلاف في الأجرة، سواء أكان الاختلاف بالزيادة والنقيصة أم بالتباين، كما إذا عيّنت احدهما الأجرة بالدينار والأخرى بالدرهم يكون الحكم هو التحالف بلا فرق بين كون المخاصمة قبل استيفاء المنفعة أم بعده؛ وذلك فإنّ المعيار في كون أحد المتخاصمين مدعياً والآخر منكراً هو ملاحظة مصب الدعوى، لا الغرض المترتب على ذلك المصّب، والمراد بالمصّب ما يذكره المتخاصمان، وعليه فلو ادعى مالك الدار أنّ الأجرة في عقد الاجارة عشرة، والآخر أنّ الأجرة في عقدها خمسة فكل منهما يدعى عقداً خاصاً، حيث يختلف

بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا في المبسوط وقال آخر يقضى ببيّنة الموجر، لأنّ القول قول المستأجر لو لم يكن بيّنة إذ هو يخالف على ما في ذمّة المستأجر فيكون القول قوله.

ومن كان القول قوله مع عدم البيّنة، كانت البيّنة في طرف المدعي وحينئذ نقول: هو مدع زيادة، وقد أقام البيّنة بها فيجب أن يثبت و في القولين تردّد.

آخر باختلافهما في أحد العوضين، فدعوى المالك أنه استأجرها بعشرة، كما أنها تنفى بالأصل كذلك دعوى الآخر أنه استأجرها بخمسة. ولا اعتبار في الأصل الجاري في عدم اشتغال ذمة المستأجر بالخمسة الزائدة، فإنه لا اعتبار في تشخيص المدعي عن المدعى عليه بالأصل الجاري في الغرض، بل المالك فيه بالأصل أو القاعدة الجارية في نفس مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعدة الجارية فيه فهو المدعى عليه، فتطلب البينة من الآخر، وإن كان قول كل منهما مخالفاً للأصل أو القاعدة الجارية فيه فكل منهما مدّع ومنكر، فتصل النوبة إلى التحالف.

وهذا ظاهر كلام الشيخ (قدس سره) في المبسوط، واحتمله الماتن والعلامة (قدس سرهما) ومال إليه في جامع المقاصد، وعليه فعند اختلافهما في مقدار الأجرة المسماة والبينة لكل منهما يخرج من يقدم بينته ويحلف صاحبها، أمّا مع عدم البينة لواحد منهما فيحلفان، ويحكم بانفساخ عقد الإجارة، فإن كانت المخاصمة بعد الاستيفاء يملك مالك الدار اجرة المثل إلا إذا كان مايدعيه من الأجرة أقل من اجرة المثل فإنه يحكم بالأقل أخذاً باعترافه بأنه لا يستحق الزائد، وأمّا إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الدار بمنافعها إلى مالكيها ولا شيء على المستأجر. لا يقال: يترتب على ما ذكر أنه لو ادعى المقرض أنه أقرضه عشرة، وقال الآخر: اقترضت خمسة، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدين، وكذلك فيما إذا اختلفا في

الإبراء، فقال المدين أبرأتني من الألف، وقال الدائن: أبرأتك من المائة مع أنه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزيادة في القرض والإبراء، وبذلك أجاب الشهيد الثاني في المسالك عن القول بالتحالف في مسألة الاختلاف في مقدار الأجرة المسماة.

فإنه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، واختلفا في أن متعلق العقد كان العشرة أو الخمسة فيحكم بعد التحالف بتصنيف الخمسة الزائدة لقاعدة التصنيف، أمّا إذا ادّعى الدائن أقرضتك عشرة ولم يذكر أنه باقتراض واحد أو متعدد، وقال المديون أنه اقترض خمسة فالمرور من موارد الدعوى والانكار، ويظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلك في المقام. ولكن المحكي عن مفتاح الكرامة أنه نسب إلى المشهور أنه يلاحظ في تعيين المدعي عن المنكر الغرض، لامصّب الدعوى؛ فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقاً للأصل أو القاعدة بحسب الغرض فهو المدعى عليه، والآخر مدّع، وإن كان قول كل منهما مخالفاً يكون من

مورد التحالف، وعلى ذلك تكون مسألة الاختلاف في مقدار الأجرة أو مقدار المال المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى والانكار.

أقول: هذه المسألة يعني كون المعيار في تشخيص الدعوى والانكار مصب الدعوى أو الغرض وإن لم تكن معنونة في كلمات الأصحاب استقلالاً، إلا أنه استظهر القولين من كلمات الأصحاب في موارد الاختلاف في العقود، وقد تقدم سابقاً أنه لم يرد في الروايات غير كون البيّنة على المدعي واليمين على من ادعى عليه، ومن يقول بملاحظة مصب الدعوى يلتزم بأن صدق عنواني المدعي والمدعى عليه بملاحظته كما أنه يلتزم من يقول بملاحظة الغرض بأن صدقهما بلحاظه.

ولكن بعد التسالم على أن الشارع لم يخترع في الدعوى على الغير اصطلاحاً، بل
.....

هي بمعناها العرفي موضوع للحكم فمعنى الدعوى على الغير عرفاً أن يكون قوله مشتملاً لمطالبة الغير بحق مالي أو غيره أو ثبوت ما يزول معه ما كان للغير من الحق مما يحتاج كل من الحق وثبوت المزيل عند العقلاء إلى الإثبات من غير فرق بين أن يذكر ذلك الحق أو المزيل بالدلالة المطابقة أو بالدلالة الالتزامية، بخلاف المدعى عليه فإن قوله لايشمل مطالبة الغير بحق، لم يثبت أو ينفي أن يكون عليه للغير حق ولعدم مخالفة قوله الحجّة المعتبرة في حق الجاهل، ومنه القاضي بينهما لا يحتاج قوله إلى الإثبات.

ثم إن الحجّة عند الجهل بالواقعة تختلف فقد يكون ما هو الحجّة شرعاً عند الجهل بالواقعة مما لا يعتبره العقلاء، وقد يكون ما يعتبره العقلاء مردوداً من قبل الشارع فيرتب على ذلك أن يكون المدعى عليه في المورد الثاني عندهم مدعياً بحسب الشرع، كما إذا اتفقا على جريان عقد على العين الخارجية واختلفا في كونه بيعاً لها بألف أو اجارتها عشر سنوات بألف، فالمالك يدعي أنه استأجرها والآخر يدعي أنه اشتراها ربّما أن الاستصحاب حجّة شرعاً عند الجهل بالواقع وأنه أصل عملي لا يثبت به اللوازم فيكون مالك العين منكرّاً لمطابقة قوله مع استصحاب عدم البيع وعلى الآخر اثباته، ولايعارض الاستصحاب في ناحية عدم البيع بالاستصحاب في ناحية عدم اجارتها؛ لأنّ الاستصحاب في ناحية عدم الاجارة لا أثر له للعلم بأنّ الآخر يملك منفعة العين في عشر سنوات إمّا استقلالاً أو تبعاً لمالك العين، كما أنّ المالك يملك الألف إمّا اجارة أو ثمناً والمفروض أنّ الاستصحاب في عدم الاجارة لا يثبت وقوع البيع، فيبقى الاستصحاب في ناحية عدم البيع بلامعارض، من غير فرق بين طرح الدعوى

كما ذكر أو طرحها بأن قال المالك العين بيد القابض أمانة بالاستتجار وقول الآخر أنّ يده عليها

.

يد ملك بالشراء منه.

والحاصل: إن أراد القائل باعتبار مصب الدعوى أنّ مع جريان الأصل أو القاعدة في المصّب الحاكمة على القاعدة أو الأصل الجاري في الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعدة الجارية في المصّب الحاكمة على ما في ناحية الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسببي مع وجود الأصل الجاري في السبب، وإن أراد أنّه مع عدم أصل معتبر أو قاعدة معتبرة في المصّب لا اعتبار بالأصل أو القاعدة الجارية في الغرض فقد ذكرنا ضعفه وأنّه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلك الحجّة بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

وعلى ما ذكرنا ففي موارد الاختلاف في البيع والإجارة مع اتفاقهما في العوض كما في المثال المتقدم يقدّم قول المالك في عدم البيع، ومع عدم اتفاقهما في العوض يكون الحكم هو التحالف، أمّا في مسألة الاختلاف في الأجرة بعد اتفاقهما على الإجارة فالقول قول من يدعي الأقل، فمدعي الزيادة عليه البيّنة ومع عدمها يحلف الآخر على عدم الزيادة، كانت الخصومة قبل استيفاء المنفعة أم بعده؛ وذلك لأصالة براءة ذمة المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصالة عدم جريان الإجارة على الأكثر. ولا يعارض بالاستصحاب في ناحية عدم جريان الإجارة على الأقل، حيث إنّ اشتغال ذمة المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب وبالإضافة إلى وقوع الإجارة على الأكثر من الأصل المثبت، ومما ذكر يعلم الحال في مسألتني دوران القرض والمقدار في الإبراء بين الأقل والأكثر.

لو ادّعى استتجار دار فقال الموجر بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ يقرع بينهما [1] وقيل القول قول الموجر، والأوّل أشبه، لأنّ كلّاً منهما مدع ولو أقام كلّ منهما بيّنة، تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ، ومع التفاوت يحكم للأقدم، لكن إن كان الأقدم بيّنة البيت حكم بإجارة البيت بأجرته، وبإجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة.

[١] لو ادعى استئجار دار فقال مالکها آجرتک بیتاً منها يحلف المالك على عدم اجارة الدار فتسقط دعوى المستأجر؛ لأن أصله عدم اجارة الدار بتمامها توافق قول مالکها، ولا تجري أصالة عدم جريانها على البيت؛ فإنها لا تثبت جريانها على الدار.

والمتحصل: أنه لا فرق بين الاختلاف في مقدار الأجرة والاختلاف في مقدار العين المستأجرة أو الاختلاف في المدة المستأجر فيها، ففي جميع موارد التردد والخلاف بين الأقل والأكثر يقدم من يقول بالأقل، ويحلف على نفي الزيادة، إلا أن تكون المدعي الأكثر بينة غير مبتلاة بالمعارض.

وإذا كان الاختلاف في الأجرة أو في العين المستأجرة أو في المدة من الاختلاف في المتباينين يكون المورد من موارد التداعي فيتخالفان، فيحكم بالانفساخ كما إذا قال المؤجر آجرتک البيت الشرقية، وقال المستأجر: استأجرت الغربية؛ لأن المستأجر يدعي ملكية منفعة البيت الغربية والمؤجر ينكرها والمالك يدعي استحقاقه الأجرة بدفع البيت الشرقية وينكره المستأجر.

بقي الكلام فيما ذكره الماتن (قدس سره) في صورة اختلافهما في مقدار العين المستأجرة، كما إذا شهدت احدى البينتين أن المالك آجر البيت سنة بكذا أي بعشرة مثلاً، وشهدت أخرى بأنه آجر الدار سنة بعشرة، فإن اتحد تاريخ عقد الاجارة في شهادتهما تعارضتا، ومع اختلافهما في تاريخ عقد الإجارة فإن كان التاريخ في بيّنة اجارة البيت أقدم يحكم بكون البيت مستأجرة سنة بعشرة، ويحكم أيضاً باجارة بقية الدار بجزء من

.

العشرة، بحيث يكون مساوياً بنسبة اجرة المثل لإجارة الدار، مثلاً إذا كانت اجرة المثل للبيت نصف اجرة المثل للدار تصح اجارة بقية الدار بنصف العشرة، فتكون تمام منفعة الدار للمستأجر في السنة بازاء خمسة عشر.

وذلك لامكان وقوع كل من الاجارتين بين المؤجر والمستأجر وان لم يدعيها، بأن وقعت الاجارة على البيت أولاً بالعشرة، ثم تجري الاجارة على الدار، وبما أن الاجارة الثانية باطلة بالاضافة إلى البيت لاتفاقهما على عدم اقلتها به فيبطل نصف الأجرة من اجارة الدار، ويبقى نصفها، وهو مع اجرة البيت المستأجر أولاً خمسة عشر.

أقول: لا يمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشرة، إما بازاء سكنى البيت أو بازاء سكنى الدار. بل لا يمكن ذلك حتى مع احتمال تعدد العقد مع

اعتراف المالك بأنه لا يستحق على المستأجر أزيد من العشرة، وإلاّ لأمكن أن يقال بالعمل بالبيئتين معاً فيما إذا قال المالك أجرتك الدار الشرقية بعشرة وقال المستأجر أجرتي الدار الغربية بعشرة وأقام كل واحد منهما بيئته.

وبالجملة: البيئتان في مثل المفروض متعارضتان، والترجيح بالأكثرية والاقراع مع عدمه مبني على دعوى عموم ما ورد في تعارض البيئات بالإضافة إلى جميع موارد المخاصمات، أما بناءً على اختصاصها بموارد تردّد الحق بين الشخصين المتنازعين فيه وعدم شمولهما لمثل ما إذا تردّد العقد بين عقدين وتنازعهما فيه فيؤخذ في المقام بقواعد القضاء، ومقتضاها في الفرض توجه اليمين على مالك الدار لمطابقة قوله مع استصحاب عدم جريان العقد على الدار ومع اقامتهما البيئتين لا تكون للمستأجر المدعي بيئته مثبتة لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لا يقال: لا يكون المثل من موارد الدعوى والإنكار، بل من موارد التداعي، لو ادعى كلّ منهما أنّه اشترى داراً معينة، وأقبض الثمن وهي في يد البائع، قضى بالقرعة [١] مع تساوى البيئتين عدالةً وعدداً وتاريخاً وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعادة الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدهم البيئتان فيه.

والحكم فيه التحالف، لأنّ أصالة عدم جريان الإجارة على الدار تعارضها أصالة عدم جريانها على البيت بعشرة.

و بتعبير آخر: كما أنّ المستأجر يدعي أنّ حقه سكنى الدار بدفعه العشرة إلى مالكةا، والاستصحاب في عدم جريان الإجارة على الدارين في هذا الحق له، كذلك مالك الدار يدعي أنّ حقه العشرة بتسليم البيت والاستصحاب في ناحية عدم جريان الإجارة على البيت بعشرة ينفي هذا الحق، فإنّه يقال: إنّ على المالك تسليم البيت وتملكه العشرة على المستأجر المتفق عليها بينهم، والمستأجر يدعي لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقي الدار.

والحاصل: أنّ للمالك المطالبة بما له على ما هو مقتضى سلطنته على أمواله، إلاّ أن يتملكه بإزاء ما لم يدفعه إلى صاحبه، والاستصحاب في عدم جريان الإجارة على غير البيت من باقي الدارين في تملكه العشرة بإزاء سكنى الدار، وهذا بخلاف المستأجر فإنّ المعلوم من تملكه بإزاء العشرة هو سكنى البيت، والاستصحاب المزبور ينفي تملكه سكنى باقي الدار.

[١] لو ادعى كل من الاثنين على من بيده العين أنّه قد باعها منه وقبض ثمنها فتارة يفرض عدم البيئتين لهما، ولا لأحد هما، وأخرى تكون البيئتين لكل منهما، وثالثة لأحدهما خاصة، وعلى

كل الفروض يكون المدعى عليه من بيده العين وهو البائع، وفي الفرض الأول فإن أنكر بيعها من واحد منهما وقبض الثمن يحلف على النفي لكل منهما، وإن

اعترف لواحد منهما يؤخذ باقراره ويحكم بأن العين له ويحلف للآخر على النفي. وربما يقال: أن مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناءً على أن اقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه.

وفيه: أنه لاوجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أقلنا بأن اقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنه على فرض القول بالانحلال بالاقرار فالمدعي الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، وعلى فرض عدم الانحلال يطالبه ببديل ما أتلفه عليه من العين المباعة منه.

نعم لو أخذ المدعي الآخر العين من المقرّ بالاقرار أو باليمين المرودة فلا يبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقه إليه على ما تقدّم.

وإن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذواليد لكل منهما على نفي بيع تمام العين من كل منهما وإذا كانت لأحد المدعين بينة دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأن العين لصاحب البينة لثبوت دعواه حتى ما لو أقرّ ذو اليد بأنه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البينة القائمة تثبت أنّ اقراه بالبيع من الآخر ليس من اقرار اليد المالكة لتسمع بالاضافة إلى بيعها من الآخر. نعم على ذي اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنه أخذ منه ما اثبتت البينة كونه للغير.

أمّا إذا كانت لكل منهما بينة، كما هو ظاهر فرض الماتن (قدس سره) فإن كان مدلول كل من البينتين بحيث ينفي مدلول الآخر فتدخلان في المتعارضتين، وقد تقدم سابقاً أنّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تكون ملاكاً للقضاء، ولا تفيد المدعي فتصل النوبة إلى حلف ذي اليد.

وبتعبير آخر: الحكم في هذا الفرض كالحكم في الفرض الأول بلافراق بينهما.

ودعوى الرجوع إلى المرجح ومع عدمه إلى الاقراع ليحلف صاحب البينة

الراجعة أو المخرج قرعته لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ ما ورد في الترجيح أو الإقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مردّد بين المتنازعين يعني صاحب البيئتين والمفروض في المقام أنّ من بيده العين ينبغي كون الحق لغيره.

وكذا لا يمكن المساعدة على ما ذكر الماتن (قدس سره) من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعي الآخر؛ لأنّه لا تعارض بين البيئتين بالإضافة إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما في أخذه.

والوجه في عدم المساعدة أنّ المشهود به لكن من البيئتين الأخذ بعد البيع، وإذا فرض تعارضهما في بيعها من كل منهما فكيف لا تتعارض في القبض المتفرع على البيع من كل منهما.

نعم إذا لم يكن بين البيئتين تعارض، كما إذا شهدت إحدى البيئتين أنّه قد باع العين من زيد في أوّل هذا الشهر، وشهدت الأخرى أنّه قد باعها في نصف هذا الشهر من عمرو، ولاندري أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففي هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد وإنّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، والوجه في ذلك ظاهر بعد الإحاطة بما تقدم.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه إذا فرض ثبوت البيوع فيما لم تكن لكل من المدعين بيعة، أو كانت البيعة لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفي البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردودة برده أو بردّ الحاكم، فهل يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفة لوقوع المخاصمة والحكم في زمان واحد ويرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذي ادعى اقباضه إيّاه. أو أنّه يقرع فيمن له اليمين المردودة حيث إنّ العين الواحدة لا يمكن أن تكون ملكاً لكل من الإثنين بتمامها ولا يدخل الفرض في مدلول معتبرة اسحاق بن عمّار أو معتبرة غياث بن إبراهيم

ولو نکلا عن اليمين قسّمت بينهما ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن، و هل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم لتبعض المبيع قبل قبضه ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع، لعدم المزاحم وفي لزوم ذلك له تردد اقربه اللزوم.

ولو ادعى اثنان أنّ ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع [١] واقام كلّ منهما بيّة، فإن

ولا في الأخبار الواردة في الإقراع عند الاختلاف البيئتين ويشهد لخروج الفرض عن مواردها أنّه لو لم يحلف المدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقي العين بيد من ينبغي بيعها منهما كما لا يخفى لا يبعد الإلتزام بالثاني، وأنّه إذا حلف احدهما باليمين المردودة تتصرف الخصومة عن مدعي الآخر إليه.

ثمَّ إنَّه بناءً على تنصيف العين بينهما وردَّ نصف الثمن المدعى على كل من المدعيين يجوز لكل منهما فسخ البيع الذي أثبتته باليمين المردودة لتبعض الصفقة عليه ولو في مقام التسليم، وإذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلك، لأنَّ الخيار الثابت ليس لتبعض الصفقة عليه في مقام المعاملة لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلاً؛ فيكون الخيار الثابت لتبعض الصفقة عليه في مقام التسليم أي عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، ومع فسخ أحدهما أوّلاً يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكره ، فلاحاجة إلى التطويل.

[١] لو كانت عين في يد ثالث وادعى كل من الاثنين أنه قد باع تلك العين منه ولم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تناف و تعارض، كما إذا كان المحتمل أنّ الثالث اشتراها من أحدهما أوّلاً، ثمَّ انتقلت إلى المدعي الآخر بهبة أو بيع أو غيرهما فاشتراها منه ثانياً، ولو لم يكن في هذا الفرض للمدعيين بينة ولا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

اعترف لأحدهما، قُضى له عليه بالثمن وكذا إن اعترف لهما، قُضى عليه بالثمنين، ولو انكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قُضى بالثمنين جميعاً، لمكان الاحتمال ولو كان التاريخ واحداً تحقّق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لإثنين ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أحلف وقضى له، ولو امتنعا من اليمين قُسم الثمن بينهما. ولو ادعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن، وادعى آخر شراؤه من عمرو وقبض الثمن أيضاً، وأقاما بينتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ، فالتعارض متحقق [١]

وإن أقام أحدهما بينة يحكم له بأنّه يستحق الثمن المدعى به، و يحلف على النفي للآخر، و إن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر، وإن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضاً الثمن الذي يدعيه. وبهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بينة، بحيث لا تنافي بينة الآخر، كما تقدم في توجيه دعواهما.

وأما إذا كان بين الدعويين تناف، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصياً خارجياً أو كان كلياً ولكن لا يمكن عادة وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ في كل من الدعويين للبيع واحداً وكذا في البينتين على تقديرهما، ويجري في هذه الصورة ما تقدم في المسألة السابقة، فلو أقام أحدهما بينة على مدعاه تثبت دعواه ويحكم بأنّه يستحق الثمن المدعى

به فإن اعترف ذواليد بأنه اشتراها عن الآخر لا يسمع، لأنّ الثمن المعين ببيئة الآخر ملك ذلك الآخر فلا يسمع اقرار غيره فيه وكذا فيما إذا كان الثمن كلياً فإنّ ذلك الكلي بالبينة ملك الغير فلا يسمع الاقرار فيه أيضاً.

و بالجملة: يظهر كل ما في الفرض عمّا تقدم في الاختلاف على ثالث أنّه باع و قبض الثمن.

[1] لو ادعى أحد على زيد أنّه قد باع العين الفلانية منه وقبض ثمنها، وادعى آخر فحينئذ يقضى بالقرعة، ويحلف من خرج اسمه و يقضى له ولو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن، ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للأخر أخذ الجميع، لأنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

على عمرو أنّه قد باع تلك العين منه وقبض ثمنها، والحاصل يدعي كل من الاثنتين أنّه يملك بشرائها من بائعها ودفع ثمنها إليه ففي المقام صور:

الأولى: أن تكون العين بيد زيد وعمرو أو بيد خامس يعترف بأنّ العين لزيد وعمرو أو يقول: لا أري لأيهما، ففي هذه الصورة إن أقام كل من الاثنتين بينة بشرائها من بائعها و تساوى البيئتان في العدالة والعدد والتاريخ يتحقق التعارض بين البيئتين.

فعلى ما ذكره الماتن (فسر سره) يقرع بين البيئتين و من خرج اسمه يحلف ويقضى بأنّ العين له ويرجع الآخر إلى بائعه ويأخذ ما دفع إليه من الثمن، ولو لم يحلف من خرج اسمه ولا المدعي الآخر قُسمت العين بينهما بالمناصفة، ويرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أنّ لكل من الإثنتين فسخ البيع الواقع بينه وبين البائع منه لتبعض الصفقة عليه و لو في مقام القبض، وإذا فسخ أحدهما فليس للأخر الأخذ بتمام العين في مفروض الكلام، حيث أنّه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملك البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملك البائع ممّن فسخ الشراء.

أقول: بناءً على الرجوع إلى القرعة في المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنتين و حلف على أنّه شرى العين من بائعها المالك فيرجع الآخر منهما إلى بائعها بتمام الثمن حتى مع اعترافه بأنّ البائع منه كان هو مالكةا وذلك لتلف المبيع منه قبل قبضه، أمّا إذا لم يحلف هو يعني من خرج اسمه بالقرعة و حلف الآخر ففي جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذي دفعه إليه اشكال؛ لأنّ تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التي اشتراها،

وهذا لا يوجب انحلال البيع منه، كما أنه لو نكلا، ففي
.

رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل؛ لأنه يجري على كل منهما أنه المتلف لنصف
المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناءً على عدم الاقراع والحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثنتين أو مع نكولهما
يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن في صورة حلفهما خاصة؛ لعدم استناد تلف نصف
المبيع إليهما، بخلاف صورة نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، وكذا فيما إذا حلف
أحدهما ونكل الآخر، فإن الناكل لا يرجع إلى بائعه مع اعترافه بأن بائعه كان المالك للمبيع،
اللهم إلا أن يقال: أن النكول من الحلف لا يعد اتلافاً ولذا يثبت لكل من الاثنتين الخيار في فسخ
شراءه؛ لأن ابتلاء واقعة المبيع بالخصومة والاختلاف عيب، فيجوز للمشتري فسخ الشراء،
إذا لم يكن عالماً بالحال قبل الشراء.

الصورة الثانية: ما إذا كانت العين بيد المدعيين أو بيد من يقرّ أنهما لهما ففي هذه
الصورة مع البينة لكل منهما يحكم بأن العين بينهما بالمناصفة مع حلفهما أو مع نكولهما، ومع
نكول أحدهما وحلف الآخر يحكم بأن العين للحالف، وذلك لدخول هذه الصورة كالصورة
السابقة في مدلول معتبرة اسحاق بن عمّار ومعتبرة غياث بن إبراهيم، ثم مع حلفهما أو
نكولهما ففي رجوعهما في نصف الثمن إلى بائعهما، وكذا في رجوع الناكل مع حلف الآخر
في تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه في الصورة السابقة.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعيين فإنه يحكم بأنها له مع حلفه، بلافق بين
اقامتها البينة أو لم يكن في البين بينة أصلاً، نعم إذا كانت لهما بيّنة فيرجع المدعي الآخر إلى
بائعه بتمام الثمن، ومع عدم البينة يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، وإذا
ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلا فرق بين أن يكون ثبوتها باقرار البائع أو باليمين
المردودة، وكذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد
ولو ادعى عبداً أن مولاه أعتقه [١] وادعى آخر، أن مولاه باعه منه وأقاما البينة، قضي
لأسبق البينتين تاريخاً، فإن اتفقتا قضي بالقرعة مع اليمين، ولو امتنعا عن اليمين قيل يكون

البائعين واعترف بالبيع ممن يدعي الشراء منه، سواء أكان لكل من المدعين بينة أم لم يكن لهما أو لأحدهما بينة.

نعم إذا كانت البينة لغير المقر له خاصة يحكم بأن العين لصاحب البينة، ولا يفيد اقرار ذي اليد للآخر؛ لأن البينة قد أثبتت أن من بيده العين لم يكن مالكا لها فلا يفيد اقراره، فعلى المقر له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه واقراره.

[1] لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه فهو حرّ، وقال آخر أن مولاه باعه منه فهو مملوك له، ولم تكن لأحدهما بينة، فإن كذبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفي دعوتهما بأنه رقب لمولاه، ولو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باقراره، ويحكم بثبوت تلك الدعوى، وعليه الحلف للآخر على نفي دعوته.

والمحكي عن المبسوط أنه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعوته من غير حاجة إلى الحلف للآخر، فإنه لو اعترف لمدعي الشراء يكون العبد مملوكاً له، فلا يسمع اقراره ثانياً بأنه أعتق العبد، فإنه اقرار على الغير لا على النفس.

وبتعبير آخر: لا يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنه لو اعترف للعبد بالعتق أولاً فلا يفيد الاعتراف بالبيع ثانياً، لأن مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحللاً لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى؛ لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من اتلاف المبيع قبل القبض، وهذا لا يوجب انحلال البيع، فيكون على المولى باقراره بالبيع ثانياً بدل العبد أي قيمته. نعم نصفه حرّاً، ونصفه رقاً لمدعي الابتياح ويرجع بنصف الثمن ولو فسخ عتق كله وهل يقوم على بايعه؟ الأقرب نعم، لشهادة البينة بمباشرة عتقه.

للمشتري فسخ البيع المدعى به لعدم حصول القبض، و على ذلك يكون على المولى مع عدم اقراره بالبيع ثانياً الحلف لمدعي الشراء نعم لاحاجة إلى الحلف للعبد بعد اقراره بالبيع لمدعي الشراء؛ لأن اقراره بالعتق ثانياً لا يفيد شيئاً ولا مورد للغرم.

و قد يقال اعترافه بعتق العبد ثانياً أثره كون العبد حرّاً لو انتقل إلى المولى المقر إلى المولى المقر له بالعتق، فإن سماع الاقرار بالعتق ثانياً كسماع الاقرار بالنسب في بعض فروض دعواه، كما أن عدم ترتب الأثر الفعلي في بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن

سماع دعواه كذلك دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد اقراره بالعتق أن يشتري العبد ممن أقر له أوّلاً لينعتق.

ولكن ما ذكره لا يمكن المساعدة عليه، ولكن القول بأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبد بعنقه للأثر التعليقي لا بأس به، أخذاً بعموم ما ورد في البيئـة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمدعي العتق أو المدعي الشراء بيئـة، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآخر على نفي دعواه، أمّا إذا أقام كل منهما بيئـة فمع تساويهما يقرع بينهما ومن خرج اسمه بالقرعة يحلف فتثبت دعواه، ولو نكل حلف الآخر.

وربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبد نصفه حرّ ونصفه رقّ لمدعي الابتياح، ويثبت له خيار الفسخ لتبعض الصفقة عليه فإن فسخ يرجع على البائع بتمام الثمن وإلاّ فنصفه، كما أنّه مع الفسخ ينعنق العبد كلّـه لزوال المزاحم لبيئـة العتق، وربّما يقال في فرض عدم الفسخ أيضاً بتقويم العبد في نصفه على المولى، ويدفع إلى المشتري

مسائل:

الاولى: لو شهد للمدعي، أن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقل من ذلك قطعاً أو اكثر، سقطت البيئـة [١] لتحقق كذبها.

فينعتق لحصول شرط السراية بعنق نصفه الثابت بالبيئـة.

وفيه: أنّه لا موجب للتصيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفي دعوى كل منهما مع عدم البيئـة كما تقدم وتسقط دعواهما بنكولهما مع البيئـة لكل منهما مطلقاً أو مع حلف المولى لهما على النفي، بدعوى أنّ حلفهما مع البيئـة نظير حلف المدعي إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبة إلى حلف المدعى عليه.

وبالجملة: فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبرة اسحاق بن عمّار ومعتبرة غياث، غاية الأمر تبقى دعوى دخوله في الأخبار الواردة في الاقراع عند تعارض البيئتين، ولايستفاد من تلك الأخبار إلاّ ثبوت دعوى من أخرجته القرعة مع حلفه، وإلاّ فيحلف الآخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالاضافة إلى النصف مع نكولهما فلايستفاد من شيء من تلك الأخبار فراجعها.

[١] لو ادعى على زيد بأنّ الدابة التي بيده ملكه، وشهدت له بيينة بأنّ الدابة ملكه منذ عشر سنوات، ودلّت سنّ الدابة على أنّ لها خمس سنوات، أو شهدت البيينة على أنّ الدابة ولدت في ملك المدعي قبل خمس سنوات، ودلّ سنّها على أنّ عمر الدابة عشر سنوات فتسقط البيينة عن الاعتبار لتحقق كذبها، فيحلف ذو اليد على نفي دعواه.

وقد يقال: يحكم بأنّ الدابة ملك المدعي؛ لأنّ سقوط البيينة في بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار في تمام مدلولها.

وبتعبير آخر: شهادة البيينة بأنّها ملكه فعلاً لم يعلم كذبها، وإنّما سقطت عن الاعتبار بالاضافة إلى مبدء الملك فيكون نظير ما شهدت البيينة بنجاسة كل من الانائين ولكن الثانية: لو ادعى دابة في يد زيد و اقام بيينة أنّه اشتراها من عمرو، فإنّ شهدت البيينة بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشتري، أو بالتسليم قضي للمدعي [١] فإنّ شهدت البيينة

علم طهارة أحدهما المعين فإنّه يؤخذ بها في نجاسة الآخر.

ولكن لا يخفى أنّ عدم سقوط البيينة عن الاعتبار في تمام مدلولها مع سقوطها في بعضها يختص بما إذا كان مدلولها من ذكر المحمولين لموضوعين أو محمولين لموضوع واحد، أمّا إذا كان المحمول يسقطها عن الاعتبار، كما إذا شهد العدلان بنجاسة مائع من يوم السبت، وعلمنا أنّه كان طاهراً في السبت فلا يحكم بنجاسة المائع فعلاً، بل يرجع فيه إلى أصالة الطهارة، وما نحن فيه من هذا القبيل.

والحاصل: لا عبرة بالمدلول الانحلالي في تبويض اعتبار الأمانة فيما إذا كان من ذكر الحكم الواحد المستمر لموضوع.

و ربّما احتمل في عبارة المصنّف (قس سره) أن يكون (أكثر) عطفاً على (قطعاً) لا على أقل بأن يدلّ سنّ الدابة على الأقلّ جزءاً أو بالأكثرية، يعني الغلبة، فيكون الحاصل سقوط البيينة عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبة بكذبها. ولكن لا يخفى ما فيه فإنّ هذا لا يناسب تعليل عدم الاعتبار بتحقق كذبها والظن بالخلاف لا يوجب سقوطها ولا سقوط غيرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإنّ الظن لا يغني من الحق شيئاً.

[١] لو كانت عين في يد زيد، دابة كانت أو غيرها، وادعى مدع أنّ العين المزبورة ملكه فعلاً لأنّه اشتراها من عمرو، وأقام بيينة تشهد بالشراء المزبور فذكر جماعة كالمصنّف (قس سره) أنّه لو كانت شهادة البيينة بأنّه اشتراها من عمرو وصارت ملكه أو بأنّ عمرواً باعها منه

وهو مالك لها أو أنه باعها منه و سلمها إليه يحكم على العين بأنها ملك للمدعي لشهادة البينة على أنها ملك له فعلاً.

بالملكية بالشراء لا غير، قيل لا يحكم لأن ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنونة، وهو قوى وقيل يقضى له، لأنّ الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكية.

الثالثة: الصغير المجهول النسب، إذا كان في يد واحد وادعى رقيته، قضى له بذلك ظاهراً [١] وكذا لو كان في يد اثنين وأما لو كان كبيراً وأكبر، فالقول قوله لأنّ الأصل

أما لو كانت شهادة البينة بمجرد الشراء من عمرو من غير شهادة بكون العين للمدعي أو بملكية البائع أو تسليمه العين إلى المدعي فلا تكون البينة ملاكاً للقضاء، بل يحلف ذواليد على نفي دعواه؛ لأنّ اليد الحالية في العين من زيد يجعله منكراً، ومجرد الشراء من عمرو لا يدلّ على شيء؛ لأنّ الشراء قد يقع بغير الملك من بائع فضولاً.

أقول: لافرق بين الصورتين فإنّ الشهادة بالشراء المحمول على الشراء الصحيح مساوقة لقول البينة، وهي لبائعها أو نحوه، نعم لو قال الشهود بأننا نشهد بجريان ايجاب البيع وقبوله، ولا نشهد بأمر آخر فلا تسمع؛ لأنّ مجرد الإيجاب والقبول لا يكون بيعاً ولا شراءً.

ثمّ إنه إذا لم تسمع بينة المدعي ولكن اعترف ذواليد وهو زيد بأنه قد تملكها من المدعي انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقاً أنّ بذلك تسقط اليد الفعلية عن الاعتبار.

[١] ذكروا الصغير المجهول نسبه يمكن كونه ملكاً لذي اليد، فلو ادعاه بأن قال: رقي، يسمع قوله، ويحكم بكونه ملكاً له، وكذا إذا كان في يد اثنين وقالوا إنّ هذا في دعوي الرقية في الصغير المجهول النسب، أما إذا كان مدركاً فلا تسمع دعوى الرقية إلاّ بالبينة أو اعترافه بأنه رقي؛ لأنّ الأصل في الانسان هو الحرية.

وبتعبير آخر: التزموا بتقديم دعوى الرقية مع اليد على أصالة الحرية في الصغير، وبتقديم أصالة الحرية على دعوى الرقية حتى مع اليد في الكبير.

الحرية، ولو ادعى اثنان رقيته فاعترف لهما، قضى عليه وإن اعترف لأحدهما، كان مملوكاً له دون الآخر.

الصغير بأنه يظهر من حسنة حمران بن أعين خلاف ذلك «قال: سألت أبا جعفر (قدس سره) عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ادّعى الرجل أنها مملوكة له وادعت المرأة أنها ابنتها فقال: قد قضى في هذا علي (عليه السلام) قلت: وما قضى في هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالرق، وهو مدرك، و من أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فإنه يدفع إليه ويكون له رقاً، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذي ادعى أنها مملوكة له بينة على ما ادعى فإن أحضر شهوداً يشهدون أنها مملوكة لا يعلمونه باع ولا وهب دفعت الجارية إليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها، فلتدفع إليها وتخرج من يد الرجل، قلت فإن لم يقيم الرجل شهوداً إنها مملوكة له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلّي سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» (٣٣٢).

ولكن يمكن الجواب عن المناقشة أن هذا فيما إذا كان منازع لذي اليد المدعي بالرقية والمملوكية له، فتقديم أصالة الحرية في مفروض الرواية لا يقتضي كون الحكم كذلك مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعي النسب بينة تسمع، سواء أكان لمدعي الرقية بينة أم لا، ومع المنازع لو كان لمدعي الرقية بينة يحكم بالرقية لو لم تكن بينة لمدعي النسب كما هو ظاهر الحسنة.

الرابعة: لو ادّعى كل واحد منهما ان الذبيحة له، وفي يد كل واحد بعضها [١] وأقام كل واحد منهما بينة، قيل يقضى لكل واحد بما في يد الآخر، وهو الأليق بمذهبنا وكذا لو كان في يد كل واحد شاة وادّعى كل منهما الجميع، واقاما بينة قضى لكل منهما بما في يد الآخر.

كما أنه قد نوقش في الأمر الثاني بما ورد في جواز شراء ما يباع في السوق وغيره، و ان ادّعى أنه حرّ، وفي صحيحة العيص بن القاسم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «قال: سألته عن مملوك ادّعى أنه حرّ ولم يأت ببينة على ذلك اشتره؟ قال: نعم» (٣٣٣)، وفي صحيحة حمزة بن حمران: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): أدخل السوق وأريد أشترى جارية فتقول: أني حرة، قال: اشترها إلا أن

(٣٣٢) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٨٤: ٩.

(٣٣٣) و ٢ (المصدر نفسه: الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٥ و ٣٠: ٢.

يكون لها بينة»^(٣٣٤) وقيل بأنّ ظاهرهما تقديم اليد على أصالة الحرية حتى في المدرك والبالغة.

ولكن لا يبعد حملهما على صورة دعوى الحرية بالتحريم، فإنّ مع اليد لا تثبت هذه الدعوى إلاّ بالبينّة، بل ظاهر صحيحة العيص هو دعوى التحريم. وبالجملة: فمقتضى الجمع بين ما ورد في أنّ الناس كلّهم أحرار إلاّ من أقرّ على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة ومن شهد عليه بالرق صغيراً أو كبيراً و مثل صحيحة العيص وحمزة بن حمران هو حملهما على صورة دعوى التحريم.

[١] لو كان بعض العين بيد واحد وبعضها الآخر بيد الآخر، وادعى كل منهما أنّه يملك العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحة بيد زيد وبعضها بيد عمرو، وأقام كل منهما البينة بأنّ تمامها له يحكم بأنّ ما بيد زيد ملك عمرو وما بيد عمرو ملك لزيد بناءً على المنسوب إلى المشهور من تقديم بينة الخارج أي المدعي على بينة الداخل، يعني بينة ذي اليد، ولا يقاس ذلك بما إذا كانت العين بيد الإثنين بحيث يكون لكل منهما تمام الخامسة: لو ادعى شاة في يد عمرو، وأقام بينة فتسلّمها، ثمّ أقام الذي كانت في يده بينة أنّها له، قال الشيخ ينقض الحكم وتعاد وهو بناءً على القضاء لصاحب اليد مع التعارض، والأولى أنّه لا ينقض [١].

العين خارجاً ولكن لا استقلالاً، فإنّ الحكم فيه بالمنافسة مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقدم. وبناءً على تقديم بينة الداخل على بينة الخارج يحكم بكون كل منهما مالكا لما بيده. ومما يترتب على القولين أنّه لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً يحكم بحلية ما بيد الكافر حيث إنّ ملك المسلم وبحرمة ما بيد المسلم فإنه ملك الكافر، هذا على القول بتقديم بينة الخارج، وأمّا بناءً على تقديم بينة الداخل يكون الحكم على العكس.

أقول: قد تقدم أنّ بينة المنكر وان لم تكن مدركاً للقضاء، إلاّ أنّها توجب سقوط بينة المدعي عن الاعتبار، وعليه فتعارض البينتين في الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفي دعواه، فتكون النتيجة أنّ ما بيد كل منهما ملك لهما، وليس هذا مبنياً على تقديم بينة الداخل، كما لا يخفى، ويظهر ممّا ذكرنا ما لو كان بيد كل منهما شاة أو عين أخرى، وادعى كل منهما أنّه يملكها أو يملك ما بيد الآخر وأقاما البينة على دعواهما.

[١] لو كانت عين في يد زيد و ادعاها عمرو و أقام بينة على أنها له يحكم بأنها له لثبوت دعواه بالبينة، ثم بعد ذلك أقام زيد البينة على أنها له قيل، كما عن الشيخ، بأنه ينتقض الحكم السابق وتعاد العين إلى زيد، وهذا بناءً منه على تقديم بينة الداخل في مقام المعارضة على ما ذكر الماتن — رحمه الله — قال أن الأولى أن الحكم لا ينتقض.

أقول: تقديم بينة الداخل على تقديره يختص بما إذا كانت اقامتها قبل الحكم في الواقعة، وأمّا الظفر بالبينة بعد الحكم كما لا يفيد المدعي فيما إذا وجدها بعد الحكم السادسة: لو ادعى داراً في يد زيد، وادعى عمرو نصفها، واقام البينة قضي لمدعي الكلّ بالنصف، لعدم المزاحم [١] وتعارضت البيئتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما، ويقضي لمن خرج اسمه مع يمينه ولو امتنعا من اليمين، قضي بها بينهما بالسوية، فيكون لمدعي الكل ثلاثة الأرباع و لمدعي النصف الربع.

كذلك في بينة المنكر.

وبتعبير آخر: البينة بعد الحكم خارجة عن موضوع الاعتبار في باب القضاء، كما هو مقتضى ما دلّ على نفوذه، نعم لو كان مدلول البينة الملكية الجديدة فيما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ينافي القضاء السابق.

[١] ذكر (قدس سره) أنه لو كانت عين في يد زيد، وادعى عمرو أن له نصفها، وادعى آخر بأنّ له كلّها، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فمع تساوي البيئتين يقرع بينهما، فمن خرج اسمه يحلف ومع امتناعهما يحكم بأنّ ثلاثة أرباعها لمدعي الكلّ و ربعها لمدعي النصف؛ لأنّ البينة القائمة بكون تمامها لمدعي الكلّ لامعارض لها في النصف، و تتعارض البيئتان في النصف الآخر، فيحكم بالقسمة بينهما بعد نكولهما.

أقول: قد تقدم أنّ الحكم في المال المتنازع فيه الذي ليس في يد المتنازعين ولا في يد أحدهما، كما هو الفرض في المقام، هو الحاكم بالتصنيف سواء أحلفا أم نكلا، ولا موجب فيه للرجوع إلى القرعة سواء أتساوت البيئتان في عدد شهودهما أم اختلفا، كما هو المستفاد من معتبرتي اسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم المتقدمتين، كما أنّ مقتضاهما أنه لو كانت العين المزبورة بيد من يقول بأنها ملك له يحكم بأنّ العين له فيما إذا حلف لمدعي النصف، حيث إنّ بينة مدعي النصف وإن كانت من بينة الخارج، يعني المدعي، إلاّ أنّه لا اعتبار بها، لابتلائها بالمعارض، وهو بينة من بيده العين، فتصل النوبة إلى حلف المنكر، يعني من بيده العين

القائل يكون كلّها له ولو كانت بيد مدعي
.....

النصف يحكم على العين بالمنصفة لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعي الكلّ.

وإذا كانت العين في يدهما يكون يد كلّ منهما في نصف العين مشاعاً وفي تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فيحسب مدعي الكلّ مدعياً بالاضافة إلى النصف المختلف فيه بينهما، وبما أنّ ذلك النصف بيد مدعي النصف فيحسب منكراً، و لا ابتلاء بينة المدعي بالمعارض يحلف لمدعي الكلّ على نفي دعواه، فيحكم له بنصف العين، ولكن ذكر الماتن (قدس سره) تبعاً لغيره أنّ العين كلّها لمدعي الكلّ وليس لمدعي النصف حظّ فيها، وذلك أنّ بينة مدعي الكلّ تحسب بالاضافة إلى النصف المختلف فيه بينة الخارج وبينة مدعي النصف بينة الداخل، وبما أنّه عند المعارضة تقدّم الأولى، فيحكم بثبوت مدلولها يعني دعوى مدعي الكلّ.

وعن ابن الجنيد أنّ الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، واتفقا على أنّ أحد الجزئين للواحد منهما واختلفا في الجزء الآخر، ففي هذه الصورة يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثة أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما واتفقا على أنّ واحداً منهما بتمامه لأحدهما واختلفا في الجزء الآخر، وفي الصحيح عن عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي، وقال الآخر هما بيني وبينك فقال: أمّا الذي قال هما بيني وبينك فقد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له وأنّه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما».

وأما إذا كان مدعي النصف يدعيه بنحو الإشاعة في تمام المال فيعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر في ضرب سهام الغرماء في مال المفلس، فيجعل ولو كانت يدهما على الدار، وادعى أحدهما الكل، والآخر النصف وأقام كلّ منهما بينة، كانت لمدعي الكل، ولم يكن لمدعي النصف شيء لأنّ بينة ذي اليد بما في يده غير مقبولة، ولو ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث، والثالث السدس [١] وكانت يدهم عليها،

في المثال لمدعي الكل تثنيها ومدعي النصف تثنها، لأنّ سهمه ثلث مجموع السهام ، كما أنّ سهم مدعي الكل تثني مجموع السهام. وذكر في ذلك أنّ مدعي النصف يدعي النصف من كل جزء فرض من المال ولا يدعي خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الإشاعة، فلا يقاس الفرض بمسألة سهام الغرماء في مال المفلس، حيث إنّ تعلق الحق بمال الغير غير مسألة الاختلاف في ملكية المال.

وقوى في المختلف طريق العول فيما لو زاد المدعون على اثنين. وفي كشف اللثام فيما لو استوعب غير مدعي الجميع العين أو زادت عليها. ولكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينة للمدعي واليمين على المدعى عليه، مع عدم اقامتها و رفع اليد عما استظهرناه من معتبرتي اسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم والحاق الدعوى بمورد ثبوت استحقاق كل واحد من الديان في المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنّه لا يخرج عن القياس. وعلى ذلك لو كانت العين في يد ثلاثة يدعي أحد هم نصفها، والآخر تثنها، وثالثهم سدسها تكون يد كل منهم على تثنها والثاني منهم لا يدعي شيئاً زائداً على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالاضافة إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عدم اعتراف الثالث به له، ولو أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه يكون الحكم كذلك لعدم المعارضة، وكذا فيما لو أقامها بعضهم.

[1] لو ادعى الأول كل العين والثاني نصفها والثالث تثنها ولم تكن في البين بينة فيد كل واحد منهم على الثلث لكن صاحب الثلث لا يدعي زيادة على ما في يده وصاحب السدس يفضل ما في يده، ما لا يدعيه هو و لا مدعي الثلث، فيكون لمدعي النصف فيكمل له النصف وكذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه، ولو ادعى ادهم الكل والآخر النصف والثالث الثلث، ولا بينة، قضى لكل واحد منهم بالثلث، لأنّ يده عليه و على الثاني والثالث اليمين، لمدعي الكل وعليه وعلى مدعي الثلث اليمين لمدعي النصف.

فكلّ منهم ذواليد بالاضافة إلى ثلث العين، ولا يدعي الثالث شيئاً لا على الأول ولا على الثاني، ولكن الأول يدعي على الثاني والثالث بما في يدهما، كما أنّ الثاني يدعي على الأول والثالث بنصف السدس من كل منهما، فيحلف كل من الثاني والثالث للأول، كما أنّه يحلف كل من الأول والثالث والثالث للثاني، فيحكم بالاشتراك في العين أثلاثاً. وإذا أقام كل منهم بينة بدعواه

وقيل بترجيح بيبة الداخل عند المعارضة أو قلنا بسقوط البيئات عن الاعتبار يكون الحكم كما إذا لم تكن بيبةً.

وأما إذا قيل بترجيح الخارج فيما أن يد كل منهم على أربع سهام من اثني عشر سهماً يفرض في العين فلا يكون اعتبار البيبة مدعي الثلث؛ لأنها بيبة الداخل، وأما الثاني فقد تقدم أنه يدعي على كل من الأول والثالث بنصف السدس فتكون بيبته معتبرة بالاضافة إلى نصف السدس الذي بيد مدعي الكل فيبقى في يد مدعي الكل ثلاثة من أربعة، كما أن بيبة مدعي الكل معتبرة بالاضافة إلى تمام ما بيد الثاني، وفي ثلاثة مما في يد الثالث؛ لأنها بلامعارض، فيتم لمدعي الكل عشرة من الثاني عشر، ولمدعي النصف واحداً مما بيد مدعي الكل، وتتعارض بيبة مدعي الكل و بيبة مدعي النصف في الواحد من الأربعة الباقي في يد الثالث، فيقرع بينهما، ومع نكولهما يقسم بينهما بالمناصفة، فيكون لمدعي الكل عشرة ونصف، ولمدعي النصف واحد ونصف على ما ذكر الماتن (قدس سره).

وإن أقام كلّ منهم بيبة، فإن قضينا مع التعارض بيبة الداخل فالحكم كما لو لم تكن بيبة لأن لكل واحد بيبة ويدا على الثلث وإن قضينا بيبة الخارج وهو الأصح، كان لمدعي الكل مما في يده، ثلاثة من اثني عشرة بغير منازع والأربعة التي في يد مدعي النصف لقيام البيبة لصاحب الكل بها، وسقوط بيبة صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا تقبل بيبة في ذي اليد و ثلاثة مما في يد مدعي الثلث، ويبقى واحد مما في يد مدعي الكل لمدعي النصف وواحد مما في يد مدعي الثلث، يدعيه كل واحد من مدعي النصف ومدعي الكل، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه ويقضي له فإن امتنع، قسم بينهما نصفين، فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف ولصاحب النصف واحد ونصف، وتسقط دعوى مدعي الثلث.

ولو كانت في يد أربعة [١] فادعى أحدهم الكل، والآخر الثلثين، والثالث النصف، والرابع الثلث، ففي يد كل واحد ربعها فإن لم يكن بيبة، قضينا لكل واحد بما في يده وأحلفنا كلاً منهم لصاحبه.

[١] ذكر (قدس سره) في المقام صوراً ثلاث:

الأولى: ما إذا كانت دار في يد أربع، يدعي أحدهم كلاً والثاني ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها، من غير أن تكون لواحد منهم بيبة، وفي هذه الصورة ثبتت يد كل واحد منهم على ربع الدار، ويحكم لكل بما في يده بعد حلف كل منهم على الآخرين.

الثانية: ما إذا لم تكن الدار بيدهم ولا يد واحد منهم ولكن أقام كل واحد منهم بيعة على مدّعه فقد ذكر (قدس سره) أنّ لمدعي الكل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنى أنّ السائرين لا يمنعون عن كون ثلث العين له وتختص المخاصمة بسدس العين، أي ما يزيد على النصف الذي يدعيه الثالث بين مدعي الكل ومدعي الثلثين، فيقرع بينهما في ذلك السدس، ويحلف من خرج اسمه، فيحكم به له، وان نكلا يقسمان، ثمّ تقع المخاصمة

بين مدعي الكل ومدعي الثلثين ومدعي النصف في السدس الآخر، حيث لا يدعيه مدعي الثلث، فيقرع بينهم، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع نكولهم يقسم ما بين الثلاثة ثم تقع المخاصمة في الثلث الباقي من العين بين الأربعة، فيقرع فيه بين المدعين الأربعة، ومن خرج اسمه يحلف ويأخذه، ومع النكول يقسم بين الأربعة ولا بعد في أن يخرج في الاقراعات اسم مدعي الكل ويحلف ويأخذ كل العين فإنّ ما حكم الله سبحانه من القرعة غير مخطئ.

وإذا فرض نكول من خرج اسمه في الاقراعات كلّها يكون لمدعي الكل ثلث العين ونصف سدسها وربع ثلثها، فإنّ ثلثها لكون دعواه فيه بلا مزاحم ونصف سدسها بالنكول في الإقراع الأوّل وثلث سدسها بالنكول في الإقراع الثاني وربع ثلثها بالنكول في الإقراع الأوّل وثلث سدسها بالنكول في الإقراع الثاني وربع ثلثها بالنكول في الإقراع الثالث، ويكون لمدعي الثلثين نصف سدسها في الإقراع الأوّل وثلث سدسها في الإقراع الثاني وربع ثلثها في الإقراع الثالث، وبحساب ذلك تتعين حصة مدعي الثلث، فإذا فرض المخرج ستة وثلاثون جزءاً يكون عشرون منها لمدعي الكل والثمانية لمدعي الثلثين وخمسة لمدعي النصف وثلاثة لمدعي الثلث.

أقول: قد تقدم أنّه لا مورد للقرعة في دعوى ملكية العين، بل الوظيفة فيها مع عدم كون العين بيدهم وإقامة كل منهم البيعة بدعواه تقسيم ما به الاختلاف بينهم مع الحلف من جميعهم أو النكول من جميعهم، كما هو مقتضى معتبرة اسحاق بن عمّار ومعتبرة غياث بن إبراهيم.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت الدار في أيدي الكل وأقام كل واحد البيعة بدعواه، فعلى القول بتقديم بيعة الداخل تكون العين بينهم على الأرباع؛ لأنّ لكل من الأربعة يداً في ولو كانت يدهم خارجة، ولكل بيعة، خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له ويبقى التعارض بين بيعة مدعي الكل ومدعي الثلثين في السدس، فيقرع بينهما فيه ثم يقع التعارض بين بيعة مدعي الكل و مدعي الثلثين ومدعي النصف في السدس أيضاً فيقرع بينهم فيه

ثم يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم ويخصّ به من تقع القرعة له ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلا مع اليمين ولا يستعظم ان يحصل بالقرعة الكلّ لمدعي الكلّ فإنّ ما حكم الله به غير مخطئ.

ربعها، فتقدم بيّنته مع اليد، بخلاف ما إذا قيل بتقديم بيّنة الخارج، كما هو المنسوب إلى الشهرة والمختار عند الماتن (قدس سره) فإنّه بناءً عليه يكون اعتبار بيّنة كل منهم في غير ما في يده.

فيكون ما في يد مدعي الثلثين المفروض كونه ثمانية عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً يفرض لكل العين في مورد الدعاوى الأربعة، فمدعي الكل يدعي تمام ثمانية عشر، ومدعي النصف يدعي ستة منها، ومدعي الثلث يدعي اثنين منها، فتكون عشرة من ثمانية عشر لمدعي الكل من غير أن ينازع فيه، مدعي النصف ومدعي الثلث فتعتبر بيّنة مدعي الكل في تلك العشرة وفي الستة ممّا في يدي مدعي الثلثين يقرع بين مدعي الكل ومدعي النصف ومن خرج اسمه يحلف ومع نكولهما يقسم بينهما، ويقرع في الاثنين ممّا بيده بين مدعي الكل ومدعي الثلث فمن خرج اسمه يحلف، ومع امتناعهما يقسم بين مدعي الكل ومدعي الثلث، فمع الاقراع على ما بيد مدعي الثلثين والنكول يحصل لمدعي الكل منه أربعة عشر و لمدعي النصف ثلاثة و لمدعي الثلث واحد صورته:

لمدعي الثلث ١ = ٢ | ٢ = ٣ | ٢ = ٦ | ٢ = ١٤ | ١ = ٣ + ١ + ١٠
وما يكون بيد مدعي النصف أيضاً المفروض كونه ثمانية عشر يدعي مدعي الكلّ ولو نكل الجميع عن الأيمان قسمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كل مرتبة بالسوية فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً لمدعي الكل عشرون، و لمدعي الثلثين ثمانية، و لمدعي النصف خمسة، و لمدعي الثلث ثلاثة، ولو كان المدعي في يد الأربعة ففي يد كل واحد منهم ربعها فإذا أقام كل واحد منهم بيّنة بدعواه، قال الشيخ يقضى لكل واحد منهم بالربع لأنّ له بيّنة ويدا.

تمامها، ومدعي الثلثين عشرة منها، ومدعي الثلث اثنين منها، ويبقى منها لمدعي الكل ستة بلا منازع لا يدعيها لامدعي الثلثين ولامدعي الثلث، ويقرع في العشرة بين مدعي الثلثين

فإن امتنعوا عن الأيمان، قسّم ذلك بين مدعى الكل، وبين كل واحد منهما بما ادعياه ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد الكل فمدعي الثلثين يدعي عشرة، ومدعي النصف يدعي

الكل، وهي كافية لمدعي الثلثين، حيث يطلب منها عشرة، ومدعي النصف حيث يطلب منها ستة، ومدعي الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعة: لمدعي النصف $12 = 6 + 3 + 3$ لمدعي الثلثين $20 = 10 + 5 + 5$ لمدعي الكل $36 = 10 + 12 + 14$ لمدعي الثلث $4 = 2 + 1 + 1$

سته و مدعي الثلث يدعى اثنين، فنتخلص يده عما كان فيها فيكمل لمدعي الكل ستة وثلاثون من اصل اثنين وسبعين، ومدعي الثلثين عشرون ومدعي النصف اثنا عشر، ومدعي الثلث أربعة هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين منازعة.

السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيّنة [١] ولو لم تكن

[١] إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وادعى كل منهما أنه مالكة يقضى به لمن أقام البيّنة بأنه ملكه، وإذا لم تكن في البين بيّنة فلكل منهما يد على نصفه، ويحلف كل منهما على نفي دعوى الآخر، فيحكم بينهما بالمناصفة، كما هو الحال في فرض نكولهما وذكر في المبسوط عدم الفرق بين كونه ممّا يختص بالرجال أو النساء أو يستوي فيه الرجال والنساء، وسواء أكان المتاع في الدار المشتركة بينهما أم المختصة ملكيتها بأحدهما، و سواء أكانت الزوجية باقية أم زائلة، كما إذا اختلفا بعد الطلاق، وكذا فيما كان الاختلاف بين أحدهما و وارث الآخر، أو بين وارثيهما، ولكن ذكر في الخلاف أنّ ما يختص بالرجال فهو للرجل، فيحلف فيه للمرأة، وما يكون مختصاً بالنساء فهو للمرأة، فتحلف فيه للرجل، وما يصلح لكل منهما فهو بينهما، بمعنى تقسيمه بينهما بعد حلف كل منهما للآخر أو نكولهما.

أقول: ينبغي فرض المسألة فيما إذا لم يعترف أحدهما أنه تملكه من الآخر، بأن تدعي المرأة التملك بتملك زوجها أو بالعكس، وإلا انقلبت الدعوى لما تقدم من عدم الاعتبار باليد مع الاعتراف بأنّ المال انتقل إليه من خصمه.

وفي صحيحة رفاعة بن موسى النخاس عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: إذا طلق الرجل امرأته فادعت أنّ المتاع لها وادعى الرجل أنّ المتاع له كان له ما للرجال ولها مال للنساء»^(٣٣٥)، هذه على رواية الصدوق (قدس سره) وأمّا على رواية الشيخ التي في سندها

(٣٣٥) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤: ٥٢٥، التهذيب ٦: ٢٩٤، الفقيه ٣: ٦٥.

ضعف

بيّنة فيد كلّ واحد منهما على نصفه قال في المبسوط يحلف كلّ منهما لصاحبه ويكون بينهما بالسوية سواء كان مما يخصّ الرجال أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كان الدار لهما أو لأحدهما، و سواء كانت الزوجية باقية بينهما أو زائلة ويستوي في ذلك تنازع

إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما». (٣٣٦)

وفي موطئة يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله (عليه السلام) «في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له». (٣٣٧)

ولا ينبغي التأمّل في ظهورهما في كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما وما يكون في استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال.

ولكن في مقابلها صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: سألتني هل يقضي ابن أبي ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه - إلى أن قال: - ثم سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذي أخبرتني أنك شهدتته و إن كان رجوع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأة، فقال: رأيت إن أقامت بيّنة إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيها - يعني الجبلين - ونحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهي التي جاءت به وهذا المدعي فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة» (٣٣٨)، وربّما يستظهر منها أنّ متاع البيت ولو كان صالحاً لاستعمال كل من المرأة والرجل يحكم بأنّه للمرأة.

الزوجين والوارث وقال في الخلاف ما يصلح للرجال وللرجل وما يصلح للنساء للمرأة، وما يصلح لهما يقسّم بينهما، و في رواية أنّه للمرأة لأنّها تأتي بالمتاع من أهلها وما ذكره في الخلاف، أشهر في الروايات وأظهر بين الأصحاب.

ولو ادّعى أبوالميتة، أنّه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره [١] كلف البيّنة كغيره من الأنساب، وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة.

(٣٣٦) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٤.

(٣٣٧) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

(٣٣٨) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١: ٥٢٤.

و ربّما يضاف إليها موثقة سماعة «قال: سألته عن رجل يموت ما له من متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرحل وثياب جلده». (٣٣٩)

ولا يبعد أن يقال: إنّ ظاهر هذه المتاع الذي يحكم بأنّه ملك الرجل خاصة، فلا ينافي الحكم بالشركة في غيرها. وأنّ صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج ناظرة إلى ما هو المتعارف في بعض البلاد أنّ المرأة تأتي متاع البيت من بيت أبيها بعنوان جهازها، وإذا حصلت التفرقة بينها وبين زوجها في زمان قصير من النكاح تدعي أنّ كل المتاع في البيت جهازيّ ولم يحدث للزوج متاع آخر، ففي مثل ذلك يقدم قول المرأة، وعلى تقدير المعارضة فالحكم بالتقسيم فيما يصلح لاستعمالهما على طبق القاعدة فيؤخذ بها.

[١] لو ادعى أبو الزوجة المتوفاة أنّ بعض ما كان بيد بنته من متاع البيت أو غيره كان عارية عندها، وأنكر ذلك أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلى المشهور أنّ دعوى أبيها كدعوى غير الأب من الأنساب أو الأجنبي فتحتاج في ثبوتها إلى البينة، وإلاّ فيحلف الزوج أو سائر الورثة على نفيها أو لا تسمع أصلاً على ما تقدم. وهذا فيما إذا لم يعترف الزوج أو سائر الورثة بأنّ العين كانت في السابق ملك المدعي وإنّ الزوجة المتوفاة قد تملكته منه، وإلاّ انقلبت الدعوى على ما تقدم أيضاً. ولكن ظاهر معتبرة جعفر بن عيسى سماع دعوى الأب بلا حاجة إلى البينة قال: «كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك،

.

المرأة تموت فيدعي أبوها أنّه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع والخدم أتقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل دعواه إلاّ ببينة؟ فكتب (عليه السلام): تجوز بلا بينة، و قال كتبت إلى أبي الحسن — يعني علي بن محمد (عليه السلام): جعلت فداك إن ادعى الزوج المرأة الميثة أو أبو زوجها أو أمّ زوجها في متاعها أو في خدمها مثل الذي ادعى أبوها من عارية بعض المتاع والخدم أيكون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب (عليه السلام) لا». (٣٤٠)

ولا وجه لرفع اليد عن ظهورها حتى بالاضافة إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتتمام سندها؛ فإنّ جعفر بن عيسى أخو محمد بن عيسى اليقطيني فيه مدح ومعروف، والراوي عنه محمد بن إسماعيل البرمكي ثقة مستقيم كما عن النجاشي، ولا يعارضه المنقول عن ابن الغضائري لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائري، والراوي عن محمد بن اسماعيل

(٣٣٩) الوسائل: ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٢ : ٥٢٥ .

(٣٤٠) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ .

محمد بن جعفر بن عون الأسيدي الثقة مع أن للصدوق (قدس سره) إلى جعفر بن عيسى طريقاً
آخر فإنه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفر بن عيسى.

المقصد الثالث

في دعوى الموارث

وفيه مسائل :

الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم اسلام أحدهما على موت الأب، وادعى الآخر مثله فاتكر اخوه، فالقول قول المتفق على تقدم اسلامه، مع يمينه [١] أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا، واتفقا على تقدم حرية احدهما واختلفا في الآخر.

[١] لو اتفق اخوان مثلاً على أن أحدهما المعين قد أسلم قبل موت والدهما المورث، واختلفا في إسلام الأخ الآخر، فقال ذلك الأخ: أسلمت مثلك قبل موت والدنا، وقال الأخ المتفق على إسلامه قبل موت المورث: أنك اسلمت بعد موته، فذكر الماتن (قدس سره) أنه يحلف الأخ المتفق على تقدم إسلامه للأخ الآخر ويرث التركة كما هو مقتضى الاستصحاب في كفر الأخ إلى زمان موت والدهما، وما ورد أن الكافر لا يرث المسلم ظاهره أن كفر الوارث عند موت المورث المسلم يمنع الارث، وكذا ما ورد من أن إسلام المسلم الوارث يمنع غيره عن الإرث. لا يقال: يجري في المقام الاستصحاب في ناحية حياة المورث إلى زمان اسلام الأخ الثاني، فيعارض الاستصحابان على ما هو المقرر في تعارضهما في مجهولي التاريخ.

.....

فإنه يقال: لامجال للاستصحاب المزبور لأن استصحاب حياة الأب إلى زمان إسلام الأخ الثاني لا يثبت أنه مات زمان اسلامه مع أن التعارض بين الاستصحابين كاف في عدم ثبوت موضوع الارث، وهو موت المورث عن ولدين مسلمين.

هذا كله فيما إذا كان زمان كل من اسلام الولد الثاني وموت الأب مجهولاً، أما إذا علم زمان اسلام الولد الثاني كما هو المفروض في المسألة الثانية كما إذا اتفقا على أن أحد

الأخوين قد أسلم في غرة شعبان والثاني أسلم في غرة رمضان، واختلفا في زمان موت الأب، فقال الأخ الأول أنه قد مات قبل غرة رمضان، وقال الثاني أنه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن في الفرض أنّ التركة بينهما، وكأنّه لاستصحاب بقاء حياة الأب إلى ما بعد غرة رمضان.

أقول: يجري في الفرض أيضاً الاستصحاب في ناحية عدم اسلام الأخ الثاني زمان موت الأب، فإنّ عدم الشك في اسلام الأخ الثاني بالاضافة إلى أجزاء نفس الزمان، وإسلامه في أجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لإرثه اسلامه زمان موت والده بأن يكون في ذلك الزمان مسلماً، وبما أنه يحتمل بقاءه على كفره في ذلك الزمان فيستصحب — كما أوضحنا ذلك في بحث الأصول — عند الشك في المتقدم والمتأخر من الحادثين، ولا يعارض بالاستصحاب في حياة المورث إلى غرة رمضان؛ فإنه لا أثر لعدم موته إلى ذلك الزمان، فإنّ الموضوع للارث كونه مسلماً عند موته.

والحاصل: مقتضى الاستصحاب في عدم اسلام الولد الثاني إلى زمان موت الأب كون تمام التركة للولد الأول، فيحلف للثاني مطلقاً، أو فيما ادعى عليه العلم واللّه سبحانه هو العالم. الثانية: لو اتفقا أنّ احدهما اسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان وقال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياة والتركة بينهما نصفين.

الثالثة: دار في يد انسان، ادعى آخر أنّها له ولأخيه الغائب إرثاً عن ابيهما واقام بيّنة فإن كانت كاملة، وشهدت أنّه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف [١] وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده وفي الخلاف يجعل في يد امين حتى يعود و لا يلزم القابض للنصف

[١] لو كان في يد شخص مال دار أو غيرها وادعى أحد أنّ المال له ولأخيه الغائب ورثاه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه أن يثبت ذلك بالبيّنة الكاملة، ومعها يقسمه الحاكم بينه وبين الغائب، ويدفع نصفه إلى المدعي ويبقى نصفه الآخر عند أمين، سواء أكان الأمين من في يده المال أو غيره، فإنه ولي الغائب يلاحظ صلاحه وعدم فساد ماله.

والمراد من البيّنة الكاملة أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالك لذلك المال على الأخوين، وإذا لم يثبت انحصار الوارث بهما واحتمل وارث آخر فعلى الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عادة، ثم يدفع النصف إلى المدعي الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعي، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

ولو كان للمدعي فرض أعطي فرضه كاملاً مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البيينة الكاملة بذلك بأن يعطي للزوج النصف لعدم الولد لهما وللزوجة تمام الربع مع عدم الولد له، وإذا لم يحرز ذلك بأن احتمل الوارث الآخر يعطى النصيب الأدنى، فيعطى للزوج الربع مع احتمال الولد لها وللزوجة ربع الثمن مع احتمال الولد و تعدد الزوجات له، وبعد ظهور عدم الوارث الآخر يُعطى بقية النصيب، ولو احتمل وجود الحاجب، حيث إنه محبوب بالوارث من الطبقة الأولى، فإن أحرز بالبيينة الكاملة عدم إقامة ضمين بما قبض ونعني بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة. ولو لم تكن البيينة كاملة، وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما، أرجىء التسليم حيث يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً. ولو كان ذا فرض. وأعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً. وعلى التقدير

الحاجب، أعطى المال بلامتضمين فإنه مقتضى اعتبارها، وإن لم تشهد إلا بكونه أماً واحتمل الحاجب فلا يدفع المال إليه إلا بعد الفحص وعدم ظهور الحاجب، ومعه يدفع المال إليه مع التضمين.

ويستدل على ما ذكر بأن جواز دفع المال إليه مع احتمال وارث آخر بلا فحص اضرار فيندفع بقاعدة حرمة الاضرار، ولأن الرجوع إلى أصالة عدم وارث آخر أو عدم الحاجب خلاف الاحتياط في أموال الناس، مع أن أصالة عدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدعي.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه اضراراً للوارث الآخر كذلك يحتمل أن يكون امساكه اضراراً للمدعي، ومن ذلك يظهر أن الإمساك عن المدعي لا يكون من الاحتياط مطلقاً، وعنوان الانحصار لم يؤخذ في ناحية ارث أولوالأرحام، بل الموضوع له ترك الميت ولداً أو البنت أو الأخ أو أخوين ونحو ذلك مما يمكن احرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

ولكن هذا الحكم ليس بقضاء، بل هو نظير دفع المال إلى المدعي بلا معارض، وجواز الدفع في بعض الفروض وإن كان مقتضى الأصل إلا أن في بعضها الآخر غير جائز، فإن مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أو الحاجب كموارد استصحاب بقاء الحياة في الأخ الثالث أو استصحاب بقاء الأبوين أو أحدهما، فإنه يمنع عن ارث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعد أن يجوز الدفع في غير المقدار المتيقن أيضاً فيما كان مقتضى الثاني يعطيه اليقين إن لو كان وارث، فيعطى الزوج الربع، والزوجة ربع الثمن معجلاً من

غير تضمين، وبعد البحث يتم الحصاة مع التضمين. ولو كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ، فإن أقام البيينة الكاملة أعطي المال وان أقام بيينة غير كاملة، أعطي بعد البحث والاستظهار بالتضمين.

الأصل استحقاقه، أما لو كان مقتضاه عدم الاستحقاق فيجري في المقدار الزائد لزوم الفحص، وكذا في أصل الدفع فيما كان مقتضى الأصل وجود الحاجب إلى أن يحرز عدمه بوجه معتبر. ثم لا يخفى أن هذا كله فيما إذا كان المال بيد الآخر عيناً حيث لا يسمع عند الحاكم اعتراف ذي اليد بأنها بتمامها ملك للمدعي لكونه الوارث الوحيد أو أنه له ولأخيه لانحصار الوارث عليهما والوجه في عدم السماع أن اعترافه في الحقيقة هو أن العين تركة الميت فيجب إيصالها إلى الوارث واقعاً أو إلى جميع الورثة، فقله أن المدعي هو الوارث الوحيد أو انحصار الوارث عليه وعلى أخيه لا يعتبر اعترافاً على نفسه.

ولا يقاس بما إذا كانت عين بيد شخص وادعاها شخص آخر بأنها ملكه واعترف ذو اليد بأنها ملكه، فإنه يدفع العين إلى مدعيها المقر له، حيث يعد قول ذي اليد بأنها ملكه اعترافاً بأنها ليست ملك نفسه، بل عليه دفعها إلى المدعي المزبور بخلاف الاعتراف للمدعي بعنوان أنه الوارث لفلان، فإن الدفع إليه لا يحسب اعترافاً على النفس مطلقاً، كما هو مورد احتمال الحاكم وجود الحاجب أو بالاضافة إلى تمام العين فيما كان المحتمل عنده وارث آخر مع المدعي، ولو فيما ذكرنا في مورد اقتضاء الاستصحاب وجوده.

وأما إذا كان المال ديناً على العهدة فيسمع اعترافه بأن المدعي هو الوارث، حيث إنه اعتراف على نفسه، فإنه لو لم يكن هو الوارث أو لم ينحصر عليه لما تعين الدين الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها [١] فقال أخوها مات الولد أولاً ثم المرأة فالميراث لي وللزوج نصفان وقال الزوج بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لي، قضي لمن تشهد له البيينة

بدفع المال عليه، بل يبقى الدين الذي من تركة الميت على عهده لتوقف تعين الدين في الخارج على قبض المستحق أو وكيله أو وليه.

[١] إذا ماتت امرأة و ابنها ولم يعلم الحاكم السابق بالموت مع احتمالهما اقتران موتهما أو مع عدم احتمالهما فقال أخوها مات الولد قبل أمها فالمال بينه و بين الزوج بالمنصفة، وقال الزوج ماتت المرأة أولاً فالمال كله له ورثه من الابن، فإن كانت لأحدهما بيينة بما ادّعاها قضي على طبقها.

وبيان ذلك خمسة أسداس من مال الولد لأبيه يعني الزوج بلاخلاف ونزاع، لأنّ غاية دعوى أخ المرأة أنّ ثلث مال الولد لموته أوّلاً انتقل إلى أمّه، وذلك الثلث بموت الأمّ ثانياً يكون بينه وبين الأب، فيجتمع للأب خمسة أسداس من مال الولد أربعة بموت الولد وسدس بموت الأمّ بعده، كما أنّ المال الأصلي للمرأة يكون بينه وبين أب الولد بالمنصفة. وبالجملة: فالأخ للمرأة يدعي نصف المال الأصلي للأمّ وسدساً من مال الولد، ولكن دعوى الأب أن كل مال الولد ومال الزوجة له لموت الزوجة أوّلاً.

قال المصنّف (قدس سره) أنّه مع عدم البيّنة لواحد منهما يحكم بأنّ جميع مال الولد لأبيه، ولعلّ مراده بعد حلف الأب لأخ المرأة على عدم موت الزوجة بعد موت الابن، أو على عدم علمه بذلك، كما أنّه يحكم بأنّ تركة المرأة يعني جميع ما لها الأصلي بين الأب وأخ المرأة بالمنصفة، ولعلّه أيضاً بعد حلف الأخ للأب بأنّها لم تمت قبل موت ولدها أو لا يعلم موتها كذلك.

وبالجملة: اختلاف الأب مع أخ الأمّ في سدس مال الولد ونصف مال الأمّ. ومع عدمها لا يقضى بأحدى الدعويين، لأنّه لا ميراث إلاّ مع تحقق حياة الوارث فلا ترث الأمّ من الولد، ولا الابن من امه ويكون تركة الابن لابيه، وتركة الزوجة بين الاخ والزوج.

وعلّل (قدس سره) ما ذكره بأنّه لاميراث إلاّ مع تحقق الحياة من الوارث، ولعلّ مرجعه إلى أنّ مقتضى الاستصحاب في ناحية حياة الولد عند موت أمّه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أنّ مقتضى الاستصحاب في ناحية حياة الأمّ زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها وأخيها بالمنصفة، والحلف الذي تقدم احتمالاه مبني على هذين الاستصحابين.

ولكن شيئاً منهما غير تام، لأنّ الاستصحاب في حياة الولد زمان موت الأمّ لا يثبت اقتران موتها يعني تحقق الموتين في زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلي للابن إلى أبيه ويكون المال الأصلي للأمّ بين زوجها وأخيها، بل قد لا يحتمل الاقتران كما ذكرنا، ولذا يقال في المقام بأنّ دعوى الأب وأخ المرأة بالاضافة إلى سدس المال الأصلي للطفل من دعوى الاملاك، وكذا دعواهما بالاضافة إلى النصف من المال الأصلي للمرأة، فيجري عليهما ما تقدم في دعوى الاملاك من أنّه إذا كان لأحدهما بيّنة أو حلف أحدهما فالمال له، ومع قيام البيّنة لكل منهما أو عدم اقامتها أصلاً يحلفان و يقنّسان ومع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بيّنة على مدّعاها فلا بأس بالحكم بثبوتها، لإطلاق اعتبار البيّنة، وإن تقدم الاشكال في كون الحكم قضاءً فيما لم يكن في البين المدعى عليه، وكذا لا بأس بالحكم

بالتتصيف مع اقامة كل منهما البيينة على مدعاه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذاً بما ورد في معتبرة اسحاق بن عمّار وما في ذيل معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدمتين. وإنما يقع الاشكال في الحكم بالتتصيف مع عدم اقامتهما البيينة بحلفهما، حيث الخامسة: لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي [١] وقالت الزوجة هذه أصدقني اياها أبوك، ثم أقام كلّ منهما بيينة يقضى بيينة المرأة، لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على الاخرى.

يعتبر الحلف من المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بيينة، وفي مثل المقام كل من المتنازعين مدّع من غير أن يكون في البين المدعى عليه، واطلاق المدعي لكل منهما بالاضافة إلى المال، حيث إنه المدعى به، نظير ما إذا لم يكن المال بيد أحد وادّعاه شخص بلا معارض أو ادّعاه بالبيينة.

لا يقال: قد ورد في صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «في كتاب علي أنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربه فقال: يا ربّ كيف أقضي فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى الله إليه احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بيينة»^(٣٤١)، وظاهرها قيام الحلف مقام البيينة إذا لم تكن.

فإنه يقال ظاهرها الحلف للمدعي إذا لم تكن له بيينة، لأنّه يحلف المدعي إذا لم يجد بيينة، وقد ورد في سائر الروايات أنّ الحلف للمدعي يقع من المدعى عليه والمفروض عدم المدعى عليه في مثل المقام.

اللهمّ إلا أن يقال يكفي في صدق المدعى عليه المنازع فيما لو اعترف بدعوى المدعي ثبتت دعواه ويلزم على ذلك سقوط الدعوى من الجانبين فيما إذا نکلا عن اليمين إلا أن للعلم اجمالاً بكون سدس مال الابن لأحدهما وكذا نصف مال المرأة فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذاً بما ورد في القرعة لإخراج المحق.

[١] إذا مات الأب وقال ابنه هذه الجارية ميراث أبي، وقالت زوجته قد جعل أبوك الجارية صداقاً في نكاحي فهي لي، فإن أقامت بيينة بدعواها ثبتت، وإلا يحلف الابن على البنت أو على نفي العلم بدعواه، وإن أقام كل منهما بيينة تقدم بيينة الزوجة

.

لا لأنها بينة الخارج، كما عليه المشهور، بل لأنّ البينة المزبورة تشهد بما يمكن خفائه على الأخرى، بلافق بين كون الجارية بيدهما أو بيد شخص يعترف بأنّها كانت للمتوفى، وكأنّ مراده (قدس سره) أنّ ما ورد في تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعارض في الواقع بين البينتين، حيث تشهد احدهما بالإصداق والعلم به، والأخرى تشهد بمقتضى بقاعدة اليد التي كانت للمتوفى.

أقول: هذه مثل الدار التي قال الوارث لا أعلم إلا أنّها كانت بيد المورث، ويدعي آخر أنّ الدار له، حيث ذكرنا تقديم ما هو الأكثر في العدد من شهودهما مع الحلف.

المقصد الرابع

في الاختلاف في الولد

إذا وطئ امرأتان امرأة وطئاً يلحق به النسب [١] إما بأن تكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر أو مشتبهة عليهما، أو يعقد كل واحد منهما عليها عقداً فاسداً، ثم تأتي بولد لستة أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذ يقرع بينهما ويلحق بمن تعينه

[١] لا ينبغي التأمل، بل لا يعرف الخلاف في أنه إذا تزوجت الحرّة أو الأمة بعد الطلاق الأوّل وأتت بولد لستة أشهر من تزوجها الثاني يلحق الولد بالزوج الثاني حتى فيما لو احتمل لحوق الولد بالأوّل وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) «إذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت فإن وضعت لخمسة أشهر فإنه من مولاها الذي أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخير». (٣٤٢)

ومن ذلك يظهر أنها لو وضعت بأقل من ستة أشهر من تزوجها يلحق الولد بالأوّل، ويحكم بحرمتها أبداً للثاني، لأنها لو وضعها في أقل من ستة أشهر محكومة بالحمل من الأوّل، فلا تنقضي عدتها إلا بوضع الولد، فالنكاح الثاني وقع أيام عدتها، وبما أن الثاني دخل بها فتكون محرمة عليه أبداً.

وإذا وطئ المرأة اثنتان أحدهما زوجها أو غيره شبهة والآخر بالزنا يلحق الولد القرعة، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو عبيدين أو حرين، أو مختلفين في الإسلام والكفر والحرية والرق أو أباً و ابنه هذا إذا لم يكن لأحدهما بينة.

بالزوج أو بالواطئ شبهة، ولا ينتفي عن الزوج إلا باللعان، كما تشهد بذلك عدة من الروايات منها موثقة سعيد الأعرج عن أبي عبد الله (عليه السلام) «سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله) الولد

للفراش وللعاهر الحجر»^(٣٤٣) فإن مقتضى الاستشهاد بقول رسول الله (صلى الله عليه وآله) عدم الفرق في الحكمة بين الفجور بالجارية والزوجة، وفي موثقه الأخرى عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة ليست بمأمونة تدعي الحمل، قال: ليصبر لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله) الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣٤٤)، إلى غير ذلك.

وأما إذا كان كل من الوطنين أو الأكثر بالفراش فالمشهور أنه إذا كان في طهرين يلحق الولد بالأخير، أما إذا كانا في طهر واحد يقرع بينهم، وفي رواية زرارة «قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل إذا طلق زوجته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة أشهر فهو للأول وإن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلائمه و لأبيه الأول وإن ولدت لستة أشهر فهو للأخير»^(٣٤٥) وفي خبر أبي العباس: «إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير وإن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأول»^(٣٤٦) إلى غير ذلك مما يكون مفادها لحوق الولد بالأخير.

وفي صحيحة معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله (عليه السلام): «إذا وطىء رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم، فمن قرع كان الولد ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك والدعوى المشتركة ويقضى فيه بالبينة، ومع عدمها بالقرعة.

ولده»^(٣٤٧)، وفي صحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «قال: إذا وقع الحر والعبد والمشارك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه»^(٣٤٨)، إلى غير ذلك مما يدل على أن إحقاق الولد في الفرض يكون بالقرعة، وإن لم يدعوه بأن سكتوا كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم فكان الولد للذي تصيبه القرعة»^(٣٤٩).

ويستفاد من التقييد بطهر واحد أنه إذا وقع الوطنان في طهرين يلحق بالأخير، ولعله لبراءة الرحم بالحیضة من الماء الأول.

(٣٤٣) الوسائل: ١٤، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٥٦٨: ٤.

(٣٤٤) — ٤ المصدر نفسه: الحديث ١: ٥٦٥.

(٣٤٧) المصدر نفسه: الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٥٦٦: ١.

(٣٤٨) الوسائل: ١٤، الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ١: ٥٦٦.

(٣٤٩) المصدر نفسه: ١٧، الباب ١٠ ميراث ولد الملائنة، الحديث ٥٧١: ١.

والحاصل: أنّ الولد يلحق بالزوج والفراش مع انفراد كل منهما وكذا يلحق بالمدعي مع صغر الطفل وعدم المعارض و مع الفراش المشترك يقرع سواء ادعيا أم سكتا أو سكت أحدهما، وتمام الكلام في باب بحث لحوق الولد في أحكام الأولاد.

إلى هنا انتهى ما قصدنا إيرادَه من مباحث القضاء

وقد وقع الفراغ بيد مؤلفه

جواد بن علي التبريزي

— غفر لهما —

في شهر رجب المرجب سنة خمس و أربعمئة وألف من الهجرة المباركة.

ولله الحمد أولاً وآخراً

كتاب الشهادات

بسم الله الرحمن الرحيم

والنظر في أطراف خمسة:

الأول:

في صفات الشهود

ويشترط فيه ستة أوصاف:

الأول: البلوغ [١].

فلا تقبل شهادة الصبي، ما لم يصر مكلفاً، وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشرين، وهو متروك.

[١] الشهادة قسم من الخبر كما يأتي، ويقع الكلام في كتاب الشهادات في أطراف خمسة:

الأول: في الصفات المعتبرة في الشاهد، وهي ستة:

الأول: البلوغ، فلا تسمع شهادة الصبي غير المميز، بلا خلاف معروف أو منقول، وكذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديماً و حديثاً، إلا في القتل، وقيل في الجراح خاصة، وقيل فيهما، وقيل كما يظهر من عبارة الماتن (قدس سره) وغيره: تسمع شهادة من بلغ

.

عشرين مطلقاً، من غير فرق بين القتل والجرح وبين غيرهما، وربما ينسب ذلك إلى الشيخ (قدس سره) في النهاية، ولكنه وهم، وقد صرح بعض بعدم عرفان القائل به.

ويشهد لما عليه المشهور صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «في الصبي يشهد على الشهادة، فقال: إنَّ عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته».(٣٥٠)

ومعتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إنَّ شهادة الصبيان إذا أشهدوهم وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها».(٣٥١)

حيث إنَّ تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم.

وفي صحيحة محمد بن حمران قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شهادة الصبي، قال: فقال: لا، إلاَّ في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني»(٣٥٢)، ونحوها صحيحة جميل قال: «قلت: لأبي عبدالله (عليه السلام): تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم في القتل يؤخذ بأول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه».(٣٥٣)

وربما يقال بتعارضهما مع موثقة طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن علي (عليه السلام) قال: «شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم»(٣٥٤)، وربما أنها أخص ممَّا تقدم، حيث إنَّ عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما في الموثقة من شهادتهم بعد تفرقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروى جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام): «تقبل شهادتهم في القتل ويؤخذ بأول كلامهم»، ومثله روى محمد بن حمران عن أبي عبدالله (عليه السلام).

ولكن لا يخفى أنَّ ظاهر الموثقة تقييد السماع في مورد سماع شهادتهم، يعني يعتبر شهادة الصبيان في القتل أو الجرح فيما إذا شهدوا به أن تقع بين جمعهم قبل أن يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم، فانه بعد ذلك لا تسمع شهادتهم، ولعل السماع في تلك الصورة لافادة شهادتهم العلم بالواقعة نوعاً، ويمكن أن يكون المراد شهادة بعضهم على بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلى أهلهم، ولولم يكن ظاهرها ذلك، فيحمل عليه، جمعاً بينها وبين ما تقدم.

(٣٥٠ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٢٥١.

(٣٥٢ و ٤) المصدر نفسه: الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ١: ٢٥٢.

(٣٥٤) الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٥٣.

ولو اغمض عن ذلك ايضاً، فالنسبة بينها وبين مثل صحيحة جميل، العموم من وجه، لدلالة المستثنى منه في الصحيحة على عدم اعتبار شهاده الصبي في غير القتل عند تفرقهم، ولا ينافيها الموثقة، ودلالة الموثقة على اعتبار شهادتهم في القتل قبل تفرقهم، وهذا لا ينافيه المستثنى منه في الصحيحة، ويجتمعان في شهادتهم في غير القتل قبل تفرقهم، فالموثقة تثبت سماعها والصحيحة تنفي سماعها، وبعد تساقطهما يرجع إلى الاطلاق في عدم سماع شهادة الصبي حتى يدرك.

وأما صحيحة أبي أيوب الخزاز قال: «سألتُ اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: ويجوز أمره؟ قال: قال: إنَّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته». (٣٥٥)

وقال الشيخ في النهاية: «تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص»، وقال في الخلاف:

فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم الإسناد إلى المعصوم (عليه السلام)، ولعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنين مستند إلى هذه الرواية التي تتضمن القياس الباطل.

وأما موثقة عبيد بن زرارة، قال: «سألتُ أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة الصبي و المملوك، قال: على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدون ولا تجوز في الأمر الكبير» (٣٥٦)، فلا يمكن الاستناد عليها أيضاً، لتضمنها عدم جواز شهادة المملوك، مع ما يأتي من جواز شهادة المملوك كالحُرِّ، والتفصيل الوارد فيه لم يعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط في الأمر الدون والأمر الكبير.

والمتحصل: المتبع في المقام ما دلَّ على عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، ويستثنى من ذلك شهادتهم في القتل ابتداء كلامهم، فلا يسمع شهادتهم ثانياً على خلاف الابتداء، وقد صرح بذلك جمع من الأصحاب، وبعضهم الحق شهادتهم في الجرح بالقتل بالأولوية، بل ظاهر الماتن والدروس انحصار سماع شهادتهم على الجرح.

ولكن لا يخفى ان مقتضى الأولوية على تقديرها الحاق الشهادة بكل أمر وهذا يخالف الحصر الوارد في صحيحتي جميل و محمد بن حمران المتقدمتين، ولم يرد في شيء من

(٣٥٥) الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٥٢.

(٣٥٦) المصدر نفسه: الحديث ٥:٢٥٣.

الروايات السماع في الجرح، وعليه فالأظهر الاقتصار بالقتل فلا يتعدى إلى الجرح فضلاً عن غيره، وذلك لأنّ السماع في القتل فيه نوع تحفظ على الدماء.

والعجب من مثل الماتن حيث ترك العمل بصحيتي جميل ومحمد بن «تقبل شهادتهم في الجراح مالم يترفقوا إذا اجتمعوا على مباح»، والتهجم على الدماء، بخبر الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكاً بموضع الوفاق.

حمران، ومع ذلك التزام بجواز السماع في الجرح، وقد تبين أنّ السماع في الجرح مبني على السماع في القتل بالعمل بهما.

و ما ذكر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فيه، وكذا ما ذكره بعضهم من اشتراط اجتماعهم على المباح، وقد سبقهم على ذلك الاشتراط الشيخ (قدس سره) في النهاية، ولا يخفى ما فيه أيضاً بعد كون الصبي مرفوع القلم.

ثمّ إنّ في شمول الاستثناء للصبيّة تأملاً والأصل عدم اعتبار شهادتها، ولا يخفى أيضاً أنّ مورد الكلام في المقام سماع شهادة الصبي عند آدائها، وأمّا تحمّل الشهادة عند الصبا وادائها بعد بلوغها فلا بأس به، كما هو ظاهر صحيحة محمد بن مسلم ومعتبرة السكوني المتقدمين، ولكن تحمّله لا يفيد فيما إذا كان شرطاً كما في الطلاق، ومما ذكر يظهر التمسك في الحكم في المقام بقوله سبحانه: (وَاسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ). (٣٥٧)

الثاني: كمال العقل [١].

فلاتقبل شهادة المجنون اجماعاً، أمّا من يناله الجنون أدواراً فلا بأس بشهادته حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته. وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربّما سمع الشيء ونسى بعضه، فيكون ذلك مغيراً لفائدة اللفظ و ناقلاً لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به.

[١] لا ينبغي التأمل في اعتبار العقل في الشاهد، حيث لا اعتبار لأقوال المجنون في غير مقام الشهادة فضلاً عن مقامها، أضف إلى ذلك اعتبار العدالة في الشاهد، والمجنون لا يوصف بها، وقد صرح بعضهم اعتبار العقل عند التحمل أيضاً، واعتباره فيما كان التحمل شرطاً كما في الطلاق صحيح وفي غيره لا يخلو عن الوجه.

ومما ذكر يظهر أنه لا بأس بشهادة المجنون حال إفاقته حيث إنه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط في شهادة رجل عدل.

و ذكر الماتن (قس سره) أنه لاتسمع شهادة من يغلب عليه السهو، فإنّ الشخص مع عدالته ربّما ينسى بعض الشيء، وإذا كان أمراً غالبياً لعدال فلا اعتبار بشهادته كما لا اعتبار باخباره عند العقلاء والمتشرعة، إلا إذا حصل وثوق بعدم سهوه، ولو لكون المخبر به أو المشهود به مما لا يسهى فيه.

وبالجملة: ما ورد في اعتبار البيّنة وخبر العدل ينصرف عن أخبار من يغلب عليه السهو، وكذا المغفل الذي في جبلته البله، لعدم تفتّنه لمزايا الأمور، ولا يؤمن من التزوير عليه.

ويمكن استظهار الاعتبار مع الاغماض عمّا ذكر من مثل صحيحة عبد الله بن وكذا المغفل الذي في جبلته البله، فربّما استغلط لعدم تفتّنه لمزايا الأمور، والأولى الإعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجلي، الذي يتحقق الحاكم استثبات الشاهد له وأنه لا يسهو في مثله.

سنان قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): ما يردّ من الشهود؟ فقال: الضنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين»^(٣٥٨)، حيث لا يبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثرة نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصية الواقعة حتى مع حسّه بها.

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهادة غير المؤمن [١] وإن اتّصف بالإسلام، لاعلى مؤمن ولاعلى غيره،
لاتّصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة.

[١] مراده (نفس سره) عدم سماع شهادة المخالف، وإنّ الإيمان بمعناه الخاص شرط في
الشاهد زائداً على إسلامه، فلا توجب شهادة غير المؤمن ملاكاً للقضاء، نعم إذا أوجبت
شهادته أو شهادة غير المسلم في مورد علماً للقاضي بالحق فعلى القاضي الحكم به لا للشهادة،
بل لكونه قضاءً بعلمه.

ولا ينبغي التأمّل في عدم سماع شهادة المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف
مقصرّاً في عدم الاعتقاد وعرّفان الحق فإنّه يدخل في الفاسق، ويأتي أنّه لا اعتبار بشهادة
الفاسق، أضف إلى ذلك دعوى الاجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين
القاصر والمقصر.

ولكن اثبات عدم سماع شهادة القاصر لا يمكن، بل سماعها مقتضى الإطلاق في بعض
الروايات كصححة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذمي والعبد يشهدان
على شهادة، ثمّ يسلم الذمي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم
إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما». (٣٥٩)

وفي صحبته الأخرى عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة
الرجل إذا علم منه خير؛ الحديث» (٣٦٠)، حيث إنّ المخالف القاصر فيما إذا كان عدلاً على
مذهبه يدخل فيهما.

نعم، لو قيل بكفر المخالف يتعيّن القول بعدم سماع شهادة المخالف مقصرّاً أو

.....

قاصرّاً، لكن القول المزبور ضعيف، كما قرر في بحث الكفر والإسلام، وهذا في غير
الناصب فإنّ الناصب داخل في عنوان الكافر ولا تسمع شهادة الكافر على مسلم.

وفي صحبة أبي عبيدة عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة المسلمين على
جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمّة (الملل) على المسلمين». (٣٦١)

(٣٥٩) الوسائل: ١٨، الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٥: ١.

(٣٦٠) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨: ٢٩١.

وفي موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة أهل الملة قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم.» (٣٦٢)

ويدل أيضاً ما ورد مثل صحيحتي محمد بن مسلم في سماع شهادة الكافر بعد اسلامه، ويأتي بقية الكلام في شهادة الكافر.

وفي صحيحة عبد الله بن المغيرة قال: «قلت لأبي الحسن الرضا (عليه السلام): رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين، قال: كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته.» (٣٦٣)

ولابد من حملها على أن الجواب نوع طفرة عن الجواب ببيان الكبرى، كيف وجوز شهادة الناصب في الطلاق مخالف للكتاب المجيد حيث يقول سبحانه: (وأشهدوا ذوي عدل) (٣٦٤)، والكافر لا يدخل في ذوي عدل منكم.

وعن المسالك: إن المعتبر في صدق الفاسق والظالم حيث علل الماتن عدم سماع شهادة غير المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد الشخص بأن ما يفعله أو يعتقده من خلاف الحق بأنه الحق والطاعات، وإلا فمع الاعتقاد بذلك سواء أكان هذا الاعتقاد

ناشئاً عن نظر أو تقليد لا يدخل الشخص في العنوانين، فإن الظالم من يعاند الحق مع علمه به، والفاسق من ترك الحق مع احرازه، والعامّة مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهادة المخالف لهم في الاصول ما لم يبلغ خلافه حد الكفر أو يكون خلافه لدليل قطعي بحيث تكون المخالفة بمحض التقصير، وعلى ذلك فالعدل يوجد في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضى ملتهم ودينهم، ويحتاج اخراج هذا النحو من العدل عن سماع شهادة العدل إلى دليل وقد تحقق الدليل في الكافر بالاضافة إلى شهادته على المسلم ولو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشتراط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العدالة.

وفيه ما لا يخفى، من صدق الظالم لنفسه و الفاسق على من ترك الفحص عن الحق ولو مع احتمالها في زمان، بحيث لو فحص عن الحق في ذلك الزمان لتمكن من الوصول إليه.

(٣٦١ و ٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٢٨٤.

(٣٦٣) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٠: ٥.

(٣٦٤) الطلاق: ٢.

بقي في المقام أمر، وهو ما يقال من أنه إذا كان المخالف محكوماً بالفسق فلا تقبل شهادته على مؤمن، وأما إذا شهد على مخالف آخر فعلى القاضي سماع شهادته، حيث إنَّ السماع مقتضى قاعدة الإلزام، حيث إنَّ المدعى عليه المخالف لا يرى بشهادة المخالف المزبور بأساً.

ولا يبعد القول بأنَّ سيرة عليّ (عليه السلام) كانت على ذلك في قضاياها، والاجماع المدعى على عدم سماع شهادة المخالف مطلقاً أو فيما كان جاهلاً مقصراً لا يعم الفرض.

أقول: الالتزام بالترفة في قضايا عليّ (عليه السلام)، وأنه إذا كان المدعى مؤمناً وشهوده من المخالفين كالمدعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلك الشهادة، وأما إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المدعى كشهوده من المخالفين لا يحكم بشهادتهم على المؤمن بعيد غاية البعد.

نعم، تقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية، إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها [١]، ولا يشترط كون الموصي في غربة، وباشتراطه رواية مطرحة، ويثبت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيئة أو الإقرار.

وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟ قيل: لا، وكذا لا تقبل على غير الذمي، وقيل تقبل شهادة كل ملة على ملتهم، وهو استناد إلى رواية سماعة، والمنع أشبه.

بل لا يبعد أن يكون قضاؤه (عليه السلام) بشهادة المخالفين لمؤمن على مخالف أو لمخالف على مؤمن مجرى التقية والمدارة، وقد ورد في موقعة أيوب بن نوح الأخذ بأحكامم بالتقية والمدارة، قال: «كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم أم لا؟ فكتب (عليه السلام): يجوز لكم ذلك إذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمدارة». (٣٦٥)

وقد ورد في صحيحة أبي ولاد الواردة في قضاء أبي حنيفة في واقعة البغلة المستأجرة عدم نفوذ قضائه لمؤمن على مخالف، مع عدم التقية في مورده كما هو ظاهرها.

[١] يقع الكلام في جهتين:

الأولى: سماع شهادة المسلم العادل على الكافر و عدم سماع شهادة الكافر على المسلم، مؤمناً كان أو غيره، من غير فرق بين الكافر ذمياً أو غيره، وقد نفى الخلاف عن الحكمين بل ادعى عليهما الاجماع.

وفي صحيحة أبي عبيدة عن أبي عبدالله (عليه السلام): «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين»^(٣٦٦)، وإذا لم تنفذ
.....

شهادة الذمّي على مسلم فعدم سماع شهادة الحربي أولى.
ويدلّ أيضاً على السماع، صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل القبلة على أهل الكتاب»^(٣٦٧).
وكذا ما ورد في سماع شهادة الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد اسلامه، كمعتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام): قال أمير المؤمنين (عليه السلام): اليهودي والنصراني إذا شهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم»^(٣٦٨).
نعم في صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن نصراني أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا»^(٣٦٩).
ولكن لا بدّ من حملها على صورة عدم احراز عدله بعد اسلامه، جمعاً بينها وبين مثل معتبرة السكوني، بشهادة صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذمّي والعبد يشهدان على شهادة، ثمّ يسلم الذمّي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كان أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما»^(٣٧٠).
وبالجملة: مقتضى ما تقدم عدم سماع شهادة الكافر على المسلم ولو كان الكافر من القاصر.

الجهة الثانية: أنه تسمع شهادة الكافر بالوصية من الموصي المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، وهذا الحكم في الجملة قطعي ولا خلاف فيه، لدلالة الكتاب المجيد والروايات، قال سبحانه: (أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ).^(٣٧١)
.....

(٣٦٦) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٣٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٤.

(٣٦٧) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٥٤.

(٣٦٨) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٥ و ٧ و ٢٨٦: ١.

(٣٧١) المائدة: ١٠٦.

وفي صحيحة ضريس الكناسي قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا يبطل وصيته^(٣٧٢)».

وفي صحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم أنه لا يصلح ذهاب حق أحد^(٣٧٣)». وموثقة سماعة قال: «سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن شهادة أهل الذمّة (الملة) فقال لا يجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد^(٣٧٤)».

وفي صحيحة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله (عليه السلام) في قول الله عزّوجلّ: (أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ).^(٣٧٥)

قال: «إذا كان الرجل في أرض غربة ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في الوصية^(٣٧٥)».

وتتضح أطراف المسألة بالتكلم في أمور:

الأول: هل يعتبر في سماع شهادة الكافر بوصية المسلم أن يكون الموصي عند الوصية في الغربة أم لا تعتبر الغربة؟

المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً عدم الاعتبار، ويذكر في وجهه: أن الغربة وإن وردت في بعض الروايات قيماً بل ظاهر الآية ذلك إلا أنه قيد غالبى، فإنه لا يحتاج في تحمّل الشهادة في غير الغربة إلى الكافر، فلا يمنع ذلك عن الأخذ بالاطلاق في
.....

بعض الروايات، كما في صحيحة ضريس المتقدمة.

بل يقال: إن مقتضى التعليل في الروايات بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان في الحضر أو في السفر، والمراد من المسلم العادل

هو المتمكّن على اداء الشهادة عند الحاجة إليه، فلا يفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهادة مع عدم تمكّنه على أدائها بعد ذلك ولو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

وعن جماعة، كالشيخ في ظاهر المبسوط، وابن زهرة في ظاهر الغنية، والاسكافي والحلي في صريحهما اعتبارها، وعلّل الاعتبار بأنّه لا يمكن الأخذ بظاهر التعليل لجريانه في غير الوصية، وإذا سقط الإطلاق في التعليل يؤخذ بالقيّد في الروايات، وما عن المحقّق (قدس سره) في الكتاب: ولا يشترط كون الموصي في غربة وباعتبارها رواية مطرحة، من غرائب الكلام، فإنّ طرح ظهور الآية وبعض الروايات في اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الاطلاق في التعليل يبقى في البين أنّ القيد في الآية وبعض الروايات غالبي، لأنّ عدم التمكّن على المسلم العادل يحصل في الغربة والسفر، فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق في صحيحة ضريس الكناسي، مع أنّه لم يعلم عدم الاطلاق في التعليل، فإنّ المراد بالحق في قوله (عليه السلام): «لا يصلح ذهاب حقّ أحد»، هو حقّ الوصية، كما يقتضيه عطف: «ويبطل وصيته عليه».

وبالجملة: فالمتّبع هو الأخذ بالاطلاق، والله سبحانه هو العالم.

الثاني: ذكر في الجواهر أنّه لا فرق في شهادة الذمي بالوصية مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولاية أو بهما معاً، ويعبر عن الوصية بالولاية الوصاية، و على الأوّل

اتفاق، وهذا الكلام يشير إلى الخلاف في الوصية بالولاية، وقد نقل عن جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك اختصاص الحكم بالوصية بالمال، وقوفاً فيما خالف الأصل على المتيقن، وعن المحقّق الأردبيلي (قدس سره) في بعض الروايات اشارة إلى الاختصاص، ولعلّه أراد ما علّل به السماع، من أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

ولكن لا يخفى ما في تعليل الشهيد الثاني وما ذكره الأردبيلي من الاشارة، فإنّ مقتضى الروايات باطلاقها سماع شهادة غير المسلم في الوصية مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولاية، والوصاية أيضاً جعلها حقّ للمسلم، فلا يصلح ذهابها.

الثالث: المذكور في كلمات كثير من الأصحاب كعبارة الماتن (قدس سره) هو الذمي، وبعضهم ذكر سماع شهادة أهل الكتاب، وهم اليهود والنصارى، وألحق بهما المجوس، أمّا لكونهم من أهل الكتاب أو لأنهم ملحقون بهم في الجزية وغيرها.

وفي الروايات الواردة في المقام، شهادة أهل الملل وشهادة من ليس بمسلم وشهادة الكافر وأهل الكتاب والذمي، وفي موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة أهل الملّة، فقال لا تجوز إلاّ على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد». (٣٧٦)

وفي معتبرة حمزة بن حمران عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ: (ذَوَا عَدَلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) (٣٧٧) قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين

.

ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما». (٣٧٨)

وفي صحيحة الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام): هل تجوز شهادة أهل الذمّة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حق أحد». (٣٧٩)

والأظهر عدم اعتبار كون الكافر ذميّاً، بل يكفي كونه من أهل الملّة والكتاب، فإنّ الذميّ الوارد في بعض الروايات قد فرض في سؤال الراوي، كما في موثقة سماعة وصحيحة الحلبي، فلا دلالة لمتلها على الاعتبار. وتقييد الإطلاق في غيرهما، ولكنّه ذكر قيدياً في معتبرة حمزة بن حمران، وهي أيضاً لا تصلح لتقييد الإطلاق في غيرها، لما تقدم من أنّ الموجود غالباً بين المسلمين وأراضيهم هو الكافر الذميّ، فذكره لملاحظة الغالب.

الرابع: ظاهر كلام المائتين (قدس سره) أنّه يعتبر في سماع شهادة الذميّ بوصية المسلم فقد عدلين مسلمين، وأنّه إذا لم يجد الموصى المسلم عند وصيته مسلمين عدلين يجوز الاشهاد بالذميين، فلا عبرة في جواز اشهادهما بالتمكّن من المسلمين الفاسقين، ولكن المحكي عن العلامة في التذكرة أنّه لو وجد مسلمين فاسقين فإن كان فسقهما بغير الكذب والخيانة أنّهما أولى من أهل الذمّة، ولو كان فسقهما يتضمّن الكذب والخيانة فالذميّ أولى، ولو وجد مسلمان مجهولي العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذمّة، ومال إليه في المسالك على ما قيل.

(٣٧٦) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٨٧.

(٣٧٧) سورة المائدة: ١٠٦.

(٣٧٨) الوسائل: ١٣، الباب ٢٠ من أحكام الوصايا، الحديث ٧: ٣٩٢، والآية في المائدة: ١٠٦.

(٣٧٩) المصدر نفسه: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٧.

أقول: المسلم غير المتحرز عن الكذب والخيانة يزيد على الكافر بشرف الإسلام،

.

والعدل في الكافر ليس إلا الأمانة والتحرز عن الكذب، وسائر ما يعمل به ويتركه على زعمه في دينه، ولكن هذا لا ينافي تقديم هذا الكافر على المسلم المزبور في مقام الشهادة، تحفظاً بكرامة مقامها وكرامة العدل، والعمدة في المقام دعوى ظهور بعض الروايات في أنه لا تصل النوبة إلى اشهاد الكافر إلا مع فقد المسلم.

و في صحيحة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله (عليه السلام) في قول الله عزوجل: (أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) فقال: «إذا كان الرجل في أرض غربة ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في الوصية». (٣٨٠)

وفي موثقة سماعة: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شهادة أهل الملة، قال: فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية». (٣٨١)

ولكن لا اطلاق في هذه الروايات بالاضافة إلى المسلم الفاسق، خصوصاً في صحيحة هشام الواردة في السؤال عن المراد بالآية المباركة، فإنها ناظرة إلى بيان المراد من غيركم، وإنه إنما تصل النوبة إلى اشهاد الكافر مع عدم التمكن على اشهاد المسلم بالوصية، مع التحفظ على سائر الشهادة ومنها العدالة.

وبالجملة: لا يستفاد منها كفاية شهادة مسلمين فاسقين.

نعم، لا يبعد سماع شهادة المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لا يحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعي، والوجه في ذلك: ان المسلم العدل لا يقصر عن الكافر العدل جزماً، وليس في سماع شهادته مع الكافر العدل خلاف التحفظ على كرامة مقام الشهادة لعدل المسلم.

ويبقى في المقام ما ذكره الماتن (قدس سره) من ثبوت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيئة

.

والاقرار، وقد ذكر في المسالك: ان كلاً من البيئة ومعرفة الحاكم يستند إلى اقرار الشاهد لا محالة، لأن الإيمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلا بأخبار الشخص بمعتقدده، فالاقرار واسطة في كل معرفة الحاكم وقيام البيئة.

أقول: الإيمان المعتبر في الشاهد وغيره وان كان أمراً قليلاً إلا أن له بروزاً بالآثار والعلامات، فيكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود وغيرهم بالاطلاع بتلك الآثار والعلامات نظير احراز العدالة، بناءً على أنها ملكة الطاعات، فلا يلزم أن يتوسط في علم الحاكم أو البيّنة اقرار الشخص بإيمانه.

ويبقى في البين سؤال الفرق بين اخبار شخص بعد له واخباره بمعتقده، بقبول الثاني دون الأول، ويمكن تصحيح التفرقة بدعوى جريان السيرة من المتسرعة على المعاملة مع المقر معاملة المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى اقراره، وهذه غير بعيدة، ويؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربي كونه كتابياً.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضي بالحق المنصوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أكان خصمه من أهل ملّته أم من غيره، فيعتبر في الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، ولا يكون غير ذلك مدركاً وبيّنة في ثبوتها.

وفي الجواهر نسب عدم سماع شهادة الكافر ولو على الكافر إلى المشهور، ولكن المنسوب إلى ابني الجنيد وادريس بل الأصحاب، كما في المختلف، جواز شهادة أهل كلّ ملّة على أهل تلك الملّة.

ويدلّ على ذلك موثقة سماعة المتقدمة قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادة أهل الملّة، فقال: لا تجوز إلاّ على أهل ملّتهم»^(٣٨٢)، في ذيلها: «فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»، ومقتضى ذيلها أنّه مع فقد

.

الشاهد من أهل ملّته تقبل شهادة الكافر من غير ملّته في الوصية.

وبهذا يرفع اليد عن الاطلاق في صحيحة الحلبي، قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام): هل تجوز شهادة أهل الذمّة على غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٣٨٣)، بل التعليل كما ذكرنا بنفسه قرينة على كون الصحيحة ناظرة إلى الشهادة بالوصية.

ويمكن ان يستدلّ على سماع شهادة أهل كلّ ملّة على أهل تلك الملّة بصحيحة ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن شهادة أهل ملّة هل تجوز على رجل من غير أهل

(٣٨٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٨٧.

(٣٨٣) الوسائل: ١٨، الباب ٤٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٧.

مَلَّتْهُمْ؟ قال: لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية». (٣٨٤)

فإن هذه الصحيحة وإن اشتملت على رواية الكليني على لفظ مسلم في قوله: «هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملَّتْهُمْ»^(٣٨٥)، إلا أن قوله: «من غير أهل ملَّتْهُمْ»، قرينة على زيادة لفظ مسلم، ويظهر منها أن سماع شهادة أهل ملة على أهل تلك الملة كان مفروغاً عنه عند السائرين.

والمتحصل: أنه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق في موثقة سماعة وهكذا في صحيحة ضريس على رواية الشيخ، أضيف إلى ذلك ما تقدم من أن سماع شهادة أهل ملة على أهل تلك الملة مقتضى قاعدة الإلزام، فما ذكره الماتن (قدس سره) من أن المنع أشبه لا يمكن المساعدة عليه.

الرابع: العدالة.

إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق [١]، ولا ريب في زوالها بمواقعة الكبائر،

[١] قد علل (قدس سره) اعتبار العدالة في الشاهد بأنه لا اطمئنان بشهادة من تظاهر بالفسق، ومن الظاهر عدم اختصاص ذلك بالتظاهر، بل يجري في شهادة غير العادل، تظاهر بفسقه أم لا.

وعلى أي حال: تعتبر العدالة في الشاهد بلاخلاف معروف أو منقول، وإن يتراءى من بعض الكلمات، الخلاف في معنى العدالة: فإنه قد ذكر سبحانه في تحمل الشهادة بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العدالة في الشاهد بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، وإذا اعتبرت العدالة في الشاهد بالوصية، مع أن أمرها هيّن للتوسعة فيها، وعلل ذلك بأنه لا يصلح ذهاب حق الوصية من المسلم أو من كل أحد، كان اعتبارها في الشاهد بغيرها أولى.

وفي صحيحة عبدالله بن أبي يعفور، «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؟ الحديث». (٣٨٦)

وفي صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً». (٣٨٧)

(٣٨٤) التهذيب ٦: ٢٥٣.

(٣٨٥) الكافي ٧: ٣٩٩.

(٣٨٦) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٨: ١.

وفي صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله: «كان علي (عليه السلام) إذا كان أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء وعددهم سواء، أفرع بينهم على أيهما تصير اليمين». وفي صحيحة^(٣٨٨) محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام): انّ علياً (عليه السلام) قال: لا أقبل شهادة

كالقتل والزنا واللواط وغصب الأموال المعصومة، وكذا بمواقعة الصغائر مع الإصرار أو في الأغلب، أمّا لو كان في الندرة، فقد قيل: لا يقدر لعدم الإنفكاك منها،

الفاسق إلّا على نفسه». (٣٨٩)

وفي صحيحة عبدالله بن سنان قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) ما يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين والمتهم، قال: قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل ذلك في الظنين» (٣٩٠)، إلى غير ذلك.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحة حريز عن أبي عبدالله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعدّل منهم إثنان ولم يعدل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأقيم الحدّ على الذي شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلّموا، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق». (٣٩١)

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهادة من لا يعرف بالفسق، ولعلّ مقتضى الجمع بينها وبين ما تقدم حمل تلك الرواية على أنّ المراد بالعدالة في الشاهد عدم معلومية فسقه. ويقرب من صحيحة حريز ما رواه الصدوق بإسناده عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق». (٣٩٢) إلّا فيما يقلّ، فاشتراطه التزام للاشقق، وقيل: يقدر لإمكان التدارك بالاستغفار، والأوّل أشبه.

(٣٨٧) المصدر نفسه: الباب ١٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ١.

(٣٨٨) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ١٨٣.

(٣٨٩) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩١: ٧.

(٣٩٠) المصدر نفسه: الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٤: ١.

(٣٩١) المصدر نفسه: الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٣: ١٨.

(٣٩٢) الفقيه ٣: ٤٨، الوسائل ١٨، الباب ٥٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٠٥: ١، التهذيب ٦: ٢٨٤.

فإنه يقال: الروايتان مع الغمض عما في الثانية من المناقشة في سندها بعلاء بن سيابة وغيره، لا يمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما في مقام المعارضة، فإن الروايات المتقدمة موافقة للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل في الشاهد بالوصية، المقتضى اعتبارها في غيره على ما تقدم.

وقد تقدم في بحث القضاء ظهور عدالة الشخص في دينه استقامته وعدم ميله عن الوظائف المقررة له في الشرع أو في الملكة المقتضية للاجتئاب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر، وقد ذكر في صحيحة عبدالله بن أبي يعفور وغيرها طريقاً إلى احراز عدالة الشخص المعبر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحة وذيلها.

وفي موقفة سماعة بن مهران عن أبي عبدالله (عليه السلام): من عامل الناس فلم يظلمهم وحدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته وكملت مروته وظهر عدله ووجبت اخوته. (٣٩٣)

ومن الظاهر أنه لو كان المراد بالعدالة عدم عرفان الشخص بالفسق، فلا يحتاج إلا إلى احراز اسلامه وإيمانه، أي كونه اثني عشرياً على ما تقدم في اشتراط الإسلام والإيمان، وقد ذكر في الروايات عدم كفاية إسلام الشخص في قبول شهادته، بل يعتبر احراز الخير منه. وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس» (٣٩٤)، وفي صحيحته

الأخرى: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذمي والعبد يشهدان على شهادة ثم يسلم الذمي ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (٣٩٥)، وقد تقدم نقل الروايتين وغيرهما.

والمتحصل: إنه لا ينبغي التأمل في اعتبار العدالة في الشاهد، وقد تقدم في بحث القضاء أن ظاهر العدالة استقامة الشخص في دينه وعدم عدوله عن وظيفته الشرعية. وقد ذكروا أن ارتكاب الكبيرة تقطع العدالة وكذا الصغيرة مع الإصرار، والمراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبة، سواء كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأخرى.

(٣٩٣) الوسائل: ١٨، الباب ٥٢ من أبواب العشرة.

(٣٩٤) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨:٢٩١.

(٣٩٥) المصدر نفسه: الباب ٣٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٨٥.

وفي موثقة سماعة قال: «سمعت أبا الحسن (عليه السلام) يقول: لا تستكثروا كثير الخير ولا تسنقوا قليل الذنوب، فإن قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيراً، وخافوا الله في السر حتى تعطوا من أنفسكم النصف». (٣٩٦)

وفي صحيحة زيد الشحام قال: «قال أبو عبدالله (عليه السلام): اتقوا المحقرات من الذنوب فإنها لا تغفر، قلت: وما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لي ان لم يكن لي غير ذلك». (٣٩٧)

وفي صحيحة أبي بصير قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: لا والله لا يقبل الله شيئاً من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه». (٣٩٨)

وفي رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة»

مع الاستغفار». (٣٩٩)

بل ظاهر خبر جابر عن أبي جعفر (عليه السلام) ان الإصرار يتحقق أن يذنب الذنب ولا يتوب، فإنه روى عن أبي جعفر (عليه السلام) في قول الله عز وجل: (وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ) قال: «الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله ولا يحدث نفسه بالتوبة فذلك الإصرار». (٤٠٠)

والحاصل: ان المنسوب إلى المشهور قديماً وحديثاً ان العدالة لا تنقطع بارتكاب الصغيرة بلا اصرار وتنقطع معه، وقيل: بانقطاعها مع عدم تداركها بالتوبة.

وذكر الماتن (قدس سره) ان ما عليه المشهور هو الأشبه، وذكر في وجهه: انه لو كان ارتكابها قادحاً لكان أمر الإشهاد بالدعوى واقامة البينة أمراً حرجياً، لعدم انفكاك الشخص عن ارتكاب الصغيرة أحياناً إلا فيما يقل من حال أو زمان، وعن ابن ادريس قدحها في العدالة وتدارك بالتوبة كالكبيرة.

(٣٩٦) المصدر نفسه: ١١، الباب ٤٣ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣ و١: ٢٤٥.

(٣٩٨) الوسائل: ١١، الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و٢٦٨: ٣.

(٤٠٠) المصدر نفسه: الحديث ٤: ٢٦٨، والآية في آل عمران: ١٣٥.

وردّه في الجواهر بأنّ احراز التوبة يحتاج إلى زمان طويل، ونقل عن العلامة بأنّ من شرط التوبة قصد عدم العود أبداً ولا يتحقق هذا القصد من الانسان غالباً، وفي صحيحة ابن أبي يعفور اقتصر على اجتناب الكبائر في بيان العدالة.^(٤٠١)

أقول: كما ذكرنا ظاهر عدالة الشخص استقامته في دينه بالعمل بوظائفه وتركه المحذورات - يعني المحرّمات -، وتقسيم المعاصي بالكبيرة والصغيرة لا يرجع إلى أمر العدالة بل يرجع إلى مسألة وعد العفو بلا توبة بالاضافة إلى الجزاء بالعقاب، ولو فرض العلم بأنّ الشخص يرتكب في غالب أحواله أو بعضها الصغيرة، فهذا لا يمنع

عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبة، حيث أنّ حسن الظاهر طريق إلى عدالته فمجرد احتمال توبته مع حسن الظاهر كاف في قبول شهادته ولا يحتاج إحراز عدالته إلى مضي زمان طويل.

وأما ما ذكره العلامة (قدس سره) من عدم تحقق التوبة غالباً لدخالة قصد عدم العود، فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ التوبة عن ذنب تتحقق بالبناء فعلاً واقعاً على عدم العود، وعدم العلم بالعود مستقبلاً لا ينافي البناء الفعلي، ولا يتوقف على العلم بعدم العود، وما ذكر في صحيحة ابن أبي يعفور غير ظاهر في اعتبار الملكة المعروفة كما ذكرنا.

والحاصل: إذا كانت العدالة هي الاستقامة في الدين كما هو ظاهر العدل في دينه، فالمعصية ولو بارتكاب أيّ محرّم يوجب ارتفاعها وتعود بالتوبة عنه، فإنّ الارتكاب ميل عن الاستقامة والتوبة رجوع إليها.

نعم، لو كانت العدالة الملكة الباعثة على ملازمة التقوى، من ترك المحرّمات وفعل الواجبات، فلا يقدح فيها مجرد ارتكاب كبيرة احياناً، حيث أنّ الملكة تجتمع مع ذلك الارتكاب.

وبالجملة: تقسيم المعاصي إلى الكبيرة والصغيرة، بالإضافة إلى كون الاجتناب عن الأولى مكفّرة عن الثانية مع عدم الإصرار، لا بالإضافة إلى عدم القدح في العدالة.

لا يقال: الالتزام بوجود التوبة في مطلق المعاصي وإنّ المكلف بها يرجع إلى الاستقامة، يناسب كون وجوبها مولويّاً، وأمّا إذا كان وجوبها ارشادياً وللتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعيّن الالتزام بعدم قدح الصغيرة بلا إصرار بعدالة الشخص فيما كان مجتنباً عن الكبيرة وغير مصرّاً على الصغيرة، وظاهر ما ورد في لزوم التوبة عن المعاصي

(٤٠١) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨٨: ١.

والذنوب كون وجوبها ارشادياً، كما هو مقتضى أن جعل
.

التوبة باباً من مقتضى رحمته على عباده، وظاهر ما ورد فيه: انّ العبد إذا لم يتب يكتب عليه
بعد الإمهال السيئة التي ارتكبها لاسيئتين.

وفي صحيحة عبدالصمد بن بشير عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «العبد المؤمن إذا أذنب
ذنباً أجله الله سبع ساعات، فإن استغفر الله لم يكتب عليه شيء، وإن مضت الساعات ولم
يستغفر كتب عليه سيئة».(٤٠٢)

وفي موثقة مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله (عليه السلام) عن أبيه: «ما من مؤمن يذنب
ذنباً إلا أجله الله سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم يكتب عليه شيء وإن هو لم يفعل كتب
عليه سيئة».(٤٠٣)

و على ذلك، فمع عدم كتابة الذنب لكون مرتكبه مجتنباً عن الكبائر وغير مصرّاً على
الصغائر، فلا يكون عليه توبة.

فإنه يقال: نعم، التوبة كما ذكر، وظاهر بعض الروايات إنّ وجوبها ارشادي، ولكن هذا
لا ينافي ان تجب على مكلف يكون مجتنباً عن الكبيرة والإصرار على الصغيرة، لأنّ النفس
لا تدري ماذا تكسب غداً، فلعلّه ابتلى بكبيرة ولم يوفق بالتوبة عنها، ويلزم في احراز كونه
عدلاً في دينه التوبة من صغيرة ارتكبها، كما هو ظاهر الأمر بالتوبة من الذنوب والاستغفار
عنها وإن كلّ ذنب عظيم.

ثم إنّ ظاهر صحيحة عبدالعظيم الحسني(٤٠٤) وغيرها ممّا ورد في تعيين الكبائر، أنّها
معاصي مخصوصة وقد عدل الله سبحانه في كتابه العزيز، العفو عن عقوبة غيرها مع
الاجتناب عنها وترك الإصرار على غيرها.

وربما توهم واهم: انّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط[١]، وهذا
بالإعراض عنه حقيق، فإن اطلاقها بالنسبة، ولكل فريق اصطلاح.

(٤٠٢ و ٢) الوسائل: ١١، الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٥ و٣٥٢:٦.

(٤٠٤) الوسائل: ١١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢:٢٥٢.

وفي صحيحة محمد بن أبي عمير المروي في كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر (عليهما السلام) يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر – إلى أن قال: قال النبي (صلى الله عليه وآله): لا كبير مع الاستغفار ولا صغير مع الإصرار. (٤٠٥)

وظاهر الإصرار على الصغيرة الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، وما في رواية جابر (٤٠٦) هو، أن يذنب فلا يستغفر الله ولا يحدث نفسه بالتوبة الصادق مع عدم تكرارها، لا يمكن الالتزام به، لضعفها سنداً ولاستلزامه عدم الفرق بين الصغيرة والكبيرة، ومع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداد بعد التكرار.

[١] وفي مقابل القول بتقسيم المعاصي إلى الكبائر والصغائر، قول بأن كل المعاصي كبيرة واطلاق الصغيرة على بعضها بالإضافة إلى بعضها الآخر بحسب الوزر، وقول ثالث بأن اطلاق الصغيرة على معصية مبني على الإحباط، فكل معصية أحبطتها الطاعة فهي صغيرة وكل طاعة أحبطها المعصية فهي كبيرة، ولا يخفى ما في كل من القولين لمخالفتهما لظاهر الآية والروايات.

نعم، في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) الواردة في الفتوت في صلاة الوتر: واستغفر لذنبك العظيم، ثم قال: وكل ذنب عظيم».

لكنها لاتنافي الآية ولأسائر الروايات، لأن تقسيم المعاصي إلى الكبيرة والصغيرة بالإضافة إلى العفو عن عقوبتها الأخروية بنحو الوعد، بمعنى أن من مضى من الدار الغرور وليس عليه وزر الكبيرة ووزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين، ولا يقدح في العدالة ترك المندوبات، ولو أصرّ مضرّباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذّن بالتهاون بالسنة [١].

وعدهم الله سبحانه عفوّه عن أوزار سائر معاصيه.

وأما بالإضافة إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلاصغيرة، بل على الانسان أن يرتدع ويتوب إلى بارئه ففي مقام الاستغفار كلّ ذنب عظيم كما مرّ.

بقي أمر، وهو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيرة ومع عدم الإصرار بنحو الوعد، وأما العفو عن الكبائر والإصرار على الصغائر بلاتوبة فهو أمر يرجى ولايبأس من روح الله وغفرانه وتقع الشفاعة من أولياء الله من الأنبياء والرسل والأوصياء والشهداء والصالحين، وفي مقدمتهم نبينا الأكرم – صلوات الله وسلامه عليه – وأهل بيته المعصومين

(٤٠٥) المصدر نفسه: الباب ٤٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢٦٦: ١١.

(٤٠٦) المصدر نفسه: الباب ٨٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢٦٨: ٤.

— صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين إلى أبد الأبدین — اللهم اجعلنا ممن ينال رحمتك وشفاعتهم، آمين يارب العالمين.

وما ذكر من العفو في الكبائر ولكن لا بنحو الوعد لا يجري في معصية الشرك و الكفر، فإنَّ الله سبحانه لا يغفر للمشرك والكافر إلاَّ أن يتوب، قال عزَّ من قائل: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ). (٤٠٧)

[١] العدالة سواء قيل بأنها الاستقامة في أمر الدين وعدم الانحراف عن الوظائف الشرعيَّة، أو بملكة الاجتناب عن المحرّمات والإتيان بالواجبات، لاتتافي ترك المستحبات وفعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار والإصرار. وقد قيّد ذلك في كلمات جملة من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبة التهاون، وفي

التقييد شيء من التأمل ، فإنّه إن كان المراد التهاون العملي بمعنى عدم الاعتناء بامتثالها، فقد ذكرنا أنّه لا ينافيها، وإن كان بمعنى الاستخفاف، نظير ما ورد في الاستخفاف بالصلاة فهو عبارة أخرى عن التهاون العملي.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض وانكار للأمر بتلك الأفعال أو النهي بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعادنا الله من شرور النفس وآفات الغرور.

ثمّ إنّ قد ذكر بعض الأصحاب إنّ ترك المروّة قاذح بالعدالة، ولم يتعرض الماتن (قدس سره) لذلك، ولعلّه لعدم كونه قاذحاً عنده، وقد يفسّر المروّة ان يسير الإنسان في الناس بسيرة أمثاله من رعاية الأدب والرسوم والاجتناب عمّا يشين عندهم، وكأنّ العدالة يعتبر فيها مضافاً إلى ما تقدم لا يجعل الانسان نفسه بحيث يسخر و يضحك أو يشمئز منه.

ولكن لا يخفى أنّ الاعتبار ما لم يكن في البين عنوان محرّم ينطبق على تركها لادليل عليه.

نعم، قد ورد في بعض الأخبار الحث على المروّة، ولكن المراد منها غير ما ذكر في المقام، حيث أنّ ظاهرها فيها حسن المعاشرة مع الناس.

وقد ورد في موثقة سماعة: «من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن كملت مروته وظهرت عدالته»^(٤٠٨)، فإنّ ظاهرها أنّ نفس ما ذكره فيها مروّة وكاشف عن عدالة الشخص.

وقد استدل في الجواهر على اعتبار المروءة بالمعنى المتقدم بفحوى ما ورد في ردّ شهادة السائل بكفّه، وإن تارك المروءة يدخل في الظنين، الوارد في صحيحة عبدالله ابن وهنا مسائل:

الأولى: كل مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد [١]، ولا تردّ شهادة المخالف في الفروع من معتقدي الحق، إذا لم يخالف الإجماع، ولا يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده.

سنان وغيرها^(٤٠٩) ردّ شهادته و شهادة المتهم.

أقول: الفحوى غير تام، فإنّ السائل الذي تردّ شهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخذ السؤال حرفة كما هو المنصرف إليه من اطلاق السائل بالكف، ويقتضيه ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم من قوله (عليه السلام): «أنّه لا يؤمن على الشهادة لأنّه ان أعطى رضي وان منع سخط»^(٤١٠)، فيدخل هو في الظنين، ولا يجري ذلك في ترك المروءة، ولا يدخل تاركها في الظنين.

[١] ذكروا أنّ المخالف في الاعتقادات المعبر عنها بالأصول لا يعذر فلا تقبل شهادته، ولكن المخالفة في الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدر في العدالة في غير المسلّمات أو موارد الإجماع.

قال في المسالك ما حاصله: إنّ المراد بالمخالفة في الأصول المخالفة في التوحيد والعدل والنبوة والإمامة والمعاد، وأمّا فروعها من المعاني والأحوال وغيرها من فروع علم الكلام فلاتكون المخالفة فيها موجبة للقدح في العدالة، فإنّ تلك المسائل ظنية والاختلاف فيها بين علماء فرقة واحدة كثير، وقد عدّ بعض العلماء جملة ممّا وقع الخلاف فيها بين السيد وشيخه المفيد قدس سرهما — فبلغ نحواً من مائة مسألة، وأمّا المخالفة في الفروع فهي لا تقدر في العدالة لأنّها مسائل اجتهادية تبتنى على الأدلّة الثانية: لا تقبل شهادة القاذف [١]، ولو تاب قبلت، وحدّ التوبة أن يكذب نفسه، وإن كان صادقاً ويورى باطناً، وقيل: يكذبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملاء إن كان صادقاً،

(٤٠٨) الوسائل: ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٢: ١٥.

(٤٠٩) المصدر نفسه: الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٤: ١.

(٤١٠) المصدر نفسه: الباب ٣٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨١: ٢.

الظنية، فما دام لم تكن المخالفة فيها من مخالفة اجماع المسلمين أو إجماع الإمامية بحيث يعلم من المجمع عليه قول المعصوم (عليه السلام) لتكون المخالفة ردّاً لهم، لا تقدر في العدالة.

أقول: في كلّ ممّا ذكره في الأصول والفروع ما لا يخفى، فإن طرح ظهور الآية واخراجها على خلافه بالتأويل والرأي بلا شاهد معتبر تفسير لها بالرأي، فيكون قاذحة في عدالته للنهي، سواء تعلق الآية بالأصول أو بغيرها، وكذا طرح الروايات المعتبرة بالاستحسان والقياس والفتوى على طبقهما.

[١] لا تقبل شهادة القاذف فيما إذا لم يثبت ما رمى الغير به بالبينة أو اقرار المقذوف أو باللعان، بلاخلاف معروف أو منقول، يقول الله سبحانه: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (٤١١)، والمراد من المحصنات غير المشهورات بالزنا، فإن مقتضى الآية وغيرها من الروايات أنّ مع عدم ثبوت ما رمى الغير به يكون عمله افتراءً محرماً، فلا تقبل شهادته إلا إذا تاب وأصلح، كما في ذيل الآية، وفي بعض الروايات حتى إذا تاب وعلم منه خير.

وفي صحيحة أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: رأيت إن أكذب نفسه وتاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم». (٤١٢)

والأول مروى، وفي اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردد، والأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة، ولو أقام بينة بالقذف أو صدقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ.

وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «أمير المؤمنين (عليه السلام): ليس يصيب أحد فيقام عليه ثمّ يتوب إلاّ جازت شهادته». (٤١٣)

وفي صحيحة عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، وتوبته أن يرجع ممّا قال ويكذب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك». (٤١٤)

(٤١١) النور: ٥-٤.

(٤١٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢٨٢: ٣.

(٤١٣) و ٤١٣ (٢) المصدر نفسه: الباب ٣٧ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٨٣.

وفي معتبرة القاسم بن سليمان قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدًّا ثمَّ يتوب ولا يعلم منه إلاَّ خير، أتجوز شهادته؟ قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهادة أبدأ، فقال: بئس ما قالوا، كان أبي يقول: إذا تاب ولم يعلم منه إلاَّ خير جازت شهادته». (٤١٥)

وبهذا يظهر الحال في معتبرة السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن علي قال: «ليس أحد يصيب حدًّا فيقام عليه ثمَّ يتوب إلاَّ جازت شهادته إلاَّ القاذف، فإنه لا تقبل شهادته إنَّ توبته فيما كان بينه وبين الله تعالى» (٤١٦)، فإنَّ هذه تحمل على التقية، والتوبة المزبورة في نفسها إصلاح ومع استمرارها لا يحتاج في قبول شهادته إلى أمر آخر بقرينة المعتبرة.

ثمَّ إنَّ التوبة في القذف كما هو ظاهر صحيحة عبد الله بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام وعند المسلمين، واعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام [١]، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر وغير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

أجرى عليه الحدَّ أم لا، فلا يعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبة المقذوف بحقه، فيكفي الإكذاب عند أناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف. ويكفي أيضاً في الإكذاب أن يقصد الكذب في الآية الشريفة، بأن يقول: كذبت، وأراد الكذب فيها.

وما قيل من أنه مع كذبه واقعاً يقول: كذبت، ومع صدقه يقول: أنا خاطئ لا أعود إلى ما قلت، لا يمكن المساعدة عليه. بل فيه نوع إعادة للقذف، كما لا يخفى.

[١] المشهور بين الأصحاب حرمة اللعب بآلات القمار ولو لم يكن اللعب بنحو القمار، بأن لا يكون في البين رهان ويكون اللعب لمجرد اللهو المعبر عنه في لغة الفرس بـ(خوشى وسرگرمى)، أو يكون اللعب بلا رهان للحذق وتقوية الفكر، ويستدل على ذلك باطلاق النهي عن اللعب، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن اللعب بالشطرنج والنرد». (٤١٧)

(٤١٥ و ٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٢٨٢ و ٦: ٢٨٣.

(٤١٧) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩: ٢٣٨.

وفي صحيحة حماد بن عيسى قال: «دخل رجل من البصريين على أبي الحسن الأول (عليه السلام) فقال له: جعلت فداك إني أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج ولست أَلعب بها ولكن أنظر فقال: ما لك ولمجلس لا ينظر الله إلى أهله». (٤١٨)

فإن مقتضى الإطلاق في المعتبرة وترك الاستفصال في الصحيحة عن الرهان وعدمه حرمة اللعب بهما.

وفي صحيحة معمر بن خلاد عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: «النرد والشطرنج وأربعة الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته [١] ويفسق، خمراً كان أو نبيداً أو تبعاً أو منصفاً أو فضيخاً، ولو شرب منه قطرة، وكذا الفقاع، وكذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار ولولم يسكر، إلا أن يغلي حتى يذهب ثلثاه، وأما غير العصير من التمر أو البسر، فالأصل أنه حلال ما لم يسكر، ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله [٢] وتردّ شهادته،

عشر بمنزلة واحدة، وكل ما قورم عليه فهو ميسر». (٤١٩)

وفي موثقة مسعدة بن زياد عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه سئل عن الشطرنج فقال: «دعوا المجوسية لأهلها لعنها الله». (٤٢٠)

ومن البعيد جداً أن يسأل مسعدة عن القمار بالشطرنج أو بغيرها. وبالجملة: دعوى الإنصراف في النهي إلى صورة الرهان في اللعب بلا وجه، بل لا يحتمل ذلك في بعضها ولو موهوماً.

نعم، يمكن دعوى أنّ النهي مع عدم الرهان بنحو الكراهة لا التحريم، وفي صحيحة علي بن رئاب قال: «دخلت على أبي عبدالله (عليه السلام) فقلت له: جعلت فداك ما تقول في الشطرنج؟ قال: المقلّب لها كالمقلّب لحم الخنزير، قلت: ما على من قلب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» (٤٢١)، فيمكن أن يدعى ظاهر هذه حرمة مجرد اللعب واللعب به كاللعب بلحم الخنزير، ولكنه لا يخلو عن تأمل.

[١] فإنّ شارب المسكر محكوم بالفسق ولا تقبل شهادة الفاسق، وكذا الأمر في شارب الفقاع والعصير بعد غليانه بالنار أو بغيره ما لم يذهب ثلثاه وبقي ثلثه.

(٤١٨) المصدر نفسه: الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١:٢٤٠.

(٤١٩) المصدر نفسه: الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١:٢٤٢.

(٤٢٠) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧:٢٣٨.

(٤٢١) المصدر نفسه: الباب ١٠٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣:٢٤٠.

[٢] ظاهر كلامه (قدس سره) إنّ الغناء من الكبائر وكذا الاستماع إليه، فيكون فاعله وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن، ولا بأس بالحداء به، ويحرم من الشعر ما تضمن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيهاً بامرأة معروفة غير محللة له، وما عداه مباح، والإكثار منه مكروه.

السادسة: الزمر والعود والصنج، وغير ذلك من آلات اللهو حرام [١] يفسق فاعله و مستمعه، ويكره الدف في الأملاك و الختان خاصة.

ومستمعه محكوماً عليه بالفسق بمجرد الارتكاب، كما أنّ ظاهر كلامه أنّ الغناء اسم لكيفية الصوت في القراءة وتأدية الكلام، وتلك الكيفية مدّ الصوت بحيث يشتمل على الترجيع وترديده في الحلق، بحيث يكون ذلك المدّ بذلك الترجيع مطرباً، أي مقتضياً لحالة للنفس يعبر عنها بطرب النفس وخفتها، كما يجدها الإنسان في نفسه بشدة الحزن أو الفرح.

وحيث إنّ حصول تلك الحالة خصوصاً في المستمع لا تكون بمجرد الكيفية المزبورة، بل يعتبر في حصولها حسن الصوت ونحوه، فيكون المراد كون تلك الكيفية مقتضياً للطرب، فإنّه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت ونحوه دخيلاً في صدق الغناء.

وقد تكلمنا في المسألة في المكاسب المحرمة من ارشاد الطالب بما فيه كفاية، فليراجع. [١] ذكر (قدس سره) أنّ استعمال آلات اللهو في اللهو حرام يفسق فاعله و مستمعه، وهو كالغناء من المعاصي الكبيرة، وقد نفى الخلاف عن حرمة كل من استعمالها و الاستماع إليه. ويدلّ عليه معتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «أنهاكم عن الزفن والمزمار وعن الكوبات والكبرات» (٤٢٢)، وفي موثقة اسحاق بن جبري قال:

السابعة: الحسد معصية [١]، وكذا بغضة المؤمن، والتظاهر بذلك قاذح في العدالة.

«سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: إنّ شيطاناً يقال له القفندر إذا ضرب في منزل رجل أربعين صباحاً بالبربط ودخل الرجل وضع ذلك الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثم نفخ فيه نفخة فلا يغار بعدها حتى تؤتى نساؤه فلا يغار». (٤٢٣)

(٤٢٢) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦ و ٢٣٣: ١.

(٤٢٣) الوسائل: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ .

إلى غير ذلك من الروايات الكثيرة المؤيِّدة للحرمة، لضعف اسنادها، إن لم يدعى الوثوق بصدور بعضها عن المعصوم لكثرتها، أو يلحق بما يعتمد عليها هذا بالاضافة إلى الاستعمال. وأما بالاضافة إلى الاستماع، ففي موثقة مسعدة بن زياد قال: «كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فقال له رجل: بأبي أنت وأمي إني أدخل كنيفاً ولي جيران عندهم جوار يتغنين ويضربن بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعاً مني لهنّ، فقال: لاتفعل - إلى أن قال: - قم فاغتسل وصل ما بدالك فانك كنت مقيماً على أمر عظيم ما كان أسوأ حالك لومت على ذلك احمد الله وسئله التوبة من كل ما يكره فانه لا يكره إلا كل قبيح والقبيح دعه لأهله فإن لكل أهلاً». وما ذكر (قدس سره) من الاستثناء في الأملاك والختان لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا موجب لرفع اليد عن ما دل على حرمة كل من الاستعمال والاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالاضافة إلى الغناء في الأعراس، وبالاضافة إلى الحداء كلام ذكرناه في ارشاد الطالب، والعجب من الماتن كره الدف في الأملاك يعني العرس والختان مع عدم دليل على التخصيص إلا في الغناء كما مرّ.

[١] في صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «أصول الكفر ثلاثة: الحرص والاستكبار والحسد»^(٤٢٤)، وفي صحيحة محمد بن مسلم: «ان الحسد ليأكل الإيمان كما

الثامنة: لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّم [١] تردّ به الشهادة، وفي المتكأ عليه والافتراش له تردّد، والجواز مروى، وكذا يحرم التختّم بالذهب والتحلّي به للرجال. التاسعة: إتخاذ الحَمَام للأتس، وانفاذ الكتب ليس بحرام، وان اتخذها للفرحة والتطير فهو مكروه، والرهان عليها قمار.

العاشرة: لاتردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة [٢]، كالصياغة وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدنيّة كالحياكة والحجامة، ولو بلغت في الدناءة كالزبال والوقاد، لأن الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

تأكل النار الحطب»^(٤٢٥).

وفي معتبرة حمزة بن حمران عن أبي عبد الله (عليه السلام): «ثلاثة لم ينج منها نبي فمن دونه: التفكير في الوسوسة في الخلق والطيرة والحسد، إلا أن المؤمن لا يستعمل حسده»^(٤٢٦).

(٤٢٤) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢ و ١ : ٢٩٤.

(٤٢٥) الوسائل: ١١، الباب ٥٥ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١٢ .

(٤٢٦) المصدر نفسه: الحديث ٨ : ٢٩٣.

وبالجملة: استعمال الحسد باظهاره بيبغض المؤمن وايدائه واهانته وغير ذلك محرّم قاذح في العدالة، كما هو مقتضى ما ورد في ذلك من الروايات الكثيرة المتفرقة في أبواب جهاد النفس والعشيرة.

[١] على ما ذكر التفصيل في بحث لباس المصلي.

[٢] لإطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل والأمر بالاستشهاد به، فإنّ الاشتغال والتكسّب بالصناعات المكروهة لا ينافي العدالة، ومثله الاشتغال بالصنائع الدنيّة كالزبال والوقاد، ودعوى منافاتها للمروءة مطلقاً أو في بعض الناس لا يمكن المساعدة عليها، لعدم اعتبار عدم ارتكاب خلاف المروءة في العدالة على ما تقدم، مع أنّ الاشتغال بما هو دني عند الناس بحسب الكسب لا يعتبر من خلافها.

الخامس: ارتفاع التهمة [١].

[١] يعتبر في سماع الشهادة ارتفاع التهمة في شهادة الشاهد، والظاهر عدم الخلاف في الاشتراط في الجملة، وحيث إنّ مجردّ عود النفع إلى الشاهد بوجه لا يوجب ردّ شهادته مطلقاً، تعرض الماتن (قدس سره) للموارد التي تكون التهمة موجبة لعدم السماع.

وعدّ منها شهادة الشريك فيما هو شريك فيه، كما إذا ادّعى أحد الشريكين على آخر أنّه قد اشترى منه العين الفلانية وأقام شريكه شاهداً بشراءه، ويشهد لذلك روايات، منها: موقّعة سماعة قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال: المريب والخصم، والشريك، ودافع مغرم، والأجير، والعبد والتابع والمتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم». (٤٢٧)

وظاهرها كون الشريك قسيماً للمتهم، ولم يقيد عدم قبول شهادة الشريك فيما فيه الشركة، ويمكن أن يدعى انصرافها إلى ذلك، نظير عدم قبول شهادة العبد فإنّ شهادته لمولاه لا تقبل، ولكن اثبات الانصراف مشكل.

وعلى فرض الإطلاق يرفع اليد عن إطلاقه بما رواه الصدوق (قدس سره) في الصحيح عن أبان — يعني أبان بن عثمان — قال: سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا في شيء له فيه نصيب» (٤٢٨)، قد رواه الشيخ (٤٢٩) (قدس سره) عن أبان عمّن أخبره عن أبي عبدالله (عليه السلام)، إلّا أنّه لا يضرّ الإرسال بحسب نقله، حيث يمكن

(٤٢٧) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٧٨.

(٤٢٨) المصدر نفسه: الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٤٤٠.

(٤٢٩) التهذيب ٦: ٢٤٦، الاستبصار ١٥: ٣.

تعدد سماع أبان، بأن سمع الحكم من الإمام (عليه السلام) وقبله عمّن رواه عنه (عليه السلام)، ونظير ذلك غير عزيز.

.

وعلى ذلك كما يرفع اليد برواية أبان عن اطلاق ما ورد في عدم قبول شهادة الشريك لشريكه كذلك يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على سماع شهادة الشريك لشريكه، كمعتبرة عبدالرحمان – يعني عبدالرحمان بن أبي عبدالله – قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن ثلاثة شركاء ادّعى واحد وشهد الإثنين، قال: يجوز»^(٤٣٠)، ولكن في رواية الكليني عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن ثلاثة شركاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما»^(٤٣١).

وربّما يقال: إنّ الراوي عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله في كلا السندين أبان ابن عثمان، ومع تعارض النقلين لا يعلم أنّ الرواية عبدالرحمان ما رواه كليني أو الشيخ – قدّس سرّهما – .

أقول: اجمال هذين النقلين لا يضرّ بالحكم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحیحة أبان المرويّة في الفقيه، مع أنّه يحتمل ثبوت كلا النقلين عن عبدالرحمان لتعدّد سماعه عن الإمام (عليه السلام)، ونظيره أيضاً في رواياتنا موجود، ومعه يرفع اليد عن اطلاق كلّ منهما بقريّة صحیحة أبان.

ثمّ إنّّه قد يستدل على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه و غيره ممّن يأتي ذكرهم بروايات:

منها: صحیحة عبدالله بن سنان قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) ما يردّ من الشهود؟ قال: فقال: الظنين والمتهم، قلت: فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين»^(٤٣٢)، ويتحقق المقصود ببيان مسائل:

الأولى: لا تقبل شهادة من يجرّ بشهادته نفعاً: كالشريك فيما هو شريك فيه وصاحب الدين إذا شهد للمجور عليه [١]،

(٤٣٠) الوسائل: ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٢: ٤، التهذيب ٦: ٢٤٦، الاستبصار ١٥: ٣.

(٤٣١) الكافي ٣٩٤: ٧.

(٤٣٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٥: ٢٧٤: ٣.

ومنها صحيحة عبيد الله بن علي الحلبي قال سئل ابو عبد الله (عليه السلام) عما يردّ من الشهود، فقال: الظنين والمتهم والخصم، قال، قلت: فالفاسق والخائن؟ فقال هذا يدخل في الظنين^(٤٣٣). وصحيحة ابي بصير قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) ما يردّ من الشهود؟ فقال: المتهم والظنين والخصم.^(٤٣٤)

بدعوى أنّ المراد بالظنين المتهم في دينه، بقرينة إدخال الخائن والفاسق فيه، فيكون المراد بالمتهم المتهم في الواقعة المرفوعة إلى القاضي، كالشريك في شهادته فيما هو شريك فيه، وعطف الخصم على المتهم من قبيل عطف الخاص على العام، حيث إنه يدخل أيضاً في المتهم في الواقعة.

وبالجملة: إنّ عطف المتهم على الظنين أو بالعكس ليس من عطف التفسير، ولذا ذكر — سلام الله عليه — دخول الفاسق والخائن في الظنين لا في المتهم والظنين. أقول: يمكن أن يكون المراد بالظنين المتهم في دينه، ولذا يدخل فيه الفاسق والخائن، والمراد بالمتهم المتهم في قوله، ولذا يجعل الخصم قسيماً له كالشريك، وقد ذكر المتهم في مقابل المريب في موثقة سماعة المتقدمة.

وبالجملة لم يحرز مع عدل الشريك دخوله في المتهم وإنما يحرز دخوله في الخصم.

[١] إذا ادعى المدين المحجور عليه على الغير مالاً، سواء كان ذلك المال عيناً بيد الغير أم ديناً بعهدته، وأقام المدعي المحجور عليه من دينه شاهداً أو شاهدين بدعواه على ذلك الغير، فلا تسمع شهادة الديان وإن كان الشاهد منهم عدلاً، والوجه في عدم والسيد لعبد المأذون [١]، والوصي فيما هو وصي فيه.

السماع إنّ الديان في الفرض يحسبون من خصوم المدعى عليه لتعلق حقهم بأموال المحجور عليه.

نعم، إذا لم يكن المدين محجوراً عليه و ادعى على آخر المال، سواء كان عيناً أم ديناً فلا بأس بأن يقيم المدين دينه شاهداً بدعواه، فإنّه تقبل شهادته بدعواه، حتى إذا كان المدين معسراً، فإنّ الدائن في الفرض لا يتعلّق حقه بمال المدين وإنما يكون له المطالبة بدينه لابل المال الذي يدعى المدين على الغير حتى في صورة اعساره.

وبالجملة: فلا يدخل الدائن في عنوان الخصم في دعوى المدين على الغير حتى لا تقبل شهادته.

[١] والوجه في عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو أنّ للمولى الولاية في ماله، فيكون مولاه خصماً في دعواه على الغير.

ومما ذكرنا يظهر الحال في شهادة الوصي فيما هو وصى فيه، فإنّ الوصي في الفرض يدعى ثبوت حق الوصاية له في ذلك المال.

وفي صحيحة محمد بن يحيى قال: «كتب محمد بن الحسن - يعني الصفار - إلى أبي محمد (عليه السلام): هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي يمين». (٤٣٥)

فإنه لو كانت شهادة الوصي مسموعة لم تكن حاجة إلى يمين المدعي نعم، قد ورد في الصحيحة بعد ذلك: «وكتب أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع (عليه السلام): نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولايكنتم الشهادة». (٤٣٦)

.

ولذا يقال أنه لو لم تكن شهادة الوصي مسموعة فلا موجب لأمره بالشهادة ونهيه عن ترك ادائها، فيكون المراد باليمين في صدرها اليمين الاستظهارية حيث يقوم بها المدعي استحباباً مع اقامته البيّنة بدعواه، كما ورد في وصايا عليّ (عليه السلام) لشريح، هذا بالإضافة إلى الشهادة للميت.

وأما إذا شهد الوصي على الميت فتسمع شهادته كما ورد في ذيل الصحيحة: «وكتب: أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: نعم من بعد يمين» (٤٣٧)، وقد تقدم أنّ اليمين في الدعوى على الميت لازم على المدعي مع اقامته البيّنة.

ولا يقاس هذا باليمين الواردة في صدرها، فإنّ الواردة في صدرها بناءً على قبول شهادة الوصي استحبابي وبناءً على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضمّاً إلى شهادة الواحد.

وبالجملة: الاستدلال بما في صدرها من الأمر بضم اليمين على عدم قبول شهادة الوصي، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلك من الأمر على الوصي بالشهادة للورثة الذين فيهم الصغار والوصي المزبور هو القابض لهم.

(٤٣٥) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

(٤٣٦) الوسائل: ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٣: ١.

ويمكن دعوى أن الأمر بالشهادة والنهي عن الكتمان لا ينافي عدم قبولها، خصوصاً بأنّ التعبير وقع بلفظ ينبغي، الظاهر في التجويز والترغيب.

وذكر في الجواهر أنه يمكن أن يقال بقبول شهادة الوصي للميت أيضاً فيما كان المدعي بعض ورثته، فإنّ المدعى به وهو المال للميت وليس للوصي نصيب فيه وإنما يتعلّق به حق الوصاية بعد ثبوته، واليمين الواردة في الصدر لا يدلّ على عدم اعتبار شهادته لينافي ما ورد فيها بعد ذلك، فإنّها يمين استظهارية مستحبة مع ثبوت وكذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً [١]، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية، وكذا شهادة الوكيل والوصي بجرح شهود المدعي على الموصي أو الموكل.

الدعوى بالبينة، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثة ميتاً، فيكون على الوارث المدعى مع إقامة البينة ضم اليمين، فلا يدخل الوصي في الخصم في دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين وادّعى أحدهم على الآخر وشهد بدعواه الوصي الآخر، ونظير ذلك شهادة الوكيل لدعوى موكله المال الذي على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكالة، فإنّ ثبوت المال بشهادة الوكيل لا يخلو من وجه، نعم، في الموارد التي يعدّ الوصي أو الوكيل فيها مدعياً أيضاً في الواقعة لا تقبل شهادتهما، كما أنه ينبغي الجزم بقبول شهادة الوصي فيما إذا شهد بما لا يرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعة و نحوه، وكذا في شهادة الوكيل بما لا يرجع إلى مورد وكالته.

أقول: إذا كانت المكاتبة بصدرها ظاهرة في عدم قبول شهادة الوصي، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته وشهادة عدل آخر، وإنّ ما بعدها منافية لما في صدرها، تكون المكاتبة مجاملة، فيرجع في عدم قبول شهادة الوصي أو الوكيل فيما لهما حق الوصاية والوكالة إلى ما ورد من عدم قبول شهادة الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم في الدعوى كما ترى، وإذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصاية والوكالة يرجع إلى اطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل.

[١] لا تقبل شهادة من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية التي ديبتها على العاقلة، ونظير ذلك شهادة الوصي أو الوكيل بجرح شهود المدعي على الموصي والموكل، فإنّ الوصي والوكيل يعدّ في الدعوى على الموصي والموكل من الخصم. ثمّ إنه قد يقال من الشهادة التي لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجناية على

مورثه، بأن فلاناً جرحه، سواء كانت الشهادة بعد موت مورثه أو قبل موته، ولكن لم تتدخل الجراحة ويحتمل سرايتها عادة، فإنّ الشاهد في الفرض مدّع لنفسه القصاص أو الدية فيدخل في الخصم، وهذا فيما إذا لم يستوعب دين المورث تركته إن قلنا بتعلّق حق الديان بأعيان التركة.

وأما لو شهد الوارث بمال لمورثه المجرّح ولو بجراحة سارية عادة، أو للمورث المريض الذي يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعة، والفرق بين هذا وسابقه هو أنّ الشهادة في الأوّل كانت من الادّعاء لنفسه بخلافها في الثاني، فإنّه يشهد بالمال لمورثه فتقبل.

أقول: في كلا الأمرين تأمل، فإنّ الشهادة في الأوّل أيضاً بالاضافة إلى الدية من الشهادة بمال الميت، حيث إنّ الدية كما هو ظاهر الروايات من تركة الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعي على الغير هو المجنّى عليه فلا بأس بسماع شهادة الوارث قبل موته بأنّ فلاناً جرحه، هذا بالاضافة إلى الأوّل.

وأما بالاضافة إلى الثاني، فالظاهر سماع شهادة الوارث حتى فيما إذا مات المورث قبل الحكم، فإنّ مدرك القضاء هو الشهادة التي وقعت، وهي حال وقوعها كانت واجدة لملاك القضاء بها، نظير ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العدالة قبل الحكم أو ماتا قبله فجأة، ورجوع الشاهدين قبل الحكم عن شهادتهما مسألة أخرى قد وردت فيها الروايات فيؤخذ فيها بما يستفاد منها.

ومما تقدّم يظهر الوجه في عدم سماع شهادة الوكيل أو الوصي في جرح شهود المدعي على الموصي والموكّل، فإنّ الوصي أو الوكيل في الواقعة المرفوعة المدعى عليه فلا وجه لسماع شهادتهما في دفع الدعوى عنهما، لدخولهما في الخصم على ما تقدم.

الثانية: العداوة الدينية لا تمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته على الكافر، أمّا الدنيوية فإنّها تمنع [1]، سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن، وتتحقّق العداوة بأن يعلم من

[1] العداوة الدينية لا تمنع عن قبول الشهادة حيث تسمع شهادة المسلم على الكافر وشهادة المؤمن على المخالف.

وأما العداوة الدنيويّة فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلاخلاف بل ادّعى عليه الإجماع، والمصرّح به في كلام جماعة كالماتن (قدس سره) عدم الفرق بين كونها موجبة للفسق أم لا، ولذا يقال أنّها تمنع عن الشهادة على من يكون بينه وبين الشاهد عداوة ولا تمنع عن الشهادة له، وعلى ذلك ينبغي الكلام في مقامين:

المقام الأوّل: في وجه منع العداوة الدنيويّة عن قبول الشهادة مع عدم كونها موجبة للفسق: ويستدلّ على ذلك بدخول الشاهد معها في عنوان الخصم، الذي قد ورد في بعض الروايات المتقدّمة عدم قبول شهادته، فإنّه كما قيل: إنّ المراد منه العدو.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ الخصم في المقام من يكون طرفاً في المخاصمة استقلالاً أو تبعاً، ولو لم يكن هذا معناه الظاهر فلا أقلّ من احتماله.

ويستدلّ أيضاً بالمروى في معاني الأخبار قال: «قال النبي (صلى الله عليه وآله): لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولاذي غمز على أخيه»^(٤٣٨)، قال الصدوق (قدس سره): الغمز الشحاء والعداوة. وبمعتبرة^(٤٣٩) السكوني عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) قال: «لا تقبل شهادة ذي شحاء أو ذي مخزية في الدين»^(٤٤٠).

حال أحدهم السرور بمساءة الآخر، والمساءة بسروره، أو يقع بينهما تقاذف، وكذا

وربّما يقال: إنّ الكليني روى عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) كان لا يقبل شهادة فحّاش ولاذي مخزية في الدين»^(٤٤١)، ومن البعيد جدّاً أن يكون للسكوني روايتان قد سمعهما عن أبي عبد الله (عليه السلام)، بل الظاهر أنّهما رواية واحدة، ولا يعلم أنّ ما رواه السكوني ما في رواية الصدوق أو ما في رواية الكليني، ومعه لا يمكن أن يحكم بعدم سماع الشهادة مع العداوة الدنيوية غير الموجبة للفسق.

أقول: مجرد ورود ذي مخزية في الدين في كلا النقلين لا يدلّ على أنّهما رواية واحدة، وظاهر النقلين وقوعهما عن السكوني، وعليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوة مانعة عن قبول الشهادة، ورواية معاني الأخبار لإرسالها صالحة للتأييد فقط.

(٤٣٨) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٩: ٨.

(٤٣٩) معاني الأخبار: ٢٠٨.

(٤٤٠) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٩: ٥.

(٤٤١) الكافي: ٧، الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧٧: ١.

المقام الثاني: في المراد من العداوة الدنيوية، وقد ذكر الماتن في بيانها أن يسرّ أحدهما باصابة الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف.

وقد يقال: أنه لو كان المراد بالعداوة ما ذكر لكانت موجبة للفسق لحرمة الحسد وبغض المؤمن وقذفه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن مجرد السرور لا يمنع عن العدالة ولا يكون اظهاراً للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذي الشاهد العدل دوماً ولذا يسرّ الشاهد اصابته بالمصيبة، وظاهر معتبرة السكوني ومعاني الأخبار ثبوت الوصف في الشاهد وأنه تمنع عن قبول شهادته واطهار سروره أيضاً في مثل ما ذكر فضلاً عن سروره الباطني لا يمنع العدالة.

لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق، لتحقق التهمة [١]، أما لو شهد العدو لعدوه قبلت لانتفاء التهمة.

فلوجه للالتزام بأن ثبوت العداوة في المدعى عليه أيضاً يمنع عن قبول شهادة الشاهد عليه وان لم تكن في نفس الشاهد عداوة، وأنه على ذلك يصح لكل مدعى عليه ان يظهر عداوته بالاضافة إلى الشاهد عليه بسببه وقذفه لتسقط شهادته عليه عن الاعتبار.

[١] ذكر (قس سره): أنه لا تسمع شهادة بعض رفقة الطريق لبعض الآخر على قاطع الطريق عليهم، بأن شهدا أنهم أخذوا من فلان كذا، أو قالوا أنهم أخذوا منا كذا ومنهم كذا، ويقال في وجه عدم قبول شهادتهم بأن قطع الطريق عليهم يوجب العداوة بين القاطع وبينهم. ويدل عليه أيضاً رواية محمد بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن رفقة كانوا في طريق فقطع عليهم الطريق وأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا باقرار من اللصوص أو شهادة من غيرهم عليهم». (٤٤٢) ولكن الرواية ضعيفة سنداً.

ولا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالاضافة إلى الأخذ من الآخرين، كشهادة بعض الديان لبعض الآخر في دعواهم على المدين، وما تقدّم في مانعية العداوة الدنيوية لا يوجب عدم سماع شهادة بعض الرفقة في الفرض، حيث إن ظاهر ما تقدم العداوة غير الناشئة عن تعدي المشهود عليه في نفس الواقعة المرفوعة إلى الحاكم كما لا يخفى، كما أن ظاهره شهادة ذي الشحنة بمقتضى مناسبة الحكم والموضوع الشهادة عليه، فلا يعمّ ما إذا كانت شهادته له.

الثالثة: النسب وان قرب لا يمنع قبول الشهادة [١]، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه، وفي قبول شهادة الولد على والده خلاف والمنع أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلق ببدنه، كالقصاص والحد.

[١] لا خلاف في أنّ النسب والقربة بين الشاهد والمشهود له أو عليه لا يمنع عن قبول شهادته، سواء كان النسب قريباً أم بعيداً، فتسمع شهادة الوالد لولده أو عليه، وشهادة الأخ لأخيه أو عليه.

ويشهد لذلك مضافاً إلى أنه مقتضى الآية المباركة وما ورد من الإطلاق في قبول شهادة العدل، الروايات الخاصة كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة الولد لوالده والوالد لولده والأخ لأخيه». (٤٤٣)

وصحيحته الأخرى عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال تجوز». (٤٤٤)

وموثقة سماعة قال: سألته عن شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه قال: نعم» (٤٤٥)، إلى غير ذلك.

وهذه الروايات وان كانت واردة في الشهادة له إلا أنّها تدلّ على قبولها على القريب بالأولوية، نظير ما تقدم في شهادة ذي الشحناء.

والمشهور كما قيل التزموا بعدم سماع شهادة الولد على والده ويستدل على ذلك بمرسلة الفقيه، قال: «وفي خبر آخر: لا تقبل شهادة الولد على والده» (٤٤٦)، ويضاف إليها ما في الكتاب العزيز: (وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا) (٤٤٧)، بدعوى أنّ ردّ قول الولد وتكذيبه لا يدخل في المعاشرة بالمعروف بل هو عقوق يمنع عن قبول الشهادة،

.

والمحكي عن المرتضى والاسكافي قبول شهادته على والده، وعن العلامة في التحرير التردد في القبول، وعن الشهيد اختيار القبول لضعف الرواية.

(٤٤٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٣ و ٤: ٢٧٠.

(٤٤٦) الفقيه ٤٢: ٣.

(٤٤٧) لقمان: ١٥.

ودعوى انجبارها بالشهرة لا يمكن المساعدة عليها، فإن الشهرة غير محققة وعلى تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلهم إلى ما ذكر من كون الشهادة على الوالد عقوقاً ولا يكون من مصاحبتهم بالمعروف.

وهذا الوجه أيضاً ضعيف، فإن أداء الشهادة قيام بالعدل وتركها كتمان للشهادة لله، يقول الله سبحانه: (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ) (٤٤٨)، ولاتكون الشهادة على الوالد عقوقاً بل هو احسان إليه وتصدى لتخلصه من حقوق الناس فلا تكون منافية لعدل الولد.

أضف إلى ذلك رواية داود بن الحصين قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين والولد، ولا تقيموها على الأخ في الدين الضير، قلت: وما الضير؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذي يدعيه قبله خلاف ما أمر الله به ورسوله، ومثل ذلك أن يكون لآخر على آخر دين وهو معسر، وقد أمر الله بانظاره حتى يبسر، فقال تعالى: (فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) (٤٤٩) ويسألك أن تقيم الشهادة وأنت تعرفه بالعسر، فلا يحل لك أن تقيم الشهادة في حال العسر». (٤٥٠) ولا يبعد اعتبار الرواية سنداً، فإن ذبيان بن حكيم الأودي، على ما يظهر من ترجمة أخيه أحمد، من المعاريف والمشاهير من الرواة، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بأنه أخ ذبيان بن حكيم الأودي، ولا موجب لحملها على الشهادة بعد الموت، بقرينة الأمر بالمصاحبة المعروف، مع أن

وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، والزوجة لزوجها [١] مع غيرها من أهل العدالة، ومنهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجة، ولا وجه له، ولعل الفرق إنما هو لاختصاص

مقتضاه عدم قبول شهادة الولد على والدته أيضاً.

ثم إنه نسب إلى الشيخ (قدس سره) أنه يعتبر في قبول الشهادة مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبي، ويستدل على ذلك بمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه (عليهما السلام): «إنَّ شهادة الأخ تجوز إذا كان مرضياً ومعه شاهد آخر». (٤٥١)

ولكن لا يخفى بأن مدلولها عدم كفاية الشاهد الواحد في ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواء كان الآخر قريباً كالولد والعم أم أجنبياً، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالاضافة إلى دعوى المال.

(٤٤٨) النساء: ١٣٥.

(٤٤٩) البقرة: ٢٨٠.

(٤٥٠) الوسائل: ١٨، الباب ١٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣: ٢٥٠.

(٤٥١) المصدر نفسه: الباب ٢٦ من أبواب الشهادات، الحديث ٥: ٢٧١.

[١] تقبل شهادة الزوج لزوجته والزوجة لزوجها بلا خلاف ظاهر، وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة الرجل لإمرأته والمرأة لزوجها إذا كان معها غيرها». (٤٥٢)

وصحيحة عمّار بن مروان قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لإمرأته، قال: إذا كان خيراً (نسخة آخر) جازت شهادته معه لامرأته» (٤٥٣)، وكلمة معه قرينة على أنّ الصحيح إذا كان آخر.

وفي موثقة سماعة قال: «سألته عن شهادة الرجل لامرأته، قال: نعم، والمرأة لزوجها؟ قال: لا، إلا أن يكون معها غيرها». (٤٥٤)

وعن جماعة من القدماء اعتبار انضمام الآخر إلى شهادة الزوج لزوجته، كما هو الحال في قبول شهادة الزوجة لزوجها، وعن جماعة التفرقة بين شهادة الزوج الزوج بمزيد القوة في المزاج من أن تجذبه دواعي الرغبة، والفائدة تظهر، لو شهد فيما يقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين وتظهر الفائدة في الزوجة، لو شهدت لزوجها في الوصية وتقبل شهادة الصديق لصديقه، وإن تأكدت بينهما الصّحة والملاطفة، لأنّ العدالة تمنع التسامح.

فلا يعتبر الانضمام وشهادة الزوجة فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن (قدس سره). واستظهروا التفرقة من صحيحة الحلبي وموثقة سماعة، وفي عبارة الماتن أنّ الفرق لاحتمال أنّ للزوج قوة مزاج تمنعه دواعي الرغبة لزوجته مع عدله ان لا يذكر الحق، بخلاف الزوجة، فإنّه ليس لها القوة بهذه المرتبة حتى مع عدلها. ولكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج والزوجة فيما يثبت بشهادة الرجال وبشهادة النساء، وإنّ الاكتفاء بشهادة الزوج من غير انضمام إنّما هو في شهادته بالمال لها، وأمّا في الشهادة بغيره ممّا يعتبر فيه البيّنة فيعتبر الانضمام، ولعلّ ما في صحيحة عمّار بن مروان ناظر إلى جميع الدعاوى والصحيحة والموثقة إلى دعوى المال، وهذا بخلاف شهادة الزوجة، فإنّ شهادة المرأة الواحدة بلا انضمام امرأة أخرى لا يثبت شيئاً إلاّ في شهادتها بالوصية بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفردة ربع المال، كما يأتي. وأمّا ما ذكره الماتن في وجه الفرق فهو كما ترى.

ثم إن الروايات في المقام و فيما تقدم من شهادة الأب والولد والأخ، كلّها ناظرة إلى الشهادة للآخر، غير ما ذكرنا في شهادة الولد على والده، فإن تمّ ما ذكرنا في شهادة القريب نسباً، من أن تجوز الشهادة وسماعها للمشهد له بالفحوى يدلّ على السماع في المشهود عليه فهو، وإلا يؤخذ في سماع شهادة القريب على القريب وفي شهادة كلّ من الزوج والزوجة على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شهادة العدل، وذكر سماع الشهادة للآخر لا يقتضي التقييد في الاطلاق المزبور، لكون الشهادة من القريب أو الزوج أو الزوجة من قبيل الشهادة للآخر غالباً.

الرابعة: لا تقبل شهادة السائل في كفه [١]، لأنّه يسخط إذا منع، ولأنّ ذلك يأذن بمهانة النفس، فلا يؤمن على المال، ولو كان ذلك مع الضرورة نادراً، لم يقدر في شهادته.

[١] لا تقبل شهادة السائل بكفه، ويشهد له صحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن موسى (عليه السلام) قال: «سألته عن السائل الذي يسأل بكفه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفه». (٤٥٥)

وموتفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «ردّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) شهادة السائل الذي يسأل في كفه، قال أبو جعفر (عليه السلام): لأنّه لا يؤمن على الشهادة، وذلك لأنّه إن أعطي رضي وان منع سخط». (٤٥٦)

وظاهر هذه إنّ الوصف الغالبي للسائلين بكفهم الموجب لعدم الوثوق بشهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شهادة السائل بالكف حتى فيما كان سائل بكفه على خلاف الوصف المزبور، وظاهر السائل بالكف من يتصدّى السؤال لأخذ المال بنفسه، بحيث يكون هذا النحو من السؤال حرفة له، يأخذ كل ما يعطي ولو بمال قليل، فلا يعم من يسأل ويأخذ المال بالواسطة أو يرسل المال إليه أو يسأل اتفاقاً لضرورة تطراً، من غير أن يصير السؤال حرفة له.

وفي المسالك تبعاً للتحرير والدروس أنّه في حكم السائل بالكف الطفيلي، والمراد به من يحضر الطعام من غير دعوة ولكن في الإلحاق تأمّل بل منع، لعدم صدق عنوان السائل بالكف عليه، وما ورد في موتفة محمد بن مسلم مع كونه من قبيل الحكمة كما ذكرنا لا يجري في الطفيلي ثمّ إنّ قد ذكر في الجواهر: أنّ ظاهر ما ورد في عدم قبول شهادة السائل بكفه ان

السؤال بالكف غير محرّم فضلاً عن السؤال بغيرها، فإنّه لو كان السؤال بالكفّ في نفسه محرّماً لذكر (عليه السلام) في تعليل عدم سماع شهادته أنّه فاسق.

الخامسة: تقبل شهادة الأجير والضيف، وإن كان لهما ميل إلى المشهود له [1]، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة.

اللّهّم إلا أن يقال: إنّ السؤال عند ضرورة السائل غير محرّم، فيحمل فعل المسلم على الصحة، فبمجرد سؤال شخص بالكفّ مع إمكان كونه لضرورة لا يحكم بفسقه، وعلى ذلك فالسائل بكفه وإن كان على ظاهر العدالة إلا أنّه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، وإذا لم نقل بحرمة السؤال ولو من غير ضرورة فالسؤال بالكف لا ينافي العدالة الواقعيّة، حتى فيما إذا ذكر أو احرز أنّه غني لا يحتاج فعلاً إلى المال الذي يسأل به الناس، ولكن مع ذلك لا تقبل شهادته.

ولكن المغروس في الأذهان حرمة السؤال في هذا الفرض، والنصوص الواردة في النهي عن سؤال الناس مستفيضة، ولكن أكثرها محمولة على مراتب الأولياء، وهو الغناء عن الناس والالتجاء إلى ربّ العالمين ويعمّ بعضها النهي عن مثل السؤال عن بعض جلسائه الماء لشربه، وبعضها محمولة على صورة التدليس باظهار الحاجة والفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعفّفهم، وأمّا حرمة مجرد السؤال من حيث كونه سؤالاً فلم يظهر عليه دليل ولا يحضرنى كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضرورة وإن يكون عملاً مذموماً حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلا أنّه لا دليل على حرمة حتّى فيما إذا كان بصورة التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرّماً آخر، والثابت من الارتكاز هو المذمومية دون الحرمة، واللّه سبحانه هو العالم.

[1] المشهور أنّه تقبل شهادة الأجير والضيف مع عدلها للمستأجر والمضيف، وقيل: إنّهُ ولو كان لهما ميل قلبي بالاضافة إلى المشهود لهما إلا أنّ الاتهام عنهما في

شهادتهما يرتفع بتمسكهما بالأمانة في الشهادة التي من لوازم العدالة أو تدخل فيها.

نعم، نسب المنع عن قبول شهادة الأجير للمستأجر إلى جماعة من المتقدمين والمتأخرين، فيما إذا كانت شهادته قبل مفارقة مستأجره ويدلّ على السماع بالاضافة إلى شهادة الضيف.

مضافاً إلى الاطلاق فيما دلّ على اعتبار شهادة العدل، موثقة أبي بصير عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «لابأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً قال ويكره شهادة الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس به له بعد مفارقتة». (٤٥٧)

وأما الأجير فالأظهر عدم قبول شهادته لمستأجره ما دام أجيماً له ولم يفارقه، أخذاً بظاهر الموثقة، فإنّ الكراهة فيها بمعنى عدم النفوذ، حيث لا معنى للكراهة المصطلحة في أداء الشهادة، فإنّ مع الاعتبار يجب الأخذ بها ووجب عليه اداؤها ومع عدم اعتبارها لايجوز القضاء بها، وحملها على تحمل الشهادة خلاف ظاهر الموثقة.

وفي صحيحة صفوان عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل أشهد اجيره على شهادة ثم فارقه، أتجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم، وكذلك العبد إذا اعتق جازت شهادته» (٤٥٨)، وتنظيره شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره بشهادة العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهادة مادام لم يفارق المستأجر.

ويشهد لذلك أيضاً موثقة سماعة الواردة فيمن لا تقبل شهادتهم حيث عدّ منهم الأجير، فيرفع اليد عن اطلاقها بالموثقة والصحيحة الداليتين على قبول شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره، وكما يدلّ الموثقة على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقة

لواحق هذا الباب وهي ستة:

الأولى: الصغير والكافر والفاسق المعطن، إذا عرفوا شيئاً، ثم زال المانع عنهم، فأقاموا تلك الشهادة قبلت لاستكمال شرائط القبول [١]، ولو أقامها أحدهم في حال المانع فردت ثمّ أعادها بعد زوال المانع، قبلت وكذا العبد لو ردّت شهادته على مولاه، ثمّ أعادها

وبعدها، وظاهر الأجير ما يعمّ الأجير على عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله وظاهر المفارقة انتهاء أمد الإجارة.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذي ورد مع الأجير في موثقة سماعة فيمن تردّ شهادتهم شاملاً للأجير بالإضافة إلى جميع منافعه، كما يدخل فيه من يدخل في عائلة الانسان بتبرع جميع أعماله له، فيؤخذ بظواهرها في كل من الأجير والتابع بعد تقييد الأوّل بما قبل

(٤٥٧) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٤.

(٤٥٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٧٤.

مفارقته، ثم إنَّ ماتقدم لا يعمّ شهادة المستأجر لموجره فيؤخذ في شهادته بالإطلاق الوارد في اعتبار شهادة العدل.

[١] ذكر (قدس سره) أنّ ماتقدم من شروط الشاهد والأوصاف المعتبرة فيه معتبرة في الشاهد في أداء شهادته، فلا تقبل الشهادة بدونها في مقام الأداء، وأمّا عند تحمّلها فلا يعتبر في المتحمّل شيء منها، فلو تحمل الصبي الشهادة وكان في مقام أدائها بالغاً جامعاً للشرائط تقبل شهادته، وكذلك الكافر والفاسق المحرز فسقه، كل ذلك لظهور ما دلّ على ردّ الشهادة وعدم قبولها في كون الشاهد في مقام الاداء والاستناد في القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلى ذلك ما ورد في خصوص الصبي والكافر والعبد والأجير، وفي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذميّ والعبد يشهدان على شهادة ثمّ يسلم الذميّ ويعتق العبد، أتجوز شهادتهما على ما كانا شهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردت ثمّ مات الأب وأعادها، أمّا الفاسق المستتر، إذا أقام فردت ثمّ تاب وأعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول.

منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» (٤٥٩).

وربّما يقال: إنّه ينافي ذلك صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن نصراني شهد على شهادة ثمّ أسلم بعد، أتجوز شهادته؟ قال: لا» (٤٦٠).

ولكن لا يخفى أنّ مقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحة محمد بن مسلم، حمل الأولى بما إذا لم يكن يعلم منه خيراً بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضى الجمع بين الإطلاق والتقييد في سائر المقامات، وأمّا آية الأمر بالإستشهاد من ذوي العدل، فذكر العدل في الشاهدين عند التحمّل لا لإحراز وجود المثبت لمقام الاداء، بل لما تقدم من أنّ تحمل الشاهدين العدلين شرط في صحّة الطلاق، نعم الأمر كما ذكر في آية الوصية.

وذكر أيضاً (قدس سره) أنّه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردت شهادته ثمّ أعاد تلك الشهادة بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدعي دعواه فيما إذا لم يتمكّن على اثباتها لردّ شهادة بعض شهوده ثمّ أعادها ثانياً وشهد له من كان فاقداً لشرط القبول في شهادته أوّلاً، كل ذلك أيضاً لما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنة أو بشاهد ويمين.

وعلى ذلك، فلو شهد العبد على مولاه أو الولد على والده، بناءً على عدم قبول شهادتهما، ثم اعتق العبد أو مات الأب وشهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، وإن كانت مسبوقه بالردِّ، ومقتضى الإطلاق في بعض الكلمات عدم الفرق في عدم قبول شهادة العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، وعلى هذا القول أيضاً ربّما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّى إذا كان الداعي إلى عتقه قبول شهادته بعده.

.

ولكن يظهر من معتبرة السكوني أنه إذا ردت شهادة العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهادة منه بعد عتقه، وإنّ العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنه روي عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام): «إنّ شهادة الصبيان إذا شهدوا وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهود والنصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا أشهد على شهادة ثمّ اعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال (عليه السلام): إن اعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته».

قال الصدوق (قدس سره) (٤٦١) بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب: أمّا قوله (عليه السلام): إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، فإنه يعني به أن يردّها لنفس ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنّه عبد، لأنّ شهادة العبد جائزة وأول من ردّ شهادة المملوك عمر، وأمّا قوله (عليه السلام): إن اعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته، كأنّه يعني إذا كان شاهداً لسيده، فأما إذا كان شاهداً لغير سيده جازت شهادته عبداً كان أو معتقاً إذا كان عدلاً. (٤٦٢)

فظاهر كلامه (قدس سره) التزامه بأنّ شهادة العبد لمولاه غير نافذة حتى إذا اعتق لتلك الغاية، وما ذكر في تفسير إذا لم يردّها الحاكم، خلاف ظاهر المعتمدة، بل ظاهرها أن ردّ شهادة العبد أوّلاً يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، والعمل بالمعتمدة في كلا الموردين متعين، إلاّ أنّه يأتي أنّ المعتمدة أيضاً بالإضافة إلى ما ورد فيها من ردّ شهادة العبد محمولة على النقية.

وذكر (قدس سره) أيضاً أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهادة أخرى تقبل شهادته بلا اشكال ولا خلاف، الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً [١]، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلاّ على مولاه، ومنهم من عكس، والأشهر القبول إلاّ على المولى، ولو أعتق، قبّلت شهادته

(٤٦١) الفقيه ٤٥: ٣، الوسائل: ١٨، الباب ٢٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٧: ١٣.

(٤٦٢) الفقيه ٤٥: ٣.

ولكن لو أعاد الشهادة السابقة فقد يقال في اعادتها تهمة، بأنّ الداعي له إلى اصلاح ظاهره اعادة تلك الشهادة ليدفع عن نفسه عار الكذب في تلك الواقعة، وهذا لا يجري في حق الفاسق المتجاهر بفسقه لعدم مبالاته في ذلك الزمان ولا غضاضة عليه في ردّ شهادته في السابق. ولكن هذا كما ترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهادة العدل وكونها مدرك القضاء.

[١] يقع الكلام في شهادة المملوك لغير مولاه وعلى غير مولاه، وفي شهادته لمولاه وعليه.

فإنّه قيل: لا تقبل شهادته مطلقاً، وهذا هو المنسوب إلى أكثر العامة، وقيل: تقبل مطلقاً، وقيل: تقبل إلاّ على مولاه، وقيل: لا تقبل إلاّ على مولاه، وظاهر الماتن الاشارة إلى ذلك، حيث قال: ومنهم من عكس الأمر.

وقبول شهادته إلاّ على مولاه هو المنسوب إلى أكثر الأصحاب، منهم الشيخ والمفيد والمرتضى والقاضي وابن إدريس، وقيل: تقبل شهادته على مثله وعلى الكافر دون المسلم الحرّ، وينسب ذلك إلى ابن الجنيد، ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعاية بعض الوجوه وسيظهر حالها.

ويدل على قبول شهادة المملوك وعدم كون الرقية مانعة عن قبولها صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً». (٤٦٣)

على مولاه، وكذا حكم المدبرّ والمكاتب المشروط، وأمّا المطلق، إذا أدّى من مكاتبته شيئاً، قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، وفيه تردّد، أقربه المنع.

وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر (عليه السلام) الواردة في قضية درع طلحة حيث ورد فيها: «ثم اتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً» (٤٦٤)، ومعتبرة بريد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، إنّ أولّ من ردّ شهادة المملوك لفلان». (٤٦٥)

(٤٦٣) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ١.

(٤٦٤) المصدر نفسه: الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٤: ٦.

(٤٦٥) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٣: ٢.

ونحوها معتبرة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في شهادة المملوك إذا كان عدلاً فإنه جائز الشهادة، إنَّ أولَّ من ردَّ شهادة المملوك عمر بن الخطاب، وذلك أنَّه تقدّم إليه مملوك في شهادة، فقال إن أقمت الشهادة تخوّفت على نفسي، وإن كنتها أثمت بربي، فقال: هات شهادتك أما إننا لا نجيز شهادة مملوك بعدك» (٤٦٦).

وهذه الروايات باطلاقاتها تقتضي كون شهادة المملوك كشهادة الحر، فتقبل إذا كان عدلاً. والتعبير بالمعتبرة في الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروة في سندهما، وهو وإن لم يوثق إلا أنه من المعاريف الذين لم يرد فيهم ذم وقدح.

وفي مقابلها ما يدلّ على عدم قبول شهادة المملوك، كموثقة سماعة الواردة في جملة من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عما يردّ من اليهود، قال: المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير والعبد» (٤٦٧)، وصحيفة الحلبي عن أبي

عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا ولا عبد» (٤٦٨).

ودعوى أنه يمكن الجمع بينها بتقييد الطائفة الثانية بما في الأولى، من تقييد السماع بما إذا كان المملوك عدلاً، ومع المعارضة الترجيح مع الطائفة الأولى، لموافقتها لمثل قوله سبحانه: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (٤٦٩)، لا يمكن المساعدة عليها، وأنه لا بدّ من الإغماض عن الجمع المزبور.

والوجه في الإغماض هو ظهور موثقة سماعة في أنّ العناوين الواردة فيها انطباقها على الشخص يمنع عن قبول شهادته، وكما أنّ الخصم والشريك ودافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فكذلك العبد وللناسق من العبد داخل في المريب، كما تقدم.

وما ذكر من أنّ ما دلّ على قبول شهادة العبد موافق للكتاب العزيز يناقش فيه، بأنّه قد ورد في تفسير العسكري (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «كنّا عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) وهو يذاكرنا بقوله سبحانه: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) قال: أحراركم دون عبيدكم» (٤٧٠).

(٤٦٦) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٥٣.

(٤٦٧) المصدر نفسه: الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣:٢٧٨.

(٤٦٨) المصدر نفسه: الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٦:٢٧٧.

(٤٦٩) البقرة: ٢٨٢.

(٤٧٠) البقرة: ٢٨٢.

ولكن يدفع المناقشة بأنه لم يثبت كون التفسير المزبور للإمام (عليه السلام) ليؤخذ به، ومع الإغماض فما دلّ على قبول شهادة العبد مخالف لما عليه أكثر العامة أو جلّهم. وفي البين روايات قد ورد فيها التفصيل في قبول شهادة العبد، فإن تمّ هذه الروايات وخلت عن المعارض يمكن أن تكون شاهد جمع بين الطائفتين. منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «تجوز شهادة المملوك من»

أهل القبلة على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته». (٤٧١) وفي صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المكاتب تجوز شهادته؟ قال: في القتل وحده». (٤٧٢) وكلّ منهما معارض بما ورد في قضية درع طلحة، وقد ذكرنا أنّ الترجيح مع ما ورد في قبول شهادته.

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم» (٤٧٣)، ولكن ذكر في الوسائل: وفي نسخة لا يجوز. وفي موثقة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز في الدين والشئ اليسير». (٤٧٤) ولم يعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، وقيل: أنّها تناسب أقوال العامة. نعم، ظاهرها أنّ عدم قبول شهادة العبد لمولاه كان مفروغاً عنه عند السائل، ولا يبعد أن يقال: إنّ هذا ينافي ما ورد في قضية درع طلحة، نعم نسب إلى أكثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهادة المملوك على مولاه.

وربّما يقال في الاستدلال عليه الإجماع الذي ذكره ابن ادريس و حكي عن الانتصار والغنية، وبقياس العبد بالولد، فإنّه كما لا تسمع شهادة الولد على أبيه كذلك شهادة العبد على مولاه، فإنّ وجوب اطاعة العبد أولى من وجوب اطاعة الوالد على ولده. ولكن شيئاً من الاجماع والوجه المزبور لا يتم، وقد نسب السماع إلى جماعة، وقياس العبد بالولد مع ما في المقيس عليه كما تقدم سابقاً لا يخرج عن القياس الظنيّ.

والعمدة في المقام ما ذكر، من أن إقرار العبد على نفسه غير مسموع، لأنه في الحقيقة إقرار على مولاه، وإذا لم يقبل على مولاه فلا تقبل شهادته عليه أيضاً لعدم المائز بين الإقرار على المولى والشهادة عليه.

وفيه أيضاً، أنه يعتبر الإقرار على النفس حتى إذا كان المقرّ على نفسه فاسقاً، ولذا ورد في بعض الروايات: لا تقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه، وأيضاً لا يعتبر في سماع الإقرار ونفوذه عدم كونه تبرعياً بخلاف الشهادة، فإنه يعتبر في نفوذها عدل الشاهد وعدم كون شهادته تبرعية بأن تقع بعد المطالبة عند المشهور، ولا منافاة بين عدم نفوذ إقرار العبد فيما كان إقراره على مولاه وقبول شهادته عليه مع وجدان شرائط الشهادة بأن لا يكون من أطراف الدعوى.

وقد يستظهر جواز شهادة العبد على مولاه من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين وولدت الجارية غلاماً فشهدا بعد العتق إن مولاها كان أشدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما ويردّ إن عبداً كما كانا»^(٤٧٥)، بدعوى أن الأخ للميت كان مولاها وقد سمعت شهادتهما عليه.

وفيه: أن الشهادة وقعت بعد عتقها منه، بل قد يقال: ظاهرها عدم قبول شهادة العبد على مولاه، وإنما يجوز شهادته له حيث فرض أن شهادتهما كانت على مولاها الذي ورثهما في ظاهر الواقع بعد عتقهما، فيكون التقييد دالاً على عدم قبول شهادتهما قبل العتق.

ولكن لا يخفى أن التقييد وقع في السؤال ولادلالة له على عدم السماع قبل العتق،

غايته أن السائل كان معتقداً أو العبدان كانا معتقدين بأن شهادتهما لا تسمع إلا بعد عتقهما مطلقاً أو على مولاها.

بقي في المقام أمران: أحدهما: أنه قد تقدم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب»^(٤٧٦)، ولكن رواها الشيخ

(٤٧٥) الوسائل: ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٥: ٧.

(٤٧٦) المصدر نفسه: الحديث ٢٥٤: ٤.

بسندة عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب، وقال: العبد المملوك لا تجوز شهادته»^(٤٧٧)، وهذا الذيل غير وارد في رواية الصدوق وفي تكرار قال: على رواية الشيخ، احتمال أنها من قبيل الجمع بين المرويين في الرواية، فلا يكون في صدرها ظهور في عدم قبول شهادة المملوك من أهل القبلة على المسلمين فإنه يدخل في مفهوم اللقب.

وقد تقدم ما ورد في قبول شهادة المسلم على أهل الكتاب، فيكون ما في صدرها من هذا القبيل، وأما ذيلها فمن الروايات الواردة في عدم قبول شهادة المملوك، فتحمل على التقية كما تقدم.

والثاني: أنه لو قيل بعدم قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه، فقد ذكروا أنه لو اعتق العبد تقبل شهادته ولو على مولاه من غير خلاف يعرف، وعن كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، ولأنه بالعتق يخرج مما دل على عدم قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاه، ويدخل في شهادة العدل.

وقد تقدم في صحيحة صفوان عن أبي الحسن (عليه السلام): «سألته عن رجل أشهد أجيره الثالثة: إذا سمع الاقرار صار شاهداً، وإن لم يستدعه المشهود عليه [١]، وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والاجارة والنكاح وغيره، وكذا لو شاهد الغصب أو الجناية، وكذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً، وكذا لو خُبىء فناطق المشهود عليه مسترسلاً.

على شهادة ثم فارقه أتجوز شهادته له بعد أن يفارقه؟ قال: نعم وكذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته»^(٤٧٨).

ولكن تقدم أيضاً في موقفة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «إنَّ شهادة الصبيان إذا شهدوا، وهم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، وكذلك اليهودي والنصراني إذا أسلموا جازت شهادتهم، والعبد إذا شهد بشهادة ثم أعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، وقال علي (عليه السلام) إذا أعتق لموضع الشهادة لم تجز شهادته»^(٤٧٩).

(٤٧٧) المصدر نفسه: الحديث ١٠:٢٥٦، التهذيب ٦:٢٥٠.

(٤٧٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٩ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٧٣.

(٤٧٩) المصدر نفسه: الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١٣:٢٥٦، التهذيب ٦:٢٥٠.

وبما أنّ هذه أخص، مثل صحيحة صفوان، فلامجال إلا لرفع اليد عن اطلاق الصحيحة، بحملها على عدم العتق لغرض سماع شهادته وعدم مسبوقية الشهادة المزبورة بالردّ حال رقيته.

[1] لا يعتبر في سماع الشهادة في مقام أدائها كون تحملها بالاستدعاء والدعوة إلى التحمل، ولو كان المشهود به من قبيل المسموعات كالإقرار والعقود والايقاعات يكفي في الشهادة بها سماعها، وفيما لو كان من المرئيات كالغصب والسرقه والجنایة يكفي في الشهادة بها رؤيتها، حتى لو قيل له: لا تتحملها، فإنه لو تحملها ولو بالإختباء في مكان يسمع كلامهما أو يرى فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، نعم

ينسب الخلاف إلى ابن الجنيد في مسألة تحمل الشهادة بالاختباء، وأنه إذا خدع الشاهد المشهود عليه فستر نفسه عنه فلا تسمع شهادته عليه في مقام الأداء، ولعله كما قيل: انّ التحمل كذلك يكون كالمتبرع بشهادته في الحرص على الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهادة. ولا يخفى ما فيه، فإنّ عدم قبول شهادة المتبرع بشهادته مسألة أخرى يأتي الكلام فيها، وعلى تقدير الالتزام بعدم القبول فيها فلا يرتبط بمسألة الحرص بالتحمل، حيث يمكن أن يكون الداعي له إلى التحمل أمراً آخر، مع بنائه أن لا يشهد في مقام الاداء إلا مع المطالبة. وبالجملة: فلا موجب لرفع اليد عن اطلاق ما دل على قبول شهادة العدل والقضاء بالبينة إلا في موارد ثبت فيها أحد العناوين المتقدمه الواردة في الروايات عدم سماع شهادتهم وانطباقه على الشاهد في مقام الاداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إليه هو العمدة في المقام. وأمّا التمسك في عدم اعتبار الاستدعاء إلى التحمل بقوله سبحانه: (إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) (٤٨٠)، فلا يمكن استظهار نفوذ الشهادة مطلقاً، فإنّ غايته وجوب اداء الشهادة مع العلم، نظير قوله سبحانه: (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) (٤٨١)، في أنّ الاستفادة منه النفوذ في الجملة، لعدم كونه في بيان الحكم الوضعي، وعن سائر والحلي أنّه لو كان تحمل الشهادة بغير الاستدعاء، فلا يجب على المتحمل ادائها، بخلاف ما إذا كان تحملها بالاستدعاء فإنه يجب عليه الإجابة إلى الاداء، ويستفاد من بعض الروايات.

كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم

.

(٤٨٠) الزخرف: ٨٦.

(٤٨١) البقرة: ٢٨٢.

يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت» (٤٨٢).

ومثلها صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أُشهد لم يكن إلا أن يشهد» (٤٨٣).

وفي صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت» (٤٨٤)، ولعلها عين الأولى بسند آخر.

وفي رواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما سمع منهما؟ قال: ذلك إليه إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد، وإن شهد شهد بحق قد سمعه وإن لم يشهد فلا شيء لأنهما لم يشهداه» (٤٨٥).
وقد حمل هذه الروايات على صورة عدم توقف ثبوت الحق على شهادته لوجود شاهد آخر أو غيره.

وقد ذكر في الجواهر تعيين هذا الحمل كما يومي إلى ذلك موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحل له إلا أن يشهد» (٤٨٦)، ولعل مراده (قدس سره) بالأيام نحو ظهورها في وقوع الظلم والتعدي لو لا شهادته.

وأيد ذلك أيضاً بخبر ابن أشيم قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل طهرت امرأته من حيضها، فقال: فلانة طالق، وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم: اشهدوا، أيقع الطلاق الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال، يطرق التهمة فيمنع القبول [١]، أما في حقوق الله، أو الشهادة للمصالح العامة فلا يمنع، إذ لا مدعي لها، وفيه تردد.

(٤٨٢ - ٤) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و٣ و٢٣١: ٥.

(٤٨٦) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٢: ٤.

عليها؟ قال: نعم هذه شهاده أفترکہا معلّقة، قال: وقال الصادق (عليه السلام): العلم شهادة إذا كان صاحبه مظلوماً^(٤٨٧)، وكأنّ المراد إنّه لا يجوز ابقاء المرأة كالمعلّقة، كما لا يجوز ترك الشهادة مع مظلومية صاحب الحق، فعلى العالم بالواقعة أن يشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقة أنّ على الشاهد على واقعة وإن لم يستشهد أن يشهد على الظالم، فيها سواء توقّف دفع الظلم على شهادته أم لا، وبما أنّ هذه الموثقة أخص من الأخبار المتقدمة يرفع اليد عن إطلاقاتها.

ودعوى أنّ المراد بالظالم هو المتعدي بحسب الواقع ولو كان عند عذر لجهله ونسيانه، لا يمكن المساعدة عليه، ورواية علي بن أحمد بن أشيم ظاهرها كفاية السماع في الطلاق المشروط بحضور العدلين وأنّه لا يجوز لبعلمها بعد ذلك ابقائها كالمعلّقة.

[١] المنسوب إلى المشهور أنّه لا تسمع شهادة المتبرّع بشهادته في مجلس القضاء، بل يعتبر في سماعها أن تكون شهادته بعد سؤال الحاكم ومطالبته.

ويستدل على ذلك بأنّ التبرّع في الشهادة يوجب التهمة فيدخل الشاهد في المتهم المعدود فيمن تردّ شهادتهم، وبروايات نبويّة من غير طرقنا.

منها: ما عن النبي (صلى الله عليه وآله): «ثمّ يجي قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها»^(٤٨٨)

ومنها: ما عنه (صلى الله عليه وآله): «ثمّ يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد»^(٤٨٩)

ومنها: عنه (صلى الله عليه وآله): «تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير أن يستشهدوا»^(٤٩٠)

.

مع ما ورد من: «أنّها تقوم على شرار الخلق»^(٤٩١)

بناءً على أنّ المراد بالأخيرين أيضاً اداء الشهادة قبل المطالبة لا أدائها من غير أن يتحمّلها.

أقول: أمّا الروايات فلا يمكن الاعتماد على شيء منها لضعف اسنادها، بل معارضتها بما روي عنه (صلى الله عليه وآله) قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: أن

(٤٨٧) المصدر نفسه: الحديث ٨ و٢٣٢: ٩.

(٤٨٨) مسند أحمد ٤: ٤٢٦.

(٤٨٩) سنن ابن ماجه ٦٤: ٢.

(٤٩٠) دعائم الإسلام ٥٠٦: ٢.

(٤٩١) البحار ١٨: ٦، صحيح مسلم ٥٤: ٦.

يشهد الرجل قبل أن يستشهد»^(٤٩٢)، بناءً على أن المراد منه ما يعمّ مقام أداء الشهادة لا خصوص تحمل الشهادة.

ودعوى انجبار ضعف اسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ في المشهور كالماتن من علل عدم السماع بطروء التهمة ولم يستند إلى شيء منها. وأما دعوى طروء التهمة فلا يمكن المساعدة عليها أيضاً، فإنّ المراد بالمتهم في صحيحة عبدالله بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل والفسق، أو من يكون متهماً في أقواله ككثير الخطأ، وقد تقدم سماع شهادة الزوج لزوجته وكذا الصديق لصديقه والأخ لأخيه والولد لوالده إلى غير ذلك.

وبالجملة: الشاهد مع عدالته وثقته كما هو المفروض في المقام لا يدخل في المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهادة لوصول ذي الحق إلى حقه. والعجب ممن ردّ شهادة المتبرع للتهمة ذكر سماع الشهادة المزبورة منه فيما لو كررها بعد السؤال عنه في مجلس آخر أو حتى في ذلك المجلس بعد سؤال الحاكم. وعن ظاهر الأردبيلي: أنّ التبرع لا يوجب ردّ الشهادة، وعن السبزواري الميل إليه، واختاره صاحب المستند ونسبه إلى ابن ادريس.

الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب، لتقبل شهادته، الوجه أنّها لا تقبل [١] حتى يُستبان استمراره على الفلاح، وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبل شهادتك.

وعلى ذلك فالأظهر الأخذ بما دل اعتبار البينة ونفوذ القضاء بها، ولو فرض في البين اجماع فالمتيقن منه عدم الاكتفاء بها بل عليه تكرارها بعد سؤال الحاكم. هذا كلّه بالإضافة إلى الدعاوى بين المترافعين، وأما في الشهادة بحقوق الله كحدوده والمصالح العامة كالأوقاف العامة والطرق النافذة و الخانات ونحوها، فالمشهور على ما قيل سماع شهادة المتبرع في شهادته، ولكن المحكي عن الشيخ في النهاية عدم السماع مع ما يقال من أنّ نهايته متون الأخبار و مضامينها، نعم وافق في المبسوط المشهور. وربما يستدل على السماع فيما ذكر بأنّه لو لم تسمع شهادة المتبرع فيها تتعطل تلك الحقوق حيث لا يكون مدع خاص فيها، وفي كشف اللثام جريان ذلك في المصالح العامة أيضاً، حيث إنّ المصلحة على تقدير شمولها للعدول تكون الشهادة بها دعوى فلا تسمع، ولو توقف سماعها على دعوى غيرهم من العدول يكون ذلك بلا مرجح، بل يلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم على دعوى غيرهم وثبوت دعوى غيرهم على اعتبار شهادتهم.

(٤٩٢) سنن البيهقي ١٥٩: ١٠ مع اختلاف يسير.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال على الاعتبار بما ذكر، فالصحيح الأخذ بما ورد في ثبوت الحد وتعلّقه بالشهادات، على ما يأتي في بحث الحدود، والأخذ في المصالح العامة بما دلّ على اعتبار البيّنة وشهادة العدلين.

[١] ذكر (قدس سره) أنّ المشهور بالفسق إذا تاب وكانت الغاية من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبة، بمعنى أنّ هذه ليست كافية في دخوله في العدل فلا تقبل شهادته حتى يظهر استمراره على الصلاح، وحكى عن الشيخ (قدس سره) أنّه يجوز للحاكم أن يقول للمشهور بالفسق: تب من معاصيك أو معصيتك أقبل شهادتك.

.....

ويستظهر من هذا الكلام أنّه لو أظهر الفاسق المزبور التوبة و لو في مجلس الحكم لتقبل شهادته قبّلت، ولذا استشكل فيه بأنّه لا موجب لقبول اظهاره التوبة لاسيما التوبة التي كان غرضه منها قبول شهادته.

وذكر في الجواهر ما ملخصه: إنّ التوبة وهي الندم على ما فعل من الذنب والبناء على تركه فيما يأتي فيما وقعت امتثالاً لأمر الله سبحانه بها تكون توبة حقيقة، فإنّ التوبة من العبادة وإذا كان موجب لقبول شهادته التوبة حقيقة فلم تحصل، بل يمكن دعوى أنّ الواقع معصية أخرى لتركه التوبة الواجبة بنحو العبادة.

وحكى عن التجريد للطوسي (قدس سره) أنّه يعتبر في التوبة ترك الذنب لقبه شرعاً كما يعتبر فيه ترك جميع المعاصي التي كان ارتكبها، ولا يكفي أن تقع عن بعضها، وقال: إنّ الثاني في حصول التوبة غير معتبر، وأنّه تصح التوبة بالاضافة إلى ما قد ندم عنه وتركه، وإن رجع ترك الذنب لقبه إلى ما ذكرنا فهو صحيح وإلا فالأقوى خلافه.

ثمّ تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أنّ كلامه ناظر إلى أنّ الشاهد إذا أظهر التوبة حقيقة يقبل قوله حملاً لآظهاره على الصحة، ولكن أورد عليه بأنّ الحمل على الصحة يجري في الأفعال كالبيع والنكاح والصلاة إلى غير ذلك.

وأما الأمور القلبية التي منها التوبة على ما تقدم من أنّها ندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لا بدّ من احرازها بالآثار الكاشفة عنها، والأثر مداومة الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبة منه، كما ذكروا نظير ذلك في العدالة بمعنى الملكة.

أقول: ما ذكره (قدس سره) من عدم كفاية قوله أنه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو أنه يتوب فعلاً في احراز عدله صحيح، لأنّ التوبة وإن كانت أمراً قلبياً إلاّ أنّها كالعَدالة ذات آثار

.

محسوسة تحرز بتلك الآثار، وهي الاستمرار على الفلاح، إلاّ أنّ ما ذكره أخيراً، من أنّ التوبة من الواجب التعبدي النفسي، لا يمكن المساعدة عليه، حيث تقدّم أنّ وجوبها ارشادي لا يكتب على تاركها إلاّ ما ارتكبه من الذنب لا ذنب آخر، وإلاّ استمرّ تعداد الذنوب في الزيادة، لكون وجوبها فورياً بنحو الفور فالفور.

وبالجملة: التوبة وهي الندم على ما وقع والبناء على عدم تكراره أمر واقعي يدخل الشخص بحصولها في نفسه بالاضافة إلى جميع ما صدر عنه من المعاصي في عنوان العدل، إلاّ أنّ مجرد إخباره أو إظهاره الندم والبناء لا يعتبر في كشفها.

نعم لا يبعد أن يقال: بأنّه يعتبر في وقوعها مكفّرة حصولها بداعي التخلّص عن الوزر الأخرى المترتب على ذنبه، فالندم على ما فعل والبناء على تركه مستقبلاً لمجرد التحفّظ بسلامة جسمه وعدم ابتلاءه بالمرض مثلاً لا يكون توبة مكفّرة للذنب، إلاّ إذا كان بنحو الداعي إلى الداعي، كما لا يبعد ذلك في التوبة لترتب قبول شهادته عليها.

بقي في المقام أمر، وهو ما ذكره جماعة من أنّه يعتبر في تحقق التوبة المكفّرة التخلّص من سائر تبعات الذنب من حق الغير، كما في منع الزكاة والخمس والغصب وغيره ممّا يتعلّق بأموال الناس، فإنّ على التائب إيصالها إلى مستحقّيها وإبراء ذمّته منها، بأن يؤدي الزكاة أو الخمس ويردّ أموال الناس عليهم مع بقائها ويغرم بدلها، أو يأخذ الإبراء من مالها مع تلفها، ولو كان معسراً نوى الغرامة عند طروّ التمكن واليسر.

وكذا فيما كان حق الناس من غير المال كالقصاص والقذف، فيأتي المستحقّ ويمكّنه، من استيفاء حقّه فإن لم يعلم وليّ القصاص كونه قاتلاً فعليه أن يُخبره بالحال، ويقول: أنا الذي قتلت أباك مثلاً فلزمني القصاص فإن شئت فاقتصّ وإن شئت فاعف،

.

وفي الغيبة والقذف فيما إذا بلغا المغتاب والمقذوف يقول مثل ذلك، وأمّا مع عدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمي فلا يزول إلاّ بإبرائه وذهب إلى ذلك الأكثر

على ما في المسالك، وعدم وجوب الإظهار بل عدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زيادة الأذى ووغر القلوب.

وعلى الوجوب لو تعذر الاستحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاستغفار والأعمال الصالحة، فإنه عسى أن تكون الأعمال الصالحة عوضاً عما يؤخذ من حسناته لصاحب الحق لو لم يعوض الله عنه، ولا اعتبار في القذف والغيبة بتحليل الوارث وان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

وهذا بخلاف الحق المالي فإنه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه ويبرأ بدفع المال إليهم أو بابرائهم.

ولو كان فيها حق الله كالزنا وشرب الخمر، فإن لم يثبت عند الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامة الحد عليه، لأنّ التوبة قبل الثبوت مكفّرة، وإن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتي الحاكم لإقامة الحد عليه.

وذكر في الجواهر بعد حكاية ذلك: أنّ الظاهر عدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب في تحقق التوبة من ذلك الذنب التي تقدم أنّها ندم عن الارتكاب وبناء على عدم الارتكاب، ودعوى أنّ الندم لا يتحقق إلاّ بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فإنّ التخلص من تبعته واجب آخر لادخل له في تحقق الندم عمّا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه أتجه التخلص عنه لعدم التوبة بدونه، كما إذا تاب عن التعدي على الناس في أموالهم فإنّ التوبة لا تتحقق إلاّ مع إيصال ما في يده من مال الغير إلى صاحبه وإلاّ فهو باق على الظلم والتعدي.

السادسة: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين في الشهود [1] ما يمنع القبول، فإن كان متجدداً بعد الحكم لم يقدر، وإن كان حاصلًا قبل الإقامة وخفي عن الحاكم نقض الحكم.

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنه تتحقق التوبة من ذنب قتلهم وإن فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، ويمكن حمل كلماتهم على ذلك بناءً على امكان التوبة عن ذنب دون آخر، كما يظهر ذلك من البهائي في أربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، ولا ينافي ذلك ما في بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبة تجمعها ستة أشياء؛ الحديث»، وقوله (عليه السلام) عندما سمع قائلاً يقول استغفر الله: «تكلنك أمك أتدري ما الاستغفار — الحديث»^(٤٩٣)، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبة من جميع المعاصي أو على المرتبة الأعلى منها؛ انتهى.

(٤٩٣) الوسائل: ١١، الباب ٨٧ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦١: ٤.

أقول: ما ذكره (قدس سره) من أن التوبة عن ذنب لا تتوقف على التوبة من سائر المعاصي حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذي ارتكبه صحيح، إلا أن هذا لا يجري في ذنب عين الشارع فيه للتوبة طريقاً خاصاً، كما في ذنب القذف، فإنه لو فرض أنه ندم عن قذفه وعفى عنه المقذوف أيضاً، فلا تتحقق التوبة إلا بإكذاب نفسه كما تقدم.

[١] التعبير بالتبيين لعله لفرض احراز حال الشهود وجداناً، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما أنه كان في الشهود ما يمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلًا عند شهادتهما يحكم ببطلان القضاء، كما إذا تبين أن الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعي فيما يدعي، أو أن أحدهما كان قاذفًا لم يتب عن قذفه ونحو ذلك.

وكذا الحال فيما إذا تبين فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواء كان حصول التبين عند الحاكم الذي حكم بشهادتهما أم عند غيره، وأما إذا تجدد المانع بعد شهادتهما ولو قبل الحكم، فهذا لا يمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأن الميزان في القضاء الصحيح

السادس: طهارة المولد.

فلا تقبل شهادة ولد الزنا أصلاً [١]، وقيل: تقبل في اليسير مع تمسكه بالصلاح، وبه رواية نادرة، ولو جهلت حالة، قُبلت شهادته، وإن نالته بعض الألسن.

حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا كله بالإضافة إلى التبين الوجداني وكذا إذا كان ظهور المانع في الشاهد عند شهادته تعدياً، كما إذا قامت البيّنة بعد الحكم بحصول المانع في الشاهدين عند شهادتهما فينقض القضاء بذلك من الحاكم المزبور أو من غيره، على إشكال في قيام البيّنة الجارحة بعد القضاء على ما يأتي.

وعلى الأخص فيما أراد النقض الحاكم الآخر مع احتمال ان القاضي الأول قد أحرز الشرائط في الشاهدين عند شهادتهما بالوجدان ولم يقع منه خطأ، فإن أصالة الصحة الجارية في قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلا مع تبين خطئه عند قضائه في خصوص هذا الفرض.

[١] المشهور قديماً و حديثاً عدم قبول شهادة ولد الزنا، فإنه وإن يحكم بإسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أيضاً، لتبعية الولد لوالديه أو اشرفهما، ولكن لا تقبل شهادته حتى ما إذا كان عدلاً، وعن الانتصار والخلاف والغنية والسراير دعوى الإجماع عليه، وفي المسالك نقل عن الشيخ في المبسوط جواز شهادته، ومال إليه.

ويشهد لما عليه المشهور روايات:

منها رواية أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن ولد الزنا أتجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت إن الحكم بن عتيبة يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه ما قال الله للحكم: (وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَكَ وَلِقَوْمِكَ)^(٤٩٤)، وظاهرها أن المفتي به عند بعض فقهاء العامة كان جواز
.....

شهادته أخذاً بالإطلاق في الآية.

ورواها الشيخ (قدس سره) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أحمد بن حمزة عن أبان عن أبي بصير، والظاهر أن أحمد بن حمزة هو ابن اليسع بقرينة روايته عن أبان وعليه فلا بأس بها سنداً ودلالةً وفي صحيحة محمد بن مسلم قال «قال أبو عبد الله (عليه السلام) لا تجوز شهادة ولد الزنا» وموثقة زرارة قال سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول لو أن أربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعاً، لأنه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس». (٤٩٥)
وظاهرها كظاهر غيرها أنه مع عدل ولد الزنا لا يؤم الناس ولا تقبل شهادته.
وبالجملة: لانطباق هذا العنوان على الشاهد مانعية كما ذكرنا في مانعيته سائر العناوين المانعة.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا ولا عبد»^(٤٩٦)، ونفي شهادة العبد لا ينافي اعتبارها.
وفي صحيحة علي بن جعفر عن أخيه قال: «سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قل: لا يجوز شهادته ولا يؤم». (٤٩٧)

وفي مقابل ذلك رواية علي بن جعفر التي رواها في قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام)، قال سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم يجوز شهادته ولا يؤم^(٤٩٨) وهذه مع ضعف السند معارضة بالأخبار المتقدمة، فتحمل على النقية، بل يمكن القول بإجمالها، لأن الظاهر اتحاد المروي عن كتاب علي بن جعفر مع المروي في قرب الإسناد، فالاشتباه في أحد النقلين واقع لا محالة.

(٤٩٤) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٧٥، والآية في الزخرف: ٤٤.

(٤٩٥) (٤ - ٤٩٥) الوسائل: ١٨، الباب ٣١ من أبواب الشهادات، الحديث ٤ و٦ و٧ و٨ و٩ و١٠ و١١ و١٢ و١٣ و١٤ و١٥ و١٦ و١٧ و١٨ و١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ و٢٣ و٢٤ و٢٥ و٢٦ و٢٧ و٢٨ و٢٩ و٣٠ و٣١ و٣٢ و٣٣ و٣٤ و٣٥ و٣٦ و٣٧ و٣٨ و٣٩ و٤٠ و٤١ و٤٢ و٤٣ و٤٤ و٤٥ و٤٦ و٤٧ و٤٨ و٤٩ و٥٠ و٥١ و٥٢ و٥٣ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٥٧ و٥٨ و٥٩ و٦٠ و٦١ و٦٢ و٦٣ و٦٤ و٦٥ و٦٦ و٦٧ و٦٨ و٦٩ و٧٠ و٧١ و٧٢ و٧٣ و٧٤ و٧٥ و٧٦ و٧٧ و٧٨ و٧٩ و٨٠ و٨١ و٨٢ و٨٣ و٨٤ و٨٥ و٨٦ و٨٧ و٨٨ و٨٩ و٩٠ و٩١ و٩٢ و٩٣ و٩٤ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٨ و٩٩ و١٠٠ و١٠١ و١٠٢ و١٠٣ و١٠٤ و١٠٥ و١٠٦ و١٠٧ و١٠٨ و١٠٩ و١١٠ و١١١ و١١٢ و١١٣ و١١٤ و١١٥ و١١٦ و١١٧ و١١٨ و١١٩ و١٢٠ و١٢١ و١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ و١٢٥ و١٢٦ و١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣١ و١٣٢ و١٣٣ و١٣٤ و١٣٥ و١٣٦ و١٣٧ و١٣٨ و١٣٩ و١٤٠ و١٤١ و١٤٢ و١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و١٤٦ و١٤٧ و١٤٨ و١٤٩ و١٥٠ و١٥١ و١٥٢ و١٥٣ و١٥٤ و١٥٥ و١٥٦ و١٥٧ و١٥٨ و١٥٩ و١٦٠ و١٦١ و١٦٢ و١٦٣ و١٦٤ و١٦٥ و١٦٦ و١٦٧ و١٦٨ و١٦٩ و١٧٠ و١٧١ و١٧٢ و١٧٣ و١٧٤ و١٧٥ و١٧٦ و١٧٧ و١٧٨ و١٧٩ و١٨٠ و١٨١ و١٨٢ و١٨٣ و١٨٤ و١٨٥ و١٨٦ و١٨٧ و١٨٨ و١٨٩ و١٩٠ و١٩١ و١٩٢ و١٩٣ و١٩٤ و١٩٥ و١٩٦ و١٩٧ و١٩٨ و١٩٩ و٢٠٠ و٢٠١ و٢٠٢ و٢٠٣ و٢٠٤ و٢٠٥ و٢٠٦ و٢٠٧ و٢٠٨ و٢٠٩ و٢١٠ و٢١١ و٢١٢ و٢١٣ و٢١٤ و٢١٥ و٢١٦ و٢١٧ و٢١٨ و٢١٩ و٢٢٠ و٢٢١ و٢٢٢ و٢٢٣ و٢٢٤ و٢٢٥ و٢٢٦ و٢٢٧ و٢٢٨ و٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣١ و٢٣٢ و٢٣٣ و٢٣٤ و٢٣٥ و٢٣٦ و٢٣٧ و٢٣٨ و٢٣٩ و٢٤٠ و٢٤١ و٢٤٢ و٢٤٣ و٢٤٤ و٢٤٥ و٢٤٦ و٢٤٧ و٢٤٨ و٢٤٩ و٢٥٠ و٢٥١ و٢٥٢ و٢٥٣ و٢٥٤ و٢٥٥ و٢٥٦ و٢٥٧ و٢٥٨ و٢٥٩ و٢٦٠ و٢٦١ و٢٦٢ و٢٦٣ و٢٦٤ و٢٦٥ و٢٦٦ و٢٦٧ و٢٦٨ و٢٦٩ و٢٧٠ و٢٧١ و٢٧٢ و٢٧٣ و٢٧٤ و٢٧٥ و٢٧٦ و٢٧٧ و٢٧٨ و٢٧٩ و٢٨٠ و٢٨١ و٢٨٢ و٢٨٣ و٢٨٤ و٢٨٥ و٢٨٦ و٢٨٧ و٢٨٨ و٢٨٩ و٢٩٠ و٢٩١ و٢٩٢ و٢٩٣ و٢٩٤ و٢٩٥ و٢٩٦ و٢٩٧ و٢٩٨ و٢٩٩ و٣٠٠ و٣٠١ و٣٠٢ و٣٠٣ و٣٠٤ و٣٠٥ و٣٠٦ و٣٠٧ و٣٠٨ و٣٠٩ و٣١٠ و٣١١ و٣١٢ و٣١٣ و٣١٤ و٣١٥ و٣١٦ و٣١٧ و٣١٨ و٣١٩ و٣٢٠ و٣٢١ و٣٢٢ و٣٢٣ و٣٢٤ و٣٢٥ و٣٢٦ و٣٢٧ و٣٢٨ و٣٢٩ و٣٣٠ و٣٣١ و٣٣٢ و٣٣٣ و٣٣٤ و٣٣٥ و٣٣٦ و٣٣٧ و٣٣٨ و٣٣٩ و٣٤٠ و٣٤١ و٣٤٢ و٣٤٣ و٣٤٤ و٣٤٥ و٣٤٦ و٣٤٧ و٣٤٨ و٣٤٩ و٣٥٠ و٣٥١ و٣٥٢ و٣٥٣ و٣٥٤ و٣٥٥ و٣٥٦ و٣٥٧ و٣٥٨ و٣٥٩ و٣٦٠ و٣٦١ و٣٦٢ و٣٦٣ و٣٦٤ و٣٦٥ و٣٦٦ و٣٦٧ و٣٦٨ و٣٦٩ و٣٧٠ و٣٧١ و٣٧٢ و٣٧٣ و٣٧٤ و٣٧٥ و٣٧٦ و٣٧٧ و٣٧٨ و٣٧٩ و٣٨٠ و٣٨١ و٣٨٢ و٣٨٣ و٣٨٤ و٣٨٥ و٣٨٦ و٣٨٧ و٣٨٨ و٣٨٩ و٣٩٠ و٣٩١ و٣٩٢ و٣٩٣ و٣٩٤ و٣٩٥ و٣٩٦ و٣٩٧ و٣٩٨ و٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١ و٤٠٢ و٤٠٣ و٤٠٤ و٤٠٥ و٤٠٦ و٤٠٧ و٤٠٨ و٤٠٩ و٤١٠ و٤١١ و٤١٢ و٤١٣ و٤١٤ و٤١٥ و٤١٦ و٤١٧ و٤١٨ و٤١٩ و٤٢٠ و٤٢١ و٤٢٢ و٤٢٣ و٤٢٤ و٤٢٥ و٤٢٦ و٤٢٧ و٤٢٨ و٤٢٩ و٤٣٠ و٤٣١ و٤٣٢ و٤٣٣ و٤٣٤ و٤٣٥ و٤٣٦ و٤٣٧ و٤٣٨ و٤٣٩ و٤٤٠ و٤٤١ و٤٤٢ و٤٤٣ و٤٤٤ و٤٤٥ و٤٤٦ و٤٤٧ و٤٤٨ و٤٤٩ و٤٥٠ و٤٥١ و٤٥٢ و٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ و٤٥٦ و٤٥٧ و٤٥٨ و٤٥٩ و٤٦٠ و٤٦١ و٤٦٢ و٤٦٣ و٤٦٤ و٤٦٥ و٤٦٦ و٤٦٧ و٤٦٨ و٤٦٩ و٤٧٠ و٤٧١ و٤٧٢ و٤٧٣ و٤٧٤ و٤٧٥ و٤٧٦ و٤٧٧ و٤٧٨ و٤٧٩ و٤٨٠ و٤٨١ و٤٨٢ و٤٨٣ و٤٨٤ و٤٨٥ و٤٨٦ و٤٨٧ و٤٨٨ و٤٨٩ و٤٩٠ و٤٩١ و٤٩٢ و٤٩٣ و٤٩٤ و٤٩٥ و٤٩٦ و٤٩٧ و٤٩٨ و٤٩٩ و٥٠٠ و٥٠١ و٥٠٢ و٥٠٣ و٥٠٤ و٥٠٥ و٥٠٦ و٥٠٧ و٥٠٨ و٥٠٩ و٥١٠ و٥١١ و٥١٢ و٥١٣ و٥١٤ و٥١٥ و٥١٦ و٥١٧ و٥١٨ و٥١٩ و٥٢٠ و٥٢١ و٥٢٢ و٥٢٣ و٥٢٤ و٥٢٥ و٥٢٦ و٥٢٧ و٥٢٨ و٥٢٩ و٥٣٠ و٥٣١ و٥٣٢ و٥٣٣ و٥٣٤ و٥٣٥ و٥٣٦ و٥٣٧ و٥٣٨ و٥٣٩ و٥٤٠ و٥٤١ و٥٤٢ و٥٤٣ و٥٤٤ و٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٧ و٥٤٨ و٥٤٩ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٢ و٥٥٣ و٥٥٤ و٥٥٥ و٥٥٦ و٥٥٧ و٥٥٨ و٥٥٩ و٥٦٠ و٥٦١ و٥٦٢ و٥٦٣ و٥٦٤ و٥٦٥ و٥٦٦ و٥٦٧ و٥٦٨ و٥٦٩ و٥٧٠ و٥٧١ و٥٧٢ و٥٧٣ و٥٧٤ و٥٧٥ و٥٧٦ و٥٧٧ و٥٧٨ و٥٧٩ و٥٨٠ و٥٨١ و٥٨٢ و٥٨٣ و٥٨٤ و٥٨٥ و٥٨٦ و٥٨٧ و٥٨٨ و٥٨٩ و٥٩٠ و٥٩١ و٥٩٢ و٥٩٣ و٥٩٤ و٥٩٥ و٥٩٦ و٥٩٧ و٥٩٨ و٥٩٩ و٦٠٠ و٦٠١ و٦٠٢ و٦٠٣ و٦٠٤ و٦٠٥ و٦٠٦ و٦٠٧ و٦٠٨ و٦٠٩ و٦١٠ و٦١١ و٦١٢ و٦١٣ و٦١٤ و٦١٥ و٦١٦ و٦١٧ و٦١٨ و٦١٩ و٦٢٠ و٦٢١ و٦٢٢ و٦٢٣ و٦٢٤ و٦٢٥ و٦٢٦ و٦٢٧ و٦٢٨ و٦٢٩ و٦٣٠ و٦٣١ و٦٣٢ و٦٣٣ و٦٣٤ و٦٣٥ و٦٣٦ و٦٣٧ و٦٣٨ و٦٣٩ و٦٤٠ و٦٤١ و٦٤٢ و٦٤٣ و٦٤٤ و٦٤٥ و٦٤٦ و٦٤٧ و٦٤٨ و٦٤٩ و٦٥٠ و٦٥١ و٦٥٢ و٦٥٣ و٦٥٤ و٦٥٥ و٦٥٦ و٦٥٧ و٦٥٨ و٦٥٩ و٦٦٠ و٦٦١ و٦٦٢ و٦٦٣ و٦٦٤ و٦٦٥ و٦٦٦ و٦٦٧ و٦٦٨ و٦٦٩ و٦٧٠ و٦٧١ و٦٧٢ و٦٧٣ و٦٧٤ و٦٧٥ و٦٧٦ و٦٧٧ و٦٧٨ و٦٧٩ و٦٨٠ و٦٨١ و٦٨٢ و٦٨٣ و٦٨٤ و٦٨٥ و٦٨٦ و٦٨٧ و٦٨٨ و٦٨٩ و٦٩٠ و٦٩١ و٦٩٢ و٦٩٣ و٦٩٤ و٦٩٥ و٦٩٦ و٦٩٧ و٦٩٨ و٦٩٩ و٧٠٠ و٧٠١ و٧٠٢ و٧٠٣ و٧٠٤ و٧٠٥ و٧٠٦ و٧٠٧ و٧٠٨ و٧٠٩ و٧١٠ و٧١١ و٧١٢ و٧١٣ و٧١٤ و٧١٥ و٧١٦ و٧١٧ و٧١٨ و٧١٩ و٧٢٠ و٧٢١ و٧٢٢ و٧٢٣ و٧٢٤ و٧٢٥ و٧٢٦ و٧٢٧ و٧٢٨ و٧٢٩ و٧٣٠ و٧٣١ و٧٣٢ و٧٣٣ و٧٣٤ و٧٣٥ و٧٣٦ و٧٣٧ و٧٣٨ و٧٣٩ و٧٤٠ و٧٤١ و٧٤٢ و٧٤٣ و٧٤٤ و٧٤٥ و٧٤٦ و٧٤٧ و٧٤٨ و٧٤٩ و٧٥٠ و٧٥١ و٧٥٢ و٧٥٣ و٧٥٤ و٧٥٥ و٧٥٦ و٧٥٧ و٧٥٨ و٧٥٩ و٧٦٠ و٧٦١ و٧٦٢ و٧٦٣ و٧٦٤ و٧٦٥ و٧٦٦ و٧٦٧ و٧٦٨ و٧٦٩ و٧٧٠ و٧٧١ و٧٧٢ و٧٧٣ و٧٧٤ و٧٧٥ و٧٧٦ و٧٧٧ و٧٧٨ و٧٧٩ و٧٨٠ و٧٨١ و٧٨٢ و٧٨٣ و٧٨٤ و٧٨٥ و٧٨٦ و٧٨٧ و٧٨٨ و٧٨٩ و٧٩٠ و٧٩١ و٧٩٢ و٧٩٣ و٧٩٤ و٧٩٥ و٧٩٦ و٧٩٧ و٧٩٨ و٧٩٩ و٨٠٠ و٨٠١ و٨٠٢ و٨٠٣ و٨٠٤ و٨٠٥ و٨٠٦ و٨٠٧ و٨٠٨ و٨٠٩ و٨١٠ و٨١١ و٨١٢ و٨١٣ و٨١٤ و٨١٥ و٨١٦ و٨١٧ و٨١٨ و٨١٩ و٨٢٠ و٨٢١ و٨٢٢ و٨٢٣ و٨٢٤ و٨٢٥ و٨٢٦ و٨٢٧ و٨٢٨ و٨٢٩ و٨٣٠ و٨٣١ و٨٣٢ و٨٣٣ و٨٣٤ و٨٣٥ و٨٣٦ و٨٣٧ و٨٣٨ و٨٣٩ و٨٤٠ و٨٤١ و٨٤٢ و٨٤٣ و٨٤٤ و٨٤٥ و٨٤٦ و٨٤٧ و٨٤٨ و٨٤٩ و٨٥٠ و٨٥١ و٨٥٢ و٨٥٣ و٨٥٤ و٨٥٥ و٨٥٦ و٨٥٧ و٨٥٨ و٨٥٩ و٨٦٠ و٨٦١ و٨٦٢ و٨٦٣ و٨٦٤ و٨٦٥ و٨٦٦ و٨٦٧ و٨٦٨ و٨٦٩ و٨٧٠ و٨٧١ و٨٧٢ و٨٧٣ و٨٧٤ و٨٧٥ و٨٧٦ و٨٧٧ و٨٧٨ و٨٧٩ و٨٨٠ و٨٨١ و٨٨٢ و٨٨٣ و٨٨٤ و٨٨٥ و٨٨٦ و٨٨٧ و٨٨٨ و٨٨٩ و٨٩٠ و٨٩١ و٨٩٢ و٨٩٣ و٨٩٤ و٨٩٥ و٨٩٦ و٨٩٧ و٨٩٨ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ و٩٠٢ و٩٠٣ و٩٠٤ و٩٠٥ و٩٠٦ و٩٠٧ و٩٠٨ و٩٠٩ و٩١٠ و٩١١ و٩١٢ و٩١٣ و٩١٤ و٩١٥ و٩١٦ و٩١٧ و٩١٨ و٩١٩ و٩٢٠ و٩٢١ و٩٢٢ و٩٢٣ و٩٢٤ و٩٢٥ و٩٢٦ و٩٢٧ و٩٢٨ و٩٢٩ و٩٣٠ و٩٣١ و٩٣٢ و٩٣٣ و٩٣٤ و٩٣٥ و٩٣٦ و٩٣٧ و٩٣٨ و٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤١ و٩٤٢ و٩٤٣ و٩٤٤ و٩٤٥ و٩٤٦ و٩٤٧ و٩٤٨ و٩٤٩ و٩٥٠ و٩٥١ و٩٥٢ و٩٥٣ و٩٥٤ و٩٥٥ و٩٥٦ و٩٥٧ و٩٥٨ و٩٥٩ و٩٦٠ و٩٦١ و٩٦٢ و٩٦٣ و٩٦٤ و٩٦٥ و٩٦٦ و٩٦٧ و٩٦٨ و٩٦٩ و٩٧٠ و٩٧١ و٩٧٢ و٩٧٣ و٩٧٤ و٩٧٥ و٩٧٦ و٩٧٧ و٩٧٨ و٩٧٩ و٩٨٠ و٩٨١ و٩٨٢ و٩٨٣ و٩٨٤ و٩٨٥ و٩٨٦ و٩٨٧ و٩٨٨ و٩٨٩ و٩٩٠ و٩٩١ و٩٩٢ و٩٩٣ و٩٩٤ و٩٩٥ و٩٩٦ و٩٩٧ و٩٩٨ و٩٩٩ و١٠٠٠ و١٠٠١ و١٠٠٢ و١٠٠٣ و١٠٠٤ و١٠٠٥ و١٠٠٦ و١٠٠٧ و١٠٠٨ و١٠٠٩ و١٠١٠ و١٠١١ و١٠١٢ و١٠١٣ و١٠١٤ و١٠١٥ و١٠١٦ و١٠١٧ و١٠١٨ و١٠١٩ و١٠٢٠ و١٠٢١ و١٠٢٢ و١٠٢٣ و١٠٢٤ و١٠٢٥ و١٠٢٦ و١٠٢٧ و١٠٢٨ و١٠٢٩ و١٠٣٠ و١٠٣١ و١٠٣٢ و١٠٣٣ و١٠٣٤ و١٠٣٥ و١٠٣٦ و١٠٣٧ و١٠٣٨ و١٠٣٩ و١٠٤٠ و١٠٤١ و١٠٤٢ و١٠٤٣ و١٠٤٤ و١٠٤٥ و١٠٤٦ و١٠٤٧ و١٠٤٨ و١٠٤٩ و١٠٥٠ و١٠٥١ و١٠٥٢ و١٠٥٣ و١٠٥٤ و١٠٥٥ و١٠٥٦ و١٠٥٧ و١٠٥٨ و١٠٥٩ و١٠٦٠ و١٠٦١ و١٠٦٢ و١٠٦٣ و١٠٦٤ و١٠٦٥ و١٠٦٦ و١٠٦٧ و١٠٦٨ و١٠٦٩ و١٠٧٠ و١٠٧١ و١٠٧٢ و١٠٧٣ و١٠٧٤ و١٠٧٥ و١٠٧٦ و١٠٧٧ و١٠٧٨ و١٠٧٩ و١٠٨٠ و١٠٨١ و١٠٨٢ و١٠٨٣ و١٠٨٤ و١٠٨٥ و١٠٨٦ و١٠٨٧ و١٠٨٨ و١٠٨٩ و١٠٩٠ و١٠٩١ و١٠٩٢ و١٠٩٣ و١٠٩٤ و١٠٩٥ و١٠٩٦ و١٠٩٧ و١٠٩٨ و١٠٩٩ و١١٠٠ و١١٠١ و١١٠٢ و١١٠٣ و١١٠٤ و١١٠٥ و١١٠٦ و١١٠٧ و١١٠٨ و١١٠٩ و١١١٠ و١١١١ و١١١٢ و١١١٣ و١١١٤ و١١١٥ و١١١٦ و١١١٧ و١١١٨ و١١١٩ و١١٢٠ و١١٢١ و١١٢٢ و١١٢٣ و١١٢٤ و١١٢٥ و١١٢٦ و١١٢٧ و١١٢٨ و١١٢٩ و١١٣٠ و١١٣١ و١١٣٢ و١١٣٣ و١١٣٤ و١١٣٥ و١١٣٦ و١١٣٧ و١١٣٨ و١١٣٩ و١١٤٠ و١١٤١ و١١٤٢ و١١٤٣ و١١٤٤ و١١٤٥ و١١٤٦ و١١٤٧ و١١٤٨ و١١٤٩ و١١٥٠ و١١٥١ و١١٥٢ و١١٥٣ و١١٥٤ و١١٥٥ و١١٥٦ و١١٥٧ و١١٥٨ و١١٥٩ و١١٦٠ و١١٦١ و١١٦٢ و١١٦٣ و١١٦٤ و١١٦٥ و١١٦٦ و١١٦٧ و١١٦٨ و١١٦٩ و١١٧٠ و١١٧١ و١١٧٢ و١١٧٣ و١١٧٤ و١١٧٥ و١١٧٦ و١١٧٧ و١١٧٨ و١١٧٩ و١١٨٠ و١١٨١ و١١٨٢ و١١٨٣ و١١٨٤ و١١٨٥ و١١٨٦ و١١٨٧ و١١٨٨ و١١٨٩ و١١٩٠ و١١٩١ و١١٩٢ و١١٩٣ و١١٩٤ و١١٩٥ و١١٩٦ و١١٩٧ و١١٩٨ و١١٩٩ و١٢٠٠ و١٢٠١ و١٢٠٢ و١٢٠٣ و١٢٠٤ و١٢٠٥ و١٢٠٦ و١٢٠٧ و١٢٠٨ و١٢٠٩ و١٢١٠ و١٢١١ و١٢١٢ و١٢١٣ و١٢١٤ و١٢١٥ و١٢١٦ و١٢١٧ و١٢١٨ و١٢١٩ و١٢٢٠ و١٢٢١ و١٢٢٢ و١٢٢٣ و١٢٢٤ و١٢٢٥ و١٢٢٦ و١٢٢٧ و١٢٢٨ و١٢٢٩ و١٢٣٠ و١٢٣١ و١٢٣٢ و١٢٣٣ و١٢٣٤ و١٢٣٥ و١٢٣٦ و١٢٣٧ و١٢٣٨ و١٢٣٩ و١٢٤٠ و١٢٤١ و١٢٤٢ و١٢٤٣ و١٢٤٤ و١٢٤٥ و١٢٤٦ و١٢٤٧ و١٢٤٨ و١٢٤٩ و١٢٥٠ و١٢٥١ و١٢٥٢ و١٢٥٣ و١٢٥٤ و١٢٥٥ و١٢٥٦ و١٢٥٧ و١٢٥٨ و١٢٥٩ و١٢٦٠ و١٢٦١ و١٢٦٢ و١٢٦٣ و١٢٦٤ و١٢٦٥ و١٢٦٦ و١٢٦٧ و١٢٦٨ و١٢٦٩ و١٢٧٠ و١٢٧١ و١٢٧٢ و١٢٧٣ و١٢٧٤ و١٢٧٥ و١٢٧٦ و١٢٧٧ و١٢٧٨ و١٢٧٩ و١٢٨٠ و١٢٨١ و١٢٨٢ و١٢٨٣ و١٢٨٤ و١٢٨٥ و١٢٨٦ و١٢٨٧ و١٢٨٨ و١٢٨٩ و١٢٩٠ و١٢٩١ و١٢٩٢ و١٢٩٣ و١٢٩٤ و١٢٩٥ و١٢٩٦ و١٢٩٧ و١٢٩٨ و١٢٩٩ و١٣٠٠ و١٣٠١ و١٣٠٢ و١٣٠٣ و١٣٠٤ و١٣٠٥ و١٣٠٦ و١٣٠٧ و١٣٠٨ و١٣٠٩ و١٣١٠ و١٣١١ و١٣١٢ و١٣١٣ و١٣١٤ و١٣١٥ و١٣١٦ و١٣١٧ و١٣١٨ و١٣١٩ و١٣٢٠ و١٣٢١ و١٣٢٢ و١٣٢٣ و١٣٢٤ و١٣٢٥ و١٣٢٦ و١٣٢٧ و١٣٢٨ و١٣٢٩ و١٣٣٠ و١٣٣١ و١٣٣٢ و١٣٣٣ و١٣٣٤ و١٣٣٥ و١٣٣٦ و١٣٣٧ و١٣٣٨ و١٣٣٩ و١٣٤٠ و١٣٤١ و١٣٤٢ و١٣٤٣ و١٣٤٤ و١٣٤٥ و١٣٤٦ و١٣٤٧ و١٣٤٨ و١٣٤٩ و١٣٥٠ و١٣٥١ و١٣٥٢ و١٣٥٣ و١٣٥٤ و١٣٥٥ و١٣٥٦ و١٣٥٧ و١٣٥٨ و١٣٥٩ و١٣٦٠ و١٣٦١ و١٣٦٢ و١٣٦٣ و١٣٦٤ و١٣٦٥ و١٣٦٦ و١٣٦٧ و١٣٦٨ و١٣٦٩ و١٣٧٠ و١٣٧١ و١٣٧٢ و١٣٧٣ و١٣٧٤ و١٣٧٥ و١٣٧٦ و١٣٧٧ و١٣٧٨ و١٣٧٩ و١٣٨٠ و١٣٨١ و١٣٨٢ و١٣٨٣ و١٣٨٤ و١٣٨٥ و١٣٨٦ و١٣٨٧ و١٣٨٨ و١٣٨٩ و١٣٩٠ و١٣٩١ و١٣٩٢ و١٣٩٣ و١٣٩٤ و١٣٩٥ و١٣٩٦ و١٣٩٧ و١٣٩٨ و١٣٩٩ و١٤٠٠ و١٤٠١ و١٤٠٢ و١٤٠٣ و١٤٠٤ و١٤٠٥ و١٤٠٦ و١٤٠٧ و١٤٠٨ و١٤٠٩ و١٤١٠ و١٤١١ و١٤١٢ و١٤١٣ و١٤١٤ و١٤١٥ و١٤١٦ و١٤١٧ و١٤١٨ و١٤١٩ و١٤٢٠ و١٤٢١ و١٤٢٢ و١٤٢٣ و١٤٢٤ و١٤٢٥ و١٤٢٦ و١٤٢٧ و١٤٢٨ و١٤٢٩ و١٤٣٠ و١٤٣١ و١٤٣٢ و١٤٣٣ و١٤٣٤ و١٤٣٥ و١٤٣٦ و١٤٣٧ و١٤٣٨ و١٤٣٩ و١٤٤٠ و١٤٤١ و١٤٤٢ و١٤٤٣ و١٤٤٤ و١٤٤٥ و١٤٤٦ و١٤٤٧ و١٤٤٨ و١٤٤٩ و١٤٥٠ و١٤٥١ و١٤٥٢ و١٤٥٣ و١٤٥٤ و١٤٥٥ و١٤٥٦ و١٤٥٧ و١٤٥٨ و١٤٥٩ و١٤٦٠ و١٤٦١ و١٤٦٢ و١٤٦٣ و١٤٦٤ و١٤٦٥ و١٤٦٦ و١٤٦٧ و١٤٦٨ و١٤٦٩ و١٤٧٠ و١٤٧١ و١٤٧٢ و١٤٧٣ و١٤٧٤ و١٤٧٥ و١٤٧٦ و١٤٧٧ و١٤٧٨ و١٤٧٩ و١٤٨٠ و١٤٨١ و١٤٨٢ و١٤٨٣ و١٤٨٤ و١٤٨٥ و١٤٨٦ و١٤٨٧ و١٤٨٨ و١٤٨٩ و١٤٩٠ و١٤٩١ و١٤٩٢ و١٤٩٣ و١٤٩٤ و١٤٩٥ و١٤٩٦ و١٤٩٧ و١٤٩٨ و١٤٩٩ و١٥٠٠ و١٥٠١ و١٥٠٢ و١٥٠٣ و١٥٠٤ و١٥٠٥ و١٥٠٦ و١٥٠٧ و١٥٠٨ و١٥٠٩ و١٥١٠ و١٥١١ و١٥١٢ و١٥١٣ و١٥١٤ و١٥١٥ و١٥١٦ و١٥١٧ و١٥١٨ و١٥١٩ و١٥٢٠ و١٥٢١ و١٥

نعم في رواية عيسى بن عبدالله: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شهادة ولد الزنا، فقال:

.

لا تجوز إلا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً».(٤٩٩)

والظاهر أنّ عيسى بن عبدالله القمي الثقة، بقرينة رواية أبان عنه، وقد أفتى بمضمونها الشيخ في النهاية وحكي عن ابن حمزة.

وأجيب بأن مفادها عدم قبول شهادته مطلقاً، لأنّ الشيء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنة والأزمنة لامالية له، وكلّ ما فرض من المال يكون دونه الشيء، وقد ورد نظير ذلك ما ورد في شهادة الصبيان وأنه تسمع شهادتهم في الشيء الدون، بل قيل: إنّ ما ورد من وجوب الخمس في الجائزة التي فيها خطر، مقتضاه وجوبه في مطلق الجائزة.

ولكن لا يخفى ما في الجواب، فإنّ ظاهرها اعتبار الصدق العرفي بحسب زمان وجود الشيء ومكانه.

ثمّ إنّ إذا نال الشخص بعض الألسن بأنّه ولد الزنا، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته، لأنّه لو ثبت في البين فراش فهو طريق شرعي إلى أنّه ولد حلال، ولو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهادة العدل بضميمة الاستصحاب في ناحية عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، وقد بينّا في بحث الأصول اعتبار الاستصحاب في الأعدام الأزلية حتى فيما إذا أخذ في الموضوع بنحو كان الناقصة. وما في الدروس، من أنّ ترك شهادة المشكوك في مقام القضاء مقدّمة لترك شهادة ولد الزنا، كما ترى.

وما في الجواهر، من أنّ النهي عن قبول شهادة ولد الزنا ظاهره المانعية الظاهرة في اختصاصها بالمعلوم دون المشكوك الداخل في العنوان الوارد في عمومات قبول شهادة العدل، ضعيف، لأنّ كلاً من عنواني الشهادة وولد الزنا ظاهر في واقعه، والنهي ارشاد إلى مانعية العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلّا ما اشتهر في الألسن من لزوم احراز المانع، وإلّا فالأصل عدم المانعية، والمانع وهو لا يرجع إلى محصل، كما بيّن في محله.

الطرف الثاني:

فيما به يصير شاهداً والضابط العلم [١]،

لقوله تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ)، ولقوله (صلى الله عليه وآله) وقد سئل عن الشهادة وقال: «هل ترى الشمس؟ فقال: نعم قال (صلى الله عليه وآله): على مثلها فاشهد أو دع».

[١] المشهور بين الأصحاب اعتبار العلم في تحمّل الشهادة لتقبل عند ادائها، لقوله سبحانه: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ)٥٠٠، وقوله سبحانه: (إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ)٥٠١، وغير ذلك مما ظاهره اعتبار العلم في القول والشهادة.

وظاهرهم اعتبار العلم بمنشأته العادي، كالمشاهدة والسماع أو هما معاً، فالمشاهدة في مثل الشهادة بالسرقة والغصب والقتل والزنا والرضاع وما أشبه ذلك، والسماع في مثل الشهادة بالإقرار والشهادة بالشهادة والعقود والايقاعات والقذف ونحو ذلك، ومقتضى ذلك أن لاتسمع الشهادة بالمبصرات فيما كان اعتقاد جزمي بوقوعها من غير ابصار، وفي المسموعات من غير سماع وما شاكل ذلك.

وعن الأردبيلي والخراساني التوقف في ذلك، وفي كشف اللثام جواز الاستناد في الشهادة إلى التواتر، وأنه يجوز أن يكون مرادهم اعتبار المشاهدة بالواسطة وبدونها، وفيما كان العلم مستنداً إلى التواتر أو الخبر المحفوف بالقرينة بحيث لم تبق ومستنداً: إما المشاهدة، أو السماع، أوهما، فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال، لأن آلة السمع لا تدركها، كالغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنا واللواط، فلا يصير شاهداً بشيء من ذلك إلا مع المشاهدة، ويقبل فيه شهادة الأصمّ، وفي رواية يؤخذ بأول قوله لا بثانيه، وهي نادرة.

شبهة اصلاً فلا مانع عن الشهادة لحصول العلم. وفي الرياض بعد حكاية جواز الشهادة بالمبصرات اعتماداً على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينة: أنه — أي الجواز — في محلّه لمكان العلم. ولكن ظاهر كلماتهم اعتبار الأبصار في الشهادة، وإن يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهدة لأجل أنه لا يكفي في الشهادة مجرد الابصار، وإن لم يكن موجبا للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

(٥٠٠) الاسراء: ٣٦.

(٥٠١) الزخرف: ٨٦.

إلا أنه يمكن الاستدلال على ما في ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعة في مفهوم الشهادة، فلا يدخل مجرد الاعتقاد الجزمي غير المستند إلى الحس الظاهر في معنى الشهادة. أضف إلى ذلك أن الجزم الحاصل من الحسّ الباطني يختلف شدةً وضعفاً ويتخلف كثيراً، ويظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلك الشهادة، وهذا وإن يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهري في الموارد التي يأتي كفاية الاعتماد فيها على الاستفاضة، إلا أن الإجماع على الاكتفاء فيها بها هو المستند، مع مسيس الحاجة واقتضاء الضرورة إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا في تلك الموارد من كفاية الاستفاضة أوضح شاهد، بأن الأصل في الشهادة الحسّ الظاهري لدخوله في معناها لغة، ولو سلّم احتمال عدم دخل حسّ الظاهري وكفاية مجرد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملي، ومقتضاه وما يكفي فيه السماع، فالنسب والموت والملك المطلق، لتعذر الوقوف عليه مشاهدة في الأغلب، ويتحقق كل واحد من هذه، بتوالي الأخبار من جماعة، لا بضمهم قيد المراجعة، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم، وفي هذا عندي تردد.

عدم نفوذ خبر العدل وعدم كونه مدركاً للقضاء ما لم يستند إلى الحس الظاهري. وذكر في الجواهر بعد نقل هذا الكلام: أنه من الغرائب، حيث إن مقتضاه أن لا يصحّ لنا الشهادة الآن لأمر المؤمنين (عليه السلام)، بأنّ النبي (صلى الله عليه وآله) نصبه يوم الغدير اماماً وولياً على المسلمين، ولا تصحّ أيضاً الشهادة منّا على الأولين بغصبهما الفدك من الزهراء (عليها السلام)، ولا الشهادة بغير ذلك ممّا وصل إلينا بطريق النقل، بل ليست شهادتنا بالتوحيد وأنّ محمداً (صلى الله عليه وآله) عبده ورسوله شهادة حقيقة.

وبالجملة: الكلام المزبور ساقط من أصله، خصوصاً بملاحظة ما ورد في سماع شهادة الأعمى إذا أثبتته، وإنّ الأصحاب لم يعتبروا في الشهادة أزيد من العلم بالمشهود به، فإنّه ليس معنى الشهادة إلاّ الإخبار بشيء عن جزم ويقين به.

وما ذكروا من الاكتفاء بالاستفاضة في الأمور السبعة أو الأزيد راجع إلى عدم اعتبار العلم واليقين في الشهادة بها، بل يكفي في الشهادة بها مجرد وجود الاستفاضة الموجبة للظن أو الاطمئنان، ومن اعتبر العلم فيها جعلها كسائر الشهادات، نعم المعتبر في الشهادة العلم الحاصل للانسان المستقيم الخالي من الأغراض والتسرّع في الاعتقاد، وتخلّف هذا العلم عن الواقع بأكثر ممّا يتخلّف العلم بالأبصار غير ظاهر والاشتباه في الحس أمر معروف؛ انتهى.

أقول: اطلاق لفظ الشهادة على الاخبار بالشيء إعترافاً وإيرازاً للاعتقاد به لاينكر، وليس فيه كلام، وإنما الكلام فيما ورد في ثبوت الدعوى بشهادة العدلين بالواقعة المرفوعة إلى القاضي، وإن إقامة الشهادة بها ظاهرة في الشهادة التي ورد الأمر بتحملها ارشاداً في وقال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحملاً وشاهد أصل، ولا شاهداً على شهادتهما، لأن ثمرة الاستفاضة الظن وهو حاصل بهما، وهو ضعيف، لأن الظن يحصل بالواحد.

الوصية، وفي النكاح ونحوه استحباباً، وفي الطلاق شرطاً، أو أنها غير ظاهرة فيها. ومن المعلوم أن الشهادة عند تحملها تكون بحسّ الواقعة بالمشاهدة أو بالسمع، وبهما معاً، ولو لم يكن ظاهراً أقامتها ذلك، فلا أقل من عدم احراز عمومها لمجرد الاعتقاد الجزمي بالوقوع، والأصل عدم النفوذ في مقام القضاء أو غيره مما لا تكون الشهادة بالحسّ. نعم، تذكر موارد ويقال بعدم اعتبار هذه الشهادة فيها، بل لايعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفي في الشهادة فيها التناقل والاشتهار المعبر عنه بالاستفاضة، بحيث لا يحتمل عادة استناد ذلك إلى المواعدة وتباني جمع أو تفيد ظناً متاخماً للعلم. وبتعبير آخر، يكون الشياح موجباً للعلم العادي المعبر عنه بالاطمئنان، ويعدّ من تلك الموارد النسب والموت والملك المطلق، كما في عبارة الماتن، حيث إنّ مراده: وما يكفي فيه السماع، هو الإعتقاد على التناقل، لا السماع في الواقعة التي يكون حسّها بالسمع، كالشهادة بالإقرار والقذف وغير ذلك.

وعلّ جواز الشهادة فيها بالسمع بعدم امكان الحس فيها نوعاً من المخبرين، حيث انّ الملك يستمر ويجهل سببه لانقضاء زمانه، والموت أسبابه مختلفة ولا يشاهد الميت، والأمر في النسب أظهر لعدم الحس بالولادة إلاّ من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن ونقلهن. ولكن مع ذلك، ولعلّه لعدم الحس والعلم في البين ذكر: وفي هذا عندي تردد. وقد حكي عن الاسكافي الاقتصار بالنسب، وتعدّى بعضهم إلى الموت والملك فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني وهو ساكت، أو قال: هذا أبي وهو ساكت، قال في المبسوط: صار متحملاً لأن سكوته في معرض ذلك رضاً بقوله عرفاً، وهو بعيد لاحتماله غير الرضا.

المطلق، وعن بعض إحقاق النكاح والوقف والعتق والولاء، وعن بعض ابدال الولاء بالولاية، وعن بعض زيادة الرق والعدالة، وأنهاها بعض إلى أكثر من ذلك، وزاد سبعة عشر مورداً آخر.

وفي بعض الروايات كمرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن البيّنة إذا أقيمت على الحق، أيحلّ للقاضي أن يقضي بقول البيّنة؟ قال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته»^(٥٠٢)، وهذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

وعن الشهيد الثاني في المسالك الاشكال في جواز الشهادة بالنسب، اعتماداً على التسامع في الأم، حيث يمكن الحسّ بالولادة، وكذا في غير الأم مع انكار المنسوب إليه الحيّ، ولو كان المنسوب إليه مجنوناً ففيه اشكال، لاحتمال إفاقة وإنكاره.

أقول: في البين مقامات:

الأول: جواز اعتماد المكلف وترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشيع، بأن لايجوز له التزويج بامرأة اشتهرت أنها أخته الرضاعية أو أخته بالنسب، ولايجوز له شراء ما اشتهر أنه وقف، إلى غير ذلك.

وفي هذا المقام، إن كان الشيع موجباً للاطمئنان والوثوق فلايختصّ جواز الاعتماد بالثلاثة أو السبعة أو الأزيد، بل يجري في كلّ موضوع احرز حصوله بالشهرة

الموجبة للاطمئنان والوثوق، المعبر عنه بالعلم العادي، إلاّ في مورد جعل الشارع فيه لاحراز الموضوع نحواً من الإحراز، أو نهى فيه عن اتّباع غير العلم الوجداني، أو كان الموضوع للأثر نفس العلم بالشيء على نحو الوصفية، لجريان السيرة العقلانية على اتّباع الوثوق والاطمئنان، فتتبع في غير مورد الردع، وأمّا إذا لم تكن الشهرة موجبة للاطمئنان والوثوق فلايعتبر إلاّ في مورد قد احرز فيه اعتبار الشيع مطلقاً، ولو لم يكن موجباً للعلم العادي، ولايبعد أن يكون النسب كذلك لجريان السيرة على اتّباع السماع، ممّا لايحتمل عادة حصول الشيع فيه مستند إلى التبانّي واحتمال حصوله من التسامع.

والثاني: جواز الإخبار بالشيء اعتماداً من المخبر على الشياخ المفيد للاطمئنان، أو اعتماداً على مطلق الشياخ في مورد ذكرنا اعتباره فيه.

والظاهر كما أنّ الإخبار بنفس الشياخ أمر جائز كذلك الإخبار بنفس الشيء، بعد فرض كون المكلف عالماً به، ولو بنحو الحكومة والتنزيل.

والثالث: في نفوذ قضاء القاضي في الواقعة، اعتماداً منه على الشياخ المعتبر، أو اعتماداً على إخبار عدلين بذلك الشياخ.

والظاهر عدم جواز القضاء بالواقع اعتماداً على الشياخ المزبور، لما تقدم في بحث القضاء انحصار مدرك القضاء بالبيّنة والإقرار والحنف، وأنّ القاضي وان يجوز له الحكم بعلمه، إلا أنّ المعتبر من علمه هو علمه الوجداني الحاصل من حسّه الواقعة بنفسه لا علمه التعبدية، وإلا لما كانت حاجة في قضائه إلى حلف المنكر، لأنّ يده الجارية على المال علم تعبدية بأنّه المالك، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاءً بالعلم كما لا يخفى.

.....

ثمّ إنّ للحاكم فيما إذا أحرز الشياخ بنفسه أو أخبر به البيّنة أن يحكم بثبوته، ويلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، ولكن هذا ليس من القضاء في الواقعة كما تقدم، بل يدخل ذلك في عنوان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو فرض في مورد كون الشياخ بحيث لا يتخلّف عن الواقع أصلاً، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكلّ من اطّلع عليه، فالظاهر جواز الشهادة بالواقع في الفرض وجواز القضاء بتلك الشهادة، لأنّ الشياخ المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حسّه حسّاً للواقع، فأنه لولاه لما كان هذا الشياخ وهذا المقدار يكفي في صدق البيّنة وشهادة العدلين، حيث إنّ حسّ الأثر يعدّ عرفاً حسّاً لذی الأثر.

وبالجملة، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنّه يعتبر في الشاهد عند تحمّله الشهادة حسّاً الواقعة، فلا يكفي مجردّ الحدس بالواقعة، سواء كان حدسه جزمياً أم ظنياً، فإنّ حسّ الواقعة بنفسها أو بأثرها مأخوذ في معنى الشهادة المعتبرة في مدرك القضاء.

ويؤيد ذلك ما رواه علي بن غياث بن غراب عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لا تشهدنّ بشهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفك». (٥٠٣)

وما نقل الماتن وغيره مرسلًا عن النبي (صلى الله عليه وآله) وقد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أودع» (٥٠٤).

ولا يمكن الالتزام بما عن جماعة، من أنه يكفي في الشهادة العلم بالمشهود به ولو حدسًا، بل يكفي الاستناد إلى الاستفاضة في الموارد المشار إليها. ثم إنَّ الشاهد في مقام الاداء لو كان متذكراً بتحملها فلا اشكال في جواز تلك

الشهادة تكليفاً ووضعاً، وكذا فيما كان جازماً بتحملها ولكن لا يتذكر تحملها، كما إذا رأى خطه واسمه في كتاب الشهادة مع جزمه بأنه قد كتبه ولكن لا يتذكر الواقعة، وقيل: انه لا تصحَّ الشهادة إلا بتذكر الواقعة المشهود بها.

وفي صحيحة الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداك جاني جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدوني على ما فيه، وفي الكتاب اسمي بخطي قد عرفته، ولست أذكر الشهادة، وقد دعوني إليها، فأشهد لهم على معرفتي ان اسمي في الكتاب ولست أذكر الشهادة، أو لاتجب الشهادة عليّ حتى أذكرها، كان اسمي بخطي في الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد» (٥٠٥).

ولكن لا بد من حملها على صورة عدم الجزم بالتحمل، ولو باحتمال التزوير في الورقة أو في اسمه و خاتمته، كما تشهد بذلك معتبرة السكوني عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) لا تشهد بشهادة لاتذكرها، فإنه من شاء كتب و نقش خاتماً» (٥٠٦)، فإن مقتضى التعليل انه مع اليقين بعدم التزوير فلا بأس بالشهادة.

و مما ذكر يظهر الحال في صحيحة عمر بن يزيد قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): الرجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي وخاتمي ولا أذكر من الباقي قليلاً و لا كثيراً، قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له» (٥٠٧)، فإنها تحمل على أن ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقي في المقام أمران:

(٥٠٤) مستدرک الوسائل: ١٧، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢٢: ٢.

(٥٠٥) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٥: ٢.

(٥٠٦) الوسائل: ١٨، الباب ٨ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٥ و ٢: ١.

أحدهما: أنه إذا لم يعرف الشاهد الواقعة الحالّية المطلوب منه الشهادة بها، ولكن
.

كان شاهداً بالحالة السابقة، ومقتضى الاستصحاب بقاء الواقعة على حالها، فهل تجوز له
الشهادة بالحالة الفعلية اعتماداً على الاستصحاب، أم لا؟
كما إذا علم بأنّ العين كانت لزيد سابقاً ولا يدري انتقالها إلى آخر، وطلب زيد منه
الشهادة بالملكيّة الفعلية، وقد عقد في الوسائل باباً في جواز الشهادة بالملك اعتماداً على
الإستصحاب، وكذا الشهادة بعدم وارث آخر، وقد أورد فيه صحيحة معاوية بن وهب قال:
«قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): الرجل يكون له العبد والأمة وقد عرف ذلك، فيقول: أبق غلامي
أو أمتي. فيكلفونه القضاة شاهدين بأنّ هذا غلامه أو أمته لم يبع ولم يهب، أنشهد على هذا إذا
كلفناه؟ قال: نعم» (٥٠٨)

ولكن يعارضها ما في معتبرته الأخرى التي يمكن التعبير عنها بالصحيحة، حيث إنّ
الراوي عن معاوية بن وهب يونس بن عبدالرحمان، وللشيخ إلى رواياته وكتبه طريق معتبر،
قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): الرجل يكون في داره ثمّ يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها
عياله، ثمّ يأتيها هلاكه ونحن لا ندري ما أحدث في داره، ولا ندري ما أحدث له من الولد، إلّا
أنّا لا نعلم أنّه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد، ولانقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك
في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أنّ هذه الدار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان و
فلان، أو نشهد على هذا؟ قال: نعم، قلت: الرجل يكون له العبد والأمة فيقول: أبق غلامي
وأبقت أمتي، فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضي البيّنة أنّ هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه، أنشهد
على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنّه أحدث شيئاً؟ فقال: كلّما غاب عن يد المرء المسلم غلامه
أو أمته أو غاب عنك لم تشهده». (٥٠٩)

.

ويجمع بين هذه وما قبلها بتجوز الشهادة بالحالة السابقة وعدم الشهادة بالحالة الفعلية،
بشهادة صحيحته الأخرى قال: «قلت له: إنّ ابن أبي ليلى يسألني الشهادة عن هذه الدار مات

(٥٠٨) المصدر نفسه: الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤٦:٣.

(٥٠٩) الوسائل: ١٨، الباب ١٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤٦:١.

فلان و تركها ميراثاً، وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: ان ابن أبي ليلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنما هو على علمك».(٥١٠)

وبالجملة، ان الشهادة هي الإخبار بما علمه بحسّه، ولا يكون الاستصحاب علماً حقيقة، فضلاً عن كونه علماً بحسّ الواقعة، وإذا كانت الواقعة مورد المخاصمة بحيث يحتاج إلى فصلها بالقضاء فلا ينفذ فيها إلا الشهادة المتقدمة، أخذاً بما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنة والحلف، فمن يدعي خلاف الشهادة المتقدمة فعليه اقامة البيّنة على دعواه، فإنّ من يكون قوله على خلاف الاستصحاب مدّع عدم كون العين بيده.

وأما إذا لم يكن في البين مخاصمة كالدّار المزبورة في الصحيحة والمعتبرة فعلى القاضي الحكم على طبق الحالة السابقة، أخذاً بالاستصحاب، ولكن هذا الحكم ليس من القضاء في الواقعة بل هو تعيين الوظيفة فيها على من لا يعلم خلافها.

ولو لم يكن القاضي ملتفتاً انّ الوظيفة هي الأخذ بالحالة السابقة، فللشاهد أن يشهد بالملكيّة الفعلية، وشهادته بها ليست من الشهادة التي مدرك القضاء، حيث إنّ بيان الوظيفة الفعلية في الواقعة، ويمكن أن يحمل على ذلك الصحيحة الأولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحرية من الغلام والأمة أو دعوى آخر ملكيتهما، وهذا مع اعتبار الاستصحاب، وأما مع عدمه كما إذا كانت العين التي يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملك فلان بيد شخص آخر يدعي ملكيتها، ويعترف بأنّها انتقلت ممّن يشهد الشاهدان بأنّها كانت في السابق ملكه، فلا تسمع الشهادة بالملكية السابقة أصلاً.

تفريع على القول بالاستفاضة:

الأول: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، مثل البيع والهبة والاستغنام، لأنّ ذلك لا يثبت بالاستفاضة [١]، فلا يُعزى الملك إليه مع اثباته بالشهادة المستندة إلى الاستفاضة، أمّا لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنّه يكون عن الموت الذي يثبت بالاستفاضة، والفرق تكلف لأنّ الملك إذا ثبت بالاستفاضة، لم تقدح الضميمة مع حصول ما يقتضي جواز الشهادة.

الأمر الثاني: جواز الشهادة بملكية العين استناداً إلى يده عليها، فهل الشهادة بالملكيّة استناداً إليها كالشهادة بها استناداً إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهادة استناداً إلى يد نافذة تصح كونها مدرك القضاء، نتعرض لهذا الأمر في المسألة الأولى من المسائل الآتية.

[١] ذكر (قدس سره) تفريعين على القول بسماع الشهادة التي استند الشاهد فيها إلى

الاستفاضة:

الأول: انّ الشاهد بالملك بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذي استفاض خبر الملك بذلك السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذة، كما إذا ذكر انّ زيدا يملك العين الفلانية بالشراء أو بالانتهاب أو بالاستغنام أو غير ذلك، لأنّ هذه الاسباب لا تتحمّل الشهادة بها بالاستفاضة، فيكون الشهادة بها مخلّة. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلك السبب كالملك بالاستفاضة، كما إذا شهد أنّ العين الفلانية ملك زيد ارثاً من أبيه صحّت، لأنّ الموت أيضاً يثبت بالاستفاضة.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ ذكر السبب مع الشهادة بالملك لا يضرّ، غاية أن تكون الشهادة بالسبب ملغاة.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر انّ الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره في سماع شهادته.

الثاني: إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضة، هل يفتر إلى مشاهدة اليد والتصرف؟ الوجه لا [١]، أمّا لو كان لوحد يد، ولآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأنّ السماع قد يحتمل اضافة الاختصاص المطلق للملك وغيره، ولا تزال اليد بالمحتمل.

وتظهر الثمرة في سماع الشهادة بالملك دون السبب، فيما إذا كان في البين مدع آخر لتلك العين وله شهود بالملك والسبب، وكانت شهادتهم غير مستندة إلى الاستفاضة تقدم بيّنته على صاحب البينة بالاستفاضة لثبوت السبب الملك بها من غير معارض، على ما تقدم في تعارض البيّنتين، وهذا بخلاف ما إذا كان السبب أيضاً ممّا يثبت بالاستفاضة كالملك بالارث، فإنّ البيّنة المستندة إلى الاستفاضة تعارض الأخرى في السبب أيضاً.

و ذكر في الجواهر أنّه: إذا شهد بالملك مع السبب وكانت الشهادة مستندة إلى الاستفاضة يؤخذ بشهادته بالاضافة إلى الملك دون السبب، لأنّ التبويض في الشهادة أمر معروف، وهذا ظاهر فيما إذا شهدت بالملك وأنّه بالبيع، وأمّا إذا قال إنّه قد ملكها بالشراء فقد يشكل القبول، لأنّ الشهادة واحدة وعدم ثبوت خصوصية الملك أي فصله يوجب عدم ثبوت الجنس.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإنّ الملك لا يكون من قبيل الجنس والشراء من قبيل الفصل، بل هو من قبيل الشهادة بالموضوع وأثره، ولو سمعت بالاضافة إلى الأثر لكونه عامّاً،

ولا يختص بذلك الموضوع، فلا مانع من عدم ثبوت الموضوع، كما في الشهادة بالسرقة بواحد ويمين حيث يثبت ضمان الملك، ولا يثبت عنوان السرقة ليقطع يده.

[١] وذكر في التفريع الثاني على سماع البينة المستندة إلى الاستفاضة، أنه لا يعتبر في سماعها أن يرى الشاهد العين بيد المشهود له وتصرفه فيها بالبناء والهدم والإجارة وغيرها من التصرفات، ولو كان مدّع آخر بتلك العين وله شاهد يستند في شهادته إلى مسائل ثلاث:

الأولى: لا ريب أنّ المتصرف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق [١]. وأما من في يده دار، فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد، وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروي، وفيه اشكال من حيث أنّ اليد لو أوجبت الملك له، لم تسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لي.

اليد والتصرف، يقدم الشهادة المستندة إلى اليد المستمرة على العين، وعلل ذلك بأنه يمكن إضافة المال إلى شخص لا لكونه مالكاً.

بل عبارته (فيس سره) تعطى أنه لو كانت لأحد في عين اليد المتصرف فيها، وللآخر سماع الاستفاضة بأنها له، يحكم بأنها لذي اليد المتصرف فيها، لأنّ الإستفاضة يحتمل اختصاصها بغير الملك، بخلاف اليد المتصرف فيها والمستمرة عليها، فإنّها لا يحتمل فيها غير الملك.

وقد يقال بأنّ تقديم اليد المتصرف على الإستفاضة، فيما إذا كانت الاستفاضة بأنّ العين لفلان، حيث يحتمل اللام الدالة على الاختصاص غير الملك، وأما إذا كانت الاستفاضة بأنها ملك فلان، فيقدم على اليد المتصرف، كما هو لازم ثبوت دعوى الملك بالبينة المستندة إلى الشياخ.

أقول: لو كانت الاستفاضة معتبرة كما تقدم التفصيل، تسقط اعتبار اليد المتصرف، بلا فرق بين استفاضة أنّ العين لزيد أو ملك زيد، لأنّ ظاهر نسبة المال إلى شخص وضافته إليه باللام الملكية، ولا فرق في اعتبار الظهور في موارد الإخبار بالموضوع أو الحكم، ولو لم تكن الاستفاضة معتبرة كما إذا لم توجب الوثوق والاطمئنان، فلا موجب لرفع اليد عن مقتضى قاعدة اليد، وهو ترتيب آثار الملكية لذي اليد.

[١] ذكر (فيس سره) أنه إذا كان شخص يتصرف في عين بالبناء والهدم والإجارة وغير ذلك

.

من التصرفات ولم يكن منازع ينازعه في ملكها، يجوز أن يشهد بأن العين المزبورة ملك له،
وَدَعَى أَنْ جَوَّازَ الشَّهَادَةَ بِمَلِكِهَا لَهُ لِأَرِيْبٍ فِيهِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ عَيْنٌ بِيَدٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ شَهِدَ الشَّاهِدُ بِيَدِهِ عَلَى الْعَيْنِ فَهَذِهِ الشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ تَكْلِيْفًا
وَوَضْعًا، وَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَلِكِهِ لِلْعَيْنِ، فَجَوَّازَ الشَّهَادَةَ مُشْكَلًا، وَإِنْ قِيلَ بِجَوَّازِهَا، وَعَلَى
الْجَوَّازِ رَوَايَةٌ أَيْضًا.

وَالْوَجْهُ فِي الْأَشْكَالِ أَنَّ الْيَدَ عَلَى الْعَيْنِ لَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِمَلِكِ ذِي الْيَدِ فَلَازِمَةٌ أَنْ لَا تَسْمَعَ
الدَّعْوَى عَلَى ذِي الْيَدِ فِي مَلِكِيَّتِهَا، فَإِنَّ قَوْلَ الْمُدْعَى بِهَا مَرْجِعُهُ إِلَى هَذِهِ الْعَيْنِ الَّتِي مَلِكٌ لَذِي
الْيَدِ مَلِكِي.

وَقَدْ أُوْرِدَ عَلَى الْمَاتِنِ (قَدَسَ سِرَّهُ): لَوْ كَانَ مُنْشَأَ الْأَشْكَالِ فِي جَوَّازِ الشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ لَذِي الْيَدِ
ذَلِكَ، لَجَرَى هَذَا الْأَشْكَالُ فِي الشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ لِلْمُتَصَرِّفِ فِي الْعَيْنِ بِالْمَنَازِعِ، لِأَنَّ الْمُتَصَرِّفَ
الْمُزَبَّورَ إِنْ أُوجِبَ كَوْنُ الْعَيْنِ لَهُ فَلَا تَسْمَعُ دَعْوَى أَحَدٍ عَلَيْهَا فِي مَلِكِيَّتِهَا، لِأَنَّ مَرْجِعَ قَوْلِ
الْمُدْعَى هُوَ أَنَّ الْعَيْنَ الَّتِي مَلِكٌ الْمُتَصَرِّفِ مَلِكِي.

وَهَذَا النِّقْصُ وَارِدٌ عَلَى اسْتِدْلَالِهِ، وَإِنْ تَصَدَّى فِي الرِّيَاضِ لِبَيَانِ الْفَرْقِ، وَلَكِنْ لِاسْتِثْنَاءِ الْإِتْيَانِ
بِالْفَارِقِ.

وَالْوَجْهُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ التَّصَرِّفَ فِي الْعَيْنِ أَوْ الْيَدِ فِيهِ لَيْسَ مِنَ الْأَسْبَابِ الْمَمْلُوكَةِ، كَالْأَحْيَاءِ
أَوْ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَوْجِبَاتِ الْمَلِكِ، بَلْ كُلُّ مِنْهُمَا أَمَارَةٌ بِمَلِكِ الْعَيْنِ، وَاعْتِبَارُ
الْأَمَارَةِ يَخْتَصُّ بِحَقِّ الْجَاهِلِ بِالْوَقَاعِ، وَالَّذِي يَعْلَمُ الْوَقَاعَ وَإِنَّ الْعَيْنَ لَيْسَ بِمَلِكِ الْمُتَصَرِّفِ فِيهَا
أَوْ لَذِي الْيَدِ، فَلَهُ أَنْ يَدْعِيَ عَلَيْهِمَا فِي الْعَيْنِ الْمُزَبَّورَةِ.

وَعَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ قُلْنَا بِأَنَّهُ يَكْفِي فِي شَهَادَةِ الشَّاهِدِ بِالْوَقَاعِ إِحْرَازَهُ بِالْأَمَارَةِ الْمَعْتَبَرَةِ وَلَوْ فِي
الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَلِكِيَّةِ الْعَيْنِ لِلْمُتَصَرِّفِ أَوْ لَذِي الْيَدِ، وَإِنْ

.....

قُلْنَا بِاعْتِبَارِ الْعِلْمِ الْوُجْدَانِيِّ بِحَسِّ الْوَقَاعِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَتَشْكَلُ الشَّهَادَةُ بِمَلِكِيَّتِهَا مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَهُمَا.
وَدَعْوَى الْإِجْمَاعِ وَالتَّسَالُمِ عَلَى جَوَّازِ الشَّهَادَةِ بِمَلِكِيَّةِ الْعَيْنِ لِلْمُتَصَرِّفِ الْمُسْتَمَرِّ فِيهَا
بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بِمَلِكِيَّتِهِ لَذِي الْيَدِ عَلَيْهَا، لَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَيْهَا، لِغَدَمِ إِحْرَازِ التَّسَالُمِ وَالْإِجْمَاعِ
التَّعْبُدِيِّ فِي الْأَوَّلِ.

ويمكن التفارقة بينها بما ذكرنا سابقاً، من أنّ حسّ الواقع أعم من أن يكون بنفسه أو بأثره، واستمرار شخص على التصرفات في عين بالتصرف الموقوف على ملكها طول زمان من غير منازع ونكير يعدّ من أثر الملكية الواقعية، بخلاف مجرد اليد على عين، فإنّ اليد وان تكون امارة معتبرة بالملكية ذي اليد، إلاّ أنّها لا يوجب العلم بها فضلاً عن أن يكون من أثر المحسوس لها، ولكن مع ذلك هذا الفرق أيضاً لا يخلو عن تأمل.

ولكن قيل بجواز الشهادة بالملك باليد عن العين، ويستدل عليه برواية حفص بن غياث عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال له رجل إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنّه في يده ولا أشهد أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبدالله (عليه السلام): أفیحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبدالله (عليه السلام): فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي، وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبدالله (عليه السلام): لو لم يجز هذا لم يقيم للمسلمين سوق. (٥١١)

أقول: ما يذكر في المقام من عدم سماع بيّنة الملك المستندة إلى اليد، المراد مقام الترافع والتنازع، وأمّا في غير ذلك، كما إذا أراد انسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ

.

ذا اليد مالكة جائز بلا اشكال، حيث بعد اعتبار اليد امارة بالملك يعلم بأنّه مالك. وقد تقدم أيضاً أنّ البيّنة بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه في دعوى الآخر ملكيّتها. فينحصر الكلام في أنّه إذا ادعى أحد على الآخر أنّه مالك العين دونه فان أقام بيّنة فاللازم أن يشهد الشهود بالملكيّة المحرزة لهم من غير ناحية اليد، بأن كان احرازهم بحضورهم شرائها أو ارثها، ولو شهدوا بالملكية باليد فان كانت العين عند شهادتهم بيد المدعى عليه فشهادتهم كاذبة، وإن لم تكن بيده فتجعل شهادتهم المشهود له المدعى عليه في الواقعة، فله الحلف على نفي دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بيّنة معتبرة.

ورواية غياث مع ضعف سندها بفاسم بن يحيى غير ناظرة إلى الشهادة في مقام الترافع، بل ناظرة إلى الشهادة بمعنى الإخبار بملكية ذي اليد، وقوله في مقام الدعوى عليه كما يظهر ذلك بملاحظة صدرها و ذيلها الوارد فيه: لو لم يكن هذا لما قام للمسلمين سوق.

ويظهر ما ذكرنا ممّا ورد في تعارض البيّنات مع كون العين في يد أحد المتنازعين واقامة كل منهما البيّنة على أنّها ملك له، ووجه الظهور أنّ ملاحظة ما ورد يوحي أنّ المغروس في أذهان السائلين هو أنّه إذا اختصّت البيّنة بالمدعي لثبت دعواه على ذي اليد، ولذا فرضوا اقامة كلّ منهما البيّنة بملكية العين له، وهذه البيّنة لا يمكن أن تكون مستندة إلى مجرد اليد وإلاّ لم يكن معنى لتقديمها على اليد في الآخر كما ذكرنا، لمعلومية كذبها كما لا يخفى.

الثانية: الوقف والنكاح يثبت بالإستفاضة [١]، أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه، وأمّا على الإستفاضة المفيدة لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأييد، فلو لم يسمع فيه الإستفاضة لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود.

وأما النكاح، فلأنّ نقضي بأنّ خديجة (عليها السلام) زوجة النبي (صلى الله عليه وآله) كما نقضي بأنّها أمّ فاطمة (عليها السلام)، ولو قيل: أنّ الزوجية تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول: التواتر لا يثمر إلاّ إذا استند السماع إلى المحسوس، ومن المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد ولا عن إقرار النبي (صلى الله عليه وآله)، بل نقل الطبقات متصل إلى الإستفاضة التي هي الطبقة الأولى، ولعل هذا أشبه بالصواب.

[١] المعروف بأنّ الوقف والنكاح يثبت كلّ منهما بالاستفاضة، ولكن لا يختص الثبوت بهما بل يجري في غيرهما ممّا تقدم آنفاً.

وذكر (قدس سره) أنّه بناءً على اشتراط الإستفاضة المفيدة للعلم واليقين فلا كلام في الثبوت، وأمّا لو لم تكن مفيدة إلاّ الظن الغالب فيمكن أن يقال في وجه ثبوت الوقف بها، بأنّ الوقف للتأييد فلو لم تسمع في ثبوت الوقف هذه الإستفاضة لبطلت الوقوف مع توالي العصور لانقضاء الشهود الأصل، واعتبار شهود الفرع يختصّ بالشهود بشهادة شهود الأصل.

كما يمكن أن يقال في وجه ثبوت النكاح بها، بأنّه لو لم يثبت النكاح بالاستفاضة لما صحّ لنا الحكم بأنّ خديجة (عليها السلام) زوجة النبي (صلى الله عليه وآله)، كما لا يصحّ أن نقول بأنّها أمّ فاطمة (عليها السلام)، و دعوى أنّ ثبوت ذلك بالتواتر لا تفيد، فإنّ إخبار المخبرين في الطبقات لا بدّ من أن تنتهي إلى إخبار الطبقة المخبرة بالواقعة المحسوسة لهم، ومن الظاهر أنّه لم تكن في الطبقة الأولى حسّ بنكاحها أو باقرار النبيّ بالمشاهدة والسماع بعدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الإستفاضة، وذكر في آخر كلامه أنّ الثبوت بالاستفاضة أشبه بالصواب.

و ذكر في الجواهر: إنّ غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فان كان المراد الاستفاضة الموجبة للعلم وانّ القاضي في مقام القضاء يحكم بالنكاح والوقف، فهذا لا يختص بالنكاح والوقف، وإن كان المراد الاستفاضة غير الموجبة للعلم، وانّ الحكم بهذه الاستفاضة يختص بهما فهذا أيضاً مشكل، لأنّ ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضة أو بالبينة القائمة بها قضاءً أو بنحو الافتاء، فلا نعيد.

ونقل (قدس سره) عن المسالك انّ الاستفاضة في تزويج خديجة (عليها السلام) كانت بحدّ التواتر في الطبقة الأولى السامعين للعقد، فإنّ النبي (صلى الله عليه وآله) في ذلك الوقت كان من أعلى قريش، وعمّه أبوطالب المتولي لتزويجه كان رئيس بني هاشم وشيخهم ومن إليه مرجع قريش، وخديجة (عليها السلام) كانت من أجلاء بيوتات قريش، وكانت خطبة أبي طالب في المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، وعلى ذلك فدعوى عدم استناد الطبقة الأولى إلى سماع العقد ومشاهدته إلا بحدّ الاستفاضة المفيدة للظن الغالب ضعيفة.

وناقش في هذا الكلام، بأنّ لحاظ التزويج في بنات السلاطين وأولادهم يقضي أنّ علوّ المقام وشهرة الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعتبر في التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضة من الطبقة الأولى مفيدة للعلم وإن لم يكن بحدّ التواتر، نظير الإستفاضة في البلدان والملوك وغير ذلك صحيحة.

أقول: قد تقدم انّ الإستفاضة لو كانت بحيث ولو بملاحظة الأمور الخارجة عنها، يوجب لكلّ من اطّلع عليها الجزم بالواقع، يعدّ ذلك من حسّ الشيء بالأثر، فيصحّ الحكم بها والاعتماد على البيّنة القائمة بتلك الاستفاضة.

الثالثة: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة وأداؤها، ويبنى على ما يتحققه الحاكم من اشارته [1]، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمة العارف بأشارته، نعم يفتقر إلى مترجمين، ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لابشهادة المترجمين فرعاً.

[1] يصحّ للأخرس تحمّل الشهادة وأداؤها، ويلاحظ الحاكم ما يفهم من اشارته، كما يلاحظ ما يفهم من عبارة غيره من الشهود، وان جهل الحاكم اشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهادة الشاهد بلغة لا يعرفها الحاكم.

وذكروا أنه يعتبر في المترجم التعدد، فإن الترجمة أيضاً تدخل في الشهادة بما أظهر الآخر من مراده، ولكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمة تفسيراً لاشارته أو ما يتلفظ به.

وكيف ما كان فلا تكون الترجمة من الشهادة على الشهادة بأن تحسب أنها شهادة على شهادة الأصل بالواقعة، بل ثبوت الواقعة بشهادة الأصل، أي الأخرس أو غيره ممن يترجم كلامه، ولذا يعتبر وقوع اشارة الأخرس في محضر الحاكم، ولو كانت الترجمة من شهادة الفرع فلا تسمع، لأنه يعتبر في سماع شهادة الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم. ثم إنه قد ذكر في النافع والرياض انّ العارف باشارة الأخرس في مقام الشهادة بإقراره يجب أن يشهد باشارته التي رآها منه، بأن يحكي نفس إشارته أولاً ثم يقول انه أراد ذلك منها، وان اقتصر على ذكر ما فهمه من اشارته لا تسمع ترجمته، وعللوا ذلك باحتمال خطأ المترجم في الفهم فيلزم الكذب في اقراره.

وذكر في الرياض: لعلّ مراد من علل لزوم حكاية نفس الإشارة بأنه لولاها لزم الكذب هو احتمال لزومه، ثم وجه التعليل بلزوم الكذب بأن الاقرار معناه حقيقة هو الثالث: مايفتقر إلى سماع والمشاهدة، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجارة، فإن حاسة السمع يكفي في فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفة اللفظ، ولا لبس في شهادة من اجتمع له الحاستان. [١]

الإخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، واطلاقه على الإخبار عنه بالإشارة بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من اشارة الأخرس كان منصرف كلامه أنه تكلم بذلك، فيكون كذباً، بخلاف ما حكى اشارته أولاً، وردّه بأنّ كونه أخرس قرينة حال واضحة بأنّ المراد اشارته لا تكلمه.

أقول: لا يخفى الشاهد باقرار الأخرس أو بغير اقراره لا يلزم عليه حكاية اشارته أولاً، كما لايلزم على المترجم لكلام من لايعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكي نفس ألفاظه أولاً، بل إخباره بأنّ المفهوم عند من يعرف إشارة الأخرس ذلك أو أنّ المفهوم من كلام المتكلم بلغة أخرى عند أهل محاوراته ذلك كفى في الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفاً ثقة، والله العالم.

[١] الثالث من المستند في تحمّل الشهادة ومشاهدته معاً، وهذا في تحمّل الشهادة بالعقود والإيقاعات ونحوهما، فإنّ تحمّل الشهادة بنفس العقد أو الإيقاع ونحوهما يكون بالسماع

والتعرف على العاقد والموقع يكون بالمشاهدة، وعليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلاشكال في شهادته تحملاً واداءً.

وأما الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد والإيقاع، وأما بالاضافة إلى العاقد والموقع فلاتقبل إلا في صورتين:

أحدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهادة معرّفان يعرفانه العاقد أو الموقع، وفي هذه الصورة يجوز للأعمى الشهادة بالعقد وعاقده، وبحسب الأعمى من شاهد الأصل بالاضافة إلى العقد وعاقده، وهذا يجري في شهادة البصير أيضاً، فإنّه يجوز للبصير أمّا الأعمى، فتقبل شهادته في العقد قطعاً، لتحقق الآلة الكافية في فهمه فإن انضم إلى شهادته معرّفان جاز له الشهادة على العاقد، مستنداً إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره، ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفة يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، والوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأننا نتكلم على تقديره.

تعرّفه بمن يتحمّل الشهادة له بالمعرفان

وربما يستدل على ذلك بصحيفة محمد بن قيس قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت»^(٥١٢)، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر. ويظهر ذلك من صحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن الأول قال: «لابأس بالشهادة على اقرار المرأة، وليست بمسفرة، إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إذا كانت لا تعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها أو على اقرارها، دون أن تسفر وينظرون إليها»^(٥١٣).

ولكن المحكي عن جماعة أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد في صورة التعرف على العاقد مطلقاً، بل عليه أن يقول مثلاً: اشهد على زيد بتعريف فلان وفلان، ويحتمل أن يكون مراد الماتن أيضاً من عبارته ذلك، ففي الحقيقة تكون شهادة الأعمى بالاضافة إلى العاقد من شهادة الفرع، غاية الأمر لا يعتبر في شهادة الفرع في المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهادة على العاقد، حيث إنّ المعرفين في مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، والاعمى يشهد بشهادتهما وعللوا عدم جواز شهادة الأعمى بالعاقد في الفرض مطلقاً، بأنّ في شهادته مطلقاً إيهاماً بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم في الواقعة لو أراد الجرح في شهود التعريف.

(٥١٢) الوسائل: ١٨، الباب ٤٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٦: ١.

(٥١٣) الوسائل: ١٨، الباب ٤٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٧: ١.

وبالجملة: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحملاً ومودياً، عن علمه و عن الاستفاضة
فيما يشهد به بالاستفاضة.

ولو تحمّل شهادة وهو مبصر ثمّ عمى، فإنّ عرف نسب المشهود أقام الشهادة، وإن شهد
على العين و عرف الصوت يقيناً جاز أيضاً، أمّا شهادته على المقبوض فماضية قطعاً وتقبل شهادته
إذا ترجم للحاكم عبارة حاضر عنده.

والثانية: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه و عرفه بصوته، ففي هذه الصورة، الصادق عليها
الاثبات تسمع شهادته مطلقاً على العاقد والموقع، وإن ناقش بعضهم كالشيخ في الخلاف في
شهادته بالاضافة إلى العاقد، وذكر أنّها لاتقبل، لأنّ الأصوات تتماثل.
وفيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد و عرفانه كعرفان الأعمى ابنه و بنته و صديقه
إلى غير ذلك.

أقول: إذا ذكر الأعمى في شهادته أنّه قد أثبت العاقد والموقع، فهذا المقدار كاف في قبول
شهادته، كما هو ظاهر الصحيحتين، ولو فرض أنّ الأعمى تحمّل الشهادة على المقبوض بيده
إلى أدّى الشهادة عليه، فشهادته ماضية قطعاً، فلا يرد في الفرض ما ذكروا من المناقشة في
سماح شهادته في صورتين المتقدمتين.

ولكن ناقش في المسالك في هذا الفرض أيضاً بأنّ تحقق هذا الفرض وتصويره عسر،
فاللائق أن يقال بعدم سماح شهادة الأعمى بالاضافة إلى ما يكون تحمّل الشهادة به بالمشاهدة
حسماً لباب الشبهة، نظير حسم مادّتها في عدم قبول شهادة الفاسق.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهي عن سماح شهادة الفاسق مطلقاً لم يدع لسماح شهادته
مورداً إلاّ بالاضافة إلى الإقرار على نفسه، وأمّا شهادة الأعمى فقد ورد الأمر بسماح شهادته
إذا أثبت، سواء كان مورد اثباته فرضاً نادراً أم غير نادر، عسراً عليه أم لا، فلامورد للتأمل
في سماح شهادته مع عدله واثباته، كما لا تأمل في قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عبارة غيره
ممن لا يعرف الحاكم لغته.

الطرف الثالث:

في أقسام الحقوق

وهي قسمان: حقّ الله سبحانه، وحقّ الآدمي.

والأوّل منه: ما لا يثبت إلاّ بأربعة رجال، كالزنا واللواط والسحق [١]، وفي اتیان البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

[١] اشتهر في كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق الله وحقوق الآدمي، وذكروا أنّ في حقوق الله سبحانه ما لا يثبت إلاّ بأربعة رجال. وادعوا الإجماع بأنّ كلاً من الزنا واللواط والمساحقة لا يثبت إلاّ بأربعة رجال.

ويشهد لاعتبار أربعة رجال في الزنا الكتاب المجيد والروايات، بل الاعتبار من ضروريات الفقه، قال الله سبحانه: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) ^(٥١٤)، وقوله سبحانه: (وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ) ^(٥١٥)، وقال تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ).

وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) عن علي (عليه السلام): «لا يرمج رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج والإخراج» ^(٥١٦).

ويثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال وامرأتين [١]، وبرجلين وأربع نساء، غير أنّ الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولا يثبت بغير ذلك.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنهم رأوه يدخل ويخرج» ^(٥١٧)، إلى غير ذلك، وهذا بالاضافة إلى الزنا.

وأما بالاضافة إلى اللواط، فقد ذكرنا أنّ الحكم متسالم عليه عندهم، ويمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، وورد أيضاً بأنّ كل اقرار يحسب شهادة.

وفي صحيحة مالك بن عطية عن أبي عبد الله (عليه السلام): «بينما أمير المؤمنين (عليه السلام) في ملاء من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أوقبت غلاماً فطهرني — إلى أن

(٥١٤) النور: ٤.

(٥١٥) النساء: ١٥.

(٥١٦) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و٣٧١: ١.

(٥١٧) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

قال: — فلما كان في الرابعة قال له: يا هذا إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) حكم في مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت؛ الحديث». (٥١٨)

وإذا انضم ذلك إلى ما ورد في معتبرة سعد بن ظريف في أربع إقرارات اللهم إني قد أثبت ذلك عليها أربع شهادات»، تكون النتيجة ثبوت اللواط بشهادة أربعة رجال.
ويمكن الاستدلال أيضاً إن مقتضى الآية: (وَاللَّيْنِ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ) (٥١٩)، عدم الفرق بين الزنا والسحق في اعتبار استشهاد الأربعة، وإذا كان الاستشهاد كذلك معتبراً في السحق فلايحتمل عدم جريانه في ثبوت اللواط.
وأما اتیان البهيمه فلا يعتبر في ثبوته الشهادة المزبورة، بل يؤخذ فيه بما ورد في اعتبار البيئنة.

[١] يفترق الزنا عن اللواط والسحق بأن الزنا رجماً وجلداً يثبت بشهادة ثلاثة
.....

رجال، فيما إذا انضم إليها شهادة امرأتين، فمع الإحصان يرمم ومع عدمه يجلد، وإذا انضم شهادة أربع نساء إلى شهادة رجلين يجلد ولا يرمم، بلا فرق بين الإحصان وعدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

وفي صحيحة عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان — الحديث». (٥٢٠)

وصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان وإذا كان رجلان وأربع نسوة لم تجز في الرجم». (٥٢١)

وإذا ثبت بشهادة ثلاثة رجال وشهادة امرأتين مع الإحصان، الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الإحصان، حيث ان ظاهر الصحيحتين كون تلك الشهادة طريق إلى ثبوت الزنا، ولكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهادة رجلين وأربع نسوة، وأما ثبوت الجلد بها فلا دلالة لهما على ذلك نفيًا وإثباتًا، ولكن يلتزم بأنه يثبت بشهادة رجلين، مع أربع نسوة الجلد، بلا فرق بين الإحصان وعدمه.

(٥١٨) المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب حد اللواط، الحديث ٤٢٣:٥.

(٥١٩) النساء: ١٥.

(٥٢٠) (٢ — ٥٢٠) الوسائل: ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠ و٢٦٠:٣.

ويشهد لذلك صحيحة أخرى عن الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام): «أنه سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وان شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرمج ولكن يضرب حدّ الزاني» (٥٢٢).

والمحكي عن الصدوق والعلامة في المختلف وجمع آخر عدم ثبوت الجلد بشهادة رجلين وأربع نسوة، فإنّ هذه الشهادة إن كانت طريقاً إلى ثبوت الزنا وجب

الرجم مع الاحصان، ومع عدم كونها طريقاً كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد. ولكن لا يخفى أنّ ما ذكر لا يخرج عن طرح الصحيحة الأخيرة بلا موجب. وبالجملة: فمع شهادة رجلين وأربع نسوة يجلد الزاني، محصناً كان أو غيره.

لكن مع شهادة ثلاثة رجال وامرأتين يرمج مع الاحصان ويجلد بدونه، والمحكي عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين بل يتعين في الرجم شهادة أربعة رجال، للأصل والآية المباركة الدالة على طريق ثبوت الزنا شهادة أربعة رجال، بعد معارضة الصحيحتين المتقدمتين بصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم يجز في الرجم ولا تجوز شهادة النساء في القتل» (٥٢٣).

وربّما يجاب بحمل هذه على التقية، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامة، وعن الشيخ (قدس سره) حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهادة.

وربّما يقال: إنّ الحمل على اختلال شرائط الشهادة ليس من الجمع العرفي، ومع المعارضة لا تصل النوبة إلى الترجيح بمخالفة العامة إلاّ بعد عدم الترجيح بموافقة الكتاب، وصحيحة محمد بن مسلم موافقة للآيات التي تدلّ على ثبوت الزنا بأربعة رجال وإلاّ يجلد القاذف.

بل الصحيح في المقام الرجوع إلى ما ورد من الاطلاق في رواية محمد بن الفضيل، التي لا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال: «سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) قلت له: تجوز شهادة النساء في النكاح أو طلاق أو رجم؟ ومنه ما يثبت بشاهدين، وهو ما عدا ذلك، من الجنایات الموجبة للحدود [١] كالسرقة وشرب الخمر والرّدّة، ولا يثبت شيء من حقوق الله تعالى بشاهد وامرأتين، ولا يشاهد ويمين، ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن.

(٥٢٢) الوسائل: ١٨، الباب ٣٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ٤٠١: ١.

(٥٢٣) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٨: ٢٦٤.

قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه، وليس معهنّ رجل، وتجوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهنّ رجل، وتجوز شهادتهن في حد الزنا إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين وأربع نسوة في الزنا والرجم، ولا تجوز شهادتهنّ في الطلاق ولا في الدم». (٥٢٤)

فإنه بعد فرض التساقط في الصحيحتين وصحيحة محمد بن مسلم بالاضافة إلى ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله (عليه السلام) في هذه الرواية: «وتجوز شهادتهن في حد الزنا»، فإن مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجباً للجلد أو الرجم.

ولكن لا يخفى أنّ موافقة الكتاب في أحد المتعارضين مرجح، لأنّ الكتاب مرجع بعد تسقاطهما، ليقال: إنّ مع وجود الإطلاق الدال على الثبوت لا تصل النوبة إلى الرجوع إلى الكتاب لوجود العام والمطلق الأخص.

والصحيح حمل صحيحة محمد بن مسلم على التقيّة، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين، لاعدم ثبوت الزنا بها، ليكون موافقاً للآيات الدالة اطلاقاً على عدم ثبوت الزنا بغير شهادة أربعة رجال.

[١] الظاهر عدم الخلاف في ثبوت غير ما ذكر من الزنا واللواط والسحق وغير اتیان البهيمة من سائر موجبات الحدّ والتعزير بشهادة رجلين، ويقتضي ذلك ما ورد في اعتبار البيينة مطلقاً، وخصوص ما ورد في بعض الموجبات، ككون الشخص ساحراً أو زنديقاً أو سارقاً إلى غير ذلك.

.

وأما عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهادة النساء، فمضافاً إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام) أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلاّ في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه». (٥٢٥)

فإنّ الاستثناء فيه قرينة على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به في الحدود، ومقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضّمات، ويرفع اليد عنه بالاضافة إلى ما ورد في ثبوت

(٥٢٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٧:٢٥٩.

(٥٢٥) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٢: ٢٦٧.

الزنا بشهادتهن منضمت إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد في سماع شهادتهن فيه.

وفي صحيحة العلاء عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «لا تجوز شهادة النساء في الهلال، وسألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء»^(٥٢٦) ومقتضاها عدم سماع شهادتهن في غيرهما ومنه موجبات الحدود، و نظيرها صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهادة النساء وحدهن؟ قال نعم في العذرة والنفساء»^(٥٢٧)

وفي صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال: في القتل وحده»^(٥٢٨)، ومقتضاها عدم سماع شهادتهن في غير القتل بلا فرق بين انفردهن بالشهادة أو انضمامهن إلى الرجال، غاية الأمر يرفع اليد بالاضافة إلى انضمامهن إليهم في ثبوت الزنا على ما تقدم.

والمراد بالقتل فيها بالاضافة إلى ثبوت الدية، وأما القود فلا يثبت بشهادتهن، كما يدل على ذلك وعدم سماع شهادتهن في الحدود معتبرة غياث بن إبراهيم عن
.....

جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (عليه السلام) قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود»^(٥٢٩)، وقد ذكرنا أنه يرفع اليد عن اطلاق عدم الجواز صورة شهادتهن بالزنا مع الرجال.

وما في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام): «إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم يجز في الرجم ولا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٥٣٠)، ويحمل على القود، حيث لا ينافي هذا التقييد بحمل صدرها على التقية كما تقدم.

وهكذا الحال في صحيحة ربعي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٥٣١)، ويمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما رواية واحدة.

وبالجملة، مقتضى هذه الروايات عدم سماع شهادة النساء في الحدود في غير الشهادة بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمت إلى شهادة الرجال على ما تقدم.

(٥٢٦ و ٣) المصدر نفسه: الحديث ١٨ — ١٩: ٢٦٢.

(٥٢٨) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٥٨: ١.

(٥٢٩ — ٣) المصدر نفسه: الحديث ٢٩ و ٢٨ و ٢٧ و ٢٦٤.

ولكن في البين رواية مقتضاها سماع شهادة النساء مع الرجال في جميع الحدود، وهي معتبرة عبد الرحمان قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس، وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال» (٥٣٢).

ولكن ما ورد في ذيل الرواية لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ ما رواه في التهذيب في ذيل الرواية: «وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل» (٥٣٣)، وما رواه في الاستبصار: «وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال» (٥٣٤)، وقد أورد الحديث في الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمان.

وأما حقوق الأدمي [١] فثلاثة، منها: ما لا يثبت إلاّ بشاهدين، وهو الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤية الأهله، وفي العتق والنكاح والقصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما في الإستبصار فيكون ظاهراً في اعتبار شهادة النساء مع شهادة الرجال، وهذا يختص بحد الزنا كما تقدم. أضف إلى ذلك أن الكليني أورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الوشا عن أبان عن عبد الرحمان بن أبي عبد الله (٥٣٥)، وليس فيه هذا الذيل ولم يعهد أيضاً العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

[١] قد تقدم أنّ المعروف في كلماتهم تقسيم الحق إلى حق الله سبحانه وحق الأدمي، وما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلى وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعية. نعم الثابت في بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون اقراره واسقاطه بيد المكلف، سواءً كان حقاً مالياً أم غيره، كالدين وحدّ القذف وحق القصاص والتغريم والرهن والشفعة والخيار غير ذلك، وقسم لا يقبل الإسقاط ولا رفع اليد عنه إلاّ بوجه خاص، كالنكاح والوقف ونظائرهما من العقد والإيقاع وغير ذلك.

(٥٣٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٢: ٢١.

(٥٣٣) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٢٨.

(٥٣٤) الاستبصار ٣: ٣٠، الحديث ١٠٠.

(٥٣٥) الكافي ٧: ٣٩٢.

وذكرنا الثبوت بشهادة العدلين في كل ما يحتاج إلى ثبوته، غير ما تقدم في الزنا واللواط
والمساقاة، فلا بدّ من التعرض للموارد التي يثبت فيها الشيء بغير شهادتهما أيضاً بحسب
ما يستفاد من الخطابات، سمّي الشيء بحق الله أو بحق الآدمي.
وقد قسم الماتن ماسمّي بحق الآدمي إلى ثلاثة أقسام: الأول ما يثبت بشهادة عدلين خاصة،
وذكر الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤية الأهله منها،
.

وتردد في العنق والنكاح والقصاص، وذكر أنّ الأظهر الحاقها بالقسم الثاني، وهو ما يثبت بكل
من شهادة العدلين وشهادة شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، وعدّ في هذا القسم الديون
والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات، كالبيع والصرف والسلم والصلح
والاجارات والمساقاة والرهن والوصية له والجنابة التي توجب الدية، وتردد في الوقف، وذكر
انّ الأظهر ثبوته بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وذكر القسم الثالث، وهو ما يثبت بشهادة
الرجال والنساء، سواء اشترطت في سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم يشترط.

أقول: ما ذكره (قدس سره) من عدم ثبوت الطلاق بغير شهادة عدلين هو المشهور بين
الأصحاب، والمحكي عن المبسوط أنّه قوّى ثبوته بشهادة النساء منضمات، وفي المسالك نسبته
إلى جماعة، وفي كشف اللثام أنّ الشهادة المعتبرة في اجراء الطلاق هي شهادة العدلين،
وأما ثبوته في مقام المخاصمة بشهادة النساء منضمات محتمل.

وفيه: أنّ ثبوته كإجرائه يكون بشهادة العدلين خاصة، كما هو مقتضى ظاهر الروايات،
كصحيحة محمد بن مسلم قال: «قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق»^(٥٣٦)،
فإنّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين انفرادهن أو انضمام شهادتهن.

وفي صحيحة حماد بن عثمان عن أبي عبدالله (عليه السلام): «لا تقبل شهادة النساء في
رؤية الهلال، ولا يقبل في الهلال ولا في الطلاق إلا رجالان عدلان»^(٥٣٧).

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام): «أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال:
تجوز إذا كان معهنّ رجل، وكان علي (عليه السلام) يقول: لا أُجيزها في الطلاق»^(٥٣٨)، إلى غير ذلك.

.

(٥٣٦) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٠: ٨.

(٥٣٧) المصدر نفسه: الحديث ٢٦٢: ١٧.

(٥٣٨) المصدر نفسه: الحديث ٢٥٨: ٢.

وماذكر (قدس سره) في الخلع فإنه يدخل في الطلاق، وقد تقدم مايدل على عدم ثبوته بغير شهادة العدلين ، بلافرق بين كون مدعي الخلع هو الزوج أو الزوجة، ولاينافي اشتمال الخلع على المال فإنّ المال تابع والمقصود منه البيئونة.

قال في كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق واختلفا في أنه بالخلع أو بدونه فلا شبهة في أنّ النزاع في المال، إلا أن تكون المرأة هي المدعية بالخلع لتبطل رجعة الزوجة، فيحتاج ثبوته أيضاً بشهادة العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البيئونة بالطلاق، لئلا تستحق المرأة مطالبته بالنفقة أيام عدتها، فالمخاصمة في نفس حصول البيئونة، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلاّ بشاهدين ولو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

وكذا الحال في دعوى الوكالة والوصاية إليه، فإنهما من دعوى النيابة والولاية، بل الأمر كذلك في مطلق الوصية غير التمليكية، لما تقدم من المطلقات الدالة على عدم قبول شهادة النساء منفردة أو منضمة في غير العذرة والمنفوس وما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

وفي معتبرة عبدالرحمان المتقدمة قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس^(٥٣٩)، وهذه وان شملت الوصية التمليكية أيضاً، إلاّ أنه لو كانت المراد بالمرأة الجنس فيرفع اليد عن اطلاقها بالاضافة إلى الوصية التمليكية، وإن كان المراد المرأة الواحدة فيحمل المراد بالاضافة إلى الوصية التمليكية على عدم ثبوت تمامها بقريئة ما يأتي.

.

وكذا الحال في دعوى النسب ورؤية الهلال، حيث ورد في غير واحد من الروايات: «لا تجوز شهادة النساء ف^(٥٤٠) أي الهلال».

نعم في موثقة داود بن الحصين عن أبي عبد الله (عليه السلام): «لا تجوز شهادة النساء في الفطر إلاّ شهادة رجلين عدلين، ولا بأس في الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة»^(٥٤١).

(٥٣٩) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١ و١٧-٢٦٢: ١٨.

(٥٤٠) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢١: ٢٦٢.

(٥٤١) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٦: ٢٦٦.

ولكن ظاهرها جواز الصوم فيما إذا احتل رمضان ولو بقول امرأة واحدة، ولا بأس بالالتزام به، غايته يتبع في الصوم ما ورد في قصده على ما ذكر في الصوم يوم الشك. و بالجملة: ما ورد في عدم قبول شهاده النساء في الهلال يعمّ الهلال من رمضان أو غيره، كانت شهادتهن منضمة إلى شهادة رجل أم لا، ونظير ذلك دعوى النسب ولو كانت للارث، أو دعوى الوقف ونحوه، فإن مقتضى الإطلاق فيما تقدم عدم سماع شهادة النساء فيها بلا فرق بين ما انفردن في شهادتهن أم لا.

لا يقال قد ورد في صحيحة منصور بن حازم انّ أبا الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهوجائز^(٥٤٢)، وفي مرسله يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعي عليه؛ الحديث»^(٥٤٣)، ومقتضاها قبول الشهادة لمدعي الحق، سواء كانت بشهادة عدلين أم شهادة رجل وامرأتين بدعوى النسب أو وقف المال.

.

فإنه يقال: قد تقدم أنّ المراد بالحق في مثل هذه الروايات دعوى الدين والمال، بأن يكون المدعى به في دعواه هو الدين أو مطلق المال، فلا يعمّ دعوى النسب والعتق والوقف حتّى ولو كان الغرض من دعوى النسب أو الوقف الوصول بالمال.

ومما ذكرنا يظهر الحال في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس»^(٥٤٤)، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلك في بحث القضاء، وعلى تقدير الإطلاق فلاتعمّ شهادة المرأتين مع الرجل.

وأما بالاضافة إلى دعوى النكاح فتسمع شهادة النساء منضمة إلى الرجل، وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل — الحديث»^(٥٤٥)، وفي معتبرة محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) قلت له: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما

(٥٤٢) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحاكم، الحديث ١٩٧: ١.

(٥٤٣) المصدر نفسه: الحديث ١٩٨: ٢.

(٥٤٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٥: ١٢.

(٥٤٥) (٣ — ٥٤٥) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٧٢ و ٢٥٨ و ٢٥٩.

لاستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، وتجاوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهن رجل - الحديث». (٥٤٦)

وبهما يرفع اليد عن اطلاق ما دلّ على قبول شهادة النساء في النكاح، بتقييده بما إذا كان معهن رجل، كما أن ماورد في عدم قبول شهادتهن في النكاح يقيد بما إذا انفردن، كمعتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام) أنه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه». (٥٤٧)

.

ويدل أيضاً على عدم سماع شهادتهن بانفرادهن في النكاح رواية اسماعيل ابن عيسى قال: «سألت الرضا (عليه السلام): هل تجوز شهادة النساء في التزويج من غير أن يكون معهن رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم». (٥٤٨)

نعم، قد ورد في معتبرة داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) في النكاح قال: «سألته عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهن إذا كانت المرأة منكراً، فقال: لا بأس به، ثم قال: ما يقول في ذلك فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلا شهادة رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم الله هوتوا واستخفوا بعزائم الله و فرائضه وشدّدوا وعظموا ما هوّن الله، إنّ الله أمر في الطلاق بشهادة رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهدوا حد، والنكاح لم يجيء عن الله في تحريمه عزيمة، فسنّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) في ذلك الشاهدين تأديباً ونظراً، لئلا ينكر الولد والميراث، وقد ثبتت عقدة النكاح واستحلّ الفروج ولا أن يُشهد، وكان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار - الحديث». (٥٤٩)

ولكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهادة رجل، فإن صدرها المزبور فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، وأنه لا تشترط فيه الشهادة، ولذا يحصل العقد بلا شاهد، وقوله (عليه السلام) بعد ذلك: «وكان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجيز - الخ»، ناظر إلى اثبات النكاح في مقام المخاصمة، فيحمل بقريئة ماسبق على شهادة المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

(٥٤٧) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٧: ٤٢.

(٥٤٨) المصدر نفسه: الحديث ٢٦٦: ٣٩.

(٥٤٩) المصدر نفسه: الحديث ٣٥: ٢٦٥.

أمّا القصاص، فهو أيضاً لا يثبت بشهادة النساء منفردات أو منضّمات، وفي صحيحة الربيعي: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^(٥٥٠)، ونحوها صحيحة محمد بن

.....

مسلم، وفي معتبرة غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (عليه السلام) قال: «لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود»^(٥٥١).

وعلى مثل هذا يحمل ما ورد في سماع شهادتهن في القتل والدم على القبول بالاضافة إلى الدية، من غير فرق بين شهادتهنّ على موجب الدية أو موجب القصاص.

أمّا الأوّل، فإنّه مقتضى سماع شهادتهن في القتل وعدم سماع شهادتهن في القود، وأمّا الثاني فلأنّه أيضاً مقتضى الجمع بين ما دل على سماع شهادتهن في القتل معللاً بأنّه لا يبطل دم امرء مسلم، وبين ما دل على عدم ثبوت القود بشهادتهن.

وعن أبي الصلاح أنّه تقبل شهادة النساء في الدية مطلقاً، ولو كانت في البين شهادة امرأتين فقط يثبت نصف الدية ويثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع دية قتل النفس.

ولعلّه استند إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في غلام شهدت عليه امرأة أنّه دفع غلاماً في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة»^(٥٥٢).

ورواها الصدوق أيضاً، إلاّ أنّه أسقط: «بحساب شهادة المرأة»^(٥٥٣)، ولكن الاختلاف المزبور لا يوجب خللاً في الاستدلال بها، فإنّ عدم نقل الصدوق (قدس سره) لا يدل على عدم الوجود.

مع أنّه لا بدّ من حمل قبول شهادتها على ذلك، فإنّ تمام الدية لا يثبت بشهادة امرأة واحدة، والمرتكز من شهادة النساء إنّ شهادة أربع منهن تقوم مقام شهادة رجلين، ومنها: ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين، وهو الديون [١] والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات، كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والإجازات،

(٥٥٠) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٣: ٢٧.

(٥٥٢) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٣: ٢٦.

(٥٥٣) الفقيه ٥٢: ٣.

والمساقاة، والرهن، والوصية له، والجناية التي توجب الدية، وفي الوقف تردد، أظهره أنه يثبت بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين.

وشهادة امرأتين تقوم مقام شهادة عدل واحد، وعلى ذلك فقبول شهادة المرأة في الدية نظير شهادته في الوصية التملكيّة تثبت ربعها، كما أنّ الأمر كذلك بالاضافة إلى شهادة القابلة باستهلال المولود.

ويدل عليه أيضاً رواية عبدالله بن الحكم التي لضعفها سنداً قابلة للتأييد قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن امرأة شهدت على رجل أنه دفع صبيّاً في بئر فمات، قال: على الرجل ربع دية الصبي بشهادة المرأة». (٥٥٤)

[١] لا خلاف في ثبوت الدين بشهادة رجلين، وبشهادة رجل وامرأتين، وشهادة رجل مع يمين المدعي، وبشهادة المرأتين مع يمينه، وسماع شهادة المرأتين مع شهادة الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ). (٥٥٥)

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل وكان علي (عليه السلام) يقول: لا أحيزها في الطلاق، قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم». (٥٥٦)

وكذا لاخلاف في سماع شهادة الرجل مع يمين المدعي في الديون، وكذلك في شهادة المرأتين مع يمين المدعي فيها.

.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام): إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله إن حقه لحق» (٥٥٧)، كما تقدم ذلك في بحث القضاء، وذكرنا أنّ الأظهر ثبوت دعوى العين أيضاً بشاهد ويمين، كما يشهد له صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج الواردة في درع طلحة، فإن دلالتها على ثبوت أخذ درع طلحة غلواً، الذي يدخل في دعوى الغصب بشاهد و يمين لا بأس بها.

(٥٥٤) الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٣:٢٦٥.

(٥٥٥) البقرة: ٢٨٢.

(٥٥٦) الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢:٢٥٨.

(٥٥٧) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣:١٩٨.

ولا يبعد أيضاً الالتزام بثبوت دعوى كلِّ معاملة يكون الغرض من دعواها المطالبة بالمال عيناً أو ديناً، أو منفعة كالبيع والإجارة، والمصالحة الماليّة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والرهن والوصية التملّكيّة والجناية الموجبة للدية ودعوى حق الشفعة والرهن والخيار ممّايعدّ ذلك من حقوق الناس.

ويمكن لأربابها رفع اليد عن حقهم بالإسقاط والإبراء والتملّيك والأعراض، أخذاً بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس».^(٥٥٨)

وان تقدّم سابقاً احتمال اختصاص السماع بموارد دعوى العين أو الدين، فإنّه لافرق بين دعوى العين أو الدين ابتداءً، أو دعوى ما يكون الغرض منه العين أو الدين كالمعاوضات الماليّة ونحوها.

والمشهور أنّ شهادة رجل وامرأتين، أو شهادة المرأتين مع يمين المدعي أيضاً كذلك تثبت بها الدعاوي الماليّة على غرار ما تقدّم في شهادة رجل مع يمين المدعي. وربما يستدل على ذلك برواية منصور بن حازم المعبر عنها في الجواهر

بالصحيحة قال: «حدثني الثقة عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز»^(٥٥٩)، بدعوى أنّه إذا ثبت دعوى الحق بشهادة امرأتين مع يمين المدعي يكون ثبوته بشاهد والمرأتين بالفحوى.

وفي مرسلّة يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه».^(٥٦٠)

ولكن لا يخفى أنّ الشيخ روى رواية منصور باسناده إلى محمد بن عبد الحميد، وسنده إليه على ما في الفهرست: اخبرنا بكتابه جماعة عن أبي المفضل عن ابن بطة عن أحمد بن أبي عبد الله عنه، وأبو المفضل الشيباني ضعيف وفي ابن بطة كلام ورواية يونس مع أنّه لم يرد فيها شهادة المرأتين مع يمين المدعي ضعيفة بالإرسال.

(٥٥٨) الوسائل ١٨: الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٦: ١٢.

(٥٥٩) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٤: ٣١.

(٥٦٠) المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٩٨: ٢.

ودعوى انجبار ضعفهما بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فلعلّ المشهور رأوا أنّ شهادة المرأتين مع الرجل تقدّم على شهادة رجل مع يمين المدعي كما هو ظاهر معتبرة داود بن الحصين، وإذا قبلت شهادة المرأتين مع الرجل في النكاح الذي لا يثبت بشاهد ويمين وكانت شهادة المرأتين مع الرجل مقدّمة على شهادة رجل ويمين المدعي، فاستفادوا اعتبار شهادة المرأتين مع الرجل في كل مورد تسمع شهادة رجل مع يمين المدعي، وعليه فثبتت الدعوى في غير الدين بشهادة المرأتين مع الرجل أو مع يمين المدعي مشكل.

الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضّات، وهو: الولادة والاستهلال، وعيوب النساء الباطنة [١]، وفي قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف، اقربه الجواز، وتقبل شهادة امرأتين مع رجل في الديون والأموال، وشهادة امرأتين مع اليمين، ولا تقبل فيه شهادة النساء منفردات ولو كثرن، وتقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهل، وفي ربع الوصية، وكل موضع تقبل فيه شهادة النساء لا تقبل بأقل من أربع.

ورواية منصور وان رواها الكليني^(٥٦١) والصدوق (قدّس سرهما)، إلا أنّ في سند الكليني ارسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، وفي سند الصدوق (قدّس سره) محمد بن علي ماجيلويه^(٥٦٢).

ولو بنى على اعتبار الرواية لكون محمد بن علي ماجيلويه ممّن أكثر عنه الصدوق (قدّس سره) الرواية، مع التزامه بأنّه لا يروى في الفقيه إلا ما يكون حجة بينه وبين ربّه أو أنّه من المعاريف ولم يرد فيه قدح، فدلالته أيضاً لا يخلو عن تأمل، لما تقدم في بحث القضاء من انصراف الحق في الروايات إلى الدين، وهذا غير ماورد في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة من حقوق الناس، حيث ذكرنا أنّه لا يبعد العموم فيه بالاضافة إلى جميع الحقوق والدعاوى المالية.

[١] الثالث من حقوق الأدمي ما يثبت بشهادة النساء منفردات ومنضّات إلى الرجال عيوب النساء الباطنة لا الظاهرة كالعرج، وكذا كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالاضافة إلى شهادتهنّ منفردات.

كما يشهد صحيحة عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة

(٥٦١) الكافي ٣: ٣٦٨. ٧.

(٥٦٢) الفقيه ٣: ٥٥، المشيخة ٤: ٤٣٤.

رجال وامرأتان، وقال: تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال في كلّ ما
.....

لا يجوز للرجال النظر إليه».(٥٦٣)

في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليهم السلام) أنّه كان يقول: «شهادة
النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلّا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر
إليه».(٥٦٤)

ويشمل فيما لا يستطيع الرجال النظر اليهن العذرة، فإنّها تثبت بشهادتهن بلاخلاف، وفي
صححة العلاء عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «لا تجوز شهادة النساء في الهلال، وسألته: هل
تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم في العذرة والنفساء»(٥٦٥)، نحوها صححة محمد بن
مسلم(٥٦٦) وغيرها، وهذا كلّه بالاضافة إلى شهادتهن منفردات.

وأما بالاضافة إلى شهادتهن منضّمات، كما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد
رجلان بالعيب الخفي، وكذا الولادة واستهلال، فقد نسب جواز السماع إلى المشهور ولعلّه
لإعتبار الإطلاق في اعتبار البيّنة وانّ الأصل في الشاهد الرجل.

وذكر في الجواهر أنّه لم يتحقّق في ذلك خلافاً، وان حكى عن القاضي عدم جواز انضمام
الرجل إلى شهادتهن، واحتمل أن يكون مراده عدم الجواز عند عدم الضرورة على الأجنبي
وغير الزوج، كما إذا ادعت المرأة أنّها بكر فإنّه لا يجوز النظر لغير النساء، فإنّ الرجل مع
النظر يخرج عن العدالة فلا يجوز شهادته، وأمّا مع الضرورة على الأجنبي أو ما إذا حصل
الاطلاع عليه بنحو الاتفاق من غير تعمدّ، نظير الاطلاع

.....

على حصول الزنا بالإدخال والإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عدالتهم، فهذا غير داخل
في مراده وعلى تقدير الدخول فهو ضعيف.

(٥٦٣) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠:٢٦٠.

(٥٦٤) المصدر نفسه: الحديث ٤٢:٢٦٧.

(٥٦٥) المصدر نفسه: الحديث ١٨:٢٦٢.

(٥٦٦) المصدر نفسه: الحديث ١٩:٢٦٢.

أقول: الكلام في أنّ ظاهر الروايات الواردة في سماع شهادتهن فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلك الأمر، وهذا الطريق اعتباره توسعة لما دلّ على أنّ القضاء يكون بالبيّنة وشهادة العدلين، أو أنّ ظاهرها تعين شهادتهن فيه وفي صحيحة زرارة عن أحدهما (عليهما السلام): «في أربعة شهدوا على امرأة بالزنا فقالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجدنها بكرًا، فقال: تقبل شهادة النساء». (٥٦٧)

ولو كانت شهادة الرجال أصلاً وقبول شهادة النساء للتوسعة لما كان وجه لقبول شهادتهن وطرح شهادة الرجال بالزنا، اللهم إلا أن يقال: إنّ ذلك لاندفاع الحدّ بالشبهة. وبالجملة: فيمكن أن يكون عدم اطلاع الرجال على مثل العذرة نوعاً أو عدم جواز النظر إليها للرجال كذلك موجباً لأن يعتبر الشارع شهادة النساء فيها طريقاً. ولا ينافي ذلك اعتبار البيّنة أيضاً، أخذاً بقوله (صلى الله عليه وآله): «إنّما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان» (٥٦٨) وظاهر البيّنات شهادة العدلين، نعم هذا لا يفيد بالاضافة إلى شهادة امرأتين مع رجل فيها كما لا يخفى.

وأما قبول شهادتهن في الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، وفي المبسوط روى أصحابنا لا تقبل شهادة النساء في الرضاع، وادّعى أنه يمكن اطلاع الرجال عليه. ولكن مع ذلك الأظهر جواز شهادة النساء فيه كما يشهد له صحيحة عبدالله بن سنان، حيث ورد فيها: «تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلارجال في كل ما لا يجوز للرجال
.....

النظر إليه». (٥٦٩)

فإنّ الوارد فيها اعتبار عدم جواز النظر للرجال، وليس المراد عدم جواز النظر لأيّ رجل حتى زوج المرأة، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجنبي، وهذا يجري في الرضاع أيضاً، إلا أن يدعى انصرافها أيضاً إلى مثل العذرة والمنفوس، ولكن يمنعها أنّ المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، وهذا هو الموجب لدخوله فيما ورد في الصحيحة وغيرها.

بقي في المقام أمور:

الأول: أنه قد تقدم سماع شهادة المرأة في ميراث المستهل، وكذا في الوصية التملكيّة والدية، وإنّ الثابت في الثلاثة بشهادة إمراة واحدة ربعها، وبالاثنتين نصفها، وبالثلث ثلاثة

(٥٦٧) الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٧: ٤٤.

(٥٦٨) الوسائل: ١٨: الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦٩: ١.

(٥٦٩) المصدر نفسه: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٠: ١٠.

أربعها، وبالأربع تمامها، فهل يعتبر في الشهادة في ميراث المستهل كونه قابلة أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف في عدم اعتبار كونها قابلة، وذلك بشهادة صحيحة عبدالله بن سنان قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهلّ وصاح في الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قالت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث».^(٥٧٠)

فإنّ ما في الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأة قابلة، وكذلك ما ورد في الروايات من جواز شهادة النساء بكل ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، والمستهل يدخل فيها، وكذا ما ورد في جواز شهادتهنّ بالمنفوس.

.

وبالجملة: ذكر القابلة في الشهادة على المستهل في جملة من الروايات لاعتبار الغلبة، من حيث الإطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالاطلاق في غيرها.

الثاني: إنّ ما تقدم في اعتبار الشهادات في الحقوق وما يعتبر في الشاهد فيها من الوصف والعدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأمر من شهادة الفاقد للوصف أو العدد، ولو بضميمة القرائن التي تلاحظها معها، وإلاّ بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ما تقدم في بحث القضاء من جواز الحكم للحاكم بعلمه، والظاهر أيضاً عدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق الله سبحانه، والله سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدّم أنّه يثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، وتدلّ عليه عدّة روايات.

منها صحيحة ربيعي عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصى فقال: «يجوز في ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^(٥٧١)، وفي صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في وصية لم يشهد بها إلاّ امرأة، فقضى أن تجاز شهادة المرأة في ربع الوصية»^(٥٧٢)، وفي صحيحته الأخرى: «قال أبو جعفر (عليه السلام)

(٥٧٠) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤٥:٢٦٩.

(٥٧١) التهذيب ٦:٢٦٨، الحديث ٧١٨، الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٦:٢٦٢.

(٥٧٢) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١٥:٢٦١.

في وصية لم يشهدا إلا امرأة أن تجوز شهادة المرأة في ربع الوصية إذا كانت مسلمة غير مربية في دينها». (٥٧٣)

.

ولكن في مقابل هذه الروايات رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن (عليه السلام): امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها، وفي الورثة من يصدّقها ومن يتّهمها، فكتب: لا إلا أن يكون رجل وامرأتان وليس بواجب أن تنفذ شهادتها». (٥٧٤)

ولكن مع امكان المناقشة في سندها يقيّد الإطلاق في ناحية عدم نفوذ شهادتها بتمام الوصية، كما يقيّد اطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل وامرأتان أو أربع نسوة.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشيخ (قدس سره) باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن عبدالله بن سنان أو عبدالله بن سليمان قال: «سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إلا امرأة أتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس والعذرة». (٥٧٥)

و وجه الظهور إنّه لم يفرض فيها الوصية التملكيّة فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلك أنّ الرواية مضمرة ولم يحرز أنّ السائل هو عبدالله بن سنان ليقال إنّه لا يسأل غير الإمام (عليه السلام)، وعلى ذلك فالرواية ساقطة عن الاعتبار.

وفي صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن امرأة ادّعت أنّه أوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بينة؟ قال: تصدّق في ربع ما ادّعت». (٥٧٦)

وظاهرها قبول دعوى المرأة في الوصية له بلاينة بالاضافة إلى ربع مدّعاها، ولم

.

(٥٧٣) الوسائل: ١٣: الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٣: ٣٩٦.

(٥٧٤) التهذيب: ٦: ٢٦٨، الحديث ٧١٩، الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٥: ٣٤.

(٥٧٥) التهذيب: ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل: ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٦٣: ٢٤.

(٥٧٦) الوسائل: ١٣، الباب ٢٢ من أحكام الوصايا، الحديث ٣٩٦: ٥.

يعهد العمل بها أو سماع دعوى شخص بلايينة وحلف والحكم بثبوتها في بعضها.

بقي في المقام أمر، وهو: أن ما رواه الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد قد ورد فيها: «لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس والعذرة»^(٥٧٧)، ويستظهر من ذلك قبول شهادة المرأة الواحدة في العذرة، وقد ذكر في التحرير الاكتفاء في ثبوت العذرة بشهادة المرأة الواحدة. ولكن لا يخفى عدم إمكان المساعدة على ذلك، أمّا أولاً: فلما ذكرنا من أن الرواية مضمرة، وثانياً لم يظهر أن المراد ممّا ذكر في السؤال وليس عندها إلا امرأة هو معنى النكرة، بل الظاهر أن المراد الجنس، وغرض السائل عدم حضور الرجل بل الحاضر عند وصيتها المرأة، فتحمل على التعدد، بقريظة ما تقدم ممّا ورد في قبول شهادة النساء وحدهنّ في العذرة ونحوها.

الرابع: كل مورد تقدم سماع شهادة النساء فيه منفردات، فلا تقبل شهادة الأقل من الأربع، حيث إنّ المرتكز في الأذهان الناشيء عن الخطابات الشرعية كون شهادة المرأتين تساوي شهادة رجل واحد، خصوصاً بقريظة التقييد الوارد في شهادة المرأة الواحدة باستهلال المولود، وفي شهادتها في دية القتل وفي الوصية التمليلية.

ولكن المحكي عن المفيد (قدس سره)، من أنه تقبل شهادة امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة وعيوب النساء والنفاس والحيض والولادة والاستهلال والرضاع، وإذا لم يوجد إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها. وعن المراسم ما يقرب من ذلك، وقد تقدم حكاية الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة مسائل: الأولى: الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلا في الطلاق [١]، ويستحب في النكاح والرجعة، وكذا في البيع.

في العذرة عن العلامة في التحرير.

أقول: أمّا ما عن التحرير، فقد تقدّم عدم إمكان المساعدة عليه، ولعلّ المنشأ لما ذكروا هو ما ورد في رواية أبي بصير عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «تجوز شهادة امرأتين في استهلال»^(٥٧٨)، وما ورد في صحيحة الحلبي أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الشهادة القابلة في الولادة قال: «تجوز شهادة الواحدة»^(٥٧٩).

(٥٧٧) التهذيب ٦: ٢٧٠، الحديث ٧٣١، الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤: ٢٦٣.

(٥٧٨) الوسائل ١٨: الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٤١: ٢٦٧.

(٥٧٩) المصدر نفسه: الحديث ٢: ٢٥٨.

ولكن ذكرنا سابقاً أنه يتعين الحمل على القبول بالاضافة إلى ربع الميراث، بدلالة صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهلّ وصاح في الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث. (٥٨٠)

[١] لا خلاف عندنا في اعتبار الإشهاد في الطلاق، فلا يحصل إلا بايقاعه عند حضور عدلين، ولا تكفي شهادة النساء منضمة إلى الرجل فضلاً عن انفرادهن، ويدلّ على ذلك قوله سبحانه: (وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِنْكُمْ) (٥٨١)، ولو بملاحظة ما ورد في تفسيره.

وفي صحيحة زرارة ومحمد بن مسلم وبكير وبريد وفضيل وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى عن أبي جعفر وأبي عبدالله (عليهما السلام) في حديث أنه قال: «وإن طلقها في»

استقبال عدتها طاهراً من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق». (٥٨٢)

وصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهادة عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقاً، قلت: فكيف طلاق السنة؟ قال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال الله عزّ وجلّ في كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى كتاب الله، قلت: فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين، قال: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق - الحديث» (٥٨٣)، إلى غير ذلك.

ثمّ إنه كما يعتبر الإشهاد في الطلاق كذلك يعتبر في الظهار، حيث لا يترتب على الظهار حكم إلا إذا كان في حضور شاهدين، ولم يتعرض لذلك الماتن (قدس سره)، ولعلّه لعدم صحته وان يترتب عليه الحكم.

وفي تعرضه للطلاق بصورة الإستثناء من العقد ما لا يخفى، ولعلّه بمعنى العهد والالتزام، وفي صحيحة حمران عن أبي جعفر (عليه السلام): «لا يكون ظهار في يمين ولا في

(٥٨٠) المصدر نفسه: الحديث ٤٥:٢٦٨.

(٥٨١) الطلاق: ٢.

(٥٨٢) الوسائل: ١٥: الباب ١٠ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣ و ٤: ٢٨٢.

(٥٨٣) الوسائل: ١٥: الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ١: ٥٠٩.

اضرار ولا في غضب، ولا يكون ظهار إلا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»^(٥٨٤) ونحوها غيرها.

وأما عدم اعتبار الإشهاد في غيرهما من العقود والايقاعات، فإنه مقتضى الاطلاق فيما ورد في امضائها مع عدم قيام دليل على اعتبار الإشهاد، بل ورد النص في بعضها على نفي اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد في معتبرة داود بن الحصين^(٥٨٥) المتقدمة الثانية: **حكم الحاكم يتبع للشهادة، فإن كانت مُحَقَّة نَفَذَ الحكم باطناً وظاهراً [١]**، **وإلا نَفَذَ ظاهراً، وبالجملة الحكم ينفذ عندنا، ظاهراً لابطناً، ولايستبيح المشهود له ما حكم له، إلا مع العلم بصحة الشهادة أو الجهل بحالتها.**

استحبابه فيه وعدم اعتباره في صحته.

وكذلك لا يعتبر الاشهاد في الرجعة في الطلاق الرجعي، ولكنه مستحب، وفي صحيحة زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: **«إن الطلاق لا يكون بغير الشهود، وإن الرجعة بغير شهود رجعة، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل»**^(٥٨٦)، وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) في الذي يراجع ولم يشهد قال: **«يشهد أحب إليّ ولا أرى بالذي صنع بأساً»**.^(٥٨٧)

ولايبعد أن يكون الأمر بالإشهاد في البيع والدين كذلك، وإن يحتمل كونه لمجرد الارشاد إلى قضية الإثبات عند وقوع المخاصمة والإنكار.

[١] قد تقدّم في بحث القضاء إنّ مشروعية القضاء ونفوذه لأنهاء الخصومة وفصلها ولايوجب تغييراً في الواقع، فمن حكم له بحق مالي أو بغيره إنما يكون له الحق واقعاً مع ثبوته له في الواقع مع قطع النظر عن القضاء وما هو مستنده من شهادة الشهود.

وبتعبير آخر منشأ القضاء للقاضي من شهادة الشهود يعتبر طريقاً إلى الواقع والقضاء المستند إليها أو غيرها ينفذ على المتخاصمين، فلا يجوز لهما تجديد المخاصمة بعد ذلك ولو عند قاض آخر، وعلى ذلك فيجوز لمن حكم له بحق مالي أو غيره أن يطالب خصمه به فيما إذا علم كونه محقاً أو احتمله.

(٥٨٤) الوسائل: ١٥، الباب ٢ من كتاب الظهار، الحديث ٥٠٩: ١.

(٥٨٥) المصدر نفسه: ١٨، الباب من أبواب الشهادات.

(٥٨٦) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٣ و٣١٨: ٢.

(٥٨٧) المصدر نفسه: ١٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ٣ و٣١٨: ٢.

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) الثالثة: إذا ادعى من له أهلية التحمل وجب عليه [١]، وقيل: لا يجب، والأول مروى والوجوب على الكفاية، ولا يتعين إلا مع عدم غيره ممن يقوم بالتحمل، أما الأداء فلا خلاف في وجوبه على الكفاية، فإن قام غيره سقط عنه، وإن امتنعوا

إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان، وبعضكم الحن بحجّته من بعض، فأيمّا رجل قُطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قُطعت له به قطعة من النار». (٥٨٨)

وهذه صريحة بعدم تغيّر الواقع بمدرّك القضاء بشهادة الشهود وغيرها ولا بنفس القضاء، بل يفرق بين القضاء في الأموال أو غيرها، وما ذكر في ذيلها من الأمر الراجع إلى المال تفريع على كبرى عدم تغيّر الواقع بالقضاء.

والمحكي عن أبي حنيفة نفوذ القضاء واقعاً وظاهراً مطلقاً، وفيه ما لا يخفى، من استلزامه تحليل الحرام الواقعي وتجويز نكاح المحارم ونحوه، ممّا هو بديهي البطلان.

وقد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلك المال، ولا يبعد إلزامه بقيام الشاهدين وشهادتهما ولو عند غير الحاكم لاعتبار شهادتهما، ولا يفرّق في ذلك بين علمه بحقّه أو احتمالاً.

نعم، إذا توقف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي بدون حلف المدعي المزبور عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

[١] المشهور قديماً وحديثاً عند الأصحاب على ما قيل، إنّ من له أهلية تحمّل الشهادة إذا دعي لتحملها وجب عليه الحضور والتحمل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (٥٨٩)، بقريّة ما ورد في لحقهم الذم والعقاب، ولو عدم الشهود إلاّ إثنان تعين عليهما، ولا يجوز لهما التخلف، إلاّ تكون الشهادة مُضرةً بهما ضرراً غير مستحقّ.

الروايات، من أنّ المراد الدعوة إلى التحمل.

(٥٨٨) الوسائل: ١٨: الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٦٩.

(٥٨٩) البقرة: ٨٢.

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام) في قول الله عزوجل: (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) قال: «قبل الشهادة وقوله: (وَمَنْ يَكُفِّرْ بَهَا آتِمٌ قَلْبُهُ)»^(٥٩٠) قال: بعد الشهادة»^(٥٩١).
وفي مصححة أبي الصباح عن أبي عبدالله (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) قال: «لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها»^(٥٩٢).
وفي صحيحة الحلبي أبي عبدالله (عليه السلام) في قول الله عزوجل: (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا).

فقال: «لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، وقال: فذلك قبل كتابه»^(٥٩٣)، يعني كتابة الدين.

وفي موقفة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) في قول الله عزوجل: (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) فقال: «لا ينبغي لأحد إذا دعي إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم»^(٥٩٤)، إلى غير ذلك.

والتعبير بلاينبغي في جملة من الروايات لا ينافي وجوب الإجابة، فإن ما يذكر من ظهور لا ينبغي في الطلب غير الالزامي اصطلاح متأخر، ومعناه اللغوي لو لم يكن هو الالزام فلا ينبغي التأمل في أنه لا ينافيه، نظير ما ذكر في معنى الكراهة.

.

وما ذكر في الجواهر، من أنه يحتمل قريباً أن يكون المراد من النهي عن الإباء عن التحمل كراهته، بقريئة سائر ما ذكر في الآية المباركة، من النهي عن الإباء عن الكتابة والتسائم، والتعبير في الروايات بلا ينبغي، وأنه يظهر من الصدوق (قدس سره) المفروغية من عدم وجوب التحمل، حيث روى في نواذر الشهادات من الفقيه: «وقيل للصادق (عليه السلام): إن شريكاً يردّ شهادتنا، فقال: لاتدلّوا أنفسكم»^(٥٩٥)، وذكر بعد ذلك قوله: قال مصنف (رحمه الله) هذا الكتاب — ليس يريد بذلك النهي عن اقامتها، لأن اقامة الشهادة واجبة، وإنما يعني تحمّلها، يقول: لا تتحمّلوا الشهادات فتدلّوا أنفسكم باقامتها عند من يردّها»^(٥٩٦).

(٥٩٠) البقرة: ٢٨٣.

(٥٩١) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

(٥٩٢) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

(٥٩٣) الوسائل: ١٨، الباب ١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٢ و٤ و٥: ٢٢٥.

(٥٩٥) المصدر نفسه: الباب ٥٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٠٤: ٢.

(٥٩٦) الفقيه ٧٥: ٣.

لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر، من أن التعبير بلا ينبغي لا ينافي الوجوب أو حرمة الإباء، وما ذكر في الآية من النهي عن الإباء عن الكتابة أو التسائم لا يكون موجباً لرفع اليد عن ظهور المنع عن الإباء عن التحمل فيما إذا دعي إليه، وما نقل من كلام الصدوق (قدس سره) لا يوجب أيضاً رفع اليد، نعم كلامه يدل على عدم وجوب التحمل أصلاً كما هو مقتضى تعليقه عدم ارادة الاداء بأن إقامة الشهادة واجبة.

وبما أن ظاهر الآية أن النهي عن الإباء عن التحمل لحصول الاستشهاد الأمور به فيها يكون وجوبه كفاً، فيسقط بحضور عدلين أو عدل وامرأتين، ولا يجب التحمل أيضاً إذا كان في ذلك ضرر عليه، ولو بأن يخاف الذل بعدم سماع شهادته عند الأداء، واطلاق الوجوب الكفائي فيه تسامح كما يأتي.

وقد ذكر الصدوق (قدس سره) في ذيل كلامه المتقدم: «وقد روى عن أبي كهمس أنه قال: تقدمت إلى شريك في شهادة لزممتي، فقال لي: كيف أجز شهادتك وأنت تنسب إلى ما تنسب إليه؟ قال أبو كهمس: فقلت: وما هو؟ قال: الرفض، قال: فبكيت، ثم قلت:»

نسبتي إلى قوم أخاف ألا أكون منهم فأجاز شهادتي، وقد وقع مثل ذلك لابن أبي يعفور ولفضيل سكرة». (٥٩٧)

هذا كله بالإضافة إلى التحمل، وأما الاداء فلا ينبغي التأمل في وجوبه بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد له قوله سبحانه: (وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) (٥٩٨)، وفي صحيحة هشام بن سالم في قول الله عز وجل: (وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) قال: «بعد الشهادة» (٥٩٩) ونحوها غيرها.

وفي رواية جابر عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوي بها مال امرئ مسلم أتى يوم القيامة ولوجهه ظلمة مدّ البصر وفي وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه ونسبه». (٦٠٠)

وظاهر الآية والروايات كون الوجوب عينياً، ولكن بما أن الغرض من إيجاب إقامتها ثبوت الحق أو حسم المخاصمة، فلا يجب إقامتها بعد ثبوت الحق وفصلها، وهذا يفترق عن الوجوب الكفائي الذي يكون سقوط التكليف فيه بعد حصول المتعلق من بعض، ويكون العلم

(٥٩٧) الفقيه ٣: ٧٥.

(٥٩٨) البقرة: ٢٨٣.

(٥٩٩) الوسائل ١٨: ١، الباب ٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٢٧.

بحصوله ولو مستقبلاً من بعض عذراً في تركه، وهذا بخلاف أداء الشهادة، فإن العلم بحصوله مستقبلاً من غيره لا يكون عذراً كما هو مقتضى تحريم الكتمان.

وعلى كل تقدير فظاهر عبارة الماتن (قدس سره) أنّ الأداء واجب كفاي، بلا فرق بين أن يكون تحمّل الشهادة بالدعوة إلى الإشهاد أو بدونها، ولكن قد تقدم أنّ وجوب الأداء يختص بمن دعى إلى التحمّل، وأمّا بدونه فهو مخير إن شاء شهد وإن شاء سكت.

.

وفي صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء سكت، وقال: إذا أُشهد لم يكن له إلا أن يشهد».(٦٠١)

وفي موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «إذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد، ولا يحلّ له إلا أن يشهد».(٦٠٢)

وظاهر هذه أنّ مع كون أحد الخصمين ظالماً للآخر وفي شهادته دفع ظلمه يجب عليه الأداء مع عدم دعوته إلى تحمّلها، فيؤخذ بهذا التقييد ويرفع اليد عن الإطلاق في غيرها، وقد تقدم سابقاً احتمال أن يكون المراد من الظلم التعدي وإن لم يكن المتعدي عامداً، وعليه يكون الأداء واجباً فيما إذا توقف اثبات الحق لصاحبه على أداء شهادته.

ثمّ إنّ المذكور في كلمات جملة من الأصحاب كالماتن (قدس سره) إنّ التخلف عن أداء الشهادة يجوز مع الضرر غير المستحق، فلو كان المراد الضرر على المشهود عليه كما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدين للمدعي فيلزم المدعى عليه بالأداء مع عسره، فلا يبعد كما يدل عليه خبر علي بن سويد^(٦٠٣)، وأمّا إذا كان في شهادته ضرر متوجه إليه فيشكل نفي الوجوب بمجرد ذلك، لأنّ قاعدة نفي الضرر امتناني فلا ترفع التكليف فيما كان الرفع على خلاف الامتنان على المشهود له، بل لا بدّ من ملاحظة التزام لو كان الضرر المتوجه إليه لازم الدفع، كوجوب أداء الشهادة.

(٦٠١) المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢:٢٣١.

(٦٠٢) الوسائل: ١٨، الباب ٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٤:٢٣١.

(٦٠٣) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١:٢٢٩.

الطرف الرابع:

في الشهادة على الشهادة

وهي مقبولة في حقوق الناس [١]، عقوبة كانت، كالقصاص، أو غير عقوبة كالطلاق والنسب والعتق، أو مالا كالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أو ما لا يطّلع عليه الرجال

[١] تقبل الشهادة على الشهادة المسماة بشهادة الفرع في حقوق الناس، سواء كانت من قبيل العقوبة كالقصاص أم غير عقوبة كالطلاق والنسب والعتق والنكاح، أم كانت من المال كالقراض والمضاربة وسائر المعاوضات، ويقبل أيضاً شهادة الفرع فيما لا يطّلع عليه غير النساء نوعاً، كالولادة والاستهلال وعيوب النساء، وادعى عدم الخلاف أو الاجماع علي ذلك في كلماتهم.

ويستدل على الحكم، مضافاً إلى الإجماع بروايات، كموتقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليهما السلام): «أنّ علياً (عليه السلام) كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل إلاّ شهادة رجلين على شهادة رجل»^(٦٠٤)، وموتقة طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عن أبيه عن علي (عليهما السلام): «أنّه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلاّ شهادة رجلين على رجل»^(٦٠٥) وبهما يرفع اليد عن اطلاق موتقة غياث بن إبراهيم الأخرى عن جعفر عن أبيه: «أنّ علياً (عليه السلام) قال: لا أقبل شهادة رجل على حيّ و إن كان باليمن (باليمين)»^(٦٠٦) فإنّها غالباً كعيوب النساء والولادة والاستهلال، ولاتقبل في الحدود، سواء كانت لله محضاً، كحدّ الزنا واللواط والسحق، أو مشتركة كحدّ السرقة والقتل، على خلاف فيهما، ولا بدّ أن يشهد إثنان على الواحد لأنّ المراد اثبات شهادة الأصل، وهو لا يتحقق بشهادة الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

تحمل على صورة عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لا يبعد كون ظاهرها ذلك.

(٦٠٤ و ٢) الوسائل ١٨: الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٢٩٨: ٤.

(٦٠٦) الوسائل ١٨: الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢٩٩: ٢.

ثمّ إنه قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذي ذكروها في كلماتهم، بل على تقديره أيضاً لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلياً في ذلك الضابط، بل تسمع الشهادة على الشهادة في كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا اعتبار بشهادة الفرع في الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق الله المحضة كالزنا واللواط والسحق وشرب الخمر إلى غير ذلك، أم كان مشتركاً كحدّ القذف وحدّ السرقة. وعدم سماع شهادة الفرع في حق الله المحض اتفاقي، والمشهور على عدم القبول في الحدّ المشترك أيضاً، وهو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق في كلّ من موثقة طلحة بن زيد وموثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن أبيه عن عليّ (عليه السلام): «إذا كان لا يجيز شهادة على شهادة في حدّ»^(٦٠٧)، وفي الثانية: «لا تجوز شهادة على شهادة في حدّ ولا كفالة في حدّ»^(٦٠٨).

ولا يبعد أن يكون التعزير أيضاً كالحدّ في عدم ثبوته بشهادة الفرع، وقد أُطلق الحدّ على التعزير في غير واحد من الروايات، ويساعده أنه كالحدّ في البناء على عدم الإجراء مع الشبهة والتخفيف، كما أنّ الاعتبار في شهادة الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل في غيرها في معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالإبقاء على ما ثبت وكذا لو شهد اثنان على شهادة كلّ واحد من شاهدي الأصل، وكذا لو شهد شاهد أصل وهو مع آخر على شهادة أصل آخر، وكذا لو شهد اثنان على جماعة كفى شهادة الإثنين على كل واحد منهم، وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين فشهد على شهادتهما اثنان، أو كان الأصل فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات، كفى شهادة اثنتين عليهن.

بشهادتهم يقتضي اعتبار شهود الفرع.

ثمّ إنه قد ذكروا في اعتبار شهادة الفرع أموراً:

الأول: أنّ سماع شهادة الفرع يختصّ بما إذا لم يتمكن شاهد الأصل من الحضور في مجلس القضاء لأداء الشهادة.

وقد ورد في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) في الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد قال: «نعم ولو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمه هو لعلّة تمنعها عن أن يحضره ويقيمه، فلا بأس باقامة الشهادة على شهادته»^(٦٠٩).

(٦٠٧ و ٢) المصدر نفسه: الباب ٤٥ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢٩٩: ٢.

(٦٠٩) الوسائل ١٨: الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٩٧: ١.

وهذه الرواية رواها الشيخ والصدوق^(٦١٠)، وفي سند الشيخ موسى بن اكيل عن محمد بن مسلم، والراوي عن موسى بن اكيل ذبيان بن حكيم، وذبيان مهمل، وسند الصدوق إلى محمد بن مسلم على ما ذكر في مشيخة فقيه^(٦١١) ضعيف، ودعوى انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب وقد عمل المشهور بها لا يمكن المساعدة عليهما، حيث من المحتمل جداً اعتبار المزبور والعمل بها لمطابقتها للاحتياط في القضاء، وهذا مع ثبوت الاطلاق في الموثقتين بل في خطاب اعتبار البيّنة مشكل.

.

الأمر الثاني: يختصّ اعتبار شهادة الفرع بشهادته على شهادة الأصل، فلا تسمع شهادة الفرع على شهادة الفرع، وقد ذكر في كلمات الأصحاب أنه لا خلاف في ذلك وادعى جماعة عليه الإجماع.

ويستدل على ذلك برواية عمرو بن جميع عن أبي عبدالله عن أبيه (عليهما السلام) قال: «أشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ يزيد وينقص، قال: لا، ولكن من يحفظها عليك ولا تجوز شهادة على شهادة»^(٦١٢).

ولكن عمرو بن جميع ضعيف وكذا السند إليه، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها فإنه لم يحرز استنادهم إليها ولعلّه لما قيل من انصراف الموثقتين إلى شهادة الفرع على شهادة الأصل.

ولكن مع التأمل في الانصراف يكفي في اعتبار شهادة الفرع على الفرع بأي مرتبة ما دلّ على اعتبار البيّنة وكونها مدرك القضاء، فإنّ الاطلاق تعم البيّنة الموجودة وباعتبارها تثبت مدلولها وهي البيّنة الأخرى، وهكذا على ما ذكر في بيان اعتبار الخبر عن الإمام (عليه السلام) بالوسائل.

وبالجملة: فإنّ أحرز الإجماع على عدم اعتبار شهادة الفرع على شهادة الفرع فهو، وإلّا فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسيس الحاجة إليها في بقاء الأوقاف ونحوها.

الثالث: مقتضى اطلاق موثقتي طلحة بن زيد وغيث بن إبراهيم المتقدمتين، وكذا الإطلاق في اعتبار البيّنة، عدم الفرق في الاعتبار بأن يشهد على كل واحد من شهادة الأصلين اثنان، بأن يكون شاهدا الفرع أربعة عدول، أو يشهد الإثنان على شهادة كل من

(٦١٠) التهذيب ٦: ٢٥٦، الاستبصار ٣: ٢٠، الفقيه ٣: ٧١.

(٦١١) الفقيه ٤: ٤٢٤.

(٦١٢) الوسائل ١٨: الباب ٤٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٦: ٢٩٨.

شاهدي الأصل، أو كان أحد الشاهدين الأصل ويشهد هو مع شخص آخر على وللتحمل مراتب، أتمها أن يقول [1] شاهد الأصل: أشهد على شهادتي أنني أشهد على فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا، وهو الاسترعاء، وأخفض منه ان يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لاريب في تصريحه هناك بالشهادة.

شهادة الأصل الآخر، كل ذلك للاطلاق في الموثقتين وما دل على اعتبار البيّنة، فما حكي عن الشافعي من اعتبار المغايرة في شاهدي الفرع أمر، لا أساس له.

وأيضاً: لافرق بين كون شاهدي الأصل رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أربعة نساء، فإنّه وإن يعتبر في شاهدي الفرع كونهما رجلين، كما هو ظاهر انصراف البيّنة في اطلاق خطاب اعتبارها، إلاّ أنّه لا يضرّ باعتبار شهادة الفرع اختلاف شهود الأصل. وذلك لا لاطلاق الموثقتين، فإنّهما لاتعمّان غير شهادة رجلين على شهادة رجل، بل للاطلاق في اعتبار البيّنة، فإنّه يعمّ البيّنة القائمة بشهادة النساء، وإنّما يرفع اليد عنه بالاضافة إلى الحدود كما تقدم، ويعم بالاضافة إلى غير الحدّ ممّا يترتب على موجب كشر الحرمة.

و دعوى أنّ الزنا لا يثبت إلاّ بأربعة شهود، وكيف يثبت بشهادة رجلين على شهادة كل من الأربعة، مع أنّ الأصل لا يكون اسوء حال من الفرع ، فيها ما لا يخفى، ومما ذكر يظهر أنّه يثبت بشهادة الفرع على شهادة الأصل بالسرقة ردّ المال لا القطع وهكذا.

[1] ذكر في كلماتهم انّ لتحمل شهادة الفرع مراتباً، وأعلها المعبر عنها بالاسترعاء أي طلب الاصغاء، وصورتها أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتي لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، وأخفض منها أن يسمع شهادة الأصل عند حاكم.

وفي الجواهر: انّ شهادته عند حاكم للحكم بها وتحملها أقوى من التصريح الأوّل، والمرتبة الأخيرة ان يسمعه يقول أنا شاهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان ويليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، وينكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هي صورة جزم، وفيه تردد، أمّا لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بكذا، لم يصير متحملاً لاعتیاد التسامح بمثله، وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

بكذا، ويذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، وأمّا إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنّه لا يصير متحملاً لاعتبار التسامح بمثله، ولعل الأصل في ذلك كلّ ما ذكره الشيخ (قدس سره) في المبسوط من التفصيل وتبعه غيره فيه، ولكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهادة كما هو الفرض يكون المستمع إليه تحملاً، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر وبلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

وماذكر (قدس سره) من عدم قبول شهادة الفرع إلاّ عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنّه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

ثمّ إنّّه إذا حضر الأصل وأنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلك بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكته، وانكار شهادة الاصل لايزيد على ماكان الحكم بشهادته ثمّ رجع عنها.

وأما إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهادة الفرع إلاّ إذا كان أعدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلك صحيحة عبد الرحمان بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: أني لم أشهده؟ قال: «تجوز شهادة أعدلها، وإن كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته».(٦١٣)

وفي رواية أخرى عن أبي عبدالله (عليه السلام) عن رجل شهد شهادة على شهادة آخر ففي صورة الإسترعاء يقول: اشهدني فلان على شهادته، وفي صورة سماعه عند الحاكم يقول: أشهد أنّ فلاناً شهد عند الحاكم بكذا، وفي صورة السماع لاعدده يقول: أشهد أنّ فلاناً شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا.

ولا تُقبل شهادة الفرع إلاّ عند تعذر حضور شاهد الأصل، ويتحقّق العذر، بالمرض وما مثله وبالغيبه، ولا تقدير لها، وضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل في حضوره.

ولو شهد شاهد الفرع فانكر شاهد الأصل، فالمروي العمل بشهادة أعدلها، فإن تساويا أترح الفرع، وهو يشكل بما أنّ الشرط في قبول الفرع عدم الأصل، وربما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم

فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهادة أعدلها»(٦١٤)، ونحوهما صحيحة عبدالله بن سنان.(٦١٥)

ودعوى أنّ شهادة الفرع تبطل بحضور شاهد الأصل قبل الحكم ولا يمكن العمل بالروايات المزبورة لذلك، ولأنّ ظاهرها قبول شهادة الفرع الواحد على رجل من الأصل، لا يخفى ما فيها، فإنّ حضور الأصل لا تبطل شهادة الفرع على ما تقدم.

وعلى تقديره، فقد ورد الاستثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملاً بها، كما أنّ المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافي اعتبار التعدد، حيث أنّها ناظرة إلى حكم صورة مخالفة الأصل في الشهادة بالواقعة مع الفرع قبل الحكم.

وأما ما ذكر الماتن (قدس سره) من حمل الروايات على صورة قول الأصل لا أعلم، ينافي ظاهرها في انكار الأصل الشهادة بالواقعة على الفرع.

يقدح في الحكم وافقاً أو خالفاً، وإن كان قبله سقط اعتبار الفرع، وبقي الحكم لشاهد الأصل [١]، ولو تغيّرت حال الأصل بفسق أو كفر، لم يحكم بالفرع، لأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل [٢].

[١] قد تقدم عدم سقوط شهادة الفرع فيما إذا خالفاً الأصل وكان الفرع أعدل، وكذا لا يقدح حضور الأصل في شهادة الفرع فيما إذا حضر و لم يظهر مخالفته لشهادة الفرع، فللحاكم ان يحكم بشهادته، وإطلاق العبارة يقتضي عدم الإعتناء بشهادة الفرع حتى في صورتين.

[٢] هذا مبني على المنسوب إلى المشهور، من أنّ خروج الشاهد عن شروط الشهادة بغير الموت والاعماء قبل الحكم يوجب سقوط الشهادة التي لا اعتبار لها في الحكم بها، وأمّا بناءً على ما ذكرنا في بحث القضاء، من أنّ خروج الشاهد عن الشرائط بعد شهادته وقبل الحكم نظير خروجه عنها بعد الحكم لا يضرّ بشهادته السابقة، وإنّ ميزان الحكم وهو الحكم بالبيّنة قد حصل، فلماوجب لرفع اليد عن شهادة الفرع.

وما في الجواهر تبعاً لغيره من الفرق بين موت الشاهد أو اغمائه بعد شهادته وبين فسقه أو كفره، لكون الكفر والفسق مقتضياً لعدم القبول بخلاف الاعماء والموت، فإنّ أقصاهما عدم اقتضائهما القبول، فيه ما لا يخفى، حيث إنّ الفسق أو الكفر حال الشهادة يقتضي عدم القبول وبعد الشهادة كالموت والاعماء لا يقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر والفسق كاشفاً عن عدم عدالتهما حين الشهادة أيضاً، فعدم الاعتبار لفقد شرط الشهادة عند أدائها، وهذا خلاف الفرض.

ومن العجب أنّ الماتن (قدس سره) التزم بأنّ خروج الشاهد بالواقعة قبل الحكم لا يوجب نقصاً في مدرك القضاء، وفاقاً للشيخ في الخلاف والحلي، ولكن ذكر في المقام أنّ خروج الأصل عن شرط القبول قبل الحكم بشهادة الفرع يمنع القضاء، مع أنّ القضاء بشهادة الفرع يقع على شهادة الأصل التي وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

وتقبل شهادة النساء على الشهادة، فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية، وفيه تردد أشبهه المنع [١]، ثمّ الفرعان ان سميّاً الأصل وعدّلاه، قبل [٢]، وإن سميّاه ولم يعدّلاه سمعها الحاكم وبحث عن الأصل وحكم مع ثبوت ما يقتضي القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع القبول لو حضر وشهد، أما لو عدّلاه ولم يسميّه لم يقبل.

[١] قد تقدم أنّ ما ورد في القضاء بالبيّنات ظاهره القضاء بشهادة العدلين، من غير فرق بين كون شهادتهما بالواقعة مباشرة أو على الشهادة في تلك الواقعة، وماورد في قبول شهادة النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعة، فإنّها هي التي لا يطّلع عليها الرجال، لا الشهادة بتلك الواقعة.

وعليه فيتعين شهادة عدلين على شهادة كل واحد منهنّ، ولاتفيد شهادة النساء على شهادتهن، حتى الأمر كذلك في الشهادة على الشهادة بالمال من الدين أو العين، فإنّ شهادة رجل مع امرأتين يثبت الدين، ولا يثبت شهادة الرجل والمرأتين به بغير شهادة العدلين، ودعوى الأولوية في القبول لاوجه لها، فإنّها لاتخرج إلّا إلى الاستحسان.

[٢] تعرض (قدس سره) لأداء الشهادة، على الشهادة وذكر أنّ لاداء صوراً:

الأولى: أن يذكر اسم الأصل وأثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما وما شهدا به عندهما، وهذا القسم من شهادة الفرع مدرك القضاء.

والثانية: أن يذكر اسمهما وما شهدا به عندهما ولم يشهدا بعدالتهما، وفي هذه الصورة فحص الحاكم عن عدالتهما فإن ثبتت يقضي بالشهادة المزبورة.

والثالثة: أن لا يذكر اسمهما بل ذكر ان كل واحد من العدلين شهد عندهما بكذا، وهذا لا يصلح مدركاً للقضاء، حيث إنّ مع عدم ذكرهما وعدم تعيينهما كما هو الفرض ولو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمة أو الخالة أو بوطء البهيمة ثبت بشهادة شاهدين [١]، وتقبل في ذلك الشهادة على الشهادة، ولا يثبت بها حدّ، ويثبت انتشار حرمة النكاح، وكذا لا يثبت التعزير في وطء البهيمة، ويثبت تحريم الأكل في المأكولة، وفي الأخرى وجوب بيعها في بلد آخر.

لايتمكن الخصم على الجرح بل يمكن أن يكونا أو يكون أحدهما غير عادل عند الحاكم.
أقول: يشكل رفع اليد عن اطلاق ما دلّ على اعتبار البيّنة مع فرض شهادتهما بعدالة كل
من شاهدي الأصل وإن لم يذكر اسمهما، إلا أن يتم الإجماع على خلافه.
[١] كما تسمع الشهادة على الشهادة في حقوق الناس كذلك تسمع الشهادة على الإقرار
فيها، وكذا الشهادة على الإقرار في حقوق الله.

ولكن لا تثبت بالشهادة على الاقرار فيها الحدّ، بل تسمع بالاضافة إلى سائر ما يترتب على
موضوع الحد من نشر الحرمة، كما في الشهادة على الاقرار باللواط أو الزنا بالعمة والخالة،
حيث تحرم أم الموطوء واخته وبنته على اللأطى المقرّبه، وفي الإقرار بالزنا بالخالة تحرم
بناتها على المقرّ، وكذا في الزنا بالعمة على الأحوط.

وكذا لا يثبت بالشهادة على اقراره بوطي بهيمة التعزير، ولكن تحرم أكل لحمها، على
المقرّ فيما يطلب أكل لحمها وفي غيرها يثبت عليه الغرامة ولزوم بيعها في بلد آخر.

الطرف الخامس:

في الواحق وهي قسمان:

القسم الأول: في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد [١]، ويترتب عليه مسائل:

الأولى: توارد الشاهدين على الشيء الواحد، شرط في القبول، فان اتفقا معنىً حكم بهما وان اختلفا لفظاً، إذ لافرق بين أن يقولوا غصب وبين أن يقول أحدهما غصب، والآخر انتزع، ولا يحكم لو اختلفا معنىً، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار بالبيع، لأنهما شينان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت. الثانية: لو شهد احدهما انه سرق نصاباً غدوةً، وشهد الآخر أنه سرق عشيةً لم يحكم بها لأنها شهادة على فعلين. وكذا لو شهد الآخر أنه سرق ذلك بعينه عشيةً لتحقق التعارض او لتغاير الفعلين.

[١] ذكر في القسم الأول من الطرف الخامس اشتراط وحدة الواقعة التي يحكيها الآخر فلا تتحقق البينة بتلك الواقعة، كما أنه يعتبر في تحققها بها توافق حكايتهما فيها، فإن اختلفا في حكايتهما لم يصدق أن ما شهد به أحدهما شهد به الآخر.

وعلى ذلك فلا يعتبر في قيام البينة بواقعة اتحاد الكلامين بحسب ألفاظهما، بل المعيار اتحادهما في المحكي خارجاً، وتوافقهما بحسب حكايته، فلا فرق بين أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالاً كذا من فلان، وقال الآخر: أخذ فلان ذلك المال من فلان عدواناً.

.

وعلى ما ذكر، فإن لم يكن لكلامهما ظهور في وحدة المحكي، بأن شهد أحدهما بأن فلاناً باع المال الفلاني، وقال الآخر بأن فلاناً أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع

بالبينة، نعم لو حلف المدعي مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوي المالية بل غيرها بشاهد ويمين.

وهذا مع تعدد المحكي بحيث لا ينفي أحد الشاهدين ما يحكيه الشاهد الآخر، وإلا فمع حكايتهما عن أمر واحد خارجي وإختلافهما في حكاية ذلك الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلاً، وقال الآخر: سرق ذلك النصاب من عمر ونهاراً، فلا تتم البينة بالسرقة الخارجية.

وظاهر كلام جملة من الأصحاب أنّ في هذه الصورة أيضاً لو حلف المدعي مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حدّ السرقة نعم يثبت حدّ السرقة، أيضاً فيما إذا شهد أحدهما أنّه سرق ثوباً بعينه وقيمته درهم، وقال الآخر. أنّه سرقه ولكن قيمته درهماً، فإنّ السرقة الموجبة للحد تثبت بشهادتهما معاً والاختلاف إنّما هو في قيمة ما سرق، فالواجب في الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعي على أنّ قيمته درهماً غرم درهمن.

ولكن ما يظهر من كلامهم لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ثبوت دعوى المدعي بشهادة أحدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهادته وشهادة الآخر معارضة، لتعدّد الواقعة أو لاحتمال تعددها بحسب حكايتهما، وأمّا إذا أظهر اوحدها وإنّ ما حكاها أحدهما هي حكاية الآخر واختلفا في نقلها بحيث ينفي كل منهما الواقعة على طبق حكاية الآخر.

فلا يفيد في ثبوت دعوى المدعي حلفه مع شهادة أحدهما، لأنّ شهادته مبتلاة الثالثة: لو قال أحدهما سرق ديناراً، وقال الآخر درهماً، أو قال أحدهما سرق ثوباً أبيض، وقال الآخر أسود، ففي كل واحد منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدعي [1]، لكن يثبت له الغرم ولا يثبت القطع، ولو تعارض في ذلك بينتان على عين

بالمعارض، وظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين المدعي، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاة بالمعارض، كما هو الحال في القضاء بالبينة أيضاً كما مرّ.

وما في كلام بعض من سقوط الشهادتين وتثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين، اليمين المردودة، وفي مثال الشهادة بسرقة النصاب لا يثبت الحد ولا الغرم، وفي مثال الثوب لا يثبت غرم درهمن بل الغرم في مسألة النصاب وغرم درهمن في مسألة الثوب يتوقف على اليمين المردودة.

نعم، لو اتفقا على الشهادة بسرقة النصاب في زمان واحد، بأن قال كل منهما في الشهادة: رأيت مع صاحبي إنه يسرق النصاب، ولكن اختلفا في ذلك الزمان، فقال أحدهما: أنه كان ليلاً، وقال الآخر: كان نهاراً، فلايبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحدّ لاتفاقهما على الشهادة بالسرقه الواحدة، واختلفهما في زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكي أو احتمالها، كما لاينفي أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم وموجب الحدّ.

[١] لعل مراده (قدس سره) ما إذا كانت شهادة أحدهما بواقعة غير الواقعة التي يشهد بها الآخر، وحيث إنّ لكل من الواقعتين شاهداً واحداً يمكن اثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعي، فيلزم الغرم بالواقعة التي حلف بها المدعي، ولو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرمان، ولكن لايبث القطع، لأنّ الحد لا يثبت بشاهد ويمين. ثمّ ذكر (قدس سره) أنه لو وقع التعارض بين البيّنيتين في عين واحدة، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعة، بأن شهد اثنان أنه سرق الثوب الفلاني عشيةً، وشهد اثنان أنه سرقه نهاراً، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلاني ليلاً، وقال الآخر: سرقه نهاراً. واحدة سقط القطع للشبهة، ولم يسقط الغرم، ولو كان تعارض البيّنيتين [١] لاعلى عين واحدة ثبت الثوبان والدرهمان.

ففي هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهة لتعارض النقلين، ولكن يثبت الغرم على نسخة الجواهر، حيث قال في تعليقه:

إنّ سرقة ذلك الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البيّنيتين والاختلاف في غيرها، من وقوعها ليلاً أو نهاراً، وعن المبسوط: إنّ الحاكم في حكمه بالسرقه يعتمد على احدى البيّنيتين ويخرجها بالقرعة، واستشكل في القرعة في كشف اللثام بأنه لا فائدة في استعمال القرعة في المقام ولا يترتب عليها ثمرة، وأورد (قدس سره) بأنّ على الحاكم تعيين البيّنة التي يعتمد عليها في حكمه بتحقيق السرقة، ولا يمكن التعيين إلاّ بالقرعة، ويترتب على تعيينها بها الثمرة عندما يرجع الشاهد عن شهادته في ثبوت الغرم عليه، فإنّ الغرم يثبت عند رجوع شاهد اخرجت شهادته بالقرعة في تعيين البيّنة، ولكن استشكل في ذلك بأنّ القرعة في البيّنيتين عند ما لم يمكن العمل بهما.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض وبين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنه سرق النصاب ليلاً، وقال الآخر: أنه سرقه نهاراً، فإنّ شهادة الشاهدين بواقعة واحدة بيّنة فلا بدّ من

ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضاً، حيث إنّ الاختلاف في أنّ زمان الواقعة كان ليلاً أو نهاراً لا يوجب تعددها.

إلا أن يحمل ما تقدم على صورة احتمال تعدد الواقعة في شهادتهما، بأن سرق المال نهاراً ثم أخذه مالك المال ثم سرقه ليلاً، وهذا الاحتمال لا يجري في تعارض البيّنيتين على عين واحدة، حيث أنّ الشاهدين من كل من البيّنيتين يشهدان بواقعة من غير اختلافهما فيهما، وأنما الاختلاف بين شاهدي البيّنة مع شاهدي البيّنة الأخرى.

[١] المراد من تعارض البيّنيتين لاعلى عين واحدة تواردتهما، بأن قامت بيّنة بأنّه الرابعة: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوةً بدينار، وشهد له الآخر أنّه باعه ذلك الثوب بعينه في ذلك الوقت بدينارين لم يثبتا، لتحقق التعارض، وكان له المطالبة بأيّهما شاء مع اليمين [١]،

قد سرق الثوب الأسود، وشهدت بيّنة أخرى أنّه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحداهما: أنّه سرق الدرهم، وقالت الأخرى: أنّه سرق الدينار، وفي هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين وضمن الدرهم والدينار، ولا موجب في الفرض لسقوط القطع، والشبهة مع وحدة العين غير آتية مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعي بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى أحدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البيّنيتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعة عند تعارضهما، كما هو كذلك، حيث أنّ ما ورد في القرعة بين البيّنيتين لا يعمّ المقام، بل ظاهره ما إذا كان في البين مدعيان دعواهما متنافيتان وقام لكل منهما بيّنة، فإنّ في هذه الصورة تخرج إحدى البيّنيتين بالقرعة ويحلف صاحب تلك البيّنة والمقام ليس من هذا القبيل، والله سبحانه هو العالم.

[١] مراده (قدس سره) أنّ بيع الثوب المزبور بدينار واقعة وبيعه بدينارين يحسب معاملة أخرى، ولا تجتمع الواقعتان في الفرض، مع عدم قيام بيّنة بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيّعين والآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعي مع دعواه أحدهما بعينه اثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إنّ ضم اليمين إلى شاهد إنّما إذا لم تكن شهادته مبتلاة بالمعارض كما هو الفرض في المقام.

ولو قامت بكل من البيّعين بيّنة ثبت الديناران وأنه يستحقهما على المدعي عليه، لتتمام البيّنة عليه ولغت البيّنة التي قامت بالدينار.

ولو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت الديناران، ولا كذلك [١] لو شهد واحد بالإقرار بألف والآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما والآخر بانضمام اليمين، ولو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهادة الجميع، والألف الآخر بشهادة اثنين.

وظاهر المحكي عن المبسوط أنّ البيئتين في الفرض متعارضتان، وقال في الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين والبيع بالدينار مدعيًا، كما إذا قال البائع بعته بدينارين وقال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع والمشتري كما ذكر، وقيام البيئتين لكل منهما يدخل الفرض في البيئتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعة بيئتها يحلف كما تقدم، كما أنه مع عدم البيئتين للبائع ولا المشتري، فمع بقاء الثوب يحلف البائع وتثبت دعواه ومع عدم بقائه يحلف المشتري عملاً بالنص الوارد في المورد، على ما تقرر في مبحث اختلاف المتبايعين.

ولو فرض أنّ خصم المدعي ينكر الشراء، فبيئته البيع بالدينارين مع بيئته بدينار متعارضتان عند الحاكم وان يعترف الخصمان ببطلانها، فلا يمكن له الحكم بثبوت البيع بدينارين، ولا مجال في الفرض للقرعة أيضاً لأنّ الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعة فيما إذا أحرز انحصار الحق بين البيئتين، وفي الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلاً ولا قيمة للبيئتين المبتلاة بالمعارض، وعليه فيحلف المشتري على عدم الشراء، أخذاً بما دلّ على كون الحلف على المدعي عليه مع عدم قيام البيئتين للمدعي، والمراد البيئتين غير المبتلاة بالمعارض.

اللهمّ إلا أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بيئته الدينارين بلا معارض.

[١] كان نظره (قس سره) إن بيع شيء بدينار مع بيعه بدينارين من المتبايعين، بخلاف وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم، وشهد آخر أنه سرق وقيمه درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما، والآخر بالشاهد واليمين، ولو شهد بكل صورة شاهدان ثبت الدرهم بشهادة الجميع، والآخر بشهادة الشاهدين بهما، ولو شهد أحدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً أو بالقتل كذلك، لم يحكم بشهادتهما [١]، لأنها شهادة على فعلين، أما لو شهد أحدهما باقراره بالعربية، والآخر بالعجمية قبل، لأنه إخبار عن شيء واحد.

الإقرار بالألف والإقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنهما من الأقل والأكثر، وعليه فلو شهد شاهد باقراره لزيد بألف وشهد الآخر باقراره له بألفين، فبالإضافة إلى الإقرار

بالألف يحسب شهادتهما بينة، وكذا الحال في الشهادة بقيمة الثوب بعد تلفه، وأمّا الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله. أقول: هذا فيما إذا لم ينف الشاهد بالإقرار بالألف وقوع الإقرار بالزائد أو لم ينف ضمان الزائد وإلا تكون شهادة مبتلاة بالمعارض، كما تقدم في الشهادة بسرقة ثوب معين وإن قيمته درهم و شهادة الآخر بسرقة و قيمته درهمان.

وعلى ما ذكر (قس سره) يترتب أنه لو شهدت بينة على الإقرار بالألف وشهدت بينة أخرى بالإقرار بالألفين، ثبت الألف بشهادة شهود كلتا البيئتين والألف الآخر يثبت بالبينة بالإقرار بالألفين، وقد ذكرنا أن هذا فيما إذا لم ينف البينة بالأقل الإقرار بالألف الثاني أو ضمان الزائد. [1] يريد بذلك بيان أنه لو شهد شاهدان كل منهما بواقعة غير الواقعة الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشهادة القذف أم لم يمكن كما إذا اختلفا في قتل شخص، وقال أحدهما: قتله ليلاً، وشهد الآخر فقال: قتله نهاراً، فلا يثبت شيء منهما، لتوقف كل منهما على شهادة العدلين في ثبوته لولا التكاذب، حيث إن كلاً من القذف والقتل القسم الثاني: في الطوارئ، وهي مسائل:

الأولى: لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا، حكم بهما [1]، وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

يحتاج في ثبوته إلى شهادة الشاهدين، ولم يتم في كل قذف شهادتهما والأمر في الشهادة بالقتل كذلك مع حصول التكاذب أيضاً.

بخلاف ما إذا تعدد الواقعة وأمكن حصول المتعدد ويثبت كل منهما بشهادة عدل، كما إذا شهد أحدهما أنه أقر لزيد بألف بالعربية، وشهد الآخر أنه أقر له بألف بالعجمية، حيث يحتمل حصول الاقرارين بلا تناف بينهما، فإن كلاً من الاقرارين إخبار عن شيء واحد، فنقبل شهادة منهما بضم يمين المدعي.

ولكن ظاهر عبارته (قس سره) عدم الحاجة في الأخير إلى ضم اليمين، حيث علل القبول بأنه إخبار عن شيء واحد.

وفيه: إن الإقرار و ان يكون إخباراً عن شيء واحد إلا أن هذا بالإضافة إلى المقر، فتعدّد اقراره مع وحدة المقرّ به خارجاً لا يوجب إلا تعدد الحكاية، وأمّا بالإضافة إلى شهادة الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكاية غير حكاية الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبينة أو بشاهد ويمين المدعي.

[١] الظاهر عدم الخلاف في جواز القضاء بشهادة شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إنّ مدرك القضاء شهادة العدلين بالدعوى أو غيرها وقد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل في القضاء تكليفاً أو وضعاً، ومن هذا القبيل ما إذا شهدا ثمّ زكياً بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إنّ مع التزكية يحرز حصول البيّنة وتامها للمدعي.

وهل الحكم كذلك فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط الثانية: لو شهدا ثمّ فسقا قبل الحكم، حكم بهما، لأنّ المعتبر في العدالة عند الإقامة، ولو كان حقاً لله كحدّ الزنا لم يحكم، لأنّه مبني على التخفيف، ولأنّه نوع شبهة، وفي الحكم بحدّ القذف والقصاص تردّد، أشبهه الحكم لتعلّق حق الأدمي به.

شهادة الفاسق عن الاعتبار مطلقاً، أو يفصل بين ما كان المشهود به من حق الأدمي فلا يسقط اعتبار الشهادة وبين حق الله المحض.

ظاهر الماتن (قدس سره) هو الثالث، ولكن ذكر فيما سبق في مسألة فسق شاهدي الأصل عند شهادة الفرع ما يقتضي الثاني يعنى عدم القبول مطلقاً، كما هو المحكي عن الشيخ (قدس سره) في أحد قوليه والعلامة في المختلف والشهيدان (قدس سرهم).

ويستدل على ذلك بما استفاض من الروايات الواردة في ردّ شهادة الفاسق، ويضعف بأنّ ظاهر تلك الروايات عدم قبول شهادة الفاسق عند شهادته، كما هو الحال في ردّ شهادة الشريك لشريكه في المال المشترك أوردّ شهادة الأجير وغيرهما.

ودعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهة في شهادتهما السابقة، ولذا ذكر الماتن في المقام عدم الحكم بشهادتهما في حدود الله وكأنّه لدرء الحدود بالشبهة، ولأنّها مبنية على التخفيف.

ولكن شيئاً من ذلك لا يصلح لرفع اليد عمّا دلّ عليه من اعتبار البيّنة، أي شهادة رجلين عدلين عند أدائها، ولا تكون في البين شبهة في الحكم، لافي حق الأدمي ولا في الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجبه لامعنى للتخفيف.

ولو كان في البين شبهة لما كان يجري، سواء كان من حق الله المحض (جلّ وعلا) أم مشتركاً كحدّ القذف والقصاص، بناءً على كونه عقوبة على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يردثانه فمات قبل الحكم وانتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلك يكون المال لهما من الحكم

الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم، لم يحكم [١].

للمدعي بشهادة نفسه، ويمكن الجواب عن ذلك أيضاً بأن ظاهر ما ورد في أنّ البيّنة على المدعي هو كون المدعي غير الشاهدين عند شهادة الشاهدين، وأمّا المغايرة عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايرة دليل، والله سبحانه هو العالم.

[١] لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلاخلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنّه يحكم ولا يعتنى برجوعهما بعد اقامتهما الشهادة فيما كانا معروفين بالعدالة والضبط، ولكن الأظهر عدم الحكم بشهادتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

ويستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهادة رجع الشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهادة، وما دلّ على أنّ القضاء بالبيّنات ينصرف عن الشهادة المزبورة، بل ذكرنا سابقاً أنّ البيّنة المبتلاة بالمعارض لا تصلح مدركاً للحكم، ورجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهادة السابقة، ولما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سنداً للحكم.

وبتعبير آخر: الرجوع عن الشهادة إمّا يكون بنفي ما شهد به أوّلاً أو نفي حسّه ذلك المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر وشهد عدلان آخران بنفي ما شهدا به، أو بنفي حضورهما في الواقعة التي شهدا بها.

وهذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهادة ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّنا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقة لو كان عدلها عند إقامة الشهادة محرراً، فإنّهما وإن يحكم بفسقهما فعلاً بالكذب إمّا بالشهادة السابقة أو برجوعهما، إلّا أنّ مقتضى الطريق إلى عدلها عند

.

شهادتهما ولا أقل من أنّ مقتضى الاستصحاب في عدلها عند ادائهما الشهادة اعتبارها.

ويدلّ على عدم جواز الحكم بعد الرجوع إلى مرسلّة جميل عن أخبره عن أحدهما (عليهما

السلام): «قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به

وغرموا، وإن لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً»^(٦١٦)، فإنّ ظاهرها الغاء الشهادة برجوع الشاهد قبل الحكم.

واستدلّ في كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهد على ما قيل بصحيفة هشام بن سالم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يأخذ بأول الكلام دون آخره»^(٦١٧)، وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «إنّ النبي (صلى الله عليه وآله) قال: من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأول وطرحنّا الأخير»^(٦١٨)، بدعوى أنّ ظاهرهما أنّ الرجوع عن الشهادة بعد اقامتها لا يسقط اعتبارها.

ولكن في نسخة الوسائل في صحيفة هشام: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) لا يأخذ بأول الكلام دون آخره»^(٦١٩)، ولا يحتمل أن يكون الغلط في نسخة الوسائل لأنّه لو كان الوارد: وكان أمير المؤمنين يأخذ بأول الكلام، لما كان إيراد في الباب الذي أورده مناسباً. وبالجملة، مع اجمال متن الرواية لا يمكن الإستدلال بها، مع أنّ اطلاقها ممّا ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به، لم ينقض الحكم [١]، وكان الضمان على الشهود.

لا يمكن الأخذ به فيما كان آخر الكلام قرينة على المراد من أول الكلام.

وأما رواية السكوني فقد رواها الصدوق (قدس سره) عن النبي (صلى الله عليه وآله) مرسلًا، وفي نقله: «من شهد عندنا بشهادة ثمّ غير أخذنا بالأولى وطرحنّا الأخرى»^(٦٢٠)، وهذه وإن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام ولكنها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها. ورواها الشيخ بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى ومنتها كما نقلنا، وظاهر قوله (عليه السلام): «إنّ النبي (صلى الله عليه وآله) قال: من شهد عندنا ثمّ غير أخذناه بالأول وطرحنّا الأخير»^(٦٢١)، أخذ الشاهد بأول كلامه.

وهذا لا يجري إلّا في مثل الإقرار، حيث إنّ العدول عنه ولو في آخر كلامه غير مسموع لا يوجب ترك أخذه بما أقرّ به أوّلاً، ولكن الشاهد المزبور في المقام لا يؤخذ وإنّما يؤخذ بشهادته كما لا يخفي، وممّا ذكر يظهر أنّ رجوعهما ينافي شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

(٦١٦) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٣٨.

(٦١٧) التهذيب: ٦: ٣١٠، الحديث ٨٥٣.

(٦١٨) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٣٩.

(٦١٩) المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٣: ١٥٨.

(٦٢٠) الفقيه: ٣: ٤٣.

(٦٢١) التهذيب: ٦: ٢٨٢.

[١] وأما إذا كان رجوعهما بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا ينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلا خلاف معروف أو منقول، ويشهد لذلك صحيحة جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شاهد الزور قال: «ان كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل». (٦٢٢)

وفي صحيحته الأخرى عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شهادة الزور: «ان كان قائماً وإلاّ

.

ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل». (٦٢٣)

وهاتان المحتمل اتحادهما وإن وردتا في شاهد الزور إلاّ أنّ الاتلاف الموجب للضمان يجري في صورة الرجوع أيضاً لنفوذ الحكم بعد صدوره بميزانه، بل يمكن الاستدلال بمعتبرة السكوني المتقدمة في صورة الحكم وانقضاء الاستيفاء، حيث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأولى و معنى أخذها بها ضمانه.

وبالجملة: فلا موجب لرفع اليد عن الحكم الحاصل بموازينه فيما إذا حصل الرجوع بعده و بعد الاستيفاء، بلا فرق في ذلك بين حقوق الله و حقوق الناس، و يدلّ على ضمان الشهود في حق الله أيضاً صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقال: هذا السارق وليس الذي قطعت يده، إنّما شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أنّ غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الآخر». (٦٢٤)

وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام): «في رجلين شهدا على رجل أنّه سرق فقطع يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما دية اليد من أموالهما خاصّة، وقال في أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون، فرجم، ثم رجع واحد منه، قال: يغرم ربع الدية إذا قال: شبّه عليّ، وإذا رجع اثنان و قالوا: شبّه علينا، غرما نصف الدية، وإن رجعوا كلّهم و قالوا: شبّه علينا، غرموا الدية، وإن قالوا: شهدنا بالزور، قتلوا جميعاً». (٦٢٥)

وهذه كما قبلها وإن وردت في رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد ولكن لا فرق بين الحدود وغيرها ولو بملاحظة ما تقدم.

(٦٢٢) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٣: ٢٣٩.

(١ و ٦٢٤) الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٢٤٣.

ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حدًا لله نقض الحكم [١] للشبهة الموجبة للسقوط، وكذا لو كان للآدمي كحد القذف أو مشتركاً كحد السرقة.

[١] المشهور عند الأصحاب أنه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحد من حق الله المحض أو غيره، وعللوا ذلك بأن الحدود مبنية على التخفيف وتدرء بالشبهة ورجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهة، بل ألحقوا بالحدود، القصاص فإن القتل خطره عظيم ومورد للاحتياط.

وصرح بعضهم أن الساقط بالرجوع نفس الحد لا سائر ما يترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمة وانتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالإرتداد ورجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإن الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته واعتداد زوجته.

وإذا ألحق القصاص بالارتداد في سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالدية أو لا يطالب بشيء، فإن الدية تطالب بالمصالحة في مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها وهو القتل خطأً، والمفروض عدم ثبوته وعدم المورد للمصالحة لفقد القصاص.

ولكن يقال: إن نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافي ما دل على نفوذه، ومع الدليل على نفوذ الحكم لاشبهة في البين بحسب الظاهر، وأما الشبهة واقعاً فهي تجري حتى في صورة عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، ولعله لذلك تردد في نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان وفخر المحققين.

بل قيل بأنه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض في العقوبات التي لا تدخل في الحدود كالقتل والجرح قصاصاً،

.

وفي الفروج لعظم خطرها وعدم استدراك فائت البضع.

أقول: لا يبعد القول بسقوط الحد برجوع الشهود في الحدود قبل اجرائها حتى فيما إذا كان الرجوع بعد الحكم، بل لا يترتب سائر التوابع أيضاً مع الرجوع وذلك فإنه لم يبق دليل في اجراء الحد على اعتبار الحكم والقضاء، بل المقدار الثابت هو أن يثبت الإرتكاب عند الحاكم،

فعلية مع ثبوته عنده إجراء الحد ولا يعتبر انشاء الحكم أولاً، والثابت اعتبار الحكم والقضاء في موارد الدعاوى وفصل الخصومات.

وعليه يكون رجوع الشاهد عن شهادته قبل إجراء الحدّ لمعارضة شهادته الثانية مع الأولى، لو لم نقل إنّ شمول دليل الاعتبار على الثانية يوجب انحلال الشهادة الأولى.

ويمكن استظهار سقوط الحدّ أو تأييد السقوط بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل جاء به رجلان وقالوا: إنّ هذا سرق درعاً، فجعل الرجل يناشده لما نظر في البيّنة، وجعل يقول: واللّه لو كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) قطع يدي أبداً، قال: ولم؟ قال: يخبره ربّه أنّي بريء فيبرأني ببرائتي، فلما رأى مناشدته إيّاه دعا الشاهدين فقال: اتقيا الله ولا تقطعوا يد الرجل ظلماً وناشدهما، ثمّ قال: ليقطع أحدكما ويمسك الآخر يده - الحديث». (٦٢٦)

فإنّه ظاهرهما سماع شهادة الشاهدين وثبوت السرقة بشهادتهما، فقله (عليه السلام) بعده: «اتقيا ولا تقطعوا يد الرجل»، ظاهره أنّه لو أبدى بطلان شهادتهما ولو بخطائهما في شهادتهما لم يجر عليه حدّ السرقة ولو بعد القضاء أي ثبوت السرقة.

وفي نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق، تردّد، أمّا لو حكم وسلم فرجعوا والعين قائمة، فالأصحّ أنّه لا ينقض ولا تستعاد العين، وفي النهاية: تردّد على صاحبها، والأوّل أظهر [١].
الخامسة: المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفى ثمّ رجعوا فإن قالوا تعمدنا، اقتصّ منهم [٢]، وإن قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية.

[١] قد ظهر ممّا ذكرنا في الحدود أنّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم في موارد الدعاوى الخاصات بعد صدور الحكم بميزانه وشمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غاية الأمر يكون على الراجع ضمان البديل للمشهود عليه، أخذاً له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان في موارد الإقرار بعد الإقرار، ويقتضي ذلك معتبرة السكوني المتقدمة، حيث مقتضاها أنّ مع بقاء العين أيضاً يؤخذ الشاهد بشهادته.

كما يدلّ على ذلك مرسلّة جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا»^(٦٢٧)، فإنّ مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين وعدمه.

وما ورد في بعض الروايات المتقدّمة أنّ مع بقاء العين تردّ إلى صاحبها، فهي ناظرة إلى صورة بطلان القضاء لكون الشهادة زوراً، وهو غير مسألة رجوع الشاهد عن شهادته كما لا يخفى.

[٢] إن كان المشهود به موجباً للقصاص قتلاً أو جرحاً، أو كان موجباً للحدّ قتلاً أو رجماً فاستوفى القصاص أو الحدّ ثمّ رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصر من الشهود، وإن قالوا: أخطأنا، فعليهم الدية في أموالهم، حيث لم يقدّم دليل على أن قال بعضهم تعمّدنا، وبعض أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الدية [١]، ولوليّ الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن دية صاحبه، وله قتل البعض ويردّ الباقي قدر جنائيتهم.

كونها على العاقلة في رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد في رجوع الشاهدين أنّ الدية من أموالهما، كما أنّ ظاهر غيرها كون التكليف بإداء الدية متوجّهاً إلى الشاهد.

وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ (عليهم السلام) في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرماً دية اليد من أموالهما خاصّة»^(٦٢٨).

وفي معتبرة مسمع كردين عن أبي عبد الله (عليه السلام): «في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثمّ رجع أحدهم فقال: شككت في شهادتي، قال: عليه الدية، قال: قلت: فإن قال: شهدت عليه متعمداً؟ قال: يقتل»^(٦٢٩).

ثمّ إنّ كلّ ما ورد في رجوع الشاهدين ظاهره قبول قوله في كون شهادته التي رجع عنها بنحو الخطأ أو التعمد.

نعم ذكر في الجواهر أنّه لو منع عن قبول قوله في التعمد والخطأ فهل يلزم بالدية لأنّه لا يبطل دم امرء مسلم أو يتوقف حتى يعلم الحال و لو بموت الشاهد ونحوه لينتقل الأمر إلى

(٦٢٧) الوسائل: ١٨، الباب ١٠ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٣٨: ١.

(٦٢٨) الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤٣: ٢.

(٦٢٩) الوسائل: ١٨، الباب ١٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٤٠: ٣.

الدية، الأقوى الأول، ويستفاد ما ذكره (قدس سره) من الاستدلال في بعض ما ورد في تعليل الدية في بعض موارد ثبوت القتل.

[١] قد تقدم أنّ الشاهد فيما إذا رجع عن شهادته يقبل قوله في أنّ شهادته السابقة كانت خطأً أو عمدًا، وعليه فإن قال بعض الشهود: تعمدت، وقال بعض الآخر: ولو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود عليه: تعمدت، فإن صدقه الباؤون [١] كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردون ما فضل عن دية المرجوم، وإن شاءوا قتلوا واحداً، ويردّ الباؤون تكملة ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول، وإن شاءوا قتلوا أكثر من واحد، ويردّ الأولياء ما فضل من دية صاحبهم، وأكمل الباؤون من الشهود ما يعوز بعد نصيب المقتولين. وأمّا لو لم يصدقه الباؤون [٢] لم يمض إقراره إلا على نفسه فحسب، وقال

أخطأت، فعلى المعترف بالتعمد القصاص وعلى المعترف بالخطأ الدية، ولوليّ الدم قتل المقرين بالتعمد ودفع مايفضل عن دية المرجوم على أولياء الشاهد المقتول بالقصاص، ويأخذ من المعترف بالخطأ مقدار ما عليه من الدية.

وإذا قال اثنان من شهود الزنا: تعمدنا، واثنان آخرا: أخطأنا، واقتصّ وليّ المرجوم من المقرين بالتعمد، يدفع إلى أولياء كل من الشاهدين المقتولين بالقصاص ثلاثة أرباع ديته ويأخذ من المعترفين بالخطأ كل منهما بربع الدية.

[٢] المراد أنّ يقول الباؤون: نعم تعمدنا في الشهادة.

[٣] المراد أنّ يقول الباؤون: لا نرجع عن شهادتنا، ففي هذا الفرض يكون إقرار الشاهد الراجع عن شهادته نافذاً في حقه، لكونه إقراراً على نفسه فلوليّ المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل ديته أو أخذ الدية منه بحسب نصيبه.

وذكر الشيخ (قدس سره) في النهاية ان اقتصّ منه وليّ المرجوم يدفع الباؤون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدية إلى ورثة الشاهد المقتول قصاصاً.

ولعلّه (قدس سره) اعتمد فيما ذكر مع كونه على خلاف القاعدة على رواية إبراهيم بن نعيم الأزدي قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: يقتل الراجع ويؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية». (٦٣٠)

في النهاية: يقتل ويرد عليه الباؤون ثلاثة أرباع الدية، ولا وجه له، ولو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا ضمنا القيمة [١] تعمدًا أو خطأً، لأنهما أتلغاه بشهادتهما.

السادسة: إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم [٢] وأستعيد المال، وإن

وفيه: مع عدم ثبوت توثيق لإبراهيم بن نعيم الأزدى يحمل على دعوى الثلاثة الخطأ في رجوعهم، كما يحمل قتل الراجع بصورة اقراره بالتعمد، بقرينة ما استفدنا من الروايات المتقدمة أنّ وجه الضمان اتلاف الشاهد، فإن كان مع التعمد يثبت القصاص وفي غيره الدية. بقي أمر، وهو أنّه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فاتفق موته بالجلد، ثمّ رجع بعضهم وقال: تعمّدت، تثبت الدية بمقدار شهادته، حيث إنّ الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجبه، وأمّا الشهادة بما لا يوجبه ويقع الموت معه اتفاقاً، فيبقى التعمد فيه في الاتلاف خطأً.

[١] إذا شهدا بأنّ مولاة قد أعتقه، فحكم بحصول العتق، ثمّ رجعا عن شهادتهما لم يبطل الحكم، لما تقدم من أنّ الرجوع عن الشهادة بعد الحكم لا ينقض الحكم، وبما أنّ رجوعهما اعتراف باتلافهما العبد على مولاة ضمنا له قيمته، والقيمة في القيمات وقت الإتلاف وهو حصول الحكم من الحاكم.

والقول بعود العبد إلى الرق فيردّ على مولاة، كما عن بعض العامة، بلا وجه، حتى فيما إذا اعترفا بالتعمد فإنّ الاتلاف الموجب للضمان لا يفرق فيه بين التعمد وغيره.

[٢] المراد بشهادة الزور الشهادة الباطلة، وإذا علم الحاكم بطلان الشهادة المزبورة علماً وجدانياً ولو بالقرائن نقض حكمه، حيث تبين أنّه لم يكن على موازين القضاء، تعرّض غرّم الشهود، ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالتعمد، ولو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير لم يضمن الشهود وكان القصاص على الولي.

وإنّه لم تكن أقوال الشهود بيّنة.

وهذا النقض نظير ما تقدم سابقاً من ظهور حال الشهود وإنّهم كانوا عند أداء الشهادة فساقاً، وهذا غير قيام البيّنة بأنّهم كانوا عند شهادتهم بشاهدي الزور، فإنّ هذه البيّنة مع الحكم لاتسمع.

كما أنّ هذه المسألة غير مسألة رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم. وفي صحيحة جميل عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من الرجل»^(٦٣١)، وقريب منها صحيحة الأخرى^(٦٣٢).

ولو كان المشهود به قتلاً ثبت عليهم القصاص، ويدلّ عليه ما ورد في رجوع الشهود وأنهم إذا أقرّوا بالعمد قتلوا، حيث إنّ تبين كون شهادتهم زوراً لا يقصر عن مسألة اقرارهم. نعم لو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير وعلمه ببطلان شهادة الشهود يكون الضمان عليه ويقتصر منه، لأنّه المباشر في القتل، ويدخل في الموارد التي يكون المباشر فيها أقوى في نسبة القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن في اثباته القصاص على الولي مع اعترافه بالتزوير.

السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمنا [١]، وإن كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمّى [٢]، لأنهما لا يضمنان إلاّ مادفعه

وقد يقال بأنّه مع رجوع الشهود يكون الولي شريكاً في القتل ويثبت القصاص أو الدية على الجميع ويلزم على ذلك مع اعترافه وحده بالخطأ ان يكون عليه ربع الدية. وبالجملة: الكلام في المقام، في أنّ القتل بعنوان القصاص أو الحدّ مستند إلى الولي المباشر خاصّة والشهود نظير الممسك للقاتل، أو أنّ استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد. [١] والوجه في ذلك أنّهما لم يفوتتا على الزوج شيئاً من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

ربّما يخطر بالبال أنّهما اتلفا على زوجها بضعها فيما لم يكن المشهود به طلاقاً رجعيّاً، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعي الذي انقضت في زمن أدائهما الشهادة عدتها، ولكن البضع لا يضمّن، ولذا لا تضمّن المرأة لزوجها بقتلها نفسها، وكذا لا يضمّن الغير لزوج المرأة بقتلها.

وذكر في كشف اللثام أنّه لو صحّ ضمان البضع لزم أن لا ينفذ طلاق الزوج المريض إلاّ من الثلث وإن لا ينفذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

ولكن لا يخفى مافيه، فإنه لو فرض بأنّ الطلاق اتلاف البضع و البضع يضمن، فهو بالاضافة إلى زوجها لا بالاضافة إلى الورثة أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع احاطة دينه تركته، وكذا في طلاق المريض.

نعم في طلاق المريض بالاضافة إلى إرث زوجته تفصيل مذكور في كتاب الطلاق و لا يرجع إلى مسألة تفويت البضع، هذا بالاضافة إلى الشهادة على الزوج المطلق بطلاقه بعد دخوله.

[٢] وأما إذا كانت الشهادة بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين المشهود عليه بسبب الشهادة.

برجوعهما بعد الحكم بالطلاق يضمنان للزوج نصف المهر، وهذا منسوب إلى المشهور، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، بل الشاهدان كفرض الدخول لا يضمنان شيئاً، فإنهما لم يتلفا على زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر على الزوج بمجرد العقد يعني النكاح، وإنما الطلاق يوجب سقوط النصف الآخر عن ذمة الزوج أو خروجه عن ملك المرأة. نعم، في المقام فروض أخرى:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأة زوراً فاعتدت المرأة و تزوجت زوجاً آخر استناداً إلى شهادتهما وكان الزوج غائباً فجاء وأنكر الطلاق، فيفرق بين المرأة ومن تزوجت نفسها منه أخيراً، وتعتد منه عدة وطأ الشبهة، ويضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخير ويضربان حدّ شهادة الزور، وقد ورد في موثقة سماعة و غيرها: انّ شهود الزور يجلدون حدّاً ليس فيه وقت أي عدد معين^(٦٣٣)، ويعبر عنه بالتعزير ويلزم على ذلك حرمتها للأخير مؤبداً.

ويشهد لما ذكر صحبة ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلقها، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق قال: «يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتد، ثمّ ترجع إلى زوجها الأول». ^(٦٣٤) وظاهر الحد حدّ شهادة الزور.

وبالجملة: فذكر الحدّ في الصحيحة قرينة جليّة على وقوع الطلاق بشهادة الزور أو اعتراف الشاهدين بأنهما قد شهدا بالطلاق زوراً في كلتا صورتين.

.

(٦٣٣) الوسائل: ١٨، الباب ١٥ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٠١: ٢٤٤.

(٦٣٤) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٤١.

ومنها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلقها وتزوجت بعد عدتها
بأخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق وكذب أحد الشاهدين نفسه، وفي هذا الفرض أيضاً يحكم
ببطلان الزواج الثاني وضمن الشاهد الذي كذب نفسه المهر.

ويشهد لذلك صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «في رجلين شهدا على
رجل غائب عن امرأته أنّه طلقها، فاعتدت المرأة وتزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم
أنّه لم يطلقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: لا سبيل للأخير عليها ويؤخذ الصداق من الذي
شهد ورجع، فيردّ على الأخير ويفرق بينهما وتعدّ من الأخير ولا يقر بها الأوّل حتى تنقضي
عدتها». (٦٣٥)

وما قيل من أنّ الدخول من الثاني يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمن الشاهدين
الراجعين أو الشاهد الذي كذب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد في مقابل النص، وقد ثبت
الضمن على الغير في بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال إنّ الحكم ممّا لا ينبغي التأمّل فيه في مورد شهادة الزور، وأمّا عمومه فيما
إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما وقالوا: تعمدنا، أو قال أحدهما: تعمدت، فهذا لا يوجب بطلان
الشهادة الأولى وعدم ثبوت الطلاق، خصوصاً فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد
صحيحة محمد بن مسلم.

ولكن لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم في صورة الشهادة
على الغائب بطلاق زوجته كذلك، بلا فرق بين ظهور شهادة الزور في الشهادة بالطلاق أو
اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زوراً، وحتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتماداً
على الشهادة المزبورة.

.

ولا يجري هذا فيما إذا كان شهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، ولكن كان رجوع
الشاهدين أو أحدهما بدعوى الخطأ والتشكيك في تلك الشهادة، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق
قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ لَمْ يَفْرُضْ فِي الصَّحِيحَتَيْنِ حُكْمَ الْحَاكِمِ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ وَرَفْعِ الْيَدِ
عَنْ نَفْوَذِهِ فِي صُورَةِ اعْتِرَافِهِمَا بِالْتَعَمُّدِ فِي شَهَادَتِهِمَا كَذِبًا، فَضْلًا عَنْ اعْتِرَافِ أَحَدِهِمَا
بِلا موجب، وهذا غير بعيد، والله العالم.

ومنها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدَّتْ ثم تزوجت فجاءها زوجها، و في هذه
الصورة يحكم ببطلان الزواج الثاني بل حرمتها عليه مؤبداً.

وفي صحيحة أبي بصير في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات، فتزوجت، ثم
جاء زوجها الأول قال: «لها المهر بما استحلَّ من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد،
ويضمنان المهر لها بما غرَّ الرجل، ثم تعتد، وترجع إلى زوجها الأول». (٦٣٦)

ولا يفرق في هذه الصورة حكم الحاكم وعدمه لبطلان الحكم بظهور حياة الزوج،
وضرب الحد قرينة واضحة على أنها ناظرة إلى صورة وقوع الشهادة زوراً وعمداً،
فلا يستظهر الضمان في صورة دعوى الاشتباه والخطأ، خصوصاً بملاحظة التعبير فيها عن
الضمان بما غرَّ الرجل، وأن يقال إنَّ هذا التعبير في نسخة.

فروع:

الأول: إذا رجعا معاً ضمناً بالسوية، وإن رجعا أحدهما ضمن النصف [١]، ولو ثبت

[١] الوجه في ذلك، أنه يستفاد مما ورد في شاهد الزور أن شهادته تسبب في اتلاف
المال بحسب شهادته، وتقدم أيضاً عدم الفرق في التسبب للاتلاف بين شهادة الزور وبين
الرجوع بعد الحكم، وذكرنا أنه يمكن استفادة الضمان بالرجوع بعد الحكم من معتبرة السكوني
عن جعفر عن أبيه عن علي (عليه السلام) أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «من شهد عندنا ثم غير
أخذناه بالأول وطرحنا الأخير» (٦٣٧)، حيث إنَّ ظاهر أخذ الشاهد بالشهادة الأولى مع تغييره
إياها بعد الحكم تضمينه.

وعلى ذلك، فلو كان الثابت بشهادة رجلين ورجعا فعلى كل واحد النصف، وإن رجعا
أحدهما دون الآخر فعلى الراجع النصف دون الزائد، ولو كان بشهادة رجل وامرأتين ورجعا
الرجل فعليه النصف وإن رجعت إحداهما فعليها الربع.

(٦٣٦) الوسائل: ١٨، الباب ١٣ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٤٢.

(٦٣٧) الوسائل: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٤: ٢٣٩.

وهذا كله فيما إذا ثبت المال بالشهادة، وأما إذا ثبت بشهادة رجل ويمين المدعي، أو بشهادة امرأتين مع يمينه، فقد يقال في الفرض الأول: إن رجوع الرجل فعليه النصف، وفي الفرض الثاني: إن رجعت المرأتان فعليهما النصف، وإن رجعت احدهما فعليها الربع، لأن ثبوت المال واتلافه مستند إلى حلف المدعي وشهادة الرجل، أو إلى حلفه وشهادة المرأتين التي تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل.

وقد يقال بعدم التقسيط على الحلف، بل يكون تمام الضمان على الرجل في الأول وعلى المرأتين في الثاني، حيث إن المال يثبت بشهادته أو شهادتهما ويمين المدعي شرط في قبول شهادته أو في قبول شهادتهما.

ولكن ظاهر ما ورد في ثبوت الدعوى بشاهد ويمين كون ثبوتها بهما معاً، وعليه بشاهد وامرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف وضمنت كل واحدة الربع، ولو كان عشر نسوة مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس [١]، وفيه تردد.

فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف.

وأما إذا رجع المدعي في حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال ولو بحسب الظاهر يعني الحكم الظاهري فيضمن المال، بل عليه رد العين إلى المدعي عليه أخذاً باقراره، ولا أثر لرجوع الشاهد في الفرض كما لا يخفى، لأن مع اعتراف المدعي بعدم استحقاقه المال لا تكون شهادة الشاهد اتلافاً رجوع أم لا، ولذا يقال: كل مقام يرجع المدعي فيه يختص بضمان ما استوفاه ولاغرم على الشاهد.

[١] ضمان السدس مبني على الالتزام بأمرين:

الأول: أن شهادة كل امرأتين تساوي شهادة رجل واحد فيما يقبل شهادة النساء منضمة إلى الرجل وكن النساء أزيد من العدد المعتبر في قبول شهادتهن مع الرجل، وفي مقابل ذلك من يلتزم بأن شهادة مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوي شهادة رجل واحد.

الثاني: أن يلتزم مع كون الشهادة أزيد من العدد اللازم في ثبوت المشهود به، بأن الغرم يقسط على الجميع بحساب شهادتهم، لأن الحكم يثبت بشهادة الجميع، وفي مقابل ذلك القول بأنه لا يثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبراً في ثبوت المشهود به، فلعدم دخالة شهادته في ثبوته لا يغرم مع رجوعه.

وإذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشرة نسوة إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهود به، وإن يثبت على كل امرأة ترجع في شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، وبما أن الأمرين كل منهما مورد المناقشة كما نذكر في الفرع الثاني تردّد في الغرم بالسدس.

الثاني: لو كان الشهود ثلاثة، ضمن كل واحد منهم الثلث، ولو رجع واحد منفرداً، وربما خطر أنه لا يضمن لأنّ في الباقيين ثبوت الحق [١]، ولا يضمن الشاهد ما يحكم به

[١] قد يقال كما عن الشيخ وجماعة إنّ الشهادة إذا كانت بأكثر ممّا يعتبر في ثبوت المشهود به، فعلى الرجوع بعد الحكم الغرم بحسب شهادته في الواقعة، فلو كان ثبوت المال بشهادة ثلاثة رجال فرجع أحدهم بعد الحكم فيضمن ثلث المال، ويستدلّ على ذلك بوجهين: الأول: إنّ الشهادة الزائدة وإن لم تكن معتبرة في الحكم بثبوت المشهود به إلا أنّ الحكم بثبوته فعلاً مستند إلى شهادة الجميع، وعليه فمن رجع فعليه الغرم بحسب شهادته.

وفيه: إنّ الحكم وإن صدر بعد شهادة الجميع، إلا أنّ شهادة الزائدة غير دخيلة في ثبوته، فالراجع عن شهادته مع كون شهادته زائدة على النصاب لم يتلف على المشهود عليه شيئاً. الثاني: الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شاهد الزور ماتوبته؟ قال: «يؤدى من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا وآخر معه»^(٦٣٨)، حيث قيل: ولو لم يكن التقسيط بحسب شهادة الشهود أجمع لم يكن في البين التقسيط بالثلث، فإنّه لا يعتبر في ثبوت المال شهادة ثلاثة رجال. وفيه: أنّه لا دلالة للصحيفة على التقسيط، فإنّ موردها شهادة الزور، وفي مورد شهادة الزور يكون اتلاف المال على المشهود عليه مع عدم بقائه مستنداً إلى شهادة الإثنيين، وبما أنّه لا يتعين للإثنين يقسّم الغرم على الجميع، ونظيره ما إذا رجع بشهادة غيره للمشهود له، والأول اختيار الشيخ - رحمه الله - ، وكذا لو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كل واحدة نصف السدس لاشتراكهم في نقل المال، والإشكال فيه كما في الأول [١].

الشهود الثلاثة عن شهادتهم بعد الحكم، فإنّ الغرم على الإثنيين منهم، ولكن بما أنّه لامعّين للإثنين يقسّم الغرم على الجميع.

ويترتب على ذلك أنه لو رجع اثنان منهم بعد الحكم فيغرم الراجعان نصف المال، لأنَّ شهادة رجلين هو الموجب للحكم وأحدهما لم يرجع ورجع الآخر، وبما أنه لامعين لذلك الآخر فيغرمان النصف المزبور.

ولكن يمكن أن يجاب عن المناقشة في دلالة الصحيحة، بأنَّه لو كان ضمان الثلث من هذه الجهة لكان على الإمام (عليه السلام) أن يحكم بضمان شاهدي الزور للذين شهدا أولاً، لا الحكم بضمان الثلث مطلقاً حتى في صورة العلم، بأنَّ أي من الشهود شهد أخيراً، وعليه يقوى الحكم بالتقسيط بحسب شهادة الشهود. وبهذا يظهر الحال في باقي الفروض.

وبالجملة: تحديد البينة بشاهدي العدل إنما هو بالاضافة إلى الأقل، نظير تحديد أقل الجمع بثلاثة والزائد على شاهدي العدل مع وجوده يدخل في البينة، كما يدل على ذلك ما ورد في تعارض البينتين في بعض الموارد من تقديم بينة يكثر أفرادها على البينة الأخرى.

[١] قد تقدم أنَّ في ضمان الرجل السدس وفي ضمان كل امرأة نصف السدس اشكالا آخر غير اشكال التقسيط، وهو بما أنه يعتبر في سماع شهادتهن انضمام الرجل فيثبت بشهادة الرجل نصف المال ويقسطنصفه الآخر على شهادتهن بناءً على التقسيط، فيكون على كل امرأة ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

الثالث: لو حكم، فقامت البينة بالجرح مطلقاً، لم ينقض الحكم [١]، لاحتمال التجدد بعد الحكم، ولو تعيّن الوقت و هو متقدّم على الشهادة نقض، ولو كان بعد الشهادة وقبل الحكم لم ينقض.

وبالجملة: فلم تنزل شهادة الرجل منزل شهادة المرأتين فما زاد ليكون عليه سدس المال، بل المرأتين فما زاد نزلت شهادتهما منزلة شهادة رجل واحد.

[١] مراده (فسر سره) إذا قامت بينة بفسق الشاهدين اللذين صدر الحكم بشهادتهما وكانت البينة القائمة بعد الحكم مطلقة، يعني لم يعين أنّهما كانا فاسقين عند شهادتهما لم ينقض الحكم، لإحتمال حدوث فسقهما بعد الحكم، فلم يظهر الخلل في ميزان الحكم الصادر.

وكذا الحال فيما عيّن فسقهما بعد اداء شهادتهما وقبل الحكم، لماتقدم من أن طريان الفسق على الشاهد بعد اداء شهادته لا يضرّ بالحكم، حيث إنَّ المعترف عدالة الشاهد عند اداء شهادته. نعم، إذا شهدت البينة بفسقهما حال اداء شهادتهما أو فسق أحدهما في تلك الحال نقض الحكم، لقيام البينة بأنَّ الحكم لم يكن بميزان القضاء.

ودعوى أن الميزان في القضاء عدالة شاهدي البينة عند أداء الشهادة واقعاً أو ظاهراً ولا يعتبر خصوص العدل الواقعي، فلا يكون قيام البينة بفسقهما حال ادائهما الشهادة مضراً بصحة الحكم الصادر لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ الاكتفاء بالعدل الظاهري نظير الاكتفاء بأحراز الشرط بالحكم الظاهري في سائر الموارد، ولا يسقط في تلك الموارد واقع الشيء عن الشرطية كما هو الحال في المقام أيضاً، فإنّه مقتضى الخطابات الواردة في عدم قبول شهادة الفاسق وشارب الخمر أو غيره.

ودعوى أنّ الظفر بالبيّنة بعد الحكم لا يوجب نقض الحكم، فكيف يكون الظفر وإذا نقض الحكم فإن كان قتلاً أو جرحاً فلا قود [١]، والدية في بيت المال، ولو كان المباشر للقصاص هو الولي، ففي ضمانه تردّد، والأشبه أنّه لا يضمن، مع حكم الحاكم وإذنه، ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الدية.

بالبيّنة الجارحة موجباً له لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ البيّنة التي لا يفيد الظفر بها بعد الحكم هي بيّنة المدعي بدعواه، فإنّه إذا لم يقم البيّنة وطالب الخصم باليمين وحلف على نفي دعواه فلا يفيد الظفر بها بعد الحكم، كما تقدم في بحث القضاء، وتقدم أيضاً عدم جواز نقضه فيما إذا تبدل رأي القاضي واجتهاده، فإنّه لا يجوز له ولا لقاض آخر نقض الحكم الصادر من قبل. [١] ثمّ إنّ نقض الحكم عند تبين فسق الشهود أو قيام البيّنة الجارحة وقد استوفي الحكم، فإن كان الاستيفاء بالقتل والجرح والقطع، سواء كان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء كان المستوفى هو الحاكم أم غيره، وسواء كان الغير ممّن وكلّه الحاكم أم الولي أو من وكلّه الولي، حيث إنّ القصاص والقود يثبت على من جنى عمداً و ظلماً، والمفروض عدم تحقق ذلك.

نعم، إذا كان القطع أو القتل في الحد يثبت الدية على بيت المال، وكذلك القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم وإذنه كما إذا كان وليّ الدم أو المجنى عليه قاصراً، وذلك فإنّ بيت المال معدّ لمصالح المسلمين والدية في المقام منها، حيث لا يمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكلّه، فإنّ ذلك ينجرّ إلى سدّ اجراء الحدّ وترك الحكم بالشهادة أو استيفاء الحقوق.

مضافاً إلى ما ورد في رواية الأصبع بن نباتة قال: قال: أمير المؤمنين (عليه السلام): «إن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين». (٦٣٩) ونحوها ما رواه أمّا لو كان مالاً فإنّه يُستعاد إن كانت العين باقية، وإن كانت تالفة فعلى المشهود له، لأنّه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، ولو كان معسراً، قال الشيخ: ضمن الإمام ويرجع به على

المحكوم له إذا أيسر، وفيه إشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له، بتلف المال في يده، فلاوجه لضمان الحاكم.

الكليني في الموثق عن أبي مريم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال «قضى أمير المؤمنين ان ما اخطأت به القضاة في دم او قطع فعلى بيت مال المسلمين». (٦٤٠)
وأما إذا كان قصاصاً استوفاه الولي، فعن الماتن (قدس سره) إن كان استيفاء الولي باذن الحاكم فعلى بيت المال وإلا كان في ماله.
ولكن الأظهر عدم الفرق بين إذن الحاكم وعدمه، حيث وظيفة الحاكم الحكم بثبوت القصاص للولي واستيفاءه أو العفو عنه أو المصالحة بالدية، فهذا كله للولي، وإذا اختار القصاص وانكشف الخطأ فلا موجب لضمان غيره، بل ما دل على أن على الجاني خطأ الدية يعم الولي.

وبالجملة: إذن الحاكم في الاستيفاء غير شرط في القصاص وأمره موكول إلى الولي، فلا موجب لضمان الحاكم و لو بمعنى اعطاء الدية من بيت المال.
لايقال: عموم ما دل على ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين يشمل صورة استيفاء الولي أو وكيله.
فإنه يقال: مع أنه يمكن أن يقال: إن ذكر القطع وعدم ذكر الجرح قرينة على اختصاصه بالحد، إن الروايتين لضعف سندهما تأييد لما ذكرناه.
من القرينة على عدم ضمان الحاكم أو وكيله والمقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه ومما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوى انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب،
مسائل:

الأولى: إذا شهد اثنان ان الميت أعتق أحد ممالিকে وقيمته الثلث، وشهد آخرا ن أو الورثة أن العتق لغيره وقيمته الثلث، فإن قلنا: المنجزات من الأصل، عتقا [١]، وان قلنا: تخرج من الثلث ، فقد أعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صحّ عتقه، وبطل الآخر، وان جهل استخرج بالقرعة، ولو اتفق عتقهما في حالة واحدة، قال الشيخ: يقرع بينهما ويعتق المقروع، ولو اختلفت قيمتهما، اعتق المقروع، فإن كان بقدر الثلث صحّ وبطل الآخر، وإن كان أزيد صحّ العتق منه في القدر الذي يحتمله الثلث، وان نقص أكملنا الثلث من الآخر.

والوجه في عدم المجال أنّ عملهم لعلّه كان بتلك القرينة.

وأما لو كان المشهود به مالا فمع بقاءه تستعاد العين ومع تلفه في يد المشهود له يكون عليه ضمانه حيث تلف مال الغير بيده.

نعم، لو جرت يد القاضى أو وكيله على المال فلا يبعد جواز رجوع المشهود عليه على القاضى، ويكون ضمانه على بيت المال وبعد ادائه يرجع إلى من تلف المال بيده لاستقرار الضمان عليه، على ما ذكر في قاعدة تعاقب الأيدي على مال الغير، فإنّ الضمان وإن كان على كل من جرت يده على العين إلا أنّ استقراره على من تلفت في يده.

[١] هذا فيما إذا احتمل عتق كل منهما، ومع العلم بأنّه لم يعتق إلا أحدهما فيقرع في المعتق، كما يستفاد ذلك من بعض ما ورد في اختلاف البيّنيتين وما إذا تردّد المعتق بين المتعدّد.

وكذلك الحال فيما لو قيل بأنّ منجزات المريض من الثلث فإنّه بناءً عليه يرجع في تعيين المعتق إلى القرعة، مع عدم احراز تقدم عتق أحدهما، وإلا صحّ عتقه وبطل عتق الآخر، ولو اعتقهما معاً فلا يبعد الحكم بصحة العتق في بعض كل منهما بحساب ثلثه ثلث المولى المعتق. الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنّه رجع عن ذلك وأوصى لخالد، قال الشيخ: يقبل شهادة الرجوع [١]، لأنهما لا يجران نفعاً، وفيه إشكال، من حيث إنّ المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعي.

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، وشهد شاهد بالرجوع وأنّه أوصى لعمرو كان لعمرو أن يحلف مع شاهده [٢]، لأنّها شهادة منفردة لا تعارض الأولى.

[١] لو كان الموصى به عيناً في يد غير الوارث فشهادة الورثة برجوع الموصى عن وصيته ووصيته تلك العين لخالد مسموعة كشهادة غيرهم، ولا تكون الورثة في الفرض، المدعى عليه بالاضافة إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصي ومن بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالاضافة إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لاتسمع.

وكذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعاً في التركة التي بيد الورثة كلاً وبعضاً، وقد تقدم اعتبار الشاهد في ثبوت الدعوى وكونه من غير أطراف المخاصمة.

[٢] إذا شهد اثنان بأنّ الموصى أوصى العين لزيد وشهد عدل آخر أنّه قد رجع عن تلك الوصية وأوصاها ثانياً لعمرو، يجوز لعمرو أن يحلف مع ذلك الشاهد العدل على أنّه رجع عن وصيته وأوصى العين له.

وما ذكرنا سابقاً من أنّ الشاهد العادل وحلف المدعي لا يفيد شيئاً في مقابل البيّنة لا يجري في المقام، فإنّ ما ذكرناه يختصّ بصورة تعارض البيّنة مع شاهد عدل ويمين المدعي، وفي المقام لا تعارض بينهما، حيث إنّ ما شهدت به البيّنة لزيد وصية العين له، وهذا لا ينافي رجوع الموصى عن تلك الوصية و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر.

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنّه رجع عن إحدهما، قال الشيخ: لا يقبل [١] لعدم التعيين، فهي كما لو شهد بدار لزيد أو لعمرو.

وبما أنّ دعوى المال تسمع وتثبت بشهادة عدل مع يمين المدعي، فإن حلف عمرو يحكم بأنّ العين له حيث يثبت الرجوع، وإلاّ يحكم ببقاء الوصية الأولى وإنّ العين لزيد ولكن قد تقدم في بحث القضاء إنّ مثل هذا الحكم حكم ظاهري لا قضاءً.

[١] الظاهر أنّ الشيخ - قدس سره - يعتبر في سماع البيّنة تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا تعيين لا يثبت بالبيّنة كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدعى أنّه إمّا يطالب زيداً بكذا أو عمرواً، أو يقول إنّه يطالب زيداً بالدار الفلاني أو بالمال على عهده.

وبتعبير آخر لا تسمع البيّنة مع عدم تعيين المشهود عليه ولا مع عدم تعيين المشهود به. وقد يقال: إنّه لا يعتبر التعيين، غاية الأمر يرجع في تعيين المشهود به إلى القرعة، أخذاً بما دلّ اعتبارها في إخراج الحقّ والمحقّ، واحتمل الرجوع إلى القسمة بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها.

أقول: إن كان المراد تعيين الوصية المرجوع فيها في مقام القضاء لا يكون بالبيّنة المزبورة، كما إذا ادعى الورثة على الوصي أو الموصى له، بأن الموصى قد رجع في الوصية الفلانيّة، ولكن شهدت بيّناتهم برجوعه في إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثة، فلا يثبت بها دعوى الورثة ولا بالقرعة المنضمة إليها، لأنّ الدعوى تثبت بالبيّنة والمفروض أنّها لم تقم بها والقرعة لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

وإن كان المراد أنّ البيّنة المزبورة غير معتبرة في مقام تعيين الوظيفة على الوصي أو الورثة، فهو غير صحيح، لأنّه بعد ثبوت رجوع الموصى عن إحدى الوصيتين يؤخذ

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق [١] وأقام بيّنة تفتقر إلى البحث ولو سأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرّق، وكذا قال لو أقام مدعي المال شاهداً واحداً، وادّعى أنه له آخر، وسأل حبس الغريم، لأنه متمكّن من اثبات حقّه باليمين، وفي الكل إشكال، لأنه تعجيل العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

بالقرعة في تعيينهما، كما إذا صرّح الموصي برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذاً بالاطلاق الوارد في بعض رواياتها كما تقدم سابقاً.

وأما الرجوع إلى القسمة فلا دليل عليه في المقام بدعوى قاعدة العدل والانصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصي له بين شخصين، فإنّ تلك القاعدة لم تثبت بعنوان القاعدة، نعم ورد القسمة في بعض صغرياتنا كتلف الوديعة ونحوها، والتقسيم في مورد الوصية فيما إذا كانت الوصايا متعددة وقصر الثلث عن الوفاء بها في غير الموارد التي تثبت فيها تقديم بعضها.

[١] المراد أنه إذا ادّعى العبد عتقه وأقام شاهداً على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تزكيتهما وسأل العبد القاضي أن يفرّق بينه وبين مولاه حتى تثبت تزكية شاهديه.

قال الشيخ - قدس سرّه - يفرّق، وذكر في المسالك في وجه وجوب الإجابة بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته والتزكية تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العدالة حتى يثبت الجرح، ولأنّ مدعي العتق ربّما تكون أمة فعدم التفريق بينها وبين مولاهما ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدّم إلى موافقتها أو إلى غيرها.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهادة يحتاج إلى تزكية الشاهدين ولم تثبت وأنّ الأصل العدالة لا أساس له.

وبالجملة: سؤال التفريق في الفرع كسؤال الحبس في الفرع الثاني، وهو ما إذا أقام

.

المدّعي شاهداً على دعوى المال على الغير وادّعى أنه له شاهداً آخر وسأل الحاكم حبس غريمه، فإنه قيل بوجوب الإجابة على الحاكم، لأنّ المدّعي يتمكن على إثبات دعواه بضمّ يمينه إلى شاهده، ولكن القول المزبور غير صحيح، لأنه من العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

نعم، يجوز في بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، وهذا أمر آخر وبعنوان آخر كما تقدم في بحث القضاء

ثم إنه قد ألحق بالمسائل المتقدمة مسائل أخرى.

وذكر في السادسة منها:

إنّ المصرّح به في كلام العلامة وبعض آخر عدم الفرق في الضمان بين شهود الدعوى وشهود التزكية، فلو زكىّ اثنان شهود الزنا وكان تركيتهما بنحو التعمّد بالكذب، وعلم ذلك بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكبين، نعم لا يقتص منها بل يؤخذ منهما الدية لأنّ الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب في شهادته به.

وبالجملة: القصاص في مورد كذب الشاهد في شهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعمّد في شهادته به من غير علم، وهذا لا يجري في شاهدي التزكية لاحتمالهما صدق شهود الزنا وإنّما كذبا في شهادتهما بتزكية الشهود والحكم بضمانهما الدية لبعض ما ورد في ضمان الدية من أنّه لا يذهب دم المسلم هدرًا، ولو فرض في مورد علمهما بكذب شهود الزنا في شهادتهم على المشهود عليه فلا يعدّ ثبوت القصاص في شهادتهما بتزكية شهود الزنا كذبًا لاستناد القتل إلى تعمّدهما في شهادتهما بالتزكية زورًا.

.

ثم هل يؤخذ من المزكبين مع ظهور كذبهما في التزكية أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الدية أو نصفها، فقد يقال يأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى شهود الزنا وشاهدي التزكية فشهادتهما معاً كشهادة رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهادة رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكره فيما ثبت بشهادة رجل وعشرة نسوة من التسيط المتقدم أن يكون الدية الثابت على المزكبين ثلثًا لا نصفًا، لأنّ قتل المشهود عليه لشهادة ستة أربعة بالزنا واثنان بعدالتهم، اللهم إلا أن يقال باختلاف المشهود به في المقام دون ما تقدم.

وكيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكية في شهادتهم بتزكية الشهود ولم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكية بل ظهر فسق شاهدي التزكية فالضمان على بيت المال كما تقدم في فرض ظهور فسق شهود الواقعة.

المسألة السابعة:

لو شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمّد وإن قالوا أخطأنا تؤخذ منهم الدية على نحو التقسيط الآتي، وإن اقتصّ منهما يردّ على وليّهما بقدر نصيب شهود الزنا من الدية كما أنّه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمدنا، اقتصّ منهم ويردّ على وليّهم بقدر ما على شاهدي الإحصان على تقدير رجوعهما وقولهما: أخطأنا.

ولو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصاً أو ديةً لاشتراكهم في التسبب إلى القتل على قرار ما تقدم في شاهدي التزكية من التسبب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسوية، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدي الإحصان بالنصف وعلى شهود الزنا بالنصف الآخر.

.

وعلى ذلك فلو كان اثنان من شهود الزنا شاهدي الإحصان فرجع كلّهم يكون الضمان على شهود الإحصان بثلاثة أرباع الدية، على القول بالنصف ربعان لشهادتهما بالإحصان والربع لشهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شهادتهما بالإحصان والزنا كما هو الفرض، ويكون على الشاهدين الآخرين ربع الدية، وعلى القول بالتسوية يكون على شاهدي الرجوع ثلثا الدية وعلى الآخرين من شهود الزنا ثلثها الباقي لأنّ القتل كأنه وقع بفعل ستة أشخاص.

ويحتمل أن يكون لكل من الشهود الأربعة ربع الدية، لأنّ الجناية من شهود الإحصان وإن تعدّد إلا أنّ الدية لا تقسّم على الجناية بل على الرؤوس، كما إذا قتلا شخصاً أحدهما ضربه ضربتين والآخر ضربة واحدة فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسألة الثامنة:

إذا رجع المعرفان عن الشهادة بعد حكم الحاكم، كما إذا شهد أعميان عند الحاكم بأنّ زيد بن خالد اقترض من عمرو كذا، وشهد المعرفان بأنّ زيد بن خالد المدعى عليه هو الذي أحضره المدعى، ثمّ رجعا عن شهادتهما وقالوا: شككنا في المشهود عليه في شهادة الأعميين هل هو هذا أو غيره، غرّما المال المأخوذ من المدعى عليه الحاضر، فهل يضمنان نصفه أو تمامه.

ووجه ضمان النصف أنّ المال المأخوذ من الحاضر بشهادة الشاهدين والمعرفين معاً، ومقتضى ذلك ضمان المعرفين النصف والأصل براءة ذمتهم عن ضمان النصف الآخر، ولا يعارض لأصالة براءة ذمة الأعميين لأنهما لم يرجعا عن شهادتهما، ووجه ضمان الكل أنّ

الموجب لتمام شهادة كل من الأعميين وصيرورتها شهادة على الحاضر حصل بالمعرفين،
فيسند الاتلاف على الحاضر إليهما
.....

لا إلى الشاهدين بالدين.

ولا يخفى أنّ الصحيح هو الثاني، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحة شهادة
الشاهدين، ومع عدمه يكون عليه غرم ربع المال ولذا لو رجع المعرفان والشاهدان يتعين
القول بالتقسيت على الجميع.

المسألة التاسعة:

إذا ثبت الحكم بشهادة شاهدي الفرع على كل من شاهدي الأصل ثم رجعا عن شهادتهما،
فيضمن الفرع برجوعهما في شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما في شهادتهما، وإذا حضر
شاهدا الأصل ولم يكذبا شاهدي الفرع في رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، وأما إذا
كذباهما في رجوعهما بأن قالوا: شهادة شاهدي الفرع كانت صحيحة، فقد يقال: إن رجوعهما
كالعدم في عدم كونه موجبا لزمانهما، فإن تكذيب الأصل شهادة بأن شاهدي الفرع لم يتلغا
على المشهود عليه مالا.

وفيه: إنّ البيّنة لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنه بشهادته أتلغ المال على
المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجدانا خلافة ومع البيّنة، خصوصا مع عدم اعتبارها لا
يعلم الخلاف كما هو الحال في كل بيّنة ينفيا اقرار المقرّ.

وكيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدي الفرع بشهادة كل من الأصل، ثم رجعا ضمن
كل من شاهدي الفرع نصف المال لأنهما معا بشهادتهما أتلغا على المشهود عليه كل المال،
ولو رجع كل من الفرعين عن الشهادة بأحد الأصليين أي بالمعين من شاهدي الأصل ضمن
كل منهما ربع المال لأن رجوعهما معا بمنزلة رجوع أحد الأصليين. وما في الجواهر من
احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصليين لم يعلم وجهه.

.....

ولكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهادة بشهادة أحد الأصليين والآخر من الفرعين عن
الشهادة بشهادة الأصل الآخر ضمنا كل المال لأنهما برجوعهما كذلك قد أوجدا الخلل في

شهادة كل من الأصليين حيث لا تثبت شهادة أي من الأصليين إلا بشهادة الفرعين على كل منهما.

ولكن لا يخفى أن الموجب لضمان الشاهد اتلاف المال على المشهود عليه بشهادته، وفي المفروض كل من شاهدي الفرع وان تلف على المشهود عليه نصف المال إلا أنه ليس اتلافه بانفراده بل منضمماً إلى شهادة صاحبه الذي لم يعترف باتلافه لعدم رجوعه عن تلك الشهادة التي رجع عنها الفرع الآخر.

المسألة العاشرة:

قد تقدم حرمة شهادة الزور ويعزّر مرتكبها وارتكابها كترك الشهادة وكتمانها في مقام وجوب الاداء من الكبائر، كما ورد في صحيحة عبد العظيم الحسني الواردة في الكبائر، وتزيد على الكتمان بكونها كذباً، حيث ورد فيها: «وشهادة الزور وكتمان الشهادة، لأنّ الله عزّوجلّ يقول: (ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)».

وفي موثقة سماعة: «شهود الزور يجلدون حداً ليس له وقت»، ونحوها رواية عبد الله بن سنان، وفي معتبرة غياث بن إبراهيم: «إنّ علياً (عليه السلام) كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريباً بعث به إلى حيّه، وإن سوقياً بعث به إلى سوقه فطيف به، ثمّ يحبسه أيّاماً ثمّ يخلي سبيله»، وقد تقدم في صحيحة محمد بن مسلم^(٦٤١) وصحيحة جميل^(٦٤٢) ضمانه ما أتلف على المشهود عليه بشهادته.

.

وكتمان الشهادة في مقام وجوب ادائها، كما تقدم في بحث وجوب الاداء، وإن كان محرماً إلاّ أنّه لا يوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد في شاهد الزور والكاتم بترك الشهادة لا يدخل فيه واتلاف الحق أو المال لا يستند إلى ترك الشهادة، فإنّ الحكم من الحاكم يستند إلى غيره من البيّنة أو الحلف كما لا يخفى، إلى هنا انتهى ما أوردناه من مباحث الشهادات.

٦٤١. الوسائل: ٢٧، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٣٢٧.

٦٤٢. الوسائل: ٢٧، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و ٢: ٣٢٧.

فهرس الكتاب

كتاب القضاء

- معنى القضاء والحكم والفرق بينه وبين الفتوى ٧...
في صفات القاضي ١٣...
اعتبار الذكورة في القاضي ١٥...
اعتبار الاجتهاد في القاضي ١٩...
اشتراط ثبوت الولاية بإذن الإمام أو منصوبه ٢٦...
عدم جواز الترافع إلى قضاة الجور ٢٨...
استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه ٣١...
حكم ما لو تعدد القابلون للقضاء ٣٣...
ما يثبت به ولاية القاضي ٤٤...
جواز نصب قاضيين في البلد الواحد ٤٩...
ما يوجب انعزال القاضي ٥٥...
عدم نفوذ حكم من لا تقبل شهادته ٥٧...
آداب المستحبة للقاضي ٦٥...
آداب المكروهة للقاضي ٧١...
جواز أن يقضى الإمام بعلمه ٧٦...
امام يقضى بعلمه مطلقا ٧٦...
حكم ما لو لم يعرف الحاكم عدالة البيّنة ٨٣...
عدم جواز نقض حكم الحاكم إلا مع ثبوت خطأه ٨٦...
اعتبار التعدد والعدالة في المترجم ٩٠...
الشرائط المعتمدة في كاتب القاضي ٩٣...
عدم جواز التعديل على حسن الظاهر في التعديل ٩٩...
استحباب تفريق الشهود ١٠٣...
ما يعتبر في الشهادة بالجرح ١٠٥...

- احضار الخصم مجلس القضاء... ١١٣
- التسوية بين الخصمين... ١٢٣
- عدم سماع الدعوى المجهولة... ١٢٨
- موارد اعتبار الجزم في سماع الدعوى... ١٣١
- جواب المدعى عليه على ثلاثة أقسام... ١٣٨
- حكم دعوى الغريم الاعسار... ١٤١
- حكم انكار المدعى عليه... ١٤٤
- سقوط الدعوى بحلف المنكر... ١٤٧
- ردّ اليمين على المدعي... ١٥٠
- بذل المنكر يمينه بعد النكول... ١٥٧
- استحلاف المدعي مع البيّنة... ١٦٢
- الدعوى على الميت... ١٧٠
- سكوت المدعى عليه عن الجواب... ١٨٠
- عدم جواز الاحلاف بغير الله... ١٩٠
- عدم جواز الاجبار على التغليظ... ١٩٩
- استحلاف الأخرس والمرأة... ٢٠٣
- توجه اليمين على المنكر والمدعي... ٢٠٥
- انقلاب المدعي والمنكر... ٢١٣
- عدم سماع الدعوى في الحدود بلا بيّنة... ٢١٨
- قبول دعوى صاحب النصاب بلا يمين... ٢٢١
- من لا تقبل دعواه بلا يمين... ٢٢٩
- لو كان على الميت دين... ٢٣٥
- الحكم بالشاهد واليمين... ٢٣٨
- ما ثبت فيها الحكم بالشاهد واليمين... ٢٤٥
- كتاب قاض إلى قاض... ٢٦٠
- الشرائط المعتبرة في القاسم... ٢٧٣
- أجرة القسّام... ٢٨١
- انواع المقسوم... ٢٨٣
- كيفية القسمة... ٢٨٦

- قسمة الأموال والأموال المتعددة... ٢٩٣
- دعوى استحقاق الغير المال بعد القسمة... ٢٩٥
- تعريف المدعى والمدعى عليه... ٣٠٣
- شروط سماع الدعوى... ٣٠٨
- التماس المنكر استحلاف المدعي... ٣١٣
- عدم اعتبار التفصيل في صحة الدعوى... ٣٢٠
- أقسام الحق... ٣٢٧
- متاع السفينة إذا غرقت... ٣٣٦
- تنازع الاثنيين في عين... ٣٤٠
- وقوع التعارض بين البيئتين... ٣٤٧
- الموارد التي يقضى فيه بالقسمة... ٣٥٩
- الاختلاف في ملكية عين بيد الثالث... ٣٦٨
- قبول البيئته على الملك السابق... ٣٧١
- الاختلاف في عقد الاجارة والبيع... ٣٧٣
- الاختلاف في دعوى العقود... ٣٧٨
- موارد سقوط البيئته... ٣٨٩
- تنازع الاثنيين في دار... ٣٩٥
- تنازع المتعديين في عين... ٣٩٧
- اختلاف الزوجين في متاع البيت... ٤٠٤
- الاختلاف في المواريث... ٤٠٩
- الاختلاف في الولد... ٤١٩

كتاب الشهادات

- اشتراط البلوغ في الشاهد... ٤٢٥
- اشتراط العقل في الشاهد... ٤٣٠
- اشتراط الإيمان في الشاهد... ٤٣٢
- سماع شهادة الكافر... ٤٣٦
- اشتراط العدالة في الشاهد... ٤٤٤
- فيما يقدر في العدالة... ٤٥٥

- عدم سماع الشهادة في موارد التهمة ٤٦٢...
- عدم قدح قرابة الشاهد للمدعي في الشهادة... ٤٧٢
- شهادة الزوج لزوجته وبالعكس ٤٧٥...
- سماع شهادة الصغير ٤٧٩...
- سماع شهادة العبد ٤٨١...
- تحمل الشهادة وعدم اعتبار الاستشهاد فيه ٤٨٨...
- توبة الشاهد في مجلس الحكم ٤٩٣...
- اشتراط طهارة المولد في الشاهد... ٤٩٨
- اعتبار الصحة في تحمل الشهادة... ٥٠١
- الشهادة استناداً إلى الاستصحاب... ٥٠٦
- الشهادة اعتماداً على الاستفاضة... ٥١١
- تعارض اليد مع الاستفاضة ٥١٢...
- الشهادة بالملك اعتماداً على التصرف ٥١٣...
- القضاء بالوقف والنكاح بالاستفاضة... ٥١٧
- شهادة الأخرس والأعمى ٥١٩...
- أقسام الحدود والمثبت لها ٥٢٣...
- ما يثبت به الزنا... ٥٢٤
- ما يثبت بشاهدين ٥٢٧...
- ما يثبت بشهادة العدلين خاصة ٥٣٠...
- ما لا يثبت بشهادة النساء ٥٣٤...
- ما يثبت بالنساء منفردات ومنظمات ٥٤٠...
- ما يعتبر في قبول شهادة النساء ٥٤٦...
- اعتبار شهادة العدلين في بعض العقود ٥٤٧...
- نفوذ حكم الحاكم ظاهراً لا واقعاً... ٥٤٩
- وجوب الاجابة إلى تحمل الشهادة ٥٥٠...
- في الشهادة على الشهادة ٥٥٥...
- صور أداء الشهادة على الشهادة... ٥٦٣
- اعتبار اتفاق الشاهدين معنى ٥٦٥...
- حكم تعارض الشاهدين والبيّنيتين... ٥٦٧

- خروج الشاهد عن الوصف بعد شهادته ٥٧٢...
حكم ما لو رجع الشاهدان بعد الحكم ٥٧٤...
الرجوع عن الشهادة على القتل أو الجرح ٥٨٠...
الرجوع عن الشهادة على الزنا ٥٨٣...
الرجوع عن الشهادة على الطلاق ٥٨٥...
في ضمان الشهود إذا رجعوا ٥٨٩...
نقض الحكم بعد الاستيفاء والعمل به ٥٩٤...
في تحالف البيّتين لمن أوصى ٥٩٧...
فيما إذا أوصى بوصيتين منفردتين ٥٩٨...
عدم الضمان بكتمان الشهادة ٦٠٤...
فهرس الكتاب ٦٠٧...