

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء السابع والعشرون
مسالك الأفهام
إلى تنقيح شرائع الإسلام ١١



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مركز إحياء التراث الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسوعة الشهيد الثاني

الجزء السابع والعشرون

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام / ١١

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

مركز إحياء التراث الإسلامي



المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

موسوعة الشهيد الثاني

الجزء السابع والعشرون (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام / ١١)

الناشر: المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

الإعداد والتحقيق: مركز إحياء التراث الإسلامي

الطباعة: مطبعة باقري

الطبعة الأولى: ١٤٣٤ ق / ٢٠١٣ م

الكمية: ١٠٠٠ نسخة

العنوان: ١٤٣: التلسل: ٢٧٠

حقوق الطبع محفوظة للنشر

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم ٤٢

الطلفون والفاكس: ٧٨٣٢٨٣٣، التوزيع: قم ٧٨٣٢٨٣٤؛ طهران ٦٦٩٥١٥٣٤

ص. ب: ٣٧١٨٥/٣٨٥٨، الرمز البريدي: ١٦٤٣٩-٣٧١٥٦

وب سايت: www.pub.isca.ac.ir البريد الإلكتروني: nashr@isca.ac.ir

شهيد ثاني، زين الدين بن علي، ٩١١-٩٦٥ ق.

موسوعة الشهيد الثاني / الإعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي، المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية،

١٤٣٤ ق. = ٢٠١٣ م.

ج٣٠

ISBN 978-600-5570-74-8 ... (دوره)

ISBN 978-600-195-002-5 ... (ج ٢٧)

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما

کتابنامه.

مدرجات: ج. ١٧- ٢٨. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. -

١. اسلام - مجموعه ها. ٢. محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٠٢- ٦٧٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد و

تفسير. ٣. فقه جعفری - قرن ٧ ق. ٤. محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٠٢- ٦٧٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام.

شرح الف. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. مركز احیای آثار اسلامی. ب. عنوان.

٢٩٧/٠٨

BP٤/٦/ش ٩٢ م ٨

دليل

موسوعة الشهيد الثاني

المدخل = الشهيد الثاني حياته وآثاره

الجزء الأول = (١) منية المريد

الجزء الثاني = (٢ - ٦) الرسائل ١ / ٢. كشف الريبة ؛ ٣. مسكن الفؤاد ؛ ٤. التنبيهات العلية ؛
٥. البداية ؛ ٦. الرعاية لحال البداية في علم الدراية.

الجزء الثالث = (٧ - ٣٠) الرسائل ٢ / ٧. تخفيف العباد في بيان أحوال الاجتهاد ؛ ٨. تقليد الميت ؛
٩. العدالة ؛ ١٠. ماء البئر ؛ ١١. تيقن الطهارة والحدث والشك في السابق منهما ؛ ١٢. الحدث الأصغر
أثناء غسل الجنابة ؛ ١٣. النية ؛ ١٤. صلاة الجمعة ؛ ١٥. الحث على صلاة الجمعة ؛ ١٦. خصائص يوم
الجمعة ؛ ١٧. نتائج الأفكار في بيان حكم المقيمين في الأسفار ؛ ١٨. أقل ما يجب معرفته من أحكام
الحج والعمرة ؛ ١٩. نيات الحج والعمرة ؛ ٢٠. مناسك الحج والعمرة ؛ ٢١. طلاق الغائب ؛ ٢٢. ميراث
الزوجة ؛ ٢٣. الحيوة ؛ ٢٤. أجوبة مسائل شكر بن حمدان ؛ ٢٥. أجوبة مسائل السيد ابن طراد
الحسيني ؛ ٢٦. أجوبة مسائل زين الدين بن إدريس ؛ ٢٧. أجوبة مسائل الشيخ حسين بن زمعة
المدني ؛ ٢٨. أجوبة مسائل الشيخ أحمد المازحي ؛ ٢٩. أجوبة مسائل السيد شرف الدين السماكي ؛
٣٠. أجوبة المسائل النجفية.

الجزء الرابع = (٣١ - ٤٣) الرسائل ٣ / ٣١. تفسير آية البسملّة ؛ ٣٢. الإسطبوليّة في الواجبات
العينية ؛ ٣٣. الاقتصاد والإرشاد إلى طريق الاجتهاد ؛ ٣٤. وصيّة نافعة ؛ ٣٥. شرح حديث «الدنيا
مزرعة الآخرة» ؛ ٣٦. تحقيق الإجماع في زمن القنينة ؛ ٣٧. مخالفة الشيخ الطوسي (رحمه الله)
لإجماعات نفسه ؛ ٣٨. ترجمة الشهيد بقلمه الشريف ؛ ٣٩. حاشية «خلاصة الأقوال» ؛ ٤٠. حاشية
«رجال ابن داود» ؛ ٤١. الإجازات ؛ ٤٢. الإنهات والبلاغات ؛ ٤٣. الفوائد.

الجزء الخامس = (٤٤) تمهيد القواعد

الجزء السادس - الجزء التاسع = (٤٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية

الجزء العاشر والجزء الحادي عشر = (٤٦) روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان

الجزء الثاني عشر = (٤٧ - ٤٩) المقاصد العلية وحاشيتا الألفية

الجزء الثالث عشر = (٥٠) الفوائد الملية لشرح الرسالة النفلية

الجزء الرابع عشر = (٥١ و ٥٢) حاشية شرائع الإسلام وحاشية المختصر النافع

الجزء الخامس عشر = (٥٣) حاشية القواعد (فوائد القواعد)

الجزء السادس عشر = (٥٤) حاشية إرشاد الأذهان

الجزء السابع عشر - الجزء الثامن والعشرون = (٥٥) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام

الجزء التاسع والعشرون = الفهارس

فهرس الموضوعات

كتاب القضاء

- ١٧..... تعريف القضاء
- ١٩..... النظر الأول في صفات القاضي
- ٢٣..... يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام
- ٢٤..... قاضي التحكيم
- ٢٥..... ينفذ قضاء الفقيه في زمان الغيبة
- ٢٧..... وظيفة القضاء من فروض الكفاية
- ٢٩..... لو وجد من هو بالشرائط فامتنع
- ٣٣..... إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة
- ٣٥..... هل يجوز للقاضي الاستخلاف؟
- ٣٦..... أجره القاضي على بيت المال
- ٣٨..... جواز أخذ الأجرة للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي
- ٣٩..... ولاية القاضي تثبت بالاستفاضة
- ٤٢..... نصب قاضيين في البلد الواحد
- ٤٣..... إذا حدث بالقاضي ما يمنع الانعقاد
- ٤٦..... انعزال القضاة بموت الإمام عليه السلام وعدمه

- ٤٩..... كلّ من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه
- ٥١..... النظر الثاني في الآداب
- ٥١..... الآداب المستحبة
- ٥٥..... القاضي يسأل عن الأوصياء على الأيتام
- ٦٠..... الآداب المكروهة
- ٦٦..... هل يجوز قضاء القاضي بعلمه؟
- ٦٩..... هل يجوز للحاكم حبس المنكر بالتماس المدّعي؟
- ٧٠..... هل يجوز للحاكم الثاني النظر في حكم الحاكم الأول؟
- ٧٣..... ليس على الحاكم تتبّع حكم من كان قبله
- ٧٤..... إذا ادّعى رجل على المعزول عند الحاكم الجديد
- ٧٦..... إذا افتقر الحاكم إلى مترجم
- ٧٧..... الشروط التي يجب أن تتوفّر في كاتب القاضي
- ٧٨..... شروط الشاهدين
- ٩١..... لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة
- ٩٦..... الرشوة حرام على القاضي والعامل وقبول الهدية جائزة
- ١٠٠..... إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم
- ١٠٣..... النظر الثالث في كيفية الحكم
- ١٠٣..... المقصد الأول في وظائف الحاكم
- ١١١..... المقصد الثاني في مسائل متعلّقة بالدعوى
- ١١٥..... المقصد الثالث في جواب المدّعى عليه
- ١١٦..... هل يحكم على المقرّ بمجرد الإقرار؟
- ١١٧..... لو ادّعى المدّعى عليه الإعسار
- ١١٨..... لو أنكر المدّعى عليه

- ١٢٠..... إذا حلف المنكر سقطت الدعوى.
- ١٢٥..... إذا نكل المنكر عن اليمين.
- ١٢٩..... لو كان للمدعي بيّنة لم يقل الحاكم «أحضرها».
- ١٣٠..... لا يستحلف المدعي مع البيّنة.
- ١٣٤..... لو ذكر المدعي أن له بيّنة غائبة.
- ١٣٤..... إذا طلب الحاكم الجواب من المدعي عليه فسكت.
- ١٣٦..... مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب.
- ١٣٦..... يقضى على من غاب عن مجلس القضاء.
- ١٣٧..... يقضى على الغائب في حقوق الناس دون حقوق الله.
- ١٣٨..... لو كان صاحب الحقّ غائباً فطالب الوكيل.
- ١٣٩..... المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف.
- ١٣٩..... البحث الأوّل في اليمين.
- ١٤١..... لا يستحلف أحد إلا بالله.
- ١٤١..... لو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع.
- ١٤٣..... التفليظ في اليمين.
- ١٤٦..... حلف الأخرس.
- ١٤٧..... لا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه.
- ١٤٨..... البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي.
- ١٤٨..... اليمين تتوجّه على المنكر إلا ما استثنى.
- ١٥٢..... لو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف.
- ١٥٣..... يكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق.
- ١٥٤..... لو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض.
- ١٥٦..... لا يتوجّه اليمين على الوارث إلا في موارد.

- ١٥٧..... إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه.
- ١٦٠..... لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيّنة.
- ١٦٢..... منكر السرقة يتوجّه عليه اليمين لإسقاط الغرم
- ١٦٣..... لو ادّعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول
- ١٦٦..... لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين
- ١٦٧..... لو مات وعليه دين يحيط بالتركة
- ١٦٨..... البحث الثالث في اليمين مع الشاهد
- ١٦٨..... يقضى بالشاهد واليمين في الجملة
- ١٧١..... موارد ثبوت الحكم بالشاهد واليمين
- ١٧٣..... لا يثبت بالشاهد واليمين الخلع والطلاق والرجعة
- ١٧٦..... لا يحلف يثبت مالاً لغيره
- ١٧٨..... لو ادّعى الجماعة مالاً لمورّثهم وحلفوا مع شاهدهم
- ١٨١..... لو ادّعى بعض الورثة أنّ الميّت وقف عليهم داراً
- ١٨٥..... إذا ادّعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده
- ١٩٠..... لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً
- ١٩١..... خاتمة
- ١٩١..... الفصل الأوّل في كتاب قاضٍ إلى قاضٍ
- ١٩١..... أقسام إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر
- ١٩٧..... ما ينهى إلى الحاكم أمران
- ٢٠٠..... صورة الإنهاء
- ٢٠٢..... إذا أقرّ المحكوم عليه أنّه هو المشهود أو أنكر
- ٢٠٦..... الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة
- ٢٠٦..... الأوّل في القاسم

- ٢٠٧..... الشروط التي يجب توفرها في القاسم
- ٢٠٩..... أجرة القسّام من بيت المال
- ٢١١..... الثاني في المقسوم
- ٢١١..... المقسوم المتساوي الأجزاء
- ٢١٣..... المشترك غير المثلي
- ٢١٩..... الثالث في كيفية القسمة
- ٢١٩..... إن تساوت الحصص قدرأً وقيمةً
- ٢٢١..... إن تساوت الحصص قدرأً لا قيمةً أو بالعكس
- ٢٢٦..... لو اختلفت السهام والقيمة
- ٢٢٩..... مسائل ثلاث
- ٢٣١..... الرابع في اللواحق
- ٢٣١..... إذا ادعى بعد القسمة الغلط عليه
- ٢٣٣..... إذا اقتسما ثمّ ظهر البعض مستحقاً
- ٢٣٤..... لو قسّم الورثة تركةً ثمّ ظهر على الميّت دين
- ٢٣٥..... النظر الرابع في أحكام الدعوى
- ٢٣٥..... الفصل الأوّل في المدعي
- ٢٣٥..... تعريف المدعي
- ٢٤٠..... لا تفتقر صحّة الدعوى إلى الكشف في نكاح وغيره
- ٢٤٣..... الفصل الثاني في التوصل إلى الحقّ
- ٢٤٣..... متى يحتاج المستحقّ إلى المرافعة والدعوى؟
- ٢٤٥..... هل يجوز الاقتصاص من الوديعة؟
- ٢٤٨..... لو كان المال من غير جنس الموجود
- ٢٥٠..... من ادعى ما لا يد لأحدٍ عليه

- ٢٥١ المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الأملاك
- ٢٥١ لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بيّنة
- ٢٥٣ يتحقّق التعارض في الشهادة مع تحقّق التضادّ
- ٢٦٧ إذا ادّعى شيئاً فقال المدّعى عليه: هو لفلان
- ٢٦٩ إذا ادّعى أنّه أجره الدابّة، وادّعى آخر أنّه أودعه إيّاها
- ٢٧٠ لو ادّعى داراً في يد إنسان وأقام بيّنة أنّها كانت في يده أمس
- ٢٧٢ المقصد الثاني في الاختلاف في العقود
- ٢٧٢ إذا اتّفقا على استئجار دار معيّنة شهراً معيّناً واختلف في الأجرة
- ٢٧٦ لو ادّعى كلّ منهما أنّه اشترى داراً معيّنة وأقبض الثمن
- ٢٧٨ لو ادّعى اثنان أنّ ثالثاً اشترى من كلّ منهما هذا المبيع
- ٢٧٩ لو ادّعى شراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادّعى آخر شراءه من عمرو
- ٢٨١ لو ادّعى عبد أنّ مولاة أعتقه وادّعى آخر أنّ مولاة باعه منه
- ٢٨٤ إذا ادّعى دابّة في يد زيد وأقام بيّنة أنّه اشتراها من عمرو
- ٢٨٥ الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحد وادّعى رقيّته
- ٢٨٥ لو ادّعى كلّ واحد منهما أنّ الذبيحة له وفي يد كلّ واحد بعضها
- ٢٨٦ لو ادّعى شاة في يد عمرو وأقام بيّنة فتسلّمها ثمّ أقام ذواليد بيّنة أنّها له
- ٢٨٨ لو ادّعى داراً في يد زيد وادّعى عمرو نصفها
- ٢٩٠ لو ادّعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث
- ٢٩٨ إذا تداعى الزوجان متاع البيت
- ٣٠٣ المقصد الثالث في دعوى الموارث
- ٣٠٣ لو مات المسلم عن ابنين فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب
- ٣٠٥ لو اتّفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان
- ٣٠٥ دار في يد إنسان وادّعى آخر أنّها له ولأخيه الغائب إرثاً

- ٣٠٨ إذا ماتت امرأة وابنها فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأة فالعيراث لي.....
- ٣٠٩ لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي، وقالت الزوجة: هذه أصدقني بإبائها أبوك.....
- ٣٠٩ المقصد الرابع في الاختلاف في الولد.....
- ٣١١ يلحق النسب بالفراش.....

كتاب الشهادات

- ٣١٣ الطرف الأول في صفات الشهود.....
- ٣١٤ الأول: البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي مطلقاً إلا في الجراح والقتل.....
- ٣١٨ الثاني: كمال العقل.....
- ٣١٩ الثالث: الإيمان.....
- ٣٢٣ الرابع: العدالة.....
- ٣٢٤ ما به يزول العدالة.....
- ٣٢٩ مسائل فيمن تزود شهادته.....
- ٣٤٤ الخامس: ارتفاع التهمة.....
- ٣٤٤ لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعاً وكذا من يستدفع بشهادته ضرراً.....
- ٣٤٦ لا تقبل شهادة العدو على عدوّه.....
- ٣٤٨ النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة.....
- ٣٥٣ لا تقبل شهادة السائل في كفه.....
- ٣٥٥ مسائل من لواحق صفات الشهود.....
- ٣٥٥ تقبل شهادة الصغير والكافر والفاسق لو زال المانع عنهم.....
- ٣٥٧ هل تقبل شهادة المملوك؟.....
- ٣٦٤ المعترف في قبول شهادة الشاهد علمه بما يشهد به.....
- ٣٦٥ حكم المبادرة إلى الشهادة قبل السؤال.....

- ٣٦٧..... التوبة المعتبرة في قبول شهادة الفاسق
- ٣٧١..... السادس: طهارة المولد
- ٣٧٦..... الطرف الثاني فيما به يصير شاهداً
- ٣٧٧..... ما يفتقر إلى المشاهدة
- ٣٧٨..... ما يكفي فيه السماع
- ٣٨١..... الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب
- ٣٨٢..... إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضة
- ٣٨٤..... إذا انفرد التصرف أو اليد عن التسامع فهل تجوز الشهادة بالملك؟
- ٣٨٧..... الوقف والنكاح يثبت بالاستفاضة
- ٣٨٩..... الأخرس يصح منه تحمّل الشهادة وأداؤها
- ٣٨٩..... ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة
- ٣٨٩..... شهادة الأعمى على العقد والعائد
- ٣٩٣..... الطرف الثالث في أقسام الحقوق
- ٣٩٣..... القسم الأول حقوق الله
- ٣٩٣..... ما لا يثبت إلا بأربعة رجال
- ٣٩٥..... يثبت الزنى بثلاثة رجال وامرأتين
- ٣٩٧..... ما يثبت بشاهدين
- ٣٩٨..... القسم الثاني حقوق الآدمي ثلاثة
- ٣٩٨..... ما لا يثبت إلا بشاهدين
- ٤٠٣..... ما يثبت بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين
- ٤٠٥..... ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنضّات
- ٤٠٦..... تقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهلّ وفي ربع الوصية
- ٤٠٨..... الكلام في تحمّل الشهادة أولاً وأدائها آخراً

- ٤١٥ الطرف الرابع في الشهادة على الشهادة.
- ٤١٥ الشهادة على الشهادة مقبولة في حقوق الناس ولا تقبل في الحدود.
- ٤٢٧ تقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات.
- ٤٣٢ الطرف الخامس في اللواحق.
- ٤٣٢ القسم الأول في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد.
- ٤٣٦ القسم الثاني في طوارئ الشهادة.
- ٤٣٦ لو شهدا ولم يحكم بهما فماتا.
- ٤٣٧ لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم.
- ٤٣٨ لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما.
- ٤٣٩ لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم.
- ٤٤١ إن كان المشهود به قتلاً أو جرحاً فاستوفي ثم رجعوا.
- ٤٤٤ إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور.
- ٤٤٥ إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا.
- ٤٥٣ مسائل:
- ٤٥٣ إذا شهد اثنان أن الميت أعتق أحد مماليكه وقيمته الثلث، و.....
- ٤٥٦ إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك...
- ٤٥٧ إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية وشهد شاهد بالرجوع.
- ٤٥٧ لو أوصى بوصيتين منفردتين فشهد آخران أنه رجع عن إحداهما.
- ٤٥٨ إذا ادعى العبد العتق وأقام بيته.

كتاب القضاء

والنظر في صفات القاضي، وآدابه، وكيفية الحكم، وأحكام الدعاوي.

كتاب القضاء

القضاء لغةً يطلق على أحكام الشيء وإمضائه^١، ومنه: «وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ»^٢،
وعلى الإتمام، ومنه: «فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ»^٣،
وعلى الفراغ من الأمر، ومنه: «فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ»^٤، أي قتله وفرغ منه، ومنه
قولهم: قضى حاجته، أي أتمها وفرغ منها.
وعلى نفس الحكم، ومنه قوله تعالى: «وَاللَّهُ يَفْضِي بِالْحَقِّ»^٥،
وسمي القضاء قضاءً؛ لأن القاضي يتم الأمر بالفصل ويمضيه ويفرغ منه.
ويستمي حكماً؛ لما فيه من منع الظالم عن ظلمه.

١. راجع لسان العرب، ج ١٥، ص ١٨٦، «قضى».

٢. الإسراء (١٧): ٤.

٣. البقرة (٢): ٢٠٠.

٤. القصص (٢٨): ١٥.

٥. غافر (٤٠): ٢٠.

وعرفوه شرعاً بأنه ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية، على أشخاص معينة من البرية، بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق.
ومبدؤه: الرئاسة العامة في أمور الدين والدنيا.
وغايته: قطع المنازعة.

وخواصه: أن الحكم لا ينتقض باجتهاد، وصيرورته أصلاً ينفذه غيره من القضاة وإن خالف اجتهاده، ما لم يخالف دليلاً قطعياً. وله ولاية على كل مولى عليه مع فقد وليه، ومع وجوده في مواضع يأتي بعضها إن شاء الله تعالى. ويلزم به حكم البيّنة من شهد عليه والشهود. فأما من شهد عليه فيألزامه الحق. وأما الشهود فبتغريمهم إياه لو رجعوا عن الشهادة بعده.

وهو من متممات^١ نظام النوع الإنساني. والأصل فيه - قبل الإجماع - الكتاب والسنة. قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفُسِ الَّتِي أُهْلِي بِهَا لِلْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالَّذِينَ أُوذُوا فِيهَا قُلْ اللَّهُ يَحْكُمُ فِيهَا وَاللَّهُ خَبِيرٌ عَظِيمٌ﴾^٢. وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ بِالْحَقِّ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾^٣. ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾^٤. والأخبار^٥ فيه كثيرة، وفعل النبي ﷺ ومن بعده من الخلفاء بنصب القضاة^٦ أمر مشهور.

١. في بعض النسخ: «مهمات» بدل «متممات».

٢. سورة «ص» (٣٨): ٢٦.

٣. النساء (٤): ١٠٥.

٤. المائدة (٥): ٤٩.

٥. راجع الكافي، ج ١، ص ٦٧-٦٨، باب اختلاف الحديث، ح ١٠؛ وج ٧، ص ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، ح ٤-٥؛ والفتية، ج ٣، ص ٢-٣، ح ٣٢١٩؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٨-٢١٩، ح ٥١٤ و ٥١٦.

٦. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٠٣، ح ٣٥٩٢؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦١٦، ح ١٣٢٧.

[النظر] الأول في الصفات

● ويشترط فيه البلوغ، وكمال العقل، والإيمان، والعدالة، وطهارة المولد، والعلم، والذكورة.

فلا ينعقد القضاء لصبي، ولا مراهق، ولا لكافر؛ لأنه ليس أهلاً للأمانة. وكذا الفاسق.

ويدخل في ضمن العدالة اشتراط الأمانة، والمحافظة على فعل الواجبات. ولا ينعقد القضاء لولد الزنى مع تحقق حاله، كما لا تصح إمامته ولا شهادته في الأشياء الجليلة.

قوله: «ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة - إلى قوله - والذكورة». هذه الشرائط عندنا موضع وفاق.

أما الأولان؛ فلأن الصبي والمجنون لا ولاية لهما على أنفسهما، فانتفاؤها عن غيرهما أولى. ولا ينفذ قولهما على أنفسهما، فأولى أن لا ينفذ على غيرهما. وأما الإيمان فإن أريد به الإسلام أو ما في معناه فاشتراطه واضح؛ لأن الكافر ليس من أهل التقليد على المسلم، ولا على مثله. وإن أريد به الخاص المتعارف عندنا - كما هو الظاهر - فلمشاركة غيره للكافر في عدم أهلية التقليد، واختلاف الأصول المعتمدة فيه عند الفريقين. وجوز بعض العامة تقليد الكافر القضاء على أهل دينه^١. وهو شاذ.

١. في حاشية الأصل بخطه: «حاشية: هو أبو حنيفة. (منه رحمه الله)». وحكاها الماوردي عنه في الحاوي الكبير،

● وكذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهليّة الفتوى، ولا يكفيه فتوى العلماء. ولا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما عليه. ويدخل فيه أن يكون ضابطاً، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه.

وكذا القول في الفاسق، ولأنّه لا يصلح للشهادة فللقضاء أولى. وأما طهارة المولد فلقصور ولد الزنى عن تولّي هذه المرتبة، حتّى أنّ إمامته وشهادته ممنوعتان، فالقضاء أولى.

وأما العلم فللنهي عن القول على الله تعالى بدونه^١، وقد قال النبي ﷺ: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنّة، واثنان في النار، فالذي في الجنّة رجل عرف الحقّ ففضى به، واللذان في النار: رجل عرف الحقّ فجار في الحكم، ورجل قضى للناس على جهل»^٢.

وأما اشتراط الذكورة فلعدم أهليّة المرأة لهذا المنصب؛ لأنّه لا يليق بحالها مجالسة الرجال ورفع الصوت بينهم، ولا بدّ للقاضي من ذلك. وقد قال ﷺ: «لن يفلح قوم وليتهم امرأة»^٣. قوله: «وكذا لا ينعقد لغير العالم المستقلّ بأهليّة الفتوى، ولا يكفيه فتوى العلماء ولا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما عليه».

المراد بالعالم هنا المجتهد^٤ في الأحكام الشرعيّة. وعلى اشتراط ذلك في القاضي إجماع علمائنا. ولا فرق بين حالة الاختيار والاضطرار. ولا فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلّع على فتوى الفقهاء وغيره.

والمراد بكونه عالماً بجميع ما عليه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزّي الاجتهاد.

١. الإسراء (١٧): ٣٦: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾.

٢. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٩٩، ح ٣٥٧٣؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٧٦، ح ٢٣١٥؛ الجامع الصحيح، ج ٣،

ص ٦١٣، ح ١٣٢٢؛ المستدرک علی الصحيحین، ج ٥، ص ١٢٢-١٢٣، ح ٧٠٩٥-٧٠٩٦.

٣. تلخیص الحبير، ج ٤، ص ١٨٤، ح ٢٠٨١؛ وبتفاوت ورد في مسند أحمد، ج ٦، ص ٣١، ح ١٩٩٦١ و١٩٩٦٤-

١٩٩٦٥، و ص ٣٦، ح ١٩٩٩١؛ والسنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢٠١، ح ٢٠٣٦٢.

٤. في بعض النسخ: «الفيّه» بدل «المجتهد».

- وهل يشترط علمه بالكتابة؟ فيه تردّد؛ نظراً إلى اختصاص النبي ﷺ بالرئاسة العامة مع خلوه في أول أمره من الكتابة.
- والأقرب اشتراط ذلك؛ لما يضطرّ إليه من الأمور التي لا تيسّر لغير النبي ﷺ بدون الكتابة.
- ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط.

ولم يذكر المصنّف (رحمه الله) ما يعتبر في التفقه^١ من الشرائط هنا؛ لأنّ محلّه أصول الفقه^٢. وإن جرت عادة الفقهاء بذكرها في هذا المحلّ أيضاً.

قوله: «وهل يشترط علمه بالكتابة؟ - إلى قوله - أمره من الكتابة».

منشأ التردّد من أصالة عدم الاشتراط، وكونها غير معتبرة في النبوة التي هي أكمل المناصب، ومنها تتفرّع الأحكام والقضاء، وقد كان رسول الله ﷺ أمّياً لا يحسنها، كما نبّه عليه تعالى بقوله: «وَمَا كُنْتَ تَتْلُو مِنْ قَبْلِهِ، مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ، بِسَمِينِكَ إِذًا لِأَرْتَابِ الْمُبْتُلُونَ»^٣. ومن اضطراره إلى معرفة الوقائع والأحكام التي لا تيسّر ضبطها غالباً إلّا بها.

وهذا اختيار الشيخ^٤ والمصنّف وأكثر الأصحاب. والنبي ﷺ محفوظ بالعصمة المانعة من السهو والغلط الرافعة للاحتياج إليها.

وقال الشيخ في المبسوط: إنّ النبي ﷺ كان عالماً بها، وإنّما كان فاقداً لها قبل البعثة^٥. والأظهر خلافه.

قوله: «ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط».

أي الشرائط المعتبرة في القضاء غير الذكورية. وهو موضع وفاق. وخالف فيه بعض

١. في بعض النسخ: «الفيقه» بدل «التفقه».

٢. راجع مبادئ الوصول، ص ٢٤١ - ٢٤٣؛ وتهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص ٢٨٤ - ٢٨٦.

٣. العنكبوت (٢٩): ٤٨.

٤ و ٥. المبسوط، ج ٥، ص ٤٧٤.

- وفي انعقاد قضاء الأعمى تردّد، أظهره أنّه لا ينعقد؛ لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، وتعذّر ذلك مع العمى إلا فيما يقلّ.
- وهل يشترط الحرّيّة؟ قال في المبسوط: نعم. والأقرب أنّه ليس شرطاً.

العامة فجوز قضاءها فيما تقبل شهادتها فيه^١.

قوله: «وفي انعقاد قضاء الأعمى تردّد» إلى آخره.

منشأ التردّد ممّا ذكر من القصور، وأنّ الأعمى لا تنفذ شهادته في بعض القضايا، والقاضي تنفذ شهادته في الكلّ.

وقيل: لا يشترط؛ للأصل، ومنع كليّة نفوذ شهادته في الأمور. والغرض حصول التمييز بين الخصوم ولو بنصب شاهدين عليه، ولأنّ شعيباً (على نبينا وآله وعليه السلام) كان أعمى وهو نبيّ في ضمن ولايته القضاء^٢.

والأشهر الاشتراط. وعمى شعيب على تقدير تسليمه ليس بحجّة في شرعنا، ولا على القاضي غير النبيّ ﷺ؛ لانجبار النبوة بالعصمة والوحي.

قوله: «وهل يشترط الحرّيّة؟ قال في المبسوط: نعم، والأقرب أنّه ليس شرطاً».

اشتراط الحرّيّة في القاضي مذهب الأكثر ومنهم الشيخ^٣ وأتباعه؛ لأنّ القضاء ولاية والعبد ليس محلّاً لها؛ لاشتغاله عنها باستغراق وقته بحقوق المولى، ولأنّه من المناصب الجليلة التي لا يليق بحال العبد.

واستقرب المصنّف (رحمه الله) عدم اشتراطها؛ للأصل، ولأنّ المناط العلم وهو حاصل،

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٥٦؛ وبدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ١١٤؛ والمغني

المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٨١. المسألة ٨٢٢١.

٢. قاله الماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٥٥؛ وراجع بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٥٥؛ والمغني المطبوع مع

الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٨٢. المسألة ٨٢٢١؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ٨٤.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٣.

٤. كابين البراج في المهذب، ج ٢، ص ٥٩٩؛ والكيفري في إصباح الشيعة، ص ٥٢٧.

وهنا مسائل:

الأولى: • يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام أو من فوض إليه الإمام.
 • ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. نعم، لو تراضى خصمان بواحد من الرعيّة وترافعا إليه فحكم لزمهما الحكم. ولا يشترط رضاها بعد الحكم. ويشترط فيه ما يشترط في القاضي المنسوب عن الإمام. ويعمّ الجواز كلّ الأحكام.

وعموم قول الصادق عليه السلام: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضياً، فإني قد جعلته قاضياً»^١، ويمنع من عدم أهليته للولاية مع إذن السيد. وعدم تأهله لهذا المنصب مجرد دعوى.

قوله: «يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام أو من فوض إليه الإمام». المراد أنّ هذه الشروط كلّها غير كافية في نفوذ القضاء ما لم يأذن له الإمام فيه عموماً أو خصوصاً، فتكون هذه الشروط معتبرة في منسوب الإمام عليه السلام، بمعنى أنّه لا يسوغ له نصب من لم يستجمعها، خلافاً لبعض العامة حيث جوز نصب غير العالم لمكان الضرورة^٢. ويتحصّل من ذلك أنّ بطلان قضاء من فقد بعض هذه الشروط بدون نصب الإمام أو ذي الشوكة محلّ وفاق بين المسلمين.

قوله: «ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. نعم، لو تراضى خصمان بواحد من الرعيّة» إلى آخره.
 وظيفة نصب القاضي على العموم منوطة بالإمام، قال الصادق عليه السلام: «أتقوا الحكومة؛

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاء الجور، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢-٣، ح ٣٢١٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٩، ح ٥١٦.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٥٩؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ١١٥؛ وبداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٥٤-٤٥٥؛ وبدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٨٣، المسألة ٢٢٢١.

فإنَّ الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين»^١.
وأما التحكيم وهو أن يحكم الخصمان واحداً من الناس جامعاً لشرائط الحكم، سوى نص من له التولية فالمشهور بين الأصحاب جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً. وقد وقع في زمن الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك^٢. وروى^٣ أن النبي ﷺ قال: «من حكم بين اثنين تراضياً به فلم يعدل فعليه لعنة الله»^٤. ولو لم يكن لحكمه اعتبار ولزوم لما كان لهذا التهديد معنى، ولكان التحذير على فعله لا على عدم العدل، ولأنَّ التهديد على عدم العدل يدل على أن العلة عدمه، ولو لم يكن جائزاً كان التهديد بالأعم أولى.
ومنع منه جماعة من العامة^٥؛ لأنه على خلاف الأصل، وفيه تفويت الولاية على القاضي المنصوب، وتفويت رأيه ونظره. مع كون الخبر من طريقهم، فورود هذا الوجه عندنا أولى.
وظاهر الأصحاب وصريح بعضهم^٦ ثبوت هذا الحكم في جميع ما يقع فيه التداعي، من المال والنكاح والقصاص والحد وغيرها؛ لوجود المقتضي في الجميع، وعموم الخبر.
واستشكل العلامة ثبوته في الحبس واستيفاء العقوبة، من حيث إنه ولاية شرعية وأمر خطير فلا يصلح أن يكون لغير الحاكم الشرعي^٧. وهو قول لبعض الشافعية^٨.
نعم، يختص بحقّ الآدمي من حيث إنه متوقف على نصب المتخاصمين، فلا يحكم في

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٦، باب أن الحكومة إنما هي للإمام ﷺ، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥، ح ٣٢٢٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٧، ح ٥١١.
٢. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٥، ص ٤٣٩، ح ١٠٤٢٤؛ ورج ١٠، ص ٢٤٣-٢٤٤، ح ٢٠٥١٠-٢٠٥١٢.
٣. في حاشية «ص و»، «روي أن عمر وأبي بن كعب ترافعا إلى زيد بن ثابت، وأن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم. (منه رحمه الله)».
٤. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٨٥، ذيل الحديث ٢٠٨٤.
٥. الوجيز، ج ٢، ص ٢٢٨؛ بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٥٥؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٠٥.
٦. كالشاهد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).
٧. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢١.
٨. الوجيز، ج ٢، ص ٢٢٨.

● ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام، الجامع للصفات المشتركة في الفتوى؛ لقول أبي عبد الله عليه السلام: «فاجعلوه قاضياً، فإنني قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه». ولو عدل - والحال هذه - إلى قضاة الجور كان مخطئاً.

حقوق الله تعالى؛ إذ ليس لها خصم معين. ويختص حكمه بمن رضي به، فلا يضرب دية القتل خطأً على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه، ولا يكفي رضي القاتل.

ومحل اعتبار رضي الخصمين بحكمه قبل تمام الحكم، فمتى رجع قبله رد، حتى لو أقام المدعي شاهدين، فقال المدعى عليه: «عزلتك»، لم يكن له أن يحكم. ولو تمَّ الحكم قبل الرجوع لزمها حكمه. واعتبر بعض العامة رضاها بعده أيضاً؛ لأنَّ رضاها كما هو معتبر في أصل الحكم فكذا في لزومه^١. ومثله قسمة من تراضي الشريكان بقسمته، على ما سيأتي^٢.

ويستثنى من ذلك ما لو كان أحد المتحاكمين قاضياً، فلا يشترط رضاه بعد وقوع التراضي به قبل الحكم ولا بعده؛ لأنَّ رضاه قائم مقام نصبه في تلك الحكومة، فلا يبطل حكمه إلا مع التصريح بالرجوع عنه.

واعلم أنَّ الاتفاق واقع على أنَّ قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جعلتها كونه مجتهداً. وعلى هذا، فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الإمام؛ ليفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضي منصوباً، وهذا غير منصوب من غير الخصمين. أمَّا في حال الغيبة فسيأتي أنَّ المجتهد ينفذ قضاؤه^٣؛ لعموم الإذن، وغيره لا يصح حكمه مطلقاً، فلا يتصور حالتها قاضي التحكيم.

قوله: «ومع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام» إلى آخره. ما تقدم^٤ من اشتراط نصب القاضي وإن كان فقيهاً مجتهداً، وعدم نفوذ حكمه إلا مع

١. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٣٢٦؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٠٥ - ١٠٦؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير،

ج ١١، ص ٤٨٤، المسألة ٨٢٩٧.

٢. سيأتي في ص ٢٠٦ وما بعدها.

٣. سيأتي عن قريب.

٤. تقدم في ص ٢٣.

التراضي به مختص بحال حضور الإمام عليه السلام وتمكّنه من نصب القضاة، أمّا مع عدم ذلك، إمّا لغيبته، أو لعدم بسط يده، فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط، وهو نصب الإمام له. وينفذ عندنا قضاء الفقيه العدل الإمامي الجامع لباقي الشرائط وإن لم يتراض الخصمان بحكمه؛ لقول أبي عبد الله عليه السلام لأبي خديجة: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضائنا فاجعلوه بينكم؛ فإنّي قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه»^١. وهذه هي الرواية التي نقلها المصنّف (رحمه الله) واستشهد بها.

وقريب منها رواية عمر بن حنظلة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا يكون بينهما منازعة في دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة، أي يحلّ ذلك؟ فقال: «من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فإنّما يأخذ سحتاً وإن كان حقّه ثابتاً؛ لأنّه أخذ بحكم الطاغوت وقد أمر الله تعالى أن يكفر به»، قلت: كيف يصنعان؟ قال: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرماننا، وعرف أحكامنا، فارضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما بحكم الله استخفّ وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على الله، وهو على حدّ الشرك بالله»^٢.

وفي طريق الخبرين ضعف^٣، لكنّهما مشتهران بين الأصحاب، متّفق على العمل بمضمونهما بينهم، فكان ذلك جابراً للضعف عندهم.

وقد ظهر منهما الحكم بتخطئة المتحاكم إلى أهل الجور. ويستثنى منه ما لو توقّف

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢-٣، ح ٣٢١٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٩، ح ٥١٦.

٢. الكافي، ج ١، ص ٦٧-٦٨، باب اختلاف الحديث، ح ١٠؛ وج ٧، ص ٤١٢، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٨، ح ٥١٤، ص ٣٠١-٣٠٢، ح ٨٤٥.

٣. في حاشية الأصل و«ض»: «في طريق الأوّل معلّى بن محمّد، وهو ضعيف، والحسين بن محمّد، وهو مشترك بين الثقة والضعيف. وفي طريق الثاني داود بن الحصين، وهو ضعيف، ومحمّد بن عيسى وفيه قول. والأصحّ ضعفه. (منه رحمه الله)».

الثانية: • تولّى القضاء مستحبّ لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. وربما وجب، ووجوبه على الكفاية.

حصول حقّه عليه، فيجوز كما يجوز الاستعانة على تحصيل الحقّ بغير القاضي. والنهي في هذه الأخبار وغيرها^١ محمول على الترافع إليهم اختياراً مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحقّ. وقد صرح به في خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيما رجل كان بينه وبين أخ له ممارسة في حقّ، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه، فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عزّ وجلّ: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ الآية»^٢.

قوله: «تولّى القضاء مستحبّ لمن يثق من نفسه» إلى آخره.

وظيفة القضاء من فروض الكفاية؛ لتوقّف نظام النوع الإنساني عليه؛ ولأنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من الظالم، ولما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «إنّ الله لا يقدّس أمةً ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقّه»^٣. ولعظم فائدته تولّاه النبي صلى الله عليه وآله^٤ ومن قبله من الأنبياء بأنفسهم لأمتهم^٥، ومن بعدهم من خلفائهم^٦.

ولمّا كان متوقفاً على نصب إمام فمن أمره به يجب عليه إجابته إليه، ومن لم يأمره به

١. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٧، ص ١٠ وما بعدها، الباب ١ من أبواب صفات القاضي.
٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١١، باب كراهية الارتفاع إلى قضاة الجور، ج ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٤، ح ٣٢٢٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٠، ح ٥١٩؛ والآية في سورة النساء (٤): ٦٠.
٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٦، ص ٢٤١، ح ١١٨٠١؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٨٣-١٨٤، ح ٢٠٧٧؛ تنقيح الآثار، ج ٤، ص ١٦٦-١٦٧، ح ٧٩.
٤. المصنّف، ابن أبي شيبة، ج ٧، ص ٣-١٦، ح ١-٧٩.
٥. الأنبياء (٢١): ٧٧-٧٨؛ وراجع الدرّ المنتور، ج ٥، ص ٦٤٧، ذيل الآيتين.
٦. المصنّف، ابن أبي شيبة، ج ٧، ص ١٢-١٣، ح ٥٧-٥٩ و ٥٩.

لم يجز له تعاطيه، إلّا على وجه التراضي كما مرّ^١. وحينئذٍ فحكم المصنّف (رحمه الله) باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممّن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا يتوقّف على إذن خاصّ.

وقوله «وربما وجب» يتحقّق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الإمام له، وفيما إذا انحصر الأمر فيه ولم يعلم الإمام به، أو لم ينحصر بالنظر إلى الوجوب الكفائي، أو على تقدير توقّف حصول الحقّ عليه، أو الأمر بالمعروف في حال الغيبة.

وقوله «ووجوبه على الكفاية» يعني به على تقدير وجوبه عنده. وإنّما يكون على الكفاية إذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعيّن عليه الإمام، وإلّا كان وجوبه عينياً، كغيره من فروض الكفايات إذا لم يحصل منها إلّا فرد واحد، فإنّها تصير عينيّة. ويمكن على هذا إطلاق الوجوب الكفائي عليها؛ نظراً إلى أصلها، وانحصار الوجوب في الفرد الواحد بالعرض لا يوجب الوجوب العيني المحض وإن شاركه في بعض خواصّه.

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامّة فحكم بكراهته؛ نظراً إلى الأحاديث المحذّرة عنه^٢، كما روي عنه عليه السلام أنّه قال: «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكّين»^٣. وروي أنّه: «يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدّة الحساب ما يتمنى أنّه لم يقض بين اثنين في تمرّة قطّ»^٤. ومن ثمّ امتنع منه جماعة من أكابر التابعين وغيرهم^٥.

١. مرّ في ص ٢٣ وما بعدها.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١١؛ بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٥؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٧٥-٣٧٨، المسألة ٨٢١٦-٨٢١٧؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٨٠-٨١.

٣. المقنعة، ص ٧٢١؛ مسند أحمد، ج ٢، ص ٤٥٨، ح ٧١٠٥؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٧٤، ح ٢٣٠٨؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٩٨-٢٩٩، ح ٣٥٧٢؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦١٤، ح ١٣٢٥.

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ١٦٥، ح ٢٠٢٢١-٢٠٢٢٢؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٨٤، ح ٢٠٧٩.

٥. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٧٥، المسألة ٨٢١٦؛ والكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٢٧٧؛ والدرية في تخريج أحاديث الهداية، ج ٢، ص ١٦٦.

- وإذا علم الإمام أنّ بلدًا خالٍ من قاضٍ لزمه أن يبعث له. ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه، ويحلّ قتالهم طلباً للإجابة.
- ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله. ولو أزمه الإمام، قال في الخلاف: لم يكن له الامتناع؛ لأنّ ما يلزم به الإمام واجب. ونحن نمنع الإلزام؛ إذ الإمام لا يلزم بما ليس لازماً.

وأجيب بأنّ المقصود من التحذير بيان عظم خطره؛ فإنّ من استقضى فقد احتمل أمراً عظيماً، إن جار فيه هلك، وإن عدل باء بخير كثير، وهكذا شأن الأمور الخطيرة^١. وامتناع من امتنع منه - مع كونه ليس بحجّة على غيره - ظاهر في كونه غير متمكّن غالباً من إقامة الشرع على وجهه في تلك الدول، ولا يدلّ على كراهته مطلقاً، أو يحمل على من يكرهه في حقّه القضاء أو يحرم. قوله: «وإذا علم الإمام أنّ بلدًا خالٍ من قاضٍ لزمه أن يبعث له» إلى آخره.

لما كان نصب القاضي واجباً على الكفاية بالنسبة إلى الإمام كما قرّرناه^٢ - وإن كان المصنّف (رحمه الله) قد أطلق الاستحباب - فيتأدّى الفرض بأن ينصب في كلّ قطر قاضياً بحيث لا يعسر على من حوله الرجوع إليه عادةً.

وفي البلدان الكبيرة يجب أن ينصب لكلّ بلد قاضياً. فإذا علم أنّ بلدًا خالٍ من قاضٍ لزمه أن يبعث إليه قاضياً، إمّا من عنده، أو بأن يأمر رجلاً من أهل البلد جامعاً لشرائطه به. فالبعث أحد أفراد الواجب، ولا يتعيّن.

وحيث يتعيّن واحد للقضاء يجب على أهل بلده الذي ولّاه عليه الترافع إليه عند الحاجة ومساعدته. فإن امتنعوا من الترافع إليه أو من تمكينه قوتلوا إلى أن يجيبوا إلى ذلك.

قوله: «ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله» إلى آخره. إذا احتيج إلى نصب قاضٍ فلا يخلو إمّا أن يكون هناك أشخاص متعدّدون صالحون له،

١. أجاب به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٢٩٤؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٢٣٢.

٢. راجع ص ٢٧.

أما لو لم يوجد غيره تعين هو ولزمه الإجابة. ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرف نفسه؛ لأن القضاء من باب الأمر بالمعروف.

أو واحد خاصةً ظاهر أو لا يكون هناك صالح ظاهر، لكنّه موجود في الواقع ولا يعلم به الإمام. وعلى تقدير ظهور الأهل للإمام إمّا أن يعين للقضاء واحداً بخصوصه، أو يطلق. فهنا صور:

الأولى: أن يكون هناك واحد خاصةً ويعينه الإمام، فلا إشكال في تعيينه؛ لأن الواجب الكفائي إمّا يسقط عن بعض المكلفين بقيام البعض، وإلاّ خوطب به الجميع وأثموا بتركه. فحيث لا يوجد إلاّ واحد فهو المخاطب به على التعيين كفرض العين، فإذا انضم إليه أمر الإمام تأكّد الوجوب ولم يجز له الامتناع. فإن امتنع وجعلناه كبيرةً أو أصرّ عليه فسق وخرج عن أهلية القضاء، لفوات الشرط. ومع ذلك لا يسقط عنه الوجوب؛ لأنّه قادر على تحصيل الشرط بالتوبة، كما لا تسقط الصلاة عن المحدث بامتناعه من الطهارة، فإذا تاب تولى.

الثانية: أن يكون هناك متعدّد صالح له، فطلب الإمام منهم واحداً لا على التعيين، فتجب عليهم الإجابة كفايةً، فيجوز لكلّ واحد منهم الامتناع منه على وجه لا يؤدي إلى تعطيل المصلحة العامة، بل طلباً لإجابة غيره في وقت لا تفوت الحاجة. فإن أجاب واحد منهم سقط عن الباقيين، وإن امتنع الجميع أثموا، وكان حكمهم في الفسق ووجوب الرجوع عنه بالتوبة كما سبق في المعين.

الثالثة: الصورة بحالها وطلب الإمام منهم واحداً بخصوصه، فيسقط الوجوب عن الباقيين مع إجابته.

وهل يجوز للمعين الامتناع حينئذٍ؟ وجهان، من أن أمر الإمام ﷺ يوجب الإجابة وإن لم يكن واجباً معيناً لولاه، وهو الذي اختاره الشيخ في الخلاف^١، ومن أن الوجوب في

نفسه كفائي، وطلب الإمام من واحد متعين لكونه أحد الأفراد الذي يتأدى به الواجب لا يوجب التعيين، ولا يقلب الواجب الكفائي عن أصله.

والمصنّف (رحمه الله) منع من أصل إلزام الإمام في هذه الحالة؛ لأنّه إن كان في اللزوم مزية مرجحة فهو متعين، وليس هو محلّ النزاع، وإلّا فرض الإمام إجراء الواجب على وجهه، ومقتضاه أن يأمر واحداً منهم لا بعينه. فالنزاع حينئذٍ لفظي؛ لأنّه يسلم أنّ الإمام إذا أزم واحداً بعينه يتعين، وإنّما يدعي في صورة النزاع عدم إلزامه؛ لأنّ الإمام لا يلزم واحداً بعينه بما ليس لازماً له، وإنّما هو واجب عليه وعلى غيره كفايةً.

الرابعة: أن يكون هناك واحد صالح خاصّة ولا يعيّنه الإمام، فيجب عليه القيام به عيناً؛ لما تقرّر من أنّ الواجب الكفائي إذا لم يقم به أحد وجب عيناً على القادر عليه الواحد. ولا فرق بين تعيين الإمام له وعدمه، ولأنّ الأمر بالمعروف واجب عليه، وهو متوقّف على شرط قادر عليه، فيجب عليه تحصيله^١. وهذا هو الدليل الذي أشار إليه المصنّف (رحمه الله)، فهو داخل فيما ذكرناه.

الخامسة: أن لا يعلم الإمام بواحد صالح للقضاء مع كونه موجوداً في نفس الأمر، فيجب على المتصّف به إعلام الإمام بنفسه؛ لتوقّف الواجب على الإعلام، فيكون واجباً من باب المقدّمة.

السادسة: الصورة بحالها وهناك جماعة صالحون له، فيجب عليهم الإعلام بحالهم كفايةً. ومتى قام به واحد منهم على وجه اعتمد عليه الإمام سقط عن الباقي وجوب الإعلام.

وهل يستحبّ حينئذٍ للباقيين الإعلام بحالهم، أو يستحبّ ابتداءً حيث لا ضرورة إلى نصب قاضٍ تعرّضاً للولاية وقت الحاجة إليها؟ وجهان، من تعارض الخطر، والأجر على

١. في بعض النسخ: «فعله» بدل «تحصيله».

● وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلي القضاء؟ قيل: لا؛ لأنه كالرشوة.

تقدير السلامة. ويؤيد عدم ما في ابتداء التعرض إليه من خطر زائد على أصله، وهو عدم المعونة عليها حينئذٍ من الله تعالى؛ لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمره: «لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها»^١.

قوله: «وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلي القضاء؟ قيل: لا؛ لأنه كالرشوة».

ما تقدم من التفصيل حكم الطلب عن غير بذل مال، أما إذا بذل مالاً ليلي القضاء ففي جوازه وجهان:

أحدهما: عدم؛ لأنه كالرشوة على ذلك، وهي محرمة.

والثاني: الجواز؛ لما تقرّر من رجحانه، فإذا توقّف تحصيل فضيلته على المال جاز بذله لذلك، كما أنه إذا تعذّر الأمر بالمعروف إلاّ ببذل المال جاز، بل وجب مع وجوبه، فيكون هنا كذلك.

والحقّ أنّ هذا البحث لا يجري عندنا بالنسبة إلى الإمام العادل. وربما احتمل جوازه إذا بذل المال لبيت المال. وفيه نظر.

أما إذا توقّف تولّيه من الجائر على دفع المال، وكان القضاء في حقّه راجحاً فلا إشكال في جوازه، بل وجوبه لو كان تولّي القضاء واجباً متوقفاً عليه، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ. وكذا يجوز له بذل المال بعد ما ولي لئلا يعزل. والآخذ ظالم بالأخذ أيضاً.

وأما بذل المال ليعزل من هو ملابس للقضاء، فإن لم يكن بصفات القاضي فهو مستحب؛ لتخليص الناس منه، لكن أخذه حرام على الآخذ. وإن كان أهلاً فهو حرام.

١. مسند أحمد، ج ٦، ص ٥٤ - ٥٥، ح ٢٠١٠٢ و ٢٠١٠٤ - ٢٠١٠٦؛ صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٤٤٣، ح ٦٢٤٨؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٧٣ - ١٢٧٤، ح ١٦٥٢/١٩؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ١٣٠، ح ٢٩٢٩؛ الجامع الصحيح، ج ٤، ص ١٠٦، ح ١٥٢٩.

الثالثة: • إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز. وهل يجوز العدول إلى المفضول؟ فيه تردّد. والوجه الجواز؛ لأنّ خلّله ينجبر بنظر الإمام.

قوله: «إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة» إلى آخره.

إذا وجد الإمام اثنين صالحين للقضاء لكن أحدهما أعلم من الآخر فلا إشكال في رجحان تقديم الأعم. لكن هل يتعيّن ذلك، أم يجوز تولية المفضول؟ - فيه قولان مرتبان على أنّ المقلّد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين، أم يتخيّر في تقليد من شاء منهم؟ - فيه قولان للأصوليين والفقهاء:

أحدهما: الجواز؛ لاشتراك الجميع في الأهلية، ولما اشتهر من أنّ الصحابة كانوا يفتون مع اشتهارهم بالاختلاف في الأفضلية، ومع تكرر الإفتاء لم ينكر عليهم أحد من الصحابة، فيكون إجماعاً منهم على جواز تقليد المفضول مع وجود الأفضل، ولأنّ تعيين الأرجح للتقليد يتوقف على ترجيح العامي، والعامي لا يمكنه الترجيح لقصوره.

وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) في هذه المسألة، محتجاً بأنّ نقصه ينجبر بنظر الإمام المولّي له. وهذا معنى زائد على أصل التقليد في غير هذه المسألة.

والثاني - وهو الأشهر بين الأصحاب - المنع؛ لأنّ الظنّ بقول الأعم أقوى منه بقول المفضول، واتباع الأقوى أولى؛ لأنّ أقوال المفتين بالنسبة إلى المقلّد كالأدلة، فكما يجب العمل بالدليل الراجح يجب تقليد الأفضل. ورواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام السابقة صريحة في هذا، فإنّه قال: - بعد ما نقلناه منها وأمره عليه السلام بالرجوع إلى العالم بالأحكام - قلت: فإنّ كلّ واحد منهما اختار رجلاً وكلاهما اختلف في حديثنا، قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر»^١. وهذه الرواية هي مستند القائل بذلك من الأصحاب؛ لشهرة مضمونها بينهم، وتلقّيهم لها بالقبول.

١. الكافي، ج ١، ص ٦٧ - ٦٨، باب اختلاف الحديث، ح ١٠: الفقيه، ج ٣، ص ٨ - ٩، ح ٣٢٣٦؛ تهذيب الأحكام،

ج ٦، ص ٣٠١ - ٣٠٢، ح ٨٤٥، وسبقت أيضاً تخريجها في ص ٢٦، الهامش ٢.

وفي كلّ واحد من الأدلّة من الجانبين نظر:

أمّا الأوّل فلمنع كون اشتراكهم في أصل الأهليّة بالنظر إلى أنفسهم يقتضي تساويهم بالنظر إلى الغير، وهل ذلك إلّا عين المتنازع؟ واستفتاء الصحابة مع تفاوتهم في الفضيلة لا يجري على أصول الأصحاب، كما لا يخفى. والعامّي يمكنه معرفة الأفضل بالتسامع، كما أمكنه معرفة المتأهّل لأصل الفتوى من غيره. وما ذكره المصنّف (رحمه الله) من انجبار نقص المفضول بنظر الإمام إنّما يتمّ مع قربه منه وإطلاعه على أحكامه، لا في البعد عنه على وجه ربما لا يعلم شيئاً من وقائعه في جميع الأوقات أو في أوقات متطاولة، والمسألة أعمّ من كونه قريباً وبعيداً.

وأمّا الثاني فلمنع كون الظنّ بقول الأعمّ أقوى مطلقاً؛ فإنّ مدارك الظنّ لا تنضبط، خصوصاً في المسائل الشرعيّة، فكثيراً ما يظهر رجحان ظنّ المفضول على ظنّ الفاضل في كثير من المسائل الاجتهاديّة. وفرق بين أقوال المفتين وأدلّة المستدلّ؛ لأنّ المستدلّ يمكنه ترجيح بعض الأدلّة على بعض، بخلاف العامّي بالنسبة إلى الأقوال. والرواية نصّ في المطلوب، لكن قد عرفت^١ ما في طريقها، فإنّ تمّ الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهرة فهي العمدة، وإلّا فلا.

وعلى القول بترجيح الأعمّ لا يفرّق فيه بين كون الآخر أعدل وعدمه، مع اشتراكهما في أصل العدالة؛ لأنّ ما عند الفاضل منها يكفي في منعه من التهجّم على المحارم، ويبقى علمه خالياً عن المعارض. ومع تساويهما في العلم يقدّم الأعدل؛ نظراً إلى ثبوت الرجحان المقتضي لقبح تقديم المرجوح عليه. ويتحصّل من ذلك أنّه يترجّح أعلم الورعين وأورع العالمين. ومثل هذا يجري في الفقيهيّن حال الغيبة بالنسبة إلى الاستفتاء والمنازعة. وأولى بوجوب اتّباع الأعمّ هنا؛ لزوال نظر الإمام الجابر لنقصان المفضول.

الرابعة: ● إذا أذن له الإمام في الاستخلاف جاز. ولو منع لم يجز. ومع إطلاق التولية، إن كان هناك أمانة تدلّ على الإذن، مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة جاز الاستنابة، وإلا فلا؛ استناداً إلى أن القضاء موقوف على الإذن.

قوله: «إذا أذن له الإمام في الاستخلاف جاز» إلى آخره.

إذا وليّ الإمام رجلاً القضاء، فإنما أن يأذن له في الاستخلاف مطلقاً، أو على بعض الوجوه، أو ينهاه عنه، أو يطلق التولية. فإن أذن له فيه فلا إشكال في جوازه مطلقاً أو على الوجه المأذون فيه، سواء احتاج إليه لاتساع الولاية أم لا، كما لو أذن الموكل للوكيل في التوكيل.

وإن نهاه عن الاستخلاف لم يجز له، وإن كان ما فوّضه إليه أكثر ممّا يمكنه القيام به؛ لأنّ القضاء موقوف على إذن الإمام وقد قصره على نظر النائب فلا يتعدّاه.

وإن أطلق التولية نظر إن كان ما فوّضه إليه ممّا يمكنه القيام به - كقضاء بلدة صغيرة - فوجهان، أصحهما عند الأصحاب أنّه ليس له الاستخلاف؛ لأنّ الإمام لم يرضَ بنظر غيره. وإن لم يمكنه القيام بما فوّضه إليه، كقضاء بلدين فصاعداً، أو قضاء بلدة كبيرة، فله أن يستخلف؛ لأنّ قرينة الحال مشعرة بالإذن، كما إذا دفع متاعاً إلى إنسان ليبيعه وهو ممّن لا يعتاد مباشرة البيع، فإنّه يكون إذناً في دفعه إلى من يقوم بذلك، بدلالة القرينة، وكما لو وكلّه في عمل يعجز عن مباشرته بنفسه.

ثمّ فيم يستخلف؟ في القدر الزائد على ما يمكنه القيام به، أم في الكلّ؟ وجهان، أصحهما الأول؛ لأنّ ذلك القدر هو المعلوم من القرينة.

ويحتمل مع الإطلاق جواز الاستخلاف مطلقاً؛ نظراً إلى أنّه ناظر في المصالح العامّة، فيتمكّن من الاستخلاف كالإمام. ولأنّه قد وثق بنظره الذي من جملته أن يستخلف.

ويضعف الأول بأنّه قياس مع وجود الفارق. وإتراضي بنظره في القضاء بنفسه لا مطلقاً. وحيث يجوز الاستخلاف يشترط في الخليفة ما يشترط في القاضي؛ لما تقدّم من عدم جوازه مطلقاً لمن لا يستجمع الشرائط. فيعتبر في النائب كونه مجتهداً، إلا أن يفوّض إليه

الخامسة: ● إذا ولي مَنْ لا يتعيّن عليه القضاء، فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال. ولو طلب جاز؛ لأنّه من المصالح. وإن تعيّن للقضاء ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق. وإن كان له كفاية، قيل: لا يجوز له أخذ الرزق؛ لأنّه يؤدّي فرساً.

أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف. والوجه التفصيل، فمع عدم التعيّن وحصول الضرورة قيل: يجوز. والأولى المنع. ولو اختلّ أحد الشرطين لم يجز.

أمراً خاصاً لا يتوقّف على اجتهاد، كسماع البيّنة ونقلها إليه، أو في التحليف بعد أن يسمع الحاكم البيّنة، دون الحكم، فيكفيه العلم بشرائط ذلك.

ومن هنا يظهر أنّ المجتهد في حال الغيبة لا يمكنه تولية أحد للحكم بين الناس مطلقاً؛ لأنّ النائب إن كان مجتهداً كان أصلاً كالمستنيب، وإن كان المستنيب أعلم وقلنا بترجيحه حيث لا يشترط الأفضليّة أو تعذّر الوصول إلى الأفضل، وإن كان مقلداً لم ينفذ حكمه مطلقاً. وإنّما يتصوّر ذلك في القاضي المنصوب من قبل الإمام إذا استتاب مجتهداً غير منصوب.

ولا فرق في النائب بين أن يوافق اجتهاده لاجتهاد المستنيب وعدمه، بل لو شرط عليه أن لا يحكم إلّا بمذهب القاضي لم يصحّ الاستخلاف. وحيث لا يجوز الاستخلاف لو استخلف فحكم الخليفة باطل. نعم، لو ترفع إليه خصمان ورضيا بحكمه كان كالمحكم.

قوله: «إذا ولي من لا يتعيّن عليه القضاء» إلى آخره.

بيت المال محلّه مصالح المسلمين التي من جملتها القاضي؛ لقيامه بنظام النوع وأخذ الحقّ من الظالم للمظلوم والأمر بالمعروف، فيجوز له أخذ الرزق عليه مطلقاً إذا لم يكن متعيّناً عليه، سواء كان له كفاية أم لا، لكن يكره له أخذه مع الكفاية، توفيراً له على غيره من المصالح التي لا كافي لها.

وإن تعيّن عليه بتعيين الإمام أو عدم وجود غيره ففي جواز أخذه منه قولان: أشهرهما: المنع؛ لأنّه حينئذٍ يؤدّي واجباً، فلا يجوز له أخذ العوض عنه كغيره من الواجبات. والثاني: الجواز؛ لعدم خروجه بالوجوب عن كونه من المصالح، بل أهمّها. ومنع كون فعل الواجب يمنع من أخذ الرزق عليه مطلقاً، ولهذا يأخذه المجاهدون وهم قائمون بأهمّ الواجبات.

وعلى كلّ حال فمع وجود الكفاية من بيت المال لا يجوز له أخذها من المتخاصمين مطلقاً. ومع عدمها ووجود الحاجة إليه ففي جواز أخذه منهما أو من أحدهما قولان: أشهرهما المنع؛ لأنّه بمنزلة الرشوة المنهيّ عنها، ولأنّه واجب في نفسه وإن لم يكن متعيّناً، والواجب لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقاً.

والمصنّف (رحمه الله) اختار الجواز مع عدم التعيين وحصول الضرورة، وإن كان قد جعل الترك أولى؛ لما في تركه حينئذٍ مع وجودها من تعطيل هذه الوظيفة الدينيّة، فإنّه إن جاز له ترك القضاء حينئذٍ والاشتغال بالكسب تعطلت الوظيفة، وإن أمر به وترك السعي لزم الضرر والحرّج المنفيّان شرعاً^١ وعقلاً، بل تكليف ما لا يطاق في بعض أفراده.

وهذا الدليل إن تمّ يردّ مع تعيينه أيضاً؛ لأنّ وجوبه لا يدفع الضرر الناشئ من ترك السعي على ضرورات الرزق والصبر على الجوع والجهد.

ثمّ على تقدير جوازه بوجه ففي جواز تخصيص أحدهما به، أو جعله على المدّعي، أو التشريك بينهما أوجه، من الشكّ في أنّها تابع للعمل أو للمنفعة الحاصلة، فعلى الأوّل هو عليهما، وعلى الثاني يجب على المحكوم له أو على المدّعي. وينبغي أن يكون حينئذٍ تابعاً لشرطه قبل الشروع في سماع الدعوى؛ لأنّه عوض عن عمله لهما فيتبع شرطه.

١. الحجّ (٢٢): ٧٨؛ وراجع الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤، وص ٢٩٢ - ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢، وص ٢٩٤، ح ٨؛ والفقيه، ج ٣، ص ٧٦، ح ٣٢٧١، وص ٢٢٣، ح ٣٨٦٢؛ وج ٤، ص ٣٣٤، ح ٥٧٢١؛ وتهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ - ١٤٧، ح ٦٥١، وص ١٦٤، ح ٧٢٧.

● وأما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة؛ لتعيين الإقامة عليه مع التمكن.
 ● ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال؛ لأنّه من المصالح. وكذا من يكيّل للناس ويزن، ومن يعلم القرآن والآداب.

قوله: «وأما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة؛ لتعيين الإقامة عليه مع التمكن».

إنّما يتعيّن الإقامة على الشاهد بتقدير انحصار الشهادة فيه، وكونه مقبول الشهادة، أو وجود ما يتمّ به العدد المعّبر في ثبوت الحقّ لا أزيد. فلو زاد الشهود المقبولون عن النصاب المعّبر كان الوجوب على العدد منهم كفاً لا عينياً. وظاهر الأصحاب عدم جواز أخذ الأجرة عليها مطلقاً؛ لوجوبها في الجملة، خصوصاً مع التعيّن.

هذا بالنسبة إلى نفس أداء الشهادة. أمّا لو احتاج السعي إلى إقامتها إلى مؤونة في سفره جاز أخذها؛ لأنّ الواجب الإقامة كما دلّت عليه الآية^١، لا السعي لها. وقد يشكل بأنّ السعي حينئذٍ مقدّمة الواجب المطلق، فيكون واجباً أيضاً كأصله.

قوله: «ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي» إلى آخره.

هذه المعدودات كلّها من جملة مصالح الإسلام التي هي محلّ الرزق من بيت المال. وهو غير منحصر فيمن ذكر، بل ضابطه كلّ مصلحة^٢، ومنه مدرّس العلوم الشرعيّة، وأئمة الصلوات، والعدل المرصد للشهادة، وغير ذلك.

والمراد بصاحب الديوان من بيده الكتاب الذي يجمع فيه أسماء الجند والقضاة والمدرّسين، وغيرهم من المرتزقة ومن يكتبه ونحوهما، ووالي بيت المال وخازنه، وحافظ الماشية وراعيها ونحوهما، ومعلّم آداب الأمور الحكميّة والعلوم الأدبيّة من النحو واللغة وشبههما.

ولا فرق في تعلّم القرآن بين ما يجب تعليمه منه عيناً كالفاتحة، وكفاية كآيات الأحكام،

١. الطلاق (٦٥): ٢.

٢. في بعض النسخ زيادة: «دينيّة».

السادسة: • تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة. وكذا يثبت بالاستفاضة النسب، والملك المطلق، والموت، والنكاح، والوقف، والعتق.

وحفظ عدد التواتر له وغيره؛ لأنّ ذلك كلّه من أهمّ المصالح، والوجوب لا ينافي الارتزاق منه، وإن نافي أخذ الأجرة عليه على الخلاف الذي سبق^١.

قوله: «تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة - إلى قوله - ما لم يحصل اليقين».

ولاية القاضي كغيرها من الحقوق تثبت بما تثبت به من شهادة عدلين بها وإن لم يحكم بها حاكم، وبسماع التولية من الإمام، وبالإستفاضة، وهي إخبار جماعة لا تجمعهم داعية التواطؤ عادةً، ويحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على ما يقتضيه كلام المصنّف (رحمه الله) هنا، أو الظنّ الغالب المقارب له على قول.

والاكتفاء بالاستفاضة على تقدير اشتراط العلم واضح؛ لأنّها حينئذٍ أقوى من البيّنة التي نصبها الشارع لإثبات الحقوق، فيكون ثبوت الحكم بها بطريق أولى.

وعلى تقدير الاكتفاء بالظنّ الغالب تختصّ الاستفاضة بأمر خاصّة:

منها ولاية القاضي؛ لفسر إقامة البيّنة عليها غالباً، واستقرار الأمر على قبولها بذلك ونحوه من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، بل بما دون ذلك، كالكتاب مع أمن التزوير، لإفادته الظنّ الغالب.

قيل: ولأنّ الحجّة لا تقام عند حاكم وإلا دار^٢؛ لأنّ الحاكم المعزول قد سبق ارتفاع حكمه على وصول الحاكم الجديد إن قلنا: إنّه ينعزل بمجرد التولية، وإن قلنا ببلوغ الخبر فكذلك، وينعزل قبل أن يحكم للثاني.

وأما الثاني؛ فلأنّ ثبوت ولايته يتوقّف على حكمه، وحكمه يتوقّف على ثبوت ولايته، وهو دور ظاهر.

١. سبق في ص ٣٦-٣٧.

٢. في حاشية «و»: «جزم به في الدروس. (منه رحمه الله)». الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

ولو لم يستفرض - إِمَّا لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له، أو لغيره من الأسباب - أشهد الإمام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه، وسيّرهما معه ليشهدا له بالولاية. ولا يجب على أهل الولاية

وهذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط، وقد جوزته العلامة في القواعد، حتى على تعليقه بقراءة الكتاب المتضمن للعزل^١. وعلى هذا فيجوز توقيف عزله على إثباته لولاية الثاني، فلا ينزل إلى أن يشبث، ويرتفع الدور فيه.

لكن جواز تعليقها لا يوافق قواعد الأصحاب، وقد حكموا ببطلان الوكالة المعلّقة، وهي أضعف حالاً من ولاية القضاء، ومن ثمّ قال في الدروس: وفي جواز تعليق العزل وجه ضعيف^٢. ويمكن إثباتها أيضاً عند حاكم آخر غير المعزول قريب من محلّ الولاية، بحيث ينتفع بإثباته أهل ولاية القاضي الجديد، وظاهر أنه لا يكفي قوله «وإن شهدت له القرائن»؛ لأنّ ذلك ليس من الأدلّة المنصوبة شرعاً.

إذا تقرّر ذلك، فقد ألحق المصنّف (رحمه الله) ستّة أشياء بالولاية، وجعلها ممّا يشبث بالاستفاضة. ووجه تخصيصها من بين الحقوق أنّها أمور ممتدّة، ولا مدخل للبيّنة فيها غالباً. فالنسب غاية الممكن فيه رؤية الولادة على فراش الإنسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوقّفين والقبائل القديمة ممّا لا يتحقّق فيه الرؤية ومعرفة الفراش، فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع.

وفي النسب من الأئمّ وجهان:

أحدهما: أنّه كذلك، كما في جانب الرجل؛ لاشتراكهما في المقتضي.

والثاني: أنّه لا يكفي فيه السماع؛ لإمكان رؤية الولادة. وقد تقدّم البحث فيه^٣.

والأظهر الأوّل.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٤.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. تقدّم في ج ٨، ص ٦٢٦-٦٢٧ و ٦٣٦؛ وج ١٠، ص ٢١١-٢١٢.

قبول دعواه مع عدم البيّنة، وإن شهدت له الأمارات ما لم يحصل اليقين.

وأما الملك؛ فلأن أسبابه متعدّدة، وتعدّدها يوجب عسر الوقوف عليها، فيكتفى فيه بالتسامع أيضاً.

وأما الموت فلتعذّر مشاهدة الميّت في أكثر الأوقات للشهود.

والوقف والعتق لو لم تسمع فيهما الاستفاضة لبطلا على تطاول الأوقات؛ لتعذّر بقاء الشهود في مثل الوقف، والشهادة الثالثة غير مسموعة، فمست الحاجة إلى إثباتها بالتسامع. ومثلها النكاح، فإننا نعلم أن خديجة زوجة النبي ﷺ، وليس مدرکه التواتر؛ لأن شرطه استواء الطرفين والوسائط في العلم الحسي، وهو منفي في الابتداء؛ لأن الظاهر أن المخبرين لم يخبروا عن المشاهدة بل عن السماع. ولو سلم إمكانه فهو غير كافٍ، بل لا بدّ من العلم بذلك في تحقّق التواتر.

وزاد بعضهم^١ في هذه الأسباب، ونقص آخرون^٢. وقد ظهر من تعليلها أنها لا تستند إلى نصّ خاصّ، بل إلى اعتبار. وكان الوجه فيها أن يقال: إن اعتبرنا اليقين في المستند - كما اعتبره المصنّف (رحمه الله) بقوله «ما لم يحصل اليقين» - فلا وجه للحصر في هذه، وإن كانت أمس حاجة من غيرها إلى الاكتفاء بالسماع من دون المشاهدة؛ لما أشرنا إليه من أن العلم القطعي أقوى من البيّنة، بل لا يقبل الخلاف، فمتى حصل ذلك في الملك المسبّب وغيره من الحقوق بالتسامع كفى.

وإن اكتفينا في الاستفاضة بالظنّ الغالب المتأخّم للعلم احتمال اختصاصه بهذه، والقدرح في بعضها حيث لا نصّ. ويمكن القول بالتعميم أيضاً؛ لأن أدنى مراتب البيّنة الشرعيّة لا يحصل بها الظنّ المتأخّم للعلم، فيكون ما أفاده أقوى ممّا وقع النصّ والإجماع على ثبوته به، فكان أولى أيضاً، وإن كان مساوياً لبعض مراتب البيّنة أو قاصراً عن بعضها؛ لأن مفهوم الموافقة يكفي في المرتبة الدنيا بالقياس إلى ذلك الفرد المتنازع فيه لو أقيمت عليه بيّنة

١. كابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٣؛ وابن سميّد في الجامع للشرائح، ص ٥٣٧.

٢. كابن الجنيّد على ما حكاه عنه الفاضل المقداد في التنقيح الرابع، ج ٤، ص ٣١٠.

السابعة: • يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد، لكلّ 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.

كذلك أو حصل به تسمع يفيد مرتبة أقوى. وسيأتي رجوع المصنّف عن الجزم باعتبار العلم إلى الاكتفاء بمتاخمه، على تردّد فيه^١.

وإن اكتفينا فيها بطلق الظنّ، كما يظهر من كلام الشيخ (رحمه الله)^٢، قوي جانب الحصر؛ لما ذكره من الوجه.

قوله: «يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد» إلى آخره.

إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد، فإن خصّص كلّ واحد منهما بطرف من البلد، أو عين لكلّ واحد منهما زماناً، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال والآخر في الدماء والفروج ونحو ذلك جاز.

وإن عمّم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثَةً، فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم الواحد ففي جوازه وجهان:

أحدهما: العدم؛ لأنّ الخلاف في مواقع الاجتهاد ممّا يكثر، فتبقى الخصومات غير مفصولة.

والثاني - وهو الذي اختاره العلامة^٣ وولده^٤ - الجواز؛ لأنّه أضبط وأوثق في الحكم، خصوصاً عندنا من أنّ المصيب واحد. وعلى هذا، فإن اختلف اجتهادهما في المسألة وقف الحكم، وإنّما ينفذان ما يتفق فيه اجتهادهما.

١. يأتي في ص ٢٧٨ (في المتن).

٢. راجع المبسوط، ج ٥، ص ٤٣٦.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٢.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٠.

الثامنة: ● إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انزل وإن لم يشهد الإمام بعزله، كالجنون أو الفسق. ولو حكم لم ينفذ حكمه.
 وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه: لا؛ لأن ولايته استقرت شرعاً، فلا تزول تشهياً.

وإن أثبت لكل واحد منهما الاستقلال فوجهان أيضاً:
 أحدهما: لا يجوز، كما في الولاية العظمى. ولأن الخصمين يتنازعان في اختيارهما وفي إجابة داعيها، وليس أحدهما أولى من الآخر، بخلاف الإمام مع القاضي والقاضي مع النائب. فعلى هذا إن ولّاهما معاً بطلت توليتهما. وإن ولى على التعاقب صحّت تولية الأول. وأصحهما - وهو الذي اختاره المصنّف - الجواز؛ لأن القضاء نيابة فيتبع اختيار المنوب، كنصب الوكيلين والوصيين. والتنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما. ولو جاء معاً حكم بالقرعة. ولو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء قدّم من يختاره المدّعي.
 وإن أطلق نصب اثنين ولم يشترط عليهما الاجتماع ولا صرح بالاستقلال، فالأصحّ حمله على الاستقلال؛ إجراءً للمطلق على إطلاقه.
 وربما احتل فساد التولية ما لم يصرّح بأحد الأمرين؛ لاشتراك الإطلاق بينهما، واختلاف حكمهما.

قوله: «إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انزل وإن لم يشهد الإمام بعزله - إلى قوله - فإنّه جائز مراعاة للمصلحة».

لما ذكر المصنّف (رحمه الله) جملة من أحكام التولية أتبعها بجملة أخرى من أحكام العزل. وهو قسمان: اضطراري، واختياري.

فالأول يحصل بعروض ما يرفع الأهلية. فإذا جنّ القاضي أو أغمي عليه أو عمي حيث يعتبر البصر، أو خرس، أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد بغفلة أو نسيان انزل بذلك وإن لم يعلم الإمام. وكذا لو فسق.

أما لو رأى الإمام أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح، أو لوجود من هو أتمّ منه نظراً، فإنّه جائز، مراعاةً للمصلحة.

ولا تعود ولايته بزوال هذه العوارض على الأصحّ، بل يفترق إلى تولية مستأنفة؛ لبطان السابقة، فعودها^١ يحتاج إلى دليل.

وربما فرّق بين ما يزول سريعاً كالإغماء، وبين غيره كالجنون، فتعود الولاية في الأوّل بزواله، دون الثاني؛ لأنّ الإغماء كالسهو الذي يزول سريعاً ولا ينفكّ منه غالباً. والفرق واضح.

والثاني: يجوز مع ظهور خلل لا يبطل القضاء، ويكفي فيه غلبة الظنّ؛ نظراً إلى المصلحة. وإن لم يظهر خلل، فإن لم يكن ثمّ من يصلح للقضاء غيره لم يجز عزله. وإن كان هناك صالح، فإن كان أتمّ منه جاز عزله به. وإن كان مثله أو دونه، فإن كان في عزله مصلحة من تسكين فتنة ونحوه جاز عزله أيضاً.

وإن لم يكن فيه مصلحة، قيل: لم يجز عزله؛ لعدم المقتضي له، وقد ثبتت ولايته شرعاً بالتولية فلا تزول اقتراحاً وتشهياً^٢، ولأنّ عزله حينئذٍ بمنزلة العبث، وفيه عرضة للقدح فيمن ليس بمقدوح.

وقيل: يجوز عزله مطلقاً؛ لأنّ ذلك حقّ للإمام، فله أخذه متى شاء وإعطاؤه غيره، فتجب طاعته في ذلك كغيره^٣.

وهذا البحث قليل الجدوى على أصول الأصحاب؛ لأنّ الإمام لا يفعل إلّا ما يوافق المصلحة ويناسب المشروع^٤، وإنّما يفرّع هذه الأحكام من يجوز إمامة من يتفق منه خلاف المشروع.

١. في حاشية الأصل: «ن خ: فوجودها».

٢. قاله الشهيد في القواعد والفوائد، ص ٢٥١ - ٢٥٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٥).

٣. قاله العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١١٨، الرقم ٦٤٣٠.

٤. في بعض النسخ: «الشرع» بدل «المشروع».

وحيث يعزله الإمام على وجه يصح، فهل ينعزل بمجرد عزله، أو بعد بلوغه الخبر كالوكيل؟ فيه قولان: أظهرهما الثاني؛ لعظم الضرر في ردّ أفضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

هذا إذا عزله لفظاً، أو كتب إليه: «إني عزلتك» أو «أنت معزول». أمّا إذا كتب إليه: «إذا أتاك كتابي فأنت معزول» لم ينعزل قبل أن يأتيه الكتاب بحال. وإن كتب إليه: «إذا قرأت كتابي فأنت معزول» لم ينعزل قبل القراءة.

ثم إن قرأه بنفسه فذاك. وإن قرئ عليه فوجهان: أحدهما: لا ينعزل؛ نظراً إلى صورة اللفظ. والثاني: الانعزال؛ نظراً إلى المعنى عرفاً؛ لأنّ غرض الإمام إعلامه صورة الحال لا قراءته بنفسه. ولو كان أمّياً -تفريعاً على جوازه- فقرئ عليه فالحكم بالانعزال أظهر. مع احتمال العدم؛ نظراً إلى مدلول اللفظ.

ومثله في اختلاف ظاهر اللفظ والمعنى إطلاق الكتاب على مجموعته وعلى الغاية المقصودة منه. وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابة بحيث تعذّرت قراءته؛ فإنّه لا يصدق قراءة الكتاب إن جعلنا المفرد المضاف مفيداً للعموم، كما هو رأي المحقّقين من الأصوليين^١، وقد أشرنا إليه سابقاً^٢. وكذا القول في بلوغه.

هذا بحسب اللفظ. وأمّا بالنظر إلى المعنى فالمقصود بلوغ ما يفيد الخبر أو قراءة ما يحصل به الغرض وإن لم تتمّ القراءة مع إمكانها فضلاً عن تعذّرها، فتعتبر قراءة الفصول المقصودة التي يحصل بها إفادة المطلوب، وإن بقي غيرها كالبسملة والحمدلة ونظائرها.

١. راجع المستصفي، ج ٢، ص ١٤٩؛ والإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ج ٢، ص ٤١٥؛ وتهذيب الوصول إلى

علم الأصول، ص ١٢٨.

٢. سبق في ج ٩، ص ٢٧٢.

التاسعة: • إذا مات الإمام قال الشيخ (رحمه الله): الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع. وقال في المبسوط: لا ينزلون؛ لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته والأوّل أشبهه.

• ولو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه؛ لأنّ الاستنابة مشروطة بإذن الإمام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام، فلا ينزل بموت الواسطة. والقول بانعزاله أشبهه.

قوله: «إذا مات الإمام قال الشيخ (رحمه الله): الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع» إلى آخره.

اختلف كلام الشيخ وغيره من الفقهاء فيما لو مات إمام الأصل هل ينزل القضاة أم لا؟ فقيل: ينزلون مطلقاً؛ لأنّهم نوابه، وولايتهم فرع على ولايته، فإذا زال الأصل تبعه الفرع^١.

وقيل: لا ينزلون؛ لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً فتستصحب^٢، ولما يترتب على الانعزال من الضرر العامّ اللاحق بالخلق بخلو البلدان عن الحكّام إلى أن يتجدّد للإمام اللاحق نواب، فتتعطلّ المصالح. والأظهر هو الأوّل.

وقد يقدر هذا في ولاية الفقيه حال الغيبة؛ فإنّ الإمام الذي جعله قاضياً وحاكماً قد مات، فيجري في حكمه ذلك الخلاف المذكور، إلّا أنّ الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية، وإنّها ليست كالتولية الخاصّة، بل حكم بمضمون ذلك، بإعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذو اليد مقبول الخبر، وغير ذلك، وفيه بحث. قوله: «ولو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه» إلى آخره.

١. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٨٢؛ والعلاّمة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٤؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١١٨، الرقم ٦٤٣١.
٢. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٨٢، ولكن أعرض عنه.

إذا مات القاضي انعزل بموته كلّ نائب له في شغل معيّن -كبيع على ميّت أو غائب، أو سماع بيّنة في حادثة معيّنة - بغير خلاف.

وفي المتصرّفين في شغل عامّ -كقوام الأيتام والوقوف - وجهان ناشتان من الوجهين في نواب الإمام، من حيث التبعية، ومن ترتّب الضرر بزوال ولايتهم إلى أن تتجدّد الولاية.

وأما نوابه في القضاء ففي انزالهم وجهان، نقلهما المصنّف (رحمه الله):

أحدهما: عدمه مطلقاً؛ لأنّ الاستنابة مشروطة بإذن الإمام، فالنائب عن القاضي كالنائب عن الإمام، فلا ينعزل بموت القاضي الواسطة، كما لا ينعزل وكيل الوكيل إذا كان قد أُذن له في توكيله عن الموكل.

والثاني: الانعزال مطلقاً؛ لأنّه فرعه والوكيل عنه، فينعزل بموته. ويمنع من كون الإطلاق يقتضي كونه نائباً عن الإمام. وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله).

وفي كلا القولين على إطلاقهما إشكال.

أما الأوّل؛ فلأنّ النيابة قد تكون مستندة إلى قرائن الأحوال -كاتساع الولاية - والنائب فيها ليس نائباً عن الإمام، بل عن القاضي. ولم يحصل من الإمام ما يقتضي الإذن لفظاً حتّى يقال: إنّ الاستنابة مشروطة بإذن الإمام. ولو سلّم أنّ التولية على هذا الوجه إذن في المعنى لم يدلّ على كونه إذناً في استنابته عن الإمام بوجه من الدلالات.

وأما الثاني؛ فلأنّ من جملة الأقسام أن يكون الإمام قد أُذن له صريحاً في الاستنابة -إما مطلقاً أو عن الإمام - فلا يتمّ الحكم مطلقاً بكون النائب تابعاً للمستنيب.

فيتّجه على هذا وجه ثالث، وهو أنّ القاضي إذا لم يكن مأذوناً في الاستخلاف لفظاً، بل استخلف بناءً على جوازه مطلقاً أو مع شهادة القرائن به انعزل خليفته بموته؛ لأنّ الاستخلاف في هذه الحالة إما أن يكون جوازه مشروطاً بالحاجة، فكان النائب كالمعاون في العمل، فإذا زالت ولايته بطلت المعاونة؛ لعدم الحاجة إليها، وإما لأنّ الخليفة كالوكيل حيث جوّزناها مطلقاً، فتبطل بموت الموكل؛ لأنّه كالمعيّن أيضاً وإن لم يكن لحاجة.

العاشرة: ● إذا اقتضت المصلحة تولية مَنْ لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته، مراعاةً للمصلحة في نظر الإمام، كما اتفق لبعض القضاة في زمان عليّ عليه السلام. وربما منع من ذلك؛ فإنه عليه السلام لم يكن يفوض إلى مَنْ يستقصيه ولا يرتضيه، بل يشاركه فيما ينفذه، فيكون هو عليه السلام الحاكم في الواقعة لا المنسوب.

وإن كان مأذوناً في الاستخلاف نظر، إن قال: «استخلف عني» فاستخلف، لم ينزل خليفته؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، فكان الأول سفيراً في التولية. وإن قال: «استخلف عن نفسك» أو أطلق، انزل؛ لظهور غرض المعاونة، وبطلانها بطلان ولايته. وهذا البحث قد مضى^١ مثله في وكيل الوكيل عند موت الوكيل الواسطة. ولو نصب الإمام بنفسه نائباً عن القاضي، ففي انزاله بموت القاضي وجهان، وأولى بالعدم هنا؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، إلا أن يكون الإذن مقيداً بالنيابة عن القاضي، فيتبعه كأول.

قوله: «إذا اقتضت المصلحة تولية مَنْ لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته، مراعاةً للمصلحة في نظر الإمام» إلى آخره.

إذا اقتضت المصلحة عند الإمام تولية مَنْ لم يستكمل شرائط القضاء، بأن كان قاصراً في العلم أو العدالة، ففي جواز توليته عندنا وجهان:

أحدهما: المنع؛ لفقد الشرط المقتضي لفقد المشروط، ولقول النبي صلى الله عليه وآله: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة»^٢، وجعل الذي في الجنة من عرف الحق وقضى به، وقد تقدّم، فمن يكون من أهل النار لا تسوغ توليته، ولأنه لا يجوز ذلك في الفتوى، ففي القضاء أولى.

والثاني: الجواز؛ نظراً إلى وجود المصلحة الكلية التي هي الأصل في شرع الأحكام،

١. سبق في ج ٤، ص ٥١٧.

٢. تقدّم تخريجه في ص ٢٠، الهامش ٢.

الحادية عشرة: ● كَلَّ مَنْ لَا تَقْبِلُ شَهَادَتَهُ لَا يَنْفِذُ حُكْمَهُ، كالولد على الوالد، والعبد على مولاه، والخصم على خصمه. ويجوز حكم الأب على ولده وله، والأخ على أخيه وله، كما تجوز شهادته.

ولوقوع مثله في زمن عليٍّ عليه السلام، فقد كان وليّ شريحاً القضاء^١ مع ظهور مخالفته له في الأحكام المنافية للعدالة التي هي أحد الشرائط.

وأجيب بأن مجرد وقوعه منه ليس بحجة، وإنما يكون حجةً لو وقع باختياره^٢، والقرائن شاهدة بخلاف ذلك؛ فإنه إنما ولّاه جرياً على طريقة السابقين حيث كان متولياً من قبلهم، فلم يمكنه عليه السلام المشاقّة والمخالفة، كما علم من سيرته في زمن ولايته.

وأشار المصنّف (رحمه الله) إلى جواب آخر، وهو أنه عليه السلام وإن كان بحسب الصورة مفوضاً إليه القضاء وراضياً بحكمه، إلا أنه في المعنى لم يكن كذلك، بل كان يشاركه فيما ينفذه، فيكون عليه السلام هو الحاكم في الواقعة لا المنصوب.

وقد روى مضمون هذا الجواب هشام بن سالم - في الحسن - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لَمَّا وَلى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتّى يعرضه عليه»^٣. وهذا الجواب لا يخلو من نظر. والمرويّ من حال شريح معه عليه السلام ما يخالف ذلك، وفي حديثه مع الدرع الغلول^٤ ما يرشد إلى ما ذكرناه.

قوله: «كَلَّ مَنْ لَا تَقْبِلُ شَهَادَتَهُ لَا يَنْفِذُ حُكْمَهُ» إلى آخره.

الحكم لشخص على آخر شهادة له عليه وزيادةً، فيشترط في نفوذه ما يشترط في نفوذ

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٧، باب أن الحكومة إنما هي للإمام عليه السلام، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٧، ح ٥١٠.

٢. أجاب به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١١٧، الرقم ٦٤٢٦؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٠.

٣. تقدّم تخريجه في الهامش ١.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٥ - ٣٨٦، باب شهادة الواحد ويمين المدعي، ح ٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٠٩ - ١١٠، ح ٣٤٣١؛

تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٣ - ٢٧٥، ح ٧٤٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٥ - ٣٦، ح ١١٧.

.....

الشهادة من الطرفين وأحدهما. فمن لا تقبل شهادة الشخص عليه مطلقاً كالخصم لا يقبل حكمه عليه، ويقبل حكمه له كما تقبل شهادته له، مع عدم منافاة الخصومة للعدالة. ومن تقبل شهادته له وعليه - كالأجنبي والأخ والأب بالنسبة إلى الولد - يقبل حكمه له وعليه مطلقاً.

وأما حكم الولد على الوالد فقد قطع المصنّف (رحمه الله) بالمنع منه؛ بناءً على المشهور من عدم قبول شهادته عليه. وسيأتي أن الأصحّ قبولها له وعليه، فيقبل حكمه له وعليه كغيره^١.

النظر الثاني في الآداب

وهي قسمان: مستحبة، ومكروهة.

● فالمستحبة أن يطلب من أهل ولايته مَنْ يسأله عمّا يحتاج إليه في أمور بلده. وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد؛ لتردّ الخصوم عليه وروداً متساوياً. وأن ينادى بقدمه إن كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء. وأن يجلس للقضاء في موضع بارز، مثل رحبة أو فضاء؛ ليسهل الوصول إليه. وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم؛ لأنّ نظر الأوّل سقط بولايته.

ولو حكم في المسجد صلّى عند دخوله تحية المسجد، ثمّ يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها. وقيل: يستقبل القبلة؛ لقوله ﷺ: «خير المجالس ما استقبل به القبلة». والأوّل أظهر.

قوله - في الآداب -: «المستحبة أن يطلب من أهل ولايته مَنْ يسأله عمّا يحتاج إليه في أمور بلده» إلى آخره.

للقاضي آداب تختصّ به، وهي كثيرة حتّى أفردت بالتصنيف للاهتمام بشأنها. وقد أشار المصنّف (رحمه الله) إلى المهمّ منها هنا.

فمنها: أن يطلب قبل قدومه إلى البلد مَنْ يسأله عن حال مَنْ فيه من العلماء والعدول؛ ليكون على بصيرة ممّن يعتمد عليه ويسكن إلى قوله، ومَنْ يستحقّ التعظيم منهم والإقبال من حين وصوله، فإن لم يتيسّر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل.

قيل: ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين، تأسياً بالنبي ﷺ حين دخل المدينة في ذلك اليوم^١.

ومنها: أن ينزل في وسط البلد أو الناحية؛ كيلا يطول الطريق على بعضهم زيادةً على بعض، فيكون ذلك أقرب إلى إنصاف الخصوم والتسوية بينهم، كما يسوي بينهم في الكلام والإنصات وغيره.

ومنها: أن يعلم بقدومه إن لم يشتهر خبره. ولو توقّف ذلك على منادٍ ينادي على حسب حال البلد في الكبر والصغر: «ألا أن فلاناً قدم قاضياً» ونحو ذلك فعل. وإن توقّف الأمر على قراءة عهده أضاف المنادي إلى ذلك: «فمن أحبّ فليحضر ساعة كذا من يوم كذا» فإذا حضروا قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود شهدوا. ثمّ ينصرف إلى منزله ويستحضر الناس، ثمّ يسألهم عن الشهود والمزكّين سرّاً وعلانيةً.

ومنها: أن يجلس للقضاء في موضع بارز للناس، مثل رحبة أو فضاء؛ ليسهل الوصول إليه على من أراه. ولا يجعل ذلك في بيت يهابه الناس أو بعضهم؛ ليكون أيسر في وصول المحتاجين إلى حقّهم.

ومنها: أن يتسلّم ديوان الحكم، وهو ما كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات وحجج الأيتام والأوقاف وحجج الناس المودعة في الديوان؛ لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية وقد انتقلت الولاية إليه، فيتوصّل بذلك إلى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوادثهم.

ومنها: أنه إن اتفق حكمه في المسجد، إمّا مراعاةً لمجرّد الجواز، أو على وجه لا يكون مكروهاً، فليبدأ عند وصوله بصلاة تحية المسجد ركعتين فصاعداً، كما يستحبّ ذلك لكلّ داخل إليه. وإنما خصّه بالذكر دفعاً لتوهّم أن ما هو بصدده من الحكم أهمّ من صلاة التحية.

● ثم يسأل عن أهل السجون، ويثبت أسماءهم، وينادي في البلد بذلك ليحضر الخصوم، ويجعل لذلك وقتاً، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد وسأله عن موجب حبسه، وعرض قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، وإلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

ومنها: أن يجلس مستدبر القبلة؛ ليكون وجه الخصوم إذا وقفوا بين يديه مستقبل القبلة، خصوصاً في وقت استحلافهم، فيكون مراعاة جانب الاستقبال فيهم أهم من مراعاة جانبه؛ نظراً إلى عموم المصلحة. وهذا اختيار الأكثر، ومنهم الشيخ في النهاية^١. وقال في المبسوط: يكون متوجّهاً إلى القبلة^٢؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»^٣. والقاضي أحقّ بهذه الفضيلة. وتبعه ابن البرّاج^٤. واختار المصنّف (رحمه الله) الأوّل. وهو الأظهر.

قوله: «ثم يسأل عن أهل السجون - إلى قوله - وقيل: يحلّفه مع ذلك».

إذا تفرّغ القاضي من مهمّاته وأراد القضاء استحَبَّ أن يبتدئ أولاً بالنظر في حال المحبوسين؛ لأنّ الحبس عذاب، فليُنظر هل يستحقّونه أم لا؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر في أمورهم منادياً ينادي على حسب الحاجة: «ألا إنّ القاضي ينظر في أمور المحبوسين يوم كذا» فمن له محبوس فليحضر. ويبعث إلى الحبس أميناً من أمنائه ليكتب اسم كلّ محبوس وما حبس به ومنّ حبس له في رقعة منفردة. والأحوط بعث اثنين.

فإذا جلس اليوم الموعود وحضر الناس صبّت تلك الرقاع بين يديه، وأخذ واحدة واحدة ونظر في الاسم المثبت فيها، وسأل عن خصمه، فمن قال: «أنا خصمه» نظر في أمره. ولو كثر المحبوسون وخصومهم وشقّ اجتماعهم في المجلس أبقاهم في الحبس، وكلّموا

١. النهاية، ص ٣٢٨.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٤٤٦.

٣. راجع الفردوس بماثور الخطاب، ج ٢، ص ١٧٩، ح ٢٩٠١؛ وتلخيص الحبير، ج ٢، ص ٢٦٦، ذيل الحديث ١٠٥٩.

٤. المهذب، ج ٢، ص ٥٩٥.

وكذالو أحضر محبوساً فقال: «لا خصم لي» فإنه ينادي في البلد، فإن لم يظهر له خصم أطلقه. وقيل: يحلّفه مع ذلك.

أخرج رقعةً وظهر فيها اسم واحد وظهر خصمه بعث معه ثقةً إلى الحبس ليأخذ بيده ويخرجه للحكومة بينه وبين خصمه. وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر ما يعرف أنّ المجلس يحتمل النظر في أمرهم.

وإذا اجتمع المحبوس وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه. والجواب يفرض على وجوه:

منها: أن يعترف بالحبس بالحقّ. فإن كان ما حبس به مالأً أمر بأدائه، فإن قال: «فأنا معسر»، فعلى ما ذكر في الفلّس^١. ثمّ إذا لم يؤدّ ولم يثبت الإعسار ردّ إلى الحبس. وإن أذى أو ثبت الإعسار نودي عليه فعمل له خصماً آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر خلّي. وإن كان ما حبس به حدّاً أقيم عليه وخلّي.

ومنها: أن يقول: «شهدت عليّ البيّنة فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود». وللأصحاب في جواز الحبس بهذا السبب اختلاف، فإن كان مذهب القاضي أنّه لا يحبس به أطلقه. وإن كان مذهب الحبس ردّه، وبحث عن حال الشهود.

ومنها: أن يقول: «حبست ظلماً». فإن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجّة، والقول قول المحبوس مع يمينه.

وإن ذكر خصماً غائباً ففي إطلاقه أوجه:
أحدها: نعم؛ لأنّ الحبس عذاب، وانتظار الغائب يطول.
وأظهرها: أنّه لا يطلق، ويكتب إلى خصمه في الحضور، فإن لم يفعل فحينئذٍ يطلق.
والثالث: أنّه لا يحبس ولا يطلق، ولكن يراقب إلى أن يحضر خصمه، ويكتب إليه ليعجل، فإن تأخّر تركت المراقبة؛ لما فيه من الجمع بين الحقّين.

● ثم يسأل عن الأوصياء على الأيتام، ويعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنقاذ أو إسقاط ولاية، إمّا لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانة، أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصيّ عجز.

وهذا اختيار العلامة في القواعد^١، ووافقه الشهيد في الدروس مخيراً بين المراقبة والكفيل^٢.

وإن قال: «لا خصم لي أصلاً» أو قال: «لا أدري لم حبست؟» نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يحضر أحد، قال الشيخ: أحلف وأطلق^٣. واستحسنه في الدروس^٤. وإمّا أحلف هنا ولم يحلف في الأجوبة السابقة؛ لأنّ هناك ظهر الخصم وفصل الأمر، فدعوى أنّه ليس له خصم آخر لا يخالف الظاهر، بخلاف الحبس بغير خصم، فإنّه خلاف الظاهر، وفيه قدح في القاضي السابق.

والمصنّف (رحمه الله) اقتصر على جعل التحليف قولاً مشعراً بعدم ترجيحه.

ووجهه عدم ثبوت حقّ عليه ظاهراً، فلا وجه لإحلافه. والأجود الأوّل.

قوله: «ثم يسأل عن الأوصياء على الأيتام» إلى آخره.

إذا فرغ القاضي من المحبوسين نظر في حال الأوصياء؛ لأنّ الوصيّ يتصرّف في حقّ من لا يمكنه المرافعة والمطالبة، كالأطفال وأصحاب الجهات العامّة. فإذا حضر من يزعم أنّه وصيّ تفحص القاضي عن شيئين:

أحدهما: أصل الوصاية. فإن أقام بيّنة بها قرّره إلى أن يطرأ ما يزيلها من فسق وغيره، فينتزع المال منه. فإن كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه والتصرّف فيه ضمّ إليه من عينه. والثاني: تصرّفه في المال. فإن قال: فرّقت ما أوصى به، نظر إن كانت الوصيّة لمعيتين

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٧.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٤٤٦.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

● ثم ينظر في أمناء الحكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم ولأموال الناس من وديعة أو مال محجور عليه، فيعزل الخائن، ويسعد الضعيف بمشارك، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

لم يتعرض له؛ لأنهم يطالبون لو لم يوصل^١ إليهم. وإن كان لجهة عامّة، فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمه. وإن كان فاسقاً ضمنه؛ لتعديده بالتفريق لا عن ولاية.

ولو أن غير الوصي فرّق الموصى به نظر إن كانت الوصية لمعيتين وقع الموقع؛ لأن لهم أن يأخذه من غير واسطة، وإلا ضمن. وكذا يضمن من تصرف في وقف مسجد أو مشهد وليس أهلاً. وإن صرفه في مصلحته. وإن ظهر منه خيانة فأولى بالضمان.

ولو تبين عجزه عن القيام بما فوض إليه ضم إليه مساعداً. وإن انتهت مدة وصايته لبلوغ اليتيم أو غيره نزع يده منه، إلى آخر ما يترتب على الوصاية.

قوله: «ثم ينظر في أمناء الحكم الحافظين لأموال الأيتام» إلى آخره.

إذا فرغ من النظر في الأوصياء شرع في النظر في حال أمناء الحكم، وهم الذين نصبهم القاضي السابق على الأطفال، وفي تفرقة الوصايا حيث لا وصي لها، ومن وضع عنده وديعة أو مال محجور عليه، وهو نوع من الوديعة، فعطفه عليها عطف خاص على عام. فمن تغير حاله بفسق استبدل به، أو بضعف ضم إليه معيئاً إن شاء، أو استبدل به، بخلاف الوصي؛ فإنه يتعين فيه الضم ولا يجوز الاستبدال. والفرق: أن هذا تولّى من جهة القاضي فله عزله اقتراحاً فمع العجز أولى، بخلاف الوصي، فإن الموصي قد نصبه ورضي بنظره، ونظره لم يعدم، وإنما قصر عن الاستقلال، فينجبر بضم المعين.

وإنما جعل هذا القسم مترتباً على النظر في القسم السابق؛ لأن الأول لا خصم له فكان أولى بالرعاية، بخلاف هذا، فإن^٢ ناصبه القاضي، فكان هو الخصم فيه.

١. في بعض النسخ: «لو لم يصل» بدل «لو لم يوصل».

٢. في بعض النسخ زيادة: «خصمه».

● ثم ينظر في الضوَالِّ واللُّقْطِ، فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب نفقته ثمنه، ويسلم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شيء من ذلك في يد أمناء الحكم، ويستبقي ما عدا ذلك - مثل الجواهر والأثمان - محفوظاً على أربابها؛ لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرّر أولاً.

● ويحضر من أهل العلم مَنْ يشهد حكمه، فإن أخطأ نَبّهوه؛ لأنّ المصيب عندنا واحد. ويخاوضهم فيما يستبهم من المسائل النظرية؛ لتقع الفتوى مقررةً.

قوله: «ثم ينظر في الضوَالِّ واللُّقْطِ» إلى آخره.

إنّما أخرج هذه عن الأقسام السابقة؛ لأنّها ليست لها مطالب الآن، وإنّما هو الباحث عن حالها والآخذ لبعضها ليضعه في بيت المال أو لبيعه. وحكمها على الوجه الذي ذكره المصنّف (رحمه الله) واضح.

وحيث لا يقبل الملك، أو لا يختار الملتقط التملك، يتخيّر الحاكم بين أن يحفظها معزولة عن أمثالها في بيت المال، وبين أن يخلطها بما فيه، وإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال. ويقدم من كل نوع من ذلك الأهمّ فالأهمّ.

ولو عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمّات استخلف من ينظر فيها أو فيما هو فيه، ولا يؤخّرها؛ لأنّ الحبس عقوبة، وحاجات الأطفال والغيّاب ناجزة، فكانت أولى بالتقديم. والمراد بقوله «على الوجه المحرّر أولاً» ما سبق ذكره في باب اللقطة من أحكام ذلك وشرائطه من التعريف حولاً وغيره^١.

قوله: «ويحضر من أهل العلم من يشهد حكمه» إلى آخره.

المراد بأهل العلم المجتهدون في الأحكام الشرعية، لا مطلق العلماء. وليس المراد أن يقلّدهم في المسألة، سواء تبيّن خطؤه أم لا؛ لما تقرّر من أن غير المجتهد لا ينفذ قضاؤه مطلقاً، بل لأنّ القضاء مظنة تشعب الخاطر وتقسّم الفكر، وجزئيات الأحكام الواردة عليه

بعضها يشتمل على دقّة وصعوبة مدرك، فربما غفل بواسطة ذلك عن بعض مدارك المسألة، فينبهوه عليه ليعتمد منه ما هو الأرجح منه.

ويستحبّ له أيضاً ابتدأوهم بالبحث في الحكم الحاضر إذا لم يكن مدركه جلياً، بأن كان إجماعياً أو منصوصاً نصّاً واضحاً، تأسياً بالنبي ﷺ، فقد كان يشاور أصحابه امتثالاً لأمر الله تعالى في قوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^١، وقد كان ﷺ غنياً عن مشاورتهم بكمال علمه، ولكن أراد أن يستنّ به الحكّام بعده^٢.

وقوله «لأنّ المصيب عندنا واحد» نبّه به على خلاف بعض العامّة حيث ذهب إلى أنّ كلّ مجتهد مصيب^٣، فلا وجه حينئذٍ في الرجوع إلى قول من ينبّهه؛ لأنّ كلّاً منهما موافق للصواب، وإن كان بعض الآراء أرجح من بعض.

وفيه نظر؛ لأنّ هذا الحكم يجري على المذهبين، وقد ذكره الفريقان في آداب القضاء؛ لأنّ الإصابة في الاجتهاد عند القائل بكون كلّ مجتهد مصيباً إنّما هي مع موافقة الاجتهاد للدليل المناسب للحكم، والمفروض هنا الغفلة عنه، وأنّه إذا نبّه عليه تنبّه^٤، وعلم أنّ الدليل الذي اعتمده أو لا غير صحيح بحسب ما يراه، بأن كان في المسألة رواية فيها طعن غفل عنه مثلاً، أو روايتان متعارضتان فجمع بينهما بأمر غير سديد، أو رجّح إحداهما بمرجّح مع غفلته عن أمور أخرى ترجّح ذلك الجانب، أو نحو ذلك. وهذا الأمر يشترك فيه القولان.

وإصابة الواحد إنّما هي في نفس الأمر لا في الظاهر، ومن الجائز أن لا يكون الحكم الذي ينبّه عليه ووجب عليه اتّباعه هو الصواب في نفس الأمر؛ لأنّ الواجب في الظاهر

١. آل عمران (٣): ١٥٩.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٠؛ أحكام القرآن، الجصاص، ج ٢، ص ٦٠ - ٦٢؛ تفسير القرآن العظيم، ج ١، ص ٤٢٠ ذيل الآية ١٥٩ من سورة آل عمران (٣).

٣. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٢٨؛ البحر المحيط، ج ٤، ص ٥٢١.

٤. في الأصل: «على تنبيهه» بدل «عليه تنبّه».

- ولو أخطأ فأتلف لم يضمن، وكان على بيت المال.
- وإذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عزّفه خطأه بالرفق، فإن عاود زجره، فإن عاد أدّبه بحسب حاله، مقتصراً على ما يوجب لزوم النمط.

اتباع الراجح بعد استفراغ الوسع في تحصيل دليله، سواء طابق الواقع في نفس الأمر أم لا، بل ذلك أمر لا يعلم إلا من قبل الله تعالى.

وقد وقع في كلام ابن الجنيّد في هذه المسألة ما يوهم جواز تقليده لهم في الحكم؛ لأنّه قال: لا بأس أن يشاور الحاكم غيره فيما اشتبه عليه من الأحكام، فإن أخبروه بنص أو سنّة أو إجماع خفي عليه عمل به^١.

قال في المختلف:

لكن لما أجمعنا على أنّه لا يجوز أن يلي القضاء المقلّد وجب حمل كلامه على ما يوافق كلام الشيخ وغيره، من أنّ المراد به أن ينتهوه على ما خفي عليه من الأدلّة وسها فيه؛ ليعتمد على الدليل الصالح، لا بمعنى أن يقلّدهم^٢.

فيحصل من كلام المختلف أنّ الإجماع واقع على عدم جواز التقليد، فتعيّن لذلك حمل المشاورة على ما أشرنا إليه من المعنى.

قوله: «ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال».

بأن حكم لأحد بمال، أو على أحد بقصاص ونحو ذلك، ثمّ ظهر له خطأ الحكم، مع كونه قد اجتهد فيه فلم يظهر له الخطأ إلى أن حصل الإتلاف، فيلزمه أداء المتلف من بيت المال لا من ماله، للنصّ على ذلك^٣، وموافقته للحكمة.

قوله: «وإذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عزّفه خطأه بالرفق» إلى آخره.

تعدّي أحد الخصمين في مجلس القاضي قد يكون على وجه محرّم، بأن يكذب الشاهد،

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢٩، المسألة ٣٣.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٣١، المسألة ٣٣؛ وراجع المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٠.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٧، ح ٣٢٣٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣١٥، ح ٨٧٢.

● والآداب المكروهة أن يتخذ حاجباً وقت القضاء.

أو ينسب القاضي إلى الجور، أو الميل ونحو ذلك، وقد يكون بإساءة الأدب مع الخصم أو القاضي أو غيرهما، أو اللدد في الخصومة، بأن يطلب يمين الخصم، ثم يقطعها عليه ويقول: «لي بيّنة سأحضرها» ثم يعود إلى الأوّل، وهكذا إيذاءً وتعتناً.

فإن كان الأوّل، جرى معه القاضي على مراتب النهي عن المنكر، فيزجره عن فعله وينهاه برفق، فإن انزجر بذلك وإلاّ تهدّده وصاح عليه، فإن لم ينزجر عزّره على ما يقتضيه نظره.

ولو كان الحقّ للقاضي، بأن كانت الجراءة عليه، تخيّر بين أن يعزّره وأن يعفو عنه، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه، أو يؤدّي إلى إغرائه بمثل ذلك، وإلّا كان الاستيفاء أولى. وإن كان الثاني، عرّفه طريق الأدب اللائق بذلك المقام برفق، وبيّن له فساد ما ارتكبه، فإن نجح وإلّا أغلظ له، فإن أفاد وإلّا جاز تأديبه بما يقتضيه اجتهاده من التوبيخ وإغلاظ القول، ونحو ذلك.

والسنن - بفتح السين - الطريق. وكذلك النمط. والمراد به هنا لزوم قوانين الشرع.

قوله: «والآداب المكروهة أن يتخذ حاجباً وقت القضاء».

الحاجب هو الذي لا يدخل عليه أحد إلاّ برضاه، فإنّه منهيّ عنه، قال النسيّ عليه السلام: «من وُلّي شيئاً من أمور الناس فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وقره»^١.

وإنّما يكره ذلك في حال القضاء ونحوه من الولايات، وأمّا في غيره فلا بأس؛ للأصل، وظهور الغرض الصحيح به.

ونقل الشيخ فخر الدين عن بعض الفقهاء أنّه حرام؛ عملاً بظاهر الحديث. وقرّبّه مع

١. مسند أحمد، ج ٦، ص ٣١٦، ح ٢١٥٧١؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ١٣٥، ح ٢٩٤٨؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ٥، ص ١٢٧، ح ٧١٠٩؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ١٧٤، ح ٢٠٢٥٨ مع اختلاف في المصادر.

● وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً. ولا يكره لو اتفق نادراً. وقيل: لا يكره مطلقاً، التفاتاً إلى ما عرف من قضاء عليّ عليه السلام بجامع الكوفة.

اتخاذها على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضرب بهم^١.

وهو حسن؛ لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. والحديث يصلح شاهداً عليه، وإلا كان مفيداً للكرهية، للتسامح في أدلته.

قوله: «وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً. ولا يكره لو اتفق نادراً» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في كراهية القضاء في المسجد واستحبابه وإباحته مطلقاً أو على بعض الوجوه، فذهب الأكثر - ومنهم المصنف (رحمه الله) في كتاب الصلاة - إلى كراهته مطلقاً؛ لقوله عليه السلام: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم»^٢. والحكومة تستلزم الخصومة ورفع الصوت غالباً، وقد يحتاج إلى إحضار الصبيان والمجانين أيضاً، وأيضاً فقد تحضره الحَيْضُ ومن لا يتوقى النجاسة، ولما روي أنه عليه السلام سمع رجلاً ينشد ضالةً في المسجد فقال: «لا وجدتها، إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة»^٣، و«إنما» للخصر. وذهب جماعة - منهم الشيخان^٤ في المقنعة والنهاية وأتباعهما^٥ وابن إدريس^٦ - إلى الاستحباب مطلقاً؛ لأن المسجد أشرف البقاع، والقضاء من أفضل الأعمال، فلا ينافيه وضع المسجد لذكر الله؛ لأن القضاء من جملته؛ لأن ذكر الله أعم من الذكر القولي.

١. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣١٠.

٢. تقدّم في ج ١، ص ٣٤١، أحكام المساجد.

٣. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٢٤٧، ح ٧٥٠؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ١٧٧، ح ٢٦٨؛ مجمع الزوائد، ج ٢، ص ٢٥ - ٢٦؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٨٨، ذيل الحديث ٢٠٨٨.

٤. مسند أحمد، ج ٦، ص ٤٩٦، ح ٢٢٥٤٢؛ صحيح مسلم، ج ١، ص ٣٩٧ - ٣٩٨، ح ٨٠ - ٥٦٩/٨١؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٢٥٢، ح ٧٦٥؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٢، ص ٦٢٧، ح ٤٣٤٤، بتفاوت يسير فيها.

٥. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٧٢٢؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٣٣٨، لكن حكم بكرهه ذلك في ص ١٠٩.

٦. كآبي الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٤٤٤؛ وسألر في المراسم، ص ٢٣٠؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٠٩.

٧. السرائر، ج ١، ص ٢٧٩، لكن نفى البأس عنه، وهو أعم من الاستحباب.

وقال الشيخ في المبسوط: الأولى جوازه^١. وفي الخلاف: لا يكره^٢، ولم يذكر الاستحباب. وهو قول متوسط.

وذهب المصنّف (رحمه الله) هنا والعلامة في أحد قوليهِ^٣، والشهيد في أحد قوليهِ^٤ إلى كراهة الدائم منه دون المتفرّق. أمّا كراهة الدائم فلما مرّ. وأمّا استثناء المتفرّق؛ فلأنّ عليّاً^٥ كان يقضي بمسجد الكوفة^٥، ودكّة قضائه إلى الآن معروفة، وهو محمول على إيقاعه مرّات لا دائماً، ولأنّه إذا جلس للعبادة فحضر الخصمان صار القضاء بينهما واجباً على الفور، ففي تأخيره إلى أن يخرج منافاة لفوريته الحقّ، وإن لم يكن حراماً حيث لا يضرّ بالخصمين، فلا أقلّ من الكراهة أو رفعها عن إيقاعه في المسجد.

وأما ما ذكره المصنّف (رحمه الله) في الاستدلال لنفي الكراهة مطلقاً بقضاء عليّ^٦ بالجامع فموضع نظر؛ لأنّ المعلوم من حاله^٧ أنّه ما كان يجلس للقضاء دائماً، لا في المسجد ولا في غيره، وإنّما كان يقضي في المسجد في زمنه نوابه. وحال شريح في قضائه به في جميع خلافته^٨، وفي زمن الخليفين السابقين وبعد أمير المؤمنين^٩ مدّة متطاولة معلوم^٦. وإنّما الواقع من أمير المؤمنين^{١٠} - على تقدير تسليمه - قضايا قليلة في أمور مهمّة كان يرجع شريح إليه فيها، أو لغير ذلك من الأغراض. ودكّة القضاء على تقدير صحّتها لا تدلّ على أزيد من ذلك في حقّه. وربما كانت مجلساً لغيره؛ لأنّها من مستحبات مجالس القضاء كما مضى^٧. وجلوسه عليها في حال إنفاذ تلك القضايا الخاصّة لا غير.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٤٣٨.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٠، المسألة ٣.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٨؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٤٠.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٥. الفضائل، شاذان بن جبرائيل، ص ١٥٣ - ١٥٤.

٦. في حاشية الأصل و«و»: «نقل الشيخ في المبسوط [ج ٥، ص ٥٢٦]: أنّ شريحاً تولّى القضاء من قبل عمر

وعثمان وعليّ^{١١}، وبقي بعده، وأنّه بقي في القضاء سبعين سنّة. (منه رحمه الله)».

٧. تقدّم في ص ٥٢.

● 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.

قوله: «وأن يقضي وهو غضبان» إلى آخره.

أما كراهته حال الغضب فلما روي عنه عليه السلام أنه قال: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»^١.

وفي حديث آخر عنه عليه السلام: «لا يقضي إلا وهو شعبان ريان»^٢.

وفي آخر: «لا يقضي وهو غضبان مهموم، ولا مصاب محزون»^٣.

وفي وصية علي عليه السلام لشريح: «ولا تقعدن في مجلس القضاء حتى تطعم»^٤.

وهو ظاهر في كون المقصود تمكّنه من استيفاء الفكر والنظر، فيتعدى الحكم إلى كل موضع يوجب تغيير خلقه وتشويش فكره، من الجوع والشبع والعطش، والمرض والغم والهّم والخوف المزعج، والحزن والفرح الشديدين، وغلبة النعاس والملال، ومدافعة الأخبثين، وحضور طعام تتوق إليه نفسه، ونحو ذلك من المشغلات.

وخص بعضهم الغضب بما إذا لم يكن لله تعالى، فأما إذا غضب لله تعالى في حكومة وهو ممن يملك نفسه فلا بأس بإمضاء القضاء^٥؛ لحديث الزبير والأنصاري حين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم في شراج الحرّة، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «اسق زرعك يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك»،

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١، ح ٣٢٣٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٦، ح ٥٤٢ مع تفاوت يسير في المصادر.

٢. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٤٧، ح ٤٣٩٠؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ١٨١، ح ٢٠٢٨٢؛ الفردوس بما تور الخطاب، ج ٥، ص ١٤١، ح ٧٧٥٤؛ مجمع الزوائد، ج ٤، ص ١٩٥؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٨٩، ح ٢٠٩٠.

٣. أورده الشيخ في الميسر، ج ٥، ص ٤٣٩؛ والماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٣٣.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢ - ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٥ - ١٦، ح ٣٢٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٥ - ٢٢٦، ح ٥٤١.

٥. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٢٣.

● وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه. وكذا الحكومة.

فقضى رسول الله ﷺ بعد غضبه للزبير باستيفاء تمام حقه بعد أن كان قد استنزله عن بعضه. فقال الأنصاري: أن كان ابن عمّتك؟! فاحمرّ وجه رسول الله ﷺ وقال: «اسق زرعك يا زبير ثم احبس الماء إلى جارك حتى يبلغ أصول الجدر»^١.

وحيث يخالف القاضي ويقضي في إحدى الأحوال المشغلة ينفذ قضاؤه وإن فعل مكروهاً، إذا وقع على وجه الحق؛ عملاً بالأصل، وفي الخبر دلالة عليه.

قوله: «وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه. وكذا الحكومة».

لقوله ﷺ: «ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً»^٢، ولأنّه قد يحايى بسبب القضاء فيميل قلبه إلى من حاباه إذا وقعت بينه وبين غيره حكومةً. وربما خاف خصم من عامله من ميل القاضي عليه، فيمتنع من رفعه. وسبيله فيما يحتاج إليه من بيع وشراء أن يوكل من لا يعرف أنّه وكيله؛ لئلا يحايى وكيله أيضاً لأجله، فإذا عرف شخص بوكالته أبدله بآخر، فإن لم يجد من يوكله عقد بنفسه للضرورة. ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله أناب من يحكم بينه وبين خصمه، خوفاً من أن يميل إليه أو يتهم بذلك.

ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل الإجارة والاستجار وسائر المعاملات في معناهما. بل قيل: إنّه يكره له النظر في نفقة عياله وأمر ضيعته، بل يكله إلى غيره ليتفرغ قلبه للحكم^٣.

والمراد بتولية الحكومة بنفسه أن يقف مع خصمه لو حصل له منازع في الحكومة عند قاضٍ آخر غيره، بل يوكل من يخاصمه عنه.

١. مستند أحمد، ج ٤، ص ٥٦٩ - ٥٧٠، ح ١٥٦٨٤؛ صحيح البخاري، ج ٢، ص ٨٢٢ - ٨٢٣، ح ٢٢٣١ - ٢٢٣٣؛
 وج ٤، ص ١٦٧٤، ح ٤٣٠٩؛ صحيح مسلم، ج ٤، ص ١٨٢٩ - ١٨٣٠، ح ٢٣٥٧/١٢٩؛ سنن أبي داود، ج ٣،
 ص ٣١٥ - ٣١٦، ح ٣٦٢٧؛ سنن ابن ماجة، ج ١، ص ٧، ح ١٥؛ وج ٢، ص ٨٢٩، ح ٢٤٨٠.

٢. المطالب العالية، ابن حجر العسقلاني، ج ٢، ص ٢٣٤، ح ٢١٠٧؛ الجامع الصغير، ضمن جامع الأحاديث
 للسيوطي، ج ٥، ص ٢٦٣، ح ١٨٦٤١.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٣٩؛ وابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٥٩٣.

● وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجة. وكذا يكره اللين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم.

● ويكره أن يرتب للشهادة قوماً دون غيرهم. وقيل: يحرم؛ لاستواء العدول في موجب القبول، ولأنّ في ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاقتصار.

وقد روي أن علياً عليه السلام وكل عقيلاً في خصومة، وقال: إن للخصومة قحماً، وإنّي لأكره أن أحضرها^١. والقحم - بالضم - الأمر الشاق^٢. والمراد أنّها تقحم به إلى ما لا يليق فيقع بسببه في مشقة.

قوله: «وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجة» إلى آخره.

اللحن بالحجة هو التفتن لها والنطق بها. قال الهروي: في الحديث: «لعلّ بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، أي أفطن لها»^٣.

والمراد أنّ انقباض القاضي في وجه الخصم يمنعه من الإتيان بحجته وتحرير دعواه على وجه الكمال، بل يشغل نفسه ويشوش فكره، فيقصر عن بلوغ مطلوبه. وكذا يكره له اللين المفرط؛ فإنّه لا يؤمن معه من جرأة الخصوم، وسقوط محلّه من قلوبهم، فيختلّ بذلك الأمر المطلوب منه.

قوله: «ويكره أن يرتب للشهادة قوماً دون غيرهم» إلى آخره.

وجه الكراهة ما يترتب عليه من التضييق على الناس، والفضاضة من العدل غير المرتب، ولأنّ ذلك لم يؤثر عن السلف. ومن ذهب إلى تحريمه^٤ نظر إلى أنّ ذلك موجب لإبطال شهادة من تقبل شهادته، فإنّه قد يتحمّل الشهادة غيرهم فإذا لم تقبل ضاع الحق، وقد

١. أوردها بعينها ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٠٥، المسألة ٣٧٣٩؛ وصدده ورد في نهج البلاغة، ص ٧٠٦، الحكمة ٣؛ والنهية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ١٩، «قحم».

٢. راجع لسان العرب، ج ١٢، ص ٤٦٣، «قحم».

٣. غريب الحديث، الهروي، ج ١، ص ٣٣٥، «لحن».

٤. في حاشية الأصل: «لم تقف على القائل بالتحريم. (منه رحمه الله)».

وهنا مسائل:

الأولى: ● الإمام عليه السلام يقضي بعلمه مطلقاً. وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله سبحانه على قولين، أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم.

قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^١ فأطلق، فتحتمل ذلك ضرر على الناس وحرَج بالاعتصار، وهما منفيان^٢. والأشهر الكراهة.

قوله: «الإمام عليه السلام يقضي بعلمه مطلقاً وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله سبحانه على قولين» إلى آخره.

ظاهر الأصحاب الاتفاق على أن الإمام عليه السلام يحكم بعلمه مطلقاً؛ لعصمته المانعة من تطرُق التهمة، وعلمه المانع من الخلاف. والخلاف في غيره من الحكام، فالأظهر بينهم أنه يحكم بعلمه أيضاً مطلقاً. وقيل: لا يجوز مطلقاً^٣. وقال ابن إدريس: يجوز في حقوق الناس دون حقوق الله^٤.

وعكس ابن الجنيد في كتابه الأحمدى فقال:

ويحكم الحاكم فيما كان من حدود الله عزَّ وجلَّ بعلمه، ولا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلاً بالإقرار أو البيّنة، فيكون بما علمه من حقوق الناس شاهداً عند من فوقه، وشهادته كشهادة الرجل الواحد، وسواء كان ما علمه من ذلك كله في حال ولايته أو قبلها^٥.

١. الطلاق (٦٥): ٢.

٢. تقدّم تخريجهما في ص ٣٧، الهامش ١.

٣. المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٤٢٦؛ بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٩ - ١٠؛ مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٧٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٧٩.

٥. حكاه عنه أيضاً السيّد عميد الدين في كنز الفوائد، ج ٣، ص ٤٥٨.

ويظهر من المرتضى (رحمه الله) أنّ ابن الجنيد لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقاً، سواء في ذلك الإمام وغيره^١؛ لأنّه حاجّه بالروايات الدالّة على أنّ النبي ﷺ وعليّاً ﷺ حكما بعلمهما، وأنّ عليّاً ﷺ قتل الأعرابي الذي ادّعى على النبي ﷺ ثمن الناقة من غير أن يطلب الشهود^٢. فلعلّ ابن الجنيد ذكر ذلك في كتاب آخر. وهذا القول الذي نقلناه عنه من كتابه لم يذكره الأصحاب عنه، وإنّما نقلوا عنه القول بأنّ الحاكم لا يحكم بعلمه في شيء من الحقوق ولا الحدود، وهذا نقل ثالث عنه.

وفخر الدين (رحمه الله) في شرحه صرّح بدعوى اتّفاق الإماميّة على أنّ الإمام يحكم بعلمه^٣، وهو يخالف ما نقله والده في المختلف عن المرتضى ردّاً على ابن الجنيد الدالّ على عموم قوله بالمنع في الإمام وغيره^٤.

فهذا خلاصة تحرير الخلاف في المسألة. وأصحّ الأقوال جواز قضاء الحاكم مطلقاً بعلمه مطلقاً؛ لأنّ العلم أقوى من الشاهدين اللذين لا يفيد قولهما عند الحاكم إلاّ مجرد الظنّ إن كان، فيكون القضاء به ثابتاً بطريق أولى، ولعموم الأدلّة الدالّة على الحكم مع وجود الوصف المعلّق عليه، كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^٥، ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^٦، والخطاب للحكّام، فإذا علم الحاكم بالوصف عمل به وهو أقوى من الحكم، وإذا ثبت ذلك في الحدود ففي غيرها أولى.

١. الانتصار، ص ٤٨٨، المسألة ٢٧١.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ١٠٥-١٠٨، ح ٣٤٢٨ و ٣٤٢٩.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣١٢.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٠١، المسألة ١١.

٥. المائدة (٥): ٣٨.

٦. النور (٢٤): ٢.

واحتج المانعون مطلقاً بما روي عن النبي ﷺ في قضية الملاعة: «لو كنت راجماً من غير بيّنة لرجمتها»^١. وبأن فيه تهمة، وهي تمنع القضاء، وتزكية لنفسه، وهي مانعة^٢ أيضاً. وأجيب بمنع سند الرواية، فإنها عامية. والتهمة والتزكية آتيان في القضاء بالشهود مع أنه غير مانع اتفاقاً^٣.

واحتج المانع في حقوقه تعالى بأنها مبنية على الرخصة والمسامحة، فلا يناسبها القضاء بالعلم.

وفيه نظر؛ لأن المسامحة قبل الثبوت لا بعده.

والقول الذي نقلناه عن ابن الجنيد لم يذكر عليه دليلاً، ولا نقلوه عنه. وبذلك يظهر اختصاص المشهور بالقوة.

واعلم أن مَنْ منع من قضائه بعلمه استثنى صوراً:

منها: تزكية الشهود وجرحهم؛ لئلا يلزم الدور أو التسلسل، فإنه إذا علم بأحد الأمرين وتوقف في إثباته على الشهود، فإن اكتفى بعلمه بتزكية المزكي أو الجرح فقد حكم بعلمه، وإلا افتقر إلى آخرين، وهكذا، فيلزم التسلسل إن لم يعتبر شهادة الأولين، أو الدور إن اعتبرها في حق غيرهما.

ومنها: الإقرار في مجلس القضاء وإن لم يسمعه غيره. وقيل: يستثنى إقرار الخصم مطلقاً.

ومنها: العلم بخطأ الشهود يقيناً أو كذبهم.

ومنها: تعزيز من أساء أدبه في مجلسه وإن لم يعلمه غيره؛ لأنه من ضرورة إقامة أبهة القضاء.

ومنها: أن يشهد معه آخر؛ فإنه لا يقصر عن شاهد.

١. مسند أحمد، ج ١، ص ٥٥٢، ح ٣٠٩٦؛ صحيح البخاري، ج ٥، ص ٢٠٣٤، ح ٥٠٠٤؛ وج ٦، ص ٢٥١٣ - ٢٥١٤.

٢. ح ٦٤٦٣ - ٦٤٦٤؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٣٥، ح ١٤٩٧/١٣؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٥٥، ح ٢٥٥٩ - ٢٥٦٠.

٣. فيما عدا الأصل من سائر النسخ: «ممنوعة» بدل «مانعة».

٢. أجاب به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣١٣.

الثانية: ● إذا أقام المدّعي بيّنة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدّعي حبس المنكر ليعدّلها، قال الشيخ (رحمه الله): يجوز حبسه؛ لقيام البيّنة بما ادّعاه. وفيه إشكال من حيث لم يثبت بتلك البيّنة حقّ يوجب العقوبة.

قوله: «إذا أقام المدّعي بيّنة ولم يعرف الحاكم عدالتها» إلى آخره.

وجه ما اختاره الشيخ من جواز حبسه ما أشار إليه في المبسوط^١ من الدليل: وهو أنّ المدّعي قد أقام البيّنة، والذي بقي ما على الحاكم من معرفة العدالة، والأصل العدالة إلى أن يظهر غيرها.

والأشهر عدم الجواز، وهو الذي نبّه عليه المصنّف (رحمه الله) بالإشكال؛ بأنّه لم يثبت الحقّ المجوّز لعقوبة الغريم بالحبس، ففي حبسه تعجيل عقوبة لم يثبت موجبها، بناءً على أنّ شرط قبول البيّنة العدالة، والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط، فكان الحال قبل ثبوتها بمنزلة عدم البيّنة، بل بمنزلة ما لو ادّعى عليه حقاً ولم يحضر بيّنة، فإنّ الدعوى جزء علّة الحكم مع البيّنة العادلة أيضاً، ولا يجوز الحبس بمجرد الدعوى إجماعاً، واختلاف الأمرين بقوة جزء العلّة، وضعفه غير موجب لاختلاف الحكم.

والأصل في هذا الخلاف البناء على أنّ العدالة هل هي شرط، أو الفسق مانع؟ فالشيخ^٢ وجماعة^٣ على الثاني؛ لقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَأَسِقُ نَبِيًّا فَتَّبِعُوهُ﴾^٤ أو جب التبيين - وهو التوقف عن الحكم - عند خبر معلوم الفسق، وذكر وصف لو لم يكن علّة لم يكن لذكره فائدة يدلّ على عليّته. فخير المجهول إن وجب ردّه كان أسوأ حالاً من معلوم الفسق، وهو باطل قطعاً، وإن ساواه لم يبق للتقييد فائدة.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٤٤٥.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٧، المسألة ١٠.

٣. كالنفيد في المقنعة، ص ٧٣٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٤٦١، المسألة ١١٣؛ وج ٨، ص ٤٣٥، المسألة ٤٠.

٤. الحجرات (٤٩): ٦.

الثالثة: ● لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثاني ينظر، فإن كان الحكم موافقاً للحقّ لزم، وإلا أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً.

وكذا كلّ حكم قضى به الأوّل، وبأنّ للثاني فيه الخطأ فإنه ينقضه. وكذا لو حكم هو ثمّ تبين الخطأ؛ فإنه يبطل الأوّل ويستأنف الحكم بما علمه حقاً.

وقيل بالأوّل^١، وهو المشهور بين الأصحاب، وإلا لم يتوقّف الحكم بالمال على ثبوت التزكية بالبيّنة، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^٢. فالمجهول لو قبل كان مساوياً للعدل، فتعيّن الوقف.

فالشّيخ بنى جواز الحبس على أصله من ثبوت عدالة المسلم إلى أن يظهر خلافها، فيجوز الحبس؛ لوجود المقتضي له، وهو قيام البيّنة الشرعيّة بالحقّ. ولا ينافيه التوقّف على طلب التزكية؛ لأنّ القائلين بهذا القول يجوّزون البحث عن التزكية عند الريبة، ومع طلب الغريم ذلك، وربما أوجبها بعضهم في الحدود والقصاص دون الأموال^٣، وآخرون مطلقاً استظهاراً^٤. فهذا الأصل لا ينافي طلب التزكية عند القائل به. ومن لا يجوّز الحبس بناءً على أصله من عدم صحّة الاكتفاء في العدالة بذلك، فلم يحصل بمجرد البيّنة موجب الحبس.

قوله: «لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال» إلى آخره.

إذا حكم الأوّل بحكم لم يجب على الثاني البحث فيه، وجاز له إمضاؤه، لكن لو نظر فيه فظهر له خطؤه وجب عليه نقضه. وكذا يجب عليه النظر في حكم الأوّل لو كان الغريم

١. متن قال به أبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٤٣٥؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٤٦.

الرقم ٦٦٢١.

٢. الطلاق (٦٥): ٢.

٣. و٤. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٧٩؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ١٢٨؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير،

ج ١١، ص ٤١٦، المسألة ٨٢٤٧.

محبوساً، ولم يفصل الأمر بعد. وهذا هو مفروض المسألة. وسيأتي الفرق بين الأمرين^١.
وحيث يظهر له الخطأ في صورتين لا يفرّق فيه بين كون مستند الحكم قطعياً كالخبر المتواتر والإجماع، أو ظنئياً كخبر الواحد وإن كان صحيحاً، والقياس ولو على بعض الوجوه كمنصوص العلة.

وظهور الخطأ في المستند القطعي بتبيين الاستناد إلى غيره مع وجوده، وفي الظني بتبيين القصور في الاستنباط على وجه لا يكون دليلاً معتمداً عند الحاكم به لو علمه، بأن استند إلى خبر واحد مع وجود ما هو أرجح، وكان استناده إلى الأوّل لتقصير في النظر ونحو ذلك، لا بمجرد ظهور رجحان خلافه عند الحاكم الثاني مع كون مستند الأوّل ممّا يجوز له الاعتماد عليه؛ فإنّ ذلك لا ينقض؛ لأنّه لا يعلم كونه خطأً، فإنّ كلّ واحد من الأمرين المختلفين في الفرض ظنيّ فلا ترجيح، ويجوز على كلّ منهما أن لا يكون هو الصواب في نفس الأمر، بل يجوز عليهما معاً إذا أمكن في المسألة قول آخر.

وعلى هذا فيجب حمل قوله «وبأنّ للثاني فيه الخطأ» على العلم بالخطأ، لا على مجرد قوّة الجانب المخالف.

وكذا القول فيما لو حكم هو بحكم ثمّ تبين له خلافه، فإنّه ينقضه مع العلم بخطئه؛ لكونه قد خالف فيه دليلاً قطعياً أو ظنئياً، وقصر في استفراغ الوسع في تحصيله، فاستند إلى ما ظنّه دليلاً. ولا ينقض ما تغيّر اجتهاده فيه مع احتمال كلّ منهما موافقة الصواب في نفس الأمر، كما لو كان قد حكم بالشفعة مع الكثرة ثمّ ظهر له ضعف ذلك القول؛ فإنّ مثل هذا لا يسمّى خطأً. وللأصحاب في هذا الباب عبارات مختلفة وآراء متباينة، والمحصل ما حرّراه.

وأقوى ما فيه الإشكال منها عبارة الشهيد في الدروس، فإنّه قال:

ينقض الحكم إذا علم بطلانه، سواء كان هو الحاكم أو غيره، وسواء أنفذه الجاهل به أم لا. ويحصل ذلك بمخالفة نصّ الكتاب، أو المتواتر من السنّة، أو الإجماع، أو خبر واحد

صحيح غير شاذ، أو مفهوم الموافقة، أو منصوص العلة عند بعض الأصحاب، بخلاف ما تعارض فيه الأخبار وإن كان بعضها أقوى بنوع من المرجحات، أو ما تعارض فيه عموماً الكتاب أو المتواتر أو دلالة الأصل، إذا تمسك الأول بدليل مخرج عن الأصل؛ فإنه لا ينقض^١. انتهى.

وهذا يتم في الأمثلة الثلاثة الأول، وهو نص الكتاب والمتواتر والإجماع، أما خبر الواحد وإن كان صحيحاً فهو من مواضع الخلاف ودليله ظني، وقد أنكره جماعة من أصحابنا^٢ وغيرهم^٣، فمخالفته لا ينقض إذا كان قد ذهب إليه الأول لدليل اقتضاه. ومثله القول في منصوص العلة، وقد اعترف به في قوله «عند بعض الأصحاب» فإن العمل به مبني على نظر الحاكم، وهو دليل ظني، وهو مثل العمل ببعض الأخبار المتعارضة إذا رجح بعضها لمرجح، بل من المرجحين للخبر المتعارض ما يظهر ضعفه زيادةً على مخالفة منصوص العلة، فإن الأخبار تتعارض مع كون بعضها صحيحاً وبعضها ضعيفاً، ويجمع بعضهم بينها ويخصص الصحيح بالضعيف، كما اتفق ذلك للشيخ في الأكثر، ولغيره في مواضع كثيرة، وربما كان معتمد الجامع عدم العمل بالخبر الضعيف في غير ذلك الموضع، يظهر ذلك لمن وقف على كلامهم في هذه الأبواب، فجعل هذا من باب ما لا ينقض مطلقاً، وما قبله مما ينقض مطلقاً في موضع المنع.

والأظهر أن كل ما حصل فيه الاختلاف وكان الحاكم به غير مقصر في النظر لا ينقض، إذا رجح عنده المصير إليه، وإن رجح عنه بعد ذلك.

ونبه المصنف (رحمه الله) بقوله «سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً» على

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. التذكرة بأصول الفقه، ص ٤٤ - ٤٥ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٩)؛ الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ٢.

ص ٥٢٨ وما بعدها.

٣. ميزان الأصول، ج ٢، ص ٦٦٣؛ الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ج ٢، ص ٦٠؛ الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٨٧.

الرابعة: • ليس على الحاكم تتبّع حكم مَنْ كان قبله، لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأوّل حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه.
وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأوّل أبطله، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس.

خلاف بعض العامة؛ فإنّ لهم في ذلك اختلافاً أيضاً، ومن جملة مَنْ فرّق بين المخالفة للقطعي والاجتهادي، فحكم بنقض ما خالف الأوّل دون الثاني^١.
ومنهم مَنْ ألحق المظنون ظناً قوياً - كخبر الواحد والقياس الجليّ - بالمقطع. وهذا يناسب ما ذكره في الدروس^٢. ولهم أقوال أخر منتشرة غير ذلك.
قوله: «ليس على الحاكم تتبّع حكم من كان قبله» إلى آخره.
إنّما وجب في المسألة الأولى النظر في حكم الأوّل دون هذه - حيث لا يدّعي الغريم الظلم - أنّه في الأوّل وجد الغريم محبوباً على الحقّ ولم يحصل أداؤه، فكان الأوّل لم يتمّ؛ فلذا وجب على الثاني النظر في حال مَنْ عليه الحقّ؛ لأنّه يحتاج إلى أن يحكم عليه بوجوب أداء الحقّ، ولا يتمّ للثاني ذلك حتّى يعلم حال الحكم السابق، بخلاف ما إذا كان قد انقضى الأمر في حكم الأوّل واستوفي متعلّق الحكم، فإنّ الحاكم الثاني لا يجب عليه النظر في السابق، ولا تتبّع الأحكام، إلّا أن يدّعي المحكوم عليه جور الحاكم الأوّل، فيلزمه حينئذٍ النظر؛ لأنّ هذه دعوى يلزمه سماعها، ولا يتمّ إلّا بالنظر في الحكم، فينفذه إن كان حقاً، ويردّه إن تبين بطلانه على الوجه السابق، إلّا إذا كان^٣ مخالفاً له في الاجتهاد مع جواز موافقته الحقّ. وكذا يجب عليه نقض السابق على تقدير أن يتفق نظره فيه من غير أن يكون بطريق الوجوب، فيظهر له خطؤه، أو تُثبت بيّنة ذلك، فيجب عليه إبطاله مطلقاً؛ لظهور الخطأ.

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٧٢ - ١٧٤؛ وبدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٠ - ٢١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٠٤ - ٤٠٥، المسألة ٨٢٣٩.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. في «و»: «لا أن كان» بدل «إلّا إذا كان»، وما أثبتناه من الأصل.

الخامسة: ● إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره وإن لم يقيم المدّعي بيّنة. فإن حضر واعترف ألزم. وإن قال: لم أحكم إلاّ بشهادة عدلين، قال الشيخ (رحمه الله): يكلف البيّنة؛ لأنّه اعترف بنقل المال، وهو يدّعي ما يزيل الضمان عنه. وهو يشكّل بما أنّ الظاهر استظهار الحكّام في الأحكام، فيكون القول قوله مع يمينه؛ لأنّه يدّعي الظاهر.

ونبه بقوله «سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس» على خلاف بعض العامة، حيث فرّق بين الأمرين، وحكم بأنّه إذا نظر في حكم السابق فوجده خطأً وكان حقاً لله تعالى كالمعتق نقضه؛ لأنّ له في حقّ الله نظراً، وإن كان في حقّ آدمي لم يكن له النظر فيه من غير مطالبة المستحقّ!

قوله: «إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره وإن لم يقيم المدّعي بيّنة» إلى آخره.

إذا ادّعى أحد على المعزول عند الحاكم الجديد دعوى لم يحضره حتّى يبيّن ما يستدعيه لأجله؛ احتياطاً للمعزول، وخوفاً عليه من الامتحان. فإن ذكر ما يدّعيه عليه، فإن قال: «لي عنده حقّ من دين ومعاملة ونحوهما» وجب إحضاره والفصل بينهما وإن لم يذكر المدّعي أنّ له بيّنة كغيرها من الدعاوي. وكذا إن قال: «ارتشى منّي»؛ لأنّ الرشوة غصب، فهي كدعوى غيرها من الأموال.

وإن قال: «قضى عليّ بجور»، كالتضاء بشهادة فاسقين، فالخلاف فيه في موضعين - ذكر المصنّف (رحمه الله) أحدهما، وقطع بالحكم في الآخر -:

أحدهما: في وجوب إحضاره. فقيل: يجب إحضاره مطلقاً^٢، كما في غيرها من الدعاوي، وإمكان أن يقرّ بالحال فيلزمه الحقّ.

١. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٠٨، المسألة ٨٢٤١.

٢. حكاها الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٥ عن قوم، وقال: هو الأقوى عندي.

وقيل: لا يجاب إلا أن يذكر المدعي أن له بيّنة عليه بذلك^١؛ لأنه أمين الشرع، والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب، فيعمل بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحجّة بخلافه، ولأنّه يبطل الدواعي إلى الحكم. وهذا اختيار الشيخ فخر الدين (رحمه الله)^٢.

وقيل: تسمع^٣. وهو الذي قطع به المصنّف (رحمه الله) والأكثر؛ لأنّها دعوى شرعيّة، ومرجعها إلى المال؛ فإنّ القاضي لو أقرّ بذلك لزمه الضمان، فيلحقها ما يلحق غيرها من الأحكام. وهذا هو الأقوى.

والثاني: على تقدير إحضاره، إمّا مطلقاً، أو مع حضور البيّنة، فإذا حضر سأله الحاكم عن ذلك، فإن صادق فعله الضمان؛ لأنّه قد اعترف بأنّه دفع ماله إلى الغير بغير حقّ. وإن أنكر وقال: «ما قضيت إلا بعدلين»، فإن أقام المدعي عليه بيّنة فكالأول، وإلا ففي تقديم قوله مطلقاً، أو مع اليمين، أو افتقاره إلى البيّنة وإلا قدّم قول المدعي أوجه، وربما كانت أقوالاً: أحدها - وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط^٤ - افتقاره إلى البيّنة وإلا ثبت عليه الحق؛ لأنّه اعترف بالحكم ونقل المال إلى غيره، فهو يدعي ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه.

وردّ بمنع كون مطلق نقله المال موجباً للضمان، بل إنّما يكون سبباً للضمان مع التفريط والأصل عدمه^٥. وبأنّ هذا يؤدّي إلى امتهان الحكّام وزهدهم في الأحكام.

والثاني - وهو الذي مال إليه المصنّف والعلامة^٦ وأكثر المتأخّرين^٧، وهو قول الشيخ

١. أيضاً حكاه الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٥ عن قوم.

٢. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٦.

٣. قال به العلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٤٢؛ وقواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٤؛ والسيد عميد الدين في كنز الفوائد، ج ٣، ص ٤٥٢ - ٤٥٣.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٥ - ٤٥٦.

٥. ردّه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٦.

٦. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٣٤، المسألة ٣٩.

٧. منهم فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٦.

السادسة: ● إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان عدلان، ولا يقتنع بالواحد؛ عملاً بالمتفق عليه.

أيضاً في الخلاف^١، وابن الجينيد^٢ - أنه يصدّق باليمين؛ لادّعائه الظاهر كسائر الأئمة إذا ادّعي عليهم خيانة. وهذا هو الأقوى.

وثالثها: أنه يصدّق بغير يمين؛ لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال. وهذا الوجه نقله الشيخ في المبسوط عن بعض العامة^٣. واستحسنه الشيخ فخر الدين في شرحه، بعد أن رجّح الثاني^٤. ولا نعلم به قائلاً من الأصحاب.

قوله: «إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلا شاهدان» إلى آخره.

إذا افتقر الحاكم إلى المترجم؛ لكونه لا يعرف لسان بعض الخصوم أو الشهود فاحتاج إلى من يطلعه عليه، اشترط في المترجم العدالة والتكليف والعدد؛ لأنه ينقل قولاً إلى القاضي لا يعرفه القاضي، فكان في معنى الشهادة، بل فرداً من أفرادها. ومثله المزكي.

وعند بعض العامة يكفي مترجم واحد ومزكٍ واحد؛ جعلاً له من باب الخبر^٥.

وإلى جوابه أشار المصنّف (رحمه الله) بقوله «عملاً بالمتفق عليه». والمراد أنه مع كونه اثنين يكون مجزئاً بالاتفاق، وإن كان واحداً يكون محلّ الخلاف وموضع الاشتباه، فالأخذ بالمتفق عليه أولى. وفيه إشارة إلى قوّة جانب القول بالاكْتفاء بالواحد وإن كان اعتبار التعدّد أقوى. وقريب منه قول الشيخ في المبسوط؛ لأنه بعد نقل الخلاف قال: والأوّل أحوط عندنا؛ لأنه مجمع على العمل به^٦.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٦، المسألة ٨.

٢. حكاه عنه الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٦.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٠٦.

٥. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٧٦؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ١٤٦.

٦. المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٦.

السابعة: • إذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً؛ ليؤمن انخداعه. فإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً.

وإطلاق اعتبار المترجمين يقتضي عدم الفرق بين الحقّ المتوقّف على رجلين وغيره؛ ووجهه أنّهما لا يشهدان بنفس الحقّ ليكفي فيه الرجل والمرأتان فيما يكفي فيه ذلك، وإنّما يشهدان بمعنى كلام الخصم أو الشاهد، وهو أمر خارج عن دعوى المال أو المتضمّن للمال. وكذا لا فرق بين كون المحكوم به ممّا يكفي فيه الشاهدان وغيره كالزنى، فيكفي فيه مترجمان وإن كان يعتبر في الشهادة به أربعة. فلو فرض كون الشهود ممّن لا يعرف القاضي لغتهم كفى عنهم مترجمان يشهدان بمعنى نطق الأربعة.

وكذا القول في مسمع القاضي لو كان أصمّ. ويشترط فيهما لفظ الشهادة، فيقول المترجم والمسمع: «أشهد أنّه يقول كذا وكذا».

قوله: «إذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً» إلى آخره. ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً؛ لمسيس الحاجة إلى كتبة المحاضر والسجّلات والكتب الحكيمية، والحاكم لا يتفرّغ لها غالباً. ومن المشهور أنّه كان لرسول الله ﷺ كتاب^١، وكذا لغيره من الخلفاء^٢.

ويشترط أن يكون الكاتب بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً ليؤمن خيانتة، عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها؛ لئلا يفسدها.

ويستحبّ أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة لكيلا ينخدع من غيره بمال وغيره، وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل، وأن يكون جيّد الخطّ، ضابطاً للحروف؛ لئلا يقع في الغلط والاشتباه.

والأولى أن يجلس الحاكم الكاتب بين يديه ليملي عليه، ويشاهد ما يكتب.

١. سنن أبي داود، ج ٣، ص ١٢٢، ح ٢٩٣٥؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢١٤-٢١٥، ح ٢٠٤٠١-٢٠٤٠٥.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٩٨.

الثامنة: ● الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما أطرح، وإن جهل الأمرين بحث عنهما. وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدلتهما توقّف حتّى يتحقّق ما يبني عليه من عدالة أو جرح. وقال في الخلاف: يحكم. وبه رواية شاذّة.

ولبعض الشافعيّة قول: إنّه لا يشترط فيه الإسلام والعدالة؛ لأنّ القاضي لا يمضي ما كتبه حتّى يقف عليه^١.

قوله: «الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم» إلى آخره.

إذا شهد عند الحاكم شهود نظر، إن عرف فسقهم فلا خلاف في ردّ شهادتهم من غير احتياج إلى بحث. وإن عرف عدالتهم قبل شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل وإن طلبه الخصم. وإن لم يعرف حالهم في الفسق والعدالة، فإن لم يعرف مع ذلك إسلامهم وجب البحث أيضاً. وهذا كلّه ممّا لا خلاف فيه.

وإن عرف إسلامهم ولم يعرف أمراً آخر غيره من جرح ولا تعديل فهذا ممّا اختلف فيه الأصحاب، فالمشهور بينهم - خصوصاً بين المتأخّرين منهم - أنّه يجب البحث عن عدالتهم، ولا يكفي الاعتماد على ظاهر الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَىٰ عَدْلِ مِّنكُمْ﴾^٢ مع قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾^٣ فيجب حمل هذا المطلق على المقيّد.

ولا بدّ من اشتمال الوصف بالعدالة على أمر زائد على الإسلام؛ لأنّ الإسلام داخل في قوله: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾؛ فإنّه خطاب للمسلمين، ولأنّ العدالة شرط قبول الشهادة كما تقتضيه الآية، والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط.

ولرواية عبد الله بن أبي يعفور قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بما تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتّى تقبل شهادته لهم وعليهم؟ قال، فقال: «أن تعرفوه بالستر والعفاف والكفّ

١. المهذب، الشيرازي، ج ٢، ص ٣٧٧؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ١١٩ - ١٢٠.

٢. الطلاق (٦٥): ٢.

٣. البقرة (٢): ٢٨٢.

عن البطن والفرج واليد واللسان، ويعرف باجتنباب الكبائر التي أوعد الله عليها النار، من شرب الخمر والزنى والربا وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وغير ذلك، والدالّ على ذلك كلّهُ، والساتر لجميع عيوبه - حتّى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته وغيبته، ويجب عليهم توليته وإظهار عدالته في الناس - التعاهد للصلوات الخمس إذا واظب عليهنّ وحافظ مواعيتهنّ بإحضار جماعة المسلمين، وأن لا يتخلّف عن جماعتهم في مصلاهم إلّا من علّة، وذلك أنّ الصلاة ستر وكفّارة للذنوب^١، ولولا ذلك لم يكن لأحد أن يشهد على أحد بالصلاح؛ لأنّ من لم يصلّ فلا صلاح له بين المسلمين؛ لأنّ الحكم جرى فيه من الله ورسوله ﷺ بالحرق في جوف بيته^٢. الحديث.

وفي هذه الأدلّة نظر:

أمّا الآية الدالّة على العدالة فليس فيها أنّ المراد منها ما هو؟ ومدّعي الاكتفاء بظاهر الإسلام إذا لم يظهر الفسق يقول: إنّ ذلك هو العدالة وإنّها الأصل في المسلم، بمعنى أنّ حاله يحتمل على القيام بالواجبات وترك المحرّمات، ومن ثمّ جرى عليه هذا الحكم، حتّى لا يجوز رميه بفعل محرّم ولا ترك واجب؛ أخذاً بظاهر حاله، واتّفق الكلّ على بناء عقده على الصحيح.

سلّمنا أنّ العدالة أمر آخر غير الإسلام وهي الملكة الآتية، لكن لا يشترط العلم بوجودها، بل يكفي عدم العلم بانتفانها عن المسلم.

و«العدالة» في الآية ما جاءت شرطاً حتّى يقال: إنّه يلزم من الجهل بالشرط الجهل بالمشروط، وإنّما جاءت وصفاً، ومفهوم الوصف ليس بحجّة بحيث يلزم من عدمه العدم، بخلاف الشرط.

١. في حاشية الأصل: «كذا بخط الشيخ (رحمه الله). (منه رحمه الله)».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤١، ح ٥٩٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٢-١٣، ح ٣٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٨-٣٩، ح ٣٢٨٣ بتفاوت يسير.

نعم، جاء الفسق شرطاً في وجوب التبيين عند خبر الفاسق في قوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^١، فشرط في الأمر بالتبيين عند الخبر الفسق، ومقتضاه عدم الأمر به مع عدم العلم به؛ لأنَّ المجهول حاله لا يصحَّ الحكم عليه بالفسق، بل لو وصفه به واصل ثبت عليه التعزير.

وقوله «إِنَّ الْعَدَالَه تَقْتَضِي أَمْرًا زَائِدًا عَلَى الْإِسْلَامِ» مسلم، لكن لا يدلُّ على وجوب العلم بوجودها؛ لأنَّ الآية المطلقة^٢ اقتضت قبول قول المسلم من رجالنا، الشامل بإطلاقه للفاسق وغيره، فأية الوصف بالعدالة^٣ دلَّت على أمر زائد، وهو اعتبار أن لا يكون فاسقاً، أمَّا إثبات وصف آخر زائد على عدم العلم بالفسق فلا، وأقلُّه أَنَّهُ المتنازع. وبالجملة، فالخصم يدعي أَنَّ العدالة تحصل ظاهراً مع الجهل بحال المسلم، فتناوله الآية.

وأما الرواية فمع قصور دلالتها على مطلوبهم في طريقها جماعة منهم الحسن بن عليّ عن أبيه، والظاهر أَنَّ المراد منهما ابنا فضال الحسن وأبوه عليّ، وغايته أن يكون محتملاً لهما، وهو كافٍ في ضعف السند. وفيه محمد بن موسى، وهو مشترك بين جماعة منهم الضعيف جداً والثقة. ثمَّ هو معارض برواية ابن أبي يعفور^٤، هذا بما يدلُّ على خلاف ذلك. وسيأتي^٥.
وإليه ذهب الشيخ في الخلاف، مدّعياً إجماع الفرقة^٦، وابن الجنيد صريحاً^٧، والمفيد في كتاب الإشراف ظاهراً^٨، وباقي المتقدمين لم يصرّحوا في عباراتهم بأحد الأمرين، بل كلامهم محتمل لهما.

١. الحجرات (٤٩): ٦.

٢. البقرة (٢): ٢٨٢.

٣. الطلاق (٦٥): ٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٥٩٧: الاستبصار، ج ٣، ص ١٣، ح ٣٤.

٥. سيأتي في ص ٨٢.

٦. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٧-٢١٨، المسألة ١٠.

٧. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٣٧، المسألة ٤٠.

٨. كتاب الإشراف، ص ٢٥ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٩) في مبحث صلاة الجمعة؛ وصرّح به في المقته، ص ٧٣٠.

وحجة هذا الفريق من الآية^١ قد أشرنا إليها. ولهم من الرواية صحيحة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنى، فعدّل منهم اثنان ولم يعدّل الآخران، قال: 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 به وعلموا، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم، إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق»^٢.

ورواية يونس عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن البيّنة إذا أُقيمت على الحقّ أيحلّ للقاضي أن يقضي بقول البيّنة من غير مسألة إذا لم يعرفهم؟ قال: «خمس أشياء يجب على الناس الأخذ بها بظاهر الحكم: الولايات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته، ولا يسأل عن باطنه»^٣.

ورواية العلاء بن سبابة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام، فقال: «لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق»^٤.

ورواية عبد الله بن المغيرة عن الرضا عليه السلام قال: «كلّ من ولد على الفطرة وعرف بصلاح في نفسه جازت شهادته»^٥.

وصحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّا يردّ من الشهود، قال: «الظنين والمتهم والخصم»، قال، قلت: الفاسق والخائن، قال: «كلّ هذا يدخل في الظنين»^٦.

١. البقرة (٢): ٢٨٢.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٣، باب النوادر، ح ٥: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٧، ح ٧٥٩، و ص ٢٨٦ - ٢٨٧، ح ٧٩٣: الاستبصار، ج ٣، ص ١٤، ح ٣٦.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٣١، باب النوادر، ح ١٥: الفقيه، ج ٣، ص ١٦ - ١٧، ح ٣٢٤٧: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٣ - ٢٨٤، ح ٧٨١، و ص ٢٨٨، ح ٧٩٨: الاستبصار، ج ٣، ص ١٣، ح ٣٥.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٤٨ - ٤٩، ح ٣٣٠٦: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٤، ح ٧٨٤.

٥. في حاشية «ض»: «في طريقها السياري، فإن كان ثقة فهي صحيحة. (منه رحمه الله)».

٦. الفقيه، ج ٣، ص ٤٨، ح ٣٣٠٥: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٤، ح ٧٨٣.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب من يردّ من الشهود، ح ٣: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٥٩٨.

وفي معناها رواية عبد الله بن سنان^١، وسليمان بن خالد عنه رضي الله عنه^٢.

وروى الكليني بإسناده إلى سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً رضي الله عنه يقول لشريح - في حديث طويل -: «واعلم أن المسلمين عدول بعضهم على بعض، إلا مجلود في حد لم يتب منه، أو معروف بشهادة زور، أو ظنين»^٣. وفي معنى هذه الأخبار غيرها^٤. وطريق بعضها وإن ضعف لكنّه يصلح شاهداً مع ما اعتبر إسناده ومؤيداً له.

والشيخ (رحمه الله) في الاستبصار لما روى خبر ابن أبي يعفور السابق، ثم ذكر خبر يونس المرسل المخالف له، قال:

إنه لا ينافي الخبر الأول من وجهين:

أحدهما: أنه لا يجب على الحاكم التفتيش عن بواطن الناس، وإنما يجوز له أن يقبل شهادتهم إذا كانوا على ظاهر الإسلام والأمانة، وأن لا يعرفهم بما يقدر فهم ويوجب تفسيقهم. فمن تكلف التفتيش عن أحوالهم يحتاج إلى أن يعلم أن جميع الصفات المذكورة في الخبر الأول منتفية عنهم؛ لأن جميعها يوجب الفسق ويقدر في قبول الشهادة.

والثاني: أن يكون المقصود بالصفات المذكورة في الخبر الأول الإخبار عن كونهما قادحة في الشهادة، وإن لم يلزم التفتيش عنها، والمسألة والبحث عن حصولها وانتفائها. وتكون الفائدة في ذكرها أنه ينبغي قبول شهادة من كان ظاهره الإسلام، ولا يعرف منه شيء من هذه الأشياء؛ فإنه متى عرف فيه أحدهما قدح ذلك في شهادته^٥.

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب من يرد من الشهود، ح ١: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٦٠١.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب من يرد من الشهود، ح ٢: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢ - ٢٤٣، ح ٦٠٢.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢ - ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ١: الفقيه، ج ٣، ص ١٥ - ١٦، ح ٣٢٤٦: تهذيب الأحكام،

ج ٦، ص ٢٢٥ - ٢٢٦، ح ٥٤١.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٤٠، ح ٣٢٨٤: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٧، ح ٧٥٩، و ص ٢٨٣ - ٢٨٤، ح ٧٨١: الاستبصار،

ج ٣، ص ١٤، ح ٣٦.

٥. الاستبصار، ج ٣، ص ١٣ - ١٤، ذيل الحديث ٣٥.

ثم استدلّ على هذا برواية حريز السابقة^١، وهو يدلّ على اختياره لمذهبه في الخلاف. وكذلك مال إليه في المبسوط^٢، وإن كان في النهاية^٣ اقتصر على اعتبار ما تضمّنته رواية ابن أبي يعفور^٤.

وقال في الخلاف - بعد أن اكتفى بظاهر الإسلام، وادّعى عليه الإجماع والأخبار -:
 إنّ البحث عن عدالة الشهود ما كان في أيّام النبي ﷺ، ولا أيّام الصحابة، ولا أيّام التابعين، وإنّما هو شيء أحدثه شريك بن عبد الله القاضي، ولو كان شرطاً ما أجمع أهل الأمصار على تركه^٥.

وبالجملة، فهذا القول وإن كان أمتن دليلاً، وأكثر روايةً، وحال السلف تشهد به، وبدونه لا يكاد تنتظم الأحكام للحكّام، خصوصاً في المدن الكبيرة، وللقاضي المنفذ من بعيد إليها، لكنّ المشهور الآن بل المذهب خلافه.

وقد ظهر ممّا قرّره أنّ بقول الشيخ روايات لا رواية واحدة شاذّة، كما ذكره المصنّف. والظاهر أنّه أراد بالرواية الشاذّة مرسلّة يونس^٦، حيث إنّها هي الصريحة في المطلوب، وقد ذكرها جماعة^٧ دليلاً على ذلك القول مقتصرين عليها، ولم يتعرّضوا لغيرها، خصوصاً للرواية الصحيحة^٨، وهي أجود دلالةً وسنداً.

١. سبقت في ص ٨١.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٧-٢١٨، المسألة ١٠: المبسوط، ج ٥، ص ٤٥٧.

٣. النهاية، ص ٣٢٥ و٣٤٢.

٤. تقدّم تخريجها في ص ٧٩، الهامش ٢.

٥. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٧-٢١٨، المسألة ١٠.

٦. تقدّمت مرسلته في ص ٨١، الهامش ٣.

٧. منهم العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٣٨ - ٤٤٠، المسألة ٤٠؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٤،

ص ٢٤٤.

٨. أي صحيحتا حريز، وأبي بصير المتقدّمة تخريجهما في ص ٨١، الهامش ١ و٧.

● ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه.

ولقد أغرب العلامة في المختلف حيث استدللّ لاشتراط ظهور العدالة - بعد أن اختاره -

بقوله:

إِنَّ الظَّنَّ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِإِخْبَارِ الْعَدْلِ دُونَ الْفَاسِقِ، وَمَعَ انْتِفَاءِ الظَّنِّ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِ^١.

وأَيُّ دليل دلّ على هذا الحصر؟ فَإِنَّ الْكَلَامَ فِي شَهَادَةِ الْمُسْتَوْرِ لَا الْفَاسِقِ، وَبَعْضُ الْمُسْتَوْرِينَ وَالْمَجْهُولِينَ قَدْ يَحْصُلُ الظَّنُّ بِصَدْقِهِمْ أَزِيدُ مِنْ بَعْضِ مَنْ ظَاهِرُهُ الْعَدَالَةُ، فَضْلاً عَنْ حُصُولِ أَصْلِ الظَّنِّ فِي خَبَرِهِمْ. وَأَيْضاً فَإِنَّ الظَّنَّ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ شَهَادَةُ مَنْ نَصَبَهُ الشَّارِعَ دَلِيلاً، سِوَاءِ ظَنِّ الْحَاكِمِ صَدَقَهُ أَمْ لَا.

وأغرب منه ما أجاب به في المهذب عن قولهم: إِنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِ الْعَدَالَةُ:

بَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَقْتَضِيهَا، بِمَعْنَى أَنَّ الْمُسْلِمَ أَقْرَبُ إِلَيْهَا، لِأَنَّهُ يَقْتَضِيهَا اقْتِضَاءً يَمْنَعُ مِنَ النَّقِيضِ، وَقَبُولِ الشَّهَادَةِ مَبْنِيٍّ عَلَى الْيَقِينِ لَا التَّجْوِيزِ^٢.

وأنت خبير بأنّ المعتمد من العدالة عند معتبر ظهورها أيضاً ليس هو اليقين، بل مجرد الظهور، وإن أمكن خلافه في نفس الأمر بالإجماع، والمنع من النقيض غير شرط فيها اتفاقاً، وليس بنا حاجة إلى هذه التكاليف التي لا تطابق المدعى.

قوله: «ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه».

هذا الحكم جارٍ على القولين. ووجه نقضه ظهور عدم الشرط المعتمد في الشهادة حالتها، وإن كان البناء على الظاهر جائزاً حيث لا يظهر خلافه، وفقد الشرط يقتضي عدم المشروط؛ لأنّ المفروض ظهور الفسق، وعدمه شرط في قبولها، سواء اكتفينا به أم اعتبرنا معه ظهور العدالة.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٠، المسألة ٤٠.

٢. المهذب البارع، ج ٤، ص ٤٦٧.

- ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر. وينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سرّاً؛ فإنه أبعد من التهمة.
- وتثبت مطلقةً، وتفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة.
- ولا يثبت الجرح إلا مفسراً. وقيل: يثبت مطلقاً.
- ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة، ويكفي العلم بموجب الجرح.

قوله: «ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر» إلى آخره.

بناءً على اعتبار ظهور العدالة كما سلف. ومن اكتفى بالإسلام وجعله دالاً على العدالة اكتفى بحسن الظاهر بطريق أولى. ومنهم من لم يكتف بظاهر الإسلام واكتفى بحسن الظاهر في ثبوت العدالة، بمعنى أن يكون ظاهره الخير من غير أن يطلع على باطن أمره بالمعايشة. والمشهور خلاف ذلك كلّه.

وحيث يفتقر إلى التزكية ينبغي البحث عنها سرّاً من غير أن يعلم الشاهد المزكي، ليكون أبعد عن التهمة باستحياء المزكي من مواجهته بالجرح، أو استمالة الشاهد له بتحسين حاله عنده على وجه أفاده الظنّ بعدالته. وينبغي أن يكون للقاضي جماعة من المزكين أخفياء لا يعرفون لأجل ذلك.

قوله: «وتثبت مطلقةً، وتفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة» إلى آخره.

يعتبر في المزكي أن يكون خبيراً بباطن من يعدّله، إما بصحبة أو جوارٍ أو معاملة ونحوه. وروي أنّ شاهداً شهد عند بعض الحكّام فقال للشاهد: إنّي لا أعرفك ولا يضرك أنّي لا أعرفك فأنت بمن يعرفك، فأتى برجل، فقال له الحاكم: كيف عرفته؟ قال: بالصلاح والأمانة، قال: هل عاشرته عشرةً طويلةً حتى عرفت ظاهره من باطنه؟ قال: لا، قال: فهل عاملته في الدرهم والدينار حتى عرفت حقه من باطله؟ قال: لا، قال: فهل غاضبته أو غوضب بحضرتك حتى عرفت خلقه من تخلّفه؟ فقال: لا، قال: فأنت لا تعرفه أنت بمن يعرفك^١.

والمعنى أن الإنسان يخفي أسباب الفسق غالباً، فلا بدّ من معرفة باطن حاله.

وهذا كما أنّ الشهادة على الإفلاس تعتبر بالخبرة الباطنة؛ لأنّ الإنسان مشعوف^١ بإخفاء المال. وفي الشهادة على أن لا وارث سواه تعتبر الخبرة الباطنة؛ لأنّه قد يتزوَّج في السفر أو في الحضر ويخفيه فيولد له ولد.

ويشترط في المزكي أيضاً أن يعرف نسب الشاهد والمتداعيين؛ لجواز أن يكون بينه وبين المدّعي شركة، أو بينه وبين المدّعي عليه عداوة، فلا يكفي إثبات أصل العدالة. وبالجملة، فصفة المزكي صفة الشاهد مع زيادة هذه الأمور، مضافاً إلى معرفته بشرائط الجرح والتعديل، وما يخرج عن العدالة من الأفعال والأقوال والأحوال.

واعتبر في المعرفة الباطنة التقادم؛ لأنّه لا يمكن الإخبار بدونها غالباً. وربما كان حسن النظر ودقّته وشدّة الإمعان في أحواله قائماً مقام التقادم في مدّة سيره. وعلى هذا فاعتبار التقادم مبنيّ على الغالب.

ولا يعتبر ذلك في الجرح، بل يكفي فيه المعاينة أو السماع. أمّا المعاينة فبأن يراه يفعل فعلاً يخرج عن العدالة. وأمّا السماع فكأن يسمعه يقذف أو يقرّ على نفسه بمعصية توجب الفسق، أو يسمع من غيره على وجه يبلغ حدّ العلم بذلك أو يتاخمه. وهذا قد يحصل في لحظة واحدة؛ فلذا لم يعتبر فيه التقادم.

إذا تقرر ذلك، فالمشهور أنّ التعديل يكفي مطلقاً من غير أن يبيّن سببه؛ لأنّ العدالة تحصل بالتحرز عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطها وعدّها.

أمّا الجرح فلا يثبت مطلقاً، بل لا بدّ من بيان سببه؛ لأنّ الجارح قد يبني الجرح على ظنّ خطأ، ولأنّ المذاهب فيما يوجب الفسق مختلفة، فلا بدّ من البيان ليعمل القاضي باجتهاده. ويشكل بأنّ الاختلاف في أسباب الفسق يقتضي الاختلاف في أسباب العدالة، فإنّ

١. في بعض النسخ: «مشعوف» بدل «مشعوف»، وكلاهما صحيح.

الاختلاف - مثلاً - في عدد الكبائر كما يوجب في بعضها ترتب الفسق على فعله، يوجب في بعض آخر عدم قدحه في العدالة بدون الإصرار عليه، فيزكّيه المزكّي مع علمه بفعل ما لا يقدح عنده فيها، وهو قادح عند الحاكم، ومن ثمّ قيل بوجود التفسير فيهما^١. وهو اختيار ابن الجنيّد^٢. ووجهه قد علم ممّا سبق.

وقيل: يكفي الإطلاق فيهما؛ لأنّ المعدّل والجرح لا بدّ أن يكون في نظر الحاكم عالماً بسببهما وإلّا لم يصلح لهما، ومع العلم لا معنى للسؤال^٣. وهذا يتّجه مع علم الحاكم بموافقة مذهب المزكّي لمذهبه في أسباب الجرح والتعديل، بأن يكون المزكّي مقلّداً للحاكم في اجتهاده أو موافقاً له فيه. وللعلامة قول بوجود ذكر سبب التعديل دون الجرح^٤، عكس المشهور.

وقول آخر، وهو أنّ المزكّي والجرح إن كانا عالمين بأسبابهما كفى إطلاقهما، وإلّا وجب ذكر السبب فيهما^٥. وقد تقدّم ما يقتضي ضعف القولين.

وعلى المشهور من الاكتفاء بالإطلاق في التعديل ففي القدر المعبر من العبارة عنه أوجه: أحدها: أن يقول: «هو عدل»؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^٦، فاقصر على العدالة فقط. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط^٧.

١. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ١٢٩؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٥٦.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤١، المسألة ٤٢.

٣. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٩٢؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٢٥ - ٤٢٦، المسألة ٨٢٥٤.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٢، المسألة ٤٢.

٥. تهذيب الوصول إلى علم الأصول، ص ٢٣٤؛ نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٣، ص ٤٣١.

٦. الطلاق (٦٥): ٢.

٧. المبسوط، ج ٥، ص ٤٦٣ - ٤٦٤.

وثانيها: أن يضيف إلى ذلك «عليّ» و«لي» لأنّه بقوله «عدل» لا يفيد العدالة في كلّ شيء، بل إثبات الوصف في الجملة، كقوله «صادق» فإنّه لا يفيد الصدق في كلّ شيء، فيفتقر إلى إضافة تزيل الاحتمال، ويجعله مطلق العدالة مقبول الشهادة في كلّ شيء. وهو قول ابن الجنيّد؛ فإنّه قال في كتابه الأحمدى: ولا يقنع من المجيب بالتعديل حتّى يقول: عدل عليّ وليّ!

وثالثها: اعتبار ضميمة أحد الأمرين إلى قوله: «عدل» وهو إمّا «لي وعليّ» أو مقبول الشهادة، فربّ عدل لا تقبل شهادته وإن وجبت شفاعته، كالتقيّ المغفّل. وهذا اختيار أكثر المتأخّرين.

واعترض على الأخيرين بأنّ العدالة قضيّة عامّة لا يوصف بها إلّا من واطب على المفروضات واجتنب المحرّمات، فلا يتخصّص. وبتقدير أن يكون الرجل عدلاً في شيء دون شيء، فقوله: «لي وعليّ» لا يفيد العدالة المطلقة، كقول القائل: «فلان صادق عليّ وليّ»، فإنّه لا يقتضي صدقه في كلّ شيء. وبأنّ الوصف بكونه مقبول الشهادة يعني عن الوصف بالعدالة؛ لأنّه أخصّ، فوجوده يستلزم وجود الأعمّ في ضمنه، كما أنّ عدمه أعمّ من عدمه. والأقوى الاجتزاء بقوله: «إنّه مقبول الشهادة»، وإضافة العدالة إلى ذلك أكد.

وربما علّل بعضهم إضافة «لي وعليّ» إلى العدل بأنّ الغرض منه أن يبيّن أنّه ليس بولد، بناءً على أنّ شهادة الولد على والده غير مقبولة.^٢

وهو تعليل ضعيف؛ لأنّه قد اعتبره من علم أنّه ليس ولده. ومع تسليم عدم قبول شهادة الولد على والده لا يدلّ قوله: «عدل عليّ وليّ» على أنّه ليس بولد؛ لأنّ العدل عدل على أبيه وله، إلّا أنّه لا تقبل شهادته عليه بأمر خارج. وبتقدير أن يراد به نفي البنوّة فالمعتبر

١. حكاها عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤١، المسألة ٤٢.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٩٤.

● ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قدّم الجرح؛ لأنّه شهادة بما يخفى عن الآخرين.

ولو تعارضت البيّتان في الجرح والتعديل، قال في الخلاف: وقف الحاكم. ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً.

أن لا يكون هناك ذلك الوصف، أمّا أن يتعرّض إلى نفيه لفظاً فلا، كما أنّ الشاهد على غيره ينبغي أن لا يكون كذلك، ولا يجب أن يقول: «لست بآبن». ويتقدّر أن يكون الغرض بيان أنّه ليس بآبن، فهذا الغرض يحصل بقوله: «عليّ».

قوله: «ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قدّم الجرح - إلى قوله - ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً»^١.

إذا شهد شاهدان بتعديل شخص معيّن وآخران بجرحه، فإن لم يتكاذبا، بأن شهد المزكيان بعدالته مطلقاً أو مفصلاً من غير ضبط وقت معيّن، بأن قالوا: إنّه محافظ على الواجبات وترك المحرّمات ومخالف المروّات. وشهد الجارحان بأنّه فعل كبيرة في الوقت الفلاني، فالأظهر تقديم الجرح؛ لأنّ التعديل وإن اشتمل على الإثبات لكنّه في المعنى راجع إلى النفي، بخلاف الجرح؛ فإنّه يتضمّن الإثبات المحض، والإثبات مقدّم على النفي.

ولأنّ مستند علم الجارح إلى الإحساس، والمعدّل يبني على أصل العدم بالنسبة إلى ترك المحرّمات في جميع الأوقات، وإن علم الانتفاء في بعضها، ومستند العدم عدم المعاينة والأصل، وهما ظنيان، فكان الأوّل أولى؛ لأنّه أقوى.

ولأنّه حينئذٍ يمكن صدقهما، بأن يراه الجارح في ذلك الوقت يفعل المعصية المخرجة عن العدالة، ولا يراه المعدّل، فيمكن الجمع بين صدقهما مع الحكم بالجرح، وليس فيه تقديم

١. هاهنا اختلاف بين نسخ الشرح، ففي نسخة «ض» العبارة كما في المتن. وفي نسخة الأصل: «ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قال في الخلاف: يوقف الحاكم» إلى آخره، ولصاحب الجواهر (قدّس سرّه) هنا كلام حول عبارة المتن وشرحها في المسالك. راجع جواهر الكلام، ج ٤٠، ص ١٢١.

التاسعة: ● لا بأس بتفريق الشهود. ويستحبّ فيمن لا قوّة عنده.

لبَيِّنَةُ الجرح على بَيِّنَةِ العدالة، بل عمل بمقتضى الجرح.

وقال الشيخ في الخلاف: يوقف الحكم؛ للتعارض مع عدم المرجح^١.

وهو يتمّ مع عدم إمكان الجمع، بأن شهد المعدّل بأنّه كان في ذلك الوقت الذي شهد الجارح يفعل المعصية فيه في غير ذلك المكان الذي عيّنه للمعصية، أو مشتغلاً بفعل يضافاً ما ادّعاها الجارح، إمّا طاعة أو مباحاً أو نائماً، ونحو ذلك. أمّا مع الإطلاق - كما تقدّم - فلا وجه للتوقف؛ لعدم التعارض.

وقد تنعكس القضية، بأن يمكن الجمع بينهما مع تقديم المعدّل، كأن قال المعدّل: «قد عرفت السبب الذي ذكره الجارح لكنّه قد تاب عنه وحسنت حاله»، فتقدّم بيّنة التعديل؛ لأنّ مع المعدّل والحال هذه زيادة علم لذلك، كعلم الجارح في صورة العمل بقوله.

واكتفى في المبسوط في هذه الصورة بانتقال الشاهد إلى بلد، فيشهد اثنان من بلده بالجرح، واثنان من البلد الذي انتقل إليه بالعدالة، فترجّح بيّنة العدالة؛ لأنّه قد ترك المعاصي واشتغل بالطاعات، فيعرف هذان ما خفي عن الأوّلين. وكذا لو كان في بلد واحد فسافر، فزكّاه أهل سفره، وجرحه أهل بلده كانت التزكية أولى. قال: وأصله النظر إلى الزيادة فيعمل عليها^٢.
قوله: «لا بأس بتفريق الشهود. ويستحبّ فيمن لا قوّة عنده».

إذا رتاب القاضي بالشهود أو توهم غلظهم لخفة عقل وجدها فيهم، فينبغي أن يفرّقهم ويسأل كلّ واحد منهم عن مشخصات القضية، من وقت تحمّل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً وغدوة أو عشية، وعن مكانه محلّة وسكّة وداراً وصفةً وصحناً. ويسأل أنّه تحمّل وحده أو كان هناك غيره، وأنّه كتب شهادته أم لا، وأنّه كتب قبل ما كتب فلان أم بعده، وما أشبه ذلك؛ ليستدلّ على صدقهم إن اتّفقت كلمتهم، ويقف على عوده إن لم يتّفق. ويقال: إن أوّل

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢١٩ - ٢٢٠، المسألة ١٢.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٤٦١ - ٤٦٢.

العاشرة: • لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة، أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم. ولا يعوّل على سماع ذلك من الواحد والعشرة؛ لعدم اليقين بخبرهم.

من فرّق الشهود دانيال النبي ﷺ، شهد عنده شهود بالزنى على امرأة ففرّقهم وسألهم، فاختلفت مشخّصاتهم فعرف كذبهم^١. وكذلك فعله داود ﷺ^٢.

وروي أنّ سبعةً في عهد أمير المؤمنين ﷺ خرجوا في سفر ففقد واحد منهم، فجاءت امرأته إلى عليّ ﷺ وذكرت ذلك له، فاستدعاهم وسألهم فأنكروا، ففرّقهم وأقام كلّ واحد منهم إلى سارية ووكل به من يحفظه، ثمّ استدعى واحداً فسأله فأنكر، فقال عليّ ﷺ: «الله أكبر»، فسمعه الباقون فظنّوا أنّه قد اعترف، فاستدعى واحداً بعد واحد فاعترفوا بقتله، فقتلهم عليّ ﷺ^٣.

وينبغي مع التفريق إذا سأل أحداً منهم أن لا يدعه يرجع إلى الباقين حتّى يسألهم؛ كيلا يخبرهم بجوابه. ومهما اتّفقوا في الجواب لم يعتبر ما يبقى من ريبة؛ لأنّه منتهى الإمكان. ويكره تفرقة أهل الفضل أو العقل الوافر والدين؛ لأنّ فيه غضاضة منهم ونقيصة، فيقتصر على البحث عنهم إن جهل حالهم. ومحلّ التفريق قبل الاستزكاء إن احتيج إليه. قوله: «لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ الاعتبار في التعديل الخبرة الباطنة الموجبة لغلبة الظنّ بالعدالة. وأمّا الجرح

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٢٦ - ٤٢٧، باب النوادر، ح ٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٠ - ٢٢، ح ٣٢٥٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٠٨ - ٣١٠، ح ٨٢٥.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٧١ - ٣٧٢، باب النوادر، ح ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٤ - ٢٦، ح ٣٢٥٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣١٦ - ٣١٨، ح ٨٧٥.

٣. المبسوط، الشيخ الطوسي، ج ٥، ص ٤٥٨؛ الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١٨٣؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٥٤، المسألة ٨٢٧٧.

٤. تقدّم في ص ٨٥.

● ولو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها. وقيل: إن مضت مدة يمكن تغيير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه، ولا حدّ لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم.

فلا يكفي فيه مطلق الظنّ إجماعاً، بل لا بدّ فيه من العلم بالسبب، إمّا بالمشاهدة بأن يراه يزني أو يشرب الخمر، أو يسمع يقذف، أو يقرّ على نفسه بالزنى وشرب الخمر مثلاً. وأمّا إذا سمع من غيره، فإن بلغ المخبرون حدّ التواتر جاز الجرح؛ لحصول العلم. وإن لم يبلغوا حدّ العلم لكنّه استفاض وانتشر حتى قارب العلم، ففي جواز الجرح به وجهان، من أنّه ظنّ في الجملة وقد نهى الله تعالى عن اتّباعه^١ إلا ما استثنى، ومن أنّ ذلك ربما كان أقوى من البيّنة المدّعية للمعانيّة، كما مرّ في نظائره.

ويظهر من المصنّف والأكثر اشتراط بلوغ العلم، فلا يصحّ بدونه. وهو أولى. أمّا الجرح بناءً على خبر الواحد وما فوقه ممّا لا يبلغ ذلك الحدّ فلا يجوز إجماعاً. نعم، له أن يشهد على شهادتهم، بشرط الشهادة على الشهادة.

وقوله «ولا يعول على العشرة؛ لعدم اليقين بخبرهم» مبنيّ على عدم إفادة خبرهم العلم، كما يقتضيه السياق، ولعلّه مبنيّ على الغالب، وإلا فلا حدّ للعدد الذي يحصل بخبرهم العلم، وقد يحصل بالعشرة إذا كانوا صلحاء لا يعهد منهم المجازفة في الإخبار.

قوله: «ولو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها. وقيل: إن مضت مدة يمكن» إلى آخره.

إذا ثبت عدالة إنسان فالمشهور لزوم العمل بمقتضاها أبداً إلى أن يظهر خلافها، ولا يجب البحث؛ لأنّ الأصل استمرارها إلى أن يتبين الخلاف.

وقيل: يجب البحث كلّما مضت مدة يمكن تغيير الحال فيها؛ لأنّ العيب يحدث في

الحادية عشرة: • ينبغي أن يجمع قضايا كلِّ أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها. فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه: شهر كذا. فإذا اجتمع ما لسنة جمعه ثم كتب عليه: قضاء سنة كذا.

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

الإنسان والأمور تتغير، ولم يحده بحدًّا.

ونقل الشيخ في المبسوط عن بعضهم تحديد المدة بستّة أشهر، وجعل الرجوع في ذلك إلى ما يراه الحاكم أحوط^٢. وكثير من الأصحاب لم يتعرّضوا للخلاف في هذه المسألة.

قوله: «ينبغي أن يجمع قضايا كلِّ أسبوع ووثائقه وحججه» إلى آخره.

إنما يفعل ذلك ليكون أسهل عليه وعلى من بعده من الحكّام في استخراج المطلوب منها وقت الحاجة إليه. وكما ينبغي جمع قضايا كلِّ أسبوع ينبغي جمع قضايا كلِّ يوم على تقدير تعدّد قضايا اليوم أيضاً، ويكتب عليها آخر النهار: قضايا يوم كذا من أسبوع كذا من شهر كذا. والمراد بالوثائق ما يودعه الناس القاضي^٣ من الحجج ونحوها، اتكّالاً على أن ديوان الحكم أحرص^٤ لها. وليكتب على كلِّ واحد منها أيضاً: محضر فلان، سجل فلان، وثيقة فلان بكذا وكذا؛ تسهياً لتحصيلها عند طلبها.

قوله: «كلُّ موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر» إلى آخره.

لا يجب على القاضي أن يكتب في كاغذ من عنده ولا بمداة حجّة ولا غيرها، والواجب

١. حكاها عن قائل الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٦٥.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٤٦٥.

٣. في الأصل: «للقاضي» بدل «القاضي».

٤. فيما عدا الأصل من النسخ: «أحرص» بدل «أحرص».

الثالثة عشرة: • يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر والأديان القويّة، مثل أن يفرّق بينهم؛ لأنّ في ذلك غضاً منهم. ويستحبّ ذلك في موضع الريبة.

عليه الحكم بما يقتضيه، وينبغي للإمام أن يطلق ثمن ذلك من بيت المال؛ لأنّه من أهمّ المصالح.

فإن وجد كذلك أو بذله الملتمس، ففي وجوب كتابة الحجّة على الحاكم وجهان، أشهرهما الوجوب؛ لأنّ ذلك حجّة فكان عليه إقامتها كالحكم، وكما لو أقرّ له بالحقّ وسأله الإشهاد على إقراره.

ووجه عدم الوجوب أنّ الحجّة بالحقّ حكمه به وإشهاده عليه، فلا يلزمه أكثر منه. ويفارق الإقرار بأنّه لا حجّة له بحقه؛ فلهذا كان عليه إقامتها له. هكذا علّل في المبسوط القولين^١، ولم يرجّح شيئاً. والفرق لا يخلو من نظر، والمعروف بين الأصحاب هو الوجوب.

وإذا كتب وجوباً أو استحباباً فليكتب نسختين: إحداهما تكون في يد الملتمس، والأخرى تبقى في ديوان الحكم؛ لتنوب عن الأخرى على تقدير هلاكها، ويؤمن بها من تغيير تلك وإدخال شيء فيها. وهذه هي التي يجمعها في كلّ أسبوع وشهر وسنة مع غيرها من الوثائق والسجلات.

قوله: «يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر» إلى آخره. إعنات الشهود هو إدخال المشقّة عليهم، وتكليفهم ممّا يثقل عليهم، من المبالغة في مشخّصات القضية التي شهدوا بها، وتفريقهم، ووعظهم، وقوله: لم تشهدون؟ أو ما هذه الشهادة؟ ونحو ذلك. وإنّما ينبغي فعله بأهل الريبة وضعفاء البصائر، كما تقدّم^٢.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٤٧٢.

٢. تقدّم في ص ٩١.

الرابعة عشرة: • لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، وهو أن يداخله في التلفّظ بالشهادة أو يتعقّبه، بل يكفّ عنه حتّى ينهي ما عنده وإن تردّد. ولو توقّف في الشهادة لم يجز له ترغيبه إلى الإقدام على الإقامة، ولا تزيده في إقامتها.

وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار؛ لأنّه ظلم لغريمه. ويجوز ذلك في حقوق الله تعالى، فإنّ الرسول ﷺ قال لما عزم - عند اعترافه بالزنى -: «لعلّك قبّلتها، لعلّك لمستها»، وهو تعريض بإيثار الاستتار.

قوله: «لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، وهو أن يداخله في التلفّظ بالشهادة أو يتعقّبه، بل يكفّ عنه» إلى آخره.

هنا جملة من آداب الحكم أكثرها محرّمة على الحاكم:

الأول: يحرم عليه أن يتعتع الشاهد، وهو أن يداخله في التلفّظ بالشهادة، بأن يدخل في أثناء نظفه بها كلاماً يجعله ذريعةً إلى أن ينطق به، ويعدل عمّا كان يريد، هدايةً له إلى شيء ينفع، أو إيقاعاً له فيما يضرّ، أو يتعقّبه عند فراغه بكلام ليحمله تتمّة شهادته، ويستدرجه إليه بحيث يصير به الشهادة مقيدةً أو مسموعةً أو مردودةً، سواء كان الشاهد يأتي بما داخله به وتعقّبه لولاه أم لا، بل الواجب أن يصبر عليه حتّى ينتهي ما عنده، ثمّ ينظر فيه ويحكم بمقتضاه من نفي أو إثبات، وإذا وجده قاصراً عن تأدية المطلوب أو غير مطابق للمدعى ونحو ذلك ردّه.

الثاني: إذا تردّد الشاهد في شهادته لم يجز له ترغيبه في إقامتها؛ لجواز عروض ما أوجب له التردّد، فيكون ترغيبه في الإقامة إغراءً له بالشهادة بالباطل. وكذا يحرم عليه إذا رآه جازماً أن يرّدّه ويهدّه في الإقامة؛ لما فيه من الإعانة على تعطيل الحقّ.

١. في «ع»: «أو» بدل «ولو» فتصير العبارة هكذا «وإن تردّد أو توقّف...».

الخامسة عشرة: • يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه.
 السادسة عشرة: • الرشوة حرام 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.

الثالث: لا يجوز له إيقاف الغريم عن الإقرار لو أراد أن يقرّ بالحق؛ لما فيه من الظلم للغريم الآخر المقرّ له. هذا في حقوق الآدميين.
 أمّا في حقوق الله تعالى من الحدود، فإنّه يجوز له إيقاف غريمه وتزهيده في إتمامه وتعريضه بالتأويل، بل يستحبّ له ذلك، تأسياً بالنبي ﷺ في قضية ماعز بن مالك لما جاء إلى النبي ﷺ وأقرّ عنده بالزنى، فكان ﷺ يعرض له بالتأويل ويقول له: «لعلك قبّلتها، لعلك لمستها»^١؛ إشاراً للاستتار. والرواية مشهورة.
 قوله: «يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه».

لما فيه من ترجيحه على الآخر المنهية عنه. وقد روي أن أمير المؤمنين عليه السلام نزل به ضيف فمكث عنده أياماً، ثمّ تقدّم إليه في خصومة لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام، فقال له: «أخضم أنت؟» قال: نعم، قال: «تحوّل عنا، إنّ رسول الله ﷺ نهى أن يضاف الخصم إلّا ومعه خصمه»^٢. وكذا يكره له أن يحضر ضيافة الخصوم مطلقاً.
 قوله: «الرشوة حرام على أخذها» إلى آخره.

اتفق المسلمون على تحريم الرشوة على القاضي والعامل؛ لما روي أنّ النبي ﷺ

١. مسند أحمد، ج ١، ص ٣٩٤، ح ٢١٣٠؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٤٦، ح ٤٤٢٢؛ المعجم الكبير، ج ١١، ص ٢٦٨، ح ١١٩٣٦؛ المستدرک علی الصحیحین، ج ٥، ص ٥١٧، ح ٨١٤٠ و٨١٤١.
 ٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٢-١٣، ح ٣٢٣٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٦-٢٢٧، ح ٥٤٤.

قال: «لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم»^١. وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الرشا في الحكم هو الكفر بالله تعالى»^٢.

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها؛ لأنها أبعد عن التهمة. وأما من جهة الحلّ والحرمة فينظر إن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته؛ لأنه يدعو إلى الميل، وينكس^٣ به قلب خصمه. وإن لم يكن له خصومة، فإن لم يعهد منه الهدية قبل تولّي القضاء حرم قبول هديته في محلّ ولايته؛ لأنّ هذه هدية سببها العمل ظاهراً. وقد روي أنّه عليه السلام قال: «هدايا العمّال غلول»^٤. وفي رواية: «هدية العمّال سحت»^٥.

وروى أبو حميد الساعدي قال: استعمل النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجلاً من الأسد يقال له: أبو اللببية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إليّ، فقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم على المنبر فقال: «ما بال العامل نبعته على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا أهدي إليّ؟ فهلأ جلس في قعب بيته أو في بيت أمّه ينظر أيهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة، إن كان بعيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر» ثم رفع يده حتّى رأينا عفرة إبطيه، ثم قال: «اللهم هل بلغت؟ اللهم هل بلغت؟»^٦.

١. مسند أحمد، ج ٦، ص ٣٧٦، ح ٢١٨٩٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٩، باب أخذ الأجرة والرشا على الحكم، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٢، ح ٥٢٦.

٣. فيما عدا الأصل من النسخ: «ينكسر» بدل «ينكس».

٤. الأمالي. الشيخ الطوسي، ص ٢٦٢، المجلس ١٠، ح ١٧/٤٧٩؛ مسند أحمد، ج ٦، ص ٥٩٠، ح ٢٣٠٩٠؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢٣٣، ح ٢٠٤٧٤؛ مجمع الزوائد، ج ٤، ص ٣٦٦، ح ٧٠٣٤. وفي بعض المصادر: «هدايا الأمراء».

٥. الكامل في ضعفاء الرجال، ج ١، ص ٢٨٤؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٩٠، ذيل الحديث ٢٠٩٤.

٦. مسند أحمد، ج ٦، ص ٥٨٩، ح ٢٣٠٨٧؛ صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٥٥٩ - ٢٥٦٠، ح ٦٥٧٨، وص ٢٦٢٤ - ٢٦٢٥، ح ٦٧٥٣، ص ٢٦٣٢، ح ٦٧٧٢؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٤٦٣ - ١٤٦٤، ح ١٨٣٢/٢٧؛ سنن أبي داود،

ولا ينافي ذلك قول النبي ﷺ: «لو أهدى إليّ كراع لقبلته»^١؛ لأنه معصوم عن تغيير حكم بهديّة، بخلاف غيره.

ولو كانت الهدية في غير حال حكومة ممن جرت عاداته بذلك قبل تولّي القضاء، كالقريب والصديق الملاطف، فإن أحسّ أنّه يقدمها لحكومة بين يديه فذلك، وإلاّ حلّت على كراهية. هذا خلاصة ما فصله الشيخ في المبسوط^٢، ولم يتعرّض إليه كثير. وهو حسن. وفي حكم غير المعتاد ما لو زادها المعتاد قدرأ أو صفة. وهديّته في غير محلّ ولايته كهديّته ممن عهد منه الهدية. وكذا لو أرسلها من غيره إليه لا بقصد حكومة. وحيث جاز الأخذ فالأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال.

وإذا عرفت أنّ قبول الرشوة حرام مطلقاً، وقبول الهدية جائز على بعض الوجوه طلبت الفرق بينهما؛ فإنّه لا يخلو من خفاء. وقد فرّق بعضهم بينهما بأنّ الرشوة هي التي يشترط باذنها الحكم بغير الحقّ أو الامتناع من الحكم بالحقّ، والهدية هي العطيّة المطلقة^٣. وهذا الفرق يناسب ما أطلقه المصنّف من اختصاص تحريمها بطلب التوصل إلى الحكم بالباطل دون الحقّ. ولكن ذكر جماعة^٤ تحريمها على التقديرين، خصوصاً في جانب المرتشي.

والحقّ أنّها محرّمة على المرتشي مطلقاً، وعلى الراشي كذلك، إلّا أن يكون محقّقاً ولا يمكن وصوله إلى حقّه بدونها فلا يحرم عليه. وعلى هذا يحتاج إلى فرق آخر.

١. الكافي، ج ٥، ص ١٤٣، باب الهدية، ح ٩؛ الفقيه، ج ٤، ص ٣٦٤، باب النوادر؛ مسند أحمد، ج ٣، ص ٣١٤، ح ١٠٢٧٣؛ صحيح البخاري، ج ٢، ص ٩٠٨، ح ٢٤٢٩، و ج ٥، ص ١٩٨٥، ح ٤٨٨٣؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٣، ح ١٣٣٨.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٧-٥٠٨.

٣. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٢٨.

٤. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٧؛ وابن البرّاج في المهذّب، ج ٢، ص ٥٨١؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١٦٦؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١١٥، الرقم ٦٤٢١.

والأظهر في الفرق أنّ دفع المال إلى القاضي - ونحوه من العمّال - إن كان الغرض منه التودّد أو التوسّل لحاجة من العلم ونحوه فهو هديّة، وإن كان التوسّل إلى القضاء والعمل فهو رشوة.

والفرق بينهما وبين أخذ الجعل من المتحاكمين أو أحدهما - كما قد قال بعضهم بجوازه - أخفى.

وبيانه أنّ الغرض من الرشوة أن يحكم لباذلهما على التعيين بحقّ أو باطل، وفي الجعل أن يشترط عليهما أو على المحكوم عليه. فالفرق واضح؛ لأنّه حينئذٍ في مقابلة عمله معهما وفصل الحكومة بينهما، من غير اعتبار الحكم لأحدهما بخصوصه.

وإن شرط على المحكوم له فالفرق أنّ الحكم لا يتعلّق الغرض فيه بأحدهما بخصوصه، بل من اتّفق الحكم له منهما على الوجه المعتبر يكون عليه الجعل. وهذا ليس فيه تهمة ولا ظهور غرض، بخلاف الرشوة المبذولة ابتداءً من شخص معيّن ليكون الحكم له بخصوصه كيف كان، فإنّ هذا ظاهر في فساد المقصد، وصريح في تطرّق التهمة.

واعلم أنّ الضمير في قول المصنّف «ولو كان إلى حقّ لم يأتهم» يرجع إلى الدافع. وأمّا المرتشي فهو باقٍ على عموم التحريم المذكور سابقاً. ويجب تقييد عدم التحريم في حقّ الدافع بما أشرنا إليه سابقاً من عدم إمكان وصوله إلى حقّه بدونّه، وإلاّ حرم عليه أيضاً؛ لأنّه إعانة على الإثم والعدوان المنهيّ عنهما^١.

ونبه بقوله «ويجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها» على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى أنّه يملكها وإن فعل حراماً؛ لوجود التملك والقبول^٢، وآخرين حيث ذهبوا إلى أنّه يضعها في بيت المال^٣.

١. المائدة (٥): ٢.

٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٢٨.

٣. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٣٩، المسألة ٨٢٦٨؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٢٨.

السابعة عشرة: • إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً، سواء حرّر المدعي دعواه أو لم يحزرها. أما لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحزّر الدعوى. والفرق لزوم 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.

والأظهر ما ذكره المصنّف من عدم ملكها مطلقاً، ووجوب ردها إلى المالك، ويضمنها إلى أن تصل.

قوله: «إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم» إلى آخره.

من أتى القاضي مستعدياً على خصمه ليحضره، فخصمه إمّا أن يكون في البلد أو خارجه. فإن كان في البلد وكان ظاهراً يمكن إحضاره وجب إحضاره مطلقاً عند علمائنا وأكثر العامة.

وقال مالك: إن كان من أهل المروّات لم يحضره، إلا أن يعرف بينهما معاملة؛ صيانة له عن الابتدال^١. وقال بعضهم: يحضر ذوي المروّات داره لا مجلس الحكم^٢. والمذهب عدم الفرق.

ثمّ الإحضار قد يكون بختم يدفعه إلى المدعي ليعرضه على الخصم، وليكن عليه «أجب القاضي فلاناً».

وقد يكون بمحضر من الأعوان المرتبّين على باب القاضي، ويكون مؤوته على الطالب إن لم يرتزقوا من بيت المال.

وإن بعث بالختم فلم يجب بعث إليه العون. وإذا ثبت عند القاضي امتناعه من غير عذر أو سوء أدب استعان على إحضاره بأعوان السلطان. فإذا أحضر عزّره على ما يراه. وفي كون

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٣٠١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤١١، المسألة ٨٢٤٣.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٣٠١؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٧٥.

مؤونة المحضر والحال هذه على المطلوب؛ لامتناعه، أو على المدعي وجهان. فإن استخفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمرت داره أو ختم عليها. فإن لم يحضر بعد الثلاث وسأل المدعي التسمير أو الختم أجابه إليه. ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور لم يكلفه الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه. فإن دعت الحاجة إلى تحليفه بعث إليه من يحلفه. والعذر، كالمرض، وحبس الظالم، والخوف منه، وكون المرأة مخدرة. وسيأتي!

وإن كان خارج البلد نظر، إن كان خارجاً عن محلّ ولاية القاضي لم يكن له أن يحضره، وكان له أن يحكم عليه بشرائط القضاء على الغائب. وسيأتي^١. وإن كان في محلّ ولايته، فإن كان له في ذلك الموضع نائب لم يحضره، بل يسمع البيّنة ويكتب إليه. وإن لم يكن هناك بيّنة أنفذه إلى خليفته ليحكم بينهما. وإن لم يكن له هناك نائب، فإن كان هناك من يصلح للاستخلاف أذن له في القضاء بينهما، وإلا طوّل المدعي بتحرير الدعوى، فقد تكون غير مسموعة؛ فيلزم المشقة بإحضاره لغير حق^٢، بخلاف الحاضر في البلد، فإنه لا يحتاج في إحضاره إلى تقديم البحث؛ لأنه ليس في الحضور هنا مؤونة ولا مشقة شديدة. فإذا حرّر الدعوى وكانت مسموعة أنفذ بإحضاره، سواء كانت المسافة قريبة أم بعيدة. ومن العامة من قيده بكونه في مسافة العدوى^٣، وهي التي يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً.

١. سيأتي عن قريب.

٢. يأتي في ص ١٣٦ وما بعدها.

٣. في الأصل: «بغير حق» بدل «لغير حق».

٤. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٧٦.

● ولو ادّعى على امرأة، فإن كانت برزّةً فهي كالرجل. وإن كانت مخدّرةً بعث إليها من ينوبه في الحكم بينها وبين غريمها.

قوله: «ولو ادّعى على امرأة فإن كانت برزّةً فهي كالرجل» إلى آخره.

ما تقدّم حكم المدّعي عليه إذا كان رجلاً. فأما إذا كان امرأة، فإذا كانت برزّةً فهي كالرجل، فتحضر ولو من غير البلد حيث يحضر الرجل. لكن يشترط فيها زيادة كون الطريق آمناً بالنظر إليها، ومعها من يوثق به من محرم أو نسوة ثقات أو غيرهما. والأولى للحاكم أن يبعث إليها محرماً.

وإن كانت مخدّرةً لم تكلف الحضور مطلقاً كالمريض؛ لأنّ التخدير عذر ظاهر.

ويشهد للفرق بينهما في ذلك قضية العامرية التي اعترفت بالزنى عند النبي ﷺ فرجمها^١. وقال في الأخرى المذكورة في قضية العسيف: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»^٢. وكانت العامرية برزّةً والأخرى مخدّرةً.

وما المراد بـ«المخدّرة»؟ لا شك أنّ التي لا تخرج أصلاً إلا للضرورة فهي مخدّرة. وأما التي تخرج نادراً لعزاء أو حتم أو زيارة فهل هي مخدّرة؟ وجهان، أشبههما أنّه يكفي أن لا تصير مبتدلةً بكثرة الخروج للحاجات المتكرّرة، كشراء الخبز والقطن وبيع الغزل ونحوها. وقال في المبسوط: البرزة هي التي تبرز لقضاء حوائجها بنفسها، والمخدّرة هي التي لا تخرج لذلك^٣.

وهو قريب، وإن كان الأول أقرب، فإنّ التي تكثر الخروج للعزاء والزيارات من دون أن تخرج للحاجات تصير مبتدلةً بالخروج أيضاً.

١. السنن الكبرى، البيهقي، ج ٨، ص ٣٧٢ - ٣٧٣، ح ١٦٩٢٨.

٢. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٨١٣ - ٨١٤، ح ٢١٩٠، ص ٩٥٩، ح ٢٥٤٩؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٥٢.

ح ٢٥٤٩؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣٢٤ - ١٣٢٥، ح ١٦٩٧/٢٥ - ١٦٩٨.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٣.

النظر الثالث في كيفية الحكم

وفيه مقاصد:

[المقصد الأول في وظائف الحاكم

وهي سبع:

الأولى: • التسوية بين الخصمين في السلام، والجلوس، والنظر، والكلام، والإنصات، والعدل في الحكم. ولا تجب التسوية في الميل بالقلب؛ لتعذره غالباً.

النظر الثالث في كيفية الحكم

قوله: «التسوية بين الخصمين في السلام والجلوس - إلى قوله - أو أعلى منزلاً». من وظيفة الحاكم أن يسوي بين الخصمين في السلام عليهما، وجوابه لهما، وإجلاسهما، والقيام لهما، والنظر والاستماع والكلام وطلاقة الوجه، وسائر أنواع الإكرام. ولا يخصص أحدهما بشيء من ذلك؛ لأنه ينكس¹ به قلب الآخر ويمنعه من إقامة حجته. ومنه مازحة أحدهما ومساوته، وانتهازه إلا أن يفعل ما يقتضيه.

ولو لم يمكن التسوية بينهما في جواب السلام ابتداءً، بأن يسلم أحدهما دون الآخر، فيصبر هنيئاً رجاء أن يسلم الآخر فيجيبهما معاً. فإن طال الفصل بحيث يخرج عن كونه جواباً للأول فليردّ قبله على المسلم.

١. فيما عدا الأصل من النسخ: «ينكسر» بدل «ينكس».

وإنما تجب التسوية مع التساوي في الإسلام أو الكفر. ولو كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً، أو أعلى منزلاً.

وقيل: لا بأس بأن يقول للآخر: «سَلِّمْ»، فإذا سَلَّمَ أجابهما، ويعذر في الاشتغال بغير الجواب؛ لثلاً يبطل معنى التسوية^١.

ومعنى التسوية بينهما في المجلس أن يجلسهما بين يديه معاً؛ لما فيه - مع التسوية بينهما - من سهولة النظر إليهما، والاستماع لهما. هذا إذا كانا مسلمين أو كافرين. أما لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً جاز أن يرفع المسلم في المجلس؛ لما روي أن علياً عليه السلام جلس بجنب شريح في حكومة له مع يهودي في درع، وقال: «لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: لا تساوهم في المجلس»^٢.

ثم التسوية بين الخصمين في العدل في الحكم واجبة بغير خلاف. وأما في الأمور الباقية فهل هي واجبة أم مستحبة؟ الأكثرون على الوجوب؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده، ولا يرفعن صوته على أحدهما ما لا يرفع على الآخر»^٣.

وقول أمير المؤمنين عليه السلام: «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة، وفي النظر، وفي المجلس»^٤.

وقيل: إن ذلك مستحب^٥، واختاره العلامة في المختلف^٦؛ للأصل، وضعف مستند الوجوب، وصلاحيته للاستحباب.

١. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٤٦.

٢. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٩٣، ح ٢١٠٥؛ وراجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٤٥، المسألة ٨٢٧٢؛ وحلية الأولياء، ج ٤، ص ١٣٩.

٣. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٤٦، ح ٤٣٨٦ - ٤٣٨٧؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢٢٨ - ٢٢٩، ح ٢٠٤٥٧ - ٢٠٤٥٨.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤، ح ٣٢٤٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٦، ح ٥٤٣.

٥. قاله سلار في المراسم، ص ٢٣٠.

٦. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢١، المسألة ٢٢.

الثانية: • لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج؛ لأن ذلك يفتح باب المنازعة، وقد نصب لسدها.

الثالثة: • إذا سكت الخصمان استحَبَّ أن يقول لهما: تكلّما، أو: ليتكلّم المدّعي. ولو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك.

ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما؛ لما يتضمّن من إحاش الآخر.

وإنما عليه أن يسوّي بينهما في الأفعال الظاهرة، وأمّا التسوية بينهما بقلبه بحيث لا يعيل إلى أحدهما به فقير مواخذ به ولا محاسب عليه؛ لأنّ الحكم على القلب غير مستطاع، وقد كان رسول الله ﷺ لما قسم بين نسائه يقول: «اللهمّ هذا قسمي فيما أملك، وأنت أعلم بما لا أملك»، يعني الميل القلبي.

قوله: «لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج؛ لأنّ ذلك يفتح باب المنازعة، وقد نصب لسدها».

بأن يعلمه دعوى صحيحة مع عدم إثباته بها^٢، أو يدّعي عليه قرضاً فيريد أن يجيب بالإيفاء، فيلقنه إنكار أصل الحق؛ لتلأ يصير مقرّاً، أو يحسّ منه بالتردد فيحرّضه^٣ على الإقامة، ونحو ذلك؛ لأنّه نصب لسدّ باب المنازعة، وفعله هذا يفتح بابها، فيكون خلاف الحكمة الباعثة.

نعم، لا بأس بالاستفسار وإن أدّى إلى صحّة الدعوى، بأن يدّعي دراهم فيقول: «أهي صحاح أم مكسرة؟» إلى غير ذلك. ويحتمل المنع منه أيضاً.

قوله: «إذا سكت الخصمان استحَبَّ أن يقول لهما: تكلّما» إلى آخره.

إذا جلس الخصمان بين يدي الحاكم فله أن يسكت حتّى يتكلّما؛ لأنّ الحقّ لهما. لكن

١. مسند أحمد، ج ٧، ص ٢٠٧، ح ٢٤٥٨٧؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٤٢، ح ٢١٣٤؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦٣٤، ح ١٩٧١؛ سنن النسائي، ج ٧، ص ٦٧، ح ٣٩٤٩؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٤٤٦، ح ١١٤٠ بتفاوت يسير.

٢. في بعض النسخ: «إثباته لها» بدل «إثباته بها».

٣. في بعض النسخ: «فيحضّنه» بدل «فيحرّضه».

الرابعة: ● إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء. ويستحب ترغيبهما في الصلح. فإن أبا إلا المناجزة حكم بينهما. وإن أشكل آخر الحكم حتى يتضح. ولا حدّاً للتأخير إلا الواضح.

يستحب إن طال سكوتهما أن يقول: «ليتكلم المدعي منكما» من غير أن يخصص أحدهما بالخطاب، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: «تكلم». ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه كان أولى.

ويكره تخصيص أحدهما بالخطاب؛ لمنافاته التسوية المأمور بها، وقد تقدّم أن التسوية فيه واجبة^١. وهاهنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فأما أنه استثناء من السابق، أو رجوع عن الحكم.

وظاهر العلامة في التحرير^٢ والشيخ في المبسوط^٣ التحريم؛ لأنهما عبرا بصيغة النهي كالسابق. وهو حسن؛ لاشتراكهما في المقتضي له.

وفي الدروس لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب، وذكر كراهة تخصيص أحدهما بالخطاب هنا^٤. وهو يدل على كراهته مطلقاً.

قوله: «إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء. ويستحب ترغيبهما في الصلح» إلى آخره.

الحكم باستحباب ترغيبهما في الصلح مع الحكم بلزوم القضاء يدل على أن الوجوب ليس فورياً، وإلا لم يصح الاشتغال عنه بالترغيب في الصلح. وهو حسن، حيث لا يطلب المحكوم له تنجيز الحكم عاجلاً، وإلا وجبت المبادرة به؛ لأنه حق آدمي مطالب.

١. تقدّم في ص ١٠٣-١٠٤.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٢٩، الرقم ٦٤٤٤.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٧.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

الخامسة: • إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأوّل فالأوّل. فإن وردوا جميعاً، قيل: يقرع بينهم. وقيل: يكتب أسماء المدّعين، ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم. وقيل: يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة معه. وليس معتمداً. ويجعلها تحت ساتر، ثم يخرج رقعةً رقعةً، ويستدعي صاحبها. وقيل: إنّما تكتب أسماءهم مع تعسّر القرعة بالكثرة.

قوله: «إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأوّل فالأوّل» إلى آخره.

إذا ازدحم جماعة من المدّعين نظر، إن جاؤوا على التعاقب وعرف الترتيب قدّم الأسبق فالأسبق. والاعتبار بسبق المدّعي دون المدّعى عليه.

وإن جاؤوا معاً ولم يعرف الترتيب أقرع بينهم، وقدّم من خرجت قرعته. فإن كثروا وعسر الإقراع كتب أسماءهم في رقاع وصيّت بين يدي القاضي مستورةً ليأخذها واحدةً واحدةً، ويسمع دعوى مَنْ خرج اسمه في كلّ مرّة. وهذا في الحقيقة ضرب من القرعة، لا على الوجه المشهور فيها من وضع الرقاع في بنادق من طين وسترها، ونحو ذلك. فيكون كتابة أسمائهم في الرقاع على الوجه المذكور أسهل من القرعة؛ فلذلك اعتبرها عند الكثرة وتعسّر الإقراع على وجهه، وقد تقدّم أنّ الأصحّ عدم انحصارها في ذلك^١.

والقول الأوّل الذي نقله بالإقراع بينهم مطلقاً مقتضاه أنّه لا تجزئ كتابة أسمائهم على هذا الوجه، بل لا بدّ من إيقاع القرعة على وجهها.

والأشهر جواز الأمرين؛ لأنّ الغرض هنا تقديم مَنْ يتقدّم من المدّعيين، من غير ترجيح من قبل الحاكم، ولا ميل إلى أحدهم، وهو يحصل بذلك.

ثمّ على التقديرين هل يفتقر مع كتابة اسم المدّعي إلى ذكر خصمه؟ قيل: نعم^٢. فعلى هذا لو كان له خصمان افتقر إلى رقتين، يكتب في واحدة اسم ذلك المدّعي مع أحد خصميه، وفي الأخرى اسمه مع الخصم الآخر. وفائدته تقديم السابق من الخصمين كما تقدّم السابق من المدّعيين.

١. تقدّم في ج ٨، ص ٣٤٥-٣٤٦.

٢. قاله الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٧٢٢-٧٢٣.

السادسة: ● إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى، لم تسمع حتى يجيب عن الدعوى وينهي الحكومة، ثم يستأنف هو.

والمشهور الاقتصار على اسم المدعى؛ لأنه المستحق للتقديم. فإذا ظهر اسم واحد وكان له غريم واحد تعيين، وإن كان له أكثر تخير في تقديم من شاء منهم، فإذا تفتت دعواه أخر الباقيون إلى دور آخر، وهكذا. والمقدم بالسبق أو بالقرعة إنما يقدم في دعوى واحدة، ثم ينصرف إلى أن يحضر في مجلس آخر، أو ينتظر فراغ القاضي من سماع دعوى سائر الحاضرين، فحينئذ تسمع دعواه. ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو على غيره.

وقول المصنف أولاً «قيل: يقرع، وقيل: يكتب أسماء المدعين» إلى آخره، يقتضي أن القول بكتابة أسماء المدعين جائز وإن لم يكثروا. وقيل: يقرع مطلقاً وإن كثروا^١. وقوله «وقيل: إنما تكتب أسماؤهم مع تعسر القرعة بالكثرة» قول ثالث بالتفصيل^٢. وهو المشهور. ولو قدم الأسبق غيره على نفسه جاز.

والمفتي والمدرّس عند الازدحام يقدمان أيضاً بالسبق أو القرعة. نعم، لو كان الذي يعلمه خارجاً عن الفرض فالاختيار إليه في تقديم من شاء.

ولا فرق في هذه الأحكام بين ذي الفضيلة وغيره، ولا بين الرجل والمرأة. ويستثنى المسافر المتضرر، كما سيأتي^٣.

قوله: «إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعى بدعوى» إلى آخره. قد تقرر أنه يقدم السابق من المدعين، ومن جملة أفراد ما لو ادعى المدعى عليه على

١. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٨٩؛ الوجيز، ج ٢، ص ٢٤١؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٤٧، المسألة ٨٢٧٣.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٤٩.

٣. سيأتي في ص ١١٠.

السابعة: • إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى. ولو ابتدرا الدعوى سمع من الذي عن يمين صاحبه.

المدعي قبل انتهاء الدعوى الأولى؛ فإنه حينئذٍ مدعٍ متأخّر عن الأول، فلا تسمع دعواه إلى أن يتمّ السابق. وهو واضح.

قوله: «إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى» إلى آخره.

إذا تنازع خصمان وزعم كلّ واحد منهم أنّه هو المدعي نظر، إن سبق أحدهما إلى الدعوى لم يلتفت إلى قول الآخر: «إني كنت المدعي»، بل عليه أن يجيب ثمّ يدعي إن شاء.

وإن لم يسبق أحدهما فالمشهور بين أصحابنا والمرويّ لهم أنّه تسمع الدعوى من الذي على يمين صاحبه، حتّى أنّ هذا القول لشهرته قال المرتضى (رحمه الله):

ومما انفردت به الإماميّة القول بأنّ الخصمين إذا ابتدرا الدعوى بين يدي الحاكم، وتشاحا في الابتداء بها وجب على الحاكم أن يسمع من الذي عن يمين خصمه، ثمّ ينظر في دعوى الآخر^١.

والأصل فيه رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قضى أن يقدّم صاحب اليمين في المجلس بالكلام»^٢.

وهذه الرواية ليست صريحة في المدعي، إلّا أنّ الأصحاب اتفقوا على إرادة ما ذكر منها. وقال ابن الجنيّد: يحتمل أن يكون أراد بذلك المدعي؛ لأنّ صاحب اليمين هو، واليمين المرودة إليه^٣.

١. يأتي بتأييد هذا بقليل.

٢. الانتصار، ص ٤٩٥، المسألة ٢٧٢.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١٤، ح ٣٢٤٣.

٤. حكاه عنه السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٤٩٥ - ٤٩٦، المسألة ٢٧٢؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨،

ص ٤١٣، المسألة ١٤.

- ولو اتَّفَق مسافر وحاضر فهما سواء، ما لم يستتزرَّ أحدهما بالتأخير فيقدِّم دفعاً للضرر.
- ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط أو إبطال.

والشيخ (رحمه الله) بعد أن ذكر إجماع الطائفة على ذلك مال إلى القرعة^١، كما يقوله العامة. وله وجه.

قوله: «ولو اتَّفَق مسافر وحاضرُ فهما سواء» إلى آخره.

لَمَّا كان المقتضي للحكم بتقديم السابق والقرعة بين المجتمعين دفعاً مراعاة التسوية بين الخصوم لم يفرِّق فيه بين شخص وآخر، ولا بين المسافر والحاضر، ولا بين الرجل والمرأة، إلا أن يختصَّ أحدهم بتتزرر على تقدير التأخر، كالمسافر الذي قد شدَّ الرحال، ويؤدِّي تخلفه إلى فوت المطلوب أو فوت الرفقة فيقدِّم. وكذا المرأة التي تتزرر بالانتظار.

وبعضهم قدَّم المسافر على المقيم^٢؛ نظراً إلى أغلبية الضرورة. ولا دليل عليه يقتضي التخصيص؛ فلذا شكَّ المصنِّف بينه وبين الحاضر في تقديم المستتزرَّ منهما.

قوله: «ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط أو إبطال».

أي في إسقاط حقِّ بعد ثبوته، أو إبطال دعوى قبله. وعلى هذا فطريق الجمع بين ذلك وبين الترغيب في الصلح - المقتضي غالباً لإسقاط بعض الحقِّ - إمَّا بجعله متوسطاً بين الإسقاط وعدمه، أو جعله مستثنى كما يقتضيه كلام الأصحاب؛ لأنَّ الصلح خير، أو بعث غيره على ترغيبهما في ذلك والوساطة بينهما في الصلح، كما صرَّح به أبو الصلاح^٣. وهذا أولى.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٣٤، المسألة ٣٢.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٨٨؛ والمعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٤٨، المسألة ٨٢٧٤؛

وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٤٩.

٣. الكافي في الفقه، ص ٤٤٧.

المقصد الثاني في مسائل متعلّقة بالدعوى

وهي خمس:

الأولى: • قال الشيخ: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولةً، مثل: أن يدعي فرساً أو ثوباً. ويقبل الإقرار بالمجهول، ويلزم تفسيره. وفي الأول إشكال.
أما لو كانت الدعوى وصيّةً سمعت وإن كانت مجهولةً؛ لأنّ الوصيّة بالمجهول جائزة.

قوله: «قال الشيخ: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولةً» إلى آخره.

لا إشكال في صحّة سماع دعوى الوصيّة بالمجهول، ودعوى الإقرار بالمجهول، كما تصحّ الوصيّة والإقرار بهما^١. والخلاف في غير هاتين الصورتين. فقال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط:

لا تسمع الدعوى المجهولة، كفرس و ثوب مطلقين؛ لانتهاء فائدتها، وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بـ«نعم»^٢.

ثمّ اعترض على نفسه بصحّة الإقرار بالمجهول. وأجاب بالفرق بينهما، فإنّنا لو كلّفناه بالتفصيل ربما رجع، بخلاف المدعى، فإنّه لا يرجع عن الدعوى بمطالبتة بالتفصيل. والمصنّف (رحمه الله) استشكل ذلك. ووجه الاشكال: ممّا ذكره الشيخ، ومن أنّ المدعى ربما يعلم حقّه بوجه ما، كما يعلم أنّ له عنده فرساً أو ثوباً ولا يعلم صفتها، فلو لم يجعل له إلى الدعوى ذريعةً لبطل حقّه. وهذا هو الأقوى.

والحكم يتبع الدعوى، ويبقى تعيين الحقّ أمراً آخر، فيلزم الخصم بيان الحقّ، ويقبل تفسيره بمسمى المدعى^٣، ويحلف على نفي الزائد إن ادّعى عليه، ويحبس إن لم يدفعه.

١. هكذا في جميع النسخ؛ ولعلّ الصحيح: «به» بدل «بهما».

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٣.

٣. في بعض النسخ: «الدعوى» بدل «المدعى».

● ولا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم، فلو قال: «أظنّ» أو «أتوهم» لم تسمع. وكان بعض مَنْ عاصرناه يسمعها في التهمة، ويحلف المنكر. وهو بعيد عن شبه الدعوى.

إلى غير ذلك من الفوائد المترتبة على ثبوت الدعوى بالمجهول. وأمّا فرق الشيخ بين الإقرار والدعوى بالرجوع وعدمه ففرق ظاهري لا يصلح لتأسيس الحكم. قوله: «ولا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم» إلى آخره.

نَبّه بقوله «إيراد الدعوى بصيغة الجزم» على أنّ المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ، بأن يجعل الصيغة جازمةً دون أن يقول «أظنّ» أو «أتوهم كذا»، سواء انضمّ إلى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب واعتقاده استحقاق الحقّ أم لا. والأمر كذلك؛ فإنّ المدّعي لا يشترط جزمه في نفس الأمر؛ لأنّه إذا كان للمدّعي بيّنة تشهد له بحقّ وهو لا يعلم به فله أن يدّعي به عند الحاكم؛ لتشهد له البيّنة، وكذا لو أقرّ له مقرّ بحقّ وهو لا يعلم به فله أن يدّعيه عليه، وإن لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو؟

ووجه ما اختاره المصنّف (رحمه الله) من اشتراط الجزم بالصيغة: أنّ الدعوى يلزمها أن يتعقبها يمين المدّعي أو القضاء بالنكول، وهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحقّ. وأنّ المعهود من الدعوى هو القول الجازم، فلا يطابقها الظنّ ونحوه.

ونقل المصنّف (رحمه الله) عن بعض من عاصره - وهو الشيخ نجيب الدين محمّد بن نما - سماع الدعوى في التهمة وإن لم تكن جازمةً، ويحلف المنكر من غير أن يترتب عليها ردّ اليمين على المدّعي؛ لعدم إمكانه!

وضعه المصنّف (رحمه الله) ببعده عن شبه الدعوى؛ لأنّ المعهود منها القول الجازم. وفيه نظر؛ لعدم ثبوت ذلك، مع دخوله في عموم قوله تعالى: ﴿وَأِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾^١؛ ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^٢، ومن ثمّ قيل بسماعها

١. حكاه عنه أيضاً فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٢٧-٣٢٨.

٢. المائدة (٥): ٤٩؛ النساء (٤): ٦٥.

الثانية: ● قال: إذا كان المدعى من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه ووصفه ونقده. وإن كان عرضاً مثلثاً ضبطه بالصفات، ولم يفتقر إلى ذكر قيمته. وذكر القيمة أحوط. وإن لم يكن مثلثاً فلا بدّ من ذكر القيمة. وفي الكل إشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار.

بدون الجزم مطلقاً^١، ولأصالة عدم الاشتراط.

وعلى القول بسماعها فيما يخفى كالتهمة إن حلف المنكر فلا كلام، وإلا فإن قضينا بالنكول قضي هنا أيضاً؛ إجراء له مجرى الإقرار أو البيّنة، فيستبيح المدعي الأخذ. وإن قلنا: لا يقضى إلا برّد اليمين لم يردّ هنا؛ لعدم إمكانه. ولو عاود بعد ذلك وادّعى العلم فالأقوى السماع؛ لإمكان تجدّده.

قوله: «قال: إذا كان المدعى من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه» إلى آخره.

قول الشيخ^٢ هنا متفرّع على ما أسلفه^٣ من عدم سماع الدعوى المجهولة. فعلى قوله (رحمه الله) يشترط في سماعها ارتفاع الجهالة عن المدعي، بضبطه جنساً ووصفاً على وجه يرفع الجهالة عنه كما يصف السلم، حتى يصير معلوماً يمكن حكم الحاكم به، وإلزام الخصم وحبسه إلى أن يؤدّيه، ويبيع ماله لأجله وإيفاؤه عنه قهراً حيث يمتنع من الأداء، فإنّ كلّ ذلك ملزوم العلم. ولا حاجة إلى ذكر القيمة مع ذلك؛ لإمكان ضبطه بدونها، وإن كان التعرّض لها أحوط؛ لأنّه أضبط، خصوصاً إذا كانت العين متقومةً. ولو تلفت تعيّن اشتراط التعرّض للقيمة؛ لأنّها الواجبة عند التلف، وسقط اعتبار العين.

والمصنّف (رحمه الله) استشكله بناءً على ما أصّله^٤ سابقاً^٥ من الشكّ في اشتراط ذلك،

١. الوسيط، ج ٥، ص ٩٢.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٤.

٣. سبق في ص ١١١.

٤. في بعض النسخ: «أسلفه» بدل «أصّله».

٥. سبق في ص ١١١.

الثالثة: ● إذا تَمَّت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أم يتوقف ذلك على التماس المدعي؟ فيه تردد. والوجه أنه يتوقف؛ لأنه حق له فيقف على المطالبة.

كما لا يشترط في الإقرار، فلا يفتقر إلى ذكر شيء من ذلك، ويرجع إليه فيه بعد ذلك إن افتقر إلى مراجعته وكان عالماً به، وإلا فلا.

ويستثنى من اعتبار الضبط والعلم - مضافاً إلى الوصية والإقرار - ما إذا كان الضبط والتعيين مترتباً على الدعوى، كمدعية التفويض؛ طالبة للفرض، وكالواهب يطلب العوض إذا قلنا: إن الهبة تقتضيه، أو مع شرطه ولم يقدر. ولا يتصور هنا من المدعي إعلام ولا تعيين.

وزاد بعضهم ما إذا ادعى أن له طريقاً في ملك الغير، أو ادعى حق إجراء الماء^١. فقيل: لا يشترط هنا إعلام مقدار الطريق والمجرى، وإن أخذ على الشهود إعلام مقدارهما؛ لأن الشهادة أعلى شأنًا؛ لاستقلالها بإيجاب الحكم، بخلاف الدعوى^٢. والأظهر أن هذه الدعوى كغيرها.

قوله: «إذا تَمَّت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب، أم يتوقف ذلك على التماس المدعي؟» إلى آخره.

القولان للشيخ في المبسوط^٣.

ووجه التوقف ما أشار إليه من أن الجواب حق للمدعي، فيقف على طلبه. ووجه العدم دلالة شاهد الحال على الطلب؛ للعلم العادي بأن الإنسان لا يحضر خصمه إلى مجلس الحكم ليدعي عليه وينصرف من غير جواب. والقول بالاستحقاق لا يخلو من قوة.

١ و٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٨٩.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٥.

الرابعة: ● لو ادعى أحد الرعيّة 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.

الخامسة: يستحبّ للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم. ولو قاما بين يديه كان جائزاً.

المقصد الثالث في جواب المدعى عليه

● وهو إمّا إقرار، أو إنكار، أو سكوت.

قوله: «لو ادعى أحد الرعيّة على القاضي» إلى آخره.

كما تسمع الدعوى على واحد من الرعيّة تسمع على القاضي؛ عملاً بالعموم^١. وليس ذلك ابتداءً لأهل الصيانات والمروّات. وقد تقدّم أنّ عليّاً عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح للمحاكمة^٢. وحضر عمر مع أبيّ عند زيد بن ثابت ليحكم بينهما في داره^٣. وحجّ المنصور فحضر مع جتالين مجلس الحكم لخلف كان بينهما^٤.

ثم إن كان هناك إمام رافعه إليه، وإلا إلى خليفته إن كان. ولا تجب إجابة المدعي إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده؛ لأنّ العدالة تمنع من التهمة، وإن فرضت لم يلتفت إليها. ولو لم يكن له خليفة رافعه إلى حاكم آخر في غير ولايته.

قوله - في جواب المدعى عليه -: «وهو إمّا إقرار أو إنكار أو سكوت - إلى قوله - إلا بمسألته».

المدعى عليه إمّا أن يجيب بالإقرار أو الإنكار أو يسكت. وإمّا جعل السكوت جواباً؛

١. النساء (٤): ١٠٥؛ المائدة (٥): ٤٩؛ سورة «ص» (٣٨): ٢٦.

٢. تقدّم في ص ١٠٤.

٣. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢٢٩ - ٢٣٠، ح ٤٦٣٠.

٤. تاريخ الخلفاء، ص ٢٦٦.

أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف. وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي؟ قيل: لا؛ لأنه حق له فلا يستوفي إلا بمسأله.

• وصورة الحكم أن يقول: «أزمتك» أو «قضيت عليك» أو «ادفع إليه ماله». ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه، أو يشهد شاهداً عدل.

ولو شهد عليه بالحلية جاز، ولم يفتقر إلى معرفة النسب، واكتفى بذكر حليته.

لأنه إذا أصرّ على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعي، فهو في الحكم كالإنكار، فكان في معنى الجواب بالإنكار.

والكلام في الإقرار وصيغته كما مرّ في باب الإقرار^١؛ فلذا لم يتعرّضوا له هنا. لكن متى تحقّق وكان المقرّ جامعاً لشرائطه المقرّرة في بابه لزمه ما أقرّ به، سواء حكم به الحاكم أم لا، بخلاف ما إذا أقام المدعي بيّنة، فإنه لا يثبت بمجرد إقامتها، بل لا بدّ معه من حكم الحاكم. والفرق أن البيّنة منوطه باجتهاد الحاكم في قبولها وردّها، وهو غير معلوم، بخلاف الإقرار. وهل للحاكم أن يحكم على المقرّ بمجرد إقراره من دون مسألة المدعي له الحكم؟ قال الشيخ في المبسوط: لا؛ لأنّ الحكم عليه به حق له، فلا يستوفيه إلا بأمره كنفس الحق^٢.

ونسبه المصنّف (رحمه الله) إلى القيل؛ إيذاناً بضعفه عنده. ووجهه نحو ما سلف^٣ في توقّف مطالبته بالجواب على التماسه؛ لشهادة الحال بكونه طالباً للحكم، حيث أحضره للحكومة، ولأنّه حقّ قد تعيّن للحاكم فوجب عليه إظهاره، سواء طلبه مستحقّه أم لا. والأشهر الأوّل.

قوله: «وصورة الحكم أن يقول: أزمتك» إلى آخره.

نّبّه على صورة الحكم في أوّل الباب ليكون مفيداً له حيث يحتاج إليه، وإن كانت

١. مرّ في ج ٨، ص ٥٢٧ وما بعدها.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٥.

٣. سبق في ص ١١٤.

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

الحاجة إليه في غير صورة الإقرار أقوى، كما نبهنا عليه من أن ثبوت الحق في الإقرار لا يتوقف عليه، وإنما فائدته إنفاذ حاكم آخر إياه ونحو ذلك، بخلاف الحكم المترتب على البيئنة؛ فإنه تمام السبب في ثبوت الحق.

وحيث يتحقق الحكم فإن رضي المحكوم له بالاقتصار على تلفظ الحاكم به فذاك، وإن التمس أن يكتب له به حجة تكون في يده بحقه فعل ذلك، على ما فصل سابقاً^١.

ثم إن كان الحاكم يشهد بالإقرار على عين المقر ولا يعرف نسبه تخير بين أن يكتب بحليته من غير أن يذكر نسبه، وبين أن يبحث عن إثبات نسبه بشاهدي عدل. وهذا ظاهر. قوله: «ولو ادعى الإعسار كشف عن حاله - إلى قوله - فيه تفصيل ذكر في باب المفلس». إذا ثبت عليه الحق كلف أداءه إن كان بيده مال. فإن ادعى الإعسار فإن كان له أصل مال قبل ذلك، أو كان أصل الدعوى مالا كلف البيئنة على تلفه. فإن لم يقمها حبس إلى أن يتبين الإعسار. وهذا هو التفصيل الذي سبق في باب الفلس^٢.

ولو لم يعرف له أصل مال، ولا كانت الدعوى مالا، بل كانت جنائية أو صداقاً أو نفقة زوجة أو قريب قبل قوله فيه بيمينه. فإذا ثبت إعساره فهل يخلى سبيله، أو يسلم إلى الغرماء؟

المشهور بين الأصحاب هو الأول؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظَرَ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^٣. والرواية الدالة على ذلك^٤ لم تحضرنى حال الكتابة. وذكر بعضهم: أنها ليست

١. سبق في ص ٩٣ - ٩٤.

٢. سبق في ج ٣، ص ٥٢٣.

٣. البقرة (٢): ٢٨٠.

٤. راجع الفقيه، ج ٢، ص ٥٩، ح ١٧٠٣ - ١٧٠٥.

وأما الإنكار فإذا قال: «لا حقّ له عليّ» فإن كان المدّعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبيّنة، فالحاكم بالخيار إن شاء قال للمدّعي: ألك بيّنة؟ وإن شاء سكت.

موجودة أصلاً^١. وجعلها صاحب كشف الرموز رواية زرارة عن الباقر عليه السلام: «كان عليّ عليه السلام لا يحبس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن أوّتمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئاً باعه، غائباً كان أو شاهداً»^٢. ولا دلالة في هذه الرواية على المدّعي فضلاً عن كونها أشهر.

والقول بتسليمه إلى الغرماء للشيخ في النهاية^٣؛ استناداً إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس في الدين، ثمّ ينظر إن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه، وإن شئتم استعملوه»^٤.

وضعف الرواية يمنع من العمل بها، وغاية ما يجب على المديون المعسر التكتسب في وفاء الدّين، وهو أعمّ من كونه بيد الغرماء أو باختياره. والأصل عدم تسلّط صاحب الدّين على عينه؛ لانتفاء ولايته عليه.

وفصل ابن حمزة فقال:

إذا ثبت إيساره خلّي سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب بها، وإلاّ دفعه إليه ليستعمله فيها، وما فضل عن قوته وقوت عياله أخذه بحقه^٥.

واحتجّ بحديث السكوني. وهو أعمّ من مدّعا.

١. السيوري في التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٢٥٠.

٢. كشف الرموز، ج ٢، ص ٤٩٩؛ والرواية أوردها الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٩، ح ٨٣٦؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٤٧، ح ١٥٤.

٣. النهاية، ص ٣٣٩ و٣٥٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٠٠، ح ٨٣٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٧، ح ١٥٥.

٥. الوسيلة، ص ٢١٢.

أما إذا كان المدعي لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبيّنة وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه. فإن لم تكن له بيّنة عرفه الحاكم أن له اليمين.

● ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي؛ لأنه حق له فيتوقف استيفاءه على المطالبة.

ولو تبرّع هو أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين، وأعادها الحاكم إن التمس المدعي.

قال في المختلف:

وما قاله ابن حمزة ليس بعيداً من الصواب؛ لأنه متمكّن من أداء ما وجب عليه وإيفاء صاحب الدين حقّه، فيجب عليه كما يجب عليه السعي في المؤونة، ومع تمكّنه من التكبّس لا يكون معسراً؛ لأنّ اليسار كما يتحقّق بالقدرة على المال يستحقّق بالقدرة على تحصيله؛ ولهذا منع القادر على التكبّس من أخذ الزكاة. إلحاقاً له بالغنيّ القادر على المال^١.

وهذا كلّه لا يصلح دليلاً لما ذكره ابن حمزة، بل غايته وجوب تكسبه كيف شاء، لا تسلط الغريم على منفعه بالاستيفاء والإجارة. ومع ذلك فقد ذهب جماعة^٢ منهم المصنّف (رحمه الله) إلى عدم وجوب التكبّس في قضاء الدين، بل إذا تكسّب وفضل معه عن المؤونة شيء وجب صرفه في قضاء الدين؛ عملاً بظاهر الآية^٣.

قوله: «ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي - إلى قوله - إن التمس المدعي». ليس هذا الحقّ على نهج الحقّين السابقين في طلب الجواب والحكم^٤، ومن ثمّ وقع فيهما

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٧١ - ٤٧٢، المسألة ٧٢.

٢. منهم الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٢٣٧؛ والعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٦٠ و ٦١، المسألة ٣٠٩، و ص ١٧٩، المسألة ٣٩٣؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٩٧ - ٢٩٨.

٣. البقرة (٢): ٢٨٠.

٤. انظر ص ١١٤.

ثم المنكر إما أن يحلف، أو يردّ، أو ينكل. • فإن حلف سقطت الدعوى. ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم تحلّ له مقاصته. ولو عاود المطالبة أثم، ولم تسمع دعواه. ولو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع. وقيل: يعمل بها

الخلاف دونه. والفرق أنّ الحقّ فيهما لا يغيّر الحكم بالنسبة إلى المدعي، بل يؤكّده، بخلاف تحليف المنكر؛ فإنّه يسقط الدعوى، وقد يتعلّق غرض المدعي ببقائها إلى وقت آخر، إما ليتذكّر البيّنة، أو ليتحرّى وقتاً صالحاً لا يتجرأ المنكر على الحلف فيه، ونحو ذلك، فليس للحاكم أن يستوفيه بغير إذنه.

قوله: «فإن حلف سقطت الدعوى - إلى قوله - والأوّل هو المرويّ».

من فوائد اليمين انقطاع الخصومة في الحال، لا براءة الذمّة من الحقّ في نفس الأمر، بل يجب على الحالف فيما بينه وبين الله تعالى أن يتخلّص من حقّ المدعي، كما كان عليه ذلك قبل الحلف.

وأما المدعي فإن لم يكن له بيّنة بقي حقه في ذمّته إلى يوم القيامة، ولم يكن له أن يطالبه به، ولا أن يأخذه مقاصّة، كما كان له ذلك قبل التحليف، ولا معاودة المحاكمة، ولا تسمع دعواه لو فعل.

هذا هو المشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف؛ ومستنده أخبار كثيرة، منها قوله ﷺ: «من حلف لكم فصدّقوه»^١. وقوله ﷺ: «من حلف له فليرض»^٢.

ورواية ابن أبي يعفور^٣ عن أبي عبد الله ﷺ قال: «إذا رضي صاحب الحقّ بيمين المنكر

١. الفقيه، ج ٣، ص ٦٢، ح ٣٣٤٤.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٨، باب أنّه لا يحلف إلا بالله...، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٨٧، ح ٣٧٠٥، ص ٣٦٢.

ح ٤٢٨٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٩، ح ٩٨٧؛ وج ٨، ص ٢٨٤، ح ١٠٤٠.

٣. في حاشية الأصل بخطه: «حاشية: ذكر في المختلف [ج ٨، ص ٤١٤ - ٤١٥، المسألة ١٥]: أنّ رواية ابن أبي يعفور من الصحيح، والأخرى من الحسن بطريق ابن بابويه، أمّا من طريق الشيخ والكليني فكلماتها ضعيف. (منه رحمه الله)».

ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين. وقيل: إن نسي بيئته سمعت وإن أحلف. والأول هو المروي.

لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، وذهبت اليمين بحق المدعي فلا حق له. قلت له: وإن كانت له عليه بيئة عادلة؟ قال: «نعم»، وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له، وكان اليمين قد أبطل كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه^١. وفي رواية أخرى عنه رضي الله عنه في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد، قال: «إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه شيئاً، وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»^٢.

وروى الشيخ عن عبد الله بن وضاح قال: كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانتني بألف درهم، فقدمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك أرباح ودراهم كثيرة، فأردت أن أقبض الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن رضي الله عنه فأخبرته بالقصة، فكتب: «لا تأخذ منه شيئاً، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرت أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها»^٣.

ولو أقام بعد إحلافه بيئة بالحق ففي سماعها أقوال:

أحداها - وهو الأشهر - عدم سماعها مطلقاً؛ للتصريح به في رواية ابن أبي يعفور السابقة، ودخوله في عموم الأخبار^٤ أو إطلاقها. وادّعى عليها الشيخ في الخلاف

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٧، باب أن من رضي باليمين فحلف له...، ح ١: الفقيه، ج ٣، ص ٦١ - ٦٢، ح ٣٣٤٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣١، ح ٥٦٥.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٠١، باب في آداب اقتضاء الدين، ح ٣؛ وج ٧، ص ٤١٨، باب أن من رضي باليمين فحلف له...، ح ٢: الفقيه، ج ٣، ص ١٨٥، ح ٣٦٩٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣١ - ٢٣٢، ح ٥٦٦؛ وج ٨، ص ٢٩٣ - ٢٩٤، ح ١٠٨٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٩ - ٢٩٠، ح ٨٠٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٥٣، ح ١٧٥؛ وأيضاً رواها الكليني في الكافي، ج ٧، ص ٤٣٠ - ٤٣١، باب النوادر، ح ١٤.

٤. تقدّمت قبيل هذا.

● وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين. وهنا أولى.

الإجماع^١، ولأن اليمين حجة للمدعى عليه، كما أن البيّنة حجة للمدعى، وكما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد حجة المدعى، كذلك لا تسمع حجة المدعى بعد حجة المدعى عليه. وللشيخ في المبسوط قول آخر بسماعها مطلقاً، ذكره في فصل «فيما على القاضي والشهود»^٢. وفصل في موضع آخر منه بسماعها مع عدم علمه بها أو نسيانه^٣. وهو خيرة ابن إدريس^٤.

وقال المفيد: تسمع إلا مع اشتراط سقوطها^٥؛ محتجاً بأن كل حالة يجب عليه الحق بإقراره، فيجب عليه بالبيّنة، كما قبل اليمين^٦.

وأجيب بالفرق بين البيّنة والإقرار؛ لأن الثاني أقوى، فلا يلزم التسوية في الحكم^٧.

والحق أن الرواية إن صحّت كانت هي الحجة والفارق، وإلا فلا.

قوله: «وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين، وهنا أولى».

هذا متفرّع على سماع بيّنته الكاملة وعدمه، فإن قلنا بعدم سماعها فهنا أولى؛ لأن الحكم بالشاهد الواحد واليمين أضعف من الحكم بالشاهدين، ولتناول النصوص السابقة له. وإن قلنا بسماع البيّنة فالأقوى سماع الشاهد الواحد مع اليمين؛ لاشتراكهما في أصل الحجّية الموجبة للقبول، وإن اختلفا في القوّة والضعف.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٣ - ٢٩٤، المسألة ٤٠.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٦.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٣.

٤. لم نثر عليه في السرائر، ونسبه إليه أيضاً العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤١٤، المسألة ١٥؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٦٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ وفي السرائر، ج ٢، ص ١٥٩ خلاف ما نُسب إليه.

٥. المقنعة، ص ٧٣٣.

٦. احتج له العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤١٦، المسألة ١٥.

٧. أجاب به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤١٦، المسألة ١٥.

● أمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته، وحلّ مقاصّته ممّا يجده له مع امتناعه عن التسليم.

● وإن ردّ اليمين على المدّعي لزمه الحلف. ولو نكل سقطت دعواه.

قوله: «أمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحلّ مقاصّته» إلى آخره. كما يحلّ له مع امتناعه من التسليم؛ لتصادقهما حينئذٍ على بقاء الحقّ في ذمّة الخصم، فلا وجه لسقوطه.

قوله: «وإن ردّ اليمين على المدّعي لزمه الحلف. ولو نكل سقطت دعواه». إذ اردّ المنكر اليمين على المدّعي فله ذلك، إلّا في مواضع منها: دعوى التهمة. وقد تقدّمت.

ومنها: دعوى وصيّ اليتيم مالاً على آخر فأنكر، سواء نكل عن اليمين أم أراد ردّها؛ فإنّه لا يمكن منه؛ لأنّ الوصيّ لا تتوجّه عليه يمين.

ومنها: لو ادّعى الوصيّ على الوارث أنّ الميّت أوصى للفقراء، أو بخمس أو زكاة أو حجّ، ونحو ذلك ممّا لا مستحقّ له بخصوصه، فأنكر الوارث كذلك^١؛ فإنّه يلزم باليمين أو الإقرار، ولو كان يتيماً آخر حتّى يبلغ.

وحيث يتوجّه للمنكر ردّها على المدّعي فإنّما أن يحلف أو يمتنع. فإن حلف استحقّ المدّعي. وهل يمينه بمنزلة البيّنة نفسها أو بمنزلة إقرار المدّعي عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: أنّه كالبيّنة؛ لأنّ الحجّة اليمين، واليمين وجدت منه.

والثاني: أنّه كإقرار المنكر؛ لأنّ الوصول إلى الحقّ جاء من قبل ردّه أو نكوله.

ويتفرّع على القولين فروع كثيرة مذكورة في مواضعها.

ومنها: أنّ المدّعي عليه لو أقام بيّنة على أداء المال أو على الإبراء عنه بعد ما حلف المدّعي، فإن جعلنا يمينه كبيّنة^٢ سمعت بيّنة المدّعي عليه. وإن جعلناها كإقرار المدّعي

١. في بعض النسخ: «ذلك» بدل «كذلك».

٢. في بعض النسخ: «كبيّنته» بدل «كبيّنة».

عليه لم تسمع؛ لأنّه مكذب لبيّته بالإقرار.

وهل يجب الحقّ بفرّاق المدّعي من اليمين المردودة، أم لا بدّ من حكم الحاكم بالحقّ؟
يبنى على القولين أيضاً. فإن جعلناها كالبيّنة فلا بدّ من الحكم. وإن جعلناها كإقرار المدّعي
عليه فلا حاجة إليه كما مرّ.

وإن امتنع المدّعي عن الحلف سأله القاضي عن سبب امتناعه. فإن لم يعلّل بشيء، أو
قال: «لا أريد أن أحلف» فهذا نكول يسقط حقّه عن اليمين. وليس له مطالبة الخصم بعد
ذلك، ولا استئناف الدعوى في مجلس آخر، كما لو حلف المدّعي عليه؛ لصحيحة محدّد بن
مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يدّعي ولا بيّنة له، قال: «يستحلف، فإن ردّ اليمين على
صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له»^١.

ومثله رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام^٢.

ولأنّه لولا ذلك لرفع خصمه كلّ يوم إلى القاضي، والخصم يردّ عليه اليمين وهو
لا يحلف، فيعظم الخطب، ولا يتفرّغ القاضي من خصومته إلى شغل آخر.
وقيل: إنّما يسقط حقّه في ذلك المجلس، وله تجديدها في مجلس آخر^٣.
والأصحّ الأوّل، إلّا أن يأتي بيّنة.

وإن ذكر المدّعي لامتناعه سبباً فقال: «أريد أن آتي بالبيّنة»، أو «أسأل الفقهاء» أو «أنظر
في الحساب» ونحو ذلك، ترك ولم يبطل حقّه من اليمين.

وهل يقدر لإمهاله قدر؟ فيه وجهان، أوجهما أنّه لا يقدر له؛ لأنّ اليمين حقّه فله تأخيرها إلى
أن يشاء، كالبيّنة يتمكّن من إقامتها متى شاء. وهذا بخلاف المدّعي عليه؛ فإنّه لا يمهل إذا استمهل؛
لأنّ الحقّ فيه لغيره، بخلاف تأخير المدّعي؛ فإنّه يؤخّر حقّه فيقبل إذا كان له عذر مسموع.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٦، باب من لم تكن له بيّنة فيردّ عليه اليمين، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠، ح ٥٥٧.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٦، باب من لم تكن له بيّنة فيردّ عليه اليمين، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠، ح ٥٥٦.

٣. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥٢.

● وإن نكل المنكر، بمعنى أنه لم يحلف ولم يردّ، قال الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً. ويكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً لا فرضاً. فإن أصرّ، قيل: يقضي عليه

قوله: «وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يردّ - إلى قوله - وهو المروي».

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، بمعنى أنه امتنع منها ومن ردّها على المدعى، قال له الحاكم ثلاث مرّات - استظهاراً لا وجوباً - : «إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً». فإن حلف فذاك. وإن أصرّ على النكول ففي حكمه قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) وقبله الصدوقان^١ والشيخان^٢ والأتباع^٣، ومنهم القاضي في الكامل^٤ - أنه يقضى عليه بمجرد نكوله^٥؛ لقوله ﷺ: «البيّنة على من ادّعى، واليمين على من ادّعى عليه»^٦.

وجه الاستدلال به أنه جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه، كما جعل البيّنة في جانب المدعى، والتفصيل يقطع الاشتراك. ولا ينتقض ذلك بردّ اليمين على المدعى حيث حكم عليه باليمين؛ لأنّ ثبوت اليمين عليه هنا جاء من قبل الردّ لا بأصل الشرع المتلقّى من الحديث.

وجملة الأمر أنّ مخالفة مقتضى التفصيل يحتاج إلى دليل خاصّ مخرج عن حكمه، وهو موجود مع الردّ لا مع النكول.

١. المقنع، ص ٣٩٦؛ وحكاه عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٩٧، المسألة ١٠.

٢. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٧٢٤؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٣٤٠. وفي حاشيته الأصل: «ذهب إليه الشيخ في النهاية خاصّة (منه رحمه الله)».

٣. كأبي الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه، ص ٤٤٧؛ وسلار في المراسم، ص ٢٣١؛ والكيزري في إصباح الشيعة، ص ٥٣٣؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤٥.

٤. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٩٧، المسألة ١٠.

٥. في حاشية الأصل: «مذهب الشافعي ومالك أنه لا يقضى به بنكوله، وعند أبي حنيفة وأحمد يقضى به. (منه رحمه الله)». راجع الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٠ - ٢٩١، المسألة ٣٨.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣.

بالنكول. وقيل: بل يردّ اليمين على المدّعي، فإن حلف ثبت حقه، وإن امتنع سقط. والأوّل أظهر، وهو المرويّ.

ولصحيحة محمد بن مسلم أنّه سأل الصادق عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف؟ قال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين وغسلها وأمره بشرها فامتنع، فألزمه الدين»^١. وظاهره أنّه لم يردّ اليمين على خصمه وإلّا لنقل، ولزم تأخير البيان عن وقت الخطاب، بل عن وقت الحاجة. وأيضاً فقوله «فامتنع فألزمه» يدلّ على تعقّب الإلزام للامتناع بغير مهلة لمكان «الفاء»، وهو ينافي تخلّل اليمين بينهما، وفعله عليه السلام حجة كقوله. والفرق بين الأخرس وغيره ملغى بالإجماع. ويدلّ عليه أيضاً رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال، قلت للشيخ عليه السلام: خبرني عن الرجل يدّعي قبل الرجل الحقّ فلا يكون له بيّنة بماله، قال: «فيمين المدّعي عليه، فإن حلف فلا حقّ له، وإن لم يحلف فعليه»^٢. رتب ثبوت الحقّ عليه على عدم حلفه، فلا يعتبر معه أمر آخر. وهذه الرواية لم يذكرها في الاستدلال، مع أنّها واضحة الدلالة، وهي من الروايات المتلقّاة بالقبول للأصحاب؛ لأنّها مستند الحكم بثبوت اليمين على المدّعي على الميّت إذا كان له بيّنة. وسيأتي الكلام في بابها^٣.

والثاني: أنّه يردّ اليمين على المدّعي، ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف^٤ والقاضي في المهذب^٥ وابن الجنيد^٦ وابن إدريس^٧ والعلامة في أكثر كتبه^٨ وسائر

١. الفقيه، ج ٣، ص ١١٢-١١٣، ح ٣٤٣٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣١٩، ح ٨٧٩.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٥-٤١٦، باب من ادّعى على ميّت، ح ١؛ الفقيه، ج ٢، ص ٦٣-٦٤، ح ٣٣٤٦؛ تهذيب

الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩-٢٣٠، ح ٥٥٥. والمرويّ عنه هو موسى بن جعفر عليه السلام.

٣. يأتي في ص ١٣٠-١٣١، وفي بعض النسخ: «باقية» بدل «بابها».

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٦؛ الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٠-٢٩١، المسألة ٣٨.

٥. المهذب، ج ٢، ص ٥٨٥ و٥٨٦.

٦. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٩٧، المسألة ١٠.

٧. السرائر، ج ٢، ص ١٦٥.

٨. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٩٨، المسألة ١٠؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥٢؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥،

ص ١٨٠، الرقم ٦٥٣٠.

المتأخرين؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه ردّ اليمين على طالب الحق^١.
 ولرواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق ولا يئنه للمدعي،
 قال: «يستحلف، أو يرّد اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق له»^٢.
 وحسنة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال: «يردّ اليمين على المدعي»^٣. وهو عام.
 ولأنّ الشيخ في الخلاف ادّعى عليه الإجماع^٤، والمنقول منه بخبر الواحد حجة.
 ولأنّ المدعي مع ردّ اليمين عليه يجب عليه الحلف، فإن نكل بطل حقه. وإذا جاز
 أن يبطل حقه على تقدير النكول وجب على الحاكم التماس اليمين منه؛ لئلا يشبّه
 المسقط للحق.

ولقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ
 أَيْمَانِهِمْ﴾^٥، فأنبت تعالى يميناً مردودةً بعد يمين، أي بعد وجوب يمين.
 ولقوله ﷺ: «المطلوب أولى باليمين من الطالب»^٦. ولفظ «أولى» أفعال التفضيل، وحقيقته
 الاشتراك في الحقيقة وتفضيل أحدهما على الآخر، فاشتركا في اليمين، لكنّ المطلوب أولى.
 ولأنّ الأصل براءة الذمّة، وعدم شغلها بالمال إلى أن يثبت المزيل عن حكم الأصل،
 ولم يثبت ذلك بالنكول.

وفي كلّ واحد من هذه الأدلّة نظر.

أما الأوّل: فمع قطع النظر عن سنده من حيث إنّه عامّي لا يدلّ على المطلوب؛ لأنّه ظاهر

١. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٥٦، ح ٤٤١٠؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣١٠، ح ٢٠٧٣٩.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٦، باب من لم تكن له بيّنة فيردّ عليه اليمين، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠، ح ٥٥٦.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤١٧، باب من لم تكن له بيّنة فيردّ عليه اليمين، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠، ح ٥٦٠.

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٢، المسألة ٣٨.

٥. المائدة (٥): ١٠٨.

٦. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٦٢، ح ٤٤٢٣؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢١٠، ذيل الحديث ٢١٤٣؛ وليس فيهما

«من الطالب»: الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٢، المسألة ٣٨.

في حكاية الحال، ومحتمل بل ظاهر في ردّه اليمين عليه في تلك الواقعة، وجاز كونه بالتماس المنكر يمينه، كما هو مقتضى القاعدة السابقة. ولا دلالة فيه على ردّه عليه مطلقاً، بل لا يصحّ إرادة هذا المعنى؛ لأنّ المنكر إذا بذل اليمين لا يصحّ ردّه على طالب الحقّ. ووقائع الأحوال إذا تطرّق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال، وسقط بها الاستدلال.

ورواية عبيد بن زرارة في طريقها القاسم بن سليمان، ولم ينصّ الأصحاب عليه بتوثيق ولا غيره. ومع ذلك فهي ظاهرة في كون الرادّ هو المنكر، فلا يدلّ على المدّعي، فيكون الحكم فيها كالسابقة في حملها على ابتداء الأمر بدون النكول.

ووجه ظهور كون الرادّ هو المنكر أنّ ضمير «يستحلف» المستتر يعود إلى المنكر، وهو المدّعي عليه الحقّ المذكور سابقاً، والضمير المستتر في الفعل وهو قوله: «أو يردّ» يرجع إلى أقرب مذكور قبله، وهو المضمّر في «يستحلف»، فيكون دالّاً على كون المنكر هو الرادّ. وعموم المدّعي المردود عليه اليمين في رواية هشام مبنّي على كون المفرد المحلّي بـ«اللام» الجنسيّة للعموم، وهو غير مرضي عند الأصوليين^١. ولو سلّم فهو ظاهر في ردّ اليمين من المنكر، كما في غيره.

ودعوى الشيخ الإجماع من غريب الاحتجاج، مع مخالفته للحكم في النهاية^٢، وقد سبقه الصدوقان^٣، وشيخه المفيد^٤، وأبو الصلاح^٥، وسلار^٦، فلو عكس الدعوى كان أولى؛ لأنّ هؤلاء المذكورين هم عمدة فقهاء الطائفة في تلك الأوقات.

١. راجع نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج ٢، ص ١٦٤.

٢. النهاية، ص ٣٤٠.

٣. المقنع، ص ٣٩٦؛ وحكاها عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٩٧، المسألة ١٠.

٤. المقنعة، ص ٧٢٤.

٥. الكافي في الفقه، ص ٤٤٧.

٦. المراسم، ص ٢٣١.

- ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه.
- ولو كان للمدعي بيّنة لم يقل الحاكم «أحضرها»؛ لأنّ الحقّ له. وقيل: يجوز. وهو حسن.

وأما أمر الحاكم له باليمين لجواز نكوله فهو فرع عدم القضاء بالنكول، وإلا لم يجز له تحليفه فضلاً عن وجوبه. وردّ اليمين عين المتنازع فلا يجعل دليلاً. والاستدلال بالآية^١ الدالّة على الخوف من ردّ اليمين بعيد جداً؛ لأنّها مسوقة لحكم الوصيّة التي شهد عليها أهل الذمّة. وأحلف الشاهدان استظهاراً، وخوفاً من أن تردّ شهادتهم وأيمانهم. وليس فيها ما يشعر بموضع النزاع أصلاً.

وقوله ﷺ: «يمين المطلوب أولى»^٢ فالتمييز فيه في محلّه؛ لأنّ اليمين على المنكر، وهو أولى به من ردّه على المدعي. ولا تعرّض له إلى يمينه مع النكول؛ لأنّ التفضيل يحصل بدونه. وأصالة براءة الذمّة مقطوعة بالأدلة الدالّة على ثبوت الحقّ. وعلى كلّ حال، فلا ريب أنّ ردّ اليمين على المدعي أولى.

قوله: «ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه».

لأنّ الحقّ قد ثبت عليه بالنكول بناءً على القضاء به، فلا يسقط ببذله اليمين في غير وقته، كما لو بذله بعد يمين المدعي لو قلنا بتوقّف الثبوت عليه، أو كان قد ردّه عليه. ولو لم نقض بالنكول فبذله بعده سمع منه وأحلف.

قوله: «ولو كان للمدعي بيّنة لم يقل الحاكم: أحضرها؛ لأنّ الحقّ له» إلى آخره.

القول بأنّ الحاكم لا يقول للمدعي «أحضر بيّنتك» للشيخ في المبسوط، فقال:

لا يقول للمدعي: أحضر بيّنتك، بل يقول له: إن شئت أقمتها، ولا يقول له: أقمها؛ لأنّه أمر^٣.

١. المائدة (٥): ١٠٨.

٢. تقدّم في ص ١٢٧، والرواية هكذا: «المطلوب أولى باليمين من الطالب».

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٤٦٩.

- ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي. ومع الإقامة بالشهادة لا يحكم إلا بمسألة المدعي أيضاً. وبعد أن يعرف عدالة البيّنة ويقول: «هل عندك جرح؟» فإن قال: «نعم»، وسأل الإنظار في إثباته أنظره ثلاثاً. فإن تعذّر الجرح حكم بعد سؤال المدعي.
- ولا يستحلف المدعي مع البيّنة، إلا أن تكون الشهادة على ميّت فيستحلف على بقاء الحقّ في ذمّته استظهاراً.

والحقّ له، فلا يؤمر باستيفائه، بل إليه المشيئة. وتبعه القاضي في المهدّب^١ وابن إدريس^٢.

وقال في النهاية: يجوز أن يقول له: «أحضرها»^٣. واختاره الأكثر. واستحسنه المصنّف؛ لأنّ الأمر هنا ليس للوجوب والإلزام، بل مجرد إذن وإعلام، خصوصاً إذا لم يعرف أنّ المدعي يعلم ذلك، فيكون إرشاده إليه مندوباً إليه.

قوله: «ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي» إلى آخره. لأنّ الحقّ للمدعي في جميع ذلك كلّه فلا يستوفيه إلا بإذنه. قوله: «ولا يستحلف المدعي مع البيّنة - إلى قوله - أشبهه أنّه لا يمين».

الأصل في المدعي أن لا يكلف اليمين، خصوصاً إذا أقام البيّنة؛ للتفصيل القاطع للاشتراك في الحديث المشهور^٤، ولكن تخلف عنه الحكم بدليل من خارج في صورة ردّه عليه إجماعاً، ومع نكول المنكر عن اليمين على خلاف.

وبقي الكلام فيما إذا أقام بيّنة بحقه، فإن كانت دعواه على مكلف حاضر فلا يمين عليه إجماعاً، ولرواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البيّنة على حقه

١. المهدّب، ج ٢، ص ٥٨٥.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٥٨.

٣. النهاية، ص ٣٣٩.

٤. راجع تخريجه في ص ١٢٥، الهامش ٦.

ولو شهدت على صبيٍّ أو مجنون أو غائب ففي ضمِّ اليمين إلى البيّنة تردّد، أشبهه أنه لا يمين.

هل عليه أن يستحلفه؟ قال: «لا»^١، ورواية أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أقام الرجل البيّنة على حقّه فليس عليه يمين»^٢.

ولكن ورد في الرواية المتضمنة لوصيّة عليّ عليه السلام لشريح قوله عليه السلام: «وردّ اليمين على المدّعي مع بيّنته؛ فإنّ ذلك أجلى للعلمى وأثبت للقضاء»^٣. وقد تقدّم أنّ الرواية ضعيفة السند^٤؛ فإنّ الراوي لها سلمة بن كهيل، وهو ضعيف.

وربما حملت على ما إذا ادّعى المشهود عليه الوفاء أو الإبراء أو التمس منه إحلافه على بقاء الاستحقاق، فإنّه يجاب إليه؛ لانقلاب المنكر مدّعيّاً.

وهذا الحكم لا إشكال فيه، إلّا أنّ إطلاق الوصيّة بعيد عنه؛ فإنّ ظاهرها كون ذلك على وجه الاستظهار. وكيف كان، فالاتفاق على ترك العمل بها على الإطلاق.

وإن كانت الدعوى على ميّت فالمشهور بين الأصحاب - لا يظهر فيه مخالف - أنّ المدّعي يستحلف مع قيام بيّنته على بقاء الحقّ في ذمّة الميّت.

والأصل فيه رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال، قلت للشيخ: خبرني عن الرجل يدّعي قبل الرجل الحقّ فلا يكون له البيّنة بماله، قال: «فيمين المدّعي عليه، فإن حلف فلا حقّ له، وإن لم يحلف فعليه. وإن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقيمت عليه البيّنة.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٧، باب أنّ من كانت له بيّنة فلا يمين عليه إذا أقامها، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠، ح ٥٥٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٧، باب أنّ من كانت له بيّنة فلا يمين عليه إذا أقامها، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣١، ح ٥٦٣.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢ - ٤١٣، باب أدب الحكم، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٥ - ١٦، ح ٣٢٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٥ - ٢٢٦، ح ٥٤١.

٤. تقدّم في ص ٨٢.

فعلى المدعى اليمين بالله تعالى الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقه ل عليه، فإن حلف وإلا فلا حق له؛ لأننا لا ندري لعله قد وفاه ببيئته لا نعلم موضعها، أو بغير بيئته قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيئته، فإن ادعى ولا بيئته فلا حق له؛ لأن المدعى عليه ليس بحي، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت له عليه حق^١. وهذه الرواية مع اشتها مضمونها بين الأصحاب وتلقيها بالقبول معللة، فكانت مخصصة للروايتين السابقتين، والتعليل يقوي جانبها. مع أن في طريقها محمد بن عيسى العبيدي، وهو ضعيف على الأصح، وياسين الضرير ولا نص على توثيقه، بل ولا على مدحه.

وعلى تقدير تعيين العمل بها - نظراً إلى جبر ضعفها بالشهرة، أو للاتفاق عليها - ففي تعدي حكمها إلى غير ما دلّت عليه مما ساواه في المعنى، كالدعوى على الغائب والطفل والمجنون قولان، أشبههما عند المصنف (رحمه الله) العدم؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النص والوفاق.

وذهب الأكثر إلى تعدي الحكم إلى من ذكر؛ لمشاركتهم للميت في العلة المومي إليها في النص، وهو أنه ليس للمدعى عليه لسان يجيب به، فيكون من باب منصوص العلة، أو من باب اتحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس الممنوع، ولأن الحكم في الأموال مبني على الاحتياط التام، وهو يحصل بانضمام اليمين، ومن ثم ذهب أكثر من خالفنا إلى ذلك، من غير استناد إلى نص، فيكون أرباب النص أولى بالحكم.

وفيه نظر؛ لأن العلة الظاهرة في الخبر - على تقدير تسليمه - كون المدعى عليه ليس بحي، وهذه العلة منتفية عن المذكورين. وأيضاً فإن مورد النص - وهو الميت - أقوى من الملحق به؛ لأن جوابه قد انتفى مطلقاً، ويُس منه في دار الدنيا، والصبي والمجنون والغائب

● ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحقّ بعد تكفيل القابض بالمال.

لهم لسان يرتقب جوابه، وهم باقون على حجّتهم. واليمين حقّ للمدعي، فلا يتولّاه غيره. ولو حملت الرواية على استحباب تحليف المدعي لا وجوبه - إن لم ينقصد الإجماع على خلافه - أمكن؛ للتساهل في دليل الاستحباب، بخلاف الإيجاب؛ فإنّه - مع ما عرفت ما فيه - لا يقاوم ما دلّ على عدم اليمين على المدعي مع بيّنته.

واعلم أنّه مع العمل بمضمون الخبر يجب الاقتصار على ما دلّ عليه من كون الحلف على المدعي مع دعواه الدّين على الميّت، كما يدلّ عليه قوله: «وأنّ حقّه لعليه ...، وإنّا لا ندري لعلّه وفاه». فلو كانت الدعوى عيناً في يده بعارية أو غصب دفعت إليه مع البيّنة من غير يمين.

ولو لم توجد في التركة وحكم بضمانها للمالك، ففي إلحاقها حينئذٍ بالدّين؛ نظراً إلى انتقالها إلى الدّمة، أو العين؛ نظراً إلى أصلها وجهان، أجودهما الثاني.

ولو أقرّ له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادةً، ففي وجوب ضمّ اليمين إلى البيّنة وجهان، من إطلاق النصّ الشامل لموضع النزاع، وقيام الاحتمال، وهو إبراؤه منه، وقبضه من ماله ولو بعد الموت، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحقّ. وهذا أقوى.

قوله: «ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحقّ بعد تكفيل القابض بالمال».

أي بعد إقامة المدعي كفيلاً له بالمال الذي دفع إليه من مال الغائب. وإنما اعتبر المصنّف (رحمه الله) الكفيل؛ لأنّه لم يوجب عليه اليمين مع البيّنة، فجعل الكفيل عوضاً عنه؛ لاحتمال براءة الغائب من الحقّ على وجه لا تعلمه البيّنة. ومنّ أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلّا على تقدير تعذّر اليمين، كما لو كان المدعي على الغائب وكيل المستحقّ؛ فإنّه لا يجوز إحلافه، فيستظهر بالكفيل. ولا شكّ في أنّ الكفالة واليمين احتياط واستظهار، إلّا أنّ ثبوتها يحتاج إلى دليل.

● ولو ذكر المدعي أن له بيّنة غائبة خيره الحاكم بين الصبر وإحلاف الغريم. وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل.

● وأما السكوت فإن اعتمده ألزم الجواب، فإن عاند حبس حتى يبين. وقيل: يجبر حتى يجيب. وقيل: يقول الحاكم: إما أجب، وإما جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدعي، فإن أصر رد الحاكم اليمين على المدعي. والأول مروى، والأخير بناءً على عدم القضاء بالنكول.

ولو كان به آفة من طرش أو خرس توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين.

ولو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد، وافترق في الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين.

قوله: «ولو ذكر المدعي أن له بيّنة غائبة خيره الحاكم» إلى آخره.

أما تخييره بين الأمرين؛ فلأن الحق له، فإن شاء عجل وأحلف الغريم؛ لعدم البيّنة، وإن شاء أخر حقه.

وأما المنع من ملازمته ومطالبته بالكفيل؛ فلأنها عقوبة لم يشبث موجبها، ولأصالة البراءة من ذلك. وهو مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط^١، وابن الجنيد^٢، والمتأخرين.

وللشيخ قول آخر في الشهادة بجواز إلزامه بتكفيله^٣؛ حفظاً لحق المدعي؛ حذراً من ذهاب الغريم. ولا ريب أنه أحوط.

قوله: «وأما السكوت فإن اعتمده ألزم الجواب، فإن عاند حبس حتى يبين» إلى آخره. إذا طلب الحاكم الجواب من المدعي عليه فسكت، فإن كان سكوته لدهش له أو غباوة

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٣٧، المسألة ٣٦؛ المبسوط، ج ٥، ص ٥١٧.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣٧٦، المسألة ٤.

٣. النهاية، ص ٣٣٩.

توصل إلى إيناسه برفق، وأمهله إلى أن يزول دهشه ويعرف الحال. وإن كان لآفة من صمم أو خرس توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة للمطلوب - ولو بواسطة مَنْ يعرف إشارته، ويفتقر حينئذٍ إلى اثنين عدلين؛ لأنها شهادة - وإن كان سكوته عناداً ففيه أقوال:

أحدها: قول الشيخ في النهاية والخلاف^١ - وقبله المفيد وسلار^٢، واختاره المصنّف والمتأخرون - إنه يلزم بالجواب، فإن أصرّ حبس حتى يبين؛ لأنّ الجواب حقّ عليه فيجوز حبسه لاستيفائه منه.

والثاني: ما نقله المصنّف (رحمه الله) من أنّه يجبر حتى يجيب من غير حبس، بل يضرب ويبالغ معه في الإهانة إلى أن يجيب.

وثالثها: قول الشيخ في المبسوط: يقول له الحاكم ثلاثاً: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً، ورددت اليمين على خصمك^٣.

واختاره ابن إدريس^٤. وهو مبنيّ على عدم القضاء بالنكول، وإلّا قضى عليه بامتناعه بعد عرض الحكم عليه بالنكول.

وفيه منع كون السكوت نكولاً، سواء قضينا به أم لا. فالقول الأوّل هو الأقوى. وذكر المصنّف أنّه مروى^٥ أيضاً، ولم نقف على روايته.

١. النهاية، ٣٤٢: الخلاف، ج ٦، ص ٢٣٨، المسألة ٣٧.

٢. المقنعة، ص ٧٢٥: المراسم، ص ٢٣١.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥١٧.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٦٣.

٥. يحتمل أن يكون مراده النبويّ المشهور: «لبيّ الواجد يحلّ عقوبته وعرضه». راجع الأمالي، الشيخ الطوسي، ص ٥٢٠، المجلس ١٨، ح ٥٣/١١٤٦؛ وصحيح البخاري، ج ٢، ص ٨٤٥، ذيل الحديث ٢٢٧٠؛ وسنن أبي داود، ج ٣، ص ٣١٣، ح ٣٦٢٨؛ وسنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨١١، ح ٢٤٢٧.

مسائل تتعلق بالحكم على الغائب:

الأولى: • يقضى على مَنْ غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، مسافراً كان أو حاضراً. وقيل: يعتبر في الحاضر تعذّر حضوره مجلس الحكم.

قوله: «يقضى على مَنْ غاب عن مجلس القضاء مطلقاً» إلى آخره.

مذهب أصحابنا جواز القضاء على الغائب في الجملة. وهو مذهب أكثر العامة، كالشافعي^١ ومالك^٢ وأحمد^٣ وجماعة من الفقهاء^٤. وخالف فيه أبو حنيفة^٥، إلا أن يتعلّق بخصم حاضر كشريك أو وكيل.

والحجّة على جوازه فعل النبي ﷺ، وهو حجّة كقوله: ففي الخبر المستفيض عنه أنّه قال لهند زوجة أبي سفيان - وقد قالت: إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي -: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^٦. وكان أبو سفيان غائباً عن المجلس. وفيه حجّة لنا عليهم في عدم اشتراط غيبته بمسافة العدوى ولا غيرها؛ لأنّ أبا سفيان كان يومئذٍ حاضراً بمكّة.

وروا عن أبي موسى الأشعري قال: كان النبي ﷺ إذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد، فوفى أحدهما ولم يف الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يف^٧.

١. حكاه عنه الماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٩٦؛ والنووي في روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٥٨.

٢. المدوّنة الكبرى، ج ٢، ص ٤٥٥ - ٤٥٦؛ وج ٥، ص ١٤٦ و ٤٠٦؛ وج ٦، ص ٢٤ و ٤٤٣.

٣. المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٨٦، المسألة ٨٢٩٩؛ الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٣٠١.

٤. راجع المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٨٦، المسألة ٨٢٩٩.

٥. حكاه عنه ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٨٦، المسألة ٨٢٩٩؛ وكذا في البحر الرائق، ج ٥، ص ١٧٧؛ وج ٧، ص ٢٢.

٦. مسند أحمد، ج ٧، ص ٦٠، ص ٢٣٥٩٧؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣٣٨، ح ٧ - ١٧١٤/٩؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٨٩، ح ٣٥٢٢؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٦٩، ح ٢٢٩٣؛ سنن النسائي، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٥٤٣٠.

٧. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٩٨.

الثانية: • يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود، ولا يقضى في حقوق الله، كالزنى واللواط؛ لأنها على التخفيف. ولو اشتمل الحكم على الحقين قضي بما يختص الناس، كالسرقة يقضى بالغرم. وفي القضاء بالقطع تردّد.

والمراد به مع البيّنة؛ لاستحالة الحكم بمجرد دعواه، وهو أعمّ من حضور خصم من شريك ووكيل وعدمه.

ومن طريق الخاصة رواية جميل بن درّاج، عن جماعة من أصحابنا، عنهما عليه السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة، ويباع ماله، ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجّته إذا قدم»^١، ولأنّه كسماع البيّنة.

ثمّ إن كان غائباً عن البلد قضي عليه باتفاق أصحابنا، سواء كان بعيداً أم قريباً. وكذا لو كان حاضراً في البلد وتعذّر حضوره في مجلس الحكم، إمّا قصداً أو لعارض.

ولو لم يتعدّر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً؛ لعموم الأدلّة. وقال الشيخ في المبسوط: لا يحكم عليه حينئذٍ؛ لأنّ القضاء على الغائب موضع ضرورة فيقتصر فيه على محلّها^٢.

ولأنّه ربما وجد مطعناً ومدفعاً، وجاز في الغائب للمشقة بطول انتظاره. والأظهر الأوّل. قوله: «يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود» إلى آخره.

من حكم بالقضاء على الغائب خصّه بحقوق الآدميين، سواء كانت مالا كالديون وغيرها من عقود المعاوضات، أم غيرها كالنكاح والطلاق والعتق والجنائيات والقصاص، دون حقّ الله تعالى المحض كالزنى واللواط؛ لأنها مبنية على التخفيف، ومن ثمّ درئت الحدود بالشبهات. ولو اشتمل على الحقين - كالسرقة - فلا إشكال في ثبوت حقّ الآدمي، وهو المال. وأما القطع فهو حقّ لله تعالى، فتردّد المصنّف (رحمه الله) في حكمه من حيث إنّه حقّ لله

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٦، ح ٨٢٧.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٢٠.

الثالثة: ● لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل، فادّعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بيّنة ففي الإلزام تردّد بين الوقوف في الحكم؛ لاحتمال الأداء، وبين الحكم وإلغاء دعواه؛ لأنّ التوقف يؤدّي إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء. والأوّل أشبه.

فينبغي أن لا يثبت، ومن أنّهما معلولا علّة واحدة، فلا يثبت أحدهما دون الآخر.

وباقى الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع؛ نظراً إلى وجود المانع من الحكم في أحدهما دون الآخر. وتخلّف أحد المعلولين لمانع واقع كثيراً، ومنه في هذا المثال ما لو أقرّ بالسرقة مرّة؛ فإنّه يثبت عليه المال دون القطع، ولو كان المقرّ محجوراً عليه في المال ثبت الحكم في القطع دون المال، فليكن هنا كذلك. والأصل فيه أنّ هذه ليست عللاً حقيقيّة، وإنّما هي معرّفات للأحكام.

قوله: «لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل، فادّعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بيّنة» إلى آخره.

إذا كان المدّعي عليه حاضراً وصاحب الحق غائباً وإنّما الحاضر وكيله، فقال المدّعي عليه بعد ما أقام الوكيل البيّنة: «أبرأني موكلك الغائب» أو «دفعت إليه المال»، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل فيحلف، ففي تمكينه منه وجهان، أظهرهما - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - العدم، بل عليه تسليم الحقّ، ثمّ يثبت البراءة بعد ذلك إن كانت له حجّة؛ لأنّ المطالبة بالحقّ ثابتة ظاهراً؛ لثبوت الوكالة، فلا يدفع بالمحتمل، والأصل عدم ما يدّعيه، ولأنّه لو ردّت المطالبة بمجرد هذه الدعوى لأدّى إلى تعذّر استيفاء الحقوق بالوكيل؛ إذ كلّ غريم ربما ادّعى الإبراء أو التسليم فيوقف الحقّ، والتالي باطل؛ لانتهاء فائدة الوكالة حينئذٍ. ووجه عدم إلزامه بتعجيل الأداء أنّ ما ذكره من الدعوى محتمل، ودعواه به مسموعة، فتعجيل إلزامه بالأداء إضرار به وهو منفي^١، فوجب التوقف حتّى يثبت الحكم بالأخذ أو بنقيضه.

المقصد الرابع في كيفية الاستحلاف والبحث في أمور ثلاثة:

الأول في اليمين

● ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً. وقيل: لا يقتصر في المجوسي على لفظ الجلالة؛ لأنه يسمي النور إلهاً، بل يضم إلى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال.

ويضعف بأن الجائز لا يعارض المقطوع به شرعاً، وسماع دعواه على الغريم لا يستلزم سماعها على الوكيل، فيثبت دعواه بعد ذلك، ويرجع بما دفع إن شاء. وبه يندفع الضرر المدعى، مع أنه غير مسموع؛ لأن الضرر المترتب على حكم الشرع لا يلتفت إليه، كما لو أدى دفعه للحق الثابت عليه إلى جعله فقيراً لا يملك سوى قوت يومه مع باقي المستثنيات؛ فإن الضرر بذلك ربما كان أقوى من دفع هذا الحق المذكور.

ويقال: إن هذه المسألة واقعة جرت بعرو، فتوقف فيها الفقهاء، ثم أفتى القفال بالإلزام؛ محتجاً بما ذكره المصنّف (رحمه الله) ^١.

قوله: «ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً» إلى آخره.

الأصل في اليمين الشرعية أن لا تكون إلا بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿فَيُشِيمَانِ بِاللَّهِ﴾ ^٢. «أَتَسْمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ» ^٣.

وقال ﷺ: «لا تحلفوا إلا بالله، ومن حلف بالله فليصدق، ومن حلف له بالله فليرض،

١. راجع الوسيط، ج ٧، ص ٣٢٤.

٢. المائدة (٥): ١٠٦.

٣. الأنعام (٦): ١٠٩.

وَمَنْ حَلَفَ لَهُ بِاللَّهِ فَلَمْ يَرْضَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»^١.

ولا فرق في ذلك بين كون الحالف مسلماً وكافراً، مقرأً بالله وغيره؛ لإطلاق الأدلة السابقة، وقول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة سليمان بن خالد^٢ وحسنه الحلبي: «أهل الملل - من اليهود والنصارى والمجوس - لا يحلفون إلا بالله»^٣. ولا يقدر عدم اعتقاده؛ لأن العبرة بشرف المقسم به في نفسه الموجب لمواخذة المجترئ بالقسم به كاذباً.

والقول بعدم الاقتصار في إحلاف المجوسي على لفظ الجلالة للشيخ في المبسوط؛ نظراً إلى اعتقاده أن النور إله، فيحتمل إرادته من الإله المعرف، فلا يكون حالفاً بالله تعالى^٤. ومال إليه الشيخ فخر الدين؛ محتجاً بأنه يجب الجزم بأنه حلف، ولا يحصل الجزم بذلك^٥.

ويضعف بأن الجزم المعتبر هو العلم بكونه قد أقسم بالله الذي هو المأمور به شرعاً، أما مطابقة قصده للفظه فليس بشرط في صحة اليمين، ومن ثم كانت النية نية المحلف إذا كان محققاً، وهو دليل على عدم اعتبار مطابقة القصد للفظ.

وعلى قول الشيخ يضيف إليه قوله: «خالق النور والظلمة» إمطةً لتأويله.

وفيه أنه ربما كان إطلاق لفظ «الله تعالى» مع مطابقتها للمأمور به شرعاً أوقع في قلبه وأهيب في صدره؛ لأنه لا يعتقد إلهاً خالقاً للنور والظلمة، فلا يحترم هذا القسم.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٨، باب أنه لا يحلف إلا بالله... ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٨٧، ح ٣٧٠٥، وص ٣٦٢.

ح ٢٨٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٤، ح ١٠٤٠.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥١، باب استحلاف أهل الكتاب، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٨، ح ١٠١٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٣٩، ح ١٣١.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٠ - ٤٥١، باب استحلاف أهل الكتاب، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٩، ح ١٠١٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٤٠، ح ١٣٤ بتفاوت.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٧.

٥. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٣٥.

● ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه، كالكتب المنزلة، والرسل المعظمة، والأماكن المشرفة.

● ولو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز.

قوله: «ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة» إلى آخره.

لما تقدّم من الأخبار^١. وفي حسنة محمد بن مسلم قال، قلت لأبي جعفر عليه السلام: قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَالتِّلِيزِ إِذَا يُغْشَى﴾^٢، ﴿وَالتَّجْمِ إِذَا هَوَى﴾^٣ وما أشبه ذلك، فقال: «إِنَّ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُقْسَمَ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا يَشَاءُ، وَلَيْسَ لَخَلْقِهِ أَنْ يُقْسَمُوا إِلَّا بِهِ»^٤.

والمراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به في إثبات الحقّ. أمّا جواز الحلف في نفسه بمعنى عدم الإثم به ففيه وجهان، من إطلاق الأخبار النهي عنه^٥ المقتضي للتحريم، ومن إمكان حمله على الكراهة.

قوله: «ولو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز».

مقتضى النصوص السابقة عدم جواز الإحلاف إلّا بالله، سواء كان الحالف مسلماً أم كافراً، وسواء كان حلفه بغيره أردع له أم لا. وفي بعضها تصريح بالنهي عن إحلافه بغير الله، ففي صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلف اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله، إن الله عزّ وجلّ يقول: ﴿فَأَخْذُكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾»^٦.

لكن استثنى المصنّف (رحمه الله) - وقبله الشيخ في النهاية^٧ وجماعة^٨ - ما إذا رأى

١. تقدّم في ص ١٣٩ - ١٤٠.

٢. الليل (٩٢): ١.

٣. النجم (٥٣): ١.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤٤٩، باب أنه لا يجوز أن يحلف الإنسان...، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٧، ح ١٠٠٩.

٥. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٥٩ - ٢٦٥، الباب ٣٠ و٣١ من كتاب الإيمان.

٦. تقدّم تخريجها في ص ١٤٠، الهامش ٢؛ والآية في سورة المائدة (٥): ٤٨.

٧. النهاية، ص ٣٤٧.

٨. منهم ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١٨٢؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٣؛ وابن فهد الحلبي في

المهذب البارع، ج ٤، ص ٤٧٧.

● ويستحبّ للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها.

الحاكم تحليف الكافر بما يقتضيه دينه أردع من إحلافه بالله، فيجوز تحليفه بذلك. والمستند رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى^١. ولا يخلو ذلك من إشكال.

قوله: «ويستحبّ للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها»، بأن يذكره ما ورد من الآيات والروايات المتضمنة لعقوبة من حلف بالله كاذباً والتشديد عليه، وما ورد فيمن عظم الله تعالى أن يحلف به صادقاً من تعويضه على ذلك في الدنيا قبل الآخرة، كقوله: «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا^٢» وقوله تعالى: «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ^٣».

وقوله عليه السلام: «إن من الكبائر الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، واليمين الغموس، وما حلف حالف بالله يمين صبر، فأدخل فيها مثل جناح بعوضة، إلا جعله الله نكتة في قلبه إلى يوم القيامة»^٤.

وقوله عليه السلام: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله تعالى له النار وحرّم عليه الجنة»، فقال رجل: وإن كان شيئاً يسيراً؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك»^٥.
وقوله عليه السلام: «إياكم واليمين الفاجرة؛ فإنها تدع الديار من أهلها بلاقع»^٦.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥١، باب استحلاف أهل الكتاب، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٧٩، ح ١٠١٩.

الاستبصار، ج ٤، ص ٤٠، ح ١٣٥.

٢. آل عمران (٣): ٧٧.

٣. البقرة (٢): ٢٢٤.

٤. مسند أحمد، ج ٤، ص ٥٥٢، ح ١٥٦١٣؛ الجامع الصحيح، ج ٥، ص ٢٢٦، ح ٣٠٢٠.

٥. مسند أحمد، ج ٦، ص ٣٤٧، ح ٢١٧٣٦؛ صحيح مسلم، ج ١، ص ١٢٢، ح ٢١٨/١٣٧؛ سنن النسائي، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٥٤٢٩.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٥ - ٤٣٦، باب اليمين الكاذبة، ح ٣؛ ثواب الأعمال وعقاب الأعمال، ص ٢٦٩، ح ٣.

وص ٢٧٠، ح ٤.

● ويكفي أن يقول قل: «والله ما له قبلي حق». وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان، لكن ذلك غير لازم ولو التمسه المدعي، بل هو مستحب في الحكم استظهاراً.

وقوله ﷺ: «مَنْ أَجَلَ اللَّهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللَّهُ خَيْرًا مِمَّا ذَهَبَ مِنْهُ»^١.

وقول الصادق ﷺ: «مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ كَاذِبًا كَفَرَ، وَمَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ تَعَالَى صَادِقًا أُنِّمَ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾»^٢.

وقوله ﷺ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ فَقَدْ بَارَزَ اللَّهَ»^٣.

وقوله ﷺ: «اليمين الصبر الكاذبة تورث العقب الفخر»^٤.

وقول الباقر ﷺ: «إِنَّ فِي كِتَابِ عَلِيِّ ﷺ أَنْ اليمين الكاذبة وقطيعه الرحم تذران الديار بلاق من أهلها، وتنغل الرحم، يعني انقطاع النسل»^٥. إلى غير ذلك من الأخبار^٦.

قوله: «ويكفي أن يقول قل: «والله ما له قبلي حق» - إلى قوله - في الحكم استظهاراً».

لا ريب في الاكتفاء في اليمين بقوله: «والله» إلى آخره. قال ﷺ: «مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ فليصدق، وَمَنْ حَلَفَ لَهُ بِاللَّهِ فليرض، وَمَنْ لَمْ يَرْضْ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ»^٧.

وأما التغليظ فظاهر النص^٨ والفتوى أنه من وظائف الحاكم، وأن استحبابه مختص به.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٤، باب كراهية اليمين، ح ٢: الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٠ - ٣٧١، ح ٤٣٠٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٢، ح ١٠٣٤.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٤ - ٤٣٥، باب كراهية اليمين، ح ٤: الفقيه، ج ٣، ص ٣٧٢، ح ٤٣١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٢ - ٢٨٣، ح ١٠٣٥؛ والآية في سورة البقرة (٢): ٢٢٤.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٥، باب يمين الكاذبة، ح ١.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٦، باب اليمين الكاذبة، ح ٤.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٦، باب اليمين الكاذبة، ح ٩.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٤٣٥ - ٤٣٦، باب اليمين الكاذبة، ح ١ و ٢ و ٥ - ٧، وص ٤٣٧، ح ١٠: الفقيه، ج ٣، ص ٣٦٧، ح ٤٣٠١، وص ٣٧٠ - ٣٧١، ح ٤٣٠٢؛ وج ٤، ص ٧، ح ٩٧١.

٧. تقدّم تخريجه في ص ١٣٩ - ١٤٠، الهامش ١.

٨. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ٢٦٩ - ٢٧١، الباب ٣٣ من كتاب الأيمان.

فالتغليظ بالقول مثل أن يقول قل: «والله الذي لا إله إلا هو، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المدرك المهلك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية، ما لهذا المدّعي عليّ شيء ممّا ادّعاه».

ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ ممّا يراه الحاكم.

وبالمكان، كالمسجد والحرم، وما شاكله من الأماكن المعظمة.

وبالزمان، كيوم الجمعة والعيد، وغيرهما من الأوقات المكرّمة.

ويغلّظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها والأزمان التي يرى حرمتها.

وأما الحالف فالتخفيف في جانبه أولى؛ لأنّ اليمين مطلقاً مرغوب عنها، فكلّما خفّت كان أولى به.

ووجه الاستظهار بالتغليظ أنّه مظنّة رجوع الحالف إلى الحقّ خوفاً من عقوبة العظيم. وعلى تقدير جرأته عليه كاذباً مظنّة مؤاخذته، حيث أقدم على الحلف به مع إحضار عظمته وجلالته وانتقامه في الموضع الشريف، والمكان والزمان الشريف اللذين هما محلّ الاحترام. وقد روي أنّ النبي ﷺ قال له - يعني ابن سوريا - : «أذكركم بالله الذي نجّاكم من آل فرعون، وأقطعكم البحر، وظلّل عليكم الغمام، وأنزل عليكم المنّ والسلوى، وأنزل التوراة على موسى، أنجدون في كتابكم الرجم؟» قال: ذكّرتني بعظيم ولا يسعني أن أكذبك! وساق الحديث، فكان تغليظه ﷺ في اليمين سبباً لاعترافه بالحقّ.

ونبه بقوله إنّه «غير لازم ولو التمسّه المدّعي» على خلاف بعض العامة، حيث زعم أنّه مع التماس الخصم يجب التغليظ^٢، وآخرين أنّه يستحبّ حينئذٍ وليس من وظيفة الحاكم. وقد تقدّم في باب اللعان بيان الأمكنة والأزمنة التي يغلّظ بها^٣.

١. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣١٣، ح ٣٦٢٦؛ نصب الراية، ج ٤، ص ١٠٢، ح ٣.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣١٠.

٣. تقدّم في ج ٨، ص ٢٧٩ - ٢٨١.

● ويستحبّ التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلت، عدا المال فإنّه لا يغلّظ فيه بما دون نصاب القطع.

فرعان:

الأوّل: ● لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، ولم يتحقّق بامتناعه نكول.
الثاني: ● لو حلف لا يجيب إلى التغليظ، فالتمسه خصمه لم تنحلّ يمينه.

قوله: «ويستحبّ التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلت» إلى آخره.

هذا التفصيل هو المشهور بين الأصحاب، وذكروا أنّه مروى^١، وما وقفت على مستنده^٢. وللعمّة اختلاف في تحديده بذلك أو بنصاب الزكاة، وهو عشرون ديناراً أو مائتا درهم^٣. وليس للجميع مرجع واضح.

قوله: «لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر، ولم يتحقّق بامتناعه نكول».

يدلّ عليه ما تقدّم من قوله ﷺ: «مَنْ حلف له بالله فليرض، ومن لم يرض فليس من الله»^٤، والحالف بالله بدون التغليظ داخل في ذلك، فيجب الرضى به لو اقتصر عليه. ونبه بقوله «ولم يتحقّق بامتناعه نكول» على خلاف بعض العمّة، حيث أوجب عليه الإجابة إلى التغليظ لو طلبه الحاكم، ويكون ناكلاً بدون الإجابة^٥ وآخرين منهم خصّوه بالتغليظ الزماني والمكاني دون القولي؛ فارقاً بأنّ التغليظ اللفظي من جنس المأتيّ به، فلم يكن بتركه مخالفاً للحاكم، بخلاف الآخرين.

قوله: «لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحلّ يمينه».

لأنّه مرجوح من طرفه فتعقد يمينه على تركه، ولا يصير بطلب الخصم أولى عندنا.

١. كما قاله الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٥.

٢. لمعلّ مستنده ما أورده الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣١٠، ح ٨٥٥.

٣. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ١١٠-١١١؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٤٠؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣١٠.

٤. تقدّم تخريجه في ص ١٤٠، الهامش ١.

٥. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣١٢.

● وحلف الأخرس بالإشارة. 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 شرب كان حالفاً، وإن امتنع أُلزم الحق؛ استناداً إلى حكم عليّ عليه السلام في واقعة الأخرس.

ومن أوجب إجابهته لو طلبه الخصم لزم عليه انحلال اليمين؛ لأنَّ اليمين على ترك الواجب لا تتعقد.

وفي الدروس توقّف في انعقاد يمينه على ترك التغليظ؛ من حيث إطلاقهم أنه مستحبّ، فلا يكون الحلف على تركه منعقداً، كغيره من المستحبّات، ومن احتمال اختصاص الاستحباب بالحاكم دون الخصم فينقذ^١. وقد تقدّم أنّ هذا هو الأظهر^٢.

قوله: «وحلف الأخرس بالإشارة» إلى آخره.

في حلف الأخرس أقوال أشهرها ما اختاره المصنّف (رحمه الله) من تحليفه بالإشارة المفهمة الدالّة عليه كسائر أموره؛ لأنَّ الشارع أقام إشارته مقام الكلام والقول باشتراط وضع يده على اسم الله تعالى للشيخ في النهاية، وجعل ذلك مضافاً إلى إشارته، ولم يكتب بأحدهما، وإن كانت العبارة لا تدلّ عليهما.

وعبارة الشيخ في النهاية:

إذا أراد الحاكم أن يحلف الأخرس حلفه بالإشارة والإيماء إلى اسم الله تعالى، ويضع يده على اسم الله تعالى في المصحف، ويعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره وإنكاره. وإن لم يحضر المصحف وكتب عليه اسم الله تعالى ووضع يده عليه جاز^٣.

وهذه العبارة ظاهرة في اعتبار الأمرين معاً. فقول المصنّف (رحمه الله) «وقيل: توضع يده على اسم الله تعالى» مراده مع الإشارة ليطابق القول المحكيّ.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. تقدّم في ص ١٤٣.

٣. النهاية، ص ٣٤٧.

● ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه، إلا مع العذر كالمريض المانع وشبهه، فحينئذٍ يستناب الحاكم مَنْ يحلفه في منزله.

والقول بكتابة اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه، إلى آخره لابن حمزة^١. وجعله الشيخ في النهاية رواية^٢. وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الأخرس كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين ولم يكن للمدّعي بيّنة؟ فقال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لما ادّعى عنده على أخرس من غير بيّنة: الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للأمة جميع ما تحتاج إليه - ثم قال: - إيتوني بمصحف، فأتي به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عزّ وجلّ، ثم قال: إيتوني بوليّه، فأتي بأخ له فأقعده إلى جنبه، ثم قال: يا قنبر، عليّ بدواة وصحيفة، فأتاه بهما، ثم قال لأخ الأخرس: قل لأخيك: هذا بينك وبينه إنه عليّ، فتقدّم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: والله الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المهلك المدرك، الذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية، إن فلان بن فلان المدّعي ليس له قبل فلان بن فلان - يعني الأخرس - حقّ ولا طلبية، بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدّين»^٣.

وحملها ابن إدريس على أخرس لا يكون له كتابة معقولة ولا إشارة مفهومة^٤. وما تقدّم من فهمه إشارة عليّ عليه السلام إليه بالاستفهام عن المصحف ينافي ذلك.

قوله: «ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه» إلى آخره.

قد تقدّم أنّ مكان التّغليظ المستحبّ للحاكم المسجد ونحوه^٥. وحينئذٍ فالنهي عن الاستحلاف في غير مجلس القضاء - المراد به منه الكراهة - إنّما يتمّ على تقدير كون

١. الوسيلة، ص ٢٢٨.

٢. النهاية، ص ٣٤٨.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١١٢ - ١١٣، ح ٣٤٣٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣١٩، ح ٨٧٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٦٣.

٥. تقدّم في ج ٨، ص ٢٧٩ - ٢٨١.

وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال، أو الممنوعة بأحد الأعداء.

البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي

● اليمين تتوجّه على المنكر تعويلاً على الخبر، وعلى المدعي مع الردّ، ومع الشاهد الواحد. وقد تتوجّه مع اللوث في دعوى الدم.
ولا يمين للمنكر مع بيّنة المدعي؛ لانتفاء التهمة عنها. ومع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية، فهو أولى باليمين.

مجلس القضاء من أمكنة التغليظ، وإلا لم يتمّ النفي أو النهي مطلقاً، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها.

وعلى كلّ حال فيستثنى من ذلك المعذور، كالمرضى وذوي الزمانة، والمرأة التي لا تكلف الحضور إلى مجلس الحكم - كما تقدّم^١ - ولا إلى المسجد. ومثله الحائض؛ إذ لا يمكنها اللبث في المسجد إذا كان هو مجلس القضاء، أو كانت الوظيفة التغليظ فيه. وحينئذٍ فيستنبط الحاكم من يحلفها ونظائرها في منزلهم، كما يستنبط من يسمع منهم الدعوى، ويتولّى هو الحكم.

قوله: «اليمين تتوجّه على المنكر تعويلاً على الخبر» إلى آخره.

الأصل في اليمين أن تكون على المنكر؛ للخبر المستفيض عنه ﷺ من أن «البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر»^٢، وأن لا يمين على المدعي لذلك، ولما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من تعليل النصّ، وهو أن المنكر معه البراءة الأصلية، فكان أولى باليمين من المثبت^٣.

١. تقدّم في ص ١٠٠.

٢. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٢٧، ح ٣١٥١ و ٣١٥٢؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٢٧، ح ٢١٢٠١؛ تلخيص

الحبير، ج ٤، ص ١٦٧، ح ٢٠٣٧.

٣. في بعض النسخ: «المدعي» بدل «المثبت».

وقد استثنى من ذلك ثلاثة مواضع يحلف فيها المدعي:

أما مع الرد؛ فلأن اليمين في جانب المنكر، فإذا رضي بيمين المدعي فقد رضي بإسقاط يمينه، مضافاً إلى النص^١، وقد تقدّم بعضه^٢.

وأما مع الشاهد الواحد؛ فلأن النبي ﷺ قضى بالشاهد واليمين^٣، ولقوة جانب الشاهد. وأما مع اللوث فلغلبة ظنّ الحاكم بصدق المدعي.

ويحلف في موضع رابع مع النكول على أحد القولين. ولم يذكره هنا؛ لأنه خلاف مذهبه^٤، وسيشير إليه فيما بعد^٥.

وكذا يحلف المدعي على الميت مع بيئته كما مر^٦، وعلى الصبي والمجنون والغائب على أحد القولين. وستأتي مواضع آخر^٧.

ونبه بقوله «ولا يمين للمنكر مع بيئته المدعي» على خلاف ما ورد في بعض الأخبار من جواز إحلاف المدعي مع بيئته^٨. والمذهب خلافه. وقد تقدّم الكلام فيه^٩.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٦-٤١٧، باب من لم تكن له بيئته فيردّ عليه اليمين، ح ١-٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ٦٣، ح ٣٣٤٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٠-٢٣١، ح ٥٥٦-٥٥٧ و ٥٦٠-٥٦٣.
٢. تقدّم في ص ١٣٠.
٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٥-٣٨٦، باب شهادة الواحد مع يمين المدعي، ح ١-٥ و ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٤-٥٥، ح ٣٣٢١-٣٣٢٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢-٢٧٥، ح ٧٤٩-٧٤٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٢-٣٤، ح ١٠٨-١١٧.
٤. راجع ص ١٢٥-١٢٦.
٥. يأتي في ص ١٥١.
٦. مرّ في ص ١٣٠.
٧. يأتي في ص ١٥٢ وما بعدها.
٨. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢-٤١٣، باب أدب الحكم، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٥-١٦، ح ٣٢٤٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٥-٢٢٦، ح ٥٤١.
٩. تقدّم في ص ١٣٠-١٣١.

● ومع توجّدها يلزمه الحلف على القطع مطّرداً، إلّا على نفي فعل الغير؛ فإنّها على [نفي] العلم. فلو ادّعي عليه ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم. ولو ادّعي على أبيه الميّت لم تتوجّه اليمين ما لم يدّع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم. وكذا لو قيل: قبض وكيلك.

قوله: «ومع توجّدها يلزمه الحلف على القطع مطّرداً - إلى قوله - سقطت دعواه إجماعاً». الحالف تارةً يحلف على البتّ، وأخرى على نفي العلم. والضابط أنّه إن كان يحلف على فعل نفسه فيحلف على البتّ، سواء كان يثبت أم ينفيه؛ لأنّه يعرف حال نفسه ويطلّع عليها.

وإن كان يحلف على فعل الغير، فإن كان في إثبات فيحلف على البتّ؛ لأنّه يسهل الوقوف عليه، كما أنّه يشهد به.

وإن كان على النفي حلف على أنّه لا يعلمه؛ لأنّ النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه؛ ولهذا لا يجوز الشهادة على النفي.

وقد يعبر عن الفرض بعبارة أخرى، فيقال: إن كان الحلف على الإثبات وجب على البتّ، سواء كان التثبيت لفعل نفسه أو غيره. وإن كان على النفي، فإن نفي فعل نفسه حلف على البتّ أيضاً. وإن حلف على نفي فعل غيره حلف على نفي العلم.

وقد يختصر ويقال: اليمين على البتّ أبداً، إلّا إذا حلف على نفي فعل الغير. إذا تقرّر ذلك، فمن ادّعي عليه بمال فأنكر حلف على البتّ. ولو ادّعي إبراء أو قضاء وأنكر المدّعي حلف على البتّ أيضاً؛ لأنّه يحلف على نفي فعل نفسه. ولو ادّعي وارث على إنسان أنّ مورثي عليك كذا، فقال المدّعي عليه: قد أبرأني أو قبضه، حلف المدّعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه. ولو ادّعي عليه أنّ الدار التي بيده غضبها أبوه أو بائعه فأنكر، حلف على نفي العلم بأنهما غضبا. ويشترط في توجّه

أما المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه، إلا مع الردّ، أو مع النكول على قول. فإن ردّها المنكر توجّهت فيحلف على الجزم. ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً.

اليمين عليه على نفي العلم تعرّض المدعي عليه؛ لكونه عالماً.

وقد ظهر من الضابط أنّ حلف المدعي أبداً على البتّ، وحلف المنكر ينقسم كما ذكر. ويتفرّع عليه فروع يشكل حكمها وإلحاقها بأحد القسمين.

منها: ما لو ادعى عليه أنّ عبده جنى على المدعي ما يوجب كذا فأنكر، فوجهان:

أحدهما: أنّه يحلف على نفي العلم؛ لأنّه حلف يتعلّق بفعل الغير.

والثاني: أنّه يحلف على البتّ؛ لأنّ عبده ماله وفعله كفعل نفسه؛ ولذلك سمعت الدعوى عليه.

وربما بني الوجهان على أنّ أورش الجناية يتعلّق بمحض الرقبة، أم يتعلّق بالرقبة والذمة جميعاً، حتّى يتبع بما فضل بعد العتق. فإن قلنا بالأوّل حلف على البتّ؛ لأنّه يحلف ويخاصم لنفسه. وإن قلنا بالثاني فعلى نفي العلم؛ لأنّ للعبد على هذا ذمة يتعلّق بها الحقوق، والرقبة كالمرتبهة بما عليه.

ومنها: إذا ادعى عليه أنّ بهيمته أتلفت زرعاً أو غيره - حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة - فأنكر، قيل: يحلف على البتّ^١؛ لأنّ البهيمة لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، إنّما يضمن بالتقصير في حفظها، وهذا أمر يتعلّق بنفس الحالف.

وفي التحرير جزم بأنّ مالك العبد يحلف على نفي العلم، ومالك البهيمة يحلف على البتّ^٢. وفي القواعد استشكل حكم العبد^٣.

ومنها: لو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إنّ موكلك

١. قاله الشهيد في القواعد والفوائد، ص ٢٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٥).

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٧٠، الرقم ٦٥٠٩.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٧.

● ولو ردَّ المنكر اليمين ثمَّ بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك إلا برضى المدعي. وفيه تردد، منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط.

أذن في تسليم المبيع، وأبطل حقَّ الحبس وأنت تعلم، فوجهان: أحدهما: أنه يحلف على نفي العلم، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن؛ لأنه حلف على نفي فعل الغير.

والثاني: أنه يحلف على البتِّ؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع. ومنها: لو طوَّب البائع بتسليم المبيع فادَّعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به. قيل: يحلف على البتِّ؛ لأنه يستبقي يمينه وجوب تسليم المبيع إليه^١. ويحتمل الحلف على نفي العلم؛ لأنَّ متعلِّقه فعل الغير.

ومنها: ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر وقال: أنا أخوك، فالميراث بيننا، فأنكر. قيل: يحلف على البتِّ أيضاً؛ لأنَّ الأخوة رابطة جامعة بينهما^٢. ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم كالسابقة.

قوله: «ولو ردَّ المنكر اليمين ثمَّ بذلها قبل الإحلاف» إلى آخره. قد تقدَّم أنَّ الأصل في اليمين كونها في جانب المنكر ابتداءً^٣، فإذا ردها إلى المدعي صارت في جانبه بالعرض. فإذا بذل المنكر اليمين بعد أن حلف المدعي فلاحق له إجماعاً؛ لسقوط الحقِّ الذي تترتب عليه اليمين بحلفه.

وإن بذلها بعد أن ردَّ وقبل أن يحلف المدعي، سواء أقبل الحاكم عليه بوجهه ولم يأمره بالحلف، أم أمره ولم يفعل، أم انتفى الأمران، فهل له ذلك؟ قال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط: لا؛ لانتقالها إلى حقيقة المدعي بنفس الردِّ، فصار لاحقاً للمنكر فيها؛ لاستحالة أن يكون كلُّ منهما مطالباً بها^٤.

١. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٣١٤.

٢. المجموع شرح المهذب، ج ٢٠، ص ٣٣٠.

٣. تقدَّم في ص ١٤٨.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٣.

● ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق؛ لأنَّه يأتي على الدعوى. فلو ادَّعى عليه غضباً أو إجارةً مثلاً، فأجاب بأنِّي لم أغضب ولم استأجر، قيل: يلزمه الحلف على وفق الجواب؛ لأنَّه لم يجب به إلا وهو قادر على الحلف عليه.

وتردّد المصنّف والعلامة^١ في ذلك؛ من حيث المنع من أن ذلك يقتضي إسقاط حقّه منها، وإنّما فوّضها إلى المدّعي، فإذا لم يستمرّ رضاه بالتفويض كان له الرجوع؛ لأصالة بقاء حقّه كما كان.

فمنشأ التردّد يرجع إلى أن بذل المنكر اليمين للمدّعي هل هو إسقاط أو تفويض؟ فإنّه يحتمل الأوّل؛ لأنَّه حقّ له وحده، فإذا رضي بجعله للمدّعي لزم سقوطه؛ لاستحالة اشتراكه بينهما.

ويحتمل الثاني؛ لأنّ اليمين تلزمه شرعاً، فردّها على المدّعي يكون إباحةً له أن يحلف، ولا يلزم من إباحته اليمين خروجها عنه، كمن أباح للغير طعامه فله الرجوع فيه قبل أن يأكل. وهذا أقوى؛ لأنّ الردّ أعمّ من الإسقاط، ولأصالة بقاء حقّه الثابت قبل الردّ مع الشكّ في المسقط.

قوله: «ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق» إلى آخره.

إذا ادَّعى عليه شيئاً، فإمّا أن يطلق الدعوى كقوله: «لي عليك مائة» أو يخصّصها في سبب معين كقوله: «من ثمن مبيع أو أجرة أو غضب». وإنكار المدّعي عليه إمّا أن يكون مطلقاً أيضاً كقوله: «لا تستحقّ عندي شيئاً» أو معيناً كقوله: «لم أغضب أو لم أشتري أو لم استأجر». فمع إطلاقه الإنكار يكفي الحلف على نفي الاستحقاق مطلقاً اتفاقاً؛ لأنّ الغرض يحصل به، ونفي العامّ يستلزم نفي الخاصّ.

وإن أجاب بنفي الخاصّ، فإن حلف عليه فكذلك؛ لأنَّه هو المطابق للإنكار، ويأتي على الدعوى.

والوجه أنه إن تطوَّع بذلك صحَّ، وإن اقتصر على نفي الاستحقاق كفي.
 ● ولو ادَّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدَّعياً والمدَّعي منكرأً، فيكفي المدَّعي اليمين على بقاء الحقِّ. ولو حلف على نفي ذلك كان آكد، لكنَّه غير لازم.

وإن أراد الحلف على نفي الاستحقاق ففي إجابته إليه قولان، أظهرهما نعم؛ لما تقدَّم من دخول الخاصِّ في ضمن نفيه. وجاز تعلق غرض صحيح بالعدول إلى العامِّ، بأن كان قد غضب أو اشتري أو استأجر ولكن برئ من الحقِّ بدفع أو إبراء، فحلفه على نفي الخاصِّ كذب، والعدول إلى العامِّ - مع كونه صدقاً - يتضمَّن الغرض من براءته من حقِّه.
 وقال الشيخ (رحمه الله): يلزمه في هذه الصورة الحلف على وفق الجواب؛ لأنَّه المطابق للدعوى^١.

وجوابه بنفي الأخصِّ يقتضي عدم تلك الاحتمالات الموجبة للعدول إلى الأعمِّ، ولو وقعت لأجاب ابتداءً بنفي الاستحقاق.

ويضعف بأنَّه مع تسليم قدرته على الحلف على وفق الجواب لا يلزم منه وجوب إجابته إليه، وإنما اللازم له الحلف على البراءة من حقِّه بأيِّ لفظ اتَّفَق، فله العدول إلى نفي الاستحقاق اقتراحاً. مع أنَّنا نمنع من استلزام جوابه بنفي الأخصِّ إمكان حلفه عليه؛ لما استقرَّت عليه العادات من التساهل في جواب المحاورات بما لا يتساهل به في وقت الأيمان ونحوها.
 قوله: «ولو ادَّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدَّعياً» إلى آخره.

لا فرق في توجِّه اليمين بهذه الدعوى على المدَّعي بين أن يكون قد أقام بيئته بالحقِّ وعدمه. وليس في هذه الدعوى تكذيب البيئته؛ لأنَّها تعتمد على الأصل وظاهر الحال. والكلام في الحلف هنا على ما يوافق الدعوى أو ما يأتي عليها وإن كان أعمَّ كالسابقة، إلَّا أنَّ الشيخ وافق هنا على جواز الحلف على ثبوت الحقِّ في ذمته، وجعل الحلف على نفي ما ادَّعاه بخصوصه أحوط^٢.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٩.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٨ - ٥٦٩.

● وكلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه تتوجّه معه اليمين، ويقضى على المنكر به مع النكول، كالعتق والنكاح والنسب وغير ذلك.
هذا على القول بالقضاء بالنكول. وعلى القول الآخر تردّ اليمين على المدّعي، ويقضى له مع اليمين، وعليه مع النكول.

قوله: «وكلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه تتوجّه معه اليمين» إلى آخره.
أشار بهذه الكليّة إلى تعيين المواضع التي تثبت فيها الحلف على المنكر، وهي تقتضي تعيين الحالف.

ومحصلها أنّ كلّ من تتوجّه عليه دعوى صحيحة يتعيّن عليه الجواب عنها بالإقرار أو الإنكار، بحيث لو أقرّ بمطلوبها أُلزم به، فإذا أنكر يحلف عليه ويقبل منه، وإذا نكل يقضى عليه به مطلقاً، أو مع حلف المدّعي. فيدخل في ذلك النكاح والطلاق والرجعة والفئة في الإيلاء والعتق والنسب والولاء وغيرها.
ونبه بالأمثلة على خلاف بعض العامّة حيث قال:

لا يحلف المدّعي عليه في جميع هذه الأبواب التي ذكرناها؛ بناءً على أنّ المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به، والنكول نازل منزلة البذل والإباحة، ولا مدخل لهما في هذه الأبواب^١.

وآخرين منهم ذهبوا إلى أنّ التحليف إنّما يجري فيما يثبت بشاهدين ذكرين؛ إلحاقاً له بالحدود^٢.

لنا: عموم قوله ﷺ: «واليمين على من أنكر»^٣.
ويحتجّ عليهم بما رووه أنّ ركّانة أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، طلّقت امرأتي البتّة،

١. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ١٤٦؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ١٣٦؛ بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٣٤٦-٣٤٧.

٢. حلية العلماء، ج ٨، ص ١٣٧ حكاة عن مالك وأحمد.

٣. سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٣٧، ح ٣١٥١-٣١٥٢؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٢٧، ح ٢١٢٠١؛ تلخيص

الحبير، ج ٤، ص ١٦٧، ح ٢٠٣٧.

مسائل ثمان:

الأولى: • لا يتوجّه اليمين على الوارث، ما لم يدّع عليه العلم بموت المورث، والعلم بالحقّ وأنه ترك في يده مالاً. ولو ساعد المدّعي على عدم أحد هذه الأمور لم تتوجّه.

ولو ادّعى عليه العلم بموته أو بالحقّ كفاه الحلف أنّه لا يعلم. نعم، لو أثبت الحقّ والوفاء، وادّعى في يده مالاً حلف الوارث على القطع.

فقال: «ما أردت بالبتّة؟» قال: واحدة. فقال: «والله ما أردت بها إلا واحدة؟» فقال ركانة: والله ما أردت بها إلا واحدة. فردّها إليه النبي ﷺ، ثمّ طلقها الثانية في زمن عمر، والثالثة في زمن عثمان^١.

وقد اشتمل الحديث على فوائد: منها أنّه ﷺ استحلف في الطلاق، خلافاً لمن أنكره. وخرج بقوله «يتوجّه الجواب على الدعوى فيه» حدود الله تعالى؛ فإنّ الدعوى فيها لا تسمع، ولا يطالب الجواب؛ لأنّها ليست حقاً للمدّعي، ومن له الحقّ لم يأذن في الطلب والإثبات، بل أمر فيه بالإعراض والدفع ما أمكن. وسيأتي البحث فيه^٢.

قوله: «لا يتوجّه اليمين على الوارث ما لم يدّع عليه العلم» إلى آخره.

هذا الحكم مبنيّ على مقدّمات:

منها: أنّ الوارث لا يجب عليه أداء دين المورث من ماله، بل إن ترك المورث مالاً في يده يفي بالدين أو بعضه وجب عليه الأداء وإلا فلا، سواء كان عالماً بالدين أم لا.

١. في حاشية «ض و.»: «بخطه: رواه الشافعي وأبو داود والدارقطني، وقال أبو داود: حديث صحيح، واستنبطوا منه عشر فوائد. ذكرها الشيخ في المبسوط وغيره. (منه قدّس سرّه). راجع المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٠؛ ومسند الشافعي، ص ١٥٣؛ وسنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٦٣، ح ٢٢٠٦؛ وسنن الدارقطني، ج ٣، ص ٢٨٤ - ٢٨٥، ح ٣٩١٢ - ٣٩١٣؛ والمستدرک علی الصحیحین، ج ٢، ص ٥٦٣، ح ٢٨٦٢.

٢. سيأتي في ص ١٦٠ - ١٦١.

الثانية: • إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه. ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية.

ومنها: أنه على تقدير أن يخلف بيده مالاً لا يجب عليه أداؤه إلا أن يعلم به أو يثبت شرعاً. ومنها: أن الحلف على نفي فعل الغير على نفي العلم لا على البتّ. وإذا تقررت هذه المقدمات فادّعى مدّع على الوارث بدين على الميت، فإن وافقه على أنه لا يعلم بالدين، أو لا يعلم بموت المورث، أو لم يترك مورثه مالاً لم يتوجه عليه الدعوى أصلاً، ولم يترتب عليها اليمين. وكذا لو ادّعى بالدين وأطلق. ويكفي في انتفائها تصادقهما على انتفاء أحد هذه الثلاثة.

وإن اعترف الوارث بالآخرين، فإن ادّعى عليه العلم بالدين وبالموت وأنه ترك في يده مالاً سمعت الدعوى حينئذ؛ لأنه لو اعترف بذلك لزمه أداء الدين، فإذا أنكر توجهت عليه اليمين. لكن بعض هذه الأشياء متعلق بفعل غيره وبعضها متعلق بنفسه، فإن أنكر الوارث الدين حلف على نفي العلم به؛ لأنه متعلق بفعل مورثه. فإن نكل حلف المدّعي على البتّ. وإن أنكر حصول التركة عنده حلف على البتّ؛ لتعلقه بفعله. ولا إشكال في هذين. وإن أنكر موت من عليه الدين فمقتضى القاعدة أنه يحلف على نفي العلم به؛ لأنه شيء يتعلق بفعل غيره كالدين.

وللشافعية فيه أوجه، هذا أحدها.

والثاني: أنه يحلف على البتّ؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه.

ويضعف بأنه قد يكون موته في الغيبة، فلا يطلع الوارث عليه.

والثالث: الفرق بين من عهد حاضراً وغائباً!

قوله: «إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه. ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية».

مقتضى كون الغريم مولى العبد في الدعوى عليه مطلقاً قبول قوله عليه لو أقرّ بموجب

الدعوى، وتوجه اليمين عليه لو أنكروا، ولأنَّ العبد لا عبرة بإقراره ولا بإنكاره. والأمر ليس كذلك مطلقاً، بل إقرار العبد معتبر بالنسبة إلى إتباعه بمقتضاه بعد العتق، كما سلف في باب الإقرار^١، وملغى عاجلاً؛ لكونه إقراراً في حقِّ الغير. وإقرار المولى في حقِّه بالمال مقبول مطلقاً، فيدفعه فيه^٢ أو يفكِّه بمقداره؛ إذ لا يتوجه على العبد بذلك ضرر، بل هو إقرار من المولى في حقِّ نفسه محضاً. وكذا إقراره في حقِّه بالجناية الموجبة للمال. ولو أوجبت القصاص لم تقبل في حقِّ العبد بالنسبة إلى القصاص، لكن يتسلطَّ المجني عليه منه بقدرها. ويلزم من هذا أنَّ غريم الدعوى عليه متعلق بالمولى والعبد معاً، وأنَّ اليمين تتوجه على العبد لو أنكروا موجب الدعوى؛ لأنَّه لو أقرَّ لزم على بعض الوجوه، وهو قاعدة سماع الدعوى على الشخص.

وعلى هذا فلا يشترط في الدعوى عليه حضور المولى، وإنما يعتبر حضوره بالنسبة إلى ما يتعلق به من ذلك. وقد اختلفت عبارات الأصحاب في حقِّه بسبب ذلك، فالمصنِّف (رحمه الله) أطلق كون الغريم مولاة، ولم يجعل للعبد اعتباراً.

وقال الشيخ في المبسوط:

إذا كان على العبد حقٌّ فإنه ينظر، فإن كان حقاً يتعلَّق بيده - كالقصاص وغيره - فالحكم فيه مع العبد دون السيِّد. فإن أقرَّ به لزمه عند المخالف. وعندنا لا يقبل إقراره، ولا يقتصر منه ما دام مملوكاً، فإن أعتق لزمه ذلك. فأما إن أنكروا فالتقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى. وإن نكل ردَّت اليمين على المدَّعي، فيحلف ويحكم بالحقِّ. وإن كان حقاً يتعلَّق بالمال - كجناية الخطأ وغير ذلك - فالخصم فيه السيِّد، فإن أقرَّ به لزمه، وإن أنكروا فالتقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل ردَّت اليمين على المدَّعي، فيحلف ويحكم له بالحقِّ^٣.

١. سبق في ج ٨، ص ٥٩٦.

٢. في بعض النسخ: «فقد يوفِّيه» بدل «فيدفعه فيه».

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٧ - ٥٧٨.

ومقتضى كلام الشيخ أن الغريم في الجناية الموجبة للقصاص العبد مطلقاً، وفي موجب المال المولى مطلقاً.

واختلف كلام العلامة، ففي القواعد جعل الغريم مولاة مطلقاً، لكنّه قرّب توجّه اليمين على العبد، وأنه مع نكوله عنها تردّ على المدّعي، وثبت الدعوى في ذمّة العبد يتبع بها إذا أعتق^١.

فخالف حكمها في الموضوعين. ومقتضى كون الغريم مولاة أنّه يقبل إقراره إن جعل جواب الدعوى الإقرار، وتلزّمه اليمين إن أنكر؛ لأنّ ذلك هو مقتضى حكم الغريم الذي تسمع عليه الدعوى.

وفي باب الإقرار حكم بعدم قبول إقرار العبد على نفسه مطلقاً، لكن يتبع بالمال بعد العتق. وحكم بعدم قبول إقرار المولى عليه مطلقاً. لكن في الإقرار عليه بالجناية يجب المال ويتعلّق برقبته^٢.

وفي الإرشاد أطلق كون الغريم مولاة^٣، كالمصنّف (رحمه الله). والأقوى أن الغريم كلّ واحد من العبد والمولى. فإن وقع النزاع مع العبد لم ينفذ إقراره معجلاً مطلقاً، ويثبت بعد العتق مطلقاً، فيتبع بالمال، ويستوفي منه الجناية. وإن أنكر فحلف انتفت عنه الدعوى مطلقاً، وإن ردّها أو نكل أتبع بموجبها بعد العتق كما لو أقر؛ لأنّ النكول أو يمين المدّعي منزل منزلة إقراره أو منزلة قيام البيّنة عليه، وكلاهما يوجبان ثبوت الحقّ عليه في الجملة، والقدر المتفق عليه منه كونه بعد العتق؛ لأنّ قيامه مقام البيّنة وإن أوجب الرجوع معجلاً، إلا أنّ السبب نشأ من جانب العبد، فلا يتعلّق بحقّ السيّد بمجردده. وإن وقع النزاع بينه وبين المولى، سواء كان قد وقع بينه وبين العبد أم لا، فإن أقرّ بالمال

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٥.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٥.

٣. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٤٦-١٤٧.

الثالثة: • لا تسمع الدعوى في الحدود مجردةً عن البيّنة، ولا تتوجّه اليمين على المنكر. نعم، لو قذفه بالزنى ولا بيّنة، فادّعاه عليه، قال في المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف.
وفيه إشكال؛ إذ لا يمين في حدّ.

لزمه مقتضاه معجلاً في ذمته، أو متعلّقاً برقبة العبد على حسب موجب الإقرار. وإن أقرّ بالجناية لم يسمع على العبد بالنسبة إلى القصاص، ولكن يتعلّق برقبة المجنيّ عليه بقدرها، فيتملكه المقرّ له إن لم يفده المولى.

ومختار الشهيد في الدروس يناسب ما اخترناه، وإن كانت عبارته لا تخلو من قصور، حيث جعل الغريم المولى، كما أطلقه المصنّف، إلا أنّ تفصيله يرجع إلى ما ذكرناه؛ لأنّه قال: ولو ادّعي على العبد فالغريم المولى، وإن كانت الدعوى بمال. ولو أقرّ العبد تبع به. ولو كان بجناية وأقرّ العبد فكذلك. ولو أقرّ المولى خاصّةً لم يقتصّ من العبد، ويملك المجنيّ عليه منه بقدرها. ويلزم من هذا وجوب اليمين على العبد لو أنكر اللزوم؛ لسماع الدعوى عليه منفرداً^١.

قوله: «لا تسمع الدعوى في الحدود مجردةً عن البيّنة» إلى آخره. من شرط سماع الدعوى أن يكون المدّعي مستحقّاً لموجب الدعوى، فلا تسمع في الحدود؛ لأنّها حقّ الله تعالى، والمستحقّ لم يأذن في الدعوى، ولم يطلب الإثبات، بل ظاهره الأمر بخلاف ذلك، لأمره بدرء الحدود بالشبهات^٢، وبالتوبة عن موجبها من غير أن يظهره للحاكم^٣. وقد قال ﷺ لمن حمل رجلاً على الإقرار عنده بالزنى: «هلاً سترته بثوبك»^٤.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٦٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٧٤، ح ٥١٤٩.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٨، ص ٣٦-٣٨، الباب ١٦ من أبواب مقدّمات الحدود وأحكامها العامة.

٤. مسند أحمد، ج ٦، ص ٢٨٤-٢٨٥، ح ٢١٢٣٨-٢١٢٣٨؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٣٤، ح ٤٣٧٧؛ تليخيص

العبير، ج ٤، ص ٦٨، ح ١٧٧٩؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٨، ص ٥٧٣-٥٧٤، ح ١٧٦٠٥-١٧٦٠٧.

هذا إذا كانت الحدود حقاً محضاً لله، كحدّ الزنى وشرب الخمر. ولو اشتركت بينه وبين الآدمي كحدّ القذف، ففي سماع الدعوى بها من المقذوف قولان، أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ في المبسوط^١ - أنها تسمع؛ ترجيحاً لجانب حقّ الآدمي، وهو المقذوف. وفتح الشيخ على قوله بأنّه:

لو ادعى عليه أنّه زنى لزمه الإجابة عن دعواه، ويستحلف على ذلك، فإن حلف سقطت الدعوى، ولزم القاذف الحدّ، وإن لم يحلف ردّت اليمين على القاذف فيحلف، ويثبت الزنى في حقّه بالنسبة إلى سقوط حدّ القذف، ولا يحكم عليه بحدّ الزنى؛ لأنّ ذلك حقّ لله تعالى محض^٢.

واستشكل المصنّف (رحمه الله) ذلك؛ لعموم قوله ﷺ: «لا يمين في حدّ»^٣. وفي مرسله البنزطي عن أبي عبد الله ﷺ قال: «أتى رجل إلى أمير المؤمنين ﷺ برجل فقال: هذا قذفي ولم يكن له بيّنة، فقال: يا أمير المؤمنين، استحلفه، فقال عليّ ﷺ: لا يمين في حدّ»^٤.

وفيه: أنّ الرواية مرسله، وفي طريقها سهل بن زياد.

وفي الدروس استحسّن قول الشيخ من حيث تعلّقه بحقّ الآدمي، وحمل نفي اليمين في الحدّ على ما إذا لم يتعلّق بحقّ الآدمي^٥. وهو جيّد إن لم يعمل بالخبر، وإلّا أشكل التخصيص من حيث وقوعه نكرةً في سياق النفي فيعمّ الجميع.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٨.

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٧٤، ج ٥١٤٩.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٢٥٥، باب أنّه لا يمين في حدّ، ح ١؛ ورواها الشيخ عن ابن أبي عمير في تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٧٩ - ٨٠، ح ٣٦٠.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الرابعة: ● منكر السرقة يتوجّه عليه اليمين لإسقاط الغرم. ولو نكل لزمه المال دون القطع؛ بناءً على القضاء بالنكول، وهو الأظهر، وإلا حلف المدّعي. ولا يثبت الحدّ على القولين. وكذا لو أقام شاهداً وحلف.

الخامسة: ● لو كان له بيّنة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر، أو قال: أسقطت البيّنة وقنعت باليمين، فهل له الرجوع؟ قيل: لا. وفيه تردّد؛ ولعلّ الأقرب الجواز. وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر.

قوله: «منكر السرقة يتوجّه عليه اليمين لإسقاط الغرم» إلى آخره.

موجب السرقة أمران: أحدهما: حقّ الآدمي، وهو المال.

والثاني: القطع بشرطه، وهو حقّ الله. ولا ملازمة بينهما، كما أشرنا إليه سابقاً في مواضع.

فإذا ادّعاها مدّع على آخر سمعت الدعوى بالنسبة إلى حقّ الآدمي، ويترتب عليه مجبه من اليمين والقضاء بالنكول، أو مع ردّه على المدّعي على الخلاف. ولا تسمع فيما يتعلّق بالحدّ إلاّ مع البيّنة كغيره من الحدود؛ لأنّ حدود الله تعالى لا تثبت باليمين.

قوله: «لو كان له بيّنة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر» إلى آخره.

القول بعدم جواز الرجوع للشيخ (رحمه الله)؛ محتجاً بأنّ إقامة البيّنة واليمين حقّ له، وقد أسقطه فيسقط بالإسقاط، فعوده يحتاج إلى دليل^١.

ووجه ما اختاره المصنّف (رحمه الله) من جوازه أصالة البقاء، ومنع كون ذلك إسقاطاً على وجه يقتضي الإبطال، وإنّما غايته الإعراض، وهو لا يسقط الحقّ، ولأنّ العدول إلى يمين المنكر لا يوجب براءة ذمّته من الحقّ، ولا ملكه للعين^٢، وهو دليل على بقاء الحقّ، فله إقامة البيّنة واليمين على ثبوت حقّه والاستيفاء. وهذا هو الأقوى.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٥١ و ٥٧٢.

٢. في بعض النسخ: «للغير» بدل «للعين».

السادسة: ● لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول قبل قوله ولا يمين. وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان. وكذا لو ادعى الذمي الإسلام قبل الحول.

قوله: «لو ادعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول - إلى قوله - إلا مع البيّنة». قد ذكر الأصحاب مواضع يقبل فيها قول المدعي بغير يمين. وأشار المصنف (رحمه الله) إلى ثلاث منها، وتردّد في رابع، ثم نفى إلحاقه بها. فالأوّل: دعوى المالك إبدال النصاب في أثناء الحول لينفي عنه الزكاة. وفي معناه دعوى دفع الزكاة إلى المستحقّ.

والثاني: دعواه نقص الخرص للثمرة والزرع لينقص عنه ما قرّر عليه من مقدار الزكاة. والثالث: دعوى الذمي الإسلام قبل الحول ليتخلّص من الجزية، إن أوجبناها على المسلم بعد الحول.

وهذه المواضع لا يثبت فيها عليه يمين بلا خلاف. والوجه في قبول قوله في هذه المواضع أنّ الحقّ بين العبد وبين الله، ولا يعلم إلا من قبله غالباً.

والرابع: دعوى الصبيّ الحربيّ الإنبات بعلاج ليلحق بالذراري. فقبل: يلحق بهذه المواضع، ويقبل قوله بغير يمين؛ لمشاركته لها في كونه حقاً لله تعالى، ويرجع إليه فيه، ولأنّ مجرد الدعوى شبهة دارثة للقتل، فتكون كافيةً، ولأنّ اليمين هنا متعذّرة؛ لأنّها يمين من صبيّ^١.

لأصالة عدم البلوغ، وعدم استحقاقه القتل. وقيل:

يقبل قوله مع اليمين؛ لأنّها أقلّ مراتب إثبات الدعوى، ولأنّه محكوم ببلوغه ظاهراً، ومستحقّ للقتل كذلك، فلا يزول بمجرد دعواه، ولأنّه أحوط وأوثق في الحكم^٢.
وحينئذٍ فيحتمل حلفه الآن، للحكم ببلوغه ظاهراً، والتأخير إلى أن يبلغ، فيحبس إلى

١ و٢. قاله الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٤٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

أما لو ادّعى الصغير الحربي الإنبات لعلاج - لا بالسنّ - ليتخلّص عن القتل، فيه تردّد، ولعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلا مع البيّنة.

البلوغ اليقيني ثمّ يحلف. فإن قلنا بالأوّل فحلف تخلّص. وإن نكل، قيل: يقتل بمجرّده^١. ويكون هذا من المواضع التي يقضى فيها بالنكول عند من لم يحكم به مطلقاً. وقيل: يقتل، لا للنكول؛ بل لتوجّه القتل بالكفر مع الإنبات، واليمين كانت مانعة ولم توجد^٢.

وإن أوقفناه إلى أن يتحقّق البلوغ لزمه مع الحلف والنكول حكمهما بغير إشكال. والذي اختاره المصنّف (رحمه الله) عدم قبول قوله مطلقاً إلا بالبيّنة؛ لوضع الشارع الإنبات علامة البلوغ وقد وجدت. ودعواه المعالجة خلاف الظاهر فيفتقر إلى البيّنة، ولأنّه لو كان عدم المعالجة شرطاً لما حلّ قتل محتمل المعالجة - وإن لم يدّعها - إلا بعد علم انتفائها، وهو باطل إجماعاً.

والأولى قبول قوله بغير يمين؛ عملاً بالشبهة الدارئة للقتل، واحتياطاً في الدماء التي لا يستدرّك فائتها.

وفي تعدّي الحكم إلى غيرها، كما لو أوقع منبت عقداً وادّعى الاستنبات ليفسده، وجهان، أجمعهما العدم؛ لمخالفة الظاهر، ووجود الفارق بمراعاة الشبهة الدارئة للقتل في الأوّل دون الثاني، فيتوقّف في هذا على البيّنة.

وراء هذه المواضع الخمسة ممّا يقبل فيه قول المدّعي مواضع: أحدها: دعوى البلوغ. وقد تقدّم^٣. وقيدّه بعضهم بدعوى الاحتلام^٤، أمّا بالسنّ فيكلّف البيّنة؛ لإمكان إقامتها عليه، وبالإنبات يعتبر، ومحلّه ليس من العورة على الأشهر، ويتقدّره

١. قاله الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٥.

٢. قاله السيّد عميد الدين في كنز الفوائد، ج ٣، ص ٤٨٥.

٣. تقدّم في ج ٨، ص ٦٠٢ - ٦٠٣.

٤. راجع الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١).

هو من مواضع الضرورة. وحيث يقبل قوله فيه لا يمين، وإلا لزم الدور؛ لأنّ اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

وثانيها: مدّعي أنّه من أهل الكتاب؛ لتؤخذ منه الجزية.

وثالثها: تقديم مدّعي تقدّم الإسلام على الزنى بالمسلمة؛ حذراً من القتل.

ورابعها: مدّعي فعل الصلاة والصيام؛ خوفاً من التعزير.

وخامسها: مدّعي إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنيّة،

كالاستيجار على الحجّ والصلاة.

وسادسها: دعوى الوليّ إخراج ما كلّف به من نفقة وغيرها، أو الوكيل فعل ما وكلّ فيه.

وفي هذين نظراً.

وسابعها: دعوى المعير ومالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكيّة الكنز على

قول مشهور.

وثامنها: دعوى ذي الطعام أنّه لم يبقه إلا لقوته وإن زاد عليه في نفي الاحتكار.

وتاسعها: قول المدّعي مع نكول خصمه؛ بناءً على القضاء بالنكول.

وعاشرها: مدّعي الغلط في إعطاء الزائد عن الحقّ لا التبرّع.

وحادي عشرها: دعوى المحلّلة الإصابة.

وثاني عشرها: دعوى المرأة فيما يتعلّق بالحيض والطهر، كالعدة.

وثالث عشرها: دعوى الظئر أنّه الولد.

ورابع عشرها: منكر السرقة بعد إقراره مرّةً لا في المال.

وخامس عشرها: مدّعي هبة المالك ليسلم من القطع وإن ضمن المال.

وسادس عشرها: منكر موجب الرجم الثابت بإقراره.

وسابع عشرها: مدّعي الإكراه في الإقرار المذكور.

وثامن عشرها: مدّعي الجهالة مع إمكانها في حقّه.

السابعة: • لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين، قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر؛ لتعذر اليمين في طرف المشهود له.
وكذا لو ادعى الوصي أن الميِّت أوصى للفقراء، وشهد واحد فأنكر الوارث.
وفي الموضوعين إشكال؛ لأنَّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها.

وتاسع عشرها: مدعي الاضطرار في الكون مع الأجنبي مجزدين.
والعشرون: منكر القذف؛ بناءً على عدم سماع دعوى مدعيه.
والحادي والعشرون: مدعي ردّ الوديعة، على القول المشهور.
والثاني والعشرون: مدعي تقدّم العيب مع شهادة الحال.
وضبطها بعضهم بأن كل ما كان بين العبد وبين الله، أو لا يعلم إلا منه، ولا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحدّ أو التعزير.

قوله: «لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين» إلى آخره.

القول المذكور للشيخ في المبسوط، فإنه قال فيه:

ثلاث مسائل لا يمكن ردّ اليمين فيها:

إحداها: أن يموت رجل ولا يخلف وارثاً مناسباً، فوجد في روزنامته دين على رجل، وشهد شاهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف سقط الحق، وإن لم يحلف لم يمكن ردّ اليمين؛ لاستحالة تحليف المسلمين والإمام، فيحبس المدين حتى يعترف فيؤدّي، أو يحلف فينصرف.

والثانية: إذا ادعى الوصي على الورثة أن أباهم أوصى للفقراء والمساكين وأنكروا ذلك، فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى. وإن نكلوا لم يمكن ردّ اليمين؛ لأنّ الوصي لا يجوز أن يحلف عن غيره، والفقراء والمساكين لا يتعيّنون، ولا يتأتى منهم الحلف، فقال قوم: يحكم بالنكول ويلزم الحق؛ لأنّه موضع ضرورة. وقال آخرون: يحبس الورثة حتى يحلفوا له أو يعترفوا له.

الثامنة: • لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم تنتقل إلى الوارث، وكانت في حكم مال الميِّت. وإن لم يحيط انتقل إليه ما فضل عن الدين. وفي الحالين للوارث المحاكمة على ما يدعيه لمورثه؛ لأنه قائم مقامه.

والثالثة: إذا مات رجل وخلف طفلاً وأوصى إلى رجل بالنظر في أمره، وادعى الوصي ديناً على رجل فأنكر، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن لم يحلف فلا يمكن ردّ اليمين على الوصي؛ لأنه لا يجوز أن يحلف عن غيره، فيتوقف إلى أن يبلغ الطفل ويحلف ويحكم له. وهو الذي يقتضيه مذهبنا^١.

والمصنّف (رحمه الله) ذكر الأولين واستشكل الحكم فيهما؛ نظراً إلى أن السجن عقوبة ولم يثبت موجبها؛ لأنّ الحقّ لا يثبت بالشاهد الواحد، فتنزّل هذه الدعوى منزلة ما لا بيّنة فيه، فإن حلف المنكر أو حكمنا بالنكول، وإلّا وقف الحقّ؛ لعدم تيسّر القسم الآخر وهو حلف المدّعي. ولو قيل هنا بالقضاء بالنكول وإن لم نقل به في غيره كان وجهاً. قوله: «لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم تنتقل إلى الوارث، وكانت في حكم مال الميِّت» إلى آخره.

قد تقدّم البحث في أن التركة مع الدين هل تنتقل إلى ملك الوارث وإن منع من التصرف فيها مع استغراق الدين، وفي مقابل الدين إن لم يستغرق، أو تبقى على حكم مال الميِّت؟ وأنّ الأقوى انتقالها إلى ملكه^٢.

وعلى القولين يمنع من التصرف فيها إلى أن يوفي الدين إجماعاً. وإنما تظهر الفائدة في مثل النماء المتجدّد بعد الموت - فعلى الأول هو من جملة التركة، ويتعلّق بها الدين، وعلى الثاني يختصّ بالوارث - وفي صحّة التصرف فيها بالبيع وإن كانت التصرف مراعاةً. والمصنّف (رحمه الله) قوى هنا وفيما تقدّم عدم انتقالها^٣، بل تبقى على حكم مال

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٧٦-٥٧٧.

٢ و٣. تقدّم في ج ١٠، ص ٣١٩.

البحث الثالث • في اليمين مع الشاهد

يقضى بالشاهد واليمين في الجملة؛ استناداً إلى قضاء رسول الله ﷺ، وقضاء عليّ عليه السلام بعده.

الميت إلى أن يوفي الدين؛ لقوله تعالى في آية الإرث: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾^١. والأجود إرادة الإرث المستقرّ الملك، جمعاً بين الأدلة.

وعلى القولين لو كان للميت دين على آخر فالمحاكمة فيه للوارث لا للغرماء؛ لأنه إما مالك أو قائم مقامه، ومن ثمّ لو أبرئ الغريم من الدين صارت التركة ملك الوارث، فهو مالك لها بالقوة أو الفعل. وعلى هذا فلو توجه اليمين مع الشاهد أو بردّ الغريم فالحالف هو الوارث، وإن كان المنتفع بالمال هو المدين. وسيأتي تنمّة الكلام فيه^٢.

قوله: «في اليمين مع الشاهد يقضى بالشاهد واليمين في الجملة؛ استناداً إلى قضاء رسول الله ﷺ، وقضاء عليّ عليه السلام بعده».

أجمع أصحابنا على القضاء في الجملة بالشاهد واليمين، وإليه ذهب أكثر العامة، وخالف فيه بعضهم^٣.

لنا: ما روي عن ابن عباس^٤ وجابر أنّ النبي ﷺ قضى بالشاهد مع اليمين^٥.

وروي أنّه ﷺ قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب^٦.

١. النساء (٤): ١١.

٢. سيأتي في ص ١٧٦ - ١٧٧.

٣. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٨٠؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ١١، المسألة ٨٣٢٧.

٤. مسند أحمد، ج ١، ص ٥١٨، ح ٢٨٨١؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٩٣، ح ٢٣٧٠؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٠٨، ح ٣٦٠٨.

٥. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٩٣، ح ٢٣٦٩؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٨، ح ١٢٤٤.

٦. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٩٣، ح ٢٣٧١.

وروا عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن عليّ رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق، وقضى به عليّ رضي الله عنه بالعراق». رواه أحمد والدارقطني والترمذي^١.
وعن ربيعة، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد. رواه الترمذي^٢ وأبو داود، وزاد:

قال عبد العزيز الدراوردي: فذكرت ذلك لسهيل فقال: أخبرني ربيعة - وهو عندي ثقة - أني حدثته إياه ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وقد كان أصاب سهيلاً علّة أذهبت بعض عقله ونسي بعض حديثه، فكان سهيل بعد ذلك يحدثه عن ربيعة، عنه، عن أبيه^٣.

ومن طريق الخاصة روى منصور بن حازم - في الصحيح - عن أبي عبد الله صلى الله عليه وسلم قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»^٤.

وروى حماد بن عيسى - في الحسن - قال: سمعت أبا عبد الله صلى الله عليه وسلم يقول: «حدثني أبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين»^٥.

وعن عبد الرحمن بن الحجاج - في الحسن - قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر صلى الله عليه وسلم فسألاه عن شاهد ويمين، فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقضى به عليّ رضي الله عنه عندكم بالكوفة». فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: «وأين وجدتموه خلاف

١. مسند أحمد، ج ٤، ص ٢٣٩، ح ١٣٨٦٦؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٥٥، ح ٤٤٠٧؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٨، ح ١٣٤٥.

٢. الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٧، ح ١٣٤٣.

٣. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٠٩، ح ٣٦١٠.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٥، باب شهادة الواحد ويمين المدعي، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢، ح ٧٤١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٣، ح ١١٣.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٥، باب شهادة الواحد ويمين المدعي، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٥، ح ٧٤٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٣، ح ١١٢.

القرآن؟». فقالا: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^١. فقال: «هو أن لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا؟!». ثم قال: «إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة فمرَّ به عبد الله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقال له عبد الله بن قفل: فاجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين. فجعل بينه وبينه شريحاً. فقال له علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقال له شريح: هات على ما تقول بيّنة. فأتاه بالحسن عليه السلام فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقال: هذا شاهد واحد ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر. قال: فدعا قنبراً فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقال شريح: هذا مملوك، ولا أقضي بشهادة مملوك. قال: فغضب علي عليه السلام وقال: خذوها فإنّ هذا قضى بجور ثلاث مرّات. قال: فتحوّل شريح عن مجلسه، ثم قال: لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرّات. فقال له: ويلك - أو ويحك - إنّي لمّا أخبرتك أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة فقلت: هات على ما تقول بيّنة، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنة. فقلت: إنك رجل لم يسمع بهذا الحديث. فهذه واحدة. ثم أتيتك بالحسن عليه السلام فشهد، فقلت: هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة واحد ويمين. فهاتان ثنتان. ثم أتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة. فقلت: هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك، ولا بأس بشهادة مملوك إذا كان عدلاً». ثم قال: «ويلك - أو ويحك - إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»^٢.

١. الطلاق (٦٥): ٢.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٢٨٥ - ٢٨٦، باب شهادة الواحد ويمين المدعي، ح ٥: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٣ - ٢٧٥.

ح ٧٤٧: الاستبصار، ج ٣، ص ٣٤ - ٣٥، ح ١١٧.

● ويشترط شهادة الشاهد أولاً، وثبوت عدالته، ثم اليمين. ولو بدأ باليمين وقعت لاغيةً، وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامة.

● ويثبت الحكم بذلك في الأموال، كالدين والقرض والغصب. وفي المعاوضات، كالبيع والصرف والصلح والإجارة والقراض والهبة والوصية له. والجنائية الموجبة للدية، كالخطأ، وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده، والحرّ العبد، وكسر العظام، والجائفة والمأومة. وضابطه ما كان مالا، أو المقصود منه المال.

وإنما ذكرنا الحديث بطوله؛ لاشتماله على نكت غريبة، وتضمنه لأحكام كثيرة، وفيه بيان ما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من قضاء عليّ عليه السلام به بعده.

قوله: «ويشترط شهادة الشاهد أولاً وثبوت عدالته، ثم اليمين» إلى آخره.

أما اشتراط إقامة الشهادة أولاً؛ لأنّ المدعي وظيفته البيّنة - لا اليمين - بالأصالة، فإذا أقام شاهداً صارت البيّنة التي هي وظيفته ناقصةً، وتمامها اليمين بالنص^١، بخلاف ما لو قدّم اليمين، فإنّه ابتداء بما ليس من وظيفته، ولم يتقدّمه ما يكون متمماً له.

وأما ثبوت عدالة الشاهد فلا يترتب على شهادته عدالته، بل المعتبر العلم بها قبل الحلف.

وذهب بعض العامة إلى عدم الترتيب بينهما؛ لأنّ اليمين منزل منزلة الشاهد، ولا ترتيب بين شهادة أحد الشاهدين مع الآخر، فكذلك ما قام مقام الشهادة^٢.

قوله: «ويثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين والقرض والغصب. وفي المعاوضات، كالبيع والصرف» إلى آخره.

إنّما اختصّ القضاء بالشاهد واليمين بالأموال وحقوقها؛ لما روي عن ابن عباس

١. تقدّمت نصوصه قَبيل هذا.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٥٢.

رضي الله عنه) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «استشرت جبرئيل ﷺ في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار عليّ بذلك في الأموال لا تعدو ذلك»^١.

وروى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أبي عبد الله ﷺ قال: «كان رسول الله ﷺ يجيز في الدّين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدّين، ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل»^٢.
وروى أبو بصير عنه ﷺ قال: «كان رسول الله ﷺ يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحقّ، وذلك في الدّين»^٣.

وفي معنى الشاهد الواحد هنا المرأتان، فيثبت بهما مع اليمين ما يثبت به.
وربما قيل: لا يثبت بالمرأتين واليمين؛ لأنّ المنضمّ إلى اليمين إذا شهدت المرأتان أضعف شطري الحجّة، فلا يقنع بانضمام الضعيف إلى الضعيف، كما لا يقنع بانضمام شهادة امرأتين.
ويدلّ على الجواز حسنة الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ: «أنّ رسول الله ﷺ أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدّين، يحلف بالله إنّ حقّه لحقّ»^٤.

وروى منصور بن حازم قال: حدّثني الثقة عن أبي الحسن ﷺ قال: «إذا شهد لصاحب الحقّ امرأتان، ويمينه بالله، فهو جائز»^٥. ولو كان الحقّ ممّا يثبت بشهادة النساء منفردات، فأولى بالقبول مع اليمين هنا.

وابن إدريس منع من قبول شهادة المرأتين مع اليمين في الأموال؛ محتجاً بانتفاء

١. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٦، ح ٢١٣٤، رواها عن أبي هريرة.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٦، باب شهادة الواحد ويمين المدّعي، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢، ح ٧٤٠.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٥، باب شهادة الواحد ويمين المدّعي، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢-٢٧٣، ح ٧٤٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٢، ح ١٠٩.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٦، باب شهادة الواحد ويمين المدّعي، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢، ح ٧٣٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٢، ح ١٠٧.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٦، باب شهادة الواحد ويمين المدّعي، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٥، ح ٣٣٢٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢، ح ٧٣٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣١-٣٢، ح ١٠٦.

● وفي النكاح تردّد.

● أمّا الخلع، والطلاق، والرجعة، والعتق، والتدبير، والكتابة، والنسب، والوكالة، والوصية إليه، وعيوب النساء فلا.

الإجماع، وعدم تواتر الأخبار^١.

والحق أن الدليل غير منحصر فيما ذكره، وما ذكرناه من الروايات كافٍ في إثباته.

واختلف كلام العلامة في التحرير، ففي باب القضاء بالشاهد واليمين جزم بعدم قبولهما^٢، وفي كتاب الشهادات جزم بالقبول^٣، من غير نقل خلاف في الموضوعين.

قوله: «وفي النكاح تردّد».

منشأ التردّد في النكاح من اختصاص قبول الشاهد واليمين بالمال، والشك في تضمّنه للمال؛ فإنّه يحتمل فيه ذلك من حيث تضمّنه للمهر والنفقة، وعدمه؛ نظراً إلى أن المقصود بالذات منه الإحصان والتناسل وإقامة السنّة وكفّ النفس عن الحرام، والمهر والنفقة تابعان، مع أنّهما مختلفان في دعوى الرجل إياه.

فحصل من ذلك أوجه: ثبوته بهما مطلقاً، وعدمه مطلقاً، وثبوته إن كان المدعي الزوجة دونه.

وقيد بعضهم بما إذا كان دعوها بعد الدخول أو التسمية؛ لأنّهما يشبتان المال^٤.

ويضعف بأنّ النفقة لا تتوقّف على الأمرين. ومفوضة المهر تدعي مهراً في الجملة مطلقاً.

ولو ماتت الزوجة كانت دعوى الزوج تتضمّن المال، وهو الميراث. بل يمكن تضمّنها

إياه مطلقاً؛ نظراً إلى استحقاقه إياه. والمتّجه ثبوته من الزوجة مطلقاً.

قوله: «أمّا الخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير» إلى آخره.

انتفاء ثبوته في الطلاق والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء واضح؛ لأنّ هذه

١. السرائر، ج ٢، ص ١١٦.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٧٩، الرقم ٦٥٢٦.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٦٨، الرقم ٦٦٦٤.

٤. فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٤٨.

الأشياء ليست مالا، ولا تتضمن المال بوجه.

وأما الخلع، فإن كان مدعيه الزوج فهو يتضمن دعوى المال، وإن كان مدعيه المرأة فلا. والرجعة بالعكس؛ لأن دعواها من المرأة كدعوى النكاح؛ لأنها ترد الزوجية إلى ما كانت، وتوجب النفقة على تقدير سقوطها بالطلاق.

لكن يمكن أن يقال هنا: إن الرجعة من حيث هي رجعة لا توجب النفقة، وإنما يوجبها النكاح السابق. والرجعة إنما رفعت حكم الطلاق، وأعدت حكم النكاح، فهي بذاتها لا توجب المال، ومن ثم وقع الاتفاق على أنها لا تثبت بهما.

والوجه ثبوت الخلع بهما إذا كان مدعيه الزوج. وهو خيرة العلامة في أحد قوليهِ^١. وأما العتق فالمشهور عدم ثبوته بهما؛ لأنه يتضمن تحرير الرقبة، والحرية ليست مالا، وهي حق لله تعالى. ويلزمه عدم ثبوت التدبير والكتابة والاستيلاء بهما؛ لاشتراك الجميع في المقتضي.

وقيل: يثبت بهما العتق؛ لأن المملوك مال، وتحريره يستلزم توقيت المال على المالك، والحرية وإن لم يكن نفسها مالا لكنها تتضمن المال من هذه الحيثية^٢. وتنسحب عليه الثلاثة كذلك.

واختلف كلام العلامة في التحرير والقواعد، ففي كتاب العتق والتدبير قطع بثبوتها بشاهد ويمين من غير نقل خلاف^٣، وفي هذا الباب قطع بعدم ثبوتها بهما كذلك^٤. وتوقف في الدروس مقتصرأ على نقل القولين^٥. وله وجه.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٩٠، الرقم ٥٤٤٧؛ وج ٥، ص ١٧٩، الرقم ٦٥٢٧.

٢. راجع المعنى المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٩، المسألة ٨٣٢٥.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٠٠، الرقم ٥٦٤٩ في كتاب العتق، و ص ٢١٨، الرقم ٥٦٨٣ في كتاب التدبير؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٠٨ و ٢٠٩ في كتاب العتق، و ص ٢٣٦ في كتاب التدبير.

٤. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٧٣، الرقم ٦٥١٥؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٩.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

● وفي الوقف إشكال، منشؤه النظر إلى مَنْ ينتقل [إليه]. والأشبهه القبول؛ لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

قوله: «وفي الوقف إشكال، منشؤه النظر إلى مَنْ ينتقل [إليه]. والأشبهه القبول؛ لانتقاله إلى الموقوف عليهم».

اختلف الأصحاب في ثبوت الوقف بهما على أقوال؛ منشؤها أنّ الموقوف هل ينتقل إلى الموقوف عليه مطلقاً، أم إلى الله تعالى، أم إلى الأوّل مع انحصاره وإلى الله تعالى مع عدمه، أو يبقى على ملك الواقف؟ وقد تقدّم البحث فيه في بابه^١.

فعلى الأوّل يثبت بهما؛ لأنّه مال للمدّعي. وهو مختار الشيخ في المبسوط^٢ والمصنّف وجماعة^٣.

وعلى الثاني لا يثبت مطلقاً. وهو مختار الشيخ في الخلاف^٤؛ لأنّه ليس بمال للموقوف عليه، بل له الانتفاع به فقط دون رقبته. وكذا على الرابع.

وعلى القول بالتفصيل يثبت بهما في المنحصر دون غيره. وهو أصحّ الأقوال؛ لوجود لازم الملك وهو علته الغائيّة، فيوجد الملزوم. والمنع من نقله عن ملكه لا ينافي الملك، كأّمّ الولد. وقد يجوز بيعه على وجه، فلم ينتف لازم الملك رأساً، مع تسليم كونه لازماً.

وربما قيل بثبوتهم وإن قلنا بعدم انتقاله إلى الموقوف عليه؛ لأنّ المقصود من الوقف المنفعة، وهي مال.

وفيه: أنّ المنفعة تابعة لثبوت أصل الوقف الذي يتعدّر إثباته؛ لأنّه ليس ملكاً للحالف على هذا التقدير.

١. تقدّم في ج ٥، ص ٨٢ وما بعدها.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٥١.

٣. منهم ابن البرزنج في المهذب، ج ٢، ص ٥٦٢؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٩؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٢٨٠، المسألة ٢٥.

- ولا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم. ولو امتنع البعض ثبت نصيب مَنْ حلف، دون الممتنع.
- ولا يحلف مَنْ لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً، ● ولا ليثبت مالاً لغيره. فلو ادعى غريم الميِّت 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؛ لأنَّ يمينه لإثبات مال الغير.

قوله: «ولا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلا مع حلف كل واحدٍ منهم» إلى آخره. الفرق بين اليمين والشاهد أنَّ اليمين متعلِّقها مال الحالف، وليس للإنسان أن يحلف لإثبات مال غيره، بخلاف الشاهد؛ فإنَّ الأصل فيه أن يثبت بشهادته مال غيره، ولا يترتب على شهادته لنفسه أثر، والغير بالنسبة إلى الشاهد سواء فيه المتعدّد والمتّحد، فشهادته بالمال الواحد للجميع كشهادته لكلّ واحد على انفراده بجزء منه على الإشاعة، فيقبل في حقّ الجميع، ويتوقّف كلّ واحد على اليمين تكملاً للحجّة.

قوله: «ولا يحلف مَنْ لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً».

لأنَّ الحلف على الحقّ شرطه الجزم به، وهو يتوقّف على العلم بما يحلف عليه، بمعنى العلم بكونه ملكاً له على وجه يتميّز عن غيره وإن لم يعلمه تفصيلاً. فلا يجوز الحلف على ما يجده مكتوباً بخطّه، أو بخطّ مورّثه وإن أمن التزوير.

قوله: «ولا ليثبت مالاً لغيره» إلى آخره.

إذا كان على الميِّت دين، وله على آخر دين، وله شاهد واحد فوظيفة الحلف معه على الوارث؛ لأنّه المالك وإن كان المنتفع بيمينه الغريم، كما لو كان مفلساً وله شاهد بدين، فإن حلف الوارث أخذ المال الغريم من دينه، إن شاء الوارث دفع العين، وإن امتنع من الحلف لم يكن للغريم الحلف عندنا؛ لأنّه لا يثبت^١ بيمينه مالاً لغيره؛ لما تقدّم من أنّ التركة تنتقل

١. فيما عدا «م، ض» والطبعة الحجرية: «لأنّه يثبت» بدل «لأنّه لا يثبت».

إلى ملك الوارث أو تكون على حكم مال الميِّت^١، وعلى التقديرين هي خارجة عن ملك الغريم قبل استيفائها، فحلفه قبله على إثبات الحقّ حلف لإثبات مال الغريم. وذهب بعض العامة إلى أنّه يحلف أيضاً؛ بناءً على أنّه إذا ثبت صار له، فكان كالوارث^٢. والفرق واضح؛ لأنّ الوارث إذا حلف صار له بالفعل، والغريم ينتقل بحلفه إلى الوارث ومنه إليه، فكان حلفه لإثبات مال غيره.

ولا يجبر الوارث على الحلف؛ لأنّه لا يجب عليه إثبات مال به لنفسه فضلاً عن مورّثه. وللغريم حينئذٍ محاكمة المدّعى عليه، فإن أحلفه مع الإنكار برئ من الغريم، لا من الوارث. فإن حلف الوارث بعد ذلك ثبت المال، وكان للغريم أخذه؛ لكشف اليمين عن كونه تركّةً، فيتعلّق بها الدّين كغيرها.

وهل يشترط في استحقاقه حينئذٍ قبض الوارث له، أم يجوز أخذه ولو من المدّعى عليه؟ وجهان، أصحّهما الجواز مطلقاً؛ لثبوت كونه تركّةً بحلف الوارث على التقديرين. ووجه العدم في الأوّل سقوط حقّ الغريم عن المدّعى عليه بحلفه له، وقد قال ﷺ: «ومَنْ حلف له فليرض»^٣.

وجوابه: القول بالموجب لكن هذا حقّ تجدد للميِّت بحلف الوارث، والرضى من حيث الحلف له لا ينافي استحقاق المطالبة من حيثية أخرى، وهي كونه قد صار تركّةً للميِّت فيتعلّق بها الدّين، كغيره من أمواله.

والقول في حلف المرتهن لو أقام شاهداً أنّه للراهن كالغرماء؛ لأنّ الملك أوّلاً يكون للراهن، ومنه ينتقل إلى المرتهن بشرطه، فلا يجوز حلفه لإثباته وإن امتنع الراهن من الحلف؛ لأنّه يثبت بيمينه مالاً لغيره وإن انتفع به. وكذا القول في غرماء المفلس لو كان له شاهد بمال.

١. تقدّم في ص ١٦٧.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٨٢-٨٣؛ الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ص ٤٧٢.

٣. تقدّم تخريجه في ص ١٤٠، الهامش ١.

● ولو ادّعى الجماعة مالاً لمورّثهم، وحلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى، وقسم بينهم على الفريضة.
ولو كان وصيةً قسموه بالسوية، إلا أن يثبت التفضيل. ولو امتنعوا لم يحكم لهم. ولو حلف بعض أخذ، ولم يكن للممتنع معه شركة.

قوله: «ولو ادّعى الجماعة مالاً لمورّثهم» إلى آخره.

لا كلام في استحقاقهم مع الحلف على حسب الفريضة أو الوصية؛ لأنه مال يثبت بالشاهد واليمين، وقد انتقل إليهم بزعمهم عن مورّثهم لا باليمين، وإنما اليمين رفعت الحجر الثابت بينهم وبينه شرعاً، فيستحقّونه على حسب الإرث، وفي الوصية بالسوية؛ لأن إطلاق العطية يقتضيها إذا لم ينصّ على خلافها.

هذا إذا حلف الكلّ، أما إذا حلف بعضهم، بأن كانا أخوين فحلف أحدهما، فإنه يستحق ما حلف عليه وينفرد به، ومن لم يحلف سقط حقه، فلا يشارك الحالف فيما حلف عليه؛ لأنه بتركه لليمين قد أبطل حجّته وأسقط حقه، فصار بمنزلة غير الوارث.

وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادّعى على آخر مالاً، وذكر سبباً موجباً للشركة كالإرث؛ فإنه إذا أقرّ لأحدهما شاركة الآخر فيما وصل إليه، فخصّ بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، وأعيان التركة مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف بأنه من التركة، بخلاف الدين، فإنه إنما يتعيّن بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف تعيّن لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه^١.

وهذا الحكم مبنيّ على ما إذا استوفى بعض الشركاء نصيبه من الدين هل يشاركه الآخر أم لا؟ وهذه التخصيصات لا توافق مذهب المصنّف من مشاركة الشريك في الدين فيما قبضه الآخر منه. ومع ذلك فلو انعكس الفرض انعكس الحكم.

وفرق آخرون بأن المدعي هناك تلقى الملك من إقرار ذي اليد، ثم ترتّب على ما أقرّ به

● ولو كان في الجملة موّلى عليه يوقف نصيبه ، فإن كمل ورشد حلف واستحقّ . وإن امتنع لم يحكم له ، وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه .

إقرار المصدّق بأنّه إرث؛ فلذلك شاركه فيه، بخلاف ما هنا؛ فإنّ السبب هنا الشاهد واليمين، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل بيمين غيره، ويعد أن يمتنع الإنسان من الحلف ثم يملكه بحلف غيره، مع أن اليمين لا تجري فيها النيابة. وعلى هذا فلا يفرّق بين العين والذّين. وقد يشكّل بأنّ سبب الملك ليس هو اليمين، بل الأمر السابق من إرث أو وصيّة وغيرهما، واليمين إنّما كشفت عن استحقاقه السابق ورفعت الحجر عنه.

ولو فرض حلف الآخر بعد ذلك، فإن كان قبل الدفع إلى الأوّل فلا كلام. وإن كان بعده ففي مشاركة الثاني له وجهان، من وجود السبب المقتضي للشركة، وسبق الحكم باختصاص الأوّل بما حلف عليه وقبضه. وتظهر الفائدة في المشاركة في النماء الحاصل قبل يمين الثاني. قوله: «ولو كان في الجملة موّلى عليه يوقف نصيبه» إلى آخره.

إذا كان في جملة المدّعين بالشاهد موّلى عليه - كالصبيّ والمجنون - فلا سبيل إلى إثبات حقّه قبل كماله؛ لأنّ اليمين لا تقبل النيابة، بل يوقف نصيبه إلى أن يكمل ويحلف مع شاهده. ولا يجوز انتزاعه من المدّعى عليه؛ لأنّه لم يثبت خروجه عن ملكه.

وفي مطالبته بكفيل وجه، تقدّم مثله فيما لو أقام المدّعي بيّنة وتوقّفت على التعديل^١. والأقوى العدم؛ لأنّ سبب الملك لم يتمّ قبل اليمين، فلا وجه لتعجيل تكليف المدّعى عليه بما لم يثبت موجب، فإذا كمل وحلف أخذ النصيب.

وهل يشارك الحالف فيما قبضه؟ وجهان؛ لأنّه قد ثبت بيمينهما كون المدّعى به ملكاً لهما، فإذا كان السبب مشتركاً - كالإرث - فهو مشترك بينهما على سبيل الإشاعة، ومن حكم المشترك أنّ ما حصل لهما وما توى منهما.

مسائل خمس:

الأولى: • لو قال: «هذه الجارية مملوكتي وأمّ ولدي» حلف مع شاهده، ويثبت رقيتها دون الولد؛ لأنّه ليس مالا، ويثبت لها حكم أمّ الولد بإقراره.

ووجه العدم أنّ غير الحالف لم يثبت له قبل يمينه شيء، وإلا لاستحقّ بيمين غيرّه، وهو باطل، ومن ثمّ لو نكل عن اليمين فلا حقّ له، وإن كان السبب مشتركا على ما تقرّر. والأوّل لا يخلو من قوّة؛ لأنّ اليمين كاشفة عن ملكه من حين موت المورث، وإنّما تأخّر ثبوته ظاهراً.

قوله: «لو قال: هذه الجارية مملوكتي وأمّ ولدي، حلف مع شاهده» إلى آخره. إذا كان في يد إنسان جارية وولدها، فادّعى عليه آخر بأنّها أمّ ولده، وأنّ هذا الولد منها استولده في ملكه، وأنّه حرّ الأصل، فقد ادّعى في الجارية أمرين: أحدهما: أنّها مملوكته. والثاني: أنّها أمّ ولده، تعتق بموته من نصيب ولدها.

وادّعى في ولدها أمرين: أحدهما: النسب. والثاني: الحرّيّة. فأما الجارية فإذا أقام شاهداً وحلف معه قضى له بملكها؛ لأنّ أمّ الولد مملوكة؛ ولهذا كان له استخدامها والاستمتاع بها وإجارتها وتزويجها وشبهه، وإذا قتلها قاتل كان له قيمتها، فيقضى له بها بالشاهد واليمين، كالأمّة القنّ، وإذا حكم له بها حكم بأنّها أمّ ولده باعترافه لا بالشاهد واليمين. وحينئذٍ فإن ملك الولد أو تحرّر لحق به، وعتقت من نصيبه.

وأما الولد فلا يقضى له بالشاهد واليمين؛ بناءً على أنّ النسب والعتق لا يثبت به. وهو في النسب موضع وفاق. وأمّا العتق فإنّنا وإن قلنا بثبوته به، لكنّه هنا تابع للنسب لا واقع بالذات، وانتفاء المتبوع يستتبع التابع.

ويحتمل ثبوته، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر، فيثبت عتقه بالشاهد واليمين؛ بناءً على ثبوت العتق بهما، ولا يقدح فيه التبعية؛ لأنّه مدّعى به في الجملة، ولأنّنا حكمنا له بالجارية، والولد فرعها، فكان كمالو ثبت غصب جاريته،

الثانية: ● لو ادعى بعض الورثة أن الميِّت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم، فإن حلف المدَّعون مع شاهدهم قضي لهم، وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً وكان نصيب المدَّعين وقفاً. وإن حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقي طلقاً، تقضى منه الديون وتخرج الوصايا، وما فضل ميراثاً، وما يحصل من الفضل للمدَّعين يكون وقفاً.

فإنه يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب، ولأنَّ ثبوت الاستيلاء يقتضي ذلك. وعلى هذا، فينتزع الولد، ويصير حرّاً نسبياً بإقرار المدَّعي. والأظهر الأوَّل؛ لأنه لا يدعى ملك الولد ولا عتقه، وإنما يدعى نسبه وحرّيَّته، وهما لا يثبتان بهذه الحجّة. وعلى هذا فيبقى الولد في يد صاحب اليد.

وهل يثبت نسبه بإقرار المدَّعي؟ يبنى على ما لو استلحق عبد الغير، وقد تقدّم البحث فيه في بابه^١. والوجه ثبوته، وحرّيَّته على تقدير انتقاله إلى ملكه في وقت ما لا معجلاً. قوله: «لو ادعى بعض الورثة أن الميِّت وقف عليهم داراً - إلى قوله - بامتناع الأوَّل». إذا كان الوارث جماعةً فادعى بعضهم أن المورث وقف عليهم بعض أعيان التركة - كدار مثلاً - وأنكر باقي الورثة، وأقاموا شاهداً واحداً ليضموا إليه اليمين، وقلنا بثبوت الوقف بشاهد ويمين، فالوقف المدَّعى يقع على وجهين: أحدهما: أن يدعوا وقف الترتيب، فيقولوا: وقف علينا وبعدنا على أولادنا أو على الفقراء.

والثاني: أن يدعوا وقف التشريك. والبحث في هذه المسألة عن الوجه الأوَّل بقريئة قوله: «ولو انقض الممتنع كان للبطن الذي يأخذ بعده الحلف» إلى آخره. وحينئذٍ فإما أن يحلف جميع من ادعى الوقف منهم مع الشاهد، أو ينكلوا، أو يحلف بعضهم وينكل بعض، فإن حلفوا جميعاً ثبت لهم الوقف، ولا حقّ لباقي الورثة في الدار.

ولو انقرض الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقهم بامتناع الأول.

ثم إذا انقرض المدعون معاً أو على التعاقب، فهل يأخذ البطن الثاني الدار بغير يمين، أم يتوقف حقهم على اليمين؟ فيه وجهان، مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الأول أو من الواقف.

فإن قلنا بالأول - وهو الأشهر - فلا حاجة إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات؛ فإن وارثه يأخذه بغير يمين، ولأنه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدوم، كما لو ثبت بالشاهدين، ولأنه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده إلى اليمين، كما لو كان للمدعي ملكاً، ولأن البطن الثاني وإن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً للميت بشاهدين وللميت غريم، فإن له أن يأخذه بغير يمين، فإذا انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث والرابع عاد هذا الخلاف.

وإن قلنا بالثاني لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأول. وعليه، فلو كان الاستحقاق بعد الورثة - كالأولاد مثلاً - للفقراء، وكانوا محصورين - كفقراء قريته ومحلته - فالحكم كالأول. وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف؛ لعدم إمكان إثباته باليمين، وعادت الدار إرثاً. وهل تصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان.

ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف؛ بناءً على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف المنقطع، ويجري فيه الخلاف الذي تقدم في الوقف^١.

ولو مات أحد الحالفين صرف نصيبه إلى الآخرين، فإن لم يبق إلا واحد صرف الكل إليه؛ لأن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراض الأولين.

وهل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ

بيمين أم لا؟ فإن قلنا بعدم افتقاره إلى اليمين فهنا أولى. وإن قلنا باليمين ففيه هنا وجهان، من انتقال الحق إلى الباقي من غيره، فيفتقر إلى الحلف، ومن كونه قد حلف مرّةً وصار من أهل الوقف، فيستحقّ بحسب شرط الواقف تارةً أقلّ وتارةً أكثر.

هذا حكم ما إذا حلفوا جميعاً. ولو نكلوا جميعاً عن اليمين فالدار تركه، تقضى منها الديون والوصايا، ويقسم الباقي على الورثة، ويكون حصّة المدّعين وفقاً بإقرارهم، وحصّة باقي الورثة طلقاً لهم. فإذا مات الناكلون ففي صرف حصّتهم إلى أولادهم على سبيل الوقف بغير يمين وجهان، مبنين على تلقي الوقف كما تقدّم^١.

وهل للأولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف؟ وجهان، من كون الأولاد تبعاً لأبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، ومن أنّهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيّة. وربما بني الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصحّ أم لا؟ فإن منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع؛ لانقطاعه قبل طبقتهم. وإن جوزناه جاء الوجهان.

والحقّ مجيئهما وإن منعنا من الوقف المنقطع الأوّل؛ لأنّ حلف الأولاد^٢ اقتضى عدم انقطاعه في الواقع، وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آبائهم، ولأنّ البطن الثاني كالأوّل؛ لأنّ الوقف صار إليهم بالصيغة الأولى عن الواقف، ولأنّ منع الثاني من الحلف يؤدي إلى جواز إفساد البطن الأوّل الوقف على الثاني، وهذا لا سبيل إليه، فالقول بجواز حلفهم أقوى. وهو خيرة الشيخ في المبسوط^٣ والمصنّف وغيرهما^٤.

ولو حلف بعضهم دون بعض، بأن كانوا ثلاثة فحلف واحد ونكل اثنان، يأخذ الحالف الثلث وفقاً، والباقي تركه تقضى منه الديون والوصايا، وما فضل يقسم بين جميع الورثة.

١. تقدّم في ص ١٨٢.

٢. في «ض. م.»: «الأوّل» بدل «الأولاد».

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦١.

٤. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥١.

على ما يقتضيه ظاهر العبارة؛ فإنه حكم بأن ما فضل يكون ميراثاً، ومقتضاه اشتراك جميع الورثة فيه. والعلامة تبعه على هذه العبارة^١، وصرّح بذلك بعضهم^٢.

ووجهه أن الوراث الذين لم يدعوا الوقف - وهم المستحقون لهذه الحصّة - يعترفون بأنّها حقّ لجميع الورثة، وإن كان بعضهم - وهو مدّعي الوقف - قد ظلم في أخذ حصّته منه يمينه، ولا يحسب عليه ما أخذه من حقّه في الباقي؛ لأنّه معيّن - وهو الدار المفروضة - لا مشاع، فيؤاخذون بإقرارهم، ويقسّم على الحالف وغيره. وعلى هذا فما يخصّ الحالف يكون وقفاً على الناكِلين؛ لأنّ الحالف يعترف لهم بذلك.

وقيل: إنّ الفاضل يقسّم بين المنكرين من الورثة والذين نكلوا، دون الحالف؛ لأنّه مقرّر بانحصار حقّه فيما أخذه، وأنّ الباقي لإخوته وقفاً^٣. واختار هذا القول في المبسوط؛ لأنّه قال:

لو حلف واحد منهم دون الآخرين، فنصيب من حلف وقف عليه، والباقي ميراث بين الآخرين وبقية الورثة^٤.

ثمّ حصّة الناكِلين تصير وقفاً بإقرارهما. وإذا مات الناكِلان والحالف حيّاً، فنصيبهما للحالف على ما شرط الواقف بإقرارهم. وفي حاجته إلى اليمين ما سبق من الوجهين. فإذا مات الحالف فلاستحقاق للبطن الثاني. وفي حلقهم الخلاف الذي مرّ، وإن كان الحالف حيّاً عند موت الناكِلين فأراد أولادهم أن يحلفوا، فعلى القولين المذكورين في أولاد الجميع إذا نكلوا. والأصحّ أن لهم الحلف.

وما حكم نصيب الحالف الميّت قبلهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّه يصرّف إلى الناكِلين؛ لأنّه قضية الوقف، إذ لا يمكن جعله للبطن الثاني؛

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥١.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٥٩.

٣. حكاة النووي عن المحاملي والبغوي في روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٥٩.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦١.

الثالثة: • إذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده ثبتت الدعوى، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة؛ لأن الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده. وكذا إذا انقرضت البطون، وصار إلى الفقراء أو المصالح.

أما لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني إلى اليمين؛ لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى.

لبقاء البطن الأوّل، ولأنّه أقرب الناس إلى الواقف، وعلى هذا ففي حلفهم الخلاف السابق، فإن قلنا بالحلف سقط بالنكول كالأوّل.

والثاني: أنّه يصرّف إلى البطن الثاني؛ لأنّه بنكول الناكل سقط حقه وصار كالمعدوم، وإذا عدم البطن الأوّل كان الاستحقاق للثاني. وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط^١.

والثالث - وهو أضعفها - أنّه وقف تعذّر مصرفه؛ لأنّه لا يمكن صرفه إلى الباقيين من البطن الأوّل؛ لنكولهم، ولا إلى البطن الثاني؛ لأن شرط استحقاقه انقراض البطن الأوّل، فإذا تعذّر مصرف الوقف بطل كمنقطع الآخر، ورجع إلى أقرب الناس إلى الواقف.

ويحتمل على هذا صرفه في وجوه البر؛ لأنّ هذا الانقطاع لم يكن واقعاً وإنما طراً، فكان كما لو بطل رسم المصلحة الموقوف عليها.

وعلى هذا، فإذا زال التعذّر - بأن مات الناكل وانتقل إلى البطن الثاني - جاء في حلفه ما مرّ. وكذا حلف أقرب الناس إليه إذا كان هو الناكل.

قوله: «إذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده» إلى آخره.

البحث في القسم الأوّل من هذه المسألة كما سبق، وكأنّه أعاده لينبّه على الفرق بين وقف الترتيب والتشريك، حيث إنّ الثاني يفتقر فيه البطن الثاني إلى اليمين قطعاً، بخلاف وقف الترتيب. والفرق ما أشار إليه المصنّف (رحمه الله)، من أنّ البطن الثاني على تقدير التشريك بمنزلة البطن الأوّل، في أنّه يتلقّى الوقف من الواقف بلا واسطة، فلم يكن له شيء منه بغير

● فلو ادعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً، فحلفوا مع الشاهد، ثم صار لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أربعاً.

ولا تثبت حصّة هذا الولد ما لم يحلف؛ لأنّه يتلقّى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى. ويوقف له الربع، فإن كمل وحلف أخذ. وإن امتنع،

يمين، بخلاف الأول، فإنّه يتلقّى الوقف بواسطة البطن الأول، فكان كالتابع له؛ فلذا وقع الخلاف فيه.

وقد كان يستغنى في هذه المسألة بذكر قسم التشارك، ويجعل قسيماً للسابقة، ويبيّن الفرق.

قوله: «فلو ادعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم - إلى قوله - بعدم استحقاق الربع».

هذا فرع على القسم الثاني، وهو ما لو كانت الدعوى كون الوقف تشاركاً. فإذا ادعى ثلاثة إخوة من جملة الورثة أنّ الوقف عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا وقف تشاركاً، وأقاموا شاهداً، وحلفوا معه تفرعاً على ثبوت الوقف بذلك، فإنّه يثبت الوقف بالنسبة إليهم، فإذا وجد لأحدهم ولد فقد صار الوقف أربعاً بعد أن كان أثلاثاً، فيعزل له نماء الربع إلى حين بلوغه؛ لاعتراف الموقوف عليهم بذلك مع ثبوت يدهم، وإن كان الحق لم يثبت له بعد؛ لتوقّفه على يمينه. وفي تسليمه إلى وليّه أو يوضع في يد أمين وجهان، منشئهما مؤاخذتهم بإقرارهم، كما لو كانت العين في يد ثلاثة فاعترفوا بربعها لصبي؛ فإنّه يلزم الإقرار ويدفع إلى وليّه، ومن عدم ثبوت الحق له حينئذ؛ لتوقّفه على اليمين. وهذا هو الأصح. والفرق بينه وبين الإقرار أنّه منحصر في حق أنفسهم؛ ولهذا لم يلزم فيه يمين، بخلاف الوقف؛ فإنّ اعترافهم به في حقّ البطن اللاحقة وفي حقّ أنفسهم، ومن ثمّ احتيج مع اعترافهم إلى اليمين مع الشاهد.

ثمّ إذا بلغ فلا يخلو إمّا أن يحلف، أو ينكل، أو يموت قبل ذلك. فإن حلف أخذ الربع وغلّته المتجدّدة بعد ولادته. وإنّما وجب عليه اليمين؛ لما تقدّم من أنّه يتلقّى الوقف عن الواقف^١، فهو كالوجود حال الدعوى، فلا يأخذ بيمين غيره. وكذا القول في غيره من

قال الشيخ: يرجع ربه على الإخوة؛ لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم، وبامتناعه جرى مجرى المعدوم. وفيه إشكال ينشأ من اعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع.

البطون. ولكن لا يجوز له الحلف إلّا مع العلم بالحال، لا استناداً إلى قول الشاهد وشركائه في الوقف مطلقاً. ويمكن فرض علمه بذلك بسماعه ذلك من جماعة يحصل بقولهم العلم، ومن جملتهم الشاهد والشركاء. ويشترط مع ذلك عدم علم الحاكم بذلك، وإلّا لم يفتقر إلى اليمين؛ لأنّه حينئذٍ يحكم بالاستفاضة كما سلف. ويمكن فرض علمه دون الحاكم، بأن سمع ذلك في غير بلد الحاكم، أو في بلده ممّن لم يسمع الحاكم منه. ومثله الشاهد عند الحاكم بالاستفاضة؛ فإنّه يشهد بالتسامع مع إمكان الوصول إلى الحاكم ولكن لم يتفق. وإن نكل ففي مصرف الربع وجوه:

أحدها - وهو الذي ذهب إليه الشيخ في المبسوط^١ - ردّه إلى الإخوة؛ لإثباتهم أصل الوقف، والولد بنكوله يجري مجرى المعدوم، فلا مزاحم لهم إذن، ولأنّ الواقف جعل الثلاثة أصلاً في الاستحقاق، ثم أدخل من يتجدّد على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمة بحالها على الأصول كما كانت. وشبهوه بما إذا مات إنسان وخلف ألفاً، فجاء ثلاثة وادّعى كلّ واحد ألفاً على الميّت وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه فالألف بينهم، وإن حلف اثنان فهي لهما، وإن حلف واحد فهي له.

وأجيب عن الأوّل بأنّ الإخوة معترفون بأنّ الربع له، فكيف يجوز لهم أخذه بامتناعه من اليمين؟ بل يجب أن يوقف إلى أن يحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه^٢.

وعن الثاني بمنع الحكم في الأصل المشبّه به، بل ليس لصاحب الدّين الأوّل إذا لم يحلف الثاني إلّا أخذ حصّته، إلّا أن يقضى بالنكول أو يبرؤه الثاني من حقّه؛ لأنّ الثاني أبطل حقّه حينئذٍ، بخلاف النكول بمجرّده عند من لم يقض بسطلان الحقّ به؛ ولهذا لو

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٤.

٢. أجاب به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥١.

لم يحلف مع الشاهد ثم أتمّ البيّنة لسمعت وحكم بها.

وثانيها: صرفه إلى الناكِل؛ لاعتراف الإخوة له بالاستحقاق دونهم. وأورد في المبسوط على نفسه ذلك، ثمّ أجاب عنه بأن:

الإقرار ضربان: مطلق، ومقرن إلى سبب، فإذا عزي إلى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقرّ به، كقولهم: مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله، فردّ ذلك زيد، فإنّه يعود إلى من اعترف بذلك، وكذلك من اعترف لغيره بدار في يده فلم يقبلها الغير عادت إلى المقرّ، فكذلك هنا^١.

ولا يخفى ضعف هذا الجواب؛ لأنّ ثبوت السبب متحقّق بالنسبة إلى المقرّ، وإنّما تخلف بالنسبة إلى المقرّ له، ولازم ذلك انتقال المقرّ به عمّن ثبت السبب في حقّه، وإن لم يثبت في حقّ الآخر. وادّعاؤه أنّ من أقرّ لغيره بدار في يده فلم يقبلها أنّها تعود إلى المقرّ له، إن أراد بعدم قبوله لها عدم تصديقه على صحّة هذا الإقرار المطلق، فلا نسلم أنّها تعود إلى المقرّ بمجرد الإنكار، بل تبقى مجهولة المالك، كما تقرّر في بابه^٢. وإن أراد إقرارهم بسبب يتوقّف على قبوله فلا نسلم ثبوت السبب بمجرد إقرارهم؛ لتوقّفه على القبول ولم يحصل.

وبهذا يظهر الفرق بين مسألة النزاع ومسألة الوصية التي ذكرها؛ لأنّ إقرارهم بالوصية له لا يقتضي ملكيته؛ لأنّ الوصية لا تملك إلا بالقبول على وجهه، فإذا ردّ بطلت الوصية، بخلاف المتنازع؛ لأنّهم يعترفون له بالملك، سواء حلف أم لا، وإنّما اعتبر حلفه مراعاةً لحقّ البطون المتجدّدة، فإذا ردّ لم يخرج عن كونه ملكاً له بإقرارهم، فلا يعود إليهم، كما لو لم يعترف المقرّ له بالشيء المقرّ به الذي لا يتوقّف انتقال ملكه عن المقرّ على القبول. نعم، لو تمّ له مثاله الثاني لأتى مثله في صورة النزاع، لكنّه ممنوع.

وثالثها: أنّه وقف تعذّر مصرفه؛ إذ لا يصرف إلى الإخوة لما ذكرنا، ولا إلى الولد؛ لعدم

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٤.

٢. تقدّم في ج ٨، ص ٦١٥.

● لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميِّت؛ لأنَّ الوقف صار أثلاثاً، وقد كان له الربع إلى حين الوفاة. فإن بلغ وحلف أخذ الجميع، وإن ردَّ كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميِّت والأخوين، والثلث من حين الوفاة للأخوين. وفيه أيضاً إشكال كالأول.

الرابعة: ● لو ادَّعى عبداً وذكر أنَّه كان له وأعتقه فأنكر المتشبَّث قال الشيخ: يحلف مع شاهده ويستنقذه. وهو بعيد؛ لأنَّه لا يدَّعي مالاً.

ثبوته له، فيرجع إلى الواقف أو ورثته كمنقطع الآخر، أو إلى البرِّ، كما قرَّرناه في السابق.

قوله: «ولو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث» إلى آخره.

هذا من جملة الفروع على الفرض المذكور، وهو ما إذا مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل؛ فإنَّه يعزل له ثلث المدَّعى وقفه بعد أن كان قد عزل له الربع، بمعنى إكمال الربع بنصف سدس؛ لأنَّ الوقف بموت أحدهم قد صار أثلاثاً بين الأخوين وابن الأخ بعد أن كان أرباعاً. فإذا بلغ الولد وحلف أخذ الجميع، وهو الربع إلى حين وفاة الأخ، وتعام الثلث من حين الوفاة إلى أن حلف.

وإن نكل رجع الربع من حين ولادته إلى حين الوفاة إلى الأخوين الباقيين، وورثة الميِّت من الإخوة؛ لأنَّهم كانوا أرباب الوقف ذلك الوقت، والثلث من حين الوفاة إلى حين النكول للأخوين خاصَّةً.

هذا على قول الشيخ (رحمه الله)^١. وعلى الوجه الثاني فجميع ذلك للناكل؛ لاعتراف الإخوة له به. وعلى الثالث للواقف وأقرب الناس إليه. ووجه الإشكال الذي ذكره المصنَّف هنا يظهر من السابق.

قوله: «لو ادَّعى عبداً وذكر أنَّه كان له وأعتقه فأنكر المتشبَّث» إلى آخره.

وجه ما اختاره الشيخ أنَّ المدَّعي يدَّعي ملكاً متقدِّماً^٢، وحبَّته تصلح لإثبات الملك.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٦٤.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٥٨.

الخامسة: • لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ حلف وحكم له. وإن كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين الواحدة، وكانت شهادة الشاهد لوثاً، وجاز له إثبات دعواه بالقسامة.

وإذا ثبت الملك ترتّب عليه العتق بإقراره، كمسألة الاستيلاء السابقة.

والمصنّف (رحمه الله) ينظر إلى أن دعواه العتق قبل الحلف يقتضي أنه لا يدّعي الآن مالاً وإن كان ذلك في الأصل، وإنما يدّعي حرّيّة العبد، فلا يثبت بشاهد ويمين. وعلى تقدير القول بثبوت العتق بذلك إنما يكون الحلف ممتنعاً لضعفه لنفسه وهو العبد، أمّا المولى فلا؛ لأنه يدّعي لغيره. اللهم إلا أن يدّعيه لأجل إثبات الولاء، بأن يكون العتق موجباً له، فيتّجه حينئذٍ حلف المولى.

وعلى القول بالمنع من حلف المولى يفرّق بين هذه المسألة ومسألة الاستيلاء، بأن مدّعي الاستيلاء يدّعي ملكاً ثابتاً بالفعل؛ لأنّ أمّ الولد مملوكة للمولى، وهو ممّا يثبت بهذه الحجّة، ولما كانت أمومة الولد تستلزم ولد أمته كان إثبات الولد وانعتاقه تابعاً ولازماً لما يثبت بالشاهد واليمين لا بالاستقلال، بخلاف عتق العبد؛ فإنّه ليس له أصل يثبت بذلك ليستند إليه ويتبعه، فلا يثبت مستقلاً.

قوله: «لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً، فإن كان خطأً أو عمد الخطأ حلف وحكم له وإن كان عمداً موجباً للقصاص» إلى آخره.

قد تقدّم في أوّل الباب أنّ الجناية الموجبة للمال تثبت بالشاهد واليمين^١، ومنها الجناية خطأً وشبيهه الخطأ، وأنّ الجناية الموجبة للقصاص لا تثبت بهذه الحجّة؛ لأنّها ليست مالاً. وإنما أعادها لينبّه على ثبوت اللوث بالشاهد الواحد، فللمدّعي أن يحلف معه القسامة ويثبت بها القصاص. وسيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى^٢.

١. تقدّم في ص ١٧١-١٧٢.

٢. يأتي في ج ١٢، ص ٣٧٨.

خاتمة تشمل فصلين:

الأول في كتاب قاضٍ إلى قاضٍ

- إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إمّا بالكتاب، أو القول، أو الشهادة.
- أما الكتابة، فلا عبرة بها؛ لإمكان التشبيه.

قوله - في كتاب قاضٍ إلى قاضٍ -: «إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إمّا بالكتاب» إلى آخره. المشهور بين أصحابنا أنه لا عبرة بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ، بمعنى أنه إذا كتب حكماً بشيء وأنفذه إلى غيره من القضاة ليس لهم الاعتماد على الخطّ وإنفاذه مطلقاً؛ لأنّ الخطّ يحتمل التزوير، وعلى تقدير الأمن منه يمكن كتبهته من غير قصد تحقيقه.

ويظهر من ابن الجنيّد جوازه في حقوق الآدميين دون حقّ الله تعالى؛ لأنّه قال:

لا يجوز عندنا كتاب قاضٍ إلى قاضٍ في حدّ لله وجب على أحد من بلد المكتوب إليه، فإن كتب القاضي بذلك لم يكن للمكتوب إليه أن يقيمه، فأما ما كان من حقوق الناس بعضهم على بعض في الأموال وما يجري مجراها دون الحدود في الأبدان، فجائز كتاب القضاة من قبل إمام المسلمين بعضهم إلى بعض^١.

وللعامة في ذلك اختلاف أيضاً^٢، فمنهم من منعه مطلقاً^٣ كما قلناه، ومنهم من أجازته مطلقاً^٤، ومنهم من أجازته مع الوثوق بالخطّ والختم^٥.

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٥، المسألة ٤٥.

٢. في حاشية «و»: «المانع منه مطلقاً الشافعي، والمجوز له مطلقاً أبو حنيفة... (منه رحمه الله)».

٣. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ١٥١، حكاه عن أبي حنيفة.

٤. المهذب، الشيرازي، ج ٢، ص ٣٨٨ - ٣٨٩: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٥٨ - ٤٥٩، المسألة ٨٢٧٨: بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١١: روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٦٢.

٥. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢١٣: حلية العلماء، ج ٨، ص ١٥١ - ١٥٢: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٧٠ - ٤٧٢، المسألة ٨٢٨٣: روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٦٣.

وأما القول مشافهةً، فهو أن يقول للآخر: «حكمت بكذا» أو «أنفذت» أو «أمضيت» ففي القضاء به تردد، نصّ الشيخ في الخلاف أنه لا يقبل.

● وأما الشهادة فإن شهدت البيّنة بالحكم وبإشهاده إياها على حكمه تعيّن القبول؛ لأنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه؛ إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب، وتكلّف شهود الأصل التنقل متعذّر أو متعسر، فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، ولا وسيلة إلّا رفع الأحكام إلى الحكّام، وأتمّ ذلك احتياطاً ما صورناه.

وأما إنهاء الحاكم إلى آخر بالقول، بأن يقول له: إنّي حكمت بكذا ونحوه، ففي جواز قضاء السامع به - بمعنى إنفاذه له - خلاف، فذهب الشيخ في الخلاف إلى عدم القبول^١. ووجهه بأنّه حكم من الثاني بغير علم، وقد نهى الله تعالى عنه^٢، خرج منه ما دلّ عليه دليل من خارج، فيبقى الباقي على الأصل. والأصحّ القبول؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى من جوازه مع الشهادة على حكمه^٣، فمع مشافهته أولى.

قوله: «وأما الشهادة فإن شهدت البيّنة بالحكم وبإشهاده إياها على حكمه تعيّن القبول - إلى قوله - لأنّها تثبت ما لو أقرّ الغريم به لزم».

هذا هو القسم الثالث من إنهاء قاضٍ إلى آخرٍ مضمونٍ حكمه بطريق الإشهاد على الحكم. وقد اختلف الأصحاب في جواز إنفاذه للحاكم المنهيّ إليه الحكم بشهادة الشهود، فذهب بعضهم إلى عدم جواز ذلك^٤، وآخرون إلى جوازه، ومنهم المصنّف (رحمه الله)

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٤٥، المسألة ٤٢.

٢. الإسراء (١٧): ٣٦.

٣. سيأتي عن قريب.

٤. لم نعرّض على مصرّح بذلك، ولكن يشعر كلام العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٦ - ٤٤٧، المسألة ٤٦ بوجود قائل به.

لا يقال: يتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل.
 لأنّا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل، والشهادة الثالثة لا تسمع.
 ولأنّه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

وجماعه^١، وقد استدلّ على جوازه بوجوه أربعة:

الأوّل: أنّ ذلك ممّا تمسّ إليه الحاجة، فوجب في الحكمة نصب أمين شرعي له.
 ووجه الحاجة أنّ أرباب الحقوق قد يحتاجون إلى إثباتها في البلاد المتباعدة، ولا يكون لهم فيها شهود بالحقّ، ويكون شهودهم في بلاد أخرى، ولا يتيسّر نقلهم إلى بلد الحقّ، فمست الحاجة إلى إثباته في بلد الشهود، والاتّفاق في بلد المدعى عليه أو الذي فيه الحقّ، ولا وسيلة إلى ذلك إلاّ برفع الأحكام من بلد الشهود إلى الحكام في بلد الحقّ؛ ليتوصّل ذو الحقّ إلى حقّه، وإلّا لزم تعطيل الحقوق، وهو منافي للحكمة.
 والضرورة إلى إثبات الحقّ كما تندفع بذلك تندفع بشهادة الشاهدين على شهود الأصل، ثمّ شهادة الفرع عند الحاكم الذي يريد إنهاء الحكم عنده.

الإلّا أنّ في الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، من حيث إنّها مقصورة على المرتبة الثانية، فلا تسمع الشهادة الثالثة على الشهادة، والمرتبة الثالثة من الشهادة على الشهادة بمنزلة المرتبة الثانية من الشهادة على الشهادة على الحكم، فتكون مسموعة. فإذا تعذّر وصول شهود الأصل في المرتبة الأولى من الشهادة على الحكم حصل الغرض من الشهادة عليهما، دون ما لو كانت الشهادة على شهادة الأصل؛ لأنّها تنقص عنها بمرتبة، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبة الثالثة التي هي ثانية في الشهادة على الحكم.

الثاني: أنّه لو لم يشرع إنهاء الأحكام لبطلت الحجج مع تطاول المدّة؛ لأنّ الحاكم يموت فيبطل حكمه، فتنفني فائدة الحكم حينئذٍ، بخلاف ما إذا أشهد على حكمه ولو قبل

١. منهم الشيخ، انظر الخلاف، ج ٦، ص ٢٤٥، المسألة ٤٢؛ ويحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع، ص ٥٣٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٦، المسألة ٤٦؛ وقواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥٦؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٦٤؛ والسيوري في التفتيح الرائع، ج ٤، ص ٢٦١.

ولأنّ المنع من ذلك يؤدّي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول اتّصلت المنازعة.

ولأنّ الغريمين لو تصادقا أنّ حاكماً حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم الأول، فكذا لو قامت البيّنة؛ لأنّها تثبت ما لو أقرّ الغريم به لزم.

موته بيسير؛ فإنّ الشهود تصير طبقةً ثانيةً بعده، فإذا أنفذ حكمه بشهادتهم طال زمان نفوذ الحجّة والانتفاع بها، وهلمّ جرّاً بالنسبة إلى الحاكم الثاني والثالث، فيستمرّ الانتفاع بالحجّة.

الثالث: أنّ المنع من ذلك يؤوّل إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى حاكمٍ آخر، فإذا لم ينفذ حكم الأول يجب عليه سماع الدعوى. ثمّ قد يكون عالماً بعدالة شهود الحقّ، فيحكم له كالأول. ثمّ يحاكمه إلى آخر كذلك، إمّا توصّلاً إلى حاكمٍ يختلّ معه بعض الشرائط المعيّنة في إثبات الحقّ فينتفي عنه، أو يحصل بتكرار الخصومة مشقّة زائدة على المحكوم له، بخلاف ما إذا أنفذ حكم الأول، فإنّ الخصومة ترتفع حينئذٍ، ويمضى الحكم الأوّل على وجهه. وهذا هو الموافق لنصب الحكّام من الشارع؛ فإنّهم وضعوا لفصل الخصومات وقطع المنازعات، دون ما يوجب استمرار الخصومة.

الرابع: أنّ الغريم لو أقرّ عند الحاكم أنّ حاكماً حكم عليه بالحقّ ألزمه الحاكم المقرّ عنده به بالحقّ؛ لأنّ إقراره بذلك إقرار بشبوت الحقّ عليه شرعاً، وإذا كان الحاكم الثاني يلزم الغريم بإقراره بالحكم ويقطع الخصومة بذلك، فكذا إذا شهدت عنده البيّنة بحكم الحاكم بذلك؛ لأنّ البيّنة تثبت ما لو أقرّ به الغريم لزم، فإذا كان الإقرار بالحكم ملزماً كانت البيّنة عليه ملزمة.

● لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ، ولا العمل به. ورواية طلحة بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنَّ علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ، في حدٍّ ولا غيره، حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبيئات». لأنَّ نجييب عن الأوَّل بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع؛ لأنَّ المنع من العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته. ونحن^١ فلا عبرة عندنا بالكتاب، مختوماً كان أو مفتوحاً. وإلى جواز ما ذكرنا أو ما الشيخ أبو جعفر (رحمه الله) في الخلاف.

قوله: «لا يقال: فتوى الأصحاب أنه لا يجوز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ - إلى قوله - فكان الكتاب ملغى».

هذا إشارة إلى حجة المانع من إنفاذ القاضي حكم قاضٍ آخر وإن شهدت البيئته عنده بحكمه. ومرجع الحجَّة إلى أمرين:

أحدهما: إجماع الأصحاب على أنه لا يجوز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ، بمعنى أنه لا عبرة به ولا يترتب عليه حكم، وإجماع الأصحاب حجة، والمخالف لهم في ذلك منهم معلوم النسب، فلا يقدح فيه على ما تقرَّر في محلّه.

والثاني: الرواية المشهورة عن طلحة بن زيد والسكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنَّ علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ»^٢، وإنما جوَّزه القضاة في زمن بني أمية. فكان باطلاً.

وأجاب المصنّف (رحمه الله) بمنع الإجماع على خلاف صورة النزاع؛ فإنَّ الإجماع على تقدير تسليمه إنما وقع على منع العمل بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ بمجرد الكتابة، من غير أن يحكم به باللفظ ويشهد على حكمه وينهي الشهود ذلك إلى حاكم آخر فينفذه، وهذا ليس

١. في الطبعة الحجرية من الشرائع: وجواهر الكلام، ج ٤٠، ص ٣١٠: «ونحن نقول».

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٠٠، ح ٨٤٠ و٨٤١.

ونجيب عن الرواية بالظن في سندها؛ فإنّ طلحة بترى، والسكوني عامي. ومع تسليمها نقول بموجيها؛ فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلاً ولو شهد به، فكان الكتاب ملغىً.

منعاً من العمل بحكمه مع ثبوته. ونحن نسلم أنّه لا عبرة بالكتاب بمجرد، سواء كان مختوماً أم لا، وإنّما يجوز إنفاذ الحاكم الثاني حكم الأوّل على تقدير ثبوت حكمه عنده بالبيّنة، وهذا أمر خارج عمّا ادّعي الإجماع عليه.

فحاصل الجواب يرجع إلى أنّ الإجماع المدّعى واقع على خلاف موضع النزاع، فلا يكون مسموعاً، مع أنّا نمنع الإجماع على ما ذكره أيضاً؛ لأنّ ابن الجنيد قد جوزّه على ما عرفت^١، وهو من أجلّة الأصحاب، ومعلومية نسبه وكونها غير قادحة في الإجماع قد بيّنا ما فيه غير مرّة.

وعن الرواية بأمرين:

أحدهما: ضعف سندها، فإنّ طلحة بن زيد بترى، والبترية فرقة من الزيدية. وقال الشيخ في الفهرست والنجاشي: إنّه عامي^٢. والسكوني عامي أيضاً مشهور الحال^٣. مع أنّه لم ينصّ أحد من الأصحاب فيهما على توثيق ولا مدح، مضافاً إلى فساد العقيدة، فلا يعتدّ بروايتيها. والثاني - على تقدير تسليمها - لا دلالة لها على المنع في موضع النزاع؛ لأنّها دلّت على أنّ عليّاً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاضٍ إلى قاضٍ، ونحن نقول بموجبه، فإنّا لا نجيز الكتاب بمجرد، وإنّما نجيز الحكم إذا شهد عليه شاهدان وأنهياه عند حاكم آخر، وهذا غير المتنازع.

وأجاب في المختلف عن ضعف الروايتين بأنّ الرواية من المشاهير، فلا يضرّها الظن

١. راجع ص ١٩١.

٢. الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٢٥٦، الرقم ٣٧٢؛ رجال النجاشي، ص ٢٠٧، الرقم ٥٥٠.

٣. خلاصة الأقوال، ص ٣١٦، الرقم ١٢٣٨.

إذا عرفت هذا • فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس، دون الحدود وغيرها من حقوق الله.

فما ينهى إلى الحاكم أمران:

أحدهما: حكم وقع بين متخاصمين.

والثاني: إثبات دعوى مدّع على غائب.

أمّا الأوّل • فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومة الخصمين، وسمعا ما حكم به

في الراوي^١. وهو يرجع إلى جبر الشهرة للضعف، وقد تكلمنا عليه غير مرّة.

واحتجّ على المنع أيضاً بالإجماع على الحكم بالبيّنة واليمين من النبي ﷺ، وليس هذا أحدها^٢.

وجوابه: أنّ هذا ليس حكماً، وإنّما هو إقرار للحكم على حاله، وهو معنى إنفاذه. وعلى تقدير تسليمه فهو حكم بالبيّنة أيضاً، فلا ينافي الإجماع المدّعى.

ولو سلّم عدم كونه حكماً بها منعنا الإجماع المذكور؛ فإنّ القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الإسلام، ومنهم جملة^٣ الأصحاب، سيّما المتأخّرين.

قوله: «فالعامل بذلك مقصور على حقوق الناس، دون الحدود وغيرها من حقوق الله تعالى».

لأنّ الحدود وحقوق الله مبنية على التخفيف، فيقتصر في إثباتهما على موضع الوفاق ومحلّ اليقين.

قوله: «فإن حضر شاهداً لإنهاء خصومة الخصمين - إلى قوله - كان إخباره ماضياً». حيث حكمنا بجواز إنفاذ الحاكم ما حكم به غيره، فأتّم صورته احتياطاً بحضور شاهدي

١ و٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٤٦، المسألة ٤٥؛ وللرواية راجع الكافي، ج ٧، ص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه، ح ١؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣؛ وراجع أيضاً الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٦، ح ١٣٤١؛ والسنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٢٧، ح ٢١٢٠١ و٢١٢٠٣.

٣. في بعض النسخ: «ومنهم جملة» بدل «ومنهم جملة».

الحاكم، وأشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الآخر أثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم، وأنفذ ما ثبت عنده، لأنّه يحكم بصحّة الحكم في نفس الأمر؛ إذ لا علم له به، بل الفائدة فيه قطع خصومة المختصمين لو عاودا المنازعة في تلك الواقعة.

وإن لم يحضرا الخصومة فحكي لهما الواقعة وصورة الحكم، وسمّي المتحاكين بأسمائهما وآبائهما وصفاتهما وأشهدهما على الحكم، ففيه تردّد، والقبول أولى؛ لأنّ حكمه كما كان ماضياً كان إخباره ماضياً.

الإيهاء الواقعة، وشهادة الشاهدين بأصل الحقّ، بعد دعوى المدعي وإشهاد الحاكم إياهما على حكمه. وهذه الصورة جوّز إنفاذ الحكم فيها كلّ من قال به.

فأمّا إذا انتفى حضورهما، ولكن حكي لهما الحاكم الأوّل صورة الواقعة وصورة الحكم، وعيّن لهما المتخاصمين، وأشهدهما على حكمه، ففي جواز إنفاذ الحكم حينئذٍ تردّد، منشؤه من أنّ حكم الحاكم الثاني قول بما لا يعلم، وهو منهّي عنه بقوله تعالى: «أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ»^١، وبغيره من الآيات^٢ والروايات^٣، فيقتصر فيما خالفه على موضع الوفاق وما يوجب تمام الاحتياط، وهو الصورة الأولى، ومن أنّه كلّما كان حكم الحاكم ماضياً كان إخباره به ماضياً، لكن المقدّم حقّ فالتالي مثله.

وحقيّة المقدّم واضحة، والملازمة ظاهرة؛ لأنّ غاية الحضور سماعهما الحكم؛ إذ لا اعتبار بما وقع في المجلس غيره من الدعوى وشهادة الشاهدين وتعديلهما ما لم يحصل الحكم، وهو عبارة عن الإخبار بثبوت الحقّ من أهله بلفظ «حكمت» ونحوه، وصورة النزاع إخبار بذلك، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر، ولأنّ الأدلّة السابقة الدالّة على تسويغ أصل

١. الأعراف (٧): ٢٨.

٢. الإسراء (١٧): ٣٦.

٣. الكافي، ج ١، ص ٤٢-٤٣، باب النهي عن القول بغير العلم، الأحاديث ١-٩.

● وأما الثاني، وهو إثبات دعوى المدعي، فإن 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: «أن فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان - ويذكر عدالتهما أو تزكيتهما - فحكمت وأمضيت» ففي الحكم به تردد، مع أن القبول أرجح، خصوصاً مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى وشهادة الشهود.

● أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني. وليس كذلك لو قال: «حكمت» فإن فيه تردداً.

هذا الإنفاذ آتية في هذه الصورة، فكان القول بالقبول أقوى، وهو الذي اختاره المصنف (رحمه الله) والأكثر.

واحترز المصنف بقوله «وأشهدهما على الحكم» عما لو قال لهما: «ثبت عندي» ونحوه، فإنه لا يقبل قطعاً، وإنما الكلام على تقدير إخباره بالحكم.

إذا تقرر ذلك، فالمراد بقضاء القاضي الثاني بما حكم به الأول إنفاذه لحكمه وإمضاؤه له، بحيث لا تسمع الدعوى ثانياً، وتنقطع المنازعة، ويبقى الحكم على حاله وإن لم يعلم حقيقة الأمر، لا أنه يحكم بصحته كما يحكم به الأول؛ لعدم علمه بما يوجب الحكم، ولجواز مخالفته لاجتهاده فلا يمكنه الحكم بصحته.

قوله: «وأما الثاني، وهو إثبات دعوى المدعي - إلى قوله - المتضمن للدعوى».

البحث في هاتين الصورتين كالسابقتين قبلاً وورداً، وإنما تتميزان بأن الحكم في الأوليين على حاضرٍ وهنا على غائبٍ، وهو لا يوجب اختلاف الحكم، ولو اقتصر على أحدهما وأدرج الآخر فيه كان أخصر.

قوله: «أما لو أخبر حاكماً آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثاني» إلى آخره.

قد ظهر من الأدلة المجوزة لقبول إنفاذ الحكم أن موردتها الضرورة إلى ذلك في البلاد

● وصورة الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهدها من الواقعة وما سمعاه من لفظ الحاكم، ويقولان: «وأشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه».

ولو أحالاً على الكتاب بعد قراءته، فقالا: «أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك» جاز.

البعيدة عن الحاكم الأول. فذهب بعض الأصحاب إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطة^١، وهم الشهود على حكم الأول. فلو كان الحاكمان مجتمعين، وأشهد أحدهما الآخر على حكمه، لم يصح إنفاذه؛ لأنّ هذا ليس من محلّ الضرورة المسوّغة للإنفاذ المخالف للأصل.

والأقوى القبول؛ لأنّ قوله نافذ، وحكمه حجّة، والضرورة إلى ذلك باقية، فإنّها غير منحصرة في الأماكن المتباعدة؛ لأنّ من جملتها قطع الخصومة، وهو لا يتمّ إلا بقبول ذلك، بل هو في هذه الحالة أقوى من البيّنة؛ لأنّ غاية البيّنة إثبات حكم الحاكم، وإخباره بالحكم أقوى.

وهذه الصورة هي التي صدّرها في أوّل الخاتمة^٢، وجعل فيها تردّداً، ونقل عن الشيخ المنع منها^٣. وإنّما أعادها ليفرّق بين قوله: «ثبت عندي كذا» و«حكمت بكذا»، فإنّ محلّ الإنفاذ هو الثاني لا الأول؛ لأنّه لم يحكم بل أثبت، والحاكم الثاني لا يحكم بإثبات غيره، بل ينفذ حكمه، ولم يحصل.

قوله: «وصورة الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهدها من الواقعة وما سمعاه من لفظ الحاكم» إلى آخره.

المراد أنّ الشاهدين لا يكفي شهادتهما بما في الكتاب من الحكم مجعلاً، بل لا بدّ من

١. لم نجد تصريحاً بهذا لأحد من الأصحاب، نعم يشعر كلام الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٤٥، المسألة ٤٢، بذلك؛ ولزيد من التوضيح راجع جواهر الكلام، ج ٤٠، ص ٣١٦.

٢. راجع ص ١٩١.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٢٤٥، المسألة ٤٢.

- ولا بدّ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه. ولو اشتبه على الثاني وقف الحكم حتى يوضحه المدّعي.
- ولو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل لم يقدح ذلك في العمل بحكمه. وإن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه، ويقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه.
- ولا أثر لتغيّر حال المكتوب إليه في الكتاب، بل كلّ من قامت عنده البيّنة بأنّ الأوّل حكم به وأشهدهم به عمل بها؛ إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكّام.

تفصيل الواقعة على الوجه الذي ذكره، إمّا بلفظهما، أو بأن يقرأ الحاكم الثاني عليهما الكتاب المشتمل على الحكم، فيقول الشاهدان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنّه حكم بذلك؛ لأنّها حينئذٍ شهادة على أمر مفصّل معلوم بالقراءة عليهما.

قوله: «ولا بدّ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه» إلى آخره.

إذا اشتبه المشهود به على الحاكم الثاني؛ لعدم ضبط الشهود له بما يرفع الجهالة، وجب عليه إيقاف الحكم إلى أن يتّضح، إمّا بتذكّر الشاهدين تفصيله أو بشهادة غيرهما. وينبغي أن يكون ذلك هو المراد بإيضاح المدّعي له، بأن أراد إيضاحه على وجه يثبت شرعاً، وإلّا فمطلق إيضاح المدّعي له غير كافٍ في إنفاذ الثاني للحكم؛ لأنّه لا يجوز له التعويل على قول المدّعي بمجردّه. ولو قال: وقف الحكم حتى يتّضح، كان أظهر.

قوله: «ولو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل لم يقدح ذلك في العمل بحكمه. وإن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه» إلى آخره.

كما يجوز أن يكتب الحاكم الأوّل إلى قاضٍ معيّن يجوز أن يطلق فيكتب إلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين. وعند بعض العامّة أنّه لا يجوز الإطلاق^١.

١. روضة القضاء، ج ١، ص ٣٣٢ - ٣٣٣؛ وحكاها عن أبي حنيفة ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٦٧، المسألة ٨٢٨١.

مسائل ثلاث:

الأولى: • إذا أقرّ المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه أُلزم. ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً، فالقول قوله مع يمينه ما لم يقم

وعلى تقدير التعيين لا يختصّ الحكم بمن كتب إليه، بل يجب إنفاذه على كلّ من شهد عنده الشاهدان بالحكم، وطلب منه المحكوم له إنفاذه. ومن اعتبر التعيين لم يجوز إنفاذه لغير المعين مطلقاً.

إذا تقرّر ذلك، فلا يقدح موت الكاتب ولا المكتوب إليه إذا شهد الشاهدان عند من يقوم مقامه، بناءً على عدم الانحصار ابتداءً؛ لأنّ الحكم لا يبطل بموت الحاكم.

وفي معنى موت الحاكم عزله وجنونه وعماه - حيث يعتبر البصر - وخرسه. أمّا لو كتب القاضي إلى خليفته ثمّ مات القاضي أو عزل تعذّر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا إنّه ينزل بانعزال الأصل.

ولو ارتدّ القاضي الكاتب أو فسق، ثمّ وصل الكتاب إلى المكتوب إليه لم يجز إنفاذه. وفرّقوا بينه وبين الموت بأنّ ظهور الفسق يشعر بالخيب وقيام الفسق يوم يرفع الحكم. وفيه نظر.

وذهب بعض^١ العامّة إلى جواز إنفاذه كالموت^٢.

وأما الإنفاذ السابق على ظهور الفسق فيقرّ عليه كأصل الحكم.

وأما المكتوب إليه فلا أثر لتغيّره بفسق ولا غيره، فيبقى الحكم ماضياً، وينفذ على غيره من القضاة؛ لما تقدّم من عدم انحصاره في المكتوب إليه.

قوله: «إذا أقرّ المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه أُلزم - إلى قوله - وإن احتمل وقف

الحكم حتّى يتبيّن».

١. في بعض النسخ لم يرد «بعض».

٢. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٣٢؛ المهذّب، الشيرازي، ج ٢، ص ٣٨٩؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٦٤.

المدعي البيّنة. وإن كان الوصف ممّا يتعذّر اتّفاقه إلّا نادراً لم يلتفت إلى إنكاره؛ لأنّه خلاف للظاهر.

ولو ادّعى أن في البلد مساوياً له في الاسم والنسبة كلّف إبانته. فإن كان المساوي حيّاً سئل، فإن اعترف أنّه الغريم ألزم، وأطلق الأوّل، وإن أنكر وقف الحكم حتّى يتبيّن.

ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له والمحكوم عليه وكنيتهما، واسم أبيهما وجدّهما وحليتهما وصفتهما وقبيلتهما، ليسهل التميّز. نعم، لو كان الرجل مشهوراً، وحصل الإعلام ببعض ما ذكرنا اكتفي به.

فإذا فعل كما ذكرنا، وحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعمه محكوماً عليه نظر، إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه، وأنّ القاضي الكاتب حكم عليه طولب بالحقّ.

وإن لم يشهدوا على عينه، ولكن شهدوا على رجلٍ موصوفٍ بالصفات المذكورة في الكتاب، فإن أقرّ المُخضّر أنّه هو المشهود عليه قبل وألزم؛ لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»!

وإن أنكر وكانت الشهادة بوصفٍ يحتمل المشاركة غالباً فالقول قوله مع يمينه؛ لأصالة البراءة، وعدم حصر الوصف.

وإن نكل حلف المدّعي وتوجّه عليه الحكم.

وإن قال: لا أحلف على أنّه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنّه لا يلزمني تسليم شيء إليه، ففي إجابته وجهان، أصحّها عدمه؛ لقيام البيّنة على المسمّى بهذا الاسم، وذلك يوجّه الحقّ عليه.

١. أوردته العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٩، المسألة ٢٢٦، وص ٣٧٠، المسألة ٣٣٧؛ وتذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٢٣، المسألة ٤٣١؛ وولده فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٨.

وإن كان المساوي ميّياً - وهناك دلالة تشهد بالبراءة، إمّا لأنّ الغريم لم يعاصره، وإمّا لأنّ تاريخ الحقّ متأخّر عن موته - ألزم الأوّل. وإن احتمل وقف الحكم حتّى يتبيّن.

وإن قامت البيّنة على أنّه اسمه ونسبه، فقال: نعم، لكنّي لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة لزمه الحكم؛ لأنّ الظاهر أنّه المحكوم عليه. وإن وُجد إمّا بأنّ عرّفه القاضي أو قامت عليه بيّنة أحضر الذي يشاركه وسئل، فإن اعترف بالحقّ طوّل به، وتخلّص الأوّل. وإن أنكر وقف حتّى ينكشف. ولو أقام المحض بيّنة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات، فإن مات بعد الحكم وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له فلا إشكال. وإن عاصره، فإن كان تاريخ الحقّ متأخراً عن موته فكذلك، فيلزم الأوّل، وإلّا وقف الحكم. هذا كلّه إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ونسبه وصفته كما قدّمناه^١.

أمّا إذا اقتصر على أنّي حكمت على محمّد بن أحمد مثلاً، فقليل: يبطل الحكم^٢؛ لأنّ المحكوم عليه مبهم لم يتعيّن بإشارة ولا وصف، حتّى لو حضر رجل واعترف بأنّه محمّد بن أحمد وأنّه المعنيّ بالكتاب لم يلزم ذلك؛ لبطلان الحكم في نفسه، إلّا أن يقرّ بالحقّ فيؤاخذ به، بخلاف ما لو استقصى الوصف ولم يقصّر فظهر الاشتراك واتّفق اشتباهه.

ويظهر من إطلاق قول المصنّف «أنّه لو أقرّ بأنّه المشهود عليه ألزم» لزوم الحقّ لصاحب الاسم المشترك غالباً، وإن كان لا يلزمه لو أنكر. وهو خيرة الدروس، واستبعد خلافه^٣. وهذا هو الوجه.

١. تقدّم آنفاً.

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٥٢، الرقم ٦٤٧٨.

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الثانية: ● للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض. ولو لم يكن 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 حجّة له لو خرج المقبوض مستحقاً. وكذا القول في البائع إذا التمس المشتري كتاب الأصل؛ لأنّه حجّة له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً.

قوله: «للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض» إلى آخره. القول بعدم جواز الامتناع إلى أن يشهد حيث لا يكون بالحق شاهد للشيخ^١؛ لعدم الضرر بالدفع حينئذ؛ لأنّ غايته أن يدعي عليه به مرّة أخرى ولا يبيّنه له فينكر، ويقبل قوله في البراءة منه بيمينه، واليمين الصادقة لا ضرر فيها.

ومثله ما لو كان له بالحقّ بيّنة، ولكن كان الحقّ ممّا يقبل قول من هو بيده في ردّه كالوديعة؛ لأنّ البيّنة لا تلزمه، وإنّما غايته إلزامه باليمين كالسابق.

والذي اختاره المصنّف (رحمه الله) وجماعة^٢ جواز الامتناع إلى أن يشهد مطلقاً؛ لأنّ المنازعة وتوجه اليمين ممّا ينبغي دفعه خصوصاً عن ذوي المروّات، فيكون حسم مادّته بالإشهاد عذراً في تأخير الحقّ إلى أن يحكمه، وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في كتاب الوكالة^٣، وكأنّه أعادها لمناسبة المقام.

قوله: «لا يجب على المدعي دفع الحجّة مع الوفاء» إلى آخره.

ما ذكره من تعليل عدم وجوب دفع الحجّة حسن؛ لأنّ فائدة الحجّة لا تنحصر في زمن ملكه، بل يحتاج إليها بعد البراءة وخروج الملك عنه ليكون حجّة على الدرك. مع أنّه يجوز

١. المبسوط، ج ٥، ص ٤٨٧.

٢. منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦٣؛ والشهيد في اللمعة الدمشقيّة، ص ٢٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

٣. تقدّم في ج ٤، ص ٥٢١.

● الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة

والنظر في القاسم، والمقسوم، والكيفية، واللواحق.

أما الأول: ● فيستحب للإمام أن ينصب قاسماً، كما كان لعليّ عليه السلام.

التعليل أيضاً بكونها ملكاً لمن هي في يده، ولا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره، وإن لم يكن له منفعة بها، كغيرها من أمواله.

قوله: «الفصل الثاني في لواحق من أحكام القسمة».

إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء؛ لأن القاضي لا يستغني عن القسام؛ للحاجة إلى قسمة المشتركة، بل القسام كالحاكم، فحسن الكلام في القسمة في هذا الكتاب، كما فعله جماعة من الفقهاء^١، ومن أفردا كتاباً برأسها^٢ نظر إلى استقلالها بالأحكام، كغيرها من كتب الفقه.

واعلم أن الحاجة الداعية إلى تجويز^٣ القسمة بيّنة؛ وذلك لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة أو يريدون الاستبداد بالتصرف، وفي كتاب الله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾^٤ الآية. وكان رسول الله ﷺ يقسم الغنائم بين الغانمين^٥.

قوله: «فيستحب للإمام عليه السلام أن ينصب قاسماً - إلى قوله - كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم».

١. كالشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٨٧؛ ويحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع، ص ٥٣١؛ والعلامة في

قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٥٩؛ والشهيد في اللمعة الدمشقية، ص ١٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٣).

٢. كالقاضي ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٥٧٣؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. في «ض»: «تحرير» بدل «تجويز».

٤. النساء (٤): ٨.

٥. المبسوط، الشيخ الطوسي، ج ٥، ص ٤٨٨؛ صحيح البخاري، ج ٣، ص ١١١٦ ح ٢٩٠١؛ صحيح مسلم، ج ٢،

ص ٧٨٣ ح ١٠٦١/١٣٩؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٢٤؛ المهذب، الشيرازي، ج ٢، ص ٣٩١.

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والإيمان والعدالة والمعرفة بالحساب. ولا يشترط الحرّية.

ولو تراضى الخصمان بقاسم لم تشتترط العدالة. وفي التراضي بقسمة الكافر نظر، أقرببه الجواز، كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

● والمنصوب من قبل الإمام تمضي قسمته بنفس القرعة، ولا يشترط رضاها بعدها. وفي غيره يقف اللزوم على الرضى بعد القرعة.

القسمة قد يتولّاها الشركاء بأنفسهم، وقد يتولّاها غيرهم. وهو إمّا منصوب للإمام، أو منصوبهم. ويستحبّ للإمام أن ينصب قاسماً ويرزقه من بيت المال؛ لأنّ القسمة من جملة المصالح.

وروي أنّه كان لعليّ عليه السلام قاسم يقال له: عبد الله بن يحيى، وكان يرزقه من بيت المال^١. ويشترط في منصوب الإمام التكليف والإيمان والعدالة والمعرفة بالمساحة والحساب؛ لأنّ علمه بهما كالفقه في الحاكم.

وقيل: يشترط أن يعرف التقويم^٢؛ لأنّ في أنواع القسمة ما يحتاج إليه.

ولا يشترط عندنا الحرّية، فلا يمتنع أن يكون العبد قاسماً بإذن مولاه.

أمّا منصوب الشركاء فلا يشترط فيه العدالة؛ لأنّه وكيل من جهتهم. وفي اشتراط إسلامه نظر، من حيث إنّه ظالم منهويّ عن الركون إليه. والأصحّ الجواز؛ لجواز كونه وكيلاً وهذه في معنى الوكالة، ولتراضيهما على قسمته، فكان كما لو تراضيا على القسمة بأنفسهما من غير قاسم. قوله: «والمنصوب من قبل الإمام تمضي قسمته - إلى قوله - قد قارنها الرضى».

قرعة قاسم الإمام بمنزلة حكمه، فمن ثمّ اشترط فيه العدالة والمعرفة، فلا يعتبر رضاها بعدها.

١. رواه الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٨٨؛ والماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٤٥.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٠٠. قوله: «وأن يكون عارفاً بالقيم».

وفي هذا إشكال، من حيث إن القرعة وسيلة إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضى.

أما القاسم الذي نصباه، أو إذا اقتسما بأنفسهما من غير قاسم، قال الشيخ: يعتبر رضاها بعد القرعة^١؛ لأنها إنما تتعين بحكم الحاكم أو تراضيهما بعدها، ولأصالة بقاء الشركة.

والمصنّف (رحمه الله) استشكل ذلك، من حيث إن القرعة شرّعت وسيلة إلى تعيين الحق، وقد قارنها الرضى فلا يعتبر بعدها؛ لأنّ التعيين على هذا الوجه أوجب تميّز أحد الحقيين عن الآخر، فيتعيّن بالرّضى المقارن. بل ينبغي أن يتعيّن بتراضيهما على القسمة وتخصيص كلّ واحد من الشركاء بحصّته وإن لم تحصل القرعة، كما تصحّ المعاطاة في البيع، إلّا أنّ المعاطاة يتوقّف لزومها على التصرف، من حيث إنّ ملك كلّ واحد من العوضين كان للآخر، فيستصحب ملكه إلى أن يتصرّف أحدهما بإذن الآخر، فيكون رضى منه يكون ما في يده عوضاً عن الآخر.

أما القسمة فإنّها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الآخر، وما يصل إلى كلّ منهما هو عين ملكه لا عوضاً عن ملك الآخر، فيكفي تراضيهما عليها مطلقاً. ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقّف اللزوم على التصرف، كالبيع معاطاةً.

واشترط في الدروس تراضيهما بعد القرعة في غير قسمة منصوب الإمام عليه السلام مع اشتمالها على الردّ خاصّة^٢. وهو حسن.

وفي اللّعة اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعة مطلقاً^٣. وهو أجد، واختاره العلامة في القواعد^٤ أيضاً.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٤.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٣. اللّعة الدمشقيّة، ص ١٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٣).

٤. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٦٠.

● ويجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة ردّ. ولا بدّ من اثنين في قسمة الردّ؛ لأنّها تتضمّن تقويماً، فلا ينفرد به الواحد. ويسقط اعتبار الثاني مع رضی الشريك.

● وأجرة القسّام من بيت المال، فإن لم يكن إمام أو كان ولا سعة في بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين. فإن استأجره كلّ واحد بأجرة معيّنة فلا بحث.

قوله: «ويجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمة ردّ» إلى آخره.

القسمة إن اشتملت على ردّ فلا إشكال في اعتبار التعدّد في القاسم حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد؛ لأنّ التعدّد^١ مشرط في التقويم^٢ مطلقاً، من حيث إنّها شهادة وإن لم تشتمل على ردّ.

فهل يجزئ قاسم واحد - بمعنى أنّ الإمام يجزئ بنصب واحد - أم لا بدّ من اثنين كنصب الشاهد؟

مذهب الأصحاب هو الأوّل؛ إقامة له مقام الحاكم. ويؤيده ما سبق من نصب عليّ عليه السلام قاسماً واحداً^٣. واعتبر بعض العامة اثنين مطلقاً؛ ترجيحاً لجانب الشاهد، حيث إنّهُ لا يشتمل على جميع أوصاف الحاكم.

قوله: «وأجرة القسّام من بيت المال - إلى قوله - بالحصص لا بالسوية».

قد ذكرنا أنّ أجرة القسّام في بيت المال^٤؛ لأنّه من المصالح. فإن لم يتفق له الكفاية من بيت المال فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم دون بعض. ثمّ ينظر إن استأجر الشركاء قاسماً وسّموا له أجرة وأطلقوا فتلك الأجرة تتوزّع على

١. في «و»: «العدد» بدل «التعدّد».

٢. في بعض النسخ: «المقوّم» بدل «التقويم».

٣. سبق في ص ٢٠٧.

٤. الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٤٧؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ١٦٥ - ١٦٦؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٢.

٥. راجع ص ٢٠٧.

وإن استأجروه في عقدٍ واحدٍ ولم يعيّنوا نصيب كلِّ واحد من الأجرة، لزمتهم الأجرة بالحصص. وكذا لو لم يقدرُوا أجرةً كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية.

قدر الحصص؛ لأنّها من مؤونات الملك، فأشبهت النفقة، فتكون في مقابلة العمل، والعمل لمن يزداد نصيبه أكثر، كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات.

وكذا القول فيما لو لم يقدرُوا أجرةً أو استأجروه أجرةً فاسدةً، فوجبّت أجرة المثل.

وفيه وجه آخر، أنّه يقسّم على عدد الرؤوس؛ لأنّ عمله في الحساب والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجزء القليل أغمض. وأيضاً فإنّ قلة النصيب توجب كثرة العمل؛ لأنّ القسمة تقع بحسب أقلّ الأجزاء، فإن لم يجب على من قلّ نصيبه زيادة فلا أقلّ من التساوي، والأصحّ الأوّل.

وإن سمى كلّ واحدٍ منهم أجرةً التزمها فله على كلِّ واحدٍ ما التزم، وانقطع النظر عن الحصص والرؤوس جميعاً.

وهذا واضح إن فرض اجتماعهم على الاستيجار، بأن قالوا: «استأجرناك لتقسّم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان» أو وكّلوا وكيلاً فعقد لهم كذلك.

وإن فرضت عقود مترتبة فقد ذكروا فيه إشكالاً، وهو أنّ الشركاء إذا كانوا اثنين فعقد واحد لإفراز نصيبه، فعلى القسّام إفراز النصيبين وتمييز كلِّ واحدٍ منهما عن الآخر؛ لأنّ تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلّا بتمييز نصيب الآخر، وما يتوقّف عليه الواجب فهو واجب، فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه واستحقّ في ذمّته لغيره، فلم يصحّ.

وكذا لو كانوا ثلاثة فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثمّ الثاني كذلك، فعلى القسّام إفراز النصيبين، فإذا ميّزهما تميّز الثالث، فإذا عقد الثالث بعد العقدين كان قد عقد على عمل مستحقّ في ذمّة الأجير لغيره، فلا يصحّ.

الثاني • في المقسوم

وهو إما متساوي الأجزاء، كذوات الأمثال، مثل الحبوب والأدهان، أو متفاوتها، كالأشجار والعقار. فالأول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة؛

وأجيب بأن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه؛ لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين تردداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم^١.

نعم، يجوز أن ينفرد واحد منهم برضى الباقين، فيكون أصلاً ووكيلاً، ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحدٍ منهم بالتراضي فذاك، وإن أطلق عاد الكلام في كيفية التوزيع.

قوله: «في المقسوم وهو إما متساوي الأجزاء - إلى قوله - تمييز حق لا بيع».

اعلم أن العين المشتركة إما أن يعظم الضرر في قسمتها، أو لا يعظم.

والثاني إما أن تكون مثلية، وهي المتساوية الأجزاء في القيمة والصفات، كالحبوب والأدهان، أو قيميّة لكنها متشابهة الأجزاء، كالدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء، وما في معناها، بحيث يمكن تعديلها بعدد الأنصبة من غير رد ولا ضرر، أو يتوقف التعديل على الرد من غير أن يحصل ضرر على أحد الشركاء، أو يحصل ضرر، إما على الجميع أو على البعض، فهذه أقسام المقسوم. فالقسمان الأولان يجبر الممتنع من القسمة إذا طلبها الآخر. وسيأتي حكم الباقي^٢.

ونبه بقوله «ويقسّم كلاً ووزناً - إلى قوله - لأن القسمة تمييز حق لا بيع» على خلاف بعض العامة^٣ حيث زعم أنها بيع مطلقاً. ومنهم من جعل قسمة الردّ بيعاً دون

١. لم تتحقق المجيب؛ ونقله فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٧١.

٢. سيأتي في ص ٢١٣.

٣. كأبي عبد الله بن بطّة، والشافعي في أحد قوليه على ما حكاه عنهما ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح

الكبير، ج ١١، ص ٤٩٢، المسألة ٨٣٠٧.

لأنَّ الإنسان له ولاية الانتفاع بماله، والافراد أكمل نفعاً. ويقسّم كَيْلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً، ربوياً كان أو غيره؛ لأنَّ القسمة تمييز حق لا بيع.

غيرها^١. ومنهم من جعل قسمة التراضي بيعاً دون غيرها^٢. ووافقنا جماعة على أنَّها تمييز حق لا بيع مطلقاً^٣.

واستدلَّ على أنَّها ليست بيعاً مطلقاً بأنَّها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإيجاب، وتعتمد القرعة، ويتقدَّر أحد النصيبين بقدر الآخر، والبيع ليس فيه شيء من ذلك^٤، واختلاف اللوازم والخواصَّ يدلُّ على اختلاف الملزومات والمعروضات. ومعنى أنَّها تمييز وإفراز أنَّها تبيِّن أنَّ ما خرج لكلِّ واحد منهما هو الذي ملكه.

واستدلَّ من جعلها بيعاً بأنَّه ما من جزءٍ من المال إلَّا وكان مشتركاً بينهما، وإذا اقتسما فكأنَّه قد باع كلُّ منهما ما كان له في حصَّة صاحبه بماله في حصَّته^٥.

واعترضوا عن الصيغة بأنَّ البيع لا ينحصر في صيغة معيَّنة. وعن الإيجاب بالحاجة الداعية إليه، وذلك لا يخرجها عن كونها بيعاً، فقد يدخل الإيجاب البيع لمصلحة، كما يبيع الحاكم مال المديون قهراً، وغير ذلك من مواضع معدودة في بابه.

وأجيب بأنَّ القول بكونها بيعاً لا يتمُّ في مادَّة مطلقاً؛ لأنَّ النصف الأيمن مثلاً الذي يأخذه زيد كما أنَّه لم يكن كلَّه لزيد حتَّى يقال إنَّ القسمة إفراز بالنصف الأيسر، لم يكن كلَّه له حتَّى يقال: إنَّه باعه من عمرو، بل النصف الذي أخذه كان نصفه له ونصفه لصاحبه. فالقسمة إفراز ما كان له منه، ومعاوضة على ما كان لصاحبه. وهي لا تنحصر في البيع؛ لأنَّ الصلح يفيد ذلك، إلَّا أن يسَّموه حينئذٍ بيعاً وهو ممنوع. وأمَّا قسمة الردِّ فهي معاوضة في مقابلة الردود،

١. المهذب، الشيرازي، ج ٢، ص ٣٩١: المنهاج المطبوع مع مغني المحتاج، ج ٤، ص ٥٣٥.

٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٩٣: المنهاج المطبوع مع مغني المحتاج، ج ٤، ص ٥٣٦.

٣. حلية العلماء، ج ٨، ص ١٦٨: المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٩٢، المسألة ٨٣٠٧.

٤. المستدلُّ بذلك هو ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٩٢، المسألة ٨٣٠٧.

٥. المستدلُّ بذلك هو الشيرازي في المهذب، ج ٢، ص ٣٩١.

● والثاني إما أن يستتزر الكُلَّ أو البعض، أو لا يستتزر أحدهم. وفي الأوَّل لا يجبر الممتنع، كالجواهر والعوائد الضيقة.

ومن ثمَّ اشترط فيها التراضي، لكن لا تنحصر المعاوضة في البيع كما ذكرناه، ويمكن كونها هنا قسماً برأسها.

ويتفرَّع على الخلاف أنَّ من جعلها بيعاً فاقسما شيئاً ربوياً وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل بالوزن والموزون بالكيل. وإن جعلناها إفراداً فالحكم بخلافه. وإليه أشار بقوله «ويقسَّم كيلاً ووزناً، ربوياً كان أو غيره».

وأما قوله «متساوياً ومتفاضلاً» فالأصل في القسمة أن تكون بنسبة الاستحقاق، فإذا كان المشترك بينهما نصفين إفرازه قسمين، وإن كان بينهما أثلاثاً إفرازه كذلك، والتفاضل في الثاني بحسب الصورة، وإلَّا فهو متساوٍ حقيقة؛ لأنَّ مستحقَّ الثلث له فيما في يد صاحب الثلاثين ثلثه، ولصاحب الثلاثين فيما في يد صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمة على هذا الوجه موجبة للتسوية بينهما بالنظر إلى أصل الحقِّ.

وإن أراد بالتفاضل ترجيح أحدهما على الآخر زيادةً على حقه، فليس ذلك بداخل في حقيقة القسمة، بل هو هبة محضة للزائد. فلو ترك قوله «متساوياً ومتفاضلاً» كان أولى.

قوله: «والثاني إما أن يستتزر الكُلَّ أو البعض - إلى قوله - وللشيخ قولان».

المشترك غير المثلي إما أن يحصل الضرر بقسمته على جميع الشركاء، كالجوهرة النفيسة تكسر، والثوب الرفيع يقطع، أو يتضرَّر بعضهم دون بعض، كدار بين اثنين لأحدهما عُشرها وللآخر باقيها، ولو قسَّمت لم يصلح العُشر للمسكن وتصلح تسعة الأعشار، أو لا يتضرَّر أحد منهم. فمع الضرر لا يجبر المتضرَّر إذا امتنع من القسمة؛ لظهور عذره، وعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^١.

وإن طلب أحدهم حيث لا ضرر، أو طلب المتضرَّر حيث يختصُّ الضرر بأحد الشركاء

وفي الثاني إن التمس المستضراً أجبر من لا يتضرر. وإن امتنع المتضرر لم يجبر. ويتحقق الضرر المانع من الإيجاب بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة. وقيل بنقصان القيمة. وهو أشبه. وللشيخ قولان.

أجيب: أما الأول؛ فلانتفاء الضرر رأساً، فله طلب تخلص ملكه من الآخر، كما في المثلي. وأما الثاني؛ فلأن الطالب هو الذي أدخل الضرر على نفسه فيجاء إليه، وليس للآخر الامتناع؛ لانتفائه عنه. وكذا لو تضرر الجميع واتفقوا على القسمة.

لكن يجب تقييد الحكم في الموضوعين بما إذا لم تبطل منفعة المقسوم بالكليّة فتذهب ماليته، فإنهم لا يجابون إليها؛ لما فيه من إذهاب المال في غير غرض صحيح. إذا تقرر ذلك، فقد اختلفوا في ضبط الضرر المانع من القسمة على أقوال: أحدها: أنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة. ووجه التضرر على هذا الوجه ظاهر؛ لأنّ بطلان منفعة الملك ضرر بين، وهو منفيّ بالرواية^١.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) هنا - أنه نقصان القيمة وإن بقيت المنفعة. ووجّهته أيضاً الخبر؛ نظراً إلى فوات المايّة في الجملة.

وهذان القولان للشيخ في المبسوط^٢، والأوّل له في الخلاف^٣ أيضاً. وللمصنّف (رحمه الله) أيضاً، أوّلها في باب الشفعة^٤، والآخر هنا. وهما للعلامة^٥ أيضاً.

والثالث: أنه عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، كالدّار الصغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحدٍ موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى على ذلك الوجه، وإن انتفع به في غيرها.

١. تقدّم تخريجها في ص ٣٧، الهامش ١.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٤٩٠.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٢٢٩، المسألة ٢٧.

٤. راجع ج ١٠، ص ٢٨.

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٦٢؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٢٠٥، المسألة ٧٠٨.

• ثم المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر أجبر الممتنع، وتسمى قسمة إجبارٍ. وإن تضمنت أحدهما لم يجبر، وتسمى قسمة تراضٍ. ويقسم الثوب الذي لا تنقص قيمته بالقطع كما تقسم الأرض. وإن كان ينقص

والرابع: أنه نقص القيمة نقصاناً فاحشاً بحيث يحصل به الضرر عرفاً. وهذا أقوى. وهو خيرة الشهيد (رحمه الله) في الدروس^١. ويمكن أن يريد به مطلق القول بنقصان القيمة. ومرجع الأقوال كلها إلى خبر الضرر.

قوله: «ثم المقسوم إن لم يكن فيه ردّ ولا ضرر أجبر الممتنع» إلى آخره.

قسم المصنّف (رحمه الله) القسمة إلى أمرين: قسمة تراضٍ، وقسمة إجبارٍ، وجعل الضابط أن المقسوم متى أمكن تعديله من غير ردّ ولا ضرر فقسّمته قسمة إجبارٍ، ومتى اشتملت على أحدهما فهي قسمة تراضٍ. والأول يشمل قسمة المثلي والقيمي. وألحق قسمة التعديل في الأعيان المتعدّدة القيمة بقسمة الإيجاب.

ومنهم من قسمها ثلاثة أقسام^٢: قسمة الإفراز، وهي أن يكون الشيء قابلاً للقسمة إلى أجزاء متساوية الصفات، كذوات الأمثال، وكالثوب الواحد والعرصة الواحدة المتساوية، ولا إشكال في كون هذا القسم إجبارياً مع بقاء الحصص بعد القسمة منتفعاً بها أو حافظةً للقيمة كما مرّ.

والثاني: قسمة التعديل، وهي ما تعدّل سهامها بالقيمة. وهي تنقسم إلى ما يعدّ شيئاً واحداً، وإلى ما يعدّ شيئين فصاعداً.

فالأول: ما يعدّ شيئاً واحداً، كالأرض التي تختلف قيمة أجزائها؛ لاختلافها في قوّة الإنبات، أو في القرب من الماء والبعد منه، أو في أن بعضها يسقى من النهر وبعضها بالضح، فيكون ثلثها لوجوده بالقيمة مثل ثلثيها مثلاً. فيجعل هذا سهماً وهذا سهماً إن كانت بينهما

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٥ - ١٩٢.

بالقطع لم يقسّم؛ لحصول الضرر بالقسمة. وتقسّم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة إجبار.

بالسوية، وإن اختلفت الأنصاء اعتبرت بالقيمة دون المساحة.

ومقتضى عبارة المصنّف (رحمه الله) قسمة هذه إجباراً؛ إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء. ويحتمل عدم الإجبار هنا؛ لاختلاف الأغراض والمنافع. والوجهان جاريان فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبيستان الواحد المختلف الأشجار، والدار الواحدة المختلفة البناء.

والأشهر الإجبار في الجميع، ولولا ذلك لامتنع الإجبار في البيستان؛ لاستتماله على الأشجار المختلفة غالباً، وفي الدار المشتملة على الحيطان والجذوع والأبواب. وهذا شأن الدور والبساتين. وينجرّ ذلك إلى أن لا تثبت فيها الشفعة، كالتاحونة والحمام. وهو بعيد. والثاني: ما يعدّ شيئين فصاعداً. وهو ينقسم إلى عقار وغيره. فالأوّل كما إذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة، وطلب أحدهما القسمة، بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار. ولا يجبر الممتنع هنا، سواء تجاور الداران والحانوتان أم تباعدا؛ لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحالّ والأبنية، فيلحقان بالجنسين المختلفين. وعند بعض العامة أنّهما يجبران عند التجاور^١، وعند آخرين مطلقاً^٢.

ولو كانت بينهما دكاكين متلاصقة لا يحتمل أحادها القسمة - وتسمّى المضائد - فطلب أحدهما أن تقسّم أعيانها، ففي إجبار الممتنع وجهان، أظهرهما عدم. وسيأتي^٣.

وأما غير العقار، فإذا اشتركا في عبيد أو دوابّ أو أشجار أو ثياب، فإمّا أن تكون من نوع واحد أو من متعدّد. فإن كانت من نوع واحد وأمکن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمةً، كعبيدين متساويي القيمة بين اثنين، وثلاث دوابّ متساوية القيمة بين ثلاثة، فالذي اختاره المصنّف (رحمه الله) والأكثر أنّه يجبر على قسمتها أعياناً، ويكتفى بالتساوي في القيمة.

١. و٢. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ١٧٨ - ١٧٩، والمفني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٩٩، المسألة ٨٣١١.

٣. يأتي في ص ٢٣٠ - ٢٣١.

بخلاف الدور؛ لشدة اختلاف الأغراض فيها، ولأن النبي ﷺ جزأ العبيد الستة الذين أعتقهم الأنصاري في مرضه ثلاثة أجزاء^١، ولأنه ليس اختلاف الجنس الواحد في القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة؛ فإن أرض القرية تختلف، سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة وأرضين متنوعة، والدار ذات البيوت المختلفة المساحة، فكما لا يمنع اختلاف الدار والقرية من الإيجاب، لا يمنع اختلاف الجنس الواحد من الإيجاب.

وفي القواعد استشكل الحكم في العبيد^٢، ووجه الاشكال ممّا ذكرناه، ومن تفاوت الأغراض بتفاوت الأشخاص، كمختلفي الجنس. ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الإيجاب هنا^٣، والمذهب هو الأوّل.

ولو لم يمكن التسوية في العدد، كثلاثة أعبد بين اثنين على السواء أحدهما يساوي الآخر في القيمة، فإن قلنا بالإيجاب عند إمكان التسوية فهنا وجهان، ينظر أحدهما إلى تعادل القيمة، والثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض. ومثله القول في الأراضي المختلفة الأجزاء.

ولو كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبد بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من أخرجت له القرعة الخسيس به، ويربّع النفيس، ففي إيجاب الآخر وجهان مبنيان على المسألة السابقة، فإن قلنا لا إيجاب هناك فهنا أولى، وإن قلنا بالإيجاب هناك فهنا وجهان، أصحهما المنع؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية. ولو كانت الأعيان من أنواع مختلفة، كالعبد التركي مع الهندي، والثوب الإبريسم مع الكتان، مع تساويهما في القيمة، ففي إيجاب الممتنع وجهان مرتبان. وأولى بالمنع هنا لو قيل

١. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٨٨، ح ١٩٣٢٥؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٨٨، ح ١٦٦٨/٥٦؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٨، ح ٣٩٥٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٨١ - ٤٨٢، ح ٢١٣٩٠ و ٢١٣٩٢ و ٢١٣٩٤ و ٢١٣٩٥.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٦٢.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٣.

● وإذا سألا الحاكم القسمة ولهما بيّنة بالملك قسّم. وإن كانت يدهما عليه ولا منازع قال الشيخ في المبسوط: لا يقسّم، وقال في الخلاف: يقسّم. وهو الأشبه؛ لأنّ التصرف دلالة الملك.

به في السابق. وكذا القول لو اختلفت قيمتهما وأمكن التعديل. ويظهر من المصنّف وجماعة^١ عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة.

وأما الأجناس المختلفة - كالعبد والثوب والحنطة والشعير والدابة والدار - فلا إيجاب في قسمة أعيانها بعضاً في بعض وإن تساوت قيمتها.

والثالث: قسمة الردّ، بأن يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستّمائة، فإذا ردّ أخذ النفيس مائتين استويا. ولا خلاف في كون هذا القسم مشروطاً بالتراضي، وسيأتي الكلام فيه^٢.

قوله: «وإذا سألا الحاكم القسمة ولهما بيّنة بالملك قسّم» إلى آخره.

إذا كان في يد اثنين ملكاً يقبل القسمة، ولا منازع لهما في ملكه ظاهراً، فطلباً من الحاكم قسمته بينهما، فإن أقاما بيّنة أنّه ملكهما أجاها إلى القسمة، وإن لم يقيما بيّنة ففي إجابتهما قولان^٣:

أحدهما: العدم؛ لأنّه قد يكون في يدهما بإجارة أو إعارة، فإذا قسّمه بينهما لم يؤمن أن يدعيّا ملكه محتجّين بقسمة القاضي.

والثاني: نعم؛ اكتفاءً بدلالة اليد على الملك، لكن يكتب الحاكم ويشهد أنّه إنّما قسّم بقولهما؛ لئلا يتمسكا بقسمته.

واعترض على تقدير إقامة البيّنة بأنّها إنّما تقام وتسمع على خصم، ولا خصم هاهنا.

١. منهم العلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٣٤؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. يأتي في ص ٢٢٦.

٣. من القائلين بالقسمة الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٣٢، المسألة ٣٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٥٦، المسألة ٥٤؛ ومن القائلين بعدم القسمة الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٤.

الثالث • في كيفية القسمة

الحصص إن تساوت قدرأً وقيمةً فالقسمة بتعديلها على السهام؛ لأنّه يتضمّن القيمة، كالدّار تكون بين اثنين وقيمتها متساويةً. وعند التعديل يكون القاسم مختيراً بين الإخراج على الأسماء، والإخراج على السهام.

وأجيب بأنّ القسمة تتضمّن الحكم لهما بالملك، وقد يكون لهما خصم غائب فتسمع البيّنة عليه.

ولا فرق في ذلك كلّه بين كون المقسوم منقولاً وغيره. وفرّق بعض العامّة وخصّ الخلاف بالعقار، وقطع في المنقول بالقسمة^١. وهو تحكّم.

قوله: «في كيفية القسمة: الحصص إن تساوت قدرأً وقيمةً فالقسمة بتعديلها على السهام - إلى قوله - فله ذلك السهم».

العين المقسومة بالتعديل إمّا أن تكون متساوية القيمة بالنسبة إلى أجزائها، بحيث تساوي قيمة نصفها قيمة النصف الآخر، وقيمة ثلثها قيمة الثلث، حيث يحتاج إلى قسمتها كذلك، أو تختلف القيمة.

وعلى التقديرين: إمّا أن تكون الحصص متساويةً، كما لو كان الاشتراك بين اثنين لكلّ واحدٍ نصفها، أو بين ثلاثة ولكلّ واحدٍ ثلثها، أو مختلفة بأن كان لواحدٍ من الاثنين ثلثان وللآخر ثلث، أو لواحدٍ من الثلاثة نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس. فالصور أربع، وقد أشار المصنّف (رحمه الله) إلى حكمها. والمعتبر فيها صورتان؛ لأنّ التعديل بالقيمة هو المعتبر، سواء اتّفقت أجزاءها فيها أم اختلفت.

الصورة الأولى: أن تكون الحصص متساويةً، كنصفين بين اثنين وثلاثة أثلاث بين ثلاثة ونحو ذلك، فتعدّل السهام بالقيمة كذلك، بأن تقسّم في الأوّل نصفين بالقيمة وإن كان

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٧١؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ١٨١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير،

أما الأول، فهو أن يكتب كل نصف في رقعة ويصف كل واحد بما يميّزه عن الآخر، ويجعل ذلك مصنوعاً في ساتر كالشمع أو الطين، ويأمر من لم يطلع على الصورة بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين، فما خرج فله. وأما الثاني، فإن يكتب كل اسم في رقعة ويصونهما، ويخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

مقدار أحد النصفين أزيد من الآخر، وتعَدّل أثلاثاً في الثاني كذلك، ثم تخرج بالقرعة، كما ذكره المصنّف (رحمه الله). وطريقه واضح.

وما ذكره من كتابة الأسماء والسهام ووضعها في بندقة من طين ونحوه هو المشهور في استعمال الفقهاء ولكن لا يتعيّن، فلو جعلها بالأقلام والحصى والورق وما جرى مجراها مع مراعاة الستر كفى. وقد أشرنا إليه في باب العتق^١.

وحيث تكون القسمة بين اثنين فخرج اسم أحدهما لأحد السهمين أو أحد السهمين له لا يحتاج إلى إخراج الآخر، بل تعيّن المتخلف له.

ولو كان بين ثلاثة أثلاثاً جعل ثلاثة أجزاء متساوية بالقيمة، وكتب ثلاث رقاع أو ما في معناها باسم السهام الثلاثة معيّنة، أو باسم الشركاء.

وينبغي وضع الرقاع في حجر من لم يحضر الكتابة، أو لا يعرفها، أو لا يعرف ما عنيت^٢ له المجمعولة لذلك في معنى الرقاع. ثم يؤمر بإخراج واحدة على الجزء الأول إن كانت الرقاع مجمعولة بالكتابة ونحوها بأسماء الشركاء، فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعيّن الثالث للثالث، وإن كانت مكتوبة باسم الأجزاء أُخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، وتعيّن الثالث للثالث. وتعيّن من يبتدئ به من الشركاء، والأجزاء منوط بنظر القسام.

١. تقدّم في ج ٨، ص ٣٤٣ وما بعدها.

٢. في بعض النسخ: «ما عيّنت» بدل «ما عنيت».

● وإن تساوت قدراً لا قيمة عدلت السهام قيمة وألغي القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمة مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين. وكيفية القرعة عليه كما صورناه.

● وإن تساوت الحصص قيمة لا قدرأ، مثل أن يكون لواحد النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وقيمة أجزاء ذلك الملك متساوية، سُويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً.

ثم كم تكتب رقعة؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام. والأقرب الاقتصار على عدد الشركاء؛ لحصول المراد به، فالزيادة كلفة.

قوله: «وإن تساوت قدرأ لا قيمة عدلت السهام قيمة وألغي القدر» إلى آخره.

قد عرفت أن الحكم في هذه الصورة كالسابقة، وأن المعتبر التعديل بالقيمة، سواء تساوت الأجزاء فيها أم لا، فالحكم لا يختلف.

قوله: «وإن تساوت الحصص قيمة لا قدرأ» إلى آخره.

إذا اختلفت مقادير الأنصبة، كما إذا كان لزيد نصف ولعمرو ثلث ولثالث سدس، جزئت الأقسام على أقل السهام وهو سدس؛ لأنه يتأدى به القليل والكثير، فيجعلها ستة أجزاء.

ثم في مقدار ما يكتب من الرقاع للقرعة بينهم وجهان:

أحدهما - وهو الأشهر - أن يكتب ثلاث رقاع بعدد الشركاء، في كل واحدة اسم واحد، ويخرج مرتين، ويكتفى بهما عن الثالثة، فلا وجه لتكلف الزائد.

والثاني: أن يكتب ستة رقاع، لصاحب السدس رقعة، ولصاحب الثلث رقتان، ولصاحب النصف ثلاث. وقواه في المبسوط؛ محتجاً بأن كل من كان سهمه أكثر كان حظه أوفر، وله مزية على صاحب الأقل، فإذا كتب لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع وأقرب، وإذا كتب له واحدة كان خروج رقعته وصاحب السدس سواء؛ فلهذا قيل: يكون له أكثر من رقاع غيره!

● إذا عرفت هذا، فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة، ويجعل للسهم أول وثانٍ، وهكذا إلى الأخير. والخيار في تعيين ذلك إلى المتقاسمين. ولو تعاسرا عينه القاسم. ثم يخرج رقعةً، فإن تضمّنت اسم صاحب النصف فله الثلاثة الأول. ثم يخرج ثانيةً، فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران. ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة، بل لصاحبها ما بقي.

والوجه جواز الأمرين، وإنما الكلام في الأوليّة، ولا ريب أنّ الأول أولى؛ لحصول الفائدة مع الاختصار، وترك تطويل الحساب أريح.

قوله: «إذا عرفت هذا، فإنه يكتب ثلاث رقاع لكل اسم رقعة - إلى قوله - وهو ضرر». ما ذكره من الكيفية تفريع على ما اختاره من كتابة ثلاث رقاع بأسماء الشركاء، والحكم على ما ذكره واضح. وكذا يجري على القول بكتابة ستّ رقاع بأسمائهم، وليس فيه إلا أنّ اسم صاحب الكثير والأكثر يكون أسرع خروجاً.

وعليه، فإذا خرج واحدة من رقاع صاحب النصف أعطي الثلاثة الأول، فإذا أخرج ثانيةً فخرجت باسمه ألغيت وأخرج ثالثةً، فإن خرجت باسمه ألغيت أيضاً؛ للاستغناء عنهما بالأولى. وإن خرجت واحدة من رقعتي صاحب الثلث أعطي الرابع والخامس، ولا يحتاج إلى إخراج ما بقي، وتعيّن السادس لصاحب السدس.

وإن خرجت الأولى لصاحب السدس أعطي الأول، ثم أخرج أخرى، فإن خرجت لصاحب النصف أعطي الثاني والثالث والرابع، ولا يحتاج إلى إخراج الأربع الباقية؛ لتعيّن الخامس والسادس لصاحب الثلث.

وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أعطي الأول والثاني، ثم تخرج أخرى، فإن خرجت له أيضاً ألغيت وأخرجت أخرى، فإن خرج لصاحب السدس أعطي الثالث، وتعيّن الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، ولا يحتاج إلى إخراج باقي الرقاع. وهكذا.

وقوله «ولا يخرج في هذه على السهم بل على الأسماء؛ إذ لا يؤمن أن يؤدي إلى تفرّق السهم» المراد أنّه لا يكتب الرقاع بأسماء السهم الستّة ويخرج على أسماء الشركاء؛

وكذالو خرج اسم صاحب الثلث أو لَأ كان له السهمان الأولان، ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث والرابع والخامس، ولا يحتاج إلى إخراج أخرى؛ لأن السادس تعين لصاحبها.

لأنه ربما يخرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيتفرق ملك من له النصف أو الثلث.

وأيضاً ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف ويقول: «أخذه وسهمين قبله»، فيقول الآخرون: «بل خذه وسهمين بعده» فيفضي إلى التنازع. ويجوز مع رجوعهم في جميع الحصّة إلى الرقاع أن يخرج لصاحب النصف ثلاثة متفرقة، وكذا لصاحب الثلث يخرج اثنتان متفرقتان، فيؤدّي إلى الإضرار.

وقد عرفت ممّا سبق أنّه مع كتابة الرقاع باسم الشركاء يخرج على السهم الأول والثاني إلى الآخر، وإن كتبت باسم السهم يخرج على الأسماء. وهذه الصورة التي بيّن كيفيتها قد كتب فيها أسماء الشركاء، وجعل للسهم أولٍ وثانٍ إلى السادس، وأخرج عليها، بمعنى أنّ الخارج اسمه أولاً يعطى الأول منها من الجهة التي اتّفقوا عليها أو عيّنها القاسم، وما بعده إن احتيج إليه إلى الآخر. فكتابة الأسماء يخرج على السهم، وكتابة السهم يخرج على الأسماء.

والمصنّف (رحمه الله) جمع هنا بين الأمر بكتابة الأسماء المستلزمة للإخراج على السهم، بل المصرّحة بذلك، ثم أمر بإخراجها على الأسماء ونفى إخراجها على السهم، مع أنّ حقّه العكس، ووافق على هذه العبارة العلامة في الإرشاد^١، وعكس في القواعد^٢، وجماعة من الفضلاء^٣. وهو الصواب.

١. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٣٤.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٦٤.

٣. انظر المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٥٠٤ - ٥٠٥، المسألة ٨٣١٥؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٥.

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.

وفي التحرير^١ والدروس^٢ اقتصر على إخراج الأسماء من غير أن يجعله على السهام أو غيرها. وهو أجد؛ إذ لا ينطبق الإخراج على السهام؛ لاختلافها باختلاف الأسماء، بل المعتبر في الاسم الخارج أولاً أن يعطى الأول قطعاً وما بعده إلى تمام الحق إن احتج إليه، بأن كان الاسم لغير صاحب السدس. ولا تتعين السهام إلا بعد تحقق الاسم. لكن لما كان السهم الأول متعيناً للاسم صدق إخراج الأسماء على السهام في الجملة، بخلاف العكس؛ فإنه إما فاسد أو محتاج إلى تكلف بعيد.

إذا تقرر ذلك، فاعلم أن محذور تفريق السهام على تقدير إخراجها على الأسماء يلزم على تقدير الإخراج أولاً على اسم صاحب السدس، بأن يخرج له السهم الثاني أو الخامس كما ذكرناه سابقاً.

ويمكن الغنى عنه بأن يبدأ أولاً باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه أعطي الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك يعطى معه ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث قال بعضهم:

يوقف ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث والليذان بعده، وتعين السادس لصاحب السدس. وكذا الحكم لو خرج لصاحب الثلث الثاني. وإن خرج له الخامس فله الخامس والسادس^٣.

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٢٣ - ٢٢٤، الرقم ٦٦٠١.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. قاله صاحب شرح مختصر الجويني على ما حكاه عنه النووي في روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٦.

ولا يخرج في هذه على السهام، بل على الأسماء؛ إذ لا يؤمن أن يؤدي إلى تفرّق السهام، وهو ضرر.

وقيل:

إذا خرج لصاحب النصف الثالث فله الثالث واللذان قبله، وإن خرج الرابع فله الرابع واللذان قبله، وتعيّن الأوّل لصاحب السدس والأخيران لصاحب الثلث. وإن خرج الخامس فله الخامس واللذان قبله، وتعيّن السادس لصاحب السدس والأولان لصاحب الثلث. وإن خرج السادس فله السادس واللذان قبله. ومتى أخذ الخارج حقّه ولم يتعيّن حقّ الآخرين أخرج رقعةً أخرى باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفرّق^١.

وهذه التوجيهات لا دليل على اعتبارها وإن سلم معها التفرّق.

نعم، لو اتّفق الشركاء على العمل بها، أو رأى القاسم ذلك صلاحاً أتجه ذلك، ومعه يمكن البدايةً أيضاً باسم صاحب السدس، فإن خرج باسمه الجزء الأوّل أو الثاني دفع إليه الأوّل. وإن خرج الخامس أو السادس دفع إليه السادس، ثمّ يخرج باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفرّق، وإن خرج له الثالث دفع إليه، وتعيّن الأولان لصاحب الثلث والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج له الرابع دفع إليه، وتعيّن الأخيران لصاحب الثلث والثلاثة الأوّل لصاحب النصف.

وإن بدئ لصاحب الثلث، فإن خرج له الأوّل أو الثاني دفع إليه الأوّل والثاني. وإن خرج الخامس أو السادس دفع إليه الخامس والسادس، ثمّ يخرج باسم أحد الآخرين ويكمل بسهولة. وإن خرج لصاحب الثلث الثالث فله الثالث والثاني، وتعيّن الأوّل لصاحب السدس والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج الرابع فله الخامس معه، وتعيّن السادس لصاحب السدس والثلاثة الأوّل لصاحب النصف. هكذا قرّر بعضهم^٢.

١. قاله صاحب شرح مختصر الجويني على ما حكاه عنه النووي في روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٧.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٦ - ١٨٧.

● ولو اختلفت السهام والقيمة عدلت السهام تقويماً، وميّزت على قدر سهم أقلّهم نصيباً، وأُقرع عليهما كما صوّرناه.

● أمّا لو كانت قسمة ردّ - وهي المفتقرة إلى ردّ في مقابلة بناء أو شجر أو بئر - فلا تصحّ القسمة ما لم يتراضيا جميعاً؛ لما يتضمّن من الضميمة التي لا تستقرّ إلا بالتراضي.

وإذا اتّفقا على الردّ وعدلت السهام، فهل يلزم بنفس القرعة؟ قيل: لا؛ لأنّها تتضمّن معاوضةً، ولا يعلم كلّ واحدٍ من يحصل له العوض، فيفتقر إلى الرضى بعد العلم بما ميّزته القرعة.

وهو إنّما يتمّ مع اتّفاقهم عليه أو مع رأي القاسم. ولا ريب في أنّ الاقتصار على ما ذكره المصنّف أولى وأقلّ كلفةً.

قوله: «ولو اختلفت السهام والقيمة عدلت السهام تقويماً» إلى آخره.

هذا هو القسم الرابع، والحكم فيه كالثالث؛ لأنّ المعتبر في جعل السهام على أقلّها مراعاة القيمة لا المقدار، فإن اتّفق المقدار لذلك فذاك، وإلاّ اعتبرت القيمة، فقد يجعل ثلث الأرض بسدس، ونصفها بسدس آخر، والسدس الآخر يقسّم أرباعاً، فتصير السهام ستّة متساوية القيمة. وهكذا. والأمر في إخراجها بالقرعة كالسابق.

قوله: «أمّا لو كانت قسمة ردّ» إلى آخره.

قسمة الردّ هي التي لا يمكن فيها تعديل السهام بالقيمة، بل تفتقر إلى ضميمة شيء خارج عن المشترك إلى بعض الأقسام ليحصل التعادل. كما لو كان في أحد جانبي الأرض بئراً وشجراً، وفي الدار بيت لا يمكن قسمته، فتقسّم الجملة على أن يرّد من يأخذ الجانب الذي فيه أحد تلك الأمور شيئاً من المال، أو يكون المشترك عبيدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستّة مائة، فلا يستويان إلاّ برّد أخذ النفيس مائتين.

ووجه عدم الإيجاب في هذه القسمة اشتغالها على دخول ما لا قسمة فيه، فكان معاوضةً

محضةً توقّف على التراضي.

ثم على تقدير التراضي عليها، إن اتفقا على أن يكون الردّ من واحد معيّن وأوقعا صيغة معاوضة تقتضي ذلك كالصلح فلا بحث. وإن اتفقا عليه ودفع الراذّ العوض من غير صيغة خاصة كان الحكم هنا كالمعاطاة، لا تلزم إلّا بالتصرّف عند من جعل ذلك حكم المعاطاة، وإن لم نقل بتوقف التراضي على القسمة مع عدم الردّ على التصرّف.

والفرق ما أشرنا إليه، من اشتغال قسمة الردّ على المعاوضة المقتضية للصيغة الدالة على التراضي على ما وردت عليه من العوضين، والمقسوم الزائد على ما قابل المرود غير متعيّن، فلا يمكن تخصيصه باللزوم مع التراضي بدون التصرّف.

وإن اتفقا على إخراج السهم لأحدهما بالقرعة فهل يلزم بنفس القرعة، فيثبت العوض لمن أخرجته أو عليه؟ قال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط: لا^١؛ لما ذكرناه من تضمّنها المعاوضة التي لا مدخل للقرعة فيها، ولأنّه لا يعلم كلّ واحدٍ من يحصل له العوض المرود. واقتصار المصنّف (رحمه الله) على نقله قولاً يؤدّن برده أو التردّد فيه.

وكذلك فعل العلامة في القواعد^٢. وفي التحرير جزم بتوقف قسمة التراضي مطلقاً على التراضي بعد القرعة باللفظ، مثل «رضيت» وما أدّى معناه^٣. وكذلك في الدروس^٤. وهو الأقوى.

ووجه العدم صدق اسم القسمة عليها. والقرعة موجبة لتميّز الحقّ مع اقترانها بالرضى بها كما سلف.

وظاهر المصنّف وغيره^٥ أنّ مورد الخلاف فيما إذا لم يكن القاسم منصوباً من الإمام، وإلّا لم يعتبر الرضى بعدها مطلقاً.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٤.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٦٤.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٢٥، الرقم ٦٦٠٢.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٥. كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٢٥، الرقم ٦٦٠٢.

وقد تقدّم في العبارة ما يدلّ عليه^١، مع احتمال جريان الخلاف فيهما؛ لأنّ المعاوضة لا تؤثر فيها نظر الحاكم، بل أمرها يرجع إلى المتعاضين.

وكلام الشيخ في المبسوط يدلّ على ذلك؛ لأنّه جعل مورد المسألة الأولى - التي ذكر فيها لزوم قسمة المنصوب دون غيره - قسمة الإيجاب، وجعل مورد هذه قسمة الردّ. وفرّق في الأولى بين كون القاسم منصوب الإمام وغيره، وأطلق في هذه. وهذه عبارته:

القسمة ضربان: قسمة إيجاب، وقسمة تراضي، فإن كانت قسمة إيجاب نظرت في القاسم، فإن كان قاسم الإمام لزم بالقرعة؛ لأنّ قرعة القاسم كحكم الحاكم؛ لأنّه يجتهد في تعديل السهام، كما يجتهد الحاكم في إطلاق الحقّ، وإن كان القاسم رجلاً ارتضوا به حكماً وقاسماً فالحكم فيه كالتراضي بحاكم يحكم بينهما.

ثمّ قوى اعتبار التراضي بعد القرعة فيه وفيما لو اقتسما بأنفسهما، ثمّ قال:

هذا في قسمة الإيجاب، أمّا قسمة التراضي - وهي التي فيها ردّ - فهل تلزم بالقرعة أم لا؟ قال قوم: تلزم كقسمة الإيجاب، وقال آخرون: لا تلزم؛ لأنّ القرعة هاهنا ليعرف البائع الذي يأخذ الردّ والمشتري الذي يدفع الردّ، فإذا تميّز هذا بالقرعة اعتبرنا التراضي بعد القرعة على البيع والشراء، وهذا هو الأقوى^٢. انتهى.

والمصنّف (رحمه الله) أطلق الحكم في لزومها بالقرعة في منصوب الإمام، من غير فرق بين قسمة الإيجاب والتراضي^٣. وأطلق القول هنا في قسمة الردّ كما ذكر الشامل للأمرين. وفي الدروس أيضاً صرح بكون قسمة المنصوب تلزم بالقرعة مطلقاً، وغيره يعتبر تراضيها في قسمة الردّ خاصّة^٤.

١. تقدّم في ص ٢٢٦.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٠٤.

٣. راجع ص ٢٠٧ - ٢٠٨.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

مسائل ثلاث:

الأولى: • لو كان لدارٍ علوّ وسفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلوّ والسفل بموجب التعديل جاز، وأُجبر الممتنع مع انتفاء الضرر. ولو طلب انفراده بالسفل أو العلوّ لم يجبر الممتنع. وكذا لو طلب قسمة كلّ واحدٍ منهما منفرداً.

الثانية: • لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمة الأرض حسب أُجبر الممتنع؛ لأنّ الزرع كالمتاع في الدار. ولو طلب قسمة الزرع، قال الشيخ: لم يجبر الآخر؛ لأنّ تعديل ذلك بالسهام غير ممكن. وفيه إشكال، من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة.

أما لو كان بذراً لم يظهر لم تصحّ القسمة؛ لتحقّق الجهالة. ولو كان سنبلاً قال أيضاً: لا يصحّ. وهو مشكل؛ لجواز بيع الزرع عندنا.

قوله: «لو كان لدارٍ علوّ وسفل فطلب أحد الشريكين قسمتها» إلى آخره. العلوّ والسفل بمنزلة بيتين متجاورين، فإذا طلب أحدهما قسمة كلّ واحدٍ منهما على حدته، بحيث يكون لكل واحدٍ منهما نصيباً من كلّ منهما، ولم يكن في ذلك ضرر أُجبر الممتنع، كما يُجبر على قسمة البيت الواحد كذلك.

ولا فرق بين أن يجعل نصيب كلّ منهما من العلوّ فوق نصيبه من السفّل وعدمه. ويحتمل اشتراط الأول في الإيجاب لما في اختلاف النصيب من الضرر بكلّ منهما. وإن طلب قسمتها بحيث يكون لأحدهما العلوّ وللآخر السفّل لم يجبر الآخر، كما لا يجبر على قسمة الدارين المتلاصقتين كذلك.

قوله: «لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمة الأرض حسب أُجبر الممتنع؛ لأنّ الزرع كالمتاع في الدار» إلى آخره.

إذا كان بينهما أرض مزروعة فأراد قسمة الأرض وحدها فلا إشكال في وجوب إجابة

الثالثة: • لو كان بينهما قرحان متعدّدة، وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعضٍ ليم جبر الممتنع. ولو طلب قسمة كلِّ واحدٍ بانفراذه أُجبر الآخر. وكذا لو كان بينهما حبوب مختلفة.

ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه، كالدار الواسعة إذا اختلفت أبنيتها.

الآخر؛ لأنَّ الأرض ممّا يقسّم قسمة إجبار، والزرع فيها غير مانع من ذلك؛ لأنّه في حكم المنقول.

وإن أراد قسمة الزرع فمقتضى الأصول الشرعيّة كون الحكم كذلك حيث يمكن تعديله، بأن لا يكون بذراً مستوراً، سواء كان سنبلًا أم حشيشاً أم قصيلاً.

والشيخ (رحمه الله) أطلق المنع من قسمته قسمة إجبار؛ محتجاً بأنّ تعديله غير ممكن^١. ولا يخفى منعه؛ إذ لا مانع منه، سواء كان سنبلًا أم لا.

ولو أراد قسمة معاً فالحكم كما لو أراد قسمة أحدهما عندنا. ومن جعل القسمة بيعاً من العامّة شرط في جوازه أن لا يكون قد اشتدَّ الحبُّ؛ لأنّه لا يجوز عنده بيع المطعوم مع غيره بمطعوم مع غيره، وهو الأرض^٢.

قوله: «لو كان بينهما قرحان متعدّدة - إلى قوله - فهي كالأقرحة المتباعدة».

المشهور بين الأصحاب أنّ ما يعدّ شيئين فصاعداً من العقار، كالدار المتعدّدة، والأراضي المتعدّدة الخالية من الشجر، وهي المعبر عنها بالأقرحة، والدكاكين المتعدّدة، سواء تجاوزت أم لا، والحبوب المختلفة - كالحنطة والشعير - لا يقسّم بعضها في بعضٍ - بمعنى جعل بعضها في مقابلة بعضٍ - قسمة إجبار. وإنما يقسّم كلِّ واحدٍ منها على حدته قسمة الإجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر؛ لأنّها أملاك متعدّدة ولكلِّ واحدٍ منها خواصّ

١. المبسوط، ج ٥، ص ٤٩٦.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٦٠؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٩٣.

ولا تقسّم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة إجبار؛ لأنّها أملاك متعدّدة يُقصد كلّ واحدٍ منها بالسكنى على انفراده، فهي كالأقرحة المتباعدة.

الرابع في اللواحق

وهي ثلاث:

الأولى: • إذا ادّعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه، فإن أقام بيّنة سمعت وحكم ببطلان القسمة؛ لأنّ فائدتها تمييز الحقّ ولم يحصل. ولو عدّمها فالتمس اليمين كان له إن ادّعى على شريكه العلم بالغلط.

لا تحصل في الآخر، بخلاف الأرض الواحدة والدار الواحدة.

وقال ابن البرّاج: إذا استوت الدور والأقرحة في الرغبات قسّمت بعضها في بعض. قال: وكذا لو تضرّر بعضهم بقسمة كلّ على حدته جمع حقّه في ناحية^١. وفي الإرشاد حكم بأنّ الدكاكين المتجاورة يقسّم بعضها في بعض كذلك، دون الدور والأقرحة^٢.

وهو مذهب جماعة من العامة^٣؛ تنزيلاً لها منزلة الخان الواحد المشتمل على بيوت متعدّدة. وفرّق بعضهم بين ما لو كانت مجتمعةً ومتفرّقةً، فجوّز قسمة المجتمعة بعضها في بعض، كالدار الواحدة والقراح الواحد^٤.

والمختار هو المشهور.

قوله: «إذا ادّعى بعد القسمة الغلط عليه لم تسمع دعواه» إلى آخره.

لا فرق في عدم سماع دعوى الغلط في القسمة بمجردّها بين كون القاسم منصوب الإمام

١. راجع المهدّب، ج ٢، ص ٥٧٣ - ٥٧٤.

٢. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٣٤.

٣ و٤. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٩٠.

ومن تراضيا به وأنفسهما؛ لأصالة صحّة القسمة إلى أن يثبت المزيل، ولأنّ منصوب الإمام كالقاضي لا تسمع الدعوى عليه بالظلم. لكن لو أقام بيّنة سمعت ونقضت القسمة، كما لو أقام البيّنة على ظلم القاضي وكذب الشهود. وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا.

ولو لم يقم بيّنة، وأراد تحليف الشريك مُكّن منه إن ادّعى عليه العلم بالغلط، وإلا فلا؛ لأنّ معه الأصل، خصوصاً إذا كان القاسم غيره؛ فإنّ التبعة عليه، لا عليه مع عدم علمه. وقيل: له إحلاف الشريك مطلقاً^١. وهو الوجه؛ عملاً بالعموم^٢.

وفرق في المبسوط بين قسمة التراضي وغيرها، كاختصاص أحدهما بالعلو والآخر بالسفل. أو اشتمالها على ردّ، أو كون القاسم غير منصوب، فحكم بعدم الالتفات إليه في الثانية مطلقاً؛ لأنّها مشروطة بالتراضي، فإن كان مبطلاً في دعواه فعدم سماعها واضح، وإن كان محقاً فقد رضي بترك هذه الفضلة^٣.

ويشكل بإمكان عدم علمه بها حال القسمة. فالوجه سماع الدعوى مع البيّنة كالسابق. وأطلق ابن الجنيد عدم سماع دعواه إلا بالبيّنة^٤. والوجه توجه اليمين على الشريك مطلقاً، فإن حلفت أقرت، وإن نكل حلف المدّعي، ونقضت إن لم نقض بالنكول، وإلا نقضت بمجرّده.

ولو تعدّد الشركاء وحلف بعضهم دون بعض ففي نقضها مطلقاً، أو في حقّ الناكل خاصّة وجهان، من أنّها قسمة واحدة فلا تتبعّض، ومن لزومها في حقّ الحالف فلا يساوي الناكل.

١. قاله العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٥، ص ٢٢٦، الرقم ٤٦٦٠.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٦١، باب القسامة، ح ٤، وص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه، ح ١ - ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣ - ٥٥٤.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٤٩٧.

٤. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٥٣، المسألة ٥١.

الثانية: • إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن كان معيّنًا مع أحدهما بطلت القسمة؛ لبقاء الشركة في النصيب الآخر. ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل؛ لأنّ فائدة القسمة باقي، وهو أفراد كلّ واحدٍ من الحقيين. ولو كان فيهما لا بالسوية بطلت؛ لتحقق الشركة.

وإن كان المستحقّ مشاعاً معهما فللشيخ (رحمه الله) قولان:
أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحقّ. والثاني: تبطل؛ لأنّها وقعت من دون إذن الشريك. وهو الأشبه.

والأوّل مختار الشهيد (رحمه الله) في بعض فوائده^١، والثاني مختار العلامة في التحرير^٢. وهو الوجه.

قوله: «إذا اقتسما ثمّ ظهر البعض مستحقاً، فإن كان معيّنًا مع أحدهما بطلت» إلى آخره. إذا جرت قسمة ثمّ ظهر استحقاق بعض المقسوم، فإمّا أن يستحقّ في جزء شائع، أو في شيء معيّن. فإن استحقّ في شائع - كالثلث - بطلت القسمة في المستحقّ قطعاً. وفي الباقي قولان^٣:

أحدهما: لا تبطل؛ لبقاء السهام بين الشركاء على التعديل، فلا وجه لإبطالها. والثاني - وهو الأصحّ - البطلان؛ لأنّ المقصود من القسمة تمييز الحقوق، وإذا ظهر الاستحقاق كان المستحقّ شريك كلّ واحد منهم، فلا يحصل التمييز. وأيضاً فقد بان أنّ المستحقّ شريك، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع.

وإن استحقّ شيء معيّن نظر، إن اختصّ المستحقّ بنصيب أحدهما، أو كان من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة؛ لأنّ ما يبقى لكلّ واحدٍ لا يكون قدر حقّه، بل يحتاج أحدهما

١. لم نعر عليه.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٢٦، الرقم ٦٦٠٤.

٣. القولان للشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٩٨.

الثالثة: ● لو قسّم الورثة تركّة ثمّ ظهر على الميّت دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة. وإن امتنعوا نقضت، وقضي منها الدين.

إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة.

وإن كان المستحقّان متماثلين مضت القسمة في الباقي؛ لانتفاء المانع، إذ ليس إلا نقصان نصيب كلّ واحدٍ، وهو غير قاذح، كما لو ظهر الاستحقاق في ماله المنفرد، وأمّا القسمة فالمقصود منها التعديل وتمييز نصيب أحد الشركاء عن الآخر، وقد حصل. ولبعض العامّة قول بالبطلان؛ لتفريق الصفقة^١.

قوله: «لو قسّم الورثة تركّة ثمّ ظهر على الميّت دين» إلى آخره.

إذا قسّمت التركة بين الورثة ثمّ ظهر دين، فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة؛ بناءً على أنّها إفراز حق لا بيع. وإن لم يقوموا به بيعت الأنصاء في الدين. ولو قام به البعض دون البعض بيع نصيب الممتنع والقسمة بحالها. ومن جعلها بيعاً من العامّة فله في بطلانها بظهور الدين وجهان^٢، كما لو باعوها ثمّ ظهر الدين.

ولا فرق بين ظهور الدين مستوعباً للتركة وعدمه؛ لأنّ إفراز الحقوق لا ينافي وفاء الدين منها على تقدير عدم وفائهم له من غيرها. مع احتمال بطلانها مع الاستيعاب مطلقاً إن قلنا بعدم انتقالها إليهم؛ لصدورها من غير المالك.

والمصنّف (رحمه الله) مع قوله بعدم الانتقال حكم بصحّة القسمة مراعاةً بوفاء الدين؛ نظراً إلى تعلق حقّ الوارث بها في الجملة وإن لم تنتقل إلى ملكه محضاً.

ولو ظهرت وصيّة بعد القسمة، فإن كانت مرسلّة فهو كما لو ظهر دين. وإن كانت بجزءٍ شائعٍ أو معيّنٍ فعلى ما ذكرناه في ظهور الاستحقاق. ولا فرق في هذه الأحكام كلّها بين قسمة الإيجاب والتراضي.

١. روضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٨ - ١٨٩.

٢. راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ٢٦٢؛ وروضة الطالبين، ج ٨، ص ١٨٨.

النظر الرابع في أحكام الدعوى

وهو يستدعي بيان مقدّمة، ومقاصد.
أمّا المقدّمة فتشمل فصلين:

[الفصل] الأوّل في المدّعي

• وهو الذي يترك لو ترك الخصومة. وقيل: هو الذي يدّعي خلاف الأصل، أو أمراً خفياً. وكيف عرفناه فالمنكر في مقابله.

النظر الرابع في أحكام الدعوى

قوله - في المدّعي -: « وهو الذي يترك لو ترك الخصومة. وقيل: هو الذي يدّعي خلاف الأصل، أو أمراً خفياً. وكيف عرفناه فالمنكر في مقابله».

قد عرفنا بالخبر أنّ «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»^١. وقيل في سببه:

إنّ جانب المنكر أقوى؛ لموافقته الظاهر، والبيّنة أقوى من اليمين، لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البيّنة على المدّعي؛ لتجبر قوّة الحجّة ضعف الخير^٢.

وهو الكلام المدّعي، وقنع من المنكر بالحجّة الضعيفة، لقوّة جانبه.

وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدّعي والمدّعي عليه ليطالب هذا بحجّته وهذا بحجّته إذا تخاصما.

١. تقدّم تخريجه في ص ١٤٨، الهامش ٢.

٢. المهذب البارع، ج ٤، ص ٤٨١.

ويشترط البلوغ، والعقل، وأن يدعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه ما يصحّ منه تملكه. فهذه قيود أربعة.

فلا تسمع دعوى الصغير، ولا المجنون، ولا دعواه مالمّ لغيره - إلا أن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أميناً لحاكم. ولا تسمع دعوى المسلم خمرأً أو خنزيراً.

وقد اختلف الفقهاء في حدّ المدّعي، فقيل: هو الذي يترك لو ترك الخصومة^١. ويعبّر عنه بعبارة أخرى، وهو أنّه الذي إذا سكت خلّي ولم يطالب بشيء، والمدّعى عليه لا يخلّي ولا يقنع منه بالسكوت^٢.

والثاني: أنّه الذي يدّعي خلاف الأصل، والمدّعى عليه هو الذي يدّعي ما يوافق. وقيل: إنّ المدّعي من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدّعى عليه من يوافق الظاهر^٣. فإذا ادّعى زيد ديناً في ذمّة عمرو أو عيناً في يده فأنكر، فزيد هو الذي لو ترك الخصومة ترك، وهو الذي يذكر خلاف الأصل؛ لأنّ الأصل براءة ذمّة عمرو من الدين وفراغ يده من حقّ الغير، وهو الذي يذكر أمراً خفياً خلاف الظاهر؛ لأنّ الظاهر براءة ذمّة عمرو وفراغ يده من حقّ الغير. وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته، ويوافق قوله الأصل والظاهر. فزيد مدّع على جميع التعريفات، وعمرو مدّعى عليه.

ولا يختلف موجبها في الأغلب. وقد يختلف، كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس واختلفا، فقال الزوج: «أسلمنا معاً والنكاح باقٍ بيننا»، وقالت المرأة: «بل على التعاقب ولا نكاح بيننا».

فإن قلنا: المدّعي من لو ترك ترك، فالمرأة مدّعية والزوج مدّعى عليه؛ لأنّه لا يترك لو ترك؛ فإنّها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف.

١. قاله الماتن في المختصر النافع، ص ٤٠٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٣٦.

٢ و٣. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٨٧.

وإن قلنا: إن المدعي من يخالف قوله الظاهر، فالزوج هو المدعي؛ لأن التساوي الذي يزعمه أمر خفيّ خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها - لموافقتها الظاهر - فتحلف، فإذا حلفت حكم بارتفاع النكاح.

وإن قلنا: إن المدعي هو الذي يذكر خلاف الأصل، فالمرأة مدعية أيضاً؛ لأن الأصل عدم تقدّم أحدهما على الآخر، هذا هو المشهور في الفرق بين التعريفات. وقال بعضهم:

إن الزوج هو الذي يترك وسكوته؛ لأن النكاح حقّه، فإذا لم يطالبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت؛ لأن بعد ثبوت الحقّ يصير مدعي زواله مدعياً^١.

وإذا قال الزوج: «أسلمت قبلي فلا نكاح ولا مهر»، وقالت: «بل أسلمنا معاً» وهما بحالهما، فعلى الأول المدعي هو الزوجة؛ لأنها تترك لو تركت. وكذا على الثالث؛ لأنّ التقارن خلاف الظاهر، فإن وقوع لفظ «الإسلام» بحيث لا يتقدّم أحدهما على الآخر نادر جداً. وعلى الثاني الزوج هو المدعي؛ لأن الأصل عدم سبق إسلام أحدهما على الآخر. وأما الأمانة الذين يصدقون في الردّ بيمينهم فهم مدعون؛ لأنّهم يزعمون الردّ، وهو خلاف الأصل والظاهر، ولا يتركون لو تركوا الدعوى؛ لأنّ المالك مطالب بحقّه، لكن اكتفي منهم باليمين؛ لأنّهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك، وقد ائتمنهم وأحسنوا إليه، فلا يحسن تكليفهم بيئته على الردّ.

وربما تكلف بعضهم بأنّهم يدعون ما يوافق الظاهر؛ لأنّ المالك قد ساعدهم على الأمانة حيث ائتمنهم، فهم يستبقون الأمانة وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم^٢. وعلى هذا فيجوز كون الأمين المذكور مدعياً ومدعى عليه باعتبارين، كما يقع مثله في صورة التحالف.

١. لم نعر على قائله بشخصه، نعم حكاه فخر المحققين بعينه ونسبه إلى قائل، فراجع إيضاح الفوائد، ج ٤،

ص ٣٢٤.

٢. انظر روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٨٧.

● ولا بدّ من كون الدعوى صحيحةً لازمةً. فلو ادّعى هبةً لم تسمع حتّى يدّعي الإقباض. ● وكذالو ادّعى رهناً.

● ولو ادّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود، ولا بيّنه، فادّعى علم المشهود له ففي توجّه اليمين على نفي العلم تردّد أشبهه عدم التوجّه؛ لأنّه ليس حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة، ولأنّه يثير فساداً.

قوله: «ولا بدّ من كون الدعوى صحيحةً لازمةً. فلو ادّعى هبةً لم تسمع حتّى يدّعي الإقباض».

قد تقدّم ما يعتبر في صحّة الدعوى من كونها معلومةً أو مظنونةً على بعض الوجوه^١، وكونها مضبوطةً بذكر الجنس والوصف والقدر وغيرها.

والمراد بكونها لازمةً أن تكون ملزمةً للمدّعى عليه، فلو قال: «وهب منّي كذا» لم تسمع حتّى يقول: «وأقبضني، أو هبة يلزمه التسليم إليّ»، ونحو ذلك؛ لأنّ الهبة أعمّ من المقبوضة، ولأنّه قد يهب ويرجع.

قوله: «وكذالو ادّعى رهناً».

بناءً على ما اختاره المصنّف من اشتراط القبض في صحّة الرهن، ومن لم يعتبر في صحّته القبض^٢ يسمع الدعوى مجردةً عنه.

وقد يقال في الموضوعين: إنّ القبض إذا كان شرطاً في صحّة الهبة والرهن فإطلاقهما محمول على الصحيح كغيرهما من العقود، وإنّما يتوجّه التفصيل حيث يجعل القبض شرطاً في اللزوم، ليجعل إطلاقهما صحيحين أعمّ من المقبوض وغيره. وقد تقدّم البحث في ذلك مستوفىً في باب الهبة^٣.

قوله: «ولو ادّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود» إلى آخره.

١. تقدّم في ص ١١١ وما بعدها.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢٣، المسألة ٥: المبسوط، ج ٢، ص ١٤٩؛ السرائر، ج ٢، ص ٤١٧.

٣. تقدّم في ج ٥، ص ١٥٣ وما بعدها.

- وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي منضمةً إلى الشهادة لم تجب إجابته؛ لنهوض البيّنة بثبوت الحقّ.
- وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد، منشؤه أنّ الإقرار لا يثبت حقاً في نفس الأمر، بل إذا ثبت قضي به ظاهراً.

إذا ادّعى المنكر جرح الحاكم أو الشهود كُلف البيّنة، فإن فقدتها وادّعى علم المدعي بذلك ففي توجّه اليمين على المدعي وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنّه ينتفع به في حقّ لازم، كما لو قذف الميّت وطلب الوارث الحدّ، فادّعى على الوارث العلم بالزنى فأنكر فله تحليفه على نفي العلم.

والثاني: لا؛ لأنّه لا يدعي حقاً لازماً، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة، ولأنّه يثير فساداً، ولأنّه كالدعوى على القاضي والشهود بالكذب، وهي غير مسموعة بدون البيّنة قطعاً، وإن كان ينتفع بتكذيبهما أنفسهما؛ لأنّه يثير فساداً عاماً. وهذا هو الوجه.

قوله: «وكذا لو التمس المنكر يمين المدعي منضمةً إلى الشهادة» إلى آخره.

فلا تجب الزيادة عليها؛ لأنّه تكليف حجّة بعد قيام حجّته، ولأنّه كالطعن في الشهود.

نعم، لو ادّعى إبراءً أو أداءً توجّهت اليمين. وقد تقدّم البحث في ذلك^١.

قوله: «وفي الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردّد، منشؤه أنّ الإقرار لا يثبت حقاً في نفس الأمر، بل إذا ثبت قضي به ظاهراً».

المراد أنّه إن ادّعى عليه الإقرار له بالحقّ، فهل تسمع الدعوى بمعنى توجّه اليمين على المدعي عليه لو أنكروا؟ فيه وجهان، نعم؛ لأنّه ينتفع به مع التصديق، ولا؛ لأنّ الحقّ لا يستحقّ بالإقرار في نفس الأمر، وإن كان ثبوته يوجب الحقّ ظاهراً.

والأظهر هنا السماع؛ لأنّ المعبر ثبوت الحقّ ظاهراً، واعترافه ينفعه، ونكوله يثبت عليه الحقّ، أو مع يمين المدعي. والمدعي يجوز له الحلف على أنّه أقرّ له بذلك، ويثبت به الحقّ؛

● ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في نكاح ولا غيره. وربما افتقرت إلى ذلك في دعوى القتل؛ لأنّ فائته لا يستدرك. ولو اقتصر على قولها: «هذا زوجي» كفى في دعوى النكاح، ولا يفتقر ذلك إلى دعوى شيء من حقوق الزوجية؛ لأنّ ذلك يتضمّن دعوى لوازم الزوجية. ولو أنكر النكاح لزمه اليمين. ولو نكل قضي عليه على القول بالنكول، وعلى القول الآخر تردّ اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الزوجية. وكذا السياقة لو كان هو المدعي.

إذ لا يشترط في استحقاق المقرّ له علمه بالسبب المقتضي للإقرار، بل يجوز له أخذه؛ تعويلاً على إقراره ما لم يعلم فساد السبب، فجاز استناد الإقرار إلى سبب لا يعلمه المقرّ له، كالنذر والجنابة والإتلاف، وعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^١ يشملها. قوله: «ولا تفتقر صحة الدعوى إلى الكشف في نكاح ولا غيره» إلى آخره. الدعوى أنواع:

منها: دعوى الدم. والمشهور أنّه لا بدّ فيها من التفصيل، على ما هو مبين في محلّه؛ للخلاف في الأسباب الموجبة منه للقود والدية، ولأنّ فائت القتل لا يستدرك. ومنها: دعوى نفس المال، مجرداً عن ذكر السبب من بيع وقرض وغيرهما. ولا خلاف في عدم اشتراط التفصيل فيه؛ لأنّ الأسباب التي يستحقّ بها المال تكثر وتكرّر، وفي ضبط الأقدار الحاصلة بتلك الأسباب حرج شديد، فأغني عنه. ومنها: النكاح والبيع وسائر العقود. وعند بعض الأصحاب^٢ أنّه لا يشترط فيها الكشف والتفصيل، بل يكفي إطلاق الدعوى بها، كما يكفي في دعوى استحقاق المال، وكما أنّه لا يجب في دعوى النكاح التعرّض لعدم الموانع، كالرذّة والعدّة والرضاع.

١. تقدّم تخريجه في ص ٢٠٣، الهامش ١.

٢. كالشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٦٣٠؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٥٧، الرقم ٦٤٨٤.

● ولو ادعى أنّ هذه بنت أمته لم تسمع دعواه؛ لاحتمال أن تلد في ملك غيره ثمّ تصير له. وكذا لو قال: «ولدتها في ملكي» لاحتمال أن تكون حرّة أو ملكاً لغيره. وكذا لا تسمع البيّنة بذلك ما لم يصرّح بأنّ البنت ملكه. وكذا البيّنة.

وخالف فيه بعض العامّة، فأوجب التفصيل في الجميع؛ للخلاف في الأسباب كالدّم^١. وبعضهم خصّ إيجاب التفصيل بالنكاح؛ لأنّ أمر الفروج مبنيّ على الاحتياط كالدّماء، والوطء المستوفى لا يتدارك، كالدّم المهرق^٢. وعليه فيعتبر في النكاح أن يقول: إنّه وقع بالأوصاف المعبرة عند موجب التفصيل، فيقول: إنّه تزوّجها بوليّ وشاهدين، ويصفهما بالعدالة ونحو ذلك. وعلى مذهب الأصحاب يكفي قولها: «هذا زوجي» وإن لم تضمّ إليه شيئاً من حقوق الزوجيّة، كالمهر والنفقة.

واعتبر بعض العامّة أن يقترن بها حقّ من حقوق النكاح، كصداق ونفقة وقسم وميراث بعد موته، وإلا لم تسمع^٣؛ محتجّاً بأنّ بقاء النكاح حقّ الزوج عليها، فكأنّها تدعي كونها رفيقةً، وهذه دعوى غير ملزمة.

ومن لم يعتبر التفصيل قال: إنّ النكاح وإن كان حقّاً له فهو مقصود لها من تعلق حقوق مشبته، وتتوسّل به إلى تلك الحقوق. وحينئذٍ فتسمع الدعوى، وتترتب عليها أحكامها من اليمين والنكول وغيرهما.

وكذا القول في دعواه الزوجيّة.

قوله: «ولو ادعى أنّ هذه بنت أمته لم تسمع دعواه - إلى قوله - هذا الدقيق من حنطته». عدم سماع الدعوى لبنت الأمة بقوله «إنّها بنت أمته» واضح؛ لأنّ ذلك أعمّ من كونها

١. ٢. انظر الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣١٠ و٣١٣؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ١٨٥ - ١٨٦؛ والمغني المطبوع مع

الشرح الكبير، ج ١٢، ص ١٦٥ - ١٦٧، المسألة ٨٤٩٧ و٨٤٩٩؛ وروضة الطالبين، ج ٤، ص ٢٩٣.

٣. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٩٥.

ومثله لو قال: «هذه ثمرة نخلتي». وكذالو أقرّ له من الثمرة في يده أو بنت المملوكة لم يحكم عليه بالإقرار لو فسّره بما ينافي الملك. ولا كذالو قال: «هذا الغزل من قطن فلان» أو «هذا الدقيق من حنطته».

ملكاً له؛ إذ يجوز كونها بنتاً لأمته ولا تكون ملكاً له، بأن تلدها قبل أن يملك الأمّ في ملك غيره، أو يكون قد زوّجها من حرّاً أو عبدٍ وشرط لمولاه رقيّة الولد، أو غير ذلك. ومنه يعلم أنه لا فرق بين إضافة «ولدها في ملكي» وعدمه؛ لبقاء الاحتمال على التقديرين. وأمّا قول المقرّ «هذه ثمرة شجرة فلان أو بنت أمته» فإن أضاف إلى ذلك ما ينافي التبعية كقوله: «وهي ملكي»، فلا إشكال في عدم ثبوت الإقرار؛ لما ذكرناه من الاشتراك، مضافاً إلى تصريحه بما ينافي الإقرار.

وأما مع الإطلاق فظاهر كلام المصنّف أنه يكون إقراراً بالولد والثمرة؛ عملاً بالظاهر من كونهما تابعين للأصل حيث لا معارض، ولو كان هناك شيء لذكره، فإطلاقه كونهما من الأصل الذي هو مملوك للمقرّ له ظاهر في تبعيتهما له، بخلاف الدعوى؛ فإن شرطها التصريح بالملك ولو بالاستلزام ولم يحصل.

وتبع المصنّف على هذا الحكم العلامة في القواعد والتحرير^١.

والفرق بين الدعوى والإقرار لا يخلو من إشكال؛ لأنّ الاحتمال قائم على تقدير الإقرار والدعوى.

والعمل بالظاهر في الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه. والفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع إلى نفس الدعوى.

وفي الإرشاد^٢ أطلق عدم سماع الدعوى والإقرار معاً، ولم يعتبر التقييد في الإقرار بتفسيره بما ينافي الملك. وهذا هو الظاهر.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٣٧؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٥٧، الرقم ٦٤٨٥.

٢. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٤٣.

الفصل الثاني • في التوصل إلى الحق

من كانت دعواه عيناً في يد إنسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم يثر فتنة، ولا يقف ذلك على إذن الحاكم.

ولو كان الحق ديناً وكان الغريم مقرراً باذلاً لم يستقل المدعي بانتزاعه من دون الحاكم؛ لأنّ للغريم تخييراً في جهات القضاء، فلا يتعين الحق في شيء من دون تعيينه، أو تعيين الحاكم مع امتناعه.

ولو كان المدين جاحداً وللغريم بيّنة تثبت عند الحاكم والوصول إليه ممكن ففي جواز الأخذ تردّد، أشبهه الجواز. وهو الذي ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط. وعليه دلّ عموم الإذن في الاقتصاص.

وأما الفرق بين قوله: «إنّها ثمرة شجرته، وبنّت أمته» وبين قوله: «إنّ الغزل من قطنه، والدقيق من حنطته» فواضح؛ لأنّ الغزل والدقيق من نفس حقيقة القطن والحنطة، وإنّما تغيّرت الأوصاف، فملك الأصل يقتضي ملك الفرع، بخلاف الثمرة والولد؛ فإنّهما منفصلان عن أصلهما حساً وشرعاً، فالإقرار بالفرعية لا يقتضي الإقرار بالملك.

قوله: «في التوصل إلى الحق - إلى قوله - دلّ عموم الإذن في الاقتصاص».

الغرض من الباب أنّ المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى؟ وتفصيله: أنّ الحق إمّا عقوبة أو مال. فإن كان عقوبة - كالقصاص وحدّ القذف - فلا بدّ من الرفع إلى الحاكم؛ لعظم خطره، والاحتياط في إثباته، ولأنّ استيفاءه وظيفة الحاكم، على ما تقتضيه السياسة وزجر الناس.

وإن كان مالاً، فهو إمّا عين أو دين. فإن كان عيناً، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة استقلّ به؛ لأنّه عين ماله فلا حاجة إلى الرجوع في تحصيله إلى غيره. ولو أذى إلى الفتنة فلا بدّ من الرفع إلى الحاكم دفعاً لها.

ولو لم تكن له بيّنة، أو تعذر الوصول إلى الحاكم، ووجد الغريم من جنس ماله اقتصّ مستقلاً بالاستيفاء.

وأما الدين فإن كان من عليه مقرراً غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدّي. وليس له الاستقلال بالأخذ؛ لأنّ حقّه أمر كليّ في ذمّة المديون، وله التخيّر في تعيينه من ماله، فلا يستعين في شيء منه بدون تعيينه. ولا مدخل للحاكم في ذلك أيضاً؛ لأنّ الغرض كونه باذلاً، والحاكم إنّما يلي على الممتنع ومن في معناه.

وقول المصنّف في هذا القسم «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» لا وجه له؛ لأنّه خلاف الغرض.

ولو كان جاحداً أو ماطلاً، فإن لم يكن لصاحب الحقّ بيّنة يثبت بها الحقّ عند الحاكم، أو كان ولم يمكن الوصول إليه، أو أمكن ولم تكن يده مبسوفة بحيث يمكنه تولّي القضاء عنه جاز له الاقتصاص منه؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^١. وقوله تعالى: ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِبْتُمْ بِهِ﴾^٢.

ولما روي عن النبي ﷺ لما قالت له هند: يا رسول الله، إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وإنّه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه سرّاً وهو لا يعلم، فهل عليّ في ذلك شيء؟ فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^٣.

وروي جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يكون له على الرجل دين فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، أي يأخذه، وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: «نعم»^٤.

١. البقرة (٢): ١٩٤.

٢. النحل (١٦): ١٢٦.

٣. مستند أحمد، ج ٧، ص ٧٥، ح ٢٣٧١١؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣٣٨، ح ١٧١٤/٧؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ١٥٩، بتفاوت يسير فيها.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٩، ح ٩٨٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٥١، ح ١٦٧.

• نعم، لو كان المال وديعةً عنده ففي جواز الاقتصاص تردّد، أشبهه الكراهية.

وعن داود بن زربي قال، قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفاراهة فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ فقال: «خذ مثل ذلك، ولا تزد عليه»^١. وغير ذلك^٢.

ولو كان هناك بيّنة يثبت بها الحقّ عند الحاكم لو أقامها، والوصول إليه ممكن ففي جواز أخذه قصاصاً من دون إذن الحاكم قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) هنا والأكثر - الجواز^٣؛ لمعموم أدلّة الاقتصاص، وقوله عليه السلام: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته وعرضه»^٤.

والثاني: لا؛ لأنّ التسلّط على مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر منه على موضع الضرورة، وهي هنا منتفية، ولأنّ الممتنع من وفاء الدين يتولّى القضاء عنه الحاكم، ويعيّن من ماله ما يشاء، ولا ولاية لغيره. وهو خيرة المصنّف في النافع^٥.
والأقوى الأوّل.

وكون التسلّط على مال الغير بغير إذنه خلاف الأصل مسلّم، لكن العدول عن الأصل لدليل جائز، وهو هنا موجود.

قوله: «نعم، لو كان المال وديعةً عنده ففي جواز الاقتصاص تردّد، أشبهه الكراهية».
اختلف الأصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب المصنّف (رحمه الله) وقبله

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٧، ح ٩٧٨.

٢. راجع وسائل الشريعة، ج ١٧، ص ٢٧٢ - ٢٧٦، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

٣. من القائلين بالجواز الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٣٥٥، المسألة ٢٨؛ والكيزري في إصباح الشريعة، ص ٥٣٥؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٢٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٤. الأمالي، الشيخ الطوسي، ص ٥٢٠، المجلس ١٨، ح ٥٢٦/١١٤٦؛ وانظر مسند أحمد، ج ٥، ص ٢٥٩، ح ١٧٤٨٦؛ وسنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٦٢، ح ٣٦٢٨؛ وسنن النسائي، ج ٧، ص ٢٣٨، ح ٤٦٩٨ و٤٦٩٩. وفيها: «ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته».

٥. المختصر النافع، ص ٤٠٩ - ٤١٠.

الشيخ في الاستبصار^١ وأكثر المتأخرين^٢ إلى الجواز على كراهية.
 وذهب الشيخ في النهاية^٣ وجماعة^٤ إلى التحريم.
 ومنشأ الخلاف اختلاف الروايات ظاهراً.

والأظهر الأول؛ لعموم الأدلة السابقة، وخصوص صحيحة أبي العباس البقباق: أن شهاباً ما رآه في رجل ذهب له ألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس، فقلت له: خذها مكان الألف الذي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: «أما أنا فأحب إلي أن تأخذ وتحلف»^٥.

وهذا الخبر يدل على الجواز من غير كراهة؛ لأنه عليه السلام لا يحب المكروه. وقوله عليه السلام: «وتحلف» أراد به أنه إذا طلب منه المودع الوديعة جاز له الإنكار، فإن أحلفه حلف له على عدم الاستحقاق، أو على عدم الاستيداع مع التورية. ثم الكراهة تستفاد من ظاهر الأدلة الآتية جمعاً.

حجة القائل بالتحريم عموم قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»^٦، والأمر بأدائها إليهم ينافي جواز الأخذ.

وخصوص رواية ابن أبي عمير، عن ابن أخي الفضيل بن يسار، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إن ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه، فلي أن آخذ

١. الاستبصار، ج ٣، ص ٥٣، ذيل الحديث ١٧٢.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢١٣؛ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٨٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. النهاية، ص ٣٠٧.

٤. منهم أبوالصلاح في الكافي في الفقه، ص ٣٣١؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٤٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٧؛ ٩٧٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٥٣، ح ١٧٤.

٦. النساء (٤): ٥٨.

منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك فقال: «لا، قال رسول الله ﷺ: أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^١.

وفي هذا الحديث دلالة من ثلاثة مواضع:

أحدها: من قوله «لا» في جواب قولها «فلي أن آخذ منه».

وثانيها: من قوله ﷺ «أد الأمانة إلى من ائتمنك»؛ فإن الأمر بأدائها إليه ينافي جواز الأخذ، ولأنه ذكره في جواب سؤال الأخذ.

وثالثها: من قوله ﷺ «ولا تخن من خانك». وهو ظاهر.

ورواية سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل وقع لي عنده مال فكا برني عليه ثم حلف، ثم وقع له عندي مال، آخذه مكان مالي الذي آخذه وجحدته وأحلف عليه كما صنع؟ قال: «إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه»^٢.

والجواب بحمل ذلك على الكراهة جمعاً.

ويمكن أن يكون وجه الأمر بردها إليه أنه أقر للإمام بالحق، وادعى أن له عند صاحبه مالاً. واللازم من ذلك قبول إقراره دون دعواه، فأمره بردها لأجل ذلك، وهو لا ينافي جواز أخذها فيما بينه وبين الله تعالى، أو على تقدير ثبوت الحق عند الإمام، ولأنه إن كان الأمر الذي ادعاه حقاً فأخذه للوديعه مقاصّة في قوّة أداء الأمانة إلى من ائتمنه؛ لأنه وفي منها دينه بإذن الشارع العام كما سبق^٣، فكان بمنزلة أدائها إلى وكيله، وأداء الأمانة إلى الوكيل قائم مقام أدائها إلى المالك.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٨، ح ٩٨١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٥٢-٥٣، ح ١٧٢.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٩٨، باب قصاص الدين، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٨٥-١٨٦، ح ٣٦٩٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٤٨، ح ٩٨٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٥٢، ح ١٧١.

٣. سبق أنفاً.

● ولو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل، ويسقط اعتبار رضى المالك بالطاؤه، كما يسقط اعتبار رضاه في الجنس. ويجوز أن يتولى بيعها وقبض دينه من ثمنها؛ دفعاً لمشقة التربص بها.

ولانسلم تحقق الخيانة بذلك؛ لأن استيفاء الحق ليس بخيانة، وإنما يقتضي الخيانة أكل الوديعة بغير حق.

وكذا الكلام في قوله «إن خانك فلا تخنه، ولا تدخل فيما عبته عليه»؛ فإن الأول خانه بإنكار حقه بالباطل، وعيب^١ عليه بذلك، وهو لا يقتضي خيانتة بأخذها مكان دينه، وعيبه عليه في الحق.

قوله: «ولو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل» إلى آخره. حيث جاز له الأخذ مقاصّةً يقتصر على الأخذ من الجنس الموافق لحقه مع الإمكان؛ اقتصاراً في التصرف في مال الغير المخالف للأصل على أقل ما تندفع به الضرورة. فإن تعذر وصوله إلى جنس حقه جاز له الأخذ من غيره؛ لعموم الأدلة السابقة، وقوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^٢، حيث لم يفرق بين الجنس وغيره، بل ظاهر الحال أنّها لا تجد عين المحتاج إليه في النفقة والكسوة، وإنما تجد مالا تصرفه في ذلك. وذهب جماعة من العامة إلى وجوب الاقتصار على الجنس^٣.

وعلى ما اخترناه يتخير بين أخذه بالقيمة وبين بيعه و صرفه في جنس الحق، ويستقلّ بالمعاوضة كما يستقلّ بالتعيين.

ولو أمكن إثبات الحق عند الحاكم فالأولى الرجوع إليه هنا ليستأذنه في هذا التصرف.

١. في بعض النسخ: «وعيبه» بدل «وعيب».

٢. تقدّم تخريجه في ص ٢٤٤، الهامش ٣.

٣. الحاروي الكبير، ج ١٧، ص ٤١٣؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٢٣٠، المسألة ٨٥٦، حلية

العلماء، ج ٨، ص ٢١٥؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٨٣ - ٢٨٤.

● ولو تلفت قبل البيع، قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها. والوجه الضمان؛ لأنه قبض لم يأذن فيه المالك. ويتقاصان بقيمتها مع التلف.

قوله: «ولو تلفت قبل البيع قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها» إلى آخره.

إذا أخذ المستحق من غير جنس حقه، فإن نوى أخذه لنفسه بالقيمة ملكه، وكان تلفه بعد ذلك منه. وإن قصد بيعه وصرفه في حقه، فهل يكون مضموناً عليه، أم يكون أمانة؟ فيه قولان:

أحدهما - وهو الذي ذهب إليه المصنّف (رحمه الله) - الضمان^١؛ لأنه قبضه بغير إذن المالك لمصلحة نفسه، فكان كقبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن. هكذا علّله المصنّف (رحمه الله).

وفيه: أن إذن الشارع أعظم من إذن المالك، وبه يفرّق بينه وبين الرهن.

والثاني: عدم الضمان. وهو مختار الشيخ في المبسوط^٢؛ لأنه مقبوض بحق، فجرى مجرى الرهن. وهذا هو الأقوى.

هذا إذا كان المقبوض بقدر حقه، أما لو كان زائداً عنه حيث لم يمكن الاقتصار على المقدار؛ ففي كون الزائد مضموناً أم أمانة الوجهان. ولا فرق حينئذٍ بين أن يتلف قبل البيع وبعده، حيث لم يمكن الاقتصار على ما يقابل حقه.

وحيث يجوز البيع يجب المبادرة إليه بحسب الإمكان. فإن قصّر فنقصت قيمته فكالفاصِب.

وحيث يضمن مع التلف فإن كان بتقصيرٍ فكضمان الفاصِب، وبغيره فقيمة يوم التلف مطلقاً. وكذا تجب المبادرة إلى ردّ الزائد إلى المالك على تقدير اشتماله عليه، ولو بهبةٍ ونحوها إذا خاف من الاعتراف بالواقع.

١. من القائلين بالضمان أيضاً العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٨.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٨٢.

مسألتان:

الأولى: ● من ادّعى ما لا يد لأحدٍ عليه قضي له. ومن بابه أن يكون كيس بين جماعة فيسألون: هل هو لكم؟ فيقولون: لا، ويقول واحد منهم: هو لي؛ فإنّه يقضى به لمن ادّعاه.

الثانية: ● لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله، وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه. وبه رواية في سندها ضعف.

قوله: «من ادّعى ما لا يد لأحدٍ عليه قضي له» إلى آخره.

الأصل في مسألة الكيس رواية يونس بن عبد الرحمن، عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال، قلت: عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لي، قال: «هو للذي ادّعاه»^١.

ولأنّه مع عدم المنازع لا وجه لمنع المدّعي منه، ولا لطلب البيّنة منه، ولا لإحلافه؛ إذ لا خصم له حتّى يترتب عليه ذلك.

قوله: «لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرج البحر فهو لأهله» إلى آخره.

الرواية المذكورة رواها الحسن بن عليّ بن يقطين، عن أميّة بن عمرو، عن الشعيري، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر، فأخرج بعضه بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: «أمّا ما أخرج البحر فهو لأهله، الله أخرجهم لهم، وأمّا ما خرج بالغوص فهو لهم، وهم أحقّ به»^٢.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٢٢، باب النوادر، ح ٥، وفيه: عن إبراهيم بن هاشم التميمي، عن بعض أصحابه، عن منصور؛

تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٢، ح ٨١٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٥، ح ٨٢٢.

المقصد الأول في الاختلاف في دعوى الأملاك

وفيه مسائل:

الأولى: • لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بيّنة قضي بها بينهما نصفين . وقيل :
يحلف كلّ منهما لصاحبه . ولو كانت يد أحدهما عليها قضي بها للمتشبّث مع يمينه
إن التمسها الخصم . ولو كانت يدهما خارجةً ، فإن صدّق من هي في يده أحدهما

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية^١ . والمصنّف (رحمه الله) ذكر أنّها ضعيفة السند ،
ولم يذكر ما ينافي حكمها .

ووجه ضعف سندها أنّ أميّة المذكور واقفي^٢ . والظاهر أنّ المراد بـ«الشعيري»
إسماعيل بن زياد السكوني المشهور ، وهو عامّي^٣ .

ولكن لا يلزم من حكم المصنّف بضعف سندها ردّ حكمها؛ لأنّه كثيراً ما يُجبر الضعف
بالشهرة وغيرها ، والأمر في هذه كذلك .

وابن إدريس ردّ الرواية خاصّةً على أصله ، وحكم بأنّ ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ،
وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه؛ لأنّه بمنزلة المباح ، كالبعير يُترك
من جهد في غير كلاب ولا ماء؛ فإنّه يكون لواجده ، وادّعى الإجماع على ذلك^٤ .

والأصح أنّ جواز أخذ ما يتخلّف مشروط بإعراض مالكة عنه مطلقاً ، ومعه يكون إباحة
لأخذه ، ولا يحلّ أخذه بدون الإعراض مطلقاً؛ عملاً بالأصل .

قوله: «لو تنازعا عيناً في يدهما ولا بيّنة - إلى قوله - ولو دفعهما أقرت في يده» .

إذا تداعيا عيناً وادّعى كلّ منهما أنّ مجموعها له ، ولا بيّنة لأحدهما ، فلا يخلو إمّا

١. النهاية، ص ٣٥١.

٢. خلاصة الأقوال، ص ٣٢٤، الرقم ١٢٧٦.

٣. خلاصة الأقوال، ص ٣١٦، الرقم ١٢٣٨.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٩٥.

أحلف وقضي له. وإن قال: «هي لهما» قضي بها بينهما نصفين، وأحلف كلّ منهما لصاحبه. ولو دفعهما أقرت في يده.

أن تكون في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالثٍ. فهنا أحوال:

أحدها: أن تكون في يدهما، فكلّ واحدٍ مدّعٍ في النصف ومدّعى عليه في النصف، فيحلف كلّ واحدٍ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر، ولا يتعرّض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حقّ لصاحبه فيما في يده. وتقله الحلف قولاً يشعر برده. والمذهب ثبوته؛ عملاً بالعموم^١، بل لم ينقل الأكثر فيه خلافاً. فإذا حلفا أو نكلا ترك المدّعى في يدهما كما كان. وإن حلف أحدهما دون الآخر قضي للحالف بالكلّ.

ثم إن حلف الذي بدأ الحاكم بتحليفه، ونكل الآخر بعده حلف الأوّل اليمين المردودة إن لم نقض بالنكول. وإن نكل الأوّل ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادّعه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادّعه هو، فتكفيه الآن يمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات؛ لأنّ كلّاً منهما قد دخل فيه. وحينئذٍ فيحلف أنّ الجميع له ولا حقّ لصاحبه فيه، أو يقول: لا حقّ له في النصف الذي يدّعيه، والنصف الآخر لي. ويحتمل وجوب يمينين: إحداهما نافية والأخرى مثبتة؛ لتعدّد السبب المقتضي لتعدّد المسبّب.

وهل يتخيّر الحاكم في البداية باليمين، أو يقرع بينهما؟ وجهان.

وتظهر الفائدة في تعدّد اليمين على المبتدئ على تقدير نكول الآخر، ويمكن أن يقال: كلّ واحد منهما مدّعٍ ومدّعى عليه هاهنا، فينبغي أن ينظر إلى السبق، فمن سبق دعواه بدئ بتحليف صاحبه.

١. أي الحديث: «البيّنة على من ادّعى...». راجع الكافي، ج ٧، ص ٣٦١، باب القسامة، ح ٤، وص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه، ح ١ و ٢؛ والفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣ - ٥٥٤.

الثانية: • يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوةً، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد في ذلك الوقت. ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق.

وثانيها: أن تكون العين في يد أحدهما، فيقضى بها للمتشبث - وهو ذو اليد - مع يمينه؛ لأنه هو المدعى عليه، والخارج مدّع؛ لأن الأصل عدم تسلطه على ما في يد غيره، وظاهر الحال يشهد لذي اليد. فإن نكل ذو اليد عن الحلف أحلف الخارج إن لم نقض بالنكول، والكلام في حلفهما كما سلف، فيحلف ذو اليد على النفي، والمدعي على الإثبات. وثالثها: أن تكون في يد ثالث، فذو اليد من صدقه الثالث، وعليه اليمين للآخر، فإن امتنع حلف الآخر وأغرم القيمة. ولو صدقهما فهي لهما بعد حلفهما أو نكولهما، ولهما إحلافه إن ادعيا علمه؛ لفائدة الغرم مع اعترافه، لا القضاء بالعين. ولو أنكرهما حلف لهما، سواء ادعاهما لنفسه أم لا. ولا يجب عليه نسبة الملك إلى نفسه أو إلى أحد معين. ولو قال: «هي لأحدكما ولا أعرفه» احتمل قوياً القرعة، فيحلف من خرجت له، فإن نكل حلف الآخر، وإن نكلا قسمت بينهما.

قوله: «يتحقق التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد» إلى آخره.

إذا أقام المتداعيان بيئتين فإن أمكن التوفيق بينهما وفق، وعمل بما دلت على ملكه الآن، كما لو شهدت إحداهما بملك المدعي أمس، والأخرى أنها ملك الآخر بسبب انتقالها عن ذلك المدعي اليوم، فيعمل بالثانية؛ لإمكان صدقهما. وكذا لو أطلقت إحداهما وفضلت الأخرى كما ذكرناه.

وإن تحقق التعارض بحيث استلزم العمل بإحداهما تكذيب الأخرى، كأن تشهد إحداهما بهذه العين لزيد، وتشهد الأخرى بها للآخر؛ فإنه لا يمكن أن يكون كلهما ملكاً لكل واحدٍ منهما، فيفتقر الحكم بتقديم إحداهما على الأخرى إلى المرجح، على التفصيل الذي يأتي.

- فإن تحقق التعارض، فإما أن تكون العين في يدهما، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث. ففي الأوّل يقضى بها بينهما نصفين؛ لأنّ يد كلّ واحد على النصف، وقد أقام الآخر بيّنةً، فيقضى له بما في يد غيره.
- وفي الثاني يقضى بها للخارج دون المتشبّث إن شهدتا لهما بالملك المطلق. وفيه قول آخر - ذكره في الخلاف - بعيد.

قوله: «فإن تحقق التعارض فإما أن تكون العين في يدهما» إلى آخره.

إذا تعارضت البيّتان - وكانت العين في يدهما - فلا إشكال في الحكم بها بينهما نصفين. لكن اختلف في سببه، فقيل: لتساقت البيّتين بسبب التساوي، وبقي الحكم كما لو لم يكن هناك بيّنة^١.

وقيل: لأنّ مع كلّ منهما مرجحاً باليد على نصفها، فقدّمت بيّته على ما في يده^٢. والذي اختاره المصنّف (رحمه الله) أنّ العلة تقديم بيّته الخارج، فيقضى لكلّ واحدٍ منهما بما في يد صاحبه. وهذا هو الأشهر.

وتظهر الفائدة في اليمين على من قضى له، فعلى الأوّل يلزم كلّاً منهما اليمين لصاحبه؛ لأنّ تساقط البيّتين أوجب الرجوع إلى اليمين كالمسألة السابقة. وعلى الثاني لا يمين على أحدهما؛ لأنّ ترجيح البيّنة على الأخرى بسبب اليد أوجب العمل بالراجح وترك الآخر، كما لو تعارض الخبران. وعلى الثالث - وهو الأظهر - لا يمين؛ لأنّ القضاء له مستند إلى بيّته، وهي ناهضة بثبوت الحقّ، فيستغنى عن اليمين.

وفي التحرير قوَى ثبوت اليمين على كلّ منهما، مع حكمه بتقديم بيّته الخارج، وأنّ القضاء هنا لكلّ منهما بما في يد الآخر، واحتمل عدم اليمين^٣.

قوله: «وفي الثاني يقضى بها للخارج - إلى قوله - عملاً بالخبر، والأوّل أشبه».

١ و٢. لم تتحقّق القائل به.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٨٥، الرقم ٦٥٤٠.

ولو شهدتا بالسبب، قيل: يقضى لصاحب اليد؛ لقضاء عليٍّ عليه السلام في الدابة.
وقيل: يقضى للخارج؛ لأنه لا بيّنة على ذي اليد، كما لا يمين على المدّعي؛
عملاً بقوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، والتفصيل قاطع للشركة. وهو أولى.

إذا كانت العين المتنازع فيها في يد أحدهما، وأقام كلّ منهما بيّنة ففي ترجيح أيّهما أقوال:

أحدها: ترجيح الخارج مطلقاً، أي سواء شهدتا بالملك المطلق أم المقيّد بالسبب، أم تفرّقتا، بأن شهدت إحداهما بالملك المطلق والأخرى بالمقيّد.

ذهب إلى ذلك الصدوقان^١، وسلار^٢، وابن زهرة^٣، وابن إدريس^٤، والشيخ في موضع من الخلاف^٥. لكنّ الصدوق قدّم أعدل البيّنتين، ومع التساوي الخارج^٦.

والحجّة قوله عليه السلام: «البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعي عليه»^٧.

ووجه الدلالة أنه عليه السلام جعل لكلّ واحدٍ منهما حجّةً، فكما لا يمين على المدّعي لا بيّنة على المدّعي عليه، والتفصيل يقطع الاشتراك.

ولرواية محمد بن حفص، عن منصور، عن الصادق عليه السلام قال، قلت له: رجل في يده شاة فجاء رجل فادّعاها وأقام البيّنة العدول أنّها ولدت عنده ولم يهب ولم يبيع، وجاء الذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده ولم يبيع ولم يهب، قال عليه السلام: «حقّها للمدّعي،

١. المقنع، ص ٣٩٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ٦٥-٦٦، ذيل الحديث ٣٣٤٨. وأيضاً حكاها فيهما عن والده.

٢. المراسم، ص ٢٣٤.

٣. غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤٣.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٦٨.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ١٣٠، المسألة ٢١٧.

٦. الفقيه، ج ٣، ص ٦٦، ذيل الحديث ٣٣٤٨؛ المقنع، ص ٤٠٠.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠، وقریب منه في الكافي، ج ٧، ص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدّعي واليمين

على المدّعي عليه، ح ١؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣، وفيه: «البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه».

أما لو شهدت للمتشبّث بالسبب وللخارج بالملك المطلق، فإنّه يقضى لصاحب اليد، سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر، كالنتاج ونساجة الثوب الكتان،

ولا أقبل من الذي في يده بيّنة، إنّ الله عزّ وجلّ إنّما أمر أن تطلب البيّنة من المدعى، فإن كانت له بيّنة وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ وجلّ^١.

وطريق الرواية إلى منصور حسن، أمّا هو فإنّه مشترك بين الثقة وغيره.

والثاني: ترجيح ذي اليد مطلقاً. وهو قول الشيخ في كتاب الدعاوي من الخلاف^٢. وهو الذي نسبه المصنّف (رحمه الله) إلى البعد.

وحجّته رواية جابر: أنّ رجلين اختصما عند رسول الله ﷺ في دابة أو بعير، فأقام كلّ واحدٍ منهما البيّنة أنّه أنتجها، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده^٣.

ورواية غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام: «أنّ أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة، وكلاهما أقام البيّنة أنّه أنتجها، فقضى بها للذي هي في يده. وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»^٤.

وهذان الحديثان - مع ضعف سندهما بكون الأوّل عامياً، والثاني بغياث^٥ - أخصّص من المدعى؛ لأنّهما دلّوا على تقديم ذي اليد مع السبب لهما، لا مع الملك المطلق.

والثالث: ترجيح الداخل إن شهدت بيّنته بالسبب، سواء انفردت به أم شهدت بيّنة الخارج به أيضاً، وتقديم الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو انفردت بيّنته بالسبب.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٣، ح ١٤٣.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٣٢٩ و ٣٣٢، المسألة ٢، وص ٣٤٢-٣٤٣، المسألة ١٥.

٣. أوردتها الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٣٣٢، ذيل المسألة ٢؛ وانظر سنن الدار قطني، ج ٣، ص ٤٥١، ح ٤٣٩٧؛

والسنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٣٣، ح ٢١٢٢٣-٢١٢٢٤؛ وتلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢١٠، ح ٢١٤١.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤١٩، باب الرجلين يدعيان فيقيم كلّ واحد منهما البيّنة، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦،

ص ٢٣٤، ح ٥٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٩، ح ١٢٣.

٥. خلاصة الأقوال، ص ٣٨٥، الرقم ١٥٤٧، وفيه: كان بترياً.

أو يتكرّر كالبيع والصياغة. وقيل: بل يقضى للخارج وإن شهدت بيّنته بالملك المطلق؛ عملاً بالخبر. والأوّل أشبه.

وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله)، وقبله الشيخ في النهاية^١ وكتابي الأخبار^٢، وتلميذه القاضي^٣ وجماعة^٤.

وقد وهم الشيخ في المبسوط حيث نقل عن النهاية خلاف ذلك، فقال فيه: ما يدلّ عليه أخبارنا هو ما ذكرناه في النهاية، وهو أنّه إذا شهدتا بالملك المطلق ويد أحدهما عليها حكم لذي اليد، وكذلك إن شهدتا بالملك المقيد لكلّ واحد ويد أحدهما عليها حكم لذي اليد. قال: وقد روي أنّه يحكم لليد الخارجة^٥.
 ووجه التنافي بين المنقول والمنقول عنه ظاهر.

وحجّة هذا التفصيل الجمع بين الأخبار التي دلّ بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب، وقد سمعته، وبعضها على تقديم الخارج، وهو محمول على ما إذا أطلقتا أو اختصّت بيّنة الخارج بالسبب بطريق أولى، كما أنّ تقديم بيّنة الداخل مع انفرادها بالسبب ثابت بطريق أولى؛ لورود النصّ على تقديمها مع اشتراكهما في السبب^٦.
 والرابع: ترجيح الأعدل من البيّنتين، أو الأكثر عدداً مع تساويهما في العدالة، مع اليمين، ومع التساوي يقضى للخارج. وهو قول المفيد (رحمه الله)^٧. وقريب منه قول الصدوق؛ فإنّه قدّم أعدل البيّنتين، ومع التساوي الخارج^٨. وقد تقدّم.

١. النهاية، ص ٣٤٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٧، ذيل الحديث ٥٨٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٢، ذيل الحديث ١٤٢.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٥٧٨.

٤. كالمحقّق في المختصر النافع، ص ٤١٢؛ والصرهشتي على ما حكاه عنه الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٥. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٦.

٦. تقدّم ذلك في روايتي جابر وغيث بن إبراهيم. راجع ص ٢٥٦.

٧. المقنعة، ص ٧٣٠ - ٧٣١.

٨. المقنع، ص ٤٠٠؛ الفقيه، ج ٣، ص ٦٦، ذيل الحديث ٣٣٤٨.

والترجيح بهاتين الصفتين عمل به المتأخرون على تقدير كون العين في يد ثالث؛ لورودها في بعض الأخبار كذلك^١، مع أن في بعضها ما يدل على هذا القول، ففي صحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدعي داراً في أيديهم، وقيم الذي في يده الدار أنه ورثها عن أبيه، لا ندرى كيف أمرها؟ فقال: «أكثرهم بيّنة يستحلف وتدفع إليه». وذكر: «أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البيّنة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا، وقامت لهؤلاء البيّنة بمثل ذلك، فقاضى بها لأكثرهم بيّنة واستحلفهم». قال: فسألته حينئذٍ فقلت: أرأيت إن كان الذي ادّعى الدار قال: إن أبا هذا الذي هو فيها أخذها بغير ثمن، ولم يقم الذي هو فيها بيّنة إلا أنه ورثها عن أبيه؟ قال: «إذا كان أمرها هكذا فهي للذي ادّعاها وأقام البيّنة عليها»^٢.

فقد دلّت هذه الرواية على الترجيح بالعدد مع تشبّث أحدهما وخروج الآخر، وعلى ما لو ذكرا جميعاً السبب، وهي أوضح سنداً من الروايات السابقة.

وروى عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان ببيّنة شهود عدلهم سواء وعددهم سواء، يقرع بينهم على أيّهم يصير اليمين - قال: - وكان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع أيّهم كان الحق له فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذي يصير إليه اليمين عليه إذا حلف»^٣. وهذه متناولة بإطلاقها لهذا القسم.

١. راجع الكافي، ج ٧، ص ٤٣٣، باب النوادر، ح ٢٣؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٧، ح ٥٨٣، وص ٢٤٠، ح ٥٩٤؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٤٢ و٤٣، ح ١٤٢ و١٤٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٨، باب الرجلين يدعيان فقيم كل واحد منهما البيّنة، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٦٤ - ٦٥، ح ٣٣٤٧ و٣٣٤٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٤، ح ٥٧٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٠، ح ١٣٥.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٤١٩، باب الرجلين يدعيان فقيم كل واحد منهما البيّنة، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٩٤، ح ٣٤٠٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٣، ح ٥٧١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٩، ح ١٣١.

● ولو كانت في يد ثالثٍ قضي بأرجح البيّنتين عدالةً، فإن تساوياً قضي لأكثرهما شهوداً، ومع التساوي عدداً وعدالةً يقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضي له. ولو امتنع أحلف الآخر وقضي له. وإن نكلا قضي به بينهما بالسوية.

وقال في المبسوط: يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق، ويقسّم بينهما إن شهدتا بالملك المقيد. ولو اختصّت إحدهما بالتقييد قضي بها دون الأخرى. والأوّل أنسب بالمنقول.

وبقي في المسألة أقوال أخر نادرة ليس عليها دليل واضح.

وتنبّه المصنّف (رحمه الله) بقوله: «سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر، كالتناج ونساجة الثوب، أو يتكرّر، كالبيع والصياغة» على خلاف ابن حمزة حيث فرّق بين السبب المتكرّر وغيره، وحكم بتقديم ذي اليد مع كون السبب ممّا يتكرّر^١.

قوله: «ولو كانت في يد ثالثٍ قضي بأرجح البيّنتين عدالةً» إلى آخره.

اختصاص هذا القسم بالترجيح بهذين المرجّحين - وهما العدالة والعدد - دون باقي أقسام التعارض هو المشهور بين الأصحاب، خصوصاً المتأخّرين منهم، تبعاً للشيخ (رحمه الله)؛ فإنّه جعل ذلك جامعاً بين الأخبار التي دلّ بعضها على الترجيح بهما، وبعضها على الترجيح بالسبب، وبعضها على ترجيح الخارج، وبعضها على ترجيح ذي اليد^٢. ففصلوا الأحكام كما سبق، حتّى أنّ الشيخ في التهذيب صرّح بكون خبر أبي بصير الذي حكيناه سابقاً المقضي للترجيح بالعدد - محمولاً على حكم ما إذا كانت العين في يد ثالث^٣. وهو عجيب؛ فإنّها صريحة في كون أحدهما متشبّهناً، حيث قال: «يأتي القوم فيدعي داراً في

١. الوسيلة، ص ٢١٩.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٧، ذيل الحديث ٥٨٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٤٢-٤٣، ذيل الحديث ١٤٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٧، ذيل الحديث ٥٨٣.

أيديهم». ومن ثمّ خالف جماعة من المتقدمين^١ واعتبروا الترجيح بهما في جميع الأقسام، وهو أنسب بحال الروايات التي بعضها مطلق في الترجيح بهما أو بأحدهما، وبعضها مصرّح بخلاف ما ادّعاه المفضلون.

وأما ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط من الحكم بالقرعة مع شهادتهما لهما بالملك المطلق^٢، فتدلّ عليه صحيحة الحلبي، قال: سُئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمرٍ، وجاء آخران فشهدا على غير ذلك، فاختلفوا، قال: «يقرع بينهم فأَيُّهم قرع فعليه اليمين، وهو أولى بالحق»^٣. فحَمَلها على ما إذا أُطلقا؛ لدلالة ظاهر الشهادة عليه.

ويدلّ على ما ذكره من أنّه مع شهادتهما بالملك المقيّد يقسّم بينهما، رواية غياث بن إبراهيم السابقة^٤، وقول عليّ عليه السلام: «لو لم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين»^٥ والحال أنّهما شهدتا بالسبب، وهو النتائج.

ويدلّ على ترجيح ذات السبب مع الاختلاف قوّتها، مضافاً إلى ما سبق من الأخبار الدالّة على تقديم ذات السبب.

وبالجملة: فالحكم في هذين القسمين لا يخلو من إشكال؛ لاختلاف الأخبار على وجه يعسر الجمع بينها، وضعف ما ذكره من طريق الجمع، وضعف سند أكثرها، وعدم عمل الأصحاب بما اعتبر إسناده مقتصرين عليه.

ولأجل ما ذكرناه اقتصر الشهيد في الدروس على مجرد نقل الأقوال^٦ من غير ترجيح لأحدها.

١. كالصدوق في المقنع، ص ٣٩٩-٤٠٠؛ والمفيد في المقنعة، ص ٧٣٠-٧٣١.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٦-٦٢٧.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٥، ح ٥٧٧؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٤٠-٤١، ح ١٣٧.

٤. سبقت في ص ٢٥٦.

٥. تقدّم تخريجه في ص ٢٥٦، الهامش ٤.

٦. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

● ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين. ولا يتحقق بين شاهدين وشاهد ويمين - وربما قال الشيخ نادراً: يتعارضان ويقرع بينهما - ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين، دون الشاهد واليمين.

قوله: «ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين» إلى آخره.

أما تحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين؛ فلأن كلاً منهما حجة مستقلة يثبت بها المال.

وأما عدم معارضة الشاهد واليمين لهما؛ فلأن الشاهد لا يستقل بالحجة، واليمين معه وإن أوجبت ثبوت المال إلا أنه حجة ضعيفة، ومن ثم اختلف في ثبوتها. وأيضاً فالذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه، والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً وأبعد عن التهمة. وبهذا صرح الشيخ في المبسوط في فصل الدعاوي والبيّنات^١، وفي الخلاف أيضاً^٢. والقول النادر الذي نسبته المصنّف (رحمه الله) إليه بالتعارض بينهما والقرعة ذكره في المبسوط في فصل الرجوع عن الشهادة^٣.

ووجهه أن الشاهد واليمين حجة مستقلة في إثبات المال كالشاهدين، فتعارضهما كما يعارضهما الشاهد والمرأتان.

وإنما قال المصنّف (رحمه الله) «وربما قال الشيخ» إلى آخره؛ لأن كلامه ليس صريحاً، وقد اختلف العلماء في فهم عبارته، فالشيخ فخر الدين (رحمه الله) ذكر أنه تردّد في ذلك^٤، ولم يرجح أحد القولين. والشهيد في الدروس قال: إنه صرح بالتعارض والقرعة^٥.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٨.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٣٣٤، المسألة ٥.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٠.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٠٩.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٨٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

ولننقل عبارة الشيخ في ذلك وننظر فيها؛ فإنّ كلا الفهيمين محتمل منها، والأظهر منها هو التردّد الذي فهمه الشيخ فخر الدين.
وهذه عبارة الشيخ:

شهد شاهدان أنّه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد شاهد واحد أنّه أوصى بثلث ماله لعمر، وقال عمرو: أحلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا، فهل يزاحم الشاهدين شاهد ويمين أم لا؟ قال قوم: يحلف ويزاحم ويساويه؛ لأنّ الشاهد واليمين في الأموال بمنزلة الشاهدين. وقال آخرون: لا يساويه؛ لأنّ الشاهد واليمين أضعف من شاهدين؛ لأنّ الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتّى يضمّ إليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما، فلا يعارضهما. فمن قال: لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال: يعارضهما حلف عمر ومع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين. وعلى مذهبننا يقرع بينهما^١.

هذه عبارته. فالشاهد (رحمه الله) فهم التصريح بالتعارض من قوله «وعلى مذهبنا يقرع بينهما». والذي يظهر أنّ هذا ليس حكماً بالتعارض؛ لأنّ القولين اللذين حكاهما عن المخالفين - كما هي عادته - ومذهبهم أنّ الوصيّة المعيّنة - كالثلث مثلاً - لاثنتين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول^٢، ومذهبنا أنّ الثاني يكون رجوعاً عن الأوّل إن علم الترتيب، وإن اشتبه أقرع، وهذا المذكور على إطلاقه من مواضع الاشتباه. فلمّا ذكر حكم الوصيّة على القولين على مذهب المخالف - وكان مذهبنا يوافق القول الأوّل على تقدير تقديم الشاهدين - ذكر ما يوافق مذهبنا على تقدير التعارض؛ لتلّا يتوهّم أنّ مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما في الموصى به، وهذا

١. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٠.

٢. انظر الحاوي الكبير، ج ٨، ص ٣٠٩؛ وروضة الطالبين، ج ٥، ص ٢٦٨.

● وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمة فإنّما هو في موضع يمكن فرضها كالأموال، دون ما يمتنع، كما إذا تداعى رجلان زوجةً.

ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض، بل هو باقٍ على تردّده؛ حيث اقتصر على مجرد نقلهما، وإنّما فرّع ما يناسب القول الثاني من مذهبننا. فنقل الشيخ فخر الدين (رحمه الله) عنه التردّد أقد.

وقول المصنّف (رحمه الله) «وربما قال الشيخ» إلى آخره يدلّ على احتمال له للأمرين. وكذلك فعل العلامة في القواعد نقلاً عن الشيخ^١.

قوله: «وكلّ موضع قضينا فيه بالقسمة فإنّما هو في موضع يمكن فرضها» إلى آخره. إذا تداعيا زوجةً ولم ترجح بيّنة أحدهما؛ لكونهما خارجين ونكلا عن اليمين، فإنّه لا يتصوّر القسمة هنا، كما يقسم بينهما المال لو كانت الدعوى مالا، بل الطريق هنا الحكم لمن أخرجه القرعة؛ إذ لا سبيل إلى غيره.

ويؤيّد مرسله داود بن أبي يزيد العطار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود شهدوا أنّ هذه المرأة امرأة فلان، وجاء آخرون فشهدوا أنّها امرأة فلان، فاعتدل الشهود وعدّلوا، قال: «يقرع بين الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحقّ، وهو أولى بها»^٢.

وعلى هذا فلا فائدة في الإحلاف بعد القرعة؛ لأنّ فائدته القضاء للآخر مع نكوله، وهو منفيّ هنا. وفي الرواية دلالة على نفي اليمين هنا.

ولا فرق في ثبوت الشركة في المال على تقديره بين كونه قابلاً للقسمة وعدمه كالجوهر، وإن كانت العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمة، لكنّه تجوّز بها في إمكان الشركة، ولو عبّر بها كان أولى.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٨٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٢٠، باب آخر منه، ح ٢: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٥، ح ٥٧٩: الاستبصار، ج ٣.

ص ٤١، ح ١٣٩.

● والشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث، مثل أن تشهد إحداهما بالملك في الحال، والأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم، والأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم.

قوله: «والشهادة بقديم الملك أولى من الشهادة بالحادث - إلى قوله - أولى من الشهادة بالتصرف».

هنا مسائل:

الأولى: إذا تعارضت البيّتان في الملك ولكن اختصت إحداهما بزيادة التاريخ فالمشهور أنه مرجّح، كما لو شهدت بيّنة أحدهما أنه ملكه في الحال، والأخرى أنه ملكه منذ سنة، أو شهدت بيّنة الأول أنه ملكه منذ سنة، وبيّنة الآخر أنه ملكه منذ سنتين. ووجه تقديم متقدّمة التاريخ أنها تثبت الملك في وقت لا تعارضها البيّنة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى، فتتساقطان في محلّ التعارض، ويثبت موجبها^١ فيما قبل محلّ التعارض، والأصل في الثابت دوامه.

وفي المسألة وجه آخر بعدم الترجيح بذلك؛ لأنّ مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين أو مؤرّختين بتاريخ واحد.

والمسألة مفروضة فيما إذا كان المدّعى في يد ثالث، فأما إذا كان في يد أحدهما وقامت بيّتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بيّنة الداخل أسبق تاريخاً فهو المقدّم لا محالة. وإن كانت بيّنة الآخر أسبق تاريخاً، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجّحاً فكذلك يقدّم الداخل، وإن جعلناه مرجّحاً ففي ترجيح أيّهما وعدمه أوجه:

أحدها: ترجيح اليد؛ لأنّ البيّتين متساويتان في إثبات الملك في الحال، فتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق؛ ولهذا لا تزال بها.

١. في بعض النسخ: «موجبها» بدل «موجبها».

وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد؛ لأنها محتملة. وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف.

والثاني: ترجيح السبق؛ لأنّ مع إحداهما ترجيحاً من جهة البيّنة، ومع الأخرى ترجيحاً من جهة اليد، والبيّنة تتقدّم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدّم على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان؛ لتعارض البيّنتين.

واعلم أنّ إطلاق عبارة المصنّف يقتضي عدم اشتراط إضافة البيّنة بالملك القديم التعرّض للملك في الحال. وهو أحد الوجهين في المسألة؛ لأنّ الملك إذا ثبت سابقاً فالأصل فيه الدوام والاستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره.

والثاني - وهو المشهور - أنّ الشهادة بالملك القديم لا تسمع حتّى يقول: «وهو ملكه في الحال»، أو «لا أعلم له مزيلاً»، حتّى لو قال: «لا أدري زال أم لا»، لم يقبل؛ لأنّ ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه فيد المدعى عليه وتصرفه يدلّ على الانتقال إليه، فلا يحصل ظنّ الملك في الحال، ولأنّ دعوى الملك السابق لا تسمع، فكذلك البيّنة عليه.

وعلّلوا عدم قبول الشهادة مع قوله: «لا أدري زال أم لا»، مع أنّ مؤدّها قريب من قوله: «لا أعلم له مزيلاً»، بأنّ الأولى تقتضي تردّداً أو ريباً، فهي بعيدة عن أداء الشهادة.

وفيه نظر؛ لأنّ الجزم الواقع في الشهادة بالصيغتين الأوّلتين إنّما استند إلى استصحاب الملك، وظنّ الاستمرار مع عدم ظهور المنافي، وإلّا فاليقين بالاستمرار لا يتفق؛ لأنّ الأسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لا يمكن القطع بعدمها وإن صحبه الشاهد ليلاً ونهاراً؛ فإنّ منها ما يمكن وقوعه سرّاً بنفسه مع نفسه.

والاستناد إلى الاستصحاب وظنّ الاستمرار يتأدّى بقوله: «لا أدري زال أم لا؟» كما يتأدّى بقوله: «وهو ملكه في الحال»؛ لأنّه إذا لم يدر هل زال أم لا؟ جاز له استصحاب البقاء، والحكم به في الحال.

وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة في حيِّز المنع، ومن تسمَّ ذهب بعضهم إلى عدم اشتراط الضميمة، مع أن الشهادة بالملك السابق لا تنافي العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع إضافة ما ينافي العلم بالانتقال أولى.

والحق أن إطلاق الشهادة بالملك القديم لا تسمع؛ لعدم التنافي بين كونه ملكاً له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم، وإن كان الشاهد يعلم بذلك؛ بل لا بدّ من إضافة ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، وذلك يتحقّق بهذه الصيغ، وإن كان الاقتصار على ما لا يشمل على التردّد أولى. الثانية: لو تعارضت البيّنة بالملك المطلق والبيّنة باليد فالترجيح لبيّنة الملك؛ لأنّ اليد وإن كانت ظاهرة في الملك إلا أنّها محتملة لغيره؛ لجواز استنادها إلى العارية والإجارة وغيرهما، بخلاف الملك؛ فإنّه صريح في المطلوب، فكانت الشهادة به مرجّحة.

ولا فرق على هذا التقدير بين تقدّم تاريخ شهادة اليد - بأن شهدت أنّ يده على العين منذ سنة، وشهدت بيّنة الملك بتاريخ متأخّر، أو بأنّه ملكه في الحال - وتأخّره؛ لاشتراك الجميع في المقتضي وهو احتمال اليد، بخلاف الملك. وفي هذه المسألة قول بتقديم اليد على الملك القديم. وسيأتي الكلام فيه^١.

الثالثة: لو تعارضت البيّنة بسبب الملك والبيّنة بالتصرّف، بأن شهدت الأولى أنّ العين لفلان اشتراها من فلان، وشهدت بيّنة الآخر أنّها وجدته يتصرّف في العين تصرّف الملاك - من البناء والهدم والبيع والرهن ونحو ذلك - قدّمت بيّنة الملك المتسبّب؛ لأنّ التصرّف أعمّ من الملك المطلق؛ لجواز وقوعه من الوكيل وغيره، بخلاف الملك المتبيّن سببه؛ فإنّه صريح في المطلوب.

ومقتضى هذا التعليل تقديم بيّنة الملك وإن لم يذكر سببه على بيّنة التصرّف، كما رجّحت على بيّنة اليد، وإن كان التصرّف أقوى من مطلق اليد؛ لاشتراكهما في قيام الاحتمال دون الملك.

الثالثة: • إذا ادّعى شيئاً، فقال المدّعي عليه: هو لفلان، اندفعت عنه المخاصمة، حاضرًا كان المقرّ له أو غائبًا. فإن قال المدّعي: أحلفوه أنّه لا يعلم أنّها لي، توجّهت اليمين؛ لأنّ فائدتها الغرم لو امتنع، لا القضاء بالعين لو نكل أو ردّ.

وقال الشيخ (رحمه الله): لا يحلف ولا يغرّم لو نكل. والأقرب أنّه يغرّم؛ لأنّه حال بين المالك وماله بإقراره لغيره.

قوله: «إذا ادّعى شيئاً فقال المدّعي عليه: هو لفلان - إلى قوله - وألزم البيان». إذا ادّعى شيئاً على إنسانٍ فقال المدّعي عليه: «إنّه ليس لي»، فإمّا أن يقتصر عليه، أو يضيفه إلى مجهول، أو إلى معلوم. فإن اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول، بأن قال «هو لرجل لا أعرفه» أو «لا أسمّيه»، ففي انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان: أصحهما - وهو الذي لم يذكر المصنّف غيره - أنّها لا تنصرف ولا ينتزع المال من يده؛ لأنّ الظاهر أنّ ما في يده ملكه، وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً. وعلى هذا، فإن أقرّ بعد ذلك لمعيّن قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلّا فيقيم المدّعي البيّنة عليه أو يحلفه.

والوجه الثاني: أنّها تنصرف عنه بذلك؛ لأنّه يبرأ من المدّعي، وينتزع الحاكم المال من يده. فإن أقام المدّعي بيّنة على الاستحقاق فذاك، وإلّا حفظه إلى أن يظهر مالكة. وإن أضافه إلى معلوم فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: أن يمتنع مخاصمته وتحليفه، كما إذا قال: «هو وقف على الفقراء» أو «على مسجد كذا» أو «على ابني الطفل» أو «هو ملك له» فتصرف الخصومة عنه، ولا سبيل إلى تحليف الوليّ ولا طفله، ولا تغني إلّا البيّنة. وإذا قضى له الحاكم بالبيّنة، وكان الإقرار لطفل كتب الحاكم صورة الحال في السجل، ليكون الطفل على حجّته إذا بلغ.

ولو أنكر المقر له حفظها الحاكم؛ لأنها خرجت عن [ملك] المقر، ولم تدخل في ملك المقر له. ولو أقام المدعى بيّنة قضي له.
أما لو أقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومة، وألزم البيان.

والثاني: من لا يمتنع مخاصمته ولا تحليفه - كما إذا أضافه إلى شخص معين - فهو إما حاضر، وإما غائب.

فإن كان حاضراً ورجع، فإن صدق المدعى عليه انصرفت الخصومة إليه، وإن كذبه ففيه أوجه:

أحدها - وهو الذي قطع به المصنّف (رحمه الله) هنا - أنه ينتزع منه، ويحفظه الحاكم إلى أن يظهر مالكة؛ لخروجه عن ملك المقر بالإقرار، وعدم ظهور مالكة بإنكار المقر له. والثاني: أنه يترك في يد المدعى عليه؛ إذ لا منازع له، ولعله يرجع ويدّعيه. والثالث: أنه يسلم للمدعى؛ لخروجه عن ملك المقر، ولا منازع فيه للمدعى. وإن أضاف إلى غائب انصرفت عنه الخصومة أيضاً؛ لأنّ المال بظاهر الإقرار قد صار لغيره؛ ولهذا لو حضر الغائب وصدّقه أخذه، وإذا كان لغيره وجب انصراف الخصومة عنه. ولا فرق بين أن يطلق ذلك، وبين أن يقول: «وهو في يدي بإجارة أو إعارة أو ودیعة أو غيرها». ثم إن كان للمدعى بيّنة أقامها، وقضي على الغائب بشرطه. وإن لم يكن له بيّنة أقرّ في يد المدعى عليه.

وحيث تنصرف الخصومة عنه، وطلب المدعى إحلافه أنه لا يعلم أنّ العين له، ففي إجابته قولان، مبنیان على أنه لو أقرّ له بعد ما أقرّ لغيره هل يغرم القيمة؟ فيه قولان^١ المذكوران في محلّه^٢.

فإن قلنا: نعم - وهو الأظهر - فله إحلافه، فلعله يقرّ فيغرمه القيمة.

١. القولان هما: القول بالفرامة للشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٢٠؛ والعلامة في مختلف الشیمة، ج ٨، ص ٤٦٣.

المسألة ٦٤. ومن القائلين بعدم الفرامة الشيخ كما سيأتي عن قريب.

٢. راجع ج ٨، ص ٦١٢.

الرابعة: • إذا ادّعى أنه أجره الدابة، وادّعى آخر أنه أودعه إيّاها تحقق التعارض مع قيام البيّتين بالدعويين، وعمل بالقرعة مع تساوي البيّتين في عدم الترجيح.

وإن قلنا: لا، وهو أحد قولي الشيخ (رحمه الله)^١، فإن قلنا: النكول وردّ اليمين كالإقرار لم يحلفه؛ لأنّه وإن أقرّ أو نكل وحلف المدّعي لا يستفيد شيئاً. وإن قلنا: كالبيّنة فله التحليف؛ لأنّه قد ينكل فيحلف المدّعي، فإذا حلف وكانت العين تالفّة أخذ القيمة. وحيث قلنا بوجود القيمة - فأخذها بإقرار المدّعي عليه ثانياً أو بيمين المدّعي بعد نكوله، ثمّ سلّمت له العين بالبيّنة أو بيمينه بعد نكول المقرّ له - فعليه ردّ القيمة؛ لأنّه إنّما أخذ القيمة للحيلولة وقد زالت.

فروع:

الأوّل: لو رجع الغائب وكذّب المدّعي عليه فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر وكذّبه.

الثاني: لو أقام المقرّ له الحاضر أو الغائب بعد رجوعه البيّنة على الملك؛ لم يكن للمدّعي تحليف المقرّ ليغرمه وإن قلنا به في الأوّل؛ لأنّ الملك استقرّ بالبيّنة، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

الثالث: لو قال المدّعي: «هذه الدار وقف عليّ» وقال من هي في يده: «هي ملك لفلان» وصدّقه فلان وانتقلت الخصومة إليه، فإن قلنا بعدم إحلاف المقرّ ليغرمه القيمة فهنا أولى، وإن قلنا به ففي إحلافه هنا وجهان، من حيث إنّ المدّعي قد اعترف هنا بالوقف والوقف لا يعتاض عنه، ومن أنّه مضمون بالقيمة عند الإلتاف، والحيلولة في الحال كالإلتاف. وهذا أقوى.

قوله: «إذا ادّعى أنه أجره الدابة، وادّعى آخر أنه أودعه إيّاها» إلى آخره. المراد أنّ الدابة في يد المدّعي عليه والمدّعيان خارجان، فادّعى أحدهما أنّه

الخامسة: • لو ادّعى داراً في يد إنسان، وأقام بيّنة أنّها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل: لا تُسمع هذه البيّنة.
وكذالو شهدت له بالملك أمس؛ لأنّ ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع بالمحتمل.
وفيه إشكال، ولعلّ الأقرب القبول.

أجرها من صاحب اليد، وادّعى الآخر أنّه أودعه إيّاها، فإن لم يقيما بيّنة يحكم بها لمن يصدّقه المتشبّث، وإن أقام كلّ منهما بيّنة بدعواه تحقّق التعارض مع الإطلاق أو اتّحاد التاريخين. وحينئذٍ فيرجع إلى الترجيح في إحدى البيّتين بالعدالة أو العدد، فإن انتفى فالقرعة.

ولو تقدّم تاريخ إحداها بني على الترجيح به وعدمه.

وقد تقدّم نظيره في الملك^١، وسيأتي مثله في اليد^٢، وقد كان ذكر هذه المسألة في المقصد الثاني أولى؛ لأنّ الاختلاف فيها اختلاف في العقود.

قوله: «لو ادّعى داراً في يد إنسان - إلى قوله - وسبب يد الثاني».

إذا كان في يد أحد دار وادّعاها غيره، وأقام بيّنة على أنّها كانت في يده وملكه بالأمس أو منذ شهر مثلاً، فقد تعارض هنا اليد الحاليّة والقديمة أو الملك القديم. وفي تقديم أيّهما قولان للشيخ في كلّ واحد من المبسوط والخلاف^٣.

أحدهما: أنّ القديمة منهما لا تسمع أصلاً، ويقضى باليد الحاليّة؛ لأنّ اليد ظاهرها الآن الملك فلا يدفعها أمر محتمل؛ إذ يحتمل أن يكون مع الأوّل بعارية ونحوها في صورة دعوى اليد، وثبوت مطلق اليد لا يستلزم ثبوت اليد الخاصّة المفيدة للملك، ويحتمل في صورة دعوى الملك أن ينتقل بعد الأمس إلى غيره، فكلّ واحد من الأمرين غير متحقّق الملكيّة الآن.

١. تقدّم في ص ٢٥٣.

٢. يأتي في ص ٢٧٢.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٦٣٨ - ٦٣٩ و ٦٦٩ - ٦٧٠؛ الخلاف، ج ٦، ص ٣٣٩، المسألة ١١، وص ٣٤٥، المسألة ١٩.

أما لو شهدت بيّنة المدعي أنّ صاحب اليد غضبها أو استأجرها منه، حُكم بها؛ لأنها شهدت بالملك وسبب يد الثاني.

واحتجّ في المبسوط أيضاً بعدم المطابقة بين الدعوى والشهادة؛ إذ الدعوى بالملك الحالي والشهادة بالملك القديم^١.

ولو قيل: إنّ ثبوته في الماضي يوجب استصحابه إلى الآن، منع بأنّ اليد الحاضرة الظاهرة في الملك معارضة له فلم يتمّ استدامته، خصوصاً أيد الماضي؛ لانقطاعها رأساً. والثاني - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - القبول؛ لأنّ اليد الحاضرة إن كانت دليل الملك فالسابقة المستصحة أو الملك الفعلي المستصحب أولى؛ لمشاركتها لها في الدلالة على الملك الآن وانفرادها بالزمن السابق، فيكونان أرجح. والحكم باستصحابها أوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة. وقد تقدّم البحث فيه^٢.

والفرق بين هذه والسابقة الموجب لإعادة البحث أنّ المعارضة في هذه بين اليد المتحقّقة واليد السابقة الثابتة بالبيّنة أو الملك السابق كذلك، والسابقة وقع فيها التعارض بين البيّنتين الدالّة إحداهما على اليد في الحال مع عدم ظهورها، والأخرى على الملك السابق، فلا تعرّض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحاليّة.

وقد تأكّد من إطلاقه الحكم هنا - وفي السابقة بتقديم الملك القديم، بغير تقييد له بكونه إلى الآن أو عدم علم المزيل - أنّ إضافة ذلك غير شرط. والأصحّ اشتراط إضافة ما يعلم منه أنّ الشاهد لم يتجدّد عنده علم الانتقال؛ لما بيّناه من عدم المنافاة بين علمه بالملك السابق وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن.

واعلم أنّ موضع الخلاف في تقديم بيّنة الملك واليد السابقين على اليد الحاليّة ما إذا لم تشهد بيّنة السابق بفساد اليد الحاليّة، بأن قالت: «إنّه غضبها من ذي الملك» أو «اليد

١. لم نجد هذا الاحتجاج في المبسوط، بل ذكره في الخلاف، ج ٦، ص ٣٣٩ - ٣٤٠، ذيل المسألة ١١.

٢. تقدّم في ص ٢٦٤.

● ولو قال: «غصبني إياها»، وقال آخر: «بل أقرّ لي بها»، وأقاما البيّنة قضي للمغصوب [منه] ولم يضمن المقرّ؛ لأنّ الحيلولة لم تحصل بإقراره، بل بالبيّنة.

المقصد الثاني في الاختلاف في العقود

● إذا اتّفقا على استئجار دار معيّنة شهراً معيّناً، واختلفا في الأجرة، وأقام كلّ منهما بيّنة بما قدره، فإن تقدّم تاريخ أحدهما عمل به؛ لأنّ الثاني يكون باطلاً.

القديمين» أو «بعدم استحقاقها للملك» بأن شهدت أنّها في يد الثاني بالإجارة من الأوّل أو العارية، وإلاّ قدّمت السابقة بغير إشكال؛ لعدم التعارض على هذا الوجه.
قوله: «ولو قال: غصبني إياها، وقال آخر: بل أقرّ لي بها» إلى آخره.
إنّما قدّمت بيّنة المغصوب [منه]؛ لأنّها تشهد له بالملك وبسبب يد المتشبّث، وأنّها عادية في مجموع وقتها، فيكون إقراره للغير بها في زمن اليد إقراراً بعين مغصوبة، فلا ينفذ إقراره، ولا يغرّم المدّعى عليه للمقرّ له؛ لأنّه لم يحل بينه وبين ملكه، إنّما الحائل البيّنة.
قوله: «إذا اتّفقا على استئجار دارٍ معيّنة شهراً معيّناً - إلى قوله - وفي القولين تردّد».
إذا اتّفق المؤجر والمستأجر على استئجار الدار المعيّنة - مثلاً - وعلى مدّة الإجارة، واختلفا في قدر الأجرة، فادّعى المؤجر أنّها عشرة دنانير مثلاً، وادّعى المستأجر أنّها خمسة، فلا يخلو إمّا أن لا يقيم كلّ واحدٍ بيّنة على مدّعاها، أو يقيماها، أو يقيماها أحدهما خاصّةً.
والمصنّف (رحمه الله) اقتصر على حكم الوسطى، وهو مترتب على حكم الأوّل كما ستعرفه^١، فاحتجج إلى البحث عنهما هنا. وأمّا الأخيرة فحكمها واضح؛ لأنّ من أقام البيّنة حكم له دون الآخر.

فهنا مسألتان:

الأولى: أن يعدما البيّنة. والمشهور بين الأصحاب تقديم قول المستأجر مع يمينه، لأنّه

وإن كان التاريخ واحداً تحقّق التعارض؛ إذ لا يمكن في الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين. وحينئذٍ يقرع بينهما، ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه. هذا اختيار شيخنا في المبسوط.

وقال آخر: يقضى ببيّنة المؤجر؛ لأنّ القول قول المستأجر لو لم تكن بيّنة؛ إذ هو يخالف على ما في ذمّة المستأجر، فيكون القول قوله، ومن كان القول قوله مع عدم البيّنة كانت البيّنة في طرف المدّعي. وحينئذٍ نقول: هو مدّع زيادة، وقد أقام البيّنة بها، فيجب أن تثبت.

وفي القولين تردّد.

منكر للزائد الذي يدّعيه المؤجر، مع اتّفاقهما على ثبوت ما يدّعيه المستأجر، فيكون الأمر بمنزلة ما لو ادّعى عليه عشرة دنانير مطلقاً فأقرّ له منها بخمسة؛ فإنّ القول قوله في نفي الزائد بغير إشكال؛ لأنّه منكر له والمؤجر مدّع، فيدخلان في عموم الخبر^١.

وللشيخ (رحمه الله) في المبسوط قول بالتحالف وثبوت أجره المثل^٢. ووافق بعض المتأخّرين^٣؛ نظراً إلى أنّ كلّاً منهما مدّع ومدّعى عليه؛ لأنّ العقد المتشخّص بالعشرة غير العقد المشتمل على الخمسة خاصّة، فيكون كلّ واحدٍ منهما مدّعيّاً لعقد غير العقد الذي يدّعيه الآخر، وهذا يوجب التحالف حيث لم يتّفقا على شيء ويختلفان فيما زاد عنه.

ويضعف بأنّ العقد لا نزاع بينهما فيه، ولا في استحقاق العين المؤجرة للمستأجر، ولا في استحقاق المقدار الذي يعترف به المستأجر، وإنّما النزاع في القدر الزائد، فيرجع فيه إلى عموم الخبر^٤. ولو كان ما ذكره من التوجيه موجِباً للتحالف لورد في كلّ نزاع على حقّ

١. راجع الكافي، ج ٧، ص ٣٦١، باب القسامة، ح ٤، وص ٤١٥، باب أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي

عليه، ح ١-٢؛ والفتاوى، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣ و٥٥٤.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٧٦-٧٧.

٣. كالعلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١١٣، المسألة ١٠.

٤. تقدّم تخريجه قُبيل هذا.

مختلف المقدار، كما لو قال: «أقرضتك عشرة»، فقال: «بل خمسة»، فإن عقد القرض المتضمن لأحد المقدارين غير العقد المتضمن للآخر. وكما لو قال: «أبرأتني من عشرة من جملة الدين الذي عليّ»، فقال: «بل من خمسة»؛ فإن الصيغة المشتملة على إسقاط أحدهما غير الأخرى. وهكذا القول في غيره. وهذا ممّا لا يقول به أحد.

والحق أن التحالف إنّما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر ويختلفان في الزائد عنه، كما لو قال المؤجر: «آجرتك الدار شهراً بدينار»، فقال: «بل بثوب»، أو قال: «آجرتك هذه الدار بعشرة»، فقال: «بل تلك الدار»، ونحو ذلك. أمّا في المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصحّ.

وللشيخ في موضع من الخلاف قول آخر بالقرعة^١؛ لأنه أمر مشكل، وكلّ أمر مشكل فيه القرعة^٢. والمقدّمة الثانية مسلّمة دون الأولى؛ لأنه لا إشكال مع دخوله في عموم: «اليمين على من أنكر»^٣.

ولا فرق بين وقوع النزاع قبل مضيّ المدّة المشترطة وبعدها؛ لاشتراك الجميع في المقتضي.

وفرق في موضع من المبسوط بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدّة وبعده، وحكم بالتحالف في الأول، وتردّد في الثاني بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر، لجريانه مجرى الاختلاف في ثمن المبيع إذا كان بعد تلفه^٤.

الثانية: أن يقيما معاً البيّنة. فإن تقدّم تاريخ إحداهما على الأخرى عمل بالمتقدّم وبطل

١. الخلاف، ج ٣، ص ٥٢١، المسألة ١٠.

٢. ورد النصّ هكذا: «كلّ مجهول فيه القرعة» أو «كلّ أمر مجهول أو مشكوك فيه يستعمل فيه القرعة». راجع

الفتاوى، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٢؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣؛ وج ٩، ص ٢٥٨، ح ٩٧٠.

٣. تقدّم تخريجه في ص ١٤٨، الهامش ٢.

٤. المبسوط، ج ٣، ص ٧٦-٧٧.

● ولو ادعى استئجار دارٍ، فقال المؤجر: «بل آجرتك بيتاً منها»، قال الشيخ: يقرع بينهما. وقيل: القول قول المؤجر. والأوّل أشبه؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع. ولو أقام كلّ منهما بيّنةً تحقّق التعارض مع اتّفاق التاريخ. ومع التفاوت يحكم للأقدم. لكن إن كان الأقدم بيّنة البيت حكم بإجارة البيت بأجرته وبإجارة بقيّة الدار بالنسبة من الأجرة.

التأخّر؛ لأنّه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان، وهو باطل. وإن اتّحد التاريخان أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة، فإن قلنا بتقديم قول المستأجر مع عدم البيّنة فالبيّنة بيّنة المؤجر هنا؛ لأنّ البيّنة من طرف من لم يكن القول قوله، كما قد علم مراراً. وهذا هو الذي اختاره ابن إدريس^١ وأكثر المتأخّرين. وإن قلنا بالتحالف في الأوّل أو بالقرعة أتجه القول بالقرعة هنا. وهو الذي اختاره الشيخ (رحمه الله) في المبسوط^٢؛ لأنّها لكلّ أمرٍ مشكل، ولأنّهما دعويان، فلا ترجيح لإحداهما على الأخرى. وحينئذٍ فيحلف من أخرجته القرعة ويثبت مدّعا. والمصنّف (رحمه الله) تردّد في القولين. وقد ظهر من توجيه القولين منشأ التردّد. والأصحّ هو الأوّل.

قوله: «ولو ادعى استئجار دارٍ، فقال المؤجر: بل آجرتك بيتاً منها، قال الشيخ: يقرع بينهما» إلى آخره.

البحث في هذه الصورة قريب من السابقة؛ لأنّ الاتّفاق هنا واقع على أصل الإجارة وعلى المدّة ومقدار الأجرة، وإنّما الاختلاف في مقدار العين المؤجرة، مع اتّفاقهما أيضاً على إيجار البيت واختلافهما في الزائد، فقيل: القول قول المؤجر؛ لأنّه ينكر الزائد^٣، كما أنّ

١. راجع السرائر، ج ٢، ص ٤٦٤، فقد أطلق القول بأنّ على المؤجر البيّنة فيما إذا اختلفا في قدر الأجرة.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٣٣.

٣. قال به ابن إدريس الحلبي في السرائر، ج ٢، ص ٤٧٧.

● ولو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معيّنة وأقبض الثمن، وهي في يد البائع قضي بالقرعة مع تساوي البيئتين عدالةً وعدداً وتاريخاً، وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه. ولا يقبل قول البائع لأحدهما، ويلزمه إعادة الثمن على الآخر؛ لأن قبض الثمنين ممكن، فتزدحم البيئتان فيه.

القول في السابقة قول المستأجر لذلك. وقال الشيخ: يقرع بينهما^١؛ لما ذكر في السابقة. هذا إذا لم يقيما بيئته. فلو أقامها واتفق التاريخ، أو أطلقنا، أو أحدهما، تحقق التعارض، ورجع إلى القرعة مع انتفاء المرجح. والمصنف (رحمه الله) هنا رجح القرعة، وتردد في السابقة. والفرق بينهما بعيد.

ولو اختلف تاريخ البيئتين، فإن كان المتقدم تاريخ الدار بأسرها بطلت إجارة البيت؛ لسبق إيجاره للمستأجر.

وإن كان المتقدم تاريخ بيئته البيت حكم به بالأجرة المسماة، وبطل من إجارة الدار ما قابله، وصح في الباقي. فلو كان البيت يساوي نصف أجرة الدار صح في باقيها بنصف الأجرة. فيجتمع على المستأجر مجموع الأجرة للبيت ونصفها لبقية الدار. فلو كان الاتفاق على أن الأجرة عشرة، لكن ادعى المستأجر أنها أجرة الجميع، وادعى المؤجر أنها أجرة البيت، وكان المتقدم تاريخ بيئته البيت، ثبت على المستأجر خمسة عشر في مقابلة المجموع، عشرة أجرة البيت بيئته المؤجر، وخمسة في مقابلة باقي الدار بيئته. قوله: «ولو ادعى كل منهما أنه اشترى داراً معيّنة - إلى قوله - أقره اللزوم».

إذا ادعى كل منهما شراء العين من ذي اليد وإيفاء الثمن، فإن انتفت البيئته رجع إلى المالك، فإن كذبهما حلف لهما واندفع عنه. وإن صدق أحدهما دفع إليه المبيع، وحلف للآخر، وله إحلاف الأول أيضاً. وإن صدق كل واحد منهما في النصف حكم لكل منهما بما أقر به، وبقي النزاع في الباقي لكل منهما، فيحلف لهما كالسابق.

ولو نكلا عن اليمين قسّمت بينهما، ويرجع كلّ منهما بنصف الثمن. وهل لهما أن يفسخا؟ الأقرب نعم؛ لتبعّض المبيع قبل قبضه. ولو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع؛ لعدم المزاحم. وفي لزوم ذلك له تردّد، أقربه اللزوم.

وإن أقاما بيّنةً - فهي مسألة الكتاب - فإن تقدّم تاريخ إحداهما حكم له، وكان البيع الثاني باطلاً؛ لأنّ البائع باع ما لا يملكه، ويردّ الثمن؛ إذ لا تعارض هنا. وإن اتّفقتا، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة رجع إلى الترجيح بالعدالة أو العدد. فإن انتفى أقرع بينهما، وحكم لمن أخرجته القرعة بعد يمينه للآخر، فإن نكل الخارج بالقرعة أحلف الآخر. فإن نكلا قسّمت العين بينهما، ورجع كلّ منهما بنصف الثمن. وهل لهما الفسخ لتبعّض الصفقة؟ وجهان، أصحهما ذلك؛ لوجود المقتضي للفسخ. ووجه العدم أنّ التبعض جاء من قبلهما؛ فإنّ الخارج بالقرعة لو حلف لأخذ الجميع، فكأنّ التبعض جاء من قبله، كما لو أنّ الآخر لو حلف بعد نكول الأوّل لأخذ الجميع، فلا خيار لهما.

ولو فسخ أحدهما أخذ الآخر الجميع؛ لعدم المزاحم. وهل يلزمه أخذ الجميع؟ وجهان، أصحهما ذلك؛ لوجود المقتضي، وهو قيام بيّنته بشرائه، وانتفاء المانع؛ إذ ليس هناك مانع من أخذه الجميع إلاّ دعوى الغريم الآخر، وقد انتفت بتركه الأخذ، ولأنّ المقتضي للخيار تبعض الصفقة، وقد انتفى.

ووجه عدم اللزوم أنّه قد ثبت له الفسخ ابتداءً، والأصل البقاء. ويضعّف بأنّه كان مانعاً، وقد زال موجب.

هذا كلّه إذا كانت العين في يد البائع. ولو كانت في يد أحدهما بني على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج مع تسبّب البيّنتين. وقد تقدّم^١.

● ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلٍّ منهما هذا المبيع، وأقام كلٍّ منهما بيّنةً، فإن اعترف لأحدهما قضي له عليه بالثمن. وكذا إن اعترف لهما قضي عليه بالثمنين. ولو أنكر وكان التاريخ مختلفاً أو مطلقاً قضي بالثمنين جميعاً؛ لمكان الاحتمال.

ولو كان التاريخ واحداً تحقّق التعارض؛ إذ لا يكون الملك الواحد في الوقت الواحد لاثنين، ولا يمكن إيقاع عقدين في الزمان الواحد. ويقرّع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف وقضي له. ولو امتنعا من اليمين قُسم الثمن بينهما.

قوله: «ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كلٍّ منهما هذا المبيع، وأقام كلٍّ منهما بيّنةً، فإن اعترف لأحدهما قضي له عليه بالثمن» إلى آخره.

هذه المسألة عكس السابقة، فإنه هناك ادعى اثنان شراء ما في يده منه، وكلّ يطالب بالمبيع، وهاهنا ادعى اثنان بيع ما في يده منه، وكلّ يطالبه بالثمن. فإن أقرّ لهما طوبل بالثمنين؛ لإمكان صدقهما، فيؤاخذ بإقراره. وإن أقرّ لأحدهما طوبل بالثمن الذي سّمه، وحلف للآخر. وإن أنكر ما ادّعيه ولا بيّنة حلف لهما يمينين. وإن أقام أحدهما البيّنة قضي له، وحلف للآخر.

وإن أقام كلٍّ منهما بيّنةً، نظر إن أُرختا بتاريخين مختلفين فعليه الثمنان؛ لإمكان اجتماعهما.

وإن أُرختا بتاريخ واحد، بأن عيّنتا أول يوم معيّن أو زواله، فهما متعارضتان؛ لامتناع كون الشيء الواحد ملكاً في وقت واحد لهذا وحده ولهذا وحده. وحينئذٍ فيرجع إلى المرجح، فإن انتفى أقرع بينهما، ومن أخرجته القرعة قضي له بالثمن الذي شهد به شهوده بعد حلفه للآخر؛ لأنّه لو اعترف له بعد ذلك لزمه. فإن امتنع من اليمين أحلف الآخر وأخذ. فإن امتنعا قُسم الثمن بينهما إن كان متفق الجنس والوصف، وإن كان مختلفاً فلكلّ واحدٍ نصف ما ادّعه من الثمن.

● ولو ادّعى شراء المبيع من زيدٍ وقبض الثمن، وادّعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن أيضاً، وأقاما بيّنتين متساويتين في العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق، فحينئذٍ يقضى بالقرعة، ويحلف من خرج اسمه ويقضى له. ولو نكلا عن اليمين قسّم المبيع بينهما، ورجع كلُّ منهما على بائعه بنصف الثمن، ولهما الفسخ والرجوع بالثمنين.

ولو فسخ أحدهما جاز، ولم يكن للآخر أخذ الجميع؛ لأنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

وإن كانت البيّتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة فالوجه أنّهما كالمؤرختين بتاريخين مختلفين، فيلزمه الثمنان؛ لأنّ التنافي غير معلوم، والعمل بكلّ واحدةٍ من البيّتين ممكن.

ويحتمل كونهما حينئذٍ كالمؤرختين بتاريخ واحد؛ لأنّهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد، والأصل براءة ذمّة المشتري، فلا يؤخذ إلاّ باليقين.

قوله: «ولو ادّعى شراء المبيع من زيدٍ وقبض الثمن» إلى آخره.

هذه المسألة مركّبة من السابقتين؛ فإنّ كلّاً من البائع والمشتري هنا مغاير للآخر.

والمراد أنّ العين خارجة عن يد المتداعيين، فيحكم بترجيح إحدى البيّتين ثمّ بالقرعة. فلو كانت في يد أحدهما بني على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج. ولو كانت في يدهما قسّمت بينهما بعد التحالف أو النكول كما سبق^١.

والتفرع في هذه المسألة كما سبق، إلاّ أنّه على تقدير القسمة بنكولهما لو اختار أحدهما فسخ العقد والآخر إجازته لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر، سواء تقدّم الفسخ أم تقدّمت الإجازة؛ لأنّ دعوى الشراء من شخصين، فالمرود يعود إلى غير من يدّعي المجيز الشراء منه فكيف يأخذه؟!

وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك إذا لم يتعرض البيّنة لقبض المبيع ولا اعترف به المدّعي، وإلا فإذا جرى القبض استقرّ العقد، وما يحدث بعده فليس على البائع عهده.

واشترط بعضهم زيادةً على ما ذكره المصنّف أن يقول كلّ واحد من المتداعيين في المسألة المفروضة: «إني اشتريته من فلان وهو يملكه»؛^١ لأنّ من ادّعى مالاً في يد إنسان وقال «اشتريته من فلان»، لم تسمع دعواه حتّى يقول «وهو يملكه»، ويقوم مقامه أن يقول «وتسلّمته منه» أو «سلّمه إليّ»؛ لأنّ الظاهر أنّه إنّما يتصرّف بالتسليم فيما يملك. وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول «وأنت تملكه»، ويكتفى بأنّ اليد تدلّ على الملكيّة. وكذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة «اشتراه من فلان وهو يملكه»، أو «اشتراه وتسلّمه منه أو سلّمه هو إليه».

وهذا القيد حسن. وسيأتي اختيار المصنّف (رحمه الله) إيّاه^٢، وكأنّه تركه هنا اتكالاً عليه. وفرّعوا عليه أنّه يجوز أن يقيم شاهدين على أنّه اشترى من فلان، وآخرين على أنّ فلاناً كان يملكه إلى أن باع منه؛ لحصول المطلوب من جملة الشهود. ولكنّ الأخيرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع والملك أيضاً. وكأنّ المراد ما إذا أقام شهوداً على أنّه اشترى منه وقت كذا، وآخرين على أنّه كان يملك ذلك إلى وقت كذا.

ولو أقام أحد المدّعيين بيّنةً أنّه اشترى الدار من فلان وكان يملكها، وأقام الآخر البيّنة على أنّه اشترها من مقيم البيّنة الأولى، حكم ببيّنة الثاني وإن لم يقل لمقيم البيّنة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقوله لصاحب اليد؛ لأنّ البيّنة تدلّ على الملك، كما أنّ اليد تدلّ عليه.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٧٨؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٥، ص ٢٠١، الرقم ٦٥٥٧.

٢. يأتي ص ٢٨٤.

● ولو ادّعى عبد أن مولاة أعتقه، وادّعى آخر أن مولاة باعه منه، وأقاما البيّنة قضي لأسبق البيّتين تاريخاً، فإن اتّفقتا قضي بالقرعة مع اليمين.
ولو امتنعا من اليمين قيل: يكون نصفه حرّاً ونصفه رقاً لمدّعي الابتياح، ويرجع بنصف الثمن.
ولو فسخ عتق كلّه. وهل يقوم على بائعه؟ الأقرب نعم؛ لشهادة البيّنة بمباشرة عتقه.

قوله: «ولو ادّعى عبد أن مولاة أعتقه» إلى آخره.

إذا ادّعى عبد أن مولاة أعتقه، وادّعى آخر أنه باعه منه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادّعى به، فإمّا أن يكون هناك بيّنة أو لا. فإن لم تكن، فإمّا أن يكون العبد في يد المالك المدّعى عليه البيع والعتق، أو لا.

فإن كان في يده ولا بيّنة، وأنكر دعوها حلف لهما يمينين.

وإن أقرّ بالعتق ثبت، ولم يكن للمشتري تحليفه إن قلنا إن إتلاف البائع كالأفة السماوية؛ لأنّه بالإقرار بالعتق متلف قبل القبض، فيفسخ البيع. نعم، لو ادّعى تسليم الثمن حلف له.

وإن أقرّ بالبيع قضي به، ولم يكن للعبد تحليفه؛ لأنّه لو أقرّ بعد ذلك بالعتق لم يقبل، ولم يلزمه غرم، فلا وجه للإحلاف.

قيل: وليس معنا موضع يقرّ لأحد المدّعين^١ ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا^٢.

وإن كان في يد المشتري قدّم قوله.

ولو كان هناك بيّنة، فإن اختصت بأحدهما عمل بها، وإن كانت لهما، فإن تقدّم تاريخ إحداهما عمل بها؛ لأنّ الثاني يكون باطلاً.

١. في «ض»: «المتداعيين» بدل «المدّعين».

٢. انظر إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٩٢.

وإن اتحد التاريخان، أو كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، قال الشيخ: قدّمت بيّنة المشتري إن كان في يده؛ لاجتماع البيّنة واليد^١. وهو مبنيّ على أصله من تقديم بيّنة ذي اليد عند التعارض.

وإن كان في يد المالك الأوّل، أو لم يكن في يد أحدهما تعارضاً، فيطلب الترجيح، ومع انتفائه يقضى بالقرعة مع يمين الخارج بها. والشيخ (رحمه الله) حكم باليمين احتياطاً^٢. والأقوى اللزوم كثيره. فإن امتنع من اليمين حلف الآخر. فإن امتنعا قسّم بينهما على القاعدة السابقة^٣، وحكم برقّ نصفه وحرّية نصفه. هكذا أطلقه الشيخ^٤ والجماعة^٥ من غير تردّد. ولكن المصنّف (رحمه الله) نسبه إلى القليل، مؤذناً برده. والمختار المشهور.

قال الشيخ (رحمه الله): وللمشتري حينئذٍ الخيار؛ لتبعّض الصفقة^٦. وردّ بأنّ التبعض جاء من قبله حيث توجهت عليه اليمين فلم يحلف.

وعلى ما اختاره الشيخ لو فسخ عُتق النصف الآخر؛ لأنّ البيّنة قامت على أنّه أعتق الجميع، وإنّما لم يحكم بموجبها لمزاحمة مدّعي الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به.

وفيه وجه آخر أنّه لا يعتق؛ لأنّ قضية القسمة اقتصر العتق على النصف. وإن أجاز مدّعي الشراء استقرّ ملكه على النصف، وعليه نصف الثمن.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٦٥٥.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٥٧.

٣. سبقت في ص ٢٧٩.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٦٥٧.

٥. منهم العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٠٢-٢٠٣، الرقم ٦٥٥٩؛ وولده فخر المحقّقين في

إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٩٢؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٨٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٦. المبسوط، ج ٥، ص ٦٥٧.

ثم إن كان المدعى عليه معسراً لم يسر العتق إليه. وإن كان موسراً فوجهان: أحدهما: أن الأمر كذلك؛ لأنه عتق محكوم به قهراً، كما إذا ورث بعض قريبه، فإنه يعتق عليه ولا يسري.

والثاني: أنه يسري؛ لقيام البيّنة على أنه أعتق باختياره. وهذا هو الذي اختاره المصنّف وجماعة^١.

واعترض الشهيد (رحمه الله) على ذلك بأن:

الواقع في نفس الأمر إما العتق أو الشراء أو ليس أحدهما، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك والسرابة. أما على تقدير العتق؛ فلائنه يكون للمجموع، ومع عتق المجموع لا بعض موجود حتى يقوم. وأما على تقدير الشراء؛ فلائنه أيضاً للجميع، فلا سبب للتقويم؛ إذ السبب عتق البعض وهو منتف. ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما^٢. وهذا إيراد موجه، إلا أنه يمكن أن يقال - على تقدير عتقه للجميع الذي قد قامت به البيّنة -: يجب أن لا يؤخذ من المشتري عوض النصف الذي ثبت له، وقد حكم عليه بنصف الثمن، وهو قيمة النصف غالباً، فيجب تقويمه على المالك الأول؛ لأن الحكم بعتق شيء منه يقتضيه؛ لانحصار دلالة البيّنتين في أنه لم يعتق بعضه ويملك بعضه على وجه مانعة الجمع، بل الواقع عتق الجميع أو ملك الجميع.

وبهذا يثبت التقويم، وإن كان في اعتبار قيمة النصف مغايرة لثمنه على بعض الوجوه، إلا أنه أقرب إلى الواقع من بقاء الرقيّة على النصف.

وأيضاً فإنّ الموجب للتقويم ينظر إلى الثابت شرعاً من العتق، ولا ينظر إلى الواقع في نفس الأمر؛ لأنّ الأحكام الشرعيّة مرتبة على الظاهر، والثابت شرعاً هو كون المالك قد أعتق نصفه باختياره، فيقوم عليه مع يساره.

١. منهم العلامة في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٥، ص ٢٠٣، الرقم ٦٥٥٩.

٢. غاية المراد، ج ٤، ص ٧٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

مسائل:

الأولى: • لو شهد للمدعي أن الدابة ملكه منذ مدة، فدلّت سنّها على أقلّ من ذلك قطعاً أو أكثر سقطت البيّنة؛ لتحقق كذبها.

الثانية: • إذا ادّعى دابّة في يد زيدٍ وأقام بيّنةً أنّه اشتراها من عمرو، فإن شهدت البيّنة بالملكيّة مع ذلك للبائع أو للمشتري أو بالتسليم قُضي للمدعي. وإن شهدت بالشراء لا غير، قيل: لا يحكم؛ لأنّ ذلك قد يفعل فيما ليس بملك، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون. وهو قويّ. وقيل: يقضى له؛ لأنّ الشراء دلالة على التصرف السابق الدالّ على الملكيّة.

قوله: «لو شهد للمدعي أن الدابة ملكه منذ مدة» إلى آخره.

أما على تقدير كون الدلالة قطعيّة فواضح؛ لأنّ الكذب حينئذٍ قطعي. وأما على تقدير الأكثرية فالدلالة ظنيّة. ويشكل معارضتها للحكم الظاهر من عدالة الشاهد.

وفي التحرير اقتصر في الحكم بسقوط البيّنة على الدلالة القطعيّة^١. وهو أولى.

قوله: «إذا ادّعى دابّة في يد زيدٍ وأقام بيّنةً أنّه اشتراها» إلى آخره.

القولان للشيخ (رحمه الله) أوّلهما في المبسوط^٢، واختاره المصنّف والأكثر. والثاني في الخلاف^٣، ووافقه في المختلف^٤، وتعليلهما واضح ممّا ذكره المصنّف. وأصحهما الأوّل.

ويمنع من كون التصرف مطلقاً دالّاً على الملكيّة.

واعترض العلامة على الشيخ في اكتفائه في ثبوت الملك بالتسليم، بحكمه أنّه لو شهدت البيّنة للخارج بأنّ الدار كانت في يده منذ أمس أنّه لا تزال اليد المتصرّفة، فكيف

١. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٩٣، الرقم ٦٥٥٢.

٢. راجع المبسوط، ج ٥، ص ٦٦٥، لكن فرض المسألة فيما إذا ادّعى في يد زيد.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٤٥-٣٤٦، المسألة ١٩.

٤. مختلف الشيعية، ج ٨، ص ٤٦٨، المسألة ٧٠.

الثالثة: ● الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحدٍ وادّعى رَقِيَّتَهُ قضي بذلك ظاهراً. وكذا لو كان في يد اثنين. أمّا لو كان كبيراً وأنكر فالقول قوله؛ لأنَّ الأصل الحرّيّة.

ولو ادّعى اثنان رَقِيَّتَهُ، فاعترف لهما قضي عليه. وإن اعترف لأحدهما كان مملوكاً له دون الآخر.

الرابعة: ● لو ادّعى كل واحدٍ منهما أن الذبيحة له، وفي يد كل واحدٍ بعضها، وأقام

يمكن الجمع بين ذلك وبين ترجيحه هنا بتسليم البائع إلى المشتري؟!^١ وجوابه: أن ذلك مبني على قوله بترجيح اليد السابقة؛ فإن له في المسألة قولين، فلا يعترض عليه بالقول الآخر، كما أن له في هذه المسألة قولين أيضاً، فلا ينضبط الاعتراض عليه في ذلك. وقد حقّقناه سابقاً.^٢

قوله: «الصغير المجهول النسب إذا كان في يد واحدٍ» إلى آخره. احترز بمجهول النسب عن معلومه بالحرّيّة، فإن دعوى رَقِيَّتِهِ لا تسمع؛ لظهور كذبها، بخلاف المجهول، فإنه وإن كان الأصل فيه الحرّيّة إلا أن رَقِيَّتَهُ أمر ممكن وقد ادّعه ذو اليد ولا منازع له فيحكم به. وحيث تثبت الرقيّة لا يلتفت إلى إنكار الصغير بعد بلوغه؛ لسبق الحكم برَقِيَّتِهِ. وفي حكم الصغير المجنون. أمّا البالغ فيعتبر تصديقه؛ لاستقلاله بنفسه، واعتبار قوله. ولا فرق بين تصديقه للواحد والأكثر؛ لاشتراك الجميع في المقتضي، وقد تقدّم البحث في ذلك كلّ في الإقرار بالنسب.^٣

قوله: «لو ادّعى كل واحدٍ منهما أن الذبيحة له - إلى قوله - بما في يد الآخر». إنَّما يقضي لكل واحدٍ بما في يد الآخر على تقدير كون البعض الذي في يد كلٍّ منهما

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٦٨، المسألة ٧٠.

٢. سبق في ص ٢٧٠.

٣. تقدّم في ج ٨، ص ٦٢٥ - ٦٢٦.

كُلَّ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، قِيلَ: قَضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِمَا فِي يَدِ الْآخِرِ. وَهُوَ الْأَلِيقُ بِمَذْهَبِنَا.
وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ شَاةٌ، وَادَّعَى كُلُّ مِنْهُمَا الْجَمِيعَ، وَأَقَامَا بَيِّنَةً قَضِيَ
لِكُلِّ مِنْهُمَا بِمَا فِي يَدِ الْآخِرِ.

الخامسة: • لو ادَّعى شاةً في يد عمرو وأقام بيئته فتمسَّلمها، ثم أقام الذي كانت
في يده بيئته أنها له، قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد. وهو بناءً على القضاء
لصاحب اليد مع التعارض. والأولى أنه لا ينقض.

منفصلاً عن الآخر؛ لتحقّق اختصاص اليد به. أمّا لو كان متصلاً كانت بينهما نصفين على
الإشاعة، كما لو أقام المدَّعيان بيئتين والعين في يدهما.

والقضاء لكلِّ بما في يد الآخر مبنيٌّ على تقديم بيئته الخارج، وهو الذي أشار إليه بكونه
أليق بمذهبننا. وعلى القول بتقديم بيئته ذي اليد - كما هو أحد قولي الشيخ^١ - يقضي لكلِّ
منهما بما في يده.

ولو تعدّدت الشياة واختصَّ كلُّ واحدٍ بواحدةٍ فالحكم كما لو اختصَّ بجزءٍ منها منفصلاً.
وهذا واضح.

وممّا يتفرَّع على ذلك أنّه لو كان أحدهما كافراً والآخر مسلماً حكم بكون ما يقضى به
للكافر ميتة وللمسلم مذكّي وإن كان كلُّ واحدٍ من الجزأين قد انتزعه من الآخر؛ عملاً بظاهر
اليد المعتبرة شرعاً. ولا يقدر في ذلك اليد السابقة؛ لظهور بطلانها شرعاً.
قوله: «لو ادَّعى شاةً في يد عمرو وأقام بيئته فتمسَّلمها» إلى آخره.

إذا ادَّعى زيد على عمرو شاةً في يد عمرو، وأقام زيد فقط البيئته حكم له قطعاً؛ لنهوض
البيئته بالحق ولا معارض لها. فإذا صارت في يد زيد فأقام عمرو بيئته أنها له، فإمّا أن يطلق
دعوى الملك، وهو الذي فرضه المصنّف (رحمه الله)، أو يدّعي ملكاً سابقاً على إزالة يده، أو
لاحقاً عليها. فالصور ثلاث، وحكم المطلقة متفرَّع على الأخيرتين. فلنبدأ بالبحث عنهما.

فالأولى: أن يدعي ملكاً سابقاً على إزالة يده، فبيئته على هذا الوجه معارضة للبيئته الأولى، فيبنى على تقديم الخارج أو الداخل. ويزيد هنا أن المراد بالداخل والخارج عند التعارض أو عند الملك المدعى.

فعلى المشهور والظاهر من تقديم الخارج وكون المراد به حال إقامة البيئته يحكم بها لعمره؛ لأنه الآن خارج.

وكذا على القول باعتبار الدخول حال الملك وقدمنا الداخل. وهو الذي علل به المصنف (رحمه الله) حكم الشيخ (رحمه الله) بتقديم عمره^١. ولو قدمنا الخارج على هذا التقدير لم ترفع يد زيد عنها؛ لأنه خارج حينئذٍ. وهو الذي اختاره المصنف (رحمه الله).

والثانية: أن يدعي ملكاً لاحقاً بعد زوال يده، وقيم عليه البيئته، سواء ذكر تلقيه من زيد أم لا. والوجه القبول هنا؛ لعدم التعارض مع تصريحه بتلقي الملك عن زيد أو إطلاقه؛ توفيقاً بين البيئتين. ومع تصريحه بتلقيه من غيره يبنى على ترجيح الداخل أو الخارج. فعلى الأشهر من تقديم الخارج يقدم هنا أيضاً؛ عملاً بالعموم^٢.

والثالثة: أن يطلق الدعوى وقيم البيئته. وهو الموافق لعبارة الكتاب، وإن كان تعليقه يناسب الأولى. فإن قدمنا عمراً في صورتين السابقتين فهنا أولى؛ لانحصار أمره فيهما. وإن قدمنا زيداً في إحداهما احتل تقديم عمره هنا؛ لما تقدم من أنه مهما أمكن التوفيق بين البيئتين وفق، وهو هنا ممكن مع الإطلاق، بجعل ملك عمره متلقى من زيد بعد انتقاله عنه حيث يمكن. وهذا أقوى.

ويحتمل العدم، لإمكان استناده إلى الملك السابق على وجه لا تقدم فيه بيئته؛ إما بجعله على هذه الحالة داخلاً، أو لعدم ترجيح الخارج. والوجه تقديم عمره في جميع الصور.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٦٧٢ - ٦٧٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٦١، باب القسامة، ح ٤، وص ٤١٥، باب أن البيئته على المدعي واليمين على المدعى عليه، ح ١ - ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٣٢٧٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٩، ح ٥٥٣ - ٥٥٤.

السادسة: ● لو ادّعى داراً في يد زيد، وادّعى عمرو نصفها، وأقاما البيّنة قُضي لمُدّعي الكلّ بالنصف؛ لعدم المزاحم، وتعارضت البيّتان في النصف الآخر فيقرع بينهما، ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه.
ولو امتنعا من اليمين قضي بها بينهما بالسوية، فيكون لمُدّعي الكلّ ثلاثة الأرباع، ولمُدّعي النصف الربع.

قوله: «لو ادّعى داراً في يد زيد وادّعى عمرو نصفها» إلى آخره.

هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب، وهو مبني على قاعدة تعارض البيّتين مع خروج يد المدّعين، فتقع القسمة مع امتناعهما من الحلف على النصف الذي فيه النزاع؛ لأنّ النصف الآخر لا نزاع بينهما فيه، ونسبتهما إلى النصف واحدة، ويبتئهما متساوية، وكلّ منهما مدّعٍ لكّله، فيقسّم بينهما نصفين، فتخلص لمُدّعي الكلّ ثلاثة أرباع.
وذهب ابن الجنيّد (رحمه الله) إلى اقتسامهما ما يتنازعان فيه على طريق العول، فيجعل هنا لمُدّعي الكلّ الثلثان ولمُدّعي النصف الثلث^١؛ لأنّ المنازعة وقعت في أجزاء غير معيّنة ولا مشارٍ إليها، بل كلّ واحدٍ من أجزاءها لا يخلو من دعوى كلّ منهما باعتبار الإشاعة، فلا يتمّ ما ذكره من خلوص النصف لمُدّعي الكلّ بغير منازع، بل كلّ جزءٍ يدّعي مدّعي النصف نصفه ومدّعي الكلّ جميعه، ونسبة إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسّم العين أثلاثاً، واحد لمُدّعي النصف، واثنان لمُدّعي الكلّ، فيكون كضرب الديان في مال المفلس والميت.

وفي المختلف وافق ابن الجنيّد على ذلك مع زيادة المدّعي على اثنين^٢، إلا أنّ ابن الجنيّد فرض الحكم على تقدير كون العين بيدهما، والعلة تقتضي التسوية بين الداخلين والخارجين حيث يقتسمان.

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢١ و ٤٢٣، المسألة ٢٣.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢٣ - ٤٢٤، المسألة ٢٣.

● ولو كانت يدهما على الدار وادعى أحدهما الكلّ والآخِر النصف، وأقام كلّ منهما بيّنةً كانت لمدّعي الكلّ، ولم يكن لمدّعي النصف شيء؛ لأنّ بيّنة ذي اليد بما في يده غير مقبولة.

● ولو ادّعى أحدهم النصف والآخِر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها، فيد كلّ واحدٍ منهم على الثلث، لكن صاحب الثلث لا يدّعي زيادةً على ما في يده، وصاحب السدس يفضل في يده ما لا يدّعيه هو ولا مدّعي الثلث، فيكون لمدّعي النصف فيكمل له النصف. وكذا لو قامت لكلّ منهم بيّنةٌ بدعواه.

وفي القواعد جعل قول ابن الجنيّد احتمالاً على تقدير خروجهما^١، كما هو محتمل على تقدير الدخول.

والأصحّ المشهور. والجواب عن حجة العول أنّ مدّعي الكلّ يسلم له نصف مشاعٍ بغير نزاع، وهو كافٍ في المطلوب، وإن كان النزاع واقعاً في كلّ جزءٍ باعتبار التعيين. قوله: «ولو كانت يدهما على الدار وادّعى أحدهما الكلّ والآخِر النصف» إلى آخره.

إذا كانت يدهما على الدار فالنصف لمدّعي الكلّ بغير معارض، وتعارضت البيّتان في النصف الذي في يد مدّعي النصف، فعلى المشهور من تقديم بيّنة الخارج فهو لمدّعي الكلّ أيضاً، ولا شيء لمدّعي النصف. وعلى القول بتقديم ذي اليد فهو لمدّعي النصف. ولو لم يكن لهما بيّنة فهي بينهما بالسوية؛ لأنّ مدّعي النصف يده عليه، فيقدّم قوله فيه بيمينه، ولا يمين على الآخِر. وقال ابن الجنيّد: تقسم بينهما أثلاثاً، سواء أقاما بيّنةً أم لم يقيماها؛ نظراً إلى العول^٢.

قوله: «ولو ادّعى أحدهم النصف والآخِر الثلث» إلى آخره.

هذه الصورة لا يقع فيها نزاع في الحقيقة، لأنّ سهام المدّعين لا تزيد عن أجزاء العين، فلا يفرّق فيها بين أن يقيما بيّنةً وعدمه، ولا يمين لأحدٍ منهم على الآخِر؛ لعدم المعارضة.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٧١.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢١ و٤٢٣، المسألة ٢٣.

● ولو ادعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث ولا بيّنة؛ قضي لكلّ واحدٍ بالثلث؛ لأنّ يده عليه. وعلى الثاني والثالث اليمين لمدّعي الكلّ، وعليه وعلى مدّعي الثلث اليمين لمدّعي النصف.

وإن أقام كلّ منهم بيّنةً، فإنّ قضيّنا مع التعارض بيّنة الداخل فالحكم كما لو لم تكن بيّنة؛ لأنّ لكلّ واحد بيّنةً ويداؤ على الثلث.

ونبه بذكر حكمها كذلك على خلاف بعض العامة، حيث جعل لمدّعي النصف ثلثاً ونصف سدس؛ بناءً على أنّ السدس الزائد على ما في يده لا يدّعيه على مدّعي السدس خاصةً، إنّما يدّعيه شائعاً في بقية الدار، وهي في يد الآخرين جميعاً، فيستحلفهما. وإن كان السدس مدّعيّ على الشيوخ فنصفه على مدّعي الثلث، وعارضت فيه بيّنته، وترجّحت باليد على تقدير إقامتهما البيّنة، وقدم قول ذي اليد على تقدير عدمها. ونصفه على مدّعي السدس فيحكم به لمدّعي النصف بيّنته؛ لأنّ بيّنة مدّعي السدس لا تعارضها. فيجعل لمدّعي النصف ثلث ونصف سدس، وللآخرين مدّعاهما، ويبقى بيد مدّعي السدس نصف سدس لا يدّعيه أحد^١.

ولا يخفى عليك ضعف هذا القول على تقدير الإشاعة كما هو المفروض. وأيضاً؛ فما ذكره مبنيّ على تقديم الداخل مع تعارض البيّنتين. وعلى القول بتقديم الخارج يقدم مدّعي النصف في نصف السدس الذي يدّعيه على مدّعي الثلث، ويبقى نصف السدس الذي بيد مدّعي السدس يدّعيه مدّعي الثلث ليتّم له سهمه؛ إذ التقدير الإشاعة. فما اختاره الأصحاب أوضح.

قوله: «ولو ادعى أحدهم الكلّ والآخر النصف والثالث الثلث ولا بيّنة - إلى قوله - وتسقط دعوى مدّعي الثلث».

إذا ادعى أحدهم جميع الدار، والآخر نصفها، والثالث ثلثها فلا يخلو إمّا أن تكون أيديهم

وإن قضينا ببيّنة الخارج - وهو الأصح - كان لمدّعي الكلّ ممّا في يده ثلاثة من اثني عشر بغير منازع، والأربعة التي في يد مدّعي النصف؛ لقيام البيّنة لصاحب الكلّ بها، وسقوط بيّنة صاحب النصف بالنظر إليها؛ إذ لا تقبل بيّنة ذي اليد، وثلاثة ممّا في يد مدّعي الثلث.

ويبقى واحد ممّا في يد مدّعي الكلّ لمدّعي النصف. وواحد ممّا في يد مدّعي الثلث، يدّعيه كلّ واحدٍ من مدّعي النصف ومدّعي الكلّ، يقرع بينهما، ويحلف من يخرج اسمه ويقضى له. فإن امتنعا؛ قسّم بينهما نصفين، فيحصل لصاحب الكلّ عشرة ونصف، ولصاحب النصف واحد ونصف؛ وتسقط دعوى مدّعي الثلث.

عليها، أو يكونوا خارجين عنها. ثمّ إما أن يكون لكلّ واحد بيّنة، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض.

فإن كانت أيديهم عليها ولا بيّنة لأحدهم ففي يد كلّ واحدٍ ثلث. فمدّعي الثلث لا يدّعي زائداً على ما في يده، ومدّعي النصف يدّعي سدساً عليهما، ومدّعي الكلّ يدّعي جميع ما بأيديهما، فيقدّم قول كلّ واحدٍ فيما بيده. ويحلف مدّعي الثلث لكلّ واحدٍ منهما؛ لأنّهما معاً يدعيان عليه. ويحلف مدّعي النصف لمدّعي الجميع خاصّةً، وبالعكس.

وإن أقام المستوعب خاصّةً بيّنة أخذ الجميع؛ لأنّ قوله مقدّم في الثلث الذي بيده بغير بيّنة، ويأخذ الباقي بها.

وإن أقامها مدّعي النصف خاصّةً أخذ ثلثاً ممّا في يده، والسدس منهما بالبيّنة، والنصف الباقي بين الآخرين نصفان، للمستوعب السدس بغير منازع، ولمدّعي الثلث ربع ممّا في يده، وهو الباقي بعد نصف السدس الذي أخذه ذو البيّنة، ويحلف عليه للمستوعب، ويبقى للمستوعب من النصف نصف سدس يأخذه باليمين لمدّعي الثلث.

وإن أقامها مدّعي الثلث أخذه، والباقي بين الآخرين، للمستوعب السدس الزائد عن مدّعي النصف بغير يمين، ويحلف على باقي ما في يده وهو السدس، ويحلف مدّعي النصف على جميع ما يأخذه المستوعب.

وإن أقام كلَّ بَيِّنَةٍ، فإن رَجَحْنَا بَيِّنَةَ الدَاخِلِ قَسَمْتَ أَثْلَانًا؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً وَيَدَأُ عَلَى الثَّلَاثِ.

وإن رَجَحْنَا الخَارِجَ فَلِلْمُسْتَوْعَبِ جَمِيعِ مَا يَبْدُ مَدْعِي النِّصْفِ؛ لِسُقُوطِ بَيِّنَتِهِ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ، وَعَدَمِ المُنَازَعِ لَهُ فِيهِ مِنْ خَارِجٍ. وَتَعَارُضِ بَيِّنَتِهِ وَبَيِّنَةِ الخَارِجِ فَهُوَ مَدْعِي النِّصْفِ فِي نِصْفِ سُدُسٍ مِمَّا فِي يَدِ مَدْعِي الثَّلَاثِ، فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فِيهِ، وَيَحْلِفُ الخَارِجُ بِالقَرَعَةِ. فَإِنْ ائْتَمَعَ مِنَ الِيمِينِ قَسَمَ بَيْنَهُمَا، وَخَلَصَ لِلْمُسْتَوْعَبِ مَا فِي يَدِ مَدْعِي الثَّلَاثِ - وَهُوَ الرَّبْعُ - بِغَيْرِ مُنَازَعٍ. وَيَسْلَمُ لَهُ أَيْضًا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ مَا فِي يَدِهِ بِغَيْرِ مُنَازَعٍ؛ لِأَنَّ مَدْعِي النِّصْفِ يَدْعِي مِمَّا فِي يَدِهِ نِصْفَ سُدُسٍ، فَيَأْخُذُهُ بِبَيِّنَتِهِ.

فَأَصْلُ المَسْأَلَةِ مِنْ سِتَّةٍ؛ لِأَنَّ فِيهَا نِصْفًا وَثَلَاثًا، ثُمَّ تَرْتَقِي إِلَى اثْنَيْ عَشَرَ؛ لِلاَحْتِيَاجِ فِيهَا إِلَى نِصْفِ سُدُسٍ، ثُمَّ تَرْتَقِي إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ، حَيْثُ يَقْسَمُ نِصْفُ السُّدُسِ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا ائْتَمَعَ مِنَ الِيمِينِ، فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُنَّ ثَمَانِيَةٌ.

فَمَدْعِي الثَّلَاثِ لَا يَدْعِي زِيَادَةً عَمَّا فِي يَدِهِ، وَهُوَ دَاخِلٌ، فَلَا بَيِّنَةَ لَهُ. وَمَدْعِي النِّصْفِ يَدْعِي عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ اثْنَيْنِ تَتَمَّةُ النِّصْفِ، فَيَأْخُذُهُمَا مِنَ الْمُسْتَوْعَبِ بِبَيِّنَتِهِ؛ لِعَدَمِ المَعَارُضِ، وَيَبْقَى لِلْمُسْتَوْعَبِ سِتَّةٌ مِمَّا فِي يَدِهِ. وَيَأْخُذُ جَمِيعَ مَا فِي يَدِ مَدْعِي النِّصْفِ، وَيُنَازِعُ مَدْعِي النِّصْفِ فِي الْاِثْنَيْنِ اللَّذِينَ يَدْعِيهِمَا عَلَى مَدْعِي الثَّلَاثِ، فَمَعَ عَدَمِ الِيمِينِ يَقْتَسِمَانَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ. وَيَأْخُذُ مِنْ مَدْعِي الثَّلَاثِ سِتَّةٌ هِيَ الزَّائِدَةُ عَمَّا يَدْعِيهِ مَدْعِي النِّصْفِ، وَتَعَارُضُ بَيِّنَتَاهُمَا فِي اثْنَيْنِ، فَيَقْتَسِمَانِ بَيْنَهُمَا مَعَ ائْتِمَاعِهِمَا مِنَ الِيمِينِ. فَيَجْتَمِعُ لِلْمُسْتَوْعَبِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَلِمَدْعِي النِّصْفِ ثَلَاثَةٌ. وَلِكَ أَنْ تَرُدَّهَا إِلَى ثَمَانِيَةٍ، لِلْمُسْتَوْعَبِ سَبْعَةَ أَثْمَانٍ، وَلِمَدْعِي النِّصْفِ ثَمَنٌ.

هَذَا هُوَ الَّذِي تَقْتَضِيهِ قَاعِدَةُ البَيِّنَةِ الخَارِجَةِ، وَهُوَ الَّذِي حَكَمَ بِهِ الْأَكْثَرُ، وَمِنْهُمْ العَلَامَةُ فِي التَّحْرِيرِ^١. وَأَمَّا فِي القَوَاعِدِ فَجَعَلَهُ اِحْتِمَالًا، وَاخْتَارَ أَنْ لِمَدْعِي النِّصْفِ سُدُسًا؛ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ

خارجة فيه، وللمستوعب خمسة أسداس؛ لأنَّ له السدس بغير بيّنة؛ إذ لا منازع له فيه والثلاثين؛ لكون بيّنته خارجة فيهما^١. والأصحّ الأوّل.

ولو كانت أيديهم خارجةً، واعترف ذو اليد أنّه لا يملكها، ولا بيّنة فللمستوعب النصف بغير منازع. ويقرّع بينهم في النصف الباقي، فإن خرجت لصاحب الكلّ أو لصاحب النصف حلف وأخذه. وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث. ثمّ يقرّع بين الآخرين في السدس الباقي، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذه.

ولو أقام أحدهم خاصّةً بيّنةً، فإن كانت للمستوعب أخذ الجميع. وإن أقامها مدّعي النصف أخذه، ويبقى للمستوعب السدس بغير منازع، والثلث يتنازع فيه مدّعيه والمستوعب، فيكون الحكم فيه كما لو لم يكن بيّنة. ولو أقامها مدّعي الثلث أخذه، وللمستوعب السدس أيضاً بغير منازع، والنصف يقرّع فيه بين مدّعيه والمستوعب، ويكمل العمل.

ولو أقام كل واحدٍ بيّنةً فالنصف لمدّعي الكلّ؛ لعدم المنازع، والسدس الزائد عن الثلث يتنازعه المستوعب ومدّعي النصف، والثلث يدّعيه الثلاثة، وقد تعارضت البيّنات فيه، فيقرّع بينهم مع عدم المرجّح، ويحلف من خرجت له القرعة، ومع نكوله يحلف الخصم الآخر. ومع امتناع الجميع يرجع إلى القسمة، فيقسّم السدس نصفين، والثلث أثلاثاً، ويصحّ من ستّة وثلاثين؛ لأنّ فيها نصف سدسٍ وتسعاً، وهو ثلث الثلث، ومخرج الأوّل اثنا عشر، والثاني تسعة، وبينهما توافق بالثلث، ومضروب ثلث أحدهما في الآخر ستّة وثلاثون.

ولك أن تجعل أصل القسمة ستّة، ثمّ تحتاج إلى قسمة السدس نصفين، فتضرب اثنين في ستّة، وإلى قسمة الثلث أثلاثاً، فتضرب ثلاثة في المرتفع وهو اثنا عشر، للمستوعب النصف ونصف السدس وثلث الثلث، وذلك خمسة وعشرون. ولمدّعي النصف نصف السدس وثلث الثلث، وذلك سبعة. ولمدّعي الثلث ثلثه أربعة.

● ولو كانت في يد أربعة، فادّعى أحدهم الكلّ والآخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث ففي يد كلّ واحدٍ ربعها. فإن لم تكن بيّنة قضينا لكلّ واحدٍ بما في يده، وأحلفنا كلّاً منهم لصاحبه.

ولو كانت يدهم خارجةً ولكلّ بيّنة، خلص لصاحب الكلّ الثلث، إذ لا مزاحم له، ويبقى التعارض بين بيّنة مدّعي الكلّ ومدّعي الثلثين في السدس فيقرع بينهما فيه. ثمّ يقع التعارض بين بيّنة مدّعي الكلّ ومدّعي الثلثين ومدّعي النصف في السدس أيضاً فيقرع بينهم فيه. ثمّ يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيقرع بينهم، ويخصّ به من تقع القرعة له. ولا يقضى لمن يخرج اسمه إلّا مع اليمين. ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكلّ لمدّعي الكلّ، فإنّ ما حكم الله تعالى به غير مخطئ.

وعلى القول بالقول يصحّ من أحد عشر سهماً، للمستوعب ستّة، ولمدّعي النصف ثلاثة، ولمدّعي الثلث سهران؛ لأنّ فريضتهم من ستّة، ويعال عليها نصفها وثلثها. قوله: «ولو كانت في يد أربعة فادّعى أحدهم الكلّ - إلى قوله - ولمدّعي الثلث ثلاثة». إذا كان المتداعون في الدار أربعة على الوجه المذكور، فأقسامها كالسابقة؛ لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون في يدهم، أو خارجة عنهم. ثمّ إمّا أن يكون لكلّ واحد بيّنة، أو لا يكون لأحدهم، أو يكون لبعضهم دون بعض.

فإن كانت يدهم عليها ولا بيّنة لأحدهم، قضى لكلّ واحد بما في يده مع يمينه لكلّ واحدٍ منهم، فإنّه لم يخلص لأحدٍ منهم ما يدّعيه. ولو كان لهم بيّنة مع دخولهم فسيأتي حكمه^٢. ولو كانت يدهم خارجة وهي في يد من لا يدّعيها وأقام كلّ واحد بيّنة، فلا تعارض في الثلث، فيختصّ به مدّعي الكلّ، ويقع التعارض في الباقي. ففي السدس الزائد على النصف تتعارض بيّنة مدّعي الكلّ ومدّعي الثلثين. وفي السدس الزائد على الثلث تتعارض بيّنتهما

١. سبقت في ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

٢. سيأتي بعبء هذا.

ولو نكل الجميع عن الأيمان قسّمنا ما يقع التدافع فيه بين المتنازعين في كلّ مرتبة بالسويّة. فتصحّ القسمة من ستّة وثلاثين سهماً، لمدّعي الكلّ عشرون، ولمدّعي الثلثين ثمانية، ولمدّعي النصف خمسة، ولمدّعي الثلث ثلاثة.

● ولو كان المدّعي في يد الأربعة ففي يد كلّ واحد ربعها. فإذا أقام كلّ واحدٍ منهم بيّنة بدعواه، قال الشيخ: يقضى لكلّ واحد بالربع؛ لأنّ له بيّنة ويداً.

وبيّنة مدّعي النصف. وفي الثلث الباقي تتعارض بيّات الأربع. فمع عدم المرجّح يقرع بين المتعارضين، ويحلف الخارج بالقرعة. ومع امتناعه من اليمين يحلف الآخر ويأخذه. ومع امتناعهما يقسّم بينهما.

فيقسّم السدس الزائد على النصف بين مدّعي الكلّ ومدّعي الثلثين بالسويّة، والسدس الزائد على الثلث بينهما وبين مدّعي النصف أثلاثاً، والثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً. فتجعل الدار ستّة وثلاثين سهماً؛ لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فتضرب اثنين في ستّة ثمّ في ثلاثة، لمدّعي الكلّ ثلثها اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة، وثلث السدس الزائد على الثلث اثنان، وربع الثلث الباقي وهو ثلاثة، وذلك عشرون، وهي خمسة أضع الدار. ولمدّعي الثلثين ثلاثة أسهم من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فيبلغ ثمانية، وهي تسعاً الدار. ولمدّعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، وذلك خمسة، وهي تسع وربع تسع. ولمدّعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي لا غير، وهي ثلاثة أرباع تسع. فالمجتمع مجموع سهام الدار.

وكذا البحث لو لم يكن لأحدهم بيّنة. ولو أقامها أحدهم خاصّةً قضى له بما يدّعيه، فإن فضل عنه شيء تعارضت فيه الدعوى، واعتبر ما أسلفناه.

قوله: «ولو كان المدّعي في يد الأربعة ففي يد كلّ واحد ربعها» إلى آخره.

إذا كانت الدار المذكورة في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كلّ منهم بيّنة بمدّعاه، فإن قدّمنا بيّنة الداخل كان الحكم كما لو لم يكن هناك بيّنة فيقسّم بينهم أرباعاً. وإن رجّحنا

والوجه القضاء ببيّنة الخارج على ما قرّرناه، فيسقط اعتبار بيّنة كلّ واحدٍ بالنظر إلى ما في يده، ويكون ثمرتها فيما يدّعيه ممّا في يد غيره. فيجمع بين كلّ ثلاثة على ما في يد الرابع، وينتزع لهم، ويقضى فيه بالقرعة واليمين، ومع الامتناع بالقسمة.

فيجمع بين مدّعي الكلّ والنصف والثلث على ما في يد مدّعي الثلاثين، وذلك ربع اثنين وسبعين، وهو ثمانية عشر. فمدّعي الكلّ يدّعيها أجمع، ومدّعي النصف يدّعي منها ستّة، ومدّعي الثلث يدّعي اثنين. فتكون عشرةً منها لمدّعي الكلّ؛ لقيام البيّنة بالجميع الذي تدخل فيه العشرة. ويبقى ما يدّعيه صاحب النصف - وهو ستّة - يقرع بينه وبين مدّعي الكلّ فيها ويحلف، ومع الامتناع يقسم بينهما. وما يدّعيه صاحب الثلث - وهو اثنان - يقرع عليه بين مدّعي الكلّ وبينه، فمن خرج اسمه احلف وأعطى، ولو امتنعا قسم بينهما.

ثمّ تجمع دعوى الثلاثة على ما في يد مدّعي النصف. فصاحب الثلاثين يدّعي عليه عشرةً، ومدّعي الثلث يدّعي اثنتين، ويبقى في يده ستّة لا يدّعيها إلا مدّعي الجميع، فتكون له، ويقارع الآخرين، ثمّ يحلف، وإن امتنعوا أخذ نصف ما ادّعيها.

بيّنة الخارج - كما هو المشهور - سقط اعتبار بيّنة كلّ واحدٍ منهم بالنظر إلى ما في يده، وتكون فائدتها فيما في يد غيره. فيجمع بين كلّ ثلاثة على ما في يد الرابع، ويكون الفاضل عن الدعاوي للمستوعب، ويقارع في المدّعي به ويحلف، فإن نكل حلف الآخر، فإن نكلوا قسم.

ويصحّ حينئذٍ من اثنين وسبعين؛ لأنّ أصلها أربعة بعددهم، ثمّ مدّعي الثلثين يدّعي على الثلاثة سهماً وثلثين زيادةً على ما في يده، ومخرجه تسعة، ومدّعي النصف يدّعي سهماً عليهم ومخرجه ثلاثة، ومدّعي الثلث يدّعي ثلث سهم عليهم ومخرجه أيضاً تسعة، والثلاثة تدخلها، والعددان متماثلان، فيقتصر على أحدهما، وتضربه في أربعة، ثمّ يضرب المرتفع في

ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الثلث، وهو ثمانية عشر. فمدعي الثلثين يدعي منه عشرة، ومدعي النصف يدعي ستّة، يبقى اثنان لمدعي الكل، ويقارع على ما أفرد للآخرين، فإن امتنعوا عن الأيمان قُسم ذلك بين مدعي الكل، وبين كل واحد منهما بما ادّعاه.

ثم يجتمع الثلاثة على ما في يد مدعي الكل. فمدعي الثلثين يدعي عشرة، ومدعي النصف يدعي ستّة، ومدعي الثلث يدعي اثنين، فتخلص يده عمّا كان فيها. فيكمل لمدعي الكل ستّة وثلاثون من أصل اثنين وسبعين، ولمدعي الثلثين عشرون، ولمدعي النصف اثنا عشر، ولمدعي الثلث أربعة. هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين ومقارعه.

اثنين؛ لأنّ السهم المتنازع يقسم على تقدير النكول عن اليمين، فيبلغ ذلك اثنين وسبعين. أو نقول: إن مدعي الثلث يدعي تسع ما في يد المستوعب وهو الربع، وبعد النكول يقسم، فيحتاج إلى نصف تسع الربع، وذلك يتم بضرب ثمانية عشر في أربعة، في يد كل واحد ثمانية عشر.

فيجمع بين المستوعب والثالث والرابع على ما في يد الثاني وهو مدعي الثلاثين، فالمستوعب يدعيه أجمع، ومدعي النصف - وهو الثالث - يدعي ثلثه؛ لأنّ الفاتت عن مدّاه ممّا في يده ثمانية عشر يدعيها على الثلاثة، ومدعي الثلث - وهو الرابع - يدعي منها اثنين؛ لأنّ الباقي عمّا في يده من مدّاه ستّة يدعيها على الثلاثة بالسويّة. فيبقى ممّا في يد الثاني عشرة للمستوعب بغير معارض. ثم يتقارع المستوعب والآخرين في الستّة والاثنين، ويقسم بينهما مع عدم اليمين، فيكمل له ثلاثة من الثالث وواحد من الرابع، فيجتمع له أربعة عشر من الثاني.

ثم تجتمع دعوى الثلاثة على ما في يد مدعي النصف، فالثاني يدعي منه عشرة؛ لأنّ الزائد عمّا في يده من مدّاه ثلاثون يدعيها على الثلاثة بالسويّة، وقد عرفت أنّ الرابع

السابعة: ● إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضي لمن قامت له البيّنة. ولو لم تكن بيّنة فيد كلّ واحدٍ منهما على نصفه.

يدّعي على كلّ واحدٍ اثنين، يفضل للمستوعب ستّة بغير منازع. ويقارع الثاني في العشرة والرابع في الاثنين، ويقسّم بينهما على تقدير النكول عن اليمين، فيجتمع له من الثالث اثنا عشر.

ثمّ تجتمع دعوى الثلاثة على ما في يد الرابع، فالثاني يدّعي منه عشرة، والثالث ستّة، يبقى للمستوعب اثنان بغير معارض. ويقاسم الآخرين في الستّة والعشرة بعد النكول، فيجتمع له عشرة.

ثمّ يجتمع الثلاثة الأخيرة على ما في يد الأوّل، فالثاني يدّعي منه عشرة، والثالث ستّة، والرابع اثنين، فيأخذ كلّ منهم ما يدّعيه؛ لعدم المعارض. فيجتمع للمستوعب نصف الدار، وهو أربعة عشر سهماً من الثاني، واثنا عشر من الثالث، وعشرة من الرابع، وذلك ستّة وثلاثون.

وللثاني ربعها وربع تسعها، وهو عشرون سهماً، خمسة من الثالث، وخمسة من الرابع، وعشرة من الأوّل.

وللثالث سدسها اثنا عشر سهماً، ستّة من الأوّل، ومن كلّ واحدٍ من الآخرين ثلاثة. وللرابع نصف التسع، وهو أربعة أسهم، اثنان من الأوّل، ومن كلّ واحد من الآخرين واحد. وذلك مجموع الدار؛ لأنّ السدس تسع ونصف تسع، إذا ضمّا إلى نصف التسع نصيب الرابع، ثمّ إلى ربع التسع بلغت ربعاً، يضاف إلى ثلاثة الأرباع التي بيد الأوّل والثاني يبلغ ذلك المجموع.

هذا إذا امتنع الخارج بالقرعة عن اليمين وخصومه، وإلا أخذ الحالف مجموع ما وقع فيه التنازع. ولا يخفى حينئذٍ الحساب لو وقع ذلك من المجموع أو من البعض.

قوله: «إذا تداعى الزوجان متاع البيت - إلى قوله - وأظهر بين الأصحاب».

اختلف الأصحاب في حكم متاع البيت عند تنازع الزوجين فيه على أقوال، منشؤها

قال الشيخ في المبسوط: يحلف [كلّ واحد منهما] لصاحبه، ويكون بينهما بالسوية، سواء كان ممّا يختصّ الرجال أو النساء أو يصلح لهما، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما، وسواء كانت الزوجية باقيةً بينهما أو زائلةً. ويستوي في ذلك تنازع الزوجين والوراث.

وقال في الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل، وما يصلح للنساء للمرأة، وما يصلح لهما يقسم بينهما. وفي رواية أنّه للمرأة؛ لأنّها تأتي بالمتاع من أهلها. وما ذكره في الخلاف أشهر في الروايات، وأظهر بين الأصحاب.

الاعتبار أو اختلاف الأخبار، ثلاثة منها للشيخ (رحمه الله)، وثلاثة للعلامة متداخلة. الأول: أنّهما فيه سواء، فيقسم بينهما بعد حلف كلّ لصاحبه، سواء كان المتنازع فيه ممّا يصلح للرجال، كالعمائم والدروع والسلاح، أم يصلح للنساء، كالحليّ والمقانع وقمص النساء، أم يصلح لهما، كالفرش والأواني. وسواء كانت الدار لهما، أم لأحدهما، أم لثالث. وسواء كانت الزوجية باقيةً، أم زائلةً. وسواء كانت يدهما عليه تحقيقاً، أم تقديراً. وسواء كان المتنازع بينهما، أم بين وورثتهما، أم بين أحدهما وورثة الآخر.

وحجّة هذا القول إلحاقه بسائر دعاوي؛ لدخوله في العموم. ولا ريب أنّه الذي يقتضيه الأصل، إلّا أنّ فيه أطراحاً للأخبار المعتبرة^١.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ في المبسوط^٢، وتبعه العلامة في القواعد^٣، وولده الفخر في الشرح^٤.

١. منها ما في الفقيه، ج ٣، ص ١١١، ح ٣٤٣٣؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٤، ح ٨١٨؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٤٦-٤٧، ح ١٥٣.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٨٠.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٧٠.

٤. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٨٠-٣٨١.

ونبه بهذه التسويات على خلاف جماعة من العامة، حيث ذهب بعضهم إلى التفصيل بالصلاحية. وهو أحد أقوالنا. وبعض إلى أنه إن كان في يدهما تحقيقاً كالمشاهدة فهو بينهما، وإن كان تقدير أرفع إلى الصلاحية، ومع كونها صالحةً لهما يحكم به للرجل. وبعض إن كان الاختلاف بين أحدهما وورثة الآخر يقدم فيه قول الباقي من الزوجين^١.

الثاني: أن ما يصلح للرجال خاصةً يحكم به للزوج، وما يصلح للنساء خاصةً يحكم به للمرأة، وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول.

ذهب إلى ذلك الشيخ في الخلاف^٢، وقبلة ابن الجنيدي^٣، وتبعهما ابن إدريس^٤ والمصنف (رحمه الله) والعلامة في التحرير^٥ والأكثر.

والمستند - مع قضاء العادة بذلك - صحيحة رفاة النخاس عن الصادق عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما، وإذا طلق المرأة فادعت أن المتاع لها، وادعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال ولها ما للنساء»^٦.

وليست هذه الرواية صريحة في جميع مدعى القائلين؛ إذ ليس فيها أن ما يصلح لهما يقسم بينهما على تقدير التنازع، وذكره في صدر الرواية كان قبل النزاع. لكنه ظاهر في

١. راجع الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٤٠٩؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ٢١٣ - ٢١٤؛ الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٣٢٦؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٢، ص ٢٢٥، المسألة ٨٥٥.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٣٥٢، المسألة ٢٧.

٣. حكاة عنه الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٦٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤)، وابن فهد الحلبي في المقتصر، ص ٣٨٣.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٩٣ - ١٩٤.

٥. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٠٨، الرقم ٦٥٦٨.

٦. الفقيه، ج ٣، ص ١١١، ح ٣٤٣٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٤، ح ٨١٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٦ - ٤٧، ح ١٥٣.

ذلك، على تهافتٍ في لفظ الرواية. لكنّها مؤيِّدة بجريان العادة بذلك، ورجوع الشرع في باب
الدعاوي إلى العادات، كتقديم قول المنكر والمتشبّث.

والشيخ في الاستبصار حمل هذه الرواية على التقيّة أو على الصلح، دون مرّ الحكم^١.
الثالث: أنّ القول قول المرأة مطلقاً. ذهب إلى ذلك الشيخ في الاستبصار^٢؛ لصحیحة
عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتني كيف قضى ابن أبي ليلى؟ قال،
قلت: قد قضى في مسألة واحدة بأربعة وجوه في التي يتوقّى عنها زوجها، فيجىء أهله
وأهلها في متاع البيت، فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي ما كان من متاع الرجل فللرجل،
وما كان من متاع النساء فللمرأة، وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسّمه بينهما
نصفين.

ثمّ ترك هذا القول، فقال: المرأة بمنزلة الضيف في منزل الرجل، لو أنّ رجلاً أضاف رجلاً
فادعى متاع بيته كلّفه البيّنة، وكذلك المرأة تكلف البيّنة وإلّا فالمتاع للرجل.
ورجع إلى قولٍ آخر، فقال: إنّ القضاء أنّ المتاع للمرأة، إلّا أن يقيم الرجل البيّنة على ما
أحدث في بيته.

ثمّ ترك هذا القول، فرجع إلى قول إبراهيم الأوّل.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: «القضاء الأخير وإن كان رجوع عنه، المتاع متاع المرأة، إلّا أن يقيم
الرجل البيّنة، قد علم من بين لابتئها - يعني بين جبلي منى - أنّ المرأة تزفّ إلى بيت زوجها
بمتاع، ونحن يومئذ بمنى»^٣.

وفي خبر آخر صحيح رواه عبد الرحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام، وفي آخره قلت له: يكون

١. الاستبصار، ج ٣، ص ٤٧، ذيل الحديث ١٥٣.

٢. انظر الاستبصار، ج ٣، ص ٤٧، ذيل الحديث ١٥٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٧، ح ٨٢٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٤-٤٥، ح ٤٤٩.

● ولو ادعى أبو الميثة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره كلف البيّنة، وغيره من الأنساب. وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة.

المتاع للمرأة؟ فقال: «لو سألت من بينهما - يعني الجبلين، ونحن يومئذ بمكة - لأخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل، فتعطى التي جاءت به، وهو المدعى، فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت البيّنة»^١.

الرابع: الرجوع في ذلك إلى العرف العامّ أو الخاصّ، فإن وجد عمل به، وإن انتفى أو اضطرب كان بينهما؛ لتصادم الدعويين، وعدم الترجيح.

ذهب إلى ذلك العلامة في المختلف^٢، والشهيد في الشرح^٣، وجماعة من المتأخّرين^٤. وهو المعتمد؛ لما فيه من الرجوع إلى العرف، والجمع بين الأخبار، مع مراعاة الأصول المقرّرة.

قوله: «ولو ادعى أبو الميثة أنه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره كلف البيّنة، وغيره من الأنساب. وفيه رواية بالفرق بين الأب وغيره ضعيفة».

القول بالتسوية بين الأب وغيره في الدعوى هو مذهب الأصحاب؛ عملاً بالأصل، مع عدم ثبوت ما يوجب الخروج عنه.

والرواية المشار إليها هي رواية محمّد بن إسماعيل، عن جعفر بن عيسى، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المرأة تموت فيدعي أبوها أنه أعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم، أتقبل دعواه بلا بيّنة أم لا تقبل إلاّ بيّنة؟ فكتب إليه: «يجوز بلا بيّنة».

قال: وكتبت إليه: إن ادعى زوج المرأة الميثة أو أبو زوجها أو أمّ زوجها في متاعها أو

١. الكافي، ج ٧، ص ١٣٠ - ١٣١، باب اختلاف الرجل والمرأة من متاع البيت، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦،

ص ٢٩٨، ح ٨٢١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٤٥، ح ١٥١.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٠٩، المسألة ١٢.

٣. غاية المراد، ج ٤، ص ٧٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٤. منهم ابن فهد الحلّي في المهذب البارع، ج ٤، ص ٤٩١.

المقصد الثالث في دعوى الموارث

وفيه مسائل:

الأولى: • لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب، وادّعى الآخر مثله فأنكر أخوه، فالقول قول المتفق على تقدّم إسلامه مع يمينه أنّه لا يعلم أنّ أخاه أسلم قبل موت أبيه.
وكذا لو كانا مملوكين فأعتقا واتفقا على تقدّم حرّيّة أحدهما واختلفا في الآخر.

خدمها، مثل الذي ادّعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم، أو يكون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب: «لا»^١.

والأصحّ التسوية بين الجميع؛ لعموم: «البيّنة على المدّعي، واليمين على من أنكر»^٢.
قوله: «لو مات المسلم عن ابنين، فتصادقا على تقدّم إسلام أحدهما على موت الأب وادّعى الآخر مثله فأنكر أخوه» إلى آخره.

إذا مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضاً قبله، وقال المتفق على إسلامه: بل أسلمت بعد موته، فله أحوال:

أحدها: أن يقتصر على هذا القدر، ولا يتعرّض لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ الإسلام.
والثانية: أن يتفق على موت الأب في رمضان، فقال المسلم: أسلمت في شعبان، وادّعى أخوه المعلوم الإسلام أنّ إسلامه في شوال، أو أنّه لا يعلم تقدّم إسلامه، فالقول قول المتفق

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٣١ - ٤٣٢، باب النوادر، ح ١٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٠ - ١١١، ح ٣٤٢٢، وفيه: عن محمد بن عيسى بن عبيد عن جعفر بن عيسى: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٩، ح ٨٠٠.
٢. راجع سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٣٧، ح ٣١٥١ - ٣١٥٢ بتفاوت قليل؛ والسنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٢٧، ح ٢١٢٠١؛ وتلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٦٧، ح ٢٠٣٧.

على إسلامه مع يمينه أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه في الحالين؛ لأن الأصل استمراره على دينه إلى أن يثبت المزيل. وإنما كفاه الحلف على نفي العلم؛ لأنه حلف على نفي فعل الغير.

وكذا القول في نظائرها، كما لو مات الأب حرّاً وأحد الابنين حرّاً بالاتفاق، واختلفا في أن الآخر عتق قبل موته أو بعده.

ولو أنهما اتفقا في حق أحدهما أنه لم يزل مسلماً، وقال الآخر: لم أزل مسلماً أيضاً، ونازعه الأول وقال: كنت نصرانياً، وإنما أسلمت بعد موت الأب، احتمل المساواة؛ لأصالة عدم الإسلام، وتقديم قوله: إنني لم أزل مسلماً؛ لأن ظاهر الدار يشهد له، وليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا، بخلاف السابق.

ولو قال كلُّ منهما: إنني لم أزل مسلماً، وكان صاحبي أسلم بعد موت الأب، فوجهان: أحدهما: أنه لا يصرف إلى واحدٍ منهما شيء؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق. وأصحهما: أنه يحلف كلٌّ واحدٍ منهما ويجعل المال بينهما؛ لأن ظاهر الدار يشهد لكلِّ واحدٍ منهما فيما يقول في حق نفسه.

ولو أقام أحدهما بيّنة في هذه المسائل قضى بها. ولو أقام كلٌّ واحدٍ بيّنة في الصورة الأخيرة تعارضتا، فيرجع إلى القرعة مع عدم المرجح.

وفي الأولى يحتمل ذلك أيضاً؛ للتعارض وتقديم بيّنة مدّعي تقدم الإسلام؛ لاشتمالها على زيادة، وهي نقله إلى الإسلام في الوقت السابق، والأول يستصحب دينه، فمع الأول زيادة علم.

وردّ بأن بيّنة المتأخّر تشهد بالحياة في زمان بيّنة المتقدّم، فيتحقق التناقض. وربما احتمل ضعيفاً تقديم بيّنة المتأخّر، بناءً على أنه قد يغمى عليه في التاريخ المتقدّم فيظنّ الشاهدان موته. وهو ضعيف؛ لأنه قدح في الشاهد.

الثانية: • لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان، ثم قال المتقدم: مات الأب قبل شهر رمضان، وقال المتأخر: مات بعد دخول رمضان، كان الأصل بقاء الحياة، والتركة بينهما نصفين.

الثالثة: • دار في يد إنسان ادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب إرثاً عن أبيهما، وأقام بيّنة. فإن كانت كاملة وشهدت أنه لا وارث سواهما، سلم إليه النصف، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده. وفي الخلاف: يجعل في يد أمين حتى يعود. ولا يلزم القابض للنصف إقامة ضمين بما قبض.

ونعني بالكاملة ذات المعرفة المتقدمة والخبرة الباطنة. ولو لم تكن البيّنة كاملة وشهدت أنها لا تعلم وارثاً غيرهما، أرجئ التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً، بحيث لو كان وارث لظهر، وحينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه ويضمّنه استظهاراً.

قوله: «لو اتفقا أن أحدهما أسلم في شعبان والآخر في غرة رمضان» إلى آخره. هذه هي السالة الثالثة للمسألة الأولى، وكان إدراجها فيها أولى. وإنما قدّم هنا قول مدعي تقدّم الإسلام؛ لاتفاقهما على إسلامه في وقت مخصوص لا يقبل التقدّم والتأخر، واختلافهما في وقت موت الأب على وجه يحتمل التقدّم والتأخر، فيكون الأصل استمرار حياة الأب إلى بعد الوقت الذي اتفقا على إسلام المسلم فيه.

والمراد بغرة رمضان أوّل حقيقة؛ ليلانم قوله «وقال المتأخر: مات بعد دخول رمضان». وقد تطلق الغرة على ثلاثة أيام من أوّل الشهر، وهي بهذا المعنى لا تطابق الفرض؛ لإمكان إسلامه فيها وموت الأب بعد دخوله وقبل إسلامه.

قوله: «دار في يد إنسان ادعى آخر أنها له» إلى آخره. إذا شهد عدلان وهما من أهل الخبرة بباطن حال الميّت أن هذا ابنه مع أخ آخر غائب

ليس له وارث غيرهما فيما يعلمان، ولا يجب القطع بل لا يصحّ، ولا تبطل به شهادتهم، دفع إلى الحاضر نصف التركة، سواء في ذلك الدار المذكورة وغيرها، من غير أن يطالب بضمين؛ لأنّ المطالبة به حينئذٍ طعن في الشهود.

وإن لم يكونا من أهل الخبرة، أو كانا ولم يقولوا «لا نعلم وارثاً سواه»، لم يعط في الحال، بل يتفحص الحاكم عن حال الميِّت في البلاد التي سكنها أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يرسل من يستعلم الحال، فإذا تفحص مدةً يغلب على الظنّ في مثلها أنّه لو كان له وارث لظهر ولم يظهر، فحينئذٍ يدفع إلى الحاضر نصيبه، ويكون البحث والتفحص قائماً مقام خبرة الشهود. وفي هذه الحالة لا يدفع إليه المال إلا بضمين احتياطاً واستينافاً، بناءً على جواز ضمان الأعيان، ولا يكتفى بالكفيل.

وهل تنتزع حصّة الغائب على تقدير كمال البيّنة من ذي اليد؟ قال الشيخ في الخلاف: نعم، وتجعل في يد أمين حتى يعود الغائب^١؛ لأنّ العين قد ثبتت لغير من هي في يده، وأنّها لغائب والحاكم وليّ الغائب، فيضعها في يد أمين.

وقال في المبسوط: يقرّ الباقي في يد من هو في يده^٢؛ لأنّ الدعوى للميِّت، والبيّنة بالحقّ له، بدليل أنّه إذا حكم بالدار تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه، ومتى كانت الدعوى له لم تتمّ إلى أن يحضر الغائب، فيبقى في يد المتشبّث. والأصحّ الأوّل.

واعلم أنّه قد اختلفت عبارات الأصحاب في معنى «البيّنة الكاملة» هاهنا، فمقتضى عبارة المصنّف الأكثر أنّ المراد بها ذات الخبرة والمعرفة بأحوال الميِّت، سواء شهدت بأنّها لا تعلم وارثاً غيرهما أم لا، وأنّها حينئذٍ تنقسم إلى ما يثبت بها حقّ المدعي، بأن تشهد بنفي وارث غيره، وإلى غيره، وهي التي لا تشهد بذلك.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٣٤٠، المسألة ١٢.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٤٣.

● ولو كان ذو فرض أُعطي مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً. وعلى التقدير الثاني يعطيه اليقين أن لو كان وارث فيعطي الزوج الربع، والزوجة ربع الثمن، معجلاً من غير تضمين، وبعد البحث يتمّ الحصّة مع التضمين.

ولو كان الوارث ممّن يحجبه غيره، كالأخ، فإن أقام البيّنة الكاملة أُعطي المال، وإن أقام بيّنة غير كاملة أُعطي بعد البحث والاستظهار بالضمين.

ويوجد في كلام بعضهم - وبه صرّح في الدروس^١ - أن المراد بالكاملة ذات الخبرة كذلك مع شهادتها بنفي وارث ولو بعدم العلم بغيره، فانتفاء الكمال يحصل بانتفاء الخبرة والشهادة بنفي العلم أو أحدهما.

ولكلّ وجه؛ لأنّ الكمال أمر إضافي فيصدق بهما، وإن كان الثاني أعدد؛ حملاً للكمال على ما يثبت به الحقّ، وهو لا يثبت بدون الأمرين.

وهل يعتبر في الشهادة بالقرب - كالابن - إضافة كونه وارثاً؟ وجهان، من كونه أعمّ من الوارث فلا يدلّ على الخاصّ، ومن أصالة عدم المانع.

قوله: «ولو كان ذو فرض أُعطي مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاماً» إلى آخره.

إذا ادّعى كونه وارثاً مع الغائب وأقام البيّنة المذكورة، فلا يخلو إمّا أن يكون ذا فرض، أو وارثاً بالقرابة. وعلى تقدير كونه ذا فرض إمّا أن يكون بحيث لا ينقص عنه، أو ينقص باختلاف الوارث.

فإن كان ذا فرض، وأقام البيّنة الكاملة الشاهدة بانتفاء وارث ينقصه عن مدّعه أُعطي نصيبه تاماً.

وإن لم تكن البيّنة كذلك، فإن كان محجوباً على بعض التقادير أرجئ إلى أن يبحث، ثمّ دفع إليه بضمين. ولو اختلف فرضه أُعطي الأقلّ، إلّا مع الكمال أو البحث والضمين.

١. الدروس الشرعيّة، ج ٢، ص ٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الرابعة: ● إذا ماتت امرأة وابنها فقال أخوها: مات الولد أولاً ثم المرأة، فالميراث لي، وللزوج نصفان، وقال الزوج: بل ماتت المرأة ثم الولد، فالمال لي، قضي لمن تشهد له البيّنة. ومع عدمها لا يقضى بإحدى الدعويين؛ لأنّه لا ميراث إلا مع تحقّق حياة الوارث. فلا ترث الأمّ من الولد، ولا الابن من أمّه. وتكون تركة الابن لأبيه، وتركة الزوجة بين الأخ والزوج.

ولو صدّق المتشبّث المدّعي على عدم وارث غيره فلا عبرة به إن كان المدّعي به عيناً؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير. وإن كان ديناً أمر بالتسليم؛ لأنّه إقرار في حقّ نفسه؛ إذ لا يتعيّن للغائب على تقدير ظهوره إلا بقبضه أو قبض وكيله. وقد تقدّم البحث في نظيره من دعوى وكالة الغائب في الأمرين^١.

قوله: «إذا ماتت امرأة وابنها» إلى آخره.

إذا كان الرجل له زوجة وابن فماتا، واختلف الرجل وأخو الزوجة، فقال الرجل: ماتت الزوجة أولاً فورثتها أنا وابني، ثمّ مات الابن فورثته أنا، وقال الأخ: بل مات الابن أولاً فورثته مع أختي، ثمّ ماتت الأخت فورثناها. فإن كان لأحدهما بيّنة قضي بها. وإن أقاما بيّنة متكافئة تعارضتا وأقرع.

وإن لم تكن لهما معاً بيّنة فالقول قول الرجل في مال ابنه وقول الأخ في مال أخته مع اليمين. فإن حلفا أو نكلا فهي من صور استيهام^٢ الموت، فلا يورث أحد الميتين من الآخر، بل مال الابن لأبيه، ومال الزوجة للزوج والأخ.

هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما. فإن اتفقا عليه واختلفا في موت الآخر قبله أو بعده فالمصدّق مدّعي التأخّر؛ لأنّ الأصل دوام الحياة.

١. تقدّم في ج ٤، ص ٥١٤.

٢. في بعض النسخ: «اشتباه» بدل «استيهام».

الخامسة: • لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي، وقالت الزوجة: هذه أصدقني إياها أبوك، ثم أقام كل منهما بيّنة، قضي بيّنة المرأة؛ لأنها تشهد بما يمكن خفاؤه على الأخرى.

المقصد الرابع في الاختلاف في الولد

• إذا وطئ اثنان امرأة وطئاً يلحق به النسب، إمّا بأن تكون زوجة لأحدهما ومشتبهة على الآخر، أو مشتبهة عليهما، أو يعقد كل واحدٍ منهما عليها عقداً فاسداً، ثم تأتي بولد لستة أشهر فصاعداً ما لم يتجاوز أقصى الحمل، فحينئذٍ يقرع بينهما، ويلحق بمن تصيبه القرعة، سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين أو

قوله: «لو قال: هذه الأمة ميراث من أبي» إلى آخره.

إذا ادّعت الزوجة إصداق عينٍ من التركة، أو ادّعى أجنبي شراء عينٍ منها، وأنكره الوارث وادّعى الإرث فالقول قولها؛ لأصالة عدم انتقالها إلى غيره. فإن أقام المدّعي بيّنة قضي بها.

وإن أقاما معاً بيّنة فالمدّعي للإصداق والشراء خارج، فيبنى على تقديم الخارج مع التعارض. فإن قلنا به مطلقاً فهنا أولى. وإن قلنا بتقديم الداخل فالأقوى هنا تقديم الخارج أيضاً، لشهادة بيّنته بأمر زائد يخفى على الأخرى.

ولو كانت العين في يد أجنبي لا يدّعيها فكذلك، لعدم التعارض.

نعم، لو تناقضا قطعاً، بأن يدّعي الإصداق أو الشراء في وقت بعينه، فتشهد البيّنة بموته قبل ذلك، أو بكونه غائباً عن موضع الدعوى بحيث لا يمكن حضوره في ذلك الوقت، تحقّق التعارض، ورجع إلى القرعة مع عدم المرجّح.

قوله: «إذا وطئ اثنان امرأة وطئاً يلحق به النسب - إلى قوله - إذا لم يكن لأحدهم بيّنة». الولد لا يلحق بأبوين فصاعداً مطلقاً عندنا. ولا عبرة بخبر القائف. ولا خبر المدلجي

عبدین أو حرّین، أو مختلفین فی الإسلام والکفر والحرّیة والرقّ، أو أباً وابنه. هذا إذا لم یکن لأحدھم بیّنة.

الذی سرّ النبی ﷺ بإخباره أنّ أقدام زید وأسامة بعضھا من بعض^١ لا یدلّ علی الاعتماد علیہ؛ لأنّہ ﷺ لم یکن فی شكّ من ذلك، وإنّما سرّ بذلك لظنّ المنافقین فیھما إغاطةً له ﷺ، واعتمادھم علی قول القائف.

وقد روی عن أمير المؤمنین ﷺ أنّه قال: «لا یأخذ بقول عرّاف ولا قائف»^٢. وأنّہ لم یکن یقبل شهادة أحد من هؤلاء.

وعن أبي جعفر ﷺ أنّه قال: «من سمع قول قائف أو كاهن أو ساحر فصدّقه أكبه الله علی منخریه فی النار»^٣.

فإذا اشتبه نسب الولد، بأن وطئها اثنان وطئاً یلحق به الولد، بأن اشتبهت علیھما، أو علی أحدھما وكانت زوجةً للآخر، وجاءت به فی مدّة یمکن إلحاقه بهما، أقرع بینھما وألحق بمن أخرجته القرعة.

وقد روی عن زید بن أرقم أنّهم أتوا أمير المؤمنین ﷺ فی امرأة أتوها فی طهر واحد کلّھم یدعی الولد، فأقرع بینھم وألحق الولد بمن أقرع، وغرّمه ثلثی قيمة الأمّ. وأنّھم سألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «ما أعلم إلّا ما قال علیّ»، وكان علیّ عاملاً علی الیمن. وفی بعض الحدیث أنّ رسول الله ﷺ لما خبّر بذلك ضحك حتّى بدت نواجذہ^٤.

وعن الباقر ﷺ أنّ رسول الله ﷺ لما سأل أمير المؤمنین ﷺ عن أعجب ما ورد علیہ،

١. مسند أحمد، ج ٧، ص ٣٢٣، ح ٢٥٣٦٧؛ صحیح مسلم، ج ٢، ص ١٠٨٢، ح ٣٩ - ١٤٥٩/٤٠؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٨٠، ح ٢٢٦٧؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٧، ح ٢٣٤٩؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٤٣، ح ٢١٢٥٥.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٥٠، ح ٣٣٠٩، وفيه: «لا آخذ» بدل «لا يأخذ».

٣. لم نعره علیہ.

٤. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٠٥، ح ١٨٨٥٧؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٨١، ح ٢٢٦٩ - ٢٢٧٠، بتفاوت يسير فیھما؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٦، ح ٢٣٤٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٥٠، ح ٢١٢٨١ - ٢١٢٨٢.

● ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك والدعوى المشتركة، ويقضى فيه بالبيّنة، ومع عدمها بالقرعة.

فخبره بذلك، قال رسول الله ﷺ: «ليس من قوم يتنازعون ثم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق»^١.

والعامّة رجعوا في أمر الولد المتنازع فيه إلى القائف^٢؛ استناداً إلى الخبر الذي أشرنا إليه. وقد تقدّم البحث في الإلحاق وشرائطه في باب أحكام الأولاد^٣.

ونبه المصنّف (رحمه الله) بالتسوية بين المدّعين المذكورين على خلاف بعض العامّة، حيث فرّق فألحق الولد بالمسلم منهما والحرّ مع الاختلاف^٤؛ نظراً إلى الأصل أو الظاهر. قوله: «ويلحق النسب بالفراش المنفرد والدعوى المنفردة» إلى آخره.

يتحقّق اشتراك الفراش بما ذكره سابقاً من الأمثلة، من كونها زوجة لأحدهما ومشتبهةً على الآخر، أو مشتبهةً عليهما.

هذا إذا وطّناها في طهرٍ واحدٍ. أمّا لو تخلّل بين وطئهما حيض، قيل: انقطع الإمكان عن الأوّل، إلّا أن يكون الأوّل زوجاً في نكاح صحيح^٥؛ نظراً إلى جعل الشارع الحيض أمارةً على براءة الرحم من الحمل، ومن ثمّ اعتبر به الاستبراء والعدّة. وهذا يتمّ مع القول بأنّ الحمل والحيض لا يجتمعان مطلقاً، وإلّا أشكل الأمر؛ لتحقق الإمكان، إلّا أن ينزل الغالب منزلة المتعيّن، وي طرح النادر. ولا بأس به.

وكما يقرع بينهما مع عدم البيّنة، فكذا مع قيامها من الطرفين. والله وليّ التوفيق.

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٩١، باب الجارية يقع عليها غير واحد...، ج ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٠، ح ٥٩٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦٩، ح ١٣٢٠.

٢. الأمّ، ج ٦، ص ٣٤٤ - ٣٤٥؛ الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣٨٠؛ بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٥٦، المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٦، ص ٤٢٥، المسألة ٥٧٥.

٣. تقدّم في ج ٧، ص ٧٨ وما بعدها.

٤. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣٩٥؛ راجع بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٣٨٤.

٥. قاله العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٨٢.

كتاب الشهادات

والنظر في أطرافٍ خمسةٍ:

[الطرف] الأول في صفات الشهود

ويشترط ستّة أوصافٍ:

كتاب الشهادات

الشهادة لغةً: الإخبار عن اليقين^١.

وشرعاً: إخبار جازم عن حقٍّ لازمٍ لغيره، واقع من غير حاكم.

وبالقيّد الأخير يخرج إخبار الله ورسوله والأئمّة عليهم السلام، وإخبار الحاكم حاكماً آخر، فإنّ ذلك لا يسمّى شهادةً.

وتعرّض الكتاب والسنة^٢ للشهادة وأحكامها مستفيض، كقوله تعالى: ﴿وَأَشْتَشْهِدُوا

شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^٣، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^٤.

١. الصحاح، ج ٢، ص ٤٩٤: لسان العرب، ج ٣، ص ٢٣٩، «شهد».

٢. وسائل الشيعة، ج ٢٧، ص ٣٠٩ - ٣١٤، الباب ١ - ٢ من كتاب الشهادات.

٣. البقرة (٢): ٢٨٢.

٤. البقرة (٢): ٢٨٣.

الأول: البلوغ • فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصير مكلفاً. وقيل: تقبل مطلقاً إذا بلغ عشراً. وهو متروك.

واختلفت عبارة الأصحاب في قبول شهادتهم في الجراح والقتل، فروى جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «تقبل شهادتهم في القتل، ويؤخذ بأول كلامهم». ومثله روى محمد بن حرمان، عن أبي عبد الله عليه السلام.

وروي عنه عليه السلام أنه سئل عن الشهادة، فقال للسائل: «هل ترى الشمس»؟ قال: نعم، فقال: «على مثلها فاشهد أو دع»^١.

قوله: «فلا تقبل شهادة الصبي ما لم يصير مكلفاً - إلى قوله - تمسكاً بموضع الوفاق». قد اختلف الأصحاب في شهادة الصبي، بعد الاتفاق على عدم قبول شهادة غير المميز. ونقل جماعة^٢ منهم الشيخ فخر الدين^٣ الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشر، والخلاف فيمن زاد عن ذلك.

فالمشهور بينهم عدم قبول شهادته مطلقاً إلا في الجراح والقتل. أما عدم القبول في غيرهما فلعموم قوله تعالى: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ»^٤، ولفظ «الرجال» لا يقع على الصبيان، ولأن الصبي لا يقبل قوله على نفسه، فأولى أن لا يقبل على غيره بالشهادة. وأما استثناء الجراح والقتل فلحسنه جميل قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: «نعم، في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني منه»^٥.

١. أوردها الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٢٣؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١١٤ و١١٧؛ وأبو نعيم الأصفهاني في حلية الأولياء، ج ٤، ص ١٨.

٢. منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٥١٤؛ وابن فهد الحلبي في المهذب البارع، ج ٤، ص ٥٠٧.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤١٧. لكنه نقل الإجماع على عدم القبول في غير القصاص والقتل والجراح.

٤. البقرة (٢): ٢٨٢.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩، باب شهادة الصبيان، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١ ح ٦٤٥.

وقال الشيخ في النهاية: تقبل شهادتهم في الجراح والقصاص. وقال في الخلاف: تقبل شهادتهم في الجراح ما لم يتفرّقوا، إذا اجتمعوا على مباح.

ورواية محمد بن حمران عنه عليه السلام وقد سأله عن شهادة الصبي، قال، فقال: «لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه، ولا يؤخذ بالثاني»^١.

ولفظ الروایتين تضمّن القتل، فيمكن أن يدخل فيه الجراح بطريق أولى، ومن ثمّ ذكر الأكثر الجراح. ومنهم من اقتصر على الجراح، كالشيخ في الخلاف^٢ والمصنّف في المختصر النافع^٣. ولعلّه أراد بها ما يشمل البالغة القتل؛ لأنّ القتل هو المنصوص^٤ فيما هو مستند الاستثناء.

وفي الدروس صرّح باشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس^٥. واشتراط ذلك لا يدخل من إشكال، إلا أن يجعل مجرد الاحتياط في النفوس، وإلا فمراعاة النصوص تقتضي إدخالها وأطرافها؛ نظراً إلى عدم صحتها، ومخالفتها للأصل يقتضي إخراج الجراح أيضاً. ثمّ اختلف القائلون بقبول شهادتهم في هذا النوع في الجملة في شرائطه، فالمستفاد من النصوص اشتراط أمرٍ واحدٍ، وهو أن يؤخذ بأول كلامهم مع الاختلاف دون باقيه. وزاد المصنّف وجماعة^٦ اشتراط بلوغ سنّهم العشر، وأن لا يتفرّقوا قبل أداء الشهادة. وزاد المصنّف (رحمه الله) في المختصر النافع تبعاً للشيخ كونه في الجراح^٧. فيمكن

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩، باب شهادة الصبيان، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١، ح ٦٤٦.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢٧٠، المسألة ٢٠.

٣. المختصر النافع، ص ٤١٣.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٣٨٨ - ٣٨٩، باب شهادة الصبيان، ح ١ - ٣ و ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١ - ٢٥٢، ح ٦٤٤ - ٦٤٦ و ٦٤٩.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٦. منهم العلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٥٦؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٧. المختصر النافع، ص ٤١٣.

والتهجّم على الدماء بخبز الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع إذا كان على مباح؛ تمسكاً بموضع الوفاق.

أن لا يدخل فيها القتل. وعلى تقدير دخوله فسيببه أعم من كونه بالجراح، مع أنه مورد النص^١. وفي المختصر النافع نسب اشتراط عدم التفرّق إلى الشيخ في الخلاف^٢، مؤذناً بعدم ترجيحه. وعذره واضح؛ لعدم الدليل المقتضي لاشتراطه. ولكن يرد مثله في اشتراط اجتماعهم على المباح، فإنه لا دليل عليه، ولا تكليف في حقهم. ولو أريد المباح بالنسبة إلى غيرهم من المكلفين لم يكن لتخصيصه وجه، بل ينبغي اشتراط باقي شرائط قبول الشهادة، من ترك المحرّمات على المكلف، والقيام بالواجبات عليه، وملازمة المروّة. وبالجملة، شرائط الشاهد عدا التكليف. وهذا بعيد في حق الصبي؛ لعدم وجوب شيء في حقّه وتحريمه، فلا يعدّ تركه وفعله قادحاً.

وأما اشتراط بلوغ العشر فليس عليه دليل صالح إلا رواية موقوفة تأتي^٣. ولو أبدل هذا الشرط بالتمييز لكان أولى، حيث إنّ غير المميّز لا يصلح للشهادة، ولا يميّز ما يشهد به، سواء بلغ العشر أم لا، كما أنّ التمييز قد يحصل قبل العشر، إلا أن يثبت الإجماع على اشتراط بلوغ العشر على وجه يكون حجّة، فيكون هو الحجّة، لكن إثبات ذلك بعيد.

وبقي في المسألة قولان آخران متقابلان على الطرفين:

أحدهما: عدم قبول شهادة الصبي مطلقاً؛ لما تقدّم من الدليل^٤، وقصور هذه الروايات عن إثبات الحكم المخالف للأصل، خصوصاً مع عدم وقوف القائلين بقبول شهادته فيما

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩، باب شهادة الصبيان، ح ٢-٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١، ح ٦٤٥-٦٤٦.

٢. المختصر النافع، ص ٤١٣؛ ولقول الشيخ راجع الخلاف، ج ٦، ص ٢٧٠، المسألة ٢٠.

٣. تأتي في ص ٣١٧، مع تخريجها في الهامش ٧.

٤. تقدّم في ص ٣١٤.

ذكروه على مورد النص، فما دلّ عليه لا يقولون به، وما يقولون به لا دليل عليه. مع أنه يمكن أن يريد بقبول شهادة الصبيان فيما ذكر ثبوت الفعل بطريق الاستفاضة؛ بناءً على الغالب من وقوع الجراح بينهم في الملعب حال اجتماعهم بكثرة يمكن أن يثبت بها الاستفاضة؛ إذ لا يشترط فيها بلوغ المخبر، بل ولا إسلامه.

وهذا القول اختاره الشيخ فخر الدين في شرحه^١. وله وجه وجيه، إلا أن رواية جميل بن درّاج^٢ حسنة مع اعتضادها بغيرها^٣، فردّها على أصل القائل لا يخلو من نظر. والقول الآخر: قبول شهادة الصبي إذا بلغ عشرًا مطلقاً. نقل ذلك المصنّف وجماعة^٤، ولم يظهر قائله.

وقال صاحب كشف الرموز: إنه الشيخ في النهاية^٥. وهو وهم؛ وإنما ذكر الشيخ في النهاية قبول شهادته في الجراح والقصاص خاصّةً. نعم، له بعد ذلك عبارة موهمة لذلك^٦، إلا أن مرادها غيره.

ومستند هذا القول رواية أبي أيوب الخزاز قال: سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال، قلت: ويجوز أمره؟ قال، فقال إن رسول الله ﷺ دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره، وجازت شهادته^٧.

١. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤١٧.

٢. تقدّم تخريج روايته في ص ٣١٤، الهامش ٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١، ح ٦٤٦.

٤. منهم ابن البراج في المهذب، ج ٢، ص ٥٥٩؛ وحكاه ابن فهد الحلبي عن العلامة في المقتصر، ص ٣٨٦؛ وحكاه الصيمري عن العلامة والشهيد في غاية المرام، ج ٤، ص ٢٧٤.

٥. كشف الرموز، ج ٢، ص ٥١٤.

٦. النهاية، ص ٣٣١-٣٣٢.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٨-٣٨٩، باب شهادة الصبيان، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١، ح ٦٤٤.

الثاني: • كمال العقل، فلا تقبل شهادة المجنون إجماعاً. أمّا من يناله الجنون أدواراً فلا بأس بشهادته في حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته.

وكذا من يعرض له السهو غالباً، فربما سمع الشيء وأنسى بعضه، فيكون ذلك مغيّراً لفائدة اللفظ وناقلاً لمعناه، فحينئذٍ يجب الاستظهار عليه، حتى يستثبت ما يشهد به.

وكذا المغفل الذي في جبلته البلبه، فربما استغلط لعدم تفتّنه لمزايا الأمور. فالأولى الإعراض عن شهادته، ما لم يكن الأمر الجليّ، الذي يتحقّق الحاكم استثبات الشاهد له، وأنّه لا يسهو في مثله.

وفي طريق هذه الرواية - مع وقوفها على إسماعيل - محمّد بن عيسى عن يونس، فالاستدلال بها على هذا الحكم المخالف للإجماع في غاية البعد. قوله: «كمال العقل، فلا تقبل شهادة المجنون إجماعاً - إلى قوله - استثبات الشاهد له». لما كان الشاهد من شرطه أن يميّز المشهود به وعليه وله، ويكون متّصفاً بالعدالة مرضياً، لم تجز شهادة المجنون، سواء كان جنونه مطبقاً أم يقع أدواراً، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهُدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^١، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^٢. والمجنون بنوعيه غير مرضي. وهذا محلّ وفاق بين المسلمين. لكن غير المطبق إذاكمل عقله في غير دوره واستحكمت فطنته قبلت شهادته؛ لزوال المانع. وفي معناه المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط، ويدخل عليه التزوير والغلط من حيث لا يشعر، كما هو مشاهد؛ لأنّه لا يوثق بقوله.

وكذا من يكثر غلظه ونسيانه، ومن لا يتنبّه لمزايا الأمور وتفصيلها، إلّا أن يعلم الحاكم

١. الطلاق (٦٥): ٢.

٢. البقرة (٢): ٢٨٢.

الثالث: • الإيمان، فلا تقبل شهادة غير المؤمن وإن اتّصف بالإسلام، لا على مؤمن ولا غيره، لا تصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة.

عدم غفلته فيما يشهد به؛ لكون المشهود به ممّا لا يسهو فيه غالباً.

ومنّ هذه حاله فعلى الحاكم أن يستظهر في أمره، ويفتّش عن حاله إلى أن يغلب على ظنه علمه وتيقّظه.

وأما الغلط القليل فلا يقدر في الشهادة، لبعد السلامة منه أو عدمها.

قوله: «الإيمان، فلا تقبل شهادة غير المؤمن وإن اتّصف بالإسلام» إلى آخره.

ظاهر الأصحاب الاتفاق على اشتراط الإيمان في الشاهد، وينبغي أن يكون هو الحجّة. واستدلّ المصنّف (رحمه الله) عليه بأنّ غيره فاسق وظالم من حيث اعتقاده الفاسد الذي هو من أكبر الكبائر، وقد قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوهُ﴾^١، وقال: ﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾^٢.

وفيه نظر؛ لأنّ الفسق إنّما يتحقّق بفعل المعصية المخصوصة مع العلم بكونها معصيةً، أمّا مع عدمه بل مع اعتقاد أنّها طاعة بل من أمّهات الطاعات فلا، والأمر في المخالف للحقّ في الاعتقاد كذلك؛ لأنّه لا يعتقد المعصية، بل يزعم أنّ اعتقاده من أهمّ الطاعات، سواء كان اعتقاده صادراً عن نظر أم تقليد. ومع ذلك لا يتحقّق الظلم أيضاً، وإنّما يتفق ذلك ممّن يعاند الحقّ مع علمه به، وهذا لا يكاد يتفق وإن توهمه من لا علم له بالحال.

والعامّة مع اشتراطهم العدالة في الشاهد يقبلون شهادة المخالف لهم في الأصول ما لم يبلغ خلافه حدّ الكفر، أو يخالف اعتقاده دليلاً قطعياً بحيث يكون اعتقاده ناشئاً عن محض التقصير.

١. الحجرات (٤٩): ٦.

٢. هود (١١): ١١٣.

● نعم، تقبل شهادة الذمّي خاصّةً في الوصيّة إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها.

والحقّ أنّ العدالة تتحقّق في جميع أهل الملل مع قيامهم بمقتضاها بحسب اعتقادهم، ويحتاج في إخراج بعض الأفراد إلى الدليل. وسيأتي في شهادة أهل الذمّة في الوصيّة ما يدلّ عليه^١.

وعلى ما ذكره المصنّف من فسق المخالف، فاشتراط الإيمان بخصوصه مع ما سيأتي من اشتراط العدالة لا حاجة إليه؛ لدخوله فيه^٢.

قوله: «نعم، تقبل شهادة الذمّي خاصّةً في الوصيّة - إلى قوله - رواية مطّرحه». من شرط قبول الشهادة إسلام الشاهد، وهو بالنسبة إلى غير الذمّي موضع وفاق، وكذلك فيه في غير الوصيّة.

أمّا الأوّل فلما مرّ من الدليل على اشتراط الإيمان، ولقوله ﷺ: «لا يقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلّا المسلمون؛ فإنّهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»^٣. وقول الصادق عليه السلام: «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل، ولا تجوز شهادة أهل الذمّة على المسلمين»^٤.

وأما قبول شهادة الذمّي في الوصيّة مع عدم حضور عدول المسلمين فلقوله تعالى: ﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^٥ الآية. ويشترط فيه العدالة في دينه، لظاهر العطف على قوله: «منكم» الداخل في حيّز العدالة، وكأنّ التقدير: «ذوي عدلٍ منكم أو ذوي عدلٍ من غيركم» إلى آخره، ولعموم أدلّة العدالة.

١. سيأتي عن قريب.

٢. يأتي في ص ٣٢٣.

٣. أورده الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٧٣ - ٢٧٤، ذيل المسألة ٢٢؛ والماوردي في الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٦٢؛ وانظر تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٩٨، ح ٢١٠٨.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٨، باب شهادة أهل الملل، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٢، ح ٢٥١.

٥. المائدة (٥): ١٠٦.

ولا يشترط كون الموصي في غربة، وباشترطه رواية مطرحة.

وظاهر الآيّة^١ كون الموصي مسافراً، وبظاهرها أخذ الشيخ في المبسوط^٢، وابن الجنيّد^٣، وأبو الصلاح^٤.

ولخصوص حسنة هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، قال: «إذا كان الرجل في أرض غربة لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم على الوصيّة»^٥.

ورواية حمزة بن حرمان عنه عليه السلام قال: سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ فقال: «اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب»، قال: «فإنّما ذلك إذا مات الرجل المسلم في أرض غربة، فطلب رجلين مسلمين ليشهدا على وصيّته فلم يجد مسلمين، فيشهد على وصيّته رجلين ذمّيين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما»^٦.

والأشهر عدم الاشتراط. وجعل المصنّف (رحمه الله) الرواية به مطرحة.

ويدلّ على عدم الاشتراط عموم حسنة ضريس الكناسي أو صحيحته قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجلٍ من غير أهل ملّتهم؟ فقال: «لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيّة؛ لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم، ولا تبطل وصيّته»^٧. مع أنّه يمكن تخصيص هذا العامّ بالآيّة والرواية^٨ جمعاً.

١. المائدة (٥): ١٠٦.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٩.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٩، المسألة ٨٧.

٤. الكافي في الفقه، ص ٤٣٦.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٨-٣٩٩، باب شهادة أهل الملل، ح ٦: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٢-٢٥٣، ح ٦٥٣.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٩، باب شهادة أهل الملل، ح ٨: تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٧٩، ح ٧١٨.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٩، باب شهادة أهل الملل، ح ٧: تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٣، ح ٦٥٤. وفي النسخ:

«إذهاب» بدل «ذهاب» والأنسب ما أثبتناه في المصدرين.

٨. أي الآيّة والروایتان المتقدّمتان آنفاً.

- ويثبت الإيمان بمعرفة الحاكم، أو قيام البيّنة أو الإقرار.
- وهل تقبل شهادة الذمّي على الذمّي؟ قيل: لا. وكذا لا تقبل على غير الذمّي.
- وقيل: تقبل شهادة كلّ ملّة على ملّتهم. وهو استناد إلى رواية سماعة. والمنع أشبه.

والحكم مختصّ بوصيّة المال، فلا تثبت الوصيّة بالولاية المعبر عنها بالوصاية؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده.

ولو تعارض شهادة عدول أهل الذمّة وفسّاق المسلمين فهم أولى؛ عملاً بظاهر النصّ^١. وقدّم في التذكرة عليهم فسّاق المسلمين إذا كان فسقهم بغير الكذب والخيانة^٢. وهو بعيد. أمّا المستور من المسلمين، فإن اكتفينا في العدالة بظاهر الإسلام مع عدم ظهور المعارض، فلا ريب في ترجيحه على الذمّي وإن كان ظاهر العدالة. وإن منعنا من ذلك، احتمل تقديم عدول أهل الذمّة للآية^٣، وتقديم المستور، وبه قطع في التذكرة^٤. وهو أولى. وظاهر الآية إحلاف الذمّي بعد العصر بالصورة المذكورة في الآية، وهو أنّهما ما خانا ولا كتما شهادة الله تعالى، ولا اشتريا به ثمناً ولو كان ذا قربي. واعتبره العلامة أيضاً في التحريم^٥. ولا ريب في أولويّته؛ إذ لا معارض له، وعمومات النصوص^٦ غير منافية له.

قوله: «ويثبت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيّنة أو الإقرار».

ومرجع الثلاثة إلى الإقرار؛ لأنّ الإيمان أمر قلبي لا يمكن معرفته إلّا من معتقده بالإقرار، ولكن المصنّف (رحمه الله) اعتبر الوسائط بينه وبين المقرّ.

قوله: «وهل تقبل شهادة الذمّي على الذمّي؟» إلى آخره.

ما تقدّم حكم شهادة الكافر على المسلم، أمّا على مثله فالمشهور بين الأصحاب

١. هي رواية حمزة بن حرمان. راجع ص ٣٢١.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٢٢ (الطبعة الحجرية).

٣. المائدة (٥): ١٠٦.

٤. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٢١ - ٥٢٢ (الطبعة الحجرية).

٥. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٤٦، الرقم ٦٦١٨.

٦. منها ما في الكافي، ج ٧، ص ٤ - ٥، باب الإشهاد على الوصيّة، ح ٦؛ وتهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٧٨ - ١٧٩، ح ٧١٥.

الرابع: • العدالة؛ إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق، ولا ريب في زوالها بمواقعة الكبائر، كالقتل والزنى واللواط وغصب الأموال المعصومة. وكذا بمواقعة البصائر مع الإصرار أو في الأغلب.

أَنَّ الْحَكْمَ كَذَلِكَ؛ عَمَلًا بَعْمومِ الْأَدَلَّةِ.

وذهب الشيخ في النهاية إلى قبول شهادة كلِّ مَلَّةٍ على مَلَّتِهِمْ وعليهم، لا على غيرهم ولا لهم^١. وذهب ابن الجنيد إلى قبول شهادة أهل العدالة منهم في دينه على مَلَّتِهِ وعلى غير مَلَّتِهِ^٢. ومستند الشيخ رواية سماعة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة أهل المَلَّةِ، قال، فقال: «لا تجوز إلَّا على أهل مَلَّتِهِمْ»^٣.

ولا يخفى ضعف هذا المستند. وأولى بالمنع مذهب من عمِّم.

قوله: «العدالة؛ إذ لا طمأنينة مع التظاهر بالفسق، ولا ريب في زوالها بمواقعة الكبائر - إلى قوله - والأوَّل أشبهه».

العدالة شرط في قبول الشهادة، فلا تقبل شهادة الفاسق إجماعاً، قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَ كُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوهُ^٤، والشهادة نبأ، فيجب التبيّن عندها، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ^٥، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ^٦، والفاسق ليس بمرضيِّ الحال. وروي أَنَّهُ عليه السلام قال: «لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا زانٍ ولا زانية»^٧.

١. النهاية، ص ٣٣٤.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٩، المسألة ٨٧.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٨، باب شهادة أهل الملل، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٢، ح ٦٥٢.

٤. الحجرات (٤٩): ٦.

٥. الطلاق (٦٥): ٢.

٦. البقرة (٢): ٢٨٢.

٧. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٠٦، ح ٣٦٠١؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٣٨، ح ٢٠٨٥٦، وفيهما: «لا تجوز شهادة».

أما لو كان في الندره، فقد قيل: لا يقدح؛ لعدم الانفكاك منها، إلا فيما يقل، فاشتراطه التزام للأشقق. وقيل: يقدح؛ لإمكان التدارك بالاستغفار. والأول أشبه.

والكلام في العدالة يتوقف على أمرين: أحدهما: ما به يثبت. والثاني: ما به يزول. فالأول قد تقدم البحث فيه في القضاء^١، وأتته هل يحكم بها للمسلم من دون أن يعلم منه الاتصاف بملكته، أم لا بدّ من اختباره وتركته؟
وأما الثاني فلا خلاف في زوالها بمواقعة الكبائر من الذنوب، كالقتل والزنى وعقوق الوالدين، وأشباه ذلك.

وإنما الكلام في أنّ الذنوب هل هي كلّها كبائر، أم تنقسم إلى كبائر وصغائر؟ وقد اختلف الأصحاب وغيرهم في ذلك، فذهب جماعة منهم المفيد^٢، وابن البرّاج^٣، وأبو الصلاح^٤، وابن إدريس^٥، والطبرسي - بل نسبه في التفسير إلى أصحابنا مطلقاً^٦ - إلى الأول؛ نظراً إلى اشتراكها في مخالفة أمره تعالى ونهيه. وجعلوا الوصف بالكبر والصغر إضافياً، فالقبلة المحرّمة صغيرة بالنسبة إلى الزنى وكبيرة بالنسبة إلى النظر، وكذلك غصب الدرهم كبيرة بالنسبة إلى غصب اللقمة وصغيرة بالإضافة إلى غصب الدينار، وهكذا.

وذهب المصنّف (رحمه الله) وأكثر المتأخّرين إلى الثاني؛ عملاً بظاهر قوله تعالى: ﴿إِنْ تَجَنَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾^٧، دلّ بمفهومه على أنّ اجتناب بعض

١. تقدّم في ص ٧٨ وما بعدها.

٢. أوائل المقالات، ص ٨٣ - ٨٤ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٤).

٣. المهذب، ج ٢، ص ٥٥٦.

٤. الكافي في الفقه، ص ٤٣٥.

٥. السرائر، ج ٢، ص ١١٨.

٦. مجمع البيان، ج ٣، ص ٣٨، ذيل الآية ٣١ من سورة النساء (٤).

٧. النساء (٤): ٣١.

الذنوب - وهي الكبائر - يكفّر السيئات، وهو يقتضي كونها غير كبائر. وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبِيرَ الْأَثْمِ وَآلْفَوْا حَسَنًا﴾^١، مدحهم على اجتناب الكبائر من غير أن يضايقهم في الصغائر. وفي الحديث: «إِنَّ الْأَعْمَالَ الصَّالِحَةَ تَكْفُرُ الصَّغَائِرَ»^٢.

ثم على القول بالفرق بين الكبائر والصغائر فللعلماء في تفسير الكبيرة وجوه: أحدها: أنها المعصية الموجبة للحد.

والثاني: أنها التي يلحق صاحبها الوعيد الشديد في الكتاب أو السنة.

والثالث: أنها الذنب الذي توعد الله عليه بالنار.

وعلى هذا القول دلّ خبير ابن أبي يعفور السابق عن الصادق عليه السلام، حيث سأله بما تُعرف عدالة الرجل بين المسلمين؟ إلى قوله: «وتعرف باجتنب الكبائر التي أوعد الله عليها النار»^٣. وروي أنها سبع^٤. وروي أنها إلى السبعين أقرب^٥.

إذا تقرر ذلك، فعلى القول الأوّل يقدح في العدالة موقعة أيّ معصية كانت. ولا يخفى ما في هذا من الحرج والضيق؛ لأنّ غير المعصوم لا ينفك عن ذلك، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^٦.

وأجاب ابن إدريس بأنّ الحرج ينتفي بالتوبة^٧.

١. النجم (٥٣): ٣٢.

٢. لم نثر عليه في مجامينا الروائية. نعم، نقله المولى أحمد التراقي في مستند الشيعة، ج ١٨، ص ١٢٥.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٣٨، ح ٣٢٨٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤١، ح ٥٩٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٢، ح ٣٣.

٤. راجع الكافي، ج ٢، ص ٢٧٧ - ٢٧٩، باب الكبائر، ح ٨٠٣، و ص ٢٨١، ح ١٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٦١ - ٥٦٢، ح ٤٩٣٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ١٤٩ - ١٥٠، ح ٤١٧.

٥. قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ ورواه ابن عباس على ما نقله عنه أبو بكر الكاشاني في بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٤٠٨.

٦. الحج (٢٢): ٧٨.

٧. السرائر، ج ٢، ص ١١٨.

وأجيب بأن التوبة تسقط الكبائر والصغائر^١، ولا يكفي في الحكم بالتوبة مطلق الاستغفار وإظهار الندم حتى يعلم من حاله ذلك، وهذا قد يؤدي إلى زمان طويل يفوت معه الغرض من الشهادة ونحوها، فيبقى الحرج.

وعلى الثاني يعتبر اجتناب الكبائر كلها وعدم الإصرار على الصغائر؛ فإن الإصرار عليها يلحقها بالكبيرة، ومن ثم ورد: «لا صغيرة مع الإصرار، ولا كبيرة مع الاستغفار»^٢. والمراد بالإصرار الإكثار منها، سواء كان من نوع واحد أم من أنواع مختلفة. وقيل: مداومة على نوع واحد منها^٣. ولعل الإصرار يتحقق بكلّ منهما. وفي حكمه العزم على فعلها ثانياً وإن لم يفعل.

وأما من فعل الصغيرة ولم يخطر بباله بعدها العزم على فعلها ولا التوبة منها، فهذا هو الذي لا يقدح في العدالة، وإلا لأدّى إلى أن لا تقبل شهادة أحد. ولعلّ هذا ممّا تكفّره الأعمال الصالحة من الصلاة والصيام وغيرهما، كما جاء في الخبر^٤.

واعلم أنّ المصنّف (رحمه الله) لم يتعرّض للمروءة في قادح العدالة، وكأنّه لم يجعل تركها قادحاً أو يتوقّف في ذلك. وهو قول لبعض العلماء^٥ من حيث إنّه يخالف العادة لا الشرع. والأشهر اعتبارها في الشهادة، سواء جعلناها شرطاً من العدالة، كما هو المشهور من أنّ العدل هو الذي تعتدل أحواله ديناً ومروءةً وحكماً، أم جعلناها خارجةً عنها وصفةً برأسها، كما جرى عليه جماعة^٦.

١. أجاب به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠٠، المسألة ٧٧.

٢. الكافي، ج ٢، ص ٢٨٨، باب الإصرار على الذنب، ح ١.

٣. قاله الشهيد في القواعد والفوائد، ص ١٣٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥)؛ والسيوري في كنز العرفان في فقه القرآن، ج ٢، ص ٣٨٥.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٢٥، الهامش ٢.

٥. انظر الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ١٥١-١٥٢.

٦. منهم الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ والعلامة في تحرير

الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٤٨، الرقم ٦٦٢٤.

وقد أغرب في القواعد حيث جعلها جزءاً من العدالة، وعرفها بأنها كيفية نفسانية راسخة تبعث على ملازمة التقوى والمروءة، ثم جعلها قسيماً للعدالة وشرطاً آخر لقبول الشهادة، فجمع بين القولين^١.

وكيف كان، فالوجه أنه لا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن أطراح المروءة إما أن يكون لخبيلٍ ونقصانٍ، أو قلةً مبالاةٍ وحياءٍ، وعلى التقديرين يبطل الثقة والاعتماد على قوله. أما المخبل فظاهر. وأما قليل الحياء؛ فلأن من لا حياء له يصنع ما شاء، كما ورد في الخبر^٢. وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة، منها: أن صاحب المروءة هو الذي يصون نفسه عن الأذناس ولا يشينها عند الناس، أو الذي يتحرز عما يسخر منه ويضحك به، أو الذي يسير بسيرة أمثاله في زمانه ومكانه.

فمن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله، كما إذا لبس الفقيه لباس الجندي، وتردد به في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء فيها بلبس هذا النوع من الثياب. وكما إذا لبس التاجر ثوب الحمالين ونحوهم بحيث يصير ضحكةً.

ومنه المشي في الأسواق والمجامع مكشوف الرأس والبدن، إذا لم يكن الشخص ممن يليق به مثله. وكذا مد الرجلين في مجالس الناس.

ومنه الأكل في السوق، إلا أن يكون الشخص سوقياً أو غريباً لا يكثرث بفعله.

ومنه أن يقبل الرجل زوجته أو أمته بين يدي الناس، أو يحكي لهم ما يجري لهم في الخلوة، أو يُكثر من الحكايات المضحكة.

ومنه أن يخرج من حُسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير الذي لا يستقصي فيه.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٤-٤٩٥.

٢. مسند أحمد، ج ٥، ص ١٠٠، ح ١٦٦٤١؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ١٤٠٠، ح ٤١٨٣؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٥٢، ح ٤٧٩٧.

● وربما توهمّ واهم أنّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط. وهذا بالإعراض عنه حقيق؛ فإنّ إطلاقها بالنسبة، ولكلّ فريق اصطلاح.

ومنه أن يبتذل الرجل المعترف بنقل الماء والأطعمة إلى بيته، إذا كان ذلك عن شحّ وضنّة. ولو كان عن استكانة أو اقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدر ذلك في المروءة.

وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد، لتقلّله وبراءته من التكلّفات العاديّة، ويُعرف ذلك بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل الصدق عليه. قوله: «وربما توهمّ واهم أنّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلا مع الإحباط. وهذا بالإعراض عنه حقيق» إلى آخره.

هذا الوهم ذهب إليه بعض الأصحاب، حيث قال:

إنّ الصغائر لا تُطلق على الذنب إلا على مذهب القائلين بالإحباط، على تقدير الموازنة بين الأعمال الصالحة والمعاصي^١.

كما نبّه عليه تعالى بقوله: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِيئَاتٍ﴾^٢، وقال تعالى: ﴿وَحِطَّ مَا صَنَعُوا﴾^٣، فجعل الذنب الذي يحبط بالطاعة صغيرة، والذنب الذي يحبط الطاعة كبيرة. وتحقيق القول في الكلام.

وهذا بناء ضعيف؛ لأنّ الكبائر قد اعتبرها من قال بالإحباط ومن أبطله، وهم المحققون والجمهور، والصغائر تطلق بالنسبة إلى الكبائر، ولا ضرورة إلى بنائها على القول الضعيف؛ لإمكان جعلها إضافيّة بالنسبة إلى ذنب آخر أو مخصوصة بذنوب معيّنة، وهو ما عدا الكبائر المحصورة في الكتاب والسنة، كما هو مذهب الأكثر. على أنّ القائل بالإحباط يعتبر الأكثر من الطاعة والمعصية، فيشبهه أجمع، أو يشبه منه ما زاد عن مقابله من أي نوع كان من أنواع

١. انظر مجمع البيان، ج ٣، ص ٢٨، ذيل الآية ٣١ من سورة النساء (٤).

٢. هود (١١): ١١٤.

٣. هود (١١): ١٦.

● ولا يقدح في العدالة ترك المندوبات ولو أصرّ مضرباً عن الجميع، ما لم يبلغ حدّاً يؤذّن بالتهاون بالسنن.

وهنا مسائل:

الأولى: ● كلّ مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء استند في ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد.
ولا تردّ شهادة المخالف في الفروع من معتقدي الحقّ، إذا لم يخالف الإجماع.
ولا يفسق وإن كان مخطئاً في اجتهاده.

المعاصي، وربما كانت المعصية المخصوصة على هذا ممّا يحبط عن شخص، ويبقى على آخر بالنظر إلى ما يقابلها من الطاعة، فلا يتحقّق الصغيرة في نوع من أنواع المعاصي، ومن ثمّ أطلق على هذا الفهم الوهم، وجعله حقيقةً بالإعراض عنه.

ثمّ على تقدير تسمية القائلين بالإحباط ما يكفرّ من السيئات صغيرة فهو اصطلاح لهم لا يلزم الفقيه مثله؛ فلكلّ فريق اصطلاح يرجعون إليه، وأسماء يطلقونها لا يلزم مثلها لغيرهم.
قوله: «ولا يقدح في العدالة ترك المندوبات» إلى آخره.

ترك المندوبات لا يقدح في التقوى، ولا يؤثر في العدالة، إلا أن يتركها أجمع فيقدح فيها؛ لدلالته على قلّة المبالاة بالدين، والاهتمام بكاملات الشرع.

ولو اعتاد ترك صنف منها - كالجماعة والنوافل ونحو ذلك - فترك الجميع؛ لاشتراكهما في العلة المقتضية لذلك. نعم، لو تركها أحياناً لم يضرّ.

قوله: «كلّ مخالف في شيء من أصول العقائد تردّ شهادته» إلى آخره.

المراد بالأصول التي تردّ شهادة المخالف فيها أصول مسائل التوحيد والعدل والنبوة والإمامة والمعاد. أمّا فروعها من المعاني والأحوال وغيرهما من فروع علم الكلام فلا يقدح الاختلاف فيها؛ لأنّها مباحث ظنيّة، والاختلاف فيها بين علماء الفرقة الواحدة كثير شهير.

الثانية: ● لا تقبل شهادة القاذف. ولو تاب قبلت. وحدّ التوبة أن يُكذّب نفسه وإن كان صادقاً، ويورّي باطناً. وقيل: يُكذّبها إن كان كاذباً، ويخطئها في الملا إن كان صادقاً. والأوّل مروى.

وقد عدّ بعض العلماء^١ جملة ممّا وقع الخلاف فيه منها بين المرتضى وشيخه المفيد، فبلغ نحواً من مائة مسألة، فضلاً عن غيرهما.

والمراد بالفروع التي لا تقدر فيها المخالفة المسائل الشرعيّة الفرعيّة؛ لأنّها مسائل اجتهاديّة، والأصول التي تبنى عليها من الكتاب والسنة كلّها ظنيّة.

وينبغي أن يراد بالإجماع الذي تقدح مخالفته فيها إجماع المسلمين قاطبة، أو إجماع الإماميّة مع العلم بدخول قول المعصوم في جملة قولهم؛ لأنّ حجّية الإجماع في قوله على أصولهم، لا مطلق إجماعهم؛ إذ لا عبرة بقول غير المعصوم منهم مطلقاً، وما لم يعلم دخول قوله في قولهم فلا عبرة بقولهم وإن كثر القائل. وقد تمادى بعضهم فسّمى مثل ذلك إجماعاً، بل سمّى المشهور. ومخالفة مثل ذلك غير قادح بوجه من الوجوه؛ كما تقتضيه قواعدهم الدالّة على حجّية الإجماع. فتنبه لذلك؛ لئلا تقع في الغلط؛ اغتراراً بظاهر الاصطلاح، واعتماداً على الدعوى.

قوله: «لا تقبل شهادة القاذف. ولو تاب قبلت» إلى آخره.

لا خلاف في عدم قبول شهادة القاذف قبل توبته، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾^٢. فإذا تاب قبلت شهادته.

واختلفوا في حدّ توبته، فقيل: أن يكذّب نفسه فيما كان كاذب به^٣، سواء كان صادقاً في قذفه أم كاذباً.

١. هو قطب الدين سعيد بن هبة الله الراوندي على ما حكاه عنه ابن طائوس في كشف المحجّة لشرّة المهجة.

ص ٦٤.

٢. النور (٢٤): ٤.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٢٦؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤٠.

ثم إن كان كاذباً فتكذيبه نفسه مطابق للواقع، وإن كان صادقاً ورى باطناً بما يخرج عن الكذب في تكذيبه نفسه، مع كونه غير كاذب في نفس الأمر.

وإنما لزمه التكذيب مطلقاً؛ لأن الله تعالى سَمَى القاذف كاذباً متى لم يأت بالشهداء على ما قذف به، بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ إلى قوله: ﴿فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾^١.

ولما روي عنه عليه السلام أنه قال: «توبة القاذف إكذابه نفسه»^٢.

ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: «يُكذَّب نفسه»، قلت: رأيت إن أكذب نفسه وتاب تقبل شهادته؟ قال: «نعم»^٣. ومرسلة يونس عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الذي يقذف المحصنات تقبل شهادته بعد الحد إذا تاب؟ قال: «نعم»، قلت: وما توبته؟ قال: «يجيء فيكذب نفسه عند الإمام، ويقول: قد افترت على فلانة، ويتوب مما قال»^٤. ومثله رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام^٥. وإلى هذا ذهب الشيخ في النهاية^٦، وجماعة^٧.

١. النور (٢٤): ١٣.

٢. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٤، ذيل الحديث ٢١٣١؛ الدر المنثور، ج ٦، ص ١٣١ - ١٣٢، ذيل الآية ٥ من سورة النور (٢٤).

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٧، باب شهادة القاذف والمحدود، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٥، ح ٦١٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦، ح ١٢٠.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٧، باب شهادة القاذف والمحدود، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٥، ح ٦١٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦، ح ١٢٢.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٧ - ٣٩٨، باب شهادة القاذف والمحدود، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٥، ح ٦١٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٦، ح ١٢١.

٦. النهاية، ص ٣٢٦.

٧. منهم ابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤٠؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ وابن فهد الحلبي في المقتصر، ص ٣٨٨.

● وفي اشتراط إصلاح العمل زيادةً عن التوبة تردّد. والأقرب الاكتفاء بالاستمرار؛ لأنّ بقاءه على التوبة إصلاح ولو ساعة.

وقال في المبسوط - وابن إدريس^١، والعلامة^٢ - : حدّها أن يكذب نفسه إن كان كاذباً، ويعترف بالخطأ إن كان صادقاً؛ لأنّ تكذّبه نفسه مع عدم كونه كاذباً في نفس الأمر قبيح، فيكفيه الاعتراف بالخطأ^٣.

وفيه مع أنّ إثبات الفرق بين الحالين يفهم من قوله بأنّه مخطئٌ دون كاذبٍ أنّ ما قذف به واقع، فهو قذف آخر تعريضي، وهو غير جائز. فما اختاره المصنّف (رحمه الله) أنسب بالحكمة المطلوبة للشارع من الستر، وجبر الفرية بالحدّ مؤيدٌ بظاهر الآية^٤ وصریح الرواية^٥. قوله: «وفي اشتراط إصلاح العمل زيادةً عن التوبة تردّد» إلى آخره.

ذهب بعض الأصحاب^٦ إلى اشتراط إصلاح العمل زيادةً على التوبة في قبول شهادة القاذف؛ لقوله تعالى في حقّ القاذف: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ^٧. فاستثنى منّ لا تقبل لهم شهادة منهم الذين تابوا وأصلحو، فلا يكفي التوبة وحدها؛ لأنّ المستثنى فاعل الأمرين معاً. والأظهر - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - الاكتفاء بالاستمرار على التوبة؛ لتحقّق الإصلاح بذلك. والأمر المطلق يكفي في امتثاله المسمّى. والأصل عدم اشتراط أمرٍ آخر. وفي الروايات السابقة ما يدلّ عليه.

١. السرائر، ج ٢، ص ١١٦.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٤؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٤٩، الرقم ٦٦٢٥؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٥٧.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤١.

٤. النور (٢٤): ٤.

٥. تقدّمت الرواية في ص ٣٣٦، مع تخريجها في الهامش ٤.

٦. كابين حمزة في الوسيلة، ص ٢٣١.

٧. النور (٢٤): ٥ و ٤.

● ولو أقام بيّنةً بالқذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ.
 الثالثة: ● اللعب بآلات القمار كلّها حرام، كالشطرنج والنرد والأربعة عشر،
 وغير ذلك، سواء قصد الحدق أو اللهو أو القمار.

قوله: «ولو أقام بيّنةً بالқذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه ولا ردّ».

لأنّ الله تعالى شرط في ردّ شهادته عدم الإتيان بالشهداء بقوله: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ
 الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً
 أَبَدًا»^١. وإقرار المقذوف أقوى من البيّنة، فيسقطان به بطريق أولى.

قوله: «اللعب بآلات القمار كلّها حرام» إلى آخره.

مذهب الأصحاب تحريم اللعب بآلات القمار كلّها، من الشطرنج والنرد والأربعة عشر
 وغيرها. ووافقهم على ذلك جماعة من العامّة، منهم أبو حنيفة^٢ ومالك^٣ وبعض الشافعية^٤.

وروا عن النبي ﷺ أنه قال: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»^٥.

وفي رواية أخرى أنّه: «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير»^٦.

وروى الأصحاب عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: الشطرنج والنرد

هما الميسر»^٧.

وعن الصادق عليه السلام قال: «إنّ لله عزّ وجلّ في كلّ ليلة من شهر رمضان عتقاء من النار، إلّا

١. النور (٢٤): ٤.

٢. اللباب المطبوع مع شرح الكتاب، ج ٤، ص ٦٢؛ بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٤٠٨؛ وأيضاً حكاها عنه القفال في

حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٥١.

٣. المدوّنة الكبرى، ج ٥، ص ١٥٣.

٤. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٠٣.

٥. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٣٦، ح ١٩٠٢٧ و١٩٠٢٨؛ سنن ابن ماجّة، ج ٢، ص ١٢٣٧ - ١٢٣٨، ح ٣٧٦٢؛ سنن

أبي داود، ج ٤، ص ٢٨٥، ح ٤٩٣٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٦٢ و٣٦٣، ح ٢٠٩٥١ و٢٠٩٥٢.

٦. مسند أحمد، ج ٦، ص ٤٨٣، ح ٢٢٤٧٠؛ سنن ابن ماجّة، ج ٢، ص ١٢٣٨، ح ٣٧٦٢؛ سنن أبي داود، ج ٤،

ص ٢٨٥، ح ٤٩٣٩؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٦٢، ح ٢٠٩٤٩.

٧. الكافي، ج ٦، ص ٤٣٥، باب النرد والشطرنج، ح ٣.

الرابعة: ● شارب المسكر تُردّ شهادته ويفسق، خمرًا كان أو نبيذًا أو بتعًا أو منصفًا أو فضيخًا، ولو شرب منه قطرة. وكذا الفقاع. وكذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار، ولو لم يُسكر، إلا أن يغلي حتى يذهب ثلثاه. أما غير العصير من التمر أو البسر، فالأصل أنه حلال ما لم يُسكر.

من أظفر على مسكر أو مشاحن أو صاحب شاهين»، قلت: وأي شيء صاحب شاهين؟ قال: «الشطرنج»^١.

وروى معمر بن خلاد - في الصحيح - عن أبي الحسن عليه السلام قال: «النرد والشطرنج والأربعة عشر بمنزلة واحدة، وكلّ ما قومر عليه فهو ميسر»^٢. وفي معناها أخبار كثيرة^٣. وظاهر النهي أنها من الصغائر، فلا يقدح في العدالة إلا مع الإصرار عليها. ثمّ النرد والشطرنج مشهوران. وأما الأربعة عشر ففسرَوها بأنّها قطعة من خشب فيها حفر في ثلاثة أسطر، ويجعل في الحفر حصى صغار يلعب بها^٤. قوله: «شارب المسكر تُردّ شهادته ويفسق» إلى آخره.

لا فرق في تحريم المسكر بين اتّخاذه من العنب وغيره عند الأصحاب وأكثر العمامة؛ لقوله عليه السلام: «كلّ مسكر حرام»^٥.

وقول الصادق عليه السلام: «إنّما حرّم الخمر لفعالها وفسادها»^٦.

وروى عليّ بن يقطين - في الصحيح - عن الكاظم عليه السلام قال: «إنّ الله تبارك وتعالى لم يحرّم الخمر لاسمها، ولكن حرّمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر»^٧.

١. الكافي، ج ٦، ص ٤٣٥-٤٣٦، باب النرد والشطرنج، ح ٥.

٢. الكافي، ج ٦، ص ٤٣٥، باب النرد والشطرنج، ح ١.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٨-٣٢٦، الباب ١٠٢-١٠٤ من أبواب ما يكتسب به.

٤. راجع المبسوط، ج ٥، ص ٥٨٥.

٥. الكافي، ج ٦، ص ٤٠٧-٤٠٨، باب أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله حرّم كلّ سكر... ح ١ و٦.

٦. الكافي، ج ٦، ص ٤١٢، باب أنّ الخمر إنّما حرّمت لفعالها... ح ٣.

٧. الكافي، ج ٦، ص ٤١٢، باب أنّ الخمر إنّما حرّمت لفعالها... ح ٢.

● ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

وفي حديث له عنه عليه السلام: «فما فعل فعل الخمر فهو خمر»^١.

ولا فرق في المسكر بين ما يسكر منه وغيره؛ لتعليق التحريم على الاسم. وفي معناه الفقاع عندنا. وكذا العصير العنبي إذا غلى وإن لم يشتد، وقد تقدّم البحث فيهما في باب الأطعمة^٢. وأما ما لا يسكر من الأشربة غير ما ورد النصّ بتحريمه^٣ فالأصل فيه الحلّ، ومنه عصير الزبيب والتمر وغيرهما.

وفي الدروس قيّد العصير العنبي مع غليانه بالاشتداد^٤. وليس كذلك؛ فإنّ تحريمه معلق على مجرد الغليان، وإنّما نجاسته عند من قال بها من الأصحاب^٥ معلقة على الاشتداد، والبحث هنا في التحريم لا في النجاسة.

نعم، ذهب في الذكرى إلى تلازم الوصفين^٦. وهو ممنوع. وقد حقّقناه فيما سبق^٧.

قوله: «ولا بأس باتخاذ الخمر للتخليل».

روى زرارة - في الحسن - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الخمر العتيقة تجعل خلّاً،

قال: «لا بأس»^٨.

وروى عبيد بن زرارة - في الموثّق أو الصحيح - عنه عليه السلام في الرجل يأخذ الخمر فيجعلها

خلّاً، قال: «لا بأس»^٩.

١. الكافي، ج ٦، ص ٤١٢، باب أنّ الخمر إنّما حرّمت لفعالها...، ح ١.

٢. تقدّم في ج ٩، ص ٤٠١ وما بعدها.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٥، ص ٣٣٦ - ٣٤١، الباب ١٧ من أبواب الأشربة المحرّمة.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٥. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٩١.

٦. ذكرى الشيعة، ج ١، ص ٧٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٥).

٧. تقدّم في ج ٩، ص ٤٠٢.

٨. الكافي، ج ٦، ص ٤٢٨، باب الخمر تجعل خلّاً، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١١٧، ح ٥٠٤.

٩. الكافي، ج ٦، ص ٤٢٨، باب الخمر تجعل خلّاً، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١١٧، ح ٥٠٥؛ الاستبصار،

ج ٤، ص ٩٣، ح ٣٥٦.

الخامسة: ● مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله، وتردّ شهادته، وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن. ولا بأس بالحداء.

ولا فرق بين اتّخاذها بشيء يجعل فيها وعدمه عند الأصحاب، وإن كان ترك العلاج بشيء أفضل. وقد تقدّم البحث فيه^١.

قوله: «مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله، وتردّ شهادته وكذا مستمعه، سواء استعمل في شعر أو قرآن. ولا بأس بالحداء».

الغناء عند الأصحاب محرّم، سواء وقع بمجرد الصوت أم انضمّ إليه آله من آلاته. فقد ورد في تفسير قوله تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ»^٢ أنه الغناء^٣.

وروي أنه ﷺ قال: «الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل»^٤. ومن طريق الخاصّة ما رواه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر ﷺ، قال سمعته يقول: «الغناء ممّا وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ»^٥.

وروي أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن قول الله عزّ وجلّ: «فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ» قال: «الغناء»^٦.

وفي معناها أخبار كثيرة^٧.

١. تقدّم في ج ٩، ص ٤٢٤-٤٢٥.

٢. لقمان (٣١): ٦.

٣. التبيان، ج ٨، ص ٢٤٤؛ مجمع البيان، ج ٨، ص ٣١٣، ذيل الآية ٦ من سورة لقمان (٣١).

٤. السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٧٧-٣٧٨، ح ٢١٠٠٨؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ١٩٩، ح ٢١١٣؛

الدر المنثور، ج ٦، ص ٥٠٥، ذيل الآية ٦ من سورة لقمان (٣١).

٥. الكافي، ج ٦، ص ٤٣١، باب الغناء، ح ٤.

٦. الكافي، ج ٦، ص ٤٣١، باب الغناء، ح ١.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٠٣-٣١٢، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به.

● ويحرم من الشعر ما تضمّن كذباً أو هجاء مؤمن أو تشبيهاً بامرأة معروفة غير محلّلة له. وما عداه مباح. والإكثار منه مكروه.

والمراد بالغناء: الصوت المشتمل على الترجيع المطرب. كذا فسّره به المصنّف (رحمه الله) وجماعة^١.

والأولى الرجوع فيه إلى العرف، فما يُسمّى فيه غناءً يحرم؛ لعدم ورود الشرع بما يضبطه، فيكون مرجعه إلى العرف.

ولا فرق فيه بين وقوعه بشعرٍ وقرآنٍ وغيرهما.

وكما يحرم فعل الغناء يحرم استماعه، كما يحرم استماع غيره من الملاهي.

أمّا الحداء - بالمدّ وهو الشعر الذي يحثّ به الإبل على الإسراع في السير - وسماعه فمباحان؛ لما فيه من إيقاظ النّوّام وتنشيط الإبل للسير.

وقد روي أنّه ﷺ قال لعبد الله بن رواحة: «حرّك بالقوم، فاندفع يرتجز»^٢. وكان عبد الله جيّد الحداء، وكان مع الرجال، وكان أنجشة مع النساء، فلما سمعه أنجشة تبعه، فقال النبي ﷺ لأنجشة: «رويدك رفقاً بالقوارير» يعني النساء^٣.

قوله: «ويحرم من الشعر ما تضمّن كذباً أو هجاء مؤمن» إلى آخره.

إنشاء الشعر وإنشاده والاستماع إليه جائز، وكيف لا وكان للنبي ﷺ شعراء يصغي إليهم، منهم حسّان بن ثابت، وعبد الله بن رواحة (رضي الله عنهما)^٤. واستنشد الشريد شعر أميّة بن أبي الصلت واستمع إليه^٥.

١. منهم العلامة في إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٥٦؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٠، ح ٢١١٧.

٣. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٣٩؛ وراجع السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٨٣ و٣٨٤، ح ٢١٠٣١-٢١٠٣٣.

٤. انظر السيرة الحلبية، ج ٣، ص ٤٢٥.

٥. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٢٨ و٥٢٩، ح ١٨٩٧٣ و١٨٩٨٢ مع اختلاف: صحيح مسلم، ج ٤، ص ١٧٦٧، ح ٢٢٥٥/١؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٨٣، ح ٢١٠٢٨ و٢١٠٣٠.

وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونةً على درك أحكام الكتاب والسنة ومعانيهما. وقد قال بعض العلماء: الشعر كلام، فحسنة كحسنة، وقبيحة كقبيحة، وفضله على الكلام أنه سائر^١.

ويحرم منه الهجاء لمؤمن، صدقاً كان أم كذباً. ولا فرق فيه بين التعريض والتصريح. وكذا يحرم منه ما اشتمل على الفحش أو التشبيب بامرأة بعينها؛ لما فيه من الإيذاء والإشهار وإن كان صادقاً.

واحترز بغير المحللة له عن زوجته وأمتة غير المروجة، ومقتضاه جواز التشبيب بهما. وربما قيل بأن ذلك يردّ الشهادة وإن لم يكن محرماً؛ لما فيه من سقوط المروّة. وهو حسن. وكذا التشبيب بالغلام محرّم مطلقاً؛ لتحريم متعلقه.

وأما الشعر المشتمل على المدح والإطراء، فما أمكن حمله على ضرب من المبالغة فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال لفاطمة بنت قيس: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه؟»^٢. ومعلوم أنه كان يضعها كثيراً.

وإن لم يمكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً فهو كسائر أنواع الكذب. وربما قيل بعدم التحاقه بالكذب مطلقاً؛ لأنّ الكاذب يرى الكذب صدقاً ويروجه، وليس غرض الشاعر أن يصدّق في شعره، وإنما هو صناعة، كما أنّ التشبيب بغير المعين فنّ للشاعر، وغرضه به إظهار الصنعة في هذا الفنّ لا تحقيق المذكور، فلا يخلّ بالعدالة. وعلى تقدير حلّه فالإكثار منه مكروه، على ما وردت به الروايات^٣.

١. الأتمّ، ج ٦، ص ٢٩٤؛ المجموع شرح المهذب، ج ٧، ص ٣٥٨؛ الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٢٠٢.
٢. أورده الشيخ بعينه في الخلاف، ج ٤، ص ٢٧٥. المسألة ٣٣؛ والعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٧٠ (الطبعة الحجرية)؛ وروي مع اختلاف يسير في مسند أحمد، ج ٧، ص ٥٦١. ح ٢٧٧٧٥؛ وسنن الدارمي، ج ٢، ص ١٣٥، باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه؛ وصحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٤، ح ١٤٨٠/٣٦؛ وسنن النسائي، ج ٦، ص ٣٢٤٢.

٣. راجع اختيار معرفة الرجال، ص ٢١١-٢١٢، ح ٣٧٥؛ والسرائر، ج ٢، ص ٦٣٣.

السادسة: • الزمر والعود والصنج وغير ذلك من آلات اللهو حرام، يفسق فاعله ومستمعه. ويكره الدفّ في الإملاك والختان خاصّةً.

قوله: «الزمر والعود والصنج وغير ذلك من آلات اللهو حرام» إلى آخره.

آلات اللهو من الأوتار كالعود، وغيره، كاليراع والزمر والطناير والرباب والصنج، وهو الدفّ المشتمل على الجلاجل، حرام بغير خلاف.

وقد روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيَّ أُمَّتِي الْخَمْرَ وَالْمَيْسِرَ وَالْمَزَرَ وَالْكُوبَةَ»^١. والكوبة هي الطبل. ويقال: طبل مخصوص. وقصّر بعض العامة التحريم عليه لذلك^٢.

وروى محمد بن الحنفية عن أبيه رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَ فِي أُمَّتِي خَمْسَةٌ عَشَرَ خَصْلَةً حَصَلَ بِهَا الْبَلَاءُ: إِذَا اتَّخَذُوا الْغَنِيمَةَ دَوْلَةً، وَالْأَمَانَةَ مَغْنَمًا، وَالزَّكَاةَ مَغْرَمًا، وَأَطَاعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ، وَجَفَا أَبِيهِ، وَعَقَّ أُمَّهُ، وَلَبَسُوا الْحَرِيرَ، وَشَرَبُوا الْخُمُورَ، وَاشْتَرَوْا الْمَغْنِيَّاتِ وَالْمَعَازِفَ، وَكَانَ زَعِيمُ الْقَوْمِ أَرْدَلَهُمْ، وَأَكْرَمُ الرَّجُلِ السُّوءَ خَوْفًا مِنْهُ، وَارْتَفَعَتِ الْأَصْوَاتُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَسَبَّ آخِرُ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَوْلَهَا، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَرْقُبُونَ ثَلَاثًا: حَجْرًا وَخَسْفًا وَمَسْخًا»^٣.

واستثنى من ذلك الدفّ غير المشتمل على الصنج عند النكاح والختان؛ لقوله ﷺ: «أَعْلَنُوا النِّكَاحَ وَالْخِتَانَ وَاضْرَبُوا عَلَيْهَا بِالْغُرْبَالِ»^٤ يعني الدفّ.

وروي أنّه ﷺ قال: «فَصَلِّ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الضَّرْبَ بِالْدَفِّ عِنْدَ النِّكَاحِ»^٥.

١. مسند أحمد، ج ٢، ص ٣٥١، ح ٦٥١١؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٣١، ح ٣٦٩٦.

٢. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٠٦.

٣. الخصال، ص ٥٠٠-٥٠١، الباب ١٥، ح ١-٢ بتفاوت يسير.

٤. سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦١١، ح ١٨٩٥؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠١، ح ٢١٢٢؛ السنن الكبرى، البيهقي،

ج ٧، ص ٤٧٣، ح ١٤٦٩٨، ولم يرد فيها: «الختان».

٥. مسند أحمد، ج ٤، ص ٤٢٩، ح ١٥٠٢٥؛ سنن ابن ماجه، ج ١، ص ٦١١، ح ١٨٩٦؛ الجامع الصحيح، ج ٣،

ص ٣٩٨، ح ١٠٨٨، وليس فيه: «عند النكاح».

السابعة: ● الحسد معصية، وكذا بغضة المؤمن. والتظاهر بذلك قاذح في العدالة.
الثامنة: ● لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّم، تُردّ به الشهادة.
وفي التكاة عليه والافتراش له تردّد، والجواز مروّي. وكذا يحرم التختّم بالذهب،
والتحلّي به للرجال.

ومنع منه ابن إدريس مطلقاً^١.

ورجّحه في التذكرة؛ محتجاً بأنّ الله تعالى ذمّ اللهو واللعب، وهذا منه^٢.

قوله: «الحسد معصية، وكذا بغضة المؤمن. والتظاهر بذلك قاذح في العدالة».

لا خلاف في تحريم هذين الأمرين. والتهديد عليهما في الأخبار^٣ مستفيض. وهما من
الكبائر، فيقدحان في العدالة مطلقاً. وإنما جعل التظاهر بهما قاذحاً؛ لأنّهما من الأعمال
القلبيّة، فلا يتحقّق تأثيرهما في الشهادة إلّا مع إظهارهما، وإن كانا محرّمين بدون الإظهار.
والمراد بـ«الحسد» كراهة النعمة على المحسود، وتمنّي زوالها عنه، سواء وصلت إلى
الحاسد أم لا.

وبـ«بغضه» كراهته واستنقاله لا لسبب ديني - كفسق - فيبغضه لأجله، سواء قاطعه مع
ذلك أم لا. فإن هجره فهما معصيتان. وقد يحصل كلّ منهما بدون الأخرى.

قوله: «لبس الحرير للرجال في غير الحرب اختياراً محرّم» إلى آخره.

تحريم لبس الحرير والذهب على الرجال موضع وفاق. وقد روي أنّ النبي ﷺ قال:
«أحلّ الذهب والحرير للإناث من أمّتي، وحرم على ذكورها»^٤.

١. السرائر، ج ٢، ص ٢١٥.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨١ (الطبعة الحجرية).

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٣٨ - ٢٤٠، الباب ١٣٦، وص ٢٦٠ - ٢٦٤، الباب ١٤٤، من أبواب أحكام
العشرة؛ وج ١٥، ص ٣٦٥ - ٣٦٨، الباب ٥٥، من أبواب جهاد النفس وما يناسبه.

٤. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٢٣، ح ١٩٠٠٩؛ سنن النسائي، ج ٨، ص ١٦٨ - ١٦٩، ح ٥١٥٨؛ السنن الكبرى،

البيهقي، ج ٣، ص ٣٩٠، ح ٦١١٢.

وقال ﷺ: «لا تلبسوا الحرير؛ فإنه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة»^١.
واستثنى من الحرير أمور:

أحدها: حالة الحرب. فروى سماعة عن أبي عبد الله ﷺ قال: سألته عن لباس الحرير والديباج، فقال: «أما في الحرب فلا بأس به، وإن كان فيه تماثيل»^٢.
وروى إسماعيل بن الفضل عنه ﷺ قال: «لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب»^٣.

وثانيها: الضرورة إلى لبسه؛ لمرض ونحوه. فقد روي أن النبي ﷺ رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في لبس الحرير؛ لحكة كانت بهما^٤.
وفي رواية أخرى: «أنهما شكيا إليه القمّل، فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة»^٥.
وثالثها: اليسير منه، كالعلم والرقعة وطرف الثوب. ففي رواية عنه ﷺ: «أنه نهى عن لبس الحرير إلا في موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة»^٦.

وفي تعدي التحريم إلى غير اللبس من التكاة عليه في الوسائد والافتراش له قولان^٧.
منشؤهما اختلاف الأخبار، فروى العامة عن حذيفة (رحمه الله) قال: نهانا رسول الله ﷺ

١. صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٦٤١-١٦٤٢، ح ٢٠٦٩/١١.

٢. الكافي، ج ٦، ص ٤٥٣، باب لبس الحرير والديباج، ح ٣: تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٢٠٨، ح ٨١٦؛ الاستبصار، ج ١، ص ٣٨٦، ح ١٤٦٦.

٣. الكافي، ج ٦، ص ٤٥٣، باب لبس الحرير والديباج، ح ٤.

٤. مسند أحمد، ج ٤، ص ١٨٠، ح ١٣٤٧٣؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٦٤٦، ح ٢٤ - ٢٠٧٦/٢٥؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٥٠، ح ٤٠٥٦.

٥. مسند أحمد، ج ٤، ص ٤٣، ح ١٢٥٨٠؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٦٤٧، ح ٢٠٧٦/٢٦.

٦. مسند أحمد، ج ١، ص ٨٣، ح ٣٦٧؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٦٤٣ - ١٦٤٤، ح ٢٠٦٩/١٥؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٣، ص ٣٨٢، ح ٦٠٨٣.

٧. القول بعدم التحريم للشهيد في ذكرى الشيعة، ج ٢، ص ٣٩٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٦)؛ والقول بالتحريم للشيخ في المبسوط، على ما حكاه عنه ابن فهد الحلبي في المقتصر، ص ٧٢.

التاسعة: • اتّخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب ليس بحرام. وإن اتّخذها للفرجة والتطّير فهو مكروه. والرهان عليها قمار.

أن نشرب في آنية الذهب والفضّة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه^١. ويؤيّده إطلاق النهي عنه في الخبر السابق.

والأصحّ الجواز؛ لصحيحة عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام، قال: سألته عن فراش حرير ومثله من الديباج، ومصلى من حرير ومثله من الديباج، يصلح للرجل النوم عليه والتكأة والصلاة عليه؟ قال: «يفرشه ويقوم عليه، ولا يسجد عليه»^٢.

ولأنّ النهي عنه في النصوص المعتبرة معلق على اللبس^٣، فيبقى غيره على الأصل.

وأما الذهب فيحرم لبسه للرجال مطلقاً، سواء في ذلك التختّم والتحلّي وغيرهما.

قوله: «اتّخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب ليس بحرام» إلى آخره.

اتّخاذ الحمام للبيض والفرخ والأنس بها وحمل الكتب جائز بلا كراهة، بل في الأخبار^٤ ما يدلّ على الترغيب فيه.

روي أنّ رجلاً شكّا إلى النبي صلى الله عليه وآله الوحدة، فقال: «اتّخذ زوجاً من حمام»^٥.

وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ليس من بيت فيه حمام إلّا لم يصب أهل ذلك البيت آفة من

الجنّ، إنّ سفهاء الجنّ يعشون في البيت فيعشون بالحمام، ويدعون الإنسان»^٦.

١. مسند أحمد، ج ٦، ص ٥٦١، ح ٢٢٩٢٧، وفيه: «نهي» بدل «نهانا»؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٥٥٠ و ٥٥١، ح ٤٧٠٩ و ٤٧١١؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٣، ص ٣٧٨، ح ٦٠٦٦.

٢. الكافي، ج ٦، ص ٤٧٧ - ٤٧٨، باب الفرش، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٣ - ٣٧٤، ح ١٥٥٣.

٣. راجع الكافي، ج ٦، ص ٤٥٤، باب لبس الحرير والديباج، ح ٧؛ وتهذيب الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٠، ح ٨١٤؛ والاستبصار، ج ١، ص ٣٨٦، ح ١٤٦٤.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ١١، ص ٥١٤ - ٥١٨، الباب ٣١ من أبواب أحكام الدواب.

٥. الكافي، ج ٦، ص ٥٤٦، باب الحمام، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣٥٠، ح ٤٢٣١، وفيهما: «الوحشة» بدل «الوحدة».

٦. الكافي، ج ٦، ص ٥٤٦، باب الحمام، ح ٥.

وروى عبد الكريم بن صالح قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فرأيت على فراشه ثلاث حمامات خضر فقلت: جعلت فداك هذا الحمام يقدر الفراش، فقال: «لا، إنه يستحب أن يسكن في البيت»^١.

وأما اقتناؤها للعب بها، وهو أن يطيرها تنقلب في السماء ونحو ذلك، فإنه مكروه؛ لما فيه من العبث وتضييع العمر فيما لا يجدي. ولكن لا تردّ به الشهادة، إلا أن يكثر بحيث يؤذن بقلّة المروءة، خلافاً لابن إدريس حيث جعل اللعب بها قادحاً؛ لقبح اللعب^٢. وهو ممنوع. ورواية العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: «لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق»^٣ تدفع قبحه، وتدللّ على أن اللعب به ليس فسقاً، وإلا لاستحال التقييد به.

وفي خبر آخر بالإسناد قال: سمعته يقول: «لا بأس بشهادة الذي يلعب بالحمام»^٤. وأما الرهان عليها فمحرم؛ لما تقدّم في كتاب السبق من اختصاص جوازه بالخفّ والحافر من الحيوان^٥.

وقيل: إن حفص بن غياث وضع للمهديّ العباسي في حديث: «لا سبق إلا في نصل أو خفّ أو حافر»^٦ قوله: «أو ريش» ليدخل فيه الحمام؛ تقرّباً إلى قلب الخليفة حيث رآه يحبّ الحمام، فلمّا خرج من عنده قال: أشهد أنّ قفاه قفا كذاب، ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أو ريش، ولكنه أراد التقرب إلينا بذلك، ثمّ أمر بذيح الحمام^٧.

١. الكافي، ج ٦، ص ٥٤٨، باب الحمام، ح ١٥.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٢٤.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٤٨-٤٩، ح ٣٣٠٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٤، ح ٧٨٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٤، ح ٧٨٥.

٥. تقدّم في ج ٥، ص ٢٢٠.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٥٠، باب فضل ارتباط الخيل...، ح ١٤.

٧. تاريخ الخلفاء، السيوطي، ص ٢٧٥، وفيه: «غياث بن إبراهيم» بدل «حفص بن غياث».

العاشرة: • لا تُردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة، كالصياغة وبيع الرقيق، ولا من أرباب الصنائع الدنيّة، كالحياكة والحجامة، ولو بلغت في الدناءة كالزبال والوقاد؛ لأنّ الوثوق بشهادته مستند إلى تقواه.

الخامس: • ارتفاع التهمة

ويتحقّق المقصود ببيان مسائل:

الأولى: لا تقبل شهادة من يجزّ بشهادته نفعاً، كالشريك فيما هو شريك فيه، وصاحب الدين إذا شهد للمحجور عليه، والسيد لعبده المأذون، والوصيّ فيما هو وصيّ فيه.

قوله: «لا تردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة» إلى آخره.

أهل الحرف الدينية والمكروهة لا تردّ شهادتهم عندنا مطلقاً؛ لأنّها حرف مباحة والناس محتاجون إليها، ولو ردّت شهادتهم لم يؤمن أن يتركوها فيعمّ الضرر. وخالف في ذلك بعض العامة؛ محتجاً بأنّ اشتغالهم بهذه الحرف ورضاهم بها يشعر بالخسّة وقلة المروءة، خصوصاً الحياكة؛ لإزراء الناس بهم، وعدّهم النسبة إلى الحياكة سباً وإيذاءً. وألحق بعضهم الصباغين والصياغين بهم.^٢

وفرق آخرون بين من يليق به هذه الحرف وكانت صنعة آبائه وغيره، فتردّ شهادة الثاني دون الأوّل.^٣

نعم، من يكثر منهم ومن سائر المحترفة الكذب والخلف في الوعد تردّ شهادته لذلك عند الجميع.

قوله: «ارتفاع التهمة، ويتحقّق المقصود ببيان مسائل».

نبه بقوله «ويتحقّق المقصود» على أنّ مطلق التهمة غير قادح في الشهادة، بل التهمة في

١. راجع حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٤٩ - ٢٥٠؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٣٥. المسألة ٨٣٦٠.

٢ و٣. روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢١٠.

وكذا • لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية. وكذا شهادة الوكيل والوصي بجرح شهود المدعي على الموصي أو الموكل.

مواضع مخصوصة، وهي التي يذكرها؛ فإن شهادة الصديق لصديقه والوارث لمورثه مقبولة وإن كان مشرفاً على التلف عندنا. وكذا شهادة رفاق القافلة على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين، مع ظهور التهمة في جميع ذلك. وسيأتي البحث فيه^١.
قوله: «لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضرراً» إلى آخره.
شهادة المتهم مردودة إجماعاً؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم»^٢. والظنين: المتهم.

وصحيحة أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يرد من الشهود، قال: «الظنين، والمتهم، والخصم»^٣.

وللتهمة المانعة أسباب: منها أن يجزى إلى نفسه بشهادته نفعاً ولو بالولاية، أو يدفع ضرراً، فلا تقبل شهادة السيد لعبده المأذون، والغريم للميت والمفلس المحجور عليه، والوارث بجرح مورثه؛ لأن الدية تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهداً لنفسه، والشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، والوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، والوصي والقيم في محل تصرفهما؛ خلافاً لابن الجنييد حيث قبل شهادة الوصي لليتيم بمال^٤. ومال إليه في الدروس^٥. والمشهور العدم. ولا ترد شهادتهم في غير ذلك.

١. يأتي في ص ٣٤٧ وما بعدها.

٢. رواه الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٦، ذيل المسألة ٤٣؛ وانظر السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٣٤١، ح ٢٠٨٦٦؛ وتلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٣، ح ٢١٢٨.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب ما يرد من الشهود، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٥٩٨.

٤. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٣، المسألة ١٠٢.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠١-١٠٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

الثانية: ● العداوة الدينية لا تمنع القبول؛ فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر. أما الدينوية فإنها تمنع، سواء تضمنت فسقاً أو لم تتضمن. وتحقق العداوة بأن يعلم من حال أحدهما السرور بمساءة الآخر، والمساءة بسروره، أو يقع بينهما تقاذف.

وكذا لا تقبل شهادة الشريك لشريكه في بيع الشقص ولا للمشتري؛ لأن شهادته تضمن إثبات الشفعة لنفسه. فإن لم يكن فيه شفعة أو عفا عنها قبل الشهادة قبلت.

وكذا تقبل شهادة الغريم لمديونه الموسر مطلقاً، والمعسر قبل الحجر؛ لأن الحق متعلق بدمته حينئذ لا بعين أمواله. ويحتمل العدم؛ لأن المعسر لا مطالبة عليه، فإذا أثبت له شيئاً أثبت المطالبة لنفسه.

وفي المنع من شهادة السيد للمكاتب مطلقاً قولان، من انتفاء سلطنته عنه، وظهور التهمة بعجزه، خصوصاً المشروط. وبالأول قطع العلامة في القواعد^١، وبالثاني في التحرير^٢. ولعله أقوى.

ولا فرق في التهمة المانعة بين كون الشهادة جالبة لنفع كما ذكر، أو دافعة لضرر عن الشاهد، كجرح بعض العاقلة شهود الجناية خطأ؛ لأنها تدفع عنه الغرم، وكشهادة الوصي والوكيل بجرح الشاهد على الموصي والموكل؛ لأنهما يدفعان بها الغرم المأخوذ من أيديهما وإن لم يكن من مالهما. ومثله شهادة الزوج بزنى زوجته التي قذفها على الأظهر. قوله: «العداوة الدينية لا تمنع القبول» إلى آخره.

من أسباب التهمة العداوة الدينوية، فلا تقبل شهادة العدو على عدوه عندنا، وعند أكثر العامة.

لنا: قوله ﷺ في الخبر السابق: «لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم»^٣.

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٦.

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٥٣، الرقم ٦٦٣٤.

٣. سبق تخريجه في ص ٣٤٥، الهامش ٢.

● وكذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق؛ لتحقق التهمة.

وقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمز على أخيه»^١. قيل: المراد من الخصم العدو.

والعداوة التي تردّ بها الشهادة هي التي تبلغ حدّاً يتمنى هذا زوال نعمته ذلك، ويفرح بمصيباته، ويحزن بمسراته. وذلك قد يكون من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فيختصّ بردّ شهادته على الآخر. فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجب الفسق فهو مردود الشهادة على الإطلاق. وإن عاداه من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته، فلم يجب وسكت ثم شهد عليه قبلت شهادته، وإلاّ أتخذ الخصماء ذلك ذريعةً إلى إسقاط الشهادات. والعداوة الدينيّة لا توجب ردّ الشهادة، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر، والمحقّ على المبتدع. وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لم تردّ شهادته عليه.

قوله: «وكذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق؛ لتحقق التهمة». إذا شهد بعض الرفقاء لبعض على اللصوص، فإن لم يكن الشاهد مأخوذاً قبلت شهادته؛ لعدم التهمة. وإن كان مأخوذاً، فإن تعرّض لما أخذ منه لم تقبل في حقّ نفسه قطعاً. وفي قبولها في حقّ غيره، وكذا لو لم يتعرّض لما أخذ منه وجهان، من ظهور التهمة فتردّ. وهو الذي قطع به المصنّف (رحمه الله) وجماعة^٢.

ويدلّ عليه إطلاق رواية محمّد بن الصلت قال: سألت أبا الحسن الرضا ﷺ عن رفقة كانوا في طريق، فقطع عليهم الطريق، فأخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: «لا تقبل شهادتهم إلاّ بإقرار اللصوص، أو بشهادة من غيرهم عليهم»^٣.

١. معاني الأخبار، ص ٢٠٨، باب معنى القانع والمعتز، ح ٣، وفيه: «ولا ذي غمز» بدل «ولا ذي غمز».

٢. منهم الشيخ في النهاية، ص ٣٢٦؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١٢٢؛ ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص ٥٤١. وكلّهم أطلقوا الحكم بعدم القبول.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٤، باب شهادة الشريك والأجير والوصيّ، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٤٠ - ٤١، ح ٣٢٨٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٦ - ٢٤٧، ح ٦٢٥.

● أما لو شهد العدو لعدوه قبلت؛ لانتفاء التهمة.

الثالثة: ● النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة، كالأب لولده وعليه، والولد لوالده، والأخ لأخيه وعليه. وفي قبول شهادة الولد على والده خلاف؛ والمنع أظهر، سواء شهد بمالٍ أو بحق متعلق ببدنه كالقصاص والحدّ.

ومن وجود العدالة المانعة من التهجّم على غير الواقع، ومنع التهمة المانعة، بل هو كشهادة بعض غرماء المديون لبعض، وكما لو شهدا لاثنتين بوصيّة من تركه، وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصيّة منها أيضاً.

واختار في الدروس القبول فيها^١. أما في هذه الصورة فلما ذكر. وأما في صورة التبعض^٢ فلتحقّق المقتضي في أحد الطرفين والمانع في الآخر. وكذا القول في كلّ شهادة مبغضة.

قوله: «أما لو شهد العدو لعدوه قبلت لانتفاء التهمة».

هذا إذا لم تتضمّن العداوة فسقاً، وإلّا لم تقبل؛ لذلك، لا للعداوة نفسها.

ولا يخفى أنّ الفرح بمساءة المؤمن والحزن بمسرتّه معصية، فإن كانت العداوة من هذه الجهة وأصرّ على ذلك فهو فسق. وظهور الفسق مع التقاذف أوضح. فالجمع بين العداوة وقبول الشهادة لا يخلو من إشكال، إلّا أن يفسّر الإصرار بالإكثار من الصغائر، لا بالاستمرار على واحدةٍ مخصوصةٍ.

قوله: «النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة، كالأب لولده وعليه» إلى آخره.

ليس من أسباب التهمة عندنا العصبية^٣، فتقبل شهادة جميع الأقرباء لأقربائهم حتّى الابن

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠١ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. في الأصل «ض»: «أما مع التبعض».

٣. في حاشية «و»: «وافق على قبول شهادة القريب مطلقاً مالك وأحمد في إحدى الروايتين، وذهب الشافعي إلى أنّ التعصّب من موانع القبول فلا تقبل شهادة أحد العمودين للآخر، وكذلك أبو حنيفة، ووافقنا بعض الشافعية. (منه رحمه الله)».

والأب؛ للأصل، وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تجوز شهادة الولد لوالده، والوالد لولده، والأخ لأخيه»^١.

وسأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الولد لوالده، والوالد لولده، والأخ لأخيه، فقال: «تجوز»^٢.

ولا تشترط الضميمة في شهادة كل من الولد والوالد والأخ والزوجين للآخر، خلافاً للشيخ في النهاية^٣؛ للأصل وعموم الأخبار^٤.

واستثنى أكثر الأصحاب من شهادة القريب شهادة الولد على والده، فحكموا بعدم قبولها، حتى نقل الشيخ في الخلاف عليه الإجماع^٥.

واحتجوا عليه مع ذلك بقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^٦، وليس من المعروف الشهادة عليه والرد لقوله وإظهار تكذيبه، فيكون ارتكاب ذلك عقوقاً مانعاً من قبول الشهادة.

ولا يخفى عليك ضعف هذه الحجة؛ فإن قول الحق وردّه عن الباطل وتخليص ذمته من الحق عين المعروف، كما ينبّه عليه قوله عليه السلام: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»، فقيل: يا رسول الله كيف أنصره ظالماً؟ قال: «تردّه عن ظلمه، فذلك نصرك إيّاه»^٧.

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٣، باب شهادة الوالد للولد ...، ح ٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٣، باب شهادة الوالد للولد ...، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٨، ح ٦٣٢.

٣. النهاية، ص ٣٣٠.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٣، باب شهادة الوالد للولد ...، ح ١ - ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٧ - ٢٤٨، ح ٦٣٠ - ٦٣٣.

٥. الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٧ - ٢٩٨، المسألة ٤٥.

٦. لقمان (٣١): ١٥.

٧. صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٥٥٠، ح ٦٥٥٢؛ مسند أحمد، ج ٣، ص ٥٣٢، ح ١١٥٣٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ٦، ص ١٥٦، ح ١١٥٠٩ بتفاوت.

ولأنَّ إطلاق النهي عن عصيان الوالد يستلزم وجوب طاعته عند أمره له بارتكاب الفواحش وترك الواجبات، وهو معلوم البطلان.

وأما دعوى الإجماع على وجه يتحقَّق بها الحجَّة فممنوع، وقد خالف في ذلك المرتضى (رضي الله عنه)^١، وكثير من المتقدِّمين - كابن الجنيد وابن أبي عقيل - لم يتعرَّضوا للحكم بنفي ولا إثبات.

ويدلُّ على القبول مع الأصل عموم قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوْمِينَ بِالْأَيْمَانِ شَهَدَاءَ لِيَلَهُمْ وَكَوْنُوا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^٢، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^٣.

ورواية داود بن الحصين أنه سمع الصادق عليه السلام يقول: «أقيموا الشهادة على الوالدين والولد»^٤.

ورواية علي بن سويد الشامي عن أبي الحسن عليه السلام قال: «كتب أبي في رسالته إليّ وسألته عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله ولو على نفسك أو الوالدين والأقربين»^٥. وروى إسماعيل بن مهران مثله^٦.

وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس^٧، مع أنه في الشرح اختار المشهور: معولاً على الإجماع المنقول بخبر الواحد^٨.

١. الانتصار، ص ٤٩٦، المسألة ٢٧٣.

٢. النساء (٤): ١٣٥.

٣. الطلاق (٦٥): ٢.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٤٩، ح ٣٣٠٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٧، ح ٦٧٥.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨١، باب كتمان الشهادة، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٦، ح ٧٥٧.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٨١، باب كتمان الشهادة، ذيل الحديث ٣.

٧. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١٠).

٨. غاية المراد، ج ٤، ص ٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ٤).

● وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته، والزوجة لزوجها مع غيرها من أهل العدالة. ومنهم من شرط في الزوج الضميمة كالزوجة. ولا وجه له. ولعل الفرق إنما هو لاختصاص الزوج بمزيد القوّة في المزاج، أن تجذبه دواعي الرغبة.

واعترض في المختلف^١ على الاحتجاج بالآية بأن الأمر بالإقامة لا يستلزم القبول. وأجيب بأنه لولاه لزم العبث في إقامتها، وبأنه معطوف على القبول وهو الشهادة على نفسه، ومعطوف عليه بالقبول وهو الشهادة على الأقربين، فلو كان غير مقبول لزم عدم انتظام الكلام، وأنه محال^٢.

وعلى القولين ففي تعدّي الحكم إلى من علا من الآباء وسفل من الأولاد وجهان، من الشكّ في صدق الأبوة والبنوة على الجدّ وولد الولد بطريق الحقيقة. وأولى بالقبول هنا لو قيل به في القريب.

ولا يتعدّى إلى الأب والولد من الرضاعة؛ لعدم كونه ولدًا حقيقةً، ومن ثمّ لم يتبادر إليه عند الإطلاق، وصحّ سلبه عنه. مع احتمال دخوله.

وتنبّه المصنّف (رحمه الله) بقوله «سواء شهد بمال أو بحقّ متعلّق ببدنه، كالقصاص والحدّ» على خلاف بعض العامة، حيث حكم بقبول شهادة الولد على والده بالمال دون القصاص والحدّ، محتجاً بأنه لا يجوز أن يكون سبباً لعقوبة الأب، كما لا يقتضيه منه ولا يحدّ بقذفه^٣.

قوله: «وكذا تقبل شهادة الزوج لزوجته - إلى قوله - لو شهدت لزوجها في الوصية». لا خلاف عندنا في قبول شهادة كلٍّ من الزوجين للآخر؛ لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، وضعف التهمة مع وصف العدالة.

١. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١١، المسألة ٨٤.

٢. غاية المراد، ج ٤، ص ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

٣. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ١٦٥؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢١٣.

والفائدة تظهر لو شهد فيما تقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين. وتظهر الفائدة في الزوجة لو شهدت لزوجها في الوصية.

لكن شرط الشيخ (رحمه الله) في النهاية انضمام عدل آخر إلى كلٍ منهما^١؛ استناداً إلى صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تجوز شهادة الرجل لامرأته، والمرأة لزوجها إذا كان معها غيرها»^٢.

وموقوف سماعة قال: سألته عن شهادة الرجل لامرأته؟ قال: «نعم»، والمرأة لزوجها؟ قال: «لا، إلا أن يكون معها غيرها»^٣.

وجوابه: منع الدلالة؛ لأنه أطلق القبول في الزوج وقيدته في الزوجة، فإلحاقه بها قياس مع وجود الفارق. وأبعد منه إلحاق باقي الأقارب كما مر^٤.

ووجه التقييد في الرواية أن المرأة لا يثبت بها الحق منفردة ولا منضمّة إلى اليمين، بل يشترط أن يكون معها غيرها، إلا ما استثنى نادراً وهو الوصية، بخلاف الزوج، فإنه يثبت بشهادته الحق مع اليمين، والرواية باسئراط الضميمة معها مبنية على الغالب في الحقوق، وهي ما عدا الوصية.

والمصنّف (رحمه الله) وافق الشيخ في الزوجة دون الزوج؛ عملاً بإطلاق الرواية الصحيحة^٥، وجعل الفائدة في شهادتها له بالوصية، فلا تقبل في الربع، بخلاف ما لو شهدت لغيره، وفرّق بينها وبين الزوج بقوة مزاجه وسداد عقله، بخلافها، ومن ثم كانت شهادة امرأتين بشهادة رجل، فلا يوثق بعدالتها لمن تميل إلى مطلوبه بدواعي الطبع، بخلاف الرجل.

١. النهاية، ص ٣٣٠.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٢-٣٩٣، باب شهادة المرأة لزوجها...، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٧، ح ٦٢٧.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٧، ح ٦٢٩.

٤. مرّفي ص ٣٤٨-٣٤٩.

٥. أي صحيحة الحلبي المتقدمة آنفاً.

● وتقبل شهادة الصديق لصديقه وإن تأكدت بينهما الصحبة والملاطفة؛ لأنّ العدالة تمنع التسامح.

الرابعة: ● لا تقبل شهادة السائل في كفه؛ لأنّه يسخط إذا مُنع، ولأنّ ذلك يؤذّن بمهانة النفس، فلا يؤمن على المال. ولو كان ذلك مع الضرورة نادراً لم يقدر في شهادته.

والأظهر عدم اشتراط الضميمة مطلقاً. وعلى القول بها يكفي انضمام امرأة أخرى فيما يكتفى فيه بشهادة المرأتين، كنصف الوصيّة، والمال الذي يكتفى فيه بهما مع اليمين. قوله: «وتقبل شهادة الصديق لصديقه وإن تأكدت بينهما الصحبة والملاطفة» إلى آخره. نبّه بالغاية على خلاف بعض الشافعيّة، حيث ذهب إلى أنّه إذا كان بينهما ملاطفة وهديّة لا تقبل شهادته له^١. وعموم الأدلّة يمنعه. والتهمة تندفع بالعدالة. قوله: «لا تقبل شهادة السائل في كفه» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب عدم قبول شهادة السائل في كفه مطلقاً؛ لصحبة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن السائل الذي يسأل في كفه هل تقبل شهادته؟ فقال: «كان أبي لا يقبل شهادته إذا سأل في كفه»^٢.

وموتّق 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، وإن منع سخط»^٣. وفي التعليل إيماء إلى تهمة.

١. هذا الخلاف لمالك في المدوّنة الكبرى، ج ٥، ص ١٥٦، ولم ينقل عن الشافعيّة؛ راجع الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ١٦٢-١٦٣؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ٢٦٠-٢٦١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٧١، المسألة ٨٣٩٠.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٧، باب ما يردّ من الشهود، ح ١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦٠٩.
٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٦، باب ما يردّ من الشهود، ح ١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٣-٢٤٤، ح ٦٠٨.

الخامسة: • تقبل شهادة الأجير والضيف وإن كان لهما ميل إلى المشهود له، لكن يرفع التهمة تمسكهما بالأمانة.

واستثنى ابن إدريس من دعته الضرورة إلى ذلك^١. ووافق المصنّف وجماعة من المتأخّرين^٢. وهو حسن.

وفي حكم السائل بكفّه الطفيلي.

والمراد بالسائل في كفّه: من يباشر السؤال والأخذ بنفسه، والسؤال في الكفّ كناية عنه.

قوله: «تقبل شهادة الأجير والضيف وإن كان لهما ميل إلى المشهود له» إلى آخره.

لا خلاف في قبول شهادة الضيف من حيث هو ضيف؛ لعموم الأدلّة المتناولة له، وارتفاع ريبة التهمة بواسطة التقوى.

وفي رواية أبي بصير قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً»^٣.

وأما الأجير فاختلف الأصحاب في شأنه، فجزم المصنّف (رحمه الله) وقبله ابن إدريس

بقبول شهادته^٤، وعليه المتأخرون؛ للأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِّنكُمْ﴾^٥.

وذهب الشيخ في النهاية^٦، والصدوقان^٧، وأبو الصلاح^٨، وجماعة^٩ إلى عدم قبول

١. السرائر، ج ٢، ص ١٢٢.

٢. منهم العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٥٥، الرقم ٦٦٣٧؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢،

ص ١٠٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)، والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٢٩٩.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٤٤، ح ٣٢٩٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٨، ح ٦٧٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢١، ح ٦٤.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٢١.

٥. البقرة (٢): ٢٨٢.

٦. الطلاق (٦٥): ٢.

٧. النهاية، ص ٣٢٥.

٨. الهداية، ص ٢٨٦؛ وحكاه عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠١، المسألة ٧٨.

٩. الكافي في الفقه، ص ٤٣٦.

١٠. منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٠؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤٠.

لواحق هذا الباب

وهي ست:

الأولى: • الصغير والكافر والفاسق المعلن إذا عرفوا شيئاً ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلك الشهادة قبلت؛ لاستكمال شرائط القبول. ولو أقامها أحدهم في حال المانع فردت ثم أعادها بعد زوال المانع قبلت.

شهادته ما دام أجيراً؛ لرواية العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يجيز شهادة الأجير»^١.

ورواية زرعة قال: سألته عما يرد من الشهود، فقال: «المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والأجير»^٢.

وفي طريق الرواية الأولى أحمد بن فضال عن أبيه. والثانية ضعيفة موقوفة. فكان القول بالقبول أجود.

ويمكن حملهما على الكراهة؛ جمعاً بينهما وبين رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تكره شهادة الأجير لصاحبه، ولا بأس بشهادته لغيره، ولا بأس به له بعد مفارقتة»^٣. أو على ما إذا كان هناك تهمة بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو شهد لمن استأجره على قسارة الثوب أو خياطته به ونحو ذلك؛ فإنها لا تقبل قطعاً.

قوله: «الصغير والكافر والفاسق المعلن - إلى قوله - لكن الأشبه القبول».

عدّ بعضهم من أسباب التهمة أن يدفع عار الكذب عن نفسه، فإذا شهد فاسق مستتر

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٤، باب شهادة الشريك والأجير...، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٦، ح ٦٢٤؛

الاستبصار، ج ٣، ص ٢١، ح ٦٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٥٩٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٤ - ١٥، ح ٣٨. وفيهما: عن زرعة، عن سماعة، قال... .

٣. تقدّم تخريجها في ص ٣٥٤، الهامش ٣.

وكذا العبد لو ردّت شهادته على مولاه ثمّ أعادها بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت ثمّ مات الأب وأعادها.

أمّا الفاسق المستتر إذا أقام فردّت ثمّ تاب وأعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه؛ لاهتمامه بإصلاح الظاهر. لكنّ الأشبه القبول.

بفسقه فردّ الحاكم شهادته ثمّ تاب فشهادته مقبولة بعد ذلك^١، لكن لو أعاد تلك الشهادة قيل: لا تقبل^٢.

وهذا بخلاف ما لو ردّت شهادة الفاسق المعلن فسقه أو العبد أو الصبيّ أو الكافر، ثمّ تاب الفاسق وأعتق العبد وبلغ الصبيّ وأسلم الكافر، فأعادوا شهادتهم، فإنّها تقبل. والفرق من وجهين:

أحدهما: أنّ العدالة والفسق يُدركان بالنظر والاجتهاد، فإذا أدّى نظر الحاكم واجتهاده إلى فسق الشاهد حكم بردها، وما حكم برده فقد أبطله، فليس له أن يصحّحه من تلك الجهة التي أبطله بها. والعبد والصبيّ والكافر والفاسق المعلن ليس لهم أهليّة الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة معتدّ بها حتّى تقبل أو تردّ، ولو علم الحاكم حالهم لم يصغ إلى كلامهم، فليس في أمرهم نظر ولا اجتهاد.

والثاني: أنّ المذكورين لا يتعيرون برّد الشهادة. أمّا العبد والصبيّ فليس إليهما نقصانها. وأمّا الكافر فلا يعتدّ كفره نقصاناً بل يفتخر به ولا يبالي برّد شهادته؛ لتمسّكه بدينه. وكذا الفاسق المعلن؛ فإنّه غير مبال بفسقه ولا يعده عاراً فكان كالكافر بخلاف الفاسق المستتر؛ فإنّه يتعيّر بالردّ؛ لأنّ الردّ يظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه، ويعترف بأنّه نقص؛ ولأنّه يتهم بالكذب والمجازفة إذا ردّت شهادته، فإذا أعاد تلك الشهادة فقد دفع غضاضة الكذب، أو يرى أنّه كان الحاكم مخطئاً في ظنّ الفسق به، فلما تبين خلافه قبل شهادته، وقد يتوهم

١. العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٧.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

الثانية: ● قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً. وقيل: تقبل مطلقاً. وقيل: تقبل إلا على مولاة. ومنهم من عكس. والأشهر القبول إلا على المولى.

أنه على فسقه لكن أظهر التوبة ليعيد الشهادة ويدفع العار، ومثل هذا لا يقدر في بلوغ الصبي وما في معناه.

والمصنف (رحمه الله) بعد أن فرّق في الحكم بين الفاسق والمذكورين رجّح المساواة بينهم في القبول؛ لتحقق العدالة الدافعة لمثل هذه التهمة. وهو حسن مع ظهور صدق توبته، والثقة بعدم استنادها إلى ما يوجب التهمة.

ولو كان الكافر مستتراً بكفره ثم أسلم وأعادها فالوجهان. وكذا لو شهد على إنسان فردت شهادته لعداوة بينهما ثم زالت العداوة فأعاد تلك الشهادة، فإن كان مستتراً للعداوة فالوجهان، وإلا لم يمنع؛ لأن الردّ بالسبب الظاهر لا يورث عاراً.

ولو شهد لمكاتبه بمالٍ أو لعبده بنكاح فردت شهادته فأعادها بعد عتقهما، أو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل أن يعفو فردت شهادتهما ثم أعادها بعد ما عفوا، أو شهد اثنان يرثان من رجل بجراحة عليه غير مندملية فردت شهادتهما ثم أعادها بعد اندمال الجراحة، قبلت في الجميع. وربما جاء احتمال المنع من حيث التهمة بالردّ. وهو ممنوع؛ لظهور هذه الموانع.

قوله: «قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً. وقيل: تقبل مطلقاً» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في شهادة المملوك بسبب اختلاف الروايات، والنظر في الجمع بينها على أقوال:

الأول: قبول شهادته مطلقاً. نقله المصنف (رحمه الله) هنا عن بعض الأصحاب، وهو اختيار ابن عمّه نجيب الدين يحيى بن سعيد في جامعه^١.

وحجته عموم قوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ»^٢. «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن

١. الجامع للشرائع، ص ٥٤٠.

٢. الطلاق (٦٥): ٢.

رَجَالِكُمْ»^١، وغيرهما من آيات العموم^٢؛ فإنها تتناول المملوك كما تتناول الحرّ في أصحّ القولين للأصوليين.

وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ»^٣. وهي تدلّ على جوازها على مثله بطريق أولى؛ لما سيأتي من الروايات الدالّة على جوازها على مثله زيادةً على هذه^٤.

ورواية محمد بن مسلم أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة المملوك [قال]: «إذا كان عدلاً فهو جازر الشهادة، إن أوّل من ردّ شهادة المملوك عمر، وذلك أنه تقدّم إليه مملوك في الشهادة، فقال: إن أقمت الشهادة تخوّفت على نفسي، وإن كتمتها أئمت برّبي، فقال: هات شهادتك، أما إننا لا نجيز شهادة مملوك بعدك»^٥.

وحسنة بريد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: «نعم، إن أوّل من ردّ شهادة المملوك لفلان»^٦.

وحسنة عبد الرحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً»^٧.

وهذه الأخبار كلّها تدلّ على القبول مطلقاً، وتخصيصها على خلاف الأصل.

١. البقرة (٢): ٢٨٢.

٢. النساء (٤): ٦.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٤١، ح ٣٢٨٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٩، ح ٦٣٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٦، ح ٤٤، وفيها: «على الحرّ المسلم».

٤. يأتي في ص ٣٦٣.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩ - ٣٩٠، باب شهادة المماليك، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٨، ح ٦٣٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٥، ح ٤١.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٠، باب شهادة المماليك، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٨، ح ٦٣٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٦، ح ٤٣.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩، باب شهادة المماليك، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٨، ح ٦٣٤.

الثاني: عدم قبولها مطلقاً. ذهب إلى ذلك الحسن بن أبي عقيل من أصحابنا^١. وهو قول أكثر العامة^٢.

ومستنده من الأخبار صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في حديث، وفي آخره: «العبد المملوك لا تجوز شهادته»^٣. والمراد بنفي الجواز نفي القبول؛ إذ هو الظاهر. وصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن شهادة ولد الزنى، قال: «لا ولا عبد»^٤. ورواية سماعة قال: سألته عمّا يردّ من الشهود، فقال: «المريب، والخصم، والشريك، ودافع مغرم، والأجير، والعبد، والتابع، والمتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهادتهم»^٥. ومن الاعتبار أنّ الشهادة من المناصب الجليلة، فلا تليق بحال العبد كالقضاء، ولاستغراق وقته بحقوق سيّده، فلا يتفرّغ لتحمل الشهادة ولا لأدائها، ولأنّ نفوذ القول على الغير نوع ولاية، فيعتبر فيها الحرّيّة كما في سائر الولايات. وفيه نظر؛ لأنّ الجواز المنفيّ مغاير للقبول في المفهوم، فحملة عليه - خصوصاً مع معارضة تلك الأدلّة الكثيرة - ليس بجيّد.

ومن الجائز حملة على معناه؛ بإرادة عدم جواز شهادته بدون إذن مولاه؛ لما في ذلك من تعطيل حقّ سيّده، والانتفاع به بغير إذنه، ولو كان هذا خلاف الظاهر لكان المصير إليه أولى؛ مراعاةً للجمع.

هذا مع أنّ صدر الرواية تضمّن قبول شهادة المملوك على أهل الكتاب، وهو ينافي عدم قبول شهادته مطلقاً.

١. حكاها عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٢، المسألة ٨٦.

٢. في حاشية «و»: «القول بقبول شهادة المملوك مطلقاً مذهب أحمد من العامة، [والقول] بعدم قبول شهادة المملوك مطلقاً مذهب الثلاثة غير أحمد. (منه رحمه الله)».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٩، ح ٦٣٨: الاستبصار، ج ٣، ص ١٦، ح ٤٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦١٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٢، ح ٥٩٩: الاستبصار، ج ٣، ص ١٤-١٥، ح ٣٨.

وأيضاً فإنَّ محمد بن مسلم روى أيضاً قبول شهادة المملوك على الحرِّ المسلم^١، وروى قبول شهادته مطلقاً^٢، فلا وجه لترجيح المنع.
 وأما صحيحة الحلبي فليست صريحة في عدم القبول، وقابلة للتأويل جمعاً. واقترانه بولد الزنى في الشهادة يطرِّق الاحتمال أيضاً؛ لما سيأتي من الخلاف فيه^٣.
 وأما رواية سماعة فوقوفها يوقف حالها، مضافاً إلى ضعف سندها^٤، فلا عبرة بها.
 وأما كون الشهادة من المناصب المرتفعة عن مقام المملوكية فظاهر المنع، بل عين المتنازع، وفيما يسوغ للعبد من المناصب - كالإمامة - ما هو أشرف منها.
 واستغراق وقته في خدمة سيده لا ينافي قبول شهادته؛ لإمكان وقوع ما لا ينافي ذلك ولو بإذنه.

فهذان القولان طرفا الأقوال، وبقي بينهما وسائط.

الثالث: قبولها مطلقاً إلا على مولاة. وهذا مذهب الأكثر، ومنهم الشيخان^٥ والمرتضى^٦ وسأرا^٧ والقاضي^٨ وابن إدريس^٩ والمصنّف، وأكثر المتأخّرين.
 والمستند التوفيق بين الأدلّة.
 ويناسب حمل أدلّة المنع على شهادته على مولاة مشابهته للولد في عدم قبول شهادته على والده؛ لاشتراكهما في وجوب الطاعة، وتحريم العصيان والعقوق.

١. راجع تخريجهما في ص ٣٥٨، الهامش ٥ و٧.

٢. يأتي في ص ٣٧١ وما بعدها.

٣. لأنَّ في طريقها زرعة بن محمد، وهو واقفي. راجع الفهرست، الشيخ الطوسي، ص ٢١٠، الرقم ٣١٣.

٤. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٧٢٦؛ والشيخ الطوسي في النهاية، ص ٣٣١.

٥. الانتصار، ص ٤٩٩، المسألة ٢٧٤.

٦. المراسم، ص ٢٣٢.

٧. المهذب، ج ٢، ص ٥٥٧.

٨. السرائر، ج ٢، ص ١٣٥.

وفيه نظر؛ لأنَّ حمل أخبار المنع^١ على ذلك غير متعيّن؛ لما ذكرناه سابقاً، ولما سيأتي من الأخبار الدالّة على المنع من شهادته على غيره من الأحرار^٢، فيمكن حملها عليه وتشبيهه بالولد ممنوع. ولو سلّم فالأصل ممنوع أيضاً، وقد تقدّم^٣.

واستدلّ في المختلف لعدم قبول شهادته على مولاه بصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام، في رجل مات وترك جاريةً ومملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين وولدت الجارية غلاماً، فشهدا بعد العتق أنّ مولاها كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية وأنّ الحمل منه، قال: «تجوز شهادتهما، ويردّا عبيد كما كانا»^٤.

قال: وهي دالّة على قبول شهادته لسيّده، والمنع من قبولها على سيّده، وإلّا لم يكن للعتق فائدة^٥.

وفي كلّ منهما نظر.

أمّا الأول؛ فلاّتهما حين الشهادة لم يكونا شاهدين لسيّدهما ظاهراً؛ لأنّ مولويّة الولد إنّما تحققت بعد شهادتهما وحكم الحاكم بها. نعم، شهادتهما مع الحكم كشفاً عن كون الشهادة في نفس الأمر للمولى، ولا يلزم منه قبولها مع ظهور الأمر له.

وأما الثاني؛ فلأنّ لفظ «العتق» لم يقيد به الإمام ليكون دليلاً على اعتباره في القبول، بل هو في لفظ الراوي بيانا للواقع. سلّمنا لكن مفهوم الصفة ليس بحجّة عنده.

والشيخ في الاستبصار حملها على أنّها شهادة في الوصيّة^٦، فتقبل فيها لا غير، كما تقبل شهادة عدول الذمّة عند عدم المسلمین.

١. تقدّمت في ص ٣٥٩.

٢. سيأتي في ص ٣٦٢.

٣. تقدّم في ص ٣٤٩.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٠، ح ٦٤٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٧، ح ٥٠.

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٧، المسألة ٨٦.

٦. الاستبصار، ج ٣، ص ١٧، ذيل الحديث ٥٠.

الرابع: عكسه. وهو عدم قبولها مطلقاً إلا على مولاه. وهذا القول نقله المصنّف (رحمه الله) هنا أيضاً، وكذلك العلامة في القواعد^١، ولم نعلم قائله. ووجه الجمع بين الأخبار أيضاً، بحمل أخبار القبول على مولاه، والممانعة على غيره. ولا يخفى عدم الموجب لهذا التخصيص. مضافاً إلى ما ذكرناه سابقاً من وجوه ترجيح غيره.

الخامس: قبولها على مثله وعلى الكافر، وردّها على الحرّ المسلم. وهو مذهب أبي عليّ بن الجنيد^٢. وحقّته - مع الجمع بين تلك الأخبار - قول الباقر عليه السلام في رواية محمّد بن مسلم: «لا تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم»^٣. والتقييد بالصفة يدلّ على نفي الحكم عمّا عدا الموصوف.

وعلى تقدير عدم حجّية مفهوم الوصف فيستدلّ على قبول شهادته على الذمّي بصحّية محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب»^٤. وعلى العبد بما روي عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقبل شهادة بعضهم على بعض، ولا يقبل شهادتهم على الأحرار. ذكر ذلك الشيخ في الخلاف^٥.

وفيه نظر؛ لأنّ رواية محمّد بن مسلم المذكورة معارضة بروايته أيضاً الصحّية عن أبي جعفر عليه السلام قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم»^٦، والرواية الثانية^٧

١. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٨.

٢. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٢، المسألة ٨٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٩، ح ٦٣٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٦، ص ٤٥.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٤٥ - ٤٦، ح ٣٢٩٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٩، ح ٦٣٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٦، ح ٤٦. وفي الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام.

٥. الخلاف، ج ٦، ص ٢٦٩، ذيل المسألة ١٩؛ وراجع أيضاً الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٥٨؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ٢٤٧.

٦. تقدّم تخريجها في ص ٣٥٨، الهامش ٣.

٧. راجع الهامش ٤.

● ولو عتق قبلت شهادته على مولاه.

لا تدلّ على نفي قبولها على غير أهل الكتاب إلّا بالمفهوم الضعيف، والرواية الثالثة^١ ليس لها استناد يعتمد، وقد عارضها رواية عبد الرحمن بن الحجّاج أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: «لا بأس بشهادة المملوك»^٢ من غير تقييد بكون شهادته على مثله.

السادس: قبولها لغير مولاه وعليه، وردّها له وعليه. ذهب إلى ذلك أبو الصلاح (رحمه الله)^٣. وحاول به أيضاً الجمع بين الأخبار، وأنّ في شهادته لمولاه تهمة بجرّة النفع إليه، وعليه عقوق ومعصية. وقد تقدّم ما فيه^٤.

السابع: قال ابن بابويه: لا بأس بشهادة العبد إذا كان عدلاً لغير سيّده^٥. وهو يعطي المنع ممّا عدا ذلك من حيث المفهوم لا المنطوق. وإطلاق شهادته لغير سيّده يشمل شهادته له على سيّده، ويخرج بمفهومها شهادته لسيّده على غيره.

وفي رواية ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ فقال: «تجوز في الدين والشيء اليسير»^٦. قوله: «ولو عتق قبلت شهادته على مولاه».

لوجود المقتضي للقبول وهو الحرّيّة مع باقي الشرائط، وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا الرقيّة وقد زالت. لكن لو كان قد أداها حال الرقيّة فردّت افتقر إلى إعادتها بعده؛ لأنّ السابقة مردودة فلا يبنى عليها. وكذا لو شهد الولد على والده ثمّ مات الأب فأقامها بعده.

١. تقدّم تخريجها في ص ٣٦٢، الهامش ٥.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٩، باب شهادة المماليك، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٨، ح ٦٣٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٥، ح ٤٢.

٣. الكافي في الفقه، ص ٤٣٥.

٤. تقدّم في ص ٣٦٠.

٥. المقنع، ص ٣٩٧؛ وحكاها عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥١٣، المسألة ٨٦.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٠، ح ٦٤٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٧، ح ٤٨.

● وكذا حكم المدبر والمكاتب المشروط. أمّا المطلق إذا أدى من مكاتبته [شيئاً] قال في النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرّر منه. وفيه تردّد، أقربه المنع. الثالثة: ● إذا سمع الإقرار صار شاهداً وإن لم يستدعه المشهود عليه. وكذا لو سمع اثنين يوقعان عقداً، كالبيع والإجارة والنكاح وغيره.

قوله: «وكذا حكم المدبر والمكاتب المشروط» إلى آخره.

المدبر قبل موت مولاه بحكم القنّ. وكذا المكاتب المشروط، سواء أدى شيئاً من مال الكتابة أم لا؛ لبقائه على الرقيّة ما بقي عليه شيء وإن قلّ، وعوده إليها لعجزه عنه كذلك. أمّا المطلق فإن لم يؤدّ شيئاً فكذا؛ لأنّ المقتضي للقبول هو الحرّيّة ولم تحصل. وإن أدى شيئاً، قال الشيخ في النهاية^١ وابن الجنيد^٢ والقاضي^٣ وجماعة^٤: تقبل شهادته بنسبة ما أدى إلى جملة المال، وتردّ حيث تردّ شهادة القنّ بنسبة المتخلف؛ لانتفاء المانع عن ذلك البعض، ولرواية أبي بصير قال: سألته عن شهادة المكاتب - إلى قوله: - «فإن كان أدى النصف أو الثلث فشهد لك بألف على رجل، أعطيت من حقك بحساب ما أعتق»^٥. والرواية موقوفة، فمن تمّ قَرَب المصنّف (رحمه الله) المنع وإلحاقه بالقنّ إلى أن تكمل حرّيّته.

ووجه القرب أنّ المانع من قبول شهادته هو الرقيّة، والمانع لم يزل بالكلّيّة، فيستصحب الحكم إلى أن يزول. وهذا هو الأقوى.

قوله: «إذا سمع الإقرار صار شاهداً وإن لم يستدعه المشهود عليه - إلى قوله - مسترسلاً». المعتبر في قبول شهادة الشاهد مع استجماعه للصفات المعتبرة فيه علمه بما يشهد به،

١. النهاية، ص ٣٣١، ولكن ذكر ذلك فيما إذا شهد على سيّده.

٢. حكاة عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٣٠.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٥٥٧، ولكن ذكر ذلك فيما إذا شهد لسيّده.

٤. منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٠ - ٢٣١؛ ويحيى بن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع، ص ٥٤٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٩، ح ٧٦٧، وفيه: «بألفين» بدل «بألف».

وكذا لو شاهد الغصب أو الجناية. وكذا لو قال له الغريمان: «لا تشهد علينا»، فسمع منهما أو من أحدهما ما يوجب حكماً. وكذا لو خبأ فنطق المشهود عليه مسترسلاً.

الرابعة: • التبرّع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة، فيمنع القبول. أمّا في حقوق الله أو الشهادة للمصالح العامّة فلا يمنع؛ إذ لا مدّعي لها. وفيه تردّد.

سواء كان سبب العلم استدعاء المشهود له وعليه أم اتفاق علمه بالواقعة؛ لاشتراك الجميع في المقتضي وهو العلم، حتّى لو فرض سماعه العقد ونحوه منهما أو تحاسبهما أو تصادقهما [معاً] فقال له: «لا تشهد علينا» فهذا القول لاغٍ، وله بل عليه أن يشهد بما علم؛ لشمول الأدلّة لذلك كلّه. وكذا تقبل شهادة من خبأ وجلس في زاوية مستخفياً لتحتمل الشهادة. ولا يحتمل ذلك على الحرص؛ إذ الحاجة قد تدعو إليه، بأن يقرّ من عليه الحقّ إذا خلا به المستحقّ، ويجحد إذا حضر غيره، ولأنّ الحرص على التحمّل لا على الأداء.

ويظهر من كلام ابن الجنيّد عدم قبول شهادته^١. وهو مذهب بعض العامّة^٢.

وفرق آخرون بين كون المشهود عليه ممّن يتخدّع وغيره، فقبل الشهادة على الثاني دون الأول^٣. وعموم الأدلّة - ومنها قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^٤ - يشمله.

قوله: «التبرّع بالشهادة قبل السؤال يطرق التهمة» إلى آخره.

من أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة إليها قبل استنطاق الحاكم، سواء

١. راجع كلامه في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٣، المسألة ١٠١؛ والدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. كشرح والشعبي ومالك حكاة عنهم ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ١٠٢، المسألة ٨٤٢٠. وفي حاشية الأصل و«و»: «هو مالك ذهب إلى أنّ المشهود عليه إن كان حذراً لا ينخدع تقبل هذه الشهادة، وإن كان ممّن ينخدع لا تقبل ونقل عنه قول آخر أنّها لا تقبل مطلقاً، وإنّ للشافعي قولاً في القديم مثله. (منه رحمه الله)».

٣. راجع الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج ٢، ص ٨٩٨ - ٨٩٩؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ١٠٢، المسألة ٨٤٢٠.

٤. الزخرف (٤٣): ٨٦.

كان بعد دعوى المدعي أم قبله.

واعلم أنّ الحقوق على ضريين: ضرب يمنع المبادرة إلى الشهادة بها من قبولها، وهو حقوق الآدميين المحضّة.

وضرب مختلف فيه، وهو حقوق الله تعالى المحضّة، كالزني وشرب الخمر والوقف على المصالح العامّة كالمساجد، أو لله تعالى فيه حقّ وإن كان مشتركاً، كحدّ القذف، والوقف على منتشرين، والعتق والوقف على معيّن إن قلنا بانتقال الملك إلى الله تعالى. وتسمّى الشهادة على هذا القسم على وجه المبادرة شهادة الحسبة.

فالمبادر في القسم الأوّل لا تقبل شهادته. وفي الخبر أنّه ﷺ قال في معرض الذمّ: «ثمّ يجيء قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها»^١.

وفي لفظ آخر: «ثمّ يفسوا الكذب حتّى يشهد الرجل قبل أن يستشهد»^٢.

وروي أنّه ﷺ قال: «خير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها»^٣. فجمع بين الحديثين بحمل الأوّل على الأوّل، والثاني على الثاني.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في عدم المنع في القسم الثاني.

ووجه التردّد، من عموم الأدلّة الدالّة على الردّ، وتطرّق التهمة، ومن ثبوت الفرق الموجب لاختصاص الحكم بالأوّل؛ لأنّ هذه الحقوق لا مدعي لها، فلو لم يشرع فيها التبرّع لتعطّلت، وهو غير جائز، ولأنّه نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب، وأداء الواجب لا يعدّ تبرّعاً. وهذا هو الأقوى.

إذا تفرّر ذلك، فالتبرّع بالشهادة في موضع المنع ليس جرحاً^٤ عندنا حتّى لا تقبل شهادته

١. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٨٧، ح ١٩٣١٩؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٤، ح ٢١٣٠، مع اختلاف يسير فيها.

٢. سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٩١، ح ٢٣٦٣ مع اختلاف يسير؛ تلخيص الحبير، ج ٤، ص ٢٠٤، ذيل الحديث ٢١٣٠.

٣. مسند أحمد، ج ٦، ص ٢٤٩، ح ٢١١٧٥؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣٤٤، ح ١٧١٩/١٩؛ الجامع الصحيح، ج ٤،

ص ٥٤٤ و ٥٤٥، ح ٢٢٩٥ و ٢٢٩٧.

٤. في بعض النسخ: «جرحاً» وفي بعضها: «حرصاً» بدل «جرحاً».

الخامسة: • المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل حتى يستبان استمراره على الصلاح. وقال الشيخ: يجوز أن يقول: تب أقبل شهادتك.

في غير تلك الواقعة؛ لأنَّ الحرص المذكور ليس بمعصية، فتسمع شهادته في غيرها وإن لم يتب عمًا وقع ولا استبرئ من ذلك مدة، وإنما الردّ لمعنى حاصل في نفس الواقعة، ولا يلزم منه حصوله في غيرها.

ولو أعاد تلك الشهادة في مجلس آخر على وجهها ففي قبولها وجهان، من بقاء التهمة في الواقعة، واجتماع الشرائط في الشهادة الثانية. وهذا أجود.

وذهب بعض العامة إلى أنه يصير بذلك مجروحاً، وأنَّ المبادرة غير جائزة^١. واختلفوا في كونها من الصغائر أو الكبائر. وفرّغوا عدم قبولها إذا أعادها - كالشهادة المردودة بعلّة الفسق - على الثاني، وتقبل على الأوّل.

قوله: «المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنها لا تقبل» إلى آخره.

التوبة المعتبرة تنقسم إلى ما هي بين العبد وبين الله تعالى، وهي التي يندفع بها إثم الذنب، وإلى توبة في الظاهر، وهي التي يتعلّق بها عود الشهادات والولايات.

فأمّا التوبة الأولى فهي أن يندم على ما مضى، ويترك فعله في الحال، ويعزم على أن لا يعود إليه، ويكون الباعث على ترك القبيح قبحه.

ثم إن كانت المعصية لا يتعلّق بها حقّ لله تعالى ولا للعباد، كالاستمتاع بما دون الوطء، فلا شيء عليه سوى ذلك.

وإن تعلّق بها حقّ مالي - كمنع الزكاة، وكالغصب والجنایات في أموال الناس - فيجب مع ذلك تبرئة الذمّة منه، بأن يؤدّي الزكاة، ويردّ أموال الناس إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحلّ من المستحقّ فيبرؤه منها. ولو كان معسراً نوى الغرامة له إذا قدر.

وإن تعلّق بالمعصية حقّ ليس بمالي - كما لو زنى أو شرب - فإن لم يظهر، فيجوز أن

يظهره ويقرّ به ليقام عليه الحدّ، ويجوز أن يستره، وهو الأوّل.

فإن ظهر فقد فات الستر، فيأتي الحاكم ليقيم عليه الحدّ، إلّا أن يكون ظهوره قبل قيام البيّنة عليه عند الحاكم، كما سيأتي من سقوط الحدّ بالتوبة قبل قيام البيّنة مطلقاً!

وإن كان حقّاً للعباد - كالقصاص والقذف - فيأتي المستحقّ ويمكنه من الاستيفاء. فإن لم يعلم المستحقّ وجب في القصاص أن يخبره ويقول: «أنا الذي قتلت أباك - مثلاً - ولزمني القصاص، فإن شئت فاقتصّ، وإن شئت فاعف».

وفي القذف والغيبة إن بلغه فالأمر كذلك، وإن لم يبلغه فوجهان، من أنّه حقّ آدمي فلا يزول إلّا من جهته، وإليه ذهب الأكثر، ومن استلزمه زيادة الأذى ووغر القلوب.

وعلى الأوّل فلو تعذّر الاستحلال منه بموته أو امتناعه فليكثر من الاستغفار والأعمال الصالحة، عسى أن يكون عوضاً عمّا يأخذه يوم القيامة من حسناته إن لم يعوّضه الله تعالى عنه. ولا اعتبار فيه بتحليل الورثة وإن ورثوا حدّ القذف.

أمّا الحقّ المالي إذا مات مستحقّه، فإنّه ينتقل إلى وارثه، ويبرأ بدفعه إليهم وبإبرائهم منه. وهكذا ينتقل من وارث إلى آخر. ومتى دفع هو أو أحد من ورثته أو بعض المتبرّعين إلى الوارث في بعض الطبقات برئ منه. وإن بقي إلى يوم القيامة ففي مستحقّه حينئذٍ أوجه:

أحدها: رجوعه إلى صاحب الحقّ الأوّل. وهو المرويّ - في الصحيح - عن عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتّى مات، ثمّ صالح ورثته على شيء، فالذي أخذ الورثة لهم، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصلحهم على شيء حتّى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به»^٢.

والمراد بالصلح على شيء في الأوّل إمّا على بعض الحقّ مع إبقاء البعض في ذمّته، أو الصلح على وجه غير لازم، إمّا لاستلزامه الربا، أو لعدم علم المستحقّ بمقدار الحقّ مع علم

١. يأتي في ج ١٢، ص ٥٨.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٥٩، باب الصلح، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٠٨، ح ٤٨٠.

من عليه الحقّ به، أو نحو ذلك، وإلا فلو وقع على الجميع برئ منه وإن كان بأقلّ، وهو «صلح الحطيطة»^١، كما تقدّم في بابه^٢.

والوجه الثاني: أنّه يكتب الأجر لكلّ وارث مدّة عمره، أو عوض المظلمة، ثمّ يكون لآخر وارث ولو بالعموم كالإمام؛ لأنّ ذلك هو قضية التوارث لما يترك الميّت بعموم الكتاب^٣ والسنة^٤.

والثالث: أنّه ينتقل بعد موت الكلّ إلى الله تعالى؛ لأنّه الباقي بعد فناء كلّ شيء، وهو يرث الأرض ومن عليها، وهو خير الوارثين. وأصحّها الأول.

وأما التوبة الظاهرة فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية. أمّا القولية - كالقذف - فقد تقدّم الكلام في توبته^٥. وأمّا الفعلية - كالزنى والسرقة والشرب - فإظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة وعود الولاية؛ لأنّه لا يؤمن أن يكون له في الإظهار غاية وغرض فاسد، فيختبر مدّة يغلب على الظنّ فيها أنّه قد أصلح عمله وسريرته وأنّه صادق في توبته. ولا يتقدّر ذلك بمدّة معيّنة؛ لاختلاف الأمر فيه باختلاف الأشخاص وأمارات الصدق.

وعند بعض العامة يتقدّر بمضيّ الفصول الأربعة^٦؛ لأنّها أثراً بيتاً في تهيج النفوس وانبعاثها لمشتهاياتها، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة. واكتفى بعضهم بستّة أشهر^٧؛ لظهور عوده إن كانت فيها غالباً.

١. الحطيطة: ما يحطّ من جملة الحساب فينقص منه. المعجم الوسيط، ص ١٨٢.

٢. راجع ج ٤، ص ١٠١ - ١٠٢.

٣. النساء (٤): ١١ و ١٢.

٤. وسائل الشيعة، ج ٢٦، ص ٦٣ - ٦٧، الباب ١ من أبواب موجبات الإرث.

٥. تقدّم في ص ٣٣٠.

٦. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣١؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٨١ - ٨٢، المسألة ٨٤٠١.

٧. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣١؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٢١.

السادسة: • إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول؛ فإن كان متجدداً بعد الحكم لم يقدح، وإن كان حاصلًا قبل الإقامة وخفي عن الحاكم نقض الحكم.

ولو كانت المعصية مما يترتب عليها حق مالي فلا بدّ من التخلّص منه كالأولى. هذا هو المشهور بين الأصحاب.

وذهب الشيخ في موضع من المبسوط إلى الاكتفاء بإظهار التوبة عقيب قول الحاكم له: «تب أقبل شهادتك»^١؛ لصدق التوبة المقتضي لعود العدالة، مع انتفاء المانع، فيدخل تحت عموم قبول شهادة العدل.

وأجيب بمنع اعتبار توبته حينئذٍ؛ لأنّ التوبة المعتبرة هو أن يتوب عن القبيح لقبحه، وهاهنا ظاهرها أنّها لا لقبحه بل لقبول الشهادة^٢.

وفيه نظر؛ لأنّه لا يلزم من قوله: «تب أقبل شهادتك» كون التوبة لأجل ذلك، بل غايته أن تكون التوبة علّة في القبول، أمّا أنّه غايته لها فلا.

وأيضاً، فالمأمور به التوبة المعتبرة شرعاً لا مطلق التوبة، والمغنيّة بقبول شهادته ليست كذلك.

نعم، مرجع كلام الشيخ إلى أنّ مضيّ الزمان المتطاوّل ليس بشرط في ظهور التوبة. والأمر كذلك إن فرض غلبة ظنّ الحاكم بصدقه في توبته في الحال، وإلّا فالمعتبر ذلك.

قوله: «إذا حكم الحاكم ثم تبين في الشهود ما يمنع القبول» إلى آخره.

إذا حكم الحاكم بشهادة اثنين ثم بان له ما يمنع قبول الشهادة، فإن كان المانع متجدداً بعد الحكم - كالكفر والفسق - لم ينقض الحكم مطلقاً؛ لوقوعه بشهادة عدلين. وإن كان حدوثه بعد الشهادة وقبل الحكم فسيأتي البحث فيه^٣.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٢.

٢. أجاب به الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ٨٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

٣. يأتي في ص ٤٣٧.

الوصف السادس: ● طهارة المولد، فلا تقبل شهادة ولد الزنى أصلاً. وقيل: تقبل في اليسير مع تمسكه بالصلاح، وبه رواية نادرة. ولو جهلت حاله قبلت شهادته، وإن نالته بعض الألسن.

وإن كان حاصلًا قبل الإقامة وخفي على الحاكم، كما لو تبين له أنّهما كانا كافرين أو صبيّين أو عبيدين على وجه لا تقبل فيه شهادتهما، أو امرأتين، أو عدوين للمشهود عليه، أو أحدهما عدوًّا أو ولدًا له على القول به، نقض حكمه؛ لأنّه تيقن الخطأ فيه، كما لو حكم باجتهاده ثمّ ظهر النصّ بخلافه.

ولو تبين لقاضي آخر أنّه حكم بشهادتهما كذلك نقض حكمه أيضاً، إلا في صورة الحكم بالعبدین والولد مع اختلافهما في الاجتهاد وذهاب الحاكم إلى قبول شهادتهما، فليس للثاني نقضه حينئذٍ. ولو كان موافقاً له في الاجتهاد بعدم قبول شهادتهما فاتفق غلظه نقضه أيضاً. وطريق ثبوت فسقهما سابقاً يحصل بحضور جارحين لهما بأمر سابق على الشهادة. فرع: لو قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين: «قد بان لي أنّهما كانا فاسقين» ولم يُظهر بيّنة تشهد بفسقهما، ففي تمكينه من نقضه وجهان، أظهرهما ذلك؛ بناءً على جواز قضائه بعلمه.

ولو قال: «أكرهت على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما» قبل قوله من غير بيّنة على الإكراه، مع ظهور أمارته، كما لو كان قاضياً من قبل سلطان جائر يظهر في حقّه ذلك، وإلا فوجهان، ولعلّ القبول أقوى مطلقاً.

قوله: «طهارة المولد، فلا تقبل شهادة ولد الزنى أصلاً» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب - ومنهم الشيخ في الخلاف والمرضى مدعيًا عليه الإجماع^١ - عدم قبول شهادة ولد الزنى مطلقاً.

واختلفوا في تعليقه، فالجمهور علّوه بورود الأخبار الصحيحة بذلك، كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن شهادة ولد الزنى فقال: «لا ولا عبد»^١.
 وصحيحة محمد بن مسلم قال، قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنى»^٢.
 ورواية أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن ولد الزنى أتجوز شهادته؟ قال: «لا»، قلت: إن الحكم [بن عتيبة] يزعم أنها تجوز، فقال: «اللهم لا تغفر ذنبه»^٣.
 ورواية عبيد بن زرارة عن أبيه قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «لو أن أربعة شهدوا عندي على رجل بالزنى وفيهم ولد زنى لحددتهم جميعاً؛ لأنه لا تجوز شهادته، ولا يؤمّ الناس»^٤.

وأجودها سنداً الخبر الأول، لكن دلالته لا تخلو من قصور.

وأما الثاني فصحّته ممنوعة، وإن شهد له بها العلامة في المختلف^٥ وولده في الشرح^٦؛ لأنّ في طريقه محمد بن عيسى عن يونس، وهو مقدوح^٧ إمّا مطلقاً، أو على هذا الوجه. وفي طريق الثالث أبان^٨ وأبو بصير، وهما مشتركان بين الثقة وغيره^٩. وفي طريق الرابع ابن فضال، وحاله مشهور^{١٠}.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦١٢.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب ما يردّ من الشهود، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦١٢.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٥، باب ما يردّ من الشهود، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦١٠.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٦، باب ما يردّ من الشهود، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤-٢٤٥، ح ٦١٤.

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠٤، المسألة ٨٠.

٦. إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٢٥.

٧. صرّح بضعفه الشيخ في الفهرست، ص ٤٠٢، الرقم ٦١٢؛ والعلامة في خلاصة الأقوال، ص ٢٤١، الرقم ٨٢١.

٨. أبان مشترك بين الأربعة: ثلاثة منهم ثقة، وواحد منهم غير ثقة. راجع خلاصة الأقوال، ص ٧٣-٧٤، الرقم ١١٩.

٩- ١٢١، و ص ٣٢٥، الرقم ١٢٨٠.

١٠. راجع خلاصة الأقوال، ص ٢٣٤، الرقم ٧٩٨؛ رجال الطوسي، ص ٣٤٦، الرقم ٥١٧٢.

١١. فإنه فطحي. راجع رجال ابن داود، ص ٤٤١، الرقم ١٢٥.

وعَلَّه ابن إدريس بأنّ ولد الزنى كافر، محتجاً بالإجماع، فمن ثمّ لا تقبل شهادته كغيره من الكفّار^١. والدعوى للحكم والإجماع ممنوعان.

واحتج له المرتضى بالإجماع، وبالخبير الذي ورد: «أنّ ولد الزنى لا ينجب»، وأجاب عن ظواهر الآيات التي تقتضي قبول شهادة ولد الزنى إذا كان عدلاً، وأنه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»^٢، فلا يتعدى إليه ذنب من خلق من نطقته: بأنّ الله تعالى قد علم ممّن خلق من نطفة زنى أن لا يختار هو الخير والصلاح، فإذا علمنا بدليل قاطع أنّه لا ينجب لم يلتفت إلى ما يظهره من الإيمان والعدالة؛ لأنّه يفيد ظنّ صدقه، ونحن قاطعون بخبث باطنه وقبح سريره، فلا تقبل شهادته^٣.

وهذا كلّه مبنيّ على ثبوت الخبر الوارد بذلك، بل تواتره؛ لأنّ غير المتواتر لا يوجب الحجّة عنده، ونحن ومن قبلنا لم يمكننا إثباته بسندٍ معتمد، فضلاً عن كونه متواتراً. واعتذر له في المختلف بجواز كونه متواتراً في زمانه ثمّ انقطع^٤. ولا يخفى ما فيه من التكلّف وظهور المنع.

وعَلَّه ابن الجنيد (رحمه الله) بورود الخبر «أنّه شرّ الثلاثة»، وعنى به هو والزانيين. قال: فإذا كنّا لا نقبل شهادة الزاني والزانية، كان ردّ شهادة من هو شرّ منهما أولى^٥.

١. السرائر، ج ٢، ص ١٢٢.

٢. الأنعام (٦): ١٥٤.

٣. راجع الانتصار، ص ٥٠١-٥٠٢، المسألة ٢٧٥؛ حيث حكى إجماع طائفتنا على أنّ ولد الزنى لا يكون نجيباً لا أنّه خير وارد. نعم، احتجّ بالخبير الذي يروى بأنّ ولد الزنى لا يدخل الجنّة؛ وللرواية راجع السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٩٩، ح ١٩٩٩٠.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠٦، المسألة ٨٠.

٥. حكاه عنه السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٥٠٢، المسألة ٢٧٥؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠٥، المسألة ٨٠؛ وللرواية راجع سنن أبي داود، ج ٤، ص ٢٩، ح ٣٩٦٣؛ والسنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٩٩-١٠٠، ح ١٩٩٨٧ و١٩٩٨٩ و١٩٩٩١.

واعترضه المرتضى (رضي الله عنه): بأنه خبر واحد لا يوجب علماً ولا عملاً، ولا يرجع بمثله عن ظواهر الآيات الموجبة للعلم. وبانتقاضه بما لو تاب الزانيان، فإنَّ شهادتهما تقبل إجماعاً، فلا يلزم عدم قبول شهادته أبداً^١.

وإيراده الثاني متوجّه. أمّا الأوّل فهو مشترك بين خبريهما، فلا وجه للتخصيص. ووراء هذا القول قولان آخران:

أحدهما: للشيخ في المبسوط، أنّه تقبل شهادته مع عدالته في الزني وغيره، نقل ذلك عن قوم. قال: وهو قويّ، لكن أخبار أصحابنا تدلّ على أنّه لا تقبل شهادته^٢. ومجرّد معارضة أخبار أصحابنا لا يقتضي الرجوع عمّا قوّاه؛ لجواز العدول عن الأخبار لوجه يقتضيه، فقد وقع له كثيراً. ووجه العدول واضح؛ فإنّ عموم الأدلّة من الكتاب والسنة^٣ على قبول شهادة العدل ظاهراً يتناول ولد الزني^٤، ومن ثمّ ذهب إليه أكثر من خالفنا.

والثاني: قوله في النهاية أنّه تقبل شهادته في الشيء اليسير دون الكثير^٥؛ استناداً إلى رواية عيسى بن عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن شهادة ولد الزني، فقال: «لا تجوز إلّا في الشيء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً»^٦. وإطلاق المنع من قبولها محمول على الكثير جمعاً.

وقد ورد أيضاً في العبد المقترن به رواية بقبول شهادته في اليسير، رواها ابن أبي يعفور - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته

١. الانتصار، ص ٥٠٢-٥٠٣، المسألة ٢٧٥.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٣.

٣. الطلاق (٦٥): ٢.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٧، ص ٣٩١-٣٩٩، الباب ٤١، من أبواب الشهادات.

٥. النهاية، ص ٣٢٦.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٤، ح ٦١١.

لغير مواليه، فقال: «تجوز في الدين والشيء اليسير»^١.
وأجاب في المختلف:

بالقول بالموجب، فإن قبول شهادته في الشيء اليسير يعطي المنع من قبول اليسير من حيث المفهوم؛ إذ لا يسير إلا وهو كثير بالنسبة إلى ما دونه، فإذا لا تقبل شهادته إلا في أقل الأشياء الذي ليس بكثير بالنسبة إلى ما دونه؛ إذ لا دون له، ومثله لا يملك^٢.
ولا يخفى ما في هذا الجواب من التكلف؛ فإن اليسير منزل على العرف حيث لا معين له شرعاً، واليسير الإضافي داخل في العرف.
نعم، يمكن القدح في الرواية باشتراك عيسى بن عبد الله بين الثقة^٣ وغيره^٤، فلا تعارض روايته تلك الأخبار الكثيرة أو عموم الكتاب والسنة الدالين على القبول مطلقاً.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٠، ح ٦٤٠: الاستبصار، ج ٣، ص ١٧، ح ٤٨.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٠٦، المسألة ٨٠.

٣. هو عيسى بن عبد الله القمي. راجع رجال ابن داود، ص ٢٦٨، الرقم ١١٥٣.

٤. لعنه عيسى بن عبد الله بن سعد، فإنه مهمل في كتب الرجال ولم ينص بمدح ولا ذم. راجع رجال النجاشي،

ص ٢٩٦-٢٩٧، الرقم ٨٠٥: وخلاصة الأقوال، ص ٢١٧، الرقم ٧١٢.

الطرف الثاني • فيما به يصير شاهداً

والضابط: العلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾، ولقوله ﷺ وقد سُئِلَ عن الشهادة: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع». ومستندها إما المشاهدة، أو السماع، أو هما.

قوله: «فيما به يصير شاهداً والضابط العلم - إلى قوله - وهي نادرة».

الأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾^١، أي لا تتبّع فتقول فيه بغير علم. يقال: قفوته أقفوه وقفيته إذا اتبعت أثره. وقال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^٢.

وقال ﷺ لمن سأله عن الشهادة: «ترى الشمس؟» فقال: نعم، فقال: «على مثلها فاشهد أو دع»^٣.

إلّا أنّ من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، ولا يستغنى عن إقامة البيّنة عليه، فأقيم الظنّ المؤكّد فيه مقام اليقين، وجوّزت الشهادة بناءً على ذلك الظنّ، كما سيأتي^٤ عند بعض. وبعضهم طرّد الباب.

١. الإسراء (١٧): ٣٦.

٢. الزخرف (٤٣): ٨٦.

٣. أورده الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٣ و ٥٤٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١١٤ و ١١٧ و ١٣١؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣١، المسألة ٩٢؛ وأيضاً راجع حلية الأولياء، ج ٤، ص ١٨؛ والحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٣٤.

٤. يأتي لاحقاً.

فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال؛ لأنَّ آلة السمع لا تدركها، كالغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنى واللواط. فلا يصير شاهداً بشيء من ذلك، إلا مع المشاهدة. وتقبل فيه شهادة الأصمّ. وفي رواية: يؤخذ بأوّل قوله لا بثانيه. وهي نادرة.

وقد قسّم المصنّف (رحمه الله) وغيره من الفقهاء^١ المشهود به على ثلاثة أقسام: أحدها: ما يكفي فيه الإبصار، وهو الأفعال، كالزنى والشرب، والغصب والإتلاف والسرقة، والقتل، والولادة والرضاع، والاصطياد والإحياء، وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير.

وتقبل فيها شهادة الأصمّ؛ إذ لا مدخل للسمع فيها، ولعموم الأدلّة المتناولة له. وذهب الشيخ في النهاية^٢ وتلميذه القاضي^٣ إلى أنّه يؤخذ بأوّل قوله، ولا يؤخذ بثانيه؛ استناداً إلى رواية جميل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الأصمّ في القتل، قال: «يؤخذ بأوّل قوله، ولا يؤخذ بثانيه»^٤.

وأجيب بضعف سند الرواية؛ فإنّ في طريقها سهل بن زياد. وبالقول بالموجب؛ فإنّ قوله الثاني إن كان منافياً للأوّل ردّت شهادته؛ لأنّه رجوع عمّا شهد به أولاً، فلا يقبل، وإن لم يكن منافياً لم يكن ثانياً، بل شهادة أخرى مستأنفة^٥. وفي هذا القسم الأخير نظر. وكيف كان فالوجه القبول مطلقاً.

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥٠٠ - ٥٠١؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. النهاية، ص ٣٢٧.

٣. المهذب، ج ٢، ص ٥٥٦.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٠، باب شهادة الأعمى والأصمّ، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٥، ح ٦٦٤.

٥. أجاب به العلامة في مختلف الشيعية، ج ٨، ص ٥٠٧، المسألة ٨١.

● وما يكفي فيه السماع: فالنسب والموت والملك المطلق؛ لتعذر الوقوف عليه مشاهدةً في الأغلب.

ويتحقق كل واحدٍ من هذه بتوالي الأخبار من جماعة لا يضمّمهم قيد المواعدة، أو يستفيض ذلك حتى يتأخّم العلم. وفي هذا عندي تردّد.

قوله: «وما يكفي فيه السماع فالنسب والموت والملك المطلق - إلى قوله - لأنّ الظنّ يحصل بالواحد».

هذا هو القسم الثاني، وهو ما يكفي فيه السماع، فمنه النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أنّ هذا الرجل ابن فلان، وأنّ هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان، أو أنّهما من قبيلة كذا؛ لأنّه أمر لا مدخل للرؤية فيه، وغاية الممكن رؤية الولادة على فراش الإنسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوقّفين والقبائل القديمة لا يتحقّق فيه الرؤية ومعرفة الفراش، فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع.

ومقتضى إطلاق النسب عدم الفرق بين كونه من الأب والأمّ. وفي نسب الأمّ وجه، أنّه لا تجوز الشهادة عليه بالسماع؛ لإمكان رؤية الولادة. والأشهر الجواز كالرجل.

وصفة التسامع في ذلك أن يسمع الشاهد الناس ينسبون المشهود بنسبة إلى ذلك الرجل أو القبيلة. ولا يعتبر التكرّر والامتداد أمدة السماع، وإن كان الحكم به أكد، بل لو حضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعةً واحدةً على وجه إفادة الغرض جاز له الشهادة. ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهم ما يورث التهمة والريبة، فلو كان المنسوب إليه حيّاً وأنكر لم تجز الشهادة. ولو كان مجنوناً جازت، كما لو كان ميتاً. وفيه وجه بالمنع؛ لاحتمال أن يفتيق فينكر.

وهل يقدح في ذلك طعن من يطعن في النسب؟ وجهان، أظهرهما مراعاة الشرط، وهو الظنّ المتأخّم أو العلم.

وقال الشيخ (رحمه الله): لو شهد عدلان فصاعداً صار السامع متحتملاً وشاهد أصل، لا شاهداً على شهادتهما؛ لأن ثمرة الاستفاضة الظنّ وهو حاصل بهما. وهو ضعيف؛ لأنّ الظنّ يحصل بالواحد.

ومنه الموت، والمشهور جواز الشهادة عليه بالاستفاضة كالنسب؛ لأنّ أسباب الموت ممّا يكثر، ومنها ما يخفى، ومنها ما يظهر، وقد يعسر الاطلاع عليها، فجاز أن يعتمد على الاستفاضة، ولأنّه يقع في الأقواء وينتشر كالنسب. وفيه وجه بالمنع؛ لأنّه يمكن فيه المعاينة، بخلاف النسب.

ومنه الملك المطلق؛ لأنّ أسباب الملك يخفى على تطاول الأزمان، ويبقى الملك المطلق المجرد عن السبب، فلو لم يثبت بها أدى إلى بطلان الحقّ وتعذر إثبات الملك بموت الشهود. وكذا القول في الوقف والعتق وولاية القاضي. وقد تقدّم في القضاء^١.

إذا تقرر ذلك، فقد اختلف فيما به يصير الشاهد شاهداً بالاستفاضة، فقيل: أن يكثر السماع من جماعة حتى يبلغ حدّ العلم بالمخبر عنه^٢. وعلى هذا، فلا تكون هذه الأشياء خارجة عن أصل الشهادة.

وقيل: يكفي بلوغه حدّاً يوجب الظنّ الغالب المقارب للعلم^٣. والمصنّف (رحمه الله) تردّد في ذلك، من حيث إنّ ذلك على خلاف الأصل، فإثباته يحتاج إلى دليل صالح يخرج عنه، ومجرد ما ذكره غير كافٍ في إثباته، وإمكان العلم بكثير من هذه الأشياء كما أشرنا إليه.

والحقّ أنّنا اعتبرنا العلم لم ينحصر الحكم في المذكورات، وإن اكتفينا بالظنّ الغالب فملتوقّف فيه مجال، إلّا أن يفرض زيادة الظنّ على ما يحصل منه بقول الشاهدين، بحيث

١. تقدّم في ص ٣٩.

٢. قاله العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٦٣، الرقم ٦٦٥٥؛ وإرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٦٠.

٣. قاله الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠)؛ ونسبه فخر المحقّقين إلى البعض في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٣٩.

فرع: ● لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني، وهو ساكت؛ أو قال: هذا أبي، وهو ساكت، قال في المبسوط: صار متحتملاً؛ لأنَّ سكوته في معرض ذلك رضى بقوله عرفاً. وهو بعيد، لاحتماله غير الرضى.

يمكن استفادته من مفهوم الموافقة بالنسبة إلى الشاهدين الذي هو حجة منصوصة، فيمكن إلحاقه حينئذٍ به.

وبالغ الشيخ في المبسوط فقال:

يكفي أن يسمع من عدلين فصاعداً، فيصير بسماعه منهما شاهد أصل ومتحتملاً للشهادة؛ لأنَّ ثمرة الاستفاضة هو الظنُّ وهو حاصل بهما^١.

واستضعفه المصنّف (رحمه الله) بأنَّ الظنَّ يحصل بالواحد، والشيخ لا يقول بالاكْتفاء به، بل ربما حصل الظنُّ بالواحد إذا كان أنتى، وهو باطل قطعاً. وأجيب بأنَّ الشيخ لم يعتبر الظنَّ مطلقاً، بل الظنُّ الذي ثبت اعتباره شرعاً وهو شهادة العدلين، والظنُّ يقبل الشدّة والضعف، فلا يلزم من الاكْتفاء بفرد قويّ منه الاكْتفاء بالضعيف^٢.

وفيه: أنَّ الظنَّ المستند إلى جماعة غير عدولٍ ممّا لم يثبت اعتباره شرعاً؛ فإنّه عين المتنازع، فاكتفاؤه به وتعديته الحكم إلى العدلين يدلُّ على عدم تقييده بالظنِّ المعتبر شرعاً، فالنقض بحاله.

قوله: «لو سمعه يقول للكبير: هذا ابني، وهو ساكت» إلى آخره.

هذا متفرّع على ما اختاره الشيخ (رحمه الله) من الاكْتفاء في الشهادة على الاستفاضة بالظنِّ، وهو حاصل في هذه الصورة وإن لم يكن بطريق التسامع من الجماعة؛ لأنَّ سكوت الكبير عند دعوى الآخر للنسب مع عدم المانع من الإنكار يفيد الظنَّ الغالب بموافقته له

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٣.

٢. غاية المراد، ج ٤، ص ١١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

تفريع على القول بالاستفاضة

[الفرع] الأول: • الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، مثل البيع والهبة والاستغنام؛ لأن ذلك لا يثبت بالاستفاضة، فلا يعزى الملك إليه مع إثباته بالشهادة المستندة إلى الاستفاضة.

أما لو عزاه إلى الميراث صح؛ لأنه يكون عن الموت الذي يثبت بالاستفاضة. والفرق تكلف؛ لأن الملك إذا ثبت بالاستفاضة لم تقدح الضميمة، مع حصول ما يقتضي جواز الشهادة.

عليه، فيكون ذلك بمنزلة إخبار الجماعة؛ إذ الاعتبار بالظنّ الغالب لا بالسماع من الجماعة من حيث هو سماع، وهو متحقق هنا.

ويضعف بأنّ السكوت أعمّ من موافقته على الدعوى. ويمنع من حصول الظنّ الغالب بذلك مطلقاً. ويتقدير تسليمه لا نسلم تعدّي الحكم إليه؛ للنهي عن العمل بالظنّ^١، إلا ما دلّ عليه دليل صالح، وهو منفيّ هنا.

قوله: «الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب» إلى آخره.

لما كانت الاستفاضة مخصوصة بأمر خاصّة - منها الملك المطلق دون البيع والهبة والاستغنام وما شاكلها - كان السبب الموجب للملك منه ما يثبت بالاستفاضة، كالموت بالنسبة إلى الملك بالإرث، ومنه ما لا يثبت بها كالعقود. فإذا سمع الشاهد بالاستفاضة أنّ هذا ملك زيد ورثه عن أبيه الميّت، فله أن يشهد بالملك وسببه - لأنهما يثبتان بالاستفاضة. وإذا سمع مستفيضاً أنّ هذا الملك لزيد اشتراه من عمرو شهد بالملك المطلق لا بالبيع؛ لأنّ البيع لا يثبت بالاستفاضة. فلو فعل ذلك احتمل عدم قبول الشهادة؛ لاشتمالها على أمرين: أحدهما تقبل الشهادة عليه، والآخر لا تقبل، والشهادة لا تتبع بعض.

والوجه أنّها تسمع في الملك وتلغو الضميمة، وهي السبب الذي لا يثبت بالاستفاضة؛

[الفرع] الثاني: • إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضة، هل يفترق إلى مشاهدة اليد والتصرّف؟ الوجه لا. أمّا لو كان لواحد يد ولآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد؛ لأنّ السماع قد يحتمل إضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره، فلا تزال اليد بالمحتمل.

لوجود المقتضي للقبول في أحدهما دون الآخر.

وتظهر الفائدة فيما لو كان هناك مدّع آخر وله شهود بالملك وسببه من غير استفاضة؛ فإنّ بيّنته ترجّح على بيّنة هذا الذي لم يسمع إلّا في المطلق المجرد عن السبب، وفي القسم الأوّل يتكافئان.

ولو كانت بيّنة الآخر شاهدة له بالملك المطلق رجّحت بيّنة هذا في الأوّل عليه، وكافأت بيّنة الآخر في الثاني. وهكذا.

قوله: «إذا شهد بالملك مستنداً إلى الاستفاضة، هل يفترق إلى مشاهدة اليد والتصرّف؟ الوجه لا» إلى آخره.

إذا اجتمع في ملك يد وتصرّف واستفاضة بالملك، فلا إشكال في جواز الشهادة له بالملك، بل هو غاية ما يبني عليه الشهادة. وإنّما يحصل الاشتباه فيما لو انفرد واحد من الثلاثة أو اجتمع اثنان.

والمصنّف (رحمه الله) فرّق في حكم المسألة في موضعين: هنا، وفي المسألة الآتية، ولو جمعهما في مسألة واحدة كان أضبط.

والمقصود في هذه المسألة أنّ الشهادة المستندة إلى الاستفاضة بالملك هل يتوقّف سماعها على رؤية الشاهد من استفاض الملك له - زائداً على الملك - يتصرّف فيه بالبناء والهدم والإجارة ونحوها، أم تسمع من دون الأمرين؟ الوجه عند المصنّف (رحمه الله) الثاني؛ لما تقدّم من أنّ الملك المطلق يثبت بالاستفاضة؛ لتعدّد أسبابه وخفاء بعضها، فلا يفترق إلى انضمام أمر آخر معه.

ووجه العدم، إمكان الاطلاع على أسبابه، فلا بدّ من ضميمة ما يفيد القوّة ويقوم مقام السبب من اليد أو التصرف.

ولا يخفى ضعفه؛ لأنّ اليد والتصرف وإن كانا ظاهرين في الملك إلاّ أنّهما ليسا من أسبابه، فاشتراط الاطلاع على السبب لإمكانه لا يقتضي الاكتفاء باليد والتصرف المجردين عن علم السبب.

والأجود الاكتفاء في الشهادة بالملك المطلق بالتسامع على الوجه المتقدّم. وعلى هذا، فلو تعارض السماع واليد ففي ترجيح أيّهما وجهان:

أحدهما: ترجيح السماع؛ لأنّه يفيد الملك الحالي، وقد تقدّم في القضاء أنّ البيّنة بالملك مقدّمة على اليد^١؛ لأنّ اليد تحتل غير الملك من العارية والإجارة بل القصب، بخلاف الملك، فإنّه صريح في معناه.

والثاني - وهو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله) - تقديم اليد؛ لأنّها ظاهرة في الملك وإن كانت محتملة لغيره، والسماع مشترك بين الملك والاختصاص المطلق المحتمل للملك وغيره.

وهذا التوجيه إنّما يتمّ إذا كان محصل السماع أنّ هذه الدار مثلاً لفلان؛ فإنّ «اللام» تحتل الملك والاختصاص الذي هو أعمّ منه. أمّا إذا كان محصله أنّ الدار ملك فلان فلم يتمّ؛ لأنّه صريح في المقصود، بخلاف اليد.

ولابدّ من فرض المسألة على الوجه الأوّل ليتمّ التعليل، ويناسب الحكم المتقدّم من ترجيح الملك على اليد، وإن كان إطلاق البيّنة المستندة إلى الاستفاضة أعمّ من ذلك.

مسائل ثلاث:

الأولى: • لا ريب أن المتصرّف بالبناء والهدم والإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق. أمّا من في يده دار فلا شبهة في جواز الشهادة له باليد. وهل يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، وهو المروي.

وفيه إشكال من حيث إنّ اليد لو أوجبت الملك لم تسمع دعوى من يقول: الدار التي في يد هذا لي، كما لا تسمع لو قال: ملك هذا لي.

قوله: «لا ريب أن المتصرّف بالبناء والهدم والإجارة» إلى آخره.

هذه تتمّة أقسام المسألة السابقة، وهي ما إذا انفرد المتصرّف أو اليد عن التسامع، فهل تجوز الشهادة بالملك أم لا؟ فالمصنّف (رحمه الله) قطع بالجواز مع المتصرّف المتكرّر بالبناء والهدم والإجارة وغيرها بغير منازع. وهذا اختيار الأكثر، بل ادّعى عليه في الخلاف الإجماع^١؛ لقضاء العادة بأنّ ذلك لا يكون إلّا في الملك، ولجواز شرائه منه، ومتى حصل عند المشتري يدعي ملكيته، وهو فرع على ملكيّة البائع.

ويترتب على ذلك ما لو ادّعى على المشتري فأنكر، فله أن يحلف على القطع قطعاً، وذلك يساوي الشهادة، وإن كان أصل الشراء بناءً على الظاهر لا يساويها.

ويعتبر في المتصرّف التكرّر؛ لجواز صدور غيره من غير المالك كثيراً، وكذلك عدم المنازع؛ إذ لو وجد لم يحصل الظنّ الغالب بملك المتصرّف.

ولا حدّ للمدّة التي يتصرّف فيها ويضع يده على الملك، بل ضابطها ما أفادت الأمر المطلوب من الاستفاضة.

وفي الخلاف صرح بعدم الفرق بين الطويلة والقصيرة^٢. أمّا في المبسوط فجعل القصيرة

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٦٤-٢٦٥، المسألة ١٤.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢٦٤، المسألة ١٤.

نحو الشهر والشهرين غير كافٍ، وأطلق كون الطويلة كالسنين مجوزة^١.
وقيل: لا تجوز الشهادة بالملك بذلك كله؛ لوقوع ذلك من غير المالك، كالوكيل
والمستأجر والغاصب؛ فإنهم أصحاب يد وتصرف^٢، خصوصاً الإجارة؛ لأنها وإن تكررت
فقد تصدر من المستأجر مدةً طويلةً، ومن الموصى له بالمنفعة، وكذلك الرهن قد يصدر من
المستعير متكرراً.

والشيخ في المبسوط اقتصر على نقل القولين، ولم يرجح أحدهما.
وأما إذا انفردت اليد عن التصرف فالحكم فيه أضعف. فإن لم نجوز الشهادة بالملك في
الأول فهنا أولى. وإن جاوزناها فهنا وجهان:

أحدهما - وهو الذي اختاره العلامة^٣ وأكثر المتأخرين - الجواز؛ لدلالاتها ظاهراً على
الملك، كدلالة التصرف، وإن كان التصرف أقوى، إلا أن الاشتراك في أصل الدلالة عليه
ظاهراً حاصل؛ ولما تقدّم من جواز شرائه منه، والحلف عليه^٤.

ولرواية حفص بن غياث: أنه سأل الصادق عليه السلام عن رجل رأى في يد رجل شيئاً، أيجوز
أن يشهد أنه له؟ قال: «نعم»، قلت: فلعله لغيره، قال: «ومن أين جاز لك أن تشتريه ويصير
ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه
إليك قبله؟!» ثم قال الصادق عليه السلام: «لو لم يجز هذا ما قامت للمسلمين سوق»^٥.

وهذه الرواية ضعيفة الإسناد، إلا أن مضمونها موافق للقواعد الشرعية، كما نبهنا
عليه سابقاً.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٤.

٢. نقله الشيخ عن بعض في المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٤ بقوله: وأما بالملك مطلقاً فلا؛ لأن اليد يختلف...

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥٠٢.

٤. تقدّم في ص ٣٨٤.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٧، باب بدون عنوان، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥١، ح ٣٣١٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦،

ص ٢٦١ - ٢٦٢، ح ٦٩٥.

والثاني: عدم جواز الشهادة بالملك بمجرد اليد؛ لأنَّ اليد لو دلت على الملك لكان قوله: «الدار التي في يده لي» بمنزلة قوله: «الدار التي هي ملكه لي»، لكن التالي باطل، فالمقدّم مثله، والملازمة ظاهرة.

وهذا هو الذي جعله المصنّف (رحمه الله) منشأ الإشكال. وقد ذكره الشيخ في المبسوط كذلك دليلاً لهذا القول^١.

وأجيب عن ذلك بأنّه إنّما جاز ذلك في الإقرار؛ لأنّ دلالة اليد ظاهرة، والإقرار بالملك قاطع، والصرف عن الظاهر بقرينة جائز، بخلاف القاطع، والقرينة هنا موجودة، وهي ادّعاؤه بها. وبأنّه معارض بالتصرّف، فإنّه لو قال: «الدار التي في تصرّف هذا لي» سمعت، مع حكمهم بجواز الشهادة فيه بالملك المطلق^٢.

وأجاب الشهيد (رحمه الله) في شرح الإرشاد عن ذلك:

بأنّ الدلالة الظاهرة إمّا أن تثمر للشاهد العلم أو لا، فإن كان الأوّل فلا تفاوت بينها وبين الإقرار بالملك، وإلّا لم تصحّ الشهادة. فحينئذٍ نقول: إذا كانت اليد ظاهرة لا تصحّ الشهادة بالملك المطلق بسببها، وهو المطلوب. وعن المعارضة بالتزام عدم السماع في التصرّف^٣. وفيهما نظر؛ لأنّ الشهادة في هذه المواضع لم يعتبروا فيها العلم، بل اكتفوا فيها بالظنّ الغالب؛ لاتّفاقهم على أنّه مع اجتماع الثلاثة - أعني اليد والتصرّف والسماع - تجوز الشهادة بالملك، وجعلوه غاية الإمكان، مع أنّ ذلك لا يبلغ حدّ العلم غالباً؛ لجواز تخلف الملك معها؛ لأنّ كلّ واحدٍ منها أعمّ من الملك، ولهذا اختلفوا فيها منفردة، ومع انضمامها تأكّد الظنّ، لأنّه بلغ حدّ العلم مطلقاً أو في بعض الفروض، ولو اعتبر العلم كما احتجّج إلى جعله غاية الإمكان، بل كان التعليل بإفادته العلم أولى وأظهر.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٤.

٢. أجاب به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٦٤، الرقم ٦٦٥٧.

٣. غاية المراد، ج ٤، ص ١١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

الثانية: ● الوقف والنكاح يثبت بالاستفاضة. أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه. وأمّا على الاستفاضة المفيدة لغالب الظن؛ فلأنّ الوقف للتأييد، فلو لم تسمع فيه الاستفاضة لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقات وفناء الشهود. وأمّا النكاح؛ فلأنّنا نقضي بأنّ خديجة رضي الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وآله، كما نقضي بأنّها أمّ فاطمة رضي الله عنها.

ولو قيل: إنّ الزوجيّة تثبت بالتواتر؛ كان لنا أن نقول: التواتر لا يشمر إلا إذا استند السماع إلى محسوس، ومن المعلوم أنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد، ولا عن إقرار النبي صلى الله عليه وآله، بل نقل الطبقات متّصل إلى الاستفاضة التي هي الطبقة الأولى، ولعلّ هذا أشبه بالصواب.

وأما التزامه في التصرف بعدم السماع كاليد المجردة فغير قادح في المعارضة؛ لأنّ المعارض أوردتها على الشيخ والجماعة القائلين بسماعها مع التصرف دون اليد، فلا يضره التزام غيرهم بعدم السماع، مع ما فيه من البعد. قوله: «الوقف والنكاح يثبت بالاستفاضة» إلى آخره.

هذا الحكم ذكره الشيخ (رحمه الله) في الخلاف كذلك، واستدلّ عليه بما لخصه المصنّف (رحمه الله) من أنّ الوقف مبنيّ على التأييد، فلو لم تجز الشهادة فيه بالاستفاضة أدّى إلى بطلان الوقف؛ لأنّ شهود الوقف لا يبقون أبداً، والشهادة الثالثة لا تسمع. وأنّه تجوز لنا الشهادة على أزواج النبي صلى الله عليه وآله، ولم يثبت ذلك إلا بالاستفاضة؛ لأنّنا ما شاهدناهم^١.

واعترض على الأوّل بأنّ الشهادة بدون العلم منهية عنها، فتخصيص ذلك بالوقف تحصيلاً لمصلحة ثبوته ليس بأولى من تخصيص النهي عن سماع الشهادة الثالثة بالوقف لهذه المصلحة، بل هذا التخصيص أولى؛ لأنّه لا مانع منه عقلاً، بخلاف الشهادة بمجرد الظنّ. وبأنّ الشهادة على أزواج النبي صلى الله عليه وآله ليست مستندة إلى الاستفاضة، بل إلى التواتر؛ لإخبار

جماعة كثيرة يفيد قولهم العلم بذلك في كل طبقة^١.

وأجاب المصنّف (رحمه الله) عن الأوّل بأنّ المانع من سماع الشهادة الثالثة النقل والإجماع، فلم يمكن معارضتهما بالتخصيص، بخلاف الشهادة بمجرد الظنّ، فإنّه لا إجماع على منعها، بل الأكثر على تجويزها. وتمنع من كون العقل دالّاً على النهي عن ذلك؛ لأنّ أكثر الأحكام الشرعيّة مبناها على الظنّ.

وعن الثاني بأنّ من شرط التواتر استناد المخبرين إلى محسوس، وهو منتفٍ هنا، للعلم بأنّ الطبقة الأولى لم يخبروا عن مشاهدة العاقدين وسماع العقد، وإنّما شاهده بعضهم ونقله إلى الباقين واستمرّ الأمر، فلم يحصل شرط التواتر؛ إذ من شرطه استواء جميع الطبقات فيه. وفيه نظر؛ لأنّ الطبقة الأولى السامعين للعقد، المشاهدين للمتعاقدين بالفون حدّ التواتر وزيادة؛ لأنّ النبي ﷺ كان ذلك الوقت من أعلى قريش، وعمّه أبو طالب المتولّي لتزويجه كان حينئذٍ رئيس بني هاشم وشيخهم، ومن إليه مرجع قريش، وخديجة ﷺ أيضاً كانت من أجلاء بيوتات قريش، والقصة في تزويجها مشهورة، وخطبة أبي طالب (رحمه الله) في المسجد الحرام بمجمع من قريش^٢ ممّن يزيد عن العدد المعتبر في التواتر، فدعوى معلوميّة عدم استناد الطبقة الأولى إلى مشاهدة العقد وسماعه ظاهرة المنع، وإنّما الظاهر كون ذلك معلوماً بالتواتر؛ لاجتماع شرائطه، فلا يتمّ الاستدلال به على هذا المطلوب.

واعلم أنّ قول المصنّف (رحمه الله) «أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه» يدلّ على أنّ مختاره اشتراط العلم في الشهادة بالاستفاضة، ولم يصرّح به فيما سبق، وإنّما تردّد فيه^٣، والتردّد يقتضي تساوي الطرفين لا رجحان أحدهما. وعلى كلّ حال فالوجه ثبوت الأمرين بالاستفاضة.

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٥١، المسألة ١٠٩.

٢. راجع الكافي، ج ٥، ص ٣٧٤ - ٣٧٥، باب خطب النكاح، ح ٩.

٣. راجع ص ٣٧٨.

الثالثة: • الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة وأداؤها. ويبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته. فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمة العارف بإشارته. نعم، يفتقر إلى مترجمين. ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً، لا بشهادة المترجمين فرعاً.

[الفرع] • الثالث: ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة، كالنكاح والبيع والشراء والصلح والإجارة؛ فإنّ حاسة السمع تكفي في فهم اللفظ، ويحتاج إلى البصر لمعرفة الالفاظ. ولا لبس في شهادة من اجتمع له الحاستان.

أما الأعمى فتقبل شهادته في العقد قطعاً؛ لتحقق الآلة الكافية في فهمه، فإن انضمّ إلى شهادته معرّفان جاز له الشهادة على العاقد، مستنداً إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره.

قوله: «الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة وأداؤها» إلى آخره.

كما أنّ إشارة الأخرس المفهمة معتبرة في العبادات اللفظية، وفي العقود والإيقاعات من النكاح والطلاق وغيرهما، فكذا في أداء الشهادة؛ لاشتراك الجميع في المقتضي، ولحصول الإفهام المعتبر؛ لأنّه الغرض.

ثم إن عرف القاضي إشارته عمل بما يعلمه، وإلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته، كما يفتقر إليهما لو كان الشاهد أعجمياً والحاكم لا يعرف لغته.

وحيث يفتقر إلى المترجمين يكونان مخبرين، بمعنى إشارته، لا شاهدين على شهادته، فلا يشترط غيبته عن مجلس الحكم حال ترجمتهما، ولا تعدّ شهادتهما مرتبةً أولى حتى تمتنع الثانية، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشهادة الفرعية.

قوله: «الثالث: ما يفتقر إلى السماع والمشاهدة» إلى آخره.

هذا هو القسم الثالث، وهو ما يفتقر في الشهادة به إلى السمع والبصر معاً، وهو الأقوال، فلا بدّ من سماعها ومن مشاهدتها قائلها، وذلك كالنكاح والطلاق والبيع وجميع العقود

ولو لم يحصل ذلك، وعرف هو صوت العاقد معرفةً يزول معها الاشتباه، قيل:
لا تقبل؛ لأنّ الأصوات تتماثل. والوجه أنّها تقبل؛ فإنّ الاحتمال يندفع باليقين؛
لأنّنا نتكلّم على تقديره.

وبالجملة، فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلاً ومؤدّباً، عن علمه وعن
الاستفاضة فيما يشهد به بالاستفاضة.

والفسوخ والإقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الأصمّ الذي لا يسمع شيئاً.

وأما الأعمى ففي جواز شهادته اعتماداً على ما يعرفه من الصوت وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنّ الأصوات تتشابه، ويتطرّق إليها التخيل والتلبس.

والثاني - وهو الأشهر - القبول؛ لأنّ الفرض علمه القطعي بالقائل ومعرفة إياه، ووقوع
ذلك أكثر في مشاهد في كثير من العميان، يعلمون القائل بأدنى صوت يظهر منه، ويميّزون بينه
وبين غيره ممّن يشبه صوته صوته، بل ربما يترقّون إلى المعرفة بدون ذلك. وللإجماع على
أنّ للأعمى أن يطأ حليلته اعتماداً على ما يعرفه من صوتها.

وفرق المانع من شهادته بأنّ الشهادة مبنية على العلم ما أمكن، كما تقدّم^١، والوطء يجوز
بالظنّ. وأيضاً فالضرورة تدعو إلى تجويز الوطاء، ولا تدعو إلى الشهادة، فإنّ في البصراء
غنية عنه. وفي هذين الجوابين تكلف.

وللعامة في ذلك اختلاف، فمالك^٢ وأحمد^٣ على قبول شهادته، كما هو المشهور عندنا،
والباقون على المنع^٤.

وقد حكى أنّ جماعة من الفقهاء القائلين بالمنع من قبول شهادته سألوا رجلاً قائلاً

١. تقدّم في ص ٣٧٦.

٢. راجع المدونة الكبرى، ج ٣، ص ٤٣، بقوله: فهل تجوز شهادة الأعمى في الطلاق، قال مالك: نعم، إذا عرف

الصوت؛ وحكاه عنه السرخسي في المبسوط، ج ١٦، ص ١٥٢.

٣. حكاه عنه أبو بكر القفال في حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٩١.

٤. راجع الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٤١؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٩٢؛ بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٤٠٧.

- ولو تحمّل شهادةً وهو مبصر ثمّ عمي، فإن عرف نسب المشهود أقام الشهادة. وإن شهد على العين وعرف الصوت يقيناً جاز أيضاً.
- أمّا شهادته على المقبوض فماضية قطعاً.

بقبولها عن ذلك، قصداً للتشنيع عليه، فقال: ما قولكم في أعمى يطأ زوجته وأقرّت تحته بدرهم فشهد عليها؟ أتصدّقونه في أنّه عرفها حتّى استباح بضعها، وتقولون إنّه لم يعرفها للإقرار بدرهم؟! فانعكس التشنيع.

قوله: «ولو تحمّل شهادةً وهو مبصر ثمّ عمي» إلى آخره.

إذا تحمّل شهادة يحتاج إلى البصر وهو بصير ثمّ عمي، نظر إن تحمّلها على رجل معروف النسب والاسم لرجل بهذه الصفة فله أن يشهد بعد ما عمي؛ لحصول العلم بالمشهود له والمشهود عليه. وكذا لو عمي ويد المقرّ في يده، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب. وإن لم يكن كذلك بني على القولين، فإن منعنا من شهادته على الصوت امتنع هنا؛ لأنّه لا يمكنه تعيين المشهود عليه، ولا الإشارة إلى المشهود له. وإن قبلناها مع العلم فكذا هنا. قوله: «أمّا شهادته على المقبوض فماضية قطعاً».

هذه الصورة ممّا استثنّاها القائلون بالمنع من قبول شهادته، وسّمّوها «الضبطّة»، وهي أن يضع رجل فمه على أذن الأعمى ويد الأعمى على رأسه، بحيث يتيقّن أنّه يسمع منه، فيقرّ بطلاق أو عتق أو حقّ لرجل معروف الاسم والنسب، ويقبضه الأعمى، ولا يزال يضبطه حتّى يشهد بما سمع منه عند الحاكم، فتقبل شهادته على القولين؛ لحصول العلم بالمشهود له وعليه.

وربما قيل باطراد المنع هنا؛ لأنّ التصوير المذكور فيه عسر وتدقيق، واللائق حسم الباب، كما أنّنا لا نقبل شهادة الفاسق على الإطلاق، وإن كان قد يغلب على ظنّنا صدقه في بعض الموارد.

ويضعّف بانتفاء المنع في هذه الصورة قطعاً، مع وجود المقتضي للقبول. ودقّة الفرض لا تدفع الحكم. وتشبيهه بالفاسق الذي يغلب على الظنّ صدقه فاسد؛ لوجود الفارق، وهو

● وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارةً حاضر عنده.

أَنَّ الْفَاسِقَ مِنْهَيٌّ عَنِ الرُّكُونِ إِلَى قَوْلِهِ مُطْلَقاً^١، لَا بِاعْتِبَارِ ظَنِّ صَدَقِهِ وَعَدَمِهِ، بَلْ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ فَاسِقاً، بِخِلَافِ الْأَعْمَى؛ فَإِنَّ الْمَانِعَ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ عَدَمَ عِلْمِهِ بِالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ وَلَهُ، لَا مِنْ حَيْثُ هُوَ أَعْمَى، فَإِذَا فَضِيَ الْعِلْمُ قَبْلَ.

قوله: «وتقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارةً حاضر عنده».

هذه الصورة أيضاً مستثناة من شهادة الأعمى على الأقوال، على القول بعدم قبولها؛ فإنه لو شهد عند الحاكم أعجمي لا يفهم كلامه، أو أقرّ عنده مقرّ والأعمى يعرف لغته، فترجمها للحاكم قبلت؛ لانتفاء المانع حينئذٍ؛ إذ الحاكم يعرف المشهود عليه وله، وإنما يشتهبه عليه معنى اللفظ الواقع، فشهادة الأعمى بترجمته^٢ لا تتوقف على البصر.

١. اقتباس من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَ كُمْ فَاسِقٌ يَنْتَهِ قَتِيلُوا﴾. الحجرات (٤٩): ٦.

٢. في بعض النسخ: «وترجمته» بدل «بترجمته».

الطرف الثالث • في أقسام الحقوق

وهي قسمان: حقّ لله سبحانه، وحقّ للآدمي.
• والأوّل منه ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال، كالزنى واللواط والسحق. وفي إتيان البهائم قولان، أصحهما ثبوته بشاهدين.

قوله: «في أقسام الحقوق وهي قسمان: حقّ لله سبحانه وحقّ للآدمي». جعل العنوان في أقسام الحقوق ثمّ جعلها قسمين قد يوهم التنافي، من حيث جعل الجمع الذي أقلّه ثلاثة شيئين. والوجه فيه أنّ الأقسام أزيد من ثلاثة كما ستقف عليها، ولكن جعل أصلها قسمين، وقسم كلّ واحد منهما إلى أقسام. والكلام في قوّة أنّ أقسام الحقوق المتكثّرة ترجع إلى أمرين، ثمّ كلّ منهما ينقسم إلى أقسام. قوله: «والأوّل منه ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال» إلى آخره. الغرض من هذا الباب بيان العدد المعتبر في الشهادات ومواضع اعتبار الذكورة وعدم اعتبارها.

واعلم أنّ قول الشاهد الواحد لا يكفي للحكم به مطلقاً، إلّا ما قيل به في هلال رمضان^١. ومسألة الشاهد واليمين ليست مستثناة؛ لأنّ القضاء ليس بالشاهد وحده، بل اليمين إمّا جزء أو شرط فيه.

ثمّ للفقهاء في هذا التقسيم اعتبارات، فالمصنّف (رحمه الله) قسم الحقوق قسمين: حقّ

١. وهو قول سلّار في المراسم، ص ٩٦، بقوله: أو شهد بها في أوّله واحد عدل.

لله تعالى، وحقّ للآدمي، ثمّ قسّم كلّ واحدٍ منهما على حدة.

ومنهم من قسّمها ابتداءً إلى الأقسام^١. وكثيراً ما تتداخل الأقسام في كلامهم، والأمر سهل.

فمن حقوق الله تعالى الزنى. وفي معناه اللواط والسحق عندنا. وإنّما يثبت بشهادة أربعة رجال، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَنَةَ إِذْ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^٢. وقال تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^٣. وقال تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾^٤.

وقال سعد: يا رسول الله، أرايت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: «نعم»^٥.

قيل: والحكمة في اختصاصه بذلك أنّ الشهادة فيه على اثنين، فاعتبر لكلّ واحد رجلان. وهذا التعليل مروى أيضاً عن أبي حنيفة روايةً عن أبي عبد الله^٦.

وفيه: أنّ شهادة الاثنين مقبولة على الجماعة إذا شهدا على كلّ واحد منهم، ولأنّه قد لا يعرفون أحد الزانيين فلا يمكنهم الشهادة عليه. وفي أخبار كثيرة أنّ ذلك تعبد محض^٧. وأنّ فيه دليلاً على بطلان القياس، وإلا لكان القتل أولى باعتبار الأربعة؛ لأنّه أفحش.

واختلفوا في إتيان البهائم هل يتوقّف على أربعة رجال أم يكفي فيه بشاهدين؟ فقيل

١. كالشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٠ وما بعدها (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٢. النور (٢٤): ٤.

٣. النور (٢٤): ١٣.

٤. النساء (٤): ١٥.

٥. مسند أحمد، ج ٣، ص ٢٢٩، ذيل الحديث ٩٦٧٨؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٣٥، ح ١٤٩٨/١٥؛ سنن أبي داود، ج ٤، ص ١٨١، ح ٤٥٣٣؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٢٤٨، ح ٢٠٥٢١.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٤٠٤، باب النوادر، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٧-٢٧٨، ح ٧٦٠.

٧. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٨، ص ٩٤-٩٧، الباب ١٢، من أبواب حدّ الزنى.

● ويثبت الزنى خاصةً بثلاثة رجالٍ وامرأتين، وبرجلين وأربع نساءٍ، غير أن الأخير لا يثبت به الرجم، ويثبت به الجلد، ولا يثبت بغير ذلك.

بالأول^١؛ عملاً بالأصل، وكونه وطءاً محرماً في معنى الزنى، ومشمئلاً على الهتك. والأصح ما اختاره المصنّف والأكثر من ثبوته بشاهدين؛ لأنّ الشارع جعل ثبوت الأحكام في غير الزنى بشاهدين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^٢، وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾^٣. وإتيان البهائم ليس بزنى، ولا يوجب الحدّ، وإنّما يوجب التعزير. وبهذا فارق اللواط والسحق؛ فإنّهما يوجبان الحدّ عندنا. ومن أوجب بهما التعزير من العامة أثبتهما بشاهدين^٤.

قوله: «ويثبت الزنى خاصةً بثلاثة رجال وامرأتين» إلى آخره. هاتان صورتان خارجتان عن ظاهر الآية باشتراك أربعة رجال بنصّ خاصّ، وغير منافيتين لما دلّت عليه الآيات^٥؛ إذ ليس فيها ما يدلّ على الحصر، فإذا ثبت بدليل آخر عمل به.

ومستند الحكم في الأولى روايات كثيرة:
منها: صحيحة عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال، ولا تجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان»^٦.

١. قاله الشيرازي في المهذب، ج ٢، ص ٤٢٤؛ وأيضاً أبو بكر القفال في حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٧١ - ٢٧٢.

٢. الطلاق (٦٥): ٢.

٣. البقرة (٢): ٢٨٢.

٤. كأبي حنيفة، راجع المبسوط، السرخسي، ج ٩، ص ٨٨ و ١١٨؛ والكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٣٤٩ - ٣٥٠.

٥. النساء (٤): ١٥؛ النور (٢٤): ٤ و ١٣.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٩١، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٤، ح ٧٠٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣، ح ٧٠.

وحسنة الحلبي عنه عليه السلام قال: سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: «إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، فإذا كان رجلان وأربع نسوة لم تجز في الرجم»^١.

وصحيحة محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال: «إذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم تجز في الرجم»^٢. وغيرها من الأخبار الكثيرة^٣.

وهي مع كثرتها ليس فيها تصريح بثبوت الجلد برجلين وأربع نسوة.

لكنَّ الشيخ^٤، وجماعة^٥، استندوا في ثبوته إلى رواية أبان، عن عبد الرحمن، عن الصادق عليه السلام قال: «تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال»^٦. وحيث انتفى الرجم بالأخبار الكثيرة ثبت الجلد.

وفيه نظر؛ لضعف الطريق عن إثبات مثل ذلك، مع ورود روايات كثيرة بأنَّه لا تقبل شهادتهنَّ في حدٍّ^٧، ومن ثمَّ ذهب جماعة - منهم الصدوقان^٨، وأبو الصلاح^٩، والعلامة في المختلف^{١٠} - إلى عدم ثبوت الحدِّ بذلك؛ عملاً بالأصل، وبأنَّه لو ثبت الزنى بشهادتهم

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٠، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٤.

ح ٧٠٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣، ح ٧١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٥، ح ٧٠٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٤، ح ٧٦.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٩١ - ٣٩٢، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٤ و ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦،

ص ٢٦٤ - ٢٦٥، ح ٧٠٤ و ٧٠٥ و ٧٠٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣ - ٢٤، ح ٧٢ و ٧٣ و ٧٥.

٤. النهاية، ص ٣٣٢.

٥. منهم ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١٣٧؛ والكيذري في إصباح الشيعة، ص ٥٢٨.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٠، ح ٧٢٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٠، ح ١٠٠.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٥ - ٢٦٦، ح ٧٠٩ و ٧١٠، و ص ٢٨١، ح ٧٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٤ - ٢٥،

ح ٧٧ - ٧٨ و ٨٠.

٨. المقنع، ص ٤٠٢؛ وحكاه عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٨٩، المسألة ٧٤.

٩. الكافي في الفقه، ص ٤٣٦ و ٤٣٨.

١٠. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩٠، المسألة ٧٤.

● ومنه ما يثبت بشاهدين، وهو ما عدا ذلك، من الجنايات الموجبة للحدود كالسرقة وشرب الخمر والرذة.
ولا يثبت شيء من حقوق الله [تعالى] بشاهد وامرأتين، ولا بشاهدٍ ويمينٍ، ولا بشهادة النساء منفردات ولو كثرن.

لثبت الرجم، والتالي باطل؛ للأخبار^١ الكثيرة الدالة على عدم سماع رجلين وأربع نسوة في الرجم، فالمقدم مثله. وبيان الملازمة دلالة الإجماع على وجوب الرجم على المحصن الزاني، فإن ثبت هذا الوصف ثبت الحكم، وإلا فلا. وهذا متجه.
ونبه المصنف (رحمه الله) بقوله «في الزنى خاصة» على خلاف جماعة من الأصحاب - منهم الصدوق^٢ وابن الجنيد^٣ - بتعدّي الحكم إلى اللواط والسحق.
وهو ضعيف؛ لعدم المقتضي لإلحاقهما بالزنى، مع عموم الأخبار بعدم قبول شهادتهن في الحدّ.

وبقوله: «ولا يثبت بغير ذلك» على خلاف الشيخ في الخلاف، حيث ذهب إلى ثبوت الحدّ دون الرجم بشهادة رجلٍ واحدٍ وستّ نساء^٤. ولعله استند إلى عموم رواية عبدالرحمن السابقة^٥، وهو شاذّ.

قوله: «ومنه ما يثبت بشاهدين» إلى آخره.

لا فرق في حقوق الله تعالى بين كونها ماليّة كالزكاة والخمس والكفارة، وغيرها كالحدود، وقد دلّ على عدم قبول شهادتهن في الحدود روايات^٦، واستثني منها ما تقدّم.

١. راجع ص ٣٩٥، الهامش ٦، وص ٣٩٦، الهامش ١ و٢.

٢. المقنع، ص ٤٠٢.

٣. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٨٨، المسألة ٧٤؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٢٥١، المسألة ٢.

٥. سبقت في ص ٣٩٦.

٦. راجع ص ٣٩٦، الهامش ٧.

• وأما حقوق الأدمي فثلاثة:

منها: ما لا يثبت إلا بشاهدين. وهو الطلاق والخلع والوكالة والوصية إليه والنسب ورؤية الأهلّة.

وأما حقوق الله المأليّة، فليس عليها نصّ بخصوصها، لكن لما كان الأصل في الشهادة شهادة رجلين، وكان مورد الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين الديون ونحوها من حقوق الأدميين قصر على مورده، وبقي غيره على الأصل.

قوله: «وأما حقوق الأدمي فثلاثة: منها ما لا يثبت إلا بشاهدين» إلى آخره.

مورد الشاهدين من حقوق الأدمي كلّ ما ليس بمال ولا المقصود منه المال، فمن تَمَّ توقّفت الستّة الأولى على الشاهدين؛ إذ لا تعلق لها بالمال أصلاً.

ولكن اختلف كلام الشيخ في ثبوت الطلاق بشهادة النساء منضّمات، ففي الخلاف^١، والنهاية^٢ نصّ على المنع؛ عملاً بالقاعدة، ولورود الروايات الكثيرة به^٣.

وقوى في المبسوط قبول شهادتهنّ فيه مع الرجال^٤، وإليه ذهب جماعة^٥، وهو ضعيف. وأما الخلع، فإن كان مدعيه المرأة فكالطلاق. وإن كان هو الرجل فهو متضمّن لدعوى المال، ومع ذلك فالمشهور عدم ثبوته بذلك مطلقاً، من حيث تضمّنه البيئونة، والحجّة لا تتبعّض.

وقيل: يثبت من جهة تضمّنه المال، وهو مستلزم للبيئونة، فيثبت أيضاً لذلك^٦.

ولو تضمّن الطلاق عوضاً فكالخلع.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٥٢، المسألة ٤.

٢. النهاية، ص ٣٣٢.

٣. منها ما رواه في الكافي، ج ٧، ص ٣٩٠ - ٣٩٢، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٢ و ٤ و ٦ و ١١؛

تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٤ - ٢٦٥، ح ٤ و ٧ و ٧٠٧، و ص ٢٦٩، ح ٧٢٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣ و ٢٤،

ح ٧٢ و ٧٤ - ٧٥، و ص ٢٩، ح ٩٥.

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٣ ولكن فيه صرح بالقبول إلا في القصاص.

٥. حكاة العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٨٢، المسألة ٧٤، عن ظاهر كلام ابن أبي عقيل وابن الجنيد.

٦. لم نعر على قائله.

وفي العتق والقصاص والنكاح تردّد، أظهره ثبوته بالشاهد والمرأتين.

وأما العتق والقصاص والنكاح ففي توقّفها على الشاهدين، أو ثبوتها بالشاهد واليمين، والشاهد والمرأتين خلاف، منشؤه اختلاف الروايات في الأخيرين، والاعتبار في الأوّل؛ فإنّ العتق ليس بمالٍ، وإنّما هو فكّ ملكٍ، فلا تُقبل فيه شهادتهنّ ولا اليمين؛ ولأنّه حقّ لله تعالى، ومن رجوعه إلى إزالة الماليّة وإثباتها للمملوك.

فلذلك اختلف فيه كلام الشيخ وغيره^١، ففي الخلاف: لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين^٢. وقوى في المبسوط القبول^٣، واختاره المصنّف (رحمه الله). والوجه الأوّل.

وأما النكاح فالمقصود الذاتي منه ليس هو المال، ولكنّه مشتمل عليه من النفقة والمهر وغيرهما، خصوصاً من طرف الزوجة، ومن ثمّ اختلف فيه. واختلف فيه الرواية أيضاً، فروى محمّد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام فقلت: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو في رجم؟ قال: «تجوز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهنّ رجل، وتجوز شهادتهنّ في النكاح إذا كان معهنّ رجل»^٤.

وروى زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن شهادة النساء تجوز في النكاح؟ قال: «نعم، ولا تجوز في الطلاق»^٥.

ومثله روى الكنانني عن أبي عبد الله عليه السلام^٦. وروى إبراهيم الحارثي عنه عليه السلام^٧.

١. كالعلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٩ و ٦١٣.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٢٥٢، المسألة ٤.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٣.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩١، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥١، ح ٣٣١٢، وفيه:

«ليس معهنّ رجل»؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٤، ح ٧٠٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣، ح ٧٣.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٩١، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٥،

ح ٧٠٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٤، ح ٧٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٧، ح ٧١٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧، ح ٨٤.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٢، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٥،

ح ٧٠٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٤، ح ٧٥.

وهذه الروايات مؤيدة للقبول، وإن كان في طريقها ضعف أو جهالة، فإنَّ محمّد بن الفضيل الذي يروي عن الرضا عليه السلام لم ينصَّ علماء الرجال عليه بما يقتضي قبول روايته، بل اقتصروا على مجرد ذكره^١، والطريق إليه صحيح. وهو أيضاً في طريق رواية الكناني. وفي طريق رواية زرارة سهل بن زياد^٢. وراوي الأخيرة مجهول. وعلى كلّ حال، فهي شاهد قويّ لهذا القول.

وأما جانب المنع فيؤيده رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود، إلّا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^٣.

وفيها مع ضعف السند^٤ إمكان حملها على المنع من قبول شهادتهنّ فيه منفردات، فقد روي ذلك أيضاً^٥.

وبالجملة، فالأخبار مختلفة، وليس فيها خبر نقيّ، والأكثر دلّ على القبول. ويمكن الجمع بينها بحمل أخبار المنع على ما إذا كان المدعي الزوج؛ لأنّه لا يدعي مالا، وأخبار القبول^٦ على ما إذا كان المدعي المرأة؛ لأنّ دعواها تتضمنّ المال من المهر والنفقة. وهذا متّجه.

وأما القصاص - أعني الجناية الموجبة له - فاختلف كلام الشيخ في حكمه أيضاً،

١. خلاصة الأقوال، ص ٣٩٥، الرقم ١٥٩٣.

٢. وهو ضعيف في الحديث وغير معتمد فيه. راجع رجال النجاشي، ص ١٨٥، الرقم ٤٩٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨١، ح ٧٧٣: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥، ح ٨٠.

٤. خلاصة الأقوال، ص ٣١٦، الرقم ١٢٣٨.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٠، ح ٧٦٩: الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥، ح ٧٩.

٦. تقدّمت أخباره قبيل هذا.

ففي الخلاف منع من قبول شهادتهنّ مع الرجال فيه^١. وقوى في المبسوط^٢ والنهائية^٣ القبول. وعليه الأثر.

والأخبار مختلفة أيضاً، إلا أن أصحابها وأكثرها دالّ على القبول. فروى جميل بن درّاج وابن حمران - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال، قلنا: أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ قال: «في القتل وحده، إن علياً عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم رجل مسلم»^٤.

وروى الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «تجوز شهادة النساء في الدم مع الرجال»^٥. وعن زيد الشحام قال: سألته عن شهادة النساء - إلى أن قال - قلت: أفستجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ فقال: «نعم»^٦.

واستند المانع إلى القاعدة المشهورة بأنه ليس بمالٍ ولا متضمناً له. وإلى رواية ربيعي عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز شهادة النساء في القتل»^٧. ورواية محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: «لا تجوز شهادتهنّ في الطلاق ولا في الدم»^٨.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٥٢، المسألة ٤.

٢. راجع المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٣، حيث قوى القبول في الجنابة الموجبة للقود واستثنى منه القصاص، أي ثبوت الدية بها دون القود، وفي ص ٢٨٢، صرح بعدم القبول مطلقاً؛ ونسب إليه القبول مطلقاً العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٨٣، المسألة ٧٤.

٣. النهاية، ص ٣٣٣.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٠، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٦، ح ٧١١، الاستبصار، ج ٣، ص ٢٦، ح ٨٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٧، ح ٧١٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧، ح ٨٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٦ - ٢٦٧، ح ٧١٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧، ح ٨٣.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٧، ح ٧١٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧ - ٢٨، ح ٨٧.

٨. الكافي، ج ٧، ص ٣٩١، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٥؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥١ - ٥٢، ح ٣٣١٢؛

تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٦، ح ٧٠٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣، ح ٧٣.

وأجيب بحملها على شهادتهنّ منفردات جمعاً، أو أنه لا يثبت القود بشهادتهنّ، بل تجب الدية^١.

واعلم أنّ محلّ الإشكال شهادتهنّ منضمّات إلى الرجال، أمّا على الانفراد فلا تقبل شهادتهنّ قطعاً.

وشدّ قول أبي الصلاح بقبول شهادة امرأتين في نصف دية النفس والعضو والجراح، والمرأة الواحدة في الربع^٢.

وأنّ إطلاق الخلاف في القصاص وحكمه بثبوتيه بشاهد وامرأتين يقتضي ثبوت القود بذلك؛ لأنّ ذلك هو مقتضاه. وبهذا المعنى صرح كثير من الأصحاب ممّن حكينا عنه سابقاً القول به وغيره. وكذلك مقتضى الروايات^٣ الدالّة عليه.

وذهب جماعة^٤ - منهم الشيخ في النهاية^٥ - إلى أنّه يثبت بشهادة المرأتين مع الرجل الدية دون القود. وكأنّه جمع به بين الأخبار، بحمل ما دلّ على عدم ثبوتيه على القود، وما دلّ عليه على الدية.

والمصنّف (رحمه الله) مع حكمه هنا بثبوتيه بذلك أنكر الأمرين في كتاب القصاص، وجزم بعدم ثبوتيه بشاهد وامرأتين، ونسب القول بثبوت الدية إلى الشذوذ^٦، مع أنّه قول كثير من الأصحاب.

١. أجاب به العلامة في مختلف الشيعية، ج ٨، ص ٤٨٤، المسألة ٧٤.

٢. الكافي في الفقه، ص ٤٣٩.

٣. تقدّمت قبيل هذا.

٤. منهم أبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٤٣٦؛ وابن البرّاج في المهذّب، ج ٢، ص ٥٥٩؛ والعلامة في مختلف الشيعية، ج ٨، ص ٤٩٣، المسألة ٧٤.

٥. النهاية، ص ٣٢٣.

٦. يأتي في ج ١٢، ص ٣٦١ - ٣٦٢.

● ومنها: ما يثبت بشاهدين، وشاهدٍ وامرأتين، وشاهدٍ ويمينٍ. وهو الديون والأموال، كالقرض والقراض والغصب، وعقود المعاوضات: كالبيع، والصرف، والسلم، والصلح، والإجازات، والمساقاة، والرهن، والوصية له، والجنائية التي توجب الدية. وفي الوقف تردّد، أظهره أنّه يثبت بشاهدٍ وامرأتين وبشاهدٍ ويمينٍ.

قوله: «ومنها: ما يثبت بشاهدين، وشاهدٍ وامرأتين» إلى آخره.

ضابط هذا القسم ما كان متعلّق الشهادة مالاّ أو كان المقصود منه المال، كالأعيان والديون والعقود الماليّة، فيثبت بشاهدٍ وامرأتين كما يثبت برجلين.

قال الله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^١.

وقد تقدّم أنّ مثل ذلك يثبت بشاهدٍ ويمينٍ بالرواية^٢، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهنّ. فمن هذا القسم: البيع، والإقالة، والردّ بالعيب، والرهن، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض، والقراض، والشفعة، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والهبة، والإبراء، والمسابقة، والوصية بالمال، والصدّاق في النكاح، والوطء بالشبهة، والغصب، والإتلاف، والجنائيات التي لا توجب إلّا المال، كالقتل الخطأ، وقتل الصبيّ والمجنون، وقتل الحرّ العبد، والمسلم الذميّ، والوالد الولد، والسرقه التي لا قطع فيها، والمال خاصّة فيما فيه القطع. وكذلك حقوق الأموال والعقود، كالخيار، وشرط الرهن، والأجل. وفي الأجل احتمال، من حيث إنّه ضرب سلطنة فكان كالوكالة. ومنها قبض الأموال، ومن جملتها نجوم الكتابة.

نعم، في النجم الأخير وجهان:

أحدهما: أنّه لا يثبت إلّا برجلين، بناءً على أنّ العتق لا يثبت إلّا بهما؛ لتعلّق العتق به. وبه جزم في التحرير^٣.

١. البقرة (٢): ٢٨٢.

٢. تقدّم في ص ١٧١ - ١٧٢.

٣. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٦٧، الرقم ٦٦٦٣.

وأصحهما أنه كسائر النجوم؛ لأن العتق يحصل بالكتابة، وإذا جمع النجوم فالأخير منها تمام السبب لا السبب التام للعتق، فلا فرق بينه وبين غيره. وهذا هو الذي اختاره الشيخ^١ وجماعة^٢، وتوقف في القواعد^٣.

ومنه طاعة المرأة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وأزمان الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم. ومتعلق الشهادة في هذه الأربعة ليس مالا ولكن المقصود منه المال.

واختلف في الوقف، بناءً على أنه هل ينتقل إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه، أو يبقى على ملك المالك؟ فعلى الثاني يثبت بالشاهد والمرأتين مطلقاً وبالشاهد واليمين، لا على الأول؛ لأنه ليس بمال للموقوف عليه، بل له الانتفاع به فقط.

والأقوى ثبوته بالشاهد والمرأتين مطلقاً، وبالشاهد واليمين إن كان على محصور، لتمكّن حلفه. وقد تقدّم البحث فيه في باب الشاهد واليمين^٤.

ومن هذا القسم ما لو مات سيّد المدبّر، فادّعى الوارث أنه كان قد رجع عن التدبير حيث يجوز الرجوع، فإنه يثبت دعواه برجلٍ وامرأتين وبشاهدٍ ويمين؛ لأنه يدّعي مالا.

ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج: «طلّقتك على كذا»، وقالت: «بل مجاناً»، تثبت دعوى الزوج أيضاً بهما.

وكذا لو قال لعبده: «أعتقتك على كذا»، فقال: «بل مجاناً».

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٣٣.

٢. منهم الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١١-١١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٩٩.

٤. تقدّم في ص ١٧٥.

● الثالث: ما يثبت بالرجال والنساء، منفردات ومنضّمات. وهو الولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة. وفي قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع خلاف، أقربه الجواز.

وتقبل شهادة امرأتين مع رجلٍ في الديون والأموال، وشهادة امرأتين مع اليمين. ولا تقبل فيه شهادة النساء منفردات ولو كثرن.

قوله: «ومنها^١ ما يثبت بالرجال والنساء منفردات ومنضّمات» إلى آخره. ضابط هذا القسم ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالباً. وذلك؛ كالولادة والبكارة والثبوبة، وعيوب النساء الباطنة، كالرتق والقرن والحيض، واستهلال المولود، وأصله الصوت عند ولادته، والمراد منه ولادته حياً ليرث.

واحترز بـ«الباطنة» عن مثل العرج والجذام في الوجه وإن كانت حرّة؛ لأنّه ليس من العورة.

واختلف في الرضاع، والأظهر أنّه كذلك؛ لأنّه أمر لا يطّلع عليه الرجال غالباً، فمستّ الحاجة إلى قبول شهادتهنّ فيه، كغيره من الأمور الخفيّة على الرجال من عيوب النساء وغيرها، وللأخبار^٢ الكثيرة عن الصادق عليه السلام: «أنّ شهادة النساء تقبل فيما لا يجوز للرجال النظر إليه.

ويؤيده ظاهر رواية ابن بكير، عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاماً وجاريةً، قال: «يعلم ذلك غيرها؟» قلت: لا، قال: «لا تصدّق إن لم يكن غيرها»^٣.

ومفهوم الشرط أنّها تصدّق حيث يعلم بذلك غيرها؛ لأنّ عدم الشرط يقتضي عدم المشروط وهو عدم التصديق، فيثبت تقيضه وهو التصديق.

١. كذا قوله «ومنها» في نسخة الأصل و«ض، و»، وهو الأنسب بما مضى من عبارة المتن والشرح.

٢. منها ما رواه في الكافي، ج ٧، ص ٣٩١-٣٩٢، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٤-٥ و ٨ و ١١ و ١٣ و تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٤-٢٦٥، ح ٧٠٢ و ٧٠٤ و ٧٠٥ و ٧٠٧ و؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٢٣-٢٤، ح ٧٠ و ٧٢ و ٧٣ و ٧٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٣، ح ١٣٣٠.

● وتقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهلّ، وفي ربع الوصيّة. وكلّ موضع تقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقلّ من أربع.

وقال الشيخ في الخلاف^١، وموضع من المبسوط^٢ وابن إدريس^٣ ونجيب الدين يحيى بن سعيد^٤ والأكثر: إنّه لا تقبل فيه شهادة النساء؛ لأصالة الإباحة.

ولا يخفى ضعف الأصالة مع معارضة الشهادة.

قوله: «وتقبل شهادة المرأة الواحدة في ربع ميراث المستهلّ» إلى آخره.

حيث تقبل شهادة النساء منفردات يعتبر كونهنّ أربعاً؛ لما عهد من عادة الشارع في باب الشهادات من اعتبار المرأتين برجل، والأمر بإشهاد رجلين أو رجل وامرأتين. واستثنى من ذلك أمران بنصّ خاصّ، وهما الوصيّة بالمال، وميراث المستهلّ. فثبت جميع المشهود به بشهادة أربع، وثلاثة أرباعه بشهادة ثلاث، ونصفه باثنتين، وربعه بواحدة.

والمستند، صحيحة ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي، فقال: «يجوز ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^٥.

وصحيحة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وترك امرأته وهي حامل، فوضعت بعد موته غلاماً، ثمّ مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبّلتها أنّه استهلّ وصاح حين وقع إلى الأرض ثمّ مات، قال: «على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام»^٦.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٢٥٧-٢٥٨، المسألة ٩.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٣٥٤.

٣. السرائر، ج ٢، ص ١٣٧.

٤. الجامع للشرائع، ص ٥٤٢.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٤، باب الإشهاد على الوصيّة، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٠، ح ٧١٩.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٢، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٨.

ح ٧٢٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٩، ح ٩٢.

وفي رواية ابن سنان عنه عليه السلام قلت: فإن كانتا امرأتين؟ قال: «تجوز شهادتهما في النصف من الميراث»^١. وغيرها من الأخبار^٢.

وفي ثبوت النصف بشهادة الرجل؛ لكونه بمنزلة امرأتين، أو الربع؛ لعدم النصّ عليه، وكونه المتيقن؛ إذ لا يقصر عن امرأة، أو لا يثبت به شيء أصلاً؛ وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده أوجه، أجودها الوسط.

وليس للمرأة تضعيف الحقّ ليصير ما يثبت بشهادتها مقدار الحقّ. فلو فعلت ذلك جاز للمشهود له أخذه إن علم بأصل الحقّ، وإلا فلا. والخنثى هنا كالمرأة. وقال المفيد:

يقبل في عيوب النساء والاستهلال والنفاس والحيض والولادة والرضاع شهادة امرأتين مسلمتين، وإذا لم يوجد إلا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه^٣. وتبعه سائر^٤.

والمستند صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه سأله عن شهادة القابلة في الولادة، فقال: «تجوز شهادة الواحدة»^٥.

وأجاب في المختلف بالقول بالموجب^٦؛ فإنه يثبت بشهادة الواحدة الربع، مع أنه لا يدلّ على حكم غير الولادة.

١. الكافي، ج ٧، ص ١٥٦، باب ميراث المستهلّ، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧١ ح ٧٣٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣١ ح ١٠٤.

٢. راجع وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣١٦-٣١٩، الباب ٢٢ من أبواب أحكام الوصايا.

٣. المقنعة، ص ٧٢٧.

٤. المراسم، ص ٢٢٣.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٠، باب ما يجوز من شهادة النساء وما لا يجوز، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٩ ح ٧٢٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٩ ح ٩٥.

٦. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩٣، المسألة ٧٤.

مسائل:

الأولى: • الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلا في الطلاق، ويستحب في النكاح والرجعة، وكذا في البيع.

الثانية: • حكم الحاكم تبع للشهادة، فإن كانت محققة نفذ الحكم باطناً وظاهراً، وإلا نفذ ظاهراً.

وبالجملة، الحكم ينفذ عندنا ظاهراً لا باطناً. ولا يستبيح المشهود له ما حكم له إلا مع العلم بصحة الشهادة أو الجهل بحالها.

وابن أبي عقيل خصّ القبول بالواحدة بالاستهلال^١؛ عملاً بظاهر الخبر.

قوله: «الشهادة ليست شرطاً في شيء من العقود إلا في الطلاق» إلى آخره.

الإشهاد مستحب في البيع؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^٢، وفي النكاح والرجعة؛ للأخبار الواردة بذلك^٣، وقد تقدمت في بابها^٤.

ولا يجب في شيء من العقود وغيرها؛ عملاً بالأصل، وضعف الدليل الموجب. وقد تقدم البحث في ذلك مراراً.

قوله: «حكم الحاكم تبع للشهادة» إلى آخره.

أطبق علماؤنا وأكثر الجمهور على أن الحكم لا ينفذ إلا ظاهراً، وأما باطناً فيتبع الحق، فلا يستبيح المحكوم له أخذ المحكوم به مع علمه بعدم الاستحقاق؛ لأصالة بقاء الحق على أصله، والحلّ والحرمة كذلك.

١. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٩٢، المسألة ٧٤.

٢. البقرة (٢): ٢٨٢.

٣. وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص ٩٧ - ١٠٠، الباب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح، وج ٢٢، ص ١٣٤ - ١٣٥، الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق.

٤. تقدمت في ج ٦، ص ٢٨؛ وج ٧، ص ٣٥٧.

الثالثة: • إذا دعي من له أهلية التحمل وجب عليه. وقيل: لا يجب. والأوّل مروّي. والوجوب على الكفاية. ولا يتعيّن إلا مع عدم غيره ممّن يقوم بالتحمل.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم الأحن بحجّته من بعض، فأقضي له نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنّما أقطع له قطعة من النار». أخرجه أصحاب السنن السبعة^١.
وخالف في ذلك أبو حنيفة، فحكم باستباحة المحكوم له وإن علم بطلانه، سواء في ذلك المال أو البضع^٢.

وقول المصنّف «أو الجهل بحالها» يندرج فيه ما إذا شهد لشخص شاهدان بحقّ، إمّا لكونه متروكاً له من مورّثه، أو له مع احتمال نسيانه، فإنّه يستبيح أخذه مع الحكم^٣ بشهادتهما، ما لم يعلم فساد ذلك، بأن يتجدّد براءة المشهود عليه من غير أن يعلم به الشهود، ونحو ذلك، فلا يستبيح الأخذ؛ لعلمه بفساد الحكم.

ولو توقّف الحكم على يمينه، لكون الشهادة على ميّت أو ما ألحق به، أو كون الشاهد واحداً لم يجز له الحلف إلا مع العلم بالحال؛ لأنّ استباحة الأخذ مرتّبة على حكم الحاكم، وحكمه مرتّب على يمينه، وليس له الحلف بدون العلم بالحال.

قوله: «إذا دعي من له أهلية التحمل وجب عليه - إلى قوله - ضرراً غير مستحقّ».
الكلام هنا في أداء الشهادة آخرأ وتحملها أوّلاً. أمّا الأوّل فلا خلاف في وجوبه وتحريم

١. مسند أحمد، ج ٧، ص ٢٨٩، ح ٢٥١٤٢، ص ٤٣٦، ح ٢٦٠٨٦، و ص ٤٥١، ح ٢٦١٧٧؛ صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٥٥٥، ح ٦٥٦٦؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٧٧، ح ٢٣١٧ و ٢٣١٨؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٣٠١، ح ٣٥٨٣؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٢٤، ح ١٣٣٩؛ سنن النسائي، ج ٨، ص ٢٤٦ - ٢٤٧، ح ٥٤١١؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٨٤، ح ٤٥٠٢.

٢. أحكام القرآن، الجصاص، ج ١، ص ٣٤٦، ذيل الآية ١٨٧ من سورة البقرة (٢)؛ وراجع أيضاً المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٤٠٨، المسألة ٨٢٤١.

٣. في بعض النسخ: «من الحاكم» بدل «مع الحكم».

أما الأداء فلا خلاف في وجوبه على الكفاية، فإن قام غيره سقط عنه. وإن امتنعوا لحقهم الذم والعقاب.

الامتناع منه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^١.

وروي عن الباقر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كتم شهادة، أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم، أو ليزوي مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة ولو وجهه ظلمة مدّ البصر، وفي وجهه كدوح، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه، ومن شهد شهادة حقّ ليحيي بها حقّ امرئ مسلم أتى يوم القيامة ولو وجهه نور مدّ البصر، تعرفه الخلائق باسمه ونسبه»، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: «ألا ترى أنّ الله تعالى يقول: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾»^٢.

ووجوبه على الكفاية إن زاد الشهود عن العدد المعتبر في ثبوت الحقّ، وإلا فهو عيني، وإن كان الجميع في الأصل كفايياً؛ لأنّ الواجب الكفائي إذا انحصر في فرد كان كالعيني. والمشهور عدم الفرق في الوجوب بين من استدعي وغيره؛ لعموم الأدلّة^٣، وأنها أمانة حصلت عنده فوجب عليه الخروج منها، كما أنّ الأمانات المائيّة تارة تحصل عنده بقبولها كالوديعة، وتارة بغيره كتطيرّ الرياح.

وذهب جماعة^٤ - منهم الشيخ^٥ وابن الجنيد^٦ وأبو الصلاح^٧ - إلى عدم الوجوب إلّا مع الاستدعاء؛ لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا سمع الرجل الشهادة

١. البقرة (٢): ٢٨٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٠ - ٣٨١، باب كتمان الشهادة ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٨، ح ٣٣٣٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٦، ح ٧٥٦؛ والآية في سورة الطلاق (٦٥): ٢.

٣. البقرة (٢): ٢٨٢ و ٢٨٣.

٤. منهم ابن البرّاج في المهذب، ج ٢، ص ٥٦٠؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٤٤١.

٥. النهاية، ص ٣٣٠.

٦. حكاه عنه فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٤١.

٧. الكافي في الفقه، ص ٤٣٦.

ولو عدم الشهود إلا اثنان تعين عليهما، ولا يجوز لهما التخلف إلا أن تكون الشهادة مضرّةً بهما ضرراً غير مستحقّ.

ولم يشهد عليها إن شاء شهد، وإن شاء سكت»^١.

وسأله أيضاً عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما يسمع منهما، قال: «ذاك إليه إن شاء شهد، وإن شاء لم يشهد، فإن شهد شهد بحقّ قد سمعه، وإن لم يشهد فلا شيء عليه؛ لأنّهما لم يشهداه»^٢.

وحسنة 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، وإذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد»^٣. وغيرها من الأخبار^٤.

ولأنّه لم يؤخذ منه التزام، بخلاف ما إذا تحمّل قصداً؛ فإنّه يكون ملتزماً كضمان الأموال.

وفي المختلف جعل النزاع لفظياً لا معنوياً؛ نظراً إلى أنّه فرض كفاية، فيجوز تركه إذا قام غيره مقامه، ولو لم يقم غيره مقامه وخاف لحوق ضرر بإبطال الحقّ وجب عليه إقامة الشهادة، ولا يبقى فرق بين أن يشهد من غير استدعاء وبين أن يشهد معه^٥.

وفيه نظر؛ لأنّ الأخبار المذكورة مفصلة ومصرّحة بالفرق بين من يستدعي ومن لا يستدعي، وأنّه يتعيّن على المستدعي الشهادة، مع أنّ الوجوب حينئذٍ كفاية اتفاقاً وإن عرض له التعيين.

وعلى ما ذكره في المختلف من المعنى لا يبقى فرق بين الحالين، ولا يبقى للتفصيل في

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٢، باب الرجل يسمع الشهادة ولم يشهد عليها، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٨، ح ٦٧٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٢، باب الرجل يسمع الشهادة ولم يشهد عليها، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٨، ح ٦٧٧.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٨١، باب الرجل يسمع الشهادة ولم يشهد عليها، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٨، ح ٦٧٩.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٧، ص ٣١٧ - ٣٢٠، الباب ٥ من أبواب الشهادات.

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٣، المسألة ٩٣.

الأخبار فائدة أصلاً. ولا وجه لهذا التكلف الذي لا يساعد عليه الكلام. والحق أن النزاع معنوي صرف.

ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشهود، إما لكونه قد نسي الاستدعاء، أو لكون المستدعي مورثه، أو مطلقاً على المشهور، وجب عليهم تعريفه مع خوفهم من بطلان الحق. ويجب كفاية مع زيادتهم عن العدد إعلام العدد الذي يثبت به الحق.

ولو لم يكونوا عدولاً، فإن أمكن ثبوت الحق بشهادتهم ولو عند حاكم الجور وجب أيضاً، وإلا ففي الوجوب وجهان، من عدم الفائدة، وتوقع العدالة. وقرب في الدروس الوجوب^١. ولو كان أحدهما عدلاً وجب عليه قطعاً، رجاء أن يحلف معه إن أمكن، بأن يكون عالماً بالحق، وإلا ففي الوجوب نظر؛ لعدم الفائدة. ويمكن الوجوب مطلقاً، رجاء أن يكون له شاهد آخر لا يعلم به فيثبت الحق بهما.

وأما الثاني - وهو تحتمل الشهادة ابتداء - فالمشهور والمروي وجوبه أيضاً على الكفاية كالآداء؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^٢. الشامل بعمومه الأمرين، أو لاختصاصه بهذه الحالة، فقد روى هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾، قال: «قبل الشهادة»، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْتُمهَا فَإِنَّهُ إِثْمٌ قَلْبُهُ﴾، قال: «بعد الشهادة»^٣. وهو نص في الباب، وتصريح بحمل الآية على حالة التحتمل. ولصحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾، قال: «لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها»^٤.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. البقرة (٢): ٢٨٢.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٨١، باب كتمان الشهادة، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٧، ح ٣٣٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٥، ح ٧٥٠؛ والآية في سورة البقرة (٢): ٢٨٣.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٢٧٩ - ٢٨٠، باب الرجل يدعى إلى الشهادة، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٥، ح ٧٥١.

«ولا ينبغي» وإن كان ظاهره الكراهة إلا أنه فسر به النهي في الآية، والأصل فيه التحريم، فيحمل التفسير عليه.

ورواية جراح المدائني عنه عليه السلام قال: «إذا دعيت إلى الشهادة فأجب»^١. وصحيحة محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في قول الله تعالى: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» فقال: «إذا دعاك الرجل لتشهد على دين أو حق لم يسع لك أن تقاعس عنه»^٢. وغيرها من الأخبار الكثيرة الدالة بعمومها أو إطلاقها على المطلوب^٣. ولأنه من الأمور الضرورية التي لا ينفك الإنسان عنها؛ لوقوع الحاجة إلى المعاملات والمناكحات، فوجب في الحكمة إيجاب ذلك لتحسم مادة النزاع المترتب على تركه غالباً.

وذهب ابن إدريس (رحمه الله) إلى عدم الوجوب؛ عملاً بالأصل، وطعناً في الأخبار ودلالة الآية؛ لأن إطلاق الشهداء حقيقة بعد تحمّل الشهادة^٤، فتكون مخصوصة بالأداء، وإلا لزم المجاز أو الاشتراك.

وأجيب بأنها وردت في معرض الإرشاد بالإشهاد؛ لأنه تعالى أمر بالكتابة حال المدائنة، ونهى الكاتب عن الإباء، ثم أمر بالإشهاد، ونهى الشاهد عن الإباء^٥.

فكان سياق الآية يقتضي إرادة هذا المعنى؛ مضافاً إلى تفسيره به في الرواية المعتمدة، ولأنه لا يشترط ثبوت المعنى المشتق منه في صحة الاشتقاق. وفيه نظر.

واعلم أن إطلاق الأصحاب والأخبار يقتضي عدم الفرق في التحمّل والأداء بين كونه

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٠، باب الرجل يدعى إلى الشهادة، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٥، ح ٧٥٢.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٠، باب الرجل يدعى إلى الشهادة، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٦، ح ٧٥٤؛ والآية في سورة البقرة (٢): ٢٨٢.

٣. راجع وسائل الشيعة، ج ٢٧، ص ٣٠٩-٣١١، الباب ١ من أبواب الشهادات.

٤. السرائر، ج ٢، ص ١٢٥-١٢٦.

٥. أجاب به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٣، المسألة ٨٨؛ والآية في سورة البقرة (٢): ٢٨٢.

.....

في بلد الشاهد وغيره ممّا لا يحتاج إلى سفر، ولا بين السفر الطويل والقصير مع الإمكان. هذا من حيث السعي. أمّا المؤونة المحتاج إليها في السفر من الركوب وغيره فلا يجب على الشاهد تحمّلها، بل إن قام بها المشهود له وإلا سقط الوجوب؛ فإنّ الوجوب في الأمرين مشروط بعدم توجّه ضرر على الشاهد غير مستحقّ، وإلا سقط الوجوب. واحترز بالمستحقّ عمّا لو كان للمشهود عليه حقّ على الشاهد يناقشه عليه على تقدير الشهادة، ويمهله به أو يسامحه بدونها، فلا يعدّ ذلك عذراً؛ لأنّه مستحقّ مع قدرته على الوفاء لا بدونه.

الطرف الرابع في الشهادة على الشهادة

● وهي مقبولة في حقوق الناس، عقوبةً كانت كالقصاص، أو غير عقوبة، كالطلاق والنسب والعتق، أو مالا كالقراض والقرض وعقود المعاوضات، أو ما لا يطلع عليه الرجال غالباً، كعيوب النساء والولادة والاستهلال. ولا تقبل في الحدود، سواء كانت لله محضاً، كحدّ الزنى واللواط والسحق، أو مشتركةً، كحدّ السرقة والقتل على خلاف فيهما.

قوله - في الشهادة على الشهادة -: «وهي مقبولة في حقوق الناس، عقوبةً كانت كالقصاص، أو غير عقوبة، كالطلاق» إلى آخره.

الشهادة على الشهادة مقبولة مرةً واحدةً في الجملة إجماعاً؛ لعموم: «وَأَشْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ»^١.

وخصوص قول أبي جعفر عليه السلام في رواية محمد بن مسلم حيث سأل عن الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد، قال: «نعم، ولو كان خلف سارية [يجوز ذلك]»^٢ إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّة تمنعه من أن يحضر وقيمها»^٣.

ولدعاء الحاجة إليها، فإنّ شهود الواقعة قد يغيبون أو يموتون، ولأنّ الشهادة حقّ لازم الأداء فتجوز الشهادة عليه كسائر الحقوق.

١. البقرة (٢): ٢٨٢.

٢. مابين المعقوفين أثبتناه من المصادر.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٧١، ح ٣٣٦٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٦، ح ٦٧٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٠، ح ٥٩.

ومحلّها ما عدا الحدود إجمالاً، سواء في ذلك الأموال والأنكحة والعقود والإيقاعات والفسوخ وغيرها، وسواء كانت حقّ الآدميين أم حقّ الله تعالى، كالزكوات وأوقاف المساجد والجهات العامّة والأهله، كهلال رمضان وغيره.

وأما الحدود، فإن كانت مختصّة بالله - كحدّ الزنى - لم تسمع إجمالاً. وإن كانت مشتركة - كحدّ السرقة والقتل - فالمشهور بين الأصحاب أنّ الحكم فيها كغيرها من الحدود؛ لإطلاق النصوص بعدم قبولها في الحدّ، كرواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «أنّه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حدّ»^١.

ومثله روى غياث بن إبراهيم، عنه، عن علي عليه السلام^٢.

والطريق فيهما ضعيف، لكنهما مؤيدتان - مع الشهرة - بأنّ الحدود تدرأ بالشبهات^٣. وقيام البديل مقام المبدل لا يخلو من شبهة.

وقال الشيخ في موضع من المبسوط^٤، وابن حمزة^٥ بجوازها فيهما؛ ترجيحاً لحقّ الآدمي، وأخذاً بالعموم^٦.

وهذا أجد؛ لعدم دليل صالح للتخصيص فيهما. وهو اختيار الشهيد في الشرح^٧. ونبه المصنّف بقوله «عقوبة كالتصاص» إلى آخره على خلاف بعض العامّة؛ حيث نفاها في العقوبات كالتصاص وإن كانت حقاً للآدميين^٨. وأكثرهم على اختصاص المنع

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٥، ح ٦٦٧.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٧٠-٧١، ح ٣٣٥٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٦، ح ٦٧١.

٣. الفقيه، ج ٤، ص ٧٤، ح ٥١٤٩، ولفظه: «أدرؤوا الحدود بالشبهات».

٤. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٥-٥٩٦، ولكن حكم بجوازها في القذف وبالمنع في حدّ السرقة.

٥. الوسيلة، ص ٢٢٣.

٦. البقرة (٢): ٢٨٢.

٧. غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٨. راجع الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٢٢١؛ وحلية العلماء، ج ٨، ص ٢٩٥.

● ولا بدّ أن يشهد اثنان على الواحد؛ لأنّ المراد إثبات شهادة الأصل، وهو لا يتحقّق بشهادة الواحد.

فلو شهد على كلّ واحدٍ اثنان صحّ. وكذا لو شهد اثنان على شهادة كلّ واحدٍ من شاهدي الأصل. وكذا لو شهد شاهد أصلٍ وهو مع آخر على شهادة أصلٍ آخر. وكذا لو شهد اثنان على جماعةٍ كفى شهادة الاثنین على كلّ واحدٍ منهم. وكذا لو كان شهود الأصل شاهداً وامرأتين فشهد على شهادتهما اثنان، أو كان الأصل نساءً ممّا تقبل فيه شهادتهنّ منفرداتٍ كفى شهادة اثنین عليهنّ.

بحدود الله تعالى. ومنهم من أثبتها في الحدود أيضاً!

واعلم أنّ إطلاق المصنّف كون محلّها حقوق الآدميين^٢ قد يوهم خروج ما كان حقّاً لله تعالى وليس حقّاً للآدمي وإن لم يكن حدّاً. وهذا ليس بمراد، بل الضابط ما ذكرناه من أنّ محلّها ما عدا الحدود، أو ما عدا حدود الله تعالى، كما تقتضيه الأدلّة والفتاوى. قوله: «ولا بدّ أن يشهد اثنان على الواحد» إلى آخره.

المقصود من الشهادة على الشهادة إثبات شهادة شاهد الأصل عند الحاكم، فكانت الشهادة كغيرها من الحقوق غير الماليّة، فيفتقر إثباتها إلى شاهدين ذكرين.

ثمّ إن شهد شاهدان على أحدهما وآخران على شهادة الآخر تمّ النصاب بلا كلام. وإن شهد كلّ منهما على كلّ منهما أو أحدهما مع شاهد الأصل على الأصل الآخر، فعندنا أنّ الحكم كذلك؛ لتحقّق إثبات شهادة الشاهد باثنين، وهو المعتمد في الإثبات.

وخالف في ذلك بعض العامّة، فمنع من جميع هذه الصور التي ذكرها المصنّف، واعتبر المغايرة في شهود كلّ فرع، فشرط شهادة أربعة على الشاهدين، وعلى رجلٍ وامرأتين ستّة. ولو شهدوا

١. كأيّ تور على ما حكاه عنه ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٨٨، المسألة ٨٤٠٩.

٢. في حاشية الأصل و«و»: «من أوجد العبارات في ذلك عبارة الشيخ فخر الدين وإن كانت لا يخلو أيضاً من قصور، فإنّه قال: كلّ ما ليس بعقوبة تصحّ الشهادة على الشهادة، إلى آخره. (منه رحمه الله)». راجع إيضاح

● وللتحمّل مراتب، أتمّها أن يقول شاهد الأصل: «اشهد على شهادتي أنّي أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا». وهو الاسترعاء. وأخفض منه أن يسمعه يشهد عند الحاكم؛ إذ لا ريب في تصريحه هناك بالشهادة.

على أربع من النساء في مثل الولادة افتقر إلى ثمانية، يشهد على كلّ واحدة اثنان^١. وهكذا. والأكثر على ما اخترناه من الاجتزاء باثنين مطلقاً؛ لأنّهما شهدا على الجميع، كما لو شهدا على إقرار رجلين أو أربعة.

ومبنى الخلاف في جواز كون الأصل فرعاً مع آخر على أنّ الإشهاد على الشهادة هل هو لإثبات الشهادة، أو هو بحكم النيابة عنها؟ فعلى الأوّل - وهو مذهب الأصحاب - يجوز أن يكون الأصل فرعاً، لا على الثاني؛ لأنّه لا يصحّ كونه نائباً عن نفسه وغيره؛ لأنّ قيامه بنفسه يستدعي استغناءه عن الغير، ونيايته يقتضي افتقاره، فلا يجتمعان.

قوله: «وللتحمّل مراتب، أتمّها أن يقول شاهد الأصل - إلى قوله - وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال».

إنّما يجوز التحمّل إذا عرف أنّ عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت.

ولمعرفة أسباب ذكرها المصنّف (رحمه الله) في ثلاث مراتب:

أحدها: الاسترعاء. وهو التماس شاهد الأصل رعاية شهادته. والشهادة بها والشهادة معه جائزة إجمالاً. ولكن اختلفوا في كيفيّة، فذكر المصنّف (رحمه الله) والأكثر أن يقول شاهد الأصل للفرع: «اشهد على شهادتي أنّي أشهد على فلان» إلى آخره. وفي معناها أن يسمعه يسترعي شاهداً آخر.

وكذا لو قال: «أشهدك على شهادتي»، أو يقول: «إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت

لك في أن تشهد». ولا يقول: «أشهدك عن شهادتي» إلى آخره.

والفرق بين «على» و«عن» أنّ قوله «أشهدك على شهادتي» تحمّل، وقوله «عن

شهادتي» إذن في الأداء، فكأنّه يقول: أدّها عني؛ إذ لإذنه أثر في الطريق، ألا تراه لو قال له

ويليه أن يسمعه يقول: «أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا»، ويذكر السبب، مثل أن يقول: «من ثمن ثوب أو عقار»؛ إذ هي صورة جزم. وفيه تردّد.

بعد التحميل: «لا تؤدّ عني تلك الشهادة»، امتنع عليه الأداء.

وربما رجّح بعضهم «عن»، بل ناقش في «على» من حيث إنّها تقتضي كون الشهادة مشهوداً عليها، وإنّما هي مشهود بها، والمشهود عليه هو الشاهد، ولا بدّ من التمييز بين المشهود به وله وعليه.

لكن رعاية التحمّل في «على» سهّل أمرها، وأخرجها عن كون الشهادة مشهوداً عليها صرفاً. مضافاً إلى كونه هو المشهور في الاستعمال.

وثانيها: أن يسمعه يشهد عند الحاكم: «أنّ لفلان على فلان كذا» فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه؛ لأنّه لا يتصدّى لإقامة الشهادة عند الحاكم إلا بعد تحقّق الوجوب. وللحاكم أيضاً أن يشهد على شهادته عند حاكم آخر. والشهادة عند المحكّم كالشهادة عند الحاكم المنصوب من الإمام؛ لأنّه لا يشهد عند المحكّم أيضاً إلا وهو جازم بثبوت المشهود به. وألحق بهذه المرتبة قوله: «عندي شهادة مجزومة أو مشبوتة بأنّ على فلان لفلان كذا». وكذا لو قال: «شهادة لا أرتاب فيها، أو لا أشكّ».

ويظهر من كلام ابن الجنيّد منع هذه المرتبة؛ لأنّه قال:

ليس للشهود أن يشهدوا إذا أخبرهم المشهود على شهادته، دون أن يستريحهم إيّاها ويقول لهم بعد وصفه حال شهادته: «فاشهدوا على شهادتي على فلان لفلان بكذا»^١.

وثالثها: أن يبيّن سبب الوجوب، فيقول: «أشهد أنّ لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع أو قرض أو أرش جنائية». فيجوز الشهادة على شهادته وإن لم يشهد عند الحاكم، ولا وجد منه استرعاء؛ لأنّ الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل.

والمصنّف (رحمه الله) تردّد في قبول هذه الصورة، وكذلك العلامة^٢. ومنشأ التردّد منّا

١. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٥١، المسألة ١١٠.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥٠٤.

أما لو لم يذكر سبب الحقّ، بل اقتصر على قوله: «أنا أشهد لفلانٍ على فلانٍ بكذا»، لم يصر متحملاً؛ لاعتیاد التسامح بمثله. وفي الفرق بين هذه وبين ذكر السبب إشكال.

ذكر، ومن اعتیاد التسامح بمثل ذلك في غير مجالس الحكّام. والوجه القبول؛ لأنّ العدالة تمنع المسامحة إلى هذه الغاية.

ولو قال: «أشهد أنّ عليه كذا» إلى آخره، ولم يذكر السبب، ولا كان ذلك في مجلس الحاكم، فهذه الصورة قطع المصنّف (رحمه الله) وغيره^١ بعدم جواز الشهادة عليها؛ لاعتیاد التسامح بذلك من غير تحقيق لغرض صحيح أو فاسد، ولو آل الأمر إلى أنّ إقامة الشهادة لا تخلو عنها، ولا احتمال إرادة الوعد، بمعنى أنّ المشهود عليه كان قد وعد المشهود له بذلك، فجعلها عليه؛ لأنّ الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق، فنزله منزلة الدين. وليس كذلك لو سمعه يقول: «لفلان عليّ كذا»، فإنّه يجوز الشهادة عليه بالإقرار، ولا يحمل على الوعد ولا على التساهل.

وفرقوا بين الإقرار وتحمل الشهادة بوجهين:

أحدهما: أنّ الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار، ألا ترى أنّه لا تقبل شهادة الفاسق والمغفل والشهادة بالمجهول، والإقرار يخالفه، فجاز أن يعتبر في تحمل الشهادة ما لا يعتبر في تحمل الإقرار.

والثاني: أنّ المقرّ مخبر عن نفسه، والشاهد مخبر عن غيره، والمخبر عن غيره قد يتساهل، فيحتاج فيه إلى الاحتياط، بخلاف المخبر عن نفسه.

واعلم أنّ المصنّف (رحمه الله) استشكل الفرق بين هذه الصورة التي سمعه يشهد من غير أن يذكر السبب، وبين ما لو ذكر السبب.

ووجه الإشكال من حيث اشتغال الصيغتين على الجزم الذي لا يناسب العدل أن يتسامح فيه.

● ففي صورة الاسترعاء، يقول: «أشهدني فلان على شهادته».
وفي صورة سماعه عند الحاكم، يقول: «أشهد أن فلاناً شهد عند الحاكم بكذا».
وفي صورة السماع لا عنده، يقول: «أشهد أن فلاناً شهد على فلانٍ لفلانٍ
بكذا، بسبب كذا».

واستشكاله في الفرق يحتمل معنيين:

أحدهما - وهو الأظهر - إلحاق الأولى بالثانية في عدم القبول؛ لقيام الاحتمال بالتسامح والوعد، فيكون الإشكال موافقاً لتردده السابق في حكم ما لو ذكر السبب، ويقتضي عدم قبول الشهادة في الموضعين، بخلاف ما ذكره الشيخ^١ وغيره^٢ من الفرق وقبول الأولى دون الثانية.

والثاني: إلحاق الثانية بالأولى في القبول؛ لاشتراكهما في الشهادة بصيغة الجزم الذي لا يصح للعدل أن يتلقظ به من غير علم بالحال، ولا يجوز في سماعه ذلك ممن لا يوثق به أو وعد ونحوه، إلا أن هذا الحكم بعيد، بل لم يقل به أحد وإن كان محتملاً.
والمحصّل من الإشكال هو أن الحكم في إحداهما بالقبول دون الأخرى ترجيح من غير مرجح؛ رداً على الشيخ حيث فرّق^٣.

قوله: «ففي صورة الاسترعاء يقول: أشهدني فلان على شهادته» إلى آخره.
يجب على الفرع عند أداء الشهادة أن يبيّن جهة التحمّل؛ لأنّ الغالب على الناس الجهل بطريق التحمّل، فربما استند إلى سبب لا يجوز التحمّل به، فإذا ذكر السبب زال الريب، وللاختلاف في المراتب كما عرفت، فربما أطلق الشهادة وكانت مستندة إلى وجه يجوز عنده لا عند الحاكم.

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٦.

٢. كالشهاد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٦.

● ولا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل. ويتحقق العذر بالمرض وما مثله، وبالغيبه، ولا تقدير لها. وضابطه: مراعاة المشقة على شاهد الأصل في حضوره.

فإن استرعاه الأصل قال: «أشهد أن فلاناً شهد أن فلاناً على فلان كذا وأشهدني على شهادته»، أو يقول ابتداءً: «أشهدني فلان على شهادته أن فلاناً» إلى آخره. وإن لم يسترعه بين أنه شهد عند الحاكم، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه.

وفي الاكتفاء بقوله: «أشهد على شهادة فلان بكذا»، مع الوثوق بمعرفة المراتب، وموافقة رأيه لرأي الحاكم فيها وجهان، من ظهور الاستناد إلى سبب صحيح؛ نظراً إلى الثقة به، ومن تطرق الاحتمال.

قوله: «ولا تقبل شهادة الفرع إلا عند تعذر حضور شاهد الأصل» إلى آخره.

المشهور بين الأصحاب اشتراط تعذر حضور شاهد الأصل في قبول شهادة الفرع. وفي خبر محمد بن مسلم السابق^١ دليل عليه؛ لأنه شرط أن يكون به علة تمنعه من أن يحضر ويقيها.

ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا عدم اشتراط ذلك، ومال إليه. واستدل عليه بأن الأصل قبول الشهادة على الشهادة، وتخصيصها بوقت دون وقت أو على وجه دون وجه يحتاج إلى دليل. قال:

وأيضاً روى أصحابنا أنه إذا اجتمع شاهد الأصل وشاهد الفرع واختلفا، فإنه تقبل شهادة أعدلهما، حتى أن في أصحابنا من قال: تقبل شهادة الفرع وتسقط شهادة الأصل^٢.

والمذهب هو المشهور.

١. سبق تخريج خبره في ص ٤١٥، الهامش ٣.

٢. الخلاف، ج ٦، ص ٣١٥-٣١٦، ذيل المسألة ٦٥؛ وللرواية راجع الكافي، ج ٧، ص ٣٩٩، باب بدون العنوان، ح ١-٢؛ والفتاوى، ج ٣، ص ٧٠، ح ٣٣٥٦؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٦، ح ٦٦٩-٦٧٠.

● ولو شهد شاهد الفرع فأنكر الأصل، فالمرويّ العمل بشهادة أعدلهما. فإن تساويا أطرح الفرع.
وهو يشكل بما أنّ الشرط في قبول الفرع عدم الأصل. وربما أمكن، لو قال الأصل: لا أعلم.

وعليه فالمعتبر تعذّر حضور الأصل لموت أو زمانة أو مانع يمنعه من حضور مجلس الحكم وإن كان حاضراً، أو يوجب له تحمّل مشقة لا تتحمّل غالباً. ولا فرق بين أن يكون فوق مسافة العدوى، وهي التي لو خرج بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً، ودونها عندنا؛ عملاً بالأصل.

واشترط بعض العامة كونه فوق مسافة القصر^١، وآخرون مسافة العدوى^٢.
وإلى خلافهما أشار المصنّف (رحمه الله) بقوله: «ولا تقدير لها» لأنّه رجوع إلى ما لا دليل عليه. وفي خبر محمّد بن مسلم السابق: «ولو كان خلف سارية [يجوز ذلك] إذا كان لا يمكنه أن يقيهما»^٣.

قوله: «ولو شهد شاهد الفرع فأنكر الأصل، فالمرويّ العمل بشهادة أعدلهما» إلى آخره. الحكم في هذه المسألة مبنيّ على السابقة، فإن قلنا بعدم اشتراط تعذّر حضور شاهد الأصل في صحّة شهادة الفرع تمسّى هذا البحث هنا؛ لجواز إحضار الفرع وإن كان شاهد الأصل موجوداً.

وأما على المشهور من اشتراط تعذّره، فشهد الفرع ثمّ حضر الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يعتدّ بإنكاره، وأمضي الحكم على وفق شهادة الفرع. وهذا لا إشكال فيه أيضاً.
وإن كان حضوره قبل الحكم بشهادة الفرع فأنكر، فالمشهور سقوط شهادة الفرع؛ لأنّ الشرط في سماعها تعذّر الأصل وقد زال، ولأنّ مستند شهادة الفرع شهادة الأصل وهي

١ و٢. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٢٢٥؛ حلية العلماء، ج ٨، ص ٢٩٧ - ٢٩٨؛ المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١٢، ص ٩٠ - ٩١، المسألة ٨٤١٠؛ روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٦٧.

٣. سبق تخريج خبره في ص ٤١٥، الهامش ٣.

مفقودة، فيفقد ما استند إليها. وهذا هو الذي اختاره المصنّف (رحمه الله)، وقبله الشيخ في المبسوط^١ وابن إدريس^٢ وجماعة المتأخرين^٣.

وذهب جماعة - منهم الصدوقان^٤ والشيخ في النهاية^٥ وتلميذه القاضي^٦ - إلى الحكم بشهادة أعدلهما؛ لصحيفة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في رجل شهد على شهادة رجل، فجاء الرجل فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهادة أعدلهما، ولو كانت عدلتها واحدة لم يجز الشهادة»^٧.

وهذه الرواية وإن كان ظاهرها متروكاً من حيث اشتماله على شهادة الرجل الواحد على الواحد، إلا أنّ المطلوب يتمّ منها، على أنّ ذكر الواحد لا ينفي غيره، فيمكن حملها على وجه يصحّ.

ولكن يشكل تمسّيها على القول المشهور من اشتراط تعدّد حضور شاهد الأصل.

والمصنّف (رحمه الله) قال: يمكن ذلك على تقدير أن يقول الأصل: لا أعلم.

واعترضه السيّد عميد الدين (رحمه الله) بأنّه لا يمكن حينئذٍ العمل بقول الأعدل إذا

كان الأصل؛ لأنّه غير شاهد^٨.

وأورد عليه الشهيد (رحمه الله) أيضاً بأنّ ذلك غير منطوق الرواية؛ لتضمّنها قوله

«لم أشهده».

١. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٨.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٢٧.

٣. منهم العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٦، المسألة ٨٩؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤)؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٣٢١.

٤. المقنع، ص ٣٩٩؛ وحكاها عنهما العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٥، المسألة ٨٩.

٥. النهاية، ص ٣٢٩.

٦. المهذب، ج ٢، ص ٥٦١.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٩٩، باب بدون العنوان، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٦، ح ٦٧٠.

٨. حكاها عنه الشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

● ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح في الحكم وافقاً أو خالفاً. وإن كان قبله سقط اعتبار الفرع، وبقي الحكم لشاهد الأصل. ولو تغيّرت حال الأصل بفسقٍ أو كفرٍ لم يحكم بالفرع؛ لأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل.

ثم وجهها بأنّه:

لا يلزم من أنّه يشترط في إحضار شاهد الفرع تعذّر الأصل أن يكون ذلك في السماع. سلّمنا لكنّ المراد إذا كان الأصل والفرع متفقين، فإنّه حينئذٍ لا يحتاج إلى شهادة الفرع؛ للاستغناء بالأصل، وزيادة الكلفة بالبحث عن الجرح والتعديل، أمّا مع التناكر فيمتنع تناول العبارة له.

وبالجملة فهم لم يصّر حوا بأنّ ذلك مناف لشهادة الفرع، بل ظاهر كلامهم أنّ سماع شهادة الفرع مشروط بتعذّر شاهد الأصل إذا كان يشهد، والمنكر لم يشهد^١.

وفي المختلف حمل الرواية على:

ما إذا أنكر بعد الحكم؛ فإنّه لا يقدح في الحكم بشهادة أعدلهما؛ اعتباراً بقوة الظنّ، أمّا قبل الحكم فإنّ شهادة الفرع تبطل قطعاً^٢.

والأقوى أنّ إنكاره بعد الحكم أيضاً لا يلتفت إليه. وقيل: يطرح الفرع^٣. فالرواية تخالف الأصول على التقديرين.

قوله: «ولو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل» إلى آخره.

إذا طرأ بعد التحمّل ما يمنع شهادة الفرع، بأن حضر الأصل بناء على اعتبار غيبته، أو كفر أو فسق، أو طرأ له عداوة للمشهد عليه، فإن كان بعد الحكم بشهادة الفرع لم ينقض، كما لو شهد الأصل بنفسه ثمّ تجدد فسقه أو غيره من موانع الشهادة.

١. غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٦، المسألة ٨٩.

٣. قاله العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٨٢، الرقم ٦٦٩٨.

ولم يخالف في ذلك إلا ابن حمزة؛ فإنه حكم بتقديم أعدلهما^١. ومال إليه في المختلف^٢، مؤولاً به الرواية السابقة. وقد تقدّم^٣.

وإن كان قبل الحكم وقبل أداء الشهادة، فلا إشكال في بطلانها أيضاً؛ لأنها شهادة على فاسق أو غيره ممن لا تقبل شهادته، ولسقوط اعتبار الفرع بحضور الأصل.

وإن كان بعد الشهادة وقبل الحكم، فالمشهور بين الأصحاب أنّ الحكم كذلك. أمّا مع الحضور فلسقوط اعتبار الفرع، فلو حكم به اقتضى الحكم بشهادة الفرع مع حضور الأصل، وهو ممنوع. وأمّا مع عروض قواعد الشهادة فلصدق القضاء بشهادة الفاسق ونحوه؛ لأنّ الفرع إنّما يؤدي شهادة الأصل، والحكم إنّما هو بها، وكما لو فسق الأصل بعد شهادته وقبل الحكم.

ووجهه أيضاً بأنّ هذه الحالات لا تهجم دفعةً واحدةً، بل الفسق يورث الريبة فيما تقدّم، والردة تشعر بخبث في العقيدة سابق، والعداوة لضغائن كانت مستكنة، وليس لمدة الريبة من قبل ضبط، فينعطف إلى حالة التحمّل.

ولو فرض زوالها قبل الشهادة عليه فهل للفرع أن يشهد بالتحمّل الأول، أم يحتاج إلى تحمّل جديد؛ بناءً على انعطاف الريبة إلى حالة التحمّل؟ فيه وجهان ناشتان من كونه عدلاً عند الشهادة عليه وعند أدائها، ومن الريبة المذكورة.

ولا يقدر طروء جنون الأصل والإغماء عليه، والعمى فيما لا تقبل شهادة الأعمى فيه، كما لو مات؛ لأنّ ذلك لا يوقع ريبة فيما مضى، ولأنّ العمى لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية.

١. الوسيلة، ص ٢٣٣ - ٢٣٤.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٦، المسألة ٨٩.

٣. تقدّم في ص ٤٢٤.

● وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنة والاستهلال والوصية. وفيه تردّد؛ أشبهه المنع.

قوله: «وتقبل شهادة النساء على الشهادة فيما تقبل فيه شهادة النساء» إلى آخره. اختلف الأصحاب في جواز شهادة النساء فرعاً في موضع تجوز شهادتهن فيه أصلاً على قولين:

أحدهما: الجواز. ذهب إليه الشيخ في الخلاف؛ محتجاً بالإجماع والأخبار^١، وقواه في المبسوط، لكنّه جعل الآخر أحوط^٢، وابن الجنيّد^٣ والعلامة في المختلف^٤؛ للأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^٥. وعموم رواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام قال: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا حدود، إلّا في الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه»^٦. وذلك شامل للشهادة الأصلية والفرعية، ولأنّ شهادتهنّ أصلاً ثابتة، فالفرع أولى؛ لاستناده إلى شهادة الأصل أو مساو.

والثاني: المنع. ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط^٧، وابن إدريس^٨، والعلامة في غير المختلف^٩، والمصنّف (رحمه الله) هنا، وتردّد في النافع^{١٠}، وكذا العلامة في الإرشاد^{١١}.

١. الخلاف، ج ٦، ص ٣١٦، المسألة ٦٦.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٨.

٣. حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٩، المسألة ٩١. ولكن أطلق جواز شهادتهنّ على الشهادة.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٩، المسألة ٩١.

٥. البقرة (٢): ٢٨٢.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨١، ح ٧٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٥، ح ٨٠.

٧. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٨، حيث قال: والأوّل أحوط عندنا؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤)، جعل محتاط الشيخ في المبسوط بمعنى المنع منه.

٨. السرائر، ج ٢، ص ١٢٨ - ١٢٩.

٩. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥٠٥؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٨٣ - ٢٨٤، الرقم ٦٧٠٠.

١٠. المختصر النافع، ص ٤١٨.

١١. إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ١٦٥.

.....

ووجه المنع أن المجوّز له إنّما هو الضرورة، إمّا لضرورة الانفراد أو لفقد الرجال، كما في حالة الوصيّة، ولا ضرورة هنا. ولا اختصاص النساء ببعض الأحكام غالباً. والجواب عن الأوّل: أن الأصل عدل عنه للدليل. والآية محلّها الأموال، والشهادة ليست مالاً.

ورواية السكوني^١ مع ضعفها لا تدلّ على المطلوب، مع أنّها عمدة الشيخ والعلامة في المختلف؛ لأنّه صدرّ بها الاستدلال.

ووجه عدم الدلالة أنّه جعل مورد شهادتهنّ الديون وما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وشهادتهنّ فرعاً إنّما هي على الشهادة، ونفس الشهادة ليست من الديون ولا الأموال، ويطلّع عليها الرجال، فلا يدخل في الخبر، ولا في قاعدة ما تدخل فيه شهادة النساء. وهذا أقوى. إذا تقرّر ذلك، فاعلم أن قول المصنّف «تقبل شهادة النساء على النساء» إلى آخره يدلّ على أن مورد الخلاف شهادتهنّ عليهنّ في موضع ينفردن بالشهادة، فيخرج من ذلك ما لو كان في موضعهنّ رجال حيث يجوز انفرادهنّ؛ فإنّ الشهادة في هذا المحلّ لا تختصّ بهنّ، بل يجوز بالرجال أيضاً بطريق أولى.

ويخرج من ذلك أيضاً ما لو كان المحلّ ممّا تقبل فيه شهادتهنّ منضمّات، سواء شهدن فرعاً على النساء أم على الرجال.

وفي النافع جعل مورد الخلاف شهادتهنّ على الشهادة في الموضوع الذي تقبل فيه شهادتهنّ^٢، وهو شامل لجميع هذه الموارد. وبهذا صرّح جماعة منهم الشهيد في الشرح^٣ والعلامة في المختلف^٤. وهو الحقّ.

١. تقدّم تخريج روايته في ص ٤٢٧، الهامش ٦.

٢. المختصر النافع، ص ٤١٨.

٣. غاية المراد، ج ٤، ص ١٢٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ٤).

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٢٩، المسألة ٩١.

- ثم الفرعان إن سمّيا الأصل وعدّلاه قُبل. وإن سمّياه ولم يعدّلاه سمعها الحاكم، وبحث عن الأصل، وحكم مع ثبوت ما يقتضي القبول، وطرح مع ثبوت ما يمنع لو حضر وشهد. أمّا لو عدّلاه ولم يسمّياه لم تقبل.
- ولو أقرّ باللواط، أو بالزنى بالعمّة أو الخالة، أو بوطء البهيمة، ثبت بشهادة

وعلى هذا، فموضع القول بالجواز شهادتهنّ على الشهادة فيما لهنّ فيه مدخل، سواء شهدن على مثلهنّ أم على الرجال. وحينئذٍ فتشهد على شاهد أربع نساء، سواء كان المشهود عليه رجلاً أم امرأة. فلو كنّ أربع نساء شهدت عليهنّ ستّ عشرة امرأة، إن لم يشتركن في الشهادة على أزيد من واحدة، وإلا أمكن الاجتزاء بالأربع، كما مرّ في شهادة الرجلين^١.

قوله: «ثمّ الفرعان إن سمّيا الأصل وعدّلاه قُبل» إلى آخره.

يجب على الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم؛ لاشتراط معرفة عدالتهم، وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم. ولو وصفوا الأصول بالعدالة ولم يسمّوهم، بأن قالوا: «نشهد على شهادة عدلين أو عدول» لم يجز؛ لأنّ الحاكم قد يعرفهم بالجرح لو سمّوا، ولأنّهم قد يكونون عدولاً عند قوم وفساقاً عند آخرين؛ لأنّ العدالة مبنية على الظاهر، ولأنّ ذلك يسدّ باب الجرح على الخصم.

ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل، بل له إطلاق الشهادة، ثمّ الحاكم يبحث عن عدالتهم، خلافاً لبعض العامة^٢. وعلى تقدير تزكيتهم - وهم بصفات المزكّين - تثبت عدالتهم؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

قوله: «ولو أقرّ باللواط أو بالزنى بالعمّة أو الخالة» إلى قوله - وجوب بيعها في بلدٍ آخر -، قد عرفت أنّ الشهادة على الشهادة إنّما تردّ في الحدود، فلو اشتمل سبب الحدّ على

١. مرّ في ص ٤١٧.

٢. راجع روضة الطالبين، ج ٨، ص ٢٦٧، نقلًا عن البغوي.

شاهدين. 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.

أمرين أو أمور منها الحدّ، كاللواط المترتب عليه نشر الحرمة بأمر المفعول وأخته وبسنه، والزنى بالعمّة والخالة المترتب عليه تحريم بنتهما، أو الزنى مطلقاً على ما تقدّم من الخلاف^١، وكالزنى مكرهاً للمرأة بالنسبة إلى ثبوت المهر، وكوطء البهيمة المترتب عليه التعزير وتحريم الأكل أو البيع، لم تقبل في الحدّ.

وهل تردّ في غيره؟ وجهان، من تلازم الأمرين أو الأمور، وكونها معلول علّة واحدة، فلو ثبت بعضها لزم ثبوت البعض الآخر؛ لترتب الجميع على ثبوت أصل الفعل وهو الوطاء، ومن وجود المانع في بعضها وهو الحدّ بالنصّ أو الإجماع، فيبقى الباقي؛ لأنّه حقّ آدمي لا مانع من إثباته بشهادة الفرع.

وتلازم معلولات الأحكام المستندة إلى علّة واحدة ممنوع، ومن ثمّ ثبت بالشهادة على الشهادة بالسرقة المأل دون الحدّ، وكذا مع الشاهد والمرأتين وبالعكس لو كان المقرّ سفياً، إلى غير ذلك من الأحكام التي ينفكّ بعض معلولاتها عن بعض مع استنادها إلى علّة واحدة؛ فإنّ هذه العلل معرّفات، وجاز أن تكون العلّة في بعضها ذلك الأمر مع شيء آخر ممّا يقتضيه الحكم، وهذا هو الأقوى.

فعلى هذا يثبت بشهادة الفرع حقّ الآدمي دون الحدّ، سواء كانت الشهادة على نفس السبب وهو الزنى واللواط والوطء أم على الإقرار بذلك.

وإنّما فرض المصنّف الحكم في الإقرار حذراً من تبعض حكم السبب الواحد على تقدير الشهادة بنفس الزنى مثلاً؛ فإنّه سبب في الحدّ وفي نشر الحرمة، فيشكل تبعض

الشهادة في أحدهما دون الآخر، بخلاف الإقرار بالفعل؛ فإنه ليس سبباً للحدّ، وإنّما السبب هو الفعل المقرّ به.

والأصحّ عدم الفرق. وحينئذٍ فإن كانت الشهادة على الإقرار كفي اثنان في الأصل وفي الفرع على كلّ منهما؛ لأنّ الإقرار ممّا يثبت بشاهدين.

وقيل: يتوقّف الإقرار بالزنى على أربعة كأصله^١. واختاره العلامة^٢.

وإن كانت شهادة الأصل على نفس الزنى اعتبر كونهم أربعة. وهل يشترط ذلك العدد في شاهد الفرع، أم يكفي على كلّ واحدٍ اثنان؟ فيه وجهان، منشؤهما من أنّها شهادة على الزنى وتلك الأحكام تابعة له، وأنّه لو اكتفي باثنين لكان شهود الأصل أسوء حالاً من شهود الفرع، مع أنّ الظاهر العكس أو التساوي، ومن أنّ المقصود هو حقّ الأدمي من المال وغيره، وهو ممّا يكفي فيه اثنان، ويمنع اشتراط مساواة شهود الفرع للأصل مطلقاً؛ إذ لا دليل عليه.

١. راجع إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٤٣٢.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٣، المسألة ١٠٣.

الطرف الخامس في اللواحق

وهي قسمان:

الأول في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد

وتترتب عليه مسائل:

الأولى: • توارد الشاهدين على الشيء الواحد شرط في القبول، فإن اتفقا معنى حكم بهما وإن اختلفا لفظاً؛ إذ لا فرق بين أن يقولوا: «غصب» وبين أن يقول أحدهما: «غصب» والآخر: «انتزع». ولا يحكم لو اختلفا معنى، مثل: أن يشهد أحدهما بالبيع، والآخر بالإقرار بالبيع؛ لأنهما شيان مختلفان. نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت.

قوله: «توارد الشاهدين على الشيء الواحد شرط في القبول، فإن اتفقا معنى حكم بهما وإن اختلفا لفظاً» إلى آخره.

لا بد في قبول الشهادة من موافقتها للدعوى، وتوافق الشاهدين معنى لا لفظاً؛ لأن المشهود به لا يثبت إلا بتمام العدد. فلو قال أحدهما: غصب، والآخر: انتزع قهراً، أو ظلماً، فالمعنى واحد وإن اختلف اللفظ، فقد حصل بالفعل الواحد شاهدان، بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به؛ فإن البيع لم يقم به إلا شاهد واحد، وكذلك الإقرار؛ لتعددهما، فيحلف المدعي مع أحدهما.

الثانية: • لو شهد أحدهما أنه 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، أو لتغاير الفعلين.

الثالثة: • لو قال أحدهما: «سرق ديناراً» وقال الآخر: «درهماً» أو قال أحدهما: «سرق ثوباً أبيض»، وقال الآخر: «أسود» وفي كل واحد يجوز أن يحكم مع أحدهما ومع يمين المدعي، لكن يثبت له الغرم، ولا يثبت القطع. ولو تعارض في ذلك بيّتان على عين واحدة سقط القطع للشبهة، ولم يسقط الغرم. ولو كان تعارض البيّتين لا على عين واحدة، ثبت الثوبان والدرهمان.

وكذا لو كانت الشهادة على أمر واحد واختلفا في زمانه أو مكانه أو وصفه، بأن قال أحدهما: إنه غصب الثوب يوم الجمعة، وقال الآخر: يوم السبت، أو: في البيت، وقال الآخر: في المسجد، أو: ثوب كتان، وقال الآخر: قطن، لاقتضاء ذلك تغاير الفعلين. وحينئذٍ يحلف مع أحدهما، سواء تكاذبا أم لا؛ لأنّ التعارض إنّما يكون بين البيّتين الكاملتين.

قوله: «لو شهد أحدهما أنه سرق نصاباً غدوةً، وشهد الآخر أنه سرق عشيةً» إلى آخره. في التعليل لفّ ونشر غير مرتّب، فإنّ تحقق التعارض الذي علّل به أولاً يحصل في الفرض الثاني، وتغاير الفعلين يحصل في الأوّل؛ لأنّ النصاب المشهود به في الأوّل غير معيّن، فكانت الشهادة على فعلين. وفي المسألتين لا يثبت الفعل؛ لأنّ به شاهداً واحداً.

قوله: «لو قال أحدهما: سرق ديناراً، وقال الآخر: درهماً أو قال أحدهما: سرق ثوباً أبيض» إلى آخره.

كما يجوز للمدعي أن يحلف مع أحدهما يجوز له أن يحلف معهما؛ لعدم المنافاة، فيثبت الدينار والدرهم والثوب الأبيض والأسود، إذالم يعيّن الزمان بحيث يحصل التنافي، فيقتصر على الحلف مع أحدهما خاصةً. ولا يثبت القطع هنا؛ لأنّ الحدّ لا يثبت باليمين.

الرابعة: • لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوةً بدينار، وشهد الآخر أنّه باعه بعينه في ذلك الوقت بدينارين، لم يشبنا؛ لتحقق التعارض، وكان له المطالبة بأيهما شاء مع اليمين. ولو شهد له مع كلّ واحد شاهد آخر ثبت الديناران.

ولو شهد بالفعلين شاهدان، فإن تعارضا، بأن شهد شاهدان أنّه سرق منه ديناراً يوم الجمعة عند الزوال، وشهد آخران أنّه سرق منه ذلك الدينار بعينه في وقت آخر، بحيث لا يمكن الجمع بين الفعلين سقط القطع؛ للشبهة والحدّ يدرأ بها، ولا يسقط الغرم؛ لشبوت سرقة الدينار المعين على التقديرين.

وإن لم يتعارضا، بأن شهدت إحداهما بسرقة غدوةً، والأخرى عشيّةً، بحيث يمكن أن يستردّه المالك ثم يسرقه مرّةً أخرى، ثبت القطع والغرم.

وكذا لو اختلفت العين، بأن شهدت إحداهما بسرقة الثوب الأبيض، والأخرى بسرقة الأسود ولو في وقتٍ واحدٍ، أو شهدت إحداهما بسرقة الدينار، والأخرى بسرقة الدرهم كذلك، يشبث الأمران؛ لإمكان الجمع حتّى مع اتّحاد الزمان؛ لجواز أن يسرق فيه الأمران.

وفي قول المصنّف (رحمه الله) «ولو كان تعارض البيّتين لا على عين واحدة» تجوز؛ لأنّه لا تعارض حينئذٍ. وكذا في قوله: «تعارض في ذلك»؛ لأنّ الإشارة تعود إلى الأمرين المختلفين، والفرض هنا اتّحاد العين. وأمّا قوله: «ثبت الدرهمان» فالمراد به الدينار والدرهم، وثناهما باسم أحدهما أو باسم أخفهما، كالقمرين والعمرين.

قوله: «لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوةً بدينارٍ، وشهد الآخر أنّه باعه بعينه في ذلك الوقت بدينارين» إلى آخره.

إثبات التعارض بين الشاهدين باعتبار صورته، وإلّا فالتعارض لا يستحقّق إلاّ بين البيّتين الكاملتين كما مرّ^١. ولو اقتصر على قوله: «لم يشبنا، وكان له المطالبة» إلى آخره

ولا كذلك لو شهد واحد بالإقرار بالآخر بألفين، فإنه يثبت الألف بهما والآخر بانضمام اليمين. ولو شهد بكل واحد شاهدان، ثبت ألف بشهادة الجميع، والألف الآخر بشهادة اثنين.

● وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم، وشهد الآخر أنه سرقه وقيمه درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما والآخر بالشاهد واليمين. ولو شهد بكل صورة شاهدان، ثبت الدرهم بشهادة الجميع، والآخر بشهادة الشاهدين بهما.

— كما فعل غيره - كان أثبت؛ لأنه لم يقم بكل واحدٍ من البيئتين إلا شاهداً واحداً؛ فلذلك لم يثبتا.

والفرق بين الإقرار والبيع - حيث يثبت القدر الأقل بهما، ويتوقف الزائد على اليمين في الإقرار دون البيع - أن الإقرار ليس سبباً في ثبوت الحق في ذمته، بل كاشف عن سبقه، فجاز تعدده، ولم يناف أحد الإقرارين الآخر، بخلاف البيع، فإنه سبب لثبوت الحق، ولم يقم بكل واحد من السببين بيئته كاملة.

وعليه يترتب ما لو شهد بكل واحد من الإقرارين شاهدان، فإنه يثبت الأقل بشهادة الجميع والزائد بشهادة الاثنين، بخلاف البيع؛ فإنه لا يثبت المجموع إلا بشاهدين؛ لعدم إمكان تعدد السبب فيه.

قوله: «وكذا لو شهد أنه سرق ثوباً قيمته درهم» إلى آخره.

الكلام في سبب السرقه بالنسبة إلى القيمة كالإقرار؛ فإن السرقه نفسها ليست سبباً في كون قيمة الثوب درهماً أو درهماين، وإنما القيمة أمر لازم للعين، سواء سرق أم لم يسرق، فكان ذلك بمنزلة ما لو شهد أحدهما أن له في ذمته درهماً، والآخر أن له في ذمته درهماين، فيثبت الدرهم بشهادتهما، والآخر مع اليمين.

ولو شهد بكل واحد من الفرضين شاهدان ثبت الزائد بشهادة الاثنين، والأقل بشهادة الجميع؛ لعدم التنافي.

● ولو شهد أحدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً، أو بالقتل كذلك، لم يحكم بشهادتهما؛ لأنَّه شهادة على فعلين. أمَّا لو شهد أحدهما بإقراره بالعريضة والآخر بالعجمية، قُبِل؛ لأنَّه إخبار عن شيء واحد.

القسم الثاني في الطوارئ

وهي مسائل:

الأولى: ● لو شهدا ولم يحكم فماتا حكم بهما. وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت.

قوله: «ولو شهد أحدهما بالقذف غدوةً والآخر عشيةً» إلى آخره.

لأنَّ القذف الواقع غدوةً غير الواقع عشيةً، ولم يقدَّم بكل واحدٍ إلا شاهد واحد، فلا يثبت أحدهما وإن أمكن تعدده، ولا محل لليمين مع أحدهما في الحد.

وأما القتل فكذلك، ويزيد أنَّه لا يقبل التكرار، فالتكاذب متحقق.

وأما شهادة أحدهما بالإقرار بالعريضة والآخر بالعجمية، فإن أطلقا وقته أو ذكره مختلفاً ثبت مدلولهما؛ لما ذكرناه من أنَّه ليس بسبب حتى يحصل بتعدد فعله اختلاف، وإنما مدلوله أمر خارج يمكن التعبير عنه في أوقات كثيرة وبلغات متعدّدة، والمدلول شيء واحد.

ولو اتحد الوقت بحيث لا يمكن الاجتماع، بأن شهد أحدهما أنَّه أقرَّ عند الزوال بلا فصل بالعريضة، والآخر أنَّه أقرَّ في ذلك الوقت بعينه بالعجمية لم يثبت، للتكاذب.

قوله: «لو شهدا ولم يحكم فماتا حكم بهما وكذا لو شهدا ثم زكيا بعد الموت».

لأنَّ الحكم مستند إلى أدائهما وقد حصل. والموت ليس قادحاً في الشهادة، وإنما هو عذر طارئ غير منقّص ولا يوجب تهمة، كما لو ناما أو جنّا أو أُغمي عليهما أو على أحدهما.

وكذا الحكم لو شهدا وعدتتهما مجهولة عند الحاكم وماتا قبل التزكية، ثم زكيا بعد الموت؛ لأنَّ الحكم بشهادتهما المؤدّة لا بالتزكية، وإنما التزكية كاشفة عن صحّة الاعتماد على شهادتهما، فلم يقدح فيه موتهما قبلها.

الثانية: • لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما؛ لأنّ المعترف بالعدالة عند الإقامة. ولو كان حقاً لله كحدّ الزنى، لم يحكم؛ لأنّه مبنيّ على التخفيف، ولأنّه نوع شبهة. وفي الحكم بحدّ القذف والقصاص تردّد، أشبهه الحكم؛ لتعلّق حقّ الآدمي به.

قوله: «لو شهدا ثم فسقا قبل الحكم حكم بهما» إلى آخره.

اختلف الأصحاب في جواز الحكم بشهادة العدلين لو طرأ فسقهما أو أحدهما بعد أداء الشهادة وقبل الحكم. فذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط^١ وابن إدريس^٢ والمصنّف (رحمه الله) والعلامة في أحد القولين^٣ إلى الجواز؛ محتجّين بأنّ الاعتبار بالعدالة عند الإقامة لا عند الحكم وقد حصل، ولأنّ الحكم بشهادتهما مع استمرار العدالة ثابت فكذا مع زوالها؛ عملاً بالاستصحاب.

مع أنّ المصنّف (رحمه الله) قد حكم فيما سبق بأنّه لو طرأ فسق شاهد الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع لم يحكم؛ محتجاً بأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل^٤.

وهكذا فعل الشيخ في المبسوط^٥، والعلامة في التحرير^٦.

ولا فرق بين الأمرين، بل الحكم هنا بعدم الحكم أولى؛ لأنّه مستند إلى شهادة من قد فسق خاصّةً.

وذهب العلامة في المختلف^٧ والشهيد^٨ وجماعة^٩ إلى عدم جواز الحكم؛ لأنّهما

١. الخلاف، ج ٦، ص ٣٢٠، المسألة ٧٣؛ المبسوط، ج ٥، ص ٦١٠.

٢. السرائر، ج ٢، ص ١٧٩.

٣. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥١٥؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٧٠، الرقم ٦٦٦٨.

٤. سبق في ص ٤٢٥.

٥. المبسوط، ج ٥، ص ٥٩٨.

٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٨٢، الرقم ٦٦٦٧.

٧. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٧، المسألة ١٠٦.

٨. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل، ج ١٠).

٩. منهم يحيى بن سعيد الحلبي في الجامع للشرائع، ص ٥٤٦.

الثالثة: • لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم، فانتقل المشهود به إليهما لم يحكم لهما بشهادتهما.

فاسقان حال الحكم فلا يجوز الحكم بشهادتهما؛ إذ يصدق أنه حُكِمَ بشهادة فاسقين، كما لو رجعا قبله، وكما لو كانا وارثين ومات المشهود له قبل الحكم بشهادتهما، ولأنَّ طرَوْ الفسق يضعف ظنَّ العدالة السابقة؛ لبعدها طرَوْها دفعةً واحدةً.

وأجابوا عن الاستدلال الأول بأنه مصادرة؛ لأنَّ كون الاعتبار بالعدالة حالة الأداء لا حال الحكم عين المتنازع^١. وهذا هو الأولى. وطرَوْ العدالة كطرَوْ الفسق.

واتفق القائلان على أنَّ المشهود به إذا كان حقاً لله تعالى، كحدِّ الزنى واللواط وشرب المسكر لم يحكم به؛ لوقوع الشبهة الدارئة للحدِّ.

ولو اشترك الحدُّ كالقذف والقصاص، ففي جواز الحكم عند القاتل به في غيره وجهان، من بنائه على التخفيف ودرئته بالشبهة، ومن تعلق حقَّ الآدمي به. ورجَّح المصنِّف (رحمه الله) حقَّ الآدمي.

وعلى هذا، لو كان المشهود به السرقة حكم بالمال خاصةً. وعدمه فيها أقوى.

قوله: «لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم» إلى آخره.

نَبَّه بقوله «لم يحكم لهما بشهادتهما» على وجه الحكم؛ فإنَّه لو حكم بشهادتهما لزم أن يكون قد حكم للمدَّعي بشهادته، وهو باطل قطعاً.

ولو كان لهما في الميراث شريك ففي ثبوت حصَّته بشهادتهما وجهان، من انتفاء المانع من جهته، ومن أنها شهادة واحدة فلا تتبعض، كما لو شهد بعض رفقاء القافلة المأخوذِين لبعض. وهذا أقوى. وبه قطع في القواعد^٢.

ويجيء على القول بعدم قدح طروء الفسق احتمال عدمه هنا اعتباراً بحالة الأداء، كما علَّل به السابق، وعند الأداء لم يكن الشهادة لهما، إلا أنَّ الجميع اتفقوا على امتناع الحكم هنا.

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٧، المسألة ١٠٦.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥١٥.

الرابعة: ● لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم. ولو رجعا بعد الحكم والاستيفاء وتلف المحكوم به لم ينقض الحكم، وكان الضمان على الشهود.

قوله: «لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم - إلى قوله - والأوّل أظهر». رجوع الشهود عن الشهادة إمّا أن يفرض قبل القضاء بشهادتهم، أو بعده. فإن كان قبله امتنع القضاء مطلقاً؛ لأننا لا ندري أنّهم صدقوا في الأوّل أو في الآخر، فلا يبقى ظنّ الصدق، ولم يحصل حكم يمنع نقضه. ثمّ إن اعترفوا بأنّهم تعمدوا الكذب فهم فسقة يستبرؤون. وإن قالوا: «غلطنا» لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها.

ولو كانوا قد شهدوا بالزنى فرجعوا واعترفوا بالتعمّد حدّوا للکذب. وإن قالوا: «غلطنا» ففي حدّ الكذب وجهان: أحدهما المنع؛ لأنّ الغالط معذور. وأظهرهما الوجوب؛ لما فيه من التعبير، وكان من حقّهم التثبت والاحتياط. وعلى هذا تردّد شهادتهم. ولو قلنا لا حدّ فلا ردّ. ولو رجعوا بعد القضاء، فرجعهم إمّا أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده. فإن رجعوا قبل الاستيفاء، نظر إن كانت الشهادة في مال استوفى؛ لأنّ القضاء قد نفذ فيه، وليس هو ممّا يسقط بالشبهة حتّى يتأثر بالرجوع. وفيه وجه آخر أنّه لا يستوفى؛ لأنّ الحكم لم يستقرّ بعد، والظنّ قد اختلّ بالرجوع.

وإن كانت في حدّ لله تعالى قيل: لم يستوف؛ لأنّه مبنيّ على التخفيف، ويدرأ بالشبهة، وهي متحقّقة بالرجوع^١.

وإن كان حقّ آدمي أو مشتركاً فوجهان، من تغليب حقّ الآدمي، ووجود الشبهة الدارئة له في الجملة. وهذا أولى.

والمصنّف (رحمه الله) جزم بالحكم في القسمين استضعافاً للفرق، وتردّد في نقض الحكم لما عدا الحدّ من الحقوق، سواء في ذلك الماليّة وغيرها. ومنشأ التردّد ممّا ذكرناه في المال.

ولو رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان حداً لله نقض الحكم؛ للشبهة الموجبة للسقوط. وكذا لو كان للآدمي كحدّ الكذب، أو مشتركاً كحدّ السرقة. وفي نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردّد.

أما لو حكم وسلّم فرجعوا والعين قائمة، فالأصحّ أنّه لا ينقض ولا تستعاد العين. وفي النهاية: تردّد على صاحبها. والأوّل أظهر.

وينبغي إلحاق العقوبات كالقتل والجرح بالحدود، والعقود والإيقاعات بالمال؛ لسهولة خطرها، وترجيحاً لحقّ الآدمي. ويحتمل إلحاق النكاح بالحدود؛ لعظم خطره، وعدم استدراك فائت البضع.

وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع فاستوفي فالحكم كذلك، كما لو رجعوا بعد الاستيفاء. ولم يتعرّض الأكثر لحكم الرجوع في غير المال قبل الاستيفاء، ولم يحرّروا الحكم فيه.

وإن رجعوا بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم مطلقاً؛ لنفوذ الحكم بالاجتهاد به فلا ينقض بالاحتمال، ولأنّ شهادتهم إقرار، ورجوعهم إنكار، والإنكار بعد الإقرار غير مسموع.

ولأنّ الشهادة أثبتت الحقّ فلا يزول بالطارئ كالفسق والموت، خلافاً للشيخ في النهاية، حيث حكم بردّ العين على صاحبها مع قيامها^١، وتبعه القاضي^٢ وجماعة^٣، محتجّين بأنّ الحقّ ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا جرى مجرى عدم الشهادة. ولا يخفى ضعفه.

وحيث لا ينقض يغرّم الشهود للمحكوم عليه؛ لحصول الحيلولة بشهادتهم، وما يضمن بالتفويت بغير الشهادة يضمن بها كالنفس.

١. النهاية، ص ٣٣٦.

٢. المهذب، ج ٢، ص ٥٦٤.

٣. منهم ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٤.

الخامسة: • المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفي ثم رجعوا، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ منهم. وإن قالوا: أخطأنا، كان عليهم الدية. وإن قال بعض: تعمّدنا، وبعض: أخطأنا، فعلى المقرّ بالعمد القصاص، وعلى المقرّ بالخطأ نصيبه من الدية. ولوليّ الدم قتل المقرّين بالعمد أجمع، وردّ الفاضل عن دية صاحبه. وله قتل البعض، ويردّ الباقيون قدر جنائيتهم.

ويؤيده حسنة جميل عمّن أخبره عن أحدهما رضي الله عنه: «في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم، ولم يغرم الشهود شيئاً»^١.

ولبعض العامة قول: إنهم لا يغرمون؛ لأنهم لم يشبثوا اليد على المال ولم يتلفوه، فلا يضمنون^٢، وإن أثموا بما يفضي إلى الفوات، كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت. قوله: «المشهود به إن كان قتلاً أو جرحاً فاستوفي ثم رجعوا» إلى آخره.

إذا رجعوا بعد الاستيفاء وكان المشهود به ممّا يتعدّد تداركه كالقتل والجرح، فإن قالوا: تعمّدنا، فعليهم القصاص أو الدية في موضع لا يقتصّ فيه من المتعمّد موزعة، على ما هو مذكور في الجنايات. وكذا لو شهدوا بالردة فقتل، أو على المحصن فرجم، أو على غير المحصن فجلد ومات منه. لكن هنا يلزمهم الدية؛ لأنّه عمد شبيه الخطأ؛ لقصدهم إلى الفعل المؤدّي إلى القتل.

وإن قالوا: أخطأنا، فعليهم الدية، على ما يفصل في قتل الخطأ. وإن تفرّقوا في الوصف اختصّ كلّ بحكمه، على ما سيأتي في المشتركين في القتل والجرح^٣.

١. الكافي، ج ٧، ص ٢٨٣، باب من شهد ثم رجع عن شهادته، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٦١، ح ٣٣٤٢؛ تهذيب

الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٩، ح ٦٨٥.

٢. الحاوي الكبير، ج ١٧، ص ٢٦٧.

٣. يأتي في ج ١٢، ص ٢٩٥-٢٩٦.

● ولو قال أحد شهود الزنى بعد رجم المشهود عليه: «تعمّدت» فإن صدّقه الباقون، كان لأولياء الدم قتل الجميع، ويردّوا ما فضل عن دية المرجوم. وإن شاؤوا قتلوا واحداً، ويردّ الباقون تكملة ديته بالحصص بعد وضع نصيب المقتول. وإن شاؤوا قتلوا أكثر من واحد، وردّ الأولياء ما فضل عن دية صاحبهم، وأكمل الباقون من الشهود ما يعوز بعد وضع نصيب المقتولين.

● أمّا لو لم يصدّقه الباقون لم يمض إقراره إلّا على نفسه فحسب. وقال في النهاية: يقتل ويردّ عليه الباقون ثلاثة أرباع الدية. ولا وجه له.

قوله: «ولو قال أحد شهود الزنى بعد رجم المشهود عليه: تعمّدت - إلى قوله - وإن شاؤوا قتلوا أكثر من واحد».

الضابط أنّ الشهادة متى أوجبت القتل، سواء كان ذلك بسبب الزنى أو بسبب القصاص أو الرّدة، فالحكم ما ذكر من جواز قتل المتعمّد وأخذ الدية من الخاطئ. وحكم الردّ مع زيادة المقتول على ما يفصل في بابه، فلا حاجة إلى تفصيل كلّ واحدٍ من حكم الشهادة بالرجم وبالقتل على حدة.

قوله: «أمّا لو لم يصدّقه الباقون لم يمض إقراره إلّا على نفسه فحسب» إلى آخره. إذا رجع أحد شهود الزنى عن الشهادة وقال: «كذبنا» ولم يصدّقه الباقون، لم يقبل قوله عليهم؛ لاختصاص حكم الإقرار بالمقرّ. فإن اختار الوليّ قتله ردّ عليه ثلاثة أرباع ديته، وإن اختار أخذ الدية كان عليه الربع خاصّة؛ لأنّه إنّما أقرّ بالشركة في القتل. وكذا لو قال: «أخطأت».

وقال الشيخ في النهاية:

إن قال: «تعمّدت» قتل، وأدّى الثلاثة إليه ثلاثة أرباع الدية. وإن رجع اثنان وقالوا: «أوهمنّا»، ألزما نصف الدية. وإن قالوا: «تعمّدنا» كان للوليّ قتلها، ويؤدّي إلى ررتها دية كاملة بالسويّة بينهما، ويؤدّي الشاهدان الآخران إلى ررتها نصف الدية.

● ولو شهدا بالعتق فحكم، ثم رجعا ضمنا القيمة، تعمّداً أو أخطأ؛ لأنّهما أتلفاه بشهادتهما.

وإن اختار الولي قتل واحد قتله، وأدّى الآخر مع الباقيين من الشهود على ورثة المقتول الثاني ثلاثة أرباع الدية^١.

ووافق ابن الجنيّد^٢.

ومستندهما حسنة إبراهيم بن نعيم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فلما قتل رجح أحدهم عن شهادته، قال، فقال: «يقتل الرجوع، ويؤدّي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الدية»^٣.

ووجه العدول عنها مخالفتها للأصل؛ فإنّ أحداً لا يلزم بإقرار غيره. وربما حملت على ما إذا رجعوا بأجمعهم، لكن قال أحدهم «تعمّدت» وقال الباقيون «أخطأنا».

وفي المختلف جعل ذلك محملاً لقول الشيخين^٤. وليس بجيّد. وإنّما يصلح حملاً للرواية التي هي مستند الحكم، وأمّا حكمهما فعلى ظاهر ما فهمناه من الرواية.

قوله: «ولو شهدا بالعتق فحكم ثم رجعا ضمنا القيمة» إلى آخره.

إنّما ضمناه مطلقاً؛ لأنّ إتلاف المال لا يفرّق فيه بين العامد والخاطئ، وقد فوتنا ماليّته على المالك بشهادتهما وهو لا يريد؛ لبناؤه على التغليب، مع نفوذ الحكم فيه. ولا فرق بين أن يكون المشهود بعته قنأ أو مدبراً أو مكاتباً أو أمّ ولد أو معلق العتق بصفة، خلافاً لبعض العامة في أمّ الولد، حيث قال: لا غرم^٥.

ولو كانت الشهادة على تدبير عبد ثم رجعا بعد القضاء لم يغرم في الحال؛ لأنّ الملك

١. النهاية، ص ٣٣٥.

٢. حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣٧، المسألة ٩٧.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٤، باب من شهد ثم رجع عن شهادته، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٠، ح ٦٩٠.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣٧-٥٣٨، المسألة ٩٧.

٥. راجع الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ج ٢، ص ٩١٩.

السادسة: • إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم واستعيد المال. فإن تعذر غرم الشهود. ولو كان قتلاً ثبت عليهم القصاص، وكان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالعمد.

لم يزل، فإذا مات غرماً بالرجوع السابق؛ لأنّ عتقه بسبب الشهادة وإن كان قادراً على نقضه؛ إذ لا يجب عليه إنشاء الرجوع لنفع الوارث.

ويحتمل عدم الرجوع؛ لقدرته على نقضه إن لم يكن لازماً بنذر وشبهه. نعم، لو كان رجوعهما بعد موته أغرماً للورثة. وكذا لو شهدا على العتق بصفة على وجه يصحّ.

ولو شهدا بكتابتهم ورجعا وأدى العبد النجوم وعتق ظاهراً، ففيما يفرمان وجهان: أحدهما: ما بين قيمته وبين النجوم. وأصحهما جميع القيمة؛ لأنّ المؤدى من كسبه، وكسبه للسيد. ولو عجز فردّ في الرقّ لم يفرما سوى ما فات من منفعته زمن الكتابة.

ولو شهدا أنّه أعتقه على مال هو دون القيمة فكالكتابة؛ لأنّه يؤدى من كسبه. ولو شهدا أنّه وقفه على مسجد أو جهة عامّة فكالعتق، ولا يردّ الوقف بالرجوع. وكذا لو شهد أنّه جعل الشاة أضحية.

قوله: «إذا ثبت أنهم شهدوا بالزور نقض الحكم واستعيد المال» إلى آخره. وجه نقض الحكم مع ثبوت التزوير تبين اختلال شرط الشهادة، كما لو تبين فسقهما قبل الحكم، وأولى بالبطلان هنا.

ويدلّ عليه أيضاً صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^١. وروى محمد بن مسلم - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٤، باب من شهد ثمّ رجع عن شهادته، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥٩، ح ٣٣٣٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٩ - ٢٦٠، ح ٦٨٦.

● ولو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير لم يضمن الشهود، وكان القصاص على الولي.

السابعة: ● إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا، فإن كان بعد الدخول لم يضمننا، وإن كان قبل الدخول ضمننا نصف المهر المسمى؛ لأنهما لا يضمنان إلا ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة.

قال: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه»^١.

واعلم أنّ الزور إنّما يتحقّق بتعمّد الكذب لا بمطلق كون الشهادة باطلة؛ ولذلك كان حكمهم حكم من أقرّ بالعمد. وإنّما يثبت شهادتهم بالزور بأمر مقطوع به، كعلم الحاكم أو الخبر المفيد للعلم، لا بالبيّنة؛ لأنّه تعارض، ولا بالإقرار؛ لأنّه رجوع.

قوله: «ولو باشر الولي القصاص واعترف بالتزوير لم يضمن الشهود» إلى آخره. إذا رجع وليّ الدم وحده واعترف بالتزوير فعليه القصاص، أو كمال الدية على تقدير اعترافه بالخطأ.

ولو رجع مع الشهود فوجهان:

أجودهما: أنّ القصاص أو الدية بكما لها عليه؛ لأنّه المباشر، وهم معه كالممسك مع القاتل. والثاني: أنّه معهم كالشريك؛ لتعاونهم على القتل، وليسوا كالممسك مع القاتل؛ فإنّهم صوّروه بصورة المحقّقين.

وعلى هذا، فعليهم جميعاً القصاص أو الدية منصفّةً أو بالحساب. وينبغي على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده.

قوله: «إذا شهدا بالطلاق ثم رجعا فإن كان بعد الدخول لم يضمننا» إلى آخره. إذا شهدا على طلاق بائن كالطلاق بعوض والطلقة الثالثة، أو على رضاع محرّم أو لعان

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٣ - ٣٨٤، باب من شهد ثم رجع عن شهادته، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٠، ح ٦٨٧.

أو فسخ عيب أو غيرها من جهات الفراق، وحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا لم يردّ الفراق؛ لأنّ قولهما في الرجوع محتمل، فلا يردّ القضاء المبرم بقول محتمل.

وهل يجب الغرم على الشاهدين مطلقاً، أم يتقيّد بعدم الدخول؟ يبني على أنّ البضع هل يضمن بالتفويت أم لا؟ وفيه وجهان، تقدّم الكلام فيهما مراراً^١.

والمشهور أنّه لا يضمن، ومن ثمّ لو قتلها أو قتلت نفسها لم يضمن.

وكذا لو غصب أمة وماتت في يده؛ فإنّه يضمن بذلك قيمتها وقيمة منافعها وإن

لم يستوفها، دون بعضها مع عدم استيفائه.

ووجه الضمان أنّه متقومّ بالمال، ومن ثمّ لو استوفاه مستوفٍ ضمنه بقيمته، وهي مهر

المثل. فعلى هذا يفرم الشاهدان مهر المثل، سواء كان قبل الدخول أم بعده؛ لأنّهما فوتّا عليه ما يتقومّ فيفرمان قيمته، كما لو شهدا بعق عبدٍ ثمّ رجعا.

وعلى المشهور، إن كانت شهادتهما بالطلاق بعد الدخول لم يضمنا شيئاً؛ لأنّهما لم يتلفا

المهر، لاستقراره بالدخول، وما ألتفاه من البضع غير مضمون. وإن كانت قبل الدخول ضمنا نصف المسمّى؛ لأنّهما أزمّاه به، وقد كان بمعرض السقوط بالردّة والفسخ من قبلها. وهذا هو

الذي اختاره المصنّف (رحمه الله)، وعليه العمل.

وفي المسألة أقوال أخر نادرة:

منها: ما اختاره الشيخ في موضع من المبسوط^٢ من أنّ المهر إن كان مقبوضاً بيدها غرّم

الشاهدان جميع مهر المثل؛ لأنّ الزوج لا يتمكّن من استرداد شيء؛ لزعمه أنّها زوجته وأنّها تستحقّ جميع الصداق. وإن كان قبل التسليم غرّم النصف خاصّة؛ لأنّها لا تطالبه

إلا بالنصف^٣.

١. تقدّم في ج ٦، ص ١١٣-١١٤.

٢. في حاشية الأصل بخطه: «حاشية: وللشيخ في المبسوط قول آخر كالمشهور وهو مذهبه في الخلاف أيضاً.

فصار له في المسألة أربعة أقوال، ثلاثة منها في المبسوط، ورابعها في النهاية».

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٦١٣.

ومنها: ما اختاره في النهاية، وهو أنها لو تزوجت بعد الحكم بالطلاق ثم رجعا ردت إلى الأول بعد العدة، وغرم الشاهدان المهر للثاني^١.

واستند الشيخ في ذلك إلى موثقة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأن زوجها طلقها، فتزوجت، ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: «يضر بان الحدّ، ويضمنان الصداق للزوج، ثم تعتدّ، ثم ترجع إلى زوجها الأول»^٢.
والرواية ضعيفة بإبراهيم؛ فإنه واقفي وإن كان ثقة^٣، وقد عرفت أن الحكم لا ينقض بعد وقوعه في مثل ذلك.

وربما حملت الرواية على ما لو تزوجت بمجرد الشهادة من غير حكم الحاكم. وفي المختلف جعل ذلك محملاً لقول الشيخ^٤. وليس بجيد؛ فإن الشيخ استند إلى الرواية وعمل بظاهرها، فلا تأويل في كلامه.

ومنها: ضمان مهر المثل مع الدخول، ونصفه مع عدمه. حكاه في المبسوط^٥، ومال إليه في التحرير، ثم أفتى بالمشهور^٦.

ووجهه أن الرجوع على الشاهد إنما يكون بما يتلفه بشهادته، وبشهادتهما بالطلاق قبل الدخول لم يتلفا نصف المهر؛ لأنه واجب عليه بالعقد طلق أم لم يطلق، وبعد الدخول لم يتلفا المهر أيضاً؛ لاستقراره في ذمته به، وإنما أتلفا بشهادتهما البضع عليه، فيجب عليهما قيمته،

١. النهاية، ص ٣٣٦.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٨٤، باب من شهد ثم رجع عن شهادته، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٠، ح ٦٨٩.

٣. راجع رجال الطوسي، ص ٣٣٢، الرقم ٤٩٤٧، وفيه: إنه واقفي؛ والفهرست، الطوسي، ص ١٧، الرقم ١٢، وفيه: إنه ثقة.

٤. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣٩، المسألة ٩٨.

٥. المبسوط، ج ٥، ص ٦١٣.

٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٨٧ - ٢٨٨، الرقم ٦٧٠٧.

فروع :

الأول: ● إذا رجعا معاً ضمنا بالسوية، فإن رجع أحدهما ضمن النصف. ولو ثبت بشاهد وامرأتين فرجعوا ضمن الرجل النصف، وضمنت كل واحدة الربع. ولو كان عشر نسوة مع شاهد فرجع الرجل ضمن السدس. وفيه تردّد.

وهو مهر المثل مع الدخول ونصفه قبل الدخول؛ لأنّه إنّما ملك نصف البضع؛ ولهذا إنّما يجب عليه نصف المهر. وهذا القول مبنيّ على ضمان البضع، والأصحّ عدمه.

قوله: «إذا رجعا معاً ضمنا بالسوية، فإن رجع أحدهما ضمن النصف ولو ثبت بشاهد وامرأتين فرجعوا ضمن الرجل النصف» إلى آخره.

إذا رجع الشهود أو بعضهم على وجه يثبت به الغرم، فلا يخلو إمّا أن يفرض والمحكوم بشهادتهم على الحدّ المعتبر، أو يفرض وهم أكثر عدداً منه.

فإن كانوا على الحدّ المعتبر - كما لو حكم في العتق أو القتل بشهادة رجلين ثمّ رجعا - فعليهما الغرم بالسوية، وإن رجع أحدهما فعليه النصف.

وكذا لو رجم في الزنى بشهادة أربعة، فإن رجعوا جميعاً فعليهم الدية أرباعاً، وإن رجع بعضهم فعليه حصّته منها.

هذا إذا كان جميع الشهود ذكوراً، أو إناثاً في موضع يقبل فيه شهادتهنّ منفردات. أمّا إذا انقسموا إلى الذكور والإناث، فإن لم يزيدوا على أقلّ ما يكفي، كرجل وامرأتين في الأموال، أو ما تقبل فيه شهادتهنّ منفردات، فنصف الغرم على الرجل عند الرجوع، وعلى كلّ واحدة منهما الربع.

وإن زادوا على الأقلّ، فالمشهود به إمّا أن يثبت بشهادة النساء وحدهنّ، أو لا يثبت. فالأول: كما لو شهد أربع نسوة مع رجل في الولادة أو الرضاع، فإن رجعوا جميعاً فعلى الرجل ثلث الغرم وعليهنّ ثلثاه. وإن رجع الرجل وحده ففي غرمة وجهان يأتيان، من حيث بقاء الحجّة. وكذا لو رجعت امرأتان.

الثاني: • لو كان الشهود ثلاثةً ضمن كل واحد منهم الثلث ولو رجع منفرداً. وربما خطر أنه لا يضمن؛ لأنّ في الباقي ثبوت الحق، ولا يضمن الشاهد ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له. والأوّل اختيار الشيخ (رحمه الله).

والثاني: وهو ما لا يثبت بشهادة النساء المتمحضات كالأموال، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا، فوجهان:

أحدهما: أنّ على الرجل ثلث الغرم، وعليهنّ الثلثان كالأوّل.

والثاني: أنّ نصف الغرم عليه ونصفه عليهنّ؛ لأنّ المال لا يثبت بشهادة النساء وإن كثرن، فنصف الحجّة يقوم بالرجل معهنّ كم كنّ. وهذا الوجه هو الذي طواه المصنّف (رحمه الله) بتردّده في الأوّل.

فإذا قلنا بالثاني، فإن رجع النساء فعليهنّ نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان فلا شيء عليهما على أحد الوجهين؛ لبقاء الحجّة، ولو رجع الرجل دونهنّ، فعلى الرجل الثلث على الأوّل، والنصف على الثاني، ولو رجع النساء دونه فعليهنّ ثلثاه أو نصفه. وهكذا.

قوله: «لو كان الشهود ثلاثةً ضمن كل واحد منهم الثلث - إلى قوله - كما في الأوّل».

هذا هو القسم الثاني، وهو ما إذا زاد الشهود على الحدّ المعتبر، كما لو شهد بالمال أو القتل أو العتق ثلاثة، أو بالزنى خمسة، فإن رجع الكلّ فالغرم موزّع عليهم بالسوية. وإن رجع البعض، فإنّما أن يثبت العدد المعتبر على الشهادة، أو لا يثبت إلا بعضهم. فإن ثبت العدد المعتبر، كما لو رجع من الثلاثة في العتق أو من الخمسة في الزنى واحد، فوجهان:

أحدهما - وهو الذي اختاره الشيخ (رحمه الله) ^١ - أنّ على الراجع حصّته من الغرم إذا وزّع عليهم جميعاً؛ لأنّ الحكم وقع بشهادة الجميع، وكلّ منهم قد فوّت قسطاً، فيغرم ما فوّت.

وكذا لو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهنّ، قيل: على كلّ واحدة نصف السدس؛ لاشتراكهم في نقل المال. والإشكال فيه كما في الأوّل.

والثاني - وهو الذي أشار المصنّف بخطوره - أنّه لا غرم على الراجع؛ لأنّه يبقى من يقوم به الحجّة، ولو لم يشهد في الابتداء سوى من بقي لاكتفينا بشهادته، وكان الراجع كأن لم يشهد.

وعلى هذا لو شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منهنّ، فعلى الأوّل يجب على كلّ واحدة نصف السدس؛ لاشتراكهم جميعاً في نقل المال، فيقابل شهادة الرجل السدس وشهادتهنّ خمسة أسداس، فإذا رجع ثمان فعليهنّ أربعة أسداس على كلّ واحدة نصف سدس. وعلى الثاني لا شيء عليهنّ؛ لبقاء من يقوم به الحجّة. وإليه أشار المصنّف (رحمه الله) بالإشكال الأوّل.

ولو رجع الرجل دونهنّ، فإن كان الحقّ ممّا يثبت بشهادتهنّ منفردات فالوجهان. وإن كان ممّا لا يثبت بهنّ لم يبق من الشهود ما يثبت به الحكم، فيكون عليه النصف أو السدس على الخلاف.

ولو لم يثبت العدد المعتبر على الشهادة، كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان بني على الوجهين في الحالة السابقة.

فإن قلنا: لا غرم على الراجعين هناك الزائدين على العدد المعتبر وزّع الغرم هنا على العدد المعتبر، وحصّة من نقص عن العدد توزّع على من رجع بالسوية. ففي صورة الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين؛ لبقاء نصف الحجّة. وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم؛ لبقاء ثلاثة أرباع الحجّة.

وإن أوجبنا الغرم على من رجع هناك فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمساه.

والأظهر هنا الثاني؛ لأنّ البيّنة إذا نقص عددها زال حكمها وصار الضمان متعلّقاً بالإتلاف، وقد استوفوا فيه.

الثالث: • لو حكم فقامت بيّنة بالجرح مطلقاً لم ينقض الحكم؛ لاحتمال التجدد بعد الحكم. ولو تعيّن الوقت - وهو متقدّم على الشهادة - نقض. ولو كان بعد الشهادة وقبل الحكم، لم ينقض.

قوله: «لو حكم فقامت بيّنة بالجرح مطلقاً لم ينقض الحكم» إلى آخره.

إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين ثم ثبت جرحهما بعد الحكم، فإن كانت الشهادة بالجرح مطلقة - أي غير معيّنة بوقت الجرح - لم ينقض الحكم، لاحتمال أن يكون الجرح متجدداً عليه، فيستصحب حكم العدالة إلى أن يثبت المزيل.

وإن عيّن الجارح وقته وكان متقدماً على الشهادة نقض؛ لظهور وقوع الحكم بشهادة فاسقين.

ولو كان وقت الجرح بين الشهادة والحكم لم ينقض؛ لأداء الشهادة حالة العدالة. وهذا يناسب ما ذكره سابقاً من أن الفسق المتجدد بعد أداء الشهادة وقبل الحكم لا يمنع من الحكم^١.

وعلى ما اختاره المتأخرون من عدم جواز الحكم يتّجه نقضه هنا؛ لوقوعه في حالة لم يكن الشاهدان عدلين.

ويحتمل عدم نقضه هنا مطلقاً؛ لوقوعه حالة الحكم بعد التهما ظاهراً، فوقع جامعاً لشرائطه فلا ينقض. وبهذا قطع العلامة في القواعد، مع اختياره عدم جواز الحكم بتجدد الفسق بعد الأداء وقبل الحكم^٢.

ويضعف بأن الاكتفاء في صحّة الحكم بظهور العدالة وقته يستلزم صحّته وإن ثبت الجرح متقدماً على الشهادة؛ لاشتراكهما في المقتضي. والوجه نقض الحكم على هذا القول؛ لثبوت فسقهما حالة الحكم المانع منه، كما يمنع منه مع سبقه على الشهادة.

١. سبق في ص ٤٣٧.

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥١٥.

● وإذا نقض الحكم، فإن كان قتلاً أو جرحاً فلا قود، والدية في بيت المال. ولو كان المباشر للقصاص هو الولي ففي ضمانه تردّد، والأشبه أنه لا يضمن مع حكم الحاكم وإذنه. ولو قتل بعد الحكم وقبل الإذن ضمن الدية. أمّا لو كان مالاً فإنه يستعاد إن كانت العين باقية. وإن كانت تالفه فعلى المشهود له؛ لأنّه ضمن بالقبض، بخلاف القصاص.

قوله: «وإذا نقض الحكم فإن كان قتلاً أو جرحاً فلا قود» إلى آخره.

إذا نقض الحكم بظهور مانع في الشهادة سابق على الأداء أو على الحكم على الخلاف، فإن كان المشهود به طلاقاً أو عتقاً أو عقداً من العقود تبين أنه لا طلاق ولا عتاق ولا عقد. فإن كانت المرأة قد ماتت فقد ماتت وهي زوجة، وإن مات العبد مات وهو رقيق، ويجب ضمانه على ما ذكره في ضمان المال.

وإن كان المشهود به قتلاً أو قطعاً أو حداً واستوفي وتعدّر التدارك فضمنه في بيت المال؛ لأنّه من خطأ الحكّام، وحكم خطئهم كذلك.

ولا فرق بين أن يكون المباشر للفعل هو الولي أو غيره ممن يأمره الحاكم؛ لاستناد الفعل إلى الحكم على التقديرين.

وفيه وجه آخر يفرّق بين ما إذا كان المستوفي هو الولي وغيره؛ لأنّ استيفاء الولي مستند إلى أخذ حقه الذي تبين عدمه، فيكون كفعله خطأً. والأظهر الأول؛ لاستناده إلى حكم الحاكم على التقديرين.

نعم، لو باشر القتل بعد الحكم وقبل إذن الحاكم له في الاستيفاء تعلق به الضمان؛ لتوقّف جواز استيفائه على إذن الحاكم، وإن كان أصل الحق في ذلك له.

ويحتمل عدم الضمان هنا أيضاً وإن أثم؛ لأنّ حكم الحاكم بثبوت الحق اقتضى كونه المستحقّ، وإن أثم بالمبادرة بدون إذن الحاكم.

ولو كان المحكوم به مالاً، فإن كان باقياً عند المحكوم له انتزع منه وردّ إلى المأخوذ منه. وإن كان تالفاً أخذ منه ضمانه، سواء أتلّفه بنفسه أم تلف باقة سماوية.

● 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، فلا وجه لضمان الحاكم.

مسائل:

الأولى: ● إذا شهد اثنان أن الميِّت أعتق أحد ممالিকে وقيمته الثلث، وشهد آخران أو الورثة أن العتق لغيره وقيمته الثلث، فإن قلنا المنجزات من الأصل

وفرقوا بينه وبين الإطلاقات السابقة حيث قلنا لا غرم عليه: بأن الإطلاقات إنما تضمن إذا وقعت على وجه التعدي، وحكم الحاكم أخرجه عن أن يكون متعدياً، وأما المال فإذا حصل في يد الإنسان بغير حق كان مضموناً وإن لم يوجد منه تعدد.

قوله: «ولو كان معسراً قال الشيخ: ضمن الإمام ويرجع به على المحكوم له» إلى آخره. حيث قلنا بأن المال مضمون على المحكوم له مطلقاً، فإن كان موسراً غرم الحق. وإن كان معسراً قال الشيخ في المبسوط: ضمن الإمام حتى يوسر المعسر فيرجع عليه^١. وعلى هذا فيختير المضمون له بين رجوعه على الحاكم، أو على المحكوم له المعسر، بأن ينظره إلى يساره.

ومثله ما لو كان المحكوم له غائباً ولا مال له حاضراً يتسلط عليه الحاكم. والمصنف (رحمه الله) استشكل ذلك، من حيث الحكم بضمان المحكوم له، والحال أنه لا تقصير من الحاكم، فلا وجه لضمانه.

والأقوى استقرار الضمان على المشهود له، وينظر إلى يساره أو التمكن من الاستيفاء منه. قوله: «إذا شهد اثنان أن الميِّت أعتق أحد ممالিকে - إلى قوله - أكملنا الثلث من الآخر». من الأصول الممهدة أن المريض مرض الموت إذا أعتق عبيد كل واحدٍ منهما ثلث

عتقا. وإن قلنا تخرج من الثلث، فقد انعتق أحدهما. فإن عرفنا السابق صحَّ عتقه وبطل الآخر. وإن جهل استخرج بالقرعة.

ولو اتَّفَق عتقهما في حالة قال الشيخ: يقرع بينهما ويعتق المقروع.

ماله على الترتيب ولم يجز الورثة ينحصر العتق في الأول. وإذا أعتقهما معاً يقرع بينهما، كما فعل النبي ﷺ بالعبيد الذين أعتقهم الأنصاري ولا يملك سواهم^١.

ولو علم سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فوجهان:

أحدهما: أنه يقرع كما لو أعتقهما معاً؛ لأن معرفة السبق من غير معرفة السابق لا تنفع شيئاً.

والثاني: أنه يعتق من كل واحد نصفه؛ لأننا لو أقرعنا لم نأمن خروج الرق على السابق وللسبق حق الحرّية، فيلزم منه إرقاق حرّ وتحرير رقيق.

إذا تقرّر ذلك، فلو قامت بيّنة على أن المريض أعتق سالماً، وأخرى على أنه أعتق غانماً، من غير أن تتعرض إحداها لنفي عتق الآخر، وكل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين عتق من أعتقه أولاً. وإن أرختا بتاريخ واحد أقرع بينهما. وإن أطلقت إحداها أو أطلقتا احتمل السبق والمعيّة، فيجيء فيه الوجهان السابقان. والشيخ (رحمه الله) اختار القرعة^٢. وهو حسن؛ لأنها لكل أمر مشتبه^٣.

والمصنّف (رحمه الله) نسب القول إليه مؤذناً برّدّه. ووجهه أنها لاستخراج السابق، ومن المحتمل اقترانها، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، فيعتق من كل واحد نصفه.

وفيه: أن القرعة قد وردت في العتق مع الاقتران كما ذكرناه، وهي وجه الأولوية.

١. مسند أحمد، ج ٥، ص ٥٨٨، ح ١٩٣٢٥؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٨٨، ح ١٦٦٨/٥٦؛ سنن أبي داود، ج ٤،

ص ٢٨، ح ٣٩٥٨؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ١٠، ص ٤٨١، ح ٢١٣٩٠.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦١٩.

٣. كما ورد في الرواية، راجع الفقيه، ج ٣، ص ٩٢، ح ٣٣٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣؛ وج ٩،

ص ٢٥٨، ح ٩٧٠.

ولو اختلفت قيمتهما أعتق المقروع. فإن كان بقدر الثلث صحّ، وبطل الآخر. وإن كان أزيد صحّ العتق منه في القدر الذي يحتمله الثلث. وإن نقص أكملنا الثلث من الآخر.

ويتفرّع على القولين ما لو قامت البيّتان كذلك، لكن أحد العبدین سدس المال، فإن قلنا بالقرعة وخرجت للعبد الخسيس عتق، وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث. وإن خرجت للنفيس انحصر العتق فيه. فإن قلنا هناك يعتق من كلّ واحد نصفه فهنا وجهان:

أحدهما: أنه يعتق من كلّ واحد ثلثاه؛ لأن ما زاد على الثلث من التبرّع ينسب إلى جميع التبرّع، وينقص بتلك النسبة من كلّ واحد منهم، وإذا نسبنا الزائد على الثلث - وهو السدس هنا - إلى جميع التبرّع - وهو النصف - كان ثلثه، فبرّد العتق في ثلث كلّ واحد منهما، وينفذ في ثلثيه. والثاني: أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه؛ لأنه إن سبق إعتاق النفيس فجميعه حرّ، وإن سبق إعتاق الآخر فنصفه حرّ، فنصفه على التقديرين حرّ، وإنما النزاع والازدحام في النصف الثاني - وهو قدر سدس المال - فيقسّم بينهما، فيعتق من النفيس رבעه، ومن الخسيس نصفه.

ونبه المصنّف (رحمه الله) بقوله «وشهد آخران أو الورثة أنّ العتق لغيره» على أنه لا فرق هنا بين شهادة الوارث وغيره؛ إذ لا تهمة للوارث تمنع شهادته هنا، وإن كانت واردة في غير هذه الصورة، كما سيأتي فيما لو شهدوا بالرجوع عن الأول^١.

ويزيد الورثة عن الأجانب أنه لا يشترط هنا كونهم عدولاً؛ لأنّ شهادتهم بعتق الثاني مع عدم تعرّضهم للأول بمنزلة الإقرار بعتقه، مضافاً إلى ما ثبت بالبيّنة.

نعم، يشترط كون الشاهد جميع الورثة، كما يرشد إليه قول المصنّف (رحمه الله) «أو الورثة». وقال في المسألة الثانية «وشهد من ورثته عدلان». ولو كانوا عدولاً كفى منهم اثنان كالأجانب.

الثانية: • إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، وشهد من ورثته عدلان أنه رجع عن ذلك وأوصى لخالده، قال الشيخ: تقبل شهادة الرجوع؛ لأنهما لا يجزان نفعاً. وفيه إشكال، من حيث إن المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعي.

قوله: «إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد» إلى آخره.

لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجنبان أو وارثين في اعتبار عدم التهمة، فكما أن الأجنبي قد يجزى نفعاً إلى نفسه بشهادته كما في الصور المتقدمة في محلها، فكذلك الوارث، فلا تقبل شهادته. ويزيد الوارث أن شهادته على تقدير ردّها قد تتضمن إقراراً للمشهد له فيؤاخذ بها.

فلو شهد أجنبان أنه أوصى بوصية لزيد، ولنفرضا كأولى عتق سالم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان عدلان أنه رجع عن تلك الوصية وأوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله أيضاً، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى، وثبتت بهما الوصية الثانية؛ لأنهما أثبتا للرجوع عنه بدلاً يساويه، فارتفعت التهمة. ولا نظر إلى تبادل المال وخواصه، فقد يكون الثاني أصلح من الأول. ومجرد هذا الاحتمال لو أثر لما قبلت شهادة قريب ل قريب يرثه.

هذا هو الذي اختاره الشيخ (رحمه الله) في المبسوط في فصل الرجوع^١.

والمصنّف (رحمه الله) استشكل ذلك، والعلامة (رحمه الله) رجّح عدم القبول^٢؛ لما أشار إليه المصنّف (رحمه الله) من التعليل، وهو أنه ينتزع المال من يده، فهو غريم للموصى له الأول، فهو كما لو شهد ذو اليد بما في يده لغيره بعد إقامة آخر البيّنة أنه له، فإنها لا تسمع، وإن كان بين المثاليين فرق قليل، وهو أن الدعوى في المتنازع ليست متمحضّة على الوارث، بخلاف المال.

وإنما اعتبر كون الورثة عدلين ليثبت بهما الرجوع على تقديره؛ فإنهما لو كانا فاسقين لم يثبت بقولهما الرجوع، ويحكم بالأولى بشهادة الأجنبيين؛ لأنّ الثلث يحتملها كما هو

١. المبسوط، ج ٥، ص ٦١٨ وفي حاشية الأصل بخطه: «حاشية: ما ذكره الشيخ مذهب عنه، والقول الآخر مذهب له».

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٨١.

الثالثة: • إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، وشهد شاهد بالرجوع وأنه أوصى لعمرو، كان لعمرو أن يحلف مع شاهده؛ لأنّ شهادته منفردة لا تعارض الأولى.
الرابعة: • لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران أنه رجوع عن إحدهما، قال الشيخ: لا يقبل؛ لعدم التعيين، فهي كما لو شهدت بدار لزيد أو عمرو.

المفروض، ويصحّ من الثانية قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد الأول. وبهذا افترق حكم العدالة وعدمها في هذه المسألة والسابقة؛ لأنّ الوارث لو لم يتعرّض للسابقة كان الحكم كالمسألة الأولى.

قوله: «إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية وشهد شاهد بالرجوع» إلى آخره.
لما تقدّم في باب القضاء أنّ الشاهد مع اليمين لا يعارض الشاهدين^١، بل يقدّم الشاهدان مع التعارض، نبتّه هنا على دفع توهم أنّه مع شهادة شاهدين بالوصية لزيد بعين، وشهادة واحد بالرجوع عنها وأنه أوصى بها لعمرو، من ذلك القبيل وأنه يقدّم الشاهدان، فنبتّه على ما به يندفع الوهم، وأنه يحكم هنا بالشاهد واليمين؛ لأنّه لا تعارض بين الشاهدين وبينه؛ لأنّ الشاهد يشهد بأمر آخر غير ما شهد به الشاهدان، ويصدّق الشاهدين على ما شهدا به، ولكن يدعي الرجوع عمّا شهدا به وأنه أوصى لغيره فيقدّم؛ لعدم التعارض، ويعمل بكلّ منهما في مورده، ويحكم ببطلان الوصية الأولى بالرجوع عنها.

قوله: «لو أوصى بوصيتين منفردتين فشهد آخران أنه رجوع» إلى آخره.
وجه ما اختاره الشيخ من البطلان^٢ أنّ الإبهام يمنع من قبول الشهادة، كما لو شهدا بأنّه أوصى لأحدهذين، أو شهدا بدار لزيد أو عمرو. ونسب الحكم إلى الشيخ مؤذناً بعدم ترجيحه.
وراء قول الشيخ وجهان آخران:
أحدهما القرعة؛ لأنّه أمر مشكل، والمستحقّ في نفس الأمر أحدهما، ونسبتهما إليه

١. تقدّم في ص ٢٦١.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦١٩.

الخامسة: ● إذا ادّعى العبد العتق وأقام بيّنة تفتقر إلى البحث، وسأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال في المبسوط: يفرّق.
وكذا قال: لو أقام مدّعي المال شاهداً واحداً وادّعى أنّ له آخر، وسأل حبس الغريم؛ لأنّه متمكّن من إثبات حقّه باليمين.
وفي الكلّ إشكال؛ لأنّه تعجيل العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

على السواء، وقد تعذّر علمه بموت الموصي، وكلّ أمر مشكل فيه القرعة^١.
والثاني: القسمة بينهما؛ لأنّه مال قد انحصر فيهما، ونسبتهما إليه على السواء، فيقسّم بينهما، ويجعل كأنه ردّ وصيّة كلّ واحد إلى نصفها. والقرعة لا تخلو من قوّة.
قوله: «إذا ادّعى العبد العتق وأقام بيّنة - إلى قوله - وفي الكلّ إشكال».
وجه ما ذهب إليه الشيخ^٢ أنّ العبد قد فعل الواجب عليه حيث قد أتى ببيّنة كاملة، وليس عليه البحث عن حالها؛ لأنّ الظاهر العدالة حتى يثبت الجرح، وإنّما البحث وظيفه الحاكم؛ ولأنّ المدّعي ربما كان أمّة، فلولا التفرقة لم يؤمن أن يواقعها، وهو ضرر عظيم.

وأما مقيم شاهد واحد بالمال؛ فلا أنّه يتمكّن من إثبات حقّه باليمين؛ إذ هما حجّة في الأموال، فكان الشاهد الواحد في معنى الحجّة الكاملة.

والمصنّف (رحمه الله) استشكل الحكم في الموضعين، من حيث إنّ التفرقة بين المالك ظاهراً وماله قبل أن يثبت خروجه عن ملكه، وتعجيل الحبس عقوبة لم يثبت موجبها.
ودعوى أنّه أتى ببيّنة كاملة في الأوّل مبنيّ على مذهب الشيخ من أنّ الأصل في المسلم العدالة، وبحث الحاكم عن التزكية للاستظهار. وعلى المشهور من اشتراط ظهور العدالة لا يسلم كمال البيّنة قبل التزكية، بل يمنع من كماليتها على مذهب أيضاً؛ فإنّ ظاهر هذا

١. راجع تخريجه في ص ٤٥٤، الهامش ٣.

٢. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢٠ - ٦٢١.

المذهب أن للحاكم أن يبحث عن التزكية ويرجئ الحكم إلى أن يظهر، وحينئذٍ فلا تكون كاملةً على هذا التقدير. وقد تقدّم البحث فيه^١.

وحينئذٍ فلا مانع من تمكين المولى من وطء الأمة قبل الثبوت؛ لأنّها ملكه ظاهراً، والناس مسلّطون على أموالهم^٢ إلى أن يثبت خلافه.

وأما مع إقامة الشاهد الواحد قبل اليمين فعدم الكمال أوضح؛ لأنّه متمكّن من إثبات حقه بالحلف ولم يفعل، فلا وجه للحبس قبل ثبوت الحق.

وإنّما قيّد المصنّف الشاهد بالمال ليمنه إثباته معجلاً باليمين، فيكون في قوّة البيّنة الكاملة. فلو كان الحقّ ممّا لا يثبت إلاّ بشاهدين - كالطلاق - لم يحبس؛ لعدم كمال البيّنة حينئذٍ. كذا نصّ عليه الشيخ، وذكر فيه احتمالاً بالحبس أيضاً^٣.

وربما قيل بجواز الحبس إن رآه الحاكم صلاحاً. ولا بأس به؛ لأنّها مسألة اجتهادية، فتناط برأي الحاكم.

* * *

تمّ الجزء الحادي عشر - بحسب تجزئتنا -
ويليه في الجزء الثاني عشر كتاب الحدود والتعزيرات

١. تقدّم في ص ٦٩.

٢. إشارة إلى الرواية التي وردت في الخلاف، ج ٣، ص ١٧٦ - ١٧٧، المسألة ٢٩٠؛ ومختلف الشيعة، ج ٥،

ص ٢٤٨، المسألة ٢١٧؛ وج ٦، ص ٢٤٠، المسألة ١٠؛ وتذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٢٤٧، المسألة ١١٧.

٣. المبسوط، ج ٥، ص ٦٢١.