

الْقُضَاءُ وَاللِّسَانَاتُ

تَهْنِئَةُ الْحَارِثِ

رَسِيمُ الْمَوْلَى الْقَائِمِ آيَةُ اللَّهِ الْعَظِيمِ
السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْبَكْلَانِ الْكَلْبَانِ
(قَلْبُ مَوْلَى الشَّرَفِ)

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ

تَالِيفُ

السَّيِّدِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

الْقَضَاءُ وَالشَّهَادَاتُ

تَقَاتُ بِرُحْمَاتِ

رَعِيَّةِ الْحُوزَةِ الْعِلْمِيَّةِ آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى
السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ زِيَا الْمُؤَسَّسِيِّ الْكَلْبَايَكَانِي
(قَلَسُ سِدَّةِ الشَّرِيفِ)

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ

تَأْلِيفُ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ الْحُسَيْنِيِّ الْبَيْلَاوِيِّ

کتابخانه مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی	
شماره ثبت:	۲۹۶۹۷
تاریخ ثبت:	

القضاء والشهادات

الطبعة الثالثة المحققة

۱۳۸۳ - ۱۴۲۶

الطبعة الاولى: ۱۴۰۱

الطبعة الثانية: ۱۴۱۳

مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی

المؤلف: السيد علي الميلاني

المطبعة: شريعت - قم

الكمية: ۱۰۰۰

الناشر: المؤلف

« حقوق الطبع محفوظة »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بسم اسد الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، وافضل صلواته
وانزكى تحياته على اشرف انبيائه وخاتم رسله زخير خلقه محمد سيد
العرب والعجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولى الفضل والكرام . وعلى
اعدائهم اللعن المؤبد الالام ، الى ان يجيى الله العظام بعد الهرم
وتكبد ، فان العلم نور يقذفه الله في قلب من يشاء
ومن اتى العلم فقد اتى خير كثيرا . وقد فضل الله مداد العلماء
على دماء الشهداء ، وجعلهم ورثة الانبياء .

ثم ان ولنا العلامة الحجة السيد علي الميرزا في ابد الله تعالى
قد صرف عمر الشريف وثمرته في طلب العلم وكسب الفضيلة
وكتب محاضراتنا وبحاثنا في الفقه من (كتاب القضاء) وعرض
علينا ما كتب ، فاطلنا عليه وجدناه جامعاً للسائل حاوياً
للطالب ، محتوياً على النكات والدقائق ، وافيها المراد .

وقد استجازنا في طبعه ونشره ، فاجزنا المذلل ، سائلين
المولى جل شأنه ان يوفقنا لراضيه ، ويكون في العلماء والمجدين
امثالاً ، فسد تعالى دهره ، وعليه سبحانه اجره . والسلام عليه

وعلى سائر العلماء العاملين ورحمة الله وبركاته
تم المقدسة في ٨ ، شهر رمضان المبارك ١٢٩٤

محمد قاسم الميرزا
الميرزا



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كلمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة
الله على أعدائهم أجمعين.



مركز تحقيقات كليات علوم رفسوى

وبعد :

فهذه أبحاث (القضاء والشهادات) كما استفدتها من إفادات سيّدنا الاستاذ
الكبير، زعيم الحوزة العلمية في عصره وسيد الطائفة في أوانه، آية الله العظمى،
السيد محمد رضا الموسوي الكلبايكاني، قدّس الله سرّه، أقدمها في طبعة جديدة
محقّقة، تخليداً لذكّره وخدمةً للعلم وأهله، راجياً من الله أن ينفع به، وهو وليّ
التوفيق.

الحوزة العلميّة - علي الحسيني الميلاني

٢٥ ذوالحجّة ١٤٢٥



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كلمة المؤلف في الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ،
لا سيما خليفة الله في الأرضين ، الإمام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري
أرواحنا فداءه ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين .
ألهم إنا نرغب إليك في دولة كريمة تعزّ بها الإسلام وأهله وتذلّ بها النفاق
وأهله ، وتجعلنا فيها من الدعاة إلى طاعتك والقادة إلى سبيلك ، وترزقنا بها كرامة
الدنيا والآخرة .

وبعد :

فإن لكلّ موجود من الموجودات التي يشاهدها الإنسان نظاماً دقيقاً متقناً
يسير عليه ولا يحيد عنه ، وذلك ﴿ صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ ﴾^(١) ، كما
يشاهد الإنسان كذلك نظاماً كلياً محكماً وسنناً إلهية ثابتة تخضع لها الكائنات
بأسرها ، وتلك سنة الله ﴿ وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا ﴾^(٢) .

(١) سورة النمل ٢٧ : ٨٨ .

(٢) سورة الأحزاب ٣٣ : ٦٢ .

ولم يكن الإنسان الذي خلقه الله تعالى وكرّمه وفضّله على كثير من خلق - كما قال عزّ من قائل : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ ^(١) - بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحية ، بل إن الإنسان أحق وأولى منها في أن يكون له نظام ، لأن الموجودات الأخرى قد خلقت لأجله ، وسخّرت له ، وجعلت تحت سلطنته ، لتعينه على السير في الصراط المستقيم المرسوم له ، حتى يصل إلى الغاية المنشودة التي لأجلها خلق .

فكان لابدّ للإنسان أيضاً من نظام يحدّد له تصرّفاتة في مختلف شئونه الخاصّة منها والعامة ، ويتناسب مع شئّ حالاته ، وذلك النظام هو الذي يعبر عنه بـ (الدين) ، ويعرف بأنه (ما شرع الله لعباده على لسان رسّله) ، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وآله وسلّم ، وكان ما جاء به هو النظام الأتم والقانون الأدق ، ومن ثمّ كان خاتم النبيين وكان هذا الدين خاتمة الأديان .

إن الدين الإسلامي هو النظام الوحيد الذي يستجيب لنداء الإنسان ويتلائم مع فطرته التي خلق عليها ، وإنه النظام الذي يتكفّل سعادة الإنسان ورقبته إلى أعلى درجات الكمال ، ويأخذ بيده إلى ما فيه خيره في عاجله وآجله .

لقد اهتمّ الدين الإسلامي بكلّ ناحية من نواحي الحياة الإنسانية بالقدر اللازم من الإهتمام ، وعلى هذا الأساس ، بذل بالنسبة إلى صيانة حقوق الإنسان وحفظ النظام العام إهتماماً بالغاً ، للأهميّة الكبيرة لهذه الناحية من حياة الإنسان ، فشرّع لها القوانين الحقوقية الثابتة ، وحدّد علاقة الإنسان بالإنسان ، وما يجب له

(١) سورة الإسراء ١٧ : ٧٠ .

وعليه تجاه الآخرين ، وصلة الفرد بالمجتمع وحدود المسؤوليات الفردية والإجتماعية ، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياة .
وقد أشارت الآية الكريمة : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ ... ﴾ ^(١) إلى طريقة الإسلام في معالجة المشاكل التي تعرض الإنسان والمجتمع في هذا المقام . وتوضيح ذلك بإيجاز هو :

إن الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار إلى الكمال المعنوي والفوز برضى الله عز وجل والقرب منه ، وذلك لا يتحقق إلا بتنمية الروح الإنسانية المودعة فيه ، وفطرته السليمة التي خلق عليها ، وتعديل الغرائز المختلفة الكائنة فيه ، فأرسل الله سبحانه رسوله بالبينات وأنزل معهم الكتاب والحكمة والميزان لتحقيق هذا الغرض ، وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » ^(٢) ، فجاء بتعاليم أخلاقية سامية ، وعلم الكتاب والحكمة ، ودعا إلى تهذيب النفوس ، وأمر بالعدل والإحسان ، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغي ، وقد نجح - إلى حد بعيد - في هذا المجال ، فكان في نفس كل إنسان - مسلم متأدب بآدابه - وازع داخلي يمنعه من الإقتراب من أموال الآخرين ، والنيل من أعراضهم والتعدي على حقوقهم .

وقد جعل في الشريعة الإسلامية - إلى جانب ذلك - الأحكام القضائية والقوانين الجزائية ، لتكون سداً أمام من لم ينتفع بالآيات والحكم ، ولم تؤثر فيه

(١) سورة الحديد ٥٧ : ٢٥ .

(٢) مجمع البيان ٥ : ٣٣٣ .

المواعظ والآداب ، فقال مع غرائزه النفسانية التي تحمل الإنسان على أن لا يقتنع بحقوقه ، وتدفعه إلى الظلم والتعدي على حقوق الآخرين ، فجعل (القاضي) لأن يكون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وجعل (الحديد) فيه بأس شديد ، تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغي في المجتمع .

ومن وقف على جزئيات تلك التشريعات في الفقه الجعفري ، عرف مدى الدقة المبذولة فيها من جهة ، ومدى تلائمها مع الفطرة الإنسانية من جهة أخرى ، ولا عجب ، فإنها تشريعات متخذة من أخبار أهل بيت الوحي والرسالة ، وهي مستمدة من جدّهم عن الله عزّ وجل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد وينظم أمورهم ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾ (١) .

وحينئذ ، يسقط عن الاعتبار والإعتناء سائر التشريعات المنسوبة إلى السماء ، فكيف بالقوانين الوضعيّة الحديثة ؟ .
فشكر الله سعي علمائنا الأبرار الذين نقّحوا هذه المسائل ، ورووا أخبارها وجمعوا آثارها ، وكتبوا هذه البحوث العلمية الراقية ، ودرّسوها وخلّدوها إلى يومنا الحاضر .

وعندما انبثقت الثورة في بلادنا ضد النظام الإمبراطوري ، وأطاحت به ، وطالبت الأمة بالعودة بها إلى أحكام الإسلام ، وأقيمت المحاكم الشرعيّة ، قام سيّدنا الاستاذ الأكبر فقيه الامّة وزعيم الحوزة العلمية ، المرجع الديني الكبير ، آية الله العظمى الحاج السيد محمدرضا الموسوي الكلپايگاني دام ظلّه الوارف ،

(١) سورة الملك ٦٧ : ١٤ .

بتدريس «كتاب القضاء»^(١) لإعداد ثلّة من الفضلاء للتأهّل بتولّي هذا المنصب الخطير .

والحق إنها بادرة منه - دام ظله - جديرة بالتقدير ، فإن القضاة إذا صلحوا وساروا على النهج الصحيح ، وحكموا بالحق وهم يعلمون ، وأقاموا العدل ، قام المجتمع بالقسط وساده الأمن وانتشر فيه الصلاح ، وأما إذا تولّى القضاء من ليس أهلاً له ، أو اتّبع هواه عند الحكم ، أو جار فيه ، انتشر الفوضى واختل النظام وفسدت البلاد والعباد .

هذا ، وقد وفّقت لتدوين ما يلقيه سيّدنا الاستاذ في بحثه الشريف ، وعرضته عليه ، فلاحظه وأقرّه ، فلما اكتمل ، استأذنته في نشره - نزولاً عند رغبة بعض الزملاء الأفاضل - فأذن بذلك .

وإني إذ أقدم هذا المجهود العلمي - مع تعليقات على بعض مواضعه - إلى زملائي الفضلاء وإخواني العلماء ، أسأل الله عزّ وجلّ أن يمنّ علينا بدوام وجود سيّدنا الاستاذ ، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، إنه سميع مجيب .

علي الحسيني الميلاني
قم المقدّسة - الحوزة العلمية
١٨ رمضان المبارك ١٤٠١

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



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كتابُ القضاء

مركز تحقيقات كميوتير علوم رسدي

القضاء في اللغة والإصطلاح * القضاء في

الشريعة * وجوب القضاء



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

القضاء في اللغة والإصطلاح

هو لغة لمعان كثيرة ولا حاجة إلى بيانها ، فليراجع كتب اللغة^(١) .
أما في عرف الأصحاب ، فقد قيل : هو فصل الخصومة بين المتخاصمين
وتطبيق الأحكام على موارد الجزئية ، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد ، كما أن
الفتوى عبارة عن الحكم الكلي إلهي بغض النظر عن تطبيقه .
وقيل : هو الولاية على تطبيق الحكم الجزئي في الموارد الجزئية^(٢) .

(١) كالصحيح والقاموس وتاج العروس وغيرها ، فمن تلك المعاني : الحكم والصنع والحتم والبيان
والإتمام ... ولكل واحد منها شواهد في الكتاب والسنة وكلمات العرب ، وقد تكون له معان أخرى
بحسب اختلاف موارد الاستعمال أو أداة التعدية الواردة في الكلام . والظاهر كما عن بعض اللغويين أن
تلك المعاني كلها ترجع إلى معنى واحد وهو انقطاع الشيء ، بمعنى تحتمه وتماحه .
الصحيح ٦ : ٢٤٦٣ ، القاموس ٤ : ٤٣١ ، تاج العروس ١ : ٣٩٦ .

(٢) وفي المسالك (١٣ : ٣٢٥) : « عرفوه شرعاً بأنه : ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات
القوانين الشرعية على أشخاص معينة من البرية بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق » .
وفي المستند (١٧ : ٧) : « ولاية حكم خاص أو حكم خاص في واقعة مخصوصة وعلى شخص مخصوص ،
بإثبات ما يوجب عقوبة دنيوية شرعاً أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فيه أو بنفي واحد منها » .
وفي الكفاية (٢ : ٦٦٠) : « ولاية عامة بالنيابة عن النبي والإمام خصوصاً أو عموماً » .
وفي الدروس : « ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الإمام عليه السلام » .
وهذه التعاريف مشتملة على (الولاية) مع أن القضاء ليس ولاية ، كما أن القضاء ليس فصل الخصومة ...
إذ قد يتحقق ذلك بالصلح ونحوه .

أقول : والظاهر أن القضاء هو «الحكم» ، وهو أحد معانيه المذكورة في اللغة ، وهو الأنسب بموارد استعماله ، قال تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ... ﴾ (١) .

إلا أن هذا الحكم الذي يجب إطاعته وتنفيذه ، لا بد أن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى ، قال عز وجل : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ ﴾ (٢) .

أو من قبل النبي صلى الله عليه وآله ، أو الإمام عليه السلام ، إما خصوصاً أو عموماً كما في رواية أبي خديجة : «ولكن انظروا إلى رجلٍ...» (٣) .

وهو حكم مطابق للحكم الإلهي ، فليس فصل الخصومة من القاضي بفتوى الفقيه أو الفقهاء ، بل إنه حكم يصدره ، ومن آثاره وخواصّه وجوب تنفيذه على الكلّ حتى الفقهاء ، - وهذه حيثية أخرى للتفريق بين المفتي والحاكم (٤) - إلا إذا قطع

→ ومما ذكرنا يظهر أن الأولى هو ما ذكره السيد الاستاذ دام ظلّه من أنه نفس الحكم . أي عند التنازع والخصومة لغرض رفعها ، سواء كان في إثبات حق أو نفيه لأشخاص معينين في نزاع خاص أو في المصالح العامة للمسلمين ، كالحكم بالهلال ونحوه .

(١) سورة الإسراء ١٧ : ٢٣ ، بل (الحكم) أوّل المعاني المذكورة للقضاء في القاموس والصاحح ، فيكون المراد من (القضاء) نفس الحكم الصادر من القاضي من باب الولاية ، فإنه الذي يقطع النزاع ويتم الأمر ويحتمه إن كان صدوره بالشرائط المعتمدة شرعاً ، ومن هنا يعبر عن القاضي بالحاكم ، ويؤمر بالتحاكم إليه .

(٢) سورة ص ٣٨ : ٢٦ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣ / ٥ ، أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

(٤) إن «القاضي» يغير «المفتي» و«المجتهد» و«الفقيه» بالحيثية وإن كانت الأوصاف هذه كلّها مجتمعة - بناءً أعلى اعتباراً لإجتهاد فيه ، لأن القاضي يسمّى قاضياً وحاكماً باعتبار إلزامه بالحكم الذي يصدره ،

أحدهم بعدم تامة بعض مقدمات حكم من الأحكام، أو لم يقل بولاية الفقيه^(١).
وبالجملة، فالمراد من الحكم هنا هو ما يصدره القاضي بعنوان الولاية
والسلطنة الشرعية^(٢)، لا بعنوان الإخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره.
ولهذا الحكم آثار شرعية، كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم
ضمان القاضي - مع عدم تقصيره في مقدمات الحكم - إلى غير ذلك.

القضاء في الشريعة :

ثم إن القضاء أمر ثابت في الشريعة لا يمكن المناقشة فيه، وتدل عليه
الآيات^(٣)، والروايات البالغة حد التواتر عندنا^(٤).
فإنها تدل على ثبوت أصل القضاء في الشريعة الغراء، من قبل الله عز وجل
بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعدة اللطف تقضي بوجود أحكام
بين الناس من قبل الله عز وجل، كذلك تقضي بوجود ولي يقضي بينهم في موارد

→ وأما إذا كان ما يصدره مجرداً عن هذا الاعتبار فإنه يسمى مفتياً، لأنه حينئذ يخبر عن الحكم
فقط، وهو باعتبار مجرد الاستدلال على الأحكام يسمى مجتهداً، وباعتبار علمه بستعين ما
توصل إليه ظنه حكماً شرعياً في حقه وحق مقلديه يسمى فقيهاً.

(١) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعي من الأدلة الشرعية.

(٢) المجعولة له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً أو عموماً.

(٣) كقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ﴾ (سورة النساء: ٦٥) وقوله: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ
الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾ (سورة النساء: ١٠٥) وقوله: ﴿... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى
اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾ (سورة النساء: ٥٩) وقوله: ﴿وَمَا كَانَ لِلْمُؤْمِنِينَ وَلَا الْمُؤْمِنَاتِ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ
أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ...﴾ (سورة الاحزاب: ٣٦) وغيرها من آيات الكتاب.

(٤) وسيأتي ذكر نصوص بعضها لدى التعليق على قول المحقق «... ينفذ قضاء الفقيه ...» الشرائع ٤: ٦٨.

الاختلاف، حسماً للنزاع ودفعاً للخصومة، وأنه لا يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدىً من غير ولي يرجعون إليه عند الخصومة والنزاع ليرفعها، ويأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل إن القضاء أمر ضروري من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق قدس سره في (الشرائع) لا يتعرض لهذه الناحية، لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء :

هذا، ولا يجوز التصدي للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط الاعتبارية الآتية^(١). وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب: فإنه واجب كفائي، لأن الغرض حفظ النظام به كسائر الواجبات الكفائية المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الإسلامي، وقد يجب عيناً في صورة عدم تصدي أحد له، ومتى لم يتوفر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصد له فهل يجب تحصيلها أو حمل الغير على ذلك؟ الظاهر ذلك، لتوقف حفظ النظام عليه أولاً^(٢)، ولأنه لو لم يكن ذلك لتصداه غير أهله، وهو ينافي الإرادة التشريعية لله عز وجل ثانياً.

وهذا الواجب كفائي كما تقدم، ومع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون.

(١) بل إن الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين» وعنه أيضاً: «لسان القاضي بين جمرتين من نار حتى يقضي بين الناس فيما في الجنة وإما في النار» وفي الخبر: «من حكم في درهمين فأخطأ كفر» وفي آخر: «القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة» وفي آخر: «أي قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء». بل في بعض الأخبار: إن القاضي إذا حكم بالحق وهو لا يعلم فهو في النار، انظر: وسائل الشيعة ٢٧: ١٩/٨ و ٢١٤/٣ و ٢٢/٥ و ٢٢/٦ و ٣٢/٤ و ٢٢/٦.

(٢) أي ولو في الجملة، لأن حفظ النظام يتحقق به وبأمور أخرى، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحل المنازعات بالصلح ونحو ذلك.

صفات القاضي



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

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



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الأصل : عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ، لكن قام الدليل - نقلاً وعقلاً - على نفوذ حكم أشخاص... فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا ريب في نفوذ حكمه، لأنه خليفة الله في الأرض وصاحب الولاية الكبرى المقتضية لنفوذ حكمه... وقد قال عز وجل ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً ﴾^(١)، كما لا ريب في ولاية الأئمة المعصومين من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم ، للأدلة المعتبرة الدالة على ذلك كتاباً وسنة ، ومن ذلك قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾^(٢)

ولا ريب في أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد تصدى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات ... وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام ... وهذا يدل على أنه يمكن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص وتولييتهم القضاء^(٤)، فن يصح نصبه لهذا الأمر ؟ ومن الذي ينفذ

(١) سورة النساء ٤ : ٦٥ .

(٢) سورة النساء : ٥٩ .

(٣) فالمراد من « أولي الأمر » فيها - كما في الأخبار المعتبرة - هم الأئمة المعصومون من أهل بيت الوحي والرسالة دون غيرهم .

(٤) فالحاصل : إن الحكم في الأصل لله عز وجل كما قال : ﴿ إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ ﴾ ثم إنه جعله لأشخاص معينين ونصبهم له ، وهم الأنبياء والأوصياء ، وقد أمر الناس بالرجوع إلى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضي بحكم

حكمه وإن لم يكن منصوباً بالخصوص ؟ وما هي صفاته ؟

١ - البلوغ

قال المحقق قدس سره : « ويشترط فيه البلوغ »^(١).

أقول : لا ريب ولا خلاف في اشتراط البلوغ في القاضي ، فلا ينعقد القضاء لغير البالغ^(٢) ، لأنه قاصر محتاج إلى الولي ، ولا تنفذ أعماله في حق نفسه ولا ولاية له عليها ، فكيف يكون ولياً على غيره ؟

٢ - العقل

قال : « وكمال العقل »^(٣).



→ هؤلاء ، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع إليهم ، قال سبحانه : ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُتَّخَذُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ ﴾ (سورة النساء ٤ : ٦٠) . ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشرع : « قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقي » وسائل الشيعة ٢٧ : ١٧/٢ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٣ . ثم إن هذا المنصب الجسيم قد أذن للتصدي له من قبل الأئمة عليهم السلام لمن توفرت فيه الصفات المذكورة في أدلة الإذن ، ومن هنا نشرع في بيان تلك الصفات على ضوء تلك الأدلة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٧ .

(٢) أي حتى المراهق الجامع للشرائط - عدا البلوغ - ويدل عليه الإجماع المصرح به في كلمات جماعة من الأصحاب ، وهو العمدية بعد معتبرة أبي خديجة : « أنظر وإلى رجل ... » . وأما كونه قاصراً محتاجاً إلى الولي في تصرفاته فقاصر عن الدلالة على المنع ، إذ يمكن لهذا الشخص المفروض جامعيته للشرائط عدا البلوغ أن يتصدى للحكم بإذن وليه .

ثم إن الأدلة الأخرى الظاهرة في العموم تخصّص بالمعتبرة المذكورة ، ومثلها الأخرى : « إجعلوا بينكم رجلاً ... » .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٦٧ .

أقول : لا ريب ولا خلاف في اشتراطه واعتباره في القاضي كذلك ، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه^(١).

٣- الإيمان

قال : « والإيمان »^(٢).

أقول : قد يراد به الإيمان المقابل للكفر ، فلا ينعقد القضاء لكافر ، قال الله تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ ﴾^(٣) وقال صلى الله عليه وآله وسلم : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »^(٤).

وقد يراد به الإيمان بالمعنى الأخص ، وهو كونه إمامياً اثني عشرياً... قال في (الجواهر)^(٥) : هو من ضروريات مذهبنا ، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيرة البالغة حد الاستفاضة بل التواتر ، الناهية عن الترافع إلى قضاة الجور وحكام المخالفين - إلا عند التقية - والمقتضية عدم جواز التصرف في ما حكم به قاضي الجور وإن كان حقاً^(٦).

(١) بالإجماع والاعتبار، لوضوح الأمر، وإن أدلة الإذن في الحكم منصرفة عن المجنون قطعاً، وإطلاق معتد الإجماع يعم من كان جنونه دورياً، وأما تعليل بعضهم بمثل ما ذكر في المتن في البلوغ، فغير تام كذلك، والعمدة الإجماع.

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٦٧.

(٣) سورة النساء : ٦٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٧٦.

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ١٣.

(٦) وتجدر طائفة من هذه النصوص في الباب الأول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة، وأول تلك

٤ - العدالة

قال : « والعدالة »^(١) .

قال بعض علمائنا المعاصرين : هذا الشرط يغني عن اشتراط « الإيمان » .
ويمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه : ﴿ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ ﴾^(٢) ، لأن الولاية على القضاء ونفوذ الحكم ، عهد من الله تعالى ، والفاسق ظالم فلا يناله عهده^(٣) .
ويدلّ عليه النصوص الكثيرة^(٤) .

٥ - طهارة المولد

قال : « وطهارة المولد » .



→ النصوص ما رواه عن عبد الله بن مسنن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما مؤمن قدّم مؤمناً في خصومة إلى قاض أو سلطان جائر فقتضى عليه بغير حكم الله ، فقد شركه في الإثم » .
وإلى اشتراطه يشير الإمام عليه السلام في معتبرة أبي خديجة بقوله « رجل منكم » .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٧ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ١٢٤ .

(٣) ولأنه منع من الركون إلى الظالم في قوله عز وجل ﴿ وَلَا تَرْكُؤُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ ﴾ ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم إليه والاستناد إلى حكمه ركون عرفاً ، وإن تنظر بعض أعلام العصر في الاستدلال بالآية الكريمة في هذا المقام .

(٤) كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « اتقوا الحكومة ، فإن الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي [كنبي] أو وصي نبي » وسائل الشيعة ٢٧ : ١٧ / ٣ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٣ . ويدلّ عليه ما دلّ على اعتبار الإيمان .
ولأن الفاسق قاصر عن مرتبة الولاية على الصبي فكيف بهذه المرتبة الجليلة .
ولأن شهادته مردودة فالتقضاء أولى .

أقول : لا دليل يدل عليه بالخصوص . قال في (الجواهر) : « هو واضح بناءً على كفره^(١) ، أمّا على غيره ، فالعمدة الإجماع المحكي ، وفحوى ما دلّ على المنع من إمامته وشهادته إن كان وقلنا به ... »^(٢) ولكن لا يحضرنى الآن دليل لهذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك ، أللهم إلّا بتنقيح المناط أو إثبات الأولوية ، والإنصاف : إن كلّ ذلك مشكل ، فالعمدة الإجماع المحكي عن جماعة^(٣) .

٦ - العلم

قال : « والعلم » .

أقول : لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالأحكام الشرعية وأنه يشترط كون القاضي عالماً ، فعن أبي عبد الله عليه السلام قال : « القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة : رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة »^(٤) .

فهل المراد من العلم^(٥) في هذا الخبر ونحوه هو الاجتهاد المطلق أو يعلم

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

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٣ .

(٣) والأصل الأولي المذكور سابقاً ، وفي مباني تكملة المنهاج : « هذا ، مضافاً إلى أن قوله عليه السلام في صحيحة الجمال المتقدمة : ولكن انظروا إلى رجل منكم ط ينصرف إلى غير ولد الزنا جزماً » .

(٤) وسائل الشيعة ١٨ : ١١ .

(٥) البحث في هذا الشرط في جهات تذكرها باختصار ، ونقتصر على الأقوال وبيان الخلاف فيها : الجهة الأولى : إنه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضي ، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ

→ حكمه ، ويدل عليه - قبل الإجماع - الكتاب والنصوص المستفيضة بل المتواترة من السنة الشريفة ، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والإفتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام ». ومن أخباره ما ذكر في المتن ، وما رواه أبو عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من أفق الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٠ .

والثانية : قال أكثر الأصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلاً بأهلية الفتوى ، قال المحقق : « ولا ينعقد لغير العالم المستقل لأهلية الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء ، ولا بد أن يكون عالماً بجميع ما وليه » شرائع الإسلام ٤ : ٦٧ .

وقال العلامة في القواعد : « فلا ينعقد قضاء .. الجاهل بالأحكام ولا غير المستقل بشرائط الفتوى ، ولا يكتفى بفتوى العلماء ، ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه » قواعد الأحكام ٣ : ٤٢١ .

وفي المسالك ١٣ : ٣٢٨ : « والمراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعية ، وعلى اشتراط ذلك في القاضي إجماع علمائنا ، ولا فرق بين حاله الاختيار والاضطرار ، ولا فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلع على فتوى الفقهاء وغيره ، والمراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً ، فلا يكفي اجتهاده في بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزّي الاجتهاد » .

وصرح كلام المسالك دعوى الإجماع على اشتراط الاجتهاد المطلق ، وقد حكي الإجماع على اشتراط الاجتهاد عن جماعة ، وبه صرح في الرياض ، ومن قبلهم الشيخ قدس سره وستأتي عبارته في المتن . ومن هنا يظهر أن ما ذكره الشيخ في المبسوط بقوله : « وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ويستفتي العلماء ويقضي به » المبسوط ٨ : ١٠١ ليس قولاً لأحد من قدماء أصحابنا .

نعم ، عن المحقق الأردبيلي (مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ١٨) نفي الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد ، واستشكل المحقق القمي في (جامع الشتات ٢ : ٦٨ - حجري) الحكم باشتراط الاجتهاد على الإطلاق ، ولم يستبعد جواز المرافعة للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقة بالواقعة تقليداً في حال الإضطرار ، وفي الجواهر : « بل قد يقال : إن المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن ... » .

والثالثة : هل يشترط في المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفي التجزي ؟ فيه أقوال ، فالأول : ما عرفته من عبارات المزبورة في الجهة الثانية من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً ، كما قد عرفت دعوى الإجماع عليه

المتجزي وعلم المقلد الذي يحكم بفتوى مقلده أو ناصبه أيضاً؟
لقد حكي الإجماع على لزوم كون القاضي مجتهداً ، والقدر المتيقن منه هو
(المجتهد المطلق) وأما بالنسبة إلى غيره فنقول : تارة يقال : بأن حكم الحاكم
موضوع للنفوذ ووجوب الإمتثال ، وأخرى يقال : بأنه بيان لحكم الإمام عليه
السلام فيكون كناقل الحكم ، فبناء على الثاني : ينفذ حكمه ، سواء كان مقلداً أو
مجتهداً مطلقاً أو متجزياً ، وعلى الأول : يكون لحكمه موضوعية ، فيتوقف جواز
الرجوع إلى المقلد والمتجزي ونفوذ حكمها على حجة شرعية ، ومع الشك
فالأصل عدم النفوذ .

وقد استدلل لجوازه برواية أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال : 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 ، فإني
قد جعلته قاضياً ، فتحاكموا إليه »^(١) ، فإن كلاً من المقلد والمجتهد المتجزي « يعلم
شيئاً ... » .

وقوله عليه السلام : « فإني ... » يكشف عن أن القضاء منصب ، وليس
وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والرواية تعمّ زمان الغيبة
والحضور معاً .

→ في المسالك . والثاني : جواز المرافعة للمجتهد المتجزي مطلقاً ، وإليه ذهب صاحب المستند
(١٧ : ٣٩) تبعاً لغيره . والثالث : التفصيل بين صورة التمكن من المرافعة عند المجتهد المطلق
وصورة فقده ، وهو مختار صاحب الكفاية حيث قال : « ولا يبعد القول بالإكتفاء بالتجزي عند
فقد المجتهد المطلق » كفاية الأحكام ٢ : ٦٦٢ .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣ / ٥ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

لكن قال المجلسي قدس سره^(١): هي خاصة بزمان الحضور، ولم يكن
القضاة في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمة ويرجعون إليهم.
وفيه: إن ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئاً...» اشتراط كونه عالماً،
سواء مع الواسطة أو بدونها، فلا اختصاص بزمان الحضور، وسواء علم
بالكبريات وعرف تطبيقها على الموارد الجزئية باجتهاده أو لم يكن كذلك، خلافاً
للعلامة المذكور حيث استظهر منها الدلالة على اعتبار الاجتهاد... والرواية
مشتهرة بين الأصحاب كما في (المسالك)، وهو يجبر ضعف سندها^(٢) لو كان،
يرويه الشيخ الكليني قدس سره^(٣) عن أحمد بن محمد بن خالد، وطريقه إليه
صحيح، وأحمد ثقة، و«أبو خديجة» ضعفه الشيخ^(٤) ووثقه النجاشي^(٥) والعلامة
في (المختلف)^(٦) وأبو علي في كتاب (الرجال الكبير)^(٧) ولدى التعارض بين الجرح
غير المفسر والتعديل، فالتعديل مقدم^(٨).

(١) ملاذ الأخيار ١٠: ١٣.

(٢) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٥.

(٣) في الكافي ٧: ٤١٢/٤ لم يروه عن أحمد بن محمد بن خالد.

(٤) الفهرست ١٤١: ٣٣٧.

(٥) رجال النجاشي ١٨٨: ٥٠١.

(٦) يذكر العلامة في المختلف ٣: ٢١٢، فيه قول.

(٧) منهج المقال: ١٥٧.

(٨) ما ذكره السيد الاستاذ دام ظله الشريف هو أحد الأقوال في المسألة، وقد ذكر جردنا العلامة المامقاني

قدس سره فيها سبعة أقوال في مقباس الهداية في علم الدراية ٢: ١١١ - ١١٧. فليراجع.

أقول: بل ينبغي أن لا يرتاب في وثاقة الرجل، لأن المنقول عن الشيخ قدس سره توثيقه في موضع آخر،

فإذن، يتعارض قولاه ويتساقطان، ويبقى توثيق النجاشي قدس سره بلامعارض. هذا، مضافاً إلى ما

ذكره علماء الرجال في محله من أن للشيخ اشتباهات، والنجاشي لم يشاهده له اشتباه، وقد كرر توثيقه.

إلا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء : « وأما الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواية حديثنا، فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله »^(١) ومقبولة عمر بن حنظلة : « 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 له فإنما يأخذ سحتاً 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 ﴾^(٢) .

قلت : فكيف يصنعان ؟ قال : ينظران من كان منكم ، ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا و حرامنا وعرف أحكامنا ، فليرضوا به حكماً ، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً ، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله ، وعلينا رد ، والراد علينا كالراد على الله ، وهو على حدّ الشرك بالله »^(٣) لزوم كون القاضي مجتهداً .

وهذه الرواية أيضاً مشتهرة بين الأصحاب كما في (المسالك)^(٤) كذلك ، ويكفي لاعتبارها اشتهاؤها بالمقبولة بينهم ، بل لا يوجد في سندها من توقف في توثيقه إلا « داود بن الحصين » قال الشيخ : واقفي^(٥) ، لكن وثقه النجاشي^(٦) ، فهي

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٠١ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٦٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣٦ / ١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١١ .

(٤) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٣٥ .

(٥) رجال الشيخ ٣٣٦ : ٥٠٠٧ .

موثقة معتبرة^(٧).

أقول : ويمكن الجمع بين روايتي أبي خديجة وعمر بن حنظلة بأن يقال : بأنه لا تنافي بين منطوقيهما ، وإنما التنافي بين مفهوم رواية ابن حنظلة ومنطوق رواية أبي

(٦) رجال النجاشي ١٥٩ : ٤٢١ .

(٧) هي في الوسائل : « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة ... » قال : « ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسى . وإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن عيسى نحوه » فطرفها تنتهي إلى « داود بن الحصين » وقد وثقه النجاشي ، واستظهر في تنقيح المقال (تنقيح المقال ١ : ٤٠٨) من عبارته كونه إماماً اثني عشرياً ، لأن من عادة النجاشي التعرض لمذهب من كان غير اثني عشري ، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفي فينتقدم عليه ، لأنه أضبط من الشيخ في علم الرجال . هذا من ناحية داود بن الحصين ، وإنما ضعف الرواية من ضعفها من جهة « عمر بن حنظلة » نفسه ، لأن أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا تعديل ، لكن عن الشهيد الثاني أنه قال : « لكن أمره عندي سهل ، لأنني حققت توثيقه من محل آخر وإن كانوا قد أهملوه » (الرعاية : ١٣١) وقد أشار بذلك إلى ما روي في الكافي في باب وقت الصلاة عن علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن يزيد بن خليفة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن عمر بن حنظلة أتانا عنك بوقت . فقال أبو عبد الله عليه السلام : إذا لا يكذب علينا ، لكن أشكل في سندها بأن راويها « يزيد بن خليفة » ولم تثبت وثاقته ، وأجاب في تنقيح المقال مع تصريح بعدم ثبوت وثاقته في ترجمته مبتلياً أصحاب لها بالقبول في بابها حيث لم يرد لها أحد منهم ، فتدبر .

وقد ذكر رواية أخرى في توثيق عمر بن حنظلة ، وهي في التهذيب في باب العمل في ليلة الجمعة ويومها ، عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن إسماعيل الجعفي عن عمر بن حنظلة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : القنوت يوم الجمعة . فقال : أنت رسول الله في هذا إذا صليتم . الحديث (تهذيب الأحكام ٣ : ١٦ / ٥٧) قلت : لكن الراوي لها هو ابن حنظلة نفسه .

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

خديجة ، فإن مفهوم تلك : من لم يرو حديثنا ولم ينظر في حلالنا و حرامنا فغير مجعول للقضاء ، ومنطوق هذه : «... يعلم شيئاً...» ، لكن التنافي هو بالإطلاق والتقيد ، فالمنطوق مقيد والمفهوم مطلق ، وحينئذ يتقدم خبر أبي خديجة لأنه منطوق أولاً^(١) ولأنه مقيد ثانياً ، فتكون النتيجة : «... قد روى حديثنا ونظر في حلالنا و حرامنا» وهو يعلم شيئاً من قضايانا

وقد يقال : إن رواية أبي خديجة مطلقة كذلك ، لأنها تدلّ على نفوذ حكم من « يعلم شيئاً » سواء كان « راوياً » و « ناظراً في الحلال والحرام » أو لا ، فلا يتم الجمع بينهما بما ذكر ، إلا أن يقال : بأن الميزان هو : « العلم » كما في رواية « القضاة أربعة » وأن « الرواية » و « النظر » ليس لهما موضوعية ، بل اعتباراً كمقدمة وطريق لحصول « العلم » . وبعبارة أخرى : التقيد بـ « الرواية » و « النظر » محمول على الغلبة لا الإحتراز ، لأنه ظاهر في الطريقة لا الموضوعية حتى يكون وصفاً يحترز به عن الظن ليسقط حكم غير المجتهد عن درجة الإعتبار ، ويؤيد الحمل المذكور أنه يبعد جداً أن لا ينفذ حكم من « عرف الأحكام » ولكن لم يرو شيئاً من حديثهم ، فلو كان التقيد بـ « الرواية » احترازياً كان المعنى : من لم يرو شيئاً من أحاديثنا فلا ترجعوا إليه وإن كان عارفاً بأحكامنا وعالمًا بشيء من قضايانا .

ويؤيد ما ذكرنا : أن بعض الرواة كانوا يتعلمون الحكم من الإمام عليه السلام في الواقعة ثم يقضون به ، كما في رواية عبد الله بن طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله عن رجل دخل على امرأة »

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

فقال أبو عبد الله عليه السلام : إقض على هذا كما وصفت لك .

فقال : يضمن مواليه ...»^(١) .

وفي أخرى : « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لما ولي أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه »^(٢) .

وحينئذ ، فمن « يعلم شيئاً ... » سواء عن اجتهاد أو تقليد مجعول من قبل الإمام عليه السلام حاكماً ، ويكون حكمه نافذاً ، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضي العالم بالأحكام تقليداً ، فضلاً عن المجتهد المتجزّي .

إلا أن يجمع بين الخبرين بنحو آخر فيقال : إنّ المعبرة تشترط : « العلم بشيء من قضاياهم » أي الأحكام وكيفية القضاء بين المستخاصمين ، والمقبولة تشترط « الرواية » و « النظر في الحلال والحرام » و « معرفة الأحكام » أي : الاجتهاد ، فيكون الشرط المعبر ، الاجتهاد مع العلم بشيء من قضاياهم ، جمعاً بين الخبرين بناء على ظهورهما في المعنيين المذكورين ، فلا ينفذ حكم المتجزّي فضلاً عن المقلّد .

هذا كله ، بناء على ظهور معتبرة أبي خديجة في جعل منصب القضاء لمن « يعلم شيئاً » من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح ، خلافاً لبعض أعلام المعصر حيث قال : « إن الرواية غير ناظرة إلى نصب القاضي ابتداءً ، وذلك لأن قوله عليه السلام : فإنّي قد جعلته قاضياً ، متفرّع على قوله عليه السلام : فاجعلوه بينكم ، وهو القاضي المجعول من قبل المتخاصمين . فالنتيجة : أن الاستفادة منها أن

(١) وسائل الشيعة ٢٩ : ٦٢ / ٢ . أبواب القصاص ، الباب ٢٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٦ / ١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٣ .

من جعله المتخصصان بينهما حكماً هو الذي جعله الإمام عليه السلام قاضياً ، فلا دلالة فيها على نصب القاضي ابتداءً...»^(١).

أقول : ما ذكره يخالف ظاهر الرواية ، لأن قوله عليه السلام «فإني قد جعلته...» تعليل ، أي : لا ترجعوا إلى من ليس منكم ، بل ارجعوا إلى من جعلته قاضياً منكم وهو الذي ينفذ فيكم حكمه وترضون به ، أو أن المعنى : إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فإني قد جعلت ذلك الرجل قاضياً . فالحاصل : إن جعل الإمام عليه السلام هو علة نفوذ حكمه وجواز الرجوع إليه .

هذا ، والعجب من صاحب (الجواهر) قدّس سرّه قوله بعد استظهار إرادة الأعم من المجتهد من معتبرة أبي خديجة : «نعم ، قد يقال بتوقف صحّة ذلك على الإذن منهم عليهم السلام...» مع أن نفس هذه الرواية دالة على الإذن . ثم قال : «ولو سلّم عدم ما يدل على الإذن ، فليس في شيء من النصوص ما يدل على عدم جواز الإذن لهم في ذلك» .

وفيه : إن مجرد عدم وجود نص على عدم الإذن لا أثر له ، وقد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ، فالنفوذ محتاج إلى الدليل ، وعدم ما يدل على عدم الإذن ليس بدليل .

قال : «بل عموم ولايتهم تقتضي ذلك» ولولا كلمة «بل» لارتفع الإشكال ودلّ الكلام صدرأً وذيلأً على أن عموم ولايتهم - مع فرض عدم الدليل على الإذن - دليل ، وبه يخرج عن مقتضى الأصل المذكور ، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر .

(١) مباني تكملة المنهاج ١ : ٨ .

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

أقول : وهذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبة . نعم ، إذا كان المناط تعلم الحكم - سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدلة أو الأخذ من المجتهد - لم يفرق بين الزمنين .

ثم قال : « ويمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على إرادة النصب العام ... »^(١) .
أقول : يعني أن مقتضى « فإني قد جعلته حاكماً » و « فإنهم حجتي عليكم » أن للمجتهد أن ينصب العامي ، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامي ما للمجتهد ... قلت : لكن هذا المعنى يستفاد من الخبر الثاني منها فقط .

هذا ما يتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة في الباب ، وبقي الإجماع :
قال في (الجواهر) : « وأما دعوى الإجماع التي سمعتها فلم أتحققها ، بل لعل المحقق عندنا خلافها ، خصوصاً بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالاً ثلاثة ... »^(٢) .

أقول : هذه عبارة الشيخ في شرائط القضاء من (المبسوط) :
« لا ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط : أن يكون من أهل العلم والعدالة والكمال . وعند قوم - بدل كونه عالماً - أن يكون من أهل الاجتهاد ، ولا يكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والإجماع ولسان العرب وعندهم

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٩ .

القياس . وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ... والأول هو الصحيح^(١)»^(٢).

وقال في (الخلاف) : « لا يجوز أن يتولى القضاء إلا من كان عارفاً بجميع ما ولي ، ولا يجوز أن يشدّ عنه شيء من ذلك ولا يجوز أن يقلّد غيره ثم يقضي به .

وقال الشافعي : ينبغي أن يكون من أهل الإجتهد 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 أنه لا يجوز أن يفتي .

دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم ، وأيضاً : تولية الولاية لمن لا يحسنها قبيحة في العقول ، بأدلة ليس هذا موضع ذكرها بيّناها في غير موضع ، وأيضاً : ما اعتبرناه بجمع على جواز توليته ، وليس على ما قالوه دليل...»^(٣).

فالشيوخ - قدّس سرّه - يدعي الإجماع على اشتراط الإجتهد مرتين .

فما نسب إليه في (الجواهر) عن (التنقيح) لا وجه له .

وقد ادّعى هذا الإجماع أيضاً جماعة منهم الشهيد الثاني قدّس سرّه^(٤).

نعم ، إن مثل هذا الإجماع - حيث يوجد على معقده أخبار - لا يعتمد عليه ،

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٩٩ - ١٠١ .

(٢) قد ذكرنا أن هذا القول ليس لأحد من أصحابنا الإمامية ، ويتضح من عبارته في الخلاف أن مراده من « وفي الناس من أجاز » هو « أبو حنيفة » ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامة أو علمائهم بـ « الناس » في الأخبار وكلمات الفقهاء .

(٣) كتاب الخلاف ٦ : ٢٠٧ / المسألة ١ .

(٤) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٢٨ .

إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هي المدرك له^(١)، فهي المرجع، وقد استظهرنا منها عدم الإشتراط.

هذا، ولا أقل من دلالة الإجماع وغيره على شهرة القول بالإشتراط بين الأصحاب، وذهاب المشهور إلى هذا القول، يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدلة في المعنى الذي استظهرناه منها، حتى ادّعوا الإجماع على الإشتراط، وهذا ما يمنعنا من الجزم بما استظهرناه، ويرجح القول بإشتراط كونه مجتهداً مطلقاً أو في خصوص مسائل القضاء، على أن التصدي للقضاء مع الجهل بالمسائل التي سيبتلي بها والأدلة التي يحتاج إليها، خلاف ما هو المرتكز في أذهان المتشرعة.

وأما الجاهل العامي فلا يجوز له التصدي قطعاً.

وهنا مسائل:

(الأولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم، لعدم الدليل، ونصب المعصوم عليه السلام القاصر عن درجة الاجتهاد لا يقتضي جوازه للمجتهد، لأن له الولاية العظمى الثابتة له من الله تعالى^(٢).

(١) ويقويه قول الشيخ «دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم» هذا مضافاً إلى أنه إجماع منقول، وقد تقرّر عدم حجيته، مع أن في خصوص إجماعات الشيخ بحثاً ذكر في محله.

(٢) وذلك هو المخرج عن الأصل، لأن موضوع أدلة الإذن هو «العالم» و«الراوي للحديث» ونحو ذلك، والمقلد العامي لا يصدق عليه شيء من هذه العناوين، ولأن الأصل عدم تأثير نصب المجتهد. فإن قيل: فقد نصب المعصوم عليه السلام من كان قاصراً عن مرتبة الاجتهاد.

قلنا: إن الكلام إنما هو في زمان الغيبة، وأما إذا نصب الإمام عليه السلام في زمان حضوره القاضي غير المجتهد فإن فعله عليه السلام حق لأنه معصوم وله الولاية الكبرى.

وقد يقال بالجواز ، لعموم أدلة ولاية الفقيه^(١) الدالة على أن كل ما ثبت للإمام عليه السلام فهو ثابت للمجتهد ، ومن ذلك نصب القضاة ، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه ، أو استناداً إلى ولايته على النصب للقضاء خاصة ، أو يقال : بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له .

وتحقيق الكلام في هذه المسألة موكل إلى ما تقرّر في مبحث ولاية الفقيه . وكيف كان ، فإن فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد في القاضي تمنعنا من الجزم بالوجه الثاني .

(الثانية) قال بعض أعلام العصر : حكم القاضي في الشبهة الحكمية - وهي القضية التي يكون منشأ الترافع فيها الاختلاف في الفتوى ، كما إذا تنازع الورثة في الأراضى ، فادّعت الزوجة ذات الولد الإرث منها ، وادّعى الآخرون حرمانها ، فتحاكم إلى القاضي - إرشادي لا مولوي ، لأنه حينئذ تنجز للمتنجز وهو تحصيل للحاصل وهو محال ، فلا يتصور الحكم في الشبهات الحكمية . وعليه ، يكون المراد

(١) كالتوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم » و « مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه » وسائل الشيعة ٢٧ : ٩ / ١٤ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١١ .

و « اللهم ارحم خلفائي . قيل : ومن خلفائك يا رسول الله ؟ قال : الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي » وسائل الشيعة ٢٧ : ٥٠ / ٩١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٨ .

وهذه الأدلة فيها بحث سنداً ودلالة ، وقد أجاب المانعون عن الاستدلال بها في المقام صغرى وكبرى ، فليراجع . واكتفى المحقق النراقي في المستند بأن قال : « ربما يحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه ، ولم أتحققه ولم أره في كتابه ، ولا أرى له وجهاً أصلاً ... وتوهم : أن عموم الولاية فيما للإمام فيه الولاية ثابت للمجتهد ومنها الإذن الخاص في القضاء ، مدفوع ، بأن للإمام الإذن للأهل والقبائل ، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً على من له الأهلية ، وهي لغير المجتهد غير ثابتة ، ومن ثبت له لا يحتاج إلى النائب لثبوت الإذن له عن المنوب عنه ... » مستند الشيعة ١٧ : ٢٦ .

من رواية عمر بن حنظلة هو الفتوى لا الحكم ، وحينئذ ، تبقى رواية أبي خديجة بلا معارض^(١) .

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

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

(الثالثة) ما المراد من معرفة الأحكام ، والعلم المعتبر في القاضي ؟

إن كان المراد من « عرف أحكامنا » هو معرفة الأحكام الواقعية ، كان المعنى نفوذ حكم من علم بأن حكمه هذا هو حكم الله الواقعي فقط ، ومع الشك فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه ، لأنها شبهة مصداقية ، كما إذا قال : إقتد بالعادل ، فشك في عدالة زيد ، فلا يجوز له الائتمار به .

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

أقول : لم تلحظ الخصوصيات في « الرجل » العالم بشيء من قضايا الأئمة عليهم السلام ، والعارف بأحكامهم ، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين ... فإن هذه الدقائق لم تكن ملحوظة عند

(١) جامع المدارك ٦ : ٦ .

الأمر بالرجوع إلى هكذا عالم ، بل يكفي كون الرجل عالماً مشاركاً إليه بالعلم ، وعلى هذا عمل الناس في هذه الأزمنة أيضاً ، وليس معنى الروايات هذه مجملأ عندهم .
وأما في موارد العلم بالخلاف فنقول : إن حكم الحاكم ملزم ونافذ ، إلا في صورة كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف ، فلو كان المدعي يعلم بأن المال الذي يدعي تملكه ليس له - بل لخصمه - لكن أحضر لدى القاضي شاهدين فحكم بأنه له ، فإن هذا الحكم لا يجوز له التصرف في هذا المال ، لأنه عالم بالخلاف وبكذب دعواه ، وليس عدم نفوذ حكم القاضي حينئذ ردّاً لحكمه ، بل إنه ردّ من المدعي لدعواه هو وإقرار بكذبه فيها .

ولو علم المحكوم عليه بمخالفة الحكم للواقع ، كما إذا علمت المرأة بأنها ليست بزوجة لزيد ، لكن حكم القاضي بزواجيتها له ، فلا ينفذ هذا الحكم - حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان المال مورد الترافع - فلا يجوز لزيد وطؤها ، وعلى المرأة أن لا تمكّنه من نفسها ما أمكن ، لأن حكم الحاكم ليس محللاً للحرام .

فالحاصل: إن حكم الحاكم لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط :

قال المحقق قدّس سرّه : « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً ، فلو غلب عليه

النسيان لم يجز نصبه »^(١).

أقول : هذا مما لا يحتاج إلى الدليل ، فلا بدّ من أن يكون القاضي ضابطاً -

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٧ .

بالإضافة إلى العلم - بهذا المعنى^(١).

الكتابة :

قال : « وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ فيه تردد . . والأقرب : اشتراط ذلك . . »^{(٢)(٣)}.

أقول : إن كان عدم علم القاضي الجامع للشرائط بالكتابة موجباً لوقوع الخلل في الحكم أو مقدماته فهو ، وإلا فإن الكتابة بنفسها لا ضرورة لها ، وعلى هذا عمل أصحاب الحوانيت والكسبة ، فإنهم يكتبون مطالباتهم في الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان ، وأما إذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب .
ومع إخلال الجهل بالكتابة في الحكم أو مقدماته ، يشترط العلم بالكتابة في القاضي مع عدم وجود عارف بها يطمئن إليه ويستعين به ، وإلا فلا حاجة .

(١) وقد اشترطه العلامة في القواعد (٤٢٦: ٣) والشهيدان في الدروس (٦٥: ٢) والروضة (٦٢: ٣) والسبزواري في الكفاية (٦٦٤: ٢)، وفي الرياض (١٢: ١٥)؛ الظاهر عدم الخلاف فيه، لكن في مفتاح الكرامة (١٠: ١٠)؛ قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الأصحاب كالتهذيب وظاهر غيره، وعن الأردبيلي: ما نجد مانعاً للحكم من لا ضبط له كثير وضبط هذه الواقعة، وفي الجواهر والعروة لا دليل عليه بالخصوص. قال في الثاني: إلا دعوى انصراف أدلة الإذن كما لا يبعد في الضبط ونحوه، أو الشك في الشمول حيث أن الأصل عدم الإذن .

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

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٦٧ .

(٣) وقد نسبته في المسالك إلى الأكثر (المسالك ١٣: ٣٢٩)، وفي شرح اللمعة إلى الأشهر، بل عن السرائر إلى مقتضى مذهبنا، لكن لم يذكر وأعلى اعتبار هذا الشرط دليلاً بالخصوص، ودعوى تبادل اشتراطه من أدلة الإذن أو انصرافها إلى العالم بها محل نظر. فها ذهب إليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط في صورة توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه .

٧ - الذكورة :

قال المحقق قدس سره : « ولا ينعقد القضاء للمرأة وإن استكملت الشرائط ».

أقول: قد ادعي عدم الخلاف بل الإجماع على عدم انعقاد القضاء للمرأة .
واستدلّ بوجوه :

الأول : قوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾^(١)، فإنه ظاهر في قيمومية الرجال على النساء ، ولازمها سلطنة الرجال وحكومتهم عليهن دون العكس .

فإن قيل : الآية واردة في مورد الزوجين .
قلنا: وهل يجوز أن لا تكون المرأة ذات سلطنة في شئونها مع زوجها، وتكون لها السلطنة في خارج دارها وعلى غير زوجها من الرجال ؟
فإن قيل : الآية المباركة تنفي ولاية النساء على الرجال ، وأي مانع من ولاية المرأة على النساء ؟ أمكن الجواب : بأن ذلك مقتضى الإجماع المركّب .

﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٢) قال الفاضل الجواد قدس سره :
« أي : الرجال على النساء ، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأي والتدبير والعزم ومزيد القوة في الأعمال والطاعات والفروسية والرمي ، وأن منهم الأنبياء والأئمة والعلماء ، وفيهم الإمامة الكبرى وهي الخلافة ، والصغرى وهي الإقتداء بهم في الصلاة ، وأنهم أهل الجهاد والأذان والخطبة . إلى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن .

(١) سورة النساء ٤ : ٣٤ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٣٤ .

قال في الكشف : وفيه دليل على أن الولاية إنما تستحق بالفضل لا بالتغلب والإستطالة والقهر^(١).

قلت : هذا مما أجراه الله على لسانه ، فإننا لم نجد فيمن تقدّم على علي عليه السلام - بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم - فضيلة يستحق بها الولاية ، كما عرف في محله^(٢).

ولا ريب في أن جهات الفضيلة موجودة في نوع الرجال - سواء في ذلك الصفات الخلقية والخلقية - وليست في نوع النساء .

ويشهد بذلك ما ذكره الفاضل المذكور ، من أن فيهم النبوة والإمامة والولاية ، ولم نجد إلى الآن انعقاد القضاء لامرأة ، ولو كان ذلك جائزاً لتصدى له بعض النساء الفاضلات ، كالصديقة الطاهرة وعقيلة بني هاشم عليهما السلام ، ولو بالنسبة إلى النساء خاصة ، بل إن حضور النساء عند القاضي الرجل - في حال جواز انعقاده لامرأة - مرجوح مرغوب عنه شرعاً .

على أننا قد استشكلنا في إمامة المرأة للنساء واقتدائهن بها في الصلاة ، لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه^(٣).

هذا ، والآية نازلة بعنوان حكم إلهي في قضية ، رواها الشيخ أبو علي

(١) الكشف ٢ : ٦٧ .

(٢) مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام ٣ : ٢٥٧ .

(٣) قال سيدنا الاستاذ في التعليق على قول صاحب العروة «يجوز إمامة المرأة لمثلها» قال : «في غير صلاة الميت اشكال» . وهذه المسألة قد اختلف فيها كلمات الأصحاب تبعاً للأخبار الواردة فيها . راجع الصلاة من مصباح الفقيه وغيره .

الطبرسي^(١).

وهي تدلّ على أن للرجال الولاية على النساء ، وليس هنّ عليهم ولاية .

فهي مخصّصة لعمومات الحكومة بالعدل^(٢).

الثاني - قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ ﴾ ، فإن هذه الآية ظاهرة في

أن للنساء على الرجال حقوقاً ، ولكن ﴿ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾^(٣).

الثالث - قوله تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾^(٤) واستلزام تصدّي المرأة

القضاء للخروج عن البيت وإسماع صوتها الرجال وغير ذلك من الامور المنهي

عنها في الشرع ، في غاية الوضوح ، وتعيير الأصحاب والصحابيات عائشة بنت

أبي بكر على خروجها من بيتها إلى البصرة - من هذه الجهة - ونهيم إياها عن

الخروج وتذكيرهم لها بأمر الله وحكمه بأن تقرّ في بيتها ، مشهور .

الرابع - قوله عليه السلام في معتبرة أبي خديجة : « أنظروا إلى رجل » .

لا يقال : إنه ليس للرجل موضوعيّة ، لأنه لا يمكن إلغاء الخصوصيّة في مثل

هذا المقام ، وأن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي الموضوعيّة ، فالرواية هذه مقيدة

للروايات المطلقة إن لم تكن منصرفة عن النساء .

(١) مجمع البيان في تفسير القرآن ٢ : ٤٢ .

(٢) كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا

بِالْعَدْلِ ﴾ (سورة النساء ٥٨ : ٤) وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا أَقْوَامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ

وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا ﴾ (سورة النساء ط : ١٣٥) وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا أَقْوَامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا

أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا ﴾ (سورة المائدة ٥ : ٨) .

(٣) سورة الأحزاب ٣٣ : ٣٣ .

(٤) سورة الأحزاب : ٣٣ .

الخامس - ما ورد في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأمر المؤمنين عليه السلام المروية في (الفقيه)، بإسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام : « يا علي ليس على المرأة جمعة - إلى أن قال - ولا تولّى القضاء »^(١)، وهذا النفي وضعي كما لا يخفى .
والرواية وإن كانت غير تامة سنداً^(٢)، إلا أن رواية الأصحاب لها واستدلّوا بها يجبر ضعفها، كما تقرّر هذا المعنى بالنسبة إلى حديث « على اليد... » ونظائره .

وربما يقال : إن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « ليس على النساء... ولا تولّى القضاء » لا يدلّ على المنع ، بل ظاهره عدم الوجوب .
وفيه : ليس الأمر كذلك في كلّ مورد ، فإن هناك موارد جاء فيها : « ليس على... » بمعنى « لا يجوز... » .
السادس - النبوي « لا يفلح قوم وليتهم امرأة »^(٣) .

السابع - ما عن مكارم الأخلاق : « إن إقامه للصلاة... ولا تتولّى المرأة القضاء »^(٤)، وهي مطلقة تعم الحكم الوضعي والتكليفي معاً^(٥) .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦ / ٢ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٢ .

(٢) لأن روايتها بين مجهول ومهمّل .

(٣) حديث نبوي رواه العامة ، انظر المجموع في شرح المهذب ٢ : ١٤٢ .

(٤) بحار الانوار ١٠٣ : ١ / ٢٥٤ .

(٥) ويستدل له أيضاً بما يلي :

١- ما رواه جابر بن يزيد الجعفي قال : سمعت أبا جعفر محمد بن علي الباقر عليه السلام يقول : « ليس على النساء أذان ولا إقامة ولا جمعة ولا جماعة... ولا تولّى المرأة القضاء ولا تلي الإمارة ولا تستشار » وسائل

السمع ، البصر ، النطق :

وهل يشترط السمع والبصر والنطق ؟ قيل : نعم ، واستدلّ له بأنه لولاها لتعذر القضاء ، وبأنه مقتضى الإطلاقات ، فإنها منصرفة عن الأصم والأعمى والأبكم ، ولا أقلّ من الشك في شمول أدلة الإذن لهم .

أقول : لا ينبغي الإشكال في الإشتراط فيما إذا توقف القضاء على ذلك .
الحرية :

وهل يشترط الحرية ؟ قال في (المبسوط) : نعم^(١) ، وقال المحقق :

-
- الشيعة ٢٠ : ١/٢٢٠ . أبواب مقدمات النكاح ، الباب ١٢٣ .
- ٢- ماروي في الوسائل عن الكليني بسند عن أبي جعفر وبآخر عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في رسالة أمير المؤمنين عليه السلام إلى الحسن عليه السلام : « لا تملك المرأة من الأمر ما يجاوز نفسها . » قال في الوسائل : « ورواه الرضي في نهج البلاغة (٥٠٤ / ٣١) مرسلًا نحوه » وسائل الشيعة ٢٠ : ١/١٦٨ .
- أبواب مقدمات النكاح ، الباب ٨٧ .
- ٣- مارواه الشيخ الكليني في الكافي مسندًا عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كل أمر تدبره امرأة فهو ملعون » وسائل الشيعة ٢٠ : ٤/١٨٢ . أبواب مقدمات النكاح ، الباب ٩٦ .
- ٤- ما دلّ على ترك طاعة النساء والنهي عن مشاورتهن . وسائل الشيعة ٢٠ : ١٨١ . أبواب مقدمات النكاح ، الباب ٩٦ .
- ٥- ما دلّ على نقصان عقلها ودينها .
- ٦- ما دلّ على عدم صلاحيتها للإمامة في الصلاة للرجال أو مطلقاً .
- ٧- دعوى انصراف الأدلة المطلقة عن المرأة .
- ٨- الأصل ، فقد تقرر أنه عدم الإذن .
- والحق : أن هذه الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع وغير ذلك - بمجموعها - تشرف الفقيه على القطع بالحكم في هذه المسألة .
- (١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٠١ .

«الأقرب : إنه ليس شرطاً»^(١).

وقد استدللّ للأول في (المبسوط) و (المسالك) وغيرهما بأمرين :

أحدهما : إن من كان لغيره ولاية عليه لا يكون ذا ولاية .

والثاني : إن القضاء منصب عظيم ، والعبد قاصر عن نيل هذا المنصب .

والجواب : أمّا عن الأوّل : فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبرة فيه وأذن له

المولى في تصدي القضاء ، فلا مانع .

وأما عن الثاني : فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد إن كان واجداً

للشرائط المعتبرة ، كالحراً^(٢).



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٨ .

(٢) لكن قد يجاب عن الجواب الأوّل بأنه إذا جاز ذلك فليجز بالنسبة إلى غير البالغ - ولا سيما المراهق - .

وعن الثاني : باحتال انصراف تلك الإطلاقات عن العبد .

هذا ، ولا أقل من الشك والأصل هو العدم .

لكن الذي يسهل الأمر انتفاء الموضوع في هذه الأزمنة .

مسائل



في قاضي التحكيم * حكم تولي القضاء هل يجوز
الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل عند التعدد ؟
هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟ حكم ارتزاق القاضي من
بيت المال * بم تثبت ولاية القاضي ؟ جواز نصب
قاضيين في البلد الواحد * ما يتعلق بانعزال القاضي
وعزله * هل ينعزل بموت الإمام ؟ هل تنعقد الولاية
لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحة ؟ هل ينفذ حكم
من لا تقبل شهادته ؟



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المسألة الأولى

(الكلام في قاضي التحكيم)

قال المحقق قدس سرّه : « يشترط في ثبوت الولاية إذن الامام عليه السلام أو من فوّض إليه الإمام »^(١).

أقول : لا ريب ولا خلاف في هذا، وقد أشرنا إلى ما يدل على ثبوته، وهذه الكلمة من المحقق قدس سرّه كمقدمة لقوله بعده : « ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم يثبت ولايته. نعم، لو تراضى خصمان بواحد من الرعية... ».

أقول : أما عدم نفوذ حكم من استقضاه أهل البلد ، فإنه بالنسبة إلى زمن حضور المعصوم وبسط يده واضح ، لأن النبي وأمير المؤمنين - صلى الله عليهما وآلهما وسلّم - كانا يرسلان القضاة إلى البلاد ، فلا ينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضي المنصوب من قبل المعصوم . وأما في زمن الغيبة - أو الحضور مع عدم بسط اليد - فإن الإذن العام الصادر منهم عليهم السلام - كما تدلّ عليه الروايات - يقتضي نفوذ حكم القاضي الذي استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر في مرافعاتهم ، على الخلاف في الصفات المعتبرة فيه ، والقدر المتيقن هو المجتهد المطلق .

فعليه ، لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعة الإمام المبسوط اليد ، وكسب إذنه .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٨ .

وأما في زمن الغيبة أو عدم بسط اليد، فالإذن العام يكفي لنفوذ حكم من كان هذا الإذن شاملاً له . ولقد أشكل الأمر هنا على الأصحاب فقالوا : إن كان من رجع إليه أهل البلد مجتهداً، فالإمام قد أذن في الرجوع إليه مطلقاً، وإن لم يكن مجتهداً، فلا اعتبار بحكمه مطلقاً، فأبي ثمره لهذا الكلام ؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائدة في العبارة، وعلم المراد من عنوان المسألة .

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



هل يشترط الرضا بالحكم بعده؟

قال المحقق قدس سره : « ولا يشترط رضاها بعد الحكم »^(١) .

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

أقول : مقتضى الدليل التعبدية تأثير رضاها بالحكم بعده في بعض الموارد، مثل كون الدية على العاقلة^(٢)، وفي بعض الموارد لا يتوقف الحكم على

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٨ .

(٢) يعني : إنها لو تنازعا في قتل، فقال أحدهما بكونه عن عمد وقال الآخر هو عن خطأ، فحكم بكونه خطأ، فلورضيا بهذا الحكم بعده وجبت الدية على العاقلة، فأثر رضاها به بعده لزوم الدية على طرف ثالث وهو العاقلة .

الرضا أصلاً، كما إذا تنازعا في الرضا مثلاً، بأن قال أحدهما بتحقيق الرضا الموجب للحرمة في مورد، وقال الآخر بعدمه، فحكم الحاكم حسب القواعد والأدلة، فإنه لا أثر لرضاها بعدئذ. والحاصل: إن تأثير رضاها على القاعدة، إلا إذا دلّ الدليل في مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبة إلى غير المتخاصمين.

ويمكن أن يستدل لكفاية الرضا السابق في جميع الموارد برواية الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منّا. فقال: ليس هو ذاك، إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط»^(١) بأن يقال: فرق بين لسانها ولسان معتبرة أبي خديجة التي جاء فيها: «فإني قد جعلته قاضياً» فتلك تعلّل نفوذ الحكم بالجعل، وهذه بالرضا، وظاهرها نفوذ حكم من رضي المتخاصمان من الأصحاب بحكمه، إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسوط..

نعم، يشترط كونه واجداً للشرائط المعتبرة، وحينئذ، يكون الرضا دليلاً على النفوذ كالإذن مطلقاً، وعلى هذا، فلا تبقى ثمرة لهذا البحث بالنسبة إلى زمن الغيبة حيث تحقق الإذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا.. إلا أن يدعى دلالة ما في ذيلها وهو قوله عليه السلام: «إنما هو الذي..» على لزوم الرضا بعد الحكم، أي: بأن يكونا مطيعين للحكم ومنفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

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

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ١٥/٨. أبواب صفات القاضي، الباب ١.

هل يشترط فيه ما يشترط في المنصوب ؟

قال : « ويشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب عن الإمام »^(١) .
 أقول : أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمة له أصلاً ، لأنه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي المنصوب ، من الاجتهاد وغيره ، يكون قاضي التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الإمام عليه السلام ومأذوناً له في الحكم .
 وقال جماعة : بأن هذا الفرع يجري في زمن حضور الولي الذي بيده الحكم ونصب القاضي لأجل الحكم ، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالتراجع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعتبرة وإن لم يأذن له الإمام بالحكم ، سواء كان في زمن الحضور مع بسط اليد ، كزمن النبي وأمير المؤمنين عليهما الصلاة والسلام ، أو مع عدمه ، فلا ثمة للبحث عن قاضي التحكيم في زمن الغيبة ، لأنه إن لم يكن واجداً للشرائط فلا أثر لحكمه ، وإن كان واجداً لها فقد دلت المقبولة وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الإمام في الحكم .

وعن بعض المعاصرين : تصوير المسألة بحيث يكون لها ثمة في زمن الغيبة كذلك ، لدلالة رواية الحلبي المتقدمة على أنه لا مانع من التراجع عند من تراضيا بالتراجع عنده ، وإنما منع الإمام عليه السلام من التراجع عند من يجبر الناس على التراجع عندهم بالسوط والسيف ، فالرواية ظاهرة في أنه حيث لا جبر ، يصح التراجع وإن لم يكن واجداً للشرائط ، فيكون حاصل البحث : إن الإمام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط إنما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره - وإن الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ إلى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه -

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٨ .

فقداد قوله : إذا لم يكن سيف وسوط ، هو أنه ينفذ حكمه وإن لم يكن مجتهداً ، ويكفي علمه بالحكم في الواقعة المتخاصم فيها .

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

وقوله تعالى : ﴿ يَا مَرْكُومُ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ ^(١) ، يشمل بإطلاقه العامي غير المأذون بالحكم الذي تراضيا بالترافع عنده .

أقول : وفي هذا القول نظر ، فإن الآية وأمثالها لم تنمك بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق ، بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق ، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبة إلى العامي الذي تراضيا بالترافع عنده ؟

وأما رواية أبي خديجة ، فليس المستظهر منها ما ذكر ، بل تقدّم أنها ظاهرة في أن من كان كذلك ، فتراضوا بالرجوع إليه ، لأنه مجعول حاكماً من قبلي ، فإذا حكم فقد حكم بحكمنا ، ومع التسليم بما ذكره ، فإن النسبة بين هذه الرواية والمقبولة هي العموم من وجه ، فيقع التعارض ويتساقطان ، ويرجع إلى الأصل المذكور في أول الكتاب .

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً ، وأنه يتقدّم المنطوق على مفهوم تلك الرواية الاخرى ، لأن المنطوق يتقدم على المفهوم ، ولأنه خاص أيضاً ، بل لقد احتملنا سابقاً ، كون المقبولة بصدد بيان اعتبار المعرفة والنظر في الأحكام ،

والمعتبرة بصدد بيان العلم بالقضايا ، فتكون احداهما مؤكدة للآخرى . نعم ، لا يشترط الإحاطة بجميع الأحكام والقضايا ، بل يكفي كونه مجتهداً متجزياً^(١) .

فالحاصل : إن كان المستفاد من المقبولة والمعتبرة هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم ، فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد المستجزي ، وأما إذنهما لغيرهما للتصدي فيحتاج إلى دليل . ولو فرض الإطلاق في « يعلم شيئاً » ، فإن المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه ، ولعلّه لقرينة موجودة عندهم مفقودة عندنا ، فالقول بجواز جعل العامي قاضياً للتحكيم مشكل جداً^(٢) .

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

(٢) وحاصل الكلام في هذه المسألة في مقامات :

الأول : في مشروعية التحكيم ، والمشهور كما في المسالك (١٣ : ٣٣٢) والرياض (١٥ : ١٤) والكفاية (٢ : ٦٦٤) جوازه ، بل لم يذكر وافيته خلافاً ، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً ، واستدلوا عليه بعموم قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ وبعموم ما دل على وجوب الأمر بالمعروف ، وبخصوص « من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى » (المغني ١١ : ٤٨٥) ، وهو خبر نبوي عامي . قال في مفتاح الكرامة : « واستدل عليه أيضا في الخلاف بأخبار الفرقة ، ويشير إليه حسن أبي بصير يزيد بن إسحاق وغيره من الأخبار . فكأن من أنكر الدليل عليه من الأخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثة بحال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف » .

هذا ، وصرح عبارة المحقق والعلامة في أول القواعد كغيرهما بنفوذ حكم قاضي التحكيم في كل الأحكام . قال في المسالك (١٣ : ٣٣٢) : لو جود المقتضي في الجميع وعموم الخبر ، وعن العلامة أنه استشكل ثبوته في الحبس واستيفاء العقوبة .

الثاني : قد نص المحقق والعلامة والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب ، بل في المسالك - كغيره - وقوع الاتفاق عليه ، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظله ، خلافاً لبعض أعلام العصر في مباني تكملة المنهاج .

وقد بحثوا سبباً على الإشتراط - عن تصوير قاضي التحكيم في حال الحضور والغيبة ، لأنه إن استجمعها كان مأذوناً وإن فقدت فيه لم يجز له القضاء .

وهل يشترط الأعلمية ؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد ، والأدلة مطلقة ، على أنه يستلزم العسر والهرج .

وهل يشترط الأعلمية في البلد ؟

يمكن اشتراط ذلك في البلاد الصغيرة ، وأما الكبيرة ، فإنه يستلزم العسر والهرج ، والأدلة مطلقة .

وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده لمالك رضي الله عنه : « اختر أفضل رعيتك »^(١) ، فظاهر في الأولوية .

وقال صاحب (الجواهر) قدس سره باشتراط أن لا يكون المحاكم المجتهد انسدادياً ، لأن الانسدادي غير عالم ، وقد اعتبر الشارع كونه عالماً بالأحكام ، إلا إذا كان عالماً وقاطعاً بحكم الله تعالى وإن كان عن طريق ظني ، لأن ظنية الطريق لا تنافي قطعية الحكم ، وأما مع كونه ظاناً بالحكم في حينه ، فلا يجوز الرجوع إليه ولا ينفذ حكمه .

أقول : وهذا متين ، إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء في عصر من العصور

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

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٦٣ . وعهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشتر رضي الله عنه مذكور في نهج البلاغة .

انسداديين .

قال المحقق قدس سره : « ويعم الجواز كل الأحكام » .

أقول : هذا إشارة إلى مذهب بعض العامة الذين خالفوا في هذا الحكم ، أو من فصل ، فقال بنفوذه في بعض الأحكام فقط .

نفوذ قضاء الفقيه في زمن الغيبة :

قال المحقق : « ومع عدم ^(١) الإمام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت ^(٢) ، ولو عدل والحال هذه إلى قضاة الجور كان مخطئاً » ^(٣) .

أقول : وفي (الجواهر) : نعم لو توقف حصول حقه عليه ولو لامتناع خصمه



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

(٢) من الأخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبة ... بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه » فيها - خبر أبي خديجة الذي ذكره المحقق في المتن . ومنها : مقبولة عمر بن حنظلة الذي جاء فيه : « ينظران إلى من كان منكم ممن قدر وى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً ، فإني قد جعلته عليكم حاكماً ، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما يحكم الله استخف وعلينا رد ، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله . قال : فإن كان كل واحد اختار رجلاً من أصحابنا .. فقال : الحكم ما حكم به أعد لها وأفقهها وأصدقهما في الحديث وأورعهما ... » .

ومنها : خبر داود بن الحصين : « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف ... فقال : ينظر إلى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ، ولا يلتفت إلى الآخر » . ومنها : خبر الثميري ، فقد جاء فيه : « ينظر إلى أعد لها وأفقهها في دين الله فيمضي حكمه » . ومنها : التوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا ... » . راجع أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة .

(٣) للنهي عن ذلك في النصوص المعتمدة الكثيرة ، كخبر أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الأول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة .

عن المرافعة إلا إليهم جاز^(١).

وقال السيد قدس سره في (العروة) : لا يجوز الترافع إلى قضاة الجور اختياراً ، ولا يحل ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقاً إلا من طرف حكمهم ، وأما إذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليته^(٢).

أقول : لكن الرواية^(٣) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم وإن كان حقاً ، إلا أن تحمل الرواية على صورة شكّه بكونه محقاً ، وأن أخذه بحكمهم حال كونه شاكاً غير جائز ، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الرواية صورة العلم ولم يبعد كلام السيد قدس سره .

وعن (الكفاية)^(٤) : إن حكم الجائر بينها فعل محرم والترافع إليه يقتضي ذلك ، فيكون إعانة على الإثم وهي منهي عنها .

وأجاب في (الجواهر) بمنع كونه إعانة أولاً ، ومنع حرمتها ثانياً ...

أقول : أما الحكم ، فإنه يصدر من القاضي اختياراً ، وليس الترافع إليه إعانة عليه ، لأنه ليس له أثر في تحقيقه - فليس من قبيل إعطاء السوط لأجل الضرب

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٥ .

(٢) العروة الوثقى ٣ : ٩ .

(٣) يعني رواية عمر بن حنظلة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث ، فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاة أيحل ذلك ؟ فقال : من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت ، وما يحكم له ، فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً ، لأنه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به ، قال الله تعالى : ﴿ يُرِيدُونَ أَنِ يَتَخَفَتُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ ﴾ الحديث . وسائل الشيعة ٢٧ : ١٣ / ٤ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ . وقد تقدم الكلام فيما يتعلق بالسند .

(٤) كفاية الأحكام ٢ : ٦٦٤ .

ظلماً - وإن كان لولاه لما صدر الحكم منه ، فهو كأن يقول لزيد : أقتل عمراً ، فإن كلامه هذا ليس مؤثراً في تحقق القتل ، مع فرض اختيار زيد وقدرته على الترك . هذا وجه ما ذكره أولاً . ووجه ما ذكره ثانياً هو : دعوى انصراف رواية ابن حنظلة المشار إليها إلى صورة عدم توقف إنقاذ الحق وإحقاقه على الترافع إليه ، فيكون حكمه في هذا المورد الخاص غير محرم ، وإن كان في سائر الموارد حراماً ، وإذ ليس هذا الحكم إثماً ، فليس الترافع إليه إعانة على الإثم .
هذا إن أراد عدم حرمة الحكم .

ويمكن أن يراد عدم حرمة هذه الإعانة على هذا الإثم ، نظير ما إذا رجع إلى جائر لإتقاذ حقه من غاصب ، فلو ضرب الجائر الغاصب واسترجع الحق منه ، كان رجوعه إليه إعانة على الإثم - إذ لو لم يرجع إليه لما ضربه - ولكنها والحال هذه ليست إعانة محرمة ، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه وحفظ المال .
أقول : لكن مقتضى ذلك ، هو القول بعدم حرمة هذا الضرب أيضاً .

هذا ، واستدل في (الجواهر) بخبر علي بن محمد قال : «سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منا في أحكامهم ؟ فكتب عليه السلام : يجوز لك ذلك إن شاء الله ، إذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم»^(١) قال : بناءً على ما في (الوافي)^(٢) من أن : المراد هل يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضائهم كما يأخذون منا بحكم قضائهم . يعني إذا اضطر إليه كما إذا قدمه الخصم إليهم .

أقول : إن كان هذا معنى الرواية ، فستكون معارضة لرواية ابن حنظلة الدالة

(١) كذا في الجواهر المطبوع (٤٠ : ٣٥) ، وفي الوسائل : ... عن علي بن مهزيار عن علي بن محمد عليها السلام قال : سألته ... باختلاف يسير . وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٦ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١١ .

(٢) الوافي ١١ : ٩٠٤ .

على أن المأخوذ بحكمهم سحت وإن كان حقاً ثابتاً، إلا أن تحمل تلك على صورة التمكن من إنقاذ الحق من طريق آخر، وتحمل هذه على صورة الإنحصار والضرورة، أو تحمل هذه على صورة العلم بكونه محقاً، وتلك على صورة الجهل أو الشك بكونه حقاً له، كما تقدم.

ويحتمل أن يكون المراد: إنهم يقولون - مثلاً - بصحة الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد، ونحن نقول ببطلانه، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير «الزموهم بما ألزموا به أنفسهم...»^(١) وتخرج بذلك عن مبحث القضاء.

وعن علي بن الحسين عليها السلام: «إذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا وإن تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم»^(٢). ومورد هذه الرواية خصوص حال التقية، والعبادات في تلك الحال صحيحة نصاً وفتوى، وأمّا المعاملات، فلو عامل طبق أحكامهم تقية فهل تصح حال كونها باطلة عندنا؟

قال في (الجواهر): لم يحضرنى الآن كلام للأصحاب بالخصوص^(٣). أقول: وكيف كان، فهي واردة في حال التقية، ولا مناسبة لها بمورد انحصار طريق الاستنقاذ بذلك، إلا إذا كان الإنحصار من جهة التقية، فهي دالة على الجواز

(١) التهذيب ٩: ٣٢٢/١١٥٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤/٧. أبواب صفات القاضي، الباب ١، وهو للصدوق قدس سره بإسناده عن عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال ٢: ٢٥٣: قد وقع الرجل في طريق الصدوق في باب من يجوز التحاكم إليه، وهو غير مذكور في الكتب الرجالية لأصحابنا.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ٣٦.

حينئذ . وفي (المسالك) : « يستثنى منه ما لو توقّف حصول حقّه عليه ، فيجوز كما يجوز الاستعانة على تحصيل الحق بغير القاضي ، والنهي في هذه الأخبار وغيرها محمول على الترافع إليهم اختياراً مع إمكان تحصيل الغرض بأهل الحق ، وقد صرح به في خبر أبي بصير^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في رجل كان بينه وبين أخ له ممارسة في حق ، فدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه وبينه ، فأبى إلا أن يرافعه إلى هؤلاء ، كان بمنزلة الذين قال الله عز وجل : ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ ﴾ (٢) الآية » (٣) .

أي : فإنها ظاهرة بل صريحة في اختصاص النهي عن الترافع إليهم ، بصورة التمكن من الترافع إلى القاضي العدل ، وقد وافقه في (الجواهر) على ذلك وأضاف : بأن الإثم حينئذ على الممتنع .

وقد استدلل لجواز الترافع إلى الجائر - حتى مع التمكن من العادل إن كان عالماً بكونه محققاً - بخبر ابن فضال قال : « قرأت في كتاب أبي الأسد إلى أبي الحسن الثاني عليه السلام - وقرأته بخطه - سأله : ما تفسير قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْنُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ ﴾ (٤) فكتب بخطه : الحكماء : القضاة . ثم كتب تحته : هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي ، فهو غير معذور في أخذه ذلك

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١١ / ٢ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٦٠ .

(٣) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٣٥ .

(٤) سورة البقرة ٢ : ١٨٨ .

الذي قد حكم له إذا كان قد علم أنه ظالم»^(١).

أقول : والتحقيق أنه لولا أدلة النهي المطلقة ، لمكننا بجواز الترافع إلى قضاة الجور مع العلم بالحق أو الشك ، سواء تمكن من الترافع إلى العادل أو لا ، بمقتضى الآية الكريمة والرواية الواردة في ذيلها ، لكن الآية مطلقة وتلك الأدلة واردة في خصوص قضاة الجور ، وأنه لا يجوز الترافع إليهم حتى مع العلم بالحق أو الشك فيه ، فمقتضى الجمع جواز الرجوع إلى الحاكم الجائر في صورة العلم أو الشك بكونه محقاً ، مع عدم التمكن من الترافع إلى القاضي العادل ، وأما في صورة العلم بالخلاف فلا يجوز مطلقاً ، كما لا يجوز الترافع إلى قضاة الجور في صورة التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محقاً .

واستدل المحقق الآشتياني للجواز - في صورة توقف أخذ الحق على التحاكم إلى قضاة الجور - بقاعدة نفي الضرر والضرار في الشريعة^(٢) . وفيه : إن قاعدة نفي الضرر لا ترفع الضرر ، أي : إن الحكم بحرمة الترافع إليهم في صورة التوقف ضرري ، ولكن لا دلالة للقاعدة على كون عدم نفوذ حكمه حينئذ ضررياً كذلك ، فلا تقتضي القاعدة هذه إلا رفع الحرمة التكاليفية ، وأيضاً : إن كان معنى « السحت » في قوله عليه السلام : « وما يحكم له فإنما يأخذ سحتاً وإن كان حقه ثابتاً »^(٣) بمعنى الإثم رفعت قاعدة نفي الضرر ، وأما إن كان بمعنى حرمة الأكل ، فإنه حكم ضرري مجعول ، ومن المعلوم أن القاعدة لا ترفع الحكم الضرري المجعول .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٩/١٥ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

(٢) كتاب القضاء : ٢١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٤/١٣ . أبواب صفات القاضي ، الباب ١ .

المسألة الثانية (في حكم تولي القضاء)

قال المحقق قدس سرّه : « تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، وربما وجب ووجوبه على الكفاية ... »^(١).

أقول : فيه مطالب :

الأوّل : تولي القضاء مستحب، وظاهر كلامه أنه مستحب ذاتاً.

الثاني : إنه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث : إنه قد يجب .

الرابع : وجوبه حينئذ كفاي .

وفي (الدروس) : ولو وجد غيره، ففي استحباب تعرّضه للولاية نظر، من حيث الخطر وعظم الثواب إذا سلم، والأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به^(٢).
وفي (الروضة) : وفي استحبابه مع التعدد عيناً قولان : أجودهما ذلك مع الوثوق^(٣).

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٨ .

(٢) الدروس الشرعية ٢ : ٦٦ .

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٦٢ .

وفي (كشف اللثام) : ويستحب التولية على الأعيان إلا من وجبت عليه عيناً، لأنه أمر مرغوب عقلاً وشرعاً^(١).

وفي (الرياض) : استحبابه - أي قبوله - عيني، فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب كفائي^(٢).

أقول : المنافاة أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائي، وهو : ما وجب الإتيان بالواجب على الكلّ ويسقط بإتيان البعض، بخلاف العيني، وسقوط الوجوب يكون إما بالإطاعة وإما بالعصيان وإما بارتفاع الموضوع، ومحل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلفين على الميت، فإنه لا يبقى موضوع

(١) كشف اللثام في شرح قواعد الأحكام ١٠ : ١٠٠.

(٢) رياض المسائل (٢٦ : ١٥) وفي القواعد (٤٢٠ : ٣) : ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام

بشرائطها على الأعيان وتجب على الكفاية.

وفي الكفاية (٦٦٥ : ٢) : تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه القيام بالشروط المعتبرة فيه، وهو من الواجبات الكفائية، وقد يتعين وجوبه عند الأمر من الإمام عليه السلام أو الإنحصار فيه. وفي مفتاح الكرامة بشرح عبارة القواعد المتقدمة (٥ : ١٠) « ويستحب التولية لمن يثق من نفسه » أي بأن لا يخرج عن الشرع. وقد أجمعت الأمة كما في المبسوط - ما عدا أبا قلابة لأنه كان يحتمل أنه غير فقيه - على أنه طاعة وأمر مرغوب عقلاً ونقلًا، والاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي. فالدليل على الاستحباب بعد العمومات وبعض الأخبار هو الإجماع المذكور، وفي الرياض : لا خلاف في شيء من ذلك عندنا خلافاً لبعض العامة.

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

وفي الرياض : هو من فروض الكفاية بلا خلاف فيه بينهم أجده. ثم إنهم تصدوا للرفع التنافي الظاهر بين الحكمين، فذكروا وجوهاً لأجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسيد الاستاذ مدّ ظله لم يرتض بشيء منها.

للوجوب ، إذ لا يجب إلا صلاة واحدة عليه ، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدّين ، فكيف يكون الشي الواحد واجباً ومستحباً معاً ؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه ، وأنه إذا ترك فالكُلّ معاقبون على ذلك ؟

وقيل : الواجب الكفائي ما يجب فعله على المجموع .

ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه ...

فالحاصل : دعوى عدم التنافي بينهما غير واضحة عندنا .

فالقائلون بعدم المنافاة في سعة من توجيه عبارة المحقق ، وأمّا الذين لا يوافقون على ذلك ، فقد حاولوا توجيهها ، ففي (المسالك) : وظيفة القضاء من فروض الكفاية لتوقف النظام عليه ، أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولعظم فائدته تولاه النبي صلى الله عليه وآله وسلّم ومن قبله من الأنبياء بأنفسهم لأمتهم ومن بعدهم من خلفائهم ، وحينئذ ، 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 . وقوله «وربما وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الإمام له ، وفيما إذا انحصر الأمر فيه ولم يعلم الإمام به أو لم ينحصر بالنظر إلى الوجوب الكفائي ، أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأمر بالمعروف في حال الغيبة . وقوله «وجوبه على الكفاية» يعني به على تقدير وجوبه عنده ، وإنما يكون على الكفاية إذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعيّنه عليه الإمام ، وإلا كان وجوبه عينياً كغيره من

فروض الكفايات، إذا لم يحصل منها إلا فرد واحد^(١)...

أقول: إن كان مراد المحقق قدس سره تولي القضاء والتصدي لهذا المنصب، فإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الذي لا حكم وجوبي عليه - إلا في حال تعيين الإمام ونصبه - فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، ولا مورد للإستحباب غيره، فإن نصبه كان واجباً عينياً وإن نصب جماعة كان كفائياً، ولا يجتمع الإستحباب مع الوجوب الكفائي.

وإن كان المراد أن يجعل نفسه في معرض ترافع الناس إليه - وإن كان هناك قاض - فإن كان التصدي واجباً عليه، كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمة، وإن كان واجباً عليه وعلى غيره كفاية، كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمة كذلك، إذ لا يكون ذو المقدمة واجباً والمقدمة مستحبة.

وإن كان المراد من التولي نفس القضاء وفصل الخصومة، فإن كان في زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به، كان واجباً عينياً عليه، ومع الإذن العام يكون واجباً كفائياً، فلا يتصور الاستحباب.

وإن كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كان واجباً عليه من باب مقدمة الواجب.

فالحاصل: إن من كان حكمه في زمن الغيبة نافذاً، كان وجوب القضاء عليه كفائياً، سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره، لأن الواجب الكفائي لا ينقلب معه إلى العيني، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، وهذا هو مراد من عبّر بالواجب العيني حينئذ.

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣٦ - ٣٣٧.

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب .

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة ، فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً إلى الأحاديث المحذرة ... وأجيب عنه في (المسالك) وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره^(١) ولزوم شدة الاحتياط فيه .

ثم إن الأحكام التي ذكرها المحقق قدس سره في هذه المسألة بالنسبة إلى زمن الحضور^(٢) لا ثمة للبحث عنها بالنسبة إلينا ، نعم يحتمل وجود الثمرة في قوله : «ولو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله ، ولو ألزمه الإمام : قال في الخلاف : لم يكن له الإمتناع ...»^(٣) .

أقول : وجه ما ذهب إليه المحقق قدس سره : أن الإمام لا يوجب ما وجب كفاية بالوجوب العيني ، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين في واجب كفائي ، لم يخرج بذلك عن كونه كفائياً ، ولا يلزم بامتناله مع وجود غيره .

ووجه ما ذكره الشيخ قدس سره في (الخلاف) هو : أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيره - لا أنه يجتمع حينئذ حكمان - فيكون كحال الإضطرار وطروء العنوان الثانوي .

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

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٣٨ .

(٢) وهو قوله : وإذا علم الإمام أن بلدًا خال من قاض لزمه أن يبعث له ، ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه ، ويحل قتالهم طلباً للإجابة .

(٣) كتاب الخلاف ٦ : ٢٠٩ ، المسألة ٢ .

قال المحقق : « ولو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرف نفسه ... »^(١) .
 أقول : علم الإمام عليه السلام بالأمور يكون في ظرف إرادته وإشاءته لأن
 يعلم به^(٢) ، فعلم الإمام كبصر البصير ، ودليل الوجوب في حال عدم وجود غيره
 أن القضاء من باب الأمر بالمعروف ، فيكون - بناء عليه - واجباً من باب المقدمة ...
 وهذه العبارة كالتمهيد لقوله :

هل له أن يبذل مالاً ليلي القضاء ؟

« وهل يجوز أن يبذل مالاً ليلي القضاء ؟ قيل : لا ، لأنه كالرشوة »^(٣) .
 أقول : أما في الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح ، وأما في زمن الغيبة
 حيث الأمر بيد السلطان ، ولا قاضي يقضي بالحق ، فإن راجعه فاشترط عليه بذل
 مال ، فهل له أن يبذله لتصدي ذلك لغرض الحكم بالحق وإجراء الأحكام الإلهية
 وأداء الواجب عليه ؟

لا يبعد الجواز بل الوجوب مقدّمة للواجب ، نظير الضرائب التي تعينها
 الحكومات لأداء بعض الفرائض كالحج ، حيث يجب دفعها مع الإمكان لأجل
 التمكن من أداء الواجب . هذا مع انحصار القاضي به ، وإلا فلا وجوب .
 ويشترط - على أي حال - أن يثق من نفسه القيام بالحق والالتزام
 بالأحكام ، وليس هذا رشوة ولا كالرشوة . نعم ، يحرم هذا المال على آخذه .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

(٢) تدل على ذلك النصوص الواردة عنهم عليهم السلام والمخرجة في أصول الكافي في الباب الذي عقده
 الشيخ الكليني قدّس سرّه بنفس هذا العنوان .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

المسألة الثالثة

(هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل ؟)

قال المحقق قدس سرّه : « إذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيها ، فإن قلّد الأفضل جاز »^(١).

أقول : لا خلاف ولا إشكال في ذلك ، وفي (الجواهر)^(٢) : وإن كان المفضول أروع ، لأن الملاك - وهو العدالة المانعة من الاقتحام في المحرّمات وترك الواجبات - موجود في كليهما ، والشرائط المعتبرة متوفّرة فيها ، والأعلم مقدّم على غيره .

قال المحقق قدس سرّه : « وهل يجوز العدول إلى المفضول ؟ فيه تردّد ، والوجه الجواز ، لأن خلله ينجبر بنظر الإمام ».

أقول : وجه الجواز : اشتراك المفضول والأفضل معاً في الأهليّة ، ولزوم العسر والخرج على العامي في معرفة الأفضل ، وأن الصحابة كانوا يتصدّون لذلك من غير توقف ولا إنكار ، مع أنهم كانوا متفاوتين في الفضيلة ، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك .

وأجيب عن الأوّل : بأن الأهلية لكلٍ منها تجوّز التصدي وتوجب نفوذ

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٤٢ .

هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل ؟ ٧١

الحكم ، ولكن جواز رجوع المترافعين إلى المفضول مع وجود الأفضل أوّل الكلام .

وعن الثاني : بأنه إن كانت معرفة أصل الأهلية ممكنة له ، فإن معرفة الأعلمية ممكنة أيضاً .

وعن الثالث : بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام - وهو الأفضل من جميع الجهات ، وصاحب الولاية العظمى بنص من الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم - ليس عملهم حجة عندنا .

ووجه المنع : إنه مقتضى مقبولة عمر بن حنظلة^(١) .

وفيه : إن هذا في ظرف المعارضة ، وأما في غيره فلا دليل على تقدّم قول الأعلّم . بل يفهم من المقبولة نفسها أن لكلّ منهما صلاحية الحكم وأهليته ، وإنما حكم الإمام عليه السلام بتقدّم قول الأعلّم لدى الاختلاف بينهما . ويشهد بهذا قوله عليه السلام في معتبرة أبي خديجة : « أنظروا إلى رجل منكم يعلم ... » وإلا لقال من أوّل الأمر : ... إلى رجل أعلّم ...

وأن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول ، فيجب اتّباعه بحكم العقل دونه .

(١) إذ جاء فيها : « قال : فإن كان كلّ واحد اختار رجلاً من أصحابنا فريضاً أن يكونا الناظرين في حقها واختلافهما حكماً وكلاهما مختلفاً في حديثكم ؟ فقال : الحكم ما حكم به أعدؤها وأفقهها وأصدقهما في الحديث وأورعهما ، ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر » قال في المسالك (١٣ : ٣٤٤) : إنها نص في المطلوب . لكنه خدش فيها سنداً بقوله : لكن قد عرفت ما في طريقها . فإن تم الاستدلال بها لانحجار ضعفها بالشهرة فهي العمدة وإلا فلا .

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

وفيه : إن هذا أوّل الكلام ، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى .

سَلَّمْنَا ، ولكن ما الدليل الشرعي على تقدم ما يفيد الظن الأقوى؟^(١) .
وقد رتّب في (المسالك) القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير في تقليد من شاء منهم ؟

وفيه : أن الظاهر كون الملازمة من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً ، وكأن صاحب (الجواهر) قدّس سرّه وافقه على هذه الملازمة - وإن لم يصرّح بها - لاستدلّاله بنفس هذه الأدلّة للقول بجواز العدول عن الأفضل ، وإن أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم ممّا في الجواب .

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمة فإنه قال : «الوجه الجواز ، لأن خلله ينجر بنظر الإمام» وهذا يرتبط بحال حضور الإمام عليه السلام ونصبه للمفضول ، ولا يفيد بالنسبة إلى حال الغيبة ، فيكون فرض المسألة خالياً عن الثمرة ، ضرورة أنه عليه الصلاة والسلام أعلم بما يفعل حينئذ ، ولا يحقّ لنا أن نتكلّم عن جواز ذلك له وعدمه^(٢) .

(١) واستدل للمنع أيضاً بالإجماع المحكي عن بعضهم ، قال في مفتاح الكرامة بشرح قول العلامة : «ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وإن كان المفضول أزهد» دليل هذا الحكم الإجماع الذي حكاه المرتضى في ظاهر الذريعة والمحقق الثاني في حواشي كتاب الجهاد من الشرائع .
والجواب عنه : إنه موهون بتحقيق الخلاف في المسألة ، وإن تم فهو إجماع مستند وليس بحجة لعدم كاشفيتها عن رأي المعصوم عليه السلام .

(٢) أي لا ثمرة في أن نبحث عن جواز نصب الإمام القاضي المفضول وعدم جوازه مع وجود الأفضل ، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول إليه والتحاكم لديه لو فعل الإمام عليه السلام ذلك ، لأن خطأ هذا القاضي

هل يجوز الرجوع إلى المفضول مع وجود الأفضل؟ ٧٣

وفي (المستند) اختار الجواز، للأصل والإطلاقات^(١).

أقول: لم يتضح لنا مراده من «الأصل»، لأن مورد الشك إن كان جواز التصدي للمفضول وعدم جوازه، فلا ريب في أن الأصل هو البراءة، وإن كان نفوذ حكم المفضول وعدم نفوذه، فلا ريب في أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

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

لا يقال: إن هذه الاخبار في مقام الردع عن الترافع إلى قضاة الجور والأمر بالترافع إلى قضاة الحق والعدل، فلا إطلاق فيها.

لأننا نقول: إن الراوي يسأل الإمام عليه السلام قائلاً: «فكيف يصنعان؟» فلو أراد الإمام خصوص الأعلام لبين ذلك، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، لا سيما مع التفات الراوي إلى الجهات المختلفة، وأنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم إن الراوي لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعلمية وعدمه، وهذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الإمام عليه السلام.

ألهم إلا أن يدعى تقييدها بما ورد في ذيل المقبولة، وهو قوله عليه السلام «... أفقهما...». لكن يجاب عن ذلك: بأنه ناظر إلى خصوص حال التعارض كما تقدم، أي: إنها مقيدة في موردها لا بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل

→ ينجر بنظر الإمام الذي نصبه، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال: ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع إليه حال الغيبة وإن كان المفضول أزهد إذا تساوى في الشرائط. أما حال ظهور الإمام عليه السلام فالأقرب جواز العدول إلى المفضول لأن خطاه ينجر بنظر الإمام.

(١) مستند الشيعة في أحكام الشريعة ١٧: ٤٦.

منها لدى الاختلاف فقط .

وقال السيد قدّس سرّه : لا يبعد قوة هذا القول - يعني : تقديم الأعلم - لكون الإطلاقات مقيدة بالأخبار الدالة على الرجوع إلى المرجّحات عند اختلاف المحاكمين ، من الأفقية والأصدقية والأعدلية ، مع امكان دعوى عدم كونها إلا في مقام بيان عدم جواز الرجوع إلى قضاة الجور فلا إطلاق فيها

ودعوى : أن مورد أخبار المرجحات التي هي العمدة في المقام خصوص صورة اختيار كلّ من المترافعين حاكماً أو صورة رضاها بمحكمين ، فاختلفاً ، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع إلى الأعلم مطلقاً ، مدفوعة : بأن الظاهر منها أن المدار على الأرجح عند التعارض مطلقاً ، كما هو الحال في الخبرين المتعارضين ، بل في صورة عدم العلم بالاختلاف أيضاً ، لوجوب الفحص عن المعارض ، لكن هذا إذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها ، بأن كانا مختلفين في الحكم من جهة اختلاف الفتوى ، وأما إذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع إثبات الحق بالبيّنة واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك ، فلا دلالة في الأخبار على تعيين الأعلم^(١) .

أقول : فتكون الأقوال في المسألة ثلاثة :

أحدها : تقدّم قول الأعلم مطلقاً .

والثاني : تقدّم قوله لدى الاختلاف .

والثالث : إنها إذا رجعا إليها فحكما بمحكمين مختلفين قدّم قول الأعلم ، وإلاّ

فيجوز الرجوع إلى المفضول ابتداءً حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما في الحكم .

والروايات المقيدة واردة في مورد الترافع إلى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما ، وهي غير متعرضة لصورة المراجعة ابتداء .

إلا أن يقال : إنه لما كان قول الأعلّم هو المقدّم ، حكم الإمام عليه السلام بتقدّمه في صورة التعارض ، وإلا لما حكم بذلك في تلك الصورة .

بل إن السيد - رحمه الله - يقول بعدم جواز المراجعة إلى غير الأعلّم لو لم يعلم بموافقة فتواه لقول الأعلّم ، لأن ذلك كالتخبرين المتعارضين ، حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منها .

وعلى هذا ، فيجب على المراجع إلى غير الأعلّم مراجعة الأعلّم من ذي قبل ، فإن لم يجده مخالفاً لفتوى غيره جاز رجوعه إلى غير الأعلّم ، ولكن هذا المعنى يتوقف تماميته على استفادته من الأخبار والآفلا وجه له ، ولعلّه من هنا قال في (الجواهر) بمنعه كلّ المنع .

هذا ، والتوسعة في الترافع وعدم وجوبه إلى الأفضل لا يلزم التوسعة في الفتوى ، فهناك يكون رجوع الجاهل إلى العالم لغرض الوصول إلى الأحكام الإلهيّة ، ويكون فتوى الأعلّم هناك أقرب إلى الواقع ، أما هنا فإن اشتراط ذلك يؤدي إلى التضيق على المكلفين ، فالتوسعة هنا نظير التوسعة في مورد الشك أو الظن بنجاسة شيء حيث تجري أصالة الطهارة توسعة على الأمة ، ولأنه ليس الغرض هنا الوصول إلى الواقع فقط . وعلى هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلّم في حق الأعلّم إذا كان طرفاً في النزاع وعدم جواز الردّ عليه ، لأن الغرض فصل الخصومة لا كون القضاء طريقاً إلى الواقع حتى يقال بوجوب الأخذ بالقول الأقرب إليه .

ومما ذكرنا يظهر ما في قولهم : إن قول الأعلّم يفيد الظن الأقوى قياساً على

الدليل في مورد التعارض ، ففيه - كما تقدم سابقاً ، لو سلّمنا كون الظن المحاصل من قول الأعلّم أقوى - إنه ليس الغرض هنا تحصيل الواقع .

وكذا قولهم : إن تقديم المفضول على الفاضل قبيح ، ولذا نقول بقبح تقدّم من تقدّم على أمير المؤمنين عليه السلام ، لأن ذلك في الإمامة العامة والرئاسة الكبرى ، حيث الغرض منها إجراء الأحكام الواقعيّة والوصول إلى الواقع ، لكن الغرض هنا فصل الخصومة وحسم النزاع ، وقد اقتضت المصلحة التوسعة فيه فلا قبح .



مركز تحقيقات کتب و پژوهش های اسلامی

المسألة الرابعة

(هل يجوز للقاضي الإستخلاف ؟)

قال المحقق قدس سرّه : «إذا أذن له الإمام في الإستخلاف جاز...»^(١).
أقول : يقع البحث عن ذلك تارةً في زمن الحضور ، وأخرى في زمن الغيبة .
أمّا بالنسبة إلى زمن الحضور ، فإن نصب الإمام أحداً وأذن له في الإستخلاف ، فلا كلام في الجواز ، وإن صرح بالمنع فلا كلام في عدمه ، وإن أطلق ، فإن كان هناك شاهد حال - مثلاً - على الإذن فيه كإرسال الوالي إلى بلاد واسعة بحيث لا تضبطها اليد الواحدة فهو ، وإلا فلا^(٢) .

ولا ثمة عملية لنا في البحث عن ذلك ، نعم فيه ثمة علمية ، فقد ذكروا في كتاب الوكالة أن كلّ ما اشترطت فيه المباشرة شرعاً فلا يقبل الوكالة ، وكلّ ما لم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

(٢) والدليل على ذلك هو أن الحكومة حق للإمام عليه السلام ، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه ،

فله الإذن في قيام غيره بها وله المنع ، ومع إطلاقه يتوقف الجواز على أمانة تدل على إذنه .

(٣) فمن الأوّل : العبادات التي تعلق غرض الشارع بتحقيقها من المكلف مباشرة ، ومن الثاني : البيع والطلاق

ونحوهما من العقود والإيقاعات التي تعلق غرضه بوقوعها ، سواء كان المباشراً المالك والزوج بأنفسهما أو

غيرهما .

وجعل الإمام القاضي في زمن الحضور، يدلّ على أن القضاء من الأمور القابلة لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشرة، فيقع الكلام في أن ذلك توكيل منه عليه السلام - أي: أن القاضي المنصوب من قبله إنما يقضي وكالةً عنه - أو أنه تولية منه له على الحكم، كما جعل الأب والجد له وليّاً على الصغير، فيجوز له التوكيل لغيره في الأمور التي تخصه، كما يجوز له جعل الولي عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟ إن كان جعله من باب الوكالة، ثمّ ما ذكره المحقق قدّس سرّه، من أنه إذا أذن له في الإستخلاف جاز، لأنه يكون حينئذ وكيلاً في القضاء ووكيلاً في التوكيل فيه، وإن كان جعله من باب الولاية، فلا حاجة إلى الإذن في استخلاف غيره للقضاء، فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي، نظير من جعلت له الولاية في أمور الصغير من قبل وليّه ليكون وليّاً عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينئذ توكيل غيره في القيام بالأمور من قبله.

وكذا الأمر بالنسبة إلى من عيّن لأجل القيام بأمور وقف من قبل حاكم الشرع، فإن كان وكيلاً في ذلك، لم يجز له استخلاف غيره إلا مع الإذن الصريح أو شاهد الحال، ولو مات الحاكم بطلت وكالته، وأما إذا جعل الولاية له عليها، لم يجب عليه الإستيذان في الإستخلاف، ولا معنى لأن يكون وليّاً بشرط المباشرة، ولم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه إن كان الجعل بنحو الوكالة، فعليه إحراز الإذن في الإستخلاف، وإن كان بنحو الولاية فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكالة؟

وأما بالنسبة إلى زمن الغيبة، فهل للفقهاء أن يستخلف غيره إذناً أو وكالة أو

ولاية ؟ فيه خلاف ، فعن (جامع المقاصد) : إن القضاء من الأمور القابلة للتوكيل^(١)، ومال إليه في (الجواهر) ، وعن (المسالك) عدم الجواز^(٢).

أقول : لا نصّ في المسألة ، ولا يمكن الجزم بوجوب المباشرة في القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر ، فلا بدّ من المراجعة إلى الأصل .

قال في وكالة (الجواهر)^(٣) : إن المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكالة في كلّ شيء ، ثم ذكر الأصل وعموم أدلة الوكالة .

قلت : أما الأصل الذي ذكره - وهو عدم اشتراط المباشرة في القضاء - فإنه معارض بأصالة عدم ثبوت جواز القضاء بالوكالة ، وما أفاده في الجواب من أن أصالة عدم جريان الوكالة فيه منقطعة بمشروعية الوكالة ، فنُدفع بأن المشروعية لها موارد هي القدر المتيقن من ذلك ، وهناك موارد لا تجوز فيها الوكالة قطعاً ، وموارد أخرى أصل المشروعية فيها مشكوك فيه ، فلا ينقطع أصالة عدم الوكالة بمشروعية الوكالة بنحو الإهمال ، لأنه مع الشك في أصل المشروعية ، فالأصل عدمها .

والحاصل : إن المباشرة ليست من قيود المكلف به ، بل الحاكم بها هو العقل ، وحينئذ ، لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك ، ولو سلّمنا جريانه ، فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء .

وأما الأدلة العامة ، فإن إرجاع القاضي أمر القضاء إلى المقلد ، إما يكون عن طريق جعل التولية له ، كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم ، كأن

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٨ : ٢١٧ .

(٢) مسالك الأفهام ٥ : ٢٥٦ .

(٣) جواهر الكلام ٢٧ : ٣٨١ .

يجعله متولياً على موقوفة أو ولياً على الصغار للقيام بأمرهم ، وإما يكون عن طريق التوكيل بأن يوكله في أمر القضاء ، كما تجوز الوكالة في أمور أخرى ، كالبيع والطلاق ونحوهما .

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

ونحن في التولية على الأوقاف لا نقول بجواز تولية المتولي غيره ، لأن جعل الحاكم إياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته . وإن كانت من جهة تنزيل الإمام الحاكم منزلة وإثبات الولاية العامة له ، فله أن يجعل مقلده كما للإمام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد ، ففيه : أن الإمام قد تعرض لأمر القضاء وللنصب له كلاً على حدة وانفراد ، وهذا يدل على عدم شمول التنزيل لأمر القضاء وأنه لم يجعل القاضي نازلاً منزله ، ومع الشك في جعل الولاية له على نصب غيره ، فالأصل العدم كما هو واضح . فالحاصل : عدم تمامية إرجاع أمر القضاء إلى المقلد عن طريق الولاية .

وأما الوكالة ، فهي ثابتة وجائزة في كثير من العقود ، ولكن ثبوتها في القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه ، أو دليل عام يدل على أن كل أمر يجب صدوره من المكلف يجوز التوكيل فيه إلا ما استثني كالنذر واليمين ونحوهما . أما الدليل الخاص ، فغير موجود ، نعم ، هناك دليل يمكن الاستدلال

بإطلاقه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها»^(١).
وتقريب الإستدلال: إنه لا ريب في أنه إذا لم يكن المتكلم في مقام بيان جهة من جهات الكلام لم يجز التمسك بالإطلاق بالنسبة إليها، وهذه الرواية تدل على مضي الوكالة في كل أمر يجوز فيه التوكيل، وأن الوكالة باقية حتى الإعلام بالعزل، وليست في مقام الدلالة على صحة الوكالة بأي نحو كانت، إلا أنه قد يكون لتلك الجهة التي ينظر إليها المتكلم في الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر إلى ذلك اللازم، مثلاً قوله تعالى: ﴿... فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...﴾^(٢) في مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء، فيجب على فاقد الماء التيمم، ولكن يجوز التمسك بإطلاق «الماء» فيها - بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق ما يصدق عليه الماء - وإن لم تكن الآية الكريمة ناظرة إلى هذا الحث، لأن لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم، فكان لنا أن نقول: إن الآية بإطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد ما يصدق عليه الماء يجب التيمم.

وهنا كذلك، فإن الإمام عليه السلام في مقام بيان أن الوكالة إذا ثبتت، كان عمل الوكيل في ما وكل فيه ماضياً حتى يعلمه بالعزل، ولكنه قال قبل ذلك «على إمضاء أمر من الأمور» ولأزم هذا جواز الوكالة في كل أمر لم يقم دليل على عدم

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦١/١. أبواب الوكالة، الباب ١: «محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن معاوية ابن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: من وكل ...
محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن خالد الطيالسي عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب جميعاً مثله»

(٢) سورة النساء ٤: ٤٣.

جوازها فيه ، وإلا لبيّن ذلك في نفس الكلام ، فيجوز التمسك بإطلاق هذا الكلام ، بأن يقال بجواز الوكالة في القضاء ، لأنه أمر من الأمور عند العرف ، ولم يقم دليل شرعي على عدم قابلية القضاء للوكالة .

فالظاهر تمامية هذا الإطلاق وأنه لا مانع من التمسك به^(١) إلا إذا قيل : بأن القضاء من الأمور التي يعتبر فيها أهل العرف المباشرة ، ولا يقبل التوكيل عندهم ، لكن مذهب جماعة من الأصحاب صحة الوكالة فيه ، ووجه المنع عند غيرهم عدم تمامية الإطلاق لا عدم القابلية عرفاً .

هذا ، وقد جوّز بعض المانعين التوكيل في مقدمات الحكم ، كاستماع الشهادة والتحليف ، وأشكل عليه في (الجواهر)^(٢) بأنه إذا كان استماع الشهادة قابلاً للوكالة فالحكم بالأولوية . ووجه ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن أهل العرف يقسمون الأمور إلى ما يقبل الوكالة وما لا يقبلها ، فمن الأول : البيع والشراء ، ومن الثاني : الأكل والشرب ، فصاحب (الجواهر) يقول : إنه إن جازت الوكالة في استماع الشهادة والتحليف - مع أن المحاكم نفسه هو المكلف باستماعها وبتحليف المنكر - كانت جائزة في نفس الحكم بالأولوية .

والصحيح : أن كلّ أمر كان للوكالة عرفية فيه ولا منع من قبل الشرع ، كان مشمولاً لـ «الأمور» في الرواية المذكورة ، والله العالم .

(١) كما أجاز في العروة التمسك بعموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه بدعوى شموله للوكالة ، بناءً على أن المراد من الوفاء بالعقود هو العمل بمقتضاها ، إن لازماً فلازماً وإن جائزاً فجائزاً .

(٢) جواهر الكلام ٢٧ : ٣٨١ - ٣٨٢ .

المسألة الخامسة

(في حكم ارتزاق القاضي من بيت المال)

قال المحقق قدس سره : « إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء ، فإن كان له كفاية من ماله ، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال ^(١) ، ولو طلب جاز ، لأنه من المصالح ، وإن تعين عليه القضاء ولم يكن له كفاية ، جاز له أخذ الرزق ، وإن كان له كفاية قيل : لا يجوز له أخذ الرزق ، لأنه يؤدي فرضاً ^(٢) .

أقول : إرتزاق القاضي من بيت المال إن لم يكن له كفاية من ماله جائز ، سواء كان القضاء متعيناً عليه أولاً ، فله أخذ مؤنته من بيت المال ، والمحاكم يعطيه منه لا بعنوان الاجرة على القضاء ، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التي أعد لها بيت المال . وإن كان عنده ما يكفي المؤنة ، فأخذه من بيت المال يكون قهراً بعنوان

(١) المراد من بيت المال - كما يستفاد من كلمات الفقهاء - هو البيت الذي يجمع فيه ما يشترك فيه جميع المسلمين من الأموال ويصرف في مصالح جميعهم كبناء المسجد ونحو ذلك ، وأما ما يجمع فيه الزكاة والخمس وغيرهما مما يكون مختصاً بطائفة منهم ، فلا يكون من بيت المال في شيء ولا يجوز صرف ذلك في المصالح العامة بل يعطى لمستحقه . فما يظهر من بعض من أن المراد هو الأعم ليس على ما ينبغي - قاله المحقق الآشتياني (كتاب القضاء : ٢٥) .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

الاجرة على القضاء ، فيدخل في مبحث^(١) جواز أخذ الاجرة على الواجبات وعدم جوازه ، فنقول :

موجز الكلام في أخذ الاجرة على الواجبات :

إن العمل الذي يقوم به الإنسان المكلف تارة يكون ذا منفعة وأخرى يكون بلا منفعة ، فإن كان بلا منفعة ، فلا معنى لأن يطالب بالعوض ، سواء كان واجباً أو لا ، وإن كان العمل الذي يقوم به لغيره ذا منفعة له ، جاز له المطالبة بالعوض منه في صورة عدم منافاة أخذ العوض للعمل المطلوب منه الإتيان به ، فلو أمره زيد بالخروج للصلاة على ميت فطالبه بشيء في مقابل امتثاله - الذي أثره لزيد سقوط خروجه إليها وقد كان واجباً عليه كذلك - جاز ، ولكنه يتنافى مع قصد القرية المعتبر في الصلاة على الميت ، فيشكل أخذ الأجرة على فعله هذا ، إلا بأن يتصور إيجاد الداعي إلى الداعي ، نظير ما إذا أعطى مالاً لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل ، فإن قام بالعمل إطاعة لزيد جاز أخذ الأجرة وإن كان لا يقصد ذلك لم يجز ، وحينئذ ، فلو أعطاه مالاً لأن يطيع الله ويمثل أوامره ، فإن اعتبر قصد القرية في العمل لم يجز له الأخذ ، لعدم صلاحية هذا العمل للمقربة ، وإن قلنا بأن كونه داعياً إلى الداعي لا يضر بقصد القرية وأنه يكفي كون الأمر الإلهي هو الداعي ، ولا يضر في ذلك وجود واسطة دنيوية تدعو إليه ، جاز له أخذ الأجرة على العمل .

(١) محصل كلام سيدنا الأستاذ هو دخوله في هذا البحث فيما إذا كان له كفاية من ماله في كلا صورتين : توليه القضاء بعنوان الواجب الكفائي ، وتوليه بعنوان الواجب العيني بتعيين الإمام عليه السلام أو لعدم وجود غيره ، خلافاً للمحقق ، حيث جوز له الأخذ من بيت المال في الصورة الأولى وإن جعل الأفضل الترك - وقال بالنسبة إلى الثانية : قيل لا يجوز له أخذ الرزق لأنه يؤدي فرضاً .

وفصل بعضهم الداعي الراجع نفعه إلى الفاعل ، بين ما إذا كان منفعة من الله سبحانه ، فلا يضرّ بالقصد ، وإلا لما كان لذكر الأجور التي في القرآن للذين آمنوا وعملوا الصالحات وجه ، وإن كان منفعة من غيره عز وجل فيضرّ بالقصد .

هذا ، وفرق بين الواجب التعبدى والواجب التوصلى ، ففي التوصلى ، يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل وأن لا يمنع من أخذ الأجرة عليه كسائر الصنائع والحرف ، فإنها واجبات توصلية ويجوز أخذ الأجرة عليها ، لكن قيل : هذا ما دام الوجوب فيه كفاً ، وأما إذا كان عينياً ، فلا يجوز ، فلو انحصر الطبيب في واحد ، كان معالجة المرضى واجباً عينياً بالنسبة إليه ، لوجوب حفظ النفوس المحترمة ، فلا يجوز له أخذ الأجرة ، ومن هنا كان الأطباء المتدينون سابقاً يستقاضون الأجور عوضاً عن الحضور لدى المرضى ، ويعتبرون عن ذلك بـ «حق القدم» .

وظاهر قول العلامة في (القواعد) : « ويجوز أخذ الأجرة على عقد النكاح ويحرم الأجر على الإمامة والشهادة وأدائها »^(١) هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجرة عليه . وقال في إجارة (القواعد)^(٢) : « هل يجوز على تعليم الفقه ؟ الوجه المنع مع الوجوب » أي : إذا كان واجباً عينياً « والجواز لا معه » أي : لا مع الوجوب العيني وكونه كفاً .

وفصل الفخر في (الإيضاح)^(٣) بين ما يشترط فيه القربة فلا يجوز كالصلاة على الميت ، وما لا يشترط فيجوز

(١) قواعد الأحكام ٢ : ١٠ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٢٩٤ .

(٣) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ٢ : ٢٦٤ .

وفي (جامع المقاصد)^(١) معلقاً على «هل يجوز» من عبارة القواعد المزبورة :
«إن كان واجباً على المعلم والمتعلم عينا أو كفاية لم يجز أخذ الأجرة عليه ، لأن
المعلم مأخوذ بالتعليم ومؤديه ، فيمتنع أخذ الأجرة كسائر الواجبات» وتنظر في
كلام الفخر قائلاً : بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الأجرة عليه كما تقدم في كتاب
التجارة ، وهو صريح كلام الأصحاب ، وما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب
مشروطاً بالنية ، مخالف لما عليه الأصحاب .

أقول : أما الكفائي ، فسيأتي الكلام عليه ، وأما العيني - توصلياً كان أو
تعبدياً - فوجه المنع من أخذ الأجرة عليه هو أن أخذ الأجرة إنما يصح حال كونه
مالكاً لما يعطيه في مقابل الأجر ، فلا مانع من أن يملك الإنسان ما يملكه عينا أو
عملاً ويأخذ العوض ، ولذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث في ذلك الزمان المعين
أو العمل المعين ، وأما إذا كان العمل واجباً عليه شرعاً ولا يجوز له تركه ، فإنه لا
يملك ذاك العمل ، بل عليه القيام به وتسليمه لله ، وحيث لا يملكه بل كان ملكاً لله
سبحانه ، فلا قدرة له على أن يملكه الغير ، سواء كان تعبدياً أو توصلياً ، وأضاف في
(الجواهر) بأنه لو أخذ عوضاً عنه لزم الجمع بين العوض والمعوض ، لكن الأولى أن
يقال : بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل .

وفي الواجب الكفائي ، قد صرح الأكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجز أخذ
الأجرة عليه ، وإلا جاز ، لقدرته على الترك ، لكن الواجب الكفائي - عندنا - يتعلق
بالمكلفين ، أي بكل واحد منهم كالواجب العيني سواء كان عبادياً أو لا ، والفرق
بينهما حينئذ : أن العيني لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائي ، فإنه يسقط بقيام

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٧ : ١٨١ .

الغير به بحكم العقل ، وعليه ، فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب ، لا يملك أحد منهم العمل فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه ، لكونه أكلاً للمال بالباطل ، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائي المتعين وغيره في عدم جواز أخذ الأجرة .

وذهب جماعة من الأصحاب إلى جواز أخذ الأجرة ، وقالوا في وجه الجواز : بأن هذه الأعمال صالحة لأن تقع عليها المعاملة - بقطع النظر عن الوجوب - لأن لها مآلية ويبذل بأزائها المال لرفع الحاجة ، ويجوز أخذ المال في مقابلها لأنها مملوكة لأصحابها ، ومع الوجوب يكون للمسألة وجوه : أحدها : وجوب العمل مجّاناً ، والثاني : وجوب العمل مع جواز أخذ الأجرة ، وقد يجب الأخذ للإنفاق على من يجب الإنفاق عليه ، والثالث : وجوب العمل مع الخيار في أمر أخذ الأجرة عليه .

قالوا : ولا منافاة بين الوجوب وأخذ الأجرة على العمل ، نعم لو صرح بوجوب الإتيان به مجّاناً لم يجز ، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالإختيار أو وجوب الأخذ للإنفاق الواجب مثلاً أخذ ، وذلك لا ينافي وجوب العمل ، ومع الشك في اشتراط المجانية في هذا الواجب وعدمه كان له الأخذ كذلك ، جمعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمة عمل المسلم ، لما تقدم من عدم المنافاة .

واختار السيّد في (العروة) ^(١) الجواز مطلقاً ^(٢) قال : « للأصل والإطلاقات

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٩ .

(٢) أي : بعد أن ذكر الأقوال في المسألة ، ولا بأس بإيراد نصّ عبارته : « اختلفوا في جواز أخذ الأجرة على القضاء من المتخاصمين ، أو أحدهما أو غيرهما ، مطلقاً أو مع الضرورة أو مع عدم التعيين عليه أو مع الأمرين ، وعدم جوازه مطلقاً على أقوال ، فعن جماعة الجواز مطلقاً كما حكى عن القواعد والنهاية

وعدم الدليل على المنع، سوى دعوى الإجماع والشهرة أو عدم الخلاف، ولا حجية في شيء منها، لا سيما مع ما مر من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز، وسوى ما هو المشهور المدعى عليه الإجماع من المحقق الثاني من عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات، وقد بين في محله عدم الدليل عليه، لمنع الإجماع - مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعبدى - ولضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

وقد استدلل على المنع بوجوه :

منها : إنه مناف لقصد القرية .

وفيه : إنه يختص بالتعبدى ولا يشمل التوصلى، وهل القضاء من التعبديات أو التوصليات ؟ إن نتيجة القضاء كنتيجة الطهارة من الخبث، فكما أن الطهارة من الخبث حصولها لا يتوقف على قصد القرية، فإن أثر القضاء هو فصل الخصومة وهو يتحقق من غير حاجة إلى قصد القرية، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم، إلا أن يقوم دليل على اعتبار قصد القرية فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه .

وقد اختلفوا في العبادات، هل يكفي فيها قصد امتثال الأمر أو لا بد من قصد

→ والقاضي وعن المفاتيح نقله عن بعضهم، وعن شرحه إسناد جواز الأخذ إلى المشهور وظاهره إطلاق الجواز، وعن جماعة المنع مطلقاً، بل عن المبسوط أنه قال : عندنا لا يجوز بحال، وظاهره الإجماع عليه، وعن المعتمد الإجماع عليه مع عدم الحاجة، وعن الكفاية نفي الخلاف فيه مع وجود الكفاية في بيت المال قال : ومع عدمها ووجود الحاجة قولان أشهرهما المنع، وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضرورة ومع التعين والكفاية لا يجوز قولاً واحداً، وفي المستند دعوى ظهور الإجماع على عدم الجواز مع الكفاية .

القربة أيضاً ؟

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

فإن كان المعتبر عدم وجود شيء من الدواعي النفسانية والامور المادية ، كان الأخذ منافياً ولم يكن عمله مقرباً ومسقطاً للتكليف ، وإن كان المعتبر الإمتثال والقيام بالعمل وتحقيقه في الخارج - وإن كان الداعي إليه هو الأجرة - جاز أخذها ، وكأنه يأخذ الأجر على إطاعة الله وامتثاله ، لكن المانعين لا يصححون الداعي إلى الداعي ، فأما الإمتثال خوفاً فغير مضر .

ومنها : التنافي بين الوجوب وأخذ الأجرة ، لأن إيجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد في العمل وإلغاء ملكيته له ، فهو ليس له حتى يأخذ شيئاً بأزائه أو لا يأخذ ، بل إن العمل حينئذ يوجد في الخارج مملوكاً لله ، وهذا نظير ما إذا كان أجيراً لزيد في خياطة مثلاً ، فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطة لعمرو .

وأجاب عنه السيد قدس سره^(١) بعد قوله : « إنه مختص بالواجب العيني » بوجهين أحدهما : « منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكية نظير الملكية للناس » .

وتوضيحه : إن الإيجاب لا يوجب سلب ملكية الإنسان لعمله ، فثلاً عندما ينذر دفع كذا من المال في سبيل الله ، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه ، لكن ذلك

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٩ .

لا يخرج عن ملكه ، فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً ، فالوجوب التكليفي لا يقتضي سلب الملكية ، وكذلك العمل إن وجب لا يخرج عن ملك العبد .

والثاني : « لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان إحدى الملكيتين في طول الأخرى ، فإن الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضاً مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى » .

وتوضيحه : إن سلمنا كون الفعل ملكاً لله ، فإنه لو كانت ملكيته عرضية ورد الإشكال بأنها لا يجتمعان ، لأن اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول ، لكن إحدى الملكيتين في طول الأخرى ، نظير ملكية العبد التي هي في طول ملكية مولاه ، فإنه يملك ما وهب مثلاً لكنه مع ما في يده لمولاه ، كما أن العقلاء يعتبرون الملكية لما يحصل من الطرق المعينة ، والشارع قد أمضى هذه الملكية ووافق على هذا الاعتبار إلا بالنسبة إلى أشياء مخصوصة كالخمر والخزير ، وبالنسبة إلى طرق معينة كالمنازعة والربا ، بل الملكية من ضروريات جميع الأديان . مع أن الله عز وجل مالك السماوات والأرضين ، وسنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها ، إلا في المورد الذي جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه ، حيث قال تعالى في آية الخمس : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ (١) الآية .

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

أقول : هذا توضيح الجواب وتقريبه ، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب لله ، وأنه عندما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفاً بكونه لله ويأخذ الأجر عليه ، فغير واضح ، لعدم اعتبار ملكية ما كان موصوفاً بكونه لله لأحد عرفاً .

ومنها : إن أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل ، والعقلاء لا يعتبرون الملكية في هذه الصورة ، لأن الإلزام الشرعي كالإلزام الطبيعي .

وأجاب السيد قدس سرّه عنه بوجهين ، أحدهما : اختصاصه بالواجب العيني التعيني ، والثاني : إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائي في ذلك ، لا أقل من حبّ كون معبوده مطاعاً .

ومنها : إن أخذ الأجرة على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط ، ولا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب الاتيان به مطلقاً .

وأجاب : بأن هذا الإشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل في مقام العمل مشروطاً ، وأما إذا جاء به بنحو الإطلاق وقصد ذات العمل - لا العمل الذي كان بأزائه كذا - فلا مانع .

على أن هذا - لو تمّ - يتمشى في التعديّات فقط .

ما ورد في خصوص القضاء :

ثم إنه قد وردت نصوص عديدة في خصوص أخذ الأجرة على القضاء : كالصحيحة التي رواها في (الوسائل) عن عبد الله بن سنان قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق .

فقال عليه السلام : ذلك السحت»^(١).

أقول : فهل إنه «سحت» لأن السلطان حاكم جور أو أنه سحت لأنه في مقابل القضاء ؟ وجهان ، قال السيد : إن ظاهره خلاف الإجماع ، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال . أي : فلا بد من حمل الرواية على الوجه الأول ، إلا أن ظاهر «على القضاء» هو الوجه الثاني . على أنه إن كان من جهة كون السلطان جائراً ، فإن للإمام عليه السلام الولاية على الإذن في القضاء في سلطنة السلطان الجائر .

وكالصحيحة عن الشيخ الصدوق في (الخصال) عن عمار بن مروان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : «كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت ، والسحت أنواع كثيرة ، منها ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة ، ومنها أجور القضاة ، وأجور الفواجر ، وثن الخمر والنبيذ المسكر ، والزبا بعد البيّنة . فأما الرشا - يا عمار - في الأحكام ، فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم»^(٢).

فقال المانعون : بأن الصحيحة هذه ظاهرة في أن المراد من «أجور القضاة» فيها ما يأخذه القضاة في مقابل القضاء ، وإن لم يكن ما يأخذونه من «الولاية الظلمة» ، كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلاً ، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواحش وثن الخمر

وأجاب المجوّزون - كالسيد قدّس سرّه^(٣) - بأن الظاهر أنها ناظرة إلى الاجور التي كان القضاة يأخذونها من «الولاية الظلمة» ، فأجورهم إن كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت ، لا مطلقاً ، من جهة أن الظاهر كون الضمير في

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢١/١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٨ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ١٢/٩٥ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

(٣) العروة الوثقى ٣ : ٢٠ - ٢١ .

«ومنها» راجعاً إلى «ما» في «ما أصيب» فتكون الحرمة من هذا الحيث .
 أقول : والظاهر أنه إن كان هذا الضمير راجعاً إلى ما ذكر، لجاء بلفظ المذكر
 لا المؤنث ، فما ذكره خلاف الظاهر ، وبمجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من
 الأنواع لا يكون دليلاً على ما ذكر . وبالجملّة :
 إن «أجور القضاة» قسيم لـ «ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة» ،
 فظهورها في حرمة أخذ الاجرة على القضاء تام .

نعم ، لا تدلّ على حرمة الارتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر ، ولا سيما مع
 الحاجة والضرورة ، فإن ذلك لا مانع منه ، ويكون القاضي حينئذ كسائر العمال ،
 لكن لا بمعنى كون ذلك في مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب
 للعلوم الدينية قربة إلى الله تعالى ، مع أن الحاكم الشرعي يرزقهم من بيت المال ،
 ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقسم الغنائم على من اشترك في
 الحروب والغزوات ، ويعطي كلّ حسب جهده ومقامه ... لكن لا بعنوان
 العوض^(١) .

قال المحقق : «أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ، ففيه خلاف ...»^(٢) .
 أقول : وبناءً على الجواز ، فهل له أن يأخذه من المدّعي أو المحكوم له أو
 المتخاصمين معاً ؟ إن كان بعنوان الأجر فهو إما جعل وإما إجارة ، وحينئذ ، يجب
 دفعه على الجاعل أو المستأجر ، وإن كان قد قضى ولم يقصد كونه مجّاناً ضمن

(١) واختار في مباني تكملة المنهاج (٥ : ١) الجواز واستدل عليه بقول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده
 إلى مالك الأشتر رضي الله عنه : «وأكثر تعاهد قضاتك وافسح له بالبذل ما يريح علته وتقل معه حاجته
 إلى الناس» قال : وطريق الشيخ إلى عهده عليه السلام إلى مالك الأشتر معتبر .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٦٩ .

أجره، فهل يضمنه المحكوم له لأنه المنتفع بحكمه، أو كلاهما لأنه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم، ولا يشترط في وجوب دفع العوض وجود المنفعة؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجرة على الشهادة؟

قال المحقق: «أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة...»^(١).

أقول: لا إشكال في حرمة أخذ الأجرة على الشاهد، بناءً على حرمة أخذ الأجرة على الواجبات مطلقاً، لأن الشهادة واجبة عليه، فيكون الشاهد كالقاضي في حرمة الأخذ بناءً عليه بلا فرق بينها، فلا وجه لأن يكون أخذ الأجرة عليها أشد حرمة منه على القضاء. نعم، يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً.

مركز تحقيق كتب علوم اسلامی

وهل يجوز أخذها على تحمّل الشهادة؟ قال في (الجواهر): قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعيينه عليه، لكن الأولى تركه^(٢).

وهل يجوز أخذها على مقدّمات أداء الشهادة؟ وجهان، من أن الواجب إقامة الشهادة لا تحصيل المقدمات، ومن أن الشهادة واجبة وتحصيل مقدماتها مقدّمة للواجب فهو واجب، فلا يجوز أخذ شيء في مقابل مقدّمة الشهادة.

أقول: أداء الشهادة من الواجبات البدنية لا المالية، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهادة، كأجرة السيّارة التي تقلّه إلى بلد

(١) شرائع الإسلام ٤: ٦٩.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٥٤.

آخر، لأجل المحضور في مجلس الشهادة والقضاء مثلاً، إلا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل ما يلزم من المال في سبيلها.

قال المحقق: «ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعدّ للمصالح، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الآداب والسنن»^(١).
أقول: الأمر في ذلك كله واضح بعد ما ذكرنا. والله العالم.



المسألة السادسة

(في طريق ثبوت ولاية القاضي)

قال المحقق قدّس سرّه : « تثبت ولاية القاضي بالإستفاضة »^(١).

أقول: لم يتعرّض رحمه الله لثبوت ولاية القاضي بالعلم والبيّنة ، لأن ثبوتها بهما لا ريب فيه^(٢) ، فالولاية تثبت بشهادة عدلين بها وإن لم يحكم بها حاكم ، كما في (المسالك) وغيرها ، فتكون نظير الإجتهد ، فإنهم ذكروا أن الإجتهد والأهلية للمرجعية في الأحكام الشرعية تثبت بشهادة عدلين من أهل الخبرة ، من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها ، لإطلاق أدلة البيّنة الشاملة للمورد . نعم ، لو أنكر منكر ولاية القاضي مدّعياً عدم نصب الحاكم إياه للقضاء ، أو أنكر اجتهاده - بناءً على اشتراطه فيه - وقعت المرافعة ، وتوقف ثبوت الولاية على حكم الحاكم فيها حينئذ .

وحيث لا علم ولا بيّنة ، تثبت ولاية القاضي بالإستفاضة ، ومع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده والتحاكم إليه .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٠ .

(٢) ولعلّه لهذا السبب أيضاً لم يتعرض «لثبوتها بسماع التولية من الإمام عليه السلام نفسه ، وإقراره عليه السلام بها ، وبحكم الحاكم بها بناءً على ثبوتها به .

وهل المراد من الإستفاضة الخبر المفيد للعلم، أو الشيع المفيد للظن المتأخم للعلم، أو يكفي في صدقه إفادته للظن ؟

في (المسالك) : هي إخبار جماعة ، لا يجمعهم داعية التواطي عادة ، يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم ، على ما يقتضيه كلام المصنف هنا ، أو الظن الغالب المقارب له على قول^(١).

وفي (الجواهر)^(٢) فسّر الإستفاضة بالشيع الذي يحصل غالباً منه سكون النفس واطمئنانها بمضمونه ، قال : بل لعلّ ذلك هو المراد بالعلم في الشرع موضوعاً أو حكماً.

فإن أراد المحقق الشيع المفيد للظن ، كان نظير خبر الواحد والبيّنة ، غير أنه في البيّنة يشترط العدالة والعلم الحسي بالموضوع وغير ذلك ولا يشترط ذلك في المستفيض ، فلو جاء جماعة - فهم الكبير والصغير والمسلم وغير المسلم - بنبأ ، أفاد المجموع الظن وإن لم يفد كل واحد من الأخبار الظن بوحده .

والظاهر : أن المحقق لا يريد ما ذكر في (المسالك) و (الجواهر) ، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعيدة ، بعد أن لم يتعرّض للعلم والبيّنة في طريق ثبوت الولاية ، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم أو الاطمئنان مسلّم ، ولذا تعرّض للإستفاضة غير المفيدة لأحدهما رأساً ... بل الظاهر : أن مراده من الإستفاضة هو الشيع المفيد للظن ، فهو الحجة في ثبوت الولاية للقاضي^(٣).

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥١ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٥٥ .

(٣) الإستفاضة من : فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاً بمعنى « كثر » ، فإذاً ، يعتبر في الخبر المستفيض تكثر

ولعل وجه كلام الشهيد الثاني - حيث ينسب المعنى المذكور إلى المحقق - هو قول المحقق في آخر المسألة : « ولا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وإن شهدت له الأمارات ما لم يحصل اليقين » .

ولكن الذي يقوى في النظر، أنه قد تطرّق إلى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الإستفاضة، إذ قال قبل ذلك : « ولو لم يستفرض .. أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين .. » فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الإستفاضة ما يحصل منه العلم واليقين .

ثم قال في (المسالك)^(١) في بيان وجه كلام المحقق : إن كان المراد من الإستفاضة ما يوجب العلم، فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البيّنة، وإن أريد ما يفيد الظن، فهو حجة في كلّ مورد لا طريق إلى إقامة البيّنة عليه ولا طريق إلى العلم فيه، ففي مثل ذلك قامت السيرة على الإعتداد على الإستفاضة ...
والشيخ قدّس سرّه ذكر في (المبسوط)^(٢) ثبوت ذلك بالإستفاضة، ثم

→ رواه، ولذا عبّر في المسالك بأنها إخبار جماعة، وفي الجواهر بالشياع. ثم اختلفت كلماتهم في حدّ هذه الكثرة المعتبرة. وقد يستظهر من عبارة المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين في صدق « المستفيض » على خبرهم، بخلاف عبارة الجواهر ونحوها، فإنها ظاهرة في تحقق صدقه باتحاد المعنى وإن تعدّدت الألفاظ.

ثم هل المعتبر في الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أو الظن الغالب المتأخّم للعلم أو مطلق الظن؟ أقوال، قد عرفت نسبة الشهيد الثاني الأوّل إلى المحقق ولكنها غير نامة وقد قال رحمه الله في آخر المسألة: وسياق رجوع المصنّف عن الجزم باعتبار العلم إلى الإكتفاء بتأخّمه على تردّد فيه، وعلى القولين الآخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الآحاد، ويؤيد ذلك قول الأصحاب في الكتب الفقهية: هذا الخبر مستفيض بل متواتر.

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥١.

(٢) المبسوط في فقه الإماميّة ٦ : ٨٦.

استدلّ لمحجّة الإستفاضة في مورد آخر بالأخبار ، وذلك يدل على أن مراده من الإستفاضة ما يفيد الظن وإلا لم يستدل بالأخبار .

وصاحب (الجواهر) تمسّك بالسيرة والأخبار لمحجّة الإستفاضة بغض النظر عن إفادتها للعلم أو الظن ، فظاهر كلامه قدّس سرّه أنها حجة عند العقلاء مطلقاً .

ومما استدلّ به فيها : رسالة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن البينة إذا أقيمت على الحق ، أيحلّ للقاضي أن يقضي بقول البينة 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) .

قال المجلسي والكاشاني « قدّس سرّهما » في شرحه^(٢) : إن المستفاد من الخبر الحكم بظاهر دعوى متولّي الأمر ، وأنه لا يجب الفحص عن باطن الأمر ، فإذا ادّعى الولاية وتولّى الأمر فلا يجب السؤال عن باطنه .

قال أحدهما : المدّعي للتزويج يقبل منه ، وكذا القصاب بالنسبة إلى الذبيحة فلا يسأل عن باطن اللحم ، والشاهد كذلك ، فإنه يحكم بحسب ظاهره ولا يسأل عن باطن حاله ، فكأن جواب الإمام عليه السلام في خصوص الشاهد : إنه يحكم بحسب ظاهر الأمر ، ولا حاجة إلى السؤال عن باطن الشاهد وحقيقة حاله إن كان ظاهره ظاهراً مأموناً .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٨٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٢ ، وقد روي هذا الخبر مع اختلاف في بعض ألفاظه .

(٢) مرآة العقول ٢٤ : ٣٠٣ ، الوافي ٩ : ١٠١٥ .

أقول : لكن هذا المعنى لا يساعده لفظ الرواية ، ففي الرواية : « فإذا كان ظاهره » وهو ضمير مفرد لا يصح عوده إلى الشهادات والبيئة ، إلا أن يجعل المرجع له أحد الفردين أو الأفراد ، وهو خلاف الظاهر .

وجعل صاحب (الجواهر) مرجع الضمير « الحال » و « المطلب » أي : فإذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً ، فتكون الرواية واردة في مورد الشيع ، وأما على ما ذكره ، فتكون أجنبية عن محل الكلام ، لكن ما ذكره في (الجواهر) مشكل أيضاً .

وفي الرواية احتمالات أخرى ، والحاصل إنه لا دلالة تامة لها على الحكم ^(١) . ومما استدل به : صحيحة حريز قال : « كانت لإسماعيل ابن أبي عبد الله عليه السلام دنائير ، وأراد رجل من قریش أن يخرج إلى اليمن ، فقال إسماعيل : يا أبا إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندي كذا وكذا ديناراً ، أفترى أن أدفعها يبتاع لي بها بضاعة من اليمن ؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام : يا بني ، أما بلغك أنه يشرب الخمر ؟

(١) أي لإجمال لفظ الرواية . وأما سند أفهي مرسل ، إلا أن « يونس » فيها هو يونس بن عبد الرحمن كما جاء في الوسائل عن الصدوق ، ويونس بن عبد الرحمن من أصحاب الإجماع ، فتكون الرواية معتبرة بناءً على تصحيح ما يصح عن أحدهم . لكن راويها عن يونس هو : « محمد بن عيسى » وهو : ابن عبيد ابن يقطين أبو جعفر العبيدي الأسدي الراوية عن يونس حتى قيل له « اليونسي » نسبة إليه . وهذا الرجل قد وثقه النجاشي (رجال النجاشي ٣٣٣ : ٨٩٦) قائلاً : جليل من أصحابنا ثقة عين كثير الرواية حسن التصانيف . وضعفه الشيخ قائلاً : ضعيف استثناه أبو جعفر ابن بابويه من رجال نوادر الحكمة وقال : لا أروي ما يختص بروايته ، وقيل : إنه يذهب مذهب الغلاة ... (الفهرست ٢١٦ : ٦١١) .

إلا أنه قد تقرر تقدم رأي النجاشي على رأي الشيخ عند التعارض ، ولا سيما وأن الظاهر هنا كون سبب تضعيف الشيخ ما ذكره عن الصدوق تبعاً لشيخه ابن الوليد ، على أنه قد تقرر أيضاً اعتبار خبر الثقة وإن كان فاسد المذهب .

فقال إسماعيل : هكذا يقول الناس .

فقال : يا بني لا تفعل .

فعصى أباه ودفع إليه دنائيره ، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها .

فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله عليه السلام حج ، وحج إسماعيل تلك السنة ، فجعل يطوف بالبيت وهو يقول : اللهم أجرنى وأخلف علي ، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له : مه يا بني ، فلا والله مالك على الله هذا ، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك ، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته .

فقال إسماعيل : يا أبة ، إني لم أره يشرب الخمر ، إنما سمعت الناس يقولون .

فقال : يا بني ، إن الله عز وجل يقول في كتابه ﴿يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ يقول : يصدق لله ويصدق للمؤمنين ، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ، ولا تأمن شارب الخمر ، فإن الله تعالى يقول ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فأي سفيه أسفه من شارب الخمر ، إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب ، ولا يشفع إذا شفع ، ولا يؤتمن على أمانة ، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه^(١) .

فإنها صريحة في اعتبار الشيعاء بين الناس وترتيب الأثر عليه ، بأن لا يأتي الإنسان بما يخالف مقتضاه ، ولكن لو كان هذا الشيعاء كالبينة في الحسبية ، للزم إجراء الحد عليه ، وهو خلاف الإجماع بل الضرورة .

فمراد الإمام عليه السلام هو الإحتياط من هكذا شخص ، وأن لا يسلم

(١) وسائل الشيعة ١٩ : ٨٢ / ١ . كتاب الودعة ، الباب ٦ . رواها الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عيسى عن حريز . وهي صحيحة أو حسنة بإبراهيم بن هاشم .

الإنسان ماله، ولا يأتى أحداً على شيء إلا بعد الوثوق بدينه وأمانته، بل الشياع لا يقتضي التفسير، والغالب في الشيعات عدم الاستناد إلى الحسن، فإن الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر وإجراء حدّ شرب الخمر عليه بالاستناد إليه غير جائز. نعم، ترك تزويجه في محله، لأنه محل شبهة وإن لم يكن العقد لشارب الخمر باطلاً.

وبالجملة: إن أفاد الشياع العلم أو الإطمينان العقلاني - وهو الذي يعبرون عنه بالعلم ويرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعاً - فهو، وإلا فليس بحجة إلا أن تقوم السيرة على جعل الشياع كخبر الواحد في ترتيب أثره عليه، ولا يبعد تحقق هذه السيرة عند عموم الناس - ما عدا المخاطبين منهم - ولكن في اتصالها بزمن المعصوم وإمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالاستفاضة:
قال المحقق: «وكذا يثبت بالاستفاضة النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعق»^(١).

أقول: يكفي في ثبوت النسب - كما لو شك في كون زيد هاشمياً مثلاً - شياع ذلك في بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، وكذا الأمر في الوقف، فلو شاع أن القرية الفلانية موقوفة للجهة الكذائية، كفي ذلك في ثبوت الوقف، حيث لا طريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجداني بالموت، وأما مع عدمهما كالموت في السفر - مثلاً - فلا طريق إلى الثبوت إلا الشياع، فتقسم الأموال وتترتب الآثار... وكذا الأمر في الملك المطلق،

(١) شرائع الإسلام ٤: ٧٠.

فإنه لا طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياع ، لأن تواطى الناس على ذلك محال عادة ، وكذا النكاح والعق .

والدليل على كفاية الإستفاضة في ثبوت هذه الامور هو السيرة - كما أنها الدليل المعتمد عليه في حجية خبر الواحد - فإن أهل العرف يرتّبون الأثر في مثل هذه الامور على الإستفاضة فيها ، لأنها مفيدة للوثوق النوعي عندهم .

أقول : ونفس إقامة الدليل على الإعتماد على الإستفاضة ، دليل على أنهم لا يريدون من الإستفاضة ما يفيد العلم أو الإطمينان المتأخّم له ، وإلاّ فنفس العلم أو الإطمينان دليل .

وفي (المسالك) : الإستفاضة المفيدة للعلم دليل حجّيّتها هو العلم ، والمفيدة للظن دليل حجّيّتها السيرة ، ولكن السيرة لا تتحقق إلا في موارد مخصوصة ومنها الولاية على القضاء ، لأنه لولا الإستناد إليها يلزم العسر والمخرج ، لعدم إمكان إقامة البيّنة^(١) .

وعن بعضهم دليل آخر على حجّيّة الإستفاضة وهو : إن الحجة لا تقام عند الحاكم وإلا لزم الدور ، مثاله : إذا كان في البلد قاض ، وقد نصب الحاكم قاضياً آخر ، ولم يعتبر الشيعاء ولا البيّنة إلا بحكم ، وتوقف قبول البيّنة على ولاية الثاني على الحكم ، فإن كان الحاكم بثبوت ولاية الثاني هو القاضي الأوّل ، فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولاية القاضي الجديد ، بناءً على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثاني ، فلا ينفذ حكمه ، وكذلك الأمر بناءً على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثاني ، لأنه مع وصول الخبر ينزل ، فلو أراد أن يحكم ، لم ينفذ حكمه بولاية

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥١ - ٣٥٢ .

الثاني. وإن كان الحاكم بثبوت الولاية هو القاضي الثاني نفسه، فإن ثبوت ولايته يتوقف على حكمه، وحكمه يتوقف على ثبوت ولايته، وهذا دور ظاهر.

أقول: هذا يتم فيما إذا لم يكن هناك قاض آخر غير الأول المعزول، أو لم يكن في بلد آخر قاض يمكنهم الرجوع إليه لأجل الحكم.

وقال في (المسالك): «وهذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط، وقد جوزه العلامة في القواعد»^(١) (٢).

لكن فيه: إنه لا يوافق قواعد الأصحاب، وقد حكموا بسبطلان الوكالة المعلقة، أي: لا يصح تعليق الوكالة على شرط، ولا بدّ من كونها منجّزة، فإذا كان التعليق مبطلاً لها مع كونها من العقود الإذنية، فإن إبطاله للولاية التي ليست منها يكون بطريق أولى.

وقيل: بالفرق بين الولاية والوكالة، لأن الوكالة من العقود. فلا بدّ لها من الصيغة الممتنع فيها التعليق شرعاً، والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة، فيجوز في الولاية ما لا يجوز في الوكالة، فيجوز أن يكون الأول معزولاً عن الولاية في ظرف ثبوت ولاية الثاني، فحينئذ يحكم بولاية الثاني وينعزل هو عن القضاء.

وهذه بحوث علمية بحتة ليست محللاً للإبتلاء فعلاً، نعم يجري البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة، كأن يوكل الثاني ويرسله إلى البلد، فإنه بوصوله إليه ينعزل الأول، ومن البحوث العلمية قول المحقق:

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٥١-٣٥٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٣.

«ولو لم يستفرض، إما لبعده موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من الأسباب، أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد إليه وسيرهما معه ليشهدا له بالولاية».

وكيف كان: «لا يجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البيّنة وإن شهدت له الأمارات، ما لم يحصل اليقين».



مركز تحقیق و تبحر در علوم اسلامی

المسألة السابعة

(في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد)

قال المحقق : « يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكلّ منهما جهة على انفراده »^(١).

أقول : لا ريب في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد ، على أن يكون لكلّ منهما جهة على انفراده ، كجعل أحدهما قاضياً في الأموال والآخر في الدماء والفروج ونحو ذلك .

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

أقول : وهل يجوز التشريك بينهما في الولاية الواحدة ؟ قولان ، اختار المحقق قدس سرّه الجواز ، والصحيح : المنع ، لأن الولاية من الأمور ذات الإضافة فلا يمكن التشريك فيها ، إلا أن يراد من التشريك إناطة نفوذ حكم أحدهما بموافقة الآخر

ومع التعدّد ، فحيث أن كلّ واحد منهما جعله الشارع قاضياً بالاستقلال ، وليس نفوذ حكمه مشروطاً - في زمن الغيبة - بموافقة الآخر وإمضاء حكمه ، كان النافذ حكم السابق منهما في الحكم في الواقعة ، فلا يجوز للآخر نقضه - إلا مع طلب

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٠ .

المترافعين أو العلم بالإشتباه في الحكم - كما هو الحال في إجراء العقد للصبي من قبل كل من الأب والجد ...

لو اختلف المترافعان في تعيين القاضي :

فإن اختلف المترافعان في تعيين القاضي ، فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعي الترافع عنده ؟ قيل : نعم ، وادّعي عليه الإجماع ، لأن المدعي هو صاحب الحق . وفيه نظر ، وفقاً للسيد صاحب (العروة)^(١) قدّس سرّه ، إذ ليس للمدعي الحق ، لا على القاضي - لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه ، والحال أن نظر القاضي في المرافعة حكم واجب - ولا على المدّعي عليه ، لأنه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق ، وإن أمكن ثبوته في علم الله سبحانه .

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً ، فإن للمدّعي عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعي ، وكذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه ، وحينئذ ، قالوا : يرجع إلى القرعة لتعيين القاضي ، لأنها المرجع عند التداعي كما سيأتي .

فتحصّل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعي ، ويبقى الإجماع إن كان ، وإلا فالقرعة هي المرجع أيضاً .

وأما في صورة التداعي ، بأن يكون كلّ منهما مدّعيّاً ومنكراً ، كأن يدّعي أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والآخر الصلح فلا خيار ، فإن توافقا على الترافع عند أحد الحاكمين فهو ، وإن سبق أحدهما إلى الحاكم نفذ حكمه بناءً على نفوذ

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٤ - ١٥ .

الحكم الغيابي ، وإن رجع كل واحد من المترافعين إلى واحد من المحاكمين ، وحكم كل منهما غياباً ، قال الأكثر بالقرعة ، لأن أحد المحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها .

لكن مقتضى القاعدة بطلان المحكمين معاً ، لأنه إن أريد بالقرعة العثور على الواقع ، كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع ، فهو ، ولكن في المورد حيث مقدّمات الحكم في كلا الطرفين تامة ، ويراد ترتيب الأثر على كل واحد باعتباره حكماً مطابقاً للواقع ، كان الحكمان متضادين ، ومقتضى القاعدة سقوطهما ، لكن لم أجد من أفتى بذلك .

وتفصيل المسألة : إنه إذا حكم كل من المحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو التقارن ، فالوجه سقوط المحكمين ، وإنما يتصور ذلك في الحكم الغيابي ، والحكم الغيابي يتصور في حالين :

الأول : أن يحضر أحد المترافعين عند المحاكم فيرسل المحاكم خلف الآخر ، فتارة يمتنع عن الترافع عند هذا المحاكم ، وأخرى يمتنع عنه مطلقاً ، فإن أبي عن الحضور مطلقاً ، طلب المحاكم من المدعي الشهود ثم يحكم حكماً غيابياً على الخصم وينفذ هذا الحكم في حقه بلا كلام ، وإن أبي عن الحضور عند هذا المحاكم مع الموافقة على الترافع عند غيره ، فهل يسمع كلامه أو لا ، فيحكم عليه غياباً ؟

الصحيح : إنه لا وجه لإلزامه ، بل يرجع إلى القرعة .

الثاني : أن يكون الحكم غيابياً بالنسبة إليهما معاً - بأن يكون أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر ، فيرجع كل منهما إلى حاكم بلده بعد عدم اجتماعهما في بلد واحد للمرافعة لجهة من الجهات ، فيحكم كل واحد من المحاكمين حكماً غيابياً على الخصم الآخر - فأبي المحكمين النافذ ؟

إن علم الأسبق منها زماناً فهو المقدم ، ومع عدمه فالقرعة هي الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ ، ومع العلم بوقوعهما في زمان واحد ، فمقتضى القاعدة سقوطهما ، لأنهما كالسبيين المتماثلين ، وبعبارة أخرى : هما حكمان لموضوع واحد ، ودليل اعتبارهما واحد ، فحيث لا يمكن اجتماعهما يسقطان .

وقيل : إنهما كالخبرين المتعارضين ، فيحكم بالتخير .

قلت : إنما يحكم بالتخير بين الخبرين المتعارضين في صورة الإمكان ، لا في كل خبرين متعارضين ، وفيما نحن فيه ، لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضى الآخر كونه لعمرو ، كيف يحكم بالتخير ؟

قال السيد قدس سره : إن أدلة نفوذ حكم الحاكم منصرفة عن مورد التعارض بين الحكمين ، فدليل اعتبار الحكم لا يشمل .

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

واحتتمل السيد الرجوع إلى حاكم ثالث ، فيكون حكمه رافعاً للنزاع .

قلت : وهل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث ؟ والصحيح : سقوط الحكمين معاً ، فإن تراضيا بعدئذ بالتراجع عند حاكم ثالث فهو ، وإلا فيرجع إلى القرعة لتعيين الحاكم .

ثم إن التداعي يكون تارة في الشبهة الحكمية ، كأن تعقد البنت الباكرة العاقلة الرشيدة نفسها لرجل - بناءً على صحته - ويعقدها الولي لرجل آخر - بناءً على استقلاله في ذلك - فيقع النزاع بين الرجلين ...

وكما لو وقع النزاع في الحبوة بين الولد الأكبر وسائر الورثة ، فاختلف

الطرفان في الحكم تبعاً لمقلديهما - مثلاً - .

وأخرى في الشبهة الموضوعية ، كأن يتنازعا على مال ، فإن كان في يد أحدهما ، كان الآخر مدّعياً وصاحب اليد منكرأ ، فإن أثبت المدعي ملكيته له فهو ، وإلا حلف المنكر على أنه ليس للمدعي وأبقي في يده ، وإن لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعي .

وقد أجرى في (المستند) هذا التفصيل في الشبهة الحكمية أيضاً^(١) .

والحق - وفقاً للسيد قدّس سرّه - كونها متداعيين في تلك الشبهة وإن كان لأحدهما يد ، لأن اليد حجة في صورة الجهل بمدركها ، فيحتمل أن تكون على وجه صحيح ، وأما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلاً فليست بحجة ... فلو كانت المرأة تحت من عقد له الأب ، وجاء من يدعي سبق عقد الجد له عليها ، ووقع النزاع حول الأقدم ، كان احتمال صحة اليد في محله ، فيطالب الخصم بالبينة ، فإن جاء بها وإلا حلف صاحب اليد وبقيت تحته ، ففي هذه الصورة حيث النزاع على الأسبقية ، وليس المنشأ هو الاختلاف في الحكم ، يحتمل صحة اليد ، وكان من قبيل المدعي والمنكر لا المتداعيين .

(١) مستند الشيعة في أحكام الشريعة ١٧ : ٩٥ .

المسألة الثامنة

(فيما يتعلق بانعزال القاضي وعزله)

قال المحقق قدس سره : « إذا حدث به ما يمنع الإنعقاد انعزل ، وإن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم ينفذ حكمه »^(١).

أقول : إذا فقد القاضي أحد الشروط المعتبرة ، سقط حكمه عن الاعتبار ولم ينفذ ، لأن أدلة اعتبار الصفات تقتضي وجودها فيه ابتداءً واستدامة ، فلا وجه للإستصحاب ، لأنه أصل وهو لا يعارض الأدلة ، فإن ارتفع المانع ، فهل تعود التولية أو لا بد من نصب جديد ؟

إختار في (المسالك) الثاني ووافقه في (الجواهر) قال : لا تعود بزوال هذه العوارض ، للأصل .

أقول : والمراد من الأصل ، إما استصحاب حال الجنون - مثلاً - وإما أن التولية تحتاج إلى دليل ، وبعد زوال الجنون فالأصل عدم التولية ، فيكون نظير الوكالة إذا جنّ الوكيل ...

والحق : أنه إن نصب شخص الإمام عليه السلام أحداً بخصوصه للقضاء ، كان حاله حال الوكيل فيما ذكر ، وأما إذا كان حكم النصب كلياً ، سواء في زمن الحضور أو الغيبة كما في معتبرة أبي خديجة ، فإنه مع زوال العارض يشمل الحكم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٠ .

الكلّي وينفذ حكمه ، نظير : « صلّ خلف من تثق بدينه »^(١) ، فلو حدث في إمام الجماعة فسق لم تجز الصلاة خلفه ، فإن تاب وعاد جاز الائتّام به لقوله عليه السلام : « صلّ » لأن معناه : جواز الصلاة خلفه في كلّ زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته ... ولعلّ كلمات الأصحاب ناظرة إلى المنصوب من قبل الإمام عليه السلام بشخصه ، وهذا جار في المنصوب من قبل المجتهد أيضاً ، بناء على أن له ذلك .

هذا كلّّه في الإنعزال القهري ، فإن القاضي ينزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له ، وإن لم يعلم الإمام عليه السلام بذلك ، لأنهم إذا شاءوا علموا كما في الأخبار .

وربما فرّق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء ، وبين غيره كالجنون ، فتعود في الأوّل قياساً على السهو والنسيان دون الثاني .

أقول : وفيه إنه يشترط في القاضي العقل ، وإن زواله يوجب العزل ، سواء كان بالإغماء أو الجنون ، إذ لا أثر لقلّة زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء والجنون ، وأما في حال النوم والسهو والنسيان ونحو ذلك فلا يزول العقل ، فهو قياس مع الفارق .

قال المحقق قدّس سرّه : « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً ؟ الوجه : لا ، لأن ولايته استقرّت شرعاً فلا تزول تشهياً »^(٢) .

أقول : إن كان في العزل مصلحة فلا إشكال في جوازه ، ومورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحة بل تشهياً ، وقد استدللّ المحقق قدّس سرّه للعدم بما سمعت ،

(١) وسائل الشيعة ٨ : ٣٠٩ / ٢ . أبواب صلاة الجماعة ، الباب ١٠ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٧١ .

لكنه مصادرة محضة .

وقيل : لأنه عبث ، والإمام عليه السلام لا يفعله .

وفيه : إنه إن عزله فلا يكون عبثاً .

وقيل : إنه يعرض بذلك للقدح من ليس بمقدوح فيه .

وفيه : إن عزله مع رفع هذه الشبهة ، فلا إشكال ، على أن لزوم ذلك أمر ثانوي ، والعنوان الثانوي قد يحصل حتى من النصب ، فقد ينصب الحاكم للقضاء ويترتب على ذلك المفسدة ، فلا بد من البحث في جهة أخرى ، وهي أنه هل يجوز عزل القاضي عن القضاء أو لا ؟

لقد ذكرنا سابقاً : أن الولاية على القضاء أمر اعتباري عرفي قابل للجعل ، كالزوجة والملكية ونحوهما ، فهي موجودة بين أهل العرف ، وقد جعل الشارع هذه الولاية للنبي والإمام عليهما الصلاة والسلام ، ثم رخص المجتهد في ذلك أيضاً ، فهل يستفاد من نفس التمكّن من الجعل التمكّن من العزل كذلك ؟

أمّا بالنسبة إلى الإمام عليه السلام ، فلا ريب في انعزال من يعزله ، وأمّا بالنسبة إلى المجتهد ، فهذا مشكل ، بل لا بدّ من دليل آخر ، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متولياً على وقف أو نصبه ولياً على أمر من الأمور من غير سبب يقتضي ذلك شرعاً ، إلا أن يدعى النيابة العامة للمجتهد ، بأن يكون له فعل كلّ ما فعله الإمام عليه السلام ... وهذا يتوقف - بالإضافة إلى إثبات ذلك من ناحية الأدلة - على إثبات فعل الإمام عليه السلام ذلك ، إلا أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاة ، ولكن هذا يحتاج إلى الإثبات ، فلعلّه أرجع القاضي من ذاك البلد ليرسله إلى بلد آخر .

وكيف كان ، فيحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على جواز النصب .

نعم، كل شيء يتوقف على الإذن - لا الجعل - جاز الرجوع فيه عن الإذن .
ولو عين الواقف أحداً للتولية على الوقف ، فليس له عزله عن التولية، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف، وقد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانة ، قالوا : بل يجب حينئذ ضم أحد إليه . وهذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفي للدلالة على جواز العزل .

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

وعلى فرض جواز العزل ، فهل ينعزل القاضي بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر إليه كالوكيل ؟ قال في (المسالك) : قولان ، أظهرهما الثاني ، لعظم الضرر في ردّ قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر ، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل^(١) .

وفي الأوّل : إن الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجهاً إلى من كان له الحق ، كذلك يحتمل أن يتوجه إلى مدعي الباطل منها ، ودليل « لا ضرر » لا ينفي مثل هذا الضرر ، فيكون المورد شبهة مصداقية له فلا يجوز التمسك به ، فيكون حكم هذا القاضي حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوباً لذلك من قبل الامام ، ثم بان له أنه لم يكن له ذلك ، فإن حكمه باطل ، وكذا من باع مال غيره متخيلاً أنه وكيل عنه في ذلك ، ثم ظهر العدم .

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥٨ .

وفي الثاني : إن الأولوية ممنوعة ، إلا أن يقال بأن الولاية على القضاء وكالة مع زيادة السلطنة أو يصحح ذلك بتنقيح المناط .

وبما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسك باستصحاب بقاء نفوذ الحكم .
قالوا : هذا إذا عزل القاضي لفظاً أو كتب إليه : أنت معزول - مثلاً - ، وأما إذا كتب إليه : إذا قرأت كتابي فأنت معزول ، ففيه فروع :
منها : أنه لا ينزل إلا بعد قراءة الكتاب ، سواء وصل إلى يده أو لا ، فلو وصل إليه الكتاب وحكم في قضية قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا إشكال .
ومنها : أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشرة ، بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه ، ولو بقراءة غيره له .

ومنها : أنه هل يشترط قراءة الكتاب كله أو يكفي العلم بحاصل المراد؟ وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابة أو تعذر عليه قراءته ...
قال في (الجواهر)^(١) إن هذه احتمالات باردة ، أظن فيها العامة في كتبهم لغرض صيرورة الكتاب ضخماً .

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

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٦٣ .

المسألة التاسعة

(هل ينزل القاضي بموت الإمام ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا مات الإمام عليه السلام قال الشيخ : الذي يقتضيه مذهبنا انزال القضاة أجمع . وقال في المبسوط : لا ينزلون ، لأن ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته . والأوّل أشبه »^(١) .

أقول : علّل في (المسالك)^(٢) القول الأوّل بقوله : لأنهم نوابه وولايتهم فرع ولايته ، فإذا زال الأصل زال الفرع ، ووافقه في (الجواهر) فيه وأضاف : فإن أمر كلّ عصر إلى إمام ذلك العصر . أي : إن قضاة ذلك العصر ينزلون بموته ، ثم ينصبهم الإمام اللاحق مرة أخرى أو ينصب غيرهم .

واستدلّ للقول الثاني : بأن ولاية القضاة قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الإمام ، ومع الشك تستصحب ، وقد أيد ذلك في (الجواهر)^(٣) وغيره بما في الانزال من الضرر العام للخلق ، بخلوّ البلدان من الحكام إلى أن يجدّد الإمام اللاحق نواباً فتعطل الأحكام .

والصحيح أن يقال : إن كلّ فرد من الناس إذا وكلّ أحداً أو أنابه أو أذن له في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧١ ، المبسوط في فقه الامامية ٨ : ١٢٧ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥٩ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٦٤ .

شئونه الخاصة والأمور التي بيده ، فإنه إذا مات ينزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام ، من غير فرق في ذلك بين الإمام وغيره ، فإن كان القضاء كذلك ، بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام ، وأن القاضي ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك وكالة عنه ، انزل القضاة بموته ، لأن من قواعد المذهب انزال الوكيل والنائب بموت الموكل والمنوب عنه .

وإن كان القضاء نظير نصب المتولي على الموقوفة أو الولاية على الصغار ، فلا ينزل بموت من نصبه ، لأنه يقوم بالأمر بعنوان السلطنة لا بعنوان الوكالة والإذن .

وبما ذكرنا يظهر الحال في التمسك بالإستصحاب ، لعدم انزالهم بموت الإمام ، لأن ولايتهم إن كانت من باب الوكالة فقد بطلت ، وإن كانت من باب الولاية ، فلا شك في بقائها حتى تستصحب ، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية ، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكالة ، لعدم الأثر .

ويمكن تقريب الاستدلال بأن يقال : إن الولاية قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياة الإمام ، فلا ريب في انقطاعها بالموت ، وقد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة ، ولا ريب في بقائها بعد موت الإمام ، ومع الشك في كونها مقيدة أو مطلقة يستصحب كلي الولاية ، فلا ينزل القاضي بموته وينفذ حكمه .

ولكن يشكّل : بأنه يبتني على القول بجريان الإستصحاب مع الشك في المقتضي .

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

وأما استصحاب نفوذ الحكم ، ففيه : إن استصحاب الحكم مع الشك في تحقق موضوعه غير جائز ، كما لا يجوز استصحاب قيام زيد مع الشك في وجوده .
وأما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال ، فيرد عليه : إن لزوم الضرر لا يفيد لإثبات عدم الانعزال ، فلو أن ماء حكم بطهارته الظاهرية بالاستصحاب وتوضاً به مدة من الزمن ، وغسلت به الثياب ونحو ذلك ، ثم انكشف الخلاف ، لم يكن الضرر العظيم المترتب على ذلك بمنع عن القول بنجاسة الماء .
إلا أن يقال : بأن لزوم الضرر يقتضي القول بعدم سقوط أحكام هؤلاء القضاة ، وأما أصل ولايتهم على الحكم ، فلا تثبته قاعدة نفي الضرر ، لأنه أمر تكويني .

قال في (المسالك) : « والأظهر هو الأول ، وقد يقدح هذا في ولاية الفقيه حال الغيبة وأن الإمام الذي قد جعله قاضياً وحاكماً قد مات ، فيجري في حكمه ذلك الخلاف المذكور ، إلا أن الأصحاب مطبقون على استمرار تلك التولية ، فإنها ليست كالتولية الخاصة بل حكم بمضمون ذلك ، فأعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك ، كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذو اليد مقبول الخبر وغير ذلك ، وفيه بحث »^(١) .

قلت : وهو خلاف ظاهر المعبرة حيث قال عليه السلام « فإني جعلته حاكماً » ولم يقل : فحكمه نافذ - مثلاً - فلو كان حاكماً إلهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الإمام ، بل ظاهر الرواية أن الحكومة لغير النبي والإمام متوقفة على الجعل وهو بيد الإمام عليه السلام ، فيكون الحاصل : إن من كان معنوياً بتلك العناوين

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٥٩ .

مجعل ولياً من قبل الإمام ، وليس هذا الجعل مقيداً بزمان حياته ، بل هو نظير جعل التولية على المسجد لإمام الجماعة من قبل الواقف ، فليس من شك حتى يستصحب ، وأما كون المسألة نظير الوكالة أو الحكم ، فكل ذلك خلاف الظاهر . وبالجملية : إن كان توليهم للقضاء مستنداً إلى النيابة من ناحية الإمام أو إلى الوكالة عنه ، كانت ولايتهم فرع ولاية الإمام وبموته ينزلون ، وإن كان جعلاً من قبله وسلطنة لهم على الحكم ، فلا ينزلون بموت الإمام . فالحق في المسألة ما ذكرناه^(١) .

لو مات القاضي الأصلي فهل ينزل النائب عنه ؟

ثم قال المحقق قدس سره : « ولو مات القاضي الأصلي لم ينزل النائب عنه ، لأن الاستنابة مشروطة بإذن الإمام عليه السلام ، فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينزل بموت الواسطة . والقول بانعزاله أشبه »^(٢) .

أقول : لو أذن الإمام للقاضي الأصلي في نصب القضاة ، بأن يكونوا وكلاء عن الإمام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم ، لم ينزلوا بموت القاضي الأصلي ، لكونه واسطة في النصب فحسب ، وهذا واضح ، ولو كان ذلك من قبل

(١) من بناء الخلاف فيها على كيفية الاستظهار من أدلة الإذن ، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بزمن الحياة - من معتبرة أبي خديجة ونحوها من تلك الأدلة - هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الإمام ، وهذا البحث يختص بزمان الحضور ، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولاية الفقيه الذي قدم مات الإمام الذي جعله قاضياً وحكماً وغاب الإمام المتأخر عنه ، لأن المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المحدد من اللاحق لغيابه ، لكن المحقق والجماعة جعلوا المعتبرة من أدلة النفوذ في زمن الغيبة كما تقدم .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٧١ .

نفسه لا الإمام، فلا ريب في انعزالهم بموته، وهذا واضح أيضاً، ولو أمره الإمام بإنشاء النصب وجعل الولاية على القضاء فلا ينزلون، لا بموته ولا بموت الإمام، لما تقدّم في الفرع السابق.

هذا كله في مقام الثبوت.

وفي مقام الإثبات: إن علم الأمر من الإمام عليه السلام أو بالقرائن الحافّة بالكلام، فلا بحث، وإن شك في كيفية الأمر وفي نفوذ حكم القضاة المنصوبين بعد موت القاضي الأصلي، فلا مجال لاستصحاب كلي الوكالة أو النيابة، لعدم جريانه مع الشك في المقتضي، مضافاً إلى أنه مسبّب عن الشك في كون الجعل من قبل الإمام، والأصل عدمه، كما أن الأصل عدم جعل الولاية والسلطنة، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضي الأصلي.

وأما في حال الغيبة، فلا ريب في نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، لأن له الولاية على القضاء، فإن قلنا بأنه لا يجوز له نصب غيره للقضاء، فلا كلام، وإن قلنا بأن له ما للإمام، جاء فيه التفصيل المذكور في الفرع السابق.

وأما في الأمور الحسبية، فتارة: يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها، فإن أعماله نافذة، ما دام الفقيه الناصب له حياً وينزل بموته ألبتة. وأخرى: يجعل الولاية له بالاستقلال، فلا ينزل بموته.

وأشكل المحقق الآشتياني في أن يكون للفقيه ما للإمام من التصرف في الأمور المستقبلية، لعدم الدليل على ذلك^(١).

وفيه: إن هذا صحيح، ولكن الفقيه يجعل الولاية في حال حياته، ثم تبقى بعد

(١) كتاب القضاء: ٤٩.

موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت - نظير علاقة الزوجية التي لا تزول بموت العاقلين - لأن ذات الولاية المجعولة قابلة للبقاء بمجرد إنشائها، حتى يقوم الدليل على زوالها .

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولاية الخاصة لثالث ؟
الظاهر : لا ، لأن غرض الشارع في الأمور الحسبيّة يتحقق بالإذن .
وتظهر الفائدة في أنه مع الجعل لا يمكن العزل ، وقد تدعو الضرورة إلى العزل بخلاف الإذن ، فلذا يكون التصرف بنحو الإذن حتى يتمكن من ذلك .



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

المسألة العاشرة

(هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحة ؟)

قال المحقق قدس سرّه : «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).

أقول : اختلف الأصحاب في المسألة على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء، مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبرة في القاضي، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلاً كما هو واضح، فيدور الأمر في الحقيقة بين رفع اليد عن بعض الشرائط في حال تولية الإمام، أو حمل فعل الإمام على بعض الوجوه.

وقد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقية، لأنه كان منصوباً من قبل في الكوفة، فلو عزله عليه السلام لخالف القوم، كما وقع بالنسبة إلى بعض الأمور التي أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها، كصلاة التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون «واعمراه»^(٢).

وقيل : إن الأئمة عليهم السلام مهما كانوا في تقية وشدة، لم يكونوا يتقون في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧١.

(٢) وسائل الشيعة ٨ : ٤٦ / ٢. أبواب نافلة شهر رمضان، الباب ١٠.

هل تتعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحة ؟ ١٢٣

أمر القضاء ، وكانوا ينهون عن التحاكم إلى قضاة الجور والمخالفين ، فكيف بنصب القاضي الجائر ؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان في حال تقية لما عزل معاوية عن الشام .

أقول : أما النقض بعزل معاوية ، فغير تام ، لأن معاوية لم يبايع الإمام مع بيعة سائر المسلمين والولاية له ، وأما شريح ، فإن الإمام لم يولّه ولم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلاً : « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي أو شقي »^(١) .

وقيل : إن الإمام لم يفوض إليه أمر القضاء ، بل شاركه فيما ينفذه . وهذا هو المستفاد من الروايات ، وهو أحسن الوجوه في المسألة .

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

وفي (المسالك) : المروي من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك ، وفي

حديث الدرع الغلول ما يرشد إلى ما ذكرناه^(٢) .

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

منها - ما عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لما ولي أمير

المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه »^(٣) .

ومنها - ما رواه المشايخ الثلاثة عن سلمة بن كهيل قال : سمعت علياً عليه

السلام يقول لشريح : « وإياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حدّ من حدود الله أو

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٧ / ٢ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٣ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٦٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٦ / ١ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٣ .

حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك علي إن شاء الله ..»^(١).

وأما حديث الدرع الغلول، فهذا نصّه عن الكليني قدّس سرّه، بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : «دخل المحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام، فسألاه عن شاهد ويمين . فقال : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة . فقالا : هذا خلاف القرآن ، فقال : وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ قالوا : إن الله يقول ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ . فقال : قول الله : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ هو لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا ! ثم قال :

إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة ، فرّ 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 علي 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

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٢١١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

هل تتعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحة ؟ ١٢٥

بجور ثلاث مرات ؟ 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 صلى الله عليه وآله وسلم : 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 صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان . ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً 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) .



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٢١١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

المسألة الحادية عشر

(هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته ؟)

قال المحقق قدس سره : « كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه ، كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه . ويجوز حكم الأب على ولده وله ، والأخ على أخيه وله »^(١).

أقول : هذا مذهب الأكثر ، بل ادعي عليه الإجماع ، لكنه غير معلوم ، واستدل على ذلك بأن الحكم شهادة وزيادة ، فكل من لا تقبل شهادته في حق أحد لا ينفذ حكمه فيه ، وقد أنكر جماعة كون الحكم كذلك ، فلا مانع من شمول الإطلاقات ونفوذ حكم من ذكر ، كالولد على الوالد والعبد على مولاه ، وفي أصل قبول هذه الشهادة أخبار متعارضة ، سيأتي التعرض لها في محلها إن شاء الله تعالى . وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له ، إلا إذا رجع حكمه إلى الإقرار ، وهذا بحث آخر ، ويدل عليه - مضافاً إلى الإجماع المدعى - انصراف الأدلة عن ذلك ، بل المتبادر منها الرجوع إلى الغير ، فإن قوله عليه السلام « أنظروا إلى رجل منكم ... فتحاكموا إليه » ظاهر في وجوب ترافع الخصمين عند من كان واجداً للشرائط المعتبرة ، وإن كان أحدهما كذلك .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧١ .

قال السيد صاحب (العروة)^(١) قدّس سرّه : نعم له أن ينقل حقّه إلى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم إليه، فإنه حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير ، وإن انتقل إليه بعد ذلك بإقالة أو نحوها ...

وهل ينفذ حكمه لمن له عليه ولاية خاصة كالأبوة والوصاية ؟
قيل : نعم ، لأن الحكم ليس لنفسه ، وقيل : لا ، لأنه هو المنازع في الحقيقة ، واختاره السيد وهو الأظهر .

وأما المولى عليه بالولاية العامة ، فالصحيح نفوذ حكمه ، وإلا لم يرتفع النزاع في هذه الموارد ، لأن كلّ قاض وليّ الأيتام والمجانين ونحو ذلك .

وإذا كان للحاكم شركة مع غيره في مال ، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما ، كما إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من جهة الإرث ، فليس للحاكم أن يطالب الغير بالتراجع عند نفسه ، لكن لأخيه مطالبة بالتراجع عنده ، وهل ينفذ حكمه حينئذ ؟ ذكروا أنه إذا حكم لأخيه نفذ في حصة أخيه ولا ينفذ في حصة نفسه . وهذا فيه بحث ، لأنه إذا ثبت كون المال إرثاً ، كان النصف الآخر للحاكم في الفرض المذكور ، وإلّا لزم التفكيك بين اللازم والملزوم .
وأجاب المحقق النراقي قدّس سرّه^(٢) : بأن اللوازم الشرعيّة ليست كالعقليّة بل هي قابلة للإستثناء .

وفيه : إنه لا يمكن المساعدة عليه ، لأن الواقع لا ينقلب عمّا هو عليه ، لأن هذا المال ، إن كان لأبيهما واقعاً كان الحاكم وأخوه شريكين فيه ، وإن لم يكن

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٦ .

(٢) مستند الشيعة ١٧ : ٧٥ .

له ، فليس لأحدهما فيه شيء . نعم ، يمكن التفكيك في فصل الخصومة ، بأن ترفع بالنسبة إلى حصّة أخيه ويتراجع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومة في حصته خاصة .

ولما كانت الملازمة المذكورة بحسب واقع الأمر ، فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر ، وذلك في حال الشك في كون المال إرثاً ، نظير ما إذا تيقّن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو ، فيجب على الأوّل الإجتنب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية ، فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمة بينهما بحسب الواقع ، لأنه إن كان طاهراً واقعاً ، جاز لها شربه ، وإن كان متنجساً واقعاً ، وجب عليها الإجتنب عنه .

فظهر إمكان التفكيك في الحكم الظاهري في حال الشك في كون ذلك المال إرثاً ، وأما مع إحراز كونه كذلك ، فلا يمكن التفكيك بين السهمين .

وقد فرّق السيد^(١) في مسألة الشركة في صورة كون مورد الدعوى عيناً ، بين ما إذا كانت الدعوى بعد إفراز الحاكم حصته عن حصّة أخيه وبين ما إذا كانت بعده ، قال : إذا كان للحاكم شركة مع غيره في مال ، ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما ، نفذ حكمه في حصّة شريكه لا في حصّة نفسه . مثلاً : إذا تنازع أخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين أخيه من طرف الإرث وترافعا إليه فحكم لأخيه ، نفذ في حصّة أخيه ولا ينفذ في حصّة نفسه ، ولا يشترك مع أخيه في تلك الحصّة التي ثبتت لأخيه ، إلا إذا كانت الدعوى في عين وقد قسّمها أخوه مع ذلك الغير وأفرز حصّته ، إذ حينئذ يشترك معه في تلك الحصّة لإقراره بالشركة ، وأما قبل

(١) العروة الوثقى ١٣ : ١٧ .

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته ؟ ١٢٩

القسمة فلا يشترك معه ، فلا أخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها ، وأما إذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الأقوى .

وفيه نظر ، لأنه إن استلزم الإقرار لم يكن فرق بين العين والدين ، وإن لم يستلزمه فكذلك ، فالتفريق بينهما لا وجه له .

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



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



آداب القاضي والقضاء

مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

وهي قسمان :

• الآداب المستحبة

• الآداب المكروهة



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

قال المحقق قدس سره^(١): «النظر الثاني في الآداب^(٢) وهي قسمان : مستحبة ومكروهة .

فالمستحب : أن يطلب^(٣) من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه في أمور بلده ، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه وروداً متساوياً ، وأن ينادى بقدومه إن كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء ، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول إليه ، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم^(٤) .

ولو حكم في المسجد صلى عند دخوله تحية المسجد ، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم إليها ، وقيل : يستقبل القبلة لقوله عليه السلام : خير

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٢ - ٧٦ .

(٢) لم يتعرض السيد الأستاذ دام ظله في الدرس للآداب توفيراً للوقت ، لكننا ذكرنا متن عبارة المحقق قدس سره مع بعض الفوائد الأخرى التي ذكرها الأصحاب في هذا المقام ، لتلايخو الكتاب من هذا المبحث ، وقد صرحوا بأن كثيراً من هذه الآداب لا دليل عليه بالخصوص .

(٣) في المسالك (١٤ : ٣٦٥) : أن يطلب قبل قدومه إلى البلد... فإن لم يتيسر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل . قال : قيل : ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين تأسيساً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم حيث دخل المدينة في ذلك اليوم . قال في الجواهر : وهو كما ترى .

قال : نعم في كشف اللثام : ينبغي له أن يقصد الجامع إذا قدم ويصلي ركعتين ويسأل الله العصمة والإعانة . (٤) لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية ، وقد انتقلت الولاية إليه ، فيتوصل بذلك إلى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوالهم .

المجالس ما استقبل به القبلة ، والأول أظهر^(١) .

ثم يسأل عن أهل السجون ويثبت أسماءهم وينادي في البلد بذلك ويجعل له 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^(٢) .

وكذا لو أحضر محبوساً وقال : لا خصم لي ، فإنه ينادي في البلد ، فإن لم يظهر

(١) وفاقلاً لأكثر ومنهم الشيخ في النهاية (٢٣٨) ، ولم يظهر وجه كونه الأظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبلة ، قال في جامع المدارك : والجلوس مستدبر القبلة لا دليل على استحبابه ، بل المستحب بنحو الإطلاق الجلوس مستقبل القبلة ، وذكر في وجه ذلك كون الخصوم مستقبل القبلة لعلهم يخافون الله ويرجعون عن الظلم . ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبار القبلة للقاضي .

(٢) في الجواهر (٤٠ : ٧٤) : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه :

منها أن يعترف بالحبس بالحق ، فإن كان ما حبس به مالاً أمراً بدائنه ، فإن قال : أنا معسر فعلى ما عرفت في الفلاس ، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره رد إلى الحبس ، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه فلعل له خصماً آخر ، فإن لم يظهر خلى سبيله ، وإن كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلى . ومنها أن يقول : شهدت على البينة فحبسني القاضي ، يبحث عن حال الشهود ، فإن كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضاً محبوساً وبحث وإلا أطلقه .

ومنها أن يقول : حبست ظلماً ، ففي المسالك : إن كان الخصم معه فعلى الخصم الحجة ، والقول قول المحبوس بيمينه . وفيه : إنه يمكن العكس عملاً بأصالة الصحة في فعل القاضي .

وإن كان للمحبوس خصم غائب ففي إطلاقه وإيقانه في الحبس وجوه : الإطلاق ، لأنه عذاب وانتظار الغائب قد يطول ، والإبقاء مع الكتابة إلى خصمه ، فإن لم يحضر أطلق ، والإطلاق مع المراقبة إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه أن يعجل ، فإن تأخر لالعذر تركت المراقبة . وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل ، وهو جيد ، إذ المدار على الجمع بين الحقيين .

وأورد عليه في جامع المدارك بأنه : كيف يكون من المستحبات ! فإن المدين مع إظهار العسر يحبس حتى يتبين حاله ، ومع تبين إعساره لا يجوز لحبسه ، فكيف يكون السؤال عن حاله وموجب حبسه مستحباً !

له خصم أطلقه . وقيل : يحلفه مع ذلك^(١) .

ثم يسأل عن الأوصياء وعن الأيتام ويعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولاية ، إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانة أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصي عجز .

ثم ينظر في أمناء المحاكم المحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم ، ولأموال الناس من وديعة ومال محجور عليه ، فيعزل الخائن ويسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه . ثم ينظر في الضوال واللقط ، فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب نفقته ثمنه ، ويتسلم ما عرفه الملتقط حولاً إن كان شيء من ذلك في يد أمناء المحاكم ، ويستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان والجواهر محفوظة على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر ، ويحضر من أهل العلم^(٢) من يشهد حكمه فإن أخطأ نهبوه ، لأن المصيب عندنا واحد ، ويخاوضهم فيما يشتهه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة .

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن ، وكان على بيت المال^(٣) .

(١) في الجواهر (٧٥ : ٤٠) : إستحسنه بعضهم . وفيه : أنه لا وجه مع عدم خصم له ، والأصل البراءة ، ولذا نسب المصنف إلى القيل مشعراً بتمريضه .

(٢) في المسالك (٣٧٣ : ١٣) : المراد بأهل العلم المجتهدون في الأحكام الشرعية لا مطلق العلماء ، وخالفه في الجواهر حيث قال : ولا يعتبر فيهم الاجتهاد لأنه ليس المراد تقليد هم . وفي المستند : إنه لا ينحصر من ينبغي إحضاره بالمجتهدين ، إذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما في المسالك ليس بجيد . لكن في جامع المدارك : وكذلك إحضار أهل العلم حال الحكم لكونه في معرض السهو والخطأ ، فع الإطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً إذا أخطأ ، ومع عدم الإطمئنان كيف يجوز له الحكم حتى يقال : يستحب إحضارهم للتنبيه على الغفلة والخطأ .

(٣) قد تقدّم في الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضي في الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ في

وإذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق ، فإن عاد زجره ، فإن عاد أدبه بحسب حاله ، مقتصراً على ما يوجب لزوم النقط .

والآداب المكروهة : أن يتخذ حاجباً وقت القضاء^(١) ، وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ، وقيل : لا يكره مطلقاً ، إلتفاتاً إلى ما عرف من قضاء علي عليه السلام بجامع الكوفة^(٢) ، وأن يقضي وهو غضبان^(٣) وكذا يكره مع كل وصف

→ الحكم ، بل يكون على بيت المال . قال في الجواهر : بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى . وفي الوسائل : باب أن أرش خطأ القاضي في دم أو قطع على بيت المال . وقد جاء فيه : عن الأصبع بن نباتة قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام : أن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٦ / ١٠ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١٠ ، وهو - كما ترى - وارد في مورد دية الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقة ، وللسيد في العروة في صورة كون مورد الحكم مالا تفصيل ، فراجع العروة ٣ : ٢٩ .

(١) للنبي العامي (مسند احمد ٥ : ٢٣٨) : « من ولي شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره » قال في الجواهر (٨٠ : ٤٠) : بل ربما قيل بالحرمة ، بل عن الفخر أنه قرّبه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضرّ بهم ، بل في المسالك : هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور . قال : وإن كان الجميع كما ترى ، ضرورة كون المراءاة اتخاذه من حيث كونه حاجباً فلا ينافي الحرمة من جهة أخرى . وفي جامع المدارك : لا يخفى أن المستفاد من هذا الحديث الحرمة أو الكراهة لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء .

(٢) في المستند (١٧ : ٥٩) : « القضاء في المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للأكثر كما في المعتمد ، لمرسلة ابن أسباط : جنبوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والأحكام والضالّة والحدود ورفع الصوت . ومرسلة الفقيه : جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالّة والحدود والأحكام . والإستدلال بالنبي : جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوصاً تمكّم ، منظور فيه .

وقيل باستحبابه كذلك ، لأن المسجد للذكر ومنه القضاء ، ولكونه أفضل الأعمال اللائق بأشرف البقاع . وقيل بالإباحة ، للأصل وفعل علي عليه السلام ، حتى أن دكة قضائه مشهورة .

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

(٣) يدل عليه ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله

يساوي الغضب في شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعة الأخبثين وغلبة النعاس^(١).

فلو قضى والحال هذه نفذ إذا وقع حقاً، وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه^(٢)، وكذا الحكومة^(٣)، وأن يستعمل الانقباض المانع من اللّحن بالحجّة، وكذا يكره اللّين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم.

ويكره أن يرتّب للشهادة قوماً دون غيرهم، وقيل: يحرم، لاستواء العدول في موجب القبول، ولأن في ذلك مشقّة على الناس بما يلحق من كلفة الإقتصار^(٤).

→ وسلم: من ابتلي بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان «... وإن غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان». أنظر باب كراهة القضاء في حال الغضب من وسائل الشيعة ٢٧: ٢١٣/٢. أبواب آداب القاضي. الباب ٢.

(١) يدل على ذلك ما رواه الشيخ الكليني بإسناده عن سلعة بن كهيل في وصية أمير المؤمنين لشرح: «ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم» وسائل الشيعة ٢٧: ٢١١/١. أبواب آداب القاضي، الباب ١. وما رواه العامة في النبوي: «لا يقضي إلا وهو شبهان ريان» وما ذكره في آخر عنه: «لا يقضي وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون». قال في المستند (١٧: ٦٢): وقد صرحوا بكراهة سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وإن لم أعثر على نص عام. ويمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور في المروي عن الأمالي.

(٢) في الجواهر (٤٠: ٨٣): «في مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره... بل الظاهر إلحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما...».

(٣) في الجواهر (٤٠: ٨٣): بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر... وما اتفق وقوعه منه عليه السلام أو من النبي صلى الله عليه وآله وسلم إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح.

(٤) نسب القول بالحرمة إلى الشيخ قدّس سرّه في المبسوط. وقد نقل في الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف في مفروض المتن... فراجع (الجواهر ٤٠: ٨٣).



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مسائل

هل للقاضي أن يحكم بعلمه ؟ * حكم ما لو لم يعرف
الحاكم عدالة البيئة * هل للحاكم الثاني نقض حكم
الاول ؟ * في تتبع الحاكم حكم من قبله * في دعوى إن
المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين * في تعدد وعدالة
مترجم الحاكم * في شرائط كاتب القاضي . فروع حول
عدالة الشاهدين * في تفريق الشهود عند الشهادة *
فيما يعتبر في الشهادة بالجرح * في الحكم باستمرار
العدالة حتى تبين ما ينافيها * في كتابة الحاكم قضايا
كل اسبوع * هل يجب عليه كتابة المحضر ؟ * يكره له
أن يعنت الشهود * لا يجوز له أن يتعتع الشاهد * يكره
له أن يضيف أحد الخصمين * في حرمة الرشوة * في
إحضار الخصم إلى مجلس القضاء .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المسألة الأولى

(هل للقاضي أن يحكم بعلمه ؟)

قال المحقق قدس سره : « وهنا مسائل : الأولى : الإمام على السلام يقضي بعلمه مطلقاً ، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس ، وفي حقوق الله تعالى على قولين ، أصحهما القضاء . ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم »^(١) .

أقول : أما حكم قضاء الإمام بعلمه ، فلا ثمة للبحث عنه^(٢) إلا من جهة أنه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٥ .

(٢) ذكروا أن للإمام أن يقضي بعلمه مطلقاً ، أي في حق الله وحق الناس ، واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والإجماع ، فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ (سورة ص ٣٨ : ٢٦) . ومن السنة بأخبار منها : ما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - وقد وصفوه بالشهرة - قال : « جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فادّعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه . فقال : قد أوفيتك . فقال : اجعل بيني وبينك رجلاً يحكم بيننا ، فأقبل رجل من قريش فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : أحكم بيننا ، فقال للأعرابي : ما تدّعي على رسول الله ؟ فقال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعثتها منه ، فقال : ما تقول يا رسول الله ؟ فقال : قد أوفيتك ، فقال للأعرابي : ما تقول ؟ فقال : لم يوفني ، فقال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ألك بينة أنك قد أوفيتك ؟ قال : لا ، فقال للأعرابي : أتخلف أنك لم تستوف حَقَّك وتأخذه ؟ فقال : نعم ، فقال رسول الله : لا تخاكم من مع هذا إلى رجل يحكم بيننا بحكم الله ، فأتى علي بن أبي طالب عليه السلام ومعه الأعرابي ، فقال علي

إذا ثبت أن الإمام عليه السلام لا يقضي بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من

→ عليه السلام : مالك يا رسول الله ؟ قال : يا أبا الحسن ، أحكم بيني وبين هذا الأعرجي ، فقال علي عليه السلام : يا أعرجي ما تدّعي على رسول الله ؟ قال : سبعين درهماً ثمن ناقة بعثها منه . فقال : ما تقول يا رسول الله ؟ قال : قد أوفيته ثمنها . فقال : يا أعرجي أصدق رسول الله فيما قال ؟ قال الأعرجي : لا ما أوفاني شيئاً . فأخرج علي سيفه فضرب عنقه . فقال رسول الله : لم فعلت يا علي ذلك ؟ فقال : يا رسول الله ، نحن نصدّك على أمر الله ونهيه ، وعلى أمر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحى الله عزّ وجل ، ولا نصدّك على ثمن ناقة الأعرجي ، وإني قتلته لأنه كذّبك لما قلت له : أصدق رسول الله . فقال : لا ما أوفاني شيئاً . فقال رسول الله : أصبت يا علي ، فلا تعد إلى مثلها . ثم التفت إلى القرشي وكان قد تبعه فقال : هذا حكم الله لا ما حكمت به . ومنها : ما رواه الصدوق بإسناده عن ابن عباس ، وذكر قضية عن أمير المؤمنين عليه السلام نحو القضية المذكورة .

ومنها : ما رواه الصدوق بإسناده عن عمارة بن خزيمة بن ثابت عن عمّه : « أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاع فرساً من أعرجي فأسرع لي قضية ثمن فرسه فأبطأ الأعرجي ، فطفق رجال يعترضون الأعرجي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاعها ، حتى زاد بعضهم الأعرجي في السوم ، فنادى الأعرجي فقال : إن كنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه وإلاّ بعتّه ، فقام النبي صلى الله عليه وآله وسلم حين سمع الأعرجي فقال : أوليس قد ابتعته منك ؟ فطفق الناس يلوذون بالنبي وبالأعرجي وهما يتشاجران ، فقال الأعرجي : هلمّ شهيداً يشهد أني قد بايعتك ، ومن جاء من المسلمين قال للأعرجي : إن النبي لم يكن يقول إلّ حقاً ، حتى جاء خزيمة بن ثابت فاستمع لمراجعة النبي للأعرجي فقال خزيمة : إني أنا أشهد أنك قد بايعته ، فأقبل النبي على خزيمة فقال : هم تشهد ؟ فقال : بتصديقك يا رسول الله ، فجعل رسول الله شهادة خزيمة بن ثابت شهادتين وسماه ذا الشهادتين . »

وهذه الأخبار تجدها في وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٧٤ . أبواب كيفية القضاء ، الباب ١٨ .

ومنها : خبر درع طلحة المذكور سابقاً .

واستدلّ له أيضاً بفحوى الأدلة الدالة على قضاء غير الإمام بعلمه ، وبأن عصمة الإمام تمنع من التهمة ، وبوجوب تصديق الإمام في كلّ ما يقول .

وأما الإجماع ، فقد حكى عن كتب جماعة من الأصحاب ، كالإنتصار والخلاف والغنية والإيضاح وغيرها .

هذا ، وربما نقل الخلاف في هذه المسألة عن بعض القدماء .

القضاة بعلمه بالأولوية ، ولكن قد وجدنا أنه قد قضى بعلمه في بعض الموارد ، إلا أن هذا بوحده لا يكفي للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى ، بل لابد من ملاحظة الأدلة بالنسبة إليه .

وأما غير الإمام من القضاة ، فلا كلام ولا إشكال في حكمه بعلمه في الشبهات الحكمية ، فلو تنازع الولد الأكبر مع سائر الورثة في حكم الحبوّة - لاختلاف فتوى مقلديهما في المسألة ، فرضي الطرفان بالترافع عند مجتهد ثالث ، حكم بينهما بما رآه ، ولزم عليهما قبول حكمه .

وإنما الكلام في الشبهات الموضوعية ، كما إذا تنازع زيد مع عمرو في مال ، وعلم القاضي بأنه لزيد ، فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينة أو إقرار أو لا ؟ الحق هو الأول ، وفاقاً للمشهور بل حكي الإجماع عليه عن جماعة من الأكابر ، وقد حكي عن بعضهم التفصيل بين حق الله وحق الناس ، فأجازه في الأول دون الثاني ، وعن آخر التفصيل على عكسه ، لما تقرّر في محله في القطع الموضوعي ، من أنه إذا أخذ القطع في موضوع الحكم بما هو طريق له ، قامت الإمارة مقامه في العمل - بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفة خاصة قائمة بالشخص - فإذا كان الظن الحاصل من البينة بما هي طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها ، فإن العلم أقوى من البينة ، فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولوية^(١) .

ويدلّ عليه - بعد الإجماع - ما ذكرناه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم ، أو إيقاف الحكم ، واستلزامه عدم وجوب إنكار المنكر ، وعدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه .

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

ويدلّ عليه أيضاً: عموم ما دلّ على الحكم بالحق والقسط والعدل، فإذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك وكان على عمرو قبوله.

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

ويمكن رفع المناقاة: بأنه وإن كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم، لكن هذه الرواية تقضي باعتبار أمر آخر مع ذلك، وهو كون القاضي عالماً بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لتنفيذ الحكم وفصل الخصومة.

وأما حمل الرواية على بيان شرطية العلم في أصل القضاء، أو إثبات العقوبة على مثل هذا القاضي، من جهة تجرّيه على القضاء بغير علم وإن كان نافذاً، فخلافاً للظاهر.

فيكون حاصل الجمع: إن الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقة، وإن كان هذا العلم جهلاً مركباً في نفس الأمر، ومع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالماً بالواقع فلا ينفذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقة، ومع علمهما بعدم المطابقة، فيؤثّر الحكم في رفع الخصومة خاصة، فظهر أن العلم بوصف الطريقيّة جزء لموضوع الحكم، وتقوم البيّنة والأيمان مقامه مع عدمه، مع

الفرق بينهما من جهة أن العلم حجة بذاته ولا سبيل للجعل إليه ، بخلافهما .

هذا ، ولكنّ الاستفادة من طائفة من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى : ﴿ وَلِيَحْكُمَ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ ^(٢) أن على الحاكم أن يحكم « بما أنزل الله » ، وظاهر ذلك أن « ما أنزل الله » هو موضوع الحكم بين الناس ، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلاً ، وإلا لم يجز الحكم لأنه افتراء على الله تعالى ، فموضوع الحكم هو الواقع فقط ، فإن علم به حكم بحسبه ، ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلاً ولا شرعاً .

وأما البيّنات والأيمان ، فلا تحمل على ما هو الغالب كما قال في (الجواهر) ، بل إنها طريق شرعي لإحراز الموضوع - وهو الواقع - عند عدم العلم به ، فلا دخل للعلم ولا للبيّنات والأيمان في فصل الخصومة .

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم في قضية الملاعة : « لو كنت راجماً من غير بيّنة لرجمتها » الظاهر في توقف الرّجم على البيّنة بالرغم من علمه بالواقع ، فلا يمكن حمله على مورد الشك .

فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرقنا ، ومع التسليم ، فلا مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الأثر على العلم في إجراء بعض الحدود ، بل للشارع أن لا يرتّب الأثر على الواقع في مورد ، وإن كان الاستفادة من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع .

(١) سورة المائدة ٥ : ٤٧ .

(٢) سورة المائدة ٥ : ٤٩ .

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

هذا ، وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم ، فأفتوا فيها بالجواز .

منها : تزكية الشهود وجرحهم .

قلت : قد يقال بترتب الأثر هنا شرعاً على إقامة البينة للتعديل ، وأنه لا يكفي علم القاضي بالعدالة ، ولكن يندفع هذا باستلزامه للدور أو التسلسل ، على أنه قد حكي الإجماع على الجواز في هذه المسألة .

ومنها : تعزيز من أساء الأدب في مجلس القضاء وإن لم يعلم به غير القاضي حتى لا تقل أثمة القضاء .

ومنها : الإقرار في مجلس القضاء وإن لم يسمعه غير الحاكم .

أقول : أما نحن ، ففي سعة من إقامة الدليل على الجواز في هذه الموارد ، إذ المختار هو الجواز مطلقاً ، لكن على من استثنائها بيان ذلك^(١) .

(١) وأما قول المحقق في آخر المسألة : ويجوز أن يحكم ...

فالمراد منه أنه لا يشترط في حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد بالحكم . وهو إشارة إلى خلاف بعض العامة .

وفي القواعد : لكن يستحب .

قال شارحوه : دفعاً للتهمة ، لكن في الجواهر : لم تتحقق دليله ...

المسألة الثانية

(حكم ما لو لم يعرف عدالة البيّنة)

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا أقام المدّعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدّعي حبس المنكر ليعدّها ، قال الشيخ رحمه الله يجوز حبسه لقيام البيّنة بما ادّعاه ، وفيه إشكال ، من حيث لم يثبت بتلك البيّنة حق يوجب العقوبة »^(١) .

أقول : في المسألة قولان ، وقد جعل بعضهم الخلاف في المسألة مبنياً على الخلاف في أن العدالة في البيّنة شرط ، فالتمس بحرز الشرط لا يعتبر بها ، فيكون قيام البيّنة غير المعلوم عدالتها كالعدم ، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفي في ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها ، ومع الشك فيه فالأصل عدمه .

وقد يؤيد الأوّل : بأن الأصل في الأشخاص هو العدالة حتى يثبت الخلاف ، وبأن الأصل في فعل المسلم هو الصحة ، فتحمل الشهادة على الصّحة ويحكم على طبقها .

وفي ذلك كلّ نظر ، إذ لا يقتضي شيء من هذه الوجوه جواز حبسه ، ولا سيما في حال استلزام ذلك بقاءه في السجن مدة من الزمن ، فأما أصالة الصّحة ، فهي تجري في فعل المسلم لا بالنسبة إلى شخصه ، وأما كون الأصل في كلّ شخص مسلم هو العدالة ، فليس هذا أصلاً عقلاً يبيّن العقلاء عليه أمورهم ، وإجراء أصالة

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٥ .

الإسلام بالنسبة إلى من شك في كونه مسلماً في بلد أكثر أهله مسلمون، هو من باب الغلبة، وليست العدالة في هذا الحد بين المسلمين.

فالحق - وفاقاً للمشهور - عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق، بل هو كذلك حتى على القول بمانعية الفسق، لأنه - ولو سلمت تامة قاعدة المقتضي والممانع - لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم الممانع، على أن مقتضى القول بتامة القاعدة في المقام هو الحكم رأساً لا الحبس ريثما يثبت الحق.

وبالجملة، فما لم تثبت عدالة البيئنة لا يجوز الحبس.



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

المسألة الثالثة

(هل للحاكم الثاني نقض حكم الأول ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه ، فعند حضور الحاكم الثاني ينظر ، فإن كان الحكم موافقاً للحق لزم وإلاّ أبطله ، وكذا كلّ حكم قضى به الأول وبأن للثاني فيه الخطأ ، فإنه ينقضه ، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ ... »^(١).

أقول : لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق ، ثم حضر الحاكم الثاني بعد موت الأول أو انعزاله مثلاً ، قال المحقق قدّس سرّه : ينظر الثاني في حكم الأول ، فإن كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال ، وإن وجدته مخالفاً للحق أبطله . وفي المسألة فروع كثيرة .

حكم تجديد المرافعة :

فنقول : لا ريب في أن حكم الحاكم نافذ بالنسبة إلى المحكوم عليه ، فلا يجوز له بعد الحكم الإبقاء عن قبوله أو المطالبة بتجديد المرافعة عنده أو عند حاكم آخر ، لأنه ردّ عليه ، والرادّ عليه كالرادّ على الإمام عليه السلام . ولا إشكال في عدم جواز إلزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٥ .

مرة أخرى ، ولو رضي المحكوم له بذلك فقليل : لا مانع من ذلك ، وقيل : لا يجوز كذلك لعدم الأثر لرضا المحكوم له .

ومنشأ الخلاف هو هل يصدق الردّ بذلك أو لا ؟ والأقوى هو القول الثاني ، لصدقه حينئذ ، على أنه لو جاز للزم التسلسل ، نعم ، لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأوّل في الحكم أو في بعض مقدماته ، كان له الترافع معه عند حاكم آخر

هذا كله بالنسبة إلى المحكوم عليه .

حكم نظر الثاني في حكم الأوّل :

وأما بالنسبة إلى الحاكم الثاني ، فقليل بوجوب النظر عليه في حكم الأوّل ، وقيل : لا يجب عليه ذلك ، وقيل : بل لا يجوز .

ومنشأ الخلاف هو الخلاف في صدق الردّ على النظر كذلك ، لكن الظاهر العدم ، كما أن جريان أصالة الصحة في حكم الحاكم الأوّل لا يقتضي حرمة النظر والسؤال عن الواقع في ذلك المورد ، ولا دليل على وجوب العمل بهذا الأصل ، فلو أوقع عقداً وشك في صحته ، لم يمنع الإحتياط بإجرائه مرّة أخرى جريان أصالة الصحة فيه ، فالظاهر جواز النظر في الحكم وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح ، نعم ، لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك ، وأما القول بالوجوب فشكل جدّاً ، لأنّ الشك في صحة حكم الحاكم الأوّل الواجد للشرائط لا يقتضي وجوب النظر كما لا يخفى .

وهل يجب على الحاكم الثاني النظر في الأمور الجارية في البلد ؟ الظاهر : لا ، إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر في قضية ، أو كانت له دعوى بالنسبة إلى الحاكم

الأول ، فحينئذ ، يجب عليه النظر لفصل الخصومة .

أما قول المحقق « ينظر » فظاهره وجوب النظر ، وبه صرح في (الجواهر)^(١) وقال في (المسالك)^(٢) بوجوب النظر في صورتين ، إحداهما : دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول في حكمه ، والثانية : كون الغريم محبوساً ولم يفصل الأمر بعد .
أقول : إن كان النظر في مورد لم تفصل الخصومة فيه ، فلا مانع منه بل هو واجب ، وإن كان بعد تمام حكم الحاكم الأول ، لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه ، فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا جوازه ، لأن المفروض تمام الحكم فالردّ عليه غير جائز ، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول في الحكم . نعم ، على الحاكم الثاني حينئذ مراجعة الغريم ، فإن كان عنده ما يجب عليه أدائه ، وجب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وأما النظر في الحكم ، فلا وجه له . وحمل عبارة المحقق عليه غير صحيح ، ولذا استشكل في (الجواهر) في الفتوى بوجوبه ، وحمل في (المسالك) كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول ، وحمله في (الجواهر) على إرادة النظر إن شاء . وفيه : إن أدلة حرمة النقض وإنفاذ الحكم ، تعم المورد الذي احتمل صدقه فيه ، فلا يجوز النظر ، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحة ... فظهر : أنه لا بدّ من حمل عبارة المحقق قدس سرّه على معنى آخر غير وجوب النظر ، وما ذكره الشهيد الثاني هو الأولى .

بل لا يجوز النظر حتى مع تراضي الخصمين ، خلافاً لصاحب (الجواهر)

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٩٣ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٨٨ .

قدّس سرّه ، إذ لا وجه لذلك أيضاً ، مع صدق النقض والردّ على هذا النظر ، وحمل عبارة المحقق على هذا الوجه في غير محله .

ولا ينافي ذلك ما ذكره الأصحاب في آداب القضاء من نظر الحاكم الثاني في المحبوسين ، إذ لا منافاة بين استحباب النظر وعدم جواز تجديد الحكم ، بمعنى أن ينظر في المحبوسين ، فمن وجده محبوساً بحكم حاكم تركه في الحبس ...

نعم ، يجب تجديد النظر في صورة دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الأوّل على خلاف القواعد والأحكام المقررة في القضاء ، فإن كان حكمه عن تقصير فهو ضامن ، وإن كان عن قصور فضائه من بيت المال .

فالحاصل : إنه مع حكم الحاكم الأوّل وفصل الخصومة بحكمه وحبس المحكوم عليه ، لا يجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم عليه عن أداء الحق ، وإن رضي المحكوم له بذلك .

وقد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر ، إلّا في صورة دعوى المحكوم عليه مخالفة الحاكم الأوّل لأحكام القضاء في حكمه ، فإنها مورد البحث والكلام ، فقليل بلزوم النظر وإن أمكن حمله على الوجه الصحيح ، وأنه ينفذ حكم الحاكم الثاني وإن استلزم النقض .

أقول : إن استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل ، وإلّا وجب النظر ، إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ .

وأما التسبّع لحكم الحاكم الأوّل والتفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه والبحث عن صحته وعدم صحته من غير موجب لذلك ، فغير جائز ، إلّا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأوّل بوحده لا يكفي للحمل على الصحة ، فلو حكم على الغريم بأداء الحق وأخذ منه وأعطاه لمن له الحق ، فحينئذ لا يجوز النظر فيه ، لأنه نقض

لحكمه أو لأنه ليس مورداً للإبتلاء، وأما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصاً، فعندما حضر الحاكم الثاني وأراد استيفاء الحق، فلا بد من تجديد النظر في أصل الحكم ليكون مسوّغاً لاستنقاذ الحق، لكن عبارة المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى، فإن ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

وكيف كان، فلا يشترط في حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، إلا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادّعى المحكوم عليه الإعسار، سمعت دعواه وطولب بالبيّنة وأمهل حتى اليسار كي يؤدي الحق، فظهر أن القول بالنظر في هذه الصورة مشكل.

وأما لو ادّعى المحكوم عليه جور الحاكم الأول في الحكم، فهل يكون سماعها رداً على الحكم أو لا؟ التحقيق: أنه إن كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه والمحرم نقضه، هو الحكم الصادر بحسب القواعد والأدلة الشرعية، فكل حكم لا يكون كذلك فليس حراماً نقضه، فلا وجه لقول صاحب (الجواهر) «وإن اقتضى نقض الأول». وأما إذا صدق عليه النقض، فلا مناص من الإلتزام بتخصيص أدلة سماع الدعوى لأدلة نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم، إلا إذا كان عن جور أو تقصير. ويكون المسوغ لأصل النظر في الحكم - مع وجود الأدلة الآمرة بحمله على الوجه الصحيح - هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول، فإن ذلك يوجب النظر في الحكم مع وجود الأصل المذكور، لأن هذا الأصل لا يقتضي عدم جواز النظر.

فتلخص: إن الحق وجوب النظر في هذه الصورة، وعليه يحمل عبارة المحقق كما في (المسالك)، وأما حمله على صورة تراضي الخصمين أو صورة صدور الحكم

من المحاكم الأول من غير استنقاذ للحق كما في (الجواهر)، فغير صحيح كما تقدّم، وقد عدل هو قدّس سرّه عن ذلك أيضاً، وحمله على إرادة النظر إن شاء، وقد تقدّم ما فيه أيضاً.

متى يجوز النقض؟

وكيف كان، فع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الإجتهادي المعتبر، ولا يختص جواز النقض بصورة مخالفة المحاكم الأول للإجماع أو الدليل المعتبر كالتجربة المتواترة. وبعبارة أخرى: إن كان الحكم الأول طبق الموازين الشرعية فلا يجوز نقضه، سواء بالقطع النظري أو غيره من الأدلة المعتبرة أو الظن الإجتهادي، وأما إذا كان المحاكم الأول مقصّراً في اجتهاده، أو قد حكم غافلاً عن دليل معتبر في المسألة فأخفاً على أثر ذلك في الحكم، جاز نقض الثاني حكمه، سواء كان عن قطع أو غيره.

والأوضح أن يقال: إن أمكن للمحاكم الثاني أن يعذر الأول في حكمه - وإن كان مخالفاً له في الرأي - فلا يجوز نقضه، وإن لم يمكنه ذلك نقضه بلا إشكال، بل إن هذا ليس نقضاً في الحقيقة، وإنما يكون تنبيهاً على الخطأ في الحكم.

ولا فرق في هذا بين العقود والإيقاعات وغيرها، حتى الأحكام الوضعية كالطهارة والنجاسة ونحوهما، ولا بين حق الله سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الإجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشيء عن اجتهد صحيح باجتهد كذلك، وإنما يجوز نقضه بالقطعي من إجماع أو سنة متواترة أو نحوهما، فمندفعة أولاً: بأنه إجماع منقول، وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الاجتهد عنده بعد تبدل رأيه أو عند المحاكم الثاني، فلا يكون حجة حينئذ ولا

يصدق عليه النقض ، لعدم وجوب تنفيذه بعد ظهور بطلانه .

وحيث لم يجز النقض وجب على الحاكم الثاني إنفاذ حكم الحاكم الأول وإن خالفه في الرأي ، ولكن هل يجب عليه متابعة الحاكم الأول حينئذ عملاً بالنسبة إلى نفسه ومقلّديه ، أو يكتفي في التنفيذ بمقدار فصل الخصومة به ؟ ظاهر (الجواهر) الأول ، والمختار هو الثاني ، لئلا يلزم القول بالتصويب .

وكما لا يجوز نقض الحكم بالحكم ، كذلك لا يجوز نقضه بالفتوى ، بل يبقى الحكم في مورد النزاع على قوّته ونفوذه وإن تبدل الرأي ، ولا فرق هنا أيضاً بين العقود والإيقاعات والأحكام الوضعية ، وكذا الأمر في العبادات ، فلو توطأ بماء محكوم بالطهارة صحّ وضوؤه وصلاته به . قالوا : والدليل هو الإجزاء .

أقول : الإجزاء تارة يكون بالحكم الظاهري ، وأخرى بالحكم الاضطراري الثاني . أما في الثاني ، فع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقة ، وأما في الأول ، فمعه يبتني الحكم بصحة الصلاة على القول بالإجزاء . وكيف كان ، فإن بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح .

وأما الفتوى ، فيجوز نقضها بالحكم ، وحينئذ ، يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلّديهم تنفيذ هذا الحكم وإمضاؤه ، فلو كان مذهبه - إجتهداً أو تقليداً - نجاسة عرق الجنب من الحرام مثلاً ، واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام ، فتنازع مع البائع في صحة البيع وعدمها ، وترافعا إلى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحة البيع ، فحكم بصحته ، لزم على المشتري العمل بحكمه وجاز له التصرف في ذلك المائع ، ففي هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهارة ويبني عليها وينقض الفتوى بالنسبة إليه بذلك الحكم .

وأما بالنسبة إلى سائر الموارد ، فيعمل على طبق مذهبه وهو القول

بالنجاسة، وحتى أنه إذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهارة عرق الجنب من الحرام مرة أخرى، يبقى على ذلك، ما لم يقع نزاع ولم يرجع إلى الحاكم.

وحيث حكم بطهارة هذا المائع، فلو لاقاه مائع آخر، فهل يحكم بطهارة الملاقى كذلك أو لا؟ إن كان النزاع في صحة البيع وبطلانه، فحكم الحاكم بصحة البيع دون طهارة المائع، ففيل في هذه الصورة يحكم بصحة البيع وطهارة المائع الأول دون الملاقى.

وإن كان النزاع في نفس الطهارة والنجاسة، فع الحكم بالطهارة يترتب جميع آثار الطهارة عليه.

وسيجي تنمة لهذا الفرع إن شاء الله تعالى.

وبالجملة، فإن الحكم ينقض الفتوى، من غير فرق بين أن يكون الحكم في العقود والإيقاعات والأحكام الوضعية، فيجب تنفيذ الحكم مطلقاً، إلا في صورة القطع بمخالفته للواقع.

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى، فالظاهر ذلك، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه في المسألة واختار القول بنشر هذا العدد للحرمة، قال في (الجواهر) ببقاء الزوجية، وهو مشكل، لأنه بناء على الطريقية، فقد انكشف الخلاف وظهر له بطلان هذا العقد من أصله، وبناء على السببية حيث يحكم باستمرار الحكم، ففيه: أنه مع كشف الخلاف ينكشف له عدم تحقق علاقة الزوجية بينهما، فالعقد باطل من أصله، فكيف يستمر الحكم؟

وكذا الكلام في ثوب غسل بماء أفتى بطهارته سابقاً، ثم تبدل رأيه وأفتى بنجاسته الآن، فإنه يجب عليه تطهير الثوب الآن وإلا لم تصح الصلاة فيه. وتفرق صاحب (الجواهر) - بين النكاح حيث اختار فيه عدم وبين الثوب حيث اختار

فيه النقض - غير واضح ، وإن ادعى في (منية الطالب) الإجماع على عدم النقض ، وتمسك في (الجواهر) بالسيرة ، لأنه لو تم ذلك كان لازمه رفع اليد عن الحكم الواقعي في ذاك المورد ونظائره ، وقد ذكر السيد الأستاذ دام بقاءه في (الحاشية على العروة) في مسألة عدول المجتهد عن فتواه : أن الأحوط أن يرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوى اللاحقة ، إلا أن يدعى العسر والحرج ، وفيها إشكال آخر ، فإن الحرج يرفع التكليف ولكنه لا يغير الحكم الشرعي .

بم يتحقق الحكم ؟

وهل يشترط في وجوب امتثال الحكم كونه صادراً في مورد نزاع وتخاصم ؟ لا إشكال في صدق الحكم إن كان في مورد النزاع ، كما لا إشكال في نفوذ الحكم الصادر في غير المورد المذكور كاهلال - مثلاً - ، وأما إذا حكم في مورد نزاع قبل التحاكم إليه ، ففي نفوذه إشكال ، إلا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهة كونه منصوباً من قبل الإمام عليه السلام ، وأنه كما ينفذ حكم الإمام من غير تخصص فهو كذلك ، ولكن في صدور مثل هذا الحكم من الإمام تأمل ، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم .

ولا إشكال في تحقق الحكم بلفظ « حكمت » و « أنفذت » ونحوهما كقوله : « ادفع إليه ماله » بقصد الإنشاء .

وهل يتحقق بقوله : ثبت عندي ؟ الظاهر : العدم ، ولذا يمكنه نقضه بعدئذ .
وهل يتحقق الحكم بالفعل ، كأن يعطي الشيء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم ؟ فيه إشكال ، للشك في شمول الإطلاقات له .
والقدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر في إنشاء الحكم ، فلا يكفي الفعل والكتابة ونحوهما .

هل يجب على المجتهد الإعلام بتغير رأيه ؟

هذا ، ومع تغير رأي المجتهد يجب عليه إعلام مقلّديه بذلك ؟

أقول : أما بالنسبة إلى المجتهد ، فإنه مع تغير رأيه - بحيث يكون الرأي الثاني مقتضياً لفساد الأوّل من الآن على الأقل - يجب الإعلام لأمرين ، أحدهما : إن لازم تغير رأيه كذلك بطلان عمل مقلّديه بالرأي السابق ، والآخر : وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإرشاد الجاهل ، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد إعلام مقلّديه بتغير رأيه .

وأما مع العدول لدليل ظني لا يقتضي فساد الاجتهاد الأوّل فقليل : لا يجب الإعلام ، وهو مشكل ، لأنه بعد حصول الظن المعبر عنه على خلاف الرأي السابق ، لا يبقى له ظن بذلك الرأي بل ينقلب إلى الشك .

فالحق : أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعي أو بدليل ظني ، فإن كلّاً منها يرفع طريقة الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير . ودعوى القطع بعدم وجوب الإعلام غير واضحة ، والتمسك بسيرة العلماء واختلاف فتاواهم في الكتاب الواحد ، يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه الصّلاة والسلام .

وأما بالنسبة إلى المقلّد ، فإن المقلّد إذا لم يعلم بتغير رأي المجتهد يعمل بالفتوى التي تعلّمها ، فإن لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم ، ومعه ، فلا يجب على المجتهد الإعلام ، إذ لا موضوع للنهي عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه ، وإن كان شاكاً في تغير رأي مقلّده ، كان له استصحاب بقاء الرأي السابق ، أو استصحاب عدم تغيره ، وحينئذ ، فلا إثم عليه فلا موضوع للنهي عن المنكر والأمر بالمعروف بالنسبة إليه كذلك ، وإن علم بتغير الرأي ، وجب عليه العمل

بالرأي اللاحق .

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقة وقد كان الرأي متغيراً في الواقع ، فإن أفتى المجتهد بصحة عمله فهو ، وإلا فقد قيل بجريان الإستصحاب هنا .

وتوضيحه : إنه لو تيقن سابقاً بأن الواجب في الصلاة ثلاث تسبيحات ثم شك في صحة هذا اليقين ، كان مقتضى دليل الإستصحاب هو العمل على طبق اليقين السابق ، وهنا المقلد متيقن من صحة صلاته - مثلاً - ومع الشك في صحة يقينه بالصحة يستصحب ، فإن تم استفادة هذا المعنى من دليل الإستصحاب كانت صلاته بدلاً عن الواقع ، وأما على قول الجماعة الذين يستبعدون استفادة هذا المعنى من الدليل ، فلا سبيل إلى تصحيحها ، إلا بما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الإعلام ، وأعمال المقلد صحيحة ، لأن كلاً من الرأيين مستند إلى دليل ظني .

وعن المحقق القمي قدس سره : إن المقلد إن عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأي مجتهد صح عمله ، لكن في (العروة) : عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل وإن كان مطابقاً للواقع ، وقد ذكر الاستاذ في (التعليقة) إن هذا إن كان عبادياً ولم تتمش منه القربة^(١) ، وأما التوصل فصح ، وأما إذا اتفق مطابقته للواقع وتمش منه قصد القربة فلا تجب الإعادة .

وعنه قدس سره : إن طابق العمل فتوى المجتهد وشك في مطابقة الفتوى للواقع ، فيحمل على الصحة بعد العمل .

(١) العروة الوثقى ١ : ١٩ / المسألة ١٦ .

قلت : الحمل على الصّحة بعد العمل له صور :

١- أن يشكّ بعد العمل ، كأن يشكّ بعد الفراغ من الوضوء في تحريك خاتمه مثلاً ، فهنا يحمل على الصّحة عند الكلّ .

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

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

كالإشكال فيما قد يقال بصحة العقد من المجتهد أو مقلّده إذا أوقعه على خلاف الإجتهد أو التقليد ، وكان موافقاً لأحد الآراء في المسألة ، بل الأصل في العقود هو الفساد . هذا في صورة الاحتمال . وأما مع وجود الطريق عنده إلى بطلان هذا العقد ، فلا يحكم بصحّته بالأولوية .

وأما لو أتى بالأعمال مدّة من الزمن من غير تقليد ، فإنه بعد الإلتفات إلى وجوب التقليد ، يجب عليه ذلك ، ثم إن كلّ ما طابق من أعماله السابقة فتوى المجتهد الذي يريد تقليده ، فصحيح ، لأن فتوى المجتهد تكون طريقاً إلى الواقع ، وإلاّ ، فإن أمكن الحكم بصحتها على بعض القواعد فهو وإلاّ لزمته الإعادة

ولو أوقع العقد وتنازعا في صحّته تبعاً لفتوى مقلّديهما ، وجب الرجوع إلى حاكم ثالث ، وحكمه نافذ في حقهما .

والحاصل في مسألة الإعلام بتغيّر الرأي : أنه إن كان المجتهد يرى صّحة أعمال المقلّد حسب الفتوى السابقة ، فلا يجب الإعلام ، وأما مع القطع ببطلانها

فيجب . قال في (الجواهر)^(١) : « بل الظاهر اتحاد الحكم والفتوى في ذلك » يعني : إنه ينكشف له بطلان الحكم من حينه لا أنه ينقضه الآن .

والمقلّد إذا شك في تغيير رأي المجتهد استصحب وكان عمله صحيحاً ، والمراد من الصحة أنه إن طابق الواقع فهو ، وإن كان على خلافه كان معذوراً ، وقد أدرك مصلحة العمل بالحكم الظاهري بناء على الإجزاء ، وليس المراد من الصحة هو صحة عمله سواء طابق أو لا . وإذا كان الأمر كذلك ، لم يجب على المجتهد إعلامه بتغيير رأيه .

نعم ، يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوت المصلحة على المقلّد .

إلا أنه قد يجاب : بأن ذلك غير معلوم . لكن قد يقال : هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل إجراء المقلّد هذا الإستصحاب الذي لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع ؟ الأقوى : إنه لا يجوز له السكوت ، لأنه هو السبب في وقوع المقلّد في خلاف الواقع فيجب عليه الإعلام من هذه الجهة ، لا من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بخلاف ما إذا لم يكن هو السبب ، فلا يجب عليه الإعلام والمنع عن إجراء الإستصحاب ، إلا في الدماء والفروج لأهميتها عند الشارع .

وكذا الأمر في صورة تيقن المقلّد بعدم تغيير فتوى مقلّده وكون عمله طبق الفتوى السابقة ، مع تغييرها في الواقع ، فهنا جهل مركب ، ولا حكم ظاهري ، فإن الأقوى حينئذ وجوب الإعلام وإن طابق العمل فتوى من يجوز تقليده ، لأن هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الأعمال .

وأما ما عن المحقق القمي من صحة عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير ،

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٠١ .

فوافق فتوى من يجوز تقليده ، فبني على ما ذكروا في الأصول من أنه إذا قامت حجة ، وكان عمل الشخص بلا التفات إليها ، ثم صادف العمل تلك الحجة ، صح عمله وجاز للعبد الإحتجاج بتلك الحجة ، وإن كان حين عمله جاهلاً بها ، لكن فيه نظر . نعم مطابقة العمل للواقع اتفاقاً تكفي لصحة العمل ، أما مطابقته للحجة التي ، فلا يعلمها لا توجب صحة العمل عقلاً ، بل العقل يجوز مؤاخذه المولى للعبد في مثل المورد .

ثم إنه لو كان كل من الصحيح والفساد معلوماً ، ثم شك في صحة عمله ، جرت أصالة الصحة ، وأما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليمسك به .



مركز تحقیقات کتب و علوم اسلامی

المسألة الرابعة

(في تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق قدس سره : « ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم من كان قبله »^(١).

أقول : ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم الأوّل، حملاً لذلك الحكم على الصّحة ، وإن جاز له ذلك ، سواء طلب المحكوم عليه ذلك أو لا ، للأصل .
وأشكل في الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الأوّل ، فعليه ترك التتبع ثلاً يؤدّي إلى ذلك وحمل الحكم على الصّحة وإنفاذه ، نعم ، إذا طُلب بالحكم في المسألة كان عليه الفحص والتتبع .

وفيه : إن العثور على خطأ الحاكم الأوّل لا يوجب القدح فيه ألبتة حتى لا يجوز ، إذ لا يسلم من الخطأ إلاّ أهل العصمة عليهم الصلاة والسلام . نعم ، لو علم بأن تفحصه سيؤدّي إلى العلم بفسق الحاكم الأوّل ، لم يجز له التتبع ، إلاّ إذا توقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمة مثلاً .

وبالجملة ، فإن النظر في حكم الأوّل يحتاج إلى مسوّغ ، كأن يطلب المحكوم عليه ذلك ، أو يتوقف عليه إحقاق حق ، أو إنجاء نفس محترمة أو نحو ذلك ، والعثور على الخطأ ليس بقادح .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

وقد حمل في (الجواهر)^(١) قول بعضهم بلزوم النظر على الثاني ، على صورة عدم تمام حكم المحاكم الأول ، أو تراضي الخصمين بتجديد النظر .
نعم ، لو علم الثاني بفساد حكم الأول ، وجب عليه التتبع ، سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس ، وقيل : لو رضي المحكوم له بذلك في حقوق الناس .

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

قال في (الجواهر) : بلا خلاف أجده بين من تعرّض له منّا ، وأوضحه بقوله : لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها ، فبقى مندرجة في إطلاق ما دلّ على قبول كلّ دعوى من مدّعيها من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « اليينة على المدعي » وغيره^(٢) .

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

فإن قيل : لعلّ وجه الدلالة أنه لما يدعي على الأول الحكم بالجور ، فإن الحاكم الثاني يطالبه بالبينه وينظر في القضية .

قلنا : إن الأمر الاجتهادي والحكم الشرعي ليس من الأمور التي تقام البينة عليها ، بل يجب عليه النظر في حكم الأول وأدلّته - عند دعوى الجور - ثم الحكم في القضية عن علم .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٠٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٠٣ .

فظهر أن مورد النظر في حكم الأول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثاني بفساد حكمه ، ومن هنا قال المحقق :
« وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول أبطله ، سواء ^(١) كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » ^(٢).

وقيل : إن الحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام - خصوصاً أو عموماً - له الولاية على الناس وحكمه نافذ ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه ، لا تسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم . هذا ما قاله بعضهم ، ولذا حمل كلام المحقق على صورة كون الحاكم الأول معزولاً ، ولا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى .

لكن فيه : إن النظر في حكم الأول في صورة العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ، ليس نقضاً لحكمه وردهً عليه ، وهو وإن كان له الولاية ، إلا أنه قد ولي لأن يحكم بالحق ، ومع الجور في الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه ، والمولى عليه إن علم بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقة بأموره ، يجوز له الرد عليه ، فلو عقد له امرأة وظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجية ، لأنه كان ولياً عليه لأن يوقع عقداً صحيحاً ، وحيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول ، ويترتب الأثر على رده عندما يكون متمكناً منه .

(١) قول المحقق « سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » إشارة إلى ما عن الشيخ - وتبعه بعضهم - من أنه لا ينقض حق آدمي إلا مع المطالبة ، لأن صاحب الحق ربما أسقطه ، وأما إذا كان حقاً لله تعالى فإنه ينقضه لأن له النظر في حقوق الله تعالى .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

المسألة الخامسة

(في دعوى أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين)

قال المحقق قدس سره : « إذا ادّعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين ، وجب إحضاره وإن لم يقم المدعي بينة ، فإن حضر واعترف ألزم »^(١) .
أقول : إذا ادّعى أن له عند الحاكم المعزول حقاً من دين ونحوه أو قال : ارتشى مني ، وجب إحضاره للفصل بينها بحسب الموازين الشرعية ، كغيرها من الدعاوى .

وإن ادّعى أنه قضى عليه بشهادة فاسقين عنده وعادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شيء ، لأن المفروض حكمه بشهادة شاهدين عادلين ، فإن جاء المدعي بالبينة لجرحها فهو وإلا فلا تسمع دعواه .

وإن ادّعى أنه قد حكم عليه بالجور ، لأنه قد حكم بشهادة فاسقين عنده أيضاً ، ففي هذه الصورة قال المحقق : يجب على الحاكم إحضار الحاكم الأول وإن لم يقم المدعي البينة ، ثم بعد إحضاره يطالب المدعي بالبينة ، فإن أقامها فهو وإلا فإن اعترف الحاكم الأول بما يدّعيه المدعي ألزم ، وما قطع به قدس سره هو مذهب الأكثر . وقيل : لا يحضر الحاكم إلا أن يذكر المدعي أن له بينة بذلك .

وعلى تقدير إحضاره - سواء قلنا بجوازه مطلقاً أو بعد ذكر المدعي وجوبه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

البينة - فإن أقام المدعي البينة حكم الحاكم في القضية بحسب الموازين الشرعية ، وإن اعترف الحاكم ألزم ، وإن قال : ما حكمت عليك بشهادة فاسقين كان منكراً والخصم هو المدعي « وإن قال : لم أحكم إلا بشهادة عادلين ، قال الشيخ : يكلف البينة ، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه » ويكون خصمه المنكر ، فإن أقام البينة فهو وإلا حلف الخصم .

قال المحقق : « ويشكل بما أن الظاهر استظهار الحكم في أحكامهم ، فيكون القول قوله مع يمينه ، لأنه يدعي الظاهر »^(١) وهذا مذهب الأكثر ، فعلى من ادعى خلاف الظاهر - وهو الخصم - إقامة البينة على دعواه ، كما هي القاعدة المقررة في نظائر المسألة .

ومورد البحث في هذه المسألة هو الحاكم المنسوب من قبل الإمام عليه السلام في زمن الحضور والمعزول من قبله ، وأما قبل العزل ، فلا تسمع دعوى المولى عليه ، وبه صرح فخر المحققين في (شرح القواعد)^(٢) ومن هنا قيّد المحقق بـ (المعزول)^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

(٢) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ٤ : ٣٢٠ .

(٣) والحاصل : أن في المسألة خلافاً في موضعين أحدهما : في وجوب إحضار الحاكم الثاني للحاكم الأول المعزول ، فقال المحقق والعلامة في القواعد : وجب إحضاره وإن لم يقم المدعي بينة ، ونسبه في المسالك إلى الأكثر وقال : وهو الأقوى . وقد استدلل به بأنها دعوى شرعية يشملها عموم : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فيجب سماعها وترتيب الأثر عليها بإحضار المدعي عليه ، وهو الحاكم المعزول ، والنظر في المرافعة ، وإن لم يقم المدعي بينة له بذلك ، قال في الجواهر : بل وإن صرح بعدم بناء على أن له اليمين ، ولاحتتمال إقراره ، وأبهة القضاء لا تنافي ذلك . وعن بعضهم : لا تسمع مطلقاً ، وقيل : لا تسمع إلا أن يذكر المدعي أن له بينة عليه بذلك ، لأن الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب

المسألة السادسة

(في تعدد وعدالة مترجم الحاكم)

قال المحقق قدس سره : « إذا افتقر الحاكم إلى مترجم ، لم يقبل إلا شاهدان عادلان ولا يقنع بالواحد ، عملاً بالمتفق عليه »^(١) .

أقول : إذا افتقر الحاكم إلى المترجم ، فقد حكي الإجماع على اشتراط كون

→ فيعمل بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحجة بخلافه ، ولأن فتح هذا الباب موجب للطعن في الحكم . وهذا القول اختيار فخر المحققين .

والثاني : أنه على تقدير إحضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم إلا بشهادة عدلين ، فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر إلى البينة وإلا قدم قول المدعي ؟ اختار الشيخ في المبسوط الثالث ، لأنه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه ، فعليه البينة حينئذ . واختار في المسالك الثاني قائلاً : وهو الذي مال إليه المصنف والعلامة وأكثر المتأخرين ، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف وابن الجنييد ، لأنه لا دعائه الظاهر كسائر الأئمة إذا ادعى عليهم خيانة . وقد أشكل المحقق على قول الشيخ بما سمعت ، وفي القواعد : وفيه نظر ، لأن الظاهر من الأحكام الاستظهار في حكمهم فيجب عليه اليمين لأنه الظاهر . وقد رد دليل الشيخ : بمنع كون مطلق نقله المال موجباً للضمان ، بل إنما يكون سبباً للضمان مع التفريط ، والأصل عدمه ، وبأن هذا يؤدي إلى امتحان الحكماء وزهدهم في الأحكام . وقيل : إنه يصدق بغير يمين ، لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال . وقد حكي الشيخ هذا القول في المبسوط ، قال في المسالك : واستحسنه الشيخ فخر الدين في شرحه بعد أن رجح القول الثاني ، ولا نعلم به قائلاً من الأصحاب ، وفي مفتاح الكرامة : حكاها الشيخ وهو الصواب . هذا ، وظاهر السيد الأستاذ موافقة المحقق في كلا الموضعين .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

المترجم بالغاً عادلاً ، وإن كانت السيرة قائمة على القبول وترتيب الأثر مع الوثوق والإطمينان وإن لم يكن المترجم بالغاً عاقلاً ، فالناس في حوائجهم الشخصية يكتفون بالطريقة النوعية لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك .

إنما الكلام في التعدّد ، فهل يكفي المترجم الواحد البالغ العاقل ، أو لابدّ من التعدّد ؟ فهل هو كالبيّنة حيث يشترط التعدّد أو كخبر الواحد فيكفي الواحد ؟ إن كانت الترجمة شهادة ، فلا بدّ من التعدّد لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^(١) وإن كانت إخباراً ، أمكن القول بكفاية الواحد بناء على شمول أدلة حجية خبر الواحد لجميع الإخبارات .

قال المحقق بلزوم التعدّد ، لأنه القدر المتيقن من الحجة ، وكأنه قدّس سرّه غير جازم بكون الترجمة خبراً أو شهادة ، إذ لو كان جازماً بكونه خبراً لأفتى بكفاية الواحد ، وإن كان جازماً بكونه شهادة لأفتى بالتعدّد ، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الأخذ بالقدر المتيقن ، لعدم وجود إطلاق أو أصل يقتضي عدم لزوم التعدّد مع الشك في حجية ترجمة الواحد .

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

(١) سورة الطلاق ٦٥ : ٢ .

(٢) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمدة الأدلة على حجية خبر الواحد هي السيرة ، وهي قائمة على اعتبار خبر الثقة في الأحكام والموضوعات على السواء ، ولما كان اعتبار السيرة متوقفاً على عدم ردع الشارع ،

وأجاب في (الجواهر) بأن الشهادة غير الخبر عند العرف ، فهما مفهومان متباينان ، وليست الشهادة خبراً مقيداً بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك . هذا أولاً .
وثانياً : إن عمدة الأدلة لحجية خبر الواحد هو السيرة ، وهو دليل لبي يؤخذ منه بالقدر المتيقن ، وهو غير الترجمة^(١) .

فإن قيل : إن آية النبأ^(٢) مطلقة ، ومفهومها عدم وجوب التبين عند إخبار العادل ، والمترجم العادل بخبر فلا يشترط فيه التعدد .

وأجاب في (الجواهر) : بأن التبين غير واجب ، ولكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الآية ، ولا منافاة بين عدم وجوب التبين ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص .

وأيضاً : آية النبأ واردة في مورد موضوع خاص يحتاج إلى البيئنة .
وأيضاً : آية النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست في مقام وجوب العمل بخبر العادل ، بل هي في مقام بيان عدم جواز ترتيب الأثر والتعويل على قول الفاسق ، وبعبارة أخرى : ننكر أن يكون للآية مفهوم .

والحاصل : إنه لا إطلاق للآية الكريمة .

والأولى أن نقول : إن لم تكن الترجمة في مورد الحكم ومقام الترافع - نظير الواعظ الذي يقرأ الرواية على المنبر ويترجمها - كفى الواحد ، والسيرة قائمة على

→ فإنه في كل مورد قام الدليل الشرعي على اشتراط التعدد كان ذلك الدليل رادعاً في ذلك المورد ،
وحيث لم يرد نص في اعتبار التعدد في خصوص الترجمة ليكون رادعاً عن السيرة ، جاز الاكتفاء بترجمة الواحد . وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به في الجواهر عن هذا القول .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٠٧ .

(٢) وهي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ سورة الحجرات ٤٩ : ٦ .

قبول هذه الترجمة ، بل الترجمة في هذه الحالة نظير الرجوع إلى أهل الخبرة عرفاً ، وإن كانت في مورد الحكم وتوقف القضاء عليها ، اشترط فيه التعدد .
وبالجملة : إن كليهما إخبار ، غير أنه في مورد الترافع شهادة فيعتبر التعدد ، وفي مورد غيره إخبار ، وحيث تكون الترجمة للشهادة في مورد الترافع فإنها تكون شهادة على الشهادة ، وعليه ، ففي الشهادة على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين .
وكذا في مورد لا يسمع المحاكم الشهادة ، فع الحاجة إلى مسمع المحاكم يكفي الاثنان وإن لزم أن يكون الشهود أربعة .



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

المسألة السابعة

(في شرائط كاتب القاضي)

قال المحقق قدس سره : « إذا اتخذ القاضي كاتباً ، وجب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بصيراً ، ليؤمن الخداعه ، وإن كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً »^(١) .

أقول : ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً . وقد قال المحقق : « إذا اتخذ » لكن في (المسالك) : ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً ، لمسيس الحاجة إلى كتب المحاضرات والسجلات والكتب الحكمية ، والحاكم لا يتفرغ لها غالباً ، ومن المشهور أنه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كتاب .

وذكر في (المسالك)^(٢) أوصافاً أخرى اشترطها في الكاتب استحباباً حيث قال : ويستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل ، عفيفاً عن المطامع الفاسدة ، لكيلا يخدع من غيره بمال وغيره ، وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل ، وأن يكون جيّد الخط ، ضابطاً للحروف لئلا يقع في الغلط والإشتباه .

وعن بعض العامة : إن الكتابة هي للتذكّر ، فلا يشترط في الكاتب وجود شيء من هذه الأوصاف ، بل يجوز أن يكون غير مسلم ولا عادل .

أقول : يحتاج إلى هذه الأوصاف في الكاتب حتى على القول بعدم الإعتبار بالقرطاس ، وذلك من جهات أخرى ، كاشتغال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلاً ، لكي يتمكن من استثمانه عليها ويحصل الإطمئنان بها .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٣٩٦ .

المسألة الثامنة

(فروع حول عدالة الشاهدين)

قال المحقق : «الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم ، وإن عرف فسقهما أطرح ، وإن جهل الأمرين بحث عنهما»^(١).

بحث الحاكم عن عدالة الشاهدين :

أقول : إذا طرح المدعي دعواه وطالبه الحاكم بإقامة البينة ، فإن عرف الحاكم عدالة الشاهدين حكم ولا حاجة إلى التزكية ، وإن عرف فسقهما أطرح الدعوى ، لما تقدّم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه ، وإن جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه - إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيّانها - فعن تفسير الإمام العسكري عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليها السلام قال :

«كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا تخصم إليه رجلان قال للمدعي: ألك حجة؟ فإن أقام بينة يرضاها ويعرفها، أنفذ الحكم على المدعي عليه، وإن لم يكن له بينة، حلف المدعي عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذي ادّعاه ولا شيء منه. وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شرّ قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثم يقيم الخصوم

(١) شرائع الإسلام ٤: ٧٦.

والشهود بين يديه ، ثم يأمر فيكتب أسامي المدعي والمدعى عليه والشهود ، ويصف 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 وأسواقهما ومحالهما والربض الذي ينزلانه ، فيسأل عنهما ، فيذهبان ويسألان .

فإن أتوا خيراً وذكروا فضلاً رجعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبراه ، أحضر القوم الذي أثنوا عليهما وأحضر الشهود ، فقال للقوم المثنين عليهما : هذا فلان ابن فلان ، وهذا فلان ابن فلان ، أتعرفونهما ؟ فيقولون : نعم ، فيقول : إن فلاناً وفلاناً جاءني عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح أنكما قالا ، فإن قالوا : نعم ، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه .

فإن رجعا بخبر سيئ وثناء قبيح دعا بهم ، فيقول : أتعرفون فلاناً وفلاناً ؟ فيقولون : نعم . فيقول : اقعدوا حتى يحضرا ، فيقعدون ، فيحضرهما فيقول للقوم : أهما هما ؟ فيقولون : نعم ، فإذا ثبت عنده ذلك ، لم يهتك سرّ الشاهدين ولا عابهما ولا وبّخهما ، ولكن يدعو الخصوم إلى الصلح ، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلاً يفتضح الشهود ويستتر عليهم ، وكان رؤوفاً رحيماً عطوفاً على أمته .

فإن كان الشهود من أخلاط الناس ، غرباء لا يعرفون ، ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار ، أقبل على المدعى عليه فقال : ما تقول فيها ؟ فإن قال : ما عرفنا إلاّ خيراً ، غير أنهما قد غلطا فيما شهدا علي ، أنفذ شهادتهما ، وإن جرحهما وطعن عليهما ، أصلح بين الخصم وخصمه ، وأحلف المدعى عليه ، وقطع الخصومة

بينهما»^(١).

قال : « وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما ... وقال في الخلاف : يحكم ، وبه رواية شاذة » .

أقول : لو جهل الحاكم إسلام الشاهدين أو عدالتهما ، من جهة الشك في إسلامهما ، فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم والتفحص عن حالهما ، وكذا لو عرف إسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور ، لأن الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم إليه ، ومن شرائط الحكم بالحق عدالة الشاهدين في مورد قيام البيّنة ، فع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق .

ومذهب المشهور أن العدالة أمر زائد على الإسلام بل الإيمان أيضاً ، واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾^(٢) فإنه ظاهر في أن العدالة وصف زائد على الإسلام ، إذ لو كان الإسلام كافياً لما قيّد بالعدالة مع وجود كلمة « منكم » ، وهذه الآية المباركة تقيّد الآية الأخرى : ﴿ وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ ﴾^(٣) بالمنطوق أو بمفهوم الوصف ، والظاهر من الآية - لكونها في مورد الشهادة - بيان الحكم الوضعي ، أي : إن شرط قبول الحكم موقوف على كون البيّنة عادلة .

وعن الشيخ في (الخلاف) والمفيد وابن الجنيد^(٤) : عدم وجوب الفحص عن

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٩ / ٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٦ ، عن تفسير الإمام العسكري : ٢٨٤ .

(٢) سورة الطلاق ٦٥ : ٢ .

(٣) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٤) كتاب الخلاف ٦ : ٢١٧ / المسألة ١٠ ، حكاه عنه العلامة في المختلف ٨ : ٤٩٩ ، الإشراف (مصنفات الشيخ المفيد ٩ : ٢٥) .

عدالة الشاهدين مع العلم بإسلامهما ، قالوا : والآيتان تدلّان على قبول شهادة المسلم ، والتقييد المذكور غير تام ، لعدم حجية مفهوم الوصف ، وقال تعالى : ﴿ إِن جَاءَكُمُ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ... ﴾ ^(١) وهو ظاهر في أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق ، فمع الشك في كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين .

أقول : إنا لو سلّمنا ما ذكرنا بالنسبة إلى الآيتين ، فإن هذه الآية الثالثة الدالة على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما ، فيكون المحاصل : استشهدوا شاهدين غير فاسقين من رجالكم ، فإن أرادوا التمسك بإطلاق الآيتين ، كان من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية . وحيث أن الدليل الدالّ على اشتراط العدالة لا يوضح معنى العدالة ، كان للقاتل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين ، أن يقول بأن الإسلام عدالة ، لكننا نقول : لا إشكال في أن أحكام الإسلام مبنية على العدالة ، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلاً ، لأنه يأتي بجميع الأحكام ويطيعها فعلاً وتركاً ، فإن أرادوا من قولهم : « الإسلام عدالة » هذا المعنى ، فهو صحيح ، وإن أرادوا من « الإسلام » مجرد التفوّه بالشهادتين ، فإن أثر التفوّه بالشهادتين - كما في الروايات - هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين ، وهذا أمر تعبدى لا يفيد العدالة كما هو واضح .

نعم ، قيل : إن الأصل في المسلم أن يكون عادلاً ، لأن الإعتقاد إن كان كاملاً جاء العمل بالأحكام قهراً ، فلا يعصي هذا المسلم ربّه إلا نادراً ، وحينئذ ، فمع الشك في عدالة مسلم أخذ بالأصل المذكور وحكم بعدالته ، من باب أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب ، وهذا الأصل يبتني على القول بأن الإسلام غير العدالة ،

وأن العدالة ملكة ، أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات ، أو كفاية حسن الظاهر .
ولكن الحق أنه مع وجود الدواعي الكثيرة المختلفة إلى المعصية ، لا غلبة
حتى يلحق بها ، بل قد يكون الأصل والغالب في بعض الأزمنة هو الفساد ، وبه
رواية^(١) ، وكذلك زماننا .

قال في (المسالك) بالنسبة إلى مذهب الشيخ قدس سرّه : إن هذا القول وإن
كان أمثناً دليلاً .. لكن المشهور الآن بل المذهب خلافه ...^(٢) .

أقول : ومراد المحقق من وصف الرواية بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما
يدلّ على ذلك ، وإن كانت عليه روايات عديدة^(٣) ، حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها

(١) في سفينة البحار ٥ : ٣٩٤ : الدرّة الباهرة : قال أبو الحسن الثالث عليه السلام : إذا كان زمان العدل فيه
أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحد سوء حتى يعلم ذلك منه ، وإذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل
فليس لأحد أن يظن بأحد خيراً حتى يبدو ذلك منه .
نهج قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم
تظهر منه خزية فقد ظلم ، وإذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن رجل الظن برجل فقد غرر .
(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٠٣ .

(٣) قد أخرج قسم منها في أبواب الشهادات من وسائل الشيعة ومنها : ما عن علقمة قال « قال الصادق
عليه السلام - وقد قلت له : يا ابن رسول الله ، أخبرني عن تقبل شهادته ومن لا تقبل فقال : يا علقمة ،
كل من كان على فطرة الإسلام جازت شهادته . قال فقلت له :
تقبل شهادة مقترف الذنوب ؟ فقال : يا علقمة ، لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لما قبلت إلا شهادة
الأنبياء والأوصياء عليهم السلام ، لأنهم المعصومون دون سائر الخلق ، فمن لم تره بعينك يتركب ذنباً ولم
يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة والسترو شهادته مقبولة وإن كان في نفسه مذنباً ، ومن
اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله داخل في ولاية الشيطان » وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٩٥ / ١٣ . كتاب
الشهادات ، الباب ٤١ .

ومنها : ما عن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام « في أربعة شهد وأعلى رجل محصن بالزنا فعدل منهم

في مواضع أخر ، بل إن التفحص عن الشهادة كان معمولاً به في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، كما دلت على ذلك الرواية المذكورة سابقاً ، وهي وإن كانت ضعيفة سنداً^(١) لكن عليها العمل .

وقال السيد في (العروة) : « لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعي أن له تركيتهما بالشهود إذا كان جاهلاً بذلك ثم يطلبها منه ، ولو قال : لا طريق لي إلى ذلك أو قال : يعسر علي أو قال : لا أفعل ، وطلب من الحاكم الفحص عن ذلك ، هل يجب عليه أو لا ؟ قد يقال بوجوبه ... والأقوى عدم وجوبه عليه ، لمنع كون الحكم مطلقاً ، وإلا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه

→ اثنان ولم يعدل الآخران .

فقال : إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أجيزت شهادتهم جميعاً ، وأقيم الحد على الذي شهدوا عليه ، إنما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا ، وعلى الوالي أن يجيز شهادتهم إلا أن يكونوا معروفين بالفسق » وسائل الشريعة ٢٧ : ٣٩٧ / ١٨ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

ومنها : رسالة يونس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن البينة إذا أقيمت على الحق أيجل للقاضي أن يقضي بقول البينة ؟ فقال : خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم : الولايات والمناكح والذبايح والشهادات والأنساب . فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وسائل الشريعة ٢٧ : ٣٩٢ / ١٨ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ . وقد ذكر هذا الخبر في الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه .

ومنها : ما عن عبد الله بن المغيرة قال قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين . قال : كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته » وسائل الشريعة ٢٧ : ٣٩٨ / ١٨ . كتاب الشهادات ، الباب ٤١ .

وقد أطل في الجواهر البحث عن هذه الأخبار ودلالاتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها ، في صلاة الجماعة من كتاب الصلاة ، لمزيد من الإطلاع انظر جواهر الكلام ١٣ : ٢٨١ .

(١) لأنها من أخبار التفسير المنسوب إلى الإمام الحسن العسكري عليه السلام ، وفي ثبوت هذا التفسير له عليه السلام بحث بين علمائنا وكلام طويل مذكور في كتب الحديث .

أيضاً، مع أنه ليس كذلك قطعاً^(١).

أقول : ليس المراد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » ترك النظر في الدعوى ، إذا لم يكن للمدّعي بينة عادلة على دعواه ، بل المعنى أنه حينئذ يقضي باليمين ، نظير الصّلاة ، حيث تجب الصّلاة مع الوضوء في حال وجدان الماء ، وإلاّ وجبت مع التيمم بعد الفحص واليأس عنه في الحدود المعينة لذلك شرعاً ، غير أن الشارع لم يحدّد وجود البيّنة بل أحال الأمر إلى العرف ، وأهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين في بلدهما وعشيرتهما ، بل روي ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أيضاً ، فحاصل معنى الحديث : أنه إن كان هناك - مع الجهل بحال الشاهدين - طريق متعارف إلى معرفة حالهما ، فالفحص عن ذلك لازم ، وإلاّ فيكون الحكم بالأيمان... وهذا تقريب آخر لمذهب المشهور ، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين - لو امتنع المدّعي عن إحضارهما - إن أمكنه ذلك ، لأن الحكم واجب عليه ، فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان والمتعارف... فالحقّ مع المشهور .

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم :

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

أقول : لا ريب في هذا ، ولا يختلف باختلاف الأقوال في حقيقة العدالة ، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم ، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منها قبل

(١) العروة الوثقى ٣ : ٧١ / المسألة ٨ .

صدور الحكم بل قبل أداء الشهادة ، ووجه الانتقاض : أن العدالة شرط واقعي لا علمي ، فع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم .

وقد يقال : بأن الشرط في قبول الشهادة هو كون الشاهد عادلاً في نظر الحاكم ، وإلا فلا طريق إلى العلم بالعدالة الواقعية لأحد ، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^(١) .

وفيه : إن ظاهر اشتراط شي لشي هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي ، وكذا الأحكام تتوجه إلى الأمور الواقعية ، فإذا قيل : الغنم حلال ، أو البول نجس ، أريد الغنم الواقعي ، والبول الواقعي ، ولو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر ، ألا ترى إلى قول الشارع في مسألة الإقتداء في الصلاة حيث العدالة فيه شرط علمي لا واقعي : « لا تصل إلا خلف من تثق بدينه » ^(٢) فلو صلى خلف من وثق بعدالته وانكشف الخلاف ، لم يجب عليه الإعادة ولا القضاء ، بخلاف ما لو كان الكلام هكذا : صل خلف العادل ، فإنه ظاهر في الشرطية الواقعية ، ويترتب عليه الإعادة أو القضاء مع انكشاف الخلاف .

وقد ذكر صاحب (الجواهر) : أن الأصل هو الواقعية في الشرائط ، وهذا الأصل غير واضح عندنا ، ولعله يريد الظاهر ، ولقد كان الأولى التعبير به دونه ، لأن الظاهر أمانة .

وقال في (الجواهر) : الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم ، قال : بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامة قبل الحكم ، وإن المراد من التبيين هو تبين حاله اتفاقاً ، لا بأن

(١) سورة الطلاق ٦٥ : ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٨ : ٣١٩ / ١ . أبواب صلاة الجماعة ، الباب ١٢ .

يقول الخصم - بعد إحراز المحاكم العدالة - : لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما ،
فليس للمحاكم قبول كلامه والتفحص عن ذلك ^(١) .

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر ؟

قال المحقق قدس سره : « ولا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر » ^(٢) .

أقول : أي إنه لا يجوز الاعتماد على حسن الظاهر ، بل لابد من معرفة باطن الشخص على أثر المعاشرة والمخالطة معه ، وهذا مبني على أن العدالة ملكة ، فإنه بناء على هذا يشترط الشهادة بوجود الملكة فيها ، ولا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشرة ، إذ الأعمال الجوارحية يمكن الإطلاع عن طريقها إلى الجهات الباطنية ، لأن الإناء يترشح بما فيه .

وأما بناء على أن العدالة حسن الظاهر - كما عليه جماعة - فيشهد بحسبها ، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عدالة واضح .

وقد شبه صاحب (الجواهر) ^(٣) العدالة بناء على مذهب المحقق بالإعسار ، فلو ادّعى المدين الإعسار لم يقبل منه ولا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبة ، بل لابد من التحقيق ، فالملكة أيضاً كذلك ، فإن كثيراً من المعاصي لا يتظاهر بها أهلها ، فلا يكفي حسن الظاهر ، وخالفه استناداً إلى الأخبار الكثيرة الدالة على جواز الشهادة تعويلاً على حسن الظاهر .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١١٣ - ١١٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٧٦ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ١١٤ .

وسياتي في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى البحث تفصيلاً عن جواز الشهادة استناداً إلى طريق من الطرق والأمارات الشرعية كاليد والبيئة، وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به، وملخصه :

أنه لو شك مثلاً في كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا، جاز التكلم به، لعدم جواز التمسك بأدلة حرمة الكذب حينئذ، لأنها شبهة مصداقية، وعليه، تجري البراءة عن الحرمة، إلا أن يقال بالإحتياط إن كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه، كالفروج والدماء، وأما الإخبار عن شيء بنحو الجزم - مع الشك في تحققه - فلا يبعد كونه افتراء، فالشهادة بما لا يعلم افتراء، إذن، لا بد من العلم في الشهادة، فإن لم يعلم لكن كان له طريق شرعي، فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم في جواز الشهادة؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ في الموضوع بنحو الكاشف والطريق، فتجوز الشهادة اعتماداً على الطريق الشرعي. هذا كله أصولاً.

وأما فقهاً، فإن الروايات الواردة في الجواز كثيرة^(١)، وتفصيل المسألة في كتاب الشهادات.

بل في (الجواهر) إن حسن الظاهر بنفسه عدالة^(٢)، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: إن البحث هنا علمي، مرجعه إلى أن العدالة شرعاً هي ملكة يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عبارة عنه، وإلا فالجميع متفقون على تحققها بذلك، بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطة والصحبة المتأكدة في سرّه وعلانيته.

(١) ذكرنا بعضها في الهامش المتقدم.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ١١٤.

أقول : والمختار أن العدالة هي الملكة وحسن الظاهر طريق إليها ، لأن حسن الظاهر أعم من العدالة ، لكن الملكة تكون علة لحسن الظاهر ، لأنها حالة نفسانية مستندة إلى الإعتقادات الراسخة وتوجب ترك المحرمات والعمل بالواجبات ، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكة على الندم والتوبة .

ولا ريب في أن العلم بحسن الظاهر أيضاً يتوقف على المعاشرة كذلك ، فإن الصفات التي ذكرت في الروايات - المستفاد منها الإكتفاء بحسن الظاهر - لا يمكن الإطلاع عليها عادة إلاّ بها ... فالحاصل : إن الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر ، عملاً بالأخبار خلافاً للمحقق ، وليس حسن الظاهر هو العدالة خلافاً للجواهر ، بل هو طريق إليها ، وعليه ، فتقوم الطرق الشرعية مقام العلم في الشهادة .

ثم إن المستفاد من تلك الأخبار عدم وجوب التعمق الشديد في حالات الشخص .

السؤال عن التزكية وكيفية ثبوتها :

قال المحقق : « وينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سراً ، فإنه أبعد من التهمة »^(١) .

أقول : وهذا واضح ، لأنه إن سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكية ، إما حياء وإما وفاء وإما خوفاً وإما رجاء ، وإن كان يعلم بعدالته فأجاب بالإيجاب وشهد بذلك ، لا أنهم من قبل الخصم بأنه زكاه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

لأحد الأسباب المذكورة .

قال : « وثبتت مطلقة وتفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة »^(١) .

أقول : إن التزكية تفتقر إلى المعرفة السابقة بباطن المزكى على أثر المخالطة ، ولا تكفي الشهادة تعويلاً على حسن الظاهر عند المحقق ، لكن في (الجواهر)^(٢) « تفتقر إلى المعرفة الباطنة المتقدمة المفيدة للعلم أو الظن بحصول الملكة ، وأن ما يصدر من ذلك من آثارها ، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سراً وعلانية إلا الحسن » أي : إن علم بالعدالة فهو وإلا كفى الظن بحصول الملكة ، وكذا يكفي الشهادة بحسن ظاهره بالمعنى المذكور ، فكأنه يحمل عبارة المحقق الصريحة في عدم كفاية حسن الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التي لا يستفاد منها الحسن في جميع ما يظهر منه سراً وعلانية ، قال : وهذا هو مراد القائلين بكفاية حسن الظاهر ، فيتحد القولان .

ثم إن الشهادة بالعدالة لا يشترط فيها التفصيل ، فيكفي أن يشهد بعدالته . وقيل : بل يلزم أن يقول في حقه : عادل مقبول الشهادة ، إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهادة ، كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسة ، وربما يقال : بكفاية الشهادة بأنه مقبول الشهادة ... وسيأتي لذلك تنمة قريباً إن شاء الله .

كيفية ثبوت الجرح :

قال المحقق : « ولا يثبت الجرح إلا مفسراً ، وفي الخلاف : يثبت مطلقاً »^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١١٦ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

أقول : في هذا المقام أقوال ، فقليل : لا تثبت العدالة ولا الجرح إلا مفسراً بذكر سبب التعديل دون التفسيق ، وقيل : بالعكس ، وهو مختار المحقق قدس سره .
 ووجه تفصيل المحقق هو : إن تفسير العدالة يحتاج إلى ذكر جميع الواجبات وأنه يعملها كلها ، وذكر جميع المحرمات وأنه يتركها كلها ، وهذا أمر يستلزم العسر والحرج ، فلذا تكفي الشهادة بالعدالة مطلقة ، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره ، لأنه يكفي في ثبوت الفسق فعل كبيرة واحدة من الكبائر .

وأيضاً : أسباب الفسق مما وقع الخلاف فيها بين الفقهاء ، فلو كان الشاهد مقلداً لمن يرى حرمة فعل من الأفعال وليس حراماً عند من يقلده الفاعل ، كانت شهادته بذلك عند المحاكم إغراءً له بالجهل ، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعي لا يعلمه الشاهد ... فلا بد من ذكر السبب حتى يتضح الأمر وترتفع الجهالة .

وقد أجب عن الوجه الأول : بالمنع من لزوم الحرج ، وعن الثاني : بوقوع الخلاف في سبب العدالة كذلك ، وعليه ، يكفي الإطلاق في كلا المقامين أو يجب التفصيل فيها معاً .

ثم إن المعدل أو الجارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العدالة ، وأن أي شيء يضر بها وأي شيء لا يضر بها ، وأن يكون عالماً بفتوى الحاكم في المسألة ، لئلا يلزم الإغراء بالجهل ، فإن أحرز الحاكم معرفة الشاهدين بالأمرين ، رتب الأثر على شهادتهما ، سواء في الجرح والتعديل من غير حاجة إلى ذكر السبب ، وإن علم الحاكم بالإختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلديهما في معنى العدالة ، فلا يرتب الأثر ، وكذا إذا احتمل الاختلاف .

وفي (الجواهر) استوجه حمل عبارة الشاهد على الواقع وإن اختلف

الإجتهد في تشخيصه (قال) : ومن هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به ، وكذا التطهير والتنجيس وغيرهما وإن كانت هي أيضاً مختلفة في الإجتهد ، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح

وأورد عليه بالفرق بين المقامين ، إذ يكفي في مسألة الطهارة لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهارة ، أما في مسألة الحكم فلا بد من إحراز الواقع ، وأيضاً : أصالة الصحة جارية في عمل غاسل الثوب ، فيحمل عمله على الصحة الواقعية ما لم يعلم بالخلاف ، بخلاف الحال في الشهادة ، فلو شهدا بالكيّة زيد للدار ، وأراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهادة ، توقف الحكم على إحراز عدالة الشاهدين ، فظهر أن بين الطهارة والملكيّة وما نحن فيه فرقاً .

أقول : في مسألة الشهادة ، إن شهد بوجود ملكة العدالة في المشهود له قبلت الشهادة ، وإن شهد بالعدالة فلا تقبل ، لأنه يكون نظير الشهادة بعدالة زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته ، وأما الحمل على الصحة الواقعيّة - كما هو الحال في الطهارة والملكيّة - ففيه تأمل ، ويحتاج إلى تتبع كلماتهم في ذلك .

ثم إنه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهادة ، وبعبارة أخرى : يشترط أن ينشئ الشهادة ، لا أن يخبر عن العدالة مثلاً ، للفرق الواضح بين مفهومي الشهادة والإخبار لغة وعرفاً .

ويجب تعيين المزكّي أو المجروح ، فلا يكفي القول المجمل ، بل كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يسأل الشاهدين في حضور المدعى عليه : هل هو نفسه أو أنه شخص آخر غيره ؟

وهل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهادة بالعدالة مثل «مقبول الشهادة» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهادة لي وعلي» كما عن آخر ، أو لا يشترط ؟ الذي

يقوى في النظر هو الثاني ، وفاقاً لصاحب (الجواهر) ، ولكن لا لما ذكره قدس سرّه ، فإنه يبتني على تمامية قاعدة المقتضي والمانع ، وهي محل بحث كما فصل في محله ، على أن تلك القاعدة لا مجال لها في بعض صور المسألة ، كما إذا كان المانع احتمال بنوّة الشاهد - بناء على أن شهادة الولد على والده غير مسموعة - فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولدًا له .

بل لأن الإطلاقات والعمومات تعتبر العدالة فحسب ، وتفيد أن شهادة العادل مقبولة ، فمن ادّعى عدم فعلية إقامة الدليل المخصص ، لكن في موارد الشك ، كما إذا شك في كون الشاهد خصماً للمدّعى عليه ، فلا بدّ من إحراز عدم الخصومة وإلاّ لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهات المصادقية .

قال المحقق قدس سرّه : « ولا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة ، ويكفي العلم بموجب الجرح » .

أقول : هذا واضح ، بخلاف الشهادة بالعدالة فهي متوقفة عليه .

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل :

قال : « ولو اختلف الشهود بالجرح والتعديل قدّم الجرح ... »^(١) .

أقول : في حال اختلاف الشهود بالجرح والتعديل يتقدّم الجرح ، لأن حاصل شهادة المعدّلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق ، لكن الجارحين يقولان : رأينا منه كذا ... فتكون الشهادة بالجرح شهادة بما خفي على المعدّلين ، فيقدّم الجرح ولا تعارض بين الشهادتين . وعلى هذا الأساس لو قال الجارح : رأيته يفعل كذا

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

يوم كذا ، فقال المعدل : أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل والتزم بإتيان الواجبات وترك المحرمات بعد هذا التاريخ ، قدم التعديل لأنه شهادة بما يخفى على الجارحين .
إنما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين الشهادتين ، كأن يقول الجارح : رأيته يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة ، ويقول المعدل : كان معي يوم الجمعة في سفر إلى بلد آخر ، فإنه تتعارض البيئتان ، قال المحقق : « ولو تعارضت البيئتان في الجرح والتعديل ، قال في الخلاف : وقف الحاكم ، ولو قيل : يعمل على الجرح كان حسناً »^(١) .

أقول : القول بالتوقف في صورة التعارض يكون تارة : بمعنى رفع اليد عن شهادة الطرفين ، فلا يحكم بالفسق ولا بالعدالة ، بل يحلف الخصم ، وأخرى : لا يحكم بشي ولا يحلف الخصم ، لكن في (الخلاف) أيضاً : « إذا تعارضت البيئتان على وجه لا ترجيح لأحدهما على الأخرى ، أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف وأعطى الحق ، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روي أنه يقسم نصفين »^(٢) .

أما عدم تحليف الخصم ، فمن جهة انصراف قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبيئات والأيمان » عن صورة التعارض بين البيئتين ، وحينئذ ، فإن أمكن التنصيف وإلا فالقرعة لأنها لكل أمر مشكل ، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً .

وأما لو قال أحدهما : هو الآن عادل ، وقال الآخر : هو الآن فاسق ، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان ؟ الظاهر هو الثاني ، فيتساقطان .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) كتاب الخلاف ٦ : ٢٢٧ .

وقال في (الجواهر) : وقد يقال أيضاً « إن هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عدالة أو فسق وإلا حكم به »^(١).

أقول : إن أراد صورة التعارض بين البينتين ، فإنه مع جريان الاستصحاب لا حاجة إلى الجرح والتعديل ، بل تستصحب الحالة السابقة ويترتب الأثر ، إلا أن الفقهاء لم يتعرضوا للاستصحاب هنا ، بل قالوا إن للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطة ، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البيّنة مع عدم العلم ، لأنها الكاشفة عن الواقع .

اللهم إلا أن يقال بأن إقامة البيّنة حكم تعبدى يعامل مع مفادها معاملة الواقع ، لا أنها تكشف عنه ، وحينئذ يقوم الاستصحاب مقامها .

لكن الظاهر أن حجية البيّنة هي بعنوان تميم الكشف ، ولعلّه لذا ذكر صاحب (الجواهر) المطلب بعنوان : قد يقال .

ثم إنه نقل عن (كاشف اللثام)^(٢) احتمال تقديم شهادة التعديل لدى التعارض ، للأصل مع الخلوّ عن ظهور المعارض ، خلافاً لمن قدّم شهادة الجرح ثم قال : « وهو جيّد فيما يرجع إلى ما ذكرناه لا مطلقاً » .

فإن قول بعضهم بأن الإسلام ملكة تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات ، ضعيف ، وقد ضعفه كاشف اللثام أيضاً ، واختار أن العدالة حسن الظاهر كالجواهر .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢١ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢١ .

المسألة التاسعة

(في تفريق الشهود عند الشهادة)

قال المحقق قدس سره^(١) : « لا بأس بتفريق الشهود ، ويستحب في من لا قوة عنده »^(٢) .

أقول : إن الميزان الشرعي للقضاء هو البيّنات والأيمان كما في الحديث الشريف ، ولكن هل تعبّدنا الشارع بالأخذ بذلك ، أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات والنظر في القرائن وغير ذلك ما يستكشف به الواقع ويتوصّل به إلى حقيقة الحال^(٣) ؟ قال المحقق : « لا بأس بتفريق الشهود ، ويستحب في من لا قوة عنده » .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) هذا كلامه قدس سره هنا ، وسيأتي في المسألة الرابعة عشرة : يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر والأديان القويّة ، مثل أن يفرّق بينهم ، لأن في ذلك غضاظة لهم ، ويستحب ذلك في موضع الريبة . وقال في النافع في الآداب المستحبة للقاضي : وتفريق الشهود عند الإقامة فإنه أوثق ، خصوصاً في موضع الريبة ، عدا ذوي البصائر لما يتضمن من الغضاظة . وقال العلامة قدس سره في القواعد : وينبغي للحاكم إذا طلب الاستظهار في موضع الريبة أن يفرّق الشهود خصوصاً في من لا قوة عنده ، ويكره إذا كان الشهود من ذوي البصائر والأديان القوية . وفي الرياض : عدا ذوي البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الأعيان ، فلا يستحب تفريقهم بل ويكره وربما حرم ، لما يتضمن تفريقهم من الغضاظة والمهانة بهم ، بل وربما يحصل في ذلك كسر قلوبهم .

(٣) إستفاد السيد الأستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرين الآتين عدم الاختصاص بتفريق الشهود ، وأن للحاكم التوصل إلى معرفة الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافي في الشرع .

أقول : إن إطلاق الآية الكريمة : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾^(١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان »^(٢) يشمل ما إذا شهدا معاً أو شهد كل واحد من الشاهدين على حدة ، فيجوز الأمران ، لكن في صورة التفريق بينهما ربما يظهر كذبها أو خطئها في الشهادة ، بخلاف ما إذا شهدا معاً ... هذا بحسب القاعدة وقطع النظر عن الأخبار الخاصة الواردة ، لكن المحقق أفقياً بالاستحباب في صورة كون الشاهد لا قوة عقل عنده ، ولعل وجهه عمل النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما في بعض الموارد .

وفي (الجواهر) : قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل إثبات العدالة وطلب المدعي الحكم . وهذا غير واضح ، إذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك إلا التأكد والإطمئنان ...
وكيف كان ، فلا شبهة في الجواز ، ويدل على ذلك روايات منها :

ما روي عن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أتني عمر بن الخطاب بجارية قد شهدوا عليها أنها بغت ، وكان من قصتها أنها كانت يتيمة عند رجل ، وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله ، فشبت اليتيمة ، فتخوفت المرأة أن يتزوجها زوجها ، فدعت بنسوة حتى أمسكها ، فأخذت عذرتها بأصبعها ، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأة اليتيمة بالفاحشة وأقامت البينة من جاراتها اللاتي ساعدنها على ذلك ، فرفع ذلك إلى عمر ، فلم يدرك كيف يقضي فيها ، ثم قال للرجل : إيت علي بن أبي طالب عليه السلام واذهب بنا إليه .

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

فأتوا علياً عليه السلام ، وقصّوا عليه القصة ، فقال لامرأة الرجل : ألك بيّنة أو برهان ؟ قالت : لي شهود ، هؤلاء جاراتي يشهدن عليها بما أقول ، فأحضرتهم ، فأخرج علي بن أبي طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه ، وأمر بكلّ واحدة منهن فأدخلت بيتاً ، ثم دعا بامرأة الرجل فأدارها بكلّ وجه ، فأبت أن تزول عن قولها ، فردّها إلى البيت الذي كانت فيه ، ودعا إحدى الشهود وجئى على ركبتيه ثم قال : تعرفيني أنا علي بن أبي طالب وهذا سيفي ، وقد قالت امرأة الرجل ما قالت ورجعت إلى الحق وأعطيتها الأمان ، وإن لم تصدقين لأئمن السيف منك ، فالتفتت إلى عمر فقالت : يا أمير المؤمنين الأمان علي ، فقال أمير المؤمنين : فاصدقي ، فقالت : لا والله ، إلاّ أنها رأيت جمالاً وهيئة ، فخافت فساد زوجها عليها ، فسقتها المسكر ، ودعتنا فأمسكناها فافتضتها بأصبعها ، فقال علي عليه السلام : الله اكبر ، أنا أوّل من فرّق بين الشاهدين [الشهود] إلاّ دانيال النبي . فألزم علي المرأة حدّ القاذف وألزمهم جميعاً العقر ، وجعل عقرها أربعمئة درهم ، وأمر امرأة الرجل أن تنفي من الرجل ويطلقها زوجها ، وزوّجه الجارية ، وساق عنه علي المهر . فقال عمر : يا أبا الحسن ، فحدّثنا بحديث دانيال ، فقال علي عليه السلام : إن دانيال ...»^(١).

وما عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث : «إن شاباً قال لأمر المؤمنين عليه السلام : إن هؤلاء النفر خرجوا بأبي معهم في السفر ، فرجعوا ولم يرجع أبي ، فسألتهم عنه فقالوا : مات ، فسألتهم عن ماله فقالوا : ما ترك مالا ، فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم ، وقد علمت أن أبي خرج ومعه مال كثير ، فقال

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٧٧/١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٩ .

أمير المؤمنين عليه السلام : والله لأحكمنّ بينهم بحكم ما حكم به خلق قبلي إلاّ داود النبي عليه السلام . يا قنبر أَدع لي شرطة الخميس فدعاهم ، فوَكَّل بكلّ رجل منهم رجلاً من الشرطة ، ثم نظر إلى وجوههم فقال : ماذا تقولون ؟ تقولون : إني لا أعلم ما صنعتُم بأبي هذا الفتى ؟ إني إذاً لجاهل . ثم قال : فرّقوهم وغطّوا رؤوسهم ، قال : ففرّق بينهم وأقيم كلّ رجل منهم إلى أسطوانة من أساطين المسجد ورؤوسهم مغطاة بشياهم . ثم دعا بعبيد الله بن أبي رافع كاتبه فقال : هات صحيفة ودواة ، وجلس أمير المؤمنين عليه السلام في مجلس القضاء ، وجلس الناس إليه ، فقال لهم : إذا أنا كبرت فكبرّوا ، ثم قال للناس : أخرجوا .

ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه ، ثم قال لعبيد الله : أكتب إقراره وما يقول ، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام : في أي يوم خرجتُم من منازلكم وأبو هذا الفتى معكم ؟ فقال الرجل : في يوم كذا وكذا . فقال : وفي أي شهر ؟ فقال : في شهر كذا وكذا ، قال : في أي سنة ؟ فقال : في سنة كذا وكذا . فقال : وإلى أين بلغتُم في سفركم حتى مات أبو هذا الفتى ؟ قال : إلى موضع كذا وكذا . قال : وفي منزل من مات ؟ قال : في منزل فلان ابن فلان . قال : وما كان مرضه ؟ قال : كذا وكذا . قال : وكم يوماً مرض ؟ قال : كذا وكذا . قال : ففي أي يوم مات ؟ ومن غسله ؟ ومن كفّنه ؟ وبما كفّنتموه ؟ ومن صلّى عليه ؟ ومن نزل قبره ؟ فلما سأله عن جميع ما يريد ، كبرّ أمير المؤمنين عليه السلام وكبرّ الناس جميعاً ، فارتاب أولئك الباؤون ، ولم يشكّوا أن صاحبهم قد أقرّ عليهم وعلى نفسه ، فأمر أن يغطّى رأسه وينطلق به إلى السجن .

ثم دعا بآخر ، فأجلسه بين يديه وكشف عن وجهه وقال : كلاً ، زعمتُم أني لا أعلم ما صنعتُم ؟ فقال : يا أمير المؤمنين ما أنا إلاّ واحد من القوم ، ولقد كنت

كارهاً لقتله ، فأقرّ .

ثم دعا بواحد بعد واحد ، كلهم يقرّ بالقتل وأخذ المال .

ثم ردّ الذي كان أمر به إلى السجن فأقرّ أيضاً .

فألزمهم المال والدم .

ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك ...»^(١) .



مركز تحقيقات كميته في علوم اسلامی

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٢٧٩ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٠ .

المسألة العاشرة

(في ما يعتبر في الشهادة بالجرح)

قال المحقق قدس سرّه : « لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة ، أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم ... »^(١) .

أقول : يشترط في الشهادة بالجرح مشاهدة الشاهدين لفعل ما يقدح في العدالة ، أو أن يشيع ذلك الفعل منه في الناس شياعاً موجباً للعلم واليقين ، وإلا فلا تجوز الشهادة به ، وأما في الشهادة بالعدالة ، فلا يشترط ذلك بل يكفي حسن الظاهر ، من جهة أنه - كما في الأخبار - الطريق إلى معرفة العدالة والكاشف عن وجود الملكة الراسخة ، وإن كان احتمال الخلاف موجوداً ، فقد ورد في تلك الأخبار^(٢) من كان كذلك تقبل شهادته ، ومن هنا يقع الفرق بين الشهادة بالجرح والشهادة بالعدالة .

وقد تقدّم أن الشهادة استناداً إلى البيّنة والاستصحاب جائزة .

وعن (المسالك)^(٣) : إن لم يبلغ المخبرون حدّ العلم ، لكنّه استفاض وانتشر

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) قد تقدّم ذكر بعضها ، ففي رسالة يونس : « ... فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وفي رواية عبد الله بن المغيرة : « كلّ من ولد على الفطرة وعرف بالصّلاح في نفسه جازت شهادته » ونحوهما غيرهما .

(٣) مسالك الأفهام ١٣ : ٤١٣ .

حتى قارب العلم ، ففي جواز الجرح وجهان ، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتّباعه إلا ما استثنى ، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينة المدّعية للمعينة ، كما مرّ في نظائره .

وأورد عليه في (الجواهر)^(١) بقوله : وفيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبة العلم ، وعدم الدليل على الإكتفاء بمثله ، وحرمة القياس على البينة التي مبناها التعبد ، ومن هنا ، كان ظاهر المصنف وغيره اشتراط العلم .

أقول : إن البحث هو في الشهادة بالجرح ، فإن قلنا بعدم جواز الشهادة استناداً إلى البينة ، بل ولا بالاستناد إلى العشرة ، فنقض (المسالك) غير وارد حتى يتوجّه إشكال (الجواهر) عليه .

هذا ، وتجاوز الشهادة بالعدالة استناداً إلى حكم الحاكم ، وحكم الحاكم بعدالة الشاهدين أو فسقهما حجة بالنسبة إلى الحاكم الآخر ، ولكن ليس للأوّل ولا لغيره الشهادة بالفسق أو العدالة ، فحكم الحاكم حجة ، وأما شهادته فغير مسموعة .

ثم هل للأفعال ظهور كالأقوال بحيث يجب الأخذ به ؟ فيه خلاف ، والظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف ، وإنما يحصل له ظهور من بعض المقارنات ، فإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم ، وإلاّ فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجة أو لا ؟ الظاهر هو الأوّل وفاقاً للسيد قدّس سرّه^(٢) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢٤ .

(٢) إذ قال : إنه يكفي ظهوره بملاحظة الحالات والمنضات وأنه من الظنون المعتمدة ، وخلافاً لصاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال بأنه : من الظن الذي لا دليل على حجّيته بل الدليل على خلافه .

المسألة الحادية عشرة

(في الحكم باستمرار العدالة حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق قدس سره : « لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته ... » .
أقول : لو ثبتت عدالة الشاهد حكم الحاكم باستمرارها بالإستصحاب ،
غير أنه - لما كان للإستصحاب كاشفيّة نوعية بنى العقلاء على العمل بها كما تقرّر في
الاصول - يشترط عدم الفاصل الطويل بين زمانيّ اليقين والشك ، لأن ذلك يؤدي
إلى ضعف الظن بالبقاء والكاشفية النوعية المذكورة .

قال : « وقيل : إن مضت مدة يمكن تغرّ حال الشاهد فيها استأنف البحث
عنه ولا حدّ لذلك ، بل بحسب ما يراه الحاكم » ^(١) .

أقول : وهذا قول ثان في المسألة - قال في (الجواهر) - وإن كنّا لم نتحقّق
القائل بذلك منا ^(٢) . وعن (المبسوط) ^(٣) عن بعضهم تحديده بستة أشهر ، ولا دليل
عليه ، بل الإستصحاب حجة حتى يتبيّن ما ينافي العدالة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢٦ . أقول :

وجعله المحقق العراقي قدس سره من خرافات العامة ، لكنه الأحوط في القواعد (٣ : ٤٣٢) إذ جاء فيه :
والأحوط أن يطلب التزكية مع مضيّ مدّة يمكن تغيير حال الشاهد ، وذلك بحسب ما يراه الحاكم من طول
الزمان وقصره . وقال صاحب مفتاح الكرامة (١٠ : ٥١) : ولا ريب في استحبابه .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١١٢ .

المسألة الثانية عشرة (في كتابة الحاكم قضايا كلّ أسبوع)

قال المحقق : « ينبغي أن يجمع قضايا كلّ أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها ، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا ، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه وكتب عليه قضاء سنة كذا »^(١).

أقول : كان ينبغي ذكر هذه المسألة في الآداب ، والأمر سهل .

مركز تحقيقات كميّات علوم رسدي

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧.

المسألة الثالثة عشرة

(هل يجب على الحاكم كتابة المحضر ؟)

قال المحقق : « كل موضع وجب على الحاكم كتابة المحضر ... »^(١) .
أقول : لا يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابة ولو أزمها كالدّواة والقرطاس ، وقيل : يجب عليه الدّواة ، ولو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال - وكانت الكتابة واجبة عليه - وجب عليه الكتابة ، وفي (الجواهر)^(٢) : لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً ، وإن نسبته في (المسالك) إلى الأشهر تارة وإلى المعروف بين الأصحاب أخرى ، معللاً له بأن ذلك حجة فكان عليه إقامتها كالحكم ، وكما لو أقر له بالحق وسأله الإشهاد على إقراره ، إلا أنه كما ترى ، ضرورة أن الحجّة حكمه والإشهاد عليه لا كتابة الحكم ، بل وكذا كتابة الإشهاد على الإقرار .
أقول : قد يكون للكتابة وإعطائها بيد من حكم له دخل في إحقاق الحق ووصول صاحبه إليه كالحكم نفسه ، بحيث إذا لم تكن كتابة لم يتحقق الحق وتحصيله ، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتسليمه لأهله .
وقد يستدلّ لوجوب الكتابة بقوله تعالى : ﴿ ... وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ ... ﴾^(٣) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢٧ .

(٣) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

فإنه ظاهر في الوجوب ، وقد أكدّه بالنهي عن الإيذاء عنها ، وأجاب في (الجواهر) : بأنه في غير ما نحن فيه ، وهو محمول على ضرب من الكراهة ، للقطع بعدم وجوب ذلك^(١) .

وفيه : إن المستفاد من الآية الكريمة هو الملاك العام وهو : عدم إيذاء الكاتب والشاهد عن الكتابة والشهادة عند الحاجة واحتمال ضياع الحق بدون ذلك ، وخصوصية مورد الآية لا تخصص ، ولذا استدلل بها الأصحاب في غير الدين .
وأما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابة ، فإن أريد القطع بعدم وجوبها أولاً وبالذات فهو حق ، وإن أريد القطع بعدم وجوبها عليه وإن بذل له ما يلزم وطولب بها واحتمل ضياع الحق لو لم يكتب ، فتلك دعوى بعيدة .

وقد يستدل بقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ﴾^(٢) بناء على ما هو الأظهر من أن « يضرار » أصله « يضرار » فأدغمت الراء في الراء وفتحت لالتقاء الساكنين ، فيكون معناه : لا يكتب الكاتب إلا بالحق ، ولا يشهد الشاهد إلا بالحق وإلا كان فسقاً^(٣) .

نعم ، في الآية السابقة ما يحتمل معه كون الأمر فيه إرشادياً ، وهو قوله عز وجل ﴿ ذَلِكَمُ أَقْسَطُ ... ﴾ بناء على أنه يتوجه إلى جميع الآية لا الجملة الأخيرة منها ، ولكن الظاهر دلالة الآية على الوجوب في حال المطالبة ووجود الحاجة كما ذكرنا .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٢٨ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٨٢ .

(٣) القول الثاني : إن أصله « يضرار » بفتح الراء الاولى فأدغمت ، فيكون المعنى : لا يدعي الكاتب على وجه يضر به وكذلك الشاهد ، لقاعدة نفي الضرر . وقد ذكر في مجمع البيان القولين ، قال : والأول أبين .

المسألة الرابعة عشرة (في تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق : « يكره للحاكم أن يعنّت الشهود إذا كانوا من ذوي البصائر... »^(١).

أقول : أي يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوي البصائر والفهم والأديان معاملة من ليسوا كذلك .

قال : « لأن في ذلك غضاظة لهم » كما لا يخفى .

قال : « ويستحب ذلك في موضع الريبة »

أقول : ويظهر من قول أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام : « أنا أول من فرّق الشهود »^(٢) إن هذا الأمر لم يكن جارياً إلا في موارد الشبهة والريبة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٧٧ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٩ .

المسألة الخامسة عشرة

(لا يجوز للحاكم أن يتمتع بالشهود)

قال المحقق : « لا يجوز للحاكم أن يتمتع الشاهد ، وهو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه ، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده وإن كان يتردد . ولو تردد في الشهادة لم يجز ترغيبه في الإقدام على الإقامة ولا تزهيده في إقامتها .

وكذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار ، لأنه ظلم لغريمه ويجوز^(١) ذلك في حقوق الله ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لما عز عند اعترافه بالزنا « لعلك قبلتها ، لعلك لمستها ، وهو تعريض بإيثار الإستتار »^(٢) . أقول : وكل ذلك واضح .

(١) وفي المسالك (١٣ : ١٨) : يستحب . قال : يستحب له ذلك تأسيساً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم في قضية ما عزن مالك لما جاء إلى النبي وأقرّ عنده بالزنا ، وكان يعرض له بالتأويل ويقول له : لعلك قبلتها لعلك لمستها . إيثاراً للإستتار . والرواية مشهورة .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

المسألة السادسة عشرة

(في أنه يكره للحاكم أن يضيف أحد الخصمين)

قال المحقق قدّس سرّه : « يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه »^(١) .
أقول : ووجهه واضح ، فإن فيه ترجيحاً له على صاحبه ، وقد روي : « أن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام ، فمكث عنده أياماً ، ثم تقدّم إليه في خصومة [حكومة] لم يذكرها لأمر المؤمنين ، فقال له : أخصم أنت ؟ قال : نعم . قال : تحوّل عنا ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى أن يضاف الخصم إلاّ ومعه خصمه »^(٢) .

مركز تحقيق كتب التراث الإسلامي

وكذا يكره أن يذهب إلى دار أحدهما دون الآخر ، بل كلّ ما يقتضي ترجيح أحد الخصمين على صاحبه .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٤ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٣ .

المسألة السابعة عشرة (في حرمة الرشوة)

قال المحقق : « الرشوة حرام على أخذها »^(١).

أقول : لا يجوز أخذ الرشوة ، وهي حرام على أخذها ، بالإجماع بل بالضرورة من الدين ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٢).

والأخبار في هذا الباب متواترة ، وفي جملة منها : إن الرشا في الحكم كفر بالله^(٣).

وفي بعضها : إنه شرك^(٤).

فلا ريب في الحكم .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ١٨٨ .

(٣) عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الرشا في الحكم هو الكفر بالله » . وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « وأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله » أنظر وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٢ و ٢٢٣ / ٣ و ٨ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٨ .

وعن عمار بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : « فأما الرشا في الحكم ، فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم » وسائل الشيعة ١٧ : ٩٢ / ٢ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

(٤) عن الأصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال : « وإن أخذ الرشوة فهو مشرك » . وسائل الشيعة ١٧ : ٩٤ / ١٠ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

موضوع الرشوة :

إنما الكلام في موضوع الرشوة ، وكلمات الأصحاب من الفقهاء واللغويين في ذلك مضطربة :

قال المحقق : « ويأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل ، ولو كان إلى حق لم يأثم »^(١).

أقول : وعن (جامع المقاصد)^(٢) : « إن جعل من المتحاكين رشوة » لكن ظاهر الرواية^(٣) : إن الأجرة على القضاء غير الرشوة ، فلذا كانت الأولى سحناً والثانية كفراً.

وقيل : ما يبذله المتحاكمان رشوة ولو كان بعنوان الجعالة والأجرة .

وفي القاموس : فسر الرشوة بالجعل^(٤).

لكن في مجمع البحرين : قلما تستعمل الرشوة إلا فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشية باطل^(٥).

وقال السيّد : هي ما يبذله للقاضي ليحكم له بالباطل أو ليحكم له ، حقاً .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

(٢) جامع المقاصد في شرح القواعد ٤ : ٣٧ .

(٣) يعني : ما عن عمار بن مروان قال قال أبو عبد الله عليه السلام : « كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت ، والسحت أنواع كثيرة ، منها ما أصيب من أعمال الولاية الظلمة ، ومنها أجور القضاة وأجور الفواجر وثمن الخمر والنبذ المسكر والربا بعد البيعة ، فأما الرشايا عمار في الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله » . وسائل الشيعة ١٧ : ١٢ / ٩٥ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

(٤) القاموس المحيط ٤ : ٣٣٤ .

(٥) مجمع البحرين ٢ : ٧٠٣ .

كان أو باطلاً، أو ليعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب على خصمه، ولا فرق في الحرمة بين أن يكون ذلك لخصومة حاضرة أو متوقعة»^(١).

أقول: فإذا كانت الكلمات في بيان حقيقة الرشوة مختلفة ومضطربة، فإنه في كل مورد يشك في صدق عنوان «الرشوة» فيه مثل «أجور القضاة» يكون المرجع أصالة الحل، لكونها شبهة مصداقية لأدلة حرمة الرشوة، إلا أن تثبت الحرمة من دليل آخر وبعنوان غير عنوان الرشوة.

والقدر المتيقن من الرشوة: أنها ما يبذله للقاضي حتى يحكم لصالحه، فهذا هو القدر المتيقن من الآية المباركة المذكورة أولاً، إلا أن الأخبار المستفيضة الواردة في الباب الخامس من أبواب ما يكتسب^(٢) به، تدل على أن الرشا في الأحكام «سحت» و«كفر»، وهي بإطلاقها تعم ما إذا كان البذل لإحقاق الحق.

لا يقال: إنها واردة في مورد الآية الكريمة
لأنه يحتمل أن يكون قيد «بالإثم» غالبياً، لأن غالب الرّاشين يتوصلون بالرشوة إلى أكل أموال الناس وإبطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقاً - أي حقاً كان الحكم أو باطلاً - حرام بالكتاب والسنة، وأما إذا توقف إحقاق الحق على بذل شيء - بحيث لو لم يبذله لوقع في الضرر العظيم وضاع حقه - جاز البذل، لتقدم قاعدة نفي الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم دفعاً لأذاه وتحفظاً من ضرره.

حكم الرشوة في غير الحكم:

(١) العروة الوثقى ٣: ٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٩٢ - ٩٧.

وأما في غير الأحكام ، فإن أخبار الرشوة وإن كانت واردة في مورد الحكم والأحكام ، إلا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الأخبار هو حرمتها في غير الأحكام أيضاً ، فقد روى الشيخ الصدوق قدس سره ، عن الأصبع بن نباتة ، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : «أيما وال احتجب عن حوائج الناس ، احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وإن أخذ هدية كان غلولاً ، وإن أخذ الرشوة فهو مشرك»^(١) .

فهل تقيّد إطلاق الرواية بالروايات المقيّدة ، أو أن ظهورها آب عن التقييد ؟ الظاهر هو الثاني ، و «حوائج الناس» يعمّ غير الأحكام كما لا يخفى . وروى الشيخ الصدوق قدس سره أيضاً ، عن سيدنا أبي الحسن الرضا عليه السلام ، عن آبائه ، عن أمير المؤمنين في تفسير قوله تعالى : ﴿ أَكَاوُنَ لِلْصُّحُفِ ﴾ قال : «هو الرجل يقضي لأخيه حاجته ثم يقبل هديته»^(٢) . ويمكن أن يقال - ولا سيما بالنظر إلى هذين الخبرين - أنه ولو فرض كون الرشوة في الحكم فقط ، فإن كون الرجل منصوباً - شرعاً أو عرفاً - لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم ، يقتضي وجوب ذلك عليه ، وأن مطالبته أو أخذه شيئاً في مقابل عمله سحت .

وبالجملة ، فإن الرشوة في الأحكام لا يبطل الحق مقطوع بحرمتها ، والظاهر أنها كذلك في مطلق الحكم إن كان البذل بعنوان الرشوة ، سواء أثار في كيفية الحكم أو لم يؤثر ، وأما في غير الأحكام ، فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ١٠/٩٤ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ١١/٩٥ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٥ .

على من كان موظفاً بالقيام بالواجبات الموضوعة على عاتقه .

ثم إنه لا فرق في « الرشوة » بين المال المبدول له وبين العمل النافع الذي يعمل له ، كخياطة ثوب مثلاً أو إنجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بالثمن المتعارف ، أي بأن يقدمه على غيره في المعاملة ، وهل هذه المعاملة باطلة حينئذ ؟ قيل : لا ، لأنه نظير البيع عند النداء ، وقيل : نعم ، لأن الحكم الوضعي هذا مترتب على الحكم التكليفي ، فلما كانت الرشوة محرمة ، وكانت هذه المعاملة مصداقاً لها ، كانت باطلة .

وأيضاً : لو دفع إليه الخمس أو الزكاة حتى يحكم له ، فإنه حرام ، ولا تبرء ذمة المعطي من الخمس والزكاة حينئذ .
وفي هذه الأيام يقول بعض جهلة القضاة : إن أعطيت كذا للمستضعفين نجوت من العقوبة مثلاً ، فإن هذا المال رشوة ولا يملكه المستضعفون .
وكذا يحرم احترام القاضي وتبجيله والثناء عليه إن كان بعنوان الرشوة ، ولو أثر ذلك في نفس القاضي فحكم له ، كان مرتكباً للحرام أيضاً .
وبالجملة ، فإن كل ما قصد به التوصل إلى حكم الحاكم كان رشوة محرمة ، وإن شك في بعض الأفراد في الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه ، فالبراءة جارية خلافاً لصاحب (الجواهر)^(١) .

حكم الهدية للقاضي :

(١) جواهر الكلام ٢٢ : ١٤٨ - ١٤٩ .

وأما الهدية ، فهي في نفسها أمر مرغوب فيه ، وقد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة عليهم السلام يأمرون بها ويقبلونها ، إلا أنه لا ريب في حرمة الهدية للقاضي والعامل ، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول » . و « سحت » ^(١) ، وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال « ... ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فهلاً جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أيهدى له أم لا . والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبتة ... » ^(٢) وهذا الحديث يدل على أن أخذ العمال مطلقاً - أي سواء كانوا عمال الظلمة أو غيرهم - الهدية حرام ، ولا يبعد صدق عنوان « الرشوة » على هذا المال ، وتخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور ، خلاف ظاهر الأخبار .

وأما صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام : « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه . قال : لا بأس » ^(٣) . فإن كان المنزل ملكاً له فلا بأس بأن يأخذ شيئاً حتى يتحول عن ملكه ، وإن لم يكن - كما ذكر صاحب (الوسائل) - فيمكن حملها على المنزل المشترك ، كالموقوف للسكنى ، فيعطي الثاني للأول لأجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق ، هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق إليه ، وأما بناء على أن الوقف مال محرر ، فلا يكون ملكاً ولا متعلق حق لأحد ، فإن سبق إلى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبراً ، فلا بأس بأن يطالب بشئ في مقابل قيامه عن هذا

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٣ / ٦ و ٧ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٨ .

(٢) مسند أحمد ٥ : ٤٢٣ .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٧٨ / ٢ . أبواب ما يكتسب به ، الباب ٨٥ .

المكان، وإن لم يكن له حق فيه كما هو المفروض .

وهذا البحث جارٍ في المسجد ومكان المصلي، وكذا في سوق المسلمين، حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إليه كان أحق به إلى الليل»^(١).

وعلى كل حال، يكون التعبير عن الشيء المأخوذ في مقابل التحوّل عن المنزل بـ «الرشوة» تعبيراً مجازياً، أو يقال بأنه رشوة - لأنه مال أعطي له لأجل التوصل إلى الغرض - ولكنه لا بأس به هنا، لكونه في مورد محلّل .

فتلخص، إن الرشوة هو ما يبذل للقاضي أو الوالي أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه، سواء كان بعنوان الرشوة أو الهدية .

وإن بذل للقاضي مال وجهل عنوانه فهل يحمل على الصحة ؟

قال السيد : نعم^(٢)، وهو مشكل، فإن أثر حمل فعل المسلم على الصحة هو أن لا يكون فاعلاً محرّماً، ولكن هذا لا يثبت كون المال المأخوذ صدقة مثلاً حتى يجوز له أخذه . وبعبارة أخرى : الحمل على الصحة إنما يفيد الحلّ مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هدية ويشك في كونها هدية صحيحة أو فاسدة، فيحمل فعل المسلم على الصحة ويجوز التصرف في المال المأخوذ .

هذا، ولا ينفذ حكم الحاكم الآخذ للرشوة وإن كان حكمه بالحق، لصيرورته فاسقاً بأخذها، وعليه ردّ ما أخذ على صاحبه .

قال المحقق : «ويجب على المرتشي إعادة الرشوة إلى صاحبها، ولو تلفت

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ١/٤٠٥ . أبواب آداب التجارة، الباب ١٧ .

(٢) العروة الوثقى ٣ : ٢٥ .

قبل وصولها إليه ضمنها له»^(١).

أقول : القول بالضمان هو المختار ، وعن بعضهم نفي الخلاف فيه ، ويدلّ عليه عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »^(٢).



(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨.

(٢) عوالي اللئالي ١ : ٢٢٤ / ١٠٦.

المسألة الثامنة عشرة

(هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : «إذا التمس الخصم إحضار خصمه بمجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً»^(١).

أقول : ظاهر «أحضره» هو الوجوب ، وفي (القواعد)^(٢) : إذا استعدي رجل على رجل إلى المحاكم ، لزمه أن يعديه ويستدعي خصمه إن كان حاضراً ، سواء حرّر المدعي دعواه أو لا . قال في (الجواهر)^(٣) : بلا خلاف أجده فيه ، بل في (المسالك)^(٤) نسبته إلى علمائنا وأكثر العامة ، وكذا عن ظاهر (المبسوط)^(٥) الإجماع عليه .

فإن كان إجماع على وجوب الإحضار فهو ، وإلا ففي ما ذكره من تعلّق حق الدعوى به ، نظر واضح ، لأن المحاكم كما يحتمل صدق المدّعي في هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً ، وحيث لم يتبيّن للمحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق ، كيف يجب عليه إحضار الخصم ؟

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٣٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ١٣٤ .

(٤) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٢٣ .

(٥) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٥٤ .

هل يجب إحضار الخصم إلى مجلس الحكم ؟ ٢١٣

وكذا الكلام في قولهم : إن مقتضى منصب الحاكم إحضار الخصم ، فإن لازم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدمات رفع الخصومة ، ولكن لا توقف لذلك على إحضار الخصم ، بل له النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية ثم الحكم على الخصم حكماً غائبياً .

فظهر سقوط كلا الوجهين ، فالعمدة هو الإجماع إن تم .

قال في (الجواهر)^(١) : « لكن الإنصاف أنه لا يخفى عليك ما في دعوى الإجماع في أمثال هذه المسائل ، على أن المحكي عن الفاضل في المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى ... » وعليه ، فلا يجب الإحضار ويتعين الحكم الغيابي ، والغائب على حجته .

وبناء على الوجوب ، فلا فرق بين الأشخاص المحترمين وغيرهم :

قال في (كشف اللثام)^(٢) : سواء كان من أهل الصيانات والمروءات أو لا .. قال في المبسوط^(٣) : « لأن علماً عليه السلام حضر مع يهودي عند شرح ... » وهذا يعني أن جميع المسلمين في الحقوق والأحكام على حد سواء ، ولا فضل لأحد منهم على أحد فيها^(٤) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٣٦ .

(٢) كشف اللثام ٢ : ٣٣٤ ط حجري .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٥٤ .

(٤) وقد استشكل في الحكم بوجوب الإحضار مطلقاً جماعة ، فعن المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الإرشاد (مجمع الفائدة ١٢ : ٩١) : في الوجوب بل الجواز تأمل إن لم يكن إجماع ، إذ مجرد الطلب إلى مجلس القاضي والدعوى ضرر وإهانة ، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل ، وكون الظاهر صحة دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر ، على أن تحرير الدعوى لا يضره بوجه . وفي المستند (١٧ : ١٣٨) بعد

ولا فرق في ذلك بين تحرير المدعى دعواه وعدم تحريره لها :

قال المحقق : « سواء حرّر المدعى دعواه أم لم يحررها »^(١).

قال : « أما لو كان غائباً لم يدعه الحاكم حتى يحرّر دعواه ، والفرق لزوم المشقة في الثاني وعدمها في الأول » .

أقول : هذا المقدار من المشقة لا يرفع وجوب الإحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه ، وإلا لانتفت الفائدة من نصب الحاكم والرجوع إليه ، وهي فصل الخصومة ورفع النزاع ... فلا وجه لهذا التفصيل ، لكن تقدّم التأمل في أصل وجوب الإحضار ، فعلى الحاكم أن يحكم في القضية بحسب الموازين ، ثم الغائب على حجته .

قال : « هذا إذا كان في بعض مواضع ولايته وليس له هناك خليفة يحكم » .

أقول : أي وإلا سمع بيّنته إن كانت ، وكتب بالأمر إلى خليفته .

قال : « وإن كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجة وإن كان غائباً » .

أقول : وحيث يكون غائباً يكون على حجته ، فإن حضر وأثبت بطلان

→ كلام له : وبالجمله : لا وجه تاماً لوجوب الإحضار مع جواز الحكم على الغائب ، فالأقرب التخيير ، والأولى البعث إليه وإخباره بأنه يحضر أو يحكم عليه . وفي الكفاية (٢ : ٦٨٠) - بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً إلى المعروف من مذهب الأصحاب - والأحوط أن لا يحكم بإحضار قبل تحرير الدعوى ، لأن في الإحضار في مجلس الحكم نوع إيذاء . وقال السيد في العروة (٣ : ٣٠) : والأقوى عدم وجوب إحضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره ، بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه إذا أسقط حق حضوره . وقال السيد الخونساري : فإن تم الإجماع فلا كلام وإلا فيشكل ، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه إلزامه ؟

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

دعوى المدعي سقطت الدعوى، كما سيجئ في محله إن شاء الله تعالى .

وحيث يجب على الحاكم إحضار الخصم، فعلى من تكون مؤنة الإحضار؟ هل على الحاكم أو على المدعي أو على المدعى عليه؟ في المرة الأولى المؤنة على المدعي، لأنه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعليه المؤنة، لأن عمل الرسول محترم ولم يقصد المجان، إلا أن يقال: لما وجب الحكم على الحاكم فقد وجب عليه دفع مؤنة إحضار المدعى عليه، لأنه مقدمة للواجب، فيكون نظير شراء الماء للوضوء، ولكن الصحيح أن الواجب على الحاكم هو أصل الحكم.

ثم، إذا أرسل إليه وأبلغه الرسول إحضار الحاكم إيّاه، فإن أجاب فهو، وإلا فيرسل إليه أحد عماله للمرة الثانية، فإن لم يجب أجبر على الحضور، فعلى من تكون المؤنة فيما عدا المرة الأولى؟ قال الشهيد الثاني^(١): فيه وجهان، من أن الملتمس هو المدعي فتكون المؤنة عليه، ومن أن الموجب لهذه المؤنة هو الخصم لاستنكافه عن الحضور فعليه المؤنة.

أقول: مقتضى القاعدة الأولية توجه المؤنة إلى الملتمس، وأمّا توجيهها إلى الخصم الممتنع، فيتوقف على كونه السبب الأقوى في لزوم المؤنة والضرر، والظاهر أن المدعي هنا هو السبب للضرر اختياراً، وليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى في السببية للضرر.

وفي (الجواهر)^(٢): لا يمكن مطالبة المدعي بالضرر، لأنه لاجعالة ولا إجارة، وأمّا الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل في المرة الأولى كذلك، لا يجب على

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٣٨.

المدعي دفع المؤنة .

وفيه : أنا قد ذكرنا سابقا : أن عمل المسلم محترم ، والمفروض عدم إتيانه بالعمل بقصد التجان ، فحيث كان الملتمس هو المدعي فعليه دفع المؤنة .

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنة كلّها من المحكوم عليه ، فاستحسان عقلي لا دليل عليه .

قال المحقق : « ولو ادّعى على امرأة ، فإن كانت برزة^(١) فهي كالرجل ، وإن كانت مخدّرة ، بعث إليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها » .

أقول : وجه هذا كلّ واضح لا يخفى .



مركز تحقيقات وپژوهش علوم اسلامی

(١) المراد من المرأة البرزة هي غير المخدرة كما هو مقتضى التقابل بينها ، لكن المرجع فيه العرف والعادة كما نص عليه جماعة .

كيفية مجلس الحكم



مركز تحقيقات كميونيزم وعلوم إسلامي

وفيها مقاصد :

- الأول : في وظائف الحاكم .
- الثاني : في مسائل متعلقة بالدعوى .
- الثالث : في جواب المدعى عليه .
- الرابع : في كيفية الإستحلاف .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المقصد الأول في وظائف الحاكم

الأول

(التسوية بين الخصمين)

قال المحقق : « التسوية بين الخصمين في السلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات والعدل في الحكم »^(١).

أقول : جعله التسوية بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب^(٢)، وبه صرح في (الجواهر)^(٣).

قال : « ولا تجب التسوية في الميل بالقلب ، لتعذره غالباً » .

أقول : وأما ما ورد عن الإمام الباقر عليه السلام من أنه « كان في بني إسرائيل قاض ، وكان يقضي بالحق فيهم ، فلما حضره الموت قال لامرأته : إذا أنا

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٣٩ .

(٣) بل لقد نسب في المستند إلى صريح المحقق ، ويتضح ذلك من قوله بعدئذ : ولا تجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً .

مت فاعسليني وكفنتني وضعيني على سريرى وغطى وجهي ، فإنك لا ترين
سوءاً ، فلما مات فعلت ذلك ، ثم مكث بذلك حيناً ، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر
إليه ، فإذا هي [هو] بدودة تقرض منخره ، ففرغت من ذلك .

فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها : أفرعك ما رأيت ؟

قالت : أجل ، فقال لها : أما لئن كنت فرغت ، ما كان الذي رأيت إلا في أخيك
فلان ، أتاني ومعه خصم له ، فلما جلسا إليّ قلت : اللهم اجعل الحق له ووجه
القضاء على صاحبه ، فلما اختصما إليّ كان الحق له ورأيت ذلك بيتاً في القضاء ،
فوجهت القضاء له على صاحبه ، فأصابني ما رأيت لموضع هواي كان مع موافقة
الحق»^(١) .

فقد حمّله صاحب (الجواهر)^(٢) على ضرب من الحث على المراتب
العالية^(٣) .

قال : « هذا كله مع التساوي في الإسلام أو الكفر ... » .

أقول : أي إنما تجب التسوية - على القول بها - مع التساوي بين الخصمين في
الإسلام أو الكفر ، أي كونها مسلمين أو كافرين ، وأما إذا كان أحدهما مسلماً ،

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٥ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٩ . وهي بإسناد الشيخ الكليني قدس سرّه
صحيحة أو حسنة بإبراهيم بن هاشم القمي .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٤٢ .

(٣) وفي المستند (١١٥ : ١٧) : إن المؤاخذة كانت على ما قاله بقوله : اللهم .. حيث أظهر باللسان ما كان في
قلبه وإن لم يظهره على الخصمين . فتأمل . وقد استدل به في مفتاح الكرامة على استحبابها في صورة
الإمكان ، قال : نعم ، إن أمكن ولو بجهد استحسب كما أشار إليه في الدروس ، لما رواه ثقة الإسلام والشيخ
الطوسي في الأمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان في بني إسرائيل قاض ... الكافي ٥ : ٥٥٦ / ١٠ ،
التهذيب ٦ : ٢٢٢ / ٢ .

جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً أو أعلى منزلاً، قال في (الجواهر) «بلا خلاف، بل في الرياض أنه كذلك قولاً واحداً»^(١).

قلت: أما العدل في الحكم، فلا خلاف بين المسلمين في وجوبه، حتى لو كان أحد الخصمين مسلماً والآخر كافراً، وهو صريح الكتاب^(٢) والأخبار المستفيضة إن لم تكن متواترة^(٣)... هذا إذا لم يكن في الحكم ضرر، وأما إذا كان فيه ضرر، فإن كان الضرر المترتب متوجّهاً إلى حياة الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضية وقعت حياته في خطر، ترك الحكم بالعدل، ولكن ليس له الحكم بالباطل، وإن استلزم الحكم ضرراً على المدعى عليه زائداً على أصل ما يقتضيه، لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، وإن استلزم ضرراً على المدعى، فإن كان باختيار نفسه فالأمر واضح، وإن كان الضرر يتوجّه إليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم

مركز تحقيق كتب علوم ديني

(١) ولما ذكره الأصحاب في كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس بجانب شريح في حكومة له مع يهودي في درع وقال: «لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا تساووه في المجلس».

قال في المستند (١٧: ١١٦): وضعفه منجبر، وهل يختص ذلك بالمجلس أو يتعدى إلى غيره أيضاً؟ الظاهر: التعدي كما اختاره في الروضة، وإليه ذهب والدي في المعتمد، واستقواه بعض المعاصرين، للأصل، واختصاص النصوص بحكم التبادر، واختصاص المورد بالمسلمين وخلو ما ظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه.

(٢) كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (سورة النساء ٥٨: ٤) وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ (سورة المائدة ٢: ٥) وقوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ﴾ (سورة ص ٣٨: ٢٦).

(٣) تجدها في الأبواب المختلفة من كتاب القضاء من وسائل الشيعة، ويدل عليه الروايات التي يستدل بها على وجوب التسوية بين الخصمين في أنواع الإكرام، وسيأتي ذكر بعضها.

عليه ، فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك .

وإن تعارض ضرران على أثر حكم ، كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلاً ، فقل : مقتضى قاعدة نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد ، وفيه : إن مقتضى القاعدة أن لا يحكم الحاكم في القضية أصلاً .

وأما التسوية بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الامور الاخرى ، كالسلام والجلوس والنظر والكلام والإنصات ونحو ذلك ، ففي وجوبها خلاف ، ففي (المسالك)^(١) نسبة الوجوب إلى الأكثر ، بل ادعى عليه الشهرة ، وقد يستدل له بقوله تعالى : ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٢) ونحوه ، بناءً على أن التسوية بينهما في هذه الامور أيضاً من مقدمات الحكم ، فيكون معنى الآية وجوب العدالة في الحكم ومقدماته .

بل قيل بوجوب التسوية بينهما في رد السلام ، فإن سلم أحدهما قبل الآخر صبر حتى يسلم الآخر ، فإردّ عليهما معاً مرة واحدة بقوله : «عليكما السلام» إلا إذا طالت المدة عرفاً ، فإردّ السلام على الأول حينئذ .

أقول : لكن استفادة وجوب التسوية بينهما في هذه الامور من الآية الكريمة مشككة .

واستدل أيضاً بروايات على وجوب التسوية كذلك :

١ - محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن الحسن بن محبوب ، عن عمرو بن أبي المقدام ، عن أبيه ، عن سلمة بن كهيل قال : سمعت علياً

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٢٨ .

(٢) سورة ص : ٢٦ .

عليه السلام يقول لشریح . «... ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك ، حتى لا يطمع قريبك في حيفك ، ولا يياس عدوك من عدلك ...»^(١) .
وهذه الرواية يبتني اعتبار سندها على القول بتصحيح ما يصحّ عن أحد الرواة الذين عرفوا بـ «أصحاب الإجماع» ، فلا تقدر جهالة الراوي الذي هو بعده ، وهنا في سند هذه الرواية من أصحاب الإجماع : «الحسن بن محبوب»^(٢) ولولاه فهي غير معتبرة ، لوجود «سلمة بن كهيل» فيه .

وأما من حيث الدلالة ، فقد قال المحقق العراقي قدّس سرّه : يستفاد من تعليله عليه السلام التساوي بهذا المعنى عدم وجوبه ، وكون الأمر إرشادياً ، فلو حكم بالعدل واقعاً وعلم الخصمان بذلك واطمأنّا بذلك ، لم يلزم مراعاة هذه الامور ، وكان في سعة بالنسبة إليها^(٣) .

أقول : وما ذكره قدّس سرّه يتم بناءً على كون «حتى» تعليلية ، وأما بناءً على كونها غائية ، وأن الإمام عليه السلام قد ألزمه بالتسوية حتى لا يطمع... فلا ، والظاهر هو الثاني ، ولو سلّمنا كلامه ، فإن العلة لا ترفع الحكم ، فلو قال : لا

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١١/١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

(٢) أي بناء على عدّ الكشي إياه منهم ، وهذا نص كلامه : «تسمية الفقهاء من أصحاب أبي إبراهيم وأبي الحسن الرضا عليهما السلام : أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء وتصديقهم وأقرّوا لهم بالفقه والعلم ، وهم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذكرناهم في أصحاب أبي عبد الله عليه السلام ، منهم : يونس بن عبد الرحمن ، وصفوان بن يحيى بياح السابري ، ومحمد بن أبي عمير ، وعبد الله بن المغيرة ، والحسن بن محبوب ، وأحمد بن محمد بن أبي نصر . وقال بعضهم مكان «الحسن بن محبوب» : الحسن بن علي بن فضال ، وفضالة ابن أيوب ، وقال بعضهم مكان فضالة بن أيوب : عثمان بن عيسى . وأفقه هؤلاء يونس بن عبد الرحمن وصفوان بن يحيى » رجال الكشي : ٤٦٦ .

(٣) كتاب القضاء .

تشرب الخمر لأنه مسكر ، لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الإسكار، بل يحرم شربه حتى قليله الذي لا يسكر وحتى إذا مزج بالماء، كما روي فعله من بعض خلفاء الجور .

٢ - عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر ابن الخطاب : « ثلاث إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن ، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن . قال : وما هن يا أبا الحسن ؟ قال : إقامة الحدود على القريب والبعيد ، والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط ، والقسم بالعدل بين الأحمر والأسود .

قال عمر : لعمرى ، لقد أوجزت وأبلغت »^(١) .

قال بعض أعلام العصر : إن قوله عليه السلام : « إن حفظتهن وعملت بهن كفتك ما سواهن ، وإن تركتهن لم ينفعك شيء سواهن » يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر^(٢) .

وفيه : إن كانت الأخبار الدالة على وجوب تلك الأمور معتبرة سنداً ودلالة ، لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الرواية ، والمراد من هذه الرواية التأكيد على أهمية الأمور الثلاثة ، على أن من الواضح وجود أمور لا ريب في

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٢ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ . وهو للكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيد الله بن علي الحلبي عن الصادق عليه السلام . وفيه « إسماعيل بن مرار » وهو مختلف فيه ، فقد ذكر في تنقيح المقال (١ : ١٤٤) عدل الشيخ إياه في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه ، ولم ينقل عن النجاشي فيه شيئاً ، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهاني قدس سره توثيقه ووافقه عليه ، أما السيد الخوئي (٤ : ٩٦) دام ظله ، فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه . فراجع .

(٢) جامع المدارك : ٢١ / ٦ .

حرمة فعلها أو تركها على القاضي لم يذكرها الإمام عليه السلام في هذه الرواية ، فتكون نظير قوله تعالى : ﴿ إِن تَجْتَنِبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾ ^(١) فإنه لا يقتضي خروج الصغائر عن كونها معاصي منهيّاً عنها .

٣ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : « من ابتلي بالقضاء فليواس بينهم في الإشارة وفي النظر وفي المجلس » ^(٢) .
والأمر ظاهر في الوجوب .

٤ - السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : « إن رجلاً نزل بأمر المؤمنين عليه السلام ، فكث عنده أياماً ، ثم تقدم إليه في خصومة لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له : أخصم أنت ؟ قال : نعم . قال : تحوّل عنا ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم نهى أن يضاف الخصم إلاّ ومعه خصمه » ^(٣) .
فإن المستفاد منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحب والإختصاص والّلطف لأحد الخصمين دون الآخر .

٥ - عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا تقدّمت مع

(١) سورة النساء ٤ : ٣١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٤ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٣ . وهو للكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي - وهو الحسين بن يزيد - عن السكوني - وهو إسماعيل بن أبي زياد - عن أبي عبد الله عليه السلام . ولقد كثرت البحوث عن وثاقة النوفلي والسكوني بين الأعلام ، إذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيقهما . نعم ، عن الشيخ في كتاب العدة دعوى إجماع الطائفة على العمل بروايات السكوني (العدة في أصول الفقه ١ : ٤٩) . نعم ، هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات بناءً على أنه قد التزم فيه بالرواية عن الثقات ، فلاحظ . وتأمل .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٤ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٣ . بالاسناد المتقدم .

خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه . يعني عن يمين الخصم»^(١) أي كن إلى جنبه من طرف يمينه .

هذا ، وقد اختار في (الجواهر)^(٢) تبعاً لجماعة استحباب التسوية ، فقال بعد أن أورد بعض هذه الأخبار ، وذكر كلام صاحب (الرياض) في اعتبار أسانيدنا وحجية بعضها : إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، من دعوى اعتبار أسانيدنا وحجية بعضها ، لأنه مبني على أنه إن كان في السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدر جهالة الراوي بل وفسقه ، والتحقيق خلافه ... وحينئذ ، فقطع الأصول المعظمة بمثل هذه النصوص المنساق منها إرادة ضرب من النذب والكراهة - كما سمعت الفتوى بها في إضافة أحد الخصمين - مشكل ، خصوصاً مع ظهور خبر سلمة في إرادة بيان الآداب في أحوال القاضي لا لخصوص المتخاصمين الذي هو محلّ البحث ، وصعوبة المساواة الحقيقية ...

أقول : المراد من التسوية هي التسوية العرفية لا الحقيقية ، وحيث أن القول بالوجوب قد حكى عليه الشهرة المطلقة بين الأصحاب ، وهي الجابرة لضعف بعض هذه النصوص مع تصحيح بعضها الآخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع في سنده ، فالأظهر هو الوجوب ، ومع التنزل فلا يترك الإحتياط .

وبما ذكرنا يندفع ما قاله بعض أعلام العصر من أن إيجاب التسوية يورث الوحشة في المحاكم ويوقعه في المخرج^(٣) .

هذا ، والظاهر أن ذكر تلك الأمور في هذه الروايات هو من باب التمثيل ، فلا

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٨ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٥ ، وهو خبر صحيح .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٤١ .

(٣) جامع المدارك ٦ / ٢٠ .

مانع من التعديّ منها إلى غيرها ، بل إن الاستفادة من قوله عليه السلام « حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك من عدلك » هو لزوم ترك كلّ أمر يورث طمع القريب في حيفه ويأس البعيد من عدله .



مركز تحقیقات کتب و تفسیر علوم اسلامی

الوظيفة الثانية (ترك تلقين أحد الخصمين)

قال المحقق : « لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج »^(١).

أقول : ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ، فمثلاً : قد يطرح المدعي دعواه بحيث يحتاج إلى إقامة البينة عليها ، فيلقنه طرحها على النحو الذي لا يحتاج إليها ، أو أن يقول المنكر للمدعي « أعطيتك طلبك » فيكون مدعياً يحتاج إلى البينة على إعطائه الطلب ، فيلقنه الحاكم أن يقول « لا تطلبني » فيكون منكراً لا يحتاج إلى إقامة البينة ، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله : « لأن ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدّها ».

أقول : ولكن هذا لا يكون دليلاً لعدم جواز التلقين في جميع الموارد ، بل التلقين قد يؤدي إلى سرعة حل النزاع وسد باب الخصامة في بعض الموارد ، فالدليل أخص من المدعي . هذا أولاً . وثانياً : فتح باب الخصامة فيما إذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضية ، غير محرم ، فالصحيح عدم الحرمة^(٢) إلا إذا استلزم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٠ .

(٢) إذا الإجماع المدعى لم يعلم تحققه ، والنص مفقود ، والتعليل المذكور ضعيف ، بل لقد استضعفه بعض القائلين بالحرمة كالمحقق النراقي حيث قال : وأما ما ذكره دليلاً على عدم الجواز مطلقاً من إيجابه فتح

التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، ولم أجد في النصوص ما يقتضي حرمة التلقين بخصوصه .

هذا، ولا مانع من الإستفسار، بأن يسأله عن الخصوصيات لغرض العثور على الحق ووضوح الحكم، إلا إذا استلزم ضرراً أو خالف التسوية كذلك .



→ باب المنازعة، فضعيف، لمنع عدم جواز فتحها كلية أولاً وعدم إيجابه له على الإطراد ثانياً. ومن هنا قال صاحب الكفاية: لا أعرف على أصل الحكم حجة فلتأمل فيه مجال، وعن المحقق الأردبيلي أنه مال إلى الجواز إن لم يرد بذلك تعليم ما ليس بحق.

هذا، إلا إذا استلزم التلقين ضرراً أو كان منافياً للتسوية بناء على وجوبها، وإلى هذا الذي ذكره السيد الاستاذ دام بقاءه أرجع صاحب مفتاح الكرامة كلمات القائلين بالحرمة استناداً إلى التعليل المذكور حيث قال: والمراد من العبارات على اختلافها أن الواجب على القاضي أن يجهد نفسه في سد باب المنازعة ولا يتعرض لشيء يفتحه، لأنه منصوب لقطع المنازعات، وقد استأناه على الحكم من غير حيف وميل، فإذا لُقّن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر فقد خانته ولم يكن ساوياً بينهما، وإن لُقّن الآخر كذلك ليساوي بينهما فقد ألجأهما إلى دوام المنازعة. وهذا مراد الأصحاب، فالحجة عليه واضحة فبطل ما في الكفاية.

الوظيفة الثالثة (أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق قدس سره : « إذا سكت الخصمان استحباب أن يقول لهما : تكلما ، أو ليتكلم المدعي ، ولو أحس منها باحتشامه أمر من يقول ذلك »^(١) .
أقول : لم أجد نصاً يقتضي استحبابه ، والظاهر أنه أمر أخلاقي مستحسن عقلاً^(٢) .

قال : « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر » .
أقول : لأنه ينافي التسوية ، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهة أحدهما بالخطاب دون الآخر ، غير جائز لا مكروهاً^(٣) ، اللهم إلا إذا كان ذلك بحيث لا ينافي التسوية ، مثل ما إذا كان أحدهما حاضراً قبل الآخر وهو لا يعلم بكونها خصمين .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٠ .

(٢) لعدم النص أولاً ، ولوقوع الخلاف في الحكم المذكور ثانياً ، قال في المستند (١٧ : ١١٨ - ١١٩) : « وظاهر الحلي عدم الاستحباب حيث قال : ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين ، والمستحب له تركها حتى يبدء بالكلام ، فإن صمتا فله أن يقول لهما حينئذ : إن كنتما حضرتما بشيء فاذكراه » .

(٣) كما قال في المسالك (١٣ : ٤٣٠) : « وقد تقدم أن التسوية فيه واجبة ، وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً ، فأما أنه استثناء من السابق أورد جوع عن الحكم ، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط : التحريم ، لأنها عبراً بصيغة النهي كالسابق ، وهو حسن ، لا شتراكها في المقتضي له ، وفي الدروس : لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب ، وذكر كراهة تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً » .

الوظيفة الرابعة (ترغيب الخصمين في الصلح)

قال المحقق : « إذا ترفع الخصمان وكان الحكم واضحاً، لزمه القضاء ، ويستحب ترغيبهما في الصلح ... »^(١).

أقول : في صورة وضوح الحكم يلزمه القضاء ولا سيما مع المطالبة به .
والترغيب في الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا - بترغيب من القاضي - بعدم صدور الحكم وبفصل الخصومة بالمصالحة^(٢) ، لكن المحقق قدس سرّه يقول في الوظيفة السابعة - كما سيأتي - : « ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال » ، إلا أن يجمع بين كلاميه : بأن ترغيبهما في الصلح هو قبل الحكم وفي صورة جهلهما به ، وأما بعد ما حكم وعلم به ، فيكره أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال .
بل يجب على القاضي ذلك في موارد ، ومن الموارد التي على القاضي الترغيب في المصالحة فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس وهو يعلم بعدم عدالة

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨١ .

(٢) لقوله تعالى : ﴿ وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ ﴾ (سورة النساء ٤ : ١٢٨) وقوله : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾ (سورة الحجرات ٤٩ : ١٠) وغيرهما ، وفي صحيحة هشام بن سالم : « لأن أصلح بين اثنين أحب إلي من أن أتصدق بدينارين » وسائل الشيعة ١٨ : ٤٣٩ / ١ . أبواب الصلح ، الباب ١ .
وعن جماعة : انه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به .
وقيل : إن المستحب للقاضي الترغيب في أصل الصلح ، وأما التوسط فيما يسطلحان به فيحوّله إلى ثالث .

نفسه ، فإنه لا يجوز له الحكم في هذه الحال ، بل عليه ترغيب المستخاصمين في المصالحة أو حلّ النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق ، ثم إرجاع النظر في القضية والحكم فيها إلى المحاكم الجامع للشرائط إن لم يتوافقا على الصّـلح .

هذا ، وأما مع عدم وضوح الحكم ، فلا يجوز التعجيل في الحكم ، بل يستحب إحضار العلماء والفضلاء في مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقلّ الاشتباه والخطأ مها أمكن .



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

الوظيفة الخامسة

(رعاية العدالة في ورود الخصوم عليه)

قال المحقق قدس سرّه : « إذا ورد الخصوم مترتبين ، بدأ بالأوّل فالأوّل ، فإن وردوا جميعاً ، قيل : يقرع بينهم ، وقيل : يكتب أسماء المدّعين ولا يحتاج إلى ذكر الخصوم ، وقيل : يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة معه . وليس معتمداً ، ويجعلها تحت ساتر ويخرج رقعة رقعة ثم يستدعي صاحبها ، وقيل : إنما يكتب أسماءهم مع تعسر القرعة بالكثرة »^(١) .

أقول : إذن ، في المسألة أقوال متعددة ، لكن المشهور - كما عن (المسالك) - هو القول الأخير^(٢) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨١ .

(٢) وفي النافع لم يذكر إلا قولاً واحداً حيث قال : « وإن اجتمع خصوم كتب أسماء المدّعين واستدعي من يخرج اسمه » المختصر النافع : ٢٨١ .

الوظيفة السادسة

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين إقامة المدعي دعواه)

قال المحقق: «إذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهي الحكومة ثم يستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفة القاضي الإستماع إليها، فلو تكلم الآخر في خلال دعواه لم يسمع كلامه، ثم عندما تنتهي دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك، وذلك، لأحقية السابق في الحقوق المشتركة مطلقاً، أي سواء في القضاء أو الفتوى أو الدرس، فإن الأسبق أحق، وكذا الأمر في الأموال المشتركة، فمن سبق إلى مكان مشترك فهو أحق به.

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن -بالإضافة إلى المخالفة للوظيفة الشرعية-؟ فيه تردد.

ولو أسقط السابق حقه سقط.

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومة، فلقد كان من سيرة النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه إذا كلمه أحد لا يستمع إلى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الأول، إلا بإذنه.

الوظيفة السابعة

(استماع دعوى الذي على يمين صاحبه)

قال المحقق : «إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى ، ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذي على يمين صاحبه»^(١).

أقول : لا ريب في أولوية من بدر من الخصمين بالدعوى بإيراد دعواه ، ولو ابتدرا معاً فقد ذكروا : أنه يسمع الحاكم من الذي على يمين صاحبه - مع أنهم قالوا في مسألة ورودها معاً عليه بالقرعة - وقد استندوا في ذلك إلى صحيحة محمد بن

مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : *مركز تقيت كميتر علوم رسولى*

«قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين في

المجلس بالكلام»^(٢).

ويؤيده صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة سابقاً : «إذا تقدّمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه - يعني : عن يمين الخصم»^(٣) بناء على عود الضمير إلى الخصم ...

وعن الشيخ في (المبسوط)^(٤) نسبته إلى رواية أصحابنا ، ثم ذكر الأقوال في

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٨ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٥ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٨ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٥ .

(٤) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٥٤ .

المسألة ثم قال : «وبعد ما روينا القرعة أولى» ، وعن (الخلاف) قوّة القول بالقرعة ، قال : «لأنه مذهبنا في كل أمر مجهول»^(١).

قلت : القول بتقديم الحاكم من شاء منهم - بعد الرواية - هو الأولى ، لأنه بناء على كون الإستماع وظيفة شرعية ، فحيث لا يمكنه الإستماع إليهما معاً للتزاحم ، كان الحكم هو التخيير عقلاً ، ومعه لا جهالة حتى يرجع إلى القرعة ... لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود في المقام .

قال : «ولو اتفق مسافر وحاضر فهما سواء ما لم يستنصر أحدهما ، فيقدّم دفعاً للضرر»^(٢).

أقول : لكن هذا في صورة حلّ النزاع بذلك ، وأما لو توقّف على الإستماع منها ، فلا أثر لتقديم المسافر ، سواء كانا متداعيين أو لا ، والعجب من الشراح كيف لم يلتفتوا إلى هذه النكتة . نعم ، هذا الفرع يفيد في صورة تعدّد الدعوى ، فإنه إذا استنصر أحد طرفي إحداها قدّمت تلك الدعوى دفعاً للضرر .

قال المحقق : «ويكره للحاكم أن يشفع في إسقاط حق أو إبطال» .

أقول : قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العبارة وعبارته السابقة في الوظيفة الرابعة .

(١) كتاب الخلاف ٦ : ٢٣٤ / المسألة : ٣٢ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨١ .

المقصد الثاني في مسائل متعلّقة بالدّعوى

المسألة الأولى (هل تسمع الدعوى المجهولة ؟)

قال المحقق قدّس سرّه^(١) : « قال الشيخ : لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهولة ،
مثل أن يدّعي فرساً أو ثوباً ، ويقبل الإقرار المجهول ويلزم تفسيره ، وفي الأوّل
إشكال »^(٢) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٢ .

(٢) ذكر وأنه لا خلاف في صحة الوصية بالمجهول والإقرار بالمجهول ، فيقبل دعوى الوصية به والإقرار به ،
بل في الرياض عن التنقيح الإجماع على ذلك (الرياض ١٥ : ١٦٣) ، ثم وقع الخلاف بينهم في الدعوى
وأنه هل يشترط في سماعها كون المدعى به معلوماً معيناً أم تسمع الدعوى المجهولة كما هو الحال في الوصية
والإقرار ، على قولين : فالأول عدم الجواز ، وقد حكى هذا القول عن الشيخ وابن إدريس وجماعة من
القدماء والمتأخرين . والثاني : الجواز ، وبه صرح المحقق في النافع بقوله : وفي سماع الدعوى المجهولة تردّد
والأشبه الجواز ، والعلامة في القواعد حيث قال : والأقرب سماع الدعوى المجهولة ، والشهيد الثاني في
المسالك والروضة ، بل نسبته في المستند إلى أكثر متأخري المتأخرين بل الأكثر مطلقاً (حكاه عنهم في
الرياض ١٥ : ١٦٢ - ١٦٣) .

أقول : وجه الإشكال عدم الفرق بين الدعوى والإقرار في ذلك .
وقد استدلل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى إذا كانت مجهولة .
وأورد عليه بأن الإقرار كذلك ، فإن ألزم بالتفسير ، فليلزم المدعي بتفسير
دعواه المجهولة .

وذكر بعضهم في وجه الفرق : إن أثر الإقرار ثبوت حق للمقر له - ولو
إجمالاً - عند المحاكم ، فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق ، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه
إلزامه بالتفسير ، فإذا لم يسمعه لم يفسر ، بخلاف المدعي للدعوى المجهولة ، فإنه إذا لم
يرتب المحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطر بنفسه إلى التفسير ، لأنه يدعي حقاً
لنفسه عند المدعي عليه .

وأشكل عليه : بأن مجرد هذا لا يكفي لدفع الإيراد بأن وظيفة المحاكم هو
الحكم ، وهذا متوقف على استماعه ، فلا فرق بين الدعوى والإقرار .
ويمكن أن يقال : بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع المحاكم بالحق فيحكم به
ويلزم المقر بالتفسير ، وأما في الدعوى المجهولة ، فإن أصل الحق مشكوك فيه ،
وحينئذ ، فليس على المحاكم إلزامه بالتفسير ، فإن شاء المدعي أن يفسر فهو .
ولكنه أيضاً لا يكون جواباً ، فإن القضاء واجب على المحاكم ، سواء في

→ واستدل للقول الأول : بأنه لا يترتب على هذه الدعوى الأثر وهو حكم المحاكم بها لو
أجاب المدعي عليه بالإيجاب . واستدل على الثاني : بأنه مقتضى عمومات الدعوى والمدعي
والمحكم ، وبأن عدم سماع هذه الدعوى قد يوجب الضرر على المدعي ، وأجابوا عن دليل
الأول : بمنع عدم الفائدة ، وبأنه ينافي قولهم بقبول الإقرار بالمجهول ، وحينئذ يبق تعيين الحق
أمراً آخر ، وأما وجوه الفرق التي ذكروها بين المقامين فلم يتم شيء منها كما ذكر السيد الاستاذ
دام بقاءه .

القضية المقطوع بها والمشكوك فيها .

وقال صاحب (الجواهر) بعد ذكر الوجوه المذكورة والإشكال فيها :
« فالتحقيق أن يقال : لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهولة من كل وجه ،
التي من أفرادها ما لا يقبل الدعوى ... أما المجهولة التي كليها يوجب غرامة بأي
فرد يفرض تشخيصه ، فلا مانع من قبولها ، وفاقاً لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا
النادر ... »^(١) .

أقول : ذكر هذا الشيخ في (المبسوط)^(٢) ، ولعل وجه دعوى انصراف
الإطلاقات الواردة في القضاء عن المورد الذي لا يفسر فيه المدعي دعواه . وهنا
تارة : عندما يطالب بالتفسير ، يترك الدعوى ويرفع اليد عنها فلا كلام ، وأخرى :
يدعي النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعي الحاكم بالسؤال من
المدعى عليه فيقول : « أسأله فإن لم يقرّ فلا دعوى » ، فهنا الظاهر وجوب السؤال
من المدعى عليه ، فدعوى الانصراف في الشق الأول صحيحة دون الثاني .
ثم قال الشيخ : « هذا كله ما لم يكن وصية ، فأما إن كانت وصية سمع الدعوى
فيها » .

أقول : لما تقرّر في كتاب الوصية من أنه يصح الوصية بالمجهول ، وقد بحثوا
هناك عن المقدار في ما إذا أوصى بـ « شيء » أو « شيء كثير » أو « جزء من المال »
ونحو ذلك ، حيث يدل ذلك على صحة الوصية بالمجهول .

قال الشيخ قدس سرّه : « والفصل بينها وبين سائر الحقوق ... إن تمليك

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٥٠ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٥٩ .

المجهول بها يصح ، فصح أن تدعى وصية ، وليس كذلك غيرها ، لأن تملك المجهول به لا يصح .

أقول : لا ريب في جواز تملك المال المجهول كماً وكيفاً ، وهل يجوز تملكه ؟ نعم يجوز تملكه هبة ، كأن يعطيه صندوقاً قائلاً له : وهبتك الصندوق بما فيه ، أو وصية ، فإن ادعى تملك شيء مجهول لا بالوصية والهبة والصلح لم تسمع دعواه ، لعدم جواز تملك المجهول بغير هذه الطرق .

وحيث أن الإقرار بالمجهول مسموع ، فهل دعوى الإقرار كذلك مسموعة أيضاً ؟ قيل : نعم ، لوجود الفائدة ، وفي (الجواهر)^(١) عن الدروس : فيه وجهان ، وذكر لعدم عدم إيجاب هذا الإقرار حقاً ، لأن الإقرار لا يثبت المقر فيه ، وأجاب عنه في (الجواهر) : بأنه لما ثبت إقراره بالدعوى أثبت الإقرار المقر فيه ، ولا فرق في ترتب الفائدة ووجودها بين كونه مع الوسطة أو بدونها ، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٥١ .

المسألة الثانية

(هل يشترط الجزم في الدعوى ؟)

قال الشيخ قدس سره^(١) : « فإن كانت أثماناً ، فلا بدّ من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة وهو : أن يذكر القدر والجنس والنوع ... فإن كان هناك خلاف في صحاح أو مكسرة ، فلا بدّ من أن يقول : صحاحاً أو مكسرة ، لأن التفاوت كثير في كلّ هذا . قالوا : أليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف إلى نقد البلد ؟ هلاً قلت يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف إلى نقد البلد ؟ قلنا : الفصل بينهما أن الدعوى إخبار عما كان واجباً عليه ، وذلك يختلف في وقت وجوبه باختلاف الأزمان والبلدان ، فلهذا لم يسمع منه إلا محرّرة ، وليس كذلك الشراء لأنه إيجاب في الحال ، فلهذا انصرف إلى نقد البلد كقيم المتلفات ، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون في البلد نقود مختلفة ، فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن ، ولا بدّ أن يكون موصوفاً .

هذا إذا كانت أثماناً .

فأما إن كانت من غير الأثمان ، لم يخل من أحد أمرين : إما أن يكون عيناً قائمة أو تالفة ، فإن كانت عيناً قائمة نظرت ، فإن كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب ، ضبطها وطالب بها ، وإن ذكر القيمة كان تأكيداً ، وإن لم يذكرها جاز ، لأن الإعتدال على ضبط الصفات ، وإن كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٥٧ .

كالجواهر ونحوها، ذكر قيمتها، وأما إن كانت تالفة نظرت، فإن كان لها - مثل
كالجبوب والأدهان والأقطان - وصفها وطالب بها، لأنها يضمن بالمثل، وإن لم
يكن لها مثل - كالعبيد والثياب، فلا بد من ذكر القيمة».

قال المحقق: «وفي الكل الإشكال، ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار».

ثم قال قدس سره: «ولابد من إيراد الدعوى بصيغة الجزم ...»^(١).

أقول: فسر صاحب (الجواهر) قدس سره كلام المحقق بقوله^(٢):

«التي يستدل بها على جزم المدعي بما يدّعيه، كما عن الكافي والغنية
والكيدري وظاهر الوسيلة بل في الكفاية نسبته إلى الشهرة» وعلّل قول المحقق:
«فلو قال: أظن أو أتوهم، لم تسمع» بقوله: «لأن من لوازم الدعوى الصحيحة
إمكان ردّ اليمين على المدعي وهو منتف، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعي أو
عدمه، وهو منتف هنا أيضاً» أي: لا فرق بين النكول والردّ، وحيث أن كلاً منها
منتف هنا، يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحة. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال في (الجواهر): «ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً»^(٣) أي: لأن

الدعوى هو الإخبار عن جزم.

قال المحقق قدس سره: «وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمة

ويحلّف المنكر، وهو بعيد عن شبه الدعوى»^(٤).

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلّي.

(١) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٥٣.

(٤) شرائع الإسلام ٤: ٨٢.

وفي (الجواهر) عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع في مثل القتل والسرقة ونحوهما من الامور التي يعسر الإطلاع عليها ولا يمكن الجزم فيها بسرعة ، ولا تسمع في غيرها .

وعن (الإيضاح) ^(١) : إنه قوئٌ عدم اشتراط الجزم .

لكن عن (الرياض) ^(٢) الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب ، بل إنهم بين قولين : اعتبار الجزم ، والإكتفاء بالتهمة في مقامها .

وقال في (المسالك) ^(٣) : نبّه بقوله : إيراد الدعوى بصيغة الجزم ، على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ ، بأن يجعل الصيغة جازمة ، دون أن يقول : أظن أو أتوهم كذا ، سواء انضم إلى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا ، والأمر كذلك ، فإن المدعي لا يشترط جزمه في نفس الأمر ، لأنه إذا كان للمدعي بيّنة يشهد له بحق وهو لا يعلم به ، فله أن يدّعيه به عليه وإن لم يعلم سببه في نفس الأمر ما هو .

أقول : كأن ثاني الشهيدين قدّس سرّه ^(٤) يريد أن قول المحقق : « بصيغة الجزم » وعدم قوله بالجزم القلبي ، هو لأجل وجوب السماع في هاتين الصورتين وإن لم يكن يقين قلبي ، كما تجوز الشهادة بالحق استناداً إلى الإقرار وإن لم يكن يقين قلبي ، وكذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى ويفتي به تارة عن علم ، وأخرى بالاستناد إلى أمانة ، وإن لم يجزم بذلك الحكم .

(١) إيضاح الفوائد ٤ : ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٢) رياض المسائل ١٥ : ١٦٢ - ١٦٣ .

(٣) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٣٧ .

(٤) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٣٨ .

لكن الظاهر من (الجواهر)^(١) استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم في الموردين ويجب سماعها وإن لم يكن عن يقين ، فإنه - إذن - يمكن دعوى الجزم في كل مورد .

أقول : إن كانت استفادة صاحب (الجواهر) من كلام المحقق صحيحة ، ورد عليه إشكاله بأن إظهار الجزم بالصيغة مع عدمه في القلب كذب وتدليس ، ولكن استفادة هذا المعنى منه غير تامة ، بل الحق ما ذكره صاحب (المسالك) ، وهو الظاهر من قول المحقق رحمه الله : « بصيغة الجزم » .

وهل الجزم شرط للسمع ؟ قال به جماعة بل قيل إنه المشهور ، لأن من لوازم الدعوى هو الحلف عند ردّ اليمين ، ولأن الدعوى لا تصدق مع عدمه . وقال في (الجواهر) : والتحقيق إحالة الأمر إلى العرف ، وفي مورد التهمة تصدق الدعوى ، ولو سلّم عدمه يصدق التشاجر والتخاصم ، ومع صدق الدعوى شملتها عمومات وجوب الحكم .

ثم استشهد رحمه الله بالأخبار الواردة في تهمة القصار ونحو ذلك^(٢) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٥٣ - ١٥٤ .

(٢) ذكر المحقق الآشتياني (كتاب القضاء : ٨٨) رأي صاحب الجواهر بقوله : « وقد فصل بعض مشايخنا في المقام بين موارد التهمة وغيرها ، فحكم بوجوب السماع وعدم الإشتراط في الأول ، وبعدم وجوبه والإشتراط في الثاني » ثم ذكر تأييده ما ذهب إليه بالنصوص الواردة في تحليف الأمين مع التهمة ، وهي : (١) خبر 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 » (٢) خبره الآخر عنه عليه السلام : « لا يضمن القصار إلا من جنت يده وإن اتهمته أحلفته » (٣) خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً : « لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين ، فيخوف بالبينه ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً » وهذه الأخبار ونحوها تجدها في الباب « ٢٩ » من أبواب كتاب الإجارة من وسائل الشيعة . ثم إنه أجاب عن الاستدلال بهذه الأخبار بنحو ما سينقله السيد الاستاذ دام بقاءه عن المحقق العراقي .

وأما استدلال صاحب (الرياض) ^(١) عليه بأن الدعوى توجب التسلّط على الغير بالإلزام بالإقرار أو بالإنكار أو بالتغريم ، وهو ضرر عليه منفي ، ففيه : أنه قد يوجب عدم سماعها الضرر على المدعي .

وأما لزوم ردّ اليمين ، فإن ذلك غير لازم في موارد كثيرة .

وعن المحقق العراقي قدّس سرّه ^(٢) الاستدلال بالأخبار الواردة في القصّار والصّبّاع ، لجواز الدعوى المجهولة التي قامت الأمانة على تهمة المدّعى عليه ، فإن تم هذا الحمل بالنسبة إلى تلك الأخبار ، فإن التمسك بالعمومات لا مانع منه ، ولو شك في تخصيصها فالأصل عدمه ^(٣) .



(١) رياض المسائل ١٥ : ١٦٣ .

(٢) كتاب القضاء .

(٣) هذا ، ولا بأس بذكر ملخص عبارة المستند في بيان الأقوال في المسألة ، وهي هذه : « ذهب المحقق وجماعة إلى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغة الجزم ، وهو المحكي عن ابن زهرة والكيدري والتنقيح ، ونسبه في الكفاية إلى المشهور وفي المعتمد إلى الأكثر . وحكي عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين والشهيدين في النكت والمسالك عدم الإشتراط ، وهو ظاهر المحقق الأردبيلي واختاره بعض فضلائنا المعاصرين ، ولكن المنقول عن الأوّل عدم الإشتراط في التهمة ، وعن المحقق الثاني عدم الإشتراط فيما يخفى عادة ويعسر الإطلاع عليه ، كالقتل والسرقة ونحوهما ، والإشتراط في نحو المعاملات ، وهو ظاهر الدروس والروضة ، وقيل : لعلمهم أرادوا بذلك ما ذكره ابن نما في تحذان ، وهو ظاهر بعض مشايخنا المعاصرين ، ونقل في شرح المفاتيح عن الشهيد الثاني وابن نما القول بعدم الإشتراط مطلقاً ثم قال : وقوى المحقق الشيخ علي عدم الإشتراط فيما يخفى عادة ، وظاهره تغاير القولين ، ولعلّ مراد من حكم بالإلتحاد فهم « من التهمة » ما يخفى ، ومن حكم بالتغاير حمل التهمة على مجرد التوهم الذي هو أعم من الظن . وتردّد الفاضل في القواعد والإرشاد والتحرير ، وهو ظاهر الصيمري والمفاتيح وشرحه والكفاية وإن كان كلام الأخير إلى عدم الإشتراط أميل . وقال والذي المحقق : والتحقيق عندي عدم سماع الدعوى إلا مع احتمال إقرار الخصم أو شهادة بيّنة لها أو ادعاء المدعي سماع أحدهما ، والأقوى عدم الإشتراط مطلقاً » مستند الشيعة ١٧ : ١٤٩ .

وفي (المستند)^(١): إذا كانت الدعوى بحيث لا يترتب عليها فائدة فلا تسمع ،
 مثل أن يعلم من قبل أنه لن يقرّ ولا يحلف ولا يردّ اليمين - بناءً على عدم الحكم
 بمجرد النكول - فلا تسمع هذه الدعوى ، بخلاف ما إذا علم بترتب فائدة عليها .



(١) مستند الشيعة ١٧: ١٥١ .

المسألة الثالثة

(في حكم مطالبة المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق قدس سره : « إذا تمت الدعوى ، هل يطالب المدعى عليه بالجواب ، أو يتوقف ذلك على التماس المدعي ؟ فيه تردد ، والوجه أنه يتوقف ، لأنه حق له ، فيقف على المطالبة »^(١).

أقول : إذا حرّر المدعى دعواه والمدعى عليه حاضر ، فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه ، أو لا يطالبه به إلا بعد التماس المدعي ذلك ؟ لا إشكال في جواز مطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه وإن لم يلتمس منه المدعى ذلك ، إلا إذا رفع المدعى اليد عن حقه ، فلا موضوع لمطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه ، فإن لم يسقط حقه ولكن لم يلتمس من الحاكم المطالبة بالجواب فلا يجب كذلك ، فإن التمس وجب على الحاكم ذلك عند الأكثر ، لأن ذلك مقدمة للقضاء الواجب فيجب .

ويمكن الخدشة في ذلك : بأنه ليس القضاء موقوفاً على جواب المدعى عليه في كل مورد ، بل للحاكم أن يطالب بإقامة البينة من المدعي ، فإن أقامها حكم . هذا أولاً . وثانياً : لو فرض توقف الحكم عليه ، وأنه قد يقرّ بالحق ، فلا حاجة إلى البينة ، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء ومقدمته على الحاكم ؟

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٢ .

وفي (المبسوط)^(١) ذكر في المسألة قولين ، ثانيهما : عدم التوقف ، قال : إن نفس طرح الدّعى عند الحاكم مطالبة بالجواب ، وقد نقله صاحب (الجواهر)^(٢) عن (المسالك) وقال : إن هذا لا ينفي التوقف ، واستدل في (الجواهر) لعدم التوقف بأمرين : أحدهما : الأصل ، والثاني : كون ذلك حقاً للحاكم المنصوب لقطع الخصومات .

أقول : هل للحاكم في مقام الدعوى حق على المترافعين بمجول شرعاً ، فيكون ذا حق على المدّعى عليه ليطالبه بالجواب على دعوى المدّعى ؟ إن هذا مشكل ، ولعلّ مراده من الحق هو الولاية والسلطنة على المترافعين لفصل الخصومة ، وهذا صحيح ، لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبة المدعي بذلك ، فإن لم يطالب ، فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولاية ؟ لا وجه للوجوب ، نعم ، له ذلك لغرض فصل الخصومة وجسم النزاع .
وأما الأصل ، فإن مقتضاه عدم حرمة مطالبة المدّعى عليه بالجواب .

أللهم إلا أن يريد من الأصل أن مقتضى الإطلاقات والعمومات وجوب القضاء بعد مطالبة المدّعى عليه بالجواب ، ومع الشك في شرطية التماس المدعي من الحاكم مطالبته به ، فالأصل عدمها ، ويكون مرجع ذلك إلى تخصيص أدلة وجوب القضاء ، والأصل عدمه .

وكيف كان ، فإنه يبقى عليه أنه إن أسقط المدعي حقه فلا خصومة حتى ترفع ، وإلا فإن لم يطالب بالجواب فعلاً فلا وجه لذلك بالنسبة إلى الحاكم وإن قلنا

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٨٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٥٧ .

بإطلاق أدلة القضاء، فيبقى صورة التماس المدعي، وهنا يمكن أن يقال بأن أدلة القضاء لا تشمل هذه الصورة، بأن يحكم بعد قيام البيّنة ولا يطالب المدعى عليه بشيء، فإن قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» ونحوه منصرف عن مثله، لا سيما وأن المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاة كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعي.



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی

المسألة الرابعة

(في حكم الدعوى على القاضي)

قال المحقق : « لو ادّعى أحد الرعيّة على القاضي ، فإن كان هناك إمام رافعه إليه ، وإن لم يكن وكان في غير ولايته ، رافعه إلى قاضي تلك الولاية ، وإن كان في ولايته رافعه إلى خليفته »^(١).

أقول : إن كان النزاع في زمن حضور الإمام ، فإنه يرجع إليه ، وإن كان في زمن الغيبة ، وكان النزاع مع حاكم ، فإنه يحضر عند حاكم آخر في عرضه في ولايته ، فإن لم يكن في الولاية ففي غيرها وإن كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم .

والدليل على سماع هذه الدّعوى إطلاقات أدلة القضاء .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

المسألة الخامسة

(في استحباب جلوس الخصمين بين يدي الحاكم)

قال المحقق قدس سره: « يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي الحاكم ، ولو قاما بين يديه كان جائزاً »^(١).

أقول : قال في مفتاح الكرامة^(٢) : لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي . وقول علي عليه السلام فيما تقدّم : « لولا أنه ذمي لجلست معه بين يديك » وأصل البراءة وأصل الإباحة - مع ضعف السند وعدم وضوح الدلالة على الوجوب - شواهد على الاستحباب . ولعل السرّ أنه أقرب للتسوية ، والخطاب معها أسهل ، وأمرهما أوضح .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

(٢) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ١٠ : ٣٥ .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المقصد الثالث

في جواب المدعى عليه

قال المحقق قدس سره : « في جواب المدعى عليه ، وهو إما إقرار أو إنكار أو سكوت » .

أقول : جواب المدعى عليه للدعوى التي يقيمها المدعى ، له صور ، وقد أضاف بعض الأصحاب إلى ما ذكر المحقق صورة رابعة وهي أن يقول في الجواب : لا أدري^(١) ، وأضاف آخر صورة خامسة وهي : أن يصرف الدعوى عن نفسه

(١) قال الآشتياني والسيد قدس سرهما (كتاب القضاء : ٩٠ ، العروة ٣ : ٤٧) إن في عد «السكوت» جواباً مسامحة ، وفي المسالك (١٣ : ٤٤٢) : وإنما جعل السكوت جواباً ، لأنه إذا أصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعي ، فهو في الحكم كالإنكار ، فكان في معنى الجواب . لكن قال الآشتياني : التوجيهات التي ذكر وهاله من كونه في حكم الإنكار إذا أصر عليه أو غير ذلك لا تخرجه عن المسامحة ، كما لا يخفى .

أقول : يندفع الإشكال بأن يجعل المراد من «الجواب» هو «الموقف» الرأي «وما يقابل به المدعى عليه دعوى المدعى ، فيعم «السكوت» وهو استعمال شائع .

ثم قال الآشتياني : إنما الإشكال فيما ذكره شيخنا الاستاذ دام ظله وفاقاً لجمع من متأخري الأصحاب من أن هناك جواباً آخر للمدعى عليه لم يتعرض له الأصحاب ، بل ظاهرهم الحصر في المذكورات ، وهو قوله «لا أدري» فهل أدخلوه وأدرجوه في المذكورات أو غفلوا عنه ؟ وإدراجه في المذكورات مشكل ، ونسبة الغفلة إليهم أشكل . ثم ذكر + وجوهاً في الجواب عن هذا الإشكال ، فراجعه .

ويوجهها إلى غيره ، كأن يقول في الجواب : لست أنا طرف الدّعى بل هو فلان .

١ - الإقرار وجملة من أحكامه :

قال : «أما الإقرار فيلزم إذا كان جائز التصرف»^(١).

أقول : إذا أقر المدعى عليه ، وكان إقراره مطابقاً لاعتقاده ، كان المؤثر هو الاعتقاد ، لأنه إذا علم بأن الشيء المترافع فيه لزيد ، وجب عليه ردّه إليه عند مطالبته به ، سواء أقرّ بذلك بلسانه أو لم يقرّ ، وحيث كان إقراره جامعاً لشرائط الحجّة المذكورة في محلّها ، فإنه يلزم بما أقرّ به والعمل على طبقته .

ولكن هل هذا الإقرار الحجّة يتوقف ترتيب الأثر عليه على حكم الحاكم ، أو أنه بعد تماميّة حجّيته ، يترتب عليه الأثر من قبل المدعي بلا توقف على الحكم ، ولسائر الناس إلزامه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، كما هو الحال في الإقرار الجامع لشرائط الحجّة الذي يترتب عليه الأثر مع عدم المرافعة والتحاكم إلى الحاكم بلا خلاف ؟ .

لا إشكال في أن فصل الخصومة من آثار الحكم ، فع الحكم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنكره بعدئذ ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه ، فهذا الأثر يختصّ بالحكم ، وأما غير هذا الأثر من الآثار ، فقد قال جماعة بأن الأحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم ، ووجه هذا الإحتياط هو : أنه كما أن فصل الخصومة متوقف على الحكم ، فكذلك غيره من الآثار ، إذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه ، يكون الأمر بيده وتتوقف الآثار كلّها على حكمه وإن قامت الحجّة

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

بعد الإقرار للمدعي على أخذ ما يدعيه ، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط ، وإن كان مقتضى إطلاقات الأدلة هو الأخذ بالحجة وبه قال جماعة .

ويدل على حجية الإقرار بناء العقلاء وسيرتهم على الأخذ به ، سواء حكم الحاكم أو لا ، وقد أمضى الشارع هذه السيرة بقوله : «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١) ، فالإقرار حجة وإن لم يحكم الحاكم ، نعم ، يحتمل أن يكون للحكم موضوعية في مورد النزاع ، فالأحوط أن يكون ترتب الآثار بعده .

ثم هل البيّنة كالإقرار أو أن حجيتها متوقفة على الحكم ؟ قال غير واحد من الأصحاب - بل قيل : إنه المشهور - بالفرق بين الأمرين^(٢) وأن الإقرار حجة وتترتب عليه الآثار - عدا ما يختص منها بالحكم - بخلاف البيّنة فلا يترتب عليها أثر مطلقاً ، فلا يجوز له التصرف في المال ما لم يحكم الحاكم ، فالبيّنة حجة بعد الحكم في مقام المرافعة إلى الحاكم ، وأما مع عدم الترافع إليه وقيامها فهي حجة والأثر مترتب عليها .

وقيل : لا فرق بين الإقرار والبيّنة ، فكما أن الإقرار حجة وللمقر له التصرف في المال وترتيب الأثر وكذا لغيره بإذنه ، فكذلك البيّنة بعد قيامها . نعم ، يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم ، ويكون أثره عدم سماع الدّعى بعد ذلك ، فإن كانت

(١) قال في وسائل الشيعة ٢٣ : ١٨٤ / ٢ ، الباب ٣ : «وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

(٢) وقد وقع البحث والكلام بينهم حول الوجود التي ذكروها للفرق بينها وما يترتب على ذلك من ثمة ، وربما بني الخلاف في المقام على الخلاف في حجية البيّنة ، فعلى القول بعدم حجية البيّنة إلا للحاكم ، توقف ثبوت الحق على حكم بخلاف الإقرار ، وعلى القول بعدم حجيتها لم يتوقف كالإقرار . وإن شئت التفصيل فراجع الكتب الاستدلالية المفصلة .

حجية البيّنة متوقفة في مقام التخاصم على حكم المحاكم ، فكذا الإقرار ، من دون فرق بينهما .

ثم ، هل الإقرار تتقدر حجّيته بمقدار ضرر المقرّ أو أنه كالبيّنة في الطريقية إلى إثبات حق المقرّ له ؟ مثلاً : إذا أقرّ بأن لزيد على ذمّته كذا من الدراهم ، يكون إقراره حجة ، وأما إذا أقرّ بالنسبة إلى عين خارجيّة بأنها لزيد ، فهل يفيد عدم كونها له فقط ، أو يفيد مع ذلك كون العين لزيد أيضاً ، فيكون الإقرار طريقاً إلى مالكيّة زيد لتلك العين كالبيّنة ؟ وجهان .

قد يقال بالأوّل ، لأن ذلك حدّ دليل حجية الإقرار وهو «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، وأما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج إلى دليل آخر ، بخلاف البيّنة ، فإن مفاد دليل حجّيتها - وهو : «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» - كون الشيء لمن أقامها فضلاً عن دلالاته على عدم كونه للمنكر .

أقول : والوجه الثاني غير بعيد ، فإنه لما يقرّ بكون الشيء لزيد ، يلزم بما أقرّ به - خصوصاً بعد حكم المحاكم - وكون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقرّ كذلك ، فلا فرق بين البيّنة والإقرار من هذه الجهة ، وإنما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناءً على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين : (أحدهما) عدم كون المقرّ فيه للمقرّ ، و(الآخر) كونه للمقرّ له ، فيقال بكونه حجة في الأوّل فقط - وهو عدم الملكية - لأنه مقدار الضرر . ولكن لا وجه لهذا المعنى ، بل إن نفس ملكية زيد للشيء المقرّ فيه من مصاديق الضرر ، فيشمّله «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

وكذلك لا فرق بين الإقرار والبيّنة في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذي تنازعا فيه ، لأن حكم المحاكم يفصل الخصومة بين المترافعين ، فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من المحاكم في ذلك النزاع ، أما بالنسبة إلى دعوى ثالث

مالكيّة ما أخذه المقرّر له أو مقيم البينة ، فلا يقتضي الحكم عدم سماعها ، لأنها دعوى جديدة يجب سماعها والنظر فيها بحسب الموازين الشرعيّة .

وأما اليمين ، فليس لها حجّة شرعيّة بالنسبة إلى غير الحاكم ، فليست كالبيّنة والإقرار في ترتب آثار الحجّة ، بل إن الآثار كلّها تترتب عليها بالحكم^(١) .

هل يحكم عليه من دون مسألة المدعي ؟

قال المحقق قدّس سرّه : « وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي ؟ قيل : لا ، لأنه حق له ، فلا يستوفي إلّا بمسألته »^(٢) .

أقول : وهل يحكم الحاكم على المقرّر قبل مطالبة المقرّر له بالحكم ؟

لا إشكال في جواز الحكم مع مسألة المدعي ، بل قد يجب ، كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه ، بل لا يبعد الوجوب وإن لم يتوقف عليه ، لأن الحكم من شأن الحاكم ووظيفته بعد الإقرار والمطالبة .

وأما الحكم من دون مطالبة المدعي ففيه قولان ، فعن (المبسوط)^(٣) : ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعي .

وظاهره الحرمة .

قال : لأنه حق للمدعي فلا يستوفي إلّا بمسألته .

أي : فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه . ولكن هذا التعليل غير تام ، لأن كونه حقاً لا ينافي أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفاً على إذنه أو مطالبته ، ولا

(١) في المسألة أقوال : فقيل : هي كالبيّنة ، وقيل : هي كالإقرار وقيل : هي شيء ثالث ، وعلى الأوّل هي كالبيّنة على الإطلاق حتى بالنسبة إلى الثالث أو لا ؟ تعرض المحقق الآشتياني للمسألة بالتفصيل .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٥٨ .

يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك .

فالصحيح هو الرجوع إلى الأدلة أو الأصول ، وحيث لا دليل في المسألة ، فإن الأصل مع الشك في الحرمة هو عدم الحرمة ، ومع الشك في الوجوب فهو عدم الوجوب ، إلا أن يستفاد الوجوب من إطلاقات أدلة الحكم والقضاء ، فقتضى الأصل هو جواز الحكم من دون مسألة المدعي . هذا من الناحية التكميلية ، وأما وضعاً ، فالأصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم ، لكن ظاهر مقبولة عمر بن حنظلة « فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ... » هو الإطلاق ، فليس الحكم مقيداً بالمطالبة والمسألة من المدعي .

هذا ، مع أن الحكم قد يكون حقاً للمنكر ، كما إذا لم يقيم المدعي البيّنة فيحلف المدّعي عليه ، فإن الحكم حينئذ حق للمدّعي عليه لا للمدّعي ، نعم ، يجوز لمن كان حقاً له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه إن كان قابلاً له . إذن ، يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبة ، إلا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً ، تمسكاً بإطلاقات الآيات والروايات فيقال بأن الحكم وظيفة الحاكم بعد تمامية المقدمات ، سواء سئل بذلك أو لا ، وأما مع المطالبة فالحكم واجب بلا كلام . قال : « وصورة الحكم أن يقول : ألزمتك ... » .

أقول : كل لفظ ظاهر في الحكم صدر بقصد الإنشاء فهو الحكم ، وأما « ثبت عندي » ونحوه ، فليس صورة له ، لعدم ظهوره فيه .

وهل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء ؟ قيل : نعم ، وهو مشكل ، لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف ، وشمول الإطلاقات له غير معلوم . حكم كتابة الإقرار :

قال : « ولو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه

ونسبه ...»^(١).

أقول: وحيث حكم ، فهل يجب عليه كتابة الحكم مطلقاً أو في صورة الإلتماس أو لا يجب ؟ قيل : يجب ، لأن الكتابة من تبعات الحكم ولواحقه ، فيجب كتابة الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى ، ولأنه إن لم يكتب لضاع حق المقر له ، وقيل : لا يجب ، لأن الذي يفصل الخصومة ويقطع النزاع هو الحكم ، وأما الكتابة فهي من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لا من آثار الحكم ولواحقه ، وحيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وإنقاذه ، فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً ، فلا تجب الكتابة .

وقيل : تحرم الكتابة ، لأنها قد تكون إعانة على الإثم ، كما إذا أخذ الشخص الكتابة إلى حاكم جور ، فكانت سبب الظلم لأحد ، أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر ، فتكون إعانة على الإثم الصادر منه .
وفصل بعضهم بأنه إن كان إحقاق حق المقر له متوقفاً على الكتابة وجبت وإلا فلا .

وعلى القول بوجوب الكتابة ، فلا يجوز له أخذ الأجرة عليها ، بناء على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات ، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه ، وحيث لا يجوز له أخذ الأجرة ، فإنه لا يجوز له أخذ شيء في مقابل الدواة والقرطاس أيضاً ، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم في الفرع السابق .
هذا ، ولو قصر في تطبيق القواعد والأحكام أو خالف في شيء منها ، فإنه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ ، وإن كان حكمه حقاً ، لقوله عليه السلام «... ورجل

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار ...»^(١) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، ولعل السرّ في ذلك: أن الحكم له جهة تعبدية، ويعتبر فيه قصد القربة، وأن يكون على طبق الأحكام والقواعد المقررة لذلك من قبل الشارع، فإن لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرّمة لم ينفذ ألبتة، وعليه، فلو حكم بالحق رياء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

ويحتمل أن يكون السرّ في ذلك: اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادراً عن المقدمات الصحيحة والمشروعة، فمع انتفاء الشرط ينتفي المشروط.

ولو شك في كون إصدار الحكم واجباً تعبدياً أو توصلياً، فإن الأصل في الواجبات هو التعبدية... وسيأتي مزيد تحقيق لهذه المسألة إن شاء الله تعالى.

هذا، ولو أجاب الحاكم المدعي بكتابة الإقرار والحكم، لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه، أو يشهد على الاسم والنسب شاهداً عدل، حتى يأمن الحاكم بذلك من التدليس بجعل الحكومة بالإقرار أو الشهادة به لغير من وقع، وقد اتفق حصول هذا التزوير في زماننا من بعض المزوّرة، إذ حضر رجلان عند فقيه ورع - وهو مكفوف البصر - وذكروا عنده أن فلاناً حاضر عندكم يقرّ بأنه قد باع داره لفلان ونحن شهود على ذلك، فكتب الفقيه المذكور بذلك، ثم ظهر أنه كان تزويراً من الرجلين، وقد أدّى الأمر إلى النزاع والخصومة... إذن، يشترط أن يكون الحاكم عارفاً للشخص من حيث اسمه ونسبه، وإلا فيشترط شهادة شاهدين عادلين.

قال المحقق: «ولو شهد عليه بالحلية جاز ولم يفتقر إلى معرفة

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٢/٦. أبواب صفات القاضي، الباب ٤.

النسب ...»^(١).

أقول : وهل يغني ذكر أوصافه وملاحمه الذاتية عن ذكر الاسم والنسب ؟ قال المحقق : نعم ، لكن في (الجواهر) عن (السرائر) الإشكال فيه ، إلا أن عبارة السرائر تدلّ على خلاف ذلك . فليراجع^(٢).

وكيف كان ، فما ذكره المحقق قدّس سرّه هو الأظهر ، لكن يجب ذكر الحلية بحيث يأمن معه من الاشتباه والتزوير .

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين ؟

وكيف كان ، فإن امتثل المحكوم عليه حكم الحاكم فهو ، وإن امتنع من أداء

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٣ .

(٢) وهذا نص عبارة السرائر : « وإذا أقرّ إنسان لغيره بما له عند حاكم ، فسأل المقر له الحاكم أن يثبت إقراره عنده ، قال شيخنا أبو جعفر في نهايته : لم يجز له ذلك إلا أن يكون عارفاً بالمقر بعينه واسمه ونسبه ، أو يأتي المقر له ببينة عادلة على أن الذي أقر هو فلان ابن فلان بعينه واسمه ونسبه ، لأنه لا يأمن أن يكون نفسان قد تواطأ على انتحال اسم إنسان غائب واسم أبيه والانتساب إلى آباءه ليقرّ أحدهما لصاحبه بما ليس له أصل ، فإذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيرة كان مخطئاً مغرراً . وقال في مسائل خلافه : مسألة : إذا حضر خصمان عند القاضي ، فادّعى أحدهما على الآخر ما لا فاقره به بذلك ، فسأل المقر له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً والقاضي لا يعرفها ، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب ، لأنه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلاً وتواطأ على ذلك ، وبه قال ابن جرير الطبري ، وقال جميع الفقهاء : إنه يكتب ويحليها بحلاهما التامة ويضبط ذلك . قال رحمه الله : والذي عندي أنه لا يمتنع ما قاله الفقهاء ، فإن الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب ، فإنه لا يكاد يتفق ذلك . ثم قال رحمه الله : والذي قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبها ، فإن ذلك يمكن استعارته ، قال رحمه الله : وليس في ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع إليه . قال محمد بن إدريس مصنف هذا الكتاب : الذي ذكره وذهب إليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوى في نفسي ، وهذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر في نهايته شيئاً لا يعمل ولا يرجع فيه إلى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع إليه ... » . كتاب السرائر ٢ : ١٦٢ .

الحق أجبره المحاكم أو سائر الناس على الأداء، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وللغريم أن يغلظ له القول ويخاطبه بما يكرهه في حدود الشرع، ولو لم يفد ذلك كله حبسه المحاكم بالتماس الغريم، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر الضعيف المنجبر بعمل الأصحاب - «لي الواجد بالدين محلّ عرضه وعقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز وجل»^(١) لكن العقوبة فيه مطلقة، فالظاهر إناطتها بنظر المحاكم، إلا أن في جواز حبسه لذلك نص خاص، ففي الموثق: عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن علياً عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص»^(٢).

وفي هذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبة للمطالبة السابقة منه، وأن يكون تحذيراً له عن المطالبة فيما يستقبل، وأن يكون لغرض حمله على الاعتراف بما يملكه من الأموال، ويدلّ الخبر المذكور على أنه بعد الحبس يؤمر الغريم أولاً بأداء الحق، بأن يقسم أمواله بين الغرماء بالحصص، فإن أبي فعلى الإمام ذلك بعد بيع ماله، وفي خبر السكوني: «إن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم واجروه، وإن شئتم استعملوه»^(٣).

بل عن الشيخين في المقنعة والتهذيب مرسلان: «قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه: إنه قد حقّ لي أن آخذ البرئ منكم بالسقيم، وكيف لا يحقّ لي وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤/٣٣٣. أبواب الدين، الباب ٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١/٤١٦. أبواب القسمة، الباب ٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣/٤١٨. باب حبس المديون ٧.

حتى يترك»^(١) فهذا يفيد جواز الإيذاء من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، إلا أنه لم يذكر حدّه في الروايات ، فيرجع ذلك إلى نظر الحاكم .
فالحاصل : إنه يلزم أن تكون أحكام القضاة وعقوباتهم مطابقة للأدلة الشرعية والموازن المقررة الإلهية ، فما تداول في هذه الأيام من بعضهم من الحكم بالسجن ودفع كذا من المال في بعض الموارد حكم بل دليل ، وكذا مصادرة الأموال ، فإنه لم يجعل الشارع هذه العقوبة على جرم في الشريعة المقدسة ، ولو علم بوجود أموال مغمصوبة في أموال أحد ، فاللأزم استرداد ذلك المقدار فقط ودفعه إلى صاحبه أو إلى ورثته ، لا أن يجعل في صندوق المستضعفين ، أو يتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى .



حكم ما لو ادعى الإعسار :

قال المحقق قدس سرّه : «ولو ادعى الإعسار ...» .
أقول : أي لو أقرّ بالحق ثم ادعى الإعسار ، فإن استبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢) وللموثق الآتي ذكره وغيره .

قال : «وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان ...»^(٣) .
أقول : قال في (الجواهر)^(٤) : أشهرهما عملاً وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالأصل والكتاب رواية الإنظار ، يعني الموثقة : «إن علياً عليه السلام

(١) تهذيب الأحكام ٦ : ١٨١ / ٢٧٥ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٨٠ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ١٦٥ .

كان يحبس في الدين ، فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(١).

ورواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام : «إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسها وقال : إن مع العسر يسراً»^(٢).

ومراد من الأصل هو أنه مع الشك في وجوب أن يصير أجيراً أو يسلم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدي دينه ، فالأصل عدم الوجوب .
والمراد من الكتاب الآية الشريفة المذكورة آنفاً .

والرواية الاخرى ما رواه السكوني : «إن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر ، فإن كان له مال أعطى الغرماء ، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم : إصنعوا به ما شئتم ، إن شئتم وأجروه وإن شئتم استعملوه»^(٣).

لكن الشيخ قدس سره عمل في (النهاية)^(٤) برواية السكوني ، وعن ابن حمزة التفصيل بين ما إذا كان يتمكن من العمل فيستعمل ، وما إذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسرة .

وقد رجّح صاحب (الجواهر)^(٥) الرواية الأولى على الثانية ، لموافقتها للكتاب ، وقيل : إن رواية السكوني غير مخالفة للكتاب حتى ترجّح الأولى عليها ،

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٨ / ١ . باب حبس المديون ٧ .

(٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٨ / ٢ . باب حبس المديون ٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٨ / ٣ . باب حبس المديون ٧ .

(٤) النهاية في مجرّد الفتوى : ١٦ / ٣٥٢ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ١٦٥ - ١٦٦ .

لأن المتمكن من العمل ليس معسراً ، وبهذا المعنى صرح العلامة في (المختلف)^(١) ، ولذا لا يستحق الزكاة لأنه واجد للمال بالقوة .

أقول : إن كان لفظ « المعسر » ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلاً ، سواء تمكن من تحصيله بسهولة أو لا ، وافقت الرواية الأولى لظاهر الكتاب ، وإن ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوة ، لم توافقه ، والظاهر أن « المعسر » هو الذي ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله ، لأن أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل وإجارة أنفسهم في مختلف الصنائع والحرف والأشغال ... لكن رواية السكوني تخالف الكتاب من جهة أخرى ، وذلك أنها تدلّ على تسليمه إلى الغرماء ، وليس في الكتاب دلالة على ذلك .

ويحتمل أن تكون رواية السكوني موافقة للأصل ، فإنه إذا كان مال المدين أقلّ من حقوق الغرماء أو مساوياً لها ، منعه الحاكم عن التصرف في ماله مع مطالبة الغرماء لحقوقهم ، لأن تصرفه في ماله يوجب الضرر في حقوق أولئك إلا أن يأذنوا بذلك ، فلو كان المدين ذا صنعة وحرفة لها مالية يبذل بأزائها المال ، والغرماء يطالبون بحقوقهم ، كان على الحاكم أن يمنعه من العمل لنفسه وتسليمه إلى الغرماء ليستعملوه حتى يستوفوا حقوقهم عن طريق استعماله وتشغيله - كما يمنعه ويحجّره عن التصرف في أعيان أمواله - لأن المفروض مالية عمله ، فتكون رواية السكوني غير مخالفة للأصل ، إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس كيفما أمكن ، والمنع عن تضييعه والسعي وراء وصوله إليهم .

نعم ، لا يجوز حمل المدين على عمل حرجي ، أو إجباره على تحصيل المال

(١) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ٨ : ٤٧١ - ٤٧٢ .

عن طريق غير متعارف ، كأن تؤمر المرأة بالتزوج لتأخذ المهر وتقضي الديون ، أو يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه ونحو ذلك .

وبما ذكرنا يجمع بين الروايتين ، بأن من كان ذا صنعة وحرفة يستعمل ويحسب عمله عوضاً عن ديونه ، نظير من عمل في بناء المسجد مدة وطلب من الفقيه أن يحسب عمله بدلاً عن مبلغ معين من سهم الإمام عليه السلام في ذمته ، ومن لم يكن كذلك ولا يتمكن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ينظر حتى حصول الميسرة .

هل يحبس حتى يتبين حاله ؟

قال المحقق : « وهل يحبس حتى يتبين حاله ؟ فيه تفصيل ذكر في باب الفليس »^(١) .

أقول : لو أقرّ بالحق وادّعى الإعسار وجهل حاله ، ففي المسألة صور أربع : الصورة الأولى : أن يكون حالته السابقة الإعسار ، والدائن يصدّقه في ذلك ، لكنه يدّعي يساره الآن ، والمدين يدّعي بقاء حالة الإعسار .

الصورة الثانية : أن يقرّ بالدين وباليسار سابقاً ، أو وجود مال الدائن عنده إن كان أصل الدعوى مالاً ، لكن يدّعي الإعسار الآن ، فيقول له الدائن : أنت على يسارك السابق ، أو أن مالي موجود عندك الآن .

الصورة الثالثة : الجهل بحالته السابقة .

الصورة الرابعة : أن يكون سابقاً معسراً تارة وواجداً أخرى .

وتفصيل الكلام في الصورة الأولى : إنه في هذه الصورة يجب على الدائن

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

الذي يدعي يسار المدين إقامة البينة على دعواه ، لأن قول مدعي الإعسار هو الموافق للأصل ، فإن أقام البينة حكم على المدين بدفع المال وأداء الحق ، ولا معنى للإنظار ، وإن أبي حبس ، وإن لم يقم البينة أحلف مدعي الإعسار ، فإن حلف أنظر ، وإن ردّ اليمين على من يدعي اليسار أحلف ، فإن حلف حكم على المدين بأداء الحق ، فإن أدّى فهو وإلا حبس ، وإن امتنع عن اليمين فقليل : إنه مع ردّ اليمين على المدعي ونكوله ، يكون النكول سبباً للحكم بضرره ، لأن النكول عن اليمين المردودة هو بمثابة يمين المدعى عليه ، وقيل : النكول لا يوجب ذلك وتبقى الدعوى مجملة ، والمرجع في صورة إجمال الدعوى - في غير مسألتنا - هو الأصول والقواعد ، أما في هذه الصورة في محلّ الكلام ، فالمرجع هو قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(١) فإنها تدلّ على أن وجوب الإنظار مشروط بكونه معسراً ، أي إن للدائن مطالبة بحقه من المدين إلا في حال كونه ذا عسرة ، فإن أحرز الشرط ترتّب حكم وجوب الإنظار ، ومع الشك فلا يحكم بوجوبه ، فله المطالبة بحقه وأن يطلب من الحاكم حبسه إن امتنع عن أدائه .

ولو أقام مدعي الإعسار البينة على ذلك ، قال بعض الأصحاب بحجية تلك البينة ، بناء على إطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » ، وقيل : لا تقبل منه البينة لأنه منكر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر » ^(٢) وسيأتي تحقيق المسألة في محلّها إن شاء الله تعالى ، وعلى الأوّل ، فهل يحتاج إلى ضمّ اليمين إلى البينة ؟ قيل : لا ، لأن

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٨٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ . في حديث فذك عن تفسير علي بن

البينة حجة تامة ، وقيل : نعم ، لأن البينة على النفي ليست بحجة ، فلا بد من ضم اليمين إليها .

٢ - الإنكار وجملة من أحكامه :

قال المحقق : « وأما الإنكار ، فإذا قال : لا حق له علي ، فإن كان المدعي يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة ، فالحاكم بالخيار ، إن شاء قال للمدعي : ألك بيّنة ؟ وإن شاء سكت ، أما إذا كان المدعي لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينة ، وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه ، فإن لم تكن له بيّنة عرفه الحاكم أن له اليمين ، ولا يحلف المدّعي عليه إلا بعد سؤال المدعي ، لأنه حق له ، فيتوقف استيفاؤه على المطالبة »^(١).

أقول : حاصل ما ذكره قدّس سرّه أنه إن طرح المدّعي دعواه عند الحاكم وقال المدّعي عليه : لا حق له علي ، فالمدّعي إمّا لا يعلم بأن عليه إقامة البيّنة على ما يدّعيه ، فحينئذ يطالبه الحاكم بإقامتها ، وإما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك ، فإن لم يكن عنده بيّنة على دعواه أو لم يقمها ، أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدّعي عليه المنكر لدعواه ، لأن ترتب الأثر على يمين المدّعي عليه مشروط باستحلافه إيّاه ، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر ، وكذا لو استحلفه المدّعي ولم يحلفه الحاكم ، أو أحلفه الحاكم بدون استحلاف المدّعي ، فترتب الأثر على يمين المدّعي عليه يتوقف على كلا الأمرين : استحلاف المدّعي وإحلاف الحاكم إيّاه بعد ذلك بإذن المدّعي .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

وهل المراد من قوله : « ولا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى » وأن الحاكم لا يحلفه إلا بعد إذنه ، هو الأثر التكليفي أو الوضعي ؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعة بدون أحد الأمرين ، لأنها حينئذ لغو ، بل قد يقال بحرمتها ، للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عز وجل : ﴿ وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِإِيمَانِكُمْ ﴾ ^(١) ، هذا بالنسبة إلى المدعى عليه ، وأما الحاكم ، فإن قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا ، حرم على الحاكم إحلافه ، لأنه يأمره بالمعصية حينئذ .
وأما وضعاً ، فلا يترتب على هذه اليمين أثر ، وهذا هو المراد من قول المحقق قدس سره :

« ولو تبرّع هو أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين ، وأعادها الحاكم إن التمس المدعى » ^(٢) .

ولقد استدلوا لعدم تأثيره وضعاً بأن : إحلاف المدعى عليه حق للمدعى ، وما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه ، لتوقف استيفاء حق المدعى على مطالبته .

وفيه تأمل ، لأن مجرد كون ذلك حقاً للمدعى ، لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعية وهو فصل الخصومة بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه ، فإنه بعد التحاكم إليه يجب عليه النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية ، لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين ، فلا يمكن المساعدة على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى ، بالاستناد إلى

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٢٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

بمجرد كون الحلف حقاً للمدّعي ، بل قضية إطلاقات أدلة الحكم والقضاء كتاباً
وسنة هو نفوذ حكمه ووجوب امتثاله وإن كان صادراً بدون إذن المدّعي ، ولا مجال
لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد .

فالحاصل : كونه حقاً للمدّعي ، لا يكون دليلاً على عدم جواز حكم الحاكم
وعدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبة المدّعي باستيفاء حقه في إحلاف المدّعي
عليه .

كما أن هذا الحق لا يجوز له منع المدّعي عليه من الحلف إن أراد أن يحلف ، بل
هو كحق الدائن على المدين ، حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الدين إليه إلا بقصد
إسقاط حقه وإبراء ذمته ، أو بقصد التنازل عن حقه والعدول عن مطالبته فيما نحن
فيه ، وأما بقصد إبقاء النزاع والخصومة فلا .

وقد اعترض في (الجواهر) على استدلالهم بما ذكر ، بأن ذلك يقتضي عدم
تحليفه مع عدم رضاه ، لا عدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال ، وذلك ، لأن الحق
كالمال ، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال ، فكذلك
الحق ، ولا يلزم الإذن الصريح منه بالحق ، وعليه ، فإن مجيئه بالخصم إلى الحاكم
وطرح الدّعى عنده ، يكفي شاهداً على رضاه بإحلاف المدّعي عليه والحكم في
القضية .

ومن هنا قال في (الجواهر)^(١) : فالأولى الاستدلال لذلك - بعد الإجماع -
بظاهر النصوص الآتية في اشتراط الرضا الذي لا بدّ من العلم به ، وشاهد الحال إنما
يفيد الظن ، فتأمل .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٧١ .

أقول : إذن ، لابد من النظر في الأخبار ، وقد وجدنا هذه الأخبار دالة على لزوم الإستحلاف ، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه ، فهذه الأخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزلة الشارح لإطلاقات «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» أو المبيّن لإجمالها ، إذ تضمنت كيفية اليمين وأن المدعى يستحلف المنكر ، فلو فرض عدم دلالة الأخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدعى ، فلا ريب في أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبة المدعي .

وبهذا البيان يتم دلالة هذه الأخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصحاب ، ويكون ما نحن فيه نظير المعاملات ، فإن العلم برضا صاحب المال ببيع ماله لا يكفي لجوازه ، بل لابد من إظهار رضاه الباطن والتصريح به . ولعل السر في ذلك أنه كثيراً ما يندم البائع عن بيع متاعه ، فع التصريح بالإذن والرضا لا يؤثر ندمه ، بخلاف ما إذا أريد الاعتماد على رضاه ، فيمكنه إنكار الرضا أصلاً ، ولا طريق إلى إثبات الرضا الباطني ، وهنا كذلك ، فإنه إذا قال له «إحلف» لم يبق له مجال بعدئذ للإنكار ، بخلاف ما إذا أريد الاستناد إلى الرضا .

فحاصل المستفاد من الأخبار : أن لإستحلاف المنكر موضوعية في قبول حكم الحاكم في تلك القضية .

هذا ، وليس في الروايات أن يقول المدعى للحاكم : أحلفه ، بل فيها أنه يستحلف المنكر ، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر : احلف ، فما الدليل على أن استحلافه إتياء هو أن يقول للحاكم : حلفه ؟ وأن على الحاكم الإستيذان منه في إحلاف المنكر ؟ وحيث لا دلالة في الأخبار على اشتراط الإذن ، فما هو وجه القول بعدم الإعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدعى ؟ ثم إنه إذا أحلفه في حضور الحاكم وحلف ، فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف عليه ؟ وهل المراد من

الإستحلاف استدعاؤه من الحاكم إحلافه ؟

اللهم إلا أن يكون الدليل هو الإجماع ، وأن سيرة المسلمين منذ صدر الإسلام حتى الآن هي على إحلاف الحاكم المنكر بعد مطالبة المدعي ، وإلا فإن المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه ، بل قيل : إنه يعتد بيمينه الواقعة بعد التماس المدعي وإن لم يكن في محضر الحاكم ، وهو مقتضى إطلاق معتبرة ابن أبي يعفور : «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له . قلت له : وإن كانت عليه بيّنة عادلة ؟ قال عليه السلام : نعم ...»^(١) .

لكن الظاهر أنها محمولة على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حلّ النزاع بينهما ، فإن المتخاصمين يتحاكما إلى الحاكم ويفوضان الأمر إليه ، فتجري في مجلسه جميع المقدمات بإذنه وتحت نظره ، ثم يحكم في الواقعة بحسب الموازين المقررة في الشرع ، فلا إطلاق لها إذاً ، ويشهد بما ذكرنا أن في الرواية : «قلت : وإن كانت له عليه بيّنة عادلة ؟» أي : هل اليمين تذهب بحقه وإن كانت له عليه بيّنة ؟ لأنه قد يتفق غياب البيّنة وهما مستعجلان في فصل خصومتها ، فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان ، فإن المراد من البيّنة هنا هي البيّنة التي تقام عند الحاكم كما هو واضح ، وبقرينة المقابلة بين هذه البيّنة واليمين ، يعلم أن المراد من اليمين في الخبر هي يمين المنكر عند الحاكم .

ثم إن الإجماع المدعى على لزوم إذن المدعي في يمين المنكر ، مستند إلى فهم الأصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات ، أو إلى السيرة المستمرة التي

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٤ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٩ .

ذكرناها، وأما كونه إجماعاً تعبدياً غير مدركي فبعيد جداً، والأظهر استناده إلى السيرة المستمرة القائمة على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم إليه، وأنها ليسا مختارين في حل النزاع بينهما حيثئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعى بالبينة ويذكره بإقامتها إن كان غافلاً عن ذلك، بل قيل بلزوم قول الحاكم له: ألك بينة؟ وإن لم يكن غافلاً، فهذا يكشف عن قيام السيرة على أن أمر المترافعين بيد الحاكم، وأنه لا يجوز لها التقدم عليه في شأنها، نعم، القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد إحلاف المنكر بطلب من المدعي.

وليس المراد من «الإحلاف» أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه، لأن المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول، بل المراد هو أن يأذن له باليمين، وهذا هو مراد من عبر بـ «الأمر» أيضاً.

وقد روى الشيخ الصدوق معتبرة ابن أبي يعفور المذكورة بزيادة جملة «من حلف لكم على حق فصّدقوه»^(١) وقد يدعى كونها مطلقة، لكنها محمولة على ما ذكرنا، ولا سيما وأن الجملة في ذيل تلك الرواية.

وفي رواية أخرى: «... وإن تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»^(٢).

وفي أخرى لعبد الله بن وضاح: «كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة، فخانني بألف درهم، فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة، فأردت أن أقص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن عليه السلام

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٤/ ذيل ح ١. كيفية الحكم، الباب ٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٦/ ١. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٠.

فأخبرته : أني قد أحلفته فحلف ، وقد وقع له عندي مال ، فإن أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت . فكتب : لا تأخذ منه شيئاً ، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها»^(١) .

وقد استشهد في (الجواهر) بما في هذا الخبر - من أنه قد أحلفه عند الوالي لا الحاكم - على كفاية الحلف وإن لم يكن عند الحاكم .

لكن لعل هذا الوالي الذي حلف عنده كان من الولاة الذين لهم الولاية على الحكومة ونصب القضاة بعد الترافع إليه ، فلا يستفاد منها كفاية الحلف عند غير الحاكم ، والقدر المتيقن منها ما ذكرناه .

وكيف كان ، فلو حلف سقطت دعواه في الدنيا وإن لم تبرء ذمته إن كانت يمينه فاجرة بالإجماع ، وفي الحديث : «... فأثما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار»^(٢) .

قال المحقق قدس سره : «ثم المنكر إما أن يحلف أو يردّ أو ينكل» .
أقول : عندما يطرح المدعي الدعوى وينكر المدعى عليه ، فإما أن يحلف مع إذن الحاكم ، أو يردّ اليمين على المدعي ، أو ينكل فلا يحلف ولا يردّها عليه .
حكم ما إذا حلف المنكر :

قال : «فإذا حلف سقطت الدعوى»^(٣) .

أقول : إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعي ولا حق له على المنكر ، ثم إن

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٦ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

(٣) شرائع الإسلام ٤٠ : ٨٤ .

أثر هذه اليمين هو أنه إن كان صادقاً فكالأول ، أي : إن كان الشيء المتنازع فيه له حقاً فهو ، وإن كان كاذباً فكذلك ، أي لا يكون الشيء له باليمين ، ويحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل ، هذا بالنسبة إلى المنكر نفسه ، وأما بالنسبة إلى المدعى ، فلا تجوز له مطالبة المدعى عليه بالشيء بحسب الظاهر ، وهذا معنى سقوط دعواه ، وأما بالنسبة إلى الحاكم ، فآثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله ، وأما بالنسبة إلى سائر الناس ، فإنهم إذا أرادوا التصرف في الشيء المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه .

قال المحقق : « ولو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصّة »^(١) .
أقول : وإذا سقطت الدعوى ، فهل للمدعى التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد ؟ ادعي الاتفاق على عدم جواز التقاص منه إن كان مورد النزاع ديناً ، وأما إذا كان عيناً ، فالمشهور على الجواز ، وقال جمع بالعدم وبقاء الحق إلى الآخرة ، بل قالوا بعدم جواز التصرف في العين المتنازع فيها وإن لم يكن تصرفاً منافياً ، لكونها بيد المدعى عليه ، كأن تكون عبداً ويعتقه في سبيل الله عز وجل ، أو يبرأ ذمة المنكر قربة إلى الله تعالى ، لأن ذلك ينافي حكم الحاكم المقتضي لعدم كون المنكر مديناً للمدعى ، ومقتضى الإبراء كونه مديناً له .

أقول : إن مقتضى القاعدة هو جواز التقاص منه ، إلا أن يقوم الدليل على المنع ، إذ ليس الحكم من المملكات والنواقل للأموال ، وإلا لما قال صلى الله عليه وآله وسلم : « ... فأَيُّما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعة من النار » فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وإن أثم في اليمين

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

الكاذبة، نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة .

وحيث لا تصبح العين ملكاً للحالف يمينه ، فإما أن تكون ملكاً بلا مالك أو تبقى على ملك المدعي ؟ والأول ساقط ، فثبت الثاني ، فللمدعي التصرف في العين أينما وجدها ، غير أنه يكون حينئذ راداً على الله ، لمخالفته لحكم الحاكم ، ولكن لو فعل ذلك خفية ، أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد . اللهم إلا أن يقال بوجوب التزام المدعي بترتيب آثار مالكية المدعي عليه وإن كانت العين ملكاً له في اعتقاده ، وأن سائر الناس ملزمون بمعاملة هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعي نفسه ، فعليهم الاستيذان من المنكر إن أرادوا التصرف فيها ، وقيل بوجوب ذلك عليهم إن لم يكونوا عالمين بكونها ملكاً للمدعي في نفس الأمر ، إلا أن الكلام في أثر إذن المدعي عليه ، حيث قد حلف كاذباً وهو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعاً بل هي باقية على ملك المدعي ، فإنه لا يجوز له الإذن ، ولو أذن لم يؤثر ، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعين كليهما في التصرف في العين .

قال المحقق : «ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه»^(١) .

أقول : أي إن الحاكم بعدما حكم بأن الشي للمنكر ، أو بأنه ليس مديناً للمدعي ، لا يجوز له سماع الدعوى مرة ثانية ، ولا استماع شهادة بيّنة المدعي على مالكيته للشي المتنازع فيه ، قال المحقق : «ولو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور ، بل حكى عليه الإجماع ، وذلك لحكومة خبر ابن أبي عفور عن الصادق عليه السلام : «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لاحق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له . قلت له :

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

وإن كانت عليه بيّنة عادلة ؟ قال : نعم وإن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له، وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه. قال رسول الله : من حلف لكم بالله فصدّقوه وإن سألكم بالله فأعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدّعي ولا دعوى له «^(١) ونحوه من الأخبار ، على : «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»^(٢).

وهنا قولان آخران ، قال المحقق^(٣) : «وقيل : يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين ، وقيل : إن نسي بيّنته سمعت وإن أحلف» والثالث : إنها تسمع مطلقاً ، قال المحقق : «والأوّل هو المروي» وتلك الأقوال مخالفة للنصوص الواردة في المقام ، وهي تدلّ على أن عين المنكر يذهب بحق المدعي ، وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً ، وقد عمل الأصحاب بتلك النصوص إلّا من شذّ.

قال المحقق : «وكذا لو أقام بعد الإحلاف شاهداً وبذل معه اليمين ، وهنا أولى» وهذا واضح .

قال : «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحلّ مقاصّته ...»^(٤).

أقول : لو أكذب المدّعي عليه الحالف نفسه بعد يمينه ، فهل يكون إقراره بالكذب كالبيّنة التي يقيمها المدعي بعد عين المنكر في عدم التأثير ، أو يؤثر هذا الإقرار ؟

إن دليل حجّة الإقرار مطلق ، فهو حجة سواء كان قد حلف أو لا ، ودليل

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٥ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

حجية اليمين وذهابها بحق المدعي مطلق ، فهي تذهب بحقه سواء أكذب المحالف نفسه بعدها أو لا ، فالنسبة بين الدليلين هو العموم من وجه ، فهل يتقدم دليل الإقرار ، لذهاب الأصحاب إلى ذلك ، أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع ، لحكومة دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار ، لأنه رافع لموضوعه ؟

المستفاد من المعتبرة : «إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه فحلف لي عليه ، ثم إنه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي أودعته إيّاه ، فقال : هذا مالك فخذ ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها ، فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه ، ورفعت المال الذي كنت استودعته وأبيت أخذه ، أستطلع رأيك فما ترى ؟ فقال : خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلّله ، فإن هذا الرجل تائب والله يحب التوابين»^(١) كون الإقرار مسموعاً ، وأنه يتقدم على أدلة ذهاب اليمين بحق المدعي .

بل إن تلك الأدلة منصرفة عن صورة تكذيب المحالف نفسه . بل إن اليمين من الطرق العقلائية ، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما في يده ، كما أن الدليل المعتمد في حجية خبر الواحد هو السيرة وبناء العقلاء ، لكن اعتبارهم لليمين والخبر ، مقيّد بما إذا لم يكذب المحالف أو المخبر نفسه ، وعليه ، فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجية خبر الواحد ويمين المحالف ، لأن عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين ، وأنها ليست مصداقاً عنده لأدلة ذهاب اليمين بحق المدعي ... وكذلك البيّنة لو أكذب الشاهدان أنفسهما بعد الشهادة ...

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٨٦ / ٣ . كتاب الأيمان ، الباب ٤٨ .

وأما بقاء مالكيّة المدعي على المال ، فهو مقتضى خبر مناهي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، حيث ورد فيه النهي عن أكل أموال الناس بشهادة الزور ، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي : « في حديث المناهي : إنه نهى عن أكل مال بشهادة الزور »^(١) . وكذا قوله : « ... فإنما قطعت له قطعة من النار » .

وفي خبر عبدالله بن وضاح : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم ، فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف ، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة ، فأردت أن أقتص الألف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها ، فكتبت إلى أبي الحسن فأخبرته ... فكتب : لا تأخذ منه شيئاً ، إن كان قد ظلمك فلا تظلمه ، ولولا أنك رضيت بيمينه فحلفته ، لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه ، فقد مضت اليمين بما فيها »^(٢) .

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ « الظلم » فيها من باب المشاكلة كما في قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾^(٣) ، وإلا فإن أخذ الحق ليس ظلماً حقيقة ، نعم هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً ... فتحصل : ثبوت ملكية المدعي للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير ، بخلاف البيّنة التي يقيمها المدعي بعد حلف المنكر ، فقد دلّت النصوص على تقدم اليمين وعدم سماع البيّنة بعدها .

هذا ، وفي كلمات صاحب (الجواهر) أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٦ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٠ .

(٣) سورة البقرة ٢ : ١٩٤ .

بحق المدّعي على المنكر .

وفيه : إنه لا يثبت لصاحب المال المدعي حق على المنكر ، بل ليس لصاحب المال المنصوب منه حق على غاصبه ، وإنما له المطالبة بماله وإيقاع أنحاء التصرفات فيه ، ومن الواضح أن هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال .

فالصحيح : أن أدلة ذهاب اليمين بحق المدعي تمنع عن تصرفه في ماله الذي بيد المنكر بعد يمينه ، لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له ، والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذي بيده ، فإن أكذب نفسه جاز للمدّعي مطالبته بالمال وحلّت له مقاصته إن امتنع من تسليمه .

وفي (المسالك) : «أما لو أكذب الخالف ... كما يحلّ له مع امتناعه من التسليم ، لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمة الخصم ، فلا وجه لسقوطه»^(١) . أقول : هذا يتوقف على عدم تامة إطلاق أدلة «ذهب اليمين بحقه» كما ذكرنا ، وإلا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق .

ثم إنه هل يسقط حق المدّعي بمجرد يمين المدّعي عليه ، أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم ؟ ظاهر النصوص هو الأوّل ، قال السيّد^(٢) : والإنصاف أنه ليس كلّ البعيد إن لم يكن الإجماع على خلافه .

والصحيح هو الثاني وفاقاً للجواهر ، لأن اليمين مقدّمة للحكم - كالبيّنة - وفصل الخصومة يحصل بالحكم ، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلّم : «إنما أقضي

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٥٠ .

(٢) العروة الوثقى ٣ : ٦٤ .

بينكم بالبيّنات والأيمان» أي : إن الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينة أو تحقق اليمين ، فكلّ واحدة منهما في موردّها مقدّمة لحكم الحاكم ، وبه ينقطع النزاع ، فلو حلف المدعى عليه ولم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استئناف الدعوى .

هذا كلّه إذا حلف المنكر .

حكم ما إذا رد اليمين :

قال المحقق : « وإن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف » .

أقول : إن ردّ المنكر اليمين على المدعى قالوا : يجب على المدعى أن يحلف ، وليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفي ، بل بمعنى أنه إن أراد تحصيل حقّه من المدعى عليه لزمه الحلف ، فهو لزوم وضعي من باب المقدّمة لإحقاق الحق ، فإذا حلف حكم له ، ووجب على المنكر تسليم الشي المتنازع فيه إليه .

ويدلّ على ذلك : الإجماع والأخبار المستفيضة أو المتواترة كما في (الجواهر)^(١) ، وهذه نصوص طائفة من تلك الأخبار ، نذكرها لاشتغالها على أحكام أخرى أيضاً :

١ - محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : « في الرجل يدّعي ولا بيّنة له . قال : يستحلفه ، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له »^(٢) .

٢ - عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يدّعي عليه

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٧٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

الحق ولا يئنه للمدعي . قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق ، فإن لم يفعل فلا حق له» (١) .

٣ - الصدوق بإسناده عن أبان عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : « إذا أقام المدعي البيئة فليس عليه يمين ، وإن لم يقم البينة فردّ عليه الذي ادّعى عليه اليمين فأبى ، فلا حق له » (٢) .

٤ - الكليني عن حميد بن زياد ، عن الحسن بن محمد بن سماعة ، عن بعض أصحابه ، عن أبان ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يدّعي عليه الحق وليس لصاحب الحق بيئة . قال : يستحلف المدعي عليه ، فإن أبى أن يحلف وقال : أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحق ، فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله » (٣) .

٥ - 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) .

٦ - عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : قلت للشيخ عليه السلام : « خبرني عن الرجل يدّعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله . قال : فيمين المدعي عليه ،

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٢ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٢ / ٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٢ / ٥ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

فإن حلف فلا حق له ، وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنة ، فعلى المدعى اليمين بالله الذي لا إله إلا هو ، لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فإن حلف وإلا فلا حق له ، لأننا لا ندري لعله قد أوفاه بيّنة لا نعلم موضعها ، أو غير بيّنة قبل الموت ، فمن صارت عليه اليمين مع البيّنة فإن ادّعى بلا بيّنة فلا حق له ، لأن المدعى عليه ليس بحمي ، ولو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يشبث الحق^(١).

فتحصل : أن للمنكر ردّ اليمين على المدعى ، فإن حلف ثبت حقه وحكم له ، وأما إذا كانت دعواه ظنية ، فقليل : لا تسمع الدعوى الظنية مطلقاً ، وقيل : بل تسمع ، إذ قد تقوم البيّنة على طبقها ، وتكون دليلاً ومستنداً لحكم الحاكم ، لكن لا أثر لردّ المنكر اليمين على المدعي حتى على القول الثاني ، لأن الظان لا يمكنه الحلف ، وكذا لو كان المدعى يدعي شيئاً لغيره ، كولي الصغير الذي يدعي على أحد حقاً للصغير ، لأن يمينه لا تثبت حقه وإن كان جازماً به ، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره ، وكذا الأمر لو كان المدعي وصياً لميت فيدعي وصيته بشي فينكر الوارث - مثلاً - ذلك ، فإن أقام البيّنة على دعواه فهو وإلا حلف الوارث أو أقرّ بالحق ، ولا يردّ اليمين على الوصي .

وقيل : لقد قام الدليل على أن البيّنة على المدعي ، وعلى المنكر أن يحلف أو يردّ أو ينكل ، وهذا الدليل مطلق ، فيشمل صورة ما إذا لم يتمكن المدعي من اليمين

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٦ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٤ . وفيها « ياسين الضرير » وليس لائمة الرجال فيه مدح ولا ذم .

أو لم تكن يمينه نافذة ، فنحكم في صورة رد المنكر اليمين وعجزه عنها - لكونه ظاناً أو لكون الحق لغيره - بسقوط الحق المدعى ، لا بأن يكون عجزه سبباً لتخير المنكر بين الأمرين الآخرين .

والجواب من وجهين ، فالأول : إن أدلة تردد أمر المنكر بين الأمور الثلاثة منصرفة عن هذه الصورة ، فليس له الرد فيها ، ويبقى الأمران ، والثاني : إنه مع الشك في إطلاق الأدلة - بعد التنزل عن القول بانصرافها - فيؤخذ بالقدر المتيقن ، وهو ما عدا هذه الصورة .

وحيث لا يمكن الرد - لأجل لغوية يمين المدعى أو عجزه عنها - فهو مخير بين الإقرار والحلف .

اليمين المردودة في حكم البينة أو الإقرار ؟

وهل اليمين المردودة في حكم بينة المدعي أو في حكم إقرار المدعى عليه ؟ قولان .

وجه الأول : إن الذي على المدعى هو البينة ، وعلى المنكر اليمين ، فإن رد المنكر اليمين على المدعي وحلف ثبت حقه ، فتكون هذه اليمين في حكم البينة .

ووجه الثاني : إن إقرار المدعى عليه يثبت حق المدعي ، فتقوم اليمين المردودة منه على المدعي مقام الإقرار ، إذ هو حينئذ مسلم لما يدّعيه إن حلف .

وقد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات ، منها : أن المدعى عليه إذا أقام بينة على أداء المال مثلاً ، حلف المدعي ، فإن كانت اليمين المردودة نازلة منزلة البينة ، جاز للمنكر إقامة البينة بعدها ، وإن كانت نازلة منزلة الإقرار فلا مجال لإقامتها ، لأن الإقرار منه يكذبها .

قلت : والأقوى أن اليمين المردودة طريق مستقل لإثبات حق المدعي ، وما

ذكروه في وجه القولين ضعيف ، وليس طريق إثبات الحق منحصرًا بالبينة والإقرار بل هي ثلاثة طرق : البينة والإقرار واليمين المردودة ، ولكل واحد منها أحكامه وآثاره ، وأما الثمرة التي ذكروها فغير مترتبة ، لأن اليمين المردودة لا تصلح لنفي أداء المدعى عليه الدين بل هي تثبت أصل الدين ، وحينئذ فللمدعى عليه إقامة البينة على الأداء ، كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينة على الأداء سقط الحق ، وإن لم يكن عنده بينة حلف المدعي ، لأنه المنكر للأداء ، ولا معنى لإقامتها على نفي ما تثبته اليمين المردودة التي جعلت الخصم النزاع بينهما ، إذن ، يجوز أن تقام البينة في مقابل اليمين المردودة - لو اختلف مدلولاهما - كما ذكرنا . وحينئذ ، نبحث عن مقتضى الأدلة أو الأصول فيما إذا أقام المنكر البينة بعد يمين المدعي مثلاً ، فإن شملت إطلاقات أدلة البينة هذه البينة فهو وإلا فيرجع إلى الأصل ، من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين ...

مركز تحقيق كتب التراث
مركز تحقيق كتب التراث

فالحاصل : أنه لا وجه للحصر المذكور ، وحينئذ ، تقيّد أدلة البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعي ، فهي عليه لا على المنكر .

ثم إن أثر اليمين المردودة يتوقف ترتبه على حكم الحاكم ، فهي من مقدمات الحكم ، والذي يثبت الحق هو الحكم ، وبه تنفصل الخصومة وينقطع النزاع كما ذكرنا سابقاً ، فيكون معنى قوله عليه السلام - في رسالة أبان - : «... أن يحلف ويأخذ ماله» إنه يحلف ويحكم الحاكم ويأخذ ماله .

قال المحقق : «ولو نكل سقطت دعواه» (١) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

أقول : لو نكل المدعي عن اليمين المردودة ، فقد ذكروا أنه تسقط دعواه ، ثم ادّعي الإجماع على عدم جواز إعادة الدعوى في ذلك المجلس ، وفي إعادتها في مجلس آخر قولان ، وفي (المسالك)^(١) : إن كان ترك اليمين لسبب وجيه وعذر مقبول أمهل ، وإلا كان ناكلاً تسقط دعواه بامتناعه من اليمين .

أقول : ليس في الأخبار تعرض للنكول ، بل فيها : «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فإن قال في المجلس «لا أحلف» مثلاً فقد أبى أن يحلف ، ولا يبق له حق ، فإن حكم الحاكم سقطت الدعوى ولا تسمع بعدئذ ، وإن لم يحكم الحاكم لم تسقط وبقيت وجازت المطالبة بالحق ، ولكن تجديدها في ذلك المجلس لغو ، وأما الإمهال ، فإن كان لجهة عقلائية أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الأخبار عن ذلك ، وإلا فلا وجه لإمهال الحاكم إياه ، وهذه المهلة - أي مقدار طالت - فقد أخر إحقاق حقه بنفسه ولا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه ، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعي .

وهذا العذر الموجّه لا بدّ أن يكون له أمد ، إما عرفاً وإما بتحديد من الحاكم . وأما إذا ردّ اليمين على المدعي ، فادّعى أنه ظانّ بالحق غير متيقّن به ، فلا يمكنه الحلف ، فإن كان المنكر متيقناً قليل له : إحلف ، وإن كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعي ، بقيت الدعوى ، ورجع الحاكم إلى الاصول العملية ، وأفتى في المسألة بما أدى إليه نظره .

حكم ما إذا نكل المنكر :

قال المحقق : «وإن نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد ، قال الحاكم : إن

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٥٣ .

حلفت وإلا جعلتك ناكلاً...»^(١).

أقول : المراد من قوله : « وإلا جعلتك ناكلاً » هو حكمه بنكوله ، فالحاصل أنه إن حلف المنكر سقطت الدعوى ، وإن ردّ اليمين على المدعي ، فإن نكل المدعي سقطت الدعوى كذلك ، وإن نكل المنكر فلم يحلف ولم يرد قال المحقق : « قال الحاكم ... » .

ثم قال : « ويكرّر ذلك ثلاثاً استظهاراً ، لا فرضاً » ولم يقم دليل على ذلك ، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم ، إلا أن يقوم إجماع على ما ذكره قدس سرّه .

قال : « فإن أصرّ ، قيل : يقضى عليه بالنكول ، وقيل : يردّ اليمين على المدعي ، فإن حلف ثبت حقه وإن امتنع سقط »^(٢) .
أقول : إن أصرّ المنكر على النكول ففيه قولان : أحدهما : إنه يقضى عليه بالنكول ، قال به جماعة من المتقدمين ، والآخر : يقول له الحاكم : ردّ اليمين على المدعي ، فإن ردّ وحلف ثبت حقه ، وإن امتنع المدعي عنه سقط حقه ، وهو قول جماعة من الأصحاب ...

قال المحقق : « والأوّل أظهر وهو المروي » .

ولقد استدلل للقول الأوّل بأخبار :

منها : قوله صلى الله عليه وآله وسلّم « البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر » فقد فصل بين المدعي والمنكر ، فجعل البيّنة وظيفه للمدعي واليمين وظيفه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

للمنكر ، والتفصيل قاطع للشركة ، أي : إنها ليسا شريكين في البيّنة واليمين ، بل لكل واحد منهما وظيفة في ميزان فصل الخصومة ، وأما «ردّ اليمين» فن الأحكام الطارئة ، مثلاً : حقيقة الصّلاة منوطة بتحقيق أجزائها وشرائطها المحققة لها أولاً وبالذات ، وأما ركعة الإحتياط - مثلاً - فن الأمور الطارئة عليها ، ... وحينئذ ، لو ردّ المنكر اليمين على المدّعي وجب عليه أن يحلف ، وأما إذا لم يردّها عليه عن اختيار ، كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محالة ، وأما القول بأنه متى سكت ردّ الحاكم اليمين على المدّعي ولاية ، أو حمل المنكر على الحلف ، فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدّعي عليه عن اليمين .

وبعبارة أخرى : مقتضى الدليل الأوّل هو الحكم بنكوله إذا لم يحلف ، وإن ردّ كان أمراً طارئاً ، واقتضى الدليل الثانوي ترتيب الأثر عليه لتحقيق موضوعه وهو الردّ ، وأما إذا لم يحلف ولم يرد ، بقي الدليل الأوّل على مقتضاه ، وهو الحكم بنكوله .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس ، كيف يحلف إذا ادّعي عليه دين وأنكر ولم يكن للمدّعي بيّنة ؟ فقال : إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادّعي عليه دين ولم يكن للمدّعي بيّنة ، فقال أمير المؤمنين : الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للامة جميع ما تحتاج إليه ، ثم قال : ايتوني بمصحف ، فأتي به ، فقال للأخرس : ما هذا ؟ فرفع رأسه إلى السماء وأشار أنه كتاب الله عزّ وجل ، ثم قال : ايتوني بوليّه ، فأتي بأخ له فأقعده إلى جنبه ثم قال : يا قنبر علي بدواة وصحيفة ، فأتاه بهما ، ثم قال لأخي الأخرس : قل لأخيك هذا بينك وبينه ، إنه علي ، فتقدم إليه بذلك ، ثم كتب أمير المؤمنين : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع

المهلك المدرك الذي يعلم السرّ والعلانية : إن فلان ابن فلان المدعي ليس له قبل فلان ابن فلان - أعني الأخرس - حق ولا طلبية بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب، ثم غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع ، فألزمه الدين»^(١).

فإن الظاهر منها أن الإمام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب ، وذلك يقتضي أنه قد امتنع عن ردّ اليمين على المدعي ، للإتفاق على أنه لا يحكم عليه مع الرد .

وما أشكل عليه في (الجواهر)^(٢) : بالقطع بعدم إرادة هذا الظاهر ، ضرورة اشتراط الحكم بنكوله عن ردّه أيضاً ، فلا بدّ في إصلاحه حينئذ من تقدير ، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له ...

ضعيف ، لأنه لو ردّ لحكم الإمام عليه السلام على المدعي باليمين قطعاً ، ولحكى الإمام الصادق عليه السلام ذلك ألبتة ، إذ لا وجه لحكاية بعض الواقعة وترك البعض الآخر مع كونه محتاجاً إليه ، لكن لا مانع من عدم حكاية ما هو المحرز منها ، وهو ما ذكرنا من عدم ردّه اليمين على المدعي ، بل إن حكم الإمام عليه السلام بأداء الحق قرينة على ذلك .

وأما قوله : على أنه قضية في واقعة لا عموم فيها ...

ففيه : أن الإمام الصادق عليه السلام قد ذكر القضية في جواب السؤال عن كيفية إحلاف الأخرس حينئذ ، مستشهداً ومستدللاً بها ، ولم يكن ذلك منه بمجرد حكاية لها حتى لا يكون لها عموم .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٣٠٢ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٣٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨٤ .

فتحصّل : أن الرواية تدلّ على كفاية عدم ردّه - مع علمه بأن له ذلك -
للحكم عليه بدفع حق المدعي ، ولا يلزم أمره بالردّ ثم الحكم بذلك إن امتنع عن
الرد .

ومنها : رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، المتقدمة سابقاً .
فهذا الخبر يدلّ بظاهره صدرأً وذيلأً - على رواية الشيخ الكليني قدّس
سرّه ، وذيلأً على رواية الشيخ الصدوق قدّس سرّه في الفقيه - على القول الأوّل ،
لأن حاصل القدر المتفق على روايته : أن المدّعى عليه إن حلف سقطت الدعوى ،
وإن لم يحلف فعليه الحق ، إلا أن يردّ - هو أو الحاكم من قبله - اليمين على المدّعي ،
ولا يحكم على المدّعى عليه بامتناعه عن اليمين ، فإن حلف المدعي ثبت حقّه وإلا
سقطت الدعوى .

ثم إن الجواب عن دعوى (الجواهر)^(١) بأن اختلاف متنه موجب للتلزل
فيه ، هو أن التلزل يكون في حال اختلاف متن الخبر في الكتاب الواحد ، وأما هذا
الخبر ، فقد رواه الصدوق قدّس سرّه بلفظ يختلف عن لفظ الكليني قدّس سرّه ،
وقد تقرر عندهم أن الشيخ الكليني أضبط من غيره^(٢) ، مع أن المحتمل تعدّد نفس
الرواية ، ومحلّ الإستدلال رواية الكليني ، ومع التنزل ، فإن الذيل الذي اتفقا عليه
ظاهر في الدلالة على القول الأوّل .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨٤ .

(٢) تعرضوا لهذه المسألة كثيراً في صورة وقوع الاختلاف في لفظ الحديث بين رواية الشيخ الكليني والشيخ
الطوسي قدّس سرّها ، فقدّموا رواية الكليني على رواية الشيخ قائلين بأنه أضبط في نقل الأخبار ، لأن
الكليني لم يشتغل بغير الحديث وقد عمل الكافي في عشرين سنة ، بخلاف الشيخ فله كتب كثيرة في علوم
مختلفة ، ولذا نصوا على وقوع اشتباهات كثيرة في تهذيبه .

وليس مخالفة ما تدلّ عليه رواية الفقيه لفتوى أبي حنيفة مرجحة ، لأن الترجيح بمخالفة العامة هو في الخبرين المتعارضين حكماً لا المختلفين زيادة ونقصاناً .

واحتال تقدير جملة ، بأن يقال : فإن لم يحلف - أي المدعى عليه - وردّ اليمين على المدعي فحلف - فعليه . ضعيف جداً .

هذا ، وقد تلقى الأصحاب هذا الخبر بالقبول ، وأفتوا على طبقه في لزوم ضمّ اليمين إلى البيّنة في الدعوى على الميت ، ولا دليل لهم غيره ، وهذا جابر لضعف سنده .

ثم إن صاحب (الجواهر) بعد أن ذكر أدلة الطرفين قال : « وبذلك كله ظهر لك أن أدلة الطرفين محل نظر ... نعم ، قد يقال : إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء في الفرض بأحد الأمرين ، وأن اختيار أمر ثالث ... خرق للإجماع المزبور ، يتّجه القول حينئذ إنه يردّ اليمين منه على المدعي ، لأصالة عدم ثبوت الحق بدونه ، ولظهور حصر استخراج الحقوق في مضمّر يونس بالأربعة ، ومجرّد النكول خارج عنها ، بل لعلّ النصوص المستفيضة أو المتواترة الدالة على انحصار كيفية القضاء بين الناس بالبيّنات والأيمان تقتضي ذلك ... »^(١) .

أقول : أما الإجماع المركب ، فمتنف هنا ، وأما أصالة عدم ثبوت الحق بدون ردّ اليمين على المدعي ، فعارضة بأصالة عدم وجوب ردّ اليمين حينئذ ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ، إن كان من جهة نكوله فالحق ثابت ، وإن كان الحكم مترتباً على اليمين أو الردّ فلا يحكم عليه بدفع الحق .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨٧ .

فظهر أنه لا مجال لجريان أصالة عدم ثبوت الحق ، لأن موجب الحكم في الصورة الأولى حاصل قطعاً وفي الثانية غير حاصل قطعاً ، وحيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما ، لا يجري الإستصحاب أبداً ، إلا أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول ، لكن هذا الأصل أيضاً معارض بأصالة عدم جعل جواز الردّ أو وجوبه أو وجوب إلزام المدّعي عليه بالردّ على الحاكم .

والحاصل : إنه لو افترقت الأمة على قولين ، فقالت طائفة بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم ، وقالت الأخرى : بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر بردّ اليمين على المدّعي - أو يردها هو من قبله - فإن حلف حكم بثبوت الحق وإلا حكم بسقوطه ، فإن كان القولان متباينين - نظير ما إذا قالت طائفة بوجوب الجمعة في زمن الغيبة ، وقالت الأخرى بحرمتها - فلا مجال للإستدلال لأحد القولين بالأصل ، وإن كان القولان غير متباينين ، كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه ، كأن تقول أحدهما بوجوب السّورة في الصلاة ، وتقول الأخرى بعدم وجوبها ، مع اتفاقهما على إجزاء الصلاة مع السّورة ، فهنا لا تجري أصالة عدم وجوب السّورة ، لعدم الشك في إجزاء الصلاة الواجدة لها ... وعلى هذا ، فإن كان مقتضى القول بكفاية النكول عدم لزوم الردّ على المدّعي مع عدم المنع عنه ، ومقتضى القول الآخر لزومه بعد النكول ، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببذل المدّعي اليمين المردودة ونفوذ الحكم بذلك قطعاً ، فلا مجال لأصالة عدم حينئذ ، لكن أصالة عدم بالنسبة إلى النكول وحده جارية كما في (الجواهر) .

هذا ، فإن ردّ اليمين على المدّعي فنكل ، فقولان كذلك ، وهنا أيضاً يتعارض الأصلان .

فظهر أن الأصل الذي ذكره في (الجواهر)^(١) يجري في حال قبول الطرفين لترتب الأثر على ردّ اليمين على المدعي مع عدم وجود قول ثالث في البين .
وأما استدلاله بظهور حصر استخراج الحقوق في مضر يونس بالأربعة .
ففيه نظر ، إذ الرواية في مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعي فقط لا مطلقاً ، وإلا فإن إقرار المدعى عليه مثلاً من أسباب ثبوت حق المدعي ، وليس له ذكر في الرواية .

وأما قوله : بل لعلّ النصوص المستفيضة ... ففيه : أن الأمر يدور بين تخصيص دليل وجوب البينة على المدعي بأن نقول : إلا في حال ردّ المنكر اليمين عليه ، وبين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر ، بأن نقول : إلا إذا ردّها على المدعي ، فحينئذ تجب على المدعي لا المنكر ، لكننا ذكرنا سابقاً بأن اليمين توجب الإطعتمان نوعاً بصدق الحالف ، وإن الإمتناع منها يكشف - نوعاً - عن الكذب ، فهي مؤثرة وجوداً وعدماً ، فيزان القضاء هو بينة المدعي ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين ...

لو بذل اليمين بعد النكول :

وكيف كان ، فقد قال المحقق : « ولو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه »^(٢) .

أقول : لو بذل المنكر يمينه ، فإن كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله ، فلا ريب في عدم الالتفات إليها ، وهو المشهور بل عليه الأكثر بل ادعي عليه الإجماع ،

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨٧ - ١٨٨ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

لأن الحكم قد فصل الخصومة وقطع النزاع ولا يجوز نقضه ، وإن كان بذله قبل الحكم وبعد النكول فكذلك ، لأن النكول حينئذ كاليمين والإقرار والبيئة في تعقب الحكم له من دون حالة منتظرة ، فلا أثر لبذل اليمين - بمعنى حلفه هو أو ردّ اليمين على المدّعي - ولا يلتفت إليه

إنما الكلام في كيفية تحقق النكول ، فالمحقق قدّس سرّه على أنه يقول له الحاكم : إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً ، ويكرر ذلك ثلاثاً ، واكتفى صاحب (الرياض) بالمرّة الواحدة^(١) ، وعن (كاشف اللثام)^(٢) إنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله : إن حلفت وإلا جعلتك ناكلاً وإلا مرّة ، وهذا هو الأظهر .

وأما بناء على القول الثاني من أنه لا يحكم عليه بالنكول ، بل تردّ اليمين على المدّعي ، فيلتفت إليه ، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل الحكم ، فإن حلف المدّعي لم يلتفت إليه كذلك ، لأنه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق إلى المدّعي ، وبذلك ينقطع النزاع .

قال في (الجواهر)^(٣) : إن أدلّة القولين لا يعارضها إطلاق ما دلّ على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به ، (قال) : بل في الرياض دعوى اختصاصه - بحكم التبادر وغيره - يمينه قبل الحكم عليه ، بنكول أو إحلاف المدّعي برّد اليمين عليه ولو من الحاكم .

قلت : وأما بناء على ذكرنا من أن ما دلّ على ذلك ظاهر في تأثير اليمين وجوداً وعدماً ، وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق ، فلا

(١) رياض المسائل ١٥ : ٩٥ .

(٢) كشف اللثام ١٠ : ١٤٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ١٨٩ .

تصل التوبة إلى الإطلاق والتقييد أو دعوى الإنصراف .

وفي (الرياض)^(١) : هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرة ، ولو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ، ففي نفوذ القضاء إشكال : من تفريطه وظهور عذره ، ولعل الثاني أظهر وبالأصل أوفق .

وأشكل عليه في (الجواهر) بأنه : ليس في شي مما وصل إلينا من الأدلة وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول ، والأصل البراءة ، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلاً عن دعواه الجهل ، خصوصاً بعد ملاحظة الاستصحاب وغيره .

أقول : ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول ، فإن الحكم نافذ والأصل براءة ذمة الحاكم عن وجوب الإعلام ، لكن تمسك صاحب (الجواهر) باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت قبل البذل لو شك في بقاءه بعده ، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الرد شرعاً قبل صدور الحكم ، وبعد الحكم حيث يشك في بقاء التأثير وعدمه ، يجري الاستصحاب كذلك ، فيقع التعارض بين الإصحابين .

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعي اليمين المردودة عليه - قال في (الجواهر) - فالمتجه جوازه للأصل ، من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم ، أي : إن الرد وحده ليس موضوع الحكم الشرعي ، بل هو الرد ويمين المدعي بعد ، فإن أظهر استعداد اليمين قبل حلف المدعي فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع

(١) رياض المسائل ١٥ : ٩٥ .

الحكم الشرعي ، فلذا يلتفت إليه .

ولو بذلها بعد حلف المدعي اليمين المردودة وقبل حكم الحاكم فقولان ، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم ، فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله ويلتفت إليه ، ومن أنه لما حصل سبب الحكم وموجبه ، فقد قامت الحجة التامة للحاكم لأن يحكم على طبقها ، فيجب عليه إصدار الحكم ، لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم ، نظير الإقرار ، فلو أقر المنكر بما يدّعيه المدعي ثبت الحق ولزم الحكم بذلك ، فلو رجع عن إقراره لا يلتفت إليه وإن كان قبل الحكم .

هل يأمر الحاكم المدعي بإحضار البيّنة ؟

قال المحقق : « ولو كان للمدعي بيّنة لم يقل الحاكم أحضرها لأنه حق له »^(١) . أقول : هذا شروع فيما يتعلق بالمدعي من الأحكام ، وظاهر « لم يقل » عدم الجواز ، ويشهد بذلك قوله في مقابل هذا القول « وقيل : يجوز » ووجه عدم الجواز : إن الحق للمدعي وليس للحاكم إجباره على إقامة البيّنة لإحقاق حقه ، ولكن هذا الدليل هو بالنظر إلى القاعدة الكلية في الحقوق ، فالقاعدة العامة فيها هي : أن من كان ذا حق على أحد ، لا يجوز إجباره على استيفاء حقه ، وأن للمدعي أن يطالب بيمين المنكر وإن كان له بيّنة على ما يدّعيه ... فهذا الدليل يفيد الحكم بعدم جواز الإلزام ولا يقتضي حرمة أن يقول له « أحضرها » من باب الإرشاد والتنبيه كما هو أحد الأقوال في المسألة ، فالأقوال أربعة : عدم الجواز مطلقاً ، والجواز مطلقاً ، والتفصيل المذكور ، وقيل : يجوز إن كان الغرض تعليمه المسألة .

والظاهر أنه إن كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

هذا بحسب القواعد الكلية ، وأما بالنسبة إلى مورد المخاصمة ، فهل مدلول الأخبار الدالة على أن «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» هو أن اليمين على من أنكر إن لم يكن للمدعي بينة ، أو لا بل يجوز إحلاف المنكر وإن كانت البينة حاضرة ؟ في الوسائل «باب أن المدعي إذا لم يكن له بينة فله استحلاف المنكر...»^(١) والنصوص الدالة على ذلك كثيرة :

ففي خبر محمد بن مسلم : «في الرجل يدعي ولا بينة له قال : يستحلفه ...» . فهذا الخبر وارد في مورد عدم وجود البينة ، فله استحلافه حينئذ ، فالظاهر هو الوجه الأول ، وأن ميزان المرافعة هو إقامة المدعي البينة ، فإن لم يكن عنده بينة فله استحلافه ، فإن ردّ اليمين على المدعي فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل سقطت ... وأن وظيفة الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان .

وفي خبر عبيد بن زرارة : «في الرجل يدعي عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال : يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق»^(٢) .

وفي خبر يونس : «استخراج الحقوق بأربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين ...»^(٣) .

وفي رسالة أبان : «في الرجل يدعي عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة . قال : يستحلف المدعي عليه ...»^(٤) .

فمفاد هذه النصوص وغيرها : أن ميزان المرافعة عند الشرع ذلك ، فكيف

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٨ / ٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٢ / ٥ .

نرفع اليد عنها ونقول : إن إقامة البينة حق للمدعي وله رفع اليد عن حقه ؟ ويؤيد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينة .

قال : « وقيل : يجوز وهو حسن » .

أقول : أي : يجوز الإلزام بناءً على ما ذكرنا في معنى « لم يقل » ، لكن القول بجواز الإلزام غير تام .

بعض أحكام البينة :

لو كان للمدعي بينة ، فهنا ثلاثة أحكام ، الأول : ما تقدم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها » .

والحكم الثاني قول المحقق : « ومع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي » .

والحكم الثالث قوله : « ومع الإقامة بالشهادة لا يحكم إلا بمسألة المدعي أيضاً »^(١) .

والدليل على هذه الأحكام الثلاثة قول المحقق في ذيل الأول :

« لأن الحق له » أي الحق للمدعي في هذه الحالات ، فله أن لا يحضر البينة ، وأن لا تدلي بشهادتها مع حضورها ، وألا يحكم الحاكم في القضية بعد إقامتها ، بأن ينصرف عن حقه ، أو يرضى بيمين المدعي عليه حينئذ ، فإن حلف كان له الإنصراف عن حقه ، وإن امتنع أو رد اليمين على المدعي ، فهل على المدعي أن يحلف مع وجود البينة أو لا ؟ فيه بحث .

وكيف كان ، فإنه يستفاد من هذه الأحكام مطلب آخر ، وهو أن للمدعي أن

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامة الشهادة وقبل حكم الحاكم له ، إلا أنا ذكرنا سابقاً أن المنسب من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » بضميمة أدلة « البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه » أنه لو كان للمدعى بينة على دعواه ، فلا تصل النوبة إلى مطالبة خصمه باليمين ، فهو وإن كان له الانصراف عن حقه لقاعدة السلطنة ، أما كون التخيير بين إقامة البيّنة وبين المطالبة بيمين المنكر حقاً له ، فغير معلوم ، بل لا يبعد أن يكون من جملة الأحكام المقررة لمجلس القضاء وفصل الخصومة أن يطالب الحاكم المدعى بإقامة البيّنة ، فإن لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين ، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقاً له ، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينة المدعى ، خلافاً لمن قال بذلك .

هذا ، ولكن ظاهر بعض الأخبار - كرواية ابن أبي يعفور - هو تخيير المدعى في ذلك ، فقد جاء فيها : « إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له . قلت : وإن كانت عليه بيّنة عادلة ؟ قال : نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه » ^(١) .

فهي ظاهرة في وجدانه البيّنة قبل رضاه بيمين المنكر ، إلا أنها غير ظاهرة في كون ذلك بعد إقامة البيّنة وقبل الحكم .

والمستفاد من رواية أبي العباس : « إذا أقام الرجل البيّنة على حقه فليس

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٤ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٩ .

عليه يمين»^(١) أنه لا أثر لردّ اليمين بعد إقامة البينة بل يحكم الحاكم له .

وفي رواية محمد بن مسلم قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال : لا »^(٢) .

فإن كان لفظ « يستحلف » مبنياً للمعلوم ، كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر ، وإن كان مبنياً للمجهول ، كان المعنى أنه مع إقامة البينة على حقه لا يستحلف المدعي مع البينة ، والثاني هو الظاهر .

وفي رواية القاسم بن سليمان عن عبيد بن زرارة : « في الرجل يدّعي عليه الحق ولا بينة للمدّعي . قال : يستحلف أو يردّ اليمين على صاحبه ، فإن لم يفعل فلا حقّ له »^(٣) .

وفي رواية يونس : « فإن لم يكن شاهد ، فاليمين على المدّعي عليه ، فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدّعي فهي واجبة عليه أن يحلف »^(٤) فإن مفهومها أنه إن كان له شاهد فلا يمين على المدّعي عليه .

فالحاصل : إن له المطالبة بيمين المنكر مع وجود البينة بمقتضى رواية ابن أبي يعفور ، وأما أن يفعل ذلك بعد إقامة الشهادة فلا دليل عليه ، بل مقتضى أدلة الحكم مثل ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٥) وجوب الحكم على الحاكم حينئذ .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٣ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٣ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ . و« القاسم بن سليمان » من رجال كامل الزيارات .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

(٥) سورة ص ٣٨ : ٢٦ .

وظاهر عبارة (الجواهر) أخيراً هو اختيار هذا الوجه حيث قال : « لكن قد يقال : إن له الحكم وإن لم يسأله المدعي ، لأن ذلك منصبه ووظيفته ... »^(١) .
فإن كان المدعي جاهلاً أو غافلاً عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه ، فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كي يأذن بحكمه فيحكم ، أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم ؟ وجهان .

ثم إن التمس المدعي سؤال الحاكم البيّنة ، فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك ؟ ذهب إلى الثاني جماعة وقالوا : له أن يقول : من كان عنده شهادة فلا يكتمها ، لأن الأمر بالشهادة قد يوهم الإدلاء بالشهادة وإن لم تكن عن علم . ولكن هذا لا يمكن المساعدة عليه ، إذ لا يكون معنى الأمر بالشهادة ما ذكروا ، ولا يتوهمه أحد ، بل إن عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها ، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فالحق هو القول الأول .
حكم جرح المدعى عليه البيّنة :

قال المحقق قدّس سرّه : « وبعد أن يعرف عدالة البيّنة يقول : هل عندك جرح ؟ ... »^(٢) .

أقول : وكيف كان ، فإن أقيمت الشهادة وعرف الحاكم عدالة البيّنة ، فإن قال للمدعى عليه : هل عندك جرح ؟ فأجاب : نعم ، وسأل الإنظار في إثبات الجرح ، أنظره الحاكم ثلاثة أيام ، وإن قال : لا ، حكم للمدعى
لكن في الرواية^(٣) إمهاله أمداً يحضر فيه الجارح ، بل هو مقتضى أدلة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٩٢ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١١ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

القضاء، ولعلّه لذا احتمل في (كشف اللثام) ^(١) تنزيل إطلاق العبارة على ما إذا كانت البيّنة في محلّ بعيد بحيث لا تحضر في ثلاثة أيام، واعترض عليه في (الجواهر) ^(٢) ووجه العبارة بأن التأخير ثلاثة أيام لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، إلا أنه كلام لا يمكن قبوله، لأن الخصم على حجته، فتمّ أثبت الجرح بطل الحكم وسقطت الدعوى، فلو انقضت الثلاثة أيام وأثبت الجرح كشف عن بطلان الشهادة وأن الحكم الصادر لم يكن على طبق الموازين الشرعية، أي: إن العدالة المعتبرة في الشاهد هي نظير العدالة المعتبرة في شاهد الطلاق، لا العدالة المعتبرة في إمام الجماعة.

ويحتمل أن وجه تحديد الأصحاب الأمد بثلاثة أيام هو: أن المستفاد من الرواية كون الأمر بيد الحاكم، وحينئذ، ففقتضى الحكم بالحق والعدل هو الإنظار ثلاثة أيام، لا أنه يكون ذلك بلحاظ قاعدة لا حرج أو قاعدة لا ضرر. قال: «فإن تعذر الجرح حكم بعد سؤال المدعي» ^(٣).

أقول: إن تعذر الجرح مدة الإنظار - وهي ثلاثة أيام - أو الأمد الذي يمكن الإتيان بالبيّنة فيه بحسب المتعارف على اختلاف الموارد، حكم عليه الحاكم بعد سؤال المدعي ذلك عند المحقق.

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق قدّس سرّه: «ولا يستحلف المدعي مع البيّنة إلا أن تكون

(١) كشف اللثام ١٠: ١٠٤.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٣.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ٨٥.

الشهادة على ميت ...»^(١).

أقول : في هذا الفرع حكمان :

الأول : إنه لا يستحلف المدعى مع البينة ، والدليل على ذلك الإجماع المدعى ، مضافاً إلى النصوص الواردة فيه ، مثل خبر محمد بن مسلم إذ قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينة على حقه ، هل عليه أن يستحلف ؟ قال : لا »^(٢).

وخبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا أقام الرجل البيّنة على حقه فليس عليه يمين ، فإن لم يقم البينة فردّ عليه الذي ادّعى عليه اليمين ، فإن أبي أن يحلف له فلا حق له »^(٣).

لكن في الخبر في وصيّة أمير المؤمنين عليه السلام لشرّيح : « وردّ اليمين على المدعي مع بيّنته ، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء »^(٤) ولكنه ليس بحجة ، لضعفه ، ولم يأخذه أحد من الأصحاب ، فضعفه غير منجر ، وقد حمل على بعض الوجوه ، ولكن الأولى في الجواب عنه ما ذكر .

وبالجملة : فالحكم في الفرع الأول خال عن الإشكال .

والحكم الثاني : إنه لو كانت الشهادة على ميت أستحلف المدعي على بقاء حقه في ذمّة الميت استظهاراً ، قال في (الجواهر)^(٥) : بلا خلاف أجده فيه بين من

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٣ / ١ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤٣ / ٢ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٨ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١١ / ١ . أبواب آداب القاضي ، الباب ١ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ١٩٤ .

تعرض له ، كما اعترف به غير واحد ، والعمدة في الاستدلال عليه هو النصوص
مثل :

ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « قلت للشيخ : خبرني عن الرجل
يدّعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة . قال : فيمين المدّعي عليه ، فإن حلف فلا
حق له ، وإن ردّ اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له [وإن لم يحلف فعليه] وإن
كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة ، فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا
إله إلا هو ، لقد مات فلان وإن حقه لعليه وإلا فلا حق له ، لأننا لا ندري لعله قد
أوفاه ببينة لا نعلم موضعها ، أو غير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع
البينة ، فإن ادّعى بلا بينة فلا حق له ، لأن المدّعي عليه ليس بحمي ، ولو كان حياً
لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق »^(١).

وبالجملة ، فلا إشكال في أصل الحكمين المذكورين ، إنما الكلام في جهات :
[الأولى] : هل البينة في الدعوى على الميت ساقطة عن الحجية إلا إذا ضمّ
إليها اليمين ، أو أنها باقية على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المدعي معها ، من
جهة أن المدّعي عليه لو كان حياً وادّعى وفاء الدين وأنكر هو ذلك ، لوجب عليه
اليمين ؟ وثمره هذا البحث واضحة ، إذ على الأول ، لا حجّية للبينة بدون اليمين
مطلقاً ، وأما على الثاني ، فيترتب الأثر على البينة لو كان معذوراً عن اليمين .

[الثانية] : هل يمكن التعدي عن مورد السؤال في النصوص إلى غيره أو لا ؟
للتعدي عن مورد النص أنحاء ، كالتعدي عن احتمال الوفاء إلى احتمال
الإبراء ، أو الوفاء بواسطة غيره في حياته ، أو بواسطة وصيّته بعد موته .

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٦ / ١ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٤ .

وكالتعدي عن الدائن إلى وليه ، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن ، بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه .
وكالتعدي عن الدين إلى العين .

وكالتعدي عن البينة إلى الشاهد الواحد واليمين .

[الثالثة] : إنه بناءً على عدم التعدي عن مورد النص إلى الموارد المذكورة ، فلو ادعى عيناً على ميت ، فهل تسمع دعواه وتكفي البينة أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلاً ؟ وبناءً على التعدي والإلحاق ، فهل تسمع دعواه لو كان معذوراً عن اليمين ، ويكتفي لإثباتها بالبينة أو هي حينئذ ساقطة ؟

[الرابعة] : هل الوجوه والإحتالات التي يذكرها الإمام عليه السلام في جواب عبد الرحمن بن أبي عبد الله تقتضي قصور حجية البينة في الدعوى على الميت ؟ .

أقول : إن التعدي والخروج عن مورد النص إلى الموارد الأخرى يحتاج إلى القطع بملاك الحكم الوارد في النص ، ووجود ذلك الملاك بالقطع واليقين في غيره ، أو الاستظهار من نفس اللفظ ، أو العلم بعلة الحكم بمناسبة الحكم والموضوع ، فيحكم به في كل موضوع وجدت فيه تلك العلة ، وأما تعدية الحكم من موضوع إلى آخر من باب « حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد » فهو قياس باطل ، وأما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعي ، وتحصيله مشكل .

فالمتعين هو الاستظهار من النصوص والدقة فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها في الجهات المذكورة ...

ففي خبر عبد الرحمن : « ... فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة ، فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حقه لعليه ، فإن

حلف وإلا فلا حق له ، لأننا لا ندري لعلّه قد وقّاه بيّنة لا نعلم موضعها أو بغير بيّنة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيّنة ، فإن ادّعى ولا بيّنة فلا حق له ، لأن المدّعى عليه ليس بحمي ، ولو كان حياً لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت له عليه الحق^(١) . وهو ظاهر في أن يكون المدّعي نفس صاحب الحق لا وليّه أو وارثه أو وصيه .

اللهم إلا أن يقال بأن ما ذكره الإمام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل ، ولكنه مشكل .

وأما دعوى الإطلاق في « المطلوب بالحق » فشكل أيضاً ، لا سيما بالنظر إلى ما جاء بعده من قوله : « فعلى المدّعي اليمين ... وإن حقه لعليه » .

وكذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور في الخبر ، وهو قوله عليه السلام « لأننا لا ندري لعلّه قد وقّاه بيّنة لا نعلم موضعها ... » بأن نقول بأنه في كلّ مورد لا ندري لعلّ المدّعى عليه قد وفى ما للمدّعى بيّنة كذلك وجبت اليمين لإثبات الحق ، سواء كان الحالف المدّعي نفسه أو وليّه أو وصيّّه أو وارثه ، إذ يحتمل كون هذا الكلام تعليلاً للحكم بوجوب اليمين على المدّعي نفسه .

نعم ، لا مانع من التمسك به للتعدّي عن الدين إلى العين ، وعن الوفاء إلى الإبراء ونحوه .

وبالجملة ، لا نتمكّن أن نستفيد من هذه الرواية جواز حلف الولي أو الوصي أو الوارث - مثلاً - بدلاً من المدّعي ، كما أنه ليس عندنا دليل يدلّ على جواز يمين أحد بدلاً عن غيره ، بل من المسلّم به أن اليمين حجة للحالف فقط ، ولا

(١) تقدم تخريجه ص : ٢٨٥ .

أثر ليمين غير ذي الحق وإن كان وليه وكان عالماً بالواقع ، وسيأتي وجهه في محله إن شاء الله تعالى .

وهل يتعدى الحكم من الميت إلى الغائب والطفل والمجنون ؟
قولان ، ذكرهما الشهيد الثاني قدس سره في (المسالك)^(١) واختار عدم تبعاً
للمحقق وخلافاً للأكثر .

وكيف كان ، فعلى التعدي لا حجية للبيئة إلا بضم اليمين إليها ، وكذا في الموارد التي لا يتمكن المدعي من اليمين لأنها حقه ولا يتولاه غيره ، وقال جماعة : بأنه إن وجب الجمود في كيفية اليمين على ظاهر اللفظ الوارد في الخبر فهو ، وأما إن كان المراد هو اليمين بحسب حال المحالف - كما هو ظاهر الخبر الآخر - فلا مانع من يمين الولي - مثلاً - حيث يقيم الدعوى بدلاً عن الطفل المولى عليه على الميت ، فيحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقد مات فلان وإن حق هذا الطفل لعليه ، إن كان عالماً بذلك ، وإلا لم يحلف ، فإن ادعى وارث الميت على الولي العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه ، كان له أن يحلف على نفي العلم بذلك .

ولو فرض كون الولي عالماً بأداء الميت حق الطفل ، لم يجز له المطالبة بشي ، ولكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبة بحقه عند كبره .

هذا كله بناءً على القول بسقوط البيئة عن الحجية ما لم تضم إليها اليمين ، وإن كان المدعي غير متمكن منها ، إلا أن المختار أنه في الفرض المذكور يعتمد على البيئة ويحكم له بها .

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٦٢ .

ثم إن صاحب (الجواهر)^(١) قدّس سرّه لما كان يميل إلى القول بالتعدّي بالنسبة إلى بعض الموارد، اعترض على معاصره القائل بكفاية البيّنة فيما لو ادّعى وارث ميت على ميت آخر - لأن الدليل إنما يدلّ على ثبوت اليمين على نفس المدعي، فيبقى ما عداه على الأصل، وأقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفي العلم - بأن ظاهر الفتوى والنص - خصوصاً الصحيح - كون ذلك - أي البيّنة مع اليمين - هو الحجة على الميت، فيتّجه حينئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من «الصحيح» هو صحيحة الصفار: «كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام، هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل، فعلى المدعي يمين. وكتب: أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة. وكتب: أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: نعم من بعد يمين»^(٢).

ثم قال قدّس سرّه «إلاّ أنه - كما ترى - مناف لمذاق الفقه، فقد يقال إن للوارث الحلف على مقتضى الإستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو - مع أنه كما ترى أيضاً، خصوصاً إذا كان المستصحب غير معلوم له وإنما شهدت به البيّنة - لا يتم في الوصي الذي لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلاّ أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط في حجية البيّنة التي هي في الحقيقة المثبتة،

(١) جواهر الكلام ٤٠: ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٧١/١. كتاب الشهادات، الباب ٢٨.

أو يقال بالإكتفاء بيمين الوارث مع البينة في إثبات مفادها الذي لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والإرث ، لأنها من الحجة المثبتة للموضوع في نفسه^(١) .

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة ، بل يكفي يمين واحدة من أحدهم ، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحدة في تمامية حجية البينة التي قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وإن أقامها أحدهم ، فتأمل ، فإنه دقيق نافع وإن كان لا يخلو من بحث ، ضرورة كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد ، فلا يكتفي بها لغير ذي الحق .

بل قد يناقش في قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والإبراء ونحوهما ، ولا يكون منه على البت لأنه فعل الغير ، فمع فرض اعتبار يمين البت في يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولاً ، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشي منها» .

قلت : لكن الشك في ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدلة حجية البينة زائداً على القدر المتيقن ، وقد تقرّر في محله جريان الأصل في السبب ، فلو أريد الرجوع إلى الأصل في هذا المقام ، كان المرجع أصالة عدم التخصيص الزائد لأدلة حجية البينة ، ويكون الحاصل حجيتها في المورد ، من غير توقّف على ضم ، اليمين إليها .

ثم قال رحمه الله «نعم ، قد يقال - بعد استبعاد سقوط الحق مع البينة العادلة خصوصاً مع قطع الوارث بالحق ، بل يمكن دعوى معلومية خلافه ولو بالسيرة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٩٧ .

القطعية ، واستبعاد سقوط اليمين في الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه - إن المتجه إلزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو إيرائه»^(١).

لكن فيه : أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثراً ، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إيرائه إياه ، إذ لا ملازمة بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق ، والمفروض أن هذه اليمين هي للاستظهار ، وحيث لا أثر لهذه اليمين ، فإن المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيرة القطعية ، فلا بد من الأخذ بالبينة .

ومن فروع المقام ما ذكره في (المسالك) بقوله : « لو أقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ، ففي ضمّ اليمين إلى البينة وجهان ، من إطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو إيراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ، ومن البناء على الأصل والظاهر من بقاء الحق . وهذا أقوى »^(٢).

قلت : والصحيح هو الوجه الثاني ، وأما ما أورد عليه في (الجواهر) من أنه مناف لإطلاق صحيح الصفار ، ففيه : أن التعليل الموجود في خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله حيث قال عليه السلام : « لأننا لا ندري لعله قد وقّاه ... » يقيد إطلاق صحيح الصفار ، فلا يشمل هذا المورد الذي نعلم بعدم وفاء الميت للحق ... ومما ذكرنا يظهر الإشكال في قوله بعد ذلك : « مع أن ظاهر الصحيح المزبور التعبد » لأنه لا مجال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الذي يقتضي كون اليمين للاستظهار .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ١٩٨ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٦٣ .

قال : ثم إن ظاهر قوله : « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفى الاحتمال بعد الموت أيضاً ، لكن ظاهر اليمين في الخبر المزبور اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده .

أقول : لكن مقتضى التعليل في الخبر هو العموم لما بعد الموت .

أحكام قيام البينة على الغائب والصبي والمجنون :

قال المحقق قدس سره : « ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ، ففي ضمّ اليمين إلى البينة تردد ، أشبهه أنه لا يمين ، ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال »^(١) .

أقول : ذكروا أن للحاكم أو عليه أن يدفع من مال الغائب إلى المدعي ، وهذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجية البينة هنا أو لم نقل بذلك ، فإنه بعد قيام الحجة على الحكم وتمايم الحكم من قبل الحاكم ، يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه ، لكن بعد تكفيل القابض بالمال ، لأن الغائب على حجته ، فلو حضر وظهر براءة ذمته من الحق المدعى ، استرجع المال المأخوذ منه إليه

وهل المراد من الكفالة هنا هو الضمان ؟

إن الضمان المصطلح في الدين هو : أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين ، فينتقل الحق من ذمة المدين إلى ذمة الضامن ، ويكون هو المطالب بالحق في حال عدم وفاء المدين بالحق ، لكن يشكل ، أن يكون المراد من التكفيل هنا هذا المعنى ، لعدم ثبوت اشتغال ذمة القابض - فلا معنى لأن يضمنه غيره ، لأنه من قبيل ضمان ما لم يجب وهو باطل - وإن لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمة ، وأما العين ،

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

فإن ضمانها يكون بنحو التعهد لأخذها وردّها إلى صاحبها . وحيثُذ يقع الشك في هذا المورد ، لأنه - لما يدعي المدعي الحق على الغائب ويقيم البينة على ذلك ويحكم الحاكم له ، ويدفع إليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا - يشك في أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك . وبعبارة أخرى : هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته ؟

هذا في غير ما نحن فيه مشكل ، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب ، أمكن الضمان فيه على تقدير ، نعم ، يبقى فيه إشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق ، إلا أن يدفع بأن التعليق هو في المنشأ لا في الإنشاء . هذا ، ولا حاجة إلى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب إلى المدعي ، لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهراً على البينة وحكم الحاكم بالحق ، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص ، وإلا لم تكن حاجة إليه بعد ثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما إذا حضر وثبت براءة ذمته ، والنص المشار إليه هو :

ما رواه الشيخ بإسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمد ، عن جعفر بن محمد بن إبراهيم ، عن عبد الله بن نهيك ، عن ابن أبي عمير ، عن جميل بن دراج ، عن جماعة من أصحابنا عنها عليهما السلام : « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ، ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته إذا قدم . قال : ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء »^(١) .

ويمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل ، لكن في (الجواهر) أنه لم يعثر

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٢٩٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٦ .

على قاتل به ، ولعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العبارة نظير قولهم : إذا شهد عليه المسلمون فكذا ، حيث يراد بذلك المسلم ، وكذا قولهم : يشترط إذن العلماء في كذا ، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء .

قال في الوسائل : وعنه ، عن أبيه ، عن سعد بن عبد الله ، عن أيوب بن نوح ، عن محمد بن أبي عمير ، عن جميل مثله .

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ، لكن فيه : « إذا لم يكن ملئاً »^(١) فإنه ظاهر في تكفيل القابض إذا لم يكن ملئاً ، وأما إذا كان ملئاً فلا يجب . ولعل الوجه في ذلك أنه إن كان فقيراً ولم يؤخذ كفيل ، ضاع حق الغائب على تقدير براءة ذمته ، لأن المفروض إفلاس المدعي ، والمفلس في أمان الله . ومن هذه الرواية يعلم أيضاً أن المدعى يكفل من جهة المال الذي يأخذه لا من جهة شخصه ، ولذا لو أقام المدعى عليه البينة على براءة ذمته ، أخذ الحاكم حقه وأرجعه إليه وإن لم يكن المدعى حاضراً .

هذا ، وليس في الروايات ذكر لليمين ، ومن هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا . ولو سلم عموم التعليل في رواية الدعوى على الميت الدالة على لزوم اليمين في تلك الصورة لما نحن فيه ، كانت روايات هذا المقام مخصصة لتلك الرواية ، وتكون النتيجة لزوم اليمين في كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهة أداء حق المدعى إلا الغائب ، فلا يلزم في الدعوى عليه ضم اليمين إلى البينة ، إلا أن يقال بلزومها هنا

(١) قال في الوسائل ٢٧ : ٤٩٤ / ذيل ح ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٦ ، بعد ما رواه عن جميل : وبإسناده عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام نحوه وزاد : « إذا لم يكن ملئاً » . ورواه الكليني عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن مثله .

أيضاً ، من جهة أنه لا منافاة بين اشتراط اليمين هناك ، واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفي لزومها ، بل إن المراد من البيّنة هو البيّنة مع اليمين ، ولكن هذا الإحتمال خلاف الظاهر ، لأن ظاهر الأدلة كفاية البيّنة بوحدها .

هذا ، وجميل من أصحاب الإجماع ، والرواية معمول بها عند الأصحاب ، فلا يقدح إرسالها في حجيتها^(١) .

ثم إن صاحب (المسالك) قال في شرح عبارة المحقق قدّس سرّه : وإنما اعتبر المصنف الكفيل ، لأنه لم يوجب عليه اليمين مع البيّنة ، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءة الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البيّنة ، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل إلا على تقدير تعذّرها ، كما لو كان المدعي على الغائب وكيل المستحق ، فإنه لا يجوز إحلافه فيستظهر بالكفيل ، ولا شك في أن الكفالة واليمين احتياط واستظهار ، إلا أن ثبوتها يحتاج إلى دليل^(٢) .

وقد استغرب صاحب (الجواهر) صدور هذا الكلام منه قائلاً بأنه^(٣) : لو اشترطنا اليمين ، فإنه متى تعذّرت عليه - كما لو كان المدعي على الغائب وكيلاً - لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين ، إلا أن يقول بأن هنا روايتين ، إحداهما تفيد الاستظهار بالكفيل ، والاخرى تفيد الاستظهار باليمين ، وفيما

(١) فيردّ على المحقق الأردبيلي قدّس سرّه (مجمع الفائدة ١٢ : ٢٠٤) حيث طعن فيها بالإرسال ، وقد طعن فيها أيضاً بجهولية « جعفر بن محمد بن إبراهيم » و « عبد الله بن نهيك » قلت : أما « ابن نهيك » فهو ثقة ، وأما « جعفر بن محمد بن إبراهيم » وهو الموسوي فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقه ، لكنه من رجال كامل الزيارات . وكيف كان ، فالظاهر صحة الطريق الثاني ، وأما الطعن بالإرسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الأصحاب لما يصح عن تلك الجماعة .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٦٤ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٠٣ .

نحن فيه يمكن التمسك بكلّ منها ولا يجمع بين الأمرين ، بل إن حلف فلا يكفل ، وإن كفل فلا يحلف ، وأورد عليه في (الجواهر) بأنه : لا مانع من الجمع بين الأمرين ، ومن هنا اعتبر في (القواعد) ضم اليمين إلى التكفيل^(١).

(قال) : ولكن لا يجب شيء من الأمرين ، لا فيما نحن فيه ولا في صورة الدعوى على الميت ، بل إن القضية تتم بحكم الحاكم ، بعد قيام البينة ، وأما اليمين والكفيل فلا إحتياط والإستظهار .

أقول : يتوجّه هذا الكلام في خصوص كون المدعى عليه غائباً ، لأن الرواية الدالة على اعتبار ضم اليمين إلى البينة في حال كون المدعى عليه ميتاً ، تختص بموردها ولا تشمل محلّ الكلام ، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الإحتياط والإستظهار ، وقد استفاد في (الجواهر)^(٢) أن أخذ الكفيل في حال عدم الملاءة - كما في رواية محمد بن مسلم - هو للإستظهار أيضاً ، وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل ، ولكن ظاهرها توقف دفع المال إليه في هذه الحالة على التكفيل .

وعن الأردبيلي قدس سرّه^(٣) الإشكال في دفع المال إلى المدعي ، لأنه قد يستلزم الضرر على الغائب ، وأن الخبر غير عام ، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق ، وهو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب ، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه .

أقول : لكن الظاهر أنه في مثل هذا الحكم الذي يستلزم الضرر غالباً ، لا يمكن القول بحكومة أدلة لا ضرر .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٤٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٣٠٣ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٢ : ٢٠٥ .

هذا كله بالنسبة إلى الغائب ، وكذلك المجنون والصغير ، فإنه بنفس البيّنة يحكم المحاكم على وليّهما بدفع حق المدعي ، من دون حاجة إلى ضمّ اليمين إلى البيّنة ، لعدم شمول رواية اعتبار اليمين الواردة في خصوص الميت لهما ، وقياسهما عليه باطل بالضرورة ، فالأشبه أنه لا يمين ، وفاقاً للمصنف وجماعة .

حكم ما لو ذكر المدعي أن له بينة غائبة :

قال المحقق : «ولو ذكر المدعي أن له بينة غائبة ، خيرّه المحاكم بين الصبر وبين إحناف الغريم ...» (١) .

أقول : ذكر جماعة : أنه لو ذكر المدعي بعد طرح دعواه عند المحاكم أن له بينة على ما يدعي ولكنها غائبة ، خيرّه المحاكم بين أن يصبر حتى تحضر البيّنة وبين أن يحلف غريمه المنكر ، وليس للمدّعي ملازمة الغريم ولا مطالبته بكفيل .

وليس في عبارة المحقق قدس سرّه ذكر لمدة الصبر ، وأما التخيير بينه وبين إحناف الغريم فهو مقتضى القاعدة ، ولا حاجة إلى دليل خاص يدلّ عليه ، لأن الخيار بيده وأن يمين الغريم حق ثابت له ، بل له اختيار إحناف الغريم حتى مع حضور البيّنة .

هذا ما ذكره المحقق قدس سرّه هنا ، لكن في (النافع) (٢) : «ولو قال : البيّنة غائبة ، أجلّ بمقدار إحضارها ، وفي تكفيل المدّعي عليه تردّد ، ويخرج من الكفالة عند انقضاء الأجل» .

وقد ذكر الشهيد الثاني قدس سرّه في (المسالك) أدلّة الطرفين ، فدليل عدم

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

(٢) المختصر النافع : ٢٨١ .

لزوم أخذ الكفيل هو: أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من إعطاء الكفيل، ولا دليل على جواز الإلزام بإعطاء الكفيل، ودليل اللزوم: إحتال ضرر المدعي، فيدفع الضرر بأخذ الكفيل. قال في (المسالك): وهو الأحوط^(١).

إذن، في المسألة ثلاثة أقوال.

وقد أشكل في (الجواهر)^(٢) في التأجيل بأنه لا ثمرة له، لأنه إن حضر البينة بعد انتهاء المدة، سمعت الشهادة بلا خلاف، ولم يقل أحد بأنه يجبر على الإحلاف بعد المدة مع عدم حضور الشاهدين، وإن كان المراد تعيين الأجل للكفالة، بناء على جواز أخذ الكفيل، كان له وجه، وتكون الثمرة خروجه من الكفالة عند انقضاء الأجل، ولكن هذا لا يتلائم مع عبارة (النافع) حيث تردّد في أخذ الكفيل، فيكون التأجيل لغواً.

لكن في قول أمير المؤمنين عليه السلام لشرح: «إجعل لمن ادّعى شهوداً غيباً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية»^(٣) دلالة على لزوم تعيين الأجل، فع انقضائه لم يمهل، إلا أنه لا قائل بذلك، فالأولى حمله على مجرد الإمهال حتى حضور البينة، مع احتمال حمله - وإن كان بعيداً - على كون الشهادة على جرح بينة المدعي بعد إقامتها، فيجعل لإحضار شهود الجرح أمداً حتى لا يبقى النزاع بينهما.

وهذا كله لو فرض تمامية سند الخبر.

وهل يلزم التكفيل؟ استدللّ للعدم بأن المدعي قد اختار الصبر حتى حضور

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٤٦٥.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٢٠٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ١/٢١١. أبواب آداب القاضي، الباب ١.

البيئة ، فلا وجه لإلزامه المدعى عليه بإعطاء الكفيل أو ملازمته إياه أو المطالبة بحبسه ، لأن حق المدعي غير ثابت ، فكيف يقال بإضرار المدعى عليه فعلاً ، كأن يحبس أو يلازم ، دفعاً للضرر المحتمل توجهه على المدعي .

فإن قيل : إذن ، يؤخذ منه الكفيل ، لأنه إن كان ضرراً على المدعى عليه ، فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه إلى المدعي .

قلنا : إن قاعدة نفي الضرر ليست مشرعة ، بل إنها قاعدة ثانوية ترفع الحكم الأولي المجعول حال كونه ضررياً ، وفيما نحن فيه لا حكم شرعي مجعول ترفعه قاعدة نفي الضرر لكونه ضررياً .

فإن قيل : إن حرمة الإلزام بالكفيل حكم ضرري ، فترفعه القاعدة ويحكم بالجواز .

قلنا : إن هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه ، ولا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الآخر .

وأما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما في (المسالك)^(١) ففيه : أن الأحوط هو العكس ، لأن معنى الإحتياط هو الإتيان بالفعل مثلاً لأجل التيقن بفراغ الذمة على كلا احتمالي الوجوب والاستحباب ، وأما هنا ، فإن في أخذ الكفيل ضرراً فعلياً على المدعى عليه ، وفي عدمه ضرر احتمالي على المدعي ، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه ، لأنه في حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر ، وأما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل ، مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعي باختياره الصبر ، فالأحوط الترك .

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٦٥ .

وقد يفصل بأنه إذا كان المدعى عليه ملئاً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءة ذمة الخصم ، فلا يكفل ، وإلا فيكفل ، والوجه في ذلك وجوب مراعاة المحاكم لأقل الضررين في حال دوران الأمر بينهما .
وهذا أيضاً ضعيف ، لأنه يلاحظ أقل الضررين إن كانا متوجهين إلى شخص واحد لا شخصين .

وعلى التكفيل ، فهل يتعين في ضرب مدة ثلاثة أيام كما عن ابن حمزة ، أو يناط بنظر المحاكم ؟ قولان .

وإن كان له شاهد واحد ، وذكر أن الآخر غائب ، فقد قيل بحبسه حتى يحضر الآخر ، والأشبه : أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل ، فهذا الفرع كسابقه .



٣- الأحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه :

قال المحقق : « وأما السكوت ، فإن اعتمده الزم بالجواب ، فإن عاند حبس حتى يبين ، وقيل : يجبر حتى يجيب ، وقيل ... والأول مروى ... »^(١) .

أقول : إن سكوت المدعى عليه أو قال : لا أدري ، فتارة : يكون سكوته لا عن عناد ، بل من جهة خوف أو دهشة أو تفكير في الأمر والجواب أو نحو ذلك ، فحينئذ يطمئنه المحاكم ويصبر حتى يزول خوفه ، وتارة : يكون سكوته عن عناد ولجاجة ، فهنا ثلاثة أقوال ذكرها المحقق قدس سره :

الأول : الحبس حتى يبين الجواب .

الثاني : إجباره على الجواب بالضرب ونحوه .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٥ .

الثالث : أن يقول له الحاكم : إما أجبت وإما جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدعي ، فإن أصرّ على السكوت ردّ الحاكم اليمين على المدعي .
وهل هذا البحث والخلاف قبل إقامة المدعي البينة أو بعدها ؟
يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام .

الأولى : أن يقيم المدعي دعواه عند الحاكم ، فيسأل الحاكم المدعي عليه عن جوابه فيسكت .

والثانية : أن يقيم الدعوى ويطلبه الحاكم بإقامة بينة ، ثم يسأل المدعي عليه فيسكت .

والثالثة : أن يقيم الدعوى ولا بينة عنده عليها ، فيسكت المدعي عليه عن الجواب .

لا ريب في عدم كون الصورة الأولى محلّ الخلاف والأقوال .
وأما في الصورة الثانية ، فإن علم الحاكم بعدالة الشاهدين ، فإنه بعد سكوت المدعي عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع .

فظهر أن مورد الأقوال هو الصورة الثالثة ، والحق : أن جواب المدعي عليه ليس حقاً للمدعي ، وأنه لا دليل على وجوبه عليه شرعاً ، نعم ، هو مقدّمة للعلم بالحال وفصل النزاع .

ولننظر فيما يمكن أن يستدلّ به للأقوال في هذا المقام ، فنقول :
الظاهر أنه لا نصّ في المسألة بالخصوص ، وقول المحقق والعلامة قدس سرّهما بالنسبة إلى القول الأوّل : «والأوّل مروي» يمكن أن يكون إشارة إلى

النبوي المشهور : «لِيّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»^(١) الذي ذكروا انجبار ضعفه بعمل الأصحاب . وقد أجيب : بأن الظاهر من «الواجد» هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى ، ويشهد بذلك أن الإمام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين والغريم كما في الأخبار .

أقول : وفي الاستدلال به والجواب عنه نظر .

أما في الاستدلال ، فإنه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجباً على المدعى عليه ، إما من جهة كونه حقاً للمدعي وإما من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وحينئذ ، فلو شككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث ، وأما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا يجوز حبسه ، كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مديناً ... وقد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقاً تأملاً وإشكالاً ، اللهم إلا أن يكون اجماع ، فسقط الاستدلال .

وأما في الجواب ، فن جهة أنه لو فرض ظهور لفظ «الواجد» فيما ذكر ، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام ، فلا مانع من دعوى إلغاء خصوصية المال هنا بمناسبة الحكم والموضوع ، فيكون معنى الحديث : لِيّ الواجد عن أداء ما للناس - مالا كان أو حقاً - يحلّ عقوبته وعرضه .

واستدل للقول الثاني : بأن إجباره على الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وفيه : إن هذا أيضاً متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه ، وإلا فإن أدلة وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف والمنكر ...

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٤/٣٣٣ . أبواب الدين ، الباب ٨ .

واستدل للقول الثالث : بعموم الروايات الواردة في باب «أن المدعي إذا لم يكن له بينة فله استحلاف المنكر ، فإن ردّ اليمين على المدعي فحلف ثبتت الدعوى وإن نكل بطلت» كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : «في الرجل يدعي ولا بينة له . قال : يستحلفه ، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له»^(١) .

وبالرواية الواردة في الأخرس^(٢) ، إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم ، بل يكفي لثبوت حق المدعي امتناع المدعي عليه من اليمين ، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهة القياس .

وبرواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(٣) .
فالأظهر هو القول الثالث ، وإن قال بالأول جماعة كبيرة من الأصحاب .
وقد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين ، لأن المدعي عليه إن كان يعلم بصدق المدعي فهو مقرّ وعليه دفع ما يدّعيه ، وإن كان ينكر ذلك ، وجب عليه ردّ اليمين على المدعي ، وحيث امتنع من ذلك بسكوته ، فإن الحاكم يرّد اليمين على المدعي ، فإن حلف ثبتت دعواه وإلا سقطت ، فالحاصل : أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق .

وفيه : إن الإقرار أو الإنكار لابدّ من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر ، والعلم الإجمالي المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين .

وقد يعترض : بأنه لو كان السكوت في حكم النكول - كما تمسك لذلك

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٠٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٣٣ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٦ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٤ .

بالروايات العامة - فيردّ اليمين على المدعي ، كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير والمجنون والغائب والميت موضوعاً لجواز الردّ على المدعي .
وفيه : إنه قياس مع الفارق .

وأما رأي صاحب (الجواهر)^(١) قدّس سرّه ، فهو بقاء النزاع على حاله ، فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينة .

وفيه : إنه مشكل جداً ، فإنه يؤدي إلى عدم ثبوت دعوى أبدأً ، ولا ريب في بطلان نسبة هذا الحكم إلى الشارع ، وعليه ، فلا مناص من سماع الدعوى ، ومع سكوت المدعى عليه يحلف المدعي بمجرد ذلك أو بعد ردّ الحاكم اليمين عليه ، وإن كان الثاني هو الأحوط ، فإن لم يحلف سقطت الدعوى .

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى في صورة الحبس أو الضرب ، لأنه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما ويكون المرجع ما ذكرنا ، وعليه ، فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذي يحتمل سلوكه بالتالي ؟
الحق : هو العدم .

قال المحقق قدّس سرّه : « ولو كان به آفة من طرش أو خرس توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين »^(٢) .

أقول : هذا إن لم نقل بأن إشارة الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذي يكتفى بالظن بالمراد منه ، فلا حاجة إلى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرأً أو منكرأً .

قال : « ولو استغفلت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد ... » .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢١١ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٦ .

أقول : إن القول بافتقاره إلى مترجمين عدلين مبني على أن ذلك من قبيل الشهادة ، وأما بناءً على كونه من باب الرجوع إلى أهل الخبرة في فهم اللغات مثلاً فلا يعتبر التعدد .

٤ - حكم ما لو قال في الجواب « لا أدري » :

إذا أجاب المدعى عليه بقوله « لا أدري » ، فإن كان للمدعي بينة على دعواه فهو ، وإلا فوجوه :

منها : سقوط الدعوى ، لأن المدعي - بعد فرض عدم البينة - يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أو لا ، لا يجب عليه دفع شيء .

ومنها : أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعي في ذمته استناداً إلى الأصل ، فإن شك في مشروعية هذه اليمين وسقوط الدعوى بها ، فالأصل هو العدم ، ولكن تعارضه أصالة عدم استحقاق الحق .

ومنها : إن يرد اليمين على المدعي .

ومنها : إنه منكر وعليه اليمين بنفي العلم باستحقاق المدعي ما يدعيه عليه ، قال في (الجواهر) : « ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه في الثلاثة عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم ، وحينئذ ، فإذا كان جوابه لا أدري ولا أعلم ونحو ذلك ، فهو منكر ، ضرورة عدم كونه إقراراً كضرورة عدم كونه ساكتاً فليس إلا الإنكار ، وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافي كونه فرداً آخر له ، مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه وإن لم يعلمه في نفس الأمر ، ضرورة اقتضاء تعلّق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه ، فإذا نفي العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه ، وبذلك يكون منكراً لا يتوجّه عليه إلا اليمين

لموافقته للأصل وغيره ، ولا ينافي ذلك ما تسمعه من الأصحاب - من غير خلاف فيه يعرف بينهم - من اعتبار الحلف على البت في فعله نفيًا وإثباتًا ، المنزل على الصورة الغالبة من الإنكار ، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصورة الثانية ، فإنه يحلف على عدم العلم نحويمين الوارث»^(١) .

ومنها : ما ذكره السيّد قدّس سرّه - ولا يبعد كونه الأصح - وهو التفصيل بين صورة تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدراية وبين صورة عدم تصديقه لها ، فقال ما حاصله بلفظه^(٢) : «إذا أجاب المدعى عليه بقوله : لا أدري ، فإما أن يصدّقه المدعى في هذه الدعوى أو لا . فعلى الأوّل : إن كان للمدعى بينة على دعواه فهو وإلا فلا حق له ، لأن المفروض تصديقه في عدم علمه ، ومعه ليس مكلفاً بالأداء في مرحلة الظاهر ، لأن الأصل براءة ذمته والمدعى أيضاً معترف بذلك ، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينة واعتراف المدعى بعدم علم الوارث ، فإنه لا خلاف في سقوط دعواه حيثئذ . ويمكن أن يستدلّ على ما ذكرنا بالأخبار الواردة في ادّعاء رجل زوجيّة امرأة لها زوج ، وأنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينة ، كموثقة سماعة^(٣) ورواية يونس^(٤) وحسنة عبد العزيز^(٥) ، فإن المفروض في هذه الأخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى وكذبه ، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجيّة وغيرها .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢١١ - ٢١٢ .

(٢) تكملة العروة الوثقى ٣ : ١٠٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠ : ٢/٣٠٠ . أبواب عقد النكاح ، الباب ٢٣ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٠ : ٣/٣٠٠ . أبواب عقد النكاح ، الباب ٢٣ .

(٥) وسائل الشيعة ٢٠ : ٣/٣٠٠ . أبواب عقد النكاح ، الباب ٢٣ .

وعلى الثاني ، فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلاً بحسب الظاهر ، لأنه منكر من هذه الحيشية ، فالمنكر قسماً : منكر للإشتغال الواقعي ، ومنكر للإشتغال بحسب ظاهر الشرع ، وللمدعي أن يحلفه على نفي العلم إن ادعى علمه بثبوت الحق ، فإن حلف كفى في سقوط الدعوى ، وإن ردّ اليمين على المدعي أو المحاكم ردّها عليه فحلف ثبت حقه ، ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه البينة بعد ذلك ولا يجوز له المقاصة .

هذا إذا كانت الدعوى ديناً .

وأما إذا كانت متعلّقة بعين في يده وأجاب المدعى عليه بقوله : « لا أدري » ، فقد ذكروا : أنه إن كانت تحت تصرف تلك اليد فقط ، ولم تشاركها يد أخرى في الأخذ والوضع من الصندوق الذي وضعت تلك العين فيها مثلاً ، كانت اليد المنحصرة حجة ، وإلا وجب على المدعي إقامة البينة ، فإن أقامها حكم له وإلا فبها أن المدعي عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع - ومن هنا أيضاً لا يمكنه ردّ اليمين على المدعي - تكون الدعوى ساقطة ظاهراً .

وقال السيد رحمه الله ما ملخصه : بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعي على الميت ، اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه ، كما يظهر من خبر حفص بن غياث^(١) ، فإنه يظهر منه جواز الحلف إذا اشترى من ذي يد ، بل يظهر

(١) وهو : « 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 أشهد أنه له فلعلّه لغيره . فقال أبو عبد الله عليه السلام : أفيحلّ الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبد الله عليه السلام : فلعلّه لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هولي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك ؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق . »

منه جواز الشهادة باليد ، مع أن أمر الشهادة أصعب ، بل وكذا إذا كانت في يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له ، ولا يضرّ قوله : لا أدري من أين صارت في يدي وأنها في الواقع لي أو ليست لي^(١) .

لكن قال في (المستند) في هذه الصورة : إن ردّ اليمين على المدعي فحلف كانت له ، وإن لم يدّع عليه العلم أو ادّعى وحلف على نفي العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعى ، لأنه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنه له أو لا^(٢) .

قلت : والأولى ما ذكره السيد قدّس سرّه ، لأنه مقتضى قاعدة اليد .

ثم إنه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى في صورة تصديق المدعي دعوى المدعى عليه عدم درايته ، وأنه لا أثر لليمين حينئذ - لأن الغرض منها إزالة الشك في صدقه ، فعلم به لا أثر لها - يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه في دعوى عدم الدراية ، من دون حاجة إلى يمين المدعى عليه على ذلك .

وقال بعض أعلام العصر : وإذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم ، فقد يقال مع تصديق المدعى له ، فإما أن يكون له بينة فهو ، ومع عدمها لا حق له ، لعدم كون المدعى عليه مكلفاً بالأداء في الظاهر والمدعي معترف بذلك ، فلا يجوز مطالبته ، ومعه ليست الدعوى مسموعة حتى يقال يصدق عليه المدعي ، وكلّ دعوى مسموعة يكون الفصل فيها بالبينّة واليمين ، وذلك لعدم البينة وعدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له في براءته بحسب الظاهر^(٣) .

(١) العروة الوثقى ٣ : ١٠٦ .

(٢) مستند الشيعة ١٧ : ٣٥٥ .

(٣) جامع المدارك : ٤١/٦ .

وفيه : أنه ليس الشك في الصدق ملحقاً بالعلم به في عدم جواز الإحلاف ، لأن اليمين هي للإستظهار في حال تكذيبه دعوى نفي العلم أو الشك في صدق هذه الدعوى .

وإنما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مديناً ، لأن الصحيح - كما ذكر الشيخ الاستاذ قدس سرّه^(١) - إن قولهم بعدم وجوب الفحص في الشبهة الموضوعية ليس على إطلاقه ، لأنه قد يكون الفحص من السهولة بحيث لا يصدق معه الشك والشبهة عرفاً ، فلو توقّف ظهور حقيقة الحال في المنازعة على حق ، على مراجعة دفتر الحساب ، لم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك في صدق الدعوى وتمسكه بأصالة العدم حينئذ ... وما نحن فيه من هذا القبيل ، فالحلف لا بد منه في هذا المقام .



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

(١) آية الله العظمى الشيخ عبد الكريم اليزدي الحائري طاب ثراه ، مؤسس الحوزة العلمية .

مسائل

تتعلق بالحكم على الغائب

الأصل - لولا الدليل - عدم نفوذ الحكم على الغائب ، إلا أنه لا ريب في سماع الدعوى ونفوذ الحكم عليه ، وفي (الجواهر)^(١) الإجماع بقسميه عليه ، وقد يستدل لذلك بالأدلة التالية :

- ١ - إطلاق أدلة القضاء ، كقوله تعالى ﴿ فَاخْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾^(٢) .
- ٢ - إطلاق أدلة الحكم بالبيّنة واليمين ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان »^(٣) .

إلا أن التمسك بهاتين الطائفتين من الأدلة غير تام ، لعدم الإطلاق الشامل للغائب فيها ، بحيث يمكن أن يكون دليلاً للجواز ، لولا الأخبار الخاصة والإجماع ، لأن هذه الأدلة في مقام بيان الحكم على الإجمال ، فهي تبين أصل القضاء وتشريعه من غير تعرّض للشرائط والخصوصيات ، ويكون معنى « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » : إني لا أقضي بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزة ، بل

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٢٠ .

(٢) سورة ص ٣٨ : ٢٦ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٢ .

أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان ، بل إن هذا الحديث ونحوه منصرف عن صورة كون أحد المتخاصمين غائباً .

٣ - ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أنه قال لهند زوجة أبي سفيان - بعد أن ادّعت أنه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي - : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »^(١) وكان أبو سفيان غائباً .

وفيه - مع الغض عن سنده ، وعمّا قيل من أن كون أبي سفيان غائباً غير معلوم - أنه لا ظهور له في كون ذلك من النبي صلى الله عليه وآله وسلم من باب الحكم ، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى ، فلا يتم الاستدلال به .

٤ - ما روي عن أبي موسى الأشعري : « كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد ، فوفي أحدهما ولم يف الآخر ، قضى للذي وفى على الذي لم يف . أي مع البينة »^(٢) .

وهذا الحديث - مع الغض عن سنده - صريح في حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم ، فلا يستدلّ به لصورة غياب أحدهما من الأوّل .

٥ - خبر جميل : « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته إذا قدم ، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء »^(٣) .

٦ - خبر محمد بن مسلم : « الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة ويباع

(١) حديث عامي - انظر : مسند أحمد ٦ : ٣٩ - ووصفه صاحب الجواهر بالمستفيض ، انظر مسند أحمد ٣٩ : ٦ .

(٢) حديث عامي ، انظر : الحاوي الكبير ١٦ : ٢٩٨ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٤ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٦ .

ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته إذا قدم ، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء إذا لم يكن ملتيًا^(١).

٧- إطلاق ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : «القضاة أربعة ، ثلاثة في النار وواحد في الجنة ، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة»^(٢).

لكن الظاهر كونه في مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط، فلا إطلاق له ليستدل به في المقام .

وبعض ما ذكر يتقيد إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء»^(٣) وإن كان يحتمل ظهور «تقاضى إليك رجلان» في كونها حاضرين ، فيكون وجه الجمع : الحكم في القضية جزماً ويكون الغائب على حجته إذا قدم .

وما عن علي عليه السلام قال : «قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهني إلى اليمن : إذا تحوكم إليك فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الآخر . قال : فما شككت في قضاء بعد ذلك»^(٤).

وما رواه العياشي في تفسيره عن الحسن عن علي عليه السلام : إن النبي

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٥ / ذيل ح ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٦ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢ / ٦ . أبواب صفات القاضي ، الباب ٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٦ / ٢ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٧ / ٦ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٤ .

صلى الله عليه وآله وسلم بعثه ببراءة - إلى أن قال - فقال : «إن الناس سيتقاضون إليك ، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الآخر ، فإنه أجدر أن تعلم الحق»^(١) بناء على ظهورهما في الإطلاق ، ويكون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الآخر أنه إذا حضرا معاً ، فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الآخر وسماع كلامه ، وقد حمل الأمر بالسؤال منه على الإرشاد ، ولكنه خلاف الظاهر .

وأما ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام من أنه قال : «لا يقضى على غائب»^(٢) فلا يعارض ما تقدّم ، لضعف سنده^(٣) ، ولإعراض الأصحاب عنه ، مع إمكان حمله على بعض الوجوه .

وبعد ، فهل يقضى على الغائب في كلّ دعوى وعلى كلّ حال ؟

يتضح الأمر في هذا المقام في مسائل :

مركز تحقيق كتب التراث الإسلامي

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢١٧ / ٧ . أبواب آداب القاضي ، الباب ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٦ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٦ .

(٣) لأن راويه أبا البخترى - وهو : وهب بن وهب - ضعيف كما نصّ عليه علماء الرجال .

المسألة الأولى

(في المراد من الغائب)

قال المحقق قدس سره : « يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضراً، وقيل: يعتبر في الحاضر تعذر حضوره بمجلس الحكم »^(١).
أقول : لا إشكال ولا خلاف في أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهة مرض أو شبهه ، أو كان ممتنعاً عن الحضور . ولا خلاف في صدق « الغائب » على المسافر بمقدار المسافة الشرعية ، وأما إذا كان أقل منها ، فعن يحيى ابن سعيد القول بعدم الصدق^(٢) ، ولعل دليله أن القدر المتيقن من « الغائب » هو المسافر بقدر المسافة الشرعية . وهو ضعيف ، لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقة .

وإن كان حاضراً في البلد وغائباً عن مجلس الحكم ، فالمشهور أنه كالغائب عن البلد ، فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً ، قال في (الجواهر)^(٣) :
وإن لم يتعذر عليه الحضور ، لكن فيه عن المبسوط وتعليق الإرشاد : يعتبر في الحاضر تعذر حضوره بمجلس الحكم .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٦ .

(٢) الجامع للشرائع : ٥٢٧ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٢٢ .

إلا أنا لم نجد في المبسوط ما نسب إليه ، والشيخ قدس سره لم يستعرض
لمسألتنا ، ويمكن أن يكون قد تعرّض لها في موضع آخر من كتابه .
وفي (المسالك)^(١) : إن كان غائباً عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا ، سواء
كان بعيداً أم قريباً ، وكذا لو كان حاضراً في البلد وتعذر حضوره في مجلس الحكم
إما قصداً أو لعارض ، ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً ، لعموم الأدلة ،
وقال الشيخ في المبسوط^(٢) : لا يحكم عليه حينئذ ، لأن القضاء على الغائب موضع
ضرورة فيقتصر فيه على محلّها ، ولأنه ربما وجد مطعناً ومدفعاً وجاز في الغائب
للمشقة بطول انتظاره ، والأظهر الأوّل .

ولعلّ المشهور قد حملوا أدلة السؤال من المدعى عليه على الحاضر في
المجلس ، أو حملوا « الغائب » في أدلة القضاء عليه على من غاب عن المجلس ،
فتكون هذه الأدلة مخصصة لأدلة السؤال من المدعى عليه ، بناءً على عموم التعليل
الموجود فيها ، لأن ظهور « يقضى على الغائب » أقوى من ظهور العلة في تلك
الأدلة ، ويجوز حمل العلة على الإستحباب أو العلية الناقصة ... لكن في الحكم على
الغائب عن المجلس تردّد ، وإن كان ما ذهب إليه المشهور هو الأظهر ، وكونه على
حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه .

هذا ، ولا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور في
المجلس ، إلا أن يلتمس المدعي ذلك .

ثم ، هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في (القواعد)^(٣) التوقف

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٦٧ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٦٢ .

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ٤٥٤ .

فيه ، بل عن (التحرير)^(١) الجزم بعدم سماع بينته إلا لأخذ المال لو اعترف باعترافه - ومرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال - والتردد إذا لم يتعرض لجحوده، من اشتراط سماعها به ولم يعلم ، ومن تنزل الغيبة منزلة السكوت النازل منزلة الجحود ، لاحتماله الجحود في الغيبة وأن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود ؟

قال في (الجواهر) : لا يخفى عليك إطلاق النص والفتوى ومعقد الإجماع^(٢). أقول : على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحداً ، فيلزم في صورة إقرار المدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعد الإقرار ، نعم ، له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلاً في تسليمه ... وإلا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم في القضية ، إلا أن يقال بأن الله عز وجل قد أذن للحاكم أن ينشئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعي ، إن كان حكمه أثر زائد على الإقرار - لأن المسلم به أنه لا يسمع الإنكار بعد الإقرار ، وأن الإقرار كحكم الحاكم في فصل الخصومة - كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الإشتباه - مثلاً - في الإقرار.

قال في (الجواهر) : نعم ، قد يتوقف في صورة العلم باعترافه ، بناءً على اشتراط الخصومة في مطلق القضاء على الحاضر ، وقد عرفت الكلام فيه سابقاً ، والمتيقن من الخبرين غير المفروض ، نعم ، لا إشكال في تناولها غير معلوم الحال كما هو واضح .

أقول : لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكلة .

(١) تحرير الأحكام ٥ : ١٤٧ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٢١ .

المسألة الثانية

(يقضى على الغائب مطلقاً أو في حقوق الناس ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : « يقضى على الغائب في حقوق الناس ، كالديون والعقود ، ولا يقضى في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط ، لأنها مبنية على التخفيف »^(١).

أقول : ولذا تدرء الحدود بالشبهات ، بخلاف حقوق الناس ، فإنها مبنية على الإحتياط ...

فإن قيل : فلماذا لا يغتنى باحتمال خطأ الشاهدين ، بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر ؟

قلنا : إن احتمال خطأ البيئة يلغيه دليل حجيتها ، فلا مجال حيثئذ لدليل درء الحدّ بالشبهة ، وإلا لتوقف إجراء الحدّ على العلم بالواقع في القضية أو بصدق الشاهدين ، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين ، أو إقامة البيئة على أن المتهم في هذه القضية ليس هو بل غيره ، فهذا الإحتمال يدرأ به الحدّ .

قال المحقق : « ولو اشتمل الحكم على الحقيّن قضى بما يخصّ الناس كالسرقة ، يقضى بالغرم ، وفي القضاء بالقطع تردد » .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٦ .

أقول : لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق الله معاً كالسرقة، يقضى عليه في حق الناس، وأما القضاء بحق الله - وهو القطع - فقد تردّد فيه المحقق قدّس سرّه، قال شارحوه : إنه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء .

وذكر في (الجواهر)^(١) في وجه التردّد : إن السرقة علّة للأمرين، فإذا قامت البينة عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك : بأن الأحكام الشرعية معرّفات لا علل حقيقة، ومعنى هذا الكلام : إن الأمور المذكورة في كلمات الشارع بعنوان العلّة ليست عللاً حقيقية يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها، بل هي معرّفات .

أقول : إن العقل لا يمكنه إدراك أن الشيء الكذائي علّة للشيء الكذائي في الأحكام الشرعية، فلو لا بيان الشارع أن الجناية علّة لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك، وحينئذ، فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني علّة للشيء الفلاني وجب التصديق بحكم الشارع بالعلية، لكن الفرق بين العلية المدركة بالعقل - كعلية النار للحرارة - والعلية الواردة في لسان الشارع هو أنه في الأوّل يستحيل التفكيك بين النار والحرارة إلا عن طريق الإعجاز، أما في الثاني، فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولاً عما جعل علّة، ولذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العلّة، وهو يكشف عن عدم العلية التامة

إذن، ليست الأحكام الشرعية معرّفات، بل هي علل ومعاليل كسائر العلل والمعاليل الأخرى .

وعليه، فلو أقرّ الحاضر بالسرقة مرّتين ترتّب الأثران، وإن أقرّ مرةً واحدة

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٢٣ .

يؤخذ منه حق الناس ولا يحكم عليه في حق الله ، فلا يلزم أن نقول الأحكام الشرعية معرّفات ، بل نقول هي علل ، ولكن في هذا المورد العلة لترتب الأمرين هو الإقرار مرّتين ، والإقرار مرّة واحدة علة لترتب أحد الأثرين ، وذلك ، لأن مبنى الشارع في الحدود الإلهية على التخفيف ، فلا بدّ من إقرارين ، وأما في حقوق الناس فعلى الإحتياط ، فيكفي الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم .

هذا، ولكن مقتضى أدلة القضاء عمومها بالنسبة إلى الحاضر والغائب، وحينئذ ، فلو سرق حكم بقطع يده وبالغرم معاً ، لعموم الأدلة ، ودليل درء الحدّ بالشبهة لا يشمل هذا المقام ، ولا مخصص تام سنداً ودلالة لتلك العمومات ، فيقضى عليه في الحقيّن بلا فرق ، إلا أن يكون هناك إجماع .



مركز تحقیقات و پژوهش در علوم اسلامی

المسألة الثالثة

(لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل)

قال المحقق قدس سره : « لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل فادّعى الغريم التسليم إلى الموكل ولا بينة ، ففي الإلزام تردّد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الأداء ، وبين الحكم وإلغاء دعواه ، لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء ، والأوّل أشبه »^(١).

أقول : الوكيل تارة : وكيل في المرافعة فقط ، وأخرى : هو وكيل في المرافعة والمطالبة بالحق معاً ، وحيث يكون له المطالبة بالحق ، فإن ادّعى الغريم تسليمه إلى الموكل ، طالبه بإقامة البينة على دعواه الوفاء به ، فإن أقامها حكم الحاكم له ، وإن لم يكن له بينة على تلك الدعوى ، فلا يمكنه إحلاف الوكيل ، لأن يمين الوكيل لا أثر لها ، وحينئذ تسقط دعواه ويلزم بدفع الحق ، لأن الأصل عدم دفع الحق وعدم إبراء صاحب الحق إياه ، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام .

وأما قوله : « لأن التوقف يؤدي إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء » .

فقد يجاب عنه : بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك ، فيمكن طلبها بأسباب أخرى .

وأما القول بأنه لو لم يلزم ، لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه ،

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٦ .

ففيه : أنه يحتمل أيضاً توجه الضرر إلى الغريم ، لاحتمال صدقه في دعوى الأداء .

وهل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع ؟

إن كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر ، لأن الدعوى بعد الحكم لا تسمع ، وإلا كان له وجه ، نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب ، حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعي .

وفي المسألة وجهان آخران :

أحدهما : تفصيل صاحب (المستند)^(١) بين ما إذا كان الوكيل وكيلاً في دعوى الإبراء والوفاء أيضاً ، فالتوقف ، وبين ما إذا لم يكن وكيلاً فالإلزام .

والثاني : التفصيل الذي لم يستبعد السيد^(٢) قدس سره قوته ، وهو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبيئة أو بإقرار المدعى عليه من الأول ، فعلى الأول الإلزام ، وعلى الثاني فالتوقف .

وإن لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم ، فلا وجه لأخذه له ، فحيث يلزم ، يدفع الحق فإنه يدفعه إلى الحاكم حتى يسلمه إلى صاحب الحق عند حضوره .

(١) مستند الشيعة ١٧ : ٣٠٩ .

(٢) العروة الوثقى ٣ : ٤٥ - ٤٧ .

المقصد الرابع في كيفية الإستحلاف

والبحث في أمور ثلاثة :



إعلم أن المستفاد من الأخبار الكثيرة كراهة اليمين الصادقة وكونها مرجوحة مطلقاً، فعن أبي عبد الله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه»^(١).
وعنه عليه السلام قال : «لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين ، فإنه عز وجل يقول : ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾»^(٢)»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٣٣ : ١٩٨ / ٣ . كتاب الأيمان ، الباب ١ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٢٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ١٩٨ / ٥ . كتاب الأيمان ، الباب ١ .

وعن أبي جعفر عليه السلام في رواية : « وإني لأكره أن أقول (والله) على حال من الأحوال »^(١).

ولكن تزول الكراهة بل يترجح الإتيان بها في كثير من الموارد ، بالنظر إلى الأثر المترتب عليها ، كبيان أهمية المطلب أو التأكيد عليه ونحو ذلك ، ولذا كان النبي والأئمة عليه وعليهم الصلاة والسلام قد يحلفون في كلامهم ، فعن الرضا عليه السلام : « بلغني أن الناس يقولون أنا نزع من أن الناس عبيد لنا ، لا وقرابتي من رسول الله ما قلته قط ... »^(٢).

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد ، كما إذا وقعت المرافعة على زوجية امرأة مثلاً أو ملكية دار ، ونحو ذلك .

ويحرم الحلف بالأوثان والأصنام ، فالحلف باللات مثلاً حرام وإن كان على ترك محرم أو الإتيان بواجب ، ولا كفارة عليه في صورة المخالفة .
ولو حلف على ترك واجب أو فعل حرام ، فقد يقال بحرمة هذا الحلف ، ولو خالف لم تجب عليه الكفارة .

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ١٩٧ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦١ / ٧ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٠ . وما رواه أبو جرير القمي قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك ... وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت ؟ قال : قد والله مات ... وما عن صفوان الجمال : « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام : رفع إلي أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال . فقال : والله ما كان ... » وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٩ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٣ .

وما عن نجية العطار قال : « سافرت مع أبي جعفر عليه السلام إلى مكة ، فأمر غلامه بشيء فخالفه إلى غيره ، فقال أبو جعفر عليه السلام : والله لأضربنك يا غلام ... » وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٧٥ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٨ .

لا يستحلف أحد إلا بالله :

قال المحقق قدس سره : « ولا يستحلف أحد إلا بالله ولو كان كافراً »^(١).

أقول : إن اليمين تكون في موارد ثلاثة :

الأول : في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلاً ، كأن يحلف الرجل على ما يقوله في مقام التكلم مع غيره ، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعي .

والثاني : أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترك أمر مرجوح فعله ، وأثر هذه اليمين هو وجوب الكفارة عليه مع المخالفة إن كانت بالله عز وجل .

والثالث : اليمين في مورد المرافعة لإثبات حق أو إسقاطه .

ففي الأول : يجوز الحلف بغير الله تعالى ؟ إن الأخبار الواردة في النهي عن اليمين بغير الله هي فوق حدّ التواتر ، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة وحملوها على الكراهة ، ولم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله ، بل ادّعي الإجماع على الكراهة ، بل لقد وجدنا في الأخبار حلف الأئمة بغير الله في محادثاتهم ومحاوراتهم^(٢) ، وفي (كتاب القضاء) للمحقق الآشتياني : أن عليه السيرة ، وأجاب عن ذلك : بأن الأخبار الناهية عن اليمين تصلح لأن تكون رادعة عن هذه السيرة ، وفيه : إنها ليست رادعة ، بل يمكن القول بأن السيرة كاشفة عن عدم إرادة الحرمة من تلك الأخبار^(٣).

وأشكل : بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهة ، مثل ما روي

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧ .

(٢) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله : « لا وقرابتي من رسول الله ... » وقد تقدم .

(٣) بل في الأخبار ما يقتضي ذلك ، مثل قوله عليه السلام : « وإني لأكره أن أقول والله ... » بناء على أن المراد هي « الكراهة » الإصطلاحية .

عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « من حلف بغير الله فقد أشرك »^(١) وفي حديث آخر « فقد كفر »^(٢).

وفيه : إن الحديثين - مع الغض عن سندهما - محمولان على اليمين الموجبة للكفر والشرك ، كأن يحلف المسلم باللات والعزى ، أو بالأب والابن - تعالى الله عن ذلك - ونحوهما ... ويشهد بذلك وجود لفظي الشرك والكفر في الحديثين ، لأن من المعلوم أن الحلف بغير الله مما لا يوجب الكفر والشرك لا يكون كفراً وشركاً ، ويؤيد ذلك سيرة المشرعة.

وفي الثاني : لا إشكال في جواز الحلف بغير الله وعدم وجوب الكفارة على مخالفته .

وأما الثالث - وهو مورد البحث والكلام - فقد دلت جملة من النصوص بصراحة على أنه لا يحلف إلا بالله ، وإليك بعضها :

١ - عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يحلف اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغير الله ، إن الله عز وجل يقول : ﴿ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ »^(٣).

٢ - عن جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام : « لا يحلف بغير الله . وقال : اليهودي والنصراني والمجوسي لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل »^(٤).

٣ - عن الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل

(١) مستدرک وسائل الشيعة ١٦ : ٥٠/٥٠ . كتاب الأيمان ، الباب ١١ .

(٢) سنن البيهقي : ٢٩/١٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ١/٢٦٥ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢/٢٦٦ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

يستحلفون. فقال : لا تحلفوهم إلا بالله عز وجل»^(١).

٤ - عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بألهتهم ؟ قال : لا يصلح لأحد أن يحلف أحداً إلا بالله عز وجل»^(٢).

٥ - عن الحلبي قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون ؟ فقال : لا تحلفوهم إلا بالله»^(٣).

٦ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن استحلاف أهل الذمة . قال : لا تحلفوهم إلا بالله»^(٤).

٧ - عن علي بن مهزيار قال : «قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام : قول الله عز وجل : ﴿ وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى ﴾ . وقوله عز وجل ﴿ وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى ﴾^(٥) وما أشبه هذا . فقال : إن الله عز وجل يقسم من خلقه بما شاء ، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عز وجل»^(٦).

٨ - عن محمد بن مسلم قال : «قلت لأبي جعفر عليه السلام : قول الله عز وجل ﴿ وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى ﴾^(٧) ﴿ وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَى ﴾ وما أشبه ذلك . فقال : إن لله

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٦ / ٣ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٧ / ٥ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٧ / ٦ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٩ / ١٤ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٥) سورة النجم ٥٣ : ١ .

(٦) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٥٩ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٠ .

(٧) سورة الليل ٩٢ : ١ .

عزّوجل أن يقسم من خلقه بما شاء ، وليس لخلقه أن يقسموا إلاّ به»^(١).

٩ - عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله ... »^(٢).

١٠ - عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا أرى للرجل أن يحلف إلاّ بالله ... »^(٣).

فهذه الأخبار تدلّ على أنه لا يستحلف أحد إلاّ بالله عزّوجل ، ولو كان كافراً بإنكار أصل واجب الوجود فضلاً عن غيره ، وقد ورد في بعض الأخبار^(٤) أن اليمين بغير الله يؤدّي إلى ترك الحلف بالله ، أي أنه في المورد الذي يترجّح فيه اليمين ، لا بدّ من الحلف بالله حتى لا يعظم شيء في مقابله عزّوجل ، لأن الحلف يكون عادة بماله أهمية وجلالة وعظمة ، فالإلتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له وإثبات لعظمته ونفي لعظمة شيء سواه ، وأما الاستحلاف في مورد المرافعة ، فلا يجوز بغير الله عزّوجل وإن رضي الطرفان بالحلف بغيره .

وهناك أخبار واردة في الاستحلاف بغير الله تعالى ، سنذكرها قريباً .

ثم إن ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافة شيء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم في ترتب الأثر ، لكن قال المحقق :

« وقيل : لا يقتصر في المجوس على لفظ الجلالة ، بل يضم إلى هذه اللفظة

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٥٩ / ٣ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٠ / ٤ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٠ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦١ / ٥ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٠ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٥٩ / الباب ٣٠ و ٢٦٤ ، الباب ٣١ .

الشريفة ما يزيل الاحتمال لأنه سَمِيَ النور إلهاً»^(١).

أقول : هل يستحلف المجوسي الذي يسمي النور آلهاً بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له : «احلف بخالق النور» مثلاً وإن كان غير معتقد به ؟ ظاهر (المبسوط)^(٢) حيث قال : «فإن قيل : كيف حلفته بالله وليست عنده يمين ؟ قلنا : ليزداد إثماً ويستوجب العقوبة» هو الثاني ، لكن مقتضى إطلاق الأخبار هو الأول ، وأما قول الشيخ : «ليزداد إثماً ويستوجب العقوبة» فلم يظهر لنا المراد منه . وكذا الأمر بالنسبة إلى منكر أصل واجب الوجود ، ومن يعتقد بإله غير الله ، ومن يعتقد بإلهين كالثنوية ، ومن يعبد الأصنام ... لإطلاق الأدلة .



عدم جواز الإحلاف بغير أسماء الله :

قال المحقق : «ولا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه ، كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والأماكن المشرفة»^(٣).

أقول : ويدل على ذلك النصوص الكثيرة المذكور بعضها آنفاً ، فلا يجوز الحلف بغير الله وإن تراضى الطرفان بالحلف بغيره ، بل إن المصالحة على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع ، لأن هذه اليمين محرمة إما تكليفاً ووضعاً وإما وضعاً فقط ، على الخلاف ، لأنه على الأول يكون الصلح على أمر محرّم فعله ، وعلى الثاني يكون على أمر لغو ، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلاً للمال بالباطل .

ووجه الخلاف في هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم في الاستفادة من

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٦ : ١٩٤ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧ .

أدلة النهي عن الاستحلاف بغير الله ، ومع الشك في الحرمة التكليفية تجري البراءة ،
وحيث لا يحكم بفسق المحلف والمخالف ، أما مع الشك في الحكم الوضعي فالأصل
عدم النفوذ ، والقدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق وعدم
سقوطه باليمين بغير الله تعالى ، وإن كان من الكتب المنزلة أو الرسل المعظمة أو
الأماكن المشرفة .

- لكن في بعض الأخبار ما ينافي تلك الأدلة ، وهذه نصوص تلك الأخبار :
- ١ - عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : « إن أمير المؤمنين عليه
السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي أنزلت على موسى عليه السلام »^(١).
 - ٢ - عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : « سألته عن الأحكام .
فقال : في كل دين ما يستحلفون به »^(٢).
 - ٣ - عن محمد بن قيس قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : قضى علي
عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه
وملته »^(٣).

ولعل بالنظر إلى هذه الأخبار قال المحقق قدس سره :
« ولو رأى الحاكم إحلاف الذمي بما يقتضيه دينه أردع جاز »^(٤) .
لكن المشهور عدم جواز إحلاف اليهود والنصارى بغير الله ، للنصوص
الناهية عن ذلك عموماً وخصوصاً ، وقد أجابوا عن خبر السكوني بضعف سنده ،

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٦ / ٤ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٥٧ / ٧ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٧ / ٨ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧ .

وفي (الوسائل) : حمّله الشيخ على أنه مخصوص بالإمام ، وعلى هذا حملت الأخبار الأخرى أيضاً ، وأما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد إخبار عن شرائعهم .
والحاصل ، إن هذه النصوص لا تصلح معارضة للنصوص السابقة ، لقصور بعضها سنداً والبعض الآخر دلالة ...

وهل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط ؟

الواجب هو الحلف بذات الله المقدسة ، أي المسمّى بلفظ الجلالة والأسماء الحسنى ، فيجزي أي اسم كان من أسماء الله سبحانه وتعالى ، أو أي صفة من صفاته الخاصة به عز وجل .



استحباب تقديم العظة وتغليظ اليمين :

قال المحقق : « ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها »^(١).

أقول : بأن يذكر له مما ورد من ذلك في الأخبار مثل :

١ - « من حلف بالله كاذباً كفر ومن حلف بالله صادقاً أثم »^(٢).

٢ - « إن يمين الصبر الكاذبة تترك الديار بلاقع »^(٣).

٣ - « من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله »^(٤).

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ١٩٩/٦ . كتاب الأيمان ، الباب ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٣/٢ . كتاب الأيمان ، الباب ٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٣/٤ . كتاب الأيمان ، الباب ٤ .

٤ - «اليمين الصبر الكاذبة تورث العقب الفقر»^(١).

٥ - «... إن اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم ليزران الديار بلاقع من أهلها وتشقلان الرحم ، وإن ثقل الرحم انقطاع النسل»^(٢).

٦ - «قال الله عزّ وجل : لا أنيل رحمتي من يعرضني للأيمان الكاذبة...»^(٣).

قال المحقق : «ويكفي أن يقول : والله ماله قبلي حق».

أقول : والدليل على ذلك إطلاق الأدلة .

قال : «وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان ، لكن ذلك غير لازم ولو اتهمه المدعي ، بل هو مستحب استظهاراً في الحكم»^(٤).

أقول : يدلّ على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدلة في الأيمان ، ويدلّ فعل أمير المؤمنين في إحلاف الأخرس كغيره من الأخبار على جواز التغليظ في اليمين ، وقد استدلّ به على الاستحباب .

قلت : وفيه : إنه عليه السلام كتب تلك الكلمات وغسلها ، وأمر الأخرس بشرب ذلك الماء ، فإن كان الأخرس يعرف القراءة تحقق التغليظ ، وإلاّ فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ ؟ هذا غير واضح عندنا .

ثم إن الإمام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء ، من دون ردّ لليمين على المدّعي ، وهذا يخالف سائر الأخبار والقاعدة المقرّرة في فصل الخصومة وكيفية القضاء ، مع أن فعل الإمام عليه السلام لا يدلّ على استحباب التغليظ ، وإنما

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٤ / ٧ . كتاب الأيمان ، الباب ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٧ / ١٥ . كتاب الأيمان ، الباب ٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٠٨ / ١٧ . كتاب الأيمان ، الباب ٤ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٧٨ .

على الجواز كما ذكر ، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ في اليمين في غير محله .
وقد يستدل بما رواه صفوان الجمال : « إن أبا جعفر المنصور قال لأبي عبد الله عليه السلام : رفع إليّ أن مولاك المعلّى بن خنيس يدعو إليك ويجمع لك الأموال ، فقال : والله ما كان - إلى أن قال المنصور - فأنا أجمع بينك وبين من سعى بك ، قال : فافعل . فجاء الرجل الذي سعى به ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : يا هذا أتخلف ؟ فقال : نعم والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم لقد فعلت . فقال له أبو عبد الله عليه السلام : ويلك ، تبجل الله فيستحي من تعذيبك ولكن قل : برئت من حول الله وقوته وألجئت إلى حولي وقوّتي ، فحلف بها الرجل فلم يستتمها حتى وقع ميتاً . فقال أبو جعفر المنصور : لا أصدق عليك بعد هذا أبداً ، وأحسن جائزته وردّه » (١) .

ولكن دلالتها على الاستحباب غير واضحة .
واستدلّ برواية السيد الرضي قدّس سرّه عن أمير المؤمنين عليه السلام : « أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه بري من حول الله وقوّته ، فإنه إذا حلف بها كاذباً عوجل ، وإذا حلف بالله الذي لا إله هو لم يعاجل ، لأنه قد وحّد الله سبحانه » (٢) .
وهذه الرواية لا تدلّ على الإستحباب ، بل الأمر فيها ظاهر في الإرشاد ، ويشهد بذلك قوله بعده : إذا أردتم ...

واستدلّ برواية الراوندي قدّس سرّه عن الرضا عليه السلام عن أبيه : « إن رجلاً وشى إلى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعة لنفسه على

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٩ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٧٠ / ٢ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٣ .

الناس ليخرج عليهم ، فأحضره المنصور ، فقال الصادق عليه السلام : ما فعلت شيئاً من ذلك ، فقال المنصور لحاجبه : حلف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا - يعني الصادق عليه السلام - فقال الحاجب : قل والله الذي لا إله إلا هو ، وجعل يغلظ عليه اليمين . فقال الصادق عليه السلام : لا تحلفه هكذا ... فقال المنصور : فحلفه إذاً يا جعفر ، فقال الصادق عليه السلام للرجل : قل : إن كنت كاذباً عليك فبرئت من حول الله وقوته ولجأت إلى حولي وقوتي . فقال الرجل ، فقال الصادق عليه السلام : اللهم إن كان كاذباً فأمته ، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً...»^(١) وهذا أيضاً لا يدل على الاستحباب .

فالإنصاف : إنه لا دليل على استحباب التغليظ ، ومن هنا قال في (المسالك) : هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب ، وذكروا أنه مروي ، وما وقفت على مستنده^(٢) .

وكيف كان ، فقد قال المحقق : «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول : والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية ، ما لهذا المدعي علي شيء مما ادّعاه ، ويجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم»^(٣) .

أقول : كما في رواية إichلاف الأخرس ، ورواية نهج البلاغة ، وغيرهما . قال : «وبالمكان ، كالمسجد والحرم وما شاكلة من الأماكن المعظمة ، وبالزمان ، كيوم الجمعة والعيد وغيرها من الأوقات المكرّمة» .

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٧٠/٣ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٤ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٧٨ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٨٧ .

أقول : ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله ، من وضع اليد على المصحف الشريف في حال أداء اليمين .

قال : « ويغلظ على الكافر بالأماكن التي يعتقد شرفها ، والأزمان التي يرى حرمتها » .

أقول : يدلّ عليه ما رواه الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه « أن علياً كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم ، والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول : شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين »^(١) .

وما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه « إن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم ، ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم »^(٢) .

قال : « ويستحب التغليظ في الحقوق كلّها وإن قلّت عدا المال ، فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع » .

أقول : استحباب التغليظ هو المشهور ، بل ادّعى عليه الإجماع ، لكن تقدّم أنه لا دليل عليه ، وأما النهي عن التغليظ في المال الأقل من نصاب القطع ، فقد ورد في خصوص كونه عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وهو ما رواه محمد بن مسلم و زرارة عنهما عليهما السلام جميعاً قالوا : « لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم على أقلّ مما يجب فيه القطع »^(٣) .

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٨ / ١١ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٦٨ / ١٢ . كتاب الأيمان ، الباب ٣٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٨ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٩ .

فرعان :

الأول : حكم ما لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ :

قال المحقق : « لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر ، ولم يتحقق بامتناعه النكول »^(١).

أقول : استدللّ له بالأصل ، أي : إن الأصل عدم جواز إجباره على ذلك ، وقبله إطلاقات أدلة القضاء وكيفية الحكم ، مضافاً إلى قوله عليه السلام : « من حلف بالله فليصدق ، ومن حلف له بالله فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله »^(٢) وفي (الجواهر)^(٣) : بلا خلاف أجده إلاّ عند من ستعرف . ثم نقل الخلاف عن بعض العامة من وجوبها عليه وتحقيق النكول بالامتناع لو طلبه المحاكم منه .

لكن بناءً على كون الإحلاف وكيفيته حقاً للمدعي ، يجب عليه الإجابة ، وفي رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله : « ... فإن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة ، فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا إله إلاّ هو لقد مات فلان وأن حقه لعليه ، فإن حلف وإلاّ فلا حق له ... »^(٤) فإن ظاهرها أن الامتناع عن اليمين المغلظة نكول ، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلى الكيفية بل المراد - كما عليه الأكثر - هو الإمتناع عن أصل اليمين وأنه إن لم يحلف فلا حق له .

وذكر في (الجواهر) وجه خلاف بعض العامة بقوله : ولعلّ وجهه أنه لا

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢١١ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٦ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٦ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٤ .

فائدة في استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه على المدعى عليه ، مضافاً إلى استمرار السيرة على توجيه اليمين مغلفة على المنكر ... (قال) : إلا أن ذلك كله كما ترى .

أي : لأن اللغوية ممنوعة ، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعى عليه وتشديد الأمر عليه ، لئلاّ يقدم على اليمين الكاذبة^(١) ، ولأن اتصال هذه السيرة بزمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم . غير معلوم ، ولو سلم ، فإنها لا تدلّ على وجوب الإجابة وأنه لو امتنع كان ناكلاً ...

فالحاصل : إن في المسألة قولين : الوجوب ، وهو لأصحابنا ، وعدم الوجوب ، وهو لبعض العامة^(٢) ، ولا قائل بالإستحباب .

وعن آخر من العامة : التفصيل بين التغليظ الزماني والمكاني ، فتجب الإجابة عليه فيه ، وبين التغليظ القولي فلا تجب ، ولعله لإطلاق أدلة اليمين ، وأما وجوبها بالنسبة إلى الزماني والمكاني ، فلأنّ للمدعي أن يؤخر استحلافه إلى يوم الجمعة أو إلى المسجد مثلاً ، وليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك . قال في (الجواهر) : وفيه : أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس ... لكن في (كشف اللثام) الموافقة على ذلك ، فلم يجوّز الجبر في التغليظ القولي ، (قال) : أمّا بالزمان والمكان

(١) كما عن أمالي الشيخ : «اختصم امرؤ القيس ورجل من حضر موت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في أرض فقال : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فيمينه . قال : إذن والله يذهب بأرضي . قال : إن ذهب بأرضك بيمينه كان ممن لا ينظر الله إليه يوم القيامة ولا يزكّيه وله عذاب أليم . قال : ففزع الرجل ورددّها إليه » وسائل الشيعة ١٨ : ١٧٢ .

(٢) روضة الطالبين ٨ : ٣١٢ .

فيجبر عليها ، فإن اليمين حق للمدعي ... (١).

أقول : إن التغليظ مطلقاً مستحب للحاكم ، على المشهور ، والمستحب يتسامح فيه ، إلا أنهم دققوا النظر في المسألة من جهة ترتب أثر النكول وعدم ترتبه على الإمتناع عن الإجابة .

ثم هل يقتضي قوله عليه السلام : « لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم على أقل مما يجب فيه القطع » (٢) - بناءً على قراءته بالتشديد - جواز التغليظ في الحقوق والأموال كلها مطلقاً إلا على الأقل مما يجب فيه القطع ، أي سواء كان عند قبره أو غيره من الأماكن المشرفة ، وسواء كان التغليظ مكانياً أو زمانياً ؟

الإنصاف : إن استفادة هذا الحكم الكلي من الخبر مشكل .
قال في (الجواهر) : ولو ادعى العبد - وقيمته أقل من نصاب القطع - العتق ، فأنكر مولاه ، لم يغلظ ، ولو ردّ فحلف العبد غلظ عليه ، لأن العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال (٣) .

الثاني : حكم ما لو حلف لا يجيب إلى التغليظ :

قال المحقق : « لو حلف لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه » (٤) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٨ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٩ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٥ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٨٨ .

أقول : لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظة انعقدت يمينه، ولو خالف وجبت عليه الكفارة ، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحل يمينه ، لعدم رجحان التغليظ ، بل إن مفاد بعض الأخبار كراهة اليمين المغلظة ومرجوحيتها ... وليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحاً - كما هو الحال في متعلق النذر - بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً . واستحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلزم استحباب إجابة المحالف إليه .

أقول : لكن يمكن القول بأن أدلة استحباب إجابة دعوة المؤمن وقضاء حاجته ، توجب زوال الكراهة وتحقق الرجحان لليمين المغلظة ، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك ، ونظير ما إذا نذر الولد ترك شيء كشرب اللبن مثلاً حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك ، لأن فعله حينئذ يترجح على تركه ، ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه .

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب .

على أن هناك أخباراً تدلّ على أن الرجل لو حلف يميناً على أمر ، ثم رأى مخالفتها خيراً من الوفاء بها ، جاز له المخالفة بل استحباب ولا كفارة عليه ... فعن سعيد الأعرج : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل ، وإن لم يتركها خشي أن يأثم ، أيتركها ؟ قال : أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها »^(١) .

واستدل في (الجواهر) لما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخر عن لزوم

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ١/٢٤٠ . كتاب الأيمان ، الباب ١٨ .

اليمين»^(١). أي : إنه لما حلف على أن لا يجيب ، فقد لزمته اليمين ، وحق المستحلف في إحلافه متأخر عن لزومها ، وهذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه ، لأنه مع فرض عدم استحباب الإجابة لعدم الملازمة لا يبقى حق للمستحلف ، إلا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له .

ثم قال : وما ورد من أن طرّو أولوية المحلوف على تركه يبيح الحل ، لا يجدي ، إذ لا أولوية للحالف وإن التمسه الخصم ، أي طلبه منه ... وهذا الكلام إشارة إلى خبر سعيد الأعرج ونحوه ، الظاهر في جواز المخالفة بل استحبابها .

قال : لكن في (الدروس)^(٢) : ولو حلف على عدمه ، ففي انعقاد يمينه نظر ، من اشتأها على ترك المستحب ، ومن توهم اختصاص الإستحباب بالمحكم . وقد اعترض عليه بقوله : وفيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الإستحباب به ، بل في (الرياض)^(٣) : نسبه إلى ظاهر النص والفتوى ، بخلاف من عليه الحلف ، فإن الأرجح له ترك التغليظ بل الأرجح له ترك الحلف بالله ... ومن هنا قال في (كشف اللثام)^(٤) معرضاً بما سمعته من الدروس : واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف .

قلت : لكن (كشف اللثام) ممن قال بالفرق بين التغليظ القولي وبين التغليظ الزماني والمكاني ، فاختر لزوم الإجابة في الثاني دون الأول ، وعلى هذا المبنى ، فلا

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٦ .

(٢) الدروس الشرعية ٣ : ٩٦ .

(٣) رياض المسائل ١٥ : ١٠٧ .

(٤) كشف اللثام ١٠ : ١١٦ .

مانع من القول بانحلال اليمين السابقة على عدم الإجابة .

ثم إن اليمين تارة: تكون في المرافعات المالية ، فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدعى ، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييري مكروهاً في نفس الوقت ؟ وأخرى: تكون في الجنايات ، فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجري القصاص في حقه ، فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعيني ، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها ؟ فن هنا قال في (الجواهر)^(١) : ولكن الإنصاف عدم خلو المسألة بعد من إشكال ...

وكذا الأمر بالنسبة إلى التغليظ ، ولذا قال قدس سره : بل وكذا المغلظة منها بعد أمر الحاكم بها كذلك ...

قال : بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الخالف ، وإن كان مخالفاً للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه ، كما هو مقتضى القول المزبور .

فتلخص : أن ما ذكره المحقق قدس سره مشكل .

أقول : تارة : يجتمع حكان من الأحكام الخمسة في موضوع واحد مثل : «أنقذ الغريق ، ولا تغصب» فيمن اتفق غرقه في مكان مغصوب ، وحينئذ ، يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل .

وتارة : يتوجه أحد الحكمين إلى ذات الموضوع والآخر إلى ذاك الموضوع مقيداً بأن لا يتوجه إليه حكم آخر ، وحينئذ ، لا ريب في تقدم الحكم الأول على الثاني في حال اجتماعهما ، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر - قبل حصول

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٧ .

الإستطاعة - أن يزور أبا عبد الله الحسين عليه السلام في كلِّ عرفة، ثم حصلت له الإستطاعة، وانحلال نذره المذكور، خلافاً لصاحب (العروة) قدّس سرّه، لأن الشرط في وجوب الحج هو الإستطاعة من حيث المال والبدن وتخليّة السرب، وحيث تحقق ذلك كانت الإستطاعة متحققة ووجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجّه إلى ذات الحج، والأمر بالوفاء بالنذر - في حقيقته - متوجّه إلى زيارة عرفة المقيّدة بعدم استلزامها لتفويت الحج^(١).

وفيما نحن فيه، إن كان الأمر بالحلف المغلّظ متوجّهاً إلى ذات اليمين من دون قيد الرجحان، وكان الأمر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح، فإنه يتقدّم أمر الحاكم باليمين المغلّظة، إجابة لالتماس الخصم وتنحلّ اليمين السابقة.



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

كيفية استحلاف الأخرس :

قال المحقق: « وحلف الأخرس بالإشارة، وقيل: وضع يده على اسم الله في المصحف، أو يكتب اسمه سبحانه ويوضع يده عليه، وقيل: يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد إعلامه، فإن شربه كان حالفاً وإن امتنع ألزم الحق،

(١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعة الشرعية بالإضافة إلى الإستطاعة من حيث المال والبدن وتخليّة السرب، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الإستطاعة المالية والبدنية أن يزور الحسين عليه السلام في كلِّ عرفة، لأن الوفاء بهذا النذر واجب ولو حج لفات هذا الواجب، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعة الشرعية، كالعقلي في المنع من الوجوب. وقد ذكر سيدنا الاستاذ في حاشية العروة أن الشرط في وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخليّة السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها، ولذا يجب الحج في الفرض المذكور. العروة الوثقى ٢: ٢٢٩ / المسألة ٢٤٢، المسألة ٣٢.

استناداً إلى حكم علي عليه السلام في واقعة الأخرس»^(١).

أقول : فالأقوال في كيفية استحلاف الأخرس مختلفة ، ومستند الأخير صحيحة محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقاً ، وربما يستظهر منها التعيين ، ولكن الأصحاب لم يعملوا بها بهذا الوصف ، إذ لعل الإمام عليه السلام كان عالماً بحقيقة الحال وواقع الأمر في تلك الواقعة ، وقد يؤيد ذلك بحكمه بعد امتناعه عن الشرب من دون ردِّ اليمين على المدعي ، وقد يقال بكونها قضية في واقعة لا سيما بالنظر إلى ما ذكر ، أو أن ذلك كيفية من أنحاء استحلاف الأخرس .

والحق أنه لا يستفاد منها الحصر ، لأن لفظ اليمين الذي كتبه الإمام عليه السلام يختلف من حيث التعليل عمّا جاء في الأخبار الأخرى ، ولذا احتاط في (الجواهر)^(٢) بالجمع بين الإشارة المفهمة التي بها يتم العقد والإيقاع وغيرها من الأخرس ، وبين الكيفية المذكورة مع رضاه بشرب ذلك الماء ، وإلا فالإشارة .

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟

قال المحقق : « ولا يستحلف الحاكم أحداً إلا في مجلس قضائه إلا مع العذر ، كالمرض المانع وشبهه ... »^(٣).

أقول : لقد ادعى الإجماع على هذا الحكم ، وظاهر (الجواهر) أن الاستحلاف في مجلس القضاء والحكم - أي كونها في مجلس واحد - من شرائط نفوذ الحكم ، فتكون عبارة المحقق هذه كقوله : « لا يستحلف أحد إلا بالله ... »

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٣٩ .

(٣) شرائع الإسلام ٤ : ٨٨ .

ونحوه ، ويكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له ... قال في (الجواهر)^(١) : ولعلّه لأصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره ، بعد الشك أو الظن بعدم تنازل الإطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء للحكام لغير الغرض ولو للإتفاق المزبور ، بل يمكن دعوى انسباق ذلك منه ، خصوصاً النصوص المستفيضة المشتملة على الشكوى من نبي من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين ولم تسمع الأذن ، فقال : « إقض بينهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به »^(٢) . الظاهرة في مباشرة ذلك بنفسه ، فلا تصح الإستنابة فيه حينئذ .

لكن في (المسالك) جعل المراد من العبارة الكراهة ، فإنه قال : قد تقدّم أن مكان التغليظ المستحب للحاكم المسجد ونحوه ، وحينئذ ، فالنهي عن الإستحلاف في غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهة إنما يتم على تقدير كون مجلس القضاء من أمكنة التغليظ ، وإلا لم يتم النفي والنهي مطلقاً ، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها ...

بل ظاهر (السرائر)^(٣) أن استحلافه في مجلس الحكم من الأمور المستحبة للحاكم ، فإنه قال : « وينبغي للحاكم أن لا يحلف أحداً إلا في مجلس الحكم ... » فيكون من المستحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم ... وبناء عليه ، يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضاً وعدم استحبابه .

ولكن الأكثر على الأوّل ، وهو جعل « لا يستحلف » عزيمة ، ولذا تعرّضوا

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٤٠ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٢٩ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١ .

(٣) السرائر في الفقه ٢ : ١٦٤ .

لنفوذ الحكم وعدمه بدون ذلك ، ولو كان مكروهاً أو مستحباً لم يكن لذلك البحث هنا وجه ، ولما تمسكوا بالأصل .

أقول : إلا أن الشك الذي ذكره في (الجواهر) مسبب عن الشك في شرطية الاستحلاف في مجلس الحكم لنفوذ الحكم ، فيكون المرجع هو البراءة ، وتكون النتيجة نفوذ الحكم ، وأما الخبر الذي ذكره قدس سره فإن ظهوره في المباشرة ليس لفظياً ، نعم ، اللازم العقلي لتوجه الخطاب بإضافة الحاكم ذلك إلى اسمه تعالى هو المباشرة ، إلا إذا قامت قرينة على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة ، وحيث لا قرينة فلا حجة للمخاطب على الترك .

ثم إن بعض الأمور تقبل الوكالة عرفاً كالعقود ، فتشملها أدلة الوكالة وإن كانت أدلة تلك الأمور ظاهرة في المباشرة ، لأن أدلة الوكالة تنزل الغير منزلة الموكل ، فإن كان الاستحلاف منها شملته أدلة الوكالة كذلك ، ولم يلزم مباشرة الحاكم له ، بل يكفي استحلاف وكيله ، ويكفي استحلافه سواء كان في المجلس أو غيره ، عملاً بإطلاق « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر » ، وإن كان الاستحلاف من الأمور غير القابلة للتوكيل كما هو الأصل في العبادات ، فالمباشرة لازمة ...

هذا كله ، إلا مع العذر ، كالمرض المانع من الحضور وشبهه ، فإن الأكثر - بل نفي الخلاف فيه - على أن الحاكم يستنيب من يحلّفه في مكانه ، وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز إلى مجمع الرجال ، فإنه يرسل إلى منزلها من يستحلفها ... وقيل : يجب على الحاكم المضي بنفسه مع فرض عدم النقص عليه ، وقيل : بالتوقف حتى يزول العذر .

قلت : لكن أدلة الوكالة مطلقة تعم صورة الإختيار والإضطرار ، فإن كان

الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقاً وإلا فلا كذلك ، اللهم إلا أن يكون إجماع ، فالأحوط هو القول الأول ، وعند الإضطرار ، فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه ، وإلا فالثالث ، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر... وإن كان القول بعموم أدلة الوكالة - إلا ما خرج بالدليل - غير بعيد ، ويشهد به تجويزهم لذلك عند الإضطرار ، وقد تقدم سابقاً بعض الإشارة إلى ذلك^(١).



(١) في البحث عن جواز التوكيل في القضاء وعدمه .

البحث الثاني

(في يمين المنكر والمدّعي)

قال المحقق قدّس سرّه : «اليمين تتوجّه على المنكر تعويلاً على الخبر ، وعلى المدّعي مع الردّ ومع الشاهد الواحد ، وقد تتوجّه مع اللّوث في دعوى الدم»^(١) .
أقول : الأصل في اليمين أن تتوجّه على المنكر ، وقد أستثنى من ذلك موارد ، ذكر المحقق ثلاثة منها :



أحدها : ردّ المنكر اليمين على المدّعي .
والثاني : ثبوت الدعوى بيمين المدّعي مع الشاهد الواحد في دعوى الدين .
والثالث : ما إذا كانت دعوى المدّعي في القتل مقرونة بالظن ، فهنا تتوجّه إليه اليمين ، على تفصيل ذكر في محله .

وتتوجه اليمين على المدّعي في الدعوى على الميّت مع اليّنة ، وفي الموارد التي لا تعلم حقيقة الحال فيها عادة إلا من قبل المدّعي ، كما إذا طلّقت المرأة فادّعت كونها غير طاهرة عند الطلاق .

والحاصل : إن الأصل توجّهها على المنكر ، وهذا الأصل قانون كلّ مستفاد من الأخبار^(٢) ، ويكون هو المرجع في كلّ مورد شكّ في توجّه اليمين فيه على المدّعي

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٣ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٣ .

أو المنكر ... وقد جاء في أكثر تلك الأخبار : « واليمين على المدعى عليه » لكن الفقهاء يعبرون عنه بـ « المنكر » ، ولعلّه من جهة أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين ، كما إذا أقر بما يدّعيه المدعي .

وهذه الأخبار تقيّد إطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان »^(١) إن كان مطلقاً .

قال : « ولا يمين للمنكر مع بينة المدعي »^(٢) .

أقول : ويدل على ذلك النصوص أيضاً^(٣) .

قال : « لا تنفء التهمة عنها » .

أقول : أي لما يقيم المدعي البينة وهي حجة شرعية من دون ضمّ يمين إليها تنتفي التهمة عن الدعوى .

قال : « ومع فقدّها ، فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية ، فهو أولى باليمين » .

أقول : هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقاً ، فإنه مع فقد المدعي للبينة ، يكون المنكر مستنداً إلى البراءة الأصلية ، إذ الأصل براءة ذمة المنكر عما يدّعيه المدعي ، وحيث ادّعي عليه فهو أولى باليمين من المدعي ، فإن حلف سقطت الدعوى .

وأما استحلاف المدعي الذي لا بينة له على ما يدعيه ، فيتوقف جوازه على وجود دليل في مقابل الأصل الذي يقتضي براءة ذمة المدعى عليه ، وأمّا « إنما أقضي بينكم ... » فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء ، وليس فيه تعرّض إلى

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٨٩ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٤١ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ٧ .

من عليه البينة ومن عليه اليمين ، فلا إطلاق له .

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعي ، وأما تقدّم البينة على اليد فقد ثبت بالدليل .

أقول : لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لأن يكون الحكمة لجعل الشارع اليمين وظيفة للمنكر، وليس معنى آخر للقاعدة الكلية في المقام، بحيث يكون المرجع لدى الشك لولا النصوص المشار إليها .

حكم ما إذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك

قال المحقق : « ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً ، إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم »^(١) .

أقول : هذا أحد الأقوال في المسألة ، وفيها قولان آخران : أحدهما : لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائماً ، لأن المؤثر هو العلم ، فلو ادّعى على زيد حقاً ، كان مجرد عدم علمه بالحق كافياً لعدم ثبوته ، ولا حاجة إلى نفيه كونه مديناً للمدعي .

والثاني : لزوم كون الحلف على البت والقطع ، سواء كان على فعله أو فعل غيره ، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع ونفي العلم به ، بل إن اليمين يجب أن تكون دائماً مع الجزم واليقين بنفي الدعوى مطلقاً .

أقول : والذي وجدنا في النصوص هو الحلف والاستحلاف على نفي

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٩ .

المدعى، ولم نجد في شي منها أن يحلف على نفي العلم^(١) وكيف كان، فالمعتبر هو الجزم، سواء قلنا بأن نفي المدعى يستلزم نفي العلم به أو لا، وقد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه وأن يحلف على نفي العلم به، وأما على القول بلزوم اليمين على نفي المدعى على البت، فلا يكفي اليمين على نفي العلم حينئذ. وبناءاً على القول الثاني، لو ادعى عليه ديناً ولا بينة له، وجب عليه الأداء في صورة العلم بكونه مديناً، ومع الشك لا يجب، لأصالة البراءة، فإن ادعى علمه بذلك ونكل المدعى عليه عن اليمين، ثبت الحق ووجب عليه الأداء، وحينئذ، يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفي العلم في كل مورد، مع أنه مخالف لظواهر النصوص المشار إليها، ومن هنا، فقد حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالماً، فهناك يحلف على نفي العلم.

ثم إنه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه ولم يطلب منه اليمين على نفي العلم، سقطت الدعوى، لأن الجواب بنفي العلم بمنزلة الإنكار، فإن لم يكن له بينة ولم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة.

هذا، وهنا فروع يشكل حكمها وإلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق: «فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر، حلف على الجزم، ولو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا يعلم»^(٢).

(١) أنظر: خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله، وخبر ابن أبي يعفور، وخبر كيفية أحلاف الأخرس، وقد وردت نصوصها في الكتاب.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

أقول : أما في الفرع الأول ، فلأنّ الابتياح مثلاً فعل نفسه ، فإذا أنكر حلف على الجزم ، وأما في الفرع الثاني ، فلا تتوجه عليه اليمين ، لأنه فعل الغير ، فإن ادّعى عليه العلم بفعل أبيه الميت - مثلاً - كفاه الحلف على أنه لا يعلم .

هذا ، وظاهر قوله : « فيكفيه الحلف أنه لا يعلم » هو فصل الخصومة بهذا الحلف ، وأما إذا لم يحلف كانت الخصومة باقية وتسمع بينة المدعي حينئذ ، وسيأتي بيان ذلك قريباً .

ومن الفروع ما ذكره بقوله : « وكذا لو قال قبض وكيلك » .

يعني : أنه لو طالبه بحقه فقال له : قبض وكيلك ، فإن كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول ، وقيل : لا يجوز ، لأنه فعل الغير .

أقول : لكن قد يحصل له العلم والجزم بعدم القبض وإن كان فعل غيره ، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع ، لأن المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهة الجهل به غالباً ، فإن علم به جاز ، كما إذا قال المدين : قبضه وكيلك الساعة العاشرة من صباح يوم الجمعة ، وقد كان الوكيل عند موكله المدعي يوم الجمعة من أول الصبح حتى الظهر مثلاً ، فإنه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفي القبض ، لعلمه المجازم بذلك ...

فإن لم يعلم الموكل لم يجوز له الحلف ، وكذا لا يحلف على نفي العلم ما لم يدّع عليه ذلك ، وحيث لا بينة للمدعي عليه على الأداء ، وجب عليه دفع الحق .

وفي (الجواهر) عن كشف اللثام : « فإذا حلف الموكل أثبت المدعي قبض الوكيل أو حلف على البراءة . وفيه : إنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل ... »^(١) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٤٣ .

أقول : ليس في (كشف اللثام)^(١) ما يفيد ذلك ، وهذا نص كلامه معلقاً على قول العلامة : « ولو قال قبض وكيلك حلف على نفي العلم » بقوله : « دون البت » ، لأنه فعل الغير وإن قيل أن يده وقبضه قبضه » نعم ، في (القواعد)^(٢) فرع آخر ذكره بقوله : « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق وإن نفي الدعوى على رأي ».

هذا ، ولكن قال المحقق الآشتياني^(٣) قدس سره : إنه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه - لا أنه يحلف لنفيه - لأن علم الموكل لا يلزم صدق الدعوى ، إذ قد يكون جهلاً مركباً ، ولا يكون حجة للحاكم حتى يحكم على طبقه .

وفيه : إنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل ، فإن هذا التصديق يكون بمنزلة الإقرار عرفاً ، وإن احتمل عقلاً كونه جهلاً مركباً ، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً ، ولا أقل من نهي الحاكم إتياء عن المطالبة حينئذ ، فلماذا لا تسمع ؟

ومن الفروع ما ذكر في (المسالك)^(٤) و (الجواهر)^(٥) : لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعي ما يوجب استحقاقه أو بعضه ، فأنكر ، فوجهان ، من أنه فعل الغير فيحلف على نفي العلم ، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدعوى عليه ، فيحلف على البت .

(١) كشف اللثام ١٠ : ١٢٩ .

(٢) قواعد الأحكام ٣ : ٤٤٧ .

(٣) كتاب القضاء .

(٤) مسالك الأفهام ١٣ : ٤٨٦ .

(٥) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٤٣ .

فعلى الثاني : إن لم يحلف يكون ناكلاً ، بخلاف الأول فلا يكون ناكلاً بعدم الحلف ، فإن كان للمدعي بينة على الجناية فهو ، وإلا سقطت دعواه .
ومنها : إذا ادّعي عليه أن بهيمته أتلقت زرعاً له - مثلاً - حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة ، فأنكر ، فهل يحلف على البت لأنه الذي يضمن الضرر بتقصيره في حفظها ، أو لا ، لأنه فعل الغير ؟ قولان .

وعن الشهيد : إن العبد يخالف البهيمة من وجهين : أحدهما : إن البهيمة لا تضمن جنايتها إلا مع التفريط ، بخلافه ، والآخر : إن جناية العبد تتعلق برقبتة ، فإذا أتلقت لم يضمن مولاه ، بخلاف البهيمة ، فإنها إذا أتلقت بتفريط ، فإن المالك يضمن جنايتها ولا تتعلق برقبتها .

ومنها : لو نصب البائع وكيلًا ليقبض الثمن ويسلم المبيع ، فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق الحبس وأنت تعلم ، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لأنها لنفي فعل الغير ، أو لابد من اليمين على البت لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع ، فإن لم يحلف قضي عليه بالنكول أو برد اليمين ؟ وجهان .
ومنها : لو طوّل البائع 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 .

ومنها : ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال : أنا أخوك فال ميراث بيننا ، فأنكر ، قيل : يحلف على البت أيضاً ، لأن الاخوة رابطة جامعة بينهما ، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم .

ثم إن المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً إلى نفسه مع الالتفات ، وإن لم يكن مستنداً إلى «غيره» .

هذا ، وقد اعترض صاحب (الجواهر) على القول الأوّل ، بعد ذكر الفروع المذكورة بقوله : « ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الإنسان نفسه نفيّاً وإثباتاً وبفعل الغير إثباتاً - يميناً على البت أو ردّاً ، وإلا كان ناكلاً قضي عليه به أو بردها من الحاكم ، ولا يجديه الجواب بنفي العلم وإن صدّقه المدعي فضلاً عما لو ادّعاه عليه أيضاً ، فإن جميع هذه الفروع مبنية على ذلك ، وقد تقدّم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشة في ذلك ، ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسببها ذلك ... » ثم إنه قدّس سرّه انتهى إلى القول : « وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقة جميعها ، وأنه لا فرق في الحكم فيها بين القول بتعلّقها في فعل الغير أو فعل المدّعي عليه ، في الإجزاء يمين نفي العلم مطلقاً أو إذا ادّعي عليه ، وإلا كان طريق إثباتها منحصراً في اليينة ... »^(١).

قلت : لكن الأظهر كون اليمين على البت ، لأنه مقتضى أدلة وجوبها على المنكر ، فإن كانت الدعوى على الواقع وهو ينكرها ، حلف على البت ، سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره ، وإن كانت على علمه وهو ينكره ، حلف على نفيه كذلك مطلقاً .

ولو كان شاكاً في صدق دعوى المدّعي ، لم يمكنه اليمين ، سواء كانت على فعل نفسه أو غيره ، فلا يمكنه ردّ الحلف على المدّعي ، وإذ ليس للمدّعي بينة على دعواه - كما هو المفروض - تسقط الدعوى ، لانحصار سبب الحكم في بينة المدّعي ويمين المنكر ، وكلاهما منتفیان ، فإن ادّعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديدة وكان له الحلف على نفيه .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٤٥ .

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البتّ مطلقاً.

وهل اليمين بنفي العلم تفصل الخصومة كيمين المنكر على عدم الحق، فلا يستمع إلى بينة المدعي بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأوّل، وهو ظاهر قول المحقق قدس سرّه: «فيكفيه الحلف على أنه لا يعلم»^(١) أي: فيكفيه فاصلاً للخصومة، بمعنى أن الحاكم إن حكم على طبقها لم تسمع بينة المدعي بعدها على أصل الدّعوى، لأن معنى «واليمين على من أنكر» و«إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان» هو القضاء بكلّ يمين كان وظيفة المدّعي عليه بذها، فحيث ادّعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم، فصلت الخصومة.

على أن ظاهر المدّعي الفاقد للبينّة على ما يدّعيه من الحقّ هو رضاه بيمين المدّعي عليه في نفي دعواه علمه بالواقع، وقد دلت الأخبار على أن من رضي بيمين خصمه سقط حقه^(٢)، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم، وبصدوره تنفصل الخصومة ولا تسمع البينة بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فإنها تسمع، لأن الخصومة باقية وليس للحاكم إحلافه، لما تقدّم من أنه لا يستحلفه إلا بالتماس المدعي.

وبعبارة أخرى: عندما يحلف بنفي العلم تسقط دعوى العلم، وحينئذ، لا ملزم للمدّعي عليه بدفع الحق، لعدم البينة، فيكون أثر الحلف على نفي العلم - مع حكم الحاكم - فصل الخصومة وعدم سماع البينة.

فيكون الحاصل: إن الحلف على نفي العلم لا ينفي الواقع، ولكنه لا يبقي المجال

(١) شرائع الإسلام ٤: ٨٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٤٤. أبواب كيفية الحكم، الباب ٩.

لأن يتمكن المدعي من الإلزام بدفع شيء بإقامة البينة على الدّعى .
هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الأمارات والاصول ،
وإلا كان له الحلف على نفي الواقع بالاستناد إلى الحكم الظاهري ، فما هو المستفاد
من الأدلة ؟

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد أمانة على الملكية ، فكلما كان تحت سلطنة
الشخص من غير معارض يكون له ملكاً له^(١) ، ومن هنا يجوز له أنهاء التصرف
فيه ، ويجوز لغيره الإخبار - في غير مورد المرافعة - عن كون الشيء ملكاً له استناداً
إلى كونه تحت يده .

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والاستصحاب ؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد ؟ قولان .

مركز بحوث قانونية علوم إسلامية

ويدل على الجواز :

١ - خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام : « 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 : أفيحلّ
الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبد الله عليه السلام : فلعله لغيره ، فمن أين جاز
لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ، ولا يجوز أن
تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك ؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : لو لم يجز

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

هذا لم يقم للمسلمين سوق»^(١).

بل قد يستظهر من قوله «وتحلف عليه» أن كلّما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهادة كذلك.

٢ - خبر علي بن إبراهيم في تفسيره بسنده عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث فدك : أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبي بكر : «أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال : فإن كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادّعيت أنا فيه من تسأل البيّنة ؟ قال : إياك كنت أسأل البيّنة على ما تدّعيه على المسلمين . قال : فإذا كان في يدي شيء فادّعي فيه المسلمون ، تسألني البيّنة على ما في يدي وقد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم وبعده ، ولم تسأل المؤمنين البيّنة على ما ادّعوا علي كما سألتني البيّنة على ما ادّعيت عليهم...»^(٢).

وأمانة الصدق على هذا الخبر لائحة مع حسنه سنداً^(٣).

ويدلّ على جواز الشهادة والحلف اعتماداً على الاستصحاب : خبر معاوية ابن وهب قال : «قلت له : إن ابن أبي ليلى يسألني الشهادة عن هذه الدار ، مات فلان وتركها ميراثاً ، وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له . فقال : إشهد بما هو علمك . قلت : إن ابن أبي ليلى يحلفنا الغموس . فقال : احلف ، إنما هو على علمك»^(٤).

ويدلّ على الجواز في خصوص الشهادة خبره الآخر : «قلت لأبي عبد الله

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٢/٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٣/٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ٢٥ .

(٣) ويكون صحيحاً بناءً على كون «إبراهيم بن هاشم» ثقة .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٣٦/١ . كتاب الشهادات ، الباب ١٧ .

عليه السلام : الرجل يكون له العبد والامة قد عرف ذلك فيقول : أبق غلامي أو أمتي ، فيكلفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أو أخته لم يبع ولم يهب ، أنشهد على هذا إذا كلفناه ؟ قال : نعم»^(١) .

لكن يعارضه المنع الوارد في ذيل خبر آخر له ، وإن كان صدره دالاً على الجواز كذلك ، وهذا نص الخبر بتمامه «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله ، ثم يأتينا هلاكه ونحن لا ندري ما أحدث في داره ، ولا ندري ما أحدث له من الولد ، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ، ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهداً عدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان ، أو نشهد على هذا ؟ قال : نعم» .

قلت : الرجل يكون له العبد والامة فيقول : أبق غلامي أو أبقت أمتي ، فيؤخذ بالبلد ، فيكلفه القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه ، أفنشهد على هذا إذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً ؟ فقال : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أخته أو غاب عنك لم تشهد به»^(٢) .

وهذا الذيل والخبر المتقدم كلاهما واردان في مورد الترافع ، فحمل المانع على هذا المورد والمجوز على أن المراد من الشهادة فيه هو الإخبار عن الواقع استناداً إلى الإستصحاب ، خلاف الظاهر ، والأولى الجمع بينهما ، بحمل الخبر المانع على الكراهة ، لأنه يناهز رغبة الشارع وترغيبه في اعتناق الإمام والعبيد بشئ

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٣٧/٣ . كتاب الشهادات ، الباب ١٧ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٣٦/٢ . كتاب الشهادات ، الباب ١٧ .

الوسائل مهما أمكن .

هذا كله بالنظر إلى الأدلة الخاصة .

ويمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدلة الإستصحاب واليد ، إذ الاستفادة من خبر حفص بن غياث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهادة ، وعليه ، فإن شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكية بلا ريب ، وكذا في الإستصحاب ، فحيث يستصحب طهارة الثوب - مثلاً - وتجوز الصلاة فيه ، يجوز الحلف على هذه الطهارة أيضاً ، ولا مقيّد بكونها طهارة واقعية حتى لا يجوز الحلف .

ثم إن الدعوى تبرز تارة : بحيث يكون للمدعي عليه الحلف على البت ، وإن كانت في الواقع متعلّقة بفعل الغير ، كأن يقول له : «الذي في يدك لي» وأخرى : تبرز على وجه لا يكون له ذلك ، كأن يقول له : «الذي بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفي العلم .

مركز تحقيق كليات علوم إسلامي

متى يحلف المدعي ؟

قال المحقق : «أما المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه» .

أي : لما تقدّم مراراً من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البيّنة على المدعي واليمين على من ادّعى عليه» .

قال : «إلا مع الردّ أو نكول المدّعي عليه على قول» .

أي : بناءً على القول بتوجّه اليمين على المدّعي مع نكول المدعي عليه ، وأما على القول الآخر فيثبت حق المدّعي بنكول المدّعي عليه من دون يمين .

قال : «فإن ردّها المنكر توجّهت ، فيحلف على الجزم ، ولو نكل سقطت دعواه إجماعاً» .

أي : وتنفصل الخصومة فلا تسمع دعواه بعدئذ .

قال : « ولو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف ، قال الشيخ : ليس له ذلك إلا برضا المدعي . وفيه تردد ، منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط »^(١).

أقول : والظاهر أنه تفويض لا إسقاط ، وهو مقتضى عمومات وإطلاقات « واليمين على المدعى عليه » ، إذ القدر المتيقن خروج صورة الرد مع حلف المدعي ، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه في الحلف الثابت له قبل الرد ، ولا ينافيه ما في النصوص من التعليل بقوله عليه السلام : « لأنه رضي ... » لأن المراد هو أن اليمين التي كانت برضاه تذهب بحقه ، لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه .

قال : « ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الإستحقاق ... » .

أقول : قد يدعي المدعي الحلف ولا يذكر سبب الإستحقاق ، وقد يذكره أيضاً ، فإن لم يذكر السبب حلف المنكر على نفي الحق ، وإن ذكره كان بالخيار ، فله أن يحلف على نفي الحق ، وله أن يحلف على نفي الإستحقاق بحيث يعم ذلك السبب وغيره ، إذ لا فرق بين نفي عين المدعى وبين نفي الأعم .

وعن الشيخ : يلزمه الحلف على وفق الجواب ، لأنه لم يجب به إلا وهو قادر على الحلف عليه^(٢) .

ولكن مقتضى إطلاقات أدلة البينة هو الأول .

قال المحقق قدس سره : « ولو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٨٩ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢٠٧ .

مدّعيّاً والمدّعي منكرّاً ، فيكفي للمدعي اليمين على بقاء الحق ، ولو حلف على نفي ذلك كان آكد ، لكنه غير لازم^(١) .

أقول : أي أنه لا خلاف هنا على أن له أن يقول : والله لم أبرء ذمتك ، أو : والله ما أقبضتني حتى ، وله أن يقول : والله إن حقى لباقي ، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسألة خلافية .

قال : « وكلّ ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول ، كالتق والنسب والنكاح وغير ذلك ، وعلى القول الآخر تردّ اليمين على المدّعي ويقضى له مع اليمين ، وعليه مع النكول »^(٢) .

أقول : إن بعض الدعاوى تسقط مع عدم البينة ولا يمين فيها على المنكر ، مثل الدّعى في الحدود ، فلو حضر زيدا عند الحاكم وادّعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدّعى حق ، فلذا لا يسمعها الحاكم ، وأمّا لو كان له بينة على ذلك حكم بوجوب الحدّ عليه . وبعض الدّعاوى يحلف المنكر فيها على النفي عند عدم البينة ، مثل الدّعى على مال أو حق .

وبعض الدّعاوى وقع الخلاف فيها بين العامة والخاصّة ، مثل الدّعى على الطلاق والنكاح ، فالأصحاب على أن اليمين تتوجّه على المنكر مع عدم بيّنة المدّعي ، وخالف بعض العامة ، فمنع من توجّه الحلف على المنكر في الأبواب المذكورة ، لأن المطلوب من التحليف الإقرار أو النكول ليحكم به ، والنكول عن اليمين نازل منزلة البذل والإباحة ، ولا مدخل لهما في هذه الأبواب ، وخالف بعض

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

آخر منهم، فخصّ التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدّ.
ولكنّ عمومات وإطلاقات «واليمين على المدّعى عليه» و «على من أنكر»
تبطل ما ذهبوا إليه، وما ذكر في وجه المنع استحسان محض، وقد تقدّم أن اليمين
تتوجّه على المنكر في كلّ مورد أوجب حقاً، بخلاف الدعوى في الحدود.
مضافاً إلى خصوص ما روه: «إن ركّانة أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلّم
فقال: يا رسول الله، طلّقت امرأتى البتّة. فقال: ما أردت بألبتّة؟ قال: واحدة
فقال: والله ما أردت بها إلا واحدة؟ فقال ركّانة: والله ما أردت بها إلا واحدة،
فردّها إليه، ثم طلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان»^(١) حيث اكتفى فيه
باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق، من جهة أن قصده ذلك لا يعرف
إلا من قبله، فلذا أمره صلى الله عليه وآله وسلّم بالحلف.
ولكن استخلافه على أنه قصد المرة - ولم يكن الطلاق ثلاثاً في المجلس
الواحد مبدعاً بعد - وجهه غير واضح.

مسائل ثمان

المسألة الأولى

(متى تتوجّه اليمين على الوارث ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : « لا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق ، وأنه ترك في يده مالاً »^(١) .

أقول : يشترط في صحة الدّعوى على الوارث في حق على المورث أمور :
الأول : علم الوارث بموت المورث .

والثاني : علمه بثبوت الحق على المورث واشتغال ذمته به .

والثالث : العلم بوجود تركة في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه .

فهذه الامور شرط ، ولذا لو صدق المدعي الوارث على عدم أحد هذه

الامور الثلاثة لم يكن للدّعوى عليه وجه ، فضلاً عن توجّه اليمين عليه الذي أشار إليه المحقق بقوله :

« ولو ساعد المدّعي على عدم أحد هذه الامور ، لم يتوجّه » .

ثم قال قدّس سرّه : « ولو ادّعي عليه العلم بموته أو بالحق ، كفاه الحلف

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

أنه لا يعلم» .

أي : لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير ، فحيث لا يعلم ، كفاء الحلف على نفي العلم .

قال : «نعم ، لو أثبت الحق والوفاء وادّعى في يده مالا ، حلف الوارث على القطع»^(١) .

أقول : لا إشكال فيما ذكر ، لأنه بعد ثبوت الحق والوفاء بالبيّنة مثلاً ، تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلّقة بأمر راجع إلى نفس الوارث ، فإن كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفي العلم .

ولكن هل الدعوى مشروطة بهذه الامور ، أو أن الإستحلاف مشروط بها ؟ الظاهر هو الأوّل كما ذكرنا ، بل لا ريب في اشتراط الأمر الأوّل حتى يتمكّن من الدّعى ، إذ تقدّم في محله أنه يشترط في صحة الدعوى كونها عن جزم ، فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق .

ولو صدق الوارث في دعوى الجهل بكون مورّثه مديناً ، كانت مطالبته بحقه منه لاغية ، وأما لو كان متيقّناً من علمه أو شك فيه ، جازت له المطالبة مع فرض وجود التركة .

وهل يحلّفه على نفي العلم أو على إنكار أصل الدعوى ؟ إن ادّعى علمه بالامور كان عليه اليمين على نفي العلم .

وهل هذه اليمين تفصل الخصومة على الواقع ؟ قولان . وتظهر ثمرة الخلاف في البيئة التي يقيمها المدعي بعدها .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

وعن الشيخ : إنه لا يشترط في صحة الدعوى أن يدعي المدعي على الوارث العلم ، بل للمدعي إبراز الدعوى ، وللوارث حينئذ الحلف على نفي العلم ، فإن حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومة .

لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفي العلم مع عدم ادعاء المدعي عليه ذلك ، بعيد جداً .

وقال المحقق قدس سره : « لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف على فعل الغير » .

وهذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك ، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه ، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق ، فإن كان له بينة ثبت حقه وإلا فإن ادعى علم الوارث حلف على نفيه ، وإلا لم يحلف لأنه على فعل الغير ، ومع الحلف تنفصل الخصومة وينقطع النزاع ، وقيل : لا تسقط الدعوى باليمين على نفي العلم .

لكننا نقول - بناء على ما عرفت فيما مضى في مسألة يمين الموكل - إنه إن كان الوارث متمكناً من اليمين على نفي أصل الدعوى ، جاز له ذلك ، وإلا وجب عليه اليمين على نفي العلم وإن لم يكن يدعي عليه العلم ، حتى ولو كان المال الذي بيده للمدعي في الواقع ، إلا أن يقال بانصراف أدلة «اليمين على من ادعى عليه» عن هذا المورد ، لكن قد تقدم أن الأظهر عمومها للمورد ، وأن اليمين على نفي العلم تقوم مقام اليمين على نفي الواقع ، لأن الغرض من الدعوى على المورث في الحقيقة هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك ، وإلا لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه . وبعبارة أخرى : إن اليمين على نفي العلم أثرها سد الطريق على المدعي بحيث لا يمكنه بعد ذلك إلزام الوارث بالحق .

واختار صاحب (الجواهر) قدّس سرّه كفاية اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق ، واعترض على الأصحاب بأن الأمر مشوّش غير منقح عندهم ، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالماقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً ، كما لو ادّعى مدّع على عين في يد آخر أنه سرقة سارق وباعه أباك من دون أن يدّعي عليه العلم بذلك ، ضرورة عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك .



مرکز تحقیقات و پژوهش در علوم اسلامی

المسألة الثانية

(لو ادّعى على المملوك فمن الغريم ؟)

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه ، ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية » .

أقول : يعني أن المدّعى عليه في الحقيقة هو المولى ، وعليه ، فيكون العبرة بإقراره وإنكاره لا بإقرار العبد وإنكاره ، سواء كانت الدعوى في المال أو كانت في جناية ارتكبها العبد ... ولكن في المسألة تفصيل ، وبيان ذلك :

إنه في كلّ دعوى يكون الضرر متوجّهاً فيها على المولى ، تكون العبرة بإقرار المولى وإنكاره ، فلو ادّعى على المملوك ملكيّة مال معيّن بيده ، كان المولى هو المدّعى عليه في الواقع لأنّه الغريم ، إذ العبد وما في يده لمولاه ، فإن أقرّ المولى ، أخذ المال ودفع إلى المدعي ، وإن أنكر حلف ، وكذا لو كانت الدعوى جناية ، فعلى القول بأن دية خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار بإقرار المولى وإنكاره ، ولا فرق في الجناية بين ما يوجب استحقاق العبد وغيره ، لأن الغريم هو المولى على كلّ حال ، وأما على القول بأن هذه الدية على العبد نفسه لا على المولى ، كانت العبرة بإقرار العبد وإنكاره ، فإن أقرّ صبر حتى ينعق فيؤدي وإلا حلف على النفي .

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق .

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً في حال رقيته ، فهل المعتبر إقرار

المولى وإنكاره لأنه الغريم ، أو يعتبر إقرار وإنكار العبد ، لكونه هو المباشر والمدعى عليه ؟ وجهان ، وتظهر الثمرة فيما لو أقرّ المولى بالجناية وأنكر العبد ، والأول مشكل ، لأنه وإن كان هو الغريم ، لكن ليس المولى مالكاً لحياة العبد ، وقد تقرّر أن من ملك شيئاً ملك الإقرار به .

ولو أقرّ العبد بهذه الجناية ، فإن إقراره ينتهي إلى ضرر المولى ، لأنّ المفروض وجوب قتله فعلاً قبل الإنعتاق ، وحينئذ يتوجّه الإشكال بأن دليل : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ليس على إطلاقه ليشمل صورة استلزامه الضرر لغيره .

فظهر أن في المسألة تفصيلاً ، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما إذا كانت الدّعوى على المملوك من حيث أنه مملوك . . .

وقد تلخّص أنه يدور أمر الاعتبار بالإقرار والإنكار مدار الغرم ، فحيث يتوجّه الضرر والخسارة على المولى يكون الاعتبار بإقراره وإنكاره ، وحيث يتوجّه على نفس العبد بأن يؤدي الحق بعد الإنعتاق ، كان الاعتبار بإقراره وإنكاره .

وعن (القواعد)^(١) : « وإذا ادّعي على المملوك ، فالغريم مولاه ، سواء كانت الدعوى مالاً أو جناية ، والأقرب عندي توجه اليمين عليه ، فإن نكل ردّت على المدعي وثبتت الدعوى في ذمة العبد يتبع بها بعد العتق » .

وظاهره وجوب اليمين على العبد وإن كان الغريم مولاه ، فإن نكل لم تؤثر يمين المولى .

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٤٤٥ .

وفي (الجواهر)^(١) : ومراده على الظاهر الإشارة بذلك إلى توجّه سماع الدعوى على العبد منفرداً ، أو اقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولى ...

قلت : ولكنّ توجّه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء ، وليس قولاً للعلامة حتى يقول : والأقرب عندي .
ويحتمل : أنه وجّه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير .
وفيه : إنه لو كان مراده ذلك لوجهها على المولى ، بأن يحلف على نفي العلم .



المسألة الثالثة

(هل تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيّنة ؟)

قال المحقق : « لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البيّنة »^(١).

أقول : لا خلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود حتى يقيم المدعي البيّنة المعينة شرعاً في كلّ مورد ، لأن الحدود حق الله تعالى وقد اشترط في ترتيب الأثر على الدعوى فيها وجود البيّنة ، بل إنه تعالى يجب عدم تعقيب ما يوجبها وترك إثباتها ، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات^(٢).

قال : « فلا يتوجّه اليمين على المنكر ».

وأما في حقّ الآدمي ، فتسمع الدعوى المجردة عن البيّنة ويستحلف المنكر ، لأن اليمين أحد طريقي إثبات حق الآدمي ، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه .

قال : « نعم ، لو قذفه بالزنا ولا بيّنة فادّعاه عليه ، قال في المبسوط : جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف ، وفيه إشكال ، إذ لا يمين في الحدّ ».

أقول : كان ما ذكرناه في خصوص الدعوى في حق الله تعالى كحدّ الزنا وشرب الخمر ، ولو اشتركت الدعوى بين الله وبين الآدمي كحدّ القذف كأن يقذفه

(١) وسائل الشيعة ٢٨ : ٤٦ . أبواب مقدمات الحدود ، الباب ٢٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٠ .

بالزنا ولا بيّنة ، فهل لليمين أثر في ثبوت الحدّ وعدمه أو لا ؟ الصحيح هو الثاني ، لإطلاق النصوص الواردة في المقام والدالّة على أنه « لا يمين في حدّ » :

(١) عن البرزطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال : هذا قذفي ، ولم تكن له بيّنة . فقال : يا أمير المؤمنين استحلفه ، فقال : لا يمين في حدّ ولا قصاص في عظم »^(١) .

وهذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظنّ أن للقاذف الذي لا بيّنة له ، أن يستحلف المقدّوف لكونه منكراً كسائر المرافعات ، فقال الإمام عليه السلام : إن اليمين لا تؤثر لا في إثباته ولا في نفيه .

(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال : « لا يستحلف صاحب الحدّ »^(٢) .

والظاهر أن المراد من « صاحب الحدّ » هو من يجب إجراء الحدّ عليه ، ويحتمل أن يكون المراد : إن الذي يريد إجراء الحدّ - وهو الإمام - لا يستحلف .

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام : إن رجلاً استعدى علياً عليه السلام على رجل فقال : إنه افتري عليّ ، فقال علي عليه السلام للرجل : أفعلت ما

(١) وسائل الشيعة ٢٨ : ٤٦ / ١ . أبواب مقدمات الحدود ، الباب ٢٤ . وهو مرسل ، وفي طريقه « سهل بن زياد » وقال الشيخ الحرّ قدّس سرّه بعده « محمد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمد عن محمد بن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام مثله » قال صاحب الجواهر قدّس سرّه : وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في رواية التهذيب بل وكذا في رواية الكافي المنجبر مع ذلك كلّه بالعمل ... ومراده من رواية التهذيب هو الثاني ومن رواية الكافي هو الأوّل ، لأن ابن أبي عمير لا يرسل إلّا عن ثقة وأحمد بن محمد بن أبي نصر - وهو البرزطي - من أصحاب الاجماع ، وأن الأمر في « سهل » سهل عنده .

(٢) وسائل الشيعة ٢٨ : ٤٦ / ٢ . أبواب مقدمات الحدود الباب ٢٤ ، وهو معتبر .

فعلت ؟ فقال : لا ، ثم قال علي عليه السلام : ألك بينة ؟ قال : فقال : ما لي بينة فأحلفه لي . قال علي عليه السلام : « ما عليه يمين »^(١).

خلافاً للشيخ قدس سرّه في (المبسوط)^(٢) إذ قال : « جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف » أي : ترجيحاً لحق الآدمي على حق الله عزّ وجل ، ومن الحالف حينئذ ؟

في العبارة احتمالان :

أحدهما : أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا ولا بينة ، فيدّعي المقدوف عليه ذلك ، فينكر ويمتنع عن اليمين ويردّها على المدعي ، فيجوز له أن يحلف اليمين المردودة ليثبت الحدّ على القاذف .

والثاني : أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له : يا زاني ، ثم لما أريد إجراء حدّ القذف عليه ادّعى الزنا على المقدوف ولكن لا بينة له على ذلك ، فيجوز أن يحلف المقدوف على عدم الزنا ليثبت الحدّ على القاذف ، فإن لم يحلف لم يثبت الحدّ . وكيف كان ، فما ذهب إليه ينافي تلك النصوص الدالة على أنه لا يحلف لا في إثبات الحدّ ولا في نفيه ، فإن كان للقاذف بينة على الزنا سقط الحدّ وإلا ثبت ، قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ... ﴾ إلى آخر الآية^(٣).

وليس حق الآدمي في هذه المسألة منفصلاً عن حق الله تعالى ليرجح فيها حقّه على حق الله ، بل الحقّان كلاهما واردان على الحدّ ، بخلاف مسألة السرقة حيث الغرم والقطع أمران مختلفان ، ولذا يمكن إثبات الغرم دون القطع في بعض صورها ، كما سيأتي أيضاً .

(١) وسائل الشيعة ٢٨ : ٤٦ / ٣ . أبواب مقدمات الحدود ، الباب ٢٤ ، فيه « غياث بن كلوب » وهو مجهول .

(٢) المبسوط في فقه الإماميّة ٨ : ٢١٥ - ٢١٦ .

(٣) سورة النور ٢٤ : ٤ .

المسألة الرابعة

(منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق : « منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم »^(١).

أقول : قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب في حال ثبوتها أمرين : أحدهما : حق الآدمي ، وهو المال المسروق ، والثاني : القطع ، وهو الحد الشرعي وهو حق الله تعالى ، وقد عرفت أنه لا ملازمة بين الحقيقتين ، فقد يثبت أحدهما في مورد دون الآخر ، فمن ادّعى عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهة حق الآدمي ، فإن حلف سقط الغرم .

مركز تحقيق كتب علوم اسلامی

« ولو نكل لزمه المال دون القطع ، بناء على القضاء بالنكول ، وهو الأظهر » عندنا وجماعة « وإلا حلف المدّعي » ليثبت الحق وإلا سقطت الدعوى .

قال المحقق : « ولا يثبت الحدّ على القولين » .

أقول : أي لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها ، لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعي المقرر . قال : « وكذا لو أقام شاهداً وحلف » .

أقول : أي لأنه لا يمين في حدّ كما تقدم ، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩١ .

المسألة الخامسة

(لو كان له بيّنة فأعرض عنها فهل له الرجوع ؟)

قال المحقق : « لو كان بيّنة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال : أسقطت البيّنة وقبلت اليمين ، فهل له الرجوع ؟ قيل : لا . وفيه تردد ، ولعل الأقرب الجواز »^(١) .

أقول : في المسألة قولان ، والأقوى هو الجواز وفقاً للمحقق وغيره ، وخلافاً للشيخ^(٢) ، ووجه التردد عند المحقق هو التأمل في أن إقامة البيّنة حق للمدّعي أو أنه حكم شرعي ، ولو كان حقاً ، فهل هو من الحقوق القابلة للإسقاط أو لا ؟

والظاهر : أنه حق لا يقبل الإسقاط ، ومع الشك في كونه حقاً قابلاً له ، يكون الأصل بقاءه ، وكذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكماً ، فالظاهر هو جواز الرجوع إلى إقامة البيّنة ، أو إليها بعد إقامتها وقبل حلف المنكر .

ولا يجري هنا استصحاب تأثير اليمين ، بأن يقال إنه بالإعراض أو الإسقاط يكون المؤثر اليمين ، فع الشك في بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير ، ووجه عدم الجريان هو : أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الأمر بين

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩١ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٩٠ .

لو كان له بيّنة فأعرض عنها فهل له الرجوع ؟ ٣٩٣

استصحاب حكم المخصص والتمسك بعموم العام ، وقد تقرّر في محلّه أن التحقيق هو الثاني .

قال: « وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر » .
أي : ثم عاد إليه قبل الحلف أو ردّ المنكر اليمين على المدعي ثم عاد إلى اختيار الحلف الذي يقوم مقام الشاهد الثاني .



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

المسألة السادسة

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعة فروع ، أفق في الثلاثة الاولى منها بقبول قول المدعي بلا يمين ، وتردد في الرابع ، لكن في (المسالك)^(١) ذكر أكثر من عشرين فرعاً ، ذهب في جميعها إلى القبول كذلك ، فالفروع الثلاثة هي :

الأول : « لو ادعى صاحب النصاب إيداله في أثناء الحول » أي لينفي عنه الزكاة « قبل قوله بلا يمين » .

الثاني : « وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان » أي : في الثمرة المخروصة أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاة .

الثالث : « وكذا لو ادعى الذمي الإسلام قبل الحول » أي : ليتخلص عن الجزية ، بناء على عدم شمول « الإسلام يجب ما قبله »^(٢) لهذا المورد ، وأما بناء عليه ، فلا يطالب بالجزية وإن لم يدع ذلك .

ثم إن الدليل في هذه الفروع هو عدم الخلاف كما في (الجواهر)^(٣) ، وأن الحق في هذه الموارد لله عز وجل ، مع أن الحق فيها لا يعلم إلا من قبل المدعي .

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٠١ - ٥٠٣ .

(٢) في مجمع البحرين ١ : ٢٦٤ : « في الحديث : الإسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها من الكفر والمعاصي والذنوب » .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٦٢ .

وهناك نصوص في خصوص بعض فروع المسألة مثل أن يقول : « لا زكاة علي » مثلاً^(١).

والفرع الرابع قوله : « أما لو ادّعى الحربي الإنبات بعلاج لا بالسن ، ليتخلص من القتل ، فيه تردد ، ولعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع البيّنة »^(٢).
أقول : ينشأ التردد من إن قتل الكافر الحربي حدّ من حدود الله تعالى ، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات ، وقد تقدّم أن لا يمين في حدّ ، وأن الإنبات لا يعلم إلا من قبل الشخص ، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ ، وهذا مشكوك في بلوغه .

ومن أن الإنبات أمانة شرعية على البلوغ ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر ، ولا يقبل قول من ادّعى خلاف الظاهر إلا مع البيّنة ، وإذ لا بينة هنا ، فإن أقلّ ما تثبت به الدعوى هو اليمين ، فقليل ؛ يحلف الآن لوجود الأمانة الشرعية على البلوغ المعتبر في صحة اليمين ، وقيل : يصبر حتى يعلم ببلوغه ، وعلى الأوّل ، إن حلف لم يقتل وإلا قتل ، وعلى الثاني ، إن حلف سقط الحدّ ، وإن نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر .

أقول : لكن يرد على القول الثاني : أنه إن بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجة إلى هذا البحث ، وإن أسلم ، فإن قلنا بمقتضى « الإسلام يجب ما قبله » فلا يحلف ولا شيء عليه ، وإلا ، فإن حلف سقط الحدّ وإن نكل قتل .

(١) الباب ١٤ من أبواب زكاة الأنعام : « باب ما يستحب للمصدق والعامل استعماله من الآداب وأن الخيار للمالك والقول قوله » وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظلّه الرواية الاولى من تلك النصوص وتطرق على ضوئها إلى بعض القضايا التي وقعت في البلاد ، فأبدى تضجّره منها ونبه على وجوب الإنتهاء عنها .
(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩١ .

هذا إن لم نقل بأن كون الإنبات أمانة للبلوغ مشروط بكونه طبيعياً، وإلا فإنه مع الشك في كونه بالعلاج أو بالطبع، فلا يجوز قتله وإن لم يدع الإنبات بعلاج، إلا أن يتمسك بأن الأصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت ... اللهم إلا أن يكون إجماع على وجوب قتله حينئذ.

ومعنى قول المحقق: «لا يقبل إلا مع البيئة» إنه لا يقبل مع اليمين، فإن أقام البيئة قبل والإقتل، وأشكل عليه في (الجواهر) بقوله: «لكن لا يخفى عليك ما فيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافي تحقق الشبهة الدارئة (قال): بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصاً في مثل الفرض»^(١).

وهل يقبل قول مدعي الإنبات بعلاج في غير مورد الحد الذي أمرنا بدرئه بالشبهة؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع، ثم لما حضر المشتري لتسلم المبيع، ادّعى كونه صغيراً في حال إجراء العقد، وأن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه وليس طبيعياً ليدل على البلوغ، فهل يسمع قوله - لا سيما وأنه مطابق للأصل - أو لا بل يسمع قول المشتري وهو مقتضى أصالة الصحة؟

أقول: أما أصالة الصحة، فتجري عند الشك في الصحة بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبرة، ومع الشك في بلوغ البائع فلا يجري هذا الأصل، لأنه لا يحرز البلوغ ... لكن الصحيح عدم قبول قول البائع في هذه الصورة، لأن إنبات الشعر ظاهر في البلوغ، والمناقشة في هذا الظهور ممنوعة، وهو متقدم على الأصل وإلا لم تتقدم أمانة على أصل في مورد.

قال في (الجواهر): ومما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقاً أو بالاحتلام

(١) جواهر الكلام ٤٠: ٢٦٣.

خاصة ، لإمكان إقامة البينة على السنّ واعتبار الإنابات ، لأن محله ليس من العورة ، وعلى تقديره فهو من مواضع الضرورة ، وعلى كلّ حال ، لا يمين وإلا لزم الدور ، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره .

أقول : صحة اليمين متوقفة على البلوغ ، والبالغ قد لا يحلف أصلاً ، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها ، فلا دور ... فالدليل على عدم اليمين في المقام كونه شبهة مصداقية للبلوغ المعتبر بتحقيقه للحالف في صحة يمينه .

هذا ، وقد ذكروا في المقام فروعاً ، والضابط الكلّي هو : إن كان الطرف في الدّعى هو الله تعالى محضاً ، فلا يشترط اليمين ، وكذا إن كان مورد الدّعى حقاً عاماً للناس .

وفي (المسالك) : ضبطها بعضهم بأنه كلّ ما كان بين العبد وبين الله تعالى ، أو لا يعلم إلا منه ولا ضرر فيه على الغير ، أو ما تعلق بالحدّ أو التعزير ^(١) . وفيه - كما في (الجواهر) ^(٢) - إن ذلك كلّ مع عدم الخصومة ، وأما معها فلا ، فقول ذي اليد مثلاً حجة إلا إذا خوصم ، فحينئذ تتوجه عليه اليمين ...

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٠٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٦٤ .

المسألة السابعة

(حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق : « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين ، قيل : يحبس حتى يحلف أو يقرّ ... وكذا لو ادّعى الوصي أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث . وفي الموضوعين إشكال ، لأن السجن عقوبة لم يثبت موجبها »^(١) .

أقول : في المسألة فرعان :

الأوّل : لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالاً ولا وارث لزيد حتى يطالبه به ، فإن أقرّ عمرو بالدين وجب عليه الأداء ، وإن أنكر وجب عليه اليمين ، فإن حلف على الإنكار فلا شيء عليه ، وإن نكل ألزم بدفع الحق ، إذ المفروض عدم إمكان الردّ لموت الدائن وعدم الوارث ، وأنه يستحيل تحليف المسلمين والإمام عليه السلام ، وعن الشيخ في (المبسوط)^(٢) : يحبس حتى يحلف أو يقرّ .

الفرع الثاني : لو ادّعى الوصي على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ، ثم شهد شاهد واحد بما يدّعيه الوصي ، وأنكر الوارث ذلك ، فإن كان الوارث يعلم بالعدم ، حلف على النفي على البت ، وإن لم يعلم حلف على نفي العلم ، ولو نكل

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٢ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ٢١٤ .

حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين ٣٩٩

لم يمكن ردّ اليمين على الوصي ، لأنه يدّعي حقاً للفقراء فلا يجوز له أن يحلف عنهم ،
وحينئذ يحكم على الوارث بالنكول ، ويلزم بدفع الحق ، وقيل : يحبس حتى يحلف
أو يقرّ .

بل لا فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصي شاهد واحد أو لا ، لما
عرفت من عدم ترتب الأثر على يمينه ، فوجود الشاهد الواحد وعدمه على
السواء .

ولو ادّعى الوارث على أحد حقاً لمورّثه استناداً إلى ما وجدته مسجلاً في
ثبته ، فإن حلف زيد على النفي فهو ، وإن حلف على نفي العلم فكذلك ، وإلا فلا مجال
للردّ على الوارث ، وعليه دفع الحق بمجرد النكول .

وكذا الأمر في كلّ مورد لم يمكن فيه الردّ ، فإنه يحكم على المنكر بالنكول
ويلزم بدفع الحق ، وأما مع إمكانه ، فإن حلف المدعي ثبت الحق وإلا سقطت
الدّعى .

ولو كان صاحب الحق هو الإمام عليه السلام فعلى المنكر اليمين ، فإن لم
يحلف ثبت الحق ولا يردّ على الإمام .

المسألة الثامنة

(حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركة)

قال المحقق : « لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث، وكانت بحكم مال الميت، وإن لم يحيط انتقل إليه ما فضل عن الدين »^(١).

أقول : في الكتاب مطلقات تدلّ على انتقال مال الميت إلى وارثه مطلقاً، مثل قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ...﴾^(٢).

وقد قيّد ذلك في آيات، كقوله تعالى ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ فيكون مقتضى الجمع : انتقال ما فضل من المال إلى الوارث بعد إخراج الوصايا والديون ... وعليه : فإن استوعب الدين وأحاط بالتركة لم ينتقل إلى الوارث شيء منها .

والقول بانتقالها إلى الوارث يبتني على التجوّز، إما في المطلق، بأن يحمل على الأعم من الملك المستقر وغير المستقر، وإما في المقيد، فيكون المعنى : إستقرار الملك بعد الوصية والدين .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٢ .

(٢) سورة النساء ٤ : ١١ .

ومع التنزل عن هذا الدليل وغيره ، فإن الأصل عدم انتقال المال إلى الوارث وبقاؤه على ملك الميت ، لأن الملكية أمر اعتباري فيجوز اعتبارها له ، ومع الشك في البقاء يستصحب ، إلا أن يقال : بأن العقلاء يفرقون في هذا الاعتبار بين الحي والميت ، وهو بعيد ، وعلى هذا الأساس يتضح معنى الوصية ، فإنها في الحقيقة تصرف المالك في ماله بعد حياته .

وأما بناء على أن الملكية من عوارض الوجود ، وأنها أمر يقوم بنفس المالك ، فإن مات زالت ، فلا يتم الإستصحاب ، وعليه ، يكون المال بعد موت مالكة بلا مالك ، لكن يكون بحكم مال الميت وتجري عليه أحكامه .

وأما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله إلى وارثه ، ومع جريان أصالة العدم في المسبب يزول الشك في بقائه على ملك الميت . ففيه : إنه أصل مثبت وهو ليس بحجة .

وكيف كان ، فإن تم هذا الأصل فهو ، وإلا وصلت النوبة إلى الإحتياط ، ومقتضاه العمل طبق الوصية وأداء الدين بإذن الوارث .

قال المحقق : « وفي الحاليين للوارث المحاكمة على ما يدّعيه لمورثه ، لأنه قائم مقامه » (١) .

أقول : وسواء على القولين - القول الثاني وهو الإنتقال ، والقول الأول وهو عدم الإنتقال - فإن الوارث يطالب بحقوق الميت ، إما لأنه المالك ، وإما لأنه قائم مقامه .

ولو ادّعى ديّان الميت على المدين فحلف على الإنكار، لم يجز لهم مطالبته فيما بعد، فإن جاء الوارث وأقام البيّنة على المدين، فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومة؟ الظاهر هو الأوّل.



مركز تحقيقات کتب و پژوهش های اسلامی

البحث الثالث

(في اليمين مع الشاهد)

قال المحقق : « يقضى بالشاهد واليمين في الجملة ، إستناداً إلى قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء علي عليه السلام بعده »^(١) .

أقول : لا ريب ولا خلاف في القضاء بذلك في الجملة ، والقدر المسلّم منه أن تكون الدّعوى في الدّين ، فيشهد الشاهد ويخلف المدّعي ، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الإجماع ونصوص المسألة ، الحاكية لقضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأمير المؤمنين عليه السلام مثل : *تحتية كوتير علوم رسولى*

(١) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ، ولم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل »^(٢) .

(٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق »^(٣) .

(٣) عن حماد بن عثمان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « كان

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٤ / ١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٤ / ٢ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

علي عليه السلام يجوز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي»^(١).

(٤) عن حماد بن عيسى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « حدّثني

أبي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم قضى بشاهد ويمين»^(٢).

(٥) عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له

عند الرجل الحق وله شاهد واحد . قال فقال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله

وسلّم يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق ، وذلك في الدين»^(٣).

ثم إن كان المراد من البيّنة في قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم : «إنما

أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» وفي أخبار : «البيّنة على المدعي واليمين على

المدّعى عليه» ونحوه هو ما يبين الشيء^(٤) فلا كلام ، وإن كان المراد منها شهادة

الشاهدين في الواقعة - كما هو المنسب إلى أذهان المشرعة عند الإطلاق - فإن

ثبوت الدعوى بشاهد ويمين في بعض الموارد، إنما يكون من جهة الأدلة المعتبرة

الدالة عليه، فتكون تلك الأدلة مخصصة للخبرين المذكورين، من حيث الإكتفاء

هنا بشاهد ويمين المدعي، ومن حيث أن اليمين هنا تكون على المدّعي لا على المدّعى

عليه .

وما ورد في بعض الأخبار المتقدّمة من أنه «كان رسول الله ...» و«كان علي

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٥ / ٣ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٥ / ٤ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٥ / ٥ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٤) وقد جاءت هذه اللفظة بهذا المعنى في مواضع من القرآن الكريم، قال عز وجل : ﴿ لم يكن الذين كفروا

من أهل الكتاب والمشرّكين منفكّين حتى تأتيهم البيّنة ﴾ سورة البيّنة ٩٨ : ١ وقال : ﴿ وما تفرّق الذين

أوتوا الكتاب إلّا من بعد ما جاءتهم البيّنة ﴾ سورة البيّنة ٩٨ : ٤ .

عليه السلام ...» فظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك ، ولم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصة بها أو نادر الوقوع .

(٦) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر فسألاه عن شاهد ويمين فقال : « قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة . فقالوا : هذا خلاف القرآن .

فقال : وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ قالوا : إن الله يقول ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ .

فقال قول الله : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ هو لا تقبلوا شهادة واحد ويمينا !! .

ثم قال : إن علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة ، فرّ به عبد الله بن قفل التيمي ومعه درع طلحة ، فقال علي عليه السلام : هذه درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة . فقال له عبد الله بن قفل : إجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضىته 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 واحد 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 مرات .

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 صلى الله عليه وآله وسلم : 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 صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد وعين . فهذه ثنتان .

ثم أتيتك بقبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلواً 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) .

قلت : وشريح مخطئ من جهات آخر أيضاً لم يشر الإمام عليه السلام إليها .

قال المحقق : «ويشترط شهادة الشاهد أولاً وثبوت عدالته ثم اليمين»^(٢) .

أقول : لا ريب في اشتراط ثبوت عدالة الشاهد ، إنما الكلام في لزوم تقدّم الشهادة وثبوت عدالته قبل يمين المدعي ، فقال المحقق :

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٥ / ٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٢ .

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة

«ولو بدأ باليمين وقعت لاغية وافتقر إلى إعادتها بعد الإقامة» .
أقول : قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهادة واليمين ،
فهذا الذي لا ريب فيه ، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهادة ، ومع الشك ،
فالأصل عدم النفوذ ، لأنه المرجع في كل مورد شك في نفوذ الحكم فيه .
وأما الاستدلال - لاشتراط تقدم إقامة الشهادة على اليمين - بتقدم ذكرها
عليها في نصوص المسألة ، ففيه :
أولاً : إن التقدم الذكري في النصوص لا يقتضي التقدم في مجلس القضاء
وكيفية المحاكمة .

وثانياً : لقد ذكرت اليمين في بعض النصوص مقدمة على الشهادة^(١) .
ومن هنا نقول : إن الظاهر أن نصوص المسألة ليست بصدد بيان الكيفية
مطلقاً ، بل هي في مقام بيان أصل المطلب ، وهو ثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد
ويمين المدعي ، من دون تعرض للخصوصيات ، لكن المؤثر يقيناً هو صورة تقدم
الشهادة على اليمين ، ونفوذ الحكم في صورة العكس مشكوك فيه ، فالمرجع هو
الأصل المزبور .

وفي (المسالك)^(٢) : «أما اشتراط إقامة الشهادة أولاً ، لأن المدعي وظيفته
البيئة لا اليمين بالأصالة ، فإذا أقام شاهده صارت البيئة التي هي وظيفته ناقصة
ومتتمها اليمين بالنص ، بخلاف ما لو قدم اليمين ، فإنه ابتداء بما ليس وظيفته ولم يتقدمه

(١) وسائل الشريعة ٢٧ : ١٥ / ٢٦٩ - ١٦ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٠٩ .

ما يكون متممًا له» .

وفيه : ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسألة أن وظيفته هنا إقامة الشاهد الواحد واليمين حتى تثبت دعواه ، فالقضاء يكون بكلا الأمرين ، وليس في شيء من النصوص إشارة إلى أن وظيفته هنا إقامة البينة - كسائر الموارد - وأن يمينه تكون متممة للوظيفة الناقصة من جهة عدم الشاهد الآخر .

وعن (كاشف اللثام)^(١) الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى ، وإنما يحلف من يقوى جانبه ، كما أنه يحلف إذا نكل المدعى عليه ، لأن النكول قوَى جانبه .
وفيه : إنه استحسان لا أكثر .

والحاصل : إن المثبت للدعوى كلا الأمرين ، الشهادة واليمين ، حال كونها متقدمة على اليمين ، وصورة العكس مشكوك فيها من حيث النفوذ وعدمه ، والأصل هو العدم ، وعلى ما ذكرنا ، فلورجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعي من المال في هذه الدعوى .

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين يختص بما إذا كانت في الدين ، أو تثبت في مطلق ما كان مالاً ، أو كان المقصود منه المال ، أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال ؟

قال بالأوّل جماعة ، واختار الثاني آخرون بل نسب إلى المشهور ، ويشهد للثالث إطلاق عدّة من الأخبار: كخبر منصور بن حازم ، وخبر حماد بن عيسى ،

(١) كشف اللثام ١٠ : ١٣٩ .

وكالأخبار الآتية :

(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق »^(١) و « كان » له ظهور في الإستمرار .

(٢) عن أبي مریم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « أجاز رسول الله صلى الله عليه وآله شهادة شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق »^(٢) و « أجاز » هنا بمعنى « الإنفاذ » .

(٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « إن جعفر ابن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة : كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد ؟ فقال جعفر عليه السلام : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم ، فضحك أبو حنيفة . فقال له جعفر عليه السلام : أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة . فقال : ما نفعل . فقال : بلى يشهد مائة ، فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله »^(٣) .

(٤) محمد بن علي بن الحسين قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة شاهد ويمين المدعي . قال وقال عليه السلام : نزل جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق »^(٤) .

(٥) عن جابر بن عبد الله قال : « جاء جبرئيل إلى النبي صلى الله عليه وآله

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٧ / ٨ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٧ / ٩ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٨ / ١٣ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ١٤ .

(٤) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٨ / ١٤ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ١٤ .

وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد»^(١) وهذا الخبر أيضاً ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك ، وهو بإطلاقه يشمل المال وغيره .

لكن لا ريب في خروج «حق الله» من تحت هذه المطلقات ، لصحيفة محمد ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس ، فأما ما كان من حقوق الله عز وجل أو رؤية الهلال فلا»^(٢) والمراد بضميمة الأخبار الأخرى والإجماع : شهادة الرجل الواحد مع اليمين ، والمراد من «الخصم» هو نفس المدعي .

واستدل للقول الأول - وهو التخصيص بالدين - بعدة من الأخبار المذكورة ، كخبر محمد بن مسلم وخبر أبي بصير المتقدمين ، بل في خبر القاسم بن سليمان :

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب ، في الدين وحده»^(٣) .

وقد حمل إطلاق النصوص السابقة على التقييد في هذه النصوص ، وأجيب عن خبر درع طلحة - حيث كان النزاع في العين - بأنه إنما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على إطلاق قول شريح «ما أقضي إلا بشاهد آخر معه» ، ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفي فيه بالشاهد واليمين من الوالي .

وقد يستشكل في هذا الحمل : بأن أخبار «الدين» تحكي حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين في الدين ، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير :

(١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٩ / ١٦ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ١٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٨ / ١٢ . أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، الباب ١٤ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٦٨ / ١٠ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٤ .

أكرم العالم الفقيه ، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوي مثلاً .
بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ، ممنوعة ، فقد ورد التعبير في
الروايات عن الحج بـ «الدين»^(١) .

وفي (الجواهر)^(٢) : إن حمل المطلق على المقيد إنما يصح بعد فرض التقييد
وعدم قوة المطلق من حيث كونه مطلقاً ، وهما معاً ممنوعان ، لا يمكن عدم إرادة
التقييد في النصوص السابقة ، ضرورة أن القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضي
عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره .

فالحاصل : إنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الإمام عليه السلام
حكم رسول الله وأمر المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصية -
نظير قوله عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الكوفة بكذا - ثم يقول
بنحو الحكم الكلّي : «لو كان الأمر إلينا أجزنا ... في حقوق الناس» وربما يشهد بما
ذكرنا أنه جاء في خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «في الدين وحده» :
«وقضى رسول الله ...» ولم يقل : «كان رسول الله يقضي ...» .

هذا كله بعد الإغضاء عن قصور السند في بعض الأخبار التي أخذت مقيدة
للإطلاقات^(٣) .

(١) راجع وسائل الشيعة ٨: ٦٧ ، كتاب الحج ، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه ، الأحاديث :
٤ ، ٥ ، ٨ ، ١١٣ ، الباب ٢٨ ، الحديث : ٩ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٧٣ .

(٣) في طريق خبر حماد بن عثمان : «معلّى بن محمد» وهو البصري ، والراوي لأحدها هو «القاسم بن
سليمان» ، ولم تثبت وثاقة هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال . نعم هما من رجال كتاب كامل
الزيارات .

وبعد ، فإن مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين ، والحكم بالشاهد واليمين في غيره من الحقوق المالية ، وهل يجوز التعديّة عنها إلى مطلق حق الناس ؟ إن مقتضى الإطلاقات هو ذلك ، لكن المشهور على خلافه .

ولعل وجه تقييدهم بالحقوق المالية ما روي مرسلًا عن ابن عباس : « إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد ، فأشار علي بذلك في الأموال وقال : لا تعدو ذلك »^(١) .

لكنه - كما في (الجواهر) - ليس هو من طرقنا ، ولا معروف النقل في كتب فروعنا ...

فالأولى ما ذكره من احتمال فهم الأصحاب « المال » من نصوص « الدين » لا خصوص المعنى المصطلح ، فالمراد من « الدين وحده » هو « المال وحده » فتخرج الحقوق التي ليست بمال .

وأما « حقوق الناس » في صحيحة محمد بن مسلم ، فينصرف إلى الحقوق المالية ، فلا إطلاق له ...

وكيف كان ، فلا ريب في ثبوت الحق بشاهد ويمين إذا كان مورد النزاع عيناً . كما لا ريب في كفاية اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهادة ، للنصوص الدالة على ذلك ، ومنها :

(١) عن منصور بن حازم : « إن أبا الحسن موسى بن جعفر عليها السلام قال : إذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز »^(٢) أي : فهو نافذ .

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٨٩ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ١/٢٧١ . أبواب كيفية الحكم ، الباب ١٥ .

(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق»^(١).

ثم إنه - بعد أن استقر رأي المشهور على الثبوت في الحقوق المالية - لم يفرقوا بين أن يكون مورد الدعوى مالاً، وأن يكون من الحقوق التي تترتب عليها آثار مالية، ولذا ذكر المحقق قدس سره أمثلة من القسمين، ثم ذكر الضابط في المسألة قال^(٢):

«ويثبت الحكم بذلك في الأموال كالدين» فإنه حق مالي صرف، «والقرض» فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعي حقاً مالياً له على ذمته «والغصب» كذلك، فإنه وإن كان مغايراً للمال مفهوماً، لكنه لما يدعي عليه غصب شيء له، فإنه يستلزم كون ذلك الشيء ملكاً له «وفي المعاوضات» يثبت الحكم أيضاً، فإن المقصود فيها هو المال «كالبيع والصرف والصلح والإجارة والقراض والوصية له» في مال عيناً أو ديناً، «والجناية الموجبة للدية كالخطأ» فمن ادعى جناية فقد ادعى موضوع الدية، فهي حق يقصد بها المال، أما لو كانت جناية موجبة للقصاص فلا، لأن القصاص حق وليس مالاً «وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحرّ بالعبد» إذ تثبت الدية دون القصاص، فإنه لا يقتل الوالد بالولد والحرّ بالعبد «وكسر العظام» حيث يتعذر القصاص وتجب الدية، فتكون الدعوى مالية «والجائفة» وهي الجناية التي تصل الجوف، «والمأومة» وهي التي تصل أم

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٧١/٣. أبواب كيفية الحكم، الباب ١٥. وهي صحيحة.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٩٢.

الدماع .

قال قدس سره : « وضابطه ما كان مالاً أو المقصود منه مالاً » أي : بخلاف القصاص ونحوه ...

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهة أخرى ، وهي أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفي ترتب الأثر المالي مطلقاً وإن لم يكن هو المقصود بالذات ؟ ولذا اختلفوا في بعض المصاديق كالنكاح ، فقد قال المحقق : « وفي ثبوت النكاح تردد » .

أي : لتردد المقصود بالنكاح بين كونه مالاً وغير مال ، فإن قلنا بالثبوت حتى في صورة كون ترتب المال من اللوازم البعيدة ، ثبت النكاح بالشاهد واليمين ، لأن المهر والنفقة - إن كانت الدعوى من الزوجة - وإرث الزوج مال الزوجة بعد موتها - إن كانت الدعوى من الزوج - من الآثار المترتبة على النكاح ، وإن كان المقصود منه بالذات هو التناسل وإقامة السنّة وكفّ النفس عن الحرام ، والنفقة والمهر تابعان^(١) .

قال قدس سره : « أما الخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير والكتابة

(١) فالحاصل : أن في المسألة أقوالاً : أحدها : عدم الثبوت سواء كان المدعي الزوج أو الزوجة ، وقد نسب هذا القول في الروضة وغيرها إلى المشهور (الروضة البهية ٣ : ١٠٢) . والثاني : الثبوت كذلك ، ذكره الشهيدان لكن في الروضة : لا نعلم قائله ، وكذا قال غيره ، والثالث : الثبوت إن كان المدعي الزوجة ، وهو مختار العلامة في القواعد (٣ : ٤٤٩) حيث قال : أما النكاح فإشكال ، أقرب الثبوت إن كان المدعي الزوجة ، وفي مفتاح الكرامة : تبعه عليه الشهيد في غاية المراد . قال : لأن دعوى المرأة النكاح تستلزم مالاً وهو مناط الشاهد واليمين ، أما الزوج فلا مال يدّعيه بدعواه الزوجية والتوارث بعيد جداً ، ويقرب إذا كان التداعي بعدم موت المرأة ، ومثله قال الشهيد الثاني . والرابع : التوقف وعليه المحقق هنا - أما في النافع فلم يذكر النكاح أصلاً - وتبعه الشهيد في الدروس .

والنسب والوكالة والوصية إليه وعيوب النساء، فلا» .

أقول : لكن الخلع إذا ادّعاه الزوج يثبت بالشاهد واليمين ، لدخوله في الضابط الذي ذكره ، من جهة أنه مشروط ببذل الزوجة مالا إلى الزوج ليطلقها به ، فحيث يدّعي الرجل ذلك فإنه يدّعي حقاً مالياً .

قال : « وفي الوقف إشكال ، منشؤه النظر إلى من ينتقل ، والأشبه القبول ، لانتقاله إلى الموقوف عليهم » .

أقول : هذا في الوقف الخاص ، وأما العام فلا تتضمن دعواه المال ، لأن الموقوف بالوقف العام لا مالك له ، بل يكون كعتق العبد لله ، ولو قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم ، فإنه يتعذر حلف جميعهم ، ولا فائدة في يمين بعضهم .

أقول : وصفوة الكلام في هذا المقام هو : أن الأصل الأولي هو عدم ثبوت شيء إلا مع العلم ، ثم إن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » قد أصبح أصلاً ثانوياً ، فتقبل كل دعوى أقام المدعي فيها البيّنة على دعواه ويحكم له بثبوت حقه ، ثم نزل جبرئيل عليه بالشاهد واليمين - فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق ، وأن يكون مقيداً له فيكون المحصر فيه إضافياً - ثم قيّد إطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس ، فلا يقبل ذلك في حقوق الله تعالى ، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من « حقوق الناس » ، وقد تقدّم عدم جواز التعويل على ما روي عن ابن عباس ، فإن تم ما ذكرنا من انصراف « حق الناس » إلى « الحق المالي » فهو ، وإلا فهي شبهة مفهومية مرددة بين الأقل والأكثر ، والأقل هو المتيقن ، والمرجع فيما زاد عنه هو « إنما أقضي بينكم ... » فيقبل الشاهد واليمين في كلّ ما كان مالا من حقوق الناس .

و « الحق المالي » أيضاً مردّد بين ما هو حق مالي بالذات وما هو حق مالي

مطلقاً - سواء كان مالاً بالذات أو بالتبع - وهنا أيضاً يؤخذ بالقدر المتيقن - وهو الحق المالي المقصود بالذات - وإن لم يكن عنوان الدعوى مالاً مثل البيع ، ولذا قال في (الجواهر) : « ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة عن المال وإن كانت يجعل ، وكذا الوصية ، واختلافهم في العتق » .

وأما في موارد الشبهة المصداقية ، فلا يؤخذ فيها بعموم العام ، بل المرجع هو الأصل . نعم ، للمتداعيين العمل بالإحتياط في صورة الشك .

حكم ما لو كان المدعي جماعة والشاهد واحد

قال المحقق : « ولا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلا مع حلف كل واحد منهم »^(١) .

أقول : هذا لا إشكال فيه ، لأن الدعوى حينئذ تنحل إلى دعاوى متعددة وإن كانت شهادة الشاهد الواحد كافية لجميعها ، فإن حلف جميع أفراد الجماعة ثبتت الدعوى « ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع » لأن مقتضى الأدلة السابقة ثبوت الدعوى المالية بالشاهد ويمين المدعي ، فمن حلف مع الشهادة ثبت حقه وكان له استيفاء سهمه ، سواء كانت الدعوى في حق الإرث أو حق الشركة ، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شيء ، وهنا فروع :

[الأول] : هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعي عن اليمين المردودة في سقوط الدعوى ، فلا يترتب على بذله اليمين بعدئذ أثر ، أو لا يكون كذلك ؟ قالوا : لا يكون كذلك ، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

الشاهد الثاني بعد ، فحينئذ ، يلزم على الحاكم أن يصبر حتى يحضر ، لأن حق المدعي باق ، ولذا لا يأمر المدعى عليه باليمين - إلا إذا رفع المدعي اليد عن إقامة الشهادة وقنع بيمين المنكر ، فحينئذ يأمر المنكر بذلك - فهنا كذلك ، فإن الممتنع عن اليمين يبقى حقه ويترتب الأثر على يمينه في الزمان اللاحق .

[الثاني] : لو ورث الحالف الناكل ، فهل للوارث أن يحلف حتى ينتقل إليه سهم الناكل ؟ نعم ، لما تقدّم من أن النكول لا يقتضي الحرمان بل الدعوى باقية ، فلا مانع من أن يحلف مرّة ثانية لإثبات سهم أخيه - مثلاً - الناكل حتى ينتقل إليه بالإرث ، وهل يلزم تكرار الشهادة حينئذ ؟ وجهان ، من أن الدّعى واحدة والمفروض إقامة الشهادة قبل موت الناكل ، ومن أن المدعى لهذا السهم فعلاً غير المدعى سابقاً ، والأقوى عند العلامة هو الأوّل ، لأن اختلاف المدعى لا يوجب اختلاف الدعوى .

[الثالث] : ذكر كاشف اللثام^(١) : إنه لو مات المدعى قبل الحلف والنكول ، يحلف وارثه على أن هذا المال كان لمورّثه ، وإنما يحلف لتعلّق حقه بهذا المال ، لكن يتوقف تملك الوارث للمال على عدم البينة للمدعى عليه على إبراء المورث إيّاه أو نقل المال إليه مثلاً ، وهذا بخلاف ما لو كان المدعى هو المورث نفسه ، فإنه إذا حلف ثبت حقه من دون توقف على ما ذكر .

أقول : إنما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء - مثلاً - فيما لو قال المدعى : هذا المال لي الآن وشهد الشاهد على ذلك ، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلاناً مات وله عليك كذا ، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء ، ولا يتوقف

(١) كشف اللثام ١٠ : ١٤٠ .

مطالبة الوارث بالحق منه على عدم بينته ... ولعلّ هذا الذي ذكرناه هو وجه نظر صاحب (الجواهر) فيما ذكره كاشف اللثام .

[الرابع]: لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه وإن لم يدفع إليه سهمه لامتناعه عن اليمين ، إذ لا ملازمة بين الأمرين ، نعم ، لا ريب في عدم انتقال سهم الحالف إلى الناكل في صورة تكذيبه الدعوى .

[الخامس]: لو أقرّ المدّعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادة الشاهد ويمينه أو مطلقاً ، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال إليّ ، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الآن ، ووجه وجوب الحلف عليه للمرّة الثانية هو أن ما يدّعيه الآن دعوى جديدة ، فيتوقّف ثبوتها على يمين أخرى ، فإن حلف ثبت الحق - إلا إذا أثبت المدّعى عليه الانتقال - وهل يلزم إعادة الشهادة كذلك ؟ قال العلامة : الأقوى نعم .

أقول : إن كانت هذه دعوى جديدة ، بمعنى أن الوارث يدّعي أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل إلى المدّعى عليه ، فلا بدّ من إقامة الشهادة أيضاً ، لأن الشهادة السابقة قد أثبتت الملك للمورث ، فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال إلى المدّعى عليه ، وإن لم تكن دعوى جديدة ، فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين ، ففيما ذكره العلامة وغيره هنا ، تأمل .

عدم جواز الحلف من غير علم :

قال المحقق : «ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً»^(١) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

أقول : لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً ، ولا سيما في مورد المرافعة ، ويدلّ على ذلك النصوص الصريحة مثل :

١ - عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يحلف الرجل إلا على علمه »^(١).

٢ - عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يستحلف الرجل إلا على علمه »^(٢).

٣ - عن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يستحلف الرجل إلا على علمه ولا تقع اليمين إلا على العلم ، استحلف أو لم يستحلف »^(٣).

قال في (الجواهر) بعد عبارة المتن : « وإن كان هو مقتضى الأصول العقلية »^(٤).

قلت : لعلّ مراده ما في (القواعد)^(٥) وغيره من أن من شرط اليمين الجزم ، والجزم لا يتحقق إلا مع العلم .

هذا ، وقد تقدّم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد كما تجوز الشهادة أو لا ؟ وقد قلنا بجوازها في كلّ مورد تجوز الشهادة فيه ، سواء كانت استناداً إلى اليد أو غيرها من الأمارات الشرعية ، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى

(١) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٤٦ / ١ . كتاب الأيمان ، الباب ٢٢ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٤٧ / ٢ . كتاب الأيمان ، الباب ٢٢ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٤٧ / ٤ . كتاب الأيمان ، الباب ٢٢ .

(٤) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨١ .

(٥) قواعد الأحكام ٣ : ٤٤٧ .

الإستصحاب، على إشكال فيه .

وهل يحلف على أنه ماله واقعاً وأنه له بحسب الحكم الظاهري ؟

إن حلف على أن ما بيده ملك له واقعاً استناداً إلى اليد ، فإن لازم ذلك تجويز الكذب في هذا المورد ، وإن أريد الملكية الظاهرية ، لزم التخصيص في الأصل العقلي والنصوص الواردة في المسألة لعدم الجزم المعتبر في اليمين ، مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص .

أقول : إنا نقول بالتخطئة في الأحكام الواقعية والظاهرية معاً ، والحكم الظاهري يمكن تعلّق العلم به مع الشك في الحكم الواقعي ، وحينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهري ، فإرادهم من « لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً » هو عدم جواز يمين الوارث مثلاً استناداً إلى كتابة من خط مورّثه ، أو شهادة شاهد واحد بأن المال الكذائي للمورّث .

قال في (الجواهر)^(١) : أما لو شهد له به شاهدان ، فقد يقال بالجواز لأنها حجة شرعية ، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت ، لكنه لا يخلو من إشكال بل منع فيها ، لعدم العلم المعتبر في الحلف ... وفيه : أولاً : إن الفرق بين اليد والبيئة غير واضح ، وثانياً : إنه قد تقدّم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهري ، وعلى هذا ، فلا فرق بين اليد والإستصحاب .

والملكية الظاهرية هي المراد من رواية حفص بن غياث^(٢) .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٨ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩١ / ح ٢ وقد تقدم نصها في الكتاب .

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف :

قال المحقق : « ولا يثبت مالا لغيره »^(١).

أقول : قال في (الجواهر)^(٢) : وإن تعلّق له به حق ، بلا خلاف ، بل قد يظهر من (المسالك)^(٣) وغيرها الإجماع عليه .

ويدلّ على ذلك - مع ما ذكر - ظواهر أدلّة القضاء ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان » ، فإنه ظاهر في كون البيّنات والأيمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما ، وهو منصرف عمّا لو ادّعى مالا لغيره .

قال في (الجواهر)^(٤) : لكن في كشف اللثام : إلّا الولي لمال المولى عليه ، فإن الحالف إما المنكر وإما المدعي له ، أما الولي فقولُه بمنزلة قول المولى عليه . (قال) : ولم أجده لغيره ، بل إطلاقهم يقتضي خلافه .

قلت : لكن لم نجد هذا الكلام في (كشف اللثام) ، بل قد صرح بأن القيم لا يجوز له الحلف ، نعم ، فيه جواز حلف المولى لأجل مال العبد .

قال المحقق : « فلو ادّعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد ، فإن حلف الوارث ثبت وإن امتنع لم يحلف الغريم » .

أقول : وعلى ما ذكرنا ، فلو مات المدين ولا تركة له ، وقد عرف الدائن مديناً للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد ، فهل له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادة الشاهد حتى يستوفي حقه منه ؟ قالوا : يثبت حقه إن حلف الوارث ، وأما

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٢ .

(٣) مسالك الأفهام ١٣ : ٥١٦ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

يمينه هو فلا أثر لها ، لأنها في مال الميت وإن تعلق له به حق ، وترتب هذا الأثر على يمين الوارث مبني على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه ، ولو كان الدين مستوعباً لم يجز له التصرف في شيء من المال ، فإنه - بناء على هذا - يكون يمين الوارث في ماله لا في مال الغير .

وتعرض في (الجواهر)^(١) لمسألة الوصية من جهة أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الأثر على يمين الوارث دون الغريم ، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال في مورد معين ولم يترك مالا يفي لتنجيز الوصية ، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلاً يطلب من فلان كذا من المال ، فقيل : الوصية بحكم الدين في ترتب الأثر على يمين الوارث فقط ، وفي (الجواهر) : إن كانت الوصية كلية غير متعلقة بالمال فهي كالدين ، وإن كانت متعلقة بالمال - ولو بعنوان الكلي في المعين كالعشرة دنانير من المال ، أو الحصّة المشاعة - فالحكم يبتني على القول بانتقال ما للميت إلى الوارث بالموت وعدمه .

أقول : الوصية تارة : تتعلق بالفعل - وإن كان مشتملاً على المال - فهنا صورتان :

الاولى : أن يكون مراد الموصي صرف كذا من ماله قبل انتقاله إلى الوارث ، فبناء على أن الملكية أمر اعتباري ، يكون المال للميت وعلى الوصي صرف المال الذي أوصى به في المورد الذي عينه ، وفي هذه الصورة لا يحلف الوصي ولا الوارث ولا الموصى له ، لأن المفروض كون المال للميت ، وحلف كل واحد من هؤلاء يكون في مال الغير فلا أثر له ...

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٢ .

وكذا الأمر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت .

والصورة الثانية : أن تكون الوصية بنحو ترتب نفوذها على انتقال المال إلى الوارث ، أي يكون تملك الوارث له مقدماً في الرتبة على تملك الموصي له ، ففي هذه الصورة يحلف الوارث أو الوصي .

وبناء على كون المال الموصى به في حكم الدين - بمعنى جعل المورث على ذمة الوارث كذا من المال ، بأن ينتقل إليه بحكم الإرث ثم تكون ذمته مشغولة بصرف ما عيّنه المورث في كذا بحكم الوصية - فلا إشكال في أنه يحلف حينئذ .

وأما لو كانت الوصية مضافة إلى المال بنحو الحصة المشاعة ، فلا يحلف .

وأخرى : تكون الوصية بنحو النتيجة ، كأن يوصي بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتي ، فإن قبل الموصي له الوصية فلا أثر لحلف الوارث ، بل المؤثر يمين الموصي له ، لأن المال ملكه ، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلي في المعين ، وسواء قلنا بأن المال يكون بعد الموت في حكم مال الميت ثم ينتقل إلى الموصي له بحكم الوصية ، أو قلنا بانتقاله إلى الوارث بالإرث ثم إلى الموصي له ، أو قلنا بانتقاله إلى الموصي له رأساً . وإن لم يقبل الموصي له الوصية فهنا تأتي الأقوال ، وعلى كل حال فليس له أن يحلف ، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله إلى الموصي له بعد القبول .

وكذلك الكلام في المال الذي تعلق به الخمس أو الزكاة ثم خرج المال من تحت يد صاحبه إلى الغير ، فعلى القول بتعلق الخمس مثلاً بذمة الميت فلا يحلف مستحقه ، فإن قلنا بانتقال المال إلى الوارث حلف الوارث ، وإن قلنا ببقائه على ملك الميت أو في حكم ماله فلا يحلف .

هذا ، وحيث لا يحلف الغريم ، فهل له إحلاف المدعى عليه ؟ قال في

(الجواهر)^(١) : نعم ، لأن الدليل على عدم حلفه هو الإجماع وانصراف الأدلة ، وأما الإحلاف فلا دليل على المنع منه ، فإن حلف المدعى عليه برأت ذمته ، وإن نكل ثبت الحق بمجردده إن لم يمكن الرد .

وأما الوارث الذي له أن يحلف ، فهل يجبر عليه لو امتنع منه ؟

قال في (الجواهر) : لا ، لعدم الدليل ، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه وأراد الوارث تخلص ذمته ، كان له ذلك ، ولكنه ليس بواجب .

وعلى القول ببقاء المال في ملك الميت أو في حكم ملكه ، فقد قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف ، وهنا قال في (الجواهر) : اللهم إلا أن يقال إنه قد ورث حق الدعوى به وإن صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به ، ولكنه كما ترى ، ولم أجد ذلك محرراً في كلام الأصحاب .

قلت : وما أشار إليه من التأمل في هذا الإحتمال هو الظاهر ، لأن حق الدعوى في المال يتبع ملكية نفس المال ، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبة على تملكه ، فلا يثبت هذا الحق بالنسبة إلى مال الغير إلا في صورة الوكالة عنه .

ولو أحلف الغريم المدين فحلف ، سقطت دعوى الغريم تجاهه ، ولكن حق الوارث باق ، فله أن يحلفه ، فإن حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث ، فهل للغريم مراجعة الوارث ؟ الظاهر : نعم ، لأن سقوط الحق من جهة لا ينافي عدم سقوطه من جهة أخرى .

قال المحقق : « وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن ، لم يحلف ، لأن يمينه لإثبات مال الغير » .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٣ .

أقول : هذا واضح ولا إشكال فيه ، نعم ، لو ادّعى رهانة المال وأراد إثباتها من غير تعرّض لمالك المال ، ثبتت بالشاهد واليمين وإن كان المال ملكاً للغير ، إذ المفروض إرادة إثبات الرهانة لا الملك .

حكم ما لو ادعى جماعة مالاً لمورّثهم :

قال : « ولو ادّعى الجماعة مالاً لمورّثهم وحلفوا مع شاهدهم ، ثبتت الدعوى وقسّم بينهم على الفريضة ... »^(١) .

أقول : إن حلف الجماعة كلّهم أخذوا المال المدّعى وقسّموه بينهم حسب الفريضة ، سواء كان المال عيناً أو ديناً .

« ولو كان وصيّة قسّموه بالسويّة إلا أن يشهد التفضيل » من الموصي .

وإنما يحلف جميعهم ، لأن هذه الدعوى تنحلّ إلى دعاوى متعدّدة .

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم » وهذا واضح ولا إشكال فيه .

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث ، قال المحقق :

« ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة » .

يعني : سواء كان المدّعى به في الأصل ديناً أو عيناً ، وقيل : يكون له معه

شركة مطلقاً ، وقيل : بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه ، والعين فله معه شركة .

أقول : إن حلف المحالف ليس نظير البيّنة في الحجية وإثبات الدعوى حتى

يحكم الحاكم للمحالف ، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعي عن اليمين

المردودة في سقوط الدعوى ، فلو غصب غاصب عيناً مشتركة بين أخوين فقال

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

لأحدهما : إني أريد غصب سهم أخيك دون سهمك ، فدفع إليه نصف العين ، كان الأخوان شريكين في النصف ، لكون الحق مشاعاً ولا حق للغاصب في إفراز السهم إجماعاً . هذا في العين الخارجية ، فلو وقع الترافع بين الأخوين معاً والغاصب إلى الحاكم ، فحلف أحدهما دون الآخر .

ف قيل : باشتراكهما في النصف الذي يأخذه المحالف كالنصف الباقي بيد الغاصب ، لأن نكول الممتنع لا يسقط حقه ، ويمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الآخر ، فالشركة باقية ، وقيل : بعدم الشركة مطلقاً - أي سواء في العين أو الدين - لحكم الحاكم بكون ما يأخذه المحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف - وقيل : بالتفصيل بين العين والدين ، فلا شركة في الدين ، لأنه بالقبض يفرز سهم كل واحد عن سهم الآخر ، فيكون ما قبضه المحالف ملكاً له .

ولو أقرض رجلان مالاً مشتركاً بينهما رجلاً ، كان له تبديل الكلّي في ذمته بمال معين في الخارج ، فيكون مشتركاً بين الدائنين ، ولكن ليس له دفع نصف الدين إلى أحدهما ، لأن حق أحدهما لا يتعين دون الآخر وإن أذن ، بل يكونان شريكين في ذلك النصف ، فإن وقع النزاع بينهم وترافعوا إلى الحاكم ، فحلف أحد الشريكين وامتنع الآخر ، ثبت نصف الدين الكلّي بحكم الحاكم ، لكن ليس للمدين تعيين النصف إلا مع إذن الآخر ، لأن الحق المشاع لا يفرز في الخارج ولا يتعين إلا برضا الشريكين .

ثم إنه أشكل في (المسالك) على المحقق في شرح عبارته المذكورة : «وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادّعى على آخر مالا ، وذكر سبباً موجباً للشركة كالإرث ، فإنه إذا أقرّ لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه .

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين ، لأن أعيان التركة مشتركة بين

الورثة والمصدق معترف بأنه من التركة ، بخلاف الدين فإنه إنما يتعين بالتعيين والقبض ، فالذي أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الآخر فيه ...» .

ولم يفرّق في (الجواهر)^(١) بين العين والدين حيث قال^(٢) : « والتحقق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركة فيهما ، إذ الدين عين أيضاً إلا أنها كلية ...» أي : كما لا ينفرز الحق في الشيء المشترك في الخارج إلا مع رضا الشريك ، فإن ما في الذمة كذلك ، فيكون الخارج مصداقاً لما في الذمة ومشتركاً ، ولو أوجد في الخارج بإذن الشريك مصداق نصف ما في الذمة ، كان مشتركاً بينهما ، فلو لم يأذن الشريك في جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك .

لا يقال : إذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره .

لأننا نقول : إن المدين بعد الشهادة والحالف يدفع نصف الحالف إليه ، لكن الحالف الآخذ للنصف يعلم ويقرّ بمشاركة أخيه له في ذلك بحكم الإرث .

هذا ، وقال المحقق قدّس سرّه في كتاب الشركة : « إذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه »^(٣) .

وفي إقرار المفلس : « لو أقرّ بعين أو دين ودفع مقداراً ، تشارك الشريكان في ذلك المقدار »^(٤) .

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٥١٨ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٨٦ .

(٣) شرائع الإسلام ٢ : ١٣٤ .

(٤) شرائع الإسلام ٢ : ٩٠ .

هل للممتنع عن اليمين شركة مع الحالف ؟

وهنا قال : « ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة »^(١).

ومن هنا يظهر أن رأي المحقق يختلف ، ففي صورة التنازع يفتي بعدم الشركة ، وفي صورة عدمه يقول بالشركة ، ويدلّ على ما ذكره في كتاب الشركة روايات :
(١) عن أبي حمزة قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتهما الذي بأيديهما ، وأحال كلّ واحد منهما من نصيبه الغائب ، فاقضى أحدهما ولم يقتض آخر . قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله »^(٢).

(٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله إلا أنه قال : « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما »^(٣).
(٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين ، فاقتهما العين والدين فتوى^(٤) الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذي للآخر أيردّ على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله »^(٥).

وقال في (الجواهر)^(٦) في شرح العبارة : « لكن هذه النصوص بل والمتن وما

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

(٢) وسائل الشيعة ١٩ : ١٢ / ١ . كتاب الشركة ، الباب ٦ .

(٣) وسائل الشيعة ١٩ : ١٢ / ١ . ذيل الحديث كتاب الشركة ، الباب ٦ .

(٤) توى : هلك .

(٥) وسائل الشيعة ١٩ : ١٢ / ٢ . كتاب الشركة ، الباب ٦ .

(٦) جواهر الكلام ٢٦ : ٣٣٠ .

شابهة مشتملة على الجزم بالشركة ، وما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض ، ولو زعم القسمة الفاسدة ونحوها ، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض ، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه ، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركة الآخر فيما قبض ، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته ، فيكون قدر الحصة في يد القابض ، كقبض الفضول إن أجازته ملكه وتبعه النماء ، وإن ردّه ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين ، ولو تلف قبل اختيار الشريك كما في المسالك ، بل في التذكرة التصريح في تعيين حقه به ولا يضمنه للشريك ، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنه من الفضولي ، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه .

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية ، وذلك لأنه وإن اتجهت الشركة مع إجازة القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الإجازة في مثله ، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه ، بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين ، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لا وجه له ، بل المتجه حينئذ بقاءه على ملك الدافع ، وذلك لأن القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ، ونية الدافع أنه مقدار حصة القابض لا تنفع في ذلك وإن وافقتها نية القابض ، بل لو رضي الشريك بكون ذلك حصة القابض ، وما في ذمة الغريم حصة له لم يجد ، لعدم صحة مثل هذه القسمة .

ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه ، فإن حصل تمت وإلا رجع على القابض وشاركه فيما قبضه ، تهجس بلا دليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم

صحة قسمة الدين ، وللمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض ، وحينئذ ، فإن لم يكن ثمة إجماع ، أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الإجازة بل ولا بعضه ، اللهم إلا أن يقال إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصة القابض بتمحض المقبوض مالا للشركة ، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك»^(١) .

إذن ، قد فرّق المحقق وجماعة بين مورد الدعوى وغيره ، ولذا أشكل في (المسالك) الفرق ، ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين والعين ، وقد أشكل في (الجواهر) على هذا الفرق .

وعن جماعة التفريق بين الإقرار والمقام ، وأشكله في (المسالك) بأن سبب الملك في المقام ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصية... ويكون أثر اليمين من بعض الجماعة رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه إليهم .

هذا ، وفي (الجواهر) : نعم لو أراد الاستقلال بذلك ، صالحه عن حصته المشاعة بعين أو حوّل عليها على إشاعتها أو نحو ذلك ، مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين .

والظاهر أن مراده من «أو حوّل عليها» أن يحوّل شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه ما يقابل حقه في هذا المال ، فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه .

قال : نعم قد يتّجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منها إذا لم يعلم بقاء سبب الشركة ، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعة

أو نحو ذلك ، والعلم السابق بحصول الشركة لا يقتضي التشريك فيما يدفعه المديون أو من في يده العين منها .

أقول : يمكن أن يقال بأن الشك في بقاء الشركة مسبب عن الشك في نقل الشريك حصته مثلاً ، وجريان الأصل في السبب لا يثبت بقاء الشركة في المال إلا على القول بالأصل المثبت ، وهذا هو مراد صاحب (الجواهر) ، ولكن لا مانع من إجراء أصالة عدم الشركة في هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها ، فالإستصحاب في العين تام ، وفي الدين مشكل لشبهة الإثبات .

قال : « مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع »^(١) .

أقول : إنه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون إدفع إليه حقه ، فإن علم الآخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه إعطاؤه حقه ، وإن كان شاكاً فكذا ، للأصل ، فإن أراد بعدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع عدم ثبوتها في العين ، فهو غير تام .

قال : بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع ، كما لو رضي يمينه أو نكل عن يمين ردّت عليه أو نحو ذلك .

أقول : يعني إذا وقع النزاع في الإبراء ، فادّعاء المديون وأنكره هو فرضي يمين المديون ، فإذا حلف سقط حقه ، وكذا لو ردّ المديون اليمين عليه فنكل عنها ، فإنه يثبت بذلك عدم الشركة بظاهر الشرع .

هذا ، ويختص المال بالحالف مع غيبة الشريك وإن جاء وحلف ، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون ، ولو كان ثمة شركة له فيما أخذه

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

لترتب عليها آثارها ، كالشركة في النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده .

حكم ما لو كان في المدعين صغير

قال المحقق : « ولو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه ، فإن كمل ورشد حلف واستحق ، وإن امتنع لم يحكم له »^(١) .

أقول : لقد تقدم أنه لا يحلف أحد في مال غيره ، وعليه ، فلا يحلف ولي الصغير - مثلاً - في مال الصغير ، بل يصبر حتى يكبر ، فإن حلف مع شهادة الشاهد ثبت حقه وإن امتنع فلا ...

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير ؟
 قيل : نعم إن كان المال عيناً ، والأظهر هو العدم مطلقاً ، لعدم ثبوت الحق بعد .

قال : « وإن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه » .
 أقول : وإن مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه ، فإن حلف استوفى نصيبه ، وهل يحتاج إلى إعادة الشهادة ؟ الأقوى : العدم مطلقاً ، خلافاً لمن فصل بين ما إذا كان العنوان الإرث فلا حاجة ، وما إذا كان العنوان الوصية فيلزم .
 هذا كله فيما إذا أريد إثبات الحق بالشاهد واليمين ، ولو أن بعض الجماعة أقام البينة على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى ، فإنه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت - إن لم يدع الإبراء أو نحوه - وبذلك يثبت حق جميع الورثة ،

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك ، فلا تكون البينة حجة لمن أقامها فقط ، لكونها طريقاً إلى الواقع وكاشفة عنه ، ولازمها اشتراك جميع الورثة في المال حتى الغائب والمجنون ، ولازم البينة حجة .

وأما في الدين ، فإنّ تطبيق المديون المال على عين خارجية موقوف على إذن جميع الورثة ، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية ، وبناء على هذه الولاية ، فللحاكم أن يرافع من قبل الصغير الذي يكون تحت ولايته ، بأن يقيم البينة على حقه مثلاً ، وأما بناء على عدم هذه الولاية ، فإنه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه .



مركز تحقيقات كنج پوز علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مسائل خمس

المسألة الاولى

(حكم ما لو قال : هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي)

قال المحقق قدس سره : « لو قال : هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي ، حلف مع شاهده وثبت رقيتها ، دون الولد لأنه ليس مالاً ، ويثبت لها حكم أم الولد بإقراره »^(١) .

أقول : لو كانت جارية في يد شخص ، فادّعى أحد أنها له وهي أم ولده ، فدعواه تشتمل على جهات :

الاولى : كون الجارية مملوكته

والثانية : إنها أم ولد .

والثالثة : لحوق الولد به .

والرابعة : حرّية الولد .

فإن أقام شاهداً على دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان :
احدهما : كون الجارية مملوكته ، لأن الجارية مال ، وقد تقدّم ثبوت الحق

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

المالي بالشاهد واليمين .

والثانية : كونها أم الولد ، لأنه قد أقرّ بذلك ، وحينئذ ، يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز بيعها ، وعدم انتقالها إلى الورثة بموته ، وغير ذلك من الأحكام .
وأما الجهة الثالثة ، فلا تثبت بالشاهد واليمين ، لأن الولد ليس مالاً .

وأما الجهة الرابعة ، وهي حرية الولد ، فلا تثبت بالشاهد واليمين كذلك ، لأنها ليست بمال ، إلا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد واليمين هو الأعم من صورة إثبات المالّة وصورة نفي المالية ، لإطلاق الأدلة .

وفيما نحن فيه ، حيث ينكر من بيده الولد حرّيته ، فهو على هذا التقدير مال ، والذي يدّعي حرّيته ينفي مالّيته ، فإذا كانت أدلة الشاهد واليمين مطلقة ، أثّرت الشهادة واليمين من هذه الجهة أيضاً ، وحكم بحرّية الولد .

لكن هذا يتوقّف على إطلاق الأدلة ، بل الأظهر أن هذه الأدلة واردة في مورد إحقاق المدعي حقه بالشاهد واليمين ، وأما إنكار حق آخر فهي منصرفه عنه ، ومع التنزل عن ذلك ، فإنه لو شك في ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحرية بالشاهد واليمين ، بل لابدّ من إقامة البيّنة .

وأما الحكم بالحرّية - بناء على الملكية آنأماً - ثم الإنعتاق ، ففيه :
إن الملكية آنأماً تتحقق في مورد دعوى الولد مالكية أحد عموديه ، فإنه إن أقام شاهداً وحلف مع شاهده ، ثبت وتملك آنأماً ثم انعتق عليه ، وأما في هذه المسألة فهو يدّعي أن هذا الولد حرّ منذ وجد ، فليس له حالة الرقيّة سابقاً ، فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد .

وقال في (الجواهر)^(١) : وأما الحرية ، فبناء على ثبوتها بالشاهد واليمين ، فقد يقال بعدمه هنا ، باعتبار كونها هنا تابعة للنسب لا واقعة بالذات ، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع . وفيه : إن انتفائه واقعاً يقتضي ذلك لا عدم الحكم به في ظاهر الشرع ، وحينئذ يمكن إثباتها بهما ، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر ... فهي حينئذ كدعوى السرقة ، ودعوى : أن حرية الولد ليست من حقوق المدعي كي تدرج في ضابط الشاهد واليمين ، يدفعها : أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولدأ له .

أقول : وفي جوابه وجوه من النظر :

فأولاً : ليست الحرية حقاً من الحقوق ، بل هي عدم تعلّق الحق .

وثانياً : ليست الحرية من الحقوق المالية لو كانت حقاً .

وثالثاً : سلّمنا ، لكن هذا الحق للحرّ نفسه ، ولا معنى لأن يقال بأن حرية الولد من حقوق الأب .

فالحق : إن الإشكال المذكور لا يندفع بما ذكره ، ويبقى الولد في يد من بيده الجارية حتى ترتفع بإقراره مثلاً .

وأما قوله : بل قد يقال إن الحكم بملكية الجارية يقتضي الحكم أيضاً بملكية الولد الذي هو من فوائدها التابع لها

ففيه : إن هذا يصح حال كون الولد قد وجد ملكاً للجارية ، فيكون ملكاً لمولاهما بتبعها ، لكن المفروض أنه قد وجد حرّاً كما تقدم ، فما ذكره غير تام .

المسألة الثانية

(حكم ما لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو ادّعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم ، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضي لهم »^(١).

أقول : الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعي وقفية الدار عليه من الورثة أو غيرهم ، فإن الوقفية تثبت بالشاهد وعين المدعي ، وبذلك تخرج الدار عن التركة فلا يؤدّى منها الدّين وإن كان مستوعباً ، ولا تقسم بين الورثة بحسب الميراث ، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صورة الوقف .

فإن انقضى هؤلاء ، فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على إقامة الشهادة والحلف مرّة أخرى أم لا بل يكفي لذلك حلف البطن الأوّل وشهادة شاهدهم على دعواهم المذكورة فتنتقل الدار إليهم كالإرث ؟ وجهان . وهذا البحث يتوجّه فيما إذا كان الوقف المدّعى بنحو التشريك بين البطون لا الترتيب .

فالوجه الأوّل : هو التوقف على تجديد الحلف والشهادة ، لأن دعوى الوقفية على نفسه وعلى نسله تنحلّ في الواقع إلى دعويين : كونه الموقوف عليه ما دام حيّاً ، وكون الدار وقفاً على نسله من بعده ، فيمينه وشهادة شاهده تثبت الدّعى الاولى ، وثبوت الثانية يتوقف على عيّن البطن الثاني وشهادة شاهدهم .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٣ .

لو قال بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً ٤٣٩

والوجه الثاني: كفاية حلف البطن الأول مع شهادة الشاهد ، لأن البطن الثاني يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف ، والمفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفاً عليه وعلى نسله .

وبعبارة أخرى : إن كان الواقف يجعل الدار للبطن الأول مشروطاً بانتقالها منهم إلى البطن الثاني دون سائر الورثة - نظير إيقاف الدار على زيد مادام حياً وانتقالها بعد موته إلى جهة إقامة المأتم على سيد الشهداء عليه السلام - فلا حاجة إلى إثبات البطن الثاني للوقفية ، وإن كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأول ، والثاني للبطن الثاني بعد انقراض الأول ، لزم الحلف وإقامة الشهادة على الثاني .

وظاهر (المسالك) اختيار الوجه الأول ، وقد ذكر وجوهاً على ذلك :
أحدها : التنظير بالإرث ، قال : « كما إذا أثبت ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات ،

فإن وارثه يأخذه بغير يمين »^(١) من تركيبة كميتر علوم رسدي
وأجاب في (الجواهر)^(٢) بأن تملك المورث موضوع في الدليل الشرعي للانتقال إلى الوارث ، ولكن لا دليل في مسألة الوقف على أن ما ثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق ، نعم ، إن أقيمت البيئة كانت كاشفة عن ملكية هذا البطن ونسله .

والثاني : قوله : « ولأنه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين » .

أقول : إن أراد من هذا الوجه الأخذ بتنقيح المناط ، بمعنى أن الموجب لأخذ

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٢٣ .

(٢) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٩٦ .

البطن الأول، يوجب أخذ الثاني بالأولوية، ففيه: إن ذلك ممنوع، إلا إذا ثبتت الوقفية بالبينة. وإن أراد أن ثبوت الوقفية يستلزم الدوام، لأن الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه: إن الذي ثبت بالشاهد ويمين البطن الأول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لأن الوقف لا يثبت بالشاهد واليمين، فيكون نظير جواز الصلاة في الثوب المحكوم بالطهارة استصحاباً، فإنه لا يثبت له الطهارة بل ثبت جواز الصلاة فيه.

والثالث قوله: «ولأن البطن الثاني وإن كانوا يأخذون عن الواقف، فهم خلفاء عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين...»^(١).

وفيه: إن هذا ليس بدليل يعتمد عليه. فتلخص: إن أصل الوقفية لا يثبت بالشاهد ويمين البطن الأول، فإن وصلت النوبة إلى البطن الثاني وجب عليهم إعادة الشهادة واليمين، ولا ملازمة عقلاً أو شرعاً بين قول البطن الأول وقول البطن الثاني.

ثم قال في (المسالك): «وإن قلنا بالثاني، لم يأخذ إلا باليمين كالْبطن الأول، وعليه، فلو كان الاستحقاق بعد الورثة كالأولاد مثلاً للفقراء، وكانوا محصورين كفقراء قريته ومحلتة، فالحكم بالأول، وإن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، وعادت الدار إرثاً»^(٢).

وفيه: إنه لا وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم، لا يثبت الوقف وهو أمر آخر، اللهم إلا أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، وحيث تعود الدار إرثاً، فهل

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

(٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٣.

لو قال بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً ٤٤١

يشترط في استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أو لا؟ فيه بحث.

ثم قال قدس سره: «وهل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان»^(١).

أقول: وهذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إراثاً لا يبق مورد لهذا البحث.

قال: «ويحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناء على أنه وقف تعذر

مصرفه كالوقف المنقطع...» أي: إنه مع غض النظر عن الإشكال من جهة تعذر

حلف جميعهم، لفرض عدم الانحصار، يكون وقفاً متعذراً المصروف، فيحتمل

عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف.

وفيه: إنه إن كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو

وارث، فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، والأولى في الوقف الذي تعذر مصرفه

أن يصرف في مطلق وجوه البر أو إلى الوجه الأقرب إلى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقي سائرهم، صرف نصيبه إليهم، فإن لم يبق منهم

إلا واحد، صرف كل الوقف إليه، قال في (المسالك):

«وهل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبني على أن البطن الثاني

هل يأخذ بيمين أم لا؟ فإن قلنا بعدم افتقاره إلى اليمين فهنا أولى، وإن قلنا باليمين

ففيه هنا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقي من غيره فيفتقر إلى الحلف. ومن كونه

قد حلف مرة وصار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تارة أقل

وتارة أكثر»^(٢).

لكن الأقرب - وفاقاً للجواهر^(٣) - عدم التوقف على اليمين.

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

(٢) مسالك الأفهام ١٣: ٥٢٥.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٩٣.

هذا كله بالنسبة إلى حكم ما إذا حلف المدّعون أجمع .
قال المحقق قدّس سرّه : « وإن امتنعوا حكم بها ميراثاً ، وكان نصيب المدّعين وقفاً » (١) .

أقول : وإن امتنع جميع المدّعين للوقفيّة عن اليمين ، اشتركوا مع سائر الورثة في الدار ، وقسّمت بينهم حسب الفريضة في الميراث ، لكنهم حيث يعترفون بالوقفيّة ، يكون ما وقع إليهم وقفاً ، فلا يتصرفون فيه التصرف الملكي ، ومع موت الناقلين تنتقل سهامهم إلى ورّاثهم ، وعليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معاملة الوقف ، لإقرار مورّثيهم بالوقفيّة .

ولو ادّعى هؤلاء على سائر الورّاث بأن جميع الدار وقف ففي (المسالك) :
« وجهان مبنيان من كون الأولاد تبعاً لأبائهم ، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقّون الوقف من الواقف فلا تبعية . وربما بني الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا ؟ فإن منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم ، وإن جوّزناه جاء الوجهان . والحق : بحيّوهما وإن منعنا من الوقف المنقطع الأوّل ، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه في الواقع وإن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آبائهم ، ولأن البطن الثاني كالأوّل ، لأن الوقف صار إليهم بالصيغة الأولى عن الواقف ، ولأن منع الثاني من الحلف يؤدي إلى جواز إفساد البطن الأوّل الوقف على الثاني ، وهذا لا سبيل إليه . فالقول بجواز حلفهم أقوى ، وهو خيرة الشيخ في المبسوط والمصنف وغيرهما » (٢) .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٢٤ - ٥٢٥ .

قلت : وما ذهبوا إليه هو الأقوى .

وأما إشكال صاحب (الجواهر) قدّس سرّه من « أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف ، لأنه حينئذ يكون يميناً للغير »^(١) . فنُدفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لآبائهم .

قال المحقق : « وإن حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً ، تقضى منه الديون وتخرج الوصايا ، وما فضل ميراثاً »^(٢) .

أقول : أي ينتفع منه الجميع ، ولكن الناكلين الذين يعترفون بالوقفية ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معاملة الملك ، وكذا الأمر بالنسبة إلى ورّاثهم وإن أعطوا بعنوان الإرث ، لأن إقرار آبائهم بالنسبة إلى ما بأيديهم حجة ، فلو أقرّ المورث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعة عنده من فلان وليس من جملة أمواله ، وجب على الوارث دفع الشيء إلى مالكه بلا بينة .

ومن ادّعى الوقفية ونكل عن اليمين جاز لو ارثه أن يحلف عليها ، فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الأوّل ، ويترتب على يمين وارث الناكل أنه إن كان الوقف على الأولاد بالسوية وامتنع أحدهم عن اليمين ، كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفية - فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها - وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث .

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً ، فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الإرث ؟

قال المحقق والعلامة قدس سرهما : نعم .

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٩٤ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

والأقوى - كما تقدّم - هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الدار وقف ، لأنه ليست الوقفية على البطن الثاني تابعة للوقفية على البطن الأول ، وأيضاً : ليست يمين البطن الثاني تابعة ليمين البطن الأول .

قال المحقق : « وما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وفقاً » .

أقول : أي للإقرار كما عرفت آنفاً .

قال : « ولو انقضى الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعده الحلف مع الشاهد ، ولا يبطل حقهم بامتناع الأول »^(١) .

أقول : وهذا واضح ، وقد عرفته آنفاً أيضاً .



مركز تحقيقات كنج پور علوم اسلامی

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

المسألة الثالثة

(حكم ما لو ادّعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده)

قال المحقق قدّس سرّه : « إذا ادّعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده ، ثبتت الدعوى ، ولا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة »^(١) .
أقول : هذا مذهب المحقق وجماعة ، وفي (المسالك)^(٢) بنى المسألة على أنه إن كان الأولاد يتلقّون الدار مثلاً من الواقف فيحلفون ، وإن كان من البطن الأوّل فلا ، ووجه ما ذكره المحقق قدّس سرّه قوله : « لأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده » يعني : إن ثبوت الوقفية في حق البطن الأوّل يغني عن إثباته في حق البطن الثاني .
وفي (الجواهر) : « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً ، ضرورة كونه كذلك إذا كان في مال لا منازع لهم فيه ، لا في مثل الفرض »^(٣) .
قلت : وهذا هو الأولى .

قال المحقق : « وكذا إذا انقضت البطون وصار إلى الفقراء أو المصالح »^(٤) .
أقول : أي لا يلزم أحد بالحلف حينئذ ، بل يكفي لثبوت الوقفية بحلف البطن الأوّل مع شهادة شاهدهم ، لكن بناءً على ما ذهب إليه صاحب (الجواهر)

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٢٨ .

(٣) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٩٧ .

(٤) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

يجب على الفقراء مثلاً الحلف إن كانوا محصورين، وأما في حال عدم كونهم محصورين، فالوقف باطل، لعدم صحة اليمين من أحدهم، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعفه في (الجواهر)، وقال: بل مناف لظاهر الأدلة. هذا كله في وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادّعى التشريك بينه وبين أولاده، افتقر البطن الثاني إلى اليمين». في (الجواهر): قطعاً بل لا خلاف أجده فيه، وقد بين المحقق وجه ذلك بقوله:

«لأن البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى» أي: لما تقرّر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهة، ومن جهة أخرى، قد تقرّر عدم ثبوت حق أحد يمين غيره.

وخالف السيد صاحب (العروة) قدس سرّه فقال^(١): الأقوى عدم الحاجة إلى الحلف (قال): لأن الطبقات المتأخرة وإن كانوا يتلقون من الواقف، إلا أن الوقف بهذه الكيفية أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأول ثبت في حق الجميع. وفيه: إنه ليس في المقام إلا إنشاء صيغة واحدة فيقول: وقفت لأولادي، إلا أن هذا الإنشاء ينحلّ بعدد الأولاد في البطن الواحد، ولكنه حيث يوقف على الأولاد وأولادهم يقول: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، وحينئذ، يكون شموله للطبقة المتأخرة متوقفاً على اليمين.

وعلى ما تقدّم، قال المحقق: «فلو ادّعى اخوة ثلاثة أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أي: وثبت ذلك بالنسبة إليهم «ثم صار

(١) العروة الوثقى ٣: ٩٧.

لأحدهم ولد، فقد صار الوقف أربعاً» فهنا مسائل :

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ ؟ نعم ، فإنه لا فرق بينه وبين الثلاثة ، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم وأعطوا حصصهم باليمين ، فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف .

ووجه ذلك ما تقدم من كون التلقي عن الواقف ، فلو كان رابع الثلاثة من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم ، فالآن كذلك ، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر ، ولذا قال المحقق : « ولا تثبت حصة هذا الولد ما لم يحلف ، لأنه يستلحق الوقف عن الواقف ، فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى ، ويوقف له الربع » .

(الثانية) وإذا يوقف له الربع فعند من يوقف ؟ في (المسالك) : « في تسليمه إلى وليه أو يوضع في يد أمين وجهان ... » (١) .
توضيح الأول : إنه يجعل عند وليه ، لأن لولده سهماً بإقرار الثلاثة ، وما للولد يكون عند وليه .

وتوضيح الثاني : إنه يجعل عند أمين من غير الثلاثة ، لأنه قد لا يحلف عند كماله ، ويحتمل أن يأبى وليه عن ردّه ، فإن كان الوارث منحصراً بالثلاثة ، فع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهة ، ومع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفية من جهة أخرى ، يكون الربع للميت ، ومنه تقضى ديونه وتسجّر وصاياه ، وإن لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثة .

وقد اختار صاحب (المسالك) الوجه الثاني ، حيث قال بعده (٢) : « وهذا هو

(١) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٢٩ .

(٢) مسالك الأفهام ١٣ : ٥٢٩ .

الأصح» .

وفي (الجواهر) : قلت بل يتوقف في أصل إيقافه لما عرفت في الوجه الأصح ،
وحيث يجري عليه حكم ما لم يثبت وقفه ويحرم الثلاثة منه ، لا عترافهم بعدم
استحقاقهم منه شيئاً ، إلا أني لم أجد قائلاً بذلك ، ولعله قوي للاحتياط في
مثله ... (١) .

(الثالثة) لو مات الولد قبل البلوغ ، عادت الدار أثلاثاً ، وبقي الكلام حول
نماء سهمه من حين ولادته إلى موته . وحيث أن الثلاثة قد أقرّوا بكونه للولد فهم
ملزمون بحرمانهم منه ، فيصل النماء إلى ورثة الولد .

(الرابعة) قال المحقق : « فإن كمل وحلف أخذ ، وإن امتنع ، قال الشيخ يرجع
ربعه على الإخوة ، لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم ، وبامتناعه
جرى مجرى المعدوم . وفيه إشكال ، ينشأ من اعتراف الإخوة بعدم استحقاق
الربع » (٢) .

أقول : ذهب الشيخ رحمه الله إلى ردّ الربع إلى الثلاثة ، لإثباتهم أصل الوقف
عليهم ، والولد بنكوله عن اليمين يجري مجرى المعدوم ، فتبقى الدار بين الثلاثة كما
كان الأمر قبل ولادة الولد . ولأن الواقف جعل الإخوة الثلاثة أصلاً في استحقاق
الدار ثم أدخل من يتجدد في جملة المستحقين على سبيل العول ، فإذا سقط الداخل
فالقسمة باقية بحالها على الأصول كما كانت ، نظير ما إذا مات إنسان وخلف ألفاً من
الدراهم فجاء ثلاثة وادّعى كلّ واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً ، فإن حلفوا معه

(١) جواهر الكلام ٤٠ : ٢٩٨ .

(٢) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

فالألف بينهم ، وإن حلف اثنان منهم فهو لهما ، وإن حلف واحد فالألف له .
 فللشيخ رحمه الله على ما ذهب إليه وجهان ، وقد أشكل المحقق وغيره في
 الأول منها ، بأن الإخوة معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد ، فكيف يجوز
 لهم أخذه بنكوله عن اليمين ؟

لكن الشيخ نفسه قد تعرض لهذا الإشكال وأجاب عنه ، وهذا نص كلامه :
 « فإن قيل : الثلاثة إذا اعترفوا بالربع للصبي كيف يعود إليهم ما اعترفوا به
 لغيرهم ؟ قلنا : الإقرار ضربان : مطلق ومعزى إلى سبب ، فإذا عزى إلى سبب فلم
 يثبت السبب عاد إلى المقر به ، كقولهم : مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله ، فردّ
 ذلك زيد ، فإنه يعود على من اعترف بذلك ، وكذا من اعترف لغيره بدار في يده فلم
 يقبلها الغير ، عادت إلى المقر ، كذلك ههنا ^(١) .

وفي الوجه الثاني نظر ، فأما المثال الأول فالفرق بينه وبين محل الكلام
 واضح ، لأنه مع ردّ زيد الموصى له للوصية لا تتم تلك الوصية ، وأما الثاني ، فلا
 نسلم بعود الدار إلى المقر مع عدم قبول المقر له ، لأن المقر يعترف بعدم استحقاقه
 لها ، فيلزم إعطاؤها للمقر له بأي نحو كان .

هذا ، وما ذهب إليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثة أحد الوجوه في
 مصرف هذا السهم في هذه المسألة ، وقد ذكر وجهان آخران :

الأول : صرفه إلى الناكل بالرغم من نكوله ، لاعتراف الإخوة له
 بالاستحقاق دونهم ، إلا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفاً بالوقفية أو ممتنعاً
 عن اليمين ، وأما في صورة انكاره لأصل الوقفية واعترافه بعدم الاستحقاق ، فلا

وجه لأخذه ما يعطونه ، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم ، مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح ، إلا أن الشيخ قد وجه ما ذهب إليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين .

ويمكن القول هنا بأن كون المال للإخوة بأحد سببين :

الأول : كون المال إرثاً ، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الأولي ، إلا أن يقوم دليل ثانوي على تصرفهم فيه بعنوان آخر .

والثاني : السبب العارض والعنوان الثانوي وهو الوقفية . وحينئذ ، فإن إقرار الإخوة بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفية ، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الأولي للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفية ، أما هناك فإن مجرد عدم ثبوت الوقفية كاف لثبوت كونه إرثاً ، من غير حاجة إلى أن يحلفوا على الإرث ، وعلى هذا ، فإن الإقرار المستند إلى الوقفية مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم التناكل إليه ، فيكونون شركاء في الإرث ، إلا أن الإخوة الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز .

الوجه الثاني : أنه وقف تعذر مصرفه ، لأنه لا يصرف إلى الثلاثة لاعترافهم بعدم الاستحقاق ، ولا إلى الولد لعدم ثبوته له بنكوله ، فيكون من صغريات مسألة الوقف الذي تعذر مصرفه ، فهل يرجع إلى الواقف أو ورثته ، أو يصرف في أقرب الوجوه إلى غرضه أو مطلق وجوه البر ؟ وجوه .

(الخامسة) : قال المحقق : « ولو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت ، لأن الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع إلى حين الوفاة ، فإن بلغ وحلف أخذ الجميع ، وإن رد كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميت »

والأخوين، والثالث من حين الوفاة للأخوين»^(١).

وهذا مذهب الشيخ قدس سره، قال المحقق: «وفيه أيضاً إشكال كالأول». أقول: إن ردّ فلا يعطى ورّاثه شيئاً، بل يصرف إلى ورثة الواقف فإنهم الطبقة الأولى وينكرون الوقفية، وإن لم يكن له ورثة فيصرف إلى الحالفين. هذا، وأضاف في (الجواهر)^(٢) فرعاً وقال: ولو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم، فقال البطن الثاني بعد وجودهم: إنه وقف تشريك، ففي القواعد: كانت الخصومة بينهم وبين البطن الأول، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصّتهم من النماء من حين وجودهم^(٣). وفي كشف اللثام: وإن نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقي منهم أحد، وإن تجددوا أو ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثة، ولكن لا يجدي نكولهم إلا المدّعين، فإنهم لما ادّعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم، إن انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثاً^(٤). والله العالم.

(١) شرائع الإسلام ٤: ٩٤.

(٢) جواهر الكلام ٤٠: ٣٠١.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٤٥٢.

(٤) كشف اللثام ١٠: ١٤٦.

المسألة الرابعة

(حكم ما لو ادعى عبداً وأنه أعتقه فأنكر المتشبه)

قال المحقق قدس سره : « لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبه . قال الشيخ : يحلف مع شاهده ويستنقذه . وهو بعيد لأنه لا يدعي مالا^(١) .

أقول : لو ادعى عبداً هو الآن بيد غيره ، فقال إنه كان لي وقد أعتقه ، فأنكر الذي بيده العبد ذلك . قال الشيخ^(٢) : يحلف المدعي مع شاهده ويستنقذ العبد . وقال المحقق قدس سره : « هو بعيد ، لأنه لا يدعي مالا » وقد تقدّم أن الذي يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده ، وتقدّم أيضاً أن الحرية ليست مالا . وأما بناء على كون الحرية حقاً من الحقوق ، فتشملها صحيحة محمد بن مسلم ، فإن هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه ، ولا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره ، فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأة أم ولده ، بل لو سلّم ثبوت المطلب هناك ، فإن هذه الدعوى هنا لا تثبت .

ولعلّ نظر الشيخ إلى ترتب الأثر المالي على هذه الدعوى ، وهو أنه يرثه من جهة الولاء .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ٨ : ١٩٦ .

المسألة الخاصة

(حكم ما لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً)

قال المحقق قدّس سرّه : « لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً فإن كان خطأ أو عمد الخطأ حلف وحكم له ، وإن كان عمداً موجباً للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد وكانت شهادة الشاهد لوثاً ، وجاز له إثبات دعواه بالقسامة »^(١).

أقول : لو ادّعى عليه القتل وأقام شاهداً واحداً فتارة : يدّعي ما يوجب المال ، وأخرى : يدّعي ما لا يوجبه ، ففي الصورة الأولى ، كما لو كان القتل المدعي خطأ أو عمد الخطأ ، حلف المدّعي مع شهادة الشاهد وحكم له ، لما تقدّم من ثبوت الحق المالي بالشاهد واليمين .

وفي الصورة الثانية ، كما لو كان القتل المدّعي عمداً موجباً للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شهادة الشاهد الواحد ، لعدم كونه حقاً مالياً ، وتكون شهادة الشاهد الواحد في هذه الصورة لوثاً ، وجاز للمدعي إثبات دعواه حينئذ بالقسامة .

وتوضيحه : إن قتل العمد يثبت بأمر :

١ - البيّنة .

٢ - إقرار القاتل ، ويكفي مرّة واحدة .

(١) شرائع الإسلام ٤ : ٩٤ .

٣- القسامة في صورة اللوث . و اللوث أمانة دون البيّنة ، أي أن يكون هناك قرينة موجبة للظن بأنه القاتل فحينئذ تجب القسامة ، مثلاً : لو وجدت جثة شخص مقتول مضرّج بدمائه وبالقرب منه شخص آخر بيده سيف ملطّخ بالدم ، فتقام القسامة ، وهي أن يقسم خمسون رجل - أحدهم ولي المقتول - بأن فلاناً هو القاتل ، فيثبت القصاص حينئذ وإن لم يكن هؤلاء عدولاً . ولو كانوا خمسة وعشرين رجلاً حلف كلّ واحد منهم مرّتين ، ولو كانوا أقل كرّروا اليمين حتى الخمسين ، ولو كان الولي وحده حلف خمسين مرّة ، ولو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين ، حلف خمسون رجل على الإنكار ، أو أُقيمت البيّنة على النفي . وهنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثاً وجاز للمدعي إثبات دعواه بالقسامة ، فإن أُقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا .