

كِتَابُ الْقَضَاءِ

مُصَنَّفٌ
أَلْفَبِيًّا لِجَمْعِ الْكَلِمَاتِ
أَلْفَبِيًّا بِرَأْسِ الْأَحْجَادِ لِلَّهِ الرَّحْمَنِ

الْمُتَوَقِّعِ سَنَةِ ١٣١٢ هـ

الجزء الأول الجزء الثاني

كِتَابُ الْقَضَاءِ

تأليف

الفقيه المحقق والاصولي المدقق

الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

(١٢٣٤ - ١٣١٢)

(الجزء الاول)

تحقيق
السيد احمد الحسيني

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابط بديل < mktba.net

من منشورات
دار القرآن الكريم
(قم - ایران)

مَطْبَعَةُ الْخَيَّامِ - قُمْ

(١٤٠١ هـ)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الانبياء
 والمرسلين ، محمد سيد الاولين والآخرين ، وعلى آله وذريته
 الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم الى يوم الدين .

تقديم

الاسس القضائية فى التشريع الاسلامى تتباين كثيراً عن الاسس الموضوعية للقضاء فى القوانين الوضعية المستقاة من القوانين الغربية الحديثة المعمولة فى أكثر البلدان الاسلامية ، فان الاسلام قد اشترط فى القاضى والمقضى فيه والمقضى له وفى المواد القضائية شروطاً كثيرة تعنى بالتهذيب النفسى والتربية الروحية أكثر من العناية بالجانب المادى ، ولو أنه لم يهمل أبداً الجانب المادى أيضاً بل يهتم به الى حد معقول من الاهتمام اللازم .

الاسلام يحاول فى تشريعاته الفقهية وتعاليمه الاخرى ان يوجد وازعاً دينياً اخلاقياً فى ضمير الانسان ودخيلة نفسه ، يدفعه فى اعماله واقواله وحتى فى نياته الى الخير والسلام وحفظ المصالح العامة والخاصة ، ولا يكتفى بوضع مراقبين على اعماله وتصرفاته وسن قوانين جافة لتحد من جموح هواه وشهواته ونزواته المتغلبة فى كثير من الاحيان على عقله وفكره السليم .

انه يربيه تربية صالحة يحس دائماً فى قرارة نفسه انه محاسب على ما يصدر منه من قبل علام الغيوب والمطلع على الخفيات والسرائر ، وهو بهذا يرتدع بنفسه عما يخالف الشرع الحنيف والقوانين الدينية الالهية ، وتسير الامور فى المجتمع المتدين سيراً مستقيماً لاتعبد فيه ولا انحراف ولا تعد على الحقوق ولا اجحاف .

لقد دلت التجارب على ان سن القوانين وحدها ووضع مراقبين على اعمال الناس لا يكفيان فى الحد من الفجائع التى تعتري البشرية ، فان بلاداً راقية فى تشرىاتها تعاني الولايات الاخلاقية والاجتماعية لانها اتكأت على القانون الموضوع من قبل أناس ليس لهم طريق الى الضمائر ولم يفتحوا لتربية الوجدان البشرى أى حساب .

ان الانسان لو لم يحس من نفسه رادعاً يحاسبه على اعماله وكل صغيرة وكبيرة تصدر منه ، لم يمنعه شىء قط من الاقدام على ما تمليه عليه مآربه ومصالحه الخاصة، فهو يسعى دائماً فى أن يسدل الستار على اعماله المخالفة ، فر بما ينكشف ويفتح ويؤاخذ القانون ولكن كثيراً ما لا تعرف خفايا اعماله وتبقى تبعاتها وبالا على المجتمع .

وحتى واضع القانون نفسه لو لم يحكم عليه الدين الذى يدفع وجدانه الى الاستقامة ويحيى فيه ضميره الانسانى، لحاد هذا المقنن عن الطريق المستقيم واقدام على وضع قوانين تجحف بحقوق المستضعفين، ولذا نرى الدول الاستعمارية ترتكب المآسى الانسانية ثم تحاول فى قوانينها تبرير هاتيك الاعمال وخنق الاصوات وقتل الحريات وتسمى ما تفعله باسم العدالة القانونية والدفاع عن الحقوق .

من هنا حاول الاسلام - كما قلنا - ان يوجد فى الانسان نفسه وازعاً يمنعه عن ارتكاب المآثم والجرائم قبل ان يحاول وضع مراقبين على

اعماله، ذلك لانه اراد استئصال الفساد من الجذور وتربية الانسان على حب الخير والصالح والاستقامة فى افعاله واقواله وخطرات قلبه .

فالقضاء الاسلامى له اسسه الخاصة التى تعنى بتربية الضمير والوجدان قبل العناية بالرقيب الظاهرى ، وتوقظ فيه الشعور بالمسؤولية أمام الله تعالى والدين ، وتوجهه توجيهاً صحيحاً الى واجباته تجاه الآخرين من القريب والغريب. ويكفى للتدليل على ماقلناه ماشرطه الفقهاء فى القاضى أن يكون عادلاً، فان العدالة معناها هنا حفظ النفس عن الجور فى القضاء وعدم التعدى فى الاموال والانفس وغض الطرف عن الاعراض والنواميس ... وهذا الشرط له مدلوله الروحى الخاص فى البضط عن كثير من الانحرافات التى تصيب القضاء لولاه .

* * *

وفى هذا الوقت الذى يمر بلادنا فيه بتجربة لتطبيق الاسلام ، يحس أكثر من ذى قبل بضرورة تجديد المعالم الاسلامية وحياتها فى مختلف المستويات وبشتى الاشكال العلمية، من التدريس والتنقيب والكتابة والتأليف ونشر المؤلفات القيمة من آثار أعلامنا الماضين .

لا تتركز دعائم دولة اسلامية الا بعد بث معارفه الصحيحة الخالصة عن الشوائب فى المجتمع وبين الشعب ، فان بث المعارف الاسلامية هو الطريق الانجع لتربية مؤمنين مركزى الايمان يقفون اطواذاً راسخة امام الزيغ والكفر لا تزلزلهم العواصف الهابة من وراء حدود بلاد المسلمين . ولقد احسن فقيه العصر المرجع الدينى الورع سماحة آية الله العظمى السيد محمد رضا الكلپاىكانى دام ظله الوارف ، اذ بدأ بتدريس القضاء على المستوى الفقهى الرفيع فى الحوزة العلمية بقم لتنشئة فقهاء

مجتهدين فى القضاء الشرعى وتدريبهم على مسائله وفروعه .

والى جانب تدريسه .. أدام الله ظله .. أبدى رغبته الأكيدة فى احياء بعض المؤلفات الهامة فى الموضوع لاعلام الفقهاء السابقين .. قدس الله أسرارهم - كى تتوسع آفاق طلاب العلوم الدينية ويقفوا على اكثر ما يمكن الوقوف عليه من الاراء والنظرات الفقهية .

وكان من المؤلفات المختارة بهذا الصدد «كتاب القضاء » الذى ألفه الفقيه الجليل المحقق البارع شيخنا المقدس الميرزا حبيب الله الرشتى - تغمده الله برحمته ورضوانه - وهو كتاب جليل يعتنى بالاستدلال للمسائل والفروع عناية تامة ويبحث فيها بحثاً بارعة تدرب الطالب الحوزوى على التعمق فى التفكير الفقهي والخروج عن السطحية فى الاستنباط والاجتهاد . وقد امرنى سماحته باعداد هذا الكتاب للطبع وتصحيحه واخراجه بالشكل اللائق بالدوق العصرى ، وانا اذ امتثل امره المبارك واقوم بهذا الجهد ارجو ان اقدم خدمة للحوزة العلمية تسد بعض ما احسه من الفراغ فيها .

والله تعالى المسؤول فى ان يسدد خطانا ويجعل اعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، انه جل شأنه خير من سئل وافضل من اعطى .

قم : أول شهر رمضان المبارك ١٤٠١ هـ

السيد أحمد الحسينى

بَرْجَمَةُ الْمُؤَلَّفِ

الشيخ ميرزا حبيب الله الرشتي
(١٢٣٤ - ١٣١٢)

الشيخ ميرزا حبيب الله بن الميرزا محمد علي خان بن اسماعيل خان بن
جهانكير خان القوچاني الرانكوئي الكيلائي الرشتي .
عالم مؤسس ومحقق مدقق ، من أكابر علماء عصره وأساتذة فقهاء أوانه
المشاهير .

كان أصل أسرته من « قوچان » إلا أن بعض السلاطين الصفوية ألزمهم

(*) هذه الترجمة مقتبسة من نقيب البشر ١/ ٣٥٧ - ٣٦٠ واعيان الشيعة ٢٠/ ٩٥ -
١٠٢ . وانظر أيضاً للتوسع : معارف الرجال ١/ ٢٠٤ ، ریحانة الادب ٢/ ٣٠٧ ،
احسن الودیعة ١/ ١٣١ ، تکملة نجوم السماء ٢/ ١٣٨ ، لباب الالقباب ص ١١٢ ، معجم
المؤلفين ٣/ ١٨٨ ، علماء معاصرين ص ٥٠ .

بالنزول الى « رانكوى » من قرى كيلان رشت ، ودفاتر أملاكهم من لدن عصر الصفوية الى عصرنا موجودة .

وكان والد المترجم من أعظم الملاكين والاعيان المتمكنين ، ومن العرفاء الصلحاء وأهل الباطن والصفاء ، وقد رأى في ولده هذا منامات صادقة قبل ولادته وبعدها تشعر بأنه يصير عالماً ، وقد تفرس فيه بعد نشؤه وتأكد بعض التفاؤلات فيه ، فعزله عن اخوته وأحضر له معلماً في بيته يتعهد تربيته وتعليمه الى أن بلغ من العمر حدود ثمانية عشر عاماً ، فبعثه الى « قزوین » لتكميل اشتغاله وهياً له أسباب الرفاه ولوازم العيش وعين له زوجة من عشيرة « أرباب » المعروفة هناك بالشرف .

بقي في « قزوین » مشغلاً على العلامة المولى عبدالكريم الايرواني ، حتى صدرت له منه الاجازة وهو ابن خمس وعشرين سنة في الهجرة الى « النجف الاشرف » جامعة العلم والدين الكبرى وموئل العلماء من مختلف الاقطار الاسلامية .

هاجر الى « النجف » بأهله ودخلها قبل وفاة الفقيه الاكبر الشيخ محمد حسن النجفي (صاحب الجواهر) بثلاث سنين ، فحضر بحثه يوماً فعرضت له شبهة عرضها عليه ولم يسمع منه جواباً وتكلم فيها بعض التلاميذ ، ثم قيل له : ان كشف شبهاتك عند الشيخ المرتضى الانصاري . فقصد وعرضها عليه فأجابه الشيخ وأبان له الفرق بين « الحكومة » و « الورود » .

بهت شيخنا المترجم حيث سمع اصطلاحاً جديداً لم يطرق آذانه ، فقال له الشيخ المرتضى: ان اشكالك لا يرتفع الا بالحضور عندي مدة أقلها شهرين .

وكان المترجم اذ ذاك عازماً على الرجوع الى « قزوين » ، ولكنه أعرض عن الرجوع وحضر بحث الشيخ فرآه بحراً لا يبلغ قعره ولا ينال دركه ، فعزم على الإقامة بالنجف والاستفادة من درس الشيخ .

بقي مشغولاً في الحوزة العلمية بغاية الجهد والاجتهاد في الفقه والاصول ملازماً لاستاذة المذكور ومقتبساً من أنواره ومغترفاً من بحار علمه ، ومما يؤثر عنه قوله : « ما فاتني بحث من أبحاث الشيخ منذ حضرت بحثه الى يوم تشييعه مع أنني كنت مستغنياً عن الحضور قبل وفاته بسبع سنين » .

ولما توفي الشيخ المرتضى انتهى أمر التدريس الى المترجم له ، فكانت حوزته تعد بالمئات ، وأكثرهم من شيوخ العلماء وأفاضل الفقهاء والمجتهدين ، ولم يكن في زمانه أرقى منه تديساً وأكثر نفعا ، حتى أن أكثر العلماء المشاهير الذين نبغوا بعدد في سائر المناطق الشيعية قد تخرجوا عليه وأخذوا عنه ، وكان مجلس درسه محتوياً على أصناف العلماء من العرب والعجم من المحققين في الفقه والاصول والمعقول والمنقول وغير ذلك ، لانه كان وحيد عصره في ابتكار الافكار الحسنة والتحقيقات المستحسنة وحلاوة التعبير ورشاقة البيان .

هذا ما كان من جهة علمه ، وأما ورعه ونسكه وزهده فهو مما لا يحده القلم ولا يصفه البيان ، فقد كان في غاية الورع والتقوى والزهد عن حطام الدنيا ، وكان سليم الذات صافي النية بسيطاً للغاية أعرض عن الرئاسة كل الاعراض ، ولذا لم يقلد ولم تجب اليه الاموال ، وانما كانت المرجعية التقليدية والزعامة الروحية لمعاصره وشريكه في الدرس عند الشيخ الانصاري ، وهو السيد الميرزا محمد حسن المجدد الشيرازي نزيل سامراء . ولم يرض أن يقلده أحد لكثرة

تورعه في الفتوى وشدة احتياطه فيها ، ولم يتصد للوجوه ولم يقبلها من أحد .
وقد كان معاشه يأتية من والده أيام حياته ، وبعد وفاته استحضره اخوته
لتقسيم الاموال والاملاك الكثيرة ، فلما رأى تكالبهم عليها وتفانيهم دونها أعرض
عنهم وعاد الى « النجف » منصرفاً عن استحقاقه ، فانقطع معاشه الى سبع سنين
باع خلالها كل ماكان يملكه من الاسباب واستقرض ماوسعه القرض ، حتى لقد
عجز عن شراء الماء في بعض الايام . فتشرف أخوه الميرزا نصر الله خان الى
الزيارة ، فرأى وضعه وقرر له معاشاً يسيراً الى سبع سنين .

ويقال انه قبل شيئاً ذات مرة من العلامة الشيخ جعفر التستري وأخرى من
آخر ، ولما توسعت حاله صرف قدرهما على الفقراء .

وأما عبادته فقد حكي أنه ماطلع الفجر عليه وهو نائم منذ بلغ الحلم ، وقد
قضى فرائض والديه ثلاث مرات ، مرة تقليداً ومرتين اجتهاداً .

قال تلميذه سيدنا الحسن الصدر في « التكملة » : انه كان شديد الاحتياط
دائم العبادة مواظباً على السنن كثير الصلاة والصمت دائماً في العبادة حتى في
السفر ، فهو في جميع عمره حتى في أوقات خروجه الى الدرس كان مشغولاً
بالعبادة ، وكان من الزهد في جانب عظيم ، وكان دائم الطهارة ، تخرج على
يده مئات من العلماء ، ولم يكن في زمانه أوفى تدریساً منه ، وله التدريس العام
المشتمل على أصناف العلماء .

له تصانيف كثيرة نافعة تموج بالتحقيقات ، منها :

١ - تقارير بحث الشيخ الانصاري فقهياً وأصولاً .

٢ - بدائع الاصول ، في اصول الفقه مطبوع .

٣ - مقدمة الواجب ، رسالة مبسطة .

- ٤ - المشتق ، رسالة مطبوعة .
 - ٥ - الاجزاء .
 - ٦ - المفهوم والمنطوق .
 - ٧ - التعادل والتراجيح .
 - ٨ - اجتماع الامر والنهي .
 - ٩ - حاشية المكاسب .
 - ١٠ - شرح شرائع الاسلام ، خرج منه مجلدات في الطهارة والصلاة والزكاة وبعض كتب أخرى غير تامة .
 - ١١ - خلل الصلاة .
 - ١٢ - كتاب التجارة .
 - ١٣ - كتاب الغصب .
 - ١٤ - كتاب القضاء والشهادات .
 - ١٥ - كتاب الوقف والرهن واللقطة .
 - ١٦ - كاشف الظلام في علم الكلام ، فارسي في أصول الدين .
 - ١٧ - الامامة ، رسالة مبسوبة .
 - ١٨ - حاشية تفسير الجلالين .
- خلف ثلاثة أولاد علماء فضلاء: أكبرهم الشيخ محمد المتوفى سنة ١٣١٦، ثم الشيخ اسماعيل المتوفى سنة ١٣٤٣، ثم الشيخ اسحاق المتوفى سنة ١٣٥٧. توفي رحمه الله ليلة الخميس رابع عشر جمادى الثانية سنة ١٣١٢ ، ودفن وراء شباك الحجرة الواقعة على يسار الداخل الى الصحن العلوي الشريف من باب السوق الكبير ومرقده مزار للرواد .

وقد رثاه جماعة من الشعراء ، منهم الشاعر المعروف السيد جعفر الحلبي ،
فقال يرثيه ويعزي عنه ابن امام الجمعة بطهران الذي قد أقام له مجلس الفاتحة :

على م دموع أعيننا تصوب	إذا لحبيبه اشتاق الحبيب
أصابك يا حبيب الله حتف	أصيب به القبائل والشعوب
أقم ، والله جارك، في ضريح	موسدة به معك القلوب
ألا لاحان يومك فهو يوم	على دين الهدى يوم عصيب
نظرت بنور ربك كل غيب	فكانت نصب عينيك الغيوب
ترى العلماء حشداً واحتفالاً	لتعلم كيف تسأل أو تجيب
سترت عيوب هذا الدهر حيناً	فبعدك ملء عيبته عيوب
وكنت بقيمة الحسنات منه	فبعدك كل ما فيه ذنوب
نشرت العلم في الافاق حتى	طوى اضلاع شائك الوجيب
تساقط حكمة فتطير فيها	الى الناس الشمال والجنوب
قضيت العمر في تعب وجهد	وما نال المنى الا التعوب
فلم يرقدك عن علم شباب	ولم يقعدك عن نفل مشيب
وتترك ما يربك كل حين	مجاوزه الى ما لا يرب
أرواد العلوم ألا أقيموا	بيأس ان مرتعه جديب
فقد والله قشع عن سماه	ضحوك البرق وكاف سكوب
ألا يا دهر هذا منك خطب	علينا فيه هونت الخطوب
فبعد صنيعك ارم فلا نبالي	أتخطئنا سهامك أم تصيب
فيا صبراً امام الناس صبراً	فكل الناس مثلك قد أصيبوا
لقد صدق المخيلة منك بشر	يلسوح وراءه كرم وطيب

وبشر سواك كان له شبيهاً سراب القاع والبرق الخلوب
لقد كرمت طباعك في زمان به كرم الطباع هو العجيب
أقول لمن يحاول أن يباري علاك وغره الامل الكذوب
نعم ستمنال ماتبعي ولكن اذا ماعاد للضرع الحليب

وقال ايضاً مؤرخاً عام وفاته رحمه الله :

بكته الملة الغرا فأرخ بكى لحبيبها الشرع الشريف

العمل فى الكتاب

لقد قابلنا هذا الكتاب وصححناه على :

١ - نسخة سماحة آية الله السيد مصطفى الحسيني الخونساري ، وهي بخط والده المغفور له آية الله السيد احمد الحسيني الخونساري ، وكانت في مجموعة معها القسم الفقهي من كتاب «الاقتصاد الهادي الى سبيل الرشاد» للشيخ الطوسي وجاء في آخرها :

« لقد وقع الفراغ من نسخ هذا الكتاب الشريف بتوفيق الله وعونه بيد العبد الاثم أقل السادة احمد بن محمد رضا الحسيني في يوم السابع من ربيع الثاني من عام الخامس والاربعين وثلاثمائة بعد الالف . . » .

وهذه النسخة تامة الا أنها لا تخلو من بعض الاغلاط والتحريفات .

٢ - نسخة فضيلة العلامة الشيخ رضا الاستادي ، وهي من أول الكتاب الى

ما يقرب من ثلثه ، وهي مصححة مقابلة جيدة عليها تملك الشيخ اسحاق ابن المؤلف ولعله هو الذي قابلها وصححها .

* * *

هذا وقد رأينا أن نصصح الأخطاء الأدبية التي قد سبقت إلى قلم المؤلف ، ولكن لم نرتكب ذلك كلها وجدنا لها مخرجاً وتأويلاً من قواعد العربية . كما رأينا أن نضيف في الكتاب عناوين من عندنا تعين القارئ على معرفة كل مقطع من الموضوع ، وقد جعلناها بين معقوفتين هكذا [] لئتمايز ما وضعناه نحن عما هو من أصل الكتاب . وقد أعاننا مشكوراً سماحة العلامة الجليل الشيخ محمد علي أحمديان الأصبهاني في تخريج الأحاديث ، وبعمله هذا يسر علينا بعض الوقت وزاد في قيمة الكتاب العلمية .

مشترك الزوج بين الاثنين والزوجة هذا الحكم من الاصحاب ينحصر في من ذكره في باب الارث في مسئلة نفقة
 والمهدوم عليهم من العدا لا من غيرهما اشتباه تقدم موت واحد المتوارثين وطرح العلم الاجمالي في غير ما بين
 المستثنى اصل الفراء والمهدوم عليهم لا ينص فيه على ظهور من بعض مشايخنا ان ما ذكره الاصحاب هنا وبنا
 انما هو صورة احتفال فقهاء الموتين ولو علم السابق في الحمله وشك في السابق بالموت من الفراء وهذا الحكم
 فيه استلزام من مخالفة العلم الاجمالي الا ان تشرط في الحمله بكلمة منهم بنوا في باب الجوارث على فرض ابيد
 كيف كان وتعلم ما ذكرناه فافق الاصحاب لما يحكم بآرث احد من الام والابن من الاخر بعد تمام الملاحق والزوج
 هذا ان لو كان بان يخلص الزوج على عدم موت الاولاد او لم يخلص الا على عدم موت الام كذلك ان ثم اثبتت ان
 شركة الام مضمونة كما لو لم يكن لها ولداء فلا يكون شركة الابن للام
 فتدفع الطراف من نصف هذا القدر بالمشتركة بينه وبينه او محمد بن عبد العبد الا ثم قبل السادة احمد بن محمد بن الحسين
 في يوم السابع من ربيع الثاني من عام الفاس وانا بهياد وشمس الدين الازدي والفرقة
 ربه العاشقين والامومة مع فقهائهم الشريفة والاعضاء
 المرحومين والاصحاب المتكلمين من الان
 الى يوم يوم الدين

أشهدكم بهذا الميثاق أن لا أكون في الدنيا
لأنكم قبلتموه مني
أخروا الله العالمين

٢٢٥

كِتَابُ الْقَضَاءِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين الى يوم الدين .

(كتاب القضاء)

ومقاصده ثلاثة :

الاول : في القاضي وصفاته .

الثاني : في كيفية القضاء .

الثالث : في أحكام الدعاوي .

المقصد الاول

(فى القضاء)

القضاء فى اللغة لمعان كثيرة ، منها ما هو المراد به فى المقام ، أعني الحكم والالزام .

وفى عرف الفقهاء عبارة عن ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى .
ويدل على شرعيته فى الجملة الادلة الاربعة ، من الكتاب آيات كثيرة ،
أوضحها دلالة قوله تعالى فى سورة ص « يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض
فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله »^(١) دللت صريحاً
على شرعية الحكم بين الناس ، بمعنى فصل الخصومات الواقعة فيما بينهم
وقطع المنازعات ، لان الحكم بين الناس لامعنى له سوى الحكومة بالمعنى
المبحوث عنه ، أعني فصل الخصومات ، وبه امتاز عن سائر آيات الحكم فى
الذكر ، لانها انما تدل على الحكم بما أنزل الله ، وهو غير صريح بالمعنى

المقصود ، أعني الالتزام ، لان الحكم بما أنزل الله عبارة عن الاخبار به ، وهو لا يستلزم شرعية الالتزام والحكومة التي هي من شعب الرئاسة . ولذا كان المرجع فيه عند الشك هو أصالة العدم ، بخلاف الحكم بمعنى الاخبار بما أنزل الله ، فان الاصل فيه اما الوجوب فافهم أو الاباحة كما تأتي الاشارة الى ذلك .

[وجوب الحكم بالحق وجوازه]

ثم مدلول الآية الشريفة يحتمل وجوب الحكم بالحق وجوازه ، على أن يكون رفعا للحظر المتوهم أو المحقق ، وعلى الاول يحتمل وجهين أيضاً :

(الاول) أن يكون الوجوب متعلقاً بالمقيد خاصة ، أعني كون الحكم بالحق ، فالمعنى أن المتفرع على الخلافة والمتوقف عليها وجوب كون الحكم بالحق وعدم متابعة الجور (الهوى) ، فلا يدل حينئذ على وجوب أصل المقيد - أعني الحكم - بل يكون في المعنى نظير قوله تعالى «ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»^(١) فيكون حال أصل الحكم في حق الخليفة وغيره من حيث الجواز والوجوب والتحريم مسكوتاً عنه .

نعم يدل على جواز أصل الحكم القدر المشترك بين الوجوب وغيره مهمة لا مطلقة ، لان وجوب القيد يقتضي جواز المقيد في الجملة .

فان قلت : لا معنى لتفريع كون الحكم بالحق على الخلافة ، لان الحكم بخلاف الحق لا يجوز لاحد ، فوجوب كون حكم الحاكم اذا حكم على نهج الحق ليس من خواص كون الحاكم خليفة ، لان وجوبه عقلي ناش من قبح الجور والافتراء .

قلت : نعم لكن لما كان وجوبه في حق الخليفة أكد منه في حق غيره جعل

الاية من متفرعات الخلافة ، وهذا مثل قول القائل لامام الجماعة : أنت امام الناس فاخضع في صلاتك ، فان الخضوع والخشوع في الصلاة أمر مرغوب اليه في حق كل مصل الا أنه مؤكد في حق الامام ، بل في حق المقربين مطلقاً على حسب مقدار قربهم .

(الثاني) أن يكون المتفرع على الخلافة أصل وجوب الحكم المقيّد ، فيدل حينئذ على عدم وجوبه لغير الخليفة ، وأما عدم الجواز فلا .

وعلى الثاني - أعني كون مدلول الاية جواز الحكم بعد الخلافة نظراً الى ورود الامر به - مقام رفع الحظر يدل على عدم الجواز لغير من يكون خليفة من جانب الله ، فالاية حينئذ دليل لفظي على عدم شرعية القضاء لغير الخلفاء زيادة على الاصل المشار اليه . فاحفظ ذلك تنتفع به ، والله العالم .

التقاط

[مايعتبر في القاضي]

يعتبر في القاضي أمور اتفاقية وأمور خلافية :

ومن الاولى العدالة

التي هي أخص من الايمان الذي هو أخص من الاسلام .

قال في الشرائع : ويدخل فيها الامانة وفعل الواجبات .

وفي هذه العبارة شائبة اجمال ، لانه ان أراد بالامانة ضد الخيانة فحسن ، لكن يشبه بايضاح الواضحات لمن عرف من مفهوم العدالة شيئاً مع أن تخصيصه بالذكرين سائر الكبائر مع كونها من الافراد الواضحة العلية يخلو عن الفائدة . وان أراد بها أمراً زائداً عن مفهوم العدالة في سائر المقامات مثل ترك استعمال

الحيل الشرعية الذي لا يوجب فسقاً في غير المقام ، ففي اعتباره هنا في القاضي تأمل أو منع .

والظاهر أنه نوع تعريض على من جمع بين العدالة والامانة ، وان ذكر العدالة يغني عن ذكرها بنساءً على ارادة قصد الخيانة ، كما يشعر به ذكره بعد الفراغ عن ذكر ما يعتبر في العدالة .

ويمكن أن يقال أيضاً بأن وجه التخصيص هو كونها أمراً وجودياً بعد الايمان من بين ما يعتبر في ماهية العدالة، بخلاف غيرها فانها أمور عدمية ، ولهذا أردفه بفعل الواجبات ، لانه أيضاً مثله في الوجودية - فافهم .

ومن الامور الاتفاقية الاستقلال بالفتوى

يعني كون المحاكم صاحب ملكة الاجتهاد وقوة استنباط الاحكام كلا أو بعضاً ، على الخلاف في مسألة التجزي .

وقد صرح بالاتفاق على اعتبارهما مثل صاحب المسالك ممن يعتبر منه نقل الاجماع لكمال خبرته واطلاعه .

واستدلوا عليه بمادل على اعتبار العلم في القاضي وان التقليد ليس بعلم كما لا يخفى ، لكن بعض أساطين متأخري المتأخرين - كالمحقق القمي على ما نقل عنه في جواب سؤاله ، وبعض من عاصرناه من مشائخنا اكتفى في العلم بمجرد التقليد ، فصرح بجواز قضاء المقلد .

وقبل تنقيح المسألة لابد من تأسيس الاصل وتحرير محل النزاع ، فنقول: أما الاصل فقد أشرنا الى أنه يقتضي المنع ، لان سلطنة الشخص على الزام شخص آخر - ولو فيما يقتضيه تكليف ذلك الشخص فضلاً عما لا يقتضيه تكليفه - أمر وضعي مختص بمن له السلطنة المطلقة ذاتاً ، أعني المولى الحقيقي

جل اسمه ، أو بمن جعله سلطاناً من طرفه وخليفة عن جانبه كالنبي والوصي ، فحيث شككنا في ثبوتها فالاصل المحكم فيه هو العدم كسائر الاحكام الوضعية . ومن هنا يعلم أن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر على وجه يباح به معه مقاتلة فاعل المنكر مثلاً أمر على خلاف الاصل الاولي ، ولو قيل بأنه من المستقلات العقلية ، لان استقلال العقل بذلك لا ينافي الشك في ثبوته لاحاد الناس ، والرجوع الى الاصل في مورد الشك .

ودعوى عدم تعقل الشك في الاحكام العقلية ، مدفوعة بأن الغير المتعقل انما هو الشك في موضوع حكم العقل لافي تشخيص مصاديقه ، فان حكم العقل بقبح تناول المضر لا ينافي الشك في قبح شيء باعتبار الشك في كونه مضرأ ، فحكم العقل بوجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بمعنى لابدية قيام شخص بذلك لا ينافي الشك وعدم العلم بخصوص من يقوم به .

لكن الانصاف أن الامر بالمعروف - على تقدير حسنه العقلي لزوماً أوجحاً - ثابت في حق كل مكلف . نعم الزام الشخص فيما لا يقتضيه تكليفه الذي ستعرف أنه المراد من القضاء المصطلح من المستقلات التي لم تثبت الا في الجملة ، بمعنى استقلال العقل بوجود فاصل للخصومات والمنازعات حفظاً للنوع عن الاختلال والهرج والضياح والفتنة والفساد . وأما أن الفاصل من هو وكم هو فليس للعقل اليه سبيل كما لا يخفى ، فيكون الجهل بخصوص القائم بالفصل مع الاستقلال بأصل وجود كالجهل بقبح الشيء للشك في كونه مضرأ .

وأما محل النزاع فقد ظهر مما ذكرنا في تأسيس الاصل ، وحاصله : ان الالتزام قد يكون فيما يقتضيه تكليف الملزم عليه وقد يكون في غير ما يقتضيه تكليفه : أما الاول فهو خارج عن مسألة القضاء المبحوث عنها ، بل هو يرجع الى

الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، بناءً على اختصاصه بما هو معروف ومنكر في نظر الفاعل لافي نظر الامر حتى يندرج فيه مسألة ارشاد الجاهل، على ما صرح به بعض أجلاء المتأخرين ، والافيكون دائرة الامر بالمعروف أوسع من الالتزام فيما يقتضيه التكليف وأما هو فأخص مطلقاً كما لا يخفى .

فظهر أن المقصود بالبحث فيما نحن فيه هو الزام الشخص في غير ما يقتضيه تكليفه ، مثل أن يكون الشخص معتقداً لبطلان مقالة الشخص فيحكم عليه بخلاف المعتقد وخلاف ما يقتضيه تكليفه ، لان القضاء المبحوث عنه ليس الا ذلك . وأكثر موارد القضاء من هذا القبيل ، حتى الحكم بالبيئة التي يجب على جميع المكلفين ترتيب آثارها مدعياً ومنكراً وغيرهما ، لان العمل بها انما يجب في صورة الشك والجهل ، فالزام المنكر المعتقد بكذب البيئة مثلاً الزام بغير ما يقتضيه تكليفه .

نعم قد يقال : ان الحكم في صورة الشك - أي شك من قام عليه البيئة مثلاً - الزام بحسب التكليف ، لكن يمكن منع كون ذلك من باب القضاء بل من باب الامر بالمعروف ، نظراً الى أن مجرد قيام البيئة في حق الشاك يوجب العمل بمقتضاها من غير ضم حكم الحاكم ، فحكم الحاكم يشبه الامر بالمعروف . الا أن يقال : ان الالتزام على وجه الامر بالمعروف لا يستتبع على ما يترتب على القضاء من الاحكام ، فارجاع القضاء هنا الى ذلك لوجه له ، بل الوجه أن القضاء كما يكون بما لا يقتضيه تكليف الملزم عليه كذلك يكون بما يقتضيه تكليفه وأما انه لا بد أن يكون من قبيل الاول فلا .

وهذا يكفي في الفرق بينه وبين الامر بالمعروف ، فانه لا يكون الا في الثاني ، فالقضاء أعسم من وجه مورداً ، ومرجعه في صورة الاجتماع اجراء حكم الله الكلي في حق المحكوم عليه والزام جزئيته عليه . والله العالم . وان كان مرجع

الامر بالمعروف في تلك الصورة أيضاً ذلك ، الا أن هذا الالتزام اذا صدر من الحاكم على وجه الحكومة تأكد به وجوب الالتزام على المحكوم عليه .
وتوضيح ذلك وحقيقة الفرق بين الامر بالمعروف والقضاء هو أن الالتزام على وجه الامر بالمعروف لا يزيد في تكليف الملزم عليه شيئاً على ما يقتضيه أدلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر من الالتزام بخلاف الالتزام على وجه القضاء ، فانه سبب لوجوب الالتزام بما الزم ، سواء طابق تكليفه أم خالف .
وبعبارة أخرى سواء كان الملزم به لازماً في حق الملزم عليه مع قطع النظر عن الالتزام أم لا ، فالملزوم والالتزام سبب للالتزام على وجه الامر بالمعروف ومسبب عن الالتزام على وجه القضاء ، ولازمه تأكد اللزوم اذا طابق التكليف كما قلنا .
فظهر مما ذكرنا مادة الافتراق ومادة الاجتماع ، فان الالتزام بما لا يقتضيه التكليف مادة افتراقه عن الامر بالمعروف ، والالتزام بما يقتضيه تكليف الملزم عليه دون الحاكم الملزم مادة افتراقه من القضاء والالتزام فيما يقتضيه التكليف مورد اجتماعهما المورد .

ويمكن الفرق أيضاً في هذه الصورة باختلاف الجهة ، فان الحاكم اذا الزم بعنوان الامر بالمعروف الذي هو مشترك بين العامي المقلد وبينه ، فهذا لا يزيد في لزوم الحكم ووجوب التزامه ، وان الزم بعنوان القضاء فهو يوجب تأكد الوجوب ، حيث أن التمرد عن الحكم حينئذ معصية من جهة مخالفته لادلة الحكم ومن جهة رده على الحاكم - فافهم .

[في قضاء المقلد]

اذا تحقق ذلك فاعلم أن مسألة قضاء المقلد تشتمل على مسائل ثلاث :
(الاولى) قضاؤه مستقلاً من غير نصب المجتهد له للقضاء أو توكيل له في

ذلك . وغاية مايتوهم دلالته على ذلك أمور :

الاول - اطلاق ما دل على وجوب الحكم بما أنزل الله من الايات والاخبار كقوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »^(١) ، وقوله تعالى « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »^(٢) ، وقول الصادق عليه السلام في تعداد القضاة « ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة » وغيرها من الايات والاخبار .

ويرد : أولاً بمنع الاطلاق لاهمالهما وورودهما في مقام بيان حكم آخر ، وهو كون الحكم لا بد أن يكون بما أنزل الله وعن علم وغير ذلك مما لا يخفى على من لاحظها مع سياقها ومصبها . وثانياً بعد تسليم الاطلاق القابل للاستدلال بأن المأمور بالحكم هو الذي كان عالماً بالحق وبما أنزل الله تعالى في الشبهات الموضوعية التي هي محل استعمال القاضي للبيئة والايمان ، مثل اختلاف المتخاصمين في دين أو بيع أو غصب أو نحوه من الشبهات الموضوعية لاتوجه هذه الاطلاقات الى المقلد الجاهل بالحال ، وبأن الحق فيما يقوله المدعي أو المدعى عليه ، كما لا يتوجه الى المجتهد الجاهل بالموضوع أيضاً ، مع قطع النظر عن قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بأربعة » ونحوها مما يعطي ميزاناً للقضاء عند الجهل بالموضوع .

فان قلت : بعد ملاحظة أدلة البيئة واليمين ونحوها من الموازين المقررة نقول : ان المقلد في الشبهات الموضوعية ليس بجاهل للحق ، وهو مؤدى البيئة مثلاً ، فيجب عليه الحكم به لكونه حكماً بما أنزل الله تعالى .

قلت : هذا مبني على مجيء أدلة البيئة وسائر الموازين في حق المقلد أيضاً ،

(١) سورة المائدة : ٤٤ .

(٢) سورة النساء : ٥٨ .

وستعرف عدم المجيء ، لمنع إطلاقها على وجه يشمل المقلد أيضاً .
 هذا في الشبهة الموضوعية ، وأما الشبهة الحكمية - بأن كان اختلاف
 المتخصصين باعتبار اختلافهما في حكم المسألة مثل مسألة المنجزات ومثل مسألة
 تحريم عشر رضعات ونحوهما من المسائل الخلافية - فهي على قسمين : أحدهما
 ما كان رأي الحاكم عن تقليد موافقاً لرأي المحكوم عليه في الحكم الشرعي ،
 بأن ترافعا الى مقلد يوافق المدعى عليه في الحكم الشرعي . والثاني ما كان
 رأيهما مختلفين .

ولاريب أن اطلاق الامر بالحكم بمعنى الالتزام بالحق وبما أنزل الله على
 فرض تسليمه قاصر عن شمول الصورة الاخيرة : اما لان منصرف الاطلاقات غير
 ذلك ، وهو ما كان الحكم الواقعي فيه متحداً عند الحاكم والمحكوم عليه ، فلو اختلفا
 كان الحكم بما يراه الحاكم وهو غير مشمول لتلك الاطلاقات . أولان مجرد
 الالتزام بالحكم الواقعي مع قطع النظر عن سلطنة الملزم ونصبه رئيساً
 غير معقول مع اختلاف المحكوم عليه للحاكم في الحكم الواقعي ، لان
 الالتزام انما يتصور على المتمردين عن الحكم الواقعي . ومن يعتقد تقليداً أو
 اجتهداً أن الحكم الواقعي غير ما يقوله الحاكم وان حكمه حكم الجاهلية فليس
 بمترد عن الحكم الواقعي على تقدير عدم قبوله لحكم الحاكم الذي اعتقد كونه
 حكم الجاهلية بل يجب عليه التجافي عن ذلك ، لانه مأمور بأن يكفر بما ليس
 بحكم الله تعالى وبحكم الجاهلية .

توضيح هذا المقال : ان الحكم الذي أمر الناس بالزامه على المتمردين اما
 أن يكون هو حكم الله الواقعي من غير تقييد له باعتقاد الملزم - أعني الحاكم -
 أو يكون مقيداً بما اعتقده الحاكم ، على معنى وجوب الزام الحكم الذي اعتقده
 الحاكم أنه حكم الله تعالى .

وبعبارة أخرى: اعتقاد الملزم يؤخذ تارة طريقاً الى الحكم الواقعي الذي يجب الزامه وأخرى موضوعاً وقيداً للملزم به ، وعلى الاول فالملزم عليه لا يخلو عن احوال ثلاث : الاولى أن يكون جاهلاً بالحكم الواقعي ، والثانية أن يكون عالماً به تقليداً أو اجتهاداً بالعلم المطابق لعلم الحاكم ، والثالثة أن يكون عالماً بالعلم المخالف . وفي الحالتين الاوليين يعقل الزام الحاكم بالحكم الواقعي كما لا يخفى ، وفي الحالة الثالثة فالالزام به غير معقول ، اذ المفروض أن الملزم به ليس الا الحكم الواقعي باعتقاد الملزم الذي فرض طريقاً اليه ، والحكم الواقعي باعتقاد المحكوم عليه غير الذي اعتقده الحاكم . واذا أراد الحاكم الزامه بمعتقده فله الامتناع عن ذلك قائلًا بأنك انما أمرت بالزام الواقع وهذا الذي تلزمني به ليس هو الواقع بل هو حكم الجاهلية الذي أمرت أنا بكفرانه .

وعلى الثاني - يعني على تقدير كون الملزم به هو الحكم الذي اعتقده الحاكم الملزم بأن يكون الملزم به الحكم الفعلي للحاكم - فالالزام بالواقع بهذا النحو معقول في الحالات الثلاث ، لكنه تقييد في آيات الحكم أو تجوزيين ، لان الحكم المأمور به انما هو الحكم الواقعي الذي تختلف فعليته بالقياس الى الحاكم والمحكوم عليه وتقييده باعتقاد الحاكم ، واردة الحكم الفعلي الخاص منه لا بد له من التماس دليل آخر ، كأدلة النصب والنيابة التي تعرف قصورها عن شمول المقلد . ودعوى أن الحكم الذي أمر الناس بالزامه لا يعقل أن يكون طريقه غير اعتقاد الملزم لا تنفع ، لان اعتبار اعتقاده طريقاً غير اعتباره موضوعاً وقيداً للحكم الواقعي كما لا يخفى على المتدرب .

هذه حال الصورة الاخيرة ، وأما الصورة الاولى - وهي صورة الموافقة في الطريق - فوجوب الالزام حينئذ مسلم ، بمعنى أنه يجب على كل أحد الزام المتمرّد عن الحق والحكم الواقعي اذا كان موافقاً مع الملزم في الحكم الفعلي

لكنه لا ينفع لان مرجعه حينئذ الى الامر بالمعروف الذي لا ينكره أحد بشرائطه فلا يؤثر الزامه حينئذ في تكليف الملزم عليه زيادة على ما يقتضيه تكليفه ، وقد عرفت أن الكلام في الالتزام الذي هو سبب لوجوب الالتزام لاسبب عنه .

فان قلت : بعد تسليم اطلاق الأدلة بالنسبة الى المقلد يثبت أن الزامه حينما يعقل - كما في صورة الموافقة - سبب لالزام الملزم عليه زيادة عن الالتزام الذي كان يقتضيه تكليفه ، فيحرم عليه مخالفته من جهتين : من جهة نفس أدلة الملزم به الذي يتبعها الالتزام على وجه الامر بالمعروف ، ومن جهة الزام الملزم المدلول عليه بآيات الحكم الذي يرجع الى القضاء ، فاذا ثبت قضاء المقلد في هذه الصورة ثبت في صورة المخالفة لعدم القول بالفصل .

قلت : نمنع عدم القول بالفصل فيما ذكر ، لان الفصل المنفي انما هو ثبوت أحكام القضاء لالزام المقلد في بعض دون بعض ، فلو ثبت أن الزام المقلد وحكمه يترتب عليه أحكام القضاء في صورة الموافقة ثبت ايضاً ذلك في صورة المخالفة لأنه اذا ثبت الزام المقلد المعرى عن جميع الاحكام في الصورة الاولى ثبت ايضاً في الصورة الثانية . كيف وقد عرفت أن الالتزام في صورة المخالفة لا يساعده دليل الخصم من أدلة الحكم .

فان قلت : اذا ثبت في صورة الموافقة أن الزام المقلد مؤثر زيادة على ما يقتضيه الامر بالمعروف ثبت ايضاً ترتب أحكام القضاء عليه ، لان القائل بعدم الترتب انما يقول ان الزام المقلد لا يرجع الا الى الامر بالمعروف ، لأنه الزام موجب لتكليف زائد ومع ذلك لا تترتب عليه أحكام القضاء .

قلت : نمنع تأثير الزام المقلد في التكليف زيادة على ما يقتضيه الامر بالمعروف وما ذكرنا من تسليم الاطلاق لا يفيد ذلك .

نعم لو ثبت الالتزام في الصورة المخالفة ايضاً لم يكن له معنى سوى اقتضائه

في نفسه تكليف الملزم عليه بما الزم، وأما اذالم يثبت ذلك أو ثبت عدم اندراج هذه الصورة تحت الاطلاقات فالالزام الذي دلت عليه الاطلاقات لا يقصده حينئذ سوى معنى الامر بالمعروف . فغرضنا من تسليم الاطلاق ومنع شموله لصورة المخالفة بيان أن مفاد الاطلاقات شيء وراء القضاء المصطلح الذي يؤثر في تكليف المقضى عليه .

وحاصل الكلام: ان اطلاق الحكم لو شمل صورة المخالفة^(١) لم يكن له معنى سوى الالزام القضائي ، لان الالزام القدر المشترك بين هذه الصورة وغيرها من صور المخالفة لا يعقل سوى ذلك، وأما اذا قلنا بعدم الشمول والحصرفي مجاري الامر بالمعروف لم يزد في المقتضي على ما يقتضيه الامر بالمعروف شيئاً ، فيكون من جملة أدلته - فافهم .

وثالثاً - أي بعد تسليم الاطلاق مطلقاً - بأن الاطلاق مقيد بمادل على اشتراط اذن الامام من الاجماع والاخبار ولم يقد دليل على أن المقلد مأذون في القضاء كالمجتهد .

فان قلت : الكلام في المقام بعد الفراغ عن اذن الامام لانه شرط اجماعاً ، لان القائل بجواز قضاء المقلد يريد نفي شرطية الاجتهاد لانفي شرطية الاذن ، فالاجتهاد عنده مثل الحرية المختلف فيها، فكما أن القول بعدم اعتبار الحرية ليس نفيّاً لاعتبار اذن الامام فكذلك نفي اعتبار الاجتهاد ليس نفيّاً للاذن . والدليل على ذلك أن العلماء ذكروا شرط الاذن مستقلاً مدعيّاً للاجماع فيه وشرط الاجتهاد أيضاً مستقلاً ، فرد اطلاق الادلة بأنها مقيدة بمادل على للاذن ليس في محله . قلنا : ان ثبت عند هذا القائل اذن الامام للمقلد فهو يكفي ، لان اذنه دليل على عدم شرطيته ، لان الامام لا يأذن في غير المشروط ، وان لم يثبت عنده الاذن

فأي فائدة له في هذه الاطلاقات .

فان قلت: فائدته اثبات اذن الامام بذلك فانهما متلازمان، اذ بعد ما ثبت أن الحكم بين الناس حكم من الاحكام الواقعية الالهية نظير سائر التكليف التعبدية باطلاق الاية الرافع لتوهم كونه من خصائص الامام ومنصوبيه ، فيثبت أيضاً اذن الامام لان كلا من الحكم الشرعي والاذن كاشف عن الاخر عندنا معاشر الامامية القائلين بالعصمة والوحي دون الخطأ والاجتهاد .

قلت : ان كان الحكم بين الناس من الاحكام الشرعية كحرمة الخمر وجوب الصلاة واباحة المسكر ونحو ذلك فلا معنى لاشتراطه باذن الامام ، لان الاحكام تعم الناس الامام والمأموم على حد سواء ، فلا معنى لقوله باشتراط الاذن ، ولا معنى لاجماع العلماء على ذلك . واشتراط وجوب صلاة الميت باذن الولي يرجع الى كونه شرطاً للواجب دون الوجوب - فتأمل .

وان كان أمراً من الامور المقررة لاهل المنصب والرئاسة فما ذكرنا من التقييد ودوار عليه ، فان الاطلاق مع ثبوت شرطية اذن الامام بالادلة اللفظية بل الاجماع لا يجدي في مطلوب الخصم ، فانا نقول حينئذ : ان الحكم بين الناس بمعنى القضاء في نفسه قابل للثبوت في حق المجتهد والمقلد ، لكنه يحتاج الى اذن الرئيس الواقعي ونصبه ، والقدر الثابت منه في حال الغيبة انما هو الاذن للمجتهد لا المقلد .

ودعوى عموم الاذن لهما باطلاق أدلة النصب . يعرف ضعفها انشاء الله تعالى .

(الدليل الثاني) مشهورة ابي خديجة عن الصادق عليه السلام : اياكم أن

يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور، ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه قاضياً بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه^(١) .

وجه الاستدلال : ان المراد بالعلم ما يشمل الظن الذي دل الدليل على حجتيه بعلاقة المشابهة ، وهي وجوب العمل ، للاجماع على عدم اختصاص القضاة بالعالم المستيقن ونفوذ قضاء المجتهد .

لا يقال : يبقى العلم على ظاهره وتحكم عليه الادلة الظنية بعد قيام القاطع على اعتبارها ، فلا حاجة الى صرف اللفظ عن ظاهره بارادة عموم المجاز .

لانا نقول: العلم أخذ موضوعاً للقضاء لا طريقاً اليه، وتحكيم الدليل الدال على الظن على ما يعتبر فيه العلم انما يتصور في العلم الطريقي لا في العلم الموضوعي، فان التحكيم حينئذ لا بد فيه من التماس دليل آخر سوى أدلة الظنون كما تقرر في محله . مع أن ذلك لا يضر المستدل ، لان أدلة التقليد حينئذ حاكمة على الرواية كما لا يخفى . فاذا ثبت أن المراد بالعلم ما يشمل الظن الواجب العمل دخل فيه ظن المقلد أيضاً .

فان قلت : المقلد ليس بظان بل هو متعبد بقول المجتهد .

قلت : المراد بالظن كل أمانة يجب العمل بها ولو تعبداً كما لا يخفى .

والجواب عنها :

أولاً - ان اطلاق العلم على ما يشمل الظن - وان ذكره بعض في تعريف الفقه - لكنه ليس بمعهود في لغة العرب ، لان المجازات وان كانت نوعية الا أن علاقة المشابهة التي هي من أنواعها لا بد أن تكون في الصفات الظاهرة والجامع القريب لا كل جامع يمكن أن يفرض . ولا ريب أن وجوب العمل ليس من هذا الباب ، خصوصاً على طريقة غير أهل الانسداد ممن يقول باعتبار الظنون الخاصة، فان مرجع ذلك في الحقيقة الى التعبد بالصرف ، نظراً الى كون الظنون الخاصة ظنوناً نوعية غير مشروط بافادتها الظن في مجاريها ، فليس في مقام العمل بها ظن حتى يشبه بالعلم لمشابهة وجوب العمل، الا أن يلاحظ المشابهة حينئذ

بين الاحتمال الصرف أوبين ذات الامارة النوعية وبين العلم .

وثانياً - ان احراز صفة العلم بالحكم الواقعي في الحاكم لابد أن يكون منوطاً بنظر المحكوم عليه ، كاحراز صفة الرجولية ، لان احراز قيود الموضوع يستحيل أن يكون منوطاً بنظر غير المخاطب الابدليل آخر . فاذا أحرز الشخص عند نفسه شخصاً جامعاً بين الصفتين - أعني الرجولية والعلم بالحكم الواقعي - فعليه التحاكم اليه . ومن الواضح أن الجاهل بالحكم لا يعقل في حقه احراز العلم به في شخص أو الظن به ، لان ما في وسعه احراز شخص ظن بأن حكم الخمر الحرمة مثلاً ، وهو غير احراز ظنه بحكم الخمر ، والعلم بأن زيداً ظن بكون حكم الخمر هو الحرمة والعلم بأنه ظن حكم الخمر الواقعي ، بينهما فرق واضح بين . ولعل المحقق القمي تظن الى هذه الدقة حيث طابق الاستدلال بالرواية في محكي جواب سؤال على صورة علم المترافعين أو ظنهما بالحكم تقليداً . فترافعا الى من يوافقهما في التقليد ، فان الحاكم حينئذ واجد لصفة الظن بالحكم في نظرهما جداً .

لكن نقول في الجواب حينئذ مامر في صورة الموافقة من القول بالموجب وعدم بهوضه بالمقصود ، لان الحكم والالزام بما يقتضيه تكليف المحكوم عليه لا يكون يقتضي أزيد مما هو قضية الامر بالمعرف - الى آخر ما ذكرنا ثمت . فان قلت : على ما ذكرت يسقط الاستدلال بالرواية على نفوذ القضاء مطلقاً حتى في حق المجتهد ، مع أنها من أعظم ما استدلوا به على نفوذ حكم المجتهد في زمن الغيبة .

قلت : الاستدلال بها انما هو لاجل اثبات شرعية القضاء في الجملة ، وان ماورد من نواهي الحكومة كقوله عليه السلام^(١) « اتقوا الحكومة فانما هي للامام

القائم العالم » الحديث ، مختص بالمخالفين .

وأما الاستدلال بها على اشتراط الاجتهاد أو أن الحاكم هو المجتهد ، فلم نجد من معتمد ، لان العمدة في هذا الباب هو مقبولة ابن حنظلة^(١) مع أن بين المجتهد والمقلد فرقاً واضحاً ، لان المجتهد باعتبار اتصافه بالعلم ببعض الاحكام وقوة النظر والاجتهاد في الباقي يصدق عليه عرفاً العالم دون المقلد . فلو بقي الحديث على ظاهره العرفي من دون ارتكاب ذلك التجوز الركيك ثم الاستدلال به على نفوذ قضاء المجتهد ايضاً - وان كان لابد من الاستدلال بالمشهور وما يقاربها من الروايات - فليستدل بأحسن الطرق ، وهو حمل القضايا على الاحكام الفعلية الاعم من الاحكام الواقعية والظاهرية ، فان العلم بالاحكام الفعلية يعم المجتهد والمقلد على حد سواء كما لا يخفى .

لكن نجيب حينئذ : ان هذا الحمل خلاف ظاهر الحديث ، اذ لو كان المراد ما ذكر ينبغي أن يقال شيئاً من قضاياهم لاشيئاً من قضاياها ، فاضافة القضايا اليهم عليهم السلام ظاهرة أو صريحة في الاحكام الواقعية المختصة - فافهم .

وثالثاً - بعد الاغماض عن جميع ذلك انها مخصصة بمقبولة عمر بن حنظلة الواردة في مقام تحديد القاضي الحاكم وتشخيصه ، فانها ظاهرة في المجتهد . قال الراوي بعد حكم الامام عليه السلام بعدم التحاكم الى المخالفين وأن التوصل كل الى الحق الثابت بحكمهم توصل الى السحت : فكيف يصنعان - يعني الرجلين المتخاصمين المذكورين في صدر الرواية ؟ قال عليه السلام : أنظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فارضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً - الحديث^(٢) .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ج ٤ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ج ٤ .

دلت كل واحدة من الفقرات الثلاث بملاحظة ورودها في مقام التحديد المطرد والمنعكس - كما هو الشأن في قيود الحدود - على اختصاص الحكم بالمجتهد ، لظهوره فيه . لان رواية الحديث سواء حملت على الرواية المصطلحة في ذلك الزمان أو على المعنى اللغوي - أعني تحمل قول المعصوم عليه السلام بمعنى فهم معناه الذي هو حكم الله الواقعي - بعيد الانطباق على المقلد ، لانه ليس من أهل الرواية بأحد المعنيين كما لا يخفى .

ودعوى أن المجتهد أيضاً ليس من أهلها فيختص مضمون الرواية في زمن الائمة عليهم السلام بالرواية . مدفوعة بأن المجتهد أخص من الراوي ، فكل مجتهد راو لا محالة .

وأما اختصاص النظر في الحلال والحرام بالمجتهد ، فهو أوضح ، اذ ليس المقلد من أهل النظر كما لا يخفى .

ودعوى أن المراد بالنظر في الاحكام عدم التجافي عنها - كما هو شأن المخالفين المتجافين عن أئمتنا وأحكامهم - فيعم المقلد الشيعي أيضاً . مكابرة واضحة ، لظهوره في الرواية والتفكر المختصين بالمجتهد .

وأما معرفة الاحكام فهو أيضاً واضح ، خصوصاً على الاخذ بظاهر الجمع وان كان ركيكاً في الغاية بل مقطوع بعدم لظهوره في الاستغراق العرفي الحاصل بالعلم بجملته من الاحكام . والحاصل ان ظهورها في المجتهد ومنكره مكابر .

ودعوى عدم دلالتها على الحصر لعدم حجية مفهوم الوصف ، قد ظهر ضعفها مما أشرنا من ورودها في مقام التحديد الأبي الاعن الحصر . والعجب كيف يتجرأ في مخالفة رؤساء الفقه المصرحين بالاتفاق على المنع ، مع عدم مصرح منهم بالجواز بمثل هذه الروايات التي خرجت ووصلت من أيديهم الينامع عدم ظهورها في المدعى .

ثم ان أول من استدل بها على الجواز المحقق القمي في جواب سؤاله على الوجه الذي قررناه في تقريب الاستدلال ، وقد ذكر في طي الاستدلال كلمات لا تخلو عن النظر ، خصوصاً ما ذكره في رد الاجماعات تارة بحملها على قضاوة المقلد على وجه الاطلاق الراجع الى رئاسة عامة، وأخرى بأنها اجماعات منقولة لتكافؤ ظاهر الروايات ، وهو أعلم بما قال . والله العالم .

(الدليل الثالث) الادلة الدالة على اعتبار البيئة وعمومها للمجتهد والمقلد، وهي بوعان : أحدهما ما يدل على كونها ميزاناً من موازين القضاء وفصل الخصومة ويشاركها في الحكم اليمين وسائر الموازين . والثاني ما يدل على وجوب العمل بها .

«أما الاول» - فكقوله صلى الله عليه وآله وسلم «انما أفتي بينكم بالبينات والايمان»^(١) ، وقوله عليه السلام «استخراج الحقوق بأربعة» الحديث .
فيرد على الاستدلال بها : أنها وردت في بيان ميزان القضاء واستخراج الحقوق، وأما تعيين القاضي والمستخرج فموكول الى دليل خارج، فمصبتها مصب الاهمال لامصّب الاطلاق حتى ينتفع عند الشك في صفات القاضي، ولذا لم يستدل أحد بها على نفي ما شك من صفات القاضي .

وغاية ما يتوهم في وجه الاستدلال بها أنها دلت على أن الحكم على طبق البيئة في الموضوعات المشتبهة حكم الله الواقعي، فيندرج تحت «ما أنزل الله» الذي دل ماتقدم من أدلة الحكم على وجوب الحكم به عموماً، فكما أن المجتهد له أن يحكم بين المتخاصمين بمقتضى البيئة أو اليمين فكذلك المقلد ، لكون الحكم حكماً بما أنزل الله تعالى .

وفيه : ان المعلوم من أدلتها كون الحكم على طبق البيئة في الجملة من

الاحكام الواقعية ، فلعل ذلك مخصوص بالمجتهد ، بمعنى كون حكم غيره بمقتضى البينة حكماً بغير ما أنزل الله تعالى .

وبعبارة أخرى : علم من الادلة أن فصل الخصومة بمقتضى البينة حكم من الاحكام الالهية دون الجاهلية ، لكن على وجه الاهمال القابل للاختصاص بحكم بعض دون بعض ، على أن يكون حكم غير المجتهد بمقتضاها غير ما جاء به النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فلا بد من ذكر دليل عام يفيد أن فصل الخصومة بها مطلقاً من أحكام الله ، وهو مفقود ومع وجوده يستغنى عن التمسك بأدلة الحكم .

وأيضاً الحكم بمقتضى البينة حكم أنزله الله وليس حكماً بما أنزل الله ، وتلك الادلة انما تدل على وجوب الحكم بما أنزل الله لا على الحكم الذي أنزله الله ، وبينهما بون بعيد - فافهم .

«وأما الثاني» فقد ظهر جوابه مما مر من أن الادلة الدالة على وجوب العمل بالبينة كأدلة سائر الظنون والطرق الشرعية لاتنهض في الحجية على من يعتقد بكذبها ، فلا بد في اجراء أدلتها فرض صورة علم المحكوم عليه بصدقها وصدق المدعي ، وحينئذ فيلزم بالموجب ونقول : انه يجب عليه العمل بمقتضاها ويجب على سائر الناس أيضاً الزامه عليه مع التمرد ، فيرجع الى الالزام بما يقتضيه تكليف المحكوم عليه الذي قد عرفت أنه حينئذ لا يزيد عن الامر بالمعروف في شيء . والله العالم .

تنبيه

(مشمئ على أمور)

(الاول) ان ماتلونا من المقبولة من الفقرات الثلاث ظاهرة أو صريحة ولو

بملاحظة ما بعدها في أن العبرة في القضاء والحكومة بالحكم الواقعي هو علم القاضي وطريقه اليه ، وان كان مقتضى القاعدة - على ما أشرنا اليه - في المشهورة اناطة معرفة موضوع الحكم في الكلام بنظر المخاطب ، لان الحوالة على أهل النظر وأهل المعرفة مع كون النظر والمعرفة من الأمور المختلف فيها باختلاف الناظرين ، بنفسه يشعر بأن المناط في تشخيص الحكم الذي لابد أن يتراضى المتخاصمان به هو نظر الناظر .

واذا لاحظنا مع ذلك أن نزاع المترافعين ولو بسبب الاختلاف في الحكم لا يعقل الشارع ابقاؤه البتة على حاله والالكان تعريضاً للنظام على الفساد ، بل لابد من دفعه وفصله بوجود فاصل بلغ الاشعار حد الدلالة على أن ما ي فصل به لابد أن لا يكون هو الحكم الواقعي من دون تقييده بطريق الفاصل والالزم المحذور الذي أشرنا اليه سابقاً ، وهو استحالة نفوذ الفصل والقضاء مع الاختلاف في الطريق ، لان المحكوم عليه له أن يرد القاضي الحاكم بأنك أمرت بالقضاء على حسب الواقع النفس الامرى وهذا الذي تلزمني عليه حكم الجاهلية دون الواقع ، بل هو الحكم الواقعي الذي يراه الفاصل ، واذا ضممننا الى ذلك قوله عليه السلام « فارضوا به حكماً » وقوله عليه السلام « فاني قد جعلته قاضياً » تأكدت الدلالة ، لان الحكم والقاضي اذا تعقلنا معناه المطابقي تعقلنا متبوعيتها في النظر وعدم جواز معارضة المحكوم عليه بنظره أو تقليده ، واذا أضفنا الى ذلك تفريع الامام عليه السلام على قضاوته قوله « فاذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه » تأكدت الدلالة كما لا يخفى .

واذا لاحظنا مع ذلك كله قول الراوي فان كان كل واحد اختار رجلاً من اصحابنا فرضينا أن يكونا ناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما الى آخر المرجحات

صارت الرواية نصاً في المطلوب ، وهو القضاء المصطلح - أعني الالتزام في غير ما يقتضيه تكليف المحكوم عليه - بأن يكون ما يفصل به هو الواقع المقيد بالطريق القاضي اليه ، اذ لو كان المفصول به هو الحكم الواقعي الغير المقيد الغير المتصور في صورة اختلاف القاضي والمقضي عليه في الطريق لم يكن العدول من مرجحات الواقع الى ذكر مرجحات الحكمين وجه ، بل لا بد حينئذ من ذكر مرجحات الواقع بقول مطلق ، ولازمه عدم نفوذ أحد الحكمين المعينين اذا كان مرجوحاً بالنسبة الى الحكم الذي التزم به المحكوم عليه .

اللهم الآن تنزل الرواية على صورة جهل المتخاصمين بالحكم وعدم ثبوت طريق لهما الى الواقع . ويدفعه اطلاق الرواية كما لا يخفى .

ولو حملنا المشهورة على ما استظهرناه من الاختصاص بالمجتهد بارادة أهل العلم من قوله « يعلم شيئاً » كانت في الدلالة على القضاء المصطلح - أعني اعتبار نظر القاضي ورأيه دون المحكوم عليه مثل المقبولة - كما لا يخفى على المتدرب . وان اقتصت المقبولة ببعض الدلالة مثل ذكر المرجحات للحكمين ونحوها . والله العالم .

(الثاني) ان الادلة الدالة على القضاء المصطلح اذا قيست الى الظن الذي التزم به المحكوم عليه من تقليد أو اجتهاد وتكون مخصصة للدليل الدال على اعتباره ، فيجب على المقلد مثلاً الالتزام بفتوى مجتده ، الا اذا عارضه حكم حاكم في مقام الخصومة فيجب عليه ترك الالتزام به في تلك الواقعة والالتزام بحكمه ، وهو واضح .

(الثالث) انه لا حاجة الى قيام دليل آخر من الخارج على حرمة نقض الحكم

لانه اذا وجب الالتزام بفصل الفاصل وقضاء القاضى بحكم المقبولة والمشهورة ونحوهما من أخبار القضاء وأدلته لم يكن له معنى سوى الالتزام به أبداً والمضي عليه كذلك ، فلاحاجة الى قيام دليل آخر على حرمة نقض الحكم من المحكوم عليه أو من غيره ، لان انقضاء الامر الذي يتفرع على القضاء يلزمه عقلاً بطلان كل ما هو من لوازم البقاء .

وهذا نظير ما أفدنا في رد من زعم أن الامر بالوفاء بالعقود لا يفيد سوى حكم تكليفي ، وأما الحكم الوضعي - وهو لزوم العقد - فيستفاد من نحو « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »^(١) حيث قلنا ان وجوب الوفاء بالعقد بنفسه يتضمن لزوم أثره ، وانه اذا وجب الوفاء بمقتضى العقد في جميع الحالات حتى بعد قول البائع والمشتري « فسخت » ، كان ذلك عين اللزوم ، لان هذا الامر الوضعي لا يزيد في الاثر سوى وجوب الوفاء به في الحالات كلها كما لا يخفى .

(الرابع) دلالة المقبولة على القضاء في الشبهات الحكمية واضحة ، وأما دلالتها عليه في الشبهات الموضوعية فلا تخلو من اشكال ، لان موردها الشبهة في الحكم ، لان العبرة بعموم لفظ الامام عليه السلام لا بخصوص المورد ، بل لان الحكم بمقتضى البيئة ليس الحكم بحكمهم بل حكمهم ، وظاهر التفريع تخصيص المفرع عليه كما لا يخفى . فعموم قوله « أنظروا » الى قوله « فارضوا » به حكماً لا يجدي مع تفريع « فاذا حكم بحكمنا » عليه غيره ، فالمستند للقضاء في الشبهات الموضوعية غير المقبولة من الروايات . ويمكن أن يكون باء « بحكمنا » باء التقوية ، أي حكم حكمنا ، فيعم الشبهات الموضوعية أيضاً .

[نصب المجتهد المقلد للقضاء وتوكيله]

هذا تمام الكلام في المسألة الاولى، وأما المسألتان الاخيرتان - أعني نصب المجتهد المقلد للقضاء والنظر في المرافعات وتوكيله في اجراء صيغة الحكم - فالحق فيهما أيضاً عدم الجواز ، للاصل السالم عن معارضة الدليل .

أما الاولى - أعني النصب - فلان اثبات جوازه يتوقف على أمرين أحدهما بمنزلة الصغرى والاخرى بمنزلة الكبرى : أحدهما أن يكون النصب جائزاً في حق الامام عليه السلام ، والثاني أن يجوز للمجتهد كلما يجوز للامام عليه السلام . وكلاهما ممنوعان :

(أما الاول) فلان جواز نصبه «ع» موقوف على شرعية قضاء المقلد، بمعنى عدم كون الاجتهاد من شرائط القضاة عند الله تعالى، اذ لولا ذلك لم يجز للامام عليه السلام نصبه للقضاء ، لانه لا يأذن في غير المشروع ، ولذا يستدل بأذنه «ع» في شيء على شرعيته وكونه من الاحكام الالهية استدلال « ان » لا استدلال « لم » ، فلولاً اختصاص الاذن بالمشروع انسداد الاستدلال .

ومن هنا يعلم أن القول بأن الامام علي عليه السلام له ان يطلق نساء المؤمنين مع القول بأن الطلاق بيد من أخذ بالساق وانه مشروط عند الله تعالى برضاء الزوج ، غلط فاحش وان كان النبي وخلفاؤه صلوات الله عليهم أجمعين أولى بالمؤمنين من أنفسهم في جميع الامور بنص الاية الشريفة « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة »^(١) الاية .

وبالجملة اذا كان الاجتهاد - كالجولية مثلاً - معتبراً في القاضي كان نصب المقلد للقضاء كنصب المرأة أمراً غير مشروع ، فجواز نصب الامام له موقوف

على عدم كون الاجتهاد من الشرائط الالهية، ولذا ذكر الفقهاء شرائط القضاة فرداً فرداً مضافاً الى شرائط الاذن يريدون بيان الحكم الشرعي وأن القضاء المشروع في الشرع الذي هو للامام أولاً ثم لمأذونه لمن هو متصف بالشرائط المزبورة .
فاذا توقف جواز نصبه «ع» على عدم اشتراط الاجتهاد كان لنا منع الجواز لوجهين :

أحدهما - الاصل الذي أشرنا اليه ، فان مقتضى الاصل فيما هو من قبيل المعاملات بالمعنى الاعم الاشتراط عند عدم الاطلاق، لاصالة عدم ترتب الاثر على فاقد الشرط. ودعوى اطلاق آيات الحكم والقضاء، قد عرفت مافيه ولا نعيد .
والثاني - الاجماع المستفيض، حيث صرح غير واحد بالاتفاق على اعتبار الاجتهاد في القاضي ، كما لا يخفى على أهل التتبع والخبرة .

(وأما الثاني) أعني ثبوت الولاية العامة للمجتهد بحيث يجوز له كل ما يجوز للامام ، فمبني على النظر في أدلة ولاية الحاكم . وقد أورد الاستاد شيد الله أركان إفادته في باب المتاجر على عموم تلك الأدلة بما لا محيص عنه ولا ذاب ، ومن أراد كمال الاطلاع فليرجع اليه .

ونقول هنا اجمالاً : ان هذه الأدلة كقوله صلى الله عليه وآله « علماء أمتي كأنبياء بني اسرائيل »^(١) وقول الحجة صلوات الله عليه في التوقيع « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة أحاديثنا فانهم حجتى عليكم وأنا حجة الله »^(٢) وقوله عليه السلام « مجاري الامور بيد الحكام » ونحوها مما يدعى دلالة على عموم ولاية الفقيه العالم الجامع للشرائط لكل شئ كان للنبي والوصي عليهما السلام وانه نائب منابهم في جميع الامور الا ما خرج ، لا يجدي عند الشك ،

(١) بحار الانوار ٢٢/٢ بلفظ « علماء أمتي أفضل من أنبياء بني اسرائيل » .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١١ من ابواب صفات القاضي ح ٩ .

لوجوه على سبيل منع الخلو :

(الاول) ان الظاهر المستفاد من النظر في مجموع تلك الادلة هو قيام الرواة والعلماء والفقهاء والحكام مقام النبي والوصي صلوات الله عليهما في الامور الثابتة لهم «ع» من حيث النبوة والرسالة لامطلق الامور الثابتة لهم ولومن حيثية أخرى راجعة الى خصائصهم .

توضيح ذلك : ان تعليق الحكم بالوصف يشعر - خصوصاً في مثل المقام المحفوف بقرائن عقلية ونقلية شتى - بالعلية ، فتشبيه العالم بالنبي أو تشبيه الراوي بحجة الله لا يفيد الا التنزيل والتشبيه في خصوص جهة النبوة التي هي وساطة بين الله تعالى وعباده ، أو جهة الامامة التي هي وساطة بين النبي والرعية ، فكل ما هو ثابت للنبي من حيث كونه واسطة بين الله وخلقه - وهي حيثية تبليغ الاحكام - فهو ثابت لمن ناب منابه وقام مقامه .

وأما الامور الثابتة له من حيثية أخرى غير حيثية الرسالة - كخصائص النبي من الامور الشرعية والعادية - فالتشبيه والتنزيل المزبورين لا يعطي المشاركة فيها أيضاً . ولاريب أن مانحن فيه وأشباهه خارج عن حيثية المشار اليها ، بل الداخلة فيها ليس الا جهة بيان الاحكام وتبليغ الحلال والحرام ، حتى أنه لولا أدلة القضاء وحكم العقل بوجوب اقامته لكان اثبات شرعيته بتملك الادلة ، ودونه خرب الفتاد ، فضلاً عن اثبات نصب القاضي غيره .

(والثاني) ان هذه الادلة وردت في تشخيص من تكون بيده مجاري الامور من المصالح العامة التي دل العقل أو النقل على وجوب اجرائها ، كمباشرة القضاء ومحافظة مال الصغار وحفظ بيضة الاسلام ونحوها مما ثبت وجوب اجرائها مادامت الشريعة باقية لافي تشخيص الامور الجارية ، فلو شك في أمر أنه مشروع جار في المسلمين أم لا ، فلا بد في اثباته من التماس دليل آخر .

والتمسك بعموم المنزلة في بعض الروايات لاثبات شرعية اجراء كل ما كان للحجة اجراؤه . يدفعه بعد عدم مجيئه فيما شك في شرعيته للحجة كما فيما نحن فيه ، ما عرفت من قصور التنزيل في الحجية والنبوة عن شمول ما هو خارج عن جهة النبوة والرسالة والحجية، مضافاً الى ما فيه افادة التنزيل والتشبيه للعموم الا في الصفات الظاهرة الجليلة التي هي في النبوة والحجية في تبليغ الاحكام .

فمفاد ما دل على قيام الفقيه مقام الامام في مجاري الامور ، ايكال النظر في الامور العامة اليه ، على معنى وقوعها في الخارج على حسب ما يراه فيتبع نظره فيما يخلق بتجهيز الموتى ومحافظة النفوس والاموال الضائعة ، ولا يجوز لاحد معارضته بل لا ينفذ لو عارضه ، لا أنه يباشر كل ما يباشره الامام .

(والثالث) انها على تقدير تسليم عمومها لابد من تنزيلها على أمور معهودة لكثرة ما يرد عليها من التخصيص التي تشتمل النفس من ارتكابها .

توضيح ذلك : ان كثرة التخصيص بعد ما بلغ حد الاستهجان يتعين معها حمل العام على المعهود ، ولذا حكموا في كلمة الناس في قوله تعالى « الذين قال لهم الناس ان الناس قد جمعوا لكم »^(١) الآية : بأن المراد به في الاول نعيم بن مسعود وفي الثاني أبو سفيان وأصحابه على طريق العهد دون التخصيص ، حذراً من استهجان تخصيص الاكثر . نعم لو لم يبلغ كثرة التخصيص الى حد الاستهجان كان حينئذ سبباً لو هن العام ، بحيث لا تطمئن النفس في العمل بعمومه الا بعد الاطمئنان بعدم كون المورد من الافراد الخارجية ، ولذا قلنا في « لاضرر » وأشباهها كلا حرج وآيات القصاص أنه لا يعمل بعمومها لكثرة ما خرج عن تحتها ، الا بعد مشاهدة عمل جملة من الاساطين بها .

[حكم التوكيل في القضاء]

(وأما المسألة الثانية) أعني مسألة التوكيل فالحق فيها أيضاً عدم الجواز وفقاً للكل أو الجمل ، لان التوكيل مشروط بعدم اشتراط المباشرة في تأثير الحكم والا لم يعقل فيه التوكيل ، واشتراطها هنا امامعلوم أو مشكوك ، والتمسك بأدلة الوكالة غير مجد في المقام .

وتوضيح المرام : ان الافعال التي يترتب عليها أثر وغرض شرعي على ثلاثة أقسام :

منها - ما يكون ذلك الغرض والاثر لازم ذات الفعل من غير مدخلية اضافته الى بعض دون بعض ، نظير الطهارة الخبثية التي هي أثر الغسل المطلق ، من غير اعتبار محل خاص في التأثير حتى لو صدر من الحيوانات لاثر أيضاً أثره . ومنها - ما يكون الاثر المقصود مترتباً على صدور الفعل من الشخص ولا يكون الاثر أثراً لذاته ، وهذا أيضاً على قسمين :

أحدهما : ما كان مطلق الفعل الشامل لنوعي المباشرة والتسبيب كافياً في التأثير على أن يكون المعتبر في حصول ذلك الاثر ذلك الفعل مباشرة أو تسبيهاً ، كالثواب المترتب على بناء المسجد ، فان ذلك غير مشروط بالمباشرة بل يترتب على البناء الحاصل من فعل الاجير أيضاً .

وثانيهما : ما كان حصول الاثر فيه موقوفاً على المباشرة ، بأن يكون ذلك الاثر ثابتاً للفعل المتقوم بمحل خاص على وجه يكون للإضافة الى ذلك المحل مدخلية في التأثير ، كالعبادات التي لا يحصل منها الغرض المقصود الا بالمباشرة . ومن البديهيات أن التوكيل انما يتصور في أحد القسمين الاولين ، وأما القسم الثاني فالتوكيل فيه من المستحيلات . نعم يتصور التوكيل حينئذ في

ذات الفعل مع قطع النظر عن كونه ذا أثر لا للفعل من حيث كونه مؤثراً ،
فالفعل الذي يترتب عليه الاثر لا يتصور فيه التوكيل ، والذي يتصور فيه التوكيل
لا يترتب عليه الاثر .

فلو أحرزنا كون الفعل من أحد القسمين الاولين فلا أشكال في حصوله
أصالة ووكالة من غير فرق بينهما ، الا أن ترتب الاثر في القسم الاول لا يتوقف
على التسبب فضلاً عن التوكيل والاستنابة أو قصد الوكيل النيابة عن الموكل ،
بل يحصل ولو قصد الخلاف والاستقلال .

بخلاف القسم الثاني فانه على أقسام :

منها : مالا يتوقف حصول الاثر فيه على الاستنابة والتوكيل بل يحصل
بمجرد التسبب ولو من غير استنابة وان حصل أيضاً مع التوكيل والاستنابة .
ومن هذا القبيل بناء المسجد لتحصيل الثواب بالاستيجار وتوضي العاجز بفعل
الغير بجعله آلة للوضوء فهو المتوضي حقيقة بجوارح الغير الراجع الى التسبب
الصرف . وفي هذا القسم لا يعتبر في محل الفعل شيء من شرائط التكليف ، حتى
لو فرض التسبب الى فعل الحيوانات لاثر أيضاً .

ومنها : ما يحتاج الى الاستنابة والتوكيل ، امامع عدم اعتبار قصد النائب
النيابة أو مع اعتباره .

ومن قبيل الاول العقود والايقاعات ، فان الاثر المقصود منها يترتب على
فعلها مباشرة وتسيباً بالتوكيل لا بغيره ، من غير اعتبار قصد الوكيل النيابة .
ومن الثاني الاستنابة في الاعمال العبادية بالمعنى الاخص .

والغرض الاشارة الاجمالية الى أقسام القسم الثاني لاعطاء الضابط ، فان
تميز الاقسام مطلوب من ملاحظة أدلة كل باب .

وان شك في كون الفعل من أحدهما أو من القسم الاخير كان ذلك شكاً في

صدق الوكالة لافي صحتها ، فان دل دليل عام أو خاص على كون الفعل من أحد الاولين لم يحتج في اثبات الوكالة حينئذ الى دليل آخر ، كما أنه اذا دل دليل كذلك على جواز الوكالة في المشكوك كان ذلك دليلاً على كونه منهما .

اذا تحقق ذلك فنقول : ان ماورد في باب الوكالة من الأدلة لايتكفل شيء منها لبيان هذا المهم ، أعني قبول كل فعل من الأفعال الشرعية للنيابة الاماخرج بالدليل ، لان ماورد فيها كلها مسوق لبيان أحكام الوكالة وشرائطها مثل ماوردفي استمرارها الى بلوغ العزل .

ولاريب أن الدليل المسوق لبيان أحكام الشيء كلا أو بعضاً لايدل على تعيين مجاري ذلك الشيء ومصاديقه ، كما أن الدليل على جواز الوكالة عموماً أو خصوصاً لايدل على حكمها وشرائطها ، فهنا مقامان : أحدهما اثبات قبول المشكوك للوكالة ، والثاني بيان حكم الوكالة من حيث كفاية الفعل وعدم اعتبار اللفظ ونحوها من الأحكام . والدليل المتكفل لبيان المقام الاول لايجدي في المقام الثاني ، كما أن الدليل الوارد في المقام الثاني غير مجد في المقام الاول .

ومن هنا يظهر سقوط الاستدلال بعمومات العقد ، كقوله تعالى « أفوا بالعقود » عند الشك في القابلية ، لان الشك فيها شك في صدق الاسم ، كما اذا شك في أن الشيء الفلاني من المملوكات القابلة للنقل أم لا ، أو أنه من الحقوق القابلة للصلح والتجاوز أم من الأحكام ، فمن تمسك ببعض ماوردفي باب الصلح على جوازه في كل شيء مشكوك في قابليته باعتبار الشك في كونه من الأحكام أم من الحقوق أو بعموم « أفوا بالعقود » لاثبات صحة الصلح حينئذ أولصحة الوكالة فيما شك في قبوله النيابة ، فقد سهى سهواً بيناً .

ولاجل ذلك ترى الاصحاب يصرحون في باب الوكالة بجميع ما يقبل الوكالة وما لا يقبل من أول الطهارة الى آخر الديات ويدكرونها فرداً فرداً بعد الاشارة الى شرعية أصل الوكالة .

فظهر أن الشك في قابلية الشيء للوكالة لارافع له الا بملاحظة أدلة ذلك الشيء ، فان دلت على اعتبار المباشرة فيه فهو ، وكذا لودلت على عدم اعتبارها وان كانت مجملة ، فالمرجع في كل باب الى الاصل المقرر في ذلك الباب . والله العالم .

تتمة

[قضاء المقلد في حال الاضطرار]

ما ذكرناه من عدم جواز قضاء المقلد كان مختصاً بحال الاختيار ، وأما حال الاضطرار - يعني عدم وجود مجتهد في البلد وتعسر الترافع اليه أو تعذره - فيظهر الحال فيه بعد ذكر مقدمة أشرنا اليها اجمالاً ، وهي :

ان وجوب القضاء وفصل الخصومات ورفع المنازعات من المستقلات العقلية التي يستقل بها العقل بعد حكمه بوجوب بقاء النظام ، ولذا احتملنا قوياً في الآية الشريفة « يادود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق »^(١) أن يكون المتفرع على الخلافة القيد ، أعني كون الحكم على نحو الحق ، بأن تكون شرعية أصل الحكم له معلومة بالعقل المستقل ويكون الغرض من التفريع أكدية الحكم بالحق في حق الخلفاء . لكن ذلك الحكم من العقل على وجه الایجاب الجزئي ، بمعنى حكمه بوجوب وجود القاضي والفاصل في الجملة ، وأما حكمه بوجوب القضاة على الجميع أو على البعض المعين فلا .

ولا يرد عليه : أن الاجمال في حكم العقل غير معقول ، لان الاجمال ليس في موضوع حكم العقل ولا في محموله بل في مصاديق الموضوع . نظير استقلاله بقبح تناول المضر ، فانه لا ينافي شكه في قبح تناول شيء باعتبار الشك في اندراجة تحت مفهوم المضر .

فالذي يقضي به العقل أن يكون شخص قاضياً بين الناس مع عدم ترتب المفسدة على قضاوته ، ولما لم يتشخص عنده هذا الشخص ولا يدرك مصاديقه فتعيينه موكول الى الشارع العالم بخفيات الامور ، فتعيين الشرع شخصاً للقضاء تشخيص لموضوع حكم العقل ، كما أن حكم الشرع بأصل القضاء تأكيد لحكم العقل ، فان تعين من قبل الشارع القاضي فهو المتبع ، والا فان كان في المكلفين شخص متفق عليه وقدر متيقن وجب الاقتصار عليه ، لان الضرورة تنقدر بقدرها ، والاوجب على المكلفين جميعاً وجوباً عقلياً كفاً ، لاستحالة التعيين المستلزم للترجيح بلا مرجح .

وهذا أصل عقلي مطرد في جميع الامور الحسبية القاضي باقامتها العقل المستقل ، كاغاثة الملهوف ومحافظة النفوس والاموال الضائعة ونحوها من الامور الحسبية ، فان الضابط فيها ما ذكرنا من اتباع التعيين الشرعي للمقيم بها ، ومع عدم التعيين الشرعي فالأقتصار على الشخص المتفق عليه والقدر المتيقن ، ومع التساوي فالوجوب الكفائي .

اذا تحقق ذلك فاعلم : أن حكم النزاع في الموضوعات غير حكمه في الحكم الشرعي ، فهنا مسألتان :

(الاولى) الشبهات الموضوعية

فالذي يقتضيه النظر أن في حال الاضطراب - بمعنى تعذر الرجوع والرفع الى المجتهد أو تعسره تعسر الأبرضى الشارع بمثله - لا يشترط في القاضي الاجتهاد ،

فيجوز للمقلد حينئذ بل يجب وجوباً عقلياً ناشئاً من استقلال العقل بمقدماته ولو بملاحظة حال الشارع :

« أحدها » وجوب حسم مادة النزاع والدعوى وعدم جواز الحكم ببقاء الدعاوي غير مفصولة في المنازعات التي هي مجاري البينات والايمان . وهو واضح والالزام اختلال النظام وتضييع الحقوق والاموال المعلوم من الشرع وجوب حفظها كالنفوس حسبة ، بل ربما يؤدي الى ضياع النفوس المحترمة جداً .

« وثانيها » - عدم جواز الرجوع الى سلطان البلد وتبعته ، لكون الترافع الى الجائرين رجوعاً الى الجبوت والطاغوت المحرم بنص الكتاب العزيز والسنة والاجماع المحقق .

فان قلت : حرمة المراجعة اليهم حال الاضطرار غير مسلمة ، لان الضرورات تبيح المحظورات ، وأي ضرورة أعظم من محافظة النظام والحقوق والنفوس ، فلا يزاحمه شيء من المحرمات .

قلت : المقدمة المحرمة يجوز ارتكابها لبعض الواجبات المهمة اذا انحصرت المقدمات فيها ، وأما مع عدم الانحصار - كما فيما نحن فيه لامكان وجوب الحفاظ المشار اليه بالمرافعة الى غير الجبوت والطاغوت - فهي باقية على حرمتها . فان قلت : ليس في المقام مقدمة مسلمة غيره الا بعد معلومية شرعية قضاء غير المجتهد ، وهو أول الكلام .

قلنا : كونه أول الكلام لا يلحقه بالرجوع الى الجبوت والطاغوت في التحريم لان غاية ما ثبت من الادلة عدم شرعية قضاء المقلد في حال الاختيار من جهة عدم الدليل لامن جهة حرمة ذاتاً كالرجوع الى الجبوت . ولو سلم حرمة الذاتية فالقدر المسلم منه حال الاختيار لامطلقاً ، وأما الرجوع الى الطاغوت فحرمة

تعم الاحوال كلها جداً .

« وثالثها » - عدم وجوب الرجوع الى المجتهد الذي فرض كون الرجوع اليه لبعده عن بلد المخاصمة متعذراً أو متعسراً لا يرضى الشارع بمثله ، وهو أيضاً واضح . ضرورة أن مايقع في البلد في كل يوم أو شهر من الدعاوي لو قيل بأنه يجب فيها الرجوع الى المجتهد النائي وأنه لا بد للمخاصمين من شتد الرحال اليه في قليل من الدعوى أو كثيره ، كان أمراً مضحكاً لا ينبغي نسبته الى عاقل فضلا عن حكيم . وبعد ملاحظة هذه المقدمات فالعقل يستقل بأنه يجب أن يكون في ذلك البلد رافعاً للمخاصمات في الشبهات الموضوعية على وجه تأتي اليه الاشارة .

(المسألة الثانية) ماذا كان المتنازع فيه من المسائل الخلافية .

مثل منجزات المريض وثبوت الشفعة اذا كان الشركاء أزيد من ثلاثة وتحريم عشر رضعات وأمثالها .

والتحقيق عدم استقلال العقل فيها بوجوب رفع المخاصمات من مقلدي البلد ، لانه لا يلزم من عدم فصله مخالفة قطعية أو احتمالية للواقع أزيد مما يلزم من الفصل . وليس فيه أيضاً اختلال النظام . بل يجب عليهم الرفع الى المجتهد النائي . وليس فيه مشقة أصلاً ، مثل ماكان في الشبهات الموضوعية ، اذ لا يحتاج الفصل فيها الى اقامة بينة وجرحها وتعديلها ، لان الحكم في المسائل الخلافية انما يحصل بمجرد الفتوى ، فيجب على المدعي ترك الدعوى الى أن يستفتي حال المسألة عن المجتهد النائي . وهذا أمر سهل ، لان غاية ما في ذلك استدعاء الاستفتاء زماناً قليلاً أو كثيراً ، وترك الدعوى في المسائل الخلافية برهنة من الزمان ليس فيه من المحذور شيء .

ومما ذكرنا ظهر الحال في صورة التداعي أيضاً ، فان تكليف المتداعيين

ترك الخصومة الى أن يظهر الحال ، وعلى المؤمنين كفاية يجب منعهما عن الدعوى ، كمنع المدعي في صورة عدم التداعي .

كما ظهر أيضاً أنه لا يرد علينا لزوم تعطيل المال في بعض المسائل الخلافية ، لانه انما يقبح لو كان مستداماً ، وأما مع تمكن الاستفتاء من المجتهد ولو في عرض سنة أو سنتين فلا ضير فيه .

وأما القول بأن متاركة الدعوى أو ترك المدعي للدعوى وعدم فصلها يستلزم العلم بالمخالفة القطعية ، نظراً الى حصول العلم عادة بأن الدعاوي اذا كثرت - ولو في المسائل الخلافية - حصل العلم بحقيقتها بعضها ، فيلزم من منع الكل مخالفة علمية .

ففيه بعد ما مر من أن الترك ليس مستداماً بل في برهة من الزمان : المنع الواضح لان فصل الدعاوي اذا كان الحق في طرف المدعى عليه عند المجتهد الذي يقضي بينهما يتضمن هذا المحذور أيضاً ، فان كان في منع المدعي عن الدعوى في الدعاوي الكثيرة قبحاً - لاستلزامه المخالفة العلمية - كان قضاء مثل هذا الحاكم أيضاً كذلك .

وبالجملة فرق واضح بين الشبهات الموضوعية والحكمية ، فانه لاعلاج عقلا في الاول الا بمباشرة شخص من أهل البلد للخصومات ، لان بكليف المترافعين على شد الرحال الى المجتهد عسر منفي وأمرهما بترك الدعوى تضييع للحقوق وابقاءهما متعاركين ومتنازعين يستلزم الفساد والفتنة المستلزمين لاختلال النظام ، والرجوع الى حكام الجور ركون الى الجبت والطاغوت .

فيتعين أن يكون من المؤمنين من يقوم بموازين القضاء ، فان غرض الشارع متعلق باقامتها جداً ، وتعيين المقيم كالنبي والوصي ومأذونهما غرض في غرض ، وحيث يتعذر أحد الغرضين لا يجسوز اهمال الغرض الآخر . بخلاف الشبهة

الحكومية، فانه لو أمر المتخاصمين بترك النزاع الى أن يظهر الحال من المجتهد فلا يلزم شيء من المحذورات . وليس لك أن تقول كذلك في الاول ، لان الاستفتاء لا ينفع .

هذا كله اذا أمكن الرفع الى المجتهد، وان تعذرا ما لعدم وجوده في العالم - العياد بالله - أومع وجوده وعدم امكان الرجوع اليه فالحكم في الشبهات الحكمية كما ذكرنا، فيتوقع زمان الاختيار بوجود مجتهد رافع وفاضل للدعوى . نعم في بعض المسائل الخلافية يلزم حينئذ تعطيل المال الابدي ، وحينئذ لا بد من سلوك طريق سالم عن هذا المحذور ، الا أنه لو قيل بمتاركة الدعوى حينئذ وابقاء المال في حكم مالا مالك له ظاهراً ان كان المورد من التداعي والافي يد المدعى عليه لم يلزم أيضاً محذور ولا يجوزه العقل أزيد مما يلزم من حكم الحاكم وقضاء القاضي بمجرد الفتوى كما أشرنا .

وأما الشبهات الموضوعية فالحكم فيها أيضاً كما ذكر من وجوب وجود رافع للخصومات من مقلدي البلد، لكن بينه وبين امكان الرجوع الى المجتهد مع التعسر في الاستيدان ، فرق يظهر في ضمن بعض التنبيهات .

[ما يختص بأحكام المقاصد المنصوب للقضاء]

وينبغي التنبيه على أمور :

(الاول) ان ماسمعت من سقوط شرط الاجتهاد حال التمسر ليس المراد به استبداد أهل البلد في نصب المقلد للقضاء ، بل يجب عليهم الاستنصاب من المجتهد ، فينصب المجتهد بعض أهل البلد للقضاة ، وذلك للقاعدة المنشار اليها من الاقتصار على القدر المتيقن ، لان احتمال مدخلية نصب المجتهد في تلك الحالة قائم ومعه لا يجوز العقل - أي لا يستقل - باستبدادهم من دون نصب

المجتهد .

فالمراد من كون الاجتهاد شرطاً اختيارياً أنه مع التعذر يجوز قضاؤه المقلد بنصب المجتهد ، بخلاف حال الاختيار فانه لايجوز مطلقاً حتى مع النصب .
(الثاني) انه لو قيل بأستبداد أهل البلد وأنه لامدخلية لنصب الحاكم في حال الاضطراب لايجوز لهم الاستبداد أيضاً. نظير مسائل التقليد، فان القول بجواز تقليد المفضلون مثلاً لاينفع بحال العامي المقلد ، اذ يجب عليه على كل حال الرجوع الى الاعلام .

فالجواز وعدم الجواز في هذه المسائل انما هو حكم المسألة التي يجري على طبقها المجتهد لاالمقلد ، بل المقلد يجب عليه سلوك القدر المتيقن ، لان الاخذ بغيره من المسائل النظرية يحتاج الى اجتهاد صحيح ليس المقلد من أهله، والقدر المتيقن في كل مسألة شيء كالرجوع الى الاعلام في مسألة التقليد والاستنباط من المجتهد فيما نحن فيه ، ثم المجتهد يرى رأيه فيفتي بمقتضى رأيه . فالبحت في أمثال هذه المسائل انما ينفع للمجتهد دون المقلد، وهو واضح ومتضح في محله .

(الثالث) اذا نصب المجتهد مقلداً للقضاء ، ففي جواز قضائه مطلقاً أو في خصوص مالهو رفع الى المجتهد لكان حرجاً . وجهان مبنيان على أن العسر والحرج المنفيين في الشرع هل هما منوطان بالحرج والعسر الغالبين أو الشخصيين .

وقد مضى في باب الغصب في اتقان قاعدة لاضرر بعض الكلام في ذلك ، فعلى الاول يقضي مطلقاً وعلى الثاني لايقضي الا في الموارد العسرية والحرجية. وفي غيرها - كما اذا لم يكن على المدعي والمنكر المسير الى المجتهد مع البينة والجارح والمعدل عسراً أصلاً، أو كان الفاصل لدعواهما هو اليمين خاصة مع

سهولة المسافرة الى المجتهد في غاية السهولة ، يرجع الى المجتهد .

ويمكن أن يقال : انه لو قيل بأن المناط هو الحرج الشخصي لم يلاحظ فيما نحن فيه خصوصيات الموارد أيضاً ، لان تميز موارد الحرج عن غيرها ينجر الى الاحتياط في الموارد المشتبهة وهو بالرجوع الى المجتهد ، فيلزم الحرج والعسر أيضاً . نظير ما قيل في نتيجة دليل الانسداد من بطلان الاحتياط ولو في مجاريه ، لان تميز موارد الاحتياط لعسره ينجر الى الاحتياط في كثير من الشبهات الذي هو عسر ، خصوصاً في حق المقلد العامي الذي لا يتمكن من تميز موارد الجلية فضلاً عن الخفية .

لكنه قياس مع الفارق ، لان المسافرة الى المجتهد ليست من الامور التي لا يعرف سهولتها وصعوبتها كما لا يخفى .

(الرابع) هل يجب على المقلد المنسوب القضاء بحسب ما يقتضيه تقليده في موازين القضاء أو يجب عليه الاخذ بالطريق الارجح والاقوى ، كموافقة المشهور ان كان من أهل معرفة ذلك ، ونحوه من الامور المقررة المترتبة للتقليد عند عدم المجتهد .

وبعبارة أخرى : حال القضاء بعد فرض نصب المجتهد كحال التقليد في الرجوع الى كتب الاصحاب والاخذ بالمشهور ثم الاكثر قائلاً وهكذا ، أو يجب على المنسوب القضاء على حسب التقليد ؟ وجهان أقواهما الثاني ، لان ترجيحات المقلد لا عبرة بها في نظر الشارع ، والاخذ بأقوى الطرفين انما هو تكليف من كلف بالنظر ، وأما من منع عنه وأمر بأمر تعبدى كالتقليد فما يلوح له من الظنون الموافقة لذلك الامر التعبدى أو المخالفة له مثل الحرج الموضوع في جنب الشجر ، فالتقليد والقضاء حيث يجوز يصدران من مصدر واحد .

ونظير هذا التوهم ما توهم في رد الاستدلال على وجوب تقليد الاعلام ،

بأنه الأقرب الى الواقع ، من أن قول المفضل قد يكون هو الأقرب لموافقة الشهرة ونحوها . وفساده يظهر مما أشرنا اليه هنا وبسطناه في محله .

(الخامس) هل يجب على المقلد القضاء بحسب تقليد مجتهده أو بحسب رأي المجتهد الناصب له أو يتخير ، والمقصود بيان تكليف المجتهد وأنه بأي شئ يفتي لا تكليف المقلد ، فانه يجب استظهار الحال من السؤال عن المجتهد الناصب على أي حال كما مر .

والظاهر أن المرجع فيه نظر الناصب أيضاً ، ولو للقاعدة المشار اليها من الاخذ بالقدر المتيقن أو لان الطرق المخالفة لرأيه غير فاصل للقضاء ، كما هو الشأن في جميع الامور المختلفة .

(السادس) يجب على الناصب نصب أعلم أهل البلد تقليداً وأورعهم ، الى آخر ما يرجح به في المجتهدين من المرجحات ، وهو واضح لانه القدر المتيقن .

(السابع) يجب على أهل البلد في الصورة الاخيرة -- يعني حال تعذر الاستنصاب أيضاً -- نصب أعلم أهل البلد للقضاء ، وميزان القاضي حينئذ هو ميزان التقليد عند تعذر المجتهد ، وهو مذكور في محله على نحو من الترتيب . هذا اذا لم يكن المقلد القاضي ملتزماً بتقليد ، والا فيقضي حسبما يقتضيه تقليده .

(الثامن) قضاء المقلد في جميع القروض المزبورة فائده رفع الفتنة والفساد ومحافظة الحقوق خاصة ، وأما سائر ما يترتب على قضاء المجتهد من الاحكام -- كحرمة النقض وعدم جواز تجديد المرافعة -- فلا لان العقل انما يستقل بما ذكرنا ، وأما هذه الاحكام فهي أمور ثابتة من الادلة الشرعية .

وما ذكرنا سابقاً من عدم الاحتياج في اثبات حرمة النقض الى غير أدلة

القضاء فانما هو في الأدلة الشرعية ، فان لفظ «القضاء» يستفاد منه حرمة النقض أيضاً على ما مر إليه الإشارة ، ومن الواضح أن حكم العقل أمر لبي معرى عن جميع المفاهيم التي تستفاد من الأدلة اللفظية .

ثم ان المحقق القمي قد سمعت أنه تعرض لبعض هذه الفروع في جواب سؤاله، وعلى صاحب المجال المراجعة إليه لابد. والله العالم بحقائق الامور.

التقاط

[عدم جواز الترافع الى حكام الجور]

لا يجوز الترافع والتحاكم الى حكام الجور في حال الاختيار، أي مع امكان الرجوع الى حكامنا بالأدلة الاربعة :

(فمن الكتاب) قوله تعالى « ألم تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بالله وبرسوله يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا ان يكفروا به »^(١) .
ورد على ما قيل في حق بعض المنافقين الذي وقع بينه وبين بعض اليهود منازعة حيث رضي اليهودي بحكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وامتنع عن ذلك ورضي بحكم بعض اليهود .

ودلالته على حرمة المرافعة الى الطاغوت المراد به حكام الجور واضحة من احدى الجهتين :

(احدهما) أن يقال : ان التعجب المدلول عليه بقوله « ألم تر » متوجه ومتعلق بالجمع بين زعم الايمان واردة التحاكم الى الطاغوت ، فيدل على أن زعم الايمان لا يجمع تلك الارادة فضلاً عن المزعم به - أعني الايمان - والمراد - أعني التحاكم - فيكون الكلام في أعلى درجة البلاغة والمبالغة في

بيان حرمة الترافع اليهم .

(وثانيتهما) كما هو ظاهر ما يقتضيه قاعدة اللفظ أن يقال : ان محل التعجب ليس هذا الجمع بين الامرين بل هو ارادة التحاكم الى الطاغوت مع كونهم مأمورين بكفرانه ، فيكون حينئذ أيضاً دليلاً صريحاً على حرمة كما لا يخفى .

لكن الاول أبلغ وأكد في المطلوب كما قلنا ، لكن يكون العدول من الايمان الى الزعم حينئذ حيث لم يقل « الى الذين آمنوا » بل قال « يزعمون أنهم آمنوا » لتكنتين : احدهما التنبيه على نفاقهم وأنهم يزعمون أنهم مؤمنون وليسوا منهم واقعاً ، والثانية التنبيه على أن ارادة التحاكم الى الطاغوت ناش من نفاقهم أعني الايمان الزعمي ، بناءً على اشعار التعليق على الوصف بعلميته . (ومن السنة) مقبولة عمر بن حنظلة وفيها : من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فانما يأخذه سحتاً وان كان حقه ثابتاً لانه أخذ بحكم الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ^(١) .

وكلمة « سحتاً » حال مفسرة للموصوف .

وقد استشكل صاحب الكفاية في كونه سحتاً مع كونه حقاً فيما اذا كان المتنازع فيه عيناً . وفيه ان ظاهر لفظ « السحت » الدين ، لانه عبارة عن مال الغير ، فلا ينطبق على ما اذا كان المأخوذ بحكم الطاغوت عيناً اذا كان حقاً ، بأن يكون المأخوذ ماله في الواقع .

ولعله توهم أن السحت مطلق المال الحرام ولو كان مال نفسه اذا حرم لعارض . وهو فاسد . بل السحت لغة معناه مال الغير المحرم . فلا دلالة في الحديث حينئذ على حرمة المأخوذ اذا كان عيناً .

ولا اشكال ، لان الدين لا يتشخص بدفع المدعى عليه كرهاً ناشئاً من حكم الحاكم ، فيكون سحتاً لكونه باقياً في ملك الدافع ، الا أن يتوصل الى حله بنحو آخر خارج عن مفروض الحديث كالمقاصة ونحوها ، وهو خارج عن مدلول الرواية ، ضرورة عدم سوق الحديث لاثبات حرمة المأخوذ بحيث لا يقبل سبباً محللاً .

والحاصل ان مقتضى الاجبار الجوري على الدفع أنه لا يتشخص ما في ذمة الدافع في المدفوع ، ومعه لا شبهة في كونه سحتاً حراماً . وامكان عروض سبب الحل بعد ذلك لمقاصة ونحوها لا ينافي الحكم بحرمة وبكونه سحتاً قبل طرو السبب - فافهم .

هذا اذا كانت المقاصة جائزة مع وجود الحاكم وامكان التوصل الى الحق بحكمه ، والا فلا اشكال في الحديث أصلاً ، لان مفروض الحديث صورة امكان الرجوع والترافع الى حكام العدل ، فيكون المأخوذ سحتاً غير جار فيه التقاص أيضاً .

هذا حكم حال الاختيار ، وأما حال الاضطرار - بمعنى عدم امكان التوصل الى الحق الا بالتحاكم الى حكام الجور - فالظاهر الجواز . وما يقال من أنه اعانة على الاثم فيحرم ، مدفوع :

أولاً - بالمنع لاختلاف الحشيتين ، فان التحاكم حينئذ توصل الى الحق ، فمن هذه الحشية لا يندرج تحت الاعانة ، فان بعض الافعال يتنوع بحسب القصد كما لا يخفى . مع أنه لا اعانة فيه للحاكم المرجوع اليه أصلاً .

وثانياً - ان أدلة نفي الضرر حاكم على مادل على حرمة الاعانة ، نظير حكومتها على سائر التكاليف الشرعية . والله العالم .

التقاط

[لم يجبر واجد شرائط القضاء على القضاء مع وجود مثله]

قال في الشرائع : لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله ، ولو ألزمه الامام قال في الخلاف لم يكن له الامتناع ، لان ما يلزم به الامام واجب ، ونحن نمنع الالزام ، اذ الامام لم يلزم بما ليس لازماً - انتهى كلامه رفع مقامه .

وما ذكره من عدم الجبر مشكل مع كون القضاء كفائياً ، لان الكفائية عند الاكثر تتضمن التعيين الحتمي وان كان فعل البعض مسقطاً ، ومع فرض الوجوب التعييني اتجه الاجبار . الا أن يقال : انه بالامتناع يخرج عن القابلية لكونه فسقاً . وهو جيد ، لكن يلزمه عدم الاجبار في صورة الانحصار أيضاً ، مع أنه صرح فيها بالاجبار ووجوب الاجابة .

ويمكن أن يقال : ان القضاء انما يكون كفائياً بعد اذن الامام ، وكلامهم في بيان الحال قبل حصول الاذن ، فهو قبل تحقق الاذن ليس بواجب على أحد ، حتى يكون كفائياً أو غيره .

ويدفعه : أولاً ان لازم ذلك عدم الاجبار في صورة الانحصار أيضاً . وثانياً ان القضاء واجب كفائياً ، واذن الامام شرط الصحة نظير اذن الولي في صلاة الميت - فتأمل .

ثم ان ما ذكره المحقق في رد الشيخ لا يخلو عن غموض واشكال ، وتوضيح المقام ان أمر الانام والزامه على انحاء : منها ما يتعلق بالواجبات العينية ، ومنها ما يتعلق بالسياسات ، ومنها ما يتعلق بالامور العادية الراجعة الى حوائج الامام عليه السلام كشراء اللحم وتزويج المرأة وما شابههما .

لاشكال في وجوب طاعة الامام عليه السلام في الاول ، لان أمره حينئذ أمر الله تعالى ، بلاتحقيق أن تسمية ذلك اطاعة للامام مسامحة ، لان الامر بالواجبات المجهولة لاجهة له الا الكشف عن أمر الله تعالى وبالواجبات المعلومة لاجهة له سوى الامر بالمعروف المساوي فيه كل الناس .

وكذا لاشكال في وجوب اطاعته في القسم الثاني الراجع الى السياسات المدنية، لان التدبير المدني في الرعية أمر مأمور به من قبل الله تعالى ، فهو راجع الى القسم الاول حقيقة .

وأما الثالث الذي هو مصداق اطاعة الامام عليه السلام ليس الا ، فوجوبها أيضاً ثابتة بالادلة الاربعة ، قال الله تعالى « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول »^(١) دل على استقلال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في الاطاعة ، وهو لا يكون الا في الاوامر الراجعة مصالحها اليه « ص » .

اذا تحقق ذلك فالامر بالواجبات الكفائية اذا فرض كونه على وجه الحتم والالزام لا بد أن يرجع الى أحد القسمين الاخيرين ، فاما أن يكون تعيين الملزم عليه له خصوصية راجعة الى السياسات أو الى الامام عليه السلام . وعلى التقديرين اتجه مافي الخلاف ولا يظهر وجه لما ذكره المحقق .

ولعل مراد المحقق أن الامر بالواجبات الكفائية من حيث أنه واجب كفائي لايجب اجابته، لان هذه الحيثية غير ملزمة ، والامر بها لايزيد عن هذه الحيثية، فلو وجدنا الزامه «ع» لوجب كفائي حملناه على الالتزام من الحيثية المشار اليها، فلايجب الاجابة لأنه اذا علمنا الالتزام زائداً على ما يقتضيه الكفائية لم يجب الاجابة أيضاً ، وهو واضح . والله أعلم .

التقاط

[حكم ما يعود الى القاضي من الاموال]

فوائد القضاوة وما يصل الى القضاوة من جهة القضاوة على أقسام بين حلال وحرّام :

(منها) ارتزاق القاضي من بيت المال ، وهو البيت المجتمع فيه مال المسلمين ، أعني ما أعد لمصالحهم ، كسهم سبيل الله من الزكاة والاجور المحصلة من الاراضي الخراجية والاقواف العامة لكل المسلمين ، فان هذه الاموال فالمسلمون فيها شرع سواء . وليس المراد به مطلق الزكاة أو ما يرجع الى الفقراء ، فيجوز لو الى البلد أن يرزق القاضي من بيت المال اذا امتنع من مباشرة القضاوة الابه . أما على القول بجواز اخذ الاجرة في الواجبات الكفائية فواضح ، فيدل على جواز الارتزاق حينئذ فحوى ما دل على جواز أخذ الاجرة ، لان الارتزاق ليس بأجرة حقيقة وان كان يرجع اليها بحسب المعنى .

وأما على القول بعدم جواز أخذ الاجرة فلان الارتزاق لا يصدق عليه الاجرة حقيقة كما عرفت فلا مانع منه . نعم مع وجود المتبرع بالقضاوة ففي جواز الرزق للوالي وجهان : من كون نصب القاضي من المصالح العامة ، ومن أن مصلحة المسلمين مع وجود المتبرع نصبه لانصب المرتزق ، الا أن يكون في نصبه مزية راجعة الى المسلمين .

ولافرق فيما ذكرنا بين صورة الانحصار وعدمه ولا بين احتياج المنسوب وعدمه ، لكن في الشرائع الفرق بين الصور ، فاشتراط في جواز الارتزاق أحد الامرين اما الحاجة أو عدم الانحصار ، فلو لم ينحصر جاز مطلقاً ومع كون الافضل عدم الارتزاق عند عدم الحاجة ، وان كان محتاجاً جاز مطلقاً أيضاً . ولعل الوجه في ذلك صدق الرشوة المنهي عنها للقاضي عليه . ولا بعد فيه ،

الا أن قضية ذلك عدم الفرق أيضاً بين الصور ، كما أن قضية ما ذكرنا أيضاً عدم الفرق .

فظهر أن الحق الارتزاق مطلقاً ، للاجماع ظاهراً على جوازه في الجملة ، فلو كان رشوة حرم جداً ، كما أنه لو كان أجرة كان حاله حال أخذ الاجرة في سائر الواجبات الكفائية ، مع أن جواز الارتزاق في الجملة لا اشكال فيه ولا خلاف ، وهذا يدل على مغايرة حقيقته لحقيقتهما .
(ومنها) أخذ الاجرة .

وجوازه مبني على أخذها في الواجبات الكفائية ، وقد بسط الاستاد دامت افادته المقال في هذا المجال في المتاجر مع زيادة توضيح وتحقيق .

وجملة القول فيه : ان مقتضى القاعدة أن مادل على صحة الاجارة وما في حكمها لامانع من العمل به في الواجبات حتى العينية فضلاً عن الكفائية من حيث أنها واجبات ، بل المانع من العمل به أحد أمور اذا وجد أحدها حرمت الاجرة مطلقاً واجباً كان المتعلق أو غيره :

أحدها - أن يكون المتعلق مما لا ينتفع به المستأجر ، فالادلة الدالة على الاجارة غير شاملة لمثل ذلك ، بل الدليل على فسادها حينئذ موجود ، لكونه أكلاً للمال بالباطل ، لان العمل اذا لم يكن يصل نفعه الى المستأجر لم يصلح للعوضيه ، فيكون شبيه البيع بلا ثمن .

ويتفرع على هذا الشرط فساد استئجار الشخص لما يجب عليه من العمل كصلة الظهر مثلاً ، فان عبادة كل شخص لا تنفع الابحاله ، وفرض بعض الفوائد على مثله - كتحصيل الثواب بتعويد الشخص على العبادة وما أشبهها - فوائد راجعة الى الاستئجار والتعويد وليست راجعة الى نفس العمل كما لا يخفى . مع أن فرض بعض الفوائد اذا لم يكن معهوداً في نوع العمل المستأجر عليه لا عبرة

به في أحكام العقود المعاوضة كما لا يخفى .
وقد يتوهم أن الواجب من حيث كونه واجباً ينافي أخذ الاجرة بأزائه ،
وهو ممنوع الا أن يرجع الى الشرط الثالث .
وثانيها - أن لا يكون الاثر المتعلق مشروطاً بأمر ينافيه إيقاعه للغير .

[الكلام فى الاستيجار على بعض العبادات]

ويتفرع على ذلك عدم صحة الاستيجار على بعض العبادات الغير واجبة ،
كالصلاة المعادة وكغسل الجمعة ، فان أثر العبادة مشروط بقصد القرية ، وينافيهما
إيقاع العبادة وفاءً للمستأجر .

وقد يتوهم أن الامر بوفاء العقد يؤكّد جهة التقرب فضلاعن أن يكون مانعاً .
وهو سهو ، لان الامر بالوفاء انما يعقل امتثاله وترتب الثواب عليه بعد امكان تسليم
العمل الذي هو محقق عنوان الوفاء . والعمل الذي وقع عليه الاجارة انما هو
التعبد بالصلاة لانفسها ، والتعبد بها - مع كون الداعي والمحرك اليها هو تملك
الاجرة - غير معقول .

فان قلت : يمكن أن يأتى بالصلاة لغير هذا الداعي ، بل لداعي الامر
بالوفاء بمقتضى الاجارة ، فان هذا أمر ممكن ، فاذا تمكن من ذلك صحت الاجارة
ووجب الاتيان لاجل هذا الداعي المحصل للتقرب مقدمة للوفاء بالمأمور به ،
اذ الصلاة حينئذ عبادة لكونها مصداقاً للوفاء بالمأمور به ، ولا يشترط في كون
الشيء عبادة امكان التقرب بها من جميع الجهات والعناوين .

قلت : هذا التقرب انما حصل بقصد امثال الامر بالوفاء ومقدمة الوفاء التي
يحتاج اليها هو التقرب الذي يتعلق به الامر بالوفاء ، أعني التعبد بالصلاة والتقرب
بها مع قطع النظر عن هذا الامر ، اذ المفروض اعتبار التقرب فيما يتحقق به

الوفاء ، أعني ما يوفى به .

ومن الواضح عدم صلاحية التقرب الحاصل من امتثال الامر أن يكون مجزياً عن التقرب المعتبر في المأمور به . نعم لو أمكن التقرب بالصلاة مثلاً مع قطع النظر عن كونه وفاءً مأموراً به أمكن حصول تقرب آخر فيه بملاحظة كون هذا المتقرب به امتثالاً لامر آخر وهو الامر بالوفاء - فافهم .

فان قلت : يمكن التقرب بالصلاة باعتبار كونها راجحة في نفسها مع قطع النظر عن كونها متعلقاً للاجارة ، فيصح الاستيجار لها حينئذ ويجب على الموجد اتيانها بداعي رجحانها الذاتي .

قلت : رجحانها الذاتي انما يعقل ان يكون منشأً للتقرب اذا كان هو الداعي ، وكونه داعياً انما يعقل اذا كان لغير الاجارة ، والا فيؤل الامر الى كون الاجرة داعياً الى الداعي الذي هو الرجحان ، وهو ينافي التقرب ، كما اذا كان الداعي هو نفس الاجرة ابتداءً . فلافرق بين أن يكون الداعي الى الصلاة مثلاً ابتداءً غير رجحانها الذاتي أو يكون الداعي اليها منتهياً الى الغير .

فان قلت : قد ورد بعض العبادات لبعض الغايات كسعة الرزق وحصول الولد ، وهذا يبطل ما قلت ، فلا ينافي القربة المعتبرة في الصلاة كون الداعي الى التقرب بها التوصل الى بعض المنافع المباحة .

قلت : فرق واضح بين كون المنفعة المباحة الداعية الى التقرب - أعني فعل الصلاة مثلاً - الله من الخالق وبين كونها من المخلوق ، فان الثاني ينافي القربة دون الاول - فافهم .

هذا ، وربما يتوهم أن ما ذكرناه من منافاة قصد القربة للاستيجار فيما يعتبر فيه التقرب يستلزم القول بعدم صحة استيجار الولي للقضاء عن الميت وانصح التبرع بالقضاء عنه ، وكذا الاستيجار بسائر العبادات المشروع فيها التبرع بها عن الغير

كتلاوة القرآن وزيارة الائمة وصلاة الهدية وأمثالها، نظراً الى عدم منافاة التبرع لقصد القرية فيها ، بخلاف قصد أخذ الاجرة .

وعلى ذلك يبنى قول جماعة بالمنع عن الاستيجار للصوم والصلاة عن الميت مع القول بصحة التبرع بهما عنه. وهو خطأ لان الاجارة فيما ذكر انما يقع على النيابة لاعلى متعلقها - أعني نفس العبادة . والنيابة نفسها ليست من العبادات المتوقف صحتها على قصد القرية حتى ينافيه الاستيجار ، بل هي من المعاملات التي يؤثر أثرها بالقرية ، سواء كان متعلقها من المعاملات أيضاً أم من العبادات ، فالاجير النائب ينزل نفسه بمنزلة المستنيب تنزيلاً جعلياً وفاءً لعقد الاجارة ، وبعد هذا التنزيل يكون بمنزلة المستنيب ، فيتوجه اليه الامر المتوجه الى المستنيب ، فيكون فعله فعله وتقربه تقربه . وهذا - أعني صيرورة فعله فعله - هو المراد بأثر النيابة .

[حقيقة النيابة وآثارها]

وتوضيح المقام يستدعي كشف القناع عن حقيقة النيابة وذكر بعض ما يترتب عليها من الآثار ، فنقول :

ان النيابة عبارة عن تنزيل الشخص نفسه بمنزلة شخص آخر فيما يكون له أولاً وبالذات من الافعال ، ثم اتيان المنوب فيه بقصد النيابة . وهو أمر من الامور الواقعية الخارجية المتعارفة بين الناس ، ولا يقدح في كونها من الامور الواقعية كونها أمراً اعتبارياً كسائر الامور الاعتبارية المتعارفة بين الناس ، مثل الذمة وتملك المعدوم ونحوهما من الامور الاعتبارية ، بل التحقيق أن اكثر ما يجري بين الناس من المعاملات التي أمضاها الشارع لاحقيقة لها سوى الاعتبار، كالوكالة والضمانة والكفالة والوصاية وأمثالها من المعاملات .

والفرق بينها وبين الوكالة أن الوكالة صفة قائمة بالوكيل حاصلة من التوكيل،

بخلاف النيابة فانها عبارة عن فعل النائب وتنزيله نفسه منزلة المنوب عنه من غير حاجة الى الاستنابة . نعم ربما يتوقف ترتب أثرها التي يأتي ذكره عليها على الاستنابة بحيث لا يترتب شيء على التبرع بها ، كما في النيابة المتعارفة في الامور العادية ، فان النيابة في تلك الامور لا تجدي شيئاً الا بعد تحقق الاستنابة ، فمن قبل يد زيد نيابة عن عمرو مثلاً فتقبله لا يكون بمنزلة تقبيل عمرو الا بعد استنابة عمرو له في التقبيل . وكذلك في اكثر الشرعيات ، فان النيابة فيها أيضاً غير مؤثرة الا بعد الاستنابة .

نعم في بعض العبادات حصل من الشارع امضاء الشارع النيابة التبرعية كالزيارة مثلاً ، لكنه يقتصر فيه على مورد الامضاء ، كما أنه يقتصر في تأثير النيابة مطلقاً حتى مع الاستنابة على الامضاء الشرعي والرخصة الشرعية ، فالوكالة نظير الوصاية صفة من الصفات .

والنيابة فعل نفساني يعرض الفعل الخارجي ، فيكون عنواناً له ، كالتواضع والاكرام المعارضين للقيام ، كما أن الضمانة فعل يفعل بالجوارح . والغرض ان النيابة حيثما تصح تجري مجرى البيع والصلح ونحوهما من المعاملات في كونها فعلاً اختيارياً سبباً لبعض الاحكام على حد سببية المبيع مثلاً للملكية ، وأما أثر النيابة وفائدة ذلك التنزيل التي تجري مجرى فائدة البيع - أعني الملك - فهو صيرورة النائب بمنزلة المنوب عنه وصيرورة فعله بمنزلة فعله ، كما أن فائدة الضمانة صيرورة الضامن كالمضمون عنه وصيرورة ما في ذمته من الدين في ذمة الضامن .

ويتفرع على ذلك أنه اذا كان المنوب فيه من العبادات توجه التكليف المتوجه الى المنوب عنه وجوباً أو ندباً الى النائب كذلك بعد فرض صحة النيابة ، لان النائب اذا صار بحكم العرف بعد امضاء الشارع بمنزلة المنوب

عنه فلامعنى للمنزلة حينئذ الاثبوت ماكان ثابتاً في حق المنوب عنه من الاحكام الشرعية ولو ازمها في حق النائب .

هذا مايساعده بعض الانظار القاصرة التي منها نظري الفاتر .

وأما الذي تلقيناه من الاستاد فهو أن النيابة عنوان يلحق للفعل المنوب فيه وبه يصير متعلقاً للاجارة وهو كون الصلاة مثلاً عن فلان ، فالصلاة من حيث ذاتها عبادة ومن حيث وصفها - أعني تقيدها بكونها عن الغير - معاملة محضة ، نظير الصلاة والصلاة في البيت ، فكما أن اعتبار القرية في الصلاة لا ينافي عدمها في وقوعها في البيت حتى أنه يجوز أخذ الاجرة على ايقاع الصلاة في البيت مثلاً ، كذلك لا ينافي القرية في فعلها ذاتاً عدم القرية في فعلها نيابة .

وقد انكشف مما حققنا أمور لا بأس بالاشارة اليها قبل التكلم في أصل المسألة استكثاراً لتوضيح الحال :

(احدها) عدم الفرق بين النيابة في المعاملات كالتزويج والبيع والصلح وبينها في العبادات في كون كل منهما من قبيل المعاملات الغير المشروطة في تأثيراتها بقصد القرية ، وان الفرق انما هو بين الفعل المنوب فيه ، فكما أن النيابة في الفعل تؤثر أثرها المشار اليها - أعني صيرورة بيع النائب بمنزلة بيع المنوب عنه - من غير اشتراطها بقصد القرية كنفس المنوب فيه - أعني البيع - كذلك النيابة في الزيارة أو الصلاة مثلاً تؤثر الاثر المذكور وتجعل زيارة النائب بمنزلة زيارة المنوب عنه من غير اشتراط نفسها بالقرية ، على خلاف المنوب فيه الذي هو الزيارة مثلاً .

نعم يحتاج في صحة النيابة في الاول الى استنابته من المنوب عنه سابقاً أو لاحقاً ، بخلاف صحتها في الثاني فانها غير محتاجة الى شيء منها ، لامضاء الشارع وحكمه بصحة التبرع بها في العبادات المعهودة كما أشرنا اليها آنفاً .

(وثانيها) عدم توقف تأثير النيابة في الحكم الوضعي المشار اليه على استصحابها ، بل يؤثر ولو لم يكن مستحباً ، بل ولو كانت بلا حكم أصلاً حتى الاباحة، كما لو فرض غفلة النائب عن حكم النيابة التكليفي، فانها حينئذ لا حكم لها جداً ويقتضي ثبوت الحكم الوضعي قطعاً ، نظير سائر المعاملات . فعلى القول بعدم اقتضاء النهي فيها للفساد يكون صحتها غير منافية لحرمتها أيضاً . وبالجمله أفرض النيابة كالبيع وقل فيها ماتقول فيه . ومنه يظهر أنه يجوز أن يكون حكم النيابة وحكم المنوب عنه فيه متخالفين، فيجوز أن يكون المنوب فيه مستحباً أو واجباً على المنوب عنه عبادياً أو غيره والنيابة جائزة أو مكروهة أو حراماً، لأن متعلق النهي انما هي النيابة ، فلو عصى النائب وناب النيابة المنهي عنها كان كمن غصب المبيع وباع بالمبيع المنهي عنه . فعلى القول بعدم فساد البيع حينئذ وحصول الملك به تكون النيابة المحرمة أيضاً صحيحة ويترتب عليها ما يترتب على النيابة المباحة أو المستحبة .

ولكن هذا مجرد فرض لا واقعية له في الشرعيات، لان النيابات المشروعة كلها مباحة أو مستحبة وليست منهيّاً عنها ، لان مشروعيتها ثبتت بدليل خاص لا بدليل عام ، كالامر بوفاء العقد حتى يتعلق النهي ببعض أقسامها مع الحكم بصحتها نظراً الى ذلك الدليل العام ، وان تحريم السبب من حيث هو لا ينافي ترتيب المسبب - فافهم .

لكن جواز كون النيابة حراماً مع كون المنوب فيه عبادة مبني على التصوير الاول في معنى النيابة من كونها عبارة عن التنزيل النفساني ، فعلى التصوير الاخير لا بد أن لا يكون حراماً . نظير الفرق بين الاباحة والحرمة في مسألة اجتماع الامر والنهي ، فافهم كما أن اكثر ما نبهنا عليه من الامور مبني أيضاً على ذلك التصوير - فافهم .

(وثالثها) ان النائب في العبادات ينوي النيابة أولاً ، وهو التنزيل الاقتراحي المتعارف الذي أمضاه الشارع من دون اشتراطه بقصد التقرب ، ثم يأتي بالفعل العبادي متقرباً الى الله ، بأن يقصد امتثال أمر المنوب عنه . فالنائب في الزيارة مثلاً يتقرب بالزيارة الى الله تعالى نيابة عن المنوب عنه لالابالنيابة به ، ومعناه عند التحليل أن هناك فعلين متغايرين :

أحدهما - فعل قلبي معاملي مستتبع لاثر وضعي ، وذلك الفعل هو النيابة والاثر هو صيرورة النائب بمنزلة المنوب عنه . وهذا الفعل غير مشروط بقصد القربة ، بل عرفت أنه يمكن أن تكون محرمة فضلاً عن أن تكون مستحبة أو مباحة .

والاخر - فعل ظاهري صادر من الجوارح ، عبادي مشروط صحته وترتب الاثر المقصود عليه بقصد القربة ، والتقرب بأحد الفعلين غير متوقف على التقرب بالآخر ، فيمكن أن يتقرب بالنيابة دون الفعل المنوب فيه ، كما اذا كان الفعل من المعاملات كالبيع مثلاً وعرض للنيابة رجحان عرضي مثل عنوان الاجابة ونحوه ، فالنائب له أن يتقرب حينئذ بما يفعله نيابة ، لكن التقرب حينئذ انما هو بفعله القلبي أعني النيابة دون الفعل الظاهري أعني الايجاب والقبول . ويمكن العكس أيضاً ، بأن يكون المنوب فيه من العبادات الراجحة ، فان التقرب حينئذ يحصل بالفعل العبادي خاصة مع قطع النظر عن النيابة .

وأما النيابة فيمكن فرض التقرب بها أيضاً اذا كان الداعي اليها رجحانها الشرعي على ما ينطبق باستحبابها في بعض العبادات كالزيارة وتلاوة القرآن جملة من الاخبار . ويمكن وقوعها بلاقربة اما لغفلة النائب عن رجحانها الشرعي أو للجهل به ، كما في اكثر نيابات العوام عن اخوانهم المؤمنين في الزيارات وغيرها من العبادات ، فانها في هذه الصورة لا يعقل التقرب بها ، بل التقرب حينئذ مختص

بذلك الفعل العبادي المنوب فيه أولعدم قصد القربة مع الالتفات الى حكمها التكليفي باعتبار كون الداعي اليها أمراً خارجاً عن الرجحان الشرعي كأخذ الاجرة أو ملاحظة الصداقة أو نحو ذلك .

والمحاصل ان وقوع القربة لا ينافي وقوع الفعل المنوب فيه متقرباً به ، فينوي النائب في الصلاة مثلاً أنه يصلي متقرباً الى الله تعالى نيابة عن زيد مثلاً .

لا يقال : ليس القربة الا كون الداعي الى الصلاة أمر الله تعالى ، وكون الداعي أمر الله كيف يجامع كون النيابة في فعل الصلاة لاخذ الاجرة أو ملاحظة الصداقة مثلاً .

لانا نقول : ان توهم المنافاة بينهما نشأ من الغفلة عما بينا من معنى النيابة ، لانك اذا فرضت النيابة فعلاً والمنوب فيه فعلاً آخر اندفع التوهم جداً ، لان اختلاف الدواعي انما يمتنع مع اتحاد الفعل لامع تعدده . وكون الفعل الخارجي لا تعدد فيه ، قد عرفت أنه غير قادح ، لان أحد الفعلين - وهو النيابة - فعل قلبي يعبر عنه بالتنزيل في النفس وليس بفعل خارجي ، وانما الخارجي المنوب فيه .

وبالجملة اذا حصلت النيابة صار النائب بمنزلة المنوب عنه ، فيتوجه اليه الامر الذي كان متوجهاً الى المنوب عنه ، فان كان المنوب فيه من تكليفات المنوب عنه خاصة كالصلاة عن الميت فتوجه الامر الى النائب حينئذ واضح ، وأما اذا كان مشتركاً بينه وبين النائب في المطلوبة - كالزيارة وتلاوة القرآن حيث أن النائب مأمور بالامر الندي بهما نحو مأمورية المندوب عنه - فاذا قصد النيابة توجه اليه أمر المنوب عنه أيضاً .

فخاصية النيابة في العبادات اثبات أمر المنوب عنه في حق النائب ، وبعد ذلك يتقرب بذلك الامر كأنه يتقرب به المنوب عنه ، ففعله فعله وتقربه تقربه ،

كما أن أمره أمره، وقضية ذلك أنه لا يصل اليه من ثواب العمل شئ بل الى المنوب عنه خاصة . نعم اذا نوى القرية في أصل النيابة كان له ثواب امتثال الامر النديبى المتعلق بالنيابة .

(ورابعيا) ان النيابة كسائر المعاملات أمر توقيفي لا بد من ثبوت شرعيتها شرعاً ولو امضاءً كما أشرنا اليه، ولذا لا تصح النيابة في بعض العبادات كالطهارة والاغسال المندوبة لعدم ثبوتها فيها، بخلاف البعض الآخر كالزيارة والصلاة والتلاوة وطريق الامضاء ننحو القول بأن من ناب في عمل كذا عن آخر وصل اليه ثوابه، وهو واضح .

ومن طريق الامضاء الامر بها والتصريح باستحبابها ، لان استحباب النيابة ليس الا لكونها صلة واحساناً ، وكونها كذلك يتوقف على صحتها والالم تكن كذلك . واذا دل دليل على استحبابها في شئ دل دلالة عقلية التزامية على صحتها وترتب الاثر عليها، وهو وصول ثواب العمل ان كان عبادة أو فائدته ان كان غيرها الى المنوب عنه ، بخلاف استحباب سائر المعاملات ، كاستحباب البيع مثلا، فانه لا يدل عقلا على صحته الامن جهة أخرى خارجة عما ذكرنا ، وهي دعوى أن الشارع لا يحكم بصحة معاملة فاسدة - فافهم .

(وخامسها) ان التبرع شرط في استحباب النيابة للعبادات التي ثبت شرعيتها فيها ، لقصور الأدلة عن الدلالة على استحبابها مطلقا ولو مع أخذ الاجرة ، لو لم تكن صريحة أو ظاهرة على اشتراط التبرع وليس شرطاً لصحة النيابة بل لا يعقل أن يكون شرطاً لها ، لان النيابة قبل اتصافها بالصحة لا تتصف بالتبرع ولا يصدق عليها جداً ، لان النيابة المجردة عن ملاحظة صحتها وترتب أثرها - أعني ايصال النفع والثواب الى المنوب عنه - ليس عطاء لشئ على الغير بل هو لغو صرف .

والتبرع مأخوذ في حقيقة العطاء المجاني ، ويشبه الهبة المجانية والهدية ومعناه الفارسية پیش كش ، واذ كان كذلك امتنع ثبوت الصحة للنيابة التبرعية بل لابد من ثبوتها للنيابة من حيث هي .

وهذا أصل مطرد ، وهو أن القيد اذا كان متأخراً في الرتبة عن المحمول امتنع اعتباره في الموضوع ثم اثبات المحمول على مجموع القيد والمقيد . (وسادسها) ان العبادة اذا شرع فيها النيابة جاز الاستيجار عليها واذ لم يثبت لم يجز ، لان الاستيجار في الاول استيجار على غير العبادة حقيقة وفي الثاني عليها نفسها ، فيمتنع كما أوضحناه كمال الايضاح .

[جواز النيابة عن الاموات]

اذا عرفت هذه الامور اتضح لك مسألة جواز الاستيجار للصلاة ، وتحريير المسألة : أن جماعة منعوا الاستيجار على العبادات للغير وجوزوا التبرع بها عنه في المواضع المعهودة التي ثبت شرعية النيابة فيها ، كالصلاة عن الميت والزيارة ونحوهما ، استدلالاً بأن الاستيجار ينافي قصد القرية المعتمدة في العبادات ، وبأن أدلة النيابة انما اقتضت شرعيتها في حق الولي أو المتبرع ، فالاستيجار عليها استيجار على ما لم يبلغ صحته .

وكلاهما قد ظهر فسادهما بما لا مزيد عليه :

فان الاول مردود بما مر من أن الاجرة انما هي في مقابل النيابة لافي مقابل العبادة حتى ينافي قصد القرية ، وقد عرفت أن عدم قصد التقرب في النيابة لا ينافي قصده في المنوب عنه وبالعكس ، والالزام فساد النيابات الشرعية أيضاً اذا كان المتبرع غافلاً عن رجحان النيابة ناوياً لغرض آخر كمحافظة الصدقة غير الرجحان . وكذا الثاني مردود بما أشرنا اليه في الامر الخامس من أن اشتراط صحة

النيابة بالتبرع بها غير معقول فضلاً عن كونه تقييداً لما دل على الصحة بلا دليل مضافاً الى أن التبرع مسكوت عنه في القسم الاول من طريق الامضاء ، اذ ما دل على شرعية النيابة في مثل الصلاة والزيارة وأنها سبب لوصول الثواب المندوب فيه الى المنوب عنه مطلقة غير مقيدة بالتبرع .

نعم لا يبعد أن يقال : ان ما دل على استحباب النيابة فيها وأنه يكتب للنائب مثل ما يصل الى المنوب عنه أو ضعفه ظاهر في التبرع ، فيكون الاستحباب مقيداً به بحيث ينافيه الاجرة كما أشرنا اليه أيضاً ، مع أن ما ثبت في الحج من الاستنابة عند العجز والاستيجار للنيابة فيه نقض على الاستدلال الاول .

وبالجملة جواز الاجارة في العبادات يتوقف على ثبوت شرعية النيابة فيها ولو تبرعاً، واذا ثبت شرعيتها وأنها نصير سبباً لسقوط الامر عن السنوب عنه ووصول ثواب العمل بكليته اليه صح الاستيجار على النيابة حيث لا عموم أدلة الاجارة.

ومن هنا قال الشهيد في محكي الذكرى : هذه المسألة - أعني الاستيجار على فعل الصلاة الواجبة - مبنية على مقدمتين : احدهما جواز الصلاة للميت وهذه اجماعية والاخبار الصحيحة ناطقة بها كما تلوناها . والثانية أنه كلما جازت الصلاة عن الميت جاز الاستيجار عنه، وهذه المقدمة داخلية في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن أن تقع للمستأجر عنه ، ولا يخالف فيها أحد من الامامية ولا غيرهم ، لان المخالف من العامة انما منع لزعمه أنه لا يمكن وقوعها للمستأجر عنه، أما من يقول بإمكان وقوعها له - وهم جميع الامامية - فلا يمكنه القول بمنع الاستيجار الا أن يخرق الاجماع في احدي المقدمتين - انتهى كلامه رفع مقامه وقد بلغ في السنانة وحسن الاستدلال أقصاه .

والظاهر أنه أراد بالعمل المستأجر عليه فيما نحن فيه لنيابة دون الصلاة المنوب فيها، كما يشعر به التمسك بعموم الاستيجار على الاعمال المباحة - فافهم وتأمل .

وهو عين ما فصلناه وحققناه كما هو الشأن في كثير من تحقيقاتنا في الاصول والفقهاء حيث أنها شرح وتوضيح وكشف قناع عن مراد الاساطين السابقين . بل واليه يرجع أيضاً ما عن ابن طاوس في المشرى من الاستدلال على صلاة النيابة باجارة تبرعاً أو بوضعية نافذة بما ورد في قضاء الصلاة عن الميت من الاخبار ، فان هذه الاخبار مع عدم نهوضها بالتصريح على الاجارة تكفي في المدعى بعد ملاحظة عمومات الاجارة كما عرفت في كلام الشهيد .

ومن جميع ما ذكرنا سقط ما ذكره بعض أهل النظر من محشي الروضة في مقام الرد على السيد وعلى الشهيد حيث قال في المقام الاول : انه ليس في الاخبار تصريح بجواز فعل الاجنبي والاستيجار بل وردت على وجه الاطلاق ، مع أن بعضها مقيد بالولي ، والموافق للاصول وجوب حمل المطلق منها لو أريد ما فاته الميت على المقيد وإيجابه على الولي .

وفيد : انه لا حاجة الى التصريح كما عرفت ، بل يكفي في صحة الاستيجار مجرد ثبوت شرعية القضاء عن الميت ، مع أن ما ادعاه من أن الموافق للاصول تقييد المطلق منها بالمقيد مخالف للاصول ، لان الشيعين لا يحمل أحدهما على الآخر في الاحكام الوضعية التي منها المقام ، أعني صحة القضاء عن الميت ، مع أن قضية المطلقات جواز القضاء عن الميت وقضية المقيد وجوبه على الولي وفي مثله لا يحمل المطلق على المقيد أيضاً .

وقال في المقام الثاني مالا يخلو عن اجمال واشكال فلنذكره بعبارة ، قال بعد نقل كلام الشهيد المتقدم : ولا يخفى أن ما ذكره من الاجماع على جواز الصلاة عن الميت ان أراد به ما يفعل الولي فمسلم بل يجب عليه ان كان ممافاته وان أراد غيره فلا الامع التبرع تطوعاً ، وما قال بدخولها في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن وقوعها للمستأجر عنه ، فامكانها ممنوع مع أن

الاباحة في العبادات غير متصورة بل انها راجحة الفعل ، ولاسيما مع توجه التكليف بها في حياته والى الولي بعد وفاته ، ويكون حينئذ نيابة الحي ممتنعة كما صرحوا به . ومنه يعلم حال الاجماع ، بل المفهوم من الروايات التبرع على وجه التطوع ، وبعضهم جوز الاجارة فيه كالاجير في الذبح وهو في محل النظر أيضاً . نعم كل راجح اذا خوطب به مع الاذن في الاستنابة يمكن الاجرة فيه اذا لم يجد المتبرع ، لكن المخاطب هنا ليس الميت حتى يجوز الاستنابة للعذر، والتبرع عند التحقيق لا يرد على وجه الخطاب وانما هو كالاهداء اليه كما لا يخفى على من تأمل في تلك الروايات . فالقول بالاستيجار مطلقاً لا يخلو عن ضعف، والعمل بالوصية انما يتصور في المشروع، ومشروعية الاستيجار ممنوع كما عرفت - انتهى كلامه رفع الله مقامه .

ولا يخفى ما فيه من اشتباه المراد ، فان أراد ما ذكرنا في تقرير الاستدلال الثاني من الفرق بين التبرع والاستيجار بحسب المستفاد من الادلة ففيه ما عرفت وان أراد انكار النيابة رأساً وان القدر الثابت من الروايات أنه يجب على الولي صلاة ما فات عن الميت وان الاجنبي له أن يتطوع الصلاة هدية للميت لا النيابة - كما لعله المظنون الظاهر من مجامع كلماته - ففيه أنه مكابرة واضحة . كيف وقضاء الولي لا معنى له الا نيابة عن الميت ، وكذا تبرع الاجنبي عبارة عن نيابته عنه تبرعاً .

وأما ما ذكره من أنه لا معنى للاباحة في العبادة . فقد عرفت ما به يندفع ذلك في شرح مراد الشهيد حيث قلنا ان مراده من العمل المستأجر عليه هي النيابة دون الصلاة .

وأما تضعيف اطلاق القول بالاستيجار، فالمراد به غير واضح . فان أراد به صحة الاستيجار مع الاذن في الاستنابة . ففيه أنه غير محتاج اليه بل يكفي شرعية

النيابة، وبعد ثبوتها ثبت الاذن بعمومات الاجارة. وان أراد به الفرق بين استيجار الولي وغيره بالتزامه صحة الاول دون الثاني على أبعد الاحتمالين ، فهو تحكم والتأمل في سائر كلماته يقضي ببعض التشويش .

[اهداء ثواب العبادات للاموات أو الاحياء]

هذا تمام الكلام في مسألة النيابة ، بقي الكلام في مسألة أخرى قريبة منها في الثمرة وأدق منها في النظر ، أعني صلاة الهدية للاموات بل الاحياء أيضاً ، على ماوردت به بعض الروايات ، فنقول :

ان ههنا مطلبين : أحدهما اهداء ثواب العمل بعد وقوعه وبذله على الغير والثاني الاستيجار على صلاة الهدية، ويندرج تحته الاستيجار على صلاة الوحشة ليلة دفن الميت .

(أما الاول) فالظاهر المصرح به في الاخبار عدم الاشكال في جوازه وأنه بعد الاهداء يصل الى المهدى اليه ثواب ذلك العمل . نعم في المعاوضة عليه وجعله عوضاً في مثل البيع والصلح وسائر العقود العوضية نوع تأمل ، لان ثواب الله في الآخرة - وان كان أمراً مملوكاً له مستحقاً عليه - الا أنه لاسنخية له مع الاموال والاعمال الدنيوية، ولم تجر عادة الشرع ولا العرف على احتسابه من المالبات والا لم يبق فقير في الدنيا ، لانه يتمكن حينئذ أن يبيع أو يصالح شيئاً من مثوباته الآخروية بشيء من الاموال الدنيوية وربما يصير بذلك الشخص مستطيعاً ، وهو غير مأنوس وغير معهود بين المتشركة جداً .

وبالجملة ثواب الآخرة مملوك جداً على نحو آخر من المملكية بين قابل للاهداء وممتنع لقبول المعاوضة عليه .

(وأما الثاني) أعني الاستيجار على صلاة الهدية - ففيه غموض واشكال ،

لانه ليس في المقام عنوان عملي غير نفس العبادة الخارجية حتى يجعل متعلق الاجارة ذلك العمل ويبقى قصد القرية في نفس العمل العبادي سليماً عن المنافي بل عنوان الهدية بالنسبة الى صلاة الهدية مثلاً مثل عنوان الاعادة بالنسبة الى الصلاة المعادة، أمرا اعتباري انتراعي بعد الفعل بملاحظة بعض عوارضه كالاهداء فحالها حال المعادة في عدم قبول الاستيجار على التطويل الذي ارتكبه في توضيح الحال .

اللهم الآن يفرض هنا فعلان وعنوانان أيضاً، ويجعل متعلق الاجارة الفعل الغير العبادي كالنيابة ، بأن يقال اهداء الشيء أمر مغاير لذلك الشيء المهدى عرفاً سواء كان المهدى عيناً خارجياً كاهداء العبد والثوب أو عملاً من الاعمال ايضاً ، اذ الاهداء فعل واحد يعرفه أهل العرف ولا تتفاوت حقيقته باختلاف المهدى ، فكما الاستيجار على اهداء الثوب ليس معاوضة على نفس الثوب بل داخل في المعاوضة على الاعمال ، كذلك الاستيجار على اهداء الصلاة أمر لا يرجع الى المعاوضة والاستيجار على المهدى - أعني الصلاة .

لا يقال : الاهداء مأخوذ في حقيقته التبرع ، فاذا اشترط الاجرة على اهداء الثوب - فضلاً عن اهداء الصلاة - خرج الفعل المستأجر عليه عن كونه اهداءً. لانا نقول : انما نمنع الخروج والتوهم انما ينشأ من ملاحظة المستأجر والمهدى اليه شخصاً واحداً ، فليفرض مغايرتهما ، بأن وقع الاجارة على اهداء الثوب مثلاً لاجنبي غير المستأجر فانه بالنسبة الى ذلك الاجنبي المهدى اليه اهداء لانه بالنسبة اليه تبرع ، اذ الاجرة انما أخذها المهدى بصيغة الفاعل من غير المهدى اليه ، وهذا يشهد بأن أخذ الاجرة على الاهداء لا يخرج عنه كونه اهداءً. وهذا مثل أخذ الاجرة على ضيافة العلماء مثلاً ، فان عنوان الضيافة في نفسه خال عن الاجرة ، وأخذ الاجرة انما هو لهذا العمل الخالي عن الاجرة . ولو

سلم خروجه عن حقيقة الهدية والتبرع فلا يقدر فيما نحن بصدد تصحيحه من الاستيجار على فعل الصلاة المتقرب بها هدية أو شبه هدية .

فان قلت : العبادة مشروطة بالتقرب ، والتقرب انما هو للمهدي ، وليس مثل مسألة النيابة ، حيث أن تقرب النائب يقوم مقام تقرب المنوب عنه باعتبار كون الممثل - أعني الامر - أمر المنوب عنه ، ولا يعقل أن يتجاوز تقرب الشخص الى شخص آخر ، فكيف يعقل الاهداء في العبادات نفسها ، مع أن شرط الاهداء انتقال المهدي الى المهدي اليه .

قلت : العمل المتقرب به اذا وقع هدية رجع جميع آثاره الى المهدي اليه ، وهذا هو معنى اهداء الاعمال ، والافنس العمل ولولم يكن عبادياً يمتنع انتقاله من عامله الى غيره ، فمعنى اهداء العمل - كتمليك العمل بالاجارة - ادخال حاصله ومنفعته وأثره ، الى كيس الاخر وهذا المعنى لا ينافي اختصاص التقرب في العبادات بالعامل ، لان المقصود بالاهداء ادخال أثر هذا العمل المتقرب به في كيس الاخر . وبالجمله العمدة تصوير عنوان عمل آخر غير عنوان العبادة وبعد ذلك فسائر الاشكالات هينة الاندفاع ، والمسألة غامضة لابد فيها من التأمل الصائب . والله الهادي .

(الامر الثالث) من الامور التي وجودها مانع من أخذ الاجرة وعدمها شرط لحليتها أن لا يكون العمل حقاً لغير المستأجر أو له قبل الاجارة ، فانه لو كان كذلك كانت الاجرة سحتاً لكونه أكلاً للمال بالباطل ، مثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا منفعة في مقابل الاجرة .

ويتفرع عليه حرمة الاجرة المأخوذة كما في مقابل ما يتعلق بالموتى من الواجبات الكفائية حتى التوصليات منها كالكفن والدفن ، فان ظاهر أدلتها أنها من حقوق الميت الواجبة على الاحياء وانه مستحق له ، فأخذ الاجرة في مقابل

شئ منها كأخذ الاجرة في عمل مستحق لآخر ، مثل البناء المستحق عليه بنذر أو اجارة أو نحوهما ، فانه لا يجوز اخذ الاجرة بأزائه ثانياً من آخر .

وقد ظهر مما ذكرنا أن بعض الواجبات مما يحرم أخذ الاجرة في مقابله لاختلال الشرطين الاخيرين ، مثل بعض العبادات التي فهمنا من دليله أنه حق لادمي، ويمكن أن يكون من هذا القبيل الصلاة عن الميت . كما أنه قد ظهر أيضاً أن الشرطين الاخيرين يمكن ارجاعهما الى الشرط الاول، فان العمل اذا كان بحيث يشترط في ترتب أثره أمرينافي أخذ الاجرة كالقربة أو كان حقاً لاحد كان من موارد اختلال الشرط الاول أيضاً ، وهو أن يكون له أثر ونفع يصل الى المستأجر .

[الواجب الكفائي لامانع من الاستيجار عليه]

اذاتحقق الشروط الثلاثة فلنرجع الى مسألة جواز أخذ الاجرة في الواجبات الكفائية ، والظاهر أن من جوز الاجارة عليها ادعى وجود الشرائط الثلاثة ومن منع ادعى اختلال أحدها . والظاهر أن كلمات المحققين من المانعين والمجوزين راجعة الى ما ذكرنا ، فمن سلك مسلكاً آخر في تصحيح الاجارة عليها أو المنع فقد اشتبهت عليه المسألة كمال الاشتباه ، فنقول :

ان الواجب الكفائي لامانع من الاستيجار عليه من حيث الشرطين الاولين : أما الشرط الاول - وهو كون العمل مما يصل نفعه الى المستأجر ، فلان فائدة فعل الواجب الكفائي سقوطه عن المستأجر ، وهذا من الفوائد التي يمكن بذل المال بأزائها ، مع أن الواجب الكفائي قد يكون فيه منفعة دنيوية واصلة الى المستأجر كالصناعات ، فباعتبار مراعاة الشرط الاول لا يمكن المنع عن الاستيجار على الواجبات الكفائية مطلقاً ، بل ينفي حينئذ التفصيل لو لم يكن سقوط التكليف من المنافع المصححة للاجارة .

وأما الشرط الثاني - فلان الوجوب الكفائي قد لا يكون تعبدياً ينافيه أخذ الاجرة كما هو الأكثر، فيبقى اناطة الصحة والفساد على مراعاة الشرط الثالث، والى ذلك ينظر كلام المحقق وغيره من المعتبرين من تعليل المنع بأنه - أي الاجير - يؤدي فرضاً .

وتوضيحه : ان المانع يدعي أن العمل المستأجر عليه لابد أن لا يكون مستحقاً على الاجير بمقتضى الشرط الثالث، لانه اذا كان كذلك امتنع على الاجير تملكه الغير ثانياً لانه كتمليك مال الغير، ومن الواضح أن فعل الواجب الكفائي مستحق على الاجير لله تعالى، فيكون حقاً لغير المستأجر .

ودعوى: ان متعلق حق الله انما هو كلي الفعل كالدفن الكلي مثلاً، والكلي لا يتعين في الخارج الابتعين من هو في ذمته، وتعينه انما يكون بالقصد كسائر الاعمال والاقوال المشتركة - بأن يوجد الفعل بقصد أنه واجب عليه كفاية - فلو فعل لا بهذا القصد بل بقصد أنه واجب على المستأجر أيضاً أو مجرداً عن القصد رأساً، كان ذلك غير العمل المستحق عليه وكان تملك مثل هذا العمل تملكاً لا امر غير مملوك .

مدفوعة : بأن القصد انما يحتاج اليه في التميز اذا كان العمل معنوياً بعنوانين وكان متعلق الطلب أحدهما، كاشتراك « بسم الله » بين الفاتحة وغيرها مثلاً . وأما اذا كان متعلق التكليف هو كلي العمل والفعل وكان من التوصليات التي لا يفتقر في حصولها في الخارج الى قصد، فما يوجد من العمل في الخارج ينطبق على ذلك الكلي الذي تعلق به التكليف ويكون عينه، وبذلك يسقط التكليف. ولذا ذكرنا في الاصول أنه اذا أمر بطبيعة تارة على وجه الوجوب وأخرى على وجه الندب اتصف الفرد الموجود منها في الخارج أولاً بالوجوب ليس الاوامتنع عروض الندب له ولو نوى ذلك، غاية الامر انه اذا كان عبادياً يقع لاغياً

فلايحتسب من الواجب أيضاً . على خلاف التدقيق الذي ادعينا في بعض تنبيهات مقدمة الواجب حيث رجحنا هناك الصحة واحتسابه من الواجب نظراً الى كفاية رجحانه الذاتي في قصد القربة ، كالوضوء المستحبى في وقت الفريضة .

هذا ويمكن الجواب عن ذلك بأن العمل من حيث صدوره من شخص خاص غير مستحق عليه لله تعالى بل من حيث صدوره عن الجميع . ومتعلق الاجارة انما هو العمل من الحيثية الاولى لا الثانية ، مع أن كون العمل مستحقاً لله غير كونه مستحقاً للناس ، فان استحقاق الله تعالى على نحو آخر من الاستحقاق ، فلا نسلم بطلان تملك المملوك مطلقاً ، بل الباطل انما هو تملك مملوك الناس .

والحاصل ان الوجوب الكفائي لم يثبت مانعيته عن الاستيجار . نعم في صورة التعيين والانحصار أمكن القول بالبطلان ، لما ذكرنا من انطباق ما يوجد من الكلي المأمور به أولاً عليه ، فيكون أخذ الاجرة بأرائه أخذاً لها بلا مقابل بل يدخل في ملك المستأجر .

[الفرق بين ماله اجرة وما ليس له اجرة عرفاً]

هذا كله في مثل الكفن والدفن مما لأجرة له عرفاً ولا حاجة لهم اليه مع قطع النظر عن عروض الوجوب الكفائي ، وأما مثل الصناعات مما كان له الاجرة قبل عروض الوجوب ، أي مع قطع النظر عنه باعتبار مساس حوائجهم اليه - فأخذ الاجرة فيه أظهر . بيان ذلك :

ان الواجبات الكفائية على قسمين :

« أحدهما » - مالا قيمة له ولا أجرة عليه عرفاً مع قطع النظر عن كونه واجباً

كفائياً، بحيث يكون تموله العرفي وتأهله للاستيجار عليه باعتبار عروض الواجب الكفائي له عليه، وذلك كاستقبال الميت مثلاً، فانه مع قطع النظر عن عروض الوجوب له ليس شيئاً ذا أجرة في العرف لعدم مساس ذلك بحوائج الناس معاداً ومعاشاً .

والظاهر أن وجوب التعليم في الامور التي يجب تعلمها كذلك - خصوصاً - بعدم اورد أن الله تعالى لم يكلف الجاهل بالتعلم الا بعد ايجابه التعليم على العالم^(١) - فان تعليم العالم اذا كان في المرتبة قبل احتياج الناس اليه كما هو قضية المقدمة كان من الامور الغير المرغوب اليه الذي لا تسول له عرفاً في تلك المرتبة ، ونحوها الدفن والكفن الشرعيين .

« والثاني » - ماله أجرة عرفاً مع قطع النظر عن الوجوب أيضاً كالصناعات ، وما ذكرنا من الاشكال في جواز الاجرة انما يتجه في القسم الاول ، وأما القسم الثاني فيمكن القول فيه بأن الوجوب الكفائي لم يلحق أحداً الا بالعمل على وجه الاجرة دون التبرع أو الاعم .

والفرق هو أن القسم الاول لما لم يكن قبل عروض الوجوب أمراً متقوماً لم يكن محترماً وامتنع اتصافه بالتبرع كالاتصاف بكونه في مقابل الاجرة ، لان التبرع عدم أخذ العوض في مقابل ماله شأنية العوض لا كل مالا يؤخذ عوضه ، واذا امتنع ذلك امتنع القول بعروض الوجوب من أول الامر للعمل مع الاجرة ، نحو امتناع عروض الطلب للفعل المقرون بالقربة كما أوأنا اليه آنفاً وقلنا ان القيود المتحصلة والمتصورة بعد فرض المحمول يستحيل اعتبارها في الموضوع . بخلاف القسم الثاني ، فانه لا مانع من القول بأن متعلق الوجوب في هذا القسم انما هو التكسب دون التبرع ، فيقال : ان الله تعالى أوجب التكسب بالخيطة مثلاً لانفسها ، ووجوب التكسب لا ينافي أخذ الاجرة بل تحققه كما لا ينافيه أيضاً التبرع .

وان شئت قلت : ان الواجب انما هو بذل العمل المحترم ، والمقوم ، ووجوب بذل المال المحترم أو العمل المحترم لا يوجب سلب الاحترام حتى يمتنع

أخذ الاجرة. مثل الانفاق في حال المخمصة، فان وجوبه لا يقتضي المجانية بل يجب عليه الانفاق وعلى المنفق بذل العوض فان امتنع استقر في ذمته .
والدليل على ذلك : ان الدليل على وجوب الصناعات دليل عقلي ينشأ من استقلال العقل بوجوب محافظة النظام ، وهذا لا يقتضي التبرع بالعمل فيبقى احترام العمل بحاله . ويترتب عليه انه لو تعين الصنعة في شخص تعين العمل عليه وعلى المعمول له دفع الاجرة لذلك الدليل العقلي المشار اليه ، اذ لو وجب التبرع لزم اختلال النظام أيضاً ، مثل ما يلزم على تقدير عدم الوجوب او أشد كما لا يخفى .

وفائدة الوجوب تظهر فيما لو امتنع حتى مع الاجرة عند التعيين ، فلا يرد أن العمل مع الاجرة ايجابه سفه ، لان الاجرة هي بنفسها داعية اليه ، فطلبه مع ذلك الداعي يشبه طلب الحاصل ، ومع عدم التعيين فلا يجب بذل الاجرة الا مع الاشتراط ، فليس للصانع العمل وأخذ الاجرة قهراً .

ويترتب على ذلك أن الطبيب مثلاً لو عالج قبل تضيق زمان العلاج لم يكن له شيء في ذمة المريض ، ولو نوى الاجرة ان عالج في صورة الانحصار أو مع تضيق الامر وعدم اقدام الغير وجب على المريض أجرة المثل حينئذ مع عدم التبرع ، ومع الامتناع يستقر في ذمته .

ومن هنا يظهر أنه لافرق بين الواجب العيني والكفائي في هذا القسم ، وانما الفرق بينهما في القسم الاول .

وقد تلخص مما ذكرنا في أخذ الاجرة على الواجبات الكفائية أنه مع اجتماع الشرائط الثلاثة المتقدمة يجوز أخذ الاجرة سواء كان عينياً أو كفاًئياً ، وان الاشكال كله في تشخيص صغرى الشروط ومعرفة وجودها أو اختلالها ، فنقول :

ان الواجب اذا لم يكن تعديداً فليُنظر فان كان له أجره في العادة مع قطع النظر عن الحكم الشرعي كالصناعات جاز أخذ الاجرة مطلقاً سواء كان عينياً أو كفاًئياً ، لان متعلق الوجوب في مثله انما هو العمل المحترم المقوم ، ووجوب مثله لا يقتضي المجانية وسلب الاحترام كما عرفت . وان لم يكن له أجره كذلك فان كان كفاًئياً فالظاهر عدم المانع من أخذ الاجرة عليه ، أما من جهة الشرطين الاولين فواضح ، وأما من جهة الشرط الثالث فلما عرفت من أن متعلق حق الله انما هو العمل من حيث صدوره عن الجميع ، ومتعلق الاجارة هو العمل من حيث صدوره عن الشخص ، وفيه تأمل . وان كان عينياً أو كفاًئياً معيناً فالظاهر بناءً على مراعاة الشرط الثالث حرمة أخذ الاجرة .

هذا كله في الواجبات الكفائية ، وأما المستحبات الكفائية - مثل ما يتعلق بدفن الموتى وكفنتهم وصلاتهم وغسلهم من الزيادة على المقدار الواجب على القول باستحباب الغسل أيضاً بعد حصول الواجب - فالظاهر عدم الاشكال ، والخلاف في التوصليات منهادون التعدييات ، ذلامانع من أخذ الاجرة عليها حتى من جهة مراعاة الشرط الثالث أيضاً ، ضرورة عدم كونها مستحقة على الاجبر . والعجب ممن منع الاستيجار على الواجبات الكفائية من جهة قصد القرية ، مع أنه لا فرق من هذه الجهة بين الواجبات والمستحبات .

[عود الى اخذ الاجرة على القضاء]

هذه خلاصة ما اقتضاه المجال في تحقيق الحال في مسألة جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، فلنعد الى ما كنا فيه وذكرنا هذه المسألة لاجله - أعني اخذ الاجرة على القضاة - فنقول :

لا بد أن ينظر أولاً في أن القضاء هل هو من القسم الثاني - أعني ماله منفعة

محترمة مع قطع النظر عن شرعيته كالصناعات - أو من الاول كما هو الاظهر : فان كان من الثاني جاز أخذ الاجرة عليه حتى مع التعيين ، وعدم الاحتياج الى أن يستظهر من أدلته وجوب التبرع به كوجوب التعليم ، حيث أن الظاهر من أدلته أيضاً التبرع وعدم الاجرة خصوصاً بعدما لاحظت حرمه الرشوة على القاضي ، فانه لو لم تشمل مثل الجعل فلا أقل من تقويته لذلك الاستظهار ، وان كان من الاول فلا بد أيضاً من النظر في انه كوجوب التعليم أو كأداء الشهادة ، بأن يكون القضاء حقاً من حقوق المسلمين على القضاة . وعلى الثاني فقد عرفت عدم جواز أخذ الاجرة عليه بمقتضى الشرط الاول ، وأما على الاول فقضية ما ذكرنا الفرق بين صورتين الانحصار وعدمه ، لكن عرفت استظهار التبرعية من أدلة القضاة مطلقاً

التقاط

[ما يشتب به ولاية القاضي]

ثبتت ولاية القاضي بالبينة العادلة كما هو الاصل في الموضوعات كلها الا ما ثبت فيه الاحتياج الى الاكثر أو الاقل ، وكذا ثبت بالاستفاضة على ما صرح به غير واحد من الاصحاب منهم المحقق والشهيدان ، وذكروا استطراداً أموراً آخر ثبتت بها كالنسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعق ، ولا بد أولاً من بيان المراد بالاستفاضة في المقام :

اعلم أن « الاستفاضة » استفعال من « الفيض » وقد أطلق مجرداً ومزيداً على معانٍ متقاربة ، قوله تعالى « أفيضوا من حيث أفاض الناس »^(١) أي ادفعوا من حيث دفع الناس ، ومنه الافاضة من العرفات ، أي الدفع بكثرة ، ويقال أفاض السيل فيضاً اذاكثر وسال ، وفاض الاناء فيضاً امتلاءً .

وفي مجمع البحرين بعد ذكر جملة من اطلاقات فاض : وأفاض واستفاض الحديث شاع في الناس واشتهر ، فهو مستفيض اسم فاعل ، ومنه « أثر مستفيض » أي مشهور .

لكن الظاهر أن هذه الاطلاقات مع ما بها من التفاوت والمغايرة الضعيفة صادرة من مصدر واحد ، ومعنى جامع بين الكل ، لانا ذكرنا أن دأب العرب التعدي من المعنى الاصلي الى ما يقاربه ويناسبه في الجملة بنحو من التوسع ، من غير استناد الى القرائن ليكون تجوزاً أو وضعاً آخر ليكون مشتركاً أو منقولاً . ولعل الجامع هو التراكم والتكاثر ، فانهما يمكن انطباقهما على جميع هذه الاستعمالات ولو بضرب من التوسع والتسامح كما لا يخفى على المتدرب . وفي اصطلاح الاصوليين عبارة عن خبر جماعة تزيد على الثلاثة وتقصر عن حد التواتر .

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد صرح في الروضة بأنه لا حد له ، الا أنه يعتبر أن يزيد عن عدد البيئة العادلة ، ليحصل الفرق بين العدول وغيره . وأيضاً المستفيض في الاصول معدود من الاحاد التي لاتنفيد العلم ، وأما عند الفقهاء ففيه اجمال واشتباه ، لان ظاهر المحقق على ما استظهره ثاني الشهيد اعتبار حصول العلم بالاستفاضة ، ونقل عن بعض الاكتفاء بالظن المتقارب المتآخم وعن بعض الاكتفاء بمطلق الظن ، بل ظاهر بعض مشايخنا أن خبر جماعة من المسلمين بنفسه حجة في هذه الامور ، بل في غيرها أيضاً تعبداً محضاً مجرداً عن الظن مستظهِراً بظاهر بعض الروايات .

وتحقيق المسألة : هو أن غرض الاصحاب بها ان كان هو الخبر المفيد للعلم فيرد عليهم أنه لاوجه للتخصيص بالاستفاضة ولا بهذه الامور السبعة ، لان العلم في مثل المقام متبع من أي شيء حصل وفي أي مقام يفرض ، لان مفروض كلام

الاصحاب مقام عمل الشخص نفسه كما هو صريح قولهم وثبت ولاية القاضي ،
والعلم فى مقام العمل طريق محض بحكم العقل الذي لا يقبل التخصيص
والتخصص كما تقرر فى محله .

نعم فى مقام حكم الحاكم أو فى مقام الشهادة فالعلم بالموضوعات علم
موضوعي، فيمكن أن يكون للعلم الحاصل بالاستفاضة خصوصية من بين سائر
أسباب العلم أوجب اعتبار الشارع له فى مقام الحكم ، بناءً على عدم جواز
حكم الحاكم بعلمه مطلقاً أو فى مقام الشهادة بمقتضى العلم مطلقاً .

ولكن الذي يرى جواز الحكم بالعلم مطلقاً أو جواز الشهادة كذلك -
كأكثر من تعرض للمسألة - لا يحسن منه أيضاً تخصيص الحكم بالاستفاضة
ولابهذه الامور .

وكيف كان فإن أرادوا بالاستفاضة ما يفيد العلم عادة بنفسه أو بملاحظة القرائن
على أبعد الاحتمالات فما ذكروه من الثبوت جيد متين ، لكن يبقى الكلام فى
وجه التخصيص بالاستفاضة بهذه الامور ، وان أرادوا بها ما يفيد الظن المتأخم
الاطميناني أو مطلقاً فثبوت هذه الامور خاصة بهادون غيرها يحتاج الى دليل
يدل على حجية الاستفاضة على وجه لا يتناول ماعداه .

وأما ما قيل من أن الاستفاضة لا اختصاص لها بهذه الامور وان ذكر الاصحاب
لها بالخصوص انما هو لاجل كونها غالباً مجرى لها دون غيرها مما يغلب فيه
جريان البيئة . فليس فى محله ، لبعده عن ظاهر التخصيص كما لا يخفى ، خصوصاً
مع ملاحظة تقييدهم الملك بالمطلق ، فان تقييد الموضوع بقيد يشاركه غيره فى
الحكم ، ركيز فى الغاية الالئكة كغلبة القيد فى الوجود الخارجى ، مثل غلبة كون
الربا فى الحجر والملك المطلق ليس بأغلب من الملك المسبب عن مثل البيع .

[الادلة على اعتبار الاستفاضة الظنية]

ودعوى أن غلبة جريان الاستفاضة في المطلق أوجبت أيضاً التقييد به . فاسدة ، لان غلبة ارتباط أحدمتعلقات الحكم بشيء لا يقتضي تقييد الحكم به مع عمومها لما سواه كما لا يخفى ، فلا بد حينئذ من اقامة الدليل على اعتبار الاستفاضة الظنية على وجه يختص بهذه الامور . ويمكن أن يستدل عليه بوجوه :

(الاول) السيرة القطعية الجارية بين المسلمين ، فان طريقة السلف والخلف مستقرة على المراجعة الى من اشتهر ولايته وقضاوته بين الناس بحيث يكشف عن اهضاء المعصوم ، وهكذا على ترتب آثار النسب والملك المطلق الى آخر السبعة بمجرد الشيع والاشتهار وان كان بعضها كالموت دون بعض في ذلك . (الثاني) عسر اقامة البينة كما لا يخفى على من عاشر أهل الابتلاء بهذه الامور ، لان توقيف أمور الناس في حوائجهم الى القضاة والولاة حتى يثبت عندهم بالبينة العادلة الجامعة للشرائط التي لا يعرفها الا العلماء ، ولاية القاضي عسر بين بل حرج واضح .

وكذا التوقف في ترتب آثار النسب ، خصوصاً فيما يتعلق بالبطون السابقة حتى يشهد عدلان على النسب من غير أن يكون مستند الشهود أيضاً هو الاستفاضة والا فالظاهر مساواة مقام الشهادة لمقام العمل ، بل الثاني أولى كما لا يخفى .

هذا ، ولكن دليل العسر انما ينفي التوقف على البينة ويثبت حجية شيء آخر ، وأما كونه الاستفاضة فمؤكد الى قرينة الاجماع . توضيحه : ان عسر اقامة البينة قد يوجب سقوطها رأساً كما في موارد قبول قول المدعي بمجرد دعواه مثل ما لا يعلم الامن قبله ، وقد يوجب سقوط بعض شرائطه مثل ما لا يستطيع الرجال على الاطلاع به ، فان جميع شرائط البينة لا بد من احرازها فيه الا ما

يستلزم منه العسر وهو الذكورية . وبالجمله عسر اقامة البينة يوجب سقوط شرائطها كلا أو بعضاً .

وأما الاكتفاء بقول المدعي أو بخبر واحد أو بأخبار جماعة بالغ حد الاستفاضة لا بد في تعيينها من التماس دليل ، فكان العسر قرينة صارفة لا تغني عن القرينة المعينة ، فلا بد في الحكم بالاستفاضة من التمسك بالاجماع بعد فرض عدم اشتراط البينة .

(الثالث) بعض الروايات ، كمرسلة يونس عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن البينة اذا أقيمت على الحق أيحل للمقاضي أن يقضي بقول البينة من غير مسألة اذا لم يعرفهم ؟ قال : فقال عليه السلام : خمسة يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم الولايات والمناكح والذبائح والشهادة والسواير ، فاذا كان ظاهره ظاهره مأموراً جازت شهادته لايسأل عن باطنه^(١) .

وعن الفقيه « الانصاب » مكان « المواريث » كما أن عن بعض نسخ التهذيب « ظاهر الحال » مكان « ظاهر الحكم » .

استدل به في محكي كشف اللثام . تقريب الاستدلال : أن المراد بالحكم هو الحكم اللغوي ، أعني مضمون القضية ، وظاهره يراد به ما يظهر منها بين الناس ويشيع فيسا بينهم ، فالمراد ما كان من هذه الامور معروفاً شائعاً يجب الاخذ به ولايسأل عن باطنها . وهكذا التقريب لو كان « ظاهر الحال » مكان « ظاهر الحكم » بل التقريب حينئذ أظهر .

والتحقيق عدم دلالتها على شئ من المقصود ، لان الظاهر اما أن يراد به مايقابل الواقع أو يراد به الواضح . وعلى الاول فلا دخل له بالمقام ، لان الظاهر المقابل للواقع عبارة عما يستفاد من الامارات المفيدة للظن نوعاً ، مثل سوق المسلمين ويد

المسلم وفعل المسلم والفراس وحسن الظاهر ونحوها ، لان الظاهر بقول مطلق من غير التقييد يكون عند جماعة أو عند الكل المقابل للواقع يتبادر منه ذلك ، كما لا يخفى على ذي وجدان سليم . وعلى الثاني فهو أبعد من الاول بالنسبة الى المقصود ، لان الواضح بقول مطلق يعني من دون اضافته الى شخص دون شخص لا ينطبق الاعلى البديهيات ، وهذا مع بعده عن ظاهر الرواية أو صريحها مخالف للاجماع مناف للغرض .

و كأن المستدل حمل الظاهر على المعنى الاخير ، مقيداً بكونه عند جماعة ، حتى يكون المقاد أنه يجب الاخذ بهذه الخمسة لوضوح الحكم والحال عند جماعة ، وهو كما ترى .

ومما يؤيد المعنى الاول بل يدل عليه تصريح الامام عليه السلام بقوله « فاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً » الى آخره ، لان الاخذ بالظاهر المأمون جزئي من جزئيات اعتبار ظاهر الامارات الظنية وفرع من فروعها لامن جزئيات اشتهاار المطلوب وشيوعه بين الناس كما رام المستدل .

فان قلت : على المعنى الاول يندرج فيه الخبر المستفيض أيضاً ، لانه من الظواهر والامارات المفيدة للظن مثل اليد والسوق ونحوهما فينهض باثبات المقصود .

قلت : الاستفاضة ليست من الامارات المفيدة للظن نوعاً بل شخصاً ، اذ ليس لها حد سوى كونها مقرونة بافادة الظن ، ومثل هذه لاتعد من الظواهر بقول مطلق التي هي عبارة أخرى عن الامارات النوعية . والحاصل ان من تأمل في الرواية أدنى تأمل يجد بها بالدلالة على امضاء الامارات الشرعية في هذه الامور أولى من الدلالة على اعتبار الاستفاضة .

ومما استدل به من الروايات أيضاً رواية حريز الواردة في اسماعيل بن

ابى عبدالله الطويلة ، وموضع الاستشهاد منها قوله عليه السلام : اذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم^(١) . حيث تدل على وجوب تصديق المؤمنين ، فيجب قبول اخبار جماعة بالغ حد الاستفاضة .

وفيه ما لا يخفى ، اذا المراد بالمؤمنين في الرواية هو الجنس ، لانه المتعين بعد تعذر الاستغراق ، وتصديق جنس المؤمن المأمور به في الروايات والممدوح في الكتاب المعني بقوله تعالى « يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين » ، يراد به معنى غير قبول الشهادة ، ضرورة قيام الضرورة على عدم قبول شهادة بعض المؤمنين من غير اعتبار شيء من الصفات ، وهو التصديق مع عدم ترتب الاثار الذي هو مفاد قوله تعالى « قل أذن خير لكم »^(٢) .

مضافاً الى كون الامر بالتصديق في هذه الرواية أمراً ارشادياً ، لمعلومية عدم حرمة استبعاد الفاسق شرعاً . ومن الواضح أن مجرد الاتهام يكفي في الامر الارشادي ولا حاجة الى كون قول المؤمنين حجة شرعية حتى يتفرع عليه ثبوت فسق الرجال شرعاً ، بل لوجعلنا الامر بالتصديق شرعياً لوجب اخراج المورد كما لا يخفى .

والحاصل ان اخبار المؤمنين عن فسق شخص موجب للنهي الارشادي عن استيمانه ، من غير أن يكون حجة شرعية ، فلعل نظر الامام في الامر بتصديقهم المراد به ترك عدم الاعتناء والمبالاة بقولهم الى كون قولهم منشأ للتهمة المانعة عن الاستيمان لا الى كون قولهم حجة شرعية .

نعم في صحيحة ابى يعفور^(٣) الواردة في العدالة دلالة على ثبوتها بالاشتهار ، وكذا

(١) الوسائل ب ٦ من كتاب الودعة واحكامها .

(٢) سورة التوبة : ٦٠ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات .

في النبوي : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصما اليه رجلان قال للمدعي ألك حجة ، فان أقام بينة يرضى بها ويعرفها نفذ الحكم على المدعى عليه - الى أن قال - وان جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر بعث رجلين من خيار اصحابه يسأل كل منهما من حيث لا يشعر الآخر عن حال الشهود في قبائلهم ومحالهم ، فاذا أثنوا عليه قضى على المدعى عليه واذا رجعا بخبر شيء قبيح لم يفضحهم - الحديث^(١) . لكنهما منزلان على الغالب ، وهو حصول العلم من الفحص في قبائل الشهود ، ومع ذلك فموردهما خصوص العدالة .

ومثلهما ماورد في تنازع الزوجين في متاع البيت من أنه لو سألت من بين لايتهما - أي جبلي منى - لاخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت الزوج فتعطى التي جاءت به^(٢) . فان ظاهره الاعتداد بقول من بين اللابيتين لكنه منزل أيضاً على الغالب في افادة العلم ، ومع ذلك فلا دخل له بهذه الامور السبعة .

والحاصل ان مثل هذه الروايات وان وردت في بعض آحاد المسائل لكنها لاتنهض للفقيه دليلاً على اعتبار الاستفاضة مطلقاً ولا في مجاريها أيضاً كما عرفت .

(الرابع) الدليل الانسدادي ، فان باب العلم في هذه الامور غالباً منسد ، والرجوع الى الاصل يوجب الوقوع في خلاف الواقع كثيراً ، فلا بد من الاعتماد على الظن .

وهذا جيد ، لكنه يفيد العمل بكل ظن ، فيبطل تخصيص الحكم بالاستفاضة وبالامور السبعة ، بل كل أمر من الموضوعات يكون حاله كذلك يتبع فيه الظن

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٦ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٨ من ابواب ميراث الازواج ح ١ .

كما ذكرناه مراراً .

(الخامس) الاولوية ، لان الظن الحاصل من الشيع أقوى من الظن الحاصل من بعض أفراد البيئة . استدلل به في المسالك ، وهو كما ترى لا ينفعنا ، لان الاولوية القطعية واضحة المنع والظنية غير مجدية الا أن تكون لفظية بالفحوى ، ولا مجال له في المقام . والله العالم .

التقاط

[هل ينعزل القضاة بموت الامام ؟]

اذا مات الامام فعن الشيخ تارة ان الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع وأخرى عدم الانعزال ، كما أن الاصحاب ايضاً اختلفوا في ذلك على ما في المسالك .

وجه الاول أمران :

(الاول) ان ولاية القضاء متقومة باذن الامام ونصبه ، والاذن مما لبقاء له بعدموت الاذن ، ومن هنا أطبقوا على انعزال الوكيل بموت الموكل . وبالجمللة لا معنى لبقاء حكم الاذن بعد زواله بموت أو عزل ، وبقاء الوكالة الى زمان بلوغ العزل أمر ثابت على خلاف القاعدة ، لانها تقتضي الانعزال بمجرد العزل الواقعي وان لم يعلم به الوكيل كما في موت الموكل . والحاصل ان صفة الاذن بديهي الزوال بموت الاذن ، فلا يبقى أثره جداً .

(الثاني) ان متعلق ولاية القاضي انما هو في الافعال والامور التي كان ولايتها للامام عليه السلام ، فالقاضي انما يتولى أفعال الامام باذنه ، فاذا مات فات متعلق الاذن كفوت متعلق الوكالة في شيء بفواته .

وهذا معنى قول من استدلل على الانعزال بأن ولايتهم فرع ولايته ، فاذا زال

الاصل زال الفرع .

ومن زعم أن المراد عدم ثبوت ولاية للامام على الاعصار المستقبلية وان ولاية امام كل عصر مختصة بعصره . فقد سهاسهواً بيناً ، لان كل نبي أو وصي مسلط على كل تصرف يرى فيه مصلحة سواء اختص بزمانه أو عم الازمة كلها ، حتى ان آدم على نبينا وآله وعليه السلام كان له من التصرفات ما يدوم أثره الى يوم قيام القيامة . وهو واضح ، لان ولاية أولياء الله ولاية الهية تامة عامة كاملة - فافهم حتى لا يشتبه عليك الفرق بين اختصاص ولاية الامام بعصره وبين ما قلنا من فوات متعلق الاذن بموت الاذن .

وجه الثاني أيضاً أمران :

أحدهما - حسب أن نصب القاضي فعل من أفعال الامام وجعل من مجعولاته كسائر أفعاله وتصرفاته ، مثل الاعطاء والمنع والبيع والشراء وأمثالها ، وهو ماض مطلقاً كما ستعرف في نصب الفقيه والقضاة العامة ، وليس من قبيل انشاء الاذن في شيء حتى يزول بموت ونحوه .

والثاني - الاستصحاب .

وكلاهما ضعيفان ، لان الاول غير ثابت والثاني ليس بحجة في مثل المقام ، على ما هو المختار من عدم الاعتبار بالاستصحاب في الشك باعتبار المقتضي . ثم ان أدلة الطرفين جارية في المنسوب العام ، مثل قول الصادق عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة : أنظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا - انتهى ونحوه^(١) .

لكن الظاهر المصرح به في المسالك الاطباق على عدم الانعزال ، ولعله لاجل ظهور مثل قوله عليه السلام « أنظروا » في جعل المنصب لافي الاذن في القضاة خاصة ، فلا يزول بموت الامام وان كان الخطاب الشفاهي مختصاً

بالمخاطب ، لان المفروض موت المخاطب - بالكسر - دون المخاطب .
وربما يعلل أيضاً - كما في المسالك - بأن التولية العامة اعلام بالحكم الشرعي وانه من أهل الولاية ، كالاعلام بحجية قول العدل ، والحكم الشرعي لا يختلف باختلاف موت الامام ، وهو حسن وان كان مشروطاً باذن الامام عليه السلام ، نظير وجوب الصلاة على الميت مشروطاً باذن الولي ، وقد أشرنا الى ما في ذلك فيما سبق - فتأمل .

وهكذا الكلام في الفقيه حال الغيبة ، بل الحكم هنا أولى ، لانهم قائمون مقام الحجة المنتظر صلوات الله عليه وعلى آبائه الكرام ، فيخرج من جزئيات مسألة عزل القضاة بموت الامام ، بل هو خارج عما نحن فيه مطلقاً ، لانهم منصوبون في حال الغيبة بحكم الادلة العامة ، مثل مقبولة عمر بن حنظلة^(١) ونحوها ، ولا معنى لانعزالهم بموت أحد الأئمة السابقين كما لا يخفى .

فما في المسالك من اجراء البحث في الفقيه حال الغيبة وجعل نصبهم من باب الاعلام كما بينا غير صحيح . ولعل تقييد الفقيه بحال الغيبة سهو من قلمه ، والصواب ما حررنا من جعل محل الكلام الثواب العامة الذين نصبهم الصادق عليه السلام بمثل قوله « أنظروا الى من كان منكم » الخ . والله العالم .

بقي الكلام في منصوبي الفقهاء والمجتهدين في حال الغيبة ، والظاهر أن الحكم أيضاً كما ذكر من الانعزال ، بل هنا أولى ، لان بقاء ولاية المنصوبين - كما يقوم على الاطفال مثلاً - مبني على كون ولايتهم تصرفاً من تصرفات الفقيه ونصباً منه ، وقدرته على مثل ذلك النصب وشرعيته غير معلومة ، والتمسك بعمومات أدلة الولاية قد عرفت ضعفه فيما سبق عند البحث عن جواز قضاء المقلد فارجع وتأمل .

ومما ذكرنا يظهر ضعف أحد الوجهين المذكورين في المسالك ، أعني وجه عدم الانعزال في المتصرفين في شغل عام كقوّام الاطفال والوقوف . وباعلله به من ترتب الضرر بولايتهم الى أن يتجدد الولاية . واضح المنع . والله العالم .

التقاط

[علم القاضي هل يكون بينة للقضاء]

اختلفوا في قضاء القاضي غير الامام عليه السلام بعلمه على أقوال ، ثالثها القضاء في حقوق الناس لافي حقوق الله ، ورابعها العكس . والاكثر على جواز القضاء مطلقاً ، وهو الاظهر .

واعلم أن أصل القضاء بالمعنى المبحوث عنه أمر على خلاف القاعدة ، أشرنا الى وجهه في صدر الباب عند البحث عن جواز قضاء المقلد ، وحاصله : ان القضاء سلطنة الزام شرعي للشخص على ما لا يقتضيه تكليفه ، سواء كان القضاء بمقتضى العلم أو بمقتضى البينة ، والاصل عدم الازام في الحكم الوضعي التكليفي .

وهذا هو المراد مما ذكرنا في الالتقاط المتقدم من كون العلم في مسألة القضاء موضوعاً قابلاً للاثبات والنفي ، والاصل عدم الازام في الحكم الوضعي التكليفي في مقام الحجية ، لكن اذا فرض وجوب القضاء لامحالة فلامعنى لعدم اعتبار العلم ولا اعتبار سائر الموازين في مقابله . مثلاً اذا علم القاضي بحقية الدعوى فالاعراض عن مقتضى العلم والرجوع الى اليمين لاعمى له ، أو علم مثلاً أن قاتل زيد هو عمرو وأقيمت البينة على كونه خالداً فان الحكم بالقصاص عن خالد وعدم الحكم بالقصاص عن عمرو مع العلم بأن خالداً ليس بقاتل ، يوجب التخصيص في أدلة الاحكام الواقعية ، مع أن القاضي انما أمر بالقضاء حسب الحق الواقعي .

وقد أجاد في المسالك في مقام الاستدلال على المدعى حيث تمسك في اعتبار العلم بمثل قوله تعالى « السارق والسارقة » ، فان الخطاب بقطع السارق وغيره من الخطابات لا يحتاج في تنجيزها سوى العلم القاطع للعذر .

ومن هنا ظهر أن التمسك بأدلة البيئة أو ببعض ماورد في باب القضاء من حصر الموازين في الاربعة أو نحو ذلك . فاسد جداً ، للقطع بأن الموازين الشرعية كلها أمارات على الواقع ، ومن شأن الامارة اختصاصها بالجاهل .

والحاصل ان القول بعدم حجية العلم للقاضي وانه انما يقضي حسب البيئة مثلاً ولو علم بكذبها تصويب محض أما في الموضوعات ، فهو باطل بالضرورة والاجماع ، لان القاتل والزاني والمديون ونحوها من موضوعات الاحكام ليس مما يعم الموضوع الواقعي وما يقام عليه البيئة اجماعاً وضرورة من العامة والخاصة ، أو تصويب في الموضوعات بملاحظة تعلق الاحكام ، بمعنى ثبوتها للامرين الموضوع الواقعي والظاهري الذي أقيم عليه البيئة .

وهذا وان لم يكن ضروري البطلان كالاول - بل ربما قال به بعض - ولكنه يديهي السقوط عن الانظار ، فالحق ما عليه الاكثر من القضاء بالعلم مطلقاً .
وأما الامام عليه السلام فقد نقل الاتفاق على قضائه بعلمه ، فالامرفيه أوضح بعد دعوى غير واحد الاتفاق عليه .

وأما ظاهر بعض الروايات الدالة على اغضائهم عليهم السلام عن علومهم في المعاملة مع الناس ، بقول مطلق أوفي خصوص فصل الخصومات . فروايات متشابهة قابلة لضروب من التأويل والتوجيه التي : منها عدم التفتيش والسؤال لاعدم العمل بالعلم مع حصوله ، ومنها اقتضاء المصلحة في خصوص المقام للاعراض عن الواقع ، ومنها غير ذلك مما لا يحد تحت حد ، مضافاً الى عدم وضوحها سنداً ودلالة .

وبالجملة لم يثبت لنا اهمال الامام لعلمه في مورد ، وعلى تقدير الثبوت فهو قضية في واقعة محتملة لكثير من التأويلات والتوجيهات التي ذكر السيد قدس سره جملة منها . والله العالم .

التقاط

[حبس المدعى عليه لو كانت بينة المدعى غير تامة]

قال الشيخ في محكي المبسوط : اذا أقام المدعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعديلها جاز للحاكم حبسه لتقام البينة على ما ادعاه .

واستشكل فيه المحقق «قده» من حيث أنه لم يثبت الحق بتلك البينة بعد حق يوجب عقوبة الحبس .

ومبنى الخلاف - على ما ذكره في المسالك - على أن العدالة شرط أو أن الفسق مانع ، فالشيخ بنى على الثاني والمشهور على الاول .

أقول : بناء الشيخ على كون الفسق مانعاً لا يجديهِ أيضاً في تعجيل الحبس اذ لا بد من رفع المانع في اقتضاء العلة التامة أثره .

ولعلمه مبني - مضافاً الى ما ذكر - على شيء آخر أيضاً ، وهو أن المانع يكفي للحكم بعدمه الشك في وجوده ولو لم يقتضيه شيء من الامارات ، ولا يلزم في نفي المانع من الاستناد الى شيء بعد الاصل ، اذ لولا ذلك لوجب أيضاً عدم الحكم حتى يعلم أن البينة غير فاسقة اما بالوجدان أو بالأصل ، بأن كان الشاهدان غير فاسقين في السابق .

ومما ذكرنا ظهر أنه لا فرق بين كون العدالة شرطاً أو الفسق مانعاً الاعلى الاكتفاء بالشك في رفع المانع أو دعوى ان الفسق مطلقاً مجرى للأصل باعتبار

كونه أمراً حادثاً لامحالة . والاول غير ثابت بل المظنون خلافه كما ذكرنا في الاصول ، والثاني مبني على كون الفسق مجرد صدور بعض الافعال القبيحة ، بأن يكون بينه وبين العدالة واسطة ، وهو غير بعيد .

ويمكن ابتناء الخلاف على كون العدالة هي ظهور الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو الملكة أو حسن الظاهر ، وهو أحسن .

وفي عبارة المسالك هنا نوع مؤاخذة ، لانه جعل البنائين بناءً واحداً على ما يظهر من ظاهر التفريع في قوله « فالشيخ بنى في جواز الحبس على أصله من ثبوت العدالة الى أن يظهر خلافها » ، مع احتمال كون المراد من هذا الاصل كون الاسلام طريقاً للعدالة لانفسها، فتصير المباني ثلاثة والمؤاخذة أيضاً باقية كما لا يخفى .

ثم ان اطلاق البينة على ذات الشاهدين - كما في عبارة الشرائع - امام بني على المسامحة على أن البينة في الاصطلاح اسم لذات العدلين لانها مقيدة بالعدالة . والله العالم .

التقاط

(في نقض الحكم)

اعلم أن حرمة نقض الحكم في الجملة مما لا خلاف فيه ولا اشكال ، وقد أشرنا في صدر الباب الى أن حرمة النقض لا يحتاج في اثباتها الى دليل آخر غير مادل على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصور حقيقة الحكم ، فان الحكم المبحوث عنه - على ماسبق مراراً - عبارة عن فصل الخصومة وقطع المنازعة بالزام أحد المتخاصمين على غير ما يقتضيه تكليفه .

ومن الواضح أن النزاع يستحيل أن يطرأ عليه فصلان متماثلان أو متضادان،

تحو استحالة فصل أمر متصل مرتين، فإذا تحقق مرة عند حاكم جامع لشرائط صحة القضاء فصل الخصومة فلم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعد ، سواء رضي الخصمان بتجديد المرافعة أم لا، لأن رضاءهما يقع لاغياً بعد فرض عدم خصومة بينهما شرعاً ، وان جواب المنكر منهما بالنفي غير مسموع ومطالبة المدعي منهما بالحق غير مقبولة في الاسلام ، فلاحاجة حينئذ الى اقامة دليل من نص أو اجماع على حرمة النقض وان كانا موجودين في المسألة كما لا يخفى .

فما مال اليه بعض مشايخنا قدس سره من عدم المانع من تجديد المرافعة على تقدير رضاء المحكوم عليه. ليس في محله بعد ما عرفت من عدم بقاء محل قابل للفصل بعد الحكم الاول .

[مايجوز فيه نقض الحكم]

نعم يجوز النقض في مواضع ثلاثة ، وهي المواضع التي يقع فيها الحكم الاول من أصله لاغياً غير مؤثر لأنه حقيقة نقض للحكم بعد صحته :

(أحدها) ما لو علم الحاكم أو غيره مخالفة حكم الحاكم الاول للحكم الالهي الواقعي علماً قطعياً ، سواء كان ذلك بنظر الحاكم الثاني في الحكم الاول حيثما يجوز له النظر أو بظهور المخالفة من غير نظر ، فانه يجوز النقض حينئذ حتى يتجدد المرافعة ، لانه الحكم على حد غيره من الامارات فلا يكون حجة الامع الجهل بالواقع ، وأما مع العلم به فلاحكومة له ولغيرها من الامارات على الواقع أبداً ، بل لا يعقل ذلك الاعلى التصويب الباطل .

نعم حكم الحاكم حاكم على سائر الامارات كائناً ما كان ، بمعنى وجوب متابعة الحكم على الوجه الذي أمرنا بمتابعته لانتزاع المحكوم به بمنزلة الواقع وتحكيمه على ما ينافيه من الامارات القائمة في مورد الحكم من تقليد أو اجتهاد

كما يأتي . ومنه يعلم أن التمسك باطلاق أدلة حرمة الرد هنا ليس في محله مع امكان دعوى الاجماع عليه .

(وثانيها) ما لو علم مخالفة الحكم لدليل معتبر عند الكل ، كالخبر الصحيح المعمول به الثابت في الكتب المعتبرة مع عدم المعارض ، فان نقض الحكم حيثئذ جائز على ما صرح به غير واحد ، لان العلم بالواقع الاول والواقع الثانوي مع وحدته بين الكل سيان في عدم جواز المخالفة ، ولذا جعلوا الاجماع من الادلة القطعية التي لا يجوز مخالفتها ، مع أنه قد لا يكشف بها عن الواقع بل عن وجود دليل معتبر عند الكل ، بحيث لو فرض مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم يفت الابعض منه . والحاصل ان المنطوق على كون المحكوم به مخالفاً للتكليف الفعلي المتبع عند الكل ، سواء كان واقعياً أو ظاهرياً ، كمدلول ظاهر كتاب سالم عن المعارض أواخر سنة متواترة أو اجماًع كاشف عن دليل ظني معتبر أو خبر واحد صحيح عند الكل على القول به مثلاً .

وأما مخالفة الحكم الثانوي مطلقاً فليس محل النقض ، لان الاحكام الثانوية متعددة حسب تعدد الاراء ، فليس لمجتهد ابطال ما زعم الآخر حكماً الهياً والا لم يبق للمحكم مورد لا ينتقض فيه الا نادراً .

وأدلة حرمة الرد يتعين الشمول للمسائل الاجتهادية الخلافية ، بل مورد مقبولة عمر بن حنظلة التي دى من أمتن أدلة حرمة الرد هي صورة الاختلاف في الحكم .

والحاصل ان المخالفة في الرأي لا يوجب جواز النقض مطلقاً ، بل تتوقف على كونها بحيث لا تخفى على أحد يراعى لوظائف الاجتهاد .

(وثالثها) ما لو ظهر خطأ الحاكم في الاجتهاد قصوراً أو تقصير ، مثل الاستناد في الحكم الى كتاب فيه ترك أو خبر معارض أقوى مع ترك الفحص أو على

بعض كتب الاخبار من غير المراجعة الى غيره أو غير ذلك مما ينافي الاجتهاد الصحيح .

ولافرق في هذا القسم بين أن يكون الحكم موافقاً للواقع أو مخالفاً . لان سبب جواز النقض هنا فساد الاجتهاد لامخالفة الواقع . والسر في ذلك أن الاجتهاد في مقام الحكم موضوعي لا طريق صرف الى الواقع ، فلا يجدي مصادفته للواقع مع اختلال شرائط صحته ، ولذا لا ينفذ حكم المقلد ولو مع مطابقتها للواقع .

ومن هنا يعلم الفرق بين هذا وسابقه ، لان سبب النقض في الثاني مخالفة الحكم للواقع الثانوي المعتبر عند الكل ولو كان صادراً عن اجتهاد صحيح وهنا مجرد فساد الاجتهاد ، سواء صادف الواقع الاول أو الثانوي أم لا . ولو عمت الخطأ في الاجتهاد بحيث يندرج فيه الثاني كان الفرق بينهما بالعموم والخصوص المطلقين كما لا يخفى .

هذا كله في المسائل الخلافية ، وأما الحكم في الموضوعات فالظاهر عدم الفرق بينهما الاعلى بعض الوجوه ، وحاصله ان العلم بخطأ الحاكم في الموضوع أو قصوره أو تقصيره في استعمال موازين القضاء يصحح نقضه في الباطن جداً ، بمعنى عدم وجوب الالتزام بآثار الحكم في الواقع كما يجب على الجاهل الشاك ، فيجوز المقاصة الباطنية في غير اليمين مثلاً ، وأما النقض جهاراً - بمعنى تجديد المرافعة من رأس - فلعل فيه بعض المحذور المانع من النقض ، بل الامر كذلك في المسائل الخلافية ، فلو أوجب تجديد المرافعة فتنة أو اهانة محرمة على الحاكم الاول لم يجز على احتمال .

ثم المراد بالنقض ليس ما يتبادر منه ، أعني ابطال الامر المستمر ، بل المراد هو الحكم بفساد حكم به الاول من حين صدوره ، ففي لفظ « النقض » هنا

مسامحة .

ومن هنا يعلم أنه لو شك في جواز النقض وعدمه لم يجز التمسك بالاستصحاب لاثبات العدم ، لان الشك في النقض شك في وقوع الحكم الاول صحيحاً حين صدوره ، بل المحكم فيه هو التمسك بأصالة عدم ترتب الاثر على حكم الحاكم الثاني على اشكال فيه - فتأمل .

التقاط

[ماذا يراد من حرمة نقض الحكم ؟]

هل المراد بحرمة النقض في موارد الالتزام بآثار المحكوم به مطلقاً في نوعه أو في شخصه ، أو بآثاره من حيث انفصال الخصومة .

مثلاً اذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس وطهارته فحكم الحاكم بالطهارة، ففي وجوب ترتيب جميع آثار الطهارة على نوع العصير أو على شخصه المتمتاز فيه - سواء وافق اجتهد المرتب أو تقليده أم خالف - أو خصوص الاثر الذي بسببه وقعت الخصومة - أعني صحة البيع وتملك البائع الثمن من غير ترتيب المشتري أو غيره سائر آثار الطهارة كإباحة الاكل والصلاة ونحوهما اذا لم يساعد تكليفه - وجوه ، أقربها الاخير، لقصور الأدلة عن الدلالة على تحكيم الحكم على تكليف الشخص الامن حيث انفصال الخصومة .

بل الظاهر من بعض الأدلة كقوله « فارضوا به حكماً »^(١) مجرد ارتفاع الخصومة لانه الذي يقبل الحكم بمعنى الالتزام وأما غيره من الآثار فليس مما يقبل ذلك، بل الحكم بالنسبة الى الآثار الاخر بمنزلة الفتوى أو الشهادة التي

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١١ من ابواب صفات القاضي ح ١ .

لاتنفذ في حق حاكم آخر ومقلديه .

ومما ذكرنا ظهر ضعف ماقد يتوهم هنا من التفصيل بين ما اذا كان متعلق بالحكم طهارة العصير مثلاً بأن يقول الحاكم حكمت بطهارته فالاول أو الثاني أو أداء الثمن بأن يقول للمشتري حكمت عليك برد الثمن فالثالث ، لان الطهارة من حيث هي مع قطع النظر عن استلزامها أداء الثمن لاتحتمل الحكم بل الفتوى ، ومع هذه الحيثية ترجع الى الثاني .

ثم انه لو قيل بأحد الاولين امتنع الحكم بنجاسة ذلك العصير الجزئي أبداً حتى في مخاصمة أخرى بين اثنين آخرين ، بخلاف الثالث فانه غير مانع عن الحكم بنجاسته في منازعة أخرى . فلو باع المشتري ذلك العصير بتقليد أو اجتهاد فيه ووقع النزاع بينه وبين البائع في الطهارة والنجاسة فترافعا الى حاكم آخر يرى نجاسته نفذ حكمه بالنجاسة .

ولو قيل بالثاني ففسي الملازمة بينه وبين الاول بعدم القول بالفصل بين جزئيات العصير الخارجية وجهان : وجه الثاني امكان القول بجواز خرق الاجماع المركب في الاحكام الظاهرية كما تقرر ذلك في الاصول . الا أن يقال بالفرق بين خرقه بحسب الاصول أو بحسب التقليد وغيره من الامارات المجعولة ، فيجوز الاول دون الثاني ، وهو تحكيم . نعم لو أوجب التفكير مخالفة قطعية عملية لم يجز ، كما لايجوز ذلك بحسب الاصول أيضاً .

[نقض الفتوى بالحكم وبالعكس]

هذا هو الكلام اجمالاً في نقض الحكم بالحكم ، وأما نقض الفتوى بالحكم وبالعكس فقد ظهر أيضاً مما ذكر ، وهو جواز الاول دون الثاني ، لان حكم الحاكم حاكم على جميع الطرق والامارات . ومقتضى الحكومة أن لا يمنع

الفتوى السابقة من نفوذه ولا يرفع المتأخرة لاثره .

وأما نقض الفتوى بالفتوى - أي رفع اليد عن آثار الفتوى السابقة ماضياً ومستقبلاً بالفتوى المتأخرة - فالكلام فيهما محرر في الاصول تعرضنا لجملة القول فيه في مسألة الاجزاء ، واجمال القول هنا هو : ان الفتويين تارة تكونان من مجتهد واحد وأخرى من مجتهدين :

(أما الاول) فقد ذكرنا في الاصول أن الحق فيه النقض ، بمعنى وجوب رفع اليد عن آثار الفتوى المعدول عنها في الماضي والمستقبل ، نظراً الى عدم كون الامر للاجزاء ، من غير فرق بين العبادات والمعاملات والايقاعات والاحكام ، على خلاف ضعيف في بعضها كالعبادات وبعض أقسام المعاملات . نعم استثنينا من صورة النقض قضاء العبادات على احتمال قوي للعسر والخرج في مظان جريانهما ، وذكرنا أيضاً أن قيام السيرة على عدم النقض مطلقتاً - وان ادعاه بعض - أمر غير ثابت .

وكذا دعوى لزوم العسر والخرج ، خصوصاً بعد ملاحظة الاتفاق على النقض في صورة العدول بدليل علمي ، فان الطرق الشرعية تجري مجرى العلم في الحكاية عن الواقع أولاً وآخرأ . ودعوى أن الحرج والعسر المتربين على المدول العلمي غير قادحين لشذوذ . مدفوعة بأن العدول مطلقاً ظنياً كان أوقطعياً شاذ خصوصاً في المسائل المبتلى بها .

ونحن لم نجد في عصرنا مجتهداً عدل في شيء من تلك المسائل ، بل هو محض فرض لو وقع لكان نادراً . واختلاف فتاوى العلامة في كتبه الاستدلالية لابنائها دعوى الشذوذ ، لان حال كتب الاستدلال غير حال رسائل الفتوى .

نعم هنا كلام آخر ، وهو الفرق بين المجتهد ومقلديه ودعوى عدم النقض في حقهم ، لان أدلة التقليد باعتبار كونها أدلة لبية محصلة من مجموع الكتاب

والسنة والاجماع يمكن دعوى اختصاصها بالجاهل الغير المتعبد بشيء من الطرق، ولذا لا يتناول المجتهد جداً والمقلد اذا قلد مجتهده في المسألة امكن الحاقه بالمجتهد من حيث كونه متعبداً في مقام التكليف بطريق شرعي وهو التقليد ، فلا تتناوله تلك الادلة البلية .

لكن قويناً في الاصول النقض في حقه والالزم القول باستمرارهم على تقليدهم في المستقبل أيضاً ، وهو خلاف الاجماع ظاهراً ، فكما أن رفع اليد عن الفتوى المعدول عنها واجب عليهم في المستقبل فكذا في الماضي .

وما ذكر من تصور شمول الادلة لاتفاوت فيه بين الماضي والمستقبل ، مع أن الشك في تناول الادلة للعامة المقلد في الماضي معارض بالشك في حجية الفتوى القديمة في حقهم بعد العدول ، بمعنى أن أدلة التقليد لا اطلاق فيها كما أوضحناه في محله . والقدر المعلوم من حجية تلك الفتوى في حقهم هو اذا لم يعدل المجتهد ، وأما بعده فيرجع الى الاصل القاضي بالقدر المتيقن ، وهو الاخذ باللاحقة . وكيف كان فهذا الكلام لاكرامة فيه .

(وأما الثاني) أعني نقض المجتهد فتوى غيره - بمعنى عدم ترتب آثاره في الماضي والمستقبل والحال - فالكلام فيه بمقتضى القواعد مثل مامر من النقض ، لكن الخلاف فيه لعله اكثر وأكد ، وان نقل عن العميدي والعلامة وغيرهما دعوى الاجماع على النقض .

ومدرك المسألة في الموضوعين شيء ذكرناه أيضاً في الاصول من أن الطرق والامارات الشرعية هل هي محدثة للمصلحة كما يقوله أهل التصويب المحال أو مغيرة لها أو طريق محض مشتمل على المصلحة الطريقية أو غير مشتمل . فان قلنا بالاولين لم يعقل النقض ، وان قلنا بأحد الاخيرين وجب .

وقد رجحنا في الاصول الثالث صوتاً لامر الشارع بالتعبد عن خلو المصلحة

وقلنا ان حال الادلة الشرعية حال الامارات في الموضوعات ، فكما أن كل شخص مكلف بما عنده من الامارة على حياة زيد أو موته أو طهارة شيء أو نجاسته ، كذلك المجتهد مكلف بما عنده من الادلة طابق دليل الغير أم خالف ، فلا يجب بل لا يجوز له ترتيب آثار الزوجية بين اثنين فيما لا يساعده اجتهاده وان ساعده اجتهاد الغير أو اجتهاد الزوجين ، وكذا سائر المعاملات والعبادات والطهارات . والحاصل ان مقتضى القاعدة النقض الا فيما قام فيه السيرة أو المخرج .

وربما قيل بأن الامور الاضافية - كالزوجية والملكية ونظائرهما - لا يجوز فيها النقض مطلقا لانها أمور عرفية لا واقعية لها سوى ما عهدوه والتزموه فيما بينهم ، من غير نظر الى شيء من الاسباب الشرعية ، وان كانت هي أيضاً من أسباب تحقق عناوين هذه الامور .

ويؤيده أن العرف اذا فهموا حرمة التصرف في أموال الكفار وأزواجهم لم يتوقفوا على ترتيب حكم الزوجية والملكية على أزواجهم وأموالهم في طريقتهم ولومع قطع النظر عما ورد في الشرع من الامر باقرارهم على طريقتهم وأخذهم بمعتقدهم الذي لا يعرفه الاعلاماء المتشرعة . فالمدار في هذه الامور ليس على حقائقها الواقعية الثابتة عند الشارع حتى يجري فيها التخطئة ويترب عليه النقض . بل على الاضافات الحاصلة من الاسباب الظاهرية المستعملة فيما بينهم طابقت الاسباب الواقعية أم خالفت ، بل سواء كانت أسباباً شرعية أو من مجموعلاتهم ، مثل ما يجري بين الكفار من أسباب هذه الامور .

وهذا وان ذهب اليه بعض أهل النظر من المتأخرين ، لكن الحكم به أيضاً لا يخلو عن اشكال . فكيف كان فتحقيق هذه المسألة مطالب من الاصول . والله العالم .

التقاط

[تتبع الحاكم حكمه من قبله]

ذكر في الشرائع أنه ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله ، لكن لو زعم المحكوم عليه أن الاول حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه . وذكر قبله ما ينافي ذلك ، وجمع بينهما في المسالك بما لا بعد فيه معنى لالفاظاً .

وظاهر العبارة أن النظر يجوز للحاكم ولو لم يزعم المحكوم عليه الجور ، حيث أن قوله « ليس عليه » نفى الوجوب لا الجواز ، ولعله كذلك قبل صدور الحكم من الاول بعد الثبوت ، اذ لا مانع منه ، لانه ليس بالتجسس المنهي عنه ، الا أن يكون غرضه الاطلاع على عيوب الحاكم الاول فيحرم ، وأما بعد الحكم فالظاهر أيضاً كذلك لما ذكرنا .

ثم ان الظاهر من وجوب النظر على الحاكم اختصاص الكلام بالحكم في الشبهات الحكمية ، خصوصاً بملاحظة ادعاء المحكوم عليه الحكم الجوري ، لان دعوى الجور ليس مما ينفع فيه البينة ، اذ هو من قبيل الشهادة على الرضا المحرم ونحوه مما يتضمن الاخبار بحكم الله .

ويمكن تنزيل دعوى الجور على ذكر شيء من أسبابه ، كالحكم بالبينة الفاسقة عنده أو مطالبة اليمين من المدعي ونحوه مما يسمع فيه البينة ، وحينئذ فيكون المراد بنظر الحاكم تجديد المرافعة .

التقاط

[ترجمة مترجم الدعوى شهادة أو رواية ؟]

إذا افتقر الحاكم الى من يترجم مراد الخصمين أو الشاهدين مثلاً ، جاز له أخذ

المترجم والمشي بمقتضى الترجمة .

والاشكال المذكور في دلالة آية النبأ على حجية الاخبار مع الواسطة ،
يجري في المقام أيضاً كالاتقرار بالاتقرار . لكن الظاهر عدم الخلاف في سماع
قول المترجم ، وانما الخلاف بعد الاتفاق على اعتبار العدالة فيه في اعتبار العدد .
ومبنى المسألة على كون الترجمة شهادة أو رواية مثلاً ، وذكروا في تمييز
الشهادة عن غيرها أموراً مذكورة في محلها لا يخلو جلها أو كلها عن النظر .
والذي تلقيناه من الاستاد الانصاري دام ظله هو أن الشهادة عبارة عن كل
خبر صدر في مقام التوقع والانتظار ، فكل خبر كان مسبوقاً بسؤال محقق أو مقدر
بمعنى وقوعه في مقام انتظار شخص له كالأخبار بالبهلال فهو شهادة . ومن ذلك
تخرج الروايات عن الشهادة ، لأنها اخبار ابتدائية غير مسبوقة بسؤال عن
مضامينها تحقيقاً أو تقديراً .

ومن هنا يظهر اندراج الترجمة تحت الشهادة ، فيعتبر فيها التعدد ، للاجماع
على اعتباره فيها .

ثم لو شك في كون شيء شهادة أو رواية يرجع الى اطلاق ما دل على اعتبار
قول العدل مطلقاً ، سواء انضم معه عدل آخر أم لا ، بناءً على حجية قول العدل
كذلك ، اقتصاراً فيما خرج عن تحت العام - وهي الشهادة - على القدر المعلوم
كونه من أفرادها ، كما هو الشأن في كل مخصص مجمل بحسب المفهوم مردد
بين الأقل والأكثر ، فان المرجع في الفرد المشكوك الاندراج هو العام . ولو
منع عن عموم حجية قول العدل كان المرجع في الموارد المشككة أصالة
عدم الحجية كما لا يخفى . والله العالم .

التقاط

[هل يكفي اظهار الاسلام في الشهادة]

[اولابد من العلم بالعدالة]

اذا عرف اسلام الشاهدين وجهل عدالتهما ، توقف الحاكم حتى يتحقق مايبني عليه من عدالة أوفسق عند المشهور ، خلافاً للمحكي عن الخلاف ، فذهب الى أنه يحكم بمجرد ظهور الاسلام وعدم ظهور الفسق . وهذا هو الاصل عند الشيخ في كل موضع يشترط فيه العدالة ، فيترتب أثرها بمجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق ، وتبعه بعض القدماء أيضاً من الشيعة . والمشهورين الاصحاب سيما المتأخرين هو الاول .

وهيما قول ثالث صرح به بعض رؤساء المتأخرين^(١) وفاقاً لما استظهره من كلام بعض القدماء ، وهو عدم الاكتفاء بالاسلام واعتبار حسن الظاهر . والمراد بالاكتفاء بالاسلام أو بحسن الظاهر كونهما طريقتين جعليين من الشارع الى العدالة التي هي ملكة من الملكات وصفة من الصفات ، نظير سائر الطرق الشرعية كالبيئة وفعل المسلم وأصالة الطهارة ، لأن العدالة عبارة عنهما كما توهمه جملة من المتأخرين حيث زعموا أن الاختلافات في المقام راجعة الى حقيقة العدالة وأنها الملكة أو الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر . ولكنه سهو واضح ، لان القول بأن العدالة هي نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر ، غير معتول عقلا ونقلا . فهنا مقامان : الاول عدم كون العدالة عبارة عن الاسلام مع عدم ظهور الفسق عند أحد من العلماء ، والثاني عدم اعتبارهما في مقام الكشف عنها .

(لنا على الاول) ان العدالة والفسق أمران متضادان بالبداهة والوجدان ،

(١) قائله الوحيد البهبهاني «قده» .

فلا يجتمعان في مورد واحد ضرورة ، ولو كان الاسلام مع عدم ظهور الفسق نفس العدالة جاز اجتماعها مع الفسق النفس الامري ، لعدم المنافاة بين الجهل به وثبوته واقعاً . والسرفي ذلك أنه اذا اعتبر في أحد الشئين عدم العلم بالآخر جاز اجتماعهما واقعاً وخرجا عن الضدية .

وأما عدم ثبوته فعلا فلان بناء الشيخ على العدالة بمجرد الاسلام ، وعدم ظهور الفسق ليس فيه دلالة على كونه هو العدالة ، بل فيه الدلالة على الخلاف كما أوضحنا . مضافاً الى ظهور ما في محكي الخلاف على المدعى بأن الاصل في الاسلام هو العدالة ، لان القول بكون الاسلام مع عدم ظهور الفسق هو العدالة ينافي جعل العدالة في المسلمين من الاصول .

ومن شواهد ما ذكرنا عبارة الشرائع حين نقل الخلاف عن الشيخ ، حيث أرسل وجوب البحث عن العدالة مع الجهل بها ارسال المسلمات ثم قال : وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدتهما . ثم ذكر خلاف الشيخ في وجوب البحث . ووجه الشهادة : ان الغرض من قوله « وكذا ذكر خلاف الشيخ » في بعض أقسام المسألة الاولى ، وهذا ينافي كون العدالة هو ظهور الاسلام ، اذ العدالة حينئذ مجهولة عند الشيخ حتى يبحث عنها ، مع أن ظاهر العبارة اختلاف الشيخ في وجوب البحث حينئذ لافي تحقق العدالة .

مع أن ارسال الاولى ارسال المسلمات يقتضي فرض صورة تكون العدالة فيها مجهولة غير مبحوث عنها عند الكل حتى الشيخ ، وعلى تقدير كون الاسلام نفس العدالة لم يتصور ذلك الفرض .

وأيضاً فرض عنوان المسألة الخلافية بما اذا عرف الاسلام وجهل العدالة ، لا يجامع القول بأن العدالة هي نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق عند الشيخ كما لا يخفى . نعم ربما أطلق عليه العدالة في كلام الشيخ وفي كلام غيره المتعرضين

لنقل قوله ، لكنه مسامحة في التعبير وتنزيل لايجري مجرى العدالة عند الشيخ منزلتها .

وهذا صاحب المسالك لمادخل في المسألة حرر الخلاف في وجوب البحث عن العدالة والاعتماد على ظاهر الاسلام . وهو كما ترى صريح في كون الخلاف في طريقها ، ثم بعد نقل أدلة الاول قال : وفي هذه الادلة نظر :

أما الآية - يعنى قوله تعالى «واستشهدوا ذوي عدل منكم»^(١) - فليس فيها أن المراد منها ماذا . ومدعي الاكتفاء بظهور الاسلام اذالم يظهر الفسق يقول : ان ذلك هو العدالة وانها الاصل في المسلم . بمعنى أن حاله يحتمل على القيام بالواجبات وترك المحرمات ، ومن ثم جرى عليه هذا الحكم حتى لايجوز رميه بفعل محرم ولاترك واجب أخذاً بظاهر الحال ، واتفق الكل على بناء عقده على الصحيح - انتهى كلامه رفع مقامه .

فانه وان نسب الى الشيخ أنه يقول بأن العدالة هو ظهور الاسلام لكن جعل ذلك عبارة أخرى عن الاصل والاخذ بظاهر حال المسلم . وحمله على عدم فعل القبائح وترك الواجبات قرينة على مسامحته في العبارة الاولى .

نعم ظاهر ما ذكره ثانياً بقوله : ثانياً سلمنا ان العدالة أمر آخر غير الاسلام وهي الملكة الاتية لكن لايشترط العلم بوجودها بل يكفي عدم العلم بانتفائها - الخ ، بقرينة المتقابلة يوهم خلاف المقصود .

لكن الامر في ذلك كله سهل بعد وضوح الامر وبداهته ومعلومية كونها مسامحات في العبارة ، كما يصرح بذلك قول صاحب المسالك أيضاً في شرح قول المصنف «ولايجوز التعويل على حسن الظاهر» حيث قال : ومن اكتفى بالاسلام وجعله دليلاً على العدالة اكتفى بحسن الظاهر بطريق أولى .

مع أن الاخبار التي استند اليها الشيخ كلها ظاهرة في كون الاسلام مع عدم ظهور الفسق طريقاً الى العدالة لانفسها ، مضافاً الى شهادة غير واحد من الاخبار تصريحاً وتلويحاً ، بأن العدالة حالة من حالات الشخص وصفة من أوصافه توجب الطمأنينة في أقواله ، مثل ما شتمل على الوثاقة والعفة والصيانة كما في صحيحة ابن ابي يعفور^(١) وغيرها مما يقاربها في الدلالة على كون العدالة حالة رادعة . بل يمكن الاستدلال عليه بآية النبأ أيضاً ، نظراً الى عدم الفرق بين العدالة بمعنى ظهور الاسلام والفسق في الردع عن التعمد في الكذب الذي صاراحتماله سبباً لوجوب التبين الراجع للندم وقباحة تعليل المحكم الخاص ، أعني التبين في خبر الفاسق خاصة بعلّة مشتركة بينه وبين ضده .

ومن هنا لو ادعي تطابق الاخبار وكلمات الاخبار على كون العدالة هي الحالة وأنها مطابقة لمعناها العرفي أعني الاستقامة ، لوضوح عدم اتصاف الشخص بالاستقامة في نظر الشرع والعرف الابعبار مابه من الملكات والحالات الباعثة على ارتكاب حسان الافعال والاخلاق وانزجار قبائحهما ، كان دعوى مع البينة والبرهان .

وكذا الكلام في حسن الظاهر بالمعنى المقابل للباطن ، فان مثل ذلك أيضاً يجامع الفسق الباطني ، فلا يكونان متضادين ، وأيضاً على تقدير كونه نفس العدالة استحالة تبين فسق الشهود أبداً ، مع أن الشيخ والمكتفين بحسن الظاهر يوافقون الاصحاب في عنوان مسألة تبين فسق الشهود .

نعم يمكن بناءً على ظهور الاسلام جعل التبين عبارة عن ظهور كفرهم ، وهو كما ترى من المضحكات ، لان الشيخ ولا غيره من الاصحاب لا يرضون بذلك . أتري أنه لا تبين فسق من ظاهره الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو ظاهره الاتصاف

بالحسن بفعل كبيرة قبل الشهادة، فهل الشيخ أو أحد من المسلمين يرى نفوذ شهادته وجواز الحكم على طبقه اذا كان التبين بعد اقامة الشهادة وقبل صدور الحكم، كما هو لازم جعل نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق العدالة، فانه من قبيل صدور الكبيرة من ذي الملكية بعد تمام الشهادة الذي لا يمنع عن الحكم بلاشكال .

[ماهي حقيقة العدالة؟]

هذا، ثم ان العدالة عند الشيخ بعد معلومية كونها مذكور يحتمل أن يكون أحد أمور ثلاثة :

(الاول) الملكية على ما هو الظاهر الموافق للعرف والشرع .

(والثاني) الاسلام مع عدم الفسق الواقعي، لاعداد ظهوره الذي يجمع الفسق الباطني، على أن يكون عدم الظهور دليلاً تعديلاً شرعياً أو ظنياً نوعياً على الجزء الاخير الذي يعتبر في العدالة بمعنى الملكية أيضاً .

(والثالث) خصوص عدم الفسق الواقعي، بأن يكون الاسلام متسماً للعدالة والفسق لاعتبراً في المفهوم الاول، فالمسلم العادل هو من لا يفسق باخلال واجب اوارتكاب محرم، والمسلم الفاسق من كان لا يبالى عن القبائح ويرتكبها، فتنطبق العدالة حينئذ عند الشيخ على ما يعطي ظاهر عبارة جمع كثير من القدماء، حيث يفسرون العدالة بمجرد ارتكاب الواجبات والانتفاء المحرمات، ولولم نرجع هذا التفسير أيضاً الى الملكية كما هو الظاهر من قولهم «فلان لا يفعل كذا» أي له حالة رادعة عنه .

مضافاً الى عدم معقولية كون الفعل والمترك الاتفاقيين الغير المصادرين من حالة نفسانية مناطاً للعدالة، لانه غير داخل تحت ضابط حتى يجعل المدار عليه فيقال مثلاً : ان المدار على عدم الارتكاب في آن الشهادة أو قبله بيوم أو يومين

أو سنة أو سنتين أو في جميع السنين الماضية أو غير ذلك من المضحكات .
بخلاف المقرنين بالملكة والحالة ، فإن المناخ حينئذ على تلك الحالة بشرط
عدم فعل الكبيرة أو التوبة على تقدير الفعل .

ولعل ظاهر قوله « الاصل في الاسلام العدالة » غير الثاني ، لان الاسلام
بناءً عليه معتبر في العدالة جزءاً لأمرأة عليها، وقد عرفت أن هذه العبارة ظاهرة
في كون الاسلام طريقاً إليها. وكذا غير الثالث، لان الاسلام بناءً عليه غير معتبر
في العدالة أصلاً لا طريقاً ولا موضوعاً . وظاهر العبارة المزبورة مدخليتهما في
العدالة لا في المقسم كما احتملنا .

(ولنا على المقام الثاني) أن الاكتفاء بعدم ظهور الفسق وعدم البحث عن
الباطن وان ورد بهما أخبار متكاثرة واضحة الدلالة لكنها شاذة معارضة بأقوى
منها دلالة وعملاً. نعم الاكتفاء بحسن الظاهر له وجه لشهادة جملة من الاخبار،
بل يدل عليه قوله عليه السلام بعد ذكر أن العدالة هي العفاف في صحيحة
ابن ابي يعفور « والدليل على ذلك كله أن يكون ساتراً لعيوبه حتى يحرم على
الناس تفتيش ما وراء ذلك »^(١)، فانه صريح في أن ملكة التستر - أعني حفظ ظاهره
من القبائح - دليل على العدالة .

لكن في الاعتماد على حسن الظاهر أي ملكته تعبداً محضاً مثل الاصول
التعبدية حتى فيما لو علم كون التستر حياءً من الناس لا خوفاً من الله مع الشك
في الفسق الواقعي ، أو مشروطاً بإفادته العلم كما نقل عن ظاهر الشهيد الثاني في
كتاب الصلاة، وهو ظاهر المحقق هنا حيث أوجب البحث ولم يجوز الاعتماد
على حسن الظاهر، أو الظن المطلق نوعاً أو شخصاً، أو الظن الاطمئنانى الشخصي .

وجوه أو أقوال ، أقربها الاخير ، يدل عليه قوله عليه السلام في رسالة يونس « فاذا كان ظاهره - أي الشاهد - ظاهراً مأموناً جازت شهادته »^(١) ، فان حسن الظاهر انما يكون مأموناً اذا كان بحيث يظن معه عدم الخيانة ظناً فعلياً .

[أمور تتعلق بالملكة]

وينبغي التنبيه على أمور :

(الاول) ان المراد بالملكة ملكة التجافي عن جميع الكبائر ، فلا عبرة بملكة البعض دون البعض والا لكان جميع الناس عادلين الامن شد ، اذ مامن أحد الا وفيه حالة رادعة عن بعض المعاصي لامحالة ، الا أن يقال : ان المراد بالملكة هي الحالة الناشئة عن خوف الله تعالى ، ومثل ذلك لا يقبل التشكيك . وفيه نظر . (والثاني) ان الملكة لاتنافي فعلية المعصية الكبيرة ، لان الملكات قد تغلب . ومن العجب اعتقاد بعض امتناع ذلك حتى نفوا ثبوت الملكة في مثل سلمان . نعم صدور المعصية ينافي العدالة ، لانها عبارة عن الملكة المقيدة بعدم المعصية لاعتن مجرد الملكة ، فصدور المعصية يوجب زوال أحد الجزئين .

(والثالث) ان معيد العدالة التوبة مع العزم على عدم المعاودة . فاذا علم ذلك من مرتكب الكبيرة مع احراز ملكته عادت عدالته .

(والرابع) ان كل معصية تنافي الملكة ، فالتجري بها ظاهراً كذلك وان لم نقل بحرمة شرعاً ، لان التجري في مقام الكشف عن عدم الاكتراث في الدين وعدم المبالاة عن النواميس الشرعية لا يقصر عن نفس المعصية - فافهم . والله العالم .

التقاط

[نقض حكم الحاكم اذا عرف فسق الشهود]

اذا حكم الحاكم بعد احراز العدالة كل على مذهبه ثم ظهر للحاكم فسق الشهود قبل الحكم ، فهل يجب عليه نقض الحكم كما صرح به غير واحد أم لا . وعلى تقدير النقض ففي وجوب النقض على كل من كان عالماً بفسقهم من مجتهد أو مقلد ، أو التفصيل بين علم الحاكم بالنقض وعلم المقلد بالعدم . وجوه واحتمالات تنشأ من التأمل في أن عدالة الشهود شرط علمي للحاكم أو واقعي ، وعلى الاول فهل العبرة بعلم الحاكم الذي حكم أو نوع الحكم ، وعلى الثاني يجب على كل من علم بفسقهم نقض الحكم كما لو علم الحاكم نفسه سواء كان مجتهداً أو مقلداً . لا يقال : اذا كانت العدالة شرطاً واقعياً لم ينفذ الحكم الا في حق من علم بعد التهم ، فيجوز للشاك المنتقض أيضاً كالعالم بالفسق .

لأننا نقول : علم الحاكم يقوم مقام علم غيره في صورة الشك خاصة لا مطلقاً ، وعلى الاول من شقي الاول لا يجوز المنتقض مطلقاً حتى من الحاكم وعلى الثاني يجوز لغير الحاكم من سائر الحكام النقض دون المقلد ، فكل حاكم يتبع علمه بالعدالة والفسق وأما صورة الجهل فمثل ما ذكر من قيام علم الحاكم الذي حكم مقام علم غيره . وهذه الوجوه آتية في عدالة شهود الطلاق أيضاً بالنسبة الى المطلق أو الشهود أو غيرهم من سائر المكلفين .

والتحقيق أن حكم الحاكم بمقتضى البينة نظير فتوى المجتهد بمؤدى الرواية ، وإن الفتوى والحكم كليهما ناظران الى مدلول الامارة الشرعية من حيث كونه مدلولاً لها لا من حيث كونه مطابقاً للواقع ، فوظيفة الحاكم الالزام بما تقوله البينة العادلة من حيث كونه قول البينة لا من حيث كونه صدقاً أو كذباً ، كما أن وظيفة

المفتي الافتاء بمدلول الرواية من حيث كونه مدلولها .

وقضية تلك الحيشية أنه اذا تبين فسق الشهود تبين فساد الحكم ، وانه لاحكم هنا واقعاً بل ظاهراً . كما لو تبين فسق الراوي للمقلد على مذهب مجتهد الذي يعتبر العدالة في الراوي ، فانه لاشبهة في وجوب نقض الفتوى ماضياً ومستقبلاً . والحاصل ان فساد المستند في الحكم والفتوى بمثل اختلال هذا الشرط - أعني العدالة - يستلزم فساد الحكم وان شك في الخطأ الواقعي ، اذ ليس المفتي به والمحكوم به هو مدلول الامارة من حيث كونه مطابقاً للواقع حتى يشك مع اختلال بعض شرائط القبول في صحة الحكم أو الفتوى ، بل هو من حيث كونه مدلولها .

وهذه الحيشية تتنفي عند بعض شرائط تلك الامارة ، فالحكم المستند الى شهادة الزور أو شهادة الفاسق ليس بحكم متبع والزام نافذ في الواقع كالفتوى بمؤدى قول الفاسق مثلاً عند مشرطي العدالة في الراوي ، بل الامر في الشهادة أيضاً كذلك ، اذ الشاهد لو علم مستند شهادته وفساده يجب متابعتها مطلقاً وان احتمل مطابقتها للواقع ، فمن شهد بالفجر أو الهلال مستنداً الى شيء علم عدم صلاحيته للشهادة لم يجب قبول قوله .

والحاصل ان التعبد بمقتضى الامارات والادلة الشرعية يرجع الى وجوب العمل بمؤدياتها من حيث كونها مستفادة منها لامن حيث المطابقة للواقع وعدمها ، فلا يعقل مع فسادها باختلال بعض شرائط العمل موضوع للتعبد الشرعي .

فظهر أن مقتضى القاعدة هو الاحتمال الثاني - أعني كون العدالة شرطاً واقعياً - لان وجود الموضوع شرط واقعي لحكمه ، ولا يعقل أن يكون شرطاً علمياً الا بعد فرض عدم كونه هو الموضوع ، فمن حكم أو أفتى أو عمل بمؤدى البراءة المشروطة بعدم الناقل مع وجوده في الواقع وخطائه في الفحص خطأ

غير معذور كان الحكم صورياً ظاهرياً في مرحلة الظاهر أيضاً .
وأما شهود الطلاق فالظاهر من أدلته أيضاً اعتبار العدالة الواقعية فيهم ، فلو
كان الشاهدان فاسقين حرم عليهما تزويج المرأة المطلقة بمحضرهما وهكذا
غيرهم . لكن في التواعد أنه يجوز لهما نكاحها على اشكال . وعلى الاول فاحراز
العدالة منوط بنظر المطلق ، فيكفي احرازه على احراز غيره في صورة الشك
لامطلقاً .

هذا ، وقد يقال ان كون العدالة شرطاً واقعياً في حق جميع المكلنين مشكل ،
لما يترتب عليه من المفاسد التي لا يظن بالتزام أحد اياها ، مثل سماع قول كل
من يتمرد من قبول حكم الحاكم مدعياً لفسق الشهود ولزوم الهرج والمرج ،
فلا يبعد القول بأن علم غير الحكم بفسق الشهود غير مؤثر في جواز النقض ،
وأما الحكم فلا ضير في القول بجواز النقض في حقهم ، بمعنى عدم وجوب
انفاذ الحكم المستند الى البيئة الفاسدة عليهم اذا كانوا عالمين بها .

وعبارة الشرائع في هذه المسألة لا تخلو عن اجمال ، قال : ولو حكم بالظاهر
ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه . لاحتمال البناء على المعلوم والمجهول
في الفعلين ، أعني حكم ونقض ، فعلى الاول اختص النقض بالحاكم ، وعلى
الثاني عم كل من تبين عنده فسق الشهود . والله العالم .

التقاط

[كيفية تعديل الشهود او جرحهم]

اختلفوا في قبول التعديل والجرح مطلتين أو مفصلين أو مختلفين على
أقوال ، وقبل الخوض في المسألة فلنقدم مقدمتين :
(الاولى) ان متعلق الاخبار قد يكون حكماً شرعياً صرفاً ، وقد يكون موضع

الحكم الصرف ، وقد يكون ملفقاً منهما .

لاشكال في أن الاول يرجع الى الاجتهاد والفتوى، كما أن الثاني الى الشهادة. ومثل الاول الاخبار بحدود الموضوعات المستنبطة . فانه أيضاً يرجع الى الفتوى دون الشهادة . وأما الثالث فالتحقيق فيه انه أيضاً ملحق بالفتوى وان كان بينهما بعض الفرق ، مثاله الشهادة بالمملك لا بالملك، اذ الشهادة على حصول المملك ترجع الى الشهادة بوجود شيء خارجي والفتوى بأنه مملك ، ومثل الاخبار بالرضاع فان مرجعه أيضاً الى نحو دن الفتوى ، بل هو مندرج تحت الاخبار بوجود الموضوع المستنبط من حيث وصفه العنواني الراجع الى نحو الاجتهاد، ولذا ذهب الاكثر الى عدم قبول الشهادة على الرضاع الا مفصلاً بذكر مرات الرضعة .

وأما الشهادة على أمر مبین متحد مفهوماً بين الكل مختلف بحسب الاسباب فخارج عما نحن فيه ، فان المشهود به اذا لم يكن متضمناً للفتوى بل كان من الموضوعات الصرفة الخارجية فالشهادة به مقبولة وان كان له أسباب مختلفة بين صحيح وفاسد ، كالملكية والزوجية والحرية ونحوها، فان عموم حجبة قول العدل يشملها الا اذا علم الاستناد فيها الى الاسباب الفاسدة ، والا لما بقي للمسلمين شهادة ، اذ ما من خبر الا ويمكن الاستناد فيه الى سبب حدسي فاسد .

ومن هذا القبيل الشهادة على البيع ، فانها مقبولة من غير استفصال عن صيغته وشرائطه ، لان النقل أمر عرفي لا تعدد فيه ولا اختلاف بحسب الانظار ، وانما الخلاف في أسبابه .

وقد يقال: ان قبول الشهادة على البيع مطلقاً أما باعتبار حمل الفعل على الصحيح الواقعي، وأما باعتبار حمل الحاكم أو حمل الشهود انكالا على أصالة الصحة التي جعلها الشارع دليلاً على الصحيح الواقعي، ولو مع العلم باختلاف رأي البائع مع

رأى الحامل فضلا عن الشك فيه ، والاول أولى . فتأمل .
 (والثانية) ان مناط العدالة والفسق على الاقتحام في المعصية الاعتقادية دون الواقعية ، فمن تناول كل قبيح باعتقاد معذور من اجتهاد أو تقليد أو قصور بحليته لم يكن فاسقاً ، بل يتصف بالعدالة اذا كان معه الحالة الرادعة عن ارتكاب ما يراه فسقاً .

وأما تناول المباحات معتقداً الحرمتها جهلاً مركباً من اجتهاد أو تقليد فخروجه عن العدالة مبني على القول بأن التجري مثل المعصية ، وستأتي الاشارة اليه . ومقتضى ذلك التوقف في الحكم بعدالة شخص أوفسقه اذا فعل فعلاً وشك في اعتقاده الحل أو الحرمة وان كان في نظر الحاكم حراماً .

[شرطية التفصيل فى الجرح]

اذا تحقق ذلك فاعلم أنهم اختلفوا في قبول الجرح مطلقاً أو مفصلاً ، والمشهور الثاني استناداً الى أن الحاكم قد يخالف رأيه لرأى المزكي ، فيبني في التفسيق على مذهبه مع مخالفته رأي الحاكم ، حتى أنهم صرحوا باختصاص القبول مطلقاً بما اذا كان الحاكم والمزكي متوافقين في أسباب الفسق ومفهوم الكبيرة وأشخاصها .

وهذا الكلام بظاهره غير مستقيم ، لما ظهر في المقدمة الاخيرة من أن الفسق لا يحصل الا بعد اعتقاد الفاعل معصية الفعل ، ومقتضى ذلك عدم العبرة برأى الحاكم أو المزكي بل برأى المزكى .

ويمكن توجيه كلامهم بأن ملاحظة رأي الحاكم أو المزكي انما هو لاجل الاختلاف في مفهوم الكبيرة ومصاديقها لافي عدد المعاصي ، وهو مما يوجب الاستفصال .

توضيحه : ان الفسق يحصل بالمعصية الكبيرة ، ولا بد فيما يحصل به من احراز أمرين : أحدهما كونه معصية ، والثاني كونها كبيرة . والاول هو الذي قلنا باناطته على رأي الفاعل في الحل أو الحرمة ، وأما الثاني فالمناط فيه هو نظر من يريد ترتيب آثار العدالة من تزكية أو حكم أو غيرهما ، وذلك لان المعصية تخرج عن كونها معصية بالجهل ، وأما الكبر والصغر فلا يؤثر فيهما الجهل .

مثلا : اذا قيل ان الكبيرة ما أوعده الله عليه النار ، فهذا المعنى لا يتغير بعلم الفاعل ولا بجهله بإيعاده تعالى ، فلو فعل فعلا معتقداً بكونه معصية غافلا عن كونه كبيرة أو جاهلا به أو معتقداً بكونه صغيرة فيجري عليه حكم فاعل الكبيرة من الآثار الوضعية عند العالم بالحال ، ولو انعكس انعكس :

فلو اعتقد الفاعل كونه كبيرة دون الحاكم أو المزكي أو غيرهما ممن يريد ترتيب آثار الفسق والعدالة اما باعتبار الاختلاف في مفهوم الكبيرة - كما اذا كان رأي الفاعل أن كل ما أوعده الله عليه فهو كبيرة - وارتكب شيئاً منها وكان رأي الحاكم أنها أخص من ذلك وانها خصوص ما أوعده الله عليه النار ، أو في مصداقها من جهة بعض الاشتباهات في الأدلة كما اذا اتفقا على أن الكبيرة ما أوعده الله عليه النار واختلفا في ايعاد النار على بعض المعاصي - كالغناء في غير مقام اللهو باعتبار دعوى النافي أن آية اللهو^(١) التي استدل بها الامام عليه السلام على كونه من الكبائر^(٢) لا تعم ما كان منه في غير مقام اللهو - أو في مصداقها من جهة الشبهة الموضوعية الخارجية كما اذا كان معتقداً الفاعل أنه يشرب خمرأً ومعتقداً الحاكم أو المزكي أنه شرب عصيراً محرماً ، لم يحكم بفسقه في الصور الثلاث .

نعم يمكن التفسير في الصورتين الأخيرتين ، بناءً على أن التجري في

(١) وهي قوله تعالى «ومن الناس من يشتري لهو الحديث...» [سورة لقمان: ٦] .

(٢) الوسائل ج ١٢ ب ١٥ من ابواب ما يكتسب به ح ١ .

المعصية مثلها فى أصلها ووصفها ، دون الصورة الاولى التى هى محط نظر
الاصحاب خاصة أومع الصورة الثانية أيضاً ، لعدم تحقق التجري فيها بالنسبة الى
ما اعتقده كبيرة ، لان التجري بها مرجعه الى اعتقاده صدق ما ظن أنه كبيرة على
ما يأتى من الصغيرة الواقعية فى نظره .

والامر فيها ليس كذلك ، لان المفروض فيها أن مرتبة المعصية محفوظة
عند الفاعل ، وليس مخطئاً فى اعتقاد تحقق تلك المرتبة فيما يأتى به من المعصية
وانما هو مخطئ فى ظن وسعة دائرة الكبيرة حيث اعتقد شمولها لتلك المرتبة.
والحاصل ان خطأ الشخص فى كون ما يأتى به من المعصية كبيرة ، تارة يكون
من جهة الصغرى وأخرى من جهة الكبرى. والاول مثل ما اذا أصاب فى كون شرب
الخمير كبيرة وأخطأ فى اعتقاد كون ما يأتى به من الشرب شرب خمير ، والثاني مثل
ما اذا اخطأ فى كون النظر الى الاجنبية كبيرة وأصاب فى اعتقاد كون ما يأتى به
من أفراد النظر .

والتجري بالكبيرة انما يتحقق بالاول دون الثاني ، لان الناظر الى الاجنبية
مثلا مع علمه بمرتبة معصيته وكونها أخف من الزنا التى هى كبيرة لم يتجر
على المولى بشئ .

ولو اعتقد جهلاً أن هذه المرتبة الخفيفة تشارك المرتبة الاكيدة من العصيان
فى عنوان الكبيرة الذى ترتب عليه فى الاخبار وكلمات الاخيار بعض الاثار
الوضعية كالتفسيق وعدم التكفير الابالتوبة . أترى أن من يرى أن كل معصية
كبيرة فهو عاص بنفس المعصية ومتجرى بوصفها عند من يخطئه .

وكذلك يمكن منع اجراء حكم فاعل الكبيرة فى المسألة الاولى فى الشبهة
الموضوعية ، مثل ما اذا شرب الخمر باعتقاد أنه العصير ، لان شرب الخمر اذا
كان مغفولاً عنه لم يتحقق حينئذ معصية شرب الخمر أصلاً حتى يجري عليه حكم

فاعل الكبيرة .

وما قلنا من عدم تأثير العلم والجهل في الكبر والصغر ، انما هو بعد تحقق العصيان بذات الكبيرة ، وأما مع فرض عدم تحقق المعصية بالنسبة الى ذاتها فلامعنى لجريان حكم المعصية الكبيرة عليها . الا أن يقال : ان الغفلة عن عنوان شرب الخمر انما يخرجها عن المعصية اذا لم يتصف بالمعصية بعنوان آخر كشرب العصير ، مثل ما اذا شرب الخمر باعتقاد كونه ماءً . وأما مع الانصاف فنمنع عدم تحقق المعصية بالنسبة الى شرب الخمر حينئذ .

نعم في الشبهة الحكمية يتجه الحكم بالفسق ، لما أشرنا من أن الجهل بكون المعصية كبيرة مع الالتفات الى أصل العصيان لا يمنع عن ترتيب آثار الكبيرة .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا وجه غير بعيد لصحة القول المشهور من لزوم الاستفصال ، لانا اذا قلنا ان مناط الفسق والعدالة على ارتكاب الكبيرة الواقعية وعدم الارتكاب فلا جرم يسقط نظر المزكي والفاعل عن الاعتبار في كبر المعصية وصغرهما ، لان طريق الواقع لكل شخص اعتقاده لا اعتقاد غيره ، فالمزكي لا بد أن يكون موافقاً مع الحاكم في أسباب الفسق حتى تقبل شهادته ، فمع شك الحاكم في الموافقة لا بد له من الاستفصال .

لكن اذا الوجه لا يجري في قول من يرى ان المعاصي كلها كبيرة كابن ادريس ، فانه يقتضي الاعتماد على رأي الفاعل دون الحاكم أو المزكي .

[حمل كلام المخبر على الصدق الخبري]

هذا ، وفي المقام شيء آخر لو تم ازم قبول الجرح مطلقاً ، وهو حمل كلام المخبر على الصدق الخبري ، ولو مع الاختلاف في أسباب المخبر به كما أشرنا

اليه في ذيل المقدمة الاولى ، فاذا أخبر بالفسق الواقعي باعتقاده وجب على السامع تصديقه في ذلك الاعتقاد والحكم بمطابقته للواقع ، كما اذا أخبر بالملكية والزوجية ، لان أدلة الشهادة وأدلة تصديق العادل انما تدل على تصديق الخبر دون المخبر ، فان الفاسق والعادل سيان في التصديق المخبري الراجع الى حمل اخباره على وجه مباح دون مطابقة الواقع . والاختلاف في أسباب المخبر به لا يقدح اذا كان متعلق الاخبار هو الواقع .

وفيه نظر ، لان أدلة صحة قول العدل لاتساعد على قبول اخباره الناشئة عن الاجتهاد اجماعاً وعن الحدس على الاقوى ، ولذا لا يعتبر قول المجتهد وفتواه ولو على سبيل الجزم واليقين الا على مقلديه ، واذا فرضنا كون المخبر به من الامور المختلف فيها بحسب الاسباب انتهى الاخبار به الى شهادة وفتوى . مثلاً : اذا أخبر بالملكية مستنداً فيها الى المعاطاة فهذا الاخبار ينحل الى قضيتين : احدهما الشهادة على وقوع المعاطاة ، والثانية الفتوى بافادتها الملكية . وبعد فرض الاجماع مثلاً على عدم حجية الفتوى يسقط اخباره بالملكية عن الاعتبار عند السامع ، سواء كان عالماً بفساد المعاطاة أو شاكاً في صحتها .

وما ذكرت من دلالة الأدلة على التصديق الخبري لا يقتضي تصديق المخبر في اجتهاده بالانفاق ، كما اذا أخبر بنجاسة عرق الجنب مثلاً ، ولازم ذلك عدم حجية الشهادة المتضمنة للاجتهاد والفتوى أيضاً كما في الامثلة المشار اليها ، لان المشهود به اذا كان مختلفاً فيه بحسب الحقيقة كالرضاع أو بحسب الاسباب كالملكية تضمنت نحواً من الافتاء .

ودعوى أن قضية تصديق العادل في القسم الاخير حمل الخبر على ما يطابق الواقع في اعتقاد السامع دون المتكلم . فاسدة ، لان تصديق العادل في خبره عبارة عن الحكم بثبوت مضمونه واقعاً في اعتقاده لا في اعتقاد السامع .

توضيح المقام : انه اذا أخبر شخص فبهنا أمور قابلة للتصديق : أحدها مطابقة الخبر لاعتقاده ، ومقابله تعمد الكذب . والثاني ثبوت مضمونه الذي قصده من الكلام واقعاً في اعتقاده ، ومقابله السهو والخطأ في الاعتقاد . وثالثها ثبوت مضمونه واقعاً بقول مطلق .

والاول لا كلام لنافيه . والثاني هو الذي يجب الحكم به ، ويسمى بالصدق الخبري ، لان الصدق ليس الامطابقة ماأراد المتكلم من الالفاظ للواقع لامطابقة مالم يقصد به . مثلاً اذا قال « هذا ملك لزيد » فلا بد أولاً من تحصيل مراده من هذا الكلام ثم الحكم بمطابقته للواقع ، فلو علمنا أنه أراد بالملك ماوقع عليه المعاطاة وجب تصديقه في ذلك لافيما لم يقصده ، أعني ماوقع عليه القصد مثلاً ، فاذا كان البائع يرى عدم حصول الملك بالمعاطاة فكيف يحكم بحصول الملك الواقعي بمجرد اخباره بالملك . والثالث هو الذي ينفع في المقام . ولا دليل عليهم كما عرفت ، لان دليل تصديق خبر العادل مركب من أمور لا يثبت المقصود في المقام :

(أحدها) الحكم بعدم تعمده بالكذب ، وهو أمر ثابت بالكتاب والسنة بل الاجماع أيضاً في الجملة .

(والثاني) الحكم بعدم ارادته خلاف ظاهر كلامه ، لانه من مقدمات الصدق الخبري أيضاً وان لم يكن من مقدمات الصدق المخبري ، وهذا يدل عليه أصالة الحقيقة .

(والثالث) عدم اشتباهه وخطأه فيما يستند فيه الى المحس دون الحدس والاجتهاد ، ولا ريب هنا أن السامع اذا حمل شهادته بالملك على ما يحصل بعد المعاطاة التي يرى المخبر سببيتها دون السامع مثلاً لم يكن فيه مخالفة للمقدمة الاولى كما هو واضح ولا للمقدمة الثانية لعدم تجوز في أطراف الكلام حينئذ

كما لا يخفى ولا للمقدمة الثالثة لعدم استناده في الاخبار الى الحسن بل الى الاجتهاد الغير القائم على تصديقه دليل الى الان بل الدليل على خلافه .

فظهر مما ذكرنا أنه كما لا يجب تصديق الشاهد في أمثال المقام اذا علم استناده الى السبب الفاسد عند السامع كذلك لا يجب اذا شك في الاستناد اليه والى السبب الصحيح من حدس أو اجتهاد ، فالمخبر بالملك وان احتمل في حقه الاستناد الى العقد الصحيح الجامع لشرائط الصحة عند الكل فلا يقبل قوله أيضاً لدورانه بين ما يقبل وما لا يقبل ، والشك في الشرط يستلزم الشك في المشروط كما لا يخفى .

ومن هنا ظهر أيضاً بطلان ما أشير اليه في المقدمة الاولى من قبول الشهادة اذا كان المشهود به مفهوماً متحداً مختلفاً فيه بحسب الاسباب .

فان قلت : لم يتوقف أحد في قبول الشهادة على الملك والزوجة مع اختلاف العلماء في أسباب الملكية والزوجة ، وكذا في قبول الشهادة على سائر الموضوعات الصرفة ، كالهلال ودخول الوقت ونحوهما مع قيام احتمال استناد الشاهد الى بعض الاسباب الحدسية في الكل . وعلى ما ذكرنا من عدم تصديق العادل فيما يحتمل فيه الاجتهاد أو الحدس لزم التوقف في هذه الصورة رأساً ، ولعل فساده بديهي .

قلت : وجه قبول الشهادة بهذه الامور مع الشك في الاستناد الى السبب الفاسد أو الحدس الباطل أحد أمور لا يجري شيء منها في الاخبار عن الفسق : (أحدها) دعوى قيام السيرة المستمرة الكاشفة عن دليل آخر غير أدلة تصديق العادل من حيث أنه عادل ، فيكون الاصل في الاخبار بهذه الامور الصحة الواقعية ، نظير أصالة الصحة في الافعال على القول بكونها دليلاً على الصحة الواقعية وإن لم يقتضها ظاهر حال المسلم .

(وثانيها) اجراء أصالة الصحة في أسباب الملكية والزوجية مثلالتي أخبر بها العادل بناءً على القول المزبور، وهذا هو الذي أشرنا اليه في ذيل المقدمة الاولى ، حيث قلنا ان الشاهد اذا أخبر بالبيع مثلا فيقبل ذلك الاخبار ثم يحمل هذا البيع الثابت بالمينة على البيع الصحيح الواقعي لا الصحيح عند الفاعل ، وهكذا اذا أخبر بالملكية ، فان الاخبار بها اخبار بسببها التزاماً ، فيقبل ذلك الاخبار ثم يعمل أصالة الصحة في ذلك المدلول الالتزامي ، أعني السبب .

(وثالثها) ندرة السبب المختلف فيه لهذه الامور وجوداً ، فان أسبابها المختلف فيها وان كانت كثيرة في نفسها لكن الغالب استنادها في الخارج الى السبب المتفق فيه لكونها من الموارد المطلوب فيها شرعاً وعرفاً الاحتياط التام .

هذا في مثل الملكية والزوجية مما يكون له سبب في الشرع ، وأما سائر الموضوعات العرفية الصرفة - كالهلال ودخول الوقت وموت زيد - فالغالب أيضاً فيها استناد علم الشاهد بها الى الامور الحسية أو الحدية المنتهية الى الحس . وهذه الغلبة مما جرى على متابعتها بناء العقلاء ولحقه امضاء الشارع أيضاً ، بل يمكن نفي هذا الاحتمال النادر ، أعني احتمال الاستناد الى السبب المختلف فيه أو الحدس الباطل بالاصل فيهما ، لان أصالة عدم الخطأ في الاجتهاد أو الحدس انما يمنع جريانه عكس احتمال الخطأ في الحس باعتباره عدم افادته الظن النوعي عند العقلاء ، والا فلأمانع منه جداً .

ومن الواضح أن أصالة عدم الاستناد الى السبب الفاسد أو الحدس الباطل في الامور الحسية لا يبعد القول بافادته الظن النوعي ومتابعته عند العقلاء .

ولاريب أن شيئاً من هذه الامور لا يجري في الاخبار بالفسق ، اذ ليس على قبول الاخبار به مطلقاً سيرة تكشف عن دليل آخر غير أدلة التصديق . كيف والمشهور

بين العلماء قولاً وفعلاً الاستفصال عن سبب الفسق، وكذا لم يتحصل فيه الغلبة المشار إليها .

وأما أصالة الصحة فعدم جريانها في الاخبار بالفسق - أي في مدلوله الالتزامي أعني السبب - واضح ، لان أسباب الفسق ليست مما تقبل الصحة والفساد . كل ذلك مضافاً الى عدم كون الاخبار بالفسق مثل الاخبار بالملكية من الامور الواقعية المتحدة بحسب المفهوم عند الكل ، بل مثل الاخبار بالرضاع والملك الذي يختلف حقيقته بحسب اختلاف الانظار .

[كيفية تعديل الشهود]

كل ذلك في الفسق ، وأما العدالة فقد تبين الحال فيها أيضاً مما ذكرنا ، لانه ان جعلناها من المفهومات المتحدة عند الكل جرى فيها ماقويناد من حمل الاخبار بمثلها على الواقع باعتقاد السامع والا لم ينفع خبر حسي أو مافي حكمه أصلاً ، لقيام احتمال الحدس في الكل الا ماشد . وعلى هذا يكون أصالة الصحة من جزئيات هذه القاعدة ، أعني قاعدة حمل الاخبار على الصحة ، بمعنى اندراجهما معاً تحت قاعدة أخرى .

وهو ما قواه بعض مشائخ متأخري المتأخرين في كشف الغطاء من أن الاصل في كل شيء مردد بين صحيح نافع وفاسد غير نافع الصحة فعلاً كان أو قولاً أو عيناً خارجياً . فمدعي العيب يطالب بالبينة ، لان الاصل السلامة مثلاً .

وان قيل بتعدد مفهومها وتردده بين الملكة وحسن الظاهر وظهور الاسلام ، جرى فيه ما قلنا في مثل الشهادة بالرضاع من عدم الاشكال في الاستفصال . لكن قد يقال بوجوب الاستفصال على التقدير الاول أيضاً ، لان العدالة وان كانت هي الملكة عند الكل الا أن تقييدها بعدم الفسق الواقعي يجعلها مثل الفسق في

الاستفصال ، لان الملكة المقيدة بعدم صدور الكبيرة الواقعية تختلف بحسب
الانظار على حد اختلافها في مفهوم الكبيرة ومصايرها ، فاذا جعلنا المدار في
الكبيرة على اعتقاد الحاكم كان مدار العدالة أيضاً عليه ، وهو واضح .

فيجب على الحاكم حينئذ الاستفصال عن ملكة اجتناب جزئيات مارآه
كبيرة، بأن يقول أله ملكة الكف عن الزنا وشرب الخمر وشرب العصير لوزعمه
كبيرة ، الى آخر ما يراه كبيرة حذراً من مخالفة رأي الشاهد لرأيه في الكبيرة ،
فاذا شهد بملكة الكل سئل ثانياً عن بقاء العدالة لعدم صدور شيء من تلك الكبائر ،
ولو شهد الشاهد بملكة الكف عن جميع المعاصي وعدم صدور شيء منها كفى
من غير استفصال .

تذنيب

[اعتبار العلم في مستند التعديل]

مستند الشاهد في الجرح لابد أن يكون علمياً ، فلا يكفي بالظن بالفسق
قطعاً ، ولعله لا خلاف فيه أيضاً . وأما مستنده في التعديل فمقتضى القاعدة أيضاً
اعتبار العلم بها في الشهادة وان قلنا بكفاية الظن لترتيب سائر آثار العدالة ، اذ
لا ملازمة بينهما جـدأ ، بل الامر بالعكس نظراً الى ما دل على اعتبار العلم في
الشهادة زيادة على ماهو الاصل في كل شيء .

لكن يمكن الاستدلال على كفاية الظن بأن الاقتصار على العلم في الشهادة
بالعدالة حرج شديد موجب لاختلال امور المسلمين لانسداد طريق العلم اليها
غالباً ، فلا بد من الاكتفاء بالظن كسائر ما يغلب فيه انسداد باب العلم ، مضافاً
الى ظاهر الاخبار البالغة حد الاستفاضة أو التواتر الواردة في الباب ، فان أقل
ما تدل عليه هو الاتكال والاعتماد في ترتيب آثار العدالة على الصلاح الظاهري

المفيد للظن .

ودعوى التفكيك بين جواز الشهادة وسائر الآثار . مدفوعة باطلاق مايستفاد منها من كون صلاح الظاهر طريقاً على العدالة ودليلاً عليها كما نطق به قوله عليه السلام في رسالة يونس « فاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته »^(١) وقوله عليه السلام في صحيحة ابن ابي يعفور « والدال على ذلك كله أن يكون ساتراً لجميع عيوبه »^(٢) ، مضافاً الى قوله عليه السلام في هذه الصحيحة بعد ذلك « حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته وغيبته ويجب عليهم توليته واطهار عدالته » لان التعديل اظهر للعدالة كما لا يخفى ، والى مافي رواية أخرى أيضاً من الدلالة على أن « من حسن ظاهره كملت مروته وظهرت عدالته » ، فانهما تدل بدلالة الايماء والتنبيه على كبرى محدوفة صغراه قوله « كملت مروته » والا لفي الكلام كما لا يخفى . وهي أن كل من ظهرت عدالته وجب الالتزام بآثار العدالة في حقه التي من جملتها الشهادة .

ثم ان في الاكتفاء بمطلق الظن أو اعتبار الظن الاطميناني مطلقاً أو خصوص ما يحصل منه من حسن الظاهر وصلاح ظاهر الحال . وجوه أظهرها وأحوطها الاخير ، بل لا يبعد دلالة مافي الرسالة على ذلك ، لان مأمونية الظاهر لا تنفك عن اطمينان الخاطر وطمأنينة القلب ، فيقيد به اطلاق الباقي لو كان فيها دلالة على الاكتفاء بمطلق الظن بناءً على التقييد في الاحكام الوضعية حتى في المشتبهين مطلقاً - فافهم . والله العالم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات .

التقاط

[العمل بقول الجارح عند اختلاف الشهود]

إذا اختلف الشهود في الجرح والتعديل ولم يرجع الى التكاذب - بأن اكتفيا بالجرح والتعديل المطلقين- كأن أخبر أحد بأنه فاسق والاخر بأنه عادل - فمقتضى القاعدة العمل بقول الجارح ، لان الاخبار بالعدالة من حيث هو مع قطع النظر عن فرض بعض الخصوصيات اخبار بأمر وجودي هو الملكية وعدمي هو عدم صدور الكبيرة مثلاً . ولاريب أن الاخبار بالأمر العدمي مستنده عدم العلم أو الاصل ، فلا يعارض به ما هو بمنزلة الدليل بالنسبة اليه ، أعني اخبار الجارح بالوجود .

والحاصل ان الجرح والتعديل لو خليا وأنفسهما فالجارح تقدم ، لعدم المعارضة بينهما كعدم معارضة الاصل والدليل ، فان مرجع التعديل الى الاخبار بالملكية وعدم وجدان المعصية و مرجع الجرح الى وجدانها ، فلو عمل بقول الجارح لم يكذب المعدل باعتبار عدم منافاة قول الجارح لقوله ، بخلاف ما لو عمل بقول المعدل فانه تكذيب لقول الجارح بوجدان المعصية . ومقتضى وجوب تصديق العادل أن يجمع بين قوليهما بما ذكر .

واستشكل فيه المحقق الكاظمي في المحصول بأن التعديل والجرح اخباران بأمرين لا يجتمعان في الواقع لابعبار حسن ظاهر أو صدور معصية حتى يجمع بينهما .

وفيه : انا لانقول بأن المخبر به في الجرح والتعديل ليس هو الامر الواقعي ، بل نقول ان طريق اخبار المعدل به هو الاصل الذي لا يعارض حس الجارح بالفسق - فافهم .

فان قلت : فرق بين الاخبار بالعدالة الواقعية اعتماداً على الظن الحاصل من الاصل وعدم الوجدان بعد الفحص وبين الاخبار بالعدالة الظاهرية أعني الملكية مع عدم العلم بالفسق ، فان الاول يعارض اخبار الجارح بالفسق قطعاً غاية الامر كون المقام من قبيل تعارض الظني والقطعي ، والثاني لا يعارضه جـدأ . ضرورة عدم المنافاة بين عدم العلم بالمعصية والعلم بها ، وظاهر الاخبار بالعدالة هو الاول ، ولذا استدل في المسالك على تقديم الجرح بأنه مستند الى الحس والتعديل مستند الى عدم المعاينة والاصل ، وهما ظنيان فكان الاول أولى . فاذا ثبت التعارض فالعمل بالجرح طرح لقول المعدل لاجمع بينهما ، فينبغي ملاحظة المرجحات كما ذكره المحقق المشار اليه .

قلت : لو سلمنا ان ظاهر الاخبار بالعدالة اخبار بالعدالة الواقعية اتكالا على الظن الحاصل من عدم الوجدان ، فليس بينه وبين الجرح أيضاً معارضة أصلاً.

[الكلام فى الامارة وكيفية قبولها]

والنكتة فى ذلك أن الامارة اذا كانت بحيث تزول ذاتاً بالعلم بخلافها كانت نسبتها الى كل أمانة الى خلافها كنسبة الاصل الى الدليل فى عدم المعارضة ، وانما تقبل الامارة للمعارضة اذا لم يكن العلم بالخلاف رافعاً لموضوعها بل لحكمها ، كالخبر مثلاً فان العلم بكذبه لا يرفع ذاته بل اعتباره ، لان الخبر خبر فى صورة العلم بالكذب أيضاً بخلاف عدم الوجدان وعدم الدليل وعدم البيان ونحوها من الامارات العدمية بعد الفحص والتتبع ، كأصل البراءة أيضاً على القول باعتبارها من باب الظن ، فان العلم بالوجود أو الدليل أو البيان يضاد أنفسها ويوجب زوال ذاتها لا أنه يوجب عدم اعتبارها .

فعدم وجدان الدليل مثلاً - وان كان أمانة ظنية على عدم الحكم الواقعي

والظاهري بعد الفحص - الا أنه لا يعقل أن يكون معارضاً للدليل بعد العلم .
 فحينئذ لا تفاوت بين القول بكون التعديل اخباراً بالعدالة الواقعية اتكلاً على الظن
 الحاصل من عدم معاينة الفسق أو كونه اخباراً بالعدالة الظاهرية - أعني الملكة
 وعدم العلم بالفسق - في أن الاخبار بالجرح غير معارض له جداً ، فالعمل بالجرح
 - كما قالوا - من كونه جمعاً بين الخبرين لأطرحاً لخبر العدالة .

[معنى تصديق المخبر بالعدالة والفسق]

نعم هنا اشكال آخر يجري فيما لو كان التعديل اخباراً بالعدالة الظاهرية
 أيضاً ، وهو أن الاخبار بالعدالة الظاهرية وان كان يجتمع مع الاخبار بالفسق
 الواقعي مع الفسق النفس الامري ، لكن الالتزام بهما معاً غير ممكن .

ومعنى تصديق الخبر وجوب الالتزام بمضمونه سواء كان حكماً ظاهرياً أو
 واقعياً ، فمعنى تصديق المخبر بالعدالة الظاهرية الالتزام بآثارها ولو في مرحلة
 الظاهر ، ومعنى تصديق المخبر بالفسق الواقعي أيضاً الالتزام بآثار الفسق .
 وقضية الجمع بينهما الالتزام بالامرين معاً ، وهو محال ، فالعمل بخبر الجراح
 ترجيح له على الخبر المعدل لأن فيه جمعاً بينهما .

ويمكن دفعه بأن معنى تصديق الخبر أن يجعل الشخص نفسه بمنزلة المخبر
 لا الالتزام بما يلتزم به المخبر ، فقبول العدالة الظاهرية معناه الالتزام بها مالم
 يقدّم دليل على الواقع ، فان المخبر غير ملتزم بما أخبر به الا كذلك ، حتى لو
 ظفر على ما يدل على الواقع وجب عليه الاخذ به . نعم لو كان معنى تصديق
 الاخبار بالحكم الظاهري الالتزام به واقعاً تعارض الجرح والتعديل جداً .

توضيحه : انه اذا أخبر شخص بأمر ظاهري كالعدالة وانحصار الوارث
 والطهارة وكل ما يشتمل على أمر عديمي ، ففي تصديقه يتصور مفهومان : أحدهما

الالتزام الواقعي بالحكم الظاهري ، والثاني الالتزام الظاهري بالحكم الواقعي على حد الالتزام المخبر . وعلى الاول يعارض الاخبار به مع الاخبار بضده دون الثاني . ونحن ندعي الثاني ، لان الحكم الظاهري ليس أمراً منضبطاً بل يختلف باختلاف الاشخاص ، فالمخبر به انما يخبر عن حكمه الظاهري لا عن حكم غيره ، فالالتزام به لايزيد عما قلنا .

وقد يقال : ان الاخبار بالحكم الظاهري من حيث هو غير قابل للتصديق ، لان السامع ان كان شاكاً في حكم الواقعي فهو ملتزم بالظاهري من غير حاجة الى تصديق الغير وان كان عالمًا بالواقع ، فيجب عليه العمل بعلمه لا بالاخبار بالحكم الظاهري - فافهم .

ومن هنا يظهر أن مورد التصديق بالاخبار بالحكم الظاهري لا بد أن يكون غير ما يكفي مجرد الشك في الحكم به ، مثل ما لا يجري فيه الاصل بمجرد الشك الابتدائي كانهضار الوارث ، فان الحكم به بمجرد الشك من دون فحص يستلزم مخالفات كثيرة ، فاذا شهد به عند الحاكم صدقه في الفحص الذي امتاز الشاهد به عن الحاكم ، لامثل الطهارة التي يكفي في الحكم بها مجرد عدم العلم بالنجاسة من غير فحص ، وحينئذ يجري بحث التعارض فيما نحن فيه ، لانه من قبيل الاول ، وسيتم الكلام الى آخر ما قلناه .

فان قلت : يمكن أن يكون مستند الجرح العلم بالمعصية وعدم العلم بالتوبة بعدها ، ومستند التعديل العلم بالتوبة ، فينعكس الامر ويكون الجرح حينئذ بمنزلة الاصل والتعديل بمنزلة الدليل ، وهذا الاحتمال يعارض الاحتمال الاول فيجب التوقف . نعم لو كان التعديل مرجعه الى عدم العلم بالكبيرة ومرجع الجرح الى العلم بها دائماً اتجه تقديم الجرح ، وأما مع قيام الاحتمال المزبور في كل جرح وتعديل فلا وجه للتقديم بل لا بد من التوقف ، لان نسبة الاصلية

والدليلية الى كل منهما على حد سواء .

قلت : ذلك الاحتمال أمر خارج عن مدلول قول المعدل ، لان حاق معنى التعديل لايزيد عن الاخبار بأمر وجودي - وهو الملكة - وعدم العلم بوجودي آخر وهو الفسق ، كما أن معنى الجرح لايزيد عن الاخبار بأمر وجودي وهو المعصية الكبيرة وعدم العلم بوجودي آخر وهو التوبة ، فيؤخذ كل منهما في معلومه وهو الامر الوجودي لافي مجهوله ، بل يرجع فيه الى الاصل لو لم يعارضه قول الاخر . ومقتضى أخذ قول المعدل في معلومه تصديقه في الملكة ومقتضى عدم الاخذ في مجهوله الرجوع في الفسق الى الاصل . لكن يمنع عن الاصل تصديق قول الجراح في معلومه ، لانه بالنسبة اليه دليل وارد ، كما أن مقتضى عدم تصديقه في مجهوله - أعني التوبة - الرجوع الى الاصل ، فيلخص من التصديقين ثبوت الفسق كما لا يخفى .

وأما احتمال استنساد المعدل الى العلم بالتوبة بعد الفسق الذي شهد به الجراح فلا يدل ظاهر لفظ التعديل عليه ، لان العام لا يدل على الخاص بل على القدر المشترك . فالاخبار بمجىء الرجل مثلاً لا يترتب عليه حكم مجىء زيد بل حكم مجىء جنس الرجل .

ووجه كون التعديل أعم منه واضح ، لان العدالة قد تحصل بالملكة مع عدم تحقق الفسق في الخارج وقد تحصل بالتوبة بعد سبق المعصية . وهذا قسم خاص من الملكة ، كما ان الملكة الابتدائية بدون سبق المعصية قسم آخر ، والتقدير المشترك بينهما هي الملكة مع عدم الفسق ، فاذا أخبر المعدل بالعدالة وجب تصديقه في ذلك القدر المشترك الذي هو القدر المتيقن لافي الملكة الخاصة الحاصلة بالتوبة بحمل كلامه عليها .

نعم لو علمنا منه ذلك قدم قوله على الجراح ، كما اذا شهد الجراح بالفسق

في يوم الجمعة والعدل بالتوبة في يوم السبت .

[لو اختلف زمان التعديل والجرح]

وقد جعل في محكي المبسوط من هذا القبيل ما لو كان زمان التعديل مؤخراً عن زمان الجرح ، كما اذا انتقل الشاهد من بلد الى آخر فشهد بينة من أهل البلد المنتقل عنه بفسقه ومن أهل البلد المنتقل اليه بالعدالة ، أو اذا سافر الشاهد وشهد شاهد بفسقه في الحضر وآخر بعدالته في السفر باعتبار ما آنس منه في الطريق من الامور الكاشفة عن العدالة .

وفيه نظر ، وان كان ظاهر صاحب المسالك السكوت عنه المنبىء عن الرضا ، لان تقديم قول المعدل حينئذ ليس الا لاجل كونه نصاً في عدالته في الزمان المتأخر ، وقول الجراح ظاهراً بالنسبة اليه ونصاً في الزمان المتقدم ، فيصرف عن ظاهر الجرح بنص التعديل . وحاصله ان الاخبار بالفسق في يوم الجمعة مثلاً لا ينافي عدالته في يوم السبت ، فلا يعارض ذلك الاخبار بعدالته يوم الجمعة ، لان الاخبار الثاني دليل بالنسبة الى الاخبار الاخر ، لظهور عدم دلالة على الفسق في يوم السبت بالاظهار المحاصل من ملاحظة الاستصحاب الذي لا يعارض الدليل .
وفيه :

(أولاً) النقض ، لان تأخير زمان العدالة المشهود بها لو كان سبباً لتقديم قول المعدل لزم التوقف في صورة التقارن ، لان التفاوت بينهما ليس الا من جهة اختلاف زمانى الفسق والعدالة ، وتأثير الاختلاف اذا كان هو تقديم قول المعدل بصيرورته حينئذ نصاً بالنسبة الى ما يقتضيه قول الجراح ، فيكون أثر الاتحاد عدم التقديم ، أعني التوقف باعتبار عدم الخصوصية في قول المعدل وكونه ظاهراً في العدالة كظهور قول الجراح في عدمها لا تقديم قول الجراح .

وبعبارة أخرى: اذا كان قول الجارح في صورة التأخير ظاهراً أو قول المعدل نصاً لزم أن يكون في صورة الاتحاد- أي اتحاد زمني الفسق والعدالة كأن يقول الجارح هو فاسق الآن والمعدل هو عادل الآن - ظاهرين متعارضين موجبين للتوقف ، كما هو الشأن في تعارض الظاهرين الا أن يكون قول الجارح مقدماً - فافهم .

(وثانياً) ان وجه تقديم قول الجارح في صورة الاتحاد بعينه موجود في صورة التغير ، واحتمال استناد قول المعدل الى علمه بالتوبة بعد الفسق الذي أخبر به الجارح موجود فيها أيضاً . وقد عرفت أن هذا الاحتمال أمر خارج عن حاق التعديل ، فلا يصار اليه الا بتصريح المعدل به .

هذا هو الكلام في صورة الاطلاق ، أي فيما لم يرجع الجرح والتعديل الى التكاذب ، فان رجعا اليه فالمشهور أيضاً تقديم قول الجارح ، عملاً بمعنى التوقف والرجوع الى ما يقتضيه أصالة عدم العدالة والتكاذب ، بأن عين الجارح زمان المعصية وشهد المعدل بأنه في ذلك الزمان كان مشغولاً بعمل ينافي الاشتغال بتلك المعصية .

ومن صورته أيضاً ما لو كانت المعصية المشهود بها مما لا يجمع الملكة ، كقطع الطريق وأخذ عشور أموال المسلمين ، فان أمثال هذه الكبائر العظمى القريبة من الكفر لا يجمع ملكة العدالة ، فالأخبار بها اخبار بعدمها ، كما أن الاخبار بالملكة اخبار بخلافها وعدم صدورها . ومثله ما لو كانت المعصية مما يتمتع خفاؤها على المعدل عادة فانه يرجع أيضاً الى التكاذب .

لكن لا يبعد تقديم قول المعدل في هذه الصورة اذا كان المعدل يدعي الاطلاع على وجه صحيح لهذا العمل القبيح الصوري مع اختفائه على الجارح ، فيكون الجرح حينئذ بمنزلة الاخبار عن الظاهر والتعديل بمنزلة الاخبار عن الباطن .

هذا، وقد يتأمل في كون الفرض الاول من قبيل تكاذب الجرح والمعدل ، لان الاخبار بكون المجروح في غير مكان المعصية في زمانها ليس تعديلاً له بل اخباراً بأمر ينافيها ، لان المخبر ربما لا يخبر بعدالته لو سئل عنها .

نعم الفرض الاخير أقرب منه بالمثال وان كان فيه أيضاً بعض المنافيات . وكيف كان فالتحقيق أن التوقف لا يستلزم العمل بما يقتضيه الجرح مطلقاً ، فان التكاذب اذا كان في معصية لا ينافي الملكة ، فالتوقف فيه يقتضي العمل بما يوافق التعديل ، لانه بعد تعارض قوليهما يرجع الى أصالة عدم صدور المعصية . فيبني حينئذ على العدالة ، لان الفرض احراز الملكة ، وانما النزاع والتكاذب في الفسق باعتبار صدور المعصية لا باعتبار وجودها وعدمها . نعم لو كان التكاذب يرجع الى اثبات الملكة ونفيها كان التوقف مستلزماً للعمل بما يوافق الجرح ، لاصالة العدم بعد تعارض القولين . والله العالم .

التقاط

[عند تعارض الجرح والتعديل يؤخذ بالارجح]

لا عبرة بالمرجح في تعارض الجرح والتعديل على ما صرح به غير واحد ، حتى من يرى العمل بالظن المطلق في الاحكام وفي ترجيح الاخبار كالسيد في محكي الرياض وولده النبيل في محكي المفاتيح .

وهو الاصل فيما شك في اعتباره من الظنون استدلالاً وترجيحاً ، لان الاستناد الى الظن لا يفرق فيه بين الاحتجاج به على وجه الاستقلال أو الترجيح كما فصلناه في الاصول حيث سويننا بين الوجهين في حرمة العمل .

نعم قد يقال بناءً على كون البينة طريقاً شرعياً الى الموضوعات الخارجية ، ان طريقة العقلاء في أمثاله على متابعة أقرب الطريقتين الى الواقع وأرجحهما ،

لكن ذلك أيضاً مبني على لابدية الترجيح ، فانه لابد حينئذ من وجوب الاخذ بالارجح. واللابدية أيضاً تحتاج الى مقدمات لم يثبت شىء منها في المقام، منها عدم امكان الاحتياط أو عدم وجوبه، وحاصله ثبوت التخيير على فرض التكافؤ ، فانه مما لابد فيه من الاخذ بالاقوى .

والحاصل انه اذا ثبت التخيير بين الطريقتين على فرض التكافؤ فمقتضى العقل بل النقل أيضاً الاخذ بالارجح - فتأمل . وأما اذا لم يثبت ذلك بل كان اللازم في تلك الصورة التوقف - مثل مانحن فيه - فطريقة العقلاء لا يسلم كونها على الاخذ بالاقرب والارجح ، ومانحن فيه من قبيل الثاني اجماعاً عند من لم يقدم الجرح مطلقاً .

هذا مضافاً الى احتمال كون البينة أمراً تعبدياً غير ملحوظ فيه جهة الكشف عن الواقع أصلاً كالاصول ، بل لعله أقوى الاحتمالين في البينة. وحاصله كون البينة موضوعاً للمحكم وسبباً له لا طريقاً اليه .

ومع هذا الاحتمال يسقط اعتبار المرجح رأساً ، لان المرجح لابد أن يكون من جنس ما فيه الترجيح ليتأكد به مصلحة العمل والامور الكاشفة عن الواقع والناظرة اليه، ومثل الاكثرية والاعدلية والاثنية ونحوها لامساس لجهة الحكم الشرعي ومصلحته بناءً على هذا الاحتمال ، وهذا مثل ترجيح أحد الفريقين باعتبار عظم جثته ونحوها من المضحكات .

التقاط

[جواز الاستناد في ملكة العدالة الى الاستصحاب]

قد ذكرنا أن مستند الشاهد بالعدالة لا يلزم أن يكون علمياً للزوم الحرج

والضيق، وأنه يجوز له الاستناد في الملكة الى الظن وفي عدم الفسق بعد احرارها الى الاصل .

واعلم أيضاً أنه يجوز الشهادة عليها بسبب الاستصحاب ، بأن كانت الملكة الرادعة المشكوكة البقاء بعد العلم بها سابقاً ، فيشهد بها مع الشك في زوالها أوطرو الفسق ، فيحكم الحاكم بهذه الشهادة الاستصحابية . ولو شهد بالعدالة السابقة جاز للحاكم البناء على العدالة الفعلية بالاستصحاب .

والاصل في هذا الباب أن أدلة الاستصحاب حاكمة على اعتبار العلم في الشهادة وإن كان العلم فيها موضوعاً ، إذ لا مانع عن مثل هذه الحكومة وإن احتاج الى دليل آخر غير دليل جعل أصل الامارة الحاكمة .

ويمكن أن يكون ذلك الدليل هو الاجماع ، لان الشهادة بالملك والدين ونحوهما من الموضوعات جائزة بمقتضى الاستصحاب . نعم حكم الحاكم بها لايجوز أن يستند اليه لخروجه عن موازين القضاء ، وأما الحكم بالعدالة فليس من القضاء المحتاج الى الموازين المعهودة - فافهم .

التقاط

[وجوب سماع دعوى المجهول]

دعوى المجهول مما ذهب الشيخ الى عدم وجوب سماعها واكثر المتأخرين الى الوجوب .

وقول الشيخ ليس مبنياً على خروجها بالنص ، فلا ينفع في رده التمسك بعموم أدلة القضاء أو اطلاقها لو كان لها عموم أو اطلاق ينفع في المقام ، بل على منع جريان فائدة القضاء وترتب أثر السماع ، لان فائدة سماع الدعوى انما هو الالتزام بها بعد ثبوتها .

وهذه الفائدة غير متصورة في الدعوى المجهولة ، لان العنوان المجهول المقول بالتشكيك لا يفيد الالتزام ، اذ لا يتصور الامر بدفع المجهول الاعلى أحد وجوه كلها باطله في المقام :

(أحدها) الامر بدفعه على وجه الابهام ، وهو غير معقول ، لان المبهم مع وصف الابهام لا يمكن دفعه حتى يلزم به .

(والثاني) الامر به على وجه التخيير للدافع أو للمدفع اليه ، وهو الزام بغير المدعى به ، لان المفروض كونه أمراً معيناً في الواقع مبهماً في الظاهر .

(والثالث) الامر به على القدر المعلوم والمتيقن من محتملاته ، كالامر بدفع الدين المجهول على دفع أقل ما يحتمله المدعي ، وهو أمر معقول لكنه ليس الزاماً بأمر مجهول بل بأمر معلوم . وليس مما يتفرع على سماع دعوى المجهول أيضاً ، لان ذلك في المعنى دعوى لامر معلوم في ضمن عبارة متضمنة لامر بلا فائدة ، أعني احتمال الزائد .

والحاصل ان سماع الدعوى المجهولة ان كان لاجل الالتزام بالقدر المتيقن . فهذا سماع لدعوى أمر معلوم لامجهول ، وهو خارج عن مفروض المسألة . مضافاً الى أن الالتزام بالقدر المتيقن لا يتمشى فيما اذا دار المجهول بين المتباينين كالشوب والفرس . الا أن يقال : ان دعوى العين المغصوبة فائدتها الالتزام بالقيمة فراراً عن خلود الحبس كما مر في كتاب الغصب ، فيرجع حينئذ الى الأقل والاكثر المتداخلين .

فان قلت : نختار الوجه الاول ، أعني الالتزام بالمجهول على ابهامه . قولك « انه يتعذر تسليمه فلا يقبل الالتزام » . قلنا ممنوع لامكان أدائه بالاحتياط أو الخروج عن عهده بالصالح .

قلنا : اذا كانت المسألة من مجرى البراءة لدوران الامر بين الأقل والاكثر

في الدين والعين كليهما كما عرفت فحكم الحاكم لا يوجب انقلاب حكمها الى الاحتياط ، بل غاية ما يترتب على الحكم تنزيل المحكوم به منزلة الواقع .
ولاريب أن اشتغال الدمة واقعاً بأمر مجهول مردد بين الأقل والاكثر لا يزيد حكمه على ايجاب القدر الأقل ، فيرجع الامر في سماع الدعوى الى الالتزام بالقدر المعلوم . وقد عرفت أنه ليس سماعاً للدعوى المجهولة من حيث أنها مجهولة ، أي في ذلك الوصف العنوانى .

والقول بأن الامر قد يدور بين المتباينين كالشوب والفرس فيترتب على سماع دعوى ذلك الحكم باشتغال ذمته به واقعاً المقتضى للاحتياط . قد عرفت مافيه من أن دعوى الاعيان على تقدير سماعها انما تؤثر في الغرامة لافي دفع العين ، فيندرج تحت الأقل والاكثر المتداخلين

ولو فرض تعلق الدعوى بأحد العينين الموجودتين حتى لا يرجع الى التغيريم، فالاحتياط فيه أيضاً لا يرجع الى محصل، اذ لا احتياط للحاكم في الحكم بدفع المتباينين تحصيلاً للبراءة، لانه اعطاء للمال على غير مستحقه قطعاً ولا للمحكوم له في أخذهما ، بل هو مخالف للاحتياط في حقه .

نعم الاحتياط في تكليف المحكوم عليه يقتضي الصلح أو ارضاء المحكوم له ولو بدفعهما ، لكنه احتياط لا يلزم عليه بسبب الحكم ، بل يدور مدار علمه باشتغال الدمة وجهله به ، سواء حكم الحاكم باشتغال الدمة أم لا .

[سماع الدعوى على الغائب]

ومما يدل على أن المجهول على نحو اجماله لا يقبل الالتزام استثناء القائلين بسماع دعوى المجهول الدعوى على الغائب كالعلامة والمحقق ، اذ لا يتفاوت بناءً على ما ذكر بين الدعوى على الحاضر أو الغائب ، فهذا الاستثناء دليل على

أن فائدة سماع المدعى أمر وراء الالتزام بالمجهول ، كاحتمال اقرار المدعى أو نحو ذلك مما يثبت به الحال بغير حكم الحاكم - فافهم .

ومما ذكرنا ظهر أنه لافرق بين الدعوى المجهولة من جميع الجهات - كدعوى شيء ممتول - أو من بعض الوجوه ، ولا بين دعوى الدين أو العين .
فان التحقيق في الكل عدم السماع في ذلك العنوان المجهول بوصف المجهولية مالم يأخذ المدعى بالقدر المتيقن منه في تحرير الدعوى .

فان قلت : عدم صلاحية المجهول للحكم لا يقتضي عدم وجوب السماع لما يترتب عليه من بعض الفوائد كالقرار ونحوه ، فيجب على القاضي السماع رجاءاً لاجراج الحق ولو بغير الحكم كالقرار .

قلت : وجوب السماع مقدمة لما هو الغرض من تشريع الحكم ، وذلك الغرض ليس سوى الالتزام بالمدعى به على تقدير البينة أو الحلف ، وأما رجاء الاقرار فهو من قبيل الفوائد المترتبة على السماع أحياناً كترتيبها على مكاملة غير الحاكم مع المدعى عليه من المؤمنين المحسنين المصلحين .

والحاصل انه لما علم أن الغرض من نصب الحكم أمر وراء ما يعم جميع الناس - وهو الالتزام بالحق بموازين القضاء - فلا جرم يختص وجوب سماع الدعوى بما اذا احتمل حصول هذا الغرض ، فمع امتناع حصوله لو أوجبنا أيضاً السماع كان قد أوجبنا المقدمة مع تعذر ذيلها ، وهو كما ترى .

فان قلت : لانسلم انحصار غرض الشرع في الالتزام ، بل نقول ان الغرض هو اخراج الحق بأي وجه كان حتى بالاقرار ونحوه ، فيجب السماع حيث يحتمل حصول الغرض على بعض الوجوه .

قلت : الدعوى والاستعداد للدين هما بابان من أبواب الفقه : الاول عبارة عن ادعاء حق يتضمن لانكار المدعى عليه ، لان الدعوى هو الشكوى ، ومجرد

الاخبار بحق على الغير دون اظهار انكار الخصم ولوفي ضمن « لادري » ليس يصدق عليه الشكوى . والثاني عبارة عن قبول الشكوى ، ومن الواضح أن قبول الشكوى لامتني له الاالزام على المشتكى عنه بما به الشكوى لاحتضاره لرجاء اقراره .

ومن هنا يظهر أن الحكم المستند الى اقرار الخصم ليس استعداداً من الحاكم حقيقة ، كما أن الالزام على المقر المماثل بالاداء ليس قضاءً أمصطليحاً بل أمراً بالمعروف أو سياسة من السياسات .

[النقاش فى سماع دعوى المجهول]

ومن جميع ما ذكرنا ظهر فساد ما استدل به على السماع تارة بالعمومات وأخرى بالقياس الى الوصية بالمجهول أو الاقرار به فانهما جائزان ، وينفذ الاول فيما هو القدر المعلوم من محتملاته ، ويلزم الثاني بالتفصيل .

وجه فساد الاول ان العمومات انما تنهض فيما يترتب فيه على السماع غرض تشريع الحكم وهو الالزام ، وقد ظهر أنه لا يترتب على سماع دعوى المجهول ما لم يرجع الى دعوى القدر المتيقن ، ووجه فساد الثاني أن الوصية بالمجهول انما صحت باطلاق أدلة الوصية بعدم معلومية صدقها عليها وعدم المانع ، والمفروض في المقام عدم شمول الأدلة للدعاوي المجهولة الغير النافعة الا في القدر المتيقن ، وكذا الاقرار بالمجهول ، فانه لا فرق بينه وبين الاقرار بالمعلوم في كون كل منهما قابلاً للالزام ولو بعد الاستفصال . ومن الواضح أن الاستفصال من المنكر غير معقول بخلاف الاستفصال من المقر .

وما ذكره الشهيد الثاني في الروضة والمسالك من أنه فرق اعتباري لا يصلح منشأ للحكم الشرعي . يدفعه أن المنشأ للحكم - أعني قبول الاقرار بالمجهول

وعدم قبول دعوى المجهول - ما ذكرنا من نهوض أدلة الاقرار بعد امكن الاستفصال في القبول وعدم نهوض أدلة السماع .

ومن الفرق المزبور يعلم أن دعوى الاقرار بالمجهول أو الوصية به أيضاً غير مسموعتين ، لامتناع الاستفصال هنا أيضاً وإن أمكن في نفس الاقرار . لكن في المسالك نفى الخلاف في سماعهما ، ولعل المراد به السماع في القدر المتيقن ، وإن كان بعيداً لعدم الفرق حينئذ بين هاتين الدعويتين وغيرهما من الدعاوي المجهولة .

ويمكن أن يقال : ان الاقرار بالمجهول لما كان حكمه شرعاً الاستفصال وجب سماع دعواه لترتب الفائدة على السماع حينئذ ، وهو الاستفصال . وفيه تأمل ، لان المنكر للاقرار كيف يؤمر بالتفصيل مع انكاره ، وإن صح صح الاستفصال في دعوى المجهول أيضاً .

والحاصل ان الاستفصال من خواص الاقرار فلا يعسم الانكار وإن كان غير معتبر محجوجاً عليه بالبينة ، سواء كان المنكر هو الحق المجهول أو الاقرار بحق مجهول . وكذلك الكلام في دعوى الاقرار بالمجهول فانه مثل دعوى الاقرار بالمجهول .

ولعله لما ذكرنا من التوجيه والتأمل تردد الشهيد مع قوله بعد سماع الدعوى المجهولة في سماع دعوى الاقرار بالمجهول ، وذكر فيه الوجهان .

ثم انه بناءً على ما ذكرنا من عدم سماع دعوى المجهول لو ادعى دعوى مجهولة فللحاكم تلقيه صورة الدعوى بما يرجع الدعوى الى التعيين ، كادعاء القدر المتيقن لو كان المدعى به ديناً ولو كان عيناً فيلقنه الحاكم بأنه على تقدير الثبوت لاسبيل لك الى عين المال ، بناءً على ما تقدم في مسألة الغصب من أن دعوى الاعيان لا تؤثر مع انكار المدعى عليه الا في الغرامة بل لك أن تغرمه بالقيمة ،

ثم يلقيه صورة ترجع الى التعيين . فلو كان المدعى به أحد العينين الموجودين سقطت الدعوى رأساً، اذ لا ثمرة لسماعها أصلاً. والقائلون بالسماع لا يظن أنهم يقولون به في هذه الصورة ، خصوصاً بعد ملاحظة بعضهم لوجوب اخراج الحق ، ضرورة عدم تصور الاخراج في هذه الصورة .

ودعوى ايجاب السماع لوجاء الاقرار قد ظهر جوابها .

ومن هنا أمكن أن يكون النزاع في السماع لفظياً، لانا لم ننكر أيضاً وجوب السماع باعتبار القدر المتيقن وانما ننكر سماعها من غير أن يرجع الى التعيين . والظاهر أن القائلين بالسماع أيضاً لا يقولون بسماعها الا من جهة ما يترتب عليها من رجاء الحكم بالقدر المتيقن . وهو جيد لا غائلة فيه لكنه ليس سماعاً لدعوى المجهول ، والثمرة تظهر فيما فرضنا من الصورة التي ليس فيها قدر متيقن . والله العالم .

تنبيهان

[احضار الخصم بالتماس خصمه]

(الاول) ذكر المحقق وغيره قبل هذه المسألة أنه اذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره اذا كان حاضراً، سواء حرر المدعي الدعوى أو لم يحرر. وفيه اشكال من وجهين :

« أحدهما » - أن سماع الدعوى الغير المحررة واجابة مدعيها في احضار الخصم ينافي عدم سماع الدعوى المجهولة ، كيف وابهام الاولى اكثر من ابهام الثانية ، لما في الاولى من الاحتمالات التي لم تسمع الدعوى على تقدير بعضها قطعاً ، كاحتمال دعوى غير مشروعة ، بخلاف الثانية فان وجه عدم سماعها ممحض في ابهام المدعى به .

ويمكن دفعه بأن اجابة المدعي في احضار خصمه غير السماع المنفي في

الدعوى المجهولة ، لاحتمال كونها من السياسات التي قد تجب على المحاكم بنفسها أو مقدمة للدعوى التي سماعها من حقوق المدعي . وبعبارة أخرى : وجوب سماع الدعاوي المحررة شيء واجابة المدعي باحضار الخصم لتحريير الدعوى شيء آخر ، فلامنافاة بين عدم الاول لجهل المدعى به ووجوب الثاني سياسة أو مقدمة للتحريير - فتأمل .

« وثانيهما » - انه اذا لم يكن الدعوى محررة لم يعلم شرط وجوب احضار الخصم ، لان وجوبه مقدمة لاستنقاذ حق المدعي أو ايفاء بحقه في سماع الدعوى الصحيحة ، ولا يعلم شيء من الامرين قبل التحريير ، والشك في شرط الوجوب يوجب الشك في نفسه .

نعم لو علم من حال المدعي ان له دعوى صحيحة نسلم وجوب الاحضار قبل التحريير ، ولكن كلمات الاصحاب مطلقة .

ويمكن ذبه - مضافاً الى ما عرفت في دفع الاشكال من الوجه الاول - باعمال أصالة الصحة في الدعوى ، فانها مما تنصف بالصحة والفساد ، فيجري فيها الاصل المزبور ، أو بأن وجوب سماع الدعوى الصحيحة انما هو لاستنقاذ حق المدعي المحتمل لا المعلوم . وهذا الاحتمال قائم قبل التحريير أيضاً .

والسرفي الموضوعين أنه لو بني على عدم التعرض لمقدمات الاستنقاذ الا بعد العلم بثبوت المستنقذ - أعني الحق - لزم تضييع حقوق كثيرة واختلال أمور المسلمين كما لا يخفى .

(الثاني) ان عدم وجوب سماع الدعوى المجهولة فيما كان فيه قدر متيقن مبني على ما يأتي في المسألة الالية من اشتراط الجزم في الدعوى والا وجب السماع لانها تنحل حينئذ الى دعوى مجزومة بالنسبة الى القدر المتيقن ومشكوكه

بالنسبة الى الزائد ، فتسمع على القول بعدم اشتراط الجزم لكن مع مراعاة ما يأتي من الشروط . والله العالم .

التقاط

[اعتبار الجزم في الدعوى]

اختلفوا في اعتبار الجزم في الدعوى بعد الاتفاق ظاهراً على عدم وجوب الفحص عن الباطن على المحاكم اذا كانت صورة الدعوى جسمية .

وتوضيح المثال : ان الدعوى النير الجسمية - سواء كانت ظنية أو وهمية - اما أن يكون للمدعي طريق شرعي اليها كالاصل أو البينة أم لا . والكلام في كل منها يقع في جهتين : احدهما من حيث الحكم التكليفي ، والاخرى من حيث الحكم الوضعي - أعني وجوب السماع على المحاكم واعمال قواعد القضاء .

أما القسم الاول : فالظاهر عدم الاشكال فيه من حيث التكليف ، فلا اثم على من كان له بينة على حق على أحد أو أصل يقتضي ذلك الحق أن يطالبه بذلك الحق ويدعي عليه ولو على سبيل الجزم ، سواء قلنا ان الدعوى انشاء لا يقبل الصدق والكذب أو قلنا انه اخبار ، أما على الاول فواضح ، وأما على الثاني فلان الكذب هنا مقرون بالمصلحة المجوزة ، وهو استنقاذ الحق الذي قام عليه أمانة شرعية .

وأما من حيث الحكم الوضعي فالظاهر أن فيه اشكالا ، بل لا يبعد القول بعدم ترتب شيء من الاحكام المترتبة على المداوي عليه ، فلا يجب على المحاكم سماعها ، لان الظاهر أن الاخبار بالحق على الغير مالم يقترن بالجزم والمطالبة لم يصدق عليه الدعوى عرفاً .

فلو قال اني احتمل ديناً لي في ذمة زيد أو أظن ، لم يجب على المحاكم

ما يجب عليه في الدعاوي المجزومة لانه لم يدع شيئاً ، وانما أخبر بخبر لا فائدة فيه الاظهار الحال ، فلا بد للظان ابراز الدعوى بصورة الجزم والمطالبة تحقيقاً لمعنى الدعوى .

ولو اقتصر على مجرد المطالبة - بأن يقول المدعي ان لي بينة على اشتغال ذمتك واني مطالب به بمقتضى البينة - كفى على الظاهر . فالقول باشتراط الجزم على الدعوى زيادة على المطالبة لا يخلو عن اشكال أو منع ، ويمكن تنزيل كلام من اعتبره على المطالبة .

وكيف كان فيجب على الحاكم حينئذ سماع هذه الدعوى ، ولو علم بالحال وأنه يدعي عن ظن أو وهم لاعن جزم . والدليل عليه أمور :

(الاول) ان المقتضي للسمع موجود وهو أدلة القضاء ، والمانع وهو عدم ترتب الفائدة على السماع كما في القسم الثاني مفقود .

(والثاني) ان في عدم سماع مثل هذه الدعوى تقاعداً عن احقاق الحقوق الذي هو الغرض من تشريع القضاء كما مر .

(والثالث) فحوى مادل على حلف الامناء فيما اذا ادعوا التلف ، فان دعوى المستأمن عدم التلف عليه غالباً أو دائماً دعوى غير مجزومة مستند الى عدم العلم أو أصالة العدم .

(والرابع) فحوى خصوص ماورد في الصائغ والقصار والحائك من جواز احلافهم اذا اتهموا ، معللاً باحتمال استخراج شيء منهم .

وهذا وسابقه وان لم يكن موردهما ما اذا كان الظان هو المدعي بل المنكر - وهو المستأمن أو المستأجر - لكن الاستدلال بهما من حيث المناط المنقح ، لانه اذا أثر الظن في احلاف المدعي أثر في احلاف المنكر أيضاً لاتحاد المناط ثم يتوجه اليمين على المدعي . ولارد هنا ، لاشتراط الجزم في اليمين كما سيأتي ،

فان حلف والايفينى على القضاء بالنكول، فان قضى به الزم والا فالدعوى توقف.
وأما القسم الثانى : فلا اشكال في أن الحكم التكليفي فيه الحرمة بناءاً
على كون الدعوى اخباراً لكونه كذباً ، وما ذكرنا من المصلحة غير جارية هنا ،
لان المفروض هنا عدم قيام أمانة شرعية على الحق ، فليس له حق ظاهري أو
واقعي حتى يجوز الكذب مقدمة لاستنفاذه . ومجرد احتماله الذي لادليل عليه
بل الدليل على خلافه - وهو الاصل - لا يصلح مجوزاً له .

وأما الحكم الوضعي - أعني سماع الدعوى - فمبني على ماأشرنا اليه في
الالتقاط السابق من أن الغرض الذي وجب سماع الدعوى لاجله، هو منحصر في
الالزام حتى لايجب حيث لا يكون للدعوى قابلية ذاتية للالزام أم لا بل متى احتمل
احدى الفوائد المترتبة على السماع كإقرار المدعى عليه أو يمينه المسقط لحق
الدعوى أو نحوهما مما قد يترتب على سماع الدعوى من الفوائد، وجب السماع
مقدمة لها .

فان قلنا بالاول - كما لعله الأقوى - لم يجب السماع هنا اذا علم الحاكم
بأنه يدعي من غير جزم ولاأمانة شرعية ، لاستحالة الحكم له على خصمه بما
يدعيه ، لان المفروض كونه ممنوعاً في الشرع عن أخذ المدعى به فكيف يتعلق
به الحكم ولا أقبل رجاء للإقرار أو الصلح .

هذا ، وقد يستدل على مساواة القسمين بالاخبار المشار اليها الواردة في
الصائغ والصانع والحائك ، كخبري بكر بن حبيب في أحدهما قلت لابي عبد الله
عليه السلام : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه . قال : ان اتهمته فاستحلفه
وان لم تنهه فليس عليه شيء^(١) .

وخبر ابي بصير عنه عليه السلام : لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك

الا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منهم شيئاً^(٢) ، نظراً الى اطلاقه وعمومه لجميع صور الاتهام التي منها دعوى الخيانة والتفريط، خصوصاً في الرواية الاخيرة، حيث لا اشعار ولا دلالة فيها على اختصاص الحكم بصورة دعوهم الذهاب والتلف .

الأن يقال: ان الظاهر من الاستخراج المعلن به الاحلاف كونه على وفق الاصل، بمعنى ثبوت الحق ولو ظاهراً. اذ لا يقال للدعوى المخالفة للاصل وسائر الطرق الشرعية انها استخراج للحق بل تسبب وتوصل الى احداث حق غير ثابت - فتأمل . وقد يستدل أيضاً على مساواتهما بالوجه الثاني ، أعني استلزام الاقتصار في السماع على الدعاوي اليقينية وعدم سماع الدعاوي الظنية والوهمية تضييع حقوق الناس المحترمة . أتري أن دعوى السرقة لو بني فيها على اعتبار الجزم فهل يستخرج مسروق .

ثم ان كلمات الاصحاب في المسألة غير منقحة ، من حيث أن بعضها ظاهر في أن الجزم من شروط المدعي لا الدعوى ، ومقتضاه الاثم والحرمة في أصل الفرض للدعوى ، وأما اشتراط صيغة الدعوى بالجزم فلا، ومقتضاه سماع قوله «أظن» أو «أتوهم» على تقدير الاثم. وظاهر عبارة المحقق العكس - يعني اعتبار الجزم في الصيغة - والحق ما فصلناه .

تنبيهان

[في الظن في الدعوى ومحلها]

(الاول) ان ذكر الوهم في مقابل الظن كما في الشرائع وعن القواعد لا يخلو عن شيء ، لانه ان أريد بالوهم معناه المعروف - أعني الطرف المرجوح

(١) الوسائل ج ١٣ ب ٢٩ من ابواب الاجارة ح ١١ وفي آخره «فيخوف بالبينة ...» .

ففيه من الطفرة ما لا يخفى ، أذ ينبغي ذكر الشك أولاً ثم ذكر الوهم لانه أقرب الى الظن . وان أريد به الظن - كما يراد به الاحتمال الموجود في موارد التهمة فمرجه الى الظن أيضاً ، فلا وجه للمقابلة .

ويمكن أن يقال : ان المراد به الظن المسبب عن اشارة كاحتمال الموجود في موارد التهمة ، فان التهمة عبارة عن الرجحان الحاصل ببعض الامارات ، والمراد بالظن هو مطلق الرجحان حتى ترجع المقابلة الى مقابلة العام والخاص أو يعم الرجحان الحاصل من غير سبب. أو يقال : ان المراد بالظن الرجحان القوي وبالوهم الظن الضعيف .

(الثاني) ان ظاهر كلمات القوم سماع الدعوى الظنية في موضعين : أحدهما دعوى الوارث بحسب ما يجده في ديوان أبيه وخطه ، والثاني دعوى الحاكم أو الامام عليه السلام ديناً لمن لا وارث له بمقتضى ديوانه ورسم خطه. فان ظاهرهم عدم الخلاف في احلاف المدعى عليه فيهما والقضاء بالنكول على القول به . ودعوى تنزيل المسألتين على صورة علم الوارث أو الحاكم بسبب ملاحظة الديوان لا يلائم تعليلهم بعدم رد اليمين الى الوارث والحاكم بعدم علمهما . ولعل الكلام فيهما يأتي .

التقاط

(فى جواب المدعى عليه)

وهو اما اقرار أو انكار أو سكوت . وزاد الاردبيلي وجملة ممن تأخر عنه قسماً رابعاً وهو قوله « لأدري » ، ووجه عدم ذكر القدماء له اما مبني على غفلتهم أو ادراجهم اياه في أحد القسمين الاخيرين . والاول في غاية البعد ، فأما ان الانكار عندهم يعم نفي الواقع ونفي العلم ،

أويقال ان السكوت باعتبار احتمال كونه عن عناد أو جهل يشمل قوله «لأدري» ، فانه نحو سكوت عن التعرض لما يدعيه المدعي من الحق ، اذ الجواب لا بد أن يكون ناظراً الى نفس المدعى به وهو الحق لا الى شيء آخر لم يدعه المدعي - أعني العلم - فهو بالنسبة الى الدعوى سكوت وان كان غير سكوت بنفسه .

والاول أقرب ، فان الانكار وعدم العلم متساويان في التمرد عن الحق ، وان كان الاول من حيث العلم بعدمه والثاني من حيث عدم العلم بوجوده . وربما يستظهر ذلك أيضاً مما ذكره في جواب الوارث للمدعي على مورثه بقوله «لأدري» ، فانهم يجعلونه من انكار الوارث . نعم لا يترتب على الجواب بـ«لأدري» حكم الانكار من الاستحلاف أورد اليمين الا اذا ادعي عليه العلم . وكيف كان فان أقر فالأقرار حجة مستقلة من غير الاحتياج الى ضم الحكم بلاخلاف ولا اشكال ، لعموم أدلة الأقرار . قال في الشرائع : أما الأقرار فيلزم اذا كان جائز التصرف ، وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي ؟ قيل لا ، لانه حقه فلا يستوفى الا بمسأله - انتهى .

وقوله « وهل يحكم » الخ ، دليل على ما قلنا من أن الأقرار بنفسه ملزم ، لان المراد بقوله « فيلزم » ان كان الزام خصوص الحاكم بالحكم لم يتأخر ذكر الحكم وشرطه ، وحينئذ فثمره حكم الحاكم تظهر في بعض ما هو من خواص الحكم ، كحرمة النقض وأمثالها .

[لا بد من الحكم بعد البينة لاثبات الدعوى]

وأما البينة ففي المسالك من غير ذكر خلاف : ان الحق لا يثبت بمجرد اقامتها ، بل لا بد معه من حكم الحاكم . ثم قال : والفرق ان البينة منوطة باجتهاد

الحاكم في قبولها وردّها وهو غير معلوم بخلاف الاقرار - انتهى كلامه حسن مقامه .

وما ذكره من الفرق محل نظر ، لان أدلة حجية البينة مطلقة كأدلة الاقرار ، فلا وجه لتقييدها بضم حكم الحاكم . مع أن الظاهر عدم الاشكال بل عدم خلاف معتد به في ثبوت الموضوعات بها كالحياة والموت والطهارة والنجاسة من غير حكم الحاكم . وكونها أمراً اجتهدائياً محتاجاً الى النظر لا يوجب عدم نهوضها في اثبات ما قامت عليه من الحق اذا كان أمرها من حيث العدالة وسائر شرائط القبول واضحاً ، فينقل الكلام في البينة التي كانت حجة عند الكل .

والحاصل ان قضية ما يقضى به حجية البينة وكونها امانة شرعية الى الموضوعات ثبوت الحق بمجرد قيامها كالاعتراف ، فلا وجه لاعتبار حكم الحاكم . ومقتضى ذلك الزام كل أحد للمدعى عليه بالحق بمجرد سماع البينة المقبولة عند السامع وترتيب آثار ثبوت ذلك الحق سواء كان ذلك الحق عيناً أو ديناً .

الا أنه قد يقال : ان ترتيب الغير آثار البينة من حيث ثبوت الحق فصل عملي للخصومة ، وقد ثبت أن فصل الخصومة بجميع أنحاء من خصائص الحاكم . توضيح المقام : انه اذا قامت البينة على اشتغال ذمة المدعى عليه مثلاً فترتب الاثار عليه والجري على طبقه والالتزام بحجتيه للكل في نفسه قبل الحكم عبارة عن جواز أخذ الحق عنه واعطائه المدعي أو قبول المصالحة من المدعي على ذلك الحق أو التقاص من أمواله أو أخذ شيء منه سرقة واعطائه المدعي أو نحو ذلك مما يرجع الى تنزيل ذلك الدين المدعى به أو العين منزلة حقوق المدعي وأمواله .

ولاريب أن ذلك فصل للخصومة بينهما عملاً وان لم يكن حكماً مصطلحاً،

ولذا يصح صدور الحكم من الحاكم على تقدير كونها حجة مستقلة أيضاً وفصلها شأن الحاكم ليس الا .

ودعوى أن حجية البيئة في ثبوت الحق مرجعها الى كونها بمنزلة العلم بالحق ، فكما أن العالم اذا عمل بمقتضى علمه وعمل مع ذلك الحق معاملة حق المدعي ، لم يكن ذلك منافياً لما ثبت من اختصاص القضاء بالحاكم ، اذ لا يقال له انه فاصل للخصومة ، بل عامل بمقتضى ما علمه من ثبوت ذلك الحق ، كذلك من قامت عنده البيئة اذا رتب عليها الآثار لم يكن فاصلاً للخصومة .

مدفوعة بأن المراد بالفصل ليس هو الحكم المصطلح حتى يقال ان العمل بمقتضى العلم أو البيئة ليس فصلاً لها ، بل المراد ما عرفت من مجرد تطبيق العمل على وفق حقيقة المدعي ولو سراً من غير التعرض للمدعي عليه ظاهراً . ولا ريب أنه مداخلة بين الخصمين من حيث ثبوت الحق وعدمه ونحو فصل علمي للخصومة . فان قلت : ينبغي حينئذ أن لا يجوز للعالم أيضاً العمل بمقتضى ما علمه من ثبوت الحق للمدعي نظراً الى اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم .

قلنا : اعتبار العلم في ترتيب آثار المعلوم عقلي لا يقبل التخصيص ، بخلاف اعتبار البيئة ، فانه لما كان ثابتاً من الشرع أمكن تخصيصها بغير الحقوق نظراً الى ما استفيد من أدله القضاء من اختصاص الفصل بالقضاة .

ومن هنا يعلم أن ترتيب سائر آثار ما قامت عليه البيئة غير جهة كونه حقاً للمدعي مما يرجع الى تكاليف المرتب نفسه لامانع منه ، فلو قامت البيئة مثلاً على نجاسة المبيع قبل حكم الحاكم بها وجب على من سمعها الاجتناب عنه وعن ملاقيه ، فان ترتيب هذا الاثر غير مرتبط بمسألة الفصل فيجوز ، وانما المرتبط به ترتيب أثرها من حيث فساد البيع وكون ثمنها ملكاً للمشتري وجواز أخذه من البائع سرقة مثلاً ودفعه الى المشتري .

[موضع حجية البيئة]

والحاصل ان البيئة حجة اذا لم تستلزم ثبوت حق على الغير وان استلزمت ثبوت حق على العامل بها ، كما لو شهد عند الوارث بيئة على اشتغال ذمة أبيه بدين مثلاً فيجب على الوارث وفاؤه لعدم الخصومة هنا ، وأما معها - كما لو شهدت على عين يد زيد مثلاً - لم يثبت كونها للمدعي وان لم يكن زيد منكراً ، لان حجيتها في اثبات شيء على الغير موقوفة على ضم حكم الحاكم ، فحالها حال اليمين في كونها ميزاناً للحاكم لا لغيره ، ويتفارقان من جهة حجية الاول في غير مقام الخصومة دون الثاني .

فان قلت : لادليل على اختصاص مطلق فصل الخصومة حتى العملي منها بالحاكم ، لان أدلة القضاء وردت في الفصل القولي لافي مطلق الفصل . قلت : يستفاد من مجموعها - ولو بملاحظة كونه من شعب الرئاسة المطلقة - أن المداخلة في أمر المتخاصمين من الجهة التي وقعت فيها الخصومة - أعني الحق وقطع النزاع ظاهراً وباطناً وبأي وجه كان - مختص بالحاكم .

ومما ذكرنا ظهر أنه كما لايجوز الالتزام بآثار البيئة سراً كذلك لايجوز جهراً ، بأن يتعرض للمنكر ويلزمه بدفع الحق كما هو شأن الحاكم . بيانه : ان حجية البيئة في اثبات الحق من غير انضمام الحكم اليه لها مراتب ثلاث : احدها جواز ترتيب آثاره الرجعة الى تكليف المرتب مدعياً وغيره دون الرجعة الى نفس الحق نفيّاً وإثباتاً ، وثانيتهما ترتيب جميع الآثار حتى ما يرجع الى ثبوت الحق لكن سراً من غير مزاحمة للمنكر في تكليفه كما هو شأن الحاكم خاصة ، وثالثتهما الترتيب مطلقاً سراً وجهاراً . والثابت من وجوه حجيتها هو الاول دون الاخيرين .

ثم ان ما ذكرنا وجه مخرج لقول الاكثر بعدم حجية البينة الا مع الحكم ، وصحته أو سقمه يحتاج الى مزيد تأمل في كلمات العلماء وأخبار البينة والقضاء .

[الاقرار سبب لالزام المقر بما أقر به]

هذا كله في البينة ، وأما الاقرار فلا شبهة في أنه ليس بحجة في ترتيب الآثار الرجعية الى تكليف من سمع الاقرار ، لانه ليس طريقاً شرعياً الى اثبات الموضوعات ونفيها كسائر الامارات والطرق وانما هو سبب الزام المقر بما أقر به ، لان قوله عليه السلام «اقرار المعتل على أنفسهم جائز» لا يدل على أزيد مما ذكرنا ، سواء كان الظرف متعلقاً بالاقرار أو بالجائز . وانما الكلام في سببته للالزام هل هي مشروطة بانضمام حكم الحاكم نحو حجية البينة أم لا ، وعلى الثاني فهل المراد بالالزام ترتيب آثار ثبوت الحق سرّاً خاصة بحيث لا يزاحم المقر الراجع عن اقراره في ظاهر تكليفه أو ما يعم الالزام الظاهري الذي يرد على تكليفه في الظاهر ، كما هو من خواص القضاء الاصطلاحي ، فانه على ما سبق في صدر الباب عبارة عن الزام الشخص بما لا يقتضيه تكليفه ، عكس الامر بالمعروف .

توضيح المطلب : ان المقر اذا نكل ورجع عن اقراره وادعى شبهة داعية له الى الاقرار الصادر ، فمقتضى القاعدة عدم مزاحمته فيما يراه بعد الانكار من تكليفه ، خصوصاً اذا علم منه الصدق في دعوى الشبهة وانه كان مشتبهاً في الاقرار الصادر منه ، لان هذه المزاحمة لاتنهض باثباتها أدلة الامر بالمعروف ولا غيرها من سائر الادلة الاماقد يتوهم استفادته من أدلة الاقرار من أن نفوذه ومضيه عبارة عن قهر المقر والزامه بما أقر ، وان علمنا منه الشبهة في نفس الاقرار اذا كان أصل ثبوت المقر به محتملاً ، فلا بد من النظر في القدر المستفاد من مثل قوله

« اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » فهل هو الالزام بحيث لا يحصل المزاخمة له في تكليفه، وحاصله الزامه في أصل ثبوت الحق واقعاً وجواز التقااص من أمواله سرّاً أو نحو ذلك مما يرجع الى ثمرات اشتغال ذمته الواقعي اذا كان المدعى به ديناً مثلاً ، أو الالزام مع المزاخمة المزبورة كما هو شأن الحاكم ، فنقول : قد عرفت ان الالزام على خلاف ما يقتضيه تكليف الشخص أمر من شعب الرياسة المختصة بالامام عليه السلام ونوابه - أعني الحكام - فيكون معنى جواز الاقرار ونفوذه حينئذ هو المعنى الاول .

فان قلت : هذا المعنى أيضاً غير لائق الا بحال الحاكم ، كما مر في وجه عدم حجية البيّنة ، لانه أيضاً فصل عملي للخصومة ، والمستفاد من أدلة القضاء اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم كما قلت .

قلت : نعم لكن وزان قولهم « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » غير وزان قوله « البيّنة حجة » مثلاً ، فان الظاهر المتبادر من الاول - لو لم نقل به الالتزام على خلاف ما يقتضيه التكليف الذي هو وظيفة الحاكم ، فلا أقل من القول بكونه الالزام في أصل ثبوت الحق من حيث أنه حق على المقر . وحينئذ فيخصص به ما استظهرنا من أدلة القضاء من اختصاص جميع أقسام الفصل بالحاكم ، وانما لم نقل بذلك في البيّنة بل قلنا بأن هذه الأدلة بملاحظة هذا الاستظهار تخصّص أدلة حجية البيّنة بغير ما اذا تضمنت حقاً على الغير باعتبار كون هذه الأدلة أخص من أدلة البيّنة - فافهم .

وأما اليمين فالظاهر أنه حجة من غير ضم حكم الحاكم بالبراءة ، فاذا حلف المنكر عند الحاكم ذهب حلقه بما فيه ، فلا يجوز تعرضه للمدعي ولا لمن يعلم بكذبه الاعلى تقدير جواز تعرضه بعد الحكم أيضاً . والحاصل ان اليمين

قبل صدور الحكم وبعده على حد سواء ، لعموم أدلته واطلافاً على وجه لا يتأمل في عدم اشتراطها بصدور الحكم ، فراجع اليه وتأمل .

[مسائل من أحكام الاقرار]

بقي أشياء :

(الاول) انه اذا قيل بأن البينة يثبت به الحق قبل الحكم كالاقرار ، فهل يعتبر فيه ما يعتبر في مستند الحاكم من الشرائط أم لا .

بيانه : انه يعتبر في البينة التي هي ميزان للحاكم أمور اتفاقية وأمر خلافية ، ومن الاول أن تكون البينة القائمة على الحق حياً عند تحرير الدعوى ، فلا يجوز له الحكم بمقتضى البينة التي ماتت قبل المرافعة وأن لا يكون اقامة الشهادة منهم قبل سؤال الحاكم وغير ذلك من الشروط الاتية ، ومن الثاني أن لا يطرأ الفسق ما بين الاقامة والحكم ، فلو فسق بعدها لم يحكم بسببها على الخلاف الاتي انشاء الله . وحينئذ فلا بد من التأمل في أن هذه الشروط هل هي معتبرة فيها على القول بعدم الحاجة الى حكم الحاكم أيضاً أم لا .

والثمرة بينهما واضحة : فعلى الاول لا يجوز ترتيب آثار البينة التي اقامت الشهادة قبل سؤال السامع المرتب ، وكذا اذا كانا ميّتين ، فانه اذا لم يكن قد رتب الآثار حين سماعها ما لم يكن له الترتيب بعد الممات على هذا التقدير ، وهكذا الى سائر الشرائط . وعلى الثاني يجوز ترتيب الآثار بمجرد قيام البينة على أي وجه كان ، ولا ريب أن مقتضى اطلاق أدلة البينة عدم مراعاة تلك الشروط رأساً .

ومثل هذا القول هو النظر الى اطلاق أدلتها ، فلا بد لمن يقول به أن يلتزم بحجيتها مطلقاً ، وحينئذ فيشكل الامر في كثير من فروعيات هذا القول ، مثل ما اذا علم الحاكم بالبينة وماتت قبل المرافعة ، فانه بمقتضى ما اتفقوا عليه ظاهراً

من عدم جواز الحكم بالبينة السابقة أن يكون وظيفة الحاكم حينئذ احلاف المنكر الذي علم بقيام البينة على اشتغال ذمته . ومقتضى القول بحجية البينة مطلقاً من غير انضمام الحكم اليه أن يجوز له ترتيب آثار الاشتغال ، وهذا أيضاً مما يفصح بفساد القول المزبور - الى غير ذلك مما يتفرع عليه من غوامض المسائل ومشكلات الفروع .

(الثاني) ان الفتوى في الشبهات الحكمية مثل الاقرار في الشبهات الموضوعية ، فكما أن الاقرار حجة قبل لحوق الحكم كذلك الفتوى في المرافعات التي منشأها الاشتباه في الحكم الشرعي ، بمعنى أن ما عند كل شخص من المدعي وغيره من الفتوى أو الاجتهاد يجوز له العمل سراً وترتيب آثاره باطناً من غير ترقب صدور الحكم على طبقه . وهذا من فروع ما أشرنا اليه في مسألة النقض .

(الثالث) ان فائدة الاقرار في المال قد تتوقف على اعمال بعض الاصول العملية كما لو أقر بدين في الماضي ، أو اعمال بعض الاصول اللفظية كما لو أقر بلفظ محتمل لخلاف المقصود وظاهر فيه .

ولا اشكال في أن الحاكم يجري الاصلين ويأخذه باقراره حالاً في الاول وعلى حسب ما يقتضيه ظاهر لفظ الاقرار في الثاني . وأما غير الحاكم ففي الاقتصار على الالتزام به من غير اعمال الاصل مطلقاً فيلزمه بدين الماضي في الماضي اذا كان هناك فائدة مترتبة على الاشتغال في الماضي دون الحال في الاول ، وبالقدر المتيقن من مدلول لفظ الاقرار لو كان هناك قدر متيقن يترتب على الالتزام به فائدة في الثاني ، أو الالتزام مع اعمال الاصل مطلقاً ، أو التفصيل بين الاصل العملي فالاول واللفظي فالثاني ، وجوه :

«وجه الاول» - ان البينة أقوى الطرق الشرعية ، ولذا لا يعارضها شيء عندها ، وبعد ما عرفت أنها ليست لحجة اذا تضمنت حقاً على الغير الا للحاكم فما عداها

بطريق أولى ، بل الوجه المذكور في عدم حجيتها بعينه يجري في غيرها .
والحاصل ان الطرق الشرعية غير الاقرار الذي فائدته الالتزام خاصة كما
ظهر ملغاة في اثبات الحق على الغير الا للحاكم ، لما استفدنا من أدلة القضاء
من اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم سوى الاقرار ، فاذا لم ينهض الاقرار
باثبات الحق الابطضية غيره من سائر الطرق كان العمل به أيضاً من خصائص
المجتهد ، لان المستند اليه حينئذ حقيقة هو ذلك الطريق دون الاقرار بنفسه .
« ووجه الثاني » - أنه فرق بين الاصول وسائر الطرق التبعية ، لان العمل
بالاصول أمر مركوز في أذهان العقلاء ، وتبعد الشرع بها يرجع الى نحو من
الامضاء ، وبعد ملاحظة بنائهم على العمل بها يكون الاقرار بالماضي مثلاً اقراراً
بالحال وبالظاهر اقراراً بالنص ، فيلزم بهما بمقتضى قوله عليه السلام « اقرار العقلاء
على أنفسهم جائز » .

« ووجه الثالث » - أن الاصول العملية لو سلم كون العمل بها مركوزاً في
أذهان العقلاء فليست محققة لموضوع الاقرار بما يقتضيها ، بل انما هي سبب
آخر للالتزام بالحق في عرض الاقرار ، فالاقرار سبب للالتزام في نفسه والاصل
المسبوق به سبب آخر له عند العقلاء من غير أن يرجع الى الاقرار بحيث
يندرج تحت اسمه .

كيف والمفروض أن المنكر غير معترف باشتغال ذمته الفعلي ، ومع عدم
الاعتراف به كيف يصدق عليه أنه مقر وان كان عدم اعترافه غير مسموع عند
العقلاء بل محجوجاً عليه بالاستصحاب .

وهذا بخلاف الاصول اللفظية ، فانها محققة لموضوع الاقرار ، فان مجاري
الاحتمالات على الظواهر اللفظية ، فليس الالتزام بما يقتضيه ظاهر اللفظ الزاماً
بشيء آخر غير الاقرار حتى يندرج تحت الاصل الذي أصلنا من عدم نهوض

الطرق الواقعية في اثبات الحق سوى الاقرار .

وقد يناقش فيه : بأن قضية قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » الالتزام بما علم أنه أقر به ، وأما الالتزام بما ظن أنه أقر به فلا بد فيه من التماس دليل آخر ، كما قلنا نظير ذلك في رد من تمسك بحديث الثقلين على حجية ظواهر الكتاب والسنة ، فإن كان ذلك الدليل هو بناء العقلاء ، فيرد عليه حينئذ ما أشرنا اليه في تأسيس الاصل المزبور من أن أدلة القضاء مخصصة للظنون المعتمدة بغير ماتضمنت حقاً على الغير ، لانه لا يترتب على بناء العقلاء على العمل بالظن اللفظي سوى حجته في غير مقام اثبات حق على الغير بالنسبة الى خصوص الاثار الراجعة الى ثبوت الحق من حيث أنه حق لامن حثيثات أخرى راجعة الى تكليف الشخص كما مر .

الآن يقال : ان الاقرار يشمل القسمين القطعي والظني ، فالدليل على الالتزام بمقتضى الاقرار الظني أيضاً هو قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ، ويستند في شموله للقسمين الى بناء العقلاء ، على أن الاخبار بلفظ ظاهر في ثبوت الحق اقرار به .

وليس المقام نظير التمسك بحديث الثقلين على حجية ظواهر القرآن ، لان ظواهر القرآن ان لم يثبت حجيتها فلا ينفع فيها حديث الثقلين ، وان ثبتت حجيتها ببناء العقلاء استغني عن الحديث بل لا يبقى له معنى سوى الارشاد مثل أوامر الاطاعة . بخلاف مانحن فيه ، لانه بعد ثبوت حجية الظواهر يتحقق موضوع الاقرار . وأما جواز الالتزام به بعد الصديق فنحتاج فيه أيضاً الى أدلة الاقرار ، لما عرفت من أن أدلة حجية الطرق لا تنفع في المقام سوى دليل الاقرار ، فنحن نثبت أولاً صدق الاقرار على ما يدل عليه ظاهر لفظ الاقرار لبناء العقلاء على حجية الظواهر ثم نستدل على نفوذه بأدلة الاقرار - فافهم .

(الرابع) هل يجوز الحكم بعد الاقرار قبل التماس المدعي أم لا ، ومبنى

المسألة أحد أمور :

الاول - انه لو قلنا بكون الحكم حقاً للمدعي لم يجز قبل مطالبته كما أشار اليه المحقق ، وان قلنا انه تكليف محض على الحاكم يرجع الى نحو الامر بالمعروف ، وان لم يكن منه حقيقة فيجوز .

وانما قيدنا التكليف بكونه محضاً لانه لو كان فيه جهة الحقيقة أيضاً توقف على مطالبة صاحب الحق أيضاً . ومن هنا يعلم ضعف هذا المبنى ، لان الظاهر عدم كونه تكليفاً محضاً للحاكم وان لم يكن حقاً محضاً أيضاً ، نظراً الى كون احقاق الحق وكذا رفع الظلم عن الشخص واجباً شرعاً مع توقفه على رضى المظلوم .

الثاني - انه لاشبهة في كونه حقاً ، وانما الكلام في أن حقيقته انما يتحقق بعد الالتماس ، كوجوب اقامة الشهادة واستحباب اجابة المؤمن فانهما مأتيان بعد السؤال ، او أنه حق قبل الالتماس أيضاً . فعلى الاول لا يجوز أي لا يترتب عليه الاثر ، وعلى الثاني يجوز لان كونه حقاً لا يقضي بعدم جواز أدائه قبل المطالبة ، كما في الدين فان أدائه جائز طالب الدائن أم لا .

الثالث - انه لاشكال في أنه حق مطلقاً ، ولكن الاشكال في أنه من الحقوق التي تأخيرها أيضاً حق لاربابها ، كالدين المؤجل على أقوى الوجهين ، لان الدائن له الامتناع عن أخذ الدين وابقائه في ذمة المديون قبل بلوغ الاجل ، مع احتمال أن يكون التأجيل محض الترفيه لحال المديون فلا يكون للدائن الامتناع أم لا . فعلى الاول لا يجوز ، لان حقيقة الشيء اذا كانت بيد ذي الحق فعلاً وتركاً لم يجز أدائه قبل المطالبة ، والاجاز وان لم يجز مع المنع لان كون الشيء حقاً لا يقضي بتوقف أدائه على المطالبة مطلقاً ، لان الاذن النوعي الموجود

في نوع ذوي الحقوق يكفي في المطالبة ، نعم اذا منع كان ذلك في حكم الاسقاط عن الحكم - فتأمل .

الرابع- انه لا اشكال في كونه من الحقوق التي فعلها حق وتركتها أيضاً حق ، وأنه يتوقف على رضا صاحب الحق ومطالبته ، وانما الكلام في اكتفاء شهادة الحال في الاذن والمطالبة وعدمه أو في وجود شهادة الحال وعدمها ، وأوجه الامور ثالثها .

التقاط

(في دعوى المدعى عليه الاعسار)

قال في الشرائع بعد ذكر أقسام الجواب وبعض ما يجري في مجلس المرافعة وأحكامها : ولو ادعى الاعسار كشف عن حاله ، فان استبان فقره أنظره ، وفي تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يواجرود روايتان ، أشهرهما الانظار حتى يوسر ، وهل يحبس حتى يتبين حاله ؟ فيه تفصيل ذكر في باب المفلس .

وفي هذه العبارة اجمال واغلاق ، لان المراد بكشف الحال يحتمل أن يكون الكشف الشرعي بمطالبة المينة أو الاقرار وأن يكون الكشف الحقيقي بالفحص والتجسس من المطلعين على حقيقة الحال .

وعلى الاول يكون المراد بعدم تبين الحال الذي يدل عليه قوله أخيراً « وهل يحبس حتى يتبين الحال » عدم المينة والاقرار ، وبالتفصيل المذكور في باب المفلس ما ذكره هناك من الحبس مع وجود مال ظاهر بيده وعدم الحبس مع عدم وجوده .

وعلى الثاني يكون المراد بعدم تبين الحال عدم انكشاف الحال بالفحص

وبالتفصيل المزبور هناك في قواعد القضاء من مطالبة البينة والاستحلاف وغيرهما مما ذكره هناك .

وظاهر عبارة المسالك ينطبق على الاخير كما يظهر للمتأمل، كما أن عبارة الفاضل في القواعد صريحة أيضاً في ذلك ، حيث فرض البحث مع جهل الحال بعد فقد البينة والاقرار ، فان البحث بعد فقدهما لامعنى له سوى الانكشاف الحقيقي . وحينئذ فيشكل على عبارة الشرائع هذه ، حيث أوجب أولاً كشف الحال بالفحص ثم استعمال البينة وسائر موازين القضاء ، اذ ليس في الدعاوي مايكون حاله كذلك ، بأن يوقف الاستحلاف أو طلب البينة حتى يتفحص الحاكم عن حقيقة الحال . الا أن يقال : ان الاعسار من الموضوعات التي يتوقف استعمال الاصل فيها حتى يتفحص - فتأمل .

ثم أن في العبارة اجمالاً آخر ، من حيث أنه لم يعلم أن مفروض الكلام دعوى الاعسار قبل الحكم بعد ثبوت الحق أو بعد الحكم ، وان كان ظاهر المسالك هو الاخير - فراجع وتأمل .

ا هل يحتاج في اثبات الاعسار الى اليمين ؟ |

ثم ان مسألة دعوى الاعسار كلمات الاصحاب فيها مضطربة من حيث الاحتياج الى اليمين بعد اقامة البينة وعدمه ، ففي الشرائع في باب المفلس : ان المعسر ان أقام البينة على تلف المال الذي كان بيده لم يحتج الى اليمين ، وان أقامها على مطلق الاعسار فللغرماء احلافه . وفي موضع من محكي التذكرة عكس ذلك ، وفي موضع آخر منه أنه لا يمين في الموضوعين .

ولنكشف الحال في المسألة بعد ذكر مقدمة يتبين بها المدعي من المنكر في

مسألة الاعسار :

اعلم أن الاعسار أمر وجودي ينشأ دائماً من عدم المال، لانه عبارة عن نحو ضيق في المعيشة وسوء حال في المعاش ، نظير الفقر والفاقة ، فان الفقر عبارة عن الاحتياج الذي هو أمر وجودي ، ومنشأود عدم المكنة والثروة وفقدان المال. ودعوى أن مفهوم العسر عين ذلك المفهوم العدمي - أعني عدم المال - شطط من الكلام يعرف وجهه من ملاحظة افتراقهما كثيراً، فان الانسان قديكون في سعة من أمر معاشه مع فقدانه المال رأساً ، كواجبي النفقة مثل الولد والزوجة بل العبد أيضاً اذا كان متنعماً بأنواع النعم ، فان هؤلاء كثيراً ما لا يكونون في العسر والضيق ، سواء كان لهم مال يبذل فيما عليهم من الحقوق كالدين والجناية أم لا .

ودعوى أن هؤلاء اذا لم يستطيعوا أداء ما عليهم من الحقوق فيكونون أولي الاعسار بالنسبة الى أداء الحق وان لم يكونوا كذلك بالنسبة الى مؤنة المعاش . مدفوعة بأن مجرد ثبوت الحق في الذمة مع قطع النظر عن مطالبة صاحب الحق ووجوب أدائه شرعاً ليس مما يصدق به الاعسار العرفي، وكلامنا في تشخيص المعسر الذي يبحث عن جواز مطالبته وعدمه . وهذا الاعسار لا يعقل أن يكون تحققه بعد المطالبة ووجوب الاداء ، لان الشيء اذا كان مقدماً على شيء آخر في المرتبة امتنع أن يكون ذلك الشيء المقدم من أحكام ذلك الشيء المؤخر . وهنا لما فرضنا أن للمطالبة مدخلية في تحقق الاعسار كانت مقدمة عليه طبعاً ، فيمتنع أن تكون من أحكامه وجوداً وعدمًا .

والحاصل ان غرضنا تشخيص الاعسار الذي نتكلم في جواز المطالبة وعدمها معه وبيان مورد افتراقه عن ذلك المفهوم العدمي - أعني عدم المال - لبيان مطلق الاعسار حتى ما يمتنع أن تكون المطالبة وجوداً وعدمًا من أحكامه

كالاعسار الذي يتحقق موضوعه بعد المطالبة ، وهذا هو الذي لا يفارق عدم المال ، وأما الاول فقد عرفت مفارقتها عنه .

فان قلت : الحكم هو جواز المطالبة وعدم الجواز لانفس المطالبة ، فلا يمتنع عروضه للاعسار الذي يتوقف على المطالبة حرمة مطالبة المعسر مطلقاً سواء كان معسراً بدون المطالبة أو بعدها .

قلت : نعم لكن ذلك أيضاً لا يبطل ما ادعينا من مفارقة عدم المال عن الاعسار ، لانا نفرض من سمعت غير مطالب بدين أو حق ، فان العسر حينئذ غير متحقق مع عدم المال رأساً .

[في مفهوم العسر]

وكيف كان فلاشبهة في أن مفهوم العسر أمر وجودي لكن مع ملاحظة أمر عديمي ، وهو فقدان المكنة الموجودة في صورة اليسار التي يتحقق بسببها مفهومه . توضيح ذلك : ان اللفظ قد يكون معناه وجودياً محضاً وقد يكون عديمياً كذلك وقد يكون أمراً وجودياً ملحوظاً فيه معنى عديمي ، وذلك مثل لفظ «الحد» فانه عبارة عن جزء وجودي لا يكون بعده جزء آخر ، ومثل «اللازم» فانه عبارة عن أمر وجودي لا ينفك عن وجودي آخر ، ومثل «الالزام» فانه عبارة عن أمر وجودي وهو مرتبة خاصة من الطلب مع عدم الرضا بالترك ، ومثل «الحبس» فانه عبارة عن كون الشخص في مكان بحيث لا يقدر على الكون في مكان آخر ، ومثل «الشرط» فانه عبارة عن شيء وجودي أو عديمي يلزم من عدمه عدم شيء آخر - الى غير ذلك من الالفاظ الدالة على أمور وجودية مع ملاحظة أمر عديمي ، بحيث لو جرد ذلك الوجودي عن ملاحظة ذلك المعنى العديمي كان اطلاق اللفظ عليه غلطاً ويحتاج الى لفظ آخر .

وما نحن فيه من هذا القبيل ، فان العسر اسم لمرتبة من الممكنة بملاحظة فقدانها للممكنة الموجودة في صورة اليسار، لكن مناط الحكم الشرعي - وهو حرمة المطالبة - الظاهر هو ذلك المفهوم العدمي .

وحاصله : كون اليسار الذي هو عبارة عن مقابل ذلك العدمي شرطاً لجواز المطالبة لا كون الاعسار مانعاً ، وان كان ظاهر صدر قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »^(١) ذلك ، لكن ذيله ظاهر فيما قلناه ، أعني كون اليسار شرطاً للمطالبة وعدم اليسار موضوعاً لحرمة المطالبة دون العسر الذي هو الوجودي . توضيح ذلك : أن معنى الانظار هو الامهال ، والامهال أمر عدمي محض وقد علق وجوبه بمقتضى صدر الآية على العسر الذي قد عرفت أنه أمر وجودي ملحوظ فيه أمر عدمي .

وتعليق أمر عدمي على شيء وجودي يدل على مانعته للوجود ، كما في قوله عليه السلام « اذا بلغ الماء قدر كر لم ينجسه شيء »^(٢) فان أخذنا بظاهر الصدر لزم الحكم بأن العسر هو المانع عن المطالبة وأنه الموضوع للحكم الشرعي . لكن لما كان ملاحظة عدم اليسار معتبراً في معنى العسر جاز أن يقال ان : تعليق الامهال على العسر باعتبار كون ذلك المفهوم العدمي الذي هو لازمه سبباً لعدم المطالبة وكون نقيضه الذي هو اليسار شرطاً لجوازها .

وهذا الاحتمال في نفسه خلاف ظاهر الصدر، لكن اذا نظرنا الى نفس الانظار الى حصول الميسرة فيتعين ذلك، لانه صريح في أن الميسرة شرط لجواز المطالبة شرعاً كما أن القدرة شرط للتكليف عقلاً ، فيكون سبب الحرمة عدم ذلك الشرط لا الامر الوجودي المقارن له - أعني الاعسار .

(١) سورة

(٢) الوسائل ج ١ ب ٩ من ابواب الماء المطلق ح ١ بلفظ «اذا كان الماء قدر كر...» .

ومما ذكرنا ظهر مافي كلام من زعم أن العسر مانع عن المطالبة ، وليس عدم المال والممكنة شرطاً وسبباً لحرمة المطالبة . ويتفرع على ذلك أن دعوى الاعسار مطابق للاصل ، لانه في الحقيقة دعوى لامر عديمي ، أعني عدم اليسار على الوجه الذي بينا . وعليه اتفقت كلمات الجبل أو الكل ، حيث يعللون يمين المعسر بأنه منكر وبأن الانسان خلق معسراً كما عن الشيخ .

نعم لو بنينا على أن العسر مانع وان حرمة المطالبة متفرع على ثبوت العسر لأن جوازها مشروط باليسار كان مدعى الاعسار مدعياً مخالفاً للاصل .
إذا تمهدت المقدمتان فالكلام في دعوى الاعسار يقع في مقامين : أحدهما دعوى الاعسار بدون العلم بسبق المال ، والثاني دعواه فيما كان هناك مال سابقاً أو كان أصل الدعوى مالا مثل القرض وثمر المتاع .

[دعوى الاعسار بدون العلم بسبق المال]

(أما الاول) فظاهر الجبل كالمحقق والعلامة والشهيد « رد » أنه لو أقام فيه على اعساره بينة خلي سبيله .

قال في الشرائع في باب المفلس: وان لم يكن له مال ظاهر - أي للمفلس - وادعى الاعسار فان وجد البينة قضى بها وان عدمها وكان قبلاً له أصل مال أو كان أصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت اعساره ، واذا شهدت البينة بتلف أمواله قضى بها ولم يكلف اليمين ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره ، أما لو شهدت بالاعسار مطلقاً لم تقبل حتى تكون مطلعة على باطن أمورده بالصحة المؤكدة ، وللغرماء احلافه دفعاً للاحتمال الخفي ، ولو لم يعلم له أصل مال وادعى الاعسار قبلت دعواه ولا يكلف البينة وللغرماء مطالبته باليمين - انتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره .

ودلالته بل صراحته في أن البينة يكتفى بها من مدعي الاعسار مطلقاً حتى فيما لولم يعلم أصل مال، واضحة بشهادة ترك الاستفصال، لأنه أطلق القضاء بالبينة مع وجودها، وفصل في صورة عدمها بين المقامين في الحبس واليمين. وقريب منه عبارة القواعد.

وأما عبارة الشهيد في اللمعة فيمكن استفادته منها أيضاً، قال فيها: فان ادعى الاعسار وثبت صدقه فيه ببينة مطلعة على باطن أمره أو بتصديق خصمه له أو كان أصل الدعوى بغير مال وحلف ترك.

فان الترديد في عبارة المصنفين غالباً أودائماً محمول على منع الخلو، وعلى هذا يكون مقتضاه أن صدق دعوى الاعسار يثبت بالبينة مطلقاً، سواء كان الدعوى بمال وهو المقام الثاني أو بغير مال كما هو المفروض في المقام الاول.

نعم لو حمل الترديد على منع الجمع لم يدل على كفاية البينة في المقام الاول بل يدل على عدم الكفاية. وأما عبارة الروضة وشرحها فصرحة في قبول البينة حينئذ، بل بعدم الافتقار الى اليمين بالاولوية، خلاف ما ذكره جماعة في صورة سبق المال أو كون الدعوى مالا من جواز احلاف مدعي الاعسار مع اقامة البينة أيضاً.

بل لعل ما صرح به في الروضة من عدم اليمين في المقام الاول مع اقامة البينة يمكن القول بأنه ظاهر الشرائع والقواعد وكل من أطلق القول بكفاية البينة في ثبوت الاعسار، وحينئذ فيشكل المسألة من جهتين:

(احدهما) ان دعوى الاعسار في المقام الاول - أعني ماذا لم يعلم له مال سابق ولم يكن أصل الدعوى مالا - ان كانت مطابقة للاصل كما قلنا فلا وجه للاقناع عنه بالبينة، لان المنكر لا يسمع منه البينة، بمعنى أنه لا يكتفى بها، وان كانت مخالفة للاصل فلا وجه للاكتفاء منه باليمين كما هو صريح الشرائع

وغيره ، لان المدعى لا ينفع له اليمين . فأما أن يقال: ان مدعى الاعسار في هذه الصورة مدعي لكن يطالب باليمين أيضاً استظهاراً - كما في غير موضع - أو يقال انه منكر ولكن تسمع منه البينة ، على خلاف القاعدة .

(وثانيتها) ان البينة على الاعسار في المقام الثاني قد صرح بعضهم كالمحقق بأنها لا تغني عن اليمين أيضاً . والفرق بينه وبين المقام الاول غير واضح ، فلا بد لمن يرى جواز الاحلاف مع البينة في المقام الثاني القول بجوازه في المقام الاول أيضاً .

ويمكن الجواب عن الاشكال الاول بوجود :

« الاول » - المنع عن قبول البينة من مدعي الاعسار في المقام الاول ، فان المصرح به قليل مع امكان منع دلالة عبارة المحقق مع تصريحه بعدم مطالبة البينة حيثئذ - فارجع وتأمل .

« والثاني » - ان دعوى الاعسار بعد ثبوت الحق مخالفة لاصالة الاشتغال المقتضية للبراءة ، فيكون مدعيها مدعياً ، لان الثابت في ذمته مأثور بالاداء ، فادعاء العسر حيثئذ ادعاء للبراءة بعد ثبوت الاشتغال ، فيكون مخالفاً للاصل . وفيه نظر واضح .

« والثالث » - ان الاعسار قد عرفت أنه أمر وجودي ملحوظ فيه العدم ، وكل شيء يكون كذلك يمكن مطالبة البينة عليه باعتبار جزئه الوجودي واليمين باعتبار جزئه العدمي .

فان قلت : مطالبة البينة على الجزء الوجودي بعد عدم كونه موضوعاً للمحكم الشرعي بل الموضوع هو ذلك الجزء العدمي لوجه لها .

قلت : لما كان ذلك الجزء الوجودي مسبباً عن ذلك الجزء العدمي كما عرفت كانت البينة عليه مثبتاً لذلك العدم بالملازمة الانية .

وحاصل هذا الوجه أصل، وهو أن المنكر إذا كان قوله ملزوماً لامر وجودي صح منه إقامة البينة، وانما لم يصح منه ذلك في النفي المحض الذي ليس له أثر وجودي -- فافهم .

(الرابع) المنع من عدم سماع البينة من المنكر، وانما الفرق بينه وبين المدعي أنه مطالب به بخلافه فانه غير مطالب الاباليمين، ولكن لو أقام البينة لمنع عدم قبولها منه لعدم أدلتها .

فان قلت : ظاهر قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) عدم سماع اليمين من المدعي والبينة من المنكر من وجهين : « أحدهما » التفصيل القاطع للشركة ، فلو كان المدعي والمنكر متشاركين في قبول البينة أو اليمين مطلقاً أو في بعض الموارد كان التفصيل أو إطلاقه لغواً كما لا يخفى . « وثانيهما » ان المسند اليه اذا كان محلي باللام أفاد حصره في الخبر ، سواء كان وصفاً كقولك « الأمير زيد » أو لا كقولك « الكرم في العرب » كما صرح أساطين علم العربية والبيان .

وقد ذكرنا في الاصول أن وجهه دلالة اللام حيثئذ على ثبوت جنس المسند اليه في المسند ، وثبوت الجنس لشيء بعد فرض كون المقام مقام البينان يستلزم ثبوت كل فرد ، وثبوت كل فرد في المسند يمنع من ثبوت بعض الافراد لغيره . ويؤيده بل يدل عليه ماورد في تقديم بينة الخارج وعدم قبولها من الذي في يده العين المتنازع فيها .

قلت : ما ذكرت من ظهور الرواية في الحصر المانع عن قبول البينة من المنكر مسلم ، لكننا نصرفها عن ظاهرها بقريتين داخلية وخارجية :

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ، عدة احاديث بلفظ « البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه » ..

(أما الاولى) فهي ان الفقرة الاخيرة بعد ورودها عقيب الاولى - نظير الامر الوارد عقيب الحظر - لا يفيد سوى الرخصة . توضيحه : ان مفاد كلمة الاستعلاء في الفقرتين ليس هو الحكم التكليفي كما لا يخفى ، لوضوح أن اقامة البيئة على المدعي ليس بواجب عليه ، بل الحكم الوضعي ، وهو اشتراط تحقيق مقالة المدعي باقامة البيئة وتحقيق المنكر مقالته باليمين ، ولما كان اقامة البيئة كلفة دلت الفقرة الاولى على اشتراط ثبوت قوله بها وعدم كفاية شيء آخر . وأما اليمين فهي وان كانت في نفسها كلفة في مقابل عدمها لكنها في جنب اقامة البيئة أمر هين . ومن الواضح أن سبق مطالبة الامر الاسهل من المنكر بعد ذكر مطالبة الامر الاصعب من المدعي لا يكون مؤداه سوى الترفيه والرخصة كالامر بعد الحظر أو توهمه ، لعدم اجزاء الامر الاصعب على تقدير تبرعه به كعدم أجزاء أمر اليمين من المدعي .

ومما يدل على أن اليمين ليست كلفة مع وضوح أن المدعي اذا أريد الترفيه بحاله لعسر اقامة البيئة عليه أو لنكتة أخرى سمع قوله باليمين . والحاصل ان الاكتفاء باليمين حقيقة تصديق لقول المكتفى عنه من غير كلفة ، وأما مطالبة البيئة فهو رد لقول المطالب منه حقيقة ، ولذا يقال ان القول قوله بيمينه لا بيمينته . ومن هنا علم أن عدم ذكر البيئة مع اليمين مع تساويهما لاجل استهجان ذكر الاثقل مع الاخف ، كالتخير بين الاقل والاكثر .

ثم لا يذهب عليك أن ذلك لا يستلزم التخصيص في الفقرة الاولى ، لان مفادها حينئذ حصر مطالبة جميع أفراد البيئة في المدعي ، وهو باق على عمومه ، لا حصر كفاية جميع أفرادها فيه - فافهم .

نعم كل ما يكتفى فيه من المدعي باليمين فهو تخصيص في الفقرة الاولى ، وكل ما لا يكتفى فيه من المنكر فهو تخصيص في الفقرة الثانية ، والتخصيص

الاول كثير وأما التخصيص الثاني فهو في الدماء أيضاً ثابت ، وذلك لان ظاهر الفقرتين حصر المدعى في البينة والمنكر في اليمين أيضاً لعين ما ذكرنا في حصر البينة في المدعى .

وحاصله : ان المسند المحلى باللام أيضاً يدل على العموم ولو كان للجنس في مقام البيان لقاعدة الحكمة ، فمفاد « البينة على المدعي » أن كل بينة على المدعي وكل مدع عليه البينة، وكذا مفاد « اليمين على المنكر » ، فكل موضع لا يكتفى من المنكر باليمين بل يطالب منه البينة فهو تخصيص في الفقرة الاولى باعتبار مدلولها بملاحظة تعريف المسند اليه وفي الفقرة الثانية أيضاً باعتبار مدلولها بملاحظة تعريف المسند .

وأما القرينة الخارجية فهي ماورد في الدماء من « ان الله تعالى حكم في دمائكم بغير ما حكم به في أموالكم ، حكم في أموالكم بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وفي دمائكم بأن اليمين على المدعي والبينة على المنكر محافظة للدماء »^(١) . وجه كونها قرينة : أن الاجماع قائم على كفاية البينة في دعوى الدم فكذا في الانكار في غير الدماء ، لان المغايرة بينهما انما هي في كون المدعي في الدماء بمنزلة المنكر في غيره ، فالحكم الثابت في دعوى الدماء ثابت في المنكر في غيرها .

وماورد أيضاً من أن الله تعالى أوحى الى نبي من أنبيائه أن احكم بين الناس . فقال : يارب كيف أحكم بما لم يره عيني ولا سمعت أذني؟ فقال : أحكم بالبينات وأضفهم الى اسمي . قال المعصوم عليه السلام : هذا لمن لم يكن له بينة^(٢) . بناءً على كون المراد بالموصول المنكر دون المدعي .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٣ مع اختلاف في بعض الالفاظ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

وما رواه أيضاً في العيون في باب العلل من تعليل يمين المنكر بأنه جاحد
لا يستطيع على إقامة البينة على الجحود^(١). فانه يدل على أن تعيين اليمين للمنكر
مبني على الرخصة والترفيه وأنه لو استطاع على إقامة البينة - بأن كان انكاره
متضمناً لامروجودي قابل لإقامتها عليه - سمع منه ، الا أن الرواية وردت في
إبداء المحكمة ، ولكنه لا يخلو عن نحو تأييد لما قلنا :

وأما رواية منصور^(٢) الواردة في تقديم بينة الخارج والمصرحة بعدم قبول
البينة من الذي في يده العين - أعني المنكر - فلا تنهض في منع قبولها في
غير صورة المعارضة الذي كلامنا فيه ، لان البحث في أن المنكر هل يسمع منه
البينة وهل تكون بينته مغنية عن يمين أم لا مع قطع النظر عن صورة التعارض ؟
فيمكن الالتزام بمضمون الرواية في صورة المعارضة وجعلها دليلاً على ترجيح
بينة الخارج حتى يكون دليلاً على المطلوب ، لان الترجيح فرع كون الطرف
المقابل حجة .

ومن هنا يظهر سقوط ما أورده الفاضل في كشف اللثام على ما في القواعد
حيث جمع العلامة فيها بين ترجيح بينة الخارج وبين سماع البينة من ذي اليد
في صورة عدم المعارضة ، اذ لا منافاة بين عدم القبول في صورة التعارض لرجحان
معارضه ذاتاً وبين القول بحجتيه بدون التعارض كما لا يخفى .

(الخامس) ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية ومدخلية في الحكم ،
فيستفاد من قوله « اليمين على المنكر » أنه من حيث انكاره وجحوده لا يطالب
ولا يسمع منه سوى اليمين ، فلو كان منكره يتضمن قوله ادعاء أمر وجودي مستلزم
عقلاً أو عادة لصدق انكاره - كما في المقام وكما في صورة الاختلاف في وجه

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٦ .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٤ .

الاجارة بأن قال الموجر آجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة - فلا يستفاد منه عدم قبول البيئة منه من حيث ادعائه لذلك الامر الوجودي .

ودعوى أنه اذا اشتمل الانكار على ادعاء أمر وجودي كان المنكر مدعياً من جهة وان كان منكراً من جهة انكاره . مدفوعة بأن مجرد تضمن الانكار لادعاء أمر وجودي لا يجعله مدعياً ، ولذا لا يحكم في مثله بالتحالف فلا يطالب الممين في مسألة الاختلاف في وجه الاجارة الامن المستأجر ، على ما صرح به في المسالك ناسباً له الى المشهور ناقلاً لخلاف الشيخ وقوله بالتحالف .

[مواضع تقبل فيها بيئة المنكر]

وقد صرح غير واحد بقبول البيئة من المنكر في مواضع :

«منها» - ما ذكره في دعوى تلف المغصوب حيث حكموا فيه بسماع قول

المدعي - أعني الغاصب - حذراً من لزوم تخليد الحبس والعقوبة .

وأورد عليه بالنقض فيما اذا أقام المنكر - أعني المالك - البيئة على البقاء ،

فلولا اقامة البيئة من المنكر الذي يقتدر على اقامتها باعتبار اشتمال مقالته على

أمر وجودي كان النقض ساقطاً غير صالح للالزام على القوم .

« ومنها » - مسألة الاختلاف في وجه الاجارة المشار اليها ، فان هذه أيضاً

مما صرح به في المسالك مرسلات له ارسال الواضحات .

والحاصل : ان مواضع سماع البيئة من المنكر في كلمات القوم تصريحاً

وتلويحاً كثيرة . نعم كثيراً ما يصرحون بعدم السماع أيضاً في مسائل مخصوصة

وعلى وجه الكلية أيضاً ، كما صرح به المحقق في الشرائع والفاضل في كشف

الللثام والسيد في محكي الرياض . لكن القدر الجامع بين الكلمات والادلة

يمكن أن يكون ما ذكرناه من التفصيل بين صور الانكار والقبول فيما يتضمن منه

لادعاء أمر وجودي مسبب عن أمر عديمي . وعليك بالتأمل والنظر في كلماتهم .
 لكن هذا التفصيل أيضاً غير منضبط ، لان القول بسماع البينة من المنكر
 في كل مقام يتضمن انكاره لامر وجودي ولو بالاستلزام أيضاً مشكل . مثلاً لو
 أقام البينة على موت مورث مدعي الدين قبل تاريخ التمسك الذي تمسك به
 في دعوى الدين من جانب مورثه أشكل سماع بينته .

الا أن يقال : ان الميزان هو أن يكون الاثبات الذي يقيم عليه البينة متعلقاً
 لغرض المنكر بالذات ، كاقامة المالك البينة على بقاء المغصوب ، فيخرج مثل
 اقامة البينة على موت المورث قبل تاريخ التمسك ، فان موته ليس متعلقاً لغرضه
 بالذات بل باعتبار استلزامه لعدم اشتغال ذمته بالدين .

وهو أيضاً مشكل ، لان اقامة المستأجر البينة على قدر مايدعيه من الاجرة
 أيضاً اقامة لها على غير المقصود بالذات ، لان الغرض منها نفي مايدعيه الموجر
 من الزيادة . وكيف كان فالنظر في الادلة لايبعد مساعدته على سماع البينة من
 المنكر اذا كان انكاره مستلزماً لامر وجودي يكون متعلق غرضه ، وأما مساعدة
 كلمات العلماء لجميع جزئيات هذا الميزان فلا يلتزم به ولانقول به .

[سماع البينة من المنكر على ماينفعه]

ثم ان المحقق القمي في محكي جواب سؤاله اختار ماقويناد من سماع
 البينة من المنكر حيث يقيمها على ماينفعه ويحقق مقالته ، واستدل عليه بعد
 تزيف دلالة « البينة على المدعي واليمين على أنكر » على عدم السماع بقاعدة
 كون التفصيل قاطعاً للشركة بما حاصله : ان التفصيل انما هو في الامر الواجب
 على المتخاصمين دون الكافي ، فالمدعي والمنكر ممتازان في أن الاول يجب
 عليه اقامة البينة والثاني لايجب عليه الا اليمين ، بأمر :

« منها » - ماورد فيمن ادعى على الباقر عليه السلام بغلة اشتراها من شخص فصدقه وسلمه البغلة ، ثم ادعى سرجها أيضاً فكذبه وقال « ع » : ان لي بينة على أن السرج لي ^(١) . فانه عليه السلام كان ذا يد على السرج ومع ذلك استند في كون السرج ماله الى البينة .

ودلالته وان كانت محل مناقشة ، لانه عليه السلام لم يكن معه في مقام المرافعة والخصومة بل في مقام بيان الواقع ، لكنه لا يخلو عن تأييد لما قلنا .

« ومنها » - قول أمير المؤمنين عليه السلام حين طالب منه ابو بكر البينة على ملكية فدك : حكمت بخلاف ما حكم به رسول الله «ص» من ان البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، لم تطالب البينة مني ولا تطالبها من المسلمين ^(٢) . فان جوابه عليه السلام يشعر أو يدل على قبول البينة من المنكر ، والا كان عليه أن يقول لم تطالبني البينة مع أن المنكر لا يسمع منه البينة . وحاصله الى تقريره عليه السلام له على مطالبة البينة من حيث اشتغالها على فائدة له وردعه في تعيين المطالبة منه لا من المسلمين .

ومنه يندفع ما قد يتوهم من دلالة قوله عليه السلام « بخلاف ما حكم به رسول الله » على خلاف المقصود وان البينة من المنكر خلاف حكم رسول الله «ص» . وجه الاندفاع : ان المخالفة اما هي في المطالبة والتقرير انما هو في افادة البينة فائدة في حق المنكر - فافهم .

ثم ان كونه عليه السلام منكراً في ملكية فدك اما باعتبار كونها في يده أو باعتبار ما تقتضيه قواعد الميراث . ثم ان دلالته أيضاً خفية أو ممنوعة ، كما يظهر بالتأمل من وجوده ، لكنه لا يخلو عن نحو تأييد أيضاً .

« ومنها » - ادعاء صاحب المذهب البارع الاجماع على أنه اذا تنازع اثنان في عين تحت يدهما قضى لمن كان له بيعة اذا لم يقم صاحب البيعة . وأنت بعد الاحاطة بمآقدماتنا وبكلمات الاصحاب كالمحقق والفاضل الاصفهاني وصاحب الرياض المصرحين بعدم القبول والشهيد المتأمل في ذلك في الدروس وغيرهم تعرف ما في هذا الاجماع .

وأما ما ذكره في تزييف دلالة التفصيل على قطع الشركة وتبعه بعض مشايخنا ، ففيه ما لا يخفى ، لان قبول البيعة من المنكر ينافي ايجاب اليمين عليه ، لانه أحد فردي الواجب المخير .

ودعوى كون البيعة مسقطه وان التكليف تعلق باليمين خاصة كما يقال مثل ذلك في بعض المقدمات . شطط من القول هنا ، لان اليمين والبيعة ليس شيء منهما تكليفاً بل كل منهما مسقط محض .

وأما الاشكال الثاني فنقول في حسمه : نارة بعدم الفرق بين المقامين ، فمن يرى الاحلاف في بعض صور المقام الثاني الذي تأتي الاشارة اليه يلزمه القول به في المقام الاول في تلك الصورة أيضاً . وأخرى بإمكان الفرق بينهما ، وهو أن البيعة القائمة على الاعسار في المقام الاول - أعني غير المسبوق بالمال - لا بد أن تكون وافية بتمام المدعى ، بأن تكون نافية للاحتمال الخفي الذي علل بدفعه اليمين في المقام الثاني .

وأما البيعة القائمة على الاعسار في المسبوق بالمال فستعرف أنها قد تكون وافية رافعة للاحتمال الخفي ، فيستغنى عن اليمين حينئذ مثل الاول كما سندكره ، وان تكون غير وافية محتاجة في تماميتها الى اليمين . فالبيعة التي تحتاج الى اليمين لما كانت مختصة بالمقام الثاني - كما سندكر - اختص اليمين به أيضاً ، بخلاف المقام الاول فان مثل هذه البيعة لما لم تسمع في المقام الاول استغني

عن اليمين، فالفرق بين المقامين انما جاء من قبل الفرق بين بينهما لامن أنفسهما. وانما لم تسمع البيئة الغير الوافية في المقام الاول لانه لايلزم من عدم سماعها محذور، اذ المنكر - أعني مدعي الاعسار في المقام الاول - ان شاء أن يستريح عن اليمين فعليه اقامة البيئة الوافية وان عسر عليه اقامتها فيستريح الى اليمين ، اذ لا يطالب منه أزيد منها. بخلاف المقام الثاني الذي فرضنا كون مدعي الاعسار فيه مدعياً ، فان وظيفته ليس اليمين لكونه مدعياً ، فلو كلف بالبيئة التامة لزم تخليد الحبس اذا عدمها، فيقتنع عنها بالبيئة الغير الرافعة للاحتمال الخفي وينجبر ضعفه باليمين - فتأمل وانتظر تمام الكلام .

ثم ان البيئة المعتبرة في المقام الاول يعتبر فيها الخبرة والاطلاع التام بحال المدعى ، فان شهدت بالاعسار اعتماداً على الاصل لم تقبل وان قبل مثلها في غير المقام ، لان الشهادة المستندة الى الاصل انما تعتبر حيث تعتبر اذا لم يكن نسبة الاصل الذي استند اليه الشاهد الى الجميع سواء والا فلامعنى لقبول مثلها، فاذا كانت الحالة السابقة في شىء معلومة لكل أحد وشهد شاهد على طبعها بمقتضى الاستصحاب لم تنفع شهادته جداً ، فلو شهدت في المقام بالاعسار باعتبار كونه مطابقاً للاستصحاب لم ينفع وانما ينفع لو كانت شهادته مستندة الى ما هو من خصائصه كالخبرة والاطلاع التأمين بحال المدعي . ومن هنا اعتبروا في بيئة الاعسار الخبرة والاطلاع على بواطن الامر .

فظهر أن البيئة في المقام الاول على ثلاثة أقسام لاغية ومغنية عن اليمين وغير مغنية ، والاولى ما كانت مستندة الى الاصل، والثانية ما كانت نافية للاحتمال الخفي، والثالثة ما يبقى معه الاحتمال . وهذه قد عرفت الحال فيها وأنها لو لم تقبل في هذا المقام لم يكن بعيداً .

ثم لو شك في كون البينة من الاولى أو الثانية فالكلام فيه مثل الكلام فيما
احتمل استناد الشهادة الى الحدس ، وقد مضى حكمه فيما تقدم .

[الصور المختلفة في الشهادة على الاعسار]

(وأما المقام الثاني) فتفصيل القول فيه : ان دعوى الاعسار اما أن تكون
مع العلم بسبق اليسار أو بسبق مال مخصوص واف بالدعوى كلا أو بعضاً ، كما
إذا كان أصل الدعوى مالا مثل ثمن المبيع أو القرض أو نحوهما مما يتضمن
العلم بسبق مال معين باعتراف الخصمين . وعلى التقديرين فاما أن تشهد البينة
على الاعسار أو على تلف المال أو الاموال .

ثم ان الشهادة على كل من الاعسار أو تلف الاموال : قد تكون على وجه
ينفي احتمال المال الخفي ، كما اذا شهدت على ارتداد مدعي الاعسار أو صلحه
عن جميع أمواله شخصاً أو ببعه أو نحو ذلك مما يستلزم عدم المال رأساً سرّاً
وعلانية ، وقد تكون على وجه يبقى معه احتمال بقاء بعض الاموال السابقة أو
تجدد مال آخر ، كما اذا شهدت بعد الخلطة التامة على تلف جميع أمواله الظاهرة
بغرق أو حرق أو نحوهما ، فالصور ثمان :

(الاولى) ما اذا شهدت على الاعسار مع العلم بسبق اليسار شهادة نافية
لاحتمال الخفي .

وهذه الاشكال في قبولها مجرداً عن اليمين ، ولا يظن شمول كلمات من قال
بالاحلاف مع البينة كالمحقق لمثل هذه الصورة ، خصوصاً مع عدم مجيء
ماعلل به من نفي الاحتمال الخفي فيها كما لا يخفى .

(الثانية) مثل الصورة مع كون الشهادة غير نافية لاحتمال البقاء ، كما اذا
شهدت بالعسر والضيق اللاتقين بحال الفاقدين ، لا بما يلزم عقلاً أو شرعاً أو إعادة

لفقدان المال، فان الضيق قد يجامع المال الواقعي وان كان منشأؤه غالباً عَدَمه .
وهذه مورد الاشكال الذي اضطرب فيه كلام بعض من تصدى لدفعه . وجه
الاشكال : ان مدعي الاعسار في هذه الصورة مدع، والمدعي لا ينفع يمينه سواء
كانت بينته وافية بالمقصود أم لا ، غاية الامر أنه اذا لم تكن وافية قضى لصاحبه
بعد الحلف .

ولو قيل : ان المدعي فيما يعسر فيه اقامة البينة يكلف باليمين والمقام منه
لان عدم المال الواقعي مما يعسر عليه اقامة البينة نوعاً ولو كان مسبوقاً باليسار ،
لان غاية ما يمكن أن يعلم به الشاهد هو تلف أمواله الظاهرة ، وهو غير مناف
لبقاء شيء من الاموال أو تجدد مال جديد مخفي ، فصار المقام مما يعسر فيه اقامة
البينة نوعاً ، فيكتفى فيه باليمين .

قيل : ان عسر اقامة البينة نوعاً يوجب العدول الى اليمين رأساً ، وليس
المقام كذلك ، لانهم لا يقولون بحلف مدعي الاعسار اذا لم يكن له بينة وانما
يقولون به معها ، فان كان المقام من موارد العسر لم يحتج الى البينة والا لم
ينفع اليمين أيضاً ، فالجمع بينهما مما لا يساعده شيء من القواعد .

وتفصلي بعض مشائخنا قدس سره عن الاشكال ووجه الجمع بينهما ، بأنه
قبل اقامة البينة الناقصة مدعي ضعيف الجانب، فلا يكتفي منه باليمين بل عليه
البينة ، وبعد اقامة البينة الناقصة يقوى جانبه نحو قوة جانب المنكر الذي اكتفى
منه باليمين لقوة جانبه ، فيكلف باليمين كسائر الموارد التي يحلف المدعي
لقوة جانبه باعتبار مساعدة الظاهر له ، مثل مدعي الانفاق على الزوجة مع التيام
الاخلاق ، وانما لم يقتنع منه بتلك البينة القائمة لعدم وفائها بالمقصود وهو
العسر الواقعي وعدم المال النفس الامري . هذا غاية ما يحسن في توجيه كلامه .
وفيه بعد ونظر من وجود :

الاول - ان اليمين لا يدور مدار قوة الجانب ولو حصلت من الظهور مطلقاً في مقابل الاصل . كيف وتقديم قول من يدعي على طبق الظاهر محدود محصور ثبت الحكم فيها بالدلة الخاصة .

والثاني - انه على تقدير اعتبار الظهور مطلقاً في سقوط البينة والاقناع باليمين فالمعتبر انما هو الظهور النوعي الداخلي لا الظهور الشخصي مطلقاً ولا الظهور الخارجي مطلقاً ، بأن يكون مستند بعض الامارات الخارجية الغير المعتمدة ، كقول عدل أو عدلين غير ناهض بالمقصود ، والالزم القول بحلف المدعي اذا كان له شاهد واحد ، وهو كما ترى .

والحاصل ان الظهور قد يكون حاصل من الامور الداخلية كدعوى انفاق الزوج على الزوجة مع التيام الاخلاق ودعوى الزوجة الدخول مع الخلوة وسلامة الرجل من العيب ونحوهما مما يظهر فيه صدق المدعي في نفسه مع قطع النظر عن معاضدة امانة خارجية ، وقد يكون خارجياً حاصل من ملاحظة أمر خارج ، والمعتبر على القول بدوران الحلف مدار الظهور دون الاصل هو الاول دون الثاني .

والثالث - ان التقوية تحصل في المقام الاول أيضاً ، مع أن القائل باليمين في المقام الثاني لا يقول به في المقام الاول كما عرفت .

والذي يمكن أن يوجه به الجمع بين البينة واليمين هنا وترفع الاشكال هو أن يقال : ان عسر اقامة البينة باب في الفقه ، لسقوط البينة من المدعي شرطاً أو شطراً أو رأساً ، بحسب اختلاف المقامات كما أو مانا اليه في بعض الالتقاطات السابقة . فقد يوجب سقوط بعض شرائطها كالدورية كما في الموارد التي يكفي فيها بشهادة النسوان ، وكالعدالة كما في موارد الاستفاضة ، وكالعلم كما في مواضع

قبول الشهادة الظنية مثل العدالة ونحوها ، وقد يوجب سقوط أصلها كما في الموارد التي يقدم قول المدعي فيها بيمينته .

ومانحن فيه من قبيل الاخير ، فان اقامة البينة على عدم المال الواقعي المخفي لما كان عسراً عدل عنه في مقدار العسر الى اليمين ، وانما لم يعدل عنها اليها رأساً لان اقامتها على عدم الاموال الظاهرية وعلى الضيق والشدة ليس عسراً ، فلاوجه لاهمال هذا المقدار من الميسور بالمعسور .

فنقول: ان مطالبة البينة لاجل اثبات مايسهل اثباته من الضيق الكاشف عن عدم الاموال الظاهرة ومطالبة اليمين لاجل اثبات مايصعب اثباته من عدم المال الباطني، وهذا نظير موارد جريان قاعدة الميسور في العبادات، فكما أن قاعدة الميسور قاضية باهمال بعض أجزاء العبادات وشروطها المعسورة مع مراعاة الميسور كذلك قاعدة عسر اقامة البينة قاضية باهمال القدر المعسور من مراعاتها شرطاً أو شرطاً . ومن جملة الشروط أو الشطور وفاؤها بالمدعى بنفي الاحتمال الخفي ، فحيث لم تكن وافية فليُنظر : فان كان في مراعاة الوفاء عسر عدل في التوفية الى اليمين كما يعدل اليها لو كان العسر في أصل اقامتها .

ومنه يظهر وجه عدم العدول اليها مع عدم البينة ، لان اقامتها ولو غير وافية ليس عسراً ، فلاوجه لاهمال الميسور بتعذر المعسور .

فان قلت : لو أن شخصاً كان عليه اقامة البينة على تمام مايدعيه من العشرة مثلاً عسراً مع اقامتها على الخمسة فهل يحلف عدولاً في القدر المعسور الى اليمين كما ذكرت ؟ .

قلت : المناط هو العسر النوعي لا الشخصي .

ومما ذكرنا ظهر أن اليمين في المقام ليست من قبيل اليمين الاستظهارية في الدعوى على الميت ونحوها ولا من قبيل جزء السبب كاليمين المنضمة مع

الشاهد في دعوى الاموال بل من قبيل اعتضاد السبب وجبران ضعفه في الدلالة والصراحة في المدعى بجابر ، لان اليمين الاستظهارية لدفع ما ربما يقال بعد ثبوت المدعى مثل دعوى الابرأ أو الوفاء أو نحوهما ، وهذا اليمين محتاج اليها في أصل ثبوت الدعوى . وكذا ضميمه الشاهد في دعوى الاموال جزء سبب شرعي كالشاهد ، بخلاف هذه اليمين فانها ليست لدفع ما يقال بعد ثبوت الدعوى ولا جزء السبب الشرعي بل جابر دلالة .

(الصورة الثالثة) أن تشهد على تلف الاموال في المسبوق باليسار شهادة نافية للاحتمال الخفي ، مثل أن تشهد على ما يستلزم شرعاً أو عقلاً لعدم المال الواقعي ، كالارتداد والبيع والصلح ونحوها ، وحكمها حكم الصورة الاولى . (الصورة الرابعة) مثل الصورة مع بقاء احتمال اليسار ، اما لاحتمال بقاء بعض الاموال السابقة حيث يحتمل خفاء بعضها على البيئة واما لاحتمال تجديد مال بعد تلفها ، وحكمها حكم الثانية في الاحتياج الى اليمين .

وعليها ينزل قول العلامة بالاحلاف مع بيئة التلف في موضع من التذكرة ، كما ينزل على سابقها قول من فرق بين بيئة التلف وبيئة الاعسار بعدم الاحلاف في الاول دون الثاني كالمحقق . وان كان هذا لا يخلو عن نحو تفكيك معيب في العبارة ، والا أشكل الفرق ولا يكاد يتم ، الا أن يقال : ان الشهادة على تلف الاموال السابقة نافية لاحتمال بقاء شيء من الاموال السابقة تصديقاً للبيئة .

وأما احتمال تجديد المال . فهو مدفوع بالاصل كما في المقام الاول ، فان كان يدعيه مدعي اليسار فله الاحلاف ، كما في المقام الاول ، بل هو منه حقيقة ، فلا يندرج تحت صورة العلم بسبق اليسار وان لم يدعه . فلا وجه للاحلاف ، لان تلف الاموال المعلومة قد يثبت بالبيئة بحيث لا يبقى معه الاحتمال الخفي كما في جميع المقامات ، لان البيئة اذا شهدت بشيء فلا يلتفت الى احتمال

خطأها وغفلتها وجهلها بالواقع وغيرها من الاموال الخفية أو المتجددة يدعيها الخصم حتى يستحلف لاجله .

والحاصل ان شهادة البينة على تلف الاموال المعلومة على حد شهادتها على الارتداد مثلاً في تلف الاموال الظاهرة ، واحتمال تجدد المال غير ضائر ، والكلام بالنسبة اليه مثل الكلام في المقام الاول فله حكم نفسه . واحتمال بقاء شىء من الاموال المعلومة منفي في القسمين بالبينة ، وهكذا الكلام بالنسبة الى احتمال خفاء بعض الاموال على البينة من أول الامر ، فانه مثل احتمال التجدد منفي بالاصل كالمقام الاول .

فظهر وجه كلام المحقق من أنه مع قيام البينة على التلف لاحاجة الى اليمين ، يعني بالقياس الى الاموال السابقة وتلفها لامع دعوى المدعي بعض الاموال غير التي شهدت البينة بتلفها ، أو دعوى تجدد بعض الاموال بعد التلف ، فانه يندرج تحت المقام الاول المفروض عدم العلم باليسار ، ومع قيامها على الاعسار المطلق لا بد من اليمين ، لان غاية ما تشهد به البينة هو ذلك الامر الوجودي الذي قد تفارق عدم المال الواقعي ، فيكون دلالتها على المراد - وهو العسر الواقعي - ناقصة فيحتاج الى المكمل . الى آخر ما عرفت في الصورة الثانية .

لكن يبقى الكلام حينئذ في توجيه العكس الذي ذهب اليه في موضع من التذكرة ، وتوجيهه أن يقال : ان مفروض كلام الفاضل في بينة التلف أن تشهد البينة على تلف الاموال المظاهرة ساكناً عن الاحتمالات الخفية كما في الصورة الثالثة .

وحينئذ فوجه اليمين في بينة التلف ما قلنا في بينة الاعسار من أن في رفع الاحتمالات الخفية بالبينة لما كان عسراً نوعياً عدل فيه الى اليمين عملاً بالقاعدة المشار اليها .

ويوجه عدم اليمين في بينة الاعسار بحملها على ما لا يبقى معه الاحتمال الخفي كالصورة الاولى ، أو بما أشار اليه البعض من أن بينة الاعسار بعد فرض

خبرتها واطلاعها على بواطن الامور تفني بالمدعى ، لانها تثبت الضيق والشدة اللاتئنين بحال الفاقد . وبه يثبت الاعسار ، لان الحكم الشرعي لا يناف على دفع الاحتمالات الواهية ولاعلى زيادة مداقة في الفحص عن البواطن ، فاذا ثبت أن الرجل يصبر على ما لا يصبر عليه الملي غالباً كفى ذلك في ثبوت اعساره ، ولا يلتفت الى الاحتمالات التي خفيت على البيئة . وفيه تأمل والاول أولى .

كما أن ما وجهناه به كلام العلامة في بيئة التلف أولى مما وجهناه به كلام المحقق في بيئة التلف ، لان احتمال تجدد المال في صورة قيام البيئة على التلف - وان كان في نفسه مخالفاً للاصل - لكن استصحاب بقاء اليسار مع احتمال التجدد حاكم على أصالة العدم ، كما تقرر في استصحاب الكلي . وكذا احتمال خفاء بعض الاموال على الشاهد من أول الامر ، فان أصالة العدم وان كان بنفسه جارياً الا أن استصحاب كلي اليسار المحتمل وجوده في ضمن فرد آخر خفي غير الافراد المعلومه العدم حاكم عليه أيضاً كما تحقق في محله .

والحاصل انه متى حصل العلم باليسار السابق كان مدعى الاعسار مخالفاً للاصل ، سواء كان احتمال اليسار باعتبار احتمال تجدد مال بعد التلف أو باحتمال خفاء مال غير الاموال الظاهرة أو باحتمال بقاء بعض الاموال الظاهرية ، فليس وظيفته اليمين بشيء من الاعتبارات ، وحينئذ فلا فرق بين بينة التلف وبينة الاعسار المطلق في الاحتياج الى الحلف وعدمه .

وحاصل الكلام من أوله الى آخره : ان مع قيام الاحتمال الخفي لا بد من اليمين في بيئة التلف وبينة الاعسار ، لما ذكرنا من القاعدة ، ومع عدمه فلا حاجة اليها .

ومن فرق بينهما فأحسن الوجود في توجيهه حمل البيئة على التلف في كلامه على غير البيئة على الاعسار .

ومن الاحاطة بما ذكرنا يعرف الكلام في الصور الباقية الاربع ، كما يعرف الكلام من حيث الاحلاف وعدمه في المقام الاول الذي فرض فيه عدم العلم بسبق اليسار ، وان ما ذكرنا من الاحتياج الى اليمين في البينة الغير النافية جار فيه أيضاً .

وان الفرق بينه وبين المقام الثاني مع فرض اتحاد البينة مشكل ، الا أن يتمسك بما نبهنا عليه من منع سماع البينة الغير النافية في المقام الاول ، نظراً الى ما المدعي الاعسار فيه من المندوحة والاستراحة الى اليمين على تقدير فقدانه البينة النافية الكاملة .

التقاط

[حلف المنكر يسقط جميع حقوق المدعى]

اذا حلف المنكر سقطت الدعوى في الحال والاستقبال ، وليس للمدعي مطالبته بالحق ولا الاقتصاص من أموره كما كان له ذلك قبل التحليف ، ولامعاودة المحاكمة ولا تسمع دعواه لو فعل ، ولكن ذمة المنكر مشغولة بالحق ولا تحصل له البراءة في نفس الامر .

وبهذا كله صرح في المسالك ناسباً له الى المشهور نافياً لظهور الخلاف فيه بعد فرض الكلام فيما اذا لم يقيم على حقه بينة بعد الاحلاف .

ومستند المسألة أخبار بين الامر بتصديق الحالف والرضا بيمينه عن الحق وبين المصرح بذهاب اليمين بحق المدعي وابطاله وانه لاحق له على المنكر بعد الاحلاف وبين النافي للتقاص سراً .

وتوضيح الحال في المسألة : ان الدعوى اما أن تكون في الدين أو العين ، فان كانت في الدين فلا اشكال في عدم حصول البراءة الواقعية للمنكر بالحلف

للاجتماع ظاهراً على وجوب التخلص عنه على المنكر فيما بينه وبين الله لو كانت اليمين كاذبة ، ولانه اذا أقر بعد الحلف جاز المطالبة ظاهراً وباطناً كما سيأتي ، فلو كانت الذمة بريئة كان الاقرار لغواً ، لانه اقرار بشيء كان في ذمته قبل الحلف لا بعده ، وسيأتي توضيحه أيضاً .

وكذا لا اشكال في عدم العود الى الدعوى ولا في عدم جواز المطالبة ، وأما حرمة المقاصة فلولا ما دل عليها بالخصوص كان حالها نظير ما يأتي ، ولكن الخبر الوارد في جنابة اليهودي صريح في عدم جوازها ، ولعله لاخلاف فيها معتدلاً به .

وأما ترتب سائر أحكام الملكية على وجه لا يكون فيه تعرض للمنكر ولا لحاله ظاهراً ولا باطناً - مثل الاحتساب من الزكاة والخمس ونحوهما - فمال بعض مشائخنا قدس سره في ملحقات كتابه الى العدم ، استظهاراً له من مثل قوله عليه السلام في الروايات « ذهب اليمين بما فيه »^(١) و « انها أبطلت كل ما ادعاه قبله »^(٢) ، لكن الانصاف انه محل تأمل بل منع ، لانه ان أريد دلالتها على خروج ما في ذمة المنكر من الدين عن المالية رأساً نمنع امكان دعوى الاجتماع على عدمه ، لما عرفت من وجوب التخلص عنه على المنكر بلاخلاف ظاهر ، وعدم براءة ذمته في نفس الامر المقتضي لاشتغالها بالدين ، فلا دلالة فيها على ذلك والالزم القول بكون اليمين من التوافق اذا كان المدعى به عيناً ، فان ذهاب جميع جهات الملكية والمالية في العين لا معنى له سوى خروجها عن ملك المالك ، ولعله مما لا يلتزم به أحد .

والتفكيك بين العين والدين بالتزام بقاء بعض الجهات المالية في الاول

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٩ من ابواب كيفية الحكم ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٩ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

دون الثاني ، وان أمكن لكنه يحتاج الى دليل ، ولادليل في خصوص العين لايجري في الدين سوى قصور دلالتها على ذهاب جميع الجهات المالية .

ودعوى ان الدليل في العين هو الاجماع في مثل المقام . كلام قشري لا يليق بمن عرف الاجماع الناشئ عن دليل تعبدى والناشئ عن مقتضى القواعد العامة مع قصور دلالة المخرج . فاذا ثبت أن الذاهب انما هو بعض الجهات المالية لاجمعيها فالقدر المتيقن منه ماقلنا من المطالبة أو التعرض لحاله الباطني أيضاً .

ويؤيده ما في خبر آخر من النهي عن الاخذ بعد اليمين^(١) مكان مااشتمل عليه غيره من الاذهاب والابطال ، فان المقام وان لم يكن من موارد التخصيص أو التقييد الا أن المظنون اتحاد مفاد الكل . وان أريد دلالتها على بقاء الدين على حكم مال المدعي مع عدم جواز تصرفه فيه بشئ من التصرفات ، فهذا في العين وان كان أمراً معقولاً لكنه في الدين ليس بمعقول ، لان مالية الدين ليس على حد مالية العين الراجعة الى صفة اضافية بينها وبين المالك ، بل هي عبارة عن صرف ترتيب أحكام المالية من التصرفات ، فبقاء المالية وعدم نفوذ شئ من التصرفات فيه كالتناقض .

فان قلت: أثر بقاء المالية ممحض فيما يتعلق بالاخرة من العقوبات والمؤاخذه ونحوهما مما يترتب على شغل الذمة بحق الناس ، وأما مايتعلق بالدنيا فلاضير في عدم ثبوت شئ منها .

قلت : مايتعلق باشتغال الذمة في الاخرة ليس شيئاً قابلاً لاثبات صفة المالية للدين ، لانك عرفت أن مالية الدين حقيقتها ترتيب أحكام المال وما يتعلق بالاشتغال في الاخرة ليس من الحكم الشرعي في شئ ، مع أن المؤاخذه والعقاب

ونحوهما مما يرجع الى الامور الاخرية ، يكفي في ترتبها مجرد الحلف الفاجر ولو قلنا بخروج المال عن المالية رأساً حتى في العين ، لانه حينئذ بمنزلة الائتلاف التي لا توجب شيئاً سوى الاثم والعقاب ، فلا يكون فرق حينئذ بين ثبوت بقاء المالية وذهابها رأساً - فافهم .

وقد يستدل أيضاً بمادل على تصديق الحالف والرضا بيمينه عن الحق^(١) ، فان عموم التصديق بجميع الجهات المالية يقتضي الاعتراض عن جميع التصرفات وفيه مضافاً الى ما عرفت في غيره أن وزان تصديق الحالف المأمور به هنا ، وزان تصديق المؤمن المأمور به في الاخبار ، وان المراد عدم الاتهام والتصديق المخبري الصوري لا ترتب آثار مطابقة قول المؤمن للواقع .

فان قلت : حكم الامام عليه السلام بذهاب اليمين بالحق ثم استشهد بالنبوي الامر بتصديق الحالف ، فيكون المراد بتصديقه أمراً غير محض عدم الاتهام والتصديق المخبري الذي لا يترتب عليه ذهاب العين بالحق وعدم جواز التعرض . قلت : القدر المحتاج اليه في صحة الاستشهاد كون المستشهد له مما يندرج تحت الشاهد ، وأما اقتضاء الاستشهاد لعموم الشاهد فلا . بل قد يقال : ان الاستشهاد المزبور مما يوهن دلالة قوله عليه السلام « ذهب اليمين » على عدم التعرض الباطني كالمقاصة ، ويوجب اختصاصه بعدم جواز المطالبة جهاراً ، لان التصديق المأمور به ليس مؤداه سوى التجافي عن المعارضة والمخاصمة ، نظير تصديق المؤمن الفاسق مثلاً .

ومما ذكرنا ظهر أن تعقيب الامر بالتصديق في النبوي بقوله صلى الله عليه وآله « ذهب اليمين بحق المدعي أيضاً » لا يعطي عمومياً في التصديق . هذا كله مع أن الخارج عن تحت عموم الامر بالتصديق أكثر من داخله ،

اذ ليس يجب على الناس متابعة من أخبر خبراً ثم حلف بالله تعالى على طبقه ،
وتقييده بمقام المرافعة يحتاج الى دليل ، وذيله المشار اليه لا يقتضي التقييد
بحسب القواعد اللفظية .

والقول بأن المقيد هو الاجماع . قد عرفت ما في مثله .
كل ذلك مضافاً الى أن في الروايات السابقة التي هي أظهر دلالة من الامر
بالتصديق ما يستظهر منه الفطن العارف بأساليب الكلام ومزايا الدلالات ، كخبر
ابن ابي يعفور قال بعد ما قال الامام عليه السلام : ذهبت اليمين بحق المدعي
فلا حق له . قلت : وان كان له بينة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ما استحلفه
خمسین قسامة ما كان له - الحديث^(١) .

وجه الاستظهار أن كلمة « ان » الوصلية تدل على رفع توهم عدم مناسبة
الشرط للجزاء وتوهم مانعيته له ، ومن الواضح أن اقامة البينة انما يتوهم منافاته
للمطالبة والتعرض لحال المنكر أو ماله لا ببعض التصرفات التي تتوقف على
ثبوت الحق واقعاً لظاهره كالإبراء والعق مثلاً ، فلو أن الامام عليه السلام أراد
بذهاب اليمين عدم جواز الإبراء والاحتساب السري من الزكاة أيضاً وان الراوي
أيضاً فهم ذلك من كلامه عليه السلام كان قوله « وان أقام البينة » وقوله في جوابه
«نعم» بمكان من الركاة والاستهجان ، اذ قيام البينة وعدمه بالنسبة الى مثل تلك
التصرفات لا يؤثر شيئاً ، لانها منوطة بثبوت الحق واقعاً لظاهره ، بل كان عليه
لو أراد توضيح الحال أن يقول ولو أقام بينة فكيف الحكم لا التعبير بأن الوصلية
المشعرة بالاستبعاد الغير اللائق بالمقام .

فظهر أن التعبير بها مبني على كون الحكم المدلول عليه بقوله عليه السلام
« ذهبت اليمين » مما لا يناسبه اقامة البينة ، وليس هو الاحزمة المطالبة وترتب

سائر الاثار جهاراً لاخفاءً .

ثم ان لازم القول بسلب جميع الاثار المالية في الدين عدم حصول التهاثر القهري أيضاً لو فرض اتلاف المدعي شيئاً من أموال المنكر يساوي قيمته بمقدار الدين الذي في ذمته . وهو كما ترى أثر قهري ، لان التهاثر في مودده ، اذ لا يعقل اشتغال ذمة الشخص بعين ما اشتغل ذمة الشخص الاخر كالدينار الكلي ، فاذا فرض أن مافي ذمة المنكر دينار وقيمة التالف أيضاً دينار حصل البراءة قهراً .

وبالجملة مفاسد هذا القول يضيق عن الاحاطة بها نطاق البيان ، وكيف يمثل هذه الادلة الموهونة الدلالة يلتزم بخلاف القواعد المتيمة ، سيما مع عدم مصرح به سوى من عرفت مع تأمله وتردده واعترافه بأنه لا يخلو عن نظر واشكال . ومما يبعده أيضاً تصريحه وتصريحهم بأن المنكر لو كذب بالاقرار عاد المطالبة والتعرض ، فانه مع ذهاب المالية الدنيوية رأساً لا يكاد يتم ذلك الا بالالتزام كون الاقرار سبباً جديداً في حدوث المالية ، بخلاف ما لو قلنا ببقاء المالية وان الذاهب هو السلطنة على بعض الاثار كالتعرض والمطالبة .

[لو أقر المنكر عاد حكم المطالبة والتقاص]

توضيح المقام : انه قد تطابق النص والفتوى على أن المنكر المحالف لو أقر بالحق مطلقاً - سواء كان عند الحاكم أو عند غيره أو في السر - عاد حكم المطالبة والتقاص وغيرهما مما لم يكن له قبل الاقرار بعد الحلف .

وهذا على تقدير ذهاب المالية مشكل ، لان الاقرار لا يقتضي الا الالتزام بالمقر به ، فحيث كان المقر به أمراً غير مترتب عليه شيء من الاثر وقع لاغياً ، وعلى القول بذهاب المالية رأساً فالأقرار به اقرار بما مر غير ملزم وانه كالأقرار بالدين الذي يتعقبه المسقط مثل الإبراء ونحوه ، فلا بد من الالتزام بأن الاقرار

سبب شرعي تعبدي لحدوث مال جديد في ذمة المقرمع العلم بعدم ثبوت مال في ذمته قبل الاقرار .

وهذا جدل لا يلتفت اليه من أنس بالفقه أنساً ، بخلاف مالو قيل بما اخترنا من بقاء صفة المالية وعدم جواز ترتب بعض الاحكام لمانع الانكار المقرون باليمين ، لانا نقول حيثئذ : ان الاقرار يرفع المانع من استيفاء الحق . وبعبارة أخرى : ان المانع انما تعلق باستيفاء الحق من المنكر بعد اليمين مادام منكراً وبعد الاقرار يرتفع الموضوع .

الآن يقال بمثله على ذلك القول أيضاً ، بأن يقال : ان الانكار كان مانعاً عن ترتب جميع الاثار المالية مادام منكراً وتكذيب النفس يرفع المانع . وكيف كان فقد ظهر أن التمسك في الحكم المزبور - أعني جواز المطالبة بأدلة الاقرار - غير سديد ، لان أدلة الاقرار انما تفيد الالتزام اذا كان المقر به أمراً ملزماً ، فلا بد أولاً من احراز كون الدين بعد الحلف من الامور الملزمة ثم التمسك بها ، لا التمسك بها مع قطع النظر عن ذلك حتى على احتمال خروجه عن المالية في الدنيا رأساً ، فانه حيثئذ كالاقرار بالدين بعد تحقق المسقط .

(تجديد مقال لتوضيح حال)

قد عرفت أن الامر بالتصديق في النبوي نظير قرينة ، أعني الامر باعطاء الحالف له معنى آخر غير ترتيب آثار النفي والبراءة ، وان ذهاب اليمين بحق المدعي وابطالها اياه ونفي الحق بعد اليمين لادلالة لها أيضاً على نفي جميع تصرفات المدعي من المطالبة وغيرها .

ونقول أيضاً طلباً لمزيد البيان : ان ذهاب اليمين بالحق وابطاله لا بد أن يراد به - بدلالة الاقتضاء كما في حديث رفع الخطأ والنسيان - ابطال الاثار

لا بطلان نفس المال ، لان ابطال الشيء الثابت خصوصاً اذا كان من الاعيان الخارجية لامعنى له ، فيدور الامر بين أن يكون المراد ابطال جميع الاثارحتى مايرجع الى المنكر بحيث يكون المنكر بعد الحلف برىء الذمة رأساً الذي هو خلاف الاجماع ظاهراً أو ابطال جميع مايرجع الى المدعي خاصة من الاثار أو ابطال خصوص مايليق بمقام الدعوى والخصومة أعني المطالبة وتجديد دعوى أخرى ونحوها مما يشاركها في التعرض لحال المنكر .

والاول لو قلنا بكونه المتعذر في مثل المقام مع امكان منعه وارجاعه الى نفي الاثر الظاهر ، فلا بد من المصير الى غيره بقرينة الاجماع بزعمك وبمساعدة المقام بزعمنا ، فتعين أحد الاخيرين ، وأولهما تحكم بلا دليل .

ودعوى ان القرينة هي الاقربى بالمعنى الحقيقي بعد تعذر الاول الذي هو أقرب من الكل . كما ترى ، فتعين الثاني ، أعني ارجاع ابطال الى الاثر الظاهر اللائق بالمقام ، لان المقام مقام اعطاء ميزان القضاء وفصل الخصومة . ومن الواضح أن موازين الفصل لايزيد مقتضاها على مجرد ترك الدعوى والخصومة ، ومن هنا يعلم أنه لولا النص الوارد في حرمة المقاصة بعد اليمين لم يجز الحكم بها بدلالة هذه الروايات وكان حال اليمين حال البيعة في جواز المقاصة الباطنية أيضاً . مضافاً الى أن قوله عليه السلام « ذهب اليمين بحق المدعي » وانها أبطلت كل ما عاده ، لا يدل الاعلى ابطالها الحق من حيث الدعوى لامن حيثيات أخرى كما لا يخفى .

نعم من بين هذه الروايات ذيل الرواية الدالة على حرمة المقاصة المعلل فيها بأنه رضي بيمينه وقد مضت اليمين بما فيها^(١) . يمكن أن يستدل به على ذهاب جميع الجهات المالية من طرف المدعي حتى مثل قابليته للبراء ونحوها ،

لان التعليل في قوة كبرى صغرها حرمة المقاصة، فكأنه قال عليه السلام : ان المقاصة حق من الحقوق ، ولاشئ من الحقوق بثابت بعد اليمين . ولايجري ماقلنا في سائر الروايات ، لان ارجاع الامضاء الى خصوص جهة المخاصمة والتعرض والادعاء يوجب عدم الارتباط بين الدليل والمدعى ، لان المقاصة ليست من جهات الدعوى والمخاصمة فلا بد من ارجاعه الى معنى عام شامل . فهو اما ذهاب جميع التصرفات المالية من طرف المدعي حتى مثل الابراء والاحتساب ، أو القدر الجامع بين قطع الخصومة وحرمة المقاصة ، والثاني لامجال له كما أشرنا اليه لكونه تحكماً بلا دليل وبعيداً عن الفهم السليم ، فتعين الاول .

وفيه : ان ذيل الرواية ليس في مقام التعليل حتى يكون في مقام اعطاء القاعدة، بل اللام في كلمة « اليمين » للعهد والاشارة الى اليمين المتقدم ذكرها ، فقوله « فقد مضت اليمين بما فيها » عبارة أخرى عما نهى عنه أولاً من الاخذ . نعم قوله « لكنك رضيت بيمينه » في قوة التعليل لعدم الاخذ والمضي .

وكيف كان فالانصاف أن العدول عن مقتضى القواعد المحكمة بمثل هذه الدلالة التي تتوقف على دقة النظر مع عدم مصرح به من الفقهاء جرأة عظيمة ، خصوصاً مع ماسمعت عن غير واحد من أن اليمين لا يحصل به البراءة الواقعية ومع ملاحظة اطلاق ما ذكره في غير المقام من أن حكم الحاكم لا يغير الواقع ، فانه يعم المستند الى اليمين .

ودعوى أن اطلاق كلامهم ورد في بيان ما يترتب على حكم الحاكم من حيث أنه حكم ، فلا يدل على عدم تغييره الواقع باعتبار شئ آخر يقارنه وينضم اليه كاليمين . مدفوعة بأن موضوع الحكم اذا كان في بعض الموارد ملازماً لعنوان ينافي الحكم كان الاطلاق قبيحاً كما قررناه في الاصول وأوردنا به على

الحلي في مقدار ما ينزح لموت الكافر من البئر حيث رجع في حكمه الى مالا نص فيه وحمل النص الوارد فيه على أنه مسوق لبيان حكم الموت من حيث انه موت ، فتأمل جيداً .

ثم ان الفرق بين القولين وثمرات بقاء أحكام المالية عدا المطالبة والمقاصة لا تكاد لكثرتها تخصصى . مثلاً اذا أوصى للمدعي بالدين على المنكر ومات قبل القبول بعد اعترافه به كان للمورثة حق القبول على المختار لاعلى القول الاخر ، وهكذا الى آخر ما لا يخفى .

[هل يذهب الحلف بالحق في العين أيضاً ؟]

هذا كله في الدين ، وأما العين فينبغي النظر في أن الروايات شاملة لها أم لا . قد يقال بعدم تقييد فيها بالدين ، لان الحق يعم الدين والعين ، ويؤيده أن الدليل على انقطاع الخصومة باليمين في العين ليس سوى هذه الروايات .

والتحقيق أن الشامل منها للعين غير نافع ، والنافع منها غير شامل ، فان ماعدا الرواية الدالة على عدم المقاصة قد عرفت أن مؤداها لا يزيد على انقطاع الخصومة وحرمة العود الى الخصومة وسائر وجوه المعارضة، وبها تمت مسألة فصل الخصومة في الدين والعين بواسطة اليمين .

والرواية الدالة على عدم المقاصة غير شاملة للعين ، لعدم عموم فيها سوى ما يتوهم من عموم الموصول في قوله « مضت اليمين بما فيها » ، وقد عرفت أن الظاهر منها العهد كاللام في اليمين ، ويؤيده صيغة الماضي المشيرة الى ما سبق ذكره ، فلا دلالة فيها على حرمة المقاصة في العين .

نعم يدل عليها أمران آخران :

(أحدهما) ان التقاص فرع السلطنة على المقتص عليه شرعاً ، واليمين

قاطعة للسلطنة الشرعية على الشخص اجلالا لاسمه تعالى .

والحاصل ان التقاص فرع استحقاق المطالبة شرعاً لافرع الاستحقاق للمال، فلو استحق المال ولم يستحق المطالبة لم يجز له التقاص ، لان السلطنة على مال الشخص سلطنة عليه كما لا يخفى. وأقل ما يدل عليه روايات المسألة ، حتى مثل الامر بالتصديق والرضا باليمين أن لا يكون للمدعي سلطنة على المنكر الحالف، ونفي السلطنة على الشخص يمنع المقاصة لكونها متفرعة على السلطنة عليه ، لاستلزام السلطنة على المال السلطنة على المالك .

ومن هنا أمكن تصحيح دلالة غير الرواية الواردة في عدم التقاص على حرمة المقاصة أيضاً .

(والثاني) رواية سليمان بن خالد : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه مكان مالي الذي أخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع ؟ قال : ان خانك فلا تخنه ، ولا تدخل فيما ائتمنته عليه^(١) .

فان المال يشمل العين والدين ، بل ظاهر قوله « عنده » هو العين ، الا أن يمنع دلالتها باعتبار كونها واردة في مقاصة الودعي ، وهو غير المقام .

[لو وجد المدعى عين ماله يجوز أخذه]

ثم انه لو ظفر المدعي بالعين على وجه لا يكون في أخذها اهانة بالحاكم جاز الاخذ ، حتى لو قلنا في مسألة الدين بعدم جواز شيء من التصرفات ، وذلك لان الدين ليس سوى الحقوق التي يستحقها الدائن والحق قابل للابطال والذهاب ، فيمكن الاستدلال بقوله عليه السلام « ذهب اليمين بحق المدعي

وأبطلت كل ما ادعاه « على ذهاب تلك الحقوق بأسرها ، بخلاف العين فان ابطالها مع قطع النظر عن الاحكام غير معقول ، فلا بد من ارجاع الابطال الى الاحكام المتعلقة بها . والاحكام الباطلة الداهية المتعلقة بها ليست الا ما كان من قبيل السلطنة على الحالف نفساً أو مالا ، وأما الاحكام التي لا يلزم من ترتبها تعرض بحاله فلا وجه لذهابها وبطلانها .

ومن الواضح أن التصرف في العين بحيث لا ينجر الى خصومة ومنازعة ودعوى أخرى ليس سلطنة على المنكرو ولا على ماله ، وكذا ليس انشاء مخاصمة جديدة كما لا يخفى .

فالحق أن التصرف الباطني الغير الاثر الى اهانة الحكم أو الى منازعة ومشاجرة جديدة جائز بخلاف المقاصة لما عرفت ، والله العالم .

[في جواز التقاص من المنكرا]

بقي شيء ، وهو أن في مسألة التنازع في الثمن والمثمن الذي ينجر الامر فيه الى التحالف ، قد صرح غير واحد بالتقاص ، فيقتص البائع مثلاً بالمبيع المردود اليه بعد حلف المشتري على نفي الثمن الذي يستحقه البائع في ذمة المشتري الذي نفاء بحلفه .

وهذا ربما يقال بمنافاته لما أجمعوا هنا عليه من عدم جواز التقاص بعد الحلف . نعم لو قيل ان التحالف سبب شرعي تعبدى لانفساخ العتد أو لفسخ الحاكم ارتفاع المنافاة ، لكن على ما ذكره في الروضة من التقاص ربما يتوهم ورود الاشكال ، والجواب عنه ان حرمة المقاصة بعد الحلف ليس لاجل كون الحلف ناقلاً كما لا يخفى ، بل لاجل احترام عرض الحالف فلا يدعى عليه ثانياً واحترام ماله فلا يقاص منه .

وقضية ذلك اختصاص الحرمة بالمقاصة التي ينافيها الحلف ويكرهها الحالف ، لا المقاصة التي لا ينافيها الحلف بل يؤكدها ولا يكرهها الحالف بل يحبها ويرضى بها كما في المقام ، لان المشتري الحالف على عدم وقوع البيع بالثمن الذي يدعيه البائع يريد دفع سلطنة البائع عليه بالثمن المخصوص ويرضى بأول أمرها الى ما كان قبل البيع ، فلو تمرد البائع عن قبول البيع فهو مناف لمقتضى الحلف بخلاف ما لو قبله وجعله قصاصاً عما له في ذمة المشتري ، فانه تصديق ظاهري بحلف المشتري وعمل على طبق حلفه ظاهراً .

ومن هذا البيان ظهر امكان تقرير الاشكال في غير التحالف أيضاً ، كمدعي البيع ومنكره الحالف على عدمه ، كما ظهر جوابه أيضاً ، فالاشكال مشترك الورود بين صورة التحالف وغيره ، وكذا الجواب .

وحاصل الجواب : ان مقتضى حلف المشتري على نفي البيع بالثمن المخصوص مع اعتراف البائع بعدم البيع على الثمن الذي يدعيه المشتري كون المبيع باقياً في ملك البائع ، ففي تصرف البائع فيه واحتسابه قصاصاً عن الثمن الذي يدعيه تصديق للخلف ظاهراً وعمل بأدلة المقاصة باطناً ، فالتقاص الباطني اذا كان منافياً لتصديق الحالف ظاهراً فهتي التي تمنعها اليمين لا ما كان فيها تصديقاً للحالف .

ويمكن أن يجاب أيضاً في مسألة التحالف خاصة : بأن المتداعيين معترفان بأن كلا منهما يستحق على الآخر شيئاً وانما الخلاف في الخصوصية والحلف انما وقع على نفيه لانفي مطلق المال ، فحيث نقول : ان البائع مثلاً يأخذ المبيع قصاصاً عما له على المشتري لاعلى الثمن الذي نفاه المشتري بحلفه .

فان قلت : الذي يستحقه البائع مثلاً - وهو الثمن المخصوص الذي يدعيه - قد ذهب بحلف المشتري ، والذي يعترف المشتري من الثمن ينفيه البائع

ويعترف بعدم استحقاقه ، فلا يبقى مال يمكن أن يجعل المبيع في مقابله .

قلت : لامنافاة بين عدم استحقاق البائع شيئاً من الخصوصيتين واستحقاقه مالا كلياً بمقتضى اعتراف المشتري واعتقاد البائع ، لان الحكم يتبع الدليل ولو على نحو يقتضي الجمع بين المتضادين أو المتناقضين ، ومن الواضح أن جواز المقاصة حكم من أحكام استحقاق المال المطلق لا المال المعين .

وان شئت قلت : ان الثمن الذي يعترف به المشتري لا ينفيه البائع بحسب مقدار ماليته ، فمقدار مالية ذلك الثمن أمر متفق الثبوت في ذمة المشتري ، فيعطى البائع عن مقدار ماليته لاعتن نفسه ، لان نفسه مع قطع النظر عن المالية لا يقبل المقاصة ، الا أن مقتضى ذلك أن يقتصر في المقاصة على مقدار مالية الثمن الذي يعترف به المشتري .

والظاهر أن من يقول بالمقاصة في التحالف يقول بأنه يقتصر بمقدار ما يدعيه المقاص من الثمن مثلاً لا بمقدار ما يدعيه المقاص منه . والثمرة بينهما تظهر في مقدار الزيادة التي يجب على البائع مثلاً دسها في مال المشتري ، فانه يختلف زيادة ونقصاناً باختلاف الوجهين .

ثم انه قد ظهر أن الحكم في صورة كون الثمن ديناً على خلاف ما قلنا في الدين من حرمة المقاصة ، فلو كان الثمن عيناً فهل يحكم فيه بخلاف ما حكمنا في العين من جواز التصرف في العين باطناً ، بأن يدس البائع مثلاً المبيع في مال المشتري ويتصرف بعين الثمن الذي وقع البيع عليه باعتقاد البائع ؟ وجهان . وجه العدم أن التصرف في الثمن تكذيب للتحالف وتعرض له فلا يجوز ، ووجه الجواز - وهو الأقوى - أنه تصرف في ملكه لافي ملك المشتري ، وليس فيه تعرض للمشتري التحالف للنفسه بالدعوى والمخاصمة والاماله ، وليس فيه

أيضاً تكذيب صوري للحلف لابتنائه على الخفاء ، وأما تكذيب الحالف باطناً فلاضير فيه ، بل هو مقتضى عدم كون الحلف مغيراً للواقع . والله العالم .

التقاط

١ هل تسقط دعوى المدعى مع المنكول

إذا رد المنكر اليمين الى المدعى فأما أن ينكل عن اليمين ولا يحلف أو يحلف ، فلو نكل سقطت دعواه في ذلك المجلس بلا خلاف ولا اشكال ، والروايات ناطقة به .

وهل تسقط دعواه مطلقاً حتى في غير ذلك المجلس - بأن لا يسمع دعواه أبداً ولو أقام بينة - أويختص سقوط الدعوى بذلك المجلس . قولان ، ذهب الى الثاني جماعة منهم الشهيدان على ما حكى عنهما ناسباً له في الروضة الى المشهور ، لكن عن جماعة دعوى الاجماع على السقوط .

ويدل عليه اطلاق الاخبار والاستصحاب ، بناءً على أن المجمع عليه في ذلك المجلس هو سقوط الدعوى بحيث لا يسمع منه اقامة البينة حينئذ ، فانه يستصحب حينئذ متى شك في حدوث حق جديد ، وأما لو كان المجمع عليه مجرد عدم سماع قوله ثانياً في ذلك المجلس وعدم سلطنته على المنكر في ذلك المجلس لم يجز الاستصحاب اذا شك في وجوب سماع قوله في مجلس آخر ، لان السلطنة في كل آن موضوع مستقل غيرها في آن آخر ، فلا ينسحب حكم أحدهما الى الآخر ، بخلاف الحق فانه اذا سقط سقط والعود يحتاج الى دليل - فافهم .

وان حلف ثبت حقه نصاً وفتوى ، وهل هي في حكم بينة المدعى أو بمنزلة اقرار المنكر ؟ وجهان بل قولان . وربما قيل انها قسم ثالث ، فلا يجري فيها

حكم شيء من البينة والاقرار بل يرجع في كل حكم الى ما يقتضيه القواعد فيه .
وذكروا لهذا الخلاف ثمرات مذكورة في كتب الفقهاء .

الادلة على سقوط الدعوى مع النكول]

والمهم هنا بيان أمرين : أحدهما وجه الحصر الذي ذكره غير واحد ، والثاني وجه القولين على تقدير ثبوت الانحصار .

(أما الاول) فيمكن أن يستدل عليه بعموم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) ، فانه يقضي بالانحصار على البيان الذي مرفى بعض الالتقاطات السابقة . وحاصله ان الحكم بجنس البينة على جنس المدعي في مثل المقام يفيد أن كل بينة على المدعي وكل مدعى عليه البينة ، فاذا ثبت أن يمين المدعي هنا تثبت حقه على المنكر ، فلا بد أن يكون يمينه اما بمنزلة البينة في الحكم حتى لا يلزم تخصيص في العام المزبور أو تكون بمنزلة اقرار المنكر الذي يرتفع به أصل الخصومة .

فلو قيل : ان اليمين ليست بمنزلة البينة ولا بمنزلة صيرورة الدعوى بمنزلة التسالم والتصالح - كما لو أقر المنكر - بل قسم ثالث لميزان فصل الخصومة لزمه بطلان الحصر المستفاد من العموم .

وهذا نظير ما ذكرود في التحليل من أنه بمنزلة ملك اليمين أو بمنزلة النكاح اتباعاً لظاهر الآية الشريفة الناطقة بمحافضة الفروج الاعلى الازواج أو ما ملكت الايمان . ولب الكلام ان الامر دائر بين الالحاق الموضوعي والتخصيص .

توضيحه : ان الشارع حصر حجة المدعي المثبتة لحقه في البينة بمقتضى قوله « البينة على المدعي » ، ثم قال في دليل آخر ان اليمين المردودة أيضاً تثبت

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

بها الحق ، فان كان المراد بالبينة مايعم اليمين على أن يكون اليمين في نظره بمنزلتها ومشاركتها في الحكم بقى الحصر بحاله وسلم العموم أيضاً عن التخصيص ، لان الاخراج والادخال الموضوعيين ليسا من التخصيص في شيء كما حققناه في الاصول .

ولذا لم نذهب الى أن الاستصحاب ونحوه من الاصول بل الامارات أيضاً مخصصة للواقع ، بل مؤدياتها ملحقة بموضوعات الاحكام الحاقاً جعليماً . وأما لو كان المراد بالبينة ما لايعم اليمين وكانت اليمين حجة أخرى في عرض البينة بطل الحصر وتخصص العموم .

ومثل هذا التقرير يقال في مسألة التحليل .

وحيث أن أصالة العموم في البينة على المدعي مع عدم ظهور أدلة اليمين في استقلالها وتخصيص العموم بها يقتضي بقاء الحصر . وبعبارة أخرى : اللاحاق الموضوعي في صورة الشك ، فلاجرم يكون اليمين بمنزلة البينة ان كانت حجة للمدعي والالزم أن تكون بمنزلة ارتفاع الخصومة باقرار المنكر ، اذ لا ثالث لهما مع بقاء الحصر وأصالة العموم على حالها .

مضافاً الى ظهور بعض أدلة اليمين في كونها بمنزلة البينة وسكوت الباقي عن التخصيص وعن كونها حجة أخرى مستقلة ، كخبر يونس : استخراج الحقوق بأربعة وجوه : شهادة رجلين عدلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، وان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي ، وان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف رد اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فان أبى أن يحلف فلا شيء له^(١) .

وجه الظهور : ان ماعدا اليمين المردودة كلها في حكم البينة وملحقة بها

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٥ من ابواب كيفية الحكم ح ٢ .

كأنها تفاصيل البيئة التي حصر حجة المدعي في الروايات العديدة فيها، مثل ماروي ان أحكام المسلمين على ثلاثة : بيئة عادلة ، ويمين قاطعة ، وسنة جارية^(١). يعني بها القرعة بناءً على كون المراد بالقاطعة الفاصلة لا الجازمة ، فانها حينئذ يمين المنكر لانها التي تقطع الخصومة وترفعها . وغيرها مما دل على انحصار فصل الدعوى بالبيئة ويمين المنكر .

نعم في الموارد التي يقدم قول المدعي بيمينه - وبالجملية كل يمين يحلفها المدعي بأصل الشرع لا بالرد - نلتزم بكون اليمين في تلك الموارد حجة مستقلة في عرض البيئة .

وأما وجه القولين :

(فوجه الاول) أن يمين المدعي يمين على الاثبات وطريق شرعي له الى ثبوت الحق عند الحاكم ، مثل سائر الموارد المقبول فيها قول المدعي بيمينه ، إلا أن الفرق أن اليمين في تلك الموارد حجة مستقلة لمساعدة أدلتها للتخصيص وهنا في حكم البيئة ، اذ الخصم معترف بأنها على تقدير كونها حجة مثبتة للحق ، فلا بد أن تكون مثل البيئة وليست حجة مستقلة والا عاد الكلام الى المقام الاول ، والمفروض أن التنازع في أنها مثل اليمين أو البيئة لا بد أن يكون بعد التسالم على الحصر ، فاذا كانت حجة على المدعي على ثبوت الحق فلا جرم يكون مثل البيئة .

(ووجه الثاني) ان هذه اليمين ليست على حد سائر الايمان الثابتة بأصل الشرع للمدعي بل هي يمين المنكر المردودة اليه ، ورد اليمين في قوة الاقرار بالحق ، فكأنه مقر والا كان يحلف ولم يردّها على المدعي . وهذا وان كان وجهاً اعتبارياً الا أنه يصلح سراً للحكم المنصوص عليه .

والصواب أن يقال في وجه الثاني : ان الامر بالتصديق المأمور به في النبوي المتقدم « من حلف لكم بالله فصدقوه »^(١) يجعل يمينه في حكم الاقرار ، فان المنكر مأمور بتصديقه بعد رد اليمين ، والتصديق والاقرار بمعنى ، والحاكم أيضاً مأمور بترتيب آثار التصديق المأمور به ، فيكون حال اليمين المردودة حال الاقرار في الآثار الشرعية وحال المدعي حال المقر له .

وجوابه : ان تصديق الحالف اذا أخذنا بظاهره أفاد وجوب ترتيب آثار المصدق به لآثار نفس التصديق ، نظير مفاد أدلة تصديق العادل ، فهو على خلاف الظاهر ، يعني كون اليمين بمنزلة البيعة أولى .

[عدم تمامية أدلة سقوط الدعوى مع النكول]

والتحقيق أن اتمام ما ذكره من الحصر بحسب القواعد اللفظية مشكل ، لان العمومات القاضية بالحصر قابلة للتخصيص ، وأدلة اليمين غير ناظرة الى مدلول تلك العمومات حتى تكون مفسرة للبيعة بل منافية لها ومعارضة لعمومها . ولو سلم فغاية الامر الشك في كونها مخصصة أو جاعلة لليمين بمنزلة البيعة ، ومقتضى الشك الرجوع فيما يخالف القاعدة من أحكام البيعة الى الاصول والقواعد ، وكذا اقامة الدليل اللفظي على كونها بمنزلة البيعة أو الاقرار أشكال . والذي يقتضيه التأمل أن يقال في وجه الحصر : ان أمر اليمين في الواقع مردد بين كونها بمنزلة البيعة في الاحكام الثابتة لها من حيث كونها حجة شرعية مثبتة للحق وبين كونها بمنزلة الاقرار كذلك ، لاشتمالها على التزام المنكر بقول المدعي بعد اليمين .

توضيح ذلك : ان اليمين المردودة قد اجتمعت فيها جهتان : جهة حكاية

عن الواقع وكشف عنه نظير كشف الادلة الاجتهادية الحاكمة على الاصول ،
 وجهة التزام من طرف المدعي الراد ، لان وضع رد اليمين ومبناه على التزام
 الراد - وهو المنكر للحق - على تقدير حلف المدعي اليمين مثل الالتزام الذي
 هو في الاقرار . غاية الامر ان المقر المخبر عن الواقع ملتزم بالحق المقر به
 منجزاً والمنكر الراد ملتزم به معلقاً على حلف المدعي ، فان كان الشارع لاحظ
 جهتها الاولى في جعلها حجة مثبتة للحق فلا بد أن تكون مثل البينة من الاحكام
 المجعولة لها من حيث كونها حجة لامن حيث كونها بينة ، فان كان من الاحكام
 مالا يعقل انسحابه الى غير البينة ولو كانت شرعية مثل الترجيح بالاعدلية ونحوها
 عند التعارض حيثما تلاحظ المرجحات ، ومثل الجمع بين البينتين اذا كانت
 شهادة أحدهما على المدعي بالتصريح والتنصيص والآخر على خلافه بنحو
 الاطلاق والظهور القابل للجمع مع الاول ، فان مثل هذه الاحكام لا يعقل ثبوتها
 لليمين على تقدير كونها حجة شرعية كالبينة كما لا يخفى . ولعل الاصحاب المرددين
 لها بين الامرين لا يريدون ترتيب مثل هذه الاحكام على تقدير كونها بمنزلة البينة ،
 كما سيظهر ذلك من بعض ماسنشير اليه .

وان كان الشارع قد لاحظ جهتها الثانية فلا بد أن تكون مثل الاقرار في
 الاحكام الثابتة له من جهة كونها التزاماً بالحق لا الاحكام الثابتة له من جهة كونها
 اقراراً مثل كونه مكذباً للبينة التي يقيمها بعد الاقرار ، فانه من خواص ذات الاقرار ،
 وحينئذ فيبطل كثير من الفروع التي ذكرها ثمرة للنزاع :

مثل ما ذكرود فيما لو أقام المدعى عليه بينة على رد المال المدعى به بعد
 حلف المدعي اليمين المردودة من أنها لو كانت بمنزلة الاقرار لم تسمع كما لا
 تسمع فيما لو أقر بعدم الرد ولو كانت بمنزلة البينة على عدم الرد مثلاً سمعت وقضي
 له ، اما لتقديم بينة الاثبات على بينة النفي وكذا على ما في حكمه ، أولان اليمين

المردودة اذا كانت بمنزلة البينة لم تكن تنفع من المدعي في المقام لكونها بينة على النفي ، وغير ذلك .

وجه البطلان : أنه لو قيل بأن اليمين مثل الاقرار لم يترتب عليها عدم قبول البينة بعدها ، لانه من خواص ذات الاقرار باعتباره كونه تكذيباً للبينة ، فلا وجه لجريان مثله في اليمين أيضاً .

ومثل ما ذكره أيضاً من عدم الاحتياج الى حكم الحاكم لو كانت بمنزلة الاقرار بخلاف ما لو كانت مثل البينة .

فان هذه الثمرة أيضاً لا تخلو عن اشكال ، لان عدم احتياج الاقرار الى حكم الحاكم يمكن القول بأنه من خواص ذات الاقرار ، لانه سبب لارتفاع الخصومة والتشاجر ، وعدم الاحتياج الى الحكم لعله لاجل ذلك لا الامر تعبدى ثابت في الاقرار ، وحينئذ نقول : الظاهر أن الشارع لاحظ جهة كونه حجة كاشفة عن الواقع في مقابل الاصول لوجهين : أحدهما ان مقتضى تصديق الحالف المأمور به ترتيب آثار الصديق لا آثار التصديق كما نبهنا عليه آنفاً ، والثاني ان ظاهر رواية استخراج الحقوق بالاربعة المشار اليها كون اليمين بمنزلة البينة في اثبات الحق . واستخرجه بقرينتين :

الاولى - ان ظاهر الاستخراج كونها حجة ، فانه لو كان بمنزلة الاقرار لم يتحقق بسببها الاستخراج ، بل المنكر باعتبار نكوله عن اليمين فقد سبب الى ثبوت حق المدعي ، بل الامر في الاقرار الحقيقي أيضاً كذلك ، كما ذكرنا في البحث عن الاقرار ، لانه سبب لارتفاع الخصومة ، وأسباب ارتفاع الخصومة ليست أسباباً للمدعي في استخراج حقه ، لان صديق الاستخراج يتوقف على بقاء المنكر على انكاره حتى يكون المدعي بواسطة اقامة حجة عليه مستخرجاً لحقه ، وهو واضح .

والثانية - ان قرينة المقابلة تقتضي ما ذكرنا ، لان اليمين المردودة آخر الاربعة ، والثلاثة السابقة عليها كلها حجج للمدعي مثل البينة والشاهد واليمين ورجل وامرأتان .

لا يقال: قبل اليمين المردودة ذكرت في الرواية يمين المنكر ، وهي ليست حجة في شيء بل أمراً قاطعاً للخصومة ، فتكون اليمين مثلها لامثل ما قبلها من الثلاثة .
لانا نقول : يمين المنكر ذكرت في الرواية توطئة لذكر اليمين المردودة لأصالة ، بأن تكون بياناً لميزان القضاء .

[معنى كون اليمين بمنزلة البينة]

ثم الظاهر أن كونها بمنزلة البينة انما هو بالنسبة الى المتخاصمين كما صرح به الشهيد في القواعد لابل بالنسبة الى من عداهما ، لان ذكر اليمين في مقام استخراج الحق لا يزيد مؤداه على كونها حجة من حيث استخراج الحق لاحجيته في اثبات المدعى بقول مطلق كالبينة ، والامر بالتصديق أيضاً على تقدير دلالة على ترتيب آثار الصدق دون التصديق لا يدل على أمر زائد على ترتب الصدق من الحجية المزبورة .

ودعوى ان قرينة المقابلة تقتضي كونها مثل البينة . مدفوعة بأنه لو لا ما يدل على حجية البينة مطلقاً من الادلة والعمومات ، لما حكمنا بمقتضى هذه الرواية الواردة في مقام التنازع على أزيد من الحجية في حق المتخاصمين في البينة أيضاً ، وحينئذ فلا ينتزع العين المتنازع فيها من المنكر بعد حلف المدعي اذا كانت العين في يد ثالث ، لانها حجة بالنسبة الى المنكر خاصة .

وفائدته التبريم للحيلولة اذا كان الثالث متلقياً للعين من المنكر ، فلو ادعى عيناً أقربها المدعى عليه لغير المدعي ونكل عن اليمين فحلف المدعي لم ينتزع

العين من يد المقر له ، لانها ليست مثل البينة بالنسبة الى الغير أيضاً بل بالنسبة الى خصوص المدعى عليه ، وفائدته حينئذ تغريمه قيمة العين للحيلولة .

فلو قلنا بأنها مثل الاقرار مبنى على كون الاقرار المسبوق بالاقرار لآخر سبباً لضمان القيمة للحيلولة ، فمن يقول به كان كما اذا قيل بكونها مثل البينة فلائمة ومن لا يقول به خرجت المسألة عن موضع احلاف المنكر ، لان الاحلاف لايجوز فيما لو أقر الحالف لم يترتب على أثره اقرار ، بل من القواعد المقررة عندهم أن الحلف محله مالمو أقر الحالف ينفع اقراره .

ومن هنا اتجه أن يقال: بناءً على هذا القول - أي القول بعدم فائدة للاقرار الثاني - لم ينفع القول بكونها مثل البينة أيضاً اذا كانت المماثلة بالنسبة الى خصوص المتخاصمين ، لانه اذا خرجت المسألة عن مورد الاحلاف باعتبار عدم نفع الاقرار فلا يكون مورده باعتبار كون اليمين المردودة بمنزلة البينة .

والحاصل انهم في مورد الاحلاف ذكروا للفرق بين الحاقها باليمين أو بالبينة ثمرات ، وهو انما يتم لو كانت مثل البينة مطلقاً حتى في حق غير المتخاصمين ، اذ لو لم تكن حجة الا في حتمها لم يكن فرق بين القولين الآن يجعل الاحلاف وعدمه من ثمرات المسألة ، كما جعله الشهيد في القواعد ، فانه ذكر فيها أربع عشرة ثمرة اكثرها يرجع الى ذلك ، وحاصله : انه لو قلنا بأنها مثل البينة ولو من حق المتخاصمين احلف المقر ، وفائدته النكول وحلف المدعي ثم التغريم ، وان قلنا بكونها مثل اليمين لم يحلف الا اذا كان للاقرار فائدة .

[الادعاء على من يقر بغير ما يدعيه المدعى]

ومن فروع المسألة أيضاً ما لو ادعى زوجة امرأة مقررة بالزوجة لغير المدعي ، فعلى القول بأنها مثل الاقرار لم تحلف الا على القول بتغريم الاقرار

الثاني ، وأما على القول بكونها مثل البينة أحلفت على أي حال ، وفائدته رجاء النكول وحلف المدعي ثم تغريمها المهر .

وظاهر كلمات الاصحاب المفروغية عن أنها ليست مثل البينة بقول مطلق حتى في حق غير المتخاصمين ، يعلم ذلك من كلماتهم في أبواب الفقه .

وهذا الشهيد الثاني قال فيما اذا ادعى الاثنان عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما فلاخرا حلاف ذي اليد ، فان نكل ورددا الى المدعي غرم قيمة نصف العين . ولم يفصل بين مالو قيل بأن اليمين المردودة مثل البينة أو مثل الاقرار ، مع انها لو كانت مثل البينة في حق غير المتخاصمين أيضاً لم يتجه الاحلاف في تغريم النصف ، لان التغريم لا يتم على القول بأنها مثلها مطلقاً ، لان مقتضى ذلك استرداد نصف العين من يد الاخر المقرر له .

ومثله المحقق في التداعي ، فانه صرح في بعض فروعه بأن فائدة اليمين المردودة على القول بأنها مثل الاقرار التغريم لاسترداد العين . لكن ظاهر المحكي عن الدروس أنها لو كانت مثل البينة أثرت أثرها مطلقاً حتى بالنسبة الى غير المتخاصمين ، حيث قال : انها - أي اليمين المردودة - كالاقرار فلا ينفذ في حق غيره ، وقيل كالبينة ، وهو بعيد . فان مقابلة القول بأنها مثل البينة في مقابل القول بأنها مثل الاقرار الذي لا ينفذ في حق غيره ، صريح أو ظاهر في أنها على تقدير كونها مثل البينة تنفذ في حق غيرهما أيضاً .

ومثله العلامة في باب النكاح فيما لو ادعى اثنان زوجية امرأة فصدقت أحدهما ، أنها لوردت اليمين الى الاخر فحلفت انتزعت من الاول للثاني .

فان قلت : اذا كان لليمين المردودة جهتان جهة الاثبات وجهة الالتزام فلم لا يلتزم بمقتضى الجهتين حتى يكون قسماً ثالثاً ، فيلتزم بترتيب آثار البينة من حيث كونها حجة مثبتة وبآثار الاقرار من جهة اشتمالها على التزام المنكر بالحق

ولو تقديراً. نعم إذا كان بين مقتضاهما تناف - بأن يكون مقتضى كونهما مثل البينة عدم ترتيب حكمه ومقتضى كونه بمنزلة الاقرار ترتيبه أو بالعكس - توقف ويرجع الى مقتضى القاعدة ، وبهذا تكون اليمين المردودة قسمياً ثالثاً .

قلت : هذا القول ساقط بعد ما قررنا ، لان أحكام ذات البينة من حيث أنها بينة لامن حيث كونها حجة مثبتة قد عرفت عدم قابلية ثبوتها لليمين ، وكذلك أحكام ذات الاقرار وبقيّة أحكامها نلتزم بثبوتها فيها .
قوله : فتكون قسمياً ثالثاً .

قلنا : ان أرادوا كونها مثل البينة أنها كذلك في جميع الاحكام ، وكذا من كونها مثل الاقرار فهذه قسم ثالث ، وان أرادوا المماثلة في كونها حجة مثبتة للحق في حق المتخاصمين خاصة فهو الحاق لها بالبينة لا بالاقرار .

[ثمرة كون اليمين مثل البينة]

ثم ان الثمرة بين كونها مثل البينة في حق المتخاصمين خاصة أو مثل الاقرار . كالمعدومة ، لان الاحكام التعبدية الثابتة للاقرار قد عرفت ثبوتها لها من حيث كونها اقراراً ، فلا تنسحب الى اليمين لعدم مساعدة الدليل وكذا أحكام البينة ، فيبقى من الثمرة ما أشرنا اليه ناقلاً له عن الشهيد من الاحلاف وعدمه في كثير من الصور .

لكننا نقول : بأنها مثل البينة في كونها حجة مثبتة بالنسبة الى المتخاصمين ، ولا نرى لهذه الثمرة أيضاً وقعاً ومحلاً ، وذلك لان المقام : قد يكون من مورد اليمين والبينة معاً ، وهذا لا فرق بين كونه بينة أو اقراراً ، لان فائدتها على التقديرين ثبوت الحق بالنسبة الى المنكر ولا ينفذ على غيره . وقد يكون من موارد البينة دون الاقرار ، كالموارد التي لا يترتب على اقرار المنكر ثمرة ، مثل ما أشرنا

اليه من مسألة الاقرار بعد الاقرار على قول الشيخ القائل بعدم نفوذ اقراره الثاني لعدم قابلية المحل ، فنقول :

قولك : انها لو كانت مثل الاقرار خرجت المسألة عن مورد الاحلاف ، لان فائدته الرد ثم حلف المدعي ، فاذا كان حلفه بمنزلة اقرار المدعى عليه وقع لاغياً ، لعدم نفوذ اقراره حينئذ .

قلنا : نحن نقول حينئذ أنها سواء كانت بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة يحلف المدعى عليه هنا ، وفائدته الرد لعموم أدلة اليمين المردودة ، فلا يلزم من القول بكونه مثل الاقرار في كونه ملزماً عدم الاحلاف هنا لفرض عموم الادلة .

والحاصل ان شئت اجعلها مثل البينة أو الاقرار ، فمقتضى العموم هنا الاحلاف فلاثرة بين جعلها كالبينة أو كالاقرار ، فانه ان أريد من جعلها كالاقرار سقوط الاحلاف في مثل المقام فهو ممنوع للعموم .

[الحلف من موارد الاقرار لاالبينة]

وقد تكون المسألة من موارد الاقرار دون البينة فحينئذ يثمر الخلاف ، فانها لو كانت بمنزلة البينة لم ينفع العموم ، لان العموم انما ينفع اذا كان المقام صالحاً لاقامة المدعي الحجة ، فاذا فرض عدم قبولها البينة التي هي أقوى الحجج المثبتة لم ينفع عموم ما دل على أن اليمين حجة مثبتة لحق المدعي ، فيتوقف الاحلاف حينئذ على القول بكونها مثل الاقرار .

لكننا نمنع وجود مثل هذه الصورة ، بأن ينفع فيها اقرار المدعى عليه ولا ينفع فيها حجة المدعي ، وما ذكرناه مثالا لهذه الصورة محل مناقشة ، فانهم جعلوا من هذا الباب ما لو ادعى البائع مرابحة زيادة الثمن عما أخبر به أولاً وأنكر المشتري وادعى عليه البائع العلم ، فان بينة البائع على ما يدعيه من الثمن

غير مسموعة، لان اخباره السابق مكذب لها، بخلاف اخبار المشتري وتصديقه للبائع فانه ينفع .

وفيه : انا نمنع عدم سماع بيينة البائع حينئذ على وجه الاطلاق. وتوضيحه : ان البائع اما أن يقيم البيينة على زيادة الثمن ، واما أن يقيمها على علم المشتري بها ، واما أن يقيمها على خطئه في الاخبار الاول . والاخبار السابق انما يكذب بينتها في الصورة الاولى، وفي هذه الصورة يمكن منع سماع يمينه أيضاً، لان حال اليمين وحال البيينة في شرط عدم التكذيب سواء ، فلو حلف حلفاً قد سبق منه تكذيبه أمكن القول بعدم اعتبار هذا الحلف شرعاً حتى يكون مثل اقرار المدعي ، لان قيام الحلف منزلة الاقرار انما يكون في اليمين بعد اعتبارها ، ومن شرائط اعتبارها عدم تكذيب الحالف لها ، ولذا لو أقر المنكر بعد الحلف وكذب نفسه بطل أثر اليمين كما مر ، ولا فرق في التكذيب بين لاحقه وسابقه . وأما الصورتان الاخيرتان فلانما منع من سماع البيينة فيهما خصوصاً الاخيرة ، اذ البيينة على علم المشتري بالثمن لا يكذبها الاخبار السابق .

ولاريب أن كون اليمين المردودة بمنزلة البيينة أو بمنزلة الاقرار انما هو بالنسبة الى متعلق الاقرار لاشيء آخر، فاليمين على القول بكونها بمنزلة الاقرار كالبيينة بالنسبة الى متعلق الاقرار على القول الاخر لبالنسبة الى شيء آخر، وعلى تقدير كونها بمنزلة الاقرار تكون في المسألة بمنزلة اقرار المشتري بالعلم بالزيادة وعلى تقدير كونها بمنزلة البيينة تكون بمنزلتها بالنسبة الى علمه أيضاً بالنسبة الى شيء آخر . ومن الواضح أن البيينة على علمه ليس يكذبها الاخبار السابق . وبالجمله نمنع عدم نفع اقامة البيينة في المسألة لو قلنا بنفع الاقرار، وحينئذ نتمسك بعموم أدلة اليمين ونخرجه في مثل المقام أيضاً. وبذلك تنعدم الثمرة رأساً. وصار ملخص الكلام : انا نعمل بعموم أدلة اليمين ونحلف المدعى عليه

مطلقاً ونجري عليها حكم الحجة المثبتة للحق بالنسبة الى خصوص المتخاصمين
لامطلقاً كما هو خيرة العلامة ، سواء كان في هذا اختيار كونها قسماً ثالثاً أو
الحاقها بالبينة من حيث كونها حجة مثبتة .

تذنيب

[نكول المدعى عن اليمين المردودة]

[ونكول المدعى عليه على القضاء بالنكول]

نظير هذا النزاع يتصور في نكول المدعى عن اليمين المردودة ونكول
المدعى عليه على القول بالقضاء بالنكول ، فيقال في الاول هل هو بمنزلة اقرار
المدعى أو بمنزلة يمين المنكر ، وفي الثاني هل هو بمنزلة اقرار المدعى عليه
أو بمنزلة يمين المدعى المردودة .

ولعله يتفرع عليه بعض الثمرات التي توهم ترتبها على النزاع في اليمين
المردودة ، والاصحاب لم يتعرضوا في النكولين لما قلنا .

والكلام النافع فيهما أن يقال : بأن القدر الثابت من الأدلة في الموضعين
سقوط الدعوى في مجلس الدعوى ، وقوله عليه السلام « فلاحق له »^(١) في
نكول المدعى أو نكول المنكر على القول به وان كان يترأى في بادىء الرأي
دلالة على عدم سماع البينة بعده ، فيكون مثل اقرار الناكل مثلاً .

لكنه ليس كذلك ، لما أشرنا اليه فيما سبق من أن نفي الحق في مقام
المخاصمة لا يزيد مؤداه على سقوط الدعوى في ذلك اليمين ، وأما سقوطها
على وجه لا ينفع بعده إقامة البينة فلا بد فيه من التماس دليل آخر ، كاستصحاب
ورواية كما في يمين المنكر .

هذا ، وتأمل بعد ذلك في الاخبار وكلمات الاخيار . والله الهادي الى الصواب .

التقاط

[نكول المدعى عن اليمين والرد معاً]

اذا رد المنكر اليمين الى المدعي وحلف فقد عرفت الكلام فيه ، وان نكل عن اليمين والرد ففي عدم القضاء بالنكول الابد رد الحاكم اليمين الى المدعي أو القضاء بالنكول ؟ قولان مشهوران أشهرهما الاول ، وهو قضية الاصل في المسألة من وجوده ، لاصالة عدم جواز القضاء وعدم صحته ، بمعنى ترتب أثر المقصود من القضاء .

وربما تمسك بأصالة براءة ذمة المنكر عن الحق ببدون حلف المدعي ، وأما معه فهو المتفق عليه ، أو عن الحلف ، وليس بوجه .

أما الاول : فلان اشتغال ذمة المنكر واقعاً لا يختلف بسبب اليمين المردودة وعدمها كما لا يخفى ، واشتغال ذمتها ظاهراً - بمعنى وجوب دفع الحق - فهو تابع لشرعية القضاء بالنكول وصحته ، وقد عرفت أن قضية الاصل عدمها .

وأما الثاني : فلان وجوب الحلف عليه ليس وجوباً تكليفاً يدفع بالاصل كما لا يخفى .

(حجة القول الاول) بعد الاصول عموم الادلة الدالة على انحصار موازين القضاء في البينة بالمعنى الاعم والايمان، منها الرواية المتقدمة القاضية بانحصار استخراج الحقوق في الاربعة التي ليس منها نكول المنكر عن اليمين والرد معاً . وهذه أظهرها دلالة ، لآباء سياقها عن التخصيص رأساً ، حتى لو ثبت شيء غيرها فلا بد من ارتكاب تمحل غير التخصيص ، اما بادراجه تحت شيء من الاربعة

ولو بضرب من التوسع والتسامح أو بحملها على الغالب المتعارف الشائع .
توضيحه : ان سياق الرواية آب عن التخصيص ، وأما التخصيص فلا ،
فاذا ثبت شرعية استخراج حق المدعي بشيء غير داخل تحت الاربعة مثل اليمين
في الموارد التي ثبت فيها بأصل الشرع لا بالرد مثل مضان قبول قوله بيمينه ، فلا بد
فيه من تمحل يرجع الى التخصيص لا التخصيص ، كأن يقال المراد بالحقوق
أمور معهودة أو الحقوق مخصصة بغير تلك الحقوق التي تستخرج بيمين المدعي
الغير المردودة ، فان تخصيص الحقوق غير تخصيص الرواية ، لان تخصيص
الرواية تصرف في المحصور فيه ، وهو الذي يأبى عنه سياقها ، وأما تخصيص
الحقوق فهو تصرف في المحصور .

أو يقال : ان المراد بالاستخراج الغالب لا مطلقاً ، فيكون كارتكاب التخصيص
في الحقوق في سلامة المحصور فيه .

أو يقال : ان ذلك شيء داخل تحت أحد الاربعة ، ويجعل ذلك الدليل
القاضي بكونه من موازين القضاء دليلاً على ذلك حفظاً للمحصور فيه عن التخصيص ،
لان اللاحق الموضوعي لا ينافي بقاء العموم بحاله .

فان قلت : من جملة الاربعة اليمين المردودة التي يردها المنكردون الحاكم
وهو أمر خامس ، ومن يقول بالقضاء بالنكول يجعله أيضاً خامس الموازين ،
فالرواية غير واردة عليه . بيانه : ان القاضي بالنكول لا يجعله سادس الموازين
بل خامسها ، ومقتضى الرواية أيضاً كون الموازين خمسة ، لان الميزان الرابع
فيها اليمين المردودة من المنكر ، فاذا أضيف اليها المردودة من قبل الحاكم
صارت الموازين خمسة ، فالرواية لا بد من الخروج عن ظاهرها بالتزام ميزان
آخر يكون خامس الموازين ، وذلك الميزان الخامس عند القاضي بالنكول هو
النكول وعند غيره هي اليمين المردودة .

قلت : لانسلم أن الرواية غير باقية على ظاهرها ، لان الميزان الرابع فيها ليس سوى اليمين المردودة ، وكونها مردودة من الحاكم لامن المنكر لا يجعلها قسماً آخر حتى يزيد الميزان على الاربعة ، لان يمين المدعي هي يمين المنكر ، سواء جاء من قبل المنكر أو من قبل الحاكم .

ولوسلم فتزيل المردودة من المنكر منزلة المردودة من قبل الحاكم ابقاء لظاهر الحصر بحاله ، لما عرفت من أن التنزيل واللاحاق الموضوعي غير مناف لبقاء الحصر على ظاهره ، خصوصاً مثل هذا التنزيل الذي هو بمكان من القرب الى الاعتبار .

والحاصل ان الالتزام بكون النكول ميزاناً للقضاء لا يجامعه الحصر المستفاد من الرواية كما لا يخفى ، بخلاف التزام كون اليمين المردودة التي يرددها الحاكم ، فان ذلك غير مضر بالحصر تحقيقاً أو تنزيلاً - فافهم .

ومنها - حديث «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»^(١) . ودلالته واضحة ، لان نكول المدعي خارج عنهما معاً بخلاف اليمين التي يرددها الحاكم لانها داخله في الثاني .

ودعوى أن المراد بالايمان هي يمين المنكر لا المدعي . ممنوعة بدليل قبول قول المدعي في بعض الموارد بيمينه .

ودعوى خروجها بالدليل . ليس بأولى من حمل الايمان على ما يعم يمين المدعي ، مضافاً الى أنا ندعي أن اليمين المردودة هي يمين المنكر ، سواء كان الراد هو المنكر أو الحاكم .

ومنها - ماروي ان أحكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة ، ويمين قاطعة ،

وسنة جارية^(١). أي القرعة. والنكول خارج عن الثلاثة - الى آخر ما عرفت هنالك. وغير ذلك مما دل على حصر حجة المدعي في البيئة وخلاص المنكر عن أداء الحق باليمين .

وقد يستدل على المطلوب أيضاً برواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق ولا يئنه للمدعي . قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق ، فان لم يفعل فلا حق له^(٢) .

وأجاب عنها في المسالك بضعف سندها بقاسم بن سليمان وضعف دلالتها أيضاً بظهورها في كون الراد هو المنكر ، لان صيغة « يرد » ان قرئت معلوماً رجح الضمير المستتر فيها الى المنكر بقريئة رجوع الضمير المستتر في المعطوف عليه - أعني يستحلف - اليه ، فيكون الراد هو المنكر لا الحاكم . وان قرئت مجهولاً كان الراد هو الحاكم ، لعدم استتار ضمير فيها حينئذ ، وظاهره الاول . واستدل أيضاً برواية هشام عنه عليه السلام « يرد اليمين على المدعي »^(٣) . والعمدة هي العمومات .

وحجة القول الثاني أيضاً روايات عامة وخاصة :

منها - قوله عليه السلام « البيئة على المدعي واليمين على المنكر »^(٤) . استدل به في المسالك وغيره ، وتقريب الاستدلال حسبما مرت اليه الاشارة: ان الفقرة الثانية باعتبار تعريف المسند والمسند اليه تفيد قضيتين عامتين ، احدهما ان كل يمين على المنكر ، والثانية أن كل منكر عليه اليمين كما مرت اليه الاشارة سابقاً . ومقتضى عموم القضية الاولى عدم القضاء بيمين المدعي ، لان يمين

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ج ٦ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٧ من ابواب كيفية الحكم ج ٢ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب ٧ من ابواب كيفية الحكم ج ٣ .

(٤) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ج ٢١ .

المدعى ليس يمين المنكر، فليست بيمين شرعاً بحكم عكس نقيض القضية، أعني كل ما ليس على المنكر ليس بيمين، خرج عن عمومها يمين المدعى إذا كان الراد هو المنكر، وأما غيرها فلا دليل.

لا يقال: عدم القضاء بيمين المدعى لا يستلزم المطلوب، وهو القضاء بالنكول، لجواز عدم القضاء رأساً وإيقاف الدعوى أو حبس المنكر حتى يفعل أحداً الأمرين أو الأمور من اليمين أو الرد أو أداء الحق.

قلنا: مفروض البحث وجوب القضاء في صورة النكول ما قبل الرد إلى المدعى أو بعده، فإذا ثبت بمقتضى العموم عدم القضاء باليمين تعين القضاء بالنكول. وفيه:

أولاً: أن قوله «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» مسوق لبيان وظيفتهما في ابتداء الأمر، فالوظيفة الأولى للمدعى هي إقامة البينة، فلا يكلف ابتداءً إلا بها، وكذا وظيفة المنكر الأولى هي اليمين، فلا يطالب إلا بها. وأما وظيفتهما الثانوية - بمعنى وظيفة المدعى مع عدم إقامة البينة ووظيفة المنكر مع عدم الحلف - فهو ساكت عن بيانها. فلا بد من التماس دليل آخر في صورة نكول المنكر عن اليمين أو عدم إقامة المدعى البينة. ومن هنا يعلم أن القضاء باليمين المردودة من قبل المنكر أيضاً ليس تخصيصاً في عمومها.

وثانياً: أن القضاء بالنكول من دون رد اليمين إلى المدعى تخصيصاً زائداً في عكس الفقرة الأولى، لأن مقتضى عكسها بحكم تعريف المسند أن كل مدعى عليه البينة بمعنى عدم الحكم له إلا بها خرج عنها اليمين إذا ردها المنكر أو الحاكم بالاتفاق، وأما النكول المجرد عن الرد فلا.

لا يقال: لا نسلم خروج اليمين إذا كان الراد هو الحاكم، لأنه أول الدعوى، والقاضي بالنكول لا يقول به، فالأمر يدور بين خروج النكول أو خروج اليمين

عن العموم ، لا أن خروج اليمين اتفاقي وخروج النكول مشكوك فيه .

لانا نقول : المراد ان القضاء بالنكول يتصور على قسمين : أحدهما القضاء به بعدد الحاكم اليمين ، وهذا اتفاقي ، لان الفريقين كليهما يقولان به ، أما القائل بالرد فواضح وأما القاضي بالنكول فهو أيضاً يقضي حينئذ ولو كان لاجل النكول لا لاجل اليمين ، فغرضنا من الاتفاق أن النكول الذي يتعقبه الرد قد خرج عن عموم القضاء بالاتفاق ، سواء كان الخارج هو النكول المجرد أو المتعقب بها ، وأما النكول الذي لا يتعقبه رد فالقضاء به مشكوك ، ومقتضى ما ذكرنا من العموم عدم القضاء .

والحاصل ان القضاء باليمين يستلزم تخصيصاً في أصل الفقرة الاخيرة ، والقضاء بالنكول يستلزمه في عكس الفقرة الاولى ، وأحد التخصيصين ليس بأولى من الآخر .

الا أن يقال : ان القضاء باليمين كما يستلزم تخصيصاً في أصل الفقرة الاخيرة كذلك يستلزم تخصيصاً في عكسها ، لانه اذا اعتبرنا في القضاء الرد فلزمه أن يقضي للمنكر اذا نكل المدعي عن اليمين المردودة . والقضاء بنكول المدعي تخصيص في عكس الفقرة الاخيرة ، لان قضية عكسها أن لا يتخلص المنكر الا باليمين ، على التقريب الذي عرفت في عموم الفقرة الاولى أصلاً وعكساً . فالامر يدور بين التخصيص والتخصيصين ، والاول أرجح ، فيثبت القضاء بالنكول ويسقط اشتراط الرد .

لا يقال : القضاء بنكول المدعي مما لا كلام فيه ، فهو خارج عن عموم عكس الفقرة الاخيرة بالروايات السابقة ، فهو لازم على أي تقدير .

قلت : نكول المدعي عن اليمين اذا كان الراد المنكر غير نكوله اذا كان

الراد المحاكم، والاجماع لو كان فانما هو على القضاء بالاول دون الثاني، فalcضاء به تخصيص آخر في عكس الفقرة الاخيرة .

ومنها - رواية البصري عبدالرحمن بن أبى عبدالله على مافي محكي الكافي والتهذيب قال : قلت للشيخ - يعني موسى بن جعفر عليه السلام - خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه ، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف والا فلاحق له ، لانا لاندرى لعله قد أوفاه ببينة لانعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فاذا ادعى ولا بينة فلا حق له، لان المدعى عليه ليس بحبي ، ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت عليه حق^(١) .

دلت يصدرها وذيلها على القضاء بمجرد عدم حلف المدعى عليه من دون اشتراطه يرد اليمين : أما الصدر فهو قوله « وان لم يحلف فعليه » ، فانه يدل على ثبوت الحق عليه بمجرد عدم الحلف من دون اعتبار أمر آخر .
وأورد عليه بوجود :

« الاول » ان سند الرواية ضعيف لاشتماله على ياسين الضرير .
« والثاني » ان متنها مختلف ، لانها بعينها مروية في الفقيه وليس فيها قوله « وان لم يحلف فعليه » بل « وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلاحق له » .
وعلى هذا فلامساس لها بالمدعي ، واختلاف المتن عيب في الرواية يسقطها عن الاعتبار .

« والثالث » ان ظاهرها مقيد لامحالة، للاجماع على عدم ثبوت الحق على

المنكر بمجرد عدم الحلف، بل لابد معه من أحد أمرين : أما رد اليمين وحلف المدعي ، أو نكوله عن الرد أيضاً. والاستدلال انما يتم لو كان القيد المقدر ولم يرد ، وهو ممنوع لاحتمال نكوله وحلف المدعي . والحاصل ان التقدير لازم، فالمقدر اما لم يرد فيكون المعنى ان المدعى عليه ان لم يحلف ولم يرد - أي نكل عن الرد - فعليه الحق أو حلف المدعي، والمعنى أنه ان لم يحلف وحلف المدعي فعليه الحق. والاستدلال يتم به على الاول، وأما على الثاني فهي دليل على عدم القضاء بالنكول كما لا يخفى .

وهذه الوجوه كلها مردودة :

(أما الاول) فلان ضعف السند مع حصول الوثاقة وسكون النفس غير معيب على الرواية ، والرواية مमारواه المشائخ الثلاثة ، فهي مجمع على روايتها وان كان في متنها نحو اختلاف . مع أن الرواية مأخوذة من كتاب احمد بن محمد بن عيسى ، وهو بمكان من الاتقان والمدقة في الرواية حتى أمر باخراج البرقي من قم لكونه يروي عن الضعفاء . مع أنها معمول بها عند الكل في الجملة، وهو جابر لسندها ، ولا يشترط في جبران السند بالعمل عمل الاصحاب بجميع فقراتها . نعم ذلك شرط في جبر الدلالة ، فيتقدر الانجبار بمقدار العمل .

(وأما الثاني) فلان مثل هذا الاختلاف لا يضر ، لعدم رجوعه الى التكاذب والتعارض ، لامكان الجمع ، بأن كان الكليني « رد » قد أسقط بعض فقرات الرواية وأسقط الفقيه البعض الآخر ، وكان ما ذكره كل منهما هو الذي أسقطه الآخر ، فيؤخذ بهما معاً خروجاً عن ظاهر كل منهما بنص الآخر ، فان عدم تعرض الكليني لما رواه الصدوق من الفقرة ظاهر في عدم كونه من الرواية لكن صريح الصدوق كونها منها ، فيكون التعارض بينهما تعارض النفي والاثبات ،

وكذا عدم تعرض الصدوق لما في الكافي ظاهر في عدم كونه من الرواية لكن الكافي مصرح بكونها منها .

والحاصل ان هذا الاختلاف بمنزلة روايتين غير متعارضتين ، فيعمل بهما معاً ويثبت المطلوب ، ولهذا جمع الشيخ الحرفي الوسائل بينهما ، فروى الرواية جامعة لهما ، وصورة ماعن الوسائل هكذا : وان حلف فلا حق له ، وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلاحق له وان لم يحلف فعليه^(١) .

وأوردها بعض مشائخنا أيضاً في جواهره على وجه الجمع بين الفقرتين لكن بعكس ترتيب الوسائل ، فراجع اليه . والحاصل ان ماصنعه في الوسائل في محله .

ومن العجائب ماعن بعض نسخ الوسائل من روايتها على طور رابع ، وصورته : وان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه وان حلف فلا حق له . وكيف كان فالعمل بهما معاً لا مانع منه .

ثم لو بني على التعارض سقطت عن الاستدلال للاجماع ، وقد يرجح الفقيه لكون الصدوق أضبط .

(وأما الثالث) فلان التقدير في المقام غير لازم ، بل المقام مقام دوران الامر بين التقييد بالاقل والاكثر ، وذلك لان اطلاق « وان لم يحلف فعليه » يشمل صوراً : أحدها ما اذا لم يحلف ولم يرد بأن يكون ناكلاً عن اليمين وردها ، وثانيها ما اذا لم يحلف ورد اليمين وحلف المدعي ، وثالثها ما اذا ردها ولم يحلف المدعي .

والصورة الاخيرة خارجة عن تحت الاطلاق قطعاً ، اذ ليس في هذه الصورة شيء على المنكر جداً . والصورة الثانية باقية تحت الاطلاق ، لانه اذا حلف

المدعي ثبت على المنكر الحق . والصورة الاولى مشكوك فيها ، والقاضي بالنكول يدعي بقاءها تحت الاطلاق أيضاً والقائل بعدم القضاء يقول بخروجها ، فالمقام مقام التقييد بالاكثر أو الاقل للمقام التقدير ودوران المقدر بين الامرين .

وأما ذيل الرواية فهو قوله عليه السلام « وليس المدعى عليه بحي ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو برد اليمين عليه » . وجه الدلالة : ان مقابلة الزامه بالحق للحلف ولرده اليمين ظاهرة أو صريحة في أن المدعى عليه اذا لم يحلف ولم يرد الزم بالحق من غير اعتبار أمر آخر .

ودعوى ان المراد بالالزام بالحق بعد رده اليمين على المدعي . خروج عن ظاهر المقابلة ، وبعد رد الحاكم تقييد بلا دليل .

وقد يناقش في دلالتها بسبب اجمال « يرد » لاحتمال كونه مبنياً للسجهول فيسقط عن الاستدلال ، لان مفاد الرواية حينئذ أن المدعى عليه يكلف أولاً باليمين وان أبى فبالحق ، وان أبى فالحاكم يرد اليمين الى المدعي ويقضي بعد حلف المدعي .

ويبعده أمران :

أحدهما - ان مقابلة الالزام بالحق لرد الحاكم لا معنى له ، للاجماع على أن الحاكم ليس مخيراً بين الالزام بالحق من دون الرد الذي هو عبارة أخرى عن القضاء بالنكول وبين الرد ، ومجرد تكليفه بأداء الحق من غير الزام ليس بمعنى الالزام في شيء .

والثاني - انه ان قرئ مجهولاً لم يكن في الكلام قرينة مقابلة أو مقامية تدل على المدعى الذي هو مرجع لضمير « عليه » ، فالكلام يخرج الى حد الغلط ، بخلاف ما لو قرئ معلوماً فان الضمير المستتر فيه يرجع الى المدعى عليه ، وهو يكون بمنزلة سبق ذكر المدعى - فافهم .

هذا مع احتمال أن يكون عبارة الحديث « برده اليمين » بالموحدة ، فيكون مفعولاً بالواسطة لازم .

ثم ان الالتزام باليمين أو الحق أو الرد يحتمل معنيين : أحدهما كونه في مقام انشاء الحكم الشرعي ، فالمعنى ان حكم الله حينئذ الالتزام بأحد الامور ، والاستدلال به حينئذ واضح ، لان القضاء بالنكول هو الالتزام بالحق اذا لم يرد . والثاني أن يكون مسوقاً لبيان الواقع ، بمعنى أن المدعى عليه لو كان حياً لكان يلزمه أحد الامور ، لأن الالتزام بأحدها وظيفة الحاكم .

ووجه لزوم أحد هذه الامور للمدعى عليه الحي : هو أن وظيفته شرعاً الحلف أو رد اليمين ، فيلزمه الحاكم بأحدهما ويقهره عليهما الا أن يختار أحدهما ، فمتى لم يختار شيئاً فهو في عقوبة الحاكم والزاده الى أن يفك نفسه ويتوصل الى خلاص نفسه مع التمرد منهما برد الحق ، فلزوم الامور المذكورة له ليس لاجل كون الالتزام بأحدهما حكم الله تعالى ، بل لان حكمه تعالى هو الالتزام باليمين أو الرد .

لكن قد ينجر الامر الى أن المدعى عليه لا يحلف ولا يرد ولكن يخلص نفسه بدفع الحق ، فقوله « الزم اليمين » الخ بيان لما ينتهي اليه أمر المدعى عليه الحي ولو باختيار نفسه . وعلى هذا يثبت القضاء بالنكول أيضاً ، لان رد الحاكم يمنع عن لزوم أحد هذه الامور ، اذ ربما ينكل عن اليمين فيسقط حقه ، فلا بد من القول بعدم الرد محافظة للحصر .

لا يقال : القضاء بالنكول غير دفع المدعى عليه الحق تخلصاً عن اليمين والرد . لانا نقول : «أولاً» انه يبطل القضاء بالرد كما عرفت ، واذا بطل ذلك ثبت القضاء بالنكول ، لاتفاق الفريقين على أنه لابد من القضاء . «وثانياً» ان القضاء

بالنكول لا يقصد منه سوى اخراج الحق بدون الرد ، وهو بعينه مايدل عليه الرواية - فتأمل .

ومنها - رواية الاخرس : سأل محمد بن مسلم الصادق عليه السلام عن الاخرس كيف يحلف؟ قال : ان أمير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربها ، فامتنع فألزمه الدين^(١) .

وظاهرها الالتزام بدون رد اليمين والا لنقل ولزم تأخير البيان عن وقت الحاجة . مضافاً الى ظهور كلمة الفاء في « فألزمه الدين » على تعقيب الالتزام للامتناع بلامهلة فتخلل اليمين بينهما .

ودعوى ان حكاية الحال مجملة لاتصلح للاستدلال . ساقطة في مثل المقام المسوق لجواب السؤال ، خصوصاً اذا كان الحاكي هو الامام عليه السلام .

لكن يمكن المناقشة فيها بوجه آخر ، وهو ان الاجماع قائم على عدم القضاء بمجرد الامتناع عن الحلف ، بل لا بد معه من أحد أمرين : اما النكول عن رد اليمين أو اليمين المردودة ، فلا بد من الالتزام باهمال المكاتبة وعدم اشتمالها على تمام ميزان القضاء ، فتكون مجملة .

ولا يوجه بما وجهنا به الاستدلال بقوله « ولا يحلف » في رواية البصري ، تضعيفاً لورود مثل هذه المناقشة الذي توهمه بعض الاجلاء كما لا يخفى . هذا مدرك القول الثاني ، ومع ذلك فالقول الاول لم يبعد ، لما تقدم . والله العالم .

تذييل

[مستثنيات عدم القضاء بالنكول]

قد استثنى الاصحاب من مسألة عدم القضاء بالنكول على القول به مواضع ،

وظاهر الاستثناء كما في المسالك^(١) القضاء به فيها على القول بعدم القضاء به مطلقاً: منها دعوى التهمة وقد تقدمت ، ومنها دعوى الوصي مالا لليتيم ، ومنها دعواه على الورثة ايضاء الميت مالا للفقراء . والضابط كل موضع امتنع رد اليمين الى المدعي لمانع عقلي أو شرعي ، ولعله يأتي انشاء الله تعالى بيان ذلك المانع الشرعي أو العقلي في المواضع المشار اليها . ويمكن أن يستدل على الاستثناء بوجوه :

(منها) أن فصل الخصومة في تلك المواضع مما لا بد منه ، لعموم الايات والاختبار الامرة بالحكم بما أنزل الله تعالى الدالة على سماع الدعوى . مضافاً الى ما فيه من المحافظة على عدم ضياع الحقوق الذي هو الداعي الى شرعية أصل القضاء والى ظاهر اتفاقهم على ذلك .

ولوقيل بتوقيف الدعوى عند تمرر المنكر من الحلف على القول بعدم القضاء بالنكول، واذا ثبت سماع الدعوى فيها فلا بد من القضاء بالنكول، اذ على تقدير عدمه لا يترتب على السماع فائدة اذا لم يكن للمدعي بينة ، لان الحاكم لا يقدر حينئذ الزام المنكر بشيء، فان غاية ماله ان يقول له « احلف وان شئت لا تحلف فليس عليك شيء » ، ومن المعلوم أن ذلك عين عدم سماع الدعوى .

فان قلت : نمنع وجوب سماع الدعوى فيها مع عدم البينة ، لان أوامر الحكم بما أنزل الله تعالى متخصص بحكم العقل بما اذا كان هناك ميزان للحكم . ومن هنا لا يسمع الدعوى على الميت أو الصغير . وبالجمله كل موضع ليس المدعى عليه قابلاً للاحلاف اذا لم يكن للمدعي بينة وليس في هذه المواضع بعد فقد البينة ميزان للحكم ، لان يمين المنكر على تقدير كونها ميزاناً فانما هي في صورة امكان الرد لامطلقاً ، لظاهر قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بالاربعة » التي ليس منها القضاء بالنكول بدون الرد .

(١) واعلم ان ظاهر المسالك الاستثناء من الرد لامن القضاء بالنكول - فافهم «منه».

قلت : أولاً كلامنا مع الجماعة الذين رأوا سماع الدعوى مع عدم القضاء بالنكول وإيقاف الدعوى. وثانياً انه لادلالة في الرواية على انحصار ميزان القضاء في الاربعة مطلقاً بل في الموارد التي يمكن فيها الرد ، لانها مسوقة لبيان الموازين التي هي تحت قدرة المدعي استظهاراً من لفظ « الاستخراج » كما يظهر وجهه بالتدبر . ولو سلم الاطلاق ففيما يأتي دلالة على التقييد بصورة امكان الرد .

(ومنها) قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) ، لان ظاهر الفقرة الاخيرة - كما مر غير مرة - حصرو وجود خلاص المنكر وانفكاكه من قيد الدعوى في اليمين ، فلو لم يحلف لم يتخلص ، فتخلصه موقوف بعد عدم أداء الحق على اليمين ، فحيث لا يحلف الزم بالحق ، خرج منه صورة نكول المدعي عن اليمين المردودة مع امكان الرد وبقي الباقي .

فان قلت : ظاهر الفقرة الاولى أيضاً حصر حجج الدعوى وأسباب استخراج حقه بالبينة ، خرج منه اليمين المردودة أو نكول المدعي عليه عن رد اليمين على القضاء بالنكول ، وأما نكوله عن اليمين مع عدم النكول عن الرد باعتبار عدم امكانه فلا دليل على خروجه .

قلت : أولاً انا ندعي بقرينة كلمة « على » انها لا تدل الا على انحصار حجج المدعي التي هي تحت قدرته واختياره كالبينة ونحوها في البينة ، وأما ما هو خارج عن اختياره كنكول المنكر فلا يندرج في عموم المحصور - فافهم وتأمل . وثانياً انا نجمع بين الفقرتين ونقول : أما المدعي فليس له حجة في هذه المواضع على اثبات حقه ، وأما المنكر فليس له خلاص أيضاً الا باليمين ، ويترتب عليه أن المنكر اما أن يحلف أو يؤدي الحق أو يحبس تحقيقاً لمعنى حصر خلاصه في اليمين - فتأمل .

(ومنها) قوله عليه السلام في رواية البصري المتقدمة « وان لم يحلف - أي المنكر - فعليه الحق » ، فان غاية ما يرد على اطلاقه تقييده برد الحاكم اليمين الى المدعي مع امكانه وأما مع عدمه فلا .

فان قلت : هذا معارض بما في الروايات الاخر من أن المدعي اذا لم يحلف فلا شيء له .

قلت : المراد عدم الحلف مع الرد لامطلقاً ، خصوصاً مع ملاحظة ما في بعض الروايات ، حيث أن فيها بدل ولم يحلف « وان أبى عن الحلف أو امتنع » ، فان ظاهر الالباء والامتناع أو صريحهما عدم الحلف فيما له أن يحلف لا فيما لا يجوز له الحلف لمانع شرعي أو عقلي .

(ومنها) أن سير الموازين الشرعية للقضاء والتأمل فيها يقضي باعتبار نكول المنكر عن اليمين ميزاناً للقضاء أيضاً ، لانه أمانة نوعية على اشتغال الذمة ، مثل نكول المدعي عن اليمين المردودة ونكول المنكر عن الرد على القول بالقضاء به ، فيكون نكول المنكر عن اليمين أيضاً كذلك - فتأمل .

(ومنها) ماسبق في المسألة السابقة من الروايات الواردة في خصوص موضع الدعوى تهمة الذي يندرج في مفروض المسألة ، كقوله عليه السلام في الصائغ والاجر : ان اتهمته فاستحلفه لعله يستخرج منه شيئاً .

وجه الدلالة : انه لو لا القضاء بالنكول فلا يترتب الاستخراج على الاستحلاف ، لان المدعي ان حلف وان لم يحلف فلا يلزم عليه شيء على هذا القول .

ودعوى ان احتمال الاستخراج لرجاء الاقرار بسبب الاستحلاف مدفوع : أولاً بأن الخارج بسبب الاقرار لا يصدق عليه عنوان المستخرج ، وثانياً ان رجاء الاقرار من الاستحلاف على تقدير عدم القضاء بالنكول لا وجه له ، لان الاستحلاف انما يجدي في الاقرار اذا كان الامتناع من الحلف تعظيماً لله تعالى متوقفاً عليه . وأما

إذا لم يكن متوقفاً عليه ولا على دفع الحق بل يتحقق مع عدمهما أيضاً فلا وجه للرجاء المزبور . الآن يقال: إن الاستحلاف في الرواية محمول على الاستحلاف في غير مقام الحكومة ، فتدبر .

هذه وجوه يمكن توجيه الاستثناء بها بمعنى الحكم بالقضاء بالنكول على القول بعدمه في غير المقام ، ولكن للمناقشة في الكل أو الجمل نظر . ولو قيل بالحبس حتى يقر أو يحلف كان أوجهه ، وإن كان لا يقف الدعوى رأساً أيضاً وجهه ، ولكن القول بسقوط حق المدعي نظراً إلى إطلاق ماسمعت من أنه إذا لم يحلف فلا شيء له ، بمكان من الضعف والسقوط . والله العالم .

التقاط

[لا يستحلف المدعي لو أقام بيينة تثبت حقه]

إذا أقام المدعي بيينة قابلة لإثبات الحق لم يستحلف إذا كان المدعي عليه حياً عاقلاً بالغاً حاضراً . بلا خلاف موجود أو محكي ، عملاً بالروايات المصرحة به المعتمدة بمقتضى قاعدة كون البيينة حجة مستقلة والعمومات الحاضرة لتكليف المدعي في البيينة .

وما ورد في بعض الروايات من وصية علي عليه السلام لشريح برد اليمين إلى المدعي مع إقامة البيينة لكونه أجلى للعمى^(١) . محمول على ما لو انقلب المنكر مدعياً فاستحلفه ، أو على ما إذا كانت الدعوى على غير الجامع للأوصاف المزبورة .

ولافرق في ذلك بين ما إذا شهدت البيينة على سبب الحق واستصحبه الحاكم - على القول بجوازه - أو شهدت بالحق الفعلي اتكالا على الاستصحاب . وإن

كان احتمال عدم ثبوت الحق واقعاً قائماً وانتفاؤه مما لم يتفرع على البينة في الصورتين ، فان هذا الاحتمال مع فرض حجية البينة في الصورتين لا يعتنى به بحيث يوجب توقف الحكم بالاشتغال الفعلي على ضم اليمين بالبينة، للاجماع المحقق على أن المنكر اذا لم يستحلف المدعي يثبت الحق بالبينة في الصورتين، فلو لا اتمام الحجة بمجرد الزم الحلف طلبه المنكر أو لم يطلب استكمالاً للحجة. ودعوى أنه اذا لم يطلب وسكت فسكوته دليل على اعترافه بعدم حصول البراءة على فرض وجود السبب ، فيؤخذ بمقتضى ظاهر سكوته في مقام البيان ، بخلاف ما اذا ادعى البراءة الفعلية . وان كان احتمالاً وجهها لأنه مجرد تخريج لادليل عليه .

فثبت أن قيام الحجة على السبب يكفي في اثبات الحق الفعلي ولا يعتنى معها على احتمال البراءة الفعلية ، سواء ادعاها المنكر أم لم يدع . نعم له دعوى البراءة أو الاداء أو نحوهما مما يوجب انقلاب المنكر مدعياً ، فيسمع حينئذ قوله ويستحلف المدعي حينئذ لكونه منكرأ ، بلاخلاف ظاهر فيه بين الاصحاب . وعليه نزل في كشف اللثام قول العلامة « ولو التمس بعد اقامة البينة عليه - أي على الحق - احلاف المدعي على الاستحقاق اجيب » يعني انه لو التمس الاحلاف بعد دعوى ما يوجب انقلاب المنكر مدعياً كالبراءة والاداء لادعوى البراءة الفعلية وعدم الاستحقاق الفعلي ، فانه لا ينطبق الا على الاحتمال المزبور الذي لادليل عليه ، ونعم التنزيل . وبه يجمع بينه وبين ما قال بعده « ولو التمس المنكر يمين المدعي مع الشهادة لم يلزم اجابته » فانه لولاه لتناقض القولان جداً .

هذا اذا كان المدعى عليه حياً ، وأما اذا كان ميتاً فيستحلف على المشهور، لما في رواية عبد الرحمن البصري وقد تقدم ذكرها برمتها في المسألة السابقة^(١)،

وفيها : وان كان المطلوب بالحق قدمات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو قد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف والا فلاحق له ، لاننا لاندرى لعله قد وفاه ببينة لانعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة - الحديث .

وهذه الرواية لاشيء عليها دلالة وسنداً ، لان يس الضرير الذي ضعفت الرواية لاجله وكونه مجهولاً يتبين حسن حاله من كون الرواية مأخوذة من كتاب احمد بن اسحاق القمي لانه كان لا يروي عن الضعفاء بل كان يأمر باخراج من دأبه ذلك من قم مثل محمد بن خالد البرقي كما أشرنا اليه سابقاً .

مع أن المناط عندنا ليس على وثاقة الراوي وعدالته ، بل على الظن الاطميناني بالصدور الذي يتحقق غالباً من عمل جملة من الاصحاب فضلاً عن عمل الجبل أو الكل ، فالعمل بها في مزاردها لا كلام فيه وانما الكلام في تنقيح العلة والغاء بعض الخصوصيات التي اشتمل عليها العلة ، مثل كون المدعي أصيلاً لاو كيلاً أو وصياً أو ولياً وكون المدعي به ديناً وكون المدعي عليه ميمناً وكون الاحتمال المنفي باليمين احتمال حصول البراءة في حياة المدعي عليه لافي مماته ، وكون احتمال البراءة ناشئاً من حصول مبرئة بعد الاشتغال لامن احتمال فساد السبب الذي شهد به الشهود كالاقرار للتورية ، والعقد الفاقد لبعض الشروط المخفي على الشاهدين ، وكون الحجة خصوص البينة للشاهد واليمين وما في حكمهما وكون البراءة حاصلة من فعل الميث كما يقتضيه قوله «وفاه» لامن ابراء المدعي أو وفاء الاجنبي ونحو ذلك مما لا يخفى .

[الاشارة الى مواضع تلغى فيها خصوصيات العلة]

وبالجملة في العلة خصوصيات لاختلاف ولا اشكال في الغائها وخصوصيات

في الغائها اشكال أو خلاف، فههنا مقامات لابس بالاشارة اليها مفصلا ليرجع فيما يشك في الغائه واعتباره الى الاصل وهو عدم الاعتبار :

(فمن الاولى) كون المدعى والمدعى عليه رجلين على ما يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ ، اذ الظاهر عدم اعتبار الرجولية لافي المدعى ولا في المدعى عليه اجماعاً .

(ومنها) كون الاحتمال المنفي باليمين احتمال وفاء الميت في حال حياته ، اذ الظاهر عدم العبرة به أيضاً ، فلو علم عدم وفائه واحتمل ابراء المدعى له في حال حياته أو وفاء الغير عنه تبرعاً أو مع الاذن كالوكيل أو احتمال شيء من المسقطات وأسباب براءة ذمة الميت في حال حياته وغيرها توجهت اليمين الاستظهارى أيضاً ، بنفي ذلك كله .

ولامدخلية لخصوصية وفاء الميت، وان كان هو مقتضى الجمود على ظاهر اللفظ، وحينئذ فيكون قوله عليه السلام « ولعله قد فاه » كناية عن مطلق المبرىء للذمة ، مثل قول القائل « لأبرح عن هذا المكان حتى يؤذن المؤذن » .

(ومن الثانية) كون البراءة المحتملة هي البراءة حال الحياة ، فلو علم بموته مشغول الذمة واحتمل حصول البراءة بعد الموت فانه محل الاشكال والتأمل في المسالك وغيره ، والجمود على صريح الرواية اختصاص الحكم باحتمال البراءة في حال الحياة ، فيرجع مع القطع بعدمه الى القاعدة التي أشرنا اليها من عدم اعتبار ضم اليمين ولو احتمل حصولها بعد الموت .

وجه الاشكال : انه ينبغي النظر في أن اعتبار اليمين هنا هل هو من جهة توقف ثبوت الدعوى على اليمين المنضمة الى البيئة ، بأن تكون البيئة باعتبار عدم نهوضها باثبات الاستحقاق الفعلي الابعمال الاستصحاب ناقصة محتاجة في

اثبات الفعلية الا دفع احتمال البراءة الواقعية باليمين أو من جهة مراعاة احتمال دعوى الميت البراءة لو كان حياً .

وعلى الاول يتعدى في الحكم عما يقتضيه ظاهر اللفظ ويحمل التقييد باحتمال الوفاء في حال الحياة على الغالب ، لان الغالب عدم حصول البراءة بعد الموت الابداء الوارث ويؤخذ باطلاق الحكم ، كما هو الشأن في كل قيد جرى مجرى الغالب ، فيقال : ان قوله « فعلى المدعي اليمين » مطلق واختصاص العلة بما اذا كانت البراءة المحتملة في حال حياته محمول على الغالب ، وهو تسالم الوارث مع المدعي بقاء الحق فعلا على تقدير موته وعليه الحق ، فلا يؤثر في تقييد المطلق .

وعلى الاخير يقتصر في الحكم على ظاهر العلة ويقال : ان اليمين هذه انما شرعت لدفع احتمال ما للميت أن يدعيه لالنقصان في هذه البيئة على خلافها في غير الدعوى على الميت .

توضيحه : انه اذا ثبت الحق عند الحاكم ببيئة عادلة فللمدعي عليه دعاوي مسموعة : أحدها دعوى جرح الشهود ، وهذه يقوم بها أولياء الميت . وثانيها دعوى الابراء أو الوفاء مع البيئة ، وهذه تدفع بالاصل ، لاصالة عدم الحجة على الاحتمال المزبور . وثالثها دعوى أحدهما أو بما يقرب منهما في حصول براءة الذمة بلا بيئة ، وهذه لا يترتب عليها سوى توجيه اليمين الى المدعي ، فجعل الشارع الحاكم نائباً منوب الميت في استحلاف المدعي مراعاة لجانب الميت .

ومثله اليمين في الدعوى على الغائب على القول بها ، فانها اليمين التي لو كان المدعي عليه حاضراً لطلبها ، واليه أشار الشيخ في محكي المبسوط حيث قال : ان المدعي عليه الغائب لو حضر وادعى جرح الشهود أو اقامة البيئة على

التأدية فهو على حجته ، وان ادعى مايتوجه عليه اليمين فيقول الحاكم اني قد استخلفته نيابة عنك . وعلى هذا فلامعنى للاستحلاف لاجل احتمال حصول البراءة بعد الموت ، اذ ليس للميت دعوى ذلك حتى يقوم الحاكم مقامه في الاستحلاف . والحاصل ان الدعوى على الشخص في مماته تنزل منزلة الدعوى عليه في حال حياته ، ويراعى حينئذ جانب الميت باستحلاف المدعي دفعاً لاحتمال أنه لو كانت الدعوى في حال الحياة فربما كان يتوجه اليمين الى المدعي ، ومن الواضح أنه لو كانت الدعوى في حال الحياة لماكان له ادعاء حصول البراءة بعد الممات وانما يكون ذلك لو نزل الميت بمنزلة الحي في حال الدعوى كما لا يخفى . وفرق واضح بين تنزيل الدعوى في حال الممات منزلة الدعوى حال الحياة وبين تنزيل المدعى عليه الميت منزلة الحي ، وادعاء حصول البراءة بعد الموت انما يتعقل منه على الثاني دون الاول . نعم للوارث دعوى البراءة بعد الموت واحلاف المدعي ، ولا كلام فيه .

ويمكن ترجيح الاحتمال الثاني بظاهر العلة بعد حملها على العلة الحقيقية دون الصورية التي هي في قوة القضية الكلية . وجه الدلالة : ان قضية التعليل في كلمات المعصوم لا بد أن يكون بالامور المعلومه المفروغ عنها أو المأنوسة عند المخاطب ، فان التعليل لحكم تعبدى توقيفي بأمر توقيفي غير معلوم للمخاطب ولأمانوس قبل مستهجن جداً الا فيما كان الغرض منها بيان قاعدة كلية دون العلة ، مثل أن يقال « زيد وارث عمرو لانه ابنه » ، وهذا لا يتم على تقدير كون المراد بقوله عليه السلام « لانا لاندرى » ابداء احتمال البراءة كما يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ ، لعدم صلاحية احتمال البراءة الواقعية لان تكون علة للاستحلاف الامن باب أخذ أصل العلة أيضاً أخذ المسلمات ، وهو كما ترى بمكان من القبح لعرائه عن الفائدة .

[فرض دعوى الميت البراءة لو كان حياً]

وأما لو قولنا بأن المراد به ابداء احتمال دعوى الميت للبراءة على تقدير الحياة كان تعليله من الامور المعلومه المفروغ عنها، لان دعوى البراءة بعد ثبوت سبب الاشتغال مستتبعة شرعاً لتوجه اليمين الى المدعي بحيث يعلمه كل أحد .
واذا كانت الدعوى المزبورة حكمها الاستحلاف حسن تعليل وجوب الاستحلاف استظهاراً عند احتمالها على تقدير الحياة ، وان كان تعليل أصل الاستحلاف بالاحتمال المزبور غير مستحسن، لان الحكم ببعض آثار الشيء اذا كان على وجه الاحتياط جاز تعليله باحتمال وجود ذلك الشيء، والذي لا يحسن تعليله بمجرد الاحتمال التقديري انما هو الحكم به لا على وجه الاستظهار والاحتياط .

توضيح المقام : ان الاستحلاف هنا بعد قيام البيئة الاستصحابية خروج عما تقتضيه عمومات البيئة وقاعدة الاستصحاب ، فلا بد من تعليله اذا علل بعلّة غير مطردة في جميع مجاري الاستصحاب وأغلب مجاري البيئة ، فان التعليل بعلّة مطردة مع عدم اطراد الحكم مستهجن جداً ، وحينئذ فان كان المراد بقوله «لانا لاندرى» الخ ، تعليل الاستحلاف باحتمال البراءة الواقعية كان تعليلاً بالعلّة المطردة مع عدم اطراد الحكم، لان هذا الاحتمال قائم في الدعوى على الحي أيضاً مع عدم الاستحلاف هنا كما عرفت ، بخلاف ما لو قيل ان المراد تعليله باحتمال دعوى الميت البراءة ، فان العلة حينئذ تختص بمورد الحكم وما يضاهيه من موارد قيام هذا الاحتمال كالدعوى على الغائب وأخواته ويحسن بذلك التعليل ويكون مرجعه الى مراعاة الاحتياط في اعمال موازين القضاء، كما أن الاول يرجع الى الاحتياط في الحكم باشتغال الدّمة الذي يقتضيه البيئة بضميمة الاستصحاب .

ومن الواضح أن إيجاب الاحتياط في المحكم بالاشتغال مع اقتضاء الاستصحاب خلافه أمر غير معهود، فلا يحسن تعليله بأمر يكون مثله في الغرابة، أعني احتمال البراءة الواقعية .

وأما إيجاب الاحتياط في استعمال موازين القضاء بالجمع بين البينة واليمين مراعاة لاحتمال دعوى لا يترتب عليها سوى الاستحلاف ، أمر مأنوس بالاذهان كأنه من الأمور المعلومة عند المخاطب .

ويمكن استفادة ذلك أيضاً من قوله « أو بغير بينة » ، إذ لو كان المقصود ابداء احتمال البراءة الذي يجري في جميع الموارد كفى في ذلك قوله « ببينة » ، فيعلم من ذلك أنه عليه السلام أراد بقوله « بغير بينة » ابداء احتمال يستتبع الاستحلاف إذ لو كان قد وفي بغير بينة فليس له سوى الاستحلاف .

وبالجملة فرق واضح بين قولنا « يجب الاستحلاف لاحتمال البراءة الواقعية » وبين قولنا « يجب لاحتمال دعوى البراءة » ، فإن الأول تعليل ركيك مخالف لقاعدة حجية البينة والاستصحاب والثاني غير مخالف لشيء منهما، أمر مأنوس بالاذهان كأنه أمر معلوم ، لأن دعوى البراءة على تقدير فعليتها بعد ثبوت الاشتغال مستتبعة للاستحلاف جداً ، وعلى تقدير كونها تقديرية يناسبها الاستحلاف استظهاراً ، ومرجعه الى الاحتياط والاخذ بالاثق في استعمال ميزان القضاء ، لأن الاحتياط في كل شيء بحسبه .

والاحتياط في أعمال الموازين هو مراعاة جميع الدعاوي المحتملة واستعمال ما يناسب كل منها من الموازين حتى يكون المحكم جامعاً للميزان على كل تقدير كما في المقام ، فإن المدعى عليه لو كان حياً فاما يعترف بالحق أو يدعي البراءة الاصلية أو يدعي البراءة الطارئة بعد الاشتغال ببينة أو يدعيها بغير بينة ، وعلى جميع التقادير يقع المحكم موقعه، أما على الأول فواضح وأما على الثاني فلان

دعوى البراءة الاصلية لا يلتفت اليها للبيئة القائمة على أصل الاشتغال ، وكذا على الثالث، لان الفرض عجزه عن اقامة البيئة وكذا عجز الحاكم أو الوارث ، وأما على الاخير فإلتفت الى دعواه ويستحلف المدعي، فاذا حلف المدعي مع البيئة كان الحكم بما يدعيه حكماً جامعاً لجميع ماتيسر من موازين القضاء .

ثم ان المراد بقوله « لاننا لاندرى لعله وفي » ابداء احتمال دعوى البراءة الحاصلة قبل الموت كما هو صريح الرواية ، فلا يتعدى الى احتمال دعوى البراءة الحاصلة بعد الموت ، وان كان هذا في حسن التعليل مثل الاول .

مضافاً الى أن الانسان اذا مات مشغول الذمة كان دعوى بقاء الاشتغال الى زمان الدعوى ادعاء على الورثة ، فيعامل معها حينئذ ما يعامل مع الدعاوي على الاحياء، فلا وجه لاستحلاف المدعي مع عدم ادعاء الوارث للبراءة، ومع الادعاء فلا اشكال ولا كلام في الاستحلاف لكونها دعوى صحيحة مسموعة يترتب عليها الاستحلاف مع عدم البيئة .

[بعض ثمرات قول المدعي « لاندرى »]

ثم انه لا يذهب عليك ما بين الوجهين من الفروع والثمرات، فانها كثيرة جداً: (فمن الثمرات) أنه لو قيل بالوجه الاول - أعني كون المقصود من قوله « لاندرى لعله وفاه » تعليل الاستحلاف بابداء احتمال البراءة - لم يسقط الحلف اذا شهدت البيئة بالاشتغال حال الموت ، اذ الفرض على هذا الوجه عدم صلاحية البيئة المجردة لاثبات الحق على الميت ، بل لابد من ضم اليمين بها حتى يكونا معاً حجة تامة ، فلا بد من الاستحلاف أيضاً دفعاً للاحتمال المخفي على الشهود تكملة للبيئة ، وأما لو قيل بالوجه الثاني سقط الحلف جداً ، لان الشهود اذا شهدت بالاشتغال في حال الموت لم يلتفت الى دعواه البراءة ، لمصادمتها للشهود .

(ومنها) أنه لو كان المدعى على الميت لم يتمكن من الحلف كالو كيل بدون دعوى العلم عليه أو الوصي أو الولي سقط الحلف على الثاني، لان الحلف اذا كان وجهه الاحتياط في ميزان القضاء ولدفع ما للميت أن يدعيه على تقدير الحياة، اختص بما اذا كانت على تقدير فعليتهما مؤثرة في الاستحلاف ، لان مزية الفرع على الاصل لا معنى لها. فاذا فرضنا أنه لو كان حياً وادعى البراءة لم يكن له استحلاف المدعى فكيف يستحلفه الحاكم مراعاة لتلك الدعوى .

وأما على الاول فلا يسقط، لان اليمين شرعت حينئذ تكملة للبيئة وجزء من الحججة، فاذا تعذرت نقصت الحججة ويوقف الدعوى، وهذا معنى عدم السقوط .
وبعبارة أخرى : اذا قلنا بالوجه الثاني فاليمين شرط اختياري واذا قلنا بالاول فهو شرط مطلقاً .

(ومنها) لو فرض أن المدعى ممن لا يجوز له أن يحلف على البت كالوارث : فعلى الاول يسقط الحلف ويوقف الدعوى ، لان اليمين المذكورة في الرواية يمين على الاثبات والاشتغال الواقعي ، فاذا قلنا ان يمين المدعى لدفع احتمال البراءة الواقعية تكملة للبيئة فلا وجه للعدول عنها الى اليمين على نفي العلم اذا تعذرت على البت ، بل غاية الامر إيقاف الدعوى لنقصان الميزان . وأما على الوجه الثاني ثبت الحلف وتسم القضاء ، لان الغرض من هذه اليمين لما كان دفع دعوى محتملة دارت من حيث كونها على البت وعدمه مدار الدعوى ، فان كانت في موضع يترتب عليها فيه اليمين على البت توجهت كذلك على المدعى والا فعلى نفي العلم .

(ومنها) مسألة الدعوى على الغائب والمجنون والصغير والمغمى عليه ونحوهم فانها متفرعة على الوجهين : فعلى الاول لا وجه للاحاقهم بالميت ، لان عدم حججة البيئة بالاستتلال بل مع اليمين في خصوص الدعوى على الميت لا يستلزم عدم الحججة في الدعوى على غيره أيضاً ، فلا وجه للاحاق . وأما على

الوجه الثاني فلما كان مبناه على كون الميمين لدفع الدعوى فلا جرم يطرد في كل مقام يقوم فيه احتمال الدعوى .

ومن الثانية أيضاً كون المدعى به ديناً ، مقتضى الجمود على ظاهر الرواية اختصاص الحكم به وعدم التعدي الى العين بقريضة « وفاه » ، فان ضمير الذي هو بمنزلة مفعوله الاول يرجع الى الرجل المدعى ومفعوله الثاني وهو الحق محذوف ، والمعنى وفي الرجل حقه ، وتوفية الرجل حقه ظاهر بل صريح في كون ذلك الحق ديناً ، لان تأدية العين لا يطلق عليها التوفية ، يقال وفيت الرجل أو وفيته اذا أدبت دينه ، اما لان الوفاء عبارة عن اعطاء مافي الذمة وابطائها عما عليها من الحق أو لان الوفاء اذا بنى على باب التفعيل أو الافعال ونسب الى الشخص فيراد به الخروج عن عهدة دينه لاعينه .

لكن يمكن الغاء خصوصية الدين أيضاً ، نحو الغاء خصوصية مباشرة الميث للتوفية بذوق الفقاهة ، لانه المعيار في مثل المقام ، والا فلاضابطة لذلك بل الامر يدور مدار الحدس ، فكما قلنا لامدخلية لخصوصية التوفية بل لو احتمل ابراء المدعي أو وفاء الاجنبي وجب الاستحلاف أيضاً ، فكذلك نقول ان خصوصية الدين أيضاً ملغاة ، اذ المدار على قيام احتمال دعوى الميث لو كان حياً دعوى يترتب عليها الاستحلاف ، وهو في العين أيضاً موجود ، فان الميث لو كان حياً فربما كان يدعي انتقال العين التي أقام المدعي على استحقاقها البينة ويستحلف. المدعي والحاصل ان المسألة غامضة ، والمدار على حدس الفقيه القاطع بالغاء خصوصية الدين .

(ومنها) كون حجة المدعي خصوص البينة على ما يقتضيه الجمود على ظاهر الرواية أيضاً ، لكن الظاهر عدم الفرق بينها وبين سائر الموازين كالشاهد والميمين ورجل وامرأتين ، وهل يعتبر تعدد الحلف بناءً على التعدي في الاول

أم يكفي يمين جامعة بين الحدوث والبقاء كما ذكره العلامة في محكي ؟ وجه العدم :

انهما مترتبان ، لان اليمين الاولى جزء من الميزان للدعوى الاولى واليمين الثانية لدفع الدعوى الثانية المحتملة بعد الفراغ عن الدعوى الاولى ، فلا بد أولاً من فصل الدعوى الاولى باليمين ثم تقدير دعوى أخرى ثم اليمين ، وهذا مثل ما لو انقلب المنكر مدعياً واستحلف ، فان اليمين هذه لتأخر رتبته عن الدعوى الاولى التي كان فيها منكراً لا يستحلف قبل طي الدعوى الاولى ، فعدم كفاية اليمين الجامعة ليس لان الواحدة لا تقوم مقام الاثنتين بل لما بينهما من الترتيب الرتبي . لكن الاظهر الكفاية لان الترتيب انما هو بين الدعويين لابين ميزانيهما ، فلو فرض كون احدهما فعلية والاخرى تقديرية جاز اجتماعهما واجتماع ميزانيهما .

ومنه يعلم الوجه في عدم جواز الحلف قبل دعوى الابراء اذا كان المدعى عليه حياً ، لان الدعويين المترتبتين المتحققتين لا يجتمعان جداً فلا يجمع بين ميزانيهما . وليس هذا من باب تداخل اليمين ، لان الحلف بأمر متعددة ينحل الى الايمان المتعددة ، ولذا لوقال « والله لافعلن كذا وكذا وكذا » وحنت بترك الكل كان عليه ثلاث كفارات .

(ومنها) كون احتمال البراءة ناشئاً من احتمال حصول المبرء بعد سبب الاشتغال اذا كان المدعى به ديناً أو حصول الناقل بعد سبب الملكية اذا كان عيناً ، لامن احتمال فساد السبب كالتورية في الاقرار وفساد الشرط في العقد ونحوهما ، فان التعدي عن الاول الذي هو مورد التعليل الى الثاني أيضاً مبني على حدس الفقيه .

ولا بعد فيه بناءً على ما استظهرنا من التعليل من كون الغرض من اليمين دفع الدعوى المحتملة لادفع احتمال البراءة ، فانه اذا كان الاحتياط في ميزان القضاء

بمراعاة الدعاوي المحتملة واجباً على القاضي دار الحكم مدار تقدير دعوى يترتب عليه الاحلاف ، سواء تعلقت بالرفع بعد حصول السبب أو بالدفع بأن تتعلق بأصل السبب وتجعله غير مؤثر .

[الدعوى على الحي الذي لالسان له حين الدعوى]

هذا كله في الدعوى على الميت ، وأما التعدي منه الى الحي الذي لالسان له حين الدعوى كالعائبات والمجنون والصغير والمغمى عليه ونحوهم فتد تقدم في ذكر ثمرات الوجهين المزبورين أنه على الوجه الثاني الذي استظهرنا لا اشكال في التعدي ، وأما على الوجه الاول فقد قلنا ان التعدي مشكل .

لكن الاظهر عدم الفرق بين الوجهين في المقام وان كان التعدي على الوجه الثاني أوضح ، لان قوله عليه السلام « لانا لاندرى لعله وفاه » علة منصوصة تجري في كل مقام يقوم فيه احتمال الوفاء ، ولانقتصر على موردها الذي هو الميت ، ولو أخذنا بمجامع خصوصياتها ولم نتعد عن شيء منها .

فما في المسالك من ابداء الفرق بين الميت وبين هؤلاء ، مبنية على عدم الالتفات الى النص بالعلة ، وان منصوص العلة يكفي فيه خصوصية المورد ، فلا يقتصر في مثل قوله « الخمر حرام لاسكاره أو لانه مسكر » على حرمة الخمر خاصة بل يتعدى الى كل مسكر ويحكم بحرمة باتفاق غير المرتضى « رد » ، وحينئذ نقول : ان الغائب بل كل من يتطرق في حقه احتمال الوفاء ولا لسان له حين الدعوى في حكم الميت لانا لاندرى لعله وفاه - انتهى .

لكن في خصوص القضاء على الغائب وردت روايات صريحة في أنه اذا قامت البينة على الحق سلم المال الى المدعي بكفلاء ويكون الغائب على حجته

إذا حضر^(١)، ومقتضاهما عدم ثبوت اليمين الاستظهارية في الدعوى عليه من جهة الحصر الظاهر من السكوت في مقام البيان، فيتعارض عموم العلة المنصوصة تعارض العامين، لأن عموم التعليل يقضي بالاستحلاف مع قيام احتمال دعوى الوفاء مطلقاً في الميت وغيره.

واطلاق قوله « يقضي على الغائب إذا قامت عليه البينة ويبيع أمواله » يقضي بكفاية البينة سواء كان معها يمين أم لا، ففي صورة حلف المدعي لاشكال في القضاء، وفي صورة عدم الحلف يتعارضان فيه.

وقد يقرر النسبة بينهما بأن التعليل صريح في صورة قيام احتمال الدعوى وعام من حيث كون المدعى عليه الغائب وغيره، وتلك الرواية صريحة في الغائب ومطلقة من حيث قيام احتمال الدعوى وعدمه، كما إذا كان بقاء الحق على تقدير ثبوته معلوماً، فمورد التعارض - أعني محل الاجتماع - هو الدعوى على الغائب مع قيام الاحتمال المزبور.

وقد يقال: إن الرواية أخص مطلقاً من العلة، لأن صورة عدم قيام احتمال الدعوى فرض نادر لا يصلح لحمل الرواية عليهما، فتكون كالصريح في صورة قيام الاحتمال الذي هو مورد الاجتماع، وبعد ملاحظة الحصر المستفاد من السكوت في مقام البيان تكون أخص من العلة.

والانصاف أن ظهور العلة في الاستحلاف أقوى من ظهورها في العدم على أي تقدير، فيعمل بظهور العلة، لأن المدار في رجحان الدلالة على قوة الظهور وضعفه. ولذا حكمنا بأن ظهور منطوق آية النبا من حيث العلة في عدم العمل بالظن ولو كان حاصلاً من قول العدل أقوى من ظهور مفهومها في القبول وإن كان المفهوم أخص من المنطوق.

والسر فيما ادعينا أن ظهور السكوت في مقام البيان الذي يوجب كون الرواية أخص من العلة المنصوصة ظهور عقلي وظهور العلة ظهور لفظي ، فهو مقدم على الظهور العقلي وان كان هو مقدماً على الاصول .

ودعوى ان مافي الرواية من أن الغائب على حجته يؤكد الحصر المستفاد من السكوت ممنوعة ، لان المراد بالحجة التي عليها الغائب هي اقامة البينة ، ولو سلم اطلاقها الشامل للاحلاف أيضاً مع أنه كما ترى نقول أيضاً : ان كون الغائب على حجته بمعنى جواز الاحلاف له اذا حضر وادعى البراء لاينافي استحلاف القاضي أيضاً قبل حضوره ، لان استحلافه احتياط فيما يصدر منه من القضاء ، وهذا لاينافي كون الغائب أيضاً على حجته اذا حضر .

ومن هنا يظهر أن مافي الدروس من الجمع بين احلاف الحاكم قبل حضور الغائب واحلافه اذا حضر ، ليس كل البعيد . ولعل الكلام يأتي فيه انشاء الله تعالى .

نعم لو قلنا بتكافؤ الظهورين وتساقطهما كان المرجع العمومات النافية لليمين مع البينة ، مثل قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بالبيان المتقدم . ثم ان المناطق في الدعوى على الغائب واخواته قيام احتمال البراءة الى حين الدعوى الى زمان الغيبة كالموت في الدعوى على الميت ، فلا بد أن يكون اليمين على بقاء الحق فعلاً وعدم حصول البراءة لاقبل الغيبة ولا بعددا على خلاف الدعوى على الميت ، فانك عرفت أن المعتبر فيها احتمال البراءة قبل الموت لا بعده . والفرق واضح ، لان احتمال البراءة بعد الموت ليس مما يتعلق بالميت بل بالورثة ، بخلاف احتمال البراءة بعد الغيبة ، فان الغائب على فرض حضوره له دعوى البراءة بعد الغيبة .

[لو كان المدعى وكيلا عن غائب]

هذا كله فيما اذا كان المدعى على الغائب مثلاً أصيلاً ، فلو كان وكيلا فهل يستحلف الوكيل مطلقاً أو لا يستحلف مطلقاً ، أو يفصل بين ماذا كانت الدعوى المحتملة التقديرية دعوى ابراء الموكل أو قبضه فلا يستحلف وبين ماذا كانت دعوى قبض الوكيل أو علمه بقبض الموكل فيستحلف؟ وجوه مبنية على استحلاف الوكيل المدعى على الحاضر مطلقاً أو عدم الاستحلاف أو التفصيل بين الصورتين . وحيث أن الاظهر الموافق لقول الاكثر في صورة دعوى الوكيل على الحاضر هو التفصيل ، كان المحكم في دعواه على الغائب أيضاً كذلك ، لان الفرع لا يزيد على الاصل . فاذا كان المدعى عليه الحاضر - على تقدير ابراء الموكل أو قبضه - لا يستحلف الوكيل فكيف يستحلفه المحاكم لاحتمال دعوى الغائب ابراء الموكل .

نعم لما كان دعوى الحاضر على الوكيل قبضه أو علمه بقبض الموكل مسموعة مستتبعة لاحلافه استحلف أيضاً في الدعوى على الغائب على عدم القبض أو عدم العلم به .

ولوقيل : ان دعوى الحاضر على الوكيل قبضه أو علمه غير مسموعة أيضاً ، فلا يتوجه الحلف على عدمها على الوكيل ، كان المحكم في الدعوى على الغائب عدم الاستحلاف أيضاً مطلقاً . فظهر وجوه المسألة المشار اليها .

وكيف كان فلو قيل باستحلاف الوكيل فلا كلام ، والا فني القضاء بالبيئة أو عدم القضاء وايقاف الدعوى الى زمان حضور الغائب أو مباشرة الموكل بنفسه الدعوى أيضاً . وجهان أشير اليهما فيما تقدم من أن اليمين هل هي شرط في القضاء على الميت والغائب ونحوهما مطلقاً أو اذا كانت ممكنة . وعلى الاول

توقف الدعوى لعدم تحقق شرط القضاء الذي هو البينة مع اليمين ، وعلى الثاني يقضي كما مر .

وصرح بعض مشائخنا بعدم تسليم المال الى الوكيل ، لعدم ثبوت الحق بدون الحلف والوكيل لا يحلف ، وقد عرفت الحال في حلف الوكيل .
وقد تقدم أيضاً ان اليمين اذا لم تكن مكملة للبينة - بأن كانت لدفع احتمال البراءة الخفي - بل مشروعة لدفع الدعوى المحتملة احتياطاً للقاضي في مسألة القضاء الاحتياطاً في مراعاة الواقع كما على فرض التكملة كانت شرطاً في حال الامكان لامطلقاً . والله العالم .

التقاط

[هل يسلم الحق الى المدعى لو كان المدعى عليه شائباً ؟]

اذا ادعي على الغائب وتم ميزان القضاء ففي الروايات أنه لا يسلم الحق الى المدعي أو وكيله الا بكفلاء ، وصرح بمضمونها في الشرائع وعمل بها ، لكنه لا يقول باليمين في الدعوى على الغائب والصبي ، فيكون الكفيل عنده عوضاً عن اليمين كما في المسالك ، لكن عن القواعد اعتبار اليمين والكفيل معاً . ولعله أولى ، اذ مسألة التكفيل لاربط لها بمسألة اليمين ، لان القائل بعدم اليمين يقول أيضاً بتمام الحجة بالبينة المحضه ، فيكون القول بالتكفيل للتعبد بالنص ، ولامانع منه مع كون القضاء على هؤلاء مبنياً على مراعاة الاحتياط على ما اخترنا من اعتبار اليمين للعللة المنصوصة .

ثم أن أخذ الكفيل هنا مشكل من حيث عدم انطباقه على القواعد :
أما أولاً : فلان الحجة بعد ما تمت فلاوجه للتكفيل ، اذ ليس للغائب عليه سلطنة فعلية ، واحتمال اقامة الحجة بعد الحضور لايعجل العقوبة - فتأمل .

وأما ثانياً : فلان الكفالة هنا عبارة عن الضمانة ، خصوصاً بقرينة ما في بعض هذه الروايات من اعتبار الملاءة في المدعى عند تسليم المال اليه وليس المراد بها الكفالة المصطلحة . والضمانة لا بد فيها من موجب معلوم للمضمون حتى لا يرجع الى ضمان مالم يجب ولم يعلم بعد ثبوت كون المدعى مستحقاً عليه .

الا أن يقال : انه ضمان مالم يتبين أوضمان العين . توضيحه : ان الضمانة على أقسام : ضمانه الدين ونحوه من الجرم والغرامة المترتبة على الانلاقات ، وضمانة العين وهي التي جوزها المحقق في كتاب الضمان واستشكل فيه صاحب المسالك ، وهو أن يتعهد الشخص لعين من الايمان كتعهد اليد العارية لما تستولي عليه ، ومرجعها الى التزام الضامن بكون تلفها من كيسة لا من كيس مالها ، وضمان ما لم يجب وهو أن يضمن الشخص بشيء لم يوجد سببه بعد كضمان صداق زوجة يتزوجها شخص بعد ، وضمان مالم يتبين كضمان درك المبيع فانه اذا احتمل كون المبيع مستحقاً للغير احتمل استحقاق المشتري على البائع بعوضه ، فضمان شخص لما على المشتري اذا تبين فساد العقد ضمان لامر محتمل الوجود غير معلوم وليس من ضمان مالم يجب . وما نحن فيه يحتمل أن يكون من القسم الاخير أو من ضمانه العين .

التقاط

سكوت المدعى عند اقامة الدعوى |

اذا سكوت المدعي ولم يجب فان كان لعذر كوحشة أو غباوة أو صمم أو خرس أرفق به ، ويوصل في الاخيرين الى معرفة الجواب بالاشارة الموصلة اليه . وان كان عن عناد ففيه أقوال ثلاثة نقلها في الشرائع : أحدها أنه يحبس

حتى يتبين الحال، والثاني أنه يجبر ويلزم بالضرب ونحوه حتى يجيب، والثالث أنه يقول له الحاكم أجب والا جعلتك ناكلاً .

والاخير أظهر، لان الاجبار أو الحبس متفرعان على أن لا يكون هناك ميزان شرعي لفصل الخصومة، وأما معه فلا وجه للعدول عنه الى ما لم يتحقق سببه بعد . واطلاق الادلة الماضية قاضية بأن وظيفة المدعى عليه اليمين أو الرد فاذا سكنت قضى بالنكول عليه مع الرد أو بدونه على الاختلاف المتقدم .

وفي رواية البصري الماضية « وان لم يحلف - أي المدعى عليه - فعليه » كما في الكافي والتهذيب، ولاريب أنه اذا سكنت يصدق عليه أنه لم يحلف . وحينئذ فان قضينا بالنكول حكم عليه بعد قوله « أجب والا جعلتك ناكلاً » والا فبعد رد اليمين الى المدعي .

ثم ان ظاهر الاقوال الثلاثة أنه لا يسأل عن المدعى هل له بينة أم لا . وهو الذي استظهره المحقق القمي من كلامهم فيما حكى عنه، وأورد عليهم بأن البينة مقدمة على الحبس أو الاجبار أو القضاء بالنكول .

والحق أن هذا الاستظهار ليس في محله، فلا وقع للايراد المذكور أيضاً، لان كلماتهم هنا وان كانت مطلقة بحسب الظاهر لكن الظاهر بل المعلوم أن مصب الاقوال الثلاثة في بيان وظيفة القاضي اذا لم يكن للمدعي بينة لامطلقاً حتى لو أقام البينة لم تسمع، اذ لا وجه لذلك، كما لا وجه لتوهم قول الاصحاب به . فغرضهم ان الجواب بالسكوت حكمه ماذا كما أن الجواب بالانكار حكمه اليمين، فكما أن قولهم باحلاف المنكر انما هو بعد فقد البينة كذلك قولهم بحبس الساكت أو اجباره أو اجراء حكم النكول عليه .

[إذا قال المدعى « لأدري »]

هذا واضح ، وانما الاشكال فيما لو قال في الجواب « لأدري ماتقول » ،
فان فيه أقوالاً واحتمالات :

(أحدها) توقف القضاء على البيئة وعدم اليمين مطلقاً وعدم الرد وعدم
القضاء بالنكول تنزيلاً له منزلة الميث الذي لالسان له أو منزلة الصبي أو الغائب
ونحوهم ممن لالسان له في الجواب ، لانه اذا قال « لأدري » كانت الدعوى
لامنكر لها . ولم نجد قائلًا ، بل ذكر بعض مشائخنا قدس سره احتمالاً معترفاً
بأنه خلاف الاجماع ظاهراً .

(والثاني) انه يحلف يمين نفي العلم ، ويكتفى به في سقوط الدعوى ،
لكن لو أقام البيئة بعدها سمعت ، على خلاف يمين البت التي لاتسمع البيئة
بعدها . وهذا مختار بعض مشائخنا قدس سره .

واستدل عليه بما حاصله : ان المدعى عليه وظيفته اليمين نصاً وفتوى ، وأما
كونها على نحو البت أو على نفي العلم فيتبع كيفية الانكار ، فان كان على وجه
ينفي الاستحقاق الواقعي فهي على البت ، أو على وجه ينفي الاستحقاق الظاهري
فهي على نفي العلم . ويظهر من محكي مجمع البرهان الميل اليه ، وعن الكفاية
نفي البعد عنه .

(والثالث) انه يحلف يمين البت اتكالا على الاصل . ذكره في محكي
الكفاية على نحو الامكان والاحتمال .

(والرابع) عدم توقف القضاء على البيئة وعدم الاكتفاء باليمين على نفي
العلم ، بل برد اليمين على المدعي بناءً على عدم القضاء بالنكول أو مطلقاً .

وهو ظاهر الكل أو الجمل على ما اعترف به غير واحد منهم الأردبيلي والسبزواري قدس سرهما ، وهو الأقوى .

لنا على ذلك ظهور الاتفاق واطلاق الاخبار :

أما الاول - فلانهم اتفقوا على أن الدعوى إذا كانت متعلقة بفعل المدعى عليه فاليمين لا بد أن تكون على نحو البت، وإذا كانت متعلقة بفعل غير المدعى عليه كاليمين فيكفي أن تكون على نفي العلم . ثم انهم اختلفوا في بعض الفروع في كون اليمين على البت أو على نفي العلم، مثل ما لو كانت الدعوى متعلقة بفعل البهيمية أو بفعل العبد، ومثل دعوى الاخوة ونحوها، فقلل انه لا بد أن تكون اليمين على نحو البت ، وقلل انه يكفي أن تكون على نفي العلم المحاقاً لها بفعل الغير .

ولاريب انهم حيثما يقولون باعتبار البت في اليمين معناه القضاء بالنكول أو مع الرد حيثما تعذرت اليمين على نحو البت بعذر شرعي أو عقلي ، مثل ما اذا كان المدعى عليه المنكر قد نذر سابقاً أن لا يحلف بالله صادقاً وكاذباً ، فان شرطية البت في اليمين حينئذ قاضية بالنكول أو مع الرد . والحاصل ان اليمين على نحو البت حيثما تعتبر فهي شرط تطلق ثابت في حال الامكان والتعذر .

وقضية بقاء الشرطية مع العذر والقضاء بالنكول أو مع الرد، ولعل المكتفى في مسائلنا هذه باليمين على نفي العلم يقول في صورة التعذر الناشئ من النذر بتوقف القضاء على البينة . وهو كما ترى ، وقد عرفت انهم اعتبروا البت في اليمين اذا كانت الدعوى متعلقة بفعل النفس، وقضية ذلك أنه اذا تعذرت اليمين البتية قضى بالنكول أو مع الرد .

فان قلت : ما صرحوا به من البت في اليمين اذا كانت الدعوى متعلقة بفعل النفس مبني على الغالب ، وهو علم الشخص بفعله ، فلا يجري فيما لا يعلم بفعله ، فانه حينئذ كفعل الغير .

قلنا : أولا دعوى الغلبة ممنوعة ، لان العلم بعدم الشئ واقعاً غالباً متعسر ، لابتنائه على الاحاطة بجميع أسباب وجود الخفية والقطع بانتفائها أجمع ، سواء كان ذلك الشئ فعل نفسه أو فعل غيره .

وثانياً : ان الغلبة المزبورة ليست بحيث يكون صورة عدم العلم بفعل النفس معها مسكوتاً عنها في كلامهم ، كيف مع أنا لو لم نقل بأكثرية هذه الصورة بالنسبة الى صورة العلم أو مساواتها لها فلا أقل من كثرتها في نفسها بحيث يبعد خروجها عن كلامهم ، فاما أن يقال انها داخله تحت اطلاق قولهم باعتبار البت في اليمين ، أو يقال انها مهملة مسكوت عنها في كلامهم ، أو يقال ان حكمها حكم الدعوى المتعلقة بفعل الغير ، وكلها كما ترى .

وثالثاً : ان موضوع المسألتين الخلافيتين وموضوع المسألة الاتفاقية واحد كما لا يخفى ، ولاريب أنه لا يمكن أن يجعل مفروض كلامهم في المسألتين الخلافيتين كون المدعى عليه عالماً بالواقع ، بأن يكون انكاره متوجهاً الى الواقع ، لان يمين العالم لا بد أن تكون على نحو البت باعتراف الخصم وباتفاق الكل اذا كانت الدعوى غير متعلقة بفعل الغير ، فلا بد أن يجعل موضوع المسألة مطلق المدعى عليه ، سواء كان عالماً بالواقع أو جاهلاً .

وبالجملة من راجع كلماتهم في تقسيم اليمين على قسمين علم أنهم حيثما يقولون باعتبار البت في اليمين لا يشترطون فيه علم المدعى عليه بالحال ، وعلم أيضاً ان خلاف العامة مع الاصحاب وفيما بينهم - حيث ذهب بعضهم الى كون اليمين دائماً على البت سواء تعلقت بفعل النفس أو بفعل الغير وبعضهم الى أنها دائماً على نفي العلم كذلك - ليس مقصوداً بصورة علم المدعى عليه أو جهله بل مطلق شامل للمصورتين .

وثمرته ما أشرنا من أن اليمين حيثما كانت على البت وتعذرت لجهل المدعى

عليه أو لعذر آخر قضى بالنكول أو بعد الرد ، مع أن إيقاف سماع الدعوى على البيئة مما لم يلتزم به أحد . ولازم المكتفي باليمين على نفي العلم ذلك اذا كان المدعي معترفاً بعدم علمه .

فان قلت : قد صرح بعضهم بأن الوارث ان علم بالحال فيما يتعلق بمورثه من الدعاوي حلف على البت ، والافيكتفي منه باليمين على عدم العلم . وقضية المقابلة أن يكون الامر فيما نحن فيه أيضاً كذلك ، فقولهم « ان اليمين فيما يتعلق بفعل النفس لا بد أن تكون على البت » ينزل أيضاً على صورة العلم بالحال ، نظير قولهم في فعل الغير .

قلت : المصريح قد اختلط عليه الحال بعض الاختلاط ، لانا نقول : ان الوارث يكتفي منه الحلف على عدم العلم مطلقاً سواء علم بالحال أم لا . والظاهر أنه رأي الكل أو الجمل ، ومقتضى المقابلة أنه لا يكتفي في فعل النفس أيضاً الا بالبت . ولعل التصريح المزبور منشأوه الاشتباه في مسائلنا هذه .

[اعتبار الحلف في المدعى عليه]

وأما الاخبار فهي أيضاً تدل على اعتبار الحلف في المدعى عليه وان كان في بعضها التقييد بالجهود والانكار ، لان المقام ليس مقام التقييد كما لا يخفى ، والخصم أيضاً يساعدنا على ذلك وانما يدعي أن اليمين أعم من أن تكون على البت أو على نفي العلم .

وأنت خبير بأن اليمين المقابلة للبيئة لا يراد بها سوى ما يتعلق منها بالواقع كالبيئة ، فالمراد باليمين ليست الاماكانت ناظرة الى نفي الدعوى واقعاً كالبيئة المثبتة لها كذلك :

فمنها ما مر في ذيل حديث البصري « ولو كان المدعى عليه حياً لالزم اليمين

أو الحق أويرد اليمين»^(١)، فانه صريح الدلالة في أن المدعى عليه الحي لامفر له من أحد هذه الامور الثلاثة ، سواء قلنا ان التردد قد لوحظ فيه حال الموارد جميعاً أو حال كل مورد : فعلى الاول فهو ترديد توزيعي ، يعني ان المدعى عليه قد يكون ممن يلزم باليمين كالمنكر ، وقد يكون ممن يلزم بالحق كما لو أقر ، وقد يكون ممن يلزم بالرد كالساكت أو من يقول « لأدري » . وعلى الثاني فهو تخيير شرعي يرجع الى كل مدعى عليه ، فيقول له الحاكم اما أن تحلف أو تعطي الحق أو ترد اليمين .

أما شموله للمقام بناء على الاول فواضح ، لان الذي يلزم بالرد خاصة ليس الا الساكت ومن يقول « لأدري » ، وأما شموله له بناءً على الثاني فلان المجيب بلا أدري يمكن في حقه التردد بين الامور الثلاثة ، اذ لامانع له من اليمين على البت في نظرنا ، لاحتمال علمه بالعدم ، ويعبر عنه بعدم العلم الذي هو أعم من العلم بالعدم ، فيقول له اما أن تحلف على البت ان كنت عالماً بالعدم واما أن تعطي الحق أو ترد ولو فرضنا كونه جاهلاً وان قوله « لأدري » مبني على جهلة بالحال لاعلى علمه بالعدم .

فمع أنه كلام خارج عن الفرض لان الفرض حكم الجواب بلا أدري مع قطع النظر عن علمنا بحاله نظير حكم الجواب بالانكار، وان كان شاكاً أو كاذباً أو فرضنا تصريحه في الجواب بالجهل نقول حينئذ : انه يجب عليه ما يجب على المنكر بطريق البت اذا علمنا بجهله و كونه شاكاً .

والحاصل ان حكم الجواب بلا أدري مسألة وحكم الشاك مسألة أخرى تجرى فيمن يجيب بلا أدري أو يجيب بالانكار، ومقتضى الدليل هو الالتزام بأحد

الامور الثلاثة ، سواء أجاب بالانكار أو بلا أدري أو سكت ، وسواء كان ظاهر قوله مطابقاً لاعتقاده أم لا .

هذا كله مع أنا لو فرضنا أنه اختار الرد بدون الزام الحاكم توجه اليمين الى المدعى قطعاً بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، ويتم الكلام في صورة عدم الاختيار بالاجماع المركب ، لان الرد اذا قلنا به في الجملة قلنا به مطلقاً ، لوضوح كون يمين المنكر حينئذ ميزاناً للقضاء ، والقائل بعدم الرد لعله يدعي أن الميزان هو يمين المدعى عليه على نفي العلم .

ومما ذكرنا ظهر وجوه بقية الاقوال وضعفها أيضاً حتى القول الثاني . نعم قد يستدل بل قد استدل عليه - مضافاً الى ما تقدم من اطلاق قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ببعض الاخبار الدالة على أن الرجل لا يحلف الا على علمه ، كخبر ابي بصير ومرسلة يونس « لا يستحلف الرجل الا على علمه » ولاتقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف^(١) .

وفيه : انها مسوقة لبيان وظيفة الحالف في مقام التكليف ، وان الشاك لا يحل له الحلف . وأين هذا من مسائلنا هذه التي نبحت فيها عن ميزان القضاء اذا كان المدعى عليه يقول « لأدري » أو كان شاكاً في الواقع . والله العالم .

مسائل

(متعلقة بالقضاء على الغائب)

(أولها) لا اشكال نصاً وفتوى في القضاء على الغائب عن البلد اذا كان بعيداً ، وأما الغائب عن مجلس القضاء وهو الحاضر في البلد ، فان كان الحضور متعذراً له فلا اشكال ولا خلاف أيضاً في القضاء عليه ، ودليله جميع أدلة القضاء مع

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٥ باب لا يحلف الرجل الا على علمه .

قاعدة نفى الضرر ، وأما مع عدم التعذر ففي القضاء عليه قولان ، والمشهور القضاء ، لكن الدليل عليه غير مساعد ، لعدم وفاء الاطلاقات بالدلالة على ذلك لاهمالها من هذه الجهة أو لانسباق الحاضر منها واختصاص ماورد في خصوص القضاء على الغائب بالنائي بحكم التبادر .

مضافاً الى ما يظهر من روايات عديدة ناطقة بعدم القضاء الا بعد السؤال عن المدعى عليه المعللة بأن ذلك أحوط وأبين في القضاء ، مثل رواية محمد ابن مسلم عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع من الاخر ، فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء^(١) . ومثله غيره .

ودعوى اختصاصها بالمتخصصين الحاضرين . لان الظاهر منها اعطاء قاعدة القضاوة من غير مدخلية لحضور الخصم وغيبته ، فالسؤال عن المدعى عليه كسائر ماورد في آداب القضاء أمر راجع الى شرائط القضاوة ، سواء تعلقت بالحاضر أو الغائب .

وأما ظهورها في النذب ، فغير قادح أيضاً بعد كون الحكم في الحاضر على نحو الوجوب بالاجماع ، وتعليل الحكم الوجوبي بما يلوح منه النذب باب معروف في الروايات يراد ابداء المناسبة .

ونظيره ما ذكره المحقق القمي في استدلال الامام عليه السلام على طرح الشاذ النادر من الروايتين المتعارضتين بحديث التثليث الذي حملته على الاستحباب . فما عن عوائد المحقق النراقي من حمل الرواية على الاستحباب ليس بجيد .

لا يقال : ربما يكون في عدم الحكم على الحاضر في البلد الغائب عن

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤ من ابواب آداب القاضي ج ٢ وهو عن أبى جعفر عليه السلام.

مجلس القضاء ضرر على المدعي ، فيجب بقاعدة نفي الضرر التي هي المستند في القضاء على من يتعذر عليه الحضور .

لانا نقول : قاعدة نفي الضرر لا يعمل بها الا في مقام الاطمينان لكثرة ما بها من التخصيص ، ولا اطمينان بها في القضاء وان نسب الى المشهور القول به . فتأمل . مع أن الكلام في المقام مع قطع النظر عن لزوم الضرر وان القضاء هل يشترط بحضور المدعى عليه في غير الغائب عن البلد أم لا ، فلو قيل بالاشتراط لم يلزم منه عدم القضاء مطلقاً حتى ينفي الضرر .

وقد يتوهم دلالة النبوي « اذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد فوفى أحدهما ولم يف الآخر قضى للذي وفى » وأمثاله على المدعى . وهو سهو ، لان ذلك دليل على القضاء على الممتنع ، وهو خارج عن محل الكلام .

ثم ان التعذر الذي يسوغ معه القضاء على غير الحاضر في المجلس ، أمر موكل الى العرف لاحد له شرعاً ، فيختلف باختلاف الاحوال والازمان والامكنة والمدعي والمدعى عليه ، ومن جملة العذر ما لو صبر المدعى الى زواله فات بعض حوائجه ، مثل مصاحبة رفقة السفر ، الى غير ذلك مما يظهر بالمراجعة الى العرف .

ثم الغائب عن البلد ان كان قريباً منه حكمه حكم البعيد الى حد المسافة لاطلاق أدلة الغائب ومعلومية صدقه على مطلق الخارج عن البلد ، ولكن ذلك أيضاً موكل الى العرف ، ولا يبعد تحديد ذلك بحد الترخيص الشرعي لانه مما يساعد عليه العرف أيضاً .

(فرع) لو كان المدعى به متعلقاً باثنين أحدهما حاضر والاخر غائب فأقسام المدعي اليه وقضى فهل القضاء المزبور بالنسبة الى الغائب الاخر حكمه حكم القضاء على الغائب أم لا ؟ فيه وجود .

مثاله دعوى الزوجية ، فلو ادعى أحد زوجية امرأة حاضرة وقضى له بالبينة ،

فهل القضاء المزبور بالنسبة الى آخر غائب يدعى زوجيته مثل القضاء على الغائب أم لا ؟

قد يقال ذلك ، وفائدته الاستحلاف استظهاراً على القول به في القضاء على الغائب لو كان هناك دعوى محتملة من ذلك الغائب ويكون هو على حجته اذا حضر .

وقد يقال ان القضاء ينفذ عليه منجزاً من دون استحلاف ، الحاقاً له بالقضاء على الحاضر . وهو أضعف الوجود .

وقد يقال عدم نفوذ القضاء عليه مطلقاً ، بل يجب تجديد اقامة البيئة اذا حضر .

وقد يقال ان المدعي حينئذ يكون منكرأ بالقياس الى ذلك الاخر ، لقوة جانبه باقامة البيئة فله اذا حضر الدعوى عليه .

ثم ان الحكم التسجيلي الذي ذكره في محكي القواعد ليس من باب القضاء على الغائب ، وهو أن يقيم ذو اليد على ملكية ما في يده تسجيلاً على من يتوهم مخاصمته ومنازعته ، وهذا على تقدير صحته ليس من باب القضاء على الغائب . والله العالم .

(الثانية) المدعي على الغائب اما أن يتعرض جحوده أو يتعرض لاقاراره أو لا يتعرض شيئاً منهما ، والاول هو القدر المتيقن من أدلة القضاء على الغائب ، وأما الثاني فقد صرح في محكي القواعد على عدم القضاء حينئذ لاشتراط الجحود ، والظاهر أنه شرط في مطلق الدعوى والمخاصمة ، لان الدعوى وما يشق منه من الصيغ ظاهر في المخاصمة والمشاجرة ، ومع التنزل فلا أقل من قصور أدلة القضاء على الحاضر والغائب عن التناول لذلك .

وحال الاخير يظهر مما ذكر ، فان شرطنا الجحود لم تسمع الدعوى والا

سمعت ، لكن في محكي القواعد مع اشتراطه الجحود ان عدم التعرض للاقرار
يكفي في سماع الدعوى .

هذا بالنسبة الى المحكم والقضاء ، وأما بالنسبة الى أخذ المال فقد صرح
في محكي التحرير بأنها تسمع ولو مع التعرض للاعتراف مع تصريحه بعدم
سماعها للمحكم . ولابعد فيه بناءً على عموم حجية البيئة مع اعمال قاعدة نفي
الضرر حيثما تجري ، ولاينافيه مانقلنا من عدم حجية البيئة فيما يتعلق بحقوق
الناس الا بعد المحكم . ولاحكم في المقام ، لان ذلك مختص بصورة التشاجر
والتنازع ولو محتملا ، ومع فرض اعتراف الغائب لانزاع هنا ، فيكون اثبات
المال كسائر الموضوعات مثل اثبات الهلال ونحوه .

الا أن يقال : ان قول المدعي لا يكفي في ثبوت اقرار الغائب ، فلو أثبت
اقراره أيضاً بالبيئة أخذ المال ، فحيث لم يثبت اقراره بعد يكون المقام مقام
الدعوى ولو احتمالا . والله العالم .

(الثالثة) لو كان صاحب الحق غائباً فطالب الوكيل وادعى الغريم التسليم
الى الموكل والبيئة ، ففي الالتزام تردد بين الوقوف في المحكم لاحتمال الاداء
وبين المحكم والغاء دعواه ، لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء ،
والاول أشبه .

هذه عبارة الشرائع ، وفهم منه المسالك أن المصنف اختار الالتزام والمحكم .
وفي بعض حواشي المسالك ان ظاهر العبارة التوقف .

والاول أظهر احتمالا ومحتملا ، وذلك لان دعوى الغريم التسليم الى
الموكل دعوى على الغائب بالبيئة ، ولا تسمع الدعوى على الغائب الا بالبيئة .
ومنه يظهر أنه لا يمين هنا أيضاً لاجل هذه الدعوى .

نعم لو ادعى على الوكيل العلم بالتسليم فله الاحلاف ، لانه دعوى متعلقة

بفعل الغير ، والدعوى المتعلقة بفعل الغير يترتب عليها يمين نفي العلم اذا تعرض المدعى للعلم .

ثم انه لا وجه هنا للتكفيل الذي احتمله بعض ، تسوية بينه وبين الدعوى على الغائب الذي تقدم دلالة الاخبار عليه فيها ، لان هذه الدعوى بعدما كانت ساقطة في المشرع لم يتمزلز شراً الدفع ، واذا لم يتمزلز الدفع لم يكن وجه للتكفيل .

نعم لو كان المدعى عليه أيضاً غائباً - بأن ادعى وكيل الغائب على وكيل الغائب أو عليه - توجه التكفيل ، لان المدعى عليه اذا كان غائباً قام هنا احتمال دعوى مسموعة ، غاية الامر عدم تأثير هذا الاحتمال عاجلاً في الاستحلاف نظراً الى غيبة المدعي وعدم جواز حلف الوكيل عنه ولكنه لا يوجب عدم مراعاة ذلك الاحتمال رأساً ، اذ من المحتمل أنه اذا حضر وحضر خصمه احلف . وقضية المراعاة التكفيل بناءً على جواز مطلقاً أو في خصوص تسليم مال الغائب .

فظهر الفرق بينه وبين الاول ، لان المدعي للتكفيل في الاول حاضر ودعواه التسليم الى الموكل غير معتبرة ، فلا مقتضى للتحليف . بخلاف الثاني ، فان مقتضى التحليف فيه موجود ، وهو احتمال دعوى الغائب اذا حضر . وانما لا يستحلف لاجل فقد الشرط وهو حضور الموكل .

ثم التكفيل للدفع المتمزلز مرجعه الى ضمان مالم يتبين وجود سببه مع احتماله في الواقع ، ومنه ضمان درك الثمن وضمان العين والتعهد بها ، وسماه في محكي القواعد بالاستيثاق وعدله موارد من الفقه :

(منها) ضمان درك المهر ، والدليل عليه على وجه يكون قاعدة كلية مفقود ، لكن أصل شرعيته في الجملة ثابتة ، كما مر في دفع مال الغائب بكفلاء . ولعله

يكفي في جواز اشتراطه في ضمن عقد من العقود كالبيع والصلح ، لان الشيء اذا ثبت شرعيته في الجملة أمكن الحكم باندراجه تحت عموم الادلة ، وأما مع الشك في أصل شرعيته ففيه اشكال .

مثلا العدول من الجماعة الى الفرادى لما ثبت شرعيته في الجملة - كما في صلاة الخوف - أمكن القول بجوازه في الجماعة لادلة الجماعة ، وأما العدول من الانفراد الى الجماعة لما لم يثبت أصلا لم يجز القول به الا من زعم ان أدلة الجماعة مطلقة لامهملية .

وكيف كان فالظاهر أن التكفيل ليس تعبداً محضاً بل لاجل الاستيثاق كما فهمه الشهيد ، فيسقط اذا كان الاخذ موثقاً به في الرد مع تحقق سببه ، والالزم التسلسل ، لان الكفيل أيضاً يحتاج الى كفيل آخر . والله العالم .

القول فى كيفية الاستحلاف

التقاط

| عدم الاحلاف الا بالله تعالى |

ظاهر الاصحاب الاتفاق على أنه لابد أن يكون الحلف المثبت لحق أو الزاڤى له - وبالجملة فى مقام الدعوى- بالله تعالى، فلو حلف بغيره لڤى الحلف . هذا فى المسلم ، وأما اليهودى والنصرانى والمجوسى والدهرى والوثنى وما أشبههم ، فقد ذكر فى محكى المبسوط والشرائع أنه يجوز احلافهم بغيره تعالى ، مع تقييده فى الشرائع بما اذا كان الحلف به أردع . لكن النصوص عاماً وخاصاً متفقة على عدم الاحلاف الا بالله تعالى ، منها ما سمعت فى السابق « اقض بينهم بالبينة وأضفه الى اسمى »^(١) .

وأما فى غير مقام الدعوى فالكلام فيه تارة من حيث الحكم الوضعى كوجوب الكفارة وحصول فصل الخصومة به وأخرى من حيث الحكم التكليفى : أما الاول فالظاهر عدم الخلاف فى أنه لا يترتب عليه الاثران ، وأما الثانى فقد اختلف فيه .

والاخبار الناهية كثيرة ، لكنها معارضة بالسيرة المستمرة وبما علم من أفعال المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين ، فانهم كثيراً يحلفون بأبائهم وبالجملة بغير الله تعالى . وقد جمع غير واحد بحمل الاخبار الناهية على الكراهة ، وهو أيضاً مشكل ، لان الكراهة أيضاً منافية لافعالهم . ودعوى أن الافعال منزلة على بيان عدم الحرمة ، شطط من القول . نعم يمكن حمل الافعال على بعض المصالح الخفية .

مع أن الاخبار الناهية شاملة لمقام الدعوى أيضاً ، وحملها على الكراهة ينافي القول بعدم ترتب الاثر على الحلف ، بل وكذلك حملها على الحرمة ، لان الحرمة لاتنافي ثبوت الحكم الوضعي ، فلو حملت على الكراهة فلا بد من حملها على غير مقام الدعوى . ولا بأس به ، لان عدم ترتب الاثر على الحلف بغيره تعالى في مقام الدعوى أدلته كثيرة : منها ما أشرنا اليه حيث قال جل اسمه « وأضفه الى اسمي » .

مضافاً الى الاقتصار فيما خالف الاصل على القدر المتيقن ، وهو الحلف به تعالى . فيدفع ما يقتضي الاكتفاء بالحلف بغيره تعالى في مقام الدعوى ، اذ ليس هو اطلاق مثل قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . وهو كما ترى ، لانا لو لم نقل بأن المنساق من اليمين هو اليمين بالله تعالى فلا أقل من عدم اطلاقها . فافهم والله العالم .

التقاط

كيفية احلاف المجوس |

ذهب الشيخ في محكي المبسوط الى أنه لا يقتصر في حلف المجوس على لفظ الجلالة ، بل يضيف الى هذه اللفظة الشريعة ما يزيل احتمال ارادة غير الذات

المقدسة كخالق الظلمة والنور، لان المجوسي سمى النور الهاً ، فاذا أتى بلفظ الخالق نص في الذات المقدسة .

ومال اليه بل قال به بعض من تأخر ، نظراً الى لزوم احراز وقوع الحلف بالجلالة ، ومع احتمال ارادته غيرها لم يكن الحلف به تعالى محرزاً ، فلا يتحقق ميزان القضاء .

وقد ينساقش فيه : بأن احتمال ارادة الخلاف غير قادح في مقابل الظهور اللفظي ، ولذا لا يعتنى باحتمال التورية أو احتمال شيء آخر ينافي ظاهر اللفظ ، والا انسد باب الفصل بالايمان ، لان الاحاطة بالامر القلبي والعلم به أمر غير ميسور .

ويدفع ذلك بأن احتمال ارادة غير الذات المقدسة هنا ليس في مقابل ظهور لفظي ، لان المتكلم اذا كان له اصطلاح أو اعتقاد مغاير لاعتقاد السامع في لفظ من الالفاظ لم يجز حمله على مقصود السامع لعدم الظهور .

نعم ما ذكر من عدم الاجتزاء باحتمال التورية حق لما ذكر ، لكن الاظهر أيضاً الاقتصار ، لاطلاق الاخبار بل ونصها في خصوص المجوسي واليهودي والنصراني ، ولان عدم الاعتقاد بوجود الذات المقدسة - العياذ بالله - لا ينافي وقوع الحلف بها ، لان المقصود احلاف المدعى عليه بالذات المقدسة التي وجودها حق ثابت اعتقده الحالف أم لا .

ومن المشائخ من بالغ في ذلك فقال بالاقتصار حتى مع العلم بأنه أراد باللفظة المباركة غير الذات المقدسة أخذاً باطلاق الاخبار . وهو كما ترى جمود بارد ، لانا اذا علمنا ارادة غير الذات المقدسة فقد علمنا بعدم وقوع الحلف بها ، ومجرد ذكر لفظ الجلالة لا يجدي بعدما لم يكن المقصود من اللفظ المعنى .

التقاط

[التغليظ في الاحلاف]

يكفي في الحلف الذي هو ميزان القضاء أن يقول الحالف « والله ماله قبلي حق » ، والظاهر الاكتفاء بغير لفظ الجلالة أيضاً من أسماء الله الخاصة الصريحة في الذات المقدسة ، لاطلاق بعض الاخبار وعدم صلاحية ما فيه خصوص لفظ الجلالة للتقييد ، ولذا لم يشترطه الاصحاب فيما عثرناه .
نعم يستحب للمحاكم التغليظ في الحلف في الحقوق كلها ، سوى المال الذي لا يبلغ نصاب القطع على المشهورين الاصحاب ، لكن في المسالك انه غير واضح المستند .

أقول : يمكن استفادته من احلاف النبي صلى الله عليه وآله بعض اليهود على نحو التغليظ وان كان في غير مقام المرافعة ، ومن حلف الاخرس الذي روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فانه على نحو التغليظ^(١) ، وماروي عنه عليه السلام أيضاً في حلف الظالم بالبراءة من حول الله وقوته معللاً بأنه يجعل في المؤاخذة^(٢) ، وغير ذلك مما لا يخفى على المتتبع . مضافاً الى كون التغليظ أردع ، فناسب مراعاته استظهاراً .

لكن لا يستحب للمحالف الاجابة ، بل ربما يكره ، لان الخفة في الحلف مرغوب اليها ، خلافاً لبعض العامة فأوجب التغليظ عليه ، وللآخر فأنكر الاستحباب للمحاكم أيضاً .

ثم التغليظ بالمكان يحصل بالاستحباب في الامكنة المشرفة ، وبالزمان في

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٩ من ابواب كيفية الحكم ح ٢١٠ .

(٢) الوسائل ج ١٦ ب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٣٢٠ .

الاولقات المباركة ، وبالقول باضافة سائر أسماء الله تعالى الى لفظ الجلالة .
 وهل يعتبر فيه اختيار أسماء الجلال كالقاهر والمهلك والمدرك ونحوها ،
 أو يجعل بأسماء الجمال والرحمة أيضاً كالرحمن والرحيم . قد يقال بالاول لان
 فائدة التغليظ التخويف وذكر أسماء الرحمة ينافيه ، وقد يقال بالثاني لان ذكر
 الاوصاف يعطي تعظيماً للمحلول به فيعظم الحلف لاجل ذلك ، وهو المعهود من
 فعل الاكابر حيث كان حلفهم المغلظ هكذا « والذي نفسي بيده » ، « والذي خلق
 النور والظلم وبرىء النسم » ، « والذي بعثك بالحق » مخاطباً للنبي صلى الله
 عليه وآله ، وأمثال ذلك الى ما شاء الله .
 وفي الاخبار الواردة في الباب أيضاً ما هو مشتمل على التغليظ بغير أسماء
 الجمال كما لا يخفى . والله العالم .

التقاط

[لو حلف على عدم الاجابة الى التغليظ]

اذا حلف أحد أن لا يجيبه الى التغليظ فالتمسه خصمه ، ففي الشرائع لم
 تنحل يمينه ، وعن الدروس فيه نظر من اشتمالها على ترك المستحب ودين توهم
 اختصاصه بالحاكم .

واعلم أن ما ذكره في الدروس يشير الى اعتبار الرجحان في متعلق الحلف ،
 وعلى ذلك تبني المسألة على استحباب التغليظ للحالف أو وجوبه . فان قيل
 بعدم الاعتبار أو قيل بعدم استحباب التغليظ أو وجوبه فقطضى القاعدة عدم
 الانحلال ، لكن ورد أنه « اذا وجدت خيراً منه - أي مما حلفت عليه - فافعله »^(١) ،
 ومقتضى ذلك الانحلال ، لان الاجابة مستحبة ولو تعلقت بمكروء . ومنه ما روي

عن الامام عليه السلام من الحلف على ضرب بعض غلمانة ثم العفو عنه^(١) ، لان الضرب وان كان في نفسه راجحاً في نظره عليه السلام لكن العفو كان أرجح . وان قيل بوجوبه لم تنحل ، لان اليمين والنذر والعهد ونحوها من العناوين الثانوية يعتبر في متعلقها الجواز الشرعي اجمالاً ، لان موضوع هذه العناوين متأخر عن موضوع الاحكام الاولية ، فلا بد من عروضها لواجب أو حرام أو مباح أو مستحب أو مكروه ، وحيث لا سبيل الى الحرام تعين أحد الاربعة . ومنه يظهر أن المراد بالجواز باقي الاحكام الاربعة .

[الكلام فى العناوين الثانوية]

وحيث انجر الكلام الى ذكر العناوين الثانوية ناسب نقل بعض الكلام فيما يتعلق بها ، فنقول وبالله الاستعانة وعليه التكلان والاعتصام : ان الحكم الشرعي ان لم يتعلق في موضوعه حكم آخر وجوداً أو عدماً سمي ذلك الموضوع بالعنوان الاولى ، فالعنوان الاولى ما كان الحكم ثابتاً لذاته قبل ثبوت حكم آخر أو انتفائه عنه كشرب الخمر وأكل السكر ، فان الحرمة والحلية ثابتان لذاتهما .

ولا يجوز أن يقال ان شرب الخمر المباح ذاتاً أو الواجب كذلك حرام ، لان المفروض ثبوت الحرمة له قبل اتصافه بحكم آخر نفياً أو اثباتاً ، فيؤخلاف الفرض ، وللمزوم التسلسل ، لانه ينقل الكلام الى ذلك الحكم الذي قيد بوجوده أو عدمه شرب الخمر ، فلا بد من الانتهاء الى حكم ثابت لذاته قبل ملاحظة حكم آخر له ، وان لوحظ حكم آخر وجوداً أو عدماً سمي بالعنوان الثانوي ، لانه عنوان للفعل بعد أن كان في نفسه متصفاً بحكم شرعي .

وهذا مثل اطاعة الوالدين واجابة المؤمن وادخال السرور في قبله وانفاذ الوصية والوكالة والوفاء بالندروالعهد والشرط والصلح وفعل مقدمات الواجب وما أشبهها ، لانها عناوين تتعلق بها الحكم الشرعي بعد اتصاف مصاديقها بأحد الاحكام الشرعية قبل عروض تلك العناوين .

وبعبارة أخرى : هذه العناوين مصاديقها الخارجية أمور موصوفة بأحد الاحكام قبل اتصافها بتلك العناوين ، فالفعل الذي يتعلق به النذر قبل أن يتعلق به ويجعله مصداقاً للمندور لا بد أن يتصف بأحد الاحكام ، وهكذا سائر العناوين المزبورة .
وحينئذ ننقل الكلام الى ذلك الحكم ونقول : انه لا بد أن تكون غير الحرمة ، لان الحرام ليس قابلاً لان يتعلق به الوجوب ، بخلاف سائر الاحكام فان تعلقها بموضوع لا يمنع من تعلق حكم آخر به ماثل له أو غاييره ، لان مرجع المماثلة الى تأكد المصلحة . ومن هنا لم يجز تحليل حرام بصيغة النذر ولا بصيغة الصلح ولا بالوكالة ولا من جهة المقدمة لواجب ولا من جهة كونه اجابة للمؤمن ولا غيرها من العناوين الثانوية اجماعاً وقولاً واحداً .

[الدليل على أن العنوان الثانوى مختص بماعدا الحرام]

نعم لا بد من التأمل في أن اختصاصها بما عدا الحرام هل يستفاد من أدلتها أو لا بد فيه من الاستناد الى دليل آخر ؟

قد يقال بالاول ، لانا لو قطعنا النظر عما دل على اختصاص النذر والعهد بالراجع الحاكم على أدلة النذر والعهد واليمين وعن قوله عليه السلام « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » الحاكمة على أدلة اطاعة الوالدين والزوج والسيد والوصي والملمتمس وأدلة ادخال السرور ، وعن قوله « كل شرط جائز الا ما

أحل حراماً أو حرم حلالاً^(١)» المحاكم على أدلة جواز الشرط والصلح بل النذر والعهد ونحوها مما يندرج تحت الشرط اللغوي الذي هو مطلق الالتزام والبناء على شيء ، أو عن غيرها مما يستند إليه قبل الاجتماع في ارجاع العناوين المزبور الى غير الحرام .

جاز أن يقال : ان النسبة بينها وبين ما دل على الحكم الاولي الثابت لذات ذلك الفعل عموم من وجه ، سواء كان ذلك الحكم هي الحرمة أو الاباحة ، لان الاحكام الخمسة كلها متضادة ، فكما لا يجتمع وجوب الوفاء بالنذر مع الحرمة الفعلية كذلك لا يجتمع مع الاباحة الفعلية .

ويؤيد أن ظاهر الادلة الخاصة الحاكمة المشار إليها هو عموم أدلة تلك العناوين وعدم اختصاصها بنفسها بالمباحات ، والا لم تكن تلك الادلة حاكمة ، مع أن قوله عليه السلام « لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق » منطوقه يحكم على أدلة الاطاعة ويتناول بعمومها لولده ، فكما يمكن أن يقال ان المندور يجب فعله الا اذا كان شرب خمر كذلك يمكن أن يقال شرب الخمر حرام الا اذا كان مندوراً به . ولذا ترى بعض ما يشار إليها في ثانوية العنوان - كمحافظة النص واجابة الملهوف واغاثته - مقدماً على كل حرام أو واجب ، وليس هذا الالعدم مجيء الدليل المحاكم فيه مع ثبوت ترجيحه شرعاً على أدلة الاحكام .

وقد يقال بالثاني ، لان الظاهر من سياق أدلة هذه العناوين اشتمالها على مقتضى الحكم - أي الوجوب مثلاً - بخلاف أدلة الاحكام الاولية ، فان ظاهرها اشتمال موضوعاتها للعلة التامة . ومن الواضح أن المقتضي لا يؤثر في نفسه ، بل لا بد فيه من عدم المانع ، وأي مانع من اشتمال الفعل على علة الحرام .

بخلاف العلة التامة ، فان تأثيرها لا يتوقف على شيء . مثلاً قوله « الخمر

حرام « يستفاد منه أن الخمر مشتملة على العلة التامة للحرمة ، وقوله « يجب الوفاء بالنذر » يستفاد منه أن النذر فيه ما يقتضي الوجوب ، فاذا تعلق بشرب الخمر لم يؤثر لمكان المانع .

فان قلت : اذا كان الامر كذلك فلا بد من عدم تعلقه بالمباح أيضاً فضلاً عن الواجب والمكروه أو المستحب ، لان ظاهر قوله « السكر مباح » مثلاً أن السكر مشتمل على العلة التامة للإباحة ، وعلة الإباحة أيضاً لا يؤثر معها مقتضى الوجوب .

قلت : فرق بين علة الإباحة وعلة التحريم ، لان علة الإباحة مركبة من أمر عديمي - وهو عدم وجوب ما يقتضي الالتزام بالفعل أو الترك - بخلاف علة التحريم فانها مركبة من الامور الوجودية المقتضية للالتزام بالترك ، ولاريب أن عدم المقتضى للالتزام لا ينافي عروضة بسبب أمر خارج .

نعم لو كان علة الإباحة أيضاً راجعة الى أمر وجودي محض - كما في بعض الموارد مثل إباحة النكاح على ما يظهر من استدلال الامام عليه السلام على بطلان اشتراط عدم التزويج في عقد النكاح بقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »^(١) - اتجه القول بعدم قبوله الالتزام بالترك بسبب الشرط ، لكنه أمر خارج عما يقتضيه حقيقة الإباحة ثابت في بعض الموارد الخاصة لخصوصيات موجودة فيه .

ثم ان مثل الحرام ترك الواجب المعين ، لان علة الالتزام مانع عن تأثير مقتضى الترك ، وأما الواجب المخير فهو كالأباحة فعلاً وتركاً ، اذ ليس في شيء من فعله وتركه علة الالتزام ، وكذا المستحب والمكروه بل فعل الواجب المعين ، لان علة الالتزام بالفعل لا يمنع عن تأثير المقتضى الالتزام به ، لان تأثيره حينئذ

تأكد المصلحة . فلا فرق حينئذ بين تعلق النذر مثلاً بالمباح أو المستحب والمكروه وبين تعلقه بفعل الواجب .

[عدم مزاحمة المستحبات للمحرمات]

ومما ذكرنا ظهر عدم مزاحمة شيء من المستحبات لشيء من المحرمات ، لأن أدلة الاستحباب تدل على اشتغال المستحب لمصلحة غير ملزمة للترك مع رجحان في الفعل ، ومرجعه الى عدم مقتضي الالتزام ، وهذا لا يخرج عن قابلية عروض علة الالتزام بالترك .

فان قلت : سلمنا أن علة الاباحة يمكن اجتماعها مع مقتضى الالتزام ، لكننا نقول ان اطلاق قوله « السكر مباح » أو عمومه يدل على سلامة جميع أفراد السكر عن عروض ما يقتضي الالتزام . مثلاً اذا قال المولى « اكرم جيرانى » فهذا يدل على كونهم أصدقاء وليس فيهم عدو والالزام التخصيص في ذلك العموم لعدم صلاحية العدو للاكرام .

قلت : لما علم من الخارج أن موضوع المباح مما يصلح أن يعرضه موضوع الوجوب أو الحرمة فلا جرم يكون قوله « السكر مباح » في قوة قوله ما ليس فيه جهة الالتزام فعلاً أو تركاً من أفراد السكر فهو مباح ، فموضوع الاباحة وان كان في ظاهر الدليل هو ذات السكر لكنه في الحقيقة ليس تلك الذات المطلقة بل الذات المتعلقة بعدم عروض ما يقتضي الالتزام .

ولاريب انه متى شك حينئذ في فرد من أفراد السكر من حيث اشتغاله على مقتضى الالتزام وعدمه فهو شك في موضوع الدليل ، كما اذا شك في موضوع العالم المأمور بالاكرام فلا مسرح للتمسك بالعموم حينئذ ، بل ينزل العموم أو

الاطلاق على وروده في مقام بيان حكم آخر، وهو حكم ذات السكر في نفسها مع قطع النظر عن العوارض .

نعم لو كان موضوع الدليل عاماً وعلم من الخارج أن هناك مخصصاً - كما في مثال « اكرم جيرانى » - استكشف من العموم سلامة أفراد الموجودات الخارجة عن عنوان ذلك التخصيص .

وحاصل الفرق بينه وبين مانحن فيه : ان عدم عروض مقتضى الالتزام جزء من موضوع المباح وقيد من قيوده ، بخلاف الصداقة فانها ليست شرطاً حتى يجب احرازها عند الشك ، بل غاية الامر أن العداوة مانعة ، فإن شك في وجوده استكشف عن العموم سلامة الافراد عنه ، فما نحن فيه من قبيل المخصص اللفظي والمثال من المخصص العقلي ، وقد حققنا في الاصول الفرق بين المثالين ، وان كان التمسك بكل منهما عند الشك تمسكاً بالعام في الهيئمة المصدقية . فافهم .

فان قلت : لانجد فرقاً بين قوله «الخمر حرام» و«المصلاة واجبة» ونحوهما مما سبق لبيان الحكم العنوان الاولى ، وبين قوله «النذر واجب الوفاء» و « الصلح جائز » وأمثالهما من العناوين الثانوية ، فان كان ظاهر الاول اشتمال الفعل على علة الالتزام أو بالفعل أو الترك كان ظاهر الثانى أيضاً ذلك ، فدعوى أن مفاد الاول اشتمال الفعل للعلية التامة ومفاد الثانى اشتماله على المقتضى . تحكم بارد وتعسف ساقط ، واذ كان ظاهرهما الدلالة على اشتمال الفعل للعلية التامة أو المقتضى تعارضاً في مادة الاجتماع .

قلت : ما ذكرت وان كان يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ لكن المنصف يعرض عنه ، لان الفرق بين العنوان الاولى الذي لا يعتبر في مفهومه فعل آخر كشرب الخمر وبين العنوان الثانوى الذي يعرض لذوات الافعال كالنذر الذي

يتعلق بفعل لامحالة . مما لا ينكر من حيث أن وزان الاول وزان « الظلم حرام »
ووزان الثاني وزان « الصدق واجب » .

ومما يؤيده ويضعف ما زعمت أن العناوين الثانوية على ما نقول سالمة عن
التخصيص وعلى ما نقول مخصصة بأدلة المحرمات اجماعاً ، وعدم التخصيص
أولى . فافهم والله العالم بحقيقة الحال .

[الحلف على عدم التغليظ لاعلى عدم الاجابة]

ثم ان هننا مسألة أخرى غير مفروضة في عبارة الشرائع الماضية ، وهي
الحلف على عدم التغليظ لاعلى عدم الاجابة . والفرق بينهما على تقدير وجوب
الاجابة أنه لا ينعقد اليمين رأساً على الثاني ، وكذا لو قيل باستحبابها مع اشتراط
الرجحان في متعلق اليمين ، بخلافه على الاول فانها تنعقد وتنحل بحكم قوله
عليه السلام « اذا وجدت خيراً منه فافعله » ونحوه . والله العالم .

التقاط

[حلف الاخرس بالاشارة]

مقتضى القاعدة أن يكون حلف الاخرس بالاشارة ، لان اشارته قائمة مقام
فعله في جميع أبواب الفقه حتى العبادات ، حتى أن بعضهم حكم بأن اشارته
في الصلاة بمنزلة كلامه فيبطلها تنزيلاً لها منزلة الكلام . وان كان قد يناقش فيه
بعدم صدق الكلام عليه عرفاً وان شاركه في وجه المناسبة لمعناه اللغوي الذي
هو « الكلام » أي الجرح ، لكنه لا يخلو عن قوة جداً .

وما ذكرنا هو المعمول به المشهور بين القدماء والمتأخرين ، فلا بد حينئذ
من حمل الرواية الواردة في تحليفه المشتملة على كيفية من التغليظ في اليمين

والامر بشربها على محامل لاتنافي الحكم المشهور. وليس علينا في أمثال المقام تعيين العيب الذي في الرواية ، بل الاعراض عنها متعين وان كان سندها صحيحاً.

التقاط

[المراد من الاستحلاف فى مجلس القضاء]

قال في الشرائع : لا يستحلف الحاكم أحداً الا في مجلس القضاء الا مع العذر كالمرض المانع وشبهه ، وحينئذ فيستنيب الحاكم من يحلفه في منزله ، وكذا المرأة التي لاعادة لها بالبروز الى مجمع الرجال والمسئوعة بأحد الاعذار. واعلم أن المراد بالاستحلاف في العبارة وفي أحاديث الباب وكلمات الاصحاب هو الحلف عن طلب كالاستنباط ، لا مجرد طلب الحلف أو الاذن بناءً على كون الاستفعال لمجرد طلب الفعل حصل أو لم يحصل ، لان الاستفعال أحداطلاقاته ما ذكرناه من تحصيل الفعل عن طلب ، وأمثله كثيرة ، وهو المراد ، لان الاذن في الحلف الظاهر أنه لا يعتبر فيه المجلس ، فلو أذن في غيره وحلف فيه اجزأ على القول باعتبار المجلس .

ثم المراد بمجلس القضاء اما المجلس النوعي وهو ما بني للقضاء فيه واما المجلس الشخصي وهو ما وقع فيه الخصومة والدعوى . والمتبادر من العبارة هو الاول ، وحينئذ فالمعتبر هو وقوع الحلف فيه حضر الحاكم أم لا ، وعلى الثاني فالمتبادر اشتراط الحضور .

وكيف كان ففي العبارة احتمالات : أحدها أن يكون المقصود وقوع الحلف في حضور الحاكم ، سواء كان الحاكم في مجلس القضاء النوعي أو الشخصي أو لم يكن فيه ، والثاني اعتبار كون الحلف في مجلس القضاء بأحد المعنيين حضر الحاكم أو لم يحضر ، والثالث أن يكون الحلف في مجلس

الحكم وحضور الحاكم وهذا أخص من الاولين، والرابع الاحتراز عن الحلف في البيت لافي حضور الحاكم ولا في مجلس القضاء . وتعيين أحد الاحتمالات على وجه يتعين القول به احتمالاً ومنحلاً مشكلاً .

ثم المسألة لامستند لها في الأدلة ، وظاهر صاحب المسالك أنه على وجه الكراهة . وهو مشكلاً ، لان مثل هذه العبارة الواردة في شرائط القضاء وآدابه أب عن الحمل على الكراهة ، كيف وقد ذكر بعضهم كالشهيد « ره » في محكي الدروس هذا الحكم في باب شرائط اليمين التي كلها على وجه الاشتراط واللزم . وكيف كان فالقدر المتيقن من هذه العبارة وأمثالها هو عدم جواز حلف الحاكم الا في بيته ، بمعنى عدم سقوط حلف المدعي بذلك بدون حضور الحاكم وبدون أن يكون في مجلس القضاء . وهذا يمكن الاستدلال عليه بتوقيفية القضاء وعدم ثبوت اطلاق أدلة اليمين باعتبار ورودها في مقام بيان أصل الميزان ، مضافاً الى الطريقة المألوفة المعهودة بين المسلمين من عدم الاستحلاف الا في مجلس الحكم والمرافعة .

ثم ان هذا شرط في اليمين التي يستحقها المدعي وليس من وظائف القاضي ، فلا يؤثر الاستنابة في حال الاختيار . نعم لو كان من وظائفه أمكن القول بعدم اعتبار المباشرة مع احتماله للشك في قبوله الاستنابة كأصل القضاء . والله العالم .

التقاط

[حكم الحلف باللغات غير العربية]

قد عرفت أنه يكفي في الحلف أن يقول « والله ليس قبلي حق » ، وكذا يكفي الحلف بسائر أسماء الله تعالى الخاصة . وهل يعتبر العربية أو يكفي بالاسماء الفارسية ونحوها أيضاً ؟ الظاهر الكفاية خصوصاً عند التعذر .

لكن الاشكال في وجود الاسم للذات المقدسة في الفارسي ، واطلاق لفظ « خدا » على الذات المقدسة يقوي في النظر كونه كاطلاق لفظ « الرب » ، لان « خدا » في الفارسية بمعنى الصاحب . ومن المحتمل قوياً ان اطلاقه عليه تعالى من قبيل اطلاق الكلبي على أكمل الافراد .

و كيف كان فالظاهر الجواز ، لاطلاق بعض لدلة وعدم صلاحية ما فيه خصوص الاسامي العربية للتقييد . والله العالم .

التقاط

| البينة وظيفه المدعى واليمين وظيفه المنكر |

بعد ما عرفت وثبت بالنص والاجماع أنه لا بد في طي الدعوى من ميزان للقاضي وأنه لا يكفي مطلق ما يكفي في مقام عمل نفس الشخص من الاصول والادارات الشرعية وأنه منحصر في البينة والايمان . فاعلم أن مقتضى الاصل الاولي أن تكون البينة من وظائف المدعي واليمين وظيفه للمنكر ، فلو أغمضنا النظر عن المستفيض « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ودار الامر بين مطالبة البينة عن المدعي واليمين عن المنكر أو العكس تعين الاول بمقتضى الاصل المشار اليه .

ونعني بالاصل الاولي ما هو القاعدة والقانون عند العقلاء المستقر عليه طريقتهم والمركوز في جبلتهم في مثل المقام ، فان بناءهم على مطالبة البينة من الذي يدعي خلاف الاصل وعلى تحميل الاثقل من الميزانين عليه والاخف على من يوافق قوله الاصل ، بل بناءهم على عدم تحميل موافق الاصل شيئاً والاقتصار في الفصل بين المتنازعين على وجود البينة وعدمها .

لكن الشارع تصرف في طريقتهم هذه في الجملة ، بأن نصب للفصل عند

عدم البينة أيضاً ميزاناً وهي اليمين وأمضى ما عليه من مطالبتهم البينة من المدعي .
والحاصل انا اذا وجدنا قول الشارع « فاحكم بينهم بالبينة وأضنه الى
اسمي » أو قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »^(١) وعلمنا أن القضاء لا بد
له من فاصل ولا يكفي في رفع الخصومة المشي على طبق كل أصل أو أمانة
شرعية يكفي في غير مقام رفع الخصومة حكمنا بمقتضى القانون المقرر عند
كافة العقلاء أنه لا بد أن يكون المطلوب بالبينة هو المدعي واليمين هو المنكر ،
لان قوة جانبه وموافقة قوله للاصل يمنع من تحميله الاثاق والاثل كما يمنع
عند العقلاء من تحميله اليمين .

فان قلت : لو لا قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » لم يعلم
من قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ولو بملاحظة طريقة العقلاء أنه
لا بد أن يتوجه اليمين الى المنكر ، لاحتمال كون كل من البينة واليمين ميزاناً
مطلوباً من المدعي وكون المنكر مستريحاً من كل تحميل ، لما معد من الاصل
الذي هو حجة شرعية ، كما اعترفت أن العقلاء بناؤهم على ذلك وان لم يمهضه
الشارع .

هذا مضافاً الى ما في ارجاع البينة الى المدعي من الموافقة والمطابقة لادلة
حجية البينة ، فان الفصل بمقتضى البينة نحو استعمال الدليل حجيتها الوارد في
مقام تحكيمها على الاصول . والحاصل ان المنكر له حجة داخلية ، فمطالبة الحجة
منه ثانياً أمر بديع لا يساعده قانون العرف ولا قانون الشرع المشروع لحجية
البينة ، فانها شرعت في اثبات ما ليس عليه حجة شرعية لا لاثبات ما عليه بعض
الامارات الشرعية ، وان كانت فيه أيضاً معتبرة على تقدير قيامها .

فظهر مما ذكر أن مطالبة البينة من المنكر خروج عن مقتضى الاصل الاولي

من جهتين : احدهما تنظر الى بناء العقلاء ، والثانية تنظر الى نحو قوله « انما أفضي بينكم بالبينات والايمان » فلا بد من ارجاع البينة الى المدعي . ويتعين بذلك رجوع الميزان الاخر ، وهو اليمين الى المنكر .

قلت : كلامنا بعد الفراغ عن أن القضاء سواء كان للمدعي أو للمنكر لا يكون عند الشارع الا بميزان من الميزانين - المزبورين وان أحدهما وظيفة المدعي والاخر وظيفة المنكر ، ولكن لا تشخص وظيفة كل منهما من وظيفة الاخر ، فحينئذ نقول : ان البينة وظيفة المدعي واليمين وظيفة المنكر . وهذا معنى كلام المحقق وغيره . ومع فقدهما - أي البينة - فالمنكر مستند الى البراءة الاصلية ، وهو أولى باليمين .

وليس مرجع هذا الكلام الى الاستناد الى قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . نعم ذكر قبل ذلك كلاماً يرجع اليه حيث قال : البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي ، اليمين يتوجه الى المنكر تعويلاً على الخبر . فشكر الله سعيه حيث أتى في ضمن كلمتين بما فصلناه من الطريقتين من الاصل الاولي والثانوي المدلول عليه بالخبر .

ثم انه قد خرج عن هذا الاصل موارد وجهت اليمين فيها الى المدعي ، كدعوى الدم مع اللوث ، أي قيام اماراة شخصية على صدق الدعوى ، ونحوها مما يقدم فيه قول المدعي في أبواب الفتة مراعاة لامارة نوعية قائمة على صدق الدعوى ، كدعوى الدخول مع الخلوة والقيام المخلقين والسلامة عن المرض أو دعوى الانفاق ونحو هذه الموارد ، أو اماراة شخصية اعتبرها الشارع كدعوى الدم مع اللوث ، أو لزجود مانع عن مطالبة اليمين من المنكر .

والسرفي الخروج هو أن ارجاع اليمين الى المنكر انما كان لقوة جانبه ، وفي المواضع المشار اليها لقوة في جانبه باعتبار قيام الظن النوعي أو الشخصي

على خلافه ، بل القوة حينئذ في جانب المدعي . لكن ذلك أيضاً ليس على وجه مطرد ، لان الاعتماد ليس على كل أمانة نوعية أو شخصية بل لابد من قيام دليل على اعتبارها ، فيكون مرجع ما ذكرنا بعد مشاهدة الاصل الى بيان السر والحكمة دون الدليل .

هذا في موارد وجود الامارة ، وأما في غيرها فمطالبة اليمين عن المدعي دون المنكر لابد أن يكون لمانع ، مثل اختلال النظام وحصول الهرج والمهرج والعسر والهرج وتخليد الحبس ونحوها . ومن موارد وجود الامارة القوية لجانب المدعي ما لو أقام شاهداً واحداً ، فالشاهد واليمين أيضاً من موارد توجه اليمين الى المدعي . والله العالم .

التقاط

[لابد من الجزم في اليمين]

لابد في اليمين أن تكون ناظرة الى الواقع على وجه الجزم ، فلو كانت ناظرة الى الظاهر لم يكف ، لان اليمين الواردة في الادلة هي اليمين المطابقة للدعوى والدعوى متعلقة بالواقع . وأيضاً حال اليمين واليمين واحد ، واليمين حاكية عن الواقع فكذا اليمين .

وكذا لابد فيها من الجزم ، فلو كان الحالف شاكاً معترفاً بشكه لم يكف ، لعدم صدق الاخبار على القضية اذا كان المتكلم بها شاكاً في مطابقتها للواقع ، فلا يشمل الادلة الدالة على تصديق الحالف ، لعدم شمول أدلة تصديق العادل للاخبار المقرون بالشك في المطابقة اذا كان الحال واضحة . نعم مع عدم وضوح الحال فظاهر الاخبار القاضي بالجزم متبع .

والذي يدل على ما قلنا أن خروج معلوم الكذب عن تحت الادلة الامرة

بالتصديق ليس على وجه التخصيص بل التخصص ، لان الخبر المعلوم الكذب ليس بمشمول لعنوان الخبر ، لان الخبر حقيقة في الصادق أو ما كان مطابقاً لاعتقاد المخبر ، ولان المأمور بالتصديق ليس الا خصوص ما كان حاكياً عن اعتقاد المخبر ، وهو الاجود .

[اليمين المتكلمة على الامارات والاصول]

اذا تحقق ذلك فاعلم ان مقتضى القاعدة أن اليمين على الواقع نفيًا أو إثباتًا اتكالا على الامارات الشرعية أو الاصول التعبدية لا يترتب عليها الاثر ، لان المحلوف عليه حينئذ اما الشبوت أو النفي الظاهريين أو الواقعيين ، والاول كأن يحلف المنكر على براءة ذمته أو على عدم كون العين المتنازع فيها للمدعي ظاهراً :

فان كان الحلف على الظاهري لم يطابق الدعوى ، لان الدعوى متعلقة باشتغال ذمته واقعاً ، وأما الاشتغال الظاهري المشروط بالعلم فربما لا يدعيه المدعي بل ربما يعترف بعدمه اذا علم بجهل المنكر بالحال ، فلافائدة في الحلف على عدمه ، لعدم كونه المدعى به كما أشرنا اليه .

وان كان الحلف على الواقعي اتكالا على الامارة الشرعية فهو وان تطابق الدعوى لكنك عرفت اعتبار الجزم ولو بظاهر الحال في الاخبار الذي يحلف عليه . وهو مفقود في المقام بحكم الفرض ، لان مجاري الاصول بل الامارات الشرعية غالباً مشكوك ، مع أن الظاهر أيضاً حكمه حكم الشك .

وان شئت قلت : ان العلم اعتبر في جواز الحلف موضوعاً لا طريقاً حتى يقوم مقامه الامارات والاصول . هذا بالنسبة الى الحكم الوضعي ، وأما الحكم

التكليفى فالظاهر الحرمة ، لانه قول بما لا يعلم وكذب بين . نعم مع وضوح الحال يمكن منع قبحه ، لعدم ترتب شىء عليه من الاغراء ونحوه .

ويدل على ما ذكر زيادة على كونه مقتضى القاعدة بعض الروايات أيضاً ، مثل ما في علل فضل بن شاذان المروي في العيون^(١) ، فانه علل عدم مطالبة البينة من المنكر بأنه جاحد ولا يقدر على اقامة البينة ، فلو كان الاخبار بمقتضى الاصل عن الواقع جائزاً لكان اقامة البينة على النفي ممكناً بمقتضى الاصل ، بل قد يظهر من الاصحاب أنه مفروغ عنه فيما بينهم ، لانهم قسموا اليمين الى قسمين يمين البت ويمين نفي العلم ، وجعلوا محل الثاني ما اذا تعلق بفعل الغير ، فلو لا عدم جواز اليمين على البت بمقتضى الاصول كانت اليمين مطلقاً على البت ، لان متعلق الدعوى اذا كان فعل الغير يحلف على نفيه بتاً بمقتضى الاصل .

هذا ماتقتضيه الادلة ، لكن الالتزام به والبناء عليه مشكل ، مع قطع النظر عن خصوص ماورد من جواز الاخبار بمقتضى بعض الامارات ، لان ذلك يستلزم سد باب الدعاوي والانكار والشهادات والايمان في كثير من الاشهاد كالمملكية والزوجية والنسب والعدالة والطهارة والنجاسة ونحوها مما لا يمكن احرازها الا باستعمال أصل من الاصول أو اماراة من الامارات .

بل الاشكال جار في جميع الامور التي يترتب عليها الاحكام الشرعية ، فلا يتم الاخبار بالغصب أو الاتلاف أو القتل أو البيع أو الطلاق الى جميع الموضوعات الا مع الاغماض عن بعض الاحتمالات المنافية لتحقق المخبر به اتكالا على بعض الاصول اللفظية أو العملية أو الامارات الشرعية كالفراش وأصالة الصحة ، لانه اذا ادعى ملكية عين في يد شخص فلا بد من طرح احتمال دخولها في

ملك ذي اليد بسبب خفي ولو في سابق الازمان بالنسبة الى الايادي السابقة التي تلفها المدعى من تلك الايادي .

وكذا اذا ادعى ديناً فلا بد من الاغماض عن بعض مايحتمل ولو بعيداً من الامور المانعة عن الاشتغال أو الموجبة للبراءة ، وأما دعوى الغصب والاتلاف فالاشكال يجري فيما يتعلقان به من المال ، وكذا القتل .

وبالجملة من تحلى بحلمية الانصاف وجد من نفسه أن الاخبار بأحد هذه الامور في مقام الدعوى أوفي مقام الانكار أو في مقام الشهادة أوفي مقام الحلف أوفي مقام المكاتبه والقصة لا يتم الا بعد استعمال بعض الاصول والامارات التعبدية الشرعية أو العقلية ، فلو بنى على عدم ترتب الاحكام الوضعية على الاخبار بها في شئ من المقامات المشار اليها الا بعد الاحاطة التامة بواقعيات هذه الامور احاطة علمية جزمية غير مستندة الى أصل من الاصول أو الامارات انسداد باب الدعوى والاقرار والانكار والشهادة واليمين . وفساده بمكان لا يحتاج الى النظر الخفي .

هذا مضافاً الى ما عليه بناء العلماء وسيرة المسلمين وطريقة أهل العرف من جميع الاديان ، أما العلماء فان ديدنهم الاخبار بالاحكام الواقعية بصورة الجزم ، كالحكم بأن هذا حرام وهذا حلال ، مع أن مستندهم في تلك الاخبارات والفتاوى ليس الا الاصول والامارات الشرعية التي مجاريها مشكوكة .

ودعوى أن قول الفقيه « هذا حرام » اخبار بالحرمة الظاهرية . شطط من الكلام بعد كون الحلال والحرام من دون التقيد بالقيود الظاهري ظاهرين أو صريحين في الحلال والحرام الواقعيين .

وأما المسلمون وأهل العرف من الاديان فان اخبارهم بزوجة امرأة أو ملكية عين أو نسب شخص في مقام القصة أو في مقام الدعوى أو في مقامات

أخرى ، ليس مبنياً على العلم اليقيني بالموضوع الواقعي . أترى أنه لو تزوج أحد بالفارسي تقليداً أو اجتهداً فهل يتوقف الزوج أو غيره في اطلاق الزوجة على المعتود عليها ، وهكذا من تزوج امرأة ارتضع من أمهات عشر رضعات ، أو غير ذلك من الامثلة التي لاتحصى كماً وكيفاً .

والحاصل ان بناء العرف من العوام والخواص على الاخبار بهذه الامور اذا ساعد عليها أصل شرعي أو امارة شرعية الى تنزيل مجاري الاصول والامارات منزلة الواقع ادعاءً ، نظراً الى مساواته لها في جميع الاثار والاحكام الشرعية برجوع القضية الظاهرة في التنجيز الى البناء والتقدير ، بأن يكون معنى قول الفقيه « هذا حرام » أنه حرام بناءً على مطابقة الامارة القائمة عليه للواقع ، وهكذا معنى قولهم لزوجة زيد انها زوجته نظراً الى ما أفتى به المفتي . وعلى التقديرين فالاخبار متعلق بالواقع بصورة الجزم ولو تنزيلاً أو تقديرًا .

ومع ذلك كله كيف يمكن القول بعدم جواز الاخبار بالواقع بمقتضى الاصول والامارات ، أم كيف يشترط في الدعوى أو الحلف أو الانكار أو الشهادة الجزم بالواقع بحيث لا يكون هناك احتمال يحتاج في نفيه الى التعبد بسبب شرعي أو أصل أو امارة شرعيين . فهل يقول أحد انه لو ادعى زوجية امرأة عقد عليها تقليداً أو اجتهداً ظنياً ، فهذه دعوى ظنية أو مشكوكة .

فالمسهل للخطب والمهون للامر والجامع بين الادلة وكلمات العلماء هو أن يقال : ان مجاري الاصول والامارات والاسباب الشرعية شرعاً وعرفاً يجري عليها حكم الواقع ، فيجوز الادعاء بمقتضى الاستصحاب وكذا الانكار وكذا الشهادة وكذا اليمين ويترتب عليها الاثار الشرعية كلها ، لكن يشترط عدم مصادمة الجهة المتكل فيها على الاستصحاب مثلاً لدعوى مدعى في مقابلها .

وبذلك يجمع بين ما عرفت من بنائهم وبين ما أثبتوه في كتبهم من اشتراط

البت في اليمين والعزم في الدعوى والعلم في الشهادة ، فنقول: اذا ادعى شخص عيناً في يد آخر فهنا أمور لابد للمدعي دفعها بالاصل ، مثل احتمالات كون العين المتنازع فيها للمدعى عليه بالاسباب الخفية سابقاً أو لاحقاً ويجوز له الاتكال على الاستصحاب في اليمين على الواقع بتاً اذا ردت اليمين اليه ولو علم الحاكم أو المنكر بأن يمينه مستندة من بعض الوجوه الى الاستصحاب .

لكن اذا وقع قضية بعض هذه الاصول طرفاً لدعوى المدعى عليه - بأن ادعى انتقال العين اليه من جده أو أبيه أو أمه أو نحو ذلك - سقط الاصل المزبور من الاعتبار ، فلو حلف والحال هذه اتكالا على الاصل لم ينفع ، بل وجب عليه الحلف البتي اذا رد اليه مثلاً .

ومن هنا جازت الشهادة بمقتضى الاستصحاب ولو علم الحاكم أو المدعى عليه بالحال ويقضي بالبينة المستندة اليها أيضاً ، لاعتبار الاستصحاب وكفايته في احراز الواقع للشاهد ولغيره . مع أن المنكر لو انقلب مدعياً وادعى المبريء أو المسقط لم تنفع البينة الاستصحابية حينئذ ولم يجز للمدعي اذا رد الحلف عليه اليمين على البت اتكالا على ذلك الاستصحاب الذي يدعي المنكر خلافه .

[لو كان الاخبار مستنداً الى الاصل]

والحاصل ان السير والمتبع في الفتاوى مع ملاحظة ما جرت عليه سيرة المسلمين يقضي بقيام مجاري الامارات والاصول مقام الواقع مطلقاً حتى في مقام الدعوى ، الا الاصل أو الامارة التي يدعي المدعى عليه خلافه لاجميع الاصول ، وحينئذ لو كان الاخبار مستنداً من جميع الوجوه أو من بعضها الى الاصل فان لم يكن في مقابله دعوى - بأن كانت الدعوى ناظرة الى جهة غير راجعة الى ما قام عليه الاستصحاب واعتمد عليه المدعي في دعواه الجزمية أو

الشاهد في شهادته أو الحالف في حلفه البتي - ترتب عليه جميع الاحكام الشرعية وضعاً وتكليفاً ، فلو كان في مقام الدعوى حل له ذلك ، ولو كان في مقام الشهادة حل ونفذ ، وكذا لو كان في مقام الحلف فتفصل به المخصوصة ، وان كان يدعي المدعى عليه خلافه سقط الاصل في جميع المقامات المزبورة من الجزم من تلك الجهة دون سائر الجهات .

وقد يشكل ذلك بأن المنكر لا بد أن يستند في اخباره الى الاصل في بعض الوجود ، خصوصاً فيما اذا كانت الدعوى في دين كلي أو عين غير مستندة الى سبب خاص ، فكيف يحلف على البت مع كون جميع الاصول المتمثل عليها في مقابلها دعوى المدعي .

والجواب ان الدعوى اذا كانت مطلقة غير مستندة الى سبب خاص معلوم احتملت أسباباً جديدة بعضها معلوم عند المنكر وبعضها مشكوك لا بد له في نفيه من الاتكال بالاصل ، وحيث أن السبب المشكوك لم يعلم استناد دعوى المدعي اليه لاحتمال استنادها الى السبب الذي يعلم المنكر جزماً بانتفائه صح له الحلف البتي . وهذا المقدار يكفي في اعتبار الاستصحاب ولا يجب على المتمثل عليه احراز عدم كونه معرضاً للدعوى، بل اذا لم يعلم بكونه كذلك جاز له الاعتماد عليه في الاخبار الجزمي .

ومما ذكرنا ظهر سر ماصرحوا به من عدم جواز الحلف بتاً اذا كان متعلق الدعوى فعل الخير، الا اذا علم المدعى عليه علماً جزمياً بعدمه، لانه اذا لم يعلم ذلك فلا بد من الاستناد الى الاصل في الحلف البتي. وقد عرفت ان الاستصحاب اذا كان معرضاً لدعوى المدعي لا يجوز الحلف بمقتضاه بتاً، ولو حلف لم يترتب عليه الاثر أيضاً مع العلم بالحال .

وكذا ظهر أن من صرح باعتبار الجزم في صحة اليمين وأنها لا يجوز مع

الشك كالشاهد في محكي الدروس وغيره ، فمراده الجزم الذي عليه بناء المتشركة في مخاطباتهم ومكالماتهم في هذه المشار اليها ، وهو الجزم المبني على تنزيل مجاري الاصول والامارات منزلة الواقع ادعاءً كما عرفت ، لا الجزم المبني على الاحاطة التامة بالواقع ، فان مفاسد ذلك مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان . وكذا ظهر أيضاً ان كل مايجوز الشهادة عليه جازت اليمين وبالعكس . والله العالم .

التقاضي

[يلزم الحلف على القطع لانفي العلم]

قال في الشرائع يلزم الحلف على القطع مطرداً ، الاعلى نفي فعل الغير فانها على نفي العلم . فلو ادعي عليه اتباع أو قرض أو جنابة فأنكر حلف على الجزم ، ولو ادعي على أبيه الميت لم يتوجه اليمين مالم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم . وكذا لو قيل « قبض وكيملك » وأراد بالتحديد بالنفي أن الحلف على اثبات فعل الغير أيضاً ، لا بد أن يكون على القطع والبت . فالاقسام أربعة : اثبات فعل النفس ، ونفيه ، واثبات فعل الغير ، ونفيه . وفي الثلاثة الاولى يعتبر البت ، وفي الرابع يكفي الحلف على نفي العلم لكن بشرط أن يتعرض المدعي لعلم المنكر والا انحصر طريق الدعوى في البينة .

وقد توهم أنه اذا اشترط في الحلف على نفي العلم كان الحلف أيضاً على البت والقطع ، لان المدعى به حينئذ هو علم المنكر كالوارث مثلاً والانكار متوجه اليه ، فاذا حلف على عدم العلم كان الحلف قطعياً ، فصرح بأن الحلف دائماً على البت .

وليس بوجه ، لان التعرض لعلم الوارث شرط لتوجه اليمين في دعوى

المال ، والا فأصل دعوى العلم ليس مما يوجب يميناً على نفي العلم ، ولذا ذكرنا سابقاً أن الجواب بلا أدري لا يستتبع اليمين على نفي العلم ولو ادعاه المدعي بل يرد اليمين الى المدعي في هذه الحال أيضاً ، أعني في حال دعوى المدعي العلم عليه .

والحاصل ان اليمين على نفي العلم اذا كانت في دعوى المال مع التعرض للعلم خرجت اليمين عن كونها قطعية جزئية وصح تقسيمها الى قسمين ، وانما لا يصح اذا كان يمين نفي العلم فيما اذا كان أصل المدعى به هو العلم لا المال مثلاً مع اشتراط التعرض للعلم . وفرق بين كون يمين نفي العلم فاصلة لدعوى المال بشرط التعرض للعلم وبين كونها لفصل دعوى العلم ، فانها في الاولى ليست بقطعية بخلافها في الثانية .

[الدعوى على نتيجة الفعل]

ثم ان الدعاوي على أقسام ثلاثة : منها ما يتعلق بفعل النفس مثل الامثلة المزبورة ، ومنها ما يتعلق بفعل الغير كأمثلة المذكورة ، ومنها ما ليس من الافعال بل النتائج مع احتمال استناده الى فعل النفس أو فعل الغير .

لا اشكال في حكم الاولين ، وانما الاشكال في القسم الثالث ، مثل دعوى اشتغال الذمة أو ملكية العين أو نحوهما من النتائج ، فان اشتغال ذمة الشخص مثلاً قد يحصل من فعله كالبيع والاتلاف ونحوهما ، وقد يحصل من فعل غيره كدأبته أو عبده أو مورثه أو نحو ذلك ، فهل يلحق ذلك بفعل النفس أو بفعل الغير؟ ظاهرهم الاول ، فيحكمون في مثلها باليمين على نحو الجزم والقطع .

ويشكل ذلك بأن الدعوى في مثلها غير معلومة التعلق بفعل النفس ، لاحتمال تعلقها بفعل الغير كما ذكر .

ويمكن دفع الاشكال بالنظر الى ما حتمناه في الالتقاط السابق حيث قلنا :

انه يكفي في اليمين البتية احتمال استناد دعوى المدعي الى ما يعلم المنكر بانتفائه لا الى ما اعتمد في نفيه بالاستصحاب ، فان مثل ذلك يجري في المقام أيضاً ، لانه اذا ادعى شيئاً يحتمل استناده الى فعل المنكر والى فعل غيره فان كانت في الواقع مستندة الى فعل نفسه فالحلف القطعي في محله كما هو واضح ، وان كانت مستندة الى فعل غيره فالحلف البتية على نفي فعل الغير أيضاً جائز أو مع العلم بانتفائه .

والاستصحاب النافي لاستناده الى أفعال الغير قائم مقام العلم ، اذ قد عرفت أن الحلف البتية بمقتضى الاستصحاب جائز اذا لم يكن في طرف الدعوى أو واجب شك في ذلك .

والحاصل ان المنكر في هذه الامثلة لما لم يكن عالماً باستناد دعوى المدعى الى فعل غيره كان كمن يعلم بعدم الاستناد في جواز الحلف البتية ، نظراً الى كونه احتمالاً في مقابل الاستصحاب ، لان عدم العلم باستناد الدعوى الى الاحتمال المخالف للاستصحاب يكفي في الحلف البتية على عدمه اتكالا على الاستصحاب .

فان قلت : قضية القاعدة - ولو بعد تسليم هذه القاعدة أعني جواز الحلف البتية بمقتضى الاستصحاب بشرط عدم مصادمته مع دعوى المدعي أيضاً - عدم جواز الحلف البتية ، لان الشك في الشرط لا يوجب الشك في المشروط ، فاذا احتمل المنكر كون أصالة عدم فعل الغير الذي اتكل عليه معرضاً لدعوى المدعي لم يجز له الحلف البتية ، لاشتراط ذلك بعدم كونه معرضاً لها .

قلت : اذا أنكر المنكر الاشتغال فظاهر اخباره الجزم بالعدم ، وهو أمر ممكن ولو بعيداً ، كما اذا صالحه المدعي عن المتنازع فيه وقبضه قبل الدعوى فانه حينئذ جازم بعدم الاشتغال . فتأمل .

وظاهر الاخبار يوجب توجه الحلف البتية عليه ، ولو فرض الكلام فيما

إذا علمنا أنه اتكل في بعض الاحتمالات الخفية بالاصل ، فنقول حينئذ : انه يكفي في مطالبة الحلف البتي من المنكر عدم احرازه سبب الحلف الغير البتي ، أعني استناد الدعوى الى فعل الغير الذي لا يعلم بانتفائه علماً وجدانياً ، اما لعمومات الحلف الظاهرة في الحلف البتي كما مر . فتأمل ، أو لاصالة عدم استناد الدعوى الى ذلك السبب المستلزمة لاستنادها الى سبب يقتضي الحلف البتي . فتأمل ، أولان الشرط الذي اعتبرناه في الحلف بمقتضى الاستصحاب - أعني عدم كونه معرضاً للدعوى - أمر ثابت من كلمات العلماء على خلاف ما عليه طريقة المتشريعة قاطبة من الاعتماد على الاصول والامارات في اخبارهم الجزمية ولم يثبت أزيد من ذلك ، فنقول :

قضية القاعدة الثابتة من بناء العوام والخواص جواز الحلف البتي بمقتضى الاصل ، مثلاً خرج من تحتها صورة العلم التفصيلي بكون الاصل المعتمد عليه معرضاً للدعوى ، وأما صورة الشك في ذلك فهي باقية تحت القاعدة . فتأمل ، أو لان ظاهر الاخبار يقتضي كونه جازماً بانتفاء جميع الاسباب ، سواء كان فعل نفسه أو فعل غيره وعلمنا اجمالاً باتكاله في نفي بعض الاسباب على الاستصحاب مثلاً لا يمنع عن الحكم بمقتضى ذلك الاخبار الجزمي ، وهو الاحلاف على نحو البت ، لان سلب جميع الاسباب يتضمن ما يتعلق بأفعاله من الاسباب أيضاً ، وهو - أعني نفي ما يرجع الى فعله من الاسباب - يكفي في مطالبة الحلف البتي ، والمعلوم بالاجمال - أعني الاستناد الى الاستصحاب في نفي بعض الاسباب - لا يعلم رجوعه الى ما يتعلق بفعل نفسه وعدم العلم بما يمنع من الحلف البتي كاف في مقابل ظاهر الاخبار المقتضي له .

وتوضيح المسألة : ان المنكر في الامثلة المزبورة التي ظاهر اخباره هو العلم بعدم الاسباب رأساً ان لم يعلم باستناده في نفي بعضها الى الاستصحاب

كما يتفق كثيراً ما فلا اشكال في كون يمينه على نحو البت ، لان العالم يمينه على البت سواء كان في فعل نفسه أو في فعل غيره وان علمنا أنه اتكل في نفي البعض الى الاستصحاب ، فان علمنا أن ذلك البعض لا يرجع الى فعل نفسه وانه ما لم يعلم ما يرجع الى فعله من الاسباب كلا ، فلا اشكال أيضاً في كون يمينه على نحو البت .

لا يقال : كيف لا اشكال فيه مع أنه يحتمل استناد المدعي الى فعل غيره الذي اعتمد المنكر في نفيه بالاصل ، وقضية تطابق الدعوى واليمين احراز كون الدعوى راجعة الى فعل نفسه حتى يقتصر في فصلها بالحلف القطعي ، والا فمقتضى القاعدة اما الزام المدعي في هذه الصور بذكر السبب أو الجمع بين حلفين : أحدهما القطعي لاحتمال استنادها الى فعل نفسه الذي فرض علم المنكر بعدمه ، وثانيهما الحلف على نفي العلم بوجود ما يرجع الى فعل غيره من الاسباب .

لانا نقول : اما الزام المدعي بالتفصيل فلا وجه له بعدم الدليل عليه وكون دعوى أصل التنمية دعوى صحيحة . وأما الجمع بين الحلفين ، ففيه : ان الحلف على نفي فعل الغير مشروط بادعائه المدعي بشرط الفرض للعلم أيضاً ، وأصل الدعوى هنا غير معلوم فضلاً عن الشرط المزبور . مع امكان أن يقال : ان الحلف على عدم التنمية ينحل الى الحلف البتي على عدم الاسباب التي يعلم بانتفائها وعلى نفي العلم بالاسباب التي يحتمل وجودها .

هذا ان علمنا بأن السبب المنفي بالاصل يرجع الى غير فعل نفسه ، وان علمنا انه يرجع الى فعل نفسه ، فهنا نلتزم بأنه ليس مقام الحلف البتي وأنه لو حلف أيضاً مع علمنا بالحال لا ينفع بل يرد اليمين الى المدعي بناءً على ما سمعت في مسألة « لأدري » على الخلاف المذكور سابقاً .

وان جهل الحال من هذه الجهة بعد العلم الاجمالي باستناد المنكر في بعض الاسباب المردد بين فعله وفعل غيره بالاستصحاب فنقول أيضاً : وظيفة الحلف القطعي لما ذكرنا من الجري على مقتضى ظاهر الاخبار من العلم بانتفاء جميع الاسباب التي منها فعل نفسه مع عدم معلومية الصارف ، وهذا مثل ما قد يقال في اللفظ الواقع في مقابل ظاهر لفظ آخر المردد بين احتمال يكون على تقديره صارفاً لفظ الاخر وبين احتمال لا يكون صارفاً ولا مستتبعاً بحكم من عدم صلاحيته للصرف حينئذ .

ومثله الكلام فيما نحن فيه ، فان معلومية استناد المنكر في نفي بعض الاسباب مع دورانه بين أن يرجع الى فعل نفسه فيمنع عن الحلف أو يرجع الى فعل غيره ويكون فعل نفسه معلوم العدم ، فلا يؤثر في شيء لا يمنع عن العدول عما يقتضيه ظاهر الاخبار ، وهو عدم الاستناد في نفي فعل نفسه الى الاستصحاب .

[وجوب احراز مطابقة الجواب والحلف للدعوى]

ثم ان تم ما ادعيناه من حجية ظاهر الاخبار في عدم استناد المنكر الى فعل نفسه الى الاستصحاب فهو - والا ففي المسألة اشكال ، لوجوب احراز مطابقة الجواب والحلف للدعوى ، ومع الشك في جزمه بما يتعلق بفعل نفسه كيف لا يحرز كون حلقة مطابقاً لها .

والحاحل انه لا بد من احراز كون الجواب والحلف جواباً وحلفاً على كل تقدير ، ومن التقادير والاحتمالات كون الدعوى متعلقة بفعل المنكر وكون الانكار الجزمي ناظراً الى أسباب ترجع الى فعل غيره لا الى فعل نفسه ، فلا يمكن احراز المطابقة حتى بالحلف البتي .

وأيضاً كيف يلزمه الحاكم بالحلف البتي مع أن البت على نفي فعل الغير

ليس بلازم شرعاً. ولاريب ان الحلف بناءً على نفي التسمية حلف على نفي فعل الغير ، لان النتائج بنفسها ليست من الأفعال بل مسببة منها ، وسلب المحتمل يمكن أن يكون من أفعال الغير ، فاذا ألزمه الحاكم بنفي التسمية بتأً فقد ألزمه على الحلف البتي فيما يرجع الى فعل الغير .

توضيح ذلك : ان تعذر العلم بنفي فعل الغير غالباً أو جب قيام الحلف على نفي العلم مقام الحلف البتي ، ولا فرق في التعذر المذكور بين أن يكون متعلق الحلف فعلاً معيناً من أفعال الغير وبين أن يكون غير معين ، داخلاً تحت أمور يحتمل كون بعضها من أفعال الغير ، فاذا كان الحلف على نفي فعل المعين بتأً مرفوعاً عن المنكر لم يعقل مطالبة الحلف على نفي شيء يحتمل أن يكون سببه فعل الغير ، بل هذا أولى بالرفع كما لا يخفى . ومقتضى ذلك عدم الزامه بالحلف البتي اذا كانت الدعوى في النتائج .

ويمكن دفع الاشكال الاول بظاهر الاخبار كما مر ، والاشكال الثاني بأن التعذر حكمة في رفع الحلف البتي على نفي فعل الغير لا علة ، فيقتصر في الخروج عن قضية الاصل الذي قررنا - وهو كون اليمين على نحو البت - على مورد الحكمة ، وهو ما اذا أحرزنا كون متعلق الدعوى فعل الغير ، ودعوى التسمية ليست دعوى متعلقة بفعل الغير وان كانت متعلقة بفعله بحسب الاحتمال العقلي .

والحاصل ان الخارج عن تحت الاصل اذا كانت هي الدعوى المتعلقة بعنوان فعل الغير لم ينطبق على دعوى أمور يحتمل أن يكون سببها فعل غير معين من الغير ، فيرجع فيه الى الاصل .

وان تم ما ذكر في رفع الاشكال الاول من احراز كونه جازماً في فعل النفس بمقتضى ظاهر الاخبار ، وتم أيضاً ما ذكرنا في رفع الاشكال الثاني من الرجوع

الى الاصل فيما هو خارج عن عنوان المخصص . فهو والا كما هو الظاهر في الثاني بناءً على كونه تمسكاً بالعام في الشبهة السدداقية ، أمكن أن يقال : ان المدعي حينئذ يطالب بذكر السبب ، فان ذكر سبباً يرجع الى فعل نفس المنكر استفصل المنكر ثانياً في تعين ذلك السبب المعلوم بالاجمال انه مجرى الاصل ، فان قال انه فعل نفسه كلف بالرد ، لان اليمين في فعل النفس لا بد أن يكون مع الجزم ، وان قال انه فعل غيره كلف باليمين الجزمية ، وان قال المدعي لأعلم السبب استفصل المنكر أيضاً ، فان قال ان السبب المتكفل في نفيه على الاصل فعل غيره لا فعل نفسه كان الحكم كالصورة التي ذكرنا حكمها ، وهي ما لو علمنا أنه جازم في نفي فعل نفسه ، وان قال انه فعل نفسه كلف بالرد أيضاً أو يكلف المدعي بالبيئة لاحتمال كون مستند فعل غيره .

[الاراء فى يمين نفي العلم]

هذه هي الحال في دعوى النتائج ، وأما أصل المسألة فالاقوال فيها أربعة :

« أحدها » - ما ذهب اليه بعض العامة من انكار يمين نفي العلم رأساً

وانحصارده في الحلف على نفي الواقع جزماً ، سواء كان في فعل النفس أو فعل الغير . غاية الامر المنكر اذا كان جاهلاً بالحال فهو في مقام تعذر الحلف ووجوب الرد الى المدعي ، فيحكم بعد رده أو رد الحاكم أو يقضي بالنكول .

ويدل على هذا الرأي جميع أدلة اليمين ، اذ قد عرفت أن ظاهر بعضها

وصريح الاخر اليمين الناظرة الى الواقع الذي هو متعلق الدعوى والبيئة ، فاليمين على نفي العلم ليست من الموازين ، غاية الامر انه اذا كان جاهلاً يرد ، نحو قوله عليه السلام في جواب من سأله عن الرجل يدعى عليه الحق ولا بيئة يستحلف أو يرد اليمين . وقوله عليه السلام في رواية أخرى : لو كان المدعي

عليه حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد^(١). بناءً على سوقه لبيان مجموع موارد القضاء لا كل واحد حتى ينزل على الصورة المقابلة لليمين والرد معاً كصورة العلم . وقد استوفينا الكلام في توضيحه في مسألة «لأدري» والجواب بالسكوت . « وثانيها » - ما يقابله من انكار اليمين الجزمية رأساً وانحصارها في نفي العلم مطلقاً ، سواء كان في فعل النفس أو فعل الغير . ويشهد له ما أسلفنا قبل الالتقاط السابق من بناء العقلاء على انحصار فصل الخصومة في وجود البيئة للمدعي وعدمها للمدعى عليه من غير حاجة الى اليمين أصلاً، لان العمل بهذا البناء وان كان يقتضي استراحة المنكر من الحلف رأساً لكن لما كان يحتمل أن يكون كاذباً في دعواد العلم بالعدم وعالمياً بثبوت الحق استحلف حتى يتشخص عدم كونه عالمياً بالحق، والافاليمين على نفي العلم لامساس لها بالدعوى المتعلقة بالواقع ، فلا وجه لكونها ميزاناً في فعلها وطبيها .

والحاصل ان الاكتفاء باليمين على نفي العلم مطلقاً حتى في فعل النفس لا وجه له سوى القول بأن عدم علم المدعى عليه بالحق مع عدم اقامة المدعي حجة شرعية يكفي في الحكم بعدم الحق ، وهو موافق للاصل ، لان الجاهل مع عدم قيام الحجة يجري على عدم حتى يجيء ما يصرفه عن تكليف نفسه ، وانما يستحلفه على عدم العلم لاحراز جهله وتبديد اخباره بالعدم المستلزم لجهله عن الكذب .

وعلى هذا يتجه الاكتفاء في مسألة « لأدري » باليمين على نفي العلم كما سمعته من بعض مشائخنا ، بل لعله مبني على هذا القول ، ولا يتم على سائر الاقوال في المسألة كما لا يخفى .

ومما يتفرع على القول المزبور : ان المدعي لو اعترف بجهل المدعى

عليه سخط اليمين رأساً وانحصر قطع الخصومة في اقامة البينة ، لان اليمين على نفي العلم اذا كانت فائدتها احراز جهل المدعى عليه لعدم صلاحية كونها ميزاناً لفصل الدعوى النازرة الى الواقع فباعتراف المدعي بالجهل يستغنى عن استكشاف الجهل بالحلف .

ويتفرع عليه أيضاً سماع قيام البينة بعد يمين المنكر ، لانه لم يحلف على نفي الواقع حتى يذهب بحق المدعي كما في الادلة بل على نفي العلم ، ولا منافاة بين عدم علمه وثبوت الحق بالبينة وغير ذلك من الفروقات الراجعة الى الثمرة والفرق بين اليمين والبينة ويمين نفي العلم ، كما سيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى .

وقد يقال : ان مقتضى هذا القول عدم جواز رد اليمين الى المدعي أيضاً ، لان يمين المدعي لا بد أن تكون لاثبات الحق وهذا اليمين متعلقها العلم دون الواقع .

ويدفع بمنع الملازمة ، اذ اليمين المردودة لا بد أن تكون على اثبات الحق وان كانت في الاصل على نفي العلم ، ولذا لورد الوارث اليمين الى المدعي -حلف على الواقع .

« وثالثها » - ماهو المختار عند الخاصة جلاً أو كلا ، وهو الذي ذكره المحقق في العبارة السابقة من التفصيل في النفي بين فعل النفس أو فعل الغير ، ففي الاول لا بد من البت يعني على نفي الواقع ، وفي الثاني يكفي على نفي العلم . ومرجعه الى ملاحظة العسر واليسر الغالبين ، كما يصرح به كلمات جملة من الاصحاب المتعرضين لذكر العلة ، للتفصيل المذكور كصاحب المسالك وفاقاً للمحكي عن الشيخ . لان العلم بفعل النفس وجوداً وعدمياً غالباً أمر ميسور ، بخلاف فعل الغير فان العلم بعدمه غالباً متعذر ، فاكتمى فيه بعدم العلم ، فصار

عدم العلم في هذا النوع بمنزلة عدم الحق واقعاً ، ولذا لو اعترف المدعي بعدم العلم سقط دعواه وتوقف على اقامة البينة .

قال الشهيد « ره » في القواعد : لو ادعى عليه موت مورثه سمعت في موضع السماع ، فلو أنكر حلف على نفي العلم ان ادعاه عليه كما يحلف على نفي غصبه واتلافه . ويحتمل الحلف على البت لكثرة اطلاع الوارث على ذلك . ويحتمل الفرق بين حضوره وغيبته عند موت المدعى به ، والاصحاب على الاول - انتهى كلامه قدس سره .

ومبنى الاحتمال الاخير على ملاحظة التعذر الصنفي ، لان صنف موت الغائب غالباً يتعذر فيه العلم ، كما أن مبنى القول المشهور على ملاحظة العسر النوعي ، فان فعل الغير نوعاً مما يعسر العلم بتنفيذه بخلاف فعل النفس . وهذا احتمال خامس ، وهو ملاحظة نوع الافعال ، كالاتلاف في حال النوم ، فان العلم بهذا النوع متعذر .

وكيف كان فالتفصيل المشهور هو المذهب ، والدليل عليه - بعد الحكمة المشار اليها - ما يظهر من جملة من الروايات :

(منها) تعليل عدم مطالبة البينة من المنكر بأنه لا يقدر على اقامة البينة على الجحود في رواية فضل بن شاذان المتقدمة ^(١) ، لان الشهادة واليمين متساويان في كون كل منهما اخباراً جزمياً بالواقع ، فتعليل عدم البينة بعدم امكانها على النفي يدل على عدم اعتبار تعلق اليمين بنفي الواقع اذا كان متعذراً أو متعسراً ، كنفى فعل الغير .

أقول : لا يقال قضية التعليل عدم اعتبار تعلقها بالنفي الواقعي مطلقاً سواء

كان في فعل النفس أو فعل الغير، فيكون ظهور التعليل ذليلاً مخرجاً عن ظواهر ما اقتضت اعتبار تعلتها بالواقع من الأدلة .

لانا نقول: ان الشهادة من الاخبار المتعلقة بفعل الغير، فيقتصر في الحاق اليمين بهما على موردتها . ويؤيده أن التعليل قد سبق لبيان العدول من مطالبة البينة من المنكر الى يمينه ، وتعليل أحد الضدين بالعلة المشتركة بينه وبين الضد الآخر قبيح ، فلو كان المناط الاخبار بمطلق النفي - حتى نفي فعل النفس - لم يصح التعليل المزبور، للاختصاص باقامة البينة لجريانه في اليمين على فعل النفس أيضاً ، فلا بد من ارجاع التعليل الى الاخبار المتعلقة بنفي فعل الغير .

الآن يقال : ان هذا ليس بأولى من جعل يمين المدعي التي علل العدول عن البينة اليها بالتعليل المذكور يمين نفي العلم . بل هذا أولى ، لان ظهور التعليل في العموم أقوى من اليمين في البينة النازرة الى نفي الواقع . وفيه تعسف لا يخفى، لان اليمين المذكور في الرواية - خصوصاً بملاحظة سائر الروايات - كالصريحة في اليمين النازرة الى الواقع ، فكيف تعارض ظهورها ظهور التعليل في العموم مع امكان منع ظهوره بملاحظة كون أصل الشهادة من الاخبار النازرة الى خصوص نفي الشيء عن الواقع .

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما لو قال المنكر « لأدري » ، فان التعليل لا يجري فيه أيضاً ، فلا يقال : ان مقتضاد سقوط الحلف في حقه لتعذره في حقه ، لان تعذر الشهادة على النفي ليس أمراً دائماً بل غالبياً ، فالمدار على غلبة التعذر . ومن الواضح انفاء العلة فيما يتعلق بنفي فعل النفس ، فلو فرض صورة يكون الشخص غير عالم بفعله فهو لا يصير منشأ لدخول نوعه تحت عموم العلة .

فان قلت : ان قضية التعليل سقوط الحلف على نفي فعل الغير بتاً ، ولكنه لا يدل على الاكتفاء بالحلف على نفي العلم ، بل مقتضى القاعدة بعد سقوط

الحلف البتّي تعين الرد الى المدعي بقوله عليه السلام « أو يحلف أو يرد » .
قلت : الاجتزاء بيمين نفي العلم انما يستفاد من التعليل بعد ملاحظة أنه لا بد
للمنكر من الحلف ، فبمقتضى قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين
على من أنكر » .

فان قلت : اليمين المذكورة هي اليمين على نحو البت كما مر غير مرة ،
فاذا خرج مورد عن صلاحية الحلف البتّي دخل تحت قوله عليه السلام « أو
يرد » ودعوى تخصيص عموم البينة على المدعي ، كما ترى .

قلنا : يستكشف من التعليل المزبور أن عدم العلم بفعل الغير ينزل شرعاً
منزلة العدم الواقعي ، فالحلف على نفي العلم به حلف جزمي ولو ادعاءً ، فلا يلزم
تخصيص في العموم المزبور - فافهم .

(ومنها) الرواية الواردة في الرهن^(١) ، وفيها تصريح بأن الوارث يحلف
على نفي العلم بما ادعى على المورث .

(ومنها) رواية حفص الواردة في جواز الشهادة بمقتضى اليد^(٢) ، وحاصل
مضمونها أن الراوي اعتقد عدم جواز الشهادة على ملكية مافي اليد بمقتضى اليد ،
معللاً باحتمال كونه لغيره وانما تجوز على اليد ، ورده الامام عليه السلام بأنك
اذا اشتريت منه مافي يده فهل تحلف على أنه صار ملكك .

وجه الاستدلال : ان الحلف على دخول ما اشتراه من ذي اليد في ملكه مع
احتمال اليد التي تلفه منها على غير الحقيقة يرجع الى الحلف على نفي فعل
الغير ، لان احتمال كون تلك اليد غاصبة أو نحوها من الاحتمالات المخالفة
للاصول لا بد منه في الحلف البتّي على لازم حقية اليد - أعني الملكية - وقد

(١) الوسائل ج ٦ ب ٣٠ من ابواب أحكام الرهن ح ١ .

(٢) الوسائل ج ب من ابواب كيفية الحكم ح

حكم الامام عليه السلام بجواز هذا الحلف ، فعلم أن الحلف على نفي فعل الغير مع عدم العلم أمر جائز .

فان قلت : مقتضى الرواية جواز الاعتماد على الاصول في الحلف ، وأين هذا من الدلالة على أن المدعى عليه يحلف على نفي العلم بفعل الغير وانه يجزيه عن الحلف البتي .

قلنا : الحلف البتي على مايتوقف على نفي فعل الغير بالاصول حلف على نفي العلم مع وضوح الحال بأن علم أنه استند في هذا الحلف على الاصول ، اذ لافرق بين قوله « والله لاعلم لي بما تدعيه » وبين قوله « والله ليس ماتدعيه حقاً » ، مع العلم بأنه اعتمد في نفي الدعوى على الاستصحاب . وهكذا حال الحلف على مايتوقف على نفي فعل الغير .

الا أن الانصاف أن في دلالتها على المدعى نظر ، لان جواز كون الحلف البتي مستنداً الى الاستصحاب لايدل على الكفاية به مع وضوح الحال .

والحاصل : ان مدلول الرواية أنه يجوز للشخص الاعتماد في نفي فعل الغير بالاستصحاب وابرار الحلف بصورة البت فيما بينه وبين الخصم ، والمدعى كفاية الحلف على نفي العلم بفعل الغير أو على نفيه بمقتضى الاستصحاب ، مع وضوح الحال في مقام الدعوى عن الحلف البتي الغير المستند ظاهراً الى الاستصحاب .

مضافاً الى ما في الرواية من الاشكال : تارة من حيث كون الحكم في المقيس عليه من جواز الشهادة على السلك يستتضي اليد خلاف قول الاكثر ، وأخرى من ثبوت الفرق بين المقيس والمقيس عليه ، لان عدم دلالة اليد على الملك لا ينافي سببيتها لانتقال ما في اليد الى المستقل اليه ، اذ يمكن كون اليد يد وكيل أو مأذون ، فمقتضى أصالة الصحة في اليد - وهي التصرف والشراء الواقعيين -

صححة الشراء وانتقال العين الى المشتري'، فرد عدم جواز الشهادة على الملك بمقتضى اليد بجواز الحلف على الملكية بعد الشراء من المشتري يرجع الى بعض المعاني الذي علمه عند الامام عليه السلام .

[يمين نفي العلم هل هي فاصلة للدعوى]

ثم ان يمين نفي العلم هل هي فاصلة للدعوى ، بمعنى كونها ميزاناً للقضاء كاليمين على نحو البت ، أو توجب متاركة الدعوى وانقطاع السلطنة الفعلية . وهذا الاحتمالان جاريان في يمين نفي العلم مطلقاً حتى على القول بالاكْتفاء في فعل النفس ، ويتفرع عليهما أنه على الثاني فالدعوى باقية ، بمعنى أن المدعي على حجته لو أقام البيينة ويجوز المقاصة أيضاً ولا يحرم نقض الحكم المستند اليها - الى غير ذلك مما سمعت في يمين المنكر سابقاً . وأما على الاول فقد يقال انها مشاركة لليمين البتية في جميع الاحكام ، فلا تسمع البيينة بعدها ولا يجوز المقاصة ولا نقض الحكم - الى غير ذلك من الامور .

وقد يفصل على هذا التقدير بين الاحكام المزبورة ، فالبيينة تسمع كبيينة الغائب بالنسبة الى اليمين الاستظهارية ، اذ الوجه في عدم سماع البيينة بعد يمين المنكر كونها مكذبة لها ، وههنا لا تكذيب ، اذ لا منافاة بين تصديق يمين نفي العلم والعمل بالبيينة القائمة على الواقع .

ودعوى أن قضية كون الشيء ميزاناً للقضاء سقوط الدعوى بعدها رأساً بحيث لا تسمع اقامة البيينة بعدها ممنوعة . لان المناط في سقوط الدعوى رأساً وسقوط اعتبار البيينة تنافي مقتضى البيينة لمؤدى الميزان الذي فصلت الدعوى به ، وأما مع عدم التنافي فلا ، ولذا قلنا ان البيينة بعد اليمين المردودة مسموعة حتى لو قيل بأنها كالاقرار . فلو حلف المدعي بعد رد المنكر على شراء الدار

المتنازع فيها مثلاً قضى له ، لكن لو أقام المنكر البينة على انتقالها اليه بعد الشراء سمعت بيمينتها .

نعم لو أقر المنكر من أول الامر بأن الدار ملك المشتري لم تسمع بعده إقامة البينة ، ولكن اليمين المردودة التي هي بمنزلة اقراره في الالتزام لا تمنع عن سماع البينة ، لان عدم السماع في صورة الاقرار كان لاجل تكذيبه لها باقراره لا لاجل كون الاقرار حجة عليه وميزاناً للقضاء حتى يجري حكمه في البينة المردودة .

والحاصل ان يمين نفي العلم اذا كان ميزاناً للقضاء والفصل فليس كاليمين البتية من جهة عدم سماع البينة بعدها ، بل بمنزلة اليمين الاستظهارية في الدعوى على الغائب ، ومثل اليمين المردودة بالنسبة الى اليمين التي لاتنافيها .
وأما المقاصة ففيها اشكال من حيث اختصاص أدلة حرمتها باليمين البتية ، لكونها المتبادرة من اليمين الواردة في الأدلة ، فلا تجري في يمين نفي العلم ولو كانت ميزاناً ، ومن حيث قيام عدم علم المدعى عليه مقام عدم الواقع شرعاً نظراً الى قبول اليمين النافية للواقع في حقه للعسر العال على اليمين على نفي العلم .
وأما سائر الاحكام فلا بد من النظر في أدلتها أيضاً ، فيبقى من الفرق بين الاحتمالين عدم سقوط الدعوى في الثاني دون الاول وان لم يمنع عن سماع البينة بعده . فتأمل والله العالم .

التقاط

[دعوى علم المدعى بالمدعى عليه]

قد عرفت أن الدعوى اذا كانت متعلقة بفعل الغير كفى في فصلها يمين المدعى عليه على نفي العلم بشرط أن يتعرض المدعي دعوى الواقع علم المدعى عليه ،

بأن يقول « لي على مورثك كذا وأنت عالم به » ، والكلام هنا في موضعين : أحدهما في دعوى العلم مستقلاً لافي ضمن دعوى الواقع ، وهذا لاختصاص له بفعل الغير ، فيجري فيما لو ادعى على أحد أنك عالم باشتغال ذمتك بكذا مثلاً . والثاني دعوى العلم في ضمن دعوى الواقع ، ومحل فعل الغير ، إذ لا تأثير لدعوى العلم فيما يتعلق بفعل النفس .

(أما الموضع الاول) فمحصل القول فيه : ان دعوى العلم ان رجع الى دعوى الواقع بناءً على كون العلم حقيقة في الاعتقاد الجازم المطابق الى دعوى الواقع وهو واضح ، والفرض للمعلم يقع لاغياً في فعل النفس ومؤثراً في الاحلاف على نفي العلم في فعل الغير وان لم يرجع الى دعوى الواقع ، كما اذا كان المراد من العلم مجرد الاعتقاد ، فالظاهر عدم سماع مثل هذه الدعوى ، لان الاعتقاد لا يترتب عليه الاثر . نعم لو قيل بأن الاعتقاد في حكم الاقرار كانت دعواه مسموعة .

(وأما الموضع الثاني) فظاهر كلمات الاصحاب أنه يشترط في احلاف المدعى عليه دعوى المدعى بطريق الجزم علم المدعى عليه ، لكن الذي يقتضيه النظر في الأدلة والتأمل في الفتاوي أن المراد بتعرض دعوى العلم عدم اعتراف المدعى بجهل المدعى عليه لاشتراط جزمه في الدعوى ، فما لم يعترف بجهله حلف المدعى عليه يمين نفي العلم ، سواء علم بعلمه أو ادعاه أو لم يعلم وسكت . والسرف في ذلك : ان الشارع أقام يمين المدعى عليه هنا مقام الحلف على نفي الواقع ، فلا بد للمدعى عليه من الحلف اما على نفي الواقع أو نفي العلم أو الرد ، سواء ادعى المدعى علم المدعى عليه أو لم يدع بل اقتصر على مطالبة اليمين .

ودعوى أن دعوى العلم اذا كان مع الاحتمال دون الجزم كانت الدعوى غير مجزومة فلا تسمع . مدفوعة بأن دعوى أصل المال لما كانت جزئية كفت

في سماعها، وعدم علمه بعلم المدعى عليه لا يجعل أصل الدعوى ظنية أو شكية .
نعم يرد هذا على من زعم بطلان تقسيم اليمين الى القسمين وانها منحصرة
في البتية ، بناءً على ارجاع يمين نفي العلم بفعل الغير الى دعوى العلم لا الى
دعوى الواقع كما نقلناه آنفاً ، اذ لا بد له من الالتزام بسماع الدعوى الغير
المجزومة هنا ، واستثناؤه عما ذكره من اشتراط الجزم في الدعوى أو من
القول بسقوط الدعوى حينئذ واشتراطها بدعوى العلم جزماً .

وبعبارة أخرى: ان يمين الوارث على نفي العلم ان جعلناها فاصلة لدعوى
الواقع وقلنا بصحة التقسيم ، لم يرد على القول بعدم اشتراط الجزم في دعوى
العلم شيء ، وأما لو جعلناها فاصلة لدعوى العلم وقلنا ان اشتراط الاصحاب
دعوى العلم على الوارث لاجل سقوط دعوى المال رأساً وعدم توجيهها الى
الوارث وانما المتوجه اليه هي دعوى العلم . يرد عليه أحد أمرين : اما عدم
سماع الدعوى في صورة شك المدعي في علم الوارث ، أو القول باستثناء هذه
الدعوى عن حكم سائر الدعاوي في شرط الجزم ، وهو كما ترى مما لا يلتزم
به أحد .

ودعوى امكان الالتزام بالاول - أعني عدم سماع الدعوى في الصورة
المزبورة لظهور كلام الاصحاب في اشتراط الجزم في دعوى العلم - يدفعها
ما يأتي من عدم الظهور أو قيام القرينة على خلافه .

[الدليل على عدم الجزم في دعوى العلم]

ثم الدليل على ما دعينا من عدم اعتبار الجزم في دعوى العلم بل عدم اعتبار
دعوى العلم رأساً بل للمدعي احلاف المدعى عليه من دون دعوى العلم اذا لم
يعترف بعدم علمه اطلاق الادلة الماضية الناطقة بانحصار أمر المدعى عليه وخلاصه

من تبعة المدعى بأحد أمور أما أداء الحق أو اليمين أو الرد ، فنقول :

إذا لم يعترف المدعي بعدم علم الوارث مثلاً وقال « لأدري أنت عالم أم لا » فهذه الصورة اما داخلية في الاطلاقات والعمومات أو خارجة ، والثاني لا سبيل اليه . ودعوى مساواة هذه الصورة لصورة الاعتراف بجهله ، مدفوعة بأن صورة الاعتراف لا يتصور فيه الحلف ، ضرورة مساعدته المدعى له في عدم الحلف ، فكيف يستحلفه عليه ، والاستحلاف على نفي الواقع أيضاً لا سبيل له ، لكون الدعوى متعلقة بفعل الغير ، فعلى الاول ثبت المدعى وهو الاحلاف أو الرد .

فان قلت : ظاهر مادل على انحصار أمر المدعى عليه في الثلاثة هو الانحصار فيما اذا كان وظيفة المدعى عليه اليمين البتية ، فلا يجري فيما اذا كانت وظيفته اليمين على نفي العلم .

قلنا : بعد ما عرفت أن المدين على نفي العلم بمنزلة اليمين البتية في فعل الغير ، جرى فيه حكم اليمين البتية حرفاً بحرف - فافهم .

هذه حال الادلة ، وأما كلمات الاصحاب فظاهرها اشتراط دعوى العلم وان كان هو سقوط الدعوى مع عدم التعرض لدعوى العلم ، لكننا ننزلها على ما قلنا من الاحتراز عن صورة الجعل بقرينة عموم الادلة المشار اليها مع العلم أو الظن بعدم عثورهم على دليل مخرج غير مادل على الاقناع من الوارث ونحوه بالحلف على نفي العلم ، فانه قاصر عن افادة ما صرحوا به من اشتراط دعوى العلم الا بالمعنى الذي قررنا به .

والحاصل ان ظواهر الادلة كما قد يصار عنها بظواهر كلمات الاصحاب كذلك قد يصار بها عن ظواهر الكلمات اذا لم يطمئن منها ما يوجب الخروج عن ظواهر الادلة ، ونحن لما نظرنا الى عدم ثبوت الدليل المخرج في أيديهم

أيضاً وعلّمنا أنهم لم يشترطوا دعوى العلم لاجل دليل تعبدي مخفي علينا، علّمنا أن مقصودهم من اشتراط العلم مقدار ما يساعد عليه القواعد العامة ، وهو اخراج صورة الاعتراف ، فان عدم سماع الدعوى حينئذ موافق للقواعد .

هذا مضافاً الى ما استتقف من بعض القرائن في كلامهم على ما ذكرنا ، حيث يفرعون على اشتراط دعوى العلم أنه لو ساعده المدعي على عدم العلم لم يسمع دعواه ، فان المقصود لو كان اشتراط دعوى العلم كان دائرة التفريع أوسع فيشمل ما لو لم يساعد على عدم العلم بل قال « لأدري أنت عالم أم لا » - فافهم وانتظر تمام الكلام فيما بعد . والله العالم .

التقاط

| دعاوى لا يعلم فيها كيفية الحلف |

يشكل الحال في فروع من حيث كون الحلف فيها على البت أو على نفى العلم : منها دعوى اتلاف البهيمة زرعاً أو غيره ، ومنها دعوى جناية العبد - الى غير ذلك من الفروع المذكورة في كتب الاصحاب .

| دعاوى اتلاف البهيمة شيئاً |

(والظاهر في المسألة الاولى) الالحاق بفعل النفس ، بل هو هو . توضيح ذلك : ان اتلاف البهيمة تارة يكون عن تقصير المالك في الحفظ وأخرى لاعن تقصير ، والدعوى في الصورة الاخيرة غير مسموعة ، فلا بد من فرض الكلام في صورة التقصير ، بأن ادعى عليه التقصير وأنكره .

وهذا لاشكال أيضاً في كون الدعوى متعلقة بفعل النفس ، ومحل الاشكال

ما اذا كان أصل التقصير الذي هو سبب شرعي للضمان مسلماً وكان الاختلاف في الاتلاف .

وجه الاشكال : ان الاتلاف فعل الغير المدعى عليه جديداً ، وكون البهيمة لازمة لها لا يوجب صد فعل النفس عليه ، فيلزم الحلف على نفي العلم لكونه فعل الغير ، أو للمناط الذي أشير اليه من التعذر الغالبى ، فان التعذر الغالبى اذا كان الموجب لسقوط الحلف البتة في نفي فعل الغير الذي يصدر من المكلف الذي له ذمة ، لزم أن يكون كذلك في مطلق فعل الغير ، بل في غير الفعل أيضاً من الامور الخارجية التي تؤثر في الضمان كالريح .

والجواب : ان اتلاف البهيمة من حيث كونه اتلافاً صادراً من البهيمة لا تسمع دعواه ، وانما تسمع دعواه من حيث كونه دخيلاً في اتصاف فعل الشخص بكونه سبباً للضمان ، ولا يلزم في تعلق الدعوى بفعل النفس عدم مدخلية أمر خارج عن فعل النفس فيه ، والالم يسمع دعوى البيع أيضاً ، لان البيع الصحيح - أي نفس الايجاب الصحيح - يناط تأثيره بأمر كثير لا ترجع الى فعل البائع ، ككون المبيع مملوكاً أو مأذوناً أو مرئياً أو نحوها من الاوصاف التي لو فرض تجرد البيع عنها لم تسمع دعواه مجرداً عنها .

والحاصل ان المدعى به اذا كان أمراً يرجع الى فعل النفس ذاتاً أو صفة أو ملفقاً كان من موارد دعوى فعل النفس ، ولا يلزم من كونه من هذه الموارد رجوعه الى فعل النفس بأكمله وتمامه .

فان قلت : قضية رواية العلل الحاق المقام ونحوه بفعل الغير وان كان يصدق عليه انه يرجع الى فعل النفس في الجملة ، لان عموم التعليل المشتمل عليه الرواية يقتضي سقوط الاحلاف البتة ، حيث يرجع الى نفي أمر يرجع الى

غير المدعى عليه ، فقد لا يتعذر العلم بالنفي مع تعيين الحلف على نفي العلم وقد يتعذر مع وجوب البتي وقد يجتمعان .

والحاصل ان القدر المتيقن فيما خرج عن تحت أصالة كون الحلف على نحو البت ليس الا ما كان فعل الغير المدعى به سبباً لاشتغال ذمة المدعى عليه أو لثبوت حق عليه أو نحو ذلك . وأما مطلق فعل الغير حتى مثل الامور التي توجب اتصاف فعل النفس بالسببية فلا ، اذ ليس في أدلة الباب اطلاق أو عموم ، بل استنقذنا سقوط الحلف البتي عن مثل الوارث عن مجموع ما في الباب من الاخبار وكلمات الاخبار ، وليس فيها اطلاق يقضي بالبت في كل ما هو خارج عن فعل النفس ، ولذا لو كان المدعى به أمراً غير راجع الى فعل فاعل كان الحلف على البت أيضاً مثل دعوى وجود التركة للميت أو دعوى موت المورث أو دعوى هبوب الريح فيما يترتب عليه ضمان على المدعى عليه أو غير ذلك .

والحاصل ان المدار في يمين نفي العلم كون المدعى فعلاً صادراً من الغير من غير أن يؤثر وجوده في فعل النفس ، فلو لم يكن كذلك فالحلف على البت سواء لم يكن فعلاً أصلاً أو فعلاً مؤثراً في فعل النفس . والوجه ما أشرنا اليه من الاقتصار فيما خالف الاصل على العذر .

ومن هنا يعلم أنه لو كانت الشبهة من جهة الشك في كونه فعل الغير أو فعل النفس فاليمين أيضاً على البت .

[دعوى جناية العبد]

(وأما المسألة الثانية) فالأظهر أن الدعوى متعلقة فيها بفعل الغير - أعني العبد - لان فعل العبد سبب للاتلاف مستقل من غير أن يرجع الى فعل سيده ذاتاً أو صفة ، وعدم ثبوت الذمة للعبد أو ثبوتها لامدخلية له في كون الاتلاف

صادراً من العبد ، غاية الامر انه على تقدير عدم ثبوت ذمته تكون جنايته خسارة على سيده .

وهذا لا بد منه في كل مقام يكون الدعوى متعلقة بفعل الغير ، اذ لولا تأثير فعل الغير في ثبوت حق على المدعى عليه لم تتوجه الدعوى ، ولذا يشترط في سماع الدعوى على الميت أمور لولا أحدها لم يتعلق حق على الوارث ، ففعل العبد مثل فعل المورث من حيث كون كل منهما فعل الغير ومؤثراً في ثبوت حق على المدعى عليه ، غاية الامر انه على تقدير ثبوت الذمة للعبد عدم توجه الدعوى على السيد في فعل العبد كعدم توجهها في الدعوى على الميت مع عدم اجتماع شروط اشتغال ذمة الوارث أو ثبوت حق عليه . والله العالم .

التقاط

[تتوجه اليمين على الوارث في صور ادعاء العلم]

قال في الشرائع : لا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وانه ترك في يده مالا ، ولو ساعد المدعي على عدم أحد هذه الأمور لم تتوجه .

ومثله قال في القواعد ، قال : ولا تتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع علمه بموت مورثه وبحقه وانه ترك مالا في يده ، فلو سلم المدعي جهل الوارث بأحدها لم يتوجه عليه حق .

وظاهر العبارتين كالمسالك أن المدعي على تقدير الاعتراف بجهله بالحق أو الموت ستط الدعوى رأساً ، بمعنى أن الدعوى حينئذ من الدعاوي التي لا تستحق الجواب .

وفيه اشكال من حيث أن الدعوى حينئذ مسموعة بالبينة بالاتفاق ظاهراً ،

فلا بد من تنزيل كلامهم على عدم سماع الدعوى مجردة عن البينة ، فيكون المراد من عدم توجه الدعوى كما في المسالك أو عدم توجه الحق كما في القواعد عدم توجهها ، أي عدم ترتب شيء عليها بمجرد ما مع عدم البينة .

ولاضرير في ذلك ، لان أمثال هذه المسامحة غير عزيزة في كلماتهم . ألا ترى أن المحقق جعل من شرائط توجه اليمين دعوى أصل التركة في يد الوارث لادعوى علمها ، بناءً على عطف قوله « وانه ترك » على « العلم » لا « الموت » ، كما هو الظاهر ، خصوصاً بعد ملاحظة ما يصرح به بعد ذلك من كون حلف الوارث على نفي التركة لا بد أن يكون بطريق القطع والبت ، مع أن دعوى التركة من شرائط أصل الدعوى على الوارث لا توجه اليمين ، إذ لو لم يدعها وقعت الدعوى لغواً محضاً .

ومثله عبارة القواعد في المسامحة ، حيث صرح بأن المدعي لو سلم جهل الوارث بأحد الأمور المزبورة لم تتوجه الحق ، مع أن من جملة الأمور المزبورة دعوى أنه ترك مالا . فإن أراد من الحق اليمين لم يحسن جعله دعوى التركة أو دعوى العلم بها من شرائط التوجه ، لان دعوى أصل التركة من شرائط أصل الدعوى لامن شرائط توجه اليمين . الا أن يقال : شرط سماع الدعوى شرط لتوجه اليمين أيضاً ، ودعوى العلم بها ليست شرطاً لسماع الدعوى ولا لتوجه اليمين ، إذ لو اعترف المدعي بجهل الوارث بالتركة وأثبتها بالبينة ثم ادعى عليه العلم بالحق توجه اليمين أيضاً .

وتبعهم في المسامحة أيضاً الشهيد « رد » في محكي الدروس حيث ذكر في شرائط توجه اليمين الى الوارث دعوى المدعي موت المورث ووجود التركة ، وكذا ذكر في شرط سماع الدعوى دعوى المدعي علم الوارث .

والحاصل ان أمثال هذه المسامحات في كلامهم كثيرة ، فلا بد من محافظة النظر عن الجمود على ظاهرها بعد الظفر بما هو المراد الواقعي .

[المراد من دعوى علم الوارث]

و كيف كان فقد ذكرنا قبل الالتقاط السابق ان ظاهر هذه العبارات وان كان شرطية دعوى العلم ، فلا يتوجه اليمين مع عدم الدعوى كما صرح به بعض مشائخنا «رد» ، الا أن مقتضى التأمل الصادق سقوط هذا الشرط بالمعنى المزبور وكون المراد الاحتراز عن صورة اعتراف المدعي بجهل الوارث ، وذكرنا أيضاً بعض الادلة عليه ونزيد هنا ونقول :

ان قضية الادلة العامة أن كل مدعى عليه عليه اليمين أو الرد ، مثل قوله « يستحلفه أو يرد »^(١) ومثل قوله « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »^(٢) ، فالوارث لا بد له من الحلف أو الرد مطلقاً ادعى عليه العلم أم لا ، خرج صورة اعتراف المدعي بجهله لعدم فائدة للحلف هنا ، لان حكمة تشريع الحلف كونه تشفياً للمحلف له وأمانة لغيره ، وبعد مساعدة المدعي بجهل المدعى عليه لم يترتب عليه التشفى كما لا يخفى . وكذا لا يعقل كون الحلف على نفي العلم أمانة الى الواقع .

وقد يوجه عدم الحلف في صورة الاعتراف بأن الحلف انما هو لدعوى العلم ، فحيث لا دعوى فلا حلف ، وهذا مبني على كون يمين نفي العلم مشروعة لاجل فصل دعوى العلم لا دعوى الواقع ، وقد ذكرنا مراراً فساد .

وأما الادلة الخاصة فهي أيضاً مطلقة ، اذ ليس فيما استدللنا به على شرعية

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١٠ .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ١-٦ .

يمين نفي العلم في فعل الغير مثل رواية العلعل المعللة ومثل رواية الرهن ومثل رواية حفص الواردة في اليد تقييد بصورة دعوى العلم الا من يمنع اطلاقها ويدعي وزودها في غير المتتام^(١) .

نعم يمكن الاستدلال برواية البصري الواردة في الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بساله . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه ، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لاله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف فلا حق له . الى أن قال : فان ادعى ولابينة فلا حق له - الحديث^(٢) .

وجه الدلالة من وجهين :

أحدهما - أنه قد اجتمع فيه كيفية تحرير الدعوى على الحي وكيفية تحرير الدعوى على الميت مع اتحاد الكيفيتين . فلو كان الدعوى على الميت لها كيفية مغايرة كما على تقدير اشتراط دعوى العلم كان الواجب التنبيه عليها .

لا يقال : مانحن فيه هي الدعوى بلابينة ومورد الرواية الدعوى مع البينة ، ولا نقول ان دعوى العلم شرطاً في الثاني أيضاً بل فيسأ لم يكن للمدعي بينة ، فان لم يتعرض للعلم حينئذ لم تسمع دعواه سواء كان شاكاً أو معترفاً بعدم العلم .

لانا نقول : قيام البينة وعدمه انما هو بعد تحرير الدعوى ، ويظهر من الرواية ان كيفية تحرير الدعوى على الميت ليست كيفية مغايرة لكيفية تحريرها على الحي - فافهم .

والثاني - ان قوله « فلا حق له » بظاهره مخالف للاجماع ، اذ لو ادعى المدعي علم الوارث واستحلفه ونكل عن المحلف أورده وحلف المدعي أثبت

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٤ من ابواب كيفية الحكم .

عليه الحق ، فلا بد من تقييد اطلاقه بما دل على ثبوت الحق بعد نكول الوارث عن الحلف واطلاق أدلة التقييد ، وهي التي تدل على عدم خلاص المنكر الا بالحلف مع عدم البينة الواقعية يقضي بثبوت الحق بالنكول عن الحلف مطلقاً ، سواء كان مع دعوى العلم أولاً ، ولاريب ان اطلاق المقيد حاكم على اطلاق المطلق ، فلا يقال : ان قوله « لاحق » عام أو مطلق خرج عن تحته صورة نكول الوارث عن الحلف مع دعوى العلم ، وأما مع عدم دعواه فلا دليل على خروجها عنها ، بل قضية اطلاقه البناء على عدم ثبوت الحق ، وهو معنى اعتبار دعوى العلم .

ثم الظاهر أن يمين نفي العلم بفعل الغير رخصة لا عزيمة ، فيجوز له الحلف البتي اذا كان عالماً بالواقع ويجزيه ، وهل يجزيه الحلف على النفي الظاهري ، بأن يحلف على نفي فعل الغير بمقتضى الاستصحاب مثلاً أم لا بد من الحلف على نفي الواقع جزمياً أو على نفي العلم وجهان ، من أن الحلف على عدم العلم بشيء والحلف على عدمه الواقعي اتكالا على عدم العلم به ، مرجعهما واحد ، ومن الاختصار في الخروج عن أصالة كون الحلف على نحو البت على القدر المتيقن ، وهو الحلف على نفي العلم ، والله العالم .

التقاط

[الغريم مولى العبد عند الادعاء عليه]

قال في الشرائع : اذا ادعى على العبد فالغريم مولاد ، ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية ، والمراد بالغريم من يؤخذ بالحق ويطالب منه ، يعني ان المدعى عليه هو العبد فيعامل معه ما يعامل مع المدعى عليه الحر من حيث

السؤال والجواب والاقرار والانكار والحلف والرد الى غير ذلك من وظائف الدعوى ولكن الغريم مولاه .

فان ثبت على العبد شيء بمقتضى ميزان القضاء ، فان كان أثره يرجع الى العبد فيما بعد العتق كالاتلاف فالمالية ونحوها فلا شيء على المولى، وان كان أثره مما يرجع الى العبد عاجلاً - على معنى أنه لو كان حراً كان عليه شيء من الحقوق - فهذا يطالب به المولى، بمعنى أن المولى حينئذ يقع طرفاً للمنازعة والمخاصمة من حيث دفع الحق ، فان كان ذلك الميزان الذي فصل به الدعوى على العبد حجة شرعية مثل البيئة فعلى المولى دفع الحق ، والا فلا بد للمدعي من اقامة الحجة عليه وطرح النزاع معه .

وليس المراد أنه اذا اُلزم العبد بكل ميزان شرعي لزم المولى الحق، بل المراد أنه لاشيء على العبد عاجلاً ، وانما الحق الذي ادعى على العبد من المال أو الجنابة على المولى ، وأما ان ذلك الحق يلزم المولى فعلاً أو شأناً فهو موكول الى مساعدة القواعد .

ومما ذكرنا في معنى العبارة يسقط جل ما في المسالك من الاشكال على العبارة أو كله .

التقاط

[عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البيئة]

لاشكال ولاخلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البيئة ، لانه كلما يتوجه الدعوى على الحلف وعكسه النقيض كلما لايتوجه الحلف لايتوجه الدعوى ، ولم يتقرر الحلف طريقاً شرعياً الى ثبوت الحد اجماعاً ، مضافاً الى النص والاعتبار الجلي المستنبط من الاخبار .

ولان حلف المنكر هنا لا طائل تحته، لان فائسدة الحلف كما أشرنا اليه هو التشفّي للمحلف له وهو المدعي مثلاً ، والمحلف له هنا هو الله تعالى .
هذا في حق الله المحض، وأما مورد تعلق الحقيين فان كان حق الادمي حق مالي كالسرقة فيعمل في كل حق بمقتضاه ، وان كان حقاً غير مالي كالقذف ففي سماع الدعوى بلابينة وجهان أو قولان ، واطلاق أدلة القضاء يقتضي السماع . والله العالم .

التقاط

[مواضع تسمع الدعوى فيها مجردة عن البينة]

قد عرفت عدم سماع الدعوى مجردة عن البينة في غير حق الله وعدم خلاص المدعي الا بالبينة وعدم خلاص المنكر الا باليمين .
فاعلم أن موارد خرجت عن تحت القواعد الثلاث فقد تسمع مجردة عن البينة ، اما مع اليمين أو بدونها أيضاً ، وقد يتخلص المنكر باليمين أيضاً .
وهذه الموارد كثيرة قد ثبت الحكم في كل واحد واحد منها بالدليل من اجماع ونحوه ، واحصاؤها خارج عن حيز استطاعة القلم في باب واحد ، ولا ضابط أيضاً لتلك الموارد غير أن ماسقط فيه مطالبة البينة عن المدعي بعضها مستند الى وجود المانع عن تكليف المدعي بالبينة كتضييع الحقوق وبعضها مستند الى وهن في الاصل الذي في جانب المنكر وقوة في جانب المدعي وبعضها مستند الى الامرين :

(فمن الاول) يمكن أن يكون مدعي البلوغ بالانبات، فان اقامة البينة عليه غالباً متعذر أو متعسر، فيلزم من ايقاف سماع دعواه عليها ضياع الحقوق غالباً .
ودعوى الودعي التلف ، لان تكليف الامناء بالبينة في دعوى التلف ينجر

الى فتور رغبة الناس عن قبول الودائع ، فهو المانع من العمل بمقتضى الاصل الذي عليه بناء العقلاء من مطالبة الحجة من المدعي .

(ومن الثاني) دعوى الدخول مع الخلوة والقيام بالاخلاق وانتفاء الموانع ، فان أصالة عدم الدخول التي صارت سبباً لصدق المدعي على مدعيه موهونة بمعارضة الظاهر المستند الى العادة ، فأشبه المنكر في قوة وسقط عنه كلفة البينة . ومن الاخير تقديم قول مدعي الدم في اللوث يمينه ، لان القوة في جانب المدعي ، لمكان الامارة على صدقه مع كونه على وفق المصلحة ، حيث أن مطالبة البينة في دعوى الدم من المدعي مظنة ضياع الدم .

بل صرح بهذه المصلحة في حديث « ان الله حكم في دمائكم بخلاف ما حكم في أموالكم »^(١) ، لان الامام عليه السلام قد علل فيه عدم الاكتفاء باليمين من المنكر بأنه يوجب ضياع الدماء ، لكن المصالح الموجودة في تلك الموارد ليست علة مطردة حتى ينفعنا في الفروع المشبهة ، بل انما هو على وجه الحكمة التي لا تتعدى عن موردها ، فلا بد في ستوطه اقامة البينة من المدعي من قيام دليل مخصوص لعموم نحو « البينة على المدعي » ، فان ثبت عمل به من حيث سقوط البينة .

وأما العدول عنها الى اليمين فلا بد أيضاً من قيام دليل آخر ، اذ المدعي بعد ما عرفنا سقوط وظيفته الشرعية - أعني البينة - فلا دليل على قيام اليمين التي هي وظيفة المنكر مقامه ، بل لا بد من تصديقه بلا يمين ، وهو مخالف للاصل من جهتين : احدهما من جهة طرح ذلك الاصل الذي يدعي خلافه ، والثاني من حيث كونه خروجاً عن قاعدة انحصار القضاء بالبينة أو الايمان .

[الاستدلال بقيام اليمين مقام البينة]

هذا، ويمكن الاستدلال بعد قيام الدليل على سقوط البينة عن المدعي على قيام اليمين مقامه ، وذلك لان مقتضى عموم نحوه قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » أن لا يكون قضاء الا بأحدهما ، ومقتضى قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » أن تكون البينة وظيفة للمدعي مطلقاً، فاذا ثبت في مورد سقوط البينة عن المدعي فمقتضى عموم قوله عليه السلام « انما » استعمال الميزان الاخر، وهي اليمين ، لان اطلاق المطلق لا يهمل عند انتفاء المقيد .

مثلاً اذا ثبت « اعتق رقبة » ثم ورد « اعتق رقبة مؤمنة » ، فان ثبت التكليف بالمؤمنة على حالة لم يكتف منه بعق الكافرة ، أما اذا انتفى التكليف بالمؤمنة - كما اذا لم يتمكن المكلف بعق المؤمنة على عتقها - أورد تخصيص على دليل وجوب عتق المؤمنة ، مثل أن يكون المأمور بعقها نوع من الرجال كالتجار، ثم ورد تخصيص آخر دل على عدم وجوب عتقها على بعض المأمورين كان المتبع حينئذ اطلاق الامر بالعتق ووجب عتق الكافرة حينئذ على ذلك البعض . وما نحن فيه كذلك ، لان مقتضى ما دل على لا بدية أحد الميزانين في كل قضاء الاكتفاء بأحدهما في كل قضاء ، لكن الحديث المفصل - أعني قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » قضى بأن القضاء اذا كان للمدعي فلا بد أن يكون ميزانه البينة ، ومقتضى عموم مطالبة البينة من كل مدعى يقضى له ، فاذا ثبت في بعض المدعى أنه يقضى له بلاينة لعسر أو حرج أو شيء آخر ، رجعنا حينئذ الى اطلاق الادلة الاولى القاضية بلا بدية أحد الميزانين في القضاء ، فيتعين تصديق قوله حينئذ بيمينه .

وهذا هو السرفى أن الفقهاء اذا اقتضى قواعدهم مطالبة البينة من المدعى مثلاً فيقولون ان القول قوله بيمينه لامطلقاً .

ويرشد اليه أيضاً تعليل الامام في حديث الدماء كما أشرنا اليه ، حيث علل عدم الاكتفاء باليمين من المنكرها بأنه يوجب ضياع الدم مع أن عدم الاكتفاء منه باليمين لا يستلزم كون وظيفته البينة ، فيظهر أنه حيثما ينتفي أحد الميزانين يقوم الميزان الآخر مقامه .

لكن هذا أيضاً غير مطرد ، فربما تسقط البينة من المدعي بلايمين ، وكذا تسقط اليمين عن المنكر بلا بينة ، فمن الاول دعوى صاحب المال دفع الزكاة الى المستحق فانها مقبولة بلايمين ، ومن الثاني ابدال النصاب في أثناء الحول ، فانه منكر مع عدم مطالبة البينة منه ، وجعله صاحب المسالك من موارد تقديم قول المدعي .

وفيه نظر ، لان مدعي الابدال يدعي براءة ذمته عن الزكاة أو سلامة عين ماله من تعلقها به ، فهو موافق للاصل ، بخلاف العامل أو الجابى أو الفقير المطالبين للزكاة ، فانهم يدعون خلاف الاصل المزبور .

ودعوى أن الشك في تعلق الزكاة مسبب عن الشك في الابدال ، والاصل عدمه لانه حادث ، فيكون مدعيه مخالفاً للاصل . مدفوعة بأن أصالة عدم الابدال لا تثبت كون المال الموجود محلالتعلق الزكاة الانباءً على اعتبار الاصل المثبت كما لا يخفى ، فيكون قول مدعي الزكاة غير مطابق للاصل نافع بخلاف المالك .

لكن الاعتذار عن هذه المواضع ونحوها مما ذكره صاحب المسالك وغيره بأنها ليست من مجاري القضاء بين الناس حقيقة وان كان متعلق الدعوى فيها من حقوق الناس لانها أشبه بحقوق الله أو الموضوعات التي لا يجري فيها القضاء كالطهارة والنجاسة والهلال وان تضمنت أحياناً بعض حقوق الناس .

ويمكن استظهار ذلك في خصوص الزكاة من وصايا أمير المؤمنين عليه السلام كما في الزكاة في حديث طويل منقول في محكي الوسائل المشتمل على كمال الرفق ولين العريكة مع صاحب الزكاة ، فإن فيها بعض الآداب الذي يظهر منه أن الزكاة لا تحل إلا بدفع صاحب المال وإنها ليست من موارد القضاء ومجاري الخصومة . ولعل المراجع إلى الحديث الشريف يستفيد بعض ما خفي علينا من المطالب^(١) .

فإن قلت : قضية قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » حصر حجة المدعي في البينة وعدم كون اليمين حجة له لأنه قضية الحصر ، فإذا ثبت في مقام سقوط البينة عن المدعي لزم تصديق قوله بلا بينة لا الحكم بقيام اليمين مقام البينة بالأدلة الدالة على لا بدية أحد الميزانيين في القضاء ، إذ بعد معلومية عدم كون اليمين حجة للمدعي وإن حجته منحصرة في البينة لا يبقى لتلك الأدلة دلالة على قيام اليمين مقام البينة .

وقياسه بمثل « اعتق رقبة » و « اعتق رقبة مؤمنة » قياس مع الفارق ، لأن مفاد « اعتق رقبة مؤمنة » ليس سوى وجوب المؤمنة ، وأما مع عدم كفاية عتق الكافرة فيستفاد من عدم الدليل لادلالة الدليل على عدمه ، وقوله « البينة على المدعي » يدل زيادة على الزام المدعي بالبينة على عدم كون اليمين حجة له بمقتضى الحصر المستفاد من تعريف المسند والمسند إليه .

قلت: قوله « البينة على المدعي » يدل على أمرين: أحدهما كون البينة حجة، للمدعي والثاني كونها متعينة عليه - بمعنى عدم كفاية اليمين له . والحصر المستفاد من القضية يرجع إلى الثاني ، وما ذكرت مبني على رجوعه إلى الأول ، إذ

انحصار الكفاية في البينة انما يقتضي عدم كفاية اليمين لا عدم كونها حجة له شرعاً .

وانما قلنا برجع الحصر الى الثاني لانا استفدنا من مقابلة الفقرتين أن الفقرة الاولى مسوقة لبيان التكليف الاثقل كما أن الفقرة الثانية لبيان رفع الاثقل وكفاية الاسهل - أعني اليمين - ومقتضى ذلك أن يرجع الحصر الى الثاني، لان مفاد قوله « البينة على المدعي » بعد الاستفاضة المزبورة أن البينة متعينة على المدعي ، فالحصر يرجع الى المتعين الذي هو بمنزلة محمول القضية حقيقة .

ومن هنا يسقط توهم بعض المنافاة بين ما ذكرنا هنا وما قدمنا في الالتقاطات السابقة ، حيث قلنا : ان قضية تعريف المسند والمسند اليه ان كل بينة على المدعي وكل مدعى عليه عليه اليمين ، فيتوهم أن قضية الكلية الثانية عدم حجية اليمين للمدعى أصلاً ، ولذا قلنا ان موارد تصديق المدعى بيمينه قد خرج بالدليل . وجه السقوط : ان قضية الكلية الثانية هي نفي الاكتفاء باليمين من المدعي ، وهذا يكفي في كون موارد تصديق قوله بيمينه خارجاً بالدليل ، وليس قضية الكلية عدم كون اليمين حجة للمدعي .

والحاصل ان العمل بمادل على لابدية الميزان من اليمين أو البينة في القضاء متعين اذا ثبت سقوط البينة من المدعى ، فيقدم قوله بيمينه . نعم لو كان دليل السقوط على وجه يستفاد منه عدم الحاجة الى شيء آخر فحينئذ لا بد من النظر في أن المراد هو القضاء بلا ميزان أو مجرد التصديق ، فان التصديق لا بد من أن يكون على وجه القضاء ، وان أمكن أن يكون كذلك مثل القضاء بالنكول على القول به ، بناءً على كونه من مقامات تصديق قول المدعي ، فانه لا بينة هنا ولا يمين ، فقد يكون مفاد الدليل سقوط البينة من المدعي ، وحينئذ فلا بد في القضاء من اليمين أيضاً عملاً بالادلة العامة كما عرفت .

وقد يكون مفاد الدليل سقوط الامرين ، فحينئذ لابد من النظر و التأمل ، فان دل على شرعية القضاء حينئذ عمل به والا فيصدق قول المدعي بلا بينة ولا يمين من غير قضاء ، كمدعي الابدال والدفع في مسألة الزكاة .

ويحتمل أن يكون من هذا الباب تصديق الامناء حيث لا يمين الا من باب القضاء ، لان ما دل على لابدية الميزان في القضاء لا يصارعها بمجرد دلالة الدليل على التصديق بلا ميزان ، لان التصديق أعم من القضاء .

هذا كله في المدعي ، وأما المنكر فالظاهر أنه ان دل دليل على سقوط اليمين في حقه قضي له ، لان المنكر يكفيه اليمين في القضاء له مطلقاً ، فاذا سقطت سقط البينة بطريق أولى ، الا اذا كان المقام لا يجري فيه الاولوية ، كمنكر الدم فان سقوط البينة فيه لا يستلزمه سقوط اليمين نظراً الى زيادة الاهتمام بالدماء .

نعم لو لم يعلم من الدليل الدال على سقوط اليمين سقوطه في مقام القضاء بل احتمل أن يكون المراد مجرد التصديق صدق قوله وخلي سبيله باليمين من غير قضاء ، مثل مدعي الابدال بناءً على كونه منكرًا كما هو الاظهر لعموم الادلة ، فالاولوية انما تجري بعد معلومية أن المراد بالتصديق بغير يمين هو القضاء لا مجرد تخلية السبيل . والله العالم .

التقاط

(في الصلح عن الدعوى باليمين حيث لا سبيل اليها شرعاً)

اعلم أن الدعوى قد ينحصر فصلها في البينة ، بمعنى عدم سماعها الا بها ، كالدعوى مع التهمة على القول بسماعها والدعوى على الميت مع عدم دعوى العلم على الورثة ، فان المدعي في هذه وأمثالها ان لم يكن له البينة فليس له الدعوى والاحلاف ، فهل له الصلح عن الدعوى بالحلف أم لا .

وليس في الكتب المعروفة عنوان لهذه المسألة ، ويندرج تحتها صلح المتنازعين عند عدم وجود الحاكم . وبالجمله كل مقام ليس للمدعي سلطنة على احلاف غير المدعى عليه ، اما لكون الدعوى مما لا تسمع الا بالبينه أو لفقد شرط من شروط القضاء كالاتجاهاد .

وانما خصصنا الكلام بما اذا كان للمدعي سلطنة على الاحلاف مع عدم الفرق بينه وبين ما كان شرائط الاحلاف فيه موجودة - بأن يصلح المدعي عن دعواه الصحيحة بحلف المدعى عليه من غير مرافعة الى الحكم - لان فائدة المسألة انما تظهر فيه ، اذ مع سلطنته على الاحلاف .

وكيف كان فالصلح تارة يقع على المدعى به وأخرى على الدعوى، وثمره الصلح على الدعوى اسقاط كل ما كان للمدعي من الآثار الوضعية والتكليفية ، مثل اسقاط يمين المنكر لجميع آثار الدعوى لا المدعى به .

وأما الصلح عن المدعى به - بأن يقول المدعي « صالحتك عما أدعي من العين أو الدين بأن تحلف بالله على براءة ذمتك » مثلاً - فهو على قسمين : أحدهما أن يكون المصلح به أعني الحلف هو الحلف على براءة الذمة بعد الصلح ، والثاني الحلف على براءتها قبل الصلح .

لا اشكال في فساد الصلح على الوجه الاول ، لان الصلح لو كان صحيحاً برئت ذمة المدعى عليه بعد الصلح جداً ، فيكون الحلف على البراءة بعده لغواً لا يترتب عليه غرض العقلاء ، اذ فائدته للمدعي التشفّي ، وهو انما يتصور مع تجويز كذب الحالف ، وأما مع العلم بالصدق فلا فائدة فيه أصلاً ، فيلزم من صحة الصلح فساداه .

وأما على الوجه الثاني فالحلف حينئذ ليس هو الحلف الذي شرع ميزاناً لطبي دعاوي ، لان الحلف هذا مورده ما لو أقر المدعى عليه لالزم ، وهذا ليس

كذلك ، لان المدعى عليه على تقدير صحة الصلح لو أقر باشتغال ذمته قبل الصلح لم ينفع للمدعي كما هو واضح ، وليس أيضاً مسقطاً للمدعى به لسقوطه بنفس الصلح ، فالكلام في صحة هذا الصلح مثل الكلام في صحة ماله صالح على اليمين في غير مقام الدعوى ، مثل أن يقول « صالحتك عن كذا على أن تحلف بالله على كذا » ، وحينئذ فلا بد من احراز شرائط العوض ، مثل كونه مباحاً وكونه متعلقاً به غرض عقلائي ، اذ مع انتفائهما أو انتفاء أحدهما لاوجه لصحة الصلح ، وحينئذ نقول :

ان أحوال المدعي ثلاثة : فاما أن يعلم بأن المدعى عليه يحلف صادقاً باعتقاده أو كاذباً أولاً يعلم شيئاً منهما ، والحلف في الصورة الاولى لغو كما مر ، لعدم حصول التشفّي بحلف الصادق باعتقاده . وفي الثانية حرام للمدعى عليه بذله ، وشرط عوض الصلح أن يكون مقدور التسليم شرعاً وعقلاً ، بل لا يجوز للمدعي أيضاً استيفاءه ، لانه اعانة على الاثم ، والاذن في المعصية معصية عقلاً وشرعاً . وفي الصورة الثالثة مردد بين اللغو وممتنع التسليم ، وعلى أي حال فلا يصلح أن يكون عوضاً في الصلح ، لان شرط العوض أن يكون من الامور التي يترتب عليها غرض العقلاء وان يكون لكل من المتصلحين أمراً جائزاً والا فلا يمكن تسليمه ولا تسلمه .

فان قلت : اذا كان الاذن في الحلف الكاذب معصية فكيف يتوقف حلف المنكر على رخصة المدعي اذا كان عالماً بكذبه في اعتقاده .

قلنا : فرق بين المقامين ، لان مرجع شرطية اذن المدعي في حلف المنكر الى عدم رفع اليد عن المخاصمة ، ولا يحتاج الى مزيد من ذلك ، ولا يجب على المدعي رفع اليد عن المخاصمة محافظة للمنكر عن الحلف الفاجر . بخلاف الصلح على اليمين الفاجرة ، فانه اعانة على الاثم واقدام على القبيح .

توضيح الفرق بين المقامين : ان التسبب الى القبيح قبيح ، وأما رفع اليد عن عمل يحصل بذلك الرفع ترك القبيح ليس بواجب ، فلو كان الشخص مشتغلاً بشغل مباح بالذات وكان تركه سبباً لعدم صدور المعصية عن شخص فلا يجب التمسك حينئذ ، وأما التسبب الى المعصية والاعانة عليها فهو غير جائز . فالمدعي لما كان رفع يده عن المخاصمة سبباً لعدم صدور الحلف الكاذب عن المنكر فهو ليس بواجب عليه ، وأما الصلح على اليمين الفاجرة ومطالبتها بعد الصلح فلما كان تسبباً الى المعصية فهو غير جائز .

وانما قلنا ان مرجع اذن المدعي في حلف المنكر الى رفع اليد عن المخاصمة لا الى الرضا باليمين الفاجرة ، لان يمين المنكر انما شرعت لخلاص المنكر من يد المدعي ، وليس حجة متوجهة من قبل المدعي الى المنكر فيما لم يرفع المدعي يده عن المنكر ، فلا سبيل له الى التخلص الا باليمين ، وهو أمر بيد المنكر لا بيد المدعي ، اذ لا معنى لكون خلاص المنكر بيد المدعي بل للمدعي ابقاء يده على المخاصمة وللمنكر خلاص نفسه من يده ، فاذا لم يكن بيئة فلا بد من السؤال عن المدعي واستكشاف حاله من حيث ترك المخاصمة حتى يتخلص المنكر بدون اليمين أو عدم تركها حتى يتخلص المنكر بيمينه . ومن أجل ذلك كان اذن المدعي في الحلف في معنى عدم رفع يده عن المخاصمة . ومن هنا قد يقال : بأن المدعي يجب عليه أيضاً اظهار عدم الرضا باليمين اذا علم بكذب الحالف في اعتقاده مع الاذن وبدونه ، اذ لا منافاة بين الاذن بالمعنى المذكور وبين عدم الرضا و اظهار الكراهة ، وانما المنافاة بين عدم الرضا والاذن بمعنى الطلب لا بمعنى عدم رفع اليد عن المخاصمة .

ودعوى قبيح كل عمل يتوقف على ترك صدور القبيح عن شخص مثل التسبب لكون كل منهما مصادراً للاعانة . واطحة المنع ، لان ترك العمل المذكور

داخل فى عنوان ايجاد المانع عن وقوع المعصية ، والاعانة ترجع الى ايجاد مقدمات المعصية ، ولادليل على وجوب الاول بعد فرض استناد جميع مقدمات المعصية وأسبابها الى فعل مریدها ، بخلاف الثانى فانه واجب تركاً للاعانة التى مرجعها الى ايجاد بعض المقدمات .

هذا هو تمام الكلام فى الصلح عن المدعى به ، وأما الصلح عن الدعوى فيعلم الكلام فيه بما ذكرنا ، لان عدم اشتمال الحلف على شرائط العوضيه لايتفاوت فيه بين المقامين . والله العالم .

وقد وافقنا فى هذه المسألة مانقل عن المحقق القمى فى بعض جواب سؤاله .

التقاط

(فى تورية الحالف)

تعرضها فى القواعد ، ومحصل الكلام فيه : ان الحالف ان كان مبطالاً لمّا فالبحت فى توريته فى الحلف : تارة من حيث الحكم التكليفى ، وأخرى من حيث الحكم الوضعى .

أما الحكم التكليفى فالظاهر أنه لا اشكال فى حرمة أيضاً ، وان قلنا بأن التورية لا تندرج فى اسم الكذب .

وأما فى حكمه الذى هو القبح العقلى والشرعى ، فلو حلف المنكر على براءة ذمته كاذباً فلا ينفعه فى التفصي عن الاثم والعقاب أن يورى فى حلفه بالقلب أو باللسان على وجه لا يسمعه القاضي أو المدعى .

والدليل على ذلك هو العقل المستقل ، لانه وان كان حلفاً صادقاً الا أن مناط قبح الحلف الكاذب الذى دل عليه العقل والنقل - مضافاً الى قبح الكذب -

موجود في ذلك الحلف الصادق الذي جعله عرضة لابطال حق الناس ، لان قبح الحلف الكاذب انما هو لاجل كونه هتكاً لاحترام اسم الله تعالى . ولا ريب أن كونه هتكاً ليس متوقفاً على كونه كذباً ، لان الهتك انما يحصل باستحقاره بالله تعالى من حيث أن قضية التعظيم عدم جعل الحلف به وسيلة الى المقاصد الحقّة فضلاً عن التوصل الى المقاصد الباطلة .

والحاصل ان استعظام المولى له مراتب : منها ما هو متصف بالحسن الغير الملزم ، كترك الحلف به للتوصل الى المقاصد المباحة ، فانه راجح عقلاً وشرعاً لما فيه من التعظيم الواضح . ومنها ما هو متصف بالحسن الملزم ، كعدم الحلف به للتوصل الى المقاصد المحرمة ، سواء كان بطريق الكذب أو بطريق الصدق الذي هو التورية .

ولعل حرمة التورية في الحلف الكاذب ومساواته مع الكذب هو المشهور بين العلماء كما ادعاه الشيخ دام ظله .

ومن هنا يظهر أنه من الكبائر ، لان قبحه مثل قبح الحلف الكاذب الذي لا اشكال في كونه كبيرة .

وأما الحكم الوضعي فالظاهر أيضاً عدم ترتبه ، فلا يحصل به فصل الدعوى ويظهر الثمرة فيما اذا حصل العلم للقاضي أو غيره بالتورية ، والا فظاهر الحلف عدم التورية .

[تورية المظلوم في الحلف جائزة]

هذا اذا كان الحالف ظالماً ، وأما اذا كان مظلوماً فيجوز له التورية بل قد يجب كالودعي الذي ادعى عليه جوراً ، فان التورية في الحلف الذي يتوجه اليه في الدعوى الجورية واجبة له .

نعم الظاهر جواز الكذب له أيضاً ، فيحلف كاذباً تخلصاً عن جور المدعى وايضالا للودعة الى صاحبها، للاخبار الدالة على جواز الحلف الكاذب للتخلص من الظالم ، حتى ورد أنه أحلى من العسل .

لكن قد يقال : ان مصب تلك الاخبار ماذا حصل الاضطراب والالقاء الى الكذب ، ومع امكان التورية لايتصور الالقاء، لان النية أمر قلبي لا يعقل الاكراه عليه ، فيشكل الامر بين الاخذ بظاهر الاخبار فلا يجب التورية وبين طرحها لمراعاة الاضطراب التي دل عليها العقل والنقل فلا يجوز الكذب مطلقاً .

ويمكن التفصي بحمل الاخبار على ما هو الغالب المتعارف بين الناس من عدم التفات الملجأ والمضطر حين الاضطراب الى التورية ، فان المضطر على طلاق امرأته أو بيع ماله غالباً لا يوري في طلاقه وبيعه ، بل اذا طلق كان مع قصد المعنى .

وبذلك يجمع أيضاً بين مادلت عليه الاخبار وقام عليه الاجماع من عدم صحة طلاق المكره مثلاً مع عدم قبول حقيقة الطلاق الذي هو الانشاء القلبي المقرون بالكشف للاكراه ، لامكان ارادة معنى آخر من لفظة « طالق » غير انشاء الطلاق كذاهب مثلاً .

وجه الجمع : ان الاكراه على حقيقة الطلاق كثيراً ماأمريقع في الخارج مثل صورة غفلة المكره عن التورية فحينئذ يقع غير مؤثر .

وبذلك يندفع ماأورده المحقق الثاني في محكي وديعة جامع المقاصد على العلامة حيث قال بجواز حلف الودعي كاذباً تخلصاً من الظالم بأن الكذب مع امكان التورية لاضرورة اليه .

تذنيب

[هل تثبت الشفعة عند الزام القاضي بالحلف عليها]

قال في القواعد بعد مسألة التورية في الحلف : ولو كان القاضي يعتقد ثبوت الشفعة مع الكثرة لم يكن لمعتقد نفيها الحلف على نفي اللزوم بتأويل اعتقاد نفسه ، بل اذا ألزمه القاضي صار لازماً ظاهراً وعليه أن يحلف ، وهل يلزمه باطناً ؟ اشكال أقربه اللزوم ان كان مقلداً لامجتهداً .

توضيح المسألة : ان الخصومة اذا كان منشأها الاختلاف في الحكم الشرعي كثبوت الشفعة مع الكثرة فان حررت الدعوى على وجه عرف القاضي بأن الاختلاف لاجل الاشتداد في الحكم الشرعي فالفاصل حينئذ هو رأي القاضي ولا سبيل الى الحلف حينئذ ، وليس كلامه ناظراً الى مثل ذلك قطعاً ، وان حررت الدعوى على وجه يرجع الى النزاع الموضوعي - كما لو قال مدعي الثبوت لخصمه « يجب عليك رد المبيع لثبوت حق الشفعة » وقال صاحبه « الرد ليس بلازم علي » توجه الحلف الى منكر اللزوم على نفي اللزوم الواقعي ، وهذا معنى قوله « يلزمه ظاهراً » .

ثم في لزومه باطناً أيضاً - بمعنى عدم جواز التورية في الحلف بتأويل اعتقاد نفسه باطناً - اشكال كما ذكره ، أقرب به اللزوم اذا كان مقلداً لامجتهداً ، وليس المراد باللزوم الباطني هو اللزوم بعد اليمين المردودة كما توهمه بعض . ووجه الاشكال في اللزوم الباطني : هو التأمل في منع أدلة القضاء عن التورية في الحلف على نفي اللزوم الواقعي ، اما لان أدلة القضاء انما تدل على نفوذ الزامات القاضي وحكمه بوجوب الحلف على نفي اللزوم الواقعي ليس فيه جهة الزام بل انما هو محض بيان الحكم الشرعي وبيان وظيفة المنكر في

تخلصه عن الخصومة ، أو لان معنى الزام القاضي على تقدير شموله لمثل المقام ، لا يمنع التورية ، لان التورية تمحل شرعي للفرار عن الالزام لامخالفة للالزام الصادر .

وبعبارة أخرى : مقتضى أدلة القضاء أن القاضي اذا ألزم بشيء يلزم ، وهذا انما يتم فيما اذا لم يكن الملزم به قابلاً للتورية ، والا فبالتورية يخرج عن كونه ملزماً به . وكلا الوجهين منفيان :

(أما الاول) فلا أن الحاكم وظيفته في جميع المرافعات بيان وظيفة المتخاصمين والالزام بمقتضاها حتى المرافعات الموضوعية ، ومعنى نفوذ الزام الحاكم أنه اذا الزم بمقتضى بعض الوظائف لزم العمل به ، فاذا ألزم المحكوم عليه هنا بالحلف على عدم اللزوم الواقعي لم يجز له مخالفته بالتورية .

(وأما الثاني) فلا أن التورية أيضاً فيما الزم الحاكم به مخالفة لالزام الحاكم ، لان الحاكم يلزمه على نفي اللزوم الواقعي ، فمتى لم يحلف عليه ولو بالتورية فقد خالف الالزام كما لا يخفى .

ودعوى أن التورية هنا كالتورية فيما اذا كان الحالف مظلوماً . مدفوعة بأن المحلف هنا ليس بظالم في اعتقاده . نعم اذا كان مذهب القاضي مخالفاً لمذهب المتخاصمين أمكن صدق الظلم حينئذ ، ويتفرع عليه جواز التورية . ومما ذكرنا ظهوره القبول بعدم جواز التورية مطلقاً في المقلد والمجتهد كما عن ظاهر الدروس ، كما ظهر أيضاً وجه القبول بجواز التورية مطلقاً كما عن المبسوط .

وأما وجه التفصيل بين المقلد والمجتهد الذي استقر به في القواعد ومال اليه في محكي الايضاح فهو : ان المجتهد اذا رأى فساد دليل القاضي على ثبوت الشفعة مثلاً وأن ما أدى اليه ظنه من نفي الشفعة هو الحق ، فاطلاق ما دل على

النفي ومآدل على اعتباره يقتضي جواز العمل به مطلقاً حكم القاضي بخلافه
أم لا ، بخلاف المقلد فانه لادليل له على فساد حكم القاضي ، بل نسبة حكم
القاضي وحكم مجتهد الذي قلده في نفي الشفعة اليه على حد سواء ، فحاله
كحال سائر مقلدي القاضي في نفوذ حكمه عليه .

والتحقيق في المسألة هو النظر في أدلة القضاء وأنها تدل على حرمة الرد
خاصة أو على وجوب ترتيب آثار الحكم واقعاً زيادة على الرد ، فان كان الاول
جاز التورية للمجتهد والمقلد على حد سواء ، وان كان الثاني لم يجز كذلك :
أما في المقلد فالامر واضح ، وأما في المجتهد فلا ان هذه الادلة حاكمة على
دليل اعتبار الامارة القائمة على نفي الشفعة مثلاً ، فتكون حجية تلك الامارة
القائمة في غير صورة المعارضة لحكم القاضي . ولا يبعد رجحان الثاني على
الاول ، فيتمجه اطلاق ما عن الشهيد في الدروس . والله العالم .

النتقاط

[هل تنتقل التركة الى الوارث]
[لو كان على الميت دين محيط بها]

لو مات شخص وعليه دين محيط بالتركة ففي انتقالها الى الوارث انتقالاً
متزلاً مراعى بأداء الدين أو عدم الانتقال وبقاؤه على حكم مال الميت .
قولان مشهوران بين الاصحاب ، فذهب أكثر القدماء الى الثاني وأكثر المتأخرين
الى الاول .

والمراد بكونها في حكم مال الميت كونها في حكم مال الحي ، اذ الميت
ليس له مال حقيقي حتى تكون التركة مع الدين في حكم ماله الحقيقي ، ففي

العبارة نوع قصور أو مسامحة في افادة المراد ، ولعل المراد أن التركة مال حكمي للميت لأنها في حكم ماله الحقيقي .

والاصل في المسألة عدم الانتقال الى الورثة وعدم جريان حكم مال الميت عليها أيضاً ، فكل منهما مخالف له .

وما يتوهم أن بقاءها في حكم مال الميت قضية الاستصحاب أو استصحاب عدم الانتقال أو استصحاب بقاء العلاقة والربط الموجودين بين الميت وبين التركة . فليس بشيء ، لان العلاقة كانت قائمة بالحي وهو الانسان ، ولا حياة حتى يتصور بقاء العلاقة القائمة بها ، فان الباقي أمران : الجسم العنصري الذي صار جماداً ، والروح المجرد . وشيء منهما لا يصلح أن يكون مالاً : أما الجسم فلانه جماد والجمادات لا يعقل تملكها ، وأما الروح فلان صلاحيته لاضافة طرف الملكية أمر غير معلوم أو معلوم العدم ، لوضوح كون المالكية من خصائص الانسان المركب من الروح والجسم ، فلا تثبت لمجرد الروح . وأما استصحاب بقاء الاحكام والاثار الموجودة في حال الحياة . ففيه أنه لم يكن في حال الحياة أثر متعلق بأعيان التركة حتى يستصحب ، بل مقتضى الاصل عدم تعلق حق الديان بأعيانها ، ضرورة كونها في حال الحياة متعلقة بدمية مالها لا بأعيانها .

فظهر أن القولين متساويان في الحاجة الى الدليل ، والدليل على القول الاول - وهو الانتقال - أمران عقلي ونقلي ، أما النقلي فاطلاقات آيات الارث وأخبارها ، فان نحو قوله تعالى « وللرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون »^(١) مطلق غير مقيد بما اذا لم يكن هناك دين ، غاية الامر انه ثبت من الادلة أن الديان حقهم متعلق بالتركة كتعلق

حق المرتهن بالرهن مثلاً، وهذا يوجب نزولاً في ملكية الاقربين لانفي الملكية رأساً .

ويجاب عنها : بأن اطلاقها مقيد بالآية المبتدئة للارث فيما بعد الوصية والدين « ولكم نصف ماترك أزواجكم » الى قوله « من بعد وصية يوصي بها أودين »^(١) ، ووجه التقييد واضح .

وأجيب : بحمل اللام في المقيد على افادة الاستقرار ، أي استقرار ملكية النصف انما هو بعد الامرين .

ورد : بأن اللام لافادة أصل الملكية لا لافادة استقرارها .

ويدفعه : أن استقرار الملك ليس أمراً خارجاً عن أصل الملكية ، بل هو عبارة عن الملكية التامة. وهذا هو عين معنى اللام، لانها انما تدل على الملكية التامة : ائمالانها تدل على مطلق الاختصاص الغير المقيد بحال دون حال، ويستفاد من عدم القيد الملك المستقر ، لان الملك الغير المستقر ليس فيه اختصاص مطلق ، بل المقيد بما اذا حصل موجب الاستقرار . أو لان اللام منصرف الى الاختصاص المطلق ، ولازمه هذا الفرد من الملكية ، أعني التام المستقر .

[اذا كان على الميت دين فليس للمورثة شيء]

والثمرة بين الوجهين تظهر فيما ورد في الاخبار من أنه اذا كان على الميت دين فليس للمورثة شيء ، فان قلنا ان التمام والاستقرار يستفادان من اطلاق الاختصاص الذي تدل عليه اللام فالحديث دليل على مذهب القدماء ، لان النفي حينئذ متوجه الى حقيقة الاختصاص وجنسه لا الى فرد الكامل أعني المستقر ، ضرورة عدم اعتباره في مدلول اللام واستفادته من مقام الاطلاق . وان قلنا بالثاني

فليس فيه دلالة على مذهبه ، لان مدلول اللام اذا كان بحكم الانصراف الناشئ من غلبة الاستعمال مثلاً أو بحكم الوضع هو الملك المستقر ، فلا جرم اذا وقع في حيز النفي توجه النفي الى الاستقرار لا الملك المطلق .

وقد يقال : انه على الاول أيضاً كذلك ، لان اللام لم يقع في حيز النفي في القضية السلبية في الاخبار بل وقع محكوماً به في تلك القضية ، فقوله « ليس للوارث شيء » لم يتوجه فيه النهي الى مدلول اللام فقط حتى يفيد سلب مطلق الاختصاص المنافي للملكية رأساً ، بل الى مدلوله في حال عدم تقييده التي تفيد الاختصاص المطلق ، فيفيد سلب الاختصاص المطلق لا سلب مطلق الاختصاص .

وتوضيحه : ان اللفظ « اذا » في حال عدم تقييده ينصرف الى بعض أفراده لاجل عدم التقييد ، فلا يتفاوت فيه بين أن يثبت لشيء أو ينفي عنه ، ففي صورتين يتوجه كيف القضية من الايجاب أو السلب الى ذلك الفرد المستفاد من عدم القيد ، فاذا قلنا هذا مختص بهذا دل على الاختصاص المطلق ، لان الاختصاص اذا لم يقيد بقيد ينصرف الى الفرد الكامل منه ، أعني الاختصاص من كل وجه ، واذا وضعنا مكان الايجاب السلب وقلنا هذا ليس مختصاً بهذا دل أيضاً على سلب الاختصاص المطلق الذي هو الفرد الكامل من الاختصاص لا على سلب مطلق الاختصاص .

ولذا لا ينافي مدلول هذه القضية السلبية ثبوت بعض مراتب الاختصاص ، وانما يتوجه النهي الى حاق مدلول اللفظ اذا وقع محكوماً عليه ، مثل لا رجل ولا شيء ولا اختصاص ونحوها ، فيدل على نفي مداول اللفظ مطلقاً في ضمن أي فرد كان ، وحيث أن منع دلالة ماورد في الاخبار من أنه ليس للورثة شيء مع الدين على مذهب القدماء ، وهو سلب مطلق الملكية على الوجهين ، سواء قلنا بأن الملكية التامة يستفاد من عدم تقييد الاختصاص المستفاد من اللام أو من حاق اللام باعتبار رفعه أو انصرافه لغلبة الاستعمال الى الملكية التامة المستقرة .

هذا ، ويرد على الرد أن اللام ان كان لافادة الاستقرار فلا بد من الحمل عليه في المطلقات أيضاً ، اذ حملها في المطلقات على افادة مطلق الملك ، وفي الاية المقيدة على الاستقرار لوجه له سوى البناء على جميع التصرف في المقيد على التصرف في المطلق . وهو بديهي البطلان في محله ، فاذا حملت في الموضوعين على الاستقرار خرجت المطلقات عن الدلالة على الملكية أيضاً ، لدالتها حينئذ على استقرارها المقيد بحكم الاية المقيدة بما بعد الدين .

والحاصل ان اللام ان كانت ظاهرة في أصل الملكية فمقتضى الاية المقيدة تقييد أصل الملكية المستفادة من المطلقات ، وان كانت ظاهرة في استقرار الملك فمقتضاها تقييد استقرار الملك ، ففي صورة وجود الدين لا يجري مدلول المطلقات أعني الاستقرار ، وأما ثبوت أصل الملك فلا بد له من التماس دليل آخر .

وعلى التقديرين فالمطلقات تخرج عن الدلالة على مذهب المتأخرين ، وانما لا تخرج لو حملت اللام في المطلقات على الملك وفي المقيد على الاستقرار . وهو كما ترى خارج عن مقتضى القواعد ، لان اللام ان كانت لافادة أصل الملكية فلا بد من الحمل على ظاهرها في المقيد أيضاً ، لان التصرف في المطلق بالتقييد أولى من التزام خلاف ظاهر في المقيد ، فلا يحمل أمر « اعتق رقبة مؤمنة » على الاستحباب جمعاً بينه وبين « اعتق رقبة » .

هذا اذا لم يؤخذ بمفهوم قيد بعد الوصية والدين ، والا فالاية المقيدة دليل على مذهب القدماء على التقدير الاول - أعني حمل اللام في الموضوعين على الملك المطلق - دون الثاني .

ومن هنا يظهر أن هذه الاية ليست دليلاً على مذهب القدماء مطلقاً ولا على تقدير اعتبار المفهوم وحمل اللام في الموضوعين على الملك .

هذا ، ثم ان في تركيب الاية المقيدة نوع غموض ، لان الظرف - أعني

قوله تعالى « من بعد وصية أو دين » - يحتمل أن يكون متعلقاً بمتعلق خبر المبتداء المقدم ، أعني قوله « لكم » ، والمعنى نصف ماترك الا بعدهما ، ولا ريب أن المملوك بعد اخراجهما هو نصف الباقي لانصف ماترك . ويحتمل أن يكون حالاً للموصول ، فالمعنى ان ماترك حال كونه بعد الوصية والدين مملوك لكم ، وهذا مثل قول القائل « العشرة بعد اخراج الثلاثة منها علي » .

ويمكن التوجيه على تقدير تعلقه بمتعلق « لكم » بأن ذلك اشارة الى أن الوصية والدين مانعان من ملك مجموع ماترك ، بحيث لو فرض انتفاؤهما رأساً أو بعد الموت ولو بتبرع متبرع أو بإبراء أو نحوهما كانت التركة للوارث . ولاجل الإيهام الى هذا المعنى سمي ما ينتقل الى الزوج بعد الوصية والدين بنصف التركة ، يعني ان المقصود اعدامهما واعداهما لا يستلزم خروج شيء عن ملك الوارث مطلقاً حتى يكون المنتقل اليه نصف الباقي ولو استلزمه على بعض الوجوه كما اذا أخرجنا من عين التركة .

[المراد بالوصية والدين]

ومن هنا يعلم أن المراد بالوصية والدين نفسيهما لا اخراجهما أو أدأؤهما أو وفأؤهما أو غير ذلك من الامور التي يناقش في طردها وعكسها مع كون التقدير مخالفاً للاصل ، فالمعنى أن نفس الوصية - أي العين الموصى بها - ونفس الدين مانعان عن الارث مع وجود المقتضي ، فمع وجودهما لا ارث ومع عدمهما بأي نحو من أنحاء العدم يثبت الارث ، ولذا لا يتفاوت فيه بين اخراجهما من أعيان التركة أو من غيرها ولا بين ابقاء الوارث أو ايفاء الغير تبرعاً أو حصول البراءة قهراً ببعض أسبابها ، فليس المراد أن تمام التركة مثلاً

مملوك للوارث بعد اخراجهما منها فانه غير معقول ، بل المراد أن تمامها مملوك للوارث بشرط عدم الدين المحيط مثلاً .

وهذا معنى لا غبار عليه ، وذلك مثل ما يقال ان كفن الميت يخرج من التركة ، فليس المراد أن مقدار ما يساويه ليس من الارث فلا بد من اقراره ، بل المراد أن حق الميت وحاجته مقدم على حق الوارث وحاجته ، فلو غرق الميت أو حرق زال المانع من ارث مقدار الكفن .

هذه حال الايات المقيدة للاطلاق بما بعد الوصية والدين ، وأما الاخبار النافية لكون التركة للوارث المثبتة اياها للغرماء فقد ظهر النظر في دلالتها أيضاً على مذهب القدماء ، وان كان لها ظهور بدوي في ذلك .

وحاصل ما ذكرنا : ان نفي كون التركة للوارث لا يدل في دقيق النظر على سلب جميع أنحاء الملكية بل على سلب الملكية التامة التي من لوازمها الاستقلال في التصرف ، فالمراد أنه ليس للورثة التركة بمعنى التصرف فيها والاستقلال في أمرها مع بقاء الدين ، سواء كانت اللام موضوعة للاختصاص أو منصرفاً اليه بحاقه وجوهه أو كانت لمطلق الاختصاص واستفيد الكمال والتمام من عدم القيد كما مر .

وهذا ينطبق على مذهب المتأخرين ، لان ملكية التركة للورثة مع الدين عندهم ملكية ناقصة ، بمعنى فقدانها لكمالها الذي يستتبع الاستقلال في التصرف لا الملكية التامة المنفية بحكم الاخبار ولا الملكية المتزلزلة كالملكية في زمان الخيار ، لانها أنقص منها بمراتب ، اذ الخيار لا يمنع عن شيء من التصرفات بخلاف الدين فانه مانع عنها رأساً ، فما في بعض الكلمات من تعبير الملكية على مذهب المتأخرين بالملكية المتزلزلة مسامحة أو قصور في العبارة .

[جرح أدلة القدماء فى المسألة]

ومما ذكرنا ظهر أدلة مختار القدماء من الايات والاخبار وجوابها وانه ليس فيها دلالة عليه الا على تقدير حمل اللام على الملكية المطلقة ثم اثبات المفهوم القيدي بعد الوصية والدين في الايات ، وكلاهما كما ترى .

وأما الدليل العقلي على مذهب المتأخرين فتقريره بعد بيان مقدمتين :

احدهما - عدم قابلية الميت للملك ، وهذا مضافاً الى كونه اجماعياً ظاهراً - لان القدماء يقولون انه في حكم مال الميت لأنه مال له حقيقة - مما يساعد البرهان والوجدان عليه ، لان الجدة أحد الاعراض التي لم يعلم قابلية ثبوتها للمجردات ، حتى أن ثبوت الملكية بالمعنى الذي يثبت للانسان لله تعالى أيضاً ممنوع أو ممتنع ، لان هذه الاضافة الخاصة - أعني العلاقة الخاصة بالحاصلة بين الانسان وبين أعيان الاموال - متقومة بطرفين أحدهما الانسان والثاني العين ، وثبوت مثل هذه العلاقة لغير الحيوان الناطق ضروري البطلان ، وثبوت غيرها مما يخطر في ذهن المكابر المتعسف لا يمنع ثبوتها لغيره حتى الجمادات والحيوانات . والحاصل ان علاقة الملكية هذه العلاقة المعهودة المعدودة من الاعراض التسعة لا يتعقل ثبوتها لغير الانسان - أي الحيوان الناطق .

وثانيتهما - ان الملك بلامالك أو المال بلا صاحب أيضاً من المستحيلات الاولى ، ضرورة امتناع قيام النسبة الا بالمنتسبين ، والمراد بالمالية ما يساوق الملكية في الافتقار الى مالك وصاحب لا مجرد ما يصلح لبذل المال في مقابله ، فان المالية بهذا المعنى ثابتة للمباحات الاصلية أيضاً . والحاصل ان الملكية والمالية كما لا يتعقل ثبوتها بدون المال والمملوك كذلك لا يتعقل بدون المالك وصاحب المال .

إذا تحققنا فنقول : بالموت تخرج التركة عن ملك الميت بحكم المقدمة الاولى ، فلا بد له من مالك تقوم به الملكية بحكم المقدمة الثانية ، وليس هو الا الوارث ، للاجماع ظاهراً على عدم دخوله في ملك الغرماء ، لان القدماء يزعمون بقاءها في حكم مال الميت .

فان قلت : لم لا يجوز أن تخرج التركة عن الملكية والمالية بموت صاحبها فلا تكون ملكاً لاحد ، بل قضية خروجها عن ملك الميت بحكم البرهان ، مضافاً الى أصالة عدم دخولها في ملك أحد ذلك .

قلت : هذا الاحتمال مدفوع بظواهر جميع ما في باب الميراث من الايات وال اخبار وكلمات الاخيار ، لتطابقها على انتقال المال الى الوارث ، بل هو قضية لفظ الارث ومشتقاته ، لان الارث بمعنى الانتقال ، وحقيقته تستدعي بقاء صفة الملكية مع تبدل المالك .

وبهذا الاعتبار يعد البيع والصلح مثلاً من النواقيل ، لانه سبب لتبدل مالك بمالك مع بقاء الملك على صفة الملكية في الحاليتين . وعلى تقدير خروج التركة بالموت عن الملكية لامعنى لانتقالها عن الميت الى الوارث ، لان تملكهم لها بعد الدين يكون تملكاً جديداً كتملك المباحات الاصلية . وهو بديهي البطلان ، اذ لم يظن أحد أن التركة قبل أداء الدين مثل المباحات التي ليست ملكاً لاحد وان تملك الوارث لها باعتبار حق الاولوية ، كتملك صاحب الخمر المستحيل الى الخل .

والحاصل ان أعيان مال الميت ليست مثل دية الجناية الواقعية على الميت في دخولها في ملك الوارث ابتداءً ، أي من غير انتقالها من الميت اليهم ، بل مثل سائر ما ينتقل من مالك الى آخر بسبب شرعي كالبيع ، فالموت في الشريعة أحد أسباب الانتقال لانه سبب زوال الملكية ، واطلاق الارث على تملك الوارث

لما يحصل في شبكة المورث أو لمبايعه المورث مع الخيار باعمال حق الخيار بالفسخ أونحو ذلك مما يدخل في ملك الوارث اعتباراً باعتبار ارثهم لحق من الحقوق المستتبعة للمال، مبني على نحو من التجوز أو المساومة باعتبار ملاحظة انتقال أصل السبب وهو الحق ، فسمي تملكهم للنتيجة باسم تملكهم للمقدمة كما في الاول ، أو باعتبار تنزيل الملك الحاصل بالفسخ الذي هو عبارة عن ازالة العقد من حينه منزلة الارث الحقيقي .

فالفسخ وان لم يكن كاشفاً عن فساد العقد بل ناقلاً بعد صحته لكنه ابطال لاثره ، فيدخل في ملك صاحب الخيار من حين فسخ المبيع من زمان البيع ، فكأنه من جملة أعيان ماتر كة المورث حكماً وان لم يكن كذلك حقيقة .

وربما يقال بصدق الارث على الملك الحاصل بالفسخ حقيقة ، لان الوارث تلقاه من المورث حقيقة باعتبار تلقيهم سبب هذا الملك اعترض الخيار. وليس بشيء ، لان الوارث قد تلقى من المورث محض الحق ، وهو أمر وراء الملك الحاصل بسبب الفسخ ، ولذا ليس لغرماء الميت الزام الورثة على الفسخ بل الوارث له الامتناع عن ذلك ، لعدم تلقيه من المورث شيئاً سوى الحق .

نعم لو قيل بصدق الارث الحقيقي على ملك ما في شبكة المورث، نظراً الى دخوله في ملك الوارث قهراً من غير مدخلية لفظ الوارث . لم يكن بذلك البعيد. وأما صدق الوارث على من أسلم بعد موت المورث وقبل القسمة ، فهو ليس أيضاً على حقيقته ، بل عدم الصدق هنا أوضح ، ضرورة عدم انتقال شيء من التركة اليه حتى على قول المتأخرين ، فانه حال موت المورث كان ممنوعاً من التملك بالارث . فكيف يقال انه ورث أباه مثلاً حقيقة بعد ما عرفت من كون الارث عبارة عن الانتقال الذي هو عبارة عن تبدل مالك بمالك وعن تلقي الملك من الوارث .

ومن هنا لم يجز اثبات الارث له بأدلة الميراث ، بل لابد له من دليل آخر لولاه لكان محروماً بمقتضى الادلة المخصصة لها بغير الكافر .

نعم يكفي أدلة الميراث في الامثلة المتقدمة ، فلا يحتاج في ارث الوارث لما في شبكة مورثه أو للمخمر التي استحالت الى الخل بعد الموت أو للمبيع الذي باع المورث مع الخيار بعد الفسخ الى أدلة أخرى ، بل يكفي أدلة الميراث . فظاهر أن موارد عدم صدق الارث الحقيقي على أطوار مختلفة : فمنها ما يستدل عليه بنفس أدلة الميراث وان لم يصدق عليه الارث الحقيقي ، لان صدق الارث حقيقة على انتقال الحق الذي هو سبب لحصول ملك جديد للوارث يكفي في اثبات ذلك الملك له ، ومنها ما يحتاج الى أدلة أخرى .

فان قلت : صدق الارث على ملك الورثة للتركة انما هو باعتبار مكان سبب الانتقال الذي هو الموت أو النسب حين الموت لاعتبار انتقال الفعلي ، وهذا وان قلنا انه خلاف الظاهر من لفظ «الارث» لكنه غير بعيد بعد ملاحظة تقييد الارث بما بعد الوصية والدين ، فنزل وجود سبب الانتقال حين الموت بمنزلة الانتقال الفعلي ، فأطلق الوارث على الورثة .

قلنا : ليس في أدلة الميراث تقييد لفظ الارث بما بعد الدين ، بل الادلة المقيدة كلها مشتملة على كلمة اللام الدالة على الملكية ، فيدور الامر بين صرف اليد عن ظاهر لفظ الارث في الكتاب والسنة بحمله على الانتقال الثاني المستند الى وجود السبب وابقاء اللام في المقيدات على ظاهرها وهو الملكية وبين الاخذ بظاهر لفظ الارث ومشتقاته الظاهرة في الانتقال الفعلي الحقيقي والتصرف في كلمة اللام بحملها على الاستقرار كما فعله الاصحاب .

وهذا التصرف وان كان خلاف مقتضى القاعدة - لانها تقتضي ابقاء المقيد على حاله وتقييد المطلق كما قلنا - لكنها قد يصار عنها الى التصرف في القيد

ويبقى المطلق على اطلاقه اذا كان ذلك التصرف أقرب ، كما هو الشأن في جميع موارد تعارض الاحوال ، لان التخصيص مثلاً وان كان أرجح من المجاز مثلاً نوعاً الا أن بعض المجازات لقربه يقدم عليه ، فليس كل تقييد أولى من كل تصرف في المقيّد كما في المقام ، فان اطلاق الادلة المشتملة على لفظ الارث يقتضي الانتقال الفعلي مطلقاً مع الدين وعدمه ، لكن ورد في مقابلها أدلة مشتملة على لفظة اللام مقيدة بما بعد الدين ، ومقتضى قاعدة التقييد حمل المطلق على غير المقيّد ، فلا ملكية في مورده أصلاً .

لكن هذا الحمل يستلزم التصرف في لفظ الارث ومشتقاته بحملها على الانتقال الشأني ، وهو تصرف مرجوح يمكن الاستراحة عنه بحمل اللام في الادلة المقيدة على استقرار الملك ، ولو قلنا بأنها موضوعة لاصل الملكية لاستقرارها ، فضلاً عما لو قلنا بانصرافها من حيث الاطلاق أو من حيث غلبة الاستعمال أو من حيث الوضع الى الاستقرار كما هو الاظهر ، فنحملها على الاستقرار فراراً عن حمل الارث على الانتقال الشأني .

نعم لو كانت الادلة المقيدة أيضاً مشتملة على لفظ الارث مكان اللام أمكن جعله قرينة على ارادة الانتقال الشأني من لفظه في المطلقات على الانتقال بما بعد الدين أو في حمله على الانتقال الشأني في المطلقات والفعلي في المقيدات . وعلى التقديرين لا يكون مع الدين انتقال فعلي من غير تفاوت ، فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر ، وان أمكن ترجيح التقييد أيضاً ابقاءً للفظ الارث في الموضعين على ظاهره الذي هو الانتقال الفعلي .

فان قلت : قد ورد في رواية سليمان بن خالد « ان الوارث يرث الدية بعد

الدين^(١) » ، فيقيد به اطلاق ما اشتمل على لفظ الارث من أدلة الميراث .

قلنا : لفظ الارث اذا نسب الى المال فمعناه الاخذ ، أي يأخذ الدية ، وما قلناه من تفسيره بالانتقال انما هو اذا نسب الى المورث ، فمعنى « ورث زيد أباه » أنه انتقل المال اليه ، ومعنى « ورث زيد الدار » اذا أخذها ارثاً - فافهم وتأمل .

هذا ما أدى اليه النظر في الادلة من العقل والنقل .

[استدلال المحقق القمي على مسألة الارث المقيّد]

ثم ان المحقق القمي سلك في الاستدلال على مذهب القدماء مسلماً آخر أشار اليه في القوانين في الاجتهاد والتقليد وفصل القول فيه في بعض جواب سؤاله ، وهو أن الادلة المقيدة المشتملة على التقييد بما بعد الدين والوصية تدل على أن الارث انما يتحقق بعد أداء الدين ، فقبل الاداء فالتركة غير منتقلة الى الورثة . وحاصله حمل كلمة « بعد » على بعد الزماني وعلى أن مطلق الدين يمنع من الارث ولو لم يكن بالنسبة الى الفاضل في غير المستوعب .

وذكر في طي وجوه الرد على المتأخرين أن الايات المقيدة مجتمعة من حيث دورانها بين تقييد المالك أو الاستقرار ، فيسقط عمومات الارث عن الاستدلال ، لكنها من العام المخصص بالمجمل .

وفيه : ان حمل « بعد » على البعد الزماني مبني أولاً على تقدير في المقام ، وقد عرفت أن معنى الاية تام من غير الالتزام بالتقدير ، لان قوله « من بعد وصية أودين » سواء كان قيداً للظرف المتقدم - أعني لكم ومرجعه الى تعلقه بمتعلقه أو قيداً أي حالاً لما ترك أو للسهم كما في كشف اللثام ، فمعناه افادة مانعة الدين من غير حاجة الى تقدير أداء أو وفاء أو نحوهما .

وأما ما ذكره من كون العمومات مخصصة بالمجمل . ففيه ما لا يخفى ، لان

اجمال المخصص انما يقدح في الاستدلال بالعام اذا كان على وجهه يوجب التخصيص على جميع الاحتمالات ، وأما اذا كان الاجمال باعتبار دورانه بين احتمال يكون مخصصاً - كما اذا كان اللام في المسألة للملكية وبين احتمال لا يكون مخصصاً كما لو حملت على الاستقرار - فالعام لا يسقط عن الحجية ، بل ربما يجعل عموم العام رافعاً لاجمال ذلك المخصص كما تقرر في محله .

وربما يستدل على كل من القولين ببعض الفروع المجمع عليها ، لان بعضها يناسب القول الاول وبعضها يناسب القول الثاني ، لكن الكل ساقط عن صلاحية الاحتجاج ، لعدم استلزامها شرعاً أو عقلاً لشيء من القولين . نعم لو تم الحجة لكان في بعضها تأييداً ، مثلاً قيام الاجماع على سلطنة الوارث على البيع ونحوه ولو بقبول الدين في الذمة أو بأدائه من ماله .

وبالجملة أحقية الورثة بأعيان التركة آية كونه مالكا ولو كان محجوراً فبعض جهات التصرف ، لان الملك لا ينافي الحجر ، بخلاف السلطنة على عين فانه ينافي عدم الملكية رأساً ، ومرجهه الى أن السلطنة ينكشف كشفاً انياً عن الملكية بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم ، والافأحقية الورثة بأعيانها أو سلطنته على بعض التصرفات بنفسها ليس مما يستلزم كونه مالكا الا باعتبار ملاحظة ما أثبت الملازمة بين المال والسلطنة ، مثل قوله «الناس مسلطون على أموالهم» . ومع ذلك ففي المناقشة فيه مجال واسع واضح يظهر للمتأمل ، لكنه لا يخلو عن تأييد للقول الثاني .

ومثله الاجماع على أن الحالف مع الشاهد في دعوى مال للمورث هو الوارث ، وغير المالك لا يحلف ، لان الحلف لا يثبت مال الغير ، فان مرجعه الى ما دل على عدم اثبات الحلف مالا للغير ، فانه يدل على الملكية في موارد

صحة الحلف بالان ، والا فلا شهادة في صحة الحلف على اثبات مال للمورث على كون الحالف مالكا للتركة .

الى غيرهما من الفروع التي لا ينافي عدم الملكية في نفسها الا بملاحظة أدلتها التي أثبتت الملازمة بينها وبين الملكية .

[عدم جواز تصرفات الوارث في الارث المقيد]

ثم انه بناء على القول الاول - أعني عدم انتقال المال الى الورثة - لا ينبغي الاشكال في عدم جواز تصرفاته تكليفاً ووضعاً ، فلا يصح بيعه لشيء من أعيان التركة أو اتلاف بعضها أو نحوه من التصرفات الاتلافية . وأما على القول الثاني - أعني الانتقال - ففي جواز التصرف وعدمه اشكال مبعثر بأن تعلق الدين بالتركة هل هو كتعلق الدين بالمرهون أو كتعلق ارش الجنابة برقبة العبد .

والتحقيق أن الوارث لا يجوز له شيء من التصرفات المتلفة لجهة المالية ، والدليل عليه ماورد في الدية من أن الميت أحق بها من الوارث^(١) ، فان فحواها يشتمل لسائر التركة ، اذ الدية لم تكن داخلية في ملك الميت أصلاً بخلاف التركة . وجه الدلالة واضح ، فان الاحقية ظاهرها الملكية ، ولذا يستدل بمثل قوله « من سبق الى مباح فهو أحق به »^(٢) على كون الحيازة من أسباب حصول الملك . ومع التنزيل عن الملكية فلا أقل من الحق المانع عن تصرفات الوارث وهجره عن الانتفاعات المالية قبل حصول براءة ذمة الميت .

وماورد أيضاً في عبد مأذون اختلف فيه وفيما في يده بين غرماء مالكة الميت والورثة ، من أنه لا سبيل للورثة الى ذلك العبد وما في يده قبل الدين . وهو

(١) الوسائل ج ١٧ ب ١٤ من ابواب موانع الميراث .

(٢) الكافي ٥٤٦/٤ ، ح ٣٣ .

أوضح دلالة من سابقه ، لان نفي السبيل أكد في تغليظ مراتب الحجر بعد صرفه عن ظاهره الذي هو عدم الملكية ، جمعاً بينه وبين ما دل على أصل الانتقال على رأي المتأخرين .

وماورد في الاتفاق على عيال الميت من أنه اذا كان عليه دين محيط بجميع المال فلا ينفق عليهم والا ينفق من أوسط المال .

وغيرها مما يدل على حجر الوارث بعد التنزل عن دالتها على عدم الانتقال . وانما قيدنا التصرف المنهي بكونه مفوتاً لجهة المالية اذ لا مانع من التصرف الغير المتلف لها ، مثل معاوضة عين من أعيان التركة بعين آخر يساويه في القيمة والمالية ، فان مثل هذا التصرف لا يمنع منه ، لان حق الديان انما تعلق بمالية التركة لا بأعيانها من حيث ذواتها .

وهذا مثل حق الورثة بالنسبة الى الزائد عن الثلث على القول بكون المنجزات منه لامن الاصل ، فان التنجيز المفوت للمالية ممنوع لامطلقاً ، فلو باع جميع التركة بثمان المثل مثلاً نفذ البيع من غير اجازة الورثة . وكذا الوصية بما يزيد عن الثلث ، فلو أوصى بجميع التركة في مقابل ما يساويها في القيمة نفذت الوصية ظاهراً .

وبالجملة حق الديان ليس متعلقاً بذوات أعيان التركة من حيث هي بل من حيث المالية ، فمتى كانت المالية محفوظة نفذ تصرف الوارث ، مثل المثل المشار اليه . ولا ينفع ضمان الوارث للدين من عنده ، فان مصلحة الغرماء عدمه ، فكل تصرف لم يكن فيه مصلحة الغرماء من حيث وصول الدين لم ينفذ من الورثة .

وربما قيل بجوازه مع قدرة الغرماء على الفسخ ، جمعاً بين الادلة المانعة وبين « الناس مسلطون على أموالهم » .

وفيه : ان ما قلنا أقرب المجموع في الادلة بعد صرف الادلة النافية عن ظاهرها الاولى - أعني نفي الملكية رأساً .

[الرهن يمنع من التصرفات مطلقاً]

ومما ذكرنا ظهر أن هذا يتعلق ليس على حشد تعلق الرهن مطلقاً ، لان الرهانة تمنع التصرف مطلقاً حتى ما لا يرجع الى تلف المالية ، وقد عرفت أن حق الغرماء ليس كذلك بل على وجه لا يمنع من بعض التصرفات الذي ليس فيه تفويت لمالية التركة ، ولو بمثل البيع لانه تفويت لمالية الجميع الى حصول ملك جديد - أعني الثمن - فلا تجوز .

ودخول الثمن في حكم التركة لا معنى له بعد فرض بيع الوارث لنفسه ، فالبيع بمنزلة الاتلاف في عدم الجواز .

نعم يجوز تبديل عين من الاعيان بعين مساوقة لها في المالية ، لعدم فوات شيء من جهات المالية ، سواء كانت المبادلة بطريق البيع أم لا .

فصار الحاصل : انه لا يجوز للورثة احداث تصرف يكون ضرراً على الغرماء ، فلو باع قاصداً لا كل الثمن كان ممنوعاً لكونه خيانة في حق الغرماء ، ولو باع لا بهذا القصد بل قاصداً لكون الثمن من جملة ما يتعلق به حق الغرماء كان جائزاً .

ومن هنا أمكن الفرق بين البيع بعين خارجي تقوم مقام المبيع في المالية وبين البيع الكلي في الذمة ، فيجوز الاول دون الثاني ، اذ تبديل المال الخارجي بما في الذمة ليس مصلحة الغرماء .

[لايجوز للموصي التصرف المفوت للمالية]

ومن هنا أمكن القول بأن تصرف الوصي في الثلث أيضاً كذلك ، فلايجوز

له التصرف الذي يكون تفويت للمالية ، وأما التصرف الغير المفوت - مثل تبديل عين الثلث بشيء آخر مساو له في المالية مثل تبديل الحنطة بالدرهم - فيجوز اذا كان التصرف أمراً لا يتفاوت الحال فيه بين الحنطة وقيمتها ، كالاستيجار لقضاء الصوم والصلاة ، من غير فرق بين تصريح الوصي بالاذن في التبديل أو عدم الاذن رأساً ، خلافاً للمحكي عن المحقق التستري الشيخ أسد الله .

فان قلت : ظاهر كلمات الاصحاب يأبى عما تقول ، لان حق الديان ان كان مثل حق الرهن فقد صرحوا بعدم جواز البيع والعق ونحوهما من التصرفات حينئذ مطلقاً كالتصرف في الرهن ، وان كان مثل أرش الجناية فيجوز مطلقاً وينتقل الحق الى ذمة الوارث ، كحق الارش بعد بيع العبد الجاني ، وان كان حقاً ثالثاً فقد صرحوا أيضاً بجواز البيع وسائر التصرفات ، فالقول بجواز البيع اذا لم يترتب عليه ضرر على الغرماء مما ياباه كلامهم في الفروع .

قلت : ما ذكرنا هو مقتضى التأمل في الادلة ، لانا نعلم أن تعليق الارث بما بعد الدين في الايات والاخبار ليس الا لاجل وصول حق الغرماء ، ومن الواضح ان مراعاة الوصول لا يقتضي أزيد من منع الوارث عن التصرفات الضرورية على الغرماء ، وأما التصرفات الغير الضرورية - مثل ما يكون فيه مصلحة للغرماء أو للورثة من غير تفاوت فيه لحال الغرماء - فلا يستفاد من الادلة .

واباء كلمات الاصحاب عنه أيضاً ممنوع ، بل الظاهر أن البيع في كلامهم مشال عن كل تصرف ضروري لا مطلق البيع ، خصوصاً بملاحظة اقترانه بالعق الذي ليس فيه مصلحة الغرماء .

فان قلت : الاحتمالات الثلاثة كيف تتصور حينئذ ؟

قلنا : تصويرها واضح ، وهو أن التصرفات الضرورية التي تصدر من الوارث

باطلة ، يعني متوقفة على امضاء الغرماء على تقدير كونه كحق الرهانة وصحيحة على التقديرين الآخرين .

ولا يذهب عليك أن ما اخترنا يشبه القول بأن النزاع في القيمة دون أعيان التركة ، فان الوارث أحق بها من جميع الناس على القول بالانتقال ، وحق الغرماء انما تعلق بمالية التركة ، فالتصرف الداهب بالمالية يجيء فيه الاحتمالات الثلاثة .

ثم اعلم أنه لافرق فيما ذكرنا بين القول الاول - أعني عدم الانتقال - والقول الثاني ، فنقول : على القول الاول يجوز للوارث أيضاً التصرف في التركة ما لم يكن المقصود اضرار الغرماء أو يترتب عليه الاضرار وان لم يكن مقصوداً ، ولا منافاة بين عدم ملك الورثة للتركة وبين نفوذ تصرفاتهم بالتصرف الغير الضروري بنص آية « اولى الارحام بعضهم أولى ببعض » ، فان أولوياتهم بالتركة - أي بأعيانها - تقتضي كمال أحقيتهم بها من غيرهم ، خرج بحكم أدلة الدين بعض مراتب الاحقية وهي الملكية . وأما الولاية في التقلب والتقلب بها على وجه لا ينافي المنساق من أدلة الدين ومصبتها - كالتقلب الغير الضار على الغرماء الغير المنافي لعلو عدم الملكية ، أعني وصول حق الغرماء - فلم يرق دليل على خلافها .

[الكلام في الدين غير المحيط بالارث]

هذه حال الدين المحيط ، وأما غير المحيط فالكلام فيه : تارة في مقدار مقابل للدين من التركة ، وأخرى في الباقي . وفي كل منهما : تارة نتكلم أيضاً في ملكية الوارث ، وأخرى في تصرفاته .

أما ما عدا المقابل فالظاهر عدم الاشكال والخلاف في كونه ملكاً للورثة

الا ماسبق من المحقق القمي . وربما يتوهم أن ظاهر عبارة العلامة عدم الملكية هنا دون القسم الاول - أعني ماكان الدين فيه محيطاً بالتركة - وهو مع يعد صدوره عن العلامة بعداً لايعارضه صريح الكلام فلا بد من تأويله فضلاً عن ظاهره فانه ليس في العبارة دلالة عليه .

قال في ميراث القواعد : من مات وعليه دين مستوعب للتركة فالاقرب عندي أن التركة للورثة لكن يمنعون منها كالرهن حتى يقضى الدين ، وقيل يبقى على حكم مال الميت ولا ينقل الى الوارث ، وتظهر الفائدة في النماء . ولولم يكن مستوعباً انتقل الى الورثة مافضل عن الدين وكان ماقابله على حكم مال الميت وتكون التركة بأجمعها كالرهن - انتهى .

وفيه : ان معنى قوله « على حكم مال الميت » في العبارة الاخيرة أنه يبنى على حكم ماله ، فيجري فيه الخلاف المتقدم من حيث الانتقال الى الورثة أو عدم الانتقال ، وليس المراد به ماهو المراد به في العبارة المتقدمة ، أعني عدم الانتقال الى الورثة . ومنشأ الاشتباه تقدير متعلق « على » في العبارة الثانية نحو يبنى لايبقى ، والقرينة على ذلك سبق الاشارة الى الخلاف في المسألة ، لان ذلك يبين كون المتعلق في هذه العبارة يبنى لايبقى .

ولقد أصاب في محكي كشف اللثام بأصل المراد ، لكن بطريق آخر ، وهو تنزيل قوله « على حكم مال الميت » في الاخير على قول قبل السابق ذكره وكيف كان فالمراد واضح اذا جردنا النظر عن كون المتعلق يبقى . وأما جواز التصرف للوارث ففيه وجهان بل قولان ، وقد عرفت قول العلامة في هذه العبارة بأن التركة تكون بأجمعها كالرهن . ولعله الاقرب والاشبه بالقواعد .

أما على القول بكون مقدار الدين في حكم مال الميت وأنه غير منتقل الى

الورثة ، فلان مقدار الدين أمر كلي مساوفي جميع أعيان التركة ، فكل ما يتصرف فيه الوارث من أعيان التركة فقد تعلق به حق الميث تعلق الكلي بالفرد لاتعلق الجزء بالكل ، كتعلق حق الشريك بالمشترك فانه على نحو الاشاعة ، بخلاف تعلق الكلي بالعين فانه ليس على هذا النحو ، ولذا لا يدخل عليه النقص اذا تلف شيء من أعيان التركة كما لا يدخل النقص على مال المشتري صاعاً من صبرة اذا تلف شيء منها .

فان قلت : تعلق الكلي بالعين لا يمنع عن التصرف فيها مطلقاً ، بل اذا انحصرت في مقدار ذلك الحق الكلي ، لانه اذا كان في غير المتصرف فيه سعة للكلي كان الكلي محفوظاً عن التصرف ، ولذا يجوز للبائع في المثل المشار اليه التصرف في الصبرة ما لم ينته الى الصاع فاذا انتهت اليه تعين كونه للمشتري ، اذا لمصداق للصاع الكلي من الصبرة حينئذ سواء ، فان تصرف فيه البائع فيرجع الى خيار التسليم أو تلف فيرجع الى مسألة تلف المبيع قبل القبض . وبالجمله اذا كانت عين أو أعيان متعلق بها حق كلي فمقتضى القاعدة جواز التصرف فيها مادام في تلك الاعيان سعة لذلك الحق ، لان التصرف حينئذ ليس فيه بل في غيره ، فلا وجه لعدم الجواز ، فاذا انحصر مصداق ذلك الحق في فرد تعين كونه ذلك الحق الكلي ، فلا يجوز التصرف لكونه تصرفاً في حق الغير .

قلنا : فرق بين الكلي المتعلق بالصبرة وأشباهه وبين الكلي المتعلق بالتركة أعني الدين ، لان هذا الكلي - أعني الدين - وجوده مانع عن استقرار ملك الوارث للفاضل وان لم يكن مانعاً عن أصل ملكه له ، وذلك لما عرفت في تفسير الاية أن المراد بما بعد الدين أن التركة لا تنتقل الى الوارث الا حال كونها مع عدم الدين ، فحال وجود الدين ولو كان غير مستوعب لا يصدق على شيء من أعيان التركة عنوان ما ترك حال عدم الدين وان أمكن أن يتصف بهذا العنوان

فيما بعد ، فاذا أراد الوارث التصرف في شيء من التركة جاء احتمال كونه من التركة حال وجود الدين أبداً واحتمال طرو صدق كونه من التركة حال عدم الدين ، بأن يصير الدين بعده معدوماً .

ولاجل مجيء الاحتمالين ومراعاة الاحتمال الاول يمنع عن التصرف فيه ، فالتصرف في شيء من التركة مع وجود الدين معرض للضرر على الغرماء وان لم يعلم كونه ضرراً فعلاً ، لأنه ان أوفى الدين انكشف عن كون المتصرف فيه حقاً طلقاً للوارث ، لاتصافه بعد الاداء بكونه من التركة حال عدم الدين ، وان لم يوفه ولا حصل مبرىء آخر انكشف كون المتصرف فيه من التركة حال وجود الدين ، فينتقل الدين حينئذ الى ذمة الوارث مع تلف الباقي بأفاه سماوية . وقد عرفت أن انتقال العين الى الذمة ليس فيه مصلحة الغرماء ، فلا يجوز ، اذ لا فرق في التصرف المنهي عنه بين كونه ضرراً أو معرضاً له ، بمعنى دورانه بين احتمال انتقال الدين الى الذمة فيكون ضرراً وبين عدم الانتقال فلا يكون ضرراً .

ولا يذهب عليك ان ما ذكرنا لا يرجع الى مختار القمي ، حيث قال بعدم انتقال الفاضل الى الورثة مع وجود الدين كما تقدم .

لانا نقول : ان الوارث يملك ما عدا الدين ملكاً فعلياً مع وجود الدين ، لكن ذلك أمر بحسب الواقع وأما بحسب الظاهر فهو محجور عن جميع التركة باعتبار عدم العلم بكون المتصرف فيه قبل الدين من مصاديق ما ترك حال وجود الدين .

ولا يخفى على من سدد النظر في فهم ما قلنا أن الصاع من الصبرة ليس كذلك ، لان بيع الصاع لا يوجب اختصاص ملك البائع بالصبرة حال عدم الصاع ، لان قضية نقل الكلبي من عين ليس أزيد من نقل ذلك الكلبي على كليه الى المشتري ،

وأما كون وجود الصاع مانعاً عن ملك البائع أو عن استقرار ملكه للصبرة فليس من مقتضياته .

فانكشف الفرق بين مانحن فيه وبين مسألة بيع الصاع من الصبرة ، واتضح أيضاً عدم الملازمة بين استحالة بيع الكلي كما قيل واستحالة سريان حق الديان الى تمام التركة كما توهم .

[هل تجب فطرة العبد اذا مات السيد وعليه دين ؟]

ومن الاحاطة بما قلنا يسهل الخطب في عبارة الشرائع في باب الزكاة ، حيث دلت على عدم وجوب فطرة العبد على الورثة اذا مات المورث بعد الهلال وعليه دين . ويتحقق المحاكمة فيما في تلك العبارة من اختلاف المشارب ، حيث أخذ المحقق القمي باطلاقه فجعله ناظراً الى ما اختاره من عدم نقل التركة الى الورثة مع الدين مطلقاً في المستوعب وغيره ، ووافق صاحب المسالك في الاخذ بالاطلاق ، فأورد عليه بأنه انما يتم على القول بعدم انتقال التركة الى الورثة لامطلقاً ، وحمله صاحب المدارك على صورة الاستيعاب تأويلاً للاطلاق .

وجه كون ما قلنا استراحة عن جميع هذه الخيالات : ان التركة ليست ملكاً طلقاً مستقراً للوارث مع الدين ولو الغير المستوعب كما عرفت ، والمناط في زكاة الفطرة هو الملك التام المستقر كما في زكاة المال .

والحاصل ان كل جزء من اجزاء التركة يحتمل لحوق صفة عدم الدين اليها ويحتمل عدم اللحوق ، والمفروض أن ملك الوارث على القول بعدم انتقال مقابل الدين الى الوارث كما هو مذهب المحقق انما هو التركة في حال عدم الدين ، فكل عين من أعيان التركة يحتمل دخوله تحت هذا العنوان فيما بعد فيكون ملكاً للوارث ويحتمل عدم الدخول ، كما اذا بقي الدين مع تلف سائر

التركة فيكون ملكاً للميت ، لانه اذا تلف الباقي من غير تفريط من الوارث يتعين كون الباقي للغرماء ، فقبل انعدام الدين لا يمكن الحكم بالملكية للوارث في شيء من الاعيان .

وان شئت قلت : ان ما قابل الدين على كليه باق في ملك الميت حكماً ، ومقتضى كليه تساوي جميع أجزاء التركة اليه ، لانه يصدق على كل واحد من مصاديق ما قابل أنه مفهوم ما قابل وان صدق عليه أيضاً أنه غير ما قابل بجعل ما قابل غيره ، لكن صدق غير ما قابل عليه لا يكفي بعد فرض صدق ما قابل عليه ، اذ لا مرجح لاحد العنوانين على الآخر ، فينبغي الانتظار الى أن يتبين الحال بانعدام الدين وعدمه، فان انعدم تعين كونه ملكاً للوارث لكونه مصداقاً للتركة حال الانعدام، وان لم ينعدم - بأن تلف ماعداد من التركة - تعين كونه للميت ، لانه لا يصدق مصداق ما قابل الدين فيه في حال وجود الدين الى القول بأن الدين في الجملة مانع عن ارث مجموع التركة كما ذهب اليه المحقق القمي ، ولا الى تنزيل العبارة على الدين المستوعب كما عن المدارك ، بل تم ذلك على القول بأن خصوص ما قابل لا يدخل في ملك الوارث سواء كان الدين مستوعباً أم لا كما بينا . هذا على القول بأن عدم انتقال ما قابل الى ملك الورثة ، وأما على القول الآخر - أعني الدخول - فالظاهر أيضاً حصر الورثة عن مجموع التركة . وعلى هذا جرى في دين القواعد وميراثه حيث قال بأن التركة بأجمعها كالرهن بقول مطلق تارة وبالتصريح أخرى .

ومما ذكرنا ظهر الحال في فرع آخر ذكره في دين القواعد ، مثل أن الوارث لو تصرف في التركة ثم ظهر دين سابق أو تجدد الدين باعتبار وجود سببه في حال الحياة كالجنائية ، فانه كالتصرف في حال العلم بوجود الدين .

كما ظهر أيضاً حال ما في بعض الروايات من أن الوارث لا يتصرف في

التركة الا مع الضمان ، فان المراد بالضمان لابد أن يكون هو الضمان الشرعي
الناقل لما في ذمة الميت الى ذمة الوارث فيعتبر فيه رضاية الغرماء ، وأما ضمانه
من عنده فلا ينفع الا مع من أن يكون ملئاً ويكون غرضه الوفاء والاداء .

ثم في الدين الغير المستوعب انما يمنع من التصرف اذا لم يكن الباقي
بحسب العادة مأموناً من الزوال والاجاز ، لان المناط في التصرف المنهي هو
تفويت حق الغرماء أو كونه في معرض التفويت ، فحيث لا تفويت ولا تعريض
جاز . والله العالم .

تذنيب

(في المطالب بحقوق الميت على الناس)

وفيه مسائل :

(الاولى) المطالبة والمحاكمة .

وهو جائز للغريم والوارث ، لوجود المقتضي وهو كون الدعوى ملزمة
وعدم المانع .

(الثانية) الاحلاف .

وهذا أيضاً مشترك بين الغريم والوارث ، اذ لا مانع منه بعد صحة الدعوى ،
ولا يشترط في الاحلاف الا كون الدعوى مسموعة ، قالوا : كلما يتوجه فيه الجواب
على الخصم يتوجه اليمين .

(الثالثة) الحلف .

وهذا مختص بالوارث ، فلا يجوز للغريم ، أما عدم الجواز له فلا عن اليمين
لان ثبت مالا لغيره ، والتركة اما ملك للوارث أو في حكم مال الميت . وبالجمله

الغريم كالاجنبي ليس له ولاية على الميت وأمواله - وان كان له حق الاستيفاء من أمواله كما أن المرتهن أيضاً ليس له الحلف على اثبات الملك للراهن اذا ادعى على العين المرهونة ، وأما جوازه للوارث فلانه قائم مقام الوارث فله الولاية على أمواله ، سواء قلنا بانتقال التركة اليه أو قلنا ببقائه في حكم مال الميت ، أما على الاول فواضح وأما على الثاني فلانه وان لم تكن التركة ملكاً فعلياً له لكنه أولى بالميت وأمواله في المطالبة عن غيره بحكم آية تفضيل أولى الارحام بعضها على بعض .

ودعوى ان الحلف لا يثبت ملكاً لغيره . فيها :

أولاً - انه لاعموم في ذلك يعم المقام .

وثانياً - ان المراد أنها لا تثبت ملكاً لغير الحالف لأنها لا تثبت ملكاً لا يكون للحالف . وبينهما فرق واضح ، وما نحن فيه من الثاني ، لان حلف الوارث لا يثبت ملكاً لحد ، أما للميت فواضح لعدم وجود حقيقة الملك بالنسبة اليه ، وأما بالنسبة الى الغرماء فللاجماع على أن التركة ليست ملكاً للغرماء . نعم هو يثبت شيئاً يمكن أن يصير ملكاً للحالف أو لغيره .

وثالثاً - ان الملك الثاني ثابت للورثة أيضاً ، لان الموت والنسب سببان للارث ، وبهذا الاعتبار أطلق الوارث على الوارث على القول بعدم الانتقال . وهذا في حكم الملك الفعلي من هذه الجهة ، اذ القدر المعلوم من عدم اثبات الحلف ملكاً للغير أن يكون الحالف غير مالك للمحلوف عليه لافعلا ولاشأناً ، بأن لا يكون سبب الملك موجوداً أيضاً ، وأما مع وجود سبب الملك فلا دليل على عدم جوازه بعد عموم أدلة اليمين المردودة .

هذا ، ثم لو ادعى الغريم وأحلف سقط حقه مما في ذمة المدعى عليه ظاهراً وباطناً ، فلا يجوز له المقاصة أيضاً ، كما تقدم في يمين المنكر من أنها تذهب

بما فيه . لكن حق الوارث لا يسقط بهذه الدعوى ، فله الدعوى ثانياً ، فان أقام
بينة أو شاهداً وحلف يثبت الدين .

وهل للغرماء حينئذ نصيب منه بعد حلف المدعى عليه لهم ؟ الظاهر عدم
الاشكال في كون الدين حينئذ كسائر التركة بالنسبة الى تعلق حق الغرماء اذا
استوفى ذلك الدين ، لانه بعد الاستيفاء من جملة ماترك لا يقال ذهب يمين المدعى
بحق الغريم فكيف يتعلق حقه بذلك الدين الذي استوفاه الوارث .

قلنا : ذهاب اليمين بما فيه قد عرفت أنه ليس على وجه يبدل الواقع ويؤثر
فيه على وجه يحرم معه التعرض سرّاً وجهرّاً كالمقاصة ، فكل حكم من الاحكام
لا يعد ثبوته تعرضاً بحال الحالف لأبأس من ترتيبه . ولا ريب أن الدين يتعلق
واقعاً بالتركة ، وترتيب آثار هذا الحكم قبل ثبوت الدين بعد حلف المدعى
عليه للتغريم تعرض بحاله وتكذيب عملي لحلفه ، وأما بعد ثبوت الدين ووجوده
في الخارج وصيرورته في عنوان ماترك فليس العمل بمقتضاه تعرضاً بحاله .
هذا بعد الاستيفاء ، وأما قبله ففي جواز مطالبة الغريم حينئذ اشكال في محكي
القواعد : من أن اليمين ذهبت بمافيه فلاحق للغريم عليه ، ومن صيرورة الدين
بعد البينة أو الشاهد واليمين من جملة التركة .

كذا حرر وجه الاشكال في محكي كشف اللثام ، والظاهر أن وجهه شيء
آخر ، وهو أن مافي الذمة ليس على حد العين في صدق عنوان ماترك عليها ،
لان كون مافي الذمة من جملة التركة عبارة عن ثبوت حق من الميت في ذمة
المديون يكون صاحبه ومطالبه اثنان الغريم والوارث ، فاذا سقط حق الغريم
يحلف المديون كان معنى سقوطه سقوط ما كان له من حق المطالبة ، فكيف يعود
ذلك الحق للذاهب .

بخلاف كون العين من جملة ماترك ، فانه عبارة عن اتصافها بصفة المالية كسائر الاعيان اما للوارث أو للميت حكماً ، فما في ذمة المديون قبل تعيينه في الخارج ليس شيئاً قابلاً لتعلق حق الغريم بعد فرض سقوط ما كان له من المطالبة ، وأما بعد التعيين الخارجي وتشخصه باستيفاء الوارث دخل تحت عنوان التركة التي هي مجمع حق الغريم والوارث . والله العالم .

فهرس الكتاب

٥	كلمة محقق الكتاب
١٠	ترجمة المؤلف
٢٥	بدء الكتاب
٢٦	معنى القضاء لغة وعرفاً
٢٧	وجوب الحكم بالحق وجوازه
٢٨	ما يعتبر في القاضي من الشرائط
٢٨	العدالة ومعناها الفقهي
٢٩	استقلال الحاكم بالفتوى
٣١	الفرق بين الحكم والفتوى
٣٢	مسائل في قضاء المقلد
٣٣	الادلة على قضاء الحاكم مستقلا
٣٤	اختلاف المتخصصين في الشبهة الحكمية
٣٥	وجوب الزام المستمرد بالحكم
٣٩	المراد من العلم ما يشمل الظن الذي دل الدليل على حجيته

- ٤٣ من أدلة وجوب الحكم مادل على اعتبار البيئة
- ٤٥ علم القاضي في القضاء والحكم
- ٤٦ حرمة نقض الحكم
- ٤٧ القضاء في الشبهات الموضوعية
- ٤٨ نصب المجتهد المقلد للقضاء وتوكيله
- ٤٨ هل يجوز نصب الامام القاضي غير المجتهد
- ٤٩ البحث في الولاية العامة للمجتهد
- ٥٠ الجواب عن الادلة الواردة في ذلك
- ٥٢ حكم التوكيل في القضاء
- ٥٢ تقسيم الافعال التي يترتب عليها أثر شرعي
- ٥٥ قضاء المقلد في حال الاضطرار
- ٥٦ القضاء في الشبهات الموضوعية عند الاضطرار
- ٥٨ عدم استقلال العقل في المسائل الخلافية
- ٦٠ ما يختص بأحكام المقلد المنصوب للقضاء
- ٦٤ عدم جواز الترافع الى أحكام الجور
- ٦٤ الادلة على 'حرمة التحاكم الى الطاغوت
- ٦٧ لا يجبر واجد شرائط القضاء على القضاء مع وجود مثله
- ٦٩ حكم ما يعود الى القاضي من الاموال
- ٦٩ ارتزاق القاضي من بيت المال
- ٧٠ أخذ الاجرة على القضاء
- ٧١ الكلام في الاستيجار على بعض العبادات
- ٧٣ حقيقة النيابة وآثارها

- ٧٥ عدم الفرق بين النيابة في المعاملات والعبادات
- ٧٦ عدم توقف تأثير النيابة في الحكم الوضعي على استحبابها
- ٧٧ النائب ينوي في العبادات النيابة ثم القربة
- ٧٩ النيابة أمر توقيفي لا بد من ثبوت شرعيتها
- ٨٠ جواز النيابة عن الاموات
- ٨١ جواز الاجارة في العبادات يتوقف على ثبوت شرعية النيابة فيها
- ٨٤ اهداء ثواب العبادات للاموات أو الاحياء
- ٨٧ الواجب الكفائي لامانع من الاستيجار عليه
- ٨٩ الفرق بين ماله أجره وما ليس له أجره عرفاً
- ٩٢ عود الى أخذ الاجرة على القضاء
- ٩٣ ما يثبت به ولاية القاضي
- ٩٣ معنى الاستفاضة في الخبر
- ٩٤ غرض الفقهاء من الخبر المستفيض
- ٩٦ الادلة على اعتبار الاستفاضة الظنية
- ١٠١ هل ينعزل القضاة بموت الامام ؟
- ١٠٤ علم القاضي هل يكون بينة للقضاء ؟
- ١٠٦ حبس المدعى عليه لو كانت بينة المدعي غير تامة
- ١٠٧ في نقض حكم الحاكم
- ١٠٨ ما يجوز فيه نقض الحكم
- ١١١ ماذا يراد من حرمة نقض الحكم
- ١١٢ نقض الفتوى بالحكم وبالعكس
- ١١٤ نقض المجتهد فتوى غيره

- ١١٦ تتبع الحاكم حكم من قبله
- ١١٦ ترجمة مترجم الدعوى شهادة أو رواية
- ١١٨ هل يكفى اظهار الاسلام في الشهادة
- ١٢٢ ماهي حقيقة العدالة
- ١٢٣ الاكتفاء في العدالة بعدم ظهور الفسق
- ١٢٤ أمور تتعلق بالملكة
- ١٢٥ نقض حكم الحاكم اذا عرف فسق الشهود
- ١٢٧ كيفية تعديل الشهود أو جرحهم
- ١٢٩ شرطية التفصيل في الجرح
- ١٣٢ حمل كلام المخبر على المصدق الخبري
- ١٣٧ كيفية تعديل الشهود
- ١٣٨ اعتبار العلم في مستند التعديل
- ١٤٠ العمل بقول الجراح عند اختلاف الشهود
- ١٤١ الكلام في الامارة وكيفية قبولها
- ١٤٢ معنى تصديق المخبر بالعدالة والفسق
- ١٤٥ لو اختلف زمان التعديل والجرح
- ١٤٧ عند تعارض الجرح والتعديل يؤخذ بالارجح منهما
- ١٤٨ جواز الاستناد في ملكة العدالة الى الاستصحاب
- ١٤٩ وجوب سماع دعوى المجهول
- ١٥١ سماع الدعوى على الغائب
- ١٥٣ النقاش في سماع دعوى المجهول
- ١٥٥ احضار الخصم بالتماس خصمه

- ١٥٧ اعتبار الجزم في الدعوى
- ١٦٠ في الظن في الدعوى ومحلها
- ١٦١ في جواب المدعى عليه
- ١٦٢ لابد من الحكم بعد البينة لاثبات الدعوى
- ١٦٥ موضع حجية البينة
- ١٦٦ الاقرار سبب لالزام المقر بما أقر به
- ١٦٨ مسائل من أحكام الاقرار
- ١٧٣ في دعوى المدعى عليه الاعسار
- ١٧٤ هل يحتاج في اثبات الاعسار الى اليمين
- ١٧٦ العسر أمر وجودي مع ملاحظة أمر عدمي
- ١٧٨ دعوى الاعسار بدون العلم بسبق المال
- ١٨٥ مواضع تقبل فيها بينة المنكر
- ١٨٦ سماع البينة من المنكر على ما يمنعه
- ١٨٨ البينة القائمة على الاعسار في المسبوق بالمال
- ١٩٠ الصور المختلفة في الشهادة على الاعسار
- ١٩٧ حلف المنكري سقط جميع حقوق المدعي
- ٢٠٢ لو أقر المنكر عاد حكم المطالبة والتقص
- ٢٠٣ تجديد مقال لتوضيح حال
- ٢٠٦ هل يذهب الحلف بالحق في العين أيضاً
- ٢٠٧ لو وجد المدعي عين ماله يجوز أخذه
- ٢٠٨ في جواز التقاص من المنكر
- ٢١١ هل تسقط دعوى المدعي مع النكول

- ٢١٢ الادلة على سقوط الدعوى مع النكول
- ٢١٥ عدم تمامية أدلة سقوط الدعوى مع النكول
- ٢١٨ معنى كون اليمين بمنزلة البينة
- ٢١٩ الادعاء على من يقر بغير ما يدعيه المدعي
- ٢٢١ ثمرة كون اليمين مثل البينة
- ٢٢٢ الحلف من موارد الاقرار لا البينة
- ٢٢٤ نكول المدعي عن اليمين المردودة
- ٢٢٥ نكول المدعي عن اليمين والرد معاً
- ٢٣٦ مستثنيات عدم القضاء بالنكول
- ٢٤٠ لا يستحلف المدعي لو أقام بينة تثبت حقه
- ٢٤٢ الاشارة الى مواضع تلغى فيها خصوصيات العلة
- ٢٤٤ اليمين في الدعوى على الغائب
- ٢٤٦ فرض دعوى الميت البراءة لو كان حياً
- ٢٤٨ بعض ثمرات قول المدعي « لآندري »
- ٢٥٢ الدعوى على الحي الذي لالسان له حين الدعوى
- ٢٥٥ لو كان المدعي وكبلاً عن الغائب
- ٢٥٦ هل يسلم الحق الى المدعي لو كان المدعى عليه غائباً
- ٢٥٧ سكوت المدعي عند اقامة الدعوى
- ٢٥٩ اذا قال المدعي « لآدري »
- ٢٦٢ اعتبار الحلف في المدعى عليه
- ٢٦٤ مسائل متعلقة بالقضاء على الغائب
- ٢٦٤ القضاء على الغائب عن البلد

- ٢٦٧ تقسيم المدعي على الغائب
- ٢٦٨ مطالبة الوكيل عن صاحب الحق
- ٢٧١ القول في كيفية الاستحلاف
- ٢٧١ عدم الاحلاف الا بالله تعالى
- ٢٧٢ كيفية احلاف المجوس
- ٢٧٤ التغليظ في الاحلاف
- ٢٧٥ لو حلف على عدم الاجابة الى التغليظ
- ٢٧٦ الكلام في العناوين الثانية
- ٢٧٧ العنوان الثانوي مختص بما عدا الحرام
- ٢٨٠ عدم مزاحمة المستحبات للمحرمات
- ٢٨٢ الحلف على عدم التغليظ لاعلى عدم الاجابة
- ٢٨٢ حلف الاخرس بالاشارة
- ٢٨٣ المراد من الاستحلاف في مجلس القضاء
- ٢٨٤ حكم الحلف باللغات غير العربية
- ٢٨٥ البينة وظيفه المدعي واليمين وظيفه المنكر
- ٢٨٨ لا بد من الجزم في اليمين
- ٢٨٩ اليمين المتكلمة على الامارات والاصول
- ٢٩٣ لو كان الاخبار مستنداً الى الاصل
- ٢٩٥ يلزم الحلف على القطع لانفي العلم
- ٢٩٦ الدعوى على نتيجة الفعل
- ٣٠٠ وجوب احرار مطابقة الجواب والحلف للدعوى
- ٣٠٢ الاراء في يمين نفي العلم

- ٣٠٩ يمين نفي العلم هل هي فاصلة للدعوى
- ٣١٠ دعوى علم المدعي بالمدعى عليه
- ٣١٢ الدليل على عدم الجزم في دعوى العلم
- ٣١٤ دعاوي لا يعلم فيها كيفية الحلف
- ٣١٤ دعوى اتلاف البهيمة شيئاً
- ٣١٦ دعوى جنابة العبد
- ٣١٧ تتوجه اليمين على الوارث في صورة ادعاء العلم
- ٣١٩ المراد من دعوى علم الوارث
- ٣٢١ الغريم مولى العبد عند الادعاء عليه
- ٣٢٢ عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة
- ٣٢٣ مواضع تسمع الدعوى فيها مجردة عن البينة
- ٣٢٥ الاستدلال بقيام اليمين مقام البينة
- ٣٢٩ الصلح عن الدعوى باليمين حيث لا سبيل اليها شرعاً
- ٣٣١ تقسيم احوال المدعي الى ثلاثة أقسام
- ٣٣٣ في تورية الحالف
- ٣٣٤ تورية المظلوم في الحلف جائزة
- ٣٣٦ هل تثبت الشفعة عند الزام القاضي بالحلف عليه
- ٣٣٨ انتقال التركة الى الوارث عند احاطة الدين
- ٣٤٠ اذا كان على الميت دين فليس للورثة شيء
- ٣٤٣ المراد بالوصية والدين
- ٣٤٥ جرح أدلة القدماء في المسألة
- ٣٤٧ صدق الارث على الملك الحاصل بالفسخ حقيقة

- ٣٥٠ استدلال المحقق القمي على مسألة الارث المقيّد
- ٣٥٢ عدم جواز تصرفات الوارث في الارث المقيّد
- ٣٥٤ الرهن يمنع من التصرفات مطلقاً
- ٣٥٤ لايجوز للوصي التصرف المفوت للمالية
- ٣٥٦ الكلام في الدين غير المحيط بالارث
- ٣٦٠ هل تجب فطرة العبد اذا مات السيد وعليه دين ؟
- ٣٦٢ في المطالب بحقوق الميت على الناس

كِتَابُ الْقَضَاءِ

تأليف

الفقيه المحقق والاصولي المدقق

الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

(١٢٣٤ - ١٣١٢)

(الجزء الثاني)

تحقيق

السيد أحمد الحسيني

من منشورات
دار القرآن الكريم
(قم - ایران)

مَطْبَعَةُ الْخَيَّامِ - قُمْ

(١٤٠١ هـ)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين ، محمد سيد الاولين والاخرين ، وعلى آله وذريته الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم الى يوم الدين .

القول فى الشاهد واليمين

يبحث فيهما عن جهات فى ضمن التقاطات :

التقاط

[القضاء بالشاهد واليمين والدليل عليه]

يقضى بالشاهد واليمين فى الجملة بالاجماع بل بالضرورة ، والروايات عليه من طرق العامة والخاصة مستفيضة، ومن طرق الخاصة مارواه عبدالرحمن ابن الحجاج قال : دخل الحكم بن عيينة وسلمة بن كهيل على ابي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال : قضى به رسول الله «ص» وعلي «ع» بالكوفة فقالا : هذا خلاف القرآن . فقال : وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ فقالا : ان الله تبارك وتعالى يقول « وأشهدوا ذوي عدل منكم »^(١) . فقال عليه السلام لهما : فقولاه « وأشهدوا ذوي عدل منكم » هو أن لاتقبلوا شهادة واحد ويمينا^(٢) .

نقول : لعلهما ماقرأ القرآن حتى يعلما موضع هذه الاية، فانها وردت فى

(١) سورة الطلاق : ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ٦٦ .

الطلاق ولم يقل فيه أحد بكفاية شاهد ويمين، ولو قرأ قوله تعالى « واستشهدوا الشهيدين من رجالكم »^(١) كان أحسن، وحيثئذ فالجواب : أولاً ما أشار اليه الامام بطريق الانكار والرد ، أعني عدم دلالتها على عدم قبول شاهد ويمين . وثانياً ان الامر في هذه الاية للارث أولاًن ترك الاشهاد في معرض الوقوع في النزاع، فلا مساس له بالمقام أعني عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين .

فان قلت : لو كان هذا كافياً لما كان وجه لاعتبار التعدد في الشاهد ، اذ الشاهد الواحد حيثئذ يكفي في الفرار عن خوف ذهاب الحق .

قلنا : أولاً ان التعدد في الشاهد يمنع من انكار المشهود عليه دون الوحدة، وثانياً ان التعدد أكد في مقام الزام الخصم، فيكون ذكره في مقام الارشاد أولى مما هو دونه في الالتزام - أعني الشاهد .

ثم قال عليه السلام : ان علياً «ع» كان قاعداً في مسجد الكوفة فمر به عبد الله ابن قفل التميمي ومعه درع طلحة ، فقال له علي : هذه درع طلحة أخذ يوم البصرة غلولا . فقال له عبد الله بن قفل : فاجعل بيني وبينك قاضيك الذي نصبته للمسلمين ، فجعل بينه وبينه شريحاً ، فقال له علي عليه السلام : هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة . فقال له شريح : هات على ماتقول بينة . فأتاه بالحسن «ع» فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال : هذا شاهد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر . قال : فدعا قنبراً فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك . قال : فغضب «ع» وقال : خذها فان هذا قضى بالجور - ثلاث مرات - فقال له : ويلك أو ويحك اني لما أخبرتك انها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة

فقلت هات على ماتقول بينة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينة^(١) .

نقول : الغلول دخول شيء في شيء بالرفق كدخول الماء في الشجر ، والغلول هنا مال عن الغنيمة أخذ على نحو يشبه بالسرقة قبل القسمة .

ومعنى قوله صلى الله عليه وآله ان مدعي أخذ الغنيمة يصدق بلا بينة ولا يمين بعد معلومية كونه من الغنيمة ، وأما مع الشك فيه وكون الدعوى في أصل كونه من الغنيمة فلا معنى لأخذه بلا بينة ، وحينئذ فالحكم على طبق القواعد ، لان مدعي كونها على غير وجه الغلولية مدعي مطالب بالبينة لموافقة قول منكره للأصل بل الأصول .

ووجه استشهاد الامام عليه السلام في درع طلحة بقول رسول الله «ص» أنه لما كان كون الدرع درع طلحة وكونه من الغنيمة أمراً معلوماً وكان دعواه عليه السلام أنه أخذ غلولا - يعني بدون اذن الامام وتقسيم الغنيمة - كان مطالبة البينة منه عليه السلام قضاءً جورياً .

ثم قال عليه السلام : فقلت لم يسمع هذا الحديث فهذه واحدة ، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر ، وقد قضى رسول الله «ص» بشاهد واحد ويمين فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك ولا بأس بشهادة المملوك اذا كان عدلاً ، ثم قال : وملك أو ويحك امام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا .

صدق الله العلي العظيم وصدق رسوله الكريم ووجهه العليم .

التقاط

[هل الشاهد واليمين معاً حجة للمدعي ؟]

هل الشاهد واليمين هما معاً حجة للمدعي ، وأن الحجة هو الشاهد واليمين شرط ، أو العكس ؟

قيل : وتظهر الفائدة في الغرم وقدره مع رجوع الشاهد : فعلى الاول يغرم الشاهد النصف ، وعلى الثاني الكل ، ولا يلزم شيئاً على الثالث .

استدل على الاول بظاهر النصوص الدالة على توقف القضاء بهما معاً ويتوقف كل منهما على الآخر ، فيكون الحجة مركبة منهما .

وعلى الثاني بأن اليمين قول المدعي فلا يكون حجة على المنكر بل هو شرط كيمين الاستظهار ، والاولى الاستدلال عليه بنحو « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بعد دعوى صدق البينة على الشاهد الواحد كصدقها على أربعة مثلاً ، فان الشاهد يكون حينئذ كالشاهدين في الحجية وان اشترط بشيء كالبينة في الدعوى على الميت .

وعلى الثالث بأن اليمين جزء آخر للعلة فيكون هو الحجة ، والاولى الاستدلال عليه بأن الشاهد انما هو لتقوية جانب المدعي وصيرورة المقام به مقام احلاف المدعي ، اذ عرفت سابقاً أن الحلف انما هو على من يقوي جانبه منكرأ كان أو مدعياً ، وان اختصاص المنكر به غالباً انما هو لقوة جانبه للاصل ، فلو قوى جانب المدعي لامارة نوعية أو شخصية انقلب الامر . والشاهد الواحد ليس من موازين القضاء أبداً ، وانما فائدته تقوية جانب المدعي ليحلف ، فالحلف هو الحجة بحكم قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »^(١) ، وانما يحتاج في استعماله الى الشاهد ليصير المقام مقامه .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

وكيف كان فلا جدوى في هذا النزاع وما ذكره من الثمرة بل واضح ، لان الحلف سواء كان شرطاً أو شرطاً أو مشروطاً فله مدخلية في الحكم وسبب في الاتفاق على المحكوم عليه ، وهذا القدر يكفي في ضمان الحالف للنصف ، لان تأثير المقتضي والشرط في مسألة الضمان على نحو واحد وان كان تأثير الاول أكد ، وهو واضح .

التقاط

[لو قدمت اليمين على الشاهد وقعت لاغية]

يشترط في الشاهد واليمين تقديم الشاهد على اليمين وتعديله ، بخلاف موجود بيننا . فلو قدمت اليمين وقعت لاغية .

والاصل في المسألة بعد الاجماع هو الاقتصار فيما خالف الاصل على القدر المتيقن ، ولم يثبت في الشاهد واليمين الا ذلك . ويؤيده الترتيب الذكري في أخبار المسألة ، وليس في الادلة اطلاق في المقام ، لورودها في مقام أصل تشريع الشاهد واليمين .

وربما يذكر له بعض الوجوه والاعتبارات قابلة للمناقشة ، مثل ما في المسالك من كون الحجة هو الشاهد واليمين متممة له ووظيفة المتمم التأخير ، ومثل ما عن كشف اللثام من أن الشاهد يوجب تقوية جانب المدعي فيحلف كالمنكر ، فقبل قيام الشاهد لامرور للحلف . والوجه الاول مبني على كون الحجة الشرعية هو الشاهد واليمين شرطاً ، والثاني على العكس ، وشيء منهما ليس بثابت ، وان ذكرنا للاخير وجهاً في الالتقاط السابق .

نعم يمكن أن يكون سر ماذهب اليه الاصحاب هو ظهور أدلة الحلف في أنه لا بد أن يكون الحلف بعده الحكم ، فلو قدم على الشاهد لم يقع الحكم

بعده . وهو موافق للاعتبار أيضاً ، لان قضية التعظيم عدم تخلف الحلف عن القضاء ، وهو انما يتم اذا كان جزءاً أخيراً للميزان أو بمنزلة الجزء الاخير ، اذ لو كان الجزء الاول فربما لا يلحقه الجزء الاخير فلا يتعقبه حكم .
وقد استفدنا من الادلة نحوقوله « من حلف بالله فصدقوه »^(١) خلاف ذلك ، والامر فيه سهل بعد وضوح أصل الحكم .

التقاط

(في مورد الشاهد واليمين ومقام استعمالهما)

اعلم أن الدعوى اما أن تكون في شيء متعلق بالله سبحانه ويسمى بحق الله أو في أمر متعلق بالادمي ويسمى بحق الناس ، والاول مثل رؤية هلال رمضان ونحوها من الموضوعات التي تستتبع أحكاماً شرعية ، والثاني على أقسام أربعة :
الاول : أن لا يكون مالا ولا مستتبعاً لمال كحق القذف .

الثاني : أن يكون بالانحصار .

الثالث : أن يكون غير مال مستتبعاً للمال .

وهذا أيضاً على قسمين : أحدهما ما كان المقصود الاصلي منه مالا كالبيع والصلح وحق الخيار وحق الشفعة ونحوها ، والثاني ما لم يكن كذلك وان استتبع المال دائماً كالتكاح اذا كان المدعي امرأة أو أحياناً كالقصاص فانه قد يستتبع مالا ، كما اذا كان على المقتضى منه ديون مؤجلة بناءً على كون الموت سبباً لتعجيل ما على الميت من الديون .

اذا تحقق ذلك فالقسم الاول - وهو حق الله المحض - لا يثبت بالشاهد

(١) الوسائل ج ١٦ باب وجوب الرضا باليمين من كتاب الايمان ح ١ بلفظ «من حلف

بالله فليصدق» .

واليمين ، اذ المحلوف له انما هو الله تعالى ولا فائدة بالنسبة الى الله تعالى كما مر سابقاً ، ولعل هذا اجماعي عندنا .

وأما باقي الاقسام ففي ثبوتها بها مطلقاً أو التفصيل بين الحق الغير المالي المحض وبين ماعداً فيثبت الثاني مطلقاً دون الاول واختصاص الحكم بخصوص الديون من قسم الحقوق المالية . وجود واحتمالات :

(أما الاول) فلم نجد قائلًا به الا أن اطلاق كثير من الادلة يقتضيه :

ومنها - حديث استخراج الحقوق بأربعة بناءً على ما هو الظاهر في مقابلة الجمع بالجمع من الاستغراق^(١) ، بمعنى ثبوت كل واحد من الحقوق بكل واحد من الاربعة ، خصوصاً بعد ملاحظة ما فيه من بعض الشواهد ، حيث اشتمل على ذكر الاربعة بنحو الترتيب المشعرين بصلاحيه كل مقام لمجيء الاربعة بعد فقد الاول ثم الاول .

لكن ورد في مقابلها أدلة مقيدة لاطلاقها بخصوص الدين ، مضافاً الى ما في خصوص حديث الاستخراج من قابليته للاهمال ووروده في مقام أصل بيان جنس الموازين في جنس الحقوق لافي مقام بيان تمام الحكم .

منها - الجعفري : كان رسول الله «ص» يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يكن يجيز في الهلال الا شاهدي عدل^(٢) . دل بظايره على انحصار موردهما بالدين .

لا يقال : هذه حكاية حال لا تدل على أزيد من كون الصادر من الرسول «ص» هو القضاء بها في خصوص الدين ، ومن أين يستفاد الحصر ، لان عدم قضاء الرسول في غيره لا يدل على عدم جواز القضاء بهما فيه .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ٢ .

لانا نقول: ليس المراد أن الرسول قضى بهما في الدين دون غيره فلا يجوز ضرورة عدم اقتضائه لذلك ، بل المراد أن كلام الامام «ع» مسوق لبيان شرعية القضاء بهما وبيان موردتهما ، والا فلا جدوى في ذكر الدين وان كان الصادر من الرسول «ص» هو القضاء بهما فيه خاصة ، اذ ليس في بيان جميع خصوصيات الامر الواقع فائدة .

وأيضاً في لفظ «كان» دلالة على بيان ماعليه عادة الرسول لاماوقع في زمانه صلى الله عليه وآله .

ومنها - الجعفري أيضاً ، وفيه : فكان رسول الله «ص» يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق ، وذلك في الدين^(١) .

ودلالته أوضح ، لان ظاهر قوله عليه السلام « وذلك في الدين » بيان مامشرع فيه القضاء بهما لاماوقع فيه قضاء الرسول «ص» .

ومنها - قوله عليه السلام أيضاً : قضى رسول الله «ص» بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده^(٢) .

وهو أظهر دلالة منهما ، لمكان لفظة « وحده » الظاهرة أو الصريحة في الاحتراز عما عدا الدين .

وحمله على بيان ماوقع فيه قضاء الرسول «ص» ركيك قريب باللغو في كلام الامام عليه السلام ، اذ بيان أن الرسول ماقضى بهما في غير الدين لو لم تكن لتحديد محلتهما وموردتهما من دعاوي ، لم يتصور له فائدة مصححة لصدوره من الامام «ع» .

ثم لا يتوهم أن المثبتين لايقيد فيهما ، لان المثبتين في الاحكام الوضعية ،

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ٥ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١٠ .

خصوصاً اذا كان المقيد في مقام التحديد ، واعطاء الميزان يقيد مطلقهما بالمقيد .
فظهر أن احتمال ثبوت كل حق آدمي ولو الغير المالي بهما لامجال له .

ثم نقول : ان المراد بالدين ليس هو الدين بالمعنى الاخص ، أعني الامر
الثابت في الذمة بعد خروج مثل الانفاق على واجب النفقة ونحوها من الحقوق
المالية الغير المستقرة في الذمة ، وكذا خروج مثل البيع والصلح ونحوهما
من أسباب الملك . فالدين مثال عن كل مال أو كل شيء يكون المقصود الاصيلي
منه المال ، فلا حاجة في الحاق العين به الى الاجماع المركب ، فبطل الاحتمال
الاخير الذي حكى القول به من غير واحد من القدماء . ولعلمهم أرادوا أيضاً
بالدين ما قلنا ، أعني مطلق الحقوق المالية سواء كان ديناً أو عيناً أو شيئاً يقصد
منه أحدهما ، فتعين الاحتمال الثاني .

ثم ان تميز الحق المالي عن غيره وتميز ما يقصد منه المال عن غيره لا يخلو
عن غموض ، اذ لو جعلنا المدار على القصد الشخصي لزم خروج مثل دعوى
الخيار الغير المقصود منه في الواقعة الشخصية يحصل المال ، ولو جعلنا المدار
على القصد النوعي لزم خروج مثل النكاح مطلقاً حتى مالو كان المدعي هي
الزوجة ، لان وضع النكاح ليس لتحصيل المال وان ترتب عليه غالباً أو دائماً .
ولو جعل المدار على أحد الامرين كان أمتن ، لان العبرة بصدق كون
الدعوى في الدين بالمعنى الاعم ، فلو كان المدعى به مالا أو شيئاً وضع لاجل
تحصيل المال صدق أن الدعوى في الدين وان علمنا من حال المدعي أن غرضه
ليس تحصيل المال .

وكذا لو كان المدعى به في خصوص الواقعة الشخصية شيئاً مستتبعا للمال
وكان غرض المدعي أيضاً تحصيل المال كالتقصاص فيما لو كان على المدعي
عليه ديون مؤجلة ، صدق أيضاً أن الدعوى في الدين .

الا أن الذي يظهر من الأدلة ومن كلام الاصحاب كون المدار على الوضع النوعي ، فكلما وضع بحسب النوع لجلب المال فيثبت بالشاهد واليمين .
ثم ان ذا الجنبتين والموارد المشكوكه حكمها واضح ، فان الاول كالسرقة مثلاً يعمل فيه بالنسبة الى كل جهة ماهو وظيفتها ، والثاني يرجع فيه الى الاصل والقواعد وهو عدم الثبوت .

هذا اذا كانت الشبهة غير موضوعية ، وأما اذا كانت موضوعية فهي غير متصورة اذا كان المدار على القصد النوعي كما لا يخفى . نعم لو اعتبر القصد الشخصي أيضاً فلا يبعد إيقاف الحكم حتى يستفسر عن قصد المدعي . والله العالم .

التقاط

[حلف جماعة من المدعين في الدعوى الواحدة]

لو ادعى جماعة مالا لأمورتهم مثلاً حلفوا أجمع مع شاهدهم وثبت الدعوى ولو حلف بعض أخذ نصيبه ولم يكن للممتنع مشاركة معه - كذا في الشرائع .
واطلاقه لا يفرق بين كون المدعى به عيناً أو ديناً ، لكن الفاضل في محكي التحرير والارشاد والقواعد فرق بينهما ، فحكم بمشاركة الممتنع معه فيما أخذ اذا كان عيناً . واستشكل في المسالك الفرق بين مانحن فيه وبين مالمو أقر المدعى عليه لاحدهما فانه يشاركه الاخر فيما وصل اليه .

فهنا اشكالان : أحدهما الفرق بين الشاهد واليمين وبين الاقرار ، والثاني الفرق بين العين والدين في الشاهد واليمين .

ثم ان هنا اشكالا ثالثاً ، وهو الفرق بين المقام وبين ماعليه الاكثر من أن الدين المشترك بين الاثنين كل ما يحصل أحد الشريكين منه مشاركة الاخر ان شاء ولو نوى الدافع كونه للاخذ .

ويمكن دفع هذا الاشكال بأن الدين المشترك متعين في الخارج بتعيين المدينون ، فاذا تعين جرى على ذلك العين الخارجي حكم الشركة ، ولا يؤثر فيه تعيينه لاحد الشريكين ، لانه ليس له ولاية على تقسيم ذلك المشترك ، وكذا ليس للاخذ أيضاً ذلك ، فيبقى مراعى باجازه الاخر . بخلاف مايعينه المدعى عليه في المقام في الخارج للحالف ، فانه لم يعينه على أن يكون تعييناً للدين المدعى به ، اذ المفروض انكاره وعدم اعترافه بالدين ، فذلك العين باق في ملك المدعى عليه وانما يأخذه الحاكم للحالف بحكم الشرع المستند الى الحلف ، فلو حكم بمشاركة غير الحالف معه لزم كون اليمين مثبتة مالا لغير الحالف ، وهو غير جائز سواء كان مستقلاً كحلف الوكيل لاثبات مال الموكل أو الولي لاثبات المال المولى عليه أو في ضمن اثبات مال للحالف كما اذا كانا شريكين . فان قلت : لو شاركه الاخر فانما يشاركه بمقتضى اعترافه بالشركة لا لاجل الحلف ، لان الحلف متعلقه أمر كلي في الذمة ولا شركة فيه ومتعلق الشركة انما هو المأخوذ الخارجي ، وهذه الشركة انما جاءت بمقتضى اعتراف الحالف بالشركة في الدين .

قلنا : متعلق الاعتراف أيضاً هو المشاركة في الدين الكلي الثابت في ذمة المدعى عليه ، وكلما يوجد من ذلك الدين في الخارج ، وأما المأخوذ فليس مصداقاً لذلك الدين ، لان المفروض عدم قصد الدافع كونه وفاءً للدين حتى يجري فيه حكم الشركة بمقتضى الاعتراف ، فهو في الواقع والظاهر ملك طلق للمدعى عليه وانما يدفعه الى الحالف غصباً عليه بحسب حكم الحاكم ، فليس ذلك مما يقتضي الاعتراف بأصل الشركة في الدين المشاركة فيه ، فلو شاركناه مع الحالف لكان الحلف مثبتاً لمال الغير .

لا يقال : نية الحاكم هنا قائم مقام نية الدافع فيجب أن يشاركه ، لان الحاكم

انما حكم بدفعه وفاءً للدين المشترك ، فيكون ذلك المدفوع حصه من الدين المشترك والا لم يجز للحالف أيضاً أخذه الا تقاصاً .

لانا نقول : لم يثبت ترتب ذلك الحكم الوضعي على حكم الحاكم ، بمعنى كون حكمه ونيته بمنزلة نية المديون في تعيين الدين الكلي ، وانما ثبت جواز أخذ الحالف بمقتضى الحكم .

هذا ، وقد يناقش فيه : بأن الحالف يأخذه بعنوان كونه من الدين لابعنوان المقاصة ، فيشاركه الاخر بمقتضى اعترافه بكون المأخوذ حصه من الدين المشاع .

ومنه يظهر الفرق بين المأخوذ بالحلف والمأخوذ بالمقاصة ، فانه لامشاركة في الثاني قطعاً بخلاف الاول فان قضية الاشاعة مشاركتها فيما يحصل للحالف فيه ، الا أن المشهور لعله الاول .

ومما ذكرنا ظهر الفرق بين العين والدين أيضاً ، لان العين لما كانت ذاتها مشتركة مشاعة بينهما جرى على ما يحصل منها في يد الحالف حكم الاشاعة ، وليست كالدين محتاجة الى القصد والنية حتى تتشخص في الخارج على وجه الاشاعة ، فالمأخوذة من العين مشاعة بينهما قبل الاخذ وبعده ، بخلاف المأخوذ من الدين فانه قبل الاخذ ملك طلق للمدعى عليه وبعد الاخذ يصير ملكاً للحالف .

وأما الفرق بين مانحن فيه وبين الاقرار فهو أيضاً واضح ، وان كان في الحاقه بالمقام أيضاً وجه من حيث أن المدعى عليه منكر للاخر فيكون مثل ما نحن فيه . الا أن الاظهر الحاقه بالمعترف بهما ، لانه باعتبار اعترافه لاحدهما يتعين ما يدفعه اليه للدين ، فيجري فيه حكم الشركة بمقتضى اعترافه .

والمسألة من حيث هذه الاشكالات تحتاج الى تتبع وتأمل مزيدين . والله العالم .

التقاط

[البطون الموقوف عليهم متعاقباً]

[هل يأخذون الوقف بلا يمين]

لو ادعى بعض أن الميت وقف عليهم داراً مثلاً وبعدهم على نسلهم مترتباً ، فان حلف المدعون مع شاهدتهم قضي لهم بالوقفية ولا يؤدي منها دين ولا ميراث ولا وصية ، فان انقضوا معاً أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثاني الدار من غير يمين أو يتوقف عليها ؟

صرح في الشرائع بعدم الاحتياج الى يمين مستأنفة ، لان الثبوت الاول أغنى عن تجديده ، لكن في المسالك : فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثاني يتلقون الوقف من البطن الاول دون الواقف ، فعلى الاول كما هو الاشهر فلا حاجة الى اليمين ، كما اذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات فان وارثه يأخذه بغير يمين - انتهى .

وفيما ذكره اشكال من وجهين :

(أحدهما) انهم ذكروا في باب الوقف أن اجارة البطن الاول للوقف الى ما بعد انقراضهم باطلة لتعلق حق البطن الثاني بالوقف ، معللين بأن البطن الثاني يتلقون الوقف من الواقف دون البطن الاول . ولم يخالف فيه أحد . وان احتمل المحقق «ره» صحة الاجارة مع كون الاجرة للبطن الثاني ، وهذا كيف يجامع ما ذكره من تلقيهم الوقف من البطن الاول .

(والثاني) ان مسألة تلقي الوقف من البطن الاول أو من الواقف ليس معنوياً في كلام القوم على وجه يمكن تحصيل الشهرة على أحد طرفيها ، فكيف ذكر أن الاشهر التلقي من البطن الاول .

ويمكن دفع الاشكال الاول بأن المراد بتلقي الوقف من الواقف في مسألة الاجارة غير المراد به في المقام وأمثاله ، لان المراد به في باب الاجارة عدم كون الوقف منتقلا من البطن الاول الى الثاني نحو انتقال الارث ، وهو حق سواء قلنا بأنهم يلقون من الواقف أو من البطن الاول ، اذ خروج الوقف من ملك الاول ودخوله في ملك الثاني على القول بتلقيهم من الاول ليس على نحو تلقي الارث من المورث ، لان المورث يترك ماله للوارث بجعل الله تعالى وحكمه بخلاف البطن الاول فانهم يتركون الوقف للبطن الثاني بجعل الواقف . وان شئت قلت : ان زوال ملكية المورث عن التركة ودخولها في ملك الوارث ليس لاجل قصور في ملكية التركة للمورث ونقصان فيها بل لاجل قصور في المالك لان الميت لا يملك ، بخلاف زوال ملكية الوقف للبطن الاول فانه لاجل نقصان وقصور في نفس المملك دون المالك ، وان كان هو أيضاً قاصراً باعتبار الموت .

وأما المراد به في المقام وأمثاله فهو معنى آخر ، وهو أن يكون الوقف داخلا في ملك البطن الثاني في عرض دخوله في ملك البطن الاول ، من غير فرق الامن حيث تقدم زمان ملكهم على زمان ملك الثاني، فيكون المراد التلقي من البطن الاول في مقابل هذا المعنى ، وهو أن يكون الواقف داخلا في ملك الثاني مترتباً على دخوله في ملك الاول .

وبعبارة أخرى : التلقي من الوقف مرجعه الى أن الواقف ملك العين برهة من الزمان البطن الاول وبرهة البطن الثاني وهكذا ، لا بمعنى تجديد أصل الملك ، فان الملك لا يعقل تجديده ، بل بمعنى جعل الزمان قيداً للمملوك . فالعين المقيدة بكونها خمسين سنة مملوكة للبطن الاول والمقيدة بخمسين بعده مملوكة للثاني وهكذا . نظير تقييد المنفعة ، فان من يملك منفعة سنة من الدار فان جعل الملك

المؤبد وان كان المملوك - وهي المنفعة - محدودة. ومرجع التلقي من الاول أن الواقف ملكهم ليس الا لكن وجه خاص يرجع الى نقصان وقصور في أصل الملكية ، بأن جعله متعلقاً لحق البطن الثاني وتملكهم على نحو يستلزم انتقاله الى البطن الثاني ومنه الى الثالث وهكذا ، فالملك والمملوك على الثاني مستبدان لكن الملك ملك مخصوص متعلق بحق غير المالك ، وعلى الاول فالملك مؤبد تام والملك محدود نظير تحديد المنفعة .

فظهر الفرق بين التلقي من الواقف أو من الاول ، كما ظهر الفرق بين التلقي من الواقف في باب الاجارة وبين التلقي من الواقف في هذا المقام ونظائره ، مثل ما قالوا في قبض الوقف من كفاية قبض الاول لان الثاني يتلقون منه لامن الواقف .

ويمكن رفع الاشكال الثاني بأن الأشهر في كلامه قدس سره صفة للمبنى بملاحظة التفريع لا لنفسه ، لان المشهور عدم احتياج تجديد اليمين ، فقوله « كما هو الأشهر » معناه أن التلقي من الاول أشهر من جهة أن عدم تجديد اليمين هو الأشهر لأن التلقي من الاول في نفسه هو الأشهر. وهذا نظير دعوى الاجماع على الحكم بزعم اندراجة تحت أصل مجمع عليه .

وهذا وجه في العبارة وان كان بعيداً ، وهذا هو الكلام في المبنى .

وأما التفريع والبناء فيمكن النظر فيه من الطرفين :

(فقد يقال) بتلقيهم من البطن الاول مع لزوم تجديد اليمين كما ذهب اليه بعض مشائخنا ، لان أصل الملك للبطن الثاني مسبب عن فعل الواقف ، فهم مع البطن الاول سواء في كون كل منهما مدعياً على سائر الورثة ، فعلى كل منهما الحلف ، لان حلف الشخص لا يجدي في اثبات مال للغير ، ومجرد التقدم الرتبى والترتيب في الملك لا يغني عن حلف المتأخر .

(وقد يقال) بتلقيهم من الواقف مع عدم الحاجة الى تجديد اليمين ، لان البطون بمنزلة شخص واحد من جهة اتحاد سبب التملك وان كان ملكهم على نحو الترتيب دون التشريك ، فيكون حلف البطن الاول مغنياً ، لانه اذا حلف بعض المجموع فقد حلف المجموع ، ولذا يكتفى في القبض بقبض البطن الاول مع اشتراط الوقف بالقبض .

والحاصل ان ما ذكره قدس سره من التفريع ليس محل القبول كل القبول ، بل للمناقشة فيه مجال واسع وعلى الناظر التأمل .

[لو كان الوقف للجنس يبطل لامتناع اثباته بالحلف]

ولو كان الاستحقاق بعد الاولاد للفقراء - أي للجنس - بطل الوقف لامتناع اثباته بالحلف ، اذ المستحق اذا كان هو الجنس لم يصدق على فرد المدعى حتى يسمع منه الحلف وعادت الدار ارثاً ، اما بطلان الوقف من أصله لكونه أمراً ظاهرياً ثابتاً بموجب حلف البطن المنقرض فيرجع الى مقتضى الاصل ، أولصيرورته حينئذ كالوقف المنقطع الاخر الذي حكمه العود الى ملك الوارث ، وعلى الاول فالعبرة بالوارث حين موت الواقف ، وعلى الثاني يحتمل ذلك أيضاً ويحتمل كون العبرة بحين الانقطاع كما يحتمل غيرهما أيضاً من الوجوه المذكورة في المنقطع الاخر .

وفي المسالك يحتمل صرفه الى أقرب الناس الى الميت . وهو بظاهره لوجه له الا أن يكون المراد صرفه الى وجوه البر ، فان الشيخ في محكي المبسوط ذكر ذلك ثم قال : ان أقرب وجوه البر هو الصرف على أقرباء الميت الاقرب فالأقرب ، لان خير الصدقة هي الصدقة على الاقارب ، ولعله المراد كما يعلم من ملاحظة المبسوط .

هذا كله اذا حلف المدعون أجمع ، فان امتنعوا عن الحلف أجمع حكم بالدارميراثاً ولهم احلاف باقي الورثة المنكرين ان ادعوا عليهم العلم بالوقفية ونصيبهم وقف بمقتضى اقرارهم على أنفسهم ، فان ماتوا صرف حقهم الى أولادهم على سبيل الوقف دون الارث ، لان اقرار مورثهم نافذ عليهم .

هذا اذا كان الوارث والبطن الثاني متحدين ، فان اختلفا صرف الى البطن الثاني وقفاً ولا يعطى الوارث لاقرار مورثهم ، وهل يحتاج البطن الثاني الى اليمين في أخذهم له وقفاً ؟ في المسالك وجهان مبنيان على تلقي الوقف كما تقدم .

ويشكل ذلك بأن البطن الثاني لامعارض له لانهم الوارث ، ولو فرض كون الوارث غيرهم فهم ممنوعون عن الارث باقرار مورثهم ، فلا مدعي للبطن الثاني حتى يحلفوا له .

ويمكن أن يقال : ان الحاكم يحلفهم باعتبار رجوع أمر الوقف اليه بعد فرض جرمان الوارث فلا يعطيه مدعي الوقفية بلايمين ، وهل للأولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف كما كان ذلك للبطن الاول ؟ في المسالك فيه وجهان : من كون الاولاد تبعاً لآبائهم فاذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية .

وفيه : ان المقتضي للحلف موجود والمانع مفقود ، لان البطن الثاني سواء كان متلقى من البطن الاول أو من الواقف يدعون وقف الدار عليهم ، وهي دعوى ممنوعة فلهم الحلف مع شاهدهم ، وتلقيهم من الاول ليس يرجع الى نحو الارث كما عرفت ، فلا ربط له بالمقام .

وهل يكفيهم اقامة البطن الاول الشاهد ، اذ لا بد لهم من تجديد اقامته ؟

والثمرة تظهر عند خروج الشاهد عن شرائط القبول في عصر البطن الثاني .
وسيجيء انشاء الله تعالى في باب الشهادات تحقيق هذا المقام .

ولا يبعد القول بالكفاية ، لان الخصوم بمنزلة الخصم الواحد لاتحاد دعواهم
فلا يقاس بغيرهم في عدم الكفاية ، لان المناط في اتباع الشاهد استجماعه لشرائط
القبول عند المتبع لا عند غيره .

ولو حلف بعضهم ونكل بعض - بأن كانوا ثلاثة فحلف واحد ونكل اثنان -
أخذ الحالف الثلث والباقي تركة يقضى منه الديون والوصايا وما فضل يقسم
بين من عدا الحالف من الورثة كما عن المبسوط . وقيل يقسم على الكل حتى
الحالف ، ولا وجه له وجهه .

نعم لو كان نصيب الحالف أثراً أكثر من نصيبه وقفاً كان الزائد في حكم
مجهول المالك ، لان الحالف ممنوع منه باقراره الوقفية الموجبة لنقصان حظه
وكذا الوراث لانكارهم الوقف ، فالزائد بزعمهم مال الحالف ويجري عليه
حكم مجهول المالك ، وهي الصدقة بناءً على جريانه في كل مال امتنع ايصاله
الى مالكة ولو كان معلوماً تفصيلاً أو اجمالاً ، نظراً الى عموم مناط دليله وهو
كون الصدقة أقرب طرق الايصال للأمور به حينئذ . ويحتمل فيه القرعة بناءً
على معارضة من خرجت باسمه باقرار الاخر فيدس حينئذ في مال من خرجت
باسمه . ويحتمل الصلح بين الحالف وبين من عداد .

وهذه الوجوه الثلاثة تحتمل في كل مال مردد بين اثنين ينفيه كل منهما
عن نفسه ، والاول أوجه ثم الثاني . والله العالم .

القول في كتاب قاض الى قاض

التقاط

[عدم الاعتداد بكتاب القاضي في القضاء]

المعروف بين أصحابنا « رد » عدم الاعتداد بكتاب القاضي ، وقد روى طلحة والسكوني عن ابي عبدالله عليه السلام أن علياً « ع » كان لايجيز كتاب قاض الى قاض لافي حد ولا في غيره الى أن ولت بنو أمية فأجازوا بالبينات^(١) . وسند رواية السكوني الى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظله صحيحة ، والسكوني عامي الا أن رواياته معمول بها عند الاصحاب ، فلا شين فيها من حيث السند .

وأما دلالتها ففيها بعض الكلام ، لانها كالصريحة في أن علياً عليه السلام كان لايجيز كتاب القاضي مطلقاً حتى مع البينة ، بقرينة مقابلة فعل بني امية لفعله « ع » ، مع أن الكتابة الثابتة بالبينة كالقول الثابت به في بعض الفروع . وتوضيح الحال أن يقال : ان انتهاء الاحكام وابلاغها الى الحكام قد يكون

مع الواسطة وقد يكون بدونها ، والواسطة بعد خروج الوسائط المفيدة للعلم منحصرة في البينة واقرار المدعى عليه ، والانتهاء بدون الواسطة منحصر في القول والفعل كالكتابة والاشارة ونحوهما ، فهنا مسائل أربع :

[لو كانت الواسطة بين القاضيين الكتابة]

(الاولى) أن تكون الواسطة هي الكتابة ، وقد عرفت أنها غير معتبرة عند الاكثرسوى المحقق الاردبيلي اذا علم بصدور الكتابة عن قصد . نعم نقل عن ابي علي اجازتها في حقوق الناس مطلقاً .
وتحقيق المقام هو ان الكتابة فيها أمور عديدة يمكن استناد عدم الاعتبار اليها :
« منها » - احتمال كونها مزورة على القاضي كما ذكره المحقق .
« ومنها » - احتمال صدورها لا عن قصد معناها كما في المسالك ، اما بعدم قصد أصل الكتابة وصدورها بمثل السهو ونحوه أو بعدم قصد افادة شيء بل لغرض آخر مثل اختبار القلم أو المشق أو نحوهما .
« ومنها » - احتمال كونها انشاء لا اخباراً ، كما هو المتعارف في مثل هذا الزمان من انشاء الاحكام بالارقام لا بالالفاظ .
« ومنها » - عدم الدليل على اعتبار الكشف الكتبي بعد الفراغ عن الامور السابقة والعلم بصدورها قصداً لحكاية مضمونها من صدور الحكم سابقاً ، كما ذكره بعض مشائخنا « قده » .

وهذه الاحتمالات كلها صالحة لمنع الاعتداد بالكتابة :

(أما الاحتمال الاول) فلا سبيل الى دفعه الا بقرائن الاحوال المفيدة للقطع .
(وأما الاحتمال الثاني) فيمكن دفعه بالاصل كما يدفع ذلك في القول ،

لان أصالة عدم السهو والخطأ والنسيان والعبث وأشباهاها لا يفرق في اعتبارها

عند العقلاء بين القول والكتب الا احتمال قصد غرض آخر غير الافادة ، فانه أمر غير بعيد في الكتابة لم يعلم بنساء العقلاء على الجري بمقتضى عدمه عند الشك ، فان غرض المشق في الكتابة مثلاً أو غرض اختبار القلم أو نحوهما من الاغراض ليس بمثابة سائر الاغراض الحاصلة في الاحوال غير الافادة في الندرة ، فلا بعد في منع ذلك عن اعتبارها .

(وأما الاحتمال الثالث) فكذلك لأصل فيه يرجع اليه ، لان الصورة صالحة للاخبار وللانشاء ، كالقول فانه أيضاً اذا تردد بين الاخبار والانشاء يتوقف فيه ، الا أن الاقوال قد يكون الاصل فيها يقتضي الاخبار ، مثل صيغة الماضي مثل « حكمت » و « بعث » و « اشترت » ، فانه لو شك في مثل ذلك بل أريد به الاخبار أو الانشاء فمقتضى أصالة الحقيقة الثاني .

وكذا الكلام في الجملة الاسمية مثل « أنت طالق » و « أنت حر » و « أنا ضامن » فانها عند الشك أيضاً محمولة على الاخبار ، اما لاصالة الحقيقة بناءً على ثبوت الوضع للمركبات أو للاصول الاعرابية كما قيل ، فيكون وضع الجملة الاسمية في اللغة للاخبار وتحمل عليه عند الشك أو لأصل آخر يرجع في أمثال المقام اليه . وليس الحال في الكتابة كذلك ، فان صورة « حكمت » كما تصلح للاخبار كذلك للانشاء ولا أصل هنا يرجع اليه . الا أن يقال بأن الكتابة تجري مجرى اللفظ عند العرف في جميع الاحكام ، وهو أمر غير ثابت . نعم قد يقال : بأن الكتابة تكفي في انشاء الحكم وليس الحكم مثل بعض الامور المعبر فيه اللفظ كالبيع والنكاح ونحوهما ، بل مثل الامور التي لا يتفاوت في الكشف عنها بين القول والفعل كما ذكره في محكي مجمع البرهان كالوكالة والفتوى والرواية فانها تتحقق بالكتابة كما تتحقق بالقول . لكن طريقة معظم الاصحاب من القدماء والمتأخرين على عدم المساواة بينهما وعدم الحكم بقيام

الكتابة مقام اللفظ في مقام التعذر كخرس ونحوه ، أو في مقامات خاصة علم أن أحكامها الوضعية والتكليفية تابعة لمعانيها لالفاظها كالوكالة فان آثارها انما علم بشيئها للادن الذي يكشف عنه عبارة التوكيل عنها فيكتفى فيها بالكتابة، ومثل الفتوى فان المطاع رأي المجتهد حتى لو علم به من غير كاشف عمل به .

ومثل تعديلات الرجال ، فان مدارها على ما يستكشف منها من الازعان القلبي بعد التهم لا على الاخبار بذلك الازعان ، كما هو الشأن في التعديل في الموضوعات خصوصاً في مقام المرافعة فان العبرة بالاخبار بالازعان بالعدالة في شهود مثل الهلال أو دين أو حق على الغير أو نحوها .

والحاصل ان بناء الاصحاب على الاقتصار على الاقوال الا في مقام التعذر أو في مقام علم من الخارج أن العبرة فيه بالمكشوف عنه لا بالكاشف ، وحينئذ فلا بد من النظر والتأمل في الحكم وأنه مثل الفتوى ، فلا عبرة فيها بخصوصية الكشف القولي أو مثل الشهادة في الاقتصار على الاخبار القولي أو مثل سائر الانشاءات المعتبر فيها اللفظ خاصة ، ومقتضى الاصل الاولي معلوم والدليل الوافي غير معلوم .

(وأما الاحتمال الرابع) فهو أيضاً معتمد به ، لعدم الدليل على اعتبار ظواهر الكتابة . لكنه ضعيف ، لانا اذا أحرزنا صدور الكتابة عن قصد الاخبار بالحكم السابق وعلمنا به فلا يبقى في المقام جهة ظنية الامن جهة احتمال سقط أو تجوز مع ترك القرينة ونحوها من الامور التي لا يعنى بها عند العقلاء .

نعم ، هنا كلام آخر ، وهو أن الكتابة بعد الفراغ عن الامور المزبورة تكون كالقول في الكشف عن الاخبار بالحكم ، فلا بد من التأمل في أن دليل قبول قول الحاكم على القول به هل يجري في الكتابة أم لا فمن الجائز اختصاصه به ، كما اذا استدللنا على قبول القول بقاعدة من ائمة من عمل قبل قوله فيه مطلقاً

أومع العدالة ، فان هذه القاعدة يمكن منع جريانها في الفعل ، فلو أخبر النائب في الحجج به قولاً قبل قوله ببناءً على القاعدة ، وأما لو أخبر به كتباً أو إشارة فلاحتمال عدم القبول مجال واسع وأولى بالمنع مالمو لم يخبر أصلاً وعلمنا أنه لو سئل عنه لاخبر به .

والحاصل ان الكتابة بعد الفراغ عن عدة أمور تصير كالقول الذي نتكلم فيه انشاء الله تعالى ، فانتظر وتأمل في جريان دليل قبوله فيها .

[اخبار القاضى للقاضى الاخر بحكمه]

(الثانية) أن تكون الوسطة قول القاضي واخباره بالحكم الذي حكم به ، اما للشاهد يشهد به عند القاضي الثاني كما هو المفروض في الشرائع أو للقاضي الثاني، بأن يقول له شفاهاً « اني قد حكمت بينهما في وقت كذا » قاصداً للاخبار . ويمكن الاستدلال على وجوب تصديقه بأمر :

« الاول » - كونها خبر عدل فيصدق ، بناءً على أن الاصل في الخبر العدل القبول حتى في الموضوعات .

« الثاني » - قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، لان بعض مجاريه الظاهر لا اشكال ولا خلاف فيه . والمقام منه ، لان ظاهرهم امضاء من كان انشاؤه ماضياً يصرح به الفخر في محكي الايضاح ، وعبرة الشرائع أيضاً ظاهرة في هذا المعنى ، وفي المسالك ان الملازمة بين الامرين ظاهرة .

وقد ذكرنا بعض الفروع المصرح بجريان القاعدة المزبورة فيها في باب اللقطة ، مثل قبول قول العبد المأذون في التجارة قبل الانعزال ، وقد نقل عن الشيخ في باب الجهاد وجوب تصديق من يخبر من العسكر بتأمين بعض الكفار قبل استقرار حكم الاسر .

نعم لو بنى في المسألة على ذلك وجب تقييد الحكم بما قبل زمان انعزال القاضي ، لان هذه القاعدة على تقدير جريانها مختصة بزمان كون ذلك الشيء المقربه مملوكاً للمقر ، حتى أنهم صرحوا بأن اقرار المريض بما زاد عن الثلث غير نافذ ولو تعلق بفعله في زمان الصحة ، فارجع الى ما ذكرنا في باب اللقطة تجد شواهد واضحة على ذلك . وحينئذ فلو كان اخبار الحاكم في زمان رجوع الشهود عن الشهادة أو خروجهم عن العدالة لم يقبل أيضاً ، لانه في هذه الحال ليس للحاكم الاول انشاء الحكم حتى يقبل اخباره .

« الثالث » - أدلة القضاء ، فانها كما تدل على نفوذ الزامات القاضي كذلك تدل على قبول اخباراته بالقضاء ، لان تصديق خبره في ثاني الزمان فصل ظاهري بين المتخاصمين وان كان اخباراً لا انشاءً .

فان قلت : انه فصل بلا ميزان .

قلنا : الميزان السابق يكفي في هذا الفصل أيضاً .

ولا يذهب عليك أننا نقول ان الاخبار بالالزام الزام وفصل حقيقة ، بل نقول انه اخبار لو صدقناه ترتب عليه استمرار الفصل السابق فيجب أن يقبل ، للملازمة العرفية بين نفوذ الالزام ونفوذ الاخبار بالالزام ، فيستدل من دليل الاول على الثاني من باب لوازم الخطاب . ويمكن أن تكون عبارة الشرائع ناظرة الى ذلك .

وهذا نظير ما قالوا في باب الطلاق من أن انكار الرجوع طلاق لان اخباره يكشف عن رضائه بالزوجة ، فاذا كان في زمان جاز له الرجوع أثر أثره ، لانه ان كان في الواقع صادقاً في الاخبار بعدم الطلاق فهو وان كان كاذباً فهو راض بالزوجة ولو بقاءً ، فيكون في حكم الرجوع الذي هو عبارة عن الرضا بحدوث

الزوجية لعدم الفرق بين الرضائين الرضا ببقاء المدلول عليه بالاخبار الكاذب والرضا بالحدوث المكشوف عنه بالرجوع .

وفيما نحن فيه أيضاً نقول : ان اخبار الحاكم بالفصل ان كان صادقاً فهو والا فقد انقذح في ضميره عدم خصومة بين المتخاصمين ولو بقاءً ، فكما أنه اذا رأى عدم الخصومة حدوثاً نفذ رأيه كذلك اذا رأى عدمها بقاءً ، فيكون اخباره بعدم الفصل بمنزلة الزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة .

وللتأمل في جميع الأدلة المشار اليها مجال . والله العالم .

[لو كانت الوساطة بين القاضيين البيئة]

(الثالثة) أن تكون الوساطة البيئة . والظاهر عدم الاشكال والخلاف المعتقد به في اعتبارها في المقام ، اذ لامانع منها مع عموم حجيتها ، فثبت بها حكم القاضي الاول عند القاضي الثاني ، فيلزم الناس بمتابعته الزاماً ناشئاً من أطراف الحكومة لامن أطراف الامر بالمعروف والسياسات .

[اقرار المحكوم بحكم قاض عند قاض آخر]

(الرابعة) أن تكون الوساطة الاقرار . واعتباره أظهر ، حتى أن اعتبار البيئة في محكي الشرائع ثبت بالمقايضة الى اعتباره . قال مأموداه : انه لو أقر المحكوم عليه بالحكم عند الحاكم الثاني لالزم فكذلك لو ثبت بالبيئة ، لانه كلما ينفذ الاقرار به يثبت بالبيئة .

لكن في المقام اشكالين : احدهما اخراج حقوق الله تعالى ، والثاني الحكم بعدم نفوذ حكم القاضي الاول بعد فسقه ونفوذه بعد موته وجنونه ونحوه .

(وجه الاشكال الاول) ان عموم حجية البينة تأبى عن التخصيص بحقوق الناس ، وكون حق الله مبنياً على التخفيف لا يصلح له والا لما ثبت بها عند الحاكم الاول أيضاً .

ولو منع عن عموم حجية البينة فلا فرق أيضاً في مسألة التنفيذ بين حقوق الناس وحقوق الله تعالى . ومما ذكر في الفرق من أن القضاء قول بغير علم فيقتصر على موضع الحاجة والقدر المتيقن وهو حقوق الناس دون حقوق الله التي بنيت على التخفيف ، يدفعه أن التنفيذ مع البينة ليس بغير علم .

أقول : لو قيل ان انفاذ الحكم الثابت بل المعلوم أمر غير مستفاد من أدلة القضاء بل يحتاج الى أدلة أخرى ، كما يفصح عنه تمسك مثل المحقق في ذلك بأمر آخر غيرها مثل مساس الحاجة ونحوها من الوجوه الثلاثة أو الاربعة . فبان الفرق بين المقامين ، لان الفرق حينئذ ليس قدحاً في عموم حجية البينة بل قدحاً في وفاء عموم ذلك الدليل بالتنفيذ في حقوق الله .

(ووجه الاشكال الثاني) ان حكم الحاكم ان كان مثل الفتوى فلا بد من مراعاة جميع الشروط في زمان العمل حدوثاً وبقاءً ، ولذا قلنا في مسألة البقاء على تقليد الميت ان من يقول به لا بد أن يقول بجواز بدعروض الفسق والجنون أيضاً ، مع انه باطل اجماعاً ، كما أن الملازمة من أوضح الواضحات المنبهة عليها في محلها ، فلا وجه لنفوذ الحكم بعد الجنون والموت أيضاً وان كان من باب الرواية والخبر . فالشروط شروط في حال الرواية لافي حال التحمل لافي حال العمل ، فينبغي نفوذ حكمه بعد الفسق أيضاً كما يعمل بالرواية بعد فسق الراوي . والله العالم .

القول فى القسمه

التقاط

[حقيقه الاشاعه وتقسيم المال المشاع]

القسمه تميز أحد النصيبين من المال المشاع عن النصيب الآخر، والكلام هنا فى مقامين : أحدهما فى حقيقه الاشاعه الخارجيه ، والثانى فى توضيح حقيقه القسمه .

(أما الاول) فالاشاعه عبارة عن سريان ملك كل من الشريكين الى كل جزء يفرض من العين المشتركه ، بمعنى كونه ملكاً لهما فى الواقع ونفس الامر بالمناصفه مثلاً . ولو انتهى الجزء الى جزء غير قابل للقسمه ففیه كلام يعرف ، فنصفه بحسب المالىة لهذا ونصفه الآخر لذلك .

ولنوضح الحال بتنظير الجزء المشاع كالنصف بالجزئى المشاع أعني الفرد ، فكما ان الفرد المطلق المشاع سار الى جميع المصاديق الطبيعىة فى الخارج وينطبق على كل واحد من مصاديقها فى الواقع ونفس الامر كذلك الجزء المشاع كالنصف سار الى جميع المال المشترك ، فكل جزء يفرض يكون نصفه المشاع لاحد ونصفه الآخر للآخر .

ثم اذا فرضنا جزءاً وقلنا ان نصفه المشاع لاحد لم يمنع ذلك بأن نقول أن ذلك الجزء على فرض تقسيمه نصفين يكون كل نصف منه بين الشريكين أيضاً بطريق التخصيف ، لان ذلك هو قضية الاشاعة بحسب الاجزاء الخارجية ، بمعنى اشتمال كل جزء على حقهما واقعاً ونفس الامر .

وهنا تحقيق آخر لبعض مشائخنا في معنى الاشاعة ، ومرجعه الى أن اشاعة الحق عبارة عن تعلق الحق بجزء كلي صالح للصدق على جميع ما يمكن أن يكون مصداقاً لذلك الجزء . كالنصف المشاع الكلي فانه يصدق على جميع الانصاف المفروضة حتى أنصاف الاجزاء .

والفرق المميز بين الوجهين غير واضح ، لكن تعلق الحق بالكلي بعد ما كان المملوك هي العين الخارجية تعسف بل يحتاج الى الدليل مع أنه لا يكاد يتم ، لان كلا من مصاديق النصف في الخارج جزئي حقيقي ، ومقتضى انطباقه على نصف زيد مثلاً أن يكون ملكاً طلقاً له ، لانه مصداق للكلي الذي هو كذلك ، ومقتضى كونه مصداقاً لنصف عمرو أن يكون ملكاً له خاصة ، فلا بد من القول بأنه مردد بينهما أو القول بأنه بينهما نصفين ، والاول خارج عن حقيقة الاشاعة والثاني هو المراد ، وذلك مقدمة لتصحيح ما ذكره لاتأسيس كما لا يخفى .

[معنى الشركة في العين]

توضيح المقام : ان الشركة في العين تتصور على وجوه ثلاثة :

« أحدها » - أن يكون كل منهما مالكا لأجزاء معينة في الواقع مبهمة

في الظاهر .

« والثاني » - أن يكون كل منهما مالكا للجزء الكلي المنتشر كالنكرة مثل

النصف المشاع القابل للصدق على كل أنصاف من غير تعيين في الواقع كالنكرة .

« والثالث » - أن يكون ملك كل منهما سارياً الى كل جزء بحيث لو فرض كل جزء كان بينهما ، فلا جزء في الواقع يكون منطبقاً على ملك خصوص أحدهما ، بل كل جزء يفرض ففيه جزء من هذا أو جزء من ذلك .

والاول خارج عن حقيقة الاشاعة جداً ، لان الشركة حينئذ مرجعها الى اشتباه المالكين الغير المتميزين ، كاشتباه أحد مصري الباب بالآخر واشتباه فرس بفرس . وكذا الثاني ، لعدم امكان اختصاص مصاديق النصف بأحدهما الاعلى سبيل التردد الذي عرفت فساده ، فتعين الثالث .

[بحث حول الجزء الذي لا يتجزى]

ثم ان الجزء الذي لا يتجزى أو لا يقبل القسمة الخارجية ليس بمملوك لاحد ، وأما الجزء الذي ينقسم الى جزئين غير منقسمين فلا بد من كونه ملكاً لأحدهما ومختصاً به ، اذ العرض أن جزء الفرضي الذي لا يتجزى أو لا ينقسم غير قابل للملكية ، لان الملك انما يعرض الاجسام وجزء الجسم الذي لا يتجزى على القول به حقيقة أو عرفاً ليس بجسم ، فلا يكون ظرفاً لاضافة الملك ، فلا بد أن يكون ذلك الجزء المركب من الجزئين الغير المتجزئين أو غير المنقسمين مختصاً بمالك واحد أو باثنين على نحو كونهما مالكاً واحداً لمملوك واحد .

وأما المركب من هذه الاجزاء الفرضية - أي الاجزاء المركبة من الجزئين الغير المتجزئين وهي العين المشتركة - فلما كان قسمتها الخارجية منتهية الى أجزاء غير قابلة للاشاعة بالمعنى السزبور ، بأن يكون جزء منه ملكاً لأحدهما وجزء منه للآخر كما عرفت تطرق الاشكال في كون العين مشاعة بينهما أيضاً ، لان قضية تركبها من الاجزاء الفرضية الغير القابلة للاشاعة عدم تصور الاشاعة فيها ، وكونها بمنزلة ملك واحد مختصاً بمالك واحد أو بمالكين على وجه

كونهما بمنزلة مالك واحد ، على أن يكون الملك الواحد الذي هو عبارة عن الاختصاص نصفه لهذا ونصفه لذلك لا أن يكون اختصاص نصف العين لهذا واختصاص نصفها الآخر لذلك ، كما هو كذلك على تقدير الاشاعة .

• والحاصل ان مقتضى الاشاعة أن يكون كل منهما مالكا لنصف العين الخارجي فيكون لكل منهما اختصاصاً مطلقاً وملكاً مستقلاً بنصف العين ، فكل منهما مالك مستقل وكل من النصفين المشاعين مملوك مستقل .

ومقتضى انتهاء القسمة الى أجزاء غير قابلة للاشاعة غير صالح لعروض الملكية لها نظراً الى كون الملكية من صفات الاجسام وجزء الجسم ليس بجسم كونهما معاً بمنزلة مالك واحد وكون العين أيضاً بمنزلة المملوك الواحد ، فيكون لكل منهما نصف الاختصاص بالعين ، كما أنه على الاول يكون لكل منهما الاختصاص بنصف العين .

ومقتضى دقيق النظر الثاني ، لان الجسم وان لم يشتمل على الاجزاء الفعلية الغير المتجزية أو المنقسمة الا أن قسمتها الخارجية تنتهي الى ذلك . ويندفع ذلك الاشكال بأن ابعاد الجسم الحاصل بالتجزية الخارجية يتصور على أقسام ثلاثة :

(أحدها) أن يكون ذلك الجزء بحيث لو قسم نصفين أو أثلاثاً مثلاً كان كل نصف منه أو كل ثلث منه قابلاً لعروض الملكية له ، بأن يكون لكل نصف مملوك كلاً واحداً مستقلاً بحيث يكون قابلاً للمشاركة ، بل لابد من اختصاصها بشخص واحد ، فلو قسم نصفين خرج كل نصف منه عن الملكية .

(والثاني) أن يكون بحيث لو قسم خرج كل قسمة منه عن صلاحية عروض الملكية ، كالجزء المركب من الجزئين الغير المتجزئين على القول بإمكان الجزء

الذي لا يتجزء ، ولازمه أن يكون ذلك الجزء مختصاً ومملو كاً لا حد فلا يصلح أن يكون مملو كاً لاثنين على أن يكون كل منهما مال كاً لجزئه ، اذ الفرض عدم قابلية جزئه للملكية ، فلو تعلق باثنين فلا بد من فرضهما كالمالك الواحد .

(والثالث) أن لا يكون قابلاً للتجزئة كالجزء الذي لا يتجزى وأن لا يكون مختصاً ومملو كاً ، لان الملكية من عوارض الاجسام وجزء الجسم الذي لا يتجزى ليس بجسم بل جزء منه .

وحينئذ نقول : ان القسمة قبل انتهائها الى القسم الاول لأشكال في تصور الاشاعة في العين ، لامكان أن يكون كل جزء منه بين الشريكين على سبيل الاشاعة ، وبعد الانتهاء اليه فالاشاعة فيه عبارة عن كون أحد الجزئين منه على سبيل البدلية لأحد والجزء الآخر كذلك للآخر ، اذ الفرض عدم صلاحية أجزاء هذا الجزء الآن يكون لأحدهما خاصة ، فالاشاعة ههنا تغاير الاشاعة قبل الانتهاء فانها قبل الانتهاء عبارة عن كون كل جزء منها مشتركاً بينهما على سبيل الاشاعة وبعد الانتهاء عبارة عن اختصاص نصفه الكلبي المخير بأحدهما ونصفه الآخر بالآخر .

وهذا ليس مرجعه الى القول الثاني ، أعني ملكية كل منهما لنصف العين الكلبي المصادق على الانصاف المتوهمه في العين ، لان الالتزام به في تمام العين خروج عن حقيقة الاشاعة ، اذ الفرض أن نصف مجموع مصداقه قابل لان يكون بينهما بالاشاعة ، فلا وجه لاختصاصه بأحدهما وعلى سبيل البدل ، بخلاف مانحن فيه ، فان الالتزام به في المقام ليس خارجاً عن حد الاشاعة ، لان الاشاعة الحقيقية انما تتصور فيما اذا كان أجزاء العين المشتركة قابلة لان يكون بينهما ، فاذا انتهت القسمة الى جزء لو قسمناه لم يصلح كل جزء منه الا للاختصاص

بأحدهما ، فلا يتصور الشركة في مثل ذلك الجزء الا بأن يكون نصفه الكلي لأحدهما ونصفه الآخر للآخر .

فهذا هو الفارق بين المقامين ، فاذا انتهت القسمة الى القسم الثاني فلا بد أن تكون الشركة حينئذ على نحو آخر ثالث ، وهو أن يكونا هما معاً بمنزلة مالك واحد ، اذ الفرض أن الجزء في هذه المرتبة ليس مركباً من جزئين قابلين للاختصاص حتى يكون أحدهما ملكاً لأحد الشريكين والآخر للآخر ، فلا بد حينئذ من الاختصاص بأحدهما ليس الا أو بهما على أن يكونا بمنزلة واحد . وحينئذ يكون الجزء مملوكاً لهما على النحو المزبور ، اذ لا وجه للاختصاص بأحدهما دون الآخر الآن يلتزم ذلك أو يتشخص بالقرعة ، كدوران المال الواحد بين الاثنين ، فان المقام من قبيل دوران المالك بينهما واذا انتهت الى القسم الثالث خرج عن ملكية كل منهما . نعم يبقى اختصاص أعيان تلك الاعيان بهما اختصاصاً غير راجع الى الملكية .

وعلى ما ذكرنا وحققنا في معنى الاشاعة يظهر وجه ما ذكرود فيما لو باع أحد الشريكين النصف المشاع من العين المشاعة من أنه ينفذ في الربع ويكون في الربع الآخر فضولياً ، لان نصف العين المشاع قابل لان يكون بينهما نصفين فيكون لهما ، فلا ينفذ البيع الا في الربع .

نعم لو باع نصف المشاع - بأن يقول « بعتك نصفي المشاع » - نفذ في تمام النصف ، لان العين اذا انقسمت الى المرتبة الاولى من المراتب الثلاث المشار اليها وفرض أجزاءها التي لا تتصور الاشاعة في أنصافها الا على سبيل البدلية كما قلنا متلاشية ، فلا جرم يكون نصفها الكلي - أعني على سبيل البدلية - مختصاً بأحدهما ، فاذا قال « بعتك نصفي المشاع » كان معناه أن نصف أجزاء

العين المتلاشية التي لاتصلح أن تكون الا لاحدهما ولو على سبيل البدلية بعته اياك ، فينفذ في تمام النصف . وبقية الكلام يظهر بالتأمل .

ثم ان كلام القوم لاينطبق على ماصورناه في معنى الاشاعة في بعض المقامات مثل ما قالوا فيما لو طلق امرأته قبل الدخول وكان نصف المهر تالفاً ، فان الاكثر ذهبوا الى أن المرأة تستحق نصف الباقي ، مع أن قضية الاشاعة استحقاقها نصف الموجود ونصف التالف بالقسمة .

فلا بد من توجيه أمثال المقام ، مثل أن يقال ان استحقاق الزوج الطلاق استحقاق جديد متعلق بالنصف المضمون في المهر مثل الصاع في الصبرة ، ونحو ذلك من التوجيهات . لان الذي بينا في معنى الشركة أمر وجداني عقلي بعد التأمل في حقيقة الاشاعة منطبق على جميع فروعاتها في أبواب الفقه ، فلا يقبل المناقشة بمجرد عدم مطابقة كلماتهم في بعض الفروع له لانه قابل للتوجيه والله العالم .

[القسمة هي تميز النصف المشاع وافراده]

هذه حقيقة الاشاعة ، وأما حقيقة القسمة فهي عبارة عن تميز ذلك النصف المشاع مثلاً عن النصف الاخر كذلك ، ومن الواضح أن حقيقة التميز في الاشاعة من المستحيلات التي لاتتعلق بها القدرة كتعلق حقيقة الملك بالعدم مثل المنافع لكن في العرف عمل يسمونه بالتمييز وأمضاه الشارع كما في العرف معاملة يسمونه بتمليك المعدوم كالمنافع ، وذلك العمل عبارة عن أمر جعلي من قبل العرف لا يرجع الى بيع ولا الى صلح ولا الى مبادلة مستقلة بل مباين للكل حقيقة وان كان مستلزمًا لانتقال مال أحد الشريكين الى الآخر .

توضيحه : ان هذه الانشاءات أمور متخالفة الحقيقة عند العرف وان

تشارك في بعض الامردائماً أو أحياناً ، فحقيقة البيع مباينة لحقيقة الصلح وان أفاد كل منهما النقل والانتقال ، وكذا حقيقة الهبة مغايرة لهما ، كما اتضح ذلك كله في محله من أن انشاء الطلب وانشاء التمني والترجي والعرض ونحوها حقائق ممتازة بحسب الوجدان وان أفاد كل منها مطلوبة المطلوب والمتمنى والمترجى .

وهكذا نقول في الفرق بين انشاء المبادلة والمعاوضة وبين حقيقة القسمة ، فان المبادلة حقيقتها أن تبدل مال نفسك بمال صاحبك باخراجه عن ملك وادخاله في ملك صاحبك عوضاً عن ماله ، وحقيقة القسمة أن تفرز مال نفسك عن مال صاحبك المجتمعين في عين خارجية ، ولما لم يكن بين المالكين تميز واقعي كما ظهر في توضيح معنى الاشاعة فلا جرم يكون الافتراز اقتراحاً منك وجعلاً من عندك نظير الحقيقة الادعائية ، فالتقسيم توصل من الشخص الى مال نفسه ولو اقتراحاً ، والمبادلة توصل الى ملك مال الغير في مقابل مالك ملك ، ففي كل منهما يحصل انتقال شيء من مالك الى صاحبك وبالعكس ، الا أن هذا الانتقال في الاول لم ينشأ من انشاء النقل بل من الافراز الاقتراحي فيما لا تميز هنا في الواقع وفي الثاني نشأ من انشاء النقل والمبادلة .

فظهر أن القسمة كما أنها لا ترجع الى العقود المعروفة من البيع والصلح والهبة كذلك لا ترجع الى مبادلة مستقلة وتمليك مستبد ومعاوضة برأسها ، فلا يلحقها شيء من أحكام المعاوضة . نعم منه الرد مشتملة على افراز ومبادلة ومعاوضة ، لان الرد اذا لم يكن من العين المشاعة رجع ادخاله في ملك الشريك الى نحو معاوضة .

ثم ان في جريان الربا فيه احتمال ذكرنا وجهه في باب الغصب في مسألة تخليط الغاصب المغصوب بمال نفسه بوجده مبسوط واف حاو لجميع ما في المقام من وجوه الاستدلال .

ويحتمل العدم حتى على ذلك الوجه الذي مرجعه الى مقالة المحقق من عدم اختصاص الربا بالبيع بل ثبوته في كل معاوضة صورية أو معنوية ، وذلك لان الاشاعة تمنع عن تعلق الملك بعين الجزء المشاع بل توجب تعلقها بالمجموع ، لان الملك عبارة عن الاختصاص والاختصاص يستدعي محلاً ممتازاً بحيث لا يكون متعلقاً لحق الغير والا لم يكن محلاً للاختصاص . والمفروض أن العين المشاعة باعتبار كون كل جزء منها مجعلاً للحقين ومشتتاً لعين مال الشريكين لا يمكن فيها فرض جزء فارغ حتى يتعلق به الاختصاص ، ففي صورة حصول الشركة بالمزج يلزم زوال ملكية كل من الشريكين عن رقبة ماله وقيامها بالمجموع .

[الاشاعة تنحصر في الاسباب الشرعية للشركة]

ومن مشائخنا قدس سره من زعم أن الاشاعة الواقعية لا تحصل بالمزج مطلقاً وتنحصر في الاسباب الشرعية للشركة: مثل الارث والبيع ونحوهما بحسبان أن المالكين في الواقع ممتازان في علم الله تعالى ، فيكونان كالمالكين المتلاصقين . ومما حققنا هنا يظهر أنه لا وجه له ، لان بعض صور المزج كمزج الماء بالماء لا اشكال في سببته للشركة الواقعية ، لان أعيان مال كل منهما باعتبار الاستهلاك في الاخر خرج عن قابلية تعلق الملك بها ، لان الامتزاج يخرج عين مال كل منهما عن قابلية الملكية باعتبار استدعائها محلاً فارغاً ممتازاً كما عرفت ، فالامتياز الواقعي بينهما لا ينفع بعد عدم صلاحيتهما لعروض الملكية ، فحال العين المركبة منهما حينئذ كحال العين الواصلة اليهما بالميراث الا من حيث تعلق ملك كل منهما بالرقبة .

نعم في بعض صور المزج - وهو الذي لم يوجب استهلاك كل من المالكين

حقيقة كمزج الدنانير والدرهم أو مزج الحنطة بعضها ببعض - يحتاج في الحكم بالاشاعة الواقعية فيه الى تنزيل عرفي وامضاء شرعي ، فحيث يجري الممتزجان مجرى الثالف المستهلك عندهم وامضاء الشارع تحصل الاشاعة الواقعية وان كان أعيان مال كل واحد ممتازة عن أعيان الاخر في الواقع ، فكل دينار يفرض حيثئذ فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً مثلاً .

فكيف كان فيظهر مما ذكرنا أن التقسيم متفاضلاً ليس معاوضة ربوية ولو بالمعنى الاعم من البيع ، لان التفاضل انما يحصل بين الاعيان التي عرفت خروجها عن ملك كل منهما ، والقسمة التي قلنا انها تستتبع انتقالاً في العين بحسب اللب انما لوحظت بالنسبة الى ماليتها ولا تفاضل بينهما ، فلو تقاسما وتراضيا بالتفاضل - بأن أخذ أحدهما الاقل لجودته والاخر الاكثر لرداءته - جاز ولارباء .

ثم ان التفاضل لا يكون بالقسمة كما صورنا وقد يكون في نفس الشركة ، بأن يكون أصل الشركة يحصل على وجه الربا والتفاضل كما اذا اختلط جيد برديء ، فلو حكمنا فيه بالشركة في العين دون القيمة لزم التفاضل في أصل الشركة ، لان صاحب الجودة قبل المزج كان مالكا لصاع مثلاً وبعده قد ملك صاعاً ونصفاً .

وظاهر كلماتهم في باب الشركة حصول الشركة بمزج الجيد والرديء ، لكن في باب المفلس نقل صاحب المسالك عن الشيخ في مسألة مالو اشترى المفلس زيتاً فخلطه بماله ، أنه نقل قولاً بأن البائع يشارك في العين المختلطة بنسبة قيمة المالين ، ثم قال انه مستلزم للربا . قال في المسالك بعد نقل ذلك : وهو يتم على القول بثبوته في كل معاوضة ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً .

وقد عرفت مافيه وان المزج اذا كان على وجه يقرب من التداخل الحقيقي المستحيل صار سبباً لزوال اختصاص ملك كل منهما بصاحبه من حيث العين، لانه كما تزول المالية وتبقى الملكية كذلك قد تزول أصل الملكية التي هي الاختصاص والسلطنة باعتبار عدم قابلية المحل لحقارته كيفاً كال ميراث أو كماً مثل الجزء الذي لا يتجزأ على القول به أو باعتبار وجود المانع كما في المقام ، فان كل جزء من عين مال زيد مثلاً يفرض ففيه جزء من عين مال عمرو ، وهو يمنع عن سلطنة كل منهما بعين ماله وعن اختصاصها به ولو لم يبلغ حد الجزء الذي لا يتجزأ ، فلا بد حينئذ من زوال ملكية كل منهما عن عين ماله وبقاء ماليتها .

وبعبارة أخرى : ان الملك قبل الامتزاج للمالك اختصاص بعينه واختصاص بماليتها وبالمزج يزول الاختصاص الاول دون الثاني ، ومقتضى هذا قيام المالية بالمجموع المركب من المالين ، فيكون المجموع بمنزلة ملك جديد حاصل لهما من امتزاج ماليهما الممتازين المختصين .

ومن هنا لا بد في ملكية كل منهما شيئاً من العين ملاحظة مقدار تأثير ماله في مالية المجموع ، فلو اختلط جيد برديء كان لصاحب الجيد من العين أكثر من صاحبه ، لان تأثير الجيد في مالية المجموع أكثر من تأثير الرديء فيه ، فيملك صاحب الجيد من العين بنسبة القيمتين . وأين هذا من الربا .

وأما ما ذكره الشيخ فيمكن تنزيله على ما لو قصد البائع المعاوضة ، بأن أخذ من العين بنسبة القيمة عوضاً عن ماله الذي استهلك في مال المفلس ، فان ثبوت الربا بنفس الشركة لانه معاملة ربوية في مقام التقسيم والتوصل الى ماله لا في أصل حصول الشركة . فكيف فالأظهر عدم ثبوت الربا لا في القسمة لكونها افراراً ولا في الشركة لكونها في الحقيقة عبارة عن تملك جديد لمال جديد . والله العالم .

التقاط

[عدم حصول الشركة الحقيقية في مزج شيئين متماثلين]

إذا كان المزج مزجاً يقرب من المزج الحقيقي - كامتزاج المائين بل مطلق المايين خصوصاً إذا وقع بينهما فعل وانفعال بالغلان مثل السكنجيين - فقد عرفت حصول الاشاعة في مثله قهراً، سواء كان المزج باختيارهما أو كان قهرياً. ولو كان المزج باختيار أحدهما غصباً أو عدواناً فقد ظهر الكلام فيه في باب الغصب وأن فيه أقوالاً أربعة، فارجع .

ولا يحتاج في اثبات الشركة الواقعية حينئذ الى دليل شرعي .

ومن هنا يعلم ان الخلاف في اعتبار اتحاد الجنس في الممتزجين ليس على ما ينبغي بعد أن كان الحكم بالشركة في المتجانسين غير مستند الى دليل شرعي بل عقلي . وكيف يعقل بقاء اختصاص كل بماله في مثل السكنجيين مع أن كل جزء من الخل فيه جزء من السكر، فلا بد من انتقال اختصاص كل بماله عن عين ماله الى المجموع المركب .

وأما إذا لم يكن المزج مزجاً حقيقياً - كاختلاط الحنطة بالحنطة والدنانير بالدنانير والخييل بالخييل وأشباهها مما لا يخرج بالامتزاج أعيان مال كل عن قابلية الاختصاص - ففي عدم حصول الشركة الحقيقية فيها مطلقاً نظراً الى عدم دليل شرعي يدل على ذلك مع انفraz عين مال كل منهما عن عين مال الآخر بحيث يقبل الاختصاص .

فلا وجه للحكم بالشركة التي هي عبارة عن استحقاق كل منهما شيئاً من عين مال الآخر المفروز الممتاز في علم الله تعالى ، أو التفصيل بين ما يجري في العرف مجرى المزج الحقيقي في الحكم بخروج عين مال كل عن قابلية

الاختصاص - مثل أجزاء الدقيق وحببات الحنطة المختلطة وكل دينار من الدنانير المتمزجة - وبين مايجري مجرى المبهم والمشتبه كاختلاط الخيل بالخيول . وجود ، ظاهر الاصحاب التفصيل ، لان حصول الشركة في مثل خلط الدنانير لعله اجماعي .

والدليل على حصول الشركة حينئذ - بعد تنزيل العرف له منزلة الاستهلاك والاختلاط الحقيقي - امضاء الشارع ، فلا بد حينئذ في الامتزاجات الغير الحقيقية متابعة العرف وملاحظة تنزيلهم وحكمهم بخروج أجزاء مال كل عن قابلية الاختصاص ، اذ لا مرجع لذلك الا العرف حتى لو ورد في الدليل أن المزج سبب للشركة ، لان المرجع في موضوعات الادلة مفهومه ومصادقاً ليس سوى العرف .

ومن هنا يجيء الاختلاف في ثبوت الشركة في بعض الامتزاجات العرفية بين العلماء ، حيث أن تشخيص التنزيل العرفي ليس من المصاديق الجلية الغير القابلة للخلاف ، فكل مزج يوجب عد المتمزجين في العرف مالا واحداً وعد أعيان مال كل من الشريكين مستهلكة خارجة عن قابلية الاختصاص يحصل فيه الشركة ، وكل مالا يعد كذلك فهو من باب اشتباذ مال بمال .

ومن هنا يختلف الحكم من حيث اختلاف المتمزجين كما مزج حبة من الحنطة بمثلها لا يؤثر في حصول الشركة ، لانهما لا يعدان في العرف مالا واحداً أو ملكاً كذلك ، فاختصاص كل منهما بعين ماله باقية وان اشتبه في الظاهر بخلاف مزج القبضة بالقبضة .

ويؤيده ما ورد في مسألة مالو استودع من اثنين ثلاثة دراهم درهماً من احدهما ودرهمين من الاخر ثم تلف أحدهما من غير تفريط ، من أنه يعطى صاحب الدرهمين درهماً ونصفاً وصاحب الدرهم النصف ، فانه غير منطبق على

قاعدة الشركة ، مع أن حصول الشركة في مزج الدنانير مما لاخلاف فيه ،
فليس ذلك الا لمتابعة الحكم للمصدق العرفي وعدم صدق المال الواحد على
الممتزج من القليلين .

[الدليل على حصول الشركة في مزج المائعات]

ثم ان الدليل في حصول الشركة في مزج المائعات - ولو كانت مختلفة
بحسب الجنس - ما عرفت من خروج عين مال كل عن المايعة بل الملكية
وقيامها بالمجموع المركب ، فلاحاجة في اثبات الشركة فيها الى دليل شرعي .
وأما حصول الشركة في المزج العرفي فهو الاجماع ، لان حصول الشركة هنا
في الجملة مما لاخلاف فيه ، بل لو قيل ان الخلاف انما يجيء فيه خفاء صدق
المال الواحد على بعض صور المزج ووضوحه لامن قصور الدليل الشرعي
وعدمه كان خفاء . والله العالم .

التقاط

[صحة قسمة الارث وجوازها]

لاشكال ولا خلاف في صحة القسمة وجوازها ، بمعنى ترتب آثارها التي
كلها أو جلها ترجع الى فوائد انفraz كل من النصيبين عن الآخر .
ويدل عليه - بعد الاجماع - أدلة نفي الضرر ، لان الشركة ضرر .
وهل هي من قبيل العقود والايقاعات أو الموضوعات المترتبة عليها الاحكام
كالالتقاط والغصب والاحياء والحيازة والنسب ونحوها مما لا يرجع الى عقد أو
ايقاع ؟ فيه وجوه واحتمالات ، أقواها الاخير .

ويؤيد الاول أويدل عليه اعتبار التراضي من الطرفين فيها حتى في القسمة الاجبارية ، لان الحاكم ولي الممتنع فيقوم رضاؤه مقام رضائه .
لكنه كما ترى ، اذ مجرد اعتبار التراضي لا يدل على كون المعتبر فيه عقداً ، لان كل عقد يعتبر فيه الرضا لا أن كل اعتبار رضا يخص بالعقد ، والامر فيه سهل ، وانما الكلام في سببها وما تحصل به ، فان فيه أقوالاً ثلاثة : الاول حصولها بمجرد التراضي من دون قرعة ، والثاني اعتبار القرعة مطلقاً ، والثالث القرعة المتعقبة بالرضا المتأخر .

(واستدل على الاول) بعموم « الناس مسلطون على أموالهم »^١ وقوله « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه »^٢ ، وقد أوضحنا ضعف الاستدلال بهما في أمثال المقام مراراً وقالنا : ان تعميم جهات السلطنة لا ينافي اناطة التصرف بسبب خاص ، فلو قال المولى « أنت مسلط على مالك وافعل ماشئت من البيع والصلح والهبة ونحوها » ثم قال « لا يتحقق النقل والانتقال الا بسبب خاص كالصيغة العربية » لم يكن ذلك منافياً لقوله الاول ، لان مقابل السلطنة العامة الحجر على بعض التصرفات ، والاقتصار في سبب النقل على شيء خاص ليس فيه رائحة الحجر في التصرف كما لا يخفى .

وأما الاستدلال بالآخر فهو أضعف ، لان مفاد مدخلية طيب النفس في الحل ، وهذا لا ينافي اعتبار شيء آخر معه من عقد أو لفظ أو نحوهما ، لان مفاد مثل هذا الكلام ليس كون المستثنى علة تامة ، بل نظير قوله صلى الله عليه وآله

(١) بحار الانوار ٢/ ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل ج ٣ ب ٣ من ابواب مكان المصلى بلفظ « لا يحل دم امرئ مسلم ولا

ماله الا بطيبة نفس منه » .

« لاصلاة الا بطهور » و « لاصلاة الابفاتحة الكتاب »^(١) وأشباهاها من الدلالة على مدخلية المستثنى وشرطيته .

والنكتة في التعبير عن هذا الشرط بمثل هذه العبارة كونه في بعض الاحيان علة تامة ، كما اذا حصل بعد استجماع سائر الشرائط ، فان الجزء الاخير بمنزلة تمام العلة في حصول الاثر عنده .

(واستدل على الثاني) بأدلة القرعة وظهورها في اللزوم^(٢) . وهو كذلك ، لان القرعة على تقدير جريانها في المقام يجب العمل بمقتضاها والا كانت لغواً . مضافاً الى اشتمال أخبارها على ما هو كالصريح في اللزوم .

الا أن يمنع عن جريان القرعة في المقام ، وهو خلاف الاجماع ظاهراً ، لان شرعية القرعة في مقام التقسيم في الجملة أمر معلوم . وحيث علم صلاحية المقام له صح الاستدلال باطلاق أو عموم أدلتها عند الشك في اعتبار أمر زائد . نعم مع الشك في الصلاحية فهي من العمومات الموهونة الغير القابلة للاستدلال والاحتجاج ، نظير كثير من القواعد ، مثل قاعدة نفي الضرر والعسر وقاعدة الاعتداء المدلول بقوله « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »^(٣) .

(واستدل على الثالث) باستصحاب بقاء الشركة وأصاله عدم ترتب أثر القسمة على مجرد القرعة ، لعدم نهوض أدلتها في الاستدلال عند الاصحاب في

(١) الوسائل ج ١٤ ب ١ من ابواب القراءة في الصلاة ح ١ بلفظ « لاصلاة له الا

أن يقرأ بها في جهر أو اخفات » .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ١٥ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٤ .

أشباه المقام ونظائره الذي لا يخفى على المطلع ، فيؤخذ حينئذ بالقدر المتيقن ، وهي القرعة المتعقبة بالرضا المتأخر .

والاظهر من الاقوال الاول ، ويدل عليه أمران :

(الاول) انه لم يكتف بمجرد التراضي ، فأما يعتبر فيه غير القرعة كالصلح والبيع ونحوهما من العقود - بأن يبيع كل من الشريكين بعد تعديل السهمين حصه من أحدهما بحصته من الآخر أو يصالح عنه أو نحو ذلك - وأما يعتبر فيه القرعة .

وكلاهما باطلان : أما الاول فلأن اعتبار مثل الصلح ونحوه يخرج القسمة عن كونها قسمة ، لان القسمة ليست الا بحث الافراز وصرف التميز ، وتوقف حصولهما على مبادلة و صلح خلف محال ، فافهم . وأما القرعة فلمنع شرعيتها في المقام ، لانها مشروعة في أحد مقامين ليس المقام منهما : أحدهما تمييز المجهول الواقعي ، والثاني رفع التشاح والنزاع الفعليين أو الشأنيين عند تزامم الحقيقين أو الحقوق ، مثل اختلاف المتسابقين الى مكان مباح أو اختلاف المتعلمين على معلم دفعة في السبق واللمحوق أو العبدین فيما اذا أوجب عتق أحدهما الغير المعين ، كما لو نذر عتق أول مملوك يملك فملك اثنين دفعة ، فانه يستخرج المعتق بالقرعة كما ورد بالاول الرواية^(١) .

وليس في المقام مشاجرة واختلاف بين الشريكين ، اذ الفرض تراضيهما على أن يكون أحد السهمين لاحدهما والآخر للآخر ، فالقرعة لماذا ؟ بل يجري مجرى اللغو والعبث حينئذ ، لعدم ترتب شيء من الاثرين عليه .

ودعوى اطلاق أدلتها أو عمومها الشامل لصورتي التشاجر وعدمه . ممنوعة ، يظهر وجه المنع من التأمل في تلك الأدلة ومصبها وموردها ، فانها بين ما

يختص بالاول كالرواية الواردة في الابن المشتبه بين الاثنين أو الشاة الموطوءة المشتبهة^(١) ، أو مايختص بالثاني حقيقة كما اذا كان ظاهراً فيه أو حكماً كما اذا كان مجملاً وساكناً من هذه الجهة .

فان قلت : سلمنا عدم شرعية القرعة وعدم فائدتها في مثل المقام لكن مجرد التراضي ليس بملزم ، فلا تحصل القسمة .

قلنا : الملزم هو صدق عنوان التميز على مجرد التراضي بعد تعديل السهام ، فان حقيقة القسمة من الموضوعات العرفية وصدقها على التعديل المتعاقب بالتراضي معلوم بين معهود معروف معتاد بين الناس ، فاذا حصلنا عنوان القسمة وصدقها بمجرد التراضي ترتب عليها اللزوم ، لان الانفraz بين النصيبين اذا حصل احتاج العود الى الشراكة الى سبب جديد .

فان قلت : مجرد الصديق العرفي لا يكفي بعد عدم الدليل الشرعي على صحته ، وأين الدليل ؟

قلنا : علمنا وبيننا عدم اعتبار مدخلية شيء في القسمة سوى القرعة ، والصديق العرفي انما لا يكفي في حصول الاثر اذا شككنا في شرط شرعي أو في أصل مشروعيته عند الشارع ، وأما اذا علمنا أنها مشروعة - كما علمنا أن البيع عند الشارع ناقل في الجملة ثم علمنا عدم صلاحية شيء شرطاً فيها كصلاحية جملة من الاشياء للشرطية في البيع - فلا جرم يتعقبها الامضاء الشرعي أيضاً . فتأمل . ثم ان هذا الكلام مع قطع النظر عن الدليل الثاني ، والا فهو دليل شرعي ، فيحسم الاشكال رأساً .

(الثاني) قوله « المؤمنون عند شروطهم »^(٢) لان الشرط معناه مجرد الالتزام ،

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٣ من ابواب كيفية المحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ب ٢٠ من ابواب المهور .

وهو موجود في المقام ، لان التراضي في المقام عبارة عن التزام كل من الشريكين بأحد النصيبين فيلزمه .

ولا يقدح في الاستدلال به كونه من العمومات الموهونة ، لان الفرض مطابقة قول صيانة لمضمونها وهو شرط العمل بمثلها ، كما قلنا في أدلة القرعة آنفاً وفي نظائرها سابقاً .

[هل يشترط رضا الطرفين في القرعة]

وحاصل الكلام أنه تتصور القرعة في صورتين :

« احدهما » - ما اذا كان القاسم ثالثاً كقاسم الامام أو وكيل المتقاسمين ، فان التقسيم حينئذ بلا قرعة ترجيح بلامرجح ، لان تعيين حق كل منهما في أحد السهمين اذا لم يكن من طرف صاحب الحق ورضائه لا يمكن الا بمعين .

« والثانية » - ما اذا تراضيا على القرعة ابتداءً ، فانها حينئذ تكون معينة لحق كل منهما عن الآخر .

وهل يعتبر بعدها الرضا؟ الظاهر العدم، لان القرعة - على تقدير شرعيتها - فظاهر أدلتها اللزوم كما عرفت . نعم مقتضى الاحتياط هو ذلك .

وأما اذا تراضيا بدون القرعة فليس لها مسرح في المقام ، لان التراضي مرجعه الى تجاوز كل منهما عن حقه في السهم الآخر ، والقرعة اما لتعيين المجهول أو لترجيح أحد الحقوق على الآخر كما في تسابق الاثنين على مباح أو ماء ونحوهما ، والترجيح انما يحتاج اليه عند التشاح الفعلي أو الشأني ، فحينما يجوز كل منهما عن حقه ويوقفه الى صاحبه لا يجري فيه القرعة .

وان شئت قلت : ان القرعة لتعيين أحد الحقيين ، وهو انما يتصور اذا كان كل منهما باقياً على حقه وملتزماته ، فلو أسقط كل منهما حقه وتجاوز عنه كتجاوز

كل من المتقاسمين عن حقه في السهم الذي يختاره صاحبه سقطت القرعة .
وهذا مع وضوحه يتضح من النظر في أخبار القرعة^(١) ، فإنها بين ما لا تدل
الا على شرعيتها في تعيين المجهول ، وبين ما تدل على كونها مرجحة لاحد
الحقين المتزاحمين ، وبين ما تدل على أنها لرفع الامور المشككة ، وبين ما تدل
على أنه مافوض قوم أمرهم الى الله تعالى الا وقد هداهم الى الخير والصواب
أو ما يقرب من هذا العنوان .

ولا يكاد ينطبق شيء من هذه العناوين على المقام ، وهو ما اذا تراضى
الشريكان وفوض كل منهما الامر الى صاحبه ، بأن يقول له اختر ماشئت من
السهمين المتعادلين .

فان قلت : بناءً على ما ذكرنا يلزم بسقط القرعة اذا فوض كل من العبيد
أمر العتق الى صاحبه اذا كان على المولى عتق أحدهما المخير أو اعتقه كذلك
بناءً على صحة العتق .

قلت : العتق فيه جهة حق لله تعالى أيضاً ولسم يعلم أنه مما يمكن التفويض
فيه ، والكلام انما هو بعد معلومية كون الحق حقاً للثنتين محضاً جائزاً لكل
منهما اسقاطه والتجاوز عنه ، فالحقوق المتزاحمة في مسألة العتق لا تتعين الا
بمعين الهى . والله العالم .

التقاط

[هل يعتبر فى القاسم التعدد أم لا ؟]

يعتبر في القسمة بالتقويم أن يكون المقوم متعددًا جامعاً لشرائط الشهادة ،
لان التقويم شهادة .

وهل يعتبر في القاسم من قبل الامام عليه السلام التعدد أم لا ؟ فذهب الاصحاب كما في المسالك الى عدم الاعتبار اقامة له مقام الحاكم .
وتوضيح الكلام هو : ان حقيقة القسمة تحصل بأمرين : تعديل السهام ،
وتعيين أحدها لاحد الشركاء .

لاشبهة ولا ريب أن الامر الثاني مما لامعنى لاعتبار التعدد فيه ، لان التعيين لا بد أن يكون بالقرعة ، اذ لاوجه لاقتراح القاسم على المتقاسمين ، فتعدد القاسم في مسألة الافراز والتعيين الحاصلين بسبب القرعة لامعنى له .

وأما التعديل فهو مما لا بد من احرازه في الواقع ولو بتسالم الشريكين ، اذ لو لم يحصل ذلك لم يحصل القسمة . مثلاً اذا كان أحد السهمين صاعاً والاخر صاعين لم يكن اختصاص كل منهما بأحد الشريكين قسمة سواء كان بالتراضي أو بالقرعة . فاذا وجب احراز تعديل السهام وجب اعتبار التعدد فيمن يباشره وبخبر عنه عند الحاكم .

فكلام الاصحاب ناظر الى أنه لا يحتاج الافراز بالقرعة الى تعدد المقرع في السهام المتعادلة المفروغ عن تعادلها ، لأن التعديل اذا كان خلافاً بين الشريكين أو نظرياً عند الحاكم ، كما في بعض الاملاك والاراضي والعقارات المشتركة التي لا يخلو تقسيمها عن غرض واشكال يجزي فيه الواحد .

هذا ، ويحتمل أن يقال : ان القسمة من شؤون الحكومة ، فلا ضير في اناطتها بنظر الحاكم ومن يجري مجراه كلقاسم بكلا الجزئين ، ومرجعه الى أن الحاكم أو القاسم اذا أحرز معادلة السهام بنظره نفذ على المتقاسمين قهراً .
وقد يدعى ظهور عبارة المسالك في ذلك ، وهو بعيد احتمالاً ومحملاً . والله العالم .

التقاط

[اجرة القاسم على من هي ؟]

إذا كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فأجرته من بيت المال لانه من المصالح ، فان لم يتفق له الكفاية من بيت المال فأجرته على الشركاء ، سواء كان طالب القسمة جميعهم أو كان بعضهم . بلاخلاف محكي بين الاصحاب ، خلافاً للمحكي عن ابي حنيفة وأحد وجهي الشافعي فيختص بالطالب . ورد بأن العمل المحترم وقع لهم أجمع فعليهم الاجرة .

وقد يناقش في ذلك وفيما ذكره الاصحاب بأن مجرد احترام العمل لا يوجب الاجرة على من ينتفع بل لا بد من صدوره باذنه وأمره ، وإذا كان الطالب بعض الشركاء فغير الطالب غير راض بالقسمة فضلاعن أن يكون اذنًا ، فمقتضى القاعدة كون الاجرة على الطالب خاصة ، الا أن الاصحاب على خلافه . ولعل نظرهم الى أنه يجب على الشريك اجابة شريكه في القسمة ، فاذا امتنع قام الحاكم مقامه في الاذن .

ويمكن النظر فيه بأن الواجب عليه عدم المعارضة مع الشريك اذا أراد افراز ماله عن ماله ولا يجب عليه القسمة مباشرة أو تسبيهاً حتى يكون امتناعه سبباً لقيام اذن الحاكم مقام اذنه ، فمبنى المسألة حينئذ هو أن الواجب على الشريك هل هو الاجابة الى القسمة اذا طالبها شريكه أو عدم المزاخمة والمعارضة ، فان بني على الاول كانت الاجرة عليهم أجمع لقيام اذن الحاكم مقام اذن الممتنع ، وان بني على الثاني كانت الاجرة على الطالب خاصة لانه الامر والاذن وان كان نفع القسمة يصل الى غير الطالب أيضاً .

[الاجرة توزع على الورثة بملاحظة الحصص]

ثم ان الاجرة توزع على الجميع بملاحظة الحصص لابلحظة الرؤس ، لان الشركة في العمل انما هي بنسبة ما يترتب من الانتفاع المالي ، والا فهو في نفسه ليس مما يملك حتى يتصور الشركة ، فاذا كان العمل لاثنين فان كان انتفاع كل منهما به بقدر انتفاع الاخر كان العمل بينهما نصفين وتكون أجرته عليهما أيضاً كذلك ، وان كان انتفاع أحدهما به ضعف انتفاع الاخر كان العمل بينهما أثلاثاً وكذا الاجرة ، وذلك كمحافظة المال المشترك ، مثل الزرع المشترك بين الاثنين أو ثلاث بنصب الناظر ، فمن كان حصته من الزرع أزيد كان عمل الناظر له أكثر ، فالقسمة عمل يصل نفعها الى المتقاسمين بحسب نصيبهم ، فمن كان مالكاً للثلث مثلاً كان له ثلث القسمة .

لا يقال : نتيجة القسمة تميز النصيبين وافراز كل منهما عن الاخر ، وهما في هذه متساويان ، اذ لا فرق بين السهم الزائد والسهم الناقص في صفة التميز والانفraz ، فكل منهما ممتاز عن الاخر بمثل امتياز الاخر عنه .

لانا نقول : تميز السهم الاقل ليس مغايراً لتمييز الازيد في نفس التميز بل في مقدار المالية والانتفاع ، فان تميز الثلثين مثلاً أكثر نفعاً من تميز الثلث . وان شئت قلت : ان القسمة من مؤنة الاملاك ، لان الشركة عيب فيها وضرر ، والمملك الكامل هو المملك الخالص ومؤنة تحصيلها القسمة ، فاذا كانت القسمة من مؤنة الاملاك كانت حالها كحال المنفعة في توزيعها على مقدار الملكية والمالية ، فكان صاحب الثلثين قد وصل اليه ثلثا القسمة كثلثي المنفعة .

وبعبارة ثالثة : ان القسمة تحدث في مال كل من الشريكين صفة جديدة مالية ، وهي الخلوص والسلامة عن الاشاعة ، فكأن القاسم يريد من كل منهما أجرة

احداث ما يخص بمال كل منهما من الصفة ، فاذا اختلفت الصفتان في المالية نظراً الى أن خلوص الثلثين أكمل في المالية من خلوص الثلث لزم على كل منهما دفع عوض ما حدث في ماله .

هذا كله في العمل البسيط العرفي كنظر الناظر والقسمة البسيطة العرفية كقسمة غير الموزون والمكيل والمزروع ونحوها مما لا يحتاج في قسمتها سوى النظر ، وأما القسمة المركبة من عدة أفعال خارجية مثل الوزن والكيل فالامر فيه واضح ، لان عمل القاسم حينئذ لصاحب الثلثين ضعف عمله لصاحب الثلث كماً وكيفاً، لان افرانثلي المال الموزون بالوزن أكثر عملاً من افرانثله . أقول : ولكن المدار ليس على ذلك ، بل على ملاحظة مقدار الانتفاع ، فقد يكون المتقاسمان متساويين في الانتفاع المالي مع كون العمل الخارجي لاحدهما أكثر ، مثل ما اذا تراضيا على أن يكون لاحدهما الرديء الاكثر وللآخر الجيد الاقل ، فالظاهر هنا قسمة الاجرة عليهما بالسوية .

ثم انه لا يقدر في تقسيم الاجرة بنسبة الحصص أفضاؤه الى ذهاب مال قليل الحصّة رأساً ، فانه من خواص القسمة لا من خواص تقسيم الاجرة بنسبة الحصص ، اذ لو قسم بنسبة الرؤس فربما يفضي الى ذهاب مال كل من المتقاسمين أيضاً . والحاصل ان أجرة القاسم قد تزيد على قيمة مجموع الحصص ، وهذا عيب في القسمة لافي تقسيم أجرتها بنسبة الحصص . والله العالم .

التقاط

[اجرة القاسم على من استأجره]

اذا لم يكن القاسم من طرف الحاكم بل من طرف أرباب المال ، فاما أن يستأجره الجميع أو بعضهم ، فان استأجره الكل فلا اشكال في صحة الاجارة ،

وكذا لو استأجره بعضهم أصالة عن نفسه ووكالة عن الباقي وكيفية تقسيم الاجرة كما تقدم ان لم يتعين في ضمن العقد ما على كل واحد من الشركاء ، وان استأجره بعضهم ففي صحة استئجار الثاني ذلك الاجير فيما لو كان الشركاء اثنين اشكال ، لان تميز حق الثاني يحصل بعين تميز حق الاول والمفروض أنه مستحق على الاجير بمقتضى العقد الاول ، فالعقد الثاني يبقى بلا مورد ، لان شرط صحة الاجارة وقوعها على عمل مملوك غير مستحق عليه ببعض اسباب الاستحقاق . وقد يقرر الاشكال : بأن تميز حق الثاني واجب على الاجير مقدمة لتمييز حق الاول ، وأخذ الاجرة على الواجب غير جائز ، فيتوقف ورود الاشكال حينئذ على القول بوجوب المقدمة والقول بعدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، ففي القول بعدم وجوب المقدمة حينئذ استراحة عن الاشكال ، وكذا القول بجواز أخذ الاجرة على الواجبات التوصلية .

وفيه : أولا ان تميز حق الثاني ليس مقدمة لتمييز حق الاول بل عينه ، لان التمييز بين الاثنين نسبة الى كل منهما مثل نسبته الى الآخر ، كفصل الشيء المتصل فانه اذا حصل انفصل كل من المتفاصلين عن الآخر بعين ذلك الفصل الجزئي الحقيقي .

وليس هنا فصلان متغايران أحدهما يكون متعلقاً بأحدهما والآخر بالآخر . نعم يحصل من الفصل الواحد والتمييز الواحد مفهومان متضايفان كل منهما في عرض الآخر ، وهما تميز كل من المتمايزين عن الآخر وانفصاله عنه ، لان تميز هذا عن ذاك غير تميز ذاك عن هذا مفهوماً ، الا أنهما متضايفان متحصلان من فعل واحد خارجي ، وهو التميز والفصل الخارجيين .

فتوهم كون تميز حق الثاني مقدمة لتمييز حق الاول . بين الفساد ، لانه ان أريد به التميز حقه المصدري ففيه أن تميز حقه عين تميز حق الاول ، فلامغايرة

بينهما لامفهوماً ولا مصداقاً وانما المغايرة بينهما بالاضافة والاعتبار ، فان قيس ذلك الفعل الخارجي الى نصيب أحد الشريكين قيل انه تميزه عن نصيب الاخر وان عكس انعكس . وان أريد التميز الذي هو حاصل التميز المصدري فهو ليس بمقدمة لتمييز حق الاول ، لانهما مفهومان متضايقان حاصلان من فعل واحد في مرتبة واحدة لايجوز الاستيجار لاحدهما بعد الاستيجار للآخر ، لان النتائج بنفسها ليست بمجرى الاجارة الا بملاحظة مقدماتها التي هي الاعمال القابلة لها ، فاذا عقد على عمل باعتبار بعض نتائجه لم يجز العقد عليه ثانياً باعتبار النتيجة الاخرى .

ومن هنا يظهر أنه لافرق في ورود الاشكال بين أن يكون المعتقد عليه في العقد الثاني تميز حق الثاني - أي الفعل الذي يحصل به الانفraz - أو التميز الذي هو الانفraz .

وثانياً - انه لا ربط لوجوب المقدمة بالمقام بعد تسليم المقدمة ، لان المانع من صحة العقد الثاني ليس هو وجوب التميز على الاجير بل كونه مستحقاً عليه ، وعدم وجوب المقدمة لا ينافي كونه غير مملوك له مستحقاً عليه بالعقد الاول .

وثالثاً - أنه لا ربط لحرمة أخذ الاجرة على الواجبات بالمقام ، لانا لو لم نقل بذلك فالاشكال أيضاً وارد ، لما عرفت من أن المانع ليس هو وجوب تميز الحق الثاني بل كونه غير مملوك له مستحقاً للغير ، وانما قيدنا محل الاشكال في العقد الثاني بما اذا كان الشركاء اثنين لانهم لو كانوا ثلاثة كان العقد الثاني صحيحاً ، لان العقد الاول قد ورد على تميز حق أحد الشركاء ، فيبقى تميز حق الشريكين مملوكاً له وغير مستحق عليه . نعم يتطرق الاشكال حينئذ في العقد الثالث كما يظهر بالتأمل .

هذا ، وقد أجب عن الاشكال بوجود :

(أحدها) النقص بما لو استؤجر شخص في البيع عن أحد والشراء عن آخر، فان الاجير في البيع يجب عليه تحصيل الشراء مقدمة ، فيكون العقد على الشراء عقداً على غير مملوك مستحق عليه . ذكره الفخر في محكي الايضاح .
وفيه : ان البيع والشراء فعلاً مستقلاً ، والواجب على الاجير في البيع انشاء ايجاب النقل عند وجود المشتري ولا يجب عليه الشراء حتى يكون مستحقاً عليه .

ولو قيل : ان المراد بالبيع ليس هو مجرد انشاء الايجاب بل هو ايجاد النقل الخارجي ، والنقل الخارجي يتوقف على الشراء فيجب عليه تحصيل الشراء مقدمة . وبعبارة أخرى : يجب على الاجير في البيع انشاء الايجاب المقرون بالقبول ، فتحصيل القبول واجب عليه من باب كونه مقدمة لحصول صفة المقارنة .

قيل : ان وجوب انشاء النقل المقرون بالقبول لا يجعل القبول مستحقاً عليه ، لان المراد بالقبول القبول الاختياري الذي هو مملوك للقابل ، فالمستحق عليه هو تحصيل المقارنة لانفس المقرون الذي هو القبول . وبعبارة أخرى : القبول فعل مملوك للقابل ووجوب تحصيل مقارنته لا يخرج عنه كونه مملوكاً للقابل ، فاذا يجوز له العقد على نفس القبول كالعقد على نفس الايجاب - فافهم انه دقيق .
(والثاني) مانقله في المسالك أيضاً ، وهو أن السؤال مبني على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لافراز نصيبه ، ولا سبيل اليه ، لان افراز نصيبه لا يمكن الا بالتصرف في نصيب الآخرين متردداً أو تقديراً ، ولا سبيل اليه الا برضاهم . نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضى الباقيين فيكون أصيلاً ووكيلاً ولا حاجة الى عقد الباقيين - انتهى .

ويرد عليه : ان المانع من ترتب العقود ليس هو استلزام صحة العقد الاول

التصرف في نصيب الآخرين ، لامكان فرض جواز التصرف أو عدم الحاجة اليه ، بل المانع هو وقوع العقد الثاني على عين ماوقع عليه الاول ، وهو غير مرتفع برضاء الشركاء ، اذ على تقدير رضاهم بالعقد الاول فاما يعقدون على القسمة ثانياً أو يكتفون بالاول ، والثاني خلاف الفرض والاول غير جائز لعدم محل قبل العقد الثاني .

وقد أجب أيضاً بوجه آخر غير ناض في رفع الاشكال . والتحقيق أنه لو فرض للعقد الثاني محل مغاير لمورد العقد الاول صح العقد الثاني والا فلا . والله العالم .

التقاط

[الاجبار في تقسيم المثليات]

اذا كان المقسوم مما يتساوى أجزاؤه جنساً ووصفاً بقيمة كالحبوب والادهان ونحوهما من المثليات دخل على قسمتها الاجبار .

قال في الشرائع : ويقسم هذا القسم كيلاً ووزناً متساوياً ومتفاضلاً ربوياً كان أو غيره ، لان القسمة تميز حق لايبيع .

وأخذه في المسالك بما حاصله : ان التفاضل ان كان باعتبار اختلاف السهام كثرة وقلة كالثلث والثلثين فهذا ليس تفاضلاً في القسمة ، لان الاصل في القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق ، وان كان باعتبار ترجيح أحدهما على الآخر بتوفير جانبه زيادة على حقه فليس ذلك داخلاً في القسمة بل هو هيئة محض الزائد ، فلو ترك قوله متساوياً ومتفاضلاً كان أولى .

وفي بعض حواشي المسالك : فرض التفاضل بأخذ أحدهما الاقل لجودته والاخر الاكثر لرداءته . وهذا جيد لكنه لا يجوز في مسألة الاجبار على القسمة ،

لان شرط الاجبار تساوي الاجزاء جنساً ووصفاً وقيمة ، مع أنه صرح في هذا القسم بالاجبار على القسمة . وتأويل كلامه أنه أراد الاجبار في بعض الصور ، بناءً على ان مرادد بالتساوي الاجزاء المثلثات مطلقاً سواء تساوى أجزاؤه في القيمة أم لا . تعسف في تعسف .

ويمكن أن يوجه بأنه أراد بالتفاضل الاشارة الى جواز حصول الشركة في العين الممتزجة من الجيد والردى المتساويين في المقدار، لانه قول في المسألة كما نقل صاحب المسالك في باب المفلس عن الشيخ أنه نقل هذا القول عن بعض ، فانه على هذا القول تكون القسمة بالتفاضل مع دخول الاجبار عليه ، وهو بعيد .

وكيف كان فالاصل في القسمة اعتبار التراضي ، فالاجبار مخالف للاصل مطلقاً ، لان حقيقة القسمة وان كانت افرازاً الا أنها افراز جعلي يستتبع انتقال مال كل منهما الى الآخر بالمحس والعيان ، فلا بد فيها من التراضي ، لاصالة بقاء ملك كل على ماله .

وبدل عليه أيضاً قوله «لا يحل مال امرىء الا بطيب نفسه»^(١) بناءً على أن الحل كناية عن خروجه عن ملكه ، بل ولو أبقى على ظاهره من جواز التصرف ، لانه اذا لم يجز التصرف في ملك الغير الا بطيب نفسه فلا ينتقل ملكه الى غيره الا بالطيب بالفحوى والاولوية الجلية ، فلا بد في دخول الاجبار على القسمة من قيام دليل .

فقد يستدل على ذلك بقاعدة السلطنة ، بناءً على أن افراز المال من وجوها، ولعله يشير الى ذلك قول المحقق : ويجبر الممتنع على مطالبة الشريك بالقسمة

(١) الوسائل ج ٣ ب ٣ من أبواب مكان المصلى بلفظ « لا يحل دم امرىء مسلم ولا ماله

الا بطيبة نفس منه » .

لان الانسان له ولاية على الانتفاع بماله والانفraz أكمل نفعاً ، وهو محصل ما ذكره الشيخ في محكي المبسوط .

ويمكن المناقشة فيه بأن السلطنة على الافراز ترجع الى السلطنة على تقليب مال وهو المشاع الى مال آخر وهو المعين . وهذا ليس من وجود الانتفاع بالمال وطرق السلطنة عليه ، اذ لا يفهم بين قولنا « زيد مسلط على داره » و « ليس له جعل داره حماماً » مثلاً منافاة .

والسر في ذلك أن مقتضى عموم القضية وكليتها ليس سوى سريان الحكم الى جميع أفراد موضوعه مع بقاء الموضوع على حاله ، وليس له دلالة على كيفية حال الموضوع وأنه مما يمكن تقلبه الى موضوع آخر .

ويمكن أن يقال : ان افراز مال المشاع وتعيينه - وان كان تبديلاً للمال بمال آخر في دقيق النظر بمعنى افرائه رأساً واحداث مال جديد لا اخراجه من الملك فافهم - الآن التعيين والاشاعة في العرف معدودان من الاحوال الطارئة على مال واحد ، فالافراز بعد عرفاً من وجوه التصرف في المال المشاع .

[ضعف الاستدلال بقاعدة لاضرر على دخول الاجبار]

هذا ، ومما ذكرنا ظهر ضعف الاستدلال بقاعدة لاضرر على دخول الاجبار في القسمة أيضاً ، بل الاستدلال به أضعف ، لان الضرر اذا كان من لوازم وجود المال فلا وجه لرفعه بتبديله الى مال آخر . ويجري فيه التوجيه المزبور أيضاً ، لان التقسيم اذا عد من وجوه التصرف في المال كان في منعه وعدم الاجابة اليه مع عدم الضرر ضرراً على الملتمس .

فان قلت : في القسمة يحصل انتقال كل مال من الشريكين الى الآخر ولو كانت افرازاً ، لان كونها كذلك جعلي لا واقعية له على ما هو المختار المنصور

في معنى الاشاعة من أنها عبارة عن كون كل جزء جزء قابل للتنصيف الى نصفين قابلين للملك بين الشريكين، فحقيقة القسمة الاجبارية ترجع الى دخول مال كل منهما الى ملك صاحبه بدون رضائه . وليس في شيء من القواعد مايساعده ، بل يدل عليه صريح قوله « لا يحل مال امرىء الا بطيب نفسه » بالبيان المتقدم آنفاً . وأنى بقاعدة السلطنة دلالة على حصول تملك مال الغير بدون رضائه ، أم كيف يكفي كونها اضراراً جعلياً في امضاء الشارع اياه على وجه يخرج به عن قضية القواعد ، لان الجعل العرفي يحتاج الى الامضاء الشرعي ، ومع وجود الردع بنحو قوله « لا يحل » كيف يدعى الامضاء ؟

قلت : ما ذكرت من استتباع القسمة انتقال مال كل منهما الى الآخر مبني على اعتبار عقلي ملغى في نظر العرف ، فان القسمة عند العرف محض تميز وصرف افراز ، فتعيين النصف المشاع عند العرف يجري مجرى افراز أحد مصرعي الباب المتلاصقة عن الآخر أو كتشخيص أحد المشتهين عن الآخر ، وليس لذلك الاعتبار العقلي أثر في نظرهم ، حتى ان الانتقال حقيقة غير موجود عندهم في القسمة .

واذا كان الامر كذلك كان منع الشخص عن افراز ماله منعاً له عن التصرف في ماله عرفاً وادخالاً للضرر عليه، ولاريب أن السلطنة والضرر من الموضوعات العرفية كالنقل والانتقال ، فيدوران مدار الصدق العرفي ، فالسلطنة على المال أمر عرفي كما أن نفس موضوع المال أيضاً عرفي ، فكما لا يلتفت الى الدقة العقلية في بعض الاموال العرفية كالمعدومات كذلك لا يلتفت الى الدقة العقلية في بعض مصاديق السلطنة .

فكما أن دقيق النظر يمنع عن الحكم بملك المعدومات وكونها مالا كالمنافع المتجددة في الدهور اللاحقة ومع ذلك يجري عليها حكم الاموال عرفاً وشرعاً

كذلك يجري على القسمة حكم السلطنة عرفاً وشرعاً وإن كان دقيق النظر يقضي بعدم كونها سلطنة .

فظهر أن ما ذكره الاصحاب في خصوص متساوي الاجزاء جنساً ووصفاً من دخول الاجبار على القسمة منطبق على القاعدة . والله العالم .

التقاط

[في أى نوع من القسمة يدخل الاجبار]

بعد ما عرفت من دخول الاجبار على القسمة فاعلم : ان القسمة تنقسم أولاً الى قسمة ضرورية وغيرها ، والثاني تنقسم الى قسمة عينية وقسمة مالية وقسمة ردية :

والمراد بالقسمة الضرورية ما يوجب خروج السهام بعدد القسمة عن المالية مطلقاً أو بما يعد في العرف ضرراً كثيراً كتقسيم الجوهرية وتنصيبها نصفين . وبالقسمة العينية أن ينقسم المشاع بعينها ، بأن يتحصص عينها حسب حصص الشركاء ، وذلك بأن يكون المشترك مالا متساوي الاجزاء في جميع صفات المالية وقابلاً للتحصيص بالحصص بالتجزئة وتعديل السهام كمأ وكيفاً بالوزن في الموزون والكيل في المكيل والزرع في المزروع والمساحة في الاراضي المتساوية الاجزاء وصفاً وبنساً .

وبالقسمة المالية أن ينقسم المشاع بحسب المالية دون الكمية والكيفية ، وذلك بأن يكون المال المشترك مالا مختلفة الاجزاء في القيمة ، سواء كان من جنس واحد كالحنطة أو من أجناس مختلفة كالحنطة والشعير والدار والثوب ، ويلاحظ في تعديل السهام مقدار ماليتها فيجعل وزنات من الشعير سهماً ووزنة من الحنطة سهماً .

وبالقسمة الرديئة ما امتنع فيه تعديل السهام عيناً وقيمة الا بعد اضافة مال خارجي اليه حتى يصير بذلك مالا آخر قابلاً للقسمة . وقد تطلق القسمة الرديئة على ما يعم القسمة المالية .

إذا تحقق ذلك فاعلم أن القسمة الضرورية لا تقبل الاجبار ، لتعارض قاعدة السلطنة مع قاعدة نفي الضرر فيتساقطان ، أو أن قاعدة نفي الضرر حاكمة على قاعدة السلطنة كحكومتها على سائر القواعد العامة .

وهذا لاختلاف فيه ولا اشكال ، وسيأتي توضيح المراد بالضرر الواقع للاجبار ، فمورد القسمة الاجبارية هي ماعدا القسمة الضرورية ، فنقول :

ان القسمة الرديئة أيضاً لا تقبل الاجبار ولو كانت افرازاً لامعاوضة ، لان الدليل على الاجبار هي قاعدة السلطنة بالبيان المتقدم ، وهي لا تنهض بادخال الاجبار في القسمة اذا كان فيها رد . لان المفروض عدم قابلية المال المشاع بنفسه للتقسيم عيناً ولا قيمة ، فموضوع السلطنة حينئذ غير محقق وانما يتحقق بعد فرض اضافة أمر خارجي اليه ، فالمال المشاع الموجود غير قابل للسلطنة عليه وافرازه والقابل - وهو المجموع المركب منه ومن الرد - ليس بمال مشترك .

والحاصل ان الواجب انما هو الاجابة الى القسمة مع وجود موضوعها والمحل المقابل لها ، وأما تحقيق موضوعها وايجاد محل قابل لها باضافة مال خارجي فليس بواجب على الشريك ولو امضاءً ، بأن يكون الراد غير الممتنع .

واما القسمتان الاوليان - أعني العينية والمالية - فيدخلهما الاجبار مع عدم الضرر ، لكن الاصل في الاجبار هو الاول . فمتى أمكن تعديل السهام بحسب الكم والكيف لم يجبر على التعديل بالقيمة ، لان كل جزء من المال متعلق بحق الشركاء ، فلا وجه لمنعه عن حقه .

وبعبارة أخرى : ان حرمان الشخص عن عين ماله الى القيمة حكم مناف

لقاعدة السلطنة ، وانما يعدل عن العين الى المال مع عدم امكان التوصل الى العين ، فلو كان المال أجناساً مختلفة كالحنطة والشعير لم يجبر على التعديل بالقيمة ، بل لكل من الشركاء الاقتراح بتقسيم كل جنس ، بل له الاقتراح بتقسيم كل جزء في الجنس الواحد ، فيقسم كل واحد من آحاد البطيخ اذا لم يرض أحد الشركاء الا بذلك .

نعم ليس له ذلك اذا لم يتعلق به غرض عقلائي ، كتقسيم كل جزء حبة من حبات الحنطة ولولم يخرج عن المالية بسبب قابليته للطحن بعد التقسيم أيضاً ، لان مثل هذا الاقتراح بمعزل عن مقاصد العقلاء ، لان الالتزامات الشرعية لاتتعلق بما لايتعلق به غرض العقلاء .

ومن هنا لايلزم الوفاء بالشرط الخارج عن مقاصد العقلاء في ضمن العقد ولو تعلق به غرض في خصوص الواقعة الشخصية لبعض الشركاء ، ففي وجوب الاجابة حينئذ نظر : من عموم السلطنة مع اقترانها بالغرض الصحيح ، ومن كون المدار في أمثال المقام على ملاحظة حال العقلاء نوعاً لاشخصاً .

وعلى هذا فلا بد من تنزيل اطلاق كلماتهم في الاجبار على القسمة بحسب المالية في بعض الامثلة على ما اذا تعذر فيه القسمة العينية لعذر عقلي أو شرعي وبه صرح في محكي التذكرة حيث قال ما حاصله : ان للشريك الامتزاج بتقسيم كل عين من أعيان المال المشترك وعدم الاجابة الى التقسيم بحسب المالية بتعديل السهام قيمة وانه لايجبر على ذلك مع امكان تقسيم الاعيان .

[عدم دخول الاجبار مع عدم امكان التعديل في القسمة]

هذا اذا أمكن التعديل بحسب الكم والكيف ولو بتقسيم كل عين من الاعيان المشتركة بحيالها ، وأما مع عدم امكان ذلك وانحصار التقسيم في التعديل

بحسب المالية والقيمة - كما اذا كان المال المشترك عبئاً متعددة قابلة للتعديل بالقيمة بأن يرى أحد العبيد مائة ومجموع الاثنين مائة ونحو ذلك من الفروض - ففي دخول الاجبار على القسمة حينئذ بالتعديل قيمة مطلقاً أو عدم الاجبار مطلقاً أو التفصيل بين ما يتسامح فيه العقلاء من حيث تعلق الغرض بنفس الاعيان فالاجبار وما لا يتسامح فالعدم ، وجوه .

(وجه الاول) عموم قاعدة السلطنة وعدم الالتفات الى تعلق الغرض بالعين ، لان فائدة القسمة هي التفصيل الى تكميل المال وتخليصه من الاشاعة ، وهو حاصل مع التعديل بحسب القيمة ، وأما الغرض المتعلق بالعين فوضع القسمة الاجبارية على عدم مراعاته والغائه رأساً . والامتنع الاجبار مطلقاً ، لان القسمة يلزمها انقطاع يد كل من الشريكين عن عين نصيب الآخر ، فلا يكون حينئذ اجبار أصلاً حتى فيما يمكن فيه القسمة العينية ، ولذا جعل بعض الاصحاب سقوط الاجبار في القسمة بتعديل القيمة رأساً .

(ووجه الثاني) ما عرفت آنفاً من أن قطع سلطنة الشخص عن عين ماله وتعيين حقه في بعض اعيان المشترك غصباً عليه ليس مما يقتضيه قاعدة السلطنة ، بل هو مناف لتلك القاعدة ، فكما أن ملتمس القسمة يريد التوصل الى تكميل ماله بالقسمة فكذلك الممتنع يريد التمتع بعين ماله كالدار مثلاً ، فالاقتراح عليه باخراج عين الدار عن يده أو عين الفرس مثلاً مناف لقاعدة نفي الضرر .

وان شئت قلت : ان القسمة اذا لم تنصور في كل عين من اعيان المال وانحصر تعديلها بالتقويم كانت ضرراً ، لاستلزامها انقطاع يد الشريك عن عين ماله ، فيندرج تحت القسمة الضرورية التي لا اجبار فيها .

ودعوى أن فوت الغرض المتعلق بالعين ليس بضرر ، اذ المعتبر في الضرر هو الضرر المالي . مدفوعة بأن الاشاعة ليست ضرراً مالياً ، بل ربما يكون

قيمة النصف المشاع مثلاً أزيد من قيمة النصف المفروز أو مساوياً ، مع أنهم استدلوا على الاجبار في القسمة بأن الشركة ضرر فيجب نفيه .

[لا ترجيح لغرض الملتمس للقسمة على غرض الممتنع منها]

والحاصل ان انقطاع سلطنة الشخص عن بعض أعيان ماله ولو على نحو الاشاعة وتعيين تمام حقه في بعض تلك الاعيان ليس مما يدل عليه دليل ، اذ لا ترجيح لغرض الملتمس على غرض الممتنع ، فكما أن الملتمس يريد التوصل الى بعض الاغراض التي لا يترتب على فوته ضرر مالي والاستقلال بالمال واخراجه عن الاشاعة ، ضرورة عدم توجه ضرر مالي ونقصان في المالية اليه على فرض بقاء حصته على الاشاعة ، فكذلك الممتنع يريد محافظة بعض أغراضه التي لا يترتب على فوتهما ضرر مالي ، وترجيح جانب الملتمس باجبار الممتنع على القسمة ترجيح بلا مرجح .

(ووجه التفصيل) ان الاغراض المتعلقة بالاعيان ليست على نهج واحد عند العقلاء ، فربما يكون الغرض المتعلق بالعين ملغى في نظر العرف كما هو مبني دخول الاجبار في القسمة العينية ، أي القسمة بحسب الكم والكيف ، لان المال اذا كانت أجزاؤه متساوية وصفاً وجنساً وقابلاً للتعديل بحسب الكم والكيف لم يلزم من التقسيم والافراز الانقطاع يد كل من الشريكين عن عين نصيب الاخر . وحيث أن المفروض عدم التفاوت العقلاني بين نصيبه ونصيب شريكه عيناً ولا قيمة ألغاه الشارع أيضاً ونزله منزلة الوصول الى تمام حقه عيناً وقيمة .

وهكذا اذا كان المال مختلفة الاجزاء بالاختلاف المتسامح فيه عند العقلاء من حيث تعلق الغرض بالخصوصية ، فان كل اختلاف في الاجزاء ليس مما يصحح تعلق الغرض بالخصوصية ، فربما يكون الغرض المتعلق بالخصوصية واجب

المراعاة عند العقلاء ، مثل الغرض المتعلق بخصوصية الدار ، فان منزلة الدار مثلاً عند العقلاء ليس كمنزلة شيء آخر يساويها في القيمة مثل الثوب أو العجم ونحوهما : فان كان الغرض المتعلق بالخصوصية من قبيل الاول الذي يتسامح فيه لم يجب مراعاته بل يجبر صاحب ذلك الغرض وهو الممتنع ، وان كان من قبيل الثاني يجب مراعاته فيزاحم حقه حق الملتمس . وهذا التفصيل أوفق بكلمات الاكثر .

ومن هنا قال العلامة « ره » بالاجبار في قسمة العبيد مع امكان تعديلها بالقسمة ، وبعدم الاجبار في قسمة العبد والجوهر مثلاً المشترك فيهما بين الاثنين ، فان الاغراض المتعلقة بخصوص بعض العبيد ليس مما يزاحم بها غرض الافراز والاستقلال بالمال عند العقلاء ، بخلاف الغرض المتعلق بجنس العبد أو الجوهر مثلاً ، فانه مما يعتنى به عند العقلاء ، حتى انه ربما يرجح على غرض الافراز . والحاصل ان المنطوق في الاجبار على القسمة بحسب المالية على هذا التفصيل عدم كون الغرض المتعلق بالخصوصية واجب المراعاة عند العقلاء نوعاً حتى لا يزاحم به غرض الافراز والتعيين الذي دعا الملتمس الى التماس القسمة .

ومن أجل ذلك تطرق الاشكال والنظر والتردد في كثير من صور القسمة المالية التي اشتمل على جملة منها كتب الاصحاب باعتبار الشك في كون الغرض المتعلق بالتعيين واجب المراعاة عند العقلاء أو ملغى رأساً أو بحيث يزاحم به غرض الافراز والتعيين في المال .

وهذا هو الاقوى ، لان اختلاف الاغراض ربما يرجع الى اختلاف حال الشركاء من حيث الضرر بالقسمة وعدمها ، كما اذا كانت تلك الاغراض مما يعتد بها العقلاء ، فتندرج القسمة حينئذ تحت القسمة الضرورية التي لا اجبار فيها . ودعوى عدم صدق الضرر على فوت الغرض العقلاني مع التساوي في

مقدار المالية . قد ظهر فسادها نقضاً بأصل الشركة وحلابصدق الضرر عليه عرفاً .
قال شيخنا الاستاد « ره » : وممن صرح بأن فوت الغرض ضرر على الشريك
هو المحقق القمي في جواب سؤاله الفارسي . والله العالم .

التقاط

[حكم الاموال المختلفة بين شركاء متعددين]

إذا كان أموال متعددة بين اثنين بأسباب مختلفة - مثل ما اذا ورثا داراً من
أبيهما وحمماً من أمهما وتملكا أرضاً بعقد بيع أو صلح أو نحو ذلك - فطريق
القسمة حينئذ تقسيم كل مال بحالهما إن أمكن ، ولو امتنع قسمة كل مال منفرداً
وانحصر الامر في قسمة مجموعهما بالتعديل بحسب القيمة ، فقد صرح بعض
مشائخنا تبعاً للمحقق عن الشيخ « ره » بعدم دخول الاجبار على القسمة حينئذ
بل عدم شرعية القسمة رأساً الا أن ترجع الى نحو صلح ونحوه ، لان القسمة
حينئذ ترجع الى معاوضة ما يستحقه أحد الشريكين في أحد العينين بما صاحبه في
الآخر ، فلا وجه للاجبار عليها . بخلاف ما لو كانت الشركة في مجموع الاموال ،
فان القسمة حينئذ ولو بتعديل السهام قيمة افراز للمعاوضة .

ومحصل هذا : ان سبب الشركة في كل منهما اذا كان مغايراً لسببها في الآخر
كان هنا شركتان في مالين مشتركين ، ومقتضى كل شركة حصول الاشاعة في
موضوعها ، فحق كل منهما في كل من العينين ثابت على وجه الاشاعة في تلك
العين ولا يسري شيوعها الى العين الاخرى ، كما في صورة كون سبب الشركة
واحداً ، فاذا أريد تقسيم العينين بالتعديل وجعل كل من العينين سهماً رجع
ذلك الى المعاوضة ، لان السهمين اذا لم يكن كل منهما على البدل قابلاً للاختصاص

بأحد الشركاء بل كان نصف كل منهما مختصاً بكل من الشريكين فلا جرم يقع بين النصف من هذه العين وبين النصف من العين الاخرى معاوضة .

وهذا الكلام صحيح اذا لاحظنا كل واحد من العينين بحيالها وجعلناها مالا مغايراً للآخر ، وأما اذا لاحظناهما مالا واحداً ونظرنا الى المجموع المركب منهما نظراً الى أن هذا المجموع أيضاً مال آخر مغاير لكل منهما في لحاظ الانفraz لم ترجع القسمة حينئذ الى تبديل ما يستحقه كل منهما في أحد العينين بما يستحقه الآخر في الاخرى ، لان مالبة مجموع المالين بالنسبة الى مالكين مثل نسبة مالته الى كل واحد .

فكما أن ذلك المجموع اذا كان لواحد كان نصفه وثلثه ورבעه الى آخر الكسور ملكاً على نحو الاشاعة ، فكذلك اذا كان لاثنتين يكون كل نصف منه ملكاً لكل منهما على سبيل الاشاعة ، بمعنى كونه صادقاً على جميع ما يتصور فيه من الانصاف على البذل ولا ينحصر في النصف الملق من نصف أحد العينين ونصف الاخرى ، بل يكون من مصاديقه كل واحد من العينين اذا كانتا متعادلتين بحسب القيمة . وبهذا الاعتبار يصح فيها القسمة تعديلاً ، ويدخل عليها الاجبار أيضاً اذا لم يكن اختلاف الاموال مما تتفاوت به الاغراض .

ومما يؤيد ما قلنا أو يدل عليه أنه لم يقل أحد في باب الشركة العقدية أن الاموال المشتركة لا تنقسم تعديلاً اذا امتنع قسمة كل من الاعيان افرازاً مع ان مال التجارة المشتركة يتجدد يوماً فيوماً بحسب التقلب والتقلبات الحاصلة فيه من بيع وشراء ونحوهما .

ودعوى الفرق بين مال الشركة وبين مانحن فيه بأن ثمن الشركة مشاع بين الشريكين فيتجدد البيع ولومع تعدد العقد . بين الفساد ، لان الاشاعة في الثمن لا يوجب ارتفاع التعدد في تلك العقود الواقع كل منها على مبيع خاص

مغاير للجميع في العقد الآخر. مع أن البيع والشراء قد يتحققان مع كون الثمن في ذمة الشريكين ، فلا بد أن يلتزم بعدم جواز قسمة ما يحصل منهما من الاموال بالتعديل .

وكذا يؤيد ما قلنا انقسام مال المضاربة بين العامل ورب المال مع ظهور الربح تعديلا مع حصوله بالاسباب المتعددة ، بل هذا أوضح لعدم الاشاعة في الثمن في المضاربة .

والحاصل ان تعدد الاسباب ليس بمانع عن القسمة تعديلا . نعم لابد من احراز كون تلك الاموال الحاصلة بالاسباب المتعددة مالا واحداً ولو بملاحظة مجموعها من حيث المجموع .

فان قيل : ان تعدد الاسباب يوجب عد ما يحصل من كل سبب مالا مستقلا ، فلا تأثير لملاحظة المجموع في جعلها مالا واحداً .

قلنا : تعدد الاسباب بمجرد لا يؤثر ، ولذا لو تملك نصف صبرة من الحنطة بسبب ونصفها الآخر بسبب آخر لم يخرج كون تلك الصبرة عن المال الواحد العرفي ، خصوصاً اذا كان المالك واحداً ، فالمناطق في جعل أمور متعددة مالا واحداً أو متعددة شيء آخر ، اما قلة اختلافها جنساً أو وصفاً أو غير ذلك .

وعلى أي حال فلا يتفاوت الحال بين حصول الشركة في كل واحد من تلك الامور بسبب مستقل مختص وبين حصولها في الكل بسبب واحد . فالأظهر في صورة انحصار القسمة في التعديل الاجبار مع عدم توجه الضرر الى بعض ولو بفوت غرضه العقلاني كما مر . والله العالم .

التقاط

[ذوا اليد يقسم بينهما المال الذي يدهما عليه]

إذا سأل الشريكان الحاكم القسمة وكان لهما بينة بالملك قسم بلاخلاف ولا اشكال ، وان لم يكن لهما بينة وكان يدهما عليه ولا منازع فالمشهور أيضاً أنه يقسم ، ونقل عن المبسوط أنه لا يقسم وكذا نقل عن الدروس .
ومبنى المسألة على أن قسمة الحاكم حكم منه بالملك أو بمنزلته أو تصرف من التصرفات ، نظير العقد بين رجل وامرأة ، فانه ليس حكماً منه بالزوجية حتى لايجوز نقضه . والثمرة بين الوجهين لا تكاد تحصى .
ومما ذكرنا يظهر جواز القسمة ، لانها ليست بحكم بل هي كسائر تصرفاته التي لا تستدعي بعض موازين القضاء بل أمانة من امارات العمل . والله العالم .

التقاط

[المال المشترك الممتنع القسمة]

إذا امتنع قسمة المال المشترك افرازاً وتعديلاً ، فههنا يتصور القسمة بوجهين آخرين :
(أحدهما) أن يجعل الاكثر قيمة سهماً والاقل سهماً . وفائدة القسمة على هذا الوجه خروج الاقل خاصة عن الاشاعة وبقاء الاكثر بين الشريكين أيضاً على وجه الاشاعة بحسب مايبقى من حق آخذ الاقل . فلو كان المال عبيدين قيمة أحدهما عشرة وقيمة الاخر عشرون وقسما على أن يكون الاقل سهماً والاكثر قيمة سهماً بقي الاكثر أيضاً مشتركاً بينهما ، فيكون حق آخذ الاقل من العبد الذي قيمته عشرون ربه ، فيشاركان أرباعاً .

(والوجه الثاني) أن يضاف الى الاقل مايساوي معه الاكثر في القيمة . وهذا يسمى بقسمة الرد ، وحقيقتها تسالم الشريكين على صيرورة مال خارج عن المشترك لاحدهما خاصة بدلا عن جزء معين كالربع أو السدس ونحوهما من العين المشاعة .

ولذا اتفقت الكلمة على أن قسمة الرد مشتملة على معاوضة ومعادلة وان لم تكن بيعاً ، فأحد العوضين لا بد أن يكون ملكاً طلقاً لاحد الشريكين والاخر جزءاً معيناً من المشاع ، لابعنى كون نفس ذلك الجزء مشاعاً بينهما، لاستحالة كون العوض والمعوض ولو بعضاً من شخص واحد ، بل بمعنى كون ذلك الجزء من العين المشاعة .

ولارب أن الكسور المفروضة في الاعيان المشاعة تختص بكل واحد من الشركاء ببعض الاعتبارات ، فنصف العين مثلاً مشاع بين زيد وعمرو ولكن نصف زيد مختص به وكذلك نصف عمرو ، فالمعوض هو الجزء المختص بأحدهما الذي يساوي الضميمة في المالية . فتدبر .

ولا خلاف ولا اشكال في أن قسمة الرد لا تقبل الاجبار كما ذكرنا سابقاً ، وكذا لا اشكال في عدم الاجبار على الوجه الاول ، وهو الذي سمي بما لا يخرج معه المال عن الاشاعة رأساً ، لان الضرر المترتب على هذا النحو من القسمة أكد من فوات الغرض الذي تقدم عدم الاجبار معه ، فلا بد في صحة كل من الوجهين من التراضي ، فلو اتفقا على الرد وعدلت السهام وأقرع فهل تلزم بنفس القرعة على القول بعدم اعتبار الرضا بعدها في قسمة الافراز أم لا تلزم الا بالرضا بعدها ولوقيل باللزوم في قسمة الافراز؟ ذهب الشيخ والاكثر الى الثاني . وحاصل ما استدلل به الشيخ على مختاره : ان القرعة تفيد في مثل المقام معرفة البائع من المشتري، فقبل القرعة لا يعلم ، فاذا علم بها فلا بد له وللمشتري

الذي تسالما على اشتغال ذمته بالزيادة في مقابل جزء من العين المشاعة والتراضي بعدها ، لان الرضا السابق ليس رضاء بالمعاوضة ، لعدم تعيين البائع والمشتري ، فالرضا بها مايكون بعد معرفة دافع الزيادة الذي هو بمنزلة البائع ومعرفة من يخرج من ملكه ذلك الجزء .

وقد يستشكل فيه بأن أدلة القرعة تفيد اللزوم كما مر ، فلامجال للرضا مع فرض شرعيتها ، ولذا استقرب بعض اللزوم من غير رضاء بعدها .
وفيه : ان لزوم العمل بالقرعة يختلف بحسب اختلاف المقامات ، فان كان مؤداها التعيين أو الافراز ترتب عليها اللزوم من غير رضاء بعدها ، وأما اذا كان مؤداها مجرد التعديل الذي هو مقدمة للقسمة ، فالعمل بمؤداها لايزيد على الحكم بحصول التعديل بها .

وغرض الشيخ أن القرعة في قسمة الرد مقدمة للتعديل الذي هو مقدمة للقسمة وليست قسمة ، وذلك لان الاقل لايعادل به الاكثر الا بعد ضم مقدار من المال يساوي جزء من العين المشاعة اليه ، والمفروض عدم كون الضميمة عيناً خارجية بل ولاكل مافي الذمة .

وحيث كانت تلك الذمة مرددة بين أن تكون ذمة هذا الشريك أو ذاك ، لم تصلح لان يكون مافيها عوضاً عن جزء من المشاع ، وكذا لا يصلح ذلك الجزء المردد بين أن يكون من مال هذا أو من مال ذاك معوضاً ، لان مافي الذمة انما يعد مالا اذا تعين محلها وعلم الملتزم بها على سبيل التعيين الظاهري أو الواقعي ، وأما اذا كان الملتزم بها شخصاً مخيراً من أحد الشخصين غير معين في الظاهر ولا في الواقع فهذا لا يصلح بدلا لشيء ، فاذا لم يصلح بدلا لم يفد ضم مثل ذلك الى الاقل التعديل بينه وبين الاكثر .

وبعبارة أخرى : اذا تراضيا بالرد والقرعة فقد تراضيا على استحقاق أحدهما

الغير المعين على الاخر مالا في ذمته في مقابل جزء من المشترك ، وهذا التراضي لايجعل الاقل مقابلا للاكثر ومعادلا له فعلا .

نعم اذا أقرع وتبين الملتزم بذلك المال الكلي حصل التعديل ، لان هذا المال الكلي في ذمة من خرجت باسمه مضافاً الى الاقل يعادل الاكثر ، فاذا حصل التعديل قسم حينئذ بالتراضي ونحوه .

[الفرق بين قسمة الرد وقسمة الافراز]

ومن هنا بان الفرق بين قسمة الرد وقسمة الافراز ، لان الافراز لايتوقف تعديل السهام فيه الى القرعة ، اذ المعادلة بين الاعيان الخارجية أمر حسي غير متوقف على القرعة ، فلايبقى للقرعة بعد الافراز والتعديل أثر الاحصول الانفراز ، ومعه يستغنى عن الرضاء المتأخر عملاً بظاهر أدلتها . بخلاف القسمة الردية ، فان التعديل فيها أمر غير معقول قبل تعيين دافع الزيادة وأخذ الجزء ، فالقرعة حينئذ لا تفيد سوى ما ذكره الشيخ « ره » من معرفة البائع ، أراد أن معرفة البائع ليس نفس القسمة بل مقدمتها ، فبعد معرفته استعد المال للقسمة لحصول التعديل بملاحظة ضم الاقل مع ما التزمه دافع الرد .

هذا ، أقول : يمكن أن يقال ان كون مفاد القرعة حينئذ هو التعديل دون القسمة لا يستلزم اعتبار الرضا بعدها ، لامكان القول بأن الرضا بالقرعة رضاء بالتعديل والقسمة معاً ، فالشريكان اذا تسالما على الرد وعلى القرعة فقد تسالما على التعديل بموجب القرعة وعلى كونه قسمة وافرأاً . وبعد ما استظهرنا اللزوم من أدلة القرعة بعد شرعيتها سقط اعتبار الرضا بعدها .

وأيضاً اذا لم يكن مفاد القرعة تميز الحق ولا تعيين المجهول بل مجرد

التعديل توجه المنع عن شرعيتها ، لما تقدم من أن شرعيتها منحصرة في أحد الموضوعين .

ثم أن للشيخ استدلالاً آخر على المسألة لو تم فإنما يفيد اعتبار الرضا بعدها في قسمة التعديل ، لانه قال : لما لم يعتبر الرضا في قسمة الاجبار في الابتداء فكذلك في الاستدامة ، وهنا اعتبر التراضي في الابتداء فكذا في الانتهاء كأنه أراد اعتبار الرضا الى آن التصرف ، لان القسمة بالتراضي قسمة معاطاة فلا يلزم الا بعد التصرف ، فحيث كانت القسمة قسمة تراض ولو كانت بالتعديل اعتبر فيه الرضا الى زمان التصرف الذي هو زمان اللزوم .

التقاط

(في طور طريف آخر لتحقيق مقالة الاكثر)
[التعديل المتوقف على الرد]

وهو أن القسمة مسبقة بالتعديل ضرورة ، والتعديل فيما يتوقف فيه على الرد انما يحصل صيرورة الرد جزءاً من المقسم ، وكونه جزءاً من المقسم يتوقف على تسالم الشريكين ، لكونه بدلاً عن جزء مشاع في العين وعلى تعيين الملتزم به الذي هو بمنزلة المشتري وتعيين من يخرج عن ملكه العوض - أعني ذلك الجزء المشاع - وعلى اشتغال ذمة الملتزم بذلك الرد فعلاً لا تصوراً أو فرضاً .

فهنا أمور ثلاثة : الاول تسالم الشريكين على المبادلة من غير تعيين باذل الرد الذي هو بمنزلة المشتري وبازل الجزء الذي هو بمنزلة البائع ، والثاني تعيين البازل ، والثالث صيرورة الرد مستقراً في ذمته ، اذ لولا الاشتغال الفعلي لم

يكن الاقل معادلا للاكثر ، لان تعيين الملتزم به من غير تحقق الالتزام فعلا لا يزيد في مالية الاقل حتى يعادل الاكثر .

والاول يجري مجرى المساومة في البيع ، والثاني يجري مجرى تعيين البائع من المشتري ، والثالث يجري مجرى البيع .

مثلا اذا كان المال المشترك عشرين قيمة أحدهما عشرة وقيمة الاخر عشرون فلا بد فيه أولا من تسالم الشريكين على مبادلة جزء من العبد الذي يسوى عشرين بمال ، فلا بد أولا من تقدير ذلك الجزء وتقدير قيمته ، وذلك الجزء في المثال هو ربع ذلك العبد ، لان نصفه يقابل بتمام العبد الاخر ، فيبقى ربعان منه مشتركا بين الشريكين ، فلكل منهما ربع من هذين الربعين وقيمة ذلك خمسة . ثم بعد ذلك لابد من تعيين من يدفع الخمسة ويأخذ ربع شريكه حتى يخلص له تمام العبد الذي قيمته عشرون ، ويتبعه تعيين من يخرج عن ملكه ربعه المشاع في ذلك العبد ويمتلك الخمسة وتمام ذلك العبد الاخر . ثم بعد ذلك لابد من اشتغال ذمة الملتزم بالخمسة بها فعلا حتى تقوم تلك الخمسة مقام الربع الذي يملكه بدفعها من العبد المشاع ، اذ لولا ذلك لما حصل التعادل بين العبد الذي قيمته عشرة وبين العبد الذي قيمته عشرون . ثم بعد ذلك لا يحتاج الى التقسيم ثانياً ، لحصوله حينئذ بنفس ذلك التعديل .

اذا تحقق ذلك فنقول : ان التسالم على الرد يحصل به الامر الاول والقرعة يحصل بها الامر الثاني ، لانها حينئذ تفيد معرفة البائع عن المشتري من غير تحقق نقل بعد ، فالتعديل بعد غير حاصل . وأما الامر الثالث الذي به قوام التعديل - أعني استقرار الرد في ذمة المشتري كما عرفت - فلا بد فيه من التراضي فالتراضي سبب لأمرين التعديل والقسمة معاً .

أما سببته للأول فلان القرعة لم تفد سوى تعيين البائع ، وقد عرفت أن

مجرد التعيين لا يكفي في تحقق التعديل مالم تشتغل ذمة المشتري بالرد فعلا ، فلا بد في تنجز الاشتغال وتحققه فعلا من شيء آخر ليس هو الا الرضا المتأخر . وأما سببته للقسمة اذ لا مفهوم لها في المقام سوى استقرار الرد في ذمة أحد الشريكين معيناً بأزاء ما يملكه من الربع المشاع ، وقد فرضنا حصوله بالرضا . فان قلت : اذا جوزت حصول التعديل والقسمة معاً بشيء واحد - وهو الرضا المتأخر - فلم لا يجوز حصولهما بنفس القرعة التي تسالما عليه سابقاً . أو يقال : ان مجرد التسالم على مبادلة جزء من العبد الذي قيمته عشرون في المثال المزبور بشيء يكفي في حصول التعديل ، ولا حاجة الى تعيين باذل المردود وبازل الجزء فضلاً عن حصول الاشتغال الفعلي بالمردود .

قلنا : القرعة انما شرعت للتمييز للنقل ، اذ ليس من الاسباب الناقلة القرعة وقد عرفت أن قسمة الرد ترجع الى مبادلة مال بمال ، ولهذا لا يجوز استناد أصل القسمة اليها بل الى التراضي الذي هو مبادلة معاطاة . مضافاً الى ما في الاخيرين من التعسف ، لان التسالم على المبادلة من غير تعيين البائع والمشتري واستقرار ذمة المشتري بالرد فعلا لا يوجب كون العبد الذي قيمته عشرة عديلاً للعبد الذي قيمته عشرون .

ومما ذكرنا يظهر أن قياس القرعة في المقام بها في قسمة الافراز والتعديل ليس في محله ، لان قسمة الافراز والتعديل ليس فيهما مبادلة ، لما مر من أنهما عبارة عن صرف افراز الحق وتعيين المبهم ولو جعلنا ، بخلاف قسمة الرد فانها تشتمل على المعاوضة عرفاً وشرعاً بلا خلاف وان لم يكن بيعاً ، واذا لم تشتمل القسمة على المعاوضة ولو في نظر العرف لم يكن مانع من حصولها بنفس القرعة ، لان القرعة تنهض بتعيين الحق وتميزه ولا تنهض بنقل مال بعوض . والله العالم .

فرعان

[يتعلقان بأحكام الرد في القسمة]

(الاول) ان المردود لا يجب أن يكون معادلاً للجزء المشاع في المالية ، بل يجوز الشريكين التسالم على جعل شيء قليل بدلاً عن ذلك الجزء كما هو الشأن في سائر المعاولات ، لان المتعاضين لهما على الاقتراح على البيع بغير ثمن المثل أو الصلح عليه أو نحوهما من العقود ، فيجوز في المثل المزبور التسالم على بدلية قران واحد لربع العبد الذي فرضنا قيمته خمسة . وهل يجري فيه خيار الغبن لو كان أحد الشريكين جاهلاً بالحال ؟ الظاهر الجريان لو كان مدرك خيار الغبن قاعدة لاضرر ، ومثله الكلام لو ظهر في المردود عيب .

(الثاني) قد ظهر أن قسمة الرد مشتملة على معاوضة ولكنها ليست بيعاً . ويتفرع على ذلك أن أحكام المعاوضة المطلقة تجري فيها ، وأما أحكام البيع خاصة فلا تجري فيها . فالربا يجري في القسمة الردية ، فلا يجوز في المال الربوي جعل الرد زائداً عن الجزء المشاع وزناً . مثلاً اذا كان المال المشترك مالين من جنس ربوي لم يكن تقسيمه بالافراز للضرر ولا بالتعديل لعدم المعادلة ، فان جعل الرد من غير الذهب مثلاً كالفضة فلا إشكال ، وان جعل من جنسه فلا بد من مراعاة مساواته للجزء المشاع المعوض وزناً ، فلا يجوز جعل المردود مثقالين من الذهب اذا كان ما يقابله من الذهب الذي قيمته أكثر أقل من مثقالين كربع المثقال ، كما يتفق كثيراً في المسكوك فان قيمة الذهب مثلاً بملاحظة السكة غير قيمتها بدونها ، فيمكن أن يعادل ربع المثقال من المسكوك الربعين من غيره ولو مع التساوي في الجودة والرداءة فضلاً عن صورة الاختلاف فيها .

وأما العرف فلا يجري أحكامه فيها ، فلا يشترط في القسمة الردية التقابض في مجلس القسمة لو كان المال المشترك من جنس التقدين ، وهكذا الى سائر ما يخص البيع من الاحكام . والله العالم .

التقاط

[ادعاء الغلط في القسمة وصوره]

إذا ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة فالمدعى عليه إما قاسم الامام عليه السلام أو أحد الشريكين ، وعلى التقديرين فالكلام تارة في صحة الدعوى وأخرى في توجه اليمين عند عدم البينة .

ثم الغلط في القسمة يتصور على قسمين : أحدهما أن تكون السهام غير متعادلة ، والثاني عدم وصول أحد الشريكين الى تمام نصيبه مع فرض التعادل ، كما إذا كان لأحد أربعة السدس وللآخر سدسان وعدلت السهام أسداساً وقسمت ولكن صاحب الاسداس الاربعة لم يكن وصل الى تمام حقه بل الى ثلاثة أسداس . فدعوى الغلط على الاول لعدم معادلة السهام ، وعلى الثاني دعوى لعدم وصول حقه بتمامه اليه . فان ادعى الغلط على الوجه الثاني فقول المدعي مطابق للاصل ، فهو منكر حقيقة والمدعي صاحبه الذي يدعي وصول تمام الحق اليه . لكن الظاهر خروج دعوى الغلط على هذا الوجه من مفروض كلام الاصحاب .

أقول : بل الظاهر عدم صدق الغلط في القسمة على عدم وصول تمام حق أحد الشريكين اليه ، بل الظاهر عدم كون الشريك حينئذ مدعى عليه ، الا أن يدعي عليه خيانة من السرقة ونحوها ، لان عدم ظفر أحد الشريكين بتمام حقه المفروض ليس مما يوجب شيئاً على الشريك الآخر .

وأما الدعوى على الوجه الاول فقد يقال انه مدع ، لان الاصل في القسمة الصحة . ويشكل ذلك بأن القسمة عبارة عن التميز ، وهو ليس مما ينقسم الى صحيح وفساد حتى يجري فيه أصل الصحة كما نبهنا عليه في غير مثل المقام غير مرة ، حيث أشرنا الى أن مجرى أصل الصحة كل فعل ينقسم الى صحيح وفساد مطلقاً ، مثل الوطي والغصب والاكل والشرب والسرقة والزنا ونحوها من موضوعات الاحكام .

وحينئذ فاجراء أصل الصحة في القسمة اما بملاحظة التقسيم الصوري الذي يتصور فيه الصحة والفساد أو بملاحظة سبب القسمة وهو الفصل ، أو الانشاء الخارجى القائم بالقاسم الذي يترتب عليه التميز وانفراز الحصص ، لان هذا الفعل باعتبار كونه مؤثراً لافادة التميز تارة وغير مؤثر أخرى ينقسم الى صحيح وفساد ، كالنقل وسببه الذي هو صيغة البيع ، فان الاول لا يجري فيه أصل الصحة لعدم انقسام النقل الواقعي الى صحيح وفساد ، بخلاف الثاني وهو سبب النقل - أعني صيغة البيع - فانه باعتبار تأثيره أثر النقل تارة وعدم التأثير أخرى يتصف بهما ، فيجري فيه أصل الصحة .

وحينئذ نقول : ان كان المدعى عليه الشريك فلا اشكال في توجه الدعوى حينئذ ، لانه يدعي منه مالا في يده ، كما لا اشكال في توجه اليمين اليه . وانما الكلام في اشتراطها بدعوى أم لا ؟ ظاهر اطلاق الاصحاب والاقوى الاخير عند شيخنا « قده » ، لما ذكر من أن الدعوى ان تعلقت بما في يده وان عين ماله في يده فالدعوى بفعل النفس - سواء كان القاسم غيره كقاسم الامام وغيره أو هو - وليس المقام من باب الدعوى على الوارث بفعل أبيه .

وقد تقدم في محله ان الدعوى اذا كانت متعلقة بفعل النفس توجه اليمين

على البت ولولم يدع العلم بل اعترف بعدم العلم أيضاً ، فان فائدة الاستحلاف حينئذ تظهر في الرد .

فان قلت : ما الفرق بين المقام وبين مالو ادعى على الوارث عيناً من أعيان تركه أبيه وأنه غصبها ابوه ، حيث أن الدعوى هنالك دعوى متعلقة بفعل الغير ، فلانوجب اليمين الا مع دعوى العلم ، بخلاف المقام فانه دعوى بفعل النفس مع أن حصول مال الشريك في يد شريكه انما صار بسبب فعل الغير الذي هو القاسم مثلاً .

قلنا : في الدعوى على الوارث أيضاً ترتب عليه اليمين بلا دعوى العلم اذا ادعى العين وأنها ماله من غير تعرض لفعل المورث وغصبه لها . نعم لو تعرض له وقال ان هذه العين قد غصبها مورثيك كانت من الدعوى المتعلقة بفعل الغير . فان قلت : نفرض المقام مثل ذلك ، بأن يقول أحد الشريكين للآخر ان القاسم قد غلط وجعل شيئاً من مالي في يدك باعتبار غلطه في التعديل بين سهمي وسهمك ، فلا بد حينئذ من توقف السماع على دعوى العلم على الشريك .

قلنا : فرق بين القاسم والمورث ، فان القاسم بمنزلة الوكيل في إيصال حقهما اليهما ، فالدعوى المستندة الى فعل القاسم كالدعوى المستندة الى فعل الوكيل ، كأن يقول وكيلك في القرض قد استقرض مني .

هذا ، ولا بد في اتضاح الحال من التأمل فيما ذكرنا سابقاً ميزان من فعل النفس وميزان فعل الغير .

وان كان المدعى عليه القاسم ، فقد يقال بسقوط الدعوى حينئذ كما هو القدر المتيقن من عبارة المحقق في الشرائع ، لان الدعوى على القاسم كدعوى الخيانة على الحاكم ، لكن فيه ان القاسم قائم مقام الحاكم في نفس التقسيم لا في مقدماته من التعديل .

[منشأ الغلط في التقسيم]

توضيحه : ان الغلط في التقسيم قد ينشأ من الخطأ في تعديل السهام وقد ينشأ من الخطأ في تطبيق السهام المعدلة على الموجود الخارجي ، كما اذا عدل المال بأن يكون حقتان من هذه الحنطة مقابل حقة من الاخرى ثم حصل الغلط في الافراز الخارجي ولم تكن الحقة من هذه الحنطة مقدار الحقتين . وربما ينشأ من أشياء أخرى كنقصان الميزان ونحوه ، وقد ينشأ من الغلط في نظر القاسم ، ومن الواضح عدم تصور الخطأ في نظره ، فلا بد من رجوع دعوى الغلط عليه الى دعوى الخطأ في بعض الامور المشار اليها التي ليس نظر القاسم فيها الا كنظر أهل الخبرة ، فان نظره القائم مقام نظر الحاكم انما هو نظري في التقسيم الذي لا يتصور فيه الخطأ .

فحينئذ لا بد من التأمل في أن الخطأ في التعديل سبب للضمان لكونه تسبباً للاتلاف أو مباشرة له أم لا ، وعلى الاول فلا بد من النظر في أن الامناء هل يتوجه عليهم اليمين أم يصدقون بغير يمين اذا كانوا مدعى عليهم كتصديقهم مع اليمين اذا كانوا مدعين فيما ائتمنوا فيه . فان تمت المسألتان - أعني كون الغلط من أسباب الضمان وتوجه اليمين الى الامناء اذا كانوا مدعى عليهم - والا فلا .

ثم لافرق بين قاسم الامام ومن استأجره الشركاء للتقسيم .

ثم ان القسمة لو كانت بتعديل القيمة وأقام المدعي البينة فيما كان المدعى عليه الشريك كان المقام من تعارض البيئات ، بناءً على اشتراط العدالة والتعدد في المقوم . والله العالم .

التقاط

| ظهور الاستحقاق في المال بعد تقسيمه |

إذا اقتسم الشريكان مثلاً ثم ظهر البعض مستحقاً ، فإن كان مع أحدهما بطلت القسمة ، ضرورة بقاء استحقاق صاحب المستحق في نصيب شريكه ، وكذا لو كان بينهما لكن بالسوية ، بأن يكون حق أحدهما قيمة أكثر لما ذكره ، ان كان بينهما بالسوية لم تبطل لبقاء المعادلة بين ماعدها من السهام بحالها .

هذا إذا كان البعض مستحقاً معيناً ، وان كان جزءاً مشاعاً كالثلث فيهما إذا اقتسما المال بينهما نصفين فظهر شريك آخر مثلهما في النصيب . فلا إشكال في البطلان في المستحق ، بمعنى ثبوته في كل من النصيبين على وجه الإشاعة ، وأما فيما زاد عنه فعن الشيخ قولان البطلان وعدمه . والاول أظهر ، لان الحكم بصحة القسمة حينئذ يستلزم خروج حصة الثالث عن بعض وجوه الإشاعة من غير اذنه ولا اذن من يقوم مقامه ، بخلاف مالهو حكم ببطلان القسمة فانها باقية على كمال اشاعته .

وانما قلنا ذلك لان مصاديق نصيبه - وهو الثلث في المثال المزبور - على تقدير بطلان القسمة وبقاء المال على اشاعته بين الشركاء الثلث أكثر من مصاديقها على تقدير الحكم بصحة القسمة ، لان مصاديق ثلثه على هذا التقدير دائرة بين ثلث مجموع النصفين المركب منهما بالسوية ، ولا يجوز تعيينه في أحدهما خاصة ولا فيما يتركب منهما بالاختلاف ، مثل أن يؤخذ من أحدهما أكثر من الآخر ، بخلافها على تقدير بقاء المال على الإشاعة الاولى ، فانه صالح حينئذ لان يتعين في ثلث مركب من النصفين وأن يتعين في أحدهما خاصة وفي المركب منهما بالاختلاف وبالسوية .

وبالجملة لاشكال في أن اشاعة الثلث على تقدير بطلان القسمة مطلقاً أوسع دائرة من اشاعته على تقدير الصحة . وتقليل وجوه الاشاعة كاعدامها رأساً يتوقف على اذن صاحب الحق أو اذن من يقوم مقامه ، خصوصاً اذا كانت القسمة رد لاشتمالها على المعاوضة حقيقة .

فان قلت : معنى الاشاعة هو كون كل جزء من أجزاء المال بين الشركاء على ما هو المختار لا كون كل سهم من الشركاء مفهوماً ذا مصاديق متعددة قابلاً لان يتعين في كل واحد من تلك المصاديق كما هو خيرة بعض مشائخنا « قده » . والاشاعة بهذا المعنى أيضاً باقية ولو حكم بصحة التقسيم ، لان كل جزء من أجزاء كل من النصفين يفرض فيه حق للمشارك الثالث وهو الثلث ، فليس في الخارج جزء لا يكون ثلثه له حتى ينافي بقاء اشاعة ثلثه على حالها . وما ذكرت من التفاوت في مصاديق الثلث على تقدير صحة القسمة وفسادها مسلم ، لكنه لا يقدح في الاشاعة بالمعنى المزبور وانما يقدح فيها بمعنى اقتضائه تقليلاً في وجوهها على القول بأن حق كل من الشركاء مفهوم كلي كالثلث صالح للتعين في ضمن مصاديق متعددة ، والمفروض أنه غير مختار .

قلت : الاشاعة بالمعنى الذي اخترنا أيضاً لا تبقى على تصوير صحة القسمة بحالها، اذ من وجوهها على تقدير فسادها صلاحية التعيين في أحد النصفين خاصة أيضاً، فانه اذا اعتبر جزآن من كل نصف مع جزء من النصف الآخر فأحد الاجزاء على سبيل التخيير حينئذ ملك له ، اذ ليست الاشاعة حينئذ الا بهذا المعنى .

وما بينا من معنى الاشاعة انما هو في غير هذه الملاحظة ، لانا ذكرنا أنه اذا فرض قسمة المال الى أجزاء لا تقبل القسمة فالاشاعة ترجع الى كون كل جزء ملكاً لكل من الشريكين أو الشركاء على البدل ، وانما يرجع الى الاستحقاق في كل جزء قبل فرض انتهاء القسمة الى أجزاء غير منقسمة ، وحينئذ فان كانت

القسمة باطللة أمكن تعيين الثلث في أحد النصفين كما يظهر بالتأمل ، بخلاف ما لو قيل بصحتها .

هذا كله اذا قلنا بأن مرادهم ببطلان القسمة بقاء اشاعة مال الثالث على حالتها الاولى في مقابل من يقول بزوال اشاعتها في الجملة ، بمعنى تعيين ذلك المال بأن يكون سدسه في أحد النصفين وسدسه في النصف الآخر . وأما اذا كان المراد ببطلانها ببطلانها بالنسبة الى المتقاسمين مع بقاء مال الثالث على اشاعته التامة فالاقرب الصحة ، لعدم اشتراط القسمة بتميز جميع الحصص جمع فيجوز تميز الحصتين بالتراضي مع بقاء الآخر على اشاعته ، وحينئذ فان أجاز الثالث التقسيم شارك كلا منهما بالسدس والا بطلت القسمة ، لانه اذا لم يجرز وأخذ تمام حقه أو أكثره من أحد النصيبين فلا جرم يكون صاحبه شريكاً للآخر كما هو واضح . والله العالم .

التقاط

[صحة الاقالة بقاعدة السلطنة]

قد ظهر مما مر أن من أدلة مشروعية القسمة على وجه التراضي قاعدة السلطنة ، فاذا تسالما على القسمة قلنا لهما ذلك ، لان « الناس مسلطون على أموالهم » .

وهل يمكن اثبات صحة الاقالة بتلك القاعدة ؟ وجهان مبنيان على أن فسخ المتقاسمين واقالتهم هل يرجع الى ابطال أثر السبب الصحيح الواقع فلا يمكن كما في فسخ العقود أو لا يرجع .

ايضاحه : ان قاعدة السلطنة تنهض في مقامين : أحدهما اثبات جواز التصرفات بأسرها التي منها النقل ، وثانيهما اثبات لزوم الملك بعد تحقق النقل .

اذ سلطنة الناقل على انتزاع المنقول من المنقول اليه مناف لسلطنته على ملكه مقتضى عدم سلطنته عليه ، وهذا هو اللزوم .

وأما ابطال أثر العقد الواقع مثلاً بالتراضي والتقابل فليس مما يقتضيه قاعدة السلطنة ، وحينئذ فان كانت القسمة من الاسباب لم يبطل أثر الا بالتراضي على الفسخ بمقتضى قاعدة السلطنة بل مقتضاها حينئذ اللزوم كما ظهر ، وان كانت من الاحكام ففي اقتضاء القاعدة عود الاشاعة الزائلة بمجرد التسالم على الفسخ أيضاً اشكال .

نعم لو استند فيه الى عمومات الاقالة لم يكن بعيداً ، فما في القواعد من جواز الفسخ بالتراضي مبني على تلك العمومات .

ودعوى عدم شمولها للمقام نظراً الى اختصاصها بالعقود . مدفوعة بأن معنى الاقالة هي الفك والحل وابطال الاثر - سواء حصل بالعقد أو بالتباني والتعاهد والتراضي من دون عقد - فيجري في كل معاهدة ومراعاة ، بل في الاعم منه أيضاً كما في قول الداعي « وأقلني عثرتي » .

نعم هنا كلام آخر ، وهو أن أثر التقسيم ليس على حد آثار العقود في قابلية البطلان والانحلال ولو حكماً ، لان أثر التقسيم صيرورة المال المشاع معيناً ، وقد سبق أن المال المشاع مال مبان للمال المعين ، وصيرورة المعين مشاعاً لا يندرج تحت الابطال الحكمي المتصور في ابطال أثر العقد .

قلت : يمكن أن يقال : ان ابطال أثر العقد الواقعي الصحيح حقيقة غير معقول ، فمعنى اقالة العقد يرجع الى الابطال الحكمي الذي هو عبارة عن الالتزام بآثار عدم العقد الواقعي . وهذا نحو من الابطال الحكمي لامانع عن ثبوته لاثر التقسيم ، فيرجع التقسيم فيه الى جريان أحكام المال المشاع في المال المفروز المعين . والله العالم .

التقاط

[صحة القسمة لو ظهر فى الشركة المقسومة دين]

إذا ظهر فى الشركة المقسومة دين فالظاهر بقاء القسمة ، لان حق الديان متعلق بمالية التركة لأبأعيانها والتقسيم تصرف فى الاعيان لافى المالية .

ولا فرق فى ذلك بين استيعاب الدين وعدمه ، ولا بين اقامة الورثة بالدين وبين امتناعهم كلا أو بعضاً . نعم فى صورة كون الممتنع بعض الورثة حجر عن نصيبه خاصة ، فبيع ويقضى منه الدين . وفيه تأمل ، لكن ظاهر الاكثر فى صورة امتناع الجميع عن القيام بالدين بطلان القسمة .

وكذا لافرق بين القول بانتقال التركة الى الورثة مع تعلق حق الديان بها وبين بقائها على حكم مال الميت .

نعم قد يشكل على الاخير فى صحة أصل التقسيم ، لان الورثة ليسوا بمالكين للتركة فتقسيمهم كتقسيم الاجنبى . لكن فيه ان مجرد حق الاولوية كاف فى صحة القسمة .

وقد تقدم سابقاً فى مسألة انتقال التركة الى الوارث أن الوارث على القول الاخير أيضاً أحق بالتصرفات الغير المفوتة للجهة المالية فى التركة من غيرهم ، فهم بموجب حقهم يجوز لهم القسمة ، وأما حق الديان فليس بمانع كما ظهر . فالملتضى - وهو الحق - موجود ، والمانع - وهو الدين - ليس بصالح للمنع . والله العالم .

التقاط

[وجوه مالو ظهر في التركة وصية]

ولو ظهر في التركة وصية فهذه على ضروب :

(أحدها) أن يكون الموصى به عيناً معيناً كدار معينة ، وحكمه حكم مالو ظهر عين مستحقة في نصيب أحد الشريكين فتبطل القسمة .

(والثاني) أن يكون الموصى به جزءاً مشاعاً كالثلث ، وهذه أيضاً كما لو ظهر جزء مشاع مستحقاً ، وقد تقدم فيه القولان للمشيخ .

(والثالث) أن يكون مالا كلياً كألف دينار أو درهم ، وحكمه حكم الدين المشاع . وقد يقال بالفرق ، لان الدين متعلق بالذمة والوصية متعلق بالعين كحق الزكاة ، فيكون كالجزء المشاع ، والاول أظهر .

(والرابع) أن يكون عيناً كلياً من أعيان التركة كعبد من العبيد ، وهذا يكون مثل الصاع في الصبرة . والوجهان السابقان يجيئان هنا أيضاً ، الا أن كونه من قبيل الجزء المشاع أظهر . والله العالم .

التقاط

[ظهور عيب في المال بعد قسمته]

لو ظهر في المقسوم عيب ، فعن التحرير أن حكمه حكم العيب في المبيع من الخيار بين الارش والفسخ ، وكل منهما لا يخلو عن اشكال : أما الارش فلانه على خلاف القاعدة فيقتصر على مورده ، وأما الثاني فلما ظهر من عدم قابلية القسمة للانفساخ .

نعم الظاهر أن من ظهر في نصيبه العيب لو رضي به كان له ذلك خصوصاً

في المثليات ، لان التعديل فيها ليس بملاحظة المالية ، ويكون رضاه حينئذ بمنزلة الاجازة في الفضولي ، فان لم يرض كشف عن فساد القسمة من أصلها . والله العالم .

التقاط

[قسمة الوقف للموقوف عليهم]

يجوز قسمة الوقف عن الطلق بلا اشكال ، وأما قسمة الوقف بعضها عن بعض فقد منعوا عنه لاجل تعلق حق البطون اللاحقة .

الا أن يقال : انه لا يقضى بفساد القسمة مطلقاً حتى في حق البطن الاول ، فليكن مثل الدين ، فالبطن الثاني لهم الامضاء والرد ، لأنه ليس بقسمة حقيقة ، ولادليل على شرعيتها كذلك .

وكيف كان فقد يقال بجواز تقسيم الوقف على بعض الصور ، وهو اذا تعدد الواقف والموقوف عليهم ، كأن وقف زيد حصّة من الدار المشاعة بينه وبين عمرو على أولاده ووقف عمرو حصته على أولاده ، فان جواز القسمة حينئذ - بأن يقسم أولاد زيد وأولاد عمرو تلك الدار بينهم نصفين - ليس بعيداً كل البعد .

الا أن يقال : ان الواقف قد وقف حصته المشاعة بشرط الاشاعة ، فلا يتعدى عن كيفية الوقف الى غيرها .

وفيه : ان مقتضى ذلك عدم جواز قسمة الوقف عن الطلق أيضاً ، فان اعتبار صفة الاشاعة في الوقف يمنع عن قسمته مطلقاً ومع عدم اعتبارها يصح مطلقاً ، لعدم المانع وعدم منافاته أيضاً لحق البطون اللاحقة كمنافاته له في صورة اتحاد الواقف والموقوف عليه .

أقول : ومثل ذلك مالو وقف شخص واحد نصف داره على أولاد زيد ونصفها الآخر على أولاد عمرو ، كما يظهر بالتأمل .
ونقل عن صاحب الحقائق «قد» القول بصحة قسمة الوقف في هذين الفرصين . والله العالم .

التقاط

[قسمة الدين غير جائزة]

ذكر العلامة وغيره أن قسمة الدين لايجوز ولو بالتراضي ، فلو قسماه لم يؤثر وكان مايحصل بينهم ومايتوى عليهما فالتاوي لا يخص بمن رضي به سهماً ، كما أن الحاصل لا يخص بمن رضي سهماً . وقد نطقت به روايات :
(منها) خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي لآخر أيرده على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله^(١) .
وبمعناها روايات أخرى ، الا أنها أظهر دلالة ولعلها المستند ، والا فالمانع عن تقسيم الدين غير موجود .

وقد يدعى اختصاص القسمة بالاعيان الموجودة لكونها من عوارض الاجسام . وهو مدفوع بأن الملكية أيضاً كذلك مع عروضها الدين . والحاصل ان تميز الاملاك على حد ملكيتها ، فكما أن ملكية الدين اعتبار من الاعتبار الواقعية كذلك قسمتها .

نعم الظاهر أن المتبادر من لفظة « القسمة » القسمة في بادئ الرأي ، وهو انفraz الاعيان الخارجية . لكن دليل صحة قسمة الاموال المشتركة ليس شيئاً

مشتملاً على لفظ « القسمة » من الأدلة اللفظية، بل بناء العرف على امضاء الشارع المعلوم من مجموع ماورد في أبواب الفقه من تقسيم الاموال المشتركة، ولاريب في بناء العرف على قسمة الديون .

فلولا هذه الروايات الرادعة كان القول بالتقسيم قوياً وان كان محتملاً مع ملاحظتها أيضاً ، بناءً على قصورها عن الخروج عما تقتضيه القواعد العامة .
والله العالم .

القول فى الدعاوى

التقاط

[حقيقة المنكر والمدعى فى الدعاوى]

لابد للمفقيه من معرفة حقيقة المدعى والمنكر وبيان ضابط مطرد فى معرفتهما لاثبوت الحقيقة الشرعية فىهما كما نسب الى بعض ، ضرورة كونهما من الموضوعات العرفية التى يرجع فيها الى العرف ، بل لان كلا منهما قد يشتهر بالآخر فى جملة من الموارد .

ولان المدعى الذى جعل مقابلاً للمنكر فى الادلة لا يمكن حمله على المعنى اللغوي ، لان الدعوى لغة عبارة عن كل اخبار جازم ، فيشمل الانكار أيضاً ، فيبطل المقابلة . يعلم أن المراد به بعض أقسام معناه اللغوي ، كما أن المراد بالمنكر بعض أفرادها ، فلا بد من بيان كل من المدعى والمنكر على وجه يطرد، ثم الرجوع فى الموارد المشكوكة الى ما يقتضيه القاعدة، وهو مطالبة البيئة من الخصمين ان كان مطالبتهما من المدعى رخصة وإيقاف الدعوى لو كانت عزيمة.

[اختلاف الكلمات في معنى المدعى]

وقد عرف المدعى لما ذكرنا بتعريفات : أحدهما أن يكون قوله مخالفاً للأصل ، والثاني من يدعي خلاف الظاهر ، والثالث من لو ترك ترك . والكلام تارة في كشف معانيها وأخرى في تعيين الصحيح منها ، فنقول :

(أما الأول) فالمراد بالأصل ليس هو الأصل الأولي - أعني أصالة العدم - بل كل أصل أو أمارة شرعية يكون مرجعاً في مقام العمل ، فيشمل نحو أصالة الصحة واليد ونحوهما من الأصول والامارات الشرعية .

ودعوى أن المراد به خصوص أصالة العدم أو ما يعمله وسائر الأصول العملية كالبرائة والاستصحاب . بمعزل عن الركون إليها ، يفصح عن ذلك ما في رواية منصور بن حازم^(١) من الاستدلال على عدم قبول البيضة من ذي اليد لكونه مدعياً كما يفصح عنه سائر ما اتفق الكل على كونه مدعياً مع عدم مطابقة قوله لأصل العدم أو للاستصحاب ، مثل مدعي الصحة في العقود ، فإنها قاعدة ثانوية حاکمة أو مخصصة بقاعدة الاستصحاب ، وغير ذلك مما لا يخفى .

والحاصل أن المراد بالأصل هنا القاعدة ، فمحصل التعريف أن الخصمين إذا تنازعا نوظر في أن قول أيهما يوافق القاعدة التي هي المرجع ، سواء كان مخالفاً للأصل أم موافقاً .

والثمرة تظهر في مورد أصل الصحة واليد ، فإن قول مدعي الصحة والملكية وإن كان مخالفاً لأصل العدم إلا أنه موافق للقاعدة الشرعية الثانوية .

وقد يشكل ذلك بما إذا ادعى ذو اليد تلقي الملك من المدعي ، فإن المرجع فيه أيضاً هو البناء على مقتضى اليد مع قطع النظر عن مقام الخصومة ، بل مع

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١٤ .

ملاحظته أيضاً قبل صدور الحكم مع أنه مدع باعتبار اعترافه بملك المدعى وادعائه النقل .

فلو قيل : ان قوله مخالف لاصالة العدم فهو مدع لاجلها . قيل : ان هذا مبني على تفسير الاصل بالمعنى الاخص والا فلا وجه له .

ومثله مالم ادعى المديون البراء ، فان القاعدة التي بناء العمل عليها مع قطع النظر عن مقام الخصومة ترتيب آثار البراءة لكونه مدعياً بلا معارض مع أنه مدع .

ويمكن ذب الاشكال عن هذا بأن المراد بالقاعدة مايعول عليها في العمل قبل صدور الحكم من الحاكم ولو في حال المعارضة . وليس هو في دعوى البراء الا استصحاب الشغل ، لان دعوى البراء دعوى مع المعارض .

ويمكن ذب الاول بأن المراد مايعول عليه الحاكم في حكمه لو لم يكن بينة ، وهو دعوى ذي اليد التلقّي من المدعي الا استصحاب بقاء الملك لانقطاع حكم اليد بذكر السبب ، وهو التلقّي من المدعي .

(وأما الثاني) فالظاهر أن المراد بالظاهر أعم من الاصول الأولية والقواعد الشرعية والظواهر الغير المعتمدة ، مثل دعوى الزوج أو الزوجة تعاقب اسلامهما ، فانها مطابقة للظاهر دون الاصل . فالنسبة بينهما عموم مطلق ، لان الاصول والقواعد المعول عليها شرعاً كلها ظواهر نوعية .

نعم لو فرض قاعدة تعبدية محضة بحيث لم يكن حكمة التعبد بها افادتها الظن النوعي كانت النسبة عموماً من وجه . الا أنها غير موجودة ، حتى البراءة الاصلية في الموضوعات ، فان الاعتداد بها لاجل كونها أمانة ظنية . ولذا جعل دعوى اشتغال الذمة مورد اجتماع الحدود الثلاثة حتى الاخير .

نعم المراد به هو الظواهر النوعية ، فلا عبرة على هذا التفسير بالظواهر

الشخصية المستندة الى الامارات الغير المنضبطة ، مثل كون المدعى رجلاً صالحاً متقياً ، فان قول منكره وان كان مخالفاً للظاهر الا أنه ظاهر مستند الى أمانة غير منضبطة .

(وأما الثالث) ففيه نحو اجمال واشكال ، لان الترك الذي يترتب على ترك الدعوى غير متضح المقصود . ولا يصح تفسيره بمثل عدم المطالبة والمؤاخذة ونحوها من الاحكام ، للزوم الدور . لان الحكم بترتيبها موقوف على معرفة المدعى ، فلو اعتبر في تعريفه - كأن يقال ان المدعى هو الذي لو سكت عن الخصومة لم يطالب بشيء بخلاف المنكر فانه يطالب - ولو سكت يلزم الدور كما يظهر بالتأمل .

والظاهر أن مؤدى هذا التعريف اما يرجع الى الاول فينتابقان ، وذلك لان المراد بأن المدعى من يترك مع سكوته كما في بعض العبارات أو لو ترك كما في آخر أنه يعامل معه بمقتضى القاعدة .

وتسمية ذلك بالترك ليس ببعيد ، لان العمل بمقتضى القاعدة حقيقة ترك للمدعى على حاله ، بخلاف المنكر فانه لو ترك الخصومة لم يترك ، أي لم يعمل معه بمقتضى القاعدة بل يطالب بالحق الذي ثبوت عليه مخالف للقاعدة .

فان قلت : معنى « ترك » على ما صرح به غير واحد ويساعده صريح اللفظ أنه لا يتعرض بحاله لأنه يعامل معه بمقتضى القاعدة .

قلنا : هذا لا ينطبق على صور كثيرة من صور مجاري أصل الصحة ، فانهما لو تداعيا في صحة العقد وفساده فلا ريب أن كلا منهما يتعرض لصاحبه ، ولو ترك الخصومة فلا بد من أخراج امثال هذه الصورة عن تحته . وهو بعيد ، لان مدعى الصحة من أوضح مصاديق المنكر عند الاصحاب ، فكيف يعرف المنكر والمدعى بما لا يشتمله .

فإن قلت : في الفرض المزبور هما متدعيان ، لأن مدعي الصحة مثلاً يطالب بالمبيع ومدعي الفساد يطالب بالثمن ، فكل منهما مدع إلا أن مدعي الصحة معه حجة شرعية لأنه منكر فيدفع قوله .

قلنا : هذا اعتراف بأن مدعي الصحة ليس بمنكر عند الأصحاب ، بل هو أيضاً مدع لكن مع الحجة الشرعية . وقد عرفت أنه ليس كذلك ، فإن مدعي الصحة منكر عندهم ، فلا بد من تطبيق التعريف المذكور عليه ، ولا يمكن ذلك بما فسرنا .

فصار المحصل من التعريف أن من يختلف حاله بالسكوت والمخاصمة هو المدعي، لانه الذي يتوقف تغير حاله على دعواه ، ومن لم يختلف حاله بالسكوت وعدم السكوت - يعني عدم توقف تغير حاله على قوله وتكلمه - هو المنكر . والسرفي ذلك أنه لا يكون الانسان كذلك الا أن يكون قوله مطابقاً للدليل الشرعي الذي هو المعول في المسألة من أصل أو غيره ، اذ لو كان قوله مخالفاً للدليل الذي هو المرجع في مورد الدعوى اختلف حال سكوته وحال تكلمه ، بمعنى عدم توصله الى مقصوده في احدى الحالتين وهي حالة السكوت وتوصله الى مقصوده في الاخرى وهي حالة التكلم والدعوى .

[المدعى في دعوى الابرء هو المديون]

ومن هذا البيان يظهر أن المدعي في دعوى الابرء هو المديون ، لانه الذي يختلف حاله من حيث الوصول الى المقصود الذي هو التخلص من مطالبة الدائن وعدمه بدعوى الابرء وعدمها ، وأما الدائن فلا يتفاوت حاله بعد اقرار المديون بالدين بعد أن ينكر الابرء أو يسكت فانه يتوصل الى مقصوده في الصورتين .

ومثله الكلام فيما لو ادعى ذو اليد انتقال الملك اليه من المدعى الاول ، فانه الذي لو ترك أي سكت ترك أي يخلى على حاله التي كان عليها بدون التكلم ، وهو وجوب تسليم المال ، لانه باقراره مأخوذ بالملك ولا خلاص له الا بعد دعواه الانتقال ، وحينئذ فالتعريف الاول والثالث يتطابقان ، فيبقى الكلام في ترجيح التعريف الاول أو الثاني لكونه أخص من الثاني كما ظهر .

لا يقال: ظاهر تقابل التعريف الاول والثالث في كلمات العلماء يقضي بتغايرهما مصداقاً ، فكيف يتساويان ؟

لانا نقول : ذلك الظهور ممنوع ، ولذلك اختلفوا في تعريف الواجب بين من عرفه بما يستحق تاركه العقاب وبين من فسره بما يستحق تاركه الذم ومن فسره بما كان فعله مطلوباً وتاركه مبغوضاً على الاتفاق ، على أن الواجب شيء واحد ، فاختلف التعاريف قديكون باعتبار اختلاف العرفين في الحقيقة العرفية بالعموم والخصوص ، وقد يكون باعتبار الاختلاف في صحة الحد وسقمه من حيث اختلال طرده وعكسه بالنسبة الى ما اتفقوا عليه من حقيقة العرف .

وأما ما ربما يتوقف من تعريف المدعى بما يرجع الى الجمع بين التعريف الاول والثاني فشطط من الوهم ، لان مقتضى الجمع بينهما عدم صدق المدعى الا بعد مخالفة قوله للاصل بالمعنى الاخص أو الاعم الشامل للقاعدة والظاهر الغير المعتبر معاً ، فيخرج أكثر أفراد المدعى ، لان المدعى قلما يتفق مخالفة قوله لظاهر غير معتبر زيادة على الاصل أو القاعدة الشرعيين .

فحينئذ نقول : ان التعريف الاول أظهر ، لان الظاهر من الادلة والمستفاد منها أن المدعى الذي يطالب بالبينة من يقوى جانبه بمطابقة قوله لدليل شرعي . ولعل هذا أيضاً موافق للمدعى العرفي حيثما يطلق في مقابل المنكر ، لان المدعى في العرف من كان يدعى على خلاف القاعدة ، وصدق المدعى عرفاً على من

يخالف قوله لظاهر نوعي غير معتبر انما هو أيضاً لاجل كون متابعة الظواهر النوعية أمراً معهوداً بين العرف وكون المدعي خلافاً مدعياً بخلاف القاعدة ، فلم يختلف الشرع والعرف في المدعي الذي عليه البينة مثلاً وانما يختلفان في المصداق ، حيث أن مخالفة الظاهر مطلقاً ليس في نظر الشارع مخالفة للقاعدة بخلافها في نظر العرف .

وهذا نظير اختلاف الشرع والعرف في مصاديق البيع مثلاً بعد الاتفاق في مفهومه وأنه النقل .

ومما يؤيد ما ذكرنا أو يدل عليه تعليل سقوط البينة عن المنكر في بعض الاخبار المتقدمة بأنه جاحد والجاحد لا يستطيع على اقامة البينة . وجه التأييد أو الدلالة أنه بمقتضى التعليل يدل على أن كل جاحد منكر ، ولاريب أن مدعي خلاف الظواهر يصدق عليه الجاحد فيكون منكراً .

لا يقال : مقتضى التعليل أن كل منكر جاحد ، فيخرج ذو اليد ونحوه ممن يطابق قوله الظواهر الشرعية عن كونه منكراً .

لانا نقول : هذا مشترك الورود على التعريفين ، اذ التعريف الثاني مقتضاه أن يكون ذو اليد منكراً لأنه موافق للظاهر ، وانما الخلاف في الظاهر الغير الشرعي ، وقضية التعليل المزبور كون مخالفه منكراً . وهذا القدر هو المقصود في مقام ترجيح التعريف الاول على الثاني . فافهم والله العالم .

التقاط

[ما يشترط في سماع دعوى المدعى]

يشترط في سماع الدعوى شروط يرجع بعضها الى نفس الدعوى وبعضها الى المدعى به . ومما يرجع الى نفس الدعوى كونه لازمة ، بأن يترتب على

المدعى عليه بعد ثبوت الدعوى شيء قابل للالزام ، فلو لم تكن لازمة لم تسمع ، وهو واضح .

ويتفرع على ذلك أن دعوى البيع الفضولي على المالك غير مسموع ، لعدم إيجابه شيئاً على المالك . وكذا دعوى الإيجاب بلا قبول ، لأن الإيجاب بنفسه غير مفيد للنقل ، بخلاف دعوى القبول فإنه جزء أخير للنقل .

وربما يتوهم سماع دعوى الفضولي والإيجاب مثلاً حملاً لهما على الفرد الصحيح منهما ، أعني المقرون بالأجازة والقبول . وهذا الحسبان فاسد ، لأن صحة كل شيء بحسبه ، فصحة الإيجاب كونه بحيث إذا تعقبه القبول لا أثر في النقل وصحة بيع الفضولي كونه بحيث إذا تعقبه الأجازة أفاد النقل . والصحة بهذا المعنى لا ينفع ثبوتها في الدعوى بالمعنى الآخر ، أعني كونهما مؤثرين في النقل الفعلي لا يعقبه أصل الصحة .

وأزيد من هذا البيان يطالب من غير هذا الموضع .

قال في محكي الدروس : ولا يسمع دعوى البيع من دون قوله « ويلزمك تسليمه » لجواز الفسخ .

وفيه نظر ، لأصالة عدم طرو الفسخ فيحكم بترتب المقتضي على المقتضي ، ولذا لا يتوقف في سماع الدعوى المتعلقة بالمقتضيات في سائر أبواب الفقه .

أقول : يمكن أن دعاوي المقتضيات إذا كانت في حال تسالم الخصمين على عدم طرو المفسد وتمحض اختلافهما في أصل وجود المقتضي سمعت الدعوى بدون دعوى عدم المزيل . والافقيه اشكال ، لما ذكرنا من أن المدعى به لا بد أن يكون أمراً لازماً ، والمقتضيات ليست أموراً لازمة مع قطع النظر عن وجود الموانع . فافهم والله العالم .

التقاط

[كيفية ثبوت حق المدعى]

المدعى به قد يكون مالا أو في حكمه ، وقد يكون شيئاً ينتفع به المدعى وليس بمال . وذلك كدعوى فسق الشهود فإنه ليس بمال ولكن مما ينتفع به المدعى لكونه سبباً لدفع الالتزام ، وكذلك دعوى فسق الحاكم فان الترتب عليه انما هو رفع الالتزام خاصة .

ولا تعرض في هاتين الدعويتين للحق الواقعي الذي حكم به الحاكم نفياً أو اثباتاً ، لا مكان ثبوت حق المدعى مع فسق الشاهدين أو الحاكم . وبالجمله الميزان والمدار في هذا القسم من الدعوى كون المدعى به فساد ميزان من موازين القضاء من غير التعريض للمواقع نفياً أو اثباتاً .

ومن هنا يظهر أن دعوى كذب الشهود أو جور الحاكم بأن يكون قد حكم مع علمه بفسق الشهود . ليس من هذا القبيل ، لان البيئة على تقدير كونها ضامنة لما ذهب من المدعى عليه من المال فدعوى كذب الشهود أو جور الحاكم مسموعة بلاشكال . نعم يمكن أن يستند في عدم سماعها الى ما أشار اليه المحقق من اثاره ظاهر الفساد .

وكيف كان فالكلام فيما لم يكن الدعوى منه متعلقة بمال واقعي أو سبب كالانلاف ، مثل اتلاف الحاكم بجوره أو اتلاف الشهود بكذبهم . وهل الاقرار من أيهما ؟ فيه تفصيل ، لان الاقرار له جهة كشف وجهة الزام ، فان كان دعوى الاقرار باعتبار الجهة الاولى خرجت أيضاً عن موضوع مسألتنا ، لان دعوى الاقرار من هذه الجهة دعوى للرافع ، فالمدعى اذا قال « لي عليك كذا وأنت تعلم به وأقررت به » فهو خارج عن المسألة . وان كانت باعتبار الجهة الثانية

- كأن يقول المدعى « أنا لا أدعي عليك مالا واقعياً وإنما ادعي عليك الاقرار به » - فهو داخل في محل النزاع ، لان الاقرار في حد ليس من المال ولا من أسبابه . نعم ينتفع به المدعي بعد اثبات الاقرار كما ينتفع بفسق الشهود .
ومن هذا القبيل أيضاً دعوى المدعي بأن المدعى عليه ليس أحلفه مرة ، او دعوى المدعى عليه طي هذه الدعوى بعض الوجوه عند حاكم من المحاكم ، فانهما من قبيل دعوى فسق الشهود ، الا أن المقصود فيهما اسقاط الحق وفيه عدم توجه الالتزام بالحق .

إذا تحقق ذلك فان كان للمدعي بينة على ما يدعي من فسق الشهود ونحوه ، فلا كلام في سماع الدعوى حينئذ لعموم حجية البينة ، من غير حاجة الى التمسك بما ورد من موازين القضاء التي منها البينة^(١) ، فلو قلنا بعدم شمولها لغير الحقوق لم يكن اشكال في سماع البينة أيضاً نظراً الى حجيتها في جميع الموضوعات .
وان لم يكن له بينة ففي سماع الدعوى في هذا القسم من الدعاوي وجهان أو قولان : من عموم أدلة القضاء ، ومن دعوى أن المتبادر من الحق أو الحقوق التي ذكرت في بعض تلك الأدلة الحق المالي الواقعي ، فيستدل حينئذ من رواية استخراج الحقوق بأربعة بعد ورودها في مقام اعطاء الميزان في الدعاوي المسموعة على عدم سماع دعوى غير الحق وعدم استخراجها بالأربعة .
فان قلت : من جملة الاربعة البينة وأنت لاتقول باختصاصها بالحق . قلنا : نقول بالاختصاص من حيث كونه ميزاناً للقضاء ، ونقول أيضاً بحجيتها من حيث حجيتها في سائر الموضوعات - فافهم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٧ من ابواب كيفية الحكم ح ٤ .

فان قلت : ليس من تلك الاربعة يمين المنكر بل اليمين المردودة، والكلام في الاول دون الثاني .

قلنا : ان قلنا ان يمين المنكر والمردودة متلازمان ولا يتفارقان كما هو احتمال في المسألة على ما سبق مشروحاً فلاشكال، وان جوز التفكيك وقلنا بأنه يمكن أن يكون المقام قابلاً لاحلاف المنكر وغير قابل لليمين المردودة ، كما في صور كون المدعي غير المالك من ولي أو وصي أو وكيل نقول : ان يمين المنكر وان لم تكن من تلك الاربعة الا أنها مذكورة في الرواية مقدمة لليمين المردودة. وبعد دعوى ان المنساق منها اختصاص الاربعة بالحقوق ، وان دعوى اختصاص غيرها مما ذكر فيها من الموازين به أيضاً ، فيصير حاصل الدعويين أن الرواية ظاهرة في أن غير الحقوق المالية لايجري فيه شيء من موازين القضاء - فافهم .

ومما ذكرنا ظهر الحال في الاقرار ، الا أن السماع فيه أقوى ، لان الاقرار وان لم يكن سبباً للحق الواقعي الا أنه سبب للحق الظاهري ، الا أن يدعى أن المتبادر من الحق الواقعي ، وفيه اشكال أو منع .

[الدعوى على الحاضر أو الغائب]

بقي شيء، وهو أن دعوى فسق الشهود لابد أن يكون من محل كان المدعى عليه له حجة، ففي الدعوى على الحاضر لابد أن تكون قبل الحكم وفي الدعوى على الغائب بعده .

وربما يدعى أن اطلاق كلام المحقق وغيره في سماع الدعوى بعد الحكم يعم الحاضر مطلقاً والغائب .

ويمكن منعه بأن الكلام مسوق للتعميم من حيث الحضور والغيبة لالاطلاق
الحكم في جميع صور الحكم على الحاضر ، فكأن المراد أنه لافرق بين كون
الدعوى قبل الحكم وبعده اذا كان المدعى عليه باقياً على حجته بعد الحكم
لامطلقاً . والله العالم .

القول فى الوصول الى الحق

التقاط

[انتزاع العين المتنازع فيها من المدعى عليه]

من كان دعواه عيناً فى يد انسان فله انتزاعها ولو قهراً بمساعدة ظالم مالم يثر فتنة كما فى الشرائع وغيره . والمراد بالفتنة ما يعم تلف المال والنفس ، فيندرج فيه كلما يصدق عليه الفتنة ولو كانت مثل التشاتم والتعارك .

ومن هنا يظهر أن المراد بالانسان فى هذه العبارة هو المنكر ، اذ لو كان مقراً كالسارق وقطاع الطريق جاز استنقاذ العين من يده ولو أثار فتنة مطلقاً أو مالم ينجر الى قتل النفس .

وفى كلام المحقق دلالة على ذلك ، أى على أن الكلام فيما اذا كان صاحب اليد منكراً ، حيث ذكره فى مسائل الدعوى وعبر عنه بمن كان دعواه عيناً فى يد انسان .

وكذا عبارة القواعد حيث قال : ولو قدر المدعى على انتزاع عينه من

يد خصمه فله ذلك . لان التعبير بالمدعى يدل على فرضه المسألة في صورة انكار ذي اليد حتى يكون من مسائل الدعوى .

وبالجملة توضيح القول في المقام هو أن من يجد عين ماله في يد غيره ، فان كان ذلك مقام الدعوى والمرافعة - بأن كان ذو اليد منكراً - فالحكم فيه كما ذكره الاصحاب من اشتراط جواز الانتزاع بعدم اثاره الفتنة مطلقاً صغيرة أو كبيرة ، لان عدم سلطنة المدعى ظاهراً على المنكر يمنع عن تجويز الشارع للانتزاع القهري المورث للفتنة ، لان فساد من جزئيات فساد ترك الناس على حالهم وعدم نصب الرئيس لهم في طي مخصصاتهم .

وهل للمدعى الاستقلال مع عدم الفتنة اذا توقف على ضرر وضرار كتخريق الثوب وكسر القفل وهدم الباب ونحوه . ظاهر المحكي عن الارشاد العدم ، لانه وضع مكان الفتنة الضرر . لكن في مفتاح الكرامة الجواز ، وربما يظهر من محكي مجمع البرهان .

وفيه نظر لقاعدة نفي الضرر . ولا يعارضه قاعدة السلطنة ، لامكان توصله الى الحق بالرجوع الى الحاكم . وبالجملة مع عدم توقف التوصل الى الحق على الاضرار يشكل جواز بل الظاهر العدم .

ولادلالة لقوله عليه السلام « لي الواجد يحل عقوبته »^(١) على الجواز : أما أولاً فلعدم صدق اللي مع انكار المدعى عليه مع اعتقاده حقيقته ، وأما ثانياً فلامكان منع دلالته على تعيين المعاقب - بالكسر - بل انما يدل على تعيين المعاقب ، فمن الجائز أن يكون المعاقب هو الحاكم .

(١) بحار ١٠٣/١٤٦ باب المطل في الدين ٥ . واللى : المطل ، يقال لواه غريمه بدينه يلويه لياً ، وأصله لويأ فأدغمت الواو في الياء . وذكر الحديث أيضاً ابن الاثير في النهاية ٧٥/٤ .

نعم مع انحصار التوصل الى الحق في الاضرار يجوز ، لقاعدة السلطنة مع سلامتها عن معارضة « لاضرر » ، لانها معارضة بمثله ، لان عزل الانسان عن ماله ضرر عليه وان كان ذلك في غير مقام الدعوى ، كما اذا كان ذو اليد معترفاً بظلمه كاللص وقطاع الطريق وسائر أقسام الظلم ، جاز لصاحب العين استنقاذ الحق ولو انجر الامر الى المعارضة والمقاتلة بشروط مذكورة في مسألة الدفاع ، منها احتمال التوصل أو ظنه كما صرح به الاصحاب في تلك المسألة .

الا أن يقال : ان اطلاق كلامهم منزل على الغالب ، وهو عدم امكان استنقاذ الحق من السارق والذاهب مثلاً بالمراجعة الى الحاكم . وفيه تأمل أو منع . ويدل عليه أيضاً قوله « ليّ الواجد يحل عقوبته وعرضه » وقوله « مطل الغني ظلم »^٢ بالفحوى ، فانهما وان وردا في الدين الا أن المتمرد عن رد عين المال أولى بإيجاب العقوبة من المتمرد عن ايفاء الدين .

نعم مع أدائه الى القتل خاصة قد يمنع عنه ، لان المال لا يقابل به النفس في كلام مذکور في محله .

فهذه المسألة غير متناولة لصورة الاعتراف التي يجوز فيها الانتزاع ولو مع الفتنة . والعجب أن بعض مشائخنا قدس سره زعم اختصاص المسألة بصورة الاعتراف حيث قيد الانسان بالمتمرد المعلوم الحال . وهذا بمكان من البعد عما رأينا من عدم شمول المسألة لصورة الاعتراف فضلاً عن الاختصاص به . والله العالم .

التقاط

الوجوه فيما لو كان الحق في الدعوى ديناً]

لو كان الحق ديناً فاما أن يكون المدعي مقراً باذلاً أو مقراً ممتنعاً أو جاحداً :
فان كان الاول لم يستقل المدعي باستيفائه من دون المدعي مع امكان تعيينه
أو من دون الحاكم مع تعذر تعيينه لمرض ونحوه ، لان له ولاية في التعيين
وجهاته . وهذا لا اشكال فيه .

ثم ان البذل لو كان بينه وبين آن المطالبة مقارنة حقيقية عرفية فلا كلام ، والا
- كما اذا قال ابذل غداً أو بعد ساعة - ففي الحاقه بالبازل أو بالممتنع في ذلك
الزمان وجهان .

والاظهر هو التفصيل ، فان المدعي ان كان له غرض عقلائي في ظرف ذلك
الزمان الذي لا يبذل الا بعده ألحق بالامتناع ، لان التأخير موجب لفوت غرض
عقلائي . والا ألحق بالبازل ، لعدم ترتب ضرر على المدعي ولا فوت غرض
بالصبر في ذلك الزمان القليل أو الكثير مثلاً .

وقد يقال : ان المدار في صدق الامتناع أو البذل هو التأخير على وجه
يخل بالفور العرفي وعدمه ، فان كان البذل بعد فوت الفور العرفي جرى عليه
حكم الامتناع والا جرى عليه حكم البازل .

وان كان ممتنعاً في استقلال صاحب الحق أو استقلال الحاكم دونه . وجهان
بل قولان ، مقتضى الاصل الاول ، لان الولاية على مال الغير أمر على خلاف
الاصل ، فيقتصر على القدر المتيقن الذي هو ولاية الحاكم .

ولا يعارضه أصالة عدم وجوب الرجوع الى الحاكم ، لعدم كونه حكماً
تكليفاً يدفع بالاصل بل هو وجوب شرطي للتوصل الى الحق .

لكن قد يقال باطلاق ماورد في الباب من جواز الاستقلال باستيفاء الدين من باب التقاص ، لان قضية اطلاقها عدم شرطية اذن الحاكم .

ويمكن الخدشة في هذا الاطلاق بورودها مورد الغالب في زمان صدور الروايات ، ومن عدم امكان الاستيذان من الحاكم ، لان سلاطين العدل ومنصوبيه لم يكونوا مستطيعين على التصدي لوظائف الحكومة .

وقد يقال : بأن مدلول الروايات هو الاذن لايبيان الحكم الشرعي . وهو ضعيف . وعلى فرض عدم التنزيل على الغالب يمكن دعوى اهمالها من هذه الجهة . نعم مقتضى قوله صلى الله عليه وآله « لي الواجد يحل عقوبته وعرضه » جواز الاستقلال ، الا أن يدعى اهماله من جهة تعيين المعاقب . هذا اذا كان مقرأ ، ولو كان جاحداً فهو ممتنع .

وقد يفرض كونه باذلاً أيضاً، كما اذا قال مع جحوده « خذ ما تدعي ان كنت محقاً » وفيه تعسف .

وكيف كان فاما أن يكون للمدعي بينة أم لا ، وعلى التقديرين جاز له الاستقلال باستيفاء الدين من مال الجاحد تقاصاً ، وربما منع عن الاستقلال مع البينة . وهو موافق للاصل المشار اليه محجوج عليه باطلاق الاخبار .

ولا فرق في ذلك بين التقاص من جنس الدين أو من غير الجنس ولا بين البيع وتملكه من غير البيع ، لاطلاق الاخبار ، وان كان لبعض خلاف في بعض هذه المقامات .

والاظهر أيضاً الجواز مع الاستيمان على كراهة ، جمعاً بين الاخبار المانعة في خصوص الودعي والمجوزة عموماً وخصوصاً . والله العالم .

التقاط

[تلف العين قبل بيعها للاقتصاص]

لو تلفت العين التي يريد أن يبيعها ويقتص من ثمنها قبل تحقق القصاص من غير تعد وتفريط ، ففي الضمان قولان :

(يدل على عدم الضمان) قوله «ماعلى المحسنين من سبيل»^(١) ، وهو الذي تستند اليه قاعدة ارتفاع الضمان في الامانات الشرعية . ووجهه على ماسبق في باب الغصب أن المراد بالاحسان - على ما صرح به في محكي تمهيد القواعد - هو عدم الحرج الشرعي ، فالحسن مالا حرج في فعله شرعاً ، وقد يطلق ويراد به ما يمدح بفعله .

ولكن المراد في المقام هو الاول ، لانه اقتصار على صرف معناه الاصلي ، لان الذي لا قبح في فعله ولا حرج حسن لغة وعرفاً ، اذ الحسن مقابل القبح . ومن الواضح أن وضع اليد على مال الغير اذا كان باذن الشارع - كما في مقام التقاص - كان من الاحسان النافي للسبيل .

نعم لا بد أن يكون الفعل الذي يراد نفي السبيل هو الفعل الذي يكون حسناً مأذوناً فيه ، وأما لو كان السبيل مترتباً على فعل آخر يلزم ذلك الفعل الحسن ، ففي نفيه اشكال بل منع .

ومن هنا يشكل في نفي الضمان في اتلافات الطبيب بالمعالجة ، لان المأذون فيه هو العلاج دون الاتلاف الذي حصل من علاجه .

وبالجملة اذا كان سبب السبيل كاليد والاتلاف ونحوهما بنفسه مأذوناً فيه

فهو منفي بقاعدة الاحسان ، وأما اذا كان المأذون فيه أمراً ملزوماً لذلك السبب فالسبيل باق .

ولافرق في السبب المأذون بين أن يكون مقدمة أو ذي المقدمة ، فمقدمات التقاص المأذون فيه أيضاً مما لا يترتب عليه ضمان على هذا التقدير ، فوضع اليد على مال الغير ارادة للتقاص ليست يد رضائه سواء كان المال بقدر حقه أو أزيد اذا توقف التقاص عليه ، فمقتضى القاعدة عدم الضمان في الزائد أيضاً . فما عن العلامة من الفرق بين الزائد وبين غيره كما يأتي ليس بواضح . (ويدل على الثاني) أن قاعدة الاحسان مختصة بما اذا لم يكن فعل المحسن لاجل مصلحة نفسه .

ومن هنا يعللون الضمان في كثير من الصور المأذون فيها بأن المأذون انما قبض لمصلحة نفسه ، يريدون به الاشارة الى أن الاذن الشرعي انما يؤثر في عدم الضمان اذا كان فعل المأذون محض الاحسان من غير أن يكون غرضه مصلحة نفسه ، كما في الالتقاط ونحوه من الامانات الشرعية . وأما اذا لم يكن كذلك فقاعدة الاحسان لاتنفي الضمان ، وحينئذ فقبض المقاص قبض لمصلحة نفسه يترتب عليه الضمان وان كان مأذوناً فيه .

وعلى القولين لافرق بين مقدار الزائد اذا كان المأخوذ أكثر من المال الذي يريد مقاصته .

ونقل عن العلامة في التحرير التفصيل ، فحكم بالضمان فيما قابل دون الزيادة . وهو فيما بعد البيع جيد ، لان الزيادة بعد استيفاء الحق تكون أمانة شرعية في يد المقاص ، من غير أن يكون يده عليه لمصلحة نفسه بل لصرف مصلحة المقاص منه ، وأما قبله فقد عرفت أن حالها حال ماقابل .

وقد يقال : ان وضع اليد فيما قابل وضع لمصلحة نفسه فيضمن ، بخلاف

الزيادة فإن وضع اليد عليها ليس لمصلحة نفسه ، لأن الفرض وفاء غيره بحقه ، فيكون وضع اليد عليه احساناً محضاً لكونه مأذوناً فيه ولو مقدمة .

وفيه : ان قضية المقدمة أن يكون وضع اليد على الزيادة كوضع اليد على مقدار ما قبل في كونها لمصلحة نفس القابض ، فالفرق غير واضح . وأولى بالضمان ما لو لم يتوقف التقاض على الاقتصاص مما يشمل الزيادة ، فإن وضع اليد على مال الغير لا يجوز الامقدمة للاقتصاص . والمقدمة مع تعددها لا ينسحب حكمها الى المقدمة الغير الجائزة .

ومنه يظهر عدم جواز هدم الحائط وكسر القفل ونحوهما من الاحراز اذا لم يتوقف الاقتصاص عليها .

هذا كله في الدين ، وأما العين فالظاهر على ما ينطق به بعض أخبار الباب كخبر علي بن سليمان وخبر داود بن زربي فتأمل الجواز ، وفاقاً لغير واحد منهم العلامة في باب اللقطة في المدرس المبطل .

وهل يكون المأخوذ بدلاً للحيلولة أو بدلاً للعين ؟ وجهان . يدل بعض ما ورد في الدين على الثاني ، لاشتغال الدعاء المأثور للمقاص فيه على أن المأخوذ مكان مال المقاص ، اذ الظاهر عدم الفرق بين الدين والعين من هذه الجهة ، والثمرة بينهما غير خفية ، وقد سبق بعضها في باب الغصب . والله العالم .

التقاط

[ادعاء مال لم يكن لأحد عليه يد]

من ادعى مالاً يد لأحد عليه قضى له به من دون بينة كما في الشرائع . ثم قال : ومن باب كيس بين جماعة فيسألون هل هو لكم فيقولون لا ويقول واحد هو لي فإنه يقضى به لمن ادعاه .

والغرض من جعل مسألة الكيس من باب المسألة الاشارة الى مدر كها ،
اذ الاصل في المسألة رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام : عشرة
كانوا جلوساً ووسطه كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس،
فقالوا كلهم : لا، فقال واحد منهم : هو لي. قال عليه السلام : هو للذي ادعاه^(١).
وقد تعنون المسألة بالدعوى بالامعارض ، ويجعل « اليد » في عبارة المحقق
وغيره كناية عن المدعي ، لان الدعوى على ذي اليد من شأنها معارضتها بالعدم.
والرواية منطبقة على الثاني ، لان الكيس كان تحت يد عشرة جميعاً ، بمعنى
كونهم جميعاً بمنزلة يد واحدة .

وفي مثله اذا نفى أحدهم عن نفسه المال زال حكم يده وينحصر في الباقي،
فاذا انحصر في الواحد يكون هو صاحب اليد . فخرجت مسألة الكيس عما
عنون به المحقق من كون المدعى به مالا يد لاحد عليه فكيف يجعله من بابيه .
ودعوى أن الحكم في الرواية مستند الى كونه دعوى بلا معارض لا الى
يد المدعي واهية ، لان الحكم في الرواية اذا كان على وفق القاعدة المعروفة
المعهودة - أعني حجية قول ذي اليد - فصرفه الى قاعدة أخرى جديدة غير
معهودة من الابطال الواضحة ، وينبغي أن يصرح بأن المراد بالدعوى دعوى
تكون على خلاف الاصل ، فان ثمرة التصديق تظهر هنا لا فيما يطابق الاصل .

[ما المراد من اليد على المال]

وكيف كان فعلى المسألة حجب لابد من كشفها ، لان المراد باليد هل هو
الفعلي أو مايعم اليد السابقة ، فلو ادعى مالا كان في يد أحد قبل الدعوى هل
يصدق المدعي أم لا ؟ وكذا المراد بالمعارض هل هو المعارض الشأني أو

أو الفعلية خاصة ؟ فعلى الاول لا يصدق المدعي الا مع فرض عدم صلاحية دعواه للمعارضة اصلا ، وعلى الثاني يصدق بمجرد سلامة الدعوى عن المعارضة الفعلية . حتى أن الزوجة مثلا لو ادعت أنها مطلقة غير مدخولة في الساعة السابقة جاز تزويجها .

وكل منهما أشكل من الآخر ، لان الاختصار في سماع الدعوى بلامعارض على دعوى غير صالحة للمعارضة مطلقاً يوجب سقوط القاعدة عن الفائدة ، لان مثل هذه الدعوى ممتنعة عقلا أو عادة . وجعل المدار على المعارضة الفعلية وعدمها ، يتفرع عليه ما يقضي الضرورة بخلافه فضلا عن الاجماع مثل الفرع المشار اليه .

[دعوى الاموال وغير الاموال]

وتنقيح المسألة يحصل برسم مقامين : الاول في دعوى الاموال ، والثاني في غيرها كدعوى الطلاق والوكالة ونحوهما .

(أما الاول) فالكلام فيه تارة في اعتبار فعل المسلم وتصرفه مع عدم المعارض ، وأخرى في حجية قوله وادعائه .

أما الفعل والتصرف : حيث لامعارض لهما - مثل أن يضع انسان يده على مال مطروح أو يتصدى لبيعه أو نحو ذلك من التصرفات - فالظاهر وجوب حمله على الصحة تكليفاً ووضعاً ، فيجوز الشراء ممن يتصدى لبيع المطروح . والدليل عليه القاعدة المسلمة في الجملة ، أعني أصالة حمل فعل المسلم على الصحة ، لانه من أظهر مواردنا ، فيحكم بأن وضع اليد على ذلك المطروح بعنوان الملكية وضع صحيح تكليفاً ووضعاً ، وكذا بيعه ونحوه من التصرفات . وقد يناقش في ذلك بأن حمل فعل المسلم على الصحيح كالبيع لا يقضي

بكونه ملكاً له ، لان أصل الصحة لا يثبت الامر المشكوك في وجوده من الشرط أو الجزء كما تحقق في محله ، حيث قلنا ان صحة البيع الواقع من الراهن لا يثبت اذن المرتهن اذا اختلفا في الاذن وعدمه ، وكذا صحة بيع مال الغير لا يثبت مقارنته بالاذن ، فكذلك نقول في المقام : ان صحة البيع مع الشك في كون المبيع مملوكاً للبائع لا يقتضي الحكم بكونه مملوكاً للبائع ، كما أن صحة البيع المتنازع في كون أحد العوضين فيه خمرأً أو خلا لا يقتضي الحكم باستحقاق الخل ، وهكذا الى سائر ما فرغنا على بطلان الاصل المثبت من فروعات المسألة في محله .

وأما القول بالدليل على حجيته واعتباره غير واضح ، لان رواية الكيس قد عرفت ظهورها في مورد يكون للمدعي يد على المال . ولا كلام في مثله ، لان اليد بنفسها سبب لتصديق صاحب اليد من غير حاجة الى ضمنية الدعوى والقول .

نعم لو حملت الرواية على ما اذا لم يكن يد للمدعي ، مثل أن يقال : ان العشرة قد وردوا على الكيس المطروح فنفي كلهم الا بعضهم ، أو يقال : ان المدعي قد ورد على الجماعة الذين كانت اليد لهم دون المدعي الوارد ، أو نحو ذلك كان دليلاً على المسألة . وكذا لو ادعى اطلاقها بالنسبة الى كون المدعي ذا يد وعدمه .

الا أن جميع ذلك احتمالات لاشاهد لها ، والرواية لا اطلاق لها لكونها من باب حكايات الاحوال . الا أن يتمسك بترك الاستفصال ، فان الاستفصال في مثله على تقدير عدم عموم الحكم أمر لازم . فتدبر .

أو يقال : بأن اليد على الكيس كانت مقومة لمجموع العشرة ، فاذا نفى الاكثر عن أنفسهم زال اليد عن الكيس رأساً حتى بالنسبة الى المدعي .

[تصوير معنى المشاركة في اليد]

توضيحه : ان المشاركة في اليد تتصور على قسمين : أحدهما أن يكون لكل من الشركاء يد مستقل كجلوس المترددين في الدار، فان اليد في مثله ثابتة لكل واحد حتى لو قطع النظر عن الآخر أو فرض عدمه كان يده ثابتة . والثاني أن يكون اليد مقومة بالمجموع بحيث لو انتفى يد أحدهم انتفت اليد عن الباقي . ومن هذا الباب مورد الرواية ، لان يد العشرة على الكيس في الوسط كانت مقومة بالمجموع . وآية ذلك أنه لو كان كل واحد من العشرة بحيث اذا انفرد عن الباقي والكيس في محله ومكانه - بأن يقع الكيس في مقابله - لم يصدق عرفاً أنه صاحب يد على ذلك الكيس الواقع في قدامه ، بل كان يعتبر في كونه صاحب يد انضمام الباقي اليه على نحو يحصل من اجتماعهم نحو دائرة محيطة بالكيس كانت اليد حينئذ مقومة بالجميع ، فاذا كان أصل ثبوت اليد لكل واحد باعتبار كونه جزءاً للدائرة المحصلة لليد لزم اناطة بقاء اليد وعدمه بفرقهم على وجه لا يبقى معه دائرة محيطة وبعدم تفرقهم كذلك .

ومنه يعلم أن تفرق واحد أو اثنين أو ثلاثة لا يقدح في ثبوت اليد للباقي مجتمعاً، الا اذا كان التفرق بحيث ينتفي معه شبه دائرة محيطة، وأمام بقاءه فلا . هذا حال التفرق ، وأما نفى الملكية عن أنفسهم فهو في حكم التفرق الحقيقي ولو كانوا مجتمعين ، لان النفي يرفع أثر الاجتماع كما يرفع أثر اليد المنفردة .

نعم لو كان الكيس المفروض بقرب من المدعي - بحيث لو انفرد صدق أنه صاحب يد عليه أيضاً - لم يقدح تفرق الباقي أو نفيعهم في ثبوت اليد له على الكيس .

لكن الظاهر من السؤال - على ما يقتضيه جلوس العشرة عادة - أن نسبة الكيس الى المدعي وغيره من حيث القرب والبعد كانت نسبة واحدة بحيث يعتبر في ثبوت اليد اجتماعهم مع عدم النفي ، فلا يرد أن الرواية كما يحتمل ذلك كذلك يحتمل الاول ، فلا يصح الاستناد اليها في تأسيس حكم جديد ، وهو اعتبار قول المدعي بلا معارض مع عدم اليد .

وأما ما ربما يتوهم أو توهم من دلالة رواية منصور الاخرى الطويلة في مسألة الخلافة وتعيين قيم القرآن على أن المدعي بلامعارض يعتبر قوله^(١) ، لان الراوي احتج على كون علي عليه السلام قيم القرآن دون ابن مسعود وسائر العشرين بأن علياً « ع » قد ادعى العلم بجميع القرآن ولم يدعه أحد من هؤلاء وامضاء المعصوم ، فلولا أن قول المدعي بلامعارض كان معتبراً كان الاحتجاج في غير محله .

ففيه : ان الاحتجاج بدعوى علي عليه السلام انما هو بعد الفراغ عن حجية قول آحاد الصحابة بأن قول الصحابي كان حجة عند الصدر الاول ، ولذا استدل الراوي على عدم كون ابن مسعود مرجعاً في معرفة القرآن باعترافه بأنه لا يعلم القرآن كله لا بأن قوله ليس بمعتبر حتى فيما يدعي علمه من الايات ، فليس الاستناد الى قول علي عليه السلام ودعواه العلم بالقرآن جمعاً من جهة أنه كان مدعياً بلامعارض ، بل من جهة كونه من الصحابة وكون قول الصحابة حجة . وقد يستدل على المطلوب بأصالة الصحة أيضاً . وقد بينا ضعفه في محله ، حيث قلنا ان اجراء أصالة الصحة في الاقوال عبارة أخرى عن القول بحجية قول المسلم الغير العادل . وهو كما ترى ، لان حجية العدل فيه ألف كلام فضلاً عن غيره .

وقد يستدل عليه أيضاً بما عن الفاضل وابنه من أن كل فعل يكون للانسان انشاؤه يقبل اخباره به كما أو مانا اليه في غير موضع ، منها باب اللقطة في تحقيق قولهم « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، مثل اخبار بعض العسكر بأمان بعض الكفار حيث أن له انشاء الامان فيقبل اخباره ، ومثل اخبار الحاكم بالحكم الذي أنشأه ، وغير ذلك من الامثلة المشار اليها المصرح بهافي كلمات الاصحاب. وهنا أيضاً يقال بأن تصرف المسلم وفعله المعينين على الملك اذا كانا نافذين وحجتين ومحمولين على الصحة كان قوله واخباره ودعواه للملك أيضاً كذلك .

لا يقال : له انشاء التصرف ، فيقبل قوله بنشاءً على القاعدة المزبورة في الاخبار بالتصرف لا الملك .

لانا نقول : الملك لما كان متفرعاً على فعله الذي كان يملكه كوضع اليد والبيع ونحوهما من التصرفات المختصة بالملك كان الاخبار بالملك منزلة الاخبار بذلك الفعل .

وهذا مثل ما عن العلامة «ره» في باب الخيار من أن اخبار البائع ذي الخيار يكون المبيع مغصوباً مقبول ، لان له ازالة أثر العقد بالفسخ فيقبل قوله واخباره بكل شيء يترتب عليه فساد العقد ، مع أن الفرق بين الغصب الذي يخبر به البائع والفسخ الذي يملكه أوضح وأجلى من الفرق بين الملك الذي يخبر به المدعي فيما نحن فيه والفعل الذي هو مالكة - أعني التصرفات المختصة بالملك. ثم المراد باليد في المقام هي اليد التي تدل على الملك سواء كانت فعلية أو سابقة ، لان المدار على كون المدعى به غير محكوم بملك أحد ، فحيثما كان محكوماً بحكم اليد الفعلية أو السابقة بالملك للمغير لم يقبل دعوى مدعيه بلاينة . وأما المراد بقولهم « قضى له » فيحتمل وجوهاً :

(أحدهما) أن يخلى المدعي وسبيله ، بأن لا يتعرض بحاله بمطالبة البينة أو اليمين مع عدم ترتب غير آثار ملكه عليه ، وهو الظاهر من المسالك . وأنت خبير بأن هذا المعنى موافق للأصل والقواعد فلا يحتاج الى دليل جديد .

(والثاني) أنه يقضى به على وجه يكون به صاحب اليد ، ويجوز معه ترتيب آثار الملك مراعى الى حدوث مدعي آخر ، فيكون أثر القضاء جعل المدعي صاحب اليد مراعى الى ظهور الخصم ، وبعد ظهوره يكون حاله مع حال الخصم من حيث اليد وعدمه واحدة .

(والثالث) انه يقضى له على وجه يكون به صاحب اليد مطلقاً حتى مع ظهور الخصم . ولعل الاخير أظهر .

[دعوى غير المال كالوكالة وغيرها بالامعارض]

هذا هو الكلام في المقام الاول - أعني دعوى الاملاك - وأما الكلام في المقام الثاني - أعني دعوى غيرها بلا معارضة أحد كدعوى الوكالة والطلاق - فاثبات قبول الدعوى فيه أشكل ، لعدم مساعدة شئ من الأدلة عليه الا ما ربما يدعى الاتفاق على خلافه من أصالة حجية قول المسلم ، بمعنى قبوله التصديقية من حيث المطابقة للواقع .

ومما يدل على فساد الاتفاق على عدم حجتيه في مقابل اليد أو في مقابل الدعوى . مع أن قضية الحجية القبول مطلقاً ، لان البينة وما يجري مجراها حجتيه في هذه المقامات كلا ونحو ذلك من المقامات التي لا يسمع فيها قول المسلم التي هي أكثر مما يحتمل البقاء تحت الاطلاق .

ثم ان الدعوى بلا معارض في المقام الثاني أيضاً تنقسم الى قسمين : لان الدعوى قد تكون دعوى على الغير اشتمالها على سقوط حق الغير ، وذلك :

مثل دعوى الوكالة ، ومثل دعوى الطلاق ، ومثل دعوى موت الزوج ، ومثل دعوى العبد الاعناق ، وغير ذلك من الدعاوي المخالفة للاصول المتضمنة لسقوط حق الغير . وقد لا يكون كذلك بل تكون دعوى مخالفة للاصل من دون تضمينها لسقوط حق حتى تكون دعوى على الغير ، وذلك مثل دعوى الرجوع ودعوى الحيض ودعوى الطهر ونحو ذلك مما يخالف الاصل ولا تتضمن اسقاط حق للغير في بعض المقامات .

وفي كل منهما لادليل على قبول الدعوى ، الا أن عدم القبول في القسم الاول أوضح . بل يمكن الاستدلال عليه مضافاً الى عدم الدليل بقوله البينة على المدعي ، اذ يصدق عليه عرفاً أنه مدع على الغير وان لم يكن ذلك منكراً . ولا يذهب عليك أن مرجع هذه الدعاوي ليست الى الدعوى على الغائب . مثلاً اذا ادعت المرأة موت الزوج وأرادت التزويج ، فهذه ليست دعوى على الغائب ولكنها دعوى متضمنة لسقوط حق الغير ، وهكذا .

ولا فرق في هذا القسم بين كون ذلك الغير معلوماً بالتفصيل أو معلوماً بالاجمال مع كون الشبهة محصورة . وأما مع عدم انحصار الشبهة فالظاهر أنها ملحقه بالقسم الثاني ، لان العلم الاجمالي مع كثرة الاحتمالات ملحق بالجهل حكماً في مثل المقام .

ويتضح مما قررنا السرفي عد تصديق مدعي اللقطة أو مدعي مجهول المالك ، لانه يدعي ما يتضمن سقوط ولاية الملتقط أو الحاكم ، لان ولايتهما تزول بظهور المالك .

نعم لو ادعى مالاً مجهول المالك قبل استقراره في يد الحاكم ونحوه صدق وقضى له بناءً على التصديق في القسم الثاني ، أعني ما لا يكون دعوى على غير معلوم تفصيلاً أو اجمالاً ، لان الدعوى حينئذ ليست دعوى على الغير كذلك ،

بل على الغير المشتبه في غير محصور من دون أن تكون متضمنة لسقوط حق ولاية ، اذ الفرض عدم وصوله الى يد الحاكم أو أمين آخر بعد .
وقد يقال : انه على البناء المزبور يصدق مدعي اللقطة مثلاً ، لان ولاية الملتقط ليست من الحقوق الثابتة له أصالة بل باعتبار كونه نائباً مناب مالك اللقطة ، فبعد ادعاء الشخص اللقطة لم يتصور لدعواه معارض ولم تكن دعواه دعوى على الغير : أما بالنسبة الى المالك المجهول فواضح ، اذ المفروض عدم العبرة بالعلم الاجمالي المتعلق بوجوده وكونه بمنزلة الجهل . وأما الملتقط فلعدم منافاة دعواه لدعوى المدعي مثلاً ، لان الملتقط لا يدعي الملكية بل يدعي ولاية الحفظ عن المالك وهو يدعي الملكية ، فيجمع بينهما من غير أن يكون فيه سقوط حق .

وفيه تعسف ، لان المراد بالسقوط هنا أعم مما يوجب الخروج الموضوعي ، فظهور مالك اللقطة وان لم يكن مسقطاً لحق ولاية الملتقط حقيقة الا أن ذلك يوجب زوال صفة الولاية ، وهو يكفي في مطالبة البينة من المدعي . والله العالم .

التقاط

[ادعاء المدعي شيئاً بعد نفيه عن نفسه]

اذا ادعى مالا يد لاحد عليه بعد أن نفى عن نفسه فهل يقبل ويصدق بنسائه على قبول قول المدعي بلا معارض أو مشروط بما اذا لم يسبقه انكار .
قد يقال بدلالة الرواية المذكورة عليه بنسائه على ارادة الحقيقة من قوله « فقال كلهم » لاحق ، يشمل ذلك المدعي أيضاً . ويؤيده ما ظاهرهم الاتفاق عليه في باب النكاح من أن الشخص لو أنكر زوجية امرأة ثم ادعاها وصدقته

المرأة وجب عليها التمكين وتصديق الرجل . ومثله ماذكروه في ذي اليد من أنه لو نفى ملكية ما في يده عن نفسه ثم ادعى الملكية قبل دعواه ولو مع العلم بعدم تجدد سبب ناقل .

لكن قد يناقش في الرواية بأن الظاهر من كل ماعدا المدعي كما لا يخفى . ويؤيده تعبير الاصحاب كالمحقق « ره » وغيره عن مضمونها بما هو كالصريح في ذلك . فارجع ولاحظ .

وفي قبول دعوى الزوج بعد النفي بأن الحق لما كان للزوجة فاذا صدقته وجب عليها التمكين لانها المانعة عن سماع دعواه بعد الانكار .

وفي مسألة اليد بأن الانكار الاول والاقرار الثاني يتعارضان ويتساقطان فيعود حكم اليد ، فلا يقاس به مالا يكون فيه شيء من أمارات الملك كما نحن فيه . هذا ، ويمكن أن يقال : ان الدعوى بلا معارض على تقدير قبوله يشمل المقام ولا يشمل قولهم «لا يسمع الاقرار بعد الانكار» ولا أدلة نفوذ الاقرار للاقرار الاول ، لان ذلك في مقام الخصومة الفعلية أو الشأنية ، فحيث لا خصم فلا وجه للنفوذ مع امكان حمله على السهو والنسيان مثلاً ، والله العالم .

التقاط

[حكم اخراج ماغرق بالغوص]

لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجه البحر فهو لصاحبه وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه ، كما نطقت به رواية ضعفها المحقق في الشرائع مشعراً بالتردد ، ولكن عمل بها في محكي النهاية ومحكي الارشاد والمذكورة والتحرير . وربما قيل بأن المرجع فيما يخرج بالغوص عن القاعدة ، فان كان الاخراج

بإذن المالك وأمره استحق أجرة الغوص والخارج للمالك ، وإن كان بدون الإذن فليس له شيء .

وربما يستدل على ذلك بعد قصور الرواية عن تأسيس حكم مخالف للقواعد بأن شيئاً من أسباب التملك للغواص غير موجود ، لأن ما يحتمل أن يكون سبباً أحد أمور :

(الأول) كون الاعراض من أسباب التملك ، بمعنى كونه سبباً لخروج المعرض عنه عن ملك المالك رأساً وصيرورته كالمباحات الأصلية ، بحيث يصير ملكاً للمقايض والحائز .

(والثاني) الإباحة على نحو القول بها في المعاطاة ، بمعنى إباحة العين لكل من يقبض فيكون بمنزلة هبة وعطية غير معين فيها الموهوب له .

(والثالث) صيرورة المال بالغرق في حكم التالف إذا صار إلى قعر البحر بحيث يئأس منه المالك ، كما هو الغالب فيما يحتاج إخراجه إلى الغوص ، إذ المتوقف في وسط البحر غالبه يقذفه البحر بالساحل ، ولذا قال عليه السلام « وما أخرجه البحر فهو لصاحبه^(١) » ، إذ الغالب بل الدائم أن البحر لا يقذف ما في قعره بل ما في فوقه أو بطنه على نحو لا يلحق عرفاً بالمعدومات والتالفات . بعكس ما يخرج بالغوص ، فإنه غالباً شيء مستقر قعر البحر بحيث يلحق في تلك الحالة بالتالف ، فيكون وضع اليد عليه من أسباب حصول الملك كحيازة المباحات الأصلية .

[معنى زوال وصف الملك عن المال]

توضيحه : أن زوال وصف الملك قد يكون باعتباره خروج المالك عن

القابلية كالحي اذا صار جماداً بالموت ، وقد يكون لحدوث القصور في المملوك ، كما اذا انقلب الى بعض ما لا يملك ولا يتمول شرعاً أو عرفاً كتحويل الغذاء فضلة وصيرورة البيضة فاسدة ونحوهما ، وقد يكون باعتبار انتفاء موضوع الملك وتلفه حقيقة كموت الحيوان و اراقه الماء ونحوهما من أقسام التلف الحقيقي العرفي ، وقد يكون حكماً كالمال الذي لا يمكن وصوله الى مالكه عادة كالمال المنهوب في الطريق أو المسروق فيما لا يتعين فيه السارق في محصورين كأهل القرية أو أهل بلد مثلاً .

وبالجملة ما كان المالك مأیوساً عن الظفر به عادة فانه عرفاً يلحق بالتالف ، ولذا لا يصح بيعه وشرائه ونحوهما مما يعتبر في مجاريها الملك والمال العرفيين . ومن هذا الباب الغريق الواقع في قعر البحر ، فان المالك فيه أشد بأساً مما أجزوا عليه حكم التالف كالمال الذي يأخذه قطاع الطريق ، فاذا كان في حكم التالف فلا يصلح طرفاً لنسبة الملكية والمالية اللتين كانتا متقومتين به .
والجميع منظور فيه :

(أما الاول) فيرد عليه : أولاً منع كون محل البحث من موارد الاعراض ، لان مجرد غرق المال لا يستلزم اعراض المالك ، نعم ربما يوجب بأسه عادة ، وبينهما لعله بعض الفرق . وثانياً منع كون الاعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يتملكه القابض بالحيازة ، اذ لادليل على ذلك غاية الامر كونه سبباً لا باحة التصرفات عدا ما يتوقف على الملك كالوطي والبيع ونحوهما ، ولم تقم السيرة على أزيد من ذلك في غير الامور الحقيمة ، فلا مسرح للتمسك بالسيرة أيضاً .

فان قلت : قد مرفي باب اللقطة بعض ما يدل على أن الاعراض سبب للخروج

عن الملك كما في البعير الواقع في الكلاء ، فان في بعض الروايات تعليل اباحتها بأن المالك أباحها^(١) .

قلت : الالتقاط في نفسه سبب للملك ، غاية الامر انه اشترط في خصوص البعير الضالة بما اذا علم أن مالكها قد أعرض عنها ، فالكلام هنا في كون الاعراض سبباً مستقلاً في جعل المعرض عنه من المباحات .

(وأما الثاني) ففيه أيضاً أن مجرد اليأس لا يستلزم انشاء الاباحة فعلاً أو قولاً أو قلباً ، والكلام في أن مجرد الغرق هل يستلزم اباحة الغريق للاخذ كما نطقت به الرواية أم لا ، ومع ذلك فالاباحة انما تبيح التصرفات دون الملك أو ما يتوقف عليه من التصرفات .

(وأما الثالث) فلان كون الغريق في حكم التالف عرفاً على تقدير تسليمه مطلقاً ، مع أن ذلك يختلف باختلاف الاحوال ، فربما تكون العادة جارية بامكان اخراجه بغوص ونحوه ، فلا يتم دعوى كونه بمنزلة التالف حيثئذ ، اذ صيرورة المال تالفاً حقيقةً انما يوجب زوال صفتي الملكية والمالية .

وأما حق الاختصاص والاولوية فلا يوجب زواله أيضاً ، وتحقيق ذلك يطلب مما أسلفنا في باب الغصب في جملة مسائله ، كمسألة زرع حب المغصوب وتفريخ البيضة المغصوبة ونحوهما ، فاذا كان حق الاولوية باقياً فيلزمه عود الملكية على تقدير زوال تعذر الوصول الذي أوجب الحاقه بالتالف ، فيكون للمالك انتزاعه من الغواص .

وبالجملة ظاهر الرواية غير مطابق للقواعد ، والعمل بها على نحوه ينجبر به ضعف السند غير معلوم . نعم يمكن تطبيقها على القاعدة بالتصرف فيما يقتضيه ظاهر كلمة اللام المفيدة للملكية ، بأن يقال : ان المراد حصول الاباحة في

التصرفات دون الملك أو ما يتوقف عليه من التصرفات ، فمعنى قوله عليه السلام « فما أخرج بالغوص فهو لهم »^(١) انهم يتصرفون فيه كيف شاؤوا لا أنهم يملكون .

وهذا المعنى موافق للقاعدة ، لان التصرفات في المال المعرض عنه مضافاً الى امكان اثباته من السيرة وبعض الاخبار موافق للقواعد أيضاً ، لان الانسان اذا أعرض عن ماله فان رجع ذلك الى أمر وجودي - وهو انشاء اباحة التصرفات للناس - فلا اشكال حينئذ في جواز التصرف ، لانه تصرف باذن المالك ورخصته .

وان قلنا بعدم رجوعه الى ذلك وان الاعراض ليس باباحة ولا مستلزماً له ، فلا أقل من كونه رفعاً لمنع تصرفات الناس ، وهو يكفي في جواز تصرفهم ، لان حرمة التصرف في مال الغير انما هو لاجل الاحترام ، كما يدل عليه قوله عليه السلام « ان الله جعل حرمة أموالكم كحرمة دمائكم »^(٢) فاذا أعرض صاحب المال عنه ورفع الحجر والمنع من قبله فالتصرف في مثله ليس منافياً لاحترامه .

وأيضاً يمكن القول بأن التصرف حينئذ تصرف عن طيب النفس منه .

وكيف كان فجواز التصرف في المال المعرض عنه من دون القول بحصول الملك ، سيما في الاموال الحقيرة ، أمره سهل .

فان قلت : مورد الرواية ليس فيه اشارة الى الاعراض ، فظاهره أيضاً

(١) الوسائل ج ١٧ ب ١١ من أبواب اللقطة ح ٢١ .

(٢) الموجود في الوسائل في موضعين من كتاب القصاص منه ص ٣ وص ١٠ ففي ص ٣

حديث ٣ هكذا « فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » وفي ص ١٠ حديث ٣ هكذا « وحرمة

ماله كحرمة دمه » الوسائل ١٩ كتاب القصاص ص ١٠٣ .

مناف للقواعد، لان مجرد اليأس مع عدم الاعراض ليس من أسباب حل التصرف أيضاً .

قلت : نحمل الرواية بعد التصرف في لام « لهم » بما عرفت على الغالب الذي هو الاعراض عند حصول اليأس، لان الايسين عن أموالهم غالباً معرضون عنها . أو ربما يشعر به رواية أخرى واردة في المسألة حيث أن فيها زيادة، وهي ان ماتر كه أهله أخرج بالغوص فهو لاهله ، لان ظاهر تركه هو الاعراض . فافهم .

وحينئذ فيحمل اطلاق رواية البعير المتقدمة على صورة الاعراض حمل المطلق على المقيد ، بناءً على ثبوت التقييد في المثبتين في الاحكام الوضعية ، كما هو أحد الوجهين في المسألة أو أقواهما . والله العالم .

القول فى دعاوى الاملاك

التقاط

[التنازع فى عين معين]

لو تنازع اثنان عيناً : فاما أن تكون العين لايد لاحد عليها ، أو تكون تحت يدهما معاً ، أو تحت يد أحدهما ، أو يد ثالث . فهنا مسائل :

[التنازع على عين لايد لاحد عليها]

(الاولى) أن يتنازعا عيناً لايد لاحد عليها، فان كانت الدعويان متعاقبتين قدمت الاولى ، لانها فى حال وقوعها كانت بلا معارض . بل هذه ثمرة تصديق الدعوى بل معارض على أظهر الوجوهات فى المسألة كما سبق، الا أن تفرض الدعوى الثانية كانت فى حال دعوى الاولى، بأن ثبت ذلك باقرار المدعي الاولى أو بنحو ذلك .

لايقال : المدعي الثاني - انما يدعي حقيقته فى حال دعوى الاول ، فتكون تلك الدعوى فى حال صدورها معارضة بمثلها وان لم تكن معلومة .

لانا نقول :المعتبر في تصديق الدعوى بلا معارض سلامتها حين وقوعها عن دعوى أخرى مثلها ، وهذا مفروض الوجود في دعوى الاول . وادعاء الثاني حقيقته في حال تلك الدعوى لاتجعلها دعوى معارضة، لان التعارض من خواص وجود الدعوى الثانية ان الدعوى الاولى حين وجودها كانت مما يتعقبها دعوى أخرى معارضة ، وهو غير كونها مبتلاة بالمعارض في حين وجودها .

وان كانتا متقارنين بالتقارن العرفي أو الحقيقي . ففيه وجود الطرح واعمال كل من الدعويين في النصف كاعمال السببين مع الامكان ، وذلك مثل مالو أوصى بألف لزيد من الثلث وألف لعمر و كان مجموع الثلث مقدار ألف ، فان الحكم فيه التشريك بالنصف بين زيد وعمر و القرعة ، كما هو الشأن في جميع صور تعارض الامارتين أو نزاحم السببين ، فانه قد يحكم فيها بالطرح كالبيعين الواقعين على شيء واحد ، وقد يحكم بالتشريك كالمثال المفروض ، وقد يتوقف ويستخرج الواقع بالقرعة .

هذا حكم أصل المسألة ، وأما القضاء فيحتاج الى الحلف ، بمعنى أن الحاكم يقضي بالمجموع للمحالف اذا كان أحدهما والأفالتنصيف ، لان كل واحد منهما بالنسبة الى الآخر مدعى عليه وان لم يكن منكراً لعدم اليد ، فيجري ميزان القضاء من الحلف وغيره .

[التنازع على عين لكل من المتنازع يد عليها متناوباً]

(الثانية) أن تكون تحت يدهما معاً على التناوب كالفرس يركبه أحدهما يوماً والآخر يوماً ، وعلى الاجتماع كالدار يحلها اثنان على وجه يتصرف كل منهما في مجموع الدار .

والحكم فيه كما ذكره الاصحاب من القضاء بينهما نصفين ، لان يد كل منهما

وان كانت على المجموع الا أنها دليل شرعاً وعرفاً على ملكيته للنصف المشاع، لان مطلق اليد في العرف دليل على مطلق الملك الشامل للملك التام والناقص واليد الاستقلالية دليل على الملك التام والمنظمة مع مثلها دليل على الملكية الناقصة في مجموع الدار والملكية التامة في النصف المشاع .

وفي الشرع أيضاً كذلك ، لان الشارع لم يتصرف في موضوع اليد العرفية التي تعد عند العرف من أمارات الملك التام أو الناقص بل أمضاها وقررها على ماهي عليه في العرف .

وليس المراد أن اليد على المجموع في صورة التعدد يد على النصف المدعى ، بل المراد أن الايادي المجتمعة أمارات على ملكية النصف أو الثلث مثلاً وان لم يكن بينهما فرق عملي .

نعم لو جعلنا علامة الملك السلطنة التي تكشف عنها اليد لنفس اليد كانت يد كل منهما بمعنى السلطنة التامة على النصف ، فان جعلنا الامارة نفس اليد قلنا ان يد كل منهما على المجموع ، ولكن اليد على المجموع انما تكون أمانة على ملك المجموع اذا كانت تامة استقلالية ، وأما اذا كانت ناقصة بمزاحمة مثلها فهي أمانة على ملك البعض كالنصف والثلث مثلاً . وإن جعلنا دليل الملك هي السلطنة التي تكشف عنها اليد قلنا ان لكل منهما علامة الملك في النصف دون الكل . والامر في ذلك سهل .

وانما الكلام فيما جنح اليه بعض مشائخنا قدس سره حيث جعل اليدين بمنزلة الامارتين المتعارضتين أو السبيين المتزاحمين ، وقال : ان القضاء بالنصف انما هو لاجل ذلك لا لاجل أن يد كل منهما على النصف أو أن اليد على المجموع اذا كن معها مثلها لا تدل الا على تلك النصف . وقاسه بالمسألة الاولى - أعني الثاني على مالا يد لاحدهما وعلى تعارض البينتين .

وقد ظهر ضعفه بما ذكرنا ، حيث أن المحكم في ذلك هو العرف ، اذ الشارع لم يغير موضوع تلك الامارة العرفية عما هي عليه في العرف . ونحن نجد أن بناء العرف في صورة تعدد اليد بالتناوب أو بالاجتماع على جعل يد كل دليلا على ملك البعض .

وأما القياس بتعارض البينتين فهو قياس مع الفارق ، اذ لم يعتبر في دلالة البينة على حقيقة ما قامت عليه عدم قيام بينة أخرى على خلافها ، بل هي في نفسها حجة شرعية وعرفية غاية الامر انها بسبب التعارض تسقط عن الحجية الفعلية . وكذا الدعوى فانها أمانة على صدقها فيما لا يد لاحد عليه سواء عارضها مثلها أم لا ، غاية الامر انها بعد التعارض تكون المقام من مقام تعارض الامارتين ، بخلاف اليد فان دلالتها على الملكية التامة مشروطة عرفاً وشرعاً على استقلالهما ، والاستقلال مع التعدد غير موجود بالنسبة الى المجموع وانما هو بالنسبة الى البعض - فافهم .

وكيف كان فيتفرع على ما ذكرنا أن الحكم لكل منهما بالمجموع يتوقف على الحلف ، لان كلا منهما بالنسبة الى نصف شريكه مدع وهو بالنسبة اليه منكر ، فيحصل التداعي هو مقام التحالف كما صرح به غير واحد .

وعلى ما ذكره « قدد » يخرج المقام عن مورد التحالف ، اذ لاتداعي هنا بل كل منهما منكر ولا يدعى له ، كالمسألة الاولى أعني صورة تعارض الدعويين على عين مطروحة ، فانه لاوجه في مثله للتحالف الا على بعض الوجوه التي ذكرها « قدد » لتوجيه التحالف بعد فرض خروج المقام عن التداعي ، وحينئذ فلا بد أن يكون عدم تعرض جماعة للحلف في المقام لاحد وجود :

(أحدها) أن يكون ترك التعرض ثقة بما هو المعلوم من أن القضاء لا يكون الا بأحد الموازين بعد التسالم على ما ذكرنا وان كلاهما دليل على ملك النصف

خاصة دون الكل حتى يكون من مقام تعارض الامارتين ، وحينئذ فيرتفع الخلاف بين المتعرض للحلف من المسألة وغير المتعرضين ، لان كلا من الطائفتين يعترف حينئذ بأن كل واحد من اليمين دليل على النصف وأنه حكم شرعي واصل في المسألة ، وبه يعرف المدعي من المنكرو ويحكم بأن كلا منهما منكر بالنسبة الى النصف ومدع بالنسبة الى النصف الاخر ، وان كان القضاء بمعنى فصل الخصومة متوقفاً على شيء من موازينه من حلف أو بينة . لكن هذا خلاف ظاهر المحقق في الشرائع حيث جعل القولين متقابلين .

(وثانيها) ما ذكره «قدد» من أن اليمين المجتمعين عند غير المتعرضين لما كانت بمنزلة الامارتين المتعارضتين اقتصروا في القضاء على مجردهما ولم يعتبروا في ذلك الحلف ، اذ على ذلك لا يرجع الى التداعي حتى يتوقف الحكم على الاحلاف كما عرفت ، بل على فرض وجود الدعويين كالعدم وعدم سماع شيء منهما وترتيب آثار كل من اليمين .

(وثالثها) الحاق المسألة بالدرهم المشتبه بالاثنتين في مسألة الوديعه في الصلح القهري ، فكما أن القضاء في مسألة الدرهم لا يتوقف على الاحلاف بل يحكم الحاكم بينهما بالنصف من غير احلاف للنص كذلك في المقام يقضي بينهما بالنصف لكونه حكماً شرعياً وصلاحاً قهرياً في المسألة ثبت من الشرع بالدليل .

(ورابعها) ما أبداه في محكي كشف اللثام وتبعه في محكي مفتاح الكرامة ، وهو التصرف في ظاهر كلمات من صرح هنا بالحلف ، بحملها على أن الحلف أمره راجع الى المتداعيين ، فلكل منهما احلاف صاحبه ، وأما الحاكم فهو يقضي بالنصف من دون احلاف . واستظهره من عبارة النافع ، حيث انه بعد أن قال انه يقضي بالنصف قال : ولكل منهما احلاف صاحبه .

ومما مر تعرف أن الوجه الاول أقرب احتمالا ومحتملا ، كما تعرف ضعف ماعدها خصوصاً الاخير ، لان القضاء اذا لم يتوقف على الحلف فقضى الحاكم وتم القضاء فلامعنى لسلطنة كل منهما بعد الفصل والانفصال على احلاف صاحبه . هذا ، ثم ان الاصحاب ذكروا في كتاب الصلح مسائل ربما يتخيل مشابقتها لما نحن فيه ، كلها على خلاف القاعدة ثبت بالدليل من النص :

منها - لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً والاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها . قالوا : فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعاسرا بيعا وأقسما بينهما وأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والاخر ثلاثة .

ومنها - ما أشير اليه من الدينار المشتبه بين الاثنين عند الودعي ، بأن أودعه انسان درهمين وأخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم . قالوا : ان صاحب الدرهمين يأخذ درهماً ونصفاً من الآخر .

ومنها - ما لو كان مع اثنين درهماً وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف والاخر ما بقي .

(أما المسألة الاولى) فهي وان كانت مخالفة للقواعد لعدم صيرورة الثوبين بمجرد الاشتباه مشتركاً بينهما حتى يتشاركا في ثمنهما بنسبة ما كان لهما مع عدم الاشتباه ، فلا بد من استعمال القرعة قاعدة مع عدم التداعي ومعه من استعمال موازين القضاء . الا انها لامساس لها بالمقام حتى يستنبط حكمه مما ذكره هناك ، لانها في تلك المسألة ماتداعيا عيناً في يدهما كما لا يخفى .

(وأما المسألة الثانية) فهي أيضاً غير مربوطة بالمقام : اما لان يد الودعي ليست يداً للمستودعين ، أو لان للودعي على كل منهما يد واحدة يعلم كونها من جانب أحدهما دون الآخر ، فيده على كل واحد من الدرهمين يد نيابة عن

هذا أو عن ذاك ، فالمنوب عنه غير معلوم ، فيكون مثل ما لو تداعيا عينا يعلم كونها في يد أحدهما معاً .

وان أبيت عن ذلك وادعيت أن يد الودعي على كل واحد من الدرهمين يد نيابة عنهما معاً . قلنا حيثئذ : انا نعلم بمخالفة احدي يديه للواقع في كل واحد من الدرهمين ، للعلم بأنه في الواقع لاحدهما خاصة ، فيده على الدرهمين معاً معلوم المخالفة للواقع بالنسبة الى كلا الرجلين ، فيخرج أيضاً عن موضوع مسألتنا - أعني التداعي - مع كون العين في يدهما على وجه احتسب حقيقة كل من البيدين ولو على سبيل الشركة ، ولكنها أيضاً مخالفة للقاعدة كما لا يخفى . نعم بعض مشائخنا « قده » أسس في الاموال المشتبهة اساساً استناداً الى ماورد في هذه المسائل وغيرها من أن الاشتباه والدوران من أسباب الشركة أو الاشاعة نظير المزج في الشركة الحقيقية ، وعلى هذا الاساس تتم المسألتان وغيرهما أيضاً .

(وأما المسألة الثالثة) فالمستند فيها رواية ابن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر هما بيني وبينك . قال : فقال ابو عبدالله « ع » : أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ^(١) .

ومثله المرسل كما قيل ^(٢) .

قضية الحديث أن مدعي أحد الدرهمين قد يدعي أحدهما على سبيل الاشاعة ، بأن يكون له في كل درهم نصف كما هو ظاهر قول الراوي «هما بيني وبينك» لان المتبادر منه أنه كان يدعي اشاعة الدرهمين وأنهما ميراث بينهما أو ثمن مبيع

كذلك ، وقد يدعي أحدهما المعين ويعترف بالآخر لصاحبه كما هو ظاهر قول الامام عليه السلام في الجواب « وأما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن الدرهمين ليس له » حيث فهم من ذلك دعواه الاحد المعين ففسره بأنه أقر بأن أحد الدرهمين ليس له .

ولا ريب أن الاقرار بأحد الدرهمين ليس اقراراً بالنصف المشاع وادعاء النصف المشاع الاخر ، اذ ليس النصف المشاع منهما هو أحد الدرهمين بل هو نصف كل من الدرهمين .

وهذا هو الظاهر من عبارة الاصحاب أيضاً ، لانهم عبروا عن عنوان دعوى مدعي النصف بدعوى أحد الدرهمين الذي يكون النسبة بينه وبين النصف المشاع عموماً مطلقاً .

فلا بد من صرف أحد الظهورين : أما الظهور الاول بجعل المراد من قوله « بيني وبينك » كون المدعى به أحد الدرهمين المعين ، أو الظهور الثاني بجعل قوله « أقر بأحد الدرهمين » مرادفاً لقوله أقر بأشاعة الدرهمين ، لان التعبير عن النصف المشاع من الدرهمين غالباً يكون بأحدهما نظراً الى ما هو الغالب من عدم انقسام الدرهمين بين الشريكين الا اختصاص كل منهما بدرهم .

قال بعض مشائخنا « قده » ان الرواية في الاشاعة أظهر ، كما جنح شيخنا دام ظلّه الى أنها في دعوى المعين أظهر ، لان دلالة أحد الدرهمين على عدم الاشاعة مطابقة كما لا يخفى ، فيحتاج صرفها الى دليل ليس هو سوى تعارف التعبير عن نصفهما المشاع بأحدهما أحياناً ، بخلاف دلالة قوله « بيني وبينك » ، فانه مع قطع النظر عن تعارف استعماله في مقام الاشاعة لا دلالة له وضعاً على الاشاعة ، اذ لو كان الدرهمان لاثنين على نحو اختصاص كل بأحدهما يصدق أيضاً أنهما بينهما .

وكيف كان فان رجحنا الاشاعة كانت الرواية مخالفة للقاعدة من جهتين :
 لان الدرهمين اذا كانا تحت يد اثنين على وجه الاشاعة كان كل منهما بالنسبة الى
 النصف منكراً لكونه زايد بالنسبة اليه فلاوجه للتنصيف النصف أيضاً بل يكون
 أحد الدرهمين لمدعي النصف حينئذ كما ذكروا في التداعي على دار بينهما ،
 ثم ان التنصيف من دون حلف أيضاً خلاف مقتضى قواعد القضاء . وان رجحنا
 التعيين كانت مخالفته للقاعدة من جهة واحدة وهي القضاء من دون حلف ، لان
 التنصيف حينئذ مقتضى قاعدة تساويهما في اليد بالنسبة الى كل واحد من الدرهمين ،
 لما عرفت من أن العين اذا كانت تحت يد اثنين كانت بينهما نصفيين بمقتضى
 يدهما ، فكل واحد من الدرهمين حكمه ذلك ، غاية الامر خروج أحدهما
 باقرار مدعى الآخر .

هذا اذا لم يعلم اجمالاً باختصاص ما يدعيه من الدرهم بأحدهما كما هو
 الغالب ، والا فالتنصيف أيضاً مقتضى القاعدة ، لان يدهما على الدرهم المعين
 حينئذ يصير كلا يد باعتبار العلم الاجمالي بعدم الاشتراك واختصاصه بأحدهما ،
 فيكون من قبيل المدعيين على ما لا يد لاحد عليه ، وقد عرفت أن الحكم فيه
 التنصيف على بعض الوجود . لكن عدم الاستحلاف أيضاً على خلاف القاعدة .
 وعلى أي حال فما نحن فيه خارج عن مورد الرواية الا على تقدير حملها
 على دعوى المعين مع عدم العلم الاجمالي بعدوان احدى اليدين واختصاص
 الدرهم بأحدهما . ويحصل بذلك التناقض بين كلمات الاكثر في المقامين ،
 حيث أنهم اعتبروا هنا الحلف ولم يعتبروه هنالك .

ولعل هذا مما يؤيد أو يدل على أن الاكثر حملوا الرواية على الاشاعة وانها
 موضوع كلامهم في تلك المسألة فيرتفع التناقض ، أو حملوها على دعوى
 العين مع العلم الاجمالي بعد وان أحدى اليدين اختصاص كل درهم بأحد .

[التنازع فى عين هى فى يد غير المتنازعين]

(المسألة الثالثة) ما اذا كانت العين بيد ثالث ، فان صدق ذلك الثالث أحدهما صار هو ذا اليد ، فيكون مدعى عليه بالنسبة الى الآخر ، لان المراد بالمدعى عليه على ماضى في تعريف المنكر والمدعى كل من يوافق قوله حجة شرعية وهو المقر له ، لان اقرار ذي اليد له حجة له في ملكية العين فيكون هو المدعى عليه .

نعم للاخر احلاف ذي اليد المقر ، وهل يحلف على البت كما قال بعض مشائخنا لكون الدعوى متوجهة اليه ، أو على نفي العلم لوداعي عليه العلم كما في كشف اللثام ؟ الظاهر هو الثاني ، لان الدعوى متعلقة بغير فعل المدعى عليه أعني المقر ، وهو ملكية العين لهذا ولذاك ، فليس له الاحلاف على عدم الملكية بل على عدم العلم بها . والسر في ذلك أن ذا اليد اذا لم يكن مدعياً لملكية ما في يده كان نفيه للملكية أو اثباته لها نفيًا أو اثباتًا متوجهاً الى فعل الغير بحسب المعنى ، كنفى الوارث الانتقال المسبب عن فعل المورث فانه في الحقيقة نفي لفعل الغير .

ومن هنا يظهر أنه لافرق في ذلك بين كون الاحلاف قبل الاقرار لاحد أو بعده ، فانه يحلف على نفي العلم في الموضعين .

فان قلت : اذا كانت الدعوى بعد الاقرار فهي دعوى للاتلاف والحيلولة ، ودعوى الاتلاف دعوى لفعل النفس ، فلا بد أن يكون الحلف حينئذ على البت . قلت : متعلق الدعوى حينئذ ليس هو نفس الاتلاف ، بل كون متعلق الاتلاف - أي المتلف بالفتح - مالا للمدعى . و فرق بين دعوى اتلاف المال - بأن يقول أتلف علي مالا - وبين دعوى كون المتلف مالا بعد الفراغ عن الاتلاف ، فان الثاني مثل دعوى الاخوة ، فالمنكر لها يحلف على نفي العلم بها ، مع أن

الاخوة ليست فعلاً للمدعى عليه ولا لغيره بل مسبباً عن فعل الغير وهو المورث . وكذا مانحن فيه ، لان دعوى مالية المتلف يرجع الى دعوى المضاف اليه - أعني كونه مالا للمدعي - لا الى أصل الاتلاف .

والغرض من التمثيل بدعوى الاخوة التنبيه على أن المراد بفعل الغير أعم مما يكون بنفسه فعلاً للغير أو مسبباً عن فعله ، حتى لا يقال ان الملكية ليست فعلاً للغير المقر ، فلا يكون دعواها دعوى لفعل الغير ، لانها وان لم تكن بنفسها فعلاً للغير الا أنها كالاخوة مسببة عن فعل الغير ، وهو المدعي مثلاً .

ثم ان فائدة الاتلاف هنا الغرم دون العين ، والغرامة هنا من جهة الحيلولة ، فيغرم ولو نكل وحلف المدعي أو بدون الحلف . ويتضح الحال في فروع المسألة في فرض المسألة .

قال في محكي القواعد : ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما .

والظاهر أن ضمير « منهما » يرجع الى ذي اليد المقر والى المقر له ، أي يعينهما للآخر . وهذه عبارة أخرى عن أن له احلافهما ، فلا يرد ما قيل من أنه لامدخلية لحلف ذي اليد في الحكم بها لمن صدقه . فتدبر .

وان صدقهما فيقضي بينهما نصفين ولكل منهما احلاف صاحبه واحلاف الثالث ، فان نكل أحدهما عن الحلف اختصت العين بالاحالف .

ثم ليس له الدعوى على الثالث حيثئذ لانه وصل الى حقه . ومن محكي كشف اللثام يظهر أن له الدعوى عليه ان كان قد سلم العين الى الناكل فيغرم النصف . وفيه انه جمع بين العوض والمعوض . الا أن يوجه بأن ذا اليد المقر بعد فرض تسليمه نصف العين الناكل كان ضامناً للاحالف بعد نكوله عن الحلف ، ولا يخرج عن الضمان بمجرد نكول الناكل واستحقاق الاحالف للكل شرعاً

بسبب حلفه اليمين المردودة ، بل يتوقف خروجه عن الضمان على وصول ذلك النصف الى يد الحالف، فله - أي للحالف - حينئذ تغريم المقر وعدم التعرض لحال التاكل اما لعجزه عن انتزاع العين من يده أولشى آخر ، كما تقدم نظيره في تعاقب الايادي ، فان المالك له تضمين الغاصب الاول ولو مع امكان انتزاع العين من يد الثاني ، وحينئذ فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض . وليس مراده ذلك أيضاً ، بل المراد أن الحالف له ترك التاكل على حاله وتغريم المقر . ومنه يظهر أنه لو بدر بالدعوى على الثالث المقر فأغرم ثم ادعى على الاخر فنكل وأخذ العين كلها رجعت الغرامة التي غرمها المقر .

وفروض المسألة بملاحظة النكول والحلف والابتداء بالدعوى على المقر أو بعد انقضاء أمرهما ستة ، لانهما اما أن يحلفا أو ينكلا أو يحلف أحدهما دون الاخر ، وهذه الصور قد تكون بعد الدعوى على الثالث المقر أو قبلها ، وحكم الكل يظهر بالتأمل .

كما يظهر أيضاً زيادة الاقسام بملاحظة حلف الثالث لهما أو نكوله كذلك أو الحلف لاحدهما والنكول للآخر . فتدبر .

وان اقر لاحدهما لاعلى التعيين ففي الحكم بالتنصيف أو القرعة وجهان بل قولان .

ويتفرع على الاول التحالف وعلى الثاني اختصاص الحلف بمن خرجت باسمه ، بمنزلة ذي اليد في كونه مالكاً الى أن يعلم خلافه ببينة أو نحوها مما هو ميزان للقضاء .

ومما ذكرنا ظهر الكلام فيما لو دفعهما معاً ، فان الكلام فيه هو الكلام فيما لو تداعيا على عين مطروحة وان لم تكونا من باب واحد ، لان الاولى داخلية في الدعوى بلا معارض ، فانهما معاً مدعيان ولا معارض لهما ، بخلاف الثانية فان دفع ذي اليد

اياهما معارضة . نعم لو قال ليست العين لي أو لأعرف صاحبها احتمل كونه من
باب الدعوى على ما لا يد عليه .

وكيف كان فإن حلف كل منهما لصاحبه أو نكلا فالحكم التنصيف والافهي
للحالف . والله العالم .

القول فى تعارض البيئات

التقاط

[كيفية الجمع بين البيئات المتعارضة]

اذا تعارضت البيئتان فان أمكن الجمع بينهما بصرف الظاهر الى النص أو الاظهر جمع بينهما . وليس المراد به جمعهما في استكشاف مراد البيئتين اذ لا مسرح له من كلام اثنين، بل المراد به الجمع بينهما في استكشاف الواقع، كما اذا كان الجمع بين قوليهما ممكناً في الواقع، بل أن يشهد أحدهما بالملك السابق والاخر بالملك الفعلي، فان الشهادة على الملك السابق انما تدل على الملك الاتي بالظهور لا بالنص ، بخلاف الشهادة على الملك الفعلي .

وهكذا كل ما يمكن الجمع بينهما ، مثل شهادة أحدهما بالملك من اصل أو دليل وشهادة الاخر بما يبطل معه ذلك الاصل . وهذا مع وضوحه يدل عليه أيضاً بعض الاخبار :

ففي صحيحة ابي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي

القوم فيدعي داراً في أيديهم ويقيم الذي في يده الدار أنه ورثها من أبيه لا يدري كيف أمرها . قال «ع» : أكثرهم بينة يستحلف ويدفع^(١) .

وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة، فقامت لهؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء البينة بمثل ذلك. ف قضى بها لاكثرهم بينة واستحلفهم . قال : فسألته حينئذ رأيت ان كان الذي ادعى الدار . قال : ان أبا هذا الذي هو فيها قد أخذها بغير ثمن ولم يقم الذي هو فيها بينة الا أنه ورثها عن أبيه . قال : اذا كان أمرها هكذا فهي للذي ادعاهما وأقام البينة عليها^(٢) .

فقد دلت على تقدير النص أو الاظهر عند تعارض البيّنات ، لانه في الحقيقة جمع بينهما على وجه يرتفع التعارض ، لان بينة ذي اليد انما تدل على الملك باعتبار حمل فعل مورثه على الصحيح وأخذ الظاهر يده على الدار . وأما بينة المدعي فهي صريحة في فساد يده وعدم كونها يد ملك ، ولذا قدمت على بينة ذي اليد .

لكن قد يشكل الامر في الرواية، بأن مصب السؤال في الصدر أيضاً من قبيل تعارض الظاهر والاظهر ، لان بينة ذي اليد ما شهدت الا بأن الدار من تركه أبيه بخلاف بينة المدعي فانها شهدت بالملك الفعلي له .

وهذا مما يمكن فيه الجمع، اذ لامنافاة بين كون الدار من تركه أبيه ظاهراً مع كونها مغصوبة أو مستأجرة أو نحوهما مما أبداه الراوي بسؤاله الثاني، فما وجه العمل بمقتضى التعارض في السؤال الاول .

الا أن يقال : ان شهادتهم على الارث شهادة على الملك الفعلي . وفيه : انها الشهادة بالملك عن سبب خاص، فلا منافاة بينه وبين ما يقتضي فساد ذلك السبب

كما أبداه الراوي بسؤاله الثاني ، فان هذا الاحتمال كان قائماً في مصب السؤال الاول أيضاً .

ثم انه حكى عن بعض شراح الارشاد تقسيم الجميع الى قريب كما في المثال المتقدم والى بعيد ، كما لو شهد أحدهما بالبيع من زيد غدوة ويشهد الآخر بالبيع من عمرو عشية ، فان الجمع بينهما ممكن على بعض الوجوه البعيدة بإمكان صدور البيعين ، بأن كان قد باع أولاً من زيد ثم انتقل المبيع الى البائع ثانياً قبل العشية بسبب من الاسباب فباعه ثانياً من عمرو ، ولا بأس به اذا كان أمراً غير بعيد بحسب حال البائع .

[لو لم يمكن الجمع بين المتعارضين]

هذا كله مع امكان الجمع ، وان امتنع فاما أن يتعارضان أو يتكاذبان على مايقضي به ظاهر عبارة القواعد وتقرير الفاضل في شرحه ، فانه قدس سره جعل التكاذب غير التعارض وجعل محل الكلام والنزاع هو الاخير ، أما الاول فحكم فيه بالتساقط .

والكلام تارة في الفرق بينهما ، وأخرى فيما حكم به من التساقط في خصوص التكاذب دون التعارض :

(أما الاول) فالظاهر - على مايستفاد من ظاهر تمثيله - هو أن يكون منافاة قولي البينتين على القتل في وقت وتشهد الاخرى على الحياة في ذلك الوقت ، فان العلم حاصل اجمالاً بتعمد أحدهما في الكذب ، اذ القتل والحياة من الامور الحسية التي يندر وقوع الخطأ فيها ، فلا بد حينئذ أن يكون أحدهما كاذباً في اعتقاده .

ومثله ماثله في محكي الكشف من أن تشهد بينة على أن هذا الولد ولدته

هذه المرأة وتشهد أخرى بأنه بعينه ولدته امرأة أخرى ، فان العلم الاجمالي في مثله أيضاً حاصل بكذب أحدهما .

الأن احتمال الخطأ في الثاني أمر ممكن ، وعلى هذا يعم التكاذب الصورتين ويكون المراد به كل ما علم فيه بكذب احدى البينتين كذباً خبرياً اما من جهة التعمد أو من جهة الخطأ ويكون المراد بالتعارض حينئذ ما لا يعلم ذلك فيه ، كما اذا شهدت احدهما بملكية العين لزيد وأخرى لعمره ، اذ من المحتمل صدق كل منهما بحسب معتقدهما من دون أن يكون مخطئاً ، بأن يكون مستند شهادة أحدهما شيئاً من أصل أو دليل ومستند الاخر من غيره . الا أن العمل بمقتضاهما لما كان ممتنعاً عدا من المتعارضين .

ومن هنا ظهر الفرق بين المتعارضين وبين ما يمكن فيه الجمع ، بأن يكون احدهما ظاهراً بالمعنى المتقدم والاخرى أظهر .

(وأما الثاني) - أعني كون الحكم في المتكاذبين التساقط ليس الا - فهو يتجه فيما فرضه في القواعد ، أعني مثال القتل وكل ماهو مثله من الفروض ، لان التساقط عبارة عن فرض البينتين كالعدم ، وهو متعين في مثال القتل بعد عدم الترجيح أو عدم الاخذ به ، اذ لا مسرح لاعمال كل من البينتين هنا في الجملة كما يدعيه الشيخ قدس سره ، ولا مجال أيضاً للقرعة كما لا يخفى . فلا بد من التساقط والعود الى الحالة الاولى ، أي حال عدم اقامة البينة رأساً فلا تحالف ومثله كل ماهو من باب المدعي والمنكر .

وأما ما يرجع الى التداعي - كالمثال الذي أضافه في كشف اللثام الى مثال القواعد - ففيه مشكل ، لان الوظيفة حينئذ الرجوع الى القرعة بعد العلم الاجمالي بكذب احدهما . فيتعين ماهو الحجة من البينتين بها .

ويمكن ارجاع مثال الكشف الى غير التداعي ، بأن تشهد احدى البينتين

بما ينافي شهادة الاخرى لابما يضاده . مثلاً شهدت احدهما على ولادة امرأة معينة لولد معين في بلد معين في وقت كذلك وشهدت أخرى بأن هذه المرأة عقيمة من أول عمرها مثلاً أو أنها في غير ذلك البلد في ذلك الوقت مثلاً ، فحينئذ يكون الحكم بالتساقط متجهاً .

وكيف كان فلنتكلم في حكم تعارض البينتين :

التقاط

[تعارض البينة في الملك مع عدم امكان التوفيق]

اذا تعارض البيتان في ملكية العين على وجه لا يمكن معه التوفيق بينهما فلا يخلو الحال عن أمور أربعة : لان العين اما أن تكون في يديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث ، أو لا تكون في يد أحد ، فهذه مسائل :

(المسألة الاولى)

(أن تكون العين في أيديهما)

وحكم المسألة حينئذ القضاء بينهما نصفين بلا خلاف في ذلك على ما في المسالك ، وانما الخلاف في سببه .

ف قيل بأن الوجه في ذلك تعارض البينتين وتساقطهما ، فيبقى يد كل منهما بالنسبة الى النصف المشاع قاضية بالملكية كما لو لم تكن بينة أصلاً ، فان الحكم فيه التخصيص كما سبق في الالتقاط السابق وأنه لاجل اعمال السببين المتزاحمين بقدر الامكان كما قيل ، أو لاجل أن الايادي المجتمعة ليست دليلاً على الملك عرفاً وشرعاً الا في النصف مثلاً أو الثلث كما هو الحق .

وقيل ان الوجه هو ترجيح بينة كل منهما بالنسبة الى ما استولت عليه يده ،

أعني الاعتضاد باليد والقائها بالنسبة الى النصف الخارج ، بناءً على ترجيح بيئة الداخل على بيئة الخارج .

وقيل ان الوجه عكس ذلك ، وهو ترجيح كل منهما بالنسبة الى النصف الذي هو في يد صاحبه لالنصف الذي في يده بناءً على ترجيح بيئة الخارج . ولعل هذا هو المشهور ، والكلام في ذلك تارة في حقيقة الاقوال وأخرى في التحالف :

(أما الاول) فالظاهر أن القول المشهور - وهو الاخير - أقوى ، اذ الاول لا وجه له ، لان بيئة ذي اليد ليست حجة بالنسبة الى مافي يده ، فبيئة كل منهما حجة بالنسبة الى النصف الذي في يد صاحبه لالنسبة الى مافي يده . ولاتعارض بين البيئتين بالنسبة الى النصف الخارج ، والتساقط يتوقف على تعارض الحجتين .

والحاصل ان بيئة كل منهما وان كانت معارضة بالنسبة الى الاخرى في مجموع مؤداهما الا أن حجيتهما بالنسبة الى بعض المؤدى - وهو النصف الخارج الذي تحت يد صاحبه - وفي هذا البعض لاتعارض بينهما كما لا يخفى ، فيعمل ببيئة كل منهما في المقدار الذي هي حجة فيه ، ويحكم بذلك بملكية كل منهما لما في يد صاحبه .

قالقول بالتساقط هنا ساقط عن الاعتبار ، سواء قلنا في تعارض بيئة الداخل والخارج بالتساقط أو بترجيح بيئة الداخل أو الخارج : أما على الاول فلما عرفت من أنه لاتعارض هنا بينهما فيما هما حجتان فيه . وأما على الاخير فواضح لان ترجيح بيئة الداخل يقتضي المصير الى القول الثاني وترجيح بيئة الخارج القول بالثالث ، فالتساقط لاوجه له .

نعم لسو قلنا بأن بيئة الداخل حجة شرعية مثل بيئة الخارج كان القول

بالتساقط متجهاً ، لما ذكرنا مراراً أن الاصل في تعارض الامارات هو التوقف والتساقط . لكنه مبني ضعيف ، اذ الظاهر أن بيئة الداخل ليست حجة شرعية . وقولهم بترجيح بيئة الداخل . مبني على التعبد بمادل عليه بعض الروايات وبترجيح بيئة الخارج مبني على المسامحة ونسبة عدم الحجية بالمرجح نظراً الى تعارض البدوي .

والحاصل ان القول بالتساقط متجه لو بيننا أن بيئة الداخل حجة شرعية مثل بيئة الخارج ، والا فأي القولين في مسألة تعارض بيئة الداخل والخارج أخذنا فلا وجه للقول بالتساقط هنا .

وأما على القول الثاني فلان مبني ترجيح بيئة الداخل على الخارج أحد أمور لايجري شىء منها في المقام :

أحدها - النص كما سيجىء ، وظاهر أن مورده ما اذا كانت العين في يد أحدهما ، ولا يمكن التعدي الى المقام لتنقيح المناط : أما أولاً فلان هذا التفصيل - أعني ترجيح بيئة الداخل اذا كانت في يد أحدهما لافي أيديهما - وارد في الاخبار فكيف يتعدى . وأما ثانياً فلان حكمة ترجيح بيئة الداخل لعله الاعتضاد باليد ، وهو غير موجود فيما نحن فيه كما ستعرف .

وثانيها - الاعتضاد ، بأن يقال ان بيئة الداخل مؤداها ومؤدى اليد واحد وهو ملكية ذي اليد ، فيحصل التعاضد ويقدم على بيئة الخارج . وهذا أيضاً لايجري في المقام :

أما أولاً : فلان مؤدى اليد كون النصف هو مجموع ملك ذي اليد ومؤدى البيئة كونه بعض ملكه ، فلم يتحد مؤداهما حتى يحصل الاعتضاد . بخلاف مالو كانت العين بيد أحدهما ، فان يده وبيئته كليهما قاضيان بأن مجموع العين ملك لذي اليد ، فيحصل التعاضد لتطابق المؤديين . فتأمل .

وبعبارة أخرى : ان مقتضى مجموع اليدين كون كل واحد مالكا للنصف بشرط لا ، أي بشرط عدم ملكية نصف الآخر ، فمقتضى يد كل منهما هو ملكية النصف منفرداً ومقتضى بينة كل واحد هي ملكية النصف بشرط الانضمام ، أي في ضمن المجموع . ومن الواضح أن ملكية النصف منفرداً غير ملكيته منضمّاً ، فبين مدلول يد كل منهما وبينته تعارض وتناقض فكيف يحصل التعاضد .

والسر في ذلك ان الاخبار بملكية مجموع العين اخبار واحد بسيط لا يقبل التبعض في مدلوله من حيث الظن ، فاذا يحصل من المعاضد الظن بالمجموع لم يحصل منه تقوية الظن في البعض أيضاً . فتدبر .

وأما ثانياً : فلان الجهة التي يحصل بسببها الاعتضاد بعينها يحصل بها التوهين أيضاً ، لان الاعتضاد انما حصل بسبب البينة ، والمفروض أن قضية البينة المعارضة عدم دلالة اليد على الملك .

الا أن يقال : ان لكل واحد من اليدين بالنسبة الى ملكية النصف جهة اعتضاد وجهة توهين ، فينظر الى الجهة المعاضدة ويؤخذ بها دون الجهة الموهنة .

وفيه : ان ذلك نظير اجتماع الامر والنهي ، فان الجهة المعاضدة بعدمقابلتها بالجهة الموهنة تخرج عن جهة الاعتضاد ، فيد كل منهما وان كان يؤيدها ويعاضدها بينة صاحبها الا أنه يوهنها بينة الآخر ، فلا يحصل التعاضد . بخلاف ما اذا كانت العين في يد أحدهما ، فان اليد فيه يعاضد للبينة ويؤيدها من غير معارضة .

وأما ثالثاً : فلان يد كل منهما وان كان يصدق البينة في النصف الا أنها مكذبة لها من جهة أخرى ، لان قضية اليدين ليست الا الحكم بملكية كل منهما للنصف بشرط لا ، وهذا المعنى يكذب البينة ولو بالنسبة الى النصف أيضاً ، لان مدلول

البينة ملكية الكل فالذي مدلوله النصف بشرط لا مكذب لهما، لان ملكية النصف بشرط لا خلاف ما يقضي به البينة ولو في النصف .

والفرق بين هذا الوجه والاول هو أن مبنى الاول على منع الاعتضاد ومبنى هذا الوجه على دعوى التوهين وأن كان ملاك كل من الوجهين واحد الا ان التوهين انما ندعيه من الوجه الذي ادعينا بسببه عدم الاعتضاد ، وهو تضاد مدلول اليد ومدلول البينة بالنسبة الى النصف . فليتدبر .

وثالثها - تعارض البينتين وبقاء يد الداخل سليمة عن المعارض ، فان هذا أحد وجوه تقديم بينة الداخل وان كان ضعيفاً .

وهذا قد عرفت ضعفه، لان قضية ذلك هو القول الاول أعني التساقط، وأما الثاني أعني التحالف فجملة الكلام فيه أن التحالف هنا لا بد أن يعلل بأحد أمور: الاول : النص ، وهو خبر اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة على أنها نتجت عنده، فأحلفهما علي «ع» فحلف واحد وأبى الآخر أن يحلف ، فقضى بها للتحالف^(١) .

الثاني : التساقط ، أي تساقط البينتين بعد تعارض خارج كل منهما بداخل الآخر بناءً على حجية الداخل كبينة الخارج، كما يدل عليه ذيل الرواية المتقدمة قال بعد ما ذكر فقيلاً له فلولم تكن في يد واحد منهما وأقاما البينة . قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للتحالف ، فان حلفاً جميعاً جعلتهما بينهما نصفين قيل : فان كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة . قال : أقضي بها للتحالف الذي هو في يده . فدل باستحلاف ذي اليد على حجية بينته مع بينة الخارج

وتساقطهما ، لان حلف ذي اليد ينافي عدم حجية بينته بعد كون المدعي قد أقام البينة فلا بد أن يكون حجة .

ثم بعد ذلك يحكم بتساقط البينتين معاً ، اذ مع ترجيح احدى البينتين أيضاً لاوجه لاحلاف ذي اليد ، لان الراجع ان كان بينته استغنى عن اليمين ، لان بينة المنكر على تقدير حجيتها وسماعها لايمن معها ، وان كان الراجع بينة المدعي الخارج فلا وجه أيضاً لاحلاف المدعى عليه الداخل كما لا يخفى . فاذا تساقطا فلا بد في القضاء لكل منهما من التحليف ، كما لو تنازعا ولا بينة لاحدهما ، لان كلا منهما بالنسبة الى ما في يد الاخر مدعى له احلافه .

الثالث : الحكم بأن اليمين المجتمعتين في حكم التساقط وعدم اليد رأساً ، وهذا بناءً على ماضى في الالتقاط السابق من عدم كون اليد على الكل مع الاشتراك دليلاً على ملك النصف عرفاً وان اليد المشتركة بمنزلة السبب الذي يزاحمه غيره ، فان الاحلاف حينئذ يتجه أيضاً لو قلنا في تعارض البينتين على مالا يد لاحد عليه بالاحلاف ، كما يأتي في المسألة انشاء الله تعالى .

وهذه الوجوه الثلاثة كلها ضعيفة :

(أما الاول) فلان التعبد برواية غير واضحة السند في مقابلة القواعد العامة - كقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مثلاً - من غير عمل معتد به كما ترى .

(وأما الثاني) فمع أن الاستدلال به مبني على عدم الفرق بين الدخول والخروج الحسين والمعنويين ، لان العين كانت في أيديهما معاً فيكون كل منهما داخلاً بالنسبة الى النصف وخارجاً بالنسبة الى النصف - كما هو المختار - أمر معنوي اعتباري ، والا فيحسب الظاهر كل منهما ذواليد وداخل فلا خارج . فلا بد في الاستدلال بذيل الرواية الواردة فيما اذا كان ذو اليد أحدهما

خاصة على التساقط فيما اذا كانت في أيديهما من ادعاء مقدمة أخرى يمكن منعها^(١) ، وهي عدم الفرق بين الخروج الحتمي والحكمي ، معارض برواية منصور عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبيع وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده ولم يبيع ولم يهب . قال عليه السلام : حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بيعة ، ان الله عز وجل انما أمر أن يطلب البينة من المدعي فان كانت له بيعة والا فيمين الذي هو في يده ، هكذا أمر الله عز وجل .

لأنها تدل على عدم قبول البينة من الداخل وعدم حجيتها حتى يعارض ببينة الخارج فيتساقطان ، فان رجحنا هذه الرواية والا فلا بد من الرجوع الى ما دل بعمومه على التنصيف في تعارض البينتين من غير تحالف أو الى قوله « البينة على المدعي واليمين على المنكر » ، حيث أن مقتضاه عدم التحالف أيضاً ، لان كلا منهما بالنسبة الى مافي يد صاحبه مدعي وله بيعة ولا يمين معها .

فان قلت : قد بينت وفاقاً لغير واحد فيما تقدم أن البينة من المنكر مسموعة وأنها مسقطه ليمينه بناءً على أن قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » لا يدل على أزيد من رفع الزام المنكر بالبينة كالمدعي ، أما لان اللزوم المدلول عليه بكلمة « على » وارد في مقام توهم الكلفة - أي كلفة اقامة البينة على المنكر أيضاً - أو لان المراد عدم قبول البينة من المنكر في جهة انكاره ونفيه ، فلا ينافي قبولها منه اذا ادعى أمراً ثبوتياً قابلاً لاقامة البينة عليه ، فرواية منصور على ما بينت سابقاً لا بد من الاعراض عنها .

قلت : قد بينا سابقاً على ما ذكرت في غير مقام التعارض ، بأن يكون المنكر

مستطيعاً على إقامة البينة على أمر وجودي مستلزم لصديق قوله ، كما في مدعي الاعسار الذي هو منكر حقيقة ، وأما في مقام التعارض فلا . وقد نبهنا على ذلك هنالك أيضاً ، وهو موافق للحكمة غالباً ، لان بينة المنكر اذا وقعت في مقابل بينة المدعي فغالباً تكون من قبيل وقوع الظاهر في مقابل الاظهر ، لجواز اعتماد البينة على يد المنكر أو الاصل الذي به صار المنكر منكراً ، فمن أجل هذه الحكمة أمكن القول بالفرق بين صورة التعارض وغيرها .

ولا يقدح في ذلك عدم مجيء هذه الحكمة في بعض الصور ، كما اذا شهدت بينة المنكر بالملك مع الاستناد الى سبب آخر غير اليد ، لان الحكمة لا يجب أن تكون مطردة .

والحاصل ان سماع بينة المنكر وكفايتها عن اليمين مع عدم المعارض ، وأما معه فالظاهر عدم حجيتها رأساً ، فلا يصغى بعد إقامة المدعي البينة الى قول المنكر أن له البينة . ولعل هذا مراد المشهور من تقديم بينة الخارج ، الا ما يقضي به ظاهره من الترجيح المبني على حجية الطرف المقابل .

(وأما الثالث) فلما ظهر سابقاً من أن اليد المشتركة في العرف والشرع دليل على ملكية النصف ، فلا وجه للحكم بتساقط اليدين وكون المسألة من باب تعارض البينتين على ما لا يد لاحد عليه . فظهر مما ذكرنا أن المشهور - أعني عدم التحالف - هو المنصور . والله العالم .

المسألة الثانية

(ماذا كانت العين في يد أحدهما)

وصورها ثلاث : لانه اما أن يقيم البينة المدعي خاصة ، أو المنكر كذلك أو يقيمان معاً .

ولا اشكال في الصورة الاولى ، وأما الثانية ففي سماع بينة المنكر حينئذ وجهان بل قولان قد تقدمنا من ظاهر قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ومن أن مطالبة اليمين من المنكر مبنية على الترفيه والتخفيف ودفع العسر ، فلا يدل على عدم القبول لو أقامها .

توضيح المقال : انه لاشبهة في أن مقتضى ظاهر قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بملاحظة تعريف المسند اليه في الفقرتين حصر جميع أفراد البينة في المدعي وجميع أفراد اليمين في المنكر ، أي كل بينة على المدعي وكل يمين على المنكر . وقضية ذلك عدم سماع البينة من المنكر رأساً والا لانتقض الكلية الاولى .

الا أن هنا ما يصرفه عن ظاهره الى ارادة نفي الالتزام دون القبول ، فيكون الملحوظ في الكلية الاولى اللزوم دون القبول ، وذلك من وجهين :

أحدهما : ان الامر بالنسبة الى البينة أخف ، لان اقامة البينة كلفة واضحة بخلاف اليمين ، وتعين الامر الاخف على شخص دون الاثقل لا يفيد عرفاً سوى الترفيه والترخيص وعدم الالتزام بالاثقل ، نظير الامر الوارد في مقام وهم الحظر وحينئذ يكون قوله « اليمين على المنكر » أن وظيفته التي لايسعه التخلف عنها هي اليمين . وأما أنه لو أقام البينة فهل يقبل منه أم لا ، فهو ساكت عنه ، فلا بد فيه من الرجوع الى مادل على عموم حجية البينة .

والثاني : ان مدلول قوله « اليمين على من أنكر » عدم قبول البينة منه من حيث انكاره ، فلا يمنع ذلك عن قبولها منه من جهة أخرى راجعة الى الاثبات .

ويؤيده أن حكمة رفع البينة عن المنكر كون اقامة البينة على الانكار المحض عسراً ، كما يدل عليه تعليل مطالبة اليمين من المنكر في علل فضل بن شاذان

بأنه جاحد والجاحد لا يستطيع على إقامة البينة . فاذا فرض دعوى المنكر أمراً وجودياً كان حاله كحال المدعي من حيث العسر والبسر ، فلا تجرى فيه تلك العلة بل يرجع فيه الى عمومات حجية البينة . وحينئذ فلا بد من التصرف في ظاهر قوله عليه السلام « ولا أقبل من الذي في يده البينة » في رواية منصور المتقدمة بحمله على عدم القبول في صورة التعارض كما هو مورد تلك الرواية فدعوى عمومها لصورتي التعارض وعدمه موهونة بملاحظة ماذكرنا من الوجهين في معنى قوله عليه السلام « اليمين على من أنكر » فينزل قوله « ولا أقبل » في رواية منصور على صورة التعارض بارادة العهد من الموصول دون العموم .

(وأما الصورة الثالثة) فاختلف فيها من حيث الترجيح بالدخول والخروج مطلقاً أو التفصيل من حيث الاكثرية والاعدلية الى أقوال ، وجملة القول فيه أن المرجحات المتصورة في تعارض بينة الداخل والخارج ثلاثة أو أربعة .

وليعلم أن المراد بالدخول والخروج موافقة كل أصل أو دليل شرعي ومخالفتها ، فليس المراد بالداخل خصوص ذي اليد وبالخارج خصوص غيره بل ما يعم مدعي الصحة في العقد مثلاً أيضاً .

الاول : من المرجحات النص ، بأن ثبت من الاخبار تعبداً أنه اذا تعارضت البينتان قدم الداخل أو الخارج .

والثاني : احتمال أحدهما بعض المحامل الذي لا يوجد في الآخر ، كما في صورة الشهادة على الملك المطلق ، فان فيه من الاحتمالات الغير المنافية لعدم الملك واقعاً ما ليس في الشهادة عليه بالسبب المعين المحسوس . مثل أن يشهد أحدهما بالملك وسكت عن السبب ويشهد الآخر بسببه كالحيازة مثلاً ، فان هذه الشهادة بموجبها صريحة في الملك ، بخلاف الاول فان الملك المطلق الذي

شهدت به البينة يحتمل كونها ظاهرة مستندة الى أصل أو أمانة، وهذا المرجح يجري مجرى المرجحات الدلالية في الاخبار .

والثالث : أن يكون احتمال الكذب الخبري في أحدهما أبعد منه في الآخر كاحتمال الكذب في خبر الاعدل فانه أبعد منه في خبر العادل ، وكذا الاكثر أو الاضبط أو نحوهما مما يوجب الترجيح بحسب الصدق والكذب الخبريين . وهذه تجري مجرى المرجحات السندية والمضمونية في الاخبار .

وهذه المرجحات الثلاث مرتبة، فمع وجود الاولى لا يلتفت الى الاخيرين لان الحكم التعبدي في مورد التعارض هو المتمتع كالتخيير أو ترجيح ماوافق الاحتياط في تعارض الاخبار على اختلاف المذاهب. ومع وجود الثاني لا يلتفت الى الاخير أيضاً ، لان الاخذ بذلك المرجح حقيقة جمع عملي بين البينتين ، فان الاخذ بمقتضى مالا يحتمل الا الملكية الواقعية مثلاً لاينافي فساد قول من يحتمل مع قوله عدم الملكية الواقعية .

اذا تحقق ذلك فنقول : مقتضى الاصل الاول المستفاد من عموم ما دل على حجسية قول العدلين في الموضوعات أنه اذا تعارض بينة المدعي والمنكر كالتساقط ، لانه الثابت في الامارات والحجج الشرعية المتعارضة . لكنه في باب القضاء استفدنا من أدلة هذا الباب أن بينة المدعي علة تامة في اثبات الحق على المنكر بحيث اذا كان له بينة فلا يلتفت بعد ذلك الى شيء آخر حتى السلامة عن المعارض .

وبعبارة أخرى : يستفاد منها أن بينة المدعي بالنسبة الى اثبات الحق على المنكر ليست كسائر الحجج القابلة للمعارضة ، بأن تكون مقتضية لاثبات الحق بل هي علة تامة يترتب على مجرد وجودها ثبوت الحق على المنكر . وهذه الاستفادة من وجوه :

أحدهما : ظاهر الاخبار الناطقة بأنه اذا أقام المدعي البينة قضي له^(١) . فانها باطلاقتها تدل على عدم ايقاف الحكم لاحتمال قيام المنكر أيضاً ببينته والنظر من ترجيح أحدهما على الاخر ، وهذه بين قولي وفعلي وظاهر وأظهر كما لا يخفى على المتتبع .

وثانيها : قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بأربعة »^(٢) ، فان ظاهره ولو بمعونة وروده في مقام اعطاء الميزان كون كل واحد من الاربعة علة تامة لا يترقب مع وجود أحدها وجود شيء آخر حتى السلامة عن المعارض في القضاء .
وثالثها : رواية منصور المتقدمة^(٣) ، دلت بصريحها على عدم قبول البينة من الذي في يده العين .

ورابعها : قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٤) بضميمة قوله « انما أفضي بينكم بالبينات والايمان »^(٥) وقوله « احكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة ، ويمين قاطعة ، وسنة جارية »^(٦) ونحوها مما دل على أن كل واحد من البينة والايمان علة تامة للقضاء ، فاذا استفدنا منها كون كل واحد منها علة تامة ثم استفدنا من قوله عليه السلام « البينة على المدعي » أن المطالب بالبينة هو المدعي استفدنا عدم احتياج المدعي بعد اقامة البينة الى شيء آخر في اثبات الحق على المنكر حتى السلامة عن المعارض . نعم يحتاج الى تعديل

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ و ٢ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٧ من ابواب كيفية الحكم ح ٤ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١٤ .

(٤) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٥) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٦) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح ٦ .

بينته للجهل بحالها ، لكنه أمر يتحقق به موضوع البينة وليس أمراً زائداً عليها يحتاج اليه المدعي .

فان قلت : مقتضى جميع ما ذكرت كون يمين المنكر أيضاً علة تامة ، ومن الواضح أنه لا يجتمع عليتها وعليه البينة للمدعي ، لاستحالة اجتماع عليتي الحكمين المتناقضين ، فينكشف من ذلك كون كل واحد من البينة واليمين مقتضياً للحكم لاعلة ، لان الجمع بين مقتضى المتناقضين أمر ممكن .

قلنا : هذا انما يتجه اذا كان مرتبة اليمين في مرتبة البينة ، وأما اذا كانتا مترتبتين - بأن كانت مرتبة أحدهما بعد عدم الآخر كمرتبة اليمين بالنسبة الى مرتبة البينة حيث قضت الضرورة بعدم كون اليمين ميزاناً مع بينة المدعي - فلا استحالة في كون كل واحد منهما علة تامة للقضاء في موردته وموضع استعماله .

فان قلت : قد بنيت على أن بينة المنكر مع عدم المعارض أيضاً حجة مسموعة مغنية عن اليمين ، وهذا البناء يستلزم البناء على كون بينة المدعي مقتضية لاعلة تامة ، لان موازين القضاء كلها من باب واحد من حيث كونها علة أو مقتضية ، ويستحيل اجتماع العلتين لأمري متناقضين الاعلى وجه الترتيب ، والقدر المسلم انما هو الترتيب بين يمين المنكر وبينة المدعي ، وأما الترتيب بين بينته وبينة المدعي فهو أول الكلام ، وحينئذ لا بد من حمل الموازين على كونها مقتضية لاعلة .

قلت : يثبت الترتيب بينهما أيضاً بملاحظة ظهور ما ذكرنا في كون بينة المدعي علة تامة وعدم ظهور دليل قبول البينة من المنكر الا في كونها مقتضية ، وذلك لان ذلك الدليل ليس سوى عمومات حجية قول العدلين ، ومن الواضح عدم دلالة الاعلى كون قولهما مقتضياً قابلاً للمعارضة . فاذا لاحظنا ذلك ولاحظنا

ظهور أدلة حجية بينة المدعى في كونها علة تامة حصل من هاتين الملاحظتين تأخررتبة بينة المنكر عن بينة المدعي، فلا تسمع الا بعد أن لم تكن للمدعي بينة. وبالجمله قد استفدنا من باب القضاء أن بينة المدعي بالنسبة الى اثبات الحق على المنكر علة تامة ، وهذه الاستفادة أمر زائد على ما يقضي به عموم حجية البينة ، فانه لا يفيد سوى كونه مقتضياً قابلاً للمعارضة .

وقضية هذه الاستفادة تقديم بينة المدعي على بينة المنكر في صورة المعارضة ، لان الدليل على حجية بينة المنكر على القول به لا يزيد مؤداه على كونها حجة مع عدم المعارضة ، كما هو الشأن في جميع أدلة الامارات ، فانها انما تدل على حجتها الفعلية مع عدم المعارضة ، فلا يقاوم بينة المدعي التي ثبت كونها حجة مطلقاً .

فان قلت : لو كان بينة المدعي حجة فعلية مطلقاً - أي علة تامة للقضاء - لم يتصور تعارض البينتين في التداعي مثلاً ، مع أن بطلان التالي واضح . قلت : يمكن أن يقال انا استفدنا من أدلة القضاء كونها حجة فعلية وعلة تامة بالنسبة الى ثبوت الحق على المنكر خاصة ، فيختص حينئذ بما اذا كان المقام من مقام المدعي والمنكر لامن مقام التداعي، لانه الذي يستفاد من المأثور قولاً وفعلاً .

ثم لا يذمب عليك أن الادلة الفعلية ليست محتملة في الباب حتى يمنع دلالتها على المدعي الاستدلال ، فاذا حكم الصادق عليه السلام وذكر قضية من الرسول صلى الله عليه وآله أو من الامير عليه السلام في مقام الاستدلال على ذلك والاستشهاد له ، كان جميع ما في تلك القضية من الاطلاق والتقييد حجة كالقول .

مضافاً الى أن سياق الروايات الحاكية عن قضايا الرسول صلى الله عليه

وآله مثل ما يقرب معني من أنه كان رسول الله «ص» اذا اختصم اليه رجلان يقول للمدعي : ألك بينة ؟ فان قال نعم قضى بها وان قال لأحلف المنكر^(١) . وما أشبهها وسائر ما بها من خصوصيات التعبير ، ربما يفيد العلم لو لم يفد الظن بأن المدعي مع اقامة البينة يقضي وليس للحاكم بعدها حالة منتظرة أخرى كالسلامة عن المعارض ونحوها . هذه قضية القاعدة مع قطع النظر عن الروايات الواردة في المسألة .

وأما الروايات : فمنها ما يدل على تقديم بينة الخارج أيضاً ، مثل رواية منصور المتقدمة^(٢) ، ودونها في الدلالة المرسل المروي في كشف اللثام عن الامير عليه السلام . ومنها ما يدل على تقديم بينة الداخل ، وهي رواية جابر عن فعل النبي «ص» ورواية غياث بن ابراهيم . ومنها ما يدل على ترجيح الاكثر كخبر أبي بصير المتقدم .

وهذه الروايات من حيث السند كلها غير نقية ، وليس في بعضها ترجيح على الاخر ترجيحاً يمكن الركون اليه ، الا أن ما دل على ترجيح الخارج أظهر من حيث الدلالة من الباقي ، لان رواية منصور صريحة في عدم قبول البينة من ذي اليد اما مطلقاً أو مع وجود المعارض . وأما روايتنا جابر وغياث فهما حاكيتان عن الفعل ، وهو على تقدير اعتباره لايقاوم دلالة القول . وأما رواية أبي بصير ففي صدرها اضطراب قد سبق اليه الاشارة ، لانه من مواضع الجمع لامن مواضع الترجيح ، فلم يبق الا الذيل . وعلى أي حال فرواية منصور أظهر دلالة من الكل .

ثم ان النسبة بينها تباين كلي كما لا يخفى ، فعلى تقدير التخيير لم يبطل

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٦ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٤ .

أيضاً ما في رواية منصور ، وكذا على تقدير التسايط ، لما عرفت من القاعدة المطابقة لمضمونها .

وأما روايات القرعة فلا عامل بها عملاً معتداً به .

ثم ان ما قويناه من تقديم بينة الخارج لاشكال فيه في صور ثلاث ، وهي أن يشهد كل من البينتين بالملك المطلق أو بالملك المسبب أو يشهد بينة الخارج بالمسبب والداخل بالمطلق ، وان كان الحكم في الاول والثالث أظهر منه في الثاني ، لتهوض جميع ما استدللنا به على ترجيح بينة الخارج في تلك الصور خصوصاً الثاني الذي هو مورد رواية منصور .

لا يقال : تقديم بينة الخارج في الثانية وان نطق به رواية منصور الا أنه بعيد عن الاعتبار وعمما يقضي به النظر في القواعد العامة ، لان بينة الداخل بعد أن كانت حجة في نفسها وشهدت بالملك المسبب كانت في رتبة بينة الخارج في القوة مضافاً الى اعتضاها باليد ، فتقديم بينة الخارج حينئذ تعبداً محضاً لمضمون رواية منصور أمر مشكل .

قلت : لاشكال فيه بعد ما عرفت من اعتضاد مضمون تلك الرواية بما يدل عليه قوله « البينة على المدعي » وقوله « انما أقضي بينكم » ونحوها مما مر من كون بينة المدعي علة تامة غير قابلة للمعارضة أصلاً . وليس ذلك أمراً تعبدياً محضاً بل عليه بناء العرف أيضاً ، لان صاحب الحق بعد أن كان له طريق الى التوصل الى حقه باقامة الحجة فلامعنى لتعطيل حقه باعتبار جعل حجته معارضة لحجة من عليه الحق .

والحاصل ان الحجج الشرعية والعرفية انما شرعت ووضعت للتوصل الى الحقوق ، فلا بد من كفايتها بذلك المهم صوتاً للحقوق عن الضياع ، وأما من عليه الحق فليس له حق حتى يصغى الى حجته في مقابلة حجة المدعي . وغاية

ما يقضى به عموم ما دل على حجية البينة سماعها ممن عليه الحق اذا لم يكن لصاحبه حجة على ثبوته ، واما في مقابل حجته فلا .

وأما اذا شهدت بينة الخارج بالملك المطلق وبينة الداخل بالملك المسبب ففي تقديم بينة الخارج أيضاً اشكال ، من عموم ما استدللنا به على تقديم بينة الخارج وكونها علة تامة حتى رواية منصور باعتبار عموم ما فيها من التعليل ، ومن أن تقديم بينة الداخل في هذه الصور .

ربما يقال انه جمع بينهما لاترجيح ، لان الملك المطلق يحتمل احتمالات لا يحتمل الملك المقيد المستند الى سبب خاص بحيث يوجد من بين تلك الاحتمالات احتمال أو احتمالات لو حملت الشهادة عليه لم تكن منافية لشهادة بينة الداخل على الملك المقيد .

مثلاً : اذا شهدت بينة ذي اليد على الشراء من زيد المدعي وشهدت بينة على الملك المطلق كان العمل بشهادة بينة الداخل أوثق وأقرب بالواقع وأدخل في وجوب العمل بالبينات ، لان كل واحدة من البينتين متساوية في الاحتمالات النافية للواقع الراجع الى صفات البينة من حيث تعمد الكذب أو الخطأ والنسيان أو نحوهما . وتزيد بينة الخارج على بينة الداخل بأن فيها احتمال الاستناد الى استصحاب وليس في بينة الداخل هذا الاحتمال . وأما احتمال الفسخ بعد الشراء فهو معارض باحتمال الشراء بعد الفسخ أيضاً .

والحاصل ان الشهادة بالملك المطلق وان كانت حجة شرعية في اثباته مالم يعلم باستناده الى ما لا يعارض اليد وان احتمل ذلك لأنه اذا وقع التعارض بينها وبين الشهادة بالملك المقيد السالم عن ذلك الاحتمال ، فمقتضى الجمع هو تقديم الشهادة على الملك المقيد .

والدليل على هذا الجمع هو عموم أدلة حجية البينة ، فان مقتضى ذلك

العمل بمقتضى البيّنة الصريحة ، فان العمل بها ليس تكذيباً للبيّنة الظاهرة ، بخلاف العكس فان العمل بالبيّنة الظاهرة تكذيب للعمل بالبيّنة الصريحة .

وهذا غير مستبعد من بناء الفقهاء أيضاً ، بل الظاهر أن بناءهم على ذلك حيثما يتعارض البيّنات واحتمل في احدهما ما لا يحتمل في الاخرى ، فانهم يقدمون الغير المحتمل فيه كما يأتي انشاء الله بعض الاشارة اليه عند اختلاف البيّنتين في الملك بالقدم والحدوث .

وهذا الجمع هو الذي جعلناه القسم الثاني من أقسام الترجيح فيما سبق ، فانه ترجيح من وجه وجمع من آخر .

ولا يبعد دعوى بناء العقلاء على مثل هذا الجمع أيضاً في الموارد التي تعارض فيها الامارات العرفية خصوصاً البيّنات ، فان لم نقل به فلا اشكال في تقديم بيّنة الخارج في هذه الصورة الرابعة أيضاً . وأما ان قلنا بذلك وأنه القاعدة في تعارض البيّنات نظير الجمع فيما اذا صرح احدى البيّنتين بسبب لاينافي تصديقه في ذلك تصديق البيّنة الاخرى كالملك القديم والجديد ، فلا شبهة في تقديمه على الترجيح بالمرجحات النازرة الى صدق الشهود وكذبهم أعني مطابقة قولهم للواقع ومخالفته له كالأعدلية والاثنية والاكثرية وأضرابها اذا لم نعول في الترجيح بها على التعبد بالاختبار .

وأما تقديمه على الترجيح بالخروج ، ففيه تفصيل ، وهو أنه لو بنينا على ترجيح بيّنة الداخل فلا اشكال وان بنينا على ترجيح بيّنة الخارج فهذا يحتمل أن يكون لاحد أمور أشرنا اليها : أحدها أن يكون وجه التقديم هو عدم حجّية بيّنة المنكر راساً مطلقاً . والثاني أن يكون الوجه عدم اعتبارها اذا كان للمدعي بيّنة على دعواه ، نظير عدم اعتبار الشاهد واليمين في مقابل البيّنة . والثالث أن يكون الوجه عدم اعتبارها عند وقوع المعارضة بينها وبين بيّنة المدعي .

والفرق بينه وبين سابقه أن عدم بينة المدعي على الاول شرط لاجعل حجبة بينة الداخل شأناً ، وعلى هذا التقدير شرط الحجبة فعلاً ، فان كان الوجه هو الاول أو الثاني وجب في هذه الصورة ترجيح بينة الخارج أيضاً ، وان كان الوجه هو الثالث كان الترجيح لبينة الداخل ، لان بينة الداخل حجة اذا لم يعارضها المدعي ، وقد ظهر أنه في المقام لامعارضة بينهما حقيقة .

والذي استظهرنا من الادلة هو بطلان الوجه الاول ، أعني عدم كون بينة الداخل حجة مطلقاً حتى مع عدم بينة للمدعي . وأما الوجهان الاخران فقد يقال بسكوت الادلة التي استظهرنا منها ماقوينا ، أعني كون بينة المدعي علة تامة غير صالحة للمعارضة عن تعيين أحدهما ، لان عمدة تلك رواية منصور ولا ظهور لها في أن عدم قبول البينة من الذي في يده المال المدعى به لامن الوجهين المذكورين .

فعلى الفقيه امعان النظر واختيار الراجح ، فان لم يترجح في نظره شيء منها فليرجع الى عموم أدلة حجبة البينة ، ومقتضاه حجبة بينة الداخل في الصورة المفروضة ، لما حققنا من كون العمل بها حينئذ جمعاً عملياً للفقيه ، فلا يصار الى ترجيح بينة الخارج لكونه طرْحاً لبينة الداخل من غير سبب .

فان قلت : قد استظهرت من الادلة كون بينة المدعي علة تامة لثبوت حقه على المنكر ، وهو عام يتناول صورة المعارضة وعدمها .

قلنا : تلك الادلة بين الادلة الفعلية التي لاعموم فيها ، مثل المأثور عن النبي والوصي عليهما الصلاة والسلام لمجرد اقامة المدعي البينة وعدم انتظار شيء آخر وبين القولية ، وأقواها دلالة رواية منصور المتقدمة بمواضع أربعة : الاول قوله « حقه للمدعي » ، والثاني قوله « لأقبل من الذي في يده بينة » ، والثالث قوله « لان الله تعالى أمر أن يطلب البينة من المدعي » ، والرابع قوله

« والا فيمين الذي هي في يده » . دلت بهذه المواضع منطوقاً ومفهوماً تصريحاً وتلويحاً على عدم سماع البيئة من ذي اليد مطلقاً أو في مقابل بيئة المدعي مطلقاً، سواء كان الجمع بينهما ولو عملاً أمراً ممكناً أم لا، بأن تكونا متعارضتين . لكن في دلالة الكل على هذا الاطلاق نظراً :

(أما الاول) فلاحتمال رجوع ضمير «حقها» الى الشاة لالى البيئة، وعليه فلا ربط لها بالمدعى، وعلى تقدير رجوعها الى البيئة - كما هو مبنى الاستدلال - لم يدل على انحصار حق البيئة في المدعى الا في مورد الرواية أو في مثله مما يكون شهادة كل من البيئتين فيه بالملك المقيد على وجهه موجب لتعارضهما ، لافي مثل مانحن فيه الذي عرفت أن البيئتين فيه غير متعارضتين . وبذلك يجاب عن الثاني أيضاً .

(وأما الثالث) فلا دلالة فيها الا على عدم مطالبة البيئة من المنكر ، وأما عدم القبول فلا . ولو سلم الدلالة عليه أيضاً - بقرينة وقوعه تعليلاً لقوله «لا أقبل» - ففيه ما عرفت من اختصاص نفي القبول بمورد المعارضة الذي هو مورد الرواية . فان قلت : قوله عليه السلام «فان الله أمر أن يطلب البيئة من المدعي» وقع علة لقوله « لا أقبل » ، ولا يصح دعوى اختصاص العلة بالموارد والا لغى التعليل فعموم العلة قاض بعدم قبولها من المنكر مطلقاً .

قلت : لو سلم ذلك أمكن أن يدعى معنى قوله عليه السلام « ان الله أمر » الخ ، هو أن الله جعل البيئة التي هي حجة تامة غير قابلة للمعارضة للمدعي ولم يجعلها للمنكر ، وعدم كون البيئة حجة تامة للمنكر لا ينافي كونها حجة غير تامة له ، بمعنى كونها في حقه قابلة للمعارضة ، فيستدل على اعتبارها في حقه بعموم ما دل على حجية البيئة، وقضية ذلك العمل بها مع عدم المعارضة كما فيما نحن فيه . (وأما الرابع) فالجواب عنه ان الزام اليمين على المنكر بعد فقد بيئة

المدعي انما سيق لرفع الالتزام بالبينة التي قد ركزت في أذهان الناس مطالبته من كل صاحب دعوة واقعية مثبتاً كان أو زافياً ، كما اشتهر عند العلماء أن النافي والمثبت كليهما محتاجان الى الدليل ، فلا يفيد سوى رفع مشقة البينة عن المنكر .

وهذا مثل ماقلنا في حديث « البينة على المدعي واليمين على المنكر » في رد توهم من زعم أن قضية التفصيل عدم كون وظيفة المنكر الا اليمين ، من أن الفقرة الثانية نظير الامر الوارد في مقام توهم الحظر لايفيد سوى الرخصة والترفيه .

فان قلت : اذا مضت عموم رواية منصور وسائر الادلة ، فبما ذا تستدل على عموم الحكم للصور الثلاث المذركوة مع أن صورتين منها خارجتان عن مورد رواية منصور .

قلنا : نستدل بالمناط القطعي ، اذ بعد تقديم بيئة الخارج على بيئة الداخل في صورة كونهما مسببين يعلم تقديمها عليها في المطلقين ، وفي كون صورة كون الداخل مطلقاً والخارج مقيداً بالمناط أو بالفحوى - فافهم .
فظهر أن ماذهب اليه الاكثر في الصورة الرابعة من تقديم بيئة الداخل لا يخلو عن قوة . والله العالم .

فروع تظهر في تنبيهات

(الاول) انه قد سبق الاشارة الى أن المراد بالداخل ليس هو خصوص ذى البد ، كما قد يوهمه المحكي عن التحرير والمبسوط ، بل يتناول كل من يصدق عليه المنكر بموافقة أصل أو أمانة شرعيين .
ويفصح عن ذلك تصريحاتهم في مسائل التنازع من كل باب ، ففي باب

الاجارة ذكروا أنه لو اختلف المؤجر والمستأجر في زيادة الاجرة ونقصانها وأقام كل منهما بيئته بني على مسألة تعارض بيئته الداخل والخارج، وكذا ذكروا فيما اذا تنازع البائع والمشتري في صحة البيع وفساده وأقام كل منهما بيئته أنه يبنى على تلك المسألة .

(الثاني) لو أقام الداخل البيئته بعد قضاء الحاكم للخارج ببيئته وتسليم الحق اليه ، كما لو ادعى زيد عيناً في يد عمرو وأقام عليها البيئته فقضى له وسلمت العين اليه ثم أقام عمرو بيئته على أنها له . فقد اختلف فيه على قولين : أحدهما ما عن الشيخ من نقض القضاء واعادة العيّن الى عمرو في المثال ، والثاني ما اختاره في الشرائع بعد نقل مذهب الشيخ من عدم النقض وابقائها في يد زيد . وليس في كلام هؤلاء تعرض لحال ما اذا كانت اقامة البيئته قبل ازالة يد الداخل وهو عمرو في المثال المذكور ، وقد صرح الشهيد « ره » في القواعد بنقض القضاء حينئذ وابقاء العين في يد عمرو نظراً الى بقاء اليد حساً ، وهو المحكي عن التحرير . وربما يقضي به ظاهر هؤلاء أيضاً ، نظراً الى ما في كلامهم من مفهوم القيد ، أي قيد « بعد زوال اليد » .

ثم ان البيئته اما أن تصرح بحدوث ملكية العين بعد القضاء عند احتمال تجددتها بعده ، أو تصرح بالملكية قبل القضاء ، أو تطلق في الشهادة . ولا اشكال في القسم الاول ، لانه لا مانع فيه من سماع دعوى الداخل حينئذ للملكية ولامن سماع بيئته والحكم بعد فرض عدم معارضة بيئته لما أقامه الخارج من البيئته .

كما لا ينبغي الاشكال في سماعها على الثالث ، لان احتمال تجدد الملك كاف في سماع الامرين ، وانما يظهر من المسالك دخوله تحت محل النزاع أيضاً ، والظاهر انه ليس كذلك .

فبقي الاحتمال الثاني لان القضاء فيه للداخل لا يخلو عن اشكال ، وعليه فنقول : ان اقامة البيئة اما أن تكون قبل ازالة يد الداخل عن العين أو بعدها ، وعلى التقديرين فالبحث في هذه المسألة انما يتفرع ويتعقل على القول بتقديم بيئة الداخل في المسألة المتقدمة ، وأما على القول بتقديم الخارج فالظاهر سقوط هذا الفرع رأساً ، بمعنى تعين عدم النقض وابقاء العين في يد المدعي لو كانت مسلمة اليه ، خلافاً لصاحب المسالك « ره » ، فانه بنى المسألة في مفروض كلام المحقق « ره » ، أعني ما اذا كانت اقامة البيئة بعد ازالة يد الداخل عن العين على المسألة السابقة ، أعني تقديم بيئة الخارج أو الداخل وان العبرة بالدخول والخروج حال ملك المدعي أو حال اقامة البيئة وحال التعارض .

فان بنى على تقديم بيئة الخارج وان العبرة في الخروج بحال ارادة البيئة نقض الحكم وحكم بهالعمرو لانه حال اقامة البيئة خارج باعتبار اقتضاء القضاء صيرورة زيد داخلا ، وكذا لو بنى على تقديم بيئة الداخل وجعل العبرة فيه بحال الملك لان عمرو في حال الملك الذي يده فيه كان داخلا وان صار بسبب القضاء خارجاً والا لم ينقض الحكم وأقرت العين في يد زيد .

والظاهر أن ما ذكره ليس على ما ينبغي ، اذ على القول بتقديم بيئة الخارج لا يعقل انقلاب الداخل خارجاً بنفس تقديم الخارج ، لانه من باب استلزام وجود الشيء وعدمه ، وهو دور محال ، بل ربما يتسلسل . فانه اذا قضى للخارج ببيئة صار ذلك سبباً لصيرورة الداخل المحكوم عليه خارجاً ، فاذا سمع بينته وقضى له انعكس الامر ، وهكذا الى الدورة الثانية والثالثة .

نعم ما ذكره صحيح في الاحتمال الاول ، أعني ما اذا شهدت البيئة بالملك المتجدد بعد القضاء للاول ، وكذا في الاحتمال الثالث ، أعني صورة الاطلاق كما هو الاظهر . وأما الاحتمال الثاني الذي نتكلم فيه - وهو ما اذا صرحت

البينة بالملك قبل القضاء وقبل ازالة اليد - فلا يعقل أن يكون القضاء للخارج حينئذ سبباً لانقلاب الداخل خارجاً مقدماً ببينته على بينة المدعي .

كيف وثمره القضاء للخارج انفصال الخصومة وعدم الاصغاء الى بينة الداخل في حال القضاء ، فلو بنى على أن هذا القضاء الواقع للخارج قضاء عليه فلا يكون قضاءً له ، وهو خلف بين وكلام هين .

بل التحقيق أن البحث في هذا الفرع انما يتم على القول بتقديم بينة الداخل ، وهو الذي يظهر أيضاً من محكي شرح الارشاد لابن فهد ، حيث أنه بعد ما أشار الى ما في المسألة من الاحتمالات من حيث القول بتقديم بينة الخارج أو الداخل وكون المناط بالدخول والخروج هو الدخول والخروج في حال الدعوى أو في حال اقامة البينة ، قال : ان نقض القضاء واعادة العين انما يتم على القول بتقديم بينة الداخل وكون العبرة بالدخول في حال الدعوى التي سماها في المسالك بحال الملك . وعليه فمبنى المسألة ما أشار اليه الشهيد في القواعد من أن يد الداخل انما أزيلت لفقد البينة فبعد وجودها لا بد من عودها ، ومن أن القضاء لا ينتقض الا بقطعي .

توضيحه : ان الحكم ببينة المدعي حكم تعليلي مراعى بعدم اقامة المدعى عليه بينة معارضة لبينته بناءً على هذا القول - أعني تقديم بينة الداخل عند التعارض - فاذا أقام المدعي بينة ولم يظهر الحاكم بينة معارضة لها تشهد للداخل كان حكم الحاكم على طبقها حينئذ حكماً تعليقياً ، لان العمل بكل أصل أو أمانة معلق ومشروط ، بأن لا يكون لها معارض واقعاً . فلا بد من احراز ذلك الشرط اما بالعلم والوجدان فيقع الحكم على طبقه حينئذ منجزاً أو بالاتكال على الاصل فيكون حينئذ حكماً ظاهرياً معلقاً في الواقع على انتفاء المعارض لميزان

ذلك الحكم ، بحيث اذا ظهر مخالفة الاصل للواقع وتبين وجود المعارض انتفى الحكم جداً .

وهذا ليس نقضاً للحكم بل انتقاضاً ، لان استعداد الحكم للبقاء يتبع استعداد ميزانه ، فان كان ميزانه منجزاً من حيث الوجود ومن حيث الاعتبار مثل بينة الخارج اذا شهدت بالملك المسبب على القول بتقديم بينته عند التعارض مع بينة الداخل مطلقاً وقع الحكم أيضاً منجزاً ، فلا ينتقض الا بقاطـع .

وأما اذا كان في ميزانه تعليق اما من حيث الوجود مثل البينة التي تشهد اتكالا بالاستصحاب أو من حيث الاعتبار مثل بينة الخارج على القول الاخر - أعني تقديم بينة الداخل - وقع الحكم معلقاً اذا كان ميزانه بحسب الظاهر سليماً عن المعارض أو الوارد، ويراعى الى ظهور الوارد لو كان التعليق في أصل وجودها مثل ما اذا كان مستنداً بالاستصحاب ، ولذا يسمع البينة عن المحكوم عليه بالدين لو ادعى البراء أو الى ظهور المعارض لو كان التعليق في اعتبارها لافي وجودها مثل بينة الخارج على هذا القول . فاذا ظهر ما يبطل أثر البينة بأحد الوجهين انتقض الحكم بنفسه ، وليس هذا القضاء مجمعاً على بطلانه الا بقطعي .

هذا وجه انتقاض الحكم وعود العين الى يد عمرو، وأما وجه عدم الانتقاض فهو الذي يظهر في بادي الرأي من أن القضاء اذا وقع وقع مستداماً . ولاشبهة في وقوع القضاء للخارج فلا ينتقض بعده بالبينة .

فان قلت : على ما ذكرت لا يقع القضاء أبداً الا معلقاً ، لان كل بينة يقيمها المدعي يحتمل ظهور المعارض له بعد القضاء ولو من غير الداخل ، لاحتمال معارضتها ببينة خارج آخر مثله ، فقولك ان بينة الخارج - على القول بتقديم

ما ليس فيها تعليق - باطل ، لان التعليق ثابت ولو بالقياس الى ظهور معارض لها من خارج آخر ، فأين قولهم لا ينقض القضاء الا بقطعي وفي أي مورد يقال ذلك .

قلت : ليس الامر كذلك بالنسبة الى بيئة خارج آخر ، لان بيئة أحد الخارجين بالنسبة الى بيئة الاخر يعد من المعارض ، وأما بيئة الداخل بالنسبة الى بيئة الخارج فهي بمنزلة الدليل بالنسبة الى الاصل على القول بتقديمها . ولا نقول بالتعليق الا في القسم الثاني ، لان القول به في القسم الاول - أعني التعليق بعدم وجود المعارض - ينجر الى نحو تسلسل ، من حيث أن اعتبار أحد المتعارضين ليس معلقاً على انتفاء مطلق المعارض حتى يرتفع اعتباره بمجرد ظهور المعارض كما في القسم الثاني بل على انتفاء معارض أقوى .

فاذا ظهر معارض أقوى كان الحكم بتقديمه أيضاً تعليقاً مراعى بعدم ظهور الاقوائية في الاول ، لان ذلك أمر ممكن ، بأن ينضم الى ذلك الدليل الاول بعد ظهور المعارض الاقوى بعض ما يوجب انقلاب الاقوائية من المرجحات كالكثر مثلاً فانها مما أمكن أن تزيد شيئاً فشيئاً يوماً فيوماً ، ثم بعد ظهور ذلك المرجح وانقلاب الاقوائية يكون تقديمه أيضاً تعليقاً مراعى بعدم تجدد القوة لمعارضه فيما بعد ، وهكذا هلم جرأ .

فاضطررنا في باب القضاء أن نجعل العبرة بوجود المعارض وعدمه حين قيام الحجة وحال القضاء وعدم الالتفات الى احتمال وجوده واقعاً وظهوره فيما بعد والا لاختل باب القضاء ولا يترتب عليه أثره المقصود . فلا بد من وقوع القضاء منجزاً حيثما يقع وعدم كونه معلقاً ومراعى الى ظهور وجود المعارض .

نعم ما ذكرت من كون العمل بالدليل دائماً تعليقاً حق في الاحكام ، حتى انه لو اتفق في يوم واحد ظهور المعارض بعد عدم ظهوره في حال العمل ألف

مرة انتقض العمل كذلك ولاضير فيه ، وأما في باب القضاء فليس يمكن الالتزام بتعليقية القضاء مطلقاً حتى بالقياس الى ظهور المعارض الذي يكون نسبته الى ميزان القضاء كنسبة أحد الدليلين المتعارضين بالنسبة الى الآخر .

نعم لاضير في الالتزام به بالنسبة الى القسم الاول من المعارض ، أعني ما كان نسبته الى ميزان القضاء كنسبة الدليل الى الاصل .

وبعبارة أخرى : المعارض الذي لايشترط العمل به بشيء بل يكون وجوده علة تامة للحكم غير معلق على شيء ، مثلاً بينة الداخل على القول بتقديمها على بينة الخارج فان العمل بها على هذا القول لايتوقف على شيء ، فاذا ظهر وجب انتقاض الحكم المستند الى بينة الخارج والقضاء للداخل قضاء منجزاً غير متوقف ومعلق على شيء .

والحاصل ان معارض ميزان القضاء على قسمين :

قسم يجب العمل به منجزاً غير معلق على شيء حتى عدم المعارض ، وذلك مثل بينة الداخل على القول باعتبارها ، فان العمل بها متعين بلا انتظار شيء آخر حتى المعارض ، اذ لامعارض لها حتى ينتظر وجودها ، سواء كان موجوداً في زمان اقامة الخارج البينة أو ظهر بعدها وبعد القضاء له .

وقسم يجب العمل به معلقاً على نحو تعليق العمل بالميزان الذي استند اليه القضاء ، وذلك مثل بينة خارج آخر مثل المدعي ، فان العمل ببينة المدعي كما أنه معلق على عدم معارض أقوى كذلك العمل بالمعارض الاقوى أيضاً معلق لسلامته على عدم معارض أقوى ، سواء كانت الاقوائية باعتبار تعدد صفة رجحان في بينة المدعي أو باعتبار ظهور مدع آخر .

ففي القسم الاول لامضايقة عن الالتزام بتعليقية القضاء ، بل لابد من القول بها بعد معلومية توقف اعتبار الأدلة والحجج والامارات فعلاً على احراز عدم

المعارض أو الحاكم بالاصل . وأما في القسم الثاني فالالتزام بالتعليق فيه أمر غير ممكن لاستلزامه التزلزل في جميع القضاوات وانجراره الى التسلسل كما عرفت .

فظهر أن القول بالانتقاض فيما نحن فيه كما عليه الشيخ بناءً على أصله من تقديم بيئة الداخل لا يخلو عن وجادة وسدادة .

ولا يدفعه ما ذكره الشهيد في القواعد من أن القضاء لا ينتقض الا بقطعي ، لانه ليس نقضاً بل انتقاضاً كما عرفت .

الا أن يقال : ان ظهور المعارض في أدلة الاحكام أمر ممكن ، فلا بد أن يكون العمل بكل دليل في حكم من الاحكام مراعى الى ظهور المعارض ، وأما في باب القضاء والبيّنات فأمر غير متصور الا على بعض الوجوه الخارج منها المقام ، لان المدعي حين اقامة البيّنة ولم يقم الداخل بيّنة معارضة له فقد تحقق شرط عدم المعارض ، واما أن المعارض ليس سوى شهادة البيّنة لاعتقاد البيّنة في نفس الامر ، والشهادة كانت منتفية حين القضاء واقعاً وظاهراً . وفيه ما لا يخفى فتأمل .

بقي الكلام في وجه ما فصل الشهيد « ره » في القواعد من اختيار نقض القضاء مع بقاء يد الداخل والاشكال مع زوالها . وقد يوجه ذلك بأن بقاء اليد سبب لبقاء الدخول العرفي بحاله ، فلا بد من تقديم بيّنته على بيّنة الخارج عملاً بمقتضى الادلة .

ولا يقدح في ذلك وقوع القضاء للخارج وصيرورته داخلاً بسبب القضاء ، ومع قطع النظر عنه فكل من هو داخل مع قطع النظر عن القضاء يقدم بيّنته ، ومع بقاء اليد حساً يكون الداخل عمراً كما كان قبل القضاء .

بخلاف ما لو زالت اليد ، فان زوالها سبب لزوال صفة الدخول العرفي ،

فلا وجه لتقديم بينته على بيئة المدعي الخارج حينئذ . بل ينبغي العكس ، لان العين بعد انتقالها الى يد المدعي - أعني زيداً في المثال المذكور - يكون هو الداخل عرفاً بمقتضى أصالة صحة يده وتصرفه . وأما مع عدم انتقالها فهو بعد خارج وان كان قضى له ، اذ لا عبرة بالدخول الحاصل من جهة القضاء .

هذه غاية ما يوجه به التفصيل المزبور . ولكنه غير وجيه ، لان اليد المستندة الى القضاء حالها كحالها ، فلا تصلح منشأ لصيرورة صاحبها داخلاً ، بعدما عرفت من أن المناطق في الدخول والخروج ما كان مع قطع النظر عن القضاء أو عما هو مستند اليه ، لان المستند الى المستند الى الشيء مستند الى ذلك الشيء ، فالدخول المستند اليه الى المستندة الى القضاء مستند اليه حقيقة ، فلا عبرة به .

وأما دعوى أصالة الصحة في يد المدعي - وحاصلها عدم استناد الدخول الى القضاء بل الى اليد بعد ملاحظة احتمال حقيقتها واجراء أصالة الصحة فيها - فيدفعها ان أصالة الصحة في يده معارضة بأصالة الصحة في يد المأخوذ منه الداخل - أعني عمراً في المثال المزبور - وهي حاكمة على أصالة الصحة في يده ، لان الشك في صحة يده وفسادها مسبب عن الشك في صحة يد الداخل وفسادها كما لا يخفى . فالأظهر عدم الفرق بين بقاء اليد الحسية وزوالها . والله العالم .

(الثالث) اذا قدمنا بيئة الداخل فهل يحتاج معها الى اليمين كما في القواعد أم لا ؟ .

والتحقيق فيه أن ينظر الى وجه التقديم : فان كان هو تساقط البيتين وسلامة اليد عن المعارض افتقر الى اليمين ، لان القضاء بدونها حينئذ يكون قضاء بلا ميزان ، وان كان هو ترجيح بيئة الداخل للاعتضاد باليد فاليمين غير لازمة ، لان الحكم للداخل على هذا الوجه مستند الى بينته ، ومع البيئة لا حاجة الى اليمين .

وان كان هو التعبد بالاخبار فلا بد من النظر ، لان الاخبار مختلفة : منها مايشتمل على الترجيح مع اليمين ، ومنها بدونها . فبأيهما استند الحكم - أي تقديم بيئة الداخل - يتبع حكمه من حيث اليمين وعدمها .

(الرابع) اذا أراد ذو اليد اقامة البينة قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل ، ففي القواعد كما عن التحرير الاقرب الجواز . ولعل وجه الجواز النظر الى عمومات الحكم بين الناس السابق اليها الاشارة في أول هذا الباب ، بل يمكن الاستدلال عليه بعمومات القضاء وفصل الخصومة ايضاً بناءً على كون المقام من الفصل للخصومة التقديرية .

توضيح المقام : ان حكم الحاكم قد يتعلق بالموضوعات على وجه ليس المقصود منه رفع الخصومة وان ترتب عليه ذلك أحياناً ، كالحكم بالهلال والقبلة وطهارة شيء ونجاسته وأمثال ذلك ، وقد يتعلق على وجه يكون المقصود منه رفع الخصومة ، وهذا ايضاً على قسمين ، لان الخصومة اما أن تكون محققة ولومع عدم حضور أحد الخصمين كالحكم على الغائب ، وقد يكون مقدرة أي شأنية ، والحكم في الاول رفع الخصومة وفي الثاني دفع لها .

لاشكال في جواز الحكم على الوجه الاول منهما المقصود منه رفع الخصومة الفعلية ، وأما جوازه على الوجه الثاني المقصود منه رفع الخصومة الشأنية فالظاهر ايضاً نهوض عمومات الحكم والقضاء بين الناس باثباته على هذا الوجه . وأما جوازه على الوجه الاول الغير الراجع الى فصل الخصومة لاحد الوجهين المذكورين فهو مبني على تمامية عمومات الحكم بين الناس ، ولاجل ذلك يستشكل فيه .

وما نحن فيه - أعني اقامة البينة للتسجيل - من القسم الثاني من الوجه

الثاني ، وهو عكس الحكم على الغائب لعدم حضور المدعى عليه هناك وعدم حضور المدعي هنا .

هذا هو الكلام في مدرك المسألة ، وأما معنى اقامة البيئة للتسجيل فقد ظهر مما ذكرنا ، وهو دفع الخصومة التقديرية ، بمعنى اثبات الحق المتنازع فيه قبل تحقق التنازع بموازين القضاء وحكم الحاكم .

وأما فائدته فهي على القول بتقديم بيئة الداخل واضحة ، اذ يترتب على هذه البيئة والحكم ما يترتب على بيئة الداخل مع وجود المدعي وتعارض البيئتين ، فيشمر مع موت الشهود أو فسقهم أو نحو ذلك . وأما على القول بتقديم بيئة الخارج فلا يشمر الا على تقدير ظهور المدعي ولا يكون له بيئة ، ومعه يشمر بناءً على كون بيئة المنكر مسقطاً عن يمينه كما يأتي انشاء الله تعالى . فمافال بعض مشائخنا من عدم الفائدة لغرض التسجيل قبل تحقق الخصومة ، ليس على ما ينبغي .

(الخامس) اذا لم يكن للمدعي بيئة وأقام ذو اليد أو كل منكر بيئة ، فهل هي تسقط عنه اليمين كما في القواعد ؟ .

والتحقيق هو أنه لو قيل بتقديم بيئة الداخل بلا يمين فلا اشكال في سقوط اليمين هنا ، لانه اذا اكتفى ببيئة المنكر عن اليمين في صورة معارضة بينته لبيئة المدعي ففي صورة عدم المعارضة لزم الاكتفاء والاقتناع بها عنها بطريق أولى ، وان قيل بتقديمها مع البيئة فان كان وجه اليمين هو تساقط البيئتين بعد تعارضهما وصيرورة اليد سليمة عن المعارض فهنا لا حاجة الى اليمين ، لسلامة بينته هنا عن المعارض مع كونها حجة كما هو المفروض على هذا البناء . وان كان الوجه هو التعبد بظاهر بعض الاخبار الدال على اليمين مع البيئة ، ففي الحكم

بسقوط اليمين هنا اشكال ، لاحتمال توقف الحكم لذي اليد على أمور ثلاثة البينة واليد واليمين تعبدًا .

الا أن يقال : ان اليمين وحدها كافية للمنكر اذا لم يكن للمدعي بينة ، فوجود البينة معها يصير لغواً . وهو خلف ، اذ المفروض حجية بينة الداخلي . هذا على القول بتقديم بينة الداخل عند التعارض ، وأما على القول بتقديم بينة الخارج فسقوط اليمين هنا مبني على كون اليمين من المنكر رخصة أو عزيمة ، وقد سبق مراراً أن قوله عليه السلام « اليمين على من أنكر » لا يدل على العزيمة بل على الرخصة ، وأنه لو أقام البينة كان كافياً في الحكم له ، فالأظهر ما ذكره العلامة من الكفاية مطلقاً .

(السادس) قضية تقديم بينة الداخل هو أن يطلب الحاكم البينة أولاً من المدعى عليه ، فان كان له بينة قضى له ولا يصغى الى مقالة المدعي ، اذ لا فائدة في ذلك ، لان غاية ما للمدعي اقامة البينة على دعواه ، والمفروض تقديم بينة الداخل على بينته .

وهذا على خلاف ما هو المعهود المتعارف بين الناس من مطالبة البينة أولاً من المدعي ، وخلاف صريح ما هو المأثور قولاً وفعلًا من النبي والائمة صلوات الله عليهم أجمعين . وهذا أيضاً من شواهد بطلان القول بتقديم بينة الداخل .

فان قلت : لا يلزم من تقديم بينة الداخل مطالبة البينة منه أولاً على ما هو المتعارف ، لان المدعي هو صاحب الحق والمطالب به ، ومقتضى القاعدة مطالبة البينة ممن يطلب الحق ، ثم لو لم يكن له بينة فله احلاف المنكر . نعم لو أقام المدعي البينة وقال المنكر ولي أيضاً بينه قضى له ، وهذا لا ينافي سؤال البينة أولاً من المدعي .

قلت : اما أن نقول بأن الحاكم بعد قيام البينة يجب عليه تلقين المنكر ان

لك اقامة البينة أيضاً مثل تلقينه حق الجرح اياه أولاً نقول به ، فان قلنا به كان الابتداء بسؤال البينة من المدعي لغواً صرفاً واكلاً من القضاء ، اذ لا يستقر القضاء الا بعد النظر في حال المدعى عليه من حيث استطاعته على اقامة البينة على خلاف بينة المدعي وعدمه ، فمقتضى الوضع الطبيعي حينئذ الابتداء بسؤال البينة من المدعي عليه ، لان الامر بالاخرة ينتهي الى سؤالها عنه . وان لم نقل بذلك ساوى بينة المدعي وبينة المدعى عليه حينئذ من حيث الابتداء بالسؤال ، فللحاكم الابتداء بأيهما يريد ، مع أن المعهود الالتزام بسؤال البينة أولاً من المدعي - فافهم .

(السابع) اذا أقام البينة على الداخل فادعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين فادعى الابراء ، ففي القواعد ان كانت البينة حاضرة سمعت قبل ازالة اليد وتوفية الدين ، وان كانت غائبة طولبت في الوقت بالتسليم ثم اذا أقام البينة استرد .

وقد يشكل الفرق بين ما ذكره في المسألتين وبين ما اذا ادعى فسق الشهود وكان الخارج غائباً فانه يمهل ثلاثة أيام كما هو مصرح به في محله .

ثم الفرق بين حضور الشهود وغياها أيضاً لا يخلو عن اشكال ، لان المدعي بعد اثبات دعواه ان كان مستحقاً للحكم وجب الحكم ويترتب عليه أثره من التسليم ثم اذا أقام الداخل البينة يسترد ، ففيه جمع بين حق المدعي والداخل ، وان لم يكن مستحقاً للحكم باعتبار كون بينة المدعي معلقة على عدم المعارض فلا بد للحاكم من ايقاف الحكم حتى يتفحص عن المعارض لم يستحق الحكم ووجب مطلقاً على الحاكم امهال الداخل الى احضار بينته .

وكشف الحال عن هذا المقال : ان القضاء قد يكون تنجيزياً وقد يكون

تعليقياً ، وقد سبق أن التعليق والتنجز في القضاء يستتبع التعليق والتنجز في الميزان ، والتعليق في الميزان يتصور على وجه ثلاثة :

أحدها : أن يكون التعليق في موضع البينة ، بمعنى توقف تحقق البينة الشرعية على عدم شيء لو وجد أوجب انتفاء أصل وجود البينة ، وذلك مثل تعليق وجود البينة المعدلة على عدم مجيء الجارح ، فان عدم الجارح من شرائط وجود البينة التي هي ميزان القضاء .

والثاني : أن يكون التعليق في تحقيق مدلولها ، مثل البينة التي تشهد بالملك بمقتضى الاستصحاب ، فان مضمون هذه البينة موقوف على عدم الدليل على ارتفاع الحالة السابقة .

والثالث : أن يكون التعليق في أصل اعتبارها ، مثل بينة الخارج بالنسبة الى بينة الداخل ، فان اعتبارها على القول بتقديم بينة الداخل معلق على انتفاءها .

والمدعى عليه في هذه الصور الثلاث ان لم يدع المعارض فللحكم الحكم للمدعي بمقتضى أصالة عدم المعارض ، فيكون الحكم واقعاً على نحو التعليق. وأما ادعى المعارض فاما ان يقال بوجوب إيقاف الحكم في المواضع الثلاثة مطلقاً تفحصاً عن المعارض ورجاءاً لاثبات الداخل به بناءً على كون العمل بالأصل في باب القضاء كالعمل به في باب الأحكام من حيث افتقار العمل به الى الفحص عن المعارض . واما أن يقال بعدم إيقاف الحكم مطلقاً ، نظراً الى عدم الدليل على وجوب الفحص عن المعارض عليه كما يجب على المجتهد .

فلا وجه لتعطيل حق المدعي مع سلامة حجته ظاهراً عن المعارض ، أو يفصل بين الوجه الاول والوجهين الآخرين ، فيلتزم في الاول بلزوم الامهال

وايقاف القضاء حتى يحضر البينة ، لان البينة قبل احراز سلامتها عن الجراح لاتصلح حجة للمدعي فليس له حق يجب مراعاته .

ودعوى احراز السلامة بحكم الاصل . غير نافعة ، لان التمسك بالاصل انما ينفع في الدعاوي مع وجود المقتضي ، وعدم المعارض هنا جزء للمقتضي . وأما مع عدم المقتضي فلاعتداد به ، لان الشارع جعل للقاضي موازين غير الاصول كالبينة ونحوها ، فلا يجوز له اهمال دعوى أحد الا بعد وجود بعض تلك الموازين ، فقبل وجوده يجب عليه التوجه الى الدعوى وعدم الالتفات الى كونها مخالفة للاصل . والا فكل دعوى مخالفة فيلزم أن لايجاب المدعي من احضار خصمه ولا الالتفات الى سماع قوله لاصالة عدم الحق وأصالة عدم البينة ونحوهما ، مع أنه ضروري البطلان ، وليس ذلك الا لوجوب اهمال الاصول على القاضي والنظر الى ما دل على وجوب طي الدعاوي بالموازين المعهودة .

ولا كذلك اذا وجد الميزان وأقيمت البينة ، فانه بعد وجوده لا عذر للقاضي في القضاء غير احتمال وجود معارض ، وهو من قبيل المانع يدفع بالاصل كسائر المقامات .

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يرد أن يقال : ان الاصل حجة شرعية ، سواء كان في مقام رفع المانع أو تكميل المقتضي . ووجه عدم الورود ان اتكال القاضي في تحصيل المقتضي بالاصل مناف لما دل على وجوب سماع الدعاوي وفصلها بالموازين ، لان مقتضى وجوب السماع عدم الالتفات الى أصالة عدم حقيقة الدعوى ، ومقتضى جعل الموازين عدم استناد الفصل الى غير تلك الموازين ، فحيث توقف القضاء على ما ليس بميزان له الا بمؤنة الاصل لم يجز ذلك له . بخلاف ما لو توقف على ما هو ميزان له في نفسه ، فانه يجب لوجود المقتضي

بالادلة الدالة على وجوبه بالبينة مثلاً وعدم المانع بحكم الاصل وفي الاخيرين بعدم الامهال ، لما ذكر في وجه عدم الامهال مطلقاً من عدم الدليل على وجوب الفحص على الحاكم بعد قيام الحجة ، أو يفصل بين صورة حضور البينة فيوقف القضاء حتى يقيمها الداخل مطلقاً وفي المواضع الثلاثة ، وبين الغيبة فيقضي بلا مهلة ، لان حضور البينة يمنع عن العمل بالاصل في احراز عدم المعارض ، اما لعدم جريانها أو لاستلزام العمل به مع حضورها مخالفة الواقع كثيراً . أو لان بينة المدعي في هذه الصورة - أعني صورة حضور الشهود - ليس ميزاناً تاماً عند العرف ، لان مدعي الدين مثلاً ان أثبت مدعاه ببينة الا أن الثبوت الاستصحابي مع ادعاء المديون البراءة الفعلية بالابراء وادعاء حضور البينة على ذلك ليس مما يترتب عليه عرفاً الحكم بالاشتغال الفعلي ، اذ لا بد من نهوض بينة المدعي باثبات الاشتغال الفعلي ، وهو لا يتم الا بضميمة الاستصحاب الذي ليس بناء العرف على الالتفات اليه في باب القضاء مع دعوى الابراء ودعوى حضور الشهود .

والتحقيق أن حضور البينة - أي بينة من يدعي الابراء بعد ثبوت الاشتغال الاستصحابي أو من يدعي الشراء بعد ثبوت ملكية العين - يمنع عن التسليم ، كما ذكره العلامة مرسلًا له ارسال المسلمات ، لانه في معرض ضياع حق المدعي الذي وجب لحفظه سماع الدعوى على الحاكم ولو كان ذلك الحق الغرض المتعلق بالعين .

نعم الظاهر أنه لا يمنع عن سائر التصرفات كالركوب والسكنى والبيع والاجارة ونحوها ، فانه لا مانع منها .

ولعل مراد العلامة أيضاً من عدم التسليم ليس هو المنع من التصرفات ، اذ الظاهر أن المراد بالتسليم هو التسليم على وجه التسليط بالاتلاف ، فانه الذي

لايجوز مع حضور البينة . والدليل على ذلك هو الادلة الدالة على وجوب فصل الدعاوي والتوجه اليها ، فان معنى التوجه الى الدعوى والتعرض لفصلها عدم ترك المدعى عليه على حاله التي كان عليها قبل الدعوى ، اذ لو ترك على حاله لم يترتب على سماع دعوى المدعي الاثر المقصود من السماع وهو ايصال الحقوق ، فكل شيء ينافي وصول المدعي الى حقه على تقدير اقامة البينة فلا بد من منع المدعى عليه عنه، وذلك مثل الاتلاف دون سائر التصرفات .

فلو ادعى داراً مثلاً فللمدعى عليه بيعها واجارتها وسكناتها وغير ذلك من التصرفات مالم يقيم المدعي البينة ولو في حال الدعوى ، واما اتلافها فيمنع منه ، لانه مناف لحكمة وجوب سماع الدعوى - أعني ايصال الحقوق - اذ الغرض المتعلق بالعين يفوت بالاتلاف ولايتداركه دفع القيمة على تقدير ثبوت حق المدعي ، بل قد يتعذر دفع القيمة أيضاً . بخلاف سائر التصرفات ، فانها غير منافية لتوصله الى حقه ولو كان نقلاً عيناً أو منفعة .

وحينئذ نقول : ان المدعى عليه اذا ادعى الشراء فليس للمحاكم تسليم العين الى المدعي الذي أثبت ملكيتها على وجه يتسلط على اتلافها ، وهو المراد بالتسليم في المقام لامطلقه ولو مع المنع من الاتلاف ، وكذا لو ادعى البراء فانه ليس للمحاكم أيضاً الزامه بالتسليم من دون انتظار لقيام البينة على البراء ، وكذا الحال في الوجه الثالث من وجوه التعليق في البينة ، أعني ما اذا كان المعلق عليه فقدان المعارض ، كبينة الداخل على القول بتقديمه . بل وكذا الحال في كل مقام يدعي المدعي مع حضور البينة ، فان المدعى عليه لا يخلو وسبيله على وجه يفعل في المدعى به ما يشاء ، بل يمنع عن التصرفات المتلفة ولا يعمل بالاصل في هذه الحالة بالنسبة الى تلك التصرفات .

ومجمل القول في المقام على وجه كلي هو أن المدعي لاقامة البينة سواء

كان خارجاً أو داخلاً ، وسواء كان في الاول مدعياً أو كان أولاً منكرراً ثم انقلب مدعياً ، كمدعي الابرأ بعد ثبوت الدين ومدعي الشراء بعد ثبوت الملك .

وبالجملة كل من يسمع بينته اذا قال ان لي بينة حاضرة لم يجز العمل بالاصل في الوجه الذي ينافي تجويزه الغرض الداعي الى سماع الدعوى - أعني ايصال الحق - فلا يترك ذو اليد على ما كان عليه من وجوه السلطنة على مافي يده مطلقاً حتى مثل الاتلاف ونحوه مما يمنع عن توصل المدعي الى حقه بعد اقامة البينة ، كما لا يخلى على حاله من حيث الفرار عن حضور المخاصمة ، فكما يجب عليه الحضور في مجلس القضاء كذلك يجب عليه عدم التصرف في المدعى به على وجه يفوت معه غرض سماع الدعوى ويلزمه الحاكم عليه . والدليل عليه هو أدلة وجوب سماع الدعاوي بعدملاحظة الحكمة بل العلة ، وهي ايصال الحق ، فانه لا يتيسر الا مع منع المدعى عليه عن التصرفات المنافية لوصول الحق الى المدعي على تقدير اقامة البينة .

هذا كله مع حضور البينة ، وأما مع غيابها واستمهال المدعي لاقامتها فالظاهر عدم الاهمال ووجوب المشي على طبق الاصل والحكم على طبقه . ويختلف مقتضاه باختلاف المقام ، فلو كان ملتمس الاهمال هو المدعي لم يجب بل يحكم بمقتضى الاصل ، وهو تسلط المنكر على المدعى به على نحو تسلطه قبل الدعوى ، ولو كان الملتمس هو الداخل لم يسمع أيضاً قوله بل يلزم بتسليم المدعى به الى المدعي ، لان البينة ليست بأضعف من اليد بل هي أقوى منها ، فكما أن المدعي لا يجاب في التماس تأخير القضاء بل يقضى بعدمسلطته على المنكر وبسلطنته على مافي يده من جميع الوجوه كذلك الداخل لا يجاب في التماس المهلة بل يقضى للمدعي وينزع العين من الداخل أخذاً بمقتضى بينته التي هي أقوى من اليد .

وكذا الكلام لو كان الملتزم هو مدعي الإبراء أو مدعي الشراء فانهما لا يجابان أيضاً فيلزم أن بالتسليم عملاً بمقتضى البينة. والدليل على ذلك أن غيبة الشهود لا يميزان لها شرعاً أو عرفاً، فربما يتوقف حضورها على مضي سنة أو سنتين، وفي اجابتهما في تأخير القضاء حينئذ حرج وضرر عظيم لا يمكن التزامهما وينافيان للغرض المشرع للقضاء، وهو واضح لا يخفى على المتفقه .

نعم الظاهر أن الحكم في الوجه الأول من وجوه التعليق - أعني التعليق الراجع إلى أصل تحقق الميزان مثل التعليق بالنسبة إلى الجرح - ليس كذلك فإن مدعي الجرح يمهّل إلى احضار بينته، وذلك لما أسلفنا آنفاً من أن أصالة عدم الجرح لا تصلح ميزاناً للقضاء ولا مكمل له، لانحصار موازين استخراج الحقوق في أمور ليس منها الأصل .

ولا يرد ذلك في الوجهين الآخرين، لان الفرض فيهما وجود البينة للمدعي فعلاً، وهو أحد تلك الأمور وعمدتها، فلو حكم حينئذ فقد وقع الحكم بالميزان الشرعي، اذ لا ينافي استناد الحكم إليها دفع احتمال وجود معارض بالأصل .

والحاصل ان التعليق الراجع إلى موضوع البينة الشرعية كالتعليق بالنسبة إلى الجرح يمنع عن القضاء قبل الفحص عن وجود المعلق وعن العمل بالأصل في احراز ذلك قبل الامهال والفحص والنظر، بخلاف التعليق الراجع إلى تحقق مدلول البينة أو إلى اعتبارها كالتعليق بالنسبة إلى عدم الدليل على ارتفاع الحالة المشهود بها هنا - أعني الملك السابق - أو مع عدم المعارض كتعليق بينة الخارج بالنسبة إلى بينة الداخل، فانه لا يمنع عن القضاء مطلقاً بل مع حضور البينة المعلق على عدمها اعتبار بينة المدعي .

ويمكن أن يكون السر في ذلك أن دعوى الجرح ونحوها مما يرجع إلى دعوى عدم صلاحية الميزان للقضاء دعوى على الحاكم، فمدعي الجرح

لادعوى له على المدعى بل على الحاكم ، وكأنه يقول : ان هذا الميزان ليس مما يستند اليه الحاكم في القضاء .

واذا كان المدعى عليه هو الحاكم لم يعقل فصل هذه الدعوى بعدم الالتفات الى قول مدعى الجرح ، بل لابد حينئذ من الالتفات اليه وامهاله حتى يحضر بينته ، بخلاف مدعي الابرأ أو الشراء أو مدعي المعارض ، فان دعوى هؤلاء دعوى على خصومهم لاعلى الحاكم ، فللحاكم فصل هذه الدعاوي بالاصل . ثم ان الامهال لابد فيه من مراعاة جانب المدعي أيضاً حتى لا يرد عليه ضرر ولذا حدوده بثلاثة أيام ، فانه ليس تحديداً شرعياً بل أمر يقضي به الجمع بين الحقين ومراعاة الجانبين . فظهر أن كل واحد من التفصيلين أقوى من اطلاق القول بالامهال واطلاق القول بعدمه .

وأما الميزان في الحضور والغيبة فهو أيضاً أمر عرفي يختلف باختلاف الاحوال والازمان والمكان ونحوها . والله العالم .

المسألة الرابعة

(ما اذا كانت العين في يد ثالث وأقام كل منهما بينة)

ومحل الكلام ما اذا لم يصدق ذو اليد لاحدهما والا اندرج تحت المسألة الثالثة وكان من موارد تعارض بينة الداخل والخارج ، لان اقرار ذي اليد يجعل المقر له منكراً أو داخلاً . والمشهور في هذه المسألة الرجوع الى الترجيح بالاكثرية .

ولنبين اولاً مقتضى القاعدة مع عدم المرجح ، فنقول :

قد يقال : ان قضية القاعدة فيه بعد تساقط البينتين الرجوع الى التحالف والقضاء بالحلف أو النكول مطلقاً ، فان حلفاً أو نكلاً فالى القرعة . وذلك لان

قضية الادلة الحاصرة لميزان القضاء في البيئة والايمان ، مثل قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالايمان والبيّنات »^(١) وقوله تعالى « اقض بينهم بالبيّنات وأضفه الى اسمي يحلفون به »^(٢) أنه اذا تعذر أحدهما تعين الآخر واذا تعذرا معاً تعين القضاء بالقرعة بمقتضى قوله عليه السلام « أحكام المسلمين على ثلاثة: بيئة عادلة، ويمين قاطعة، وسنة جارية »^(٣) بناءً على تفسير السنة الجارية بالقرعة وبما علم من أدلة القضاء من كون القرعة أيضاً ميزاناً للقضاء في الجملة اذا لم يكن هناك ميزان آخر .

ولاريب أن البينتين المتعارضتين وجودهما كعدمهما في تعذر القضاء بالبيئة اذ العمل بأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، والعمل بهما مستحيل ، والتخير أيضاً باطل بالضرورة ، فيكون وجودهما كعدمهما .

فان قلت : يرجح احدهما بالقرعة .

قلنا : انه يتوقف على ثبوت كون القرعة مرجحة والا فالاصل عدم الترجيح ، لان كون الشيء مرجحاً يحتاج الى دليل .

فان قلت : ثبت مشروعية القرعة في التعيين والترجيح كالمتمسقين الى مباح ونحوه .

قلنا : مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لان التعيين بالقرعة وان لم ينحصر

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح ٢ ، والرواية هكذا : قال اقض عليهم بالبيّنات - الخ .

(٣) الرواية هكذا : قال أمير المؤمنين عليه السلام : احكام المسلمين ثلاثة : شهادة عادلة ، أو يمين قاطعة ، أو سند قاضية من أئمة الهدى . الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح ٦ .

في تعيين المبهم الواقعي - كما في المثال المذكور - الا أن موردتها في غير ما كان الاصل فيه التساقط كالامارتين المتعارضتين ، بأن يكون من قبيل الحقين المتزاحمين .

والسر فيه : انه اذا كان الاصل في صورة التعارض التساقط فلا يبقى بعد شىء لافي الواقع ولا في الظاهر حتى يتعين بالقرعة ، بخلاف ما اذا لم يكن الاصل فيه ذلك ، بأن كان المانع عن افعال كل واحد من المتعارضين وجود المعارض مع بقاء مصلحة العمل به على حالها ، فان العمل بأحد الحقين حينئذ مطلوب في الواقع والظاهر فيتعين بالقرعة . فافهم .

واذا ثبت ان البينتين المتعارضتين وجودهما كعدمهما فلا بد من الرجوع الى الحلف الذي رتبته بعد البيئة ، فاذا رجعنا اليه فان حلف أحدهما دون الآخر قضي له والا رجعنا الى القرعة في تعيين الواقع ، فيكون من خرجت باسمه بمنزلة المنكر يعامل معه معاملته ، لان أدلة القرعة لاتنهض بكفايتها في الميزان بأن يكون مستند القضاء هو نفس القرعة .

ثم اذا عاملنا معه معاملة المنكر استخلفناه ثانياً ، فان حلف قضي له وان رد فحلف صاحبه فكذلك ، وان نكلا كان العين بينهما نصفين ، لان القضاء بالنصف أيضاً من وجوه القضاء بلا احتياج الى ميزان آخر .

وانما قلنا ذلك مع أن النكول عن اليمين المردودة يوجب القضاء للمنكر ، لان من خرجت باسمه ليس منكرأ في القضاء ، فلو قضي له عند نكول صاحبه عن اليمين المردودة كان مستند القضاء أيضاً نفس القرعة . وقد قلنا ان نفس القرعة لاتصلح ميزاناً للقضاء .

ومعنى جريان أحكام المسلمين عليها بعد البيئة واليمين كونها معينة للملك ظاهراً لاحدهما عند فقدهما ، وأما القضاء فلا بد فيه من التماس بعض موازينه ،

لان كون الملك ظاهراً لاحدهما لا يكفي في القضاء ، بل لابد فيه من وجود بعض الموازين اما البينة أو اليمين أو التنصيف الذي هو أحد طرق القضاء عند فقد الميزانين .

هذا ، وقد يناقش في جريان القاعدة المشار اليها في المقام ، لان جريانها على ما تحقق يتوقف على ثبوت مقدمتين : احدهما كون المقام من موارد تعذر القضاء بالبينة ، والثانية كونه من موارد امكان القضاء بالحلف ، فانه اذا فقد كل منهما فقدت النتيجة ، وهي القضاء بالحلف .

أما الاولى فلانها اذا انتفت كان المقام محلاً للقضاء بالبينة ، فلا يصار الى الحلف ، لان البينة هو الاصل في القضاء وأول موازينه . وأما الثانية فلانها اذا انتفت تعين الاقراع ، لان القرعة موردها صور انتفاء الميزانين .
وكلتاها ممنوعة :

أما الاولى فلانا نمنع تعذر القضاء بالبينة عند تعارضهما ، لامكان القضاء حينئذ بالتنصيف ، فانه وان كان طرْحاً للعلم الاجمالي أو طرْحاً للبينتين في مقام العمل وترتيب الاثر الا أنه قضاء بموجب البينة ، لانه اذا أعطى كل واحد من المدعين نصف المدعى به ومنع عن النصف الاخر مراعاة لبينة الاخر كان ذلك قضاءً مستنداً الى مراعاة بينة كل منهما في الجملة .

توضيح ذلك : ان العمل بموجب البينتين مقام والفصل بين المتخاصمين وطبي نزاعهما مقام آخر ، والممتنع هو المقام الاول ، لان التنصيف ليس عملاً بالبينتين بل طرح لهما حقيقة . وأما المقام الثاني - أعني طبي النزاع بالبينة - فممنوع تعذره ، لان التنصيف قضاء ناش من وجود البينتين ، اذ لا وجه لمنع كل منهما عن النصف الا ابتلاء بينة كل منهما ببينة الاخر .

وبعبارة أخرى : اعطاء كل منهما نصف المال مستند الى بينته فانها شهدت

بالكل ، ومنعه عن النصف الآخر مستند الى معارضة بينته بينة صاحبه . فصار كل واحد من عقدي الايجاب والسلب - أي الاعطاء والمنع - مستنداً الى البينة ، وهذا معنى كون القضاء بالتنصيف قضاء بالبينة .

هذا ، ويدفعه أن يكون المنع من النصف مستنداً الى تعارض البينة مرجعه الى سقوط دعوى كل منهما بالنسبة الى النصف ، وهذا عين تعذر القضاء بالبينة لان معنى تعذر القضاء بالميزان عدم سماع الدعوى ، فالتنصيف في الحقيقة طي للدعوى بسقوطها وعدم سماعها في النصف المدعى به لا بالبينة .

وأما المقدمة الاخيرة فلان الحلف انما يكون ميزاناً اذا كان وظيفة لاحد المتداعيين في دعوى واحدة ، وأما اذا كان نسبته الى كل واحد منهما على حد سواء فلا تصلح ميزاناً وكذا النكول .

وقياس حلفهما بالبنتين المتعارضتين غير صحيح ، لان البينة حجة شرعية ومن شأنها عدم خروجها عن الحجية بالمعارضة ، بخلاف الحلف فانه ليس حجة حتى يتصور فيه التعارض ، فلا بد في كونه ميزاناً من اختصاصه بأحدهما ، فحيث كان نسبته اليهما نسبة واحدة كان المقام من موارد تعذر الحلف باليمين ، فلا بد من استعمال القرعة .

نعم لو بذل أحدهما الحلف ونكل الآخر قبل الاقراع أمكن أن يقال بعدم الحاجة الى القرعة حينئذ ، لان فائدة القرعة لاتزيد على جعل الحلف مختصاً بأحدهما كما ظهر ، والاختصاص في هذا الفرض حاصل بنكول أحدهما من غير قرعة .

فصار المحصل أنه اذا تعارض البنتان فالاصل فيه القرعة دون احلاف كل منهما ، اذ لفائدة فيه كما لفائدة في نكولهما ، الا أن يتبين نكول أحدهما عن الحلف قبل القرعة ، فيحلف من غير قرعة لحصول فائدتها بدونها .

وانما قيدنا الدعوى بكونها واحدة لانه اذا تداعيا في أمرين - بأن اختلفا في المبيع أو الثمن وادعى كل منهما شيئاً فحلف كل منهما على مدعاه - لا ينافي مادعيناه من انحصار ميزانيته فيما اذا كان وظيفته لاحدهما، لان الاختصاص فيه أيضاً حاصل بالقياس الى كل واحد من المدعى به . فافهم .

هذه قضية القاعدة في تعارض البينتين مع عدم المرجح أو عدم اعتباره مع قطع النظر عن أخبار الباب ، وأما الاخبار فهي مختلفة :

منها - مايدل على القضاء بالتنصيف بمجرد التكافؤ من غير ذكر حلف ولا قرعة ، مثل قول الامير عليه السلام في رواية غياث عن الصادق عليه السلام: ولم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين^(١) . ومثل رواية تميم بن طرفة .

ومنها - مايدل على التنصيف بعد حلفهما أو نكولهما من غير ذكر قرعة أيضاً ، مثل رواية اسحاق بن عمار^(٢) . ويمكن النسبة بين هاتين بالاطلاق والتقييد ، فيمكن الجمع بينهما بتقييد اطلاق الاول بالثاني ، ويرجع الحاصل الى القضاء بالنصف بعد الحلف .

ومنها - مايدل على القرعة من غير ذكر حلف ، مثل المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام في البينتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما اذا اعتدلت بينة كل واحد منهما . ومثل موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام : ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عند مزوده، وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد، فأقرع بينهما - الحديث^(٣) .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ٤٣ و ٤٤ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٥٥ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٢٢ .

ومنها - ما يدل على الاقراع واحلاف من خرجت القرعة باسمه ، مثل رواية البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان علي اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين^(١) . ويمكن الجمع بين هاتين أيضاً بالتقييد ، فيقيد اطلاق الطائفة الاولى المكتفية بالقرعة بالثانية المصرحة باعتبار اليمين فيها .

وبعد ملاحظة هذا الجمع والجمع السابق بين الطائفة الاولى يقع التعارض بين هذه الطائفة والطائفة الاولى على وجه التباين ، لان خبر اسحاق يدل على التنصيف من دون قرعة وخبر البصري يدل على اعتبار القرعة والحلف ، فبينهما تباين . فتقييد التحالف في خبر اسحاق بما بعد القرعة في غاية البعد خصوصاً مع ملاحظة التحالف . فان الاقراع يقتضي احلاف من خرجت باسمه القرعة دون التحالف ، وحينئذ فلا بد من ملاحظة المرجحات .

ولا يبعد دعوى رجحان اخبار القرعة ، خصوصاً مع ملاحظة الشهرة ، وعلى تقدير التكافؤ فالمرجع هي عمومات القرعة المقررة لكل أمر مشكل . فما هو المشهور من الاقراع بعد التكافؤ هو الاظهر من ملاحظة الاخبار وعلاجها بقواعد الجمع ، خلافاً للمحكي عن المبسوط حيث فصل فذهب الى القرعة فيما اذا كانت بينتهما مطلقتين والى التنصيف اذا كانت مسببتين وان اختصت احدهما بالتقييد قضي بها .

وهذا التفصيل بعض فقراتها موافق للمقاعدة ، كالتضاء بالبيئة المقيدة اذا كانت الاخرى مطلقة ، لما مر في السابق من أن هذا النحو جمع عملي بين البيئتين .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من ابواب كيفية الحكم ح ٥ ، والحديث يختلف عما هنا بعض الاختلاف فراجع .

وأما الفرق بين المطلقتين والمقيدين فقد يستدل عليه بأن أخبار القرعة كلها مطلقة بالنسبة الى اطلاق البينتين وتقييدهما ، أما رواية البصري فواضحة وأما رواية سماعة فلان التقييد بالنتاج فيها انما هو في كلام المدعي لافي مدلول البينة ، اذ لدلالة في قوله « وأقام كل واحد منهما البينة » على شهادة البينتين أن الدابة نتجت عند مزودهما ، لاحتمال اقتصارهما في الشهادة على مجرد الملكية التي ادعاهما كل واحد منهما المدلول عليها بقوله « اختصما » ، بل لعله الظاهر كما لا يخفى . وحينئذ فمقتضى القاعدة العمل بخبر اسحاق الوارد في المقيدين المصرح بالتنصيف بدون القرعة .

هذا ، ويرد عليه أن خبر اسحاق مشتمل على التنصيف مع الحلف ، وليس في كلام الشيخ اعتبار الحلف في القضاء بالتنصيف . ويمكن دفعه : بأن عدم ذكر الشيخ للحلف لا يدل على عدم قوله به ، لاحتمال أن يكون عدم ذكر الحلف ثقة بما هو المعلوم المعهود المنطبق على قواعد القضاء من توفقه على اليمين أو البينة . مع أن الانصاف أن منع ظهور خبر سماعة في المقيدين تعسف ومكابرة ، لان احتمال عدم تطابق بينة المدعي لما هو المذكور من كلماته في الرواية بعيد جداً .

هذا هو الكلام في تعارض البينتين المتساويتين في جميع الجهات .

[اعتبار التساوى في العدل والعدد]

بقي الكلام فيما يقضي به مفهوم هذه الروايات من اعتبار التساوي في العدل والعدد ، وانه اذا اختلفا في أحد الامرين - بأن كان أحدهما أكثر عدداً أو أعدل - فهل يجب الترجيح بهما أم لا ، والكلام فيه في مقامات : الاول في اعتبار

الترجيح بالاكثرية أو الاعدية ، والثاني في تقديم أحدهما على الآخر عند التعارض بأن كان أحدهما أكثر والآخر أعدل ، والثالث في التعدي عنهما الى مرجحات آخر كالاضبطية ونحوها :

(أما المقام الاول) فقد يستدل على الترجيح بالاكثر بروايات :

منها : خبر أبي بصير - وقد سبق - عن رجلين يأتي القوم فيدعي دارأفي أيديهم ويقيم الذي في يديه الدار البينة أنها ورثها عن أبيه ولا يدري كيف أمرها فقال : أكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه . وذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة ، فقامت لهؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا وأقام هؤلاء البينة أنهم أنتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا ، فقضى بها لأكثرهم واستحلفهم - الحديث .

دل بموضعيه على الترجيح بالاكثرية : الاول «قوله أكثرهم بينة يستحلف» ودلالته واضحة . والثاني ذكر قضاء علي عليه السلام لأكثرهم بينة ، فانه وان كان في نفسه لا يصلح للاستدلال لانه من حكايات الاحوال الا أن وقوعها في مقام الاستشهاد يوجب صلاحيتها للاستدلال ، كما استدل الامام عليه السلام .

وفي الاستدلال بكلا الموضعين نظر :

(أما الاول) فلاختصاصه بما اذا كان أحدهما ذا اليد وكانت إحدى البيتين داخلية والاخرى خارجة فلا ينفع فيما نحن فيه . مع أن في الرواية اشكالا آخر ، وهو أن البيتين مما يمكن الجمع بينهما ، فالرجوع الى الترجيح فيهما مخالفة للمتنفق عليه من امكان الجمع مهما أمكن ، وقد سبقت الإشارة الى هذا الاشكال أيضاً .

والثاني في الاستدلال بهما معاً ، فانه لا يمكن

(وأما الثاني) فلأن قضية الاستدلال وان كانت مجهولة ما ذكر من الحكاية الا

أن جريانها في المستشهد له قل القائل به وخلاف التحقيق الذي مر في المسألة الثانية .

ومنها : مفهوم قوله عليه السلام في رواية سماعة المذكورة « وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد » ، فإن مفهوم القيد في مثل المقام - أعني مقام بيان الميزان - كمقام التحديد حجة بلامفهوم جميع القيود يعول عليه في أمثال المقام ، وهو يقتضي عدم الاقراع : اما لاجل التنصيف وهو باطل قطعاً ، واما لاجل القضاء للاكثر وهو اعتبار .

فان قلت : هذا القول من المعصوم عليه السلام وقع حكاية عن قضية واقعة فغاية ما يستفاد منه أن علياً عليه السلام قضى بالقرعة مع تساوي العدد ، وهذا لا يفيد حكماً أصل المسألة ولا يدل على اعتبار التساوي وان الاكثرية مرجحة ولو قلنا بمفهوم القيد في أمثال المقام .

قلت : قد ذكرنا غير مرة أن الحكم في القضية الواقعة اذا حكاها الامام عليه السلام في مقام ذكر الحكم الشرعي يتشخص بالخصوصيات الموجودة في الحكاية خاصة ، بحيث يعلم منه أن ما عدا تلك الخصوصيات من الخصوصيات الموجودة في تلك الواقعة الخاصة التي هي مورد الحكم المحكي لا عبرة بها وأنها ملغاة في ذلك الحكم .

وأما الخصوصيات الموجودة فيها فهي معتبرة ، والا كان تخصيصها بالحكاية من بين سائر الخصوصيات لغواً عارياً عن الفائدة ، فيعلم من ذلك أن الفرق بينها وبين الخصوصيات المسكوت عنها هو اعتبارها في الحكم - أعني الاقراع - دون سائر الخصوصيات .

فثبت بذلك اعتبار صفة التساوي في العدد في الاقراع ، فانه مع عدم التساوي لقرعة هنا ، أما لاجل كونه من موارد الترجيح وهو الظاهر ، أو لاجل

كونه من موارد القضاء بالتنصيف وهو باطل، اذ على تقدير عدم اعتبار الاكثرية في الحكم بالقرعة يكون وجودها كعدمها، فيكون مثل صورة التساوي الذي حكم فيه بالقرعة، فلا معنى للقضاء بالتنصيف أيضاً. فتأمل. وللإجماع على عدم القضاء بالتنصيف مع كون احدي البينتين أكثر، فإن الاحتمال فيه دائر بين الحكم للاكثر أو القرعة.

وأما الترجيح بالاعدلية فيدل عليه روايتان :

احدهما - رواية البصري المتقدمة : كان علي عليه السلام اذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهما . فانها بالمفهوم تدل على اعتبار التساوي في العدل والعدد، وأنه اذا انتفت المساواة في كل منهما لم يقرع^(١). والكلام في أن عدم الاقراع لا يستلزم الترجيح والحكم للارجح ما مر، وكذا الكلام في اعتبار مفهوم الصحة أو كونها حكاية عن الحكم في قضية واقعة.

وثانيتهما - المرسل المتقدم عن أمير المؤمنين في البينتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما اذا اعتدلت بينة كل واحد منهما^(٢). لان الاعتدال عبارة عن المساواة في جميع ما يعد في العرف مرجحاً، لانه أمر عرفي، فيدل عدم الاقراع عند عدم الاعتدال العرفي مطلقاً، ولا ريب أن اعدلية توجب عدم الاعتدال فلا قرعة - الى آخر ما عرفت فيما تقدم من الرد.

وروي عن بعض النسخ « عدلت » مكان « اعتدلت »، وهو مؤيد بقوله « بينة كل واحد منهما »، لان الاعتدال لا يتم معناه الا بطرفين، فكان ينبغي أن يكون هكذا : اذا اعتدل البينتان أو بينة كل منهما مع بينة الاخر.

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ٥.

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٥.

(وأما المقام الثاني) فقد يستدل على تقديم الاكثرية على الاعدية باطلاق مفهوم قوله عليه السلام في رواية سماعة «سواء في العدد»، لانه باطلاقه يدل على عدم الاقراع مع عدم المساواة فيه ولو مع كون الاقل أعدل .

وقد يجاب : بأن منطوقه مقيد بمنطوق رواية البصري المصرحة باعتبار التساوي في العدالة زيادة على التساوي في العدد ، واذا قيد المنطوق كان الجزاء - وهو الاقراع - متوقفاً على أمرين : المساواة في العدد، والمساواة في العدالة . ومقتضى مدخليتهما معاً في الحكم عدم الاقراع عند انتفاء كل واحد منهما مستقلاً ، لان عدم كل واحد من أجزاء العلة وشرائطها علة تامة لعدم المعلول ، وحينئذ قد يقع التعارض بين مفهومي القيدتين فيما نحن فيه، لان المنتفي ان كان أحد القيدتين فلا اشكال، وكذا ان كان كليهما مع عدم التعارض، مثل ما اذا كان احدي البينتين أكثر وأعدل فالاكثرية سبب لانتفاء القيد الثاني مع عدم التعارض بينهما .

وأما اذا كانت الاكثرية في احدهما والاعدية في الاخرى، فمقتضى الانتفائين أيضاً عدم الاقراع ، لكن لما كان عدم الاقراع لاجل الترجيح لاجل التنصيف كما مر فيقع التعارض بينهما . فمقتضى انتفاء القيد الاول - أعني التساوي في العدد - الحكم لاكثرهما بينة ، ومقتضى انتفاء القيد الثاني الحكم لاعدلهما بينة ، فلا دلالة في اطلاق مفهوم قوله عليه السلام «سواء في العدد» في رواية سماعة على تقديم الاكثر على الاعدل مع ملاحظة رواية البصري المقيدة لمنطوقها بالمساواة في العدد أيضاً ، وانما يدل على تقديم الاكثر مع عدم تقييد المنطوق به .

وفيه : ان حكم ثبوت التقييد بدليل منفصل بعدما كان ظاهر الجملة الشرطية سببية الشرط للجزاء غير حكم المقيد المذكور في الشرط . وما ذكرت من التحقيق انما يتم في الثاني دون الاول .

بيانه : ان ظاهر الجملة يدل على سببية الشرط للجزاء ، فان كان الشرط مركباً من أمرين بطريق العطف ، كقولك « اذا جاءك زيد وعمر و أفعل كذا » ، أو بطريق التقييد كما في قولك « اذا جاءك زيد راكباً فافعل كذا » يدل على سببية المنضم والمنضم اليه معاً وان كان الشرط منفرداً في الكلام ، فمقتضى ظاهر الجملة كونه سبباً للجزاء ، ثم بملاحظة اطلاق الشرط يثبت كونه علّة تامة على ماهو التحقيق المقرر في محله .

وأظهر الوجوه في دلالة الجملة الشرطية على المفهوم ، فاذا ثبت من الخارج مدخلة شيء آخر ، ثبت أن طلاق الشرط مقيد وأنه ليس بعلّة تامة لكن كونه سبباً أيضاً باق بحاله ، لان مجرد مدخلة شيء آخر في الجزاء لا ينافي سببية الشرط لاحتمال كونه شرطاً ، فلا يلزم من اعتبار التساوي في العدالة أيضاً خروج التساوي في العدد عن السببية التي دلت الجملة بظاهرها عليها .

بل نقول : ان التساوي في العدد سبب والتساوي في العدالة شرط فاذا انتفيا معاً لزم أن يكون انتفاء الجزاء وهو المعلول - أعني الاقرا ع فيما نحن فيه - مستنداً الى عدم المساواة في العدد أعني الاكثرية دون العدالة ، لان عدم المعلول لا يستند عرفاً الى عدم الشرط أو عدم المانع مع عدم المقتضي ، اذ يقبح أن يعتذر الفقير مثلاً في عدم تجارته بخوف الضرر في الطريق مع عدم استطاعته وعدم تملكه مالا يتجر به .

فظهر أن الاكثرية هي المستند اليها في عدم الاقرا ع وان اجتمع معها الاعدية موافقة أو مخالفة ، وان الاعدية مع وجود الاكثرية لا عبرة بها ، وهو المراد ، هذا ، ويرد عليه أن ما ذكر انما يتجه اذا كان الاستواء في العدد في حيز الشرط ، وليس كذلك بل الموجود في رواية سماعة أن علياً عليه السلام حكم

بالقرعة فيما أقام كل من المتداعيين بينة سواء في العدد . وهذا لا يدل على كون الاستواء في العدد سبباً للاقراع ، وانما يدل على مدخليته فيه فيكون حاله كحال الاستواء في العدالة ، فالانصاف عدم الدليل على ترجيح الاكثرية .

ثم ان مدلول رواية البصري^(١) بعد ملاحظة مفهوم الاستواء في العدد والعدالة يدل على الحكم بالارجح عند عدم التعارض ، وأما معه - كما اذا كانت الاكثرية التي هي عبارة عن انتفاء المساواة في العدد في جانب والاعدلية في آخر - فالمستفاد منها عدم الاقراع ، فيدور الامر بين القضاء بالتنصيف أو ترجيح الاكثر أو الاعدل ، وحيث لم يثبت شيء منهما تعين التنصيف . وليس الحال هنا كالحال في صورة رجحان احدى البينتين بالاكثرية والاعدلية في بطلان التنصيف بالاجماع لعدم الاجماع هنا على ذلك .

(وأما المقام الثالث) فقد يستدل عليه بمفهوم قول أمير المؤمنين عليه السلام في المرسل المذكور « اذا اعتدت بينة كل منهما » ، لان الاعتدال أمر عرفي ينتفي عرفاً بكل مزية مثل الاضطحية ونحوها ، فينتفي الاقراع ويتم المدعى على التقريب المتقدم في الروايات السابقة . وهو استدلال ضعيف كما لا يخفى ، فالتعدي مشكل مع عدم ظهور قول الاصحاب به .

فقد تلخص مما ذكرنا أن الحكم مع عدم الترجيح للقرعة ومعه الأخذ بالمرجح المنصوص لامطلقاً . وهل يحتاج الى اليمين في الموضعين أم لا ؟ الاقوى اعتبار اليمين فيهما ، لان القضاء لا يكون الا بأحد من البينة واليمين مع الامكان ، فمن خرجت باسمه الحلف وقضى له وكذا من كان بينته أرجح :

(أما الاول) فواضح بعد ملاحظة مثل قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » وامكان القضاء بالحلف هنا .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من ابواب كيفية الحكم ح ٥ .

فان قلت : ظاهر أخبار القرعة كفايتها حشماً تجري في القضاء .

قلت : انها معارضة بما ذكر من الدليل على حصر الميزان في البيئة واليمين مع امكان القضاء بأحدهما ، وهو أخص مطلقاً من أخبارها . ولو سلم أن النسبة بينهما عموم من وجه ، فالترجيح لمدل على توقف القضاء باليمين لانه المشهور ، ولأن أدلة القرعة يشترط في العمل بها انجبار ضعفها بالعمل ، وهو هنا مفقود . ولو سلم التكافؤ فالمرجع هو الاصل الذي يقتضي الاخذ بالقدر المتيقن . وهو القضاء بالحلف ، لان نفوذ الاصل خلاف مقتضى الاصل الاول كما تقدم في أول القضاء .

فان قلت : قد وردت في الباب أدلة أخرى غير تلك الاخبار العامة على القضاء بالقرعة وهي كثيرة ، ومنها أيضاً ما تقدم « احكام المسلمين على ثلاثة : بيئة عادلة ، ويمين قاطعة ، وسنة جارية » ، وهي أخص مطلقاً من الادلة الحاصرة للميزان في البيئة واليمين كما لا يخفى .

قلنا : ان هذه الاخبار مقيدة بأخبار أخر دالة على اعتبار اليمين مع القرعة وقد أشرنا الى بعضها في أول المسألة .

(وأما الثاني) - أعني احلاف من بينته أرجح - فلان القدر الثابت من الترجيح بالاكثرية كونها مرجحة لجانب من كانت بينته أكثر في القضاء له ، وهو لا ينافي توقف القضاء على الحلف .

والحاصل ان المقتضي للحلف موجود وهو تعارض البينتين ، والمانع - وهو سقوط البيئة المرجوحة عن قابلية المعارضة - غير معلوم ، لاحتمال كون الرجحان بالنسبة الى مجرد تغليب جانب صاحب البيئة الراجحة وتقويته وجعل القول قوله كالمكرر لا بالنسبة الى ذات البيئة حتى يكون المرجوح ساقطاً عن الاعتبار وقاصراً عن المعارضة .

فان قلت : معنى ترجيح احدى البينتين على الاخرى هو كون الحجة الفعلية هو ذلك الراجح كما هو كذلك في ترجيح الاخبار بعضها على بعض والا لم يكن ترجيحاً للبيئة .

قلت : ليس في الادلة ان الكثرة في البينتين مرجحة حتى يفرع عليه سقوط الاول عن قابلية المعارضة، وانما الوجود فيها بعد ملاحظة المفهوم عدم القرعة مع وجود الكثرة ، وهذا بنفسه لا يدل على تغليب جانبها أيضاً فضلاً عن كونها مرجحة كما تقدم ، والقدر الثابت من الاجماع بطلان التنصيف مع وجودها . وهذا المقدار لا يقضي بكون الكثرة مرجحة لنفس البيئة كما في الاخبار ، لاحتمال اختصاص فائدتها بجعل صاحب البيئة الراجحة قوي الجانب وكون القول قولها ، فلا دلالة فيها على سقوط الاقل مثلاً عن قابلية المعارضة .

وأما كلمات الاصحاب فهي وان كانت في بادئ النظر ظاهرة في ترجيح أصل البيئة ، الا أن التأمل فيها يقضي بخلاف ذلك الظاهر . لان الموجود في كلام جملة منهم أنه يقضي لاكثرهم بيئة .

وهذا لو لم يكن ظاهراً فيما ذكرنا - أعني كون القول قوله كما يقتضيه الانصاف - فليس بظاهر أيضاً في سقوط الاقل مثلاً عن درجة الاعتبار . نعم في عبارة الشرائع حيث قال « يقضي بأرجح البينتين » ربما يكون بعض الاشعار الى ترجيح البيئة وان القضاء انما هو بالبيئة لاليمين .

وكيف كان فالمتبع هو الدليل ، ولم نجد مساعدته على كون مستند القضاء في صورة الرجحان هو البيئة الراجحة دون اليمين .

ثم لو حلف من خرجت القرعة باسمه أو من كان بينته أرجح قضي له وان نكلا ردت اليمين الى الاخر فان حلف قضي له وان نكل أيضاً قسم بالسوية ،

لما مر من أن القضاء بالتنصيف آخر موازين القضاء . وهذا أصل متبع في كل مقام لا يمكن القضاء فيه بالبيئة ولا باليمين ولا بالقرعة .

فان قلت : لاوجه للتنصيف ، بل اذا تعذرت الامور الثلاثة يجب ايقاف القضاء ، كما لو انحصر القضاء بالبيئة ولم تكن للمدعي بيئة مثل الدعوى على الغائب مثلاً . وبعبارة أخرى : ان المتداعيين اذا لم يكن مع أحدهما شيء من الموازين الثلاثة طردهما الحاكم ولم يسمع الدعوى ولم يقم دليل على القضاء بالتنصيف من غير ميزان بل هو حكم بلامستند ، فكما أن حكم الواقعة اذا انحصر في البيئة مثلاً مثل الدعوى على الغائب يوقف فيها القضاء مع عدم بيئة للمدعي ولا يسمع دعواه ، فكذلك مانحن فيه يجب فيه ايقاف القضاء لعدم الميزان .

قلت : ايقاف القضاء تارة يكون باعتبار عدم قدرة المدعي مثلاً على اقامة الميزان مع كونه مجهولاً شرعاً ، مثل عدم سماع الدعوى على الغائب بلابيئة ، وأخرى يكون باعتبار عدم جعل الشارع للواقعة ميزاناً :

الاول أمر ممكن ، لان مرجعه الى عدم سماع دعوى المدعي اذا توقف سماعها على البيئة التي هو فاقد لها ، وهذا لاضير فيه ومنافة للحكمة .

وأما الثاني فهو مناف للحكمة ومناف للغرض المشرع للقضاة ونصب الاحكام ، لانه يجب على الشارع في الواقعة التي تسمع فيها الدعوى جعل ميزان للقضاء والا كان السماع لغوياً .

وما نحن فيه من قبيل الثاني ، لانه اذا نكل كل منهما عن اليمين بعد سماع دعواهما ومطالبة البيئة منهما وتعارض البينتين واستعمال القرعة واحلاف من خرجت باسمه ونكوله عن الحلف ورده الى الآخر ونكوله ، فلا بد أن يكون

للقاضي حينئذ ميزان للقضاء حتى يقضي بذلك الميزان ولا يتعطل الحكم ، لان التوقف في القضاء حينئذ لاوجه له ، لانه ضرر يجب دفعه بأدلة القضاء .

وليس مثل عدم سماع دعوى المدعي اذا لم يكن له بينة في الواقعة التي ينحصر فصلها بالبينة ، لان مقتضى جعل الميزان عدم سماع الدعوى في هذا الغرض والا كان جعل الميزان لغواً وخرج الميزان عن كونه ميزاناً . فلا بد حينئذ فيما نحن فيه أن يكون للقضاء ميزان يقضي به حتى لا يلزم توقيف الحكم من قبل الشارع ، وليس هو الا القضاء بالتنصيف ، اذ المفروض عدم جريان شيء من سائر الموازين فيه باعتبار التعارض والتدافع . نعم لو كان المدعى به مالا يتصور الشركة فيه كالزوجة تعين الاقراع ثانياً من دون حلف . فتأمل .

فان قلت : لم لا يجعل الميزان حينئذ القرعة مع كونها أحد الموازين بعد تعذر البينة واليمين . فان قلت : قد استعملناها بعد تعارض البينتين . قلنا : تلك القرعة كانت لتلخيص من يكون القول قوله وكان الميزان هي اليمين ، وأما القرعة حينئذ - أي بعد نكولهما عن الحلف - فهي بنفسها تكون ميزاناً من غير حلف . والحاصل ان تعارض البينتين واقعة ونكول المتداعيين عن الحلف بعد الاقراع واقعة أخرى ولا يكفي الاقراع في احدهما عن الاخرى .

قلت : قد عرفت غير مرة أن القرعة بنفسها لا يستتم بها ميزان القضاء ، ومعنى كونها ميزاناً له في الجملة أنها المرجع اذا تساوى المتداعيان من جميع الجهات في تعيين من يكون القول قوله بيمينه لقصور أدلتها عن اثبات كونها مستنداً للقضاء بنفسها لما مر آنفاً ، واليمين متعذرة هنا فلا مجال للقرعة حينئذ .

فان قلت : النكول عن اليمين المردودة من الموازين للقضاء كما تقدم بلا اشكال فيقضى للراد ، وهو هنا من خرجت باسمه القرعة .

قلنا : ميزان القضاء هو نكول المدعي عن يمين المنكر لاكل نكول، ومن خرجت باسمه القرعة ليس منكراً شرعاً وعرفاً ، وانما قدم قوله بيمينه للحلف فلا يكون النكول عن هذه اليمين من نكول المدعي عن يمين المنكر .

فان قلت : القضاء بالتنصيف قضاء بلا ميزان ، لان التنصيف هو المقضي به لاميزان القضاء ، والقضاء بلا ميزان باطل .

قلنا : أولاً - ان القضاء بالتنصيف قضاء بموجب البيئة في الجملة كما أوضحناه سابقاً ، لان اعطاء كل منهما نصف المدعى به عمل بيئته في الجملة ومنعه عن النصف الاخر عمل بيئته صاحبه كما تقدم .

فان قلت : كيف يكون التنصيف عملاً بكل منهما في الجملة، بل هو طرح لهما رأساً، لان كلا منهما يشهد ببطالانه وكونه على خلاف الواقع، ولذا قد تقرر في الاصول ان الجمع بين الدليلين بالعمل بكل منهما في بعض مدلوله طرح لكل منهما ، وليس من جزئيات قاعدة أولوية الجمع من الطرح .

قلنا : هذا حق بعد تسليم مقدمتين : احدهما اعتبار العلم الاجمالي في حق الناس، والثانية كون اعتبار البيئة في الحقوق من باب الطريقة لامن باب السببية المحضة. وكلاهما ممنوعتان، بل لا يبعد أن يكون الاقوى خلافها، لان مراعاة العلم الاجمالي في حقوق الناس الظاهر أنها غير واجبة بل غير جائزة جمعاً بين الحقيقتين .

ونظراً الى ما ثبت بالنص والاجماع من الغاء العلم الاجمالي في موارد كثيرة وكذا القول بأن البيئة في اثبات الحقوق من باب السببية المحضة مثل البيع للنقل والانتقال ، ليس بذلك البعيد . بل قد يستشم ذلك من بعض أخبار الباب الدال على القسمة في صورة تعارض البيئتين بحسب عدد الشهور ، وكذا من ثبوت ربع الوصية بشهادة امرأة واحدة ونصفها بشهادة اثنتين وتماهما بشهادة الاربع ، كما هو واضح .

فإذا بنينا أن إهمال العلم الاجمالي في الحقوق المشتبهة ومخالفته جائزة وان قيام البينة سبب مملك لمن أقيمت له كان اعطاء كل منهما نصف المدعى به اعمالا لبينته في الجملة مع عدم محذور من جهة مخالفة الواقع .

فان قلت : ان كان الامر كذلك لا يصار الى القضاء بالتنصيف من أول الامر الى حين تعارضهما وتكافؤهما ، بل يرجع الى الحلف أو القرعة ، مع كون القضاء بالبينة في مجراها مقدماً على الجميع .

قلنا : ان التنصيف ليس قضاء كاملاً بالبينة ، بل هو قضاء به على وجه النقضان ، ومع امكان القضاء بميزان آخر كاليمين مثلاً على وجه التمام لا يصار الى القضاء بالبينة على وجه النقضان . وبعبارة أخرى : ان التنصيف قضاء بموجب البينة وعمل بها في الجملة لاتبتمام مؤداها ، وهذا مع امكان استعمال ميزان آخر يقضى به على وجه الكمال والرجحان لا يصار اليه ، بل انما يصار اليه مع فقد جميع الموازين .

وثانياً - انه لو لم يقض بالتنصيف في مفروض البحث لم يبق لاجبار القضاء بالتنصيف مثلاً مورد أصلاً ، فيلزم طرحها . وهو في غاية البعد ، لكثرة تلك الاخبار وعدم ظهور اماراة الطرح فيها غير تعارضها بأخبار القرعة التي قد عرفت اختصاصها بصورة امكان الحلف بعدها .

وهذه لاتنافي ماقدمننا من ترجيح أخبار القرعة عليها في صورة تكافؤ البينتين أو الحكم بالتساقط والرجوع الى عمومات القرعة ، لان التساقط في صورة التكافؤ وامكان الحلف بعد القرعة لاتنافي كون تلك الاخبار معمولاً بها في غير تلك الصورة . فتأمل والله الهادي .

[حكم عدم البينة في الدعوى مع عدم تصديق ثالث أحد الطرفين]

ومما ذكرنا في هذه المسألة - وهي المسألة الرابعة - ظهر حكم مسألة

خامسة ، وهي ما إذا لم يكن لاحد الخارجين بينة ولم يصدق الثالث أحدهما ، فان الحكم هنا أيضاً القضاء بالتنصيف مع العلم الاجمالي بكون العين لاحدهما ومع عدم العلم واحتمال كونها لثالث عدم سماع الدعوى وإيقافها الى أن يقيم أحدهما البينة .

أما القضاء بالتنصيف في الاول فلعدم جواز منعهما من العين لكونه مخالفة قطعية وعدم جواز القضاء بها لاحدهما لكونه ترجيحاً بلا مرجح وقضاء بلا ميزان ، وعدم جريان التحالف أيضاً لان نسبة الحلف الى كل منهما على حد سواء ، وقد سبق أنه متى كان كذلك لم يصلح الحلف ميزاناً للقضاء وانما يصلح ميزاناً اذا كان متوجهاً الى أحدهما المعين خاصة ، فليس مثل البينة في كونها حجة شرعية مسموعة من متعدد ، لان الحجة الشرعية حجة في اثبات المدعى مع قطع النظر عن يقيمها ، بخلاف الحلف فانه ليس حجة شرعية حتى يكون وجوده كافياً في اثبات المدعى ويمكن أن يقيمها الاثنان ، بل هو ميزان للقاضي مشروطاً بأمور كوقوعه بعد مطالبة المحلوف له واذن الحاكم وغير ذلك مما لا يعتبر في البينة والحجة الشرعية، وكونه ميزاناً لا يمكن الا مع اختصاصها بأحد المتداعيين .

ومن هنا يظهر فساد ما يتخيل من قياس حلف المتداعيين ببينتهما وانه كما لا يمكن للقاضي الحكم بالبينة المتعارضة - ومع ذلك فهو يطالب البينة من كل من المدعين وجاء اختصاص أحدهما بالبينة فيقضي بها - كذلك لا يمكن له القضاء في صورة حلفهما ونكولهما، لكنه يستحلفهما رجاء حلف أحدهما ونكول الآخر حتى يحصل ميزان القضاء . فلا وجه للقول بعدم كون الحلف اذا كان نسبته الى كل واحد من المتداعيين متساوية ميزاناً ، وانه انما يكون ميزاناً اذا كان مختصاً بأحدهما .

وجه ظهور الفساد أن البينة حجة شرعية مع قطع النظر عن مطالبة الحاكم وعدم جواز القضاء بالبينة المتبرع بها ليس لاجل عدم كونها حجة قبل المطالبة، بل لان مطالبة الحاكم شرط تعبدى يثبت في كونها ميزاناً، اذ ليست الحجة مساوقة للميزانية، فاذا كانت حجة كانت نسبتها الى كل من المدعين على حد سواء، فعلى الحاكم مطالبتها من كل منهما والقضاء بحسب مايؤل الامر اليه من الاختصاص بأحدهما أو التعارض، بخلاف اليمين فانها جعلت ميزاناً لا حجة حتى يتصور التعارض فيها. والميزان لايجوز أن يكون أمراً لكل من المتداعيين اقامته، فقبل ظهور نكول أحدهما لا يكون الحلف ميزاناً، فاذن انحصر الامر في القضاء بالتنصيف. نعم للاقراع وجه قوي اختاره العلامة في محكي القواعد، لكن الالتزام به موقوف على الاطمئنان بالعامل به، فان ثبت فيها والا فلا مناص الا بالقضاء بالقسمة.

وأما ايقاف الدعوى في الثاني فلعدم البينة وعدم صلاحية الحلف للميزان كما عرفت وعدم العلم الاجمالي بدوران المال بينهما حتى يلزم من عدم القضاء تعطيل الحق لاحتمال كونه لثالث.

ومما ذكرنا ظهر أن ما في محكي كشف اللثام من التحالف، ليس على ما ينبغي. والله الهادي.

التقاط

[أنواع تعارض البينات واحكامها]

كما يتحقق التعارض بين الشاهدين كذلك يتحقق بين الشاهد والامراتين فاذا كان لاحدهما شاهد وامرأتان وللآخر شاهد وامرأتان جرى فيه حكم تعارض البنتين. وكذا يتحقق بين الشاهد واليمين.

ولا اشكال في شيء مما ذكر ، لان قضية حجية الشاهد وامرأتين وقوع المعارضة بين فردين منها ، وكذلك قضية حجية الشاهد واليمين ، لان اليمين شرط لقبول شهادة الشاهد الواحد ، فالميزان انما هو الشاهد دون اليمين .
ويدل عليه - مضافاً الى امكان الاستدلال عليه بمفهوم آية النبأ - بعض الروايات : كان النبي صلى الله عليه وآله يقضي بالشاهدين والشاهد واليمين لئلا يبطل حق مسلم ولا يرد شهادة مؤمن^(١) .

وبالجملة لاشكال في تعارض الحجج الشرعية في نفسها وبعضها مع بعض ، بل الظاهر جريان حكم تعارض البيئتين أيضاً وان كان المتبادر من لفظ «البيئة» خصوص الشاهدين ، لان هذا التبادر اطلاقى بدليل عدم صحة سلب البيئة عن رجل وامرأتين ولا عن الشاهد واليمين ، فكل حكم ثبت في الادلة لتعارض البيئتين يجري فيهما أيضاً. لكن أحكام تعارض البيئتين لم تثبت في الادلة بعنوان تعارض البيئتين بل ثبتت في موارد خاصة ووقائع معينة كانت الشهود فيها رجال على ما يظهر من التأمل في الادلة الماضية .

نعم قد عرفت في رواية أبي بصير قول الامام عليه السلام « أكثرهم بينة يستحلف »^(٢) ، لكن عرفت أيضاً ما في تلك الرواية ، فان عثرنا بحكم شرعي ثابت بعنوان البيئتين جرى في تعارض رجل وامرأتين وكذا في تعارض رجل ويمين ، والا فالظاهر أيضاً الجريان للمناط القطعي ، فعلى تقدير الترجيح بالاكثورية يرجح شهادة الرجل وثلاث امرأة على شهادة رجل وامرأتين وهكذا. هذا كله واضح ، وانما الاشكال في تعارض كل منهما مع الشاهدين ،

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١٨ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

ففي الشرائع انه يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد وامرأتين ولا يتحقق بينهما وبين الشاهد واليمين .

وعلله في المسالك بأن الشاهد واليمين حجة ضعيفة ، ولذا اختلف في ثبوت الحق بهما المخالفون، ومخالفتهم لو لم تكن مقوية نظراً الى أن الرشد في خلافهم ، فلا أقل من عدم التضعيف مع أن الاختلاف في الاعتبار لامساس له باحداث الضعف عند من يقول بالاعتبار .

ومن هنا يظهر أن سعة مجاري الشاهدين من حيث الاموال والحقوق والحدود وغيرها وضيق دائرة الشاهد واليمين لاختصاصهما بخصوص المالبات لاوجب أيضاً ضعفاً في اعتبار الشاهد واليمين ولا يفيد قصور معارضته مع الشاهدين . نعم يمكن استظهار هذا المرام من بعض الروايات الماضية ، كقوله عليه السلام « كان شهودهم سواء في العدد والعدالة »^(١) ، لانه كما يدل على الترجيح بالاكثرية اذا كان بينة كل منهما الشاهدين كذلك يدل عليها اذا كان بينة أحدهما الشاهدين وبينة الآخر الشاهد واليمين، لان قضية مفهوم القيد اعتبار تساوي عدد الشهود في القضاء بالقرعة ويصدق عدم التساوي اذا كان بينة أحدهما الشاهد واليمين .

الأن يقال : انه يدل على الترجيح بالاكثرية اذا كان شاهد كل منهما متعدداً بقرينة لفظ العدد والشاهد، واليمين ليس كذلك فهو ليس من باب مورد الرواية. أو يقال : موردها ما اذا كان حجة كل منهما الشهود ، والشاهد واليمين ليس شهوداً ، لان المركب من الشيء وخارجه خارج عنه .

ويدفعه مامر من أن الحجة انما هي الشاهد الواحد ، واعتبار اليمين شرط له استظهاراً وقد يتوهم العكس أن الشاهد يقوى جانب المدعى فيكون الميزان

هي اليمين كالمنكر الذي جانبه أقوى من المدعي الذي لا بينة له ، وهو ضعيف وسخيف .

الا أن يقال : ان المدعى في المقام القضاء بالشاهدين من دون حلف وعدم الاعتناء بالشاهد واليمين ، بمعنى عدم صلاحيتها للمعارضة وفرض وجودهما كعدمهما . وهذا النحو من الترجيح ما استظهرناه من قوله « سواء في العدد » ، بل استظهرنا منه ترجيح جانب من كان شهوده أكثر وتقديم قوله ليمينه ، وهذا غير الترجيح المطلوب في المقام . والله العالم .

التقاط

[التقديم التاريخي في احدى البينتين]

ذكروا من أسباب الترجيح اختصاص احدى البينتين بزيادة التاريخ فالاكثر على تقديمها ، كما اذا شهدت احدهما بالملك منذ سنتين وشهدت الاخرى بالملك الفعلي الانبي او منذ سنة .

وذكروا في وجه ذلك أنهما يتعارضان في الزمان المشترك فيه ويبقى الاستصحاب - أعني استصحاب الملك السابق على ذلك الزمان - سليماً عن المعارض ، فيرجع اليه : اما لكون الاصل مرجحاً لما يوافقه من الدليل ، او لكونه مرجعاً بعد الحكم بتساقط المتعارضين .

ولا بد أن تفرض المسألة فيما اذا صرح صاحبا الزيادة بالملك في الزمان المشترك فيه المشتمل على الملك الفعلي من غير استناد الى الاستصحاب ، والا بأن شهدت بالملك في ذلك الزمان استصحاباً فلا ريب في تقديم الآخر ، لعدم صلاحية الاستصحاب لمعارضة الدليل .

هذا ، وقد يناقش فيما ذكروه بأن شهادة صاحب الزيادة بالملك في الزمان

المشترك فيه - أعني الملك الحالي - شهادة بالبقاء وشهادة الاخرى شهادة بالحدوث . وهو أقوى ، لاحتمال كون الشهادة بالبقاء مستندة الى الاستصحاب وعدم احتمال ذلك في الشهادة بالحدوث . فيجمع بينهما بالعمل بالشهادة بالحدوث ، لعدم كون ذلك رداً للشهادة بالبقاء بخلاف العكس ، فان العمل بالشهادة بالبقاء رداً صريحاً للشهادة بالحدوث .

والجمع بين الدليلين مهما أمكن واجب ، كما أوضحنا ذلك في الصورة الرابعة من المسألة الثالثة - أعني ماذا شهدت بيئة الداخل بالمقيد وبيئة الخارج بالمطلق - فارجع اليها .

والى هذا يرجع ما ذكره في القواعد من الدليل على عدم الترجيح والبناء على التساوي على مافهمه الفاضل في كشف اللثام .

ويمكن المناقشة فيه : بأن هذا خروج عن مفروض الكلام الذي هو الترجيح بزيادة التاريخ وعدمه ، فان هذه الحيثية انما تتحقق فيما لايجري فيه التحقيق المزبور ، كما اذا فرضنا استناد كل من الشاهدين الى أصل أو أمانة واحدة واختلفا في زيادة التاريخ ونقصانه ، مثل ما اذا اعتقد كل واحد من البيتين كون يد الثالث الذي فرضنا المدعى به فيها يداً من قبل كل واحد من المتداعيين ، بأن اعتقدت بيئة زيد ملكية العين التي في يد عمرو له باعتقاد كون عمرو وكيلا أو مملوكاً له فشهدت له بالملك واعتقدت بيئة الاخر مثل ذلك فشهدت له .

فحينئذ لايمكن القول بتقديم الشاهد بالملك المتأخر بملاحظة احتمال استناد الشاهد بالملك السابق الى الاستصحاب دون الشاهد بالملك اللاحق . ففي مثله يتم ما ذكره الاصحاب من تعارض البيتين في الزمان المشترك فيه وبقاء استصحاب ملك الزمان السابق سليماً عن المعارض .

الأن هذا الاستصحاب مما لايقول به العلامة، كما أشار اليه في هذه المسألة

بقوله « وثبوت الملك في الماضي انما يثبت تبعاً لثبوته في الحال » . وحاصله: ان شرط الاستناد اليه أن تكون الحالة السابقة مشهوداً بها بوصف احتمال بقائها الى آن القضاء ، بأن تصرح البيئة بعدم العلم بزوالها . فلو شهدت بالملك في الاسس من دون هذا التصريح فليس للحاكم الاستناد اليه . وهو وجه آخر من الوجهين اللذين ردهما على مختار الشيخ من التساقط في الزمان المشترك والاخذ بالملك السابق استصحاباً .

[صور اختلاف التاريخ في البيئات]

وكيف كان فنحن نوضح الحال في المسألة بذكر شقوقها وضروبها ، لان الاختلاف في زيادة التاريخ ونقصانه يكون في صور : من حيث كون كل من البيئتين مطلقتين أو مستنديتين الى أصل أو أمانة أو مختلفتين . ومن حيث كون بيئة الملك الحادث قد تكون مصرحة بالحدوث وقد تكون مطلقة .

(الاولى) أن يكون مستند بيئة الملك السابق بالشهادة بالملك في الزمان المشترك هو الاستصحاب ومجرد الاتكال على الحالة السابقة بأن علم ذلك منه بالتصريح ونحوه ، وقد يكون مستند بيئة الملك المتأخر هو العلم بالناقل بأن علم منه ذلك بالتصريح ونحوه . والحكم في هذه الصورة في غاية الوضوح كما ذكرناه مراراً ، وهو ترجيح بيئة الملك المتأخر ، لان التعارض بينهما يرجع الى التعارض بين النفي والاثبات وبين الدراية وعدم الدراية مثل تعارض الجراح والمعدل . ومن الواضح تقديم المثبت ، لان الاخذ بقوله ليس تكذيباً لقول الثاني الذي يرجع نفيه الى نفي العلم بالمزبل .

وكلام العلامة في القواعد غير منطبق على هذه الصورة، اذ لاوجه في مثله لترجيح الشاهد بالاقدم ولا للتوقف والتساقط . وكذا كلام الاصحاب لا بد أن

ينزل على غيرها، اذ لا وجه لتقديم الملك الاسبق في هذا الفرض، مع أن ظاهر عنوان المسألة باختصاص احدى البينتين بزيادة التاريخ وجعلها من أسباب الترجيح ما اذا كان للزيادة مدخل في الحكم في هذه الصورة، وانما جاء الترجيح من جهة أخرى لامن جهة الزيادة والنقصان.

الا أن يقال : انه لولا زيادة التاريخ - كما اذا قال أحدهما اني أعلم انه ملكه منذ كذا ولا أعلم مزيله الان وقال الاخر اني أعلم انه ملكه بشراء ونحوه ولم يؤرخ - لم يحكم فيه بتقديم الغير المؤرخ . لاحتمال أن يكون قد اعتمد في الملك الحالي بالاستصحاب، بأن كان الشراء الذي علم به قبل التاريخ الذي شهد بالملك فيه واستصحبه .

ومع تطرق هذا الاحتمال لا يحكم بترجيح غير المؤرخ ، فللزيادة حينئذ مدخل في الحكم حينئذ . لكن يدفعه أنها مؤثرة في الحكم بتقديم الملك المتأخر لا القديم . فتدبر .

(الثانية) أن يكون مستند بينة الاقدم في الزمان المشترك تصرف المشهود له أو الملكية الظاهرية المستندة الى التصرف ، مثل ما اذا اعتقد كون يد الثالث الذي فرضنا كون العين في يده يدأ من جانب المشهود له لكونه وكيلا أو مملوكاً، وكان هذا الاعتقاد هو الباعث على الشهادة بالملك الاقدم مع استمراره الى آن الشهادة باعتبار استمرار يد ذلك الثالث . ويكون مستند بينة الملك القديم المتأخر عن الاول غير معلوم بأن تشهد بالملك في ابتداء سنته ، ولم يعلم أن المراد هو الملك الظاهري المستند الى بعض الاصول والامارات أو الملك الواقعي .

وفي هذه الصورة أيضاً لا بد من تقديم بينة الملك القديم - أعني المتأخر -

أخذاً بظاهر شهادته وحملها لها على الملك الواقعي ، فيكون دليلاً على بطلان مستند بينة الاقدم - أعني المتصرف .

والسر في ذلك أيضاً أن التعارض بينهما في الحقيقة يرجع الى النفي والاثبات لان مرجع الشهادة بالتصرف أو بالملك الظاهري المستند اليه الى الشهادة بالسبب مع عدم العلم بالفساد ، ومرجع الشهادة بالملك المطلق حينئذ العلم بفساد ذلك المستند بعد حمله على الملك الواقعي ، كما هو قضية ظاهر الشهادة شرعاً وعرفاً لان الشهادة بالامور الحسية أو مايجري مجراها من الامور المنتزعة من الاثار الحسية كما ينزل على الاحساس لاعلى الحس كذلك ينزل على واقعها لاعلى مايعم الواقع والظاهر . فتدبر .

وبذلك يندفع ما لو قيل - كما في كشف اللثام - أن بينة القديم يحتمل أن تكون قد اعتمدت باليد ، وهي أعم من الملك ، فلا تكون دليلاً على فساد مستند الاقدم ، فلا يرجع الى « أدري » في مقابل « لأدري » كما قررت ، وانما يكون كذلك لو علم أنها انما شهدت بالملك من غير الجهة التي شهدت من جهتها بينة الاقدم - أعني المتصرف .

وجه الاندفاع : ان هذا الاحتمال في مقابل ظاهر الشهادة لايعتنى به الا اذا توقف الجمع بينها وبين البينة المعارضة على الاعتناء به ، كما ستعرف في صورة اطلاق البينتين ، فلو أمكن الجمع بغير التنزيل على هذا الوجه الذي هو احتمال صرف في مقابل أدلة تصديق البينة فلا يصار اليه .

ولا يذهب عليك أنا لانقول بأن ظاهر الاخبار كون المشهود به غير مستند الى أصل أو أمانة ، لان هذه الدعوى لامعنى لها بعد سكوت ألفاظ الشهادة وحال الشاهد عن تعيين المستند الا من جهة الحس والحس . فافهم .

بل نقول : ان الاعتناء بذلك الاحتمال يوجب عدم العمل بالشهادة بالملك

حيثما يتوقف على عدم الاعتناء به ، كما اذا كانت البيئة غير معارضة، فان تنزيلها على الملك المستند الى أصل أو أمانة لاتنفع في مقابل يد المنكر . ولذا لو صرح ببيئة الخارج بذلك لم تصلح ميزاناً للحاكم على أحد الوجهين أو القولين بل أقواها ، فلا بد من القاء هذا الاحتمال الا اذا استلزم عدم الالتقاء طرح بيئة أخرى فيجب عدم الالتقاء جمعاً بين البيئتين ، كما في صورة اطلاق اليمين في الصورة الآتية .

وفيما نحن فيه لايتوقف الجمع بين البيئتين على الاعتناء بهذا الاحتمال ، اذ لو حملنا بيئة القديم على الملك الواقعي الغير المستند الى اليد أو الاستصحاب مثلاً حصل التوافق بينهما وبين الاقدم الذي علم استناده الى مجرد التصرف . وان شئت قلت : ان الاعتناء باحتمال كون المشهود به ظاهرياً مستنداً الى أمانة ظاهرية انما يكون اذا كان في مقابلة بيئة أخرى يكون التعارض بينهما بعد الاعتناء بذلك الاحتمال من قبيل التعارض بين النفي والاثبات وبين الدراية وعدم الدراية .

وهنا ليس الامر كذلك ، اذ لو حمل بيئة القديم على كونها مستندة الى اليد مثلاً فبيئة الاقدم ليست مشتملة في هذه الصورة على العلم بفساد ذلك المستند ، اذ الفرض أنها انما شهدت بالملك الاتي باعتبار الاستناد الى التصرف السابق المستمر الى آن الشهادة القديم، وهو ليس ادعاء للعلم بفساد مستند القديم حتى يعمل بشهادته بعد تنزيل شهادة القديم على أخس المستند - أعني الاصل أو الامارة - كما يفعل ذلك اذا توقف الجمع بين اليمين عليه .

والحاصل ان الاصل في الشهادة قبولها بموجب مايشهد به وحملها على أشرف المستندات الا اذا توقف الجمع بينها وبين البيئة المعارضة على خلافه ، وحينئذ فلا بد من حمل شهادة القديم على أشرف المستندات، وهو العلم الوجداني

بالمملك الواقعي، اذ قد يترتب في هذه الصورة على تنزيلها على أحسها - أعني الاصل أو الامارة التعبدية - فائدة الجمع كما ظهر ، فلا وجه له .

هذا ، ثم ان تقديم بينة القديم في هذه الصورة يمكن درجها تحت الاصل المزبور ، أعني الترجيح بالزيادة اذا كانت في احدى البيئتين زيادة، لان الزيادة على قسمين صورية ومعنوية ، والصورية مثل اشتغال احدهما على زمان غير مشتمل له الاخرى كالاقدم والقديم، والمعنوية أن تكون مضمون احدى البيئتين أخص من مضمون الاخرى، فالخصوصية زيادة يؤخذ بها، لعدم منافاتها مع الاخذ بالعام كما في المقام ، فان بينة الاقدم انما شهدت بالتصرف الذي هو أعم من الملك ، بخلاف بينة القديم فانها شهدت بالملك الذي هو أخص من اليد .

(الثالثة) أن تكون كل واحدة من البيئتين مطلقة محتملة للاستناد الى أصل أو أمانة بحيث يكون المشهود به في كليهما نفس الملك الظاهري والى العلم الوجداني على وجه يكون المشهود به هو الملك الواقعي .

وهذه الصورة مورد كلمات القدماء في مسألة تعارض القديم والاقدم ، والذي يقتضيه النظر في المقام أيضاً هو ترجيح القديم على الاقدم لا ما هو المشهور كما في المسالك - أعني العكس - لما ذكرنا من أن الشهادة بالبقاء أضعف من الشهادة بالحدوث ، لاحتمال استناد الاولى الى الاستصحاب دون الثانية، فيجمع بينهما حينئذ بحمل ما يحتمل استناده الى الاستصحاب عليه وحمل الاقوى على العلم بالمزيل ولو كان أمانة كاليد كما أوضحناه في الصورة المتقدمة. لا يقال : كما يحتمل استناد الشهادة بالبقاء الى الاستصحاب كذلك يحتمل استناد الشهادة بالحدوث اليه أيضاً، وذلك بأن يكون مستند بينة الحدوث - أي القديم - هو الشراء الذي استند في صحته الى استصحاب كاستصحاب بقاء ملك البائع المعلوم له سابقاً قبل تاريخ الاقدم ، وحينئذ ينقلب الامر فتكون الشهادة

بالحدوث شهادة بالبقاء وشهادة بالبقاء شهادة بالحدوث في أول زمان علمه - أي منذ سنتين - فلا مرجح لاحداهما على الاخرى من تلك الحيشية - أعني حيشية احتمال الاستناد الى الاستصحاب وعدمه .

لانا نقول : أولا - ان ظاهر الشهادة هو الملك الواقعي ، وحيشما يحتمل العلم في حق الشاهد حملناها عليه ، وهو - أي العلم - بالملك الواقعي في الزمان المشترك غير محتمل في حق بينة الاقدم أو غير معتبر ، لان غاية مايقال في حقه انه علم بالملك الواقعي في ابتداء سنتين أو بالملك الظاهري المستند الى التصرف مثلا علم ببقاء ذلك الملك في أول الان المشترك فيه - أعني رأس السنة - .

ولا ريب أن علمه بالبقاء يتوقف على العلم بعدم طرو المزيل في تلك المدة وهذه هي الشهادة على النفي ، وهي اما غير مسموعة أو غير صالحة لمعارضة الشهادة بالاثبات . بخلاف بينة القديم ، فان علمه بالملك الواقعي في ابتداء السنة أمر محتمل ، ولا يرجع الى الشهادة على النفي والعلم بعدم ، لامكان علمه في ابتداء السنة بعد حصول الملك الواقعي للآخر . وحينئذ فلا بد من الجمع بينهما بحمل بينة القديم على الاستناد الى الاستصحاب وحمل بينة القديم على العلم بسبب الملك الواقعي في ابتداء السنة كالحيازة ونحوها مما لا يحتمل فيه شيء ليستند في رفعه الى الاصل . لما عرفت من وجوب حمل الشهادة في مقام التعارض على الوجه الذي يحصل به الجمع .

وهذا الوجه هنا منحصر فيما قلنا ، اذ لو حملنا بينة القديم على الملك الظاهري والاقدم على الملك الواقعي ، فهذا موقوف على امكان علم بينة الاقدم بالملك الواقعي في رأس السنة الثانية من غير أن يرجع الى الشهادة على النفي . وقد عرفت أنه متعذر ولو حملناها على الملك الظاهري لم يرتفع التعارض كما

لا يخفى ، فانحصر المناص في حمل الاقدم على الملك المستند الى الاستصحاب
والقديم على الملك المستند الى المزيل .

فان قلت : أي دليل على هذا النحو من الجمع .

قلنا : أسلفنا الكلام في هذا الجمع واستدلنا عليه بظاهر الاصحاب في
تعارض البينتين وبأدلة وجوب العمل بالبيئة مهما أمكن في المسألة الثالثة من
مسائل التعارض .

وثانياً - ان احتمال استناد الشهادة بحدوث الملك منذ سنة الى الاستصحاب
غير قادح في كونها شهادة بالثبوت بالنسبة الى شهادة بيئة الاقدم بذلك الملك ،
لما أشرنا اليه في الصورة الثانية من أن الاحتمال الذي لا يكون الاخر بالنسبة
اليه « أدري » لا يقدح . ومن الواضح أنه لو كان بيئة القديم مستندة الى الشراء
المبني على استصحاب ملك البائع .

فهذا احتمال لا يدفعه بيئة القديم ، لان غاية ما يلزم منه ثبوت الملك في رأس
سنتين ، وهو لا يرفع استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنة مع عدم معلومية
زمان ملك البائع لنا ، لان قضية ثبوت الملك في رأس سنتين استصحاب هذا
الملك الى رأس السنة ، وقضية ثبوت الملك للبائع قبل السنة مهما استصحابه
الى رأس السنة أيضاً ، فيقع التعارض بين الاستصحابين .

نعم لو علم أنه مستند الى استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنتين كان
بيئة الاقدم حينئذ بالنسبة الى بيئة القديم المستندة الى الشراء المبني على استصحاب
ملك البائع الثابت قبل السنتين « أدري » ، فتكون مقدمة عليه .

ولكن هذا الفرض أمر زائد على حمل مستند بيئة الاقدم على الشراء المبني
على استصحاب ملك البائع ، لان الاقتصار على صرف هذا الحمل لا يقتضي كون

ملك البائع معلوماً لها قبل السنتين ، اذ لا يتوقف كون المستند استصحباً على فرض الحالة السابقة قبل سنتين ، فلو كانت الحالة السابقة بعد رأس السنتين وقبل رأس السنة كان المستند أيضاً استصحباً .

والحاصل ان حمل مستند الشاهد على الاستصحاب اذا لم يكن الاخر بالنسبة اليه بمنزلة « أدري » كان كحمله على الملك الواقعي ، وانما يختلفان اذا رجع محصل البينتين بعد حمل احدهما على الاستصحاب الى تعارض « أدري » و « لأدري » ، والمفروض أنه لا يرجع محصل بينة الاقدم والقديم الى ذلك ولو بعد حمل بينة القديم في شهادته بالملك في رأس السنة على الملك الظاهري المتوقف على الاستصحاب .

وانما يرجع الى ذلك لو حمل على الملك الظاهري المستند الى استصحاب خاص ، وهو الشراء المبني على استصحاب ملك البائع الثابت قبل السنتين . وهذا الحمل خارج عن مفاد بينة القديم سواء حملناها على الملك الواقعي أو الظاهري . بخلاف العكس ، فان بينة الاقدم بعد تنزيلها على الملك المستند الى الاستصحاب يكون النسبة بينهما وبين بينة القديم كنسبة « لأدري » الى « أدري » سواء حملت بينة القديم على الملك الظاهري المحض أو الواقعي . والحاصل ان مضمون بينة القديم سواء كان واقعياً أو ظاهرياً لا يرجع الى « لأدري » على وجه يكون بينة الاقدم في مقابلها « أدري » ، بخلاف بينة الاقدم ، فانها على تقدير حملها على الظاهري ترجع بالنسبة الى الملك في الزمان المشترك - أعني رأس السنة - الا الى « لأدري » على وجه يكون بينة القديم بالنسبة اليه « أدري » ، لان الشهادة بالحدوث ولو كان ظاهرياً شهادة على الاثبات والشهادة بالبقاء اذا كان ظاهرياً شهادة بالنفي والشهادة بالاثبات مقدم على الشهادة بالنفي .

هذا ، ويمكن الخدشة في ذلك بأن بينة القديم اذا كانت منزلة على الملك الظاهري تكون النسبة بينها وبين بينة الاقدم نسبة « لأدري » الى « أدري » على تقدير ويكون الامر بالعكس على تقدير آخر ، وذلك لان ذلك الملك الظاهري الذي ينزل عليه بينة القديم ان كان ملكاً ظاهرياً مستنداً الى شراء المشهود له من البائع الذي علم بملكه بعد رأس السنتين وقبل السنة كان الامر بالعكس ، فتكون بينة الاقدم حينئذ بمنزلة « لأدري » وبينة القديم بمنزلة « أدري » .

ولو كان ظاهرياً فبمجرد حمل بينة القديم على الشراء المستند الى الاستصحاب لاترجع الى الشهادة بالثبوت في مقابل الشهادة بالنفي ، بل يحتمل فيه الامران ، وهو منشأ التوقف والتساقط لعدم تمحضها حينئذ في الشهادة بالاثبات وعدم تمحض بينة الاقدم في الشهادة بالنفي حتى يحكم بتقديم القديم لاحتمال رجوع كل منهما الى النفي مع رجوع الاخر الى الاثبات .

وما يقال من تقديم الاثبات على النفي ، انما هو في جهتي الاثبات والنفي فلو احتمل في النفي جهة اثبات وفي الاثبات جهة نفي لم يمكن حينئذ ترجيح أحدهما على الآخر ، لعدم معلومية المراجعة الى الاثبات الذي لا ينفيه الآخر ، بل انما ينفي العلم به عن المراجعة الى النفي الذي يثبتته الآخر .

وهذا أصل في جميع صور تعارض النفي والاثبات ، فان الجمع بينهما انما هو اذا كان النفي بمنزلة « لأدري » والاثبات بمنزلة « أدري » ، وأما مجرد النفي والاثبات فلا يجمع بينهما .

هذه صور الاختلاف بالقدم والاقدم ، وبقي صورتان أخريان ذكرهما في القواعد :

(الاولى) أن تكون احدى البينتين تشهد بالملك السابق الى الحال ، كأن يقول « اني أشهد أنه ملكه من سنة أو سنتين الى هذا الان » وتشهد الاخرى

بالمملك الاتني خاصة ، وهي المسماة بتعارض القديم والحادث ، والحكم فيها هو الحكم في تعارض القديم والاقدم .

(والثانية) أن تكون احدهما ذات تاريخ معين والاخرى مطلقة ، بأن يقول « اني أشهد أنه ملكه من السابق الى الان » ولم يعين بدو الملك .

ولا يذهب عليك أن الاولى ليست من قبيل تعارض المؤرخ والمطلق ، والحكم هو التوقف ، ولا استصحاب هنا لاحدهما بعد التساقط . ولو قلنا في تعارض القديم والاقدم بوجوب الاخذ باستصحاب الملك في الزمان السابق الذي يختص به الاقدم ، وذلك لان استصحاب الملك في هذه الصورة يجري في كلا الجانبين ، لانه اذا سقط البينتان فمقتضى استصحاب الملك في التاريخ المطلق المجهول بقاء الملك في الحال ، ومقتضى استصحاب الملك في التاريخ المعين أيضاً كذلك فيتعارضان .

فعلى المشهور في مسألة تعارض القديم والاقدم من تساقطهما في الزمان المشترك والرجوع الى استصحاب الملك في الزمان المختص . ينبغي في هذه الصورة التحالف مثلاً فضلاً عن القول الذي أبداه العلامة من التساوي وعدم جواز التعويل على هذا الاستصحاب .

وهل الحكم كذلك على تقدير ترجيح القديم كما أبديناه . والظاهر لا ، لان وجه تقديم القديم على الاقدم وهو كون بينة القديم ولو كان ظاهرياً راجعة الى الاثبات في مقابل الشهادة بالنفي لايجري هنا ، لان جهل التاريخ يمنع عن كونه شهادة بالحدوث ، لاحتمال كون التاريخ المجهول قبل التاريخ المعين .

نعم لو وجهنا تقديم بينة القديم بما مر مراراً ، وعليه أيضاً من وجوب الجمع عند امكان حمل احدهما على مالا تحتمله الاخرى كان اللازم هنا أيضاً الجمع

بينهما بحمل شهادة المؤرخ على الملك الاستصحابي ، وحمل الشهادة الغير المؤرخة على العلم بالمزيل . والله العالم .

توضيح وتنقيح

[مستند الشهادة حجة عند تعارض البيئة]

واعلم أنه اذا لم تكن البيئة معارضة بأخرى لـم يلتفت الى مستند شهادته ووجب المضي على ظاهر ما تشهد به ، لعدم الداعي الى النظر في مستند الشاهد مع عدم المعارض اذا كانت وافية ومنطبقة على الدعوى . وأما اذا كانت معارضة بأخرى فهنا وجود :

(الاول) أن يقال : انه يجب تنزيل كل منهما على المشهود به الواقعي ملكاً كان أو غيره ، ويتفرع عليه تخريب قاعدة الجمع بين البيئات المتعارضة ، لاستحالة كون الواقع في جانب كل واحد منهما الا في بعض الصور ، فتكون قاعدة الجمع غالباً ملغاة لعدم امكانه بعد حمل كل منهما على الواقع الا نادراً كما سنشير .

(والثاني) أن يقال : انه يجب أن يكون تنزيل كل منهما على المشهود به الظاهري ، فاذا شهدت بيئة بأن هذه العين مثلاً ملك لفلان وشهدت أخرى بأنها ملك لآخر ، وجب تنزيل شهادة كل منهما على الملك المستند الى أصل أوأمانة كاستصحاب ويد ونحوهما .

وعلى ذلك يبنى تأسيس قاعدة الجمع بين البيئات في الجملة ، فإن هذا التنزيل ربما يفيد الجمع وربما لايفيده ، وذلك لان الاصول والامارات في أحد الجانبين ان كانت محتملة للآخرى تعذر الجمع لاستلزامه الترجيح بلا مرجح . وأما اذا احتمل في احدهما أصل أوأمانة لم تحتل في الاخرى بحيث لو حملنا

عليها لم يكن منافياً للآخرى ، لكونها محمولة على بعض الوجوه الغير المنافية له حصل بحملها عليه الجمع بين البينتين ، ويظهر مثاله للمتأمل فيما قدمناه .

(والثالث) أن يقال : انه يجب تنزيل كل منهما على وجه يحصل به الجمع سواء كان بحملهما على الظاهري أو بحمل احدهما على الظاهري والآخرى على الواقعي مع عدم تساوي البيئة حذراً من الترجيح بلامرجح ، وعلى هذا أيضاً يتقدح وجه الجمع بين البينتين .

والفرق بينهما وبين السابق هو أن دائرة الجمع على هذا أوسع منها على الوجه الثاني .

ويتفرع عليه أنه لو شهدت احدهما بالملك المطلق والآخرى بالشراء وجب الجمع بتقديم بيئة الشراء لانه الملك المسبب .

لا يقال : ان الملك أخص من الشراء ، وقد ذكرت في الصورة الثانية أن الخاص يشتمل على زيادة معنوية ، والترجيح بالزيادة واجبة .

لانا نقول : هذا مبني على ملاحظة الوجه الاول من هذه الوجوه ، فان الشراء والملك اذا حملناهما على الواقعي لزم تقديم الملك ، لان الشراء الواقعي يمكن فاسداً غير مؤثرة في افادة الملك الواقعي ، بأن يكون البائع مثلاً غير مالك في الواقع . لكن الملك الواقعي لا يعقل أن يكون فاسداً ، فبعد حملهما على الواقع وجب تقديم الملك .

وهذا هو المورد النادر الذي قلنا بتحقق الجمع فيه أحياناً على الوجه الاول وأما على الوجه الثالث فالجمع يحصل بتقديم الشراء ، وذلك لان كل ما يجري في الشراء من الاحتمالات المنافية للملك الواقعي يحتمل في الملك المطلق أيضاً لان ما ينافي العام ينافي الخاص ضرورة . وأما ما يجري ويحتمل في الملك المطلق

فبعضها لايجري في الشراء ، وذلك بأن يكون الملك المطلق مستنداً الى يد مستندة الى الاستعارة من البائع .

وتنزيل الملك المطلق على هذا الوجه يحصل به الجمع ، لعدم المنافاة بين الملك الظاهري بهذا المعنى ، أعني المستند الى يد الاستعارة من البائع وبين الملك الواقعي الحاصل من الشراء من المعير ، فانما قلنا بأن الجمع بأي وجه أمكن لازم تعيين حملهما على هذا الوجه .

فان قلت : كما يحتمل استناد الملك الى يد الاستعارة من البائع كذلك يحتمل مثل ذلك في ملك البائع الذي كان الشراء منه فيتعارض الاحتمالان فلا يمكن الجمع .

قلت : كل مايحتمل في ملك البائع أو في سائر مقدمات الشراء الصحيح الواقعي من الامور المنافية لافادته الملك الواقعي يحتمل أيضاً في الملك المطلق لان كل سبب يفرض للملك يحتمل فيه بعض مايجعله سبباً ظاهرياً غير مفيد للملك الواقعي .

ولكن يحتمل في الملك المطلق شيء لايجري في الشراء ، وهو استناده الى يد الاستعارة من البائع الواقعي ، فانه اذا حملنا الملك المطلق على هذا الاحتمال سلم الشراء الصادر منه عماينافي افادته الملك الواقعي من الاحتمالات . بخلاف تنزيل الشراء على ماأبدت من الاحتمال - أعني كونه من البائع الذي كان ملكه ظاهرياً - فانه لو حمل الشراء على ذلك لم يسلم الملك المطلق عما يوجب كونه ظاهرياً ، اذ لامنافاة بين كون ملك البائع ظاهرياً وكون الملك المطلق أيضاً ظاهرياً ، بأن تكون العين لثالث غير المتداعيين .

والحاصل ان احتمال كون البائع غير مالك واقعاً معارض باحتمال كون المطلق أيضاً ظاهرياً ، فبعد حمل الشراء على الشراء من مستصحب الملكية لتعارض

الاحتمالات ولا يحصل الجمع ، بخلاف حمل الملك المطلق على الاستعارة من البائع ، فانه على تقدير هذا الحمل سلم الشراء عما يوجب فساده ويكون شراء صحيحاً ملكاً ، وحينئذ فيجب الجمع بحمل ما يحتمل كونه مستنداً الى سبب ظاهري لا يجري في الاخر على ذلك السبب الظاهري .

وبذلك ينقدح وجه جمع آخر في مسألة تعارض القديم والاقدم، لان جميع الاحتمالات المنافية للملك الواقعي التي تحتمل في القديم تحتمل في الاقدم أيضاً . بخلاف العكس، وذلك انه ليس للملك الذي يشهد به بينة القديم بحمل ظاهري لا يكون في الملك الاقدم - أعني الملك في الزمان المشترك وهو رأس السنة - لان غاية ما في الملك القديم ابتناؤه على استصحاب يكون بينة الاقدم بالنسبة اليه مزيلا ، بأن تكون الحالة السابقة مقدماً على السنتين .

وهذا الاحتمال معارض بالمثل ، اذ يحتمل أن يكون مستند بينة الاقدم في رأس السنتين استصحاباً يكون بينة القديم بالنسبة مزيلا ، بأن يكون بينة الاقدم قد علم بالملك قبل السنتين ، وانما شهد به في رأس السنتين استصحابه له ، وبينة القديم قد علم بانتقال الملك منه الى شخص بعد ذلك الزمان وقبل السنتين ثم علم بيعه للمشهود له في رأس السنة فشهد بالملك له في رأسها ، فان بينة القديم في هذا الفرض مزيل لبينة الاقدم كما ان استصحابه مزيل لاستصحابه .

بخلاف بينة الاقدم، فان فيها بعض ما يختص به من الوجوه الظاهرية، وهو استصحاب الملك من رأس السنتين الى رأس السنة ، فان هذا الاستصحاب غير متصور في مستند الملك القديم ، فاذا حملنا بينة القديم على الاعتماد على هذا الاستصحاب تمحض ببينة القديم مزيلا لسلامته عن هذا المحمل بعد مساواتهما في سائر الوجوه ، فيكون بينة الاقدم بمنزلة « لأدري » مزيلا للملك الثابت

في رأس السنتين وبينة القديم بمنزلة « أدري » ، فيعمل بينة القديم كما في مسألة الجرح والتعديل .

وقد يناقش في ذلك بمنع تمحض بينة القديم في كونه مزبلاً له ، بل انما يتمحض في ذلك اذا كان نصاً في العلم بالمزبل . وليس كذلك ، لاحتمال رجوع التعارض بينهما الى الملك الثابت في رأس السنتين ، بأن تكون شهادة بينة القديم بالملك في رأس السنة باعتبار اعتقادها عدم الملك في رأس السنتين أيضاً .

والحاصل أنه على تقدير رجوع شهادة بينة الاقدم بالملك في رأس السنة الى قوله « لأدري » المزبل للملك السابق كما هو مبنى الجمع ، يحتمل أن يكون معارضة بينة القديم لها في هذه الجهة - أعني جهة عدم العلم بالمزبل - فتكون المعارضة في بقاء الملك السابق وعدمه بعد التسالم على حدوثه في رأس السنتين .

ويحتمل أن تكون المعارضة في الملك السابق ، بأن يكون تكذيب بينة القديم لها في رأس السنة باعتبار التكذيب في الملك السابق الثابت في رأس السنتين . وعلى هذا الاحتمال لا تكون بينة القديم مزيلة لبينة الاقدم بل معارضة لها . وهذا هو الوجه في ذهاب الاكثر في مسألة تعارض الملك المطلق والمسبب عن الشراء مثلاً الى ترجيح المسبب وعدم ذهابهم الى ترجيح بينة القديم ، لانه على تقدير حمل الملك المطلق على الملك الظاهري المستند الى يد العارية ونحوها يتمحض بينة الملك المسبب عن الشراء مزيلة ، فيؤخذ بها جمعاً ، لعدم المنافاة بين ثبوت الملك الظاهري لاحد بموجب يده مثلاً وبين تملك الاخر واقعاً بموجب الشراء .

فمقتضى القاعدة المسلمة عندهم من عدم معارضة « لأدري » مع « أدري » يجب تقديم المسبب ، لانه بمنزلة « أدري » والملك المطلق بمنزلة « أدري »

بعض أسباب الملك ظاهراً ولا أعلم مزيله . بخلاف مسألة القديم والاقدم، فان غاية مايتصور في الاقدم حملته على الاستصحاب من رأس السنتين الى رأس السنة ورجوع الشهادة بالملك في رأس السنة الى قوله « لأدري » بالمزيل .

وهذا لا يكفي في حصول الجمع بتقديم بينة القديم ، لاحتمال عدم كونها بمنزلة « أدري » المزيل كما ظهر ، فلا بد من تنزيلها بعد تنزيل بينة الاقدم على الاستصحاب المزبور على علمهما بالمزيل لابعدم الملك السابق ليرجع الى التعارض والتكاذب .

وأيضاً الجمع بين المطلق والمقيد انما هو بحمل المطلق على مستند ظاهري ، وهكذا جميع صور الجمع بين البينتين التي صرحوا بها في مسائل تعارض البيئات، فان الجمع فيها انما هو بحمل احدهما على مستند خاص ظاهري . وهذا غير الجمع المعمول في تعارض القديم والاقدم، فانه جمع بالتصرف في مدلول احدى البينتين ، وهي بينة القديم بحمله على الملك الحادث الرافع للملك السابق مع كون المدلول محتملاً غير ذلك، وهو الملك الحادث الرافع للملك السابق الثابت في رأس السنتين للآخر، بأن كان معتقده عدم ذلك الملك السابق . فالجمع في مسألة القديم والاقدم يخالف الجمع في مسألة المطلق والمقيد وهكذا في مسألة الجارح والمعدل ومسألة تعارض النافي والمثبت ، وهكذا سائر موارد الجمع من جهتين : احدهما أن الجمع في تلك الموارد يحصل بتنزيل واحد في احدى البينتين بخلاف الجمع في هذه، فانه كما عرفت يحتاج الى تنزيل بعد تنزيل آخر . وثانيتهما أن الجمع فيها راجع الى التصرف بحسب المستند لبحسب المدلول ، بخلاف الجمع هنا فانه جمع بالتصرف في المدلول .

لكن لقائل أن يقول : انه لا غائلة في ارتكاب الوجهين معاً، لعين مادل على التنزيل الاول ، لان قاعدة الجمع مهما أمكن كما يقتضي الجمع فيما اذا حصل

تنزيل واحد حتى يرجع الى تعارض « لأدري » مع « أدري » كذلك يقتضية فيما اذا توقف الرجوع الى ذلك على التنزيلين مع التصرف في المدلول .

هذا ، ويمكن توجيه تقديم القديم بتقرير آخر أوضح يرجع الى الترجيح النوعي ، وهو أن يقال : ان في مسألة تعارض القديم والاقدم أمارات ثلاث تفيد كل منها بحسب النوع الظن : احداها أمانة حدوث الملك في رأس السنتين لزيد وثانيتهما أمانة بقاء ذلك الملك الى رأس السنة وهو الاستصحاب ، وثالثتهما أمانة حدوث الملك لعمره في رأس السنة وهي بينة القديم .

ولا تعارض بين شيء من هذه الامارات ، الا بين أمانة البقاء في رأس السنة لزيد وأمانة الحدوث لعمره ، فدار الامر بين العمل بأمانة الحدوث أو بأمانة البقاء ، والعمل بأمانة البقاء طرح وتكذيب لامانة الحدوث جداً . وأما العمل بأمانة الحدوث فليس طرْحاً لامانة البقاء ، لان الدليل على اعتبار أمانة البقاء التي تفيد الظن نوعاً معلق على عدم مجيء أمانة على زوال البقاء ، والمفروض كون أمانة الحدوث لعمره في رأس السنة أمانة للزوال ولو لم تكن ناطقة بعدم البقاء ، الا أن عدم البقاء - سواء كان باعتبار عدم الحالة السابقة أو باعتبار زوالها في رأس السنة مضمون في رأس السنة بشهادة بينة القديم - فتعين العمل بها .

ولعله لاجل ما ذكرنا نقل عن المحقق جمال الدين قدس سره في حاشية الروضة القول بتقديم القديم ، كما جنح اليه في محكي كشف اللثام .

فظهر من جميع ما ذكرنا وجه القول المشهور في مسألة تعارض القديم والاقدم ، وهو الذي ذكرنا في المناقشة ، اذ بعد عدم مساعدة قاعدة الجمع على تقديم القديم يتعارضان في رأس السنة وما بعدها ويبقى الملك السابق في رأس السنتين سليماً عن المعارض ، فيستصحبه الحاكم .

كما ظهر أيضاً وجه القول بتقديم القديم ، وأما وجه التساقط وعدم العمل باستصحاب الملك السابق كما أبداه العلامة في القواعد ، فهو اما عدم صلاحية استصحاب الملك السابق لاثبات الملك الاتي أو عدم جريان هذا الاستصحاب أيضاً بعد تعارضهما في البقاء، لان الرجوع الى الحالة السابقة مع وجود الدليل على خلافها انما يتصور اذا كان لذلك الدليل معارض من جنسه ، بأن يكون دليل ارتفاعها واقعاً معارضاً بدليل وجودها الواقعي ، كما اذا تعارض دليل الوجوب الواقعي مع دليل الاباحة الواقعية ، فانه حينئذ يرجع الى الحالة السابقة ، وهي البراءة الاصلية لان بقاء تلك البراءة بمقتضى الظن الاستصحابي سليم حينئذ عن المعارض .

وأما اذا كان الدليل على خلاف الحالة السابقة معارضاً لنفس الظن الاستصحابي للدليل آخر من جنسه ناظر الى وجود الحالة السابقة في الان الثاني واقعاً لم يكن فيه للاخذ بالحالة السابقة وجه بعد فرض صلاحية ذلك الاستصحاب ، أعني البقاء الذي يقضي به الظن الاستصحابي لمعارضة ذلك الدليل .

والحاصل أنه ان قلنا ان الظن الحاصل بالبقاء الحاصل من ملاحظة الحالة السابقة لايعارض الظن بالحدوث الناشئ من بيئة القديم ، فهذا يقتضي الحكم بتقديم بيئة القديم جمعاً ، وهو خلاف الفرض ، اذ الفرض كما عليه المشهور التعارض بين الظنين والتساقط ، وبعد سقوط الظن الاستصحابي لم يبق هنا للحاكم استصحاب آخر حتى يعول عليه .

ودعوى ان التساقط بسبب المعارضة هو البقاء الذي كان مدلولاً لبيئة الاقدم فلا ينافي حكم الحاكم بالبقاء بعد سقوط مدلول تلك البيئة . مدفوعة بأنه ليس هنا بقاء ان يكون أحدهما مدلول البيئة والاخر ميزاناً للحاكم بعد تساقط البيئتين والاول أوجه كما يظهر بالتأمل . والله العالم .

التقاط

(فى تعارض المرجحات)

قد سبق في أول باب تعارض البينات أن المرجح على ثلاثة أقسام : أحدها ما يكون من قبيل المرجحات المستعملة به في الاخبار كالأدلية والأكثرية والاضبطية ونحوها مما يرجع الى وجوه البينتين في البينتين المتعارضتين وانها صدق أحدهما على الآخر . والثاني ما يكون من قبيل المرجحات الدلالية في الاخبار ، وقد سميناه فيما سبق بالترجيح المدلولي . والثالث ما يكون من المرجحات الخارجية كالخروج والدخول .

ثم ظهر بعد ذلك أيضاً أن من جملة المرجحات اشتغال إحدى البينتين على زيادة لم تكن في الأخرى ، ثم قسمتها الزيادة الى صورية مثل أن بينة أحدهما تشهد بالملك القديم والأخرى به في الحال ، أو تشهد أحدهما بالأقدم والأخرى بالقديم ، ومعنوية مثل أن يكون مدلول إحدى البينتين الملك ومدلول الأخرى اليد ، أو يكون مدلول أحدهما الملك المطلق والأخرى المسبب كالملك الحاصل من الشراء ، وهكذا الى سائر ما يكون مدلول أحدهما أخص من مدلول الأخرى ، فإن الخاص يزيد على العام باعتبار ما فيه من الخصوصية .

فاعلم أن هذه المرجحات قديقع التعارض بينها ، والذي سبق على تفاصيله كان بياناً لحكمها مع قطع النظر عن التعارض ، فلا بد من بيان صورة ما يقع بينها فيها المعارضة .

[تعارض الاعدلية والاكثرية ونحوهما]

فنعول :

(أما المرجح الاول) - أعني الاعدلية والاكثرية وأضرابهما - فلا يتعلق

بيان الحال فيها غرض ، لان الدليل على اعتبارها ان كان هو المقيد كانت مقدمة على الجميع ، لانها حينئذ مرجحات منصوصة لايقاومها المرجحات الغير المنصوصة ، لانها مرجحات حيث لا يكون مرجح .

نعم بعض صور الترجيح بالامور المزبورة - كأن يرجع الى عدم التعارض رأساً - لا يلتفت اليها أيضاً ، مثل ما اذا شهدت احدهما بالملك بموجب الاستصحاب وشهدت الاخرى بالمزيل ، فان الحكم بتقديم المزيل هنا في الحقيقة جمع بين البينتين لاترجيح ، وتسميته ترجيحاً مبني على التسامح .
ففي مثل هذه الصورة لا ينبغي الاعتداد بالاعدلية مثلاً ولو كان اعتبارها ثابتاً بالنص تعدياً ، لان ذلك انما هو في مقام التعارض وهنا لاتعارض . وأما في مثل المطلق والمقيد فقد ذكرنا أيضاً وجه جريان الترجيح بالاعدلية فيه وعدمه في الصورة الرابعة من صور تعارض بيئة الداخل والخارج . فارجع .

وان كان وجه اعتبارها غير الاخبار - بناءً على وجوب الترجيح في البيئات المتعارضة - كانت رتبته متأخرة عن جميع المرجحات المزبورة ، لان هذه المرجحات بمنزلة الترجيح من حيث الدلالة في الاخبار التي مرجعها الى الجمع أو الى الترجيح من حيث المرجحات الداخلية بالنسبة الى الاعدلية ونحوها .

وكيف كان فالغرض هنا متعلق ببيان حال التعارض فيما عداها من اليد والزيادة والاطلاق والتقييد ، ويندرج فيه مسائل :

(الاولى) تعارض الزيادة الصورية مع الدخول والخروج ، وتحتها ثمان :

لان الزيادة الصورية اما أن تكون في طرف الخارج أو الداخل ، وعلى التقديرين فاما أن يتكلم على القول بترجيح بيئة الخارج أو الداخل ، وعلى التقادير الاربعة فاما أن يقال في مسألة الاختلاف في الزيادة الصورية بتقديم القديم على الحادث

أو الاقدم على القديم ، أو يقال بالعكس كما جنح اليه في كشف اللثام وقويناه بوجوه عديدة وأطوار عجيبة .

فهذه ثمان مسائل ، وانما أسقطنا الاحتمال الثالث في مسألة تعارض القديم والاقدم الذي أبداه العلامة ، وهو القول بالتساقط وعدم الرجوع الى استصحاب الملك القديم أو الاقدم ، لان الزيادة على هذا القول ليس من المرجحات وكذا النقصان ، ولازمه عدم التكافؤ لشيء من المرجحات ، يعني وجوب الاخذ بالمرجح سواء كان في طرف السابق أو اللاحق .

وتوضيح الحال في المسائل الثمان هو أنه على القول بترجيح السابق ، فاما أن يكون السبق في بيئة الخارج أو الداخل . وعلى التقديرين يتكلم تارة على القول بتقديم بيئة الداخل ، فهذه أربع مسائل :

الاولى : أن يكون السبق في بيئة الخارج وبنينا على تقديم الخارج ، فهنا لاشكال في تقديمها على بيئة الخارج مطلقاً .

الثانية : أن يكون السبق في طرف الخارج أيضاً وبنينا على تقديم بيئة الداخل ، فان قلنا ان اليد مرجع لامرجح أشكل الامر في الترجيح هنا ، لان ترجيح السبق أيضاً يرجع الى تساقط البيئتين والرجوع الى استصحاب الملك لان هذا الاستصحاب لا يعقل أن يكون مرجحاً للبيئة ، اذ الملك السابق حالة سابقة واحدة تارة يعول عليها الشاهد وأخرى يعول عليها الحاكم .

وبعد سقوط تعويل الشاهد عليها باعتبار معارضة بيئة اللاحق يرجع اليها الحاكم ، فليس استصحاب الحاكم أمانة أخرى يعاضد بيئة السابق على القول باعتضاد الاستصحاب للدليل فضلاً عن القول بعدم صلاحية الاصل لان يكون مرجحاً ، وانما يكون الاستصحاب كذلك اذا لم يكن الموافق له معولاً عليه كما لو تعارض دليل الوجوب الواقعي والاباحة الواقعية ، فان الحالة السابقة - أعني

البراءة الاصلية - تكون أمانة معاضدة لدليل الاباحة الواقعية الغير المستند الى الاستصحاب بل الى الحس ونحوه .

بخلاف بيئة السابق ، فان شهادتها بالملك اللاحق مبنية على سبق الملك ، ومستندة الى الحالة السابقة أو محتملة للاستناد اليها ، فلا تكون كل واحدة من البيئة والحالة أمانة مستقلة تصلح لاعتضاد الاخرى .

وحينئذ فيشكل الترجيح في المقام ، الا أن يقال : ان بعد تساقط البينتين يقع التعارض بين المرجعين الاستصحاب واليد، وحيث أن اليد واردة وحاكمة على الاستصحاب تعين الاخذ بها وبترجيح بيئة الداخل .

هذا اذا قلنا ان اليد مرجح لمرجح، وان قلنا انها مرجحة كان ترجيح بيئة الداخل حينئذ أوضح وان كان السبق للآخرى ، لما عرفت من عدم صلاحية السبق للترجيح، وان اطلاق الترجيح عليه مسامحة، اذ المراد به تساقط البينتين والرجوع الى الاستصحاب ، فلا يصلح للمعارضة مع شيء من المرجحات .

والثالثة: أن يكون السبق في بيئة الداخل وقلنا بترجيحها على بيئة الخارج وحينئذ وجب تقديمها ، سواء كانت اليد مرجحاً أو مرجحاً كما لا يخفى .

والرابعة: أن يكون السبق لبيئة الداخل أيضاً وبنينا على ترجيح بيئة الخارج وحينئذ فان قلنا ان وجه ترجيح الخارج هو أن البيئة غير مسموعة من الداخل مطلقاً، سواء كان في صورة المعارضة أم لا كما هو أحد الاحتمالات في المسألة على ماسبق وان كان قد عرفت ضعفه .

فلا فائدة في هذا المرجح - أعني البقاء - اذ الفرض عدم حجية بيئة الداخل والسبق انما يكون مرجحاً اذا كانت البيئة التي تشهد بها حجة .

وان قلنا ان وجه الترجيح رجحان بيئة الخارج باعتبار الخروج ، أشكل حينئذ في ترجيح الخارج أو الداخل من اطلاق رواية منصور ولأقبل من الذي

في يده بينة، ومن أن عدم القبول انما هو في صورة التكافؤ لافي صورة رجحان بينة الداخل بمرجح كالسبق ، والاول أظهر عملاً باطلاق الادلة .

هذا كله على القول بالترجيح بالسبق ، وأما على القول بالترجيح باللحوق

- كما نقل عن جمال الدين - فالصور أيضاً أربع مثل الصور المزبورة :

ففي الاولى لا بد من النظر في أن ترجيح بينة الخارج نظير الشاهد واليمين في قبال البينة على الوجهين فيه كما تقدما، أو لاجل الترجيح بالخروج بعد كون كل من البينتين حجة ، وعلى الاولتين لافائدة أيضاً للحقوق في بينة الداخل كما لا يخفى . وعلى الثاني فالظاهر ترجيح بينة الداخل حينئذ لكونه بمنزلة الجمع كما سبق ، فلا يجري فيه الترجيح بالخروج ونحوه .

وفي الصورة الثانية يقدم بينة الداخل ، سواء كان اليد مرجعاً أو مرجحاً ، لتعارض المرجحين اللحوق واليد .

وفي الصورة الثالثة يقدم بينة الخارج ، سواء كان اليد مرجعاً أو مرجحاً ، لان الاخذ بالقديم نحو جمع بين البيتين كما تحقق ، فلا عبرة معه باليد على شيء من الوجهين .

وفي الصورة الرابعة يقدم أيضاً بينة الداخل بطريق أولى على جميع التقادير ، كما يظهر الوجه بالتأمل والتدبر .

هذه الحال في تعارض الترجيح السبقي واللحوقي مع اليد، وأما تعارضهما مع بقية المرجحات فقد ظهر الحال في تعارضهما مع الاعدلية والاكثرية ، وأما تعارضهما مع قوة الحجة وضعفها مع أقوائية الشاهدين من الشاهد واليمين فالحال فيه أيضاً واضحة ، لان الحجة الضعيفة ساقطة عن الاعتبار رأساً في مقابل الحجة القوية فلا يجدي فيها المرجحات .

وأما تعارضهما مع الترجيح بالاطلاق والتقييد - أعني الملك المسبب -

فالظاهر أنه غير متصور ، لان تعارض الحادث والقديم أو القديم والاقدم لا يكونان الا في المسببين، اذ لو كانا مطلقين أو كان أحدهما مطلقاً خرج عن كونها شهادة بالحدوث أو القدم ، وذلك لان الاطلاق في الشهادة كونها على وجه يحتمل معه الاستناد الى اماره شرعية ، والشهادة بالحادث أو القديم مرجعها الى الشهادة بالملك عن سبب لاعن اماره ، اذ الحادث أو القديم لا يعقل استناده الى الاماره ، اذ الاماره لا توجب حدوث الملك ولا قدمه ، لان الطريق لا يؤثر في نفس ذي الطريق .

نعم يمكن فرض وقوع التعارض بين السبق واللاحق وبين الاطلاق والتقييد لابينهما وبين الحادث والقديم، كما اذا شهدت احدهما بنفس الملك في رأس السنة لابل حدوث الملك فيه وشهدت الاخرى بالملك في الحال أو شهدت به في رأس السنتين ، فان في مثل هذه الصورة يتصور التعارض بين السبق واللاحق وبين المطلق أو المقيّد كأن تقول احدهما « أشهد انه اشتراه في رأس السنة » وتقول الاخرى « أشهد أنه ملكه في الحال »، وحينئذ فاما أن يتكلم فيه على القول بترجيح السبق أو بترجيح التأخر ، وعلى التقديرين فالاطلاق اما في طرف السابق والتقييد في طرف المتأخر أو العكس .

فهذه أربعة أقسام يظهر حكمها لمن تأمل فيما ذكرنا في الصور الثمان .

ومنه يظهر أيضاً ما اذا تعارض السبق والتأخر مع الترجيح باليد والسبب كأن يقول السابق « أشهد أنه اشتراه » واللاحق « أشهد أنه في يده » أو العكس . وعلى التقديرين فقد يتكلم على القول بترجيح السابق أو المتأخر . فتدبر تشتغل الى ما هو الحكم فيها . والله العالم .

التقاط

[عند تعارض البينتين هل يشترط ضم الشاهد]

هل يشترط في مسألة تعارض القدم والحدوث أو القديم والاقدم المتقدمة ضم الشاهد بالقديم أو الاقدم الى شهادته بالملك السابق شيئاً يدل على عدم علمه بالمزيل كقوله « ولا نعلم مزىلا » أو « لأدري زال أم لا » ، أو لا يشترط الضميمة مطلقاً ، أو يشترط مطلقاً ، أو يشترط أن تكون تلك الضميمة بالصيغة الاولى - أعني قوله « ولا أعلم له مزىلا » لا بالصيغة الثانية . فيه وجوه وأقوال :

ظاهر عبارة المحقق واطلاقها على ما صرح به في المسالك عدم اشتراط الضميمة مطلقاً، وصرح في القواعد بأن الشهادة بالملك السابق لا تسمع الا بضميمة قوله « لا أعلم له مزىلا » .

وظاهر المسالك أنه مذهب الاكثر، قال : وعللوه بأن قوله « لا أدري زال أم لا » يقتضي تردد أو ريبة ، فهي بعيدة عن أداء الشهادة ، بخلاف قوله « ولا أعلم له مزىلا » . ومختار صاحب المسالك هو الوجه الثاني ، أعني اشتراط مطلق الضميمة .

والتحقيق أن الشهادة بالملك السابق بدون الضميمة ليست شهادة بالمدعى، وهو الملك الحالي، فلا بد للحاكم في الحكم بالملك الحالي من التعويل على الاستصحاب، لان مجاري الشهادات بل جميع اخبارات المتشعبة بموضوعات الاحكام كالوقف والنسب والملك والزوجية على الاخبار بها اعتماداً على بعض ما عليها من الامارات الشرعية وان لم يصرح به في حال الشهادة بل أطلق ، ضرورة عدم امكان العلم الواقعي بحقائقها لعدم كونها من الامور المحسوسة، فشهادة أحد بالملك تعويلاً على الاستصحاب لو خرجت عن موازين القضاء وعد القضاء

بها من القضاء بالاستصحاب لم يكن لادلة العمل بالبيئة مورد في الامور الغير المحسوسة ، فمبنى الاخبار بها عرفاً على التعويل على بعض الامارات .
نعم لو شهدت البيئة بالملك المستصحب - بأن كان الاستصحاب من مقومات المشهود به - كان جعلها من البيئة التي هي من الموازين مشككة ، ولذا فرق في القواعد بين قوله «لا اعلم له مزيلا» وبين قوله «هذا ملك بمقتضى الاستصحاب» ، فحكم بكفاية الاول دون الثاني .

فان وجه هذا الفرق هو الذي ذكرنا من أن المدار على صدق الشهادة عرفاً ، وأنه اذا شهد بالشئ معولافي شهادته على الاستصحاب أو اليد مثلاً يصدق عليه أنه شهد بالمدعى . ولا يقدر فيه التعويل على الامارة الشرعية ، بخلاف ما لو شهدت بالملك الاستصحابي ، فانه لا يصدق عليه عرفاً أنه شهد بالمدعى وهو الملك .

وبالجملة فرق بين تقييد نفس المشهود به بالامارة كاليد أو الاستصحاب وبين ايقاع الشهادة على الواقع بانياً وتعويلا فيه على الامارة ، فان الثاني شهادة بالواقع ولو لم تكن عن طريق علمي والثاني بيان واخبار بحكم ظاهري شرعي ، أعني اقتضاء الاستصحاب الملك أو دلالة اليد عليه .

هذا وجه اعتبار الضميمة ، ووجه الفرق بين قوله «لا أعلم له مزيلا» وقوله «هذا ملكه بموجب الاستصحاب» كما ذكره في القواعد .

وأما وجه عدم كفاية قوله «لا أدري زال أم لا» فهو أن مثل هذا القول أيضاً يمنع عن صدق الشهادة ، لان مثل هذا الشخص لا يصدق عليه عرفاً أنه شهد بالملك الحالي ، بل العرف في مثله يحكمون بأنه ليس له شهادة في الملك الاتي فضلا عن عدم صدق الشهادة .

ولعل وجهه ما في المسالك وعن الايضاح من أن هذا القول يكشف عن ريبة في ضمير الشاهد مانعة عن شهادته بالبقاء ولو بملاحظة الاستصحاب .

[الاستصحاب عند ثبوت اشتغال الذمة]

هذا ، ولكن في المقام اشكال ، وهو أن الظاهر عدم الاشكال والخلاف في أنه لو شهد بسبب الاشتغال السابق كالقرض ونحوه أو بنفس الاشتغال حكم الحاكم بالاشتغال الفعلي انكالا على الاستصحاب من غير حاجة الى ضمنية .

وكذا لو أقر ذواليد بالملك السابق ، كما صرح به العلامة في القواعد بعد أن قال بعدم فائدة في الشهادة بالملك السابق من دون الضمنية : بل ربما يقال في مثل الشهادة بسبب الاشتغال أو سبب الزوجية أو بنفسها السابقة أنه لا يقدح علم الشاهد بالاداء أو الطلاق .

وقد ذكر العلامة في محكي التحرير والقواعد أنه لو شهد أحد الشاهدين بالقرض السابق مثلاً وشهد الآخر بالوفاء لم تنفع شهادة الثاني ، لكون المدعي مكذباً لقول الشاهد كما عن التحرير ، أو لعدم كون الشهادة بالوفاء شهادة صريحة بالقرض في الاشتغال كما عن القواعد ، ولم يعطل عدم الفائدة في شيء من الكتابين بأن ثبوت المدعى في السابق لا يكفي الا مع كون الشاهد قادراً على الاستصحاب باعتبار عدم علمه بالمزيل .

وهذا منه يفصح عن أن المانع ليس فقدان شهادة الثاني للضمنية ، بل هو إما تكذيب المدعي أو عدم صراحة الشهادة ، فلا وجه لاعتبار عدم علم الشاهد بالزوال . وحيثما يكون كذلك فمقتضى القاعدة عدم قدح علمه بالخلاف أيضاً ، فانه اذا لم يعتبر استصحاب الشاهد لم يقدح تصريحه بالزوال أيضاً .

وبالجملة المانع عن الحكم يقتضي الشهادة بالملك من دون الضمنية ان كان هو عدم صلاحية الاستصحاب - أي استصحاب الحاكم للقضاء - لزم عدم الحكم بالبيئة على الاشتغال أو البيع أو الزوجية السابقة أيضاً وكذا بالافرار

بالمملك السابق ، والا فلا وجه لاعتبار الضميمة في الشهادة بالمملك القديم أيضاً . هذا ، ويمكن الذب عن الاشكال بأن المقامين مختلفان ، لان الشهادة بالقرض السابق تحدث حقاً على المدعى عليه بالخصوص في الزمان السابق ، وبعد ثبوت هذا الحق ينقطع أثر انكاره ، فلا بد له من دعوى جديدة بالابراء والا كان انكاره مع ثبوت ذلك الحق باطلا ، بمعنى أنه لا يترتب على انكاره بدون تجديد الدعوى وظيفة الانكار وأثره الشرعي - أعني الحلف - لانه اذا حلف على عدم الاشتغال رأساً وفي شيء من الازمنة ، وهو باطل لانه مكذب للبينة . والثاني الحلف على عدم الاشتغال المسبب عن سبب البراءة ، وهو حلف على أمر وجودي أو عدم حادث لا العدم الازلي ، وهو أيضاً باطل .

وهكذا اذا أقر المدعى عليه بالمملك السابق ، فان الاقرار بالمملك للمدعي ولو سابقاً يوجب تعلق الزام ولو تقديراً على المدعى عليه المقر ، لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز مطلقاً في أي زمان كان . وتعلق هذا الازام أيضاً يبطل أثر انكاره ، لانه اما يحلف على عدم وجود شيء ملزم عليه رأساً فهذا مكذب للاقرار ، أو يحلف على حصول ما أوجب رفع هذا الازام المسبب من الاقرار فهو حلف على الاثبات .

وهكذا الكلام اذا أقام أحد المتداعيين بينة على سبب الملك السابق الملزم على صاحبه شيئاً في السابق فانه يحكم له على صاحبه ، كما اذا تداعيا عيناً في يد ثالث وأقام أحدهما بينة على أنه اشتراها منه أمس أو قبل الامس . فان هذه البينة تكفي في هذا المقام ، اذ مع وجودها لا يترتب على دعوى الاخر أثر ، لانه ان كان يدعي عدم حجة له رأساً وفي جميع الازمنة فهذا دعوى مكذبة للبينة ، وان كان يدعي الحجة على صاحبه بانتقال ونحوه فهذه دعوى بلا بينة .

ولا كذا اذا أقام في هذه الصورة بينة على مجرد الملك السابق أو الشراء

من شخص ما ، فان هذه البينة لا تبطل دعوى خصمه ، فالقضاء بموجبها قضاء بما لا يبطل قول الخصم . وضم الاستصحاب الى تلك البينة حتى تكون البينة بضميمة استصحاب الحاكم مبطله لدعوى الخصم قضاء بالاستصحاب لالبينة ، بخلاف الاول فان القضاء بالبينة القائمة على الشراء من الخصم قضاء بالبينة ، لانها قد أوجبت على الخصم حقاً في شيء من الازمنة ، فالحكم بذلك الحق حق بموجب البينة .

فان قلت : لا بد للحاكم في هذه الصور كلها من الاستصحاب ، لان وجود سبب الاشتغال أو نفس الاشتغال أو سبب الزوجية أو نفس الزوجية أو الشراء السابق من المدعى عليه في مسألة التداعي ، وبالجمله ثبوت الحق السابق غير منطبق على دعوى المدعي ، وهو الحق في الحال ، فلا يكفي في قطع الانكار أو قطع الدعوى . الا أن يستصحب الحاكم ذلك الحق السابق ، فكيف يكون الفاصل نفس البينة .

قلنا : يكفي في استناد القضاء الى البينة ايجابها حقاً في أحد الازمنة بدون مؤنة الاستصحاب ، واحتياج الحاكم في اثبات ذلك الحق في الحال الى الاستصحاب انما هو في مقام العمل ان استتم ميزان القضاء ، فالاحتياج الى الاستصحاب انما هو لترتب أثر الحق الثابت بالبينة .

وهذا ليس استناد أصل القضاء وابطال دعوى الخصم بضميمة الاستصحاب وانما يكون كذلك لو كان الثابت بالبينة في السابق أمراً غير ملزم على المدعى عليه بوجوده السابق وكان اقتضاؤه ابطال دعوى الخصم موقوفاً على استصحاب الحاكم لذلك الامر السابق كما في الشهادة بالملك السابق ، فان ثبوت الملك سابقاً لاحد الخصمين لا يبطل دعوى الآخر ولا يحدث حقاً له عليه بعد استصحاب الملك السابق واثباته في الحال .

ومما يدل على كفاية اشتمال مدلول البينة حقاً ولو في السابق في استناد القضاء إليها أنه لا ريب في سماع دعوى الحق السابق وكون دعواه دعوى ملزمة يجب سماعها ، فاذا وجب سماعها وجب قبول البينة على طبقها والحكم على طبقها . بخلاف دعوى المملك السابق ، فانها دعوى غير ملزمة ، فلا تسمع فلا تفيد البينة عليه شيئاً .

ومن أجل ذلك فرق الجل أو الكل بين دعوى المدعي كون هذا الولد من جاريته وبين كون هذا الغزل من قطنه، فحكموا بسماع الثانية ، لان ملك القطن مقتضى لملكية الغزل بحيث لو ادعى أحد بعد الاعتراف بملكية القطن ملك الغزل كان مدعياً مطالباً بالحجة، ولو كان له يد على الغزل فيكون قول المدعي « هذا الغزل من قطني » دعوى ملزمة يجب سماعها على الحاكم ومطالبة البينة على طبقها والحكم بموجبها بعد الاقامة وبعد سماع الاولى لعدم سببية ملك التجارية لملكية الولد، فلا تكون دعوى ولادة الولد من المملوكة دعوى ملزمة مسموعة . فالمدار على كون المدعى به ملزماً على المدعى عليه حقاً وشيئاً بلا مؤنة الاستصحاب ، فانه اذا كان كذلك سمع دعواه وقبل البينة ، للملازمة بين سماع الدعوى وقبول البينة على طبقها . بخلاف ما اذا لم يكن كذلك بل توقف سماع الدعوى على ادعاء شيء آخر كقولك سماع دعوى المملك السابق على دعوى المملك الحالي، فان البينة لا تسمع الا اذا تضمنت على ذلك الشيء الذي يتوقف على دعواه سماع الدعوى .

[ابطال قول الخصم يتوقف على ضم الاستصحاب]

ومما ذكر ظهر أن قطع الدعوى وابطال قول الخصم في الصورة المزبورة انما حصل بنفس البينة من دون ضميمه الاستصحاب . بخلاف ابطاله في دعوى

الملك السابق ، فان ابطال قول الخصم فيه لا يحصل بمجرد البينة على الملك السابق ، بل يتوقف أصل الابطال على ضم الاستصحاب .

فان قلت : اذا ادعى على ذي اليد الملك السابق وأقام البينة عليه فهذا ابطال لانكاره وافساد لاثره الذي هو الحلف ، فالفصل فيه - أعني ابطال أثر قول المدعى عليه وجعله كالعدم - مستند الى البينة من دون ضم الاستصحاب، وانما يحتاج اليه في مقام العمل لا في مقام الفصل . ووجه ابطال البينة انكاره كابطال انكار منكر الدين في المسألة السابقة هو أن ذا اليد حينئذ اما يحلف على عدم الملك المدعى الظاهر سابقاً ولاحقاً فهذا مكذب للبينة ، واما يحلف على عدم ملكه المتجدد المسبب عن سبب مزيل للملك منذ أحلف على الاثبات ، فأمر حلف ذي اليد أيضاً دائر بين امرين باطلين نظير حلف منكر الدين كما قلنا ، فالقضاء بالبينة على الملك أيضاً قضاء بالبينة خاصة لاستقلالها في ابطال أثر الانكار ، وأما الاستصحاب فالاحتياج اليه هنا أيضاً في مقام العمل لافي مقام الحكم .

قلت : ليس الامر كذلك، لان جهة انكار ذي اليد والسبب في جعله منكراً مع أنه يدعي الملك فهي في الحقيقة مدعي لامنكر ، وان كان دعواه ملازمة لانكار ملك المدعي هي أن مرجع قوله في الحقيقة الى نفي استحقاق شيء عليه نظير انكار منكر الاشتغال لالى نفي ملك المدعي ولا الى دعوى ملكية العين عن أمانة شرعية أعني اليد .

توضيحه : ان انكار ذي اليد فيه جهات ثلاث : احداها انه يدعي أمراً وجودياً مطابقاً للظاهر وموافقاً للامارة الشرعية أعني ملكية مافي اليد ، والثانية أنه ينفي ملك من عداه وملك خصوص المدعي عما في يده ، والثالثة أنه ينفي

استحقاق المدعي شيئاً عليه . فجعل ذي اليد منكراً اما لاجل الجهة الاولى أو الثانية أو الثالثة .

لكن المعين هو الاخير ، لانه باعتباره صار مدعى عليه ، فيكون تسميته منكراً أيضاً من جهة ملاحظة ذلك ، اذ الشخص لا يكون مدعى عليه الا اذا كان المدعى به مربوطاً به حتى يكون استحقاق أحد له استحقاقاً عليه، ولذا لا يكون دعوى العين المطروحة دعوى على أحد ، فجعله انكار ذي اليد هي بعينها جهة لانكار في دعوى الدين منكر ، وهي نفى استحقاق المدعي .

فكما أن المدعى عليه في دعوى الدين منكر من جهة نفى استحقاق المدعي شيئاً عليه، فكذلك في دعوى العين منكر من جهة انكاره استحقاق المدعي شيئاً عليه ، لامن جهة كونه مدعياً لامر موافق الظاهر - أعني ملكية مافي يده - ولا من جهة كونه منكراً لملكية المدعي لما في يده ، وحينئذ فحلف ذي اليد انما يتحقق في الحقيقة بنفي الاستحقاق .

ومن الواضح أن الحلف عليه ليس أمره دائراً بين أمرين باطلين كحلف منكر الدين بعد قيام البينة على الاشتغال السابق ، لان عدم الاستحقاق الازلي ليس مكذباً لبينة المدعي على الملك السابق ، لانه لم يحدث في السابق حقاً على ذي اليد حتى يكون الحلف على عدم الاستحقاق الازلي مكذباً للبينة ، فانكاره بعد باق على حكمه الذي هو الحلف ، بخلاف حلف منكر الدين فانه باطل كما عرفت ، وهو معنى بطلان أثر الانكار وجعل وجوده كالعدم .

نعم لو علم أن العين في زمان الملك السابق كانت في يد ذي اليد التزامنا فيه بعدم الاحتياج الى الضميمة ، وان البينة حينئذ كافية في الميزان . نظير البينة على الاشتغال السابق، لان الملكية السابقة حينئذ سبب لثبوت حق للمدعي على

ذى اليد في الزمان السابق، فيكون مثل الاشتغال السابق، ولم يعلم قول الاصحاب بعدم كفاية البيئة على الملك السابق في مثل هذا الفرض .

فائدة

[الفرق بين شهادة البيئة بالملك السابق]

[و اقرار ذى اليد]

علل في القواعد الفرق بين شهادة البيئة بالملك السابق وبين اقرار ذى اليد ، بأن البيئة تخبر عن تخمين والاقرار اخبار عن تحقيق .

وهذا التعليل بظاهره عليل كما لا يخفى .

ويمكن توجيهه بما فيه بعض المنافاة لما ذكرنا في وجه الفرق ، وهو أن البيئة اخبارها يحتمل أن يكون مستنداً الى العلم بسبب الملك السابق وعلى العلم ببعض أمارات الملك كاليد . ومثل هذه لا تكون مطابقة للدعوى ، لانها على تقدير استنادها الى أماراة الملك السابق لم توجب بالفعل - أي في حال الدعوى - على المدعى عليه شيئاً ، فلا تكون منطبقة على الدعوى وهو الملك الفعلي ، وذلك لان وجود السبب في أحد الازمنة سبب ومقتض في جميع الازمنة الى أن يعلم المزيل .

ويكفي في الانطباق قيام البيئة على وجود المقتضي والسبب بالفعل ، لان الدعاوي كما تثبت بثبوت نفسها كذلك تثبت بثبوت سببها ، فلا فرق بين البيئة التي تشهد بالملك الفعلي وبين البيئة التي تشهد بمقتضى الملك - أي بوجود المقتضي فعلا في حال الدعوى ، فاذا كان حال البيئة مجملة لم تنفع ، فقوله « ان البيئة تخبر عن تخمين » اشارة الى أن البيئة لا يجب أن يكون مستند شهادتها العلم بالملك السابق عن سبب حتى تكون مطابقة للدعوى ، لاحتمال كون مستند العلم به عن أماراة شرعية فلا تكون منطبقة ، بخلاف الاقرار فانه من

الملزمات الشرعية سواء كان قبل الدعوى أو في حالها ، فيجري وجوده السابق مجرى السبب السابق في كونه مقتضياً للملك الفعلي .

فالفرق بين البينة والاقرار انما جاء من جهة كون الاقرار ولو سابقاً بمنزلة الاسباب التي مقتضاها الملك في جميع الازمنة ما لم يمنع المانع والمزيل ، بخلاف البينة فانها أعم من أن يكون مؤداها وجود الملك سابقاً عن سبب أو عن أمانة . فالأقرار بالملك السابق اقرار بما يقتضي المدعى به - أعني الملك الفعلي - ولو لم يكن علة له ، فيكون منطبقاً على دعوى المدعي ، اذ لا فرق في الانطباق بين أن يكون الميزان الشرعي قائماً بالمدعى به فعلاً عن الملك الفعلي أو بما يقتضيه شأناً لو لم يكن له مزيل في الواقع .

وعلى هذا الفرق ينبغي أن يفرق أيضاً بين شهادة البينة بنفس الاشتغال السابق أو بسببه كالقرض ، فينفع في الثاني دون الاول ، لان الاشتغال السابق غير منطبق على الدعوى وهو الاشتغال الفعلي ، بخلاف سبب الاشتغال كالقرض السابق ، فانه منطبق على الدعوى ، لان وجود سبب الشيء ومقتضيه في أحد الازمنة يقتضيه مطلقاً الى أن يحصل الرفع .

فالشهادة بالقرض السابق شهادة بالاشتغال الفعلي - أي يقتضيه فعلاً - ولو لم تكن شهادته بعلمته التامة ، بخلاف الشهادة بالاشتغال السابق والاشتغال في الحال كلاهما معلولان لعلّة ثالثة وهو القرض أو شيء آخر ، فلا ينطبق على الدعوى ، لان شرط الانطباق كون المشهود به عين المدعى به أو علمته التامة أو مقتضيه وسببه ، والاشتغال السابق ليس شيئاً من الثلاثة .

وهذا خلاف الطريقة التي سلكتها في الفرق بين الشهادة بالملك السابق أو بالاسباب كالنكاح والبيع ونحوهما ، فان مقتضى تلك الطريقة عدم الفرق بين

النكاح والزوجية أو بين القرض والاشتغال ، لان مناطها كان شيئاً موجوداً فيهما وهو كون المشهود به في السابق أمراً ملزماً على المدعى عليه .

الآن يقال : ان الشهادة بالزوجية أو بالاشتغال لا تكون الاعن سببهما ولو غالباً ، بخلاف الشهادة بالملك فانها غالباً مبنية على التخمين - أعني الاستناد الى الامارة - فلا تكون شهادة بالسبب ، ولذا لا تكفي في دعوى الملك الفعلي ولا أقل من الاحتمال .

والحاصل ان الشهادة بسبب المدعى به ولو في السابق شهادة به ، لان المدار في ثبوت الاشياء على ثبوت سببها ومقتضيها لاعلى ثبوت نفسها أو ثبوت علتها التامة ، فكل شهادة ترجع الى الشهادة بالسبب تسمع ولو تعلقت بالمسبب كالزوجية السابقة والاشتغال السابق ، اذ الزوجية والاشتغال لا يعلمان الا بسببهما ، فالشهادة بهما شهادة بسببهما اجمالاً ، فتسمع كالشهادة بسببهما تفصيلاً .

لا يقال : ما ذكرت من كفاية الشهادة بالسبب وانطباقها على المدعى بدون ضم الاستصحاب ممنوع ، لان المدعى به ان كان هو نفس وجود السبب من غير ضم سلامته عن المانع في الحال فدعواه دعوى غير ملزمة ، اذ لا يترتب عليه بعد ثبوته وجود المسبب فعلاً ، لان المسبب لا يتحقق الا بعد وجود السبب وسلامته عن المانع ، والمعلوم انما هو سلامته عنه في السابق دون اللاحق . ففي زمان الدعوى لا يترتب على وجوده السابق شيء لازم على المدعى عليه حتى يكون دعواه دعوى ملزمة ، وان كان المدعى به هو وجود المسبب مع عدم المانع فالبيئة غير مطابقة للدعوى كما لا يخفى .

لانا نقول : نحن نختار الاول ، أعني كون المدعى به هو وجود المسبب . قولك ان نفس وجوده أمر غير ملزم في الحال ، قلنا ممنوع لان عدم كونه ملزماً مبنياً على احتمال لو التفت اليه انقلب المنكر مدعياً مطالباً بالبيئة ، وهو احتمال

طرو المانع في الحال . وحيث أن هذه الدعوى التقديرية الثانية لاتجدي في حبس العين أو الدين ، لانها على فرض تحققها لاينفع في حبسهما بل عليه رد العين أو الدين مثلاً قبل اقامة البينة على المزيل الراجع للمسبب في الحال ، فلا جرم يلزم بالدفع الى أن يدعي المزيل ويقيم عليه البينة فيستردان قضاءً بوظيفة الدعوى الجديدة .

والظاهر أنه لاختلاف فيه أيضاً بين الاصحاب، يدل عليه ما ذكره في ميزان الدعاوي المسموعة وأنها لا بد أن تكون ملزمة وأنه لو ادعى الهبة بدون دعوى القبض لم تسمع، بل لا بد من ضم دعوى القبض، مع أن دعوى الهبة المقبوضة ليست الا دعوى سبب الملك .

ولو قيل : ان مرادهم دعوى القبض مع دعوى الملك الفعلي . فهو واضح الفساد ، لان دعوى القبض حينئذ تكون لاجية ، لان دعوى الملك الفعلي كافية في السماع . وقد صرح العلامة في هذا الباب بعد أن ذكر عدم كفاية البينة على الملك السابق : انه لو أقامها على الشراء من المدعى عليه في السابق كانت كافية . وبالجمله الظاهر من دعاوي الاسباب دعاوي مسموعة ولو لم يضم اليها دعوى عدم المزيل أو دعوى وجود المسبب فعلاً . نعم قد تقدم سابقاً أن الشهيد منع في محكي الدروس عن سماع دعوى البيع بدون دعوى عدم تحقق الفسخ . الا أن ذلك خلاف ظاهر بنائهم، اذ لولا ذلك لانسد باب الاشهاد على الاسباب كالبيع والصلح والقرض والنكاح ، وبطلانه ضروري .

فان قلت : الاشهاد على الاسباب انما هو لاجل كونه مفيداً في بعض الصور وهو ما اذا أنكر المدعي أصل وجود السبب ، بأن تقول الزوجة مثلاً : ان العقد لم يقع بيني وبين المدعي أصلاً . فان وجود السبب في مثل هذه الصورة يكون ملزماً ، حيث أن المنكر انما أنكر وجود المدعى به في الحال باعتبار انكاره

وجود السبب رأساً ، فبعد اثبات وجود السبب يبطل انكاره ، لانه معترف عدم وجود المزيل ، فأحد جزئي المدعى - وهو وجود السبب - ثبت بالبيئة والجزء الاخر - وهو عدم المزيل - بالتسالم والاقرار .

قلت : الاعتراف التقديري ليس اعترافاً ملزماً ، فلا بد في هذه الصورة أيضاً من القاء احتمال تجدد المزيل حتى تكون البيئة مطابقة للدعوى ، وهو وجود السبب مع سلامته في الحال عن المانع والمزيل .

فكما يجب القاء هذا الاحتمال في هذه الصورة لكونه راجعاً الى دعوى المزيل تقديراً ، فكذلك فيما اذا كان الانكار ناظراً الى وجود المسبب في الحال بأن يقول في دعوى الدين مثلاً ليس لك علي دين الان ، أو في دعوى النكاح لست أنا زوجتك ، فان الوجه فيهما واحد ، وهو كفاية البيئة على السبب في اثبات المسبب فعلاً .

فان قلت : على ما ذكرت يجب قبول البيئة على وجود السبب في الجملة ، فلو أقام المدعي بيئة على الشراء في السابق من زيد مثلاً لزم أن يكون ذلك كافياً في الانطباق ، ولا يلزم أن يكون السبب المدعى به هو الشراء من المدعى عليه خاصة ، لان الشراء حين وجوده كان علة للملك فعلاً ومقتضياً له في جميع الازمنة المستقبلية الى أن يعلم السبب الناقل ، فلا فرق بين البيئة على الشراء من المدعى عليه سابقاً أو من شخص آخر ، فما وجه الفرق بينهما كما ذكرت .

قلت : الشراء من زيد ليس سبباً واقعياً للملك الا مع البناء على ملك زيد البائع بمقتضى يده ، فالشهادة على الشراء منه شهادة تخمينية أيضاً ، لاحتمال استنادها في الشراء الى أمارة ملك البائع ، فلا تكون شهادة لوجود السبب الواقعي .

فان قلت : يندفع هذا الاحتمال بما لو صرح البينة بأن المدعي اشتراها من مالكة الواقعي ، فلا بد من القبول .

قلت : هذا أيضاً لا ينفع ، لانها حينئذ تنحل الى شهادتين : احدهما تحقيقية وهي الشهادة بالشراء ، والاخرى تخمينية وهي الشهادة بملكية البائع ، فتكون مثل الشهادة بالشراء من زيد مثلاً .

والحاصل ان البينة اذا لم تكن صريحة في السبب الواقعي لم تكن نافعة ، لان انكار المدعي حينئذ لا ينحصر وجهه في دعوى المزيل شأنه ، لاحتمال كون انكاره ناظرأ الى تكذيب ملك البائع الذي كانت الشهادة به تخمينية .

نعم لو شهدت البينة على سبب الملك السابق اجمالاً بأن يقول انه حصل في السابق سبب الملك للمدعي كانت مسموعة ، اذ لافرق بين السبب المطلق والمقيد في كون كل منهما مقتضياً للملك في جميع الازمنة .

الا أن يقال : ان مرجع الشهادة بالسبب المطلق الى الشهادة بالشراء من المالك الواقعي ، لان سبب الملك لا يرجع جميع مقدماته الى التحقيق ، بل يحتمل أن تكون الشهادة ببعض مقدماته - كملك البائع - راجعة الى التخمين وحينئذ لا يتمحض انكار المدعي في دعوى المزيل أو دعوى عدم مقدماته المبنية على التحقيق كنفس الايجاب والقبول ، لاحتمال أن يرجع الى نفي مقدماته التي يحتمل كون الشهادة بها تخمينية ، فلا يصير انكاره حينئذ باطلاً ، لان الشهادة المبنية على التخمين ليست شهادة بوجود المقتضي فعلاً ، لان الشهادة التخمينية شهادة بالمسبب لا بالسبب . مثلاً اذا شهدت بأن البائع كان مالكاً في حين البيع فهذه مثل الشهادة بأن المدعي كان مالكاً سابقاً .

ومن الواضح أن الشراء الصادر من البائع الذي شهد بكونه مالكاً شهادة في الحقيقة بأن المدعي كان مالكاً في السابق ، والمفروض أن ملك البائع الذي

وقع الشراء منه ليس مقتضياً وسبباً لمملك المدعى في الحال ، فلا تكون منطبقة لان شرط الانطباق أحد الامرين اما الشهادة بالملك أو بوجود سببه فعلا . والله العالم .

التقاط

[لو أقر المدعى عليه ان العين لغيره]

اذا ادعى عيناً في يد أخرى فقال المدعى عليه هو لفلان سقط عنه الخصومة، سواء كان المقر له غائباً كما في الشرائع وغيره . والمراد سقوط المخاصمة من حيث العين لامن حيث المالية ومن حيثيات أخرى كالولاية على الحفظ ونحوه .

وهل للمدعي احلافه لو ادعى عليه العلم بأن العين مال المدعي ، قولان مبنيان على أن الاقرار بعد الاقرار هل يوجب الغرم للمقر له الثاني للحيلولة أم لا . فان قيل بالاول - كما هو المشهور من بعد الشيخ ظاهراً - كان له الاحلاف وفائدته الغرم لو نكل عن الحلف بعد الرد الى المدعي أو بدونه ، وان قيل بالثاني ففي الشرائع أنه لايجب لعدم الفائدة حينئذ ، اذ لو أقر المدعى عليه بالعين للمدعي ثانياً لم يستفد شيئاً وانما يجاب الى الحلف اذا كان الاقرار مفيداً للفائدة .

لكن في المسالك أنه على هذا القول - أعني القول بأن الاقرار لغو - لا محل له ولا يوجب الغرامة : ان قلنا ان النكول واليمين المردودة كالبيئة فله التحليف، لانه قد ينكل فيحلف المدعي فاذا حلف وكانت العين تالفة أخذ القيمة وان قلنا انهما كالاقرار لم يحلفه ، لانه ان نكل وحلف المدعي لم يستفد شيئاً . وأورد عليه بعض مشائخنا قدس سره : أولاً بأن تقييد الحكم بتلف العين

لاوجه له ، بل يغرم ولو كانت باقية بناءً على كونه مثل البينة . وثانياً بأن النكول عن الحلف بمنزلة البينة على مصب الدعوى وهو العلم ، ولا يترتب على علم المدعى عليه واقاره شىء ، والمفروض أن اقراره بعد الاقرار لغيره لغو لا يوجب الغرامة .

والظاهر أنه لا ورود لشيء منهما :

(أما الاول) فلان مراد صاحب المسالك بتلف العين كونها في حكم التالف باعتبار الاقرار الاول للحيلولة لا التلف الحقيقي ، لان المسألة مفروضة في دعوى العين ، وهي صريحة في بقائها ، مضافاً الى أن مافي سائر كلماته من الصراحة بذلك . فارجع وتأمل .

فالمراد أن المدعى اذا حلف اليمين المردودة وقلنا بأنه بمنزلة البينة والمفروض أن العين باعتبار الاقرار الاول صارت بمنزلة التالف للحيلولة أخذاً بقيمته .

(وأما ثانياً) فلما مر في مسألة يمين نفي العلم من أنها اذا ردت الى المدعى حلف على الواقع لاعلى العلم ، لان دعوى العلم شرط لسماع دعوى المال في موارد اشتراط دعواه وليس نفس العلم مصب الدعوى في تلك الموارد . نعم يتجه هذا الكلام فيما اذا كان العلم موضوعاً وتكون الدعوى متوجهة اليه ، فان المدعى يحلف بعد الرد على نفس العلم حينئذ .

نعم يرد على صاحب المسالك ايراد آخر مضافاً الى ابتناء ما ذكره على كون النكول أو اليمين المردودة بمنزلة البينة حتى بالنسبة الى الثالث كما يصرح به العلامة في بعض كلماته ، وهو أن التحليف على هذا المبنى لا يخلو عن اشكال ، لان المدعى عليه اذا لم يترتب على اقراره شىء فلا فائدة في احلافه رجاءً لنكوله ، لان احتمال نكوله معارض باحتمال اقراره ثانياً أو حلفه ، وكل منهما

مقدور له ، خصوصاً الاقرار الذي لاينفع بحال المدعي ، فالتحليف في مثله لا طائل تحته .

ثم لو بنينا على سماع دعوى الحلف رجاءاً للنكول فلا بد من تعميم دائرة سماع الدعوى ، بأن يقال : ان ميزان سماعها هو مالو أقر المنكر بالمدعى به لنفع المدعي أو نكل عن الحلف لنفع المقر له .

هذا كله اذا علم بأن المقر له غير المدعي ، سواء كان معيناً بأن يقول هذه العين لفلان أو غير معين بأن يقول انها لغير المدعي ، وأما اذا كان الاقرار الاول على وجه يحتمل كونه للمدعي أيضاً بأن يقول أولاً انها ليست لي بل لغيري ، فالظاهر نفوذ الاقرار للمدعي ، اذ لا منافاة بين الاقرارين حينئذ ، فيجمع بينهما وينزع العين من يده أخذاً بالاقرار الثاني .

وفي مثله لا بد من الاجابة الى التحليف ، لانه لو أقر لنفع حتى في العين على القولين - أعني القول بنفوذ الاقرار بعد الاقرار والقول بعدم نفوذه كما عن الشيخ - لان الاقرار الثاني حينئذ ليس لغواً .

هذا ، وهل للمدعي احلافه على البت اذا ادعى عليه الغرامة تسبباً أو الحلف أيضاً على نفي العلم ، وجهان تقدمتا في مسألة مالو تداعيا عيناً في يد ثالث وأقر ذو اليد لاحدهما . كما تقدم قوة الوجه الثاني وفاقاً للفاضل في كشف اللثام .

فرع

[حكم ما يؤخذ غرامة]

لو ادعى أن العين وقف وتوليته لي فقال المنكر هي لفلان ثم أحلفه المدعي ونكل وقضينا بالنكول أو بعد الرد بالغرامة بناءً على مذهب المشهور من نفوذ الاقرار بعد الاقرار ، فما يأخذه غرامة يحتمل وجهين :

- أحدهما - أن تقوم مقام العين في الوقفية وتبذل على الموقوف عليهم .
والثاني - أن يشتري بها مثل العين الموقوفة ويجعل مكانه . والله العالم .

التقاط

[لو ادعى المالك الاعارة وذو اليد الاجارة]

إذا ادعى المالك على ذي اليد أنه أعاره العين وادعى هو أنه آجرها إياه ، فالقول هنا قول المالك لاصالة براءة ذمته عما يقتضيه الاجارة ، فلو أقام كل منهما بينة جرى فيه حكم تعارض بينة الداخل والخارج ، فيقدم قول الاجنبي ، لما ذكرنا على أظهر الوجوه .

ويدل عليه مضافاً الى ما عرفت ماروي عن أمير المؤمنين عليه السلام في الثوب يدعيه الرجل في يد رجل فيقول الذي هو في يده هو لك عندي رهن ويقول الآخر هو لي عندك وديعة . قال : القول قوله وعلى الذي في يده البينة أنه رهن عنده^(١) .

والوجه الثاني ماعن القواعد في باب الاختلاف في العقد وان البينتين يتعارضان فيجري فيه حكم تعارض البينتين . ووجه في محكي كشف اللثام بأن كلا منهما يدعي أمراً مخالفاً للاصل ، لان كلا من العارية والاجارة عقد مثل الآخر ثم اختار مارجحنا لما ذكرنا .

والوجه الثالث - وهو أردأ الوجوه - تقديم بينة المالك لكونه خارجاً نظراً الى كون الاجنبي ذا يد ، فان اليد كما ترجح ملك العين كذلك ترجح ملك المنفعة . ذكره في محكي كشف اللثام احتمالاً ، واستجوده بعض مشائخنا « قدّه » .

وليس بجيد ، لان اليد انما تجعل صاحبها منكرأ اذا لم يكن صاحبها معترفاً بعدم كونها يد ملك والا فلا أثر لليد، ولذا لا يسمع دعوى الاجارة أو الوديعة مع انكار المالك وادعاء غصبية ذي اليد .

هذا اذا كان مدعى الاجارة ذي اليد ، ولو انعكس - بأن ادعى المالك الاجارة وادعى الاجنبى الذي في يده العين العارية - فالحال أيضاً ما عرفت من أن القول قول من ينكر الاجارة وهو هنا الاجنبى .

والوجه هو الوجه، أعني الاصل دون اليد ، لان اليد هذه لاتجعل صاحبها منكرأ فيما وقع النزاع فيه ، أعني ملك المنفعة أو عدم ملكها ، وان كان الثاني - وهو أن يكون التداعي بين الاجنبيين كما اذا ادعى أحدهما أن مالك العين آجرها اياه سنة وادعى الآخر أنه أعاره اياها في تلك السنة - فالظاهر أن الاصل لايوافق أحدهما ، فلو أقاما البيئة عمل معامل تعارض البينتين .

وكيف ما كان فحيثما يحكم فيه بتعارض البينتين لزم التوقف بعد التساوي حتى في القرعة .

قال في محكي الكشف في الفرض الاول - أعني فرض التداعي بين المالك والاجنبى بعد الحكم بتعارض البينتين - ان الحكم فيه القرعة مع اليمين ، ومع نكولهما يقسمان المنفعة بحسب المدة أو بانقسام العين في تمام المدة . ويشكل ذلك فيما لو كان أحد العقدين غير ملزم بشيء كالعارية والوديعة ، فان تملك المنفعة حينئذ غير معلوم للاجنبى حتى تقسم بحسب الزمان . والله العالم .

التقاط

[فى دعوى اليد السابقة]

ولو ادعى عيناً في يد انسان وأقام بيينة انها كانت في يده أمس ، فان كان

المقصود من دعوى اليد السابقة الملك السابق المسبب عن اليد، فقد ظهر الحال فيه مما مر في المسألة السابقة من حيث اشتراط قبولها بضميمة قوله « لا أعلم مزبلا له » حتى تكون منطبقة مع الدعوى، وهو الملك الحالي وعدم الاشتراط. وان كان المقصود من هذه الدعوى انقلاب الدعوى وصيرورة ذي اليد مدعياً - كما قد يتفق كثيراً - فالظاهر القبول من غير الضميمة .

والفرق هو أن الملك السابق لا يلزم شيئاً على المدعى عليه في الزمن السابق ولا يرجع الى الشهادة بالسبب والمقتضى أيضاً، فلا تسمع البيئة عليه، بخلاف اليد السابقة فانها في ذلك الزمان يوجب علواً وتفوقاً على المدعي الخارج فتسمع البيئة بها ، لان الانطباق يحصل بمجرد وجود شيء ملتزم في السابق وعدم وجود مزيل له عند الحاكم . وهذا ليس قضاء بالاستصحاب كما مر .

ويمكن المناقشة فيه بما مر أيضاً من أن المناطق في انطباق البيئة للدعوى - وهي ثبوت الملك الفعلي - قيامها على نفس المسبب فعلا وهو الملك ، أو على وجود سببه ومقتضيه فعلا وان احتاج الى الاستصحاب - أعني أصالة عدم المانع في الحكم بوجود المسبب - كما مر تفصيله . فليس الامر هنا كذلك لان اليد السابقة ليست سبباً ومقتضية للملك الفعلي أو ليد الحالية حتى يكون وجودها السابق عند الحاكم منطبقاً للمدعى به ، أعني الملك الفعلي . والله العالم .

التقاط

[التعارض بين الاستصحاب واليد]

إذا ادعى على انسان عيناً في يده وأقام البيئة على الملك السابق مع ضميمة قولها « ولا أعلم له مزبلا » فهنا يقع التعارض بين الاستصحاب واليد ، فان

قلنا بتقديم اليد لم تسمع البينة ، وان قلنا بتقديم الاستصحاب قضى بتلك البينة وانتزعت العين من يده ولا يلتفت الى يده بعد ثبوت كون العين ملكاً للمدعي في الامس مثلاً . ومعناه أن الاستصحاب يقدم على اليد في مقام الحكومة ولا يلزمه أن يكون مقدماً في مقام العمل أيضاً حتى فيما لا تعارض ولا تخاصم هنا .

توضيح المقام : هو أن المعارضة بين اليد والاستصحاب يكون في صور ، لان معارضة اليد مع الاستصحاب قد يكون مع وجود المعارض والمنازع ، وقد يكون بدون المعارض أعني الخصم ، فان كان في غير مقام المعارضة - بأن وجد عين في يد شخص من غير ظهور خصم يدعيها - فهذا مقام العمل خاصة ، ولا ريب في أن اليد حينئذ مقدمة على الاستصحاب مطلقاً ، بمعنى أن أصالة عدم كون ذي اليد مالكاً أو أصالة بقاء ملك الغير ، وكذا غيرهما من الاصول المنافية لظاهر اليد غير ملتفت اليها .

فلو علم أنها كانت سابقاً لغيره لم يقدح ذلك في ترتيب آثار الملك على مافي اليد ، سواء كان ذلك الغير معلوماً أو مجهولاً ، كما هو كذلك في الغالب اذ الغالب أن مافي الايدي كان مملوكاً لغير ذي اليد بل الامر كذلك مطلقاً ، الا في بعض الصور النادرة ، كما اذا احتل ملك ذي اليد بمثل الحيابة من الاسباب الطارئة على المباحات الاصلية .

وبالجملة لا اشكال في جواز العمل على طبق اليد عند عدم المعارضة ، سواء كان معارضاً باستصحاب أم لا ، بل لو أقر ذو اليد بأنها كانت لغيره اولا لم يقدح أيضاً في جواز العمل على طبق اليد مالم يعارضه معارض . لكن يشترط ذلك بأن يكون ذو اليد مظهراً لقول أو فعل يدل على ملكه ، بأن يرى نفسه مالكاً ويعلم ذلك من فعله أو قوله أو بعض أحواله ، فلو كان يسد مجردة عن ذلك أشكل البناء على ملكية مافيها مع معارضة الاستصحاب ، فلو مات دلال وفي يده أموال

الناس لم يحكم بعد موته بملكية تلك التي علمنا بأنه من الناس له ولو احتملنا انتقالها اليه قبل موته .

ويمكن توجيه ذلك مضافاً الى ظاهر القوم وبناء العرف أن الوارد في أدلة اليد - خصوصاً في رواية فدك التي هي أعظمها - كون اليد التي هي أمانة على الملك هي ما كانت مقرونة بالملك العرفي والسلطنة والقهر العرفيين لا مجرد اليد الصورية ، ولذا يسمون يد اللقيط على مافي جوانبه باليد الحكيمة .

ومن الواضح أن صاحب اليد اذا لم يستشعر منه دعواه ملكية مافي يسهه - كما اذا كان مبيناً - لم تكن يده من تلك اليد المشار اليها ، أعني المقرون بالملك والظاهر العرفيين اللذين يلزمها دعوى الملكية. وبالجمله الحكم بالملك هنا لو لم يكن ممنوعاً فلا أقل من كونه مشكلاً محل تأمل .

نعم قديقال بدلالة خبر حفص الوارد في جواز الشهادة بالملك لاجل اليد^(١)، مستدلاً بجواز الشراء من ذي اليد على أن مجرد اليد دليل على الملك ولو لم يكن معه ادعاء من صاحبها، اذ ليس فيه ما يوجب تقييد اليد بما اذا كان معه تملك عرفي وسلطنة عرفية ، كما في رواية فدك^(٢) حيث أنها تدل على عدم مطالبة البينة على الناس فيما يملكون ، أي فيما يتسلطون . نظير الرواية الواردة في متاع البيت من أن كلا من الزوج والزوجة اذا كان مستولياً على شيء من متاع البيت فهو له^(٣) ، فرواية حفص باطلاقها تدل على أن مجرد اليد دليل على الملك ولو لم يصدر من ذي اليد ادعاء الملكية قولاً أو فعلاً أو حالاً .

لكن يمكن الجواب عنها بتنزيلها على الغالب ، اذ الغالب ادعاء الانسان

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم ح ٣ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم ح ٣ و ٢ .

(٣) الوسائل ج ١٧ ب ٨ من ابواب ميراث الازواج .

ملكية مافي يده ، فلا دلالة فيها أيضاً على أن مجرد اليد بدون الادعاء دليل على الملك .

ولو سلم شموله لغير صورة الادعاء فلا نسلم شموله لما نحن فيه - أعني ما اذا علم بملكية مافي اليد لغير ذي اليد معيناً - وذلك لان حفص بعد ما قال له الامام انه يجوز الشهادة بالملك لليد .

فان قلت : لعله لغيره ، وهذا السؤال لا ينطبق على مورد علم تفصيلاً بأنه كان لغيره العين : أما أولاً فلان الاحتمال المنافي للحالة السابقة خلاف ظاهر لعل ، لانه ظاهر في ابداء تحت الاحتمال الذي ليس عليه أمانة . وأما ثانياً فلان المتبادر من الغير الغير المعين دون المعين ، وكلامنا فيما لو علم بأن مافي اليد كان ملكاً للعين .

فان قلت : تسقط الرواية حينئذ عن الدلالة على حجية اليد في صورة العلم سبق الملك المعين حتى مع الادعاء مع انك بنيت على اعتبار مافيها .

قلت : لاضير في خروج هذه الصورة عن تحت هذه الرواية ، لان حجية اليد فيها مع عدم المعارض والمنازع تستفاد من سائر الروايات كرواية فذك ورواية الاستيلاء الواردة في الزوجين .

فان قلت : يمكن الاستدلال بهما حينئذ على اعتبار اليد في هذه الصورة ولو بدون الادعاء .

قلت : قد عرفت أن الاستيلاء والتملك المذكور في رواية فذك لا يصدقان بدون أن يكون ذو اليد مدعياً ، لان التملك والتسلط العرفي يعتبر فيهما ادعاء الملكية قولاً أو فعلاً كالتصرف أو حالاً .

فتلخص مما ذكرنا أن رواية فذك ورواية الاستيلاء يشملان صورة سبق العلم بكون مافي اليد ملكاً لمعين لكنهما غير شاملين لصورة عدم الادعاء ، ورواية

حفص شاملة لصورة عدم الادعاء لكنها غير شاملة لصورة العلم بسبق الملك لغير ذي اليد معيناً ، ففي صورة سبق العلم مع عدم الادعاء سبق الحكم بالملكية بمجرد اليد محل اشكال وتأمل . فتدبر .

وان كان على صورة المعارضة فهي على قسمين :

أحدهما : ما كان ذو اليد فيه منكراً ، وذلك كما اذا كان المدعي غير الشخص الذي كان العين أولاً ملكه ، فان اليد حينئذ وان كانت معارضة بالاستصحاب أيضاً الا أن المدعي فرض كونه غير ذلك الشخص لم يخرج ذو اليد عن كونه منكراً .

والثاني : ان العلم بخلافه وأنه ليس متلقاة من ذلك بل كانت مرددة بين كونها عادية أو محقة ، ومنه صورة الشك في مبدئها .

(أما القسم الاول منهما) فالظاهر أنه لا اشكال في عدم الاعتبار باليد حينئذ وان المحكم هو الاستصحاب ، وذلك لان وجه اعتبار الشارع لليد ليس حمل تصرف المسلم أو سلطنته الحسية على الصحة ، ولذا يلتزمون بأحكام اليد من الملك وغيره في موضع ليس فيه شيء من التصرف والسلطنة الحسية ، فيحكمون بأن مافي جوانب اللقيط وحواليه ملكه مع عدم أهلية التصرف والسلطنة ، بل الوجه هو غلبة التلازم بين اليد والملك في الخارج .

ولذا قلنا مراراً ان اليد من الامارات العرفية اعتبار الشارع لها عبارة عن امضائها على ماهي عليها عند العرف ، فاذا كان وجه اعتبارها الغلبة وعلمنا في موضع بأن اليد الفلانية خارجة عن الافراد الغالبة وداخلة في الايدي النادرة - أعني الغير المالكة - فحكمه يبقى حينئذ على حاله الى أن يعلم مايدل على الملك .

وهذا نظير استصحاب الحكم المخصص الخارج عن حكم العام بدليل ،

فان اليد التي كان بدوها عارية ليست أمانة على الملك عند العرف ، فهي من الافراد النادرة ، فاذا لم تكن من الافراد الغالبة فوجودها عند الشك في تجدد الملك كعدمه ، فيجري عليها مايجري على الشك عند عدم اليد رأساً ، فكان الاستصحاب في هذه سليماً عن المعارض .

(وأما القسم الثاني) - أعني مالم يعلم بكونها عارية ونحوها واحتمل كونها عارية واحتمل كونها مالكة - ففيه أيضاً صور : لان ذا اليد اما مقر بالملك السابق للمدعي أم لا ، وعلى الثاني فاما أن الحاكم عالم بأنه كان ملكاً للمدعي سابقاً أم لا .

أما صورة الاقرار فالظاهر أيضاً عدم الاشكال كما عليه ظاهر الاكثر في عدم الاعتبار باليد وأنه ينزع العين منه وتسلم الى المدعي ، مع أنه لاتنافي بين الاقرار بالملك السابق واليد الحالية ، فلو كان الاستصحاب في مقابل اليد ملغى كان اللازم تقديم جانب ذي اليد المقر أيضاً لعدم التنافي .

فيظهر من بنائهم هنا أن اليد في صورة المعارضة لاتعارض استصحاب ملك المدعي وأن الاستصحاب مقدم عليها ، وانما يكون الامر بالعكس بالنسبة الى استصحاب عدم ملك ذي اليد أو استصحاب ملك الغير اذا كان المدعي محكوماً بعدم كونه مالكا ، كما اذا كان المالك معلوماً أو مجهولاً وكان المدعي شخصاً آخر جار في حقه أصالة عدم الملك لابلنسبة الى استصحاب ملك المدعي ، كما اذا فرض كون العين ملكاً له سابقاً .

والحاصل ان الظاهر أنه لاعبرة باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي ، بل الظاهر الاشكال في حكومة صرف اليد على الاستصحاب مطلقاً حتى في غير صورة المعارضة مالم يكن ذو اليد مدعياً لملكية ما في يده أو متصرفاً كما عرفت

فالامر الثابت من أدلة اليد انما هو اعتبار دعوى ذي اليد قولاً أو فعلاً أو حالاً في غير صورة المعارضة والمخاصمة ، وأما ماعداه ففي غاية الاشكال .

والظاهر أيضاً أنه لاخلاف معتد به فيما قلنا - أعني عدم الاعتبار باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي . يدل على ذلك ما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز الشهادة بالملك اعتماداً على الاستصحاب ، اذ قد عرفت في المسألة المتقدمة - أعني مسألة تعارض الملك القديم والاقدم - المفروغية عن قبول الشهادة بالملك القديم مع ضمنية قول الشاهد « لأعلم مزيلاً » ، وان الخلاف انما كان في الشهادة بالملك السابق مجرداً عن الضمنية ، وان ظاهر المحقق وغيره سماع الشهادة المجردة أيضاً ، فكيف عن صورة الضمنية أو صورة الشهادة بالملك الفعلي اتكالا على الحالة السابقة .

ودعوى ان الكلام في تلك المسألة كان مفروضاً في تعارض بينة المخارجين ولا تعارض فيه بين اليد وبين الاستصحاب كما لا يخفى . مدفوعة باطلاق كلماتهم في تلك المسألة حيث أن المحقق في الشرائع وغيره ذكرها على نحو الاطلاق الشامل لصورة المدعي والمنكر .

وقد صرح الشهيد في القواعد بأن المعتبر في الشهادة علم الشاهد بالمشهود به في زمان التحمل لافي زمان الاداء . وهذا صريح في جواز الشهادة بالاستصحاب خصوصاً بعد ملاحظة ما ذكره بعد ذلك ، حيث استثنى عنه موارد لا ينفك العلم بها في زمان عن العلم به في زمان آخر كالنسب فقال انه يعتبر فيه العلم بالمشهود به في زمان الاداء أيضاً ، ثم قال في الوقف انه لو قيل بجواز بيعه كان كالاول ، أي مما يكفي فيه العلم في زمان التحمل خاصة وان قيل بعدم جواز بيعه كان كالثاني - أعني النسب .

والظاهر أن ذلك - أي جواز الشهادة بالاستصحاب في صورة التنازع -

من المسلمات بين الفقهاء ، فلا وجه لوسوسة صاحب الكفاية تبعاً للمقدس الاردبيلي في ذلك حتى استشكل في نفوذ الاقرار بالملك السابق أيضاً .

[اليد لاتعارض الشهادة بمقتضى الاستصحاب]

ودعوى ان جواز الشهادة بمقتضى الاستصحاب مقصور على مثل العقود والديون ونحوهما مما لا يعارضه فيه يد فعلية. مخالفة لظاهر الكل وصريح الجدل كما لا يخفى على المتتبع الخبير .

فاذا جازت الشهادة بالاستصحاب بطل اعتبار اليد في مقابله ، اذ لا معنى للجواز مع حكومة اليد على الاستصحاب ، اذ لا يرد بالجواز هنا الا المضي ، والا فمن الواضح أن الشهادة بكل أمانة شرعية أو عرفية جائزة تكليفاً ، بمعنى أنه لا يتم على الشاهد مع عدم ابراز الاخبار والشهادة بصورة الجزم المؤدي الى الكذب والتدليس .

فما في الوسائل من حمل الاخبار الدالة على جواز الشهادة بالاستصحاب على صرف الاباحة جاعلا له أحد وجوه الجمع بينها وبين ما دل على دلالة اليد على الملك كما يأتي انشاء الله تعالى^(١) . لعله ليس على ما ينبغي .

نعم ظاهر الاخبار حكومة اليد على الاستصحاب لاطلاقها من حيث كون اليد معارضاً باستصحاب ملك المدعي وعدمه ، الا أن يحمل على مقام العمل دون المرافعة والخصومة. وهو في غاية القرب والوجاهة ولو بعد ملاحظة بناء الاصحاب على جواز الشهادة بالملك السابق مع ضمنية « لا أعلم مزيلا » لكن مع مراعاة الشرط المذكور - أعني كون ذا اليد ذا ادعاء قولاً أو فعلاً أو حالاً وحينئذ تكون حكومة اليد على الاستصحاب مقصورة على صورة ادعاء ذي اليد

مع عدم معارضة ادعائه بادعاء آخر ، فلو تجردت اليد عن الادعاء فلا عبرة به على اشكال كما سبق .

وأما لو ادعى وكان ادعاؤه معارضاً بادعاء آخر فليُنظر فان كان المدعي هو الذي كان مالكاً سابقاً قدم الاستصحاب على اليد ، وان كان غيره كان اليد أيضاً مقدماً لانه لامعارض لها حينئذ سوى أصالة عدم مالكية ذي اليد نفسه .

وقد عرفت أن اليد مع ضمنية الادعاء - أي ادعاء ذي اليد - حاكمة على أصالة عدم مالكية نفسه مطلقاً ، وأما بالنسبة الى أصالة بقاء الملك غير المدعى فهي وان لم تكن مقدمة عليه الا أن هذا الاستصحاب لما لم يكن ملزماً لشيء للمدعي على المدعى عليه كان وجوده في تلك الدعوى كعدمه ، فلا يلتفت اليه الحاكم حتى يحكم بعدم اعتبار اليد لاجله ، لان الحاكم وظيفته الاقتصار في العدول عما تقتضيه الاصول والظواهر على ماهو ميزان للقضاء ، بأن يكون نافعاً للمحكوم عليه .

ومما يدل على ما ذكرنا من عدم الاعتبار باليد في مقابل استصحاب ملك المدعي ، رواية منصور المتقدمة^(١) الواردة في تعارض بينة الداخل والخارج وغيرها من روايات أخر مشتملة على جواز الشهادة بموجب الاستصحاب .

وجه رواية منصور على ذلك : ان بينة المدعي في تلك الرواية كانت شهادة بأن الدابة أنتجها المدعي ولم يهب ولم يبع . ومن الواضح أن المقصود بالهبة والبيع مطلق أسباب النقل ، والشهادة على عدم النقل لا تكون الا تعويلاً على استصحاب عدم الناقل .

ونحوها في الدلالة رواية معاوية بن وهب قلت لابي عبد الله عليه السلام : الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويُدع فيها عياله ثم يأتيها هلاكه ونحن لا ندري

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٤ .

مأحدث في داره ولا ندري ماأحدث له من الولد الا أننا لانعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولا حدث له ولد ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان لفلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد على هذا . قال : نعم . قلت : الرجل يكون له العبد والامة فيقول أبق عبدي أو أبقت أمتي فيؤخذ في البلد فيكلفه القاضي البيئة ان هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه أنشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً . فقال عليه السلام : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به^(١) .

دلت بصدرها وذيلها على جواز الشهادة بالملك مع احتمال حدوث الناقل وذيلها - وهو قوله « لم تشهد » - أظهر ، لانه وقع موقع الاستفهام الانكاري، فيجري مجرى قوله عليه السلام في رواية حفص « ولولا ذلك لما قام للمسلمين سوق » .

والعجب أنه يحتمل بعض معارضة ذيلها لصدرها ، بحسبان أن قوله « لم تشهد » نفى بمنزلة النهي ، وهو مع وضوح فساده بل غلطيته بحسب العبارة ، لعدم وجه للتعبير عن لانشهد بلم تشهد . مدفوع بملاحظة تعليق الحكم على المرء المسلم أو اضافة الغلام اليه ، فانهما يبيان عن النهي عن الشهادة ، كما لا يخفى على من له أدنى دراية بمعاني الكلام .

وربما يدل على المدعى أيضاً ماورد في تنازع أقرباء المرأة مع أبيها بعد موتها في الاشياء التي جاءت بها من بيت أبيها من تقديم قول الاب^(٢) ، حيث

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٧ من ابواب الشهادات ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٧ ب ٨ من ابواب ميراث الازواج ح ١ .

أنها صريحة في الاخذ بالحالة السابقة مع احتمال انتقال الاشياء اليها هبة ونحوها
وكون المرأة ذات يد عليها .

فان قلت : اذا جازت الشهادة بمقتضى الاستصحاب لغى اليد في مقابله ،
ولازمه عدم ترتب آثار الملك في صورة غير المعارضة والمنازعة أيضاً .
قلت : هذه الصورة يعلم حكمها بالسيرة الجارية بين المسلمين ، فتكون
هي المقصود والمراد في أخبار اليد ، ففي غيرها لا بد من العمل بموجب
الاستصحاب .

[اليد المجردة عن التصرف والادعاء مقابل الاستصحاب]

ومن هنا ربما يشكل فيما ذكرنا آنفاً من عدم العبرة باليد المجردة عن
التصرف والادعاء في مقابل الاستصحاب ، لان قضية ما استثناه من الصورة بحكم
السيرة أن يقال : ان نزاع المنازع شرط في حجية الاستصحاب ، فلو نازع
أحد مع ذي اليد كان الاستصحاب حجة عليه، لتعارض دعواه مع دعوى المدعي
فيمحض المعارضة بين مجرد اليد والاستصحاب، فيقدم الاستصحاب، للاجماع
ظاهراً على جواز العمل بالاستصحاب في مقابل اليد ، وجواز الشهادة بموجبه
في صورة وجود المنازع ، وان لم ينازع أحد لم يجز العمل بالاستصحاب بل
يجب الحكم بالملك لاجل اليد .

وهو من غرائب الكلام ، لان النزاع غاية تأثيره معارضة دعوى ذي اليد
مع دعوى خصم المنازع وملخص المعارضة بين مجرد اليد والاستصحاب ،
وهذا موجود أيضاً في صورة عدم ادعاء ذي اليد بشيء من وجوه الادعاء ، فلا
معنى لتقديم الاستصحاب على اليد مع المنازع وعدمه بدونه مع عدم الادعاء .
الا أن يقال : ان دعوى المنازع كما يبطل أثر ادعائه كذلك يبطل أثر يده،

فيكون الاستصحاب سليماً ، ففي صورة عدم المنازع يتمحض المعارضة بين صرف اليد والاستصحاب ، فيمكن القول حينئذ بتقديم جانب اليد وعدم الاعتماد بالاستصحاب .

وفي كلام العلامة في محكي المختلف بعض الاشارة الى هذا المقام كما سننقل انشاء الله تعالى .

ومن جميع ما ذكرنا في صورة اقرار ذي اليد للمدعي ظهر حكم صورة عدم الاقرار ، فان المدعي اما أن يقيم البيئة على الملك الفعلي ولو بالتعويل على الاستصحاب ، بأن يقول « انه كان ملكه أمس مثلاً ولا أعلم له مزيلاً » وأما أن لا يقيم ، فان أقام البيئة أنتزعت العين من ذي اليد ولا يلتفت الى يده لتقدم الاستصحاب عليه كما عرفت في صورة المنازع .

وان لم يقم فان كان الحاكم عالماً بأنها كانت ملكاً للمدعي سابقاً ففي قضائه حينئذ بعلمه اشكال : من تقدم الاستصحاب على اليد كما عرفت ، ومن أن الملك السابق ليس أمراً ملزماً على المدعى عليه كما سبق في مسألة تعارض القديم والاقدم ، فلا وجه لقضائه عليه بعد أن لم يكن علمه متعلقاً بأمر ملزم الا بعد الاستصحاب الذي ليس من موازين القضاء كما سبق .

ولعل الثاني أظهر ، بناءً على ما مر من أن الثابت عند الحاكم لا بد أن يكون ملزماً بنفسه على المدعى عليه من غير ضمنية استصحاب الحاكم ولو في الزمن السابق ، فعلمه بما ليس بملزم الا به ليس علماً بالميزان .

نعم قد يقال : انه ينبغي أن يطالب البيئة من ذي اليد ، لعدم العبرة بيده في مقابل الاستصحاب وان لم يصلح الاستصحاب ميزاناً للقضاء ، فان ابطاله أثر اليد لامانع منه ولا بعد بالتزامه .

الا أن يقال : بأن استصحاب الحاكم غير مؤثر مطلقاً لافي القضاء ولا في

انقلاب المنكر مدعياً ، لان الانقلاب بالاخرة يرجع الى القضاء بالاستصحاب ولو في بعض الاحوال ، وهو صورة عدم اقامة ذي اليد البينة .
 بقي شيء ، وهو أن سائر الاحكام العملية غير القضاء هل يترتب على اليد في حال المنازعة أو يقدم الاستصحاب عليها في مقام العمل أيضاً ، والظاهر الاخير لما مر .

تلخيص

(فيه توضيح لما ابسطنا)

وهو أن اليد اما أن لاتكون معارضة باستصحاب ملك أحد معين أو غير معين ، أو يكون :

فعلى الاول تكون دليلاً على الملك مطلقاً ، فيترتب عليها جميع أحكام الملك حتى الشهادة عند القائلين بجواز الشهادة بالملك لاجل اليد ، من غير فرق بين صورة تصرف ذي اليد أو ادعائه للملكية وعدمها ، ولابين وجود المنازع وعدمه لكونهما دليلاً على الملك في مقابل أصالة عدم الملكية صاحبها .

وعلى الثاني فاما أن لاينازعه أحد أو ينازع : وعلى الاول يقدم اليد على الاستصحاب في جميع الاحكام مع التصرف أو الادعاء وبدونها على اشكال سبق . وعلى الثاني فاما أن يكون ذو اليد منكرأ - بأن يكون المنازع غير من علم بكون العين ملكه سابقاً - أو يكون مدعياً : وعلى الاول يقدم اليد على الاستصحاب أيضاً في جميع الاحكام حتى في أحكام القضاء سواء كان ذلك الغير معلوماً أو مجهولاً . وعلى الثاني فاما أن يكون ذو اليد مقرأ بملكه سابقاً أم لا : وعلى الاول لاعبرة باليد مطلقاً ، وعلى الثاني فان أقام المدعي بينة على الملك

السابق فكذلك ، والا ففي قضاء الحاكم بعلمه بالملك السابق اشكال عرفته .
والله العالم بحقائق الاحكام .

[الشهادة على الملك باستناد العلم السابق]

ولنختم الكلام بذكر مسألة ذكرها في محكي المختلف فان فيها بعض التأييد لما فصلنا ، قال قدس سره : مسألة قال أبو الصلاح : واذا كان الشاهد عالماً بتملك غيره داراً أو أرضاً أو غير ذلك ثم رأى غيره متصرفاً فيها من غير منازعة من الاول ولا علم باذن ولا مقتضى لابطاح التصرف من اجارة أو غير ذلك لم يجوز له أن يشهد بملكها لواحد منهما حتى يعلم ما يقتضي ذلك في المستقبل .

وليس بجيد ، لان العلم السابق يستصحب حكمه الى أن يثبت المزيل ، والتصرف مع السكوت لا يدل على الخروج عن الملكية ، بخلاف ما لو شاهد غيره متصرفاً بغير منازع ولم يعرف سبق الملك لاحد عليه ، فان جماعة من أصحابنا جوزوا له أن يشهد بالملك المطلق ، أما مع سبق العلم بالملك المعين فلا . قال : واذا غاب العبد أو الامة عن مالكه لم يجوز له أن يشهد ما كان يعلمه من تملكه لهما ، الا أن يعلم غيبته لابق أو اذن المالك .

وليس بجيد كالاول . نعم ان اعترضه شك في بقاء الملك لم يجوز له أن يشهد بأنه الان ملكه بل انه كان ملكه في الزمان الماضي وكان مقصوده ذلك ، وحينئذ يصح ما قاله « ره » - انتهى كلامه وسع الله مقامه .

ولقد أجاد بإفادته حقائق :

(منها) خروج اليد المعارضة باستصحاب ملك أحد معين عن مورد جواز الشهادة بالملك لاجلها . ومن الواضح خروجها حينئذ عن جميع الاحكام المترتب

على اليد من الشراء وغيره ، لثبوت الملازمة بينهما بحكم رواية حفص^(١) ، حيث استدل فيها الامام عليه السلام بجواز الشراء على جواز الشهادة ، فصارت الملازمة بين الشهادة والشراء وغيرهما من الاحكام أصلاً حتى يثبت التفكيك من الخارج كما ثبت في البينة، فان الشراء وغيره من آثار الملك المترتب عليها قولاً واحداً ، بخلاف الشهادة كذلك أو على المشهور .

(ومنها) الفرق في دلالة اليد على الملك بين ادعاء ذي اليد وعدمه وبين وجود المنازع وعدمه وبين معارضته بالاستصحاب وعدمه ، وهي الامور التي فصلنا الكلام فيها .

(ومنها) جواز الشهادة بموجب الاستصحاب ان لم يعرض له شك في البقاء ، أعني التزلزل والتحير الذي لا يكون الا مع قيام أمانة عرفية أو شرعية على خلاف الحالة السابقة وعدم الجواز مع عروض الشك . وليس المراد مطلق الشك، بل التحير الذي ليس ببناء العرف على الاغماض عنه بمجرد صرف الحالة السابقة ، كما هو الظاهر بعد تأمل ما في كلامه .

قال في الوسائل بعد ذكر أخبار اليد ورواية حفص وغيرها ما هذا لفظه : ولا ينافي هذا ما يأتي في باب الشهادات من جواز الشهادة بالاستصحاب ، لان المفروض هناك عدم دعوى التصرف الملكية، على أنه لامنافاة بين جواز الشهادة وبين عدم قبولها لمعارضة ما هو أقوى منها ولا بين جوازها وعدم وجوب القضاء قبلها - انتهى كلامه رفع مقامه^(٢) .

وفي كلامه نظرات لاتخفى على المتأمل ، وان كان في اشتراط دعوى المتصرف في دلالة اليد بعض التأييد لما قلنا . والله العالم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١٥ .

القول فى التداعى فى العقود

التقاط

[التنازع فى العقد المتسالم على وقوعه]

قد سبق فى التداعى فى الاملاك أن الاصل فى القضاء أن يكون أولاً بالبينة ومع تعذرها - بأن يكون نسبتها الى كل من المتداعيين بالسوية - فالقرعة مع اليمين ، ومع تعذرها - بأن نكل الآخر عن اليمين بعدد من خرجت باسمه عنها - فالتنصيب ، ومع تعذره - بأن لا يكون قابلاً له كالزوجة - فبالقرعة المجردة على أحد الاحتمالات كما امر .

إذا عرفت هذا فاعرف أنه إذا تنازعا فى العقد المتسالم على وقوعه ، فهذا يتصور على وجهين :

(أحدهما) أن يكون المقصود من النزاع فى العقد عوضاً أو معوضاً صرف التوصل الى النتيجة، أعني المسبب ، كما إذا قال المالك « آجرتك بدرهمين » وقال المستأجر « بل بدرهم » .

(الثاني) أن يكون الغرض سوى النتيجة، بأن يكون الغرض حكماً وضعياً

ثابتاً للعقد ، كأن يقول المستأجر « أجررتني بدرهمين » ويقول المالك « بل بدرهم » ، وذلك في مواضع : مثل أن يكون مقصود المستأجر اثبات الغبن فيفسخ المعاملة ، ومثل أن يكون النزاع بعد الفسخ مع تسليم العوض فتأمل ، ومثل أن يقول المشتري « اشتريت بألف » ويقول الشفيع « بل بمائة » .

وبالجملة سواء كان مدعي الزيادة هو المالك أو المستأجر أو البائع أو المشتري أو الاجنبي كالشفيع ، فان الغرض من هذه الدعوى في هذه الصور ونظائرها ليس المال واشتغال الذمة وعدمه ، بل الغرض حكم وضعي غير ثابت لنفس العقد .

فان كان الغرض هو الاشتغال فلا ريب ، كما أشرنا اليه أن ذكر العقد حينئذ مجرد توطئة لا يكون منشئاً لملاحظة التداعي في نفسه ، بل لابد حينئذ من النظر في الاشتغال وتقديم قول كل من يوافق قوله الاصل أو تقديم بينته .

وعن الشيخ القول بالتحالف . ولا وجه له كما تقدم ، لان ذكر العقد في هذا الغرض توطئة لدعوى اشتغال الزائد ، فلا بد من ملاحظة الدعويين في النتيجة لافي العقد حتى يكون كل منهما مدعياً فيجري فيه التحالف .

وان كان الثاني - وهو أن يكون للعقد جهة موضوعية بأن يكون الغرض ثابتاً في نفس العقد كما في الصور المفروضة - فهنا يحكم بالتداعي والتحالف مع عدم البينة وبتعارض البينتين مع التساوي والقرعة .

لكن المحكي عن الحلبي والاكثر تقديم قول المستأجر مع عدم البينة وترجيح بينة المؤجر مطلقاً لكونه من باب المدعي والمنكر . وهو جيد في القسم الاول لافي هذا القسم الذي فرضنا تعلق الغرض فيه بنفس العقد .

ويمكن تنزيل اطلاق كلامهم على الغالب ، اذ الغالب في التداعي في الاجارة بعد التسالم على المنفعة في المدة المعينة كون المالك مدعياً لزيادة الاجرة ،

فيكون مدعياً حينئذ لكونه من القسم الاول ، فيتجه تقديم بينته وكذا تقديم قول المستأجر مع عدم البينة .

[الفرق بين المقام وما سبق من حكم المتداعيين]

هذا، واعلم أن التداعي في الاملاك مقتضى القاعدة فيها بعد تعارض البينتين القرعة دون التحالف كما أشرنا اليه هنا وأوضحناه فيما سبق ، ومقتضى القاعدة في المقام خلافه ، أعني التحالف .

والفرق هو أن كلا من المتداعيين فيما نحن فيه مدعي لشيء وهو العقد المعين ومنكر لشيء آخر وهو العقد الذي يدعيه صاحبه . ففي كل منهما جهة ادعاء وجهة انكار ، ووظيفتهما باعتبار جهة الادعاء البينة وباعتبار جهة الانكار الحلف ، فاذا تعذر القضاء بوظيفة الجهة الاولى لفقد البينة منهما أو لتعارض البينتين تعين القضاء بمقتضى الجهة الثانية ، وهو الحلف .

ولذا حكموا بالتحالف هنا عند عدم البينة ولم يحكموا به في التداعي في الاملاك بل بالقرعة أو التخصيف كما مر ، لعدم كون كل من المتداعيين هناك منكراً من جهة أخرى غير جهة الادعاء . لكن مع ذلك ترى الكل أو الجمل هنا حاكمين بالقرعة بعد التعارض والتساوي ، ولعل الوجه في ذلك هو النظر الى اطلاق مادل على القرعة في تعارض البينتين أو عمومته الشامل للتداعي في الاملاك والعقود .

ومثل الاول مالو رجعت الزيادة والنقيصة الى اللفظ ، كما لو قال المؤجر بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة عشر ، فان القول قول المالك ، لاصالة عدم ذكر الخمسة .

ومثل الثاني مالو كان الاختلاف في الفرض بين المتباينين ، كما لو قال

أحدهما « آجرني بثوب » وقال الآخر « بل بعبد » ، فان الحكم فيه هو احكام
التداعي ، فان لم يكن لاحدهما بيئة تحالفا ، فان حلفا حكم بالتفاسخ ظاهراً .
ويشكل الاول بأنه يؤدي الى حبس كل منهما حق الآخر مقاصة ، مع أنه
وردت أن اليمين تذهب بما فيه ، وقد تقدم رفع الاشكال في يمين المنكر ، فارجع
وتأمل . ويشكل الثاني بأن الحلف ليس الاميزاناً للقضاء ، والتفاسخ يحتاج الى
سبب جديد للنقل .

وقد يوجه - بعد ظهور الاتفاق الا عن الشيخ في محكمي الخلاف حيث
قال فيه أيضاً بالقرعة نظير صورة تعارض البينتين - بأن حلف كل منهما على نفي
استحقاق الآخر يوجب سقوط حقه أبداً ظاهراً ، لان يمين المنكر تذهب بما
فيه مطلقاً ، وهو معنى الانفساخ ، لان المالك اذا حلف على عدم الاجارة بعشرين
مثلاً سقط حق المستأجر عن العين المستأجرة ظاهراً بيمينه وكذا العكس ،
فيترتب عليه ابقاء كل من العوضين في يد مالكة وهو الفسخ .

وان نكلا فهل يحكم أيضاً بالتفاسخ ؟ لم ينصوا على شيء في المقام .
والظاهر نعم كما عن الدروس لعين ما قلنا في صورة التحالف ، لان نكول كدل
منهما يوجب سقوط حق الناكل . ومرجعه الى التفاسخ ، لانه اذا سقط حق
المؤجر عن الاجرة بنكوله وسقط حق المستأجر عن المنفعة بنكوله لزم من النكولين
اقرار المنفعة في يد المالك واقرار الاجرة في يد الاجير .

وفيه : ان سقوط الحق بالنكول هذا لا بد أن يراعى الى زمان قيام البيئة ،
لنكول المدعي عن اليمين المردودة على ما بينا سابقاً ، نظراً الى كون النكول
هنا أيضاً نكولا عن يمين المدعي المردودة من المنكر ، لانه اذا نكل كل منهما
عن يمينه التي هي يمين المنكر ، فلا بد من الرد الى الآخر ، فنكول الآخر عن
اليمين لا بد نكول عن اليمين المردودة وكذا الاول .

نعم لو قلنا بأن النكول عن اليمين المردودة كيمين المنكر في اسقاط الحق أبداً وانه لا يسمع البيئة بعده ، كما استدللنا بظاهر قوله عليه السلام « وان نكل - أي المدعي - فلا حق له » وبيننا وجه دلالة في اليمين المردودة ، اتجه كون نكولهما في المسألة بمنزلة حلفهما في الاسقاط الابدي ، ويتفرع عليه التفاسخ الظاهري .

وان أقام أحدهما البيئة دون الآخر ففي المسالك قضى له ، وهو واضح . وفيه اشكال سبق في مسألة أن بيئة المنكر اذا سمعت بيئته كما اذا كان انكاره ملزوماً أو لازماً لجهة اثبات أمكن اقامة البيئة عليه فهل تغني بيئته عن حلفه . وجه الاشكال : انه على تقدير عدم الاغناء كما هو القوي بل الاقوى كما تقدم لزم الحكم هنا بالحلف مع البيئة ، لانه منكر لما يدعي عليه صاحبه وان كان مدعياً عليه شيء آخر واقامة البيئة على دعواه وان كان تحققه لانكاره لكن الحلف حق للمدعي فلا يسقط بثبوت حق لخصمه عليه .

ثم ان اطلاق كلامه لا بد أن ينزل أيضاً على ما اذا كان التداعي في العقد راجعاً الى الاختلاف في أحد العوضين بأن يكون صدور عقد واحد معين مشخص مفروغاً عنه فيما بينهما وكان نزاعهما في العوض أو المعوض كالامثلة المتقدمة . وأما اذا كان راجعاً الى الاختلاف في العقدين مع احتمال تحقق كل منهما في نفس الامر ، فأقامة أحدهما البيئة على دعواه لا يوجب سقوط دعوى الآخر ، بل يجب القيام بوظائف تلك الدعوى من الحلف وغيره ، كما اذا اختلفا فقال البائع « بعثك داراً بدينار » وقال الآخر « بل فرساً بدرهم » فان قيام أحدهما البيئة لا يوجب طي دعوى الآخر كما لا يخفى .

الا أن كون ذلك من التداعي في العقد لا يخلو عن شيء ، لان الاختلاف

هنا ينحل الى دعويين مستقلتين ، وان أقام كل منهما البينة فقد عرفت أن قضية القاعدة التحالف عكس التداعي في الاملاك .

لكن أدلة القرعة في تعارض البينتين مطلقة، فلا بد من الاقراع، وعليه الكل أو الجمل . ومن خرجت باسمه حلف وقضي له، وان نكمل وحلف الآخر قضى له ، وان نكلا فقد يقال ان الحكم هنا أيضاً التفاسخ بالبيان المشار اليه .

[الفرق بين النكول نصاً والنكول في دعوى الاملاك]

ومن ذلك البيان يظهر أيضاً وجه الفرق بين نكولهما نصاً وبين نكولهما في دعوى الاملاك كالعين ، لان نكول كل منهما يوجب تعطيل العين ان لم يثبت كون التنصيف من وجوه القضاء بعد تعذر الجمع . بخلاف نكولهما في التداعي في العقد ، فان قضية النكول سقوط حق التاكل ، ويترتب عليه بقاء كل من العوضين في يد مالكة .

وهل التفاسخ هنا أيضاً مراعى أم لا ؟ والظاهر العدم ، لان الفرق قيام كل منهما بينته وتساقطهما ، فلا شيء بعدها حتى ينتظر ، فالتفاسخ حينئذ ثابت مطلقاً الا أن يبنى على ترجيح البينة بالاكثرية ونحوها مما يتوقع حصوله في المستقبل فان المراعاة حينئذ لها وجه .

والاظهر أن نكولهما هنا لا يوجب الانفاسخ ، وقياسه بنكولهما في صورة التحالف - أعني صورة عدم البينة - باطل ، لان النكول هناك نكول عن اليمين المردودة عن المنكر كما بينا ، وقد عرفت الكلام فيه . بخلاف النكول هنا ، فانه نكول عن اليمين التي هي بمنزلة جزء البينة ، لان يمين من خرجت باسمه القرعة ليست يمين منكر، لان انكاره امان جهة كونه منكر الدعوى الآخر فهو حق ولكنه غير ملحوظ في صورة تعارض البينتين بحكم أخبار القرعة وان كان على

خلاف القاعدة كما عرفت، وان كان من جهة كون من خرجت باسمه منكراً باعتبار كون القرعة لتعيين المنكر وتميزه عن المدعي كما سبق الى بعض الاوهام - وفقاً للمحكي عن الشيخ - فقد عرفت فسادَه في دعاوي الاملاك في مسألة تعارض البينتين، فليست اليمين هنا الا كيمين جزء البينة في كونها يميناً ثابتاً للمدعي دون المنكر، فاذا لم تكن هذه هي اليمين المرودة فلا توجب نكولها سقوط الحق ولو مراعى وانما غايته سقوط الدعوى .

نعم لو ثبت أن النكول عن كل يمين بمنزلة بالنسبة الى الحق لا الى الدعوى فكما أن يمين من خرجت باسمه مثبتة لحقه فكذلك نكوله يكون مسقطاً للحق لا للدعوى خاصة ، كان الحكم بالفسخ بعد نكولهما في المقام وجيهاً ، لان سقوط حق كل منهما في معنى الفسخ كما قررنا ، ولكنه غير ثابت . غاية الامر كون النكول عن يمين المنكر كذلك وهو لا يوجب القول به في كل نكول .

وحيث أنه لا وجه لسقوط الدعويين أبداً في المقام بل في جميع المقامات لاستلزامه تعطيل الحق المنافي للحكمة الباعثة على تشريع القضاء ، ولا ينافي ذلك التوقيف في بعض الموارد الذي حصل فيه من عجز الخصمين عن القيام بالميزان مع كونه مجعولاً من قبل الشارع كايقاف دعوى المدعي على اللص مثلاً اذا لم يكن له بينة كما أوضحناه في مسألة القضاء بالتنصيف في التداعي في الاملاك اتجه الحكم هنا أيضاً بالتنصيف لعين أدلة القضاء به في الاملاك .

فان قلت : التبويض في العقد غير جائز .

قلنا : نفس العقد من حيث هو مع قطع النظر عما يترتب عليه من الاحكام لا يصلح أن يكون مصباً للدعوى ، فمصب الدعوى هو الفرض المقصود ، والتنصيف في الفرض أمر ممكن حتى فيما اذا اختلفا في أحد العوضين على

وجه التباين ، بأن يقول البائع « بعثك بعبد » وقال المشتري « بل بأمة » فانه ينصف كل من العبد والامة بينهما نصفين .

ولا ينافي ذلك العلم الاجمالي بخلافه ، لانه لازم في موارد القضاء بالتنصيف مطلقاً ، سواء كان في التداعي في الاملاك أو العقود . وقد وجهنا في تلك المسألة القضاء بالتنصيف مع كونه معلوم بطلانه اجمالاً أو قلنا انه مخالفة للعلم من حيث العمل لامن حيث القضاء ، فان القضاء به قضاء بما لا يستطيع أحد المتخاصمين رده وعدم الرضا به الاعلى وجه يحتج على فساد به البيئة التي هي من موازين القضاء ، فصار القضاء به من أطراف القضاء بالبيئة وآثارها وفوائدها . فارجع وتأمل .

نعم لو كان التداعي في نفس العقد على وجه لا يعقل معه التنصيف ففيه القرعة المجردة ، لان الحلف مع القرعة في مثله لغو كما ذكرنا سابقاً ، لان الحلف الذي لا يترتب على نكوله ثمرة يكون طلبه لغواً .

اللهم الا أن يجوز ايقاف الدعاوي عند فقد الميزانين أعني الحلف والبيئة وجعل الايقاف من الثمرات ، فحيثئذ يجب طلب الحلف أيضاً رجاءً لنكول من خرجت باسمه ، فيتوقف الدعوى .

واما على ما قوينا من عدم معنى للتوقيف فالوجه هو الاكتفاء بالقرعة ، ولا ينافي هذا ذكر الحلف في اخبار القرعة ، فانه منزل على ما اذا كان الحلف له فائدة بأن يترتب على نكوله فائدة ولو ايقاف الدعوى ، فاذا لم يترتب الفائدة على النكول لغى الاحلاف .

لكن الايقاف ليس من الفوائد ، لعدم جوازه عقلاً بملاحظة الحكمة ، مضافاً الى دلالة الروايات على كون التنصيف أيضاً من طرق القضاء ، ولا مورد له الا في المقام ونظائره مما ليس فيه القضاء بالحلف والبيئة والقرعة ممكناً .

نعم يحتمل أن يقال بالقرعة المجردة ثانياً، أي بعد القرعة الاولى والاحلاف ونكولهما لكن القول به مشكل بعد عدم مصرح به من الاصحاب، وكون عمومات القرعة لكل امر مشكل من العمومات التي لا يعمل بها الا بعد فتوى جملة الاصحاب بمقتضاها .

وحيث أن ظاهر الاصحاب في المسألة - أعني التداعي فسي العقود بعد تعارض البينتين - عدم الاكتفاء بالقرعة الاولى مجردة عن اليمين، انحصر الامر بين التنصيف أو جعل النكول هنا كالنكول في صورة التحالف في كونه سبباً للمفسخ ، فأيهما يبطل باجماع ونحوه يتعين الآخر . فلو ادعى أن التنصيف في الاختلاف في الثمن على وجه التباين أو المثلث مخالف للاجماع قلنا حينئذ بالتفاسخ لا بالقرعة المجردة .

والحاصل ان الاحتمالات في المسألة - أعني ما اذا أقرع وأحلف من خرجت باسمه ونكل ورد الى الآخر مشكل أيضاً - أربعة : أحدها الاقراع ثانياً من غير يمين ، والثاني إيقاف الدعوى وهما باطلان ظاهراً بالاجماع ، والثالث التنصيف مع الامكان ، والرابع الانفساخ .

ومقتضى القاعدة هو الاول للعقل والنقل كما عرفت، فان كان مخالفاً للاجماع تعين الرابع ، فيجعل الاجماع على بطلان الاول كاشفاً عن كون النكول عن كل يمين واجبة موجبة لسقوط الحق ، أو عن كون القرعة في تعارض البينتين لتمييز المنكر عن المدعي حتى يكون يمين من خرجت باسمه يمين انكار . والله العالم .

التقاط

[اختلاف المؤجر والمستأجر في الاجرة او مدة الاجارة]

ذكر في الشرائع الاختلاف في زيادة الاجرة ونقصانها ، ونقل فيه قولين

وتردد فيهما : أحدهما الحكم بتقديم بينة المالك لكون القول قول المستأجر فيكون بينته بينة الخارج ، والثاني الحكم بتعارض البينتين لان كلا منهما يدعي عقداً يتبعه الآخر .

ثم قال : ولو ادعى استيجار دار فقال الموجه « آجرتك بيتاً منها » قال الشيخ يقرع بينهما ، وقيل القول قول الموجه ، والاول أشبه ، لان كلا منهما مدع . ولو أقام كل منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ - انتهى كلامه طيب مقامه . وهذه المسألة عكس مسألة الاختلاف في الاجرة قلة وكثرة ، وظاهر هذه العبارة أن قول الشيخ بالقرعة انما هو في صورة عدم البينة مع أنها مورد التحالف لا القرعة .

نعم للشيخ قول آخر في محكي الخلاف بالقرعة في مورد حكم الاصحاب فيه بالتحالف ، أعني صور فقد البينة . ولكن هذا القول من الشيخ مذكور في المبسوط لافي الخلاف ، ومذهبه في المبسوط مثل مذهب الاصحاب ، أعني التحالف عند عدم البينة في التداعي . والدليل عليه أن العلامة نقل هذا القول عن مبسوط الشيخ في محكي التحرير ، وعبارته المحكية وكذا عبارة التحرير كلاهما صريحتان في أن مورد كلام الشيخ في مسألة الاختلاف في الدار أو البيت صورة عدم البينة ، ففي عبارة الشرائع نوع مؤاخذه .

وكيف كان فالظاهر في المسألة ما ذكره صاحب المسالك من أن النزاع هنا يرجع الى نزاع المدعي والمنكر لالى التداعي ، فقول القيل هو الاظهر ، لان انتقال البيت متفق فيه وانما الشك في الزائد ، نظير الاختلاف في الاجرة .

لكن المحقق مع ترده في الاختلاف في الاجرة اختار في مسألة البيت قول الشيخ ، أعني تعارض البينتين الذي هو من خواص التداعي ، ولا يجري في المدعي والمنكر .

والفرق بينهما بعيد كما في المسالك ، مع أنهم في باب الاجارة لم يفرقوا بين الاختلاف في الاجرة أو في العين المستأجرة ، فحكموا بتقديم قول المستأجر مطلقاً اذا رجع النزاع الى مقدار أحد العوضين .

وقد يوجه الفرق بأن الدار مركبة ، ونقل شيء مركب نقل واحد متعلق بأمر واحد وان كان مستلزماً لنقل الاجزاء تبعاً ، لأن النقل التبعية غير ملحوظ في انشاء نقل المتبوع ، بخلاف الاجرة اذا كانت مرددة بين الاقل والاكثر كالمائة والالف فان تملكها ينحل الى تملكيات عديدة حيث تعدد الاجزاء ، فالاختلاف في الاجرة مع ثبوت القدر المتيقن يرجع الى التداعي مطلقاً . وفيه تأمل .

ثم على تقدير كونه من التداعي والحكم بالقرعة والقضاء بالتنصيف بالنكول كما مر ، فالبيت ان اتفقا على اجارته كما في كشف اللثام وهو في اجارته الى أن تمضي المدة ويقسمان الباقي نصفين ويسقط من الاجرة بحسبها .

قال بعض مشائخنا قدس سره : وفيه ان المتجه في الاول ثبوت تمام الاجرة مع أجرة مافيه النزاع ، مثلاً اذا كان الدار لها بيتان كان للمستأجر بيت ونصف بأزاء سبعة ونصف على الاول وبأزاء مجموع العشرة على الثاني .

وهو الحق ، لان نظر الفاضل الى قاعدة انفساخ العقد والمعاوضة بالنسبة الى نصف ماعدا البيت ، وعليه فلا بد من جعل قسط من العوض في مقابل ماعاد الى ملك الموجر .

وليس في محله ، فان تنصيف الباقي هنا انما هو لاجل العمل بالبيتين في نصف مؤداهما ، ومقتضاه العمل ببينة الموجر في نصف البيت ، بأن يجعل نصف الدار - وهو البيت - في مقابل نصف الاجرة وهو الخمسة ، ويرجع حاصله الى اعطاء بيت ونصف بأزاء العشرة .

ولك أن تقول : انه يجمع العوضان - وهو عشرون - ويجمع العوضان -

وهو الدار وبيتاً وهو نصفه في المثل المفروض - ويقسمان ، ويرجع الحاصل الى أن المستأجر يأخذ نصف العوضين وهو نصف الدار ونصف البيت الذي هو ربع الدار بأزاء نصف الاجرتين وهو العشرة .

ولك أن تقول : ان المتفق عليه يبقى بحاله ، فالاجرة والبيت يبقيان بحالهما ويقسم المختلف فيه - وهو ماعدا البيت من الدار - وقد يختلفان في الزمان مع الاتفاق في الاجرة والعين ، فيدعي المستأجر شهرين والموَجَر شهراً . ويعرف حكمه مما ذكر ، فيأخذ العين المستأجرة في شهر ونصف شهر بأزاء تمام الاجرة لما مر .

[حكم مالوكان البينتان مؤرختين]

هذا كله اذا كان البينتان متفقتين في التاريخ أو مطلقتين ، فان كانتا مؤرختين بطل الثاني لعدم تعلقه بحمل قابل للآثر . ثم ان كان المقدم بينة الدار فلاشكل وان كان بينة البيت بطل الثاني بالنسبة الى البيت لامطلقا ، فيصح العقد في الباقي ويسقط من الاجرة بالنسبة . ففي المثل المذكور - أعني البيت المشتمل على البيتين المتساويين - يثبت على المستأجر خمسة عشرة بأزاء مجموع الدار كما يظهر بالتأمل .

هذا اذا علم اتحاد العقد وفساد أحد العقدين ، ولو فرض امكان اجتماعهما - كما اذا احتمل انتقال منفعة الدار بعد الاجارة السابقة الى المالك لاقالة ونحوها - فعن الدروس انه يجمع بين الاجارتين ، لان الاستيجار يبطل ملك المستأجر فيما سبق ، وهو على تقدير حجتيه خارج عن مفروض كلام الاصحاب ، لان الكلام في تعارض البينتين ، وهنا لاتعارض .

مع امكان المناقشة فيما ذكره من العمل بالاستيجار الثاني جمعاً : أما أولاً فلان الاكثر في مسألة تعارض بينة القديم والاقدم يرجح الاقدم ، وأما ثانياً فلان مقتضى الجمع تقديم السابق أيضاً وانه مثل مالوتداعيا على عين وأقام أحدهما بينة على أنه اشتراها من الاخر أمس وأقام هو على أنه ملكه في الحال أو بعد الامس .

وقد عرفت سابقاً في تلك المسألة أن بينة الاقدم اذا كانت مسببة عن سبب ملزم أخذ بها ويطرح بينة القديم بالملك المطلق . فارجع وتأمل .
وهنا كل من أقام البينة على الاجارة السابقة فقد اقامها على الملك المسبب عن سبب ملزم ، فيؤخذ بها . الا أن يقال : ان بينة القديم هنا أيضاً تشهد بالملك المسبب كالاقدم . والله العالم .

التقاط

[ادعاء مدعين شراء دار معينة]

لو ادعى اثنان شراء دار معينة في يد ثالث واقباض الثمن للبائع : فان لم يكن لاحدهما بينة أقرت في يد ذي اليد مع يمينه لهما ، وان صدق أحدهما دفعت اليه وحلف الاخران الاقرار بمنزلة التلف السماوي والاسقط الحلف لانفساخ العقد على تقدير ثبوته بالاقرار ، ولو قال « لأدري لايكما » تقارعا أو تحالفا على الوجهين المتقدمين في التداعي على العين ، ولو أقام كل واحد البينة أقرع بعد التساوي في التاريخ ، فان حلف من خرج اسمه أخذ العين وللآخر استرداد الثمن عملاً ببينته من دون معارض ، لان المعارضة انما كانت في المبيع لامتناع كونه لهما وأما اقباض كل منهما الثمن فأمر ممكن يثبت بالبينة .

وهل يفيد تصديق ذي اليد لاحدهما بأن يصير العين للمصدق أو يجعله

داخلا فيقدم بينته أو بينة الاخر الخارج . وفي الشرائع لايقبل قول البائع لاحدهما . وهو كذلك لعدم الدليل على حجية قوله بعد معلومية عدم كونه مالكا بموجب البينتين .

وما قلنا من قبول قوله مع عدم البينة لا يستلزم القبول معها ، لانه في حال كونه محكوماً بمالكية ما في يده اقراره نافذ في حقه ، فاذا أقر لاحدهما نفذ وثبت الملك ، وأما بعد معلومية عدم كونه مالكا فلا دليل على حجية قوله . ودعوى أن قول ذي اليد مسموع فيما في يده ولو لم يكن يده يد ملك . مدفوعة بعدم الدليل على أن اخباره حجة على الغير ، وقبول قوله مع عدم البينة انما هو لاجل كونه اقراراً لا لاجل كون اخباره حجة .

ونقل عن الشيخ في المبسوط قبول قول البائع تنزيلا للبينتين المتعارضتين منزلة ما اذا شهدت بينة واحدة على أنها لاحدهما ولم يتعين .

وفيه : ان الفرق بينهما غير بعيد ، لان البينة القائمة على أنها لاحدهما وجودها كعدمها لانها ليست حجة معتبرة . بخلاف البينتين المتعارضتين ، فانهما معتبرتان في أنفسهما . والتعارض انما يرجع على التعيين ، فهما حجتان متعارضتان متفقتان في عزل المالك عن العين وجعله أجنبياً عنها ، فلا أثر لقوله حينئذ . بخلاف البينة المحتملة ، فانها ليست حجة في شيء فلا توجب عزل المالك وجعله أجنبياً حتى لاينفذ اخباره .

نعم لو بنى على احتمال أبداه في الدروس من تساقط البينتين وعود المالك الى الحالة الاولى ، أعني حالة عدم قيام البينة حتى أنه يحلف حينئذ لهما مثل صورة عدم البينة أمكن حينئذ قبول قوله لهما .

ولكنه خلاف ظاهر الاصحاب ، فانهم قائلون في تعارض البينتين بالقرعة كما تقدم .

[الجمع بين رأبي العلامة الحلى]

وما ذكرنا من عدم قبول قبول البائع لاحدهما هو الذي صرح به العلامة هنا، لكنه قال سابقاً في المسألة الثالثة من مسائل بقايا الدعاوي أنه لو أقر الثالث فالوجه أنه كاليد ترجح البينة فيه . وهو بظاهره مناف لما ذكره هنا . ويمكن الجمع بأن الترجيح غير قبول قوله ، بمعنى كون اقراره حجة وسبباً لصيرورة المقر له بمنزلة ذي اليد .

وقوله « كاليد » متعلق بقوله « ترجح » قدم للتوطئة ، وجعله في كشف اللثام خبراً لأن . وهو بعيد ، لانه يعطي اشكالا في كون اقرار ذي اليد لاحد بمنزلة كون المقر له صاحبه مطلقاً ، سواء كان للمتداعيين بينة أم لا ، حيث أن لفظ « الوجه » يشعر بالخلاف أو الاشكال .

مع أنه ليس كذلك ، لأن كون اقرار ذي اليد بمنزلة اليد في الجملة ولوفي حال عدم البينة ليس محلاً للاشكالا . وجعل المراد انه كاليد في مفروض الكلام - أعني تعارض البينتين - رجوع الى ما ذكرنا مع قصور في العبارة عن تأدية المراد . فافهم .

ولونكل وحلف الاخر انعكس الامر، ولونكلا اقتسماهما بناءً على ماتقدم نصفين ولكل منهما استرداد نصف الثمن ، وله أيضاً الفسخ لتبعض المبيع عليه قبل قبضه كما في الشرائع .

وقوله « قبل قبضه » اشارة الى كون ذلك الخيار خيار التلف قبل القبض . وعليه فيسقط خيار من كان منهما معترفاً بتسلم العين كما عن الكشف .

وربما يتوهم أنه خيار خروج بعض المبيع مستحقاً للغير بل مغصوباً، وهو يقتضي ثبوت خيار التلف الذي لا بد فيه من عدم الاعتراف بقبض . فما أورد

بعض مشائخنا على الفاضل من عدم الفرق بين دعوييهما قبض المبيع وعدمها بناءً على كون الخيار هذا لاجل ظهور المبيع مستحقاً للغير . ليس في محله . ولعله نشأ من الخلط بين مانحن فيه وبين ما لو ادعى على المشتري وأقام البينة على كون المبيع له ، فان بطلان البيع حينئذ لاجل ظهور المبيع مستحقاً للغير مع امكان القول فيه أيضاً بعدم البطلان من أصله بل من حينه . وعلى التقديرين فهو خارج عما نحن فيه ، اذ المفروض في المقام اعتقاد كل منهما كذب الآخر و كذب بينته، فهو من باب لو غصب المبيع بعد القبض في عدم كونه سبباً لانفساخ العقد اجمالاً . والله العالم .

التقاط

[ادعاء ائتمين البيع مع تعيين المبيع والتمين]

لو ادعى ائتمان بيع شيء معين من واحد بضمن معين عكس المسألة السابقة، فحكم المسألة ما عرف في نظائره من الاقراء والاحلاف والتنصيف بعدنكولهما. فلو اختلف تاريخ البيتين قضى بالتمنين كما في الشرائع لامكان جمعهما، بأن اشتراه من أحدهما ثم باعه من الآخر فاشترى منه أيضاً . وانما لم يؤثر في المسألة السابقة اختلاف التاريخ لان الشراء لايجوز أن يكون لملك نفسه بخلاف البيع فانه يجوز أن يكون لملك غيره - كذا قيل .

ومراده أن الانسان لايعقل أن يشتري مال نفسه ، فاذا ثبت تعدد الشراء بموجب البيتين لامكان الجمع كما عرفت أشغل ذمة المشتري بالتمنين لغيره. فعليه ايصال كل ثمن الى صاحبه، بخلاف البيع فانه لما كان في ملك الغير ممكناً فمجرد تعدد البيع لا يثبت استحقاق المتأخر للمبيع لامكان كونه فضولياً عن المشتري الاول الذي ينكر بيع الثاني ويرده على تقدير وقوعه له أيضاً فضولة.

وأورد عليه بعض مشائخنا قدس سره أن احتمال كون الشراء لمال نفسه فضولياً أيضاً ممكن .

قلت : وجه الامكان أن زيداً مثلاً يشتري داراً من عمرو ثم يوكل شخصاً عن نفسه في البيع ويشتري هو عن قبل بكر فضولة . وهو جيد ، لكن الشراء الفضولي مع انكار المالك البائع لا يوجب على المشتري ثمناً ، لان الانكار رد للعقد الفضولي . والله العالم .

التقاط

[ادعاء رقية الصغير المجهول النسب]

الصغير المجهول النسب اذا كان في يد أحد وادعى رقيته قضي بذلك ظاهراً كما في الشرائع وغيره ، بل الظاهر باعتراف بعض أهل الخبرة عدم الخلاف في هذا المقام .

نعم نقل عن بيع التذكرة القول بعدم الحكم ، ولعله غير مختص به في غير المقام .

نعم في كون القضاء مراعى الى البلوغ أو منجزاً خلاف ، كالخلاف في قبول دعوى الرقية مع اليمين كما عن الشيخ والتذكرة أو بدونها كما هو ظاهر الاكثر من المحقق وغيره .

ولعل اليمين هنا استظهار لجانب الصغير شبه اليمين الاستظهارية ، والتقييد بمجهول النسب ليس لاجل عدم تصور الشك في معلوم النسب ، بل لاجل أن النسب اذا كان معلوماً فربما تقع المرافعة بين المدعي والمنسوب اليه ، فيخرج عن موضوع هذه المسألة - أعني القضاء فيما لاتعارض لذي اليد استناداً الى يده أو الى دعواه .

وقد ناقش في قبول قوله بعض مشائخنا قدس سره لرواية حمران الواردة في تنازع رجل وامرأة على جارية يدعي الرجل أنها أمته وتدعي المرأة أنها بنته^(١). وفيها : وان لم يقيم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقيم البينة على ما ادعت خلي سبيل الجارية . ولان اليد انما تدل على الملكية بعد احراز قابلية المحل لامطلقا .

وربما يؤيده أن أحداً لا يحكم بملكية ولد يكون مع الرجل له من دون دعوى الرقية ، فبقي اعتبار قوله لاجل الدعوى بلا معارض .

وهو أيضاً مشكل ، لانه على ذلك ينبغي أن لا يفرق بين الصغير والكبير ، مع أن دعوى رقية الكبير الظاهر أنهم لا يقولون به هنا والالغى التقييد بالصغير . نعم عن غاية المراد التسوية بينه وبين الصغير ، بل قيل ان ذلك قضية كلام الاصحاب ، وصرح به المحقق في غير المقام ، بل في بيع القواعد أنه لا يسمع دعوى عبد يباع في الاسواق .

والذي يقتضيه التأمّل هو عدم الاعتداد بمجرد اليد هنا ، لان اليد العارية عن التصرف لا تدل على الملك بل على تعيين المالك بعد احراز كون ماهي عليه مالا ، ولذا يحكم بملكية اللقيط لثياب بدننه ونحوه .

بل الظاهر أن موضوع اليد مع عدم احراز صلاحية ماعليه اليد للملكية غير متحقق ، فلا يقال ان زيدا صاحب يد على صغير في بيته لم يعلم أنه ابنه أو عبده مالم يعامل معه معاملة العبد . وكذا الدعوى المجردة عن اليد ، كما اذا ادعى أحد رقية صغير أو كبير خارجين عن يده .

وأما اليد المجامعة مع التصرف كالاستخدام ونحوه ومع دعوى الملكية

فالظاهر أنها تدل على الملكية بشرط سكوت من عليه اليد لصغر وجنون ونحوهما، فلو ادعى الحرية فالظاهر تقديم قوله .

وما ورد في الروايات من عدم قبول دعوى العبد الذي يباع الحرية الابالية^(١) كظاهر فتواهم في باب البيع لابد أن ينزل على ما إذا تكرر البيع في الاسواق حتى تكون دعوى الحرية راجعة الى دعوى التحرير والاعتاق أو على خصوص دعوى التحرير ، اذ لا يمكن الجمع بين ظاهر لفظ « العبد » و « الامة » و ظاهر لفظ « الحرية » في تلك الرواية ، فلا بد امان حمل العبد والامة على العبد والامة الظاهرين - أي بمقتضى ظاهر اليد والتصرف - أو حمل دعوى الحرية على دعوى التحرير بقرينة ايقاف سمع دعواها على البينة مع كون الحرية على طبق الاصل الاول .

[الدليل على رقية الصغير المدعى رقيته]

ثم الدليل على ما ذكرنا من الحكم بالرقية في صورة اجتماع الامور الثلاثة أو الاربعة - أعني اليد والتصرف والادعاء وسكوت المدعى عليه - بعد السيرة الجارية - تلك الروايات الدالة على مطالبة البينة من مدعي الحرية بعد استظهار الاحتمال الاول ، أعني كون المراد بالعبد والامة الظاهرين ، أعني ما هو عبد وأمة بحسب الظاهر بحسب حال المسلم ، اذ هو لا يكون بمجرد اليد ولا بمجرد الدعوى ، لانه لا يحصل الظهور النوعي الا بعد اجتماعهما .

نعم في مقابلها روايات تدل على عدم سماع دعوى الرقية الابالية ، مثل صدر الرواية المتقدمة « الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسه بالرقية »^(٢) ،

(١) الوسائل ج ١٣ ب ٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١٢ من أبواب كيفية الحكم ح ٩ .

وهو مدرك من أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة ، فانه يدفع اليه ويكون رقاً . ونحوها غيرها مع زيادة قوله « صغيراً كان أو كبيراً » .

لكن يمكن الجواب عنه بأن موردها ما اذا كان المقام مقام دعوى الرقية ، وهو لا يكون الا اذا لم يكن للمدعي ظهور عرفي باليد والتصرف ، اذ لا يصدق حينئذ عليه المدعي ، فلا بد أن يكون المقام خالياً عن أمانة عرفية أو شرعية دالة على الرقية لأمثل العبد الذي يباع في الاسواق كما بينا .

بل الظاهر أن صورة قيام الظهور النوعي على الرقية باليد الجامعة للتصرف والادعاء غير مشمولة لهذه الرواية ولو مع قطع النظر عن الروايات المعارضة ، لظهور اختصاص هذه الرواية بصورة الدعوى التي لاتجتمع مع كون المدعي محكوماً بما لكنته عرفاً ، وحينئذ فالاستثناء قرينة على أن المراد بالناس من كان يدعي رقيته دعوى عرفية أو شرعية لا كل من ادعى رقيته ولو بموجب اليد والتصرف ، فهو خارج عن موضوع هذه الرواية .

ومع الغمض عن ذلك فالروايات معارضة مخصصة لها كما لا يخفى .

وأما ذيل الرواية المشار اليها الواردة في تداعي رجل وامرأة على جارية ، فعدم شمولها لمانحن فيه أظهر ، لان الجارية لم تكن تحت يد الرجل المدعي لرقيتها بل كانت بينه وبين المرأة المدعية لبنتيتها - كما هو ظاهر صدرها - عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة .

ولو سلم كونها في يده - كما هو ظاهر قوله « قلت فان لم يقم شهوداً أنها مملوكة له قال تخرج من يده » - فهو أيضاً خارج عما نحن فيه الذي هو اجتماع اليد والتصرف مع ادعاء ذي اليد بلا معارض ، اذ المعارضة ولو من الاجنبي توجب انتفاء الظهور النوعي عن اليد في الملك مع عدم احراز قابلية ماعليه اليد للملكية لشبهة الحرية ونحوها .

والسر في ذلك أن اليد في غير الامور المعلوم المالية ليس لها ظهور عرفي أو شرعي في الملكية ، بل موضوع اليد فيها لا يتحقق الا بعد كشفها عن التصرف المالكى ، والتصرف المالكى مع وجود مدعى الحرية لا يمكن احرازه ، اذ الاستخدام ونحوه مشترك بين الحر والعبد ، فلا بد في تحصيل الظهور العرفي من فرض الاستخدام أو التعرض للبيع أو نحو ذلك مما هو متفرع على الملك مع السلامة عن ادعاء الحرية . وهذه الصورة هي القدر المتيقن من مجرى السيرة .

[ادعاء حرية الرق الصغير بعد بلوغه]

هذا ، ثم ان قبول قوله في الرقية ان كان لاجل اليد لزم عدم سماع دعوى الصغير بعد البلوغ للحرية الا مع البينة . وهذا معنى المحكي عن السرائر من عدم الالتفات الى قوله حتى بعد البلوغ لسبق الحكم برقيقته ، وكذا يرجع الى هذا الوجه ما عن التذكرة وموضع من القواعد من قبول قوله واحلاف ذي اليد .

ولا يتوهم أن الحلبي أراد عدم السماع حتى مع البينة ، اذ لا وجه لذلك ولا يقول به أحد ظاهراً ، وان كان لاجل الدعوى بلامعارض لزم قبول قوله بعد البلوغ : اما مع اليمين ان قلنا بأن الدعوى بلا معارض لا يجعل صاحبها بمنزلة المنكر بالنسبة الى الدعاوي المتأخرة ، أو مع يمين ذي اليد ان قلنا بأنها تجعل صاحبها كالمنكر . والاول محكي عن الارشاد .

فصارت الاقوال في سماع دعواه بعد البلوغ ثلاثة : أحدها عدم السماع الامع البينة وهو المراد من محكي السرائر كما عرفت ، وثانيها السماع مع

اليمين كما عن الارشاد ، وثالثها السماع مع اليمين على ما في يده كما عن التذكرة .
فظهر وجوه الاقوال أيضاً . والله العالم .

التقاط

[اعتراف الرقية لاحد المدعين]

اذا ادعى اثنان رقية أحد فاعترف لاحدهما مع عدم البينة قضى له ، لان
الاقرار حينئذ يجعل المقر له مالكاً ، فيصير جانبه قوياً باعتبار كون قوله موافقاً
لامارة شرعية .

فالوجه في تأثير اقرار الثالث هنا غير الوجه في تأثير اقراره في دعوى
الاموال ، لان اقراره يجعل المقر له صاحب يد ، لان-اقراره يذوي اليد في الاموال
لغيره يرجع الى الاقرار بأن يده متفرعة على يد المقر له بعارية ونحوها . بخلاف
اقرار المدعى عليه هنا ، اذ الحر ليس له يد على نفسه حتى ينكشف باقراره أن
يده عارية من المقر له وأنه ذو اليد .

نعم في دعوى الاموال يجري الوجهان ، فالمقر له فيها يصير القول قوله من
جهتين : (احدهما) صيرورته مالكاً بسبب الاقرار ، فهو الذي يوافق قوله امانة
شرعية ، كما قلنا في دعوى الحرية أيضاً .

(وثانيتها) صيرورته صاحب يد لكشف اقرار ذي اليد عن كون يده من
جانب المقر له .

هذا حال الاقرار مع عدم البينة ، وأما معها ففي قبوله لاحدهما وجهان تقدما
في التداعي على العين ، فان المسألتين من واد واحد .

وربما يظهر من كشف اللثام الفرق ، حيث مال في تلك المسألة الى أنه
كاليد ترجح البينة وفاقاً لموضع من القواعد كما سبق ، وقال هنا بعدم قبول

الاقرار . وهو بعيد ، لان البينة في دعوى العين توجب خروج اقرار ذي اليد عن صلاحية النفوذ على الاخر ، لكونه اقراراً في حق الغير في دعوى الحرية توجب المقر عن صلاحية الاقرار ، فالفرق واضح .

وان شئت قلت : ان المدعى عليه في دعوى الحرية بعد اقامة البينتين لا ينفع اقراره لاحد المتداعيين ، سواء قلنا في التداعي على العين بقبول اقرار ذي اليد بعد تعارض البينتين أم لا . أما على الثاني فواضح ، وأما على الاول فلان قبول اقرار ذي اليد في العين اما لاجل كونه سبباً لصيرورة يده نائبة عن يد المقر له فيكون المقر له ذا اليد أولاً لاجل صيرورة المقر له مالكاً بسبب اقرار ذي اليد وكونه ملزماً فيكون العين له ظاهراً .

وشىء من الوجهين لايجري في الاقرار بالرقية بعد تعارض البينتين : أما الاول فلان الانسان لايدله على نفسه ، لان الحر لايدخل تحت اليد ، فلا يثبت بالاقرار كون يده عارية من المقر له . وأما الثاني فلان البينة على الرقية توجب خروج المقر عن صلاحية الاقرار ، فيكون لغواً .

وهذا بخلاف اقرار ذي اليد، فانه وان كان في حق الغير بعد قيام اقامة البينتين لكن وجه اعتباره على القول به هو حجية اخبار ذي اليد من حيث كونه ذا اليد، سواء كان ذلك الاخبار اقراراً على نفسه - أي ملزماً لشيء على نفسه - كما في صورة عدم اقامة البينة أو لم يكن اقراراً وملزماً بل كان محض اخبار كما اذا كان بعد قيام البينتين . فاذا كان اخباره معتبراً صح أن يكون سبباً لترجيح بينة المقر له من باب الاعتضاد .

وحيث لايد للشخص على نفسه كان الاقرار بالرقية بعد قيام البينتين لغواً ، لعدم كونه من باب اخبار ذي اليد ، فينحصر قبول اقراره في صورة عدم البينة .

فانه نافذ ، لان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وهو موجب لصيرورة المقر له مالكاً لرفقته باقراره كما عرفت . والله العالم .

التقاط

[كيفية تقسيم المدعى به مع اقامة البينة والاختلاف في المقدار]

لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمرو نصفها وأقاما البينة ، فالمشهور أنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع ولمدعي النصف بالربع ، فالدار يكون بينهما أربعاً على حد الحكم المنصوص في مرسل ابن حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر هما بيني وبينك . قال «ع» : قد أقر أن أحد الدرهمين ليس فيه شيء وأنه لصاحبه وأما الآخر فبينهما^(١) . ونحوه مرسل كما في كشف اللثام أنه لافرق فيما ذكرنا بين كون العين في أيديهما كما هو مورد الرواية أو في يد ثالث كما يأتي .

نعم لو جعل مورد الرواية النزاع في درهم معين من الدرهمين - كما هو ظاهر لفظ « أحد الدرهمين » - خرج مانحن فيه عن مورد ، وأما لو جعل المورد أحدهما الكلي كما يشعر به قوله « بيني وبينك » كان دليلاً في المسألة زيادة على القاعدة .

وقد مر في السابق ذكر الاحتمالين في الرواية وترجيح الاول ، الا أن تنصيب النصف المختلف فيه فيما نحن فيه نظير تنصيب أحد الدرهمين هناك باعتبار كونه مردداً بينهما .

ووجه ماذهب اليه الاكثر أن نصف الدار لانزاع فيه ، سواء كان مدعي

(١) الوسائل ج ١٢ ب ٩ من أحكام الصلح ح ١ .

النصف مقرأ بأنه لصاحبه أو ساكناً أو شاكاً ، وانما النزاع في النصف خاصة وقد تعارض فيه البيتان فوجب النصف بعد القرعة والنكول كما لو تداعيا عيناً .

[كلام ابن الجنييد في المسألة ورده]

وذهب ابن الجنييد الى تقسيمها بطريق العول ، فقال : انها تقسم أثلاثاً فيجعل لمدعي الكل ثلثان ولمدعي النصف ثلث ، نظير ضرب الديان في مال المفلس والميت نظراً الى أن المنازعة وقعت في النصف المشاع ، فكل جزء من العين مورد للمنازعة . ومقتضاه أن يجعل بين المتنازعين بنسبة دعواهما ، فيجعل لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث ، لان نسبة النصف الى الكل نسبة الثلث الى الثلثين . هذا خلاصة المحكي عنه في المسالك .

والاصل في المسألة هو أن المسألة هل هي من باب تزامم الحقوق أو من باب تعارض الامارات ، فان كانت من الاول اتجه كلام ابن الجنييد ، لانه اذا اجتمع في شيء حقوق لايسع ذلك الشيء لزم الجمع بطريق العول وادخال النقص على كل واحد ، فاذا كان مدعي الكل حقه الكل بموجب بينته ومدعي النصف حقه النصف وأريد الجمع بين الحقيين في الدار التي تداعياها لزم تقسيمها بينهما على وجه يكون الواصل الى كل ذي حق بقدر ماوصل الى الآخر بنسبة حقه ويكون الفائت من كل حق بقدر الفائت من الآخر ، وهو لا يكون الا بالعول . وان كانت من الثاني وجب فيه مراعاة قواعد الجمع ، وهو تصديق كل أمارة في مورد التعارض بقدر تصديق الآخر ، فيجب تصديق بينة الكل في محل التعارض بقدر تصديق بينة النصف عملاً ، وهو لا يكون الا بالتصنيف .

إذا تحقق ذلك ظهر أن ما ذكره ابن الجنييد ليس في محله :

أما أولاً : فلان المقام من باب تعارض الامارتين ، لان البينة كاشفة عن

الواقع ومثبتة له ، ومقتضى كشف بيئة الكل اعطاء مدعيه نصف الدار ، لانها لامعارض لها بالنسبة اليه . وان شئت جعلت النصف له من جهة عدم المعارض لامن جهة البيئة، فيبقى النصف الاخر الذي يتعارض فيه البيئتان هو محل النزاع فينصف ويعطى كل واحد ربع الدار عملاً بقاعدة التعارض في باب تعارض البيئة .

وأما ثانياً : فلان ما ذكره مبني على فرض أحد المتداعيين مستحقاً للكل والاخر مستحقاً للنصف حتى يكون من باب التزام كضرب الديان . وهذا لادخل فيه لكون النصف الذي فيه النزاع مشاعاً سارياً الى جميع الاجزاء ، اذ غاية ما يلزم من السراية جريان النزاع في كل جزء قابل للقسمة ، فجرى فيه ما قلنا في الكل من سلامة نصفه لمدعي الكل لعدم معارض له ولبينته وتنصيف النصف الاخر . ولعل الغرض من توسيطه اشاعة النصف في أثناء الدليل الاحتراز عن صورة تعيين النصف المتنازع فيه ، فانه لا وجه لطريق العول فيه .

فان قلت : قد سلف أن قيام البيئة في باب المرافعات سبب لثبوت الحق لطريق اليه ، والا لكان اللازم التوقيف دون التنصيف ، ولم يكن لقضاء أمير المؤمنين عليه السلام بالتقسيم حسب عدد رؤوس الشهود في بعض قضايا وجهه كما مر^(١) ، وحينئذ لا يكون المقام من باب التزام ، لان بيئة الكل سبب لاستحقاق مدعيه اياه وكذا بيئة النصف .

قلنا : قد ذكرنا أن البيئة في غير صورة التعارض طريق وانما هي سبب في موضع النزاع . والامر فيما نحن فيه أيضاً كذلك ، لان بيئة الكل بالنسبة الى النصف الغير المتنازع فيه طريق صرف ، فيحكم به لمدعي الكل بلا معارض

وبالنسبة الى النصف المتنازع فيه سبب محض ، كما أن بينة مدعي النصف أيضاً كذلك ، فيعامل معهما معاملة السببية ، ونقول :
ان كلا منهما مستحق لتمام ذلك النصف باعتبار كون بينته سبباً لاستحقاقه ، فلا بد من الجمع بين حقهما ، وهو لا يمكن الا بطريق العول ، بأن يأخذ كذلك منهما رבעه ليكون الواصل الى كل والفائت من حقه بقدر الواصل والفائت من حق الآخر .

لا يقال : لانسلم أن هنا نصفاً غير متنازع فيه حتى يكون يعمل بينة الكل في ذلك النصف وانما يكون كذلك لو قال مدعي النصف لي أحد النصفين . وليس كذلك ، لانه يدعي النصف الكلي ، ولذا لو باع مالك النصف المشاع نصفه نفذ في الربع دون الربعين ، وذلك لان النصف المشاع ليس عبارة عن أحد النصفين ، بأن يفرض العين نصفين ويكون كل منهما مشاعاً ، بل هو عبارة عن النصف الذي لا يقابله نصف آخر ، وهو كلي ساري الى جميع الاجزاء . فكل جزء يفرض قد وقع النزاع فيه معيناً أو غير معين كالثلث والربع والنصف ونحوها ، فبينة الكل أيضاً بينة في مورد الخصومة وليس بينة في غير مورده حتى بالنسبة الى النصف حتى يعمل به من غير معارض .

قلت : لافرق بين أن يكون المتنازع فيه أحد النصفين أو النصف الكلي ولا بين أن يكون نصف المجموع محلاً للنزاع أو يكون نصف كل جزء قابلاً للتصيف ، لان نصف المجموع على التقدير الاول أو نصف كل جزء على التقدير الثاني يسلم لمدعي الكل من غير منازع ، فيعمل بينته فيه .

وان شئت قلت : ان النزاع في كل جزء على أي تقدير كان يرجع الى استحقاق مدعي النصف نصف ذلك الجزء وعدمه ، فمدعي الكل يقول ليس لك نصف هذا الجزء ومدعي النصف يدعيه ، فمقتضى الجمع بين البينتين

تنصيف النصف المتنازع فيه ، ومجرد كون كل جزء محلاً للدعوى ومورداً للخصومة لا يقتضي التزام أو التعارض في مجموع الاجزاء ، لان سريان حق مدعى النصف الى كل جزء ليس باعتبار تمامه بل باعتبار بعضه .

[هل النزاع في تمام العين أو تمام الاجرة]

وتوضيح المقال يتوقف على تحرير محل النزاع وأنه تمام العين أو تمام الاجزاء باعتبار تمامها أو باعتبار بعضها :

(فان كان الاول) فلا محيص عن مقالة ابن الجنيدي من العول ، سواء كان العمل بالبيئة في الحقوق من باب الطريقة أو من السببية ، أما على الثاني فواضح ، وأما على الاول فلان الطريق اذا كان العمل به واجباً ولو مع المعارضة ولم يجز التوقف عند التعارض يكون حكمه حكم السبب ، اذ لا فرق بين سبب العلم أو سبب المعلوم اذا كان العمل بسبب العلم واجباً شرعاً ، فالعمل بالبيئة سبب لثبوت حق المتداعين معاً ، سواء كان وجه العمل كون البيئة من باب أسباب وجود الحق كسائر الاسباب الشرعية أو من باب أسباب العلم به .

وانما يتجه الفرق بينهما لو كان سبب العلم باقياً على أصله من التوقف كما في الاحكام .

(وان كان الثاني) اتجه قول الشيخ ، أعني عدم العول . ونحن قد بينا أن نصف العين سالم لمدعي الكل وليس مصباً للدعوى ومحل تعارض البينتين . وان كان قضية دعوى النصف المشاع سريان الدعوى الى تمام اجزاء العين من غير تعيين ولا تشخيص باشارة حسية ، لان وصف التمام ليس مصباً للدعوى وانما يتداعيان في التمام باعتبار نصفه ، فلا جرم يختص التعارض والتنازع في ذلك النصف .

وهذا معنى قول الشيخ ان العمل في المسألة بقاعدة المنازعة ، يعني ان قاعدة المنازعة تقتضي اخراج ما لانزاع فيه ثم يقسم الباقي .

هذا ، ويمكن استظهار قول الشيخ - وهو القول المشهور - من مرسل حمزة المشار اليه ، اذ فيه تعليل اختصاص أحد الدرهمين بمدعي الاثنين بأن صاحبه أقر بأنه ليس له . وهذا ان لم يكن من العلة المنصوصة فلا أقل من صلاحية استيناس الحكم المشهور منه ، وهو أن أحد الخصمين اذا كان معترفاً ببعض المدعى به لصاحبه وجب العمل بقاعدة القضاء في غيره .

هذا اذا قلنا بأن النزاع في الدرهمين لم يكن على وجه الاشاعة ، والافهو دليل قاطع في المسألة .

ولا يذهب عليك أن محل الكلام هنا وان لم يكن خصوصاً صورة اقرار مدعي النصف بالنصف الاخر لصاحبه ، الا أن التفصيل بينها وبين صورة السكوت غير موجود .

[تأييد مذهب ابن جنيد في المسألة]

هذا ، واحتمل في القواعد مذهب ابن الجنيد ، وذكر في كشف اللثام نظيراً للمسألة على هذا المذهب ، وهو أنه لومات انسان وعليه لآخر ألفان فانه يقسم بينهما أثلاثاً . ثم أجاب عن دليل ابن الجنيد بما ذكره القوم ، وعن النظر بالفرق لان ديان الميت يتنازعون فيما على ذمته لاعلى عين وفي المثال المذكور كلهم يدعي كل التركة . ولذا قال في المختلف وهو - يعني قول ابي علي - أقوى عندي لو زاد المدعون على اثنين ، يعني واستوعب دعاوي غير مدعي الجميع العين أوزادت عليها .

قلت : أما الفرق المذكور فلا وجه له ، لان العول في ديون الميت ثابت

ولو لم يكن كل واحد مستوعباً ، كما اذا خلف ألفاً وعليه لآخر ألفان ولاخر خمسمائة . وأما تفسير مذهب العلامة في المختلف بما اذا استوعبت دعاوي غير مدعي الجميع العين فليس بظاهر من المختلف ، لانه قوى قول ابي علي فيما اذا كان المدعون أريد من اثنين ، وهو أعم من صورة استيعاب دعاوي غير مدعي الجميع كما لا يخفى .

ثم ان هنا تصويراً آخر للإشاعة يقرب قول ابن جنيد ، وهو أن يقال : ان الملك المشاع عبارة عن ملكية مجموع الاجزاء كافة على وجه النقصان ، والملك المطلق عبارة عن ملكيتها على وجه الاستقلال ، فمالك النصف على وجه الاشاعة له سلطنة على الكل سلطنة ناقصة .

وعلى هذا التصوير يتجه قول ابن جنيد بعد ما هو المقرر من أن البينة في المنازعات تجري مجرى الاسباب ، لان مدعي النصف بموجب بينته استحق الكل أيضاً استحقاقاً ناقصاً ومدعي الكل استحق الكل بمقتضى بينته استحقاقاً تاماً ، والجمع بين استحقاقهما للكل لا يمكن الا بالعول .

ذكره بعض المكملين في مجلس البحث فأجبت بما ارتضاه ، وهو أن مورد الخصومة حينئذ هو استحقاق مدعي النصف للكل استحقاقاً ناقصاً وعدم ذلك الاستحقاق ، فمدعي الكل ينفيه ومدعي النصف يثبته ، ومقتضى الجمع بين البينتين تصديق كل من المتنازعين في النصف المدعى به ، ولاريب أن تنصيف الاستحقاق الناقص للكل يرجع الى ثبوت الاستحقاق التام لمدعي النصف في الربع . فافهم .

[ادعاء التركة بين اكثر من شخصين]

هذا اذا كان المدعون اثنين ، ولو كانوا اكثر فهو على قسمين :

(أحدهما) أن تكون دعاوي غير مدعي الكل مستوعبة للعين بحيث لا يبقى لمدعي الكل شيء من العين سليماً عن المعارض. كما إذا ادعى أحدهم الجميع وادعى الآخر الثلثين والثالث الثلث، فطريق القسمة على مذهب المشهور هو أن يقسم العين تسعة عشر : ويعطى ثلثه وهي الستة لمدعي الكل، إذ لا ينزاعه فيه مدعي الثلثين ولا مدعي الثلث، وهما معاً وإن كانا يعارضانه إلا أن المركب منهما ليس مدعياً آخر. ثم يقسم ثلثه الآخر بين مدعي الكل ومدعي الثلثين نصفين، إذ لا ينزاعهما فيه مدعي الثلث. ثم يقسم الثلث الباقي بينهم أثلاثاً، لأنه موضع خصومة الثلاثة، فيحصل لمدعي الكل أحد عشر ولمدعي الثلثين خمسة ولمدعي الثلاث اثنان.

وتقسيمه على طريق العول هو أن يعطى مدعي الكل ستة من اثني عشر، ومدعي الثلثين ومدعي الثلث كلاهما ستة وهما يقسمانها أثلاثاً فيأخذ مدعي الثلثين ثلثاها وهي أربعة ومدعي الثلث ثلثها وهو اثنان.

(والقسم الثاني) هو أن لا يكون دعاوي الآخرين مستوعبة، كما إذا ادعى أحدهم الجميع والآخر النصف والثالث الثلث، وتقسيمه على طريق العول هو أن يعطى مدعي الكل ستة من أحد عشر ومدعي النصف منها ثلاثة ومدعي الثلث اثنان، لأن نسبة النصف إلى الكل ثلثية ونسبة الثلث إلى الكل ربعية ونسبة الثلث إلى النصف نسبة الاثنين إلى الخمسة.

وعلى طريق المشهور هو أن يعطى مدعي الكل النصف أولاً، ثم يقسم السدس الذي لانزاع فيه لمدعي الثلث بينه وبين مدعي النصف نصفين، ثم يقسم الباقي - وهو الثلث - بين الكل أثلاثاً، فلمدعي الكل من ستة وثلثين خمسة وعشرون ولمدعي النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة.

وهذه العلامة في ظاهر المختلف إلى التفصيل في المسألة، فاختر مذهب

ابي علي اذا كان المدعون أزيد من اثنين . وقد عرفت أن الفاضل أوله الي ماذا كان دعاوي غير مدعي الكل مستوعبة ، حيث رأى عدم تأثير تجاوز المدعي عن الاثنين في المسألة الا اذا كان من عدا مدعي الكل دعاويهم مستوعبة حتى يلاحظ مجموع دعاويهم دعوى واحدة وتجعل في مقابل دعوى مدعي الكل لينحصر الامر في العول ، لانه اذا فرض كذلك فلا بد من العول .

ولا وجه لمذهب المشهور ، كما لو ادعى اثنان وادعى كل منهما الكل ، فان الامر فيه منحصر في العول حتى على طريقة المشهور ، فيقال مثلا : ان مدعي الثلثين ومدعي الثلث في المثال المتقدم بمنزلة مدع واحد لتمام العين ، فيجعل العين بين مدعي الكل وبينهما نصفين ، لان الثلثين والثلث تمام العدد وقدادعهما الاثنان فيقسمان النصف بينهما أثلاثاً كما قلنا .

وفيه ما عرفت من أن منازع مدعي الكل ليس الا مدعي الثلثين ومدعي الثلث ، واما المركب منهما فليس بمدع آخر حتى يلزم العول في الكل . فالحق في المسألة هو المشهور مطلقا .

[ملخص وجوه المسألة]

ومما ذكرنا ظهر أن الوجوه في المسألة أربعة : أحدها عدم العول مطلقا وهو مذهب الشيخ والاكثر ، وثانيها العول مطلقا وهو مذهب ابن جنيد ، وثالثها التفصيل بين تجاوز المدعي عن اثنين فالعول وعدمه فعدمه وهو ظاهر المختلف ، ورابعها التفصيل في صورة التجاوز بين الاستيعاب فالعول وعدم الاستيعاب فالعدم وهو الذي فهمه الفاضل من المختلف وقد عرفت ما فيه .

هذا كله اذا كانت العين في يد ثالث ، ولو كانت في أيديهما فاما أن يكون لكل بينة أولادهم أو لا يكون بينة أصلا ، وحكمها من حيث الدخول والخروج

والتعارض والقرعة والنكول قد ظهر مما سلف ، واما من حيث العول وعدمه فهو مثل صورة خروجها عن أيديهم .
 فلو كانت في أيديهما فادعى أحدهما الجميع والآخر النصف قسم بينهما بالسوية بعد حلف مدعي النصف لمدعي الكل لانه ذواليد بالنسبة اليه . ولو أقاما البيئة وتكافئا: فان قدمنا بيئة الخارج كان الكل لمدعي الكل ، وان قدمنا بيئة الداخل قضى بالتنصيف لمدعيه ، وان قلنا بالتعارض وأقرعنا وتحقق النكول من الطرفين فعلى المشهور تكون العين بينهما أرباعاً كما قررنا ، وعلى العول تكون أثلاثاً .
 واذا استوليت على حقائق ماقررنا عرفت حكم ما في الشرائع والقواعد وسائر كتب القوم من فرض المسألة . والله العالم .

التقاط

[اختلاف الزوجين في متاع البيت]

اذا تداعى الزوجان متاع البيت ففيه أقوال ذكرها في المسالك ، منشأوها اختلاف الاخبار والاعتبار :

(أحدها) ما عن المبسوط من العمل بمقتضى القاعدة ، فيحكم لمن له البيئة ومع عدمها فيد كل منهما على النصف ، من غير فرق بين ما يصلح لخصوص الرجال أو لخصوص المرأة أو لهما ، الا أن يخص اليد بأحدهما كتياب البدن وما يجري مجراها في الاختصاص بأحدهما .

(وثانيها) الفرق بين ما يصلح للرجال خاصة فيحكم بها لهم وكذا ما يصلح للمرأة وبين ما يصلح لهما ، فيعمل فيه بمقتضى القاعدة كما ذكر . وهذا محكي عن الشيخ أيضاً في الخلاف ، وهو الذي نسبه في الشرائع الى الاشهر في الروايات والظاهر بين الاصحاب .

(وثالثها) أنها للمرأة ويطالب الرجل بالبينة . وهذا مصرح به في غير واحد من الروايات ، معللاً بأنه لو سئل من بين لا يبتها - أي بين جبلي منى - لاخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت الرجل فيعطى التي جاءت به^(١) .

والعمل بهذه الرواية يقضي بالتفصيل بين البلدان والاقاليم والعمل في كل بلد بموجب ما جرت عليه عادته ، فقد يكون كما أخبر به الامام عليه السلام من كون الجهاز والمتاع من المرأة وقد يكون بالعكس .

ومحصل التفصيل الذي يظهر من الرواية أن العادة ان كانت جارية على زف المرأة مع المتاع من مالها الى بيت الرجل حكم بمقتضى تلك العادة وتجعل تلك ظهوراً متبعاً شرعاً في صورة التنازع حاكماً على الاصل بل اليد أيضاً، اذ لو خلي وطبعه حكم بها للرجل اذا كان مالكا للدار ، لان مالك الدار مع مافيه داخل تحت يده ، فاذا كانت العادة على زف المرأة مع المتاع خرجنا بها عن حكم اليد تقديماً للظهور على اليد .

ومن هنا يظهر أن الحكم كذلك في جميع موارد تعارض الاصل والظاهر ، لانه في قوة المنصوص العلة، فكأنه عليه السلام قال : ان ظاهر الحال مع المرأة فيقدم قولها .

لكن العمل به مشكل ، لان بناء الاصحاب ايقاف تقديم الظاهر على ورود الدليل عليه ، حتى أنهم حصروا مواضع تقديمه على غيره من الاصول والطرق المعتمدة .

لكن لو كان الظهور مثل الظهور الذي حكم الامام عليه السلام باعتباره في هذه الروايات لم يكن التعويل عليه مطلقاً بعيداً، وميزانه أن تكون العادة جارية

على مقتضاه ، بحيث لو سئل الناس عن حكم الواقعة لآخبروا بموجبها ، كما هو صريح كلامه عليه السلام لامطلق الظهور الناشئ من استقرار مطلق العادة . ثم ان اخبار الناس بموجبها قديشاً بمسامحاتهم وتوسعاتهم وجزافاتهم في الاقوال والاخبار ، فيخبرون بموجبها عن تخمين وجزاف من غير تحقيق ، حتى اذا سئل عقلاؤهم وأهل مداقتهم لسكتوا ولم يخبروا بشيء . وحينئذ فاللازم المداقة في معرفة كون اخبارهم عن تحقيق أو تسامح .

هذا كله في الامتعة المشتركة بين الرجال والنساء ، وأما مايختص بأحدهما ففيه أيضاً ظهور نوعي بالاختصاص ، ولا بعد في التعويل عليه تبعاً للشيخ مع ورود بعض الروايات فيه .

وعلى أي حال فالمسألة لا تخلو عن غموض ، لما فيها من الاختلاف بحسب الاخبار وكلمات الاختيار المخالفة للقواعد . والله العالم .

القول في دعوى المواريث

التقاط

[ادعاء الاسلام قبل موت المورث]

إذا ادعى أحد الوارثين إسلامه قبل موت المورث وأنكره الآخر بادعاء التأخير : فاما أن يعلم تاريخ الموت والاسلام أو لا يعلم التاريخان، وعلى الاول فالمؤرخ اما الموت أو الاسلام ، فهنا مسائل :

(الاولى) أن يجهل التاريخان

والحكم فيه التوقف والرجوع الى أصالة عدم تحقق سبب الارث ، الآن يبنى في مجهول التاريخين على التقارن ، كما هو ظاهر غير واحد ، فيحكم فيه بعدم الارث لعدم استتمام السبب ، وهو الموت بعد الاسلام .

(الثانية) أن يعلم تاريخ الموت دون الاسلام

والحكم فيه أيضاً عدم الارث ، لأصالة عدم الاسلام في تاريخ الموت. ولا

فرق فيه بين كون الكفر مانعاً أو الاسلام شرطاً، لان المانع اذا كان له حالة سابقة يستصحب .

ولا يجدي أصالة عدم المانع مع احراز المقتضي ولو مع عدم رجوعه الى استصحاب العدم . وقد قررنا في الاصول فساد ، لعدم نهوض دليل بذلك .

هذا مع أن الكفر هنا عبارة عن عدم الاسلام، وان قلنا أنه أمر وجودي ضد الاسلام ، اذ الحرمان عن الارث انما هو من أحكام عدم الاسلام حتى لو فرض كون الوارث شاكاً غير معترف بالمعارف حرم من الارث قطعاً . ومن الواضح أن عدم الاسلام موافق للاصل وليس مخالفاً .

نعم الظاهر أن الارتداد والقتل ونحوهما مما يرجع الى الامر الوجودي مانع عن الارث ، فلو شك في شيء منها جرى أصالة عدم المانع اذا لم يكن مسبوقاً بالوجود السابق . كما اذا فرض ارتداد أحد الوارثين وتوبته حيث تقبل توبته واختلفا في تاريخ التوبة مع العلم بتاريخ الموت . فان الحكم فيه أيضاً عدم الارث استصحاباً للارتداد الى تاريخ الموت .

وأما الرقية فان بني على أن العبد لا يملك فالظاهر حينئذ كون الحرية شرطاً للارث لا كون الرقية مانعة ، لان حقيقة الارث - وهو الانتقال - لا يتصور في الرق ، فتكون الحرية من شرائط القابلية .

الا ان يقال : ان النسب مقتضى للقابلية والرقية مانعة عنها وان مرجع الحرية الى عدم الرقية ، وفيه تعسف .

وأما على القول بأنه يملك فالظاهر أن الرقية كالارتداد تعد من الموانع ، الا انك عرفت فيما علم تاريخ الموت عدم اختلاف الحال بين كون ذلك مانعاً أو كون ضده شرطاً .

وربما يظهر من بعض الروايات - مثل ماورد في فضل الاسلام وأنه يوجب

شرفاً للمسلم فيورث عن الكافر ولا يورث منه الكافر - أن اسلام المورث مانع عن تورث الكافر منه^(١) .

(الثالثة) عكس الفرض

بأن علم تاريخ الاسلام دون الموت ، ومثاله في الشرائع تبعاً للمحكي عن المبسوط والوسيلة وغيرهما من بعض القدماء هو أن يعلم اسلام الوارث في شعبان مثلاً وادعى موت المورث قبله .

وهل ينفع فيه استصحاب بقاء حياة المورث الى شعبان كما ذكره في الشرائع وان ذلك من الاصول المثبتة نظراً الى عدم نهوض ذلك الاصل باثبات موت المورث في حال اسلام الوارث وهو السبب للارث دون الحياة في حال الاسلام، فيكون من الاصول المثبتة كما نبه عليه الاستاد دام ظله في تنبيهات الرسالة الاستصحابية . وهذا هو الاظهر .

وقد يوجه ما ذكره في الشرائع على وجه لا يرجع الى الاصل المثبت ويقال: ان استصحاب حياة المورث في شعبان يثبت به سبب الارث شأناً ، لان اسلام الوارث في حياة المورث سبب له على تقدير الموت، والمفروض تحقق الموت أيضاً فالسبب يثبت بالاصل والشرط بالوجدان .

وفيه : ان الثابت بالوجدان هو الموت والثابت بالاستصحاب هو الحياة ، وأما الموت في حال الحياة - وهو الذي يترتب عليه حكم الارث - فلا يثبت به الا على القول بالاصل المثبت .

ثم ان هذا الفرع مما أورد مآبه على من توهم عدم تفصيل العلماء في الحادتين المشكوكين من حيث السبق واللاحق بين صورة العلم بتاريخ أحدهما وعدم

العلم رأساً ، مستنداً الى اطلاق كلماتهم في غير موضع من الفقه كالمجتمعين وتعاقب الحدث والطهارة ومسألة الغرقى والمهدوم عليهم ، الا الشهيد الثاني ومن تأخر عنه .

وجبه الايراد أن الشيخ وابن حمزة والمحقق وغيرهم قد فصلوا في دعوى اسلام الوارث بين الصورتين ، فحكموا في المسألة الاولى بعدم توريث مدعي الاسلام في حياة المورث الا بالبينة وبالتوريث في المسألة الثالثة .

وقد يناقش في أصالة تأخر الاسلام مع العلم بتاريخ الموت كما في المسألة الثانية بأن استحقاق الوارث المعلوم لتمام التركة موقوف على انحصار الوارث فيه ، وهو مما لا يترتب فيه على أصالة التأخر وما يجري مجراها في نفي استحقاق مدعي الاسلام الا على القول بالاصل المثبت كما يظهر بالتأمل .

ويدفعه : ان وجود كل وارث مقتضى لاستحقاق تمام التركة ، فاذا اجتمع المقتضيان اقتسما من أجل المزاحمة والمخالفة ، فليس الانحصار ان لم يرجع الى أمر عديمي - وهو عدم وجود وارث آخر - شرطاً ، بل وجوده مانع يدفع بالاصل .

وأصالة عدم المانع يترتب عليه وجود الممنوع اذا كانت المانعية ثابتة من الشرع ، بأن كان الحكم مترتباً على عدم ذلك المانع شرعاً ، فبعد عدم استحقاق مدعي الاسلام بحكم الاصل لا يبقى اشكال في استحقاق معلوم الاسلام لتمام التركة . والله العالم .

التقاط

[ادعاء الارث للمدعى والغائب]

اذا ادعى داراً في يد غيره أنها له ولاخيه الغائب مثلاً ارثاً عن أبيهما وأقام

بينة ، فان كانت كاملة بالخبرة والاطلاع على باطن حال الميت مع الشهادة على عدم وارث آخر فيما نعلم سلم اليه نصف الدار بغير ضممين ، ولو لم تكن كاملة - بأن علم أنها ليست أهلاً للاطلاع بمال الميت وان شهدت بالانحصار الوارث فيها أو لم تشهد بذلك وان كانت من أهل الخبرة بها - ارجىء التسلم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارثاً لظهر ، وحينئذ يسلم الى المحاضر نصيبه بضممين استظهاراً واستيثاقاً .

هذا الحكم قد أفتى به في الشرائع وغيره من غير اشارة أو تنبيه على الخلاف ، وفيه مسائل :

(الاولى) عدم جواز العمل بالاصل في نفي الوارث قبل الفحص ، مع أن الموضوعات لا يتفحص فيها عن المعارض .

(الثانية) عدم وجوب الانتهاء فيه الى العلم ، بل يكفي الحاكم بتضمين الشهود وكمالهم وكونهم أهل الخبرة مع الشهادة بالانحصار أو بتفحص نفسه ، حتى لو كان وارث لظهر ، على وجه يحصل منه الاطمئنان .

والدليل على المسألتين ما أبدينا في غير موضع من نظائر المقام من دليل الانسداد . وبيانه : ان العمل بالاصل في نفي الوارث ابتداءً من غير فحص يوجب الاختلال والهرج والمرج بالوقوع في خلاف الواقع كثيراً ، والاقتصار على ما يوجب العلم أيضاً فيه تعطيل لحق الحاضر وموجب للاختلال أيضاً . فانحصر المناص في العمل بالاصل بعد الفحص الاكيد تفصيلاً عن الاختلال اللازم على الامرين من ترك الفحص رأساً والاقتصار على العلم .

ثم ان شهدت البينة الكاملة بالانحصار قضى للحاضر بنصيبه قضاءً تعليقاً ، كما سبق نظيره في تعارض بينة الداخل والخارج عند ظهور المرجح أو المعارض بعد القضاء لاحدهما . وان لم تشهد به وتفحص الحاكم سلم اليه نصيبه من غير

قضاء لعدم شيء من الموازين. الا أن يدعى قيام ظن الحاكم بالفحص مقام علمه في كونه ميزاناً ، ولا يخفى بعده .

(الثالثة) التضمين في صورة عدم البيئة الكاملة وعدم التضمين مع قيامها :
أما الاول فللاستيثاق والاستظهار الواجبين فيما يحتمل فيه ظهور الخلاف .
وهذا نظير أخذ الكفيل من المدعي في الدعوى على الغائب .

ويمكن أن يستدل عليه أيضاً بأن عدم الدفع رأساً تعطيل لحق الحاضر دائماً ، اذ المفروض حصول الفحص وعدم ظهور وارث آخر ، والتسليم بدون الضامن تعريض لحق الغير المحتمل للضياع والتلف ، فالجمع بين الحقين قاض بالتسليم مع التضمين .

وأما الثاني - أعني عدم التضمين مع قيام البيئة الكاملة - فلاستتمام الحجة من الحاضر وعدم سلطنة للحاكم على الزامه بالضامن مراعاة للاحتمال في مقابل القضاء المستند الى البيئة .

[المناقشة في تفسير البيئة الكاملة]

واعلم أن ما ذكرنا في تفسير البيئة الكاملة مأخوذ من المسالك ناسباً الى الأكثر ، وبه صرح في محكي كشف اللثام . وهو غير مرضي عند بعض مشائخنا قدس سره ، حيث استظهر من عبارة الشرائع والارشاد أن المراد بالكمال أن تشهد البيئة بعدم وارث آخر وبعدم الكمال أن تشهد بعدم العلم به ، فأسقط اعتبار كون البيئة أهل الخبرة والاطلاع لكونه قدحاً في العادل ، قال : فالتحقيق الاكتفاء بالشهادة بالنفي مطلقاً وعدم الاكتفاء بالشهادة بنفي العلم كذلك .

قلت : الظاهر أن ما ذكره صاحب المسالك أوفق بالقواعد وأنسب بكلمات الاصحاب ، لان العلم بعدم الوارث غير معتبر في الشاهد ، اذ يكفي في النفي

عدم العلم بالوجود . بل قد يقال : ان الشهادة بالنفي ساقطة لكونها من باب القطع في غير محله كقطع القطع ، وان كان التحقيق خلافه كما ذكره في المسالك .
الا أن الظاهر عدم الخلاف والاشكال في أن الشهادة بالنفي يكفي فيها عدم العلم بالخلاف ، وقد سبق عدم الاشكال والخلاف في أن الشهادة بالملك السابق مع قوله « ولا أعلم له مزيلا » يكفي في اثبات الملك في الان .

والفرق بينه وبين المقام في غاية السقوط ، فالمراد بالكمال لا بد أن يكون ما ذكره صاحب المسالك من كونها أهل الاطلاع والخبرة ، ووجه اعتباره في المقام بل في كل مقام يرجع فيه الى الشهادة بالنفي هو أن اعتبار الشهادة منحصر فيما احتمل فيه اصابة الشاهد بما لم يصبه المشهود له . فاذا كان الحالان متساويين - بأن كان الشاهد مثل الحاكم في الجهل بالحال وعدم الاطلاع بباطن الامور - لم يكن وجه لاعتبار الشهادة حينئذ . بل هذا أصل متبع في اكثر الامارات ، فلو علم بأن ذا اليد لا يعلم أزيد مما يعلمه غيره لم يكن اخباره حجة عليه فيما يعتبر فيه قوله .

بقي الكلام فيما ذكره في محكي الدروس من أن الكمال هو أن يكون الشاهد من أهل الخبرة مع الشهادة بنفي وارث آخر أو بعدم العلم ، وهو الذي مشينا عليه في تفسير الكمال ، فبمجرد كونه أهل الخبرة لا يكون كاملاً .

وهذا له وجه لو كان المدعى به هو أمران : كون الحاضر وارثاً ، وكون الوارث منحصرأ فيه . فان الشهادة بالانحصار أمر زائد على أصل الشهادة .
وأما لو كان المدعى به هو الانحصار خاصة - بأن كان وارثية الحاضر مسلماً -
تعيين تفسير الكمال بكونه من أهل الخبرة ، لانه اذا كان من أهل الخبرة ولم تشهد بالانحصار لم تكن شاهداً أصلاً ، لأنه شاهد غير كامل ، كما هو قضية تفسير الكمال بما ذكر في الدروس .

والحاصل ان مصب الدعوى لو كان هو انحصار الوارث في الحاضر بعد الفراغ عن كونه وارثاً تعين تفسير الكمال بكونها أهل الخبرة ، فالبيئة الناقصة ما لم تكن كذلك مع الشهادة بالانحصار ولو كان هو كون الحاضر وارثاً مع الانحصار ، بأن يكون أصل الوارثية أيضاً متعلقاً للدعوى كالانحصار . فيمكن تفسير الكاملة بما ذكره في الدروس كالغير الكاملة على هذا التفسير ماشهدت بأصل كون الحاضر وارثاً مع كونه أهل الخبرة والكاملة ماشهدت بكلا جزئي الدعوى ، أعني كونه وارثاً وكون الوارث منحصراً فيه .

هذا كله في نصيب الحاضر ، وأما نصيب الغائب ففي انتزاعه من يد ذي اليد نظراً الى ثبوت كون الدار مستحقاً للغير وهو الميث بالبيئة عند الحاكم أو أقراره في يده لعدم حجية البيئة لغير المدعي وان نطقت بثبوت حق الغير . وجهان بل قولان للشيخ في محكي المبسوط والخلاف ، والاقوى هو الاخير لما ذكر .

ولا يذهب عليك أنه لا ينافي وجوب ترتيب أحكام مال الميث على النصف الباقي من الدار ، لان حجية البيئة في مقام العمل مطلقة لاتختص بالمدعى وغيره ، وانما المختص به هو القضاء والانتزاع من ذي اليد .

واعلم أن هنا كلاماً يناسب طرفي الخلاف ، حتى أن الشهيد الثاني تمسك به لمختار الشيخ في المبسوط ، وهو الثاني . وتمسك الفاضل في محكي كشف اللثام به للثاني ، وهو أن الحق للميث والبيئة له .

ولكل وجه : لان الحق اذا كان للميث توقف استنقاذه على حضور وليه ، والولي انما هو مجموع الوراث لابعضهم ، فلا يتعرض لحال ذي اليد الى أن يحضر الولي وهو الوارث الغائب . ولان البيئة في مقام الالتزام والحكم

يخص حجته بالمدعى وان كان في مقام العمل ووجوب ترتيب الاثر عامة للكل، ولاجل ذلك كان الحكم كما ذكره في المبسوط .

ثم ان الحق اذا ثبت انه للميت كان ذو اليد أجنبياً وجب الانتزاع من يده الى يد أمين، وهو الذي ذكره في الخلاف كما عن الفاضل ، والامر فيه سهل. والله العالم .

التقاط

[الاختلاف في تاريخ موت احد المورثين]

اذا ماتت المرأة وابنها فقال أخوها مات الولد أولائم المرأة فال ميراث لي وللزوج نصفان ، وقال الزوج بل ماتت المرأة أولائم مات الولد فال مال لي . قضى لمن تشهد له البينة ، ومع التعارض يقرع على حسب ماتقرر في تعارض البيئات ، ومع عدمها يقضى بأحد الدعويين لانه لاميراث الامع تحقق حياة الوارث ، فلا ترث الام من الولد والابن من أمه ويكون تركة الابن لايه وتركه الزوج بين الاخ والزوجة .

وهذا الحكم هنا من الاصحاب جزئي من جزئيات ما ذكره في باب الارث في مسألة الغرقى والمهدوم عليهم من العمل بالاصلين عند اشتباه تقدم موت أحد المتوارثين وطرح العلم الاجمالي في غير هاتين المسألتين - أعني الغرقى والمهدوم عليهم - للنص .

وربما يظهر من بعض مشائخنا أن ما ذكره الاصحاب هنا وهناك انما هو صورة احتمال تقارن الموتين ، فلو علم السبق في الجملة وشك في السابق فالمتجه هي القرعة . وهذا وان كان فيه استراحة عن مخالفة العلم الاجمالي ،

الأأنه تنزىل لاطلاق كلماتهم هنا وفى باب الميراث على فرض بعيد .
وكيف كان فعلى ما ذكرنا وفقاً للأصحاب لا يحكم بأرث أحد من الأم ولابن
عن الآخر بعد تحالف الأخ والزوج أو النكول ، بأن يحلف الزوج على عدم
موت الولد أولاً ويحلف الأخ على عدم موت الأم كذلك ثم يقتسمان تركة الأم
نصفين كما لو لم يكن لها ولد أصلاً ويكون تركة الابن لأبيه .

لقد وقع الفراغ من نسخ هذا الكتاب الشريف بتوفيق الله وعونه
بيد العبد الاثم أقل السادة أحمد بن محمد رضا الحسيني في يوم
السابع من ربيع الثاني من عام الخامس والاربعين وثلاثمائة بعد
الالف .

والحمد لله رب العالمين ، والصلاة على نبيه خاتم النبيين ،
والاصفياء المكرمين والاولياء المعظمين ، من الان الى قيام يوم
الدين .

فهرس الكتاب

٥	القول في الشاهد واليمين
٥	القضاء بالشاهد واليمين والدليل عليه
٨	هل الشاهد واليمين معاً حجة للمدعي ؟
٩	لو قدمت اليمين على الشاهد وقعت لاغية
١٠	في مورد الشاهد واليمين ومقام استعمالهما
١٣	تميز الحق المالي عن غيره
١٤	حلف جماعة من المدعين في الدعوى الواحدة
١٧	البطون الموقوف عليهم متعاقباً هل يأخذون الوقف بلا يمين
٢٠	لو كان الوقف للجنس يبطل لامتناع اثباته بالحلف
٢٣	القول في كتاب قاض الى قاض
٢٣	عدم الاعتداد بكتاب القاضي في القضاء
٢٤	لو كانت الواسطة بين القاضيين الكتابة
٢٧	اخبار القاضي للقاضي الاخر بحكمه
٢٩	لو كانت الواسطة بين القاضيين البينة

- ٢٩ اقرار المحكوم بحكم قاض عند قاض آخر
- ٣١ القول في القسمة
- ٣١ حقيقة الاشاعة وتقسيم المال المشاع
- ٣٢ معنى الشركة في العين
- ٣٣ بحث حول الجزء الذي لا يتجزى
- ٣٧ القسمة هي تميز النصف المشاع وافرازه
- ٣٩ الاشاعة تنحصر في الاسباب الشرعية للشركة
- ٤٢ عدم حصول الشركة الحقيقية في مزج شيئين متماثلين
- ٤٤ الدليل على حصول الشركة في مزج المائعات
- ٤٤ صحة قسمة الارث وجوازها
- ٤٩ هل يشترط رضا الطرفين في القرعة ؟
- ٥٠ هل يعتبر في القاسم التعدد أم لا ؟
- ٥٢ أجرة القاسم على من هي ؟
- ٥٣ الاجرة توزع على الورثة بملاحظة الحصص
- ٥٤ أجرة القاسم على من استأجره
- ٥٨ الاجبار في تقسيم المثليات
- ٦٠ ضعف الاستدلال بقاعدة لاضرر على دخول الاجبار
- ٦٢ في أي نوع من القسمة يدخل الاجبار
- ٦٥ عدم دخول الاجبار مع عدم امكان التعديل في القسمة
- ٦٦ لاترجيح لغرض الملتمس للقسمة على غرض الممتنع عنها
- ٦٨ حكم الاموال المختلفة بين شركاء متعددين
- ٧١ ذوا اليد يقسم بينهما المال الذي يدهما عليه

- ٧١ المال المشترك الممتنع القسمة
- ٧٤ الفرق بين قسمة الرد وقسمة الافراز
- ٧٥ التعديل المتوقف على الرد
- ٧٨ فرعان يتعلقان بأحكام الرد في القسمة
- ٧٩ ادعاء الغلط في القسمة وصوره
- ٨٢ منشأ الغلط في التقسيم
- ٨٣ ظهور الاستحقاق في المال بعد تقسيمه
- ٨٥ صحة الاقالة بقاعدة السلطنة
- ٨٧ صحة القسمة لو ظهر في الشركة المقسومة دين
- ٨٨ وجوب مالو ظهر في التركة وصية
- ٨٨ ظهور عيب في المال بعد قسمته
- ٨٩ قسمة الوقف للموقوف عليهم
- ٩٠ قسمة الدين غير جائزة
- ٩٢ القول في الدعاوي
- ٩٢ حقيقة المنكر والمدعي في الدعاوي
- ٩٣ اختلاف الكلمات في معنى المدعي
- ٩٦ المدعي في دعوى البراء هو المديون
- ٩٨ ما يشترط في سماع دعوى المدعي
- ١٠٠ كيفية ثبوت حق المدعي
- ١٠٢ الدعوى على الحاضر أو الغائب
- ١٠٤ القول في الوصول الى الحق
- ١٠٤ انتزاع العين المتنازع فيها من المدعى عليه

- ١٠٥ الوجوه فيما لو كان الحق في الدعوى ديناً
- ١٠٩ تلف العين قبل بيعها للاقتصاص
- ١١١ ادعاء مال لم يكن لاحد عليه يد
- ١١٢ ما المراد من اليد على المال ؟
- ١١٣ دعوى الاموال وغير الاموال
- ١١٥ تصوير معنى المشاركة في اليد
- ١١٨ دعوى غير المال كالوكالة وغيرها بلا معارض
- ١٢٠ ادعاء المدعي شيئاً بعد نفيه عن نفسه
- ١٢١ حكم اخراج ما غرق بالغوص
- ١٢٢ معنى زوال وصف الملك عن المال
- ١٢٥ القول في دعاوي الاملاك
- ١٢٥ التنازع في عين معين
- ١٢٥ التنازع على عين لا يد لاحد عليها
- ١٢٨ التنازع على عين لكل من المتنازعين يد عليها متناوباً
- ١٣٦ التنازع في عين هي في يد غير المتنازعين
- ١٤٠ القول في تعارض البينات
- ١٤٠ كيفية الجمع بين البينات المتعارضة
- ١٤٢ لو لم يمكن الجمع بين المتعارضين
- ١٤٤ تعارض البينة في الملك مع عدم امكان التوفيق
- ١٤٤ المسألة الاولى : ان تكون العين في أيديهما
- ١٥١ المسألة الثانية : ما اذا كانت العين في يد أحدهما
- ١٥٤ تعارض بينة المدعي والمنكر كالتساقط

- ١٦٤ فروع تظهر في تنبيهات
- ١٨٣ المسألة الرابعة : ماذا كانت العين في يد ثالث
- ١٩٠ اعتبار التساوي في العدل والعدد
- ١٩٤ الاستدلال على تقديم الاكثرية على الاعدية
- ٢٠٢ حكم عدم البينة في الدعوى مع عدم تصديق ثالث
- ٢٠٤ أنواع تعارض البينات وأحكامها
- ٢٠٧ التقدم التاريخي في احدى البينتين
- ٢٠٩ صور اختلاف التاريخ في البينات
- ٢١٦ حمل مستند الشاهد على الاستصحاب
- ٢١٩ مستند الشهادة حجة عند تعارض البينة
- ٢٢٧ في تعارض المرجحات
- ٢٢٧ تعارض الاعدية والاكثرية ونحوهما
- ٢٣٣ عند تعارض البينتين هل يشترط ضم الشاهد
- ٢٣٥ الاستصحاب عند ثبوت اشتغال الذمة
- ٢٣٨ ابطال قول الخصم يتوقف على ضم الاستصحاب
- ٢٤١ الفرق بين شهادة البينة بالملك السابق وقرار ذي اليد
- ٢٤٧ لو أقر المدعى عليه ان العين لغيره
- ٢٤٩ حكم ما يؤخذ غرامة
- ٢٥٠ لو ادعى المالك الاعارة وذو اليد الاجارة
- ٢٥١ في دعوى اليد السابقة
- ٢٥٢ التعارض بين الاستصحاب واليد
- ٢٥٩ اليد لاتعارض الشهادة بمقتضى الاستصحاب

- ٢٦٢ اليد المجردة عن التصرف والادعاء مقابل الاستصحاب
- ٢٦٤ تفريع لليد المعارضة للاستصحاب وغيرها
- ٢٦٥ الشهادة على الملك باستناد العلم السابق
- ٢٦٧ القول في التداعي في العقود
- ٢٦٧ التنازع في العقد المتسالم على وقوعه
- ٢٦٩ الفرق بين المقام وما سبق من حكم المتداعيين
- ٢٧٢ الفرق بين النكول نصاً والنكول في دعوى الاملاك
- ٢٧٥ اختلاف المؤجر والمستأجر في الاجرة أو مدة الاجارة
- ٢٧٨ حكم مالو كان البيئتان مؤرختين
- ٢٧٩ ادعاء مدعين شراء دار معينة
- ٢٨١ الجمع بين رأبي العلامة الحلبي
- ٢٨٢ ادعاء اثنين البيع مع تعيين المبيع والثلث
- ٢٨٣ ادعاء رقية الصغير المجهول النسب
- ٢٨٥ الدليل على رقية الصغير المدعى رقيته
- ٢٨٧ ادعاء حرية الرق الصغير بعد بلوغه
- ٢٨٨ اعتراف الرقية لاحد المدعين
- ٢٩١ كلام ابن الجنيد في المسألة ورده
- ٢٩٤ هل النزاع في تمام العين أو تمام الاجرة
- ٢٩٥ تأييد مذهب ابن الجنيد في المسألة
- ٢٩٦ ادعاء التركة بين أكثر من شخصين
- ٢٩٨ ملخص وجوه المسألة
- ٢٩٩ اختلاف الزوجين في متاع البيت

- ٣٠١ القول في دعوى الموارث
- ٣٠١ ادعاء الاسلام قبل موت المورث
- ٣٠٥ ادعاء الارث للمدعي وللغائب
- ٣٠٧ المناقشة في تفسير البيئة الكاملة
- ٣١٠ الاختلاف في تاريخ موت أحد المورثين