

بسم الله

الْقَبْلَاءُ وَالشَّيْخَاءُ

وَالشَّيْخَاءُ وَالشَّيْخَاءُ

بسم الله

الْقَبْلَاءُ وَالشَّيْخَاءُ
وَالشَّيْخَاءُ وَالشَّيْخَاءُ

الْجُزْءُ الْأَوَّلُ

مَوْصُوفَةٌ

وَالشَّيْخَاءُ وَالشَّيْخَاءُ

وَالشَّيْخَاءُ وَالشَّيْخَاءُ

نظام القضاء والشهادة

في

الشريعة الإسلامية الفراء



مرزعة الجزء الأول

تأليف

العلامة الفقيه

جعفر السبحاني

نشر

مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام - قم

هوية الكتاب:

اسم الكتاب:	 نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الفراء
المؤلف:	 جعفر السبحاني
الجزء:	 الأول
الطبعة:	 الأولى
المطبعة:	 اعتماد - قم
التاريخ:	 ۱۴۱۸ هـ. ق / ۱۳۷۶ هـ. ش
الكمية:	 ۲۰۰۰ نسخة
الناشر:	 مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام
السعر:	 25000
الصف والإخراج باللائنوترون:	 مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام

۲ - ۱۴ - ۶۲۴۳ - ۹۶۴ : شابک

ISBN: 964 - 6243 - 14 - 2

توزيع

مكتبة التوحيد

قم - ساحة الشهداء - ☎ ۷۴۳۱۵۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القضاء و دوره في استتباب الأمن و استقرار العدل

تقوم الحكومة الإسلامية على دعائم ثلاث، يلعب كل منها دوراً هاماً في تشييد معالمها وهي عبارة عن:

١. السلطة التشريعية.

٢. السلطة التنفيذية.

٣. السلطة القضائية.

فلسلطة التشريعية مراحل نشير إليها على وجه الإيجاز:

أ. مرحلة التشريع: أي سنّ القوانين و جعلها؛ و هو مختص بالله سبحانه، و ليس لأحد حقّ التقنين و التشريع، و هذا ما يعبر عنه بالتوحيد في التقنين.

ب. مرحلة الاستنباط: أي استنباط ما شرّعه الله سبحانه في الكتاب و السنة و غيرهما من مصادر التشريع، و يقوم بتلك المهمة الفقهاء العظام.

ج. مرحلة التخطيط: و هي وظيفة المجلس النيابي الذي يضم نواب الأمة من ذوي الاختصاص، و تطرح فيه البرامج المختلفة في مجالات شتى على ضوء القوانين

الإسلامية.

هذا كله حول السلطة التشريعية.

وأما السلطة التنفيذية فهي التي تأخذ على عاتقها إدارة البلاد بصورة مباشرة دون أن يكون هناك التزام بأسلوب وصورة خاصة لإدارتها غير كونه موافقاً للشرع، ولأجل ذلك تتبع كل ما تجده صالحاً حسب مقتضيات الزمان. فإن المطلوب من صاحب الشريعة هو التركيز على لزوم السلطة و مواصفات القائمين عليها، وأما أساليب التنفيذ فإنها تتبع متطلبات الزمان شريطة أن لا تكون مخالفة لما سنّه الإسلام.

وأما السلطة القضائية التي هي موضوع بحثنا في هذا التقديم، فتمثل مكان الصدارة في استتباب الأمن والنظام، واستقرار العدل، و صيانة الحقوق والحريات من التعسف والتعدي، وبذلك يسود التوازن والقسط والعدل ربوع ذلك المجتمع.

و يكفي في الإشارة إلى منزلة القضاء الرفيعة أنه من شؤن الأنبياء، كما نلاحظه في قوله سبحانه: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (ص / ٢٦).

و كان الأنبياء يصدرون في فصل الخصومات عن الكتب السماوية دون أن يتعدوها قيد شعرة، قال سبحانه: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا﴾ (المائدة / ٤٤).

و يخاطب الله سبحانه نبيه الخاتم بقوله: ﴿وَ أَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ وَ اخْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ (المائدة / ٤٩).

هذه هي مكانة القضاء وهؤلاء هم القضاة (الأنبياء) وهذه برامجهم، فليس للقاضي القضاء طبقاً للقوانين الوضعية التي لا تمتُّ إلى أحكام السماء بصلة، ولا القضاء بالهوى، و قد نوه سبحانه إلى ذينك الأمرين بقوله: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَ لَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ (المائدة / ٤٨).

وحدة السلطة التنفيذية والقضائية وفصلهما

إنّ الرائج في العصور المتأخرة فصل السلطتين القضائية والتنفيذية لمصالح تقتضيه، ولكل سلطة حدودها ومجال نفوذها، لئلا تتداخل إحداها في شؤون الأخرى.

ولانرى في الإسلام أصلاً لهذا الفصل، لا بمعنى أن الإسلام ينهى عنه ويمنع منه، بل ترك فصل السلطتين أو وحدتهما إلى مقتضيات الزمان، فالنبي ﷺ أول من مارس القضاء في الشريعة الإسلامية كما مارس في الوقت نفسه السلطة التنفيذية، فكان بشخصه يمثل السلطتين، وقد بلغ عناية القرآن بلزوم التسليم أمام قضائه حدّاً، عدّ التسليم لقضائه من مقدمات الإيمان، قال سبحانه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾ (النساء/ ٦٥)، فكان حاكماً وقاضياً في الوقت نفسه كان ينصب القضاة، فقد بعث ﷺ عليّاً إلى اليمن للقضاء ودعا في حقّه قائلاً: «اللّهم اهد قلبه وثبت لسانه»^١. كما بعث معاذاً إلى اليمن لهذه المهمة أيضاً، وسار على هذا النهج، الخلفاء الذين أخذوا بزمام الأمور بعد رحيل النبي ﷺ فكانوا ولاية وقضاة في آن واحد.

ولما غادر الإمام ﷺ البصرة إلى الكوفة وجعلها دار الخلافة، فقد مارس القضاء وهو وال إضافة إلى أنه ﷺ نصب شريحا لمهمة القضاء و شرط عليه أن لا ينفذ ما قضاه حتى يعرضه عليه.^٢

فالفصل بين السلطتين أو وحدتهما أمر متروك إلى المصالح.

وهنا نكتة جديرة بالبحث وهي أنّ الحافظ من وراء فصل السلطتين في الأوساط الغربية هو عدم اشتراطهم شيئا من المواصفات في السلطة التنفيذية سوى الدهاء و

١. الجزري: جامع الأصول: ١/ ٥٤٩ أخرجه أبو داود والترمذي.

٢. الوسائل: ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

العقل والكفاءة الذاتية من دون اشتراط عنصر الإيمان والعدالة والزهد على خلاف ما اشترط الإسلام، وقال سبحانه: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَآمَرُوا بِالمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ المُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾ (الحج / ٤١).

فلو مارس الحاكم بهذه المواصفات مهمة القضاء لا يهمه سوى اجراء العدالة دون أن يستغل مقامه السامي في إحقاق الباطل و إبطال الحق. بخلاف الحاكم في الأنظمة الغربية فلا يبعد أن يستغل مقامه في صالح المبطّل و ضدّ المحقّ .

إنّ على عاتق الجمهورية الإسلامية رفع المستوى الفقهي للقضاة، فلا تنصب لتولي مديرية هذه المهمة إلا من له أهلية الاستنباط في باب القضاء والشهادات و الحدود و الديات التي يجمعها لفظ عنوان الأحكام والسياسات.

كما أنّ على عاتق مديرية الحوزة العلمية أن تجعل القضاء إحدى مواد مناهجها الدراسية يتخصص بها، لفيض من الفضلاء و هذه أمنية كسائر الأماني التي لم أزل أنادي بها منذ زمن بعيد.

و في الختام أتقدّم بالشكر الجزيل إلى ولدي الروحي الفاضل حجة الإسلام والمسلمين الشيخ «محمد الهادي به» حيث حضر هذه البحوث بسوعي و دقة كما حضر سائرهما وأشرف على هذا الكتاب الماثل بين يدي القارئ إشرافاً علمياً منذ تدوينه إلى إخراجها بهذه الحلة الرائعة، فشكر الله مساعيه و جعله من العلماء العاملين و نفع الله به الإسلام و المسلمين، آمين رب العالمين.

قم. مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام

للأبحاث و الدراسات الإسلامية

جعفر السبحاني

في ١٥ من شهر ربيع الأول من شهر عام ١٤١٨ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أمر عباده بالقضاء بالعدل والحق، ونهاهم عن الحكم بالجور والعسف، والصلاة والسلام على رسول الله الذي بعثه بالحُجج والبيّنات، ورافقه بالصحف والكتاب، وعلى وصيّته الحاكم بالقسط، وأقضى الأُمّة، وعترته الطاهرين، أئمة العدل وخلفاء الله على الأرض، صلاة لانهاية لها.

أما بعد: فقد طلب منّي لفيف من الفضلاء الأكارم، وجمع من العلماء الأماثل، إلقاء محاضرات حول القضاء في الإسلام، الذي اشتدّت الحاجة إليه بعد قيام الثورة الإسلاميّة في إيران و زادت الرغبة إلى فهم أصوله ودقائقه بين طلاب الفقه وبغاة الفضيلة فنزلت عند رغبتهم، سائلاً من الله سبحانه العصمة من الخطاء في القول، والزلل في العمل، إنّه خير معين ومجيب.

فنقول: مقاصد القضاء أربعة :

الأول : القاضي و صفاته .

الثاني : في آداب القاضي .

الثالث : في كيفة الحكم .

الرابع : في أحكام الدعاوى .

وقبل الخوض في المقصود نقدّم أموراً :

الأمر الأول :

في أن القضاء أحد الدعائم الثلاث لسعادة المجتمع

من سبر الكتب الفقهية و أمعن النظر في المصادر الإسلامية، يقف على أن الشريعة الإسلامية اعتمدت في إدارة المجتمع على أركان ثلاثة، لكل شأنه و موقفه و لا يستغني عنها اهل الدين في زمان من الأزمنة، وأن رحي الحياة في جميع الأدوار تدور عليها، و هي :

١- السائس و الحاكم

هذا هو الركن الأول لإدارة المجتمع، والمقصود منه وجود قوة تنفيذية، تنفذ و تطبق ما جاء به صاحب الشريعة في مجالات مختلفة، و في ظل هذه القوة المتمثلة في الحاكم الإسلامي، يسود الأمن على البلاد، و يجبى الصدقات و الزكاة، و تجرى الحدود و الأحكام على العصاة و الطغاة، و تحفظ ثغور البلاد من دخول الأعداء و تسلل الكفار إلى أراضيها و أجوائها ليفسدوا الأمر عليهم. إلى غير ذلك من وظائف لِسائس القوم و حاكمهم و منظم أمورهم في مجال ترويج الاقتصاد و التجارة، و بسط العدل و القسط، و صيانة الأمة من الظلم و التعدي و ما شابهها، و تختلف وظائف السائس قلة و كثرة حسب اختلاف الحضارات و البيئات التي تحيط به.

قال سبحانه ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾ (الحج / ٤١)

و قال الإمام علي بن موسى الرضا عليه السلام: «إنا لانجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل، بقوا وعاشوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق مما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به،

فيقاتلون به عدوهم، ويقسمون فيثهم ويقيمون به جمعهم وجماعتهم، ويمنع ظالمهم فيه مظلومهم»^(١) وعُبر عن السائس في الروايات، بالحاكم والسلطان والإمام إلى غير ذلك.

٢- القاضي والفاصل للخصومات

وهذا هو الركن الثاني لإدارة المجتمع الإسلامي بل مطلق المجتمع البشري لأن الحياة الفردية، لا تثير أي اختلاف ونزاع بخلاف الحياة الجماعية فإن الاختلاف فيها واغفر نابع من جهات عديدة فتثير التزاحم والتصادم في الحقوق والأموال، إما طمعاً في حقوق الآخرين وأموالهم أو جهلاً بالحكم والوظيفة واعتقاداً بملكية ما ليس يملكه أو بحق ليس يستحقه، فلانما من وجود قوة قضائية وسلطة نافذة فاصلة للخصومات، محلة للعقد، بينان العدل والانصاف وفي ضوء القانون النازل من الله سبحانه وإلى ذلك تشير الآيات الواردة في سورة المائدة من الآية الثانية والأربعين إلى الآية الخمسين .

٣- المفتي والمجتهد

إن الإسلام ليس مجرد أورد وطقوس جافة لا تتجاوز عذة آداب ومراسيم، يُلقىها القس^(٢) في الكنائس بل هو ذو تشريع مسهب فيه حياة الفرد والمجتمع في عاجلها وآجلها، يغنيهم عن الاستعانة بأية قوة تشريعية أجنبية، غربية وشرقية في مجال العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والسياسات، والقضاء والشهادات.

إن التشريع الإسلامي بما يتمتع من السعة والاسهاب، يعدُّ من معاجز النبي الأكرم، وآية صلته بقدرة غير متناهية، استطاع على إغناء المجتمع - عن أي نظام

١- علل الشرايع : ٢٥٣ . وللحديث ذيل فمن أراد التفصيل فليرجع إليه .

٢- القس : كفلس، رئيس رؤساء النصارى في الدين والعلم، وكذلك القسيس .

تشريعي - في كل ما يمت إلى الحياة الفردية الاجتماعية والسياسية والخلقية والبيئية بصلة.

إن هذه الأركان الثلاثة قد تجتمع في شخص واحد كما في الرسول الأكرم وأوصيائه وقد لا تجتمع كلها في شخص لضرورات اجتماعية توجب تقسيم الوظائف والمناصب، ومثل هذا لا يعني فصل الدين عن السياسة.

ويكفي في أهمية مقام القضاء أنه سبحانه اختار أنبياءه للقيام به وقد خاطب نبيه داود بقوله: ﴿يَا دَاوُد إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (ص/ ٢٦).

وقال مخاطباً نبيه: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة/ ٤٢) وقال سبحانه: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ صَمًا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ (المائدة/ ٤٨) وقال سبحانه: ﴿وَأِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعِ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ (المائدة/ ٤٩).

وليس المراد من الحكم في الآيات هو الحكم فيما يرجع إلى الأصول والعقائد، بل المراد هو الحكم في مجال الفروع وذلك بوجهين:

١- قوله سبحانه: ﴿وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَٰئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾ (المائدة/ ٤٣) فإنه بحكم قوله: «يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله» صريح في كون مجال الحكم هو الفروع.

٢- ما روي في شأن نزول الآيات عن الإمام الباقر عليه السلام وجماعة من المفسرين: إن امرأة من خيبر ذات شرف بينهم زنت مع رجل من أشرافهم وهما محصنان فكرهما رجعهما فأرسلوا إلى يهود المدينة وكتبوا إليهم أن يسألوا النبي عن ذلك طمعاً

في أن يأتي لهم برخصة....^(١)

والآيات وإن كان خطاباً للنبي الأكرم، لكنّه من قبيل: «إياك أعني واسمعي يا جارة» فهي تدلّ بوضوح على أن القاضي في مظنة اتباع الهوى، معرضاً عن الحق، وأن المترافعين ربّما يفتنونه عن القضاء بما أنزل الله وعليه فلا يتصدى لذلك المقام إلّا من امتحن الله قلبه، للتقوى، وامتلاً جوانحه بالخوف والخشية.

ويكفي من السنة، ما روي أن لسان القاضي بين جمرتين من نار^(٢) حتى يقضي بين الناس فلماً إلى الجنة وإلماً إلى النار.^(٣)

وروي المفيد مرسلاً عن النبي ﷺ: فإنّ من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين.^(٤)

إلى غير ذلك من الآيات والروايات النّاصة على خطورة الموقف وعظمة المسؤولية للقاضي.

مركز تحقيق كميّة علوم إسلاميّة

الأمر الثاني: القضاء لغة واصطلاحاً

ذكر اللغويون للقضاء معاني مختلفة، ففي القاموس: القضاء: الحكم، والصنع والحتم، والبيان، وقضى: مات، وقضى عليه: قتله، وقضى وطره: أتمّه وأدامه، وقضى عليه عهداً: أوصاه وأنفذه، وقضى إليه: أنهاه، قضى غريمه دينه: أداه.

ولكن الظاهر أن الجميع من طوارئ المعنى الواحد، الذي نصّ عليه ابن

١- الطبرسي: مجمع البيان ٢/ ١٩٣ ط صيدا.

٢- الجهرة: النار المتقدة.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٣.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

فارس في مقاييسه الذي ألفه لبيان أصول معاني الألفاظ وجذورها وقال: له أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه قال سبحانه: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾^(١) أي: أحكم خلقهن، والقضاء: الحكم، قال سبحانه: ﴿فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾^(٢) أي: اصنع واحكم، وسمي القاضي قاضياً لأنه يحكم الأحكام وينفذها، وسميت المنية قضاء، لأنه أمر ينفذ في بني آدم وغيره في الخلق.^(٣)

فكل فعل يصدر عن فاعله بإحكام وإتقان، وتنفيذ، فهو قضاء والموارد المذكورة في عبارة القاموس من مصاديق هذا المعنى الواحد. وإن شئت قلت: المادة وضعت للفعل، الصادر عن الفاعل بإتقان واستحكام وأما خصوصية الفعل من الصنع، والحكم والموت، والأداء، وقضاء الحاجة فإنها تعلم من القرائن والمتعلقات فإذا تعلق بالسموات، يكون قرينة على أن الصادر بإتقان، هو الخلق، وإذا تعلق بالدين، يكون دليلاً على أن الصادر، الأداء، وإذا تعلق بحكم شرعي، يكون المراد هو الحكم مثل قوله: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (الاسراء/ ١١٧)

تعريف أربعة للقضاء

هذا كله حول معنى القضاء لغة وأما اصطلاحاً فقد عرّف بوجوه:

١- عرّفه الشهيد بقوله: «ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الإمام». ^(٤)

٢- عرّفه الشهيد الثاني بقوله: «ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة من البرية بإثبات الحقوق

٢- طه: ٧٢.

١- فصلت: ١٢.

٤- الشهيد: الدروس: ١٦٨.

٣- ابن فارس: المقاييس، مادة «قضاء».

واستيفائها للمستحق»^(١).

والأول أعم من الثاني، لعدم شمول الأخير، لمثل إثبات الهلال، لأنه ليس من قبيل إثبات الحقوق واستيفاؤها للمستحق.

ويرد على التعريفين أمران :

أ - إن الولاية ليست نفس القضاء وإنما هي المصححة له، لأن نفوذ الفصل بين المتخاصمين يتوقف على كون القاضي ذا ولاية تجعل حكمه نافذاً في حق المولى عليه، أشبه بنفوذ تصرف الأب والجد في حق الصغير، فتكون الولاية من مؤهلات القضاء ومصححاته، لأنفسه.

وماربما يقال إن الغرض من ذكر الولاية بيان أن القضاء الصحيح من المراتب والمناصب كالإمارة وهو غصن من شجرة الرئاسة العامة للنبي^(٢) غير تام لأنه صحيح ثبوتاً ولا يكون مصححاً لأخذها في التعريف المبين لماهية القضاء.

ب - إن التعريفين لا يشملان قضاء النبي والإمام، لتقييد الولاية في الأول بكونها من قبل الإمام، وبمن له أهلية الفتوى في الثاني، والنبي ليس بمفت وكذا الإمام، وكون الولاية شاملة لما يكون من قبل الله، وإن كان يدخل فيها قضاء الإمام فيهما، لكن تقييدها بكونها من قبل الإمام في التعريف الأول وبمن له أهلية الفتوى في التعريف الثاني، يخرج قضاء النبي والإمام عن التعريف.

إلا أن يقال: المقصود هو تعريف القضاء الراجح وهو قضاء غير النبي والإمام.

٣- القضاء: فصل الأمر قولاً أو فعلاً.^(٣)

١- المسالك: ٣٨٨/٢، الطبعة الحجرية عام ١٢٦٨.

٢- النجفي، الجواهر: ٩/٤٠.

٣- كشف اللثام، وفيه: فصل الأمر مكان الخصومة.

يلاحظ عليه - مع عدم شموله لمثل الحكم في مورد الهلال والنسب والنكاح إذا لم يكن مورداً للخصومة بل كان الأمر مبهماً تمام الإبهام للطرفين -: أن فصل الخصومة ليس نفس القضاء بل من آثاره أولاً وأن للقاضي شؤوناً وراء الفصل. كما إجراء الحدود والتعزيرات، وإصدار القرار الذي هو حكم مؤقت حتى يستمر التحقيق ويتميز المحق عن المبطل ويصدر الحكم النهائي ثانياً، ألا أن يقال إن إجراء الحدود بعد ثبوته وظيفه شرعية وليس من شؤون القضاء.

٤- القضاء: هو الحكم بين الناس. ^(١)

وهو أحسن التعاريف ويكمل بإضافة ما يعدّ من شؤون القاضي سواء كان غاية للحكم، كإثبات حق أو نفيه أو إجراء الحدود والتعزيرات، أو لغرض مصالح المسلمين كالحكم بالهلال والنسب، أو مقدّمة له كالحكم على تعقيب المجرم، وجلبه إلى المحاكم، وتوقيف الأموال، أو الحكم بجمع القرائن والشواهد. ثم إن الفرق بين الفتوى وحكم القاضي واضح وهو أن الفتوى إخبار عن الحكم الكلي وليس لها أثر إلاّ تنجز الواقع، وأما القضاء فهو إنشاء حكم جزئي مطابق للحكم الكلي الصادر من الله.

وإن شئت قلت: إنه حكم جزئي في مورد شخصي ويفترق عن حكم الحاكم باشتراط سبق النزاع في القضاء دون حكم الحاكم في الأمور العامة.

والحكم الصادر من القاضي له أحكام مثل عدم جواز نقضه إلاّ في موارد جزئية، ويجب على الآخرين تنفيذ حكمه وإن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلاً قطعياً، وعدم ضمانه إذا لم يكن مقصراً، وكون الضرر على بيت المال، وله ولاية على كل مولى عليه إذا لم يكن له ولي إلى غير ذلك من الشؤون.

الأمر الثالث: القضاء منصب يتقوم بالولاية

القاضي في كلمات فقهاثنا على أقسام ثلاثة:

- ١- القاضي المنصوب من قبل النبي والإمام في زمان الحضور.
- ٢- قاضي التحكيم وهو ما يتراضى المترافعان على قضائه وحكمه إذا كان عارفاً بالأحكام.

٣- القاضي المأذون بالإذن العام في زمان الغيبة كما هو الحال بالنسبة إلى الفقهاء في زمان الحضور و الغيبة حيث أمر المعصوم بالرجوع إليهم، صيانة لهم عن الرجوع إلى أحكام الجور وفقهائهم حسب ما ورد في مقبولة عمر بن حنظلة.^(١)

لاشك أن القضاء في القسم الأول منصب إلهي، لا يتمتع به الإنسان إلا في ظل التنصيب والتعيين وهو يلزم الولاية فيما عيّن له ويكون القضاء عندئذ غصناً من دوحة الرئاسة العامة الثابتة للنبي والأئمة كما أنه في القسم الثاني ليس منصباً وليس للمتصدي ولاية لما يلي، لكن لما رضي المترافعان بقضائه وتعهدا على تطبيق العمل على حكمه، صار قضاؤه نافذاً.

إنما الكلام في القسم الثالث أي القاضي المأذون فهل القضاء فيه منصب وولاية على المولى عليهم، أو هو أشبه بقاضي التحكيم؟ المشهور، هو الأول وصار البعض إلى القول الثاني.

استدل للثاني بأن لسان أدلة القاضي المأذون، أشبه بلسان قاضي التحكيم حيث ورد في المقبولة قوله: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا فارضوا به حكماً»^(٢) فأمرهم بالتراضي بحكم

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

ذلك القاضي كما هو شأن قاضي التحكيم، ومثله خبر أبي خديجة حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنّي قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»^(١) فإنّ قوله: «فاجعلوه بينكم» أي اختاروه لأن يحكم بينكم ولا يخرج هذا عن شأن قاضي التحكيم وعلى ضوء ذلك فماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً وأن يكون فيه ولاية بشهادة صدقه على القسم الثاني ولا نصب فيه ولا ولاية و القاضي المأذون أشبه به، نعم يصدق قولهم في القاضي المنصوب بأنّ فيه ولاية، ولكن ذلك ليس باعتبار القضاء بل باعتبار النصب، وهو لا يختصّ بالقاضي، بل كل من له صلة بالدولة ويكون منصوباً من قبلها و يكون له ولاية على العمل الذي عين لأجله.



يلاحظ عليه:

أولاً: أنّه إذا كان القاضي المأذون في زمان الغيبة أشبه بقاضي التحكيم، بشهادة وحدة اللسان، فلماذا عقبه الإمام بقوله: «قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». فإنّ الجعل فيه بمعنى النصب، فيكون أشبه بالقاضي المنصوب، غاية الأمر، أنّ الثاني منصوب بشخصه وعينه وهذا منصوب بوصفه ورسمه .

وثانياً: أنّ الاستدلال على أنّ ماهية القضاء لا تلازم كونه منصباً وأن تكون فيه ولاية، بقاضي التحكيم، فإنّه فاقد للمنصب والولاية مع كونه قاضياً، غير تام.

لأنّ القضاء الحقيقي، هو القضاء المؤيد بالقوة والقدرة مادية كانت أم معنوية كما هو الحال في قضاء النبي والإمام والفقهاء عند عدم بسط اليد، وأمّا الفاقد لها كقاضي التحكيم، فإنّه أشبه بحلّ العقدة بالرجوع إلى القرعة، أو المصالحة، أو قانون العدل والانصاف أو ما أشبه ذلك كما كان الحال عند اختلاف

قريش في من يتولى وضع الحجر الأسود في مكانه، عندما عمدوا إلى بناء الكعبة من جديد، فرضوا أن يكون أول من يدخل من باب المسجد قاضياً بينهم، فكان أول من دخل من قريش محمد الأمين ﷺ فلما رأوه قالوا: هذا الأمين، رضيئنا، فقال ﷺ: «هلموا إلي ثوباً» فأخذ الحجر ووضعه فيه ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب ثم ارفعوه جميعاً...^(١) وعلى هذا الاحتمال ليس قاضي التحكيم من مصاديق القضاء، وإنما هو محاولة من المترافعين لحل الخلاف.

وإن أبيت إلا عن كونه من مصاديقه فنقول إن قاضي التحكيم يتمتع بالنصب والولاية، أما الأول فمن جانب المترافعين، وأما الولاية فرضاهما على التصرف في مورد القضاء تصرفاً محدوداً، وقد سلم القائل أن النصب يلزم الولاية. والحاصل: أن قاضي التحكيم لا يخلو عن نصب مؤقت من جانب المترافعين، وولاية معطاة من ناحيتهم.

دليل القول المشهور

يمكن الاستدلال على مختار المشهور بوجهين:

الأول: إن القضاء يتوقف على النصب وهو دليل الولاية

توضيحه: الأصل المسلم عدم نفوذ حكم أحد، على أحد، إلا حكمه سبحانه فلو قلنا بنفوذ رأي قاض في مورد، فلا بد أن يكون داخلاً في المستثنى بنحو من الأنحاء ويكون حكمه، حكمه ولا يتحقق ذلك إلا بالنصب من جانبه سبحانه إما بالإسم والشخص كما في القاضي المنصوب، أو بالوصف والخصوصية كما في القاضي المأذون ولولا النصب بوجه من الوجوه، لا يدخل تحت المستثنى. ثم إن النصب لا ينفك عن الولاية إلا إذا كان النصب صورياً كما هو الحال

في مورد شريح.^(١) فإذا كان النصب جدياً، لغاية نفوذ رأيه وقضائه فهذا عبارة أخرى عن وجود الولاية له فيها يتولاه، ولولاها، لما كان لنفوذ قضائه وجه.

والحاصل: أنه لولا النصب، لما دخل في المستثنى، وهو آية الولاية وأنه لولاها فيها يتولاه لما كان لنفوذ رأيه وجه، إذ يكون مثل الأجنبي لاصلة له بمورد القضاء.

حتى لو قطعنا النظر عن كون القضاء قائماً بالنصب، قلنا بولايته مع قطع النظر عنه، وذلك بالإمعان في ماهية القضاء وآثاره، فإن القضاء لا ينفك عن التصرف في الأنفس والأعراض والأموال والحقوق، وكيف يصح التصرف فيها بلا ولاية له؟

الثاني: إن الإمعان في الآيات والروايات يعطي أن القضاء حسب الطبع الأولي أمر يتوقف على المنصب، فمن الآيات قوله سبحانه: ﴿يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص/ ٢٦) حيث رتب الحكم، على جعله خليفة فيها وهو المنصب ومن الروايات قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي^(٢) أي مجلس القضاء مجلس من نصبه الله سبحانه للقضاء مثل النبي داود عليه السلام أو وصيه الذي هو أيضاً منصوب من جانبه سبحانه بالواسطة، وقول أبي عبد الله عليه السلام لسليمان بن خالد: «اتقوا الحكومة فإن الحكومة إنما هي للإمام، العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبي (كنبي) أو وصي نبي»، والتقريب كما سبق.^(٣)

كلام المحقق الآشتياني

قال رحمته الله في وجه دلالة الآية على كون القضاء منصباً بأنه سبحانه عز وجل

١- حيث اشترط الإمام عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه (الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١).

٢ و ٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢-٣.

فرع جواز الحكومة على كونه خليفة أي منصوباً من الله، فينتفي بانتفائها. ثم أورد عليه بوجوه:

١- إن المتفرع على الخلافة وجوب الحكم لاجوازه، فلا يدل على انتفاء الجواز لغير الخليفة.

٢- إن المتفرع على الخلافة وجوب الحكم بالحق أعني القيد فيكون المتفرع وجوب الحكومة باعتبار القيد فلا دلالة للآية على أصل وجوبها على الخليفة لكونها واردة في مقام بيان آخر.

٣- نعم لو قلنا بأن الأصل في الحكم، الحرمة والآية وردت لرفع الحظر في حق الخليفة تدل على بقاء الحظر في حق غير الخليفة^(١).

يلاحظ عليه: أن المتبادر من الاحتمالات هو المعنى الأول، وأما ما أورد عليه، من أن المعلق على الخلافة، القضاء الواجب، دون المستحب وغيره فغير ظاهر لأن أمر القضاء يدور بين الواجب والمحظور، وأما الأقسام الأخرى، فلا تتصور فيه، لكونه واجباً كفاًياً حسب ما يأتي. ومعه كيف يمكن أن يكون حسب الطبع راجحاً أو مباحاً أو مرجوحاً؟ وأما كونه مستحباً حسب الطوارئ فهو خارج عن موضوع البحث، وعليه ينتج أن القضاء الجائز - مقابل المحظور - لا ينفك عن كونه متفرعاً على جعل الخلافة له.

وأما الاحتمال الثاني أعني كون المتفرع هو القيد دون المقيّد مع القيد، فهو كما ترى فإن التفكير لا يصر إليه بلا دليل.

وأما الثالث فهو فرع وجود فكرة الحظر في أذهان الصحابة حين نزول الآية، حتى تكون رادعة لذلك الوهم أو الحظر المحقق. وإن كانت دلالتها على

١- القضاء/ ٣، ترى ذلك الإشكال بشقوه الثلاثة في القضاء للمحقق الرشتي ص ٢٧، ولعلّ العلمين أخذاه عن استاذهما الشيخ الأنصاري - رحمه الله - .

المطلوب تامة على هذا الوجه، لكن المفروض غير واضح.

الأمر الرابع : القضاء في زمان الغيبة ربّما يتوقف على النصب

إذا كان القضاء من المناصب، ومتوقفاً على النصب المستلزم للولاية، فهل تكفي الإجازات العامة الواردة في المقبولة وغيرها وعليه يكون كل فقيه جامع للشرائط، قاضياً منصوباً بالنصب العام، أو يتوقف على النصب إذا كان في قمة الحكومة فقيه مؤثر في شؤون الحكومة وصالح الأمة.

الظاهر هو الثاني، لأنّ القدر المتيقن من الإجازات العامة هو الظروف التي يكون زمام السلطة بيد الطغاة والظالمين، فعندئذ يكون الملجأ للشريعة المؤمنين هو الفقيه الجامع للشرائط، وأما إذا تبدلت الظروف وقامت الثورة الإسلامية وكان في قمة الحكومة، فقيه ذو شؤون مشرف على الأمور، فاللازم هو عدم تصدي الفقيه، القضاء إلا بنصبه وإجازته وذلك لالقصور في المقتضي، بل لأجل إيراد باب الفوضى في وجه المجتمع، لئلا يحصل الاصطكاك، ويدب الفساد.

نعم لا يتم الاستدلال على لزوم النصب في تلك الظروف «بقياس القضاء على سائر المناصب للولاية والعمال فكما أنّ قيادة الجيش، والولاية للمدينة، والمديرية لدائرة خاصة تتوقف على النصب ولا تكفي الإجازات العامة فهكذا القضاء». وذلك، لعدم وجود الإجازات العامة في منصب سوى القضاء، ففيه المقتضي تام غير أنّه مقرون بالمانع، بخلاف سائر المناصب، فالمقتضي فيه غير موجود حتى يبحث عن وجود المانع.

الأمر الخامس: في أن القضاء واجب كفائي

إن الحياة الاجتماعية للإنسان، لا تخلو عن تنازع في الأملاك والحقوق، والأعراض والنفوس، وهذا ما فرض على العقلاء إرساء عماد القضاء في البلاد، وقد صرح لفيف من الفقهاء بكونه واجباً كفائياً.

١- قال المحقق: تولي القضاء مستحب لمن يشق من نفسه بالقيام بشرائطه وربما وجب ووجوبه على الكفاية.

٢- قال العلامة في القواعد: وتجب (تولية القضاء) على الكفاية.^(١)

٣- وقال في التحرير: إن القضاء من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقي وإن أخلوا به أجمع، استحقوا بأسرهم العقاب لما فيه من القيام بنظام العالم والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والانتصاف للمظلوم قال رسول الله ﷺ: إن الله لا يقدر أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه.^(٢)

٤- وقال الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد: «القضاء واجب على الكفاية»: دليل وجوب قبول الولاية من الإمام حال حضوره، إن لم يفهم وجوبه منه حينئذ بخصوصه، ووجوب الحكم وارتكابه حال الغيبة مع عدم المانع كفاية، كأنه الإجماع والاعتبار من وجوب رد الظالم عن ظلمه، وانتصاف المظلوم منه، ودفع المفاسد وغلبة بعضهم على بعض وإيصال حقوق الناس إليهم، وإقرار الحق مقره، بل انتظام النوع والمعيشة، وذلك دليل وجوبه للنبي والإمام.^(٣)

٥- وقال السيد علي في الرياض: «وهو من فروض الكفاية بلا خلاف أجد

١- مفتاح الكرامة: ١٠/٥، قسم المتن.

٢- التحرير: ١٧٩/٢.

٣- الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٩/١٢.

فيه بينهم لتوقف نظام النوع الإنساني عليه، ولأنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم يتصف من الظالم للمظلوم ولما يترتب عليه من النهي عن المنكر، والأمر بالمعروف.^(١)

٦- وقال في الجواهر: وربّما وجب تولّي القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وللقيام منه بالقسط، ولكن يكون وجوبه حينئذٍ على الكفاية لعموم الخطابات المعلومة إرادة حصوله من مجموعهم لأمن مباشر بعينه ولو جميعهم نعم قد يتعيّن فرد للانحصار أو لمصلحة اقتضت تعيين الإمام^(٢).

هذه هي الكلمات الواردة في المقام وقبل الخوض في تحليل أدلّتهم، نقول: سيوافيك معنى ما ذكره المحقق من استحباب القضاء لمن يشق من نفسه، فإنّ الاستحباب، حكم طارئ على القضاء لا صلة له، بحكمه الذاتي من الوجوب الكفائي.

وقد اشير في هذه الكلمات إلى وجوه من الأدلة على كونه واجباً كفائياً:

١- الإجماع الذي جاء في كلام المحقق الأردبيلي، والإجماع مستند إلى الأدلة الواردة في كلامهم ومثله لا يعدّ حجة.

٢- الخطابات العامة التي تمسك بها صاحب الجواهر ولكن ليس من تلك الخطابات في الكتاب والسنة أشر والوارد في القرآن، خطاب مشروط قال سبحانه: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء/ ٥٨) ومثله ما ورد في سورة المائدة من وصف من لم يحكم بما أنزل الله بالكفر والظلم والفسق. (المائدة/ ٤٤، ٤٥، ٤٧).

ولا يستفاد من مثل هذه الآيات وجوب القضاء وإنّما تدلّ على أنّ الإنسان

١- السيّد علي، رياض المسائل ٢/ ٣٣٠.

٢- النجفي، الجواهر ٤٠/ ٣٨.

إذا مارس القضاء يجب عليه أن يحكم بالعدل، وأما أن الحكم واجب فلا تدل عليه.

٣- إنه من فروع القيام بالقسط الذي أمر به سبحانه، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (النساء/ ١٣٥) وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾ (المائدة/ ٨).

والاستدلال قابل للمناقشة، إذ فرق بين أن يقول: «أقيموا القسط» ويقول: «قوامين بالقسط»، فالتعبير الأول يحجر الإنسان إلى قبول القضاء لإقامة القسط، دون الثاني لكن الآيتين تدلان على لزوم كون الإنسان قائماً بالقسط لأمقياً القسط، وصيغة المبالغة تدل على كثرته ووفرته وعلى ذلك فيكون مرجعها إلى العمل بالقسط في مجال الحياة الشخصية فلو كان عنده مال اليتيم مثلاً فلا يمسّه إلا بالقسط قال سبحانه: ﴿وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ﴾ (النساء/ ١٢٧) ولو تصدى للقضاء فلا يحكم إلا بالقسط لقوله: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة/ ٤٢) ولو تصدى للتوزيع فيوزن به قال سبحانه: ﴿وَاقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾ (الرحمن/ ٩).

والحاصل فرق بين إقامة القسط والقيام به، والآيات تدل على الثاني دون الأول، والمفيد في المقام هو الأول ولعل هذين القسمين من الآيات هو مراد صاحب الجواهر من قوله للعمومات وقد عرفت أنها قابلة للمناقشة.

٤- كون القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بل هو مصداق له وهذا أيضاً استدل به صاحب الجواهر وهو قابل للمناقشة لأن القدر المتيقن من وجوبه هو ما إذا كان هناك معروف مشهود، ومنكر معلوم، فيجب الأمر بالأول والزجر عن الثاني، لاما إذا كان محتملها كما في مورد القضاء لأن القاضي غير واقف على صحة دعوى المدعي، وعدمها فلم يتبين المعروف ولا المنكر عنده.

وأما أنه يجب عليه تبين المعروف والمنكر بتصدي القضاء فلا دلالة لأدلتها

عليه، ومن المعلوم أن الحكم لا يثبت الموضوع.

٥- توقف نظام النوع الإنساني عليه كما في عبارة الرياض والدليل لا يخلو من إبهام.

فإن أريد بقاء الحياة الإنسانية في هذا الكوكب، فإنه لا يتوقف على القضاء إذ ما زال البشر موجوداً في الغابات والمناطق البعيدة، ولم يكن عندهم قضاء فكان الحاكم مكان القضاء ومنطق العدل، منطق القوة والزور.

وإن أريد النظام الاجتماعي والحضارة الإنسانية فهو واجب على من بيده القوة والقدرة، ويجب عليه، نصب القضاء لحفظ النظام فالوجوب يتوجه إلى أصحاب القدرة ويجب على القاضي قبوله للملازمة بين وجوب النصب ووجوب القبول وإلا يكون وجوب النصب لغواً أو أين هذا من كون القضاء واجباً كفاثياً ابتداءً.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

ولو قلنا بأن مرادهم من الوجوب الكفاثي هو هذا النوع من الوجوب، يقيّد وجوبه بما إذا كان ترك القضاء، مستلزماً للإخلال بالنظام لامطلقاً، مع أن المفروض في كلامهم كونه واجباً مطلقاً.

والحاصل: أن هذه الأدلة غير وافية لإثبات المقصود، قابلة للمناقشة. وهناك وجوه أخر ربما تكون خالية عن المناقشة، نأتي بها بالعنوان الخاص.

٦- القضاء مبدأ لتطبيق الأحكام

إن من رجع إلى الكتاب والسنة يقف على أن الشارع الأقدس، لا يرضى بتعطيل الأحكام بل الغاية من التشريع، هو تطبيق العمل عليها، من غير فرق بين الأحكام الفردية أو الاجتماعية، فال مطلوب من التشريع هو العمل وهو غاية الخلقة قال سبحانه: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ (المالك ٢ /) فإذا كان تطبيق العمل على الأحكام الشرعية هو الغاية من التشريع،

فكيف لا يجب القضاء مع أن كثيراً من الأحكام يتجسد في ظل القضاء؟ وإليك بيانه:

إذا كان الإمام المعصوم حاضراً وباسط اليد، فيجب عليه نصب القاضي لتلك الغاية ويجب على المنصوب قبوله إطاعة لأمر الإمام المعصوم. إنما الكلام إذا كان غائباً، فيجب على القاضي أيضاً التصدي. وذلك بالبيان التالي:

١- إن السبب الوثيق لإجراء الأحكام ولو في مجالات مخصوصة، هو القضاء والشارع لا يرضى بتركها في زمان الغيبة والحضور، فإذا علمنا ذلك، وكان تصدي القضاء من أسباب إجرائها، يجب التصدي وإلا يلزم حذف الأحكام الإسلامية من الساحة وهو مما لا يرضى به الشارع.

فإن قلت: إن من المحتمل أن يكون الأحكام الجزائية مشروطة بحضور الإمام المعصوم، ولولاه، لما جاز العمل بها، فما روي عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «حدّ يقام في الأرض أزكى فيها من مطر أربعين ليلة وأيامها»^(١) وإن كان يعرب عن لزوم اجراء الحدود لكنها مخصوصة بزمان الحضور لأن اجرائها من شؤون الإمام المعصوم، فعلى هذا لا يجب التصدي للقضاء لتلك الغاية.

قلت: مضافاً إلى عدم صحة ذلك كما أوضحنا حاله في الحدود، إن هذا الاحتمال لو صحّ فإنما يصح في الأحكام الجزائية دون سائر الأحكام مما يتعلق بالحقوق والأموال.

٧- القضاء سبب لحفظ الحقوق

إن الشارع حرّم المراجعة إلى محاكم الجور، وأرجع الشيعة إلى الفقهاء فإذا جاز لهم الرجوع إلى الفقيه لأجل القضاء وجب عليه التصدي، وإلا لزم تفويت الحقوق على المؤمن وهو قبيح، إذ كيف يصح للشارع أن يترك القضاء في هذه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

الظروف، مع إمكان إحياء الحقوق ولو بالرجوع إلى الفقيه، وهو القائل لن تقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيها حق من القوي^(١).

٨ - إقامة العدل من وظائف الفقيه المقتدر.

إذا كان الفقيه في البلد ذا قوة وقدرة تجب عليه إقامة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، عن غير طريق البيان واللسان، فإن الإرشاد بهما، وظيفة من لا يملك العدة والعدد، كما في رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام يقول: وسئل عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أواجب هو على الأمة جميعاً؟ فقال: لا فقليل له: ولم؟ قال: «إنما هو على القوي المطاع، العالم بالمعروف من المنكر، لأعلى الضعيف الذي لا يهتدي سبلاً...»^(٢).

ومن وظائف القوي المطاع رد المظالم، والانتصاف من الأعداء كما عن أبي جعفر قال: «إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فريضة عظيمة بها تقام الفرائض، وتأمين المذاهب وتحل المكاسب وترد المظالم وتعمر الأرض، وينتصف من الأعداء ويستقيم الأمر»^(٣).

إن وظيفة القوي المطاع فوق الفرد العادي، فلا يصح له أن يعتذر بما أوردناه على الاستدلال بأدلة الأمر بالمعروف من عدم العلم التفصيلي بالمعروف قبل التصدي إذ العلم الإجمالي في حقه منجز والعلم القطعي حاصل للقوي المطاع بأن هناك حقوقاً مهضومة وأموالاً مغصوبة ودماء مسفوكة بغير الحق، فتجب عليه معالجتها بعد التبيين، ومفتاحه ممارسة القضاء، فيجب عليه القيام به.

ومن أراد أن يستدل على وجوب القضاء بأدلة الأمر بالمعروف فعليه التقرير

١- نهج البلاغة، الرسائل / ٥٣، الوسائل: الجزء ١١، الباب ١٢ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ٩.

٢- الوسائل: الجزء ١١، الباب ٢ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ١.

٣- الوسائل الجزء ١١، الباب ١ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ٦.

بهذا النحو الذي عرفت.

الأمر السادس: استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه

يظهر من غير واحد من الأكابر استحباب تولي القضاء لمن يثق من نفسه والمقصود استحبابه العيني، مع وجوبه الكفائي وإليك بعض الكلمات:

١- قال المحقق: تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.^(١)

٢- قال العلامة في القواعد: ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الأعيان.^(٢)

٣- قال الشهيد الثاني: وفي استحبابه مع التعدد عيناً (مع كونه واجباً كفائياً) قولان أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به.^(٣)

٤- وقال أيضاً في شرح قول المحقق: «تولي القضاء مستحب...»: فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله في حال الغيبة حيث لا يتوقف على إذن خاص - إلى أن قال: - وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة فحكم بكراهته نظراً إلى الأحاديث المحذرة عنه ومن ثم امتنع جماعة من أكابر التابعين وغيرهم.^(٤)

٥- وقال الفاضل الهندي: ويستحب التولية على الأعيان إلّا من وجبت عليه عيناً لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً.^(٥)

٢- مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥ قسم المتن.

١- الشرايع: ٤ / ٨٦١.

٣- الروضة البهية: ٣ / ٦٢.

٤- المسالك: ٢ / ٣٩٠ وفي هامش المطبوع عن الميرزا محمد الشيرواني: هنا احتمال ثالث هو قبول من كلفه الإمام على سبيل التخيير.

٥- كشف اللثام: ٢ / ١٤١.

٦- وقال العاملي: وقد أجمعت الأمة كما في المبسوط (ما عدا أبا قلابة لأنه كان يحتمل أنه غير فقيه) على أنه طاعة ومرغوب عقلاً و نقلاً والاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي فلا ريب في رجحانه على الاكتساب بالمباح وفي الوسيلة: قسمه إلى واجب ومكروه ومندوب ومحذور^(١) إلى غير ذلك من الكلمات.

أقول: يقع الكلام في مقامين:

الأول: ما هو الدليل على استحبابه؟

الثاني: ما هو الموضوع للاستحباب وكيف يجتمع الاستحباب العيني مع الوجوب الكفائي؟

أما الأول فالقول باستحبابه إنما هو فيما إذا كان القاضي متعددًا كما عرفت من الشهيد في الروضة، فيقع الكلام في استحبابه عيناً، مع كونه واجباً كفائياً وأما إذا اتحد يكون واجباً عينياً ومعه لا ملاك للاستحباب. وأما الدليل على الاستحباب فهناك وجوه مذكورة في كلمات القوم نشير إليها:

١- الإجماع الوارد في كلام الشيخ في المبسوط^(٢) الذي نقله في مفتاح الكرامة، ولكن الظاهر أن معقده، هو كونه القضاء طاعة، وأمرًا مرغوباً عقلاً ونقلاً في مقابل ما نقل عن بعض أهل السنة من الكراهة للأحاديث الدائمة، وهو غير كونه مستحباً، إذ يكفي في كونه طاعة وأمرًا مرغوباً، كونه واجباً كفائياً، ولا يتوقف على كونه مستحباً وراء وجوبه الكفائي.

١- مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥.

٢- قال الشيخ في المبسوط: القضاء جائز بين المسلمين و ربّما كان واجباً فإن لم يكن واجباً كان مستحباً... إلى أن قال: - وعليه إجماع الأمة إلا أبا قلابة فإنه طلب القضاء فلحق بالشام وأقام زماناً ثم جاء... إلى أن قال: - إن أبا قلابة رجل من التابعين لا يقدح خلافه في إجماع الصحابة (المبسوط ٨ / ٨٢)، والإمعان في العبارة يعطي أن معقد الإجماع هو جواز القضاء أو وجوبه الكفائي لا استحبابه، ولأجل ذلك يقول، لا يعبا بخلاف أبي قلابة.

٢- عظم الفوائد المترتبة عليه، المعلوم رجحانها عقلاً ونقلاً.^(١) وهو موافق لما نقلناه عن كشف اللثام.

يلاحظ عليه: بأنها لا تلازم الاستحباب العيني، بل يكفي كونه واجباً كفاً، فلاجل هذه الفوائد المترتبة، ما أهمله الشارع بل أوجبه عيناً فيما إذا لم يكن هناك إلّا قاض واحد، وكفاً فيما إذا تعدد.

ولو أريد من الفوائد العظيمة ترتب الأجر، وهو أيضاً لا تلازم الاستحباب لكفاية الوجوب الكفائي في ترتبه إذا كان هناك إخلاص.

٣- عمومات باب القضاء، ولكنها مثل الأجر لا تلازم الاستحباب. وبالجملة لم نجد دليلاً صالحاً للاستحباب مع التحفظ على كونه واجباً كفاً هذا كله حول المقام الأول.

الثاني: ما هو الموضوع للاستحباب على فرض ثبوته؟ هناك احتمالات:

١- كون تولي القضاء مستحباً وهو الظاهر من المحقق والعلامة، والشهيد في الروضة والفاضل في كشف اللثام.

٢- طلبه من الإمام إذا لم يأمره كما في المسالك.

٣- قبول من كلفه الإمام على سبيل التخيير كما من الشيرواني في هامش المسالك.

٤- استحباب المبادرة والتسابق ليتقدم إليه على الغير كما صرح الفقيه الطباطبائي في ملحقات العروة^(٢) ولناخذ كل واحد بالبحث.

أما الأول فهو المتبادر من كلماتهم إلّا من صرح بالخلاف لكنه يستلزم اجتماع الوجوب والاستحباب في شيء واحد.

١- الجواهر: ٣٧/٤٠ وقد تبع في ذلك كشف اللثام فلاحظ.

٢- السيد الطباطبائي: ملحقات العروة: ٢/٤.

وما ذكره في المفتاح^(١) والرياض^(٢) من أن الاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي غير تام لأن مفاد الأول جواز ترك المتعلق مطلقاً، سواء قام به الآخرون أو لا ولكن مفاد الثاني، جواز تركه إذا قام به الآخرون وربما يتصور إمكان الجمع من باب تجويز اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد، بسبب عنوانين، و لكنّه غير مفيد في المقام. لأنّ البحث هناك فيما إذا كان بين العنوانين عموم وخصوص من وجه لا مثل المقام فإنّ النسبة بين القضاء، وقضاء من يثق من نفسه عموم وخصوص مطلق، ومن قال بجواز الجمع فإنّما قال به فيما إذا كان بين العنوانين عموم من وجه، لا عموم مطلق.

فلا يحيص من حمل الأمر الاستجابي على فرض ثبوته على الإرشاد إلى أفضل الأفراد كما في الأمر بإقامة الصلاة جماعة أو في المسجد، وعندئذ يخرج الأمر عن كونه مولوياً وهو خلاف المفروض.

وأما الثاني، فإنّ الطلب يكون مقدّمة للقضاء ومع فرض كونه واجباً كفائياً، تكون مقدّمة كذلك، لاستحباباً نفسياً إلا إذا كانت المقدّمة بوصف كونها مستحبة مقدّمة كما في الطهارات الثلاث، وليس المقام كذلك. وذلك لوجود ملاك الاستحباب النفسي في الطهارات لأجل أنّ لها شأناً وراء المقدّمية لكونها نوراً في حدّ نفسها فالكون على الطهارة مستحبّ في ذاته و لا مانع من أن تقع بهذا الوصف مقدّمة للصلاة، بخلاف الطلب، إذ ليس له شأن وراء المقدّمية للقضاء و ليس نفس الطلب بما هو مطلوباً سواء انجرّ إلى التصدي أم لا فتدبر.

ومنه يظهر حال الثالث أي قبوله من الإمام عليه السلام إذا أمر بالتخير فإنّ حال القبول لا يزيد على الطلب، وكلاهما مقدّمتان للقضاء فيكون حكمه حكمه.

١- مفتاح الكرامة: ١٠ / ٥.

٢- الرياض: ٢ / ٣٣٣.

وأما الرابع الذي احتمله السيد الطباطبائي، فقد أشكل عليه هو نفسه بأنه كيف يُعقل استحباب المبادرة من كل أحد عيناً، مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار بل لا يتصور استحباب مثله عيناً وإن لم يكن وجوباً.^(١)

أقول: ما ذكره رحمته أظهر الوجوه ولا يرد عليه ما أوردناه على الوجه الثاني و الثالث وذلك لأن الواجب الكفائي هو أصل القضاء، و قبوله أو طلبه مقدمة، و هي أيضاً واجبة مثله، بخلاف المبادرة والإستباق إلى القبول فهو ليس مقدمة بل هو مستحب مثل قوله سبحانه ﴿فاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾ (المائدة/ ٤٨) فالإتيان بالخير واجب، و مقدمته مثله، لكن المبادرة اليه مستحب.

و ما أورده رحمته على هذا الوجه - وهو أنه كيف يعقل استحباب المبادرة من كل أحد عيناً مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار... - غير تام إذ لو صرح لتوجه على جميع الواجبات الكفائية، لأنه كيف يطلب الفعل الواحد من الجميع مع عدم إمكان قياس الجميع به؟ والحل في جميع الموارد واحد و على ضوء ذلك فالإستباق مطلوب من الجميع لكنه لو بادر أحد قبل الجميع سقط عن الباقيين.

و في الختام نقول: إن الاختلاف في موضوع الإستحباب، دليل واضح على عدم وجود دليل صالح على أصل الإستحباب، إذ لو كان، لكان الموضوع متبيئاً.

تم الكلام في المقدمات، ولندخل في النظر الأول من النظرات الأربعة

النظر الأول في صفات القاضي

قد عرفت أن المحاور الأصلية في القضاء أربعة، فالأول منها هو البحث عن صفات القاضي ومؤهلاته لذلك الأمر الخطير، فنقول: ذكر الفقهاء هنا صفات نذكرها بعد بيان النكتة التالية:

القضاء من الأمور الخطيرة المهمة التي يطلب لنفسه شروطاً تعطي للإنسان صلاحية القيام بها والقضاء من أخطرها وأهمها، وقد ذكر الفقهاء في كتبهم أموراً بعنوان صفات القاضي وهي بين ما هو بين الثبوت لا يشك في لزومها اثنان، وما ليس كذلك بل يحتاج القول بالاشتراط وعدمه إلى دراسة علمية. والصفات المذكورة في كلام المحقق وغيره عبارة عن الأمور التالية: (١)

١- البلوغ، ٢- كمال العقل، ٣- الإسلام، ٤- الإيمان، ٥- العدالة، ٦- طهارة المولد، ٧- الذكورة، ٨- الاجتهاد، ٩- الضبط، ١٠- الكتابة، ١١- البصر، ١٢- النطق، ١٣- السمع، ١٤- الحرية. وأضاف المحقق بعد اشتراط العدالة: الأمانة والمحافظة على الواجبات. ولكنها مستدركان باعتبار دخولها في العدالة. إلا أن يكون التخصيص بالذكر لأجل العناية ببعض المصاديق ولناخذ بالبحث واحداً بعد الآخر:

الشرط الأول والثاني: البلوغ وكمال العقل

البلوغ وكمال العقل من الشروط القطعية التي لم يختلف فيها اثنان لا من

العقلاء ولا من الفقهاء وطبيعة الموضوع تقتضي شرطيهما، فلم يُرَ صبي ولا سفیه على منصّة القضاء، وكيف يمكن للمصبي أن يدير دفة القضاء مع أنه رفع عنه القلم^(١) وعمده وخطؤه سيان^(٢) أضف إليه أنه هو مولى عليه، فكيف يكون ولياً للمتحاكمين؟ على أن شرطية العدالة تلازم اشتراطهما لأن العدالة أو الفسق فرع التكليف وأما قوله سبحانه: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيّاً﴾ (مريم / ١٢) حيث نصب يحيى على القضاء والحكم وهو صبي، فإنما هو من باب الكرامة على سبيل خرق العادة فلا يقاس عليه ولا على أئمة أهل البيت، آحاد الناس. وقد قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا يقاس بأل محمد من هذه الأمة أحد»^(٣).

غير أن المحقق عبّر عن الشرط الثاني بكمال العقل والظاهر أن مراده هو أن لا يكون سفياً بحيث يقال إنه ناقص العقل وأما الذكاء والتوقد الفكري، أو الفطنة فلا يطلبه أصل القضاء.

غير أن هنا نكتة نلفت نظر القاضي إليها وهو أن الموضوع إذا كان ملتوياً ومعقداً، بحيث لا يطمئن القاضي بتمحيصه وتشخيصه، يلزم عليه أن لا يمارسه، بل يستعين فيه بالخبراء الذين لهم ذكاء خاص في حل الأمور المعقدة والمعضلات من المسائل القضائية، لأجل الممارسة الممتدة.

وذلك لأن المسائل القضائية مع اشتراك الجميع في جهة، تختلف في البساطة والتعقيد، وليس كل موضوع منهلاً لكل وارد وشارد، وعليه في الأمور المعقدة، التي تطلب لنفسها مهارة وذكاء وتوقداً خاصاً أن يجب لا يمارسها القاضي إلا بعد توفر الشروط التي تطلب لنفسها إما بجعلها شوري بين القضاة، أو الاستعانة بمن توفرت فيه الشروط كما لا يخفى.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢، ٣، ٥.

٣- نهج البلاغة: الخطبة ٣.

الشرط الثالث: الإسلام

لم يشك في اعتبار الإسلام أو مانعية الكفر اثنان، ولم يُرَ في تاريخ القضاء كافر يشغل منصّة القضاء قال المحقق: لأنه ليس أهلاً للأمانة ويمكن الاستدلال عليه بوجوه:

١- القضاء منصب يستتبع ولاية، والعصمة بين المسلم والكافر مقطوعة فكيف يكون ولياً للمسلم، وهو سبحانه ينهى عن إتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء ومن يتولهم فهو منهم^(١)؟ أفيصح - بعد ذلك - أن يُضفيَ لهم ولاية في مقام القضاء؟

٢- إنه سبحانه ينهى عن التحاكم إلى الطاغوت، ويأمر بالكفر به، ويقول: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنزَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ (النساء/ ٦٠). والتحاكم لدى الكافر من مصاديق التحاكم إلى الطاغوت، روى المفسرون أنه كان بين رجل من اليهود ورجل من المنافقين خصومة، فقال اليهودي: أحاكم إلى محمد لأنه أعلم أنه لا يقبل الرشوة ولا يجوز في الحكم فقال المنافق: لا، بل بيني وبينك كعب الأشرف (اليهودي) لأنه أعلم أنه يأخذ الرشوة فنزلت الآية.

٣- إنه من قبيل السبيل للكافر على المسلم حيث إن القضاء لا ينفك غالباً عن الجلب وإصدار القرار والحبس، والقضاء في مورد الجزاء، لا ينفك عن الإعدام وإجراء الحد والتعزير، وقد قال سبحانه: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (النساء/ ١٤١). وما ربهما يقال إنه من قبيل إجراء الحكم الحق في حق المحكوم وليس بسبيل مدفوع بأن مالكية الكافر للمسلم أيضاً تمسك بالحكم المشروع مع أنه يعدّ سبيلاً، وللقاضي سيادة على المحكوم في أنظار الناس

وهو لا ينفك عن جعل السبيل.

٤- إن اشتراط العدالة تلازم شرطية الإسلام وليس المراد منها المعنى النسبي أي العادل في دينه بل المعنى المطلق كما سيوافيك.

٥- طبيعة الموضوع تقتضي الاشتراط، إذ كيف يمكن تسليط الكافر على دماء المسلمين وأعراضهم وأموالهم وحقوقهم مع أنه ليس أهلاً للأمانة.

نعم الانظمة الإلحادية غير معترفة بهذا الشرط حتى الإيمان بالله، وقائلة بأن حرمان طائفة من القضاء لأجل العقيدة مخالف للعدل الاجتماعي، ومشاركة الناس في الحقوق من دون تبعيض.

يلاحظ عليه: أنه ليس تبعيضاً وإنما هو أخذ لصالح القضاء والمتحاكمين فإن من لا يؤمن بالقضاء الإسلامي ومصادر أحكامه، كيف يتحرى الحقيقة في إجرائه؟ ولكن الجنس إلى الجنس يميل «وكل إناء بالذي فيه ينضح» نعم نقل الشهيد الثاني جواز قضاء الكافر لأهل نحلته ووصفه بأنه شاذ.^(١)

الشرط الرابع: الإيمان

إن الإيمان له استعمالات:

١- ربما يستعمل ويراد منه نفس ما يراد من الإسلام من غير فرق بينهما ﴿فَأَخْرَجْنَا مَنْ كَانَ فِيهَا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ * فَمَا وَجَدْنَا فِيهَا غَيْرَ بَيْتٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴿ (الذاريات / ٣٥-٣٦). والمراد منهما الاعتقاد الجازم بالله ورسالة نبيه وما جاء به.

٢- ربما يطلق الإسلام ويراد منه التظاهر به من دون نفوذ إلى القلب ويقابل الإيمان وهو التسليم النافذ من الظاهر إلى الباطن وعلى ذلك قوله سبحانه:

﴿قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ (الحجرات / ١٤).

٣- وربما يطلق ويراد منه الإيمان بالمعنى الخاص وهو كونه إمامياً وهذا هو المراد هنا بعد اشتراط الإسلام ولنذكر شيئاً من كلمات الفقهاء.

اشتراط الإيمان في كلمات الفقهاء

١- قال المفيد: ولا ينبغي لأحد أن يتعرض له حتى يثق من نفسه بالقيام به وليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، كاملاً، عالماً بالكتاب وناسخه ومنسوخه...^(١) ولم يصرح باشتراط الإيمان.

٢- قال الشيخ: وقد فوضوا ذلك إلى فقهاء شيعتهم في حال لا يتمكنون فيه من توليه بنفوسهم، فمن تمكن من إنفاذ حكم أو إصلاح بين الناس، أو فصل بين المختلفين فليفعل ذلك وله بذلك الأجر والثواب.^(٢)

٣- قال الشيخ في الخلاف: لا يجوز أن يتولى القضاء إلا من كان عارفاً بجميع ما عليه ولا يجوز أن يشد عنه شيء من ذلك، ولا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضي به وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد... ولا تجوز أن تكون المرأة قاضية في شيء من الأحكام....^(٣) وليس فيه تصريح باشتراط الإيمان.

٤- وقال في المبسوط: وأما من يحرم عليه أن يلي القضاء فإن يكون جاهلاً ثقة كان أو غير ثقة، أو يكون فاسقاً من أهل العلم.^(٤) ولعله اكتفى بالإشارة عن

١- المفيد: المقنعة: ٧٢١.

٢- الطوسي: النهاية، كتاب الجهاد: ٣٠١.

٣- الطوسي: الخلاف، ج ٣/ كتاب القضاء، المسألة ١-٦.

٤- الطوسي: المبسوط: ٨/ ٨٣.

التصريح.

٥- قال ابن إدريس: فأما من تحرم عليه فإن كان جاهلاً، ثقة كان أو غير ثقة أو فاسقاً من أهل العلم.^(١) ولعلّه اكتفى بالإشارة عن التصريح.

٦- وقال المحقق: «ويشترط الإيمان والعدالة» غير أنه أراد به الإسلام بشهادة قوله: فلا يعقد للكافر لأنه ليس أهلاً للأمانة وكذا الفاسق.^(٢)

٧- وقال العلامة: ويشترط الإيمان والعدالة فلا ينفذ قضاء الكافر والفاسق،^(٣) ولأجل خلق عبارة القواعد عن هذا الشرط حاول السيّد العاملي إدخال غير الإمامي، تحت الفاسق تارة، والكافر أخرى لاشتراكه معه في القضاء بأصول لانعترف بها فلا يجوز نصبه للقضاء.

٨- وقال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلاً، بصيراً، كاملاً، كاتباً، عالماً بالقضاء ديناً، وورعاً فهو أهل لولاية القضاء.^(٤) وليس فيه تصريح بهذا الشرط.

٩- قال العلامة في الإرشاد: وفي حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوى.^(٥)

١٠- ونسب التردد إلى المحقق الأردبيلي ولم يظهر لي من كلامه نعم جواز قضاء العامي إذا اقتضت المصلحة نصبه.^(٦)

١١- وقال في الجواهر: تواترت النصوص في النهي عن المرافعة إلى قضائهم بل هو من ضروريات مذهبنا.^(٧)

١- ابن إدريس، السرائر: ٣/ ١٥٣.

٢- نجم الدين: الشرائع: ٤/ ٦٧.

٣- العاملي، مفتاح الكرامة، قسم المتن: ٩/ ١٠.

٤- ابن سعيد الحلبي، الجامع: ٥٢٢.

٥- مجمع الفائدة: ١٢/ ١٨ و ٢٢.

٦- النجفي: الجواهر: ٤٠/ ١٣.

١٢- وقال السيد الأستاذ: يشترط في القاضي: البلوغ والعقل، والإيمان، والعدالة، والاجتهاد المطلق، والذكورة وطهارة المولد، والأعلمية ممن في البلد أو ما يقربه على الأحوط^(١).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الأصل هو عدم نفوذ رأي أحد على أحد إلا الله سبحانه أو من عينه وأنفذ رأيه والقدر المسلم من هذا الإستثناء هو رأي النبي والوصي والفقيه الإمامي الجامع للشرائط حسب مقبولة عمر بن حنظلة^(٢)، وأبي خديجة^(٣)، وأما غيرهم سواء أكان شيعياً غير إمامي كالزيدي والاسماعيلي، أم غير شيعي فليس هناك إطلاق يتمسك به فعدم الدليل على نفوذ قضائه كاف في المقام ولا نحتاج إلى الدليل على عدم الصحة.



الاستدلال على عدم الاشتراط

ويمكن الاستدلال على عدم الاشتراط بنصب علي عليه السلام شريفاً على مقام القضاء أو إبقائه عليه، وطبع الحال يقتضي أنه أبقى سائر القضاة المنصوبين قبله على مناصبهم حتى أن الإمام ربهما كان يرفع الشكوى إليه روى عبد الرحمان بن الحجاج أن علياً كان قاعداً في مسجد الكوفة فمر 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: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين فجعل بينه وبينه شريفاً....^(٤)

يلاحظ عليه: أن الاستدلال بالفعل إنما يصح إذا علمت جهته إذ من

١- الإمام الخميني: تحرير الوسيلة: ٢/ ٤٠٧.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

المحتمل أنَّ الإبقاء كان لضرورة اجتماعية دعت الإمام إلى إبقاء شريح مقامه ولأجل ذلك أفهمه تلويحاً بأنه ليس لائقاً لهذا المنصب وقال: «جلست مجلساً لا يجلس فيه إلا نبيّ أو وصيّ نبيّ أو شقيّ»^(١) وفي مورد آخر شرط عليه أن لا ينفذ قضاءه حتى يعرضه عليه^(٢) وعندئذ لا يبقى اطمئنان بأن وجه النصيب هو صلاحيته في نفسه مع قطع النظر عن الضرورة الاجتماعية.

إكمال

لا شك في استفادة الروايات في أنه لا يجوز الرجوع إلى غير فقهاء الشيعة، وهي مبثوثة في أبواب صفات القاضي لكن يقع الكلام فيما هو المانع وهو مردّد بين الأمور التالية:



- ١- العقيدة المخالفة للحق.
- ٢- اعتماده على أصول لا نقول بحجيتها.
- ٣- كونه منصوباً من جانب حكام الجور.

وتختلف النتيجة حسب اختلاف الموضوع، فلو كان المانع، هو الأول، يلزم حرمان كل فقيه غير إمامي ولو كان الثاني، يتحدّد الحرمان بما إذا قضى بأصول غير مرضية، بخلاف ما إذا التزم بأصول صحيحة ورفض القياس والاستحسان، وقول الصحابي بما هو صحابي من دون ثبوت صدوره عن النبي ﷺ وغير ذلك، وعلى الثالث يختص الحرمان بما إذا كان منصوباً من جانبهم، وإلا فلو كان قاضياً حراً وإن قضى بأصول باطلة، لما أخل.

ولكن لم نجد ما بأيدينا من الروايات ما يعتمد على الوجه الأول، وإنما السبب في النهي عن الرجوع إليهم يدور بين الأمور التالية:

١ و٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١-٢.

١- الإفتاء بغير علم والقضاء بلا وعي وقد عقد صاحب الوسائل باباً بهذا العنوان وقال: باب عدم جواز القضاء والإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين^(١).

٢- الإفتاء بغير الكتاب والسنة وقد عقد صاحب الوسائل باباً له^(٢).

٣- القضاء بالمقاييس والاستنباطات الظنية وقد عقد أيضاً باباً له^(٣).

وهذه الجهات الثلاث يرجع إلى الملاك الثاني وهناك بعض الروايات ما يؤيد كون الملاك هو الثالث وقد عقد صاحب الوسائل باباً لذلك^(٤).

روى أبو بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام قول الله عز وجل في كتابه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾^(٥) فقال: «يا أبا بصير إن الله عز وجل قد علم أن في الأمة حكماً ما يجورون أما إنه لم يعن حكماً أهل العدل ولكنه عنى حكماً أهل الجور»^(٦).

وعلى كل تقدير فلو كانت الروايات الناهية قاصرة الدلالة على المنع المطلق، فلا يخل بالمقصود لما عرفت من أن الجواز يحتاج إلى الدليل وعدمه كاف ولا يحتاج عدم الجواز إلى الدليل.

نحن نفترض أن هذه الروايات الناهية واردة في الملاكين الأخيرين غاية الأمر تكون النتيجة عدم دلالتها على المنع المطلق، ولكنه غير كاف في إثبات جواز التصدي، لأن الجواز يطلب الدليل وعدمه كاف في كون الأصل الأولي محكماً.

وعلى فرض المنع، فهل لا يجوز نصبه حتى على أهل نحلته أو يختص

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٥ من أبواب صفات القاضي.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب صفات القاضي.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي.

٥- البقرة: ١٨٨.

٦- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣.

التحريم، بما إذا نصب على غيرهم من الشيعة؟ وجهان. وقد تقدّم نظيره في قضاء الكافر على أهل نحلته. وهاتان المسألتان تطلبان بحثاً واسعاً تستمدان من قوله سبحانه ﴿فَإِنْ جَاءَكَ فَآخُذْهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَآخُذْهُمْ بِالقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (المائدة/ ٤٢).

الشرط الخامس: العدالة

وقد اختلفت عباراتهم في التعبير عن هذا الشرط:

منهم من جعل الفسق مانعاً كما عليه الشيخ في المبسوط وابن إدريس في السرائر.

ومنهم من جعل العدالة شرطاً، كما لمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد، والسيد الأستاذ في التحرير.

ومنهم من عبّر بالموصوف مكان الوصف وقال ديناً وورعاً كابن سعيد في الجامع^(١) ومنهم من عبّر بالورع^(٢).

والظاهر أنّ التعابير من قبيل التفنن في العبارة والكل يشير إلى أنّه يلزم أن تكون للقاضي حالة نفسانية تصدّه عن ارتكاب المحرمات واقتراف المعاصي خوفاً من الله وخشية منه أو ما يقرب من ذلك ولم يختلف فيه اثنان ولأجله أرسله صاحب المفتاح إرسال المسلّم بلا إيعاز إلى مخالف وقال: وأما الفاسق فيشمل المؤمن وغيره، من غير فرق المسلمين، أما المؤمن الفاسق فلعدم ثقته وصلاحيته في الصلاة والشهادة والإفتاء فالتقضاء أولى^(٣).

١- تقدّمت مصادر كلماتهم عند البحث عن شرطية الإيمان.

٢- أبو الصلاح: الكافي: ٤٢٣.

٣- العامل: مفتاح الكرامة: ٩/١٠.

وقد أدى حقّ المقال في هذا التعبير الموجز وإليك التفصيل :
يدلّ على الاشتراط أمور:

١- التصريح بالاشتراط في رواية سليمان بن خالد^(١) وأخذه أمراً مسلماً في مقبولة ابن حنظلة^(٢)، حيث قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما» وقد جعل التفاضل فيها مرجحاً.

٢- كونه شرطاً في المفتي والشاهد، وإمام الجماعة وفي الولاية على القُصّر والغيب والتقسيم^(٣) يقتضي اشتراطه في القضاء بوجه أولى، لأنّ القاضي بيده الدماء والأعراض، والأموال والحقوق وأين هو من إمام يصلي ويترك كل شيء للمأموم.

٣- طبع الموضوع يقتضي الاشتراط لخطورته وعظمته كما مرّ مراراً.
وظاهر الأدلة، كونه عادلاً على وجه الإطلاق، لا أن يكون أميناً ومحترماً عن الحكم بالباطل فقط ومع ذلك ربّما يقترب المعاصي إذ مع كونه خلاف المتبادر أنّ الأصل هو عدم نفوذ القضاء إلّا من دلّ على نفوذه دليل قطعي وهو العادل المطلق.

وذكر المحقق وراء العدالة اشتراط الأمانة والمحافظة على فعل الواجبات وقد عرفت كونهما داخلين ضمن العدالة.

الشرط السادس: طهارة المولد

قال المحقق: لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله كما لا تصحّ إمامته

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٣- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث ١، حديث اسماعيل بن سعد الأشعري والجزء ١٣، الباب ٨٨ من أبواب الوصايا، الحديث ٢ حديث سماعة.

ولاشهادته في الأشياء الجلية. ^(١) وأدعى في الروضة عليه الإجماع قال في شرح قول الشهيد: «الفقيه الجامع للشرائط» وهي: البلوغ والعقل والذكورة والإيمان والعدالة وطهارة المولد إجماعاً ^(٢) وقال في المسالك: أما طهارة المولد فلقصور ولد الزنا عن تولي هذه المرتبة حتى أن إمامته وشهادته ممنوعتان فالقضاء أولى. ^(٣)

إن مقتضى العمومات هو جوازه، إذا كان إمامياً والمنع يتوقف على الدليل على خلاف المسألة السابقة، وقد استدل على المنع بأمور ثلاثة:

١- الإجماع: وقد حكاه في الروضة ولم يتعرض العاملي في المفتاح لأي خلاف، وهو كما ترى، لعدم ذكر لفيف من الفقهاء هذا الشرط كالشيخ في المبسوط. ^(٤) وابن سعيد في الجامع. ^(٥)

٢- الأولوية: لأنه إذا لم يجز له التولية لإمامة الصلاة - على ما استفاضت الروايات عليه - ولم تقبل شهادته، فالقضاء أولى ففي صحيح زرارة: لا يصلين أحدكم خلف المجنون وولد الزنا ^(٦)، وفي صحيح ابن مسلم قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنا». ^(٧)

٣- نفور طباع الناس منه ولكنه فرع علم الناس به. والمسألة قليلة الفائدة. وهناك نكتة نفيسة لابد من الإشارة إليها: وهي إن وليد الزنا تنعقد نطفته في حال يعلم والده أو أمه أو كلاهما أنهما ينقضان القانون، ويكسران عهداً من عهود الله، وهو إحساس ينتقل عن طريق النطفة إلى الوليد طبقاً لقانون التوارث الطبيعي، فيخرج المولود من الزناء مختتماً بحس نقض العهد واختراق القانون وينشأ ويشب

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٦٧.

٢- الروضة: ٣/ ٦٢.

٣- المسالك: ٢/ ٣٨٩.

٤- المبسوط: ٨/ ٩٩.

٥- الجامع: ٥٢٩.

٦- الوسائل: الجزء ٥، الباب ١٤ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٢ ولاحظ ١، ٤، ٥، ٦.

٧- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣١، من أبواب الشهادات الحديث ٣ ولاحظ أيضاً

الحديث ١، ٤، ٥، ٧.

عليها وإلى ذلك يشير الإمام الصادق عند التحدث عن ولد الزنا: «إنه يحن إلى الحرام، والاستخفاف بالدين وسوء المحضر»^(١).

فإذا كانت هذه نفسيته وحالته التي يحملها، فكيف يجوز أن تفوض إليه مقاليد القضاء ليحكم في النفوس والأعراض والأموال والحقوق؟

نعم هذه الحالة أرضية مناسبة للانحراف والشذوذ، ومقتضى للفساد والإفساد وليست بعلة تامة إذ في وسعه تطهير نفسه من الشوائب العالقة بطبيعته فلا يوجب ذلك جبراً في حياته وشقائه.

ولأجل هذا نرى أمير المؤمنين يؤكد على مالك أن يختار للحكم أفضل رعيته ويقول: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لا تضيق به الأمور»^(٢).

ويوصي له في جميع عماله بانتخاب ذوي الأحساب ويقول: ثم ألصق بذوي الأحساب وأهل البيوتات الصالحة والسوابق الحسنة، ثم أهل النجدة والشجاعة، والسخاء والسماحة، فإنهم جماع من الكرم، وشعب من العرف»^(٣).

نعم يبقى هنا شيء وهو أن هذا التسالم بين فقهاءنا، كيف يجتمع مع ما روي عن علي عليه السلام أنه نصب زياد بن أبيه على ولاية فارس؟ وليس القضاء بأعظم من الولاية وربما كان الوالي قاضياً، والمعروف أنه وليد الزنا.

روى علي بن محمد المدائني قال: لما ولي علي عليه السلام زياداً فارس أو لبعض أعمال فارس ضبطها ضبطاً صالحاً وجبى خراجها وحماها»^(٤).

وقد كتب الإمام إليه رسالة عندما كان زياد خليفة ابن عباس في البصرة

١- القمي: السفينة: ١/ ٥٦٠.

٢ و ٣- نهج البلاغة: قسم الرسائل: ١. برقم ٥٣.

٤- ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦/ ١٨١.

وكان عبد الله بن عباس عامله عليها وعلى كور الأهواز وفارس وكرمان. ^(١)
وكتب رسالة أخرى إليه عندما بلغه أن معاوية كاتبه ليستلحقه بأبيه أبي
سفيان. ^(٢)

ويشهد على ذلك أنه كان يدعى زياد بن عبيد وهو زوج أمه (سمية) ولما
استلحقه معاوية قيل ابن سمية وكانت أمه تحت عبيد وربما قيل إن نسبة زياد
لغير أبيه لخمول أبيه. ^(٣)

أما أنه كان غير طيب المولد فقد روى البلاذري قال: تكلم زياد وهو غلام
حدث بحضرة عمر كلاماً أعجب الحاضرين فقال عمرو بن العاص: لله أبوه لو
كان قرشياً لساق العرب بعصاه، فقال أبو سفيان: أما والله أنه لقرشي ولو عرفته
لعرفت أنه خير من أهلك فقال: ومن أبوه؟ أنا والله وضعت في رحم أمه فقال: فهلا
تستلحقه قال: أخاف هذا العير الجالس أن يخرج عليّ إهابي. ^(٤)

ويمكن استظهار كون زياد وليد الزنا من قول الإمام الطاهر أبي الشهداء
الحسين بن علي عليه السلام: «وقد ركزني الدعوي بن الدعوي بين الاثنتين: السلة والذلة
وهيهات منا الذلة». ^(٥) والمراد منهما هو عبيد الله بن زياد.

ويمكن أن يقال: إن الدعوي ليس مرادفاً لابن الزنا بل هو كما يقول
الطريحي: الدعوي من تبنيته، والأدعياء جمع «دعي» وهو من يدعي في نسب
كاذباً. ^(٦) وفي أقرب الموارد: الدعوي من تبنيته أي جعلته ابناً لك، والمتهم في نسبته،
والذي يدعي (يدعيه) غير أبيه والجمع أدعياء ^(٧) وأمّه وإن كانت زانية وقد زنى
بها أبو سفيان لكن لما لم يثبت كونه متخلّفاً من مائه، صار محكوماً بكونه ابن أبيه

١ و ٢- نهج البلاغة: برقم ٢٠ و ٤٤. ٣- ابن أبي الحديد: شرح النهج ١٦ / ١٨٠.
٤- ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦ / ١٨١. ٥- القمي، نفس المهموم: ١٣٢، الطبعة الأولى.
٦- الطريحي، مجمع البحرين: ١ / ١٤٤. ٧- الخوري الشرتوني: أقرب الموارد ١٣ / ٣٣٧.

(عبيد) شرعاً بحكم الولد للفراش ولأجل ذلك كتب الإمام رسالة إليه ينهاء عن قبوله قول معاوية كما عرفت. فكان مجهول النسب لا وليد الزنا قطعاً، فلا يكون نصبه دليلاً في المسألة.

ومما يدل على أنه كان مجهول النسب ولكن محكوماً شرعاً بالانتساب إلى الأب ما روي عن الحسن البصري: أنه ثلاث كن في معاوية لو لم تكن فيه إلا واحدة منهن لكانت موبقة: انتزأه على هذه الأمة بالسفهاء حتى ابتزها أمرها. واستلحاقه زياداً مراغمة لقول رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». وقتله حجر بن عدي فياويله من حجر وأصحاب حجر^(١).

وقد كتب الإمام الحسين عليه السلام إلى معاوية رسالة يندد فيها بأعمال معاوية ومما جاء فيها قوله: «أولست المدعي زياداً في الإسلام فزعمت أنه ابن أبي سفيان؟! وقد قضى رسول الله ﷺ أن الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٢).

وعلى ذلك كان زياد مجهول النسب، ولما لم يعلم كونه وليد الزنا قطعاً، فصار محكوماً بكونه وليد الفراش أعني زوج أمه «عبيد» فلا يكون مورداً للنقض.

الشرط السابع: الذكورة

اشتهر القول باشتراط الذكورة في القاضي ويظهر من الشيخ أن المسألة خلافية بين الفقهاء. قال: لا يجوز أن تكون امرأة قاضية في شيء من الأحكام وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية في كل ما يجوز أن تكون شاهدة فيه وهو جميع الأحكام إلا الحدود والقصاص، وقال ابن جرير: يجوز أن تكون قاضية في كل ما يجوز أن يكون الرجل قاضياً فيه لأنها من أهل

١- ابن أبي الحديد: شرح نهج البلاغة: ١٦/١٩٣.

٢- ابن قتيبة: الإمامة والسياسة: ١/١٦٥.

الاجتهاد.^(١)

وقال ابن قدامة: إن المرأة لاتصلح للإمامة العظمى، ولانتولية البلدان ولهذا لم يولّ النبي ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة للقضاء ولا ولاية بلد فيها بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً.^(٢)

ولما كانت المسألة مما أثارت جدالاً ونقاشاً بين الجامعيين و الجدد من الناس، لا بأس بالبحث عنها في إطار الأدلة الشرعية وقد أجمل الأصحاب فيها الكلام و ما قاموا بحققها كما هو حالهم - أنار الله برهائهم - في سائر المسائل:

ولندكر بعض الكلمات في المقام:

قال الشيخ في المبسوط: الشرط الثالث في القاضي أن يكون كاملاً في الأمرين: كمال الخلقة والإحكام... وأما كمال الأحكام فأن يكون بالغاً عاقلاً حراً ذكراً فإن المرأة لاينعقد لها القضاء بحال. وقال بعضهم: يجوز أن تكون المرأة قاضية والأول أصح، ومن أجاز قضاءها، قال يجوز في كل ما تقبل شهادتها فيه وشهادتها تقبل في كل شيء إلا في الحدود والقصاص.

ومع ذلك لم يذكره المفيد في المقنعة،^(٣) ولا الشيخ في النهاية^(٤)، ولا الحلبي في الكافي^(٥) ولا ابن إدريس في السرائر^(٦) ولا العلامة في المختلف.^(٧)

نعم ذكره لفيف من المتأخرين وإليك نصوصهم:

قال المحقق في الشرائع: ويشترط فيه البلوغ... والذكورة.^(٨)

وقال العلامة في التحرير: ويشترط فيه البلوغ... والذكورة، ولاينعقد القضاء

١- الطوسي: الخلاف: كتاب القضاء المسألة ٦.

٢- المغني: ١٠١/١٢٧.

٣، ٤، ٥، ٦، ٧- لاحظ المقنعة: ٧٢١، والنهاية: ٣٣٧، والكافي: ٤٢٠، والمهذب: ٥٩٧/٢، المختلف

٨- نجم الدين: الشرائع: ٤/٦٧.

٤/٧٦.

للمرأة في الحدود وغيرها.^(١)

وقال في القواعد: ويشترط فيه البلوغ والعقل والذكورة.^(٢)

وأنت إذا لاحظت الكتب المؤلفة في هذه العصور أو بعدها ترى أنها متفقة على اشتراطها إما بالتصريح أو بأخذ الرجل في التعريف، مثلاً، قال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلاً بصيراً كاملاً كاتباً عالماً بالقضاء، ديناً ورعاً فهو أهل لولاية القضاء.^(٣)

وقال الشهيد في المسالك: ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط أي الشرائط المعتبرة في القضاء غير الذكورية وهو موضع وفاق، وخالف فيه بعض العامة فجوز قضاءها فيها تقبل شهادتها فيه.^(٤)

وقال في مفتاح الكرامة: أما المرأة فلما ورد في خبر جابر عن الباقر عليه السلام ولا تولي القضاء المرأة وقد أنكر الدليل المقدس الأردبيلي إن لم يكن إجماع وهذا خبر منجبر بالشهرة العظيمة إن أنكر الإجماع.^(٥)

إلى غير ذلك من هذه الكلمات مما لانطيل المقام بنقلها، والظاهر أن الشهيد الثاني استثنى الذكورة عن موضع الوفاق بين الفريقين لمخالفة أبي حنيفة في المسألة لا أنه موضع خلاف بين الإمامية، والمحقق الأردبيلي إن أنكر فإنما أنكر صحة الخبر لا الإجماع قال: وأما اشتراط الذكورة فذلك ظاهر فيما لم يجز للمرأة فيه أمر وأما في غير ذلك فلا نعلم دليلاً واضحاً نعم ذلك هو المشهور فلو كان إجماعاً فلا بحث.^(٦)

١- العلامة الحلي، التحرير، ص ١٧٩.

٢- العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٠، ص ٩، قسم المتن.

٣- ابن سعيد الحلي، الجامع للشرائع، ص ٥٢٢.

٤- المسالك، ج ٢، ص ٢٨٣.

٥- السيد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٠، ص ٩.

٦- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٥.

نعم الإجماع في هذه المسألة مستند إلى الآيات والروايات والسيرة الموجودة بين المسلمين حيث لم تُرَ قاضية بين المسلمين على منصّة القضاء، وإلى سائر الجهات التي تدعم عدم صلاحيتها للقضاء فيصبح الإجماع مدركياً لاتعبدياً، ولا يحيص للفقهاء عن دراسة الأدلة.

هذا وأن الأصل الأولي في المقام هو عدم الجواز فعلى المجوز إقامة الدليل، إذ العمومات الواردة في القاضي المنصوب منصرفة إلى الرجال وهي بينما ورد فيه لفظ «منكم» كما في مقبولة ابن حنظلة^(١) أو «رجل» كما في رواية أبي خديجة^(٢) فهذان التعبيران، لو لم يدلّا على اختصاص القضاء بالرجل فلا أقلّ أنها منصرفة عن المرأة، ويؤيد الانصراف عدم التعارف، إذا لم تر في زمن الخلفاء ولا بعدهم امرأة تتولى مهمة القضاء وما قيل من أنّ مدار الانصراف، كثرة الاستعمال وندرته، لا كثرة الوجود وقلته، لو تمّ، فالمقام من موارد عدم الوجود لا قلته. فلو كان هذا المقدار كافياً في عدم الجواز فالفقيه في فسحة من الاستدلال بالآيات والروايات، وإلا فإن استشكل في انصراف العمومات فلا يحيص من دراسة سائر الأدلة ولنذكر ما يمكن الاستدلال به على المنع^(٣) ولنقدّم البحث عن الآيات:

الآية الأولى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾

إنّ الحياة الإنسانية في المجتمع لاتدوم إلّا على منهج سيادة الرجال على النساء بما أودع الله في فطرة كل منهما ما هو الأحسن والأصلح بنظام التكامل في الوجود، ويدل عليه قوله سبحانه: ﴿الرَّجُلُ الْقَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالضَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا﴾

١- الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨٥.

(النساء / ٣٤) والاستدلال رهن دراسة المواضع التالية:

المواضع الهامة الثلاثة في تفسير الآية

١- ما هو المراد من كون الرجال قوامين على النساء فهل هو بمعنى القيمومة لهن؟

٢- ما هو ملاك القيمومة؟

٣- إذا تبين ملاك القيمومة، فما هو إطار تلك الولاية فهل تختص بما يمت بالشؤون الاجتماعية في حياة الزوجين ولا تتجاوز عن ذلك الإطار، أو يعم مطلق الشؤون الاجتماعية من غير فرق بين الزوجين وغيرهما فالرجال على الإطلاق قوامون على النساء في الحياة الاجتماعية من غير فرق بين الزوج وغيره؟ وإليك دراسة تلك المواضع، بشرح مفرداتها وجملها:

١- ما هو المراد من قوله سبحانه: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾؟

«قوامون» جمع «القوام» وهو «قيّم» وقيام بمعنى واحد، والمراد أن الرجال قائمون بشؤون النساء قيام الولاة على الرعية في مجال التدبير والتأديب والذب عن التعدي إليهن. يقال: قام الرجل على المرأة: قام بشأنها وليس المراد من قيامهم بشأنهن هو انفاقهم عليهن لأنه سبب الولاء لامورده كما يشير إليه فيما بعد بقوله: «وبما انفقوا من أموالهم» بل المراد هو القيام بسائر الشؤون مما تقوم عليه الحياة الاجتماعية التي تتوقف على العقل والتدبير، والقوة والاستطاعة وقد فسرت الآية بنحو ما ذكرنا وإليك بعض الكلمات:

١- قال الطبرسي: إن الرجال قِيَمُونَ على النساء، مسلطون عليهن في التدبير والتأديب.^(١)

- ٢- وقال ابن كثير في تفسير قوله سبحانه: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ أي الرجل قيم المرأة أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا أعرجت.^(١)
- ٣- وقال الفيض في تفسيره: أي يقومون عليهن قيام الولاة على الرعية.^(٢)
- إلى غير ذلك من الكلمات المترادفة.

إن مرجع القيمومة هاهنا، ليس إلى تصويرهن كالمجانين والسفهاء والأطفال، وتكون قيمومة الرجال عليهن، كقيمومة الأب والجد إليهم بل مرجعها إلى قيمومة الوالي على الرعية، والدولة على الشعب وليس هنا من يتلقى ولاية الوالي عليه، نقصاً وتحقيراً، لأن الشعب المتفرق في البلد يحتاج إلى من يدبر أمره ويؤدب خاطئه ويذب عن كيانه وشرفه وماله. ومثله العائلة فالبيت مجتمع صغير في مقابل البلد الذي هو مجتمع كبير والولاية عليه، كالولاية على الجماعة الكبيرة.

إذا عرفت مفاد القيمومة فلنرجع إلى الأمور الثاني من الأمور الثلاثة.

٢- ما هو ملاك القيمومة والسيطرة؟

إذا دلت الآية على قيمومة الرجال على النساء فلا بد لها من ملاك يبرر تلك السلطة وإلا فهما فردان من طبيعة واحدة، مصداقان لها وقد ذكر الكتاب العزيز، لها ملاكين أشار إليهما بقوله: ﴿بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾.

فهذان الملاكان يختلفان في أن الأول موهوب والثاني اكتسابي، بمعنى أنه سبحانه خصهم بلا اختيار بفضيلة ثم هؤلاء قاموا بكسب فضيلة أخرى.

الملاك الموهوب

أما الملاك الخارج عن الاختيار فهو أنه سبحانه فضل الرجال على النساء في

١- ابن كثير: التفسير: ٢/ ٢٧٥.

٢- الفيض، تفسير الصافي: ١/ ٣٥٣.

مجالى التكوين والخلق، والتشريع والتقنين.

ومع أن المراد هو تفضيلهم على النساء يقول سبحانه ﴿بِهَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ ، والمقصود من البعض الأول هو الرجال ومن الثاني هو النساء، والتنوين في «بعض» عوض عن الضمير. وإنما عُبِّرَ بهذا دون أن يصرَّح مثل ما قلناه، لأجل إفادة أن الطائفتين داخلتين تحت نوع أو جنس واحد، مشتركين في الإنسانية والبشرية ولكن فُضِّلَ بعض أفرادها على البعض الآخر منه، وبذلك استطاعت الآية أن تحفظ شأن المرأة ومقامها وتفيد أن تفضيل الرجال عليها لا يوجب دخولها تحت طبيعتين أو جنسين متغايرين بل هما مع الوحدة في النوع والجنس يختلفان في العوارض والخصوصيات وهذا النوع من التعبير شائع في القرآن الكريم.

قال سبحانه: ﴿أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنثَىٰ بَعْضُكُمْ مِّن بَعْضٍ﴾. (آل عمران / ١٩٥).

ثم إن مجرى هذا التفضيل الذي يخبر عنه سبحانه إما التكوين أو التشريع، أما التكوين فيرجع إلى أمرين بهما فُضِّلَ الرجال على النساء، وهو العقل والإدراك، والقدرة والاستطاعة إذ لاشك أن عقول الرجال أكثر، كما أن قدرتهم على الأعمال الشاقة أوفر، وليس هذا شيء ينكر ولو وجدنا هناك لفيفاً من النساء يفضلن على لفيف من الرجال في العقل والتدبر أو وقفنا على نساء هنّ المقدرة والاستطاعة البالغة على أعمال شاقة فلا يكون ذلك ملاكاً لتفضيل النساء على الرجال فإنّ الملاك في القضاء هو الغلبة الساحقة والغالب على الرجال في مجال العقل والتدبير هو الزيادة على النساء فيهما، ولأجل ذلك فيهم من العقلاء ما ليس فيهنّ كما أنّ مقدرتهم على الأعمال الشاقة أكثر، وبالجمله: الملاك المتوسطات من النساء والمتوسطون من الرجال .

١- قال الشيخ الطوسي: «والمعنى الرجال قوامون على النساء بالتدبير

والتأديب لما فضل الله الرجال على النساء في العقل والرأي»^(١).

٢- وقال الطبرسي في تفسير قوله: ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ هذا بيان سبب تولية الرجال عليهن أي إننا ولأهم الله أمرهن لما هم من زيادة الفضل عليهن بالعلم والعقل وحسن الرأي والعزم^(٢).

٣- وقال الزمخشري: إن الرجال يفضلون على النساء بالعقل والحزم والعزم والقوة والفروسية، والرمي وأن منهم الأنبياء والعلماء وفيهم الإمامة الكبرى والصغرى^(٣).

هذا كله هو التفضيل في التكوين. وأما التفضيل في التشريع فالراجع إلى الفقه الإسلامي يجد هناك تفوقاً للرجال على النساء نشير إلى لفيث منه:

أ- وضع عنهن الصلاة والصوم في أيام خاصة لطروء الضعف عليهن في ميدان العمل.

ب- جعل شهادة امرأتين بمثابة شهادة رجل واحد وقال: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة/ ٢٨٢).

ج- خاطب الرجال بالنفر والخروج، وقال: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (التوبة/ ٤١).

وخاطب النساء بقوله: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ (الأحزاب/ ٣٣).

د- جعل الطلاق بيد الزوج وقال: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» والعدة بيد النساء.

هـ- جعل ميراث الذكر مثل حظ الأنثيين.

١- الطوسي: التبيان ٣/ والغاية من نقل عبارته، هو آخرها لا أولها لما مر الكلام فيه والغرض بيان ملاك التفضيل.

٢- الطبرسي: مجمع البيان: ١٣/ ٢.

٣- الزمخشري: الكشاف: ١/ ٢٠٦.

و- جعل دية المرأة نصف دية الرجل.

ز- رفع عنهن الجمعة والجماعة.

ح- خص الرجال بالنبوة والخلافة.

إلى غير ذلك من التشريع المختلف الحاكي عن تفضيل بعضهم على بعض.

الملاك الاكتسابي

هذا كله يرجع إلى التفضيل بالملاك الأول وأما التفضيل بالملاك الثاني أي الملاك الاكتسابي فإليه أشار بقوله: ﴿وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ فالانفاق بالأموال في الحياة اليومية وفي مجال المهر ومن المعلوم مزية المنفق على المنفق عليه.

إلى هنا تم بيان ملك القيمة، وعلمت أن أحدهما وهبي والآخر اكتسابي وأن مرجع الأول تارة هو التكوين وأمر الخلقة وأخرى إلى التشريع الإسلامي المبني على مصالح واقعية وإنما المهم هو بيان مجال الولاية وإطارها وأن قيمة الرجل إلى أي مدى؟

وهنا نكتتان نلفت إليهما نظر القارئ قبل بيان حدّها:

الأولى: إن التشريع الإسلامي في مجال الرجل والمرأة يبتني على رعاية فطرتها أولاً والمصالح الاجتماعية ثانياً، فلو رفع بعض التكاليف عنها فإنما هو لأجل رعاية حالها أولاً أو المصالح الاجتماعية ثانياً، فهذا النوع من التشريع لا يعني الإطاحة بمقام المرأة فلو رفع الجهاد عنه فلاجل أن طبيعة المرأة طبيعة عاطفية حساسة لا يناسب الأعمال الشاقة البالغة الصعوبة، فلو جعل ميراثها نصف ميراث الرجل فلاجل مصلحة ملزمة في ميدان المعيشة فإن الرجل هو المتكفل في حياة العائلة وهو الباذل لكل ما يحتاجون إليه دون المرأة.

الثانية: إن رفع بعض التكاليف وإن كان يوجب حرمانها من الثواب والأجر

الأخروي لكن الإسلام تداركه بوضع وظائف أخرى على عاتقها لو قامت بها لأدركت الثواب الفائت من الجهاد مثلاً وهناك حوار، بين وافدة النساء والنبى الأكرم حيث عرّفت نفسها بأنّها وافدة النساء وقالت: بأبي أنت وأمي إني وافدة النساء إليك واعلم نفسي لك الفداء أنّه ما من امرأة كائنة في شرق ولاغرب سمعت بمخرجي هذا إلّا وهي على مثل رأيي.

إنّ الله بعثك بالحق إلى الرجال والنساء فآمنّا بك وبإهلك الذي أرسلك، وإنا معشر النساء محصورات مقصورات، قواعد بيوتكم، ومقضي شهواتكم، وحاملات أولادكم، وأنكم معاشر الرجال فضّلتُم علينا بالجمعة والجماعات وعبادة المرضى وشهود الجنائز والحجّ بعد الحجّ وأفضل من ذلك، الجهاد في سبيل الله وأنّ الرجل منكم إذا خرج حاجّاً أو معتمراً أو مرابطاً حفظنا لكم أموالكم وغزلنا أثوابكم وربّينا لكم أموالكم فما نشارككم في الأجر يا رسول الله؟

فالتفت النبي ﷺ إلى أصحابه بوجهه كله، ثم قال: هل سمعتم مقالة امرأة قط أحسن من مسألتها في أمر دينها من هذه؟

فقالوا: يا رسول الله ! ما ظننا أنّ امرأة تهتدي إلى مثل هذا.

فالتفت النبي ﷺ إليها، ثم قال لها: إنصرفي أيتها المرأة، واعلمي من خلفك من النساء أنّ حسن تبعل إحداكنّ لزوجها وطلبها مرضاته وإتباعها موافقته، تعدل ذلك كله، فأدبرت المرأة وهي تهلّل وتكبر استبشاراً.^(١)

و لأجل ذلك التدارك يصفهنّ سبحانه بقوله: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ (النساء / ٣٤).

فالصالحة عبارة عن القانئة، والمطيعه لزوجها إطاعة دائمة مهما أرادوا منهنّ ممّا له مساس بالتمتع وسائر الجهات المرتبطة بشؤون الحياة الزوجية وهي في مقابل

قوله سبحانه: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ (النساء / ٣٤).

﴿حافظات للغيب﴾ أي يحفظن في غيبة الأزواج ما يجب حفظه من النفس والمال. وإخراج الحكم والأمر بصورة الوصف أكد في الوجوب.

قوله: ﴿بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ الباء للمقابلة، أي يقمن بما ذكر في مقابل ما حفظ الله لهم من الحق فأوجب عليهن الإطاعة وحفظ الغيب لهم.

٣- سعة القيمومة وضيقها

إلى هنا فرغنا من الأمرين المهمين: إثبات القيمومة، وملاكها.

بقي الكلام في إطارها وسعتها وضيقها فنقول:

إن ملاك القيمومة - بعد الإمعان في الآية - يتلخص في مجموع أمرين:

١- بما فضل الله الرجال على النساء في مجال الإدارة والتدبير، والقدرة والاستطاعة الجسمية.

٢- بما يقومون من عمل الانفاق على النساء.

فالملاك مجموع الأمرين فلاجلهما للرجال قيمومة على النساء.

وعلى ذلك تتحدد القيمومة بالحياة الاجتماعية للعائلة. فلو كان أمراً فردياً، كالغزل والخياطة فلا ولاية له عليها، إذا لم يكن مانعاً عن تمكينها للاستمتاع. أو كان أمراً اجتماعياً ولكن خارجاً عن العلاقات الزوجية، كما إذا تصدى للوكالة عن الغير، والقضاء بين المتخاصمين الأجنيين فهو خارج عن مفاد الآية لعدم ملاك للقيمومة في الغير، ولا في المتخاصمين على المرأة، حتى لا تصلح للوكالة والقضاء. وبعد ثبوت اختصاص ملاك القيمومة بالأمر الاجتماعي العائلي. فهل تعم كل الأمور ولو كان خارجاً عن إطار الزوجية أو تختص بهذا الإطار وهذا هو المهم؟ وبعبارة أخرى: هل تختص الولاية بالعلاقات الزوجية ونظام العائلة؟ ففي كل أمر له صلة بهذا النظام، فالرأي هو رأي الزوج وله التسلط والسيطرة إلا إذا

خالف الكتاب والسنة، وأما الخارج عن هذا الإطار فلا، سواء كان راجعاً إلى الحياة الفردية لكل من الزوجين، أو راجعاً لكل من الرجال والنساء وإن لم تكن بينهما علاقة الزوجية سواء أكان من الأمور الفردية أم الاجتماعية ففيها الرجل والمرأة سواء.

أو أنها تعم لجميع المجالات الاجتماعية ولا تختص بالحياة العائلية ففي الجهات العامة الاجتماعية التي لها صلة بما فضل الله به الرجال على النساء، لهم قيمة عليهم؟ وجهان:

يؤيد الوجه الأول: - مضافاً إلى مسألة الانفاق - سياق الآية، فإنه يصدد بيان وظائف الزوجين وشؤونهما وإن كانت تستعين بلفظ الرجال والنساء لكن المقصود هو الزوجان يقول سبحانه: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيٍّ^(١) مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ...﴾ (النساء / ٣٣) أي لكل من الزوجين، فتأمل.

﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ...﴾ (النساء / ٣٤).

﴿وإن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء / ٣٥).

فالموضوع في الآيات، هو الزوجان، واعطاء القيمة لواحد منهما، لا يعني كونه قيمياً في خارج هذا الإطار.

ويؤيده أيضاً شأن نزولها الذي نقله المفسرون: نزلت في امرأة نشزت على زوجها فلطمها فانطلق أبوها معها إلى النبي فقال: أفرشته كريمتي فلطمها فقال النبي ﷺ: لتقتص من زوجها فانصرفت مع أبيها لتقتص منه فقال النبي: ارجعوا فهذا جبرائيل أتاني وأنزل الله هذه الآية فقال: أردنا أمراً وأراد الله أمراً والذي أراد

١- الموالى: أي الأولى بالميراث.

خير ورفع القصاص ^(١).

ويؤيد الوجه الثاني: أن مورد الآية وإن كان خاصاً لكن الملاك الذي فضل به الرجال على النساء عام يعم كل جهة اجتماعية ترتبط بحياة الرجال والنساء فعموم العلة يعطي أن الحكم المبني عليها أعني قوله: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ (النساء / ٣٤) غير مقصور على الأزواج بأن يختص القوامية بالرجل على زوجته بل الحكم مجعول لقبيل الرجال على قبيل النساء في الجهات العامة التي ترتبط بها حياة القبيلتين جميعاً فالجهات العامة الاجتماعية التي ترتبط بفضل الرجال كجهتي الحكومة والقضاء مثلاً إنما تقوم بالتعقل الذي هو في الرجال بالطبع أزيد منه في النساء وكذا الدفاع الحربي الذي يرتبط بالشدة وقوة التعقل. كل ذلك ما يقوم الرجال على النساء.

وعلى هذا فقوله: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ ذو إطلاق عام وأما قوله بعد: ﴿فالصالحات قانتات...﴾ الظاهر في الاختصاص بما بين الرجل وزوجته فهو فرع من فروع هذا الحكم المطلق وجزئي من جزئياته، مستخرج منه من غير أن يتقيد به إطلاقه ^(٢).

ومع ذلك ففي النفس من عمومية الحكم أو إطلاقه شيء وهو أن وقوع الحكم أعني: كون الرجال قوامون على النساء في ثنايا الأحكام المربوطة بالزوجين، وكون الملاك الثاني للتفضيل والقيومة هو الانفاق، المختص بالزوج، يصدنا عن الحكم القاطع بإطلاقه.

وبعبارة واضحة: لو كان سبب القيمومة هو الوجه الأول أعني الرجاحة في العقل، والقوة في التدبير، والقدرة في الدفاع لكان كافياً في ثبوتها لهم مطلقاً ولكنها ليست هي السبب الوحيد، بل منضمّة إلى الانفاق والقيام بتجهيز وسائل الحياة،

١- مجمع البيان: ٤٣/٢ ط صيدا . نقله غيره أيضاً.

٢- الطباطبائي: الميزان: ٤/ ٣٦٥ و٣٦٦.

وهو مختص بالزوجين. نعم لو كان كل سبباً مستقلاً لها، لعمت مطلق الرجال والنساء فلاحظ.



الآية الثانية: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾

قال سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (البقرة/ ٢٢٨).

الآية متضمنة لبيان أحكام الطلاق الرجعي وتذكر الأمور التالية.

١- المطلقة تتربص ثلاثة أطهار ولا تتزوج فيها لثلا يلزم اختلاط المياه ويفسد النسل، والقرء في الآية بمعنى الطهر، لا الحيض خلافاً للعامة وذلك لأنه من القرء بمعنى الجمع، والدم يجتمع أيام الطهر شيئاً فشيئاً حتى يقذفه الرحم أيام الحيض والذي يدل على أنه بمعنى الجمع، قوله سبحانه: ﴿لَا تُحَرِّكْ بِهِ لِسَانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِ﴾ إِنَّ هَلَيْنَا جَمْعُهُ وَقَرَّانُهُ * فإذا قرَّاناهُ فَاتَّبِعْ قُرَّانَهُ ﴿ (القيامة/ ١٦- ١٨). وقال أيضاً: ﴿وَقَرَّاناً فَرَقَّانَهُ لَتَقْرَأَهُ عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ﴾ (الأسراء/ ١٠٦). وجه الاستدلال أنه سبحانه عبّر بالقرآن، ولم يعبر بالكتاب أو الفرقان أو ما شابهها، للتناسب الموجود بين الجمع والقرآن في الآية الأولى، والقرآن والتفريق في الآية الثانية.

٢- تحرم عليهن كتمان الولد في الرحم استعجالاً في خروج العدة أو اضراً بالزوج في رجوعه.

٣- للزوج الرجوع مادامت هي في العدة، وليكن الرجوع لغاية الإصلاح لا للإضرار.

٤- ولهنّ مثل الذي عليهنّ بالمعروف أي أنّ الحقوق بينهما متبادلة ولو استحق الزوج شيئاً عليها، فهي تستحق شيئاً آخر عليه. قال الطبرسي: وهذا من الكلمات العجيبة الجامعة للفوائد الجمّة وإنّما أراد بذلك ما يرجع إلى حسن العشرة وترك المضارة والتسوية في القسم والنفقة والكسوة كما أنّ للزوج حقوقاً مثل الطاعة التي أوجبها الله عليها له وأن لا تدخل فراش غيره، وأن تحفظ ماءه فلا تحتال في إسقاطه.^(١)

٥- وللرجال عليهنّ درجة: أي منزلة فضيلة عليهنّ مع كون الحقوق بينهما متبادلة، ولما كان ذلك موهماً، لتساوي منزلتهما، دفع ذلك الوهم بأنّ للرجال عليهنّ منزلة وفضيلة وكون الحقوق متبادلة لا يقتضي تساويها في جميع المراحل الاجتماعية ولأجل ذلك صار سهم الذكر ضعف الأنثى في الميراث، وحقّ الطلاق بيد الزوج، والرجعة موكولة إليه ولم يكتب الجهاد على المرأة لعدم تلائمه مع فطرتها إلى غير ذلك من الأمور التي تثبت، تقدّم الرجل عليها في مجالات خاصة.

هذا كلّه يرجع إلى توضيح جمل الآية إنّما الكلام في عمومية قوله: «وللرجال عليهنّ درجة» بالنسبة إلى القضاء وفصل الخصومة ويمكن منعه لأنّها قضية موجبة جزئية، تصدق بوجود المنزلة للرجال في موارد خاصة كالـميراث والطلاق، والجهاد وغيرها ممّا عرفت ولا يتوقف صدقها على حرمانها من القضاء فيكون التمسك بها في مورد المنع عن القضاء تمسكاً بالدليل في الشبهة المصداقية.

نعم هناك وجه آخر للتمسك ربّما يظهر من كلام العلامة الطباطبائي رحمته الله ويمكن تقريره بالنحو التالي:

إنّه سبحانه يقول قبل هذه الجملة: «ولهنّ مثل الذي عليهنّ بالمعروف» فلو قلنا إنّ المعروف هو العمل المطابق بالفطرة تكون الخلقة ميزاناً لتمييز ما لها عملاً

عليها، ولما كان أمر القضاء مما يطلب لنفسه العقل والدراية الكثيرة بخلاف الحضانة وأمثالها فيكون للرجل في القضاء عليهن درجة دون الحضانة.

ولكن تفسير المعروف بما ذكره، غير واضح لأنه كما يقول الراغب^(١): كل فعل يعرف حسنه بالعقل أو الشرع والمنكر ما ينكر بهما. وكون القضاء أمراً معروفاً بالنسبة إلى الرجل دون المرأة أول الكلام.



الآية الثالثة: قوله: ﴿وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾

قال سبحانه: ﴿أَوْ مَنْ يُنشِئُوا فِي الْخَلِيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ (الزخرف/ ١٨).

لما ذكر قول المشركين بأن الله سبحانه اتخذ مما يخلق بناتٍ و أصفاهم بالبنين رده سبحانه بوجهين:

١- كيف تصفونه بأنه سبحانه اتخذ لنفسه بنات، مع أن أحدكم إذا بشر بها ظل وجهه مسوداً وهو كظيم؟ فإذا كان اتخذ البنات أمراً حسناً، فلماذا تتسود وجوهكم عند التبشير بها؟ ولو كان الإتحاذ قبيحاً فلم تنسبونه إلى الله؟

٢- كيف تصفونه سبحانه باتخاذ البنات، مع أن الأنثى تنشأ وتشب في الخلية وفي الوقت نفسه فهي في مقام المخاصمة والاحتجاج ضعيفة التقرير، والتعلق الشديد بها آية كونها موجودة حساسة عاطفية، ضعيفة التعقل ومع ذلك فكيف تصفون الله باتخاذهم بنات؟

وجه الاستدلال: إن قوام القضاء بالاحتجاج والجدال وتحقيق الحق وهو رهن منطق قوي وعقل واع، والمرأة فاقدة لذلك. لأن المتوسطين من الرجال أعقل من

١- الراغب: ٣٣١ مادة «عرف».

متوسطات النساء وأبين حجة وأوضح بياناً فلا تصلح الثانية لها .
 لكن كون القضاء رهن الاحتجاج والجدال غير واضح خصوصاً إن القضاء
 في المحاكم يتوقف على الدقة في كلمات المترافعين وما حول القضية من الأمارات
 والقرائن التي تثبت صدق دعوى المدعي أو كذبها ولا حاجة إلى جدال ولا يقوم
 على المناظرة.

هذا كله حول الآيات ، واتضح عدم دلالتها القطعية على المراد وإليك
 البحث في الروايات الواردة في المقام.

الاستدلال بالروايات

١- ما رواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن حماد بن عمرو، وأنس بن محمد
 عن أبيه عن جعفر عن أبيه عن آبائه في وصية النبي ﷺ لعلي عليه السلام قال: يا علي !
 أوصيك بوصية فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظت وصيتي - إلى أن قال: - ليس
 على المرأة جمعة ولا جماعة، ولا أذان ولا إقامة ولا عيادة مريض ولا اتباع جنازة
 ولا هرولة بين الصفا والمروة ولا استلام الحجر ولا حلق ولا تولي القضاء ولا تستشار^(١)
 ببيان أنه بصدد بيان نفي التشريع بقريظة بعض ما جاء فيها كالحلق.

لكنها ضعيفة سنداً ودلالة أما الأول فلأن حماد بن عمرو سواء كان
 الصنعائي أو الكوفي مجهول. ومثله أنس بن محمد، وليس له رواية في الكتب
 الأربعة إلا هذه الرواية^(٢) على أن في سند الصدوق إليهما مجاهيل يظهر من الرجوع
 إلى المشيخة فإن فيها: «وما كان فيه عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد في وصية
 النبي ﷺ لأمر المؤمنين ﷺ فقد رويته عن محمد بن علي الشاه بمرور الرود، قال:
 حدثنا أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد بن الحسين، قال: حدثنا أبو يزيد أحمد بن

١- تنقيح المقال: ١/ ١٥٥.

٢- الوسائل، الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

خالد الخالدي، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن صالح التميمي قال: أخبر محمد بن حاتم القطان، عن حماد بن عمرو عن جعفر بن محمد الخ.

قال: ورويته أيضاً عن محمد بن علي الشاه، قال: حدثنا أبو حامد، قال: أخبرنا أبو يزيد، قال: أخبرنا محمد بن صالح التميمي قال: حدثنا أبي قال: حدثني أنس بن محمد أبو مالك عن أبيه عن جعفر بن محمد.^(١)

وأما الثاني فلأن الظاهر أن المرفوع هو الوجوب بقرينة أكثر ما جاء فيه من الأذان والإقامة واتباع الجنازة وعيادة المريض، إلا الحلق فإنه محرم عليها.

٢- ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام: «ولاتولى المرأة القضاء ولا تولى الإمارة»^(٢) وهي رسالة لاتصلح للاحتجاج.

٣- ما في نهج البلاغة في الوصية التي كتبها الإمام لولده الحسن عند منصرفه من صفين بحاضرين: «ولاتملك المرأة ما جاوز نفسها فإن المرأة رجحانة وليست بقهرمانة» والمراد الأمور الخارجة عن قدرتها. وكون القضاء من مصاديقه أمر مشكوك فلا يمكن التمسك به.

نعم قال عليه السلام قُبِيلَ تلك الجملة: «وإياك ومشاورة النساء فلإن رأين إلى أفن»^(٣) وعزمهن إلى وهن»^(٤) ولكن النهي عن المشاورة بمعنى أن تقع طرف المشاورة، والقضاء يجبرها إلى المشاورة، لا أن تكون طرف المشاورة.

٤- ما رواه البخاري مسنداً واحتج به الأصحاب في الكتب الاستدلالية عن أبي بكرة قال: لقد نفعتني الله بكلمة سمعتها من رسول الله أيام الجمل بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم قال: لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس قد

١- الفقيه، ج ٤، قسم المشيخة، ص ١٣٤.

٢- المجلسي: البحار: ١٠٣/ ٢٥٤، الحديث ١.

٣- الأفن - بسكون الفاء -: النقص وبالتحريك ضعف الرأي.

٤- نهج البلاغة، قسم الرسائل: الرسالة ٣٣.

ملكوا عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة.^(١)

والرواية على فرض القبول لأجل استناد الأصحاب إليها في الكتب الاستدلالية، تنهى عن الحكومة العامة والولاية المطلقة على البلد والمدينة وأين ذلك من مراجعة النساء لحل العقد، إلى امرأة في قرية أو مدينة ومن المعلوم أن ثبوت الحكم في القوي لا يلزم ثبوته في الضعيف.

إذا عرفت ذلك فلنا أن نقول - بعد هذا البحث الضافي :-

١- إن كل واحد من هذه الأدلة وإن كان غير واف بالمراد، وغير صالح للاستدلال، لكن حكم المجموع غير حكم كل فرد، ولعل المجموع من حيث هو، كاف في إفادة الاطمئنان على عدم صلاحيتها للقضاء وهذه هي السيرة المستمرة بين الفقهاء في أمثال المقام إذ ربما لا تكون الأدلة إذا لوحظت بانفرادها مفيدة للاطمئنان لعدم خلوها عن المناقشة لكن إذا لوحظت بصورة المجموع، ربما تكون قوة دلالة البعض جابرة لضعف دلالة الآخر وبالعكس، أي قوة سند البعض جابرة لضعف سند الآخر فيتفاعلان ويؤثران.

٢- التمسك بالسيرة المستمرة بين المسلمين عبر القرون، فإن السيرة وإن كانت على الإيجاب في جانب الرجل، وهي بوحدتها لا تسلب الصلاحية عن المرأة لكن استمرارها على نصب الرجال دون النساء، ربما تحمل بياناً سلبياً بالنسبة إلى المورد الآخر.

٣- إن الأصل الأولي في باب القضاء هو عدم الجواز، فعلى القائل بالجواز إقامة الدليل، لأعلى النافي لما عرفت من أن الأدلة الواردة في زمان عدم بسط اليد، واردة في مورد الرجل أو منصرفة إليها.

أضف إلى ذلك أن ممارسة القضاء للمرأة لا تخلو في زماننا هذا عن

١- البخاري: الصحيح، ج ٦ كتاب المغازي / ١٠ وغيره.

مضاعفات تحطّ من منزلتها وكرامتها وتقواها وتجعلها في مقربة ممّا لا تحمد عاقبته كما لا يخفى إلّا إذا حدّدت أعمالها بتخصيص رجوع النساء إليها. ولذلك يلزم عليهنّ الاشتغال في مراكز تحفظ كرامتهنّ.

الشرط الثامن: الاجتهاد

هذا الشرط يعتبر عنه تارة بالاجتهاد المطلق وأخرى «بالعلم بجميع ما وليه» و سيوافيك أنّ الشرط الواقعي هو صدور القاضي عن الكتاب والسنة مباشرة و هو لا ينطبق في الأعصار المتأخرة إلّا على المجتهد دون المقلّد وما يبدو ممّا من كون الشرط هو الاجتهاد فهو من باب المجازاة للقوم في الاصطلاح و إلّا فالشرط الواقعي هو ما ذكرناه.

ومعنى الشرط عدم صلاحية المقلّد لتصدي القضاء ولا المتجزّي، وهو معروف بين الأصحاب لم يخالف فيه إلّا المحقّق القمي عند الاضطرار على ما حكاه المحقّق الرشتي في قضائه^(١) و يظهر من صاحب الجواهر جواز تصدي المقلّد في موضع من كلامه^(٢) وقبل الخوض في الأدلّة نذكر كلمات الأصحاب:

١- قال الشيخ في الخلاف: لا يجوز أن يتولى القضاء إلّا من كان عارفاً بجميع ما ولي ولا يجوز أن يشذ عنه شيء من ذلك، ولا يجوز أن يقلّد غيره ثمّ يقضي به. وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولا يكون عامياً ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه وقال في القديم مثل ما قلناه. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ما وليه إذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به، ووافقنا في العامي أنّه لا يجوز أن يفتى به.^(٣)

١- الرشتي: كتاب القضاء: ٢٩.

٢- النجفي: جواهر الكلام: ١٨/٤٠.

٣- الطوسي: الخلاف، ج ٣، كتاب القضاء، المسألة ١.

٢- وقال في النهاية: وليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، كاملاً، عالماً بالكتاب وناسخه ومنسوخه، وعامه وخاصه وإيجابه، ومحكمه ومتشابهه، عارفاً بالسنة وناسخها ومنسوخها، عالماً باللغة مضطلعاً بمعاني كلام العرب، بصيراً بوجوه الإعراب.^(١)

٣- وقال أبو الصلاح الحلبي في بيان شروط القاضي: العلم بالحق في الحكم المردود إليه، والتمكّن من إمضائه على وجهه، ثم قال: واعتبرنا العلم بالحكم لما يبناه من وقوف صحة الحكم على العلم، لكون الحاكم مخبراً، بالحكم عن الله سبحانه، نائباً في إلزامه عن رسول الله.^(٢)

٤- وقال ابن البراج: والقضاء لا ينعقد للقاضي إلا بأن يكون من أهل العلم والعدالة والكمال، وكونه عالماً بأن يكون عارفاً بالكتاب والسنة والإجماع والاختلاف ولسان العرب.^(٣)

٥- وقال ابن إدريس: وليس يثق أحد بذلك من نفسه حتى يكون عاقلاً، عالماً بالكتاب وناسخه ومنسوخه إلى آخر ما ذكره الشيخ في النهاية بلفظها.^(٤)

٦- وقال المحقق: وكذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى ولا يكفي فتوى العلماء ولا بد أن يكون عالماً بجميع ما عليه وفسه في الجواهر بقوله: أي مجتهداً مطلقاً كما فسه به في المسالك فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزّي الاجتهاد.^(٥)

٧- وقال العلامة في القواعد: ولا المرأة إن أجمعت باقي الشرائط ولا ولد الزنا ولا الجاهل بالأحكام ولا غير المستقل بشرائط الفتوى ولا يكفي بفتوى العلماء

١- الطوسي: النهاية، كتاب القضايا والأحكام: ٣٣٧.

٢- الحلبي: الكافي: ٤٢١-٤٢٢.

٣- ابن البراج: المهذب: ٥٩٧/٢.

٤- ابن إدريس: السرائر: ١٥٤/٢.

٥- النجفي: الجواهر، ٤٠، قسم المتن: ١٥.

ويجب أن يكون عالماً بجميع ما عليه.^(١)

٨- وقال الشهيد في المسالك عند قول المحقق: «وكذا لا ينعقد لغير العالم» المراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعية وعلى اشتراط ذلك لإجماع علمائنا ولا فرق بين حالة الاختيار والاضطرار - ثم قال - والمراد بكونه عالماً بجميع ما عليه كونه مجتهداً مطلقاً فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزئي الاجتهاد.^(٢)

٩- وقال العامل في مفتاح الكرامة عند شرح قول العلامة: «ويجب أن يكون عالماً بجميع ما عليه» فالاجتهاد دون التقليد قوة قريبة أو فعلاً فلا يكفي التجزي لإجماعاً كما هو ظاهر المسالك والكفاية.^(٣)

١٠- وقال في الجواهر عند شرح قول المحقق: «وكذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى» بلا خلاف أجده^(٤) إلى غير ذلك من الكلمات الحاكية عن اتفاقهم على شرطية الاجتهاد المطلق في القضاء وسيوافيك من بعضهم ما يخالفه.

وقد اكتفى العلامة في المختلف بنقل كلام الشيخ في المبسوط على تفصيله ولم يزد شيئاً عليه.^(٥)

أدلة القول بشرطية الاجتهاد

استدل القائل بشرطية الاجتهاد بأمور:

الأول: الشهرة الفتوائية المحققة لو لم نقل بوجود الإجماع من فقهاءنا عليها

١- العامل: مفتاح الكرامة، ج ١٠، قسم المتن: ٩.

٢- الشهيد الثاني: المسالك: ٣٨٩/٢.

٣- العامل: مفتاح الكرامة: ٩/١٠.

٥- العلامة: المختلف، كتاب القضاء، المسألة ٣.

٤- النجفي: الجواهر: ١٥/٤٠.

وقد ذكرنا شيئاً من عباثرهم. لكن الاعتماد عليه مشكل لاحتفال استناد المجمعين على ما سيوافيك من الأدلة النقلية.

٧٢٠ الثاني: إن الأصل في القضاء هو المنع ولم يخرج منه إلا العالم بالحكم لا الحاكي عن الغير^{٧٢١} وتامة الدليل يتوقف على دراسة ما ورد من الأدلة في المقام وهي روايات معدودة ونأتي بالمهمة منها:

الأولى: مقبولة عمر بن حنظلة:

روى الكليني عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، وما يحكم به فإنما يأخذ سطوتاً، وإن كان حقاً ثابتاً له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، وما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾^(١).

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران (إلى) من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإني قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله، وعلينا ردة، والراة علينا الراة على الله، وهو على حدّ الشرك بالله».

قلت: فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما، واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم؟ قال: «الحكم ما حكم به أعدهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر».

إلى أن قال:

قلت: جعلت فداك أرايت إن كان الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب والسنة، ووجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامة والآخر مخالفاً لهم بأيّ الخبرين يؤخذ؟ فقال: «ماخالف العامة ففيه الرشاد»^(١).

أما من جاء في السند فالكل غير الأخير أجلاء ثقات وإليك ترجمتهم إجمالاً:

- ١- محمد بن يحيى: هو العطار القمي شيخ الكليني وقد أكثر الرواية عنه.
- ٢- محمد بن الحسين هو ابن أبي الخطاب أبو جعفر الزيات الهمداني جليل من أصحابنا عظيم القدر، وكثير الرواية ثقة عين حسن التصانيف مسكون إلى روايته^(٢) المتوفى عام (٢٦٢) الثقة.
- ٣- محمد بن عيسى العبيدي البقطيني الذي وثقه النجاشي وإن راب في حقه استاذ الصدوق ابن الوليد ولا يعاب به بعد توثيق النجاشي إياه وغيره.
- ٤- صفوان بن يحيى، ثقة جليل توفي عام (٢١٠) غني عن الترجمة.
- ٥- داود بن الحصين الأسدي هو أسدي الولاء كوفي المولد، قال النجاشي: ثقة روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن وهو زوج خالة علي بن الحسن الفضال^(٣) وإن وصفه الشيخ بكونه واقفياً، إلا أن النجاشي لم يتعرض لوقفه وهو أضبط، فلم يبق في السند إلا عمر بن حنظلة وهو لم يوثق وحاول الشهيد الثاني توثيقه بوجوه مذكورة في معجم رجال الحديث^(٤) ولكننا في المقام في غنى عن توثيقه فقد تلقى المشهور هذه الرواية بالقبول ولأجل ذلك سميت مقبولة، وعليها المدار في كتاب القضاء^(٥) وإتقان الرواية يكشف عن صدورهما عن الإمام عليه السلام، وقد

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ و ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- رجال النجاشي ٢: ٢٢٠، برقم ٨٩٨. ٣- رجال النجاشي ١: ٣٦٧، برقم ٤١٩.

٤- الخوئي: معجم رجال الحديث ١٣/ ٢٧، برقم ٨٧٢٠ فقد أتى بها وضعتها كلها، فلاحظ.

٥- ولعل ما رواه في الوسائل في الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠ عن داود بن ←

قلنا في محله إن الملاك هو الوثوق بالصدور، لا الوثوق بالراوي.

هذا هو حال السند وإليك دراسة المتن فنقول:

والمستفاد منه أن القاضي لابد أن يتمتع بشروط يجب الأخذ بجميعها:

١- يجب أن يكون شيعياً إمامياً لقوله عليه السلام: «إلى من كان منكم» وبما أن الزيدية كانت منفصلة عن الإمام الصادق يوم صدور الرواية فلا تعمهم الرواية ولا أضرابهم كالإسماعيلية ويكون المراد الفقيه الإمامي.

٢- أن يحكم بحكمهم لقوله عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا» فلو كان موالياً لهم ولكن حكم بحكم فقهاء العامة، فلا ينفذ حكمه.

٣- أن يكون رواياً لحديثهم لقوله عليه السلام: «روى حديثنا» والمتبادر كونه ممارساً لأحاديثهم، لأنه روى حديثهم مرة أو مرات، ونقل الحديث مقدّمة للشرط الآتي.

٤- أن يكون صاحب النظر والفكر في الحلال والحرام لقوله عليه السلام: «نظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا» وليس المراد من النظر، الالتفات إليهما سطحياً، بل النظر في الحلال والحرام والحكم الشرعي المروي عنهم بإمعان ودقة قال سبحانه: ﴿فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ﴾ (آل عمران/ ١٣٧) ومما يؤيد ذلك، استعمال لفظ «عرف» فإنه لا يستعمل إلا في المورد الذي سبقه الاشتباه والاختلاط وكل ذلك يخص المقبولة، بصاحب النظر المعبر عنه بالمجتهد.

٥- وبما أن الجمع المضاف يفيد العموم، فلا يكفي العلم بواحد أو اثنين من أحكامهم، بل يجب أن يكون على حدّ يقال إنه عارف بأحكامهم وهو الفقيه العارف باستنباط جميع ما يتلى به، وعند ذاك تكون المقبولة ظاهرة في المجتهد

→ الحصين عن أبي عبد الله بلا وساطة عمر بن حنظلة جزء من هذه الرواية، وليس حديثاً مستقلاً سقطت الوساطة فيها.

المطلق وقسم من المتجزئ.

٦- ويؤيد ذلك الظهور قوله: «كلاهما اختلفا في حديثكم فلو أريد الاختلاف في مضمون الحديث فهو شأن الفقيه وإن أريد الاختلاف في نقل الحديث فهو أيضاً لا ينفك عن الاجتهاد غالباً وإن لم يكن دائماً كذلك.

٧- ويؤيد أيضاً قوله: «فالحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما».

٨- وقوله: «أرايت الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب والسنة».

والناظر في جميع القيود الواردة في المقبولة يقف على أن الإمام عليه السلام نصب الفقيه الإمامي - الذي يمارس الأحاديث وينظر في الحلال والحرام ويعرف الأحكام الصادرة عن الأئمة ويصدر في فتياه عن الكتاب والسنة - قاضياً. وهذا لا ينطبق إلا على الفقيه المستنبط لجميع الأحكام الشرعية أو ما يقاربه فيما تبثلي به الأمة في فترات مختلفة.

مركز تحقيقات كميته نور علوم رسولي

الثانية: مشهورة أبي خديجة الأولى

روى الشيخ بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن أبي الجهم، عن أبي خديجة. قال: بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال قل لهم: «إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا فإنني قد جعلته عليكم قاضياً، وإياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر».^(١)

والحديث لا غبار عليه من حيث السند فإن محمد بن علي بن محبوب الأشعري ثقة عين فقيه كما قاله النجاشي وأما الباقر بن أعني أحمد بن محمد،

والحسين بن سعيد فلم يشك في وثاقتها أحد وأما أبو الجهم فهو أخو زارة واسمه بكير بن أعين من أصحاب الصادق عليه السلام ولما بلغه موته قال في حقّه: أما والله لقد أنزله الله بين رسول الله ﷺ وأمير المؤمنين عليه السلام^(١) ومن أحفاده حسن بن الجهم.

ربما يقال: السند بظاهره مخدوش بوجهين:

١- كيف يصحّ أن يروي حسين بن سعيد الأهوازي عن أبي الجهم المتوفى في عصر الصادق عليه السلام فإنّ الحسين بن سعيد من أصحاب الإمام الرضا والجواد والهادي عليه السلام وتوفي الإمام الرضا عام ٢٠٣، والإمام الجواد عام ٢٢٠ والهادي عام ٢٥٤ فكيف تصحّ روايته عن من توفي في عصر الإمام الصادق عليه السلام الذي توفي عام ١٤٨ ففي السند سقط.

ولكن يمكن أن تستظهر الوساطة من سائر الروايات التي نقل فيها الحسين ابن سعيد عن بكير بواسطة أو بواسطة وإليك أسماءهم:

- أ- حريز بن عبد الله عن بكير^(٢)
 - ب- ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن بكير^(٣)
 - ج- حماد بن عيسى عن حريز عن عبد الله عن بكير^(٤)
 - د- صفوان عن عبد الله بن بكير عن أبيه بكير بن أعين^(٥)
 - هـ- حماد بن عيسى عن عمر بن أذينة عن بكير^(٦)
- وهؤلاء كلّهم ثقات

١- الكشي: ١٨١. ٢- التهذيب، ج ٢، ص ٢٥٥، رقم ١٠١٢.

٣- الاستبصار، ج ١، ص ٦١، رقم ١٨٢.

٤- الاستبصار، ج ١، ص ٢٤٨، رقم ٨٩٢ ويحتمل أن يكون لفظ «عن» مصحف «بن» فالمراد حريز

ابن عبد الله كما يحتمل أن يكون المراد عبد الله بن بكير.

٥- الاستبصار، ج ١، ص ٤٣٠، رقم ١٦٦٠. ٦- الاستبصار، ج ٢، ص ٢٧٠، رقم ٩٦٠.

و ربما يتخيل أن المكنى بأبي الجهم غير «بكير» وأن المراد هو «ثوير بن أبي فاخنة» ولكنه لا يذب الإشكال لأنه من أصحاب السجّاد والباقر والصادق وأبوه يروي عن علي. ولا طريق للتعين إلا التميز عن طريق الراوي عنه، ولو مع الواسطة، وليس لحسين بن سعيد رواية عن أبي الجهم باسم ثوير بن فاخنة، فتعين كون المروي عنه بكيراً.

٢- إنّ سالم بن مكرم (بالفتح وإن كان المعروف على الألسن هو الكسر)، الذي يكنى بأبي خديجة تارة وأبي سلمة أخرى وقد كنّاه به أبو عبد الله عليه، اختلفت فيه كلمة الرجالين.

قال النجاشي بعد ذكر كنيته: إنه ثقة، ثقة روى عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام.^(١)

وقال الكشي: سألت أبا الحسن علي بن الحسن عن اسم أبي خديجة قال: سالم بن مكرم فقلت له: ثقة؟ فقال: صالح، ثم ذكر أن أبا عبد الله قال له: لا تكني بأبي خديجة. قلت: فبم اكنى؟ قال: بأبي سلمة.^(٢)

وعده البرقي من أصحاب الصادق عليه السلام قائلاً: أبو خديجة ويكنى أبا سلمة ابن مكرم.

هؤلاء الأقطاب الثلاثة من علماء الرجال اتفقوا على أمر وهو:

اتفق الكشي والنجاشي على أنه ثقة وصالح.

إنّ أبا سلمة كنية نفس أبي خديجة أي سالم، وليس كنية لأبيه (مكرم) بل الإمام الصادق عليه السلام كنّاه بأبي سلمة. وعلى رأي هؤلاء فهو مقبول الرواية.

وأما التضعيف فقد نقله العلامة عن الشيخ فقال: قال الشيخ إنه ضعيف

١- النجاشي: الرجال ١/ ٤٢١-٤٢٢، برقم ٤٩٩.

٢- الكشي: الرجال ٣/ ٣٠١، برقم ٢٠١.

وقال في موضوع آخر: إنه ثقة ثم قال: الوجه عندي التوقف.^(١)

والظاهر أن الذي ضعفه الشيخ غير الذي وثقه الكشي و النجاشي ويعلم بالمراجعة إلى عبارته في كتابي الرجال والفهرست.

قال في الأول: سالم بن مكرم أبو خديجة الجمال الكوفي مولى بني أسد.^(٢)

وقال في الفهرست: سالم بن مكرم يكنى أبا خديجة، ومكرم يكنى أبا سلمة ضعيف - إلى أن قال - في بيان طريقه إلى كتابه... عن عبد الرحمان بن أبي هاشم البزاز عن سالم بن أبي سلمة وهو أبو خديجة.^(٣)

تري أن الشيخ جعل أبا سلمة كنية أبيه (مكرم) مع أن الأقطاب الثلاثة اتفقوا على كونه كنية لنفس سالم فتخيّل الشيخ أن أبا خديجة، هو سالم بن أبي سلمة الذي ضعفه ابن الغضائري والنجاشي، قال الأول: روى عنه ابنه، لا يعرف روى عنه غيره ضعيف جداً.^(٤)

وقال النجاشي: سالم بن أبي سلمة الكندي السجستاني حديثه ليس بنقي وإن كنا لانعرف منه إلا خيراً له كتاب، ثم ذكر سنده إلى الكتاب وانتهى إلى قوله: «حدثنا محمد بن سالم بن أبي سلمة عن أبيه بكتابه».^(٥)

والذي دفع الشيخ إلى تضعيفه تصوره اتحادهما، وأن سالم بن مكرم هو سالم ابن أبي سلمة الذي اتفقوا على ضعفه.

فأصبحت الرواية - بحمد الله - صالحة للاستناد.

١- الخلاصة: القسم الثاني: ٢٢٧. سيوافيك تنصيب الشيخ في الفهرست على الضعف.

٢- الطوسي: الرجال/ ٢٠٩. باب السين، برقم ١١٦.

٣- الفهرست: ١٠٥، برقم ٣٣٩.

٤- العلامة: الخلاصة، القسم الثاني: ٢٢٨، برقم ٤ في باب سالم.

٥- النجاشي: ١/ ٤٢٧، برقم ٥٠٧.

هذا كله حول السند

وأما دراسة المتن فالظاهر من قوله: «عرف» هو المعرفة الفعلية لكون مبادي الأفعال ظاهرة فيها، وقوله: «حلالنا وحرامنا» ظاهر في العموم ولو لم يصح حمله على الاستغراق العقلي لأجل عدم كون الرواة في ذلك الزمان عارفين بجميع الأحكام، فلا يحصى عن حمله على الاستغراق العرفي فيكون الموضوع هو العارف بالحلال والحرام فعلاً، على حدّ يقال في حقّه قد عرف حلالنا وحرامنا، وبما أنّ مادة العرفان تستعمل في الموارد التي تشبه في أول الأمر ثم يقف الإنسان على الصحيح، فالمراد منه من له قوة عرفان الحق عن الباطل ومن يعرف من بين المشتبهات، الحق عن الباطل، والحلال عن الحرام وهو يعادل صاحب النظر فلا يعم المقلّد.

وأما شموله للمجتهد المتجزئ فسيوافيك الكلام فيه.

الثالثة: مشهورة أبي خديجة الأخرى

روى الصدوق في الفقيه بإسناده عن أحمد بن عائذ أبي حبيب الأحسي البجلي الثقة، عن أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فلإني قد جعلته عليكم قاضياً فتحاكموا إليه». ^(١) ورواه في الكافي غير أنّه قال: مكان (قضايانا) قضائنا. ^(٢)

والرواية صحيحة وسند الصدوق إلى أحمد بن عائذ في الفقيه بالشكل التالي: عن أبي، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي

الوشاء، عن أحمد بن عائد.^(١) والكل غير أحمد من أجلاء الأصحاب وعيونهم وأما أحمد فيكفي في وثاقته قول النجاشي في حقه: «مولى ثقة كان صاحب أبا خديجة سالم بن مكرم وأخذ عنه وعرف به». ^(٢) ولا يشك في وثاقة الحسن بن علي الوشاء إلا غير العارف بأساليب التوثيق في علم الرجال فإنه وإن لم يصرح بوثاقته ولكن جاء في ترجمته ما يفيد أنه كان في الدرجة العالية منها وهذا النجاشي يعرفه: «بأنه من وجوه هذه الطائفة». وقد قلنا في كتابنا «كليات في علم الرجال» أن هذا النوع من التعابير يفيد أنه في الدرجة العالية من الوثاقة.

ثم إنه يستدل بها تارة على شرطية الاجتهاد، وأخرى على كفاية التجزي في الاجتهاد.

أما الأول فهو مبني على كون المقلد جاهلاً لا عالماً ولولا كونه كذلك لما وجب عليه الرجوع إلى العالم، أو تفسير العلم بالاعتقاد الجازم والمقلد يفقده.

وكلا الوجهين غير تأمين، أما الأول فلأننا نمنع كونه جاهلاً بعد الرجوع إلى العالم، وأما الثاني، فلأنه مبني على تفسير العلم بالاعتقاد الجازم مع أنه في لسان الأئمة بمعنى الحجة والمقلد بعد الرجوع إلى العالم واجد له والحاصل أن استظهار شرطية الاجتهاد من الرواية مشكل.

نعم صدور هذا المتن بعد احتمال اتحاد الروایتين مشكوك، فلا يمكن الاستناد إليه بعد اختلافهما في شرطية الاجتهاد وعدمها والحاصل: لما كان المتن مشكوك الصدور فهي غير صالحة للاحتجاج لا في المقام (شرطية الاجتهاد وعدم كفاية التقليد) ولا في المقام الآتي اعني كفاية الاجتهاد غير المطلق، وأما الثاني فسيوافيك في محله.

١- الفقيه: ٤، قسم المشيخة، ص ١٢٥.

٢- النجاشي: الرجال ١/ ٢٤٩ برقم ٢٦٤.

الرابعة : التوقيع الرفيع

التوقيع الرفيع الذي رواه الصدوق في كمال الدين، عن محمد بن محمد بن عصام، عن محمد بن يعقوب، عن اسحاق بن يعقوب قال: سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام : «أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك - إلى أن قال: - وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله»^(١).

والاحتجاج رهن دراسة الحديث سنداً ومتناً.

أما محمد بن محمد بن عصام، فهو أيضاً «كليني» ومن مشايخ الصدوق كما هو ظاهره في كتاب كمال الدين، وقال في مشيخة الفقيه: وما كان فيه عن محمد بن يعقوب الكليني فقد رويته عن محمد بن محمد بن عصام الكليني، وعلي بن أحمد ابن موسى، ومحمد بن أحمد الشيباني - رضي الله عنهم -^(٢) واعتماد الصدوق والترضية عليه لعله يعرب عن كونه ثقة عنده. وليس له في كتب الرجال عنوان سوى هذا.

وأما إسحاق بن يعقوب، فهو أخو الكليني وقد ورد السلام عليه في التوقيع بلفظ: «والسلام عليك يا إسحاق بن يعقوب الكليني»^(٣) والتسليم وإن كان لا يدل على شيء لأن الراوي هو نفسه لكن القرائن تشهد على الاعتماد عليه والتوقيع الذي يرويه.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

٢- الفقيه: ٤، قسم المشيخة، ص ١١٦ ط دار الكتب الإسلامية وفيه «السنائي» مكان الشيباني.

٣- الطوسي: الغيبة ١٧٦، كمال الدين: ٢/ ٤٨٢.

وأما المضمون ففيه احتمالات:

١- المراد من الحوادث، ما يرجع فيه إلى الأحكام والقضاة كأموال الغيب والقصر.

٢- ما يتفق من المسائل التي لا يعلمون حكمها حيث كانوا يرجعون إلى الأئمة فنص الإمام بلزوم الرجوع إلى الرواة.

٣- حوادث خارجية معينة اتفقت في تلك الأيام لا تعلم خصوصياتها.

والثالث ضعيف فيدور الأمر بين الأولين والاستدلال متوقف على كون المراد ما يرجع فيه إلى الأحكام والقضاة نعم على فرض الشك لم تكن الرواة يوم ذاك أشخاصاً عاديين بل كانوا ممارسين للأحاديث وبالتالي كانوا علماء ولأجل ذلك استأهلوا أن يكونوا حجج الإمام عليه السلام.

مركز تحقيقات كميته نور محمد رسولي

الخامسة: رسالة الحراني

روى أبو محمد الحسن بن شعبة الحراني في كتابه «تحف العقول عن آل الرسول» عن الإمام السبط الشهيد الحسين بن علي عليه السلام قال: ويروى عن أمير المؤمنين ومضمون الخطبة بأجمعها يدل على أنها أُلقيت في عصر السبط ومما جاء فيها قوله: «... وقد ترون عهود الله منقوضة فلا تفزعون، وأنتم لبعض ذمم آبائكم تفزعون، وذمة رسول الله محقورة، والعُمى والبُكم والزمنى في المدائن مهمة لا تُرحمون، ولا في منزلتكم تعلمون، ولا من عمل فيها تعينون، وبالإذهان والمصانعة عند الظلمة تأمنون، كل ذلك مما أمركم الله به من النهي والتناهي وأنتم عنه غافلون.

وأنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتكم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأن مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمناء على

حلاله وحرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة وما سُلِبْتُمْ ذلك إلا بتفرقكم عن الحق، وإختلافكم في السنة بعد البيّنة الواضحة»^(١).

وملاحظة مجموع الكلام من أوله إلى آخره يثبت أن المراد من الأمور، في قوله: «مجاري الأمور» هو ما كان يقوم به الخلفاء بعد رسول الله في قيادة الأمة وأن الإمام يُنَدِّد بهم وبأعمالهم ويقول: إن هذه الأمور شأن طبقة خاصة وهم: العلماء بالله، الأمناء على حلاله وحرامه، والمراد من العالم بالله، من درس التوحيد: الذاتي والصفاتي والأفعالي حتى صار عالماً به، وشرب من منهل العلم وأملاّت قلبه الخشية والخوف قال سبحانه: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾ (فاطر/ ٢٨) فصار أميناً على حلاله وحرامه، ولا ينطبق ذلك إلا على الأقل من الطبقة من العلماء فضلاً عن المقلد.



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلامي

سؤال وإجابة

إنّ دلالة هذه الروايات على لزوم إتصاف القاضي بكونه حاكماً بالكتاب والسنة، وقاضياً بما يفهمه من الأدلة، واضحة فلا يشمل العناوين الواردة فيها المقلد، لكن هنا سؤال وهو عدم وجود الاجتهاد الرائج، في عصر الأئمة وأقصى ما يدلّ عليه ما سبق من الأدلة، كون القاضي صادراً عن الكتاب والسنة، وأما كونه مستنبطاً فلا وعندئذٍ يصبح نفوذ قضاء المجتهد بالمعنى الاصطلاحي بلا دليل.

والإجابة عنه واضحة، لأنّ ما هو الشرط هو الصدور عن الأدلة الشرعية، والقضاة في ذلك العصر، والمجتهدون في أعصارنا كلهم يصدرّون عنهما، غير أنّ فهم المصدرين الرئيسيين والصدور عنهما كان في ذلك الزمان قليل المؤنة لكنّه أصبح في عصرنا كثيرها وليس بين العاملين فرق جوهري إلا ببذل الجهد القليل،

والكثير وقد أوضحنا حاله في رسالتنا في الاجتهاد والتقليد، و أما المقلد فليس يصدر عن الكتاب والسنة وإن كان ينتهي إليهما نهاية لكن المراد الصدور عنهما بالمباشرة وستوافيك زيادة توضيح لهذا الجواب عند البحث عن تصدي المقلد مهمة القضاء، فانتظر.

وربما يظهر من بعضهم التفرقة بين ما يصدر القاضي في قضائه عن الكتاب والسنة، وما يصدر عن الأصول العقلية كالبراءة العقلية أو التخيير العقلي بين المحذورين أو المتزاحمين والإجماعات المنقولة والشهرات المحكية فإنه لا يصدق فيها الحكم بحكمهم ...

يلاحظ عليه: أن المراد الصدور عن حجة شرعية والكل من مصاديقها و ذكر الكتاب والسنة لأجل أنهما من الحجج الشرعية.

مركز تحت كنفه نور علوم رسولي

في صلاحية المتجزي لممارسة القضاء

قد عرفت أن لسان الأكثر ناظر إلى شرطية الاجتهاد المطلق أي وجود القدرة على استخراج الحكم من الكتاب والسنة في كل ما يرجع إليه وشمول ذلك للمتجزي بعيد جداً. نعم لو بلغ المتجزي مرتبة يستطيع معها، على استنباط أحكام كثيرة وإن كان لا يستطيع استنباط جميعها، فلا يعد صدق العناوين الماضية عليه أعني:

١- «نظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا» في مقبولة عمر بن حنظلة.

٢- «قد عرف حلالنا وحرامنا ...» في المشهورة الأولى لأبي خديجة.

٣- «فارجعوا إلى رواية أحاديثنا» في التوقيع الرفيع عن صاحب الزمان عليه السلام.

٤- «مجاري الأمور بيد العلماء بالله، الأمناء على حلاله وحرامه» في الكلام

المنسوب إلى السبط الشهيد.

فإن هذه العناوين صادقة لمرتبة خاصة من التجزي فلا يشترط الاجتهاد المطلق، ويؤيد ذلك أمور:

١- إن القضاة التي كانت الشيعة تفرع إليهم في تلك الأيام، لم يكونوا إلا في هذه الدرجة من العلم والعرفان، ولم يكن لهم معرفة فعلية لجميع الأحكام، لتفرق الروايات بين الرواة، وعدم وجود جامع بين الأحكام حتى يكونوا متدرعين بالعلم بجميع الأحكام.

٢- كان الأمر في عصر النبي والوصي عليهما السلام أيضاً كذلك فقد بعث النبي معاذاً، إلى الجبل وقال له: «كيف تقضي إذا عرض لك القضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله قال: «فإن لم تجد في كتاب؟» قال: بسنة رسول الله ... ^(١) أتظن أن معاذاً كان مسلطاً على جميع الأحكام المشرعة إلى يوم ذاك.

٣- كتب الإمام إلى واليه مالك الأشر في عهده وقال: «ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لاتضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم - إلى أن قال: - وأوقفهم في الشبهات وأخذهم بالحجج» ^(٢) وهل كانت مصر في ذلك اليوم تطفح بفقهاء ومجتهدين عارفين بجميع الأحكام الشرعية، وإنما كانوا يحفظون من الكتاب والسنة وعمل الصحابة أشياء يقضون به ولو كان الاجتهاد المطلق شرطاً، لمطل باب القضاء في مصر.

نعم كلما تقدّمت الحضارة الإسلامية، وفتحت العقول وازداد العلماء علماً وفهماً، تسنّم منصّة القضاء من له خبروية كاملة في الفقه، وعلم بحدود الشريعة علماً محيطاً، ولم يكن ذلك بوازع ديني، بل كان نتيجة سير العلم وتقدّم الثقافة.

نعم قد أخذ القضاء في عصرنا لوناً فنياً، وصار عملاً يحتاج إلى التدريب والتعمرين فلامناص عن إشراف قاض مدرب ومجرب على عمل القضاة المتجزيين

في الاجتهاد، حتى يحصل لهم قدم راسخ في مجال القضاء.

١١ الاستدلال على كفاية التجزي برواية أبي خديجة الثانية

وربما يستدل على كفاية التجزي، بمشهوره أبي خديجة الثانية الماضية حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فلاني قد جعلته عليكم قاضياً»^(١).

ولكن خطورة الموقف ومعضلة بعض المسائل كتعيين المدعي والمنكر في بعض الموارد وصحة القضاء بالنكول أو بعد رد اليمين أو غير ذلك من المسائل المهمة تدفعنا إلى تفسير الحديث بالتجزي الممارس للفقهاء مدة لا يستهان بها وإن لم يبلغ مرتبة الاجتهاد المطلق.

على أنه يحتمل اتحاد الحديثين المختلفين في اللسان، إذ أحد اللسانين (عرف أحكامنا) يطلب للقضاء مرتبة عليا من التجزي بخلاف اللسان الآخر (يعلم شيئاً من قضايانا) وبما أن الصادر مردد بين الأمرين نأخذ بالقدر المتيقن وهو المرتبة العليا من التجزي وتبقى المرتبة الدانية تحت الأصل الأولي وهو المنع، ولولا هذا الأصل لانقلب الأمر إلى العكس، أي نأخذ بالأقل في مقام الشرطية دون الأكثر، بإجراء البراءة من شرطية المرتبة العليا فتدبر.

ثم إنه ربما استشكل على الاستدلال بها على كفاية التجزي بالنحو التالي:

١- إن القلة المستفادة في قوله: «شيئاً» إنما هو بالنسبة إلى علومهم وإن كان كثيراً في حد نفسه.^(٢)

يلاحظ عليه: أنه خلاف المتبادر، فلما وردت في مجال ردع الشيعة عن

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

٢- مباني تكملة المنهاج: ١، ص ٨.

الرجوع إلى غيرهم وعندئذ يخاطب الإمام شيعته بأنه يكفيهم أن يرجعوا إلى من يعلم شيئاً من قضاياهم. وعند ذلك يناسب جعل الملاك هو نفس علم الراوي قلة وكثرة، لاعلم الإمام كما لو قال إنسان ناصح مشفق لأخيه: إذا لم تستطع على العمل الكبير فعليك بما في وسعك، فكأن الإمام عليه السلام يقول: إذا فاتكم الرجوع إلى هؤلاء الحكماء لأخذ الحقوق، فلا يفوتكم الرجوع إلى عالم شيعي يعلم شيئاً من قضايانا.

٢- إن الرواية ناظرة إلى القاضي الذي اختاره الطرفان لفصل الخصومة، فلو دلت على كفاية التجزي فلأنها تدل في مورد قاضي التحكيم لا المنصوب ابتداءً وذلك لأنه فرع قوله: «فلأنني قد جعلته قاضياً» إلى قوله - فاجعلوه بينكم - فتكون النتيجة كفاية التجزي في قاضي التحكيم لا المنصوب.^(١)

يلاحظ عليه: بأنه ليس الهدف من قوله عليه السلام: «فاجعلوه بينكم» كونه قاضياً مجموعاً من قبل المتخاصمين حتى تختص الرواية به بل هو يهدف إلى معنى آخر. وذلك لأن القاضي المنصوب من قبل السلطة والدولة ينفذ حكمه مطلقاً سواء أَرْضِي الطرفان بحكمه أم لا، بخلاف القاضي الذي يرجع إليه المتخاصمان من الشيعة، فلا يمكن نفوذ حكمه إلا بتحقيق رضا الطرفين به، لا أن لرضائهما به مدخلة في الحكم والجعل بل لأن التنفيذ فرع الرضا وبعبارة أخرى؛ إن الإمام نصب كل من يعلم شيئاً من قضاياهم للحكم والقضاء ولكن تحقق الغاية رهن رضا الطرفين بحكمه وخضوعهما له. بعد عدم قوة تقهر المتخاصمين على القبول. ولأجل ذلك قَدَّمَ قوله: «فاجعلوه بينكم» وهو لازم الظروف التي وردت فيها الرواية.

المقلد ومنصة القضاء

تم الكلام في نفوذ قضاء المجتهد ، مطلقاً كان اجتهاده، أو غير مطلق وحين حين البحث عن قضاء المقلد فنقول:

تصدي المقلد لمهمة القضاء يتصور على وجوه أربعة:

١- أن يستقل بالحكم والقضاء.

٢- أن يكون منصوباً من جانب المجتهد وعندئذ يقع الكلام في جواز نصبه للقضاء وعدمه.

٣- أن يكون وكيلاً عن المجتهد، والفرق بين النصب والوكالة واضح، فإن النصب مستند إلى سعة ولاية المجتهد حتى بالنسبة إلى نصب العامي للقضاء وأما التوكيل ، فليس التوكيل في المقام إلا كالتوكيل في سائر الأمور.

وبعبارة أخرى: أن عمل العامي مع النصب، عمل نفسه، لا عمل الناصب، بخلاف الوكيل فإن عمله، عمل الموكل.

٤- أن يتصدي للقضاء عند الاضطرار وعدم التمكن من الرجوع إلى المجتهد.

وإليك الكلام في هذه الوجوه واحداً تلو الآخر:

أ- استقلال المقلد في القضاء

مقتضى الأصل الأولي هو المنع ولم يخرج منه إلا المجتهد بكلا قسميه، والقول بجواز استقلاله يحتاج إلى دليل خصوصاً إذا كانت هناك شبهة حكمية ولا يدري أن مجراها أصل البراءة أو الاحتياط أو مقتضى الاستصحاب أو إذا كان تشخيص المدعي عن المنكر أمراً عويصاً متوقفاً على إعمال قواعد - حسب ما

قالوا - ، فإن القيام بحل هذه الأمور العويصة خارج عن طاقة المقلد، إلا إذا تربى تحت يد قاض مدة لا يستهان بها، وشاهد القضايا ووقف على حكمها من كتب وعرف حكم الأمثال والأضداد وهو قليل جداً ومع ذلك، فقد استدل على جواز استقلاله بالقضاء بالوجوه التالية:

١- إطلاق أدلة الأمر بالمعروف

إذا كان القضاء من شعب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فتكفي في جواز تصديده، إطلاقات أدلتها نظير قوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ (التوبة / ٧١).

يلاحظ عليه: أن مورد أدلتها، هو الدعوة إلى التكليف الثابت للمكلف مع قطع النظر عن قضاء القاضي، كما إذا رأى إنساناً يغتاب أو يكذب أو يظلم وهذا هو الذي يجب على المؤمن والمؤمنة تحت شرائط، وأما التكليف الذي يقتضيه حكم القاضي بحيث لولاه، لما كان هناك تكليف، فلا تشمل الأدلة العامة للأمر بالمعروف مثلاً إذا اختلف العامل والمالك فقال الأول: رددت رأس المال، وأنكره المالك فليس هنا أي تكليف متوجه إلى العامل بعد ادعاء رد المال وإنما يتوجه إليه التكليف بالرد، بعد قضائه بأن القول قول المالك مع حلفه، فعندئذ يتوجه عليه تكليف بالرد، بعد ما لم يكن أي تكليف قبل القضاء فمثل هذا ليس مشمولاً لأدلتها.

وإن شئت قلت: إن مورد أدلتها ما إذا اتفقا الأمر والمأمور على وجود التكليف فيقوم أحدهما بالدعوة لآخر إذا أنكر أحدهما أصل التكليف، كما هو الحال قبل القضاء.

٢- إطلاق الحكم بالحق والعدل

إن المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من

كل المكلفين ، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء / ٥٨).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَاؤُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَنْ لَا تَعْدِلُوا﴾ (المائدة / ٨).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ نَعَرَضُوا فَلِإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (النساء / ١٣٥).

ومفهوم قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (المائدة / ٤٧) وفي أخرى ﴿... هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ (المائدة / ٤٤) إلى غير ذلك من الآيات الكريمة.

وقال الصادق عليه السلام: «القضاة أربعة: ثلاثة في النار و واحد في الجنة: رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم، فهو في النار، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة»^(١).

وقال: «الحكم حكمان: حكم الله وحكم أهل الجاهلية، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهلية»^(٢).

٣- وقال أبو جعفر عليه السلام: «الحكم حكمان: حكم الله عز وجل وحكم أهل الجاهلية، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (المائدة / ٥٠) وأشهد على زيد بن ثابت لقد حكم في الفرائض بحكم الجاهلية»^(٣).

إلى غير ذلك من النصوص البالغة بالتعاضد أعلى مراتب القطع الدالة على

أن المدار الحكم بالحق الذي هو عند محمد وأهل بيته - صلوات الله عليهم - وأنه لا ريب في اندراج من سمع منهم عليه السلام أحكاماً خاصة مثلاً وحكم بها بين الناس فيها وإن لم تكن له مرتبة الاجتهاد.

يلاحظ على الجميع:

أن الآيات والروايات ليست بصدد بيان شرائط الحاكم وخصوصياته حتى يتمسك بإطلاقها وإنما هي بصدد بيان أمر آخر.

فالآية الأولى والثانية بصدد بيان خصوصيات الحكم وأنه يجب أن يكون حكماً بالعدل وقضاء بالقسط وأن لا يخاف الحاكم من شئان قوم فيحكم على خلافهما وأين هما من بيان خصوصيات الحاكم حتى يتمسك بإطلاقهما ١٩

ومنه يظهر الجواب عن الاستدلال بالآية الثالثة فإنها بصدد النهي عن القضاء بغير ما أنزل الله، لا بصدد بيان خصوصيات الحاكم.

ومثل الآيات، تقسيم القضية إلى أربعة، أو تقسيم الحكم إلى حكمين، فإن الجميع بصدد سوق المجتمع إلى القضاء بحكم الله لا بحكم الجاهلية وليس بصدد بيان شرائط الحاكم من كونه رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً، سمياً وبصيراً والاستدلال بالجميع غفلة عن شرائط انعقاد الإطلاق فإن التمسك به في المقام نظير تمسك بعضهم بإطلاق قوله سبحانه: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة/ ٤) على أنه يجوز الأكل مما أمسك الجوارح بالأنياب بلا لزوم غسل مواضعها، مع أن الآية بصدد بيان شيء آخر وهو حلية ما أمسكته وأنه من الطيبات لامن المحرمات وأما أنه هل يؤكل مطلقاً أو بعد الغسل فليس بصدد بيانه حتى يتمسك بإطلاقه.

وهناك وجه آخر وهو أن الآيات والروايات بمعزل عن باب القضاء، لأن المراد من الحق، هو الحق في الشبهات الحكمية، والحق في باب القضاء يرجع إلى

الحق في الشبهات الموضوعية غالباً كما لا يخفى.

٣- الاستدلال بإطلاق حديث الحلبي

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيه فيتراضيان برجل منا فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط. ^(١)

والاستدلال موهون جداً لعدم كون الإمام بصدد بيان شرائط القاضي حتى يتمسك بإطلاق لفظ «رجل» وإنّما هو بصدد الفصل بين القاضيين وأنّه لا يجوز الرجوع إلى قضاة العامة بل يجب الرجوع إلى قضاة الشيعة وأمّا ما هو صفاتهم وخصوصياتهم فليس الصحيح بصدد بيانه.

٤- صحيح أبي خديجة

قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد - عليه السلام - إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم.... ^(٢)

وقد أُجيب عن الاستدلال بهذه الرواية على قضاء المقلّد بوجوه تأتي بها:

أ- أنّ الوارد فيها لفظ العلم وهو لا يشمل المقلّد لأنّ العلم عبارة عن الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، والمقلّد فاقد له.

بلاحظ عليه: أنّه خلط بين العلم المصطلح عليه في علم المنطق، والعلم الوارد في الكتاب والسنة والمراد من الأوّل ما ذكر في كلامه، والمراد به في الحديث من هو ما قامت عليه الحجّة وإلّا لزم عدم صحّة قضاء المجتهد لعدم علمه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

بالواقع، والعلم بالحكم الظاهري مشترك بين المجتهد والمقلد.

ب - إن الرواية محمولة على صورة الاضطرار وعدم التمكن ممن يعرف الأحكام عن أدلتها التفصيلية، وبما أن الشيعة كانت متفرقة آنذاك في بلاد نائية، ولم يكن في كل بلد وكورة، من يعرفها بالدليل، اكتفى صاحب الشريعة بمن يعلم شيئاً من الأقضية حتى يصدّ بذلك باب الرجوع إلى أبواب الطواغيت.

يلاحظ عليه : بأنه حمل تبرعي لادليل عليه وليس في الرواية ما يحكى عن كونها واردة في صورة الاضطرار، نعم هو احتمال في الحديث.

ج - إن العلم بشيء من قضاياهم يختص بالفقيه أو منصرف إليه، لأنّ العامي إمّا أن يتكل إلى فتوى الفقيه في القضاء فلا يصدق أنّه يعلم شيئاً من قضاياهم بل هو يعلم فتوى الفقيه وهو طريق إلى حكم الله. وإمّا أن يتكل بإخبار الفقيه بقضاياهم وهذا غير جائز لأنّه لا يزيد عن رواية مرسلة غير جائزة العمل، إلّا بعد الفحص عن الجهات الأربعة: الصدور، والدلالة، وجهة الصدور، وعدم المعارض وأنى للمقلد هذا.

يلاحظ عليه: أننا نختار الشقّ الأوّل، وهو الأخذ بإفتاء الفقيه لكنّه عند المقلد هو حكم الإمام وقضائه، خصوصاً إذا كان الإفتاء بلفظ الحديث، كما في الفقيه والنهاية، والإفتاء وإن كان غير التحديث، والأوّل مشتمل على إعمال النظر، دون الثاني لكنّه لدى العرف، يعكس حكم الكتاب والسنة وحلال الأئمة وحرامهم.

والحق في الإجابة أن يقال: إنّ الصادر من الإمام مردّد بين ما نقل وبين ما جاء في روايته الأخرى التي جاء فيها: «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا فإنّي قد جعلته عليكم قاضياً»^(١) وقد عرفت أنّ لفظ «العرفان» لا يستعمل

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

إلا إذا كان هناك اشتباه يعقبه التميز وهو لا يصدق إلا في حق الفقيه لا المقلد المحض. ولما تردّد لفظ النص بين ما يصح الاستدلال به وما لا يصح، يسقط الاستدلال بها.

وبعبارة أخرى لما تردّد بين كون الخارج عن تحت الأصل خصوص المجتهد ولو كان متجزئاً أو مطلق من يعلم شيئاً، فيؤخذ بالقدر المتيقن في مقام الخروج. وهو الأول وقد مرّ توضيحه أيضاً.

٥- الإستدلال بخبر محمد بن حفص

قد يستدل بخبر محمد بن حفص^(١) عن عبد الله بن طلحة^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها فلما جمع الثياب تابعتة نفسه فكابرها على نفسها فواقعتها [فتحرك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه] فلما فرغ حمل الثياب وذهب ليخرج، حملت عليه بالفأس فقتلته. فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «اقض على هذا كما وصفت لك فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه، دية الغلام، ويضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها إنّه زان وهو في ماله عزيمة وليس عليها في قتلها إياه شيء» [لأنّه سارق] قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له ولا قود»^(٣).

يلاحظ عليه: أولاً: أنّ ضمان الموالى، دية الغلام على خلاف القاعدة وعلى فرض كونهم عاقلة، إنّما تضمن الدية في مورد الخطأ لا في مورد العمد.

وثانياً: أنّه من المحتمل أن يكون كلامه هذا: «اقض على هذا كما وصفت»

١- محمد بن حفص بن خارجة مجهول لم يعنون في كتب الرجال غير التنقيح.

٢- هو الهندي الكوفي لم يذكر في حقّه توثيق ولا مدح.

٣- الوسائل: الجزء ١٩، الباب ٢٣، من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢.

أشبهه بالمشاكلة لا الحقيقة وأن المراد بيان الحكم الشرعي للمسألة.
 وثالثاً: يحتمل كون ابن طلحة ممن كان ينطبق عليه المقياس الوارد في المقبولة.
 رابعاً: أنه يصح الاستدلال بها على صورة النصب أو الوكالة والثانية أظهر
 من النصب، لأعلى التصدي على وجه الإستقلال.

٦- الإستدلال بالسيرة

إن الموجودين في زمن النبي ﷺ ممن أمر بالترافع إليهم كانوا قاصرين عن
 مرتبة الاجتهاد وكانوا يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي ﷺ فدعوى قصور
 من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقليد لمجتهد، عن منصب القضاء بما
 علمه، خالية عن الدليل.^(١)

وأجاب عنه المحقق الأشثاني بأن الشرط الواقعي هو العلم بالأحكام لا
 الاجتهاد فالمنصوبون من قبل الأئمة كانوا يعلمون الأحكام وإن كانوا غير
 مجتهدين وأما زماننا هذا فالعلم فيه لا يحصل إلا بالاجتهاد فليس للاجتهاد
 موضوعية إلا كونه طريقاً إلى العلم بالأحكام وهو كان حاصلاً للمنصوبين يوم
 ذاك دون مقلدي أعصارنا^(٢) وحاصله: أن الميزان، هو العلم بالأحكام، لا
 الاجتهاد، والعامي في السابق كان عالماً بالأحكام بخلاف العامي في أعصارنا.

يلاحظ عليه: أنه إن أراد، من العلم، العلم بالأحكام الواقعية فهو لم يكن
 حاصلاً يوم ذاك للمنصوبين وللمجتهدين في الأعصار المتأخرة ضرورة أن
 أصحاب الأئمة ربما كانوا يأخذون الأحكام عن أصحابهم، وقد كانوا مبتلين
 بالأخبار المتعارضة والصادرة عنهم تقيّة إلى غير ذلك مما لا يوجب العلم بالحكم
 الواقعي، ومثله المجتهد، فإن ما يحصله أحكام قامت عليها الحجّة لا أنها أحكام

واقعية.

وإن أراد الأعم من الحكم الواقعي، فهو حاصل لمقلدي عصرنا.

والأولى أن يقال: إنه لو كان الموضوع لنفوذ القضاء هو المجتهد أو من له قوة الاستنباط فيتجه الإشكال وأما لو قلنا بأن الموضوع له هو من روى حديثهم، ونظر في حلالهم وحرامهم وعرف أحكامهم. فهو كان صادقاً على قضاة عصر الرسول ومن بعده. كما كان صادقاً على المترين على أيدي الأئمة من المحدثين والفقهاء لاتصاهم بالمعصومين، وسماهم منهم أو عمن سمع منهم، وأما في عصرنا هذا فلا يصدق إلا على من له قوة الاستنباط حتى يبذل الجهد بالتتبع في الروايات وينظر في حلالهم وحرامهم - ويعرف نهاية - أحكامهم فالموضوع لنفوذ القضاء واحد في جميع الأعصار، غير أن بعد العهد واختلاط الصحيح بالسقيم من الروايات، والصادر تقية بالصادر لبيان الواقع، صار سبباً لعدم صدقه إلا على لفيف قليل أي المجتهدين لأنهم هم الممارسون بأحاديثهم والناظرون في حلالهم وحرامهم والعارفون بأحكامهم ولا يصدق ذلك على المقلد المحض الذي لا يعرف شيئاً منها سوى ما جاء في رسالة مقلده.

ثم إن الفرق بين الجوابين واضح فإن جواب المحقق الأشتياي مبني على أن الميزان هو العلم بالأحكام لا الاجتهاد، غير أن العلم بالأحكام كان ميسوراً للقضاة الموجودين في زمن النبي مطلقاً، وأما في عصرنا، فليس ميسوراً إلا على من له ملكة الاجتهاد.

وأما جوابنا فهو مبني على أن الميزان في صحة التصدي هو ما جاء في لسان الرواية أعني قوله: «روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا» وهو كان صادقاً للقضاة الموجودين في زمن النبي مطلقاً (مجتهداً كان أو لا) ولكنه في عصرنا هذا لا يصدق إلا على المجتهد فليس الاجتهاد شرطاً وإنما هو طريق لتحصيل موضوع الدليل.

ب: في نصب المجتهد، المقلد للقضاء

فرغنا عن البحث في تصدي المقلد منصب القضاء استقلالاً وقد عرفت عدم الدليل على جوازه ونفوذ قضائه إنما الكلام في تصديه له بعد نصب المجتهد إتياء للنظر في المرافعات، والقضاء فيها على وفق رأيه .

إن جواز النصب للمجتهد رهن أمرين:

١- أن يكون النصب جائزاً في نفسه بأن لا تكون الفقاهة شرطاً شرعياً للقضاء ونفوذ الرأي كالذكورة والإيمان وإلا فلا ، لأنها لو كانت شرطاً لايجوز للإمام فكيف يجوز للمجتهد الذي هو نائبه؟!

٢- إن كل حكم يجوز للإمام يجوز للفقهاء الجامع للشرائط .

فالدعوى الأولى بمنزلة الصغرى للثانية وهي كبرى للأولى أما الأولى فيمكن أن يقال إنها غير ثابتة أي لانعلم أنه يجوز للإمام نصب العامي للقضاء أو لا، والشك فيه كاف في الحكم بالمنع بالنسبة إلى المجتهد.

ومع قطع النظر عن ذلك نقول: إذا دلت المقبولة والمشهورة على أن المأذون للقضاء من ينطبق عليه عنوان الناظر في الحلال والحرام والعارف بالأحكام، وفرضنا عدم انطباقه على المقلد، يصير قضاء المقلد، كقضاء المرأة فكما لا يصح نصبها للقضاء، فهكذا العامي العارف بمسائل القضاء.

هذا كله على القول بدلالتهما على شرطية الاجتهاد في القضاء، وأما لو قلنا بعدم دلالتهما على شرطية الاجتهاد فنفس الشك في جواز نصبه المقلد كاف في الحكم بعدم الجواز والنفوذ لما قلنا إن الأصل عدم حجية رأي أحد في حق أحد إلا إذا قام عليه الدليل وبذلك ظهر أن لتبيين حكم المسألة مراحل ثلاث:

١- الشك في جواز نصب العامي للقضاء، لنفس الإمام وعدمه ومع الشك

فيه، لاتفيد أدلة ولاية الفقيه إذ لا يتجاوز عن كونه منزلاً منزلة. مع وجود الشك في المنزل عليه.

٢- مع قطع النظر عنه، إذا قلنا بدلالة المقبولة وغيرها على شرطية الاجتهاد، ومعه كيف يجوز للفقيه، نصبه للقضاء؟

٣- إذا كانت دلالتها قاصرة فنفس الشك يكفي في الحكم بعدم أخذاً بحكم الأصل الأولي.

وبذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده سيّدنا الأستاذ - قدس الله سره - في رد الاستدلال حيث قال: إنّ المقبولة لاتدل إلا على نصب الإمام الفقيه للقضاء وأما كون ذلك بإلزام شرعي بحيث يستفاد منها أنّ الفقهاء من الشرائط الشرعية فلا.

يلاحظ عليه: بما عرفت من أنه لو افترضنا أنّ المقبولة والمشهورة ليستا بصدد بيان شرائط من له حق القضاء لكن نفس الشك في مشروعية قضاء العامي العارف بمسائل القضاء عن تقليد، كاف في الحكم بعدم الجواز والنفوذ وذلك مثل الشك في جواز التعبد بالظن، فإنّ نفس الشك كاف في الحكم بحرمة التعبد ولا يحتاج إلى دليل آخر.

ويمكن أن يستدل على عدم مشروعية قضاء العامي بصحيفة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «اتقوا الحكومة فإنّ الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبي أو وصي نبي»^(١).

فإنّها صريحة في أنّ القضاء شرع للأنبياء وأوصيائهم ولا ينافيه ما دلّ على جوازه للفقهاء، لأنهم أوصياء الأنبياء^(٢) بوجه فتكون المقبولة حاکمة عليها

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣ ص ٧ المستدرک: الجزء

١٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٠ و ٤٨.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

بالتصرف في الموضوع وتوسيعه وإدخال ما لا يدلّ عليه ظاهرها (الصحيحة) والعامي ليس وصياً لنبي. فلم يدل دليل على مشروعية قضائه.

ج: في توكيل المقلّد للقضاء

قد عرفت عدم جواز استقلال المقلّد للقضاء ولا نصب المجتهد إياه للتصدي، بقي الكلام في توكيله حتى يقوم العامي المقلّد، بفعل المجتهد ويعمل عمله، لأعمل نفسه كما هو الحال في صورة النصب على ما عرفت الفرق بينهم.

والقول بالجواز مبني على ثبوت أحد أمرين على نحو مانعة الخلو:

١- أن يكون هنا دليل خاص من العرف وغيره على أن القضاء أمر قابل للتوكيل والنيابة ومع ثبوته بالخصوص، لا يشترط في الوكيل سوى ما يشترط في غيره.

٢- إذا لم يدل دليل خاص على أن القضاء أمر قابل للتوكيل وصارت النيابة فيه مشكوكة، ولكن كان في باب الوكالة دليل يدل على أن كل أمر قابل للنيابة إلا ما خرج بالدليل ومعه لا يبقى شك في كونه قابلاً للنيابة وتعمه أدلة الوكالة وعموماتها.

وبذلك ظهر أن المراد من الأمر الثاني، ليس مطلق عمومات باب الوكالة كعمومات باب البيع والعقود، التي لا تنفذ عند الشك في كون شيء قابلاً للبيع أو العقد عليه، بل الدليل الخاص الدال على أن كل أمر قابل للنيابة إلا ما خرج وهذا غير عمومات باب الوكالة الناظرة إلى الحكم، دون قابلية الموضوع كسائر العمومات.

إذا عرفت ذلك فالمسألة غير معنونة في كلمات القدماء فلنكتف بكلمات المتأخرين فقد قال المحقق الرشتي: «الحق عدم الجواز وفاقاً لكل أو الجّل لأنّ

التوكيل مشروط بعدم اشتراط المباشرة في تأثير الحكم وإلا لم يعقل فيه التوكيل واشتراطها هنا معلوم أو مشكوك والتمسك بأدلة الوكالة غير مجد في المقام.^(١)

أما الأمر الأول أي الدليل الخاص فتوضيح المقام:

إن الموضوعات من جهة ترتب الأثر عليها مختلفة وهي:

١- ما يترتب عليه الأثر بملاحظة كونه قائماً بفاعل خاص كالضاجعة فهي محكمة بالحلية إذا كان المباشر لها هو الزوج لا غير.

٢- ما يترتب عليه الأثر بملاحظة أصل وجوده في الخارج من غير خصوصية للفاعل وذلك كتطهر الثوب بالماء فهو يطهر سواء كان المباشر للغسل إنساناً بالغاً أو صغيراً أو غير إنسان بل حيواناً أو ريحاً. فالموضوع هو تحقق الغسل بالماء كيفما كان.

٣- ما يترتب عليه الأثر المقصود بملاحظة قيامه بإنسان عاقل بالغ مباشرة أو تسبباً كالبيع والإجارة، والنكاح والطلاق.

٤- ما يشك في أنه من أي قسم من هذه الأقسام، كالقضاء كما سيأتي.

فالأولان لا يقبلان الوكالة، لاعتبار الفاعل الخاص في ترتب الأثر في الأول ومثله لا ينفك عن اعتبار المباشرة، وعدم لحاظ الفاعل في الثاني حتى يكون هناك نائب ومنوب عنه، والثالث يقبلها بلا شك.

وأما الرابع: فيمكن أن يقال: إنه مع الشك يحكم بأنه غير قابل للنسابة كنظائره والضابطة الكلية: إن كل عمل يتوقف على إعمال النظر والدقة والعلم واليقين بالموضوع، وبالتالي اتخاذ عقيدة خاصة فيه فهو يقوم بالفاعل المباشر، ولا تصح نسبته إلى الغير الفاقد لهذه الأمور، وبالجملية: إن تشخيص كل واحد ينسب إلى نفسه ولا تقبل النسبة إلى غيره بالتسبيب.

وعلى ذلك يترتب عدم جواز الوكالة في الأمور التالية:

١- الطبابة: فإن الطبيب بعد المعاينة والدقة في أحوال المريض وأوصافه، يتبنى عقيدة ونظراً في حق المريض، فيأخذ بكتابة نسخة العلاج ويأمره بالاتباع فهذا أمر قائم بالطبيب ولا تصح نسبته إلى الشخص الآخر وإن أمر بالمعالجة وذلك لعدم وجود شيء من هذه الأمور فيه حسب الفرض.

٢- الحلف ٣- الإقرار ٤- الشهادة. فإن الجميع إخبار عن واقع بعلم جازم قاطع أخذاً بماهية هذه الأمور، فلو تحقق في الوكيل دون الموكل، لا تصح له نسبة هذه الأمور إلى الموكل لافتقاره مقومها وإن تحقق في الموكل دون الوكيل، لا يصح من الوكيل الإقرار والشهادة والحلف لتقومها بالعلم والاطلاع القاطع، وهو فاقد له وإن تحقق في كليهما، كل يقوم بعمل نفسه.

٥- ومنه يظهر حال القضاء فإن مورد إمامة أو شبهة حكمية أو موضوعية، فالقضاء في الصورة الأولى بنفس الإفتاء وهو قائم بالمجتهد دون العامي، كما أنه في الثانية يتضمن الإفتاء في مورد جزئي، والإفتاء لا يقبل النيابة لأنه فرع العلم بالحكم والعامي فاقد له.

وبذلك يعلم أن القضاء لا يقبل الوكالة وإن كان الوكيل مجتهداً. سواء وكله بالقضاء على رأي الموكل أو رأي الوكيل، وإن كان يظهر من السيد الطباطبائي جوازه حيث قال: «قد تكون هناك ما يوجب الحاجة إلى التوكيل كما إذا لم يرض المترافعان إلا بالرجوع إلى مجتهد وكان معذوراً في المباشرة فحينئذ يوكل مجتهداً آخر مع فرض عدم رضاها بالإرشاد إلى ذلك الآخر وقالاً إنا نريد أن تكون أنت الفاصل بيننا بالمباشرة أو التسبيب - ثم قال: - وهل على النائب حينئذ أن يقضي في المسائل الخلافية بمقتضى رأيه أو برأي المستنيب يظهر من المسالك الأول وأنه لا يجوز أن يقضي إلا برأيه والظاهر جواز الأمرين وكونه تابعاً لكيفية التوكيل فإن وكله في أصل القضاء فيعمل برأيه وإن وكله في القضاء بينهما بمقتضى رأي

الموكل فيعمل برأيه.^(١)

يلاحظ عليه: أن القضاء يتضمن الإفتاء وهو لا يقبل الوكالة، لأنه إن قضى برأي نفسه، فقد قضى مباشرة لا وكالة وإن قضى برأي الموكل، فهو فرع جواز الوكالة في الفتوى.

ولو رفضنا تلك الضابطة و افترضنا الشك في قابلية القضاء للوكالة فلا يمكن التمسك في إثبات القابلية له بالعمومات الواردة فيه لعدم كونها بصدد بيان تلك الجهة.

و أما الكلام في الأمر الثاني أي وجود دليل في باب الوكالة يدل على أن كل موضوع قابل للنيابة إلا ما دل على اعتبار المباشرة فيه، فربما يوهمه بعض الروايات التالية:

١- ما رواه الصدوق في الفقيه بسند صحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها.^(٢)

والإمعان فيها يعطى أنه ليس بصدد بيان قابلية كل «أمر من الأمور» للوكالة بل بصدد بيان أن عمل الوكيل نافذ إلى أن يبلغه العزل.

٢- صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل. كره الموكل أم رضي. قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم العزل أو يبلغه أنه قد

١- السيد الطباطبائي: ملحقات العروة ٢/ ١٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١ من أبواب الوكالة، الحديث ١، ص ٢٨٥.

عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه ١٩ قال : نعم قلت له : فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء ١٩ قال : نعم ، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة. ^(١)

وهذه الرواية كسابقتها ليست بصدد بيان أن الوكالة في كل أمر ماض ، وإنما هي بصدد بيان مضي ونفوذ الوكالة في كل ما تصحّ الوكالة فيه ، ما لم يبلغه العزل بثقة ، كما هو واضح . فإذا شككنا في أن القضاء يقبل الوكالة أو لا فليس هنا دليل على صحّة التوكيل فيه .

ثم إن السيّد الطباطبائي نقل عن المسالك دليلاً على عدم الجواز - ولم نعثر عليه فيها - حاصله : أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً ومعه لافرق بين النائب والمستنيب في ثبوت ولاية القضاء له فلامعنى لكون أحدهما وكيلاً عن الآخر فهو نظير توكيل أحد الوليين أو الوكيلين أو الوصيين لآخر فكما أنه لغو فهكذا في المقام. ^(٢)

يلاحظ عليه : أن ذلك خلط بين النصب والوكالة ، فبما أن المنصب مستقل في عمله يشترط فيه ما يشترط في الناصب ، وهذا بخلاف الوكالة فإن الوكيل يقوم بنفس عمل الموكل كأن المجتهد ، يقضي بواسطة وكيله . فيكفي وجود الشرط فيه من دون لزوم وجود شرط خاص في الوكيل سوى الشروط العامة في مطلق الوكالة . فالحق في عدم جواز الوكالة منه ، لعدم ثبوت كون القضاء ممّا يقبل الوكالة ، ولم يدل دليل عليه ، لامن العرف ولا غيره .

١- الوسائل : الجزء ١٣ ، الباب ٢ من أبواب الوكالة ، الحديث ١ .

٢- الطباطبائي اليزدي : ملحقات العروة ، كتاب القضاء ، ج ٢ / ١٢ .

د: نصب المقلد للقضاء عند الاضطرار

ما تلوناه عليك من الأدلة على عدم جواز تصدي العامي للقضاء استقلالاً أو نصباً إنما كان راجعاً إلى حال الاختيار وإنما الكلام في حال الاضطرار، قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الإمام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي عليه السلام وربما منع من ذلك»^(١).

وقال في المسالك: إذا اقتضت المصلحة عند الإمام تولية من لم يستكمل شرائط القضاء بأن كان قاصراً في العلم أو العدالة ففي جواز توليته عندنا وجهان: أحدهما المنع لفقد الشرط، المقتضي لفقد المشروط - إلى أن قال: - الثاني، الجواز نظراً إلى وجود المصلحة الكلية التي هي الأصل في شرع الأحكام ولوقوع مثله في زمن علي عليه السلام فقد كان ولي شريفاً للقضاء مع ظهور مخالفته له في الأحكام المنافية للعدالة التي هي أحد الشرائط^(٢).

بلاحظ عليه: أن التمسك بسيرة الإمام غير واضح، لعدم وضوح وجهة عمله ولعل القاضي كان صالحاً يوم ذاك، أو كان الإمام مضطراً في إبقائه في منصبه، لاشتغاله بالقضاء من عصر الخليفة الثاني إلى زمان الإمام ولا يعني ذلك أن الإمام كان يعمل بالتقية، حتى يقال إنه ما كان يعمل بالتقية، بل المصالح اقتضت الإبقاء وتصور أن المصالح كانت تقتضي إبقاء معاوية فلماذا رفضها؟ مردود بأن المبايعين الذين صدروا علياً منصبة الخلافة وبإيعوه، كانوا هم المضطهدون المطالبون عزل ولاية عثمان الذين امتصوا دماء الأمة، فعزل معاوية - مضافاً إلى أنه كان واجباً شرعياً على الإمام - كان واجباً اجتماعياً وعلى كل تقدير يمكن تقرير الجواز بالوجه التالي:

إن حفظ الحقوق رهن فصل الخصومات ورفع المنازعات فإذا لم يتمكن من الرجوع إلى المجتهد: ولم يجوز نصب العامي للقضاء تقليداً لزم بعد ذلك ارتكاب أحد محاذير ثلاثة:

- ١- فإما أن يُرفع الشكوى إلى ديوان الظالمين وهو حرام.
 - ٢- أو يمنع من الترافع إلى الأبد وفيه إبطال للحقوق ورفع للأمان عن الدماء والأعراض والأموال.
 - ٣- أو يلزم الصبر إلى أن يتمكن من الرجوع إلى الفقيه وهو موجب للعسر والخرج وربما لا يتمكن المدعي من إقامة الشاهد عند ذاك.
- وعلى ضوء ذلك: لامناص للفقيه من نصب (العامي) للقضاء تقليداً في الشبهات الموضوعية والحكمية حفظاً للحقوق، إذا كان له المقدرة على التمييز والتشخيص في تطبيق الأحكام والكتليات على مصاديقها.
- فإن قلت: إن الرجوع إلى المحاكم العادية التي لا تحكم على وفق الكتاب والسنة يحفظ الحقوق كما كانت الحال على ذلك قبل الثورة الإسلامية في إيران.
- قلت: إذا دار الأمر في حفظ الحقوق بين الرجوع إلى المحاكم العادية، والنزول عند حكم المقلد العارف بالأحكام الإسلامية عن تقليد، فالثاني هو المتعين، لأن حرمة الأولى مطلقة متأكدة قال سبحانه: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ (النساء/ ٦٠).
- ولأجل ذلك لامناص في حفظ الحقوق من اختيار قضاء المقلد وتقديمه عليها.
- وعلى ذلك فوجود المحاكم العادية وعدمها سواء فيتعين على الفقيه نصب العامي العارف بالقضاء لرفع الخصومات بين الناس، من غير فرق بين كون المورد من قبيل الشبهات الموضوعية أو الحكمية، وهو من القضايا التي قياساتها معها

لأن ترك المرافعة والقضاء، يؤدي إلى تضييع الحقوق والأموال وإيقاف الأمر إلى التمكن من المجتهد، لا ينفع إذا طال الزمان وما زالت الشكاوى والدعاوى ترى وتزايد وشدة الحال إلى المجتهد النائي أمر مشكل وعندئذ فإذا كانت الشبهة موضوعية، يعمل بقواعد «المدعي والمنكر» (التي مارسها مدة على أيدي القضاة المهرة). وإذا كانت الشبهة حكمية مثل منجزات المريض وثبوت الشفعة إذا كانت الشركاء أزيد من ثلاثة، وتحريم عشر رضعات فيها أن القضاء فيها لا يحتاج إلى إقامة بينة وجرحها وتعديلها يكفي العثور على رأي المجتهد والحكم على وفقه.

وإن شئت قلت: إن الشرط هو الصدور عن الكتاب والسنة، فلامانع من سقوط شرطيته عند الاضطرار وفقد القائم به.

فإن قلت: إن القضاء في الشبهات الحكمية والموضوعية لا يخلو عن إفتاء بالحكم الكلي أو الإفتاء بالحكم الجزئي وليس العامي أهلاً له.

قلت: يظهر حله بعد بيان ما تجب على العامي مراعاته من باب الاحتياط والأخذ بالقدر المتيقن وإليك بيانها:

الأول: إذا قلنا بسقوط شرطية الاجتهاد في حال الاضطرار لكن القدر المتيقن للجواز هو العامي الذي ينصبه المجتهد لذلك المقام. وذلك لالوجود الدليل على الشرطية (لما عرفت من أنه لا يجوز نصب العامي للقضاء في حال الاختيار) بل لاحتمال مدخلية نصب المجتهد في هذه الحالة، دفعاً للهرج والمرج وحفظاً لنظام القضاء على الحد الممكن.

الثاني: للتأكد من إصابة الحق، والتجنب من الاشتباه يلزم عليه التشاور في القضاء والسؤال عن سائر العارفين بالقضاء فإن الرأي الصادر عنده أقرب إلى الحق والصق بالواقع، وحق الرأي للمنصوب فقط.

الثالث: إذا نصب المجتهد العامي العارف بالقضاء في زمان كان الرجوع إلى المجتهد موجباً للعسر والخرج، فهل يختصّ قضاؤه بخصوص لو كان مناط الرجوع موجوداً، أو يعمّه وما إذا كان الرجوع إليه سهلاً ويسراً؟ وجهان:

١- إن الحكم النابع عن العسر والخرج يدور مدارهما فلو كان رفع الشكوى إلى المجتهد سهلاً، يلزم عليه إرجاع المتداعيين إلى المجتهد وإلا فيباشر بنفسه خصوصاً إذا قلنا بأن العسر الرافع للخرج هو الشخصي منه لا النوعي.

٢- إن تحديد القضاء بوجود العسر الشخصي وعدم كفاية العسر النوعي يوجد الغموض في أمر القضاء ورتباً يزيد في العسر والخرج، والأول أحوط والثاني أقوى، خصوصاً إذا كان هنا نظام في القضاء يشتغل فيه أشخاص كثيرون، لا يمكن تعليق عملهم يوماً دون يوم.

الرابع: إذا نصب المجتهد العامي للقضاء يجب عليه العمل بفتوى الأعلّم وليس له أيّ تدخل في ترجيح الآراء بعضها على بعض، وتقديم المشهور على الشاذ، إذا كان فتوى الأعلّم مطابقاً للثاني، أو ترجيح ما يؤيد بعض الظنون على الأخر، لأنّ كل ذلك من وظائف أصحاب النظر فقط.

الخامس: إذا نصبه مجتهد للقضاء فهل له الصدور عن رأي الأعلّم أو عن رأي المجتهد الناصب له، أو يتخير؟ فالأقوى هو الأول، كما عرفت لأنّه من قبيل دوران الأمر بين التعيين والتخير.

السادس: إذا كان هناك من هو أعرف بموازين القضاء تقليداً من غيره وإن كان له أيضاً عرفان بالقضاء فيقدم الأعرف فالأعرف في مقام النصب إلا إذا لم يستعد الأعرف للقضاء فيتعيّن غيره.

السابع: إذا تعذر النصب من جانب المجتهد، فعلى المسلمين أن يختاروا أعرفهم بموازين القضاء، ولو عن تقليد.

الثامن: الذي يترتب على قضاء العامي، هو لزوم طاعته وتنفيذ رأيه، وأما عدم جواز نقضه وعدم جواز تجديد المرافعة، لدى التمكن من المجتهد فلا، لأن كل ذلك من آثار قضاء المجتهد، لا العامي العارف بالقضاء نعم لا يصح النقض إلا من جانب المجتهد الناصب، لا غيره لأنه يستلزم الهرج والمرج.

وبذلك اتضح جواب الإشكال السابق وذلك لأن القضاء في المقام ليس قضاء حقيقياً حتى يعترض عليه بأن القضاء لا يخلو عن إفتاء وهو شأن المجتهد دون العامي، بل عمل بالواجب بالقدر الممكن وإن كان مشوباً بالخلاف.

وعلى كل تقدير لو كان في هرم النظام مجتهد جامع الشرائط، فعليه أن يتكفل بهذه الأمور، وعليه النصب والعزل والنقض وليس للآخرين التدخل وإلا استلزم الفوضى في النظام.^(١)

وبما ذكرنا يظهر أن المسوّغ لنصب المقلّد العارف بالأحكام على القضاء ليس هو المصالح العامة الواردة في عبارة المحقق وغيره حتى يقال: «إن الأحكام الشرعية لا تتغير بالمصالح المرسلة فلا يجوز رفع اليد عن بعض شرائط النكاح والطلاق والمعاملات بمجرد وجود مصلحة تقتضي خلافها، بل يلزم العمل بإطلاق أدلة الشرائط فلا يجوز رفع اليد عن شرطية العدالة، أو الاجتهاد في القاضي بوجود مصلحة ملحوظة في قضاء الشخص الفاقد لذلك الشرط».

وذلك لما عرفت من أن المسوّغ، هو أدلة رفع الحرج في الشرع، أو كون الاضطرار مسقطاً لشرطية الشرط إذا كان في دليل المشروط إطلاق، وإلا فالمصالح المرسلة ليست منوطاً للتشريع في فقه الإمامية.

ثم إن بعض المانعين عن ممارسة المقلّد مهمة القضاء عند الاضطرار قال:

١- لاحظ رسالة القضاء للمحقق ميرزا حبيب الله الرشتي (م ١٣١٢ هـ) فقد صدرنا في المقام عن تلك الرسالة الجزء الأول: باب: ما يختص بأحكام المقلّد المنسوب للقضاء، ص: ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣.

إنّ التخلّص من هذه المشكلة الاجتماعية لا ينحصر بذلك بل هنا طرق أخرى تنحلّ معها عقدها وإليك الطرق:

١- العمل بالبيّنة لو كانت، وإلاّ فيخلى سبيل المنكر، كما هو الحال بين الأمم غير الدينية، من دون حاجة إلى الحلف.

٢- العمل ببيّنة المدّعي أو أيّ دليل يقيمه بحيث يحصل العلم منه وإلاّ فيتوجه الحلف على المنكر بناءً على عدم اختصاص الحلف بصورة وجود القاضي، ولما كان المفروض قبول المتنازعين الحقّ والحكم الشرعيّ فيمكن لهما العمل بذلك من دون حاجة إلى وجود شخص ثالث.

٣- الرجوع إلى قاعدة العدل والانصاف وليس مصداق العدالة أمراً خفياً.

٤- العمل بالصلح القهري حيث يدور الحقّ بين شخصين.

٥- العمل، بالقرعة في الشبهات الموضوعية لا الحكمية.

يلاحظ عليه: أنّ صاحب النظرية افترض المترافعين رجلين عادلين يريدان العمل بالحقّ المرّ، فعند ذلك يصحّ بعض ما افترضه رافعاً للمشكلة ولكن قلّما يتفق ذلك وتصور أنّ موضوع البحث هو ما إذا لم يكن للإمام قدرة ظاهرية والدافع الى العمل بالحكم إيمانها، ليس بمعنى أنّه ليس لقضائه في نفوذ الحقّ أيّ تأثير، إذ ربّما يكون لقضائه تأثير في العمل بالحقّ وإن كانا يعرفانه قبل القضاء أيضاً بحيث لولا القضاء لما كان دافع تامّ للعمل بالحقّ، مضافاً إلى أنّ موضوع البحث أعمّ من ذلك ويعمّ ما إذا قامت دولة إسلامية قاهرة ولكن كانت القضاة الجامعة للشرائط أقلّ ممّا تحتاج إليه الأمة فيقع البحث في نصب المقلد العارف على القضاء فتكون للمقاضي قدرة التنفيذ.

وعلى ذلك فالفرضان الأولان، لا يتمشيان إلاّ في مجتمع أشبه بالمدينة الفاضلة التي صوّرها أفلاطون ولا ينفعان في مجتمعنا، والرجوع إلى قاعدة العدل

والانصاف لاتفيد في الشبهات الحكمية وليس بأقرب إلى الواقع من العمل بقول المقلد العارف، والطريق الرابع منحصر فيما إذا كان الحق بين شخصين خاضعين للصالح. وبالجمله اقتراح هذه الطرق، يعرب عن كون المقترح بعيداً عن المشاكل الاجتماعية، وأما العمل بالقرعة فلا يتم إلا في مورد وجود حق مردد بين الشخصين لافيا إذا تردد الأمر بين وجود الحق وعدمه وهو الأكثر ولم ترد القرعة في المورد الأخير فلاحظ. وعلى أي تقدير فشكر الله مساعي كل من فكر في رفع مشاكل الأمة الإسلامية.

الشرط التاسع : كونه ضابطاً

لا شك في شرطية الضبط في القضاء كاشتراطه في الإفتاء والشهادة ونقل الرواية، غير أن المهم تقديره، فاكتمى المحقق بعدم غلبة النسيان عليه، فلو غلبه النسيان لم يجز نصبه. ^(١)

يلاحظ عليه: أن لازمه جواز نصب المساوي مع أنه لا تجوز توليته. ولأجل ذلك عطف العلامة عليه في القواعد، مساواتها وقال: «ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره، لم تجز توليته». ^(٢)

والظاهر عدم كفاية مجرد غلبة الذكر على النسيان وإن كان قليلاً كما إذا زاد ذكره على نسيانه بواحد بل لابد - مع ذلك - أن يعدّ إنساناً ضابطاً، لأناسياً ويكون نسيانه أمراً عادياً لا على خلاف العادة، والدليل على اعتباره - مضافاً إلى خطورة الموقف، وبناء العقلاء في المورد ونظائره - انصراف النصوص إلى الإنسان المتعارف، ومن غلب نسيانه ذكره، أو ساواه، أو غلب ذكره عليه بمقدار قليل، لا يعدّ إنساناً عادياً.

١- نجم الدين: الشرائع: ٦٧ / ٤.

٢- مفتاح الكرامة: ١٠ / ١٠٠، قسم المتن.

الشرط العاشر: العلم بالكتابة

اختلفت كلمة الفقهاء في شرطية العلم بالكتابة وإن كان الاجتهاد، لا ينفك عن العلم بها غالباً. وقلما يتفق لإنسان، بلغ قمة الاجتهاد، ومع ذلك يقرأ ولا يكتب.

قال الشيخ في المبسوط: فإن كان يحسن الكتابة انعقد له القضاء وإن كان لا يحسن الكتابة قال قوم: انعقد له القضاء لأنه ثقة من أهل الاجتهاد وكونه لا يكتب لا يقدح منه لأن النبي ﷺ إمام الأئمة، ما كان يكتب ولم يؤثر ذلك منه وقال آخرون: الكتابة شرط لأنه يحتاج أن يكتب إلى غيره وأن يكتب غيره إليه....^(١) وعلمه في المسالك بقوله: بأنه ربما يضطر إلى معرفة الوقائع والأحكام التي لا تيسر ضبطها غالباً إلا بها وهذا اختيار الشيخ والمصنف (المحقق) وأكثر الأصحاب والتمسك بأمية النبي وأنه كان لا يكتب مدفوع بأنه كان مصوناً بالعصمة المانع من السهو والغلط.^(٢)

وقد عرفت أن المسألة قليلة الجدوى جداً لعدم التفكيك بين الاجتهاد والكتابة ومع ذلك فليست الكتابة شرطاً لجواز التصدي كالبلوغ والعدالة فلو نصب للقضاء في أمور لا تتوقف على الكتابة والضبط صحّ نصبه وقضاؤه وإن لم يعرف الكتابة، غير أن القضاء في اليوم خصوصاً القضاء العام، لا ينفك عن الحاجة إلى الضبط بالكتابة ولا يكون القاضي مصوناً من الاشتباه وغدر المترافعين، حتى أنهم قالوا: ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً بين يديه يكتب عنده الإقرار والإنكار.^(٣)

١- الطوسي: المبسوط: ١٠/١١٩.

٢- زين الدين العاملي: المسالك: ٢/٣٨٩.

٣- الطوسي: المبسوط: ٨/١١٢.

الشرط الحادي عشر: البصر

قال الشيخ أما كمال الخلقة فيشترط أن يكون بصيراً فإن كان أعمى لم ينعقد له القضاء لأنه يحتاج إلى معرفة المقر من المنكر، والمدعي من المدعى عليه وما يكتبه كاتب بين يديه، وإذا كان ضريباً لم يعرف شيئاً من ذلك.^(١)

وقال المحقق: وفي قضاء الأعمى تردد أظهره أنه لا ينعقد لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم وتعذر ذلك مع العمى إلا فيما يقل^(٢) وقد علم حاله مما ذكرناه في الكتابة، وأنه ليس كسائر الشروط من البلوغ والعدالة فيجوز نصبه لأمر، لا يتوقف القضاء فيها على البصر لكنه قليل جداً. والاضطرار إليه في أغلب الموارد، يجرنا إلى القول بعدم جواز نصبه.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

الشرط الثاني والثالث عشر: السلامة من الصمم والخرس

قالوا باشتراط السلامة من الصمم والخرس، لكن وزائهما وزان ما سبق من اشتراط الكتابة والبصر. فلانطيل.

الشرط الرابع عشر: الحرية

وأما الحرية فلا دليل على الاشتراط أولاً وأن عدم الابتلاء به أغنانا عن البحث عنه ثانياً.

١- الطوسي: المبسوط: ١٠٩/٨.

٢- نجم الدين: الشرائع: ٨٦١/٤.

مسائل إحدى عشرة

الأولى: في قاضي التحكيم والمأذون

قد تعرّفت انقسام القضاء بالنسبة إلى الإذن الخاص والعام إلى المنصوب والمأذون، فالأول هو المختصّ بزمان الحضور إذا بعث المعصوم، شخصاً معيناً للقضاء، روي عن علي عليه السلام أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً. وبعث علي، عبد الله بن عباس قاضياً إلى البصرة.^(١) وأما المأذون فهو من أذن له الإمام على الوجه الكلي كما هو الحال في الفقيه الجامع للشرائط ولا يختصّ بزمان الغيبة بل يعتمها والحضور، والفقيه الإمامي في البلاد النائية في عصر الأئمة كانوا قضاة مأذونين حسب المقبولة وغيرها. فسيوافيك الكلام فيه بعد الفراغ عن البحث إنما الكلام في قاضي التحكيم. فيقع البحث فيه من جهات:

الجهة الأولى: في تفسيره وتبيين مفهومه

إن الهدف من القضاء هو تبيين الوظيفة للمتخاصمين من حيث الواقع إذا كانت الشبهة حكمية، أو من حيث النزاع إذا كانت موضوعية أولاً، وإلزامهما على الاعتناق بما حكم في ظلّ القوة ثانياً. وعلى ذلك - فقاضي التحكيم لا يفتقد إلا الأمر الثاني، ويتدارك باعتناق الطرفين ورضاهما بقضائه وإجرائها حكمه وقد كانت القضاة في عصر الأمويين والعباسيين منقسمين إلى رسميين وغير رسميين، فكانت الدولة والحكومة وراء الرسميين دون غيرهم، نعم كان وراءهم رضا الطرفين وطيب نفسها بحكمهم. وبما أن القضاء من شؤون النبي أو وصيته،^(٢)

١- الطوسي: المبسوط: ٨/ ٨٢

٢- الوسائل ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣.

قالوا: يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. ثم استثنوا منه صورة قاضي التحكيم وقالوا: نعم لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية فترافعا إليه فحكم لزمهما حكمه وإن كان هناك قاض منصوب بل وإن كان إماماً ^(١) وسيوافيك وجهه.

الجهة الثانية: في تصويره في زمان الغيبة

ربما يقال أن قاضي التحكيم مختص بزمان الحضور قال الشهيد: واعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط، التي من جملتها كونه مجتهداً وعلى هذا فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الإمام ليفرق بينه وبين غيره من القضاة فيكون القاضي منصوباً وهذا غير منصوب إلا من جانب المترافعين وأما في حال الغيبة فسيأتي أن المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن، وغيره لا يصح حكمه مطلقاً فلا يتصور في زمان الغيبة. قاضي التحكيم ^(٢).

يلاحظ عليه: أن الفقيه مأذون في القضاء بالإذن العام في زمان الحضور والغيبة مطلقاً، كما هو مقتضى المقبولة وغيرها وعليه فلا يتصور المنصوب إلا في حال الحضور مع بسط اليد، كعصر الإمام علي عليه السلام، وأما مع عدم البسط فزمان الحضور وعصر الغيبة سيان في كون الفقيه مأذوناً ونافذاً حكمه من دون حاجة إلى التحكيم.

ومع ذلك يمكن تصويره في عصر الغيبة عندما قامت دولة إسلامية وكان على رأسها فقيه جامع للشرائط، كما في عصر الدولة الصفوية حيث كان يرأسها

١- نجم الدين الحلي، الشرائع: ٦٨/٤.

٢- زين الدين العاملي: المسالك: ٣٩٠/٢، وقريب منه كلام المحقق الأردبيلي في شرح الارشاد، لاحظ ج ٢/ ١٨٤ وسيوافيك نصه في الجهة الثالثة.

فقيه جامع للشرائط كالمحقق الكركي وغيره وهكذا الأمر في الثورة الإسلامية المباركة في إيران فعند ذاك يمكن أن يقال إن كل فقيه وإن كان قاضياً حسب المقتضي لكن لأجل إيراد باب الفوضى، يُمنع الفقيه عن التدخل في القضاء إلا بنصب من جانب الحكومة الإسلامية. وعند ذاك يصبح تلك الظروف كمعصر الحضور مع بسط اليد، فينقسم القاضي إلى منصوب وغير منصوب، فليس لغيره القضاء وإن كان واجداً للولاية بنحو الاقتضاء لكن تمنعه رعاية المصالح العامة إلا بنحو التحكيم.

نعم هنا وجهان آخران لتصوّر قاضي التحكيم في زمان الغيبة وإليك بيانها:

١- ما أفاده المحقق الأردبيلي بقوله: **إلا أن يكون أعلم منه موجوداً** و**يتمكّن من الوصول إليه** وإنفاذ حكمه **وحيثُ يتعيّن ذلك بناءً على القول المشهور من تعيين الأعلام** وحيثُ يتصوّر تراضي الخصمين **بواحد من الرعيّة فتأمل**.^(١)

و سيوافيك عدم وجوب كون القاضي أعلم في البلد بل يكفي الصدور عن الكتاب والسنة فعندئذٍ تنتفي الفائدة.

٢- ما سيجي من المحقق الخوئي تبعاً لصاحب الجواهر من عدم اشتراط الاجتهاد في قاضي التحكيم فتظهر الثمرة في غير المجتهد، فيصح حكمه بعنوان التحكيم دون المجاز و سيوافيك الدليل على شرطية الاجتهاد مطلقاً من غير فرق بين المأذون وقاضي التحكيم.

الجهة الثالثة: قاضي التحكيم في كلمات الأصحاب

قال الشيخ: **إذا تراضى نفسان برجل من الرعيّة يحكم بينهما وسألاه الحكم**

١- الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٢/ ١٨٤

بينهما كان جائزاً بلاخلاف فإذا حكم بينهما لزم الحكم وليس لهما بعد ذلك خيار.^(١)

وقال في المبسوط: إذا ترفع نفسان إلى رجل من الرعية فرضيا به حكماً و سألاه أن يحكم لهما بينهما، جاز و إنما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلي القضاء و هو أن يكون من أهل العدالة و الكمال و الاجتهاد على ما شرحناه من صفة القاضي لأنه رضي به قاضياً فأشبهه قاضي الإمام.^(٢)

وقال المحقق: ولو تراضى الخصمان بحكم بعض الرعية فحكم لزمهما حكمه في كل الأحكام.^(٣)

وقال ابن سعيد الحلبي: وإن اختار الخصمان رجلاً يحكم بينهما وله شروط القضاء لزمه حكمه.^(٤)

وقال العلامة: ولو تراضى الخصمان بحكم بعض الرعية وحكم بينهما لزمهما حكمه.^(٥)

وقال الأردبيلي: نعم لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية أن يحكم بينهما بحكم الله ولم يكن مأذوناً ومنصوباً بخصوصه من الإمام ونائبه للحكم والقضاء، وحكم بحكم موافق للحق ونفس الأمر، بشرط اتصافه بشرائط الحكم غير الإذن من الاجتهاد والعدالة، صَحَّ ذلك الحكم ومضى حكمه فيها وليس لهما نقضه بعده ولا يشرط الرضاء بعد الحكم على المشهور ولا يجوز لهما خلاف ذلك وهذا إنما يتصور في زمان الحضور وإمكان الاستئذان، لأحال الغيبة التي لا يمكن

١- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

٢- المبسوط: ٨/ ١٦٤.

٣- النجفي: الجواهر، ج ٤٠، قسم المتن ٢٣.

٤- ابن سعيد الحلبي: الجامع للشرائع، ٥٣٠.

٥- العلامة الحلبي: إرشاد الأذهان: ٢/ ١٣٨، ط النشر الإسلامي.

الاستئذان ، إذ حينئذ كل من اتصف بما تقدّم من الشرائط فهو قاض وحاكم ولم يحتاج إلى شيء آخر غير ذلك كما تقرّر عندهم^(١).

الجهة الرابعة: ما هو الدليل على مشروعيتها؟

استدل الأصحاب على نفوذ قضائه بوجوه قاصرة نشير إليها:

١- استدل الشيخ في الخلاف بما روي عن النبي الأكرم ﷺ أنه قال: من حكم بين اثنين فراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى^(٢).

يلاحظ عليه: أنه - على فرض صحة الاحتجاج به - يدلّ على أنه يجب عليه الحكم بالعدل، وأنه لو انحرف فعليه لعنة الله وأما أنه ينفذ حكمه ويحرم خلافه فلا إذ من المحتمل أن يكون للمتخاصمين خيار بعد الحكم أيضاً.

فإن قلت: إذا افترضنا أنه حكم بالحق، فلا معنى للخيار بعد الحكم به .

قلت: ذلك إذا حكم بالحق الواقعي لا الظاهري ، وحكم القاضي، حكم ظاهري لا واقعي، ولزوم الأخذ به مختصّ بالثاني دون الأعم منه ومن الأول وأما لزوم الأخذ بحكم القاضي لا لأجل كونه حكماً حقاً، بل لأجل الروايات التي منها المقبولة.

٢- ما مرّ من العمومات في الآيات والروايات من لزوم الحكم بالحق والقسط وما أنزل الله دون غيرها، وهو مطلق يعمّ كلا الصنفين، وقد دلت الأدلة على نفوذ حكمه إذا حاز ذلك الشرط.

يلاحظ عليه: عدم الإطلاق في العمومات من هذه الناحية فإنها بصدد بيان لزوم كون الحكم على وفق ما أنزل الله، لا على وفق الحكم الجاهلي، وأما من هو

١- الأردبيلي : مجمع الفائدة: ١٢ / ١٨٤ .

٢- الطوسي: الخلاف: ٣ / ٣٢٢ .

الحاكم وما شرائطه فليست بصدد بيانه حتى يتمسك بإطلاقها.

٣- إن الصحابة قاموا بعمل التحكيم، ولم ينكره الإمام أمير المؤمنين عليه السلام.

يلاحظ عليه: أنه لم يدل دليل على أنه كان بمرأى ومنظر منه. نعم لو كان وسكت كان دليلاً على السعة.

لكن الظاهر أننا لانحتاج في إثبات نفوذ حكمه إلى دليل خاص وراء العمومات الدالة على نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، وذلك لأن المستفاد منها، هو نفوذ حكم الفقيه مطلقاً، في زمان الحضور والغيبة، وتوهم اختصاصها بزمانها، غير تام، لأن المقبولة تضمنت حجية قول الفقيه في عصر الصادق وبعده فكيف تكون مختصة بعصر الغيبة؟

غير أنه إذا كانت للإمام المعصوم قدرة ظاهرية، أو كان هناك حكومة إسلامية يرأسها الفقيه النائب عن الإمام المعصوم، يتوقف جواز القضاء على النصب، لالعدم المقتضي وعدم الصلاحية بل لأجل وجود المانع وهو تسرب الفوضى إلى المجتمع الإسلامي، وليس المقيّد دليلاً شرعياً حتى يؤخذ بإطلاقه وإنما حكم عقلي لغاية صدّ تسرب الفساد في وجه الأمة فلأجل ذلك يشتغل الفقيه المنصوب بالقضاء دون غيره حفظاً للمصالح ولكن الفساد رهن اشتغال غير المنصوب بالمنصوب، لاما إذا اشتغل به في واقعة أو واقعتين بصورة استثنائية، لأجل رضا الطرفين، فلا يتسرب الفساد وعند ذاك تكون العمومات شاملة له بالمنصوب، لوجود المقتضي وعدم وجود المانع.

الاستثناس بالآيات والروايات

ويمكن الاستثناس ببعض الآيات والروايات في إثبات مشروعيته وإنما عبرنا به دون الاستدلال لعدم الوثوق بكونها واردة في قاضي التحكيم:

١- ما ورد في شقاق الزوجين من بعث الحكيم من جانبها لينظرا في شقاقهما قال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء/ ٣٥) وكأن الطرفين اتفقا على أن يبعث كل حكماً حتى يتشاورا ثم يحكما، فالحكم بالتالي لكل من الطرفين، هو مجموعهما. ولو اتفقا على رأي يكون نافذاً.

والذي يبعد أن يكون مفاد الآية من قبيل قاضي التحكيم، أنه لو كان من ذلك لزم تواجد جميع شروط القاضي في الحكيم من الإيثار والعدالة والاجتهاد، وهو كما ترى إذ لو وجبت الرعاية لانسد باب التحاكم في أمور الأسرة.

٢- ما ورد في تشاجر قبائل قريش عند بنيان الكعبة حيثما انتهى أمرهم في نصب الحجر الأسود في موضعه، فكل قبيلة أرادت أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى حتى أعدوا للقتال إلى أن اتفقوا على قضاء محمد ﷺ وهو ابن خمس وثلاثين سنة. (١)

٣- لما انسحب جيش قريش ويهود خيبر عن المدينة وتركوا حليفهم «بني قريظة» في المدينة وهم قد نقضوا عهدهم مع المسلمين في غزوة الأحزاب، حاصروهم رسول الله خمساً وعشرين ليلة حتى جهدتهم الحصار وقذف الله في قلوبهم الرعب، فنزلوا على حكم سعد بن معاذ، وقبله الرسول ﷺ فحكم في حقهم بما هو المعروف في تاريخ السيرة. (٢)

٤- ولعل نزول الإمام علي عليه السلام ومعاوية على حكم الحكيم مشروطاً بشروط، من هذا القبيل.

إنّ هذا المقدار من الشواهد التاريخية يثبت جوازها، أضف إليه، أنّ الرجوع

١- ابن هشام: السيرة النبوية ١/ ١٩٧.

٢- ابن هشام: السيرة النبوية ٢/ ٢٣٩.

إلى الحكم الحرّ أمر رائج بين الأمم ومن البعيد أن يكون غير مشروع في الإسلام.

نعم هناك روايات ربّما تحمل على قاضي التحكيم:

١- روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل كان بينه وبين أخ له ممرارة في حقّه 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 أَتُزَّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ (١)، (٢).

٢- روى أبو بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله عزّ وجلّ في كتابه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ (٣) فقال: «يا أبا بصير إنّ الله عزّ وجلّ قد علم أنّ في الأمة حكّاماً يمجرون أمّا أنّه لم يعن حكّام العدل ولكنه عنى حكّام أهل الجور يا أبا محمد! أنّه لو كان لك على رجل حقّ فدعوته إلى حكّام العدل فأبى عليك إلا أن يرافعك إلى حكّام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت...» (٤).

٣- روى الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منّا فقال: «ليس هو ذاك إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسطوط» (٥).

أقول: الروايات تحتل وجهين:

١- إنّها واردة في قاضي التحكيم فإنّ مقومه عبارة عن أمور ثلاثة: أ- كونه غير منصوب، ب- كونه جامعاً للشرائط، ج- تراضي المتخاصمين على قضائه. والموارد فيها جامع لها.

٣- البقرة: ١٨٨.

١- النساء: ٦٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٠٢.

٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

٢- إنَّها واردة في القاضي المأذون وهو يتقوم بالشرطين الأولين ولا يتوقف على التراضي، غير أنَّ أخذ الثالث فيها لأجل أنَّه لولاه لما يثمر الرجوع إليه إلا إذا كانا متدينين معتنقين وهو قليل.

والظاهر أنَّها واردة في القاضي المأذون وأنَّ وزانها وزان المقبولة وروايتي أبي خديجة حيث جاء فيها أيضاً، قيد التراضي وما هذا إلا لأجل أن يكون الرجوع مفيداً ومثمراً وإلا سواء تراضيا أم لا فإنَّ العمل بقولهم من واجبهم.

المقبولة و قاضي التحكيم

ولما بلغ الكلام إلى المقبولة وروايتي أبي خديجة فلندرسها فلإنَّ بعض الأعاضم، حاول تطبيق ما ورد في باب القضاء من إرجاع الناس إلى الفقيه الجامع للشرائط على قاضي التحكيم فلنبحث في المقبولة وغيرها.

أما المقبولة فالذي يوهم كون موردها من قبيل قاضي التحكيم أمران:

١- قوله عليه السلام: «فليرضوا به حكماً، فلإنَّي قد جعلته عليكم حاكماً»^(١)، فإنَّ رأي القاضي المنصوب و المأذون نافذ شرعاً رضياً به أم لا.

٢- فرض تعدد القاضي حيث قال: فإن كان كل واحد، اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم.

فقال: «الحكم ما حكم به أعدهما، وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر»^(٢).

وجه الدلالة: إنَّ اختيار كل من الطرفين رجلاً لا يصح في القاضي المنصوب

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

بل يجب عليهما فيه الرجوع إلى قاض واحد، فالقاضي المنصوب وإن كان يتعدّد وجوداً لكن لا يتعدّد رجوعاً.

يلاحظ على الوجه الأول: أن المراد هو القاضي المأذون وبما أن قضاءه نافذ شرعاً، لاعرفاً وقانوناً وليست الدولة وراءه، أمر الإمام المتخاصمين بالتراضي حتى يكون جابراً لما يفوته من القدرة الظاهرية.

يلاحظ على الوجه الثاني: أنه لو كان المختلفان في الرأي من قبيل قاضي التحكيم، لما وجب على أحد المتخاصمين الأخذ بالقول الأرجح، لأنه رضي بالأرجح لا بالأرجح. وبعبارة أخرى رضي بقضاء العادل الفقيه الصادق الورع لا بقضاء الأعدل الأفقه الأصديق الأورع، فالزامه بالأخذ لا يتفق مع كونه قاضي التحكيم، فلانما من إرجاعه إلى القاضي المأذون.

مركز تحقيق مكتبة نور عيسى

روايتنا أبي خديجة وقاضي التحكيم

قد ورد في إحدى روايته: «فاجعلوه بينكم فإني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»^(١) وفي الأخرى: «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا فإني قد جعلته عليكم قاضياً»^(٢).

وجه الدلالة أنه أمرهما بجعله قاضياً فإن القاضي المنصوب والمأذون، لا يحتاج إلى جعل المتخاصمين.

يلاحظ عليه: أن الدعوة إلى الجعل، ليس لأجل مدخلته في مشروعية القضاء كما هو الحال في مورد التحكيم، وإنما هي لأجل تدارك ما يفوت المأذون من القوة المجرية، حتى يقوم إقدامهما بالجعل مقامها.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

٣- رواية داود بن الحصين وقاضي التحكيم

روى داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيهما يمضى الحكم؟ قال: «ينظر إلى أفقهما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت إلى الآخر»^(١).

وليس الموهوم إلا قوله: فرضيا وقد عرفت وجهه.

أضف إليه أنه جزء من رواية المقبولة، لأن الراوي لها عن عمر بن حنظلة هو داود بن الحصين، فنقل جزء منها، بحذف آخر السند، أو سقوطه من قلم النساخ، فيأتي فيها ما قلناه في المقبولة.

وبذلك يعلم حال رواية موسى بن اكيل^(٢) فلا تعطيل الكلام.

فاتضح أنه لا وجه لحمل تلك الروايات الواردة في القاضي المأذون على قاضي التحكيم وليس القاضي منحصراً بالمنصوب والتحكيم حتى يدور الأمر بينهما - كما ربما يبدو من بعضهم - فهناك قسم ثالث وهو القاضي المأذون والروايات وردت في حقه.

الجهة الخامسة: في بيان ما هو الشرط في قاضي التحكيم

هل يشترط في قاضي التحكيم، كل ما يشترط في القاضي المنصوب، سوى كون الثاني منصوباً دون الأول، أو لا يشترط فيه سوى الأمور العامة من العقل و البلوغ والإسلام والإيمان؟

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤٥.

صريح المحقق هو الأول، قال: يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب عن الإمام عليه السلام ^(١) وقال الشهيد في المسالك: «واعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جملتها كونه مجتهداً» ^(٢).

والحق هو الإشتراط والدليل حسب ما استظهرنا من عمومات نفوذ قضاء الفقيه، واضح، لما مرّ من أن الموضوع لنفوذ القضاء هو الصادر عن الكتاب والسنة الذي يعتبر عنه اليوم بالفقيه الجامع للشرائط أو المجتهد، من غير فرق بين زمان الحضور (من عصر الصادق بل قبله أيضاً لوحدة الحكم في جميع الأزمنة) وزمان الغيبة، غير أن الظروف الخاصة كبسط اليد، أو قيام الدولة الحقّة قسّمه إلى منصوب وغير منصوب، وإلا فالجميع داخل تحت عنوان الفقيه ولا يمنع عن قضاء غير المنصوب، شيء سوى إيراد باب الفوضى، وعند ذلك، يكون دليل الشروط في الجميع واحداً، فلو كان شيء شرطاً في المنصوب يكون شرطاً في غيره لكونه شرطاً لنفوذ قضائه لا للنصب.

ثم إن صاحب الجواهر استظهر من روايتي أبي بصير والحلي الماضية، عدم اشتراط أي شيء خاص في قاض التحكيم سوى الشروط العامة من البلوغ والعقل والإسلام والإيمان، قائلاً بأن الموضوع في الرواية الأولى لأبي بصير هو الدعوة إلى قضاء الأخ فقط حيث قال: «فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه» ^(٣) كما أن الموضوع في الرواية الثانية له هو كونه حاكماً بالعدل كما قال: «لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حكام أهل العدل...» ^(٤) والموضوع في الثالث هو «رجل من الشيعة» كما قال: «فيتراضيان برجل منا» ^(٥) فإن مفاد هذه الروايات

١- النجفي: الجواهر: ٢٨/٤٠ قسم المتن.

٢- زين الدين العاملي: المسالك: ٣٩٠/٢.

٣ و٤ و٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢، ٣، ٨.

أنهم أذنوا لشيعتهم أجمع، الحكم به وأن المدار هو القضاء بأحكامهم لا بغيرها.^(١)
 يلاحظ عليه أولاً: ما عرفت من عدم ثبوت ورود هذه الروايات في مورد
 قاضي التحكيم، بل هو أحد الاحتمالين، والاحتمال الآخر كونها واردة في حق
 القاضي المأذون وأخذ قيد «الدعوة إلى الأخ»، و«حكّام العدل» أو «برجل منا»،
 لتدارك ما يفوت المأذون من القوة والقدرة، على ما تقدّم.

وثانياً: أن الروايات بصدد بيان أصناف القضاة وأنه لا يجوز الرجوع إلى
 حكّام الجور، بل يجب الرجوع إلى حكّام العدل، وأما ما هو شرائط أولئك الحكّام؟
 فليست الروايات بصدد بيانها، بل يمكن الاستئناس من عطف أحد الحكّام على
 الآخر، وحدة حكمهما، لأنّ حكّام الجور يوم ذاك كانوا من فقهاء العامة ومن
 الذين كانوا يصدرّون عن الكتاب والسنة فليكن حكّام العدل أيضاً مثلهم.

إنّ المحقّق الخوئي ممن ذهب إلى عدم شرطية الاجتهاد في قاضي التحكيم،
 اعتماداً برواية أبي خديجة التي جاء فيها قوله: «ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم
 شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم»^(٢) حيث حملها على قاضي التحكيم، وقد مرّ
 الكلام فيها وأنه لا يصح الاحتجاج بها، لأجل احتمال وحدة الروايتين وتردد اللفظ
 الصادر عن أئمة أهل البيت بين دال على شرطية الاجتهاد وعدمه.

الجهة السادسة: في اشتراط الرضا بعد القضاء وعدمه

المشهور، عدم اشتراط الرضا بعد القضاء قال الشيخ في المبسوط: إذا ترفع
 نفسان إلى رجل من الرعية فرضيا به حكماً بينهما و سألاه أن يحكم لهما بينهما جاز
 وإنما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلي القضاء وهو أن يكون من أهل العدالة

١- النجفي: الجواهر: ٤٠ / ٣٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥.

والكمال والاجتهاد، على ما شرحناه من صفة القاضي، لأنه رضي به قاضياً فأشبهه قاضي الإمام، ولا فصل بين أن يرضيا به في بلد فيه حاكم سواء أو لا حاكم فيه، الباب واحد لأنه إذا كان ذلك إليهما في بلد لا قاضي به، كذلك في بلد به قاض.

فإذا ثبت أنه جائز فإذا نظر بينهما فمتى يلزم حكمه في حقهما؟ قال قوم: بالرضا بما حكم به بعد حكمه. وقال آخرون: يلزم حكمه بما يلزم به حكم الحاكم وهو إذا أمضاه هو عليهما لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» فلولا أن حكمه بينهما يلزم، ما تواعده باللعن عند الجور. ^(١)

وقال في الخلاف: إذا تراضى نفسان برجل من الرعية يحكم بينهما وسألاه الحكم بينهما، كان جائزاً بلا خلاف فإذا حكم بينهما لزم الحكم وليس لهما بعد ذلك خيار وللشافعي فيه قولان: أحدهما أنه يلزم بنفس الحكم كما قلناه والثاني: يقف بعد إنفاذ حكمه على تراضيهما، فإذا تراضيا بعد الحكم لزم. ^(٢)

وقال المحقق: ولا يشترط رضاها بعد الحكم. ^(٣)

وقال العلامة في القواعد: ولا يجوز نقض ما حكم به مما لا يتقضى فيه الأحكام وإن لم يرضيا بعده إذا كان بشرائط القاضي المنصوب في الإمام. ^(٤)

وقال الشهيد: قضاء التحكيم وهو سائغ وإن كان في البلد قاض ويلزم الخصمين المتراضيين به حكمه حتى في العقوبة وهل يشترط رضاها بعد الحكم؟ الأقرب لا. ^(٥)

وقال الأردبيلي: مضى حكمه بينهما وليس لهما نقضه بعده ولا يشترط الرضا

٢- الطوسي: الخلاف ٣، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

١- الطوسي: المبسوط ٨/ ١٦٤.

٤- العاملي: مفتاح الكرامة ١٠/ ٣، قسم المتن.

٣- النجفي: الجواهر ٤٠/ ٢٣، قسم المتن.

٥- الشهيد: الدروس ٢/ ١٧-١٨.

بعد الحكم على المشهور ولا يجوز لها خلاف ذلك.^(١)

وقال الشهيد الثاني في الروضة: وهل يلزم حكمه بنفس الحكم، كحكم القاضي أو لا يلزم إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان ويقال وجهان: أظهرهما الأول.^(٢)

نعم قال العلامة في التحرير: ولو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافعا إليه فحكم لم يلزمهما الحكم وإن كان غائباً.^(٣)

ومع ذلك فالحق هو عدم الحاجة إلى التراضي، وذلك لوجهين:

١- إن قاضي التحكيم، ليس موضوعاً جديداً بل هو والقاضي المنصوب من أقسام القاضي المأذون في عصر الغيبة، غير أن حفظ النظم، ألجأ غير المنصوب إلى الإنسحاب من ساحة القضاء مع أن له أهلية القضاء وصلاحيته فإذا قضى في مورد لا تشمل له أدلة المنع، تعمه أدلة نفوذ القضاء وأنه: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا ردّ والرادّ علينا الرادّ على الله».^(٤)

٢- إذا كان نفوذ الحكم منوطاً بتراضي الطرفين، تلزم لغوية القضاء لأنه لا يخلو إما أن يحصل التراضي أو لا. فعلى الأول، يكون الفاصل، هو التراضي دون القضاء ويكون القضاء بمنزلة الإفتاء، وعلى الثاني، يطرح ويكون بلا أثر.

وإلى ما ذكرنا يشير الشيخ في الخلاف ويقول: وأيضاً لو كان الحكم لا يلزم بنفس الالتزام والانقياد، لما كان للترافع إليه معنى فإن اعتبر التراضي كان ذلك موجوداً قبل الترافع إليه.^(٥)

٢- زين الدين: الروضة ٣/ ٧١.

١- الأردبيلي: مجمع الفائدة ٢/ ١٨٢.

٣- التحرير: كتاب القضاء ١٨٠.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٥- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤٠.

فإن قلت: إن قوله عليه السلام في صحيح الحلبي: «ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط»^(١) إذا كان وارداً في قاضي التحكيم يكون مفاده شرطية النفوذ بالتراضي.

قلت: مضافاً إلى ما عرفت من أن الحديث يحتمل أمرين، أن الفقرة عنوان مشير إلى السلطات الجائرة، الذين كانوا يجبرون الناس على أحكامهم الباطلة بالسيف والسوط، وإلا فهل يمكن لأحد أن ينكر لزوم القوة والقدرة في إجراء الأحكام الحقّة؟ قال رسول الله ﷺ: «الخير كله في السيف وتحت ظل السيف ولا يقيم الناس إلا السيف»^(٢).

الجهة السابعة: نفوذ حكمه بحقوق الناس وهدمه

الظاهر من كلمات الأصحاب نفوذ حكمه مطلقاً. قال المحقق يعمّ الجواز كل الأحكام.^(٣)

وقال العلامة في القواعد: «لزمها حكمه في كل الأحكام حتى العقوبات»^(٤) وقال شارح القواعد: «والمراد بالعقوبة في كلام المصنف، الحبس وإقامة الحدود والتعزير والنفوذ نفساً وطرفاً» وقال (المصنف) فيما بعد: «وهل له الحبس واستيفاء العقوبة إشكال» فلا أراه إلا رجوعاً.^(٥)

وقال في الدروس: «ويلزم الخصمين المترافعين به حكمه حتى في العقوبات»^(٦).

وقال في المسالك: «وظاهر الأصحاب وصريح بعضهم ثبوت هذا الحكم في

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٨.

٢- الوسائل: الجزء ١١، الباب ١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١.

٣- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٦٨/٤.

٤- ٥٥- العاملي: مفتاح الكرامة: ١٠/٣٠ متناً وشرحاً.

٥- ٦٨- مكّي العاملي: الدروس: ٦٨/٢.

جميع ما يقع فيه التداعي من المال والنكاح والقصاص والحدود 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 وهو قول لبعض الشافعية نعم يختص بحق الأدي حيث إنه يتوقف على نصب المتخاصمين فلا يحكم في حقوق الله تعالى إذ ليس لها خصم معين، ويختص حكمه بمن رضى فلا يضرب دية القتل خطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ولا يكفي رضى القاتل.^(١)

ويظهر نظرنا في المقام مما ذكرناه في الجهات السابقة وهو نفوذ رأيه وقضائه في جميع الموارد، إلا فيما إذا لم يكن في المورد مشتك، وذلك لأنه لا يقصر عن القاضي المنصوب قدر شعرة وربما يترجع عليه وإنما عاقه عن التصدي صيانة النظام عن تسرب الفوضى إليه، فإذا كان المانع مفقوداً، فيكون قضاؤه نافذاً. نعم فيما إذا لم يكن هنا أي مشتك، فلا موضوع للتحكيم كما لا يخفى.

في نفوذ قضاء الفقيه الإمامي : القاضي المأذون

قد عرفت أن القاضي ينقسم إلى قاض منصوب يختص بزمان الحضور مع بسط اليد، وقاضي التحكيم يتوقف نفوذ قضائه على رضا الطرفين وهو يختص عند الأصحاب بزمان الحضور، مع عدم بسطها - وقد عرفت إمكان تصويره في زمان الغيبة أيضاً كما تقدم - وقاض مأذون من جانبهم ومنصوب عنهم بالنصب العام، لا الخاص ولأجل التفريق بين القسمين نسميه بالمأذون لآبا المنصوب وإلا فالنصب مما لا بد منه عموماً أو خصوصاً وما في المسالك: «وأما مع عدم تمكن ذلك إما لغيبته أو لعدم بسط يده، فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط وهو نصب الإمام له» محمول على سقوط النصب الخاص لا العام وإلا فيفقد الولاية

كما سيوافيك توضيحه، وعلى كل تقدير يقع الكلام في جهات:

الجهة الأولى: في نقل كلمات الأصحاب في نفوذ قضاء الفقيه

اتفق الأصحاب على أنه ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام الجامع للصفات المشروطة في الفتوى:

١- قال المحقق: فمع عدم حضور الإمام عليه السلام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت الجامع للصفات المشروطة في الفتوى.^(١)

٢- قال ابن سعيد: فإن تنازع المؤمنون حال انقباض يد الإمام عليه السلام فالحاكم من روى حديثهم وعرف أحكامهم والراة عليه كالراة عليهم.^(٢)

٣- قال العلامة في الإرشاد: وفي حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه من علماء الإمامية الجامع لشرائط الفتوى.^(٣)

٤- قال في القواعد: وفي حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء.^(٤)

٥- قال الشهيد في الدروس: وفي غيبة الإمام ينفذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط.^(٥)

٦- قال الشهيد الثاني: وينفذ عندنا قضاء الفقيه العدل الإمامي الجامع لباقي الشرائط وإن لم يتراض الخصمان.^(٦)

٧- قال المحقق الأردبيلي معلقاً على قول العلامة في الإرشاد: دليله كآته الإجماع والأخبار المتقدمة الدالة على جعله العالم بالأحكام قاضياً وحاكماً وأن

٢- ابن سعيد الحلّي: الجامع للشرائع ٥٣١.

٤- مفتاح الكرامة، قسم المتن ج ١٠ / ٣.

٦- زين الدين العاملي: المسالك ٢ / ٣٩٠.

١- نجم الدين الحلّي: الشرائع ٦٨ / ٤.

٣- العلامة: إرشاد الأذهان ١٣٨ / ٢.

٥- مكّي العاملي: الدروس ٦٧ / ٢.

خلافه لا يجوز بل الرادّ عليه هو الرادّ على الله وهو على حدّ الشرك بالله وإن لم يكن سندها معتبراً على ما عرفت إلا أنّ مضمونها موافق للعقل وكلامهم وقواعدهم المقررة^(١).

الجهة الثانية: في إغناء الإذن عن النصب

التصفح في كلمات الأصحاب يعرب عن اتفاقهم على إغناء الإذن العام عن النصب قال الشهيد الثاني: أمّا مع عدم ذلك (التمكّن من الإمام) إمّا لغيبته أو لعدم بسط يده فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط وهو نصب الإمام له^(٢).

وقال المحقق الأردبيلي عند البحث في روايات المقام: لعلمهم خصّوا بحال الغيبة وعدم إمكان النصب والإذن للإجماع ونحوه^(٣).

أقول: مرادهم من الغناء عن النصب، نصب الإمام المعصوم وذلك لعدم التمكن ولكن لا يستلزم ذلك، الغنى عن النصب مطلقاً ولو عن جانب الحاكم الأعلى إذا قامت دولة حقّ للإسلام يرأسها فقيه جامع للشرائط، فإنّ صيانة النظام عن تسرّب الفوضى يقتضي توقف النفوذ على نصب الحاكم الأعلى وذلك لعدم المقتضي، بل لرعاية المصالح الملزمة.

الجهة الثالثة: في سعة نفوذ قضائه

لا شكّ في نفوذ قضاء الفقيه في الجملة، وإنّما الكلام في سعة نفوذه فيظهر منهم أنّه نافذ حتى في الموارد التالية:

١- ينفذ حكمه على مجتهد آخر يخالفه في الرأي.

٢- زين الدين العاملي: المسالك ٢/ ٣٩٠.

١- الأردبيلي: مجمع الفائدة ١٢/ ١٨.

٣- الأردبيلي: مجمع الفائدة ١٢/ ١٨.

٢- ينفذ حكمه على مقلد مجتهد آخر يخالفه في الرأي.

٣- لا يجوز نقض حكمه بحكم آخر إلا إذا علم علماً قطعياً بمخالفته للواقع بأن كان مخالفاً للإجماع المحقق أو الخبر المتواتر أو تبين تقصيره في الاجتهاد، ففي غير هاتين الصورتين لا يجوز نقضه وإن كان مخالفاً لدليل قطعي نظري كإجماع استنباطي أو خبر مخفوف بقرائن وأمارات قد توجب القطع مع احتمال عدم حصوله للحاكم الأول أخذاً بإطلاق عدم جواز رد حكم الحاكم الذي منه نقضه إلا إذا حصل القطع بكونه على خلاف الواقع فلا يكفي في جواز النقض كون الدليل علمياً لبعض دون بعض.^(١)

٤- لا يجوز نقض الحكم بالفتوى المخالف.

٥- يجوز نقض الفتوى بالحكم في مورد ذلك الحكم مثلاً إذا ترفع شخصان على بيع شيء من المائعات وقد لاقى عرق الجنب من حرام مثلاً عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان محكوماً بالطهارة للمحكوم عليه وإن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلد مجتهد كذلك، لإطلاق دليل ما دلّ على وجوب قبول حكمه وأنه حكمه والراء عليه كالراء عليهم ويخرج حينئذ هذا الجزئي من كل الفتوى بأن المائع الملاقي عرق الجنب عن حرام، نجس في حق ذلك المجتهد ومقلدته وكذا البيوع والأنكحة والطلاق والوقوف وغيرها وهذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثاني ما حكم به الأول وإن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه.^(٢)

وبما أن المحقق وشرّاح الشرائع بحثوا عن هذه الأحكام بعد الفراغ عن صفات القاضي وآدابه، في ضمن المسألة الثالثة، فنحن أيضاً نقتفي أثرهم فانتظر.

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦.

٢- النجفي: الجواهر ٩٨/ ٤٠ ووافقه السيد الطباطبائي في ملحقات العروة: ٢/ ٢٧، المسألة ٣٥، ولاحظ العروة الوثقى قسم التقليد، المسألة ٥٥، فقد أفتى فيها السيد بفساد المعاملة من رأس، وهو ينافي مع ما ذكره في المقام وسيوافيك تفصيله في محله.

الجهة الرابعة: في حرمة الترافع إلى أحكام الجور

يحرم الرجوع إلى أحكام الجور إجمالاً وإليك كلمات الفقهاء:

- ١- قال المحقق: ولو عدل إلى قضاة الجور والحال هذه كان مخطئاً.^(١)
 - ٢- قال أبو سعيد: ولا يجوز الترافع إلا إلى الإمام أو نائبه، ومن أذن له.^(٢)
 - ٣- قال العلامة: ومن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصياً.^(٣)
 - ٤- قال الشهيد الثاني - بعد نقل رواية أبي خديجة والمقبولة -: وقد ظهر منها الحكم بتخطئة التحاكم إلى أهل الجور.^(٤)
 - ٥- قال المحقق الرشتي: لا يجوز الترافع والتحاكم إلى أحكام الجور في حال الاختيار أي مع إمكان الرجوع إلى أحكامنا بالأدلة الأربعة.^(٥)
 - ٦- قال السيد الطباطبائي: لا يجوز الترافع إلى قضاة الجور اختياريّاً ولا يحلّ ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقّاً إلا من طرف حكمهم.^(٦)
- إلى غير ذلك من الكلمات الواردة في الكتب الفقهية في عنوان المسألة ويدل على التحريم: الكتاب والسنة والعقل.

أما الكتاب فقوله سبحانه: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ بَرَّهْمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ (النساء / ٦٠). وروى المفسرون أنه كان بين رجل من اليهود ورجل من المنافقين خصومة فقال اليهودي: أحاكم إلى

٢- أبو سعيد الحلبي: الجامع للشرائع ٥٣٠.

٤- زين الدين العاملي: المسالك ٣٩٠ / ٢.

٦- السيد الطباطبائي: ملحقات العروة ٩ / ٢.

١- نجم الدين الحلبي: الشرائع ٦٨ / ٤.

٣- العلامة: الايضاح ٢٩٤ / ٤، قسم المتن.

٥- الرشتي: القضاء: ١٤.

محمد لأنه علم أنه لا يقبل الرشوة ولا يجور في الحكم فقال المنافق: لا بل بيني وبينك كعب بن الأشرف لأنه علم أنه يأخذ الرشوة.^(١) ومورد الآية وإن كان هو اليهود لكن المتفاهم هو كل من يحكم بغير الحق. قال الطبرسي: والطاغوت يوصف به أيضاً كل من طغى بأن حكم بخلاف حكم الله، وصريح الآية أنه لا يجتمع الإيمان بما أنزل الله إلى نبيه والأنبياء السالفين، مع التحاكم إلى الطاغوت بل لا يجتمع زعم الإيمان بالله مع إرادة التحاكم إليه، فإذا لم يجتمع زعم الإيمان معه، فكيف يجتمع الإيمان مع الرجوع، وذكر زعم الإيمان دون الإيمان نفسه لأجل الإيعاز إلى نفاقه.

وأما من السنة فيكفي في ذلك، ما في المقبولة: «من تحاكم إليهم في حق أو باطل فلإنما تحاكم إلى طاغوت وما يحكم له فلإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به».^(٢) أضف إلى ذلك رواية أبي خديجة^(٣) وصحيح الحلبي^(٤) وروايته أبي بصير^(٥) وداود بن الحصين^(٦) وخبر موسى بن أكيل النميري^(٨) التي تقدمت وغير ذلك من الروايات الواردة في المقام. وأما من العقل، فإن حكم الجائر بينهما حرام والترافع إليه يقتضي ذلك فيكون اعانة على الإثم وهي منهية عنها.

وأورد عليه في الجواهر: بمنع الصغرى أولاً ومنع حرمة الكبرى ثانياً^(٩) أقول: إن المستدل تارة يستدل بحكم العقل على حرمة مقدمة الحرام، وأخرى بما دل على حرمة التعاون على الإثم والعدوان وإن كان ظاهر كلامه هو الثاني، فعلى الأول لا وجه للشك في كونه مقدمة للحرام، وأما الكبرى فلو قلنا

١- الطبرسي: مجمع البيان ٢/ ٦٦.

٢، ٣، ٤، ٥، ٦- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤، ٥، ٨، ٢، ٣.

٧، ٨- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢٠، ٤٥.

٩- الاستدلال من المحقق السبزواري نقله في الجواهر ٤٠/ ٣٥ وأورد عليه بها عرفت.

بحرمة مطلق المقدمة أو الجزء الأخير منها فهو حرام أيضاً لأن المقصود من الترافع ليس مجرد الرجوع إلى محكمته، بل طرح الدعوى بالإتيان بالشاهد أو تخليف المنكر ولاشك أنه الجزء الأخير من مقدمات الأمر المحرم أعني: حكم الجائر.

وعلى الثاني فلمنع كل من الصغرى والكبرى وجه وإن كان غير مرضي عندنا أما منع الصغرى فلأن المحرم حسب ظاهر الآية، هو المعاونة القائمة بالطرفين، لا الإصانة القائمة بالطرف الواحد كما في المقام أما منع الكبرى فلاحتمال كون النهي تنزيهياً، كالأمر الوارد في عدله أعني: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (المائدة/ ٢).

يلاحظ على الأول: أن التعاون كما يصدق في مورد الاجتماع على الإتيان بالإثم والعدوان كأن يجتمعوا على قتل النفوس ونهب الأموال كذلك يصدق إذا قام واحد بالعمل مستقلاً وأعان آخرون عليه والحاصل أنه يصدق فيما اشتركوا في الإتيان بالمحرم وفيما إذا اشتغل واحد، وأعان الآخر عليه، قال في اللسان: «تعاوننا: أعان بعض بعضاً»^(١)

والذي يدل على ذلك أن أمين الإسلام فسر بنحو عام وقال: أمر الله عباده بأن يعين بعضهم بعضاً، على البر والتقوى أو هو العمل بما أمرهم الله تعالى به، واتقاء ما نهاهم عنه، ونهاهم أن يعين بعضهم بعضاً على الإثم وهو ترك ما أمرهم به وارتكاب ما نهاهم عنه من العدوان وهو تجاوز ما حد الله لعباده في دينهم وفرض لهم في أنفسهم.^(٢)

ويلاحظ على الثاني: بأن الموضوع لا يناسب كون النهي تنزيهياً وهو التعاون على الإثم والعدوان وعندئذ لا يكون الصدر قرينة على الدليل.

إلى هنا تم بيان ما دلّ على حرمة الترافع إلى قضاة الجور، غير أن للمسألة صوراً فيقع الكلام في كون الحكم عاماً لجميع الصور أمكن الرجوع إلى الفقيه

الإمامي أو لا. وأيضاً إذا ترفع إليهم، هل يكون ما يأخذه بحكمه حراماً وسحتاً من غير فرق بين الدين أو عين ماله. أو يفرق بينها؟ ولأجل إيضاح الحال نقول:

إنه تارة يتمكن من استيفاء حقه من الرجوع إلى الفقيه الإمامي وأخرى لا يتمكن من ذلك، وعلى كل تقدير تارة يكون محققاً قبل الترفع وأخرى يكون محققاً بالتراجع، وعلى جميع التقادير، فتارة يكون المأخوذ بحكمهم، هو عين ماله الذي كان استولى عليه الطرف، وأخرى يكون دينه الذي كان عليه ويتشخص بالتراجع والقضاء عليه. هذه هي الصور المطروحة ونبحث عن الجميع في ضمن صور أربع:

الأولى: إذا تمكن من استيفاء حقه بالرجوع إلى الفقيه الإمامي وكان محققاً قبل التراجع، عالماً بأن العين الفلاني الذي في يد المدعى عليه ماله، أو أن له مالاً في ذمته فلاشك أن الرجوع إليهم حرام للأدلة السابقة، والمأخوذ بحكمه حرام أيضاً، كيف وقد أسماه الإمام سحتاً؟ فقال: وما يحكم له فلانها يأخذه سحتاً وإن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به.^(١)

واحتمال اختصاص الرواية بما إذا ثبت كونه محققاً بالتراجع، لامن كان محققاً قبله يردّه ظهور الرواية في كونه محققاً قبله قال: «وإن كان حقه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت» أضف إليه عموم التعليل أعني قوله: «لأنه أخذه بحكم الطاغوت» من غير فرق بين كونه محققاً قبله أو بعده.

هذا مما لا ينبغي الشك فيه إنما الكلام في سعة الحكم للعين والدين فهل الحكم عام أو يختص بالثاني؟ قولان مبنيان على أن السحت هل هو مطلق الحرام، سواء كان مال الغير أو لا، أو هو مال الغير الحرام، بحيث يعدّ كونه مال الغير مقوماً له؟ وقد اختار المحقق الرشتي القول الثاني ولم يذكر له دليلاً^(٢)، ويمكن

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٤.

٢- كتاب القضاء: ٦٥.

استظهاره من الكتاب وكلمات اللغويين أما الكتاب فقد استعمله في خصوص الرشوة . قال سبحانه : ﴿ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِلْسُّحْتِ ﴾ (المائدة/ ٤٢) ، وقال تعالى : ﴿ لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتِ ﴾ (المائدة/ ٦٣) وفسر في كلا الموردين بالرشوة^(١) وأما اللغة فقد فسروه بضمن الكلب والخمر والخنزير والرشوة وفي حديث ابن رواحة أن اليهود لما أرادوا أن يرشوه قال: أتطعموني السحت أي الحرام سمي الرشوة في الحكم سحتاً وفي الحديث: يأتي زمان يستحل فيه كذا وكذا، والسحت : الهدية أي الرشوة في الحكم والشهادة ونحوهما.^(٢)

ويؤيده أن حرمة مال الإنسان لملكه على خلاف الأصل لا يصر إليه إلا لوجه، ككونه رهناً، أو كون المالك قاصراً كالسفيه أو مفلساً متعلقاً ماله لحقوق الغرماء وأما المقام فليس هنا قصور لافي العين ولا في المالك، فلا وجه لكون التصرف فيه حراماً وسحتاً وإن كان أصل الترافع أمراً محظوراً ولا يقاس بالدين، لأن كون ماله عوضاً عن الدين، يتوقف على الولاية أو الرضا به، والقاضي لا ولاية له، وهو أيضاً غير راض، بخلاف العين فهي باقية على ملك المالك.

ويمكن أن يستظهر القول الأول بوجهين:

١- بما ورد في صدره من منازعة في دين أو ميراث، والثاني يراد منه ما يقابل الدين.

٢- الأخذ بعموم التعليل، وهو: لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به .

يلاحظ على الأول: أن الميراث، يكون مشاعاً غالباً ، فاختصاص واحد من الورثة به، يتوقف على الولاية أو الرضا وكلاهما مفقودان ويكون حكمه حكم

١- الطبرسي: مجمع البيان: ٢/ ١٩٦ و ٢١٧ ط صيدا.

٢- لسان العرب، ٢/ ٤٤١ النهاية ٢/ ٣٤٠ تاج العروس ٥٥٠.

الدين.

وهي الثاني: أنه لا يعدو عن كونه إشعاراً ولعل المراد أنه تمثلك بحكم الطاغوت ، لا مطلق الأخذ، فيكون مختصاً بالدين لا الأعم.

ثم إن المراد من ثبوت كونه محققاً قبل الترافع، أعم من كون الحق معلوماً واقعاً، كما إذا استولى المنكر على ماله، أو استقرضه ثم انكر المديون، أو معلوماً في ظاهر الشرع كما إذا شهدت البيّنة بأن أباه، كان له على فلان كذا وكذا، أو كان مقتضى فتوى مقلّده كونه ذا حق وأما مع عدم العلم واقعاً ولا ظاهراً، ولكن لما رفع الترافع إلى حاكم الجور، فقد قضى له. وهذا، هو الصورة التالية.

الصورة الثانية: إذا أمكن الترافع لدى حكام العدل وكان هناك نزاع بينه وبين شخص من أبناء جلدته ولم يكن الحق متبيناً قبل الترافع وإنما صار محققاً بقضاء قاضي الجور، فالترافع إليه حرام أولاً، وهو الفرد الأجل للروايات السابقة، ويحرم عليه الأخذ عيناً ودينياً. ثانياً، لعدم الاعتداد بقضاء أهل الجور، فلا يثبت به كونه مالكا للعين، والدين فضلاً عن تشخصه بحكمه في مال معين.

الصورة الثالثة: إذا علم كونه محققاً قبل الترافع وعالمًا بأحد الأنحاء المذكورة أنه مالك للعين أو الدين في ذمته غير أنه توقف استيفاء حقه المعلوم واقعاً على الترافع إلى غير الأهل من قضاة الجور إما لعدم رضى الطرف المقابل إلا بالترافع إلى غير الأهل من قضاة الجور، أو لعدم وجود الحاكم الشرعي، أو لعدم إمكان إثبات الحق عنده أو لعدم نفاذ قضائه. فالظاهر جوازه لانصراف الأخبار عن هذه الصورة، بشهادة أنها تأمر بالتراضي على الرجوع إلى من له شرائط القضاء من الشيعة ومعناه إمكان الرجوع إلى الأهل وفيحل ما يأخذه عيناً أو ديناً أما العين فقد علمت حالها وأما الدين فلسقوط شرطية رضائه بإبائه وعدم وجود طريق آخر للاستنقاذ.

وأقصى ما يمكن أن يقال: أنه إعانة على الإثم، ولكن إطلاقها مخصصة

بنفس الضرر والضرار ويمكن الاستدلال بصحيح علي بن مهزيار عن علي بن محمد عليه السلام سأله هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: «يجوز ذلك إن شاء الله إذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمداواة لهم»^(١).

إذ بناء على ما احتمله الفيض في الوافي من «أنه يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضائهم كما يأخذون منا بحكم قضائهم يعني إذا اضطرر إليه كما إذا قدمه الخصم إليهم»^(٢) يكون دليلاً على جواز الترافع عند الاضطرار.

وحمله في الجواهر على أن المراد المعاملة معهم كمعاملتهم معنا في مثل الشفعة بالجوار، وتوريث العصبية^(٣) ونحو ذلك وعندئذ يخرج عن مورد الترافع، ويكون من أدلة قاعدة الإلزام، ولكن هذا المعنى لا يلائم مع ما في كتاب أبي الأسد^(٤) فتعين الأول.

وأما خبر عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام قال: «إذا كنتم في أئمة جور فاقضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم». ورواه في العلل إلا أنه قال: وإن تعاملتم بأحكامهم^(٥).

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١، من أبواب آداب القاضي، الحديث ١، والمراد من علي بن محمد هو الإمام الهادي، فما في الجواهر من قوله: «خبر علي بن محمد ليس في محله، لإيماحه أن علي بن محمد راو، أضف إليه أن الشيخ رواه في التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى وسنده إليه صحيح كما نص به الأردبيلي في جامع الرواة ٢/٤٦٩.

٢- الفيض: الوافي: ٣- النجفي: الجواهر ٤/٣٥.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١، من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢، وفي الجواهر المطبوع: فامضوا مكان «فاقضوا»، الجواهر ٤/٣٦. وفي السند صالح بن عقبة وعطاء وكلاهما لم يوثقا، نعم عمرو بن أبي المقدام ضعفه الفضائري في أحد كتابيه ووثقه في كتابه الآخر، كما نقله العلامة في الخلاصة، وروى الكشي في رجاله مدحاً له.

ولعله يهدف إلى جواز العمل بأحكامهم تقيّة كتعيين أول الشهر صياماً وإفطاراً وعند ذلك لا تكون له صلة بباب القضاء خصوصاً على ما رواه في الجواهر «فامضوا» مكان «فاقضوا».

وأولى بالصحة إذا كان الخصم من أهل الخلاف.

فإن قلت: جواز التصرف في العين لاغبار عليه إنما الكلام في جواز التصرف في عوض الدين إذ كيف يتشخص له مع عدم الولاية للقاضي، والرضا للمنكر.

قلت: تسقط شرطية رضائه في المقام لأجل إباطه وعدم طريق آخر للاستيفاء فليس لحكم قاضي الجور دور سوى إعطاء القدرة الرسمية لإعادة عينه إلى سيطرته، واستيفاء دينه المسلم.

الصورة الرابعة: نفس الصورة الثالثة، لكن لم يتبين كونه محقاً إلا بالترافع إليهم، فالترافع إليهم وإن كان جائزاً لانصراف الأدلة عن صورة الاضطرار لكن لا يصح الأخذ بحكمهم لعدم العلم بكونه مالكا للعين أو الدين، ولا قيمة لقضاء قاضي الجور عندئذ فيصبح كالعدم إلا إذا كان الخصم مخالفاً أخذاً بقاعدة الإلزام بشرط أن لا يعلم باستحقاقه وإلا فيحرم كما هو مفاد رواية أبي الأسد.

الصورة الخامسة: إذا استعان بظالم من دون أن يكون حاكم جور أو قاضيه في استيفاء حقه فإن لم يتبين له كونه محقاً، فيحرم الرجوع ولا يملك ما أخذه من العين والدين لعدم ثبوت كونه مالكا لها.

إنما الكلام فيما إذا كان محقاً، فإن أمكن استيفاء حقه بالرجوع إلى حاكم العدل، فالرجوع إليه حرام لكونه ركناً إلى الظالم وقد قال سبحانه: ﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾ (هود/ ١١٣). فإن استعان والحال هذه يجوز له التصرف في العين دون عوض الدين وإن لم يمكن الاستيفاء به، وانحصر الطريق بالاستمداد من الظالم فالظاهر جواز الرجوع، لقاعدة لا ضرر وجواز التصرف في العين، وعوض الدين كما عرفت في الصورة الثالثة.

المسألة الثانية^(١) وفيها فروع

- ١- تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.
 - ٢- ربما وجب ويكون واجبا على الكفاية. وقد تقدّم الكلام في هذين الفرعين.
 - ٣- إذا علم الإمام ﷺ أن بلداً خال من قاضٍ لزمه أن يبعث له ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه ويحلّ قتالهم طلباً للإجابة.^(٢)
- ولابدّ من تقييد اللزوم بوجود الحاجة إلى القاضي. وأما وجوب البعث فإنّ نصب القاضي من شؤون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإنّ مفاده يختلف بالنسبة إلى العامي والحاكم الإسلامي المقتدر فإنّ مفاده بالنسبة إلى الأول ليس إلّا دعوة الناس بما يقتضيه تكليفهم، كما إذا كذب إنسان أو اغتاب فيلزم نهيّه عن ذلك لاعتراف الأمر والمأمور بحرمة الكذب والغيبة، ولا يعمّ المعروف والمنكر الثابتين بالقضاء لأنهما بالنسبة إلى أدلة الأمر بالمعروف، من قبيل الموضوع الجديد، والحكم لا يثبت موضوعه، وإنما يتوجّه إلى الموضوع المحرز قبل الحكم.
- هذا كلّه في العامي، وأما الحاكم الإسلامي، المقتدر، فلا يشترط في حقه العلم التفصيلي بالموضوع قبل التمسك بأدلة الأمر بالمعروف بل يكفي العلم الإجمالي بوجود معروف متروك، ومنكر معمول، فهذا المقدار من العلم الإجمالي، يكفي في إحراز الموضوع، ويصحّ التمسك عندئذٍ بمادّة على لزوم الأمر بالمعروف، ومن توابعه، نصب القاضي لكونه من مبادئ الأمر بالمعروف أو نفسه بمعنى، ولأجل ذلك قال المحقق: «لزم أن يبعث له».
- وأما حلية قتال المخالفين عن دخول البلد، أو قضاءه فلأنّه قيام على ضدّ

١- مرّت المسألة الأولى ص ١٠٩.

٢- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٦٨/٤.

الحكومة الإسلامية المحل للقتال إلى حد الاستسلام.

٤- لزوم التصدي للقضاء وشقوقه

قد عرفت أنّ القضاء واجب كفائي ومعناه وجوبه على الكل غير أنّه يسقط بقيام البعض. وإذا كان القادر بالإتيان واحداً يتعيّن الأمر عليه وهنا صور وشقوق وأقسام أشار إليها الشيخ في الخلاف، والمحقق في الشرائع، وفصلها الشهيد الثاني في المسالك وتبعهم صاحب الجواهر ونحن نذكر أكثر الأقسام.

الف: إذا كان هناك جماعة يعلمون القضاء على حدّ واحد، فعين الإمام واحداً منهم فولاه قال الشيخ في الخلاف: لم يكن له الامتناع من قبوله، وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. والآخر يجوز له الامتناع لأنّه من فروض الكفاية ثمّ استدل الشيخ على فتواه بأن الإمام معصوم عندنا فإذا أمر بأمر لا يجوز خلافه لأنّ ذلك معصية واثم يستحقّ فاعلها الإثم والعقاب^(١).

يلاحظ عليه: بأنّه لو تمّ الفرض، لا يختصّ الحكم بالإمام المعصوم، بل يعمّ الحاكّم الإسلامي الأعلى الذي بيده رتق الأمور وفتقها، وقد عرفت لزوم النصب عند قيام دولة إسلامية يرأسها فقيه جامع للشرائط فإذا نصب يكون لازماً على المنصوب امتثال أمره.

وأورد عليه المحقق بنفي الصغرى وأنّ الإمام بعد تساوي الأفراد في القضاء لا يأمر بواحد معيّناً فإنّه من قبيل إلزام ما ليس بلازم^(٢).

ولا يخفى أنّ تعدّد القابل للقضاء وصلاحيّة المتعدّد له، لا ينفي، تعيين فرد خاصّ على القضاء فإنّه ربّما يكون في بعض الأفراد مزية، غير ملزمة ككونه صاحب عشيرة في المنطقة أو عارفاً بلسان أهلها غير محتاج إلى المترجم أو غير

١- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٢.

٢- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٦٨-٦٩.

ذلك من المرجّحات غير الملزمة، وهذا وأمثاله، ربّما يبعث الإمام لأن يعين ذاك الفرد دون الآخر، وإن كان الجميع صالحين للقضاء وعارفين له.

ب: إذا كان العارف به واحداً فقط وعيّنه الإمام، فيجب عليه وينقلب الوجوب الكفائي إلى العيني. ودليل الحكمين في هذه الشق وما قبله وما يأتي - إذا كان المعين معصوماً - قوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ (الأحزاب/ ٣٦) وقال سبحانه: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (النساء/ ٥٩). وأمّا إذا كان فقيهاً جامعاً للشرائط، فدليل الحكمين هو وجوب نفاذ حكمه وعموم ولايته بالنسبة إلى هذه الموارد. ثم إن الفرد المعين بالامتناع عن الإجابة يفقد شرط القضاء وهو العدالة ولكن لا يسقط الحكم لتمكّنه من تحصيل الشرط (العدالة) بالتوبة كما لا يخفى.

ج: إذا انحصر العلم بالقضاء في واحد ولم يعلم به الإمام - لو صحّ الفرض في الإمام المعصوم - أو الحاكم الإسلامي، يجب على الواجد، إعلام الإمام نفسه ولكن إثباته بالموازين مشكل، لعدم وجوب القضاء عليه، إلّا بالنصب والمفروض أنّه غير منصوب، فكيف تجب مقدّمته أعني: التعريف بنفسه عند الإمام ولا يحصى عن القول بوجود العلم بالملك وإن لم يكن هناك علم بالخطاب، كما إذا غرق ابن المولى في الماء وكان المولى غافلاً والعبد ملتفتاً إليه فيكفي في الذم والعقاب العلم بالملك، وقد صحّح الأصوليون موارد عن هذا الطريق منها: الإتيان بالمهمّ مع وجود الأهم بناء على بطلان الترتّب وعدم الأمر بالمهم كما هو واضح.

د: تلك الصورة ولكن تعدّد القابل والقائم بمهمة القضاء، فيجب على الكل الإعلام كفاية، ويسقط بإعلام واحد منهم شأن كل واجب كفائي.

هـ: إذا تعدّد القابلون وطلب الإمام واحداً منهم لأعلى التعيين تجب التلبية على الكل، وتسقط بتلبية واحد منهم وإلّا أثم الجميع.

إلى غير ذلك من الصور المذكورة في المسالك فلاحظ.

٥- في بذل المال لتصدي القضاء

إذا كان التصدي للقضاء من جانب الجائر أمراً راجحاً، موجباً لرفع الظلم وإجراء العدل والحق، يكون بذل المال جائزاً للنصب والبقاء بل لأجل عزل القاضي الجائر وإن كان الأخذ للظالم حراماً إنهما الكلام إذا كان التصدي من جانب الحاكم العادل، فلا يجوز أخذ المال، ولا دفعه إلى بيت المال، ولأجل عدم الجدوى في المسألة، أعرض عن شرحها، صاحب الجواهر.

المسألة الثالثة:

في تولية المفضول مع وجود الفاضل

وهنا جهات من البحث:

الأولى: في تعيين محل النزاع

فنقول: إن لتولية المفضول مع وجود الفاضل مجالات:

تارة يبحث عنها في باب الإمامة الكبرى والنيابة عن الرسول ﷺ، فقد اتفقت كلمة الشيعة على قبحها وعدم صحتها، و أخرى في باب التقليد وأخذ الأحكام فالمشهور عندهم هو لزوم الرجوع إلى الفاضل دون المفضول مطلقاً، أو في موارد الاختلاف، وثالثة في كتاب القضاء وأنه هل يجوز تصدي المفضول لمهمة القضاء مع وجود الفاضل مع استكمال الشرائط المعتبرة فيها أو لا؟ وهو المقصود هنا. وله شقوق:

الف: هل يجوز للإمام المعصوم أن ينصب المفضول مع وجود الأفضل؟

قال المحقق: الوجه الجواز لأن خلله ينجبر بنظر الإمام عليه السلام. ولا يخفى أن الإمام أعرف بواجبه، فلا جدوى للبحث، أضف إليه، أن خلله إنما ينجبر إذا كان للإمام إشراف على قضائه، كما كان لعلي - عليه السلام - إشراف على قضاء شريح لما إذا كان بعيداً عنه.

ب: إذا كان هنا علماء موصوفون بصفات المفتي والقاضي وفيهم من هو أعلم من غيره، فما هو وظيفة العامي في الرجوع إلى الترافع قبل أن يقلد؟

إن وظيفة العامي في المقام نفس وظيفته في باب التقليد فيجب عليه قبل التقليد عقلاً، العمل بالاحتياط وتكون النتيجة هو تعيين الرجوع إلى الأفضل، لدوران الأمر بين التعيين والتخير، وأما إذا قلد فيجب عليه أن يعمل بفتوى مقلده سواء قال بتعيين الرجوع إلى الأفضل أو بالتخير بينه وبين غيره.

ج: إذا كان علماء موصوفون بصفات الإفتاء والقضاء وفيهم من هو أعلم من غيره، وكانت مفاتيح الأمور بيد قضاة الجور، فهل لغير الأفضل تصدي القضاء في زمان الغيبة أو لا؟ وبعبارة أخرى: هل يجوز للعامي الرجوع إلى غير الأفضل حسب الأدلة الإجتهدية أو لا؟

د: إذا قامت دولة اسلامية في عصر الغيبة يرأسها فقيه جامع للشرائط، فهل يتعين عليه نصب الأفضل مع وجود الفاضل، أو يتخير؟ وهذا هو الصالح للبحث عنه في المقام وإن كانت كلمات الأصحاب غير واضحة.

الجهة الثانية: ما هو ملاك الأفضلية؟

ليس الملاك في المقام تفاضل أحد القاضيين على الآخر في الروحيات والملكات كالأعدلية، والأورعية، والهاشمية، لأن المطلوب في باب القضاء هو عدم التهجّم على المحارم ويكفي في تحقيقه كونه ورعاً وعدلاً، بل الملاك في المقام كون رأي أحدهما أقرب إلى الواقع، ولا يتحقق ذلك إلا بالأعلمية والأفقهية وقد

نص بذلك صاحب الجواهر في آخر المسألة وقال: والظاهر أن المدار على الفضيلة في الفقه ولو باعتبار الفضيلة في المقدمات على وجه يعدّ كونه أفقه، أما مالا مدخلية له فيه فلا عبرة به.^(١)

نعم أفاد في صدر المسألة وقال: نعم مع تساويهما في العلم يقدم الأعدل لكونه أرجح حينئذ فيكون الحاصل حينئذ ترجيح أعلم الورعين وأورع الورعين لقاعدة قبح ترجيح المرجوح على الراجح.^(٢)

إن طبع المسألة يقتضي انحصار ملاك التفاضل بالعلم والفقه فقط ولأجله لا يصح قوله في العبارة الثانية: «ترجيح أعلم الورعين» أما الترجيح بالأورعية مع التساوي في العلم فلم يدلّ عليه دليل ومسألة قبح ترجيح المرجوح على الراجح، يتنفي بوجود بعض المرجحات في جانب المرجوح ككونه طليق اللسان، رحب الصدر، صحيح المزاج، عارفاً باللسان صاحب العشيرة الذي يهاب منه فلا يتأمر على ضده، وبالجمله المرجحات التي توجب اختيار الورع على الأورع، التي بها يدفع قبح الترجيح المذكور، كثيرة فلا تصل النوبة إلى ترجيح الأورع على الورع ترجيحاً واجباً لحفظ القاعدة العقلية.

الجهة الثالثة: في دراسة أدلة الطرفين

استدل القائل بالترجيح بالوجوه التالية:

١- إن الظنّ الحاصل من قول الأفضل، أقوى من الظنّ الحاصل من قول غيره والأخذ بالظنّ الأرجح متعين.

يلاحظ عليه: بمنع الصغرى تارة وأنه ربّما يكون الظنّ الحاصل من قول المفضول أقوى من غيره لمطابقته رأي من هو أعلم من ذلك الأفضل كما إذا طابق

قول الفاضل، رأي المحقق، أو الشيخ الأنصاري، ومنع الكبرى أخرى، إذ لا دليل على لزوم الترجيح بهذا المقدار، بعد إطلاق الدليل على حجية كل من الرايين.

٢- نصوص الترجيح خصوصاً مقبولة ابن حنظلة الحاكمة بالترجح بالأفقية بل بغيرها أيضاً.

يلاحظ عليه : أنها أجنبية عن المقام ، لأنه ورد الترجيح فيها إذا ترفع كل إلى قاض خاص فحصل بينهما التعارض، ولم يكن حينئذ محيص من الرجوع إلى المرجح وأين هذا من لزوم الرجوع إلى المرجح ابتداءً؟

أضف إلى ذلك أن المساق من المقبولة أنه كان في وسع المترافعين الرجوع إلى كل واحد من المتفاضلين ، من غير فرق بين العالم والأعلم لكنهما، ضيقاً الأمر على أنفسهما فرجع كل إلى قاض خاص، فلم يكن لهم حينئذ بد من إعمال المرجحات فلزوم العمل بالمرجح نشأ من عملهما ولم يكن هناك أي ملزم له ، وعلى ذلك فالرواية على عكس المقصود أدل.

٣- قول الإمام في عهده إلى واليه في مصر المعروف فقد جاء فيه : «ثُمَّ اخْتَرُ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ، يَمْنُ لَا تُضِيقُ بِهِ الْأُمُورُ، وَلَا تُمَحْكُمُ الْخُصُومُ، وَلَا يَتِمَادَى فِي الرِّلَّةِ، وَلَا يَخْصَرُ مِنَ الْفَيْءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ، وَلَا تُشْرِفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ، وَلَا يَكْتَنِي بِأَذْنٍ فَهُمْ دُونَ أَقْصَاءِ، وَأَوْقَفَهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ، وَآخَذَهُمْ بِالْحُجَجِ، وَأَقْلَهُهُمْ تَبَرُّماً بِمُرَاجَعَةِ الْخَصْمِ، وَأَصْبَرَهُمْ عَلَى تَكْشُفِ الْأُمُورِ، وَأَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضَاحِ الْحُكْمِ، يَمْنُ لَا يَزْدَهِيهِ إِطْرَاءُ، وَلَا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءُ، وَأُولَئِكَ قَلِيلٌ»^(١).

يلاحظ عليه : أن ما ورد فيه بين ما تحب رعايته وبين ما لا تحب للإجماع على عدم اشتراطه كأوقفهم في الشبهات وآخذهم بالحجج، فلا يمكن الاستدلال به

على الوجوب.

٤- ادعاء الإجماع على لزوم الترجيح نسب إلى المرتضى في الذريعة والمحقق الثاني في حواشيه على كتاب الجهاد من الشرائع.

قال المرتضى: وإن كان بعضهم عنده أعلم من بعض أو أروع وأدين فقد اختلفوا: فمنهم من جعله مخيراً، ومنهم من أوجب أن يستفتى المقدم في العلم والدين، وهو أولى لأن التفقه هاهنا أقرب وأؤكد. والأصول كلها بذلك شاهدة.^(١) وليس في كلامه دعوى الإجماع والاتفاق سوى قوله في الذيل: «الأصول كلها بذلك شاهدة» ولذلك صحت تسميته إجماعاً فإنما هو إجماع استنباطي من الاتفاق على الأصول، التي مورد البحث من صغرياتها. أضف إليه أن كلامه راجع إلى باب الاستفتاء لا القضاء.

وأما المحقق الثاني فليس في تعليقه على قواعد العلامة المعروف بجامع المقاصد دعوى الإجماع بل لم يذكر هذا الشرط لافي متن القواعد ولا في تعليقه وقد ذكر العلامة صفات المفتي بالنحو التالي: الإيمان والعدالة ومعرفة الأحكام بالدليل، والقدرة على استنباط المتجددات من الفروع من أصولها. وليس في تعليقه سوى توضيح قوله: «ومعرفة الأحكام بالدليل»^(٢) وأما تعليقه على الشرائع فلم تحضرنى حتى ألاحظها.

استدل القائل بعدم الوجوب ببعض الوجوه أولاها جريان السيرة عليه، فقد نصب النبي الأكرم معاذاً للقضاء مع وجود علي عليه السلام وهو أقضى الأمة إلا أن يقال بلزوم الترافع إلى أعلم إذا كانا في بلد واحد لافي بلدين وقد كان علي في المدينة، ونصب معاذاً للقضاء في اليمن ومع ذلك كله لا يمكن إنكار جريان السيرة على الرجوع إلى المجتهدين العظام في كل بلد، من دون أن يفرق بين أعلم

١- المرتضى: الذريعة ٢/ ٨٠١.

٢- المحقق الكركي: جامع المقاصد ٣/ ٤٩٠.

والعالم، وقد نصب الإمام الصادق أصحابه للقضاء حسب المقبولة. وفيهم زرارة ومحمد بن مسلم وغيرهم. مع أن الأولين من أئمة أصحابه عليهم السلام.
إلى هنا تبين موقف الأصحاب في المسألة ولنا في المقام تفصيل نأتي به.

التفصيل بين الشبهة الموضوعية والحكمية

قد تعرّفت على دليل المثبت والنافي ولكن الحق التفصيل بين كون مورد القضاء شبهة موضوعية التي يدور عليها رضى القضاء في تسعين بالمائة. وكونه شبهة حكمية، أمّا الأولى، فالأقوى هو التخيير بين الأفضل والفاضل، إذ ليس للأفقهية تأثير فيها، فإن فصل الخصومة يتحقق بالبيّنة والإحلاف على تفاصيلها، فلو أتى المدعي بها يحكم له، وإلا حلف المنكر، ولونكل وقلنا بالقضاء به، يُقضى عليه، وإلا يرد اليمين على المدعي، وهذه سنة متبعة في فصل الخصومات في الشبهات الموضوعية، والأفضل والفاضل في مقابلها سواء وليس لكون أحدهما أقوى نظراً وأحسن استنباطاً تأثير في أصابة الواقع فعندئذ يسقط دليل القائل بلزوم الترجيح بكون الظنّ الحاصل من رأي الأفضل أقوى من غيره نعم لو علم الاختلاف بين الفاضل والمفضول وكان منشأ الاختلاف ناشئاً من اختلاف النظر كان للترجيح وجه ولكنه قليل كالاختلاف بالقضاء بالنكول وعدمه وبالجملة: كلّ مورد لا يكون للاجتهاد فيه مدخل، يسقط الترجيح ويكفي كون القاضي مجتهداً وأمّا المقبولة الدالة على الترجيح بالأفقهية فلا صلة لها بالمقام لأنّ موردها هو الشبهة الحكمية كما سيأتي.

وأما إذا كان مورده هو الشبهة الحكمية فلما كان القضاء فيها مسبقاً بالإفتاء فيها. ولولاه لما كان للقضاء أساس، فلو لم يعلم الاختلاف بين رأيها فيها، جاز الرجوع إلى كلّ واحد، حسب ما عرفت في باب الاجتهاد والتقليد من جواز الرجوع إلى الأفضل والفاضل ما لم يعلم الخلاف بين رأيها، وأما إذا علم الاختلاف وكان

الاختلاف في مورد القضاء ناشئاً من الاختلاف في استنباط الحكم الشرعي ككون الحبة للولد الأكبر أو لجميع الورثة ففي مثله لما كان فتوى الأفضل حجة قطعاً، يكون قضاؤه مثل فتواه وأما الفاضل فلما كان رأيه في المسألة مشكوك الحجية يتسرب الشك إلى قضاؤه أيضاً فلا يجوز الرجوع إليه مادام الحال كذلك.

ويؤيد ذلك، أن الإمام أمر بالأخذ بالمرجع عند ظهور الاختلاف في مورد الشك في الشبهة الحكمية حيث قال الراوي: «فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا فرضياً أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم فقال: الحكم ما حكم به أعدهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما»^(١) فإذا كان مبدأ الاختلاف هو الاختلاف في الحديث، يكون المورد من قبيل الشبهة الحكمية. هذا هو المختار وهو متين وقد حكاه المحقق الأشتياني عن شيخه العلامة الأنصاري - قدس سرهما -^(٢)

ثم إن كون مصدر القضاء في الشبهات الحكمية مسبوقاً بالإفتاء وأن القاضي يفتي ثم يقضي به ربما يفيد في المستقبل كنفوذ رأي القاضي في حق المجتهد الآخر ومقلديه وعدمه إذا كانا مخالفين في تشخيص الحكم الشرعي. فانتظر.

المسألة الرابعة: في جواز الاستخلاف وعدمه

إن للمسألة صوراً أربع ذكرها المحقق في الشرائع وإليك بيانها:

- ١- إذا أذن الإمام له في الاستخلاف جاز بلا إشكال.
- ٢- لو منع عن الاستخلاف لم يجز لذلك.
- ٣- لو ولّاه وأطلق التولية وكان هناك أمانة تدل على الإذن في الاستخلاف

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩، من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- الأشتياني: القضاء: ٢٣.

مثل سعة الولاية التي لاتضبطها اليد الواحدة، جاز الاستنابة.

٤- تلك الصورة ولم تكن فيها تلك الأمانة لم يجوز.

هذا ما أفاده المحقق ووجهه واضح ولكنه إنما يتم فيما إذا كان القضاء متوقفاً على النصب كما في زمان الحضور مع بسط اليد أو زمان الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية فيما أن القضاء في هذه الظروف فرع النصب فتأتي فيها تلك الصور الأربع.

وأما في غيرهما كزمان الحضور مع عدم البسط، أو زمان الغيبة مع كون مفاتيح القضاء بيد الجائر، وكان في خارج دائرة القضاء الرسمية، رجال صالحون للقضاء لأصله لهم به فقي هذين الطرفين كل مجتهد قاض مأذون، غير محتاج إلى النصب فالنائب إذا كان مجتهداً، فهو مثل المستتيب وليس فرعاً له، وإن كان مقلداً فلا يصلح للقضاء حتى بالوكالة، كما مر.

نعم يجوز أخذ النائب في مقدمات القضاء وتدوين الأقارير وجمع القرائن والشواهد مما يسهل الأمر على القاضي وليس ممنوعاً كما يأتي التصريح به.

وهنا أمر آخر، وهو إذا ولّاه الإمام أو من بيده زمام الأمر في الدولة الإسلامية وصار ذا ولاية، كالجذّ والأب، فلا يتوقف استخلافه على وجود أمانة تدلّ على الإذن فيه، لأنّ المفروض أنّه صاحب ولاية على القضاء يعمل كيف شاء نعم يتوقف استخلافه على أمر آخر، وهو إحراز أنّ القضاء قابل للنياحة أولاً، أو قابل للوكالة أو لا، وقد عرفت الكلام فيهما فيما سبق فلا نعيد.

المسألة الخامسة: في ارتزاق القاضي من بيت المال

لاشك أن القاضي كسائر الناس، يتوقف قضاؤه على حياته، وهي رهن وجود معيشة مالية يسدّها عيلته ولولاه لما توفّق للقضاء فتارة يرتزق من ماله

الشخصي، وأخرى من بيت المال وثالثة بأجرة يدفعها أهل البلد للإقامة والقضاء فيه ورابعة بالجعل على المتحاكمين وخامسة بالجعل على المدعي إلى غير ذلك مما تقضى به حاجته، ويدوم عيشه، والذي نركز عليه في المقام هو أمران:

١- ارتزاقه من بيت المال.

٢- ارتزاقه من طريق الجعل على المتحاكمين

وأما البحث عن الرشوة والهدية فقد فرغنا عن بيان حكمهما عند البحث في المكاسب المحرمة لكن نعيد إليهما في المستقبل فيقع الكلام في مقامين:

المقام الأول: الارتزاق من بيت المال

هل يجوز له الارتزاق من بيت المال مطلقاً، أو لا يجوز مطلقاً، أو فيه التفصيل؟ وجوه: ذهب الشيخ الطوسي إلى القول بالجواز في النهاية، ويظهر أيضاً من الخلاف ونقل أبو قدامة القول بالمنع مطلقاً، عن بعض التابعين والفقهاء ولعلهم أرادوا الكراهة. واختار القول الثالث، الشيخ في المبسوط، والمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد، وإليك بعض نصوصهم في المقام.

١- قال الشيخ في النهاية: ومتى تولى شيئاً من أمور السلطان من الإمارة، والجباية والقضاء وغير ذلك من أنواع الولايات، فلا بأس أن يقبل على ذلك الارتزاق والجوائز والصلوات، فإن كان ذلك من جهة سلطان عادل كان ذلك حلالاً له طلقاً، وإن كان من جهة سلطان الجور، فقد رخص له في قبول ذلك من جهتهم لأن له حظاً من بيت المال.^(١)

٢- وقال في الخلاف: ليس للحاكم أن يأخذ الأجرة على الحكم من الخصمين ولا من أحدهما سواء كان له رزق من بيت المال أو لم يكن وقال الشافعي: إن كان له رزق من بيت المال لم يجز كما قلناه وإن لم يكن له رزق من

١- الطوسي: النهاية، كتاب المكاسب: ٣٥٧.

بيت المال جاز له أخذ الأجرة على ذلك.^(١)

٣- وقال في المبسوط: وأما من يحل له أخذ الرزق عليه ومن لا يحل فجملته: أن القاضي لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون ممن تعين عليه القضاء أو لم يتعين. فإن لم يتعين عليه، لا يخل من أحد أمرين: إما أن تكون له كفاية أو لا كفاية فإن لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق وإن كانت له كفاية فالمستحب أن لا يأخذ فإن أخذ جاز. ولم يحرم عليه بل كان مباحاً، وجواز إعطاء الرزق للقضاء إجماع، ولأن بيت المال للمصالح وهذا منها بل أكثرها حاجة إليه. لما فيه من قطع الخصومات واستبقاء الحقوق ونصرة المظلوم ومع الظالم.

وإذا تعين عليه، فقد فصل بين من له كفاية ومن ليس له، فيحرم في الأول لأنه يؤدي فرضاً تعين عليه، ومن أدى فرضاً لم يحل له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه دون الثاني لأن عليه فرض النفقة على عياله وفرضاً آخر وهو القضاء وإذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين.^(٢)

٤- وقال المحقق: إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء، فإن كان له كفاية من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال ولو طلب جاز لأنه من المصالح، وإن تعين للقضاء ولم يكن له كفاية، جاز له أخذ الرزق وإن كان له كفاية، قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدي فرضاً.^(٣)

٥- وقال العلامة في القواعد: وإذا ولي من لا يتعين عليه فالأفضل ترك الرزق له من بيت المال إن كان ذا كفاية ويسوغ له لأنه من المصالح، وكذا يجوز له إذا تعين ولم يكن ذا كفاية، ولو كان ذا كفاية لم يجز له لأنه يؤدي واجباً.

٦- وقال السيد العاملي في تعليقه على عبارة القواعد في المقام أعني: «لم يجز

١- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٣١.

٢- المحقق: الشرائع ٤/ ٦٩.

٣- الطوسي: المبسوط ج ٨، ٨٤-٨٥.

لأنه يؤدي واجباً : هذا هو الحق إذا كان وجوبه ذاتياً لاتوصلياً لأنه لا أجره على الواجب كذلك إجماعاً في باب المكاسب وذهب الشيخ وشيخه المفيد إلى الجواز لأنه من المصالح المهمة قالوا: ونمنع أن لا أجره على الواجب مطلقاً وإلا لم يوجر المجاهدون، قلت: الأصل عدم الجواز خرج عنه جواز الاستئجار للجهاد بالإجماع عند الشيعة.^(١)

٦- وقال ابن قدامة: ويجوز للقاضي أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم.

وروي عن عمر أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ورزق شريحاً في كل شهر مائة درهم وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم، وكتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن أنظرا رجالاً من صالحين من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله.

وقال أبو الخطاب: يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين. وقال أحمد: ما يعجبني أن يأخذ على القضاء أجراً وإن كان فبقدر شغله مثل والي اليتيم. وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء وكان مسروق وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً وقالوا: لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين.

وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن متعيناً جاز له أخذ الرزق عليه وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة، والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لأن أبا بكر لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيدا وشريحاً وابن مسعود وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة ولأن الناس حاجة إليه

ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق، فأما الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لأنه قرينة يختص فاعله أن يكون في أهل القرية فأشبه الصلاة ولأنه لا يعمل الإنسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة ولأنه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلاني رزقاً عليه جاز ويحتمل أن لا يجوز. انتهى.^(١)

هذه هي كلمات الفقهاء وهي تعرب عن اختلافهم إلى أقوال ثلاثة والمختار عندنا جواز الارتزاق من بيت المال مطلقاً والمقصود من بيت المال هو البيت الذي يجمع فيه ما يصرف في مصالح الإسلام والمسلمين وليس له مصرف خاص كالأنفال والجزية، والخراج والمقاسمة، والمال الموصى مصرفه في مصارف البر والقسم الخاص من الزكاة الذي يصرف في سبيل الله. وأما الزكاة وسهم السادات من الخمس والمظالم واللقطة مما لها مصارف خاصة فلا يطلق عليه بيت المال، والقاضي يرتزق من الأول دون الثاني والحق الجواز مطلقاً بوجهين:

الأول: جريان السيرة بين المسلمين حيث إن القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، وقد عرفت كلام ابن قدامة في ارتزاق عدّة في زمن الخلفاء من بيت المال، وعليها سار الإمام علي عليه السلام في عهد خلافته، وكان شريح يرتزق من بيت المال ويأخذ في كل شهر شيئاً قليلاً ولما بلغ علياً أنه ابتاع داراً بشمانين ديناراً، استدعاه وقال له: بلغني أنك ابتعت داراً بشمانين ديناراً وكتبت لها كتاباً، واشهدت فيه شهوداً... ثم لأمه وذمّه.^(٢) وما هذا إلا لأن الإمام رأى أنه ابتاع داراً فوق ما يرتزقه من الإمام فصار مظنة دفع الثمن من حرام وحلال. وروي أن علياً ولي شريحاً و

١- ابن قدامة: المغني ١٠/١٢٤.

٢- نهج البلاغة: قسم الرسائل، برقم ٢.

جعل له في كل سنة خمسمائة درهم (كل شهر قرابة ٤١ ديناراً ونصف) وكان عمر قبله جعل له كل شهر مائة درهم.^(١)

والحاصل أنّ القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، من دون سؤال عن وجود الكفاية لهم وعدمه، أو فحص عن كون القضاء متعيناً عليه وعدمه وهذه السيرة المستمرة إلى يومنا هذا، تشهد على الجواز ولو كان هنا ذم في بعض الروايات، فإنما هو لأجل كونهم قضاة الجور وأعوان الظلمة، وأين هو من قضاة العدل. كما سيوافيك؟

الثاني: ما دلّ عليه من الروايات ونذكر مايلي:

١- مرسله حماد بن عيسى عن العبد الصالح في حديث طويل في الخمس والأنفال والغنائم قال: «والأرضون التي أخذت عنوة فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها - ثم ذكر الزكاة وحصة العمال - إلى أن قال: ويؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة.

قال الشيخ الحرّ العاملي: يظهر منه جواز الرزق للقاضي من بيت المال^(٢)، لأن القضاء من أوضح مصاديق ما فيه مصلحة العامة.

٢- ما كتبه الإمام إلى عامله في مصر: «واعلم أنّ الرعية طبقات: منها جنود الله، ومنها كُتّاب العامة والخاصة، ومنها قضاة العدل - إلى أن قال -: وكل قد سمى الله له سهمه ووضع على حده وفريضته، ثم قال: ولكل على الوالي حق بقدر ما يصلحه، ثم قال: واختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك وقال بعد ذكر صفات القاضي: وأكثر تعاهد قضائه، وأفسح له في البذل ما يزيح علته وتقلّ معه

١- ابن إدريس: السرائر: ٢/ ١٧٨.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

حاجته إلى الناس»^(١) ولم يكن في يد عامل الإمام ما يصرف في هذا المورد، سوى بيت المال.

٣- روى في الدعائم عن علي عليه السلام أنه قال: «لابدّ من إمارة ورزق للأمير. ولا بدّ من عريف ورزق للعريف، ولا بدّ من حاسب ورزق للحاسب ولا بدّ من قاض ورزق للقاضي وكره أن يكون رزق القاضي على الناس الذي يقضي لهم»^(٢). ترى فيه الإطلاق من دون تقييد بما في كلام الأعلام من كونه كفائياً، أو عينياً؛ مع الحاجة، أو مع عدمها. ولم نقف على مورد، سئل الإمام القاضي المنصوب عن وجود كفاية له وعدمه، أو فصل بين الكفائي والعيني.

استدل على المنع بروايتين:

١- صحيحة عبد الله بن سنان، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟ فقال: «ذلك السحت»^(٣). ولعل وصف رزقه بالسحت لأجل كونه قاضي سلطان الجور ومن أعوانه، لا أن مجرد الرزق من بيت المال سحت وإن كان على خلاف الظاهر.

٢- خبر عمار بن مروان عن أبي عبد الله قال: «والسحت أنواع كثيرة: منها: ما أصيب من أعمال الولاية. ومنها: أجور القضاة»^(٤). ويحمل على الأجور المأخوذة من السلطان الجائر.

وعلى ضوء ذلك فالحق هو جواز الارتزاق من بيت المال سواء كان بصورة الارتزاق من دون تعيين حدّ، بمعنى أن الحاكم يقوم برفع حوائج القاضي قليلاً

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٩.

٢- المستدرک: الجزء ١٨، الباب ٢٨، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

٤- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

كان أو كثيراً وهو يدير ذمة القضاء، أو بتعيين حد معين كما هو اللائح من عهد الإمام الماضي وأما الإشكال بأن القضاء واجب فكيف يأخذ الأجرة على الواجب؟ فيدفع بأنه فرق بين الأجرة والارتزاق، فإن عمل القاضي في الثاني تبرعي، غير أن قيامه بهذا العمل التبرعي رهن سد عيلته، بدفع شيء من بيت المال حتى يقيم صلبه، ويدفع عادية الفقر الكاسر مضافاً إلى ما سيوافيك تحليله في المقام الثاني وما احتمل في الجواهر من اختصاص بيت المال بذوي الحاجات^(١) غير تام لأنه يصح في بعضه كالزكاة والصدقات دون غيرهما.

المقام الثاني: في أخذ الجعل من المتحاكمين

القاضي المنصوب إذا أخذ الرزق من بيت المال، يحرم عليه أخذ الجعل من المتحاكمين إذ لا يصح له أخذ أجرتين لعمل واحد، فإن عمله هذا ملك للحكومة الإسلامية، وقد عيّن للقضاء بين المسلمين مقيّداً بعدم أخذ شيء، فكيف يجوز له أخذ الأجرة أو الجعل؟^(٢) وأما إذا لم يكن كذلك فالقول بحرمة الجعل وإن كان قولاً بين الأصحاب، قال المحقق: أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف والوجه التفصيل المذكور في الارتزاق من بيت المال. وقال في الجواهر: إنه لا يجوز مطلقاً^(٣) لكن ليس له دليل صالح سوى ما ذكره الشيخ في المبسوط ونقله المحقق في الشرائع وهو أنه يؤدي فرضاً، فكيف يأخذ الأجرة على الفرض؟ وإليك تحليل هذا الدليل فنقول:

إن مقتضى القاعدة صحة الإجارة إذا تمت أركانها من موجر عاقل بالغ منتفع بالإجارة، وأجير كذلك سواء كان باذل الأجرة، أهل البلد، أو المتحاكمين أو المدعي وعلى كل تقدير فالعمل محترم والموجر ينتفع بعمله فلا وجه للبطلان مع

١- الجواهر: ٥١/٤٠.

٢- الجواهر: ٥٢/٤٠-٥٣، قسم المتن والشرح.

تمامية الأركان إنما الكلام في أن وجوب القضاء هل يصلح أن يكون مانعاً من صحة الإجارة أو لا؟ فنقول:

إن المانع عن صحتها أمور ثلاثة وهي:

١- أن لا يتنفع به الموجر، لأنه يكون من قبيل أكل المال بالباطل وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (النساء/ ٢٩) بناء على أن حرف الجر في «الباطل» بمعنى المقابلة أي في مقابل أمر باطل عند العقلاء فيصح به الاستدلال على البطلان إذا لم تكن للمبيع أو لمورد الإجارة منفعة عقلانية كبيع الحشرات وأما على القول بأنه راجع إلى النهي عن الأسباب الفاسدة كالرشوة، والربا، والقيار، فيكفي في عدم صحتها، عدم شموله مثل هذه الإجارة للعمومات الواردة في باب المعاوضات إذ موردها هو انتفاع الطرفين بالعمل والأجرة لعدم إقدام العقلاء على الإيجار في غير هذه الصورة فتحمل عليه.

٢- أن يكون العمل عبادياً لا يترتب عليه الأثر إلا بالإتيان لله أو امتثال أمره وفي مثله لا يصح الاستيجار لأن أثر العبادة مشروط بالقربة، بانحصار الداعي فيها ولكن الداعي بعد الإجارة، هو الأجرة لا غير بحيث لولاها لما قام بالعمل وعلى ضوء ذلك يبطل أخذ الأجرة على الواجبات التعبدية لأن صحة صلاة الظهر رهن كونه لله وينافيه أخذ الأجرة من غير فرق بين الفرائض كالصلوات اليومية، أو النوافل، كصلاة الليل وغسل الجمعة.

وأما صحة النيابة عن الميت في قضاء صلواته وصومه، وكذا النيابة عنه في تلاوة القرآن وزيارة الأئمة، مع أخذ الأجرة فالفرق واضح فإن الأجرة في الأول على نفس العمل فيأخذ الأجرة، ليصلي فرائض نفسه أو يأتي بنوافلها، بخلاف الثاني، فإن الأجرة فيها على النيابة وهي ليست من العبادات والتفصيل في محله.

٣- أن يكون العمل حقاً للغير فلو كان كذلك كانت الأجرة سحتاً ولأجل

ذلك تحرم الأجرة في مقابل كفن المسلم ودفنه والصلاة عليه فإن ظاهر الأدلة كونها من حقوق الميت على المسلم الحي فأخذ الأجرة فيه كأخذ الأجرة على عمل مستحق لآخر كما إذا نذر أن يبني مسجد لله، فلا يجوز له أخذ الأجرة في مقابل العمل.

هذه هي الموانع الثلاثة عن صحة الإجارة وأخذ الأجرة ويمكن إرجاع الثاني إلى الأول، لأن الموجر لا ينتفع بعمل الأجير إذا كان المورد أمراً عابدياً قريباً، إذ تشترط في صحته نية القرية غير الجامعة مع أخذ الأجرة. وأما إرجاع الثالث إلى الثاني، كما عليه المحقق الرشتي^(١) فلا، لأن المفروض أن الميت أو وليه ينتفع بعمل الأجير بدفن الميت أو الصلاة عليه.

وأما المقام فليس القضاء مما لا ينتفع به أهل البلد أو المتحاكمان، بل هو قوام الحياة والمجتمع، وليس عملاً عابدياً حتى لا يجتمع مع أخذ الأجرة وليس من حقوق الغير، وإلا أصبح جميع الخدمات من هذا القبيل إذ أي فرق بين قضاء القاضي ومراقبة الحارس ومرابطة المجاهد في الحدود، وطبابة الطبيب حيث لا تخطر ببال أحد، حرمة أخذ الأجرة على تلك الخدمات بل الجواز فيها بمكان من الوضوح إذ تحريم أخذ الأجرة فيها يوجب اختلال النظام وتسرب الفوضى إلى المجتمع.

وكونه واجباً لا يمنع عن الإيجار ما لم يكن حقاً للغير أو لم تكن الأدلة ظاهرة في كونه عملاً تبرعياً فإن الواجب على قسمين: واجب بقيد جواز أخذ الأجرة، كما هو الحال في الخدمات والصناعات من غير فرق بين الكفائي والعيني وكون العامل فقيراً أو غنياً، فلا يمنع وجوب العمل فيها عن عقد الإيجار، وواجب بقيد كونه تبرعياً أو متعلقاً لحق الغير. فمجرد الوجوب لا يكشف عن كونه عملاً تبرعياً مستحقاً للغير، كما أن جواز الإيجار، لا يكشف عنه، فإن مناط الإيجار، كون العمل

معروفاً لا كونه حقاً للغير فيأمره بالإتيان به لتلك الغاية.

إن من زعم أن الوجوب مطلقاً مانع من أخذ الأجرة، من دون تفريق بين كونه حقاً للغير وعدمه لما واجه الصناعات والخدمات حيث إنها واجبة مع جواز أخذ الأجرة، حاول تصحيح أخذ الأجرة بوجوه زائفة مرجودة في المكاسب المحرمة للشيخ الأنصاري ونقلها السيد الطباطبائي في المقام^(١) والحق أن يقال: إن الوجوب بما هو هو غير مانع عن الإيجار وأخذ الأجرة، والمانع كونه حقاً للغير وليس القضاء كذلك.

وعلى ضوء ذلك يجوز جعله على المتحاكمين بالتشريك بينهما كما يجوز جعله على المدعي، أو على المحكوم عليه فيتبع على كيفية الاتفاق.

قال الشهيد في المسالك: ثم على تقدير جوازه بوجه ففي جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدعي أو التشريك بينهما أوجه، من الشك في أنها تابع للعمل أو للمنفعة الحاصلة، فعلى الأول هو عليها وعلى الثاني يجب على المحكوم له أو على المدعي.^(٢)

أقول: الظاهر أنه لو رفع المتحاكمان الشكوى إليه فالأجرة عليهما، وإن رفع المدعي فهو عليه، إلا أن يكون هنا اتفاق آخر.

ثم إن المحقق أجاز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم القرآن والآداب.^(٣) من غير تفصيل بين كون العمل واجباً كفائياً أو عينياً أو كونهم من ذوي الكفايات أو من ذوي الحاجات. ولكنه عليه السلام استشكل في القاضي فيما إذا كان متعيناً عليه وكان غنياً والفرق عجيب.

١- السيد الطباطبائي: ملحقات العروة ٢/ ٢٠، المسألة ١٧.

٢- المسالك ٢/ ٣٩٣.

٣- نجم الدين: الشرائع: ٤/ ٦٩.

نعم لو رفع المدعي الشكوى إلى المجتهد وكان فقيراً ، بذل الحاكم نفقة القضاء من بيت المال لئلا يتضرر المسلم ولو تعذر التوصل إليه ، فيجب على القاضي القيام به على الأحوط ، من باب صيانة حق المؤمن كنفسه .

المسألة السادسة: فيما ثبت به ولاية القاضي

ثبت ولاية القاضي بالأمر التالية:

١- العلم ٢- البيّنة ٣- سماع التولية ٤- إقرار الإمام أو من نصبه بها ٥- حكم الحاكم ٦- الاستفاضة . وإليك بيانها:

أما العلم فهو أعلى الطرق وليس وراءه شيء .

وأما البيّنة ، فببوتها بها يتوقف على وجود إطلاق في حجّة البيّنة وعدم اختصاصها بالمرافعات والموارد التي وردت فيها بالخصوص ولعلّ الإمامان في رواية «مسعدة بن صدقة»^(١) وغيرها يعطي سعة حجّيتها والتفصيل موكول إلى محله .

وأما سماع التولية فلأنّ ظواهر الكلام حجّة فإذا قال: نصبت زيداً للقضاء ، يكون الظنّ الحاصل منها حجّة وعلى ما ذكرنا في علم الأصول عند البحث في حجّة الظواهر من أنّ الظواهر مفيدة للعلم بالمراد الاستعمالي يدخل هذا ، في القسم الأوّل ولما كانت الظواهر عند المشهور من الحجج الظنية عدوها سبباً مستقلاً .

وأما إقرار الإمام أو من نصبه بها ، فلحجّة إقرار كلّ فيما يرجع إليه ويملكه وقد ثبت في محله أنّ «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» .

وأما حكم الحاكم فالمقصود ، هو حكم الحاكم في البلد أو القاضي غير

١- الوسائل: الجزء ١٢ ، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به ، الحديث ٤ .

المعزول على كون شخص منصوباً للقضاء، وحجته موقوف على حجة حكم الحاكم في الموضوعات الخارجة عن حريم المرافعات وهو بعد غير ثابت لأن مقتضى الأدلة حجة رأيه في الأحكام والمرافعات، وأما حجة رأيه في الموضوعات التي لم ينسد باب العلم فيها فلا، لإمكان التوصل إليها بالطرق المقررة الشرعية.

نعم يمكن أن يقال: إن هناك موضوعات، لو لم نقل بحجة حكم الحاكم فيها، لزم طرح الحكم المجمعول لها وذلك كاهلال مثلاً إذا كان حكم الحاكم حجة في ثبوت الهلال تكون الدواعي مصروفة إلى إعلامه بالرؤية، فإذا استفاض يقطع بصحته فيحكم برؤية الهلال بخلاف ما إذا قلنا بعدم حجة حكمه فلا يكون هنا داع إلى الإعلام فيلزم ترك الحكم المجمعول لها. ومثلها المقام إذ مقتضى طبع الحال أن يطلع حاكم البلد، على القاضي المنصوب لوجود مراسلات بينه وبين الحاكم الأعلى، بخلاف سائر الناس، فلو ألقينا حكمه، لزم طرح الآثار المترتبة على القاضي المنصوب.

أما السادس، أعني: الاستفاضة، فيما أنها لم ترد في لسان الدليل، فلاملزم للغور في تبين مفهومها والبحث عن ثبوت الولاية بالشياع وعدمه، خال عن الفائدة في الظروف الحاضرة لأن ثبوتها من أسهل الأمور فيها فاللازم البحث عن أدلة حجة الشياع في الموضوعات من غير تقيّد بالمقام، ولما للبحث من فوائد فقهية: فنقول استدلالاً على حجة الشياع بوجوه:

الأول: رسالة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله قال: سألت عن البيّنة إذا أقيمت على الحقّ أيحلّ للقاضي أن يقضي بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: «خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، والتناكح، والمواريث، والذبائح، والشهادات فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه»^(١).

ورواه الصدوق في الفقيه وذكر مكان المواريث «الأنساب»^(١).

ورواه في الخصال عن أبي جعفر المقرئ رفعه إلى أبي عبد الله عن آبائه عن علي عليه السلام : خمسة يجب على القاضي^(٢).

ورواه الشيخ بإسناده عن علي بن إبراهيم إلا أنه قال مكان «بظاهر الحكم» : «بظاهر الحال»^(٣).

ولعلّ عناية المشايخ الثلاثة بنقلها، تورث الاطمئنان بصدورها ولا يضرّها الإرسال والرفع. إنّما الكلام في فقه الرواية فندرسها نجوماً لإيضاح مفادها.

١- ما ذا يريد السائل من قوله: «أن يقضي بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة» وكيف يقضي بشهادتهم مع عدم عرفانهم، وهل يجتمع ذلك مع لزوم إحراز عدالتهم؟

والظاهر أنّ المراد لا يعرف مستند شهادتهم بشهادة قول السائل: «من غير مسألة» وشهادة ما في جواب الإمام من قوله: جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه.

٢- «خمسة أشياء، يجب على الناس أن يأخذوا بظاهر الحكم» إنّ هذه الفقرة تفسيرين:

أ: المراد من قوله: «بظاهر الحكم» هو حكم الناس فتكون اللام للعهد الذكري لسبق لفظ الناس ولو صحّ ما نقله الشيخ من «ظاهر الحال» مكان «ظاهر الحكم» يكون المراد حال الناس أي تلقيهم هذه الأمور صحيحاً. فيكون مفادها واحداً، والفقرة دليلاً على حجّة الشيعاء وحكم الناس فيها والله سبحانه لأجل التسهيل على العباد جعل حكم الناس فيها حجة على السائرين، فإذا

١- الصدوق: الفقيه، ج ٣، ص ٩، برقم ٢٩.

٢- الصدوق: الخصال، باب الخمسة، الحديث ٨٨.

٣- الطوسي: التهذيب، ج ٦، ص ٢٨٨، برقم ٧٩٨.

أشار الناس إلى واحد، بأنه وال، وإلى آخر بأنه زوج وإلى ثالث بأنه وارث فلان، وإلى لحم بأنه مذكى، يقبل قولهم ويؤخذ به ولا يجب التجسس. وهذا هو الذي فهمه المستدل بالرواية، على حجة الشيعاء.

لكن هذا المعنى لا يلائم الموضوع الخامس (الشهادة) إذ لو أريد منه أيضاً ذلك، كان على الإمام أن يقول: «والعدالة» أي إذا اشتهر بين الناس أن رجلاً عادلاً يقبل حكم الناس في حقه. لا أنه إذا اشتهر بين الناس بالشهادة تقبل شهادته إذ ليس له معنى معقول وقد نقل المحقق الأشثاني وجهاً له وصفه بالركاكة، فلاحظ^(١).

إلا أن يقال: الشهادة مصحف العدالة أو هو من قبيل ذكر المسبب وإرادة السبب أي إذا قبل الناس شهادة رجل فعلى الشاك قبولها، لأنه يكشف عن كونه عادلاً، فحكم الناس في الأربعة الأول، يثبت نفسها وفي الخامس يثبت منشأها ومستندها.

ب: أن يراد من ظاهر الحكم، حسن ظاهر الأفراد والمقصود أن حسن الظاهر حجة في الموارد الخمسة، وعليه يكون المراد من ظاهر الحال في نقل الشيخ هو ذاك فإذا ادعى الولاية، أو الزوجية أو الوراثة أو الذبح أو الشهادة وكانوا في الظاهر مأمونين يقبل أقوالهم ولا يتفحص عن مستند أقوالهم وهذا المعنى يلائم الموارد الخمسة ويؤيده الفقرة التالية.

٣- «فإن كان ظاهره مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه» وإنما خص الشاهد، بحسن الظاهر، مع كونه شرطاً في الجميع لأجل وجود السؤال في حقه حيث قال: «أن يقضي بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة» وعندئذ يكون الحديث أجنبياً عن الدلالة على حجة الشيعاء بل كان دليلاً على حجة قول المدعي في هذه الأمور بالشرط المذكور ولادليل على اختصاص الولاية بالقضاء بل

يعمّ الولاية في التصرف كالتصرف في مال الغير.

الثاني: صحيحة حريز الكمال: كانت لإسماعيل بن أبي عبد الله عليه السلام دنانير وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن ، فقال لإسماعيل: يا أبا عبد الله إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندى كذا وكذا دينار، أفترى أن أدفعها إليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «يا بني أما بلغك أنه يشرب الخمر» فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: «لا! يا بني لا تفعل».

فعصى إسماعيل أباه و دفع إليه دنانيره، فاستهلكها ولم يأت به بشيء منها، فخرج إسماعيل، وقضى أن أبا عبد الله عليه السلام حجّ وحجّ إسماعيل تلك السنة، فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم اجزني واخلف عليّ ، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له: «يا بني فلا والله مالك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فأتمنته».

فقال إسماعيل: يا أبا عبد الله أيّ لم أراه يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون . فقال: «يا بني إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾^(١) يقول: يصدق الله ويصدق للمؤمنين فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأمن شارب الخمر إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٢) فأيّ سفاهة أسفه من شارب الخمر؟ إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة، فمن اتّمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي اتّمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»^(٣).

قال صاحب الجواهر: - بعد نقل الرواية - إذ هو كما ترى كالصریح في اعتبار الشیاع الذي أعلى أفرادہ هو قول الناس وشهادة المؤمنین ونحوهما مما مذكور فيه وبه أدرجه فيما دلّ على النهي عن ائتمان شارب الخمر.^(٤)

١- التوبة: ٦١.

٢- النساء: ٥.

٣- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوديعة، الحديث ١.

٤- الجواهر: ٥٧/٤٠.

وبذلك يعلم عدم تمامية ما ذكره المحقق العراقي في رد الاستدلال بالحديث إن ظاهر الحديث هو أن الإمام عليه السلام ولده آداب المعاشرة حيث ينبغي أن يسلك في مثل هذه الموارد طريق الاحتياط وأن يصدق الناس في الظاهر تصديقاً صورياً.^(١)

يلاحظ عليه: أن لسان الرواية لسان الإحراز والحجّة حيث يقول: «ولاتأمن شارب الخمر إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿ولا تأمنوا السفهاء أموالكم﴾ وأي سفيه أسفه من شارب الخمر» نعم لا يلزم من حجّة الشيع كونه حجّة في جميع الموارد فلا يحد الإنسان وإن شاع أنه سارق أو زان إذ لإجراء الحد شروط خاصة.

ومع ذلك كله فالإذعان بما ذكره مشكل جداً، إذ من المحتمل أن يكون المراد من التصديق الحذر والاحتياط لترتيب الآثار الشرعية. ويؤيده ما في كلام الإمام الكاظم لمحمد بن الفضيل أيضاً: يا محمد كذب سمعك وبصرك عن أخيك المؤمن ولو شهد عندك خمسون قسامة وقال لك قولاً فصدقه وكذبهم.^(٢)

فإن تكذيب خمسين قسامة، تكذيب لبينة شرعية، ولو كان المراد هو التكذيب الجدي، لحفظ قول مؤمن واحد يلزم ترجيح المرجوح على الراجح وهو أقبح من الترجيح بلامرجح. وهذا يعرب عن كون تصديق المؤمنين وتكذيبهم، ليس بالمعنى الحقيقي بل الغاية هو الدعوة إلى الحذر والاحتياط، فمقتضى الاحتياط في مورد الاتهام بشرب الخمر هو عدم الائتمان، كما أن مقتضاه في المورد الثاني، عدم ترتب الأثر في حق الأخ عند تكذيبه. ^(٣)

٥٧ الثالث: ما ورد في متاع الرجل والمرأة، فإذا مات أحدهما فادّعاء ورثة الحي وورثة الميت أو طلقها فادّعاء الرجل وادّعت المرأة، فقد قضى الإمام بأن المتاع

١- المحقق العراقي: القضاء ٢٠.

٢- تفسير نور الثقلين: ج ٣، ص ٥٨٢، ثواب الأعمال ٢٩٥، البحار: ٧٥، ص ٢٥٥، الحديث ٤٠.

للمرأة مستدلاً بقوله: «أرأيت إن أقامت بيّنة إلى كم كانت تحتاج؟» فقلت: شاهدين، فقال: «لو سألت من بين لابتيها يعني الجبلين ونحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز والمتاع يُهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهي التي جاءت به، وهذا المدّعي (الرجل) إن زعم أنّه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة»^(١).

وظاهر الحديث أنّ الاعتداد بشهادة من بين لابتين لأجل إفادته العلم واليقين، فإنّ المتاع قد نقل على رؤوس الأشهاد من بيت المرأة إلى بيت الزوج، فكيف يصح للزوج أن يدّعي أنّه له. فلا صلة له بالشياع بها هو هو.

الرابع: ما رواه في الوسائل عن تفسير الإمام الحسن العسكري عليه السلام من أنّ المدّعي إذا جاء بشهود إلى النبي الأكرم وهو لا يعرفهم بخير ولا شرّ، يرسل من خيار أصحابه من يسألها عن قبائلها وأسواقها، ومحالها، والربض الذي ينزلانه حتى يجبراه بحالهما....^(٢)

والحديث مع ضعف سنده وعدم صلاحيته للاحتجاج ينزل على حصول العلم، من الفحص من تلك المظان، ولا صلة له بالشياع.

الخامس: ما في صحيحة عبد الله بن أبي يعفور: من بيان ما تعرف به العدالة:.... فإذا سئل عنه في قبيلته ومحلته قالوا: ما رأينا منه إلّا خيراً....^(٣)

يلاحظ عليه: أنّه جعل قضاء الناس في حقها، جزء السبب لا تمامه كما هو ظاهر لمن لاحظها والمدّعي كون الشياع تمامه.

إلى هنا كانت الأدلة مسوقة لبيان حجّية الشياع على وجه الإطلاق بخلاف الوجهين التاليين فأنهما يختصان بحجّيته في باب الولاية.

١- الوسائل: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، وهو حديث مفصل.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

السادس: السيرة المستمرة من زمن النبي ﷺ حيث استقرت على تعيين الولاية وإثباتها بالاستفاضة ولم يكن دأب النبي أو من نصبوه لنصب القاضي، إرسال البيّنة العادلة عند كل أحد، مع القاضي المنصب حتى تشهد لولائه.^(١)

يلاحظ عليه: أنّ إرسال القاضي كان مرفقاً برسالة مأمونة من التزوير وكانت مفيدة للاطمئنان لوجوه أهل البلد الذين كانوا يقابلون القاضي قبل كل أحد، وكان تصديقهم مورثاً للعلم لغيرهم فلا يصح القول بأننا نعلم بعدم حصول العلم.

السابع: عسر إقامة البيّنة فيجب سماع الاستفاضة فيها أمّا الصغرى فواضحة حيث إنّ إقامة البيّنة العادلة عند كل من يحتاج للرجوع إليه مشكل جداً وأمّا الكبرى فلما يستفاد من النصوص أنّه كلما تعسّرت إقامة البيّنة يقوم غيرها مقامها.

وأورد عليه أنّ عسر إقامة البيّنة لا يوجب الانتقال إلى غيرها بل ربّما يوجب سقوط وجوب الإقامة كما هو الحال فيما إذا لم يعلم إلّا من قبلها أو سقوط بعض شروطها كالذكورة في شهادة النساء على الحمل، أو سقوط العدالة، كما إذا حضر الموت ولم يكن عند المحتضر مسلم عادل فيجوز إشهاد غير المسلم لقوله سبحانه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ ...﴾ (المائدة/ ١٠٦).^(٢)

لقد تلخّص من هذا البحث الضافي حول الشيعاء عدم دليل صالح يعطي كون الشيعاء حجّة بنفسه ولو كان هناك دليل من إجماع أو غيره على حجّيته في موارد كالهلال^(٣) والنسب يكتفي به وإلّا فلو أفاد الاطمئنان فهو وإلّا فلا يعدّ دليلاً

١- الأشتياي: القضاء / ٤٣، هذا الوجه وما بعده مختصّ بباب الولاية.

٢- الأشتياي: القضاء / ٤٣ مع تفصيل منّا.

٣- لاحظ الوسائل: الجزء ٧، الباب ١١ من أبواب شهر رمضان، الحديث ١٤.

شرعياً.

وفي ما أفاد الاطمئنان لا يصلح دليلاً للحكم في المرافعات والحدود، لأن الاعتبار في المرافعات بالبيّنة، وفي غيرها كالحدود بما ورد فيها من الخصوصيات.

بقي الكلام في أمور:

الأول: هل حجّة الشيع - على القول بحجّيته - مشروطة بإفادته العلم، أو الاطمئنان المتأخّم له، أو الظن المطلق أو هو حجّة مطلقاً؟ اختار الأخير صاحب الجواهر وقال: «المدار على تحقيقه»^(١) ولا سبيل إلى الأول لأنه يلحقه بما لاشك في حجّيته، ويكون تعليق الحكم بالشيع عندئذ لغواً، وأمّا الأخير فهو بعيد عن مذاق العقلاء فإنهم يعتبرون الشيع طريقاً إلى الواقع ولو أمضاه الشارع فإنما أمضاه لأجل ذلك الملاك، واحتمال التعبدية في حجّة الأمارات العقلانية بعيد عن لسان الآيات والرواية، فدار الأمر بين المتأخّم للعلم والظن المطلق، وبما أنّ الموضوعات الواردة في مرسلّة يونس بن عبد الرحمان - على فرض دلالتها - من مهامّ الأمور فمن البعيد حجّة الظن المطلق في الولايات التي تمارس السدء والأعراض والأموال. فلم يبق إلّا الاطمئنان الذي هو علم عرفي.

والذي يسهل الخطب أنّ الشيع الطبيعي لا يفارق الاطمئنان في ظرف من الظروف إلّا إذا كان للمورد خصوصية تورث سوء الظن بالخبر وهو خارج عن مصبّ البحث. والحاصل أنّ كل مورد يكون خارجاً عن احتمال التوطئة، يكون الشيع مفيداً للإطمئنان.

الثاني: في العدد المحقّق للشيع والظاهر أنّه لا يمكن تحديده كما لا يمكن تحديد العدد المحقّق للتواتر لأن طبيعة الموضوعات مختلفة اذ الدواعي إلى العمل والمؤامرة والتوطئة موجودة في بعضها دون بعض فإنّه إذا كان المناط هو الشيع

المفيد للاطمئنان فتجب الاستفاضة إلى حد يفيد، وهذا يختلف حسب اختلاف الموضوعات في القرب من دواعي الجعل وعدمه، وحسب صلتها بالسياسة والأهواء والميول، ولذلك يجب التريص حتى يحصل الاطمئنان.

الثالث: هل الشيعاء حجة في خصوص الخمسة الواردة في مرسله يونس أو يعتمها وغيرها؟ وقد استظهر صاحب الجواهر عموم اعتباره لغير المذكورات فيها، لأن صريح صحيحة حريز هو ثبوت الفسق لكن التعدي إلى غيرها يحتاج إلى الدليل، وذلك لأجل ورود العدد في المرسله نعم بما أنها ليست بحجة لإرسالها وإجمال المراد منها يؤخذ بإطلاق ما دلت الصحيحة عليه. كل ذلك على فرض ثبوت حجة الشيعاء بما هو هو وإلا فيكون أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

المسألة السابعة: في نصب قاضيين في البلد الواحد

إذا كان البلد صغيراً أو كانت المرافعات قليلة، على وجه ترتفع الحاجة بممارسة الواحد، يكتفى بنصب قاض واحد وأما إذا كانت هناك حاجة إلى التعدد فيجوز نصب قاضيين في البلد الواحد وأما كيفية ممارستها فلها وجوه بالنحو التالي:

- ١- تخصيص كل واحد بطرف في البلد كالشرق والغرب.
- ٢- تخصيص كل واحد بزمان خاص كالصباح والمساء.
- ٣- تخصيص واحد، بالحقوق والآخر بالجزاء.
- وليس ذلك، تضييقاً في ولايته ولا مخالفاً لاستقلال القاضي وإنما هو من باب تقسيم المسؤوليات بين القضاة حتى تجري الأمور على أحسن الوجوه.
- ٤- جعل كل واحد قاضياً في تمام البلد، وتمام الجهات في الحقوق والجزاء وذلك لكثرة المراجعات والشكاوى، ولكل غرفة في دائرة القضاء.

٥- التشريك بينهما في الجهة الواحدة على جهة الاجتماع على الحكم الواحد، كان ينصبا ، للقضاء في حادثة على وجه الاتفاق، وإصدار الحكم على وجه الاشتراك ولا يتحقق إلا بالتوافق قبل إصداره.

٦- تلك الصورة ويكون الاعتبار للرأي الحائز لأكثر الآراء.

٧- تلك الصورة ويكون الاعتبار للرأي الحائز لنصاب خاص من الآراء لا مطلق الأكثرية كأربعة أخماس من خمسة آراء.

هذه هي الصور المتصورة في المقام وليس في كلمات القوم أثر من السادس والسابع، مع كونها رائجين بين العقلاء والمجامع القضائية العالمية.

فندرس أحكام الصور، أما الثلاثة الأول فلا شبهة في صحتها، إنما الكلام في أحكام الصور الباقية وإليك دراستها:

الف: نصب قاضيين في البلد في جميع الجهات

إن الداعي لهذا النوع من النصب صلاحية كل من القاضيين للقضاء في جميع الجهات، مع مسيس الحاجة إليهما، كما يجوز نصب وكيلين تامي الاختيار في الأموال بيعاً وإجارة ورهنأ وغيرها، نعم إن هذا النوع من النصب ربما يورث التنازع بين المترافعين إذ يمكن أن يختار كل رجلاً هذا بخلاف ما إذا كان القاضي واحداً وهذه الصورة هي التي أشار إليها صاحب الجواهر مع الإيعاز بما يترتب عليه من التنازع وقال: وأولى من ذلك (القضاء على وجه الاتفاق الصورة الخامسة) التشريك بينهما على جهة الاستقلال كما في نصب الغيبة - إلى أن قال: - والتنازع يندفع بتقديم من سبق دأعيه منهما ولو جاء معاً حكم بالقرعة ولو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء، قدّم من يختاره المدّعي.^(١)

وقال النراقي: إذا كان هناك مجتهدان أو أكثر يتخير فيهما الرعية، فالحكم

لمن اختاره المدعي وهو المتبع له إجماعاً له، ولأنه المطالب بالحق، ولاحق لغيره أولاً فمن طلب منه المدعي استنقاذ حقه يجب عليه الفحص فيجب اتباعه ولا وجوب لغيره.^(١)

أقول: ما ذكره العلمان هو الحق إذ المدعي له حق إقامة الدعوى، في تمام المحاكم الشرعية دون محكمة خاصة، ومن له هذا الشأن، يكون التعيين بيده.

غير أن السيد الطباطبائي لم يرتض ذلك وقال ردّاً على المستند: إن كون الحق له غير معلوم، وإن أريد حق الدعوى له حيث إن له أن يدعي وله أن يترك، ففيه أن مجرد هذا لا يوجب تقديم مختاره إذ بعد الدعوى يكون للآخر أيضاً حق الجواب مع أنه يمكن أن يسبق المدعي عليه بعد الدعوى إلى حاكم ويطلب منه تخليصه من دعوى المدعي فمقتضى القاعدة مع عدم أعلمية أحد الحاكمين هو القرعة إلا إذا ثبت الإجماع على تقديم مختار المدعي.^(٢)

يلاحظ عليه بأمرين:

١- لا شك أن للآخر حق الجواب، لكن هذا الحق إنما يتولد، بعد إقامة الدعوى لدى الحاكم المختار للمدعي، فلا يمكن أن يكون مانعاً من اختياره ويكون أشبه بمنازعة النتيجة مع المقدمة.

٢- إن للآخر الرجوع إلى حاكم آخر يطلب منه تخليصه من دعوى المدعي، لكنه إنما يتحقق بعد صدور الحكم من الحاكم الأول إما لأجل وجود البيّنة للمدعي، أو لنكول المنكر ورده اليمين إلى المدعي، وأما قبله فلم يحكم عليه بشيء حتى يكلف تخليصه من الحاكم الثاني.

ثم قال السيد الطباطبائي: هذا إذا كان أحدهما مدعياً والآخر منكراً وأما

١- النراقي: المستند ٢، كتاب القضاء/ ٤٩٨.

٢- الطباطبائي: ملحقات العروة الوثقى: ١٥/٢.

مع تداعيها بأن يكون كل مدعياً من وجه و اختار كل منهما غير ما اختاره الآخر مع فرض تساويها فلا ينبغي الإشكال في القرعة كما إذا زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من رجل، و زوجها أبوها من آخر فتنازع الرجل في زوجيتها أو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثة في كون الحبة مجانية أو بعوض الإرث أو تنازع اثنان فيما في يد ثالث أو فيما لا يد لأحد عليه، فمع اختيار كل من المتنازعين حاكماً للترافع وإصرارهما على ذلك يكون المرجع هو القرعة .

أقول: ما ذكره من أن المرجع هو القرعة إنما يتم فيما إذا كان من قبيل الشبهات الموضوعية كما لو تنازعا في مال في يد ثالث و أما إذا كانت الشبهة موضوعية كما في مثال التزويج و الحبو، فالمرجع هو القاضي الأعلم في البلدة، لوجوب تقليده وعدم حجية فتوى غيره و قد عرفت أن القضاء فيها، إفتاء أولاً ، ثم قضاء.

مركزية كميونر علوم رسي

فتلخص أن هناك صوراً:

١- إذا كان هناك ادعاء من جانب و انكار من جانب آخر فتعين القاضي بيد المدعي.

٢- إذا كان هناك تداع و كانت الشبهة موضوعية فتعين القاضي بالقرعة بينهما.

٣- إذا كانت حكمية فيرجع إلى أعلم القضاة في البلد.

ب: نصب قاضيين لممارسة القضاء على وجه الاتفاق

هذه هي الصورة الخامسة وقد جاءت المسألة في كتب لفيف من الأصحاب كالمحقق ومن بعده وإليك نصوصهم:

١- قال المحقق: وهل يجوز الشريك بينهما في الولاية الواحدة؟ والوجه

الجواز لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب.^(١)

٢- قال العلامة في القواعد: ولو اشترط اتفاقهما في حكم فالأقرب الجواز.^(٢)

٣- وقال فخر المحققين في شرحه: وجه القرب أنه أضبط وجوازه في الشهادة وهي الأصل وأنها كالولين والوصيين ويحتمل عدمه لأن الخلاف في مواقع الاجتهاد كثير وهو يؤدي إلى تعطيل الحكم فيبقى أكثر الخصومات غير مفصلة، والأقرب عندي هو الأول.^(٣)

٤- وقال العلامة في الإرشاد: ولو شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجوز.^(٤)

٥- وقال الشهيد: ولو شرط اتفاقهما في الأحكام ففيه نظر من تضيق موارد الاجتهاد، ومن أنه أوثق في الحكم عندنا لأن المصيب واحد.^(٥)

٦- وقال الشهيد الثاني: فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم الواحد ففي جوازه وجهان:

أحدهما: العدم لأن الخلاف في مواقع الاجتهاد مما يكثر فيبقى الخصومات غير مفصلة.

والثاني: وهو الذي اختاره العلامة وولده، الجواز لأنه أضبط وأوثق في الحكم خصوصاً عندنا من أن المصيب فيه واحد. وعلى هذا فإن اختلفت اجتهادهما في المسألة وقف الحكم وإنما ينفذان ما يتفق فيه اجتهادهما.^(٦)

وقال السيد العاملي: لا خلاف في جواز تعددهم بحسب اختلاف البلدان أو الأحكام أو الأزمان وإنما الكلام فيما إذا اتحد الحكم كأن يشترط اجتماعهما في حكم أي نوع من الأحكام أو الصنف أو كل حكم، والمصنف (العلامة) هنا

٢ و ٣- الإيضاح في شرح القواعد: ٤/ ٣٠٠.

٥- مكى العاملي، الدروس الشرعية: ٢/ ٦٧.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٧٠.

٤- العلامة الحلي: إرشاد الأذهان: ٢/ ١٣٩.

٦- زين الدين العاملي: المسالك: ٢/ ٣٩٤.

والفخر ظاهراً والشهيد الثاني على الجواز واستدل عليه بعضهم بأن القضاء نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكيلين والوصيين وفيه أنه كالمصادرة، والأولى الاستدلال عليه بالأصل وعموم الأدلة وكونه في معنى قصر ولايتها بما يتفقان عليه فيكون أوثق وأضبط قالوا: فإن اختلفت جهاتهما في المسألة وقف الحكم فيرجعان إليه عليه السلام.

وذهب المصنف في الإرشاد والتحرير إلى عدم الجواز لأنه يؤول إلى تعطيل الأحكام وبقاء المنازعة. قلت: الأولى الاستدلال عليه بأنها إن صلحا للقضاء فلامعنى لاشتراط اتفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد كثيراً وإلا فلامعنى لتوليتهما وإلا فما استندوا إليه في المنع يندفع بأدنى ملاحظة فيما ذكرناه من أدلة المجيزين، ثم اختار الجواز لأنه قد تقضي المصلحة قصر ولايتها على ما يتفقان فيه وإن كان كل منهما صالحاً للقضاء. ^(١)

أقول: يقع الكلام في جهات:

الأولى: التصوير الصحيح من هذا القسم، فهل المراد منها، كون القاضي مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاض أو أن المراد أن كل واحد قاض تام ولكن الحكم لا ينفذ بدون الاتفاق؟ والظاهر هو الثاني، بدليل تشبيهه المقام بالوصيين والوكيلين فإن كل واحد وصي إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا برضا الآخر، ولأجل ذلك لو مات أحدهما يبقى الآخر وصياً تام الاختيار ولا يحتاج إلى ضم غيره إليه.

الثانية: في تلخيص أدلة الطرفين، إن المجيز والمانع استندا إلى وجوه مختلفة، فاستند المجيز إلى:

١- كونه أوثق وأضبط فيكون أوقع.

٢- إنهما كالوكيلين والوصيين.

٣- إذا جاز في الشهادة التي هي الأصل للقضاء يجوز في المقام.

٤- إن الجواز مقتضى الأصل والعمومات.

وعليه لو اتفقا ينفذ وإلا يوقف.

استند المانع إلى:

١- أن الخلاف في مواقع الاجتهاد كثير وهو يؤدي إلى تعطيل الأحكام.

٢- أنه تضيق لموارد الاجتهاد ولعلّه يريد أنه تضيق لولاية القاضي ومخالف لاستقلاله.

٣- أنهما إن صلحا للقضاء فلامعنى لاشتراط الاتفاق وإلا فلامعنى لتوليتهما.



الثالثة: في القضاء بين القولين

هو أن مورد النزاع غير منقح في كلامهم فإن كان النزاع في المنصوب الخاص كما هو الظاهر من كلام السيد العاملي حيث قال: «فيرجعان إليه عليه السلام» فلاموضع للجدال، لأن ولاية القاضي ضوء من ولاية الإمام، فهي تتبع كيفية الإفاضة فتارة يتولى على وجه الاستقلال وأخرى على وجه التشارك وشرط الاتفاق قال سبحانه: ﴿هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾ (ص / ٣٩). ولعلّ المفروض في كلام المحقق أيضاً هو هذه الصورة حيث قال: «لأن القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب» ومع هذا لا حاجة للاستدلال بالأوثقية أو التشبيه بالوكيلين أو الوصيين أو الشهادة. ولم أتحقق وجه التمسك بالأصل في المقام في كلام السيد العاملي، وأما العمومات فهي فرع وجود البيان من هذه الجهة. كما أنه لا يصلح للمنع قوله بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام ضرورة أنه محدد بما إذا لم يؤد إلى التعطيل، أو قوله: إنه إن صلح للقضاء فلامعنى للاشتراط، لما عرفت من أنها مفاضة منه فتتبع كيفية الإفاضة.

ولو كان هذا محطّ النزاع فالبحث عنه لغو في زماننا.

وأما إذا كان محطّ النزاع هو القاضي المأذون في عصر الغيبة وإن شئت قلت: المنصب العام فإن لم تكن هناك دولة إسلامية يرأسها الفقيه، فلاموضوع للنصب حتى يتحدّد بالاستقلال أو التشريك إنما الكلام إذا كانت دولة إسلامية وصار التنفيذ محدّداً بالنصب لأجل حفظ النظام، وعدم تسرب الفوضى إلى المجتمع، فيقع الكلام في جواز هذا التحديد وهو فرع جواز تضيق دائرة ولاية القاضي واستقلاله والمفروض أن للقاضي في عصر الغيبة الولاية التامة وليس للفقيه الرئيس تحديد الولاية وأما حديث النصب فهو شرط النفاذ، لا الولاية، وإلا فله الولاية نصب أم لا ومعه كيف يمكن له أن تحدّد ولاية القاضي واستقلاله ويشترط الاتفاق وهذا هو المهم في المسألة.

نعم لو اقتضت المصلحة فله أن يحكم عليهما حكماً حكومياً على أن لا يصدر إلا عن الاتفاق، والإمساك عند الاختلاف في الرأي، ولو لم يكن هناك حكم بالإمساك، واختلفا في الرأي والحكم فإذا كانت الشبهة موضوعية يتساقطان ويرجع إلى ثالث يعينه المدّعي وإن كانت حكمية فيؤخذ بقضاء الأعلام كما لا يخفى وهذا يستفاد من رواية ابن حنظلة^(١) وداود بن الحصين^(٢) وغيرهما كما لا يخفى.

وبذلك يعلم حال الصورتين الأخيرتين في المنصب الخاص والعام، والمحاولة الأخيرة تجري فيهما أيضاً، فالتحديد لابد أن يكون قيداً للتنفيذ، لا للولاية، وأن يكون هناك حكم حكوميّ لإمساك المخالف عن إصدار الحكم. فلو تحقّق الموضوع من الأكثرية أو النصاب الخاص ينفذ وإلا فلا. ولو صدر الحكم المخالف، يكون المرجّح في الشبهة الحكمية هو الأفقية الواردة في الروايات، وإن كانت موضوعية يتساقطان فيرجع إلى قاض آخر.

المسألة الثامنة: في انعزال القاضي وعزله

قد تعرّفت فيما مضى على الشرائط المعتبرة في عقد القضاء، ابتداءً، فيعتبر فيه العقل والبلوغ والعدالة، والاجتهاد والضبط العادي، ولو افترضنا أنه افتقد في الأثناء بعض هذه الشرائط كما إذا جنّ أو فسق أو زال الاجتهاد والضبط، يُعزل عن القضاء من غير فرق بين القاضي المنصوب والمأذون لأنّ المتبادر من الأدلة كونها معتبرة ابتداءً واستدامةً، لقبح تسليط المجنون والفساق ومن لا يصلح للقضاء على النفوس والأعراض والأموال، وبعبارة أخرى: مناسبة الحكم والموضوع تقتضي كونها شروطاً مطلقة.

وعلى ضوء ذلك لو حكم لم ينفذ واقعاً ولو جهل حاله وحكمه، يكون نافذاً ظاهراً ولو بان الخلاف يكشف عن بطلانه من أول الأمر.

هذا من غير فرق بين القاضي المنصوب والقاضي المأذون، لأنها شرائط واقعية على وجه لولاها، لما عقد له القضاء.

ولو افترضنا عود الوصف الزائل، كما لو صار عادلاً، أو ضابطاً يحتمل الفرق بين المنصوب، والمأذون، لأنّ الثاني بعد عود الوصف يدخل تحت العمومات الواردة في المقبولة وغيره، بخلاف المنصوب ففيما لو توقّف النفاذ على النصب، كما في زمان الحضور مع بسط اليد، أو الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية، فعود الوصف وإن كان يلزم عود الولاية، لكن المفروض، اشتراط النصب في النفاذ فلا ينفذ حكمه إلا بعد النصب الجديد. هذا ما بنينا عليه في الدورة السابقة.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ أساس القضاء هو الولاية والمفروض عودها وهذا كما إذا قال الإمام: صلّ خلف العادل، وافترضنا أنّ عادلاً فسق ثم تاب فدخل التائب تحت قوله: «صلّ خلف العادل» ولا يضرّ عدم انطباقه عليه في الأثناء فلو

كان لدليل النصب عموماً أزمانياً يُتمسك به إلا فيما دَلَّ الدليل على خروجه.

فهل ينعزل بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر، تظهر الثمرة في صحّة الأحكام الصادرة بين العزل والبلوغ، قال في المسالك: فيه قولان أظهرهما الثاني لمعظم الضرر في ردّ أقضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

والسيرة الرائجة بين العقلاء هو العزل بعد بلوغ الخبر، وهو المتبع ما لم يردع عنه الشارع وهو الظاهر من سيرة الإمام علي عليه السلام كما في كتابه إلى أبي موسى الأشعري عندما كان عاملاً على الكوفة وبلغه عنه تشييطه الناس عن الخروج إليه لما نديهم لحرب الجمل وهو: «من عبد الله، علي أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس. أما بعد: فقد بلغني عنك قول هو لك وعليك فإذا قدم رسولي عليك، فارفع ذيلك، واشدد مثرك، وأخرج من جُحُوك»^(١).

المسألة التاسعة: في انعزال القضاة بموت الإمام

إذا مات الإمام فهل ينعزل القضاة المنصوبون به أو لا؟ فيه خلاف والكلام يقع تارة في الإمام المعصوم وأخرى في الحاكم الإسلامي الأعلى.

وإليك بعض الكلمات:

١- قال المحقق: إذا مات الإمام عليه السلام، قال الشيخ: الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع. وقال في المبسوط: لا ينعزلون لأن ولايتهم ثبتت شرعاً، فلا تزول بموته عليه السلام، والأول أشبه^(٢).

قال ابن سعيد: وإذا مات الإمام انعزل النائبون عنه^(٣).

وقال العلامة في القواعد: ولو مات إمام الأصل فالأقرب انعزال القضاة^(٤).

٢- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤ / ٧١.

٤- مفتاح الكرامة: ١٠ / ٢١، قسم المتن.

١- نهج البلاغة، قسم الكتب، برقم ٦٣.

٣- ابن سعيد الحلي: جامع الشرائع: ٥٤٠.

وقال أيضاً في الإرشاد: وينعزل بموت الإمام والمنوب.^(١)

والقول المشهور عند الفقهاء هو الانعزال وما نقله المحقق عن الشيخ في المبسوط، لم نعثر عليه في كتاب القضاء منه وقد نقل العامل الانعزال عن النافع، والتحرير، والدروس، والمسالك، والمجمع وحتى عن الشيخ في المبسوط.

ومع ذلك يظهر من المسالك وجود قولين بين الفقهاء قال: اختلف كلام الشيخ وغيره من الفقهاء فيما لو مات إمام الأصل هل ينعزل القضاة أم لا؟ فقل: ينعزلون مطلقاً، لأنهم نوابه ولايتهم فرع على ولايته، فإذا زال الأصل تبعه الفرع، وقيل: لا ينعزلون، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً فيستصحب ولما يترتب على الانعزال من الضرر العام اللاحق بالخلق بخلو البلدان عن الحكم إلى أن يتجدد للإمام اللاحق نواب فيعطل المصالح. والأظهر هو الأول.

وقد يقدح هذا في ولاية الفقيه حال الغيبة وأن الإمام جعله قاضياً وحاكماً فيجري في حكمه ذلك الخلاف إلا أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية فإنها ليست كالتولية الخاصة بل على حكم بمضمون ذلك فإعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك، كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذو اليد مقبول الخبر وغير ذلك وفيه بحث.^(٢)

إن القائل بالانعزال يتمسك بفرعية ولايته على إمامة الأصل الذي مات. والقائل بعدمه يتمسك باستصحاب الولاية أولاً، ولما يترتب على الانعزال من تعطيل المصالح ثانياً والظاهر أن القولين مبنيان على أمر آخر وهو أن المنشأ هو النيابة أو إعطاء المنصب كما سيظهر.

ولعلّ نظر الشهيد من قوله: «وفيه بحث» إلى ما يلي:

١- لافرق بين التولية الخاصة والتولية العامة فإن كان المنشأ هو النيابة

٢- زين الدين العامل، المسالك: ٢/ ٣٩٤.

١- إرشاد الأذهان: ٢/ ١٣٩.

فيكون أشبه بالسوكالة، تبطل بموت الموكل، وإن كان إعطاء المنصب وإضفاء المقام، فلا ينعزل مطلقاً، خاصاً كان أو عاماً.

٢- وجود الفرق الواضح بين الإعلام بكون العدل مقبول الشهادة وذو اليد مقبول القول وبين النصب للقضاء، فإن الأول من قبيل الإخبار عن واقع محفوظ خارج كلامه عليه السلام فلا يتحدّد بحياة المخبر وبين الإنشاء فإذا كان بصورة النيابة يكون مقبلاً بحياة المنوب عنه.

٣- وما ذكره من أنه قد يقدح في ولاية الفقيه حال الغيبة غير قادح مطلقاً بل القدح يختص بصورة واحدة لا بكلا الصورتين.

ويظهر من الجواهر: الفرق بين استمداد الإمام مشروعية مقامه من الناس وبين كونه منصوباً من الله سبحانه فالانعزال يناسب الأول دون الثاني لأن أئمتنا أولياؤنا أحياء وأمواتاً، نعم إنما ينعزل نوابهم عليهم السلام بالموت حيث تكون التولية منهم مقيدة بذلك ولو بظاهر الحال لانقطاع ولايتهم بالموت، فإذا كانت من أحدهم على الاستدامة صريحاً أو ظاهراً فلا إشكال في عدم الانعزال.^(١)

يلاحظ عليه: أن الظاهر عدم الفرق بين من أخذ مشروعية مقامه من الناس أو من الله، فالمتممّص بالإمامة من جانب الشعب له الاستنابة، وله إعطاء المنصب والولاية، فالقيادة العامة تُسوّغ كلا الأمرين والأول منهما يُتقوّم بحياته دون الآخر.

أن تخصيص النزاع بالقضاة دون سائر الموظفين عسكريين كانوا أم مدنيين بلا وجه فمقتضى الاستنابة، انعزال الجميع، وهو يورث الفوضى في المجتمع بل يورث ما لا تحمد عاقبته. كل ذلك يدلنا على أن المنشأ هو الولاية وإعطاء المنصب وهذا أيضاً هو المستفاد من جعل الأئمة، الفقهاء حكّاماً ممّا مضى من الروايات

١- النجفي، الجواهر: ٤٠ / ٦٥.

خصوصاً من الإمعان في التوقيع الرفيع الصادر عن صاحب الأمر لشيئته حيث قال: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا فإنهم حجتي وأنا حجة الله» (١).

ثم إنَّ اللازم تركيز النزاع بعصر الغيبة وعندئذ لو لم يكن هنا دولة إسلامية فلاموضوع للبحث والفقهاء فيه قضاة مأذونون من جانب الإمام الحي - مجلَّ الله تعالى - درجة الشرف - وأما إذا كان هناك دولة إسلامية يرأسها فقيه جامع للشرائط فقد عرفت أنَّ النصب شرط النفاذ، وإيصاد باب الفوضى فإذا مات الفقيه فلا ينزل القضاة لأنَّ ولايتهم مقتبسة عن الإمام المعصوم لأعن الفقيه القائد، غاية الأمر النفاذ بالقوة القاهرة، فرع الاعتراف بقيادته.



في موت القاضي المنصوب

ما سبق كان في موت الإمام الناصب، بقي الكلام في موت القاضي المنصوب فيقع البحث تارة في نوابه في شغل خاص، وأخرى في الخليفة عنه في القضاء على وجه الإطلاق.

أما الأول فظاهر الأمر أنَّه من قبيل الاستنابة كما إذا عيَّن رجلاً لبيع مال على ميت أو غائب أو سماع بيّنة في حادثة معيّنة، ولامعنى إعطاء الولاية في حادثة معيّنة لشخص.

ويقرب منه: تعيين المتولّي للوقف الذي لامتولّي له والقيّم لليتيم الذي لا ولي له، فإنَّ الظاهر أنَّه من قبيل الإذن في التصرف القائم نفوذه بحياة الأذن. حيث إنَّه لا يمكن للفقهاء المباشرة، فيُنيب الغير مكانه.

قال الشهيد: وفي المنصوبين في شؤون عامة كقوام الأيتام والوقوف وجهان ناشان من الوجهين في نواب الإمام من حيث التبعية ومن ترتب الضرر لولايتهم

إلى أن تتجدد الولاية. ^(١)

أقول: الظاهر هو الوجه الأول، ولا يترتب أي ضرر إذ لو لم يتمكن من الرجوع إلى الفقيه، يرجع إلى عدول المؤمنين وأقصى ما يترتب - عند عدم التمكن منهم - كون تصرفاتهم فضولية إذا كانت مقرونة بالمصلحة، فتنفذ بتنفيذ الفقيه الآخر بعد التمكن منه.

وأما الخليفة عنه في القضاء فالمفروض على أصولنا أنه مجتهد مثل المنوب عنه، قاض مثله، غير أن حفظ النظم دعاها إلى الترتب وبما أن استنابته كان باذن من الإمام، لا يضر موت النائب والمفروض ثبوت الولاية له أيضاً، نعم نفوذ رأيه ظاهراً يتوقف على الاعتراف به رسمياً.



المسألة العاشرة: في تولية من لم يستكمل شرائط القضاء

إن شرائط القضاء على قسمين: قسم يعدّ مقوماً له بحيث لولاه لما انعقد القضاء كالعقل والقدرة والبلوغ من الشرائط لعامة التكليف، وقسم يعدّ كمالاً للقضاء وشروطاً شرعية ففي حقه يقول المحقق:

إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاة في زمان علي عليه السلام وربّما منع من ذلك فإنه عليه السلام لم يكن يفوض إلى من يستقصيه ولا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو الحاكم في الواقعة لا المنصوب. ^(٢)

والمراد هنا من غير المستكمل للشرائط من كان مقلداً لا مجتهداً، فاسقاً لاعادلاً، وبما أننا أشبعنا الكلام حول الأمرين عند البحث عن شرائط القضاء فلانعود إليه، ونعطف عنان الكلام إلى المسألة الآتية.

المسألة الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه

هنا مسألتان: أحدهما: إن هنا طوائف لا تقبل شهادتهم على المشهود عليهم وإن كانوا عدولاً، كالولد على الوالد، والعبد على مولاه، والخصم على خصمه، على وجه لا توجب الخصومة فسق الشاهد.

نعم تقبل شهادة الولد لوالده والوالد على ولده وله، والأخ لأخيه وعليه، وقد بحث فيه المحقق في كتاب الشهادة:

قال حول شهادة الولد على الوالد: النسب وإن قرب لا يمنع قبول الشهادة كالأب لولده وعليه، والولد لوالده والأخ لأخيه وعليه. وفي قبول شهادة الولد على والده خلاف.

وقال حول شهادة المملوك قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلاً، وقيل: تقبل مطلقاً وقيل: تقبل إلا على مولاه.

وقال حول شهادة الخصم: العداوة الدينية لا تمنع القبول فإن المسلم تقبل شهادته على الكافر. أما الدنيوية فلا تمنع.^(١)

وبما أن التصديق الفقهي في هذه الفروع يتوقف على دراسة أدلتها، وهي مطروحة في كتاب الشهادة فتتخذ عدم القبول أصلاً موضوعياً فيها ونبحث في الملازمة بين عدم قبول الشهادة وعدم قبول القضاء فنقول:

وإليك الكلمات:

١- قال المحقق: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد، والعبد على مولاه، والخصم على خصمه.^(٢)

٢- نجم الدين: الشرائع: ٤/ ٧١.

١- لاحظ الشرائع: ٤/ ١٢٩-١٣١، كتاب الشهادة.

٢- وقال العلامة في القواعد: وكل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على والده....^(١)

٣- وقال في الإرشاد: ولا ينفذ حكم من لا تقبل شهادته كالولد على والده....^(٢)

أقول: أستدل على الملازمة بوجوه:

١- القضاء شهادة وزيادة

قال ثاني الشهيدين: الحكم من شخص على آخر، شهادة له عليه وزيادة فيشترط في نفوذه ما يشترط في نفوذ الشهادة من الطرفين و أحدهما... لكنه منع الحكم في الأصل، أي عدم قبول شهادته فرتب عليه قبول حكمه له وعليه كغيره.^(٣)

وقال المحقق الأردبيلي في شرح قول العلامة في الإرشاد: أي لا يمضي حكم من لا تقبل شهادته على شخص، عليه كشهادته كحكم الولد على والده فإن المشهور بل ادعى الإجماع على عدم قبول شهادة الولد على الوالد فلا يجوز حكمه عليه إذ الحكم شهادة وزيادة.

ثم أورد عليه بقوله: فيه تأمل إذ سيجيء أن لا إجماع ولا دليل على ذلك بل الدليل على خلافه وقد تمنع الأولوية على تقدير وجود الدليل على منع الشهادة فقط والقياس ممنوع فيجوز الحكم عملاً بعموم الأدلة.^(٤)

أقول: لاشك أن الإطلاقات هو المحكم فما لم يكن هناك دليل صالح على منع الحكم فيؤخذ بإطلاق قوله: «فإني قد جعلته عليكم قاضياً»^(٥) وأما الاستدلال

١- مفتاح الكرامة: ١٣/١٠، قسم المتن.

٢- إرشاد الأذهان: ١٣٩/٢.

٣- المسالك: ٣٩٥/٢.

٤- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/٢١-٢٢.

٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

فيوضح بيانين:

أ: إن القضاء حكم يتضمن الشهادة، فإذا كانت شهادته غير نافذة يكون قضاؤه كذلك.

يرد عليه أن القضاء ليس شهادة، وإنما القاضي يصدر عن الشهادة من دون تصديق لها قال رسول الله ﷺ: «إنما أقضى بينكم بالبينات والأيمان وبعضكم الحن بحجته من بعض»^(١).

ب: إن العرف يفهم حكم القضاء من حكم الشهادة، وأن ما هو السبب لمنع نفوذ شهادته، فهو موجود أيضاً في القضاء حرفاً بحرف وهذا استدلال مقبول ولا يرد عليه ما ذكره المحقق الأردبيلي: «من منع الأولوية على تقدير وجود الدليل على منع الشهادة، والقياس ممنوع» وذلك لأن أساس الاستدلال ليس القياس ولا القسم الأولوي منه، بل فهم العرف من الدليل، عدم اختصاص الحكم بمورد الدليل.

٢- القضاء عليه خلاف المعروف

إن القضاء على الوالد، يخالف قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ (لقمان/ ١٥).

يلاحظ عليه: أن القضاء بالحق ليس على خلاف المعروف وليس المعروف إلا الموافق للشرع وإن أبيت إلا عن كونه موافقاً لما عليه العقلاء، فمنع كون الإجهار بالحق في المحكمة، على خلاف سلوكهم بل يعدّ خدمة له، لأنه يخلصه عما عليه من الحق ومن تبعاته، كيف لا يكون كذلك وقد قال سبحانه: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (الأنعام/ ١٥٢).

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٣- القضاء عليه عقوق:

إن القضاء عليه عقوق لأنه إظهار لكذب الوالد وهو محرم.^(١)

يلاحظ عليه: - مضافاً إلى أنه إذا كان عقوقاً يجب أن لا يمضي حكمه على والده مع أنه جائز بالاتفاق - بأن الإيذاء إذا كان بحق لا يعدّ عقوقاً، فلو تأذى الوالد من أداء الواجبات، فلا يعدّ من العقوق المحرم يقول سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ (النساء / ١٣٥). ومثله ليس بعقوق إما موضوعاً أو حكماً.

وعلى ضوء الدليل الأول المرضي عندنا لافرق بين قضاء الولد على الوالد، أو قضاء الخصم على خصمه، وإن كان حاكماً في عصر الغيبة أو قضاء المملوك على مالكة، إذ المفروض ثبوت الحكم في الأصل، والمناسبة الموجودة بين الموضوع والحكم في الأصل تقتضي سرّياته إلى القضاء ويكون حاكماً على قوله: «فإنّي جعلته عليكم حاكماً» أو: «فإنهم حجّتي عليكم»، «والرأد عليهم كالرأد علينا»^(٢) بمعنى تضيق دائرة الدليل وحجّيته.

تكميل

إن من لا تقبل شهادته لا يختصّ بالثلاثة، بل يعمّ من يجزّ بالشهادة إلى نفسه نفعاً أو يدفع ضرراً تجمعهما التهمة كما في شهادة الشريك للشريك فيما هو شريك فيه، وصاحب الدين للمحجور عليه، فمن، لا تقبل شهادته فيه، لا يقبل قضاؤه لنفس الدليل المذكور في الصورة المتقدمة وقد استدل على عدم جواز شهادة غير الثلاثة بروايات:

أ: موثقة سماعية: قال سألت عماراً يردّ من الشهود قال: «المريب، والخصم،

١- الدليلان نقلهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة عن العلامة، لاحظ: ١٤/ ١٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١، ٩، ١٠.

والشريك، ودافع مغرم، والأجير والعبد والتابع، والمتهم، كل هؤلاء تردة شهاداتهم»^(١).

ب : ما رواه الصدوق بسنده المذكور في المشيخة عن فضالة بن أيوب عن أبان قال: سئل أبو عبد الله عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه قال: تجوز شهادته إلا في شيء فيه له نصيب^(٢). إلى غير ذلك من الروايات التي يجمعها غالباً جرّ النفع أو دفع الضرر. وقد عرفت وجود الملازمة العرفية بين المنع عن الشهادة والمنع عن نفوذ القضاء وعلى ذلك فهناك فروع تترتب على ذلك الأصل يظهر من المشايخ عدم نفوذ رأي القاضي فيها، ولا يخلو بعضها من إشكال وإليك الفروع:

١- إذا كان للحاكم منازعة مع غيره لا ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير ولو بأن يوكل غيره في المرافعة معه فيتراجع إليه بل يلزم الرجوع إلى حاكم آخر... وهذا لا غبار عليه، لانصراف أدلة قضاء الفقيه عن هذه الصورة ولأن ظاهره جرّ النفع إلى نفسه وإن كان يحتمل أن يكون حقاً وقد عنونه المحقق في محله فلاحظ^(٣).

٢- إذا نقل حقه إلى غيره، جاز أن يرجع الغير مع الخصم إليه، وإن انتقل إلى القاضي بعد ذلك بإقالة ونحوها وذهب السيد الطباطبائي إلى الجواز قال: «حتى ولو نقل إلى الغير بشرط الخيار لنفسه في الفسخ»^(٤) لعدم كون القاضي طرفاً للنزاع فلا انصراف للأدلة ولعدم صدق جرّ النفع بشرط أن يكون الانتقال جذياً، لامن باب الحيل الشرعية حتى يقع ذريعة للترافع لديه. ومع ذلك ففي النظر فيه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٣ ولاحظ الحديث ٧.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٧ من أبواب الشهادات، الحديث ٣، وسند الصدوق إلى فضالة في «الفقيه» صحيح، وفضالة بن أيوب ثقة، وأبان بن عثمان ممن أجمعت العصابة على تصديقه، ولما حققنا في محله من بطلان اتهمه بالناووسية.

٣- نجم الدين الحلي الشرائع: ٨٣/٤ ولاحظ الجواهر: ١٥٨/٤٠.

٤- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ١٧/٢.

مجال، لأنه متهم في قضائه إذ لو قضى لصالح المدعي يلزم عليه رد الثمن على من باعه منه ، ولو قضى لصالح المنكر (المشتري) فقد دفع به ذلك المغم عن نفسه فيحتمل أن يكون من مصاديق قوله في موثقة سماعة: «ودافع مغم» كما مرّ فالأولى رفع الشكوى إلى قاض آخر.

٣- إذا كان للحاكم شركة مع غيره في مال ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما نفذ حكمه في حصة شريكه لافي حصة نفسه مثلاً إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه في طرف الإرث وترافعا إليه فحكم لأخيه نفذ في حصة أخيه، ولا ينفذ في حصة نفسه لأنه يصبح طرف النزاع ويمجرّ به نفعاً.

وهل يشارك القاضي مع الغير في تلك الحصة التي قضى له؟ ربّما يقال: بالفرق بين ما إذا قسّمها الأخ بينه وبين القاضي قبل القضاء إذ حينئذ يشارك معه في تلك الحصة لإقراره بالشركة، وما إذا لم يقسّمها فلا يشارك معه فلاخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها. هذا ما ذكره السيّد الطباطبائي^(١).

يلاحظ عليه: أنه إذا كان الاعتراف بالشركة قبل الإفراز نافعاً فليكن نافعاً في صورة عدم الإفراز وعلى ما ذكره في صورة الإفراز ، وما ذكرناه في صورة الإشاعة يكون مرجع النزاع لبّاً إلى أن نصف النصف المفروز أو المشاع ماله فلا يكون نافذاً.

نعم إذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه بعد القبض لأن المحكوم عليه يغم له بما أنه سهمه والمحكوم يقبض بما أنه سهمه وهذا كما إذا تنازع جماعة مشاركون في عين أو دين مع غيرهم فأقاموا شاهداً واحداً وحلف بعضهم دون بعض فإنه تثبت حصة الحالف، دون غيره ولا يشاركه من لم يحلف في حصته.

٤- إذا كان القاضي وليّاً خاصاً للمدعى عليه كالأبوة والجدودة والوصاية، فاختار صاحب الجواهر عدم قبول شهادته للمولى عليه لأنها تجرّ نفعاً إليهم

وقوى عدم نفوذ قضائه حيث قال: «أما إذا كان الأب حاكماً مثلاً أو الوصي كذلك ففي قبول حكمه له نظر أقواه العدم»^(١).

يلاحظ عليه: أن الشهادة في جميع الموارد تجرّ نفعاً إلى المشهود له، والمانع هو جرّ النفع إلى نفسه لا إلى المشهود له وإن كانت بينهما وشيجة كالقراة وعلى ذلك فلا مانع من قبول شهادته وقضائه والمراد من المتهم في رواية سماعة هو المتهم في دينه كما ورد التفسير به في رواية الصدوق في معاني الأخبار^(٢) ولو نوقش في سندها وفسر بمعنى آخر (غير ما ذكرنا) فهو لا يصدق على القاضي العادل وإن قضى في حق أولاده. والقدر المتيقن من عدم نفوذ قضائه فيما إذا كان النزاع في أن المال الفلاني له أو لا وبعبارة أخرى أن يكون هو طرف النزاع واقعاً من غير فرق بين كون طرف النزاع في الظاهر هو نفسه أو وكيله. وأما إذا كان النزاع في مال غيره فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم وعدم جواز الرد عليه، نفوذه.

نعم في تصديده للدفاع عن المولى عليه شبهة وحدة المدعي والقاضي فله أن يدفع الشبهة بتوكيل شخص يكون هو طرف المرافعة، لا القاضي نفسه، ويحكم ويجوز حكمه. ومع ذلك يجوز له القضاء مباشرة لوجود حيثيتين مختلفتين في القاضي فيما أنه وليّ أو وصيّ فهو مدّع، وبما أنه فقيه جامع للشرائط قاض. وفي الحقيقة المدّعون الواقعيون، هم الأيتام والقصر، والقاضي ينوب عنهم ويتكلم عن لسانهم وهذا غير كون المدّعي والقاضي واحداً حقيقة نعم التوكيل أحسن وأحوط وأقرب إلى سلوك العقلاء.

أضف إلى ذلك وجود النص على نفوذ شهادة الوصي فيجوز قضاؤه^(٣).

ومن تنبه بذلك السيد الطباطبائي رحمه الله فإنه بعد أن منع في المسألة ١٣ نفوذ

١- النجفي، الجواهر: ٧٢/٤٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب الشهادات، الحديث ٨.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

قضاء الحاكم إذا كان له منازعة مع غيره كأنه حاول الاستدراك لما ذكره فقال في المسألة ١٦: إن جميع ما ذكرنا في هذه المسائل إنما هو بناء على الإطلاق المدعي على عدم نفوذ حكم الحاكم في حق نفسه أو تمامية انصراف أخبار نفوذ حكم الحاكم إلى غير صورة رجوع الحكم إلى نفسه لكن القدر المتيقن من الإجماع أو الانصراف ما إذا كان هو الطرف للمنازعة أو كان الطرف وكيله مع كون النزاع في أن الشيء الفلاني ماله أو لا وأما إذا كان النزاع في مال غيره ولو كان هو الولي له بالولاية الخاصة أو كان الطرف شريكه، أو كان النزاع مع غيره وإن كان الحق راجعاً إليه فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم وعدم جواز الرد عليه، نفوذه. (١)

٥- وبما ذكر يعلم الفرق بين ما إذا كان النزاع مع شريك القاضي وبين كونه شريك المولى عليه، ففي الأول لا ينفذ وإن وكل الغير، لما مر من أن القاضي يصير مآلاً طرف النزاع، بخلاف الثاني، لأنطبق ما ذكرنا من الميزان على الأول دون الآخر. (٢)

مركز تحقيق مكتبة نور علوم إسلامي

٦- كما تظهر الحال فيما إذا كان الطرف غيره بحسب عنوان المنازعة وإن كان المال راجعاً إليه كما إذا نذر شخص داره له أو أوصى بها له، وحصل منازع مع ذلك الشخص فترافعاً إليه في ذلك الدار فلامانع عن نفوذ حكمه له. إذ ليس النزاع في أن الشيء الفلاني ماله أو لا، خصوصاً إذا لم يكن حال الحكم عاماً بأن تلك الدار له من طرف النذر أو الوصية.

٧- إذا كان ولياً عاماً للأيتام والمجانين والغيب والفقراء بالنسبة إلى الخمس والزكاة والوقف إذا كان النزاع في ثبوتها وعدمها فتظهر الحال مما سبق إذ ليس النزاع في أن المال ماله بل النزاع في أن هؤلاء حقاً أو لا فلاوجه لعدم النفوذ وكونه ولياً لهم لا يكون سبباً للمنع.

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ١٨/٢.

٢- خلافاً للسيد الطباطبائي حيث سوى بينهما في الحكم مع وضوح الفرق.

قال العلامة في التحرير: ولو تولى وصي اليتيم القضاء فهل يقضى له فيه نظر: ينشأ من كونه خصماً في حقه، كما في حق نفسه ومن أن كل قاض ولي الأيتام^(١) وقال في الجواهر: «لا إشكال في عدم منع مثل ذلك الحكم لعدم اختصاص الولاية له، وكذا شهادة الفقير أو حكومته بأن في مال زيد الزكاة مثلاً بل وكذا الكلام في مصرف الوقف من العلماء والعدول ونحوهم فإن ذلك ونحوه لا يمنع الحكومة ولا الشهادة لعموم أدلة القبول.^(٢)»

والحاصل: أن الذي عليه العقلاء هو أنه إذا كان الإنسان بشخصه مدعياً وقاضياً فهذا ما لا يخضع عليه العقلاء، بل يرجعون الواقعة إلى فرد ثالث لأنهم يتهمون القاضي بالتأثر عن الإنانيتها عن لاوعي، وهذا بخلاف ما إذا كان مدعياً نيابة بشخصيته، وقاضياً بشخصه كما في موارد الولاية العامة والخاصة والوصاية، ففي مثله يخضع العقلاء على قضائه وعلى ضوء هذا يتضح حكم كثير مما ذكرنا من الصور أو جميعها، فلاحظ.

فتلخص من دراسة الصور السبع أن الميزان هو أنه إذا كان طرف النزاع فعلاً كما في الصورة الأولى والثالثة، أو كان في مظنة دفع مغرم عن نفسه، كما في الصورة الثانية فلا يصلح للقضاء، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

١- العلامة الحلي، التحرير، كتاب القضاء ١٨١.

٢- الجواهر: ٧٢/٤٠.

النظر الثاني في آداب القاضي

وفيه مسائل:

الأولى: عمل القاضي بعلمه

هل يجوز للإمام أن يقضي بعلمه ، وإذا جاز له القضاء بعلمه، فهل يجوز للفقهاء القضاة أن يعمل بعلمه أو لا؟ وربما يتصور أن البحث عن الجهة الأولى لغو لا ثمرة فيه، وليس كذلك؛ إذ ربما يقع البحث فيها ذريعة لاستكشاف الحال في الجهة الثانية، إذ لو لم يجز للإمام، فلا يجوز للقاضي بوجه أولى كما أنه إذا جاز له العمل، يكون مقتضياً لثبوت الحكم فيه، وإن لم يكن سبباً تاماً لاحتمال أن يكون العمل من خصائصهم عليهم السلام.

وقد عبر المحقق الرشتي عن المسألة بـ «هل يكون علم القاضي بينة للقضاء؟»

ولعل التعبير عن «علم القاضي» بالبينّة مشعرٌ بأن النزاع في الجواز يختص بالشبهات الموضوعية، وأما الشبهات الحكمية فلا ريب أنه يعمل بعلمه واجتهاده لا بعلم الغير واجتهاده لكونه مخطئاً له.

إذا عرفت هذا فلا يوضح المقام نقضاً أموراً:

* الأمر الأول: في نقل كلمات الأصحاب في المسألة :

١- قال ابن الجنيّد في كتاب الأحمدي : «ويحكم الحاكم فيما كان من حدود الله عز وجل ولا يحكم فيما كان من حقوق الناس إلا بالإقرار والبينّة فيكون ما علمه

من حقوق الناس شاهداً عند مَنْ فوقه وشهادته كشهادة الرجل الواحد، سواء كان ما علمه من ذلك كله في حال ولايته أو قبلها»^(١).

والظاهر مما نقل عنه المرتضى أنه كان يمنع العمل بالعلم مطلقاً من غير فرق بين حقوق الله وحقوق الناس، قال المرتضى: احتج ابن الجنيد بأن في الحكم بعلمه تزكية نفسه ولأنه إذا حكم بعلمه فقد عرض نفسه للتهمة وسوء الظن به.

ويظهر من دليله أيضاً أنه قائل بالمنع مطلقاً قال: وجدت الله تعالى قد أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقاً، أبطلها فيما بينهم وبين الكفار والمرتدين كما لواريث والمناكحة وأكل الذبائح ووجدنا أنه قد اطلع رسوله على من يُبطن، كان يبطن الكفر ويظهر الإسلام وكان يعلمه ولم يبين عليه السلام أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكحتهم وأكل ذبائحهم^(٢).

وعلى كل تقدير فهو إما من المفصلين أو من المانعين على وجه الإطلاق.

٢- قال المرتضى: مما ظنّ انفراد الإمامية وأهل الظاهر في القول بأن للإمام والحكام من قبله، أن يحكموا بعلمهم في جميع الحقوق والحدود من غير استثناء وسواء علم الحاكم ما علمه وهو حاكم أو علمه قبل ذلك... ثم نقل تفصيل مذاهب الجمهور - إلى أن قال: - لاختلاف بين الإمامية في هذه المسألة وقد تقدّم إجماعهم ابن الجنيد وتأخر عنه وإنما عول ابن الجنيد على ضرب من الرأي والاجتهاد^(٣).

٣- قال الشيخ في الخلاف: للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الأحكام من الأموال والحدود والقصاص وغير ذلك سواء كان من حقوق الله تعالى أو من

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٣٩٨/٢ ويظهر منه أن كتاب الأحمدي كان موجوداً في عصره. إذ هذه العبارة ليس لها أثر في الانتصار للسيد المرتضى ولا في مختلف الشيعة للعلامة وإنما الموجود فيها غيرها كما سيوافيك.

٢ و٣- المرتضى، الانتصار: ٧٠. راجع مفتاح الكرامة: ١٠/٣٦-٣٧.

حقوق الأدميين، فالحكم فيه سواء، ولا فرق بين أن يعلم ذلك بعد التولية في موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعدها قبل عزله في غير موضع ولايته، الباب واحد.^(١)

٤- وقال في المبسوط: والذي يقتضيه مذهبنا ورواياتنا أنّ للإمام أن يحكم بعلمه وأما من عداه من الحكّام فالأظهر أنّ لهم أن يحكموا بعلمهم وقد روي في بعضها أنّه ليس له أن يحكم بعلمه لما فيه من التهمة.^(٢)

وقال أيضاً: «قال قوم يقضي بعلمه، وقال آخرون: لا يقضي، وعندنا أنّ الحاكم إذا كان مأموناً قضى بعلمه وإن لم يكن كذلك لم يحكم به».^(٣)

وقال أيضاً: «وأما إقامته بعلمه فقد ثبت عندنا أنّ للحاكم أن يحكم بعلمه فيما عدا الحدود وفي أصحابنا من قال: وكذلك في الحدود».^(٤)

وعلى ضوء هذا فللشيخ أقوال ثلاثة:

أ- الجواز مطلقاً.

ب- الجواز إذا كان مأموناً.

ج- التفصيل بين الحدود وغيرها فيجوز في الثاني. ولعل مراده من كونه مأموناً، أي بريئاً من التهمة.

٥- وفي النهاية فصل في الحدود بين حقوق الناس وحقوق الله فيجوز في الأوّل دون الثاني.^(٥)

٦- وقال أبو الصلاح الحلبي: وإن أنكر فكان عالماً بصدق المدعي أو

١- الطوسي، الخلاف: ٣، كتاب القضاء، المسألة ٤١. ولعل تقدير العبارة هكذا: يعلم ذلك قبل التولية أو بعدها في موضع ولايته وبعد التولية في غير موضع ولايته.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٦٦، وما أشار إليه من الرواية ليست موجود في مصادرنا كما صرح في مفتاح الكرامة: ٣٧/ ١٠.

٣- المبسوط: ٨/ ١٢١ و١٢٠. ٤- النهاية: ٦٩١.

المدعى عليه على كل حال وفي تلك القضية حكم بعلمه ولم يحتج إلى بيّنة ولا يمين على صحة دعوى ولا إنكار، إلا أن تقوم بيّنة تمنع من استمرار العلم فيحكم بمقتضاه. (١)

٧- قال ابن البرّاج: «وإذا ترفع خصمان إلى الحاكم فادعى أحدهما على الآخر حقاً فأنكر وعلم الحاكم صدق المدعى فيما طالبه، مثل أن يكون ما عليه، يعلمه الحاكم أو قصاص أو ما أشبه ذلك، كان له أن يحكم بعلمه، ثم نقل عن المخالفين بأنهم يعيبننا بالقول بعلم القاضي بعلمه، مع أنهم يجوزونه في موارد ثلاثة:

أ- أن يحكم في الجرح بعلمه وأن تهدي البيّنة على عدالة الشاهد.
ب- إذا طلق زوجته بحضرته ثلاثاً ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فيعمل بعلمه.

ج- إذا عتق الرجل عبده بحضرته ثم جحد، ولا يعتمد بيمين المنكر. (٢)
٨- وقال ابن حمزة: «ويجوز للحاكم المأمون الحكم بعلمه في حقوق الناس وللإمام في جميع الحقوق». (٣)

٩- قال ابن إدريس: عندنا للحاكم أن يقضي بعلمه في جميع الأشياء؛ لأنه لو لم يقض بعلمه أفضى إلى إيقاف الأحكام أو فسق الحكام، لأنه إذا طلق الرجل زوجته بحضرته ثلاثاً ثم جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فإن حكم بغير علمه وهو استحلاف الزوج وتسليمها إليه فسق وإن لم يحكم وقف الحكم وهكذا إذا عتق الرجل عبده بحضرته ثم جحد وإذا غصب من رجل ماله ثم جحد يفضي إلى ما قلناه.

الحقوق ضربان: حقّ للآدميين، وحقّ لله فإن ادعى حقاً لآدمي كالقصاص

٢- ابن البرّاج، المهذب: ٢/ ٥٨٦- ٥٨٧.

١- أبو الصلاح، الكافي: ٤٤٥.

٣- ابن حمزة، الوسيلة: ٢١٩.

وحدّ القذف، والمال فاعترف به أو قامت به البيّنة لم يجوز للحاكم أن يعرض له بالرجوع عنه، والجحود؛ لأنّه لا ينفعه ذلك، لأنّه إذا ثبت باعترافه، لم يسقط برجوعه وإن كان قد ثبت بالبيّنة لم يسقط عنه بجحوده.

وإن كان حقاً لله كحدّ الزنا والشرب فإن كان ثبوته عند الحاكم بالبيّنة لم يُعرض له بالرجوع لأنّ الرجوع لا ينفعه، وإن كان ثبوته باعترافه جاز للحاكم أن يعرض له بالرجوع لكنّه لا يصحّ بذلك؛ لأنّ فيه تلقين الكذب وإنّما قلنا بجوازه لأنّ ما عزّأ لما اعترف قال له النبي ﷺ: لعلك قبّلتها، لعلك لمستها. ^(١)

١٠- وقال المحقّق: «الإمام يقضي بعلمه مطلقاً، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس وفي حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء». ^(٢)

١١- وقال ابن سعيّد: «والحاكم يحكم بعلمه في عدالة الشاهد وجرحه فلا خلاف وفي حقوق الناس وحقوق الله في الأظهر». ^(٣)

١٢- وقال العلامة في القواعد: «الإمام يقضي بعلمه مطلقاً، وغيره يقضي به في حقوق الناس وكذا في حقّه تعالى على الأصح». ^(٤)

١٣- قال الشهيد الثاني: ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنّ الإمام يحكم بعلمه مطلقاً لعصمته المانعة من تطرّق التهمة وعلمه المانع من الخلاف، والخلاف في غيره من الحكام فالأظهر بينهم أنّه يحكم أيضاً بعلمه مطلقاً، وقيل: لا يجوز مطلقاً، وقال ابن إدريس: يجوز في حقوق الناس من دون حقوق الله وعكس ابن الجنيد في كتابه الأحمدي - إلى أن قال: - وأصحّ الأقوال جواز قضاء الحاكم مطلقاً بعلمه مطلقاً لأنّ العلم أقوى من الشاهدين اللّذين لا يفيد قولهما عند الحاكم إلّا مجرد الظنّ إن كان فيكون القضاء به ثابتاً بطريق

٢- الجواهر: ٤٠/٨٦-٨٨، قسم المتن.

١- ابن إدريس الحلّي، السرائر: ١٧٩/٢.

٤- مفتاح الكرامة: ١٠/٣٥-٣٦، قسم المتن.

٣- الجامع للشرائع: ٥٢٩.

أولى. (١)

١٤- اختار السيد الأستاذ رحمته في التحرير جواز عمل القاضي بالعلم في المجالين: حقوق الله وحقوق الناس مثل عمله إذا قامت البيّنة أو أقر الخصم، غير أنّ عمله في حقوق الناس يتوقف على المطالبة حدّاً كان أو تعزيراً (٢) ولكنّ القيد ليس تفصيلاً في المسألة؛ إذ المطالبة هو الشرط مطلقاً في حقّ الناس سواء ثبت بالعلم أو بالبيّنة والإقرار، فما لا يطالب صاحب الحقّ لا يحكم به القاضي.

فهذا أربعة عشر نصّاً من الأصحاب يعرف موقف الأصحاب من المسألة ويحصل من الإمعان فيها أنّ الأقوال عندهم تناهز ستة:

- ١- القول بالمنع، كما عن ابن الجنيد.
- ٢- الجواز مطلقاً، كما عليه الأكثر.
- ٣- يجوز في حقوق الناس دون حقوق الله.
- ٤- عكس الثالث وهو خيرة ابن الجنيد في الأحمدي حسب ما عرفت.
- ٥- الفرق بين كون القاضي مأموناً وعدمه فيقضي في الأول دون الثاني.
- ٦- الفرق بين الحدود وغيرها فلا يقضي في الأول بعلمه وهو خيرة الشيخ في موضع من المبسوط وهو غير القول الثالث؛ لأنّه يفرق بين حقّ الناس وحقّ الله، فيقضي في الأول دون الثاني وهذا يفرق بين الحدود - وإن كان حقّ الناس - وغيرها وعلى هذا لا يعمل بعلمه في القصاص وحدّ القذف؛ لأنّهما وإن كانا من حقوق الناس، لأنّهما من الحدود.

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٣٩٨/٢. ما نسبته إلى ابن إدريس لا ينطبق على ما نقلناه عن السرائر فلاحظ.

٢- الإمام الخميني: التحرير: ٤٠٨/٢.

كلمات فقهاء أهل السنة

وأما أهل السنة فقد نقل المرتضى أقوالهم في الانتصار، والشيخ في الخلاف ونحن ننقلها عن الخلاف والمغني.

قال الشيخ في الخلاف: للشافعي فيه قولان في حقوق الأدميين: أحدهما مثل ما قلناه وبه قال أبو يوسف واختاره المزني وعليه نص في الأم وفي الرسالة واختاره وقال الربيع: مذهب الشافعي أن القاضي يقضي بعلمه وإنها توقفت فيه لفساد القضاة.

والقول الثاني لا يقضي بعلمه بحال وبه قال في التابعين: شريح والشعبي. وفي الفقهاء مالك والأوزاعي، وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق... وعن مالك وابن أبي ليلى، قال: لو اعترف المدعى عليه بالحق لم يقض القاضي عليه حتى يشهد عنده شاهدان.

وأما حقوق الله تعالى فإنها تبنى على قولين: فإذا قال لا يقضي بعلمه في حقوق الأدميين فبأن لا يقضي به في حقوق الله أولى. وإذا قال يقضي بعلمه في حقوق الأدميين ففي حقوق الله على قولين.

ولا فصل على القولين بين أن يعلم ذلك بعد التولية في موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعد التولية في موضع ولايته.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن علم بذلك بعد التولية ففي موضع ولايته حكم وإن علم به قبل التولية أو بعد التولية في غير موضع ولايته لم يقض به. هذا في حقوق الأدميين، أما في حقوق الله تعالى فلا يقضى عندهم بعلمه بحال.^(١)

وقال ابن قدامة: ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا في غيره

١- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٤١.

لا فيما علمه قبل الولاية، ولا بعدها وهذا قول شريح، والشعبي، ومالك وإسحاق وأبي عبيد، ومحمد بن الحسن، وهو أحد قولي الشافعي.
وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبي يوسف وأبي ثور والقول الثاني للشافعي واختيار المزني.

وقال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة وأما حقوق الأدميين فيما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به، لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته - إلى أن قال: - ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمة والحكم بها انتهى ويحيله إلى علمه.^(١)



مركز تحفة كويتية للدراسات الإسلامية

حاصل أقوالهم

إن المشهور في حقوق الأدميين هو عدم الجواز إلا على أحد القولين للشافعي، وبه قال يوسف والمزني.

وأما في حقوق الله، فمن قال لا يجوز في الأدميين يقول به فيها وأما من يجوز فيها فله قولان فيها ولا يفصل أحد منهم بين العلم قبل التولية وبعدها، أو بين موضع توليته وغيره إلا أبا حنيفة كما عرفت.

* الأمر الثاني: ما هو المراد من الجواز؟

المراد من الجواز في عنوان المسألة هو الجواز الوضعي، لا التكليفي بمعنى جواز العمل وتركه، ضرورة أنه إذا تمت الحجة بالعلم يجب العمل وإقامة القسط

١- ابن قدامة، المغني: ١٠/ ١٤٠-١٤١.

والعدل، والحكم بالحق، وإلا حرم العمل.

* الأمر الثالث: في العلم المأخوذ في الموضوع

إن القضاء يتوقف على العلم والقضاء بدونه حرام وهل العلم فيه طريقي محض، أو موضوعي؟ الظاهر هو الثاني، بشهادة قوله: «ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار» ولو كان العلم المعتبر فيه طريقياً محضاً لما صح إبعاد النار عليه في هذه الصورة لكونه أصاب الواقع ولما انحصرت النجاة بآخر الأقسام أعني: «رجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة»^(١).

وليس المراد من العلم منه هو العلم بالحق، علماً منطقياً، (الاعتقاد الجازم) بشهادة أن من يحكم بالبينات والأيمان، لا علم له بواقع الحق، بل المراد هو قيام الحجة على الحق، فقد أخذ علم القاضي على وجه الإجمال موضوعاً لوجوب الاتباع والنفوذ على المتخاصمين فعند ذلك يجب الفحص عن خصوصية ذلك العلم النافذ على الغير.

توضيح الحال: إن علم الإنسان بالنسبة إلى نفس العالم، يلاحظ غالباً - إلا ما شذ - طريقاً إلى الواقع، فيجب اتباع العلم من غير فرق بين أسبابه، فلو حصل العلم بالموضوع أو الحكم من أي طريق كان، يجب الأخذ به إلا إذا ردع الشارع عنه فعندئذ يرجع إلى التشكيك في مبادئه، وأما علم الإنسان بالنسبة إلى غيره فهو موضوع للزوم اتباعه كعلم المفتي بالحكم الشرعي، وعلم الشاهد بما يشهد، وعلم القاضي بما يقضي. فقد اتخذ العلم في تلك الموارد، موضوعاً للزوم اتباع الغير ونفوذه في حقه وعندئذ يجب الفحص عن حد الموضوع، فهل المأخوذ في الموضوع

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤، من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

مطلق العلم أو العلم الخاص منه فلو كان إطلاق يؤخذ به وإلا يؤخذ بالقدر المتيقن منه والظاهر من الروايات هو تحديد علم القاضي بالبيّنات والأيمان فالعمل بغيرهما يحتاج إلى دليل خاص.

قال رسول الله ﷺ: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فأتيا رجل قطع له من مال أخيه شيئاً، فإنما قطع له به قطعة من النار»^(١).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة الهدى»^(٢).

فإن قلت: سلّمنا إنّ العلم مأخوذ - موضوعاً - في نفوذ رأي القضاء لكنه مأخوذ فيه على نحو الطريقة، لا على نحو الوصفية والسببية فعندئذ كما هو شامل للحجج الشرعية من البيّنات والأقارير، فهكذا شامل للعلم الوجداني للقاضي أخذاً بالملاك.

قلت: لا يصحّ القول بأنّ تمام الملاك هو الطريقة وذلك لظهور أدلة باب القضاء هو كون القاضي إنساناً محايداً غير متحيّز لأحد الطرفين وهو لا يتحقّق في نظر العرف إلا إذا عمل بما اتفق المترافعان عليه وهو البيّنة والإقرار، لا ما إذا عمل بعلمه فإن عمله به يخرجّه عن الحيادة.

ومّا ذكرنا يظهر الإشكال في كلام المحقّق الرشتي، قال رحمه الله: القضاء سلطنة إلزام شرعي للشخص على ما لا يقتضيه تكليفه سواء كان القضاء بمقتضى العلم أو بمقتضى البيّنة والأصل عدم الإلزام في الحكم الوضعي التكليفي، وهذا هو المراد ممّا ذكرنا في الالتقاط المتقدم من كون العلم في مسألة القضاء موضوعاً قابلاً للإثبات والنفي، والأصل عدم الإلزام في الحكم الوضعي التكليفي في مقام

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- المصدر نفسه، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

الحجّية.

لكن إذا فرض وجوب القضاء لأمحالة فلامعنى لعدم اعتبار العلم ولا اعتبار سائر الموازين في مقابله، مثلاً إذا علم القاضي بحقيّة الدعوى فالإعراض عن مقتضى العلم والرجوع إلى اليمين لامعنى له، أو علم مثلاً أنّ قاتل زيد هو عمرو، وأقيمت البيّنة على كونه خالداً فإنّ الحكم بالقصاص من خالد وعدم الحكم بالقصاص من عمرو مع العلم بأنّ خالداً ليس بقاتل يوجب التخصيص في أدلة الأحكام الواقعية، مع أنّ القاضي أمر بالقضاء حسب الحقّ الواقعي.^(١)

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره في تفسير القضاء ممّا لاغبار عليه إنّما الكلام في غيره فإنّه قبل أنّ علم القاضي أخذ موضوعاً للحجّية، فعندئذ يجب أن يلاحظ الدليل الدالّ عليه فهل المأخوذ مطلق العلم والحجّة، سواء أكان علماً منطقياً أو بيّنة أو إقراراً، أو العلم الخاص أعني: الأخيرين (البيّنة و الإقرار) وما لم يكن هنا دليل شارح للموضوع من إطلاق أو غيره لا يمكن الحكم. وليس العلم الوجداني، المصدق المتيقن منه.

وكون القضاء واجباً لا ينتج لزوم العمل بالعلم، وذلك لأنّ وجوبه ليس على وجه الإطلاق بل مشروط بتواجد أسبابه وأدواته ومن المحتمل أن تكون أسبابه، منحصرة في البيّنات والأيمان.

وأما حكم التعارض بين العلم الوجداني وقيام البيّنة فعليه الامتناع من القضاء، لاتقديم علمه على البيّنة؛ إذ العلم وإن كان أقوى في نظره، ولكن البيّنة أقوى في نظر الأخيرين من علمه فترفع الشكوى إلى قاض آخر، يحكم هو حسب الموازين القضائية الممكنة المتيسّرة.

أضف إلى ذلك أنّ القضاء من الأمور ذات الإضافة، له إضافة إلى من

يقضي، ومن يقضى له، ومن يقضى عليه فله - كالمثلث - أضلاع ثلاثة، وهو غير متحقق في القضاء، بالعلم في حقوق الله سبحانه، لاتحاد القاضي والمدعي (من يقضى له) فيها، فتنفيذه فيها يحتاج إلى دليل خاص هذا هو مقتضى القاعدة.

فقد تلخص مما ذكرنا أنه لولا الدليل على نفوذ علم القاضي في المتخاصمين، لما جاز الحكم به. ثم إنه ربما يتوهم أن مقتضى الأدلة العامة في القضاء وغيره هو جواز الحكم بالعلم، فهذا ما نذكره في البحث الآتي ونبرهن، أنه لادلالة لها على الجواز، ولا بد من التماس دليل خاص.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الأدلة على أقسام ثلاثة:

الأول: ما يصلح للاستدلال به على جواز العمل به مطلقاً من غير فرق بين حقوق الله وحقوق الناس.

الثاني: ما يصلح للاستدلال به عليه في خصوص حقوق الله.

الثالث: ما يصلح للاستدلال به عليه في خصوص حقوق الناس.

فلنبدأ بالأول:

المقام الأول:

فيما يصلح للاستدلال به على جواز العمل في كلا الحقوقين

استدلوا في هذا الحقل بأمور:

١- ما استدل به الشيخ في الخلاف على المسألة بقوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ (ص/ ٢٦). وقال تعالى لنبيه: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ (المائدة/ ٤٢). ومن حكم بعلمه

فقد حكم بالعدل والحق^(١) ونقله في الجواهر وأضاف في موضع آخر وقال: مضافاً إلى تحقق الحكم المعلق على عنوان قد فرض العلم بحصوله كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة/ ٣٨) ، و ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور/ ٢) والخطاب للحكام فإذا علموا تحقق الوصف وجب عليهم العمل فإن السارق والزاني من تلبس بهذا الوصف لامن أقرب به أو أقامت عليه البيّنة وإذا ثبت ذلك في الحدود ففي غيره أولى.^(٢)

يلاحظ عليه: أن الطائفة الأولى بصدد بيان صفات الحكم وأنه يجب أن يكون حقاً، عدلاً، قسطاً، لا ضدها، ومن أراد أن يحكم يجب أن يحكم بها، وأما ما هي الأداة التي بها يميز الحق عن الباطل، والقسط عن الجور، فليس بصدد بيانه حتى يؤخذ بإطلاقها.

وأما الطائفة الثانية: فما أفاده صاحب الجواهر حولها من أن الموضوع نفس من تلبس بالمبدأ، وهو محقق فإنما ينفع في عمل نفسه، لا في نفوذه في حق الغير، فلو علم بنجاسة إناء أو زوجية امرأة، فعلمه دليل على نفسه لا على الغير، مالم ينطبق عليه عنوان الحجج المعتبرة في الشرع.

٢- ثم إنه ربما يتمسك بأنه مقتضى وجوب الأمر بالمعروف وإنكار المنكر، ولزوم إظهار الحق ونظائره.

يلاحظ عليه: بأنه إن أريد من الأمر والإظهار، والإنكار ما يؤدي باللسان، فهو تائم وربما يرجع المدعي أو المنكر عن باطلها وله أن يشهد على الواقع، لو أرجع الواقعة إلى قاضٍ آخر. وإن أريد منه تنفيذ حكمه في المورد، فهو وإن كان من شؤون القاضي لكن الشك في كون العلم من طرق الحكم والفصل بين المتخاصمين أو لا ومعه، لا يصح التمسك بتلك الأدلة في المورد.

١- الطوسي، الخلاف: ٣/ ٤١.

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠/ ٨٦-٨٨.

ثم إن صاحب الجواهر قد نبّه ببعض ما ذكرنا في آخر كلامه عند الردّ على صاحب الانتصار في نقده لنظرية ابن الجنيد حيث قال: ولكن الإنصاف أنّه (كلام ابن الجنيد) ليس بتلك المكانة من الضعف، ضرورة أنّ البحث في أنّ العلم من طرق الحكم والفصل بين المتخاصمين ولو من غير المعصوم في جميع الحقوق أولاً، وليس في شيء من الأدلة المذكورة - عدا الإجماع منها - دلالة على ذلك والأمر بالمعروف ووجوب إيصال الحق إلى مستحقّه بل كون العلم حجةً على من حصل له، يترتب عليه سائر التكاليف الشرعيّة، لا يقتضي كونه من طرق الحكم بل أقصى ذلك ما عرفت وأنّه لا يجوز له الحكم بخلاف حكمه بل لعل أصالة عدم ترتب آثار الحكم عليه يقتضي عدمه.

٣- ما استدلّ به الشيخ في الخلاف حيث قال: «القطع واليقين أولى من غالب الظنّ ألا ترى أنّ العمل بالخبر المتواتر أولى من العمل بالخبر الواحد»^(١). وقال في الجواهر: «العلم أقوى من البيّنة المعلوم إرادة الكشف منها»^(٢).

يلاحظ عليه: أنّه إنّما ينفع في حقّ العالم، حيث إنّ علمه طريق محض إلى الواقع، فالعلم في نفسه أولى من البيّنة وأمّا إذا كان موضوعاً بالنسبة إلى الغير، فيجب عندئذ اتّباع الدليل فيها أنّه ليس هنا إطلاقاً، يدلّ على موضوعيّة مطلق العلم، فلا يصحّ الاستناد بادّعاء الأولوية؛ إذ من المحتمل أن يكون الموضوع للنفوذ، ما اتّفق عليه العقلاء في باب القضاء، أو اتّفق المترافعان على حجّيته، أعني: البيّنة.

٤- ما استدلّ به الشيخ وابن ادریس، وهو أنّه إذا لم يقض على وفق العلم لزم إمّا فسق الحاكم، أو إيقاف الحكم؛ لأنّه إذا طلق زوجته بحضرتها ثمّ جحد فإنّ قضى بعلمه فهو، وإلاّ فإنّ استحلف الزوج وحلف هو وأرجعها إليه، لزم الفسق

١- الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣٢٢.

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠/ ٨٨.

وإن لم يقض لزم الإيقاف.^(١)

يلاحظ عليه: أن هنا طريقاً رابعاً، وهو إرجاع الواقعة إلى قاضٍ آخر، ليس له ذلك العلم.

٥- ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام، قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فادّعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه، فقال: قد أوفيتك، فقال: اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا، فأقبل رجلٌ من قريش فقال رسول الله ﷺ: احكم بيننا، فقال للأعرابي: ما تدّعي على رسول الله ﷺ؟ فقال: سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله ﷺ؟ فقال: قد أوفيتها، فقال للأعرابي: ما تقول؟ فقال: لم يوفني، فقال لرسول الله ﷺ: ألك بيّنة أنك قد أوفيتها؟ قال: لا، فقال للأعرابي: أتخلف أنك لم تستوف حَقَّك وتأخذه؟ قال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: لا تحاكمن مع هذا إلى رجلٍ يحكم بيننا بحكم الله.

فأتى علي بن أبي طالب عليه السلام ومعه الأعرابي، فقال علي عليه السلام: مالك يا رسول الله؟ قال: يا أبا الحسن احكم بيني وبين هذا الأعرابي فقال علي عليه السلام: يا أعرابي ما تدّعي على رسول الله ﷺ؟ قال: سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه، فقال: ما تقول يا رسول الله؟ قال: قد أوفيتها ثمنها، فقال: يا أعرابي أصدق رسول الله ﷺ فيما قال، قال الأعرابي: لا! ما أوفاني شيئاً، فأخرج علي عليه السلام سيفه فضرب عنقه، فقال رسول الله ﷺ: لم فعلت يا علي ذلك؟ فقال: يا رسول الله ﷺ نحن نصدّك على أمر الله ونهيه وعلى أمر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحى الله عز وجل، ولانصدّك على ثمن ناقة الأعرابي، وإنّي قتلتُه لأنه كذّبك لما قلتُ له: اصدق رسول الله ﷺ فقال: لا ما أوفاني شيئاً، فقال رسول الله ﷺ: أصبت يا علي، فلاتعد إلى مثلها، ثم التفت إلى القرشي وكان قد تبعه فقال: هذا حكم الله لا ما حكمت به.^(٢)

١- الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣٢٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٨، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

وجه الدلالة أن مقتضى القضاء بالبيّنات والأيمان هو ما قضى به القرشي ولكن الإمام عليه السلام لما علم بصدق النبي ﷺ انتقل إلى كذبه وأنه مكذّب، ومن المعلوم أن مكذّب النبي مرتدّ خارج عن الدين فيجوز قتله، كل هذا يعطي أن الإمام له القضاء وفق علمه.

قال في الجواهر: ولوجوب تصديق الإمام في كلّ ما يقوله وكفر مكذّبه ولذا قتل أمير المؤمنين عليه السلام خصم النبي لما تخصّصا إليه في الناقة وثمنها وهو يقتضي وجوب الخروج من حقّ يخبر به الإمام وهو يقتضي وجوب إخبار الإمام به وإلاّ لأدى إلى ضياع الحقّ.^(١)

يلاحظ عليه: أن سند الصدوق بالنسبة إلى أقضية علي وإن كان صحيحاً في الفقيه^(٢) لكن المتن، يشمل على أمور شاذة عن القواعد.

أما أولاً: فلأن الظاهر أن الأعرابي كان يكذب النبي الأكرم ﷺ، ومثله في عصر الرسول يكون مرتدّاً ملئياً، لأن طبع الحال يقتضي أنه كان مشركاً ثمّ اعتنق الإسلام فارتداده يستلزم الاستنابة ثلاثة أيام ثمّ يقتل، فلماذا قتله علي عليه السلام، بلا استنابة، فهل الاستمهال من خصائص غير هذا النوع من الارتداد؟ أو أن للإمام الاستعجال في إجراء الحد؟

وثانياً: إذا كان قضاء علي عليه السلام حقّاً وقد حكم بحكم الله فلماذا نهى النبي عن العود بمثل هذا وقال: فلا تعد إلى مثلها، ثمّ التفت إلى القرشي وكان قد تبعه و قال: «هذا حكم الله لا ما حكمت به».

وثالثاً: فلو أخذنا بمضمونه يختصّ بالعلم الحاصل من قول المعصوم وأين هذا من العمل بكلّ علم حصل من أيّ مصدر، وثبوت الحكم في الأقوى لا يكون دليلاً على ثبوته في الأضعف.

ورابعاً: أنه يدلّ على أن الإمام يعمل بعلمه في الحدود، لا أنه يقضي به إلا أن يدعي الملازمة بين العمل والقضاء به.

٦- مارواه الكليني بسند صحيح عن عبد الرحمان بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله، وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة»، فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: «وأين وجدتموه خلاف القرآن؟» قالوا: إن الله يقول ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(١) فقال: قول الله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ هو لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا؟».

ثم قال: «إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمرّ 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: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين، فجعل بينه وبينه شريحاً، فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال له شريح: هات على ما تقول بيّنة، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة، فقال شريح: هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك، قال: فغضب علي عليه السلام وقال: خذها فإن هذا قضى بجور ثلاث مرّات، قال: فتحول شريح وقال: لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرّات؟ فقال له: ويلك - أو ويحك - إني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة فقلت: هات على ما تقول بيّنة، وقد قال رسول الله: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنة، فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى

رسول الله ﷺ بشهادة واحد ويمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولاً يوم البصرة فقلت: هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً، ثم قال: ويلك - أو ويحك - إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا»^(١).

وجه الاستدلال هو قوله: «إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا».

يلاحظ عليه: أن السند وإن كان صحيحاً، لكن المتن مشتمل على أمور شاذة لا مناص من توجيهها.

أما أولاً: فلأن علم الإمام إذا كان نافذاً في حق المحكوم عليه، فلماذا لم يتمسك الإمام به في هذا الأمر ورضي بالمحاكمة وكان عليه أن يقول له، ما قاله لشريح في آخر الواقعة؟!

وثانياً: أن الإمام اعترض على شريح لما قال: «ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر» بأن رسول الله قضى بشهادة واحد ويمين ولكن الاعتراض إنما يتوجه، لو نفى شريح القضاء بشهادة ويمين، مع أنه لم يحدث عنه أبداً وإنما حدث عن الشاهد الواحد وأنه لا يقضي به، وليس على القاضي أن يعلم الخصم بأن له اليمين مكان الشاهد الآخر، وقد ذكروا في باب آداب القضاء أنه لا يجوز للقاضي تلقين الخصم بالحجة.

وثالثاً: أنه لو أخذنا به يكون العلم المصون من الخطأ موضوعاً لجواز العمل به والحكم على وفقه وأين هو من علم غير المعصوم الخاطئ كثيراً وإن لم يكن القاضي متوجهاً إلى خطئه عند القضاء.

ورابعاً: أنه يدل على أن الإمام يعمل بعلمه وأما أنه يقضي به فلا إلا أن يدعي الملازمة بين العمل، والقضاء، كما مر.

٧- ما روي عن خزيمة بن ثابت بسند غير نقي وإن كان المضمون معروفاً: إن النبي اشترى فرساً من أعرابي فأنكر الأعرابي بيعه وقال: هلم من يشهد ولم يشهد أحد شرائه فشهد خزيمة وأمضى رسول الله شهادته وأقامها مقام اثنين فلُقّب بذي الشهادتين.^(١)

يلاحظ عليه: أولاً: - مضافاً إلى ما عرفت من أن السند غير نقي -، أنه يدل على جواز الشهادة، على الموضوع إذا سمعه من المعصوم، ولادليل على الملازمة بين جواز الشهادة وجواز القضاء.

وثانياً: لو أخذ بمضمونه فهو يدل على جواز القضاء بالعلم بالموضوع لأجل إخبار المعصوم وأين هو من جواز العمل بمطلق العلم الحاصل من القرائن وضمّ الشواهد.



مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی

إلفات نظر

إن الرواية الخامسة والسابعة وإن وردتا في حقوق الناس، و السادسة وإن وردت في حقوق الله، لكن سياق كلّ رواية على نمط يستفاد منه العموم، ولأجل ذلك جئنا بها في ذلك الفصل، ولم ندرجها في الفصلين التاليين.

مثلاً: جاء في الرواية الخامسة، أن الإمام ضربه بسيفه معتذراً بأنه يصدّق رسول الله ﷺ على أمره ونهيه وكيف لا يصدّق على ثمن الأعرابي. فلو كان الملاك للعمل ذلك التعليل فلا يختلف فيه الحقوقيان إذ كيف يختلف بعد كون المصدر هو كلام رسول الله ﷺ.

وهكذا جاء في الرواية السادسة قول الإمام: إن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا. وعليه تكون النتيجة هي العموم من غير فرق بين الحقوقيين.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣، ملخصاً.

ومثله الرواية السابعة حيث أمضى رسول الله ﷺ شهادة خزيمة مكان الشهادتين وذلك لأن مصدر شهادة خزيمة هو خبر النبي الأكرم المعصوم ، فلو كان الملاك للشهادة هو ذلك، فلا يفرق بين الحقوقيين.

وهذا هو السر في ذكر هذه الروايات في هذا الحقل.

المقام الثاني :

في ما استدل به على جواز العمل في خصوص حقوق الله

استدلوا في هذا الحقل بأحاديث تأتي بها واحداً تلو الآخر:

الأول: ما رواه الكليني عن الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد ولا يحتاج إلى بيّنة مع نظره؛ لأنه أمين الله في خلقه، وإذا نظر إلى رجل يسرق أن يزبره وينهائه ويمضي ويدعه» قلت: وكيف ذلك؟ قال: «لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، وإذا كان للناس فهو للناس»^(١).

والاحتجاج به مشكل سنداً لاشتماله على محمد بن أحمد بن حماد المحمودي الذي عدّه الشيخ من أصحاب الإمام الهادي ولكن لم يرد فيه توثيق، كما أنه لم يرد في الحسين بن خالد أيضاً سواء أكان المراد منه هو الصيرفي الذي عدّه من أصحاب الكاظم والرضا عليه السلام أو الحسين بن خالد بن طهمان الذي يعبر عنه بالخفاف وعدّه من أصحاب الصادق عليه السلام نعم حاول العلامة المامقاني إثبات وثاقته من هنا وهناك فلاحظ.^(٢)

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣.

٢- عبد الله المامقاني: التنقيح ١/ ٢٢٦-٢٢٧.

وأما المضمون، فقد فصل بين حقوق الله وحقوق الناس وأن الإمام بما أنه أمين الله في أرضه فهو يعمل بعلمه في الأولى، ويقيم الحد على الزاني وشارب الخمر، دون السارق لأنه من حقوق الناس.

ولكنه لا يخلو من إشكال لأنه عدّ حد السرقة من حقوق الناس مع أنه فرق واضح بين حد القذف فإنه من حقوق الناس، وبين حد السرقة، فإن ردّ ما سرق فهو من حقوق الناس، وأما القطع فهو من حقوق الله.

ويدلّ على ما ذكرنا : ما رواه الشيخ بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن الفضيل في حديث وجاء فيه: إذا أقرّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه فهذا من حقوق الله وإذا أقرّ على نفسه أنه شرب خمرأ حدّه، فهذا من حقوق الله وإذا أقرّ على نفسه بالزنا وهو غير محصن فهذا من حقوق الله، قال: وأما حقوق المسلمين فإذا أقرّ على نفسه بفرية لم يحذه حتى يحضر صاحب الفرية أو وليه....^(١) ولو فرضنا أن الروايتين متعارضتين فالأخذ بالصحيحة متعين لا بما لم يثبت سنده.

نعم، يظهر من ابن ادريس الحلّي أن حد السرقة حقّ ممزوج من حقوق الله وحقوق الناس حيث قال: فأما الحقّ الذي لله ويتعلّق به حقّ الأدمي فلا يطالب به أيضاً ولا يستوفيه إلا بعد المطالبة من الأدمي وهو حدّ السارق فمتى لم يرفعه إليه ويطالب بما له لا يجوز للحاكم إقامة الحدّ عليه بالقطع فعلى هذا التحرير إذا قامت البيّنة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب وليس للغائب وكيل يطالب بذلك لم يقطع حتى يحضر الغائب ويطالب.^(٢)

وتحقيق المطلب وأن القطع من حقوق الله أو الناس موكولٌ إلى محله.
على أن الظاهر من رواية ابن خالد أنه بصدّد بيان أمر آخر وهو أن حقوق

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١.

٢- الحلّي، السرائر: ٣، ٤٩٥، ط النشر الإسلامي.

الله تجرى وإن لم تكن هناك مطالبة و أما حقوق الناس فلا جراه فرع المطالبة و ليست الرواية ناظرة إلى جواز عمل القاضي بعلمه و أن قوله: « إذا نظر إلى رجل » في كلا الموردين بمعنى ثبوت الموضوع ثبوتاً شرعياً لا ثبوتاً بعلم القاضي.

ثم إن هناك روايات تدل على أن علياً عليه السلام عزر رجلين أو امرأة ورجلاً إذ رآهما في لحاف واحد، أو عزر قاصاً يقص في المسجد بالدرة وهذا يدل على جواز عمل الإمام بعلمه في حقوق الله من دون بينة وإليك رواياته:

الثاني: صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: « كان علي عليه السلام إذ وجد الرجلين في لحاف واحد ضربهما الحد ».^(١)

الثالث: صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال: كان علي عليه السلام إذا وجد رجلين في لحاف واحد مجردين جلدتهما حد الزاني مائة جلدة كل واحد منهما وكذلك المرأتان إذا وجدتا في لحاف واحد مجردتين جلدتهما كل واحدة منهما مائة جلدة.^(٢)

الرابع: روى الشيخ بسند صحيح عن أبان بن عثمان (الثقة) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: « إن علياً عليه السلام وجد امرأة مع رجل في لحاف واحد فجلد كل واحد منهما مائة سوط غير سوط ».^(٣)

الخامس: صحيحة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: « إن علياً عليه السلام وجد رجلاً وامرأة في لحاف واحد فضرب كل واحد منهما مائة سوط إلا سوطاً ».^(٤)

السادس: إن أمير المؤمنين عليه السلام رأى قاصاً في المسجد فضربه بالدرة وطرده.^(٥) وطبع الأمر يقتضي أن تكون القصة من القصص المضلة المضادة لما عليه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ٦، ١٥، ١٩.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حد الزنا، الحديث ٢٠.

٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب بقية الحدود، الحديث ١.

أسس الإسلام.

في تفسير هذا القسم من الروايات:

١- إن الروايات ليست في مقام بيان عمل الإمام بعلمه، بل بصدد بيان حكم الموضوع وإن المتسترين تحت لحاف واحد، حكمهما كذا، والتعبير بـ «وجد» ليس مشيراً إلى أنه وقف بالموضوع عن طريق رؤيته نفسه وعمل بعلمه، بل نشير إلى أن الثابت من عملهما هو ذاك، أي كونهما في لحاف واحد، من دون إحراز أي عمل آخر. ولأجل ذلك جاء التعبير في بعض الروايات: «حدّ الجلد أن يوجد في لحاف واحد، والرجلان يجلدان إذا وجدا في لحاف واحد»^(١).

٢- إن القدر المتيقن من هذه الروايات هو وجود التسالم بين القاضي والمتواجدين تحت لحاف واحد، فلا يصح الاحتجاج به إذا لم يكن هناك تسالم فلو افترضنا أن الحاكم الإسلامي رأهما بآلة التصوير من بعيد، فاحضرهما فأنكرا فلا يصح الاحتجاج بالروايات عليهما.

السابع: ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن أبي عمير، عن شعيب^(٢) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة لها زوج قال: «يفرق بينهما»، قلت: فعليه ضرب قال: «لا، ما له يضرب»، - إلى أن قال - فأخبرت أبا بصير فقال سمعت جعفرًا عليه السلام يقول: «إن علياً عليه السلام قضى في رجل تزوّج امرأة لها زوج فرجم المرأة وضرب الرجل الحدّ، - ثم قال - : لو علمت أنك علمت لفضخت رأسك بالحجارة».

حمل الشيخ ما روى عن أبي الحسن بمن لا يعلم أن لها زوجاً، وحمل الثاني

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ١ ولاحظ الحديث: ٢، ٣، ٤، ٥، ٧، ٩، ١٠.

٢- وهو شعيب بن يعقوب المقرئ بقرينة رواية ابن أبي عمير عنه وثقه النجاشي وتبعه العلامة.

على من غلب على ظنه ذلك وفرط في التفتيش فيعزر.^(١)

والفضخ بالإعجام هو كشف المساوي و يستعمل في معنى الكسر أيضاً وهو المراد في المقام. والاستدلال مبني على الأخذ بظهور العلم في العلم الشخصي، وهو مورد تأمل بل المراد هو الثبوت الشرعي، كالثبوت في المرأة، فلا إطلاق له من هذه الجهة وليس الإمام بصدد بيانه.

هذا ما وقفنا عليه في حقوق الله وقد عرفت عدم صحة الاحتجاج بهذه الروايات وهي بين ضعيف السند أو ضعيف الدلالة. أضف إليه وجود الشذوذ في بعض المتن فنخرج بهذه النتيجة أنه ليس للحاكم الإسلامي العمل بعلمه في حقوق الله إلا إذا كان هناك تسالم بين القاضي والمحكوم عليه.



في خاتمة المطاف

نأتي بأمور تلقى الضوء على المختار

١- عدم العمل بالعلم في مورد الإحصان

إن النبي والوصي كانا مصرّين على ستر الأمر في حق المحصن والمحصنة، وعدم الرغبة إلى إقرارهما مع الإذعان بصدقهما. فلو كان علم القاضي قائماً مقام بيّنة المدعي كان اللازم عليهما - صلوات الله عليهما - إجراء الحد، مع أننا نرى في الروايات المستفيضة تجاهلها بالنسبة إلى صدور الزنا ومحاولتهما أن لا يقرّا بها فعلاً. والقائل بجواز العمل بالعلم في مجال حقوق الله لما يواجه هذه الروايات، يحاول علاجها بالتخصيص في الضابطة، ويتمسك بالإجماع بأنه لا يثبت الإحصان، إلا بالبيّنة والأقارير الأربعة. وكان الأولى جعل الروايات دليلاً على بطلان الضابطة ولأجل إيقاف القارئ على موقف النبي والوصي من رفض العلم

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٧ من أبواب حد الزنا، الحديث ٧.

بزنا المحصن والمحصنة نأتي بنصين: أحدهما يرجع إلى النبي الأكرم ﷺ والآخر إلى وصيته، وإن كان يوجب الإطئاب في الكلام.

روى البيهقي في سننه قال: «جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ﷺ طهرني فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله ﷺ طهرني فقال رسول الله ﷺ: مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال رسول الله ﷺ: مم أطهرك فقال: من الزنا فسأل النبي ﷺ أبه جنون فأخبر أنه ليس بمجنون فقال: أشربت خمرأ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. فقال النبي ﷺ: أثيب أنت قال: نعم، فأمر به فرجم»^(١).

وروى أيضاً بأن النبي قال: «ولو كنت راجماً من غير بيّنة لرجمتها»^(٢).

٢- روى الكليني عن صالح بن ميثم عن أبيه قال: «أتت امرأة مجمع^(٣) أمير المؤمنين عليه السلام فقالت: يا أمير المؤمنين! إني زنت فطهرني طهرك الله، فإن عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة الذي لا ينقطع! فقال لها: ممأ أطهرك؟! فقالت: إني زنت، فقال لها: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت أم غير ذلك؟ قالت: بل ذات بعل، فقال لها: أفحاضراً كان بعلك إذ فعلت ما فعلت أم غائباً كان عنك؟ قالت: بل حاضراً، فقال لها: انطلقني فضمي ما في بطنك ثم ايتيني أطهرك، فلمّا ولّت عنه المرأة فصارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم إنيها شهادة».

فلم تلبث أن أتته فقال: قد وضعت فطهرني، قال: فتجاهل عليها فقال: أطهرك يا أمة الله ممأ ذا؟! قال: إني زنت فطهرني، قال: وذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ قالت: نعم، قال: فكان زوجك حاضراً أم غائباً؟ قالت: بل حاضراً، قال: فانطلقني فارضعيه حولين كاملين كما أمرك الله، قال: فانصرفت المرأة فلمّا صارت منه حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم إنيها شهادتان».

١ و ٢- البيهقي، السنن الكبرى: ٨/ ٢٢٦، وج ٧/ ٤٠٧.

٣- المتكبرة.

قال: فلما مضى الحولان أتت المرأة فقالت: قد ارضعته حولين فطهرني يا أمير المؤمنين، فتجاهل عليها وقال: أظهرك ممّا ذا؟ فقالت: إنني زنت فطهرني، فقال: وذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: نعم، قال: وبعلك غائب عنك إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: بل حاضر، قال: فانطلقني فاكفليه حتى يعقل أن يأكل ويشرب ولا يتردى من سطح ولا يتهور في بئر قال: فانصرفت وهي تبكي فلما ولّت وصارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللهم هذه ثلاث شهادات...»^(١).

٢- بطلان وحدة المدعي والقاضي

القضاء المتعارف بين شعوب العالم، هو خروج القاضي عن إطار المنازعة، فلا يكون مدّعياً ولا منكرأً، بل ينظر إلى كلامهما، ويوازن دليلهما، وما يقتضي كلامهما. ويترتب على ذلك، لزوم كون المدعي غير القاضي وبطلان وحدتهما. ولأجل ذلك لو ادّعى أحد على القاضي أمراً يجب أن يرفعه إلى قاضٍ آخر، ولا يصح رفعه إليه إذ لا يصح أن يكون القاضي، من أقيم عليه الدعوى ولأجل ذلك قال المحقق: وإن ادّعى أحد 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.

ويظهر من الجواهر أن لزوم التغاير أمرٌ مسلّمٌ ولذا استشكل في الرجوع إلى خليفته قائلاً بأن ولاية الخليفة فرع ولايته التي لا يندرج فيها الحكم بالدعوى المتعلقة به^(٢) فإذا لم يصلح القاضي لممارسة ما ادّعى عليه، فلا يصلح أيضاً لممارسة ما ادّعى على غيره لوحدة الملاك وهو لزوم مغايرة القاضي، مع أطراف المنازعة فلو

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٦ من أبواب حد الزنا، الحديث ١. ولاحظ الحديث ٢ و ٥.

٢- الجواهر: ٤٠/١٥٨.

وقع في إطارها لما صلح.

على ضوء ذلك فلو كان في مجال حقوق الله سبحانه، بيّنة أو إقراراً، يكون المدعي غير القاضي، فيحكم حسب شهادتهم أو إقراره وأما إذا لم تكن هناك بيّنة ولا إقرار من الشخص، إلا القاضي وعلمه فادّعى عليه أنه ارتكب كذا وكذا، انقلب القاضي مدّعياً، مع لزوم كونها متعدّداً.

نعم ما ذكرنا من استلزامه وحدة القاضي والمدعي إنما يتم في حقوق الله دون حقوق الناس، فإن المدعي فيها، صاحب الحق، والمنكر، من أقيم عليه الدعوى، والقاضي هو الحاكم، من غير فرق بين صدوره عن البيّنة والإقرار، أو عن علمه، وعلى كل تقدير فالقاضي خارج عن طرفي المنازعة.

نعم إذا كان القاضي قتيلاً للأيتام والقصر، وأمثالهما، فله إقامة الدعوى على الغير، لكن نيابة عنهم، فلا يكون القاضي والمدعي واحداً اعتباراً، وإن قلنا بعدم كفاية التعدّد الاعتباري فاللازم أن يرفع الشكوى إلى قاض آخر وفي المحاكم العرفية يتكفل مدّعي العموم، أمر إقامة الدعوى ويُرفع الشكوى إلى محكمة أخرى، لثلاث تلزم وحدة القاضي والمدعي.

٣- حقوق الله خارجة عن مجال القضاء

إن العبرة في حقوق الله بالبيّنة والإقرار، فإن تحقق واحد منهما أقيم الحد ولولا البيّنة والإقرار لا تصلح لإقامة الدعوى وأما إصغاء الادعاء عند الاقتران بالبيّنة فلأجل الاقتران بها ولا عبرة بالادعاء وهذا بخلاف حقوق الناس، فلو ادّعى على شخص ديناً فتسمع دعواه وإن لم تقترن بالبيّنة، ويكون له بالتالي حقّ إحلاف المنكر، وهذا بخلاف الادعاء المجرد في حقوق الله فلو ادّعى بلابيّنة، يحدّ أو يعزّر، ولا يترتب على الادعاء أي أثر إذ لا يمين في الحد.^(١)

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ١، ٢، ٣، ٤.

ولأجل ذلك قال المحقق: «لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيّنة فلا يتوجّه اليمين على المنكر»، وقال في الجواهر في شرح كلام المحقق: «بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد؛ لأنّ من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعي مستحقاً لموجب الدعوى فلا تسمع في الحدود لأنّه حقّ الله، والمستحقّ (الله) لم يأذن ولم يطلب الإثبات على أمر، بل أمر بدرأ الحدود بالشبهات وبالتوبة من موجبها من غير أن يظهر للحاكم وقد قال ﷺ لمن حمل رجلاً على الإقرار عنده بالزنى: «هلاً سترته بثوبك» وسماعها بالبيّنة بمعنى ثبوتها لا أنّها تكون دعوى له معها كما هو واضح^(١).

ومع هذا البيان الواضح من الماتن والشارح كيف يصلح للقاضي أن يقيم الدعوى في حقوق الله على شخص ويقضي بعلمه، مع عدم قبول الموضوع لإقامة الدعوى، وبالتالي لا يصلح للقاضي أن يتخذ لنفسه موقف المدعي، ولا المنكر موقف الإنكار كما هو واضح في المتن.

والحاصل أنّه يشترط في المدعي أن يكون مالكاً للدعوى بنحو من الأنحاء وهذا الشرط مفقود في حدود الله.

ولعلّه لبعض ما ذكرنا أفتى الشيخ في النهاية باختصاص العمل بالعلم في حقوق الله بالإمام المعصوم ولا يعمّ غيره قال: إذا شاهد الإمام من يزني أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحد ولا ينتظر مع مشاهدته، قيام البيّنة والإقرار، وليس ذلك لغيره بل هو مخصوص به، وغيره وإن شاهد يحتاج إلى أن يقوم ببيّنة أو إقرار من الفاعل^(٢).

فإن قلت: إذا كان القاضي عالماً بالواقع ولا بيّنة للمدعي فهل يصحّ للقاضي إحلاف المنكر مع علمه بصدق المدعي وكذب الآخر؟ أو نفترض أنّ البيّنة قامت على خلاف ما يعتقدّه القاضي، فهل تكون البيّنة حجة مع العلم

بكذبها؟

قلت : قد تكرر أمثال هذا السؤال في أكثر الكتب و الجواب أن القاضي مأمور من جانب الشارع بإصدار الحكم على طبق الضوابط لا العمل بالواقع سواء أوافق الواقع أم لا و على فرض عدم انصراف أدلة عن هاتين الصورتين ، فلا دليل على وجوب القضاء عليه في تلك الواقعة ، ولا يلزم تعطيل الأحكام لعدم انحصار القاضي به ، غاية الأمر يصدر القرار بترك المخاصمة حتى ينظر قاض آخر في أمرهما .

فتلخص من هذا البحث الضافي عدم جواز عمل القاضي بعلمه في حدود الله وحقوقه . بقي الكلام في عمله بعلمه في حقوق الناس ، وهو ما يأتي في العنوان التالي :



المقام الثالث : مركزية كميونر علوم إسلامي

في ما استدلّ به في خصوص حقوق الناس

قد عرفت حكم عمل القاضي بعلمه في حقوق الله ، بقي الكلام في عمله بعلمه في حقوق الناس فقد استدلّ عليه بروايات :

الأولى:مرسلة أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في كتاب علي عليه السلام : أن نبياً من الأنبياء شكى إلى ربه القضاء فقال: كيف أقضي بما لم تر عيني ولم تسمع أذني؟ فقال: اقض عليهم بالبينات واضفهم إلى اسمي يحلفون به وقال :إن داود عليه السلام قال: رب أرني الحق كما هو عندك حتى أقضي به، فقال: إنك لا تطيق ذلك، فالتح على ربه حتى فعل، فجاءه رجل يستعدي على رجل فقال:إن هذا أخذ مالي، فأوحى الله إلى داود أن هذا المستعدي قتل أباهذا وأخذ ماله، فأمر داود بالمستعدي فقتل، وأخذ ماله فدفع إلى المستعدي عليه، قال: فمجب الناس وتحذثوا حتى بلغ داود عليه السلام ودخل عليه من ذلك ما كره. فدعا ربه

أن يرفع ذلك ففعل، ثم أوحى الله إليه أن أحكم بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به»^(١).

والاحتجاج بالرواية لا يخلو من إشكالٍ سنداً ودلالةً، أمّا أولاً: فلأنّه مرسل، وكون أبان من أصحاب الإجماع ليس بمعنى حجية مراسيله أو حجية رواياته الضعاف كما حقّقناه في كتاب كليّات في علم الرجال .

وأما ثانياً: فإنّ الرواية تدلّ على أنّ القاعدة الأولى، هو القضاء بالبيّنات والأيمان، لا بالواقع غير أنّ داود النبيّ لما دعا ربّه ليعمل بالواقع لديه سبحانه، أجازّه وأوحى إليه الحقّ، في تلك الواقعة ولما صار ذلك سبباً لتحديث الناس عن داود، دعا ربّه أن يرفع ذلك، فرفعه وصار الأساس، القضاء بالبيّنات والأيمان، والذي يقتضي الإمعان فيها أنّ مصلحة القاضي تكمن في القضاء بالبيّنة واليمين، ولما دعا داود ربّه أن يقضي بما هو الحقّ عند الله، فأجابه سبحانه بأنّه لا يطيقه ولما ألحّ استجاب الله دعوته وأراه المفسدة في العدول عن الطريق المألوف فصار مأموراً بالقضاء به ولو دلّ على شيء لدلّ، على أنّ القضاء بغير الطريق السائد، غير خالٍ من المشاكل والمصاعب .

وإن أبيت عن الدلالة فإنّها تدلّ على العمل بالعلم الذي هو من سنخ الوحي، لا مطلق العلم الذي هو موضوع للبحث ولو كان حسيّاً فضلاً عما كان حدسيّاً.

ويظهر من بعض ما روي في ذلك الباب أنّ القضاء بالواقع بلا سؤال عن بيّنة من خصائص الإمام المهدي - عجل الله فرجه الشريف - روى أبو عبيدة الخدّاء في حديث قال: «إذا قام قائم آل محمّد ﷺ حكم بحكم لا يسأل عن بيّنة»^(٢).

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤.

الثانية: ما يدل على أن الإمام علياً عليه السلام كان يقضي بالمعايير العلمية الطبية والنفسية التي تورث العلم للقاضي ولكل من قام بهذا النوع من العمل ونأتي منها ما يلي:

١- ما رواه الشيخ عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: كان لرجل على عهد علي عليه السلام جاريثان فولدت إحداهما ابناً والأخرى بنتاً، فعمدت صاحبة البنت فوضعت بنتها في المهد الذي فيه الابن وأخذت ابنها فقالت صاحبة البنت: الابن ابني، وقالت صاحبة الابن: الابن ابني فتحاكما إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فأمر أن يوزن ليهما وقال: أيتها كانت أثقل لبناً فالابن لها. (١)

٢- ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا (٢) أمير المؤمنين عليه السلام: قال أبو جعفر عليه السلام: توفي رجل على عهد أمير المؤمنين عليه السلام وخلف ابناً وعبدًا، فادّعى كل واحد منهما أنه الابن وأن الآخر عبد له، فأتيا أمير المؤمنين عليه السلام فتحاكما إليه، فأمر عليه السلام أن يثقب في حائط المسجد ثقبين، ثم أمر كل واحد منهما أن يدخل رأسه في ثقب ففعلا، ثم قال: «يا قنبر جرّد السيف» - وأشار إليه: «لا تفعل ما أمرك به» - ثم قال: «اضرب عنق العبد»، فنحى العبد رأسه فأخذه أمير المؤمنين عليه السلام وقال للآخر: «أنت الابن وقد اعتقت هذا وجعلته مولى لك».

٣- روى الكليني بسند صحيح عن أبي الصباح الكناني (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أتى عمر بامرأة قد تزوجها شيخ، فلما أن واقعها مات على بطنها، فجاءت بولد فادّعى بنوه أنها فجرت، وتشاهدوا عليها، فأمر بها عمر أن ترجم، فمرّ بها على علي عليه السلام فقالت: يا ابن عمّ رسول الله عليه السلام إن لي حجة، قال: «هاتي حجّتك»، فدفعت إليه كتاباً فقراه، فقال: «هذه المرأة تعلمكم بيوم تزوجها ويوم واقعها وكيف كان جماعه لها، ردّوا المرأة» فلما كان من الغد دعا بصبيان أتراب

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٩٠٦.

٢- وفي السند محمد بن علي والمراد منه محمد بن علي بن مهزيار الثقة وليس فيه أي إرسال.

ودعا بالصبي معهم فقال لهم: «العبوا» حتى إذا ألهاهم اللعب قال لهم: «اجلسوا» حتى إذا تمكثوا صاح بهم، فقام الصبيان وقام الغلام فأتكى على راحتيه، فدعا به علي عليه السلام وورثه من أبيه، وجلد إخوته المفترين حدًّا حدًّا، فقال عمر: كيف صنعت؟ فقال: «عرفت ضعف الشيخ في تكاة الغلام على راحتيه»^(١). ويمكن أن يقال: إن الرواية ظاهرة في جواز العمل بالعلم في حقوق الله، وذلك لأجل أن موردها هو الرجم. ولكن الظهور ممنوع وذلك لأن الإمام عمل به في دفعه عن المرأة، لافي إثباته ولا يمكن لنا الإذعان أن الإمام يعمل به في الجانب الآخر، ولعله عليه السلام كان واقفاً على صدقها وأراد بما فعل إقناع الخليفة ببراءتها وإلا فمجرد الاتكاء على الأرض لا يفيد العلم بأنه ابن رجل أودع نطفته في رحم أمه وهو شيخ كبير فإن.

٤- مارواه في الوسائل عن الشيخ المفيد في الإرشاد :

قال روت العامة والخاصة أن امرأتين تنازعتا على عهد عمر في طفل ادّعتيه كل واحدة منهما ولداً لها بغير بيّنة ولم ينازعهما فيه غيرهما، فالتبس الحكم في ذلك على عمر، ففزع فيه إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فاستدعى المرأتين ووعظهما وخوفهما، فأقامتا على التنازع، فقال علي عليه السلام: «ايتوني بمنشار» فقالت المرأتان: فما تصنع به؟ فقال: «أقده نصفين لكل واحد منكما نصفه» فسكتت إحداها وقالت الأخرى: الله الله يا أبا الحسن إن كان لابد من ذلك فقد سمحت به لها، فقال: «الله أكبر هذا ابنك دونها، ولو كان ابنها لرقّت عليه وأشفقت»، واعترفت الأخرى أن الحق لصاحبتهما وأن الولد لها دونها.^(٢)

لاشك أن الإمام عليه السلام قد قضى بمقدمات حسية تورث العلم لكل من شاهد القضايا بأمر عينيه، سواء كان الإمام أو غيره وقد اعتمد في قضائه على أمور

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١١.

طبية، كما في مورد وزن اللبن حيث إن الذكر أقوى جسماً من الأنثى، فطبع الحال يقتضي أن يكون اللبن الذي يتغذى به أقوى مادة من لبن غيره إذا كانا متقاربين الولادة من حيث الزمان، لا إذا كانوا مختلفين من تلك الجهة، فربما يكون لبن أم البنت إذا كانت وليدة سنة أقوى من لبن أم الابن إذا كان وليد يوم.

ولكنه (صلوات الله عليه) اعتمد في الموارد الأخرى على أمور نفسية تورث الاطمئنان، مثلاً عند ما سمع أحدهما أمر الإمام بضرب عنق العبد، نحس رأسه دون الآخر من لاوعي وشعور، وهذا يدل على أنه في صميم ذاته كان يعتقد برقيته دون الآخر.

كما أن الإمام اعتمد على ناموس الوراثة، وأن شيخوخة الأب حين الولادة تؤثر في الولد حيث قام الصبيان بلا اتكاء على الراحة وقام هو متكئاً على راحته. ومثله القضية الأخيرة حيث دل إسفاق إحدى المرأتين ورقتها على كونها أمّاً دون الأخرى. وإن اعترفت أخيراً على أن الولد لها دونها، لكن الإمام قضى قبل إقرارها. ^(١)

فجميع الموارد تتمتع من خصوصيات:

الأولى: إن المعلوم وإن لم يكن حسياً لكن مبادئه حسية ولا يمكن التعدي من هذا النوع إلى ما إذا كانت مبادئه حدسية بحتة.

والثانية: إن المصادر الذي صدر عنها الإمام لا يختص بأحد دون أحد والإمام وغيره سواسية، أمام ذلك العلم فهو قابل للانتقال إلى الغير، بالإمعان فيه من مبادئه ومقدماته.

الثالثة: إن الإمام لم يقض غائباً عن أعين الناس بل قضى في مشهد عظيم،

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم، لاحظ أحاديثه.

ترى كيف عالج المشاكل بالمواهب الإلهية والطاقات فوق العادة فأخرج نفسه بذلك عن مظنة التهمة وتحدث الناس عنه.

فلو حصل مثل ذلك العلم للقاضي غير المعصوم، فله الحكم أخذاً بالضابطة.

ثم إن جمع القرائن والشواهد في المحاكم العرفية للتعرف على صدق المدعي أو إنكار المنكر أمر رائج فيها وربما يحولون الأمر إلى الخبراء للتحقيق عن دلالتها على ما يرثيه القاضي.

نفترض وقوع قتل في البيت أو الشارع أو في غرفة عمل المقتول، فاتهم إنسان بأنه المباشر للجناية فإن التحقيق عن الصلة الموجودة، بين المقتول والمتهم، من الحب والبغض وعن مكان القتل وزمان وقوعه، والآلة التي تركت في المحل و مدى قدرة المتهم على إعمالها، والإمعان في حالته عند مواجهة جسد المقتول. ووجود الانسجام أو التناقض في أجوبة الأسئلة إلى غير ذلك من الأمور، يكشف السر عن وجه الحقيقة ويصل القاضي في ظل نظر الخبراء إلى النتيجة القطعية التي يصل إليها، كل من نظر في الملف وتأمل فيه، فهذا النوع من العلم علم حسّي بمعنى كون مبادؤه حسية، ولأجل ذلك ربما يضطرّ المتهم بالإقرار قبل صدور الحكم، كما ربما يصل القاضي ببراءته وليس تحصيل العلم فيه أبعد من تحصيله من الشهادة بالعدالة والفسق.

فلو لم نعتمد على هذه القرائن والشواهد أو شهادة الخبراء الذين أحرزت عدالتهم وصدقهم في المقال، على دلالتها على واحد من الأمرين، لانتشر الفساد في الأرض، أو أقفل باب القضاء في زماننا هذا.

ولقد بلغني عن بعض القضاة الممارسين في المحاكم، أن القضاء بالبيّنات فيها قليل جداً، فلا يحصى إلا عن الإقرار، أو الإحلاف غير أن جمع القرائن والشواهد والرجوع إلى الخبراء والأخصاء، يكشف السر المكتوم ويستعين به

القاضي وربما يواجه القاضي حوادث ليس للبيئة لها طريق، كوقوع حريق في المعمل، لا يدرى هل حدث عن عمد، أو لوجود نقص في الأسلاك الكهربائية، أو تقصير في الصيانة أو غير ذلك فلا يحصى عن اعتبار علم القاضي إذا استند إلى أمور حسية أو قريبة من الحس مفيدة للعلم لكل إنسان عادي.

وعلى ضوء ذلك يجوز للقاضي العمل بعلمه بشرط أن يكون علمه مستنداً إلى مبادئ حسية أو قريبة منها، على وجه يكون قابلاً للانتقال إلى غيره، بحيث لو نظر إليها غيره لحصل له العلم، وهذا مانعٌ عنه بجمع القرائن والشواهد المفيدة للعلم.



استثنى الموافق والمخالف في عمل القاضي بعلمه، موارد جوزوا فيها العمل بعلمه:

١- تزكية الشهود وجرحهم لثلاً يلزم التسلسل فإنه إذا علم بأحد الأمرين وتوقف في إثباته على الشهود فإن اكتفى بعلمه بعدالة المزكي أو الجارح فقد حكم بعلمه وإلا افتقر إلى آخرين وهكذا فيلزم التسلسل إن لم يعتبر شهادة الأولين.

٢- الإقرار في مجلس القضاء وإن لم يسمعه غيره. وقيل يستثنى إقرار الخصم مطلقاً.

٣- العلم بخطأ الشهود يقيناً أو كذبهم.

٤- تعزير من أساء به في مجلسه وإن لم يعلم غيره لأنه من ضرورة إقامة أبهة القضاء.

٥- أن يشهد معه آخر فإنه لا يقصر عن شاهد.^(١)

١- زين الدين العاملي: المسالك: ٣٩٩/٢، ملحقات العروة: ٢٧/١.

ولو ثبت الإجماع في هذه الموارد فهو وإلا فالقضاء بالعلم في مورد الإقرار، إذا لم يكن قابلاً للانتقال مشكل لما عرفت من قصور الأدلة من شمولها لغير هذه الصورة وربما يرد عليه ما تقدّم في باب حقوق الله من وحدة القاضي والمدعي، حيث يدعي بنفسه إقرار المنكر ثم يقضي، وهو ليس بصحيح والاستناد في ذلك بما مرّ من قضية ماعز وغيرها حيث إنّ الظاهر كفاية علم القاضي بإقرار المقر، لا يخلو من إشكال، لأن الإقرار في تلك المواضع لا ينفك عن سماع الأخيرين على أنّ مدعي السماع هناك هو النبي المعصوم الذي لا يقع مظنة التهمة فلاحظ ذيل الرواية الأولى^(١) والله العالم.



مرکز تحقیق کتب و ترمیم علوم اسلامی

المسألة الثانية:

في التماس المدعي حبس المنكر لتزكية البيّنة

إذا أقام المدعي بيّنة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعدّها فهل يجوز حبسه وجهان:

- ١- قال الشيخ في المبسوط بالجواز لقيام البيّنة بما ادّعاه^(٢).
- ٢- وقال المحقق: لا يجوز حبسه حيث لم يثبت المدعي بالبيّنة العادلة، حتى تجوز عقوبته.

لاشكّ أنّه يجوز الحبس - بعد ثبوت الدين، وقبل ثبوت الإفلاس - فقد روى غياث بن إبراهيم عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٦ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ١.

٢- الطوسي: المبسوط: ٨/ ١٥٢ و ٢٣٩.

وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا^(١) وروى السكوني عن جعفر عليه السلام عن ابنه أن علياً كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء وإن لم يك له مال دفعه إلى الغرماء....^(٢)

إنما الكلام فيما إذا لم يثبت، فلو ادعى عليه حقاً ولم يحضر بيّنة، فليس له حبس المدعى عليه بمجرد الدعوى غاية الأمر له إحلاف المنكر، إنما الكلام إذا ادعى حقاً واحضر بيّنة ولكن الحاكم لم يعرفها فالتمس المدعى حبسه ليعدّها، خوفاً من فراره أو اختفائه أو غير ذلك فالقول بجواز الحبس مبني على أحد أمرين:

١- إن الأصل في كل مسلم هو العدالة والفسق يحتاج إلى الإثبات فالبيّنة تامة ولا ينافيه التوقف على طلب التزكية لأن القائل بهذا القول يجوز البحث عن التزكية عند الريبة، ومع طلب الغريم له ذلك.

٢- إن العدالة ليست بشرط، بل الفسق مانع مثل ما يقال أن كون اللباس ممّا لا يؤكل لحمه، مانع لا كونه ممّا يؤكل شرط وعلى ذلك فالمقتضي موجود، ويحترز عدم المانع بالأصل أي باستصحاب الحالة السابقة قبل البلوغ.

و الوجهان ضعيفان أما الأول فلم يدل دليل على أن الأصل في المسلم العدالة، كما لم يدل دليل على أن العدالة المشروطة في الشهادة بمعنى الإسلام كما سيوافيك في كتاب الشهادة.

أما الثاني، فلأن الظاهر من قوله سبحانه ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (الطلاق/ ٢) وقوله سبحانه: ﴿اِثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ (المائدة/ ١٠٦) وقوله: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (المائدة/ ٩٥) أن العدالة هو الشرط في قبول شهادة قول البيّنة.

والحق أنه لا يجوز حبسه، ولكن لا يجوز له إطلاقه أيضاً من دون أخذ تأمين منه لحضور مجلس القضاء ثانياً، فيدخل في مصاديق تزاحم الحقوق فيجب الجمع بين الحقين أو الأخذ بالأقوى ملاكاً والمورد من قبيل الأول وهو أخذ الكفيل أو الرهن فما ذكره في الجواهر من عدم جواز الحبس ولا المطالبة بكفيل ولارهن، غير تام وعلى ذلك سيرة المحاكم العرفية حيث لا يخلون الخصم بلاتأمين لحق المدعي إذا كان مظلوماً.

المسألة الثالثة

فيها فروع ثلاثة:

ذكر المحقق فيها فروعاً ثلاثة بالنحو التالي:

١- لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال، وأمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني، يُنظر فإن كان الحكم موافقاً للحق ألزم، وإلا أبطله سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً.

٢- كل حكم قضى به الأول وبان للثاني فيه الخطأ فإنه ينقضه.

٣- لو حكم هو ثم تبين الخطأ فإنه يبطل الأول ويستأنف الحكم بما علمه حقاً.^(١)

وإليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

لزوم النظر في حكم الغريم المحبوس

إن ما ذكر في الفرع الأول، هو الموافق لما ذكره في مبحث الآداب قال: «إن

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٧٥ / ٤.

القاضي ينظر في المحبوسين ويجعل وقتاً فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه فإن ثبت لحبسه موجب أعاده وإلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه»^(١) ولكنّه، لا يلائم ظاهراً مع ما سيذكره في المسألة الرابعة حيث قال: «ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله»^(٢).

وقد اضطرب كلامهم في الجمع بين ما ذكر هنا، وما ذكره في المسألة الرابعة فقال الشهيد الثاني: - عند الكلام في المسألة الرابعة - إنّما وجب في المسألة الأولى النظر في حكم الأول دون هذه، (الرابعة) لأنّه في الأول وجد الغريم محبوساً على الحق ولم يُحصّل أدائه فكان الأول لم يتم، فلذا أوجب على الثاني النظر في حال من عليه الحق لأنّه يحتاج إلى أن يحكم عليه بوجوب أداء الحق ولا يتم للثاني ذلك حتّى يعلم حال الحكم السابق بخلاف ما إذا كان قد انقضى الأمر في حكم الأول واستوفى متعلّق الحكم فإنّ الحاكم الثاني لا يجب عليه النظر في السابق ولا يثبّع الأحكام إلّا أن يدعي المحكوم عليه جور الحاكم الأول فيلزمه حينئذٍ النظر لأنّ هذه دعوى يلزمه سماعها ولا يتم إلّا بالنظر في الحكم فينفذه إن كان حقاً ويردّه إن تبين بطلانه»^(٣).

واعترض في الجواهر بأنّ دعوى عدم انتهاء الحكم في الأول يدفعها ظهور العبارة في خلافها ضرورة كون حبسه لاستنقاذ الحق منه.

والظاهر أنّ صاحب الجواهر قدّس الله سرّه ما أعطى حقّ النظر في عبارة الشهيد - أنار الله برهانه - كما هوشأنه في سائر الموارد إذ المراد من عدم التمامية هو عدمها استيفاء لا حكماً فليس له الحبس إلّا إذا ثبت موجب عندّه، ومثله إذا صدر الحكم بالإعدام فليس للثاني الإجراء إلّا إذا ثبت موجب عندّه مثل القاضي

٢- المصدر نفسه / ٧٦.

١- المصدر نفسه / ٧٣.

٣- العامل، المسالك: ٢ / ٤٠٠.

الأول.

والضابطة الكلية أنه ليس للثاني ردّ حكم القاضي السابق ولكنه أيضاً ليس له إنشاء حكم وفق حكم الحاكم الأول إلا بعد ثبوت الموضوع عنده بل ولا إجراؤه وإن لم يحكم كما سيوافيك في محله والعجب أنه تنبه ببعض ما ذكره الشهيد في بعض كلماته حيث قال: وعدم جواز الردّ عليه مع عدم العلم بفساده لا يقتضي تحقق الموضوع الذي يتوقف عليه مباشرة الثاني لاستيفاء الحقّ الذي هو من ولاية القضاء بالمعنى الأعم فليس له حينئذٍ ذلك إلا بعد ثبوت كونه مستحقاً عليه عنده وليس في الأدلة أزيد من حرمة الردّ ومن الإنكار على الردّ ونحوه ذلك ممّا لا دلالة فيه على ثبوت الحقّ عند الثاني على وجه يكون وليّاً على استنقاذه^(١).

وبذلك اتضح دليل الفرع الأول وقد أشار إليه المحقق بعبارة موجزة حيث قال: لا احتياج الاستيفاء منه إلى مسوغ.

والحاصل: إن الرد والاستنكار أمر وإنشاء الحكم وفق الحكم الأول أو إجراء حكم المزعول أمر آخر فما يرجع إلى المسألة الرابعة، هو الأمر الأول، وما يرجع إلى المقام هو الأمر الثاني.

ثم إنه يظهر من السيد الطباطبائي أنّ الممنوع في هذه الصورة هو إنشاء حكم على طبق حكم حاكم آخر من غير أن يبحث عنه و يتيقن كونه على طبق رأيه و مع ذلك يجوز أو يجب إمضاؤه بمعنى تنفيذه و هو غير الحكم من نفسه على طبقه. (٢)

ولا يخفى عدم ترتب ثمرة على هذا التفصيل، فإن محور النزاع هو جواز أو وجوب إجراء حكم من تقدم سواء كان هناك إنشاء حكم على وفق الأول أو لا، والذي تترتب عليه الثمرة، هو اجتنابه عن إجراء الحكم إلا إذا ثبت الموضوع عنده.

١- الجواهر: ٤١/٩٥.

٢- ملحقات العروة ٢/ ٢٨، المسألة ٣٥.

و الظاهر من عبارة الجواهر السابقة هو ما ذكرناه. ^(١)

و نظير ما قلناه في المقام ما يقال في أصالة الصحة في فعل الغير من أنها لا تثبت الصحة المطلقة بل الصحة النسبية، فلو اشترى رجل من بايع مشكوك بلوغه عندنا فمقتضى الأصل، هو صحة شراؤه منه ولكنه لا تثبت بلوغ البايح حتى يجوز لنا شراء شيء آخر منه بل لا يحيص لنا عن التحقيق في بلوغه و عدمه. و مثله إذا تفحص الحاكم عن زوج المرأة أربع سنوات، فطلقها فيجوز لنا تزويجها، و أما إذا تفحص ولم يطلق فليس لنا طلاقها مبنياً على فحصه إلا بعد ثبوت الموضوع عندنا.

فإن قلت: إذا كان الحكم صادراً عن وفق موازين القضاء فيجب على الحاكم الثاني تنفيذه، فإن إيقافه رده على الحاكم الأول.

قلت: إن الحرام هو رده الحكم و رفضه حسب دلالة المقبولة، و أين هو من الإيقاف حتى يثبت الموضوع.

والحاصل: إن الإجراء فرع ثبوت الموضوع لدى الحاكم الثاني و إلا فلا يردّه ولا يرميه بالبطلان و في الوقت نفسه لا يجريه.

نقض حكم القاضي عند تبين الخطأ

هذا هو الفرع الثاني الذي أشار إليه المحقق بقوله: «وكذا كل حكم قضى به الأول و بان للثاني فيه الخطأ فإنه ينقضه» توضيحه:

التنصيب عموماً أو خصوصاً على القضاء، يلزم نفوذ حكم القاضي لرفع الخصومة و قطع النزاع فلو لم يكن حكمه نافذاً لغى التنصيب و يصبح القاضي رجلاً ناصحاً لا أثر لكلامه في رفع المنازعة إلا في أقل من الناس. ولأجل ذلك

أوجب الإمام قبول قضاءه وحرم رده بقوله: «إذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنها استخفت بحكم الله وعلينا ردة، والراد علينا كالراد على الله وهو بمنزلة الشرك»^(١). إلى غير ذلك من الروايات.

ومع ذلك كله فقد استثنى القوم موارد جوزوا فيها نقض حكمه فيها قائلين بأنه ليس من مقولة الرد عليه والصور المتصورة بشكل عام وإن كان بعضه خارجاً عن إطار البحث عبارة:

١- نقض الحكم بالحكم

٢- نقض الحكم بالفتوى

٣- نقض الفتوى بالحكم

٤- نقض الفتوى بالفتوى

وهذه هي الأقسام الأربعة وإليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

١- نقض الحكم بالحكم

وقبل الخوض في البحث نأتي ببعض نصوصهم:

١- قال الشيخ: إذا قضى الحاكم بحكم فخطأ فيه ثم بان أنه أخطأ أو بان أن حاكماً كان قبله قد أخطأ فيما حكم به، وجب نقضه ولا يجوز الإقرار عليه بحال وقال الشافعي: إن أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد بأن خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً أو دليلاً لا يحتمل إلا معنى واحداً وهو القياس الجليّ على قول بعضهم، والقياس الجليّ والواضح على قول الباقيين منهم، فإنه ينقض حكمه، وإن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينقض حكمه.

وقال مالك وأبو حنيفة: إن خالف كتاب الله والسنة لم ينقض حكمه، وإن

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

خالف الإجماع نقض حكمه، وناقض كل واحد أصله فقال مالك: إن حكم بالشفعة للجار نقض حكمه وهذه مسألة خلاف، وقال محمد بن الحسن: إن حكم بالشاهد واليمين، نقض حكمه، وقال أبو حنيفة: إن حكم بالقرعة بين العبيد أو بجواز بيع ما تركت التسمية على ذبحه عامداً، نقض حكمه لأنه حكم بجواز بيع الميتة.

قال الشيخ: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم وأيضاً فقد ثبت عندنا أن الحق في واحد، وأن القول بالقياس والاجتهاد باطل، فإذا ثبت ذلك فكل من قال بهذا قال بما قلناه، وإنما خالف في ذلك من جوز الاجتهاد، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد، وقال عليه السلام: ردوا الجهالات إلى السنن، وهذه جهالة وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري كتاباً يقول فيه: ولايمنعك قضاء قضيت به اليوم ثم راجعت رأيك فهديت لرشدك أن تراجع فإن الحق قديم، ولا يبطله شيء، وأن الرجوع إلى الحق أولى من التماسه في الباطل.^(١)

٢- وقال الشيخ أيضاً: وقال المخالف ليس لأحد أن يرد عليه وإن حكم بالباطل عنده لأنه إذا كان حكمه باجتهاده وجب عليه العمل به فلا يعترض عليه بما هو فرضه إلا أن يخالف نص الكتاب أو سنة أو إجماعاً أو قياساً لا يحتمل إلا معنى واحداً فإن ذلك ينكر عليه - ثم إنه اختار ما يلي وقال: إنه إن أصاب الحق نفذ حكمه، ولا يعترض عليه، وإن أخطأ وجب على كل من حضره أن ينبهه على خطئه، ولا قياس عندنا في الشرع ولا اجتهاد، وليس كل مجتهد مصيباً.^(٢)

٣- قال ابن البراج: وإذا حكم بشيء ثم بان له أنه أخطأ أو بان له أن الحاكم قبله حكم بشيء وأخطأ فيه كان عليه نقض ما أخطأ هو فيه، وكذلك ما أخطأ فيه غيره من الأحكام المتقدمين عليه وحكم بما يعلمه من الحق.^(٣)

١- الطوسي: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٧.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨ / ٩١.

٣- ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٩٩.

٤- وقال العلامة: وكلّ حكم ظهر بطلانه فإنه ينقضه سواء كان الحاكم هو أو غيره، و سواء كان مستند الحكم قطعياً أو اجتهادياً.^(١)

٥- وقد اضطرب كلام العلامة في القواعد ففي موضع يظهر منه التفصيل بين ما إذا خالف دليلاً قطعياً وجب عليه وعلى غير ذلك الحاكم، نقضه ولا يسوغ إمضاؤه... وإن خالف دليلاً ظنياً لم ينقض كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة....

ثم يقول بعد عدة سطور: ولو كان الحكم خطأ عند الحاكم الأول وصواباً عند الثاني ففي نقضه مع كون الأول من أهله نظر والأقرب أن كل حكم ظهر أنه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنه ينقضه ويستأنف الحكم بما علمه حقاً.^(٢) فقد فصل في العبارة الأولى بين الدليل القطعي والظني ولكنه حكم بالنقض مطلقاً في الثانية فلاحظ.

٦- وقال فخر المحققين: إذا علم الحاكم الثاني بأن الحاكم الأول أخطأ في حكمه، أو الحاكم نفسه علم أنه حكم بحكم خطأ والخطأ بمخالفة نص الكتاب أو السنة المعلومي الدلالة مع علم سند السنة أو الإجماع، نقض ذلك الحكم. وأما إذا ظهر خطأ الحكم لاستناده في الاجتهاد إلى دليل ظهر أنه ليس بدليل في نفسه ولم يظهر له برهان على فساد هذا الحكم بل ظهر فساد في مستنده فهذا هو المبحوث عنه هنا وقد اختار المصنف (العلامة) أن الأقرب نقضه والحكم بما علمه حقاً.

ووجه القرب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ (المائدة / ٤٧) والخطأ لم ينزله الله، ولأن إقرار ما يعتقده خطأ مع العلم به أو الظن وهو غير جائز. وقال: وفيه نظر، لأن قوله: «مع العلم به لانتزاع فيه» وقوله: «أو الظن» فإنه

١- الإرشاد: ١٤١/٢.

٢- مفتاح الكرامة: ١٥٥/١٠، قسم المتن، ولاحظ: الايضاح: ٣١٩/٣.

في عين المنع، فإن الدليل الظني لا ينقض ما حكم به بدليل ظني وإلا لم تستقر الأحكام أما لو ظهر باجتهاد ثان فلا ينقض وإلا لم يستقر حكم.^(١)

هذه بعض النصوص في المسألة وإليك تحليلها:

إن نقض الحكم بالحكم جوازاً ومنعاً يستمد من الأمور التالية والإمعان فيها يعطي الضابطة ويحدد الجواز والمنع وإليك بيانها:

١- الغاية المتوخاة من القضاء في جميع الأوساط هو رفع الخصومة و قطع النزاع قانوناً وتشريعاً وهو لا يتحقق إلا إذا كان حكم القاضي متمتعاً بصلافة و قوة غير منتقضة باعتراض أحد الطرفين وإلا لما حصلت الغاية المطلوبة، وانتهى الأمر إلى الهرج والمرج ولأجل ذلك يتمتع حكم القاضي في تمام المجتمعات بالقوة والاستحكام.

٢- إن النقض وتحديد القضاء فرع وجود الخصومة والمفروض أنها ارتفعت بالقضاء الأول فليست على صعيد التشريع أية خصومة حتى يتصدّاهما الحاكم الثاني أو القاضي الأول نفسه وإن رضى المتحاكمين لأن الوصل بعد الفصل يحتاج إلى دليل.

وبذلك يظهر أن حرمة النقض وتحديد المرافعة من القضايا التي دليلها معها، لأن القضاء الثاني فرع وجود المرافعة تشريعاً والمفروض أنها ارتفعت بالقضاء الأول وبقاءها تكويناً في نفوس المترافعين أو في ألسنتهما ليس موضوعاً شرعياً له. وإلى ما ذكرنا يشير المحقق الرشتي ويقول: إن حرمة النقض لا يحتاج في إثباتها إلى دليل آخر غير ما دلّ على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصوّر حقيقة الحكم فإن الحكم المبحوث عنه - على ما سبق - عبارة عن فصل الخصومة و قطع المنازعة بإلزام أحد المتخاصمين على غير ما يقتضيه تكليفه فإذا تحقق

الفصل عند حاكم لم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعد سواء رضي الخصمان بتجديد المراجعة أم لا. (١)

فما يظهر من صاحب الجواهر من تجويز النقض برضى المتخاصمين (٢) ليس في محله لأن رضاهما لا يغير الحكم الشرعي ولا يوجد موضوعاً لدى القاضي.

٣- إن الإمام أعطى لحكم القاضي منزلة جليلة، فجعل حكمه حكم نفسه ورده رده حكمه (٣). فكل مورد كان النقض ملازماً مع الرد يكون محرماً بلا إشكال.

هذه الجهات الثلاثة، توضح وجه حرمة النقض، وهناك جهات أخرى تسوغ النقض وإليك بيانها:

٤- إن العبرة والاعتبار في حكم القاضي برصيده الذي يتمتع به وهو كونه حاملاً لحكمهم عليه السلام وهذا هو الذي أعطى له القيمة والكرامة ولو خلى عنه، لسقط عن الاعتبار والمقصود من حكمهم هو الأعم من الحكم الواقعي. المنكشف بالعلم، أو المنكشف بالأدلة القطعية وإن لم يكن نفس الحكم قطعياً، كظواهر الكتاب والسنة المعتبرة، والإجماع المحصل، والشهرات المحققة التي تجعل المقابل شاذاً ساقطاً - حسب ما حققناه -.

والحكم القضائي عندنا ليس حكماً واقعياً ولا ظاهرياً وإنما قسم خاص منه، لكن بما أنه يستمد من هذين القسمين يكون له الاعتبار، فإذا لم يكن مستمداً منهما لما كانت له قيمة.

٥- الاجتهاد الصحيح موضوع لنفوذ القضاء فلو حكم بالحق بلا اجتهاد،

١- المحقق الرشتي: كتاب القضاء: ١/ ١٠٧.

٢- النجفي: الجواهر ٤٠/ ٩٥، ونقله عنه كل من المحقق الرشتي والاشتياني في كتابيهما باسم «كتاب القضاء: ١٠٨، و٥٧ معتبرين عنه ببعض مشايخنا وهذا يعرب عن تلمذهما عليه أولاً ثم على الشيخ الأنصاري: - قدس الله أسرارهم -.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي الحديث ١.

أو باجتهاد فاسد فهو من مصاديق قوله: «حكم بالحقّ وهو لا يعلم» ولأجل ذلك لا قيمة لقضاء العامي وإن أصاب الحق.

٦- إنّ حكم القاضي وإن كان حجّة على الكل من غير فرق بين المترافعين وغيرهما لكن ليست حكومته مطلقة، غير مشروطة ولا محدّدة فلو كان الحقّ منكشفاً لدى القاضي بالعلم القطعي أو بحجّة قطعية على قول، فليست له حكومة عليه إذ لا يصح جعل حكم مخالف في عرض الواقع، المنكشف.

٧- إذا حكم القاضي بحكم على موضوع ثبت عنده بالبيّنة كالقصاص، ولكن عزل وترك إجراءه على قاض آخر، فلا يصحّ له الإجراء إلا إذا تحقّق الموضوع عنده وهو كونه قاتلاً أو مديوناً فيطلب ذلك، النظر في القضاء الأوّل، وإلاّ فمجرد حرمة الردّ والإنكار لا يدلّ على ثبوت الحقّ عند الثاني. إذا عرفت ما هو المبرر لحرمة النقض وجوازه فإليك بيان الموارد التي يجوز النقض فيها:

أ: تبينّ فساد الاجتهاد

إذا تبينّ أنّ الحاكم الأوّل، لم يقض على اجتهاد صحيح مثلاً أحلف المدعي مكان المنكر أو قضى بشهادة النساء مكان لزوم شهادة الرجال، أو بشهادة عدلين مع لزوم شهادة الأربعة أو قضى بشهادة عدل ويمين في غير الأموال والحقوق مع اختصاص القضاء بهما عليهما ففي تلك الموارد لاشبهة في جواز النقض بل لزومه في حقوق الله مطلقاً وحقوق الناس مع المطالبة فإنّ حكمه في الواقع دائر بين الحقّ والباطل فعلى الأوّل قضى بالحقّ وهو لا يعلم، وعلى الثاني قضى بالجور وهو لا يعلم والكلّ قضاء باطل.

ب- إذا خالف الدليل القطعي

إذا كان في المسألة دليل قطعي يفيد العلم بالحكم الواقعي، كنصّ الكتاب،

أو السنة المتواترة، وإجماع الفرقة المحقة في الأعصار، فحكمه حكم القسم الأول من لزوم النقض مطلقاً في حقوق الله و حقوق الناس مع المطالبة إذ لا معنى لجعل حكم في عرض الحكم الواقعي، وبكلمة قصيرة يدخل الحكم حينئذ في من قضى بالجور وهو لا يعلم.

ج - إذا خالف الدليل المعتمد

إذا كان في المسألة دليل معتبر ثبت اعتباره بالدليل القطعي كخبر الواحد و سائر الأمارات التي قامت الأدلة القطعية على حجيتها كالشهرات الفتوائية طوال القرون - على ما حققنا حالها في الأصول - ، و كالعلة المنصوصة و بالجملة تبين تبيناً قطعياً أنه استند إلى ما ليس بحجة واقعة، و إن لم ينكشف الواقع مثل انكشافه في الصورة الثانية فهل يجوز النقض أو لا ؟

والحق جوازه وذلك لأن المفروض أن الحجة الفعلية في حقه، هو ما غفل عنه، و عدل إلى ما ليس بحجة و مع ذلك فكيف يكون نافذاً في حق القاضي الثاني؟

و الحاصل أن المقياس تبين الخطأ في قضائه (لا تبين الواقع و انكشافه) و هو يلزم عدوله عن الحجة السابقة إلى الحجة الفعلية.

د- لو كان الدليل المخالف عند القاضي الثاني أرجح عنده مما استند إليه. مع كون مستند الأول أيضاً مما يجوز الاعتماد عليه فإن ذلك لا ينقض لأنه لا يعلم كونه خطأ. و على ضوء ذلك ظهر أن مورد النقض ينحصر في أمرين: تبين فساد الاجتهاد، تبين الخطأ في مستند القاضي الأول تبيناً قطعياً سواء كان الواقع متبيناً أيضاً أو لا و أما إذا كان الخطأ غير متبين غاية الأمر كان لأحد الدليلين ترجيح في نظر الثاني على الأول فلا.

نعم المتأخرون بين موافق، و متردد، و جازم بالخلاف.

أما الأول فقد أفاد المحقق الرشدي في هذا المجال:

يجوز النقض في مواضع ثلاثة. وهي المواضع التي يقع فيها الحكم لاغياً:

أحدها: ما لو علم الحاكم أو غيره مخالفة حكم الحاكم الأول للحكم الإلهي الواقعي علماً قطعياً فإنه يجوز النقض حتى تتجدد المرافعة لأنه الحكم على حد سائر الأمارات فلا يكون حجة إلا مع الجهل بالواقع واما مع العلم به فلا حكومة له.

ثانيها: ما لو علم مخالفة الحكم لدليل معتبر عند الكل كالخبر الصحيح المعمول به، الثابت في الكتب المعتبرة مع عدم المعارض فإن النقض جائز لأن العلم بالواقع الأولي والثانوي مع وحدته بين الكل سيان في عدم جواز المخالفة، بحيث لو فرضت مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم يفت بمضمونه.

وأما مخالفة الحكم الثانوي مطلقاً فليس محل النقض لأن الأحكام الثانوية متعددة حسب تعدد الأمراء فليس لمجتهد إبطال ما زعم الآخر حكماً إلهياً وإلا لم يبق للحكم مورد لا ينتقض فيه إلا نادراً.

والحاصل: أن المخالفة في الرأي لا توجب جواز النقض مطلقاً، بل يتوقف على كونها بحيث لا تخفى على أحد مراعاة لشروط الاجتهاد.

ثالثها: ما لو ظهر خطأ الحاكم في الاجتهاد قصوراً أو تقصيراً (فساد الاجتهاد) إلخ.^(١)

والقسمان الأولان داخلان في تبين الخطأ في مستند القاضي سواء كان الواقع متبيناً كما في القسم الأول أو لا كما في الثاني.

أما الثاني: فقد أفاد المحقق الاشتياني فيه وقال: المخالفة للدليل المعتبر عند الكل إن رجع إلى الفساد في الاجتهاد فهو داخل في القسم السابق وإلا ففيه

إشكال من حيث عموم الأدلة الدالة على حرمة النقض و شمولها بالنسبة إلى المقام، و من حيث العلم بكون التكليف الظاهري لكل أحد، هو مؤدى الدليل الفلاني حتى لهذا الحاكم فيرجع إلى العلم بمخالفة حكمه للتكليف الظاهري حتى في حق الحاكم فلا أثر في حكمه كما لو خالف الدليل العلمي.^(١)

وأما الثالث فقد أفاد السيد الطباطبائي فخص جواز النقض بموردين:

١- علم علماً قطعياً بمخالفته للواقع بأن كان مخالفاً للإجماع المحقق أو الخبر المتواتر.

٢- إذا تبين تقصيره في الاجتهاد ثم قال ففي غير هاتين الصورتين لا يجوز نقضه و إن كان مخالفاً لرأيه بل و إن كان مخالفاً لدليل قطعي نظري كإجماع استنباطي أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع، مع احتمال عدم حصوله للحاكم الأول فإن مقتضى إطلاق عدم جواز رد حكم الحاكم، عدم جواز نقضه حينئذ إلا إذا حصل القطع بكونه على خلاف الواقع فلا يكفي في جواز النقض كون الدليل علمياً لبعض دون بعض.^(٢)

يلاحظ عليه: أن التمسك بالإطلاق فرع إحراز الموضوع و هو أنه حكم بحكمهم، و المفروض أنه لم يحرز إما وجداناً كما فيها إذا قامت الحجة القطعية أو تعبداً كما في مورد الأمارات التي دلت الحجة القطعية على صحة الاحتجاج بها. و معه كيف يصح التمسك بالإطلاق.

وبذلك يظهر النظر فيما أفاده صاحب الجواهر حيث قال: أما القطعي النظري كإجماع استنباطي و خبر محفوف بقرائن و تكثر أمارات مما يمكن وجود عكسها عند الأول كما تراه بالعيان بين العلماء خصوصاً في دعوى الإجماع فلا يبعد عدم جواز النقض به في غير ما فرضناه ضرورة اندارج حكم الأول في الأدلة

١- الأشيائي القضاء ٥٦.

٢- السيد الطباطبائي ملحقات العروة ٢/ ٢٦ المسألة ٣٢ و لاحظ أيضاً المسألة ٢٨ ط طهران.

المقتضية لنصبه فإن المدار في صحته على معرفة حكمهم بالاجتهاد الصحيح الذي هو أعم من القطع النظري والظن^(١).

يلاحظ عليه: أنه لا ملازمة بين جواز النصب، و نفوذه على المجتهد الآخر، فلعل عرفانه بالاجتهاد الصحيح في أغلب الموارد كاف في جوازه و لا يكون دليلاً على كونه حجة على المجتهد الذي كشف أن الحكم الفعلي هو خلاف ما حكم. كشفاً قطعياً، بحيث لو كان الأول ملتفتاً لقضى به.

ولعل ما أفاده في ذيل كلامه موافق لما ذكرناه حيث قال: وينقض إذا خالف دليلاً علمياً لا مجال للاجتهاد فيه أو دليلاً اجتهادياً لا مجال للاجتهاد بخلافه إلا غفلة ونحوها و لا ينقض في غير ذلك.^(٢)

ما هو المراد من حرمة النقض؟

إذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع وطهارته كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس، و رأى المشتري نجاسته تقليداً أو اجتهاداً على خلاف البائع، و حكم الحاكم بطهارته، فهل يترتب جميع آثار الطهارة على نوع العصير، أو على شخصه المتنازع فيه، أو خصوص الأثر الذي بسببه وقعت الخصومة و هو صحة البيع و تملك البائع الثمن، و لزوم دفعه إليه من غير أن يصح للمشتري أن يترتب سائر آثار الطهارة كإباحة الأكل و الصلاة إذا لم يساعد تكليفه؟

فعل الوجه الأول يجوز للمشتري القائل بالنجاسة، أن يعامل مع مطلق العصير، معاملة الطهارة و إن كان خارجاً عن محل المرافعة، و على الثاني يجوز له أن يترتب على خصوص المتنازع فيه جميع آثارها من الأكل و الصلاة، و على الثالث يجوز أن يترتب الأثر الذي وقع مورد النزاع و هو لزوم دفع الثمن و كون

١- الجواهر ٤٠: ٩٦-٩٧.

٢- الجواهر ٤٠: ٩٦-٩٧.

البائع مالكا، والظاهر هو الثالث لأن المتبادر من قوله «فارضوا به حكماً»^(١) هو الرضا بحكمه بمقدار ترتفع به الخصومة وهو الذي يقبل الإلزام، لا سائر الآثار. من غير فرق بين أن يكون متعلق القضاء الطهارة أو أداء الثمن، لأن الحكم بالطهارة ليس إلا فتوى ولا يجب على المحكوم عليه الأخذ بفتياه خصوصاً إذا كان مجتهداً أو كان مقلداً أو كان القاضي غير أعلم، بخلاف حكمه بأداء الثمن فإنه حكم قضائي محترم.

نعم يظهر من صاحب الجواهر، أن المترتب، هو الطهارة حيث قال: كما أنه لا فرق في ذلك بين العقود والإيقاعات والحل والحرمة والأحكام الوضعية حتى الطهارة والنجاسة فلو ترفع شخصان على بيع شيء من المائعات وقد لاقى عرق الجنب من زنا مثلاً، عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه وإن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلداً مجتهداً كذلك لإطلاق ما دل على وجوب قبول حكمه، ويخرج حينئذ هذا الجزئي من كلي الفتوى بأن المايع الملاقى عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد ومقلدته وكذا البيوع والأنكحة والطلاق والوقوف وغيرها، وهذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثاني ما حكم به الأول وإن خالف رأيه.^(٢)

و يظهر من السيد الطباطبائي اختياره أيضاً قال: إذا كان مذهبه اجتهداً أو تقليداً نجاسة الغسالة أو عرق الجنب من الحرام واشترى ما يباعاً فتبين أنه كان ملاقياً للغسالة أو عرق الجنب من الحرام - إلى أن قال - ففي خصوص هذا المورد يعمل بمقتضى الطهارة ويبنى عليها وينقض الفتوى بذلك الحكم^(٣).

١- الوسائل ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

٢- الجواهر: ٩٨/٤٠.

٣- السيد الطباطبائي: ملحقات العروة: ٢/٢٧، المسألة ٣٨ والمورد من مصاديق نقض الفتوى بالحكم.

يلاحظ على ما ذكره أن المتبادر من أدلة نفوذ القضاء، هو نفوذه، في مورد الخصومة، و هو لزوم أداء الثمن، و عدمه لا صيرورة النجس في نظر المشتري طاهراً بحيث يجوز له شربه و بيعه.

و العجب أن السيّد الطباطبائي أفتى في كتاب التقليد على خلاف ما ذكره هنا حيث قال: إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة المعاطاة مثلاً أو العقد الفارسي - والمشتري مقلداً لمن يقول بالبطلان، لا يصح البيع بالنسبة إلى البائع أيضاً لأنه متقوم بطرفين فاللازم أن يكون صحيحاً من الطرفين، و كذا في كل عقد كان مذهب أحد الطرفين بطلانه و مذهب الآخر صحته^(١).

فإذا كان هذا حال البائع حسب الفتوى فكيف يمكن أن يغيره حكم القاضي إلى الصحة لأن المفروض أن القاضي يُفتي ثم يقضي حسب الفتوى نعم ذهب المشايخ إلى صحته بالنسبة إلى البائع مع تمشي قصد المعاملة ممن يرى بطلانها كما عليه السيّد الأستاذ في تعليقه على العروة و غيره من الأعلام.

والحق أن النقض نسبي لا مطلق و بذلك يظهر اندفاع ما رتباً يقال: «لا دليل على نفوذ حكمه على مجتهد مخالف لأنه لا يلتزم بأن ما حكم به حكم الإمام عليه السلام بل يرى أنه ليس بحكمه فلا تدل الروايات على نفوذ حكم ذلك الحاكم على مخالفه في الرأي إذ يجب عند ترتب الأثر إحراز عناوين الموضوعات و منها أنه حكم الإمام فمهما لا يعلم أن ما حكم به هو حكم الإمام فلا دليل على نفوذ حكمه عليه».

يلاحظ عليه: أنه إن أراد من قوله: «إن ما حكم به الأول ليس من أحكامهم» الموارد الثلاثة التي يجوز نقضها، فلا كلام في عدم النفوذ، إنما الكلام في غيرها كنجاسة الفسالة، أو عرق الجنب عن الحرام، الذي لاجتهاد معه محل فلو لم يكن رأي الحاكم نافذاً في المخالف معه اجتهاداً أو تقليداً، يلزم بقاء

١- السيّد الطباطبائي: العروة الوثقى باب التقليد، المسألة ٥٥.

الخصومة لأن كلاً يريد العمل برأيه أو برأي مقلده فتبقى غير منحلة وبالجملة ترتب جميع آثار الطهارة، أو عدم نفوذه في حق المخالف، بين الإفراط والتفريط والأوسط ما اخترناه.

هذا كله حول الشبهة الحكمية و أما الشبهة الموضوعية فإن لم يعلم مخالفة حكمه فيها للواقع فلا شك في حرمة النقض و توهم اختصاص المقبولة بالأولى مردود، بما في صدره من اختلاف بعض أصحابنا في دين أو ميراث فإن الاختلاف في الأول ينشأ من الشبهة الموضوعية. و كون حكم القاضي حكماً مبرماً غير قابل للنقض أثر طبيعة حكمه فلا معنى للفرق بين كون الشبهة حكمية أو موضوعية و على كل تقدير فإن كان هناك تقصير أو قصور في الاجتهاد يجب النقض، إذا كان من حقوق الله، و مع المطالبة إذا كان من حقوق الناس، وقال المحقق الرشتي: ينقض باطلاً دون جهار بمعنى تجديد المرافعة من رأس لخوف الفتنة أو الإهانة على الحاكم الأول^(١). و هو كما ترى و مراده من النقض باطلاً جواز التقاض خفاءً في غير اليمين. و أما إذا كان القضاء على وفق الموازين لكن كذب المدعي نفسه أو تبين أن السند مزور أو أن الشاهدين فاسقان و بعبارة أخرى تبين الخطأ و علم كون الحكم على خلاف الواقع الفعلي، نقضه، دون ما إذا ظن أو احتمل.

٢- نقض الحكم بالفتوى

قد عرفت عدم جواز نقض الحكم بالحكم إلا في موارد خاصة، فأولى بعدم النقض، نقضه بالفتوى إلا في موارد ثلاثة متقدمة، فبما أن الحاكم يفتي أولاً ثم يقضي ربما يكون نقض الحكم بالحكم مسبقاً بالنقض بالفتوى و على أي تقدير لا يجوز النقض بها في غير الموارد الثلاثة. مثلاً لو بداله في الحكم بعد حكمه في جزئي خاص، كما في تزويج الباكرا بدون إذن أبيها، فحكم بالصحة لعدم اشتراط

١- المحقق الرشتي: كتاب القضاء: ١/ ١١٠.

الإذن عنده في ذلك الزمان ثم تغير رأيه، فالتزويج السابق، يكون محكوماً بالصحة لظهور أدلته في عدم جواز نقضه مطلقاً إلا في موارد ثلاثة.

٣- نقض الفتوى بالحكم

يجوز نقض الفتوى بالحكم كما عرفت فيها إذا كان مذهب المشتري اجتهداً أو تقليداً نجاسة الفسالة أو نجاسة عرق الجنب من الحرام إلى آخر ما عرفت.

٤- نقض الفتوى بالفتوى

إذا مات مقلّده أو تغير رأيه فإنه يجب عليه العمل بالفتوى الثانية فيما يأتي دون ما مضى و أما الأعمال السابقة فقد اخترنا الإجزاء مطلقاً سواء كان مستند الفتوى، الأمارات أو الأصول مثلاً إذا تزوج بكراً، بإذنها ثم تبدل رأيه إلى كون أمرها بيد أبيها، لم يضر بها سبق نعم يختص الإجزاء بها سبق دون ما يأتي و بعبارة أخرى، يحكم على الأعمال السابقة بالصحة وإن كان له استمرار، و أما الموضوع الجديد فيجب العمل فيه على وفق الرأي الحديث فلو تزوج بنتاً بإذنها، بفتوى كفاية إذنها دون أبيها، فلا يصح التزويج من بعد إلا من بعد إذن أبيها، ولو تزواً بالماء القليل الملاقى للنجس بفتوى عدم انفعاله فالصلوات الماضية صحيحة لكن طهارة البدن بالنسبة إلى الأعمال الآتية موضوع جديد يجب إحرازها حسب الفتوى الجديدة و بالجملة إن دليل الإجزاء في الأمارات، الذي هو وجود الملازمة العرفية بين تجويز العمل، و كفايته مطلقاً، لا يؤثر إلا في الأعمال السابقة دون ما يأتي، و تزويج الباكرة بلا إذن أبيها أو تزويج من ارتضعت منه عشرة رضعات عمل واحد قد تم و معنى تماميتها كونه زوجها إلى أن تموت أو تطلق.

قد عرفت أن المحقق ذكر في المسألة الثالثة فروعاً ثلاثة و قد فرغنا عن

دراسة الفرعين الأولين وإليك

الفرع الثالث: لو حكم ثم تبين له الخطأ

لو ثبت عند القاضي ما يبطل حكمه الأول أبطله سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس و في بعض الكلمات الماضية^(١) إلماع إلى هذا الفرع، أضف إليه ما ننقله هنا:

١- قال ابن حمزة: فإن حكم بخلاف الحق سهواً أو خطأً ثم بان له، رجع و نقض ما حكم به^(٢).

٢- و قال ابن سعيد: إذا قضى بقضاء ثم بان له فسادُه نقضه^(٣).

أقول: النقض لا يختص بصورة العلم بالخطأ بل يكفي الشك و التردد في صحة الحكم السابق فإذا حكم إنشاء لا استيفاء ثم عرض له الشك أو تبين الخطأ فليس له أن يرتب الأثر على الحكم السابق لأن ما هو شرط ابتداء شرط استمراراً أيضاً و لأجل ذلك لا يجوز الإفتاء بما شك في صحته فالعلم و اليقين بصحة الحكم من شرائط القضاء ابتداءً و استمراراً.

أضف إلى ذلك أنه إذا طرأ عليه الشك ربّما يكون المورد من مصاديق درء الحدود بالشبهات.

و ليس المقام من موارد استصحاب الحكم السابق، لأنه فيما إذا كان اليقين بالحدوث محفوظاً في ظرفه و تعلق الشك بالبقاء ولكن الشك في المقام متعلق بالحدوث فهو من مصاديق قاعدة اليقين و الشك الساري التي لا تشملها أدلة الاستصحاب كما حرّر في محله.

كما لا تجري في المقام أصالة الصحة - إذا شك في الصحة لا إذا تبين الخطأ

١- لاحظ كلام الشيخ في المبسوط، و ابن البراج في المهذب، و العلامة في الإرشاد وقد مضت نصوصهم.

٢- ابن حمزة: الوسيلة: ٣٠٩.

٣- ابن سعيد: الجامع للشرائع: ٥٢٩.

- و ذلك لأنها إنما تجري إذا لم تكن صورة العمل محفوظة وإلا فلو كانت محفوظة و كانت الحالة السابقة واللاحقة بالنسبة إلى اليقين و الشكّ سواسيه فلا تجري، كما إذا اغتسل في الحمام و لم يحرك الخاتم الذي في يده، ثم شكّ بعد الفراغ عن العمل في جريان الماء تحته قهراً أو لا، فلا تجري أصالة الصحة التي يعبر عنها بقاعدة الفراغ، إذ ليس هو حين العمل بأذكر من بعده و - لذا - لو التفت حين العمل، لشكّ مثل الشكّ بعد العمل. و المقام أيضاً كذلك لأنه لو كان تبين له حين القضاء ما تبين له بعده، لشكّ في قضائه.

تم الكلام في المسألة الثالثة بفروعها الثلاثة.



المسألة الرابعة

فيها فروع ثلاثة

قد جاء في هذه المسألة أيضاً فروع ثلاثة:

- ١- ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله
- ٢- لو زعم المحكوم عليه أن الحاكم الأول حكم عليه بجور لزمه النظر.
- ٣- لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول، أبطله، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس.

أما الفرع الأول، فليس عدم وجوب التتبع لأجل أصالة الصحة في القضاء السابق و لا لكونه تفتيشاً في عيوب الناس بل لأجل عدم الموضوع و هو التخاصم، إذا كان الغرض هو التصويب أو النقض و أما إذا كانت الغاية دراسة وضع القضاء فيما مضى، فهو أمر مباح لا دليل على وجوبه و لا على حرمة. ٧

و أما الثاني: فلأن هذا الادعاء دعوى جديدة أقامها المحكوم عليه على القاضي، فيشملة إطلاق ما دلّ على قبول كل دعوى من مدّعيها.

ثم إنه لو ادعى الجور في الأحكام، فهو ليس من موارد البيّنة حتى يقال البيّنة للمدعي، لأن مورد البيّنة هو الشبهات الموضوعية، و المفروض أن ادعاء الجور فيها شبهة حكمية، فيجب على القاضي النظر في الحكم فإن كان حقاً يقبله وإن كان باطلاً يردّه نعم لو كان مضمون الدعوى غير الجور في الأحكام، بل كان عدم اجتهاد القاضي، أو فسقه أو فسق الشهود فعليه حينئذ البيّنة و ما ربّما يقال من أن طلب الاستئناف ردّ لحكمه، غير مسموع إذ فرق بين إنكار الحكم مع الاعتراف بكونه على موازين القضاء المقررة و بين ردّه لعدم كونه على وفقها، بحيث لو كان موافقاً لقبله و مثل ذلك ليس ردّاً و لا تشمله المقبولة، و لأجل ذلك يصحّ الاعتراض سواء أكان القاضي معزولاً أم لا.

وبذلك يظهر أن ما اشتهر أنه لا استئناف في القضاء الإسلامي، فليس على إطلاقه لأنه إن أُريد به، وجود دائرة للقضاء الابتدائي، و دائرة للاستئناف، و دائرة ثالثة للقضاء النهائي فالنفي حق، لأن الفقيه الجامع للشرائط لا تحدّد مسؤوليته بمرحلة خاصّة.

و إن أُريد أنه إذا تمّ القضاء يصحّ للمحكوم، أن يعترض على القضاء البدئي من دون أن يوجّه شكواه إلى شيء من العناصر المؤثرة في القضاء فالنفي أيضاً حق.

و إن أُريد أن للمحكوم بعد صدور الحكم أن يعترض على أحد العناصر المؤثرة فيه و أنه لم يكن جامعاً للشرائط كعدم أهلية القاضي للقضاء، أو فسق الشاهدين أو الجور في الحكم أو غير ذلك، فالنفي غير صحيح لما عرفت من أن للمحكوم أن يعترض على القضاء و يرفع شكواه إلى قاض آخر.

وسيوافيك الكلام في هذا الموضوع في المستقبل.

وأما الفرع الثالث: فهو مبني على كون الحقوقين من باب واحد سواء كان هناك مطالب أو لا، و أمّا على ما هو المعروف من الفرق بينهما و أن الأول ليس

رهن مطالب بخلاف الثاني فيشكل النقص مع عدم المطالب.

وبما أن نظام القضاء قد وقع في قفص الاتهام و اتهم، بعدم الاستئناف الذي يعد اليوم من كمال النظام القضائي فلنردّ عنه سهام التهمة، بالبحث الموجز فيه.

٢٤٩ الاستئناف في القضاء

قد عرفت موقف القضاء الإسلامي في تجديد المرافعة و استئناف المحاكمة على وجه موجز و قد أجمل الفقهاء الكلام فيه و بذلك صار غرضاً لأعداء الإسلام فناقشوا نظام القضاء بأنه فاقد لهذا الأصل الحيوي في مهمّة القضاء، فإنّ القضايا المطروحة في المحاكم بين واضح بسيط لا يحتاج إلى قضاء مجدّد، و غامض معقّد، تتوقّف إصابة الواقع إلى محاكمة من هو أبصر منه و أكثر تجربة و أعرف بالأصول و القوانين و - على زعمهم - ضرب الإسلام الجميع بسهم واحد و تعامل معهم معاملة واحدة.

و قد أفرطت المحاكم الدولية في العالم، حيث جعلوا لغالب القضايا مراحل متعدّدة و بذلك فوتوا الوقت على أكثر المراجعين، حيث لا يتمّ القضاء النهائي إلا بعد مرور سنين. فهل فرط من نفى الاستئناف من رأس، و جعل لكلّ مرافعة، مرحلة واحدة؟ أولنذكر أموراً.

١- اختلاف كلمات الفقهاء

إنّ كلمات الفقهاء في ذلك مختلفة فالمحقّق النراقي، على النفي المطلق و صاحب الجواهر و السيّد الطباطبائي على التفصيل و إليك كلماتهم:

قال النراقي: لو ترفعاً عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا يجوز لها الترفع عنده أو عند غيره ثانياً في هذه الواقعة مخصوصاً، ولو ترفعاً لا يجوز للمحاكم سماع الذي

فيه^(١).

وقال صاحب الجواهر: بل ربّما يتوهم عدم محلّ للدعوى وإن تراضى الخصمان بتجديدها عند الحاكم الثاني، وإن كان الأقوى خلافه، بل الأقوى نفوذ حكمه وإن اقتضى نقض الحكم الأول.^(٢)

وقال السيّد الطباطبائي: ليس للمحكوم عليه بعد تمام المرافعة والحكم، مطالبة بتجديدها عند حاكم آخر أو عند الأول و هل يجوز ذلك مع رضى الطرفين أو لا قولان: أقواهما الأول كما اختاره في الجواهر إذ الظاهر عدم صدق ردّ الحكم خصوصاً إذا كان لاحتمال خطأ الحاكم لا سيّما إذا كان الحاكم أيضاً أراد تجديد النظر في مقدّمات الحكم.^(٣)



٢- مورد البحث غير المواضع الثلاثة

إن محلّ البحث في غير الموارد التي يجوز فيه تجديد النظر والنقص عند تبين الخطأ في الحكم، بقسميه أو فساد اجتهاده أو عدم كون القاضي أهلاً ونحو ذلك، وإلا فلا خلاف في جواز النقض.

٣- الموانع الماثلة أمام تجديد المرافعة

إنّ الموانع الموجودة حول تجويز الاستئناف عبارة عن الأمور التالية:

أ- كون الاستئناف وتجهيد المرافعة يناهض التسليم والقبول الذي أمرنا به في المقبولة.

١- التراقي: المستند: ٥٠٤ / ٢، المسألة التاسعة من البحث الثالث في بعض الأحكام المتعلقة

بالقاضي.

٢- النجفي: الجواهر: ٩٤ / ٤٠.

٣- السيّد الطباطبائي: ملحقات العروة: ٢ / ٢٦ المسألة ٣١.

ب - ما أطبقوا عليه تبعاً للنصوص من أن حلف المنكر يذهب بحق المدعي وإن كان محققاً فلا تجوز له المقاصة ولا التصرفات الأخر. روي الصدوق بإسناده عن عبد الله بن أبي يعفور أن رسول الله قال: «من حلف منكم على حق فصدّقوه، و من سألكم بالله فأعطوه، ذهبت اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له»^(١).

قال المحقق: إن المنكر إما أن يحلف أو يرد أو ينكل فإذا حلف سقطت الدعوى ولو ظفر المدعي بعد ذلك بهال لم تحل له المقاصة ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه.

لو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر، لم تسمع و أضاف في الجواهر قوله: «كما هو المشهور بل عن خلاف الشيخ والغنية الإجماع عليه، و لا حق له فلا تكون البيّنة حجة»^(٢).

ج - ما ذكرناه من أنه بعد القضاء لا موضوع (النزاع) على صعيد التشريع، و معه كيف نعمة أدلة القضاء العامة و وجود النزاع في الأذهان ليس موضوعاً لها بل النزاع الذي لم يحكم عليه، و لم يقطع و لم يفصل و بعد الحكم و القطع و الفصل، لا موضوع على صفحة التشريع حتى تشمله الأدلة.

هذه هي الجهات الماثلة أمام تجويز الاستئناف فلا بد من دراستها و الوقوف على مدى تأثيرها في منع تجديد النظر.

أ - تجديد النظر غير الاستنكار

أما المانع الأول، فالظاهر أن المراد من الرد، هو الاستنكار و الإعراض عن

١ - الرسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ و لاحظ الباب ١٠.

٢ - النجفي: الجواهر ٤١/١٧١-١٧٣.

حكم القاضي متوجّهاً إلى التحاكم لدي الطواغيت و النزول في حكمهم و ذلك بشهادة أنّه جاء في صدر الحديث: «من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت و ما يحكم له، فإنما يأخذ سختاً و إن كان حقّاً ثابتاً، إلى أن قال: قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران من كان منكم من روي حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً» - فعند ذلك - قال: « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا ردّه »^(١).

فكم هو الفرق بين طلب تجديد النظر عند نفس القاضي أو قاض آخر ليحكم حسب الموازين الواردة في المقبولة و غيرها، و بين رفض حكم القاضي مستنكراً عليه، راجعاً إلى محاكم طاغوتية؟ و المحرم هو الثاني دون الأوّل و تجديد النظر في الأوّل لأجل طلب الواقع أكثر مما كان، و في الثاني: لأجل القضاء لصالح أحد الطرفين أو لاستنكار النظام السائد، والشاهد عليه - وراء ما ذكرنا - تمثيل المقام بأنّه على حدّ الشرك بالله و هو يناسب الرفض، لا طلب تجديد النظر لغاية إصابة الواقع أكثر من الوضع الموجود.

ب - ذهاب الحق باليمين حكم ثانوي

وأما الثاني: أي ذهاب الحق باليمين فهل المراد أنّ اليمين الكاذبة يذهب بالحق واقعاً و حقيقة و يصبح مال المدّعي، ملكاً للمنكر حقيقة لا سبيل إلى هذا أبداً و لا يتفوّه بذلك أحد من الفقهاء كيف و الرسول الأكرم ﷺ يقول: «إنما أقضى بينكم بالبيّنات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من البعض، فأتيها رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار»^(٢).

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

أو المراد الذهاب حسب الحكم القضائي الذي هو أشبه بالحكم حسب العنوان الثانوي فليس للمدعي أخذ المال الذي حلف عليه المنكر كاذباً ولا المقاصة عن دينه ولا التصرفات الأخرى، كل ذلك إحتراماً للحلف وتكريماً للحكم، وإن كان خاطئاً أو كاذباً في الواقع، فيكون المقصود منه نفوذ حكمه و لزوم العمل به وليس للطرفين ولا لطرف واحد، الإعتراض عليه. ويكون مفاده متحداً مع مفاد المقبولة، فيها أن الذهاب لم يكن واقعياً بل ثانوياً، يدور نفوذ القضاء مدار وجود الموضوع فإذا نقض الحكم، وارتفع، فیتبعه ما ترتب عليه.

محاولات للجمع بين ذهاب الحق وتجديد النظر

١- لو افترضنا أن المتخاصمين اتفقوا عند الرجوع إلى القاضي أن يكون لهما، أو لكل واحد منهما تجديد النظر بعد ذلك، فهل الروايات تدفع ذلك الاشتراط أو هي ساكتة منصرفة عن هذه الصورة أو افترضنا أنه لم يكن منهما اتفاق على هذا ولكن دائرة القضاء قسّمت القضايا المطروحة على قسمين، قسم يتمتع من تجديد النظر إذا رضي المتخاصمان، وقسم ليس له هذا الشأن، ونفترض أن المتخاصمين خاضا الترافع على ذلك الأصل، فهل يكون هذا النوع من الاشتراط أو الأصل المصوّب، مخالفين للمقبولة، وبالتالي يكون مخالفاً للسنة أو لا؟ الظاهر لا، لإنصرافها عن هذه الصورة أي اتفاق المتخاصمين على التجديد بعد القضاء. نعم لو كان لرواية ذهاب الدعوى باليمين إطلاق يعم حالة الاشتراط، أو الخوض في القضاء بانياً على الأصل المصوّب، يكون الاشتراط، أو البناء مخالفاً للسنة والشرط المخالف لها لا يكون نافذاً أو يختص الرجوع بها إذا كان الفصل بغير اليمين.

٢- إذا كان المراد من الاستئناف هو تجديد المرافعة أي دعوة المدعي لإقامة البينة، والمنكر للتحليف ثانياً كان لما ذكر وجهه، وأما إذا كان المراد، تجديد النظر في الأسس التي قام الحكم عليها و صدر القاضي عنها فلو كان موافقاً للحق لزم

وإلا أ بطل، فعندئذ يدخل الموضوع فيها ذكره المحقق في المقام حيث قال: « ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله ولكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لزم النظر.... »

٣- إذا تمت عملية المحاكمة لدى القاضي و بان الحق لديه و اتضح الباطل و لكن توقف عن إصدار الحكم و إنشائه حتى تتم المحاكمة الثانية و إن استلزمت إقامة البيّنة من جديد، والتحليف ثانياً فعند ذلك إذا كانت النتيجة واحدة أنشأ الحكم و إلا أمسك فيصيح الاستئناف بناء على أن ذهاب الحق باليمين ليس أثر نفسها بل أثر الحكم الذي افترضنا عدم صدوره.



ج- النزاع غير مرفوع لدى الاشتراط

وأما الثالث و هو عدم الموضوع للقضاء بعد صدور الحكم، فهو غير مرفوع إذا كان الترافع على وجه مشروط أو بناء على الأصل المصوّب لدى دائرة القضاء فإنشاء الحكم على هذا الأصل لا يقطع النزاع حتى على صعيد التشريع ولهما، أن يطلبتا تجديد النظر ثانياً.

على أن الإشكال يتم على الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة و أما على الوجه الثالث، فالحق و إن تبين لدى القاضي الأول، ولكن الحكم الفاصل بعد لم يصدر و معه فالنزاع بعد باق، حتى يتم القضاء النهائي. والله العالم.

المسألة الخامسة:

في الشكوى على قضاء القاضي

الشكوى على قضاء القاضي إذا كانت جامعة للشرائط دعوى مسموعة و

ما ربّما يتوهم من أن إقامة الدعوى على الفقيه المأذون إهانة لمقام الإمامة غير تام لأنه لم ينصب رجلاً معصوماً للقضاء حتى تُعدّ الشكوى إهانة عليه وعلى ضوئه هذا فلو ادّعى أحد أن المعزول بل وغير المعزول قضى عليه بشاهدين فاسقين، فهو موضوع قابل للسمع وتحقيق الحق في المسألة يتوقف على الكلام في موضعين:

الأول: في وجوب إحضاره مطلقاً حرّر المدعي الدعوى أم لم يحرّر، أقام البيّنة أو لا.

الثاني: إذا حضر فإن اعترف بما ادّعى عليه فهو وإن قال: لم أحكم إلاّ بشهادة عدلين فهل يُكلّف بالبيّنة أو باليمين أو يقبل قوله مطلقاً؟ وإليك الكلام في الموردين:

أما الأول: فإن أقام المدعي بيّنة على مدّعيه فلا شك في وجوب الإحضار لكونها دعوى مسموعة تشملها إطلاقات أدلة القضاء في الكتاب والسنة، وإنّما الكلام إذا كانت الدعوى مجردة عن البيّنة فهل يجوز أو يجب الإحضار أو لا؟ وجوه:

١- السماع لاحتمال الإقرار أو تحليفه وهذا كاف في لزومه وهو خيرة المحقق في الشرائع^(١) والعلامة في الإرشاد^(٢) والشهيد الثاني في المسالك^(٣).

٢- عدم السماع إمّا بنحو عدم الوجوب أو عدم الجواز. قال المحقق الأردبيلي: قيل لا يجب، بل يمكن أن لا يجوز فإنّه موجب لهتكه، وزهد القضاة عن القضاء، ولأنّه أمين عام فالظاهر وقوع فعله على الوجه الشرعي^(٤).

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٧٦/٤.

٢- العلامة الحلي، إرشاد الأذهان، ١٤٢/٢.

٣- زين الدين العاملي، مسالك الافهام، ٤٠٠/٢.

٤- الأردبيلي مجمع الفائدة ٨٨/١٢.

٣- التفصيل بين ذكر ما يُستعدى عليه و غيره. قال الشيخ في المبسوط: «فإن استُعِدِّيَ على حاكم كان قبله لم يحضره حتى يُبين ما يستعدى عليه لأجله احتياطاً للمعزول و خوفاً من الامتهان^(١) و الابتذال» و هو خيرة العلامة في القواعد، حيث قال: «ولو استعدى على الحاكم المعزول فالأولى للحاكم مطالبته بتحرير الدعوى صوناً للقاضي عن الامتهان فإذا حرّرها أحضره»^(٢).

٤- استدعاؤه إلى داره. نقله في مفتاح الكرامة عن بعض العامة، حيث أوجب على الحاكم إحضار ذي المروءة إلى داره دون مجلس الحكم.^(٣)

هذه هي الأقوال التي عثرت عليها و غير خفي على الفقيه النابه أن المقام من قبيل التزاحم فإن كون المدعي محققاً أمر محتمل كما أن الإهانة لذوي المروءات و الشخصيات المحترمة من غير فرق بين القاضي و غيره أمر محترم قطعاً فيجب على الحاكم الإمعان و الدقة فإن تفرّس من القرائن الموجودة حول المدعي و المدعى عليه و الحق الذي يدّعيه، أن الدعوى أمر واهٍ فلا يترتب عليه أثراً لانصراف أدلة القضاء من مثله و إلا فيحضره على وجه خال عن الإهانة.

و ربّما يحتجّ على الإحضار بحضور الإمام علي عليه السلام في مجلس القضاء مع الخصم ولكنّه لا يصلح للاستشهاد على المقام لأنّ حضوره فيه مع كونه حاكماً أعلى، ما كان يزيدّه إلا علواً و شأناً و لا يشينه بخلاف إحضار القاضي المعزول أو غيره إلى المحكمة.

وأما إذا لم يتفرّس ذلك و احتمل كون المدعي محققاً فعليه أن يحضره جامعاً بين الحقيقتين من غير فرق بين أن يحرّر الدعوى أو لا. نعم سيرة المحاكم الدولية على لزوم تحرير الدعوى و بدونه لا يترتب عليها أثر.

هذا كلّه حول الأمر الأوّل، و أمّا الأمر الثاني و هو كيفية الحكم إذا اقيمت

٢- فخر المحققين، الإيضاح، ٤/ ٣٢٢ قسم المتن.

١- أمهن الشيء: أي احتقره و ابتذله.

٣- العامل، مفتاح الكرامة، ١٠/ ٥٨.

الدعوى على أنه قضى بشاهدين فاسقين فإليك الكلام فيه فننقل من الأقوال ما يفيدنا في المقام:

قال الشيخ في الخلاف: إذا عزل حاكم فادعى عليه إنسان أنه حكم على شهادة فاسقين و أخذ منه مالا و دفعه إلى من سأل عن ذلك. فإن اعترف به لزمه الضمان بلاخلاف.^(١)

وقال المحقق: «فإن حضر و اعترف به ألزم». إلى غير ذلك من العبارات.^(٢)

والحق أن يقال: أنه ضامن مع العلم بالفسق أو التقصير في طلب المزكي حيث حكم بمجرد الشهادة مع عدم ثبوت الحكم إلا بالبيّنة العادلة. و أما لو كان خطأ يكون على بيت المال. روى الصدوق بإسناده عن الأصبغ بن نباته قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام: إن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين.^(٣)

ولو كان هناك تدليس من الشهود يستقرّ الضمان عليهم. هذا إذا أقرّ بفسق الشاهدين على النحو الذي عرفت و أما إذا لم يعترف فهناك أقوال:

١- يحلف القاضي لو لم يكن للمدعي البيّنة

وإن أنكر كان على المدعي، البيّنة^(٤) وإن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه و لا تجب عليه إقامة بيّنة على صفة المشهود. و هو خيرة الشيخ في

١- الطوسي: الخلاف ج ٣ كتاب القضاء المسألة ٨.

٢- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٧٦/٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

٤- بيّنة المدعي إنما تنفع في ضمان القاضي إذا شهدت بعلم القاضي بفسقهما، و أما إذا شهدت بفسقهما وحده يكون الضمان على بيت المال.

الخلاف^(١) ونقله عن الشافعي أيضاً مستدلاً بأن الظاهر من الحاكم أنه أمين كالمودع فلا يطالب بالبيّنة ويكون القول قوله.

١- وقد أفتى به الشيخ أيضاً في المبسوط لا في خصوص هذه المسألة (حَكَمَ بشاهدين فاسقين) بل في مطلق ما إذا أُستُعِدِّيَ على الحاكم حيث قال: فإن اعترف ألزم وإن أنكر قضى بينهما كما يقضى بينه وبين غيره.^(٢)

٢- يُكَلِّفُ القاضي بإقامة البيّنة

يُكَلِّفُ القاضي بإقامة البيّنة على ذلك، لأنه قد اعترف بالحكم ونقل المال عنه إلى غيره (كما إذا كان مورد المرافعة ادّعاء الدين) وهو يدّعي ما يزيل ضمانه عنه فلا يقبل. وهو خيرة أبي حنيفة كما في الخلاف^(٣) وخيرة الشيخ في المبسوط قال: قال بعضهم يجب عليه إقامة البيّنة أنه حكم بعدلين وهو الأقوى عندي لأنه إذا اعترف بالحكم ونقل المال عنه إلى غيره، وهو يدّعي ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه^(٤)، إلا إذا ثبت أنه قضى بعدلين.

يلاحظ عليه بأمرين:

أ: أن المدّعي والمنكر من المفاهيم العرفية الراجعة بين العقلاء فالمدّعي عندهم من لو ترك ترك وهو لا ينطبق في المقام على القاضي. بل ينطبق على من ادّعى عليه ولو عرّف بمن خالف قوله الأصل أو الظاهر وهو أيضاً ينطبق على من استعدي عليه.

١- الطوسي: الخلاف ٣/ كتاب القضاء المسألة ٨.

٢- الطوسي: المبسوط ٨/ ١٠٢.

٣- الطوسي: الخلاف ٣/ كتاب القضاء المسألة ٨.

٤- المبسوط ٨/ ١٠٣.

ب - ليس مطلق نقل المال موجباً للضمان فإن الوكيل يعترف بذلك و ليس بضامن بل إذا كان في النقل مفراطاً و الأصل عدمه. ^(١)

٣- يُصدّق بلايمين

يُصدّق القاضي في ادّعائه بلا يمين لا لكونه أمين الشرع فيصان منصبه عن الامتهان و الابتذال كما في المسالك ^(٢) بل لما مرّ في بحث عمل القاضي بعلمه من اتفاق الفقهاء على جواز عمله بعلمه في موارد تركيبة الشاهدين، فإذا كان علمه في المورد حجة فيكون إخباره عن ذلك حجة أيضاً للملازمة كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال علمه و ادّعائه إنها يكون حجة إذا لم يكن القاضي طرفاً النزاع و أما إذا كان طرفاً له فلا و قد مضى الكلام فيه في محله.

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

المسألة السادسة:

في شرطية التعدّد في المترجم و عدمها

إذا افتقر الحاكم إلى مترجم فهل يكفي المترجم العدل الواحد، أو لابدّ من التعدّد؟ المشهور هو التعدّد.

قال الشيخ في الخلاف: الترجمة لا تثبت إلا بشهادة شاهدين لأنها شهادة و به قال الشافعي. وقال أبو حنيفة و أبو يوسف: لا يفتقر إلى شهادة عدل بل تقبل فيه شهادة واحد لأنه خبر، بدليل أنه لا يفتقر إلى لفظ الشهادة - دليلنا - إنّ ما اعتبرناه مجمع على قبوله، و ما ادّعوه ليس عليه دليل و قد اعتبر الشافعي لفظ

الشهادة في ذلك^(١).

أقول: إن دليل الشيخ يرجع إلى الأخذ بالاحتياط وهو مرجع إذا لم يكن دليل اجتهادي يدل على كفاية واحد.

وقد طرحه في المبسوط من غير ترجيح أحد القولين قال:

فمن قال: الترجمة شهادة. ينظر فيما يُترجم عنه فإن كان مالا أو في معناه ثبت بشهادة شاهدين، وشاهد ويمين، وإن كان مما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والنسب والعق و غير ذلك لم يثبت إلا بشاهدين عدلين، وإن كان حد الزنا فأصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة والإقرار، قال قوم يثبت بشاهدين لأنه إقرار وقال آخرون لا يثبت إلا بأربعة لأنه إقرار بفعل موجب أن لا يثبت إلا بها يثبت به ذلك الفعل كالإقرار بالقتل^(٢).

يلاحظ عليه: بأنه لو افترضنا أن الترجمة من مصاديق الشهادة لكن ليس المشهود به هو الإقرار بالمال، حتى يكتفي فيه بشاهد ويمين. ولا النكاح والنسب والعق، حتى لا يثبت إلا بشاهدين، ولا الزنا حتى لا يثبت إلا بأربعة والإقرار، بل المشهود به، هو إقراره بكذا وكذا، وأنه يقول كذا وكذا، فلا يعتبر فيه إلا ما يعتبر في ثبوت الإقرار، فإسراء حكم المقر به إلى الترجمة غريب جداً.

و على كل تقدير فهل الترجمة من مصاديق الشهادة فيعتبر فيها وراء التعدد - البلوغ والعدالة المفروغين عن اعتبارهما - أو لا؟ والظاهر في كلام المحقق أنه لم يتضح عنده أنها من أيتها فأخذ بالقدر المتيقن وقال: ولا يقتنع بالواحد عملاً بالمتفق عليه. وهو اللائح من كلام صاحب الجواهر حيث قال: إذا شككنا أنه من موضوع الشهادة أو الرواية ولا أصل ولا إطلاق ينقح أحدهما فيجري عليه حينئذ حكم الشهادة من التعدد ولو لأنه المتيقن بخلاف غيره.

١- الطوسي: الخلاف ٣/ كتاب القضاء، المسألة ٩.

٢- الطوسي: المبسوط ٨/ كتاب القضاء، ١٠٣.

أقول: إن الشهادة من الشهود بمعنى الحضور قال سبحانه: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ (البقرة/ ١٨٥). وإنما سُمي الشاهد، شاهداً، لأنه يحضر الواقعة و يشاهدها و يعاينها، قال في اللسان: المشاهدة، المعاينة و شهد شهوداً: حضره فهو شاهد، و الفرق بينه و بين الخبير أنه إذا ضيف إلى الباطنة يقال: خبير و إلى الأمور الظاهرة فهو الشهيد^(١).

وعرفت الشهادة بوجوه:

١- الشهادة خبر قاطع^(٢)

٢- الشهادة الإخبار عن اليقين^(٣)

يلاحظ عليهما، أنهما غير مطردين لانتفاضهما بإخبار العالم الفيزيائي عن تركيب عنصر الماء من جزئين، فهل تصح تسمية ذلك بالشهادة بحجة أنه خبر قاطع، أو إخبار عن اليقين. *مركزية كويت*

٣- إخبار جازم عن حق لازم لغيره^(٤).

يلاحظ عليه: أنه لا يشترط في موردها وجود الحق كالشهادة على رؤية الهلال أو شهادة المقوم على القيمة و القاسم على المقدار.

٤- الخبر الصادر في مقام التوقع و الانتظار فكل خبر كان مسبوقاً بسؤال محقق أو مقدّر، بمعنى وقوعه في مقام انتظار شخص له كالهلال، هو شهادة و من ذلك تخرج الروايات عن الشهادة لأنها إخبار ابتدائية غير مسبوقة بسؤال عن مضامينها تحقيقاً أو تقديرأ. و على هذا تدخل الترجمة تحت الشهادة فيعتبر فيها التعدد للإجماع على اعتباره فيها^(٥).

١- اللسان: ٢٩٣/٤ مادة «شهد».

٢- ابن منظور: اللسان ٤/ مادة «شهد».

٣- ابن الأثير: النهاية ٢/ مادة «شهد».

٤- زين الدين العاملي: المسالك ٢/ ٤٤٥.

٥- الرشتي: القضاء ١/ ١١٧. نقله عن شيخه الأنصاري.

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان هجوم العدو متوقعاً، وأخبر الرائد بقربه من البلد، فهل ترى أنّه يستمى شهادة؟ لأجل كون المخبر به أمراً متوقعاً.

٥- الشهادة إخبار عن ثبوت الشيء في مظانّ انكاره^(١)

٦- إنّ المرجع في تشخيص الشهادة عن غيرها هو العرف و لأجل ذلك تكون الترجمة تارة من قبيلها و أخرى من مصاديق الرواية. فإذا أريد بها إثبات ما يترتب عليه الحكم كشهادة الشاهد احتيجت إلى التعدّد، ضرورة أنّها حينئذٍ بمنزلة شهادة الفرع التي لا بدّ فيها من التعدّد لأنها شهادة حينئذٍ و حيث يراد منها بيان المراد في غير ذلك كانت رواية و تكفي فيها الواحدة و لعلّ منه بيان عبارة المقلّد مثلاً لمقلّديه أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلاً ليذكر حكمه و نحو ذلك ممّا لا يعدّ شهادة بل هو قسم من الرواية ولو بالمعنى^(٢).

هذا ما قيل حول الشهادة و في المقام فنقول: إذا كانت الشهادة مأخوذة من الشهود بمعنى الحضور فلا بدّ أن يكون في المقام واقعة شهدها الشاهد و غاب عنها القاضي، و هل ترجمة مقاصد المترافعين أو الشاهدين داخل تحت تلك الضابطة، و هل هناك شاهد وحاضر، و غائب عن الواقعة؟. اللهم إلّا أن يقال أن جهل القاضي باللغة جعله كالغائب عنها و هو كما ترى.

تحليل المسألة بوجه آخر

إذا لم نقل بوجود إطلاق أو عام يدلّ على حجّة الخبر العادل في جميع الموارد، أو قلنا بوجود أحدهما و لكن قلنا بأنّ الترجمة من مصاديق الشهادة، فلا

١- الاشتياي: القضاء: ٦٠، نقله عن شيخه الأنصاري، و يبدو أن الكتّابين تقريران لمحاضرات الشيخ الأعظم، غير أنّ المحقّق الرشتي أتى بلبّ المراد، و المحقّق الأشتياي بسط الكلام في المسائل.

٢- النجفي: الجواهر: ٤٠/١٠٧.

إشكال في اعتبار التعدد.

و أما إذا قلنا بوجود إطلاق في دليل حجتيه من غير فرق بين الأحكام والموضوعات، لكن خرج منه باب الشهادة ولكن الخارج مردد بين الأقل والأكثر أي بين شمولها للترجمة وعدمها، صارت الترجمة شبهة مصداقية للعام بعد التخصيص بالشهادة، وقد قلنا في محله، بجواز التمسك للعام فيما إذا كان منشأ الشبهة في المصداق كون المخصص دائراً بين الأقل والأكثر كدوران الفسق بين ارتكاب الكبيرة أو هي والصغيرة، فيصح التمسك بعموم أكرم العلماء بعد التخصيص بإخراج الفاسق من العلماء.

نعم ذكر صاحب الجواهر أن الرواية والشهادة نوعان متباينان وأن التعدد مقوم للشهادة، قال: وضوح التباين بين الرواية والشهادة في العرف الذي هو المرجع في أمثالهما بعد معلومية عدم الوضع الشرعي فيهما وعدم الإجمال. واعتبار التعدد في موضوع الشهادة لا أنه هو المميز لها عن الرواية، وكون جنسهما الخبر لا يقتضي أنها قسم منه بل هما نوعان متمايزان في العرف^(١).

يلاحظ عليه: أنه بعد تسليم كون الخبر جنساً للرواية والشهادة، تكون الرواية بالمعنى اللغوي أيضاً جنساً للشهادة لا نوعاً مثلها، فإذا قال نبأ أو خبر أو رواية العادل حجة، يعم كلامه الأحكام والموضوعات والشهادة، خرج عنه الأخير حيث يعتبر فيه التعدد، ومع الشك في الترجمة يتمسك بعموم العام، على النحو الذي عرفت.

اللهم إلا إذا أراد من الرواية، المعنى المصطلح منها وهو الإخبار عن المعصوم في مجال الأحكام.

و على ذلك فالظاهر هو الاكتفاء ب مترجم واحد. ومع ذلك كله ففي

النفس من الاكتفاء به شيء و هو أن اشتراط التعدّد في الشاهد في مورد، حاك عن عناية الشارع بثبوتة عند القاضي بشخصين، فإذا اكتفينا بمتّرجم واحد في مورد التعدّد، يكون معناه أنه اكتفى في ثبوت الموضوع بواحد ولو في الحلقة الأخيرة، و المترجم و إن كان لا يشهد إلّا على إقراره و مفاد كلامه و لا يشهد على الزنا و لا السرقة إلّا أن القاضي يتوصّل إلى الواقع عن طريقه و معنى ذلك جواز توصّله إليه بشخص واحد و هو خلاف المطلوب فالأحوط لو لم يكن الأقوى هو التعدّد، كما عليه المحقّق و إن كان طريقنا إلى إثبات الحكم غير طريقه. و الله العالم.



المسألة السابعة:

في صفات كاتب القاضي

إنّ القضاء غالباً لا ينفكّ عن كتابة دعوى المدّعي و خصوصياته، وإقرار الآخر أو إنكاره، و ما يرتبط بهما، فلأجل ذلك كانت القضاة من لدن زمان قديم يتخذون كاتباً يكتب المحاضر والسجلات و ما يرجع إليهما فيقع الكلام في شرائطه فذكر المحقّق أنّه يشترط: أن يكون بالغاً، عاقلاً، مسلماً، عدلاً بصيراً ليؤمن انخداعه و إن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً. وأضاف صاحب الجواهر أن يكون جيّد الكتابة و ادعى على هذه الشروط عدم الخلاف.

قال الشهيد الثاني: ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضر و السجلات و الحاكم لا يتفرّغ لها غالباً و من المشهور أنّه كان لرسول الله ﷺ كتاب و كذا لغيره من الخلفاء و يشترط أن يكون الكاتب بالغاً، عاقلاً، مسلماً عدلاً ليؤمن خيانتة، عارفاً بما يكتبه من المحاضر و غيرها لئلا يفسدها و يستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة لكيلا يخدع

من غيره بهال وغيره وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل وأن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع في الغلط والاشتباه والأولى أن يجلس الحاكم الكاتب بين يديه ليملي عليه ويشاهد ما يكتب وللبعض الشافعية قول: إنه لا يشترط فيه الإسلام والعدالة لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف ما عليه^(١).

وإلى الكلام الأخير أشار صاحب الجواهر وقال: ربّما يقال بعدم الاشتراط. لأن ثمره الكتابة تذكر ما كان وإلا فهي ليس بحجة شرعاً وحينئذ فلا عبرة بشيء من هذه الأوصاف ضرورة أنه مع الذكر بها يجري عليها الحكم وإلا فلا وإن كان الكاتب بالأوصاف المذكورة. نعم معها غالباً تحصل الطمأنينة إلى ما يجري عليها الحكم.

وأورد عليه: بأن ثمرتها لا تنحصر فيما للتذكر فيه مدخلية بل قد تكون مراسلة إلى القضاة وغيرهم، وأمرأ ونهياً فيما يكون فيه زيادة ونقصان وتغيير وتبديل فلا بد أن يكون معتمداً عليه وهو فرع هذه الأوصاف^(٢).

أقول: يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره - أنه كلام من لم يمارس القضاء إذ لا يمكن للقاضي أن يعتمد على ذاكرته في كل صغير وكبير بل لابد أن يعتمد على السجلات والتقارير المكتوبة المؤرخة ومع ذلك فكيف يمكن أن يعتمد على الكاتب غير الأمين وإلا لزم الفوضى واختلال نظام القضاء كما هو معلوم للممارس.

وعلى ضوء هذا نمنع أولاً عدم حجّية ما سجّله الكاتب العدل بقلمه وبنانه مع إطلاق أدلة حجّية خبر العادل من غير فرق بين قوله وكتابته وعلى ذلك جرى العقلاء في أمورهم ومعاشهم.

وثانياً: - على فرض التسليم - إن القاضي ربّما يتردّد، فيما ضبطته ذاكرته،

١- زين الدين العاملي: المسالك: ٤٠٠/٢. ٢- النجفي: الجواهر ٤٠/١٠٩-١١٠.

فبالرجوع إلى السجلات، يتذكر ما تردّد فيه فيعود إلى ذاكرته ما ذهب وغاب مؤقتاً. والرجوع إنَّما يكون مفيداً إذا كان الكاتب عادلاً، بخلاف ما إذا كان غير ثقة فلا يعينه حتى في إعادة ما نسيه مؤقتاً.

نعم لا يشترط أن يكون فقيهاً بل يكفي كونه عارفاً بكيفية كتابة التقارير وادّعاء الشهود وإذا كان القاضي مملياً، فربما يكفي كونه عارفاً بالكتابة وإن لم تكن له ممارسة في كتابة السجلات والمحاضر.

وعلى كل تقدير فالذكر الحكيم يشترط في كاتب الدين العدالة ويقول: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ (البقرة / ٢٨٢)، فكيف يصحّ نفي لزومها في كاتب المحاضر والسجلات والتقارير التي ليست في الأهمية بأقلّ منها؟



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

المسألة الثامنة:

في عدالة الشاهدين

اتَّفَق المسلمون تبعاً للذكر الحكيم، في اشتراط العدالة في الشهود ولم يخالف فيه أحد، قال سبحانه: ﴿وَاشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَاقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ (الطلاق / ٢)

والآية واردة في الطلاق لكن الحكم العدل الذي أمرنا به في قوله سبحانه: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء / ٥٨). لا يتحقّق غالباً إلا أن تكون الشهود عدولاً تصدّ عدالتهم عن الشهادة على خلاف الحقّ مضافاً إلى ورود الأمر بالقضاء بالبيّنة العادلة في الروايات^(١).

نعم إنَّ هناك بحوثاً في عدالة الشاهدين طرحها المحقّق في هذه المسألة ونحن نقتفيه.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

١- لزوم التحقيق في هوية الشاهد

قال: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم، وإن عرف فسقهما، أطرَحَ وإن جهل الأمرين بحثَ عنهما.

لاشك في أنه تؤخذ، بالشهادة في الأولى و تطرح في الثانية، إنما الكلام في لزوم البحث عن هوية الشاهد إذا كانت مجهولة و هل هو من واجبات الحاكم أو لا؟ واستدل عليه بالخبر المروي عن التفسير المنسوب إلى الإمام العسكري و فيه بعد كلام: «إذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير و لا شر قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما؟ فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثم يقيم الخصوم و الشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامي المدعى و المدعى عليه، و الشهود، و يصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار ثم مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصحابه ثم يقول ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذي ينزلانه فيسأل عنهما...»^(١) والرواية ضعيفة سنداً لا يحتج بها.

واستدل صاحب الجواهر بوجه آخر من دلالة إطلاق الأمر بالحكم بالبيّنة العادلة، لزوم الفحص عن وجود الموضوع كما هو الحال في لزوم الفحص عن دخول الوقت للصلاة أو وجود الماء للطهارة.

يلاحظ عليه: أن ظاهر قولهم: «البيّنة للمدعى»، أن إقامة البيّنة عليه، و من وظائفه فيجب عليه إحضار المزكي إذا كانا مجهولين لدى القاضي خصوصاً إذا كانت التزكية متوقفة على السفر إلى محل الشاهدين، في النقطة البعيدة.

ومع ذلك كله لو كان تحصيل العلم بعدالة الشاهدين أمراً سهلاً للقاضي،

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

لم يبعد وجوبه عليه و قد قلنا بذلك في وجوب الفحص في الشبهات الموضوعية إذا كان تحصيل العلم بوجود الموضوع، أمراً سهلاً، إذ لا يظهر من الأدلة، أنّ فريضة المدعي أزيد من إحضار من لو تفحص القاضي عنه فحصاً يسيراً، لوقف على عدالتهما. وإلاّ لزم عليه الإكتفاء بمن عرفه من ذي قبل. وهو موجب لصّد باب القضاء إذ ليس القاضي في كلّ زمان يعرف وجوه الناس و أوساطهم فضلاً عمّن هو في درجات نازلة عنهم، والحق أنّ الفحص على القدر الميسور من وظائف القاضي.

٢- إذا أحرز إسلامه وشك في فسقه

قد عرفت أنّ مجهول الهوية وإن علم إسلامه لا يمكن القضاء به ولا بدّ من الفحص والتفتيش إذا كان ميسوراً وإلاّ أقفل باب القضاء إذا اكتفى القاضي بعلمه السابق بالمشهود.

غير أنّه اشتهر عن الشيخ أنّه إذا علم إسلامه وجهل فسقه يقضى به وربّما يفسر كلامه بأنّ العدالة المعتبرة في الشهود ليست إلاّ هذا: «علم إسلامه ولم يعلم فسقه». ولو صحّت النسبة يكون معنى ذلك أنّه لو كان فاسقاً واقعاً ولم يعلم فسقه فهو فاسق وعادل وهو نفس القول باجتماع الضدين، فإنّ الفسق والعدالة من الصفات النفسانية المتقابلة لا تجتمعان أبداً وقد ينسب هذا القول إلى بعض قدماء الشيعة كابن الجنيد، والمفيد، وأظنّ أنّ مقصود الشيخ غير هذا وأنّه يقول بكون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة المعتبرة.

وتحقيق الحق يتوقف على البحث في مقامين:

١- هل الاختلاف بين الشيخ وغيره في مفهوم العدالة المعتبرة في الشاهد جوهرى أو لا؟

٢- وعلى فرض عدمه فهل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة

أولاً؟

أ: هل الاختلاف في مفهوم العدالة جوهري؟

لابد في تحقيق النسبة نقل عبارة الشيخ برمتها.

قال الشيخ في الخلاف: إذا شهد عند الحاكم شاهدان يُعرف إسلامهما، ولا يُعرف فيهما جرح، حكم بشهادتهما، ولا يقف على البحث إلا أن يجرح المحكوم عليه فيهما بأن يقول: هما فاسقان فحينئذ يجب عليه البحث.

وقال أبو حنيفة: إن كانت شهادتهما في الأموال والنكاح والطلاق والنسب كما قلناه، وإن كانت في قصاص أو حد لا يحكم حتى يبحث عن عدالتهما.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا يجوز له أن يحكم حتى يبحث عنهما فإذا عرفهما عدلين حكم وإلا توقف في جميع الأشياء ولم يخصوا به شيئاً دون شيء. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً الأصل في الإسلام العدالة، والفسق طار عليه يحتاج إلى دليل، وأيضاً نحن نعلم أنه ما كان البحث في أيام النبي ﷺ ولا أيام الصحابة، ولا أيام التابعين، وإنما هو شيء أحدثه شريك بن عبد الله القاضي فلو كان شرطاً ما أجمع أهل الأمصار على تركه.^(١)

وحاصل الآراء المنقولة في عبارة الشيخ عبارة عن:

- ١- القضاء بشهادة المسلم الذي لم يعرف جرحه مطلقاً وهو مختار الشيخ.
- ٢- التفصيل بين الأموال والنكاح والطلاق والنسب، وبين الحد والقصاص فلا يقبل في الثاني وهو خيرة أبي حنيفة.
- ٣- عدم القبول مطلقاً وهو خيرة الشافعي، وتلميذي أبي حنيفة: أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني.

١- الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣١٢، كتاب القضاء، المسألة ١٠.

٤- استدلل الشيخ بأن الفحص مما أحدثه شريك بن عبد الله القاضي ولم يكن في زمان النبي والصحابة والتابعين منه أثر.

أمعن النظر في عبارة الشيخ فهل هو بصدد تفسير العدالة، أو أنه جعل الإسلام مع عدم ظهور الفسق دليلاً على العدالة بالمعنى المعروف بين الأصحاب، كما أن بعضهم جعل «حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أن ما يظهر منه حسن، من دون معرفة باطنة» طريقاً إليها.^(١) ويؤيد الثاني ذيل كلامه حيث نسب الفحص إلى شريك بن عبد الله القاضي وأنه لم يكن منه خبر في عصر الصحابة والتابعين، وهذا يدل على أنه يكفي في كشف العدالة، إحراز الإسلام المقرون بعدم ظهور الفسق، ولا يلزم الفحص لا أنه نفس العدالة وأول من نبه بذلك المحقق البهبهاني في كلام له نذكر منه ما يلي:

«والمراد بالاكْتفاء بالإسلام أو حسن الظاهر كونها طريقين جعليين من الشارع إلى العدالة التي هي ملكة من الملكات، وصفة من الصفات، نظير سائر الطرق الشرعية كالبيّنة وفعل المسلم وأصالة الطهارة لا أن العدالة عبارة عنهما كما توهمه جملة من المتأخرين حيث زعموا، أن الاختلاف في المقام راجعة إلى حقيقة العدالة وإنها الملكة، أو الإسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر.^(٢)»

ثم إن صاحب المسالك نسب قول الشيخ في الخلاف، إلى صريح ابن الجنيد، وظاهر المفيد في كتاب الأشراف^(٣) ولم يحضرن كتاب الأشراف حتى ألاحظ المنقول، ولكن صريحه في كتاب المقنعة خلافه قال: العدل من كان معروفاً بالدين والورع عن محارم الله تعالى.^(٤)

وأما ابن الجنيد، فالمنقول منه في كتاب «المختلف» خلافه قال: «إذا كان

١- لاحظ الجواهر: ٤٠/١١٣، نعم هو فسر العدالة بنفس هذا المعنى المذكور.

٢- المحقق الرشتي: القضاء ١١٨، نقلاً عن المحقق البهبهاني.

٣- زين الدين، المسالك: ٢/٤٠١. ٤- المفيد، المقنعة: ١١٢.

الشاهد حرّاً، بالغاً، عاقلاً، مؤمناً، بصيراً، معروف النسب، مرضياً، غير مشهور
بكذب في شهادة، ولا بارتكاب كبيرة ولا مقام على صغيرة، حسن التيقّظ، عالماً
بمعاني الأقوال، عارفاً بأحكام الشهادة غير معروف بحيف على معامل، ولا متهاون
بواجب من علم وعمل، ولا معروف بمعاشرة أهل الباطل، ولا الدخول في جملتهم،
ولا بالحرص على الدنيا ولا بساقط المروءة، بريئاً من أهواء البدع التي توجب على
المؤمنين البراءة من أهلها، فهو من أهل العدالة المقبول شهادتهم^(١).

وبالجملة ما نسب إلى ظاهر الشيخ، في الخلاف من تفسير العدالة بما ذكر
غير صحيح وعلى فرض الصحة لم يذهب به أحد من علمائنا ولم يذكره في كتاب
النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) إذ فسرهما في الأولى قريباً مما في رواية ابن أبي يعفور، وفي
المبسوط بما تقدّم من ابن الجنيد. والحق ما ذكره المحقق البهبهاني في تفسير كلامه.

ب - هل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة؟

إذا تبين أن اختلاف الشيخ ليس في معنى العدالة، يقع الكلام في كونه
طريقاً إلى العدالة المتبعة فيها، فقد استدلل له بوجوه:

الأول: ما ذكره في الخلاف: «الأصل في الإسلام العدالة وفسق طارئ
عليه، يحتاج إلى دليل» وهذه العبارة تحتمل وجوهاً أوضحها وجهان: أحدهما
يرجع إلى استصحاب حكم قبل البلوغ والآخر يرجع إلى التمسك بأصالة الصحة
في فعل المسلم.

أ - إن الأصل في كل مسلم العدالة، بالنظر إلى ما قبل بلوغه، والفسق أمر
طارئ يحتاج إلى دليل والأصل عدمه.

١ - المختلف، كتاب القضاء، المسألة ٤، قال العلامة وظاهر كلامه يوافق كلام الشيخ في المبسوط،
لاحظ المبسوط: ٢١٧/٨ ولا حاجة لنقل كلامه في المبسوط بعد الاتحاد.

٣ - الطوسي، المبسوط: ١٧٩/٨.

٢ - الطوسي، النهاية: ٣٢٥.

يلاحظ عليه: بأنه أصل مثبت، فإن استصحاب عدم الفسق لا يثبت كونه عادلاً، لأنه بمنزلة نفي أحد الضدين وإثبات الضد الآخر، على أن الثابت قبل البلوغ من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع وهو التكليف، والثابت في الآن اللاحق، هو السالبة بانتفاء المحمول واستصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغرض اثبات السالبة بانتفاء المحمول من أوضح مصاديق الأصول المثبتة.

ب- الأصل في المسلم أن لا يخل بواجب ولا يفعل محرماً وقد فسر ابن إدريس العدل بأنه الذي لا يخل بواجب ولا يرتكب قبيحاً.^(١)

يلاحظ عليه: أنه على فرض صحة الأصل لا يثبت به وصف العدالة، غاية الأمر يجب حسن الظن بالمسلم بأنه ما يخل بواجب ولا يرتكب محرماً، ولا يثبت بهذا التعبد بعنوان العدالة.

ثم إنه ربما يفسر كلام الشيخ بكون الإسلام والعدالة مترادفين وهو باطل لاتصح نسبته إلى الشيخ، فلأجل ذلك ضربنا عنه وعن مثله صفحاً.

الثاني: اطلاق قوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (البقرة/ ٢٨٢) حيث اكتفى بكون الشاهد من المسلمين ولا يحمل على قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (الطلاق/ ٢) لعدم حجّة مفهوم الوصف.

يلاحظ عليه: أن التقييد ليس مبنياً على وجود المفهوم للوصف، بل مبني على الجمع العرفي بين الدليلين وليس القيد منحصراً بآية الطلاق بل جاء في آية الوصية وكتابة الدين.

قال سبحانه: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ (المائدة/ ١٠٦).

وقال سبحانه: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ (البقرة/ ٢٨٢).

١- الحلي: السرائر: ١/ ٢٨٠، كتاب الصلاة، أحكام صلاة الجماعة.

وقال سبحانه: ﴿أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَ هُوَ فَلْيُنْلِلْ وَلَيْتُهُ بِالْعَدْلِ﴾
(البقرة/ ٢٨٢).

ولا يمكن القول باختصاص القيد بالوصية والدين فإن أمر الأول مبني على السعة ولأجل ذلك يقبل قول غير المسلم عند فقدان المسلم إذا شهد حين الوصية كما في الآية، فإذا كانت معتبرة فيها ففي غيره بطريق أولى.

الثالث: ظاهر قوله سبحانه: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾
(الحجرات/ ٦). وظاهره التثبت فيما إذا بان الفسق، والقبول في ما عداه.

يلاحظ عليه أن الخارج هو الفاسق الواقعي ومجهول الهوية مردد بين البقاء تحت العام والخروج عنه ودخوله تحت المخصص وفي مثل ذلك لا يتمسك بالعموم لأنه تمسك به في الشبهة المصدقية له بعد التخصيص.

الرابع: الروايات الواردة في المقام وهي بين غير صريح أو ضعيف السند،
نظير:

١- مرسله يونس بن عبد الرحمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن البيّنة إذا أقيمت على الحق، أمحل للقاضي أن يقضي بقول البيّنة؟ فقال: «خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات، والمناكح، والذبائح، والشهادات، والأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه».

ورواه الشيخ إلا أنه قال: يقضي بقول البيّنة من غير مسألة إذا لم يعرفهم. و ترك الأنساب وذكر بدلها المواريث.

قال الشيخ الحرّ العاملي: «قد عمل الشيخ و جماعة بظاهره و ظاهر أمثاله، و حكموا بعدم وجوب التفتيش، و حملوا ما عارضه ظاهراً على أن من تكلف التفتيش عن حال الشاهد يحتاج أن يعرف وجود الصفات المعبرة هناك، و على

أنه إذا ظهر شيء من الأمور المذكورة مما ينافي العدالة لم تقبل الشهادة وإن كان لا يجب الفحص، والذي يفهم من الأحاديث الكثيرة عدم وجوب التفحص وأن الأصل العدالة، لكن بعد ظهور المواظبة على الصلوات، وعدم ظهور الفسق^(١).

يلاحظ عليه: - مضافاً إلى ضعف سنده - أنه لادلالة فيها على مطلوب الشيخ من كون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريقاً إلى العدالة بل هو بصدد بيان أن قول الشاهد - المأمون ظاهراً - حجة وإن لم نعلم مصدر علمه، فاشتراط العلم بمصدر علمه أو عدم اشتراطه، هو مورد العناية في الرواية لتحديد العدالة، على أن قوله: «ظاهراً مؤمناً» دليل على القول الثاني وهو أن حسن الظاهر بالمعنى الذي مضى، طريق إلى العدالة وهو غير مختار الشيخ.

٢- روى الصدوق بإسناده عن العلاء بن سيابة قال: سألت أبا عبد الله عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: «لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق»^(٢)، وسند الصدوق إلى العلاء بن سيابة صحيح. وأما العلاء نفسه فلم يوثق ولم يرد فيه مدح، والاحتجاج به غير تام.

٣- روى الصدوق بسند متصل إلى علقمة قال: قال الصادق عليه السلام وقد قلت له: يا بن رسول الله أخبرني عمن تُقبل شهادته ومن لا تُقبل؟ فقال: «يا علقمة كل من كان على فطرة الإسلام جازت شهادته - إلى أن قال: - فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة والستر، وشهادته مقبولة، وإن كان في نفسه مذنباً»^(٣).

أقول: لا بأس بصدر السند لكنه ينتهي إلى صالح بن عقبة وهو مردّد بين الأسدي وغيره ولم يرد فيهما توثيق، وإلى علقمة وهو أيضاً كذلك والخبر غير صالح للاحتجاج.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٣، ٤.

٢ و٣- الوسائل: ج ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٦ و١٣.

٤- عن سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً يقول لشريح: ... واعلم أن المسلمين عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حدٍّ لم يَتَّب منه أو معروف بشهادة الزور وضنين^(١).

وفي السند إرسال، إذ فيه: الحسن بن محبوب عن عمرو بن أبي المقدام، عن أبيه عن سلمة بن كهيل، والأول من الطبقة السادسة والثاني من الطبقة الثالثة، ومن البعيد أن يروي الحسن بن محبوب الذي هو من أصحاب الرضا عن عمرو بن أبي المقدام وهو عمرو بن ثابت من أصحاب الإمام السجاد والباقر والصادق عليهم السلام قال النجاشي: روى عن علي بن الحسين وأبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام وله كتاب لطيف، توفي الإمام الصادق عام ١٤٨، وتولد الحسن بن محبوب عام ١٥٠، وتوفي عام ٢٢٤.

على أن أبا المقدام وهو ثابت بن هرمز لم يرد فيه توثيق ولا مدح ولا أجل ذلك لا يصح الاحتجاج بالحديث.

٥- صحيحة حريز عن أبي عبد الله عليه السلام في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخرين فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه، إنهم عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا، وعلى الوالي أن يميز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق^(٢).

والرواية وإن كانت صحيحة تامة الدلالة، لكن الاعتماد عليها مشكل لأمرين:

١- أنها موافقة لرأي أبي حنيفة^(٣)، الكاشف عن وجود رأي مثله في عصر

١- الوسائل: ج ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٨.

٣- مضي رأيه نقلاً عن الخلاف.

صدور الرواية.

٢- إنها معارضة بروايات أكثر عدداً، وأوضح سنداً.

فإن قلت: إن أكثر ما استدلّ على قول الشيخ وإن كان قابلاً للمناقشة من حيث السند أو المتن إلا أن المجموع من حيث المجموع قابل للاحتجاج لأن بعضه يشدّ بعضاً كما هو الحال في سائر المقامات.

قلت: نعم لولا أن الروايات المعارضة، أقوى سنداً وأكثر عدداً وأوضح مضموناً وقد عمل بها المشهور وأعرض عن مخالفه.

نعم ما نذكره من الروايات المعارضة لا يتركز على عنوان واحد ولكن الجميع متفق على عدم جواز الاكتفاء بالإسلام مع عدم ظهور الفسق بل يجب أن يتمتع الشاهد بعنوان واره ذاك وإليك هذه العناوين وهي بين إيجاب وسلبي أما الأول فإليك بيانه:

١- إذا علم منه خير

روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس»^(١).

٢- إذا كان عفيفاً صائناً

روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لابأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً»^(٢).

٣- إذا كان صالحاً

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٨. والحديث ١ من الباب ٣٩ من أبوابها. وحمل الخير على الإسلام بعيد خصوصاً في الحديث الأخير إذ يقول: إذا علم منها بعد ذلك (الإسلام) خير جازت شهادتهما أي الذمي بعد الإسلام والعبد بعد العتق.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠.

روى العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام : قلت فالمكاري والجمال والملاح فقال: «وما بأس بهم تقبل شهادتهم إذا كانوا صلحاء»^(١).

٤- أن يكون عادلاً

روى ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت: بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم؟ فقال: «أن تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج...»^(٢).

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : «لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلاً»^(٣).

روى محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة المملوك إذا كان عدلاً فإنه جائز الشهادة إن أول من رد شهادة المملوك عمر بن الخطاب^(٤).

فعلى ضوء هذه العناوين الوجودية يشترط أمر غير الإسلام وعدم ظهور الفسق كما أن هناك روايات تشترط عدم بعض العناوين المضرة، ككونه فاسقاً، أو ظنيماً ومتهماً وغير ذلك وإليك الإشارة إلى تلكم العناوين.

٥- أن لا يكون فاسقاً

روى محمد بن قيس عن أبي جعفر في حديث إن علياً عليه السلام قال: «لا أقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه»^(٥).

٦- لا يكون متهماً وظنيماً

- ١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٤ من أبواب الشهادات، الحديث ١.
- ٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١، من أبواب الشهادات، الحديث ١.
- ٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١ و٣ ولاحظ الحديث ٦ من الباب ١ و٥ من الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم.
- ٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث ٧.

روى عبد الله بن سنان قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يردّ من الشهود قال: فقال: الظنين والمتهم قال قلت: فالفاسق والخائن قال: ذلك يدخل في الظنين.^(١) ثم إن الروايات الواردة في ردّ شهادة بعض الأصناف أزيد مما ذكرنا فلا تقبل شهادة فحّاش ولا ذي مخزية في الدين ومن يتغني على الأذان والصلاة بالناس أجراً، والمريب، وذو شحناء إلى غير ذلك من العناوين الواردة في البابين ٣٢ و ٣٣ من أبواب الشهادات في الوسائل وأكثرها يدخل تحت عنوان الفاسق، والجميع متفق على اشتراط أمر زائد، وهو العدالة، لكن بعد تقييد أوسع العناوين بأضييقها كما لا يخفى.

وأما ما هي العدالة المشترطة فهل هي ملكة التجافي عن جميع الكبائر والرادعة عنها على ما هو المشهور؟ أو هي عبارة عن حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أن ما يظهر منه حسن من دون معرفة باطنة كما عليه صاحب الجواهر.^(٢) والمحقق الأشتياني في كتاب القضاء^(٣)؟ فهذا هو الذي نبحت عنه في كتاب الشهادات عند البحث عن صفات الشهود التي رابعها: العدالة فانتظر.^(٤) وبذلك نستغني عن البحث حول قول المحقق في المقام: «ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر».

٣- لو تبين فسق الشاهدين

إذا حكم الحاكم بعد إحراز العدالة، ثم ظهر فسق الشهود في زمان الإقامة أو زمان الحكم المتصل زمانه بزمان إقامة شهادتهما، نقض حكمه، مثل ما لو تبين فسوقهما قبل الإقامة المتصل بزمان إقامتهما، لفقدان الشرط (العدالة) واقعاً المستلزم

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٠ من أبواب الشهادات، الحديث ١ ولاحظ الحديث ٢، ٣، ٥، ٦.

٢- النجفي: الجواهر: ٤١/١١٣. ٣- الأشتياني: كتاب القضاء: ٦٥.

٤- كتاب الشهادات: النظر الأول في صفات الشهود.

لفقدان المشروط و هو الحكم الصحيح ولا يختص جواز النقص بقول المشهور، القائل بشرطية العدالة حين الإقامة بل يعم قول الشيخ أيضاً القائل بكفاية إحراز الإسلام مع عدم ظهور الفسق، وذلك لأنه إنَّما يكتفي به إذا لم يظهر الخلاف كما هو اللائح من عبارة الخلاف الماضية. قال ابن حمزة: «فإن حكم على ظاهر الإسلام ثم بان له فسقهما نقض الحكم»^(١).

ثم إن إطلاق النقص باعتبار الظاهر و أما حسب الواقع فلا حكم حتى يُنقض و على كل تقدير إن جواز النقص مبني على كون العدالة، شرطاً واقعياً، لا شرطاً علمياً و ذلك لانصراف الأدلة إلى أن العدالة بوجودها الواقعي شرط فقوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (الطلاق / ٢) وقوله ﷺ: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة...»^(٢) مثل قول القائل: «إذا غسلته في الكبر» في أن الموضوع هو العدل الواقعي كالكر الواقعي، لا المحرز منها وإن لم يكونا كذلك.

أضف إلى ذلك أن أخذ العدالة شرطاً في الشاهد ليس أمراً تعبدياً بل لأجل صدّه عن اقرار الكذب و شهادة الزور و من المعلوم أنه لا يترتب إلا على وجودها الواقعية لا الذهنية.

نعم ذهب الأصحاب في باب صلاة الجماعة إلى كونها شرطاً علمياً و ذلك لما رواه علي بن أبي راشد عن أبي جعفر الجواد عليه السلام، أنه قال: «لا تصل إلا خلف من تشق بدينه»^(٣) و رواه الشيخ في التهذيب مضيفاً إليه كلمة «وأمانته» مستظهرين بأن المتبادر منه هو كون الشرط هو الوثوق الذي هو أمر قلبي لا واقعي. ولكن الاستظهار في غير محله، وذلك لأن المتبادر من أمثاله، هو كون

١- الوسيلة: ٢١٠. ولاحظ كلام الشيخ في المبسوط: ٢٤٩/٨.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

٣- الوسائل: الجزء ٥، الباب ١٠ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٢.

العلم مأخوذاً على وجه الطريقة لا الموضوعية و بما أنّ في المسألة دليلاً غير هذا، نقول بما ذهب إليه المشهور من كفاية إحراز العدالة في صحة الجماعة لا في المقام. ثم إنّ كونها شرطاً واقعياً يتصور على وجوه:

١ - أنّها شرط في حق القاضي فقط فلو وقف على فسقهما نقض حكمه، و إلا يكفي إحرازه - و إن كان خطأ - في وجوب ترتيب الأثر على آخرين فليس لهم حق النقض و إن علموا فسق الشاهدين، مثلاً إذا طلق القاضي عند شاهدين وقد أحرز عدالتهما و إن كانا فاسقين عند الآخرين، يجب عليهم ترتيب الأثر و المعاملة معها معاملة المطلقة.

٢ - شرط في حق كل من له صلاحية القضاء فلو قضى بشاهدين وقد أحرز عدالتهما، ولكن ثبت عند الآخرين فسقهما، جاز لهم النقض لأنّ علمهم بفسقهما كعلم القاضي به في كونه مجوّزاً للنقض.

٣ - شرط في حق جميع المكلفين من غير فرق بين من له القضاء و غيره و كون العامي عاجزاً عن إحراز شرائط العمل بالبيّنة، لا يكون سبباً لعدم توجه الخطاب إليه، كما أنّ عدم تمكنه من إحراز شرائط العمل بالخبر الواحد الوارد في الأحكام، لا يكون سبباً عن انصراف الخطاب عنه غاية الأمر ينوب القاضي و المجتهد عنه فيما يعجز لا فيما لا يعجز فإذا وقف العامي على فسق الشاهدين فله نقض حكم القاضي أخذاً بعمومية الخطاب.

لكن لاسيّل إلى الاحتمال الثالث: لما أفاده المحقق الرشتي من أنّه يترتب عليه من المفاسد التي لا يظنّ بالتزام أحد إتيانها مثل سماع قول كلّ من يتمرد من قبول حكم الحاكم - و إن لم يكن من أطراف المرافعة - مدّعياً فسق الشهود فلا يكون علم غير الحكم بفسق الشهود مؤثراً في جواز النقض وحيث إنّ دور الأمر بين القولين و الأظهر هو القول الثاني فلا يجب عليهم إنفاذ الحكم المستند إلى البيّنة الفاسقة، إذا كانوا عالمين لها.

نعم قلنا ليس للعمامي نقض الحكم وإن كان من أطراف المرافعة لكن للمحكوم عليه، جرح الشهود قبل الحكم، أو إقامة الدعوى على القاضي بأنه حكم بشاهدين فاسقين، أو لم يتفحص عن الجرح، ولكنه غير صلاحية كل المكلفين، بنقض الحكم كما لا يخفى.

وهل الفسق حال الحكم كالفسق حال أداء الشهادة أو لا؟ ذكروا فيه وجهين:

قال الشيخ: وإذا حكم بشهادتهما بظاهر العدالة عنده نفذ حكمه، فلو ثبت أنهما فاسقين حين الحكم بشهادتهما لم ينقض الحكم والأول أحوط عندنا، والثاني تدل عليه رواياتنا، غير أنه إذا علم أنها كانا فاسقين حين الشهادة نقض حكمه^(١).

أقول: لا شك في عدم تأثير الفسق بعد الحكم إنما الكلام في تأثير الفسق الطارئ بعد الإقامة، وقبل الحكم ففيه وجهان. والظاهر كفاية وجود العدالة حال الأداء التي تصدّه عن الكذب والشهادة بالزور، وإن زل قدمه بعد الأداء، إذ لا تأثير لبقاء عدالته بعد الأداء. ثم إن المحقق طرح في المقام بأنه «لا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر» وسيوافيك البحث عنه في كتاب الشهادات فانتظر.

٤- في تزكية الشاهد أو جرحه

إذا قامت البيّنة ولم تعرف حالها توقّف القاضي عن الحكم، حتّى تعلم هوية الشاهدين بالفحص عن حالهما حتّى يقف على تعديل أو جرح فهناك فروع:

أ: ينبغي أن يكون السؤال عن هوية الشاهد من حيث العدالة والفسق سرّاً

من غير أن يعلم الشاهد.

ب: هل يكفي في التعديل والجرح الإطلاق أو لابد من التفسير؟

ج: يفتقر التعديل إلى المعرفة الباطنة المتقدمة.

د: لا يفتقر الجرح إلى تقادم المعرفة.

أما الأول: فينبغي أن يكون سرّاً، من غير اطلاع الشاهد، لأنه يكون أبعد من التهمة إذ لو كان التحقيق بحضوره، أو مع اطلاعه ربّما توقف المزكي أو الجارح عن بيان الواقع فربّما يزكي خوفاً أو حياء، بخلاف ما إذا كان بعيداً عن حضوره أو اطلاعه.

قال الشيخ: ويكون المسألة عنه سرّاً لأنه ليس المقصود هتك الشهود، فإذا كان جهراً ربّما انكشف عليه ما يُفتضح به، ولأنه إذا كان جهراً ربّما توقف المزكي عن ذكر ما يعرفه فيه حياء، ومراعاة حق، ولأنه قد يخاف المشهود عليه....^(١)

وأما الثاني: فالأقوال فيه خمسة:

١- ما نسب إلى المشهور من كفاية الإطلاق في العدالة ولزوم التفسير في الجرح.

٢- من لزوم التفسير في كلا الأمرين وهو خيرة الشهيد في المسالك.

٣- من كفاية الإطلاق فيهما واستحسنه الشهيد الثاني فيما إذا كان المزكي مقلداً للحاكم أو موافقاً معه في أسباب الفسق وكفاية الإطلاق أيضاً خيرة الجواهر.

٤- يلزم التفسير في التعديل دون الجرح على خلاف ما هو المشهور نسيبه في المسالك إلى العلامة.

٥- يكفي الإطلاق إذا كان المزكي والجرح عاملين بأسبابهما وإلا لزم ذكر السبب فيهما.^(١)

ولنذكر بعض كلمات الفقهاء في المقام:

١- قال الشيخ: فإذا ثبت أن الجرح مقدم على التزكية فإنه لا يقبل الجرح إلا مفسراً ويقبل التزكية من غير تفسير وقال قوم يقبل الأمران معاً مطلقاً والأول أقوى عندنا لأن الناس يختلفون فيما هو جرح وما ليس بجرح، فإن أصحاب الشافعي، لا يفسقون من شرب النبيذ ومالك يفسقه ومن نكح المتعة في الناس من فسقه، وعندنا أن ذلك لا يوجب التفسيق، بل هو مباح مطلق، فإذا كان كذلك لم يقبل الجرح إلا مفسراً لثلا يجرحه بها هو جرح عنده وليس عند القاضي، ويفارق الجرح التزكية لأن التزكية إقرار صفة على الأصل فلهذا قبلت من غير تفسير، والجرح إخبار عما حدث من عيوبه، وتجدد من معاصيه فبان الفصل بينهما.^(٢)

٢- وقال في الخلاف: لا يقبل الجرح إلا مفسراً، وتقبل التزكية من غير تفسير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يقبل الأمران مطلقاً فقامس الجرح على التزكية. دليلنا: الناس يختلفون فيما هو جرح وما ليس بجرح فيجب أن يفتر فإنه ربما اعتقد فيما ليس بجرح، أنه جرح، فإذا فسره عمل القاضي بما يقتضي الشرع فيه من تعديل أو جرح.^(٣)

وقال المحقق: وثبتت (العدالة بالشهادة بها) مطلقة ولا يثبت الجرح إلا مفسراً.^(٤)

وقال ابن سعيد: ولا يقبل الجرح إلا مفسراً بخلاف العدالة.^(٥)

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٢-٤٠٣ والأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ٧٦ وقد ذكر أقوالاً أربعة.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٠٩. ٣- الطوسي، الخلاف: ٣ كتاب القضاء، المسألة ١٣.

٤- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٧٧. ٥- ابن سعيد الحلي، الجامع للشرائع: ٥٣٠.

وقال العلامة: ويفتقر المزكي إلى المعرفة الباطنة المفتقرة إلى تكرار المعاشرة ولا يجب التفصيل وفي الجرح يجب التفسير على رأي^(١).
وعلى كل حال فقد قيل إنَّ المشهور هو الاكتفاء بالإطلاق في التعديل دون الجرح واستدل له بوجوه:

١- إنَّ العدالة لا تتحقق إلا بفعل أمور كثيرة وترك أمور مثلها، غير أنَّ ذكرها موجب للعسر فلا يحصى من الإجمال بأن يقول: رأيته مواظباً على الطاعات وترك المحرمات زماناً معتداً، وأما إيجاب التفصيل فيؤول إلى تعطيل الأحكام وليس ذلك في الجرح ويكفي فيه ذكر اقتراف معصية واحدة^(٢).

يلاحظ عليه: إذا كان المراد من التعديل الإجمالي هو قول المزكي أنه عادل يكون المراد من التعديل التفصيلي، قريباً مما يلي: عاشرت معه فترة مطلعة ورأيت أنه كان يواظب الواجبات ويترك المحرمات وما يعدّ خلاف المروءة. وليس التكلم بمثل ذلك أو بأكثر منه أمراً معسوراً على أن كونه معسوراً يوجب سقوط المقدار المعسور، لا أصل التفصيل.

٢- إنَّ الجارح قد يتبنّى الجرح عن ظنّ خطأ، واشتباهاً ونسياناً.

يلاحظ عليه: أنه أمر مشترك بين العدالة والجرح، وربّما يحكم بقيامه بالواجبات وترك المحرمات عن خطأ وعن اشتباه ونسيان.

٣- إنَّ المذاهب فيما يوجب الفسق مختلفة فلا بدّ من البيان لعمل القاضي باجتهاده.

يلاحظ عليه: أنَّ الاختلاف في سبب الفسق يقتضي الاختلاف في أسباب العدالة فإنَّ الاختلاف مثلاً في عدد الكبائر كما يوجب في بعضها ترتب الفسق على

١- العلامة الحلي، إرشاد الأذهان: ١٤١/٢.

٢- زين الدين العاملي، المسالك ٤٠٢/٢، مجمع الفائدة: ٧٦/١٢.

فعله، يوجب في بعض آخر عدم قدحه في العدالة بدون الإصرار عليه فيزكيه المزكي مع علمه بفعل ما لا يقدح عنده فيها وهو قاذح عند الحاكم.

والخاص أن لو كان سبب التفصيل في الجرح هو احتمال الاشتباه والسهو في ارتكاب الخلاف، أو اختلاف العلماء في أسبابه فهما أمران مشتركان لا ينحصر بالجرح ولأجل ذلك يصبح التفصيل المشهور أمراً غير تام.

وأضعف منه القول الرابع المنسوب إلى العلامة من لزوم التفصيل في العدالة، دون الجرح.

ومثله القول الخامس من التفصيل بين وحدة النظر بين المزكي والقاضي فيكفي الإطلاق، وإلا فيجب عليه التفصيل مطلقاً. وذلك لأنه خارج عن محل النزاع كما هو اللائح من كلام المحقق الأردبيلي^(١).

فبقى القولان وهو الاكتفاء بالإجمال مطلقاً، أو التفصيل مطلقاً. والظاهر هو كفاية الأول وذلك بوجوه:

الأول: أن الأصل هو حمل عبارة الشاهد على الواقع وإن كان هناك اختلاف بينه وبين القاضي، من غير فرق بين الموضوعات الصرفة الخارجية كالماء والتراب والنار والرماد والهلل والبدر، أو الموضوعات الاعتبارية المتعلقة للأحكام كالملكية والحرية والزوجية والبيع، سواء كان هناك اختلاف في أسبابها كما في هذه الأمثلة، أو في مفاهيمها كالعدالة والفسق وذلك إما لعموم حجة قول العدل إلا إذا علم الاستناد في الشهادة إلى الأسباب الفاسدة، أو لأمر غير صحيحة كالجرح بها ليس بخارج عند القاضي وإما لاعتبار حمل الفعل على الصحيح الواقعي، كما هو المحقق في باب أصالة الصحة فإذا شك في صحة عمل، ولو مع العلم بالاختلاف بين الفاعل والحامل، يحمل على الصحة.

ولأجل ذلك يسمع قول الشاهد إذا شهد بالتطهير والتنجيس والبيع مع وجود الاختلاف في أسبابها.

الثاني: إن قدح عمل في عدالة الشاهد تابع لاعتقاده أنه قاذح فيها أولاً اجتهداً، فلو فرضنا أن الجارح أطنب في الكلام و ذكر شيئاً قاذحاً للعدالة عنده و وصل إليه القاضي و لم يعلم كونه قاذحاً عند الشاهد كبيع الدهن الذي لا قى عرق الجنب من حرام لاحتمال اعتقاده بطهارته اجتهداً أو تقليداً و إن كان نجساً عند الجارح و القاضي فالتفصيل في الجرح لا يوصله إلى عقيدة الشاهد التي هي الملاك في كون العمل قاذحاً أو لا.

وبذلك تعلم حال ما ذكره المحقق الأشعري في المقام قال ما هذا حاصله: إن معنى حجية قول العادل هو نفي الكذب عنه وأما جعل ما أخبر به، أمراً واقعاً في الخارج فهو مما لا يستفاد من أدلة الحجية لاحتمال الاشتباه في الإخبار فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الأخر فحينئذ إذا كان المخبر به أمراً حسياً كنقل الراوي كلام الإمام. يجري الأصل المتفق عليه، وهو أصالة عدم الخطأ في الحق وعدم الاشتباه في الرواية والحس.

وأما إذا كان حدسياً فإن كان ما أخبر عنه نفس الحكم الشرعي كإخبار المجتهد عن الحرمة والوجوب فهو مما قام الإجماع على وجوب تصديقه في حق المقلد.

وأما إذا كان المخبر به، الموضوع الذي تعلق به الحكم الشرعي وكان طريق ثبوته مختلفاً فيه حسب اعتقاد المجتهدين كما في الفسق فلا يجب فيه تصديق العادل حتى يشهد تفسيراً حتى ينتقل الحاكم في كلامه إلى نفس ما انتقل إليه المزكي.^(١)

بلاحظ عليه بوجهين:

أولاً: أن لازم ذلك عدم قبول الشهادة على الزوجية والملكية التي تختلف فيها أنظار العلماء من حيث الأسباب حيث إنها وإن كانا ينتهيان إلى الأسباب الحسية لكن لأجل اختلافهم في أسبابها لا يجب فيه تصديق العادل حتى يشهد تفسيراً لينتقل الحاكم من كلامه إلى نفس ما انتقل إليه الشاهد بهما.

وثانياً: أن اختلاف الجرح والقاضي في كون عمل معصية كبيرة عند الجرح ومعصية صغيرة عند القاضي لا يكون مؤثراً في المقام، وإنما المؤثر اعتقاد الشاهد الفاعل في كونها صغيرة أو كبيرة اعتقاداً ناشئاً عن اجتهاد أو تقليد فلا فائدة في وصول القاضي إلى نفس ما وصل إليه المزمعي، بل لو وجب التفصيل يجب أن يكون على وجه يصل القاضي إلى عقيدة الشاهد بالنسبة إلى الفعل الذي ارتكبه، هل كان يراه محرماً أو مباحاً والمفروض أن التفصيل في المقام لا يوصل القاضي إليه.

الثالث: صحيح يونس بن عبد الرحمن عن بعض رجاله عن أبي عبد الله: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، والتناكح، والمواريث، والذبائح، والشهادات...^(١) وقد تقدم أن مفاد الحديث بشهادة ذيله أعني: «ولا يسأل عن باطنه» هو قبول شهادة الشاهد والأخذ بظاهر قوله من دون لزوم السؤال عن مصدر شهادته وسببها.

وأما الثالث والرابع تقادم المعرفة في التعديل والجرح وعدمه فقال المحقق: تفتقر العدالة إلى المعرفة الباطنة المتقدمة ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة وذلك لأن العدالة سواء فسرت بالملكة أو بحسن الظاهر، لا يثبت إلا بالمعرفة المتقدمة أما الملكة فواضح وأما حسن الظاهر، فإن المراد عدم رؤية شيء منه سراً وجهراً إلا الحسن وهو يتوقف على مرور زمان. وأما الجرح فيكفي العلم بموجب الجرح كالكذب أو الغيبة ولو مرة واحدة من غير تقادم المعرفة.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

اعلم أن دخول التعديل والجرح في باب الشهادة ، غير دخولها في باب الدعاوي التي يعتبر فيها التعدد والظاهر جواز الاكتفاء فيهما بواحد من المزكي والجرح.

توضيحه: أنا قوينا في محله^(١) حجية خبر العدل في الأحكام والموضوعات، خرج عنه باب الدعاوي لقوله: إن البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه^(٢) ومثله ما اعتبر الشارع في ثبوته التعدد كالهلال، والقدر المتيقن من هذه الروايات ما يدخل في عنوان الادعاء، فيرجع في غيره إلى عموم حجية خبر العدل، اللهم إلا أن يتأمل في كفاية العدل الواحد بما تقدم في كفاية المترجم الواحد فلاحظ.



٥- في اختلاف المزكي والجرح

إن اختلاف المزكي والجرح على قسمين: منصوص

تارة يرجع الاختلاف إلى وقوف واحد منهما على ما لم يقف عليه الآخر من دون أن يكون هناك تكذيب من أحدهما بالنسبة إلى الآخر، وأخرى إلى التكاذب، بأن يخطئ كل الآخر، ويكذبه، ولأجل ذلك يعتبر المحقق عن الأول بالاختلاف وعن الثاني بالتعارض وإليك بعض النصوص.

قال الشيخ في الخلاف: «إذا شهد إثنان بالجرح وشهد آخران بالتعديل وجب على الحاكم أن يتوقف وقال الشافعي: يعمل على الجرح دون التعديل. وقال أبو حنيفة: يقبل الأمران فيقاس الجرح على التذكية. دليلنا إذا تقابل الشهادتان ولا ترجيح لأحد الشاهدين وجب التوقف»^(٣).

قال المحقق: وإذا اختلف الشهود في الجرح والتعديل، قدم الجرح لأنه

١- السبحاني، كليات في علم الرجال: ١٥٩-١٦٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

٣- الطوسي، الخلاف: ٣، كتاب القضاء، المسألة ١٢.

شهادة بما يخفى على الآخرين، ولو تعارضت البيّتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف: توقف الحاكم ولو قيل يعمل على الجرح كان حسناً.^(١)

أقول: لابد من البحث في موردين: فتارة في اختلاف المزكي وأخرى في تعارضهما.

أما الاختلاف، فإن كان على وجه الإطلاق بأن يقول المزكي، عادل والجراح أنه فاسق، فوجه تقديم الجراح، لعدم وجود التعارض بينهما، لأن الأول يدعي أنه ذو ملكة رادعة وأنه لم ير منه طول المعاشرة، آية معصية، والجراح لا ينكر الملكة، غاية الأمر يدعي أن الميول النفسانية غلبت عليها وأنه رأى منه ما يوجب الفسق فهو يدعي شيئاً لا يدعيه المزكي، لا أنه ينكره.

وربما يعكس الأمر، فالمزكي يدعي ما لا يدعيه الآخر، كما إذا قال الجراح: صدر منه يوم كذا معصية، قال المزكي: لكنه تاب عنه في مشهد مني ثم مارسه وخالطته بعد ذلك فوجدته ذا ملكة بعدها ولم يصدر منه ما ينافيها، وبذلك يظهر أن إطلاق كلام المحقق أنه يقدم الجراح ليس بتام. لابد أن يقال: يقدم قول من يدعي شيئاً لا يدعيه الآخر بمعنى لا يكذبه فهو تارة ينطبق على قول الجراح وأخرى على قول المزكي.

أما إذا كانت الشهادة بنحو التعارض كأن شهد الجراح بفعل المعصية في وقت ومكان كذا وشهد المزكي بأنه كان في ذلك الزمان في غير ذلك المكان وكان متفرغاً للعبادة مثلاً.

ففيه وجهان:

الأول: ما عرفته من الشيخ من التوقف وذلك لأن مقتضى القاعدة في تعارض الأمارات هو سقوطهما عن الحجية. لا الرجوع إلى المرجحات لأن الأصل

فيما شك في اعتباره من الظنون استقلالاً وترجيحاً هو عدم الحجية، لأنه لا فرق في الاحتجاج بين الاستقلال، أو الترجيح وإدعاء أن سيرة العقلاء في المقام على متابعة أقرب الطريقتين إلى الواقع وأرجحهما، غير ثابت بل الظاهر هو السقوط. نعم خرج باب الأحكام الشرعية فيه يرجع إلى المرجحات أخذاً بالنصوص كالمقبولة وغيرها، ثم إن الشيخ الطوسي عثر عن سقوطهما بالتوقف وأما ماذا يصنع القاضي بعد التوقف فسيوافيك المراد منه.

الثاني: ما ذكره المحقق من أنه: «لو قيل يعمل على الجرح كان حسناً» وأيده في الجواهر باعتضاد بيته الجراح بأصالة عدم حصول سبب الحكم فيبقى المنكر مثلاً حيثل على حجته بلا معارض. ضرورة عدم الفرق في العمل بين الجرح الثابت وبين عدم ثبوت العدالة.^(١)

يلاحظ عليه أولاً: أن الأصل عند التعارض مرجع لا مرجح فلا يصح قوله: «باعتضاد بيته الجراح بالأصل» لما قد حقق في الأصول من أن الترجيح فرع وحدة الرتبة بين المرجح وذو الترجيح، وليس الأصل في درجة البيته.

وثانياً: أن المرجع بعد التعارض هو قوله: «واليمين على المدعى عليه» فتصل النوبة إلى الاستحلاف من دون حاجة إلى اعتضاده بالأصل المزبور. فتترك بيته المدعى - لأجل تعارض التذكية الجرح - ويطلب من المنكر في الواقعة، اليمين.

هذا والظاهر أن الثمرة بين القولين: (التوقف أو العمل بقول الجراح) يظهر في صورة واحدة، وهي تفسير التوقف في كلام الشيخ، بالتوقف المطلق وترك القضاء ودعوة الطرفين إلى المصالحة، فعلى قول الشيخ يرجع إلى المصالحة وعلى قول المحقق يعمل بمقتضى قول الجراح وهو استحلاف المنكر.

وأما إذا قلنا إن مراد الشيخ، هو التوقف عن القضاء ببيته المدعى، لا التوقف عن القضاء على وجه الإطلاق فيلزم العمل بمقتضى إنكار المنكر

أعني: «واليمين على المدعى عليه»، فتكون النتيجة على كلا القولين واحداً.

ويظهر من الجواهر ترجيح المعنى الأول وهو التوقف عن الحكم أصلاً حتى يمين المنكر الذي لم تعلم حجته في هذا الحال باعتبار وجود بيّنة المدعي وإن كان لا عمل عليها باعتبار معارضتها ببيّنة الجرح وحينئذ يكون ميزان الحكم مجهولاً لانسياق الأدلة في غير هذا الفرض فيرجع إلى الصلح أو غيره.^(١)

يلاحظ عليه: لا وجه لانصرافها عن هذه الصورة إذ المتقدم من بيّنة المدعي على يمين المنكر، هو الحجة منها والتي يصلح للاحتجاج وأما ما لا يصلح له، وكان إقامتها وعدمها سيان فلا تكون مانعاً من الرجوع إلى مقتضى إنكار المنكر وهذا مثل ما إذا أقام بيّنة لم تعرف بعدل أو غيره.

المسألة التاسعة: في تفريق الشهود

إذا أُقيمت البيّنة على المدعى، فإن كان القاضي عالماً بصدقها أو ظاناً به أو غير واقف بشيء من صدقها وكذبها، فيقضي بها إذا طلب المدعي صدور الحكم ولا يجوز التأخير الحاكي عن المساهلة في الانتصاف وأخذ الحق ودفعه لذيّه.

إنما الكلام إذا كانت هناك ريبة في شهادة الشهود ومظنة على كذبهم، إما لاحتمال تواطئهم على التزوير، أو لالتباس الأمر عليهم لأجل افتقارهم البصيرة اللازمة والذهن القوي. فهل يجوز له القضاء بحجة اكتمال أركان القضاء أو يلزم عليه التثبت إلى أن ترتفع الريبة بظهور سيئات الحقيقة؟ الظاهر هو الثاني وذلك لوجهين:

الأول: انصراف عمومات القضاء وخصوص ما دلّ على أن البيّنة للمدعي واليمين على المدعى عليه عن مثل هذه الصورة التي يتمكن القاضي من رفع

الغشاء والتزوير عن وجه الحقيقة بطريق سهل غير عسير.

الثاني: ما ورد في الآيات والروايات من لزوم القضاء بالحق قال سبحانه: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ (ص/ ٢٦) فالواجب هو القضاء بالحق مهما أمكن، ولا شك أن التثبت في المقام والتحقيق عن صدق مقالهم أو كذبه، أقرب إلى الحق من التسرع إلى القضاء فيكون واجباً.

وبذلك يظهر أنه لا حاجة في إيجاب التثبت إلى الاستدلال بعمل دانيال، أو داود عليه السلام إذا كانت نفس أدلة القضاء كافية في إثباته حتى يستشكل بنسخ شرائعهم بشريعتنا، ويجاب بأنه لا ينافي الأمر ببعض ما كان عندهم، إذ المسلم منعه التعبد بشرعهم من حيث إنه مشروع عندهم لا مطلقاً.^(١) وذلك لأن ما ذكره من الإشكال والجواب تبعيد للمسافة بعد إمكان استفادة ذلك من نفس الأدلة.

ومن طرق التثبت هو تفريق الشهود تارة، والمتهمين أخرى وقد قام بهما علي عليه السلام فتارة فرّق الشهود، واستنطق كلّ واحد بعيداً عن الآخر كما في قصة يتيمة شابة تربّت في بيت رجل وخافت امرأة الرجل من أن يتزوجها (زوجها) فرمتها بالفاحشة وأقامت البيّنة من جاراتها^(٢) وأخرى فرّق المتهمين بالقتل، المنكرين له كما في حديث جماعة خرجوا إلى السفر فرجع الجميع إلّا واحد منهم، فرفع ابن المفقود الشكوى إلى أمير المؤمنين قال: هؤلاء النفر خرجوا وأبي معهم في السفر فرجعوا ولم يرجع إليّ فسألتهم عنه، فقالوا مات فسألتهم عن ماله فقالوا ما ترك مالا فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم، وقد علمت أن أبي خرج ومعه مال كثير فقال أمير المؤمنين عليه السلام: والله لأحكمنّ بينهم بحكم ما حكم به قبلي إلّا داود، إلى

١- النجفي: الجواهر: ٤٠/ ١٢٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

آخرها. (١)

ويستفاد من الروايات - بعد التأمل فيها - عدم اختصاص التثبت بالتفريق بل للحاكم التوصل إلى معرفة الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافي الشرع و عليه لو كانت للحكومة دائرة خاصة تسجل أسماء الجانين وهوياتهم ففي إمكان القاضي الاستعانة من ملفاتهم أو غير ذلك من الطرق المبيّنة للتحقق. كما استعان علي عليه السلام بالتكبير، وإراءة السيف وما عرّف به نفسه إلى غير ذلك كما ورد في الروايتين.

ثم إن الشهيد الثاني خصّ التفريق بما قبل الاستزكاء إن احتيج إليه (٢) وأضاف إليه في الجواهر فقال: «بل ظاهره حتى مع الريبة لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعي الموضوع للوزن به بين الناس» (٣) ومعنى ذلك أنه بعد الاستزكاء يسقط التثبت سواء كان هناك ريبة أو لا. ولكن الظاهر، عدم اختصاصه بما قبل الاستزكاء فإنّ عروض الريبة، مطلقاً يصدّ الفقيه عن التمسك بالعمومات، لما عرفت من حديث الانصراف، أو لزوم القضاء بالحقّ مهما أمكن كما أن له التفريق من أول الأمر عند سماع الشهادة وإن لم تكن ريبة لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (البقرة/ ٢٨٢).

وتصور كونهم عدولاً بالاستزكاء يُغني عن التثبت ويرفع الريبة مدفوع بأنّ العدالة تصدّ صاحبها عن الكذب غالباً ولكن ربّما يصير مغلوباً للميول النفسانية، وبذلك يظهر أنّه ربّما يكون التثبت واجباً لا مستحبّاً ويصبح التفرق المحقّق له مثله في الحكم، نعم الوجوب يتعلّق بالعنوان وهو التثبت، والتفريق وكلّ ما يحققه مصداق له.

ثم إنّ المحقّق ذكر في المسألة الرابعة عشرة، ما يعدّ تكميلاً لما ذكر في المقام

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٤٠٢/٢. ٣- النجفي: الجواهر: ٤٠/١٢٣.

وسيوافيك نصّه هناك.

المسألة العاشرة: ما هو المعتبر في الجرح والتعديل؟

المعروف بين المتأخرين أنّه يشترط في مستند الشهادة على الجرح العلم أو الشيع الموجب للعلم بخلاف الشهادة على العدالة.

قال المحقق: لا يشهد شاهد بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدر في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم ولا يعول على سماع ذلك من الواحد والعشرة لعدم اليقين بخبرهم.^(١) وتقييده الفعل بـ «ما يقدر في العدالة» لأجل التحرز عن مشاهدة نفس الفعل من دون إحراز أنّه يقدر فيها كما إذا شاهد شرب الخمر ولكن يحتمل أن يكون عن إكراه مسووغ أو لمداواة.

وقال العلامة: ويحرم الشهادة على الجرح إلا مع المشاهدة أو الشيع الموجب للعلم.^(٢)

وقال في القواعد بمثل ما قاله المحقق في الشرائع.^(٣)

وقال الشهيد الثاني: المعتبر في التعديل، الخبرة الباطنة الموجبة لغلبة الظن بالعدالة وأما الجرح فلا يكفي فيه مطلق الظن إجماعاً بل لابد فيه من العلم بالسبب إما بالمشاهدة بأن يراه يزني أو يشرب الخمر أو يسمعه يقذف أو يقرّ على نفسه بالزنا أو شرب الخمر وأما إذا سمع من غيره فإن بلغ المخبرون بهذا التواتر جاز الجرح لحصول العلم، وإن لم يبلغوا حدّ العلم لكنّه استفاض وانتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح به وجهان، من أنّه ظنّ وقد نهى الله عن اتّباعه إلا ما استثنى، ومن أنّ ذلك ربّما يكون أقوى من البيّنة المدّعية للمعينة ويظهر من

١- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٧٧/٤.

٢- العلامة الحلّي، ارشاد الأذهان: ١٤/٢.

٣- مفتاح الكرامة: ١٠، قسم المتن: ٤٤.

المصنف (المحقق) والأكثر اشتراط العلم فلا يصح بدونه وهو أولى.^(١)

أقول: الذي دعاهم إلى التفريق بين الشهادتين، أخذ العلم في الشهادة، ولكن لما كانت العدالة عندهم ملكة خفية والتكليف بالعلم حرج منفي فاكتفوا بغير العلم، بخلاف الجرح، إذ ليس أمراً مخفياً، بل يسهل الوقوف عليه بالمشاهدة أو بالشياخ المفيد للعلم، مضافاً إلى ثبوتها بالبيّنة.

يلاحظ عليه: تارة بالنقض بما تقرّر في الأصول من أنّه يكفي في جرح الراوي، شهادة واحد بل يثبت بالكُتُب وبشهادة مصنفهم به مع عدم مشاهدته للجرح، وعدم ثبوت جرحه عنده بالتواتر ونحوه بل ينقله عن واحد ويرويه في كتابه.

وأخرى بالحلّ وهو أنّ الملكة وإن كانت باطنية إلا أنّ آثارها تدلّ عليها ويحصل القطع بها منها بكثرة المعاشرة والصحبة كما هو الشأن في سائر الملكات فإنّ الإنسان يقطع بأنّ زيدا شجاع أو كريم لما رآه غير مرّة من إقدامه في الحروب وإعطائه في المسغبة وكذا الشأن في الجبن والبخل وكذا ملكة الاجتهاد تعرف بآثارها ولا حرج ذلك إذا كان المزمّي عارفاً زكياً بأحوال الجرح والتعديل.^(٢)

ويمكن الجواب عن الأوّل بأنّ وجه الاكتفاء بالظنّ في الراوي، لأجل بعد عهده وعدم إمكان ملاقاته والمعاشرة معه، فاكتفي فيه بالظنّ بخلاف الشاهد فإنّ تحصيل العلم بحاله ليس بمعسور.

وعن الثاني: بأنّ تحصيل العلم بالعدالة، وإن كان أمراً ممكناً كما مرّ، لكنّه ليس متوفراً، ولو اكتفي في التعديل بما ذكر لزم تعطيل باب القضاء وهو يطلب لنفسه عشرات العدول في مختلف القضايا كل يوم ولأجل ذلك، فرّق بين التعديل والجرح.

٢- العامل، مفتاح الكرامة: ١٠ / ٤٤.

١- زين الدين العامل: المسالك: ٢ / ٤٠٤.

إلى هنا تم ما يمكن أن يذكر وجهاً لما هو المشهور من التفصيل بين التعديل والجرح. والذي يمكن أن يقال إن العلم مأخوذ في موضوع الشهادة، كما هو اللائح من الروايات، روى علي بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تشهدنَّ بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك»^(١) وقال الصدوق: وروي أنه لا تكون الشهادة إلا بعلم^(٢)، وروى المحقق في الشرائع عن النبي وقد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع»^(٣) مضافاً إلى أن الحضور والعلم من معطيات لفظها. فمقتضى القاعدة شرطية العلم في كلتا الشهادتين: الشهادة بالتعديل والشهادة في الجرح، لكن الموجب للتوسع هو ما يلي:

إن العلم وإن كان مأخوذاً في مفهوم الشهادة لكن أخذ بها أنه طريق إلى الواقع لا بها أنه وصف نفساني وقد حققنا في محله أن الحجج الشرعية تقوم مقام العلم الموضوعي الطريقي بنفس أدلة حجيتها، من دون حاجة إلى دليل، بخلاف العلم المأخوذ في الموضوع بما أنه وصف فإن الأمارات لا تقوم مقامها بنفس أدلتها بل يحتاج إلى دليل آخر.

وعلى ضوء ذلك تصحَّ الشهادة بالحجج والأمارات لكونها قائمة مقام العلم المأخوذ فيها وهي:

- ١- إذا قامت البيّنة على عدالته أو جرحه، فتصحَّ الشهادة على تعديله أو جرحه اعتماداً عليها، لكونها قائمة مقام العلم.
- ٢- إذا أخبر العدل، عن عدالة الشاهد أو جرحه، وقلنا بحجية خبر العدل في الموضوعات كالأحكام (غير الدعاوي والمرافعات) فتصحَّ له الشهادة على أحد الأمرين، فإن العلم وإن كان معتبراً في الشهادة لكنه أخذ فيها بما أنه طريق وحجة فتقوم الأمانة مقامها لكونها معتبرة بهذه الحيشية.

٣- إذا كان واقفاً على عدالة زيد، ثم غاب عنه واحتمل زوالها فتصح الشهادة على عدالتها، لأن حكم الشارع على بقاء العدالة ولزوم التعبد ببقائها يكون حاكماً على الدليل الواقعي وتكون النتيجة أن العلم المعتبر فيها أعم من الحقيقي والتنزيل.

وعلى ضوء ذلك يكون التعديل والجرح سيان يثبتان بالعلم وبالحجج المعتبرة، دون الظنون غير المعتبرة وإن بلغ مرتبة الظن الحاصل من البيئة وخبر العدل إلا أن يبلغ مرتبة الاطمئنان وسكون النفس الذي يعدّ علماً عرفياً، لاظناً فلا يبعد الاعتماد عليه والشهادة به.

ومما ذكرنا من حكومة أدلة الحجج والأمارات، على موضوع الحكم الواقعي يظهر عدم تمامية ما ذكره صاحب الجواهر من لزوم الاكتفاء بالعلم قال: لكن يدفعه اعتبار العلم في الشاهد على وجه لا تقوم مقامه الحجة شرعاً بل لو أراد ذلك على وجه الشهادة كان مدلساً بخلاف الشهادة على الملك باليد الدالة عليه، باعتبار أن الشهادة شرعاً وعرفاً بنحو ذلك.^(١) وذلك لأن ما ذكره إنما هو مقتضى الدليل الأولي، ولكن بعد قيام الدليل على حجية قول العدلين بل العدل الواحد، في الموضوعات كالأحكام، يكون معناه أن كل واحد يقوم مقام العلم المأخوذ في الشهادة وإن شئت قلت: المراد من العلم في الشهادة، هو الحجة الشرعية لا العلم الوجداني المنطقي كما هو المتبادر من اليقين في أدلة الاستصحاب.

بل الظاهر من رواية حفص بن غياث: أن كل ما يجوز العمل به، يجوز الشهادة به فقد وردت في مورد الشهادة باليد، وأنها يجوز العمل بها، فيجوز الشهادة بها.^(٢)

١- النجفي: الجواهر: ٤٠ / ١٢٥.

٢- وإليك نصه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده، ولا أشهده أنه له فلمعه لغيره، فقال أبو عبد-

و ما ذكرناه في المقام أضيق مما جاء في الرواية و هو أنه تجوز الشهادة بالحجج والأمارات القائمة مقام العلم لا أنه يجوز بكل ما يعمل به.

وهناك طريق آخر: وهو أنه أن يعتمد على الحجة، ويخبر عن مضمونها بلا ضم لفظ الشهادة فلو أخبرت البيّنة أو العدل الواحد عن عدالة زيد، أو جرحه، فيخبر في الحقيقة عن الواقع، لأجل قيام الدليل من دون أدائه بلفظ الشهادة، فيجب على القاضي ترتيب الأثر على إخباره وهو التعبد بعدالته أو جرحه وإن لم تكن هناك شهادة.

المسألة الحادية عشرة: الشهادة بالاستصحاب

إذا ثبتت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها وذلك لأن العلم المأخوذ في الشهادة موضوعي طريقي والمقصود هو الشهادة عن حجة والاستصحاب حجة تنزيلية وما ذكره المحقق من جواز الشهادة بالاستصحاب دليل واضح على أن المراد من العلم المأخوذ في الشهادة، هو الحجة الشرعية.

المسألة الثانية عشرة: في تنظيم الملفات

ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها، خلاصة ما في الملف، بحيث إذا رجع هو أو غيره إليها، يقف على ما فيه على وجه الإجمال. فإذا اجتمع ما لشهر، كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة، جمعه وكتب

→ الله ﷻ أبيعك الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله ﷺ: فلعله لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله ﷺ: لو لم يجر هذا لم يقم للمسلمين سوق.

عليه، قضاء سنة كذا كل ذلك لغاية تسهيل إخراج المطلوب منه له ولمن بعده .
 روى الكليني عن عقبة بن خالد قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام لو رأيت
 غيلان بن جامع واستأذن علي فأذنت له وقد بلغني أنه كان يدخل إلى بني هاشم
 فلما جلس قال: أصلحك الله أنا غيلان بن جامع قاضي ابن هبيرة - إلى أن قال: -
 قلت: كيف تقضي يا غيلان؟ قال: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن
 فلان يوم كذا وكذا، من شهر كذا وكذا، من سنة كذا، ثم أطرحه في الدواوين،
 قال: قلت: يا غيلان هذا لحتم من القضاء. ^(١)

أقول: ما جاء في هذه المسألة يرجع إلى الشكل دون المحتوى وما زال يتوسع
 حسب توسع المجتمعات وكثرة المراجعات ولأجله مستت الضرورة لتأسيس دائرة
 خاصة باسم دائرة قسم الملفات والأضابير للموضوع، لها مسؤول وموظف، ولن
 يقف التنظيم لحد بل يتبع متطلبات العصر، ولم يرد في الإسلام شكل خاص بل
 هو تابع لمقتضيات الزمان

المسألة الثالثة عشرة: في نفقة المحضر

كل موضع وجبت على الحاكم فيه كتابة المحضر، فإن حُمل له من بيت المال
 ما يصرفه في ذلك وجبت عليه الكتابة ومثله ما إذا حضر الملتزم ما يصرفه في
 الكتابة، ولا يجب على القاضي بذل الورق والحبر وغير ذلك إنما الكلام في وجوب
 الكتابة عليه. والظاهر وجوبها عليه في صورة واحدة وهي إذا توقف تنفيذ الحكم
 على كتابة المحضر، وإلا يكفي الحكم مع الإشهاد عليه وذلك لأن الكتابة لها،
 طريقية، فإذا توقف التنفيذ عليها، تجب، لأنه من شؤون القضاء الواجب وإلا
 فلا.

وربما يتوهم الوجوب تمسكاً بقوله سبحانه في كتابة الدين: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾ (البقرة/ ٢٨٢) لكن الآية ليست ظاهرة في الوجوب حتى يتعدى عن الدين إلى القضاء.

والحق ما ذكرناه من التفصيل ويكفي في الوجوب توقف القضاء المنتج عليه.

المسألة الرابعة عشرة: في تعنيت الشهود

ليس للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر والأذهان القوية مثل أن يفرّق بينهم لأنّ في ذلك نوع غصاضة لهم، والعنت هو إيقاع الشهود في أمر شاق؛ ولو استلزم الامتهان لهم، يكون محرّماً لا مكروهاً ولأجل ذلك قلنا: «ليس للحاكم» مكان قول المحقق: «يكره للحاكم»، لما عرفت من أنّه ربّما يكون حراماً وأما عند الرية فقد مرّ حكمه وقلنا بأنّ القضاء بالحق إذا كان متوقفاً عليه، يجب على وجه يجمع بين كرامة الشهود، والقضاء بالحق.

المسألة الخامسة عشرة: في المداخلة في كلام الشاهد

ليس للحاكم أن يُتغّرع الشاهد وهو أن يداخل في تلفظه بالشهادة أو يعقّبه لكلام بل يجب عليه أن يكفّ عنه حتى ينتهي ما عنده. وذلك لأنّ الغاية منه إمّا أخذ الإقرار إذا أراد الإنكار أو الإنكار إذا أراد الإقرار فتحرّم، إذ فيه إمّا إحياء للباطل أو إمامة للحق. نعم لو كانت الغاية هو الإعانة عليه ليبرر ما هو مقصده، فليس بحرام ولا مكروه ولو تردّد الشاهد في الشهادة لم يحز ترغيبه في الإقدام على الإقامة ولا تهديد في إقامتها. لما فيه من الأمر بالمنكر والنهي عن المعروف.

نعم خرج منه حق الله فللحاكم إيقاف المتهم عن الإقرار كما مرّ في عمل القاضي بعلمه، ومرّ حديث النبي مع «ماعز».

المسألة السادسة عشرة: في ضيافة أحد الخصمين

يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه لما في معتبرة السكوني أن رجلاً نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدّم إليه في خصومة لم يذكرها لأمير المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم قال: تحوّل عنا فإن رسول الله نهى أن يضاف الخصم إلا ومعه خصمه.^(١) والمتبادر هو الكراهة، لإبعاد القاضي عن التهمة.

المسألة السابعة عشرة: في الرشوة موضوعاً وحكماً

الرشوة مثلث الفاء مأخوذة من رشى الفرخ، إذا مدّ رأسه إلى أمه ليزقه أي ليطعمه بمنقاره، والرشا: رسّ الدلو، الذي يتوصّل به إلى الماء. وقال ابن فارس: «رشي» أصل يدلّ على سبب أو تسبب لشيء برفق وملاينة، تقول: ترشيت الرجل: لاينته، وراشيت الرجل: إذا عاونته فظاهرتة.

وبإحدى المناسبات الثلاث، يطلق الرشوة على الشيء المدفوع إلى القاضي وغيره لغاية خاصة فعمل الراشي أشبه بعمل الفرخ، أو ملقي الدلو إلى داخل البئر، ليتوصّل به إلى الماء، لكن بمرونة وملاينة، ولطافة.

ويقع الكلام في أمور: (١)

الأول: الرشوة في المعاجم وكلمات الفقهاء

١- قال الفيومي: الرشوة ما يعطيه الشخص الحاكم أو غيره ليحكم له أو

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

يحمّله على ما يريد.

٢- قال ابن الأثير: الرشوة والرشوة: الموصلة إلى الحاجة بالمصانعة وأصله من الرشا الذي يتوصل به إلى الماء، فالراشي من يعطي الذي يعينه على الباطل، والمرتشي: الأخذ، والرائش الذي يسعى بينهما، يستزيد لهذا ويستنقص لهذا. فأما من يعطي توصلًا لأخذ حق، أو دفع ظلم فغير داخل فيه.

٣- وقال الزمخشري في أساس البلاغة: الرشو - بكسر، ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمّله على ما يريد.

٤- وقال الطريحي: قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشية باطل، وهو ظاهر.



٥- وقال الفيروز آبادي: الرشوة الجعل.

والمتحصل من ضمّ البعض إلى بعض أن الرشوة، ما يتوصل به إلى الحكم لمصالح الدافع حقًا كان أو باطلاً وأحسن التعابير ما ذكره الزمخشري حيث قال: ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له.

هذه كلمات اللغويين وإليك كلمات الفقهاء بوجه موجز:

١- قال الشيخ: والقاضي بين المسلمين والعامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوة لما روي أن النبي ﷺ قال: لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم وهو حرام على المرتشي بكل حال، وأما الراشي فإن كان قد رشاه على تغيير حكم أو إيقافه فهو حرام.^(١)

٢- وقال ابن إدريس: والقاضي بين المسلمين والحاكم والعامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوة... إلى آخر ما نقلناه عن الشيخ بنصه.^(٢)

٣- وقال العلامة: والرشوة حرام على أخذها ويأثم دافعها إن توصل بها

إلى الباطل لا إلى الحق ويجب على المرتشي إعادتها، وإن حكم عليه بحق أو باطل^(١)

٤- وقال العاملي: الرشوة للحكم حقاً أو باطلاً كما هو الحق فهي حرام على الراشي أيضاً مطلقاً ولا ينبغي تعريفها بأنها التي يشترط بإزائها الحكم بغير الحق، أو الامتناع من الحكم بالحق كما صنع بعض الأصحاب.^(٢)

٥- وقال السيد الطباطبائي: الرشوة ما يبذله للقاضي ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقاً كان أو باطلاً، أو لتعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب خصمه.^(٣) ولا بد تخصيص الجزء الأخير من كلام السيد الطباطبائي بما إذا كان المتعلم مبطلاً وإلا فتعليم المحق للغلبة على الباطل لا يكون حراماً.

ولعل أغلب هذه الكلمات تهدف إلى معنى واحد وهو دفع مال أو غيره إلى القاضي ليحمله على ما يريد وهو على أقسام:

- ١- أن يحمله على الحكم بالباطل.
- ٢- أن يحمله على الحكم بما يريد من دون تقييده بالحق وبالباطل.
- ٣- أن يحمله على الحكم بالحق بحيث لولا الدفع لما حكم به قطعاً أو احتمالاً.

والظاهر دخول الجميع تحت الرشوة كما عرفت في كلام العاملي وجوازها لأجل قاعدة لا ضرر وغيرها لا يكون دليلاً على خروجها عنها موضوعاً كما سيأتي. و تفسيرها بالبذل لإبطال الحق أو إحقاق الباطل تفسير بالمصدق الغالبي و حاصل مفهومها التزام القاضي في مقابل أخذ مال أو غيره، بعمل، لولاه لما قام به سواء كان ذلك العمل إبطالاً لحق أو إحقاقاً لباطل، أو حكماً بالحق.

١ و٢- مفتاح الكرامة: ١٠ / ٣٣، المتن والشرح.

٣- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ٢٢.

الثاني: الرشوة غير مختصة بباب القضاء

إذا كانت الرشوة ما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشية باطل، فلا تختص بالقاضي بل تعم الحاكم والعامل وقد عرفت في كلام الشيخ وابن إدريس عطف الحاكم والعامل إلى القاضي بل تعم ما يدفع إلى موظف أو ظالم مقتدر، ليستعين به في محو الحق أو إحياء الباطل، أو الحكم بالحق، بحيث لولاها لما حكم. وهو الظاهر من كلام الزمخشري حيث قال: «ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له، أو يحمله على ما يريد».

فإن قلت: ظاهر الآية، أعني: قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِإِلَائِهِمْ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة/ ١٨٨) اختصاصها بما إذا كان الأخذ حاكماً والمراد منه القاضي فلا يشمل ما إذا دفع شيئاً لغير القاضي، من سائر الحكام والموظفين، والظالمين للاستعانة بهم فيما يريد، من إبطال الحق، أو تمشية الباطل وغيرهما.

قلت: سيوافيك عند البحث عن حكم الرشوة أن القيود الواردة في الآية، غالبية، وليست لها خصوصية وذلك لأن إبطال الحق، في العصور السابقة والعصر الحاضر، بيد القضاة ولأجل ذلك خص القضاة بالذكر فيكون القيد وارداً مورد الغالب.

وأما الروايات فما اقترن فيها الرشاء بالحكم، لا يهدف إلى اختصاصها بالحكم، بل بصدد بيان أن الرشاء في الحكم، كفر بالله^(١) أو سحت،^(٢) أو شرك^(٣) لا أن الرشاء مختص بباب الحكم بل الرشاء مفهوم عام وله مصاديق ولكن حرمة

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١، ٢، ٨، ١٢، ١٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، ٥، ٩.

٣- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

قسم منه مؤكدة وهو الرشاء في الحكم، فهو سحت، وكفر بالله، وشرك به.

الثالث: حكم الرشوة في الكتاب والسنة

إن حرمة الرشوة من ضروريات الفقه الإسلامي التي دل عليها الكتاب والسنة والإجماع والعقل، بل اتفق عليها الشرائع السماوية وعقلاء العالم وإن لم يكونوا منتحلين إلى شريعة، ولذا تعدّ حرمة الرشوة في الإسلام، حكماً إمضائياً، لا تأسيسياً.

فمن الكتاب قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَذَلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة/ ١٨٨)، وقد جاء صدر الآية أيضاً في آية أخرى^(١) ولكن لاصلة لها بالمقام وفسرها في المجمع بالنحو التالي:

«لا يأكل بعضكم مال بعض بالفضب والظلم والوجوه التي لا تحل، وتلقوا بالأموال إلى القضاة لتأكلوا طائفة من أموال الناس، بالعمل الموجب للإثم وكان الأمر بخلافه وأنتم تعلمون أن ذلك الفريق من المال ليس بحق لكم وأنتم مبطلون»^(٢).

وقال السيّد الأستاذ رحمه الله في الميزان: «الإدلاء إرسال الدلو في البئر لنزع الماء كني به عن مطلق تقريب المال إلى الحُكَّام ليحكموا كما يريد الرشاشي، وهو كناية لطيفة تشير إلى استبطان حكمهم، المطلوب بالرشوة الممثل لحال الماء الذي في البئر بالنسبة إلى من يريده، والآية مسوقة للنهي عن تصالح الرشاشي والمرششي على أكل أموال الناس بوضعها بينهما وتقسيمها لأنفسهما بأخذ الحاكم ما أدلي به منها

١- النساء، الآية ٢٩: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.

٢- الطبرسي، مجمع البيان: ١/ ٢٢٨، ط صيدا.

إليه، وأخذ الراشي فريقاً آخر منها بالإثم وهما يعلمان أن ذلك باطل غير حق^(١).

والحاصل: أن صدر الآية نهى عن مطلق أكل الأموال بالباطل كما ذكره الطبرسي، لكن قوله تعالى: ﴿وَتَذْلُوا بِهَا﴾ إشارة إلى قسم خاص منه وهو تقريب بعض المال إلى الحاكم ليحكم لصالحه حتى يتسنى للراشي أكل البعض الآخر الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾.

والغاية من دفع المال إلى الحاكم، هو حكمه لصالحه، وهما يتواطئان على ذلك بأن هذا، بدل ذاك سواء صرحا بذلك أو أضمرأ وكان معلوماً لهما وبذلك يتضح الفرق بين الرشوة والهدية، فالأول مشتمل على المقابلة صريحاً أو ضميراً بخلاف الثاني، فليس هناك أية مقابلة لا في الظاهر ولا في الباطن، والفرق بينهما كالفرق بين البيع والهبة ويشير إلى ما ذكره حرف اللام في قوله: ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾ واللام للغاية.

ويدل على الحرمة لفيف من الروايات التي أشرنا إلى مواضعها فلاحظ.

هذا والرشوة من المفاهيم ذات الإضافة، لها إضافة إلى الراشي، وإضافة إلى المرتشي، وإلى المال المعطى (الرشوة) فإذا دلّ الدليل على حرمة الرشا، فيكون دليلاً على كونه حراماً على المعطي والأخذ ولأجل ذلك ترى أن الآية توجه الخطاب إلى الراشي أولاً وبالذات وتقول: ﴿وَتَذْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ﴾، وبذلك تستغني عن الاستدلال على الحرمة في جانب المعطي بالنبوي المروي من قوله ﷺ: «لعن الله الراشي والمرتشي»^(٢).

وقال السيد الطباطبائي: كما يحرم على الأخذ، كذا يحرم البذل على الباذل

١- العلامة: الطباطبائي، الميزان: ٥٢/٢، ط طهران.

٢- النوري، المستدرک: الجزء ١٨، الباب ٨، من أبواب آداب القاضي، الحديث ٨.

لقوله: «لعن الله الراشي والمرتشي» ولكونه إعانة على الإثم.^(١)

يلاحظ عليه: أما النبوي فلم يثبت سنده وأما الثاني فمنصرفه ما إذا كان الغير قاصداً لارتكاب الحرام، فالآخر يعينه في ذلك الهدف مثلاً لو حاول ضرب اليتيم، فيعطيه العصا، أو قتل إنسان فيعينه بالآلة القتالة، وأما إذا لم يكن المقصود الأصلي هو إعانة الغير ودفعه إلى المحرم، بل كان الهدف الأصلي هو أكل الدافع أموال الناس بالإثم في ظل حكم القاضي فشمولها له مورد تأمل.

والأولى الاستدلال بنفس الآية المغني عن هذه المستمسكات.

الرابع: حكم الرشا في إحقاق الحق

قد عرفت أن الرشا، هو دفع شيء للقاضي ليلزم بشيء من غير فرق بين الحكم بالباطل أو الحكم لصاحبه حقاً كان أو باطلاً أو الحكم بالحق، لكن يقع الكلام في أنه هل يجوز إذا توصل بها إلى حق، ثم إن للتوصل بها إليه صورتين: إما يتوقف إنقاذ الحق عليها أو لا. وعلى كلا التقديرين إذا جاز للدافع فهل يجوز للأخذ أو لا.

قال الشيخ: وإن كان لإجرائه على واجبه لم يحرم عليه، أن يرشوه كذلك لأنه يستنقذ ماله فيحل ذلك له ويحرم على أخذه لأنه يأخذ الرزق من بيت المال. وإن لم يكن له رزق كما إذا قال لهما: لست أقضي بينكما حتى تجعلاني رزقاً حل ذلك له حيثئذ عند قوم و عندنا لا يجوز بحال.^(٢)

وقال ابن إدريس: إن كان على إجرائه على واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لأنه يستنقذ ماله، فيحل ذلك له ويحرم على الحاكم أخذه.^(٣)

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٢.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥١.

٣- ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٦٦.

وقال المحقق : ولو توصل إلى حق لم يأنم.^(١)

وقال السيد الطباطبائي: نعم لو كان كارهاً في الدفع لحرمة عليه، وكذا لو توقّف استنقاذ حقه على ذلك وإن كان محرماً على الأخذ.^(٢)

أما جوازه للدافع فلوجهين: الأول: عدم دخوله في الآية المباركة، لأن الغاية من الدفع فيها هو أكل أموال الناس بالإثم وهو لا يريد سوى استنقاذ حقه فليس عمله داخلياً في الغاية.

الثاني: قد عرفت أنه داخل في الرشوة موضوعاً ولكن، يحكم عليه بالحلية في هذا الفرض لقاعدة لاضرر. وأما كونه حراماً على الأخذ لأنه أكل المال بالباطل فعمله داخل في صدرها. وإنما تصدق الرشوة في حق المنسوب بالقضاء والحكم فإذا منع من الرشوة لما حكم بالحق، بل حكم بالباطل. لأخذ الرشوة من صاحبه، وأما من ليس منصوباً بالقضاء، فيطلب الأجرة على القضاء بالحق وإلا، فلا يتصدى للأمر، فهو خارج عن موضوع البحث، وداخل في جواز أخذ الأجرة على القضاء وعدمه. وبذلك تعلم الخلل في كلام الشيخ الطوسي حيث فرض المسألة في الصورة الأخيرة كما لا يخفى.

ثم هل الدفع من جانب المعطي رشوة محللة كما هو الحال في صورة الإكراه، أو ليس رشوة موضوعاً وإن كان رشوة بالنسبة إلى الأخذ. لا يترتب على ذلك ثمرة، وإن كان الأول لا يخلو عن قوة. وقد عرفت وجود السعة في التعريف السابق لها: وهو الدفع لأجل الحكم بالباطل، أو الحكم لصالحه حقاً كان أو باطلاً، بإضافة ما يشمل ذلك القسم أيضاً.

ثم إذا لم يتوقف استنقاذ الحق عليه، كما إذا كان لأخذ الحق، طريقان: أحدهما ذلك والآخر، التقاص من ماله أو التوسل بأصحاب القدرة فهل يجوز

٢- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٣.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٨٦٩.

أولا فيه وجهان:

- ١- الجواز، لانتفاء الغاية الواردة في الآية من أكل أموال الناس بالإثم ولقاعدة لا ضرر، كما مر، وتوهم أنه من باب الإعانة على الإثم قد عرفت حاله.
- ٢- عدمه لكون الرشوة أوسع مما جاء في الآية، ولا موضوع لقاعدة لا ضرر لعدم الضرر بعد وجود طريق مشروع لأخذ الحق، والثاني هو الأقوى لأنه رشوة.

الخامس: في عدم اختصاص الرشوة بالمال والقاضي والحق

ثم إن هنا أموراً ثلاثة لا يدل عليها منطوق الآية ولكن يمكن استخراج حكمها بالتأمل منها:

- ١- هل الرشوة تختص بالمال، أو تعم غيره كالخطيئة، أو قضاء حاجة القاضي في موضوع آخر، أو مدحه بالشعر والخطابة؟ يظهر من السيد الطباطبائي كونها أعم. قال: الرشوة قد تكون مالا من عين أو منفعة وقد تكون عملاً للقاضي كخطيئة ثوبه أو تعمير داره أو نحوهما وقد تكون قولاً كمدحه والثناء عليه.^(١)

والعرف يساعده، وأما الآية فالمدكور فيها، هو إدلاء المال إلى الحاكم ولكنه وارد مورد الغالب، والمقصود أن كل تسبب إلى الغاية المحرمة (أكل أموال الناس بالإثم) حرام فحرمه الغاية توجب سراية الحرمة إلى كل سبب مالا، كان أو منفعة، أو عملاً للقاضي.

- ٢- وبذلك تعلم الحال في دفع المال إلى الظالم للغاية المحرمة وإن لم يكن قاضياً، فهو أيضاً من مصاديق الرشوة وقد مر أن ذكر الأحكام في الآية من باب أغلب المصاديق.

قال السيد الطباطبائي: لا تختص الرشوة ما يبذل للقاضي ليحكم له، بل

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٣.

تجري في غير الحكم أيضاً كما إذا بذل شيئاً لحاكم العرف أو الظالم أو رئيس ليعينه على ظلم أو غيره من المعاصي ونحو ذلك فتكون حراماً^(١) نعم لو بذله شيئاً ليعينه على إحقاق حق أو دفع ظلم أو أمر مباح فلا إشكال. وأما في القاضي فقد مرّ الكلام فيه وأنه رشوة محرمة .

٣- كما أنّ بذل الرشوة لأكل المال بالإثم حرام وكذلك تحرم إذا كان الهدف إبطال الحق كما إذا رشا القاضي ، ليحكم بأن حق الحضانة في البنت فوق الستين لآب، مع أنه للآم إلى سبع سنين، وذلك لأن أكل المال بالإثم، وارد مورد الغالب.



السادس: حكم بيع المحاباة

وهو بيع الغالي بقيمة رخيصة كبيع ما يساوي ألف، بمائة، وتكون المعاملة غطاءً لدفع المال إلى القاضي ليحكم له. ولا شك في حرمة لحرمة غايته وهو أكل أموال الناس بالإثم، إنّما الكلام في فساده. قال في الجواهر في شرح قول المحقق: «ويجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها» ما هذا نصّه: حتى لو وقعت في ضمن عقد هبة أو بيع محاباة أو وقف فإنه بناء على أنّ نحو ذلك من أفراد الرشا لا ريب في فساد العقود المزبورة نحو ما كان منها إعانة على الإثم ترجيحاً لأدلة فسادهما على ما يقتضي صحتها، بل النهي فيها عن نفس المعاملة بل لعل ذلك مبني على فساد الرشوة التي هي غالباً تكون بعنوان الهبة رشوة.^(٢)

يلاحظ عليه: أنه إذا لم يكن النهي متعلقاً بنفس المعاملة، بل بعنوان خارج عن حقيقتها، ككونها إعانة على الإثم، أو رشوة ففي مثلها لا يقتضي الفساد، إذ غاية ما ذكره، أنّ العقد والمعاملة أي الإيجاب والقبول، مصداق لعنوان الرشوة،

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٤.

٢- النجفي: الجواهر: ٤٠/ ١٣١.

ولكن المعاملة ليست محرمة بالذات، فعندئذ تصح المعاملة ويكون نفس العمل حراماً تكليفاً.

ثم إن الشيخ الأعظم قسّم المعاملة المحابى فيها إلى أقسام ثلاثة ورجّح الفساد في الجميع قال وله أقسام:

- ١- ما لم يقصد من المعاملة إلا المحاباة التي في ضمنها.
- ٢- قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطأ عليه من الشروط غير المصرّح بها في العقد وهي الرشوة.
- ٣- قصد أصل المعاملة، ثم حابى فيها لجلب قلب القاضي فهي كالهديّة ملحقة بالرشوة وفي فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوي.^(١)

يلاحظ عليه بوجهين:

الأول: إن رمي الجميع بسهم واحد غير تام، والأوّل باطل لأجل عدم قصد المعاملة، والثاني باطل لأجل بطلانها بمقدار المحاباة، المستلزم لبطلان أصل المعاملة.

وأما الثالث: فقابل للملاحظة فربّما يقال أن ظاهر القواعد الصّحّة، لكون الرشوة داعياً، فيها، إلا أن يقال فيها بالبطلان فإنّ الهدية غطاء على الرشوة وواجهة لها فانتظر.

الثاني: إن سياق كلامه أن البطلان لأجل انطباق أمر خارج على المعاملة، وقد عرفت أنّه لا يستلزم البطلان.

نعم للسيد الطباطبائي كلام في المقام أشار في آخره بما يمكن أن يكون سنداً للبطلان.

١- الأنصاري، المكاسب المحرّمة: ص ٣١، ط تبريز.

قال معترضاً على كلام المحقق الأنصاري : إنه اختار في مسألة الإعانة على الإثم عدم فساد البيع إذا قصد توصل الغير إلى المحرم مثل بيع العنب ليعمل خمرًا وذلك لتعلق النهي بها هو خارج عن المعاملة وهو الإعانة - إلى أن قال - وإلا فالأوجه عدم الفساد لما ذكر من تعلق النهي بأمر خارج عن المعاملة ولانسلم ما ذكره صاحب الجواهر من بقاء المال على ملك الراشي بأي طريق كان وإنما هو مسلم في صورة البذل من غير أن يكون بعقد من العقود - إلى أن قال : - نعم يمكن أن يقال إنه إذا قصد الرشوة بالمعاملة المحابائية يصدق عرفاً أن العين الموهونة رشوة فيكون حراماً ولازمه بطلان المعاملة وهذا هو الفرق بين المقام وبين مسألة الإعانة. وعليه لابد أن يفصل بين المذكورات وبين البيع بضمن المثل بقصد الرشوة فيما إذا كان للقاضي غرض في المبيع ولو بعرض مثله.^(١)

مركز تحقيق كتب التراث
بمكتبة جامعة القاهرة

الأمر السابع : في حكم الرشوة ردًا وضمناً

إن المأخوذ رشوة أو الملحق بها حكماً - كما هو الحال في الهدايا التي تُقدّم إلى القاضي و سيوافيك حكمها - هل يجب رده مادام باقياً، ويضمن إذا تلف أو أتلّفه الآخذ، أو لا؟ والمحكي عن فقهاء العامة أن المرتشي يملكها وإن فعل حراماً، و نقل عن بعض آخرين أنه يضعها في بيت المال.^(٢) وإليك نقل بعض الكلمات :

١- قال الشيخ : كل موضع قلنا يحرم عليه فإن خالف و قبل فما الذي يصنع ؟ فإن كان عامل الصدقات ، قال قوم : يجب عليه ردها، وقال آخرون : يجوز أن يتصدق عليه بها، والأول أحوط، وأما هدية القاضي قال قوم يضعها في بيت المال ليصرف في المصالح وقال آخرون : يردّها على أصحابها وهو الأحوط عندنا.^(٣) ولم يذكر

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٤.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٥.

٣- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٢.

الشيخ حكم التلف ولعل نظره فيه يعلم من حكمه بوجوب الرد، إذ لو وجب الرد، يلزمه الضمان مع التلف، وإلا فيكون الحكم بعدم الضمان مناقضاً مع وجوب الرد كما سيوافيك .

٢- وقال المحقق: ويجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها، ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.^(١)

٣- وقال العلامة: وتجب على المرتشي إعادتها وإن حكم عليه بحق أو باطل ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها.^(٢)

٤- وقال أيضاً: وعلى المرتشي إعادتها فإن تلفت ضمن.^(٣)

٥- وقال الشهيد الثاني: وتجب على المرتشي إعادة الرشوة على صاحبها على خلاف بعض العامة حيث ذهب إلى أنه يملكها وإن فعل حراماً لوجود التملك، وآخرين حيث ذهبوا إلى أنه يضعها في بيت المال والأظهر ما ذكره المصنف من عدم ملكها مطلقاً ووجوب ردها إلى المالك ويضمنها إلى أن يصل.^(٤)

٦- قال المحقق الأردبيلي: ومما سبق يعلم وجوب الإعادة على المرتشي وأنه لا بد من دفعه فوراً مع وجود العين، ومع التلف عوضاً مثلاً بقيمة على الوجه المقرر في ضمان المتلفات سواء أكان بتفريطه أم لا مثل الغصب فإن اليد ليست بيد أمانة.^(٥)

٧- وقال صاحب الجواهر: ولا إشكال في بقاء الرشوة على ملك المالك كما هو مقتضى قوله «إنها سحت» وغيره من النصوص الدالة على ذلك وأن حكمها حكم غيرها مما كان من هذا القبيل نعم قد يشكل الرجوع بها مع تلفها وعلم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه والتحقيق فيه ما مرّ في نظائره.^(٦)

٢- العاملي: مفتاح الكرامة: ١٠ / ٣٣، قسم المتن.

٤- زين الدين العاملي: المسالك: ٢ / ٤٠٥.

٦- النجفي، الجواهر: ٢٢ / ١٤٩.

١- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٤ / ٧٨.

٣- العلامة الحلّي، إرشاد الأذهان: ٢ / ١٤٠.

٥- الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٢ / ٥٠.

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة لما سبق. ويقع الكلام في وجوب ردّها أولاً وضمائها بمثل أو قيمة ثانياً وبعبارة أخرى: يقع الكلام تارة في الحكم التكليفي أي وجوب الردّ، وأخرى في الحكم الوضعي أي الضمان لدى الإتلاف والتلف.

أمّا وجوب الردّ فلما مرّ من عدم تملكها، لتعلق النهي بذات المعاملة (الرشوة) الدالّ على فساد التملك العرفي، الملازم لبقائها في ملك مالكيها، من غير فرق بين أن يملكها بنفسها أو وقعت في ضمن بيع محاباة لما عرفت من صدق الرشوة على العين عرفاً ويظهر من خبر ابن اللثبية الواردة في الهدايا التي تقدّم إلى عامل الصدقات، أنّه لا يملكها وسيوافيك نصّ الحديث عند البحث في الهدية.

أمّا ضمائها على المرتشي إذا تلفت أو أتلفها المرتشي فقد عرفت عبارات الأصحاب، الحاكية عن الضمان إنّما الكلام في دليله. فنقول: أستاذ بعوم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى»^(١) خرج منه ما أخذ أمانة كالوديعة وغيرها والمفروض أنّه لم يُسلطه على العين إلّا في مقابل عوض ولم يجعلها عنده أمانة، ولم يهتك حرمة ماله، بل طلب به ما هو أعزّ وأغلى ممّا دفع. ولما حكم الشارع ببطلان المعاملة، بقيت العين على ملك مالكيه، فيكون أخذها بعنوان المعاوضة موجباً للضمان، حتّى يردّ عينها أو مثلها أو قيمتها. وما تقدّم من صاحب الجواهر من «أنّه قد يشكل الرجوع بها مع تلفها وعلم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه» فقد أوضحه السيّد الطباطبائي في ملحقات العروة وقال: ولعلّ وجه الضمان لأنّ الراشي إنّما بذل في مقابلة الحكم فيكون إعطاؤه بعنوان المعاوضة ويدخل في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ثمّ استشكل عليه بوجوه ثلاثة وقال: وفيه:

أولاً: أنّه أخص من المدعى إذ قد يكون لا بعنوان المعاوضة، بل إنّما يعطى مجاناً وعوضه جلب قلب القاضي فلا يكون في مقابلة الحكم، والغرض غير العوض.

١- النوري، المستدرک: الجزء ١٧، الباب ١ من كتاب الغصب، الحديث ٤، والبيهقي، السنن: ٩٥/٦

ثانياً: لادليل على القاعدة المذكورة كما بين في محله.

وثالثاً: أن المفروض أن الراشي راض باتلاف المرتشي إياها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنه سلطه عليه مع علمه بعدم ملكيته وحرمته عليه، فرضاه وإن كان مقيداً بالعوض الذي هو الحكم إلا أن قيده حاصل بعد فرض الحكم له، فحاله حال سائر المقبوضات بالعقود الفاسدة وقد بينا فيها عدم الضمان مع التلف. نعم لو كان رضاه مقيداً بالحكم له ولم يحكم له يمكن أن يقال فيه بالضمان لأن المفروض أن رضاه كان مقيداً والقيّد لم يحصل.^(١)

يلاحظ على الوجه الأول: وقد سبقه الشيخ الأنصاري في هذا التفصيل قائلاً «بأن الرشوة حقيقة جعل على الباطل بخلاف ما إذا لم يقصد بها المقابلة فأعطى مجاناً ليكون داعياً على الحكم وهو المسمى باهبة فإن الظاهر عدم ضمانه لأن مرجعه إلى هبة فاسدة إذ الداعي لا يكون عوضاً» بأنه إنما يتم في مورد لم يكن هناك التفات من القاضي إلى ما أضمره المهدي وإلا يكون العين في مقابل الحكم، لصالحه والقاضي الملتفت إلى نية الدافع يتلقاه رشوة، ويقف على أن عنوان الهدية غطاء على القبيح، وواجهة لما هو المذموم شرعاً وعرفاً، ومع ذلك كيف يتلقاه هدية، ولا يعتبر في كون الشيء عوضاً، التصريح به بل تكفي الإشارة والإيحاء إلى أن الدافع يطلب من تقديمه إليه، هو حكمه لصالحه وإنما يصرّح بالتقابل والمعاوضة، البسطاء من الناس وأما أهل الخبرة فيدفعونه بعناوين، صوناً لمقام القضاء في الظاهر عن القبيح، وما هو إلا شيطنة منهم والحاصل أن الهدية بشرط التفات القاضي إلى واقع الأمر رشوة، موضوعاً وحكماً أو حكماً فقط وإن كان التحقيق هو الأول فلا يكون الدليل أخص من المدعى.

وأما الثاني: فلا يضر بالمقصود إذ الدليل على الضمان، هو دليل القاعدة أعني: قاعدة اليد، أو قاعدة الإقدام، لا نفس القاعدة سواء أصبحت أم لا.

وأما الثالث، أعني قوله: «أن المفروض أن الراشي راضٍ بإتلاف المرتشي إياها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنه سلطه عليه مع علمه بعدم مالكيته وحرمة عليه به ورضاه وإن كان مقيداً لكن المفروض حصول قيده» فهو يرجع إلى أمرين:

١- «إنه الهاتك لحرمة ماله»، ولكنه ممنوع إذ كيف يوصف كذلك مع أنه بصدد أن يأخذ من القاضي ما هو أعز وأعلى مما دفع بمراتب. وبعبارة أخرى إنما دفع ما دفع ليلتزم القاضي على شيء من الأمور الثلاثة الماضية.

٢- «إن رضاه كان مقيداً وقد حصل قيده» وهو أيضاً مثل ما سبق وذلك لأن رضا الراشي بتصرف القاضي فيه لم يكن مغايراً لرضاه بالتصرف فيه بعنوان الرشوة والمفروض أن الشارع حكم ببطلانها فيكون وجود الرضا كعدمه، فيصير مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان وذلك لعدم صلاحية ذلك الرضا للخروج عنه، ولا يكون علم الدافع بفساد المعاملة سبباً لنشوء رضى آخر حتى يكون هو المسوّغ للتصرف والرافع للضمان بل الراشي إنما رضى بالتصرف بالعنوان المحرم، علم بتحريمه أو لا ومثل ذلك الرضا لا يكون سبباً للحلية وإلا لزم أن يكون ثمن المغنية وأجر الزانية حلالاً لرضا الدافع بالتصرف فيه.

وما ذكرناه جارٍ في جميع العقود الفاسدة، محرمة كانت أو لا كبيع الصبي والمحجور لأن المفروض أن الرضا فيها رضا معاملي والمفروض أن الشارع تلقاه لغواً وفاسداً غير مؤثر، وليس هناك رضى آخر يؤثر في جواز التصرف ورفع الضمان فيكون المرجع هو عموم على اليد ولم يثبت المخصص.

وهناك إشكال آخر يتوجه على كلامه وهو: لو كان رضا الراشي وكونه هاتكاً لحرمة ماله، رافعاً للضمان وسبباً لجواز التصرف فيه، يلزم عدم وجوب الرد مع أن الكل اتفقوا على وجوبه، والجمع بين وجوب الرد وعدم الضمان أشبه بالجمع بين الضدين.

ومما ذكر من اختصاص البحث بما إذا كان القاضي ملتفتاً إلى نية الراشي والمُهْدِي، يعلم ضعف ما أفاده في الجواهر من الإشكال في الضمان مع التلف، فيما إذا كانت الرشوة من الأعمال التي تبرع بها الراشي ونحوه مما لا بد فيه للمرثشي ولا أمر بالعمل^(١)، اللهم إلا أن يُفَصَّل كما احتملناه في الدورة السابقة بين العين والمنفعة بأن الراشي لما كان هو المقدم عرفاً فهو المتلف فلا يملك على المرثشي شيئاً من العمل. ومع ذلك فللنظر فيه مجال لأنه لم يملكه إلا في مقابل الحكم له الذي طرده الشارع وعدّه فاسداً ولم يملكه مجاناً فيدخل تحت قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، لا العكس.

الأمر الثامن: في الفرق بين الهدية والرشوة

إنّ ما يبذل للقاضي والعامل والظالم، ينقسم إلى الرشوة والهدية والظاهر أنّ الفرق بينهما جوهرى يتفارقان به لا بالقصد، والاختلاف في القصد تابع للاختلاف الماهوي، فلو كان البذل في مقابل العرض، بأن يذكر أو يضمّر بأن هذا مقابل ذاك فهو رشوة، وإلا فإن كان البذل بلا عوض بأن كان ناشئاً عن عاطفة قلبية أو رابطة رحمة أو غير ذلك، فهو هدية.

وبعبارة أخرى: أنّ الطريق الصحيح لاستكشاف الفرق بين الرشوة والهدية هو الدقّة في الفرق بين البيع والهبة غير المعوّضة فإنّ الفرق بينهما جوهرى في عالم الاعتبار، لا بالقصد والنية، حتى ولو اختلف القصد، فإنّما هو لأجل اختلاف المقصود بالذات ففي البيع التزام بشيء، ليس في الهبة، ولأجل ذلك يقصد البائع مبادلة مال بمال ولا يقصده الواهب، وإنّما يقصد أصل البذل بلا عوض، ومثله الرشوة والهدية فالراشي سواء دفعه صريحاً باسم الرشوة، أو ألبس عليها لباس الهدية فإنّما يبذل في مقابل التزام بما يرجع إلى المحاكمة والمرافعة بخلاف ما إذا

بذله من دون انتظار عمل وبذلك يظهر أنهما عقدان متخالفان ، لا يجتمعان في مورد، كاختلاف البيع والهبة عقداً أو معاطاة فما يسميه القوم في المقام هدية فهو عندنا رشوة و ليست هدية إلا مجازاً وتغطية واسماً، لا حقيقة ، والهدية الواقعية ما لا يكون هناك أي انتظار عمل.

قال السيّد الطباطبائي: الفرق بين الرشوة والهدية أن الغرض من الرشوة جلب قلبه ليحكم له ومن الهدية الصحيحة، القرية أو إيرات المودة لا لداع أو الداعي عليها حبه له، لوجود صفة كمال فيه من علم أو ورع أو نحوهما.^(١) ولقد أحسن فعذ ما يبذل لجلب قلب القاضي من الرشوة، وخصص الهدية بما لا عوض فيه .

وعلى كل تقدير فالأولى التركيز على حكم الهدية في المقام، فللشيخ في المقام كلام في المبسوط نأتي بإجماله قال: «فأما الهدية فإن لم يكن بمهاداته عادة حرم عليه قبولها والعامل على الصدقات كذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: هدية العمال غلول وفي بعضها هدية العمال سحت وأما إن كان من عادته كالقريب والصديق الملائف نظرت فإن كان في حال حكومته بينه وبين غيره أو أحس بأنه يقدمه لحكومة بين يديه، حرم عليه الأخذ كالرشوة وإن لم يكن هناك شيء من هذا فالمستحب أن يتنزّه عنها هذا كله إذا كان الحاكم في موضع ولايته فأما إن حصل في غير موضع ولايته فأهدى له هدية فالمستحب أن لا يقبلها.^(٢)

وحاصله تقسيمها إلى أقسام ثلاثة، يحرم الأولان دون الثالثة وقريب منه ما ذكره ابن البراج في المهذب.^(٣)

وقال المحقق الأردبيلي: والظاهر أنه يجوز له قبول الهدية فإنه مستحب في الأصل إلا أنه يمكن أن يكون مكروهاً لاحتمال كونها رشوة إلا أن يعلم باليقين أنها

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢ / ٢٥.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٥٢.

٣- ابن البراج، المهذب: ٢ / ٥٨١.

ليست كذلك مثل أن كان بينه وبين المهدي صداقة قديمة وعلم أن ليس له غرض من حكومة وخصومة بوجه أو يكون غريباً لا يعلم أو جاء من السفر وكان عادته ذلك، أو فعل ذلك بالنسبة إليه وإلى غيره ومع ذلك لاشك أن الأحوط هو الاجتناب في وقت يمكن أو يحتمل احتمالاً بعيداً لكونها رشوة وتؤيده الأخبار من طرقهم وقد روي أنه عليه السلام قال: هدايا العمال غلول وفي أخرى: هدية العمال سحت. (١)

وقد ظهر مما ذكر أن هذه التفاصيل تباعد للمسافة والأولى حسم مادة الخلاف بكلمة واحدة وهي أن الرشوة عبارة عن كون البذل في مقابل شيء من الحكم بالباطل أو الحكم لصالحه، أو الحكم بالحق لولاه لما حكم ولا يشترط في التقابل، التصريح بل يكفي كونه معلوماً من القرائن سواء كان البذل في موضع الولاية أو غيره، كان قبل طرح الدعوى أو بعده وقبل الحكم. وعلى ضوء ذلك فأكثر ما يسميه الناس هدية، فهو هدية ظاهراً، رشوة حقيقة ولا يهتّمنا دخولها فيها موضوعاً، سواء أكانت رشوة موضوعاً أم لا فهي رشوة حكماً وما دلّ على حرمة الرشوة، يدلّ على حرمة الهدية أيضاً لفظاً، أو بإلغاء الخصوصية وإن كان الحق أنها رشوة موضوعاً ولقد أحسن السيد الطباطبائي كما مرّ حيث سمى ما يبذل لجلب قلب القاضي رشوة لا هدية، وخصّ الثانية بما إذا كان الداعي حبه له أولكماله.

وبكلمة قصيرة: إن البذل إذا كان في مقابل التزام القاضي بشيء في صميم الحكم، ظاهراً أو غاية فهو رشوة وإن قُدّم إليه باسم الهدية وأما إذا بذل من دون أي انتظار من القاضي لا ظاهراً ولا واقعاً فهو هدية.

ويؤيده ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه استعمل رجلاً من الأزد على الصدقة يقال له ابن اللتبية.

فلما جاءه قال للنبي صلى الله عليه وآله: هذا لكم وهذا أهدي لي.

فقام رسول الله ﷺ على المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: «ما بال العامل نستعمله على بعض العمل من أعمالنا فيجيبه فيقول هذا لكم وهذا أهدي لي أفلا جلس في بيت أبيه أو في بيت أمه فينظر هل يهدي له شيء أو لا؟ والذي نفس محمد بيده لا يأتي أحد منكم منها بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة إن كان بعيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر». ثم رفع يديه حتى رأيت عفرة إبطيه فقال: «اللهم هل بلغت؟»^(١)

ثم إن هنا فروعاً ذكرها الشيخ الأنصاري في المكاسب المحرمة تأتي بها وبغيرها مما ذكره السيّد الطباطبائي في ملحقات العروة.

فروع:

الفرع الأول: إذا شك الأخذ في كون المأخوذ رشوة أو هدية

إذا بُذل للقاضي شيء وشك في أن الدافع قصد بها الرشوة أو الهدية الصحيحة ذهب السيّد الطباطبائي إلى جواز الأخذ حملاً لفعله على الصحة إلا إذا كانت هناك قرينة على إرادته منها الرشوة كما إذا لم تكن من عادته ذلك قبل المرافعة وقال: والأولى عدم أخذها مطلقاً، ويمكن أن يقال بحرمتها حال المرافعة لأنه يصدق عليها الرشوة عرفاً بل يمكن أن يقال: بحرمتها تعبداً لما في بعض الأخبار من أن هدايا العمال غلول أو سحت.^(٢)

يلاحظ عليه: أن جريان أصل الصحة مبني على أن الرشوة والهبة تتحدان ماهية وتختلفان قصداً، فلو قصد الباذل التزام القاضي بشيء من إبطال الحق، أو إحقاق الباطل أو الحكم بالحق فهو رشوة وإن لم يقصد التزامه بشيء، بل دفعه إليه، تكريماً أو محبة، أو أداة للوظيفة في حق الرحم فهو هدية، فعند ذلك فالعمل

١- البيهقي، السنن الكبرى: ٤/١٥٨.

٢- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/٢٥، تفرد السيّد بطرح هذا الفرع.

الواحد الذي له حالتان يحمل على حالة الصحة، لا على حالة الفساد كما هو الحال فيما إذا باع وشك أنه هل كان ربوياً أو لا، أو أسلف وشك أنه أقبض الثمن أو لا ففي جميع ذلك يحمل على الصحة.

وأما إذا قلنا بأنهما أمران مختلفان ماهية حيث إن أحدهما بذل في مقابل شيء، والآخر بذل بلا عوض فإجراء أصالة الصحة مشكل جداً لأنَّ القدر المتيقن من موردها إذا أحرز عنوان الفعل وشك في خصوصياته لا ما إذا كان العنوان مشكوكاً وهذا كما إذا رأينا الرجل أمام الميت، يحرك لسانه، ولا ندري أنه يصلي أو يدعو له بالخير والمغفرة، فلا يُحكم عليه بأنه صلى عليه صلاة صحيحة أو ذهب إلى الحمام ثم خرج ولا يدري هل كان للنظافة، أو للاغتسال، والمقام من قبيل الثاني، لأنَّ البذل مع العوض، غير البذل بلا عوض فاختلفا فكأنَّ في وجود المقابل لأحدهما دون الآخر، وأما الاختلاف في القصد فهو تابع لاختلاف المقصود، لا أنهما يتميزان بالقصد.

وأما ما أفاده من أنه «لو دلت القرينة على أنه رشوة يحكم بها» فإنما يتم إذا كانت مفيدة للاطمئنان الذي هو علم عرفي وحجة عقلانية أمضاء الشارع، لا على مطلق الظن الذي لم يقم دليل على حجتيته. نعم الاستدلال بما ذكر من الرواية غير كافٍ في المقام، لأنَّ إضافة الهدية إلى العمال قرينة على أن الهدية كانت رشوة ولأجل ذلك حكم عليه بالغلول أو السحت.

الفرع الثاني: إذا اتفقا على وجود عقد واختلفا في نوعه

إذا اتفقا على وجود عقد بين الدافع والقابض ولكن اختلفا في نوعه فقال الدافع: كان المبدول رشوة وقال القابض: كان هبة صحيحة قال السيد الطباطبائي - على غرار ما ذكره في الفرع الأول - يقدم قول القابض للحمل على الصحة وأصل البراءة من الضمان، بناء على أن الضمان على فرض كونه رشوة.

وأما احتمال تقديم قول الدافع لأنه أعرف بنيته أو لأن الأصل في اليد الضمان، فلا وجه له، لعدم الدليل على الأول، ومثله كون الأصل الضمان لعدم الدليل عليه إلا عموم على اليد وهي مختصة باليد العادية ومع الإغماض - عن الاختصاص - فالشبهة مصداقية، وعلى فرض التمسك بالعموم فيها، الحمل على الصحة مقدّم عليه.^(١)

يلاحظ عليه أولاً: بما عرفت من كون المورد خارجاً عن مجرى أصالة الصحة، لعدم تعلق الشك بالعقد الواحد من أجل كونه واجداً لشرائط الصحة وعدمه، وإنما اتفقا على أصل العقد لكنه مرّد بين عقدين، مختلفين وقد عرفت حاله وأنه ليس مجرى لأصالة الصحة.

وثانياً: أن الأصل في الأموال وهكذا الأعراض والنفوس، هو الضمان، لا البراءة وقد نبّه الشيخ بذلك في مبحث البراءة، وأوجب الاحتياط في الشبهات البدئية إذا كان المشتبه مالا أو عرضاً أو نفساً، وذلك لأن الأصل عدم الانتقال في الأموال، وعدم الحلية في الأعراض والنفوس.

هذا تحليل كلامه حول الشق الأول، أعني: تقديم قول القابض.

وأما تحليل كلامه حول الشق الثاني، أعني: تقديم قول الدافع فقد أشكل بالأمور التالية:

- ١- بأن الدافع وإن كان أعرف بنيته، لكن لا دليل على حجّيته.
- ٢- إن قاعدة «على اليد» مختصة باليد العادية وهي منتفية في المقام.
- ٣- إن المورد من قبيل الشبهة المصداقية للعام لاحتمال كون التسليط بالمجان وهو خارج عن تحت العموم.

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦، وأما وجه كون المورد شبهة مصداقية فلخروج التسليط المجاني عنه فيكون المورد مرّداً بين كونه باقياً تحت العام أو خارجاً عنه وداخلاً تحت المخصص أي التسليط بالمجان.

٤- وعلى فرض التمسك به فأصالة الصحة مقدمة عليه.

والجميع قابل للمناقشة:

أما الأول: فالظاهر اعتباره في كل مورد كان منشأ الشك، هو الاختلاف في نية العامل، نعم ليس منشأ الشك في المقام ناشئاً من الاختلاف في نية الدافع، بل منشؤه هو الاختلاف في كون العقد الواقع، رشوة أو هدية وقد عرفت أن القصد تابع.

وأما الثاني: فللمنع من اختصاصها باليد العادية، نعم هي منصرفة عن اليد الأمانية.

وأما الثالث: فهو صحيح لو كان هو المستند ولكن المستند إنما هو الأصل المسلم في الأموال وهو الضمان حتى يدل دليل على خلافه، وتسانده أصالة عدم الانتقال.

وأما الرابع: أعني تقديم أصالة الصحة على عموم اليد فهو غريب، لأنها أصل والقاعدة أمانة ومعها لاتصل النوبة إلى الأصل.

الفرع الثالث: فيما إذا لم يتفقا على وجود العقد

إذا اختلفا في أنه مبدول رشوة من غير عقد أو أنه عقد هبة صحيحة والفرق بين الفرعين واضح، لاتفاقهما على وجود عقد مشترك بينهما في السابق غير أن الباذل يصفه بالرشوة والآخر بالهبة بخلاف المقام فالدافع لا يعترف بالعقد بل بالإعطاء رشوة، والقابض يدعي العقد الصحيح ولأجل ذلك تردّد السيّد الطباطبائي في هذا الفرع في بدء الأمر فقال: فالأقوى أنه مثل الفرع السابق وقد يحتمل عدمه لعدم عقد مشترك حتى يحمل على الصحة فالدافع منكر لأصل العقد لا لصحته.

ثم أورد على ما احتمله بقوله: وفيه أن تمليكه محمول على الصحة ولا يلزم في

الحمل على الصّحة أن يكون عقد مشترك، فأصالة عدم الهبة معارضة بأصالة عدم التملك رشوة.^(١)

والظاهر أن حكم هذا الفرع هو حكم السابق لعدم جريان أصالة الصّحة لعدم ثبوت الموضوع أي العقد لا أصله ولا نوعه والمرجع هو الضمان في الأموال حتى يثبت خلافه لأصالة عدم انتقاله ولو قلنا بجريان أصالة البراءة في ناحية القابض، فإنها تنفع في نفي الحرمة التكليفية للقابض، ولا تنفي الحرمة الوضعية بمعنى الضمان لما عرفت من أن الأصل في الأموال هو الضمان.

وأما ما أفاده من احتمال الضمان في المقام دون السابق، لعدم الاتفاق على وجود عقد مشترك محمول على الصّحة في المقام دون السابق، فغير مفيد لما عرفت أن الحق هو الضمان حتى في صورة الاتفاق على وجود عقد مشترك لأصالة الضمان في الأموال، فليس الاتفاق وعدمه مؤثراً في الضمان وعدمه. ثم إنه حاول تصحيح تقديم قول القابض بأمرين:

١- إجراء أصالة الصّحة في التملك المعترف به بالطرفين.

٢- تعارض أصالة عدم الهبة مع أصالة عدم التملك رشوة.

يلاحظ على الأول بما ذكرنا من أن الأصل الحاكم في المقام هو أصالة الضمان لا أصالة الصّحة أولاً، وعلى فرض جريانها فإن موضوعها هو العقد، المشكوك وجوده، لا التملك ثانياً، لأنه يحصل من ضمّ اعتراف الدافع إلى القابض حيث إنهما يعترفان به غاية الأمر يختلفان في وصفه.

ويلاحظ على الثاني: بأن الأثر مترتب على الهبة لا على التملك عن رشوة فتكون الهبة مصباً للأصول يدّعيها القابض وينكرها الدافع والأصل مع الثاني حتى يقيم القابض البيّنة، ويكفي للدافع إنكار الهبة ولا يحتاج إلى إثبات الرشوة

لأن مجرد إنكار الهبة كاف في تقديم قوله مع اليمين من دون حاجة إلى إثبات كونه رشوة.

وبما ذكرنا يظهر حال الفرع الرابع والخامس اللذين ذكرهما الشيخ ولا نطيل الكلام في المقام وقد طرحناهما في محاضراتنا باسم «المواهب في أحكام المكاسب» فراجعهما.^(١)

المسألة الثامنة عشرة: في إحضار الخصم بطلب المشتكي

إذا التمس المشتكي، إحضار خصمه مجلس الحكم، فهل يجب مطلقاً، حاضراً كان في ولاية الحاكم أو غائباً، حرز الدعوى أو لا، كانت بينهما معاملة أو لا، كانت فيه مشقة أو لا، أو لا يجب مطلقاً غاية الأمر يبعث إليه ويُعلمه الموقف ويختاره بين الحضور أو الحكم عليه غائباً. أو يفصل بين الحاضر والغائب فلا يحضر الثاني إلا بعد تحرير الدعوى لاحتمال أن لا تكون مسموعة، والإحضار قبل إحراز المشروعية حرج وضرر أو يفصل بين ما يعلم أن بينهما معاملة وعدمه فلا يحضره إلا في الأول وجوه وتفصيل وإليك نقل الكلمات:

قال الشيخ: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل وكان المستعدى عليه حاضراً، اعتدى عليه وأحضره سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، وبه قال الشافعي وقال مالك إذا لم يعلم بينهما معاملة لم يحضره لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: لا يُعدي الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهما معاملة ولا يخالف له (هذا إذا كان الخصم حاضراً).

وأما إذا ادعى رجل على غيره شيئاً وكان المستعدى عليه غائباً في ولاية

١- المواهب: ٤١٣، ٤١٦، وقد وردا ضمن المسألة الثالثة والرابعة فلا تغفل.

الحاكم في موضع ليس له فيه خليفة، ولا فيه من يصلح للحكم أن يجعل الحكم إليه فيه، فإنه يحضره إذا تحرر دعوى خصمه قريباً كان أو بعيداً وبه قال الشافعي.^(١)

حاصله أنه يحضره مطلقاً إذا كان حاضراً وإلا فيحضره بعد تحرير الدعوى.

٢- وقال في المبسوط: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل فلان كان حاضر اعتدى عليه واحضره - مطلقاً - وليس في ذلك ابتدال لأهل الصيانات والمروءات فإن علياً عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح ... هذا إذا كان المستعدى عليه حاضراً وأما إذا كان غائباً في غير ولايته، فإنه يقضي على غائب وفيه خلاف، وإن كان غائباً في ولايته فلان كان له قاض في موضع غيبته، كتب إليه وبعث بخصمه إليه ليحكم بينهما وإن لم يكن له فيه من يصلح أن يقضي بينهما قال لخصمه: حرر دعواك عليه.^(٢)

مرکز تحقیق کتب و تفسیر علوم اسلامی

ومختاره في المبسوط يخالف مختاره في الخلاف في خصوص الغائب حيث اكتفى في الثاني برأي واحد وهو الإحضار بعد التحرير، وجعله في المبسوط شقوقاً ثلاثة:

الف: إذا كان خارج ولايته يُقضى على غائب.

ب: لو كان في ولايته وكان هناك قاض يبعث إليه.

ج: لو لم يكن من يصلح للقضاء، يحضر بعد التحرير.

٣- وقال المحقق: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً أما لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحضر دعواه والفرق لزوم المشقة في الثاني وعدمها في الأول. هذا كله إذا كان في بعض ولايته وليس له هناك

١- الطوسي: الخلاف ٣/ كتاب القضاء، المسألة ٣٣-٣٤.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٤-١٥٥.

خليفة يحكم له وإلا سمع بيّته وأرسل إلى خليفته وإن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجة وإن كان غائباً.

وما ذكره المحقق يوافق المبسوط حيث جعل حكم الغائب شقوقاً ثلاثة فإذا كان خارج ولايته، يقضى عليه غائباً، وإذا كان داخل ولايته فإن كان في موضع إقامته نائب يرسل إليه وإلا يحضر بعد التحرير. هذا كله في الرجل وأما المرأة فقال المحقق:

ولو ادّعى على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل وإن كانت مخدّرة بعث إليها من ينوبه في الحكم بينها وبين غريمها.^(١)

٤- وقال العلامة: وإذا سأل الخصم إحصار الخصم مجلس الحكم اجيب مع حضوره وإن لم يحرّر الدعوى ولا يجاب في الغائب إلا مع التحرير، ولو كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه وإن كانت امرأة مبرزة كلّفت الحضور وإلا انفذ من يحكم بينهما.^(٢)

وقال الشهيد الثاني: إذا كان الخصم في البلد وجب إحصاره مطلقاً عند علمائنا وأكثر العامة وقال مالك: إن كان من أهل المرات لم يحضره إلا أن يعرف بينهما معاملة صيانة له من الابتذال (ثم ذكر بعد بيان كيفية الإحصار) وإن كان في خارج ولايته فإن له أن يحكم عليه بشرائط القضاء على الغائب، وإن كان في داخل ولايته فإن كان له نائب لم يحضره بل يسمع البيّنة ويكتب إليه، فإن لم يكن هناك نائب فإن كان من يصلح للاستخلاف، استخلفه وأذن له في القضاء بينهما وإلا طوّل المدعي بتحرير الدعوى فقد تكون غير مسموعة.^(٣)

وما ذكره قريب ممّا ذكره في المبسوط غير أنّه جعل للغائب صوراً أربع.
أقول: إنّ المسألة ممّا لم يرد فيه نصّ وما ذكر من الأقوال، اصطلياد من

٢- العلامة الحلي: إرشاد الأذهان ٢/ ١٤٢.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٧٩/ ٤.

٣- زين الدين العاملي: المسالك: ٤٠٥/ ٢.

القواعد العامة ولكل ذوقه وفهمه.

أما الحاضر في البلد، فلا شك أن القضاء شرع لسماع الدعاوي من الطرفين وهو يقتضي إخبارها بالموضوع ليحضر حتى يسمع القاضي كلامهما في مجلس الحكم ولأجل ذلك يقول ابن سعيد الحلبي: «وينبغي أن لا يحكم بين الخصمين إلا في مجلس حكم»^(١)، ولكنه إن أحرز أن الدعوى مسموعة، سواء كان صاحبها محقاً أو لا فيشرع من الإخطار إلى الإحضار وأما مع الشك فيها، فجواز الإحضار فضلاً عن وجوبه موضع تأمل وذلك لأن الحاضر لا تخلو حاله عن أمرين إما أن يكون الحضور عليه حرجياً أو ضرورياً فإيقاعه في الضرر والخرج القطعيين بمجرد احتمال كون دعواه مسموعة، غير جائز قطعاً إذ معناه تقديم محتمل الضرر على قطعيه إلا أن يكون المحتمل أقوى، ولا يعلم إلا بعد بيان الدعوى وتحريرها والمفروض عدمه. وأما غير المتضرر، فإيجاب الحضور عليه، بلا حجة (الدعوى المسموعة) يحتاج إلى الدليل ولأجل ذلك يجب أن يقيد الوجوب إما بتحرير الدعوى أو وقوف القاضي من القرائن على أن الدعوى مسموعة وإن لم يميز المحق عن المبطل لأن سماع الدعوى غير كون مدعيها محقاً فعند ذلك يخبره ويطلب منه الحضور وإلا يحضره على نحو يجمع بين حق صاحب الدعوى وكرامة المستعدي عليه بخلو إحضاره من أي إهانة أو ابتذال وإسقاطه عن عيون الناس، وبما أن حضور الخصم مقدّمة القضاء لا نفسه يتخير القاضي في الوصول إليه بين صورها المختلفة.^(٢)

والاستدلال باجتماع علي عليه السلام مع أحد الرعايا مجلس شريح، لا يصلح دليلاً، لأنه عليه السلام كان مدعياً، لا منكرأ، وكان مستعدياً لا مستعدى عليه.

هذا كله حول الحاضر بكلا قسميه من المتضرر وغيره فالشرط الوحيد هو إحراز كون الدعوى مسموعة. ولكن لما كان الحضور مقدّمة للقضاء يتوصل

٢- لاحظ مجمع الفائدة: ٩٢/١٢.

١- ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٥٢٥.

القاضي لتحصيل المقدّمة، أسهلها وأبعدها عن الوهن، وهو يختلف حسب اختلاف الأمكنة والأزمنة فيبدأ بأسهل الطرق، وينتهي إلى الجلب إلى المحكمة ولكل محله وشرطه .

وأما الغائب فسيوافيك عنه البحث تبعاً للشرائع تحت عنوان «مسائل تتعلق بالحكم على الغائب»^(١).



النظر الثالث في كيفية الحكم

وفيها مقاصد



المقصد الأول: في وظائف الحاكم وهي سبع:

الأولى: التسوية في أنواع الإكرام بين المتخاصمين

من آداب مجلس الحكم رعاية القاضي التسوية بين المترافعين في أنواع الإكرام وهل هي واجبة أو مستحبة، أو يفضل بين الإنصاف والعدل في الحكم فهما واجبان لأن الإنصاف بمعنى استماع الدعوى وجوابها وهو واجب. وجوه وعبارات الأصحاب مختلفة بين ظاهرة في الوجوب، وصريحة في الاستحباب أو في التفصيل:

١- قال الشيخ: على الحاكم أن يسوي بين الخصمين في الدخول عليه، والجلوس بين يديه، والنظر إليهما، والإنصات إليهما والاستماع منهما والعدل في الحكم بينهما. روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: من ابتلى بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه وإشارته، ومقعده فلا يرفعن صوته على أحدهما بما لا يرفع على الآخر، وكتب بعض الصحابة إلى قاضيه كتاباً طويلاً. فقال فيه واس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يأس ضعيف من عدلك ولا يطمع

شريف من حيفك.^(١)

٢- قال المحقق: «التسوية بين الخصمين في السلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات والعدل في الحكم»^(٢) ولعل عطف الأخيرين الواجبين على غيرهما ظاهر في كون التسوية واجبا في الجميع.

٣- قال العلامة: وتجب على الحاكم التسوية بين الخصمين إن تساويا في الإسلام والكفر، في القيام والنظر، وجواب السلام وأنواع الإكرام والجلوس والإنصات والعدل في الحكم.^(٣)

٤- وقال في الإرشاد: إذا حضر الخصمان بين يديه سوى بينهما في السلام والكلام والقيام والنظر وأنواع الإكرام والإنصات والعدل في الحكم.^(٤)

والعبارتان الأخيرتان صريحتان في الوجوب وأما عبارة المحقق فمحملة له، وسيوافيك في الوظيفة الثالثة أنه يجوز تخصيص الخطاب بأحد المترافعين وهو يوافق استحباب التسوية لا وجوبها ومن قال بالاستحباب: سائر، وابن إدريس.

٥- قال سائر: وليكن نظره إليهما متساويا ومجلسهما كذلك ... فهذا كله ندب.^(٥)

٦- وقال ابن إدريس: ويستحب أن يكون نظره إليهما واحداً ومجلسهما بين يديه على السواء لا أن ذلك واجب على ما يتوهمه من لا بصيرة له بهذا الشأن.^(٦)

استدل على الحكم بروايات غير نقيّة السند، لكن التعاضد وإتقان المضمون، يدل على الصدور خصوصاً ما رواه سلمة بن كهيل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك

١- الطوسي، المبسوط: ١٣٩/٨، والمقصود من «بعض الصحابة» هو أمير المؤمنين عليه السلام على ما في رواية

سلمة بن كهيل. ٢- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٨٠/٤.

٣- العاملي، مفتاح الكرامة: ٣٠/١٠، قسم المتن. ٤- العلامة الحلّي، إرشاد الأذهان: ١٤٠/٢.

٥- سائر الديلمي، المراسم: ٢٣١. ٦- ابن إدريس، السرائر: ١٥٧/٢.

في حيفك ولا يأس عدوك من عدلك.^(١)

يلاحظ عليه : أنَّ في السند عمرو بن أبي المقدام، وهو لم يوثق وكون الراوي من أصحاب الإجماع كالحسن بن محبوب ليس دليلاً على كون المروي عنه ثقة كما أوضحنا حاله في كتابنا : «كليات في علم الرجال» : أضف إلى ذلك أنَّ «واس» الذي هو لغة في «اس» بمعنى التعاون من واسى الرجل بمعنى عاونه وهو غير المساواة، على أنَّه غير مختص بمجلس المرافعة، والتعليل يناسب كونه مستحباً، لأنَّ الواجب على القاضي، هو الحكم بالعدل، فلوقام بعمل طمع القريب في حيفه، ولكنَّه لم يحف، ليس عليه شيء. كل ذلك دليل على أنَّ هذه الأمور مستحبة إلا ما دلَّ الدليل على وجوبه كالإنصاف والعدل في الحكم.



ومنه يظهر حال ما رواه السكوني.^(٢)

وقال المحقق الأردبيلي: إنَّ ظاهر الرواية (السكوني) الوجوب ولكن - للندرة وضعف السند والأصل وورود الأمر للندب كثيراً خصوصاً في مقام بيان الآداب الأعم - حملت على الندب^(٣) نعم لو انتهى ترك العمل بها إلى تحقير الآخر وإهانتة يحرم.

وقد استثنى من ذلك أمران:

- ١- التسوية في الميل القلبي لأنَّ ذلك غير مقدور.
- ٢- تفضيل المسلم على الكافر فلا مانع من كون الكافر قائماً والمسلم جالساً ليميزا ولكنَّه لا يكون دليلاً على العدول عن الحق وقضية الإمام مع يهودي حضر لدى شريح معروفة.^(٤)

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

٢- نفس المصدر، الباب ٣ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢-٣.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/٥٤.

٤- الطوسي: المبسوط: ٨/١٤٩، وابن قدامة، المغني: ١١/٤٤٤.

الثانية : في تحريم تلقين أحد الخصمين على الآخر

قال الشيخ: إذا جلس الخصمان بين يديه لم يكن له أن يلقي أحدهما ما فيه ضرر على خصمه ولا يهدي إليه، مثل أن يقصد الإقرار فيلقنه الإنكار، أو يقصد اليمين فيلقنه ألا يحلف.^(١)

قال المحقق: « لا يجوز للحاكم أن يلقي أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج »^(٢)، أي ليس له أن يعين المدعي في ادعائه ليكون ادعاه مسموعاً، كما إذا ادعى بطريق الاحتمال فيعلمه أن يدعي بالجزم حتى تكون دعواه مسموعة، ولا أن يعين المنكر في إنكاره. كما إذا قال له المدعي، أقرضته كذا درهماً، فأراد المدعي عليه أن يقول، بأنه أدى دينه وبما أن هذا النمط من الجواب يجعله مدعياً لا يقبل منه إلا بالبينّة، يُعلمه القاضي لينكر الدين من أساس. كل ذلك إدخال ضرر على الخصم وإرشاد لأحد المترافعين ليغلب على الآخر، فالجملتان^(٣) في عبارة المحقق تشيران إلى معنى واحد ودليل التحريم كونه مخالفاً لشؤون القضاء وهو المحايدة وأين هي من تلقين الحجة على أحد المتخاصمين - مضافاً إلى احتمال إيراد الضرر على خصمه، وأما ما ذكره المحقق من أنه يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدّها فليس بكاف إذ لا دليل على تحريمه مالم ينجر إلى إبطال الحقوق.

نعم لا بأس بالاستفسار والتحقيق وإن استفاد منه الخصم، كما أنه لا بأس بالتلقين، إذا علم أنه الحق ولا يلزم منه فتح باب المنازعة.

هذا كله في القاضي وأما الوكيل فهو على طرف النقيض من الحيادة، فله أن يعلمه ويلقنه طريق الغلبة، مالم يقف على فساد الدعوى وإلا فيحرم الدفاع عنه

٢- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨٠ / ٤.

١- الطوسي، المبسوط: ١٥٠ / ٨.

٣- التلقين، والهداية و حاول في مفتاح الكرامة أن يفرق بينهما بوجه غير مهم فلاحظ ج ١٠ / ٣٤.

الثالثة : في عدم مواجهة أحدهما بالخطاب

قال المحقق: إذا سكّت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدعي، ولو أحسّ منهما أن سكوتها بسبب احتشامه، أمر من يقول ذلك ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمّن من إيجاش الآخر.^(١)

وذكر العلامة صدر الكلام وترك ذيله أي قوله: «ويكره أن يواجه أحدهما بالخطاب» ولو كانت التسوية واجبة لما جاز أن يخصّ أحدهما بالخطاب إلا أن يجعل ذلك قرينة، على كون التسوية لدى المحقق مستحبة.

ويظهر من الشيخ أنه على الحرمة قال: «ولا يقول لواحد منهما تكلّم لأنه إذا أفرد بالخطاب كسر قلب الآخر».^(٢)

ولكن الكراهة أظهر وقد مرّ عدم الدليل الواضح على وجوب التسوية في غير الإنصاف والعدل في الحكم.

الرابعة: في الدعوة إلى الصلح

قال المحقق: إذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ويستحب ترغيبهما في الصلح فإن أبيا إلا المناجزة، حكم بينهما.^(٣)

وقال العلامة: وإذا اتضح الحكم وجب، ويستحب الترغيب في الصلح وإن أشكل آخر إلى أن يتضح.^(٤)

إذا ظهر للحاكم - بعد تحرير الدعوى والمنازعة - الحكم الحق، يجب عليه الحكم به - إذا طلب المحكوم له - لا مطلقاً كما سيوافيك وكونه فورياً لأجل أنه

٢- الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٥٠.

٤- العلامة الحلي، إرشاد الأذهان: ٢ / ١٤١.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨٠ / ٤.

٣- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨١ / ٤.

حق مطالب ولا مسوغ للتأخير، كما أنه إذا لم يظهر الحكم الحق، فعليه أن يتأمل ويجتهد ويطالع ويباحث العلماء حتى يظهر الحكم. إننا الكلام استحباب الدعوة إلى الصلح بعد ظهور الحكم وطلب المحكوم على وجه لا ينافي الفورية العرفية وما في المسالك من أن الترغيب إلى الصلح، ينافي الفورية وإلا لم يصح الاشتغال عنه بالترغيب في الصلح، ليس بتمام لعدم منافاته مع الفورية العرفية.

ويمكن استظهار الاستحباب مما نذكر.

١- عمومات الدعوة إلى الصلح، منها: ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ﴾^(١) قال: إذا دعيت لصلح بين اثنين فلا تقل عليّ يمين أن لا أفعل.^(٢)

ومعنى الآية لا تجعلوا اليمين بالله مانعاً عن البر والتقوى والصلح لثلاث تبرؤوا وتتقوا، نظير قوله سبحانه ﴿يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ أَنْ تَصْلُوا...﴾ (النساء/ ١٧٦) أي لثلاث تصلوا، والآية نزلت في عبد الله بن رواحة حلف أن لا يدخل... ولا يكلمه ولا يصلح بينه وبين امرأته فكان يقول إني حلفت بهذا فلا يحل لي أن أفعل فنزلت الآية.^(٣)

٢- لولا الترغيب إلى الصلح ربما يتوجه إلى المنكر الحلف وهو مكروه وإن كان صادقاً.^(٤)

الخامسة: فيما إذا ازدحمت جماعة من المدعين

إذا ورد الخصوم إلى المحكمة متعاقبين وعُرف المتقدم والمتأخر بُدئ بالأول

١- البقرة/ ٢٢٤.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١ من أبواب الصلح، الحديث ٥ ولاحظ روايات الباب.

٣- الطبرسي: ١/ ٣٢٢، ط صيدا.

٤- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، لاحظ أحاديثه.

فالأول.

فإن وردوا جميعاً، أو لم يُعرف الترتيب فقد ذكر المحقق حلّ مشكلة الترتيب وجهين:

١- يُقرع بينهم.

٢- تكتب أسماء المدّعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم، وقيل يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة ويجعلها تحت سائر ثم يُخرج رقعة رقعة ويستدعي صاحبها. ما هو الفرق بين الطريقتين وهل الطريق الثاني أيضاً نوع إقراع، والظاهر أنه كانت للقرعة في الأعصار السابقة صورة خاصّة من وضع الرقاع في بنادق^(١) من طين وسترها ونحو ذلك بخلاف الصورة الثانية فلأنها ليست لإكتابة أسماء المدّعين في رقاع وصبّها تحت يدي القاضي مستورة ليأخذها واحدة واحدة ويسمع دعوى من خرج اسمه في كلّ مرتبة وهذا في الحقيقة ضرب من القرعة لا على الوجه المشهور^(٢).

وكان تعبدهم بالصورة الأولى على حدّ نقل المحقق أنه إنّما يعمل بالصورة الثانية إذا تعسّرت القرعة بالصورة الأولى ونسبه في المسالك إلى المشهور.

أما لزوم تقديم السابق وروداً فلاجل أنه يوجد السبق حقّاً للسابق في نظر العرف والعقلاء بحيث يرون التخلف عنه ظلماً وتعدياً وهذا كاف في لزوم العمل به وإذا كان عندهم كذلك فليس للقاضي التجاوز عنه فيعمّه قوله سبحانه: ﴿فَأَخْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص/ ٢٦) فيشمل أيضاً ما يعدّ حقّاً في نظر عامّة الناس بفطرتهم.

وأما إذا لم يعلم السابق فيما أنّ المقام مظنة التنازع فالإقراع، الطريق الوحيد لرفعه نعم المتقدّم بالسبق أو القرعة إنّما يقدّم في دعوى واحدة فإن كان له دعوى

١- البندق كلّ ما يرمى به من رصاص كرويّ وسواه.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٥.

غيرها، يحضر في مجلس آخر، ويكفي في لزوم عدم الاشتغال به. إنَّ العدول عنه يعدّ تعدياً إلا إذا لم يتوقف على صرف وقت كثير يعدّ تضييعاً لحق الآخرين.

هذا ما يرجع إلى السابق أمّا في محاكم اليوم، فيراعى الترتيب حسب تسلسل ورود الشكوى لدائرة استلام المرافعات.

ومع ذلك فربما يرى القاضي أنَّ التأخير في القضاء، يوجّه ضرراً كثيراً بالنسبة إلى أحد المترافعين أو أنَّ المتهم سوف يترك ولاية القضاء فلا تصل اليد إليه، فعند ذلك يقدّم ما هو الأصلح للقضاء. أو أنَّ الاشتغال بالمرافعة المتأخرة، يكون مؤثراً في حلّ المرافعة الأولى أو أنَّ التحقيق بعدُ لم يتم من حيث تكميل ملفّ المرافعة ففي جميع ذلك يكون للقاضي، العدول عن السابق إلى اللاحق.

السادسة : في قطع كلام المدعي بطرح دعوى جديدة

إذا كان المتقدم من المدّعين أحقّ في طرح الدعوى وسماع القاضي منه من غيره، يترتب عليه أنّه لو قطع المدّعي عليه، دعوى المدّعي بدعوى، لم تسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهي الحكومة فإنّه حينئذٍ مدّع متأخر عن الأوّل فلا تسمع دعواه ما لم يفرغ القاضي عن الحكومة في الأولى إلا إذا كانت بين الدعويين صلة، ربّما تلقى الثانية ضوءاً في حال الدعوى الأولى فلا مانع عندئذٍ من استماعها.

نعم بعد الفراغ، يستأنف هو دعواه الثانية إن لم يكن هناك مدّع متقدّم.

السابعة: فيما إذا سبق أحد الخصمين بالكلام

لا شكّ أنّ المدّعي هو الأحقّ بالابتداء بالكلام لأنّه المشتكي هو وإذا ترك ترك، لكن إذا تنازع الخصمان وزعم أنّ كلّ واحد منهما هو المدّعي نظراً، فإن سبق أحدهما بالدعوى، لم يلتفت إلى قول الآخر الذي يقول: أنا المدّعي بل عليه أن

يجيب ثم إن شاء طرح الدعوى.

لكن إذا لم يبتدئ واحد منهما بالدعوى فلا بد في ترجيح أحدهما على الآخر، من مرجح، فقيل: يقدم من كان جالساً على يمين خصمه ويكون بالطبع أمام يسار القاضي. قال الشيخ: إذا حضر اثنان عند الحاكم معاً في حالة واحدة كل واحد منهما يدعي على صاحبه، من غير أن يسبق أحدهما بها. روى أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه واختلف الناس في ذلك على ما حكاه ابن المنذر، فقال: منهم من قال: يُقرع بينهما وهو الذي اختاره أصحاب الشافعي وقالوا: لا نص فيها عن الشافعي، ومنهم من قال: يُقدم الحاكم منهما من شاء، ومنهم من قال: يصرفهما حتى يصطلحا، ومنهم من قال: يستحلف كل واحد منهما لصاحبه. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم ولو قلنا بالقرعة كما ذهب إليه أصحاب الشافعي كان قوياً لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول.^(١)

فظهر أن هنا قولين:

١- يقدم قول الجالس عن يمين الخصم.

٢- يقرع، ودليل القول الثاني واضح أشار إليه الشيخ في كلامه إنما الكلام في دليل القول الأول.

فقد استدل للأول بما رواه الصدوق بسنده عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى رسول الله ﷺ أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام.^(٢)

و رواه ابن الجنيّد عن كتاب الحسن بن محبوب عن محمد بن مسلم^(٣) وسند الصدوق إلى محمد بن مسلم غير نقي، وسند ابن الجنيّد إلى الحسن بن محبوب غير

١- الطوسي، الخلاف: ٣/ ٣١٩، كتاب القضاء، المسألة ٣٢، ولاحظ المبسوط: ٨/ ١٥٤.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٥ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

٣- المرتضى، الانتصار: ٢٤٤.

معلوم لنا وهل المراد يمين الخصم، أو يمين القاضي وليس صريحاً في يمين صاحبه كما عتبر به الشيخ في الكتابين. نعم على ما قرر السيد المحقق البروجردي من أن الصدوق نقل الأحاديث عن الكتب الثابتة إسنادهما إلى مؤلفيهما (كما صرح به الصدوق في أول الفقيه). وأن ذكر الاسناد إلى مؤلفي هذه الكتب تبرعي لا إلزامي، يرتفع الإشكال في السند.

روى الصدوق بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن على يمينه يعني يمين الخصم» والظاهر أن التفسير من الصدوق وعلى فرض صحته لا يدل على أنه كان مدعياً وأن له حق السبق بالكلام. ولو قيل بالقرعة أو فوض الأمر إلى اختيار القاضي لكان أحسن أيضاً.

إذا كثر المدعون، ووردوا مجتمعين، فقد تقدم أن القاضي يقرع بأحد النحوين، فيقدم في الاستماع من خرج اسمه لكن لو افترضنا أن بين المدعين مسافراً أو امرأة ربها يكون تأخير سماع دعواتهما، سبباً لوقوعهما في الضرر والخرج الشديدين فيقدم على غيرهما وربما يقال بعدم اقتضاء ذلك سقوط حق الآخر، ويمكن أن يقال: إنما يرجع إلى القرعة إذا لم يكن هناك مرجع شرعي والمفروض تضررهما دون الآخرين، وعلى ذلك لا يختص الحكم بالمسافر ولا بالمرأة بل يعم كل مورد يصاحب الضرر، لو آخر، وهل يمكن إسراء الحكم إلى ما كان المتضرر متأخراً قطعاً، أو لا؟ وجهان:

كراهة الشفاعة للقاضي

ذكر المحقق أنه يكره للحاكم أن يشفع في موردين:

١- إسقاط حق بعد ثبوته

٢- إبطال دعوى قبل ثبوتها

لقول النبي ﷺ لأسامه: يا اسامة لاتسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنَّ الحقوق ليس فيها شفاعه.^(١) والحديث أجنبني عن المقام لكون البحث في شفاعه القاضي، لا شفاعه الغير عند القاضي.

وقد سبق في الوظيفة الرابعة: أنه إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً يستحب ترغيبهما في الصلح، وعند ذلك يقع الكلام في كيفية الجمع بينهما ويمكن الجمع بوجهين:

١- إنَّ الترغيب إلى الصلح قبل الحكم بالحق وإن كان واضحاً عند القاضي بخلاف المقام فإنَّ الشفاعه بعده.^(٢)

٢- إنَّ الترغيب إلى الصلح راجع إلى حقوق الناس بخلاف المقام فإنه راجع إلى حدود الله.

على أنَّ القاضي إذا أعياه الأمر ولم يجد طريقاً صحيحاً للقضاء يأمر بالصلح أيضاً.

المقصد الثاني:

في مسائل متعلقة بالدعوى

وهي خمس:

الأولى: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة

يشترط أن يكون المدعى به معلوماً بالجنس والنوع والوصف والقدر كما عن الشيخ وأبي الصلاح وإبني حمزة وزهرة وإدريس والفاضل في التحرير، والتذكرة

١- النوري، المستدرک: الجزء ١٧، الباب ١١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٢.

٢- لاحظ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٠ من أبواب مقدمات الحدود.

والدروس فلا تسمع إذا كان مجهولاً كما إذا ادّعى فرساً أو دابةً أو ثوباً أو شيئاً.^(١)

١- قال الشيخ إن ما يدّعيه لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون أثماً أو غيرها فإن كان أثماً فلا بدّ من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة وهو أن يذكر القدر والجنس والنوع، فالقدر ألف، والجنس دراهم، والنوع راضية أو عزية.

وأما إذا كانت من غير الأثمان فقسمها إلى القائمة والتالفة، والقائمة إلى ما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب فيذكر صفاتها وإلى ما لا يمكن فليذكر القيمة، ثم قسم التالف إلى مثلي يذكر صفاته وقيمي يذكر قيمته.^(٢)

٢- وقال عماد الدين الطوسي: ولا يجوز سماع الدعوى غير محررة إلا في الوصية وإنما تتحرر الدعوى في الدين بثلاثة: قدر المال والجنس والنوع وربما احتاج إلى وصف رابع إذا اختلف النوع مثل من ادّعى مائة درهم فلاني وكان بين الصحيح والعلّة تفاوت.^(٣)

٣- وقال ابن إدريس: فإن كان أثماً فلا بدّ من ذكر ثلاثة أشياء تكون معلومة وهو أن يذكر القدر والجنس والنوع وأما إن كانت غير الأثمان فقد ذكر نفس ما ذكره الشيخ في المبسوط.^(٤)

٤- وقال المحقق: لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة مثل أن يدّعي فرساً أو ثوباً ويقبل الإقرار بالمجهول ويلزم تفسيره وفي الأول (عدم قبول الدعوى المجهولة) إشكال.^(٥)

ولعلّ المحقق أول من خالف الرأي السائد قبله إذ أيّ فرق بين الدعوى

١- النراقي، المستند: ٢/٥١٣-٥١٤ والسيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/٣٨.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/١٥٦-١٥٧ بتلخيص.

٣- عماد الدين، الوسيلة: كتاب القضاء ٢١٦.

٤- ابن إدريس، السرائر: ٢/١٧٨.

٥- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/٨٢.

والإقرار، فإن الأول لا يقبل، والثاني يقبل لكن يلزم بتفسيره وربما قيل إن الفرق وهو أن إقرار المقر يسمع إذ لو ردّ ربّما يرجع عن إقراره فلاجل ذلك يقبل، حتى يفسره بخلاف ادّعاء المدّعي فيها أنه لصالحه، فلو لم يقبل يرجع ويدّعي شيئاً معلوماً، إذ له داع لأخذ حقه من غيره.

يلاحظ عليه: أن المهم، شمول الأدلة للمجهولة منهما أولاً، ولا اعتبار بهذه الاستحسانات ثانياً.

والأولى أن يقال: يجب أن تكون الدعوى ذات أثر شرعي فلو ادّعى على رجل شيئاً لا أثر شرعي لها كما إذا قال لي عنده شيء، وهو مردّد بين ما له القيمة وما ليس له قيمة، فلا تشمل الأدلة وأما إذا كان مع كونه مجهولاً، ذا أثر شرعي فيقبل وإن كان مجهولاً من جهة ومعلوماً من جهة أخرى كما إذا ادّعى أن له على زيد ثوباً أو دابة فيقبل الادّعاء فإن قامت البينة على تعيين المدّعى به من حيث الخصوصيات التي تختلف بها القيم، وإلا فيلزم بالأقل قيمة من محتملات الثياب أو الدواب لا الخارج عنهما وتحتمل القرعة فإذا ادّعى أن له عليه ثوباً لكن نسي خصوصياته، وكان المدّعى به محتملاً بين ثياب أو دواب مختلفة محدودة فإن كان موجوداً يقرع بين الثياب أو الدواب، فإن تلف فإن اتفقا في القيمة وإلا، فيدفع الأقل.

الثانية: إيراد الدعوى بصيغة الجزم

من شروط صحة طرح الدعوى إيرادها بصيغة الجزم وعليه لفيف من الفقهاء فلا يصح أن يقول: أظنّ أو أتوهم كذا سواء أكان في قلبه جازماً أو لا:

١- قال المحقّق: ولا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم فلو قال: أظنّ أو أتوهم لم تُسمع وكان بعض ما عاصرناه يسمّعها في التهمة ويحلف المنكر. وهو بعيد عن شبه الدعوى.^(١)

٢- وقال العلامة: لا يجوز أن يعتمد على خطئه إذا لم يتذكر.

وقد تتبع المحقق النراقي الأقوال في المسألة وتبعه السيد الطباطبائي وهي لا تتجاوز عن ستة.

١- لا تسمع الدعوى الظنية والوهمية.

٢- تسمع مطلقاً لو كانت احتمالية.

٣- تسمع في صورة التهمة.

٤- تسمع في صورة الظن.

٥- تسمع فيها يخفى ويعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوهما دون ما لا يخفى.

٦- تسمع عند احتمال الإقرار أو وجود البينة أو ادعاء المدعي أحدهما فإن تحقق وإلا سقطت، كما تسقط مع عدم احتمال شيءٍ منهما من الأول.^(١)

إن الظاهر من كلماتهم أن وجه الاشتراط أحد أمرين: إما لعدم صدق الدعوى إذا لم يكن جزم في عرضها، أو لعدم ترتب أثرها عليه من حلف المدعي إذا رد المنكر عليه، أو القضاء بالنكول، فلا يصح للمدعي الحلف لعدم علمه بصحة الدعوى كما أنه لو قضى القاضي بالنكول لما صح له التصرف في المدعى به للوجه المذكور، فلأجل ذينك الوجهين التزموا باشتراط الجزم في صيغة الدعوى مطلقاً أو في بعض الموارد كما عرفت في الأقوال.

غير أن هذه الوجوه غير صالحة للاستدلال.

أما الأول فيمنع عدم صدق الدعوى مع الظن والتهمة ولا يمكن إنكاره بل تطلق عليه الدعوى في مقام التهمة وغيرها ولأجل ذلك يجوز تخليف الأمين مع

١- النراقي، المستند: ٥١٤ / ٢، والسيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٤٢ / ٢ والقول الأخير لوالد النراقي، أعني: الشيخ مهدي النراقي في المعتمد فإذا كان للولد المستند فللوالد المعتمد.

التهمة كما في غير واحد من الروايات.

روى بكر بن حبيب: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه قال: إن اتهمته فاستحلفه، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء. ^(١)
كل ذلك يدل على أنه لا يشترط في طرح الدعوى الجزم بالصيغة بل يكفي كون الدعوى مقبولة عند العقلاء.

نعم فرق بين المقام ومورد الرواية فإن الخالف فيها، هو المدعي، أعني: القصار و الحائك اللذين يدعيان أن الثوب قد سرق، بخلاف المقام فإن الخالف - لو قلنا بسماع الدعوى - هو المنكر، دون المدعي ولكن وجه الاستدلال غير مبني على التماثل بين البابين من جميع الجهات بل من جهة أنه يجوز طرح الدعوى مع عدم الجزم بهما.

وأما الثاني والثالث: أي قبول اليمين المردودة من المنكر، أو القضاء بالنكول فلانلتزم بكونها من آثار الدعوى على وجه الإطلاق لأنه إنما يحلف باليمين المردودة أو يقضى بالنكول إذا لم يكن هناك مانع وهو في المقام موجود لأن المفروض عدم جزم المدعي بالمدعى به فكيف يحلف، أو يتصرف فيما قضى له بالنكول.

هذا هو إجمال الكلام في المسألة وتحقيق الحق يقتضي التفصيل وهو.

لاشك أنه إذا علم بالحق، صَحَّ له طرح الدعوى على وجه الجزم كما أنه إذا علم بعدمه يحرم عليه طرح الدعوى مطلقاً إنما الكلام فيما إذا لم يكن له علم جازم أي العلم حسب اصطلاح المنطقيين فهنا صورتان:

الأولى: إذا كانت معه حجة شرعية كما إذا قامت البيّنة على كونه مديوناً أو دل الاستصحاب على كونه كذلك، أو أقرّ خارج مجلس الحكم، أو وجد بخطه أو

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٩، من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ١٦، ويلاحظ الحديث

خطّ المدعى عليه أنّه مديون وأمن من التزوير فلأنّه حجة عقلائية بلا كلام.

الثانية: إذا لم تكن له حجة شرعية أو بيّنة عقلائية بل لم يكن له إلا مجرد احتمال يحتمل معه انتهاء الأمر إلى إقرار المدعى عليه بالدين ونحوه والكلام في كلّ منهما يقع في موردين:

تارة في جواز طرح الدعوى من جانب المدعي وعدمه وأخرى، في جواز سماع الدعوى للقاضي وعدمه، وبعبارة أخرى يقع الكلام تارة في الحكم التكليفي للمدعي، وأخرى في الحكم الوضعي للقاضي من حيث وجوب السماع وأعمال قواعد القضاء فلنبحث عن الصورتين واحدة بعد الأخرى.

الأولى: إذا كانت للمدعي حجة شرعية

أما جواز طرح الدعوى فلا شك في أنّه إذا كان للمدعي حجة شرعية، أنّ له حق المطالبة وطرح الدعوى باحدى الصور التالية :

١- أن يطرح الدعوى بصورة الاخبار ويقول: لي على فلان دينار، من دون أن يذكر مصدرها.

٢- تلك الصورة، لكن يضمّ إليها ذكر المصدر، ويقول: لي على فلان دينار، لقيام البيّنة.

٣- أن يطرح الدعوى بصورة الإنشاء، ويقول خطاباً للقاضي: أطلب من فلان ديناراً، وإن لم يكن له علم وجداني، إذ يكفي في عدم صدق الكذب استناده إلى الحجة الشرعية خلافاً للمحقق الرشتي حيث زعم أنّه كذب مسوّغ لأجل استنقاذ الحق الذي قامت عليه أمانة شرعية.

يلاحظ عليه: أنّ إظهار الدعوى بالجزم مع عدمه في القلب إنّما يعدّ كذباً وتدليساً إذا لم يستند إلى دليل شرعي، وأما معه فلا يوصف به، وقد أشار إليه

صاحب الجواهر في ثنايا كلامه^(١) وأما الكذب المضموني فهو يتحقق مع الجزم أيضاً، كما هو واضح.

وأما سماع الدعوى فيجب على القاضي سماعها، لوجود المقتضي وهو الدعوى الصحيحة وفقدان المانع، حتى ولو علم القاضي أنه استند إلى البيّنة أو القواعد الشرعية وذلك لشمول الإطلاقات للمقام ولولاه لزم إبطال كثير من الحقوق ويترتب عليه كلّما يترتب على الدعاوي الصحيحة من لزوم إقامة البيّنة على المدعي والحلف على المنكر، فلو ردّ الحلف جاز له اليمين حسب ما قامت عليه البيّنة أو الأصل الشرعي ولو قضى القاضي بالنكول جاز له التصرف في العين لنفس الدليل، ومعه الحاجة إلى الاستدلال بها ورد في جواز إحلاف الأمانة إذا ادّعوا التلف أو إحلاف القصار والحائك في صورة التهمة^(٢) وقد أشار صاحب الجواهر إلى هذه الصورة وقال: «إنّ المدعي لا يشترط جزمه في نفس الأمر لأنّه إذا كانت للمدعي بيّنة تشهد له بحقّ وهو لا يعلم به فله أن يدعي به عند الحاكم لتشهد له البيّنة، وكذا لو أقرّ له مقرّ بحقّ وهو لا يعلم فله أن يدعيه عليه وإن لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو»^(٣).

الصورة الثانية: إذا كانت فاقدة للحجّة الشرعية

لاشكّ في أنّه لا يجوز طرح الدعوى بصيغة الجزم لكونه كذباً مخالفاً لما يعتقد إذ ليس في نفسه جازماً نعم يجوز له، إظهارها على النحو المنزه عن كذب ونفاق فقال: أظنّ أو احتمل أنّ لي عندك درهماً فالكلام في وجوب السماع وترتيب الأثر وإعمال قواعد القضاء في حقّه وعدمه، وربّما يرجح عدمه لأنّ الدعوى يلزمها أن

١- الجواهر: ٤٠/١٥٤، السطر ٩.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الحديث ١٦-١٧.

٣- الجواهر: ٤٠/١٥٤-١٥٣.

يتعقبها يمين المدعى إذا ردت إليه أو القضاء بالنكول وكلاهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحق، ولكنك قد عرفت أن الأمرين المذكورين ليسا من أثر مطلق الدعوى، وإنما يقوم به المدعى أو القاضي إذا كان العمل بهما ممكناً، لا ما إذا لم يكن كذلك، والظاهر الاكتفاء بكون الدعوى أمراً مقبولاً عند العقلاء وهو كذلك إذا كان مظهرناً أو متهماً أو ما إذا اكتنفت الدعوى بأمر تسويع إقامة الدعوى عند العقلاء فيكفي ترتب الأثر عليها من احتمال إقرار المدعى عليه على الحق، أو يمينه المسقط لحق الدعوى أو نحوهما وأقصى ما يلزم أنه إذا توقف عن اليمين، تكون الدعوى متوقفة و كم لها من نظير في باب القضاء. ويؤيد ما ذكرنا أمران:

١- ما قدّمناه من الروايات الواردة في القصار والحائك فإن الأثر المترتب عليها، هو جواز إحلاف القصار هناك وفي المقام.

٢- إنه لو بنى على سماع خصوص الدعوى القطعية لصار كثير من الحقوق خصوصاً فيما تردد المدعى عليه من بدء الأمر بين شخصين، ولكن مهما طال التحقيق والاستنطاق، يتجلى الواقع، ويُميز السارق عن الأمين.

ويمكن أن يقال إنه يجوز له الجزم في طرح الدعوى إذا كان المحتمل أمراً مهماً يحتمل معه إقرار المدعى عليه به كالقتل والمال الطائل، بحيث لو طرحها بصورة الظن أو الوهم، يبعد اعترافه به.

ثم إن القوم قد عدّوا من الصورة الثانية ما لو وجد الوارث في ديوان أبيه بخطه ديوناً لأبيه، أو وجد الإمام في ديوان من لا وارث له ديوناً له، بخطه، وقد سبق أنه حجة إذا كان مأموناً من التزوير فيلحق بالصورة الأولى، وإلا فهو من الصورة الثانية.

المسألة الثالثة: في طلب الجواب من المدعى عليه

إذا تمت الدعوى من المدعى هل يُطالبُ الحاكمُ، المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ وجهان:

قال الشيخ: كل موضع تحررت الدعوى، هل للحاكم مطالبة المدعى عليه بالجواب من غير مسألة المدعى أم لا؟ قال قوم: لا يطالبه بالجواب من غير مسألة المدعى، لأن الجواب حق المدعى فليس للحاكم المطالبة به من غير مسألته كنفس الحق وهو الصحيح عندنا وقال قوم: له مطالبة به من غير مسألة المدعى لأن شاهد الحال يدل عليه لأن الإنسان لا يُحضر خصمه إلى الحاكم ليدعى عليه، وينصرف من غير جواب وهو قوي أيضاً. (١)

ولا يخفى أن الاستناد إلى شهادة الحال، يُرجع القول الثاني إلى الأول ومعناه، عدم جواز المطالبة إلا بطلبه صريحاً أو بشهادة الحال.

وقواه المحقق وقال: إنه يتوقف لأنه حق له فيقف على المطالبة. (٢)

ولكن الحق خلافه، - مضافاً إلى كونه خلاف سيرة العقلاء في المحاكم - .

أن شاغل منصّة القضاء إنما نُصب عليه لقطع المخاصمات، وحل المشكلات، فما لم يكن هناك موضوع مطروح فلا تكليف له، وأما بعده، فهو مأمور بالقضاء بالقواعد، فلا شأن له إلا هذا فهو يتبع القواعد إلى نهاية الأمر، إلا أن يدل دليل خاص على لزوم التوقف واستفسار الأمر عن أحد المترافعين، وبما أنه لا دليل على لزوم سؤال المدعى، في مورد مطالبة الجواب عن الخصم، لكونه على خلاف المفهوم من الأمر بالقضاء فينهي المخاصمة بالقضاء.

و هناك احتمال ثالث وهو أن الجواب حق الخصم، ليدفع عن نفسه ما

١- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٧.

٢- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤/ ٨٢.

وجهه إليه المدعي، وهو يؤيد عدم الحاجة إلى إجازة المدعي.

المسألة الرابعة : في الشكوى على القاضي

قد سبق أنه يشترط في صحة الترافع أن لا يكون القاضي من أطراف المرافعة، فلا يصح إذا كان أحد المترافعين قاضياً فيها بل يجب أن يكون كأحد الرعايا وترفع الشكوى إلى قاض آخر والمسألة عندئذ لا تخلو من الصور الآتية:

١- إذا كان هناك إمام له رئاسة كلية على الأنظمة، ومنها نظام القضاء، رفعها إليه.

٢- إذا لم يكن رفع الشكوى إلى الإمام ميسوراً وكان المدعي في غير ولاية الخصم (القاضي) رفعه إلى قاضي ولايته، ويجب على القاضي الحضور، شأن غيره ممن تكون بينه وبينه خصومة، وذلك، لأن تعيين القاضي حق طبيعي للمدعي، فتجب على الخصم الإجابة إذا دعى إلى المحكمة.

٣- إذا كان المدعي في بلد الخصم الذي هو قاضي ذلك البلد، فلا يصح رفع الشكوى إليه، لما عرفت من بطلان كون القاضي أحد المترافعين، لكن إذا كان له خليفة في ذلك البلد رفعه إليه كما حضر علي عليه السلام مع أحد الرعايا عند خليفته أعني: شريحاً، وبما أن النائب يكون خارجاً عن طرف الدعوى، يكون حكمه نافذاً في حقهما، وافترض الخليفة عادلاً، يصده عن الجنوح إلى جانب المنوب عنه، إلا جنوحاً عن لا شعوره، وهو ليس بمحرم.

وهناك احتمال آخر وهو أن يرفع الشكوى إلى قاضي بلد آخر كالصورة الثانية إذ لا دليل على لزوم الرجوع إلى قاضي البلد الذي هو وخصمه، فيه خصوصاً بعد ما عرفت من أن تعيين القاضي حق طبيعي للمدعي، فلا وجه لعدم حضوره في المحكمة وإن كانت في غير بلده إلا إذا كان ضرورياً أو حرجياً، فما لم يمنعه مانع عن رفع الشكوى إلى أي محكمة من المحاكم القرية أو النائية، فله رفع الشكوى

إليها، إلا إذا كان هناك تحديد من الحاكم الأعلى للمرافعات خلافاً للشهيد الثاني، حيث منع العدول عن الترافع لدى الخليفة وقال: «ولا تجب إجابة المدعي إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده لأن العدالة تمنع من التهمة»^(١) وهو كما ترى.

٤- ولو لم يكن له خليفة رفعه إلى حاكم آخر في غير ولايته.

هذا هو مقتضى الأنظمة السالفة وأما اليوم فللاعتراض على أحكام القضاة محكمة خاصة، هم المعنيون لرفع التظلم عن الرعايا، نعم تختص تلك المحكمة بالنظر إلى الشكاوى المتوجهة إلى أحكامهم، لا إلى أعمالهم الخارجة عن حیطة قضاءهم فهم في ذلك مغ غيرهم سواء.



المسألة الخامسة: في جلسة المتخاصمين

يستحب للمتخاصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم لأنه الموافق للأدب، وليتمكن القاضي من التساوي بينهما في النظر، وقد جلس علي عليه السلام مع خصمه عند شريع^(٢) ولو قاما لكان أيضاً جائزاً، كل ذلك لباس للقضاء، وليس لبأله والحاكم يتحرى في كل زمان، الصورة المناسبة له.

المقصد الثالث:

في جواب المدعى عليه

ذكروا أن جواب المدعى عليه لا يخلو عن ثلاثة: إما الإقرار أو الإنكار أو السكوت ولكل حكمه ولكن جعل الأخير من أقسام الجواب لا يخلو عن تأمل فإنه يرجع إلى عدم الجواب، ولعل عده منه لأجل اشتراكه في الإنكار في الأثر إذا أصر

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٧.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

عليه فيكون كالناكل في ردّ اليمين على المدّعي أو القضاء بالنكول لو قلنا به، وقد نسب إلى المحقّق الأردبيلي قسم رابع وهو الجواب بـ «لا أدري» وهو جواب حقيقة، وأكثر ما يجاب به في كلام الوارث فيما إذا ادّعى على مورثه من الديون فيجيب بـ «لا أدري» وعدّه قسماً من الإنكار كما ارتكبه المحقّق الرشتي بحجّة اشتراكهما في نفي العلم، لا في نفي الواقع، ضعيف لأنّ الإنكار، ادّعاء علم بالعدم، بخلاف «لا أدري» فهو ادّعاء عدم العلم، وشتان بينهما فجعله أمراً مستقلاً أولى من إدخاله تحت الإنكار، ولأجل ذلك لا يترتب عليه حكمه من الاستحلاف على نفي الواقع.

وإليك البحث عنها واحداً بعد الآخر فهنا فصول ثلاثة:

الفصل الأول

في إقرار المدّعي عليه

إقرار المدّعي عليه بما ادّعاء المدّعي موضوع للمسائل التالية:

- ١- يُلزم المدّعي عليه بما أقربه و هل اللزوم يتوقّف على حكم الحاكم أو لا؟
- ٢- هل يتوقّف حكم الحاكم على مسألة المدّعي و موافقته لصدور الحكم أو لا؟
- ٣- لو التمس المقرّ له، أن يكتب له إقرار المدّعي عليه، هل تجب الكتابة أو لا؟
- ٤- ماهي صورة الحكم، إذا حاول أن يكتب؟
- ٥- إذا امتنع المقرّ عن الأداء مع كونه واجداً.
- ٦- إذا ادّعى الإعسار واستبان فقره فهل يُنظر أو يسلم إلى الغرماء؟

٧- إذا جهل حاله، فهل يجبس لتبيّن حاله أو لا؟

فهذه فروع سبعة مطروحة حول الجواب بالإقرار فنبحث عن كلّ بعد الآخر.

الأول: إلزام المقرّ والتوقف على حكم الحاكم؟

إذا أقرّ يلزمه ما أقر به إذا كان جامعاً للشرائط، أي جامعاً لشرائط الإقرار والتصرّف وإقراره حجة على نفسه لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١) وهل الإلزام مقيد بحكم الحاكم كما هو الحال في البيّنة إذا قامت لصالح المدعى أو لا؟ ذهب العلامة إلى عدم التوقف قال في الإرشاد: «فإن اعترف الزم بأن يقول الحاكم حكمت أو قضيت أو أخرج من حقّه - مع التماس المدعى - وإلا ثبت الحق»^(٢) وفسره الأردبيلي بقوله: «وإن لم يلزمه الحاكم ويحكم عليه، ثبت».

مركز تحقيق كويتيون علوم إسلامي

وتبعه الشهيد الثاني في المسالك فحكم بالثبوت وإن لم يرافقه الحكم، خلافاً للأردبيلي حيث قيّد الثبوت بحكم الحاكم وقد استدلل الشهيد وغيره على الفرق بين الإقرار والبيّنة في أنّ الثبوت فيها منوط بحكم الحاكم دون الإقرار بوجوه:

١- إنّ البيّنة منوطة باجتهاد الحاكم في قبولها وردّها وهو غير معلوم بخلاف الإقرار^(٣).

يلاحظ عليه: أنّه لم يعلم الفرق بينهما من هذه الجهة فإنّ الثبوت في الإقرار أيضاً منوط باجتهاد الحاكم في قبوله وردّه لأنّه ربّما لا يكون جامعاً للشرائط إقراراً

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢ من كتاب الإقرار، الحديث ٢.

٢- العلامة الحلي: إرشاد الأذهان: ١٤٤/٢.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢٩/١٢، والظاهر زيادة بل.

وتصرفاً كما إذا كان محجوراً أو سفيهاً، وربما يكون غير صريح فيما يدّعيه المدّعي فنفوذه يتوقف على حكم الحاكم.

٢- إن قبول البيّنة وردها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الإقرار.^(١)

يلاحظ عليه: أنه ليس شيئاً جديداً بل هو نفس الفرق السابق أضف إليه - أن الإقرار مثل البيّنة ربّما لا يتوقف قبولها على حكم الحاكم إذا علم قبولها عند الحاكم وإن لم يُنشأ الحكم لمقتضاهما وربّما تتوقف، وليس هنا ضابطة كلية في أحد الجانبين دون الآخر.

٣- لأجمال حكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومة حينئذ كي يحكم بقطعها بخلاف البيّنة.

يلاحظ عليه: أن معناه لغوية حكم الحاكم مع الإقرار مع أنهم اتفقوا على صحة الحكم إذا حكم.

مرکز تحقیق کتب و تفسیر علوم اسلامی

٤- إن البيّنة حجة لدى المدّعي دون المدّعى عليه فلا يحصل قطع الخصومة بإقامتها وحدها ويحتاج إلى حكم الحاكم حتى يكون قوله قاطعاً للنزاع بخلاف الإقرار فإنه حجة لدى المترافعين، فلا وجه للتوقف.

يلاحظ عليه: أن الأثر مترتب على الإقرار الجامع للشرائط ولا يعلمه إلا القاضي، الكاشف عنه حكمه فكيف لا يحتاج إليه كما سيوافيك بيانه.

وأما ثمرة القولين فتظهر الثمرة في الموارد التالية:

أ: إذا كان مورد النزاع عينا من الأعيان عند المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة يجوز للمدّعي التقاوص دون القول الآخر.

ب: إذا لم يكن له علم بالمدّعى به إلا عن طريق إقرار المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة فله أن يطالبه دون القول الآخر.

ج : إن للحاكم الآخر إنفاذ حكم الحاكم الأول، فلو قلنا بعدم الحاجة فله تنفيذه وإن لم يحكم دون القول الآخر.

والظاهر كما مرّ - مضافاً إلى حفظ النظام، واتباع السيرة المألوفة - أن رفع الخصومة أمر فني لا عادي لا يقوم به إلا العارف بشؤون القضاء، فلا يتحقق إلا بحكم من يعرفها، من غير فرق بين البيّنة والإقرار، ويمين المنكر أو اليمين المردودة وغيرها، فإحراز كون الإقرار جامعاً للشرائط لا يقف عليه إلا القاضي، ولا يعلم علمه إلا بحكمه.

ويظهر من المحقق الأردبيلي، اختيار ذلك القول لكن علّله بوجه غير تام وقال: إذ الحكم بالثبوت مشكل ولهذا لم يقدر أحد أن يشهد بثبوتيه في ذمته بل (كذا) بإقراره فليس الحكم إلا للحاكم لا جهته أن أقرار العقلاء على أنفسهم جائز ونحوه وللإجماع فحينئذ تجوز الحكم وأخذ الحق عنه لكل أحد بغير رضا للمقرّ له محل التأمل.^(١)

يلاحظ عليه: أن عدم الحكم بثبوتيه في ذمته، لا يكون دليلاً على عدم الثبوت من دون حكم الحاكم وذلك لأن الإقرار ليس أمانة على الثبوت، حتى يتخذ دليلاً على الثبوت في الذمة ويشهد عليه، بل هو موضوع عقلائي للأخذ بما أقرّ به، ثبت في ذمته أو لا. وبالجمله عدم جواز الشهادة لا يكون دليلاً على توقف سائر الأحكام المذكورة على الحكم.

الثاني: توقف حكم الحاكم على رضی المقرّ له

إذا أقرّ المقرّ، فهل يتوقف حكم الحاكم على مسألة المقرّ له كما عليه الشيخ الطوسي، أو لا يتوقف كما عليه الآخرون؟ قال الشيخ: فإذا ثبت أنه يلزمه لم يكن

للمحاكم أن يحكم عليه به، إلا بمسألة المقر له، به لأن الحكم عليه به، حق له فلا يستوفيه إلا بأمره كنفس الحق.^(١)

ونسبه المحقق في المقام إلى «القليل» مشعراً بتمريضه قال: «قليل لا لأنه حق له فلا يستوفى إلا بمسألته».^(٢) مع أنه ذهب في مطالبة الجواب عن المدعى عليه، إلى لزوم مسألة المدعى كما سبق، والفرق بين المسألتين غير واضح والحق عدم الحاجة إلى المسألة في كلا المقامين ويمكن تقريب ذلك بوجوه:

١- إنه مقتضى إطلاق أدلة القضاء، فالقاضي - بعد رفع الشكوى إليه وحضور المتخاصمين لديه - مأمور بفصل الخصومة ورفعها ولزوم السؤال في كلتا المرحلتين، خلاف الإطلاق.

٢- ولو قلنا بأن الإطلاقات غير ناظرة إلى هذه الجهة حتى يتمسك بإطلاقها، يصح التمسك بالإطلاق المقامي فإن لزوم الاستجاسة من المدعى، مما يُغفل عنه فلو كان واجباً لزم التنبية عليه ولو بدليل مستقل.

٣- إن فصل الخصومة ورفع النزاع من حقوق القاضي كي يطهر المجتمع من الخلاف وهو مطلوب للشارع فما لم ينصرف المدعى عن النزاع فهو مأمور بالفصل، وبعد من شأنه، ومعه، لا وجه لتعليق الحكم برضى المدعى وهذا البيان غير التمسك بالإطلاق كما في الوجهين الأولين.

٤- والذي يدل على أنه من حقوق القاضي لا المدعى، أنه ربما يكون التوقف مزاحماً لحق المنكر، كما إذا حلف بطلب من المدعى، فإيقاف الحكم - بعد حلفه - على رضى المدعى ربما يزاحم لحق المنكر، وذهاب اليمين بحقه وهذا وإن كان خارجاً عن محط البحث (الإقرار لا الإنكار) لكنه يصلح مؤيداً للمختار.

١- الطوسي، المبسوط: ١٥٨/٨.

٢- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨٣/٤.

الثالث: لو التمس المقرّ له، الكتابة.

إذا كان القضاء ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معيّنة^(١) يظهر الفرق بين الفتوى والحكم في الشبهات الحكمية ففي مسألة ثبوت الشفعة لأكثر من شريكين، أو كون الحبة للولد الأكبر أو لجميع الورثة، أو في إرث الزوجة عن الأراضي والعقار وعدمه، إذا لم يكن نزاع، يفتي المفتي بالحكم الكلي من دون نظر إلى وجود نزاع في البين وعدمه، وأما معه، فهو يطبق الفتوى الكلي على المورد، بإنشاء حكم جزئي مماثل للحكم الكلي في الجوهر ويفارقه في الكلية والجزئية وإليه يشير قولهم: «الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معيّنة» وعلى ذلك لا ينفك القضاء عن الحكم الجزئي هذا كله إذا كانت الشبهة حكمية.

وأما إذا كانت الشبهة موضوعية فحقيقة القضاء فيها عبارة عن موازته أدلة الطرفين وتبيين الأقوى منهما، كما يشير إليه قوله ﷺ: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان وبعضكم ألحن بحجته من بعض»^(٢) وبما أنّ الاختلاف فيها ليس في الحكم الشرعي الكلي، بل في الموضوع مثلاً في أنّ المرأة الفلانية زوجة فلان المتوفى أولاً، أو أنّ العين هل هي ملك لزيد أو عمرو، أو أنّ زيداً مديون لشخص أو لا؟ فجهود القاضي يكون مركّزاً على تبيين الموضوع، وتبيينه، يتبعه الحكم الجزئي القضائي فيحكم لها بالميّراث، وبالعين بالرد، وبالخروج عن عهدة الدين وبهذا تبين أنّ القضاء لا ينفك عن الحكم مطلقاً ولولاه لما حصل الفصل.

ولو التمس المقرّ له أن يكتب له بالإقرار فهل يجب عليه أو لا؟ فمقتضى القاعدة عدم الوجوب، لأنّ الواجب عليه، هو الفصل بإصدار الحكم وقد فعل

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٣٨٨.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نعم لو توقف استنفاذ حقه على الكتابة وجب عليه، إذ ليست الغاية من القضاء مجرد إنشاء الحكم بل إثبات الحقوق واستيفائها للمستحق. نعم له مطالبة الأجر كما له مطالبة قيمة القرطاس والمداد، وذلك لما مر من أنه يصح الجعل للقضاء إذا لم يكن القاضي مرتزقاً من بيت المال.^(١)

الرابع: في كيفية الكتابة.

للكتابـة صور: ١- إذا عرف القاضي المقر والمقر له باسمهما ونسبهما أو شهد عدلان عليهما، فلا إشكال في أنه يكتب المحضر على النحو الذي عرفهما.

٢- إذا لم يعرفهما إلا من جهة أن أحدهما أقر لآخر فقال الشيخ في النهاية بعدم الجواز. قال: وإذا سأل إنسان لغيره عند الحاكم فسأل المقر له الحاكم أن يثبت إقراره عنده لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً للمقر بعينه واسمه ونسبه أو يأتي له بيـنة عادلة على أن الذي أقر هو فلان بن فلان بعينه واسمه، لأنه لا بأس أن يكون نفسان قد تواطئا على انتحال اسم إنسان غائب واسم أبيه والانتساب إلى آبائه ليقر أحدهما لصاحبه بما ليس له.^(٢)

ولكنه رحمه الله أجاز في الخلاف، غاية الأمر الوصف يقوم مقام الاسم، وبأن الضبط بالحلـية يمنع من استعارة النسب فإنه لا يكاد يتفق ذلك، والذي قاله بعض أصحابنا، يحمل على أنه لا يجوز - عندما لا يعرفهما - أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما فإن ذلك يمكن استعارته وليس في ذلك نص مستند عن أصحابنا نرجع إليه^(٣) وقد وافق المحقق، كلام الشيخ في الخلاف وأجاز الكتابة بالإسم والنسب - عند العرفان - وبالـحلية والوصف عند عدمه.^(٤)

وأظن عدم الخلاف في جواز الاكتفاء بالـحلية والوصف أيضاً، واقتصار جملة

١- لاحظ ص ١٤٧-١٥٨ من الكتاب.

٢- الطوسي، النهاية: ٣٤١-٣٤٢.

٣- الطوسي، الخلاف: ٣، المسألة ١٦، ٣١٤.

٤- نجم الدين: الشرائع: ٨٣/٤.

من الأصحاب على الأول لا يقتضي الخلاف في الثاني، وعبارة الشيخ في الخلاف حاك عن عدم تجويزهم الكتابة بالاسم والنسب عند عدم العرفان، من غير نظر إلى جواز الكتابة بالحلية وعدمها. ثم إن صريح ابن إدريس موافقة رأي الشيخ في الخلاف من جواز الكتابة بالاسم والنسب، والحلية والوصف حيث قال: الذي ذكره وذهب إليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوي في نفسي.

لكنه ذكر - بعد هذا - كلاماً تلقاه العلامة في المختلف^(١) وصاحب الجواهر^(٢) اعتراضاً على الاكتفاء بالحلية، مع أن صريح كلامه قبل ذلك اختيار ما ذكره الشيخ في الخلاف، فلا بد من الإمعان في العبارة فلاحظ.^(٣)

وأظن أن الموضوع لا يحتاج إلى الإطناب، وليست المسألة من صميم الإسلام فالذي يجب على القاضي رعاية الضوابط الراجحة في كل عصر من كيفية الكتابة، على وجه لا يقع ذريعة للبطل.

قال العلامة: «والتحقيق أنه لا مشاحة هنا لأن القصد تخصيص الغريم وتمييزه عن غيره وإزالة الاشتباه فإن حصل ذلك بالتحلية جاز».^(٤)

الخامس: إذا امتنع المقر عن الأداء مع كونه واجداً

إذا أقر بالحق وامتنع عن الأداء فتحل عقوبته على وجه يهيئه لأداء الواجب من الغلظة في الكلام، والحبس تأديباً.

١- العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩. ٢- النجفي، الجواهر: ٤٠/١٦٣.

٣- ابن إدريس، السرائر: ٢/١٦٢ «أي قوله» وأيضاً هذا مصير إلى أن الإنسان أن يعمل ويشهد بما يجد به مكتوباً بخطه من غير ذكر الشهادة... الخ.

٤- العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩.

قال العلامة: فإن عرف كذبه حبس حتى يخرج من الحق^(١) لقوله عليه السلام: «لي الواجد يُحَلَّ عقوبته وعرضه». ^(٢) «اللي» هو التسوية بالوفا، وفي خبر غياث بن إبراهيم عن علي عليه السلام أنه كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى باعه فقسّم بينهم ^(٣) وفي رواية عمار «يجبس» مكان يفلس وهو تصحيف والمراد من الالتواء هو التشاقل. والظاهر أن الحبس في أمثال المقام للتأديب لايجاد التهيؤ للقيام بالواجب فلو لم يؤثر يقوم الحاكم بالاداء ببيع ماله كما في الرواية.

ولا ينافيه ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان علي عليه السلام لا يجبس في الدين إلا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن اتّمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً». ^(٤)

وذلك لأن الحديث يحكى فعل الإمام لا قوله، وكم فرق بين حصر فعله في الثلاثة، وحصر قوله فيها؟ والأول لا يفيد الحصر في الحكم الشرعي ولعل دائرته أوسع من الثلاثة لكن المصلحة آنذاك اقتضت أن لا يجبس غير الثلاثة وهو لا يدل على عدم الجواز في غيرها.

ثم إن الشيخ الطوسي حاول الجمع بوجهين تبرعين ذكرهما الشيخ الحرّ في الوسائل^(٥) وربّما يحاول في إدخال الغريم الواجد المتشاقل، تحت عنوان الغاصب، أو من اتّمن على أمانة... وهو كما ترى.

١- العلامة الحلي، مفتاح الكرامة: ٧٢ / ١٠، قسم المتن.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب القرض، الحديث ٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٦ من أبواب الحجر، الحديث ١.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٥- المصدر نفسه.

السادس: إذا ثبت إعسار المقر فهل يُنظر أو يسلم إلى الغرماء أو...؟
إذا ادعى الإعسار كشف عن حاله فإن استبان فقره ففيه أقوال:

١- الإنظار إلى ميسرة.

٢- التسليم إلى الغرماء ليستعملوه أو يؤجروه، ذكره الشيخ في النهاية بصورة الرواية.

٣- إذا لم يكن ذا حرفة خُلّي سبيله وإن كان ذا حرفة دفعه الحاكم إلى الغريم ليستعمله فما فضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف، أخذ بحقه وهو خيرة ابن حمزة في قضاء الوسيلة.

٤- يخلّي سبيله ولكن إن كان ذا حرفة يجب عليه الكسب لأداء الدين بعد إخراج المؤنة وهو خيرته في كتاب الدين.

أما القول الأول: فهو المشهور بين الفقهاء تبعاً للذكر الحكيم: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ (البقرة/ ٢٨٠).

قال المفيد: فإن ظهر بعد حبسه إياه أنه معدم فقير خُلّي سبيله وأمره أن يتمحل حق خصمه ويسمى في الخروج مما عليه.^(١)

١- قال ابن إدريس: فإن ذكر إعساراً، كشف عن حاله، فإن كان على ما قال، أنظر ولم يُحبس، وإن لم يكن كذلك، ألزم الخروج إلى خصمه من حقه.^(٢)

٢- وقال المحقق: ولو ادعى الإعسار كشف عن حاله فإن استبان فقره، أنظره. وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤجروه روايتان أشهرهما الإنظار.^(٣)

٢- ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٦٠.

١- المفيد، المقنعة: ٧٢٣.

٣- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤/ ٨٤.

٣- وقال العلامة: فإن ادعى الإعسار وعُرف صدقه بالبيّنة أو اعترف خصمه أنظر حتى يوسع الله تعالى عليه. ^(١)

٤- وقال الشهيد: فإن ثبت إعساره فهل يخلى سبيله أو يسلم إلى الغرماء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول لقوله سبحانه: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾. ^(٢)

٥- وقال الأردبيلي: فالمشهور بين الأصحاب أنه يُنظر ويخلى سبيله حتى يوسع الله عليه ويقدر على أداء الحق أو بعضه فيؤخذ بقدر ما يقدر لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾. ^(٣)

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة ويدل عليه - بعد الذكر الحكيم كما عرفت - ما رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد ماله. ^(٤)
وما رواه السكوني عن علي عليه السلام إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسها وقال: إن مع العسر يسراً. ^(٥)

أما القول الثاني: فقد نسب إلى الشيخ في النهاية لكن كلامه في باب الدين موافق للقول الأول، نعم ذكره في باب القضاء فقد ذكر في آخره أخباراً ومنها الخبر الدال على التسليم ولم يظهر إفتاؤه به قال في كتاب الدين: فإن حبسه ثم ظهر له بعد ذلك إعساره، وجبت تخليته ^(٦) نعم روي في كتاب القضايا والأحكام عن السكوني عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له

١- العلامة، إرشاد الأذهان: ٢/ ١٤٤. ٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٨.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٣١ وقد خفض صاحب الوسائل، باباً في كتاب الدين للأنظار فلاحظ: الجزء ١٣، الباب ٢٥ من أبواب الدين.

٤- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٢١ و٢.

٥- الطوسي، النهاية، كتاب الدين: ٣٠٥.

مال أعطى الغرماء وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا - ما شئتم. إن شئتم، فأجروه وإن شئتم إستعملوه^(١) ذكره في باب أسماه «باب جامع في القضايا والأحكام» وهو ليس دليلاً على الإفتاء به وحمله في الوسائل على من يعتاد إجارة نفسه والعمل بيده.

ولا يخفى أن الرواية مخالفة للذكر الحكيم، من الأمر بالإنظار وما استفاض به الأخبار في كتاب الدين.^(٢) وخصوص ما رويناه عن غياث بن إبراهيم عن علي عليه السلام كما عرفت، مضافاً إلى بعده عن روح الإسلام من تسليط الدائن على الغريم ليستعمله.

قال المحقق الأردبيلي: وأنت تعلم أنه لا يمكن في مثل هذه المسألة العمل بمثل هذه الرواية المخالفة للعقل فإن حبس شخص قبل موجه غير معقول، وأن تسليط شخص على آخر أي شيء شاء يفعل به مع عجزه مما يأباه العقل والنقل من عموم القرآن وخصوص «فنظرة إلى ميسرة» والحديث، وخصوص الرواية المتقدمة والشهرة.^(٣)

أما القول الثالث: فهو خيرة ابن حمزة قال: فإذا ثبت إعساره خلّي سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب بها، وأمره بالتمحل (الصبر)، وإن كان ذا حرفة دفعه إليه ليستعمله مما فضل عن قوته أو قوت عياله بالمعروف أخذ بحقه^(٤) وهو في الحقيقة أخذ ببعض مضمون الحديث، فطرح مؤاجرته واكتفى باستعماله وخص به لمن له حرفة، لا مطلق المعسر.

١- الطوسي، النهاية، كتاب الوصايا: ٣٥٢ ولاحظ الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٥ من أبواب الدين.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٣٣ ومقصوده من الرواية المتقدمة رواية غياث بن إبراهيم ولا يخفى أن الحبس قبل ثبوت موجه (البسار) جائز لأنه ليس تأديبياً بل استظهاراً للواقع إذ في تخلية سبيله ضرر مظهر كما لا يخفى، وقد مضى الكلام فيه.

٤- ابن حمزة، الوسيلة، كتاب القضاء: ٢١٢.

أما القول الرابع: فهو أيضاً خيرة ابن حمزة في كتاب الدين قال: وإن كان المستدين معسراً صبر على من له الدين حتى يجدد، فإن كان مكتسباً أمر بالاكتساب والانفاق بالمعروف على نفسه وعياله وصرف الفاضل في وجه دينه وإن كان غير مكتسب خلّى سبيله حتى يجب.^(١) وهذا القول غير القول الثالث كما لا يخفى وقد زعم العلامة وحدة القولين فذكر ما يؤيد القول الرابع لا الثالث الذي هو المشهور عن ابن حمزة، قال: وما قاله ابن حمزة ليس بعيداً عن الصواب لأنه متمكن من أداء ما وجب عليه وإيفاء صاحب الدين فيجب (الكسب) عليه كما يجب عليه السعي في المؤونة ولأنه مع تمكنه من الكسب لا يكون معسراً لأن اليسار كما يتحقق بالقدرة على المال، يتحقق بالقدرة على تحصيله ولهذا منع القادر على الكسب من أخذ الزكاة.^(٢)

ولأجل وجود قولين لابن حمزة اعترض المحقق الأردبيلي على العلامة بأن ما ذكره لا يؤيد مذهب ابن حمزة من تسليم المدين إلى الغريم ليستعمله، فيمكن كون ذلك كناية عن وجوب الكسب إذا كان ذا كسب وحرفة يقدر معها من تحصيل ما يصرفه في الدين ولكن لا يكون مفوتاً لما يجب عليه ولا يكون شاقاً لا يتحمل مثله عادة فيكون الكسب لتحصيله واجباً كما إذا كان عنده عروض من غير جنس ما يجب عليه، يجب عليه أن يبيع ويحل ما هو من جنس ما عليه على أي وجه كان فيأمره الحاكم بذلك.^(٣)

الظاهر أن القول الرابع هو الحق فإنه إذا كان ذا حرفة لائقة بشأنه آنذاك وجب عليه التكسب، وتعليق أداء الدين على حصول اليسار، يخالف لإطلاق الأدلة غاية الأمر خرج العاجز موضوعاً. وإن شئت قلت: إن العرف يرى الطبيب

١- ابن حمزة، الوسيلة، كتاب الدين: ٢٧٤.

٢- العلامة الحلي، المختلف، كتاب القضاء، الفصل السادس في توابعه: ١٥٩.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٣٤.

وأمثاله قادراً على أداء الدين فيجب عليه.

نعم لا يجب عليه ما هو خارج عن شأنه كالاكتشاش والاصطياد والاعتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الأبطال وسلب ثيابهم وسلاحهم، كما لا تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر، ولا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه^(١) لأن الواجب أداء الدين وهو منصرف إلى الصورة اللائقة بحال الرجل لا الخارج عنه.

والحاصل أن ما ذهب إليه ابن حمزة في كتاب الدين هو الأقوى وأما حمل الحديث عليه، فهو بعيد عن ظاهره ولأجل ذلك يقول في الجواهر: «فإن ذلك» (قول ابن حمزة) لا يفيد إلا وجوب التكسب عليه وهو غير دفعه إليهم وجعلهم أولياء إن شاءوا استعملوه وإن شاءوا أجروه»^(٢).



السابع: في حبس مدعي الإفسار حتى يتبين حاله

إذا ادعى الإفسار ولم يصدقه الخصم فهل يجوز حبسه حتى يتبين الحال أو لا؟ فيه أقوال:

- ١- الحبس حتى يتبين حاله وهو الظاهر من المفيد وأبي الصلاح.
- ٢- التفصيل بين ما كان له أصل مال فيُحبس حتى يثبت الإفسار وما لم يكن لذلك قبلت دعواه ولا يكلف البيّنة وللمغرماء مطالبتة باليمين وهو خيرة المحقق في كتاب الحجر والمقام.^(٣)

١- الطوسي، المبسوط، كما في مفتاح الكرامة: ١٠/٧٤.

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠/١٦٦ والعجب أن صاحب المسالك عند تحرير المقام لم تحضره الرواية، و أعجب منه ما احتمله الفاضل الآبي في كشف الرموز، (ج ٢/٤٤٩) أن مستند هذا الحكم - وراء رواية السكوني - رواية زرارة عن أبي جعفر التي رواها في الوسائل في الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم، مع أنه لأصلها لهذا الحكم.

٣- سيأتي مصدره.

٣- لا يُحْلَف مدعي الإعسار، وإن كان بعد اليسار ويخلّ سبيله ولا يتوقف على إقامة البيّنة، وهو خيرة الأردبيلي.^(١)

قال أبو الصلاح: وإن ادّعى المقرّ أو المشهود عليه إعساراً يعلمه الحاكم أو تقوم به بيّنة في الحال لم يحبس، ولكن يقرّر عليه ما يفضل من تكسّبه عن قوته وعياله لغريمه وإن لم يعلم ذلك من حاله ولا قامت به البيّنة حبسه وكشف عن أمره.^(٢)

وقال المفيد: «وإن لم يعلم بصحّة دعواه في الإعسار كان له حبسه».^(٣)

وقال المحقق: وهل يحبس حتى تتبيّن حاله فيه تفصيل ذكر في باب الفلس وقال فيه: لو لم يكن له مال ظاهر وادّعى الإعسار فإن وجد البيّنة قضى الحاكم بها وإن عدمها وكان له أصل مال أو كان أصل الدعوى مالاً حُبس حتى يثبت إعساره، فإن لم يعلم أصل مال (ولا كانت الدعوى الثابتة عليه مالاً) وادّعى الإعسار قبلت دعواه ولا يكلف بالبيّنة وللغرماء مطالبة باليمين.^(٤)

وقال العلامة في القواعد: وإن اشتبه فإن عرف ذا مال أو كان أصل الدعوى مالاً حُبس حتى يثبت إعساره، وإلاّ حلف على الفقر فإن نكل حلف المدعي على القدرة وحُبس.^(٥)

وقال في الإرشاد: فإن ادّعى الإعسار وعُرف صدقه بالبيّنة أو اعترف خصمه أنظر حتى يوسع الله تعالى عليه، وإلاّ طوّل بالبيّنة إن كان له مال ظاهر أو كان أصل الدعوى مالاً، وإلاّ حلف.^(٦)

وقال الشهيد: فإن ادّعى الإعسار فإن كان له أصل مال قبل ذلك أو كان

١- سيأتي كلامه أثناء القول الثاني.

٢- أبو الصلاح، الكافي، كتاب القضاء: ٤٤٧.

٣- المفيد، المقنعة، كما في مفتاح الكرامة: ١٠/٧٥.

٤- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٢/٢٥٠.

٥- العامل، مفتاح الكرامة: ١٠/٧٤، قسم المتن.

٦- العلامة، إرشاد الأذهان: ٢/١٤٤.

أصل الدعوى مالا كلف البينة على تلفه فإن لم يقمها حبس حتى تبين إفساره ولو لم يعرف له أصل مال ولا كانت الدعوى مالا بل كانت جنسية أو صداقاً أو نفقة قريب، قبل قوله: يمينه. (١)

وقبل الخوض في أدلة الأقوال نذكر مقتضى القاعدة:

هل المتفاهم من الأدلة أن الإفسار شرط الإنظار أو أن المتفاهم منها أن اليسار شرط جواز الإجمار والحبس؟

فإن قلنا بالأول، فما لم يحرز الشرط ولم يتبين كونه معسراً، لا يجب إنظاره، فتكون النتيجة جواز إجماره وحبسه.

وإن قلنا بأن اليسار شرط الإجمار والحبس، فما لم يتبين كونه موسراً، لا يجوز التغليظ عليه وتكون النتيجة هو وجوب الإنظار وعدم جواز الحبس.

يدل على الأول، ظاهر قوله سبحانه: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ حيث علق الإنظار على الإفسار، وروى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال النبي ﷺ: كما لا يحمل لغريمك أن يملكك وهو مؤسر فكذلك لا يحمل لك أن تعسره، إذا علمت أنه معسر (٢)، فدل على أن الإفسار شرط لعدم حل التعسر وهو يلزم عدم وجوب الإنظار ما لم يحرز الشرط.

ويدل على الثاني، قوله: لي الواجد يحمل عرضه وعقوبته (٣)، حيث علق العقوبة على كونه واجداً وموسراً والظاهر أن الأدلة ليست ناظرة إلى هذه الجهة وأن الإذعان بأحد الأمرين مشكل، فتصل النوبة إلى الأصول وسيوافيك أن الصور ستة لأن الحالة السابقة إما أن تكون الإيسار، أو الإفسار، أو مجهولة أو على كل تقدير إما أن يقيم المدعي البينة على الإيسار أو لا.

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٤٠١/٢.

٢ و٣- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب الدين، القرض، الحديث ٤٥٥.

وإليك أدلة الأقوال:

أما القول الأول أي الحبس مطلقاً حتى يثبت الإعسار فيدلّ عليه خبر غياث بن إبراهيم عن علي عليه السلام أنه كان يحبس في الدين فإذا تبين حاجة وإفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالهاً^(١).

يلاحظ عليه: أنه لا ينافي تفصيل المحقق، لأن الظاهر من الدين هو المال المقرض، أو ثمن الجنس المشتري لا مثل مهر الزوجة أو أرش الجناية، وبما أنه نقل فعل لا يمكن الأخذ بإطلاقه حتى يعم جميع الصور وعندئذ ينطبق على القسم الأول المذكور في كلام المحقق من كون أصل الدعوى ماله والاستصحاب يقتضي بقاءه، وادعاء الإعسار يخالفه فعليه البيّنة وإلا يحلف المنكر أي الدائن إلا إذا تبين الإعسار.

وأما القول الثاني ففيه شقوق:

١- إذا ادعى الإعسار ولم يكن له مال ظاهر، وأقام البيّنة قضى بها الحاكم، مطلقاً من غير فرق بين كون الحالة السابقة هي الإعسار أو اليسار أو كانت مجهولة. فيكون حكم الجميع واحداً.

٢- إذا ادعى الإعسار ولم يكن له مال ظاهر ولم يقدّم بيّنة فهنا صور ثلاث:

أ: إما أن تكون الحالة السابقة، اليسار.

ب: أو تكون الحالة السابقة الإعسار.

ج: أو تكون الحالة السابقة مجهولة.

أما الصورة الأولى كما إذا كان له أصل مال معهود سابقاً أو كان أصل الدعوى ماله كالقرض ونحوه، حُبِسَ حتى يثبت إعساره وذلك لأصالة بقاء المال ولو قيل بكونها أصلاً مثبتاً بالنسبة إلى اليسار، استصحب نفس وصف اليسار

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١.

حتى يثبت الإفسار فعلى المدين إقامة البيّنة على عروض الإفسار وإلا حلف المنكر وحكم عليه بأداء الدين فإن أدى وإلا حبس حتى تتبيّن حاله فإن تبين يساره، أمر بالأداء، وإلا قام الحاكم مكانه وإن تبين عروض الإفسار خلى سبيله.

والحاصل أنّ مدّعي عروض العسر بعد اليسر، يكون مدّعيّاً، والقول قوله مخالفه وهو بقاء اليسار بيمينه فعلى الأول إقامة البيّنة وإلا يحلف الثاني.

واستشكل فيه المحقّق الأردبيلي^(١) بأنّه لا يخلو عن شيء وقال: إذ قد لا يكون له بيّنة ويكون معسراً والمال تالفاً ولم يكن ظالماً حتى يحلّ عرضه وعقوبته عاجلة من غير ظهور وجهها ومجرد وجود مال عنده لا يستلزم بقاءه حتى يحبس لإعطائه فالحبس بعيد خصوصاً إذا كان ظاهر حاله إتلافه مثل أن يستقرض ليُخرجه في مؤنته مع حاجته أو وجد عنده ولكن يحتاج في كلّ يوم إلى نفقة، فالظاهر من حاله أنّه أخرجته ومن أتى يأتي بالبيّنة حين إخراج كلّ درهم درهم فيمكن عدم الحبس بل الإحلاف على عدم بقاءه عنده، فتأمل، ويحلّى سبيله إلى ميسرة.^(٢)

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره مجرد احتمال لا يقاوم الحجّة وهو الاستصحاب، وإلا لزم الامتناع عن القضاء في أكثر الموارد لأجل هذه الاحتمالات، نعم لو كان ظاهر حاله إتلافه كما في الاستقراض لأجل الصرف في المؤنة فهو خارج عن مصبّ الكلام بل يجب عندئذ إقامة البيّنة على مدّعي البقاء لما سيوافيك . من أنّ المدّعي والمنكر من المفاهيم العرفية ، فعلى مدّعي البقاء مع الاعتراف بأنّه استقرض للصرف في المؤنة، إقامة البيّنة نعم للعلامة في المقام كلام قيم قال: «ومع ذلك، فليس للحاكم حبسه والغفلة عنه بالكلية ، ولو كان قريباً لا يتمكّن من إقامة البيّنة وتكلّ القاضي من يبحث عن منشئه ومتنقله، وتفحص عن أحواله بقدر الطاقة فإذا غلب على ظنّه إفلاسه شهد به عند القاضي لثلاث تتخلّد عليه

١- بيان للقول الثالث الذي نوّهنا به في صدر البحث.

٢- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٣٥.

عقوبة السجن^(١)

أما الصورة الثانية أعني: إذا لم يكن له مال ظاهر وكانت الحالة السابقة هي الإعسار، كما إذا طلب الزوجة مهرها، ففي هذه الصورة، البيّنة لمن يدّعي اليسار والتمكّن وإلا يحلف مدّعي الإعسار، وإن ردّ اليمين على مدّعي اليسار وحلف حكم على المدين بأداء الدين فإن أدى وإلا حبس حتى تبيّن حاله فإن تبيّن يساره أمره الحاكم بالأداء وإلا يقوم عنه بالأداء وإن تبيّن إعساره خلّ سبيله.

أما الصورة الثالثة أعني: إذا جهلت حاله السابقة، فهل مدّعي اليسار والقدرة يقيم البيّنة وإلا يحلف الآخر، أو أنّ الأصل في الأموال جواز المطالبة والتضييق عند العقلاء حتى يثبت الخلاف وعليه عملهم؟ ولعلّ الثاني هو الأقوى ويؤيده ما حكى من عمل الإمام علي عليه السلام من الحبس من غير فصل بين الحالات.

و أما القول الثالث وهو خيرة المحقق الأردبيلي فقد علم وجهه مما نقلناه عنه استشكالاً على المحقق فلاحظ.

نعم لا يحبس الوالد ولا الوالدة للولد لمنافاة الحبس للمصاحبة بالمعروف كما قال سبحانه: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ (لقمان / ١٥).

ويدلّ عليه خبر الحسين بن أبي العلاء قال: قلت لأبي عبد الله: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال عليه السلام: «قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه» قال: فقلت له: فقول رسول الله ﷺ للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: أنت ومالك لأبيك فقال عليه السلام: «إنما جاء بأبيه إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله: هذا أبي وقد ظلمني ميراثي عن أُمّي فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه وعلى نفسه وقال ﷺ أنت ومالك لأبيك ولم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله ﷺ يحبس الأب للابن» ويؤيده سائر

الأخبار الدالة على أن الولد وماله لأبيه.^(١)

قال في القواعد: ويجوز الحبس في دين الولد.^(٢)

وقال المحقق الثاني: في رواية الحسين بن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام ما يدل على عدم الجواز، وإن كان في الحسين قول، لكن ظاهر قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» ومؤكدات القرآن في حق الوالدين مؤيدة لهذا الرواية، والقول بعدم الجواز لا يخلو من قوة، واختاره في التذكرة.^(٣)

ومنه يعرف حال المريض، إذا كان الحبس ضرورياً أخرجياً عليه فينظر حتى يبرأ.

هذا كله حول الإجابة بالإقرار، بقي الكلام في الإجابة بالإنكار والسكوت أو بـ «لا أدري» وإليك البحث عن الجميع واحداً تلو الآخر.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم إسلامي

الفصل الثاني

في الإنكار

ويقع الكلام في جهات ثلاث:

قد تقدم أن المدعى عليه إما أن يقر أو ينكر أو يسكت فقد فرغنا من البحث في الأول فيقع الكلام في الإنكار.

ثم المنكر إما أن يحلف أو يرد الحلف على المدعي أو ينكل فالكلام يقع في جهات ثلاث:

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٧٨، من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨ ورواه الكليني والصدوق والشيخ.

٢- الإيضاح: ٧٩/٢ وجامع المقاصد: ٣٠٢/٥.

٣- التذكرة: ٥٩/٢.

الجهة الأولى: إذا حلف المنكر

وهنا مسائل:

- ١- تعريف القاضي للمدعي بأن له أحد الأمرين: إقامة البيّنة أو إحلاف المنكر، جوازاً أو وجوباً.
- ٢- في إحلاف المنكر قبل رضا المدعي.
- ٣- في توقف إحلاف المنكر على إذن الحاكم وعدمه.
- ٤- ما يترتب على حلف المنكر من الآثار: عدم جواز تجديد الدعوى، حرمة التقاص من ماله أو استنفاذ عينه، وحرمة مطالبة إعادة المحاكمة، لا أثر لإقامة البيّنة، أو إقامة شاهد مع اليمين.
- ٥- براءة المنكر متوقفة على حكم الحاكم أو لا ؟
- ٦- إذا اكذب نفسه وأقر بالحق بعد الحلف.

المسألة الأولى: هل يجب على القاضي تعريف المدعي بأحد الأمرين: إقامة البيّنة أو الإحلاف عند عدمها أو لا يجب ؟ لاشك في جوازه وليس من قبيل تلقين الحجة للخصم المحترم، وإنما هو إرشاد، لما أعطاه الشارع من الحق أو بيان للحكم الشرعي في المورد، وقال: البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه.^(١) وإنما الكلام في وجوبه إذا لم يكن المدعي واقفاً بالحكم أو كان واقفاً لكن يحتمل أنه ليس له إحضارها إلا إذا طلبها الحاكم منه. والوجوب لا يخلو من قوة لأنه مأمور بالفصل ولا يتم إلا بتعليمه الحكم. قال السيد الطباطبائي: إذا أجاب بالإنكار وجب على الحاكم إذا لم يعلم المدعي أن عليه البيّنة أن يعترف بذلك ثم يقول: ألك

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

بيّنة فإن لم تكن عنده وجب عليه أن يقول له، لك حق الحلف إذا لم يعلم ذلك.^(١)

المسألة الثانية: في إحلاف المدّعي عليه قبل إذن المدّعي

إذا رضي المدّعي، بحلف المنكر فلاشكّ في نفوذ حلفه وترتب الآثار عليه إنّما الكلام إذا أحلفه القاضي من دون سؤاله واستحصال رضاه فهل ينفذ أو لا؟ اختار الثاني، الشهيد في المسالك^(٢) ونسب إلى الفاضل في كشف اللثام وهو صريح السيّد علي في الرياض^(٣)، واستدل الشهيد ما هذا حاصله: وجود الفرق بين تعريف المدّعي بأحد الأمرين، وإحلاف المنكر من دون استحصال رضاه فإنّ التعريف لا يضره بل ينفعه، بخلاف تحليف المنكر من دون سؤاله فإنه يضر لأنّه يسقط الدعوى وتذهب اليمين بحقه، وقد يتعلّق غرض المدّعي ببقائها إلى وقت آخر لعلّه يتوفّق لإقامة البيّنة أو يتحرى وقتاً صالحاً لثلا يتجرى المنكر على الحلف إلى غير ذلك من الأمور.

وقال السيّد العاملي هذا موضع وفاق بين الأصحاب بل عند العامة أيضاً لأنّه حقّ للمدّعي ومسقط لدعواه وقد لا يريد الإحلاف في الحال ليتذكّر بيّنة أو يعود الخصم إلى الإقرار.^(٤)

وقال السيّد الطباطبائي: لا يجوز للحاكم أن يحلفه من دون سؤاله المدّعي، وكذا لا يجوز تبرّع المنكر به قبل سؤاله بلا خلاف بل بالإجماع الظاهر لأنّه حقه فيتوقّف على مطالبته وربّما تعلّق غرضه بأن لا يحلفه توقّعا لوجود شهود أو ارتداع المنكر عن إنكاره أو طيّ الدعوى بالصلح أو نحو ذلك.^(٥)

أقول: قد مرّ نظير المسألة وهو أنّه إذا طرح المدّعي الدعوى، فهل طلب

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٥٩/٢.

٢- زين الدين العاملي: المسالك: ٤٠٨/٢. ٣- الجواهر: ١٧٠/٤٠.

٤- العاملي، مفتاح الكرامة: ٥٧/١٠. ٥- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٥٩/٢.

الجواب من المدعى عليه، مشروط بإذن المدعي أو لا؟ وأيضاً إذا أنهى الحاكم المخاصمة وتبين له الحق، فهل الحكم مشروط بإذن المدعي أو لا؟ وقد عرفت أن الحق عدم الاشتراط وأما المقام فالحق عدم الإشتراط لضعف ما استدلل به .

أولاً: أن المقام من باب خلط الحكم بالحق فليس اليمين مثل إقامة البينة من الحقوق بل من باب الحكم الشرعي وأنها من أدوات القضاء، كيف وقد فسر الحق بجعل السلطنة من الشارع للشخص بحيث يوجد الجعل سلطة له وليس المقام كذلك.

ثانياً: سلمنا أنه من باب الحق، لكنه حق له على المنكر، لا على القاضي فليس معناه تقييد إطلاقات أدلة القضاء وفصل الخصومة به بل معناه أن للمدعي إعماله وإسقاطه. وأما أن له إيقاف أمر القضاء وتأخيره إلى وقت آخر، فلا يستفاد منه بل غايته أنه لو أحلف، يقضى به، وإن أسقط، يحكم على المنكر بالبراءة وتكون الدعوى مختومة، ولكن ليس له وراء ذلك أمر ثالث وهو إيقاف المخاصمة وتأخيرها إلى وقت آخر للغايات المذكورة في كلامهم، لأنها أغراض شخصية لا يكون سبباً لتقييد إطلاقات الأدلة.

والحاصل أن ما ذكر في المسالك وغيرها لا يخرج عن كونه حقاً للمدعي على المدعى عليه، وأما أن حكم القاضي مقيد بإذن المدعي فلا يستفاد منه. فالأقوى لولا الإجماع المدعى، وما سيوافيك من الروايات، عدم توقف إحلاف القاضي بإذن المدعي.

نعم هناك روايات ربما يستظهر منها اشتراط الإحلاف بإذن المدعي وهي ثلاث:

١- موثقة^(١) ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضي صاحب

١- لوجود ابن فضال في السند، والمراد من علي بن عتبة، فيه هو علي بن عتبة بن خالد الأسدي الثقة، وهو يروي عن موسى بن اكيل النميري الثقة.

الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لاحق له قبله، ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له»^(١).

٢- خبر خضر النخعي عن أبي عبد الله عليه السلام: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه^(٢). فظاهر الفعل (استحلفه) هو قيامه بالإحلاف عن اختيار.

٣- خبر عبد الله بن وضاح وقد جاء فيها: «ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه. وقد ذهبت اليمين بها فيها»^(٣).

وجه الاستدلال بالروايات الثلاث هو أنه إذا كان ذهاب الحق باليمين مشروطاً برضى المدعي، باليمين فيدلّ بالدلالة الالتزامية على اشتراط إحلاف القاضي أيضاً برضاه. إذ لو لم يكن إحلافه مشروطاً برضا المدعي، كانت شرطية رضاه بحلف المنكر أمراً لغواً، لأن القاضي يحلف، وهو يذهب بحق المدعي وإن لم يكن راضياً بيمينه هذا غاية توضيح للاستدلال بالروايات الثلاث.

ومع هذا ففي دلالة الروايات على القول المشهور إشكال فإن كون الحلف واقعاً عن رضاه يتصور على وجهين:

- ١- تصريحه بأنه راض بحلف المنكر.
 - ٢- استدعاؤه من القاضي أن يحكم بينهما بالحق والشرع ويُنهي الخصومة، فمعنى ذلك أنه راض بكل ما يقوم به - طبق الضوابط الدينية أو العرفية - من الأمر له بإقامة البيّنة وللآخر بالحلف، والرضا بالكلّ رضاء بالجزء وهو الحلف ولا يتوقف على رضا آخر، فالحضور عنده كاف فيها هوالمعتبر في الرضا.
- وبالجملة: نحن نقول باشتراط الإحلاف بالرضا، لكن ليس المقصود منه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢ و٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١-٢.

شيئاً سوى الحضور لدى القاضي وطلب المحاكمة منه.

المسألة الثالثة : في توقف إحناف المنكر على إذن الحاكم

الإحناف المؤثر الذي ترتب عليه آثار القضاء مشروط بإذن المدعي والحاكم، وقدمت الكلام في الأول وإليك البحث في الثاني:

١- قال ابن إدريس «ومتى بدأ الخصم باليمين، من غير أن يُحنف الحاكم، لم يبره ذلك من الدعوى و كان متكلفاً»^(١).

٢- قال المحقق: لو تبرع هو (المدعي) أو تبرع الحاكم بإحنافه لم يعتد بتلك اليمين وأعادها الحاكم إن التمس المدعي^(٢) والمقصود من تبرع المدعي إحنافه المنكر بلا إذن صادر من الحاكم.

٣- وقال العلامة في القواعد: وكذا الخالف لا يبتدي باليمين من غير أن يُحنف الحاكم فلو تبرع الخالف أو الحاكم باليمين وقعت لاغية ولم يعتد بها ويعيدها الحاكم بعد سؤاله وكذا لو حنّف من غير حاكم^(٣).

٤- وقال في الجواهر: نعم ذكر الشهيدان وغيرهما من غير خلاف أجده فيه أيضاً بل في مجمع البرهان نسبته إلى الأصحاب، أنه لا يستقلّ الغريم باليمين من دون الحاكم وإن كان حقاً لغيره لأنه وظيفته^(٤).

٥- وقال السيّد الطباطبائي: وكذا لا يعتد بإحناف المدعي من دون إذن الحاكم بلا خلاف لأصالة عدم ترتب الأثر. ولأنه المعهود المنصرف إليه الأخبار، وللأخبار المشتملة على قوله: «أضفهم إلى اسمي» كخبر محمد بن قيس أن نبياً من الأنبياء شكّا إلى ربّه كيف أقضي بأمر لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال له: «رؤهم إليّ

٢- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٨٤ / ٤.

١- ابن إدريس، السرائر: ١٦٠ / ٢.

٤- الجواهر: ١٧١ / ٤٠.

٣- مفتاح الكرامة، قسم المتن: ٧٥ / ١٠.

وأضفهم إلى اسمي يحلفون به» ونحوه رسالة أبان ، وصحيحة سليمان بن خالد .
والحاصل أنه يمكن أن يستظهر من الأخبار^(١)، أن ذلك من وظائف الحاكم ومع
قطع النظر عن ذلك ففي الإجماع والأصل كفاية^(٢).

يلاحظ عليه ما استدل به من الروايتين^(٣) لا دلالة لهما على الشرطية وإنما
وردتا في مورد إحلاف القاضي ، ولا يدلان على لغوية إحلاف ذي الحق من دون
إذن القاضي كما هو المطلوب وأما كونه منصرف الروايات أو الأصل عدم ترتب
الأثر إنما يصح لو لم يكن هناك إطلاق في روايات الإحلاف، فإن إطلاق قوله: «إذا
رضي صاحب الحق يمين المنكر... ذهبت اليمين بحق المدعي» أو قوله: «من
حلف لكم فصدقوه»^(٤) يعمّ كلتا الحالتين . ولأجل ما ذكر قال في الجواهر إن إقامة
الدليل عليه - إن لم يكن إجماع - في غاية الصعوبة بل لعل ظاهر الأدلة الآتية
خصوصاً خبر اليهودي المشتمل على تحليف الوالي المعلوم كونه ليس من أهل
الحكومة، خلافه.

والأحوط لو لم يكن الأقوى سقوط حقه إذا أحلفه في غير حضرة الحاكم،
نعم لا يترتب عليه أثر الحكم لعدمه بالفرض لو افترضنا أن له أثراً في المقام من
حرمة النقض وغيرها.

والعجب أن السيد اختار ما نقلناه عنه في المسألة الثانية من الفصل
الرابع من كتابه ولكنه في نفس الفصل في المسألة السادسة بعد استظهار
اختصاص الحلف المسقط للحق بما إذا كان باستحلاف الحاكم في المرافعة قال:
ما نصّه: «وإن كانت الأخبار مطلقة والأحوط التعميم بل يستفاد من خبر عبد الله
ابن وضاح المتقدم عدم اعتبار كون الحلف عند الحاكم الشرعي لكونه عند

١- الوسائل: الجزء ١٨ ، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم ، الحديث ٣.

٢- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٦٠ / ٢.

٣- الوسائل: الجزء ١٨ ، الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم ، الحديث ٢-١.

الوالي^(١).

المسألة الرابعة: في ما يترتب على الحلف:

إذا أحلف المنكر يترتب عليه أمور:

- ١- سقوط الدعوى.
 - ٢- لو ظفر بهال الغريم لم تحل له المقاصة.
 - ٣- ولو أعاد المطالبة أثم ولم تسمع دعواه.
 - ٤- ولو أقام بيّنة بها حلف عليه المنكر لم تسمع.
 - ٥- ولو أقام شاهداً وضمّ إليه اليمين لم تسمع.
- وإليك دراسة هذه الآثار:

أما سقوط الدعوى فإنه لازم نفوذ حكم القاضي وإلا يكون لغواً.

وأما عدم جواز التقاص فتدلّ عليه - مضافاً إلى ما تقدّم من الروايات الثلاث أعني: موثقة ابن أبي يعفور، وخبر خضر النخعي وابن وضاح - صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرني عليه وحلف، ثم وقع له عندي مال فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع قال: إن خانك فلا تحنه ولا تدخل فيها عتبه عليه.^(٢)

وفي مقابل هذه النصوص رواية أبي بكر الحضرمي وقد رويت مضمرة ومسندة أما الأولى: قال قلت: له رجل عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن أخذ منه بقدر حقي؟ قال: فقال: نعم ولكن لهذا كلام

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢٠/٦٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

قلت: وما هو؟ قال: تقول: «اللهم إني لا أخذه ظلماً ولا خيانة وإنما أخذته مكان مالي الذي أخذ مني، لم أزد عليه شيئاً»^(١).

أما المسندة فروى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، قال: فجحدته إياه وذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب به له مال قبله. أيأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم ولكن لهذا كلام يقول الخ.

ولعل الروایتين واحدة وإن كان الداين في الأول نفس الراوي، وفي الثانية رجل، غير أن الثانية خالية عن الحلف فالتقاص عندئذ لا يكون مخالفاً لما مر، وأما الأولى فربما تحمل على ما إذا كان الحلف تبرعاً لا في محضر القاضي ولكنك عرفت عدم كونه شرطاً في تأثير الحلف والأولى أن يطرح لإعراض الأصحاب عنه، والعمل بالمشهور هو المتعين.

نعم يبقى في المقام سؤال وهو أنه ما هو المقصود من ذهاب الحق باليمين فإن أريد منه الذهاب الظاهري فهو إنما يصح إذا كان المدعي شاكاً في كون العين له أو كونه مديوناً وأما إذا كان قاطعاً بالخلاف فلا موضوع للحكم الظاهري.

وإن أريد الذهاب الواقعي، فلازمه عدم التأثير إذا أقر بالحق بعد الإنكار والحلف، لأن المفروض خروج العين عن ملك المدعي.

والجواب أن الحكم بالذهاب، حكم قضائي بأن العين للمنكر، والحكم القضائي، لا ظاهري حتى لا يتصور، جعله في حق العالم بالواقع كالمدعي، ولا واقعي حتى لا يؤثر الإقرار بعد الإنكار في رجوع العين إلى المالك بل هو قسم ثالث تجب متابعتها تكريماً للحلف واحتراماً لمقام القضاء فهو أشبه بالأحكام الواقعية الثانوية كمجواز الدخول في الصلاة بالطهارة الترابية ومجواز الاقتداء بصلاة

١- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، ٥.

المخالف عند التقية ، فلا يشترط في صحة جعله الشك ، بل يصح جعله وإن كان أحد الطرفين قاطعاً بالخلاف. نعم الحكم معتبر، ما لم ينكشف الخطأ لدى القاضي فإذا أقر بالحق انكشف الخطأ في حكمه، ويرجع كل شيء إلى أصله.

وهل يجوز احتساب ما في ذمة المنكر خمساً أو زكاة مما لا يوجب حقاً للمدعي على المنكر أو لا؟ قال السيّد الطباطبائي: إنَّ القدر المتيقن من سقوط حق المدعي هو عدم جواز المطالبة وعدم جواز المقاصة، وعدم سماع الدعوى منه بعد الحلف ونحو ذلك مما يعدّ معارضة للمنكر كبيع العين أو هبتها من غيره وبيع الدين أو صلحه من الغير وأما ما لا يعدّ معارضة كإبرائه من الدين أو عتق العبد أو احتساب ما عليه خمساً أو زكاة أو مظالم إذا كان من أهلها فلا مانع منه إذ الإطلاقات منصرفة عنه.^(١)

وما ذكره لا يخلو من قوة لانصراف الروايات إلى أنه لا يحقّ له المطالبة وأما الاحتساب المذكور فلا يعدّ مطالبة بل هو إحسان له بالنسبة وإلا يلزم عدم صحة إبرائه وهو كما ترى.

ومنه يعلم حكم فرع آخر ذكره السيّد الطباطبائي وهو شراء العين المحلوف عليها من الحالف والتصرّف فيها بعده، في ظاهر الشرع وإن كان الشراء باطلاً لأنّ المفروض أنّها باقية على ملكه وكذا يجوز اتّهابها منه بل الظاهر جواز التصرّف فيها بإذنه ورضاه وإن كان إذنه بعنوان أنّها له، وهكذا نحو ذلك مما لا يعدّ معارضة.^(٢)

أما حرمة مطالبة إعادة المحاكمة

قال المحقق: ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه.

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٦٢.

٢- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٦٣، المسألة ٨ في الفصل الرابع.

إن لمطالبة إعادة المحاكمة صورتين:

إحدهما: أن يطالبها مع عدم البيّنة سواء أعادها عند الحاكم الأول أو عند حاكم آخر. وذلك لأن المفروض ذهاب حقه باليمين، فلاحق حتى يطالبه.
ثانيهما: أن يطالبه مع إقامة البيّنة وهذا هو البحث التالي.

إذا أقام المدّعي بيّنة بعد حلف المنكر

المشهور أنه إذا حلف المنكر لا تسمع بيّنة المدّعي.

١- قال الشيخ في الخلاف: إذا حلف المنكر ثم أقام المدّعي البيّنة بالحق لم يحكم له بها. وبه قال ابن أبي ليلى، وداود وقال باقي الفقهاء إنه يحكم بها، دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم.

وأيضاً قوله: من حلف فليصدّق، ومن حلف له فليرض. ومن لم يفعل فليس من الله في شيء.^(١)

٢- وذهب في المبسوط إلى خلاف ما في الخلاف وقال: إذا عرض اليمين عليه فلم يخل من أحد أمرين إمّا أن يحلف أو ينكل فإن حلف أسقط الدعوى وليس للمدّعي أن يستحلفه مرة أخرى في هذا المجلس ولا في غيره اللهم إلا أن يكون له بيّنة عليه فحينئذ يأتي بالبيّنة.^(٢)

٣- وذهب المفيد إلى السماع إلا إذا شرط المنكر سقوط دعواه باليمين. قال: وإذا التمس المدّعي يمين المنكر فحلف له وافترقا وجاء بعد ذلك ببيّنة تشهد له بحقه الذي حلف له عليه خصمه، ألزمه الحاكم الخروج منه إليه اللهم إلا أن يكون المدّعي عليه قد اشترط للمدّعي أن يمحو عنه كتابه عليه، أو يرضى بيمينه

١- الطوسي، الخلاف، ج ٣، كتاب الشهادة، المسألة ٤٠.

٢- الطوسي، المبسوط، ج ٨، كتاب القضاء، ١٥٨.

في إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تُسمع بيّنته من بعد، وإن لم يشترط له ذلك سمعت على ما ذكرناه. ^(١)

٤- وقال ابن إدريس: وإن قال المدعي ليس معي بيّنة، وطلب من خصمه اليمين فحلفه الحاكم ثم أقام بعد ذلك البيّنة على صحّة ما كان يدّعيه لم يلتفت إلى بيّنته وأبطلت. ^(٢)

٥- وقال المحقق: ولو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع وقيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين. ^(٣)

٦- وقال العلامة: وإذا حلف المنكر سقطت الدعوى... ولا تسمع دعواه ولا بيّنته ثم نقل قولين:

أ: يحكم بالبيّنة إلا أن يشترط سقوط الحق باليمين.

ب: وتسمع مع النسيان. ^(٤)

٧- وقال في الإرشاد: ولو أقام المدعي بيّنته بعد إحلاف الخصم، لم تسمع، وإن لم يشترط سقوط الحق باليمين أو نسيها. ^(٥)

٨- قال في المختلف: اختلف الشيخان فقال المفيد رحمته الله: إذا التمس المدعي يمين المنكر فحلف له وافترقا فجاء بعد ذلك بيّنة تشهد له بحقّه الذي حلف له عليه خصمه ألزمه الحاكم الخروج منه إليه. اللهم إلا أن يكون المدعي عليه قد اشترط للمدعي أن يمحو عنه كتابه عليه أو يرضى بيمينه في إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلك لم تسمع بيّنته من بعد وإن لم يشترط له ذلك سمعت على

٢- ابن إدريس، السرائر: ١٥٩ / ٢.

١- المفيد، المقنعة: ٧٣٣.

٣- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٨٤ / ٤.

٤- العلامة الحلّي، القواعد كما في متن مفتاح الكرامة: ٧٧ / ١٠.

٥- العلامة: إرشاد الأذهان: ١٤٤ / ٢.

ما ذكرناه.

وقال الشيخ في الخلاف: إذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي البيّنة بالحق لم يحكم له بها وبه قال في النهاية والمبسوط^(١) وهو قول ابن الجنيّد ونقله عن الباقر والصادق عليهما السلام.

وللشيخ في المبسوط قول آخر أنه إن كان أقام البيّنة على حقه، غيره وتولى ذلك الغير الإشهاد عليه ولم يعلم هو أو تولى هو إقامة البيّنة ونسي فإنه يقوى في نفسي أنه يقبل بيّنته فأما مع علمه بيّنته فلا يقبل بحال وبه قال أبو الصلاح وابن إدريس^(٢) وقال ابن البرّاج في الكامل بما ذهب إليه المفيد وبه قال ابن حمزة أيضاً والمعتمد ما قاله الشيخ في النهاية^(٣).

٩- وقال المحقق الأردبيلي فلو أقامها بعد إحلاف المدعى عليه لم تسمع سواء شرط سقوط الدعوى أم لا، وسواء قال: كان لي بيّنة ونسيتها ونحو ذلك وطلبت اليمين أم لا^(٤).

١٠- وقال السيّد الطباطبائي: فإن حلف سقطت الدعوى في ظاهر الشرع، لكن لا يبرأ من الحقّ لو كان كاذباً فيجب عليه التخلّص من حقّ المدعي، وعلى ذلك فليس للمدعي بعد الحلف مطالبة حقه ولامقاصته ولا يجوز له الدعوى ولا تسمع دعواه بالإجماع والنصوص ففي ذيل صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمة بعد قوله: «فلا حقّ له: قلت: وإن كان له بيّنة عادلة قال: نعم فإن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامة ما كان له حقّ وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه. قال رسول الله ﷺ: «من حلف لكم بالله فصّدّقوه ومن سألكم

١- قد عرفت نص المبسوط وهو على خلاف هذا النقل ولعلّه ذكره في موضع آخر منه.

٢- قد عرفت نص السرائر على خلافه ولعلّه ذكره في موضع آخر منه.

٣- العلامة، المختلف: الفصل الثالث من كتاب القضاء: ١٤٧.

٤- الأردبيلي: مجمع الفائدة: ١٢/١٣٧.

بأنه فاعطوه وذهبت اليمين بحق المدعي ولادعوى له»^(١).

وحصيلة الأقوال:

١- عدم السماع مطلقاً.

٢- السماع مطلقاً

٣- السماع إلا إذا اشترط السقوط.

٤- عدم السماع إلا إذا نسي المدعي البيّنة.

٥- عدم السماع إلا إذا تولى الغير إقامة البيّنة أو نسي المدعي البيّنة وهو الذي نقله العلامة عن المبسوط.

هذه هي الأقوال في المسألة ومنه يعلم عدم وجود إجماع في المسألة سوى الشهرة من عصر المحقق ولا بد من دراسة أدلة المسألة:

استدل لعدم السماع، بما رواه ابن أبي يعفور، أعني قوله: «نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة...»^(٢).

أقول: إن مقتضى القاعدة هو السماع خصوصاً إذا كان عدم الإحضار مستنداً إلى عذر مقبول عند العقلاء، كعدم حضورها أو عدم تذكرها وذلك بوجهين:

١ - أن نسبة اليمين إلى البيّنة نسبة الأصل إلى الأمانة، فالشارع ابتكر علاجاً خاصاً لفصل الخصومة عند فقد الدليل الموصول إلى الواقع، ومن المعلوم ارتفاع موضوع الأصل عند وجود الدليل فيكشف عن أن القضاء باليمين، لم يكن على الوجه الصحيح وإن كان القاضي معذوراً، فإذا تبين الخلاف، ينتهي أمد الحكم الأول. هذا هو مقتضى القاعدة. ولا يعدل عنها

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٦٠، المسألة ٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من ابواب كيفية الحكم، الحديث ١.

إلا بدليل قاطع .

٢ - أن مقتضى إطلاق دليل حجية البيّنة ، هو لزوم الأخذ بها مطلقاً ، سواء حلف أم لم يحلف وبذلك يعلم ضعف ما في المسالك : «إنّ اليمين حجة للمدعى عليه ، كما أنّ البيّنة حجة للمدعي وكما لا يسمع يمين المدعى عليه بعد حجة المدعي كذلك لا يسمع حجة المدعي بعد حجة المدعى عليه» .^(١) وذلك للفرق الواضح بين الحجّتين . كما لا يخفى فعدم سماع يمين المدعى عليه ، عند وجود البيّنة ، لا يكون دليلاً على عدم سماعها عند وجود اليمين لكون النسبة بينهما نسبة الأصل إلى الأمانة .

وليس في مقابلهما سوى موثقة ابن أبي يعفور والعمل بذيلها مشكل حيث قال : «وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له» فإنّ القسامة في مورد الدم مقدّمة على الحلف فكيف لا تكون مقدّمة في المقام فإنّ المال ليس بأهم من الدم فاللازم إرجاع علمها إليهم عليهم السلام فالأحوط السماع وأولى منه التصالح . كما لا يخفى .

نعم ربّما يستدلّ على السماع بأن : « كل حالة يجب عليه الحق بإقراره ، فيجب عليه بالبيّنة كما قبل اليمين »^(٢) وأجاب عنه المحقّق الأشتياني : «أنّ المقرّ بإقراره يخرج عن موضوع ما دلّ على عدم جواز ترتيب أثر الحقّ على المحلوف عليه كذباً ، بخلاف البيّنة فإنّ الموضوع في صورة قيامها ، باق بحاله فلا يجوز سماعها وترتيب الأثر عليها»^(٣) .

ولكن الإجابة ضعيفة ، لما عرفت من أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة إنّما هو نسبة الأصل إلى الأمانة فلا يكون الموضوع باقياً في كلتا الصورتين فالتفصيل بين

١- زين الدين العاملي : المسالك : ٤٠٩/٢ .

٢- المصدر نفسه .

٣- الأشتياني : القضاء : ١١٢ .

الإقرار والبيّنة مشكل .

وأما القول بجواز السماع إلا إذا اشترط سقوط الدعوى بالحلف ، فمنظور فيه ، إذ لو كان السماع جائزاً فإشتراط سقوطه يكون على خلاف السنّة إلا إذا رجع الشرط إلى إلزامه اختيار جانب الترك من الجواز من دون أن يمسّ الاشتراط كرامة الحكم الشرعي ، كما أوضحنا حاله في مبحث الشروط في الخيارات .^(١)

ومنه يظهر حكم حال النسيان أو تولي الغير بإقامة البيّنة إذ لا دليل على التفريق بين الذاكر والناسي ، أو بين تولي النفس والغير ، إذ لو كان المستند في السماع هو إطلاق دليل البيّنة ، فلا وجه للتفريق بين الصورتين ، كما أنّ الحال كذلك لو كان المستند في عدم السماع هو موثقة ابن أبي يعفور .

نعم ربّما يكون الشمول في صورة النسيان أولى عند العقلاء كما عرفت سابقاً .

ثم إنّ صاحب الوسائل قال بعد نقل الموثقة قال : «تقدّم في الوصايا في إسهاد الذميين عليها ، ما ظاهره المنافاة لكنّه مخصوص بتلك الصورة» .

وقد أشار بذلك إلى ما رواه في الباب ٢١ من كتاب الوصايا من مرفوعة علي بن إبراهيم من أنّ الحكم بعد إحلاف المنكر ينقض يمين المدّعي في مورد خاص ، وهو غير ما نحن فيه من ترتيب الأثر على البيّنة بعد إحلاف المنكر ، ولا يصحّ إسراء الحكم منه إلى ما نحن فيه إلا بدعوى الأولوية وهي ممنوعة ، لوجود قرائن في مورد الرواية تدلّ على صدق ادّعاء المدّعي حيث وجدوا الآنية والقلادة عند المنكر ، كما لا يخفى ، بخلاف موضع إقامة البيّنة .

ومما ذكر يظهر حال ما إذا أقام شاهداً وضمّ إليه اليمين فإنّ حكمه حكم إقامة البيّنة . والأولى التصالح .

١ - المختار في أحكام الخيارات: ص ٤٧٢ .

المسألة الخامسة :

براءة المنكر متوقفة على حكم الحاكم أو لا ؟

هل يتوقف سقوط الدعوى على إنشاء حكم من الحاكم بذلك بعد الحلف أو يكفي الحلف بعد طلب المدعي وأمر الحاكم ؟

يظهر من صاحب الجواهر لزوم إنشاء الحكم. قال: «قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكن التحقيق خلافه، ضرورة كون المراد من هذه النصوص وما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم، وإلا فلا بد من القضاء والفصل بذلك كما أوما إليه بقوله عليه السلام: «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»^(١) بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص وشبهها لم ينجح إلى إنشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعي باليمين وثبوت الحق بالبيّنة ونحوها.^(٢)

يلاحظ بأنه في مقام بيان الحكم الشرعي، سواء أكان هناك تعلم أو لا، والدليل على ذلك أنه اعترف به في آخر كلامه حيث قال: «ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعي باليمين، وثبوت الحق بالبيّنة» من دون نظر إلى تعليم الآخرين بكيفية القضاء.

وذهب السيّد الطباطبائي إلى عدم لزوم إنشاء الحكم في الموارد الثلاثة: الحلف، والإقرار بالحق، والبيّنة وقد تدرج في بيان مقصوده، فجعل محور الكلام اليمين، وأنّ البراءة لا تتوقف على حكم الحاكم إذا كان اليمين بطلب المدعي وأمر الحاكم، قائلاً بأنّ لليمين خصوصيّة وأنها موجبة للبراءة، غاية الأمر أنّ اللازم كونها بأمر الحاكم لا بمجرد طلب المدعي. ثمّ عطف عليه، كون الإقرار مثل اليمين وأنّه

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠ / ١٧٥.

يثبت به الاشتغال إذا حاز الشرطين من دون حاجة إلى حكم الحاكم، فلو مات الحاكم بعده وقبل الحكم لم يحتج إلى شيء. ثم احتمل كون الحكم في البيّنة أيضاً كذلك. قال: «وقد يحتمل كفاية الثبوت حتى في البيّنة وعدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، وكون المراد من الحكم هو الثبوت عنده ويكفي إخباره به»^(١).

يلاحظ عليه: أنه إن أراد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، في مجال ترتب الأحكام الواقعية على موضوعاتها فهو حق، فإذا حلف بطلب المدعي وأمر الحاكم - لو قلنا بشرطيهما وقد عرفت منا أن الأقوى عدمها - يترتب عليه سقوط الدعوى، وحرمة التقاض، لأنها أحكام شرعية مترتبة على اليمين، فعلى المدعي المؤمن بالشرعية، الالتزام بتلك الأحكام.

وإن أُريد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، في مجال الأحكام القضائية أي الأثر المترتب على حكم القاضي نفسه، فلا ريب في توقفه عليه لو كان، كفصل الخصومة وحرمة النقض، ومنع طرح الدعوى في محكمة أخرى فالكل من آثار الحكم، فما ذكره من باب خلط أثر الحكم الواقعي بأثر الحكم القضائي.

ثم إن في كلامه خلطاً آخر وهو ما أفاد: «والمراد من الحكم هو الثبوت عنده ويكفي في إخباره به» وما ذكره مسألة أخرى لاصلة لها بما ذكرناه وهي أنه لو قلنا بلزوم حكم الحاكم يقع الكلام في أنه هل يكفي فيه ثبوته عنده وإخباره بذلك أم لا بد من إنشاء الحكم بمثل قوله «حكمت» والقولان مبنيان على تسليم لزوم الحكم، غير أنهما يختلفان في كيفية إظهاره، فهل تكفي الجملة الخبرية، أو يتوقف على الإنشاء.

وقد ظهر بما ذكر في الموارد الثلاثة:

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٦٤ / ٢.

١- طلب المدعي.

٢- أمر الحاكم.

٣- إنشاء الحكم.

إنّ الأثر الشرعي الواقعي لا يتوقف على واحد منهما وأمّا الأثر القضائي فربما يتوقف على طلب المدعي، وإذن الحاكم وإنشاء الحكم منه.

المسألة السادسة: إذا أكذب الحالف نفسه

إذا أكذب الحالف نفسه بالإقرار فيسقط ما كان يترتب على الحلف - إذا لم يكذبه - من الآثار، فتجوز مطالبته وتحل مقاصته ممّا يجده له مع امتناعه من التسليم. وعلّله في المسالك بقوله: لتصادقها حينئذ على بقاء الحق في ذمة الخصم فلا وجه لسقوطه. ^(١)

وفي مفتاح الكرامة: «لأنّ الإقرار أبطل ما تقدّم لعموم أدلة الأخذ بالإقرار لكن تأمل فيه بأنّ ظاهر الروايات المتقدمة على خلاف ذلك». ^(٢)

وجه التأمل، أنّ النسبة بين عموم الأخذ بمقتضى الإقرار، وما سبق من الروايات من ذهاب الحق يمينه هو العموم والخصوص من وجه، لصدق عموم دليل الإقرار ودونها فيما إذا أقر، ولم يكن مسبوقاً بالحلف، وصدق الروايات فيما حلف ولم يكذب نفسه، ويصدقان فيما إذا حلف وأكذب نفسه فلا وجه لتقديم عمومهما على ما دلّ على ذهاب الحق باليمين.

ولكن التأمل في غير مورده لما عرفت من أنّ ذهاب اليمين بحق المدعي ليس حكماً واقعياً، بل حكم قضائي يثبت مادام الموضوع باقياً فإذا أقر بالخلاف، وصار المنكر مقراً فلا معنى لبقائه.

٢- السيّد العاملي، مفتاح الكرامة: ١٠/٧٧.

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/٤٠٩.

أضف إلى ذلك، أن المرتكز لدى العقلاء هو الأخذ بالإقرار، وذم الحالف على حلفه كاذباً وهو كاف في تقديم عموم الإقرار.

فلو كان ما ذكر مقنعاً في تقديم عموم الإقرار وإلا فيكفي ما رواه الصدوق عن مسمع بن أبي سيار^(١) قال قلت: لأبي عبد الله إني كنت استودعت رجلاً مالاً فيجحدنيه، وحلف لي عليه ثم إنه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي أودعته إياه فقال: هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك، واجعلني في حل فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه ورفعت المال الذي كنت استودعته وأبيت أخذه حتى استطلع رأيك فما ترى؟ فقال: «أخذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله فإن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»^(٢).

والراوي بصفاء ذهنه، أدرك أن له أخذ ماله، وإنما توقف في أخذ الربح. ومقتضى القاعدة أن الربح كله لصاحب المال، إذا أجاز ما ترتب على ما له من العقود وعندئذ يكون دفع نصف الربح إليه حكماً استجبائياً، لأجل تشويقه إلى الصدق والصفاء وحفظ الأمانة وأما كون عمل المسلم محترماً فلاصلة له بالمقام، فإن ذلك فيما إذا كان العمل بإذن من صاحب المال، لا ما إذا قام به فضولياً.

ولعل ما في فقه الرضا، مأخوذ من هذه الرواية فقد جاء فيه: «وإذا أعطيت رجلاً مالاً فجحدك وحلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مدة، وربما ربح فيه وندم على ما كان منه، فخذ رأس مالك ونصف الربح وردّ عليه نصف الربح. هذا رجل تائب»^(٣).

١- سند الصدوق إلى مسمع لم يصحح، ولكن مسمعا ثقة، وثقه الكشي، ص ٢٦٢ والمجلسي في الوجيزة: ١٦٧ ويظهر المدح في حقه عن رجال النجاشي. والرواية معتبرة.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، كتاب الإيمان، الباب ٤٨، الحديث ٣.

٣- النوري، المستدرک، وهذا وأمثاله دليل على أن الكتاب (فقه الرضا)، مأخوذ من الأحاديث المروية عن الأئمة لكن بتصرف وتلخيص وتقييد وتخصيص.

والظاهر عدم الفرق في إكذاب نفسه بين حضور الحاكم وعدمه بل يكفي سماع المدّعي كما لافرق بين كون التكذيب بعنوان التوبة وعدمها. كلّ ذلك لإطلاق دليل الإقرار وكونه المرتكز لدى العقلاء.

والحقّ أن يقال: إنّ الآثار المترتبة على الشيء بوجوده الواقعي يترتب على التكذيب مطلقاً، كما لمطالبة في غير المحكمة والتقاص. وأمّا الآثار المترتبة على حكم القاضي فهو باق، لأنّه بعد غير منتقض عنده وإنّما ينتقض إذا كان الإقرار في محضر القاضي، حتى ينتهي حكمه بانتفاء الموضوع لدى القاضي.

الجهة الثانية: إذا ردّ اليمين على المدّعي

قد عرفت أنّ للمنكر حالات ثلاث، لأنّه إمّا يحلف، أو يرّد اليمين على المدّعي أو ينكل وقد عرفت حكم حلفه ولنبحث عن حكم الثاني ثمّ الثالث، والكلام يقع في الأمور التالية:

- ١- إنّ للمنكر ردّ اليمين على المدّعي.
 - ٢- ولو ردّ وحلف ثبت حقه.
 - ٣- وإذا نكل المدّعي، ينتفي حقه.
 - ٤- إنّ الردّ مختصّ بالحقوق المالية.
 - ٥- هل يمين المدّعي بمنزلة البيّنة أو كإقرار المنكر؟
 - ٦- إنّ للمنكر أن يستمهل مدّة معيّنة.
- قد تضافرت النصوص على الأحكام الثلاثة الأولى، وادّعى الإجماع لولا أنّ الإجماع مستند إلى النصوص. وفيها الصحيح والمعتبر والضعيف فبعضها يدلّ على الحكم الأوّل، والأكثر يدلّ على الأحكام الثلاثة. أمّا الأوّل فتدلّ عليه روايات:
- ١- صحيحة هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تُردّ اليمينُ (بصيغة المجهول)

على المدعي^(١). و هل الحديث ظاهر فيما كان الراد نفسه أو يعمّ ما إذا كان الراد هو الحاكم ولعله ظاهر في الثاني.

وأما الثاني فتدلّ عليه :

٢- صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يدعي ولا بيّنة له قال: « يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلاحق له^(٢). فتدلّ على الأوّل والثالث بالمنطوق وعلى الثاني بالمفهوم.

٣- خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يدعي عليه الحقّ، ولا بيّنة للمدعي قال: « يُسْتَحْلَفُ أو يُردّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلاحق له^(٣).

وفي السند «القاسم بن سليمان وهو في كتب الرجال مهمل لم يوثق» ويدلّ على الحكم الأوّل والثالث ويستفاد الثاني بالمفهوم، والظاهر أنّ بناء الفعلين على المجهول، أي يُستحلف الرجل الذي ادّعى عليه، أو تردّ اليمين على المدعي، والتفكيك بين الفعلين بكون الأوّل مبنياً على الفاعل وإن كان صحيحاً، لكن الثاني عندئذ يتعيّن للبناء على المفعول. نعم التفكيك على خلاف الظاهر.

٤- مرسله يونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين. فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان. فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعي عليه.

فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه فإن أبى أن يحلف فلا شيء له^(٤).

والرواية تدلّ على الأحكام الثلاثة بالمنطوق. والوجوب فيها، وجوب وضعي

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

٢، ٣، ٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، ٢، ٤.

لاتكليف - كما أنّ اللزوم في عبارة المحقق: «وإن ردّ اليمين على المذمّي لزمه الحلف» وضعي بمعنى أنّه لو أراد استيفاء حقّه فعليه اليمين.

٥- مرسلّة أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يُدعى عليه الحقّ وليس لصاحب الحقّ بيّنة، قال: «يستحلف المذمّي عليه، فإن أبى أن يحلف، وقال أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ، فإنّ ذلك واجب على صاحب الحقّ أن يحلف ويأخذ ماله»^(١) وهي تدل على الحكم الثاني والثالث.

٦- صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا أقام المذمّي البيّنة فليس عليه يمين وإن لم يقدّم البيّنة فردّ عليه الذي أدعى عليه، اليمين، فأبى فلاحق له^(٢) و الظاهر أنّ «أدعى عليه» مبني للمجهول، وضمير «أبى» يرجع إلى المذمّي.

٧- روى عبد الرحمان بن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت: للشيخ خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحقّ، فلم تكن له بيّنة بما له، قال: فيمين المذمّي عليه فإن حلف فلاحق له وإن ردّ اليمين على المذمّي فلم يحلف فلاحق له...^(٣)

وفي السند، ياسين الضرير البصري والظاهر أنّه إمامي وقد أهمل في الأصول الرجالية، ونقل المامقاني أنّ صاحب الحاوي ضعفه وبهذا اللفظ رواية أبي العباس البقباقي^(٤).

ثمّ إنّ هناك مواضع لا يمكن للمذمّي الحلف أو لا يصحّ منه، إمّا لعدم الجزم بالدعوى كما في موارد الظنة والتهمة، أو لا يكون المورد، مجرى لليمين كما إذا حاول إثبات المال للغير بحلفه. كما في الموارد التالية:

١- إذا كان المذمّي غير جازم في دعواه.

١ و٢- نفس المصدر، الحديث ٥ و٦.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٢- دعوى الولي لليتيم مالا على آخر.

٣- دعوى الوصي على الوارث أن الميت أوصى بخمس أو زكاة أو حج ونحو ذلك مما ليس له مستحق بالخصوص و سيوافيك الكلام في هذه الصور فانتظر.

منصرف الروايات الحق المالي

ثم إن منصرف الروايات هو الحق المالي، ففي مثله، يجب على المنكر، الحلف أو الرد، لا في غيره فلو تنازع رجل وامرأة وادّعى الأول زوجيتها فأنكرت الثانية، فليس لها، ردّ اليمين على الزوج على وجه لو حلف يثبت عندئذ كونها زوجته.

هل يمين المدّعي بمنزلة البيّنة أو كإقرار المنكر؟

هل اليمين المردودة، بمنزلة بيّنة المدّعي أو بمنزلة إقرار المنكر، أو هو أمر مستقل، لا يحكم عليها، بحكم أحدهما إذا كان لكل حكم خاص؟
وجه الأول أن الذي يُطلب من المدّعي هو البيّنة، فاليمين المردودة إليه تقوم مقامها في الإثبات.

وجه الثاني: أن امتناع المنكر من الحلف، وردّه إلى المدّعي مشعر باعترافه بالحق فكان كإقراره .

ويتفرّع على القولين بعض الفروع:

١- إذا حلف المدّعي - بعد ردّ الحلف إليه - ثم أقام المنكر بيّنة على أداء المال أو على الإبراء فعلى القول بأن يمين المدّعي كبيّنته، لا مانع من قبول بيّنة المنكر وأما إذا قلنا بأنه كإقرار المنكر، فهناك مانع من قبولها لأنه بإقراره المتقدم كذب بيّنته المتأخرة، ولا بيّنة بعد الإقرار كما مرّ.

٢- إذا كانت يمين المدّعي كبيّنته، يتوقّف ثبوت الحق بها على حكم الحاكم، بخلاف كونها بمنزلة إقرار المنكر فثبوته لا يتوقّف عليه. بناءً على التفريق بين البيّنة والإقرار في ثبوت الحق فهو في الأولى يتوقّف على حكم الحاكم بخلاف الثاني.

وجه الثالث: إنّ الأثر الشرعي في الفرع الأوّل يترتب على عنوان الإقرار، وليست اليمين إقراراً، وكونها بمنزلة ثبوتاً لا يكون دليلاً، على إساءة حكم المنزل عليه (الإقرار) على المنزل (اليمين) إلّا إذا كان هناك دليل على التنزيل في مقام الإثبات. ومثله الفرع الثاني، فإنّ الأثر (الحاجة إلى حكم الحاكم) مترتب على عنوان البيّنة، وليست اليمين بيّنة وكونها منزلة منزلتها، لا يكون دليلاً على إساءة حكمها إليها إلّا إذا كان دليل على التنزيل في مقام الإثبات.

وعلى ذلك فيلزم على الفقيه الرجوع إلى القواعد في الفرعين وما ضاهاهما. ففي الأوّل تُسمع البيّنة، لعموم حجّية البيّنة، خرج عنه مورد واحد، وهو إذا حلف المنكر. وقد تقدّم قول الفقهاء: «لو أقام المدّعي بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع».

وفي الثاني، يجيىء ما قلناه من أنّ كل أثر شرعي مترتب على الواقع المنكشف، يترتب عليه، دون الأثر المترتب على حكم القاضي، فلا فرق بين قيام البيّنة والإقرار بين الأمرين كما تقدّم.

وبهذا تظهر قوّة ما أفاده صاحب الجواهر وتبعه السيد الطباطبائي من كونها أمراً مستقلاً قال السيّد الطباطبائي: والأقوى أنّها أمر مستقل ففي الفروع التي فرّصوها على القولين لابدّ من الرجوع إلى سائر الأصول والقواعد.^(١)

ما هو الوجه للترديد بين الأمرين

ثمّ إنّ الداعي للترديد بين الأمرين، وعدم جعله شيئاً مستقلاً برأسه، هو

الحصر المستفاد من قوله ﷺ: إنما أقضي بينكم بالأيان والبيّنات^(١) فلو جعلنا اليمين المردودة كبيّنة المدعي لتمّ الحصر وإن جعلناه كإقرار المنكر فهو وإن كان خارجاً عن الحصر، لكنّه غير مضر لأنّ الحديث في مقام حصر ما به تحسم الخصومة في أمرين والإقرار ليس حاسماً للخصومة بل هو رافع لموضوعها فلا يضرّ خروجها عن تحت الحصر.

ونظير هذا الاختلاف في تحليل الأمانة للوطء فهل هو داخل في التزويج، أو ملك يمين، لحصر الحلّة في أمرين؟ قال سبحانه: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلَا تُنْفِكُهُمْ مِنْهُنَّ فَلْيُحْلِلُوا لَهُنَّ كَمَا بَلَغُوا حِلَّهُنَّ﴾ (المؤمنون/ ٦).

يلاحظ عليه: أنّ عدم دخولها تحت الحصر مبني على تخصيص الأيمان في الرواية، بالمنكر وإلاّ فلو قلنا بكونها مطلقة يعمّ مطلق اليمين من كلا الجانبين فاليمين المردودة داخله في الحصر. وإنّ أبيت إلّا عن كون المراد من الأيمان، هو يمين المنكر، لا مطلقاً، فنقول إنّ الرواية محمولة على الغالب بشهادة أنّه يصحّ القضاء بيمين المدعي في موارد لا يعلم إلّا من قبل المدعي أو كان المدعي أجيراً، أو أميناً كما المستودع إذا ادّعى التلف.

على أنّ ماهية اليمين المردودة إنّما هي يمين المنكر لا غير، لكنّه رضي أن يحلف بها المدعي وأمضاها الشارع فهي مصداق ثانوي للخبر بعد تضافر الروايات على صحتها.

ثمّ إنّ هنا وجهاً آخر وهو إلحاقها بالبيّنة من جهة وباليمين من جهة أخرى فيها أنّه يثبت بها الحقّ تكون أشبه بالبيّنة، ومن جهة التزام المنكر على أنّه لو حلف، لخضع على دعواه، يكون أشبه بالإقرار وعلى ضوء هذا يترتب عليها أثرهما.

يلاحظ عليه: - مضافاً إلى أنّه قول ثالث، فإنّ القائل إمّا يلحقها بالبيّنة فقط، أو بالإقرار، لا بكليهما - أنّ اجتماع الحثيتين، لا يكون كاشفاً عن إمضاء

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

الشارع لها بكلا الوجهين.

فإن قلت: إنّ مرسله يونس، جعل استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، وجعل الوجه الرابع اليمين، ومن أقسامها، اليمين المردودة على المذّعي. وهذا يقتضي إلحاقها بالبيّنة، لا بإقرار المنكر، لأنّ استخراج الحقوق، يختص بمقام الإنكار والإخفاء، والإقرار خضوع وتصديق فلا يستخدم في مورد استخراج الحقوق.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكر، لا يخرج عن حدّ الإشعار، لا يمكن الاحتجاج به.

إذا استمهّل المذّهي لإحضار البيّنة

قد عرفت تضافر الروايات على سقوط حقّ المذّعي إذا نكل عن الحلف ففي صحيح محمّد بن مسلم: «فلم يحلف فلا حقّ له»^(١) وصحيح جميل: «فأبى فلا حقّ له» إلى غير ذلك.^(٢)

أضف إلى ذلك أنّه لولا القول بسقوط حقّه لرفع خصمه كلّ يوم إلى القاضي. والخصم يرّد عليه اليمين وهو لا يحلف فيعظم الخطب ولا يتفرّغ القاضي من خصومته إلى شغل. وعلى هذا لا يصحّ له طرح الدعوى في مجلس آخر، أو في محكمة أخرى، ويكفي في ذلك إطلاق الروايات.

نعم استثنى الشهيد في المسالك ما إذا ذكر سبباً عقلائياً لامتناعه عن الحلف، واستمهّل لإحضار البيّنة أو سؤال الفقهاء، أو مراجعة الحساب فلا يسقط حقّه.^(٣)

وما ذكر هو المتفاهم عرفاً لأنّ منصرفها، هو الممتنع المطلق عن الحلف لا

٢١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦١.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٤٠٩/٢.

من يحاول تبديلها بحجة أخرى، أو يستمهل، حتى يكون على بصيرة من أمره فما أصّر عليه صاحب الجواهر من إطلاقات الروايات ليس بشام ولأجل ذلك اختار السيد الطباطبائي جواز الإمهال وقال: «الظاهر أن له ذلك لأنه لا يصدق حينئذ أنه لم يحلف لأن الظاهر منه ما إذا بنى على عدم الحلف مع عدم الإتيان بالبيّنة، كما أنه لو كان عدم حلفه استمهالاً ليرى ما الأصلح لا يكون مسقطاً لحقه»^(١).

وعلى كل تقدير، يلزم أن يكون التأخير محدداً بحدّ لأن التأخير بلا تحديد ضرر أخرج على المنكر وهو يطلب إنهاء الخصومة بصورة قاطعة.

نعم ربّما يقال، إنه يجوز الاستمهال بلا تحديد لأن اليمين حقه وله تأخيره إلى أن يشاء كالبيّنة حتى يتمكن من إقامتها وهذا بخلاف المدعى عليه فإنه لا يمهل إذا استمهل لأن الحق فيه لغيره بخلاف تأخير المدعي فإنه يؤخر حقه فيقبل إذا كان له عذر مسموع.^(٢)

يلاحظ عليه: أن المتبادر كون الاستحلاف حكماً شرعياً لغاية إنهاء الخصومة، لا حقاً للمدعي. كما أن الحكم الشرعي هو الإتيان بالبيّنة، والإسلام بنى صرح القضاء على هذين الأمرين وقال: إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان، فأراد رفع الخصومة وإنهاؤها بهذين الأمرين لا أن ادعاء المدعي، يورث حقاً له على المدعى عليه وهو الحلف على المدعي، حتى يكون حلفه - إذا ردّ عليه - حقاً له على المنكر ويكون له حق التأخير.

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٦٥ / ٢، ولاحظ المغني لابن قدامة: كتاب الأفضية: ١٢٤ / ١١، الطبعة الجديدة بالأفست لدار الكتاب العربي.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٤٠٩ / ٢.

الجهة الثالثة

إذا نكل المنكر

قد سبق أن المنكر - مقابل المقرّ والساكت - إذا عُرِضَ عليه الحلف، إما أن يحلف، أو يردّ الحلف على المدّعي، أو ينكّل، بمعنى أنه لا يحلف ولا يردّ والمقصود في المقام هو الثالث. والنكول في اللغة هو الامتناع. وهو في كلام الفقهاء، موضوع لحكمين:

١- إذا لم يحلف ولم يردّ قال له الحاكم أن حلفت أو رددت وإلا جعلتك ناكلاً ثلاث مرّات.

٢- يقضى عليه بمجرد النكول أو بعد ردّ القاضي اليمين على المدّعي فإن حلف ثبت حقه أو إن امتنع سقط حقه.  وعلى كلّ تقدير فالنكول عبارة عن الامتناع عن أمرين أن لا يحلف، ولا يردّه على المدّعي وإليك كلمات الأصحاب في المقام:

١- قال الشيخ في النهاية: فإن أقرّ الخصم بدعواه، ألزمه الخروج إليه من الحق وإن حلف، فترق بينهما، وإن نكل عن اليمين، ألزمه الخروج إلى خصمه مما ادّعاه عليه.^(١)

ومقصوده من النكول عن اليمين، هو الامتناع عن الحلف والردّ، لا الأوّل وحده.

٢- قال في المبسوط: وإن لم يحلف ونكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك فيحلف ويستحقّ عليك، يقول هذا ثلاثاً فإن حلف فقد مضى وإن لم يحلف ردّت اليمين على

١- الطوسي: النهاية، كتاب القضايا والأحكام / ٣٤٠.

المدعي فيحلف ويثبت له الحق.^(١)

٣- قال في الخلاف: إذا نكل المدعى عليه، رُدَّت اليمين على المدعي في سائر الحقوق وبه قال الشعبي والنخعي والشافعي، وقال مالك: إنما ترد اليمين فيما يُحكم به بشاهد وامرأتين دون غيره من النكاح والطلاق ونحو ذلك. ثم استدل على عموم الحكم بما روي عن النبي ﷺ (عند ما قتل عبد الله بن رواحة بخيبر) أنه قال للمسلمين: «تخلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم» فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه؟ فقال: يحلف لكم اليهود خمسين يمينا فقالوا إنهم كفار» فنقل النبي اليمين من جانب المدعي إلى جانب المدعى عليهم وهذا حكم برد اليمين عند النكول وكانت الدعوى في قتل العمد، والدماء لا يحكم فيها بشاهد وامرأتين.^(٢)

وقد اكتفى الشيخ في النهاية بمجرد النكول، بخلاف المبسوط فرأى لزوم ردها إلى المدعي.

٤- قال القاضي: فإن لم يحلف (المنكر) قال له الحاكم: إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك فيحلف فيستحق عليك يقول هذا ثلاثاً.^(٣)

٥- قال ابن إدريس: فإذا عرض اليمين عليه، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يحلف أو ينكل فإن حلف أسقط الدعوى وليس للمدعي أن يستحلفه مرة أخرى في هذا المجلس أو في غيره، فإن لم يحلف ونكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك فيحلف ويستحق عليك

١- الطوسي: المبسوط، كتاب آداب القضاء: ٨/ ١٥٩.

٢- الطوسي، الخلاف: ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٣٩. ولا يخفى أن الكلام في نكول المدعى عليه ونقل يمينه إلى المدعي، لانكول المدعي وإن استحق اليمين كما في مورد القسامة.

٣- ابن البراج، المهذب: ٢/ ٥٨٥.

- إلى أن قال: - ولا يجوز أن يحكم عليه بالحق بمجرد النكول بل لابد من يمين المدعي ليقوم النكول واليمين مقام البيّنة وقد يشبه هذا الموضوع على كثير من أصحابنا فيظنّ أن بمجرد النكول يثبت الحق وهذا خطأ محض.^(١)

٦- وقال المحقق: 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 بالنكول وقيل: يردّ اليمين على المدعي فإن حلف ثبت حقه وإن امتنع سقط، والأوّل أظهر.^(٢)

٧- وقال ابن سعيد: فإن قال لا بيّنة لي، وطلب اليمين، أحلفه له فإن نكل حكم عليه بالدعوى.^(٣)

٨- وقال العلامة في القواعد: ولو نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يردّ قال له الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً ثلاث مرّات استظهاراً لا فرضاً فإن أصرّ فالأقرب أن الحاكم يردّ اليمين على المدعي فإن حلف ثبت حقه وإن امتنع سقط وقيل يُقضى بنكوله مطلقاً.^(٤)

٩- وقال أيضاً في إرشاد الأذهان: ولو امتنع المنكر من اليمين والردّ قال له الحاكم: إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً - ثلاثاً - فإن حلف وإلا أحلف المدعي على رأي، وقضى عليه بالنكول على رأي.^(٥)

١٠- وقال الشهيد الثاني: وإن أصرّ على النكول ففي حكمه قولان:

أحدهما: وهو ما اختاره المصنّف (المحقق) وقبله الصدوقان والشيخان والأتباع منهم القاضي في الكامل أنه يقضى عليه بمجرد نكوله. وثانيهما: أنه يردّ

١- ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٦٥.

٢- الشرائع: ٤/ ٨٥.

٣- ابن سعيد الحلّي، الجامع للشرائع: ٥٢٤.

٤- مفتاح الكرامة: ١٠/ ٨٠، قسم المتن.

٥- العلامة، الإرشاد: ٢/ ١٤٤.

اليمين على المدعي ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي في المهذب وابن الجنيد وابن إدريس والعلامة في أكثر كتبه وسائر المتأخرين - إلى أن قال: - فلا ريب أن ردّ اليمين على المدعي أولى.^(١)

١١ - وتبعه الأردبيلي وقال: ويمكن الجمع بين الأدلة بكون القضاء بالنكول جائزاً والأولى الرد.^(٢) وسواء فيك كلامه.

١٢ - وذهب سيّدنا الأستاذ إلى ثبوته بالنكول مع ضمّ حكم الحاكم.^(٣)

قال ابن قدامة: وإن قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعي فإن كان مالاً أو المقصود منه المال، قضى عليه بنكوله ولم تردّ اليمين على المدعي نصّ عليه أحمد فقال: أنا لا أرى ردّ اليمين إن حلف المدعي عليه وإلاّ دفع إليه حقه وبهذا قال أبو حنيفة.

واختار أبو الخطاب أن له ردّ اليمين على المدعي، إن ردّها حلف المدعي وحكم له بها ادّعاه. قال وقد صوّبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف ويستحقّ، وقال: هو قول أهل المدينة روى ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوي لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ردّ اليمين على طالب الحقّ رواه الدارقطني ولأنّه إذا نكل ظهر صدق المدعي، وقوى جانبه فتشريع اليمين في حقه كالمدعي عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد.

ولأنّ النكول قد يكون لجهله بالحال، وتورّعه عن الحلف على ما لا يتحقّقه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره ولا يتعيّن بنكوله صدق المدعي، فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه

١ - زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٠٩ - ٤١٠.

٢ - الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٤٨.

٣ - الإمام الخميني، التحرير: ٢، كتاب القضاء، المسألة ١٦.

دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كما في موضع الوفاق وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقرّ أو يحلف.^(١)

وقبل الخوض في دراسة أدلة القولين نذكر أموراً:

١- إن الظاهر أنّ قول الحاكم للمنكر: إن حلفت أو رددت وإلا جعلتك ناكلاً ليس بواجب ولا مستحب وإنّما هو لأجل الوقوف على حاله، وأنّه هل ناكل أو لا، إذ ربّما يكون الامتناع مؤقتاً لأجل التفكير في مآل الأمر ولأجل ذلك لو علم أنّه ممتنع من الأمرين على وجه الإطلاق، لاوجه لتذكّر الحاكم. ومع ذلك فالأقوى إعلامه على ما يترتب على نكوله شرعاً وذلك لعدم وجود إطلاق في دليل القضاء حتى يعمّ كلتا الصورتين فيجب الأخذ بالقدر المتيقن وهو أنّه لو كان جاهلاً بها يترتب على نكوله شرعاً يلزم على القاضي إعلامه به ولأجل ذلك نأخذ بالمتيقن في أكثر الموارد الآتية وستأتي الإشارة إليه في آخر البحث.

٢- يجب على القاضي، تفهيم ما على المنكر، من الحلف أو الرد، فلو علم بالأول دون الثاني فتوقف عن الحلف، لا يكون داخلاً في المقام.

وبذلك يعلم أنّ تفصيل المحقق الأردبيلي غير تام لأنّه فصل بين ما إذا علم المدعى عليه أنّ له الردّ ولكنّه تركه تحزراً عن إحلاف شخص حيث يُحتمل أنّه قد يضره في الدنيا والآخرة فيقضى بالنكول، وبين ما إذا لم يعلم ذلك فيقضى بالردّ إلى المدعي وبذلك حاول التوفيق بين أدلة القولين.^(٢)

وذلك لأنّ القضاء بالنكول مع جهله بأنّ له الردّ، حكم ضرري، خارج عن محلّ البحث وموضع البحث إثباتاً ونفيّاً ما إذا وقف المنكر على أنّه مخير بين الحلف والردّ، ومع ذلك نكل.

١- ابن قدامة، كتاب الأفضية: ١٢ / ١٢٤، والسكوت في صدر كلامه، هو السكوت عن الحلف بعد الإنكار، ولاصلة له بما يأتي من القسم الثالث للمدعى عليه.

٢- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٤٨.

٣- إنَّ البحث فيها إذا أمكن إحلاف المدعي ولم يكن من المستثنيات مثل دعوى الظن والتهمة، أو فيما لا يصح اليمين هناك كالأولياء والأوصياء والوكلاء بناء على عدم صحة أيمانهم وإلا فلا يحصى عن القضاء بالنكول. وسيوافيك أنَّ الأقوى جواز تحليفهم في خاتمة البحث.

٤- إنَّ ظاهر صحيحة هشام بن الحكم، أنَّ محور القضاء هو البيّنات والأيمان^(١)، كما أنَّ الظاهر من صحيح جميل وهشام أنَّ البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه^(٢) وعلى ذلك يجب أن يدور القضاء حول ذينك الأمرين ما لم يدلّ دليل على خلافهما، وعلى ذلك تكون الروايات الدالة على صحة القضاء بيمين المدعي إذا ردت إليه حاكمة على صحيحهما ومفسرة لهما. وأنَّ المراد من يمين المدعي عليه الأعم من يمين نفسه أو المردودة إلى المدعي من جانبه وعلى كلّ تقدير فاليمين بيمين المدعي عليه إمّا يقوم بها بنفسه أو يردها إليه نعم لولاها لاقتصرنا بالأول.

مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

٥- دلت رسالة يونس على أنَّ استخراج الحقوق بأربعة، ثلاثة منها يرجع إلى أقسام الشاهد المذكورة في الحديث وواحد منها يرجع إلى اليمين لكن بهذا الترتيب:

الف: يمين المدعي عليه.

ب: يمين المدعي عند الردّ إليه.

ج: نكول المدعي عن اليمين عند الردّ.

ففي المورد الثالث يقضى بنكول المدعي عن اليمين على براءة المنكر. مع أنّه ليس هناك بيّنة ولا يمين فكيف يصحّ القضاء بالنكول، مع قوله عليه السلام: **لَمَّا أَقْضِيَ**

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ والباب ٢٥، الحديث ٣.

بينكم بالبيّنات والأيمان؟

والإجابة سهلة، لأنه إذا كان الادّعاء فارغاً عن البيّنة والحلف، فلا يقضي الحاكم بشيء بل يأمر بتركها مجلس القضاء لا أنّه يحكم بالبراءة، إذ الأصل قبل القضاء أيضاً هو البراءة فلا حاجة معه إلى القضاء ولو سلّم أنّه يقضي بالبراءة، وأنّ الحكم الكلي لا يكفي ما لم يصغ في قالب الحكم القضائي فهو أشبه بعدم القضاء بشيء وبذلك يعلم أنّ القضاء على الإشتغال بمجرد نكول المدّعي عليه، بلا ضمّ يمين المدّعي إليه يحتاج إلى دليل قاطع وحاسم ليخصّص به، عموم ما دلّ على أنّ محور القضاء هو البيّنات والأيمان، ولا يقاس بنكول المدّعي من اليمين. فإنّ الثاني أشبه بعدم القضاء بشيء، والأول قضاء على الإشتغال.

٦- إنّ المسألة خالية عن النصّ الصريح كما اعترف به الأردبيلي وإنّما يحاول أصحاب كلّ من القولين تطبيق بعض الروايات على المقام وأما مقتضى الأصل - مع قطع النظر عن الأدلة الاجتهادية - فهو عدم صحّة القضاء بالنكول فإنّ القضاء أمر شرعي يتوقّف حصوله على تحقّق سببه الشرعي وكونه سبباً مشكوك فيه. والأصل من حيث التكليف وإن كان براءة ذمّة المنكر عن الحقّ لكن التمسك به تمسك بالأصل المسببي مع وجود الأصل السببي لأنّ الشك في البراءة والاشتغال ناش من سببية النكول وعدمها، فإذا رفعت سببيته بالأصل، فلا يبقى مجال للأجل المسببي وإن كانا متوافقي المضمون.

هذا نظير ما إذا لم يكن لدليل السببية إطلاق، وشككنا في تأثير السبب على وجه الإطلاق أو مع قيد آخر، فالأصل عدم التأثير والنفوذ إلّا مع القيد المشكوك. نعم لو كان لدليل السببية إطلاق أو عموم، فهما مقدّمان على أصالة عدم التأثير.

وأما التمسك ببراءة ذمّة المدّعي عليه ما لم يحلف المدّعي، فلا يثبت كون النكول مع يمين المدّعي موضوعاً تامّاً للقضاء إلّا على القول بالأصل المثبت نعم

ذكر السيد الطباطبائي أصولاً مختلفة غير مجدية فلاحظ.^(١)

إذا عرفت ما ذكرنا فلنذكر أدلة القولين:

١٠١ دليل القضاء بالنكول

هذا هو الذي جعله بعضهم أظهر القولين. وهو خيرة الشيخ في النهاية، والمحقق في الشرائع، وابن سعيد في الجامع، ومال إليه الشهيد في المسالك على ما عرفت وإن جعل الأولى ردة اليمين على المدعي واستدل له بوجوه:

١- قوله عليه السلام: البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعى عليه.^(٢) وجه الاستدلال أنه جعل اليمين في جانب المدّعى عليه كما جعل البيّنة في جانب المدّعي والتفصيل قاطع للاشتراك. ولا ينقض ذلك برّد اليمين على المدّعي من دون نكول حيث حكم عليه باليمين، وذلك لما عرفت أنه جاء من قبل الرّد لا بأصل الشرع المتلقّى من الحديث. أو يقال إنه يمين المدّعى عليه، حيث رضي أن يحلف خصمه ويدفع جريمة الرّد. وإن أبيت نقول: إن مخالفة ذلك الأصل المحكم يتوقّف على دليل قاطع، وهو موجود فيما إذا لم ينكل ورّد اليمين دون ما إذا نكل ولم يرّد فلا قيمة ليمين المدّعي عندئذٍ إذا لم يردها بل قام الحاكم برّده.

يلاحظ عليه: بأن الرواية بصدد بيان الوظيفة الأصلية وأنّ طبع القضية يقتضي أن يتمسك المدّعي بالبيّنة والمنكر باليمين وهذا لا ينافي العدول عنه في بعض الأحيان، وسيوافيك بعض الموارد التي يحلف فيها المدّعي^(٣) مع أنّ وظيفته

١- السيد الطباطبائي في ملحقات العروة: ٢/ ٦٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ وفي الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣. البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر.

٣- كدعوى الدين على الميت إذا أثبتته بشهود حيث يحلف الحاكم المدّعي على أنه لم يستوفه هو بنفسه أو بوكيله من الميت ولا أبراه ولا أحاله ولا رضي عليه، وله نظائر.

البيّنة.

على أنّ الاستدلال بها، إنّما يتمّ لو لم يقم في المقام دليل على لزوم الحلف كما قام - بالاتفاق - في صورة ردّ المنكر إلى المدّعي من دون نكول، على أنّ الصورتين غير مختلفتين جوهرًا والردّ تارة يقوم به المنكر، وأخرى ينوب عنه الحاكم فيرده على المدّعي ولعلّ العرف يستأنس بما ورد فيه النص، لما لم يردّ فيه.

٢- صحيح محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الآخرس كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين وأنكر ولم يكن للمدّعي بيّنة؟ فقال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادّعى عليه دين، ولم يكن للمدّعي بيّنة - إلى أن قال: - كتب أمير المؤمنين: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة... ثمّ غسله وأمر الآخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين»^(١).

والمتبادر منه أنّه لم يردّ اليمين على خصمه وإلّا لنقل ولزم تأخير البيان عن وقت الخطاب بل عن وقت الحاجة وأيضاً فقوله: «فامتنع فألزمه» يدلّ على تعقيب الإلزام للامتناع بغير مهلة لمكان الفاء وهو ينافي تخلّل اليمين بينهما وفعله عليه السلام كقوله حجة. وتوهم أنّه مخصوص بالآخرس كما ترى - مع أنّه أحقّ - للترحم بأن لا يقضي عليه بمجرد النكول بل يردّ على خصمه.

يلاحظ عليه بوجوه:

أ: أنّ الرواية كما يدلّ عليه قوله: «كيف يحلف الآخرس إذا ادّعى عليه دين، وأنكر ولم يكن للمدّعي بيّنة» بصدد بيان كيفية تحليف الآخرس، لا بصدد بيان كيفية ثبوت الحقّ على المنكر، فلا يعدّ عدم ذكر الردّ على المدّعي، تأخيراً للبيان و إلى ما ذكرنا أشار الأردبيلي وقال: «ويكون الغرض بيان تحليفه، كما هو المتبادر من أوّل الخبر...»^(٢).

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٤٤.

ب: أن القضاء بالنكول مشروط بالامتناع عن الحلف والرد، والمذكور هو الأول دون الثاني، فتأخر البيان عن وقت الحاجة لازم على كل تقدير. وهذا الإشكال وارد على مجموع ما استدلل له على القول الأول، حيث اكتفي فيه بالامتناع عن الحلف، دون الحلف والرد مع أن النكول متحقق بالامتناع عن الأمرين.

ج: إن الرواية بصدد بيان عدم سقوط الحق بامتناعه عن الحلف وأما أنه لا يشترط في القضاء شيء آخر وراء النكول وهو رد الحاكم اليمين إلى المدعي، فلا تدل عليه.

٣- خبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله: قلت للشيخ عليه السلام خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق، فلم تكن له بينة بما له؟ قال: «فيمين المدعي عليه. فإن حلف فلا حق له.

وإن لم يحلف فعليه» ^(١) مركز تحقيقات مكتبة نور عسدي
 إن الشق الثاني من كلامه يدل على ثبوت الحق، بمجرد امتناعه من الحلف وهو معنى القضاء بالنكول.

يلاحظ عليه بوجهين:

١- إن الموضوع للقضاء بالنكول، ليس الامتناع عن الحلف، بل الامتناع منه ومن الرد والمذكور في الرواية هو الأول دون الثاني. فكما أن عدم ذكر الامتناع عن الرد لا يضر بكونه في مقام البيان فكذلك عدم ذكر رد الحاكم على المدعي فلعله رده عليه ولم يذكر لعدم العناية به.

٢- إن المقصود منها، عدم سقوط الحق بامتناعه وأما أنه لا يشترط في القضاء شيء آخر وهو إحلاف المدعي، من جانب القاضي فلا يدل على عدم اعتباره بل هو ساكت عنه.

١- الكليني، الفروع: ٧/ ٤١٥-٤١٦ ووافقه الشيخ في التهذيب في كيفية النقل: ٦/ ٢٢٩.

على أن الرواية ضعيفة سنداً لأجل قاسم بن سليمان - لما عرفت من أنه مهمل في الرجال ثم الرواية مضطربة متناً فنقلها الكليني حسب ما نقلناه ، ونقلها الصدوق . بصورة أخرى فابدل قوله : « وإن لم يحلف فعليه » بقوله : « وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق »^(١) وفي الوسائل^(٢) ، جمع بين المتنين . وعلى ما نقله الصدوق فلا صلة للرواية بالمقام .

وهناك احتمال آخر وهو أن الضمير المجرور في قوله : « وإن لم يحلف فعليه » يعود إلى المدعي ، ومعنى الجملة : إن لم يحلف المدعي عليه ، « فاليمين على المدعي » ويكون مفاد النقلين أمراً واحداً وتكون الرواية متعرضة لصورتين :

١- حلف المدعي عليه .

٢- عدم حلفه وحلف المدعي . على وجه الإجمال من دون يكون ذكر لمستند حلف المدعي وهل هو ردّ المدعي عليه ، أو الحاكم ؟

وعلى هذا التفسير ، يختلف مرجع الضمير المجرور والمبتدأ المقدر ، فعلى التفسير الأول يرجع الضمير إلى المدعي عليه والمبتدأ المقدر عبارة عن الحق والمعنى وإن يحلف المدعي عليه ، فالحق على ذمته ويكون شاهداً للقول .

وعلى الثاني ، يرجع الضمير إلى المدعي (الرجل) والمبتدأ المقدر هو الحلف : أي إن لم يحلف المدعي عليه ، فالحلف على المدعي ويكون ناظراً للقول الثاني .

هذا ما ذكره بعض حضار بحثنا ونبه به أيضاً السيد الطباطبائي^(٣) .

والغريب أن المحقق الأشتياني نقل عن بعضهم أن الرواية أخذت من كتاب « أحمد بن محمد بن عيسى » الذي أخرج جماعة من الرواة عن قسم ، منهم

١- الصدوق ، الفقيه : ٣ / ٣٨ .

٢- الوسائل : الجزء ١٨ ، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم ، الحديث ١ .

٣- ملحقات العروة الوثقى : ٦٧ / ٢ .

البرقي لأجل روايتهم عن الضعفاء وبذلك حاول أن يثبت إتقان الرواية، لأن من يعترض على من يروي عن الضعفاء لا ينقل عنهم.

يلاحظ عليه: مع أن اعتراضه لم يكن على أصل النقل عن الضعفاء بل لكثرة روايتهم عنهم وإلا فالثقة قدير يروي عن الضعيف، إن الواقع في السند، هو محمد بن عيسى بن عبيد البقطيني، لا أحمد بن محمد بن عيسى.

هذا كله حول الصدر وأما ذيلها فيمكن أن يتمسك به القائل بكفاية النكول وذلك لأنه قال: «وإن كان المطلوب بالحق قد مات فاقامت عليه البيّنة. فعل المدعي اليمين - إلى أن قال: - لأن المدعى عليه ليس بحي ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يرّد اليمين عليه ومن ثم لم يثبت الحق».

وجه الاستدلال للقول بكفاية النكول أنه قال: «يرّد اليمين» بصيغة المعلوم ولم يذكر ردّ اليمين من الحاكم إذا امتنع عن الجميع، بل ذكر ردّ المدعى عليه فقط.

يلاحظ عليه أولاً: أنه من المحتمل أنه بصيغة المجهول فلا يتعيّن الرادّ فيعم المدعى عليه والقاضي.

وثانياً: نفترض أنه بصيغة المعلوم، ولكن القاضي ولي الممتنع، فردّه ردّ تسببي للمدعى عليه، فيصدق اعتباراً أنه ردّ اليمين إلى المدعى. على أن عدم الذكر لا يكون دليلاً على التشريع.

فقد تبين مما ذكرنا أنه ليس للقول بكفاية النكول عن ردّ اليمين على المدعي دليل واضح فالمرجع هو الأصل وهو عدم سببته إلا إذا ضمت إليه يمين المدعي، ليكون النكول عن الأمرين مع يمين المدعي قائماً مكان البيّنة كما صرح به ابن إدريس في كلامه المتقدم.

استدل للقول الثاني بوجوه غير نقيّة.

١- ما رواه أهل السنة من أن النبي رَدَّ اليمين على طالب الحق^(١).

يلاحظ عليه: أن السند غير نقى، والرواية ليست صريحة في المورد ولعل رَدَّهُ ﷺ كان في صورة رضى المدعى عليه، بيمين المدعى فيصدق أنه رَدَّ اليمين على المدعى.

٢- ما في رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله ﷺ: في الرجل يُدعى عليه الحق ولا يئنه للمدعى قال: «يُسْتَحْلَفُ أو يُرَدُّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلاحق له»^(٢).

والاستدلال مبني على كون الفعلين مبنيين للمجهول: والمعنى أنه يُسْتَحْلَفُ المدعى عليه - وإن امتنع - يُرَدُّ اليمين على صاحب الحق فيكون نصاً في المورد. نعم لو كان الفعل الأول مبنيّاً للمجهول دون الثاني تكون العبارة ناظرة إلى الصورة السابقة وهو رَدَّ المنكر اليمين إلى المدعى والمعنى يُسْتَحْلَفُ المدعى عليه، أو يردّ هو اليمين على المدعى واحتمال كون الرادّ، هو الأعم من المدعى عليه أو القاضي لأن له ولاية على الممتنع وإن كان له وجه كما مرّ في توضيح ذيل رواية عبد الرحمن البصري، لكنّه مجرد احتمال لا ظهور.

٣- صحيح هشام عن أبي عبد الله ﷺ قال: تردّ اليمين على المدعى^(٣). وجه الاستدلال التمسك بإطلاقه الشامل للمقام^(٤).

يلاحظ عليه: أن الرواية جواب عن سؤال غير مذكور ولعله كان في مورد رضى المدعى عليه أن يحلف المدعى ففي هذا المورد ورد يُرَدُّ اليمين على المدعى.

١- رواه المتقى الهندي في كنز العمال: ٥/١٤٥٤٥، الدار قطني، السنن: ٤/٢١٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٤- النجفي، الجواهر: ٤٠/١٨٣ لكن نكول المدعى سبب لسقوط حقه، ونكول المنكر سبب لإثباته يجمعها أنه من أدوات القضاء.

٤- وقوله ﷺ: «المطلوب أولى باليمين من الطالب»^(١) وجه الاستدلال أن صيغة التفضيل تدل على وجود المبدأ في كلا الطرفين غاية الأمر وجوده في المطلوب أكد من وجوده في الطالب.

يلاحظ عليه: مع أن السند غير نقي ومع احتمال كون «أولى» في المقام مثل ما ورد في آية الميراث: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (الأنفال / ٧٥) فيكون المقصود تعيين اليمين على المطلوب وعدم جوازه للطالب، أنه لا إطلاق في الحديث، فلعله ناظر إلى ما إذا رضي المطلوب، يمين الطالب لاما إذا امتنع من الحلف والرد.

٥- خبر ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جده قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنة ماضية من أئمة الهدى»^(٢).

وجه الاستدلال أن القضاء بالنكول ليس بواحد منها.

يلاحظ عليه بوجهين:

الأول: أنه وما شابهه ناظرا إلى الطوارئ الأولية، ولا يعم الطوارئ الثانوية، مثل ما إذا أنكر، وامتنع من الحلف والرد، فلو قلنا بالقضاء بالنكول لا يكون مخالفا له.

الثاني: الجواب بالنقض، لاتفاقهم على صحة القضاء بنكول المدعي إذا ردت إليه اليمين.

ولكن الملاحظة الثانية، غير تامة، لما عرفت من الفرق بين النكولين. أي فرق بين القضاء بنكول المدعي، والقضاء بنكول المدعى عليه، فإن الأول أشبه

١- الدار قطنی، السنن: ٤/ ٢١٩.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

بعدم القضاء عند نكول المدعي، و اعترافه بعدم البيّنة، فإن القاضي يرخصهما عن مجلس القضاء ويشغل بسائر المرافعات بخلاف القضاء بنكول المنكر، فإنه قضاء بالمعنى الحقيقي وحكم باشتغال ذمته بالحق، فلا يصحّ قياس أحدهما بالآخر. وعندئذ ينحصر الجواب بما قلناه من أنه ناظر إلى الحالات الابتدائية دون الثانوية.

وأما التمسك بآية الوصية الواردة في سورة المائدة / ١٠٨، فلا صلة له بالمقام.

إلى هنا تبين أنه ليس لأحد القولين دليل اجتهادي قاطع، والمرجع، هو الأصل الذي عرفته.

بقي هنا شيء وهو ما أفاده صاحب الجواهر عند ذكر أدلة كفاية النكول: حيث قوّاه بوجهين:

١- إن ظاهر الإحلاف أنه حق المنكر فلا يستوفى إلا بإذنه كما أنه لا يحلف المنكر إلا بإذن المدعي.

٢- أنه كنكول المدعي عن اليمين التي هي ليست إلا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم يكن أولى في تسبّب القضاء فهو مساو له.

يلاحظ على الأول: ما عرفت من أن الاحتجاج بالبيّنة واليمين من الأحكام الشرعية ومن أدوات القضاء، وليس من مقولة الحق الاصطلاحي، وإذا كان حكماً شرعياً مفيداً لحال بعض المكلفين يقوم به الحاكم، إذا امتنع عنه المكلف، لأنه ولي الممتنع والعجب أنه أشار بما ذكرناه في ثنايا البحث.^(١)

وأما الثاني فهو أشبه بالقياس، لأن القضاء بنكول المدعي لا يكون دليلاً على القضاء بنكول المدعى عليه وإن اشتركا في ترك الإقدام على الحلف وقد عرفت

الفرق بين النكولين في الأمر الخامس من المقدمات عند البحث في مرسله يونس فلاحظ.

ثم إنه استدل للقول الآخر أي رد الحاكم اليمين على المدعي بوجه آخر: أن الإحلاف هنا ليس إلا لمصلحة المنكر بانقطاع الدعوى عنه، وربما جاز بدون إذنه مضافاً إلى معلومية ولاية الحاكم على كل ممتنع فيقوم مقامه حينئذ في الرد الذي يمكن نكول المدعي معه فيسقط حقه.

يلاحظ عليه: أن الرد كما يمكن أن يتم لصالح المنكر بأن ينكل عن الحلف، يمكن أن يتم لصالح المدعي، حيث يحلف ويأخذ حقه و معه كيف يمكن وصفه بأنه لصالح المنكر فقط.

بقيت هنا كلمة: وهو أنه لو قلنا بجواز القضاء بالنكول فالمتيقن منه، ما إذا عرض حكم النكول عليه، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ودلت القرائن على صدق قوله فالحكم بالنكول مشكل جداً لما عرفت من عدم وجود إطلاق في دليل القضاء حتى يُنفى وجوب العرض بأصالة البراءة والمرجع هو الأصل أعني: عدم النفوذ إلا إذا كان نفوذه متيقناً.

ويعرب عما ذكر أن الدليل المهم لجواز القضاء بالنكول هو رواية عبد الرحمان البصري ببيان: أن قوله: «ولو كان حياً لألزم باليمين، أو الحق أو يرد اليمين» بناء على كون الفعل (يرد) مبنياً للفاعل يدل على أنه إذا انتفى الأمرين أي لم يحلف ولم يرد لألزم بالحق، ولكن الرواية ليست في مقام بيان شرائط القضاء بالنكول والإلزام بالحق، فلعل نفوذ القضاء مشروط بعلم المنكر، بالموضوع وحكمه.

والمقصود من وجوب العرض هو الوجوب الشرطي لا النفسي، كما لا يخفى.

إذا بذل المنكر اليمين بعد النكول

إنّ للمسألة صوراً يختلف حكم بعضها حسب اختلاف المبنى في المسألة السابقة، وإليك الصور:

- ١- إذا بذل بعد النكول والامتناع عن الحلف والرد.
 - ٢- إذا بذل بعد النكول وحكم القاضي بالحق بعده.
 - ٣- إذا بذل بعد النكول، وردّ القاضي اليمين إلى المدعي وقبل حلفه.
 - ٤- تلك الصورة ولكن بعد حلفه.
- والبحث عن الصورتين الأولتين على القول بكفاية النكول في الحكم، بخلاف الأخيرتين فإنما يطرحهما من يقول بعدم كفاية النكول ولزوم ردّ اليمين. لاشك في لزوم الالتفات في الصورة الأولى (قبل صدور الحكم) وإن قلنا بأن النكول موضوع تام له ولأجل ذلك أدخل صاحب الجواهر لفظ الحكم في عبارة الشرائع حتى تتمحض في الصورة الثانية.

وأما الثانية، فالحكم بعدم الالتفات مبني، على ما هو المختار في المسألة السابقة، من جواز الحكم بالنكول فلا يلتفت لحرمة نقض حكم القاضي.

وأما الصورة الثالثة أي إذا بذل قبل حلف المدعي اليمين المردودة فالظاهر لزوم الالتفات من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم خصوصاً إذا كان مع رضا المدعي، لأنّ قول الحاكم له «احلف» ليس قضاء بل تمهيد له، فإذا لم يحلف ورضي فلا وجه لعدم الالتفات.

بل ولو لم يرض وحلف، مع كون المنكر مستعداً للحلف وذلك لما عرفت من خلوه دليل مطلق يدل على القضاء في هذه الصورة إلا الأصل الحاكم بالأخذ بالقدر المتيقن، ولازمه هنا، هو الالتفات بيمين المنكر، لأنّ المقطوع بالقضاء بيمين

المدّعي إذا بقى المنكر على نكوله حتى يتمّ حلف المدّعي لامطلقاً وإن رجع قبل يمين المدّعي.

وأما الصورة الرابعة فعدم الالتفات هو المتعين، لكونه هو القدر المتيقن.

مسائل

الأولى: إذا كانت للمدّعي بيّنة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟

الثانية: إذا كانت البيّنة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدّعي، أو لا يجوز؟

الثالثة: فإذا سألتها وتبيّن الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدّعي، أو لا يجوز إلا بعد التماسه؟

أما الأولى: فقد نقل عن جماعة الجواز مطلقاً، وعن جماعة أخرى عدمه كذلك وعن بعضهم التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدّعي بكون المقام مقام بيّنة فلا يجوز، وجهله بذلك فيجوز. واستحسن المحقق الجواز.

أما الثانية: فقد اختار المحقق عدم الجواز وقال: «ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتبس المدّعي» وعلمه صاحب الجواهر بقوله: «لأنه حقه فلا يتصرّف فيه من غير إذنه»^(١) وقال العلامة في القواعد: «إذا أراد السؤال فليقل من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء ولا يقول لهما إشهدا»^(٢) وعلمه في الجواهر بأنه أمرهما بالشهادة وقد لا تكون عندهما شهادة.^(٣)

أما الثالثة: فقال المحقق: «لا يحكم إلا بمسألة المدّعي أيضاً» وعلمه في

الجواهر بأن ذلك حقّ له، وربّما كان له غرض في عدم الحكم ولو فرض جهل المدّعي بتوقف حكم الحاكم على طلبه بيّته له، ونقل عن بعضهم: أنّ له الحكم وإن لم يسأله المدّعي لأنّ ذلك منصبه ووظيفته ومفروض المسألة عدم رفع يد المدّعي عن دعواه.

أظنّ أنّ حكم المسائل الثلاث من الوضوح بمكان، وذلك ببيان أمرين:

الأول: إنّ الاحتجاج بالبيّنة، أو دفع الدعوى باليمين من أدوات القضاء في الإسلام. ومن الأحكام الشرعية فقد أوجب سبحانه على القاضي أن يحكم بكذا وكذا، وليس من الحقوق وإن كانت البيّنة لصالح المدّعي، واليمين لصالح المنكر، وليس كلّ ما تمّ لصالح الإنسان معدوداً من الحقوق، فقد أحلّ الله البيع والطّيّات، مع أنّ الحلّيّة فيهما ليست من الحقوق.

الثاني: إنّ القضاء أمر عرفي وقد كان رائجاً قبل الإسلام بين الناس، وإيقاف القضاء بهذه الأمور ربّما يعرقل أمر القضاء ويأخذ من وقت القاضي شيئاً كثيراً. نعم ليس للقاضي دعوة الناس إلى الترافع وإنهاء الخصومة ما لم يرفع المترافعان الأمر إليه، فإذا رفعاً، يصير القاضي مخاطباً بالقضاء وإنهاء الخصومة، وكلّما يعدّ مقدّمة لرفع المخاصمة يكون جائزاً له فيسأل عن بيّنته، وعلى فرض وجودها يأمر بالإحضار، وإذا حضر يسألها عن حقيقة الحال وإذا تمّت المقدّمات، يحكم، ويُنهي القضاء ويُرخّص المترافعين وإن أرادا أو أراد أحدهما تحرير المحضر، يكتب لهما محضراً. وجواز كلّ ذلك يعلم من الخطاب المتوجّه إلى القاضي بفصل الخصومة.

وما ذكر في مقالة القائل بالتوقّف من أنّه ربّما يكون للمدّعي غرض في عدم الحكم غير تامّ لأنّ القاضي أمر بإنهاء الخصومة، لا بتأمين غرض المدّعي، على أنّه ربّما يتعلّق غرض المنكر بالحكم، وفصلها وإن كان غرض الآخر إبقاءها بحالتها فلا وجه لتقديم أحد الغرضين على الآخر.

الرابعة: في إخلاف المنكر مع إمكان إقامة البيّنة

إنّ القضاء باليمين (مع وجود البيّنة للمدّعي سواء أكانت حاضرة في مجلس القضاء أم لا ولكن أمكن إحضارها بسهولة)، يحتاج إلى إطلاق في دليل القضاء باليمين وإلا فشان المدّعي، إقامة البيّنة، لا التحليف، والقدر المتيقّن منه ما إذا لم تكن له بيّنة.

إنّ ما ذكرناه هو مقتضى القاعدة ومع ذلك ذهب المحقّق النراقي في المستند إلى خلاف ما ذكرناه فقال:

لا يتعيّن على المدّعي إذا كانت له بيّنة، إحضارها، ولا حاضرة، إقامتها، بل يجوز له الإخلاف حيثنّذا أيضاً بمعنى أنّ المدّعي الذي له بيّنة، مخير بين إقامة البيّنة والتحليف، وللحاكم تخيره وصرّح به في التحرير، ونفى بعض مشايخنا عنه الإخلاف في صورة عدم حضور البيّنة ثمّ قال: بل ذكر جماعة من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدّعي بين إخلافه وإقامة البيّنة ولو كانت حاضرة لأنّ الحقّ له، فله أن يفعل ما يشاء منها. ونسب بعض فضلائنا المعاصرين تخيره مطلقاً إلى الاستفادة من الأدلّة قال: فلا يتوهم أنّه مع إمكان البيّنة لا يجوز التحليف.^(١)

أقول: إنّ المستدل جعل المدّعي نفس الدليل. فمن أين ثبت أنّ للمدّعي حقّ التحليف مع إمكان إقامة البيّنة. وقد سبق منّا مراراً بأنّ قولهم: «البيّنة للمدّعي واليمين على من ادّعى عليه» في مقام بيان وظيفة القاضي، لا بصدد بيان حقّ المدّعي فقد ورد في غير واحد من الروايات أنّ نبيّاً اشتكى إلى ربّه فقال: يا ربّ! كيف أقضي بما لم تر عيني ولم تسمع أذني؟ أقال: اقض عليهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به.^(٢)

١- النراقي، مستند الشيعة: ٢/ ٥٢٩.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢

نعم استدلل النراقي بإطلاق روايات أخرى، وتبعه السيّد الطباطبائي في ملحقات العروة وإليك تبين دلالتها:

١- صحيحة ابن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدّعي فلادعوى له، قلت له: وإن كانت له بيّنة عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامة ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا استحلفه عليه»^(١). والاستدلال مبني على وجود إطلاق في قوله: «وإن كانت له بيّنة» شامل لما كانت له بيّنة قبل الحلف وبعده.

يلاحظ عليه: بأنّ الدليل دليل على أنّ المراد ما إذا تمكّن منها بعدها لا ما إذا كانت موجودة من أول الأمر، بشهادة قوله: «وإن أقام بعد ما استحلفه بالله... فإنّ الإقامة كناية عن التمكن منها بعد ما لم يكن متمكناً منها» ضرورة أنّه لو كانت له بيّنة حين القضاء، لما عدل عنها إلّا في الفرض النادر الذي تنصرف عنه الرواية.

٢- إطلاق رواية محمّد بن قيس في حديث اشتكى نبي إلى ربّه إلى أن قال له: «ردّهم إليّ واضفهم إلى اسمي يحلفون به»^(٢).

يلاحظ عليه: أنّ الحديث ليس في مقام البيان حتّى يؤخذ بإطلاقه وإنّما هو بصدد بيان كيفية القضاء والإجابة على سؤال النبي بأنّه كيف يقضي فيما لم تره عينه ولا سمعه أذنه.

ومع ذلك فإنّ هنا روايات تردّد القول بالتخيير وإن حاول النراقي تأويلها وإليك الإشارة العابرة إليها:

١- صحيحة سليمان بن خالد في اشتكائه بعض الأنبياء وما أجيب به فقد

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

جاء فيها: «أضفهم إلى اسمي فحلفهم به وقال هذا لمن لم تقم له بيّنة»^(١) وجه الاستدلال، أنّ الظاهر أنّ مرجع اسم الإشارة في هذا هو مشروعية القضاء باليمين لاتعيينه، فما احتمله النراقي من كونها بصدد بيان أنّ تعيينه لمن لم تقم له البيّنة غير تام.

وقد عرفت أنّ عدم قيام البيّنة كناية عن عدم وجودها، لا وجودها وعدم إحضارها فما احتمله النراقي في هذا المورد من أنّ الشرط أعم من عدم الوجود أو عدم الإقامة غير تام. لأن غاية ما يمكن أن يقال أنّ قوله: «لم تقم له البيّنة» يراد منه الأعم من عدم الوجود أو عدم الوصول إليه، لا ما إذا كانت متيسرة حاضرة في المحكمة أو خارجها لكن يمكن إحضارها.

٢- مرسله يونس فجاء فيها: «فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعي عليه»^(٢) فالظاهر تبين مشروعية القضاء بها بمعنى أنّه لاتصل النوبة إليها إلّا بعد عدم الشاهد. وبذلك يعلم ضعف ما يقال بأنّ جزاء الشرط هو كون اليمين متعيّناً أو لازماً على المدّعي عليه.

٣- ما في تفسير الإمام: «وإن لم يكن له بيّنة حلف المدّعي عليه»^(٣) وبذلك يعلم أنّ المراد من قوله في صحيحة سليمان بن خالد^(٤): «لم تقم له بيّنة» هو عدم وجودها، كما في هذه الرواية.

وبذلك تقف على مدى صحّة قول السيّد الطباطبائي حيث يقول - بعد ما نقل لبّ ما ذكره النراقي -: وبالجملّة لا ينبغي التساؤل في تخيير المدّعي بين إقامة البيّنة وإحلاف المنكر خصوصاً إذا كان في إقامتها صعوبة عليه أو لم يعلم أنّ الحاكم يقبل بيّنته أم لا، نعم يشكل العدول عن البيّنة المعتبرة بعد إقامتها إلى

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

الحلف مع عدم البعد فيه أيضاً.^(١)

الخامسة: سؤال القاضي المدعى عليه عن الجارح

إذا أقام المدعى البيّنة وزكّاها عدلان فهل يجب على القاضي سؤال المدعى عليه عن الجارح أو لا؟

قال الشيخ: قال الحاكم للمدعى عليه قد عدّلا عندي هل عندك جرح؟ فإن قال: نعم أنظره لجرح الشهود ثلاثة.^(٢)

قال المحقق: «بعد أن يعرف القاضي عدالة البيّنة يقول: هل عندك جرح».

والظاهر من العلمين كونه من وظائف القاضي ولأجل ذلك، استدرك صاحب الجواهر على المحقق وقال: «وفي وجوب ذلك إشكال»، وهناك من فصل بين علم القاضي بعدالة البيّنة وثبوت عدالتها بالتزكية فلا يجب في الأول بخلاف الثاني وهو خيرة السيّد الطباطبائي، قال في المسألة الرابعة: «إذا علم عدالتها وجامعيتها للشرائط لم يحتاج إلى التزكية لجواز العمل بعلمه خصوصاً في مسألة عدالة الشاهد ولا يلزم سؤال المدعى عليه في أنّه هل له جارح أو لا»، وقال في المسألة التاسعة: «إذا أقام المدعى على التزكية بيّنة مقبولة وجب على الحاكم أن يبيّن للمدعى عليه أنّ له حقّ الجرح إذا لم يكن عالماً به».^(٣)

والظاهر وجوب السؤال مطلقاً إذا لم يكن عالماً بأنّ له حقّ الجرح، لأنّه القدر المتيقّن من دليل القضاء وليس له إطلاق يعتمّ صورة جهل الخصم بجواز الجرح بل اللازم أوسع في ذلك، إذ يلزم سؤاله عن كلّ ما أقيم عليه، من الأسناد والمحاضر والتقارير المكتوبة بخطّه، لاحتمال كونه مزوراً وأنّ له المقدرة على

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٧٠، المسألة ٢.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٩. ٣- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢، المسألة ٤ و٩.

إثبات التزوير وعليه يدور القضاء في المحاكم العالمية وأما علم القاضي بعدالتهما شخصياً، فلا ينفي وجوب السؤال، لأن العلم بعدالتهما لا ينافي وجود الاشتباه في شهادتهما ولعل في وسع الخصم أن يثبت خطئهما في الشهادة.

السادسة: إذا استمهل المدعى عليه في إحضار الجارح

إذا استمهل المدعى عليه في إحضار الجارح فهل يجب الإنظار أو لا، وعلى فرض الوجوب فهل المدة محدّدة بثلاثة أيام أو لا؟

أما الأول فقد استدل له باحتمال صدق الخصم، والأولى الاستدلال، بأن القضاء أمر عرفي والإطلاقات ناظرة إلى المتعارف منه والمتعارف هو الإمهال على وجه لا ينتهي إلى الإهمال في أمر القضاء والمسامحة فيه وما نقله عن كاشف اللثام من أن الحاكم ينقذ حكمه والخصم على حجته إذا ثبت الفسق^(١) غير تام. وذلك لأن صفة القضاء فرع تمامية ميزان القضاء لأنه إذا كان احتمال المعارض أمراً عقلياً فالقول بتمامية ميزان القضاء أمر مشكل خصوصاً إذا كان إحضار الجارح أمراً سهلاً، لا يعدّ تعطيلاً للقضاء، ولا مسامحة فيه، بل إمعاناً ودقة.

وأما مدة الإنظار فقد نسب إلى المشهور أنه ثلاثة أيام من غير تفصيل بين بعد المسافة وقربها.

ثم إن الدليل على وجوب الإنظار ما ذكرناه من انصراف دليل القضاء إلى المتعارف نعم استدل للإمهال بمرسلة سلمة بن كهيل عن علي عليه السلام: «واجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه وإن لم يحضرهم أوجب عليه القضية»^(٢).

١- الجواهر: ٤٠/١٩٣، نقلاً عن كشف اللثام.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

و مورد الحديث في إمهال المدعي لأن يحضر الشهود الغيب والعرف يساعد، إلغاء الخصوصية وشموله لإمهال المدعي عليه لإحضار شهوده الغيب للجرح وعدم التقييد بثلاثة دليل على أنه تختلف مدة الإنظار حسب بعد المسافة وقربها وإمكان التوصل بها. اللهم إلا أن يقال بتوقف الإحضار على مرور زمان، لا يتحمل به عادة ففي مثله يصح أن يقال أنه يقضي، والخصم على حجته.

السابعة: لا حلف مع إقامة البيّنة

اتفق الأصحاب على أنه لا يستحلف المدعي مع البيّنة القابلة لإثبات الحق.

قال الشيخ: ولم يستحلف المدعي مع بيّنته وقال بعض من تقدّم: لا يحكم له بالبيّنة حتى يستحلفه معها. ^(١) *مرکز تحقیق کتب و ترمیم اسناد*

ويكفي في ذلك ما تضافر عن رسول الله ﷺ: أن البيّنة للمدعي واليمين على من ادعى عليه أو من أنكره والتفصيل قاطع للشركة. ويدلّ على الحكم - مضافاً إلى ما عرفت - غير واحد من الروايات. ^(٢)

نعم ورد في مرسلة سلمة بن كهيل: «ورد اليمين على المدعي مع بيّنته فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء» ^(٣)، وهذا الموضع منها مرفوض لم يعمل به أحد، وسلمة بن كهيل زيدي بتري، لا يؤخذ بما تفرّد به.

نعم يستثنى منه، ما إذا كانت الدعوى على ميت فقد تفرّد اثنان من القدماء على ضمّ اليمين إلى البيّنة أحدهما الصدوق فقد عقد باباً لهذا وقال: «باب الحكم

١- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٩.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١-٢.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

باليمين على المدّعي على الميت هنا بعد إقامة البيّنة^(١) والآخر الشيخ في المبسوط.^(٢) ولم نجد من نصّ على الحكم من عصر الشيخ (٣٨٥-٤٦٠ هـ) إلى عصر المحقق (٦٠٢-٦٧٦ هـ) نعم اشتهر القول به من عصره وإليك بعض الكلمات:

قال المحقق: ولا يستحلف المدّعي مع البيّنة إلا أن تكون الشهادة على ميت فيُستحلف على بقاء الحقّ في ذمّته استظهاراً.^(٣)

وقال العلامة: ولا يستحلف المدّعي مع البيّنة إلا أن تكون الشهادة على ميت أو صبيّ أو مجنون أو غائب فيُستحلف على بقاء الحقّ - استظهاراً - يميناً واحدة وإن تعدّد الوارث.^(٤)

وقال الشهيد الثاني: وإن كانت الدعوى على ميت فامشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف أن المدّعي يستحلف مع بيّنته على بقاء الحقّ في ذمّة الميت ولكن تردّد في كون الحكم إجماعياً.^(٥)

وقريب منه في مجمع الفائدة وإن ناقش في مستند الحكم سنداً ودلالة وخرج باستحباب الحلف في النتيجة كما سيوافيك.^(٦)

والغور في كتب الأصحاب يوقفنا على مكانة المسألة وأنه ليس هناك إجماع ومن العجب ادّعاء صاحب الجواهر فيها الإجماع حيث قال: لم يصرح به أحد قبل المصنف غير الشيخ إلا أن ذلك غير قادح في تحصيل الإجماع على بعض طرقه المقررة في الأصول ولذا حكاه الصيمري عليه هنا فلاريب في الاستدلال به بناء على حجية مثله.^(٧)

١- الصدوق، الفقيه: ٣/ ٣٨، الباب ٢٦.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٥٩.

٣- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٨٥.

٤- العلامة، إرشاد الأذهان: ٢ وقريب منه عبارة القواعد لاحظ مفتاح الكرامة: ١٠/ ٨٩.

٥- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٠.

٦- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٥٦-١٦٠.

٧- النجفي، الجواهر: ٤٠/ ١٩٤-١٩٥.

أقول: إنَّ ادّعاء الإجماع لا يصحّ على تمام المباني في ادّعائه إلاّ الادّعاء على وفق القاعدة، وأنهم - قدّس الله أرواحهم - لو كانوا ملتفتين لمصدر الحكم كما التفتنا، لأفتوا به وهو كما ترى وهذا ممّا يسيئ الظنّ بكثير من الإجماعات المدّعاة.

والدليل عليه روايات ثلاث:

الأولى: خبر عبد الرحمان بن أبي عبد الرحمان البصريّ

قال: «وإن كان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعي، اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد مات فلان وأنّ حقّه لعليه، فإن حلف وإلاّ فلا حقّ له لأنّا لاندري لعلّه قد أوفاه بيّنة لانعلم موضعها أو غير بيّنة قبل الموت فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة، فإن ادّعى بلا بيّنة فلاحقّ له، لأنّ المدّعى عليه ليس بحيّ، ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحقّ أو يرّد اليمين عليه، فمن ثمّ لم يثبت الحقّ»^(١).

وقد أمعن النظر فيها المحقّق الأردبيلي وذكر أنّه يستفاد منها أحكام (ثمانية) على خلاف القاعدة ثمّ ضعف الرواية بالوجوه التالية:

- ١- في سندها محمد بن عيسى بن عبيد اليقطينيّ.
- ٢- وياسين الضرير المهمل في الرجال.
- ٣- من أين نعلم أنّ المراد من الشيخ هو الإمام الكاظم عليه السلام؟
- ٤- عدم التصريح بتعدّد البيّنة.^(٢)

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- عبارة المجمع في المطبوع هكذا: لعدم التصريح بتعدّد البيّنة وهو تصحيف «تعدّد» البيّنة كما هو كذلك في مفتاح الكرامة وعبّر عن الإشكال في الجواهر بقوله: «لاحتيال إرادة غير الشاهدين من البيّنة».

٥- ظاهرها وجوب اليمين المغلظ ولا قائل به.

٦- يمكن حمل اليمين على التقية أو الاستحباب.^(١)

والحق أن هذه المناقشات دون مقام الأردبيلي ولأجل ذلك قال صاحب الجواهر: لا يستأهل للرد فإن دفعها واضحة جداً وأجاب عنها في مفتاح الكرامة على وجه التفصيل.^(٢) فلاحظ.

الثانية: صحيحة محمد بن الحسن الصفار:

كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام.

أ: هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟
فوقع عليه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعل المدعي اليمين».

ب: وكتب أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس الكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: «نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة».

ج: وكتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر فوقع: «نعم من بعد يمين».^(٣)

والاستدلال يتوقف على دراسة الأسئلة الثلاثة الواردة فيه.

تحليل السؤال الأول:

الظاهر من قوله: «للميت بدين له على رجل» أن الميت من له الدين،

١- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢ / ١٦٠. ٢- السيد العاملي، مفتاح الكرامة: ٩٠ / ١٠.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٨ من أبواب الشهادات، الحديث ١.

والرجل - الظاهر في كونه حيّاً - من عليه الدين، وقام شاهدان أحدهما الوصي والآخر غيره. ففي مثله، فرض اليمين على المذّعي، وهل المذّعي هو الوصي، أو أولاد الميت ووزّائه، الظاهر هو الثاني، وعلى كل تقدير فلا يخلو هذا الشق من تأملات:

١- كيف تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه خصوصاً إذا كان وصياً للميت وقيماً للصغير فإنّ الشهادة عندئذ تخرّج نفعاً لجواز أكل الوصي من ماله حسب الحاجة؟^(١)

أقول: يمكن أن يقال: إنّ الوصي ليس من الشهود وذلك بوجهين:

أ: احتمال رجوع ضمير «معه» في كلام الإمام إلى «الشاهد الآخر العدل» الوارد في كلام الراوي وعندئذ يخرج الوصي عن كونه شاهداً.

ب: نفترض أنّ الضمير في «معه» يرجع إلى الوصي، والمعنى إذا كان مع الوصي، شاهد آخر عدل «فعل المذّعي اليمين» وذلك لعدم الاعتبار بشهادة الوصي بل الاعتبار بالشاهد الآخر، ويمين المذّعي. نعم عند ذاك تصير لفظة «معه» زائداً ومستدركاً لعدم العبرة بشهادة الوصي بل بيمين المذّعي سواء كان وصياً أو ولد الميت.

٢- إذا قامت البيّنة على الدين، فما الحاجة إلى يمين المذّعي، مع كون المذّعي عليه حيّاً؟

أقول: الإشكال متوجّه على ما افترضناه في الفرض الأوّل وهو العبرة بشهادة الوصي والعدل الآخر وأمّا على الفرض الثاني، من كون الحجّة هو العدل واليمين فلا.

١- لقوله سبحانه: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا، ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ (النساء/ ٦).

على أنه يمكن تصحيحه على الفرض الأول، إذا افترضنا، كون المديون ميثاً واليمين للاستظهار إذ لعلّه وفي دينه فيكون دليلاً على المقام أيضاً.

تحليل السؤالين: الثاني والثالث

أمّا السؤال الثاني فهو يشمل على جواز شهادة الوصي فيما هو وصي فيه. وهي غير معتبر لجرّ النفع كما عرفت.

وأمّا الثالث: فالمفروض فيه خلاف الصورة الأولى، فقد افترض الميت مديوناً لدائن فلا تقبل الشهادة على الميت إلا بعد يمين.

وعندئذ يتوجّه السؤال التالي:

المشهور أن للوصي قضاء دين الميت إذا كان عالماً به مع أن ظاهر الرواية (الجواب الثالث) عدم جوازه إلا مع يمين المدعي.

ويمكن أن يكون وجه التعليق على يمين المدعي عدم علم الوصي بالبقاء، والظاهر أن المراد من اليمين هو يمين المدعي وهو في المقام غير المدعي في الأول.

وبذلك يندفع ما رتباً يقال من أن ظاهرها أنه لا يجوز للوصي أن يقضى دين الميت مع علمه به وإن كان مع عدل إلا مع يمين المدعي وهو خلاف ما تقرّر.^(١)

وذلك لاحتمال عدم علمه بالبقاء أو لدفع التهمة عن نفسه وعلى كل تقدير يمكن أن يكون مؤيداً لهذا الاستثناء.

ثم إن للصغار صحيحة أخرى جاء فيها تنفيذ الشهادة على الميت من دون ضمّ يمين فتكون مخالفة لما ذكر.

روى أنه كتب إلى أبي محمد عليه السلام رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صنع على الميت

بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار فوقع عليه : «نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحسبوه بذلك» ^(١).

ويمكن الجواب بأنه إذا كان التعارض، تعارض الإطلاق والتقييد، تقييد الثانية بالأولى ولا إشكال، ولا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

الثالثة: سليمان بن حفص المروزي

إنه كتب إلى أبي الحسن عليه في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالا وأنّ عنده رهناً فكتب عليه :

١- «إن كان له على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته».

٢- «ومتى أقر بما عنده، أخذ به وطولب بالبينّة على دعواه وأوفي حقّه بعد اليمين».

٣- «ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أنّ له على ميتهم حقّاً» ^(٢).

إنّ الإمام في الفقرة الأولى يرشده إلى كيفية استنقاذ ماله.

كما أنّه في الفقرة الثانية، يبيّن الحكم الشرعي وأنّ من أقر بما له عنده للغير يؤخذ منه المال، ويطلب بالبينة بالنسبة إلى الدين الذي يدّعيه وعندئذٍ شقان :

١- إن أقام البينة، فلا بدّ من ضمّ اليمين إليه وهو ظاهر قوله في الفقرة الثانية: «وأوفي حقّه باليمين» بالبناء على المجهول.

٢- إذا لم يقم البينة، فهذا ما جاء في الفقرة الثالثة وحاصله أنّه ليس للمرتهن

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥٠ من كتاب الوصايا، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٠ من أبواب الرهن، الحديث ١.

على الورثة سوى التحليف بنحو يمين علم، لاحتلفاً على أن الواقع كذلك لأن المفروض عدم علمهم به.

وبعد دراسة الروايات الثلاث، تبين لزوم اليمين ووجوبه، وإن ذهب الأردبيلي إلى خلافه، وحمله على الاستحباب أو التقيّة، والثاني لاوجه له والأول على خلاف الظاهر فتدبر.

وليعلم أن محل البحث ما إذا ادعى المدعي اشتغال ذمة الميت بالدين إلى زمان الموت، ولكن شهدت البيّنة على أصل الاشتغال، لا على بقائه إلى حينه. وأما إذا قامت البيّنة على الاشتغال إلى زمانه فهو خارج عن موضوع الروايات، لقيام الحجة الشرعية على الاشتغال إلى حينه ولا موضوع للاستظهار حتى يكلف باليمين فقله في رواية البصري: «العله قد أوفاه بيّنة لا يعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت» غير صادق في هذه الصورة وليكن هذا ببالك فإنه يفيدك في المستقبل ففي كثير من الكلمات خلط بين الصورتين.

التعدي عن مورد النصوص إلى غيره

إن هنا موارداً للمسألة غير منصوصة يجب استنباط حكمها منها أو من غيرها وذلك لأن المنصوص في السؤال الثالث يشتمل على قيود يكفي في كون المورد خارجاً عن النصوص، ارتفاع قيد منها فالقيود الواردة فيه عبارة:

- ١- احتمال براءة ذمة الميت لأجل احتمال الإيفاء فهل يتعدى منه إلى ما إذا كان احتمال البراءة مستنداً إلى غير الإيفاء، كالإبراء ومحاسبته من باب الحقوق؟
- ٢- إن المدعي في النص هو صاحب الحق، فهل يتعدى فيه إلى وارثه أو وصيه؟

- ٣- إن المدعي به في النص هو الدين فهل يتعدى منه إلى ما إذا كان العين؟

- ٤- إنّ المثبت للحقّ في النصّ هو الشاهدان فهل يتعدّى منه إلى ما كان المثبت هو الشاهد واليمين؟
- ٥- إنّ المدّعى عليه في النصوص هو الميّت فهل يتعدّى منه إلى من هو بمنزلة كالمجنون والصغير والغائب؟ وإليك البحث عن هذه الموارد واحداً بعد الآخر.
- ٦- إذا استمهل المذمّي لإحضار البيّنة.

الأول: إذا احتمل الإبراء

إذا علم عدم الوفاء ولكن يحتمل الإبراء أو أداء الغير أو الوصية بإيفاء الورثة، مع وفاتهم. وبعبارة أخرى: إذا علم عدم الوفاء ولكنه يحتمل أنّ المدّعي قد أبرأه في زمان أو حاسبه من باب الحقوق الواجبة أو غيره فالظاهر لزوم اليمين بنفس العلة الواردة في رواية عبد الرحمن البصري واحتمال الوفاء من باب المثال.

الثاني: إذا كان المذمّي وارث الميّت

إذا كان المدّعي - على الميّت - وارث صاحب الحقّ أو وصيّته فله صور أربع حسب إتفاقهما على أصل الدين أو على بقاءه إلى زمان الموت أو اختلافهما في ذلك.

أ: أن يدّعي أصل الدين، وشهدت البيّنة على أصل الدين.

ب: أن يدّعي بقاء الدين إلى زمان الموت وشهدت البيّنة على بقاءه إلى حين الموت.

ج: إذا ادّعى الوارث بقاءه إلى حين الموت وشهدت البيّنة على أصل الدين.

د: عكس الصورة الثالثة.

يعلم حكم الأولين ممّا ذكرنا في الفرع الأوّل فلا يقضى في الأولى إلّا باليمين -

دون الثانية ، لقيام الحجة التامة على الاشتغال فيها فلاحاجة إلى اليمين.

إنما الكلام في كيفية الحلف في الصورة الأولى، فهل يحلف الوارث حلفاً بتيّاً اعتماداً على الاستصحاب والحكم الظاهري أو يحلف على نفي العلم بالوفاء، والإبراء، أو تسقط اليمين ويدخل تحت عمومات حجّة البيّنة، أو يدخل تحت روايات المسألة غاية الأمر لا يقضى بشيء لعدم التمكن من الحلف وإن كان فيه معذوراً، وجوه.

احتمل صاحب الجواهر أن يكون له الحلف على البتّ، على مقتضى الاستصحاب، كما يجوز الحلف على مقتضى اليد لأن سقوط الحقّ مع وجود البيّنة منافي لمذاق الفقه.^(١) ولكنه غير تام كما اعترف به لانصراف الروايات إلى الحلف مع العلم، لا الحلف مع الشك.

ومثله الصورة الثانية، إذ ليس في عدم علمه بالوفاء وعدمه، اختلاف بين الطرفين فتكون اليمين بهذا النحو لغواً، نعم لو ادعى على الوارث بعلمه بالوفاء لكان له وجه، لكنه خلاف المفروض.

والظاهر هو الاحتمال الثالث لبعد سقوط الحقّ مع وجود البيّنة، واليمين في جانب المدعي على خلاف القاعدة فتختصّ بمورد الإمكان فيكون المرجع هو إطلاق حجّة البيّنة، واختار السيّد الطباطبائي الوجه الرابع قائلاً بأنّ حاله حال مورثه، فكما أنه لو لم يجزم ببقاء الحقّ وعدم الوفاء لا يجوز له أن يحلف ولا يثبت حقه، فكذا لا يجوز له وحينئذ لا يثبت الحقّ لعدم تمامية الحجة.^(٢)

يلاحظ عليه: أنّ القدر المتيقّن في المخصّص لدليل حجّة البيّنة فيما إذا أمكن له الحلف، كما في المورث، دون ما لا يمكن فالأخذ بإطلاق الأدلة أولى من إهمالها. وإن كان التصالح أحسن.

٢- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٨٢.

١- النجفي، الجواهر: ٤٠/ ١٩٨.

و في الصورة الأولى هل تكفي يمين واحدة أو تتعدّد حسب تعدّد المورد؟ وجهان: اختار صاحب الجواهر كفاية اليمين الواحدة قائلاً بأن مقتضى إطلاق النص، اعتبار يمين واحدة في تمامية حجّة البيّنة.^(١) وذهب السيّد الطباطبائي إلى تعددها وأنه لا بدّ من حلف كلّ منهم على بقاء مقدار حقّه من الإرث ولا يكفي حلف بعض منهم عن الجميع نظير إثبات الحقّ بالشاهد واليمين مع تعدّد المذّعين فلو لم يحلف بعضهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقّه.^(٢) والحاصل أنّ صاحب الجواهر اختار أنّ اليمين متمم لحجّة البيّنة وليست جزءاً مثبتاً للحقّ، بخلاف السيّد فإنه جعله جزءاً للحجّة.

والظاهر عدم الفرق بين المبنيين، إذا كانت لليمين مدخلية في الإثبات سواء كان جزءاً مثبتاً أو متمماً، والأولى أن يقال إنّ تكفي يمين واحدة، لأجل كونها استظهارية، تحرّزاً من إفائه من دون أن تطلع عليه البيّنة. وإلا فالبيّنة، حجة تامة، وتكفي في الاستظهار يمين واحدة وإن كان الأولى التعدّد.

وما ذكرنا يعلم حكم الصورة الثالثة فيحلف المذّعي على وجه البتّ وفي الصورة الرابعة يقضى بلا يمين لتمامية الحجّة.

الثالث: هل يقتصر على الدين أو يتعدّى إلى العين؟

هل يختص الحكم بالدين أو يشمل العين أيضاً بل كلّ دعوى على الميّت سواء كانت عيناً أو ديناً، أو منفعة أو حقّاً كحقّ الرهانة وحقّ الخيار؟ قال الشهيد: يجب الاقتصار على ما دلّ عليه من كون الحلف على المذّعي مع دعواه الدين على الميّت كما يدلّ عليه قوله: «وأنّ حقّه لعلّيه وإنّا لاندري لعلّه أوفاه»، فلو كانت الدعوى عيناً في يده بعارية أو غصب، دفعت إليه مع البيّنة من غير يمين. ولو لم يوجد في التركة وحكم بضمها لها للمالك ففي إلحاقها حينئذٍ بالدين نظراً

٢- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ١٩٧.

١- النجفي، الجواهر: ٤٠/ ١٩٨.

إلى انتقالها إلى الذمة أو العين نظراً إلى أصلها وجهان: أجودهما الثاني^(١) وتبعه النراقي في المستند ونسبه إلى العلامة في القواعد، والفاضل المقداد في التنقيح، لاختصاص النص بالدين قال:

أما الصحيحة (صحيحة الصفار) فلتصريحها بالدين وأما الرواية (عبد الرحمان بن أبي عبد الله) فلظهورها فيه لمكان لفظ «الحق»، و«لعليه» و«أوفاء»، نعم رويت الصحيحة في الكافي مجردة عن لفظ «بدين» وأما النسخ المصححة عندي فكلها مشتملة على لفظ «بدين» وأما ما قيل «أن النص وإن كان مخصوصاً بالدين إلا أن مقتضى التعليل المنصوص وهو الاستظهار، العموم» ففيه أن العلة هي احتمال الإيفاء وهو في العين التي بيده غير جار بل الجاري فيه احتمال النقل ونحوه. وغير ذلك من التعليل، مستنبط لا يعبا به.^(٢)

وإليه ذهب صاحب الجواهر وحاصل النزاع أن المرجع هو عموم حجية البيّنة، أو الأخبار الثلاثة الخاصة فالمشايخ يرجحون كون المرجع، هو عموم أدلة حجية البيّنة ولكن يمكن ترجيح القول الثاني بأن ذكر الوفاء في رواية البصري من باب المثال، كالدين في صحيحة الصفار، وأن الميزان، احتمال أمر، موجب لبراءة ذمة الميت من وفاء أو نقل جديد وقد تقدّم أنه لو احتمل الإبراء أو المصالحة، فهما أيضاً يلحق باحتمال الوفاء وأنه جيء به بعنوان المثال لكونه الغالب. والتعليل بأمر ارتكازي لاتعديّ فيكون جميع الاحتمالات المتشابهة سواسية من غير فرق بين بقاء العين أو تلفه ومن غير فرق - عند التلف - بين تلفه في حياة القابض، أو بعد موته، وما يظهر من صاحب الجواهر^(٣) من التفريق بين التلفين وأنه لو تلف في زمانه فهو داخل تحت الخبر (البصري والصفار) ولو تلفت بعده فالخبران قاصران عن شموله، غير تام.

١- زين الدين العاملي، المسالك: ٤١١/٢. ٢- النراقي، المستند: ٥٢١/٢.

٣- النجفي، الجواهر: ٩٨/٤٠.

ومع ذلك كله فالحق هو عدم الإلحاق مطلقاً وذلك لأنّ البيّنة لا تخلو إمّا أن تشهد على كون العين باقية على ملك المدّعي إلى حين موت القابض أو تشهد على أنّها كانت ملكاً له. من دون الشهادة، على بقائها إلى حينه، فعلى الأول يقضى بها من دون يمين لعدم الحاجة إلى الاستظهار بعد قيام البيّنة على كونها باقية في ملك المدّعي، وأمّا على الثاني فلا تنفي البيّنة بإثبات بقائها ملكاً للمدّعي إلّا بضم اليمين اعتماداً على الاستصحاب وهو محكوم بقاعدة اليد وليس للقاضي الاعتماد على الإستصحاب و القضاء به، مع كون المدّعى عليه ذات اليد. وتوهم عدم حجّة اليد في تلك الموارد كما ترى.

فتحصل أنّ العين لا يلحق بالدين، إمّا لعدم الحاجة إليه، وإمّا لعدم تماميّة ميزان القضاء كما لا يخفى.



الرابع: هل يقتصر على الشاهدين أو يتعدّى منه إلى الشاهد واليمين؟

الظاهر من المحقّق الأشتياني أنّ القضاء بالشاهد واليمين على الميّت ممّا لا غبار عليه إنّما الكلام في كفاية اليمين الواحدة أو لزوم الحاجة إلى يمينين قال: ثمّ الكلام فيهما ليس من حيث كونهما كالبيّنة في ثبوت الحقّ بهما فإنّه ممّا لا إشكال فيه وإنّما الكلام فيها من حيث الاحتياج إلى يمينين أو كفاية يمين واحد فقد يقال بلزوم تعدّد يمينين نظراً إلى تعدّد موجبها والأصل عدم التداخل وقد يقال بكفاية اليمين الواحدة نظراً إلى تأي المقصود منها لها فلا داعي للتعدد.

وقد يفصل في المسألة بين ما إذا شهد الشاهد بالحقّ الفعلي وباشتغال الذمّة فعلاً، وبين ما إذا شهد باشتغال الذمّة سابقاً كما إذا شهد على سبب الاشتغال فيحكم في الثاني بالتعدّد وفي الأول بكفاية الواحد.^(١)

واختاره السيد الطباطبائي وقال: الأظهر وجوب الضم إذا كانت اليمين مع الشاهد، على أصل ثبوت الحق من غير تعرض لبقائه لأن اليمينين متغايران إحداهما على أصل الاستحقاق والأخرى على بقاءه، وإن كانت على الاستحقاق فعلاً ففيه وجهان من تغايرهما من حيث هي، ومن عدم الفائدة في تكرارهما. والأظهر الأول وهو الأحوط إذ يكفي في تغايرهما في حدّ نفسيهما فلا وجه للتداخل.^(١)

يلاحظ على ما ذكره من أنه إذا شهد بالحق الفعلي، فهو خارج عن موضوع الروايات، إذ بعد تمامية الحجّة الثامة على الاشتغال بالفعل لا حاجة إلى الاستظهار باليمين.

ثم إن كفاية الشاهد واليمين مطلقاً حتى في مورد الدعوى على الميت، يتوقف على وجود الإطلاق في الروايات وهو غير بعيد فقد تضافر عن رسول الله أنه قضى بشاهد ويمين.^(٢)

وبما أن اليمين في المقام استظهاري واليمين الواحدة تفيد فائدة الاثنتين، فلا وجه للتكرار وإن كان الأحوط عدم التداخل.

الخامس: إذا شهدت البيّنة على صبي أو مجنون أو غائب

إذا شهدت البيّنة على صبي أو مجنون أو غائب فهل تُضمّ اليمين إلى البيّنة أو لا؟ فقال المحقق: «أشبهه أنه لا يمين»^(٣) واستقرب العلامة في القواعد ضمّها وقال: «ولو كانت الشهادة على صبي أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمّ اليمين

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٨٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٣- نجم الدين الحلّي: الشرائع: ٤/ ٨٥.

ويُدفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل^(١). وذكر الشهيد في المسالك، أنّ في المسألة قولين أشبههما عند المصنّف العدم وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النصّ وذهب الأكثر إلى تعدي الحكم لمشاركتهم للميت في العلة، وهو أنّه ليس للمدعى عليه لسان يُجيب به فيكون من باب منصوص العلة، ولأنّ الحكم في الأموال مبنيّ على الاحتياط التام وهو يحصل بانضمام اليمين، ثمّ اختار هو القول الأوّل. وقد استدل على عدم الإلحاق بوجوه:

١- ما ذكره صاحب المسالك من أنّ مورد النصّ وهو الميت أقوى من الملحق به لأنّ جوابه قد انتفى مطلقاً وليس في دار الدنيا والصبيّ والمجنون والغائب لهم لسان يرتقب جوابهم^(٢).

يلاحظ عليه: أنّ الموضوع الواقعيّ من لا يستطيع على الدفاع حين القضاء لابعده والميت ذكر بعنوان المثال والغائب على فرض تسليم الحكم فيه خرج بالدليل كما سيوافيك وعندئذ يكون الملحق والملحق به في التعليل سيان إذ ليس التعليل خروجاً من الدنيا، أو لا يرجى جوابه حتّى يصحّ ما ذكره من الفرق، بل الحكم على شخص غير قادر على الدفاع في مجلس القضاء.

٢- إنّ التعليل عبارة عن احتمال صدور عمل من الميت صار موجباً لفراغ ذمته، وهو غير متصوّر في حقّها.

يلاحظ عليه: أنّ الوفاء من باب المثال والمقصود سبق عمل موجب للبراءة وإن لم يكن مستنداً إلى المدعى عليه، كالإبراء والمحاسبة من باب الحقوق.

والحاصل أنّه يجب أن يكون التعليل بأمر ارتكازي وهو في المقام مرتكب من أمرين صدور شيء من الطرفين موجب للبراءة سواء كان إبراءً أو وفاءً، مع كون

١- السيّد العاملي، مفتاح الكرامة: ٩٢/١٠، قسم المتن.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٤١١/٢.

المحكوم عليه غير قادر على الدفاع في مجلس القضاء وبذلك يندفع كلا الدليلين. هذا كله في المجنون والصغير وأما الغائب فقد ورد فيه النص من القضاء بالبيّنة بلا ضمّ يمين، فعطفه عليها، في غالب الكلمات غير صحيح.

روى الشيخ بسند صحيح عن جميل بن درّاج عن جماعة من أصحابنا، عنهما - عليهما السلام - قال: الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة ويبيع ماله، ويُقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجّته إذا قدم. قال: ولا يدفع المال إلى الذي أقام البيّنة إلا بكفلاء.^(١) والمراد من الكفلاء هو مطلق الضامن ولا يشترط فيه التعدّد كما هو المتبادر في المقام.

ورواه الشيخ أيضاً عن محمد بن مسلم وزاد: «إن لم يكن ملياً» ومقتضى التعليل المنصوص هو ضمّ اليمين، لأنّه قضاء على إنسان غير مستطيع على الدفاع، غير أنّ الكفيل قام مقام اليمين كما أنّ قوة حضور الغائب، في المحكمة في المستقبل والاعتراض على الحكم، هوّن الأمر ولم يقيد باليمين على خلاف المجنون لاحتمال عدم إفاقته، والصبي لاحتمال عدم ذكره.

إنّ هذا كله إذا ادّعى شخص ديناً له على هؤلاء وأما إذا ادّعى وليّ الطفل والمجنون ديناً لهما على ميت، فلا يقضى إلاّ ببيّنة ويمين لأنّه ادّعاء على الميت فيدخل في المنصوص وقد عرفت أنّ المراد بصاحب الحقّ هو الأعم من الأصيل وغيره فاليمين على الوليّ كما أنّ عليه إقامة البيّنة.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، وفي السند جعفر بن محمد بن إبراهيم، وهو من مشايخ الإجازة، وعبد الله بن نبيك وهو عبد الله بن أحمد بن نبيك الثقة ذكره في مفتاح الكرامة لاحظ: ٩٤/١٠ وبذلك يندفع تضعيف المحقق الأردبيلي.

السادس: إذا استمهال المدعي لإحضار البيّنة

إذا رفع الشكوى إلى القاضي وقال القاضي له: هل لك بيّنة؟ فقال: نعم لي بيّنة غائبة، فهل يجب الإمهال، أو يُقضى بيمين المنكر أو خَيْرَ بينهما؟ ولو اختار الإنظار، فهل تلزم على القاضي مطالبة الكفيل من المدعى عليه أو لا؟

قال الشيخ في الخلاف: إذا ادّعى على غيره حقاً فأنكر المدعى عليه، فقال المدعي لي بيّنة غير أنها غائبة، لم يجب له ملازمة المدعى عليه ولا مطالبته بكفيل إلى أن تحضر البيّنة وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: له المطالبة بذلك وملازمته - ثم استدلل الشيخ على مختاره - بأن الأصل براءة الذمة ومن أوجب ذلك فعليه الدلالة، وروى سمالك عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن رجلاً من كندة، ورجلاً من حضرموت أتيا النبي ﷺ فقال الحضرمي: «هذا غلبني على أرضي وورثتها من أبي وقال الكندي في يدي أذرعهما، لاحقاً له فيها فقال النبي ﷺ للحضرمي: ألك بيّنة؟ قال: لا، قال: لك يمينه، قال: إنه فاجر لا يبالى على ما حلف، إنه لا يتورع من شيء فقال النبي ﷺ: ليس لك منه إلا ذاك» فمن قال له الملازمة والمطالبة بالكفيل فقد ترك الخبر^(١)

وقال في المبسوط: وإن كانت البيّنة غائبة قال له الحاكم: ليس لك ملازمته، ولا مطالبته بالكفيل، ولك يمينه أو يرسل حتى يحضر البيّنة وقال قوم له ملازمته ومطالبتة بالكفيل حتى يحضر البيّنة والأول أصح والثاني أحوط لصاحب الحق^(٢).

وقال المحقق في الشرائع: ولو ذكر المدعي أن له بيّنة غائبة خيره الحاكم بين

١- الطوسي، الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ٣٦؛ لاحظ صحيح مسلم، كتاب الأيمان: الجزء الأول،

الباب ٦١، برقم ٣٣-٢٢٤.

٢- الطوسي، المبسوط: ٨/١٤٠.

الصبر وإحلاف الغريم وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل.^(١)

وفي النافع اختيار الإمهال وقال: لو قال: البيّنة، غائبة أجل بمقدار إحضارها وفي تكفيل المدعى عليه تردّد، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الأجل.^(٢)

أما التخيير بين الصبر والقضاء بالبيّنة، وإحلاف الخصم فقد عرفت خلافه وأنه مع إمكان الاحتجاج بالبيّنة لا يحتجّ بالحلف، إلا أن يكون الإحضار أمراً حرجياً للمدعي فيحتج بالحلف، وتؤيده رواية سلمة بن كهيل «واجعل لمن ادعى شهوداً غائباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه وإن لم يحضرهم أوجب عليه».^(٣)

إنما الكلام في أخذ الكفيل والضامن، فربما يقال بلزوم أخذه، لأن في إطلاقه ضرراً على المدعي.

يلاحظ عليه: أن معنى حكومة لا ضرر، أنه يرفع الحكم الشرعي الضري في المورد وليس الحكم بجواز إطلاقه حكماً ضررياً، بل فيه احتمال الضرر، ومثله مالمو فتر بما هو المختار عندنا من أن النفي بمعنى النهي وأنه ليس لأحد، الإضرار على الغير، إذ ليس فيه إلا احتمال الإضرار على المدعي، مضافاً إلى أن في حبسه وملازمته ضرراً حتمياً على الخصم.

وربما يقال بأن الأمر دائر بين أحد الضررين، أما ضرر المدعي بإطلاق الخصم، وإما ضرر المدعي عليه، بحبسه أو طلب الضمان أو الكفالة منه فتجب على القاضي مراعاة أقل الضررين.

١- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٨٥ / ٤.

٢- المختصر النافع: ٢٨١ ط مصر.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١٠.

يلاحظ عليه: أنّ مورد المراجعة إذا أكره الإنسان بالإضرار على شخص بأحد أمرين لاتساوي قيمتهما فعلى المورد، ارتكاب أقلهما، لاما إذا كان هناك ضرر يدور أمره بالإيراد على أحد الشخصين، فلا يصح تحميل الضرر القليل على شخص، لدفع الضرر الكثير عن الآخر. بل لابد من ملاحظة ضابط آخر محرّر في مبحث لأضرار.

نعم لو دلّت القرائن على صحّة مقالة المدعي وكان الضرر المحتمل، معظماً وكان الخصم في مظنة الهرب والفرار، كان له أخذ الضمان ولاية وإلى ما ذكرنا يشير الفاضل المقداد قال: ويقوى أنّ التكفيل موكل إلى نظر الحاكم فإنّ الحكم يختلف باختلاف الغرماء فإنّ الغريم قد يكون مطلقاً غير مأمون فالمصلحة حينئذٍ تكفيله وإلاّ لزم تضييع حقّ المسلم وقد لا يكون كذلك بل يكون ذا مروّة وحشمة ومكنة فلاحاجة إلى تكفيله لعدم ثبوت الحق والأمن من ضياعه وربّما يكون المدعي محتالاً يكون طلبه للتكفيل وسيلة إلى أخذ ما لا يستحقّه.^(١)

لاشكّ أنّ أخذ الضامن قبل ثبوت الحق، حكم ضرريّ لكن هذا المقدار من الضرر أمر لابدّ منه في باب القضاء، والأدلة منصرفة عنه ولأجل ذلك لا يعدّ إحضار المنكر إلى المحكمة والسؤال عن الموضوع أمراً ضرورياً لأنّ القاضي مأمور بإحقاق الحقوق وليس له طريق إلّا هذه الأمور. وبالجمله باب القضاء في الإسلام موضوع على هذا النوع من الضرر فلا يرتفع بالقاعدة.

ومنه يعلم حكم ما لو أقام شاهداً واستمهال إلى إقامة شاهد آخر فمقتضى القاعدة عدم وجوب أمر على الخصم إلّا ما عرفت.

الفصل الثالث:

في سكوت المدعي

قد تقدّم أنّ المدعى عليه، إما أن يُقرّ، أو يُنكر أو يسكت، وقد مضى الكلام في الأولين وبقي الكلام في الثالث فإذا سكت ولم يجب بإثبات ولا نفي فهو على قسمين:

إما أن يسكت عمداً وعناداً أو يسكت لآفة فيه من طرش أو خرس. والكلام في القسم الأول:

ثم إنّ السكوت إما مع وجود البيّنة للمدعي أو مع عدمها، لاختلاف فيما إذا أقام بيّنة فإنّ القاضي يحكم بها وإن سكت المدعى عليه إذ مع قيام الحجّة يجب القضاء على القاضي، غاية الأمر يلزم عليه إلحاق نظر المدعى عليه إلى أنّ له جرح بيّنة المدعي أو نقد ما أقام من دليل فإذا سكت فقد عمل القاضي بواجبه فيتمحض الكلام في السكوت عن عمد، مع عدم البيّنة للمدعي.

ثم الأقوال فيه مختلفة:

- ١- يلزم بالجواب فإن أصرّ حُجس حتى يجب.
- ٢- يُجبر حتى يجب من غير حُجس بل يضرب ويبالغ معه في الإهانة إلى أن يحصل الغرض.
- ٣- يقول له الحاكم ثلاثاً: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك. على القول بعدم القضاء بمجرد النكول، وإلا فيقضى عليه بلا حاجة إلى ردّ اليمين.

والأول هو المشهور، والثاني لا قائل به والثالث خيرة الشيخ في المبسوط وابن

إدريس في السرائر.^(١)

ويظهر من العلامة قول رابع في التحرير وهو أنه قيد الحكم بالنكول بالقول عليه باللفظ والغلظة أولاً حتى ينتهي إلى القضاء بالنكول.^(٢)

كما أنه يظهر من الشهيد في الروضة^(٣) قول خامس وهو التخيير بين الحبس والنكول برّد اليمين على المذمّي وهو خيرة ابن البراج أيضاً.^(٤)

ثم الظاهر من كلمات الفقهاء أنه يكفي الحبس من دون شيء معه، لكن صاحب الرياض قدّم اللطافة بالرفق، ثم بالإيذاء والشدة متدرجاً من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمور بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن أجاب وإلا حبسه.^(٥) وهذا يكون قولاً سادساً وليس نفس القول الثاني، فإنه مبني على الضرب حتى يجيب. وإليك نقل بعض الكلمات:

١- قال المفيد: إن كان صحيحاً وإما يتجاهل، ويعاند بالسكوت، أمر بحبسه حتى يُقرّ أو ينكر إلا أن يعفو الخصم عن حقه عليه.^(٦)

٢- قال الشيخ الطوسي: إذا ادعى على غيره دعوى فسكت المذمّي عليه أو قال: لا أقرّ ولا أنكر فإن الإمام: يحبسه حتى يجيبه بإقرار أو بإنكار ولا يجعله ناكلاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يقول له الحاكم ثلاثاً إما اجبت على المذمّي وإلا جعلناك ناكلاً ورددنا اليمين على خصمك، وقال: - دليلنا - أن الأصل البراءة ورّد اليمين في هذا الموضع وجعله ناكلاً يحتاج إلى دليل وليس في الشرع ما يدل عليه.^(٧)

١- الطوسي، المبسوط: ٨، آداب القضاء: ١١٦ ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١٦٢.

٢- العلامة، تحرير الأحكام: ٢/ ١٨٩.

٣- زين الدين العاملي، الروضة البهية: ١/ ٢٨٥، كتاب القضاء، ط عبد الرحيم.

٤- ابن البراج، المهذب: ٢/ ٥٨٦.

٥- السيّد علي الطباطبائي، الرياض: ٢/ ٣٤٣.

٦- المفيد، المقنعة: ٧٢٥.

٧- الطوسي، الخلاف: كتاب القضاء، المسألة ٣٧.

- ٣- وقال في نهايته: أمر بحبسه حتى يُقر أو يُنكر إلا أن يعفو الخصم.^(١)
- ٤- وقال ابن حمزة: إذا سكت عن الجواب تعتباً بحبسه الحاكم حتى يُقر أو يُنكر إلا أن يعفو الخصم.^(٢)

٥- وقال ابن سعيد: «وإن لم يجب وهو صحيح حبس حتى يجيب».^(٣)

٦- وقال ابن البراج بالتخير بين جعله ناكلاً والحبس وإن كان الأول أولى قال: فإن سكت أو قال: لا أقر ولا أنكر، قال الحاكم له أن أجبت عن الدعوى وإلا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك، وذكر أنه يحبس حتى يجيب إما بإقرار أو بإنكار ولا يجعله ناكلاً وما ذكرناه أولاً هو الظاهر من مذهبنا ولا بأس بالعمل بالثاني.^(٤)

٧- وقال الشيخ في المبسوط بالقول الثالث أي جعله ناكلاً.^(٥)

٨- وقال ابن إدريس: والصحيح من مذهبنا وأقوال أصحابنا وما يقتضيه المذهب أنه في المسألتين (إذا سكت أو أقر بشيء ولم يبين) أنه يجعله الحاكم ناكلاً ويرد اليمين على المدعي.^(٦)

دليل القول بالحبس

استدل للقول الأول بوجهين:

- ١- إن الجواب حق للمدعي فيتوصل في تحصيله إلى حبسه كما إذا ثبت الحق بإقراره أو ببينة، مع إنكاره فيحبس حتى يؤدي.
- يلاحظ عليه: أنه ممنوع صغرى وكبرى.

٢- ابن حمزة، الوسيلة: ٢١٢.

٤- ابن البراج، المهذب: ٥٨٦/٢.

٦- ابن إدريس، السرائر: ١٦٢/٢.

١- الطوسي، النهاية: كتاب القضاء والأحكام.

٣- ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٢٥٤.

٥- الطوسي، المبسوط: ٨، في آداب القضاء: ١٦.

أما الأولى فإنّ كون الجواب حقاً، يتوقف على وجود دليل عليه من شرع أو عرف، والأوّل غير موجود والثاني إنّما يصحّ إذا ترفعنا إلى القاضي بالرضا والرغبة، أو كانت بين الشخصين صلة تجارية أو غير ذلك بما يُصحّح في نظر العرف لزوم الإجابة على المدعى عليه.

وأما الثاني: فلو سلّمنا أنّه حق ولكن لا دليل بوجه كلّ يدلّ على جواز حبس من عليه الحقّ إذا أمسك عن مثل هذا الحقّ (الجواب) خصوصاً إذا أمكن للمدعى التوصل إلى تحصيله بطريق أسهل وأخف كما في كلام سيّد الرياض.

٢- النبوي المعروف: «لّي الواجد أو مطله يُجَلّ عقوبته وعرضه» وفي آخر «حبسه» المعتضد بها في النصوص الواردة حول حبس أمير المؤمنين عليه السلام الغريم بالليّ والمطل من دون ضرب أو إهانة.

يلاحظ عليه: - مضافاً إلى أنّ السوارد من طرقنا هو «لّي الواجد بالدين - يُجَلّ عرضه وعقوبته»^(١)، أنّ لفظ الواجد منصرف عن هذا النوع من الوجدان، والظاهر أنّ المراد واجد المال.

دليل القول بالإجبار

استدل للقول الثاني أي الإجبار بالضرب بأنّه مقتضى الأمر بالمعروف. يلاحظ عليه: أنّه لو تمّ لدلّ على قول صاحب الرياض من تقديم اللطافة بالرفق ثمّ الإيذاء والشدة متدرّجاً من الأولى إلى الأعلى وأين هو من الابتداء بالضرب؟!

دليل القول بجعله ناكلاً

استدل للقول الثالث برواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله تارة بصدرها

١- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٨ من أبواب القرض، الحديث ٤.

وأخرى بذيلها.

أما الصدر قال: خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بيّنة بهاله، قال فيمين المدعى عليه فإن حلف فلاحق له. وإن لم يحلف فعليه^(١). وقد تقدّم أنّ للحديث تفسيرين:

١- إن لم يحلف المدعى عليه فعليه «الحق»، فضمير المجرور يرجع إلى المدعى عليه، والمبتدأ المحذوف، هو الحق وعليه لا يحتاج إلى ردّ اليمين بل يقضى بالنكول.

٢- إن لم يحلف المدعى عليه، فعلى المدعي اليمين وهذا يدلّ على عدم كفاية النكول بل يتوقف على الردّ إلى المدعي.



يلاحظ عليه بوجهين: *مركز تحقيقات فقهية وعلوم إسلامية*

أولاً: أنّ الصدوق نقل مكان الفقرة الثانية قوله: «وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلاحق»^(٢) وعلى هذا فلا دلالة للحديث للمقام على وجه القطع.

وثانياً: أنّ منصرف الحديث المنكر ولا يعمّ الساكت.

وأما الذيل: فقوله: ولو كان حياً لألزم اليمين، أو الحق، أو يرّد اليمين.

فإنه يدلّ على أنه يجب على المدعى عليه أحد الأمور الثلاثة:

١- اليمين، أو الإلزام بالحق (المدعى به) أو الإلزام برّد اليمين، وحيث امتنع الأول والثالث بسكوته، يتعيّن الإلزام بالحقّ هذا كلّهُ على أنّ الفعل (يرد) مبني للفاعل، وإلاّ فيتوقف على ردّ الحاكم اليمين إلى المدعي.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الصدوق، الفقيه: ٣/ ٣٨.

وقد اختاره من المتأخرين السيّد الطباطبائي قال: فإنّه (ذيل الحديث) يدلّ على إلزامه بالحقّ إذا سكت ولم يحلف ولم يردّ بل الظاهر من الموضعين (الصدر والذيل) من الخبر، الإلزام بالحقّ، بمجرد عدم الحلف وعدم الردّ من غير حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدّعي.^(١)

يلاحظ عليه: مضافاً إلى انصرافه عن الساكت، أنّه مبني على تفسير قوله: «بالحقّ» بالذي ادّعى عليه، مع أنّه من المحتمل أنّه يُلزم بالحقّ الذي اعترف به ويدلّ على ذلك أنّه لو كان المراد منه الحقّ الذي ادّعى عليه يجب تأخيره عن قوله: «يردّ اليمين» لأنّ إلزام القاضي إياه بدفع الحقّ إنّما يصحّ إذا لم يحلف ولم يردّ و طبع الحال حيثنّذ يقتضي أن يقال:

يلزم على المدّعي عليه، إمّا أن يحلف أو يردّ اليمين على المدّعي وإلا فعليه الحقّ الذي ادّعى عليه، وبعبارة أخرى: يجب عليه أن يدافع عن نفسه بأحد الحلفين وإلا فيدفع ما ادّعى عليه مع أنّه ذكر بين الحلفين وهذا يدلّ على أنّ المراد هو الحقّ الذي اعترف به.

وربّما يستدلّ على هذا القول بأنّ الساكت في قلبه إمّا مقرّ أو منكر فلو كان مقرّاً فلا إشكال في إلزامه بالحقّ، وإن كان منكراً فهو بسكوته ممتنع عن الحلف والردّ فيلزم بالحقّ إذا كان النكول كافياً أو بعد ردّ اليمين إلى المنكر إذا لم يكن الردّ كافياً.

يلاحظ عليه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الموضوع هو الأعم من الظاهري والقلبي فيكون حكم الإقرار والإنكار القلبيين، حكم الظاهريين منهما وأمّا لو قلنا بأنّ الموضوع هو الظاهري منهما فيكون الساكت قسماً ثالثاً فلو ثبت للمنكر والمقرّ حكم فلا يثبت للساكت. وبما أنّ العنوان غير محرز والموضوع غير معلوم فلا يمكن

القطع بالحكم.

ثم إنه قد يعترض على القول الثالث بأنه لو اقتضى السكوت ردَّ اليمين على المدَّعي لاقتضى ذلك في الصغير والمجنون والغائب والميت وعندئذ يلزم صحة القضاء على هؤلاء بدون البيّنة والاكتفاء باليمين المردودة. ^(١)

يلاحظ عليه: أن الفارق وجود النص في الادعاء على الميت حيث دلَّ على لزوم البيّنة مع يمين المدَّعي دون المقام، أضف إليه وجود الفرق بين المقام والميت وما أشبهه وهو أن المدَّعي عليه في المقام قادر على الإجابة ولكنه لا يجيب وهذا بخلاف هؤلاء فإنهم بين غير قادر كالميت والغائب ومن لا يترتب الأثر على جوابه كالصبي والمجنون.

والأولى أن يقال: - بعد عدم دليل واضح لواحد من هذه الأقوال - إن الظاهر تفويض الأمر إلى القاضي في انتخاب الأسلوب الناجح في حمل الساكت إلى التكلّم وهو يختلف حسب اختلاف الظروف وتعيين الطريق الخاص في ذلك المجال لا يلائم أصول مذهبنا. وذلك لأن الإسلام دين عالمي وخاتم لعامة الشرائع، فلازم ذلك بيان اللب وترك القشر ولباس الحكم وكيفية إجرائه على مقتضى الزمان، وربّما يقتضي ورود من باب اللطف وأخرى من باب الخشونة ولكل أقسام.

نعم القضاء على الساكت بالنكول أو بعد ردَّ اليمين على خلاف القاعدة فيكون منحصرأ بمورده ولا يتجاوز عنه إلا بدليل.

٢٤

القسم الثاني: السكوت المستند إلى الآفة

إذا كان السكوت لأجل آفة في المدَّعي عليه من طرش أو خرس قال

المحقق: «توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين» أي اليقين بكونه مقراً أو منكراً.

وجهه: أن إشارته قائمة مقام اللفظ لغير ذوي الآفة ولا يصح القضاء في غير ذوي الآفة إلا بعد القطع بالمراد من كلامهم ولا يكفي الظن به والمقصود من القطع بالمراد، هو المراد الاستعمالي منه، لا المراد الجدي إذ ليس لللفظ دور، سوى الدلالة على المراد الاستعمالي، لا المراد الجدي إذ الوقوف عليه على عاتق سائر الأصول والقرائن ولذلك ذهبنا في الأصول عند البحث عن حجة الظواهر إلى أن دلالتها على المراد الاستعمالي قطعية لازنية والمجمل والمتشابه خارجان موضوعاً عن الظواهر والتفصيل في محله. وبذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده صاحب الجواهر من إلحاق إشارة الأخرس باللفظ الذي يكتفى بالظن بالمراد منه.^(١)

قال المحقق: «ولو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد وافتقر في الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين» وما ذكره مبني على أن الترجمة من باب الشهادة لكن متلقى العرف غير ذلك بل يراه نقلاً لكلام الغير فيعتبر أن يكون عارفاً بلسانه وثقة كالوسائل الواردة في أسانيد الحديث. نعم لا يكون قول المترجم حجة إلا إذا ادعى القطع بالمراد من الإشارة.

الجواب بلا أدري ولا أعلم

إذا أجاب المدعى عليه بقوله: «لا أدري» وهو بظاهره قسم رابع من الجواب، ليس لإقرار أو لا إنكاراً ولا سكوتاً بل يدعي عدم العلم بصحة ما يدعيه المدعي.

وأما الأقوال فلا تتجاوز عن أربعة:

١- إنه منكر ويحلف بعدم العلم يظهر من المحقق الأردبيلي، حيث

قال: ويحتمل الاكتفاء في الإسقاط، بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل وعدم ثبوت ما تقدم والتأمل فيه، فتأمل.^(١) وصرح صاحب الجواهر وقال: فهو منكر، ضرورة عدم كونه إقراراً، كضرورة عدم كونه سكوتاً فليس إلا الإنكار.^(٢)

٢- يعامل معه معاملة الناكل فيؤخذ منه الحق مطلقاً، أو بعد رد اليمين إلى المدعي وحلفه وإن لم يرد، فالحاكم يردّها لأنّه ولي الممتنع ذكره الأردبيلي وقال: لو قال المنكر: إنّي ما أحلف على عدمه فأنّي ما أعلم بل أحلف على عدم علمي بثبوت حقك في ذمتي، لا يكفي، بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حيثنّذ، إن قيل بالقضاء بالنكول أو بعد رد اليمين على المدعي إن لم نقل به^(٣) وهو خيرة المحقق الأشتياني وقال: الذي يظهر من الأكثر حتى من كثير ممن يقول بالقضاء بالنكول، القضاء عليه بعد رد اليمين إلى المدعي إمّا من المدعي عليه أو من الحاكم بعد امتناعه من الرد، من غير أن يكتفي عنه بالحلف على نفي العلم من دون ادعاء العلم عليه.^(٤)

مرکز تحقیق و پژوهش حقوق اسلامی

٣- إيقاف الدعوى إن لم يدع عليه العلم وإلا فيجب عليه اليمين على نفي العلم بمثل ما حكموا في الدعوى على فعل الغير كالدعوى على الوارث وغيره وهو خيرة السيّد الطباطبائي في ملحقات العروة.^(٥)

٤- يحلف على نفي الاستحقاق لا على نفي علمه به نظراً إلى الأصل وهو مبني على جواز الحلف اعتماداً على الأصل، كالشهادة والحلف استناداً إلى اليد، ولكن الفرق بين الأصل والأمانة واضح والقياس بجامع وجود الحجّة باطل.

هذه هي الوجوه المذكورة في كلماتهم ولندرس بعضها:

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠/٢١٢.

١- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٩١.

٤- الأشتياني، القضاء: ١٥٤.

٣- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/١٩١.

٥- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/١٠٤، الفصل الثامن، المسألة ٤.

أما الوجه الأول فقد حاول صاحب الجواهر إدخال هذا القسم تحت عنوان المنكر وحاصل ما أفاده بتوضيح منّا : أنه بالإضافة إلى الواقع وإن لم يكن منكراً لعدم علمه به ولكنه بالإضافة إلى استحقاق المدعي فعلاً ، منكر له لأن الاستحقاق الفعلي فرع العلم ، والمفروض عدمه وبذلك يكون منكراً لا يتوجه إليه إلا اليمين لموافقة الأصل وغيره وأما ما يظهر من الأصحاب من اعتبار الحلف على البت فهو منزل على الصورة الغالبة والشاهد عليه أنه قد يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث بالنسبة إلى ديون الميت .

يلاحظ عليه : أنه يجب أن يتوارد الادعاء والإنكار على شيء واحد . حتى يقال إنه مدّع لما ينكره الآخر وعلى هذا فإن ادّعى المدعي علم الآخر بالدين فعندئذ يتواردان على موضوع فهو مدّع لما ينكره الآخر ، فيكون منكراً حقيقة فيحلف على عدم العلم وإلا فبرّدّها إلى المدعي ، أو برّدّها الحاكم . ويترتب عليه كل ما يترتب على الحلف من الآثار المذكورة ، فيما سبق من عدم سماع البينة بعد الحلف ، أو عدم جواز التقاض من ماله أو تهديد المحاكمة ممّا مرّ .

وعلى ذلك إذا كان متعلّق الادعاء والإنكار هو العلم وعدمه يكون المدعي عليه منكراً حقيقة ، لا تأويلاً ولا بملاحظة أنه ينكر الاستحقاق الفعلي كما ارتكبه صاحب الجواهر . وبالجمله فلهذا القسم من المسألة يعتمه ما دلّ على أنّ البينة على المدعي واليمين على من أنكر وإنما الكلام في القسم الآتي أعني إذا صدّقه في عدم علمه بالواقع أو سكت عنه . فالادعاء والإنكار لا يتواردان على موضع واحد . فالمدعي يدّعي كونه مديوناً في الواقع ، والمدّعي عليه ، يدّعي عدم علمه به وأما الواقع فهو لا يثبت ولا ينكره فكيف يدخل في عداد المنكرين . ويترتب عليه أثر المنكر .

وبالجمله ما اختاره صحيح فيما ادّعى عليه العلم بالواقع لاما إذا وافقه في عدم العلم أو لم يذكر فيه شيئاً وعلى هذا فلا يتوجه إليه الحلف ، ولا يصحّ له

الرد، لعدم تمكنه منه حتى يرد، فلا يحبس عن إيقاف الدعوى حتى يأتي بالبيّنة كما سيوافيك في البحث الثاني.

وأما الوجه الثاني أي إجراء حكم النكول عليه وهو الذي ذكره المحقق الأردبيلي واختاره الأشتياني فهو غير تام بوجهين:

١- إن التفصيل في الحديث النبوي قاطع للشركة وعليه، فوظيفة المدعي، البيّنة وواجب المنكر هو اليمين، وقيام يمين المدعي منزلة بيّنته، يرده التفصيل القاطع للشركة، فلا يعدل عنه إلا بدليل، كما في غير هذا المورد.

٢- إن الظاهر من روايات ردّ اليمين، هو الردّ إذا أمكن له الحلف وبعبارة أخرى إذا كان مخيراً بين الأمرين: الحلف والردّ، وأما إذا لم يتمكن من الحلف، فلا والمقام من هذا القبيل فإنه لأجل عدم علمه، ممنوع من الحلف فكيف يكون مجازاً في الردّ، نعم لا بأس به إذا ادّعى عليه العلم بالواقع وهو ينكره، فإن الحكم فيه لا يفترق عن سائر الموارد.

والذي ينبغي أن يقال وربّما يستفاد مما سبق هو أنّه إذا ادّعى عليه العلم بالدين وهو ينكره، ينطبق عليه أصل المدعي والمنكر، فلو حلف، وإلا يردّ اليمين على المدعي، أو ينوب عنه الحاكم إذا امتنع.

وأما إذا صدّقه في عدم العلم أو شكّ في صدقه وكذبه، فلا مجال للحلف، لاتفاقهما على أنّه لا علم له بالواقع ومع التسليم، لاموضوع للحلف، فتكون الدعوى غير مسموعة، ويُلَفّ الملفّ إلى أن يأتي بالبيّنة. ويؤيده بعض الروايات:

١- صحيحة عبد العزيز بن المهتدي^(١) سألت الرضا عليه السلام قلت: جعلت فداك أن أخي مات وتزوجتُ امرأته فجاء عمّي فادّعى أنّه كان تزوّجها سرّاً فسألته عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار وقالت ما كان بيني وبينه شيء، فقال:

١- قال النجاشي: عبد العزيز المهتدي الأشعري القمي ثقة روى عن الرضا عليه السلام له كتاب.

«يلزمك إقرارها، ويلزمه إنكارها»^(١).

٢- صحيح زرعة بن محمد، عن سماعة قال: سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إن هذه امرأتي وليس لي بيّنة فقال: «إن كان ثقة فلا يقربها، وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه»^(٢).

٣- خبر يونس قال: سألت عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسأها، لك زوج؟ فقالت: لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتي فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هي امرأته إلا أن يقيم البيّنة»^(٣).

وجه الاستدلال بهذه الروايات أن الزوجة وإن كانت منكراً على وجه البت، ولكن الزوج غير عالم بالواقع فلم يكلف بشيء من اليمين، هذا وتمام الكلام يأتي في البحث الثاني عند البحث عن يمين المنكر والمدعي.

مركز تحقيق كويت علوم إسلامي

إذا كان متعلق الدعوى عيناً

هذا كله إذا كان متعلق الدعوى ديناً وأما إذا كان متعلقه عيناً في يده منتقلة إليه بشراء أو إرث من ذي يد متصرف فيها بدعوى الملكية. فإن للمسألة صورتين:

الأولى: أن يذكر مصدر مالكيته وأنه اشتراه من زيد أو اتهمه منه أو ورثه من مورثه إلى غير ذلك من أسباب النقل ففي مثله يحلف على عدم كون المدعي مالكاً اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه. ويدل عليه خبر حفص بن غياث الدال على جواز الحلف على مالكية ذي اليد. روى حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال: «نعم»، قال الرجل: أشهد أنه في يده، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أفيحل الشراء منه؟» قال: نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام: «فلعله لغيره من أين جاز

لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك» ثم قال أبو عبد الله: «لو لم يجوز هذا لم يقيم للمسلمين سوق»^(١).

فقوله: «تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه» يدل على جواز الحلف على الملك إذا كان تحت اليد. غاية الأمر أنه إذا ادعى المدعي أنه له، يحلف على أنه ليس له، لا أنه له، حفظاً لوحدة الموضوع في الادعاء والإنكار. ويتوارد النفسي والإثبات على مكان واحد.

الثانية: إذا كانت في يده ولم يذكر مبدأ مالكيتها، وأنها له فعلاً أو لا، بل يرى نفسه مستولياً على العين فله أيضاً أن يحلف على عدم كونه ملكاً للغير أخذاً بإطلاق الخبر نعم استشكل النراقي في المستند في جواز الحلف قائلاً بأنه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف فيها بعدم علمه بأنه له أو لا.^(٢)

أقول: لادليل على هذا الشرط وإطلاق قوله: «ومن استولى على شيء منه فهو له»^(٣) وغيره من روايات حجية اليد، يشمل هذه الصورة وإنما ذهب المحقق النراقي إلى هذا الشرط في العوائد^(٤) مستنداً بالانصراف وبروايات أهل الإمام فيها اليد، ولم يترتب عليه الأثر ولكن الانصراف مع كثرة الابتلاء به ممنوع، وأما الروايات التي استدل بها، فهي واردة في المنازل التي يتردد عليه، غير المالك كثيراً كبيوت مكة، والصندوق الذي يدخل يد غيره فيه ولو بوضع شيء فيه أمانة ولا يعم ما ليس كذلك. وقد أوضحنا حال هذه الروايات في الأصول عند البحث عن قاعدة اليد فلاحظ.^(٥)

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٢- النراقي، المستند: ٥٣٧/٢.

٣- الوسائل: الجزء ١٧، الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٣.

٤- النراقي، العوائد: ٢٥٨.

٥- المحصول في علم الأصول: ٢٧٧-٢٧٨.

مسائل في الحكم على الغائب

المسألة الأولى: إذا حضر الخصمان وترافعا عند القاضي وتم الترافع ولكن آخر القاضي الحكم إلى موعد آخر فحضر أحد المتخاصمين دون الآخر، فإنه يجوز الحكم على الغائب بلا خلاف لتمامية موازين القضاء والتأخير في الحكم لا يحدث شيئا.

إنما الكلام إذا رفع أحد الخصمين الخصومة إلى القاضي دون الآخر، وأقام بيّنة فلا شك أنه يجوز الحكم في الجملة وإليك كلماتهم:

١- قال الشيخ في الخلاف: القضاء على الغائب جائز وبه قال الشافعي ومالك والأوزاعي والليث بن سعد وابن شبرمة، وقال ابن شبرمة: أحكم عليه ولو كان خلف حائط وبه قال أحمد وإسحاق، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز القضاء على الغائب حتى يتعلق الحكم بخصم حاضر شريك أو وكيل له والحاكم عندهم يقول: حكمت عليه بعد أن ادعى على خصم ساغ له الدعوى عليه.

وتحقيق هذا، أن القضاء على الغائب جائز بلا خلاف ولكن هل يصح مطلقاً من غير أن يتعلق بخصم حاضر أم لا؟ عندنا يجوز مطلقاً وعندهم لا يجوز مطلقاً حتى قال أبو حنيفة: من ادعى على عشرة، واحد حاضر وتسعة غيب وأقام البيّنة قضى على الحاضر وعلى غيره من الغائبين.

ثم استدلل الشيخ - مضافاً إلى الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت عليهم السلام بما روى أبو موسى الأشعري قال: إذا حضر عند رسول الله ﷺ خصمان فتواعدا لموعده فوفى أحدهما ولم يف الآخر قضى للذي وفى، على الذي لم يف، ومعلوم أنه ما قضى عليه بدعواه، ثبت أنه قضى عليه بالبيّنة. ^(١)

٢- وقال الشيخ في المبسوط: إذا حضر رجل عند الحاكم فادّعى على غائب حقاً سمع الحاكم دعواه لجواز صدقه فيما يدّعيه كما لو كان حاضراً فإن أقام البيّنة بما يدّعيه سمعها الحاكم - إلى أن قال: - فأما إن سألته أن يقضي له على هذا الغائب بما ثبت عنده، أجابه إلى ذلك بعد أن يستحلفه عن حقه الذي شهد الشاهدان أنه ثابت إلى وقتنا هذا فإذا حلف حكم عليه وكتب به كتاباً وهكذا قولهم في القضاء على الصبي والمجنون والميت والكل واحد. لأنّ كلّ واحد لا يعبر عن نفسه - إلى أن قال: - وأما إن كان حاضراً في البلد غير ممتنع من الحضور فهل له أن يقضي عليه وهو غائب عن مجلس الحكم أم لا؟ قال قوم: له ذلك لأنّه غائب عن مجلس الحكم والصحيح أنّه لا يقضى عليه لأنّه مقدور على إحضاره والقضاء على الغائب إنّما جاز لموضع الحاجة وتعذر إحضاره فالقضاء على الغائب يجوز عندنا في الجملة وعند جماعة (١).

٣- وقال ابن البرّاج: «وإن كان (المستعدّي عليه) غائباً في غير ولايته، مثل أن يكون الحاكم ببغداد فغاب إلى البصرة، وهي في غير ولايته فإنّه يقضي على غائب» (٢).

٤- وقال ابن حمزة: «إذا ادّعى المدّعي على حاضر يعبر عن نفسه أو على غائب أو ميت أو حاضر لا يعبر عن نفسه مثل المولى عليه فالأول قد ذكر حكمه والثاني يحكم له بشرطين إقامة بيّنة عادلة الخ» (٣).

٥- وعلى ذلك تضافرت الفتوى غير أنّ ابن سعيّد، شرط كون الغائب في مسافة تقصّر فيه الصلاة قال: ويجوز الحكم على الغائب (وحدّ الغيبة ما يقصر في مثله) من غير وكيل حاضر ويحلف خصمه مع البيّنة (٤).

١- الطوسي، المبسوط: ٨/ ١٦٢، باب القضاء على الغائب.

٢- ابن البرّاج، المهذب: ٢/ ٥٨٤.

٣- ابن حمزة، الوسيلة: ٢١٤.

٤- ابن سعيّد، الجامع للشرائع: ٢٧.

٦- وقال المحقق: يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً كان أو حاضراً وقيل يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.^(١) والقائل هو الشيخ وتقدم كلامه في المبسوط ونسب إلى تعليق الإرشاد.

٧- وقال الشهيد الثاني: «مذهب أصحابنا جواز القضاء على الغائب في الجملة وهو مذهب أكثر العامة كالشافعي ومالك وأحمد وجماعة من الفقهاء وخالف فيه أبو حنيفة إلا أن يتعلق بخصم حاضر كشريك أو وكيل والحجة على جوازه فعل النبي وهو حجة كقوله في الخبر المستفيض عنه أنه قال لهند زوجة أبي سفيان الخ».^(٢)

فتلخص أن الأقوال بين أهل السنة، لا تتجاوز عن اثنين فغير الاحناف يقول بالجواز مطلقاً، وهؤلاء لا يجوزون مطلقاً، إلا إذا حضر في المحكمة من يتعلق بالخصم كالوكيل أو واحد من المدعى عليهم وأما أقوال أصحابنا فهي ثلاثة:

١- يجوز الحكم على الغائب عن مجلس الحكم مطلقاً، سواء كان مسافراً أم حاضراً في البلد، أمكن إحضاره أم تعذر وهو المشهور.

٢- يجوز إذا كان الغائب في مسافة تقصر فيها الصلاة وهو قول ابن سعيد.

٣- يجوز مطلقاً سواء كان الغائب عن مجلس الحكم، مسافراً أم حاضراً في البلد ولكن تعذر حضور الحاضر فيه في مجلس الحكم وهو كلام الشيخ في المبسوط.

أقول: ما اعتمد عليه الشيخ في الخلاف من حديثي امرأة أبي سفيان وأبي موسى الأشعري، غير تامي الدلالة ولو افترضنا صحة سندهما.

أما الأول فقد أجاب النبي عن مسألة فقهية من دون أن يكون هنا نزاع وقضاء وأنه يجوز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها وأما أن زوجته هل كانت صادقة

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١١.

١- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤/ ٨٦.

أو لا، وهل كانت لها بيّنة أو لا؟ فلم يكن هذا الأمر مطروحاً في زمن السؤال فالاستدلال به على مورد القضاء غير صحيح.

وأما ما رواه أبو موسى فمن المحتمل أن الخصمين حضرا عند النبي مرة، وأن النبي سمع كلامهما وأقام المدعي البيّنة غير أن النبي أخر إصدار الحكم إلى موعد آخر، ومثل هذا لا يكون دليلاً لما لم يحضر أحد الخصمين مطلقاً عند القاضي. فانحصر الدليل لما روى من طريقنا وهو: صحيح جميل عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجّته إذا قدم ولا يدفع المال إلى الذي أقام البيّنة إلا بكفلاء»^(١) وهذه هي الحجّة الفريدة في المسألة ولكن تجب دراسة مقدار دلالتها على الجواز لكن بعد ملاحظة أمر، وهو:

أن القضاء كان أمراً دارجاً بين العقلاء قبل الإسلام وبعده والأمر به في الروايات منصرفة إلى الصورة الدارجة بينهم ومن المعلوم أن القضاء نوع اجتهاد من القاضي في تشخيص الحق وهو فرع سماع كلام المتخاصمين عن كذب، ثم الاجتهاد في الوصول إلى الحق وهو لا يتحقق إلا بحضورهما عند القاضي والإدلاء بحجّتهما. هذا من جانب، ومن جانب آخر، ربّما تقضي الضرورة القضاء على الغائب ولو أخر القاضي القضاء يكون هناك ضرر على المترافع - أضف إلى ذلك - أنه لو كانت الغيبة مسوّغة لإيقاف القضاء، لسلكت المتخلف هذا الطريق وغاب عن عين القاضي.

ومقتضى الجمع بين الأمرين هو الأخذ بالقول الوسط الذي لا تتجاوز عنه صحيحة جميل عن محمد بن مسلم فإن قوله: «ويكون الغائب على حجّته إذا قدم» ظاهر في أن الخصم الآخر كان مسافراً وغائباً من البلد، لا حاضراً فيقتصر على الغائب عن البلد ومن الغائب من تطول غيبته، بحيث يؤدي

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

تأخير الحكم إلى تضرر المدعي فيحكم عليه بأخذ الكفيل كما في الرواية إذ من المحتمل أن يكون للمنكر حجة في الخروج عن الدين المدعى عليه، فمقتضى الجمع بين الحقيين، هو الدفع من ماله بشرط أخذ الضامن.

ويلحق بالمسافر، مجهول المكان، أو الحاضر المتواري في بيوت البلد الهارب من القضاء عليه، بإلغاء الخصوصية وأما الغائب الذي سيعود إلى البلد، أو الحاضر المستعد للحضور عند القضاء فلا تعدمه الروايات لا دلالة ولا ملاكاً وما قاله ابن شبرمة من أنه يحكم على الغائب وإن كان خلف حائط فليس بشيء ولعل خيرة الشيخ في المبسوط أقرب من جميع الأقوال والأقرب منه ما ذكرناه.

والفرق بين ما ذكره في المبسوط وما ذكرناه هو أنه إن جاوز في المسافر مطلقاً وفي الحاضر إذا تعذر، ونحن نخص الجواز بالمسافر الذي تطول غيبته بحيث تورث الضرر على المدعي.

ولعل ما روي عن أبي البختري عن علي «لا يقضى على غائب»^(١) محمول على من لا تطول غيبته، أو يسهل إعلامه للحضور.

ثم إن موضع النصوص ما إذا كان هناك جحود وإنكار وأما لو كان هناك اعتراف بكونه مديوناً، فلا موضوع للقضاء فليس عليه إلا الصبر إلا إذا كان ضرورياً أو حرجياً، فيرجع إلى الحاكم وهو يقوم بواجبه.

وفي نهاية المطاف نقول: ربما يستدل في المقام بصحيفة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان علي عليه السلام يقول: لا يجس في السجن إلا ثلاثة: الغاصب ومن أكل مال اليتيم ظلماً ومن اتهم على أمانة فذهب بها وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً»^(٢) ولا صلة لها بما نحن فيه. إذ لا نزاع فيها بين الشخصين وقد ثبت الموضوع لدى القاضي بنحو من الأنحاء ولعلها ترافعا إليه وحكم على

المدعى عليه بشهادة أنه سجنه وعندئذ يجوز بيع ماله و هو في السجن.

المسألة الثانية:

يقضى على الغائب في حقوق الناس دون حقوق الله

يظهر من كلام غير واحد من الأصحاب من أن القضاء على الغائب يختص بحقوق الناس ولا يعمّ حقوق الله. قال المحقق: يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود ولا يقضى في حقوق الله كالزنا واللواط. وعلمه المحقق بأن الأولى غير مبنية على التخفيف بخلاف الثانية.

أقول: هنا بحثان:

الأول: في عموم الحكم لمطلق حقوق الناس.

الثاني: ما هو الوجه لعدم شموله لحقوق الله؟

أما الأول، فنقول الحكم على الغائب على خلاف الأصل فيقتصر على موضع النص وهو الديون. حيث قال: «يقضى عنه دينه» فإسراء الحكم إلى مطلق حقوق الناس مثلاً إذا أقام البيّنة على أن رجوعه إلى زوجته المطلقة كان في أيام العدة، أو أن المال المعين عنده رهن للدين المحرز، يحتاج إلى دليل وليس إلا ادعاء إلغاء الخصوصية بين الدين وسائر الحقوق فلو ساعده العرف وإلا فللتوقف مجال.

وأما عدم شمولها لحقوق الله كالحدود، فليس الوجه ما ذكره المحقق وأوضحه صاحب المسالك وغيره من أن حقوق الله مبنية على التخفيف، وذلك لأنّ ابتنائها عليه لا يدلّ على الإغماض إذا ثبتت حسب الموازين كما في صورة إقامة البيّنة عليها، بل الوجه ما ذكرنا من اختصاص الدليل بحقوق الناس، كما عرفت.

نعم عدّ الزنا واللواط من حقوق الله مطلقاً قابل للتأمل بل ربّما يكون من حقوق الناس كما إذا ادّعت المرأة أنّ رجلاً زنا بها عن عنف أو ادّعى ولي الصغيرة أنّ رجلاً زنا بها فيأتي ما ذكره الأصحاب في مثل السرقة.

إذا كان الحكم مشتملاً على حقّين

قال المحقّق: ولو اشتمل الحكم على الحقّين قُضي بما يخصّ الناس كالسرقة يقضى بالغرم وفي القضاء بالقطع تردّد^(١) ولكن غيره لم يتردّد في عدم الثبوت قال في المسالك: وباقي الأصحاب قطعوا بالفرق وانتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع من الحكم بأحدهما دون الآخر.^(٢)

والتعبير بوجود المانع غير جيّد بل الأولى التحليل بفقد المقتضي، لما عرفت من عدم الدليل.

ولعلّ وجه تردّد المحقّق في التفريق بين الغرم والقطع لأجل أنّها معلولا علة واحدة وهو ثبوت السرقة والمفروض ثبوتها فلا وجه للتبعيض.

وربّما يجاب عنه بأنّ العلل الشرعية معرّفات لاعل حقيقيه وهو وإن كان صحيحاً، لكنّه لا يدفع الإشكال لأنّه إذا جعل شيء موضوعاً للحكمين فلا ثبات أحدهما دون الآخر، يرجع إلى التناقض في الاعتبار وهو لا يصدر عن العاقل.

والأولى أن يقال: إنّ وجود الدليل في القضاء على الغائب في حقوق الناس دون غيرها يكشف عن كون الموضوع للغرم هو ثبوت السرقة وللقطع هو الثبوت بحضور المدّعى عليه، فليس الموضوع واحداً.

١- نجم الدين الحلي، شرائع الإسلام: ٤/ ٨٦.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٢.

المسألة الثالثة:

لو كان صاحب الحق غائباً، وله وكيل فطالب الوكيل الغريم فادعى الغريم التسليم إلى نفس الموكل فلو أقام البيّنة على التسليم فلا كلام، إنهما الكلام إذا ادعى التسليم وليست له بيّنة قال المحقق ففي الإلزام تردّد.

١- الوقوف في الحكم ، لاحتمال الأداء.

٢- الحكم وإلغاء دعواه لأنّ التوقف في الحكم يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء.

ثمّ قال المحقق: والأوّل أشبه والظاهر أنّ مراده من الأوّل هو أوّل الوجهين فينطبق على التوقف في الحكم، لكن صاحب المسالك وتبعه صاحب الجواهر فسره بالإلزام الوارد في قوله: ففي الإلزام، لكنه خلاف الظاهر. ولا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان وكيلاً في إقامة الدعوى وإلا فليس له ذلك الحق.

والظاهر: أنّ الوجه الثاني في كلامه أشبه وذلك لأنّ الوكيل في إقامة الدعوى بمنزلة نفس الموكل، فكما أنّه لا يسمع الدفع إليه بعد الاعتراف بأصل الدين، فهكذا المقام. وعلى ذلك فغاية الأمر أنّ لمدعي الدفع، حلفاً على الوكيل وحلفاً على الموكل. أمّا الأوّل فإن ادعى علم الوكيل بالدفع وانكر، يحلف الوكيل على عدم العلم، وإلا فيسقط إحلافه لاتفاقهما على عدم علمه بالدفع. وأمّا الثاني فهو ما إذا جاء فإن اعترف بالأخذ يرجع الدافع إلى الوكيل وإن أنكر وحلف، فهو وإن نكل عن اليمين أو أقام الدافع البيّنة استعيد المال. والأحوط أخذ الضامن عند الدفع إلى الوكيل كما مرّ في الدعوى على الغائب لوحدة الملاك وإن كانت المسألتان مختلفتين موضوعاً لأنّ الغائب فيما سبق من عليه الحكم وفي هذه المسألة من له الحكم ولكن الملاك واحد.

المقصد الرابع:

في كيفية الاستحلاف

وفيه بحوث ثلاثة:

البحث الأول: في اليمين وأحكامها

وقبل الخوض في المقصود نذكر أقسام اليمين الوارد في الكتاب والسنة:
الأول: اليمين لجلب تصديق المخاطب لما يقوله الحالف كأن يقول: «والله
كان الأمر كذا وكذا».

الثاني: الحلف على فعل شيء أو تركه كأن يقول: «والله لأفعلن كذا أو لا
أفعلن كذا».

الثالث: اليمين اللغو وهو الذي لا يقصد صاحبه منها شيئاً كقوله: لا والله
بلى والله.

الرابع: الحلف في مقام المرافعة.

وتحقيق الكلام يتوقف على البحث في مقامين:

١- حكم الحلف بغير الله تكليفاً في المواضع الأربعة.

٢- حكم الحلف بغير الله وضعاً أي في إيجاب الحق وإسقاطه.

وإن كان البحث عن المقام الأول في كلمات الأصحاب جانبياً، غير أن
المحقق الشراقي، طرحه مستقلاً، كما بحث عنه الأشتياني كذلك أما الأول فلنذكر
كلمات الفقهاء.

المقام الأول: حكم الحلف بغير الله تكليفاً

أما فقهاء أهل السنة فالمعروف بينهم هو الكراهة إلا الحنابلة فإنهم يذهبون إلى الحرمة. قالوا:

«لا ينعقد اليمين بغير الله تعالى كالحلف بالنبي والكعبة وجبريل والولي وإذا قصد الحالف بذلك إشراك غير الله معه في التعظيم، كان ذلك شركاً، وإذا قصد الاستهانة بالحلف بالنبي كفر، أما إذا لم يقصد شيئاً من ذلك، بل قصد اليمين ففي حكمه تفصيل في المذاهب».

الحنفية قالوا: يكره الحلف بنحو أبيك ولعمرك ونحو ذلك.

الشافعية قالوا: يكره الحلف بغير الله تعالى، إذا لم يقصد شيئاً مما ذكر.

المالكية قالوا: الحلف بمعظم كالنبي والكعبة ونحوهما فيه قولان: الحرمة والكراهة، والمشهور الحرمة. *الحنابلة قالوا: الحلف بغير الله تعالى ولو نبي أو ولي.*

وقال الحنابلة: ويحرم الحلف بغير الله تعالى ووصفاته ولو نبي أو ولي.^(١)

وقال القسطلاني: المشهور عند المالكية الكراهة وعند الحنابلة التحريم وجمهور الشافعية أنه للتنزيه وقال إمام الحرمين: المذهب القطع بالكراهة وقال: غيره بالتفصيل، فإن اعتقد فيه من التعظيم ما يعتقده في الله، حرم وكفر بذلك الاعتقاد، وإن حلف لاعتقاد تعظيم المحلوف به على ما يليق به من التعظيم فلا يكفر.^(٢)

وأما فقهاء الشيعة فقد اختلفت كلماتهم في الجواز والمنع وإليك بعض نصوصهم:

قال الشيخ في المبسوط: تكرر اليمين بغير الله كاليمين بالمخلوقات: النبي،

١- الفقه على المذاهب الأربعة: ١، كتاب اليمين، ص ٧٥.

٢- القسطلاني: إرشاد الساري، الجزء التاسع، ص ٣٥٨.

والكعبة ونحوها وكذلك بالآباء كقوله: وحق أبي، وحق آبائي ونحو ذلك كل ذلك مكروه.

وروي أن النبي ﷺ قال: «لا تحلفوا بأبائكم ولا بالآنداد، ولا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون».

وروي أن النبي ﷺ سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه فقال النبي ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم» قال عمر: فوالله ما حلفت بها بعد، ذاكراً ولا أثراً يعني ولا رواية عن غيري وحكاية عنه.

وروي عن النبي ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك وفي بعضها فقد كفر بالله».

وقيل في قوله: «فقد أشرك» تأويلان: أحدهما الشرك الحقيقي وهو أن يعتقد تعظيم ما يحلف به ويعتقده لازماً كاليمين بالله فمن اعتقد بهذا فقد كفر والتأويل الثاني لا يكفر به وهو أن يشارك في اليمين فيحلف بغير الله كما يحلف بالله.

وقوله: «فقد كفر» لا تأويل له غير الكفر الحقيقي وأن يعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقد في الله تعالى ذكره.^(١)

أقول: الظاهر أنه لا حاجة إلى التأويلين، أما النهي عن الآباء فكانت قضية خارجية كان آباؤهم مشركين فالحلف بهم، كان تعظيماً للشرك فنهى عنه بقوله: «لا تحلفوا بأبائكم ولا بالآنداد» يريد من الآنداد، الأوثان والأصنام.

وأما النهي عن الحلف بغير الله فالظاهر هو الحلف بالآلهة المكذوبة للعرب فإن الحلف بها كاشف عن كون الحالف معتقداً بعظمتها وليس معنى لها إلا الاعتقاد بأنها الآلهة والآنداد، قال سبحانه: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللَّهِ

أَنْدَاداً يُحِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللَّهِ ﴿البقرة/ ١٦٥﴾. (١)

وعلى كل تقدير فحكم الحلف بغير الله عند الشيخ هو الكراهة كما صرح به في بدء كلامه .

٢- قال المفيد: ولا يجوز أن يحلف الإنسان برسول الله ولا بأمر المؤمنين ولا بأحد من الأئمة فإن حلف بواحد ممن ذكرناه فقد أخطأ وعليه أن ينفي بما حلف إلا أن يكون باطلاً أو غيره أفضل منه وإن لم يف فليستغفر الله عز وجل ولا كفارة عليه. (٢)

٣- قال ابن البراج: اليمين الشرعية عند أهل بيت رسول الله لا تكون إلا بالله أو بأحد أسمائه وكل يمين كانت بغير ما ذكرناه فليست يميناً صحيحة ولا يستقر لها حكم من حنث ولا كفارة فلو حلف بالنبي أو بالكعبة أو بما أشبه ذلك من المخلوقات كله أو بالبراءة من الله تعالى أو من النبي أو الأئمة أو أحدهم أو من القرآن أو ما يجري مجرى ذلك لم يكن يميناً صحيحة. (٣)

وكلامه ظاهر في المقام الثاني أي اليمين لفصل الخصومة ولعلّ الدليل دالّ على حكم المقام الأول أيضاً أي عدم الحرمة تكليفاً فإن نفي الصحة دليل على الجواز التكليفي، فتأمل.

٤- قال يحيى بن سعيد: فإن حلف بالكعبة والنبي ﷺ والمسجد أثم ولم ينعقد يمينه وكذلك سائر المخلوقات. (٤)

٥- وقال المحقق: ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والأماكن المشرفة... (٥) وهل يريد عدم الاعتداد بالحلف بها وعدم صحتها وجواز الفعل في نفسه كما استظهره في المسالك أو يريد الحرمة التكليفية؟

١- لاحظ البقرة: ٢٢، إبراهيم: ٣٠، سبأ: ٣٣، الزمر: ٨، فصلت: ٥.

٢- المفيد، المغنعة، كتاب الأيمان: ٥٥٨. ٣- ابن البراج، المهذب: ٢، كتاب الأيمان: ٤٠٣.

٤- ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٤١٥. ٥- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤/ ٨٧.

٦- وقال العلامة: وكذا لا ينعقد بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالظهار ولا بالتحريم ولا بالكعبة ولا بالمصحف ولا بالنبي.^(١)

٧- قال العلامة في التحرير: ولا يجوز الإحلاف بشيء من ذلك لأنه بدعة وكذا لا يجوز بالقرآن ولا بالبراءة من الله ولا من رسوله ولا من أحد من الأئمة....^(٢)

٨- قال الشهيد عند التعليق على قول المحقق: «ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله» والمراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به وفي إثبات الحق أما جواز الحلف في نفسه بمعنى عدم الإثم به ففيه وجهان: من إطلاق الأخبار المنهي عنه المقتضي للتحريم ومن إمكان حمله على الكراهة.^(٣)

٩- وقال في الجواهر: الانصاف عدم وجب معتد به للتردد في ذلك (الحلية) خصوصاً بعد السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار من العلماء والعوام من القسم بغير الله في نحو ذلك.^(٤)

١٠- قال السيد الطباطبائي: يظهر من جملة من الأخبار أن الحلف بغير الله مضافاً إلى عدم الأثر عليه في قطع الدعوى ووجوب الكفارة، يكون حراماً مطلقاً، بل أسنده في المستند إلى الأشهر بين الطائفة قال: بل قيل إنه مقتضى الإجماعات المنقولة وصرح به جماعة منهم المحقق الأردبيلي وصاحب المفاتيح وشارحه وبعض مشايخنا المعاصرين، لكن يظهر من صاحب الجواهر عدم القائل بالحرمة - حيث إنه بعد نقل الأخبار الدالة على المنع - قال: «ولذا تردد بعضهم في أصل جواز الحلف بغير الله تعالى لكنه في غير محله للسيرة القطعية على جوازه مضافاً إلى الأصل ووجوده في النصوص» ثم نقل جملة من الأخبار المشتملة على حلف بعض الأئمة عليهم السلام وبعض الأصحاب في حضور الإمام عليه السلام بغير الله «قلت» والأقوى عدم الحرمة كما قال (و) لما قال، فالأخبار المانعة محمولة على الكراهة ويشعر بها اشتغال

٢- الجواهر: ٤٠/٢٢٧، نقلاً عن التحرير.

٤- الجواهر: ٤٠/٢٢٨.

١- العلامة الحلي، إرشاد الأذهان: ٨٥/٢.

٣- زين الدين العاملي، المسالك: ٤١٢/٢.

بعضها على قوله ﷺ: «ولو حلف الناس بهذا وأشباهه لترك الحلف بالله» ويمكن حمله على محامل أخر. هذا، وأما مثل قوله: سألتك بالقرآن أو بالنبى ﷺ أو بأمر المؤمنين ﷺ أن تفعل كذا، فلا إشكال في عدم حرمة لأنه ليس حلفاً بل هو من باب الاستشفاع والتوسيط.^(١)

١١- وقال السيد الاصفهاني: الأقوى أنه يجوز الحلف بغير الله وإن لم يترتب على مخالفته إثم ولا كفارة كما أنه ليس قاطعاً للدعوى والمرافعات.^(٢)

إذا وقفت على الأقوال فالحق، ما أفاده السيد الاصفهاني، لدلالة لفيف من الروايات على الجواز فقد حلف الإمام بقرابته من رسول الله^(٣) وبيت الله الحق^(٤) وحلف الراوي بحضرته بحق رسول الله^(٥) وحق الإمام^(٦) وحياته.^(٧)

ثم إن في الأحاديث النبوية، وكلمات الإمام علي عليه السلام حلفاً بغير الله كثيراً نذكر منه ما يلي:

مركز تحقيقات كميته نورعليه السلام

الحلف بغير الله في الحديث النبوي

١- «جاء رجل إلى النبي فقال: يا رسول الله أي الصدقة أعظم أجراً؟ فقال: أما و أهلك لتبأنه: أن تصدق وأنك صحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء».^(٨)

٢- «جاء رجل إلى رسول الله من أهل نجد، يسأل عن الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: خمس صلوات في اليوم والليلة، فقال: هل علي غيرهن؟ قال: لا،

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٠.

٢- الاصفهاني، الوسيلة: كتاب الايمان والندور، ص ٢٠٥.

٣- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣١ من أبواب الايمان، الحديث ٧، ٨، ٦، ١، ١٤.

٤- صحيح مسلم، كتاب الزكاة، الجزء ٣، باب أفصل الصدقة، ص ٩٤.

قَالَ : لَا ، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ ، وَصِيَامُ شَهْرِ رَمَضَانَ ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُ ؟ قَالَ : لَا ، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ ، وَذَكَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الزَّكَاةَ فَقَالَ : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : لَا ، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ ، فَأَدْبَرَ الرَّجُلُ وَهُوَ يَقُولُ وَاللَّهِ لَا أَزِيدُ عَلَى هَذَا وَلَا أَنْقُصُ مِنْهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ : أَفْلَحَ وَأَبِيهُ إِنَّ صَدَقَ . أَوْ أُدْخِلَ الْجَنَّةَ وَأَبِيهُ إِنَّ صَدَقَ .^(١)

٣- «فَلَعَمْرِي لِأَنْ تَكَلَّمَ بِمَعْرُوفٍ وَتَنْهَى عَنْ مُنْكَرٍ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَسْكُتَ» .^(٢)

٤- «فَلَعَمْرِي مَنْ أَكَلَ بُرْقِيَةَ بَاطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلَتْ بُرْقِيَةَ حَقٍّ» .^(٣)

٥- «فَلَعَمْرِي مَا أَنْتُمْ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ حَجَّ مَنْ لَمْ يَطْفُفَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ» .^(٤)

٦- «وَلَعَمْرِي لَوْ أَنَّ كُلَّكُمْ صَلَّى فِي بَيْتِهِ لَتَرَكْتُمْ سُنَّةَ نَبِيِّكُمْ» .^(٥)

مركز توثيق وتوزيع علوم إسلامي

الحلف بغير الله في الحديث العلوي

٧- «وَلَعَمْرِي مَا عَلَيَّ مِنْ قِتَالٍ مِنْ خَالَفَ الْحَقَّ... مِنْ إِذْهَابٍ وَلَا إِيهَانٍ» .^(٦)

٨- «وَلَعَمْرِي لَوْ كُنَّا نَأْتِي مَا آتَيْتُمْ ، مَا قَامَ لِلدِّينِ عُمُودٌ» .^(٧)

٩- «وَلَعَمْرِي مَا تَقَادَمَتْ بِكُمْ وَلَا بِهِمُ الْعُهُودُ» .^(٨)

١٠- «وَلَعَمْرِي لَئِنْ كَانَتْ الْإِمَامَةُ لَا تَنْعَقِدُ حَتَّى تَخْضُرَهَا غَامَّةُ النَّاسِ ، فَمَا

إِلَى ذَلِكَ مِنْ سَبِيلٍ» .^(٩)

١- صحيح مسلم، الجزء الأول، باب ما هو الإسلام وبيان خصاله، ص ٣٢.

٢- مسند أحمد بن حنبل: ٢٢٥ / ٥.

٣- مسند أحمد بن حنبل: ٢١١ / ٥.

٤- سنن ابن ماجه: ٩٩٥ / ٤.

٥- سنن ابن ماجه: ٢٥٥ / ١.

٦- نهج البلاغة: الخطبة ٢٣.

٧- نهج البلاغة: الخطبة ٥٦.

٨- نهج البلاغة: الخطبة ١٦١.

٩- نهج البلاغة: الخطبة ٨٥.

١١- «لَعَمْرِي يَهْلِكُ فِي هَبْهَا الْمُؤْمِنُ»^(١).

١٢- «فَلَعَمْرِي لَقَدْ فَوَّقَ لَكُمْ سَهْمَ الْوَعِيدِ»^(٢).

١٣- «وَلَعَمْرِي يَا مُعَاوِيَةَ، لَئِنْ نَظَرْتُ بِعَقْلِكَ دُونَ هَوَاكَ، لَتَجِدَنِي أَبْرَأَ النَّاسِ مِنْ دَمِ عُثْمَانَ»^(٣).

١٤- «وَلَعَمْرِي لَئِنْ لَمْ تَنْزِعْ عَنْ غَيْكِ وَ شِقَاقِكَ»^(٤).

١٥- «وَلَعَمْرِي مَا كُنْتُ بِأَحَقِّ الْمُهَاجِرِينَ بِالتَّقِيَّةِ وَالْكِثْمَانِ»^(٥).

أدلة القول بالتحريم

قد تعرّفت على القول بالحرمة من خلال الكلمات المنقولة، ونقل عن المستند أنه اختار القول بالتحريم ولم أقف على كلامه - بعد الفحص - حتى أن الشيخ الأشتياني ردّ دلالة السيرة المستمرة على الحلف بغير الله التي استدل بها صاحب الجواهر على الجواز بالأخبار الناهية وقال: وقد يستدل على الجواز بالسيرة المستمرة من زماننا إلى زمان الأئمة والنبي ﷺ وفي هذا الاستدلال نظر لا يخفى وجهه وقد ذكر في التعليقة بأن الأخبار الناهية صالحة للردع^(٦).

فإذا كانت الأخبار بهذه المثابة فلا يحصى من نقلها ودراستها وتقييم دلالتها على الكراهة أو الحرمة، أو نفي الحكم الوضعي من عدم كفايتها في إيجاب الحق، أو إسقاط الواجب أو عدم ثبوت الكفارة فلا يمكن الحكم والقضاء فيها إلا بالإمعان فيها. فنقول:

١- روى علي بن مهزيار قال قلت: لأبي جعفر الثاني ﷺ قول الله عز وجل ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ﴾ (الليل / ١ و ٢) وقوله عز وجل: ﴿وَالنَّجْمِ

١- نهج البلاغة: الخطبة ١٦٨.

٢- نهج البلاغة: الخطبة ١٨٢.

٣- نهج البلاغة: الخطبة ١٨٧، (القاصعة).

٤- نهج البلاغة: الرسالة / ٩.

٥- نهج البلاغة: الرسالة / ٥٤.

٦- الأشتياني، القضاء: ١٦٩.

إِذَا هَوَىٰ ﴿ (النجم / ١) وما أشبه هذا فقال: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ يُقْسِمُ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَلَيْسَ خَلْقُهُ أَنْ يَقْسِمُوا إِلَّا بِهِ عَزَّوَجَلَّ». (١)

٢- روى الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي أنه نهى أن يحلف الرجل بغير الله وقال: «من حلف بغير الله فليس من الله في شيء ونهى أن يحلف الرجل بسورة من كتاب الله عزَّوَجَلَّ وقال: من حلف بسورة من كتاب الله فعليه بكل آية منها كفارة يمين فمن شاء برَّ ومن شاء فجر ونهى أن يقول الرجل للرجل لا وحياتك وحياة فلان». (٢)

٣- روى محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عزَّوَجَلَّ: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ﴾ ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾ وما أشبه ذلك فقال: إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ أَنْ يَقْسِمَ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَلَيْسَ خَلْقُهُ أَنْ يَقْسِمُوا إِلَّا بِهِ. (٣)

٤- روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله فأمّا قول الرجل لا أب لشانيك فإنه قول أهل الجاهلية ولو حلف الناس بهذا أو أشباهه لترك الحلف بالله». (٤)

٥- وروى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله أيضاً. (٥)

٦- روى العياشي في تفسيره عن زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله ﴿وَمَا يُؤْمِنُ أَكْثَرُهُمْ بِاللَّهِ إِلَّا وَهُمْ مُشْرِكُونَ﴾ (يوسف / ١٠٦) قال: «من ذلك قول الرجل: لا وحياتك». (٦)

٧- وروى عن أبي جعفر عليه السلام: «شرك طاعة، قول الرجل لا والله وفلان». (٧)

٨- وعن العلاء قال: سألته عن قوله: ﴿فَلَا أُقْسِمُ بِمَوَاقِعِ النُّجُومِ﴾ (الواقعة / ٧٥) قال: «عظم إثم من حلف بها». (٨)

١- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ١، ٢، ٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٥، ١١، ١٢، ١٥.

٩- روى العياشي عن محمد بن مسلم: كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان.^(١)

١٠- روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حلف أن ينحر ولده قال: «هذا من خطوات الشيطان» وقال: «كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان».^(٢)

١١- روى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت قوله تعالى: ﴿واذكروا الله كذاكم آباءكم أو أشد ذكراً﴾ قال: «إن أهل الجاهلية كان من قولهم كلاً وأبيك، وبلى وأبيك فأمرُوا أن يقول: لا والله وبلى والله».^(٣)

هذه هي الروايات الناهية، ولعل هنا ما يؤيدها تحريماً أو كراهة، إلا أن الشأن في تركيزها على موضوع واحد ويمكن أن يقال:

إن النهي في الحديث الأول والثالث والثامن لأجل أن الحلف بالأجرام السماوية مظنة الشرك فالنهي عنها نهيّاً تحريمياً أو تنزيهياً، لا يكون دليلاً على حرمة الحلف بسفير التوحيد ومبلغه وآله الأظهر.

وأما الحديث الثاني فهو معرض عنه إذ لم يقل أحد بالكفارة فيما إذا حلف بسورة من كتاب الله ثم خالف، مضافاً إلى ما في سنده من الضعف.

وأما التاسع والعاشر، فهما محمولان على الحلف بأمر محرم كنحر الولد، أو الطلاق والعتاق وصدقة ما يملك ويشهد على ذلك ورود قوله: «كل يمين بغير الله فهي من خطوات الشيطان» في مورد الحلف على العتاق والطلاق.^(٤)

وما بقي من الروايات يحمل على الكراهة خصوصاً ما ورد من النهي على الحلف بالآباء، ولعله قضية خارجية، لاحقيقية وسبب النهي، كون آباؤهم مشركين.

١-٣ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١٥ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٥، ٦.

٢-٤ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١٤ من أبواب الأيمان، الحديث ٣، ٤، ٥.

المقام الثاني: حكم الحلف بغير الله وضعاً

اتفقت كلمتهم على أنه لا يستحلف لإيجاب الحق أو إسقاطه إلا بالله تعالى شأنه وأن الحلف بغير الله، لا يثبت حقاً، ولا يسقطه وإليك نصوصهم:

- ١- قال المفيد: ولا يستحلف بغير أسماء الله عز وجل^(١).
- ٢- قال ابن البراج: استحلف بالله الذي لا إله إلا هو أو بشيء من أسمائه ولا يجوز استحلافه بغير ذلك^(٢).
- ٣- وقال ابن حمزة: ولا يمين بغير الله تعالى وبغير أسمائه الحسنی وصفاته العليا^(٣).
- ٤- وقال ابن سعيد: واليمين إنما يكون بالله وأسمائه الخاصة^(٤).
- ٥- وقال العلامة: ولا ينعقد اليمين الموجبة للبراءة من الدعوى إلا بالله تعالى^(٥).
- ٦- وقال: ولا يصح اليمين إلا بالله تعالى^(٦)، إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة.

وتدل على عدم الاعتداد روايات:

- ١- روى سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في كتاب علي عليه السلام إن نبياً من الأنبياء شكى إلى ربه فقال: يا رب كيف أقضي فيما لم أشهد؟ قال: فأوحى

١- المفيد، المقنعة: ٧٣١. ٢- ابن البراج، المهذب: ٥٨٩/٢.

٣- ابن حمزة، الوسيلة: ٢٢٨. ٤- ابن سعيد الحلبي، الجامع للشرائع: ٥٢٥.

٥- السيد العاملي، مفتاح الكرامة: ٩٦/١٠، قسم المتن.

٦- العلامة الحلبي، إرشاد الأذهان: ١٤٥/٢.

الله إليه: احكم بينهم بكتابي وأضفهم إلى اسمي فحلفهم به»^(١).

٢- روى سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يُحْلَفُ الرجل اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله»^(٢).

٣- روى جرّاح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يُحْلَفُ بغير الله، وقال: اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفهم إلا بالله عز وجل^(٣).

٤- روى سماعة عن أبي عبد الله قال: سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى بألّهم؟ قال: «لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز وجل»^(٤).

٥- روى الحلبي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يُستحلفون فقال: «لا تحلفهم إلا بالله عز وجل»^(٥).

والاستدلال، بغير الأولى من الروايات الواردة في أهل الكتاب، مبني على ظهورها في كون المضمون حكم الله المشترك بين الناس.

ثم إن صاحب الجواهر خلطه بين المقامين السابقين استدلالاً ببعض الروايات التي لا أساس له بالمقام كرواية محمد بن مسلم وصحيح الحلبي والنبوي^(٦) فأنها ناظرة إلى المقام الأول.

وهذه الروايات دلّت على أن أتباع الشرائع كلّهم كالمسلمين يحلفون بالله، إنّما الكلام في المنكر للصانع فهل يحلف به أو لا؟ قال في المبسوط: وإن كان وثنيّاً

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢، الحديث ١، ٢، ٣، ٥. وقد روى الحرّ العاملي، عن الحلبي في ذلك الباب روايات ثلاثة كان الجميع رواية واحدة فلاحظ الرقم ٣، ٦، ١٤ من الباب ٣٢ من أبواب الأيمان.

٣- الجواهر: ٤٠/٢٢٧؛ لاحظ الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٠، الحديث ٣، ٤، المستدرک، الباب ٢٤ من كتاب الأيمان، الحديث ٢.

معطلاً أو كان ملحداً يحدد الوحدانية لم يُغْلَظ عليه باللفظ واقتصر على قوله: «والله» فإن قيل كيف حلفته بالله وليست عنده يميناً، ليزداد إثماً ويستوجب العقوبة^(١) واختاره السيّد الطباطبائي مستدلاً بالإطلاقات التي مقتضاها عدم الفرق في الكفار بين من يعتقد بالله و من يجحده.^(٢)

أقول: يجب أن يكون مفروض الشيخ المعاهد الذي لا يجوز التعرض لنفسه وماله، وإلا فلو كان محارباً فلاحرمة لنفسه فضلاً عن ماله فيجوز أخذ حقه منه من دون إقامة الدعوى وإحلافه. نعم لو كانت الظروف لاتساعد على ذلك فلو أقام الدعوى عليه فإن أقام البيّنة أو اعترف الكافر، وإلا فيسقط الحلف وذلك لأنّ الغاية منه إيجاد الردع في الحالف حتى يستعظم الإله ويرتدع ولا يحلف كاذباً فإذا كان جاحداً لله سبحانه فالإحلاف يكون لغواً وما ذكره الشيخ من أنّ الغرض من الإحلاف هو زيادة الإثم، فهو ليس غرضاً للشارع ولا للمحلف والأولى القول بسقوط الحلف كما في سائر الموارد التي لا يتمكن المدّعي من الإحلاف كالدعوى على الميت.

ثم إنّ مقتضى الإطلاقات، كفاية الحلف بلفظ الجلالة من غير فرق بين المجوسي وغيره لكن قال الشيخ في المبسوط: إن كان مجوسياً حلف: والله الذي خلقتني و رزقني لثلاثتناول بالله وحده، النور فإنه يعتقد النور إلهاً فإذا قال: خلقتني ورزقني زال الإبهام والاحتمال.^(٣)

وما ذكره مخالف لمقتضى الإطلاق، أضف إليه أنّ لفظ الجلالة علم الخالق النور والظلمة ولو افترضنا صحّة إطلاق الإله على النور ولكن لفظ الجلالة لا يطلق إلّا على الإله الأعلى عندهم الذي هو خالق النور والظلمة والآلهة....

١- الطوسي، المبسوط: ٨/ ٢٠٥، فصل في موضع اليمين.

٢- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ١٩٩.

٣- الطوسي، المبسوط: ٨/ ٢٠٥.

ثم إن مقتضى بعض الروايات جواز حلف أهل الكتاب بغير لفظ الجلالة وهي:

١- ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام إن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى^(١).

٢- روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام سأله عن الأحكام فقال: في كل دين ما يستحلفون^(٢) والظاهر أن روايتي^(٣) محمد بن مسلم رواية واحدة. كما أن روايتي السكوني، مع مرسله الصدوق^(٤) متحدتان.

والتعارض بين الطائفتين واضح، وحمل الطائفة الثانية على أنه مخصوص بالإمام إذ رأى ذلك أردع لهم، أو على من يرى الحلف بذلك ولا يعتقد الحنث في الحلف بالله، أو المراد الحلف بمن أنزلها، أو الغلط بذلك مع الحلف بالله، جمع تبرعي لا يصار إليه.

ولعل المحقق لما رآهما متعارضتين، لا يرجح أحدهما على الآخر أخذ بالقول بالتخيير في المقام وقال: «ولو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز».

ثم إن نسبة هذه الروايات مع رواية سليمان بن خالد الأولى وإن كان عموماً وخصوصاً مطلقاً لكن بالنسبة إلى غيرها متباينتان، لأن الموضوع في كلتا الطائفتين أهل الكتاب، وال ترجيح مع الطائفة الأولى إذ رواية السكوني في الطائفة الثانية تحكي الفعل ووجهه غير معلوم وقد عرفت أنها بنفسها مرسله الصدوق، بقيت رواية محمد بن مسلم وهي لا تقابل ما سبق. فالأولى هو عدم الاكتفاء بغير المتيقن. وبالجملية الروايات المانعة ترجح على المجوزة بكثرة عددها وعلو شأن

١ و ٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢ من أبواب الأيمان، الحديث ٤، ٧، ولاحظ أيضاً ٨، ٩، ١٠.

٣- المذكورتان في الوسائل: برقم ٧ و ٩ في الباب ٣٢.

٤- المذكورتان في الوسائل: برقم ٤ و ١ في ذلك الكتاب.

رواتها، وإعراض المشهور عن المجوزة، وقد حققنا في محله أن إعراض المشهور يسقط الرواية عن الحجية.

هل المراد من الأخبار السابقة هو الحلف بلفظ الجلالة فقط أو يكفي ما يعادله في سائر اللغات بل يكفي الأسماء المختصة كالخالق والرازق وربها يؤيد الثاني بأن المراد من الأخبار الحاصرة هو نفسي الحلف بغيره سبحانه لا أن يكون بخصوص اللفظ وتؤيده رواية سليمان بن خالد، من إيجائه سبحانه إلى أحد أنبيائه من إضافة اسمه، والخالق والرازق من أسمائه سبحانه ولأن الغاية هو الارتداع عن الحلف كاذباً وهو موجود في جميع الأسماء وقد عرفت أن المفيد صرح بجواز الحلف بكل أسمائه وإن كان الأحوط هو التحليف بلفظ الجلالة، لا بغيره.



أُمُورٌ حَوْلَ الاسْتِحْلَافِ

ذكر المحقق أموراً حول الاستحلاف وأرسلها إرسال المسلم فنذكرها واحداً تلو الآخر:

١- تقديم العظة على اليمين

قال يستحب تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها.

استدل له بما ورد في الروايات من الآثار الموبقة لليمين الكاذبة. (١) ولكن لاصلة لها باستحباب تقديم العظة. ومثلها ما ورد من الأمر بالاحتياط في حقوق المسلمين، فإنه لا يتجاوز عن كونه أمراً إرشادياً لا يثبت به استحباب العظة فلم يبق سوى ما ورد من رواية الحضرمي حيث ادعى على كندي في أرض من اليمين، أنه اغتصبها أبو الكندي فتهاى الثاني لليمين فقال ﷺ: «لا يقطع رجل مالا يمينه

١- الوسائل: الجزء ١٦، لاحظ الباب ٤ من أبواب كتاب الإيمان.

إلا لقي الله يوم يلقاه و هو أجذم فقال الكندي: هي أرضه^(١) وفي سنده ما لا يخفى ومثله دلالة إذ لعل النبي كان واقفاً على كذبه، فقدم العظة حتى يرتدع ولا يكون دليل على استحبابه مطلقاً، كما لا يخفى.

٢- يكفي في رفع الخصومة مطلق اليمين

يكفي في رفع الخصومة وإنها مطلق اليمين لأن مقتضى إطلاق الأدلة، هو كفاية الحلف بالجلالة وحسبه أن يقول والله ماله قبلي حق قال رسول الله ﷺ: «البيّنة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^(٢).

٣- أسباب تغليظ اليمين

إنّ للتغليظ أسباباً مختلفة، فتارة يكون بالقول كما إذا قارن حلفه بالبراءة من حوله سبحانه وقوّته^(٣) وأخرى بالمكان كالتحليف عند قبر النبي، وتحليف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم^(٤) وثالثة بالزمان كما قوله: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ» (المائدة/ ١٠٦).

قال الطبرسي: تحبسونهما من بعد صلاة العصر- وهو المروي عن أبي جعفر- ان اربتم في شهادتهما وخشيتم أن يكونا قد غترا أو بدّلا أو كتما أو خانا والخطاب

١- البيهقي، السنن: ١٠ / ١٨٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٢، الحديث ١- ٣.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١- ٢.

في تحبسونهما للورثة ويجوز أن يكون خطاباً للقضاة فيحلفان بالله لا نشترى به ثمناً ولا نطلب بالحلف الثمن ولو كان المشهود له ذا قرى.^(١)

٤- هل الإحلاف باليمين المغلفة مستحب للحاكم؟

المشهور أن الإحلاف باليمين المغلفة مستحب للحاكم استظهاراً للحكم: غير أن المهم وجود الدليل على الاستحباب قال الشهيد: هذا هو الحكم المشهور بين الأصحاب وذكروا أنه مروي وما وقفت على مستنده.^(٢)

وقال العلامة: «وينبغي التغليظ بالقول في الزمان والمكان في الحقوق كلها»^(٣) ولعله لأجل عدم وجود دليل خاص، عبر بلفظ «ينبغي» ولم يقل يستحب.

وقال السيد الطباطبائي: لا خلاف ولا إشكال في أنه يكفي في الحلف الاقتصار على قوله: «والله ليس لفلان عليّ، كذا مثلاً» ولكن ذكروا أنه يستحب للحاكم التغليظ.^(٤)

واستدل له بروايات سبع:

١- ما ورد في تحليف الأخرس كما في صحيحة محمد بن مسلم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: «والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم السر والعلانية...»^(٥) والرواية مشتملة على حكم شاذ وهو القضاء على الممتنع عن الحلف من دون رده

١- الطبرسي، مجمع البيان: ٢/ ٢٥٧. ٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٣.

٣- السيد العاملي، مفتاح الكرامة: ١٠/ ٩٩، قسم المتن.

٤- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٢، المسألة ٧.

٥- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

على المدعي ومع ذلك، فخصوصية المورد كالأخرس تمنع عن إلغاء الخصوصية.

٢- ما ورد في يمين الاستظهار كما في رواية عبد الرحمان بن أبي عبد الله «وإن كان المطلوب بالحق قد مات فاقامت عليه البيّنة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو...»^(١) ويرد عليه ما أورد على السابق من وجود خصوصية في المورد، لأن المدعى عليه ميت، والمدعي حيّ ولعلّ المطلوب فيه التغليظ لأن المدعى عليه لا يستطيع الدفاع عن نفسه.

٣- فعل علي عليه السلام في أهل الكتاب حيث كان يستحلف النصارى واليهود في بيعهم وكنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول: شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين.^(٢)

ويلاحظ على الاستدلال بمثل ما تقدّم مضافاً إلى بُعد وجود بيوت النار في الكوفة في عصر الإمام عليه السلام.

٤-٧- ما ورد في إحلاف الظالم من التغليظ في حديث صفوان الجمال^(٣) وكلام الإمام في نهج البلاغة: «احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه بريء من حول الله وقوته»^(٤) والمروي عن الإمام الرضا عليه السلام^(٥) وما ورد في تحليف النبي عبد الله بن سوريا اليهودي على وجود حكم الرجم في التوراة^(٦) لكن استحباب التغليظ في مورد الظالم لا يكون دليلاً على استحبابه في عمارة الموارد. ومثله تحليف الخبر اليهودي، فإن حساسية الموقف الجأ النبي على تحليفه باليمين المغلظة.

ولأجل ضعف الاستدلال قال صاحب الجواهر: لم يقف على عموم يقتضي استحبابه كذلك على كلّ أحد. وعلى ما ذكرنا فلا يستحبّ التغليظ إلا في مورد

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

٣- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣٣ من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ١ و٢ و٣. مجمع البيان: ١٩٣/٢ ط صيدا، تفسير الآية ٤١.

النص فاحفظه ينفعك فيما يأتي.

٥- التغليظ إلا إذا كان المال دون نصاب القطع

لما اختار المحقق استحباب التغليظ مطلقاً، استثنى منه صورة واحدة وقال: ويستحب التغليظ في الحقوق كلها وإن قلت، عدا المال فإنه لا يغلظ فيه بها دون نصاب القطع قال الشيخ: لا تغلظ اليمين بأقل مما يجب فيه القطع، ولا يراعى بلوغ النصاب الذي تجب فيه الزكاة وبه قال مالك وقال الشافعي: لا تغلظ بأقل مما تجب فيه الزكاة إذا كانت يميناً في المال أو المقصود منه المال وإن كان يميناً في غير ذلك غلظ على كل حال وقال ابن جرير: يغلظ في الكثير والقليل ثم استدل بإجماع الفرقة.^(١)

ويدل عليه خبر محمد بن مسلم ووزارة عنهما عليهما السلام جميعاً قالا: لا يحلف أحد عند قبر النبي ﷺ على أقل مما يجب فيه القطع.^(٢)

٦- الامتناع عن الإجابة إلى التغليظ

قال المحقق: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر ولم يتحقق بامتناعه نكول.

أقول: هنا مقامان:

الأول: هل تجب الإجابة على المنكر إذا دعاه القاضي إلى اليمين المغلظة أو لا؟

الثاني: هل يتحقق النكول بالامتناع عن الحلف المغلظ دون غيره أو لا؟

أما المقام الأول: فقال الشيخ: التغليظ بالمكان والزمان استحباب دون أن

١- الطوسي: الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٣٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

يكون ذلك شرطاً في صحة الأيمان ووافقنا في الأزمان والألفاظ الشافعي. والمكان على قولين: أحدهما مثل ما قلناه والثاني أنه شرط. واستدل على مختاره بأن كونه شرطاً يحتاج إلى دليل وأيضاً قوله: اليمين على المدعى عليه والبيّنة على المدعي ولم يذكر الزمان والمكان وما ذكرناه من الأدلة محمول على الاستحباب.^(١)

وقال العلامة: «ولو امتنع الحالف من التغليظ لم يجبر عليه».^(٢)

وحكى عن كشف اللثام التفصيل بين التغليظ القولي فلا يجبر و التغليظ بالزمان والمكان فيجبر عليهما.

فتلخص أن الأقوال ثلاثة: ١- عدم الوجوب؛ ٢- التفصيل بين الألفاظ والأزمان فلا يجبر والأمكنة فيجب التغليظ كما عليه الشافعي في بعض أقواله؛ ٣- التفصيل بين الألفاظ فلا يجبر وأما الأزمان والأمكنة فيجب كما هو المحكي عن كاشف اللثام.

مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي

قد عرفت أن القول بالتغليظ لم يثبت إلا في موارد ثلاثة، فلوقيل بالاستحباب للحاكم في خصوص تلك الموارد لكان له وجه وأما احتمال الوجوب للحالف فلا دليل على وجوبه فيها لكفاية مطلق الحلف في إنهاء الخصومة حسب مقتضى الإطلاقات وإلزام المدعى عليه حتى في الموارد التي ثبت جواز التغليظ، يحتاج إلى دليل.

وربما يستدل على وجوب الإجابة بأمرين:

١- إذا كان التغليظ مستحباً للحاكم، تجب الإجابة على الحالف وإلا تلزم اللغوّة.

يلاحظ عليه: إنها تلزم اللغوّة إذا كان الامتناع من جانب الحالف دائماً،

١- الطوسي: الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٣٣.

٢- العاملي، مفتاح الكرامة: ٩٩/١٠، قسم المتن.

لا اتفاقاً. فيكفي في رفعها أن لفيفاً من الحالفين، يصدر عن التغليظ لداع من الدواعي وهذا يكفي في تشريع الاستحباب للحاكم على الوجه الكلي.

٢- الحلف حق للمدعي فله أن يختار أي قسم من أقسام اليمين.

يلاحظ عليه: أن الحلف حكم شرعي لرفع الخصومة وإنهاء النزاع وقد قلنا سابقاً، أن كون شيء حقاً يحتاج إلى ارضية تجعله حقاً، كالسبق إلى مكان، فهو أحق به وليس ادعاء أحد على أحد، بلا شاهد ودليل، موجباً لكون المدعي ذا حق على المدعى عليه وربما يكون من حيث المكانة الاجتماعية أرفع منه بكثير. ولولا حكم الشارع باليمين لحلّ المنكر سبيله، كما هو الحال في المحاكم العالمية.

أما المقام الثاني فهو عبارة عن ثبوت النكول بالامتناع عن التغليظ فنقول: إذا امتنع عن الحلف المغلظ، فهل يحكم عليه بالنكول أو إذا توقف عنه وعن الرد؟ مقتضى القاعدة هو الثاني كما سبق غير أنه يمكن استظهار خلافه من روايتين:

أحدهما: رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله الواردة في حلف المدعي على الميت بعد إقامة البيّنة قال: «إِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْحَقِّ قَدْ مَاتَ فَأُقِيمَتِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَعَلَى الْمَدْعَى الْيَمِينَ بِاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فُلَانٌ وَأَنَّ حَقَّهُ لَعَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ...»^(١).

ثانيتهما: رواية محمد بن مسلم في الأخرس كما مر.^(٢)

ومع ذلك كله ففي الاستدلال بهما على ثبوت النكول نظر أما الأولى فلأن المدعى عليه فيها ميت، فليس بعد امتناع المدعي عن الحلف إلا إيقاف الدعوى إذ لا يمكن الرد على الطرف المقابل فلا يكون الحكم بالنكول فيه دليلاً على غيره.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٤.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

وأما الرواية الثانية فقد مرّ احتمال أن الإمام ردّه على المدّعي وأنه حلف، وعدم ذكره في الرواية، لأجل كونه خارجاً عن المقصد الأصلي لأنه بصدّد بيان كيفية حلف الأخرس، لا كلّ ما يرتبط بالواقعة.

أضف إلى ذلك: أن الناكل من يمتنع عن الحلف بتاتاً لامن يمتنع عن قسم خاص منه ففي صحيحة أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام: «من حلف بالله فليُصدّق». وفي حديث أبي حمزة عن رسول الله: «ولا تحلفوا إلا بالله ومن حلف بالله فليُصدّق»^(١).

فقد خرجنا بالنتائج التالية:

- ١- لم يثبت استحباب الإحلاف باليمين المغلّظة إلا في موارد خاصة.
- ٢- لا يجوز جبر المدّعي عليه بها حتى في الموارد التي ورد فيها الدليل.
- ٣- لا يثبت النكول بالامتناع عنها.

مركز تحقيقات فقهية وعلوم إسلامية

٧- هل تحلّ يمينه على ترك التغليظ باختيار الحاكم؟

لو حلف على أنه لا يُغلّظ يميناً واختار الحاكم التغليظ يقع الكلام في موردين:

١- هل تنعقد اليمين على ترك التغليظ أو لا؟

٢- إذا صحّت يمينه فهل تحلّ باختيار الحاكم التغليظ أو لا؟

أما الأوّل فالظاهر من الروايات الواردة في الأبواب الثلاثة الأوّل من كتاب الأيمان، كون اليمين الصادق مكروهاً قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من أجلّ الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً ممّا ذهب منه»^(٢) وقال الصادق عليه السلام: «لا تحلفوا بالله صادقين ولا

١- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١-٣.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٣.

كاذبين»^(١) إلى غير ذلك من الروايات فإذا كان مطلق اليمين مكروهاً فالمغلظ أشد كراهة، وفي تركها، أكثر إجلالاً له فتصح اليمين.

وربما أشكل على الانعقاد بوجهين:

١- إذا كانت إجابة الحاكم واجبة، يلزم الحلف على ترك الواجب.

يلاحظ عليه: أنه لم يدل دليل على وجوب الإجابة وأقصى ما يمكن أن يقال، هو الوجوب الوضعي بمعنى أنه لو تخلف عن الإجابة، يترتب عليه أثره الوضعي من النكول وغيره، لا أنه واجب عليه تكليفاً وقد مرّ نفي كلا الأمرين.

٢- التغليظ مستحب، واليمين على ترك المستحب، يمين على ترك الرجح فلا ينعقد.

يلاحظ عليه: بأنّ الثابت هو استحبابه على الحاكم، لا على الخالف بل المستحبّ عليه ترك الحلف ودفع ما ادّعى عليه إذا بلغ مقدار ثلاثين درهماً.^(٢) وقد عرفت عدم المنافاة بين استحبابه عليه، وعدم وجوبه أو عدم استحبابه على المدّعى عليه وأنه لا تلزم اللغو.

وما ربّما يقال من تصوير استحباب التغليظ في حق الخالف لأجل طوره عنوان خارجي عليه وهو الإجابة لالتماس المؤمن، فيكون الحلف على تركها مرجوحاً، غير تام.

لأنه حلف على ترك اليمين المغلظ، وهو في حدّ نفسه أمر راجع ولم يحلف على تركها سواء التمسها المؤمن أم لا، حتّى يقال إنّ مفاد الإطلاق، هو اليمين على ترك الرجح وقد قلنا في محله أنّ الإطلاق ليس إلّا رفض القيود لا الجمع بين القيود فاليمين المغلظة بها هي مكروهة وقد حلف على تركها، لا أنه حلف على تركها

١- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٧.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٣ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١.

في صورة التماس الأخ المؤمن لها وعلى ضوء ذلك، فلو التمس المؤمن قبل حلفه، على الترك، استجبت إجابته وإلا فلا موضوع لإجابة التماسه لأنه في أمر جائز لا في أمر محرم.

وأما المورد الثاني فقد ظهر مما ذكرنا عدم انحلالها باقتراح الحاكم وذلك لأن التغليظ ليس واجباً ولا مستحباً عليه، فكيف تنحل باقتراح الحاكم؟

ولو حاكمهما القاضي يوم الجمعة في المسجد، فأمر بالحلف فلا يعدّ حلاً لليمين، لأن المحلوف عليه ترك اليمين المغلظة إذا تمكّن من غيرها، كما إذا طلب منه أن يحلف يوم الجمعة، مع كون المحاكمة يوم الخميس، أو يحلف في المسجد مع كونها في غيره وأما إذا كانت المحاكمة من بدء أمرها في الأزمنة والأمكنة الخاصة التي تعدّ من أسباب التغليظ، فليس أمامه فرد آخر حتى يترك. اللهم إلا أن يقال إن أمامه الفرد الآخر، وهو ردّ اليمين على المدعي فلا يكون ذلك مسوّغاً لنقض اليمين كما سيوافيك في القسم التالي.

ومنه يعلم حكم من حلف على ترك اليمين مطلقاً، فلو كان مورد الدعوى أمراً مالياً، فالحلف منعقد، لإمكانه ترك الحلف وردّه إلى المدعي وأما إذا كان المدعى به أمراً غير مالي كما إذا ادعى رجل زوجية امرأة، وقد حلفت هي على ترك اليمين، فليس أمامها سوى الحلف شيئاً آخر، إذ ليس لها الردّ إلى المدعي. لما مرّ من أن مورد الردّ هو الأمور المالية.

٨- في حلف الأخرس

ذكروا في حلفه وجوهاً:

١- بالإشارة المفهمة كغيره من إنشائه عقداً أو إيقاعاً وإقراراً.

٢- وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه ويضع

يده عليه.

٣- تكتب اليمين في لوح وتغسل ويؤمر بشربه بعد إعلانه.^(١)

أما الأول فليس له دليل خاص سوى ما ورد في تليّته وتشهده وقراءته في الصلاة بضميمة تحريك لسانه ففي رواية السكوني: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تلبية الأخرس وتشهده وقراءته القرآن في الصلاة، تحريك لسانه وإشارته بأصبع.^(٢)

ونسب الأول إلى الشيخ في النهاية والموجود فيها هو الجمع بين الإشارة ووضع يده على اسم الله في المصحف^(٣) ونسب الثاني إلى ابن حمزة والموجود في الوسيلة هو التخير بين الأولين والثالث.^(٤)

ووردت في صحة طلاقه، كتابته الطلاق والإشهاد عليه إذا عرف الكتابة، أو وضع مقنعتها على رأسها واعتزاها.^(٥)

ويمكن أن يقال: إن مجموع ما ورد في مورد الأخرس يدل على عدم وجود تعبد في المورد وعلى هذا يلزم انتخاب ما هو أقرب الطرق، وبما أن الإشارة مع تحريك اللسان أقرب وأصرح اكتفى - على ما في رواية السكوني - بها ولازم ذلك في خصوص مورد الحلف هو الجمع بين الإشارة المفهمة ووضع اليد على المصحف ولأجل ذلك قال الإمام في مورد طلاقه بعد ما ذكر الراوي أنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها قال: بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها.

وأما ما ورد في الصحيحة من كتابة اليمين وغسلها وشربها فيحمل على ما إذا أريد التغليب.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ٤، الباب ٥٩ من أبواب القراءة، الحديث ١.

٣- الطوسي: النهاية: ٣٤٧. ٤- ابن حمزة، الوسيلة: ٢٢٨.

٥- الوسائل: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١ و٥.

٩- لا يستحلف إلا في مجلس القضاء

١٠- يشترط المباشرة في الإحلاف

قال المحقق: ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضاائه إلا مع العذر كالمرض المانع وشبهه فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه في منزله وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال، أو الممنوعة بأحد الأعذار.^(١)

وقال العلامة: ولا يستحلف الحاكم إلا في مجلس حكمه إلا لعذر فيستنيب الحاكم للمريض والمخدّرة، من يحلفهما في منزلها.^(٢)

أقول: هنا مسألتان:

١- هل تعتبر وحدة مجلس الحلف والقضاء، ولا أثر لحلفه في غير ذلك المجلس، وإن كان مع حضور الحاكم؟

٢- يشترط في الإحلاف مباشرة القاضي ولا تصح الاستنابة إلا في موارد خاصة.

ولو أُريد من المستثنى منه (لا يستحلف الحاكم...) في كلام المحقق، وحدة مجلس القضاء واليمين يترتب عليه أمران:

أ: عدم صحة الاستثناء (إلا مع العذر...) إذ لم يسبق لزوم المباشرة حتى تستثنى منه الموارد الخاصة.

ب: يلزم عدم صحة الدعوة إلى التغليظ في الأماكن الشريفة ونحوه إذا كان القضاء في غيرها

ولما حمل الشهيد الثاني كلاً من المستثنى منه والمستثنى على بيان أمرين

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٤/ ٨٨.

٢- مفتاح الكرامة: ١٠/ ١٠٣، قسم المتن.

ماضيين و بذلك صحح الاستثناء و لكن حمل أمر الوحدة على يمين غير مغلف
وأما فيها فلا مانع من التعدد.

ويمكن أن يقال إن المراد من مجلس القضاء أو الحكم، مجلس القاضي
والحاكم.

وأن العبارتين ناظرتان إلى بيان معنى واحد، وهو كناية عن مباشرته
للإحلاف إلا في موارد العذر وعندئذ تنسجم العبارة بلا إشكال.
وعلى كل تقدير فلنأخذ بدراسة المسألتين:

أما شرطية وحدة مجلس الحكم واليمين فلا دليل عليها، إذ لا مانع من أن
يُحلف في مكان أو يسمع بيّنة المدعي في مكان، والقضاء في مكان آخر بعد مباشرة
القاضي للأمر. بل الدليل على خلافه كما إذا استحلفه في الأماكن المقدسة.

أما اشتراط المباشرة وأن الإحلاف لا يقبل النيابة فقد استدل عليه في مفتاح
الكرامة بعد الإجماع بأنه المتبادر إلى الفهم من الاستحلاف في الروايات وأنه من
تمة الحكم ولا حكم لغيره لأنه العالم بالكيفية لا غير^(١) واستظهرها صاحب
الجواهر من قوله: «أضفهم إلى اسمي يحلفون به» الظاهر في مباشرة ذلك بنفسه
فلا تصح الاستنابة فيه حينئذ.

يلاحظ على الجميع بأن استحصال الإجماع مشكل وعلى فرض وجوده غير
كاشف عن النص واستظهار المباشرة من الأدلة غير تام بشهادة الفرق الواضح
بين الحلف والاستحلاف فإن الأول لا يقبل الوكالة قطعاً، وليس الاستحلاف مثله
عرفاً. وكونه من تمة الحكم منظور فيه بل هو من مقدماته ويجوز التوكيل في
مقدماته كما إذا احتاج القاضي إلى ترجمة كلامي المدعي والمنكر، أو كتابة أقاريهما
في ملف، إنما القضاء هو الحكم بأن الحق هو الاشتغال أو البراءة.

والذي يوضح ذلك، أنه لو لم تقبل الاستنابة، لما جازت في الموارد المذكورة في

كلام المحقق إذ لازم عدم القبول، هو مباشرة القاضي بالإحلاف ولو بالذهاب إلى بيوتهم لو لم يكن أمراً حرجياً لا إلغاء قيد المباشرة.

والحق، أنه لا دليل على وحدة مجلس الحلف والقضاء، كما لا دليل على المباشرة بل تكفي الاستنابة كما لا يخفى، إذا كان النائب عارفاً بأحكامه.

البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي

عقد المحقق المقصد الرابع للبحث عن أمور ثلاثة أولها اليمين وقد مضى الكلام فيها وثانيها، البحث في يمين المنكر والمدعي، وثالثها في اليمين مع الشاهد فلنأخذ بالبحث عن الثاني: *مركز تحقيق كميتر علوم دینی*

قال المحقق: اليمين يتوجه على المنكر تعويلاً على الخبر، وعلى المدعي مع الرد ومع الشاهد الواحد. وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم.

الدعوى حقيقة عرفية لا تحتاج إلى التعريف وهي، لا تقبل بحكم الفطرة إلا مع الدليل قال سبحانه: ﴿قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ (البقرة/ ١١١) ولم يُعهد عند العقلاء إثبات المدعى باليمين ابتداءً وإلا لزم الفوضى إذ ما أكثر من يحلف عن كذب فيستولي على أموال الناس عن كذب ودجل وإذا لم تقترن الدعوى بالبيّنة فطبع القضية يقتضي إيقاف المخاصمة حتى يأتي بالدليل، غير أن الشرائع السماوية ابتكرت إنهاء الخصومة بحلف المنكر قال رسول الله: البيّنة للمدعي واليمين على من أنكر. ولأجل ذلك لا تتوجه اليمين إلا على المنكر نعم استثنى منه الموارد التالية:

١- إدارة المنكر على المدعي.

- ٢- مع الشاهد الواحد كما سيوافيك تفصيله في البحث الثالث.
- ٣- في دعوى الدم إذا كانت القرائن الظنية دالة على كون الرجل قاتلاً مع عدم البيّنة وهي المعروفة بالقسامة.
- وهناك موارد لم يذكرها المحقق نظيراً:
- ٤- اليمين الاستظهارية على ما سبق من الادعاء على الميت.^(١)
- ٥- إذا ادعى شيئاً لا يعلم إلا من قبله كما إذا ادّعت الطمث عند طلاقها.
- ٦- دعوى الأمين تلف العين المأمونة وقد اشتهر: «ليس على الأمين إلا اليمين».



- ٧- دعوى الغاصب التلف.
- ٨- يمين الزوج الصغير (ومثله الزوجة) إذا بلغ ووقف على أنّ الولي زوجته من صغيرة توفيت قبل بلوغه وتركت مالا فيحلف على أنّ رضاه بالعقد ليس لأجل التركة بل لو كانت حية لرضى بعقدها وزوجيتها، على ما حرّر في محله.
- كان مقتضى القاعدة في هذه الموارد العمل بأصل البراءة وإيقاف الدعوى حتى يقيم البيّنة، لكن عدم العمل به، لأجل أحد أمرين:
- إمّا دلالة القرائن على صدق المدّعي كما في مورد الشاهد الواحد، أو مورد الدم أو لصيانة الحقوق عن الضياع كما في سائر الموارد ففي إيجاب الحلف - على المؤمن - نوع تحفظ على الحقوق.

قال المحقق: «فلا يمين للمنكر مع بيّنة المدّعي لانتفاء التهمة».

توضيحه: أنّ المحقق علّل توجه اليمين على المنكر بالأخبار الدالة على أنّها للمنكر. كما علّل عدم توجهها على المدّعي إذا كانت معه بيّنة بانتفاء

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

التهمة. ومعنى ذلك أنه لو كانت البيّنة متهمة يجب أن تضمّ إليه اليمين وهو كما ترى، لما عرفت من أنّ التفصيل، قاطع للشركة فالبيّنة للمدعي، واليمين على من أنكر ولا تضمّ اليمين إلى البيّنة، إلّا في مورد، أو موردين .

نعم إذا كانت البيّنة متهمة، كان على القاضي، الفحص والتفتيش، كما لا يخفى لازم اليمين إليها.

نعم في رواية شاذة ضمّ اليمين إلى البيّنة وهي مهجورة^(١) مضافاً إلى إرسال في السند، كما سبق.

الحلف على الواقع أو على نفي العلم

إذا توجه الحلف على المنكر، أو على المدعي يقع الكلام في كيفية الحلف وأنه هل يحلف على البتّ والقطع، أو على نفي العلم، أو يُفصل بين فعل نفسه إثباتاً ونفياً فبالبتّ وفعل الآخر إثباتاً ونفياً فنفي العلم أو يُفصل في فعل الغير بين إثباته فبالبتّ، ونفيه فنفي العلم، وجوه:

قال الشيخ في الخلاف: الحالف إذا حلف على فعل نفسه حلف على القطع والبنات نفياً كان أو إثباتاً وإن كان على فعل غيره فإن كان على الإثبات كانت على القطع وإن كانت على النفي كانت على نفي العلم وبه قال الشافعي. وقال الشعبي والنخعي كلّها على العلم. وقال ابن أبي ليلى كلّها على البتّ.

قال: دليلنا أنّ النبي ﷺ حلف رجلاً فقال: قل والله ما له عليك حقّ، فلما كان على فعل نفسه استحلفه على البتّ، ولأنّها إذا كانت على نفسه احاط علمه بها يحلف عليه، فكُلّف بما يقدر عليه، وهكذا إذا كانت على الإثبات على فعل الغير لأنّه لا يثبت شيئاً حتّى يقطع به، فإذا كانت على النفي لفعل الغير لم يحيط علمه

بأن الغير لم يفعل كذا لأنه قد يفعله ولا يعلم.^(١)

هذا التفصيل وإن كان حسناً في بادئ النظر، لكن لا يخلو من إشكال، فإن الإنسان وإن كان بصيراً على نفسه وفعله، لكن ربما ينسى ما قام به، في مجال الإثبات والنفي وإلزامه على الحلف على الواقع مع عدم استحضاره له كما ترى، كما أنه ربما يقف على فعل الغير إثباتاً ونفيّاً كما إذا بيّت مع زيد وشاهد أنه لم يؤدّ النفل أو الفرض. أو الدين أو الرهن وعلى ذلك فلا بدّ من مقياس آخر، يعيّن كيفية الحلف.

وهناك قول رابع وهو الفرق بين مورد يسهل الاطلاع على الواقع، فبالبت وما يعسر عليه فننفي العلم، من غير فرق بين الحلف على فعل الشخص أو فعل الغير.



كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار كقولهم رسي

والذي يمكن أن يقال أنّ وزان اليمين في مقام الإنكار، وزان البيّنة في مجال الإثبات، فكما أنه يشترط في الاحتجاج بالبيّنة مطابقتها، للمدّعي بأن تثبت ما يدعيه المدّعي فهكذا الحلف فالمنكر، يُحتج بحلفه على صدقه في الإنكار، فلا بدّ أن يكون مطابقاً، لإنكاره حدوّ مطابقة البيّنة للدّعاء. وعلى ضوء ذلك فلو كان الإنكار متعلّقاً بالواقع بمعنى أنكر أن يكون مديوناً كذلك، فعليه الحلف على البت والقطع، فلو قال المدّعي: بعثك شيئاً بضمن كذا أو أقرضتك كذا أو جنيت عليّ كذا، وأجاب المنكر لم يكن واحداً منه، فيحلف على البت واليقين، وعلى عدم وقوع شيء منه لما ذكرنا من أنّ شأن اليمين تأكيد ما ينكره المنكر، كما أنّ شأن البيّنة إثبات ما يدعيه المدّعي فلا محيص عن التطابق.

ولو كان الإنكار متعلّقاً بنفي العلم وأنه لا يذكر شيئاً وكان المدّعي يكذّبه،

ويُدَّعى علمه بالواقع، فعليه الحلف على نفي العلم.

ولو صدَّقه على عدم علمه وأنه صادق في قوله: «أنه غير ذاك»، فيسقط الحلف لعدم الحاجة إليه فصارت الأقسام ثلاثة يحلف في واحد على البت، وفي واحد آخر على عدم العلم، وفي ثالث يسقط الحلف بتصديق المدَّعي، عدم ذكر المنكر.

وعلى ما ذكر من أن وزان يمين المنكر، وزان بينة المدَّعي، تستغني المسألة عن إقامة أي دليل.

واحتمل المحقق الأردبيلي في صدر كلامه كون الواجب هو الحلف على البت، مطلقاً لأنه الوارد دون غيره حيث حلف أمير المؤمنين الأخرس على عدم ثبوت الحق عليه، لا على نفي العلم.^(١) وكذا ما تقدّم من الدعوى على الميت مع البينة فإن الحلف هناك كانت على الثبوت والجزم.^(٢) وما تقدّم في صحيحة ابن أبي يعفور حيث حلف أن لاحق له قبله.^(٣)

ثم إنه رتب على ما ذكره أنه لو قال المنكر: إني ما أحلف على عدمه فإني ما أعلم، بل أحلف على عدم علمي بثبوت حقك في ذمتي، لا يكفي بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حينئذ إن قيل بالقضاء بالنكول، أو بعد ردّ اليمين على المدَّعي إن لم نقل به ثم احتمل عدم القضاء بالنكول وإن قيل به في غيره بل يجب الرد، بل احتمل الاكتفاء في الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل.^(٤)

يلاحظ عليه أولاً: بأن الروايات المذكورة لا تثبت ضابطة كلية، فإن المورد فيها قابل للحلف على الواقع فلا تكون دليلاً على ما لا يقبل.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٤- الأردبيلي، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٩١.

وثانياً: كيف يمكن الحكم بالنكول إذا لم يحلف على الواقع لعدم قدرته على الحلف؟ أو كيف يمكن أن يرد اليمين التي ليس مالكا لها، فإن القضاء عليه بالنكول أو بالردة، ثابت، فيها إذا تمكن من الحلف ولم يحلف أو لم يرد، لا ما إذا لم يتمكن؟

نعم لو رد المنكر الحلف على المدعي فيما يصح له الحلف فليس للمدعي إلا الحلف على البت، لأنه يريد أن يتصرف في مال الغير، ولا يتصرف فيه إلا بالعلم بكونه محققاً. وكم فرق بين المنكر الذي ربما يكتفى فيه باليمين بعدم العلم، والمدعي الذي لا يكتفى فيه إلا بالحلف البت، فإن المنكر معه أصل البراءة، وهو يمينه مدعم له، بخلاف المدعي، فالأصل مخالف لأدعائه ولا يعدل عن الحجة إلا بالحجة أي العلم بالاشتغال.



مركز تحقيقات كميونير علوم إسلامي

الحلف البت اعتماداً على الأصل

ثم إن الوارد في غير واحد من الروايات، عدم الحلف إلا عن علم، ففي صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله: «لا يحلف الرجل إلا على علمه»^(١) وفي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل إلا على علمه»^(٢) وغيرهما. والكل متفق على أن الرجل يحلف أو يستحلف على ما علم أو بمقدار ما علم.

وعلى ضوء هذا فلا يحلف إلا عن علم أو ما نزل الشارع منزلة العلم، وجعله حجة أو أمضى عمل العقلاء به لأجل كونه طريقاً إلى الواقع، فيشمل ما إذا قامت البيّنة عليه، أو خبر العدل على القول بحجّيته في الموضوعات أو اليد وقد ورد بها النص في حديث حفص بن غياث^(٣) وأما الحلف اعتماداً على أصالة

١- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٢٢، من أبواب كتاب الإيذان، الحديث ١-٢ وانظر الحديث ٣ و٤ من هذا الباب.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

الصحة أو الاستصحاب فمشكل جداً وإن قال المحقق: ونجوز الشهادة على الاستصحاب كما سيوافيك في بابها.

٨ فروع ثمرينية

ذكر المحقق في الشرائع والشهيد في المسالك والنجفي في الجواهر فروعاً تعدّ مسائل ثمرينية بالنسبة إلى الضابطة التي قدّمها المحقق وغيره لكيفية الحلف والجميع تبثني على الفرق بين فعل النفس، فبالبتّ وفعل غيره فبنفي العلم خلافاً لما حققناه ولأجل عدم صحة الضابطة ندرس هذه الفروع ونأتي بها ذكره القوم بنصوصه ثم نذكر ما هو المختار.

قال المحقق:

١- لو ادعى عليه ابتاع شيء أو قرض أو جناية فأنكر.

٢- لو ادعى على أبيه الميت، كقولهم: *سوى*

٣- لو ادعى قبض وكيله ما عليه من الدين.

فذكر: في الأول أنّه يحلف على الجزم وفي الثاني لم يتوجه عليه اليمين بالبتّ ما لم يدّع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم ومثله الثالث.

وما ذكره مطابق لما اختاره من الفرق بين فعل النفس فيحلف على البتّ، وفعل الغير، فلا يحلف إلا على نفي العلم وأما على ما ذكرناه فتتبع كيفية الحلف، كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس وفعل الغير فيصحّ في الأول، الحلف على نفي العلم، إذا قال لا أعلم لي بما تقول، وفي الثاني والثالث، على نفي الواقع، إذا أنكر كون أبيه جانياً أو وكيله آخذاً، وأنّه عالم بالعدم كما ربّما يتفق. وهذه الفروع هي التي ذكرها المحقق وإليك ما ذكره الشهيد الثاني وغيره:

٤- لو ادعى عليه أنّ عبده جنّى على المدعي ما يوجب كذا فأنكر قالوا فيه

وجهان:

أحدهما: أنه يحلف على نفي العلم لأنه حلف متعلق بفعل الغير .
الثاني: أنه يحلف على البت لأن عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك
سُمِعَت الدعوى عليه.

وربما بني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة أم يتعلق
بالرقبة والذمة جميعاً حتى تُتَبَعَ^(١) بها فضل بعد العتق فإن قلنا بالأول حلف على
البت لأنه يحلف ويخاصم لنفسه وإن قلنا بالثاني فعلى نفي العلم لأن للعبد على
هذا ذمة تتعلق بها الحقوق، والرقبة كالمртеنة بها عليه^(٢)

لا يذهب عليك أن بناء الأحكام الشرعية على هذه الوجوه لا يصح على
أصولنا فالأولى أن يقال إن كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار. سواء عدّ فعل العبد
فعل نفسه أو لا، إذ لو لم يكن عالماً بالواقع وافترضنا كون فعله فعل نفسه كيف
يحلف على البت، ولو افترضنا علمه به يحلف على الواقع، وإن لم يكن فعله، فعلى
المولى.

٥- ما إذا ادّعي عليه أن بهيمته اتلفت زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان
بإتلاف البهيمة فأنكر قيل يحلف على البت لأن البهيمة لازمة لها، والمالك
لا يضمن بفعل البهيمة وإنما يضمن بالتقصير في حفظها وهذا أمر يتعلق بنفس
الحالف.

والظاهر عدم الفرق بين كون مصب الدعوى تقصيره في حفظها، أو إتلافها
الزرع أو غيره مع اجتماع سائر شروط الضمان فالإتلاف في كلتا صورتين يستلزم
الضمان فعليه الحلف، فتتبع كيفية الإنكار.

١- المسالك: ٢/ ٤١٤، الظاهر أن الفعل مؤنث مبني للمفعول والضمير يرجع إلى الذمة أي تكون
ذمة العبد هي المسؤولة لأرش الجناية الزائد على قيمة العبد. فالمولى هو المسؤول بمقدار قيمته،
وأما الزائد عليها فعلى ذمة العبد يؤديها بعد العتق.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤١٤.

٦- لو نصب البايع وكيلًا ليقبض الثمن ويُسلّم المبيع فقال له المشتري أن موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق حبس المبيع وأنت تعلم فوجهان أنه يحلف على نفي العلم ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن لأنه حلف على فعل الغير، والثاني يحلف على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

وأنت تعلم، أنه إذا أنكر الوكيل إذن الموكل من رأس لماذا يحلف على نفي العلم، ثم كيف يحلف على البت فيما إذا لم يكن واقفاً على الواقع، والحق أن كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار.

٧- لو طوّل البايع بتسليم المبيع فادّعى حدوث عجز عنه وقال للمشتري: أنت عالم به، قيل يحلف على البت لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ويحتمل الحلف على نفي العلم لأن متعلقه فعل الغير.

وفي كلا الوجهين ما لا يخفى، لأنه كيف يحلف بالبت على نفي العجز، إذا لم يكن له علم عليه، أو لماذا يحلف على نفي العلم، بعدم العجز، إذا كان عالماً بالعجز.

٨- إذا مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالمراث بيننا، فأنكر قيل يحلف على البت لأن الأخوة رابطة جامعة بينهما، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم.^(١)

ويعلم ضعفه مما ذكرناه في الفروع السابقة والميزان هو ما ذكرناه ثم إن المحقق ذكر فروعاً قد تبين أو تقدّم حكمها وقال:

١- أما المدّعي ولا شاهد له فلا يمين عليه: لقوله ﷺ البيّنة للمدّعي واليمين على من أنكر^(٢) لما تقدّم من أن التفصيل قاطع للشركة.

١- زين الدين العاملي: المسالك: ٢/ ٤١٤.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم.

٢- إذا نكل المدعى عليه عن الحلف أو ردّه، تتوجّه اليمين على المدعى، ويحلف على الجزم. وقد مضى ما هو الحقّ وأنه لا يكفي النكول، بل يتوقف على الردّ ولا يكفي الحلف على نفي العلم، لأنه يدّعي الحقّ على الطرف الآخر على وجه الجزم فيحلف طبق ادّعاءه، وبعبارة هو يدّعي أمراً على خلاف الأصل فلا يعدل عنه إلا بحجّة قطعية .

٣- لو ردّ المنكر اليمين، ثمّ بذلها قبل الحلف، وقد مضى الكلام فيه. ^(١)

ما هو المحلوف عليه

قد عرفت أنّه يشترط أن يكون الحلف مطابقاً للإنكار من حيث البتّ وعدمه ولا نعيد، ويقع الكلام في مطابقة المحلوف عليه لأحد الأمرين : ادّعاء المدعى، أو جواب المنكر قبل الحلف أو عدمها، فهناك احتمالات ثلاثة:

مركزية كميّة في علوم إسلاميّة

الأول : الحلف وفق الادّعاء

لو ادّعي عليه أمر مطلق كما إذا قال: لي عليك مائة دينار فيجب أن يكون المحلوف عليه نفس ما جاء في كلام المدعى وأما إذا قال لي: عليك من ثمن مبيع أو أجره أو غصب كذا دينار، فيلزم أن يكون المحلوف عليه وفق ما ادّعي عليه، سواء أجاب في مقام الإنكار، بنفي المسبب أي الاستحقاق من دون ذكر أيّ سبب، أو نفي السبب كما إذا قال لم أغصب أو لم أستأجر.

وهذا الاحتمال وإن لم يذكره المحقق وشرّاح الشرائع لكنّه أوفق بمقام القضاء فإنّه أمر عرفي فإذا ادّعي عليه شيء فالجواب الحقيقي لدى العرف، هو نفي ما ادّعي عليه ولو أحلفه الحاكم، يجب أن يحلف على نفي ما ادّعي عليه ولو افترضنا أنّه أجاب بنفي الاستحقاق، فيعدّ الجواب انحرافاً عن الجواب الحقيقي،

١- لاحظ ص ٤١٣ من كتابنا هذا.

فلا يصح الحلف عليه بعد الاعتراف بالانحراف.

ومثله ما إذا ادعى عليه بالجناية، فالإجابة بنفي الاستحقاق لا يعدّ جواباً حقيقياً، فكيف يصح الحلف عليه. وهذا الوجه وإن لم يذكر في كلامهم لكنه هو القدر المتيقن من أدلة الحلف، وليس في الروايات دليل خاص حتى يؤخذ بمضمونه.

وأما رواية تحليف الأخرس الذي ادعى عليه دين ولم يكن للمدعي بينة، فحلّفه الإمام بالنحو التالي: ليس قبل فلان أعني الأخرس حقّ، ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب. فلا يعدّ مثل ذلك مخالفاً لما ذكرناه فلأنه نفى جميع الأسباب التي منها الدين. والنفي الاستغراقي أتمّ في نظر العرف من نفي خصوص الدين على أنك عرفت ضعف الحديث.

هذا ولكن الذي يصدّنا عن الافتاء به، هو أنّ إلزام المنكر، على الإجابة وفقّ الادّعاء ربّما يجرّ الضرر، كما إذا ادعى المدّعي، الدين عليه وكان المنكر قد أدّاه بلا شاهد. فلو ألزم على الحلف على وفق الادّعاء بأن يقول: «ما استدنت» يلزم الحلف على الكذب، وإن اعترف بالدين لكن ضمّ إليه القول بالأداء، يلزم الانقلاب، ويكون المنكر مدّعياً، ولم يتوجّه اليمين إليه ابتداءً إلّا إذا ردّ المدّعي إليه اليمين.

فلأجل ذلك المحذور هناك طريقتان:

- ١- يحلف على نفي الادّعاء لأجل الضرورة لدفع الضرر. ٢- ليس للقاضي إلزام المنكر رعاية ادّعاء المدّعي، والجواب والحلف على إنكاره.

الثاني: الحلف وفقّ الجواب

إنّ المنكر قبل أن يحلف، يوجب بشيء، ثم يؤمر بالحلف وهناك صور نذكرها:

- ١- إذا لم يذكر السبب في الادّعاء ولا في الجواب بأنّ لي عليك مائة دينار

وأجاب بنفي الاستحقاق، فلو حلف على نفي الاستحقاق كان الحلف وفق الجواب، بل وفق الادعاء أيضاً.

٢- إذا ذكر السبب كالقرض والغصب، ونفى السبب المدعى في الجواب، وحلف على نفي السبب الوارد في الجواب، كان الحلف وفق الجواب بل الادعاء.

٣- إذا ادعى غصباً أو إجارة وأجاب بنفي الاستحقاق، كان عليه رعاية الجواب والحلف على نفي الاستحقاق لكون الملاك كون الحلف وفق الجواب ولا خلاف في هذه الصور الثلاث.

٤- نعم إذا ادعى عليه سبب خاص كالغصب والإجارة وأجاب بنفي السبب الخاص وحلف على نفي الاستحقاق فنقل عن الشيخ لزوم كون الحلف على وفق الجواب، ولا يكفي نفي الاستحقاق ولكن عبارته في المبسوط لاتدل على التعمين بل ذكر القولين بلا ترجيح قال:

إذا ادعى عليه رجل حقاً بجهة خاصة بأن يقول: غصبتني عليّ كذا أو اشتريته منه كذا أو أودعته كذا فإن قال: لاحق له عليّ فإنه يحلف على ذلك ولا يحلف على أنه ما غصب وما أودع. (الصورة الثالثة في كلامنا).

فإن قال الجواب: ما غصبت ولا أودعته قال: قوم يحلف عليه (وهو الذي نسبه المحقق إلى الشيخ) وقال آخرون: يحلف على أنه لاحق له عليه.^(١)

الثالث: كفاية الحلف على نفي الاستحقاق

وهذا خيرة المحقق رحمته الله، قال في حق الصورة الرابعة: وإن اقتصر على نفي الاستحقاق كفى. وقدرته على الحلف على الخاص (كما يظهر من جوابه قبل الحلف) لا يثبت تعيينه وربما يتعلق الفرض بتغير المحلوف عليه.

صبرورة المنكر مدعياً

قال: ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب المنكر مدعياً، والمدعي منكرأ فيكفي المدعي (الأول) اليمين على بقاء الحق ولو حلف على نفي ذلك كان أكد لكنه غير لازم.

هذا هو المعروف المطابق للقاعدة ولا كلام فيه إنَّما الكلام في بعض صور المسألة وهو أنه إذا أتى المدعي بالبيِّنة أو استمهل القاضي في إحضار البيِّنة، وإلا فيكون مدعياً والمدعي الأول منكرأ ولكن للقاضي إحلاف المدعي الأول رضي المدعي الثاني به أو لا، أمّا إذا رضي فواضح وأمّا إذا لم يرض وأراد إيقاف الدعوى بحجة أنه صار مدعياً والحلف حق للمدعي أولاً وله الانصراف عن دعواه وإيقافها ثانياً، فلا تسمع لبطالان دليله أمّا الأول فلما مرّ من أن الحلف حكم شرعي وأداة شرعية لإنهاء الخصومة، والمخاطب به هو القاضي، فله طلب البيِّنة من المدعي، والحلف من المنكر حتى تنتهي الخصومة وأمّا كون الاستحلاف حقاً للمدعي فلم يثبت كما مرّ نعم له أن يرغب عن استمرار المحاكمة ويرفع اليد، لا أنه حق له وسيأتي الكلام في إعراضه عن استمرارها في المقام.

وما في صحيحة عبد الله بن يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبَت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له»^(١) فليس ظاهراً في أنه حق للمدعي، بل مفاده أنه لو أراد استمرار المحاكمة، فله إحلافه لا أن الإحلاف حق له غاية الأمر له الإعراض عن استمرارها فينتفي الحلف لا لإعراض صاحب الحق عن حقه، بل لانتفاء الموضوع.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، وقريب منه حديث النخعي في الباب ١٠ من تلك الأبواب الحديث ١.

وأما الثاني أي الإعراض عن الاستمرار في المقام فالقدر المتيقن منه ما إذا كان المدعي بادئاً، لا ما إذا كان منكراً، ثم صار مدعياً بادعاء سقوط الحق وبعبارة أخرى، حق الإعراض لمن يدعي ثبوت الحق، لا سقوطه وإلا يلزم الفوضى في القضاء الإسلامي وكل منكر بسلوك هذا الطريق يُنهي المخاصمة لصالحه وهو كما ترى.

كلما تسمع الدعوى بلا بيّنة يتوجه معه اليمين

إن الدعوى على قسمين: قسم لا تسمع بلا بيّنة كالحدود، فليس فيها اليمين وقال رسول الله ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات، ولا شفاعة ولا كفالة ولا يمين في حد»^(١) وقسم تسمع الدعوى بلا بيّنة ويجب على المدعي عليه، الجواب بنحو من الأنحاء السابقة: الإقرار، الإنكار، أو عدم العلم به.

ولكن قد سبق أن سماع الدعوى على وجه الإطلاق ولو فيما دلت القرائن على بطلانها مشكل جداً مثلاً لو ادعى أرذل الناس، حقاً على أشرفهم بحيث تشهد مكانة المدعي عليه على أنه أرفع من الدعوى التي أقيمت عليه، فما دل على سماع الدعوى منصرف عن هذه الصورة وربما يكون غرض المشتكي من إقامة الدعوى إهانة الطرف الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا توجه اليمين على المنكر، فله أن يحلف، وإلا فإن نكل أو رد اليمين على المنكر، فيحلف المدعي. وهذا مما لا غبار عليه في الجملة:

ثم إن هنا اختلافاً في القضاء باليمين في موردين:

الأول: في القضاء باليمين المردودة مطلقاً أو في بعض الموارد.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤ ولاحظ روايات الباب.

توضيحه: أن واجب المدعي تارة هو الإتيان بشاهدين ولا يكفي الإتيان بشاهد وامرأتين، وأخرى، يكفي كل واحد منهما وعندئذ يقع الكلام في يمينه فهل تقوم يمينه، مقامها في كلا القسمين أو تقوم مكان القسم الأخير وأما ما لا يقضى فيه إلا بشاهدين، فلا تكفي فيه اليمين المردودة.

الثاني: هل تختص اليمين المردودة بالأموال أو تعم الحقوق؟ وإليك الكلام في الأمرين:

أما الأول، فقد قال الشيخ :

إذا نكل المدعى عليه، ردت اليمين على المدعي في سائر ^(١) الحقوق وبه قال الشعبي والنخعي والشافعي. وقال مالك إنها ترد اليمين فيما يحكم به بشاهد وامرأتين دون غيره من النكاح والطلاق ونحوه.

ثم استدلل الشيخ بما ورد في قتل عبد الله بن رواحة في خيبر لما ادّعت الأنصار على أن اليهود قتلوه فقال لهم النبي : تحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه فقال: «يحلف لكم اليهود خمسين يميناً فقالوا إنهم كفار» فنقل النبي من جانب المدعي إلى جانب المدعى عليه وهذا حكم برّد اليمين عند النكول وكانت الدعوى في قتل العمد. والدماء لا يحكم فيها بشاهد وامرأتين. ^(٢)

أما الثاني: فهل هي حجة في مورد الأموال، أو يعمّها والحقوق كدعوى العتق والنسب والنكاح والطلاق والرجعة والفيئة في الإيلاء ذهب المحقق إلى حجيتها في الأموال والحقوق وقال: «وكل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه، يتوجه معه اليمين» أي كل مورد تسمع الدعوى بلا بيّنة ويستحق بها الجواب عن الخصم يتوجه اليمين على المنكر، والحقوق كالأموال تسمع فيها الدعوى بلا بيّنة.

١- الظاهر أن السائر: بمعنى الجميع.

٢- الطوسي: الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٣٩.

وقال العلامة: ويحلف الكامل في إنكار المال والولاء والرجعة والنكاح والظهار والإيلاء.

قال السيّد العاملي في شرح عبارة العلامة: أنّه يحلف في كلّ ما تتوجّه فيه الدعوى وتصحّ في حقوق الناس ويُلزم المدّعى عليه بالجواب بالإقرار والإنكار بحيث لو أقر بمطلوبها ألزم به - إلى أن قال: - ونبه بهذه الأمثلة على خلاف بعض العامة لأنّ منهم من لا يرى اليمين في غير المال ومنهم من لا يراها إلّا فيما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين.^(١) وقد عرفت ضعف التفصيل فيه وأمّا التفصيل بين الأموال والحقوق، فترده إطلاقات الباب.^(٢) نعم ورد في بعض روايات الباب إنّ الله حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم، حكم في أموالكم إنّ البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه...^(٣) لكن المراد من الأموال هو غير الدماء بشهادة أنّ اليمين على المدّعي مختصة بالدماء.

استدل الخصم على أنّها مختصة بالأموال، قالوا إنّ المطلوب من التحليف، الإقرار أو النكول ليحكم به، والنكول نازل منزلة البذل والإباحة ولا مدخل لهما في هذه الأبواب أي غير باب الأموال.

أقول: ما ذكره اجتهاد في مقابل الإطلاقات.

وعلى كلّ تقدير، فإنكار النسب والحلف عليه إنّما تصحّ إذا ترتّب عليه أثر كوجوب النفقة والتحرّيم والإرث لامطلق النسب وأمّا الظهار والإيلاء، فإن ادّعتها المرأة فتسمع، لتضمّنهما الأثر وهو أنّها تطلب حقّها كالدخول في أربعة أشهر ويتوجّه عليه الجواب بأحد الوجوه الماضية وإن ادّعاهما الزوج فتسمع بلا بيّنة لأنّه ممّا يرجع إليه ومن ملك شيئاً ملك الإقرار به.

١- العاملي، مفتاح الكرامة: ١٠/١٠٧.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

وأما الطلاق فإن ادّعت الزوجة فلا تسمع بلا بيّنة ويتوجّه الجواب على الزوج بأحد الوجوه وأما إذا ادّعاه الزوج فتسمع بلا بيّنة لأنه من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ومع ذلك كله فalcضاء باليمين في مطلق الحقوق ابتداءً و ردّاً لا يخلو من منع وقد أشرنا إليه سابقاً، وإليك الإشارة لبعض الموارد الممنوعة:

١- إذا ادّعى رجل زوجية امرأة فانكرت كان عليها الحلف لا الرد لأن ردّها إلى الرجل تعبير آخر عن الالتزام بزوجيتها للمدّعي إذا حلف، مع أنّها تعتقد بكونها أجنبية.

٢- القضاء بنكول المرأة عند الحلف على عدم كونها زوجة للمدّعي فإنّ القضاء بالنكول - على القول به - إنّما يصحّ إذا صحّ الرد، لأمّا إذا كان في الردّ محذور كما في المقام فلا يقضى بالنكول.

٣- إذا ادّعى الزوج الرجعة في العدة بعد انقضاءها وأنكرت، فلها الحلف وليس لها الرد لا شتماله على المحذور السابق.

٤- إذا ادّعت الطلاق وأنكر الزوج، فليس للزوج ردّ اليمين فإنّ في ردّها إلى الزوجة نوع اعتراف بطلاقها وأنّه يجوز لها التزويج من رجل آخر إذا حلفت، مع أنّه يدّعي زوجيتها.

فإن قلت: كيف جاز للمنكر ردّ اليمين إلى المدّعي فيها إذا كان المدّعي به ديناً أو عيناً مع أنّ فيه أيضاً نوع اعتراف على أنّ الحقّ حقّه وأنّه مديون...؟

قلت: إذ غاية ما يلزم من ردّ اليمين إلى المدّعي تخلية السبيل للمدّعي الحالف لأن يتصرّف في ماله فلو كان هناك عصيان فإنّها يتوجّه على المدّعي الحالف، لا على المنكر الرادّ، وهذا بخلاف ما إذا ردت المرأة المنكرة للزوجيّة اليمين على الزوج، فإنّ مرجعه إلى تسليم نفسها للمدّعي للتمتّع المحرّم القائم بها.

مسائل سبع:

المسألة الأولى: في الدعوى على الوارث

١- إذا ادّعى على الوارث، بالدين على مورثه، فصحة الادّعاء واقعاً تتم بتحقيق شروط أربعة:

١- موت المورث؛

٢- اشتغال ذمته بالدين؛

٣- كون المدّعى عليه وارثاً له؛

٤- تركه مالاً في يده. فلو فقد واحد من هذه الشروط لما صحّ الادّعاء واقعاً ومنه تعلم حال مقام الإثبات، فلا تصح إقامة الدعوى عليه، إلا بادّعاء العلوم الأربعة على الوارث: أنه عالم بموته، ودينه للمدّعي، وكونه وارثاً له، وتركه مالاً في يده، ولو جهل واحداً منها صدّق المدّعي جهله به لما صحّت إقامة الدعوى عليه.

وهنا سؤال وهو أنه ما الفرق بين إقامة الدعوى على الميت، والدعوى على الوارث، حيث إنه لا تتوجّه اليمين على الوارث في الصورة الأولى، بخلاف الثانية، فإنه لا يترك الوارث إلا باليمين على عدم كون مورثه مديوناً.

والجواب واضح، ففي الأولى يُصدّق المدّعي، جهل الوارث بأحد الشروط السابقة وبالأخص كون المورث مديوناً فلأجله، لا يتوجّه الحلف على الوارث لعدم النزاع في عدم علمه ويتوقف تنجز الدعوى على البيّنة وحلف المدّعي على ما في الخبر^(١)، بخلاف المقام فالمدّعي علم الوارث بدينه وسائر الشروط وتصحّ عندئذ إقامة الدعوى عليه وإن لم يكن مع المدّعي بيّنة ولا يمين ولأجل ذلك قال المحقق: «ولو ساعد المدّعي على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجّه» وقال في الجواهر:

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

لم يتوجه له عليه دعوى فضلاً عن اليمين.

٣- إنَّ المحقّق حسب مختاره في المسألة السابقة، فصّل في كيفية الحلف بين فعل الغير كموته واشتغال ذمته بالدين، وفعل النفس ككون المال في يده، فاكتمى في الأول بالحلف على نفي العلم دون الثاني فالزم الحلف على الميت، وقال: لو ادّعى عليه العلم بموته، أو بالحقّ كفاه الحلف أنّه لا يعلم. نعم لو أثبت الحقّ والوفاة وادّعى في يده مالاً حلف الوارث على القطع.^(١)

يلاحظ عليه: بما ذكرناه سابقاً وهو أنّ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس وفعل الغير، وكون المحلوف عليه فعل الغير، لا يلزم عدم العلم به، كما أنّ كونه فعل النفس لا يلزم العلم به.

وبما أنّه لا تصحّ إقامة الدعوى على الوارث إلاّ بادّعاء العلم عليه، يصحّ الحلف على عدم العلم، حلفاً بتيّاً حسب ما يدّعى عليه. وإلى ما ذكرناه يشير صاحب الجواهر بقوله: «بل لا يبعد في الوارث وغيره الإلزام بيمين البتّ التي هي الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادّعى أنّه عالم بذلك ويترتب عليه حكم النكول».^(٢)

٤- قد علمت أنّ تنجز الدعوى يتوقّف على ثبوت الأمور الأربعة وعلم الوارث به فعندئذ فهل تجب عليه، أيان متعددة، حسب تعدّد الادّعاء أو تكفي اليمين الواحدة؟ والظاهر هو الثاني، لكفاية نفي واحد منها في سقوط الدعوى عن التنجّز من دون حاجة إلى التعدّد.

المسألة الثانية: الدعوى في الحدود

قال المحقّق: لا تسمع الدعوى في الحدود مجرّدة عن البيّنة.

٢- الجواهر: ٤٠ / ٢٥٢.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٩٠ / ٤.

وذلك لأن من شرائط الدعوى أن يكون المدعي مستحقاً لموجب الدعوى كأن يكون مالكا، أو ولياً أو وكيلاً أو وصياً على نحو يُصحح إقامة الدعوى وأما الحدود فإنها حق الله تعالى، ولا صلة لها بالناس، والمستحق لم يأذن في الدعوى ولم يطلب الإثبات بل أمر بالخلاف حيث قال: إدروا الحدود بالشبهات. ^(١) وقال: فوالله لتوبته فيما بينه وبين الله أفضل من إقامتي عليه الحد ^(٢) ولا يعدّ قبولها مع البينة دليلاً على صحة إقامة الدعوى بل القبول لأجل ثبوتها بها.

وهنا وجه آخر لعدم سماع الإدعاء في الحدود مجرداً عن البينة، وذلك لأن قبوله بلا بينة يستلزم توجه الحلف على المنكر، مع أنه تضافرت الروايات على عدم اليمين في الحدود. ^(٣)

أقول: كان على المحقق استثناء موردين:

١- من عليه إصلاح البلاد وتطهيرها من الفساد كالمحتسب المتولي من السلطان العادل فإنّ وظيفتهم فوق وظيفة المتطوّع للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فإذا شاهدوا دبيب الفساد في المجتمع، وإن كان تحت الستار، فعليهم سدّ الفساد بالأسباب الشرعية التي منها إقامة الدعوى على رجال العيث والفساد، لغاية تطهير الأرض من الضلال، فلو لم يكن لغيرهم حق إقامة الدعوى، لكن هؤلاء بما أنّهم انيط بهم إصلاح العباد والبلاد، حق إقامة الدعوى ثمّ الإتيان بالشهود، وإن لم يكن لغيرهم مثل هذا الحق. نعم إذا لم يكن شهود يخفى المدعى عليه سبيله بلا يمين.

وإن شئت قلت: إنّهم أمناء الله في أرضه ونوابه بين الناس فهم مأذونون من صاحب الحق في إقامة الدعوى قال الإمام: «اللّهم إنّك تعلم أنّه لم يكن الذي

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٦ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٢ وغيره.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الحدود.

كان منّا منافسة في سلطان، ولا التماس شيء من فضول الخطام، ولكن لنري المعالم من دينك، ونظهر الإصلاح في بلادك فيأمن المظلومون من عبادك، وتقام المعطلة من حدودك»^(١).

٢- إذا كان العمل المحرم جنائية على المشتكي كما إذا زني بها بعنف أو عن طوع وكانت المرأة ذات بعل، فكون حدّ الزنا من حقوق الله لا يمنع الزوج عن إقامة الدعوى في المحاكم وقد عرفت أنّ لولي الصغير إقامة الدعوى لصالحه عند التعدي عليه، ولو كان الزوج وسائر الناس في المورد سواء، فكيف جاز له قتل من زنى بزوجه وإن كان الزنا عن طوع من زوجته.^(٢)

قال المحقق: «ولا يتوجه اليمين على المنكر» ويدلّ عليه غير واحد من الروايات الدالة على ذلك ففي حديث إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «إن رجلاً استعدي علياً عليه السلام على رجل فقال: إنه افترى علي فقال علي عليه السلام للرجل: أفعلت ما فعلت؟ قال: لا، ثم قال للمستعدي: ألك بيّنة؟ فقال: مالي بيّنة فأحلفه لي فقال علي عليه السلام: ما عليه يمين»^(٣).

هذا إذا كان الحق مختصاً بالله سبحانه. وأمّا لو كان الحق مشتركاً بين الله والأدعي كالقذف فالظاهر عدم الحلف لإطلاق روايات الباب. فلو ادّعى على رجل أنّه قذفه فأنكر، فلا تتوجه عليه اليمين، فيكفي عدم الثبوت بالبيّنة ارتفاع أحكام القذف الثلاثة الواردة في الآية المباركة قال سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور / ٤).

١- نهج البلاغة، الخطبة ١٢٧، وقد روى نظيره عن سيّد الشهداء الحسين بن علي عليه السلام. لاحظ تحف العقول: ١٧٢ طبعة بيروت.

٢- الوسائل: الجزء ١٩، الباب ٢٣ من أبواب القصاص، الحديث ١.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

ونقل المحقق عن الشيخ في المبسوط أنه قال: جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف.

أقول: لم نعر على كلام الشيخ في المبسوط ولكن المحكي يحتمل وجهين:

١- ليس المراد الحلف الابتدائي بل الحلف الذي يرده القاذف، فلو ادعى على رجل أنه قذفه، فلو حلف المدعى عليه (القاذف)، يسقط الحد عن ذمته، ولو رد عليه اليمين فحلف ثبت حد القذف على المدعى عليه.

٢- المراد الحلف الابتدائي للمقذوف به، وتصويره هو أنه استعدى رجل على آخر بأنه قذفه فلما حضرا لدى الحاكم، فبدل أن ينكر، ثارت ثورته وادعى عليه بالزنا واقعاً فانقلب المنكر مدعياً، والمدعى للقذف منكر لما أتهم به فإن حلف المنكر (المقذوف به) يثبت حد القذف به وإن رد اليمين على المدعى (القاذف) وحلف يسقط الحد عن نفسه، ولا يثبت الزنا على المقذوف به، لأنها لا تثبت إلا بأربعة شهداء كما في الآية.

وما ذكرنا مجرد احتمال لكلامه وفي الوقت نفسه غير صحيح.

أما الأول، أي اليمين المردودة، فليست في الحدود يمين، حتى يتوجه إلى القاذف ثم يردّها إلى المقذوف به.

وأما الثاني، فإن ظاهر الآية أن القاذف يحكم بأحكام ثلاثة واردة في الآية وليس ورائها حكم آخر، من الحلف المذكور و ردّه كما لا يخفى.

المسألة الثالثة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين

السرقة مشتملة على حق آدمي، وهو رد العين أو بدلها عند تلف العين المسروقة، وحق إلهي وهو القطع.

أما الثاني، فقد رتب على عنوان السارق والسارقة قال سبحانه: ﴿وَالسَّارِقُ وَ

السَّارِقَةَ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»
(المائدة/ ٣٨) ومن المعلوم أنَّ العنوانين لا يثبتان باليمين، بل الثبوت رهن العلم
أو ما أقام الشارع مقامه من الشاهدين.

وأما اشتغال ذمته برّد العين أو البدل فشأنه شأن سائر الأمور فيثبت
باليّنات والأيمان فلو أقام البيّنة، يحكم بها وإلا يحلف المدّعي عليه وإن ردّ الحلف
وحلف المدّعي يثبت الضمان، دون القطع والتفكيك بين المتلازمين إنّما يعدّ محالاً،
إذا كان التلازم تكوينياً كالنار بالنسبة إلى الحرارة والضوء دون ما إذا كان اعتبارياً،
فإنّ إثبات كلّ حكم رهن ثبوت موضوعه، فإذا لم يثبت موضوع القطع، أي عنوان
السارق، كان المجال بالنسبة إلى الثاني نفياً إن حلف المدّعي عليه، وإثباتاً إن
ردّ اليمين إلى المدّعي وحلف.

ونظير المقام إذا توضّأ بأحد المائتين المشتبهين، فالأعضاء تكون محكومة
بالطهارة والإنسان محكوماً بالحدّث أخذاً بالاستصحاب في كلّ منهما، مع العلم
بأنّ أحد الاستصحابين باطل إذ لو كان الماء طاهراً فهو طاهر الأعضاء وإن كان
نجساً، فالأعضاء أيضاً نجسة. فكيف يحكم بأحدى الطهارتين دون الأخرى ١٩
ومنه يظهر ما لو أقام شاهداً مع اليمين، فلا يكفي في ثبوت القطع لعدم
ثبوت الموضوع باليمين ولو جزءاً.

المسألة الرابعة:

في طلب اليمين مع إسقاط البيّنة

لو كانت للمدّعي بيّنة فاعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال: اسقطت
البيّنة وقنعت باليمين فهل له الرجوع أو لا ؟

أقول: هل الاحتجاج بالبيّنة كالاحتجاج بسائر الأسباب التي يُحتج بها
العباد على الآخرين أو هو من الحقوق غير القابلة للإسقاط كحقّ الولاية

والحضانة أو من الحقوق القابلة للإسقاط. فعلى الأولين فالمجال للاحتجاج بالبيّنة باقٍ ما لم يحلف المدّعى عليه، دون الثالث فلو أسقط فلا يرجع إليها.

والظاهر من الأدلة كون الاحتجاج بها من باب الحكم الشرعي بدليل التعبير عنه بلفظة «على» قال رسول الله ﷺ: البيّنة على من ادّعى، واليمين على من ادّعى عليه ومثله غيره^(١) فإذا كان الاحتجاج حكماً شرعياً فلو لم يقيم البيّنة، فلا يحتج بها، لعدم الموضوع فإذا أقام ولو بعد الإعراض والإسقاط، فالحكم يتبع وجود موضوعه ولو بعد حين على أنك قد عرفت أن من جازت له، إقامة الدعوى، تجوز له إقامة البيّنة و طلب الحلف مخيراً بينهما.



المسألة الخامسة:

في الموارد التي تقبل دعوى المذعي بلا بيّنة

إن الضابطة في القضاء الإسلامي هي البيّنة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه^(٢) ومعناه أنه لا تقبل الدعوى من المدّعي بلا بيّنة، لكن أستاذت موارد، تقبل فيها الدعوى من المدّعي بلا بيّنة من غير فرق بين وجود المعارض وعدمه، ووجود الدعوى في البين وعدمه لا كلام في القبول بلا بيّنة إنما الكلام في القبول بلا يمين أيضاً، ظاهر المحقق وغيره هو عدم الحاجة إليه لكنه غير تام كما سيوافيك وقد ذكر المحقق موارد ثلاثة، وذكر الشهيد في المسالك موارد آخر تأتي بها:

١ - لو ادّعى صاحب النصاب إبداله في أثناء الحول لينفي عنه الزكاة قبل قوله وقد روي عن الصادقين عليهم السلام: «كل ما لم يحل عليه الحول عند ربّه فلا شيء

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١، ٢، ٣، ٥، ٦.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

عليه فيه، فإذا حال عليه الحول وجب عليه»^(١).

٢ - لو خرص عليه فادّعى النقصان في الثمرة المخروصة لينقص عنه ما قدّر عليه من الزكاة.

٣ - لو ادّعى الإسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية بناء على وجوبها عليه إذا أسلم بعد الحول^(٢).

٤ - لو ادّعى بنوة الصغير وأنّ اللقيط ابنه ولا منازع.

٥ - لو ادّعى كونه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية.

٦ - لو ادّعى تقدّم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل.

٧ - لو ادّعى فعل الصلاة والصيام خوفاً من التعزير.

٨ - لو ادّعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنية كالحج والصلاة.

٩ - دعوى الولي إخراج ما كلف به من نفقة وغيرها.

١٠ - دعوى الوكيل بفعل ما وكل فيه.

١١ - دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكية الكنز على

قول مشهور:

١٢ - دعوى من أحرز الطعام، أنّه للقتل وإن زاد، لا للاحتكار.

١٣ - قول المدّعي مع نكول المنكر على القول بالقضاء به.

١٤ - لو ادّعى أنّه أعطى الزائد عن الحقّ اشتباهاً لا للتبرّع.

١٥ - دعوى المحللة الإصابة.

١ - الوسائل: الجزء ٦، الباب ٨ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث ١.

٢ - وقد ذكر المحقق فرعاً آخر يرجع إليه بعد الفراغ عن الأمثلة المذكورة في الشرايع والمسالك.

١٦ - دعوى المرأة فيما يتعلق بالحيض والطمهر في العدة وغيرها.

١٧ - دعوى الظن أنه الولد.

١٨ - لو ادعى المتهم بالسرقة بأن المالك وهبه ليسلم من القطع وإن ضمن المال، لاعترافه بأنه مال الغير ولكن يدعي إنتقاله إليه بالهبه فيضمن ما لم يثبت الهبة، لكنه يخلص بهذا، نفسه عن قطع اليد.

١٩ - لو ادعى الإكراه أو الجهالة مع إمكانها في حقه في سبب الحد.

٢٠ - لو أنكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدعيه بدون البينة.

٢١ - لو ادعى ردّ الوديعة.

٢٢ - لو ادعى تقدّم العيب مع شهادة الحال^(١) إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن قبول قول مدعي هذه الأمور إذا لم يكن هناك معارض ومنازع مما لا إشكال فيه، إنما الكلام فيما إذا كان هناك معارض ومنازع فظاهر المحقق وغيره أنه يقبل قوله بلا يمين أياً.

أقول إن القضاء البات في هذه المسائل يتوقف على دراسة كل مورد مستقلاً ولو اغمضنا عن ذلك، فنقول: إن هذه الموارد تختلف أحكامها فمنها ما لا تقبل الدعوى إلا بالبينة، ولا تكفي نفس الدعوى ولا ضمّ اليمين إليها ومنها ما لا تقبل إلا باليمين وهو أكثرها ومنها، ما تقبل، بلا بينة ولا يمين لخصوصية موجودة في المورد كما إذا استظهر الحال. ثم إن البحث فيما إذا كان هناك منازع وإلا فهو خارج عن كتاب القضاء كما إذا تبنّى صغيراً، لا ينازعه أحد.

أما القسم الأول كما إذا ادعى، صاحب النصاب إبداله أثناء الحول فلا تقبل دعوى مدعي التبديل بلا بينة، وذلك، لأن أخذ الزكاة من وظائف النبي والإمام بعده قال سبحانه: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ

إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴿ (التوبة / ١٠٣) فإذا كان الحاكم مبسوط اليد، وله مقدرة على جمع الزكوات كان الحاكم ولياً للفقراء، في حيازة أموالهم، وإقامة الدعوى على من يبخلس حقوقهم وعندئذ فلا معنى لقبول قول من يدعي تبديل النصاب حتى يدفع عن نفسه غرامة الزكاة وبالجملية الحاكم الإسلامي لا تقصر ولايته في حقوق المسلمين وأموالهم، عن ولاية الفرد بالنسبة إلى أمواله فكما إذا ادعى المديون، فراغ الذمة لا يقبل منه بلا بينة فهكذا المقام.

نعم لو لم تكن هناك حكومة إسلامية، أو لم يكن الحاكم الإسلامي قادراً على جمع الحقوق وتفريقها بين المستحقين، ففي مثل هذه الصورة، لا عامل ولا منازع ولا مطالب وإليه ترشد رواية جابر إن أبا جعفر عليه السلام جاءه رجل بهاله من الزكاة مقدار خمسمائة درهم وقال فضعها في مواضعها فإنها زكاة مالي، فقال أبو جعفر عليه السلام: «بل خذها أنت فضعها في جيرانك والأيتام والمساكين وفي إخوانك من المسلمين، إنما يكون هذا إذا قام قائمنا فإنه يقسم بالسوية ويعدل في خلق الرحمن البر منهم والفاجر»^(١).

فإن قلت: قد ورد في غير واحد من الروايات أن الإمام أوصى لعامله بأنه يأتي رب المال فيقول له: يا عباد الله أرسلني إليكم ولي الله لأخذ منكم حق الله في أموالكم فهل لله في أموالكم من حق فتودوه إلى وليه فإن قال لك قائل لا، فلا تراجع»^(٢).

قلت: إن هذه الرواية ونظائرها كرواية غياث بن إبراهيم ناظرة إلى ما لم يكن تعلق الزكاة معلوماً فعند ذلك، أمر الإمام المصدق، قبول قوله، وأنى هو، من العلم بوجود النصاب، غير أن صاحبه يدعي التحول أثناء الحول ليدفع - بزعمه - عن نفسه الزكاة.

١ - الوسائل: الجزء ٦، الباب ٣٦ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث ١.

٢ - الوسائل: الجزء ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام، الحديث ١، ولاحظ الحديث ٥.

والحاصل أنه مع وجود الدولة الإسلامية، أو كون الحاكم في قطر من الأقطار، ذا مقدرة على جمع الحقوق وتقسيمها بين المستحقين، إذا بعث عاملاً أو نصب مصدقاً، أو خارصاً، ففي جميع هذه الموارد يعامل الحاكم مع ما تحت يده في الحقوق معاملة المالك الشخصي فكما أنه لا ترفع اليد عن حقه إلا بالبينة فهكذا ما هو النازل منزلته وبذلك تظهر الحال في الفرع الأول والثاني، والثالث والخامس، فإذا كانت الدعوى تحمل سلب حق أو مال عن المستحقين له، فليس للحاكم الإغماض وقبول الدعوى بلا بينة أو مع اليمين لاستلزامه احتمال الضرر على الفقير وليس المقام من موارد جريان البراءة وقد قلنا أن كل مورد يسهل للإنسان، تحصيل العلم بالواقع بلا مشقة فهو خارج عن منصرف أدلتها. وهذه الموارد، - مضافاً إلى أن الحاكم مأمور بحياة حقوق المستحقين - مما يسهل له تحصيل العلم بالواقع فلا وجه للاغماض.

وأما القسم الثاني فهو مالا يتضمن سلب حق أو مال عن المستحقين، وإنما هو بصدد جر نفع إلى نفسه كما في إعطاء الزائد عن الحق فيدعي أن الدفع كان عن سهو لا عن تبرع، أو دعوى المرأة المحللة، الإصابة، أو دعوى الظئر الولد، ففي هذه الموارد، يطلب من المدعي اليمين، وذلك لأن القضاء بين المتخاصمين إما بالبينة أو باليمين فإذا لم يمكن الأول، يتعين الثاني، فالقضاء بلا بينة ولا يمين أمر غير معهود وخارج عن الحصر الوارد في النبوي المعروف.

وأما القسم الثالث فهو ما إذا اقترن ثبوت الحد بالشبهة الدارئة، فتقبل الدعوى، لا بما أنها تقبل بلا بينة بل لأجل أن درء الحدود بالشبهات من الأصول المسلمة في الفقه.

ومنه يعلم حكم الفرع السادس والتاسع عشر.

ثم إن المحقق ذكر فرعاً رابعاً في كلامه: وهو أنه لو ادعى الحربي أن الإنبات كان بعلاج لا بالطعن في السن ليتخلص بذلك من القتل الذي هو حد من حدود

الله فهل يقبل قوله أو لا؟ قال المحقق: فيه تردد ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البيّنة.

أقول: في المسألة أقوال: ثلاثة:

الأول: ما استقر به المحقق من عدم السماع إلا بالبيّنة أخذاً بإطلاق ما دلّ على أنّ الإنبات علامة للبلوغ فيقتل شأن كل حربي سبي في أثناء الحرب.

الثاني: سماع قوله بلا يمين أخذاً بالقاعدة في باب الحدود من درهما بالشبهات^(١) وهو الأحوط وعدم صحة توجه اليمين عليه لاستلزامه الدور، لأنّ صحة اليمين موقوفة على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفاً على اليمين لدار. أضف إلى ذلك، أنّ مقتضى صحة اليمين هو عدم البلوغ، لأنّه يحلف على أنّه لم يبلغ وأنّ إنبات الشعر كان بعلاج.

الثالث: سماع قوله مع الحلف عند القطع بالبلوغ لأنّ قطع الدعوى لابدّ أن يكون بالبيّنة واليمين، و سماع حلفه بما أنّه مستلزم للدور يقتضي إيقاف الحكم وتأخيره إلى القطع ببلوغه، حتى يحلف، وهذا هو الأقرب.

نعم قال الشهيد في الدروس أنّ اليمين موقوف على إمكان بلوغه لاعلى بلوغه^(٢) وهو كلام مجمل وأوضحه السيّد الطباطبائي بقوله بأنّ بلوغه متوقف على اليمين ولكن يمينه موقوف على قاعدة قبول قول من ادعى ما لا يعلم إلا من قبله عنه مع احتمال صدقه.

لكن احتمال اختصاص الكبرى بمن ادعى شيئاً لا يعلم إلا من قبله وهو بالغ، يوجب عود الدور أيضاً، إلّا أن يقال، أنّ سبب السماع ليس هو البلوغ، بل كونه ممّا لا يعلم إلا من قبله، ولا يتفاوت فيه البالغ وغيره، وأنّ ملاك القبول كونه لا يعلم إلا من قبله.

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤، من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٤.

٢- السيّد الطباطبائي: ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٧-٢٠٨.

المسألة السادسة: فيما لا يمكن رد اليمين فيه

ذكر الشيخ مسائل ثلاث^(١) وجعل عنوان الجميع قوله: «ثلاث لا يمكن رد اليمين فيها» ثم ذكر كل مسألة على تفصيل وإليك نصه في كل واحدة.

أحداها: أن يموت رجل ولا يخلف وارثاً مناسباً، فالمسلمون ورثته، فوجد الحاكم في روزنامته ديناً له على رجل أو شهد شاهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقط الحق وإن لم يحلف، لم يمكن رد اليمين لأن الحاكم لا يمكنه أن يحلف عن المسلمين والمسلمون لا يتأتى منهم الحلف لأنهم لا يتعيتون.

وقال بعضهم يحكم بالنكول ويلزمه الحق لأنه موضع ضرورة، وقال آخرون وهو صحيح عندهم أنه يحبس حتى يحلف أو يقر، والذي يقتضيه مذهبنا أنه يسقط هذا لأن ميراثه للإمام، وعندنا أنه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره ولا بها لا يعلمه، فلا يمكنه اليمين مع أن الإمام لا يحلف، فيحبس المدين حتى يعترف فيؤدي أو يحلف وينصرف.

وحاصله: أن المدعى عليه إن حلف فقد خلاص، وإن نكل، فلا يصح رد اليمين في المقام لأن المفروض أنه لا وارث له، ووارثه إما الإمام أو المسلمون والإمام لا يحلف لأنه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره، ولا بها لا يعلمه، وأن شأن الإمام أرفع من أن يحاكم ويحلف هذا كله حول الإمام وأما المسلمون الوارثون فهم غير متعنين، فبقى هنا احتمالان:

- ١ - الحكم بالنكول ويلزمه الحق لأنه موضع ضرورة.
- ٢ - يحبس حتى يحلف أو يقر هذا كلام الشيخ في المبسوط في الفرع الأول.

وإليك نصه في الفرع الثاني: قال الثانية: إذا مات رجل وأوصى إلى رجل فادعى الوصي على الورثة أن أباهم أوصى بشيء للفقراء والمساكين، فأنكروا 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، فما الذي يفعل؟ قال قوم يحكم بالنكول ويلزم الحق، لأنّه موضع ضرورة، وقال آخرون يحبس الورثة حتّى يحلفوا أو يعترفوا وهو الذي نقوله.

وحاصله نفس ما ذكرناه في الفرع الأول، وهو أنّ المدعى عليه إن حلف فقد خلص، وإن لم يحلف فلا يمكن ردّ اليمين إلى الوصي لأنّه لا يجوز أن يحلف عن غيره (الفقراء) وأمّا حلف الفقراء والمساكين فهم غير متعيّنين ولا يتأتى منهم الحلف فبقي احتمالان:



١ - القضاء بالنكول.

٢ - أو الحبس حتّى يقرّ أو يحلف.

٣ - وأمّا الفرع الثالث فلم يذكره المحقق وسيوافيك نصّ الشيخ بعد الفراغ عن الكلام في الفرعين الأولين.

ثم إنّ المحقق أورد على الشيخ وقال: إن السجن عقوبة لم يثبت موجبها وأوضحه الشهيد بقوله: لأنّ الحق لا يثبت بالشاهد الواحد فينزل هذه الدعوى منزلة مالا بيّنة فيه فإن حلف، أو نكل وقضينا بالنكول وإلّا وقف الحق لعدم تيسّر القسم الأخير وهو حلف المدعي.

وأجاب عنه صاحب الجواهر وقال: إنّ موجبها، اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر، اليمين أو الأداء بعد تعذّر الرد^(١). ولعلّه يريد، أنّ المجوّز لسماع الدعوى، هو المجوّز لحبسه حتّى يحلف أو يقرّ وبعبارة أخرى أنّ إطلاق أدلة استحقاق المدعي اليمين على المنكر يقتضي إلزامه عليه وبما أنّه مستنكف عنه

يحبس حتى يؤدى.

هذه هي الكلمات الواردة في المقام. ولنا أن ندرس الاحتمالات الثلاثة:

١ - الرد على الحاكم والوصي

قد عرفت سابقاً أنه إذا أمكن الرد فلا وجه للقضاء بالنكول لكن المهم هو ثبوت عدم إمكان الرد فالوجوه المذكورة في كلمات الشيخ وصاحب الجواهر لا يتجاوز عن الأمور التالية المذكورة في كلام الشيخ، ١ - لا يجوز أن يحلف عن غيره، ٢ - ولا بها لا يعلمه، ٣ - أن الإمام لا يحلف وإليك دراسة الأدلة الثلاثة:

أما الأول أعني أنه لا يجوز الحلف عن الغير فأنما يصح إذا لم تكن للحالف صلة بالموضوع، ولا أي مبرر لإقامة الدعوى، كالجار بالنسبة إلى مال جاره وحقوقه، وأما إذا كان الغير على منزلة تصح له إقامة الدعوى ورفع الشكوى إلى المحكمة، فلماذا لا يصح له الحلف على ما يدعيه وبهذا يعلم أنه يجوز للحاكم والوصي، الحلف على ما يدعيه، وذلك لأن لها الولاية على أموال المسلمين وحقوقهم ولاية عامة كالحاكم أو خاصة كالوصي، فكما يصح لها إقامة الدعوى، يصح لها، الحلف إذا كانا عالين للمحلف به.

وأما الثاني، وهو لا يختص بالمقام بل يعم كل مورد لا يكون للحالف علم بالمحلف به، أضف إلى ذلك أنه لم لا يجوز أن يحلف بمقدار ما علم كحلفه بأنه وجد في روزنامته، أنه مديون، أو شهد شاهد بأنه كذا، على أن المفروض في كلامه علم الوصي بكونه مديوناً، وربما يحصل للحاكم علم بالصدق برؤيته في روزنامته.

وأما الثالث أعني أن الإمام لا يحلف، فقد أوضحه في الجواهر وقال: نعم مع فرض علمهما (الحاكم والوصي) تتوجه اليمين من الوارث غير الإمام مع الشاهد، بخلاف الإمام عليه السلام المعصوم من الخطأ والزلل وإن استعمل الموازين

الشرعية والأصولية المرعية لكنه مسدد في خصوصياتها التي استعملها، عن الخطأ بخلاف غيره.^(١)

المسألة السابعة :

لو كان الدين مستغرقاً للتركة وللميت دين على الغير :

اختلفت كلماتهم في أنه إذا مات إنسان وعليه دين مستغرق محيط بالتركة، فهل تنتقل التركة إلى الوارث، وتكون من المال المحجور على مالكه التصرف ويكون الدين متعلقاً بها تعلق الرهانة أو تبقى على حكم مال الميت وفي المسالك والمفاتيح نسبته إلى الأكثر، وفي وصايا السرائر: إذا كان على الميت؟ دين يحيط بالتركة، فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل في ملك الغرماء ولا ملك الورثة، والميت قد انقطع ملكه وزال فينبغي أن تكون موقوفة على انقضاء الدين^(٢).

ولكن المشهور، هو القول الأول ويؤيده ارتكاز العقلاء، خلافاً للمحقق حيث اختار الوجه الثاني وتظهر الثمرة في النماء، فعلى الأول فهو للورثة، ولا يتعلق به حق الديان إذا كان الدين أزيد من أصل التركة، بخلاف ما إذا قلنا بالثاني فيكون متعلقاً للدين وباقياً على حكم مال الميت.

ثم إن هنا فروعاً مستخرجة من كلام صاحب الجواهر نبحث عنها على رأي المحقق من بقاء التركة على حكم مال الميت، لا على القول المشهور وهي:

١ - لو كان الدين محيطاً بالتركة وأدعى الوارث ديناً للميت على ذمة آخر على وجه لو استحصل يرجع إلى الديان، فيقع الكلام فيمن تجوز له إقامة الدعوى، فهل هو الوارث أو الدائن؟

لا كلام على القول الأول أنه الوارث، لانتقال الملك إليه، لكن الكلام على القول الثاني أعني خيرة المحقق فقال المحقق: هو الوارث لأنه قائم مقامه.

يلاحظ عليه: أنه قائم مقامه فيما جعله الشارع ولياً، كالتهييز وغيره وأما المقام فهو والدائن متساويان لأن الدين باق على ملك الميت كالأعيان الخارجية، ولو استحصل لاستولى عليه الدائن فلا وجه لتقديم واحد على الآخر وقد عرفت الميزان فيمن تصح له إقامة الدعوى.

٢- لو كان هناك شاهد على الدين، قال في الجواهر: «حلف الوارث دون الدائن نعم في القواعد لو امتنع كان للدائن إحلاف المديون لتعلق حقه بالتركة».

يلاحظ عليه: أنه إذا كان الدين ملكاً للميت أو في حكم ملكه فالوارث والدائن بالنسبة إلى الأخذ متساويان وقد عرفت عدم ولاية الوارث بالنسبة إلى ما بقي في حكم ملكه، وما يتبادر إلى الذهن من أن الوارث أولى من الدائن فإنما هو لأجل أن المرتكز في الأذهان هو انتقال التركة إلى الوارث فيكون هو المتعين ولكن الكلام على مبنى المحقق، وبذلك يظهر النظر في كلام القواعد حيث علق إقدام الدائن على امتناع الوارث بل هما في درجة واحدة.

٣- ولو أقام الوارث الدعوى وحلف الغريم برأ من الوارث والدائن.

٤- ولو أقام الدائن الدعوى وحلف الغريم برأ منهما، (خلافاً للجواهر حيث قال بأن براءة ذمة الغريم بالنسبة إلى المحلف) وما هذا لأن هنا حقاً واحداً، يجوز لكل من الوارث والدائن استحصاله، فإذا حلف واحد منهما فقد ذهبت اليمين بالحق - على ما في الروايات - فلا يبقى للآخر، موضوع.

وبذلك يعلم أنه لو أقام الدائن الدعوى وحلف الغريم له، ثم أقام الوارث، ولكن لم يحلف الغريم له بل رد اليمين إلى الوارث، فحلف، ليس للوارث أخذه فضلاً عن أخذ الدائن حقه.

كل ما ذكرنا، على مبنى المحقق وأما على القول بالانتقال، فالمرجع في إقامة الدعوى والإحلاف وحلف اليمين المردودة هو الوارث لا غير نعم لو امتنع الوارث من إقامة الدعوى جاز للحاكم إقامة الدعوى لصالح الدائن لأنه ولي الممتنع.

البحث الثالث

القضاء بالشاهد واليمين

اتفقت كلمة الأصحاب على صحة القضاء بالشاهد مع اليمين في الجملة ووافقهم في ذلك لفيف من غيرهم قال الشيخ: يحكم بالشاهد واليمين في الأموال عندنا وعند الشافعي ومالك على ما سنبينه، ويحكم عندنا بشهادة امرأتين مع اليمين دليلنا إجماع الفرق وأخبارهم.^(١)

وقال في المبسوط: عندنا يجوز القضاء بالشاهد الواحد مع يمين المدعي وبه قال جماعة وأباه آخرون، وقال بعضهم الترتيب ليس شرطاً بل هو بالخيار إن شاء حلف قبل شاهده وإن شاء بعده كالشاهدين من شاء شهد قبل صاحبه. والصحيح أنه على الترتيب يشهد له شاهده ثم يحلف فإذا ثبت جواز ذلك فالكلام بعده فيما يقضى بها فيه وما لا يقضى وجملة كل ما كان مالا أو المقصود منه المال فالمال كالقرض والغصب والدين وقضاء الدين وأداء مال الكتابة وأما المقصود منه المال فعقود المعاوضات كالبيع والصرف والسلم والصلح والإجارة والقراض والمساواة والهبة والوصية والجناية التي توجب المال كالخطأ وعمد الخطأ وعمد يوجب المال كما لو قتل ولده أو عبد غيره ...^(٢)

وقال ابن قدامة في المغني: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وأياس وعبد الله بن عتبة

١- الطوسي: الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٧.

٢- الطوسي: المبسوط: ١٨٩/٨.

وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي.

وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي: لا يقضي بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن: من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(١) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي.

ولنا ما روى سهل عن أبيه عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد. رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر ومسروق، وقال النسائي: إسناده حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيد، ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فإن الأصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه.

ولاحجة لهم في الآية لأنها دللت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ووقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لأن النسخ الرفع والإزالة، والزيادة في الشيء تقرير له لرفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً وكذلك إذا انفصلت عنه.

ولأن الآية واردة في التحمّل دون الأداء ولهذا قال: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا

١- البقرة: ٢٨٢. ذكره أيضاً، الحكم بن عتيبة، وسلمة بن كهيل لأبي جعفر وهو أجاب عن الاستدلال

لاحظ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

فَقَدْ تَجَرَّ إِخْدَاهُمَا الْآخَرَى ﴿ والنزاع في الأداء وحديثهم ضعيف ^(١) وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشريع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الأمناء لظهور جنايتهم، وفي حق الملاعن وفي القسامة وتشريع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن، والسلعة قائمة وقول «محمد» في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً﴾ (النساء/ ٦٥) والقضاء بما قضى به محمد بن عبدالله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له. ^(٢)

وقد تضافرت الروايات عن أئمة أهل البيت ﷺ على صحة القضاء بشاهد ويمين وحكوا قضاء رسول الله ﷺ به وسيوافيك قسم منها. والمسألة عندنا إجماعية لا خلاف في أصلها *تحت تكملة أصول الفقه*
(١) نعم يقع الكلام في أمور:

١ - هل يشترط تقدّم الشهادة على اليمين أو لا ؟

قد عرفت نصّ الشيخ على الترتيب وقال المحقق: ويشترط شهادة الشاهد أولاً، وثبوت عدالته ثم اليمين ولو بُدئ باليمين وقعت لاغية وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامة. ^(٣)

والظاهر عدم دليل صالح لإثبات شرطية التقدّم غير وجوه ذوقية أشبه بالاستحسان أما النصوص فلسان أكثرها، شهادة رجل واحد ويمين، بتقديم الرجل على اليمين ^(٤) ولغيف منها على العكس: باليمين مع الشاهد

١- الحديث ليس بضعيف، نعم هو ليس بحاصر . ٢- المغني: ١٢/ ١٠.

٣- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٤/ ٩٢، واختاره ابن ادريس أيضاً في السرائر لاحظ: ٢/ ١٤٠.

٤- الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١- ١٢، ١٤، ١٧، ١٨.

الواحد^(١) وقد جاء الشاهد في لسان أبي حنيفة متقدماً على اليمين تارةً ومتأخراً أخرى^(٢).

وهذا يعرب، عن عدم تبادل الترتيب مضافاً إلى الإطلاقات المتضاربة فلو كان الترتيب شرطاً، لكان على القائل البيان، وإنكار كون المتكلم في هذه الروايات الكثيرة في مقام البيان، كما ترى خصوصاً في معتبرة داود بن الحصين^(٣). أضف إلى ذلك، أن العناية باليمين مع الشاهد الواحد، هو لأجل كسب الاطمئنان بصدق المدعي فإن الإيمان بالله، ربما يصد الإنسان عن الحلف بالكذب، وعلى هذا لا فرق بين تقدم اليمين أو تأخره.

ومع ذلك فقد ذكروا وجوهاً لشرطية الترتيب نظير:

أ- المدعي وظيفته البيّنة لا اليمين بالأصالة فإذا أقام شاهداً صارت البيّنة التي هي وظيفته ناقصة وتتممها اليمين بالنقص بخلاف ما لو قدم فإنه ابتداءً بما ليس وظيفته ولم يتقدمه ما يكون متمماً له.^(٤)

يلاحظ عليه بوجهين:

- ١- أنه محجوج بالإطلاقات، الدالة على عدم الفرق.
- ٢- أن أساس الاستدلال، كون اليمين متمماً له، وأما إذا كان في عرض الشاهد، كما هو مقتضى بعض التعبيرات، فلا وقد عرفت أن العناية باليمين بكسب الاطمئنان بصدق مقالة المدعي، وعندئذ لا فرق بين التقدم والتأخر.
- ب- إذا قدم الشاهد يقوى جانب المدعي، وإنما يحلف من يقوى جانبه

١- الوسائل: ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١٣، ١٥، ١٦، ١٩، ٢٠.

٢- المصدر نفسه الحديث: ١٣، ١٧.

٣- الوسائل: ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥.

٤- زين الدين العاملي: المسالك: ٢/ ٤١٨.

كما أنه (المدعي) يحلف إذا نكل المدعى عليه لأن النكول قوى جانب المدعى. يلاحظ عليه: أنه مبني على كون الشاهد أصلاً واليمين فرعاً حتى يتقوى الشاهد باليمين وأما إذا كان كل على وزان واحد فلا والحق أن هذه الوجوه التي لم نذكر بعضها لا تعدّ دليلاً قاطعاً أمام الإطلاقات الماضية التي لم يرد فيها لزوم الترتيب.

ثم إنه تظهر الثمرة في كون اليمين أصلاً أو تبعاً فيما لو رجع الشاهد عن شهادته فعلى القول بأصالة كل من الشاهد واليمين يغرم الشاهد النصف، ولكن على القول بأصالة الشهادة وأن اليمين شرط أو متمم، فيغرم الكل، شأن كل شاهد يرجع عن شهادته، بعد صدور القضاء.

٢ - تحديد حجتيهما من حيث المورد:

قد اختلفت كلماتهم في تحديد المورد، إلى أقوال:

فمن قائل باختصاصهما بالدين، إلى قائل بشمولهما العين، إلى ثالث (كالطوسي في المبسوط) بعموميتهما لما كان مالا أو يقصد منه المال كالدين والقرض والغصب والالتقاط والاحتطاب والأسر وما يقصد به المال كما في المعاوضات كالبيع والصرف والصلح والإجارة والقراض والهبة والوصية والجناية الموجبة للدية كالخطأ المحض، وعمد الخطأ وقتل الوالد ولده، والحرّ العبد، وكسر العظام، وضابطه ما كان مالا أو المقصود منه المال فلا يشمل القصاص، إلى رابع، بشمولها لحقوق الناس كلّها في مقابل حقوق الله ولا بأس بنقل بعض الكلمات وقد مرّت بعضها:

قال ابن الجنيّد: وقد روي أن النبي قضى بشاهد واحد ويمين المدعي والزم الحق المدعى عليه وذلك في الأموال وما جرى مجراها دون الحدود. ^(١)

قال المفيد: ويجب الحكم بشهادة الواحد مع يمين المدعي في الأموال بذلك
قضى رسول الله ﷺ. (١)

قال الشيخ: إذا شهد لصاحب الدين شاهد واحد، قبلت شهادته، وحلف
مع ذلك وقضى له به وذلك في الدين خاصة، ولا يجوز قبول شهادة واحد والحكم
بها في الهلال والطلاق والحدود والقصاص وغير ذلك من الأحكام. (٢)

وقال في الاستبصار عند محاولة الجمع بين الروايات: فلا تنافي بين هذه
الأخبار، والأخبار الأولية لأن هذه الأخبار وإن كانت عامة في أن رسول الله قضى
بذلك ولم يبين فيما فيه قضى فينبغي أن نحملها على الأخبار المتقدمة المفصلة بأن
نقول إنه قضى بذلك في الدين على ما تضمنته الروايات الأولية والحكم بالمفصل
أولى منه بالمجمل. (٣)

وقد عرفت كلام الشيخ في الخلاف والمبسوط حيث صرح فيها على
حجيتها في المال أو المقصود منه المال.

وقال الحلبي: ويقوم شهادة الواحد ويمين المدعي في الديون خاصة مقام
الشهادة الكاملة. (٤)

وقال سلاز: وشهادة واحد، وهو في رؤية هلال شهر رمضان، وفي الديون
مع يمين المدعي. (٥)

وقد نسب القول بالاختصاص إلى ابن زهرة في الغنية (٦) والكيدري في

١- المفيد: المقنعة: ٧٢٧.

٢- الطوسي: النهاية: ٣٣٤، و ذيل العبارة شاهد على أن مراده من الدين، هو المال حيث استثنى
أمثال الهلال والطلاق، لا البيع والإجارة.

٣- الطوسي: الاستبصار باب ما يتحوز فيه شهادة الواحد مع يمين المدعي: ٣٣/٣.

٤- الحلبي: الكافي: ٤٣٨. ٥- سلاز: المراسم: ٢٣٣ طبع بيروت.

٦- ابن زهرة: الغنية المطبوع ضمن الينابيع: ١١/١٩٥.

الأصباح^(١) وقد عبرا عن المسألة بعبارة واحدة وهي:

وإن احضر شاهداً واحداً، أو امرأتين قال له الحاكم تحلف مع ذلك على دعواك ... » وليس فيها أي إشارة إلى المورد فضلاً عن التصريح بالدين.

وقال ابن ادریس: تقبل شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي في كل ما كان مالاً أو المقصود منه المال^(٢).

وقال العلامة: وأعلم أنه لا منافاة بين كلام شيخنا في النهاية وغيرها لأن مقصوده من الدين المال فإذا قبل في المال قبل فيما كان المقصود منه المال وكان ذريعة إلى تحصيله^(٣).

ويتسرب هذا الاحتمال إلى كلام الحلبي والديلمي ويكون القول الثالث هو المتفق عليه. كما لا يخفى.

وعلى كل تقدير فالاختلاف في المسألة مستند إلى الروايات ولا بد من دراستها. ثم نتخذ موقفاً حاسماً في المسألة.

أقول: إن لسان الروايات على وجوه:

الأول: ما يدل أو يستظهر منه أن القضاء به يختص بمورد الدين وإليك ما يدل عليه:

١- روى محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال كان رسول الله ﷺ يميز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يميز في الهلال إلا شاهدي عدل^(٤).

١- الكيدري: اصباح الشيعة: ٥٣٣.

٢- ابن ادریس: ١٤٠/٢ ونسب إلى الشيخ أنه عدل عما في النهاية، في استبصاره بل عدل في خلافه

ومبسوطه. ٣- العلامة: المختلف: ٤/ ١٨٤.

٤- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

٢ - روى حماد بن عثمان قال سمعت أبا عبد الله يقول: «كان علي عليه السلام يميز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي» ^(١) والحق أن الدين فيهما من قبيل المورد، وهو لا يخصص، نعم هناك ما يدل على اختصاص الحكم بالدين.

٣ - روى أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد قال: فقال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين» ^(٢).

٤ - روى القاسم بن سليمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده ^(٣).

فإن قوله: «وذلك في الدين» أو قوله: «في الدين وحده» يدل على اختصاص الضابطة به وإلا لكان يعتبر بها في الأوليين.

٥ - ما رواه داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث مفصل يقول فقلت: فأنى ذكر الله تعالى: ﴿ورجل وامرأتان﴾ فقال: «ذلك في الدين إذا لم يكن رجلاً، فرجل وامرأتان، ورجل واحد ويمين المدعي إذا لم تكن امرأتان قضى بذلك رسول الله وأمر المؤمنين بعده عندكم» ^(٤).

وبما ذكرنا يعلم ضعف ما رتباً يقال بأن المورد غير مخصص وأن القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضي عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره ^(٥) فإن ما ذكره إنما يناسب الأوليين، دون غيرهما فإن لسانهما، لسان التحديد والخصر لو كان الدين بالمعنى المقابل للعين.

الثاني: ما يدل على الجواز في العين.

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي جعفر في حديث مفصل أن علياً وجد

١-٣ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣، ٥، ١٠.

٤-الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٤ من أبواب الشهادات، الحديث ٣٥.

٥-الجواهر: ٢٧٤/٤٠.

درع طلحة في يد عبد الله بن قفل التميمي فقال له علي: هذه درع طلحة اخذت غلواً يوم البصرة فرضياً بقضاء شريح فلمّا حضرا عنده قال شريح لعلي عليه السلام: هات علي ما تقول بيّنة فأتى الحسن فقال شريح: هذا شاهد واحد ولا أقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر - إلى أن قال - فغضب علي عليه وقال... ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، وقد قضى رسول الله ﷺ بشهادة واحد ويمين. ^(١)

ومعنى ذلك أنه كان علي شريح القضاء في مورد الدرع الذي هو العين، بشاهد ويمين، وما أفاده صاحب الجواهر من أن الإمام أنكر على إطلاق قول شريح: «ما أقضي إلا بشاهد آخر معه» لا على عدم قضائه في المورد بهما، ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفي فيه بالشاهد واليمين من الوالي. ^(٢) غير تام لكونه على خلاف ظاهر الرواية لأن ظاهرها هو تنديد الإمام بعدم تطبيقه الضابطة على المورد وما في ذيل الرواية من قوله: «ويلك - أو ويحك - أن إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» لا يدل على أن ذم الإمام كان متوجهاً على إطلاق كلام شريح، لا على عدم قضائه بهما في المورد، وذلك لأنه لا منافاة أن يكون الذم لأجل أمرين ذكرهما الإمام تدريجاً وإن كان الخطب حسب الوجه الثاني أعظم، ولأجل ذلك قال في الجواهر أن شريحاً كان مخطئاً أزيد من وجوه ثلاثة (وهذا رابعها) وأن اقتصاره عليه السلام على الثلاثة حسب فهم شريح.

ومع ذلك يمكن رفع الاختلاف بين اللسانين بأن المراد من الدين هو المال، فإن الدين وإن كان يطلق في مقابل العين في مصطلح الفقهاء لكن لا يبعد، أن يراد منه مطلق المال. قال ابن منظور في اللسان: «كل شيء غير حاضر دين» فيعم العين الغائب، وقال الطريحي: «اقض عني الدين: حقوق الله وحقوق العباد»

١- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

٢- الجواهر: ٤٠ / ٢٧٣.

فاستعمل الدين في الحقوق، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً - إِلَى أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ (البقرة / ٢٨٢).

فقد فسر الدين بالسلم والقرض. ^(١) وقال الطبرسي: «وظاهر الآية يقع على كل دين مؤجل سلفاً كان أو غيره وعليه المفسرون والفقهاء وقال ابن عباس باختصاص الآية بالسلم». ^(٢) وغير الحاضر في السلم، هو العين وربها يكون موجوداً في المخزن دون المجلس وبذلك يرتفع الخلاف، وقد تقدم عن العلامة أنه فسر الدين في كلام الشيخ بالمال. وبذلك رفع الخلاف بين كلماته.

الثالث: ما جاء فيه لفظ «مع يمين صاحب الحق»

روى منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» ^(٣). وهذا القسم من الروايات قابل للحمل على صاحب المال حملاً للظاهر على الأظهر، أو المطلق على المقيّد ويؤيده ما ورد في باب رد المنكر اليمين على المدّعي ^(٤) فقد ورد فيه صاحب الحق وأريد به، المال، الأعم من الدين والعين وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ (البقرة / ٢٨٢) فالمراد منه صاحب المال.

الرابع: ما يحدّد الموضوع بحقوق الناس، أو في مقابل الهلال وعلى هذا فالموضوع أوسع مما ذكر سابقاً ويؤيده وجوه.

١ - روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا

١ - تفسير الجلالين: ٦٣. ٢ - الطبرسي: مجمع البيان: ١ / ٣٩٧.

٣ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ ولاحظ الحديث ٨، ١٤.

٤ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم.

شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤية الهلال فلا»^(١).

فإن مقتضى هذا القسم بل القسم السابق - إذا لم يفسر بصاحب المال، عموم ذلك لكل حق للناس حتى القصاص وحق الشفعة والخيار ونحوها لا خصوص المال، نعم تخرج الشهادة على الهلال الذي لا وجه للحلف عليه من حيث إنه كذلك من أحد، وكذا غيره من الموضوعات العامة التي لاحق بالخصوص فيها لأحد مثل حقوق الله تعالى التي هي أيضاً لا دعوى لأحد بالخصوص فيها^(٢).

٢ - ما جاء في رواية محمد بن مسلم كان رسول الله يميز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل^(٣) فإن هذا الحديث يستثني الهلال، والحديث السابق استثنى حقوق الله، وكأنها يدلان على أن الباقي يثبت بهما.

٣ - ما مضى في القسم الثالث من الروايات، حيث حدّد الموضوع بيمين صاحب الحق.

٤ - رسالة يونس عمن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه^(٤). فالمتبادر منه أن الشاهد واليمين مثل ما تقدّم يثبت بهما، ما يثبت بما تقدّم.

٥ - استفاد من التأمل في النصوص أن اليمين الذي مع الشاهد، هو يمين

١ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢.

٢ - الجواهر: ٢٧٤/٤٠.

٣ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

٤ - الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم الحديث ٤.

المنكر الذي إن شاء ردها على المدعي وحيثذ يكون الميزان ما يثبت بها^(١).

و لكن المساعدة مع إطلاق الوجه الرابع مشكلة، إذ من القريب أن يكون المقصود من حقوق الناس هو الأمور المالية فلا تشمل الحقوق المحضة كحق الحضانة والوارد في الرواية الأولى لمحمد بن مسلم وإن كان هو حقوق الناس لكن الوارد في ثانيتهما هو «صاحب الدين» و عند ذلك تنطبق الروايات على الضابط المشهور: ما كان مالا أو المقصود منه المال.^(٢)

نعم سيوافيك أن الضابطة أوسع مما ورد في هذه العبارة وإن لم يكن على سعة الوجه الرابع فانتظر.

ثم إن كل من رد القضاء بالشاهد واليمين، كالحكم بن عتيبة، وسلمة بن كهيل وأبي حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن، استدلوا بأن الوارد في الذكر الحكيم هو العدلان أو الرجلان أو رجل وامرأتان قال سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ (الطلاق / ٢) وقد استدل بها ابن عتيبة وابن كهيل كما في الرواية^(٣) وقال سبحانه: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (البقرة / ٢٨٢) كما استدل بها محمد بن الحسن الشيباني أيضاً على ما نقله ابن قدامة في المغني^(٤).

والجواب عن الاستدلال بهما من وجهين:

الأول: إن مورد الآيتين، هو مقام التحمل، لا الأداء، ويشهد لذلك مضافاً

١- استخرجنا هذه الوجوه من كلام صاحب الجواهر لاحظ: ٢٧٤/ ٤١.

٢- نجم الدين الحلبي: الشرائع: ٩٢/ ٤.

٣- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٦.

٤- ابن قدامة، المغني: ١٢/ ١٠.

إلى قوله: ﴿واشهدوا﴾ و ﴿استشهدوا﴾، قوله سبحانه: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾.

الثاني: ما قاله الإمام في جواب الرجلين عند الاستدلال بالآية الأولى حيث قال قول الله: ﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾ هو لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا؟ وكأنه يريد أن التشريع الأول لا ينفي التشريع الثاني فمن الممكن أن يكون كلاهما نافذين، وبه أيضاً أجاب ابن قدامة، استدلال الشيباني كما نقلناه ويحتمل أن يكون كلامه ﷺ ناظراً إلى ما ذكرناه في الجواب الأول من أن الآية ناظرة إلى مقام التحمل لا إلى مقام الأداء، والقضاء بشهادة رجل ويمين، راجع إلى المقام الثاني، فلا صلة للآية بمقام الأداء.



المقياس في كون الدعوى مالية:

ثم بعد القول باختصاص الأدلة بالأمور المالية فقط يقع الكلام في تحديد الدعوى المالية التي يثبت بها فهنا وجهان:

الأول: لو ادعى مالا على شخص بسبب من الأسباب، سواء كان السبب يقصد منه المال نوعاً أو لا، بل يكفي كونه مستتبعا له في ذلك المورد ففي تلك الموارد يحتاج بالشاهد واليمين، وعلى ذلك، يثبت بها دعوى الدين والغصب، والبيع والإجارة، القراض والهبة، حتى النكاح والخلع والطلاق والرجعة والعق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء بشرط أن يدعي أمراً مالياً لأجل ادعاء هذه العناوين من غير فرق بين كون المدعى نفس المال كالدين والغصب، أو يقصد منه المال نوعاً، كالبيع والإجارة والهبة أو لا يقصد منه إلا استتباعاً كالنكاح والخلع والطلاق، وذلك أخذاً بإطلاق الأدلة وهذا هو الأظهر عندنا.

الثاني: ما ذكره الشيخ الطوسي في المبسوط والمحقق في الشرائع من

تخصيصه بها إذا كان مالا أو كان المقصود منه مالا نوعاً، وأما إذا لم يكن المقصود منه المال وإنما يستتبع المال فلا.

وعلى ضوء ذلك تقسم العناوين إلى أربعة:

١ - يكون المدعى نفس المال كالدين والقرض والغصب أو ما يقصد به المال (نوعاً)، كما في المعاوضات كالبيع والصرف، والصلح، والإجارة، والقراض والهبة والوصية له والجناية الموجبة للدية كالخطأ وعمل الخطأ وقتل الوالد لولده وكسر العظام، والجائفة والمأمومة.

٢ - ما يتردد بين كونه داخلياً في الضابطة أو خارجاً كالنكاح فيها أن المقصود منه التناسل وسكون النفس فهو خارج عن المقسم، وبما أن المدعى إذا كان زوجة فهي بطرح الزوجية تدعي المهر والنفقة.

٣ - ما هو خارج عن الضابطة كالخلع والطلاق، والرجعة والعق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية إليه وغيوب النساء.

٤ - ما استشكل في خروجه ودخوله كالوقف، لأجل الشك في أن الوقف هل ينتقل إلى الموقوف عليهم، أم ينتقل إلى الله، أو التفصيل بين الانحصار فالأول وعدمه فالثاني، أو يبقى في ملك الواقف.

والظاهر عدم الدليل على الضابطة الواردة في كلام المحقق «ما كان مالا أو كان المقصود منه مالا» بل الضابط كل ادعاء مالي يستند إلى سبب من الأسباب، سواء كان السبب مما يقصد منه المال نوعاً، أو لا يقصد منه إلا استتباعاً وعلى ضوء ذلك فلو ادعت الزوجة النكاح، لغاية طلب النفقة والمهر، يثبت بهما وإن كان النكاح ما لا يقصد منه المال نوعاً، ومثله إذا ادعى الزوج الخلع لأجل تملك المهر، أو ادعت المرأة الرجعة لغاية النفقة وبذلك تقف على أن التقسيم الرباعي الوارد في كلامه غير مفيد. بعد عمومية القاعدة، لكل ادعاء مالي مستند إلى ادعاء سبب، سواء كان السبب محضاً في ثبوت المال أو لا.

ولأجل عدم الدليل على الضابطة ذكر صاحب الجواهر أنها في غاية التشويش والسبب فيه هو أن الضابط المزبور لم نجده في شيء من النصوص وإنما الموجود فيها عنواناً للحكم «حقوق الناس» بعد عدم تقييدها بنصوص الدين.

بقي هنا أمران:

الأول: هل الشاهد واليمين يثبت بهما المال فقط أو يثبت العناوين من البيع والإجارة وغيرهما؟ الظاهر هو الأول، لظهور الأدلة في ثبوته خاصة وعلى ذلك لو ادعى أنه باع حيواناً بثمن كذا، وأقام شاهداً مع اليمين يثبت الثمن على ذمة المشتري ولا يثبت الخيار المختص بالحيوان وممن التفت إلى ذلك، الشهيد في الروضة قال: «ينبغي القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين في غيره كالسرقة فأنهم قطعوا بثبوت المال»^(١) وهو متين ولو قلنا بسعة دليل الشاهد مع اليمين وشموله لكل ادعاء مالي على ما عرفت وعدم اختصاصه بالضابطة التي ذكرها المحقق، فإنه لا يثبت بهما العناوين، كالنكاح والزوجة والنسب حتى يترتب عليها آثارها.

الثاني: قد عرفت أن المحقق استشكل في الوقف وذكرنا وجه تردده لكن الحق هو التفصيل بين الوقف العام كالوقف على الفقراء والطلاب والزوار، والوقف الخاص كالوقف على الأولاد، فالمالك في الأول هو العناوين الكلية لا الأفراد الخارجية منهم، ولذلك لا يصح لهم إقامة الدعوى على العين الموقوفة، لأنهم ليسوا بالكيان ولا متولين، نعم يصح للحاكم إقامة الدعوى وإثباتها بشاهد ويمين وليس عمل الحاكم من قبيل إثبات مال الغير بحلفه، لما عرفت من ولايته على أموال الفقراء وغيرهم.

وأما الوقف الخاص، فيصح حلفهم لكونهم مالكيين للأصل والمنفعة، غاية الأمر ليس لهم بيع الموقوفة وتبديلها، ومن ثم صح لهم الحلف.

إذا ادّعت جماعة مع الشاهد الواحد

إذا ادّعت جماعة مالا عند رجل انتقل إليهم بسبب خاص كالإرث، يكفي الشاهد الواحد في المقام لأنّ شهادته تنحلّ إلى شهادات حسب تعدّد الأفراد، و أمّا الحلف، فلا يكفي حلف واحد منهم، وإنّما يثبت حقّ الكلّ بحلف الجميع، لأنّها تنحلّ إلى دعاوي متعدّدة.

وقد نقل صاحب الجواهر عن المقدّس البغدادي كفاية الحلف الواحد و يُحمل على ما إذا كان المدّعي وليّاً، أو حاكماً حيث إنّ له حقّ إقامة الدعوى للموّلّى عليه واحداً كان أو كثيراً و إلّا فهو بظاهره غير صحيح.

ولو افترضنا حلف البعض دون الأمر يثبت بمقدار سهم الخالف و هل المأخوذ له، أو لا؟ فهنا وجوه واحتمالات:

١- يكون المأخوذ مشاعاً و مشتركاً بين الخالف و الناكل سواء كان المدّعي به عيناً، أو ديناً.

٢- التفصيل بين العين فيكون المأخوذ مشاعاً، دون الدين بل يختصّ بالخالف.

٣- يختصّ بالخالف و يحرم الناكل مطلقاً، سواء كان المدّعي به عيناً أو ديناً. ولكلّ وجه:

أمّا الأول: فإنّه لا إشكال في الاختصاص بالخالف إذا باع سهمه من المدّعي عليه أو وهبها من غيره أو أبرأ ذمّة الغريم منه، إنّما الكلام فيما إذا قبض حصّته من العين أو الدين فيها أنّه يعترف بالشركة يكون المقبوض مشاعاً بينه و بين الناكل وبالجملة هو يعترف بأنّ ما يأخذه جزء من المال أو الدين المشاع بينه و بين غيره و معه كيف يختصّ بالخالف؟

وأما الثاني وهو التفصيل بين العين والدين فوجهه أن العين مشتركة بينهما، وإفراز الغريم، لا يخرجها عن الإشاعة من دون رضا الشركاء فتبقى على إشاعتها، وهذا بخلاف الدين فإن ذمة الغريم مشغولة بكل واحد من الشركاء على نحو الاستقلال بإفراز سهم واحد منهم، يتوقف على نية الدافع، وذلك لأن المفروض ملك للدافع بالأصالة، وإنما يخرج عن ملكه إذا أذاه بنية الدين، فلو أخرجته عن ملكه بنية أنه سهم الحالف يكون ملكاً له، ويتشخص جزء من الدين الكلي في المقبوض.

والحاصل فرق بين العين والدين، فإن تقسيم الأولى، وتشخص مال كل واحد في المقبوض يتوقف على رضا المشاركين ولا يكفي رضا الدافع، إذ لا دور له في إفراز مال الغير المشخص، وهذا بخلاف الدين فإن ذمته مشغولة بكل واحد منهم بمقدار سهمه، وليس إفراز ذمته بالنسبة إلى واحد منهم، متوقفاً على إفرازها من الفرد الآخر وتعين جزء من ماله، يتوقف على تملكه والمفروض أنه ملكه للحالف، دون الآخر وكون أصل الدين مشتركاً أو مشاعاً، لا يمنع تعيين ما دفعه للحالف.

وأما الثالث: فما ذكر في الدين لا غبار عليه، لكن الكلام في اختصاص المقدار المقبوض من العين للحالف وجهه أن العين وإن كانت مشاعة ولا تخرج عن الإشاعة بنية الدافع، لكن لما كان في وسع الناكل أن يحلف ويستنقذ سهمه ولكنه امتنع بلا وجه يكون حكم الحاكم في مورد تمت الحجة فيه للحالف، تقسيماً قهرياً للعين المشاعة لأن المفروض أنه يحكم بأن المقبوض للحالف، دون الناكل، ومعنى صحة الحكم هو التقسيم القهري.

أضف إلى ذلك أنه لولاه يلزم الضرر على الحالف لعدم إمكان أخذ حقه بدون إذن الشركاء.

وما ذكرناه من تعيين المأخوذ للحالف من الدين يطابق القاعدة ولا يخالفه

ما ورد في باب الشركة من أنه إذا قبض أحد الشريكين ما جعل له، شاركه الآخر فيما قبضه أعني ما روي عن أبي جعفر عليه السلام سئل أبو جعفر عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما. ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما، وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بهما له. ^(١)

وذلك لأن القدر المتيقن من الرواية ما إذا أدى الدافع بما أنه مال للشركة و عندئذ لا يتشخص للقابض وإلا فلو أدى بما أنه سهمه دون سهم الآخر، لكان المقبوض له.

ثم إن نكول الشريك الآخر، من الحلف ليس مثل نكول المدعي من الحلف حيث يكون حكم الحاكم فيه بمعنى براءة ذمة المدعى عليه من الدين وهذا بخلاف المقام، فإن الامتناع من الحلف بمعنى إيقاف المحاكمة وتأخيرها إلى وقت آخر حتى يأتي بالشاهد الثاني ولأجل ذلك لو مات الناكل، قام وارثه مقامه فلو حلف مع سبق الشهادة يثبت حقه. ولا يضر الفصل.

شرائط نفوذ اليمين في القضاء بالشاهد واليمين

ذكر المحقق لنفوذ اليمين شرطين:

أحدهما: أن يحلف بما يعرفه يقيناً.

ثانيهما: لا يثبت باليمين مالا لغيره.

أما الأول فقد تضافرت الروايات على أنه لا يحلف الرجل إلا على علمه ^(٢)

١- الوسائل: الجزء ١٣، كتاب الشركة، الباب ٦، الحديث ١.

٢- الوسائل: الجزء ١٦، الباب ٢٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٤١.

إنما الكلام في معنى العلم، فهل المراد منه العلم الوجداني أي العلم حسب اصطلاح المنطقيين و هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع أو المراد الأعم منه و من الحجّة الشرعية كالبيّنة، و اليد والاستصحاب، و إن استشكل صاحب الجواهر في الأخير و قال: «لعدم العلم المعتبر في الحلف الذي لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه في الفرض بل لعلّ الثابت خلافه»^(١) وقد أفتى المحقق بجواز الشهادة تعويلاً على الاستصحاب وعلى ذلك لا فرق بين الحلف و الشهادة خصوصاً إذا قلنا بأنه من الأصول التنزيلية، التي ينزل فيها المؤدّي منزلة الواقع. والله العالم.

وأما الثاني فدليله انصراف أدلة اليمين مطلقاً و خصوص قوله عنه في المقام: «مع يمين صاحب الحقّ أو مع يمين طالب الحقّ»^(٢) إلى ذلك أي كون اليمين لصالح الخالف، لا لغيره.

وقد فهم المحقق و غيره من هذه الروايات إثبات الملك لنفسه، و لكن أن الموضوع أوسع منه بل كلّ من تصخّ منه إقامة الدعوى، يصخّ منه الحلف سواء أثبت الملك لنفسه أو لغيره الذي له صلة به في مورد الدعوى وعلى ضوء ذلك يصخّ الحلف من وليّ الطفل و المجنون و متولّي الوقف و الحاكم بالنسبة إلى الأموال العامّة، كالزكوات والأخماس والإمام و أمّا التعبير عن الخالف بصاحب الحقّ و طالبه فهو وارد مورد الغالب أو المراد منه من له صلة له بحيث يعدّ صاحبه و طالبه و الشاهد على ذلك، إن الإمام أقام الدعوى على من استولى على درع طلحة، بما أنّه وليّ أمور المسلمين وأموالهم، ولو كان شريح واقفاً بالضابطة و طلب من الإمام الحلف بعد إقامة الشاهد الواحد، لما امتنع الإمام منه، مع أنّه لم يكن يثبت الملك لنفسه وبما ذكر تنحل مشكلة المدير العامل في الشركات الكبيرة، حيث يتمتع باختيارات منها إقامة الدعوى لصالحها فلو أقام شاهداً و

١- الجواهر: ٢٨٢/٤٠.

٢- الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٤، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٩٠٨.

حلف، فلا يثبت المال لنفسه بل للشركة بما أنه مديرها ومتوليها، كل ذلك يعرب عن أن المناط صحة إقامة الدعوى و أن لا يكون الحالف بالنسبة إلى مورد الدعوى أجنبياً فاقداً للمسؤولية وبذلك يظهر أن ما أفاده السيد الطباطبائي في ملحقات العروة غير تام. قال: إذا كان المدعي قيم الصغير أو المجنون و أقام شاهد واحداً ليس له الحلف بل يتوقف إلى أن يبلغ الصغير و يفيق المجنون وإن اقتضت المصلحة طي الدعوى بالمصالحة مع المدعى عليه جاز^(١) و من المعلوم أن الإيقاف ربما ينتهي إلى ضرر المولى عليه.

لو ادعى غريم الميِّت مالاً له على آخر
لو ادعى غريم^(٢) الميِّت مالاً له على آخر مع شاهد.
أقول: إن للمسألة صوراً: مركزية كقولهم رضى

١- أن يكون الدين غير مستوعب.

٢- أن يكون الدين مستوعباً و قلنا بانتقال التركة إلى الورثة غاية الأمر تكون التركة رهناً في مقابل الدين.

٣- بقاء التركة في ملك الميِّت أو في حكم ملكه.

فعلى الأول و الثاني يتوجه اليمين إلى الوارث لأنه صاحب الحق و طالبه و مالكه و لا تصل النوبة إلى الغريم (الدائن) والحلف لأجل إثبات الملك للحالف و أمّا على الثالث فالوارث والغريم بالنسبة إلى الدين متساويان كما مرّ و توهم عدم نفوذ يمين الوارث لأن المحلوف به إثبات المال للغير (الميِّت) لا يضر لما

١- السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٢/ ٩٥.

٢- المراد من الغريم هنا هو الدائن، و يستعمل أحياناً بمعنى المدين و قد نصّ الجوهري في الصحاح و الفيروز آبادي في القاموس على أنه من الأضداد.

عرفت من كفاية كون الحالف مأموراً بالأخذ والدفع ، فإن المتولي لأمر الميت و تحصيل دينه و صرفه في مواضعه هو الولد، فيجوز حلفه و لأجل ذلك يجوز له أداء الدين من الخارج وإن كان الدين مستوعباً و لأنه إذا أبرأ الغريم يكون الدين له.

ومثله الغريم ، فيصح له الحلف لأن الغاية من إثبات الملك للميت هو تمّلكه و لأجل ذلك يجب اقتران الحلف على مالكيّة الميت للدين، بشيء يدلّ على أنّ له حقّاً في ذمّة الميت حتّى يكون الدين المحلوف به، له في النهاية و بذلك يظهر إتيان ما ذكره السيّد الطباطبائي حيث صحّح يمين كلّ من الوارث و الغريم و قال بجواز حلف الوارث مطلقاً مستوعباً كان الدين أو لا و لو قلنا ببقاء ما يقابل الدين على ملك الميت أو على حكم ملكه في الدين غير المستوعب، فضلاً عن المستوعب الذي يكون الكلّ على ملكه ثمّ علّل جواز حلف الوارث بأنّ له تعلقاً - إلى أن قال - إنّ ما ذكر من عدم جواز حلف الغريم إنّما هو إذا حلف على أنّ المال للميت و أمّا إذا حلف على أنّ له حقّاً في استيفاء دينه من هذا المال فلا نسلم عدم جوازه، لأنّه حينئذٍ حلف على حقّ نفسه و إن لم يثبت به كونه مالاً للميت.^(١)

كما ظهر الضعف في كلام المحقق حيث قال: وإن امتنع الوارث لم يحلف الغريم. وقد عرفت أنّهما في مقابل الدين المستوعب سواسية.

نعم لو امتنع الوارث في الدين غير المستوعب فهنا وجهان:

١- يحلف الغريم.

٢- يقوم الحاكم مكان الوارث و يحلف، و ذكر في الجواهر احتمالاً ثالثاً و هو أنّه للغريم إحلاف المدعى عليه، لأنّ له تعلقاً بذلك فإن أحلفه برأ من

١- السيّد الطباطبائي، ملحقات العروة: ٩٦/٢.

الغريم، ولم يبرأ من الوارث.^(١)

إذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم على أحد^(٢)

إذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم على أحد و أقاموا شاهداً واحداً و حلفوا ثبت حصصهم، وإن امتنع البعض عن الحلف، لم يشارك الباقيين، لما عرفت من تعيين الحصص في مال مشخص، يتوقف على نية الدافع، و المفروض أنه دفع بها أنه سهم الحالف، لا السهم المشترك بين الحالف و الناكل و قد تقدّم.

ولو كانت للميت وصية في مورد الدين يثبت بالحلف^(٣) و ذلك لأنهما من غير فرق بين كونها عهدية أو تمليكية.

أما الأولى كأن يوصي بشيء من تركته لزيد، و يلحق بها الإيصاء بالتسليط على حق و أما الثانية كأن يوصي بما يتعلق بتجهيزه أو باستثمار الحج أو الصلاة أو نحوهما. نعم لا موضوع للقسم الثالث للوصية و هو الوصية الفكية كأن يوصي بفك ملك كالإيصاء بالتحريم، لأن المفروض أن المشهود به، هو الدين لا العين حتى يتحقق فيها الإيصاء الفكي.

ثم إن الموصى له لو كان شخصاً معيناً، أو أشخاصاً معينين، يحلفون و يأخذ كل حصته و إن كانوا غير محصورين كما إذا كان الموصى له هو نوع الفقراء، فمن المحتمل، حلف الحاكم إذا كان عالماً و اختار السيّد الطباطبائي أنه لا بد من ثبوتها بشاهدين أو رجل و امرأة. لخروج المورد عن الضابطة و فيه تأمل يعلم مما سبق.

ولو كان بين الورثة مولى عليه لصغر و نحوه قال المحقق: يوقف نصيبه فإن كمل و رشد حلف و استحق المال و إن امتنع لم يحكم له. و إن مات قبل ذلك

١- الجواهر: ٤٠/٢٨٣.

٢- قد تقدّم نظير المسألة في قوله: «إذا ادعت جماعة مع الشاهد الواحد».

٣- أي حلف الموصى له.

كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه^(١).

يلاحظ عليه:- مضافاً إلى انتهاء ذلك إلى ضياع حق الصغير - أنه يكفي في الحلف كون الخالف مسؤولاً في مورد المال، كالوصي واليتيم و الحاكم فيكفي حلفهم.

مسائل ثلاث:

ذكر المحقق في المقام مسائل خمس ونحن نذكر منها ثلاثاً، لخروج الباقي عن مورد الابتلاء في زماننا هذا.

المسألة الأولى:

فيما إذا ادعى بعض الورثة وقفية الدار للأولاد

إذا كان الوارث جماعة فادعى بعضهم أن المورث وقف عليهم بعض أعيان التركة كالدار مثلاً و أقاموا شاهداً واحداً ليضموا إليه اليمين وقلنا بثبوت الوقف - كما سيوافيك - بشاهد و يمين فله صور سياقي بيانها و لنذكر أموراً تلقى الضوء على المسألة:

١- ربما يتصور أن الحاجة للحلف لأجل وجود من ينكر الوقف من الورثة في جميع الصور و ذلك لأنه لو كانوا متفقين على الوقف ثبت الوقف عليهم بلا يمين لصحة إقرارهم بها في أيديهم و إليه أشار الشيخ في المبسوط قال: وإنما تفرض المسألة إذا كانت مع البنين (المدعين) غيرهم لأنه لو لم يكن غيرهم يثبت الدار وقفاً عليهم بلا يمين.^(٢)

قلت: إن الحاجة إلى اليمين لأجل دفع تعلق الديون و الوصايا بها، و اتفاقهم على الوقفية لا يغني عن الحلف. وعلى ذلك يمكن تصوير الصور الآتية

٢- الطوسي، المبسوط: ٨ / ١٩٥.

١- المحقق الحلّي، الشرائع: ٤ / ٩٣.

بلا منكر.

٢- إنَّ الداعي لإدعاء الوقفية ربِّها يكون علمهم بكون الدار وقفاً وخوفهم من الله إذا سكتوا أو أنكروا و ربِّها يكون الداعي قطع يد الديان أو الأوصياء عنها حتَّى لا يتعلّق بها حقّهم، ويؤدّي الديون من سائر التركة لو كانت.

٣- إنَّ الكلام في المقام على القول بكفاية الشاهد واليمين في إثبات الوقف قال الشيخ: فمن قال ينتقل إلى الموقوف عليه قال يثبت بالشاهد واليمين، لأنّه نقل ملك من مالك إلى مالك، ومن قال ينتقل إلى الله لا إلى مالك قال: لا يثبت إلاّ بشاهدين لأنّه إزالة ملك إلى الله كالعتق. ^(١) وقدر إثبات كفايتهما في إثبات المال دون العنوان (الوقف) ولكن لما كان إثبات المال في المقام متحدّاً مع إثبات العنوان، لا بأس بشبوته بهما وإن لم نقل بالإثبات في سائر العناوين.

٤- إنَّ الوقف ينقسم إلى وقف الترتيب ووقف التشريك، فلو قالوا إنّه وقف علينا، و بعدنا على أولادنا فهو وقف ترتيبيّ ولو قالوا وقف علينا وعلى أولادنا بحيث يشارك أولادُ الأولاد مع الطبقة الأولى فهو وقف تشريكي.

٥- قد قدّم المحقّق الكلام في الأوّل (وقف الترتيب) ونحن نقتفيه وجعل للمسألة صوراً ثلاثاً:

الف: إذا ادّعى بعض الورثة، ولكن في مقام الحلف حلف الجميع.

ب: إذا ادّعى بعض الورثة، وامتنع الجميع عن الحلف.

ج: إذا ادّعى بعض الورثة، فمنهم من حلف ومنهم من لم يحلف.

وإليك الكلام في جميع الصور:

الصورة الأولى: قال المحقّق: فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم. ^(٢)

ويترتب على ذلك خروج الدار عن تعلّق حقّ الديان بها، ولا يقضى منها

الوصايا فإن كانت للميت تركة غيرها، تتعلق الديون و الوصية بها و يُقسم الباقي على أسهم الإرث.

ثم إذا انقضوا فهل تحتاج الطبقة الثانية إلى الحلف أو تثبت عليهم وعلى سائر الطبقات بحلف الطبقة الأولى؟ قال في المسالك: وجهان مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الأول أو من الواقف فإن قلنا بالأول - و هو الأشهر - فلا حاجة إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً، بشاهد و يمين ثم مات فإن وارثه يأخذه بغير يمين - إلى أن قال: - وإن قلنا بالثاني، لم يأخذ إلا باليمين كالבطن الأول.^(١)

يلاحظ عليه: بأن الظاهر أن كل طبقة يتلقى من الواقف و ما ذكره من أن الأشهر الأخذ من الطبقة الأولى لم يتحققه و مع ذلك كله يكفي حلف الطبقة الأولى، و ذلك لأن المحلوف به هو الوقف الذري و هو أمر واحد مستمر و على ذلك جرى المحقق حيث قال في أوائل المسألة الثالثة: «و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده» ولعل مقصوده من الثبوت الأول هو ما ذكرناه من أن الوقف أمر مستمر، و ثبوته عين ثبوت الاستمرار و لأجل ذلك أضاف المحقق و قال: «وكذا إذا انقضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح» وجه عدم الحاجة هو أن ثبوت الوقفية يلازم الاستمرار فإذا كان المحلوف به هو كون البيت وقفاً لهم ثم على الفقراء بعد انقراض النسل، يثبت كونه وقفاً لهم فلا حاجة إلى اليمين.

الصورة الثانية: و هي ما إذا نكل الجميع عن اليمين قال المحقق: و إن امتنعوا حكم بها ميراثاً يقضي منه الديون والوصايا و كان نصيب المدعين (الجميع) وقفاً نعم لو كان بين الورثة منكر، فلا يكون تحت يده وقفاً و لو ماتوا تكون حصّة كل واحد وقفاً أخذاً بإقرار آبائهم بأن البيت وقف و عدم حلفهم لا

يضرّ بإقرارهم فلا يحتاج إلى اليمين لأنّ الواصل إلى كلّ مدع للوقفية أمر لا منازع فيه فيكفي الإقرار من كلّ بطن بأنّ ما في يده وقف، ويكون حجة للبطن الآخر.

ومن هنا يعلم عدم الحاجة إلى عنوان فرع آخر وهو ما في المسالك قال: وهل للأولاد أن يحلفوا على أنّ جميع الدار وقف؟ وجهان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية^(١)، لما عرفت من أنّ الإقرار بلا منازع يكون حجة على الإنسان ومن خلفه إلّا أن يكون الحلف لأجل قطع يد الديان وغيره.

الصورة الثالثة: وهي ما إذا اختلفوا في اليمين (لا في ادعاء الوقفية) فمنهم من حلف ومنهم من لم يحلف قال المحقق: ثبت نصيب الحالف وقفاً، وكان الباقي طلقاً يقضي منه الديون ويخرج الوصايا، وما فضل - يكون - ميراثاً، وما يحصل من الفاضل للمدّعين، يكون وقفاً.
وكلامه هذا يشير إلى أمور:

١- نفترض أنّ الوراث ثلاثة بين حالف وناكلين، فميراث الحالف يكون وقفاً، لأنّه أقام شاهداً وحلف ولا يتعلق به الدين والوصايا.

٢- الباقي كالثلثين إذا كان الناكلان ذكراً يكون ميراثاً لهما حسب الظاهر يخرج منه الديون والوصايا وادعاء الناكلين الوقفية لا يؤثر في منع إخراج الديون والوصايا، ما لم يحلفوا فلأجل ذلك، تقدّم الديون والوصايا على التقسيم، وأمّا باقي التركة ففيها احتمالات:

أ: يقسم بين الناكلين حسب سهامهم فلو كانوا إخوة، يقتسمان ثنائياً وليس للناكلين التصرف فيما بأيديهم حسب إقرارهم وإلى ذلك يشير المحقق بقوله: وما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً..

ب: يُقسَّم بين الجميع حتى الحالف، قال في الجواهر: كما هو ظاهر بعض بل عن بعضهم التصريح به لاعتراف غيرهم من الورثة باشتراكه بينهم أجمع فيؤخذون بإقرارهم ويقسم على الحالف وغيره.

يلاحظ عليه: - كما في الجواهر - أنهم إنما يعترفون بالاشتراك في الجميع و أن ما أخذه الحالف بالوقفية إنما استحقه بالإرث، والحالف أيضاً معترف لهم بذلك، فلا وجه لاشتراكه في الباقي. والحاصل أن اعترافهم بالشركة مقيد، بكون ما أخذه الحالف جزء من الشركة، فإذا استولى عليه أحد الورثاء ولو باسم الوقف، فقد أخذ حقه في نظر الباقيين فليس لهم اعتراف في هذه الحالة.

ج: يقسم بين الناكلين، لكن لو زاد نصيبهما إرثاً على نصيبهما وقفاً يكون الزائد مجهول المالك، كما إذا كان الحالف ذكراً والناكلان اثني فلو كانت الدار وقفاً تقسم بين الثلاثة بالسوية ويكون لكل واحد ثلثها ولو كانت الدار ميراثاً، تقسم أرباعاً، فللحالف ربعان، ولكل واحد من الناكلين ربع فيزيد سهم كل من البنتين على الوقف عما تستحقان على الإرث، فلو افترضنا الدار اثني عشر سهماً، يكون سهم كل بنت على الوقفية أربعة سهام وعلى الميراث ثلاثة، فكل سهم من سهام البنتين يكون مجهول المالك لأن كلاً من الحالف والناكلين يرده أما الحالف لأنه يدعي الوقفية وقد أخذ سهمه وعليها نقسم الدار بالسوية وأما الناكلان فيدعيان الميراث، فميراث كل بنت بمقدار الربع وهو أقل من الثلث.

٣- إذا مات أحد الناكلين انتقل ما أقر بوقفيته، إلى الحالف دون ورثتهما، لأنه مقتضى إقرارهما بالوقف الترتيبي.

٤- إذا مات الحالف انتقل ما أثبتته من ثلث الدار إلى الناكلين.



المسألة الثانية: في ادعاء وقف التشارك

إذا ادعى بعض وقف التشارك و أن المورث وقف البيت على أولاده و أولاد أولاده بحيث لو كان له أولاد ثلاثة، و تولد لبعضهم ولد يكون شريكاً مع الأعمام و الأب في المنافع فعندئذ يقع الكلام في أن البطن الثاني يفتقر إلى اليمين أو لا. اختار المحقق في المقام لزوم الحلف على خلاف ما اختاره في الوقف الترتيبي قائلاً: بأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى، ضرورة تلقي الجميع من الواقف و لا يثبت حق أحد منهم بيمين غيره . وقد مر أنه لا يختار في الوقف الترتيبي عدم حاجة البطن الثاني إلى اليمين قائلاً بأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده، بمعنى الإكتفاء بشوته في حق الأولين عن إثباته في حق البطن الثاني. وعلى هذا يبقى بيان الفرق بين القسمين بعد اشتراكهما في أخذ الوقف عن الواقف وإليك بيانه:

إن البطن الثاني في الوقف الترتيبي في طول البطن الأول، فإذا ثبت كون البيت وقفاً كله و لو للبطن الأول يكفي للبطن الثاني أيضاً، و هذا بخلاف التشاركي فإن البطن الثاني، عدل للبطن الأول فحلفهم لا يكفي لمن هو عدل لهم و في عرضهم.

ولكن الفرق غير واضح، و ذلك: لأن البطن الثاني و إن كان في عرض البطن الأول، لكن بعد وجوده و تولده و أما قبله فقد ثبت كون البيت كله وقفاً، فهذا الثبوت أغنى عن تجديده. و الحاصل أن البطن الثاني في كلا القسمين يتلقون الوقف من الواقف غير أنهم في الترتيبي لا ينتفعون بالوقف مادام الأول موجوداً، بخلاف التشاركي، و أما وقفية البيت كله فتثبت قبل البطن الثاني وجوداً أو انتفاعاً فإن كان يكفي الثبوت الأول، فلازمه الكفاية مطلقاً و إلا فلا و التفريق غير واضح.

وقد عرفت منّا أنّ ماهية الوقف أمر مستمرّ غير منقطع فثبوتة نفس ثبوت الاستمرار، فلا حاجة إلى تجديده و على ضوء ذلك إذا صار لأحد الإخوة ولد، يشاركهم منذ تولّده بلا حاجة إلى اليمين و بهذا يُستغنى عن الفرع الذي ذكره المحقّق في ضمن المسألة الثالثة إذ هو مبني على لزوم حلف البطن الثاني في التشريكي بعد البلوغ و قد عرفت عدم لزومه وإليك كلامه ﷺ : لو ادّعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد ثمّ صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً (بعد ما كان أثلاثاً) و لا تثبت حصّة هذا الولد مالم يحلف لأنّه يتلقّى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى و يوقف له الربع.^(١)

ثم يقع الكلام في أنّه إذا عزل فهل يدفع إلى وليّه أو إلى أمين حتّى يبلغ؟ وهناك احتمال آخر و هو أنّه إذا قلنا بلزوم حلفه، فلما ذا لا يحلف عنه وليّه كما في سائر المقامات و ليس هذا حلفاً لإثبات الملك لشخص أجنبي، وإنّما هو حلف لما هو تحت ولايته و قيمومته، و من المعلوم أنّ الصبر و الإنتظار يؤدّي إلى ضياع الحقّ.

وقد عرفت أنّا في غنى عن هذا الفرع، و الفرع الذي ذكره بعد. قال: «فإنّ كمل (بالبلوغ و الرشد) و حلف، أخذ الربع و غلّته المتجدّدة بعد ولادته. و إن امتنع فقد ذكروا مصرفه وجوه:

- ١- قال الشيخ: يرجع ربه على الإخوة لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم مالم يحصل المزاحم والولد بامتناعه جرى مجرى المعدوم، و أورد عليه باعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع فكيف يجوز لهم أخذه؟!
- ٢- صرفه إلى الناكل لاعتراف الإخوة باستحقاقه.

١- نجم الدين الحلي: الشرائع: ٩٤/٤.

٣- أنه وقف تعذر مصرفه.

إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة.

ولكننا في غنى عن هذه الآراء و عن عقد الفرع، كما في غنى عن الفرع التالي أيضاً، وهو:

لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاة الميت لأن الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع إلى حين الوفاة فيضاف إليه نصف سدس (١٢) فإن بلغ وحلف أخذ الجميع وإن ردّ ففيه وجوه.

لأن كل ما ذكر مبني على لزوم اليمين عليه وقد عرفت عدم الحاجة والله العالم.

الثالثة: في ثبوت الدية وعدمها

ثبت بالشاهد الواحد مع اليمين الدية فيما إذا ادعى عليه القتل خطأ أو عمد الخطأ، لما عرفت من عموم حجتيهما في إثبات المال، وأما إذا ادعى عليه القتل الموجب للقصاص كما إذا كان عمداً فلا يثبت بهما، وأقصى ما يفيد الشاهد الواحد كونه موجباً لاحتمال صدق المدعي للقتل، وبصير الموضوع صالحاً للقسامة كما حرّر في محله نعم لو قلنا باعتبارهما في مطلق حق الناس، لثبت بهما وقد عرفت عدم صحته واختصاصهما بالأموال وعدم إثبات العنوان.

في كتاب قاض إلى قاض

وقبل الخوض في المقصود نقدم أموراً:

١- إن الداعي لإبلاغ الحكم إلى قاض آخر أحد الأمور التالية:

أ: إعلامه بإنهاء الخصومة وقطع المنازعة، حتى لا يتصدى القاضي الثاني

بفصلها، لأنها فصلت فصلاً شرعياً.

ب: استيفاء الحقوق بإجرائه حكم القاضي الأول، إذ رتباً لا يستطيع الأول، الإجراء، لتباعد الغرماء عن أصحاب الحقوق.

ج: رتباً يكون حكم الحاكم الأول قضاء على الغائب، والغائب على حجته، فله أن يرفع الشكوى إلى القاضي الآخر، فيبلغه حكمه حتى يكون على اطلاع من صدور حكم عليه فيأخذ حذره.

٢- إن الهدف من إنهاء الحكم إلى قاض آخر ليس طلب القضاء وإصدار الحكم على وفق حكمه، وذلك لأن صدور الحكم رهن قيام البيّنة والأيمان عند القاضي الثاني، ولم تقم عنده فيكون الحكم على وفق حكمه من قبيل الحكم بما لا يعلم، بل المقصود، هو أحد الأمور السابقة قال سيّدنا الأستاذ: الظاهر أنّ إنفاذ حكم الحاكم أجنبي عن حكم الحاكم الثاني في الواقعة، لأنّ قطع الخصومة، حصل بحكم الأول، وإنّما أنفذه وأمضاه الحاكم الآخر ليجريه الولاية والأمر، ولا أثر له بحسب الواقعة فإنّ إنفاذه وعدم إنفاذه بعد تمامية موازين القضاء في الأول سواء وليس له الحكم في الواقعة لعدم علمه، وعدم تحقق موازين القضاء عنده.^(١)

٣- لا ينفذ الحكم ولا تفصل الخصومة إلاّ بالإ إنشاء لفظاً ولا عبرة بالإ إنشاء كتباً و سيوافيك البحث فيه.

٤- قد ذكر المحقق أنّ إنهاء الحكم إمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة، واللازم هو البحث عن كلّ واحد على سبيل الاستقلال، وبما أنّ الإنهاء عن طريق الكتابة بما هي هي، لم يقل به أحد من الفقهاء، ذهب جماعة إلى كفايتها إذا ضمّ إليها البيّنة أو الشهادة ولأجل ذلك رتباً يحصل التداخل في نقل الأقوال بين الأول

١- تحرير الوسيلة ٢، كتاب القضاء، خاتمة فيها فصلان: الفصل الأول، المسألة ٣.

والثالث خصوصاً في كلمات الشيخ في الكتابين و مع ذلك نسعى أن نأخذ كل واحد بالبحث على وجه الاستقلال.

أقوال الفقهاء في إنهاء الحكم بأقسامه الثلاثة:

قال الشيخ: لا يجوز الحكم بكتاب قاض إلى قاض و خالف جميع الفقهاء في ذلك و أجازوه إذا ثبت أنه كتابه. وقال أيضاً: لا يحكم بكتاب قاض إلى قاض سواء كان على صحته بيّنة أو كان مختوماً فإنه لا يجوز العمل به ثم نقل عن سائر الفقهاء قولين:

- ١- قال أهل العراق و الشافعي: يعمل به إذا قامت البيّنة على ثبوته و لا يعمل به إذا لم تقم و إن كان مختوماً.
- ٢- وقال قضاة البصرة: إنه إذا وصل مختوماً حكم و أمضاه و هو إحدى الروايتين عن مالك.

ثم القائلون بكفاية الكتابة المقرّنة بالبيّنة اختلفوا في تحمّل الشهادة. ^(١)

فقال أبو حنيفة و الشافعي: لا يصحّ إلّا بعد أن يقرأ الحاكم الكتاب على الشهود، و يُشهدهم على نفسه بما فيه و لا يصحّ أن يدرجه ثم يقول لهما اشهدا عليّ بما فيه و لا يصحّ هذا التحمّل و لا يعمل به.

وقال أبو يوسف: إذا ختمه بختمه و عنوانه جاز أن يتحمّل الشهادة عليه مدرّجاً يُشهدهما أنه كتابه إلى فلان فإذا وصل الكتاب إليه شهدا عنده بأنه كتاب فلان فيقرّؤه و يعمل بما فيه. ^(٢)

فتلخص من كلامه أن سائر الفقهاء كفقهاء الشيعة لا ينفذون كتاب قاض

١- من هنا يحصل الخلط بين الطريق الأول: الكتابة والطريق الثالث: الشهادة فتذكر.

٢- الطوسي، الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٢٠-٢٢.

إلى قاض بمجرد الكتابة لكن قضاة البصرة يكتفون في الثبوت بأحد الأمرين: البيّنة أو كونه مختوماً و لكن أهل العراق يقتصرون بالبيّنة وحدها .

لو أرادوا من البيّنة ، الشهادة على حكم القاضي لا الشهادة على أنه خطّه فقد اختلفوا في كيفية تحمّل الشهادة ، فمنهم كأبي حنيفة والشافعي اشترطا تحمّل الشهادة تفصيلاً بقراءة القاضي أو كاتبه الكتاب كهما، لكن أبا يوسف قال بكفاية التحمّل ولو إجمالاً.

ولكن الشيخ لا ينفذ و لا يميز كتاب قاض إلى قاض على أي وجه و لكنه رحمه الله ، أظهر المرونة في كتاب المبسوط بالثبوت فيما تحمّلا الشهادة تفصيلاً لا إجمالاً وإليك نصّه :

فإذا ثبت فكتب قاض إلى قاض كتاباً لم يجز أن يحكم بها فيه و لا يمضيه حتى يثبت عنده بالبيّنات أنه كتاب فلان إليه سواء وصل مختوماً أو غير مختوم، وقال قوم إذا وصل مختوماً حكم به و أمضاه. فإذا ثبت أنه لا يقبل و لا يعمل عليه إلا بالشهادة فالكلام في فصلين: في كيفية التحمّل و كيفية الأداء.

أما التحمّل فإذا كتب القاضي كتابه استدعى بالشهود و قرأه هو عليهم أو دفعه إلى ثقة يقرأه عليهم فإذا قرأه عليهما أو قرأه الآخر فعليه أن يقول لهما: هذا كتابي إلى فلان و قد أشهدتكما ما فيه - إلى أن قال - فإذا وصل الكتاب معها إليه قرأه الحاكم أو غيره على الحاكم و عليهما فإذا سمعاه قالا هذا كتاب فلان إليك و لابد أن يقولوا: قد أشهدنا على نفسه بما فيه، و سواء وصل الكتاب مختوماً أو غير مختوم معنونا أو غير معنون، الباب واحد فإنّ الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم. - إلى أن قال: - فأما إن كتب الكتاب فأدرجه و ختمه ثم استدعى بهما فقال هذا كتابي قد أشهدتكما على نفسي بما فيه لم يجز و لا يصحّ هذا التحمّل.^(١)

هذه كلمات الشيخ، و أما كلمات سائر الفقهاء فمن أراد الاطلاع عليها فليرجع إلى المغني لابن قدامة^(١).

الإنهاء بالكتابة

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أن إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إما بالكتابة أو القول أو الشهادة فلنأخذ كل بالبحث مفرداً.

أما الإنهاء بالكتابة فالمشهور - كما عرفت - عدم العبرة بها لإمكان التشبيه و التزوير، ولكن الحق الاعتماد عليها إذا حصل الاطمئنان بالقصد و عدم التزوير و يؤيده السيرة المستمرة بين العقلاء في المقام و غيره و قد حقق المسألة صاحب الجواهر، و قال: بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء في نسبتهم الخلاف و الوفاق و نقلهم الإجماع و غيره في كتبهم المعول عليها بين العلماء.^(٢)

على أن محور القضاء و إبلاغ الأحكام إلى متولي الإجراء، كلها تتم بالكتابة المختومة المصونة عن التزوير، فلو اسقطنا الكتابة عن الاعتبار، لعرقلت القضاء خطى عن الإجابة على حاجات العصر.

الإنهاء بالقول

و هذا هو الطريق الثاني للإنهاء، كأن يقول القاضي الأول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت قال المحقق: ففي القضاء به تردد نص الشيخ في الخلاف أنه لا يقبل و لكن الحق كفاية المشافهة فيما يترقب من إعلام القاضي الثاني بحكمه و قد عرفنا الآثار التي يربتها الثاني على قضاء القاضي الأول في صدر البحث و لا تقتصر المشافهة على الإبلاغ بشاهدي عدل.

٢- النجفي، الجواهر: ٤٠ / ٣٠٤.

١- ابن قدامة، المغني: ١١ / ٤٦٩ - ٤٧٢.

الإنهاء بالشهادة

هذا هو الطريق الثالث يبحث فيه عن جهتين:

الأولى: حجبة الشهادة: وقد استدل المحقق على قبولها بوجوه أربعة مختلفة فإليك بيانها:

١- إن ذلك مما تمس الحاجة إليه إذ إحتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها في البلاد المتباعدة غالب و تكليف شهود الأصل التنقل متعذر أو متعسر^(١) فلا بد من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء و لا وسيلة إلا رفع الأحكام إلى الحكام. لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل لأننا نقول: قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل. و الشهادة الثالثة لا تُسمع.

٢- لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

٣- لأن المنع من ذلك يؤدي إلى استمرار الخصومة في الواقعة الواحدة بأن يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر، فإن لم ينفذ الثاني ما حكم به الأول، اتصلت المنازعة.

٤- لأن الغريمين لو تصادقا أن حاكماً حكم عليهما، ألزمهما الحاكم ما حكم الأول، فهكذا لو قامت البيّنة لأنها تثبت ما لو أقر الغريم به، لزم^(٢).

ولا يذهب عليك أن مفاد الأدلة الثلاثة الأول هو إثبات مشروعية حكم الحاكم الآخر، بإنفاذ ما حكم به الأول و هذا هو المقصود في المقام.

وأما الآخر، فسيق لإثبات حجبة البيّنة في إثبات حكم الحاكم و هو ليس

١- بخلاف الشاهدين اللذين يستخدمهما القاضي للإرسال و ربّما يكونان من موظفي المحكمة أو خارجها و مستعدين للسفر حتى يشهدا بما رأيا و سمعا.

٢- الشرائع: ٩٦/٤.

بمطروح في المقام لافتراض الإطلاق في حجبتها فلا حاجة إلى الدليل الرابع.

الجهة الثانية: كيفية تحمّل الشهادة

إنّ لتحملها صوراً نشير إليها:

١- أن يحضرا شاهدا الإتهام خصومة الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما الحاكم على حكمه ثمّ شهدا بالحكم عند الآخر فيثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم لينفذ أو يثبت عنده ما حكم به على الغائب وهذه الصورة من التحمّل هي الصورة التامة.

٢- أن يحضرا خصومة الخصمين و يسمعا ما حكم به الحاكم من دون أن يشهدهما القاضي على حكمه بل كان هناك استماع فقط وهذه الصورة كالأولى في الإثبات و لم يذكرها المحقق.

٣- أن لا يحضرا خصومة الخصمين، بل حضرا صدور الحكم من القاضي.

٤- أن لا يحضرا شيئاً ممّا يرجع إليهما غير أنّ القاضي حكى لهما الواقعة و صورة الحكم و سمى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما وصفاتهما و أخبرا بهما حكمه و قد سبق البحث عنه في الطريق الثاني و قلنا بالكفاية و قال المحقق فيه تردد و القبول أولى لأنّ حكمه لما كان ماضياً كان إخباره ماضياً و قد مضى الكلام فيه.

٥- لو لم يحضرا الواقعة و إنّما أشهدهما على أنّه ثبت عنده كذا و كذا، قال المحقق: لم يحكم به الثاني وعلّله في الجواهر بأنّ الثبوت ليس حكماً، وليس بملازم معه.

هذه صورة التحمّل، وتكفي عامة الصور في إثبات صدور الحكم عن القاضي الأول، إلّا الأخير

وللشاهدين أن يقصّوا ما شاهدا، من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاكم

ويقولوا: «أشهدنا على نفسه أو شهدنا» على كذا وكذا.

في تغير حال أحد الحاكمين

لو تغير حال الحاكم الأول بموت أو عزل، لم يقدح ذلك في العمل بحكمه، لكونه واجداً للشرائط عند الصدور نعم لو فسق ففيه التفصيل، فلو كان عادلاً حين الصدور وحين الإنهاء، (وإن فسق حين الوصول إلى القاضي الثاني أو وقت تنفيذه) كفى بخلاف ما لو افتقد العدالة في أحد الطرفين الأولين.

ولو تغير حال المكتوب إليه، فلا يضر، لأن قضاء الأول حجة على كل من كانت عنده البيّنة بأن الأول حكم على كذا.

مركز تحقيقات كميتر علم سبوي
مسائل ثلاث

المسألة الأولى:

ينبغي أن يكون كتاب القاضي إلى قاض مثله، مشتملاً على خصوصيات الطرفين بأن يشتمل على اسم المحكوم له والمحكوم عليه و اسم أبيهما، ومهنتهما، واسم عائلتهما ورقم الهوية إلى غير ذلك من المواصفات التي بها يتعرف على المحكوم عليه. ثم الشاهدان، تارة يشهدان على العين وأن الرجل الخارجي محكوم عليه وأخرى على الأوصاف الكلية، وعلى الأول، ينفذ في حقه الحكم سواء أقر بأنه المحكوم عليه أو لا، لقيام البيّنة على الشخص الخارجي إنما الكلام إذا شهدا على الأوصاف وانطبقت على شخص فحينئذ إن أقر، فيكون مثل الشهادة على العين وإن أنكر أن يكون هو المقصود من الأوصاف الواردة في الكتاب فله صورتان.

الأولى: إذا كانت الأوصاف والشهادة عليها على وجه يحتمل الاتفاق

والشركة غالباً كما إذا اقتصر القاضي على الاسم من دون أن يشير إلى اسم العائلة وغيره كأحمد بن محمد. فهناك وجهان:

١- بطلان الحكم من أصل وهو خيرة صاحب المسالك قال: أمّا إذا اقتصر على إتي حكمت على محمد بن أحمد، مثلاً فقل^(١) يبطل الحكم لأن المحكوم عليه منهم لم يتعين بإشارة ولا وصف حتى لو حضر رجل واعترف بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني في الكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم في نفسه إلا أن يُقر بالحق بخلاف ما استقصي الوصف ولم يقصر وظهر الاشتراك واتفق اشتباهه^(٢) ومال إليه في الجواهر وحكى عن العلامة في القواعد والتحرير.

٢- صحة القضاء غاية الأمر، يرجع في تعيين المحكوم عليه إلى قواعد القضاء وعليه هنا صور ثلاث:

أ: إذا حضر رجل وادّعى أنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب يُلزم بالأداء ولا يتوقف على الإقرار بالحق.

ب: لو أنكر أنه المعني به وأقام المدّعي البيّنة على أنه المعني به، يؤخذ و يُلزم بالأداء.

ج: وإن لم يقم المدّعي البيّنة لزم على المنكر اليمين على أنه ليس بمقصود.

الثانية: ما إذا استقصى القاضي الأوصاف ولم يقصر على وجه يعدّ احتمال الاشتراك فيها نادراً، وعندئذ فإن أقامت البيّنة على أنه اسمه ونسبه أو صدّق المدّعي عليه أنه اسمه واسم أبيه وصار كلّ ما جاء في الكتاب منطبقاً عليه ولم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة، لزمه الحكم لأن الظاهر أنه المحكوم عليه. ولا يلتفت إلى إنكاره، لو أنكر.

نعم لو ادّعى أن في البلد رجلاً يساوي اسمه في الاسم والنسب يكلف

١- القائل هو الشهيد في الدروس.

٢- زين الدين العاملي، المسالك: ٢/ ٤٢٤.

بتعريفه وإثبات أن اسمه ونسبه مساويان معه، فيحضر المشارك فإن اعترف بالحق طوّل به ويُخلّص الأول وإن أنكر وقف الحكم حتى ينكشف ويتبين، للعلم الإجمالي، بأن أحد الرجلين محكوم بالأداء فيوقف الحكم عن التنفيذ في تميّز المحكوم عليه.

وأما إذا كان المساوي في الاسم والوصف ميّناً فلو دلت القرائن على براءة الميّن كما إذا لم يعاصره المدعي، أو كان تاريخ الحق متأخراً عن موته، فيلزم الحي بالدفع وإلا وقف الحكم حتى يتميّز المحكوم عليه كما في صورة حياتهما.

المسألة الثانية

إذا شهدت البيّنة على رجل بدين أو عين لآخر أو اعترف بذلك ابتداء فهل له الامتناع من الدفع أو الردّ حتى يشهد القابض بالأخذ أو لا؟ وجوه:

١- يجوز له الامتناع دفعاً للضرر المحتمل، إذ ربّما يدّعي عليه - بعد الأخذ - وليس له شاهد على الأداء.

٢- لا يجوز له الامتناع - إذ مضافاً إلى أن الإمساك ضرر على المالك - أن أمامه أحد الأمرين حسب اختلاف المورد. الأول: عدم الاعتراف بالأصل وادّعاء براءة ذمته ممّا يدّعيه مع اليمين الصادقة ولا ضرر فيها، أو الاعتراف بالأصل مع اليمين كما في مورد الدوعي حيث يقبل ادّعاء الردّ معها.

٣- التفصيل بين ما لو كان بالحق شاهد فالأول وإلا فالثاني.

واختار المحقق القول الأول قائلاً بأن المنازعة وتوجّه اليمين ممّا ينبغي دفعه خصوصاً عن ذي المروءات فيكون حسم مادّتها بالإشهاد عذراً في تأخير الحق إلى أن يحكمه.

أقول: إن الموضوع في كلام المحقق المشهود عليه، حيث قال: للمشهود عليه

أن يمتنع من التسليم، وعليه ففيما لا يكون هناك شاهد بالحق خارج عن موضوع البحث فيكون البحث مركّزاً على ما إذا كان بالحق شاهد فلا يبقى موضوع للتفصيل بين ما يكون بالحق شاهد وعدمه لأنّ الثاني خارج عن البحث والعرف يساعد على الامتناع إذا كان بالحق شاهد ويرى الممتنع محقاً وبعبارة أخرى أنّه مأمور بالدفع والأداء وأمّا الكيفية فمتروكة إلى قضاء العرف والعقلاء، وهم يرون الدفع بلا إظهار عملاً غير عقلاني وإلقاء للنفس في الخسران، نعم لو لم يكن بالحق شاهد فهو كما عرفت.

المسألة الثالثة

إذا استدان جنساً أو باعه سلباً وأخذ الثمن ودفع الحجة، فهل للمدين أو بائع السلم أن يستردّ الحجة عند الأداء أو لا؟ قال المحقق: لا يجب على المدعي (الدائن والمشتري) دفع الحجة مع الوفاء وذلك لوجهين:

الأول: لأنها حجة له لو خرج المقبوض مستحقاً للغير، ولا ينحصر فائدتها في زمن ملكه بل يحتاج إليها بعد البراءة وخروج الملك عنه ليكون حجة على الدرك.
الثاني: لأنها ملك لمن هي في يده ولا يجب عليه دفع ملكه إلى غيره وإن لم يكن له منفعة.^(١)

وضعف الثاني واضح، لأنّ الحجة لو كانت سنداً مكتوباً فهو غالباً يكون من قبل المدين أو بائع السلف فيكون ملكاً له. فإذا قام بالوفاء يجب عليه دفعه إليه، لأنّه لا يتجاوز عن الرهن، الذي يجب رده إلى الراهن بعد أخذ الدين.

وأما الإمتناع عن الدفع، باحتمال كون المقبوض مال الغير، فلا يكون مجوّزاً للإمتناع، غاية الأمر أنّ للأخذ أن يستشهد لما قبض وأنّه في مقابل الدين، بحيث

لو تبين كونه مال الغير، كانت له الحجة على العود إلى الدافع. أضف إلى ذلك أن العرف يرى الحجة كالرهن لدى الدائن والمشتري، فإذا أدى العين أو خرج عن العهدة تسترد الحجة، كالعين المرهونة وفي بعض الروايات أن الإمام علي بن الحسين عليه السلام قرض و دفع خيطاً من عباءته باسم الحجة، فلما بلغ أجله، وأراد الإمام الوفاء طلب الخيط ولم يدفعه حتى أخذه.

ولو اشترى داراً وباعها من آخر وطلب المشتري الثاني كتاب الأصل قال المحقق: لا يجب التسليم لوجهين كونها ملكاً للمشتري الأول ولأنه حجة له على البائع الأول لو خرج مستحقاً للغير.

يلاحظ على الدليل الأول أن كتاب الأصل ربها يعد من توابع البيت كالمفتاح، فيكون له قسط من الثمن فلا يصح الامتناع من الدفع كما أن الدليل الثاني لا يمنع من التسليم، لإمكان الاستشهاد على ابتياعه من البائع الأول.

وأما الرائج اليوم فإذا تم ثبت البيت في دائرة الأملاك، يدفع إلى صاحبه دفتر يسجل فيه اسم المالك وهويته، ويحدد فيه حدود الملك ويتوارد البيوع المتأخرة عليه فلا مناص عن دفع السند الأول إلى المشتري.

وأما إذا لم يسجل البيت في دائرة الأملاك أو سُجِّل ولكن لا بصورة كاملة فيكتفى بسند عادي أو رسمي دال على البيع من ثالث، من دون الزام على دفع سند الأصل، وربما لا يتمكن من الدفع إذا كان سنداً عاماً لكثير من البيوت والأراضي.

نجز الكلام في الجزء الأول من كتاب القضاء

و يتلوه الجزء الثاني بإذن الله

مبتدئاً بأحكام القسمة .

والحمد لله أولاً وآخراً

فهرس إجمالي لمحتويات الكتاب

٧	مقدمة، و فيها أمور
٣٢	النظر الأول في صفات القاضي
١٩٠	النظر الثاني في آداب القاضي
١٩٠	الأول: عمل القاضي بعلمه، و فيها أمور
٢٢٥	المسألة الثانية: في التماس المذمي حبس المنكر لتزكية البينة
٢٢٧	المسألة الثالثة: فيها فروع ثلاثة
٢٤٦	المسألة الرابعة، فيها فروع ثلاثة
٢٥٣	المسألة الخامسة: في الشكوى على قضاء القاضي
٢٥٨	المسألة السادسة: في شرطية التعدد في المترجم و عدمها
٢٦٣	المسألة السابعة: في صفات كاتب القاضي
٢٦٥	المسألة الثامنة: في عدالة الشاهدين، و فيه مقامان
٢٩٠	المسألة التاسعة: في تفريق الشهود
٢٩٣	المسألة العاشرة: ما هو المعتر في الجرح والتعديل
٢٩٧	المسألة الحادية عشرة: الشهادة بالاستصحاب
٢٩٧	المسألة الثانية عشرة: في تنظيم الملفات
٢٩٨	المسألة الثالثة عشرة: في نفقة المحضر
٢٩٩	المسألة الرابعة عشرة: في تعنيت الشهود
٢٩٩	المسألة الخامسة عشرة: في المداخلة في كلام الشاهد

- ٣٠٠ المسألة السادسة عشرة: في ضيافة أحد الخصمين
- ٣٠٠ المسألة السابعة عشرة: في الرشوة موضوعاً وحكماً، وفيها أمور
- ٣٢٤ المسألة الثامنة عشرة: في إحضار الخصم بطلب المشتكي
- ٣٢٩ النظر الثالث في كيفية الحكم
- ٣٢٩ المقصد الأول: في وظائف الحاكم، وهي سبع
- ٣٣٩ المقصد الثاني: في مسائل متعلقة بالدعوى
- ٣٤٩ المقصد الثالث: في جواب المدعى عليه وفيه بحوث
- ٣٥٠ الفصل الأول: في إقرار المدعى عليه وفيه جهات
- ٣٦٩ الفصل الثاني: في الإنكار، وفيه جهات
- ٣٧٠ الجهة الأولى: إذا حلف المنكر، وفيها مسائل
- ٣٨٩ الجهة الثانية: إذا رَدَّ اليمين على المدعي
- ٣٩٧ الجهة الثالثة: إذا نكل المنكر
- ٤١٤ مسائل
- ٤٤٠ الفصل الثالث: في سكوت المدعي
- ٤٥٣ مسائل في الحكم على الغائب
- ٤٦١ المقصد الرابع: في كيفية الاستحلاف، وفيه بحوث
- ٤٦١ البحث الأول في اليمين وأحكامها
- ٤٧٥ أمور حول الاستحلاف
- ٤٨٨ البحث الثاني: في يمين المنكر والمدعي
- ٥٢٢ البحث الثالث: القضاء بالشاهد واليمين وفيه أمور
- ٥٥١ في كتاب قاض إلى قاض
- ٥٥٧ كيفية تحمّل الشهادة
- ٥٥٨ في تغير حال أحد الحاكمين
- مسائل ثلاث