



GENERAL
LIBRARY

فصل الصادق

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامي
الحلي قدس سره

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مُذَلَّلٌ بِالْعِلْمِ

الجزء العشرون من كتاب

فصل الصادق

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامي
الحلي

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مؤلفه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما اودينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق وافضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه سيما بقية الله في الارضين ارواحنا فداه وبعد فهذا هو الجزء العشرون من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا لطبعه وهو آخر اجزاء موسوعتنا الفقهية .

و ارفع الجميع بكلتا يدي لا هديها الى رفيع قدس الامام الثاني عشر ارواح من سواه فداه موقنا اني لست ممن يقوى على الرقى لامثال هذه المعارج العالية - غير اني ارغب جهدي في ان احسب في عداد من اسدى الخدمة الى العترة الطاهرة عليهم السلام والعلوم الماثورة عنهم - وما املى الا ان يمن سيدنا ومولانا على وليه بقبول هذه الهدية هدية النملة الى سليمان الملة وما اغلاه من عوض .

KBL

• H 89

1953

vol. 20

(كتاب القضاء والشهادات والحدود وفيه فصول - الفصل الاول في صفات

القاضي) وقبل الشروع في البحث ينبغي تقديم امور.

الاول في تعريف القضاء - وهو لغة لمعان كثيرة انهاها في الجواهر وغيرها الى عشرة - الحكم - والعلم - والاعلام وعبر عنه بعضهم بالانهاء - والقول - والحتم - والامر - والخلق - والفعل - والاتمام - والفراغ - ويمكن ارجاع بعضها الى بعض بل كلها الى معنى واحد - وعرفوه في الاصطلاح - تارة بما في المسالك والرياض بانه ولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينين من البرية باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق ، وهو المنسوب الى جماعة من الفقهاء بل في المسالك والرياض نسبته اليهم - واخرى بما افاده الشهيد الاول قده وهو انه ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام - والثاني اعم من الاول .

اقول القضاء بحسب المتفاهم العرفي وعلى ما يظهر من موارد استعماله في النصوص وغيرها مرادف للحكم - فكما انه لا يتوهم احد اخذ الولاية في الحكم ككلاوجه لتوهم كون القضاء هو الولاية - والذي اوجب تفسيره بذلك امران - احدهما - انه لا ريب في كونه من المناصب المفعولة في العرف والشرع - ففي صحيح (١) ابي خديجة قال ابو عبد الله عليه السلام اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور - ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه - وليس المفعول الا الولاية والامارة والسلطنة على الغير في نفسه او ماله او امر من اموره - واما الحكم فهو غير قابل للجعل منصبا كما هو واضح (وفيه) او لا النقض بالحاكم - ففي مقبولة (٢) ابن حنظلة عنه عليه السلام - فاني قد جعلته عليكم

(١) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضي حديث ٥

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

حاكما - وثانياً - بالحل وهو ان هناك امرين - ١ - القضاة - ٢ - كونه منصوباً للفصل ورفع النزاع والحكم بين الناس لاشكال في ان الثاني من اقسام الولاية - ولكن القضاء هو الاول - ثانيهما - انه يصدق القاضي على المنسوب لرفع الخصومة ولولم يتلبس بالقضاء والحكم - فيعلم من ذلك ان المبدأ فيه السارى في المصدر ايضاً بمعنى الولاية المزبورة (وفيه) اولاً النقص بالحاكم - وثانياً انه في جملة من المشتقات نرى اطلاق المشتق على غير المتلبس بالمبدأ كالتاجر وغيره من ارباب الحرف والصنایع - والوجه في ذلك ليس هو التصرف في المبدأ الذي في ضمن هذه الهيئة الاشتقاقية خاصة كما افاده المحقق الخراساني - بل الوجه فيه التوسعة في دائرة التلبس الفعلي بنحو يشمل الشأنية والصلاحيية للاتصاف بالمبدأ وتام الكلام في محله - فعلى هذا المنوال اطلاق القاضي على الشخص بمجرد ما لو نصب لذلك وان لم يتلبس بعد بالقضاء - فالمتحصل مما ذكرناه ان القضاء عبارة عن الحكم بين الناس عند التنازع والتشاجر ورفع الخصومة وفصل الامر بينهم - ولكن كونه منصوباً لذلك ولاية ومنصب من المناصب الشرعية .

ثم انه منصب عال عظيم وشرفه جسيم فانه من توابع الرياسة العامة الثابتة للنبي ﷺ والائمة ﷺ بل هو غصن من تلك الدوحة العظمى وخلافة عنهم ﷺ ولذلك خصه الله سبحانه بالانبياء والاصياء من بعدهم ثم بمن يحذو حذوهم ويقتدى بهداهم ويسير بسيرهم من العلماء الذين هم خلفاء الرسول - كما في الخبر (١) ولاجل علوم مرتبته جعل الله يده فوق رأس القاضي واهبط الله الملك يسددهم في قوى (٢) السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام يد الله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة فاذا جاف وكله الله الى نفسه .

(١) الوسائل - باب ٨ من ابواب صفات القاضي حديث ٥٣

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضي حديث ١

ثم انه كما انه منصب جليل كك خطره عظيم فان القاضي على شفير جهنم ففي خبر (١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لشریح ياشريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الانبي او وصي نبي او شقي - وعن (٢) النبي صلى الله عليه وآله من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين - وفي خبر (٣) ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عز وجل ممن له سوط او عصا فهو كافر بما انزل الله على محمد صلى الله عليه وآله وفي خبر (٤) ابي بصير عنه عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عز وجل فهو كافر بالله العظيم الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الدالة على ذلك .

القضاء واجب كفائي

الثاني - لاختلاف بين فقهاءنا في ان القضاء واجب كفائي وفي المسالك والرياض والمستند وغيرها دعوى الاجماع عليه بل في الاخير جعله من الضروريات الدينية - والكلام فيه تارة في الدليل على وجوب القضاء - واخرى في تعيين محله - وثالثة في الجمع بين وجوب القضاء وما اشتهر بينهم من الاستحباب لمن يثق بنفسه عينا . اما الجهة الاولى فقد استدله - بقوله تعالى (٥) « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق » وبقوله عز وجل (٦) « انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما اراك الله » وبقوله تعالى (٧) « وان احكم بينهم بما انزل الله »

(١) الوسائل باب ٣ - من ابواب صفات القاضي حديث ٢

(٢) المستدرک باب ٣ من ابواب صفات القاضي حديث ٤

(٣-٤) الوسائل باب ٥ من ابواب صفات القاضي حديث ٢١

(٥) سورة ص آية ٢٧ (٦) النساء آية ١٠٥

(٧) سورة المائدة آية ٤٩

وقرب منها آيات اخر - والايراد على الاستدلال بها بان غاية مايدل عليه هذه الايات وجوب الحكم على الانبياء ولا ملازمة بينه وبين وجوبه على غيرهم كما افاده المحقق العراقي - مندفع بعدم كون ذلك من مختصاته والابن كما بين ساير ما يختص به من الاحكام - وقد يستدل له بجملة من النصوص كخبر (١) معلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام في حديث وامرت الائمة ان يحكموا بالعدل وامر الناس ان يتبعوهم - والنبوى (٢) ان الله لا يقدر امة ليس فيهم من ياخذ للضعيف حقه و نحوهما غيرهما - والايراد على النبوى بانه يمكن حمله على الاخذ بعنوان عون الضعيف لا بملاك فصل الخصومة - يرده انه خلاف الظاهر مع انه يكفى في الحكم بالوجوب ولو بالعنوان الاخر - واضعف منه دعوى اشعاره بالكراهة .

ويمكن ان يستدل له بانه لاريب في توقف نظام نوع الانسان عليه - اذ الظلم من شيم النفوس فلا بد من قاض وحاكم ينصف من الظالم للمظلوم ولذلك بنى العقلاء على لزوم ذلك حفظا للنظام كما في ساير الامور التي عليها بناء العقلاء والشارع الاقدس امضى ذلك غاية الامر قيده بقيود وان شئت قلت ان ذلك من الامور التي تطابقت عليها اراء العقلاء لعموم مصالحها التي يعبر عنها بالقضايا المشهورة - ويمكن ان يقرب هذا الوجه بنحو يدخل في القضايا العقلية - لا القضايا المشهورة - بان يقال انه وجوب فطرى بمناط وجوب دفع الضرر المحتمل عن المجتمع - او ان العقل مستقل بحسنه وقبح تركه المستلزم لاختلال النظام ويستكشف من ذلك ببرهان الملازمة وجوبه الشرعى وعلى هذا فلا يبقى ترديد وشك في وجوبه - وترديد المحقق العراقي فيه - من قبيل الترديد في ماهو من قبيل الواضحات - ويؤيد ذلك اجماع الامة عليه - وما يترتب عليه من النهي عن المنكر والامر بالمعروف .

واما الجهة الثانية - فالظاهر ان محل الوجوب هو نفس الحكم والقضاء للامر به

(١) الوسائل باب ١ - من ابواب صفات القاضى حديث ٦

(٢) المستدرک باب ١٥ من ابواب صفات القاضى حديث ٨

في الكتاب والسنة وبه يحفظ النظام وبتركه يلزم الاختلال - وما قبله من تولى مجلس القضاء وتحصيل اصل الولاية من الاجتهاد والعدالة من مقدماته وما افاده المحقق العراقي ره من انه حيث يكون الحكم مشروطا بالترافع وتامة الميزان عند القاضي فمع الشك في تحقق هذا الشرط يوجب جريان البرائة عن بقية المقدمات ولازمه جواز ترك كل احد تحصيل المراحل السابقة وليس كك ومثل ذلك شاهد عدم كون الحكم تحت خطاب الشارع - يرد عليه انه في كل قضية شخصية خارجية وان كان يحتمل عدم تامة الميزان عند القاضي ولكن يعلم اجمالا بتحقيق موارد يتم فيها الموازين للقضاء وهو يكفي في ثبوت وجوب المقدمات .

واما الجهة الثالثة - فلا اشكال ولا ريب في ثبوت الاستحباب النفسي عينا لمن يثق بنفسه لما تضمن من النصوص (١) من الترغيب فيه والتحريض عليه وان يدالله فوق رأس القاضي وان الله يهبط الملك ليسددم - ولا ينفيه ما ورد (٢) من التحذير والتهديد في امر القضاء فانه بالنسبة الى عدم مراعاة الموازين الشرعية لا بالنسبة الى اصل القضاء وانما وقع الاشكال في الجمع بين ذلك وبين وجوب القضاء بتوهم استحالة اجتماع الوجوب ولو كفايا مع الاستحباب العيني والكفائي - ويمكن الجواب عنه بوجوه (١) انه اى محذور في اجتماع الوجوب الكفائي مع الاستحباب العيني فما المانع من الالتزام بالتاكيد كما في ساير موارد - افلا تكون الطهارات الثلاث مستحبات نفسية وفي وقت الصلاة يعرضها الوجوب - وكم له نظير في الفقه (٢) ان المستحب هو تحصيل الولاية او الحضور لسماع الدعوى والموازين والواجب هو الحكم في ظرفها (٣) ان الواجب هو ما اذا لم يكن متصد للقضاء او كان ولم يكن الناس يترافعون اليه لتخليهم عدم اهليته لذلك - والمستحب ما اذا كان المتصدى الذي يترافع الناس اليه موجودا .

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضي - والمستدرك باب ١٠ منها

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضي

الثالث - الظاهر عدم فورية القضاء بعد الترافع - الا اذا لزم من التأخير تضررهما
اواحدهما فانه تجبح المبادرة الا اذا كان هناك عذر - والوجه في عدم الفورية الاصل -
والاجماع - وما تضمن (١) تأخير امير المؤمنين عليه السلام الحكم في بعض القضايا الى
الغد والى ما بعد الصلوة.

الرابع - اذا كان من له اهلية التصدي للقضاء متعددا - ولكن المتنازعين اختاروا
شخصا خاصا للقضاء والحكم - فان كانوا يمتقدون عدم اهلية غيره يجب عليه عينا
القضاء - والا فلا ولا يخفى وجهه -

في شرائط القاضى - اعتبار كونه مكلفا

ثم ان تنقيح القول في هذا الفصل بالبحث في مسائل - الاولى في الشرائط المعتمدة
في القاضى (و) هي امور - الاولى - انه (لا بد ان يكون مكلفا) فلا ينفذ قضاء الصبي وان كان
مراهقا ومجتهدا جامعا للشرائط - ولا المجنون ولو كان ادواريا في دورجنونه وان
كان عارفا بالاحكام الشرعية بلا خلاف فيه وفي المسالك انه عندنا موضع وفاق وقد
حكاه سيد الرياض والمقدس الاردبيلي عن غيرها - ويشهد له مضافا الى الاجماع انه
لا يحصل الاطمينان من حكم غير المكلف كونه عن مدرك شرعى ولا طريق لنا الى
احراز ذلك ولو تعبدنا - وبعبارة اخرى لا طريق لنا الى احراز عدم خيائته وكذبه بعد
عدم وجود الرادع له شرعا ولا عرفا .

وقد استدل جماعة من الاساطين لاعتباره بوجوه اخر بعضها مختص بالبلوغ
وبعضها شامل للعقل ايضا - منها - قوله عليه السلام في مشهورة (٢) ابي خديجة
الآتية اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا - وقوله عليه السلام في صحيحته (٣)
المتقدمة ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا - ومنها - ان غير

(١) الوافى الجزء التاسع ص ١٦٥

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث ٥

المكلف محجور عن التصرف والقلم مرفوع عنه (١) ومولى عليه - وعمده خطأ (٢) ومنصب القضاة من اعظم المناصب الالهية فلا يكون قابلا لتصديه - ومنها - انصراف ادلة النفوذ الى البالغ العاقل - ومنها - انه سيأتى ان لزوم ترتيب الاثار على الحكم وعدم جواز نقضه ورده خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن وهو المكلف (وفى الكل نظر) اما الاولان فلان الظاهر ان المراد بالرجل فى الخبرين هو الجنس لا خصوص البالغ - مع انهما اخصان من المدعى كما اشرنا اليه اضع اليهما انه لامفهوم لهما كى يقيد به اطلاق مقبولة ابن حنظلة الاية - اللهم الا ان يقال انهما من جهة ورودهما فى مقام الردع عن الرجوع الى قضاة الجور وصرفهم الى قضاة الشيعة ظاهرا فى كونهما فى مقام التحديد لمن يرجع اليه من القضاة - فلامحالة يكون لهما المفهوم قتا مل - واما الثالث فلمنع سلب افعاله واقواله - وكونه صيا مولى عليه لاينا فى صحة قضاوته كيف ومنصب الامامة والنبوة اعظم من منصب القضاة وقد حازهما الصبى - واما الرابع فلمنع الانصراف - واما الخامس فلانه مع وجود الاطلاق لوجهه للاقتصار على المتيقن.

فى اعتبار الايمان فى القاضى

الثانى ان يكون (مؤمنا) فلا ينفذ قضاء الكافر ولا المخالف - ويشهد به اجماع الامة - وصحيح (٣) ابي خديجة قال ابو عبد الله عليه السلام اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتمحوا كموا اليه - ومقبولة (٤) ابن حنظلة عنه عليه السلام عن رجلين من

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ و ١٢ و باب ٣٦ من القصاص

فى النفس

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب العاقلة كتاب الديات

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث ٥

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١

اصحابنا بينهما منازعة في دين او ميراث فتمحوا كما الى السلطان والى القضاة أيحل ذلك قال ﷺ من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتا وان كان حقا ثابتا له لانه اخذه بحكم الطاغوت وما امر الله ان يكفر به قال الله تعالى يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به قلت فكيف يصنعان قال ﷺ ينظران من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله الحديث ونحوهما غيرهما من النصوص المستفيضة - وما دل (١) على النهي عن الركون الى الظالم فان التحاكم الى غير المؤمن من اظهر انحاء الركون الى الظالم - وربما يستدل له بوجوه اخر منظور فيها وان كانت للتأييد صالحة لكن وضوح الحكم يغنينا عن التعرض لها وفي الجواهر بل هو من ضروريات مذهبنا .

في اعتبار العدالة في القاضي

الثالث ان يكون (عدلا) فلا ينفذ قضاء الفاسق - ويشهد به مضافا الى الاجماع - والى ان هذا المنصب من المناصب المهمة في الشريعة بل من المناصب المختصة بالنبي ﷺ واوصيائه (ع) ولا يحتمل جعل الشارع هذا المنصب لمن هو خارج عن طريقته - وبعبارة اخرى لا يكون الفاسق وصي نبي كيف وقد اعتبر الشارع العدالة في امام الجماعة فكيف بالقضاء الذي هو اهم منه - صحيح (٢) سليمان بن خالد عن ابي عبد الله ﷺ اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى (لنبي) او وصي نبي - وما دل (٣) على النهي عن الركون الى الظالم فان التحاكم الى الفاسق من اظهر انحاء الركون الى الظالم - وصحيح (٤) ابي خديجة عن الصادق ﷺ اياكم

(١-٣) هود ١١٣

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضي حديث ٣

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ٦

إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفاسق الحديث فإنه وإن كان في قضاة العامة إلا أن تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية وإن الفاسق لا يكون أهلاً للقضاة - وعدم الأمان من خيانة الفاسق وكذبه

في اعتبار العلم بأحكام القضاء في القاضى

الرابع أن يكون القاضى (عالمًا) بأحكام القضاء ليكون حكمه حكمًا بحكم الله تعالى وبالحق والعدل والقسط - ويشهد به الآيات الآمرة بالحكم بالقسط والعدل والحق - كقوله عز وجل (١) «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» وقوله عز وجل (٢) «يا أيها الذين آمنوا كونوا أقوامين لله شهداء بالقسط ولا يجر منكم شئنان قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا» وقوله تعالى (٣) «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون» ونحوها غيرها - والنصوص المستفيضة - لاحظ صحيح (٤) أبى خديجة عن الصادق (عليه السلام) في حديث أجعلوا بينكم رجلًا قد عرف حلالنا وحرامنا فاني قد جعلته عليكم قاضيا - والخبر (٥) عنه (عليه السلام) القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة - والنبوى الخاصى (٦) من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكة السماء والأرض وفي آخر (٧) فليتبوأ مقعده من النار - وصحيح (٨) سليمان بن خالد عن الصادق (عليه السلام) اتقوا الحكومة فإن الحكومة انما هي للامام

(١) النساء آية ٥٨

(٢-٣) المائدة آية ٨ و ٤٧

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

(٥-٦-٧) الوسائل باب ٤ من ابواب صفات القاضى حديث ٦-١-٣٣

(٨) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣

العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى أووصى نبى الى غير تلكم من النصوص. وهل يعتبر كونه عالما بالكتابة قراءة و كتباً كما عن الشيخ و الحلبي و في المسالك نسبة الشهيد الى الاكثر - ام لايعتبر ذلك كما عن جماعة وجهان - من اصالة عدم الاشتراط وعدم اعتباره في النبوة التي هي اكمل المناصب ومنها يتفرع الاحكام والقضاء - ومن اضطراره الى معرفة الوقائع والاحكام التي لايتيسر ضبطها غالباً الا بها - والظاهر عدم الاعتبار.

الخامس: ان يكون القاضي (طاهر المولد) فلا يكون قضاء ولد الزنا نافذاً بلا خلاف ويشهد له مضافاً الى ذلك فحوى مادل (١) على اعتبار طهارة المولد في امام الجماعة والشاهد الذين همادون هذا المنصب العظيم.

السادس: ان يكون (ضابطاً) ذكره جماعة ولادليل على اعتباره - كما ان جملة من الامور التي اعتبروها في القاضي - كالحرية - والسمع - والبصر - وما شاكل لادليل على اعتبارها واطلاق الادلة والاصل يقتضيان عدم الاعتبار.

في اعتبار الذكورية في القاضي

نعم في المقام شيء يعتبر فيه قطعاً ولم يذكره المصنف وهو الذكورية فلا ينفذ قضاء المرأة وفي المسالك وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة - ويشهد له مضافاً الى ذلك - والى التقييد بالرجل في خبري ابي خديجة المتقدمين - نصوص كثيرة لاحظ خبر (٢) الجعفي عن الباقر عليه السلام ليس على النساء اذان ولا إقامة الى ان قال ولا تولى المرأة القضاء ولا تلى الامارة ولا تستشار الحديث - والنبوي (٣) الخاصي باعلى ليس على

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب صلاة الجماعة باب ٣١ من الشهادات

(٢) الوسائل باب ١٢٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب صفات القاضي حديث ١

المرءة جمعة الى ان قال ولا تولى القضاء ولا تستشار - وما روى (١) عن النبي ﷺ انه قال لا يفلح قوم ولتهم امرأة - وخبر (٢) عبد الرحمن بن كثير عن ابي عبد الله عليه السلام قال فى رسالة امير المؤمنين عليه السلام الى الحسن عليه السلام لا تملك المرءة من الامر ما يجاوز نفسها فان ذلك انعم لجالها وارجى لبالها وادوم لجمالها فان المرءة ريحانة وليست بقهر مائة الحديث - وما (٣) رواه ابن عباس عن النبي ﷺ فى حديث ولو خلقت حواء من كله لجاز القضاء فى النساء كما جاز فى الرجال الى غير تلکم من النصوص الكثيرة ويمكن ان يستدل به بالروايات الناهية عن مشاوره النساء - وعن اطاعتهن - وعن ايتمانهن على مال وغيره - كخبر (٤) سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام اياكم ومشاوره النساء فان فيهن الضعف والوهن والعجز - وخبر (٥) الحسين بن مختار عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام فى كلامه له اتقوا شرار النساء وكونوا من خيارهن على حذر ولا تطيعوهن فى المعروف فخالقوهن كى لا يطمعن منكم فى المنكر - وصحيح (٦) ابن سنان عنه عليه السلام فى حديث قال على عليه السلام معاش الناس لا تطيعوا النساء على حال ولا تاتمنوهن على مال ولا تذروهن يدبرن امرا ليعال الحديث - الى غير ذلك من النصوص الكثيرة - وهذه كما ترى دالة على عدم جواز تصدى المرءة للقضاة ولا ينفذ حكمها .

وتدل ايضا على عدم جواز تولى المرءة الامارة وما شاكلها من المناصب وانها لا تستشار - ولكن فى زماننا هذا فى بعض الممالك الاسلامية يدبرون النساء الامور ويتصدون للمناصب الهامة من القضاة والوكالة والوزارة وما شاكل وقدسا ووافيه بين النساء والرجال فى جميع الامور حتى فى الطلاق وما شاكله وافجع من ذلك ادعاء

(١) الخلاف ج ٣ ص ٣١١

(٢-٣) المستدرک باب ٢ من ابواب صفات القاضى حديث ١-٢

(٤) الوسائل باب ٩٦ من ابواب مقدمات النکاح

(٥-٦) الوسائل باب ٩٤ من ابواب عقد النکاح حديث ٢-٧

المتصدىين لأمور المملكة ان ذلك كله مطابق للموازين الشرعية فان الاسلام هو الذى حكم بالمساواة بين الرجل والمرأة فى جميع الشؤون الاجتماعية - وقولهم ان الحجاب ليس من الدين وانه كما يجوز للرجال النظر الى مماثلهم يجوز لهم النظر الى النساء الى غير ذلك من ما يفعلون ويقولون - ووصل الفساد فى المجتمع الى حد لا يقبل للذكر نسل الله تعالى ظهور ولى الامر عجل الله تعالى فرجه الشريف وحفظ المسلمين من يد الاجانب ومن عبثهم فى عقول المسلمين و نجاتهم من دسائس الرتل الخامس وهلاك كل من تسول له نفسه العبث فى بلاد المسلمين .

يعتبر فى القاضى الاجتهاد

ويعتبر فى القاضى زايذا على ما ذكرناه ان يكون عالما بالاحكام عن اجتهاد (ولا يكفيه فتوى العلماء) بخلاف بل عليه الاجماع فى كثير من الكلمات - لما سيمر عليك من عدم جواز التصدى لمنصب القضاة بدون اذن الامام - (و) انه (لا بد) فى ذلك (من اذن الامام) وقد اذن عليه السلام للفقهاء ان يتصدى لذلك (و) دلت النصوص على انه (ينفذ قضاء الفقيه مع الغيبة اذا جمع الصفات) المعتبرة فيه - توضيح ذلك انه لا اشكال ولا خلاف فى انه لا يجوز لاحد ان يتصدى لمنصب القضاة بدون اذن من ولاة الامر من جانب الملاك العلام ويشهد بذلك جملة من الايات قال الله (١) تعالى «فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم» وقال عز وجل (٢) «فان تنازعتهم فى شىء فردوه الى الله والرسول» وقال سبحانه (٣) «انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس» - وصحيح (٤) سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبي (كنبي - خ ل) اودصى نبي - وخبر (٥) اسحاق بن عمار عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لشريح ياشريح

(١) النساء آية ٦٥

(٢-٣) النساء آية ٥٩ و ١٠

(٤-٥) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣-٢

قد جلست مجلسا لا يجلسه (ما جلسه خ ل) الابنى او وصى نبى او شقى .
و قد اذن ولاة الامر ان يتصدى المجتهد الجامع للشرائط لذلك كما يشهد
به النصوص .

لاحظ مقبولة ابن حنظلة (١) عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجلين من اصحابنا بينهما
منازعة في دين او ميراث فتحا كما الى السلطان او الى القضاة ايحل ذلك قال عليه السلام من
تحاكم اليهم في حق او باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما ياخذ سحتا
وان كان حقا ثابتا لانه اخذه بحكم الطاغوت وما امر الله ان يكفر به قال الله تعالى
يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به قلت فكيف يصنعان
قال عليه السلام ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا
وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم
يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد
الشرك بالله وظهوره في معرفة الحكم عن اجتهاد وعدم شموله لمن علم بالحكم من
التقليد لا ينبغي انكارهما وتضعيف الخبر كما عن بعض لا وجه له - لانه ليس في السند
من يتوقف فيه سوى داود بن الحصين وقد وثقه النجاشي فلو ثبت ما عن الشيخ زهري من وقفه
فالخبر موثق - وعمر بن حنظلة وقد وثقه جماعة منهم الشهيد الثاني ره وورد في
مدحه روايات وكثير من الاجلاء يروون عنه مع ان الراوى عنهما صفوان بن يحيى وهو
ممن اجمعت العصاة على تصحيح ما يصح عنهم - اضع الى ذلك تلقى الاصحاب اياه بالقبول فاذا
لا اشكال في الخبر سنداً ودلالة.

وصحيحة (٢) ابي خديجة سالم بن مكرم الجمال قال ابو عبد الله جعفر بن محمد
الصادق عليه السلام اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل
منكم يعلم شيئا من قضايانا (قضا نا - خ ل) فانه قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه - وانما

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث ٥

عبر ناعنه بالصحيحة نظرا الى ان الصدوق رواه باسناده عن احمد بن عائد وطريقه اليه صحيح واحمد نفسه موثق امامى - واما ابو خديجة فالشيخ وان ضعفه في موضع ولكنه وثقه في موضع آخر و وثقه النجاشي وعد المصنف في كتاب الخمس خبره من الصحيح .

وقويه (١) الاخر اوصيحه قال بعنى ابو عبد الله عليه السلام الى اصحابنا فقال قل لهم اياكم اذا وقعت بينكم خصومة او تدارى في شىء من الاخذ والعطاء ان تحاكموا الى احدمن هؤلاء الفساق اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا فاني جعلته عليكم قاضيا و اياكم ان يخاصم بعضكم بعضا الى السلطان الجائر - و عدم صدق العارف بالحلال والحرام على المقلد الاخذ مسائله من المجتهد - واضح كيف وان موضوع التقليد رجوع الجاهل الى العالم فلا يرتفع الموضوع باعمال الحكم.

والمرسل (٢) القوى قال الصدوق قال على عليه السلام - قال رسول الله صلوات الله عليه اللهم ارحم خلفائي ثلاثا قيل يا رسول الله ومن خلفائك قال الذين ياتون بعدى و يروون حديثى وسنتى - فان المتيقن مما يثبت بالخلافة هو الرجوع اليه في الاحكام والقضاء الذين هما وظيفة الرسول بما هو رسول .

والتوقيع (٣) الشريف واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله - واختصاصهما بالمجتهد ظاهر - الى غير ذلك من النصوص الخاصة.

وقد يقال ان جملة من الايات والاخبار تدل على جواز تصدى غير المجتهد للقضاة كقوله (٤) تعالى «ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها و اذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل» وقوله (٥) تعالى «يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط» ومفهوم قوله تعالى «ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون كما في آية اوهم

الكافرون كما في اخرى (١) وقوله عَلَيْهِ السَّلَام (٢) القضاة اربعة الى ان قال ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة وغير ذلك - بدعوى انه اذا علم الحكم بالتقليد فله ان يحكم به ويصدق عليه انه حكم بالقسط والعدل والحق وبما انزل الله.

وفيه اولا - ان الايات ليست في مقام بيان من له اهلية الحكم وانما هي في مقام بيان ان من له الحكم اذا اراد ان يحكم فليحكم بالعدل والقسط وان من له الحكم اذا حكم بغير ما انزل الله فهو فاسق او كافر - فلا يصح التمسك باطلاقها لاثبات اهلية غير المجتهد للقضاء - واما الخبر وما شابهه فالعلم فيه منصرف الى العلم بالاحكام عن طريق الاجتهاد ولا يصدق العالم عرفا على المقلد الاخذ مسائله من الغير - وان شئت قلت ان وظيفة المقلد وان كان هو العمل بما افتى به المجتهد - ولكن ذلك لا يوجب علمه بالحكم كيف وجواز التقليد انما هو من باب رجوع الجاهل الى العالم - وثانيا - لو سلم اطلاقها بتعين تقييده بما مر فاذا لا اشكال في انه ليس لغير المجتهد التصدي للقضاة ولو تصدى لا يكون حكمه نافذا .

فان قيل ان مقتضى عموم ولاية الفقيه جواز نصبه القاضى كما للامام ان ينصبه فلو نصب الفقيه عامياً للقضاة جاز لذلك - قلنا انه قد تقدم في الجزء الثالث عشر من هذا الشرح - ان لادليل على عموم ولاية الفقيه بنحو يشمل ذلك .

حكومة المتجزى

ثم انه بعد اعتبار النظر والاجتهاد فهل يعتبر فيه الاجتهاد المطلق ام يكفي مطلقه فيجوز للمتجزى ان يتصدى للقضاء وفصل الخصومة ويكون حكمه نافذا - بناء على امكان التجزى في الاجتهاد لان ملكة الاستنباط وان كان بسيطة والبسيط لا يتجزى ولا يتبعض الا انها ذات مراتب متفاوتة وتزيد وتنقص نظير جميع

الصفات النفسانية فانها مع بساطتها تختلف مراتبها في الشدة و الضعف قولان ظاهر مقبولة ابن حنظلة الدالة على الرجوع الى العارف بالاحكام اعتبار صدق هذا العنوان وهوانما يصدق اذا كان مستنبط لجميع الاحكام او جملة معتد بها منها .

وقد يقال ان مقتضى قوله عَلَيْكَ في خبر ابي خديجة المتقدم فانظروا الى رجل منكم يعرف شيئا من قضايانا (اوقضانا) الاكتفاء بالاجتهاد ولو في مسألة واحدة في نفوذ حكمه - فيقع التعارض بينه وبين المقبولة - و ذكروا في مقام الجمع بينهما امورا .

(١) جعل من في قوله من قضايانا بياينة فيكون المراد فانظروا الى من يعلم قضايانا فيكون مفاد الخبر مفاد المقبولة - ولولم تكن لفظة من في نفسها ظاهرة في ذلك لكان المتعين حملها عليه جمعا بين الخبرين (وفيه) ان البيان لا بد من مطابقته للمبين به وليس في ما نحن فيه كك فان احدهما مفرد والاخر جمع - نعم لو كان بدل (شيئا) (اشياء) لكان ما ذكرنا .

٢- العمل بكليهما لعدم التهاافت بينهما فان المقبولة تدل على كون المجتهد المطلق نافذا الحكم و مقتضى المشهورة كون المتجزي كك (وفيه) انهما حيث وردا في مقام التحديد فيعارض مفهوم المقبولة مع منطوق المشهورة لدلالة المقبولة بالمفهوم على ان غير العارف بالاحكام لا يجوز له التصدي للقضاء .

٣ - ان المشهورة مطلقة من حيث التمكن من معرفة ساير الاحكام وعدمه والمقبولة تدل على اعتبار التمكن منها فيقيد اطلاقها بالمقبولة فيكون المدار على المقبولة اى لا بد وان يكون متمكنا من معرفة ساير الاحكام (وفيه) ان المقبولة تدل على اعتبار ان يكون عارفا بالاحكام وساكتة عن بيان التمكن من معرفة الاحكام وح - فيقع التعارض بينهما لانه بمقتضى المقبولة لا بد وان يكون عارفا بجميع الاحكام ومقتضى المشهورة كفاية معرفة قضية من القضايا - والاخذ بالمدلول الالتزامي في المقبولة وهو التمكن من معرفة الجميع مع سقوط المدلول المطابق ليس جمعا عرفيا - مع - انه حقق في محله تبعية حجية الدلالة الالتزامية للمطابقة فاذا سقطت المطابقة سقطت

الالتزامية بالتبع.

٤- ان المراد من (شيئاً) في المشهوره شيء معتد به كما هو الظاهر منه لما يشمل قضية واحدة فعلى هذا يكون مساقها مساق المقبولة في انه لا بد من معرفة جميع القضايا او جملة معتد بها منها (وفيه) انه هذه دعوى لا برهان لها لانه ليس في الدليل ازيد من (شيئاً من قضاياها) وحمله على ارادة الشيء المعتد به تبرعاً لاشاهد له - فالأظهر انهما متعارضتان ولا شهرية المقبولة لعمل الاصحاب بهادون المشهورة تقدم المقبولة - مع انها موافقة للكتاب - فتحصل ان الاقوى انه يعتبر في القاضي ان يكون عارفاً بالقضايا و الاحكام الشرعية و حيث انه ملازمة بين معرفة مقدار من الاحكام يصدق عليها هذا العنوان مع التمكن من معرفة الجميع - فالأظهر عدم جواز حكومة المتجزي مطلقاً .

ثم انه حيث يكون الظاهر من المقبولة الارجاع الى من كان ناظراً في مورد الاحتياج الى الخصومة كي يصدق انه حكم بحكمهم الذي عرفه عن نظر واجتهاد بناء على ظهور الباء في كونه صلة لاسببية فقد يشكل ح امر قضاء من استنبط الاحكام بمقدمات الانسداد من باب حكومة العقل - لعدم صدقانه حكم بحكمهم العارف عن نظر - وايضاً يشكل ما لو كان المرجع الاصول العقلية من جهة فقد الامارة .

و اجاب المحقق الاصفهاني عن الاشكال في المورد الاول بانه يصدق العالم والعارف على من قامت عنده الحجة القاطعة للعذر شرعية كانت ام عقلية ام عرفية كيف وقد اطلقت المعرفة على الاستفادة عن الظاهر في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ (١) يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ انتم افقه الناس اذا عرفتم معاني كلامنا وغير ذلك اذ غاية ما هناك الاستفادة من ظاهر اللفظ او بضميمة القرينة مع وضوح ان حجية الظواهر انما تكون بيناء العقلاء بمعنى تنجز الواقع دون جعل الحكم المماثل من العرف و كذا الامر لو كان دليل حجية الخبر بناء العقلاء - والظان بالحكم حتى بناء على الحكومة

ممن قامت عنده الحجة غاية الامر الحجة العقلية دون الشرعية .

وفيه (اولا) ان ادلة جواز الرجوع الى القاضي ونفوذ حكمه - انما تدل على الرجوع الى العارف بالاحكام وعرفت ظهور المقبولة في اعتبار كونه عارفا بما يحكم به ايضاً - وارادة الحجة القاطعة للعذر منها تحتاج الى دليل وما ذكر من اطلاق المعرفة على ما يستفاد من الظواهر ومن خبر الثقة انما يكون من جهة ما حققناه في محله من ان المجهول في الامارات هو الطريقة والكاشفة فليكن هذا الاطلاق دليلاً على هذا المدعى لامن جهة اطلاق المعرفة على الحجة القاطعة للعذر (وثانياً) ان الظن في حال الانسداد على الحكومة لا يكون منجزاً للحكم بل المنجز له هو العلم الاجمالي بثبوت التكاليف اجمالاً ونتيجة المقدمات على الحكومة ليست حجية الظن بحكم العقل اذ شأن العقل هو الادراك لا الحكم الذي هو وظيفة المولى و شأنه بل نتيجه التبويض في الاحتياط فعلى فرض ارادة مطلق الحجة من المعرفة والعلم لا يجوز الرجوع على هذا الفرض فالصحيح ان الاشكال لامدفع عنه - نعم على الكشف يجوز الرجوع لان حال الظن ح حال ساير الامارات .

واما في مورد الثاني للاشكال فيمكن ان يقال انه كما يجوز الرجوع الى العالم بالحكم كك يجوز الى العالم بعدم الحكم الذي يجب بحكم العقل موافقته وامتناله - وفي موارد اصول العقلية يكون المجتهد عالماً بعدم الحكم فيرجع اليه وينفذ حكمه.

لا يجوز تفويض القضاء الى المقلد

ثم انه بعد ما عرفت من ان القضاء من وظائف المجتهد وانه ليس للمجتهد اعطاء هذا المنصب لغيره - يقع الكلام في انه هل يصح توكيل المجتهد غيره في الحكم ومقدماته ام لا الاشكال في جواز ان يستنيب في بعض مقدمات واجزاء القضاء مما لا يتوقف على الاجتهاد كسماع البينة بل في تعيين الشاهدين والجرح والتعديل والتحليف وما شاكل - وذلك من جهة ان العمل قابل للصدور عن الغير فيشملة ادلة الوكالة - مع انه يمكن ان يقال ان المتعارف عند القضاة تفويض هذه الامور الى

الغير - فمقتضى اطلاق ما دل على جعل المجتهد قاضيا ان له ان يفعل ما يفعله القضاة ومنها ذلك .

وبهذا يظهر ان للمجتهد الجامع للشرائط تفويض القيمومة والتولية وما شا كل الى الغير وليس ذلك من جهة عموم ولاية الفقيه كى يدفع بعدم الدليل عليه بل من جهة ان اعطاء هذه المناصب كان من وظائف القضاة كما هو المرسوم فيهم الان فقوله عليه السلام جعلته حاكما او قاضيا - ظاهر فى ان للفقيه ايضا اعطاء هذه المناصب وحيث ان القيم الذى يجعله القاضى ظاهر هو صاحب الولاية على التصرف لالو كيل والمأذون من قبل الغير وكك المتولى المنسوب للوقف فجعل القيم او المتولى من الحاكم كجعله من قبل الله تعالى وليست القيمومة او التولية من شؤون ولاية المجتهد - فبموت المجتهد لا تبطل القيمومة والتولية فان المجتهد على ما ذكرناه واسطة فى اثبات ذلك ويكون المنصب من قبل الله تعالى وانما بموت المجتهد ينعدم كل ما هو من شؤون ولايته لا ما هو واسطة فى اثباته - هذا كله فى غير الحكم .

واما الحكم والقضاء فى المسالك انه لا يجوز تولية غيره فيه - وفى الجواهر قلت قديقال ان لم يكن اجماع لامانع من التوكيل فى انشاء صيغة الحكم من قول حكمت ونحوه نحو انشاء صيغة الطلاق الذى هو بيد من اخذ بالساق فان عمومات الوكالة سواء فى تناولهما الى ان قال بل لعل ظاهر الدليل ان حجتيه على حسب حجتيه فله ح استنابته وله توليته بين الناس بقتاواه ولعله لذا حكى عن الفاضل القمى جواز توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بقتاواه على وجه يجرى عليه حكم المجتهد المطلق وهو قوى ان لم يكن اجماع كما لهجت به السنة المعاصرين والسنة بعض من تقدمهم من المصنفين الا ان الانصاف عدم تحققه انتهى فمحصل كلامه يرجع الى الاستدلال بوجهين .

الاول عموم ادلة الوكالة (وفيه) ان شمول ادلة الوكالة لمورد يتوقف على مقدمتين - احدهما قابلية الوكيل للتصدي له كاجراء صيغة الطلاق - فلو كان الفعل مما لا يكون الوكيل قابلا للتصدي له لا يجوز التوكيل فيه - ثانيتهما عدم اعتبار

صدور الفعل عن شخص الموكل بما هو والا فلا يجوز التوكيل ولذا لا يجوز التوكيل فى اتيان الواجبات الشرعية كالصلاة اليومية وما شا كل فان ذلك من جهة اعتبار صدورها عن الشخص نفسه - وفى المقام كلتا المقدمتين ممنوعتان - اما الاولى فلما دل على ان الحكم منصب النبى او الوصى ولم يؤذن لغير المجتهد التصدى له - واما الثانية - فلان ظاهر التكليف المتوجه الى شخص اعتبار صدور الفعل عن نفسه و جواز التوكيل فيه يتوقف على اقامة دليل على عدم اعتبار صدوره عن شخصه بالمباشرة - وعليه ففى المقام ظاهر الادلة اعتبار كون الحاكم هو المتصدى بنفسه للحكم فلا يجوز التوكيل فيه ولو فى اجراء الصيغة .

الثانى الاستدلال بعموم مادل على ان الفقيه حجة من قبل الحجة كما ان الحجة من قبل الله تعالى - و محصله الاستدلال بعموم ادلة ولاية الفقيه (و يرد) اولاً ما حققناه فى محله من عدم ثبوت الولاية للفقيه بنحو تكون ثابتة للامام (عليه السلام) وقد مر الكلام فى ذلك فى كتاب البيع وغيره من المواضع المناسبة فى هذا الشرح وثانياً انه على تقدير ثبوت الولاية العامة للفقيه ليس معنى ذلك ان له تبديل الاحكام الشرعية الا ترى انه لا يتوهم ان له ان يفوض امامة الجماعة للفاسق وليس ذلك الامن جهة ان الشارع الاقدس حكم بعدم جواز الايتمام بالفاسق فالمجتهد بل والامام نفسه ليس له تبديل ذلك - والمقام بعد دلالة الدليل على ان منصب القضاة لا يجوز التصدى له لغير المجتهد كما مر يكون من هذا القبيل كما لا يخفى - فالأظهر انه ليس للفقيه تفويض منصب القضاة الى غيره ولا توكيله فى اجراء صيغة الحكم :

قاضى التحكيم

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية فترافعا اليه فحكم لزمهما حكمه و ان كان هناك قاض منصوب و يعبر عنه بقاضى التحكيم ولقد اطلوا البحث فى ذلك بما لا يرجع الى محصل ينفعنا فان بحثهم فيه انما هو بالنسبة الى زمان الحضور و اما فى زمان الغيبة فلا يفيد ما ذكره قال فى المسالك

واعلم ان الاتفاق واقع على ان قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهدا وعلى هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الامام ليفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضى منصوبا وهذا غير المنصوب من غير الخصمين اما فى حال الغيبة فسيأتى ان المجتهد ينفذ قضائه لعموم الاذن وغيره لا يصح حكمه مطلقا فلا يتصور حالتها قاضى التحكيم انتهى. وربما يحتمل تصوره فى زمان الغيبة بالمرافعة الى المفضل مع وجود الافضل بناء على اختصاص النصب به دونه. ولكن مع ما فيه من النظر سيظهر لك ان الحق عدم اختصاص النصب بالافضل فالاولى ترك التعرض لدليله - وفروعه.

نعم - فى المقام شئ وهو انه يجوز للمتخاصمين الرجوع الى عامى مصلح بان يقيما البينة او الحلف ثم بعد ثبوت الحق لاحدهما عنده او عدمه يامرهما بالصلح او رفع يد احدهما عن دعواه به او بالهبة وما شا كل وليس ذلك من القضاء فى شئ ولا مانع منه (بل) ربما يدعى ان القضاء هو الحكم لاحد المتخاصمين على انه حكم الله تعالى وبعنوان الولاية الثابتة من قبل حجة الله - واما لو حكم لاي هذا العنوان كما فى القضية المنصوبين من قبل سلاطين العصر - فلا مانع من حكمهم غاية الامر عليهم ان يراعوا فى الحكم ثبوت الحق لمن يحكم له و العلم به بل ومع شهادة العدلين عنده بناء على حجية البينة ولكن لا يجوز له تحليف المنكر لانه من وظيفة المجتهد - الا ان يكون الحلف لاي عنوان القاطع للخصومة بل من جهة ان المسلم لا يحلف كاذبا فيكون حلفه ح احد الامور الموجبة لحصول العلم أو الاطمينان فلا مانع عنه بل ومن الممكن دعوى مطلوبة ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وعون الضعيف - والله تعالى اعلم .

حكم مالو تعدد المجتهد

الثانية - اذا تعدد المجتهد فى البلد فتارة لا يكون احدهما اعلم من الاخر واخرى يختلفون فى الفضيلة - فالكلام فى مقامين.

الاول في صورة عدم اختلاف المجتهدين في الفضيلة فان كان احد الخصمين مدعيا والاخر منكرا فالمعروف بين الاصحاب ان اختيار تعيين الحاكم بيد المدعى (واستدل) له في المستند بانه المطالب بالحق ولاحق لغيره اولافمن طلب منه المدعى استنقاذه يجب عليه الفحص فيجب اتباعه ولا وجوب لغيره (وفيه) انه ان اريد بالحق الحق المدعى فهو غير ثابت - وان اريد به حق الدعوى فهو لا يوجب تقديم مختاره اذ بعد الدعوى يكون لخصمه حق الجواب - مع انه يمكن ان يسبق خصمه الى الحاكم ويطلب منه تخليصه من دعوى المدعى - فالصحيح ان يستدل له بالاجماع وقدا دعاه غير واحد .

واما ان كان الخصمان متداعيين فان رضيا باحدهما فلا اشكال فيه ولا كلام - وان اختار كل منهما غير من اختاره الاخر ففي ملحقات العروة لا ينبغي الاشكال في القرعة وفي المستند انه لو سبق احدهما الى مجتهد فحكم له بناء على جواز الحكم على الغائب يقدم ولو استبق كل منهما الى حاكم حكم له يقدم من حكمه اسبق وان تقارنا لم ينفذ شيء منهما اذ نفوذهما معاممتنع ونفوذ احدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجع وان اشتبه السابق كان المرجع هو القرعة .

اقول ما ذكره ربه يتم فيما اذا كان كل من المتداعيين في بلد ورجع الى حاكم ذلك البلد فحكم له من باب الحكم على الغائب - واما اذا كانا في بلد واحد فحيث ان المفروض بنائهما على الترافع وان اختلافهما انما هو في المرجع فمع سبق احدهما الى حاكم من دون رضی الاخر ليس له الحكم مع عدم حضور خصمه من باب الحكم على الغائب اذ ليس هذا مورد الحكم على الغائب حتى اذا امر باحضاره ولم يحضر اذ اللازم حضوره للترافع ولادليل على لزوم حضوره عندهذا الحاكم وان امر باحضاره وسياتي زيادة توضيح لذلك .

المقام الثاني في مالو كان احدهما اعلم ففيه قولان ذهب الى كل منهما جماعة وربما يدعى اشهرية تقديم الاعلم - وفي ملحقات العروة والظاهر ان مرادهم الاعلم في

البلد او ما يقرب منه لا الا علم مطلقا ولا يبعد قوة هذا القول انتهى .
 واستدل لتعين العلم (بان) ما دل على الرجوع الى المجتهد في القضاء لوروده في مقام
 بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور لا اطلاق له (وبانه) لو سلم اطلاقه يقيد
 بمادل على الرجوع الى المرجحات عند اختلاف الحاكمين كالمقبولة (١) (وبان)
 الظن الحاصل من قول العلم اقوى نوعا فبالاتباع اخرى فان اقوال المجتهدين كالادلة
 للمقلدين (وبانه) مقتضى مذهبنا ومنهنا قبح ترجيح المفضل على الافضل (وبما) (٢)
 في نهج البلاغة عن امير المؤمنين عليه السلام في عهد طويل كتبه الى مالك الاشتر حين
 ولاء على مصر واعماله يقول فيه واختر للحكم بين الناس افضل رعيته في نفسك ممالا
 تضيق به الامور .

وفي الكل نظر - (اما الاول) فلان النصوص الدالة على الرجوع الى المجتهد
 كما تكون في مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور كك تكون في مقام بيان
 الرجوع الى المجتهدين كيف وجملة منها متضمنة للمرجحات عند التعارض (واما
 الثاني) فلان المقبولة المتضمنة للترجيح بالافقية انما هي في صورة الحكم على الخلاف
 وهذا غير اعتبارها بمجرد الاختلاف بل مطلقا فكما ان ساير المرجحات المذكورة
 فيها من موافقة الكتاب وغيرها مختصة بتلك الصورة كك هذا المرجح بل صدر
 المقبولة يدل على عدم اعتبارها في غير مورد الحكم بالخلاف فانها مفصلة ذكر صدرها
 في الوسائل في الباب ١١ - من ابواب صفات القاضي - وذيلها الذي هو مورد الاستدلال
 في الباب ٩ من تلك الابواب (مع) ان مورد الشبهة الحكمية وفصل الخصومة فيها
 اما بالفتوى او بنقل الرواية وعلى اى حال فاعتبار الافقية في هذا المقام غير اعتبارها

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب صفات القاضي حديث ١

(٢) نهج البلاغة ص ٣٠ ج ٤ من طبعة لبنان بيروت - والوسائل باب ٨ من ابواب آداب

في مقام الحكم والقضاء مطلقا حتى فيما كانت الشبهة موضوعية (واما الثالث) فلمنع اقوائية الظن الحاصل من قول العلم سيما في الشبهات الموضوعية وفي الشبهات الحكيمة فيما اذا كان حكم غير العلم مطابقا لحكم العلم ممن قدمات - اذ قد يتمكن غير العلم من الاسباب ما لا يتمكن منه العلم - مع ان تمام ملاك حجية حكم المجتهد ليس هو الظن كي يكون الظن اقوى احرى بالاتباع والالزم العمل بالظن الحاصل من اسباب اخر ان كان اقوى وهو باطل قطعاً - ولا الظن الحاصل من حكم المجتهد والالزم عدم لزوم العمل به اذالم يحصل الظن من قوله - بل من الجائز كون تمام الملاك للرجوع الى العالم كونه عارفا بالاحكام ولا فرق بين افراده من جهة كون بعضها عرف من بعض (واما الرابع) فلان بطلان ترجيح المفضل انما هو بالنسبة الى ما لا فضلية دخل فيه - ولذا لم يتوهم احد عدم جواز امامة المفضل مع وجود الافضل فان الملاك في الامامة هو العدالة - وفي المقام كك فان نفوذ الحكم انما هو من جهة نصب المجتهد بما هو مجتهد ولا فرق في ذلك بين الافضل وغيره ولذا يجوز للامام عليه السلام نصب القاضي من غير اشتراط تعذر الوصول اليه بل نصب امير المؤمنين عليه السلام في بلد قاضيا مع تيسر الوصول اليه (واما الخامس) فلانه ليس في مقام بيان حكم لزومي والا كان المتعين ارجاع الكل الى شخص واحد لافي كل بلد الى افضل رعية ذلك البلد بل كان المتعين تصدى مالك الاشر بنفسه للقضاء لانه افضل من كان في مصره قطعاً .

اضف الى ذلك كله انه لو تم شيء من تلك الوجوه لزم ترجيح العلم مطلقا لخصوص العلم البلد - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا وجه لتقديم العلم بل مقتضى اطلاق النصوص هو التخيير بين العلم وغيره ويعضده نصب ولاية الامر في زمان حضورهم اشخاصا للقضاء مع انهم كانوا اعلم منهم بل كان القضاء المنصوبون بعضهم افضل من بعض نعم مع فرض تعارض حكمهما ولو في فرض حكمهما دفعة لا بد من البناء على ترجيح حكم الافقه - كما لا بد من البناء على الترجيح بساير ما في المقبولة من المرجحات - ولكنها ايضا في صورة عدم تعاقب الحكامين والا فلا يتصور التعارض

لان الحكم الاول ان كان عن ميزان فلا يبقى مجال للحكم الثانى لفصل الخصومة بالاول والا فلا يسمع حكمه كى يعارض الثانى .

ثم انه بناء على المختار من التخيير - هل يجوز للمجتهد غير العلم ان يحكم بما يراه حكم الله وان كان مخالفا لفتوى العلم - فى الشبهات الحكمية - ام لا بدوان يحكم بما يطابقها وجهان بل قولان - اظهرهما الاول كما يشهد به صدر المقبولة فانه انما حكم بترجيح حكم الاقله فى فرض تعارض الحجتين والافكان المتعين العمل بما يحكم به احدهما وان كان هو غير العلم - وهذا الباب غير باب التقليد ولذا يجب على المجتهد اذا كان احدا المتخاصمين ان يعمل بحكم الحاكم وليس له التقليد فتدبر .

حكم اخذ الاجرة على القضاء

الثالثة فى اخذ الاجرة على القضاء بين الناس اقوال وفى الجواهر فقد اضطربت فيه كلمات الاصحاب اضطرابا شديدا انتهى - واليك جملة منها .

قال الشيخ فى محكى النهاية لا باس باخذ الاجرة والرزق على الحكم والقضاء بين الناس من جهة السلطان العادل - وقال المفيد لا باس بالاجرة فى الحكم والقضاء بين الناس والتبرع بذلك افضل و اقرب الى الصلاح - وقريب من ذلك ما عن القاضى وقال ابو الصلاح يحرم الاجر على تنفيذ الاحكام - وقال ابن ادريس يحرم الاجر على القضاء وهذا القول محكى عن جماعة من القدماء والمتأخرين بل هو المنسوب الى المشهور .

وقال المصنف ره فى محكى المختلف الاقرب ان نقول ان تعيين القضاء عليه اما بتعيين الامام عليه السلام له او بفقد غيره او بكونه الافضل و كان متمكنا لم يجز الاجر عليه وان لم يتعين او كان محتاجا فالاقرب الكراهة - وقريب منه ما عن المحقق فى الشرايع .

وقد استدل على المنع مطلقا بخبر (١) يوسف بن جابر قال ابو جعفر عليه السلام لعن رسول الله ﷺ من نظر الى فرج امرأة لا تحل له ورجلا خان اخاه في امرته ورجلا احتاج الناس اليه لتفقهه فسألهم الرشوة - بتقريب ان المراد من قوله ﷺ فسألهم الرشوة مطلق الجعل في مقابل الحكم ولو كان بالحق اما لانه حقيقة فيه او انه اطلق عليه الرشوة تأكيد للحرمة و ان ظاهر قوله ﷺ احتاج الناس اليه الاحتياج الى نوعه لا الى شخصه - وبصحيح (٢) عمار عن ابي عبد الله عليه السلام كل شيء غل من الامام فهو سحت والسحت انواع كثيرة منها ماصيب من اعمال الولاة الظلمة ومنها اجور القضاة واجور الفواجر الحديث بناء على ان الاجر في العرف يشمل الجعل - وبحسن (٣) ابن سنان سئل ابو عبد الله عليه السلام عن قاض بين قريتين ياخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال ذلك السحت - بتقريب ان ظاهره وان كان كون القاضي منصوباً من قبل السلطان الجائر الا انه يشمل من هو قابل في نفسه للتصدي - ويحمل الرزق من السلطان على ما يبذل من غير بيت المال بازاء القضاء بقرينة كلمة على الدالة على المقابلة - وبخبر (٤) الجعفریات فقد جعل الامام عليه السلام فيه من السحت اجر القاضي .

ولكن في الكل نظرا - اما الاول فلان الرشوة كما عن المجمع عبارة عما يجعل على الحكم بالباطل وقد مر الكلام فيه في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح مفصلا فلا تشمل ما يبذل بازاء الحكم بالحق - فان قيل ان ظاهر الخبر بقرينة اطلاق قوله رجلا احتاج الناس اليه لتفقهه ارادة مطلق ما يبذل لبذل الفقه - قلنا انه على فرض ثبوت كون الرشوة ما يدفع بازاء الحكم بالباطل لا يكون تلك الجملة قرينة لارادة الاعم منها بل المستفاد من الخبر ان الملعون هو الصنف الخاص من الرجل الذي احتاج

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٢ كتاب التجارة

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ١

(٤) المستدرک باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٢

الناس اليه لتفقهه. اصف الى ذلك كله ضعف الخبر في نفسه لجهالة يوسف وبعض آخر من رجال السند .

واما الثاني ومثله الرابع فلان منصر فها وظاهره ولو بملاحظة العهد القضاة المنصوبون من قبل السلطان الجائر .

واما الثالث فلان الظاهر من الحسن هو ما يؤخذ من السلطان من بيت المال او من جوائزه وحيث انه ستعرف جواز الارتزاق من بيت المال اذا كان القاضي جامعاً للشرائط فيتعين حملها على ما اذا كان في نفسه غير قابل لذلك وحرمة اخذه الرزق ح واضحة كما سيأتي وهي غير مربوطة بما نحن فيه .

واستدل للقول بالجواز مطلقاً بخبر (١) ابن حمران قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول من استأكل بعلمه افتقر قلت ان في شيعتك قوما يتحملون علومكم ويبثونها في شيعتكم فلا يعدمون منهم البر والصلة و الاكرام فقال عليه السلام ليس اولئك بمستأكلين انما ذلك الذي يفتي بغير علم ولا هدى من الله ليبطل به الحقوق طمعا في حطام الدنيا فان الظاهر منه حصر الاستيكال المذموم بما اذا كان باخذ المال في مقابل الحكم بالباطل او مع الجهل بالواقع فمقتضى مفهومه جواز الاستيكال مع العلم بالحق والحكم به (واورد عليه) بان الحصر اضا في بالنسبة الى الفرد الذي ساله السائل فمفهومه عدم الذم على ذلك الفرد دون ساير الافراد (واجيب عنه) بانه خلاف الظاهر (وايد) الاستاد الايراد وجهه بانه لما توهم السائل ان من يحمل العاوم ويبثها في الشيعة ووصل اليه - منهم البر والاحسان من دون ان يطالب من المستأكل بعلمه المذموم اجاب عليه السلام بان ذلك ليس من الاستيكال المذموم و ان المستأكل هو الذي يفتي بغير علم لا بطل الحقوق - وعليه فمفهوم الحصر هو العقد السلبي المذكور في الخبر صريحا ولا يكون الخبر متعرضا لحكم ساير الافراد .

(وفيه) انه وان لم يثبت كون انما من اداة الحصر اذ كما افاده الشيخ الاعظم
 ره انه لامرادف لها في عرفنا اليوم من اللغة العربية وغيرها ولا هي تستعمل بنحو
 يمكن تشخيص معناها فلا يعلم انها تدل على الحصر ام لا - و تمام الكلام في محله
 ولكن على فرض تسليم ذلك لا ينبغي التوقف في دلالة الخبر على الحصر بالاضافة الى
 جميع الافراد اذ لو كان المراد ما ذكره لما كان وجه للتقييد بقوله بغير علم ولا
 هدى من الله ليبطل به الحقوق - و بعبارة اخرى ذكر خصوص هذا الفرد وحصر
 المذموم فيه مع عدم كونه موردا للسؤال كاشف عن ارادة الحصر بالنسبة الى جميع
 الافراد فلا يراد في غير محله .

و الحق ان يورد عليه بمنع افادة انما للحصر - وبضعف الخبر لتميم بن
 بهلول وايه .

واستدل للقول الثالث بانه في صورة تعيين القضاء عليه لا يجوز اخذ الاجر لمادل
 على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب وفي صورة عدم التعيين وعدم كونه محتاجا
 لا يجوز اخذ لمادل من النصوص على المنع من اخذ الاجر على القضاء المتقدمة -
 واما في صورة عدم التعيين والحاجة فيجوز اخذ للعمومات بعد اختصاص نصوص
 المنع بصورة الاستغناء .

اقول اما في صورة التعيين فقد تقدم الكلام مفصلا في الجزء الثاني عشر من
 هذا الشرح في جواز اخذ الاجرة على الواجب وينا ان الوجوب من حيث هو لا
 يصلح مانعا عن صحة الاجارة وانه يجوز اخذ الاجرة على الواجب - واما في صورة
 عدم التعيين فقد مر عدم دلالة النصوص على المنع - وعلى فرض الدلالة عليه لم يظهر لي
 وجه اختصاصها بصورة الاستغناء - فتحصل مما ذكرناه انه لا دليل على المنع من
 اخذ الاجر على القضاء فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة - وهي تقتضي جوازه
 سواء كان المراد به ما يبذل بازاء الحكم بالحق ام كان المراد به ما يبذل بازاء
 تقلد منصب القضاة والتهيا لالحسم المرافعات سواء دفعت اليه خصومة ام لا لانه عمل
 محترم فلا يذهب هدرًا .

وقد ظهر مما ذكرناه جواز اخذ الاجرة على تبليغ الاحكام الشرعية وتعليم المسائل الدينية - وقد استدل على المنع بان تبليغ الاحكام واجب اما مطلقا بالنسبة الى كل من اراد التعلم كما عن جامع المقاصد اوفى خصوص ما هو محل الابتلاء اوان الواجب التهيأ للتعليم وانه اذا اراد احد تعلمها يكون قادرا عليه كما اختاره استاذنا المحقق الشيرازي - ولا يجوز اخذ الاجرة على الواجب - وبخبر يوسف بن جابر المتقدم - وبالاتصالات الناهية عن اخذ الرشوة على الحكم - وفي الكل نظر - اما الاول فلما مر من جواز اخذ الاجرة على الواجب وان الوجوب من حيث هو لا ينافي صحة الاجارة واخذ الاجرة - واما الثاني - فلما تقدم من ضعف سنده وغيره - واما الثالث فلما عرفت من عدم صدق الرشوة على ما يؤخذ بازاء الحكم بالحق وبيان الاحكام .

حكم ارتزاق القاضي من بيت المال

بقي في المقام مسائل - احداها انه هل يجوز ارتزاق القاضي من بيت المال ام لا - والارتزاق انما هو الاخذ من بيت المال بسبب كون الشخص قاضيا مثالا او مؤذنا او نحو ذلك وهو منوط بنظر الحاكم من دون ان يقدر بقدر خاص بخلاف الاجرة فانها تحتاج الى تقدير العوض وضبط المدة وتقدير العمل .

ثم ان القاضي ان كان جامعا لشرائط القضاة يجوز ارتزاقه من بيت المال كما هو المشهور بين الاصحاب سواء كان منصوبا من قبل السلطان العادل ام كان منصوبا من قبل السلطان الجائر وفرض كونه منصوبا من قبل الجائر مع كونه جامعا لشرائط القضاة انما يكون فيما اذا كان غرضه من قبول المنصب قضاء حوائج الشيعة وانقاذهم من المهلكة والشدة والتجيب الى فقرائهم .

وكيف كان فيشهد للجواز (ان) بيت المال معد لمصالح المسلمين كانت تحت يد العادل او تحت يد الجائر وهذا من مهماتها لتوقف انتظام امور المسلمين عليه -

(ومرسل) (١) حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل في الخمس والانفال والغنائم قال والارضون التي اخذت غنوة فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ثم ذكر الزكاة وحصة العمال الى ان قال و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك ارتزاق اعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة الحديث - (وما) كتبه (٢) امير المؤمنين عليه السلام في عهد طويل الى مالك الاشتر حين ولاه على مصر واعمالها يقول فيه واعلم ان الرعية طبقات الى ان يذكر القضاة وصفاتهم وما يعتبر فيهم ثم قال واكثر تعاهد قضائه وافسح له في البذل ما يزيح غلته وتقل معه حاجته الى الناس واعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره (و يؤيده) خبر (٣) الدعائم عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال لا بد من قاض ورزق للقاضي وكره ان يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضى لهم ولكن من بيت المال.

واستدل لعدم جواز الارتزاق من بيت المال اما مطلقاً أو في ما اذا كان منصوباً من قبل السلطان الجائر بحسن (٤) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال عليه السلام ذلك السحت (ولكن) الظاهر منه او منصرفه هو القاضي المنصوب من قبل السلطان الجائر - وان ابيت عن ذلك فهو محمول على ذلك بعد الجمع بينه وبين ما تقدم من ما دل على جواز الارتزاق.

واختار بعض عدم جواز الارتزاق مع تعيين القضاء عليه معللاً بوجوب القضاء عليه فلا يجوز له اخذ العوض كما في سائر الواجبات (وفيه) ما تقدم من ان الارتزاق من بيت المال غير الاجرة - مع انه لا مانع من اخذ الاجرة على الواجب كما مر.

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ٢-٩

(٣) المستدرک باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ٢

(٤) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ١

وعن جماعة عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجة وعن المسالك إنه الأشهر - (واستدل) له - بان المسلم جواز الارتزاق من بيت المال مع الحاجة ولو بواسطة تقلد منصب القضاة المانع من التكسب - وبان بيت المال معد للمحاييج (ولكن) يردهما ان بيت المال معد لمصالح المسلمين كان القائم بالمصالح محتاجا ام لم يكن كك - اصف الى ذلك اطلاق الخبرين - نعم - اذا لم يكن القاضى واجداً لشرائط القضاة المقررة فى الشريعة كجل القضاة المنصوبين من قبل سلاطين الجور لا يجوز ارتزاقه من بيت المال لعدم كونه من موارد مصرف بيت المال ولحسن ابن سنان.

حكم اخذ القاضى الهدية

ثانيتها - هل يجوز للقاضى اخذ الهدية وهى ما يبذله على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له ام لا يجوز قولان اختار جماعة منهم الشيخ الاعظم وصاحب الجواهر الحرمة وقد استدله بوجوه .

الاول ما دل على حرمة الرشوة بدعوى انها تصدق على الهدية ايضا (وفيه) ان الرشوة هى ما كان بازاء الحكم لا ما يبذل بداعى الحكم ولا اقل من ان هذا هو المتيقن منها - ويشهد له جعل ذلك فى مقابل الرشوة فى خبر (١) الاصبح .

الثانى عموم مناط حرمة الرشوة وهو صرف القاضى عن الحكم بالحق للمقام (وفيه) انه لا قطع بالمناط كى يصح التمسك بتنقيح المناط والاحرم المدح له وتعظيمه والمبادرة الى سماع قوله وقضاء حوائجه ونحو تلكم .

الثالث قوله تعالى (٢) « لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » بتقريب ان المال الذى يهدى قبل الحكم الى القاضى ليورث المودة الموجبة للحكم له وان لم يقابل بالداعى الذى دعى الى البذل فى الصورة الا انه فى اللب والواقع قبول به (وفيه)

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٠

(٢) النساء آية ٢٩

ما تقدم مرارا من ان الدواعى لا تقابل بالمال ولذا لا يضر تخلف الداعى بلزوم المعاملة وصحتها.

الرابع ما دل على حرمة الاعانة على الاثم (وفيه) انه قدم في الجزء الحادى عشر من هذا الشرح انه لا دليل على حرمة الاعانة على الاثم.

الخامس ما تضمن زجر النبى ﷺ عمال الصدقة عن اخذهم للهدية كالنبوى (١) المروى عن ابى حميد الاتصارى والذى نفسى بيده لا يقبل احد منكم شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه (وفيه) انه ضعيف السند لا يعتمد عليه فى الحكم.

السادس ما (٢) عن عيون الاخبار باسناده عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام فى قوله تعالى « اكالون للسحت » قال هو الرجل يقضى لاخيه الحاجة ثم يقبل هديته (وفيه) مضافا الى ضعف سند الخبر ان ظاهره حرمة اخذ الهدية المتأخرة عن قضاء الحاجة وحيث انه لم يفت احد بالحرمة فى الفرض فيتعين حمله على الكراهة ورجحان التجنب عن قبول الهدايا من اهل الحاجة اليه لئلا يقع فى الرشوة يوما فان ذلك اولى من حمله على الهدية المتقدمة مقيدا لها بما اذا كانت بداعى الحكم له بالباطل كما لا يخفى.

السابع (٣) خبر الاصبغ عن امير المؤمنين عليه السلام ايما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ان اخذ هدية كان غلولا وان اخذ الاجرة فهو مشرك (وفيه) مضافا الى ضعف سنده لابى الجارود وسعد الاسكاف - انه يدل على حرمة اخذ الوالى الهدية لا اخذ القاضى لها ولعل وجه حرمة ما ذكره بعض الاكابر من انها تكون عن كره وخوفا من ظلمه وجوره او يحمله على الكراهة او غير ذلك من المحامل المذكورة فى المطولات.

(١) المبسوط كتاب القضاء فصل فيما على القاضى فى الخصوم والشهود

(٢-٣) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث - ١١ - ١٠

الثامن ماورد (١) من ان هدايا العمال غلول وفي آخر سحت (وفيه) مضافا الى ضعف السند انه اما ان يراد من هذه النصوص ما يهديه العمال الى الرعية او يكون المراد ما يهديه العمال الى الولاة وعلى اى تقدير تكون اجنبية عن المقام اما على الاول فواضح فانهاح تكون من النصوص المتضمنة لعدم جواز اخذ جوائز السلطان وعماله وما على الثانى فلما مر فى سابقه.

فتحصل انه لا دليل على حرمة اخذ الهدية فالاقوى جوازه سواء أ كانت متقدمة على الحكم او متاخرة عنه - و سواء أ كانت للروابط الشخصية ام قرينة الى الله تعالى ام كانت بداعى الحكم بالباطل او بالحق او الاعم منهما لعموم دليل صحة الهبة وجوازها.

حكم المعاملة المحاباة مع القاضي

ثالثها فى حكم المعاملة المشتملة على المحابات مع القاضي ونخبة القول انه (تارة) لا يقصد من المعاملة الا المحابات التى فى ضمنها لا بمعنى عدم انشاء المعاوضة اصلا فان ذلك خروج عن محل الكلام - بل بمعنى ان المقصود الاصلى من المعاملة اىصال الزايد الى القاضي ليحكم له وبعبارة اخرى كان قصده للمعاملة تبعا مقدما لاجل ان يتوصل الى المحابات (و اخرى) يقصد المعاملة و لكن يجعل المحابات لاجل الحكم له بمعنى ان الحكم له من قبيل الشروط التى توافيا عليها التى هى بحكم التى صرح بها فى العقد (وثالثة) يقصد المعاملة ويحايى فيها لاجل جلب قلب القاضي اما فى الصورة الاولى فقد يقال بالحرمة من جهة كون الناقص من الرشا المحرم (و فيه) ان الرشا هو بذل المال بازاء الحكم و فى المقام المال انما يبذل بازاء الثمن غاية الامر ان الداعى هو الحكم (واستدل) المحقق التقي ره لها بان عنوان

(١) لم اعثر على اصل لهما فى كتب الاحاديث نعم بمضمونهما روايات فى بحار الانوار

ج ٢٣ ص ١٤ من طبع الكمباني - وفى الوسائل فى باب ٨ من ابواب آداب القاضي - هدايا

الامراء غلول

الرشا يصدق على نفس المعاملة (و فيه) ان عنوان المعاملة ينطبق على بذل المال بازاء الثمن وقبول صاحب الثمن فالمقابلة انما هي بين المالكين وليس غير ذلك شيء يقابل بالحكم كي يكون هو الرشاء - نعم بعض ما استدل به على حرمة الهدية يدل على حرمة المعاملة المحاباة لكن عرفت ما فيه فلا ظهر عدم الحرمة.

واما في الصورة الثانية فان قلنا بان الشرط حتى مثل هذا الشرط غير المذكور يقسط عليه الثمن يحرم اعطاء مقدار ما قابل الشرط لكونه رشوة و الا فحكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى واولى بعدم الحرمة الصورة الثالثة كما لا يخفى .

وقد قوى الشيخ الاعظم الانصارى زه فساد المعاملة المحابى فيها - واستدل له في جميع الصور بالنصوص (١) الدالة على بقاء المال على ملك الراشئ باى طريق كان - وفي الصورة الثالثة بان ذلك مقتضى النهى عن الرشا الصادق على المعاملة في المقام - وبان اعطاء الرشوة صادق على دفع المبيع الذى حابى في معاملته فيكون الدفع حراماً وهو لا يجامع صحة المعاملة اذ صحتها ملازمة لوجوب الدفع - وفي الصورة الثانية بان الشرط الفاسد مفسد .

و في الكل نظر اما الاول فلان غاية ما يستفاد من النصوص بقاء المال على ملك الراشئ ان لم يكن بعقد من العقود مع انه عرفت عدم صدق الرشوة على المعاملة المحابى فيها - واما الثانى فيرده ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما امر بتحقيقه مع ان صدق الرشوة عليهما ممنوع - واما الثالث فلان الدفع الواجب بمقتضى المعاملة الواقعة لا يكون مصداقاً للرشا - اصف اليه انه لا يتأتى فيما كان مقبوضاً قبل المعاملة او كان في حكم القبض مما هو ثابت في الذمة - واما الرابع فلما تقدم في محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسداً - فالمتحصل ان الاظهر عدم حرمتها وصحة المعاملة ولزومها .

حكم ما يؤخذ بحكم قاضى الجور

الرابعة - قد عرفت انه يحرم على من ليس اهلاً للقضاء ان يتصدى لمنصب القضاة ولا ينفذ حكمه وانه لا يجوز الترافع اليه - وقد مر ما يدل على جميع ذلك .
انما الكلام فى المقام فى حكم المال الذى يؤخذ بحكمه و فيه اقوال (١) انه حرام وان كان الاخذ محققاً - وهو المشهور بين الاصحاب نعم استثنى بعضهم من ذلك مورداسياتى (٢) الفرق بين المأخوذ بالترافع الى قضاة الجور وبين المأخوذ بالترافع الى غيرهم ممن ليس اهلاً للحكم - فيجوز التصرف فى الثانى ان كان محققاً ولا يجوز فى الاول مال اليه السيد فى ملحقات العروة (٣) التفصيل بين العين والدين فيجوز فى الاول دون الثانى - وفى الجواهر فلا بد من حمل الخبرين على الاعم من ذلك لكن على معنى ان اصل ثبوت الاستحقاق للدين او العين قد كان بحكمهم الباطل لانهما ثابتان بالحكم الحق واخذهما قد كان بحكم الطاغوت.

والاظهر هو الثانى لقوله لَا يَحِلُّ فى المقبولة المتقدمة من تحاكم اليهم فى حق او باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما ياخذ سحتاً وان كان حقاً ثابته (ودعوى) ان السحت صفة الفعل لا المال فالخبر يدل على حرمة الاخذ به مما لا كلام فيه - وحيث انه عالم بانه ماله فيجوز له التصرف فيه كسائر امواله (مندفعة) بظهور الهيئة سيما بواسطة قوله لَا يَحِلُّ وان كان حقاً ثابته فى كونه صفة للمال المأخوذ (فان قيل) يختص الخبر بالدين ولا يشمل العين اذا احتمال خروج العين عن ملكه بعيد (قلنا) ان تخصيص الخبر بالدين مضافاً الى منافاته للاطلاق ياباه ما فى صدر المقبولة من فرض التنازع فى الدين والميراث - والاستبعاد المذكور يندفع بانه لا مانع من صيرورته حراماً بالعنوان الثانوى ولا يلتزم بخروجه عن ملكه .

وما افاده السيد بانه يمكن حمل الخبر على انه بمنزلة السحت فى العقاب لانه يحرم التصرف فيه او ان التصرف فيه محرم بالنهى السابق (يرد عليه) مضافاً الى عدم معنى معقول لثبوت الحرمة بالنهى السابق وان افيد ذلك فى الخروج عن الدار الغيبية و -

لكن بينا في محله فساد - انه حمل لاشاهد له ورفع اليد عن الظاهر بلا قرينة -
(كما) ان حملة على ما اذا كان حقه ثابتاً بمقتضى حكمهم لا في الواقع - خلاف
الظاهر لان ظاهره الثبوت واقعاً .

فان قيل ان خبر (١) ابن فضال قال قرأت في كتاب ابي الاسد الى ابي
الحسن الثاني عليه السلام وقرأته بخطه سألته ما تفسير قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل وتدلوا بها الى الحكام - فكتب عليه السلام بخطه الاحكام القضاة ثم كتب تحته هو
ان يعلم الرجل انه ظالم فيحكم له القاضي فهو غير معذور في اخذ ذلك الذي قد حكم
له اذا كان قد علم انه ظالم - يدل على التخصيص (قلنا) اولاً ان الخبر لوروده في تفسير
الاية الكريمة يدل على حصر الباطل بهذا المورد ولا يدل على حصر الحرام به - وثانياً -
انه لا يكون مختصاً بقضاة الجور بل هو امام مختص بقضاة العدل - او مطلق يحمل
عليهم بقرينة المقبولة المختصة بقضاة الجور - فالأظهر حرمة المأخوذ وان كان لاخذ محققاً
من غير فرق بين العين والدين - نعم - المقبولة مختصة بقضاة الجور فيختص ذلك بهم
وفي غيرهم يرجع الى ما يقتضيه القواعد وهو عدم حرمة التصرف اذا علم انه محق -
غاية الامر ان كان حقه ديناً لا بد وان يكون لمورد من موارد جواز التقاص ان
لم يعط الخصم ذلك برضاه والا فلا اشكال فيه ايضاً - ثم انه فيما ياخذ به حكم قاضي الجور
ان اذن الاحكام الشرعي في جواز التصرف يجوز له ذلك

ثم انه قد استثنى من عدم جواز التصرف و ان كان محققاً - مورد وهو ما اذا
انحصر استنقاذ حقه بالترافع عند قاضي الجور اما لعدم رضى الطرف الاخر الا بالترافع
اليه او لعدم وجود الحاكم الشرعي او نحو ذلك - قالوا كما عن جماعة انه يجوز الترافع
اليه ويحل ما ياخذ به .

ونسب الى الاكثر المنع - واستدل به - باطلاق النصوص - وبانه اعانة على الاثم -
وبان الترافع اليه امر منكرو وهو حرام .

وفي الكل نظر - لان جميع هذه الادلة محكمة بحديث (١) نفى الضرر - اصف اليه انه لا دليل على حرمة الاعانة على الاثم لاسيما في مثل المقام - كما امر الكلام فيه مفصلا في المكاسب المحرمة ولا يبعد دعوى اختصاص المقبولة التي هي المدرك لحرمة التصرف فيما يآخذها وان كان حقا بغير هذا المورد لفرضه النزاع بين رجلين من اصحابنا وحكم الامام عليه السلام برجوعهما الى المجتهد الجامع للشرائط بعد سؤاله فكيف يصنعان فتدبر ويؤيد الجواز في هذه الصورة - الاخبار (٢) الدالة على جواز الحلف كاذبا بالله تعالى لدفع الضرر المالي قال صاحب الجواهر له ولعله المراد من خبر (٣) على بن محمد قال سألته هل نأخذ في احكام المخالفين مما يآخذون منافي احكامهم فكتب عليه السلام يجوز ذلك انشاء الله تعالى اذا كان مذهبكم فيه التقية والمدارة لهم - بناء على ما في الوافي من ان المراد هل يجوز لنا ان نأخذ حقوقا منهم بحكم قضائهم يعني اذا اضطررنا اليه كما اذا قدمه الخصم اليهم وفيه تأمل لعدم ربطه بالمقام - هذا كله فيما اذا كان حقه ثابتا بالعلم الوجداني او التعبدى من جهة قيام الحجة عليه - واما في صورة الجهل فحديث نفى الضرر لا يصلح لرفع الحرمة لعدم ثبوت الضرر المالي كى نفى الحرمة بدليل نفيه وعلى فرض حكمهم فلا يجوز اخذه لعدم ثبوت الحق بحكمهم -

ما يثبت به اجتهاد القاضى

الخامسة - يثبت اجتهاد القاضى وولايته بالتبع بالعلم الحاصل من الاختبار لمن كان من اهل الخبرة او الحاصل من القرائن - او الشياخ والاستفاضة - لان طريقة العلم ذاتية غير قابلة للانفكاك عنه - وبشهادة العدلين من اهل الخبرة - لعموم ادلة حجية البيئة - بل وبخبر العدل الواحد بناء على ما هو الحق من حجته في الموضوعات

(١) الوسائل باب ٧-١٢ من كتاب احياء الموات وباب ٥ من ابواب الشفعة وباب ١

من ابواب موانع الارث

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

وقد مر الكلام فى ذلك فى غير موضع من هذا الشرح والمقصود فى المقام التعرض
لما عن جماعة من كفاية الظن الحاصل من الشيعاء فى ثبوت الاجتهاد والولاية .

وقد استدلووا به مرسل (١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقيمت على الحق
ايحل للقاضى ان يقضى بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة فقال عليه السلام خمسة اشياء
يجب على الناس ان ياخذوا فيها بظاهر الحكم - الولايات - والتناكح - والمواريث
والذبايح - والشهادات - فاذا كان ظاهره ظاهرا مامونا جازت شهادته ولا يسأل عن
باطنه - بتقريب ان المراد من الحكم هى النسبة الخبرية - وظهور هذه النسبة عبارة
عن الشيوع والاستفاضة - فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بهذا الظهور الخبرى فى
هذه الامور الخمسة - التى منها الولايات - ومنها هذه الولاية - وبصحيح (٢) حريز عن
ابى عبدالله عليه السلام المتضمن لقصة اسماعيل حيث انه دفع دنانيره الى رجل بلغه انه
يشرب الخمر واستهلكها الرجل ولم يأت به شئ منها والحديث طويل وفيه يقول
الامام عليه السلام فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تأمن شارب الخمر - بتقريب
انه عليه السلام امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس انه يشرب الخمر وعبر عن
المقول فيه بشارب الخمر وهو عبارة عن الشيعاء - وبان الظن الحاصل منه اقوى من
الظن الحاصل من البينة العادلة - وبانه يعسر اقامة البينة عليه كالنسب وعليه فيجرى
فيه مقدمات الانسداد بتقريب ان تحصيل العلم به عسر وكك البينة العادلة و يلزم
من اجراء اصالة عدم الاجتهاد تفويت الحقوق والاحتياط متعذرا ومتعسر فلا مناص عن
التنزل الى الظن الحاصل لقبح ترجيح المرجوح على الراجح .

وفى الكل نظر - اما الاول فلان الظاهر منه ارادة النسبة من الحكم لا الخبرية
وظهور النسبة عبارة عن ظهور الحال وهو غير ظهور الخبر عنها وشيوعه الا ترى انه
ربما تكون عدالة زياد ولديته لعمر وظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا والشاهد

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من الودعية حديث ١

على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في ذيل المرسل فاذا كان ظاهره... النح فانه صريح في ان الظاهر قبال الباطن وعن بعض نسخ التهذيب ظاهر الحال بدل ظاهر الحكم وعليه فالامر اوضح - فيكون المتحصل من الخبر انه في هذه الموارد الخمسة يجوز الاخذ بظاهر الحال ففي مورد الشهادات مثلا - اذا كان الشاهد ظاهر الصلاح عند الناس تقبل شهادته - واما الثاني فلان المأمور به فيه ليس ترتيب آثار الواقع باجمعها بل خصوص ما ينفع المخبر اليه ولا يضر المخبر عنه - وان شئت قلت انه يدل على تصديق المخبر ولا يدل على العمل على طبق قوله - ويشهد لماذا ذكرناه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في خبر (١) آخر كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال قولا فصدقه وكذبهم فانه امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق قول الواحد وليس ذلك الا لماذا ذكرناه واما الثالث فلانه لم يثبت كون ملاك حجية البينة افادتها الظن بل الثابت خلافه فلذا تكون حجة مع الظن بالخلاف ايضا فضلا عن عدم الظن بالوفاق - واما الرابع فلان تحصيل العلم اقيام البينة العادلة او خبر الواحد على المختار لا يكون عسرا - فتحصل ان الاظهر عدم ثبوت الاجتهاد بالشياع الظني .

لا يجوز نقض حكم الحاكم

السادسة - حكم الحاكم الجامع للشرائط لا يجوز نقضه ولو لم يجتهد آخر بل يجب عليه ايضا امضائه بلا خلاف فيه في الجملة وفي المستند والظاهر انه اجماعي ونقل الاجماع عليه مستفيض ويشهد له قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في المقبولة (٢) فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله تعالى وهو على حد الشرك بالله وهذا مما لا كلام فيه - انما الكلام في موردين :

(١) الوسائل باب ١٥٧ من احكام المشرة حديث ٤ كتاب الحج

(٢) ذكر قطعة منها في الوسائل باب ٩ وقطعة منها فيها باب ١١ من ابواب صفات القاضي

الاول انه اذا نظر المجتهد الثاني فتيين له خطائهما هل يجوز له نقضهما لا - ففي جملة من الكتب كالقواعد والارشاد والشرائع انه يجوز النقض في هذه الصورة ويحتمل ان يكون مرادهم صورة العلم الوجداني كما صرح به في خصوص هذه الصورة جماعة وفي ملحقات العروة لا يجوز له نقضه الا اذا علم علما قطعيا بمخالفته للواقع بان كان مخالفا للاجماع المحقق او الخبر المتواتر او اذا تبين تقصيره في الاجتهاد - ففي غير هاتين صورتين لا يجوز له نقضه وان كان مخالفا لرأيه بل وان كان مخالفا لدليل قطعي نظري انتهى (والظاهر) من هذه العبارة ان المستثنى عنده خصوص ما اذا كان التقصير في الاجتهاد عمدا او سهوا او نسيانا وفي غير هذه الموارد لا يجوز النقض .

وحق القول في المقام - انه اذا احرز تقصير الحاكم في الاجتهاد وان الحكم جار على خلاف موازين الاستنباط يجوز نقضه لعدم كونه حكما بحكمهم - ولان الحكم الجاري على خلاف موازين الاستنباط يوجب الفسق في بعض الموارد وهو يمنع عن نفوذ حكم الحاكم - وان علم عدم تقصيره في الاجتهاد ولو باحراز عدالته .

فان احرز خطأ اجتهاده ومخالفته للواقع بدليل اجتهادي لا بدليل موجب للعلم الوجداني لا يجوز نقضه لان مورد المقبولة التي هي مستند عدم جواز النقض انما هو التنازع في الميراث والدين الظاهر في التنازع في الحكم الكلي مع استناد كل من المجتهدين الى حجة غير ما يكون مستند الاخر - ولذلك في مقام الترجيح حكم اولا بترجيح الافقه والاعدل والاثق - وبعد فرض السائل تساويهما من هذه الجهات حكم بانه يعمل بمستند كل منهما كان واجدا لاحد مرجحات الرواية عند التعارض - فان التزم بجواز النقض بالاجتهاد لزم خروج المورد ففي هذا المورد لا ينبغي التوقف في عدم جواز النقض .

وان احرز مخالفة حكمه للواقع بالعلم الوجداني فيجوز النقض مع ان مقتضى اطلاق المقبولة عدمه مبتن على كون وجوب القبول وجوبا طريقيا وحجية الحكم نظير حجية الخبر على نحو الطريقة لا الموضوعية - وهو خلاف الظاهر جدا سيما بعد ملاحظة مورد المقبولة كما هو واضح (ودعوى) ان الموضوع هو حكمه بحكمهم

وهذا فى الفرض معلوم عدم ومع له لوجه لعدم النقض (مندفعة) بان الموضوع ليس هو الحكم بالحكم الواقعى بل بما هو كك فى نظره والالما حرم النقض مع الحجة على خلافه بل مع الشك فى كونه كك لعدم احراز قيد موضوعه (فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة عدم جواز النقض فى هذا المورد ايضا - اللهم الا ان يدعى الانصراف عن ذلك لاسيما ومن البعيد جدا وجوب قبول حكم بخلاف ما نزل الله تعالى ويكون الراد عليه كالراد على الله تعالى - او يدعى الاجماع على جواز النقض فى هذا المورد ايضا .

الثانى انه اذا انكر المحكوم عليه حق المحكوم له فحضر عند الحاكم الثانى وادعى المحكوم له الحق وانكر غريمه وتمسك المحكوم له بحكم الحاكم الاول - فهل يجوز للحاكم الثانى ان ثبت عنده حكم الحاكم الاول الحكم له به كما يجوز له الحكم بالبينة واليمين والحلف ام لا وبعبارة اخرى ان الحكم السابق هل هو طريق لاثبات الحق كالبينة واليمين والاقرار ام لا - الظاهر هو الاول فانه اذا ثبت عنده حكم الحاكم الاول يكون ذلك حكم الله فى حق المتخاضمين وغيرهما عنده فيجب عليه الحكم بمقتضاه - وفى المستند - ويمكن ان يكون قوله للمحكوم له فى بعض الروايات المتقدمة وسنة قائمة اشارة الى ذلك ايضا - وهو حسن (وما ذكره) بعضهم من انه وان وجب للحاكم الثانى امضائه عليه ولكن لا يجوز له الحكم لجواز ابتناء الاول على فتوى مخالفة لرأيه (منظور فيه) فان كون ما حكم به الحاكم الاول حكم الله فى حقهما اجماعى بل ضرورى لا يحتمل المخالفة فرأى المجتهد الثانى ان هذا حكم الله فى حقهما وفتواه ذلك وان كان مخالفا لرأيه مع قطع النظر عن ذلك الحكم .

بيان ما به يثبت حكم الحاكم

ثم انه وقع الكلام فى ان الحاكم الثانى اذا لم يحصل له العلم الوجدانى بحكم الحاكم الاول هل له الاعتماد على الطرق الظنية ويمضى الحكم السابق - ام

ليس له ذلك - والطرق التي اختلفوا فيها ثلاثة .

الاول مجرد الكتابة بان يكتب قاض اما مطلقا او الى خصوص هذا الحاكم انى حكمت لفلان او على فلان بكذا - فالمشهور بين الاصحاب عدم اعتبارها بل لاختلاف فيه ظاهرا بل عن القواعد والمختلف والتحرير دعوى الاجماع عليه - وعن الاسكافي القول باعتبار الكتابة اذا كان المورد من قبيل حقوق الناس - وعن ظاهر المحقق الاردبيلي الميل اليه بل فى حقوق الله ايضا .

اقول لاريب فى ان محل الكلام ليس ما لو حصل له العلم من الكتابة ولا يظن ان يلتزم احد بالفرق بينها وبين السماع منه اذا العبرة ح بالعلم الحاصل منها الذى هو حجة ذاتا - وكك اذا حصل الاطمينان الذى هو علم عادة - بل محل الكلام ما اذا لم يحصل منها شئ منهما لاحتمال التزوير - وكم له من نظير - اوعى الكاتب وعدم قصدها فيها او بان يكون متن الكتابة بغير خط الحاكم وقد امضاه الحاكم وبعد ذلك اضيف الى المتن بخط الكاتب نفسه او ماشابه ذلك - والظاهر عدم اعتبارها ح لتوقف الحجية والاعتبار على الدليل والافالظن بالحجية مساوق للعلم بعدم كما حقق فى الاصول - ويشهد به مع ذلك خبر (١) السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام انه كان لا يجيز كتاب قاض الى قاض فى حد ولا غيره حتى وليت بنوامية فاجازوا بالبينات ونحوه خبر (٢) طلحة بن زيد .

الثانى اخبار الحاكم الاول مشافهة انى حكمت بكذا - وفى انفاذه وجوب اعتباره وعدمهما قولان - الاول للمصنف فى القواعد والارشاد والشهيدى فى الدروس والمسالك على ما حكى - والثانى للخلاف والنافع وتردد فيه بعضهم (واستدل) لالاول بان حكم الحاكم حكم الامام والرد عليه حرام - و بانه اقوى من الشاهدين (ويرد) الاول انه لا كلام فى ان حكم الحاكم حكم الامام انما الكلام فى انه هل يثبت حكم الحاكم باخباره ام لا - ويرد الثانى ان كونه اقوى من الشاهدين ممنوع اذ هما عدلان وهو عدل

واحد وقول العدلين حجة دون الواحد عند المشهور - اقول لا كلام ايضا في انه اذا انضم الى اخباره مشافهة او كتابة قرائن مفيدة للعلم ولو العادى منه بصدور الحكم يجب اعتباره فانه ح حكم بعلم - ولا فعلى المختار من حجية الخبر الواحد فى الموضوعات الا ما خرج بالدليل كباب المرافعات بالنسبة الى ما هو محل الدعوى لا بد من البناء على وجوب اعتباره فان الحكم ح وان كان بغير علم وجدانى الا انه بعلم تعبدى - وعلى القول بعدم حجتيه فالأظهر هو عدم الوجوب والافتان .

الثالث الشهادة على حكمه - فعن جماعة عدم قبولها مطلقا - وقيل بعدم القبول ان كانت البيئة مجردة عن الاشهاد اى لم يشهد هما الحاكم الاول على حكمه فى الواقعة والقبول ان اشهدهما وهو مذهب المحقق فى النافع على المحكى بل قيل بعدم الخلاف فيه بين الاصحاب كافة - وقيل بالقبول مطلقا .

واستدل للاول - بالاصل - وبما فى ذيل خبرى السكونى وطلحة المتقدمين من قوله ^{عليه السلام} فاجازوا بالبينات - ويرد الاول ماسياتى من الدليل على حجية البيئة مطلقا والثانى ضعف السند وظهورهما فى ان البيئة التى كانت بنوامية يجيزونها انما هى على صحة الكتابة لاعلى اصل الحكم .

واستدل للثانى فى صورة عدم الاشهاد بما مر وفى صورة الاشهاد بالاجماع - وبميسر الحاجة اليه فى اثبات الحقوق مع تباعد البلاد و تعذر فعل الشهود او تعسرهما وعدم مساعدة شهود الفرع ايضا على التنقل والشهادة الثالثة غير مسموعة - وبانها لولم تقبل لبطلت الحجج مع تطاول المدة ولادى الى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة والاظهر هو قبول الشهادة مطلقا لعموم ما دل على حجية البيئة - وقدمضى مرارا - وسياتى فى باب الشهادات ايضا .

حكم الحاكم على من لا تقبل شهادته عليه

السابعة - ذكر جماعة منهم المحقق والمصنف فى جملة من كتبه انه لا ينفذ

قضاء القاضي على من لا يقبل شهادته عليه ولا لمن لا يقبل شهادته له - واستدلوا - له بان الحكم شهادة وزيادة - وهو كما ترى - فلا ظهر هو نفوذ حكمه عليه كحكم الولد على والده - وكذا ينفذ حكمه لمن لا يقبل شهادته له كحكمه لمن يجرب حكمه له نفعاً لاطلاق الأدلة وعدم المانع الا ان يكون اجماع وهو غير ثابت - والقياس على الشهادة لوجه له .

وقد يقال ان الظاهر قيام الاجماع على انه ان كان للحاكم منازعة مع غيره لا ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير ولو بان يوكل غيره في المرافعة معه فترافعا اليه قالوا بل يجب الرجوع الى حاكم آخر وقد ادعاه في المستند وملحقات العروة وهو الظاهر من المسالك والشرائع وغيرهما حيث ذكروا ذلك ذكر المسلمين ولكن في الجواهر بل دعوى التزام ذلك في حاكم الغيبة فلا ينفذ حكمه على من كانت بينه وبينه خصومة لم يخرج به عن العدالة في غير تلك الخصومة من المنكرات خصوصاً بعد قوله جعلته حاكماً عليكم وهو حجتى عليكم والراد عليه كالراد علينا ونحو ذلك ولعله لذا حكى عن بعضهم اختصاص المنع بقاضى التحكيم انتهى .

واستدل للاول بالاجماع وباخبار رجوع المتنازعين الى من عرف احكامهم ونظر في حلالهم وحرامهم فاللازم ان يكون الحاكم غيرهما و بمادل على تنازع النبي ﷺ مع الاعرابي في ثمن الناقة والفرس وتنازع ولي الله مع عقيل وعباس . ولكن الاجماع كما عرفت غير ثابت وعلى فرضه كونه تعدياً غير معلوم ولعل المستند احد الاخيرين - واما اخبار رجوع المتنازعين فليس في كثير منها الامر برجوع المتنازعين الى العالم كى يؤخذ باطلاقه او بظهوره في مغايرة المأمور بالرجوع مع من يرجع اليه هذه هي مقبولة (١) ابن حنظلة لاحظها فانه بعد سئله عن ما يصنعان - قال ﷺ ينظران من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرماننا وعرف احكامنا - فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً فانها باطلاقها تشمل مالو

كان ذلك العالم هو واحد المتخاصمين وليس بازائه ما يكون ظاهرا في اعتبار المغايرة ووضح من ذلك خبر (١) ابي خديجة - اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حالنا وحرماننا فقد جعلته عليكم قاضيا - ونحوهما غيرهما فلاحظها وتدبر - مع ان عموم العلة في التوقيع (٢) الشريف فانهم حجتى عليكم يقتضى نفوذ حكمه على خصمه مع اجتماع الشرائط واما ما دل (٣) على تنازع النبي مع الاعرابي - فيرده اولا ان غاية ما يستفاد منه على فرض الدلالة جواز الرجوع الى الغير لاعداء نفوذ حكم الحاكم لو حكمه واثانيا انه يمكن ان يكون الخصم في المورد لم يكن يرضى الا بذلك - وثالثا ان ما تضمن قضية النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع الاعرابي يدل على العكس فانه يدل على انه ما بعد ما رجعا الى علي عليه السلام فبمجرد تكذيب الاعرابي النبي ﷺ قتله علي عليه السلام فقال له النبي ﷺ لم فعلت يا علي ذلك قال يا رسول الله ﷺ انا صدقتك على امر الله ونهيه وعلى امر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحى الله عز وجل ولا تصدقك على ثمن ناقة الاعرابي فقال رسول الله ﷺ اصب يا علي فالأظهر هو نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط لنفسه على الغير المتخاصم له .

ثم انه على فرض البناء على المنع للاجماع - فللحاكم ان ينقل حقه الى الغير ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم اليه فانه لا ينبغي الاشكال في نفوذ حكمه لذلك الغير وان انتقل اليه بعد ذلك باقالة ونحوها - او كان بالفسخ بان كان النقل اليه بشرط الخيار لنفسه .

ولو كان الحاكم وصيا لليتم فهل ينفذ حكمه له ام لا - قال في محكي التحرير فيه نظر ينشأ من كونه خصما في حقه كما في حق نفسه ومن ان كل قاض فهو ولي الايتام - اقول بناء على ما عرفت من ان مقتضى القاعدة هو نفوذ حكمه لنفسه فنفوذ حكمه لمن له عليه الوصاية واضح فلو قيل بالعدم للاجماع فهو الفارق بين الوصي

(١-٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٦-٩

(٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب كيفية الحكم

والولي الذي لا تختص الولاية به - واما بناء على عدم نفوذ حكمه لنفسه للاخبار فنفس تلك الاخبار تدل على عدم جواز حكمه لمن له عليه الوصاية فان المنازع في الحقيقة هو الوصي لا اليتيم فنصوص رجوع المتنازعين الى الغير تشملهم ، وح يبقى سؤال الفرق بين الوصاية والولاية الثابتة للقاضي على الايتام والفرق بان ولايته انما هي في طرف عدم الوصي لا يفيد فان مورد النقض ما لو لم يكن هناك وصي وادعى احد على شيء من اموال اليتيم وتصدى القاضي بنفسه للنزاع بعنوان الولاية على اليتيم فان التزم بانه ينفذ قضائه له او قضاء قاض آخر الذي هو ايضا له الولاية عادا الاشكال ولا يمكن الالتزام بانه لا ينفذ قضاء احد وان المال لا بد وان يبقى حتى يكبر عاقلا - اللهم الا ان يدعى الاجماع على النفوذ في خصوص المورد - وما ذكرناه يجري بعينه في مالو كان للحاكم ولاية خاصة كالابوة . ولو كان المنازع شريك المولى عليه لجهة مشتركة بينهما كالارث فلا اشكال ولا كلام في انه ينفذ حكم الحاكم للشريك وانه انتقل اليه من مورثه - ويلزم من ذلك نفوذه للمولى عليه ايضا وان كان يرجع امره بالولاية للملازمة بينهما - والمثبت لاحد المتلازمين مثبت للآخر - وما ذكر في وجه عدم نفوذ حكم الحاكم لنفسه من الاجماع وانصرف اخبار نفوذ حكم الحاكم في حق نفسه - لا يجري في الفرض فان الحكم انما هو للغير وثبوته للمولى عليه انما هو بالملازمة .

وبما ذكرناه يظهر حكم مسألة اخرى وهي انه لو كان للحاكم شركة مع غيره ووقع النزاع بينهما وبين غيرهما كما لو تنازع هو واخوه مع غيره في مال مشترك بينهما وبين اخيه من طرف الارث فانه لا اشكال في نفوذ حكمه في حصة اخيه لعموم الادلة وعدم المانع - ويثبت به حقه بالملازمة بناء على ما هو الحق من حجية الحجة في مثبتاتها الا ان يكون اجماع على النفوذ في حصة نفسه كما ادعاه في المستند ولكنه كما ترى وقد فصل السيد في ملحقات العروة - بين ما اذا كانت الدعوى في عين وقد قسمها مع ذلك الغير وافرز حصته وحكم بثبوت حق الحاكم ايضا في تلك الحصة - وبين ما اذا كانت في عين قبل القسمة او في دين وحكم بعدم الشركة معه - واستدل الاول بقاعدة الاقرار

وفيه مضافا الى ما مر من انه يثبت حقه مطلقا بالملازمة - انه لو قطع النظر عن ذلك ففي مفروض المسألة انما ينفذ حكم الحاكم في حصة من تلك العين التي هي لاختيه فاقراره بالشركة انما هو اقرار بان الحصة الاخرى غير هذه للحاكم فلا يكون من قبيل الاقرار على النفس حتى يكون جائزا كما لا يخفى .

لوتيين خطاء الحاكم في حكمه

الثامنة لوتيين للحاكم خطائه في حكمه انتقض بلا كلام لعدم بقاء حكمه - وح فان كان ذلك قبل العمل به فلا اشكال - وان كان بعده فان كان في قتل او قطع فلا شيء على الحاكم قطعاً لفرض عدم تقصيره ولا جوره في الحكم بل تكون الدية من بيت المال لخبر (١) الاصبع بن نباتة قال قضى امير المؤمنين عليه السلام انما اخطأت القضاة في دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين - الا ان يكون المحكوم له عالما بفساد دعواه ومع ذلك اقدم عليها فان عليه القصاص لكونه السبب في ذلك هكذا استدله - ولي في ذلك نظر ان لم يكن اجماع - لولم يتصد المحكوم له للقطع او القتل - لاطلاق الخبر اللهم الا ان يقال ان الخبر انما هو منصرف الى مالو كان القتل والقطع بغير حق مستنداً الى خطاء القضاة خاصة واما لو كان ذلك من جهة الخصومة العدوانية - او شهادة الزور وما شا كل فلا يكون مشمولاً للخبر فيشملة ما دل على ان القصاص والدية ح على الشاهد او المنازع عدواناً وهذا هو الاظهر - وان كان في مال فان كان المال موجوداً استرد بلا كلام وان كان تالفاً فان اخذه المحكوم له وهو عالم بعدم كونه له ضمن عوضه لقاعدة اليد والاتلاف وان كان عالماً بفساد دعواه ولم ياخذ المال فالظاهر كون ضمانه عليه لانه السبب في تلف المال - و ان لم يكن عالماً بفساد دعواه ففيه اقوال - ١ - ما عن المشهور وهو كون ضمانه على بيت المال - ٢ - انه ان اخذه المحكوم له فعليه الضمان

والا فلا ضمان على احد اختاره السيد في ملحقات العروة - ٣ - عدم الضمان على احد مطلقا اختاره في المستند .

واستدل للاول بفحوى خبر الاصبع المتقدم - وبصحيح (١) عبد الرحمن بن الحجاج قال كان ابو عبد الله عليه السلام قاعدا في حلقة ربيعة الرأي فجاء اعرابي فسأل ربيعة الرأي فاجابه فلما سكت قال له الاعرابي أهو في عنقك فسكت ربيعة و لم يرد عليه شيئا فاعاد المسألة عليه فاجابه بمثل ذلك فقال له الاعرابي أهو في عنقك فسكت ربيعة فقال ابو عبد الله عليه السلام هو في عنقه قال اولم يقل وكل مفت ضامن - وبالاجماع (ولكن) الفحوى غير قطعية - و الصحيح ظاهر في الاثم على تقدير التفسير او عدم الاهلية او ضمان العوض اذا كان سببا لاثلافه بقتواه مع كونه مقصرا او غير اهل بل الظاهر منه خصوص الاول - لعدم الضمان المصطلح في كل فتوى قطعا - ما لم توجب اثلاف مال او نفس - وعليه فالمراد بالضمان هو الاثم والاجر - واما الاجماع فهو غير ثابت .

واستدل للقول الثاني لعدم الضمان مع عدم الاخذ بعدم ثبوت يده عليه فلا ضمان عليه ولا على الحاكم لكونه مازونا شرعا - وللضمان معه بقاعدة اليد (وفيه) ان قاعدة اليد انما تكون عقلائية ممضاة شرعا (٢) لا تعبدية صرفة وهي انما تكون لاجل احترام المال ولا ريب في سقوطه مع كون التسليط مجانيا ما من المالك او باذن الشارع الا قدس ولذا اشتهر بينهم بان كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده - ولتمام الكلام محل آخر - فالظاهر عدم الضمان على احد .

هذا كله اذا كان الحاكم غير مقصر في الاجتهاد او في مقدمات القضاء ولم يكن الحكم عن جور - والافان كانت الدعوى في قتل او قطع كان الضمان عليه ان لم يكن المحكوم له ظالما في دعواه او لم يكن مباشرا للقطع او القتل - وان كان ظالما فيها

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب آداب القاضي حديث ٢

(٢) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

ومباشر آله كان الضمان عليه لان المباشرا قوى من السبب - وان لم يكن مباشرا لهو كان ظالما فى دعواه فالمحكوم عليه او وليه مخير بين القصاص منه او من الحاكم وان كانت الدعوى فى مال - فان لم يكن المحكوم له ظالما فى دعواه كان الضمان على الحاكم - وان كان ظالما فيها كان المحكوم عليه مخيرا بين الرجوع عليه - او على الحاكم - وهذا فى صورة التلف والافياخذعين ماله على جميع التقادير - .

فى ادعاء المحكوم عليه عدم اهلية الحاكم

التاسعة اذا ادعى المحكوم عليه بعد المرافعة والحكم عدم اهلية الحاكم لعدم اجتهاده أو فسقه أو تقصيره فى مقدماته أو جوره فيه فتارة تكون الدعوى متوجهة الى المحكوم له - واخرى تكون متوجهة الى الحاكم .

فان كانت متوجهة الى المحكوم له ففيه اقوال (١) انه لا تسمع الدعوى مطلقا صرح به الشهيد قده واستوجهه المحقق (٢) انه لا تسمع الدعوى مع عدم البينة اختاره جماعة منهم المحقق العراقي ره وهو الظاهر من المصنف فى بعض كتبه (٣) سماعها مطلقا اختاره السيد فى ملحقات العروة .

اقول مقتضى عموم ما دل على (١) ان البينة على المدعى واليمين على من انكر وغيره من ادلة سماع الدعوى هو الاخير اى سماع الدعوى مطلقا .

واستدل للاول بان الحاكم امين الامام وفتح هذا الباب موجب لعدم اجراء الاحكام والطعن فى الاحكام فلا يقبلون القضاء (وفيه) ان كونه امينا فى زمان الغيبة فرع ثبوت اجتهاده وعدالته فعلى فرض ثبوت الفسق او عدم الاجتهاد لا يكون امينا واستدل للثانى (بان) السماع بدون البينة يلزم منه الفساد (وبانه) ليس حقا لازما يثبت بالنكول ولا يمين الرد (ويرد) الاول بمنع لزوم الفساد كيف وقد يدعى

على الحاكم نفسه بدعاؤه - متضمنة لتفسيره - مع انه من عدم السماع قديلازم ضياع حق خطير سهل الاثبات او ائتلاف دم او تحليل بضع وما شا كل - ويرد الثاني انه ان ادعى على المحكوم له بان ما اخذه لم يكن بالاستحقاق لعدم اهلية الحاكم فكيف لا يكون حقا لازما ولا يثبت بالنكول ورد اليمين وسياتي زيادة توضيح له فلا يظهر سماع دعواه.

وح فان كان المحكوم له هو الذي اختاره للحكومة كما اذا كان المحكوم عليه غايبا حين الحكم يكون المدعى هو المحكوم له فعليه اثبات الاهلية ان كانت الدعوى عدم الاهلية - وان كانت هو تقصيره في المقدمات او جوره في الحكم فالمدعى هو المحكوم عليه فعليه الاثبات - وان كان المحكوم عليه هو الذي اختاره للترافع او كان مختارا في الرجوع اليه يكون هو المدعى لحمل فعله على الصحة وكون الحاكم اهلا وعلى ذلك فان لم يكن للمحكوم له بينة ولكن المحكوم عليه اقر بذلك فهل يكون هذا الاقرار ملزما ام لا ربما يقال بعدم كونه ملزما - (ولعله الى ذلك يرجع الوجه الثاني المذكور لعدم سماع الدعوى مع عدم البينة - او يكون ذلك وجه آخر له) فانه يستتبع لرد حكم الغير الذي هو ضرر عليه والاقرار غير مسموع في ضرر غيره - ويترتب على ذلك عدم مثبتية حلف انكاره فلانه غير مثبت لحق الغير اذ ليس مثله شأن الحلف كما سيجيء (وفيه) اولا النقض بما لو كذب الحالف نفسه فانه لا اشكال ولا خلاف في انه يسمع وان كان ذلك بعد حكم الحاكم - وثانيا بالحل وهو انه اذا انطبق على امر عنوان احد هما انه اقرار على نفسه والاخر انه اقرار على غيره فمن الجهة الاولى يحكم بنفوذه ولا يكون نافذا من الجهة الثانية ولا تكون جهة الثانية مانعة عن النفاذ من الجهة الاولى اذ غاية الامر ان هذه الجهة لا تقتضي نفوذه من جهتها لانها تقتضي عدم النفاذ من الجهة الاولى - مثلا اذا كان مورد دعوى ثلاثة اشخاص عينا خارجية فاقر احدى كونه العين لاحد خصميه المعين يكون هذا الاقرار بالنسبة الى عدم كونها ملكا له نافذا - وبالنسبة الى عدم كونها ملكا للثالث غير نافذ - والمقام من هذا القبيل فان اقرار المحكوم عليه ينفذ من جهة لزوم رد المال وان لم يكن نافذا من حيث كونه مثبتا لعدم اهلية الحاكم .

وان كانت الدعوى متوجهة الى الحاكم نفسه فقد صرح جماعة بسماع الدعوى مع البينة بل صرح العلامة الكنى ره بنفى صراحة كلمات القوم فى عدم سماعها مع البينة والاستدلال للعدم بما مر قد عرفت جوابه - واما مع عدم البينة فر بما يستند الى الاصحاب عدم السماع .

واستدل به عدم انتهاء الدعوى الى ميزان لانه اما اقرار او حلف انكار او غيرهما ولا يكاد يتم واحد منهما فى المقام - اما الاقرار فلانه غير نافذ بالنسبة الى الغير - واما الحلف فلانه لا يثبت حق الغير - واورد عليه بانه يمكن سماع اقرار الحاكم بفساد حكمه - بقاعدة (١) من ملك شيئاً ملك الاقرار به الموجبة لنفوذ الاقرار حتى فى حق الغير (وفيه) انه لو تمت القاعدة فانما هو فى صورة احرار مالكيته للمقربه نفياً واثباتاً واما لو كان مفاد الاقرار نفى سلطنته على المقربه من جهة عدم الاهلية فلا مجال لسماعه لانه ح يلزم من وجوده وعدمه - وما يلزم من وجوده عدمه محال - فالأظهر عدم السماع فى هذه الصورة هذا كله اذالم تكن الدعوى موجبة للضمان او التغرير على الحاكم خاصة والا فينعكس الامر اى ما ذكرناه فى توجيه الدعوى الى المحكوم له يجرى فى توجيهها الى الحاكم - وبالعكس العكس كما لا يخفى .

فى آداب القاضى

(٩) العاشرة المشهور بين الاصحاب انه (يستحب) للقاضى امور لم يرد بكثير منها نص ولكن ذكرها الاصحاب وعللوا استحبابها بامور تمر عليك وهى (الاعلان بوصوله) وقدمه ان لم يشتهر خبره - وطلب من يسأله ما يحتاج اليه من امور بلده ليكون فيها على بصيرة من امره .

(والجلوس فى وسط البلد) ليسهل وصول الناس اليه ويسوى بين الخصوم فى مسافة الطريق - وان يجلس فى حالة القضاء (مستدبر القبلة) ليكون وجه الخصوم اليها - قيل وينبغي استقبال القبلة بنفسه لكونه خير المجالس .

(و السؤل عن الحجج والودائع وارباب السجن وموجهه) لانها من شئون

القضاء - و ليعلم تفاصيل احوال الناس و يعرف حقوقهم و حوائجهم و يخلص من
يجب اطلاقه .

(و ان يفرق الشهود خصوصا مع التهمة) لصحيح (١) معاوية بن وهب وغيره

المتضمنة تفريق امير المؤمنين عليه السلام الشهود - ثم قال عليه السلام الله اكبر انا اول من فرق
بين الشهود الا دانيال النبى الحديث .

(و) ينبغي ايضا (مخاوضة العلماء) ليعاونونه فى المسائل المشبهة - الى غير ذلك

من الامور المذكورة فى المطولات (ويكره القضاء مع شغل القلب بالغضب والجوع
والعطش والهم والفرح وغيرها) من المشغلات - فى قوى (٢) السكونى عن الصادق عليه السلام

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء فلا يقضى وهو غضبان وفى مرفوع (٣) احمد قال
امير المؤمنين عليه السلام لشريح لا تشاور احدا فى مجلسك وان غضبت فقم ولا تقضين وانت
غضبان - قال وقال ابو عبد الله عليه السلام لسان القاضى وراء قلبه فان كان له قال وان كان عليه
امسك وفى خبر (٤) سلمة عن على عليه السلام ولا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم - الى غير ذلك
من النصوص .

(و) يكره ايضا (اتخاذ الحاجب وقت القضاء) للعلوى (٥) ايما وال احتجب عن

حوائج الناس احتجب الله تعالى عنه يوم القيامة وعن حوائجه الحديث ونحوه النبوى
قال الشهيد الثانى فى المسالك ونقل الشيخ فخر الدين عن بعض الفقهاء انه حرام عملا

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب كيفية الحكم

(٢-٣) الوسائل باب ٢ - من ابواب آداب القاضى حديث ١-٢

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٠

بظاهر الحديث وقربه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع ارباب الحوائج و يضر بهم وهو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضائه على الفور والحديث يصلح شاهداً عليه وان كان مفيداً للكراهية للتسامح في ادلته انتهى - اقول انه ان وجب عليه القضاء و كان الاحتجاب موجباً لمخالفة الواجب فقد عصي وهو واضح - والا فلا دليل على حرمة وانما يحكم بالكراهة للرواية المنجبر ضعفها بالعمل .

قالوا (و) يكره ايضاً (تعمين قوم للشهادة) لما يترتب عليه من التضييق على الناس والغضاضة من العدول غير المرتب و لان ذلك لم يؤثر عن السلف ولكن الظاهر ان ذلك لا يصير منشأً للفتوى بالكراهة .

(و) قالوا ايضاً يكره (الشفاعة الى الغريم في اسقاط حقه) خوفاً من ان لا يسمع فيصير مهتوكاً - وهو كما ترى .

قضاء القاضى بعلمه

الحادية عشر (و) المشهورين الاصحاب بل المجمع عليه انه (يقضى الامام بعلمه) ولكن هذا البحث كجملة من الابحاث المعنونة في الشرايع وغيرها لا ربط له بنا - فانه ليس لنا تعيين وظيفة الامام (و) عليه فالمهم هو البحث في (غيره) وفيه اقوال - ١ - انه يقضى به مطلقاً وهو المشهور بين الاصحاب بل عن الانتصار والغنية والخلاف ونهج الحق الاجماع عليه - ٢ - انه لا يقضى به مطلقاً نسب الى الاسكافي وعن بعضهم نسبته الى السيد ايضاً - ولكنه اشتباه فان السيد غلط الاسكافي في اشد التعليل وخطأ - ٣ - انه يقضى به (في حقوق الناس) خاصة كما في المتن و عن ابن حمزة - وربما نسب الى الحلبي - ٤ - انه يقضى به في حقوق الله خاصة وهو المحكى عن المختصر .

والاول اظهر وذلك لوجوه - ١ - عموم ما دل (١) من الايات والروايات على لزوم

الحكم بالحق والقسط والعدل وان من لم يحكم بما انزل الله فهو كافر او فاسق وما شابه ذلك من التعابير فاذا حكم وجب على الناس متابعتها لمادل (١) على لزوم قبول الحكم وانه لا يجوز نقضه وان الراد على الحاكم الراد على الامام وهو كالراد على الله تعالى (واورد عليه) المحقق العراقي ره بانه ان كان المراد من الحكم والقسط والعدل هو الحكم والحق واخويه في نفس الواقعة كان الاستدلال تاما ولكن لازم ذلك كون القضاء من آثار نفس الواقع لامن آثار الحجة عليه وينافيه ح- مافى قوله عَلَيْهِ السَّلَام (٢) رجل قضى بالحق وهو لا يعلم ان الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء واقعا لا وضعا ولا تكليفاً - وعليه ففي مقام الجمع يحتمل امور منها ارادة الحق والقسط والعدل والحكم على القسط في مقام الفصل وكذا الحق في هذا المقام قبال الباطل الناشئ عن غير ميزانه وعليه فلا بد من احراز ذلك من الخارج ولا يكون هذه العمومات متعرضة للصغرى (وفيه) ان الظاهر من الايات والروايات هو المعنى الاول - ولا ينافيها الخبر المشار اليه فان غاية مدلوله اعتبار العلم في القضاء زائدا على كون القضاء بالحق فيعمل بالجميع ولا محذور فيه والمفروض في المقام ثبوت القيدتين معاً.

٢- عموم الادلة الدالة على الحكم مع وجود الوصف كقوله تعالى (٣) «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما» وقوله تعالى (٤) «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» والخطاب للحكام فاذا علم الحاكم بالوصف عمل به - ٣- ادلة (٥) الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

مرفوع (٦) ابن ابي عمير الى ابي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَام القضاء اربعة ثلاثة في النار وواحد

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى

(٢-٦) الوسائل باب ٤ من ابواب صفات القاضى حديث ٦-٧

(٣) المائدة آية ٣٩ (٤) النور آية ٢

(٥) آل عمران آية ١١٠ و ١٠٤ - الحج آية ٤١ والوسائل باب ١ من كتاب الامر

بالمعروف ١١٠/٤ من جهاد النفس وابواب اخر منهما

فى الجنة الى ان قال ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة - وبمضمونه روايات اخر ودلالته على المطلوب ظاهرة - واورد عليه المحقق العراقى ره بانه يدل على نفوذ حكمه فى حقه وحق كل من علم بكون علمه مطابقا للواقع كى يحرز به كونه قضاء بالحق عن علم واما الشاك فى مطابقته للواقع فلم يحرز كونه قضاء بالحق وان علم كونه حاكماً به باعتقاده وعلمه (وفيه) ان الذى نريد اثباته بالخبران للقاضى ان يحكم بعلمه واما نفوذ حكم الحاكم الصادر عن الموازين فى حق الغير فالمثبت له الادلة الاخر لاهذا الخبر فتدبر جيداً .

٥- خبر (١) الحسين بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام الواجب على الامام اذا نظر الى رجل يزنى او يشرب الخمر ان يقيم عليه الحد ولا يحتاج الى بينة مع نظره لانه امين الله فى خلقه الحديث وتقريب الاستدلال انه يدل على ان للامام ان يقضى بعلمه وعلل ذلك بانه امين الله وهذه العلة موجودة فى الاحكام فى زمان الغيبة - لما تضمن (٢) انهم امناء او امناء الرسل او العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه او ما ورد (٣) فى الفضلاء الاربعة يريدون معاوية وابى بصير ومحمد بن مسلم ووزارة انهم اربعة نجباء امناء الله على حلاله و حرامه الى غير ذلك من النصوص المتضمنة لما يقرب هذه المضامين .

٦- اتفاق الامامية على انكارهم على ابي بكر فى عدم حكمه بفاطمة عليها السلام مع علمه بعصمتها وطهارتها وانها لاتقول الاحقاً .

ثم انه قد استدلل له بوجوه اخر غير تامة لكنها لا باس بذكرها تايداً - منها الاجماع المنقول - ومنها ما فى المسالك قال لان العلم اقوى من الشاهدين الذين لا يفيد قولهما عند الحاكم الامجرد الظن ان كان فيكون القضاء به ثابتاً بطريق اولى -

(١) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٢) اصول الكافى ج ١ ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه - تحف العقول ص ٢٣٧

(٣) تنقيح المقال للعلامة المامقانى ج ١ ص ١٦٥

ومنها - استلزام عدمه اما ايقاف الحكم او فسق الحاكم لانه ان حكم بخلاف معلومه يلزم الفسق والا فلا ييقاف .

وقد استدل لعدم الجواز بانه موضع التهمة - وبالنسبة (١) فى قضية الملاعة لو كنت راجما لغيرينة لرجمتها - وبالحصر المستفاد من النصوص (٢) الاثنية المتضمنة ان البينة على المدعى واليمين على من انكر - وبانه موجب لتزكية النفس - وبمرسل (٣) يونس - استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه - وبما دل (٤) على انه لا يرجم الزانى حتى يقر اربع مرات بالزنا اذا لم يكن شهود - وانه لا يرجم (٥) الرجل والمرأة حتى يشهد عليه اربعة شهود ثم ان بعض هذه الوجوه للقول الثانى وبعضها للثالث .

وفى الكل نظر - اما الاول فلمنع كليته - مع ان الحكم بشهادة الشاهدين ايضا قد يكون موضع التهمة - اضعف اليه ان ذلك لا يصلح علة لعدم الجواز - وبه يظهر ما فى الرابع - واما الثانى فلعدم ثبوته من طرفنا - واما الثالث فلان تلكم النصوص تدل على ان كل بينة فهى على المدعى لان كل مدع يجب عليه البينة - مع انها ظاهرة فى صورة الجهل بالواقعة فان حجيتها طريقية مختصة بتلك الصورة كساير الطرق والامارات مع ان البينة هى الحجة والدليل الموجبة للظهور كما هى معناها اللغوى والمستعمل فيها فى الايات وكلمات العلماء كقوله (٦) تعالى « وآتيناعيسى بن مريم

(١) ذكره فقهاء الامامية فى كتب الاستدلال كالجواهر والمستند وغيرهما

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٥

(٥) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٦) سورة البقرة آية - ٨٨

البيئات» وغيره وحملها على الاصطلاح الجديد يحتاج الى دليل مفقود - ومقابلتها باليمين لا يصلح لذلك فان المقابلة بلحاظ ان بيئته المنكر مختصة باليمين ولا تكون شهادة الشاهدين مفيدة له - واما الخامس فلعدم كونه مسندا الى الامام (عليه السلام) ولا مضمرا بل ظاهره كون ذلك فتوى يونس - واحتمال اختصاص الاستخراج بما يحتاج اليه والمعلوم للحاكم لا يحتاج الى الاستخراج - واما الاخير ان فغايتها كونها مطلقة فيقيد ان بامر والمطلق مما قدمناه نسبته معهما عموم من وجه - فيقدم لوجوه لا تخفى فتحصل ان الاظهر ان القاضي يقضى بعلمه مطلقا.

وفي المسالك و اعلم ان من منع من قضائه بعلمه استثنى صوراً (منها) تزكية الشهود وجرحهم لثلا يلزم منه الدور او التسلسل فانه اذا علم باحد الامرين وتوقف في اثباته على الشهود فان اكتفى بعلمه بتزكية المزكي او الجارح فقد حكم بعلمه والا افتقر على آخرين وهكذا فيتسلسل ان لم يعتبر شهادة الاولين او الدوران ان اعتبروا في حق غيرهما (ومنها) الاقرار في مجلس القضاء وان لم يسمعه غيره - وقيل يستثنى اقرار الخصم مطلقاً (ومنها) العلم بخطاء الشهود يقينا او كذبهم (ومنها) تعزير من اساء ادبه في مجلسه وان لم يعلم غيره لانه من ضرورة ابهة القضاء (ومنها) ان يشهد معه آخر فانه لا يقصر عن شاهد انتهى.

المدعى مخير بين اقامة البيئته واحلاف المنكر

الثانية عشر بناء على جواز حكم القاضي بالعلم كما هو الحق ان تحقق علمه بالواقعة فهو (وان انتفى العلم حكم بالشهادة) مع تمكن المدعى من اقامتها - لعموم مادل (١) على القضاء والحكم بالبيئات وهذا ما لا كلام فيه ولا خلاف - انما الكلام في المقام في فروع .

١- اذا قال المدعى لي بيئته - فعن الاكثر انه يجب ان يحضرها الحاكم ان علم جهل

المدعى بان له الاحضار ويجوز ان لم يكن عالمابه - وعن المبسوط والمهذب والسرائر انه لا يجوز مطلقا - وعن المختلف والقواعد والدروس انه لا يجوز اذا كان عالما بان له الاحضار ويجوز ان كان جاهلا بذلك (اقول) لا اشكال في انه يجوز على وجه الارشاد مع علمه ويجب كك مع جهله ويحرم على وجه الايجاب عليه لان الحق له فان شاء احضرها والا فلا اذله العدول عن اصل الدعوى وله اختيار اليمين - ولذلك قال في المستند ان النزاع بينهم لفظي فمن يقول بعدم الجواز يريد به عدم الجواز على وجه الالتزام ومن يقول بالجواز مراده ذلك على وجه الارشاد .

(٢) صرح جماعة بان المدعى الذى له بينة حاضرة او غائبة مخير بين اقامتها واحلاف المنكر ولا يتعين عليه اقامتها - وان علم بكونها مقبولة عند الحاكم ونسبه بعضهم الى الاصحاب وآخر الى انه المستفاد من الروايات .

وقد استدل له بان اقامة البينة حق ثابت للمدعى فله ان لا يقيمها وبصحيح (١) ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهب اليمين بحق المدعى فلا دعوى له قلت له وان كانت عليه بينة عادلة قال عليه السلام نعم وان اقام بعدما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له و كانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه - وبخبر (٢) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه كيف اقضى بامور لم اخبر ببيانها قال فقال له رددهم الى واضفهم الى اسمى يحلفون به - بتقريب ان مقتضى اطلاقه ثبوت الحق بالحلف مطلقا وان كان للمدعى بينة فاذا كان الحلف من طرق اثبات المدعى فيكون مخيرا بينهما - وبذلك يظهر ما فى ايراد السيد فى ملحقات العروة من التامل فى اطلاقه وان الامر فيه متوجه الى النبى لا الى المدعى ومن المعلوم عدم كون التخيير له فان الذى يثبت بذلك كون الحلف من الطرق واثبات التخيير للمدعى ح انما هو من جهة تخييره

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣

فى اثبات مدعاه بكل ما هو طريق اليه والامر وان توجه الى النبى الا انه امر ارشادى الى ذلك .

وقد يقال انه لا يجوز الاحلاف مع وجود البينة لان المستفاد من النصوص ان البينة وظيفة المدعى - ولصحيح (١) سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه فقال يا رب كيف اقضى فيما لم ادروا شهد قال فادعى الله اليه احكم بينهم بكتايب واضفهم الى اسمى تحلفهم به وقال هذا لمن لم تقم به بينة وبمرسل (٢) يونس عن رواه فى حديث فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه - وبما (٣) عن تفسير الامام عليه السلام فى حديث وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه .

وفى الكل نظر - اما الاول فلعدم دلالة تلك النصوص على الحصر وان شئت قلت انها تدل على ان كل بينة هى للمدعى - ولا تدل على ان كل مدعى فعليه البينة واما الثانى فلان المشار اليه بلفظة هذا هو ما تقدم من الامر بالتحليف فيدل على ان تعيين ذلك انما هو لمن لم يقم بينة وهو غير المدعى مع ان الوجود فيه عدم اقامة البينة لاعدم وجودها - واما الثالث فلان المراد به ان تعين اليمين كما يدل عليه لفظ على انما هو بعد عدم الشاهد - واما الرابع فلان الشرط فيه عدم البينة الظاهر فى عدم اقامتها لاعدم وجودها ولا اقل من احتمال ذلك - فلا يظهر هو التخيير بين اقامة البينة واحلاف المنكر .

٣ - لو قال المدعى لى بينة غائبة فلا اشكال فى ان الحاكم يخيره بين احضارها وبين احلاف المنكر لما مر من كونه مخيرا بينهما وعليه فهل يؤجل ويضرب له وقتا كما عن بعضهم ام لا يؤجل كما عن آخر وجهان - يشهد للاول خبر (٤) سلمة بن كهيل

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

قال سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح الى ان قال واجعل لمن ادعى شهوداً غيباً امدائينهما فان احضرهم اخذت له بحقه وان لم يحضرهم اوجبت عليه القضية الحديث والقضية التي امر بايجابها هي حلف المنكر واسقاط الحق .

وهل للمدعى مطالبة غريمه بالكفيل كما عن المقنعة والنهاية والقاضى فى احد قوليه والوسيلة والغنية - ام ليس له ذلك كما عن المبسوط والخلاف والاسكافى والحلى والقاضى فى قوله الاخر وعليه اكثر المتأخرين بل عامتهم كما قيل - وجهان من ان مطالبة الكفيل قبل ان يثبت الحق لادليل عليها سيما مع جواز الحكم على الغائب و ملازمته وجسه عقوبة قبل حصول السبب بل ادليل عليها - و من حفظ الحق المدعى حذراً عن ذهاب الغريم ولزوم مراعاة حق المسلم فى نفس الامر فيجب التكفيل من باب المقدمة - والاظهر هو الاول لعدم ثبوت حق المسلم فى نفس الامر بل مجرد احتمال.

احكام الجرح والتعديل

الثالثة عشر - اذا اقام المدعى البينة فلا بد وان ينظر الحاكم فى شهادتها فان كانت جامعة للشرائط قبلها وان كانت فاقدة لها طرحها و ان جهل حالها تفحص وعمل بما يقتضيه من القبول والرد وعليه (مع علمه بعدالة الشهود او التزكية) المثبتة للعدالة حكم له بلا خلاف فيه فى الجملة - وانما الكلام فى موارد .

الاول - انه ان ثبت عدالتهم عند الحاكم فهل يلزم سؤال المدعى عليه انه هل له جارح ام لا - ام يجوز ذلك - ام ليس له السؤال اصلاً - وجوه خيرها اوسطها - كما انه اذا علم الحاكم فسقهما لا يطلب من المدعى التزكية وان كان لذلك وللمدعى اثباتها ان ادعى خطأ الحاكم فى اعتقاد فسقهما من جهة انه اعتمد فى ذلك على الاستصحاب ولا محل له لتغير الحال او على ظاهر الحال وكان الواقع خلافه فان اثبتها نفذ شهادتها والا فلا .

الثانى لو جهل الحاكم حالهما يجب عليه ان يبين للمدعى ان له تزكيتهما بالشهود ان كان جاهلاً بذلك - ولو قال لا طريق لى الى ذلك او قال لا فعل او انه يعسر

على ذلك - فهل يجب على الحاكم الفحص عن ذلك ام لا قولان .

استدل للاول بان الحكم واجب على الحاكم وهو متوقف على معرفة حال الشهود فيجب ذلك من باب المقدمة - وبما (١) عن تفسير الامام عليه السلام عن آبائه عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام - كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى الك حجة الى ان قال و اذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر قال للشهود اين قبائلكما فيصفان اين منزلكما فيصفان ثم يقيم الخصوم والشهود بين يديه ثم يامر فيكتب اسامى المدعى والمدعى عليه والشهود ويصف ما شهدوا به ثم يدفع ذلك الى رجل من اصحابه الخيار ثم مثل ذلك الى رجل من خيار اصحابه ثم يقول ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الاخر الى قبائلهما واسواقهما ومحالهما والربض الذى ينزلانه فيسئل عنهما فيذهبان ويسئلان فان اتوا خيرا او ذكر وافضلا رجعا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاخبراه احضر القوم الذى اثبتوا عليهما واحضر الشهود الى ان قال قضى بشهادتهما على المدعى عليه فان رجعا بخبر سىء قبيح - الى ان قال لم يهتك ستر ابشاهدين ولا عابهما ولا وبخهما ولكن يدعو الخصوم الى الصلح الحديث .

ولكن الاول مندفع بعدم الدليل على وجوب الحكم بالبينّة العادلة مطلقا حتى يجب مقدمته بل مع قيام البينة يجب عليه الحكم بها كيف وقدمرانه اذا كان للمدعى بينة عادلة لا يجب عليه اقامتها بل هو مخير بين الاقامة وبين احوال المنكر ولا يجب على الحاكم ان يامر باحضارهما - واما الثانى فغاية ما يثبت به جواز ذلك ولا كلام فيه - انما الكلام فى وجوبه والخبر قاصر عن افادته .

الثالث اذا اقام المدعى على التزكية بينة مقبولة فالمشهور بين الاصحاب انه يجب عليه ان يبين للمدعى عليه ان له حق الجرح اما مطلقا كما عن جماعة او اذا لم يكن عالما به كما عن آخرين - واستدلوا به بان اهمال ذكره يوجب بطلان حقه - وهو كما ترى - ثم ان طلب منه الجرح فان اتى به او قال لا جرح لى فلا كلام - وان استمهل فى اثبات الجرح

قالوا يمهل ثلاثة ايام - وقد استدلو بالوجوب الامهال بانه مقتضى العدل - وبرواية (١) سلمة المتقدمة واجعل لمن ادعى شهودا غيبا امدا بينهما فان احضرهم اخذت له بحقه - ولكن العدل يحصل بالحكم ثم الاستردادان اثبت الجرح بعد ذلك بل ربما قيل ان ذلك اقرب الى العدل - والخبر في شهود المدعى على المطالب بالحق - واما تقدير الامهال بثلاثة ايام فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له - ثم انه على فرض الامهال لا يبعد القول بجواز ان ياخذ المدعى الكفيل من المدعى عليه لثبوت حقه في الجملة .

الرابع اذا تبين بعد الحكم فسق الشاهدين حال الحكم انتقض من غير فرق بين ان يكون الحاكم معتمدا في عدالتهما على الاستصحاب او متيقناً بذلك لانكشف بطلان المستند - وان كان طارئاً بعد الحكم لم ينتقض قطعاً وان كان بعد الشهادة وقبل الحكم ففيه قولان - وان جهل الحال لم ينتقض لاستصحاب بقاء العدالة الى حين الحكم ولا يعارضه استصحاب عدم الحكم الى زمان الفسق لانه لا يثبت به كون الحكم في حال الفسق من غير فرق في ذلك بين الجهل بتاريخهما او العلم بتاريخ احدهما

ما به يثبت العدالة

الخامس فيما ثبت به عدالة الشهود - وفيه موارد للبحث - ١ - المنسوب الى الشيخ في الخلاف والمفيد في كتاب الاشراف والاسكافي انه يكتفى فيه بظاهر الاسلام بناء منهم على ان الاصل فيه العدالة وادعى الاول عليه اجماع الطائفة - والظاهر كما افاده سيد الرياض ان مبنى الخلاف هنا على الاختلاف في تفسير العدالة هل هي ظاهر الاسلام مع عدم ظهور فسق - او حسن الظاهر - او الملكة اي الكيفية النفسانية الباعثة على ملازمة التقوى - او انها الاجتناب عن المعاصي عن ملكة - او مجرد ترك المعاصي وقد اشبعنا الكلام في ذلك في مبحث العدالة في الجزء الخامس من هذا الشرح .

و بينا ان العدالة عبارة عن الاستقامة العملية على جادة الشرع باثبات جميع

الواجبات وترك جميع المحرمات حتى الخفية منها كالرياء وبيننا ان ذلك ملازم لوجود الملكة وذكرنا ما يمكن ان يستدل به للاقوال الاخر والجواب عنه - كما انه بينا في تلك المسألة طرق معرفة العدالة وانها لا تثبت بمجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق - وان شيئاً من الاخبار المستفيضة التي استدلو بها له لا يدل عليه - وبيننا - طريقة حسن الظاهر - وانها تثبت بشهادة عدلين بل العدل الواحد وبالشهادة الفعلية - وعدم ثبوتها بالشياع الظني والظن المطلق - وايضا قد اثبتنا انه يجوز تعديل الشخص بمجرد قيام الطريق الى عدالته عنده من حسن الظاهر والبيئة وغيرهما او ثبوتها عنده بالاستصحاب فراجعناه فانه متضمن لمسائل هامة ومطالب نفيسة يظهر منها ما في كلمات الفقهاء في المقام.

وانما بقي الكلام في خصوص ما لواقع المدعى عليه بعدالة شهود المدعى مع دعواه خطائهما - فعن الاسكافي والفاضل المقداد والمصنف ره في التحرير والقواعد والارشاد وولده في شرح القواعد انها تثبت به بمعنى ان للحاكم ان يحكم للمدعى وعن جماعة انها لا تثبت به .

واستدل للاول بما في ذيل المروي (١) عن تفسير الامام عليه السلام المتقدم فان كان الشهود من اخلاط الناس غر باء لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار اقبل على المدعى عليه فقال ما تقول فيهما فان قال ما عرفنا الا خيرا غير انهما قد غلطا فيما شهدا على انفذ شهادتهما وان جرحهما وطعن عليهما اصلح بين الخصم وخصمه واحلف المدعى عليه وقطع الخصومة بينهما - و بان البحث لحق المشهود عليه وقد اقر بعدالتهما وانه اقر بوجود شرط الحكم وكل من اقر بشيء نفذ عليه لقوله عليه السلام (٢) اقرار العقلاء على انفسهم جائز .

ولكن الاول ضعيف السند - والاقرار انما يكون نافذا على المقر نفسه فليس له

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب الاقرار

بعد ذلك الجرح عليهم ولا يثبت به كونه ميزانا يحكم به الحاكم لعدم كونه طريقا الى ثبوت الواقع - ومجرد كون التزكية استظهارا لحق المدعى لا يقتضى سقوطه باقراره وشرط الحكم انما هو العدالة المعلومة للحاكم لا العدالة الواقعية وان لم تكن ثابتة عنده والمفروض عدم حصول العلم له بهذا الاقرار من المدعى عليه فلا يكفي في جواز الحكم فلا يظهر عدم ثبوتها به .

وبذلك يظهر حكم فرع آخر وهو ما لو اقام المدعى شاهدين ثابتي العدالة عند الحاكم واعترف المدعى بعدم عدالتهما ولم يكن قوله واجدا لشرائط الحجية كي يثبت به الجرح فان الظاهر عدم صحة الحكم لان شرط صحة الحكم العدالة الواقعية الثابتة للحاكم ولذا قالوا انه لو ظهر للحاكم فسق الشهود انتقض الحكم فالاقرار بعدم العدالة اعتراف بعدم وجود شرط الحكم وعدم تمامية الميزان ولا يقاس المقام باقرار المدعى عليه عدالة الشهود فان الاقرار بفقد احد جزئي ميزان الحكم كاف في عدم جوازه بخلاف الاقرار بوجود احد الجزئين فتدبر - اللهم الا ان يقال ان الاقرار انما ينفذ على نفسه ولا ينفى به ما هو ميزان للحاكم اذ ليس شان طريقة الاقرار هذا المقدار وعليه فلا يظهر هو صحة الحكم له .

الاطلاق في الجرح والتعديل

ثم انهم اختلفوا في كفاية الاطلاق في التعديل والجرح او لا بد من ذكر السبب فيهما او في احدهما على اقوال (١) ما هو المشهور بين الاصحاب وهو كفاية الاطلاق في التعديل دون الجرح - واختاره المصنف ره في المقام قال (وتسمع مطلقا) اي مطلق الشهادة بالعدالة (بخلاف الجرح) (٢) ما عن المصنف ره في غير المقام وهو عكس المشهور (٣) كفاية الاطلاق فيهما (٤) اعتبار التفصيل فيهما .

واستدل للاول بان العدالة تحصل بالتحرز عن اسباب الفسق وهي كثيرة يعسر ضبطها وعددها بخلاف الجرح فانه يكفي فيه ذكر سبب واحد - وللثاني بسهولة

العلم بالفسق لانه يكفى في تحقيقه فعل واحد فالخطاء فيه نادر بخلاف التعديل فانه في معرض كثرة الخطاء فلا بد فيه من ذكر السبب وللتاكد بان العادل لا يخبر عن امر الا مع العلم بتحقيقه وتحقق اسبابه - وللرابع بالاختلاف في اسبابهما فلعل مذهبهما مخالف لمذهب الحاكم .

والحق ان يقال انه لو احتمل اختلاف الحاكم والمعدل او الجارح في حقيقة العدالة او في طريق ثبوتها من حيث الشبهة الحكمية فالأظهر عدم كفاية الاطلاق في شيء منهما - لعدم شمول دليل الشهادة لمثل ذلك (ودعوى) قيام السيرة في جميع المقامات على عدم ذكر السبب وان المعلوم من طريقة الشارع الاقدس حمل عبارة الشاهد على الواقع ولومع الاختلاف ولذا لا يجب السؤال عن سبب الملك والطهارة او النجاسة عند الشهادة بها وما العدالة والفسق الا من قبلها (مندفعة) بان المتيقن من السيرة ما لا اختلاف في اسبابها او علم من الخارج اتفاق المذهبين - وكون ما ذكر طريقة الشارع حتى مع الاختلاف في الاسباب وعدم اتفاق المذهب غير معلوم - وان لم يحتمل ذلك ولكن احتمل الاختلاف في الشبهة الموضوعية كما لو احتمل ان الجرح كان من جهة انه رأى انه يكذب واحتمل ان يكون ذلك في مورد كان الكذب جائزا له او رآه انه يشرب الخمر واحتمل ان يكون به مرض انحصر علاجه بذلك او علم به فالظاهر عدم لزوم الاستفسار وكفاية مطلقه لاطلاق ادلة قبول الشهادة - ولقيام السيرة على ذلك - ولان من يشهد بالعدالة او الجرح لامحالة يكون متوجها الى اسباب الفسق والعدالة واحتمال عدم توجهه الى بعضها يندفع ببناء العقلاء وغيره كسائر الموارد وبما ذكرناه يظهر ضعف سائر الاقوال .

ثم انه حيث اكتفى في العدالة بالاطلاق ففي القدر المعتمد من العبارة عنها اقوال - ثالثها - اعتبار ضم احد الامرين من قوله لى وعلى - او مقبول الشهادة الى قوله عدل حكاه الشهيد الثاني عن اكثر المتأخرين - وعن الاسكا في ضم الاول خاصة - وعن المبسوط الاكتفاء بقوله وهو عدل من دون اعتبار ضم شيء مطلقا - وعن المسالك

الاجتزاء بقوله انه مقبول الشهادة وان اضافة العدل اليه أكد .

والحق ان يقال انه من جهة التعديل يكتفى بكل ما هو نبىء عن العدالة من دون اعتبار لفظ خاص بل لا يمتد باللفظ ايضا فلورأينا العدل اقتدى به فى الصلاة كفى ذلك فى التعديل لاطلاق الادلة وقد اشبعنا الكلام فى ذلك فى مسألة ثبوت العدالة بالشهادة الفعلية فى مبحث العدالة فى الجزء الخامس من هذا الشرح - واما المقبولية من ناحية ساير الشرائط فهى ايضا لا بدوان تحرز ولو بالاصل على القول بان ساير ما يعتبر فى قبول الشهادة غير العدالة من قبيل الموانع فمع تحقق العدالة يجب الحكم مالم يثبت احد الموانع من الخصومة وجرا النفع وكونه على والده وما شاكل .

تعارض الجرح والتعديل

ثم انه ان اختلف الشهود فى الجرح والتعديل فان كان بنحو قابل للجمع بينهما كما لو قال المعدل قد مارسته فوجدته حسن الظاهر وقال الجارح رأيتنه يرتكب ذنبا - أو قال المعدل هو عادل وقال الجارح رأيتنه ارتكب ذنبا - أو قال الجارح انه فعل محرما فى يوم كذا وقال المعدل لقد تاب بعد ذلك وهو فعلاذ ومملكة - فلا اشكال . فانه فى الاولين يبنى على الفسق وفى الاخير على العدالة .

(و) اما (مع التعارض) بينهما كما لو اطلق المعدل والجارح فقال المعدل انه عادل وقال الجارح انه فاسق - أو قال الجارح انه ارتكب معصية خاصة فى يوم كذا وساعة كذا وقال المعدل انه فى ذلك اليوم كان معى ولم يفعل ذلك ففيه اقوال (١) ما عن الشيخ فى الخلاف وهو انه وقف الحاكم - وقيل فى المراد منه امران احدهما انه يتوقف عن الحكم باحد الامرين ويكون كانه لا بينة ثانيهما انه يتوقف فى الحكم اصلاحتى عن يمين المنكر (٢) ما فى المسالك وهو تساقطهما فى الصورة الثانية وتقديم بينة الجارح فى الصورة الاولى (٣) التساقط فى الصورتين اختاره صاحب الجواهر (٤) الرجوع الى القرعة فى تقديم احدى البينتين (٥) انه

(يقدم الجرح) .

اقول انه في الصورة الاولى حيث يحتمل كون البينتين بنحو لاتعارض بينهما فحجيتهما ثابتة - وسقوطهما غير ثابت فلا بد وان يستفسر الحال فان امكن الجمع والافعال معهما معاملة المتعارضين - وان شئت قلت ان التعارض بينهما غير ثابت كى يعمل قواعده - واما في الصورة الثانية فعلى المختار فى تعارض الامارات من ان مقتضى القاعدة هو التخيير بين المتعارضين فى المسألة اصولية يكون المجتهد مخيرا بين الاخذ ببينة العدالة او ببينة الجرح - فان قيل ان ذلك مخالف للاجماع المركب - قلنا لامحذور فى مخالفة مثل هذا الاجماع المعلوم مدرك للمجمعين - ودعوى انه يقدم بينة الجرح لاعتقادها باصالة عدم حصول سبب الحكم - ولان الغالب فى التعديل الاعتماد على اصالة عدم صدور المعصية - مندفعة بان الاصل لا يوجب تقديم احدى الامارتين ولا يكون من المرجحات وكون الغالب فى التعديل الاعتماد على الاصل لا يربط له بما هو محل الكلام - فان قيل لم لا يرجع فى ترجيح احدهما الى صفات الراوى فيقدم بينة من كان اعدل او ما شاكل - قلنا ان الترجيح بها انما هو فى الخبرين المتعارضين فى الاحكام واسرائه الى المقام من القياس ولا نقول به واما على القول بان مقتضى القاعدة فى تعارض الامارات هو التساقط - فتساقطان فى المقام .

وبما ذكرناه ظهر مدارك القول الاول والثانى والثالث والخامس والجواب عنها واما الرابع فقد استدل له تارة بعمومات (١) القرعة واخرى بالنصوص (٢) الخاصة الواردة فى تعارض البينتين الدالة على انه يرجع الى القرعة - لكن الاولى لامورد لها فى المقام لانها لكل امر مشكل ولا اشكال فى المقام لوجود الميزان للحكم على اى حال - واما الثانية فمن جهة تضمنها لليمين المنتفية هنا اجماعات تخص بغير المقام - وبذلك يظهر انه لامورد لنصوص (٣) الترجيح بالاكثرية فى المقام .

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى

ثم انه ربما يقال كما في ملحقات العروة انه اذا كان شهود الجرح اثنين وشهود التعديل اربعة يمكن ان يقال بتساقط اثنين بالاثنين وبقاء اثنين للتعديل وكذا العكس - واولى بذلك اذا كان كل منهما اثنين وبعد التساقط وجدان آخران لاحدهما انتهى اقول لا يكون نظره في ذلك الى نصوص الاكثرية قطعاً كما لا يخفى بل الظاهر ان نظره الشريف الى انه يتعارض الاثنان من الاربعة مع الاثنين الذين في مقابلتهما فيتساقطان فيكون الاثنان الباقيان بلا معارض (وفيه) اولاً ان البينة عبارة عن شهادة اثنين فما فوق لان شهادة كل اثنين بينة مستقلة وعليه فطرف المعارضة هو شهادة الاربعة فعلى فرض التساقط لا بد وان يسقط الجميع وثانياً انه لو سلم كون البينة عبارة عن شهادة اثنين - ولازمه ان يكون في مورد شهادة الاربعة بينتان الا انه لا وجه للقول بانه تعارض احدى البينتين مع البينة التي في مقابلتها وتبقى الاخرى على حالها فان البينة المقابلة لهما تعارضهما جميعاً حتى اذا قامت احدهما بعد التساقط فان التساقط لا يوجب سقوطها عن قابلية الحجية - ونظير ذلك ما ذكره في الاصول الجارية في اطراف العلم الاجمالي من انه اذا كان في احد الطرفين اعلان وفي الاخر اصل واحد فان الساقط جميع الاصول حتى الاصول الطولية كما لو علم اجمالاً بنجاسة احد الشيئين الذين احدهما مستصحب الطهارة والاخر محكوم بالطهارة في نفسه بمقتضى اصالة الطهارة - فانه لاسبيل الى القول بتعارض الاستصحاب مع اصالة الطهارة الجارية في مقابله فيبقى اصالة الطهارة في هذا الطرف الجارية بعد سقوط الاستصحاب بحالها - بل العلم الاجمالي يوجب سقوط الجميع وفي المقام كك ولتمام الكلام محل آخر - فالأظهر عدم الفرق بين التعدد وعدمه.

الرابعة عشر (وتحرم الرشوة ويجب اعادتها وان حكم بالحق) كما تقدم الكلام

في ذلك مستوفى في المسألة الثالثة.

التماس الغريم احضار الخصم

الخامسة عشر (وإذا التمس الغريم احضار خصمه اجابه) الحاكم على المشهور بين الاصحاب في الحاضر في البلد وفي المسالك فان كان في البلد وكان ظاهرا يمكن احضاره وجب احضاره مطلقا عند علمائنا (الا المردة غير البرزة) بفتح الباء وسكون الراء المهملة وبفتح الزاء المعجمة وهي التي لا تحتجب احتجاب الشواب وهي مع ذلك عفيفة عاقلة تجلس للناس وتحديثهم من البروز وهو الظهور (او المريض فيمنفذ اليهما من يحكم بينهما) او امرهما بنصب وكيل لخصم عنهما هكذا ذكره جماعة و للفقهاء في المقام كلمات شتى وتنقيح القول في المقام في جهات.

الاولى في انه هل يجب الاحضار في الجملة ويجب على الخصم الحضور ام لا - وقد طفت كلماتهم بدعوى الاجماع على ذلك في الرجل الصحيح الحاضر في البلد اذا لم يكن من اهل الشرف والمروات .

واستدلوا لذلك - بان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها وترك تضييعها فلو قلنا انه لا يحضره ضاع الحق وبطل لان الرجل ربما تسلط على مال غيره واخذه وجلس في موضع لاحاكم فيه وما افضى الى هذا بطل في نفسه بذلك استدلل الشيخ ره وتبعه غيرهم - وبان الالزام بالحضور من شئون القضاة عرفا او خصوص قضاة الجور الثابت مثلها لقضائنا بالمقبولة - وبما في خبر (١) عبد الرحمن قال قلت للشيخ عليه السلام اخبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله قال فيمين المدعى عليه الى ان قال وان كان المطلوب بالحق قدمات - فان ادعى بلا بينة فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حيا لالزم اليمين او الحق او يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق بدعوى انه يدل على ثبوت هذا الحق للقاضي مقدمة لازمة يمينه

ولو من جهة كون حضوره لدى الحاكم شرط يمينه - وبالاجماع - وبتوقف الحكم بينهما على ذلك .

ولكن شيئاً من ذلك لا يكفي في الحكم بوجوب الاحضار والحضور - اما الاول فلان الحاكم يطالب المدعى باثبات حقه فاذا ثبت يعلم خصمه بذلك فان حضر فهو والاحكم عليه غياباً ولا يلزم من ذلك تضييع الحقوق - بل ربما يكون الاحضار سيما بالنحو الذي ذكره الاصحاب من انه لو امتنع استعان عليه باعوان السلطان وعن بعضهم انه لو اختفى امر الحاكم ان ينادى على باب داره انه لولم يحضر الى ثلاثة ايام يسمر بابه ويختم عليه ايداء للمدعى عليه واهانة اياه - واما الثاني فغاية ما هنالك ان يكون للقاضي الاحضار بمعنى ان يعلمه بان يحضر او يوكل من يخاصم خصمه والا فيحكم عليه غياباً لانه له ان يحضره بعينه - واما الثالث فلانه يدل على الالتزام باليمين او الحق اورد اليمين وهذا لا يدل على الالتزام بخصوص اليمين مع انه سيأتى عدم لزوم كون اليمين في مجلس الحكم - واما الرابع فلان مدرك المجمعين لعله بعض ما ذكر فلا يكون تعديلاً - واما الخامس فلم اعرفت من انه لا يتوقف الحكم بينهما على حضوره وانه لو امتنع عنه يصح الحكم غياباً - فالأظهر تبعاً لجماعة من متأخري المتأخرين عدم وجوب احضاره وعدم وجوب الحضور عليه ان احضره وله ان يسقط حق حضوره فيحكم الحاكم بالميزان الثابت عنده .

الثانية انه على فرض وجوب الاحضار والحضور - فهل يجب قبل تحرير الدعوى او بعده ام يفصل بين الحاضر في البلد والغائب عنه ففي الاول قبله وفي الثاني بعده - المشهور بين الاصحاب هو التفصيل (واستدلوا) لذلك بان الحاضر في البلد ليس في حضوره مجلس القاضي مؤونة ومشقة شديدة فلا مانع من وجوب احضاره قبل تحرير الدعوى واما الغائب فمن جهة لزوم المشقة عليه فيطالب المدعى بتحرير الدعوى فقد تكون غير مسموعة فخوفاً من تحميل المشقة عليه بغير حق يحكم بالوجوب بعد تحرير الدعوى لاقبله (وفيه) ان ذلك يتم اذا كان مقتضى الأدلة التي اقاموها على وجوب الاحضار وجوبه قبل تحرير الدعوى مع ان شيئاً منها لا يقتضى ذلك الا الوجه

الثاني والافمقتضى غيره ليس ازيد من الوجوب بعد تحرير الدعوى بل مقتضى بعضها وقت توجه اليمين او الحكم بينهما .

الثالثة وقد استثنوا من وجوب الاحضار المرئى غير البرزى والمريض - واما الشريف فقد الحقه بعضهم بالغائب فى اختصاص وجوب احضاره بما اذا كان بعد التحرير وبعضهم الحقه بالمعذور عن الحضور وليس على شىء من ذلك دليل يستند اليه فانه اذا توقف الحكم على حضور الخصم لا يصلح قاعدة العسر والجرح لاثبات صحة الحكم مع عدم حضوره - ولكن الذى يسهل الخطب ما عرفت من عدم الدليل على وجوب الاحضار اصلا .

الفصل الثانى فى كيفية الحكم

وفيه بحثان الاول - فى وظائف الحاكم وآدابه - (و) هى اربع - الاولى يجب (عليه) اى على القاضى (ان يسوى بين الخصمين فى الكلام والسلام والمكان والنظر والانصات) على المشهور بين الاصحاب ويشهد به نصوص كثيرة كالقريب (١) من الصحيح بالحسن بن محبوب المجمع على تصحيح روايته فينجبر به جهالة راويه عن امير المؤمنين عليه السلام قال عليه السلام لشرى ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك ولا يياس عدوك من عدلك الحديث وقوى (٢) السكونى عن الصادق عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الاشارة وفى النظر وفى المجلس - ونحوه مرسل (٣) الصدوق الا انه رواه عن النبى صلى الله عليه وآله وقال فيه فليسا وبينهم بدل فليواس والعلوى (٤) القوى ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى ان يضاف الخصم الاومعه خصمه - ونحوها غيرها .

قال المحقق العرافى لا يخفى ان التعليل فى ذيل الاخير (الاول الذى ذكرناه)

(١) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب آداب القاضى حديث ١-٢

يصلح للقرينة المانعة عن ظهور الامر فى صدره فى الوجوب وعليه فيشكل استفادة الوجوب من مثله واما البقية فهو فرع اتكال المشهور عليها ودونها خرط القتاودح فر بما يشكل امر اقامة الدليل على ازيد من رجحانها ولقد اجاد فى الجواهر فى منعه ذلك بمقتضى الصناعة انتهى (وفيه) اولا منع قرينة التعليل لعدم الوجوب وان شئت قلت انه ما لم يدل القرينة على عدم الوجوب لما كان وجه لرفع اليد عن ظهور الامر فى الوجوب ومن الواضح عدم دلالة العلة المذكورة على عدم الوجوب - وثانيا ان بقية الاخبار قوية معتبرة لا تحتاج الى استناد المشهور - فالأظهر هو الوجوب - فما عن الديلمي والحلى والمصنف فى المختلف من القول بعدم الوجوب ضعيف .

(و) يجب ايضا (العدل فى الحكم) بالاخلاف والاجماع منعقد عليه و الكتاب والسنة دالان عليه - قال الله (١) سبحانه ﴿ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ﴾ وقریب منه آيات اخر - واما الاخبار الدالة عليه فهي مستفيضة تقدمت جملة منها وستأتى اخرى ولو كان فى العدل مظنة الضرر بما لا يرضى به الشارع ترك الحكم لان يحكم بغير العدل فرعان .

(١) ان وجوب التسوية بنحو الاطلاق انما هو فى صورة تساويهما فى الاسلام (و) امامع الاختلاف (يجوز ان يكون المسلم قاعدا او اعلى منزلا او الكافر قائما او اخفض) قول واحد كما جلس على المنبر بجنب شريح فى خصومة له مع يهودى كذا فى الرياض وهل تجب التسوية بينهما فيما عدا ذلك مطلقا كما هو ظاهر الاصحاب لاطلاق النصوص المتقدمة - ام تجب التسوية فيما عدا ما يرجع الى الاكرام فيتعدى عن ما ذكر الى غيره من وجوه الاكرام كما عن الشهيدين وسيد الرياض وغيرهم وجهان - مقتضى الجمود على ظواهر النصوص هو الاول ولكن لا يبعد القول الثانى - حفظا لشرف الاسلام .

(٢) ان التسوية الواجبة او المستحبة انما هى فى الافعال الظاهرية دون الميل القلبي فلا يجب التسوية فى الميل القلبي بالاخلاف من غير فرق فيه بين محبة احدهما

او الميل الى التكلم معه والقرب اليه في المجلس والتعظيم له او الميل الى ان يكون حكم الله موافقا لهواه لان الحكم على القلب غير مستطاع - واما صحيح (١) الثمالي المتضمن لقضية قاضي بنى اسرائيل - فلا يكون ظاهرا في ان العقاب كان على ميله القلبى بل من الجائز انه كان العقاب على اظهاره بقوله اللهم اجعل الحق له - نعم لا ريب في انه ينبغي للقاضي ان يظهر ضميره بحيث يساوى عنده جميع الناس .

الثانية (ولا) يجوز للحاكم ان (يلقن الخصم) ويعلمه شيئا ان يستظهر به على خصمه كان يدعى بطريق الاحتمال فيلقنه الدعوى بالجزم حتى تسمع دعواه بالاخلاف فيه على الظاهر - واستدل له في المسالك بانه نصب لسد باب المنازعة وفعله هذا يفتح بابها فيكون خلاف الحكمة الباعثة نعم لا باس بالاستفسار وان ادى الى صحة الدعوى بان يذكر دراهم فيقول اهي صحاح ام مكسرة الى غير ذلك ثم قال ويحتمل المنع ايضا ولكنه كما ترى لا يصلح للمنع فان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق فلو كان في تلقينه ذلك ما يحفظ به الحقوق لا يكون خلاف الحكمة بل وفقها فلولم يكن اجماع على الحرمة لما كان وجه لعدم الجواز .

الثالثة (ولو بادرا احدهما بالدعوى قدمه فيها ولو ادعى اذ دفعة سمع من الذى

على يمين خصمه) على المشهور بين الاصحاب في الحكمين بل عليهما دعوى الاجماع فى كلام بعضهم واستدل للاول بحديث (٢) التسوية - وبما فى الفقه المنسوب الى مولينا الرضا عليه السلام - وبانه يجب القضاء بعد الطلب فورا فيجب تقديم الاسبق - والكل كما ترى - فالعمدة جماع فيه الا ان ثبت .

واما الثانى فيشهد به صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قضى رسول الله ﷺ ان يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام - وعن الانتصار والخلاف

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضى حديث ٢

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١ وباب ٣ منها

(٣) الوسائل باب ٥ من ابواب آداب القاضى حديث ٢

والسرائر والمبسوط اجمع اصحابنا على روايته وزاد الاولان دعوى اجماعنا عليه فتوى
ونصا - والايراد عليه تارة باحتمال ان يكون المراد بذلك المدعى لانه صاحب اليمين
و اليمين المردودة اليه كما عن الاسكافى - و اخرى - باحتمال ان يكون المراد
باليمين يمين القاضى كما عن بعض متأخري المتأخرين - يندفع بان كلامهما خلاف
الظاهر الذى فهمه الاصحاب الذين هم اهل اللسان منه - ويؤيده صحيح (١) عبدالله بن
سنان عن ابي عبدالله عليه السلام اذا تقدمت مع خصم الى وال او الى قاض فكن عن يمينه يعنى عن يمين
الخصم (فما) عن الشيخ من الميل الى القرعة ضعيف .

الرابعة اذا سكت الخصمان استحب للحاكم ان يقول لهما تكلما او ان كنتما
حضر تما لشيء فاذا كراه - او ماشا كل ذلك ولا يجوز له ان يوجه الخطاب الى احدهما
بلا خلاف فى شئ من ذلك ولم يذكره للاستحباب دليلا - واستدلوا بعدم جواز توجيه
الخطاب الى احدهما خاصة - بحديث التسوية - وفيه نظر .

فيما يتعلق بالمدعى عليه وجوابه

البحث الثانى فى جواب المدعى عليه - وهو ما اقرار - او انكار - او سكوت وعده
جوابا مسامحة وفي ملحقات العروة - او يقول لا ادرى - او يقول - اديت او رددت او انت
ابرأتى او نحو ذلك مما يكون منافيا لدعوى المدعى او يقول ليس لى - واللازم بيان
حكم كل من هذه - فالكلام فى موارد .

الاول فى الاقرار - وفيه جهات من البحث .

١ - انه هل يكون الاقرار ميزانا لفصل الخصومة ام لا - ربما يقال بالثانى نظرا
الى حصر الميزان فى النصوص (٢) بالبينه واليمين - او مع اضافة السنة الماضية (٣)

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ و ٢ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦

والى انه لخصومة مع الاقرار كى يحتاج الى الفصل- ولكن الاول يندفع بانه يقيد الحصر المستفاد من النصوص بالاجتماعات المتكررة فى كلماتهم- مع انا لخصر فى تلك النصوص انما هو مع فعلية الخصومة لاحظ النبوى (١)- انما اقضى بينكم بالبينات والايمان والقضاة بين المتخاصمين انما هى فرع الخصومة الفعلية ومع عدمها لا يحسن التعبير بقوله بينكم- واما الثانى فيندفع بان ثمرة الحكم كونه فاصلا للخصومة الفعلية والثانية نظر الى اطلاق حرمة رده .

٢- ان غاية ما يثبت بالاقرار بالعين انها ليست ملكا للمقر- بمقتضى اقرار العقلاء على انفسهم جائز (٢) ولا يثبت به كونها ملكا للمقر له وانما يحكم بملكيتها له من جهة سماع الدعوى التى لامعارض لها فى الاعيان- او بمقتضى اليد- ومن الواضح ان هذه الامور لا تكون ميزانا لفصل الخصومة- ولكن ذلك لا يمنع عن حكم الحاكم بملكيتها له فانها من الطرق المثبتة للملكية شرعاً فاذا تم ميزان الحكم يحكم الحاكم به وانما تسمع دعوى شخص ثالث بالنسبة اليها من جهة قواعد باب المدعى والمنكر ولا تسمع دعوى المقر لان الادعاء بعد الاقرار لا يعتنى به.

فى الفرق بين الاقرار والبيئة فى الالزام قبل الحكم

٣- لاختلاف (ف) ي انه (ان اقر خصمه) بما ادعاه المدعى (الزمه ان كان كاملا مختاراً) على ما هو المذكور فى محله من شرائط سماع الاقرار من دون فرق فى ذلك بين الدين او العين سواء حكم به الحاكم ام لا وهذا لا اشكال فيه- انما الكلام فى الفرق بين الاقرار والبيئة- حيث قالوا بانه يجوز الزام المقر به قبل الحكم ايضا بخلاف ما اذا ثبت الحق بالبيئة فانه لا يلزم الا بعد الحكم وقد علله الشهيد الثانى فى المسالك وتبعه غيره بما حاصله ان البيئة حجيتها متوقفة على حكم الحاكم لكونها

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

منوطة بنظر الحاكم رد أو قبولاً بخلاف الاقرار - ثم قالوا انه تظهر الثمرة في صورة كون الدعوى ظنية او احتمالية فانه يجوز للمدعى المقاصة من ماله مع الاقرار لامع البيئة فانه لايجوز المقاصة الا بعد حكم الحاكم واما في الدعوى الجزمية فتجوز المقاصة ولو مع عدم الاقرار والبيئة - وايضاً تظهر الثمرة في جواز التزام كل احده على دفع الحق بعد الاقرار من باب النهي عن المنكر بخلاف البيئة فانه لايجوز الا بعد الحكم - وايضاً يجوز للحاكم الاخران يحكم اذا ثبت عنده الاقرار عند الحاكم الاول بخلاف البيئة فانه لايجوز الحكم بها بمجرد ثبوت قيامها عند حاكم آخر بل لابد من قيامها عند نفسه .

وفيه - انه بناء على عموم حجية البيئة لكل من قامت عنده او سمع الشهادة منهما كما هو الاظهر لافرق من هذه الجهة بين الاقرار والبيئة فكما يجوز لكل من سمع الاقرار ان يلزم المقر بالحق كك يجوز لكل من سمع الشهادة مع علمه بعدالة الشهود ان يلزم المدعى عليه بما شهد به - وكما ان الحاكم الاخر مالم يثبت عنده قيام البيئة عند الحاكم الاول ليس له ان يحكم كك ليس له ذلك ان لم يثبت الاقرار عنده - وكما انه في الدعوى غير الجزمية يجوز للمدعى المقاصة بعد الاقرار كك يجوز له المقاصة بعد قيام البيئة بناء على عموم حجيتها - والحاصل ان الفرق بينهما انما يكون على القول بعدم حجية البيئة الا عند الحاكم فانه ح لا يثبت بها الحق الا بعد حكم الحاكم وهذا بخلاف الاقرار فان حجيته واضحة لكل احد لانها مما عليه بناء العقلاء .

وربما يفرق بينهما بان تحقق الاقرار لا يحتاج الى مؤونة واجتهاد غالباً لان حجيته معلومة ودلالة الالفاظ على الاقرار واضحة غالباً بخلاف البيئة فان تحققها يحتاج غالباً الى اجتهادات لا تحصل الا للحاكم - ويمكن توجيهه بان ثبوت الحق بالبيئة يتوقف على ثبوت حجيتها لكل احد وعلى معرفة حال الشهود من جهة الامور الشرعية التوقيفية ككفاية حسن الظاهر وعدمها وما شا كل وعلى معرفة القيود الشرعية المعبرة

في سماع الشهادة وتشخيص من يقبل شهادته ومن لا يقبل ومن الواضح ان ذلك كله يحتاج الى مؤونة واجتهاد - بخلاف الاقرار فان حجيته واضحة لكل احد وعلى اى حال ان كانت البيئة واجدة لجميع القيود المعتبرة في حجيتها شرعا فحكمها حكم الاقرار في انه يجوز العمل على طبقها قبل حكم الحاكم ولكن فصل الخصومة بينهما بنحو لا يسمع الدعوى بعده انما يكون بعد حكم الحاكم وفي الاقرار ايضا كك.

وجوب الحكم بعد الاقرار

٤- لاختلاف في انه يجب على الحاكم الحكم بعد الاقرار الجامع للشرائط وسؤال المدعى للحكم و توقف وصول حقه اليه وهذا من الواضح بمكان - لان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق ، ولما دل (١) من النصوص الكثيرة على وجوب الحكم بما انزل الله تعالى وبالحق .

انما الكلام فيما نسب الى الاصحاب من وجوبه حتى مع عدم توقف وصول حقه اليه على الحكم فانه يشكل من جهة ما تقدم من عدم كون الحكم جزءا لسبب ثبوت الحق و انه يجوز للمدعى اخذ حقه بنفسه بدون الحكم قهرا او تقاصا وجواز اخذ ساير المقتدرين - فانه لا اثر للحكم ح الا فصل الخصومة ومجرد ذلك لا يوجب صيرورة الحكم واجبا على الحاكم - والاستدلال له بعموم ما دل على وجوب الحكم بما انزل الله تعالى - يندفع اولا بالنقض بما لو وقع الصلح بينهما بعد الترافع وقبل الحكم فانه لا شك لاحد في عدم وجوب الحكم في هذا المورد - و ثانيا بالحل وهو ان وجوب الحكم مقيد بصورة الحاجة و توقف وصول الحق الى صاحبه عليه والا فلا يكون واجبا فتدبر .

ثم انه على القول بوجوب الحكم اما مطلقا - او في صورة توقف وصول الحق الى صاحبه وقع الخلاف بينهم في انه هل يجب قبل سؤال المدعى - ام يتوقف وجوبه على

السؤال - وعلى الثانى هل يجوز ام لا يجوز ام يفصل بين مالوظهر منه عدم الرضا به او منع عنه لغرض من الاغراض فلا يجوز والا فيجوز - فعن الشيخ فى المبسوط الاستدلال لعدم الجواز بانه حق له فلا يستوفى الا بمسئلته ونقله فى الشرايع ناسبا له الى القيل ايدانا بضعفه عنده - و ذكر فى المسالك فى وجه ذلك ان الحال تشهد بكونه طالبا للحكم حيث احضره للحكومة - وبانه حق قد تعين للحاكم فوجب عليه اظهاره .

والحق ان يقال ان مقتضى اطلاق الادلة سيما بعد ملاحظة حال قضاة الجور الثابتة شؤونهم لقضائنا بمقتضى المقبولة (١) ان الحكومة و مقدماتها بعد حضور المتخاصمين مجلس الخصومة عنده اليه مالم يرفعا يدا او المدعى عنها - وعليه فالأظهر هو جواز الحكم قبل السؤال الا ان يثبت الاجماع على اعتبار الاذن فانه عليه يجتزى عنه بشاهد الحال الموجود غالبا لعدم الاجماع قطعاً على اعتبار الاذن بخصوصه بنحو لا يكفى شهادة الحال فلولا الاجماع القول الثانى اظهر ومعه الثالث - فعلى فرض الجواز هل يجب ام لا وجهان اظهرهما الثانى للاصل .

٥- اذا وجب الحكم فيحكم عليه بما يفيد انشاء الزامه ولا يكفى فيه الاخبار فان الحكم عبارة عن انشاء الالتزام بشئ من مال او عقد او ايقاع او انشاء اثبات امر كما فى الحكم بالهلال و نحوه - نعم لا يعتبر فيه لفظ خاص فانه من مقولة المعنى دون اللفظ غاية الامر يعتبر فيه الابرار كساير الامور الاعتبارية - وعليه فلا فرق فى ابرازه باى لفظ كان بشرط كونه مبرزا له عرفاً - كحكمت - و قضيت - والزمتم و انفذت - و ادفع اليه ماله - او ثبت عندى وما شاكل - بل يكفى فيه الفعل الدال عليه اذا قصد به الانشاء كما اذا امر ببيع مال المحكوم عليه او اخذه و دفعه الى المحكوم له -

عقوبة الممتنع عن أداء الدين

٦- لو أقر الخصم وحكم الحاكم - وكان المقر واجدا للمال - والزمه الحاكم (فان امتنع) عن ادائه (حبسه) الحاكم (مع التماس خصمه) بلا خلاف - ويشهد له النبوى (١) - لى الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته ونحوه المروى (٢) عن ابي عبد الله عليه السلام - وفسر العقوبة بالحبس والعرض بالاغلاظه فى القول كقوله يا ظالم - اللى هو سوء الاداء والمطل - فدلاتهما على الحكم واضحة - وموثق (٣) عمار - كان امير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابنى باعه فيقسم بينهم - وخبر (٤) غياث - ان عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا - وخبره (٥) الاخر ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه وخبر (٦) الاصبغ بن نباته عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى ان يحجر على الغلام حتى يعقل وقضى عليه السلام فى الدين انه يحبس صاحبه فان تبين افلاسه وحاجته فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا - وقضى فى الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابنى باعه فقسمه بينهم ونحوها غيرها - ويعضدها الاخبار الواردة فى الامر بالمعروف والنهى عن المنكر كخبر (٧) جابر الطويل فى الامر بالمعروف والنهى عن المنكر عن الباقر عليه السلام فانكروا بقلوبكم والفظوا بالسنتكم وصكوا بها جباههم - ومرسل (٨) الشيخ عن الصادق

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين والقرض حديث ٤

(٣-٤) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر حديث ١

(٥) الوسائل باب ٦ من ابواب الحجر حديث ١

(٦) الوسائل باب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٧) الوسائل باب ٣ من ابواب الامر والنهى من كتاب الامر بالمعروف حديث ١

(٨) الوسائل باب ٧ من ابواب الامر والنهى حديث ٤

عَلَيْهِ السَّلَامُ قد حق لي ان آخذ البريء منكم بالسقيم وكيف لا يحق لي ذلك و انتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح ولا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه حتى يتركه ولا يعارضها - صحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ كان على عَلَيْهِ السَّلَامُ لا يحبس في الدين الا ثلاثة الفاصب ومن اكل مال اليتيم ظلماً ومن ائتمن على امانة فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان او شاهداً - اما لما عن الشيخ من احتمال ارادة انه كان لا يحبس حبساً طويلاً الا الثلاثة لان الحبس في الدين انما يكون مقدار ما يتبين حاله اولما في الوسائل من ان تارك قضاء الدين لا يخرج عن الثلاثة - اولانه يقيد اطلاقه بما مر فلا اشكال في الحكم في الجملة - انما الكلام في فروع.

احدها - انه كما يجوز الحبس والايذاء لاداء الدين هل يجوز اعطاء ماله للمحكوم له من غير اذنه اذا امكن و كان من جنس الحق وبيعه واعطائه الثمن ان لم يكن من جنسه - الظاهر هو ذلك لكونه مما يتوقف عليه ايصال الحق - وللتصريح به في النصوص السابقة و عليه فهل يكون جواز ذلك بعد العقوبة ام قبلها او يكون الحاكم مخيراً بينهما - ظاهر النصوص السابقة هو كونه بعدها - فمقتضى الاصل عدم الجواز قبلها.

الفرع الثاني هل يجوز التغليب في القول والشم والحبس في صورة الامتناع للمحكوم له كما يجوز للحاكم - ام لا يجوز شيء من ذلك - ام يفصل بين الحبس فلا يجوز وغيره فيجوز وجوه و اقوال - اقول اما الحبس فحيث ان جوازه مخالف للاصل و النصوص المجوزة مختصة بالحاكم فلا يجوز لغيره - و دعوى - ان ظاهر نقل فعل الامير (ع) يدل على ان الحكم الشرعي فيه ذلك - مندفعة - بعدم ظهوره فيه نعم هو محتمل لكنه لا يفيد - فان قيل - ان ادلة وجوب ردع المماطل واخذ الحق منه تدل على جوازه - قلنا انها مختصة بالحاكم (فان قيل) ان اطلاق قوله ﷺ لي الواجد يحل عرضه وعقوبته يدل على الجواز فان العقوبة شاملة للحبس بل قد عرفت تفسيرها به - و دعوى - انه مجمل اذ لم يبين ان العقوبة على من تحل - مندفعة - بانه

اما ظاهر في جوازها لصاحب الحق او مطلق - والظاهر هو الثاني من جهة ان حذف المتعلق يفيد العموم - وكذا اطلاق قوله عَلَيْكَ في اخبار الامر بالمعروف والنهي عن المنكر المتقدم جملة منها - ولا تؤذونه (توجه) عليه ان مقتضى ذلك وان كان هو الجواز الا ان الظاهر مما ذكره صاحب الجواهر في كتاب المفلس قال اللهم الا ان يدعى ان الحبس و نحوه من وظائف الحكام لانه كالتعزير الملحق بالحدود انتهى هو كون اختصاص جوازه بالحاكم مما تسالم الاصحاب عليه - ويمكن ان يستدل له مضافا الى ذلك بكونه من وظائف قضاة الجور وقد دلت المقبولة على ثبوت جميع ما هو من شؤونهم ووظائفهم لخصوص الحاكم فلا ينبغي الاشكال في عدم جوازه لغيره - نعم يجوز للحاكم ان ياذن لغيره بمباشرة كما هو المتعارف في الحبس فانه لم يعهد تصدى الحاكم بنفسه له - واما سائر العقوبات فالظاهر جوازها للمحكوم له بل لغيره ايضا لاطلاق الادلة كما يظهر مما ذكرناه في الحبس - ويشهد بجوازها للمحكوم له مضافا الى ذلك - الآية الكريمة (١) « لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم » .

الفرع الثالث (ولو طلب المدعى اثبات حقه) في قرطاس (اثبتته مع معرفته

باسمه ونسبه او بعدم معرفة عدلين) شاهدين ولا يكتب بدون ذلك خوفا من التزوير بتواطئ المتداعيين لاثبات اقراره على ثالث فيكتب عليه حجة بخط الحاكم وختمه ليحكم الحاكم عليه بحكمه السابق المتذكر له بخطه وختمه حيثما يجاء به والحال انه غير مقرر عنده او لا يقع الخطاء بالتزوير في حكمه وهو لا يعلم به (او بالحلية) بكسر الحاء المهملة ثم الياء المنقوطة نقطتين من تحت بعد اللام - الصفة - فيكتب صفة المقر من لونه وطوله وقصره وما شا كل من الاوصاف التي يؤمن معها من التزوير - ثم انه بعد الاتفاق على جواز ذلك مع عدم انطباق عنوان آخر عليه اختلفوا في وجوبه - والظاهر هو الوجوب ان كان الحاكم لا يقدر على اجراء الحكم ولو كتب يوصله المدعى الى من يقدر على الاجراء وعدمه في غير هذا المورد ولا يخفى وجهه .

ثم انه قديقال بعدم جواز الكتابة اذا علم بترتب محرم عليها كالتعدي من الجابر في الايذاء من قذف او ضرب او اخذ مال او مطالبة من اقربائه ونحوه - لكونه اعانة على ائمين اثم المدعى حيث ان اخذه ذلك ليؤديه الى المقتدر الجابر المتعدي معاونة على الجابر على ائمه واثم الجابر - ولكن يردده ما تقدم من عدم الدليل على حرمة الاعانة على الاثم وعدم صدق الاعانة المحرمة على القول بهاعلى مثل ذلك.

حكم ما اذا كان الغريم معسرا

٧ - اذا كان المدعى به عينا موجودة الزمه الحاكم بردها بعد الاقرار والحكم مطلقا - واما اذا كان ديننا - فان لم يكن معسرا والاعسار عندنا كما عن كنز العرفان وفي الرياض عجزه عن اداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن داره وثيابه اللاتفة بحاله ودابته وخادمه كك وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجب النفقة يلزم برده .

وان كان معسرا فلا اشكال ولا خلاف في انه لا يجوز حبسه والتغليظ في القول عليه وما شا كل وقد قال الله (١) تعالى «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون» وقال النبي ﷺ كما في خبر (٢) عبدالله بن سنان في حديث وكما لا يحل لغريمك ان يمطلك وهو موسر فكك لا يحل لك ان تعسره ان علمت انه معسر - وقال علي عليه السلام كما في خبر السكوني (٣) في زوج معسر استعدت عليه امرأته عنده انه لا ينفق عليها بعد الالباء عن الحبس ان مع العسر يسرا ولم يامر به بالتكسب .

انما الخلاف في انه هل يخلى سبيله ويمهل حتى يحصل له مال كما عن المفيد والشيخ في الخلاف والحلي والمحقق والمصنفه في القواعد والشهيد الثاني في المسالك

(١) البقرة آية - ٢٨٠

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين كتاب التجارة حديث ٥

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب الحجر حديث ٢

وغيرهم في غيرها بل هو المشهور بل عن ابني زهرة وادريس الاجماع على عدم جواز دفعه الى الغرماء ليستعملوه وعن بعضهم ارسال عدم وجوب التكسب عليه ارسال المسلمين وأنه يسلم الى الغرماء ليؤجروه او يستعملوه ويستوفوا حقهم كما عن الشيخ في النهاية ام يجب عليه التكسب مع تمكنه من غير حرج وان لم يكن ذا حرفة كما عن جماعة - ام يلزم بذلك ان كان مكتسبا والا فيخلى سبيله كما عن ابن حمزة .

فقد استدلل الاول - بالاية الكريمة المتقدمة - وان كان ذو عسرة النخ (وبالمرسل) المتقدم المتضمن ان علياً عليه السلام لم يجبس العاجز عن الانفاق على عياله ولا امره بالتكسب (و بخبر) (١) غياث المتقدم ان علياً عليه السلام كان يجبس الرجل فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (وبالنسبة) (٢) العاميين ففي احدهما انه عليه السلام لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله - وفي آخر - انه عليه السلام قال في رجل كثر دينه خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك (وبالاجابة) الناهية عن اعسار المعسر كخبر عبدالله بن سنان المتقدم (وبالاخبار) (٣) الدالة على ان الامام عليه السلام يقضى دين المديونين من سهم الغارمين .

والكل كما ترى منظور فيها (اما الاية) فلان المتمكن من الاداء بالتكسب لا يعد من ذى عسرة - مع انها تدل على عدم المطالبة حال تعسر الاداء ولا نظر لها الى وجوب التكسب وعدمه (واما المرسل) فلانه قضية في واقعة فلعله عليه السلام كان عالما بعجزه عن التكسب (واما خبر) غياث فهو على خلاف المدعى ادل فان الظاهر من لفظة حتى في قوله حتى يستفيد كونها تعليلية فالمعنى انه كان يخلى سبيله لان يستفيد ويتكسب - وعلى فرض النزول فلا اقل من احتمال ذلك فيسقط عن الاستدلال - مع انها لو كانت للغاية ايضا لما كان دالا على عدم وجوب التكسب (واما النبويان) فلانهما

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر حديث ٣ = ١

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٥٧

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب الدين والقرض

ضعيفا السند مع انهما قضيتان في واقعيتين (واما الاخبار) الناهية عن اعسار المعسر فهي لو دلت على شيء لدلت على انه ان لم يقدر على التكسب لا يلزم به ولا تدل على عدم الزام القادر على التكسب به لعدم كونه اعسارا (واما) نصوص اداء الدين من سهم الغارمين فالجمع بينها وبين نصوص الباب خصوصاً النصوص (١) المتضمنة لحبس على ^{تسليم} في ايام بسط يده الغريم للدين ثم انه ان ثبت افلاسه كان يخلى سبيله حتى يستفيد و لم يكن يؤدي دينه - يقتضى البناء على اختصاصها بالمديون الذى لا يتمكن من اداء دينه بالتكسب ونحوه - فالمتحصل انه لادليل على عدم وجوب التكسب واستدل للقول الثانى بخبر (٢) السكونى عن الصادق ^{عليه السلام} ان علياً ^{عليه السلام} كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ماشتم ان شتم واجروه وان شتم فاستعملوه - واورد عليه فى المسالك بضعف السند وقد مر مرارا ان روايات السكونى يعتمد عليها - ولكن الصحيح ان يورد عليه باعراض الاصحاب عنه.

فالحق ان يقال انه ان امكن له التكسب و لم يكن له فيه حرج وعسر يجب عليه ذلك لان اداء الدين واجب فيجب مقدمته - وان كان فيه عسر وحرج يرفع وجوبه بقاعدة نفى العسر والحرج - ولنعم ما افاده السيد فى ملحقات العروة من ان حال اداء الدين حال نفقة العيال فى وجوب التكسب لاجلها مع التمكن وكذا سائر التكاليف الموقوفة على المال اذا كان وجوبها مطلقا ولازمه جواز الزامه واجباره على العمل اذا كان متوانيا بل قد يصل الى حد يجوز اجارته واستعماله اذا لم يكن بعثه على العمل الابهذا الوجه.

انظار الحاكمن ادعى الاعسار

٨- لا خلاف (و) لا اشكال فى انه (لو ادعى) الغريم (الاعسار) فتارة يثبت ذلك (و)

اخرى لا يثبت فان (ثبت انظره الحاكم) ولا يجسه كما مر (وان لم يثبت) فاما ان يكون مسبوقاً بالاعسار ولم يعرف له مال كما اذا كانت الدعوى على نفقة الزوجة وما شا كل أو على مال يعلم تلفه - او يكون مسبوقاً باليسار بان كان له مال معهود او كان اصل الدعوى مالا كالقرض ونحوه وادعى تلف ذلك المال وانه معسر فعلا - او لا يعلم حاله السابقة - او كان قد توارد عليه الحالان ولم يعلم حاله فعلا.

فعلى الاول ان صدقه المحكوم له فحكمه حكم ثبوت الاعسار - وان لم يصدقه ولكن كان له البينة على انه موسر احقه حكم المماطل - والا فالمشهور بين الاصحاب انه يستحلف المدعى عليه فان حلف على الاعسار ترتب عليه حكمه لانه منكر - وان لم يدع كذبه جزما بل ظن ذلك او احتمله لسماع الدعوى بالظن او الاحتمال فيكون المحكوم له مدعيا والمحكوم عليه منكراً - وعن المحقق الاردبيلي الحكم بانه لا يحلف في هذه الصورة واستدل له بآية النظرة - وبانه لا دليل على الاخلاف الامع سبق اليسار - ولكن يرد على الوجه الاول ان صدق موضوع الآية وهو كونه ذاعسرة مشكوك فيه ومعه كيف يتمسك بالآية - وعلى الثاني ان الدليل عموم ما (١) دل على ان اليمين على من انكرو يمكن توجيهه ما افاده المحقق المذكور بانه اذا كان مسبوقاً بالاعسار يستصحب بقائه فيدخل بذلك في موضوع الآية (٢) الكريمة «وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة» ولكن ذلك لا يوجب عدم توجه اليمين اليه بل يؤكده فان المنكر من وافق قوله الاصل كما سيمر عليك فالأظهر انه يستحلف فان حلف لحقه حكم المعسر - وان نكل فان كان المدعى جازما في دعواه يساره حلف وجرى عليه حكم اليسار لعموم ما دل على الرد وعدم المانع عنه - فان قيل ان الرد انما هو في مورد يخرج المدعى عليه عن عهدة المدعى به على فرض الحلف وبعبارة اخرى ان معنى رده الحلف انه ان حلفت اخرج عن عهدة المدعى به فمن يدعى عدم القدرة عليه كيف يرد الحلف قلنا - او لا انه تظهر الثمرة والفائدة في نكول المدعى فانه ح تسقط الدعوى - وثانيا ان انكاره القدرة

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

(٢) البقرة آية ٢٨٠

لا ينفىها واقعا فلورد المنكر وحلف المدعى يثبت عليه اليسار فيجبس ويترتب سائر احكامه وان نكل سقط دعواه وان نكل المنكر ولم يكن المدعى جازما في دعواه فهل يترتب عليه حكم المعسر او حكم الموسر.

ربما يقال بالثاني نظراً الى ان مقتضى الاية و الاخبار الدالة على الجبس ان الاعسار شرط في وجوب الانظار لان يكون الايسار شرطاً في جواز الاجبار والجبس فاذا لم يتبين كونه معسراً يجوز اجباره وحبسه وان لم يثبت كونه موسراً ايضاً ذكره السيد في ملحقات العروة - والى ان الدين مقتضى لجواز المطالبة وان كان بالاجبار و الجبس و العجز مانع عنه فمع احراز المقتضى والشك في المانع يبنى على تحقق المقتضى بالفتح (ولكن) يرد على الوجه الاول انه ان كان مراده التمسك بعموم ما دل على جواز الاجبار و الجبس بدعوى ان الخارج عنه المعسر و مع الشك في مصداق الخاص يتمسك بعموم العام فيرده انه لا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية - وان كان مراده انه حيث علق وجوب الانظار على الايسار فمع الشك في الشرط ينتفي المشروط - فيرده ان لازم تعليق وجوب الانظار على الايسار واقعا تخصيص جواز الاجبار والجبس بغير الموسر فكما ان وجوب الانظار غير معلوم فكك جواز الجبس والاجبار غير ثابت - ويرد على الوجه الثاني منع حجية قاعدة المقتضى والمانع اولا - وعدم الطريق الى احرازهما في الشرعيات ثانياً - والحق ان يقال انه يستصحب في الفرض الاعسار ويترتب عليه حكمه ٢ وبه يخرج عن الاخبار وهل يكفي اقامة المحكوم عليه البينة على الاعسار كما عن التذكرة - ام لا كما اختاره صاحب الجواهر وجهان - الظاهر هو الثاني لان البينة على المدعى واليمين على من انكر وسيأتي لذلك زيادة توضيح.

وعلى الثاني (الزم بالبينة) يعني (اذا عرف له مال او كان اصل الدعوى مالا)

الزم بالبينة - لرجوع الدعوى الى تلف المال فيصير المدعى عليه بالحق مدعيًا لتلف

المال فيطلب منه البينة فان اقامها انظر لانه يثبت بها الاعسار فيترتب عليه حكمه من غير فرق في البينة التي يقيمها بين ان تكون على التلف او على الاعسار لعموم ما دل على سماعها من المدعى بلا احتياج الى ضم يمين للتفصيل القاطع للشركة - ولكن المنسوب الى الاكثر ان ذلك في البينة على التلف - واما البينة على الاعسار من غير تعرض لتلف الاموال فهي لا تقبل الا اذا كانت مطلعة على باطن اموره بالصحة المتأكدة و تحتاج مع ذلك الى ضم اليمين - وعن التذكرة عكس ما نسب الى الاكثر. واستدل الاول صاحب الجواهر به بما حاصله ان بينة الاعسار بينة نفى لرجوعها الى امر عديم وهو عدم الملك المحتمل ان يكون للاعتماد على الاصل المفروض انقطاعه بالعلم بماله في السابق وان يكون من جهة الاطلاع على التلف - وعليه فمع الصحة المتأكدة يقوى الاحتمال الثاني فبالتابع يصير جانب الاعسار قويا فيصير بمنزلة الظاهر و لازم ذلك صيرورة قول مدعى الاعسار موافقا للظاهر فيصير منكرا لقوة جانبه بالظهور فضم اليمين ح من جهة صيرورته بمثل هذه البينة منكرا فان اليمين تتبع من قوى جانبه بالظهور او الاصل - وهو من الغرائب - اذ ظهور المدعى به للشهود الذين يشهدون به غير كون ذلك ظاهرا بحسب النوع وما ذكره في ضابط المدعى والمنكر من ان المنكر من وافق قوله الاصل او الظاهر لو تم فهو غير الظهور للشهود كيف والا يلزم انقلاب المدعى منكرا بعد اقامة البينة في جميع الدعاوى فانه ان لم يكن الامر ظاهرا للشهود لا يجوز لهم الشهادة ومع ظهوره ينقلب المدعى منكرا فلاحظ الجواهر وتاملها فلعله تفهم من العبارة غير ما فهمت ويكون الايراد المذكور ناشئا عن القصور في الفهم.

و ربما يستدل لما ذهب اليه الاكثر - بان بينة الاعسار بينة نفى وهي ليست بحجة - وفيه ان كلام بينة النفي ان كان ظاهرا في الاطلاع على الانتفاء للاعتماد على الاصل تكون هي حجة كالبينة على الاثبات - وبينة الاعسار حيث تكون ظاهرة في الجرم به فتكون حجة - اصف الى ذلك ان الاعسار وان كان امرا عديميا الا ان له جهة

وجود كالفقر ولم يعتبروا فى الشهادة بالفقر الاطلاع على باطن امره ولا ضم اليمين اليها - مع انه ان لم تكن بينة الاعسار حجة فلا وجه للالزام بها ولا يفيد ضم اليمين لانها وظيفة المنكر لا المدعى وان كانت حجة فلا حاجة الى ضمها - ولم اخفر بما يمكن ان يستدل به لما اختاره المصنف فى موضع من التذكرة والذى يسهل الخطب انه حكى عن موضع آخر منها - انه اختار عدم الحاجة الى اليمين فى كلتا البينتين كما هو المختار وقد ظهر وجهه مما ذكرناه - وعلله تارة بما ذكرناه من ان البينة على المدعى واليمين على من انكر والتفصيل قاطع للشركة - واخرى بان فيه تكذيبا للشهود .

وان لم يقم البينة - فالمنسوب الى المشهور انه يحبس حتى يتبين اعساره او يقر او يخرج صاحبه الحق - وعن التذكرة انه يحلف مدعى الحق على عدم التلف ثم يحبس وهو ظاهر بعض متأخري المتأخرين - واستدل للاول بالاخبار (١) المتقدمة الدالة على انه يحبس ما لم يتبين اعساره وانه يكفى فى جوازه عدم تحقق الاعسار - وللثاني بعموم ما دل (٢) على ان الحلف على المنكر قال فى المستند ان النسبة بين الطائفتين عموم من وجه - فان الاولى شاملة لما اذا كان المدعى عليه منكر اجازما بعدم التلف وما اذا لم يكن اجازما به لكنها مختصة بالدين بل وبمن لم يثبت حاله من الاعسار وعدمه والثانية شاملة للدين والعين ولكنها مختصة بما اذا كان المدعى عليه اجازما بعدم التلف فيتعارضان بالعموم من وجه فى مورد الاجتماع وهو الدين مع الانكار ومقتضى القاعدة هو التخيير بين العمل باى منهما شاء وان كان الاحوط الاحلاف ثم الحبس - ولكن حيث يكون مقتضى القاعدة فى تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح - فتقدم الاولى لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات - فالأظهر جواز الاجبار و الحبس وان لم يحلف المنكر - وعلى الثالث وهو ما اذا لم يعلم الحالة السابقة يجوز ان يحبس حتى يتبين الحال للنصوص .

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر - وباب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

البينة على المدعى واليمين على من انكر

المورد الثاني ما اذا اجاب المدعى عليه بالانكار - فان كان الحاكم عالما بالحال فقد مر انه يقضى بعلمه - وان لم يكن عالما فالحكم ح اما ان يكون بالبينة او اليمين او بهما - فالكلام في مواضع ثلاثة - وقبل البحث فيها ينبغي تقديم مقدمة .

وهي انه من القواعد المسلمة عند الكل ان الدعاوى تقطع بالبينة واليمين - والنصوص المستفيضة شاهدة بذلك لاحظ صحيح (١) سعد وهشام بن الحكم عن ابي عبدالله عليه السلام قال رسول الله ﷺ انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان الحديث والمرضى (٢) قال كان رسول الله ﷺ يحكم بين الناس بالبينات و الايمان في الدعاوى الحديث ونحوهما غيرهما - ثم ان هذا حكم مجمل من حيث المحل ومن حيث كفاية احدهما او اعتبار ضم الاخر اليه ولكن فصل ذلك في نصوص اخرى وهي تدل على ان البينة وظيفه المدعى واليمين وظيفه المدعى عليه - كصحيح (٣) جميل وهشام عن ابي عبدالله عليه السلام قال رسول الله ﷺ البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه وصحيح (٤) بريدين معاوية عن ابي عبدالله عليه السلام عن القسامة فقال عليه السلام الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة ونحوهما غيرهما ومقتضى التفصيل القاطع للشركة انه لا يشترط ضم اليمين بالبينة الا اذا كان دليل خاص كالدعوى على الميت ثم انه لا يستفاد من هذه النصوص عدم كون يمين المدعى عليه في طول البينة بمعنى انه انما تصل النوبة اليها مع عدم البينة للمدعى ،

لكن يستفاد ذلك من جملة من النصوص الاخر - كصحيح (٥) سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام في كتاب علي عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه فقال

(٢-١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١ - ٣

(٣-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١ - ٢

(٥) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

يارب كيف اقضى فيما لم ارد ولم اشهد قال فاوحى الله تعالى اليه احكم بينهم بكتابى و اضفهم الى اسمى فحلفهم به - وقال عليه السلام هذا لمن لم تقم له بينة - وخبر (١) منصور عن الصادق عليه السلام فى حديث - انما امران تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الايمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل - و المروى (٢) عن تفسير الامام عليه السلام عن آبائه عن امير المؤمنين عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله اذا تناخض اليه رجلان قال للمدعى الك حجة فان اقام بينة يرضاها و يعرفها انفذ الحكم على المدعى عليه وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه بالله مال هذا قبله ذلك الذى ادعاه ولا شيء منه الحديث ونحوها غيرها .

ثم ان المستفاد من النصوص المتقدمة انه لا تقبل البينة من المنكر و ظاهر العلماء ايضا عدم قبولها منه ولكن السيد فى ملحقات العروة قال يمكن ان يقال بناء على عموم حجية البينة - بل الذى يقتضيه اطلاق الاخبار الدالة على ان الفاصل هو البينة واليمين انه لا مانع من كفاية البينة للمنكر ايضا اذا شهدت بالنفى على وجه الجزم انتهى اقول اما عموم حجية البينة فلا دليل عليه سوى الاجماع والاستقراء و فحوى ما دل على حجيتها فى باب المرافعات من الاموال والدماء والفروج وغيرها - لما مر من ان قوله عليه السلام فى موثق (٣) مسعدة والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البينة لا يدل على حجية البينة المصطلحة كى يقال ان البينة جعلت غاية لحلية كل شئ ولو كانت مستندة الى اليد او الاستصحاب فيدل على حجيتها بقول مطلق لان البينة هى العجة و الدليل الموجبة للظهور كما هى معناها اللغوى والمستعمل فيها فى الايات و كلمات العلماء - وحملها فى الموثق على ارادة الاصطلاح الجديد يحتاج الى دليل - وجعلها فى مقابل الاستبانة لا يصلح دليلا - فان الاستبانة هى الظهور من قبل نفسه والبينة

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة حديث ٤

هي الظهور بواسطة الدليل ومن الواضح ان شيئاً مما يدل على حجية البينة بنحو العموم المتقدم اليه الاشارة لا يصلح دليلاً لحجية بيينة المنكر - و اما اطلاق الاخبار الدالة على ان الفاصل هو البينة واليمين فيقيد بمادل على ان البينة على المدعى واليمين على المنكر فالأظهر انه لا تقبل البينة من المنكر .

ثم انه خرج عن هذه القاعدة اليمين المردودة كما سيأتي ثم ان هذه القاعدة جارية في جميع الدعاوى سواء كانت متعلقة بالمال عينا اودينا او بغيره من العقود و الايقاعات كالنكاح وماشا كل وقد استثنى من ذلك باب الحدود اذا كان حق الله المحض فان الظاهر انه لا خلاف بينهم في انه لا يمين في حد وسيأتي التعرض لمعند تعرض المصنفه في الفصل الثالث . ثم ان ما ذكرناه هو القاعدة الاولى وقد خرج عن تحتها موارد تشير اليها في ضمن المسائل الاتية - اذا عرفت ذلك فيقع الكلام في المواضع الثلاثة .

في الحكم بالبينة

الموضع الاول في الحكم بالبينة (و) فيه مسائل .

- ١- (ان جحد) المدعى عليه (طلبت البينة من المدعى فان احضرها حكم له والاتوجهت له اليمين) على المنكر بالاخلاف - ويظهر وجهه مما ذكرناه في المقدمة
- ٢- اذا قال المدعى لي بيينة فهل يجوز للحاكم ان يقول احضرها ام لا ام هناك تفصيل - وقدمر الكلام في ذلك - وفي ان المدعى مخير بين اقامة البينة واخلاف المنكر - وفي انه اذا قال لي بيينة غائبة يمهلها الحاكم الى ان يحضرها في المسألة الثانية عشر من الفصل الاول فلا تعيد .

- ٣- قال السيد في ملحقات العروة لا بأس بتفريق الشهود والسؤال عن كل واحد منهم في غياب الآخر عن مشخصات القضية من الزمان والمكان ونحوهما من الكيفيات اذا ارتاب من غلطهم لعدم قوة عقلهم وماشا كل بل ربما يكون راجحاً - ثم قال كما فعله امير المؤمنين عليه السلام في سبعة نفر خرجوا في سفر ففقد واحد منهم وذكر اجمال

ما تضمنه خبر ابي بصير (١) .

اقول الاولى ان يستدله بصحيح (٢) معاوية عن الصادق عليه السلام المتضمن لقضية المرأة التى جائوا بها الى عمر قد شهدوا عليها انها بغت فان امير المؤمنين عليه السلام فرق فيها بين الشهود وبالغ فى الامر واستقصى سؤلهم حتى اعترفوا بكذبهم - ثم قال عليه السلام الله اكبر انا اول من فرق بين الشهود الاذانيال النبى عليه السلام - فما - عن بعض الفقهاء من كراهة التعنيت اى ان يدخل عليهم المشقة ويكلفهم ما يثقل عليهم من التفريق وغيره - فى غير محله - ثم ان عدة مسائل مناسبة للمقام ذكرناها فى الفصل الاول .

فى الحكم باليمين

الموضع الثانى فى الحكم باليمين وفيه ايضا مسائل

١- اذا قال المدعى لا بينة لى اولا اقيمها بناء على ان له ذلك كما مر عرفه الحاكم ان له اليمين على خصمه ان لم يعلم المدعى بذلك وح (فان التمسها) اى التمس المدعى اليمين (احلف) الحاكم (المنكر ولا يجوز اخلافه حتى يلتمس المدعى) بلا خلاف فيه بينهم بل قولا واحداً كما فى الرياض بل هو اجماع محقق كما فى المستند لانه حق له - وليس هنا شاهد حال بعد كون حلف المنكر مسقطا للدعوى ان قد يتعلق غرض المدعى ببقائها الى وقت آخر اما ليتذكر البينة او ليتحرى وقتاً صالحا ليتحرى المنكر على الحلف فيه ونحو ذلك

وربما يستدل له بصحيح (٣) ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام اذا رضى صاحب يمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له الحديث بتقريب انه علق اذ هاب اليمين بالحق برضا صاحب الحق وايضاً

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

اشترط استحقاقه اى طلب الحلف فلا يذهب الدعوى بدون طلبه - قيل و به يظهر دلالة الاخبار المتضمنة للاستحلاف - كخبر (١) النخعي عن ابي عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجده قال ان استحلفه فليس له ان يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه و نحوه غيره على ذلك - فانها تدل على اشتراط عدم جواز الاخذ باستحقاقه بدونه يبقى على حقه و بها يقيد اطلاقات حلف المنكر واستدل المحقق العراقي به له بمنع اطلاق فى ميزانية اليمين على وجه يشمل عدم رضا المدعى بها اذ اطلاقات اليمين طرأ و ردت فى مقام بيان غير هذه الجهة فح يكفى لنا الشك فى ميزانية اليمين فى غير فرض رضاه بها (وفيه) ان النصوص المتقدمة المتضمنة ان البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقة ولا تكون فى مقام بيان غير هذه الجهة وعلى هذا (فان تبرع) المنكر فحلف (او احلفه الحاكم لم يعتد بها و اعيدت مع التماس المدعى) لما عرفت من شرطية طلبه فى ميزانية اليمين ٢ - كما لا يعتد بحلف المنكر بدون طلب المدعى وان احلفه الحاكم كذلك لا يعتد بحلفه بدون اذن الحاكم و ان التمس المدعى على المشهور وفى الجواهر من غير خلاف اجده فيه وعن مجمع البرهان نسبته الى الاصحاب كافة (وقد استدل) له بان ايقاعه موقوف على اذنه وانه وظيفته - وبانه من تمتع الحكم ولا حكم لغيره - وبانه المتبادر من الاستحلاف فى الاخبار - وبانه المعهود المنصرف اليه الاطلاق الاخبار - وباصالة عدم ترتب الاثر - وبمنع الاطلاق فى اخبار الحلف (وفى الكل نظر) اما الاول فلانه مصادرة فان كونه وظيفته مورد النزاع - واما الثانى فلانه من مقدمات الحكم لامن اجزائه - واما الثالث فلان المذكور فى الاخبار استحلاف المدعى لا الحكم - واما الرابع فلعدم صلاحية مثل هذا الانصراف البدوى لتقييد الاطلاق - واما الخامس فلانه لا يرجع اليه مع اطلاق الدليل - واما السادس فلما مر من وجود الاطلاق - ولعله لذلك كله قال فى الجواهر - وان كان اقامة الدليل عليه ان لم يكن اجماعاً

في غاية الصعوبة.

ولكن يمكن ان يستدل به مضافاً الى الاجماع بوجهين - احدهما - ان الاستحلاف من وظائف قضاة الجور وقد دلت المقبولة على ثبوت جميع ما هو من شأنهم ووظائفهم للحاكم الشرعي فيكون ذلك وظيفتهم ايضا فيقيد بذلك اطلاق اخبار الحلف - ثانيهما - النصوص المتضمنة لقوله واضفهم الى اسمي او فحلقتهم - كصحيح (١) سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكى الى ربه فقال يا رب كيف اقضى فيما لم ادر ولم اشهد قال فادعى الله تعالى اليه احكم بينهم بكتابي واضفهم الى اسمي فحلقتهم به قال هذا من لم تقم له بينة - ونحوه مرسل (٢) ابان - وخبر (٣) محمد بن قيس - ويؤيده المروي (٤) عن تفسير الامام المتضمن لنسبة التحليف الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - وبعض النصوص المتضمنة (٥) لقضاء امير المؤمنين المشعر بان ذلك وظيفة الامام والحاكم - واما خبر (٦) اليهودي الانى المشتمل على تحليف الوالي المعلوم كونه ليس من اهل الحكومة فلا بد من طرحه ولو بحمله على الثقة من ولاة الجور - فالأظهر ان التحليف وظيفة الحاكم .

٣- صرح جماعة منهم المصنف ره والمحقق والحلي وغيرهم بانه يجب ان يكون الحلف في مجلس القضاء والحكم ونفى بعضهم عنه الخلاف بل قال ان ظاهر الاجماع عليه - وعن التحرير عدم اشتراطه - اقول ان اقامة الدليل عليه لو لم يكن اجماع في غاية الصعوبة فانهم استدلو به ببعض ما تقدم في كون الحلف وظيفة الحاكم - من الاصل وعدم الاطلاق - والانصراف - والتبادر - وقد عرفت ما في الجميع - وبالاخبار المتضمنة لامر الحاكم بتحليف المدعى عليه بدعوى ان المتبادر منها كونه في حضوره - بعد

(١) الوسائل باب ١ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٢-٣

(٢) الوسائل باب ٦ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢١ - من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٤) الوسائل باب ١٠ - من ابواب كيفية الحكم حديث ١

طلبه - ويرده اولا انه لو تم لزم منه كون الحلف في مجلس الحاكم دون مجلس الحكم وهو غير مطلوب بهم - وثانيا - ان التحليف وصدور الحلف بامره يمكن من دون ان يحضر المجلس فالعمدة فيه الاجماع.

نكول المنكر عن اليمين

٣- اذا جحد المنكر ولم يحلف - فتارة ينكل ويأبى عن الرد على المدعى - واخرى يرده على المدعى (فان نكل ردت) اليمين (على المدعى وثبت حقه ان حلف المدعى) كما عن الاكثر بل عن الخلاف والغنية الاجماع عليه وعن السرائر انه مذهب اصحابنا عدا الشيخ في النهاية - وعن جماعة منهم الصدوقان والشيخان والديلمي والحلي والمحقق والمصنف في بعض كتبه والمحقق الثاني وجماعة من متأخري المتأخرين انه يقضى عليه بالنكول ويلزم بحق المدعى بمجرد.

واستدل للاول - باصالة عدم ثبوت الحق بمجرد النكول فان المتيقن ثبوته به هو ما اذا حلف المدعى بعد الرد عليه وبان الواجب على المنكر الحلف او الرد على المدعى الاخبار (١) الدالة على التخيير بينهما فاذا امتنع عن الامرين رد الحاكم اليمين من باب الولاية على الممتنع - وبالاخبار (٢) المستفيضة المتضمنة ان القضاء بين الناس انما هو بالبينات والايمان - وبصحيح (٣) عبيد بن زرارة عن امي عبدالله عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى قال عليه السلام يستحلف - اريد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق عليه - ١٠٠ - على قراءة يرد بالبناء بصيغة المجهول - وبصحيح (٤) هشام عليه السلام ترد اليمين على المدعى - وبوجوه اخرى نينة الوهن .

ولكن الاصل معارض باصول كثيرة كاصالة عدم ثبوت الحلف على المدعى خرج عنها ما لورد المدعى عليه - واصالة براءة ذمة الحاكم من التكليف بالرد - واصالة

(١-٣-٤) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣-٢-٠

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

برائة المدعى من التكليف باليمين - واصالة عدم كون النكول عنها حجة للمنكر الى غير تلكم من الاصول - مع انه لو تم توقف على عدم الدليل على القول الاخر والوجه الثاني مردود بعدم الدليل على وجوب احدهما والنصوص انما تدل على ان له احد الامرين لانه واجب عليه - واما الثالث فلا استدلال بتلك النصوص يتم ان لم يكن هناك مقيد وقد عرفت ان اطلاقها قيد بمادل على ان البينة على المدعى واليمين على من انكر - واما الصحيحان - فالظاهر منهما ولا اقل من المحتمل - كون يرد فيهما بصيغة المعلوم - مع انه على فرض كونه بصيغة المجهول فالمراد رد المنكر لا غيره من الحاكم او غيره.

ويمكن ان يستدل الثاني مضافا الى الاصل بخبر (١) عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال قلت للشيخ عليه السلام خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله قال: عليه السلام فيمين المدعى عليه فان حلف فلاحق له وان لم يحلف فعليه فان كان المطلوب عليه قدمات - الى ان قال ولو كان حيا لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق - وفي كل من صدر الخبر وذيله دلالة على المطلوب - اما الصدر فقوله وان لم يحلف فعليه اذ الظاهر منه ان المنكر ان لم يحلف فعليه الحق واما الذيل فقوله ولو كان حيا لالزم باليمين أو الحق أو يرد اليمين حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم اذا امتنع عن الجميع.

واورد على الاستدلال به - تارة بضعف السند - واخرى بان الفقرة الاولى ليست في الفقيه وبديلها فيه - وهو ان رد اليمين على المدعى ^{١١} - حلف فلاحق له - مع انه يحتمل كون الضمير راجعا الى المدعى والمبتدأ المقدر الحلف اى فعلى ^{١٢} - حلف - وح فيدل على القول الاخر - واما الفقرة الثانية فيمكن ان يكون يرد بصيغة المجهول ويكون المراد رد الحاكم ولا اقل من الاحتمال - وثالثة بان مقتضى اطلاقه ثبوت الحق عليه بعدم الحلف وان رد اليمين ولا قائل به فلا بد من تقييده اما بالنكول عن الرد

او بما اذا رده على المدعى وحلف الاول ليس بارجح من الثانى - ورابعة باحتمال التيقية فيه لكون ذلك مذهب جمع من العامة ومنهم ابو حنيفة .

والكل فاسد - اما الاول فلانه ليس فى طريقه من يتوقف فيه سوى ياسين الضرير وقد عد حديثه المحقق الداماد من القوى وعن المجلسى انه حسن الحال وعده ابن داود فى الباب الاول الكاشف عن اعتماده عليه - اصف الى ذلك استناد جمع كثير من القدماء والمتأخرين اليه - واما الثانى فما ذكر بالنسبة الى الفقرة الاولى يرد - او باحتمال تعدد الخبر - وثانيا بان الكلينى اضبط من الصدوق - وثالثا - بانه فى الوسائل الموجودة عندى ان الخبر مروي فى الفقيه بدون الفقرة الاولى لامع تبديلها بما ذكر وعليه فمقتضى اصالة عدم الزيادة البناء على وجودها - واحتمال كون الضمير فيها راجعاً الى المدعى خلاف الظاهر - واما ما ذكر بالنسبة الى الفقرة الثانية فضعفه ظاهر فان رد الحاكم اليمين ليس منوطاً بالحياة - مع انه لو كان كك كان اللازم ان يقول ويرد بلفظ او دون او - واما الثالث فلان مقتضى القاعدة هو تقييد الاطلاق بمقدار ما دل عليه المقيد لا يزيد ولا معنى للدوران فى المقام مقتضى اطلاق الخبر ثبوت الحق عليه مطلقاً بعدم الحلف خرج عنه ما لورد اليمين ولم يحلف المدعى فيبقى الباقي - واما الرابع فلان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى عند التعارض بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحججة عن اللاجحة .

وربما يستدل له ايضاً بصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن الآخرس كيف يحلف اذا ادعى - ١ - دين وانكر ولم يكن للمدعى بينة فقال ان امير المؤمنين عليه السلام باخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعى بينة فقال امير المؤمنين - الى ان قال ما حاصله ان امير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين و غسلها و امره بشربه فامتنع فالزمه الدين - فانه ظاهر فى انه لم يرد اليمين على المدعى سيما مع وجود لفظ فاء الظاهرة فى ترتب الالتزام على الامتناع - واورد عليه تارة بانه قضية فى واقعة

فلعله كان ذلك بعد حلف المدعى اذ انه لم يمكن الرد عليه لخصوصية - واخرى بان المشهور لم يعملوا به - وثالثة بان الجمهور نقلوا عن علي عليه السلام خلاف ذلك - ورابعة بلزوم التقدير والالزام البناء على الالزام بالحق وان رد اليمين -

ويرد الاول اولا ما تقدم من ظهوره ولو بقرينة فاء في ترتيب الالزام على الامتناع من دون واسطة شيء - وثانياً ان الامام الصادق عليه السلام يروي القضية لبيان حكم الله تعالى ولا يحتمل دخل خصوصية من خصوصيات الواقعة في الحكم و لم يذكرها - ويرد الثاني انا نعمل به مع ان الاصحاب قالوا انه لا خصوصية للغسل والشرب وعلى فرض كون ذلك من مصاديق الاشارة فهم قائلون به - ويرد الثالث عدم الاعتبار بنقل الجمهور - واما الرابع فيرد بان المثبت للحق هو النكول والامتناع عن الحلف الا اذا رد اليمين والقيد يثبت بدليل آخر - فالحق انه يدل على المطلوب واحتمال الاختصاص بالآخرس يدفع بعدم القول بالفصل.

وربما يستدل به بخبر (١) ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث - لو ان رجلا ادعى على رجل عشرة الاف درهم او اقل من ذلك او اكثر لم يكن اليمين على المدعى وكافت اليمين على المدعى عليه بتقريب انه يدل على ان لا يمين على المدعى مطلقا خرج عنه ما لو رد المدعى عليه وعليه ففي صورة النكول اما يلزم المدعى عليه بالحق او المدعى بترك الدعوى أو يوقف الحكم والاخير ان باطلان بالاجماع فيبقى الاول وهو المطلوب - وربما يقال في تقريب الاستدلال انه اذا نكل المدعى عليه فليس الايمن المدعى او الزام المدعى عليه اجماعا والاول باطل بعموم الرواية فبقى الثاني وهو المطلوب - وربما : كناه ظهر انه يمكن الاستدلال للمطلوب بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه - مما ذكرناه انه ان نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق بمجرد بلا احتياج الى يمين المدعى .

ثم ان الظاهر انه ان رجع المنكر التناكل عن نكوله قبل حكم الحاكم فيلتفت

اليه لعدم ثبوت الحق عليه بعد - فان قيل انه قد وجب على الحاكم الحكم عليه فيستصحب - قلنا مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية انه لم يجب الحكم عليه الا مشروطاً بان لا يحلف او يرد اليمين وان كان ذلك بعده فلا يلتفت اليه لثبوت الحق عليه - وما دل على ان عليه اليمين انما هو ما لم يثبت عليه الحق والا فلا يعتنى بالبينه ولا اليمين ولا غيرهما - ثم ان المرجع في تحقق النكول وعدمه هو العرف وما عن السرائر من انه يتحقق النكول بعرض الحاكم عليه اليمين ثلاث مرات مع سكوته في كل مرة لا دليل عليه.

ثم انه على القول الآخر لو رد الحاكم اليمين على المدعى (ف) ان حلف ثبت الحق على المنكرو (ان نكل بطلت دعواه) كما هو واضح.

رد اليمين

هذا كله فيما اذا نكل (و ان رد اليمين حلف المدعى) بلا خلاف بل عليه الاجماع والنصوص الكثيرة شاهدة به - منها صحيحا هشام و عبيد - وخبر البصري المتقدمة في صورة النكول - ومنها صحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في الرجل يدعى ولا بينة له قال يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له - ومنها خبر (٢) جميل عن الصادق عليه السلام اذا اقام المدعى البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فابى فلا حق له - ومنها - مرسل (٣) ابان عن رجل من عليه السلام في حديث انا ارد اليمين عليك لصاحب الحق فان ذلك واجب على صاحب الحق ان يحلف و يأخذ ماله - ومنها غير ذلك من الاخبار فاصل الحكم مما لا كلام فيه انما الكلام في فروع .

منها انه اذا كان المورد مما لا يتمكن المدعى من الحلف اما لكون المدعى به مال الغير و كان المدعى و كيلا او ولياً او وصياً او ما شاكل او لعدم الجزم بالحق فهل يشرع له اليمين ويخصص به مادل (٤) على عدم جواز الحلف عن غير مت - او

لائبات مال الغير - ام لا يجوز له الحلف فيثبت حكم نكول المنكر عن الحلف - ام يوقف الدعوى الى مجيء الموكل او بلوغ المولى عليه اورشده وجوه والتحقيق ان يقال ان نصوص الرد مختصة بما اذا جاز الحلف لان جواز الرد فرع جواز الحلف فاذا لم يجز لم يجز - وايضاً مورد اكثرها ما اذا كان المدعى صاحب الحق وادعى لنفسه اما للتصريح بذلك او لقوله فيها حقه او لاحق له او صاحب الحق او ماله وهى لاتشمل الدعوى على مال الغير وما يبقى منها كصحيح هشام منصرف اليه وعلى هذا فيرجع فى الموارد المشار اليها الى عمومات البينة على المدعى و اليمين على من انكر غير المعارضة بنصوص الرد ومقتضاها بضميمة ما ذكرناه فى نكول المنكر عن اليمين انه ان لم يحلف ثبت عليه الحق - وما فى ملحقات العروة - نعم فى الوكيل والمولى يمكن ان يقال بايقاف الدعوى الى مجيء الموكل او بلوغ المولى عليه اورشده وان كان يمكن توجيهه فى الوكيل لانه يتمكن الموكل من الحلف لانه المدعى حقيقة والوكيل آله - ولكنه لا يتم فى المولى لانه ترك لادلة الحكم بالنكول بلا موجب - وتوهم انه حيث يكون المدعى مخيراً بين الحلف والنكول - ومعلوم ان مجرد الاضطرار الى ترك احد الفردين لا يوجب سقوط الاخر فيجوز الرد عليه غاية الامر ينكل فيقضى بسقوط حقه - يندفع بانه يتم على فرض شمول دليل الرد له وقد عرفت عدم شموله وان شئت قلت ان الحكم بنكوله ايضا ينصرف الى صورة تمكنه من حلفه فينكل لامطلقاً

ومنها ان اليمين المردودة هل هى بمنزلة بينة المدعى او بمنزلة اقرار المنكر - وقد ذهب الى كل منهما جماعة وفرعوا على ذلك فروعا - ولكن حيث انه لا دليل على شى عمهما يمكن الاستناد اليه فالأظهر انها امر مستقل كما افاده جمع من المحققين ففى تلكم الفروع لا بد من الرجوع الى سائر الاصول والقواعد.

ومنها - انه بعد ما ظهر مما اسلفناه من انه بعد رد اليمين ان حلف ثبت الحق (فان نكل بطلت دعواه) وقع الكلام فى انه هل تبطل فى ذلك المجلس خاصة فيسمع دعواه فى مجلس آخر وله مطالبة الخصم بعد ذلك بل ومقاصته كما عن المبسوط وموضع من القواعد - ام تبطل دعواه مطلقا كما عليه اكثر من تقدم وعامة من تأخر - ظاهر

الاخبار المتقدمة هو الثاني ولا فرق في سقوطها بين ما اذا اقام بعده بينة ام لم يقوم لاطلاق الاخبار المتقدمة - وعن التحرير والشهيد وغيرهم سماع دعواه اذا اتى بينة (واستدلوا) له بان معنى قولهم ~~فان~~ في الاخبار المتقدمة - ولا بينة له - وليس له بينة - وما شا كل - انتفاءها في نفس الامر و انحصار الحجة المثبتة لحقه في اليمين وبانصراف اطلاق الاخبار الى صورة عدم البينة (ولكن) في موثق جميل المتقدم وان لم يقوم البينة . . . الخ وهو شامل لجميع صور عدم اقامة البينة سواء كان لعدمها او عدم تذكرها او عدم ارادتها او غير ذلك وقريب منه ما في خبر ابي العباس ومرسل ابان - واما الانصراف فممنوع - فالأظهر عدم السماع - نعم الظاهر انه لو كان ذلك من اول مارد عليه ولم يحلف بنحو الاستمهال حتى ينظر في الحساب أو يسأل الشركاء او كان لاجل توقع حضور البينة لم يبطل حقه كما عن المسالك وغيرها لانه لا يصدق ح انه لم يحلف لان الظاهر منه البناء على عدم الحلف مع عدم ادعاء البينة ومع ارتفاع احد القيدتين لا يصدق ذلك - مع انه في طائفة من الاخبار ابي ان يحلف وظهوره فيما ذكرناه لا ينبغي انكاره - فما - عن التحرير من عدم السماع ح ايضاً - ضعيفة - ثم ان الظاهر انه لا يقدر الامهال بقدر لعدم الدليل عليه والاصل يقتضي عدمه - ولان اليمين هنا لاثبات حقه واليمين حقه فله تاخيرها ما شاء بخلاف المدعى عليه .

ومنها انه ليس للمدعى بعد الرد عليه الرد ثانيا لان جواز الرد امر توقيفي ولادليل عليه - ولان ظاهر المرسل المتقدم وجوب اليمين عليه - مع انه يلزم من جوازه التسلسل - وهل للمنكر استردادها وحلفه بنفسه ام لا - الظاهر انه ليس له ذلك بعد حلف المدعى كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه - لانه ثبت له الحق بحلفه على ما يقتضيه الاخبار المتقدمة ولا يسقط الحق الثابت باليمين - وان كان قبل حلفه ففيه قولان - اولهما للشيخ وجماعة - ثانيهما للشهيد وجمع - منشأهما - ان الرد في معنى الاباحة لا البراء والاصل بقاء الحق وان الرد والحلف والاسترداد امور شرعية توقيفية ولادليل هنا - والأظهر هو الثاني - ودعوى

انه يستصحب جواز حلف المنكر - مندفعة - بعدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية ادلا - و معارضته باستصحاب جواز حلف المدعى الثابت قبل الاسترداد لعدم جريان الاستصحابين معا لعدم امكان اجتماع الحلفين ثانيا - وظهور الاخبار المتقدمة في لزوم الحلف على المدعى المستلزم سقوطه عن المنكر ثالثا .

لا يجوز المقاصة بعد اليمين

٥- اذا لم يكن للمدعى البينة و استحلف المنكر - فتارة لا يحلف - واخرى يحلف - فان لم يحلف فقدم حكمه (واذا حلف المنكر لم يكن للمدعى المقاصة ولا تسمع بينته بعد اليمين الا ان يكذب نفسه) بالاخلاف في شيء من تلكم و عليها الاجماع في كثير من الكلمات ويشهد للمستثنى منه جملة من النصوص كصحيح (١) ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له قلت وان كانت عليه بينة عادلة قال نعم وان اقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه قال رسول الله ﷺ من حلف لكم على حق فصدقوه ومن سألكم بالله فاعطوه ذهبت اليمين بدعوى المدعى ولا دعوى له وخبر (٢) خضر النخعي عنه عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد له قال عليه السلام ان استحلفه فليس له ان ياخذ شيئا وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه وخبر (٣) عبدالله بن وضاح في قصة اليهودي الذي خانه الف درهم وحلف عند الوالي ثم وقع منه ارباح عنده قال فكتبت الى ابي الحسن عليه السلام فاخبرته اني قد احلفته فحلف وقد وقع له عندي مال فان امرتني ان آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كيفية الحكم

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

فكتب عليه السلام لا تأخذ منه شيئاً ان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك رضيت يمينه فحلفت له لا امرتك ان تأخذ من تحت يدك و لكنك رضيت يمينه وقد ذهب اليمين بما فيها - فلم آخذ منه شيئاً و انتهيت الى كتاب ابى الحسن عليه السلام - و مرسل (١) ابراهيم بن عبد الحميد في الرجل يكون له على الرجل فيجحد اياه فيحلف يمين صبر ان ليس له عليه شيء قال عليه السلام ليس له ان يطلب منه وكذلك ان احتسبه عند الله فليس له ان يطلبه منه - و صحيح (٢) سليمان بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل وقع له عندى مال فكا برنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال فأخذه لمكان مالى الذى اخذه واجحد و احلف عليه كما صنع قال عليه السلام ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه ونحوها غيرها .

و اما حسن (٣) ابى بكر الحضرمي عنه عليه السلام قال قلت له رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف عليه ايجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى فقال عليه السلام نعم الحديث - فان امكن حمله على الحلف قبل استحلاف المدعى والحاكم ايضا نظرا الى انه شامل لذلك ولغيره فيقيد اطلاقه بما مر فهو المتعين - والا فيطرح لعدم صلاحيته لان يقاوم مع ما تقدم .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين اشتراط الحالف سقوط الحق باليمين وعدمه - وبين ان يكون الاحلاف من المدعى لعدم علمه بالبينه او نسيانه اياها - وبين علمه و رضاه باليمين مطلقا - فما عن المفيد و الديلمى والقاضى و ابن حمزة من السماع بعدم شرط الحالف سقوط الحق بالحلف - وما عن موضع من المبسوط من سماعها مطلقا - ما عن جماعة من التفصيل بين صورة عدم علمه بالبينه او نسيانه اياها و بين صورة علمه و رضاه مطلقا - لا وجه لها .

وقد استدلل الاول بالحقاق - بالاقرار - وهو مضاف الى كونه قياسا - اجتهاد

(١) الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٧ . التجارة

في مقابل النص - وللثاني باطلاقات سماع البينة - وهي تعيد بما مر - وللثالث بان سماع البينة مع نسيان البينة او عدم علمه بها من جهة ان طلب الحلف ح لظن عجزه من استخلاص حقه بالبينة - وجوابه ظاهر مما قدمناه .

ثم ان مقتضى اطلاق الاخبار عدم الفرق بين كون المدعى به عينا او ديناً فلو ادعى عليه عينا في يده ولم يكن له بينة فاستحلفه فحلف لم يجز له التصرف في تلك العين - وانصرفها الى الدين ممنوع سيما و ظاهر بعضها في العين - وعلى ذلك فقد يقال انه يقع التعارض بين هذه النصوص والنصوص الدالة على عدم خروج المال عن ملك مالكه بالحلف - كصحيح (١) سعد وهشام عن الصادق عليه السلام قال رسول الله ﷺ انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فاما رجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار - والمروى (٢) عن تفسير الامام عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام كان رسول الله ﷺ يحكم بين الناس بالبينات والايمان في الدعاوى فكثرت المطالبات والمظالم فقال ﷺ ايها الناس انما انا بشر وانتم تختصمون ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما اقضى على نحو ما سمع منه فمن قضيت له من اخيه بشيء فلا ياخذ به فانما اقطع له قطعة من النار ونحوهما غيرهما الدال على انه يجب على الحالف فيما بينه وبين الله التخلص من حق المدعى وان حقه بالنسبة الى المال لا يسقط بالمرة بل هو باق على ملكيته فيقع المعارضة بينها وبين نصوص الباب الدالة على سقوط حقه - واجيب عنه بانه تحمل النصوص الثانية على خصوص ما هو وظيفة الحالف بينه وبين ربه - ويرد ان تخصيصه بذلك ينافي قوله ﷺ فلا ياخذ به وفي الصحيح فانما قطعت له به قسط من النار فانهما ظاهرا في بقاء المال على ملك ماله .

فالحق في الجمع يقتضي البناء على اختصاص نصوص الباب بعدم جواز المطالبة وعدم جواز المقاصة وعدم سماع الدعوى منه بعد الحلف ونحو ذلك مما يعدم معارضة للمنكر كهبة العين وبيعها من غيره - واما ما يعدم معارضة له كابرائه من الدين او

احتساب ما عليه خمسا وما شا كل فلا مانع منه - ثم انه كما لا يجوز للحالف مع عدم اعتقاده كون حلفه على خلاف الواقع التصرف في المال كما يشهد به النصوص المتقدمة كك لا يجوز لكل من علم بكذب المنكر في حلفه ان يرتب آثار الملكية على ما حلف عليه بل يجب عليه الامر بالخروج عن حق المدعى من باب النهي عن المنكر . ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لو اكدب الحالف نفسه فادعى سهوه او ان اثباته بالحلف للعجز عن الاداء حين الترافع وما شا كل ذلك واعترف بالحق جازل المدعى المطالبة وحلت له المقاصة - قال المحقق الاردبيلي ولعله لا خلاف فيه وعن المذهب دعوى الاجماع عليه (واستدل له) بانصراف النصوص بحكم التبادر الى غير محل الكلام - وبتصادقهما على بقاء الحق في ذمة الخصم فلا وجه للسقوط - وبعموم (١) مادل على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز - وبعموم - ما دل على جواز المقاصة الانى وبخير (٢) مسمع ابى سيار قلت لابي عبدالله عليه السلام انى كنت استودعت رجلا مالا فيجحدينه وحلف لى عليه ثم انه جائنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى اودعته اياه فقال هذا مالك فخذ هذه اربعة الاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل فاخذت منه المال وايت ان آخذ الربح منه ورفعت المال الذى كنت استودعته وايت اخذه حتى استطلع رأيك فماترى فقال عليه السلام خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله فان هذا رجل نائب والله يحب التوايين (ولكن) الاول ممنوع - والثانى مصادرة او اجتهاد فى مقابل النصر - والثالث يدل على ثبوته فى ذمته ولا يدل على جواز المقاصة والمطالبة لعدم كون الاقرار اقوى من العلم و بعبارة اخرى انه يدل على طريقة الاقرار لاثبات الواقع فيجرى فيه ما ذكرناه فى العلم - والرابع اعم من النصوص المتقدمة المقيد مقدم على اطلاق المطلق - والخامس يدل على جواز الاخذ لوبذل الحالف المال وهو فنه حتى مع عدم الاقرار - فاذاً لا دليل على جواز

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٢) الوسائل باب ٤ من كتاب الايمان حديث ٣

المطالبة والمقاصة سوى الاجماع فتدبر .

ثم انه قال صاحب الجواهر ره - قديتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة الى انشاء حكم من الحاكم بذلك لكن التحقيق خلافه ضرورة كون المراد من هذه النصوص وما شابهها تعليم ما يحكم به الحاكم والا فلا بد من القضاء والفصل بعد ذلك كما أوما اليه بقوله والله اعلم انما اقضى بينكم بالايمان واليمينات - بل لو اخذ بظاهر هذه النصوص وشبهها لم يحتج الى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقا ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعى وثبوت الحق بالينة ونحوها فتأمل جيدا انتهى وهو حسن .

ما به يثبت الدعوى على الميت

الموضع الثالث فيما يحكم فيه بالينة واليمين معا - (و) فيه مسئلتان - الاولى (لو كان الدين على ميت احتج المدعى) في اثبات حقه عليه (مع البينة الى اليمين على البقاء استظهارا) على المشهور بين الاصحاب كما قيل بل بخلاف بينهم كما عن آخر بل عليه الاجماع كما عن غير واحد وان كان لا يخفى ما فيه لان اكثر القدماء لم يتعرضوا لهذه المسألة بل قيل انه لم يتعرض لها قبل المحقق غير الشيخ ره وعليه فدعوى الاجماع كما ترى - وكيف كان فيشهد له .

خبر (١) عبد الرحمن - قلت للشيخ عليه السلام خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له يينة بماله قال عليه السلام فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له الى ان قال - وان كان المطلوب بالحق قدمات فاقامت عليه البينة فعلى المدعى بالله الذي لاله الا هو قدمات فلان وان حقه له عليه فان حلف والا فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حيا لالزم اليمين او لا - ويرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت

الحق - واورد عليه تارة بان فى طريقه محمد بن عيسى العبيدى وهو ضعيف على الاصح وباسين الضير ولا نص على توثيقه - واخرى بان ظاهره وجوب اليمين المغلظة بناء على ظهور لفظ عليه فى الوجوب ولا قائل به والا فلا يدل على المطلوب ويمكن حمله على الاستحباب او التقية - وثالثة بوجوه لا تستاهل ردا - ولكن قد مر فى بعض المسائل المتقدمة ان الخبر قوى - لان الاظهر وثاقة العبيدى وحسن حال ياسين - اصف اليه استناد الاجلاء من الاصحاب اليه فى المقام - ورواية المحمدين الثلاثة اياه - واما ظهوره فى وجوب اليمين المغلظة فممنوع للمناقشة فى ظهوره عليه فى الوجوب فان ذلك غير قابل للانكار بل لان ظاهره ولا اقل من المحتمل كون توصيفه عليه السلام تعظيما لله تعالى لالاجل اعتبار ذكره فى اليمين - مع احتمال ان يكون العبارة المذكورة من باب احد الافراد للاشتراط خصوصيتها - اصف الى ذلك كله انه بناء على ما حققناه فى محله من ان الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وانهما ينتزعان من الترخيص فى الترك بعد الامر به وعدمه - لو سلم ظهوره فى وجوب اليمين المغلظة حيث انه قد دل الدليل على عدم وجوب التغليظ فيحمل ذلك على الاستحباب واما الامر باصل اليمين فلا وجه لحمله عليه ومكاتبته (١) الصفار الى ابي محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل فوق عليه السلام اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين الحديث - ودلالاتها واضحة وسندها قوى بل صحيح - والايراد عليها بانها مكاتبته وباشتمالها على ما هو مخالف للقواعد - ومعارضتها فى بعض مضمونها بصحيحه الاخر لا يستاهل ردا كما افاده صاحب الجواهر ره فلا اشكال فى اصل الحكم انما الكلام فى

١ - هل يد -

من هو مثله فى عدم اللسان كالطفل والمجنون والغائب

كما عن الأكثر على ما في المسالك وهو مذهب المصنف ره في جملة من كتبه ام لا يلحق به ولا يتعدى عن مورد النص كما ذهب اليه المحقق وجماعة ومنهم أكثر متأخري المتأخرين وجهان - من عموم العلة المنصوصة واتحاد طريق المسألتين لامن باب القياس الممنوع - ومن كون الحكم على خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم - والثاني اظهر اذ لم يثبت كون العلة مجرد عدم اللسان فعلا بل من الممكن كونها عدم اللسان مطلقا وهي تختص بالميت حيث انه لا امد له يترقب - اصف اليه انه في صحيح الصفار لم يعلل الحكم وفي خبر البصري علل بان لا ندرى لعله وفاء بينة لا تعلم موضعها - او بغير بينة قبل الموت واختصاصها بالموت ظاهر سيما مع عدم امكان تحقق الايفاء من الطفل - مع انه لو كانت العلة ما ذكر لعارضها في الغائب - خبر (١) جميل عن جماعة من اصحابنا عنهما ^{عليهما السلام} الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويبيع ماله ويقي عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجة اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي اقام البينة الا بكفلاء ونحوه خبر (٢) محمد بن مسلم - وهما يصلحان قرينة على احتمال ان علة الحكم في الميت عدم امكان الوصول بعد ذلك فيختص بالميت - فتحصل ان الاظهر عدم التعدي عن مورد النصوص.

٢ - هل الحكم يختص بالدين فلا يثبت اذا كان المدعى به عينا في يده بعارية او غصب او ماشا كل كما عن القواعد والمسالك والتنقيح - ام يعم العين ايضا بل يشمل كل دعوى على الميت سواء اكانت عينا او دين او منفعة او حقا كحق الخيار كما عن جماعة وجهان - لا اشكال في اختصاص الخبرين بالدين - اما الصحيح فلتتصريح فيه بالدين واما الخبر فلظهوره فيه لمكان لفظ - الحق - و عليه - ووفاء - و دعوى ان الصحيح مروي في بعض كتب الفقهاء بدون لفظ الدين و عليه فهو مطلق - مندفع او لا بانه مروي عن كتب الحديث معه - وثانيا انه لودار الامر بين زيادة ^{في} ^{من} ^{انه} ^{يمكن} الاستدلال في الحديث او نقصانها مقتضى الاصل البناء على وجودها

أو يحلفون على البت و على الثانى - فهل يثبت بالبينة - ام يعتبر ضم اليمين - وجوه وبعضها اقوال .

والتحقيق ان يقال ان الحلف على نفى العلم لا معنى له ولا مورد له فى المقام اذا ادعى ورثة من عليه الحق علم ورثة صاحب الحق بالوفاء والابراء وما الحلف على البت فان علموا ببقاء الدين فلهم الحلف قطعاً - والا فلا يبعد القول بجواز الحلف استناداً الى الاستصحاب كما يجوز استنادا الى اليد فتأمل - واما من ناحية شمول الخبرين وعدمه فالظاهر هو الاول لاطلاق الخبرين - وح فان علم الوارث ببقاء الحق فلا اشكال فى انه يحلف مع البينة ويثبت الحق على ورثة المدين - والا فله ايضا ان يحلف عليه استنادا الى البينة القائمة ان شهدت بالبقاء بناء على ما هو الحق من قيام الامارات مقام القطع الماخوذ فى الموضوع على وجه الطريقة بل قد عرفت انه لا يبعد دعوى جواز الحلف استنادا الى الاستصحاب كما يجوز استنادا الى اليد - وبذلك كله يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

٤ - اذا كان المدعى وليا على صاحب الحق أو وصيا أو وكيلًا - فالظاهر كونه مشمولاً للخبرين لانهما يدلان على ان ثبوت الحق على الميت متوقف على اليمين مع البينة - ودعوى ان الظاهر من الخبرين الاختصاص بمن له الحق لمكان قوله وان حقه لعليه وقوله فلا حق له - مندفعه بان ذلك لو تم فانما هو فى الخبر لافى الصحيح مع ان الوصى والولى يعد ان صاحب الحق عرفاً - اضاف الى ذلك ظهوره فى كون ذلك من باب المثال سيما بعد ملاحظة التعليل - وعليه فان لم يقدر على الحلف لا يثبت الحق والا فان حلف ثبت - والظاهر تمكنه من الحلف لعدم الدليل على عدم جواز الحلف على مال الغير الا لاجماع والتميقن منه غير مثل الولى او الوصى ممن الامر بيده ويعد صاحب الدعوى عرفاً - ويمكن ان يقال ان مقتضى اطلاق الخبرين ان على المدعى مضافاً الى البينة الحلف سواء كان هو صاحب الحق او الوصى أو الولى او الوكيل فالنسبة بينهما وبين دليل المنع على عدم جواز الحلف على مال الغير لو ثبت له الاطلاق ^{يظهر} انه يحلف والوصى عموم من وجه والترجيح مع الخبرين لوجوه لا - وبأخذ الحق .

٥ - اذا علم انه على فرض ثبوت الدين على الميت يكون باقيا للعلم بعدم الوفاء وعدم الابراء - او اقر الورثة بذلك - او قامت البينة على عدم الوفاء - فهل يجب ضم اليمين ايضا لاطلاق الخبرين - ام لا يجب من جهة ان العلة كما تعمم تخصص فتدل العلة المذكورة فيهما وهى احتمال الوفاء على تقييد اطلاقهما بصورة عدم الحجة على عدم الوفاء و جهان اظهرهما الثانى .

و دعوى ان العلل الشرعية معرفات لا ينتفى المعلوم بانتفائها فانه قد يكون وجود العلة فى بعض الافراد علة للحكم فى الجميع كما فى المستند - مندفعه بان ما ذكر يتم فى الحكمة ولا يتم فى العلة وظهور الخبر فى كونه علة لاحكمة لا ينكر واضعف من هذه الدعوى دعواه انه يمكن ان يكون التعليل من باب ابداء النكتة والتمثيل فان احتمال الابراء ايضا قائم فان ظاهر الخبر ان لزوم ضم اليمين انما هو لاجل احتمال الوفاء خاصة فلا وجه لحمله على ارادة التمثيل .

واضعف من هاتين ما افاده ره - بعد بنائه على اطلاق النص وان التعليل لا يصلح لتقييده انه يعارضه النصوص (١) الدالة على انه لو اقر رجل مريض عند الموت لو ارث او غيره بدين له عليه فقال عَلَيْهِ يجوز ذلك بدعوى انها تدل على نفوذ الاقرار والوصية وان لم يحلف المقر له فتعارض مع النص بالعموم من وجه واذا لا ترجيح فيرجع الى القاعدة المكتفية للمدعى بالبينة - فانه يردده ان تلتكم النصوص فيما لواحرز الاقرار والوصية ولا ربط لها بمقام الدعوى على الميت - كما لا يخفى على من لاحظها .

٦ - ولو اقام المدعى شاهدا واحدا وضم اليه اليمين فهل يحتاج الى يمين آخر للاستظهار كما عن القواعد - ام لا كما عن جماعة وجهان - وظاهرهم التسالم على ثبوت الحق على الميت بالشاهد الواحد بضم اليمين بدل البينة العادلة - والحق انه كك وان قال عَلَيْهِ فى الخبر (٢) فان ادعى بلا بينة فلا حق له - وذلك من جهة ظهور

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الوصايا

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

الخبرين (١) فى كونهما فى مقام بيان تفرقة الميت عن الحي من حيث ضم اليمين بلا نظر فيهما الى التفرقة من ساير الجهات وعليه فالمراد بالبينه حجة المدعى اياما كان - ويعضد ذلك ما فى الخبر من التعليل بقوله لان المدعى عليه ليس بحى اذا الظاهر انه علة لنفى الحق بواسطة عدم البينة ومعلوم انه لا يتم ذلك الا بكون المراد من البينة فى الخبر مطلق حجة المدعى على فرض حياته اذ نفى خصوص البينة العادلة مع وجود حجة اخرى لا يوجب الزام المدعى عليه باليمين او الحق وغيرهما - وعلى ذلك فيبقى عمومات الاكتفاء بشاهد ويمين فى المالىات بحالها - ثم ان الظاهر ان اليمين التى يضمها المدعى الى الشاهد الواحد ان كانت على ثبوت الحق فلا موقع للترديد فى الاحتياج الى اليمين الاستظهارية فانهما ح متغايران اذا الاولى على ثبوت الحق والثانية على بقائها - واما ان كانت على الاستحقاق فعلا المنحلة الى يمينين احدهما على ثبوت الحق والاخرى على بقائها فالظاهر كفاية اليمين الواحدة سيما ولا فائدة ح فى التكرار والله العالم .

٧- قال الشهيد فى المسالك ولو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ففى وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابرائه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهو اقوى انتهى - والاولى ان يستدل لعدم الاحتياج الى اليمين بعدم شمول النص لما مر فى الامر الخامس .

٨ - الدعوى على الميت دعوى واحدة فيكفى يمين واحدة ولا يلزم الحلف لكل واحد من الورثة وظاهر الخبرين دال عليه - نعم لو كان المدعى ورثة صاحب الحق فالظاهر انه يجب على كل واحد منهم الحلف فلولم يحلف واحد منهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقه .

٩- قال السيد فى ملحقات العروة اذا ادعى ان الميت اوصى له او اليه فهل يحتاج بعد

البينة الى اليمين مقتضى عموم التعليل ذلك انتهى - وفيه - ان العلة هو احتيال الوفاء وهو لا يجري في الوصية كما لا يخفى فلا يشمل الخبران فالمرجع عموم ما دل على كفاية البينة في الدعاوى مطلقا و كذا الظاهر انه تكفى البينة في دعوى النكاح المستتبع للمال من طرف الارث - وكذا في دعوى النسب المستتبع للارث وعلى ذلك (فما) افاده السيدره من ان مقتضى عموم التعليل في هذه الموارد وفي جملة من موارد اخر ذكرها الحاجة الى اليمين ومع امتناعها عدم سماع البينة وحيث ان الاصحاب غير ملتزمين بذلك فيشكل التعويل على التعليل لكونه موهونا بعدم العمل به في سائر المقامات (غير تام) لانه كما عرفت العلة غير شاملة لجملة من تلك الموارد ومقتضى القاعدة سماع البينة فيها بغير يمين - مع ان خروج جملة من الموارد لا يوجب وهنا في عموم العلة و اضعف من ذلك ما افاده قده من امكان حمل الخبرين على الاستحباب ان لا وجه له اصلا .

في الحكم بالشاهد الواحد واليمين

الثانية - لا خلاف ولا اشكال عندنا في جواز القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى في الجملة - والاعبار الكثيرة شاهدة بذلك لاحظ - صحيح (١) منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام كان رسول الله ﷺ يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق وصحيح (٢) حماد بن عيسى عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين - وصحيح (٣) عبد الرحمن بن الحجاج دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على ابي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال عليه السلام قضى به رسول الله ﷺ وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة الحديث - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام كان رسول الله ﷺ يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين الحديث - وصحيح (٥) حماد بن عثمان عنه عليه السلام كان على عليه السلام

يجزى في الدين شهادة رجل ويمين المدعى - وخبر (١) القاسم بن سليمان عنه عليه السلام قضى رسول الله ﷺ بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده - وصحيح (٢) محمد عن الباقر عليه السلام لو كان الامر لنا اجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس فاما ما كان من حقوق الله عز وجل اورؤية الهلال فلا - وموثق (٣) ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد فقال كان رسول الله ﷺ يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين - وصحيح (٤) محمد بن قيس المتضمن لادعاء امير المؤمنين عليه السلام من عبد الله بن قفل التميمي عند شريح درع طلحة حيث وجدها بيده فطلب شريح البينة فشهد الحسن عليه السلام بذلك وقال شريح انه واحد ولا اقضى بشاهد واحد وساق الكلام الى ان قال الامير عليه السلام هذا قضى بجور ثلاث مرات وعدمنها عدم قبول شهادة الحسن عليه السلام قائلاً انه قد قضى رسول الله ﷺ بشهادة واحد مع يمين الى غير تلكم من النصوص - فلا اشكال في الحكم - كما لا ريب في عدم القضاء بهما في حقوق الله تعالى وقد صرح بذلك في صحيح محمد بن مسلم .

في القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين في غير الاموال

انما الخلاف وقع في انه هل يقضى بهما في حقوق الناس غير الاموال كالطلاق والوكالة والنسب وما شا كل كما عن الكفاية الميل اليه لولا الاجماع على خلافه - ام يختص بالاموال كالدين والالتقاط ونحوهما أو ما يقصد منه المال كالبيع والصلح والاجارة والوصية بالمال والجناية الموجبة للدية كما هو المنسوب الى المشهور بل عن الشيخ والحلى الاجماع عليه - ام يختص من بين الاموال ايضاً بالدين خاصة ولا يقضى بهما في غير الدين كما عن الكفاية والاستبصار والمراسم والغنية والاصباح

والكافي بل عن الغنية الاجماع عليه .

اقول مقتضى اطلاق كثير من النصوص المتقدمة هو القول الاول (ودعوى) ان جملة منها حكاية قضاء النبي ﷺ والوصى وهي حكاية فعل لاعموماً فيه كما في المستند وملحقات العروة (مندفة) بان المحكى ليس فعل خاص وانما يحكى الامام عليه السلام فعل رسول الله ﷺ وحيث انه غير مقيد بمورد خاص فظاهره انه ﷺ كان يقضى في جميع الحقوق بهما غاية الامر خرج عنه حقوق الله بالنص بقي الباقي (كما) ان ما في الملحقات من ان هذه الاخبار في مقام بيان اصل الجواز في مقابل قول ابي حنيفة وليست بصدد البيان الا في الجملة فلا اطلاق فيها - ضعيف - فان النصوص اظهرها كونها في مقام بيان الوظيفة لاصل الجواز وحيث انها غير مقيدة فتكون مطلقة . .

وقد استدلل للقول الاخير بالنصوص المقيمة بالدين - كصحيح حماد وموثق ابي بصير وخبر القاسم وصحيح محمد المتقدمة - وخبر (١) داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام في حديث ولا يجيز في الطلاق الاشاهدين عدلين فقلت فاني ذكر الله تعالى « فرجل وامرأتان » فقال ذلك في الدين اذا لم يكن رجلاً فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعى اذا لم يكن امرأتان قضى بذلك رسول الله ﷺ وامير المؤمنين عليه السلام بعده عندكم (وفيه) انه ليس في هذه النصوص ما يوجب تقييد اطلاق غيرها لانها لا تتضمن الاعلى ان قضاء النبي ﷺ والوصى عليه السلام والاية المشار اليها في الدين ولا تدل على عدم القضاء بهما في غيره فضلاً عن الدلالة على انه لا يجوز ان يقضى بهما في غيره - ولذا لا يعارضها صحيح محمد بن قيس المتقدم المصرح بان رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين وقد استدلل بذلك امير المؤمنين عليه السلام على كون عدم قبول شهادة الحسن عليه السلام وحده بكون الدرع لطلحة قضاء جور مخالف لقضاء رسول الله ﷺ فلو كان قضاؤه بهما مختصاً بالدين لما كان لذلك وجه كما لا يخفى

فلا يظهر ان مقتضى العمومات هو القضاء بهما في حقوق الناس مطلقا - ولكن تسالم الاصحاب على عدم القضاء بهما في غير المال أو ما يقصد منه المال يوجب تقييد اطلاق الاخبار فيثبت بذلك القول الثاني.

ثم ان المخصص حيث يكون ليا فيقتصر فيه على مورد الوفاق - ولعل ذلك منشأ اختلاف الفقهاء في تعيين ما يدخل في الضابط وما لا يدخل فلا يكون ذلك ايرادا على هذا القول كما في المستند وما حقت العروة .

ثم ان تمام الكلام بالبحث في فروع (١) المشهورين الاصحاب انه يعتبر في القضاء بالشاهد واليمين تقديم الشاهد وثبوت عدالته ثم اليمين ولو بدأ باليمين صارت لغوا ولزم اعادتها ونسبه في محكي المفاتيح الينا - واستدل له بوجوه ضعيفة احسنها انه في الاخبار قدم الشاهد ذكرا - وانه حكم مخالف للقاعدة فيقتصر فيه على مورد اليقين وهو ما اذا قدم الشاهد - وهما كما ترى اذ التقديم الذكرى لا يدل على التقديم الخارجي وجملة من النصوص كما مر مطلقة - فلا يظهر عدم اعتباره لولا الاجماع عليه كما ذهب اليه جمع من متأخري المتأخرين .

(٢) لو رجع الشاهد بعد الحكم فهل يكون ضامنا لنصف المدعى به كما في رجوع احد الشاهدين - ام يضمن تمام المدعى به ام لا يضمن شيئا منه وجوه مبنية - على ان الحجة مركبة من الشاهد - او خصوص الشاهد - واليمين من قبيل الشرط - او خصوص اليمين لكونها جزء اخير للعلة - وحيث ان الظاهر من الاخبار هو الاول فيضمن النصف .

حكم مالو حلف احد الشر كاء المدعين

٣- لو ادعى جماعة ما لا مشترك كا بينهم بسبب واحد كالارث وانوا بشاهد واحد وحلف بعضهم فالمشهور بين الاصحاب انه يثبت حصة الحالف خاصة - وعن المقدس البغدادى كفاية حلف واحد منهم في ثبوت حق الجميع لولا الاجماع - وعن بعض

احتمال توقف ثبوت حصة الحالف على حلف الجميع - و الاول اظهر لان الحالف ان حلف على ان الجميع له و لشر كائه لا يكفى لشر كائه لكونه حلفا على مال الغير وظاهر النصوص حلف المدعى لنفسه - وان حلف على حصة نفسه فعدم ثبوت حصة شر كائه اوضح (فان قيل) انه اذا ثبت بالشاهد واليمين حصة الحالف لزم منه ثبوت حصة ساير الشر كاء بناء على ما هو الحق من ان الامارات حجة في مثبتاتها وان الحجة على احدا المتلازمين حجة على الاخر (قلنا) انه لم يدل دليل على هذه الكلية وهي حجية الامارات في مثبتاتها بل هي تتوقف على امرين كون الامارة حاكية عن الملازمات واللوازم والملازمات كما في الخبر - وثبوت الاطلاق لدليل الحجية - ومع فقد احدا القيد لا تكون الامارة حجة في مثبتاتها مثلا - الظن بالقبلة اماراة وحجة عليها ولكن لا يثبت به الوقت لان دليل حجته مختص بخصوص القبلة ، واليد اماراة على الملكية ولكن لا تكون حاكية عن اللوازم والملازمات ولذلك لا تكون حجة في مثبتاتها - وفي المقام وان كان اليمين كاشفة عنها ولكن دليل حجيتها مختص بالحجية على ثبوت حقه خاصة يقتصر على ذلك .

وبما ذكرناه ظهر ضعف ما استدل به للثاني بان الحق واحد فيثبت الجميع بحلف الواحد.

كما انه ظهر ضعف ما استدل به للوجه الثالث بانه من جهة وحدة الحق يتوقف ثبوت حصة الحالف على حلف الجميع .

ثم انه على المشهور المنصور هل يشترك سائر الشر كاء في حصة الحالف من جهة اقراره بالشر كدام لا فيه وجوه واحتمالات ١ - الاشتراك مطلقا عينا ودينا ٢ - عدمه كك ٣ - التفصيل بين العين والدين فالاشتراك في العين دون الدين .

وجه الاول اعتراف القابض بالشركة بالاشاعة وان القسمة بغير اذنه فباعترافه لم تقع موقعها .

وجه الثاني ان الممتنع من الحلف بامتناعه ابطال حجته فبطل حقه في الظاهر

وكان حكم الشارع بذلك تقسيما ظاهريا قهريا - وانه لو لاذلك لزم الضرر على الحالف لعدم امكان اخذ حقه بدون اذن الشر كاء .

ووجه الثالث انه ان كان المدعى به عينا وقبض الحالف حصته منها من المدعى عليه فالحالف معترف بشركة الشر كاء في تلك الحصة ايضا لا يجوز له التصرف فيها الا برضا الكل ولا يلزم من ذلك كون الحلف مثبتا لمال الغير لان الثابت خصوص حصته ودفع المدعى اليه مقدار حقه رفع للمانع فلا يكون حلفه مثبتا لمال الغير ولا حلفا عليه - وان كان المدعى به دينافا ثابت بحلفه خصوص مقدار حصته من الدين ولا شركة فيهما مع ساير الشر كاء لان الدين هو الكلي لا خصوص هذا الفرد والاشتراك انما هو فيه لافي الموجود الخارجى - و بعبارة اخرى ان المدعى به كلى فى الذمة المنحل الى امور متعددة والثابت بالحلف هو اشتغال ذمة الغريم بحصته فيثبت به امر كلى يساوى حصته من الدين وهذا الكلى ليس جزءا للكلى الاول لعدم تعيينه بل يساوى بعضه والغريم يقبض ما هو مصداق للكلى الثانى والحالف ياخذ به وبذلك يتعين هو فى الموجود الخارجى فلا يكون هو مالا مشتركا بينه وبين شر كائه .

ولافرق فى ذلك بين مالوا جاز الشريك القبض اولم يجزه لانه اذا كان بعنوان الكلى الثانى لا يقع مصداقا للكلى الاول كى يلزم منه الشركة - فما افاده صاحب الجواهر من الاشتراك اذا اجاز الشريك القبض ويكون قصد الدافع والقباض لغوا وانه اذا لم يجز الشريك يبقى على ملك الدافع اذ ليس له تعيين حصة الشر كاء من الحق المشترك بل الامر بيدهم - غير تام - نعم لو كان الدفع والقبض بعنوان الكلى الاول تم ما افاده - وبذلك ظهر اقوائية القول الاخير - كما ظهر ضعف ما ذكر وجهه للقولين الاخرين - فان قيل انه يلزم من الشركة فى العين الضرر على الحالف - قلنا - ان الموجب للضرر ليس هو الشركة فانها ثابتة قبل الحلف و بعده بل الموجب لعدم حلف الشر كاء الموجب لعدم دفع الغريم بقية العين فلا يصلح حديث (١) نفى الضرر

لدفع الشركة - فان قيل انه يلزم من عدم الشركة فيما اذا كان المدعى به ديناً انه اذا اخذ احد الشريكين حصته من الدين المشترك ان لا يشاركه الاخر فيما قبضه مع ان المشهور بينهم الشركة فيما قبضه الا اذا اجاز قبضه لنفسه - قلنا ان مقتضى القاعدة وان كان عدم الشركة الا انه وردت النصوص الخاصة (١) بالشركة في بعض الصور ولكونها على خلاف القاعدة يقتصر على مورد النصوص و من خصوصيات موردها ان لا يكون حصة بعض الشركاء ثابتة بحسب موازين القضاء وحصة الاخرين غير ثابتة ولتحقيق هذه المسألة موضع آخر .

٤- هل يختص الاكتفاء بشاهد ويمين بما اذا لم يمكن اثبات المدعى به بشاهدين للمرسل (٢) استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاذا لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى .. الخ ولعدم ثبوت الاطلاق لنصوص القضاء بهما - ام يقضى بهما مطلقا لما مر من اطلاق النصوص وعدم ثبوت صحة سند المرسل واعتباره وجهان .

٥- المشهورين الاصحاب جواز القضاء بشهادة امرأتين مع يمين المدعى - وعن الحلبي والتحرير في كتاب القضاء المنع عنه - ولكن المصنف ره في باب الشهادات جزم بما عليه المشهور فينحصر الخلاف في الحلبي - ويشهد لما هو المشهور موثق (٣) منصور بن حازم حدثني الثقة عن ابي الحسن عليه السلام انه قال اذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز - وحسن (٤) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق .

٦- اذا ادعى غريم الميت مالا له على غيره واقام شاهداً واحداً فهل له ان يحلف - ام للوارث الحلف - ام لا يكون لواحد منهما ذلك وجوه - وجه الاول ان له حقا في استيفاء دينه من هذا المال - وله تعلقا به - هذا اذا لم نقل بانتقال ما يقابل من مال

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب كتاب الشركة وباب ٢٩ من ابواب الدين

(٢) (٣-٢-٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢-٣-٤

الميت الى الدائن والا فالامر اوضح - ووجه الثاني ان التركة مع الدين تنتقل الى الوارث وان كان يجب عليه صرفها في الدين وعليه فهو يحلف على مال نفسه - ووجه الثالث - ان مقدار ما يقابل الدين باق على ملك الميت أو على حكم ملكه فليس للوارث ولللدائن الحلف ح لانه حلف على مال الغير والاقوى هو الثاني كما حقق في محله .

حكم مالو ادعى الوقفية

٧ - اذا كان الوراث جماعة وادعوا ان الميت وقف عليهم وعلى نسلهم داره مثلا واقاموا شاهدا واحدا فقد اختلف الاصحاب في ثبوت الوقف به مع اليمين على اقوال - ١ - ما عن الشيخ في المبسوط والمحقق وجماعة وهو ثبوته بهما - ٢ - ما عن الشيخ في الخلاف وهو عدم ثبوته بهما مطلقا - ٣ - ما اختاره الشهيد الثاني في المسالك وهو انه يثبت بهما في المنحصر دون غيره .

قال الشهيد الثاني في المسالك - منشأ الاختلاف في ان الموقوف هل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقا - او الى الله تعالى كك - او الى الاول مع انحصاره والى الله مع عدمه - لو بقي على ملك الواقف - فعلى الاول يثبت بهما لانه مال للمدعى فله ان يحلف - وعلى الثاني والرابع لا يثبت مطلقا لان الحلف ح حلف على مال الغير وعلى الثالث يثبت بهما في المنحصر دون غيره - وقد تقدم البحث فيه في بابه

و لكن يمكن ان يقال بثبوته بهما مطلقا على جميع المباني نظرا الى ان الموقوف وان لم ينتقل الى الموقوف عليه الا ان له الانتفاع به وله منفعته فهو متعلق لحقه فالحلف يكون حلفا على حق نفسه فيشملة النصوص المتقدمة اذ لا يستفاد منها الا اعتبار حلف صاحب الحق واما كونه ملكا له فلا تدل عليه فراجعها تجد صدق ما ادعيناه .

وان ادعى بعضهم ان الميت وقف عليهم وعلى نسلهم بعض اعيان التركة كدار

مثلاً وانكر باقى الورثة واقاموا شاهداً واحداً ليضموا اليه اليمين فللمسألة صورتان احدهما ان يكون الوقف ترسيماً فيقولون وقف علينا وبعدنا على اولادنا وعلى الفقراء الثانية ان يدعوا وقف التشريك - اما فى الصورة الاولى فان حلف جميع من ادعى الوقف منهم مع الشاهد ثبت لهم الوقف ولاحق لباقي الورثة فى الدار ولا يؤدى منها الديون ولا الوصايا - ثم ان انقرض المدعون معاً او على التعاقب فهل ياخذ البطن الثانى الدار بغير يمين ام يتوقف حقهم عليها - وجهان مبنيان على تلقى الطبقة الثانية الوقف من الاولى - او من الواقف - فعلى الاول لا يحتاج الى يمين كما اذا اثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات فان وارثه ياخذه بغير يمين ولانه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدام كما لو ثبت بالشاهدين وعلى الثانى لا يأخذ الا باليمين كالבطن الاول (ودعوى) انهم وان تلقوا الوقف من الواقف ولكن لا يتوقف على اليمين من جهة ان الوقف امر واحد مستمر فلا حاجة اليها لذلك كما فى ملحقات العروة (مندفعة) بكونه امراً واحداً مستمراً لا ينافى التفكير فى الظاهر من جهة تمامية الموازين بالنسبة الى بعضهم دون بعض ولذلك لو حلف بعض الورثة المدعين للوقفية دون بعض يحكم بثبوت الوقف بمقدار حصة الحالف خاصة مع ان المدعى كون الجميع وقفاً فكما ان هناك يلتزم بلزوم حلف الجميع فكذلك فى المقام وقد مر البحث فى المبنى .

وان امتنعوا جميعاً عن الحلف يحكم بهاميرانا ويتعلق بها الديون والوصايا ولكن حصة المدعين للوقفية بعد اخراج الديون والوصايا محكومة بالوقفية من جهة الاقرار بها وينفذ فى حق ساير الطبقات المتأخرة - وهل لاولادهم ح ان يحلفوا على وقفية جميع الدار ام لا - الظاهر ان لهم ذلك اذ لم يدع المدعين من المنكرين الحلف - كما هو واضح - فان قيل انه يشكل ثبوت الوقفية بحلفهم فانه ح من الوقف المنقطع الاول وهو باطل - قلنا ان الباطل هو الوقف المنقطع الاول وهذا الوقف ليس كذلك وانما ينقطع فى الظاهر ولم يثبت من الاول لعدم الحلف فلا اشكال فيه من هذه الناحية.

وان حلف بعض المدعين وامتنع بعضهم فيثبت الوقف في حصة الحالف خاصة ولا يخرج منها الديون والوصايا وتخرج من حصة الناكلين ويقسم الباقي بين الورثة نعم حصة ائث الناكلين من الباقي بعد اخراج الدين والوصية تصير وقفا بمقتضى اقرارهم - واما حصة الحالفين منه فهي ايضاً لا تنتقل اليهم بمقتضى اقرارهم فهل تصير وقفاً - ام يكون حكمها حكم المجهول المالك كما اختاره صاحب الجواهر - الظاهر هو الاول للاقرار بالوقف فيما له ان يقربه فيشملة قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

و اما الصورة الثانية فهي كالاولى الا انه اذا تجدد واحد يكون شريكاً مع الموجودين من الحالفين - والكلام في احتياج اشتراك المتجدد الى الحلف هو الكلام في الاحتياج اليه في الطبقة الثانية في الاولى - وقد ادعى صاحب الجواهر انه نفى الخلاف في الحاجة اليه في هذه الصورة - وظاهره ان من ذهب الى عدم الحاجة اليه في تلك الصورة اختار الحاجة اليه في هذه بل المحقق له صرح بالفرق بين الصورتين وهو غير ظاهر الوجه بعد اشتراك الصورتين في الدليل على كل من القولين فلاحظ وتدبر .

ثم ان ظاهر الاصحاب انه اذا ثبتت الوقفية بالبينة تكفى لسائر الطبقات من غير حاجة الى الاثبات من كل منهم - واورد عليهم في ملحقات العروة بان ما ذكره من الوجه في حاجتهم الى الحلف مع الشاهد الواحد وهو كونهم متلقين من الواقف جار في البينة ايضاً لان مقتضى ما ذكره ان الوقف على البطون بمنزلة اوقاف عديدة فكل واحد منها يحتاج الى الاثبات - وهو غريب فان البينة اذا قامت على الوقفية على حسب ما يدعونه من الوقف على جميع الطبقات فهي كما تشهد للوقف بالنسبة الى الطبقة الاولى كك تشهد له بالنسبة الى سائر الطبقات واما الحلف فهو انما يكون على الوقف لخصوص الطبقة الاولى ولا يجزى لسائر الطبقات لكونه حلفاً على حق الغير - وبعبارة اخرى دليل حجية البينة عام شامل لسائر الطبقات - وان شئت قلت انه في ثبوت الحق لا يعتبر اقامة صاحب الحق نفسه البينة بل لو اقيمت من قبل نفسها او اقامها متبرع

لحاكم ان يحكم على طبقها وليس كك اليمين وهذا واضح جدا ،
و بذلك يظهر انه يكفى في المتجدين و الطبقات المتاخرة ضم الحلف الى
الشاهد الواحد الذى اقاموه من الاول ولا يحتاج الى تجديد اقامة الشاهد اتحد الحاكم
ام تعدد غاية الامر لا بد فى ثبوت الحق ان يثبت عند الحاكم الثانى شهادة الشاهد
الاول كما لا يخفى .

سكوت المدعى عليه عن الجواب

المورد الثالث فى السكوت (و لو سكت المنكر) بعد طلب الحاكم الجواب
منه . فان كان سكوته لدهش له او غبادة توصل الى ايناسه برفق وامهله الى ان تزول
دهشته ويعرف الحال وان كان (لافة) من صمم او خرس (توصل الى معرفة) جوابه من
(اقراره او انكاره) الى الاشارة المفيدة للمطلوب ولو بواسطة من يعرف اشاراته .
وان كان لعدم فهم اللغة توصل الى افهامه (الى مترجم) بلا كلام . انما الكلام فى انه
هل يعتبر التعدد (ولا يكفى المترجم الواحد) ام لا يعتبر فيكتفى بالواحد . ولقد بنى بعض
الاصحاب المسألة على كون الترجمة من باب الرواية او الشهادة . فعلى الاول يكفى
بالواحد وعلى الثانى يعتبر التعدد . وحيث ان هذا لا يبنى على تقدير سماع الرواية
وحجيتها فى الموضوعات الخارجية والافعلى القول باختصاص حجيتها بالاحكام الكلية
لما صح ذلك كما هو واضح فيستكشف من ذلك ان نظر هؤلاء الى ما اخترناه من عموم
حجية الخبر الواحد وشمولها للخبر فى الموضوعات الخارجية .

وكيف كان فعلى ما اخترناه . فهل الترجمة من باب الرواية او الشهادة . الظاهر
ان مقتضى عموم حجية الخبر حجية الخبر الواحد فى جميع الموضوعات . ولكن
قد دل الدليل على اعتبار التعدد فى باب المنازعات و الخصومات عند الحاكم . فعن
المحقق الخراسانى ره ان الميزان فيما هو خارج عن تحت العموم سبق الدعوى وعليه
فالترجمة من الرواية لعدم سبق الدعوى بالنسبة اليها . وعن بعض كون الميزان اثبات ما يترتب

عليه الحكم وعدمه - وعن جماعة ان الفرق بين الخارج والمخرج عنه بكيفية نظر الدليل الى حجيته فان كان ناظرا الى اعتبار صرف حكايته فهو رواية وان كان لاطلاعه دخل في اعتبار حكايته عن الواقع فهو شهادة .

وشيء من ذلك لا يمكن اثباته بالدليل سوى الاول بعد توجيهه بان المراد منه ان ما هو مصب الدعوى عند الحاكم يعتبر فيه التعدد للنصوص الدالة عليه فان الاستفادة من الدليل المخصص ليس ازيد من ذلك وفيما زاد عليه يرجع الى عموم دليل حجية الخبر الواحد - ولا يتوهم ان ذلك اى التمسك بعموم دليل حجية الخبر فيما شك انه من موارد الرواية او الشهادة من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصادقية - فانه لم يرد دليل على ان ما هو من باب الشهادة يعتبر فيه التعدد بل الدليل انما دل على اعتبار التعدد فيما يقضى به الحاكم والمتيقن منه خصوص ما يستند اليه القاضي في القضاة ولا يشمل كل ما هو دخيل في ذلك وهذا ان لم يكن ظاهرا لا ريب في انه المحتمل وحيث لا اطلاق فالمخصص مجمل مفهوما فيكون التمسك بعموم حجية الخبر من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المفهومية وهو جائز في المخصص المنفصل كما حقق في محله فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الاكتفاء بالمرجم الواحد .

(وان كان) سكوته (عنادا) الزمه بالجواب ولا بالرفق واللين ثم بالشدة والغلظة

متدرجا من الادنى الى الاعلى على حسب مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ثم ان اصر على السكوت عناداً ففيه اقوال - ١ - انه يـ (حبس حتى يجيب) كما في المتن والمحكى عن المفيد والشيخ في النهاية والخلاف و سلا ر وابن حمزة و كافة المتأخرين - ٢ - ما عن بعض وهو انه يضرب ويهان حتى يجيب - ٣ - ما عن المبسوط والسرائر وجماعة وهو ان الحاكم يقول له ثلاثا ان اجبت والاجعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعى فان اصر رد اليمين على المدعى وعن المبسوط انه الذي يقتضيه مذهبنا وعن القاضي انه ظاهر مذهبنا - ٤ - التخيير بين الحبس والرد .

واستدل للاول - بالمرسل المروى في الشرايع قال والاول مروى بدعوى ان

ضعفه بالارسال منجبر بالعمل و بالنبوى (١) الخاصى المتقدم لى الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته - وقد مر انه فست العقوبة بالحبس - و بالاخبار (٢) الدالة على ان الوصى عليه السلام كان يحبس الغريم المماطل الواجد - وقد تقدمت - وبانه يجب الجواب للجزم بعدم رضا الشارع بتعطيل الواقعة بعد تحرير الدعوى بمجرد سكوت المدعى عليه للعلم باستلزامه تعطيل الحقوق والضرب والاهانة خلاف الاصل ولادليل على اجراء حكم النكول فيتعين الالتزام بالجواب بالحبس.

والكل كما ترى - فان المرسل وان اتجبر ضعف سنده بالاستناد الا ان متنه ليس معلوما لنا حتى ينظر فى دلالاته ومثل ذلك ليس معتبرا عند الاصحاب لان الاستناد لا يوجب جبر ضعف الدلالة فان احتمل كون المتن غير ظاهر الدلالة على المدعى فلا مثبت لها - والحديث ظاهر فى ارادة الواجد للمال ولا يشمل الواجد للجواب - مع ان كون المراد بالعقوبة خصوص الحبس غير ظاهر - واخبار حبس الغريم انما هى فى صورة ثبوت الدين ولا ربط لها بالمقام والجواب انما يجب اذا لم يكن يترتب على سكوته احكام النكول والا فلا يجب كما هو واضح .

واستدل للثانى - بعموم ادلة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لانهما الى الضرب والاهانة - وفيه انه ان تم فلا يختص بالضرب والاهانة ويشمل الحبس ايضا - مع انه لا يتم على تقدير عدم وجوب الجواب باجراء احكام النكول

واستدل للثالث - بان الاصرار على عدم الجواب نكول او اولى منه لكونه امتناعا عن اليمين وعن الجواب - وبانه اذا اجاب اما يجيب بالاقرار أو الانكار - والاول مثبت للحق - والثانى يوجب اجراء حكم النكول عليه (ولكن) يرد الاول منع كون السكوت نكولا سواء قضينا به ام لا - والثانى بعدم حصر الجواب فيهما فلعله يجب

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين والقرض حديث ٤ كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر وباب ٦ منها حديث ١ وباب ١١ من ابواب

بجواب آخر أو ان سكوته يكون لعذر بان يكون قدادى الحق ويخاف من الاقرار لعدم البينة على الاداء - ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به للرابع.

والحق ان يقال انه ان سكت ولم يجب يقول له الحاكم ان اجبت والا جعلتك ناكلا - فان اصرى ترتب عليه حكم النكول وهو القضاء به والالزام بالحق بمجرد ذلك من دون رد اليمين على المدعى كما مر تفصيل القول فى ذلك لان القضاء به لم يعلق على صدق النكول بل على عدم الحلف من غير تقييد بكونه بعد الانكار لاحظ خبر (١) البصرى المتقدم - ففى صدره - فان حلف فلاحق له وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له (وان لم يحلف فمليه) وفى ذيله - ولو كان حيا لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه - ونحوه غير م - وبعضه النصوص (٢) الدالة على ان البينة على المدعى عليه والمنكر - فانه يصدق على الساكت المصر على السكوت المدعى عليه والمنكر فيعرض عليه الحلف فاذا لم يحلف فالالزام الزامه بالحق.

فى جواب المدعى عليه بقوله لا ادرى

المورد الرابع ما اذا اجاب المدعى عليه بقوله لا ادرى - فتارة يصدقه المدعى فى هذه الدعوى - واخرى لا يصدقه.

اما فى الصورة الاولى فالمنسوب الى ظاهر الاصحاب من جهة حصرهم الجواب بالثلاثة المعروفة انه يترتب عليه حكم السكوت عن الانكار والاقرار المتقدم وصرح بعضهم بانه لا تصح الدعوى ح.

والحق ان يقال ان المدعى به ان كان ديننا أو عيننا ليست بيده لا يتوجه الحلف الى المدعى عليه وليس له ان يحلف .

لعدم العلم لاعتراف المدعى بعدم علمه ولعدم ترتب الاثر عليه.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

وللنفى الواقع لما مر في كتاب الايمان من انه يعتبر في جواز الحلف العلم بالمحلوف (وان قيل) انه يستصحب عدم الواقع فيحلف على نفيه مستندا الى الاستصحاب (توجه عليه) ان ظاهر اخذ العلم في الموضوع كونه ما خوذ على وجه الطريقة لان حقيقة العلم هي الطريقة التامة وقد حقق في محله في الاصول ان الاستصحاب لا يقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع على وجه الصفة أو الطريقة نعم يقوم مقام العلم المأخوذ فيه بما انه موجب للجري العملي على طبقه الذي هو المجهول في الاستصحاب فمن جهة اخذ العلم في موضوع جواز الحلف لا يجوز ذلك مستندا الى الاستصحاب.

وللنفى الاستحقاق الفعلي - لان عدم الاستحقاق الفعلي عبارة عن عدم الاستحقاق في الظاهر والمفروض ان المدعى معترف ببراءة ذمة المدعى عليه بحسب الظاهر فلا وجه لنحلف عليه (واما) ما افاده المحقق العراقي ره من ان المتيقن في مقام التخاطب من دليل اليمين هو اليمين على نفى الواقع فلا يصح التمسك باطلاقه لتوجه اليمين على نفى الاستحقاق اليه (فيندفع) بان وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب لا يكون مانعا عن التمسك بالاطلاق .

وعلى هذا فقد يقال انه تسقط الدعوى حولا اثر لها - ولكنه يتم ان لم يترتب على عدم حلفه حكم النكول - ولا يرد اليمين - والظاهر انه لا يترتب عليه حكم النكول لان المنساق الى الذهن من ما دل على الحكم والقضاء بعدم حلف المدعى عليه انما هو في ماله الحلف لاما اذا لم يكن لذلك - الا انه لا وجه لعدم رد اليمين فان مقتضى اطلاق دليله ان لذلك (وما) افاده المحقق العراقي ره من ان ذلك كله فرع الفراغ عن كون اليمين وظيفته فعلا غاية الامر امتنع عنه باختياره (يرد) انه تقييد للدليل بلاوجه يشهد به - (فالمتحصل) انه لا وجه لسقوط الدعوى بل تصح هي فان كان للمدعى بينة قضى بهاله والا فإرد اليمين عليه فان حلف يثبت دعواه والا فلا حقه .

وقد يستدل على سقوط الدعوى وعدم الاثر لها كما في المستند وملحقات العروة

بالاخبار (١) الدالة على انه لو ادعى رجل زوجية امرأة لها زوج انه لا تسمع دعواه اذا لم يكن بينة بتقريب ان المفروض فى هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعى وكذبه والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجية وغيرها (وفيه) اولاً انه لو تم دلالة الاخبار لدلت على عدم سماع الدعوى حتى بالنسبة الى الزوجة التى هى عالمة بالزوجية على تقدير صدقه مع انها منكرة - وثانياً - انه ليس فى شىء منها فرض النزاع والمخاصمة عند الحاكم بل ظاهرها بيان وظيفة الزوج نفسه وانه بمجرد دعوى الزوجية ليس له رفع اليد عنها ما لم يقم عليه حجة فلا ربط لها بالمقام - وقدر الكلام فى الفرع نفسه فى كتاب النكاح فى مبحث اولياء العقد فراجع .

هذا اذا كان المدعى به ديناً او عيناً فى يد غيره - وان كان عيناً فى يده فحيث ان يد الشخص امانة على الملكية كما حقق فى محله وايضا دلت النصوص (٢) على جواز الشهادة بالملك مستندة الى اليد وهى امانة الملكية - وايضا قدينا فى الاصول قيام الامارات مقام العلم الماخوذ فى الموضوع - فللمدعى عليه ان يحلف على نفى الاستحقاق واقعا - وعليه فاجراء قاعدة باب المدعى والمنكر فى غاية الوضوح ولا وجه لتوهم سقوط الدعوى ح اصلاً (وما) فى المستند من انه ان رد اليمين على المدعى فحلف كانت له وان لم يدع عليه العلم او ادعى وحلف على نفى العلم لا يحكم بكونه ناهى بل يقرع بينه وبين المدعى لانه يشترط فى دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بانه له اولاً (يرد) ما ذكرناه فى رسالتنا القواعد الثلاث من انه لا يشترط فى دلالة اليد على الملكية ذلك - وعليه فان لم يحلف المدعى بعد رد اليمين اليه تسقط الدعوى ويحكم بان المال للمدعى عليه .

واما فى الصورة الثانية - فلا اشكال فى انه له ان يحلف المدعى عليه بنفى العلم - فتح ان حلف عليه تسقط دعوى العلم ولا تسمع بينة بعد ذلك على علمه - ولكن لا وجه لسقوط

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم

دعوى المدعى باشتغال ذمته واقعا بنحو لا تسمع منه البينة بعد ذلك ولا يجوز له المقاصة بل ما ذكرناه في الصورة الاولى يجرى في هذه الصورة ايضا من رد اليمين على الواقع على المدعى وانه لو حلف ثبت حقه والاسقط وان المدعى به ان كان ديننا يحكم ببرائة ذمته وان كان عينا في يد المدعى عليه يحكم بانها له .

في جواب المدعى عليه بالابراء

المورد الخامس ما اذا اجاب المدعى عليه ان المدعى ابرأ ذمته واقضه ما ادعى عليه او باعه اياه او وهبه او ماشا كل فلا اشكال في انه ينقلب المنكر ح مدعى المدعى منكرا من غير فرق بين ١٠ اذا ثبت الدعوى بالاقرار او البينة او اليمين المردودة . وفي هذه الدعوى ايضا قد يجيب المدعى عليه الثاني وهو المدعى في الدعوى الاولى بالاقرار او الانكار او يسكت او يقول لا ادري والحكم في الجميع كما مر .

وفي المستند نعم لو اجاب بلا ادري يكون الاصل ح معه ويعمل بمقتضى الاصل انتهى وقد عرفت ان الاصل معه ايضا في ما تقدم نعم في بعض الموارد يكون الاصل مع المدعى كما لو قال صالحتك بكذا فاجاب بانك صالحتني و لست مشغول الذمة فانه يجرى اصل البرائة بناء على صحة الصلح بالاعوض - وهذا بخلاف ما لو قال بعثتك بكذا فقال بعثتني ولكن لست بمشغول الذمة بالثمن فانه حيث لا يصح البيع بالاعوض فلامحالة يرجع دعواه الى دفع الثمن او ابرائه او كونه مشغول الذمة للمشتري سابقا فباعه بما عليه من الدين او ان مقدار الثمن كان عند البائع امانة فاشترى بما كان في يده وجميع ذلك خلاف الاصل .

جواب المدعى عليه بان العين ليست له

السادس ما لو كان جواب المدعى عليه انه ليس لي ليصرف الدعوى عن نفسه وهو انما يكون اذا كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه ففيه صور .

الاولى ان يقول ليس لي مقتصرا عليه او يضم و ليس لك او يضم معهما او مع احدهما هو لرجل لاسميه فعن القواعد والشرائع والمسالك وغيرها انه لا ينتزع من يد

المتصرف وعن الايضاح ان الحاكم ينزع منه ويحفظه الى ان يظهر مالكة وترفع الخصومة عنه (وعليه) فى محكى الايضاح بان نفى المتصرف عن نفسه وعدم البيان لمالكه اوجب صيرورته مجهول المستحق (وفيه) ان مجرد جهل الحاكم او المدعى بالمقر له - لا يجعله داخلا فى عنوان مجهول المالك لاحتمال كونه ودیعة او عارية او نحو ذلك فالظاهر انه لا ينتزع من يده فح ان اقام المدعى البينة فياخذه منه - والا فللحاكم ان يلزمه ببيان مالكة كما صرح به جماعة من جهة ان للمدعى على من عينه حقا ما الاخذان اقر او الحلف ان انكر ولو كذب المقر ثبت لصاحب ما يجهل مالكة عليه الحق فيكون تركه البيان تفويتا للحق الغير ومنكرا يجب صرفه عنه على طريقة النهى عن المنكر - وايضا فانه من تمتة جواب المدعى فيلزم بالجواب بعد طرح الدعوى معه (ولكن) يرد على الاول انه ما لم يثبت حق المدعى لا يكون ترك البيان مفوتا للحق الثابت كى يكون ذلك منكرا يجب صرفه عنه - ويرد على الثانى ما مر من عدم دليل على التزامه بالجواب .

وقد يقال انه يجرى فى المقام الاقوال الثلاثة المتقدمة فى السكوت من الحبس والاجبار على البيان والالزام بالحق - واورد عليه فى المستند بان الاخير لا وجه له بعد نفيه عن نفسه - اقول حيث ان المال تحت سلطنته واختياره ويسمع اقراره بالنسبة اليه لقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به - حيث ان المراد بملك الشيء كونه تحت سلطنته واختياره لا الملكية الاعتبارية - فيلزم بالحلف - او رد اليه - او يقضى عليه بالنكول ولعله الى ما ذكرناه نظر الشهيد الثانى ره حيث قال الظاهر ان ما فى يده ملكه وما صدر عنه ليس بمزيل - وعلى ذلك فلا يرد عليه ما اورده جمع من من تاخر عنه بانه بعد اقراره بانه ليس له كيف لا يكون الاقرار مزبلا للملكية - فتدبر جيدا .

الصورة الثانية ان يقول ليس لى ولا عرف صاحبه وفى المستند لم يحضرنى من صرح بحكمه والحق فيهما انه ان اقام المدعى البينة على انه له ياخذه منه والا فان ادعى المدعى عليه انه حين ما وقع فى يدي ما كنت اعرف صاحبه كان من مجهول المالك الراجع امره الى الحاكم الشرعى فيعامل الحاكم مع المدعى معاملة من ادعى كون مجهول المالك له ولا معارض لدعواه وان ادعى انه اودعه مالكة عنده ولا يعرفه لا ينتزع

الحاكم من يده مالم يثبت انه للمدعى - وح فان ادعى المدعى عليه العلم احلفه فان حلف سقطت الدعوى وان نكل اورد اليمين حلف المدعى واخذ منه .

الثالثة - ان يقربه لمعين حاضر - فان صدقه المقر له كان هو طرف الدعوى وجرت قاعدة المدعى والمنكر بالنسبة اليهما - فان حلف المدعى عليه اخذ - وان نكل اورد اليمين فحلف المدعى اخذ ثم ان حلف المقر له واخذ المال اولم يحلف فاقام المدعى البينة او حلف بعدد اليمين وحكم بانه له ولكن لم يقدر على اخذ له الدعوى على المقر حيث انه باقراره صار سببا لتلف ماله فله ان يحلفه بان المال لم يكن له فان حلف برأ وان رد عليه فحلف اخذ منه الغرامة - وكذا ان نكل ولم يحلف - وان اقام البينة او حلف واخذ ماله ليس له الدعوى على المقر لوصل ماله اليه .

وهل له اقامة الدعوى على المقر قبل ان يترافع مع المقر له - ام لا - الظاهر ان له ذلك اذا لم يتمكن من المرافعة معه او علم بعدم تمكنه من اثبات دعواه وما مع تمكنه منه واحتمال امكان اثبات دعواه ففيه احتمالات ١ - انه يجوز له ذلك من جهة ادعائه ان المقر حال بينه وبين ماله باقراره فله اثبات ذلك واخذ بدل الحيلولة ٢ - انه ليس له لعدم ثبوت كونه ماله فلا يكون التفويت والحيلولة محرزا ٣ - التفصيل بين صورة المشقة في المرافعة مع المقر له او ظنه عدم امكان اثبات حقه عليه او ظنه عدم امكان المرافعة مع ذى اليد بعد ذلك لو قدم المرافعة مع المقر له فيجوز والا فلا يجوز - والظاهر هو الثانى لعدم الموجب لاختد العوض منه لعدم ثبوت بدل الحيلولة مع التمكن من الوصول الى ماله ولا يصدق التلف فعلى فرض الاثبات ايضا ليس له ذلك .

الرابعة - ان ينفى عن نفسه ويقول انه لفلان الغائب فيلحقه حكم الدعوى على الغائب وسيجيء .

الخامسة ان يضيفه الى من يمتنع خصومته كالفقراء - وقدم حكم ذلك مستوفى

فى بيان الحكم على الغائب

خاتمة- فى بيان الحكم على الغائب ونخبة القول فيه انه تارة يكون المدعى عليه غائباً عن البلد واخرى يكون حاضراً.

اما فى الصورة الاولى فالمشهور بين الاصحاب انه تسمع الدعوى عليه ويجوز الحكم عليه مع البينة او علم الحاكم بل يجب حيثما يجب الحكم سواء كان بعيداً او قريباً وفى المسالك دعوى اتفاق اصحابنا عليه وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ويشهده مرسل (١) جميل الذى هو كالصحيح عن جماعة من اصحابنا عنهما عليهما السلام قالوا الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويبيع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم قال ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء- ونحوه خبر (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وزاد اذا لم يكن ملياً- وخبر (٣) ابي موسى الاشعري- كان النبى ﷺ اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى احدهما ولم يف الاخر قضى للذى وفى على الذى لم يف اى مع البينة- وفى المسالك وغيرها قد استدله بقوله فى الخبر (٤) المستفيض عنه عليه السلام انه قال لهند زوجة ابي سفيان وقد قالت ان ابوسفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى وولدى خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف وكان اباسفيان غائباً- وفيه تأمل- واما خبر (٥) ابي البختري عن جعفر عن ابيه عن ابي عليه السلام لا يقضى على غائب- فلضعفه وعدم عمل الاصحاب به ومعارضته مع ما تقدم لا بد من طرحه او حملها على ما افاده صاحب الوسائل وهو عدم الجزم فى الحكم بحيث لا يكون على حجته- ثم ان مقتضى اطلاق الخبرين وفتاوى الاصحاب عدم الفرق بين

(١-٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الخلاف ج ٣ ص ٣٢١

(٤) المستدرک باب ١٣٤ من ابواب احكام العشرة كتاب الحج

(٥) الوسائل باب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣

تيسر حضوره وتعسره وبين امكان اعلامه وعدمه.

و اما في الصورة الثانية فان تعذر عليه الحضور في مجلس القضاء فالمشهور بينهم المدعى عليه الاجماع انه يجوز الحكم عليه وفي المسالك دعوى اتفاق اصحابنا عليه - وان لم يتعذر عليه الحضور ففي المسالك فالمشهور الجواز ايضا - وعن الشيخ في المبسوط عدم جوازه ومال اليه المحقق الاردبيلي - وعن ظاهر القواعد والدروس التوقف في المسألة.

وقد استدلل للجواز مطلقا - بعموم الادلة والمراد بها ما دل على الحكم بالبينة - وبالخبر المستفيض المتضمن لقضية هند زوجة ابي سفيان - وباطلاق خبري جميل ومحمد المتقدمين بدعوى ان مقتضى اطلاقهما الحكم على الغائب مطلقا كان غائبا عن البلد او عن مجلس القضاء.

ولكن العمومات تخصص بمادل على انه لا يقضى لاحدهما ما لم يسمع من الاخر كخبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال رسول الله ﷺ اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للاول حتى تسمع من الاخر فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء - وخبر (٢) العياشي في تفسيره عن الحسن بن علي عليه السلام ان النبي ﷺ بعثه برائة الى ان قال فاذا اتاك الخصمان فلا تقض لو احد حتى تسمع الاخر فانه اجدر ان تعلم الحق - والعلوي (٣) قال النبي ﷺ لما وجهني الى اليمن اذا تحوكم اليك فلا تحكم لاحد الخصمين دون ان تسأل من الاخر قال عليه السلام فما شككت في قضاء بعد ذلك - ومقتضى اطلاق هذه النصوص انه لا يجوز الحكم على الغائب عن مجلس القضاء ما لم يسمع منه وان تعذر حضوره أو امتنع عنه - نعم - لا تدل على اعتبار حضور مجلس القضاء فلو سماع منه الحاكم في الخارج لا باس بحكمه عليه - الا ان الاجماع والتسالم على جوازه مع الامتناع من الحضور او تعذره - يوجب تقييد اطلاقها - ويمكن ان يستدل له بخبر ابي موسى المتقدم - واما الخبر المستفيض فهو قضية في واقعة فلعله

كان ابوسفیان غائبا عن البلد - مع انه من الجائز عدم كونه من باب الحكم بل بيان الفتوى - واما اطلاق الخبرين فممنوع - لان قوله **لَا يَحْكُمُ** ويكون الغائب على حجة اذا قدم - ظاهر في ارادة الغيبة عن البلد - ودعوى انه يصدق على قدوم المجلس ايضا كما ترى خصوصا بعد كون ذلك مذكورا بعد قوله يباع ماله ويقضى عنه دينه - فالمتحصل مما ذكرناه ان الجمع بين النصوص والفتاوى يقتضى البناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد مطلقا - وعلى الحاضر فيه غير الحاضر مجلس القضاء اذا امتنع عن الحضور أو تعذر عليه ذلك والا فلا يجوز.

ثم ان تمام الكلام بالبحث في فروع (١) ان المشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم انه لا يكفي قيام البينة في الحكم على الغائب بل يعتبر ضم اليمين اليها - وقدمر الكلام في ذلك في الدعوى على الميت وعرفت انه لاحاجة الى ضمها .

٢ - انه لا خلاف في ان الغائب على حجة اذا قدم من جرح الشهود وعدم اهلية الحاكم وما شاكل والخبر ان المتقدمان شاهدان بذلك .

٣ - ان المشهور بين الاصحاب اختصاص الحكم على الغائب بحقوق الناس فلا يجوز الحكم عليه في حقوق الله تعالى مثل الزنا واللواط ونحوهما - وقيل الظاهر انه اجماعى واستدل له بقاعدة درأ الحدود بالشبهة وبنائها على التخفيف بتقريب ان احتمال اقامة الغائب الحجة شبهة وای شبهة وهو حسن لكنه يختص بما اذا احتتمل ان يكون للغائب حجة على فعله واما خبرا جميل و محمد المتقدمان المتضمنان للحكم على الغائب فلا اطلاق لهما من جهة كون ذلك في حقوق الله تعالى او حقوق الناس بل ظاهرهما كون ذلك في حقوق الناس - وعلى فرض الاطلاق فالنسبة بينهما وبين نصوص قاعدة الدرا عموم من وجه والترجيح لها .

و على ذلك فلو كان المدعى به ذا جهتين كالسرقة لا اشكال في انه ينفك بينهما فيحكم عليه في حق الناس وهو المال ولا يحكم عليه في حق الله تعالى وهو القطع و تردد المحقق زه في ذلك نظرا الى انهما معلولا علة واحدة فلا وجه للتبعيض - وفيه - اولا بالنقض بما لو اقر بالسرقة مرة فانه يثبت عليه المال دون القطع - ولو كان

المقر محجورا عليه في المال يثبت الحكم بالقطع دون المال فليكن المقام كك -
وثانيا - بالحل وهو ان ما لا يمكن التفكيك فيه بين الاثرين - انما هو وسائط الثبوت
دون وسائط الابطات ولعله يكون العلة في القطع هو ثبوت السرقة بحضور المدعى عليه
لا السرقة فقط - واما ما في المسالك من ان هذه ليست عللا حقيقية وانما هي معرفات
للاحكام فلعل نظره الشريف الى ما ذكرناه - فلا يرد عليه ما اورده السيد به بانها بعد
الجعل كالعلة العقلية .

٤ - اذا حكم على الغائب فلا اشكال في جواز دفع الحق الثابت بالبينه من مال
المدعى عليه الى المدعى وان توقف ذلك على بيع ماله جاز للحاكم بيعه ودفع ثمنه
اليه - كما يشهد بذلك كله الخبران المتقدمان - وهل هو على وجه الوجوب لو طلب
المدعى نظرا الى ثبوت حقه فيجب دفعه اليه - ام على وجه الجواز من جهة انه مع
بقاء الغريم على حجته وعدم الاحاطة بما يحتاج به لا يكون حق ثابت وجهان - اظهرهما
الاول لانه اذا حكم في الظاهر بثبوت حقه ولذلك جاز بيع ماله واداء حقه وجب دفعه
اليه كسائر الحقوق المالية غاية الامر انه ليس كثبوت الحق في سائر الموارد كي لا تسمع
الدعوى بعد ذلك .

٥ - هل يتوقف جواز الدفع على اخذ الكفيل كما عن الشيخ ره في النهاية
والقاضي والحلي والمحقق وجماعة من المتأخرين - ام لا يتوقف عليه كما عن ابن حمزة
وفي المستند بل هو مذهب كل من اوجب اليمين هنا فاكفوا بالتحليف عن التكفيل -
الظاهر هو الاول للخبرين المتقدمين ولما عرفت من عدم وجوب اليمين عليه - ولكن
في خبر محمد قيد ذلك بما اذا لم يكن المدعى مليا فمع ملائته لا يجب التكفيل -
وحيث ان ظاهر ذلك ان علة التكفيل والتقييد انما هو دفع الضرر عن الغريم لو ثبت
استحقاقه الاسترداد فلذلك قالوا انه يعتبر ان يكون الكفيل من يسهل الاستيفاء عنه
وكك الملى - وايضا يعتبر ان لا يكون المال المدعى به زائداً عن قدر ملائته والا
فلا يكتفى بها - .

الاستحلاف

(الفصل الثالث في الاستحلاف) وفيه مسائل تقدم جملة منها في كتاب
الايمان .

منها - انه لا يستحلف الا بالله (ولا يجوز بغير اسماء الله تعالى) . . وقد
تقدم ذلك مع فروعه .

(و) منها - انه (لو كان احلاف الذمي بدينه اردع جاز) له احلافه به عند
جماعة وقد بينا ما هو المختار عندنا .

(و) منها - انه (يستحب الوعظ والتخويف والتغليظ في نصاب القطع
فما زاد بالقول والمكان والزمان)

(و) منها - انه (يكفي) ان يقول الحالف (والله ماله قبلي كذا) بلا
خلاف فيه .

(و) منها - ان (يمين الاخرس بالاشارة) المفهمة لليمين على الاشرع وعن
الشيخ في النهاية انه يوضع يده مع ذلك على اسم الله سبحانه في المصحف ان
حصر وان لم يحضر فعلى اسمه المطلق - وعن ابن حمزة انه يكتب اليمين في لوح
ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شرب كان حالفا وان امتنع الزم بالحق - وقد
مر ما هو الحق عندنا .

(و) من مسائل هذا الفصل انه (لا يحلف الا في مجلس القضاء مع المكنة)
وقد مر الكلام في ذلك في الفصل السابق - في المسألة الاولى من مسائل الحكم باليمين
(و) منها ان (اليمين على القطع الا في نفى فعل الغير فانها على نفى العلم)
وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل المتقدم في ما اذا كان جواب المدعى عليه بقوله
لا ادري - (و) قد عرفت انه (لو ادعى المنكر الابراء ادا لاقباض انقلب مدعيا) .

لايمين في حد

ومنها انه لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة (ولايمين في حد) بلا خلاف فيه في الجملة والنصوص الكثيرة شاهدة بذلك لاحظ - حسن (١) اسحاق بن عمار عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال انه افترى على فقال عليه السلام للرجل افعلت ما فعلت قال لا ثم قال للمستعدى ألك بينة فقال مالي بينة فاحلفه لى فقال عليه السلام ما عليه يمين - ومرسل (٢) البرنطى - الذى هو كالصحيح عن الصادق عليه السلام قال اتى رجل امير المؤمنين عليه السلام برجل فقال هذا قذفى و لم تكن له بينة فقال يا امير المؤمنين استحلفه فقال عليه السلام لايمين في حد الحديث - ونحوه مرسل (٣) ابن ابي عمير - والنبوى (٤) ادروا الحدود بالشبهات ولاشفاعة ولا كفارة ولايمين في حد - والعلوى (٥) لا يستحلف صاحب الحد واستدل له في المسالك وغيرها بانه من شرط سماع الدعوى ان يكون المدعى مستحقا لموجب الدعوى فلا تسمع في الحدود لانها حق الله والمستحق لم ياذن في الدعوى ولم يطلب الاثبات بل ظاهره الامر بخلاف ذلك لامره بدرأ الحدود بالشبهات وبالتوبة عن موجبها من غير ان يظهره للحاكم وقد قال والله لمن حمل رجلا على الاقرار عنده بالزنا هلاسترته انتهى - وكيف كان فلا اشكال في الحكم في الجملة - انما البحث في جهات .

١- ان النصوص المتقدمة انما هي في اليمين المسقطه للحد - اما غير العلوى منها فكونه فيها واضح - واما العلوى فلان الظاهر ولا اقل من المحتمل كون - يستحلف - مبنيا للمجهول والمراد بالحلف هو حلف المدعى عليه لا اليمين المردودة والمراد بصاحب الحد من عليه الحد لمن له الحد وهو المقذوف - ولكن خصوص المورد لا يخص الوارد

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٢-٣-٤

ومقتضى إطلاق قوله **لَا يَمِينُ** لا يمين في حد نفى اليمين المثبتة والمسقطه له .

٢- لا اشكال في الحدود التي تكون حقا محض الله كحد الزنا وشرب الخمر -

واما لو اشترك الحد بينه وبين الادمي كحد القذف ففي سماع الدعوى به من المقذوف قولان - احدهما - ما عن الشيخ في المبسوط من انها تسمع ترجيحاً لجانب حق الادمي وهو المقذوف وفرع الشيخ رده على قوله بانه لو ادعى عليه بانه زنا لزمه الاجابة عن دعواه ويستحلف على ذلك فان حلف سقطت الدعوى ولزم القاذف الحدوان لم يحلف ردت اليمين على القاذف فيحلف ويثبت الزنا في حقه بالنسبة الى سقوط حد القذف ولا يحكم عليه بحد الزنا لان ذلك حق الله تعالى محض واستحسنه الشهيده - ثانيهما ما هو المشهور بين الاصحاب وهو انه لا تسمع دعواه - وهو الاظهر - لا إطلاق النصوص وخصوص ما كان منها في القذف الذي لا ضعف فيه بارسال ولا غيره كما عرفت .

ثم ان النصوص المتقدمة في اصل القذف مع الشك في صدوره في حق من هو محصن جزماً او باعتراف القاذف - واما لو كان القذف ثابتاً مع دعوى القاذف عدم كونه المقذوف محصناً فهو اجنبى عن مورد الاخبار الاعلى احتمال ان يكون قوله في مرسل البنزطى ولم تكن له بينة مقولاً لقول القائل الذي يرويه الراوى - ولكنه خلاف ظاهر سوق العبارة - وعلى ذلك فهل يقام الحد على القاذف - لعموم ادلة حد القاذف الخارج عنه غير المحصن الذي هو عنوان خلاف الاصل وخلاف ظاهر حال المسلم - ام لا يحد من جهة ان القذف عبارة عن عنوان الافتراء فبالاصل لا يثبت عنوان القذف الماخوذ فيه حيثية الافتراء كما افاده بعض المحققين وجهان سيأتي تحقيق القول فيه في كتاب الحدود .

٣ - اذا كان للمدعى به اثران - احدهما حق الادمي - والاخر حق الله تعالى كالسرقة فان موجه امران المال والقطع - و الاول حق الادمي - والثاني حق الله تعالى - لا تسمع الدعوى بالنسبة الى الحد لما مر - و تسمع بالنسبة الى حق الادمي ويترتب عليه موجه من اليمين والقضاء بالنكول او مع رده على المدعى على الخلاف - وقد تقدم انه لا مانع من التكفيك بين الاثرين .

(و) منها انه (لا) يجوز اليمين (مع عدم العلم) بمعنى انه يعتبر فى اليمين

العلم بالمحلف والافلايجوز - وقد تقدم الكلام فيه .

(و) منها انه (لا) يمين (لمثبت ما لا يغيره) والظاهر انه لا خلاف فيه بين الاصحاب

بل عليه الاجماع فى جملة من الكلمات - واستدل به بانصراف اخبار اليمين عن مثله فانها متكلفة لاثبات طريقة اليمين على اثبات حق له او نفى حق عنه - ولا بأس به

سيما مع دعوى الاجماع عليه - وقدمر الكلام فيه فى مسألة الدعوى على الميت

(و) منها انه (تقبل الشهادة) أى شهادة الواحد (مع اليمين اذا بدأ بالشهادة من

عدل فى الاموال و الديون لافى الهلال و الطلاق و القصاص) وقدمر الكلام

فى ذلك مفصلاً فى المسألة الثانية من الموضع الثالث فى الفصل السابق .

(و) منها - انه (اذا شهد بالحكم عدلان عند حاكم آخر انقذه الحاكم الثانى

مالم يخالف المشروع) وقد مر الكلام فيه فى الفصل الاول مستوفى .

تعريف المدعى

(الفصل الرابع فى المدعى) وقد عرف بتعاريف (١) انه من لو ترك ترك - والظاهر

ارادة الترك فى تلك الدعوى لا مطلقاً - وعلى ذلك فلو كان مديوناً وادعى الوفاء يكون

مدعياً لانه لو ترك هذه الدعوى يترك فيها فيكون الدين باقياً فى ذمته ولا ينافى عدم

تركه من هذه الحيثية - وبعبارة اخرى انه لو سكت ولم يخاصم سكت عنه ولم يخاصم (٢)

ان المدعى هو الذى يدعى خلاف الاصل - والمراد به اعم من الاصل العملى

والامارة المعتمدة وعليه فيساق مصاديق هذا التفسير مع مصاديق التفسير الاول (٣) ان

المدعى هو الذى يذكر امراً خفياً بحسب الظاهر - أى يدعى خلاف الظاهر بحسب

المتعارف والمعتاد واشكاله مظاهر فانه يصدق المدعى على من يدعى خلاف الاصل قطعاً

وان لم يكن قوله مخالفاً للظاهر - وايضاً فهو يصدق على من يدعى خلاف الظاهر غير

المعتبر مع انه لا يصدق عليه المدعى (٤) ان المدعى من يكون بصدد اثبات امر على

غيره وهذا بحسب المصاديق متحدهم التعريف الاول (٥) المرجع فيه هو العرف -

وهذا ايضا بحسب المصاديق يرجع الى الاولين والرابع (٤) ان المدعى من يطلب منه البينة - وفيه - ان الكلام في تعيين المدعى ليكون له البينة - والحق في التعريف هو الخامس فانه لا اشكال في انه ليس للمدعى حقيقة شرعية ولا متشرعية وعليه فلفظ المدعى الواقع في النصوص كساير الالفاظ يكون المرجع في تعيين مفهومه سعة و ضيقا هو العرف .

ثم انه قد يختلف صدق المدعى والمنكر بحسب مصب الدعوى - مثالا اذا اختلفا في ان المال الذي اعطاه هل كان قرضا فيكون تلفه على الاخذ وهو ضامن ام كان قرضا فلا ضمان عليه - فان لم يكن نظرها الا الى تعيين ان الواقع هو القرض او القراض كان كل منهما مدعيا ومنكرا - وان كان مصب الدعوى والغرض ثبوت الضمان وعدمه كان مدعى القرض مدعيا لاصالة البرائة عن الضمان - فان قيل ان مقتضى عموم قاعدة (١) على اليد هو الضمان في كل يد على مال الغير لم يحرز كونها مجانية - وعليه فالمدعى هو من يدعى القراض فان قوله خلاف الدليل قلنا - انه لا وجه للتمسك بقاعدة اليد في المقام للعلم بعدم ثبوت ضمان اليد كان الدفع بعنوان القرض او القراض اذ على الاول يكون الضمان معاوضيا لا ضمان اليد - وعلى الثاني لا ضمان اصلا - فعلى التقديرين لا يكون ضمان اليد ثابتا - مع - انه لو اغمض عن ذلك وقيل ان الضمان الثابت بقاعدة على اليد اعم من ضمان اليد او ضمان المعاوضة يكون التمسك بهافي الغرض تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية لغرض خروج القراض عن تحتها وهو لا يجوز .

شرائط سماع الدعوى - في اعتبار كون المدعى مكلفا

(و) كيف كان فالكلام في هذا الفصل يقع في مسائل - الاولى صرح غير واحد بانه يشترط في سماع الدعوى امور - ١ - (لا بد وان يكون) المدعى (مكلفا) فلا تسمع دعوى المجنون و غير البالغ وان كان مميزا مرافقا بلا خلاف فيه كما صرح به

جماعة وفي المستند وغيره دعوى الاجماع عليه - واستدل له تارة بان المتبادر من الادلة هو العاقل البالغ فاذا لم تشمل ادلة سماع الدعوى واحكامها للمجنون والصبي تعين الرجوع الى الاصل وهو اصاله عدم ترتب الاثار من وجوب السماع وقبول البينة والاقرار وسقوطها بالحلف ونحو ذلك - واخرى بما دل (١) على انه لا يجوز امر الصبي حتى يحتلم او يبلغ خمس عشرة او ينبت قبل ذلك - وثالثة بانهما مسلوبى العبارة - ورابعة بان الدعوى ربما تتضمن اموراً تتوقف على التكليف كاقامة البينة ونحوها اقول لا اشكال في ان ما كان من موازين القضاء موجباً للتصرف المالى كالاقرار ورد اليمين والسكوت عن الجواب الذى عرفت انه نكول يترتب عليه حكمه لا يصح من الصبي والمجنون كما لا يخفى - وكذا لا يجوز احلافهما ولا قبول حلفهما لو ردت اليهما - ولكن سماع دعواهما لو ادعى على شخص انه جنى عليهما او غضب مالهما واقاما شهودا على ذلك وما شاكل مما لا يتوقف على التصرفات الممنوعة فلا رى فيه محذوراً اذ كون المتبادر من ادلة سماع الدعوى والحكم بالبينة هو العاقل البالغ ممنوع - وحديث (٢) رفع القلم عنهما وعدم جواز امر الصبي انما هو بالنسبة الى التكليف المتوجهة اليهما واما الحكم لهما مستنداً الى البينة القائمة فهو نظير الحكم بانهما يرتان لومات من يرتان منه فلا ربط لتلك الاخبار به - وكونهما مسلوبى العبارة ممنوع مع انه لا ربط لذلك ايضاً بالحكم لهما وسماع دعواهما - والاجماع على عدم سماع دعواهما مطلقاً غير ثابت فاذا اظهر السماع وح ان كان هناك بينة يحكم الحاكم بهما والا فللحاكم احلاف المنكر مع المصلحة ولا يلزم في سماع الدعوى ترتيب جميع آثارها من الاحلاف والحلف ونحوهما .

٢- ان يكون المدعى رشيداً فلا تسمع من السفیه كما عن المحقق الاردبیلی والفاضل التراقي بل عن المعتمد الاجماع عليه والكلام فيه هو الكلام في المجنون

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع و اب ٢ من كتاب الحجر

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات و باب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس

والصبي فالأظهر انه لا يسمع دعواه في خصوص الدعاوى المالية المنتهية الى التصرف المالي - واماماً يتعلق بغير المال كالقذف وما شا كل وما يتعلق به غير المنتهى الى التصرف المالي فلا مانع من سماع دعواه والحكم له لو اقام بينة عليه.

في اعتبار كون الادعاء لنفسه أو من له الولاية عنه

٣- ان يكون (مدعياً لنفسه أو من له الولاية عنه) بان يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أمينه بالاجماع مطلقاً اثباتاً وفي الجملة نفياً كذا في المستند - ولم يذكر الاصحاب لذلك دليلاً الا انصراف العمومات الدالة على وجوب الفصل بين المتخاصمين والحكم بالحق والقسط والعدل عن مثل ذلك - وانه ليس شأن مثله عرفاً تحرير الخصومة - واصالة عدم وجوب السماع منه وعدم وجوب الجواب على المدعى عليه (وهي) كما ترى لمنع الانصراف - ولا مورد للاصل مع اطلاقات الأدلة - وعدم كون شأن مثله عرفاً تحرير الخصومة لا يوجب عدم صحة الحكم لو اقام بينة عليه فالعمدة في جانب النفي هو الاجماع - والمتيقن منه الدعوى للغير بالولاية ولا وكالة ولا اذن وغير الدعاوى الحسبية من المحتسبين كما اذا غصب شخص اموال الصغار أو ادعى على ميت له صغار بدين وهو يعلم كذب المدعى او انه اوفاه وذمته بريئة وله شهود - فلو ادعى باحد هذه الوجوه تسمع الدعوى ويحكم الحاكم بما يقتضيه موازين باب القضاء - نعم بعض تلك الموازين كرد اليمين او الحلف على ما مر لا مورد له في بعض الدعاوى وهو امر آخر لا ربط له بعدم سماع الدعوى وعدم الحكم بالبينه القائمة وقد بينا ذلك في موضعه.

٤- ان يكون ما يدعيه امراً ممكناً فلا تسمع دعوى امر محال عقلاً او عادة او شرعاً وان يكون لازماً فلو ادعى هبة او وقفاً لم يسمع الامع دعوى الاقباض - واستدلوا لذلك بان الانكار فيما لا يلزم رجوع - وبانه مع الاثبات لا يجوز الاجبار على التسليم ولكن الاول ممنوع فان الرجوع امر قصدي غير الانكار - وليس جواز الاجبار على التسليم من آثار صحة الدعوى - والى ذلك نظر من قال ان اصل الملك شيء ولزومه

امر آخر ولكل منهما فوائد فيمكن دعوى احدهما بدون الآخر واذا ثبت احدهما يبقى الآخر - ثم ان هذا على تقدير ارادتهم من اللزوم معناه الظاهر - ولكن الظاهر كما افاده صاحب الجواهر انه ان مرادهم باللزوم ليس هو كونه بحيث لا يكون للمدعى عليه الرجوع او الفسخ بل المراد استحقاق المدعى بعد الاثبات لامجرد تهيئه له كما فى الوقف و نحوه مما يكون القبض شرطاً للانتقال - و عليه فلا يرد النقض عليهم بدعوى البيع من دون دعوى انقضاء الخيار - ودعوى الهبة اذا كان المتهم اجنبياً وما شا كل التى لا اشكال ولا خلاف بينهم فى صحتها وسماعها - وايضا لا يرد عليهم ما اوردها على الوجه الثانى الذى افاده فان تحرير الدعوى انما هو لاثبات حق على المدعى عليه فاذا لم يثبت باثبات المدعى به حق على المدعى عليه لعدم انتقال المال بدون التسليم ولا يجب عليه التسليم فلا يمكن اجباره به لزم لغوية الدعوى والحكم ومثل ذلك لا يكون مجعولا شرعا.

٥- ان يكون (ما) يدعيه مما (يصح تملكه) فلو ادعى عليه خمرا او خنزيراً لا نسمع - الا اذا كان فى مقام يثبت له حق الاختصاص المنتهى الى الملكية او الصالح له كدعوى خمر تصلح ان تصير خلا.

عدم اعتبار الجزم فى الدعوى

٦- الجزم فى الدعوى اعتبره ابن زهرة والكيدرى والمحقق وعن التنقيح نسبته الى المشهور - وعن ابن نما والفخر والشهيدى فى النكت والمسالك عدم الاعتبار وهو ظاهر المحقق الاردبيلي - وعن المحقق الثانى عدم الاشتراط فيما يخفى عادة ويعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوهما و الاشتراط فى نحو المعاملات وهو ظاهر الدروس و الروضة على المحكى - وعن بعضهم الاشتراط مع عدم التهمة واما معها فلا يشترط ذلك - وعن القواعد والارشاد والتحرير و المفاتيح و شرحه و غيرها التوقف فى المسألة .

و الاظهر هو عدم الاشتراط مطلقا - وذلك لوجوه - الاول - صدق المدعى على

من ادعى دعوى ظنية او احتمالية والمدعى عليه والمنكر على خصمه فيشملهما ما دل على ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه والمنكر وانه يقضى بهما .

الثاني الاخبار الخاصة الواردة في استحلاف الامين مع التهمة مثل - مارواه (١) الصدوق في الصحيح عن عبدالله بن مسكان عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيجيئون بالبينة و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا - ومارواه (٢) الشيخ عن بكر بن حبيب عنه عليه السلام لا يضمن القصار الا ما جنت يده وان اتهمته احلفته - وبهذا (٣) الاسناد قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه قال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء ونحوها غير ها - فانها تدل على استحلاف المدعى عليه في صورة كون الدعوى غير جرمية .

واورد على الاستدلال بها (تارة) باختصاصها بالتهمة فلا تنهض دليلا على العموم (واخرى) بانها مختصة بصورة تحقق اليد المقتضية للضمان من حيث هي فلا تشمل ساير الدعاوى الظنية من غير تحقق اليد ذكره في ملحقات العروة (وثالثة) بانها تدل على جواز الاحلاف ولا تعرض فيها السماع الدعوى وحكم الحاكم .

والكل منظور فيها - اما الاول - فلان التهمة تعم جميع الموارد التي ينكر فيها المدعى عليه لعدم اختصاص التهمة بمثل القتل والسرقة بل هي عامة شاملة للكذب في الانكار وجلب النفع ودفع الضرر - واما الثاني - فلان اليد المتحققة فيها ليست يد ضمان قطعا لكون من يكون المال تحت يده امينا على الفرض - واما الثالث - فلان الاستحلاف انما هو عند الحاكم - وان شئت قلت ان الظاهر منها انه يستحلف فان حلف لاضمان عليه والافهوضامن ومن الواضح ان نفى الحق بالحلف واثباته بالنكول انما هو في مقام الخصومة والنزاع - فان قيل انها مختصة بموارد خاصة - قلنا انه بضميمة عدم القول بالفصل وعموم العلة في الصحيح يثبت في جميع الموارد .

الثالث خبرا (١) ابي بصير والاصبح الواردان فى قضية الشاب الذى ذهب ابوه مع جمع الى سفر ولم يرجع - حيث قضى شريح فيه بالحلف ثم فرق امير المؤمنين (عليه السلام) بين المتهمين واخذ الاقرار منهم فان الظاهر كون دعوى الشاب احتمالية او ظنية.

الرابع عموم ادلة الحكم بما انزل الله والقسط والعدل - والايراد عليه كما فى ملحقات العروة بقوله لعل ما انزل الله ايقاف الدعوى الى حصول الجزم - يدفعه - قوله البينة على المدعى فانه الحق وما انزل الله والاصل عدم انزال غيره .

واستدل المشترطون (بان) المتبادر من الدعوى ما كان بالجزم (وبان) سماع الدعوى يوجب التسلط على الغير بالالتزام بالاقرار او بالانكار او التعزيم وهو ضرر عليه (وبان) لازم السماع القضاء بالنكول او يمين المدعى فى صورة عدم الاقرار والبينة وكلاهما مشكل اما الثانى فلانه مع عدم علمه بما يدعيه لا يجوز له ان يحلف واما الاول فلعدم جواز اخذ المدعى به مع عدم علمه بالحق وانكار المدعى عليه واحتمال كون نكوله عن الحلف للتعظيم او نحوه (وبالاجابة) (٢) الدالة على انه لورد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له.

ولكن التبادر ممنوع كما مر - ومنع كون الانكار والحلف ضررا مع انه قد يعارض بضرر المدعى كما اذا علم بان احد شخصين اخذ ماله ولم يعلم التعيين فيكون دعواه على كل منهما غير جسمية - وكون اثر سماع الدعوى فى بعض الموارد القضاء بالنكول او يمين المدعى لا يوجب عدم سماع الدعوى فى مورد لا يترتب عليه ذلك لعدم الدليل على كونه من اللوازم التى لا تنفك عن سماع الدعوى - مع انه يمكن منع امتناع ثمرة النكول ومنع عدم الحلية بمجرد النكول كيف وقد حكم الشارع فى كثير من الموارد بحلية المال الماخوذ من الغريم مع عدم علم المدعى باشتغال ذمته كما فى الغسال والصباغ والجمال يتهمهم صاحب المال بالخيانة او التفريط فانه دلت النصوص (٣)

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢٠١

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجابة

على انه يسمع الدعوى في تلكم الموارد ويحكم بالضمان بدون البينة - فليكن المقام من قبيل ذلك (واما) اخبار الرد على المدعى فهي مختصة بما يمكن فيه الرد قطعاً وهو هنا غير ممكن لنهي الشارع عن الحلف بدون العلم - وبما ذكرناه يظهر مدرك الاقوال الاخر والجواب عنه .

ثم انه على المختار من السماع - ان اقر المدعى عليه واقام المدعى البينة فلا اشكال في ثبوت الحق وكذا ان حلف المنكر لا اشكال في سقوط الدعوى - وان لم يحلف فليس له الرد على المدعى لما مر وح فيلزم المنكر بالحق لما مر من انه يقضى بالنكول - ويشهد به اخبار استحلاف الامين المتقدمة - وقديقال انه يقضى بثبوت الحق على المنكر حتى على القول بعدم القضاء بالنكول مع امكان رد اليمين واختصاص نصوص استحلاف الامين بموردها - من جهة انه لا ريب في صدق الدعوى والمنازعة في المقام وايضا لا اشكال في عدم شمول اخبار رد اليمين وعلى ذلك فيدور الامر بين ايقاف الدعوى الى الابد والحكم بثبوت الحق على المدعى عليه - والاول خلاف القاعدة المستفادة من النصوص الدالة على ان الفاصل للخصومة هو البينة او الحلف - وانه مع عدم البينة ان حلف المنكر سقطت الدعوى والاثبت الحق عليه فانه قد خرج عنها صورة امكان رد اليمين وردها بالاخبار وبقي بقية الصور تحتها ومنها المقام .

ويترتب على ما ذكرناه من عدم اعتبار الجزم في الدعوى - انه لا يعتبر تعيين المدعى عليه فلو ادعى على احد الشخصين أو الاشخاص مرددا بان قال لي كذا على زيد او على عمر وتسمع الدعوى فله ح ان يدعى على كل واحد منهما او منهم مستقلاً فان اقام البينة على كون احدهما المعين مديونا ثبت الحق عليه وسقطت الدعوى بالنسبة الى غيره - والا فان حلف احدهما سقط الحق عنه خاصة - وان حلفا برئاً جميعاً - وان كلا كان مقتضى القاعدة الزام كل منهما او منهم بالحق وحيث يعلم اعدم اشتغال ازيد من واحد منهما او منهم فمقتضى قاعدة العدل والانصاف المصطادة من الاخبار هو الصلح بالسوية .

بل يمكن القول بذلك لو اقام المدعى البينة على اشتغال زمة واحد منهما او منهم

بنحو التريد او اقروا بالدين كك بان قالوا نعم واحد منا مديون لكن لا ندرى المعين اذ لا مجال لرجوع كل واحد من الجماعة الى اصاله البرائة كما في الجنابة المرددة لان جريان الاصل بالنسبة الى كل واحد منهم مستلزم للضرر على ذلك الشخص - و عليه فاللازم توزيع ذلك المقدار عليهم - وان ابيت عنه فالقرعة (١) لانها لكل امر مشكل (فما) يظهر من المحقق والاصنف ره في محكى القواعد في باب القصاص من سماع الدعوى مع التريد في المدعى عليه -متمين- وبذلك يظهر سماع الدعوى مع التريد فيمن له الحق فلو علم اثنان ان احدهما حقا على واحد يصح لهما تحرير الدعوى كك وتسمع وبعد الاثبات بالاقرار على وجه التريد او البينة كك يقتسمان على وجه الصلح القهرى بالسوية:

في اعتبار المخاصمة وكون المدعى به معلوما

٧ - من شرائط سماع الدعوى والحكم القاطع لها ان يكون للمدعى طرف يكون بينهما منازعة ومخاصمة فعلا - فلو قال احدا ان لى على زيد كذا وهو معترف به ويؤديه ولكن اريد منك طلبه وسماع الاقرار منه والحكم بمقتضاه - او اريد اقامة البينة وصدور الحكم لم يجب السماع - ولو سماع واقامت البينة او اقر لم يجب الحكم بل لا يجوز من باب القضاء - ولو حكم لا يكون نقضه حراما ولا يجب العمل به - وكذا لو كان هناك وقف على نحو مخصوص صحيح عند بعض العلماء و اراد اصدار الحكم ممن يقول بصحته دفعا لادعاء بعض البطون اللاحقة ونحو ذلك مما هو محل الخلاف.

واستدلوا لذلك بظهور الدعوى فيما كان فيه مخاصمة وباختصاص ادلة وجوب القضاء ونفوذ وظهورها فيما كان كك.

ولكن يمكن ان يقال ان ذلك بالنسبة الى وجوب سماع الدعوى تام - واما لو سماع وحكم مستندا الى احدى الامارات الشرعية من البينة والاقرار - فلا قصور

في ما دل على وجوب العمل على طبق الحكم وعدم جواز نقضه له فان قيل ان عمدة الدليل على حرمة النقض ووجوب العمل هو المقبولة (١) والمشهورة (٢) المتقدمتان وهما في مورد النزاع والمخاصمة قلنا ان خصوص المورد لا يصلح لتقييد اطلاق الوارد ودعوى الانصراف من هذه الجهة ممنوعة - و مما يشهد لذلك اطلاق فتاوى الفقهاء ان جواب المدعى عليه اما انكار او اقرار او سكوت فان مورد كلامهم اقرار المدعى عليه ولولم يدع المدعى انكاره - ويؤيده انه لا اشكال في صحة الحكم بالهلال والحدود التي لا خصوصية فيها،

٨- ان يكون المدعى به معلوما بالجنس والنوع والوصف والقدر نسب اشتراطه الى الشيخ وابي الصلاح وبنى حمزة وزهرة وادريس والمصنفه في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس فلو ادعى ثوبا او دابة او فرساً او شيئاً على شخص لا تسمع دعواه واستدلوا له بعدم الفائدة لواقع به المدعى عليه - وفيه منع عدم الفائدة فانه يلزم ح بيان الحق المقربه او المثبت بالبينة وقبول تفسيره بمسمى الدعوى ويحلف على نفي الزايد او العلم به ولولم يفسر لادعائه الجهل ايضا او لاصراره على العدم الواقعي لو ثبت بالبينة - فلو كان الجهل بالقدر يلزم بالقدر المشترك اى الاقل - وان كان بالوصف فالظاهر انه يؤخذ منه اقل الافراد بحسب الوصف والقيمة ولا يبعد الرجوع الى القيمة - وان كان بالنوع او الجنس فالظاهر الرجوع الى القيمة كما لا يخفى وجهه و عليه فيرجع الجهل ح الى القدر فيؤخذ باقل ما يمكن من الثمن - نعم لو كان المدعى به مجهولا مطلقا مرددا بين ماله قيمة و ما ليس له قيمة لا تسمع دعواه .

و لما ذكرناه ذهب جماعة منهم المحقق في النافع والمصنفه في الارشاد والقواعد وفخر المحققين في الايضاح والشهيد الثاني وغيرهم على ما حكى الى السماع وعدم اشتراط هذا الشرط بل نسب الى الاكثر وهو الاقوى لعمومات الدعوى والمدعى والحكم - مع ان عدم سماعها قد يوجب الضرر المعلوم ففيه شرعا - ويؤيده انهم ذكروا

سماع الاقرار بالمجهول والزام المقر بالتفسير - وسماع الوصية بالمجهول - بل سماع دعوى الوصية بالمجهول .

٩- ان تكون الدعوى صريحة في استحقاق المدعى والا فلا تسمع - والظاهر انه تام مع ضم امرين اليه - احدهما ارادة الاعم من الظهور والنصوصية من الصراحة - ثانيهما ان يكون دعواه بما لا يوجب شيئاً على المدعى عليه غير منضمة الى قوله اتمم الدعوى بعد حصول البينة لي - اما تماميته مع الامرين فلعدم الفائدة لو ثبت ما يدعيه بالاقرار او البينة مثلاً اذا قال هذا الثمر الذي في يد زيد من نخلي لا تسمع دعواه لاحتمال كونه لغيره مع كون النخل له - واما سماعها مع انتفاء الامر الاول بان كان دعواه ظاهرة في الاستحقاق وان لم تكن صريحة فيه كما لو قال هذا الخبز الذي ليس في يد المدعى عليه من حنطة فلان فانه اقرار بانه له فواضح - واما سماعها مع انتفاء الامر الثاني فلعموم ما دل على سماع الدعوى الا ان لا يكون فيها فائدة .

تنبيهات

ثم انه ينبغي التنبيه على امور مناسبة للمقام - الاول - لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاق المدعى به ولا كشف ما يلزمها ويتعلق بهامن الحقوق والواجبات بل يكفي فيها الاطلاق مجردا عن ذكر السبب وغيره - بالاخلاف فيه بيننا من غير فرق بين ان يكون المدعى به عينا او ديناً او عقداً من العقود - والوجه في عدم الاشتراط اصاله عدمه وعمومات سماع الدعوى والحكم - وفي المستند نعم يشترط في دعوى القتل من ذكر سبب دعواه وكيفية قتله بانه قتله بنفسه أو بامر عمد او شبه عمد او خطأ للحلاف الواقع في احكام القتل باختلاف اسبابه وكيفياته انتهى - وفيه - ان غاية ما يلزم من ذلك عدم كون المدعى به معلوماً بجميع خصوصياته وقد صرح قده قبيل ذلك بعدم اشتراط العلم به ونسب الاشتراط في دعوى القتل الى المبسوط مدعيه عليه الاجماع معللاً بان امره شديد وفائته لا يستدرك - وهو كما ترى - فالظاهر عدم الاشتراط وكفاية الاجمال نعم للحاكم ان يستفصل .

الثانى حكى عن بعض الفقهاء الاستشكال فى سماع دعوى الاقرار ولو كان بالمعلوم من جهة انه لا يثبت الحق فى الواقع وانما هو مثبت لظاهره - من باب اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) - ويرده ان ثبوت الحق ظاهرا يكفى فى وجوب السماع مع انه من طرق اثبات الواقع كالبيينة فلو ثبت اقراره بالبيينة والاقرار يحكم بثبوت الحق .

الثالث ظاهر كلمات القوم سماع الدعوى فى كثير من المقامات يمينه وليس الوجه فيه سماع اليمين من المدعى كى يورد عليهم بمنافاة ذلك لقاعدة ان اليمين على المدعى عليه - بل الظاهر ان وجهه ان قول المدعى فى تلك المقامات فى نفسه مطابق للحجة - نظير دعوى ذى اليد فيكون هو منكر احسب ما تقدم ضابطه فيتوجه اليه وظيفته - واطلاقهم المدعى عليه والدعوى على قوله كاطلاق دعوى ذى اليد يكون مبنيا على التسامح فى التعبير - وهى بمجموعها غير داخله تحت كبرى واحدة بل هناك كبريات متعددة - منها كبرى المدعى بلا معارض - ومنها كبرى سماع قول ذى اليد ومنها كبرى سماع قول الامين فيما ثبت فيه امانته - ومنها كبرى من ملك فى ما هو راجع الى تحت سلطنته ومنها دعوى ما لا يعلم الامن قبله - ولا باس بالتعرض لما هو الوجه فى هذه الكبريات.

سماع الدعوى بلا معارض

اما الكبرى الاولى - فالمشهور بين الاصحاب انه اذا ادعى ما لا لايد لاحد عليه ولا معارض له فى دعواه يحكم بانه له وليس لاحد معارضته من غير حاجة الى البيينة ولا الحلف ويصح تصرفاته وان ادعاه بعد ذلك مدع آخر يكون هذا المدعى منكرا فيجوز بينهما حكم المدعى والمنكر - ويمكن ان يستدل له مضافا الى تسالم الاصحاب عليه

والسيرة القطعية على طبقه في الجملة بموثق (١) منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت عشرة كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم بعضا لك هذا الكيس فقالوا كلهم لا وقال واحد منهم هولى فلمن هو قال عليه السلام للذى ادعاه وصحيح (٢) البرنطى عن ابي الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير يدوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين فيعرف صاحبه او يجيئه فيطلبه من لايتهمه فقال عليه السلام لا يحل له امساكه يرد عليه الحديث وصحيحه (٣) الاخر عنه عليه السلام في الصيد - وان جائك طالب لاتتهمه رده عليه و دلالة هذه النصوص على حجية الدعوى المزبورة و اخصة لحكمه عليه السلام فى الموثق بانه للذى ادعاه و فى الصحيحين بوجوب رده الى من يدعيه وهو غير متهم - و يترتب عليه صحة الحكم بكونه له بمجرد دعواه وان لم يكن يده عليه .

وفى ملحقات العروة انه لا يدل شىء من الادلة المتقدمة حتى السيرة والاجماع على الحكم بانه له بمجرد دعواه - وقد ذكر فى وجه عدم دلالة الموثق على ذلك وجهين - احدهما - ان الحكم فيه من حيث حصول العلم بان الكيس لذلك الذى ادعاه فان الظاهر انه لم يكن خارجا عنهم ومع نفى غيره ينحصر فيه وفيه - انه ليس فى الخبر ما يشعر بذلك بل السؤال عن انه لمن هو ظاهر فى عدم العلم بذلك - ولا اقل من عدم الاستفصال - ثانيهما - ان فى مورد كانه الكيس فى يد الجماعة واذا نفى الجميع كونه لهم تبقى يد ذلك الواحد ومقتضاها كونه له - وفيه - ان كون الكيس فى وسط الجماعة اعم من كونه تحت يدهم - فترك الاستفصال يثبت المطلوب - و ذكر فى وجه عدم دلالة صحيح البرنطى ان الامر بالرد فيه قيد بعدم الاتهام و حقيقة ذلك عدم تجويز كذبه اذ معه يصدق الاتهام ومع عدم تجويز كذبه يعلم ملكيته - وفيه - ان حقيقة عدم الاتهام كون

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب الصيد من كتاب الصيد والذباحة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ١

المدعى بحيث لا يَحتمل في حقه ارادة اكل مال الغير وهذا في نفسه لا يوجب العلم بالملكية مع قيام احتمالات من الخطاء وغيره .

ثم انه على المختار من ثبوت الملكية بالدعوى بلا معارض - ما ذكره الاصحاب من انه اذا جاء بعد ذلك من يدعى ملكيته يكون مدعى والمدعى الاول منكرا ويجرى عليهما احكام المدعى والمنكر - غير ظاهر الوجه اذا قال كان لي من حين حصول يدك عليه - بل الظاهر كونه معارضاله لان اليد التي حالها معلوم لا تكفى في جعله منكرا وكون من ادعى بعده مدعى بل هما متدعيان - وعلى ذلك فيعتبر فيه عدم المعارض الى الابد ولا يكفى عدم وجوده حين الدعوى - نعم اذا لم يكن له معارض حين الدعوى يحكم في الظاهر بعدم وجوده الى الابد بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور العدمية وفي الامور الاستقبالية - اللهم الا ان يقال ان الاجماع والسيرة وموثق منصور تدل على الحكم بملكيته له بمجرد عدم وجود المعارض حين الدعوى وان وجد فيما بعد فتأمل ثم ان تمام الكلام بالبحث في فروع .

١- لو ادعى اثنان على وجه الشر كة ما لا يلد لاحد عليه فان ادعى كونه لهما على وجه الشر كة يجرى على دعواهما حكم الدعوى بلا معارض - وان ادعى كل واحد منهما جميعه - فهل يحكم بانه لاحدهما وينفى الثالث - ام لا يحكم بذلك وجهان - مبنيان على شمول ادلة الدعوى بلا معارض لهما وعدمه - وعلى تبعية الدلالة للالتزامية للمطابقة حجية وعدمها - اذ لو قلنا بعدم الشمول او قلنا بالتبعية لا يحكم بنفى الثالث اما على الاول فواضح واما على الثاني فلانه لو شمل دعوى كل منهما دليل السماع وقع التعارض بينهما ويتساقطان فلا يمكن نفي الثالث بهما - ولو قلنا بالشمول وعدم التبعية فيحكم به ولا يخفى وجهه - وحيث ان الادلة لا تشمل الفرض - والظاهر هو التبعية فلا ينفي الثالث بهما .

٢- اذا نفاه اولو قال ان المال ليس لي ثم ادعى ثانيا كونه له فقد افاد صاحب الجواهر انه تسمع دعواه لاصالة صحة قوله مع الاحتمال التذكر وغيره - وقد يستدل

له بموثق منصور المتقدم بدعوى انه قال فقالوا كلهم لاقفال واحد منهم هولى وهذا ظاهر فى ان من ادعى الملكية قد نفاه اولائم قال هولى فتدبر.

٣- اذا كان وقف لم يعلم مصرفه اولم يعلم المتولى له ولم يكن فى يد احد فداعى شخص انه المتولى عليه ولم يكن له معارض - فالظاهر جريان حكم الدعوى بلا معارض على دعواه وان كان خارجا عن مورد النص ولكن لم يقل احد بالفصل مع انه داخل فى معقد الاجماع فتدبر.

٤ - المقدار المسلم الثابت بالدلة من حجية الدعوى بلا معارض انما هو فى المالىات وكل ما يكون ربطا بين الاثنين من الزوجية وغيرها - وامامثل الطهارة والنجاسة والهلال وماشا كل فهى خارجة عن مورد القاعدة بل ربما لا يصدق المدعى فى كثير من هذه المقامات - الا ان يكون المدعى ثقة فانه يكون قوله حجة ح بناء على المختار من حجية الخبر الواحد فى الموضوعات.

٥- قال صاحب الجواهر زه بعدم سماع الدعوى بلا معارض لو كان المال فى يد شخص يكون مخاطباً بايصاله الى مالكة كالامانة التى لا يعلم مالكة والمجهول المالك الذى صار ييدشخص واللقطة ومال الميت الذى لا يعلم وارثه ونحو ذلك فلا يدفع الى من يدعيه الا بالبينه لان المتيقن من الاجماع والسيرة ومورد النصوص غير ذلك - وهو حسن - لولا ان مورد صحيحى البنزطى كون المال بيد من يكون مامورا بايصاله الى صاحبه من جهة كون الطير مستوى الجناحين و عليه فالظاهر جريانه فى هذه الصورة ايضا خرج عن ذلك اللقطة وقد مر الكلام فيها - ولو كان المدعى ثقة لا ينبغي التوقف فى الحكم بانه له فى هذه الصورة ايضا .

واما الكبرى الثانية - وهى كبرى سماع دعوى ذى اليد - فقد اشبعنا الكلام فيها فى رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة وفيها مباحث هامة نافعة - من اراد الاطلاع عليها فليراجعها.

واما الكبرى الثالثة - وهى كبرى سماع قول الامين فقد مر الكلام فيها فى كتاب الاجارة والوديعة.

من ملك شيئاً ملك الاقرار به

واما الرابعة وهى سماع اقرار من ملك شيئاً وتسلط عليه وان لم يكن ملكاً له بالملكية الاعتبارية والمراد بها ان من له التصرف فى شئ وان لم يكن ملكاً له لولاه السلطنة المطلقة عليه كالوكيل والعبد المأذون ومن مائل كان اقراره ماضياً وناظراً- ثم ان المراد بنفوذ اقراره ليس كون اقراره كاقاربه ذلك الغير الذى يتصرف المقر عنه اوله حتى انه لا يسمع منه بينة على خلافه فضلاً عن حلفه على عدمه- بل المراد به اما ان اقراره به نافذ بالنسبة الى الاصيل كنفوذ اقراره وان لم يترتب عليه جميع آثار اقراره من غير فرق بين ان يقع هناك دعوى وبين ان لا تكون ولا بين ان يكون الدعوى مع الاصيل او مع ثالث- فلو اخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم فاخباره يكون بمنزلة البينة للغريم على الاصيل لو ادعى عليه بقاء الدين أو ان قوله يقبل بالنسبة الى الاصيل لو انكره فيختص بالتداعى الواقع بينهما فلا تعرض فيه لقبول قوله بالنسبة الى الاصيل لو كانت الدعوى ترجع على ثالث حتى يكون كالشاهد للثالث على الاصيل والمتيقن هو الثانى.

فالوجه فى ثبوتها الاجماع قال الشيخ الاعظم ره القضية المذكورة فى الجملة اجماعية بمعنى انه ما من احد من الاصحاب ممن وصل اليها كلامهم الا وقد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم ان لامستند له سواها انتهى.

وبناء العقلاء عليه كما فى اقرار العقلاء على انفسهم - واليه نظر بعض الفقهاء حيث قال ان السيرة قائمة على معاملة الاولياء بل مطلق الو كلاء معاملة الاصيل فى اقرارهم كتصرفاتهم .

وقد افاد المحقق العراقى ره فى وجه ثبوتها انها من القواعد الاصطلاحية من مدارك مختلفة واردة فى مقامات خاصة كما ورد النص (١) فى العبد المأذون فى

التجارة المشتمل على لفظ الاقرار ونفوزه في حق مولاه وعليه ونفوذ اقرار الوكيل والامين في الجهة الراجعة الى امانته انتهى و لتمام الكلام في هذه الكبرى الكلية محل آخر -

قبول دعوى ما لا يعلم الامن قبل المدعى

واما الخامسة - وهي كبرى سماع دعوى ما يعلم الامن قبل المدعى - فالظاهر انها في الجملة اجماعية وقد استدل بها الفقهاء في موارد خاصة وظاهرهم كونها من المسلميات وقد ذكر الاصحاب مواضع يقبل فيها قول المدعى بغير بينه ولا يمين وقد ذكرها الشهيد الثاني في المسالك وانها الى اثنين وعشرين موضعاً استدلوافى جملة منها بهذه القاعدة - اليك تلکم الموارد - ١- دعوى الصبي الحربى الانبات بعلاج ليلحق بالذراى فلا يقتل - ٢- دعوى البلوغ بالاحتلام بل وبلا نبات بناء على ان محله من العورة - ٣- مالو ادعى الذمى الاسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية بناء على وجوبها عليه مع الاسلام بعده - ٤- ادعاء صاحب النصاب ابداله في اثناء الحول - ٥- مالو خرص عليه فادعى النقصان الى غير تلکم من الموارد التى استدلوافى للحكم بهذه القاعدة - وقد تنظر بعض الاصحاب في بعض تلك الموارد لالتشكيك في هذه القاعدة بل لجهات اخر - مثلاً اورد على الحكم فى المورد الاول - بان مقتضى اطلاق مادل (١) على ان الانبات اماره البلوغ الحكم به فى الفرض - وبالجمله - تسالم الاصحاب على هذه القاعدة مما لا يقبل الانكار .

و يشهد بها مضافا الى ذلك مادل (٢) من الاخبار على ان العدة والحيض الى

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث ٨ و اب ١٤ من ابواب عقد البيع

حديث ١ و باب ٦٥ من ابواب جهاد المدد حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٢٤ من ابواب العدد - و باب ٤٧ من الحيض و باب ٢٥ من ابواب

عقد النكاح .

النساء فاذا ادعت صدقت - وفي بعض الاخبار على ما افاده الكنى قده في محكى كتاب القضاء التعليل بانه يتعذر عليها الاشهاد ولعله الى ذلك نظر القوم في تعليلهم سماع الدعوى في امثال هذه الموارد بتعذر اقامة الشهادة .

ثم ان ظاهر كلمات القوم حيث ذكروا جملة من صغريات هذه الكبرى الكلية في كتاب القضاء في ذيل احكام الحلف بعد ان ذكروا انه لايجرى في الحدود ان مرادهم ذلك حتى في مقام النزاع - ولكنه مشكل لما مر من ان الفصل للمصومة والدعوى المسموعة لا بد وان يكون اما بالبينه او باليمين فلا وجه لعدم اليمين عليه اللهم الا ان يقال انه مع كون المدعى به شيئاً لا يعلم الامن قبله لا يتصور النزاع والمخاصمة فيه لعدم امكان العلم به من غير ناحيته ولا اقامة البينة عليه وعليه فيصح اطلاق كلامهم انه يسمع قوله باليمين .

كيفية التوصل الى الحق

المسألة الثانية في التوصل الى الحق - وهو اما عقوبة او مال - والاول اما قصاص اوحد - اما الدية فهي داخله في المال - واما القصاص ففيه قولان - ١ - عدم الاحتياج الى الحاكم وجواز استقلال الولي فيه اختاره الشيخ في موضع من المبسوط والمحقق في النافع والمصنف في احد قوليه واكثر المتأخرين بل عامتهم - ٢ - وجوب الرفع الى الحاكم ذهب اليه الشيخ ره في موضع اخر من المبسوط والخلاف على ما حكى وعن المقنعة والمهذب والكافي والقواعد والغنية وقضاء المسالك وعن الغنية نفى الخلاف فيه وعن الخلاف الاجماع عليه .

يشهد للاول اطلاقات الايات (١) والروايات (٢) الدالة على جواز قصاص الولي من الجاني و اشتراطه بذلك ينفي بالاطلاق وبالأصل .

(١) البقرة آية - ١٨٧ و ١٧٩ و ١٩٣ - المائدة آية ٣٥

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب القصاص في النفس - كتاب الديات

استدل للثاني في المسالك - بعظم خطره والاحتياج في اثباته - وبأن استيفائه
وظيفة الحاكم على ما يقتضيه السياسة وزجر الناس - وفي غيرها - بالاجماع المنقول -
و بالقياس على الحدود بالطريق الاولى - وبمفهوم خبر (١) محمد بن مسلم عن ابي
جعفر عليه السلام من قتله القصاص بامر الامام فلا دية له في قتل ولا جراحة - وباحتياج اثبات
القصاص و استيفائه الى الاجتهاد للاختلاف - وفي الكل نظر - اما الاول فلان عظم
خطره يقتضى عدم جواز القصاص مالم يثبت جوازه و الكلام فيما اذا ثبت جوازه في
اشراط اذن الحاكم وعدمه - واما الثاني - فلان مقتضى السياسة عدم الاستيفاء مالم
يثبت الالرفع الى الحاكم بل ربما يقال انها تقتضى مباشرته - واما الثالث - فلعدم حجيته
سيمام مع مخالفة الاكثر - واما الرابع - فلمنع الاولوية لعدم مقطوعية العلة - واما الخامس -
فلانه لامفهوم للوصف - مع ان كل قصاص شرعى فهو بامر الامام عليه السلام واذنه - اصف
الى ذلك ان غاية مدلوله على فرض الدلالة ثبوت الدية عليه لواقص بغير اذن الامام لعدم
جوازه - واما السادس فلخروج محل الخلاف عن مورد النزاع فان الكلام في مورد ثبت جواز
القصاص - فالظاهر عدم وجوب الرفع الى الحاكم

ثم ان الظاهر عدم وجوب الرفع في قصاص الطرف ايضا لعموم ادلته .

واما الحد - فالظاهر انه لا يجوز المبادرة اليه بدون اذن الحاكم - للاجماع -
ولخبر (٢) حفص بن غياث عن ابي عبد الله عليه السلام قلت من يقيم الحدود السلطان او القاضي
قال عليه السلام اقامة الحدود الى من اليه الحكم - وقد تقدم ان الحكم انما هو وظيفة المجتهد
الجامع للشرائط في زمان الغيبة .

في المقاصة ودليلها

هذا كله اذا كان الحق عقوبة واما ان كان مالا - فتارة يكون عينا - واخرى

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب القصاص في النفس حديث ٨

(٤) الوسائل باب ٣١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

يكون دينا - وعلى التقديرين تارة يكون المطلوب منه مقرا به باذلا غير مماطل ولا معتذر - واخرى لا يكون كك فهيها فروع - وقبل التعرض لها لابد من ذكر ادلة جواز المقاصة الذي لا خلاف فيه في الجملة بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات وهي آيات وروايات .

اما الايات فقوله تعالى (١) - « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وقوله (٢) سبحانه « فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله (٣) عز وجل « والجرمات قصاص ».

واما الروايات فمنها صحيح (٤) الحضرمي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل عليه دراهم فيجحدني وحلف عليها يجوز لي ان وقع له قبلي دراهم ان آخذ منه بقدر حقى فقال عليه السلام نعم - ولكن لهذا كلام قلت وما هو قال يقول اللهم لم آخذ ظلما ولا خيانة وانما اخذته مكان مالي الذي اخذمني لم ازد شيئا عليه - ومثله صحيحان (٥) آخران وزاد في آخر احدهما وان استحلفه على ما اخذ منه جاز ان يحلف اذا قال هذه الكلمة - ومنها خبر (٦) عبد الله بن وضاح كان بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخائن بالف درهم الى ان قال فوقع له بعد ذلك عندى ارباح ودراهم كثيرة فاردت ان اقتص الالف درهم فكتبت الى ابي الحسن عليه السلام الى ان قال فكتب عليه السلام لا تاخذ منه شيئا ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تاخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت اليمين بما فيها - ومنها خبر (٧) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاحد مثلها عند

(١-٣) سورة البقرة آية ١٩٤ (٢) سورة النحل - آية ١٢٦

(٤-٥-٨) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٤-٥-٦-١

(٦) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٧) الوسائل باب ٣٨ من كتاب الايمان حديث ٣

المجحود ايحل له ان يجحده مثل ما جحد قال عليه السلام نعم ولا يزداد - ومنها صحيحا داود بن رزين وابن زربي - قال في احدهما (١) قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان آخذه قال عليه السلام خذ مثل ذلك ولا تزد عليه - وقال في الآخر (٢) قلت لابي الحسن عليه السلام اني اعامل قوما فربما ارسلوا الي فاخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي فاخذ منه بقدر ما اخذوا مني فقال عليه السلام خذ منهم بقدر ما اخذوا منك ولا تزد عليه - ومنها خبر (٣) جميل بن دراج سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده اياخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال عليه السلام نعم - ومنها خبر (٤) ابي بكر الاريني كتب الى العبد الصالح عليه السلام جعلت فداك انه كان لي على رجل دراهم فجحدني فوقع له عندي دراهم فاقبض من تحت يدي مالي عليه وان استحلفني حلفت ان ليس له على شيء قال عليه السلام نعم فاقبض من تحت يدك وان استحلفك له انه ليس له عليك شيء - ومنها خبر (٥) اسحاق بن ابراهيم ان موسى بن عبد الملك كتب الى ابي جعفر عليه السلام يساله عن رجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الذي امر به وقد كان له عليه مال فسال هل يجوز لي ان اقبض مالي اوارده عليه فكتب عليه السلام اقتص مالك مما في يدك ومنها خبر (٦) علي بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او فرش مثل ما خانه او غصبه ايحل له حبسه عليه فكتب عليه السلام نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه ان شاء الله - ومنها صحيح (٧) البقباق ان شهابا ماراه في رجل ذهب له بالف درهم

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ١

(٢) الفقيه ج ٣ ص ١١٥ حديث ٢٥

(٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٠-٨-٧-٢

(٧) الوسائل باب ٢٧ من الايمان حديث ١

واستودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التى اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك فقال اما انا فاحب ان تاخذ وتحلف .

بيان مورد المقاصة وما يعتبر فيها

ثم ان تمام الكلام فى هذه المسألة فى ضمن فروع (١) المال المطلوب ان كان عيناً لا يجوز لمالكه الاخذ من مال الغاصب بقدره (و) انما (له انتزاع العين) من غير رفع الى الحاكم اذا كان المالك قادراً على الاخذ من دون فتنة او مشقة ولا ارتكاب امر غير مشروع بالاخلاف فيهما - اما جواز اخذ ماله فلعوموم مادل (١) على تساط الانسان على ماله - واما عدم جواز الاخذ من مال الغاصب فللاصل والاجماع - والنصوص المتقدمة مختصة بصورة عدم امكان اخذ ماله فان جملة منها فى الدين وما كان منها شاملاً للعين كخبرى ابن وضاح وسليمان وصحيح داود لا اطلاق لشيء منها فى الشمول لما امكن اخذ ماله .

وان لم يمكن اخذ ماله اصلاً جازله المقاصة من ماله الاخر بلا حاجة الى الاستيذان من الحاكم لا اطلاق الاخبار المتقدمة بل والايات .

وان امكنه اخذ ماله لكن بمشقة او ارتكاب محذور مثل الدخول فى داره او كسر قفله او ما شاكل - فالظاهر جواز اخذ ماله - كما يجوز له المقاصة من ماله الاخر - اما جواز المقاصة فلاطلاق الادلة - واما جواز اخذ ماله فلان عدم جواز التصرف فى مال الغير فى الفرض ضررى على المالك منفى بحديث لا ضرر (٢) ولا يعارضه تضرر الغاصب بذلك فانه يؤخذ باشق الاحوال .

(١) البحار ج ١ ص ١٥١ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار و ١٢ من احياء الموات

نعم اذا لم يكن مقصرا بان كان جاهلا بانه ماله ففى جواز اخذه اذا استلزم الضرر وعدمه وجهان بل وجوه وكلمات الفقهاء فى هذا المقام لا يخلو عن اضطراب قال المصنف فى محكى التذكرة - لو غصب دينارا فوقع فى محبرة الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده و على الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب فى كسرها وان كان كسرها اكثر ضررا من تبقية الواقع فيما ضمنه الغاصب و لم تكسر انتهى .

وقال الشهيد فى محكى الدروس ولو ادخل دينارا فى محبرته وكانت قيمتها اكثر ولم يمكن كسره لم يكسر المحبرة و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط ماله انتهى .

قال الشيخ الاعظم بعد نقل ذلك من الشهيد ولا بد ان يقيد ادخال الدينار بكونه باذن المالك على وجه يكون مضمونا اذ لو كان بغير اذنه تعين كسر المحبرة و ان زادت قيمتها وان كان باذنه على وجه لا يضمن لم يتجه تضمين صاحبها الدينار انتهى .

والحق ان يقال انه ان امكن المقاصة من ماله الاخر تعين ذلك - جمعابين الحقيقين - والا فلا يبعد القول بملاحظة اكثر الضررين - اللهم الا ان يقال ان المستفاد من الاخبار ومذاق الشارع ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال فالأظهر جواز اخذ ماله مطلقا .

ثم ان اقتضى من الغاصب واخذ منه بدل ماله فهل يحصل التعاضد بين ما اخذه مقاصة وبين عين ماله التى عند الغاصب فيملك الغاصب العين فلوردد الغاصب العين ليس للمالك الاخذ - ام لا يحصل التعاضد وله اخذها غاية الامر انه ان لم يتلف ما اخذه يجب عليه رده اليه وجهان - والأظهر هو الاول من جهة ان ظاهر النصوص الدالة على المقاصة كون ما يأخذه المالك ملكا له ولذا لا يرب فى جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك على القول بهافيه .

وعليه فيمكن الاستدلال بانتقال العين الى الضامن بوجهين - احدهما - ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البديل أو اخذه - حصول المعاوضة والمبادله بين العين والبديل وصيرورة كل منهما ملكا للآخر وبدا عنه - ثانيهما - ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع فرض عدم تلف العين لو حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامه بعنوان تدارك ما في العهدة بعنوان انه اخذ للمتعدد لامناص عن الالتزام بخروج عن ملكه وحيث ان كون المتعدد من المباحات الاصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن .

واستدل للثاني تارة - بان الاخذ لا يملك ما اخذه مقاصة - نظرا الى انه مع بقاء العين يكون الفائت بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باخذ المماثل و كونه مباحا له ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة والسلطنة على الانتفاعات لا تستلزم الملكية فالماخوذ ليس ملكا للاخذ فقهر الاتصير العين ملكا للضامن - واخرى - بان الماخوذ وان صار ملكا له الا انه بعنوان الغرامة والغرامة سادة للسلمة التي وردت على ملك المالك فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين في ملكه لعدم كونها بدلا عن نفس العين - وثالثة - بان ما اخذه المقاص لا يكون عوضا عن ماله بل هو امر جوزه الشارع عقوبة - ورابعة - بمنع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض .

وفي الكل نظر - اما الاول - فلما عرفت من ان ظاهر النصوص و الاجماع هو الملكية لا الاباحة - واما الثاني فلان تملك ما يساوي قيمة ماله لا بعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك ما في العهدة يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الضامن و اما الثالث فلان ظاهر النصوص كون الماخوذ بعنوان العوضية من ماله لا بعنوان العقوبة - واما الرابع فلانه مع تسليم العوضية منع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض كما ترى مناف لمقتضى المعاوضة والفهم العرفي - فالأظهر هو خروجها عن ملكه .

ويترتب على ما ذكرناه انه لو رجع الضامن عن جحوده وبذل المال الذى عنده واراد رد المال الذى اخذ منه انه لا يجب القبول على المقاص - و دعوى - ان التعاضد مادام الجحود - لا دليل عليها.

و بما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المحقق النراقى فى المقام فانه اختار اولا بقاء العين على ملك المقاص ومنع كون ما ياخذ عوضا عن ماله - ثم منع عن عدم جواز الجمع بين العوض والمعووض - ثم قال ان الثابت من الادلة ليس ازيد من جواز التصرف مادام الجحود والمماطلة و انه يستصحب ح عدم جواز التصرف الثابت قبل المقاصة - ثم عارض هذا الاستصحاب باستصحاب جواز التصرف الثابت بعد التقاص - وعليك بالتأمل التام فيما ذكرناه يظهر لك مواقع النظر فى كلامه .

٢ - ما ذكرناه فى الفرع الاول انما هو فيما اذا كان المطلوب عيناً - (واما الدين فكذلك مع الجحود وعدم البيينة ومع عدم البذل) بلا خلاف فيه ويشهد به الايات والنصوص المتقدمة - انما الكلام فى انه هل يجوز المقاصة مع امكان الاستيفاء بالمرافعة ونحوها بلا مشقة ولا ضرر كما عن الاكثر على ما فى المسالك - ام لا يجوز كما عن النافع - والظاهر هو الاول لعموم ادلة الاقتصاص بل صريح بعضها كخبر اسحاق المتقدم حيث قال فيه او اردته عليه و اقتضيه فان الاقتضاء صريح فى امكان التوصل - واستدل للثانى - باصالة عدم التسلط على مال الغير بغير اذنه خرج عنها ما اذا لم يمكن استيفاء الحق وبقي الباقي - وبانصراف الاخبار - ويعض وجوه اعتبارية ولكن الاصل يرفع اليد عنه باطلاق الدليل - والانصراف ممنوع - والوجوه الاعتبارية لا تستاهل جواباً .

جواز المقاصة من الوديعة

٣ - اختلف الاصحاب فى جواز الاقتصاص من الوديعة - فعن جماعة منهم الشيخ فى الاستبصار والتهذيب والحلى فى السرائر والمحقق فى الشرايع والنافع والمصنف رده فى المختلف والارشاد والتحرير وغيرهم فى غيرها وفى المسالك نسبة الى اكثر

المتأخرين وهو الجواز على كراهة. وعن الشيخ في النهاية والصدوق في أكثر كتبه والتقى والحلي والكيدري والطبرسي وابن زهرة مدعيًا عليه الإجماع وهو عدم الجواز وعن الدروس وظاهر الروضة التوقف ومنشأ الاختلاف تعارض العمومات والنصوص الخاصة فالجري البحث في مقامين .

الاول- فيما يقتضيه العمومات فقد استدل المجوزون بعموم الايات والاخبار المتقدمة الدالة على جواز الاقتصاص- واستدل المانعون بعمومات (١) وجوب رد الامانة وحرمة التصرف (٢) في مال الغير- وح قد يقال ان النسبة بين الطائفتين عموم من وجه فتعارضان في الاقتصاص من الوديعة- فتساقطان ويرجع الى اصالة عدم جواز التصرف في مال الغير- وفيه- ان دليل حرمة التصرف في الوديعة- امامادل على حرمة التصرف في مال الغير مطلقا- او خصوص مادل على حرمة الخيانة في الامانة- والنسبة بين ادلة المقام مع الاول عموم مطلق فيقيد اطلاقه بها- وينهاويين الثاني وان كانت عموما من وجه الا ان ادلة المقام حاكمة عليه فان الخيانة هي التصرف في مال الغير بلا استحقاق وولاية على الاخذ- مع انه لو سلم التعارض بالعموم من وجه وعدم الحكومة لوجه للتساقط والرجوع الى الاصل فان المختار في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح وهي تقتضي تقديم ادلة الباب.

المقام الثاني في النصوص الخاصة- فقد استدل المجوزون بصحيح البقباق وخبر علي بن سليمان المتقدمين- واستدل المانعون- بصحيح (٣) معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ثم يستودعني مالا الى ان آخذ مالي عنده قال عليه السلام هذه الخيانة- وخبر (٤) ابن اخي الفضيل بن يسار قال كنت عند ابي عبد الله عليه السلام ودخلت امرئة وكنت اقرب القوم اليها فقالت لي اساله

(١) الوسائل باب ٢٠١ من ابواب الوديعة

(٢) الوسائل باب ٤ من الانفال - وباب ٣ من ابواب مكان المصلى .

(٣-٤) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما ينسب به حديث ١١-٣

فقلت عما اذا فقالت ان ابني مات وترك ما لا كان في يد اخي فاتلفه ثم افاد ما لا فاودعني
 فلي ان اخذ منه بقدر ما اتلف من شيء فاخبرته بذلك فقال عليه السلام لا قال رسول الله
ﷺ اذا امانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك - وقيل ان الطائفتين متعارضتان
 فتسقطان بذلك - وفيه - اولاً ان المرجع في الاخبار المتعارضة اخبار الترجيح والتخير
 فلا وجه للتساقط والرجوع الى دليل آخر - وثانياً ان اعمال قواعد التعارض اذا هو
 اذا لم يمكن الجمع العرفي بين المتعارضين و في المقام يمكن ذلك بحمل المانعة
 على الكراهة فيكون المراد من الخيانة فيها هي الخيانة الصورية - وثالثاً انه لو وقع
 التعارض بينهما يقدم نصوص الجواز لفتوى الاكثر التي هي اول المرجحات وللموافقة
 للكتاب - فتحصل مما ذكرناه جواز الاقتصاص من الوديعة -

المقاصة بغير الجنس

٤ - المشهور بين الاصحاب على ما هو المستفاد من ظاهر الفتاوى و صريح
 جماعة جواز المقاصة بغير جنس الحق و عموم اكثر الاخبار و خصوص صحيح
 داود و خبر علي بن سليمان شاهدان به - انما الكلام في انه هل يجوز المقاصة من
 غير جنس الحق اذا امكن الاخذ من جنسه بلا صعوبة - ام لا - اختار ثانيهما الشهيد
 الثاني في المسالك وهو المحكي عن اول الشهيدين - واختار في المستند الاول وحكي
 عن جماعة - وتوقف فيه السيد في ملحقات العروة - يشهد للاول عموم ادلة جواز الاقتصاص
 و استدل لثاني في المسالك بالاقتصاص في التصرف في مال الغير المخالف للاصل على
 اقل ما يندفع به الضرورة (وفيه) انه لا وجه للاقتصاص على المتيقن مع وجود الدليل وهو
 الاطلاق - وربما استدلل به بان الاخذ من غير الجنس يتوقف على تقويم و تفويض بقبول
 اوبيع و كل ذلك مخالف للاصل لا يصار اليه الا مع التوقف ولا توقف مع امكان الاخذ
 من الجنس (وفيه) ان التقويم ليس خلاف الاصل - والتفويض متحقق في الجنس
 ايضاً - مع انه لو سلم ذلك يجوز ارتكابه مع الدليل وهو هنا موجود كامر - فالأظهر
 هو جواز الاقتصاص من غير الجنس مطلقاً .

ثم انه في المقاصة بغير الجنس يتخير بين ان ياخذ بدل ماله بعد التقويم ويجوز ان يبيعه وياخذ من ثمنه بمقدار قيمة حقه ويجوز ان يبيعه و يشتري بثمنه من جنس حقه كل ذلك لاطلاق الادلة - ثم انه لو اخذ ليقترض منه قتل في يده قبل ان يقتص منه باحد الوجوه المذكورة مع عدم التقصير وعدم التأخير او نقص قيمته لاضمان عليه كما لا يخفى .

٥- اذا لم يكن عالما بثبوت الحق واقعا بل كان ثبوته بمقتضى اصول العملية مع فرض جحود الغريم - فهل يجوز التقاص كما في المستند - ام لا يجوز قبل الترافع كما في ملحقات العروة وجهان - يشهد للاول ان جواز الاقتصاص رتب في الايات والنصوص على الواقع لا على العلم و قد حقق في محله قيام مقتضى اصول الشرعية مقام الواقع - واستدل للثاني بان الظاهر من الاخبار صورة العلم بالحق - ويرده ان هذه الاخبار كساير الاخبار المتضمنة للاحكام المترتبة على الواقع لا ظهور لها في اخذ العلم في الموضوع كي يقال ان اصول العملية لا تقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع - فالأظهر هو الاول.

٦- لو كان الغريم غائبا ولم يعلم جحوده او عدم بذله - هل يجوز التقاص من ماله الحاضر كما في المستند للعمومات ولا طلاق صحيح البقباق و خبر اسحاق بل صحيح زرعي - ام لا يجوز - الظاهر هو الثاني لان اكثر النصوص علق فيها جواز التقاص على الجحود - واما صحيح البقباق فظاهره بواسطة قوله في رجل ذهب له الف درهم ذلك ايضا - وكذا ظاهر خبر اسحاق ذلك بقرينة قوله او ارده عليه و اقتضيه الظاهر في انه لم يقتص من ماله يتوقف وصوله اليه الى الترافع والخصومة و لا يكون ذلك الامع الجحود - وظهور صحيح زرعي في ذلك ايضا لا ينكر فان ما ياخذ السلطان لامحالة يكون مع الجحود او عدم البذل - وعلى ذلك فالنصوص انما هي في صورة الجحود او عدم البذل والمماثلة - وحيث ان ذلك مشكوك فيه في المفروض فلا يجوز.

٧ - اذا كان لزيد مال على عمرو وله مال على بكر وعلم بكر بذلك لا يبعد

جواز المواطاة مع بكر و اخذ حقه منه للعمومات ويجوز لبكر اعطائه لان جواز اخذ الغريم يستلزم ذلك هكذا ذكره بعض المحققين - ولكن يرد عليه انه لودل دليل خاص على جواز الاخذ من بكر كان دالا بالدلالة الاقتضائية على ذلك ولكن بما ان الدليل الدال عليه بالعموم فلا يكون صالحا لاثبات ذلك - وبعبارة اخرى ان تعين الكلّي في الموجود الخارجى يتوقف على اخذ المالك كما ان المديون مأمور بايصال الدين الى الدائن - وكون اخذ الدائن من الدائن معيناً لكلّي ما في الذمة و كونه بمنزلة اخذ الدائن يتوقفان على دليل خاص ولا يلزم اللغوية في دليل الاقتصاص لو التزمنا بعدم شموله للفرض لما ذكر حتى يقال انه بدلالة الاقتضاء يدل على ذلك. اللهم الا ان يقال ان تجويز الشارع الاقتصاص من مال الجاحد بمنزلة التوكيل في ذلك فكما ان اخذ الوكيل اخذ للموكل كذلك اخذ من يجوز له الاقتصاص .

ويمكن ان يقال انه ليزيد ان يبيع ماله في ذمة عمر ومن بكر و ياخذ ثمنه فيصير بكر مالاً كما في ذمة عمر و بقدر ما العمر وفي ذمته فيسقط ما في ذمة كل منهما بالتهاثر .
 ٨ - اذا عثر على مال مشترك بين الغريم وغيره فان اذن الشريك لمن عثر في الاقتصاص فلا اشكال فيه - والا فديقال بجواز التقاص من مال الغريم ويجب عليه اداء مال الغير وايصاله اليه للعمومات وادلة نفى الضرر لان حرمة مال الشريك ليست بازيد من حرمة الزايد على الحق من مال الغريم - ولكن يرد ان العمومات لاتصلح دليلاً لجواز التصرف في مال غير الغريم بدون اذنه اذ غاية الامر كون الدائن بمنزلة المديون وليس للمديون نفسه ذلك فضلاً عما هو بمنزلته - وادلة نفى الضرر لاتشمل المقام لتعارض الضررين - ولا يقاس مال الشريك بمال الغريم نفسه الذي يؤخذ باشواق الاحوال - فلا يظهر عدم الجواز .

٩ - اذا كان الغريم ناسياً للدين - او جاهلاً بانه مديون - لا يجوز المقاصة كما ذكرناه في الفرع الخامس فان الكلام هنا فتوى ودليلاً كالكلام في ذلك الفرع

التقاص من مستثنيات الدين

١٠ - قال المحقق النراقي في المستند هل يجوز تقاص مستثنيات الدين كفرس ركوبه وثياب بدنه ونحوها ام لا الظاهر انه ان لم يملك ما يفي به الدين غير هذه الامور لا يجوز ووجهه ظاهر ولا يجوز لان المستثنى ليس عين المذكورات بل اعم منها ومن ائمانها انتهى - اقول ما افاده في الصورة الثانية متين واما ما افاده في الصورة الاولى فيمكن ان يورد عليه بان اطلاق ادلة الباب يقتضي الجواز - وما دل على استثناء تلکم الامور انما يختص باداء المديون نفسه ويدل على انه لا يجب عليه الاداء منها ولا يدل على عدم الجواز وعليه فما المانع من الالتزام بجواز الاقتصاص - و قياس الجاحد على غير مع الفارق ولا بد من التأمل .

١١ - اذا كان الغريم مديونا بديون لا يفي ماله بجميعها فان كان قبل حجر الحاكم له عن التصرف يجوز لصاحب الحق المقاصة بتمام حقه - و ان كان بعده لا يجوز لان ماله ح متعلق لحق الغير ولا يجوز التقاص مما هو متعلق لحق الغير كما اذا كان المال رهنا فانه لا اشكال في عدم جواز المقاصة منه - وبه يظهر حكم ما اذا كان الغريم ميتا لا يفي تركته بتمام ديونه فانه لا يجوز المقاصة ح متعلق حق الغرماء بتركته .

١٢ - قال المحقق النراقي في المستند الحق الذي يجوز تقاصه اعم من ان يكون ذو الحق معينا او احد الافراد فلو اوصى احد بشيء لواحد من اولاد زيد يجوز لاحدهم مقاصته بعد الجحود او المماطلة لصدق كون حقه عليه لان ذلك ايضا نوع حق وعلى هذا فيجوز للفقير تقاص الزكاة او الخمس ورد المظالم عن الغنى المماطل وهل يجوز للحاكم ذلك للإيصال الى اهله الظاهر نعم بل يجب لما مر من وجوب دفع الظلم عن المظلوم انتهى (و لكن) يمكن ان يقال ان الزكاة والخمس وما شا كل تكون ملكا للكلى لالافراد فكل فرد لا يكون مالکها كي يجوز له المقاصة - نعم اذا اذن الحاكم الشرعى من باب الولاية الشرعية في الاقتصاص جاز - فانه من

قيل اقتصاص ولي المالك بالتسبيب وعلى ذلك فلا يظهر اعتبار اذنه ولو على نحو العموم ١٣ - المشهور بين الاصحاب عدم وجوب الدعاء الذى تضمنته اخبار الحضرمى عند ارادة التقاص وفى الجواهر انه يمكن تحصيل الاجماع عليه - وعن الصدوق فى الفقيه والشيخ فى التهذيب وجوبه والجمود على ظاهر الاخبار يقتضى البناء على وجوبه ولكن من المحتمل ان يكون المراد بالكلام فيها الالتزام النفسانى وقصد الاخذ باخذه كونه عوضا عن ماله وب عنوان المقاصة لا بعنوان الخيانة لا وجوب التلفظ بذلك فلو لم يكن ملتفتا الى التقاص او لم يكن عالما بجوازه واخذه بغير قصد العوضية لم يجز ولم يملك ، و اطلاق الكلام على الالتزام شايع - مثل كلام الليل يمحوه النهار - ويدفع هذا الاحتمال قوله يقول اللهم - الخ - وعلى ذلك فيتعين حمله على الاستحباب لفتوى الاصحاب .

جملة من احكام اليد

المسألة الثالثة (ولو ادعى ما لا يد لاحد عليه قضى له به مع عدم المنازع)

بلا خلاف لما تقدم فى اوائل هذا الفصل عند بيان كبريات - التى منها كبرى سماع دعوى ما لمعارض له - ثم ان فى المقام فرعا مناسبا ذكره فى الشرايع وغيرها - وهو ما لو انكسرت السفينة فى البحر - قالوا فما اخرج به البحر فهو لاهله وما اخرج فهو لمخرجه - وقدمر الكلام فيه فى كتاب اطعمة والاشربة فى مسألة الاعراض وانه هل يوجب الخروج عن الملك ام لا .

الرابعة (ويحكم على الغائب مع المينة ويباع ماله فى الدين ولا يدفع

الا بكفيل) وقا ، مر الكلام فيها فى خاتمة الفصل الثانى

حكم تنازع اثنين مافى يدهما أو احدهما

الخامسة (ولو تنازع اثنان مافى يدهما) فادعى كل منهما ان مجموع له ولا يئنه لواحد منهما - فالمشهور بين الاصحاب جريان قاعدة المدعى والمنكر حيث ان يد كل

منهما على النصف المشاع فيكون كل منهما مدعيا بالنسبة الى مافي يد صاحبه فيرجع الى قاعدة - البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (٩) تكون النتيجة ان المال (لهما بالسوية ولكل منهما احواف صاحبه) على نفى ما يدعيه - وعن الخلاف والغنية والكافي والاصباح وفي الشرايع والمستند التنصيف بينهما من غير يمين - والكلام تارة فيما يستفاد من القواعد العامة واخرى فيما يستفاد من النصوص الخاصة

اما الاول - فان كان يد كل منهما على النصف فلا اشكال في انه يصدق على كل منهما انه مدع في النصف ومنكر في النصف الاخر - فمقتضى قاعدة البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ان يحلف كل منهما لنفى ما يدعيه الاخر - وان كان يد كل منهما على الكل كدار سكنها معا - ففي ملحقات العروة انه حيث يكون يد كل منهما على الكل لاعلى النصف لعدم تعقل كونها على النصف المشاع الا يكونها على الكل اذ كل جزء يفرض فيد كل منهما عليه فيكون المورد من التداعي لا المدعى والمنكر فلا يدخل تحت قوله البينة للمدعى واليمين على المدعى عليه ومقتضى القاعدة بعد عدم كونه خارجا عنهما لمكان كون يدهما عليه التنصيف بينهما بل احلف اذ لا دليل عليه انتهى (وفيه) انه قد مر في كتاب البيع ان ملك المشاع ليس عبارة عن ملكية بعض المال - فلو كان مال لشخصين ليس معنى ذلك مالكية كل منهما النصف ذلك المال بحيث يكون التنصيف في المملوك - بل معناه مالكية كل منهما لتمام المال بالملكية الناقصة فان شئت فعبّر عنه بثبوت الملكية لهما مع التمام المال فيكون الفرق بين الملكية الاشاعية والمفروزة باختلاف الكيفية في نفس الملكية - وعلى هذا فيد كل منهما وان كان على تمام المال ولكن بما انه تحت يدهما معا فامارة كونه لهما لا بالملكية المستقلة بل بالمشاعة بالنحو الاول - فلكل منهما حصة على النصف بذلك المعنى فيكون منكرا كما افاده الاصحاب فيشملة قاعدة المدعى والمنكر فمقتضى القاعدة هو لزوم حلف كل منهما على نفى ما يدعيه الاخر وقد اشبعنا الكلام

واما الثاني - فقد يقال ان مقتضى النصوص الخاصة هو التنصيف بينهما بلا حلف
 لاحظ مرسل (١) ابن المغيرة الصحيح عن ابن محبوب عن غير واحد من اصحابنا
 عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال
 الاخرهما بيني وبينك فقال ابو عبدالله عليه السلام اما الذي قالهما بيني وبينك فقد اقر بان
 احد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما - وموثق (٢) يونس
 عن الصادق عليه السلام في المرأة تموت قبل الرجل او الرجل يموت قبلها وما كان من
 متاع الرجل والنساء فهو بينهما - وقوى (٣) السكوني عن الصادق عن ابيه عليه السلام
 في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينار فاضاع دينار منهما فقضى لصاحب
 الدينارين دينار او يقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين

ولكن الاخيرين غير مربوطين بالمقام سيما خبر السكوني بل الوجه في التنصيف
 فيه تردد المال بينهما مع عدم يد لاحدهما عليه وانما حكم بالتنصيف لقاعدة العدل
 والانصاف المصطادة من النصوص منها هذا الخبر - واما الاول فهو وان دل على التنصيف
 لكنه غير مربوط بباب المرافعة والمخاصمة بل يدل على حجية يد كل منهما على
 نصف ما في يدهما - وعليه فلا معارض لما دل على توقف القضاء على الحلف - فالمتحصل
 مما ذكرناه ان مقتضى القاعدة الاولى هو التنصيف بينهما وفي مورد النزاع والخصومة
 لكل منهما احوالاف صاحبه وعلى هذا لو حلفا يقسم المال بينهما بالسوية ولو حلف احدهما
 اولا ولم يحلف الاخر ورد اليمين على الاول وحلف يكون تمام المال له ولا يكفيه
 الحلف الاول لانه على النفي - والمردود على الاثبات - نعم لورد الحلف على الثاني
 فالظاهر كفاية حلف واحد ولا يجب التعدد لاصالة تداخل الاسباب.

(ولو كان) ما تنازعا فيه (في يدا احدهما) فيقدم قوله لان يده حجة على

ملكيته له فيكون منكرا وخصمه مدعي اوله اقامة البينة - والا (فللمتشبه) المال (مع

(١) الوسائل باب ٩ من احكام الصلح حديث ١

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ٣

(٣) الوسائل باب ١٢ من احكام الصلح حديث ١

اليمين) وان نكل حكم به للمدعى بناء على المختار من الحكم بالنكول - وكذا ان رد وحلف المدعى - وان لم يحلف بعد الرد سقطت الدعوى ايضا - ويشهد بذلك مضافا الى قاعدة المدعى والمنكر - بعض (١) النصوص الخاصة -

لو كانت العين بيد ثالث

(و لو كان) العين المتنازع فيها (فى يد ثالث) ولاينة فاما ان يصدق الثالث احدهما بخصوصه - او يصدق احدهما لابعينه اى يقول انها لاحدهما ولا اعرفه او يصدقهما او يكذبهما معا او يقول لا ادري انها لهما ام لا (فهى) فى الصورة الاولى (لمن صدقه) مع يمينه (و لآخر احلافه) اى احلاف المصدق ان ادعى عليه علمه بان العين له فان امتنع يجب عليه اغرام القيمة له بلا يمين أو مع اليمين المردودة على اختلاف القولين هكذا افاد جماعة بل هو المشهور بين الاصحاب فها هنا احكام - ١ - ان من صدقه الثالث يكون قوله موافقا للحجة ومنكراً والاخر مدعيا فيجرى فى حقهما قاعدة المدعى والمنكر - وقد استدلو له بانه فى حكم ذى اليد بتقريب ان ظاهر العرف ان من اسباب صدق اليد كون الشئ تحت تصرف الانسان ولو باقرار من فى يده انه له فان من اقر بذلك يصير بواسطة الاقرار كالموكل - ويمكن ان يستدل له مضافا الى ذلك بقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به - واستدل له فى المستند بالنصوص الخاصة - كصحيح (٢) سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار فقال ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ولم يامر فيه صاحبه الذى جعله له بامر ولا يدري صاحبه ما الذى حمله على ذلك كيف يصنع قال عليه السلام يضعه حيث شاء ونحوه صحيح (٣) اسماعيل الاحوص دلا على ان المال لصاحبه بمجرد الاقرار - فتأمل فان احتمال كونه من باب الوصية لا الاقرار موجود - و صحيح (٤) ابي بصير عن

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٦ من الوصايا حديث ٦ - ١٤

الصادق عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين واوصى ان هذا الذي ترك لاهل المضاربة ايجوز ذلك قال عليه السلام نعم اذا كان مصدقا. ولكنه يدل على حجية خبر الواحد الثقة في الموضوعات ولا ربط له بالاقرار الذي على فرض حجيته لا يعتبر فيه كونه مصدقا ومرسل (١) جميل عن بعض اصحابه عن احدهما عليه السلام في رجل اقر على نفسه بانه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب قال عليه السلام ترد الجارية والولد على المغصوب اذا اقر بذلك الغاصب. واطلاقه يشمل صورة ادعاء الغير للجارية - ونحوه مرسل الصدوق (٢) عن الصادق عليه السلام الا انه قال اذا اقر بذلك او كانت عليه بينة.

٢- للمدعى احلاف المصدق له ويشهد به عموم ما دل على ان اليمين على المنكر والمدعى عليه.

٣- ان له احلاف المصدق اذا ادعى عليه علمه بان العين له - ويشهد به ما دل على ثبوت الحلف على المنكر.

٤- انه ان امتنع من الحلف اورد اليمين على المدعى فحلف ثبت عليه الحق. لما دل على ثبوت الحق باحدهما - فح عليه الغرامة لانه لا يمكنه دفع العين لاستحقاق المقر له اياها باقراره فلا يمكنه الارتجاع فقد ضيع حقه - وكل من ضيع حق الغير عليه الغرامة بلا خلاف ويشهد به خبر (٣) حنظلة عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل قال لآخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق او ضمننت من شيء او شرطت فذلك لى رضا وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك فما طالبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر له ذلك كله قال عليه السلام يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذى ضيع حقها الحديث - دل على ان كل من ضيع حقا

(١) الوسائل باب ٦١ من ابواب نكاح العبيد والاماء

(٢) الوسائل باب ٦١ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب الوكالة حديث ١

لغيره فعليه الغرامة له .

واما في الصورة الثانية وهي ما لو صدق الثالث احدهما لابعينه - فعن القواعد انه يقرع بينهما بلا حلف - وفي المسالك انه يقرع بينهما ويحلف من خرجت له القرعة - وقيل بالتنصيف بينهما كما في المستند - والظاهر هو التنصيف ان لم يكن بينهما نزاع او كان بينهما خصومة ولكن حلفا جميعا او كلاك من دون قرعة - لخبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في رجل اقر عند موته لفلان ولفلان لاحدهما عندى الف درهم ثم مات على تلك الحالة فقال علي عليه السلام ايها اقام البينة فله المال وان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان .

واما في الصورة الثالثة (ف) هي ما (ان صدقهما) فالمشهور بين الاصحاب انه يقضى بهما بالسوية (و تساويا ولكل) منهما (احلاف صاحبه) كما لو كانت في يدهما ويظهر وجهه مما مر حيث انهما يصيران باقرار الثالث ذى اليد بالنسبة الى العين فيجرى فيهما ما تقدم ويزيد ان لهما احلاف المصدق ان ادعى علمه لفائدة التبريم فان حلف والا فيغرم القيمة تماما لهما يقتسمانها بينهما نصفين - وان حلف لاحدهما خاصة غرم نصف القيمة للآخر - وكذا ان رد اليمين فحلف احدهما دون الآخر - وان حلفا معا غرم تمام القيمة يقتسمانها بينهما نصفين .

(و) اما في الصورة الرابعة وهي ما (ان كذبهما) (اقرت في يده) ولكل منهما عليه الحلف كما لا يخفى وجهه .

واما في الصورة الخامسة وهي ما لو قال لادري انها لهما او لغيرهما مع اعترافه بانها ليست لنفسه فعن القواعد وفي المستند انه يقرع بينهما لانها لكل امر مجهول (٢) والظاهر جريان حكم ما لا يد لاحد عليها الا في هذه الصورة ولو قال لادري انها لهما اولى فالظاهر جريان حكم الصورة الرابعة فيه فان يده عليها اماره كونها له بناء على امارية

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب الوصايا حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم

يد الانسان نفسه على الملكية كما حقق في محله .

لولم تكن العين بيد احد

ولو كانت العين المتنازع فيها لا يد لاحد عليها ففيه اقوال .

١ - ما عن المحقق الاردبيلي ره قال فهو مثل ما كان في يد ثالث ولم يصدق احدهما ولم يدعي علمه فيحلفان او ينكلان و يقتسمانها بالسوية وان حلف احدهما دون الاخر يكون للمحالف بحكم العقل ولر رواية (١) اسحاق بن عمار وفيها فلولم يكن في يد واحد واقاما البينة قال عليه السلام احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للمحالف انتهى (وفيه) ان الحلف انما هو وظيفة المنكر والمدعى عليه و كل من الطرفين في المقام مدع ولا يصدق المدعى عليه و المنكر على واحد منهما فيكون من التداعي ولادليل على توظيف الحلف هنا - فان قيل انه وان لم يصدق المدعى عليه على واحد منهما لكنه يصدق المنكر على كل منهما فانه ينكر ما يدعيه الاخر - قلنا - اولا انه قد عرفت ان المنكر من لو ترك ترك وهذا لا يصدق في المقام - وثانيا انه لو سلم صدق المنكر على كل من انكر ما يدعيه الاخر وان لم يكن قوله موافقا للاصل او الحجة لا ريب في انه يعتبر كون انكاره بنحو الصراحة لابنحو الدلالة الالتزامية والافكل مدع يكون منكرا ايضا وعليه فان لم يقل واحد منهما لخصمه انه ليس لك لا يصدق المنكر بهذا المعنى - وثالثا ان المتبادر من المدعى و المنكر في صورة ذكرهما متقابلين الذي لم يجتمع مع الاخر - فالمراد بالمدعى هو الذي لا يكون منكرا و بالمنكر الذي لا يكون مدعي - اصف الى ذلك كله انه لو سلم كون وظيفة كل منهما الحلف فمع حلفهما لا وجه للقول بالتنصيف الا اذا علم بعدم خروجها عنهما فان حلف كل منهما يسقط حق الاخر واما الخبر الذي ذكره فهو مختص بصورة البينة

فلا يشمل المقام .

٢ - ما في المستند قال والقرعة لكل امر مجهول فالرجوع اليها اظهر كما حكم به على في روايتي ابي بصير و ابن عمار - الاولى (١) بعث رسول الله ﷺ عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم حدثني باعجب ماورد عليك قال يا رسول الله اتاني قوم قد تباعدوا جارية فوطؤوها جميعا في طهر واحد فولد غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم الحديث والآخرى (٢) اذا وطئ رجلان او ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعا اقرع الوالي بينهم فمن قرع كان الولد له ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية الحديث وعمل بهما الاصحاب طرأ في مورد هما من غير احلاف (وفيه) ان مقتضى قاعدة العدل والانصاف التي هي قاعدة عقلائية ومصطادة من النصوص الواردة في الموارد المختلفة هو التنصيف في الماليات في صورة العلم بعدم خروج المال عنهما ومعها لامورد للرجوع الى القرعة - واما الخبران فهما مختصان بمورد هما وان احتمل كونها لثالث غيرهما فلقاعدته سماع دعوى ما لامعارض له يحكم بانها لها فيجرى فيه ما ذكرناه فتأمل .

٣ - التنصيف بينهما من غير احلاف لانه من باب التداعي فيرجع الى قاعدة العدل والانصاف وهو الاقرب .

تنازع الزوجين في متاع البيت

المسألة السادسة (ولو تداعى الزوجان متاع البيت قيل) والقائل الشبختي

محكي النهاية والخلاف والاسكافي والحلي والمحقق والمصنف رده في التحرير والشهيد في الدروس وغيرهم في غيرها بل نسبته الشهيد الى الاكثران (للرجل ما يصلح له) كالعمائم والدروع والسلاح (وللمرأة ما يصلح لها) كالحلى والمقانع وقمص النساء (وما يصلح لهما) كالفرش والاولوان وما شاكل يقسم (بينهما) .

ويشهد به جملة من النصوص كصحيح (١) رفاعه عن الصادق عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما قال واذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها وادعى الرجل ان المتاع له كان له ما للرجال ولها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما - وموثق (٢) سماعة عن رجل يموت ماله من متاع البيت قال السيف والسلاح والرحل وثياب جلد - وموثق (٣) يونس بن يعقوب عن ابي عبد الله عليه السلام فى امرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال عليه السلام ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له ولا يضر اختصاص الاخيرين بالموت والاول بالطلاق لعدم القول بالفصل وتتميم كل منهما بالآخر لعدم التنافى كما لا يضر عدم اشتمال كل منهما على التفصيل المذكور بعد دلالة المجموع عليه - ولكن الاستدلال بها وان كان تاما - الا انه يعارضها اخبار البجلي الآتية فيتم ذلك لو امكن حملها على ما لا ينافيها - (٥) كيف كان ففى المسألة اقوال اخرى وروايات اخرى .

(قال فى المبسوط اذا لم تكن بيمينه ويدهما عليه فهو لهما) وحكى عن ظاهر الارشاد وصريح القواعد والايضاح والتنقيح - ولا دليل لهم سوى ما تقدم فى مسألة ما لو تنازع اثنان ما فى يدهما - ويرده النصوص المتقدمة .

وعن الشيخ فى الاستبصار والتهذيب وظاهر الكلينى وعن شرح المفاتيح ان الجميع للمرأة الا ما اقام الرجل عليه البينة واستدله بصحيح (٤) عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلنى هل يقضى ابن ابي ليلى بالقضاء ثم رجع عنه فقلت له بلغنى انه قضى فى متاع الرجل والمرأة اذا مات احدهما فادعاه ورثة الحي وورثة الميت اوطلقها فادعاه الرجل وادعته المرأة باربع قضايا - فعدها الى ان قال فى الرابعة ثم قضى بقضاء بعد ذلك لولا انى شهدته لم اروه عنه ماتت امرأة مناو لها زوج وتركت

متاعا فرفعته اليه فقال اكتبوا المتاع فلما قرأه قال للزوج هذا يكون للرجال والمرئة فقد جعلناه للمرئة الا الميزان فانه من متاع الرجل فهو لك الى ان قال فقلت ما تقول انت فيه فقال ^(عليه السلام) القول الذي اخبرتنى انك شهدته وان كان قد رجع عنه فقلت يكون المتاع للمرئة فقال ارايت ان اقامت بينة الى كم كانت تحتاج فقلت شاهدين فقال ^(عليه السلام) لو سألت من بين لابتها - يعني الجبلين - ونحن يومئذ بمكة لا خبروك ان الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرئة الى بيت زوجها فهي التي جاءت وهذا المدعى فان زعم انه احدث فيه شيئا فليات عليه البينة ونحوه صحيحا الاخران .

وفيه - اولا انه لو تمت دلالتها لكانت دالة على القول الرابع وهو ما عن الصدوق في الفقيه من ان ما يصلح للرجل له وما يصلح لهما او للنساء للمرئة فانه استثنى الميزان الذي هو من مختصات الرجال وعلمه بانه من متاع الرجل - فما قضى به اخيرا الذي صححه الامام عليه السلام هو كون ما يختص بالرجال للرجل - فان قيل ان قوله فقلت يكون المتاع للمرئة يدل على ان الجميع لها - قلنا ان الالف واللام فيه للعهد وهو ما حكم بكونه لها - فان قيل ان استثناء الميزان انما هو في خبرين منها وليس في الثالث - قلنا انه يقيد اطلاقه بهما سيما وان الظاهر ان الجميع متضمنة لقضية واحدة - وثانيا انه لا تتم دلالتها على ما هو محل النزاع فان ما في ذيلها من التعليل يدل على ان الحكم بكون المتاع للمرئة انما هو فيما علم باتيانها اياه من بيتها ولو من جهة جريان العادة بنقل الجهاز واثاث البيت من بيت الزوجة ولعل الحال كان كك في السابق وفي مثله يكون الحكم على طبق القاعدة فان المتاع معلوم انه كان للمرئة والشك انما هو في انه هل حدث فيه شيء اولا والاستصحاب يقتضي العدم فيكون الرجل مدعيا وعليه البينة كما صرح بذلك في ذيل الصحيح وهذا غير ما هو محل النزاع من عدم العلم بكون المتاع لايهما .

وعلى ذلك فالجمع بينها وبين الاخبار التي استدل بها للمشهور القاضية بان ما يكون مختصا بالرجال فهو للرجل وما كان مختصا بالمرئة فهو لها وما كان

يصلح لهما فهو لهما يقتضى البناء على ان ما علم فيه حالته السابقة وانه كان للرجل او المرأة وكانت يد الاخر يد مازونة من مالكة ولو بحكم الاستصحاب فهو له ومالم يعلم فيه الحالة السابقة يجرى فيه التفصيل المتقدم لان هذه النصوص على ما ذكرناه اخص مطلق من تلك النصوص وهى وان اختلفت بما علم انه للمرأة الا انه يتم فى ما احرز كونه للرجل بعدم الفصل - ويمكن ان يقال ان اخبار المشهور تدل بانفسها على ذلك من جهة ما فى ذيل موثق يونس فمن استولى على شئ فهو له فانه يدل على ان ما كان تحت يد احدهما خاصة فهو له - وح فاما علم انه كان لاحدهما خاصة يحكم بكونه تحت يده بحكم الاستصحاب وان يد الاخر عليه يد مازونة من مالكة فالمتحصل مما ذكرناه ان ما علم حالته السابقة يبنى عليها - والا فيجرى فيه ما ذكره المشهور من التفصيل والله تعالى العالم.

وفى المقام قول خامس حكى عن المصنف فى المختلف وتبعه الشهيدان وجماعة من المتأخرين وهو الرجوع فى ذلك الى العرف والعادة فى الاختصاص باحدهما فان وجد عمل به وان فقد او اضطرب كان بينهما تصفين - وعلل بان عادة الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ذلك ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل وكون المتشبه اولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما فى يد الانسان غالباً فحكم بايجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر والرجوع الى من يدعى الظاهر واما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيها ويؤيده استشهاده عليه السلام بالعرف حيث قال قد علم من بين لابتها وقال لوسأت من بينها... الخ - واشكاله ظاهر مما قدمناه.

ثم ان الظاهر من النصوص من جهة الخلو عن ذكر اليمين عدم الاحتياج اليها ولكن الظاهر اتفاق الاصحاب على اعتبارها فى مورد النزاع والخصومة عند الحاكم ويمكن ان يوجه بان النصوص فى مقام بيان من يقدم قوله ومنها و من يكون قوله موافقا للحجة لا لبيان الحكم من جميع الجهات وعليه ففى الحلف لا بد من الرجوع الى ما يقتضيه موازين باب القضاء فالأظهر اعتبارها - وربما يستدل له بان ما يصلح للمرأة

لو كانت يدها في غير بيت زوجها وادعاء الزوج لا يترك للمرأة بدون يمينها فكيف اذا كان في بيت الزوج ولم يثبت يدها وكك الرجل ففي الحقيقة يكون ذلك استدلالا بالاولوية ولا باس به - ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كون التداعى في تمام متاع البيت او بعضه لا لطلاق الادلة .

حكم تعارض البينتين اذا كانت العين في يدا أحدهما

المسألة السابعة (و لو تعارض البيئتان) في شىء فاما ان يكون العين المتنازع فيها في يدا أحد المتداعيين - او يدهما - او ييد ثالث - او لا يد عليها - فالكلام في فروع .
١ - اذا كانت العين في يدا أحدهما واقام كل منهما بينة فللاصحاب فيه قول الاول - ترجيح بينة الخارج مطلقا سواء شهدت البينة من الجانبين بالملك المطلق او المقيد بالسبب او التفريق نسب ذلك الى والد الصدوق والشيخ في كتاب البيوع من الخلاف وسالار وابن زهرة والكيدري وعن الغنية الاجماع عليه واختاره طائفة من المتأخرين .

الثاني - ترجيح بينة الداخل مطلقا وهو المحكى من كتاب الدعوى من الخلاف .
الثالث (قضى للخارج الا ان تشهد بينة المتشبهت بالسبب) فيرجح (ولو شهدا بالسبب فللخارج) اختاره المصنف رده في المقام وحكى عن الشيخ في النهاية والصدوق والقاضى والطبرسى والمحقق في النافع والشرائع والمصنف رده في المختلف والتحرير والارشاد والقواعد وعن نكت الارشاد والروضة والمهذب .

الرابع ترجيح الخارج مطلقا الا اذا تضمنت البيئتان او بينة الداخل فقط ذكر السبب فيرجح الداخل نسب الى الشيخ في جملة من كتبه وجماعة .

الخامس ترجيح الخارج مطلقا لامع ادلية بينة الداخل ثم اكثريتها وهو للمفيد .
السادس ترجيح اكثرهما عددا ومع التساوى فللحائف منهما فمع حلفهما او نكولهما فللداخل نقل عن الاسكافي والمفاتيح وشرحها .

السابع الفرق بين السبب المتكرر كالبيع وغير المتكرر كالنتاج ونساجة الثوب

نسب الى ان حمزة وفسر ذلك بانه اذا شهدت لذى اليد على سبيل التكرار كان يقول كان يبيعها مرة ويشترىها اخرى يرجح بينته وان قال اشتراها مرة واقتصر على ذلك او قال قولاً آخر قدمت بينة الخارج .

الثامن تقديم بينة الخارج الا اذا شهدت بالملك وشهدت بينة الداخل بالارث فيقدم اكثرهم بينة ويستحلف هو ومحكى عن ظاهر الصدوق في الفقيه وحكى عن الحلبي .

التاسع الرجوع الى القرعة اختاره العماني - و في المسألة اقوال اخر وتردد جماعة في الحكم كالشهيد في الدروس واللمعة والمسالك وصاحب الكفاية على المحكى - واختلف كلماتهم ايضا في نسبة الاقوال - وفي دعوى الاجماع بل ربما يدعى فقيه واحد في مورد الاجماع ويدعى على خلافه الاجماع في مقام آخر - وقد يحكم بضعف خبر ويعمل به في مورد آخر وتنقيح القول في المقام يقتضي التكلم في موضعين - احدهما فيما يقتضيه القواعد العامة - ثانيهما في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الاول فالبينة التي تكون حجة في غير مقام فصل الخصومة مطلقة غير مقيدة بينة خاصة واما البينة التي تكون حجة في ذلك المقام فقد مر انها وظيفة المدعى وانه لو اقامها المنكر لا يعتمد عليها في الحكم وهو مستفاد من قولهم عَلَيْهَا البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه - بواسطة التفصيل القاطع للشركة بل خبر منصور (١) عن الصادق عَلَيْهَا صريح في ذلك قال عَلَيْهَا حقها للمدعى ولا قبل من الذي في يده بينة لان الله عز وجل انما امر ان يطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الا فيمين الذي هو في يده هكذا امر الله عز وجل - وادعى صاحب الرياض الاجماع على عدم قبولها منه .

وفي ملحقات العروة اختار السيد سماع البينة من المنكر واستدل له بعموم مثل

قوله عنه (١) انما اقضى بينكم بالبينات والايمان - وبخصوص خبر (٢) حفص بن غياث حيث قال للصادق عليه السلام اذا رأيت في يد رجل ايجوز ان اشهد انه له قال عليه السلام نعم فانه يدل على جواز الشهادة لذى اليد وصحتها - وبخصوص صحيح (٣) حماد الحاكلي لامر عيسى بن موسى في المسعى اذ رأى ابا الحسن موسى عليه السلام مقبلا على بغلة فاتاه رجل وتعلق باللجام وادعى البغلة فثنى ابو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلماناه خذوا سرجها وادفعوها اليه فقال والسرج ايضا لي فقال عليه السلام كذبت عندنا البينة بانه سرج محمد بن علي عليه السلام، واما البغلة فانا اشتريناها منذ قريب وانت اعلم وما قلت - فان السرج كان بيده ومع ذلك قال عندنا البينة - واجاب عن نصوص التفصيل بانها في مقام بيان الوظيفة الاولى للمدعى والمنكر والافلا مانع من سماع البينة للمنكر ايضا وايضا يمكن ان يقال ان القدر المعلوم عن خبرانه لا يلزم المنكر بالبينة و انما يلزم باليمين لانه لا تقبل منه البينة .

و لكن يرد على الوجه الاول ما تقدم من انه يجب تقييد هذه النصوص بمادل على التفصيل - واما الثاني فيرده انه يدل على جواز الشهادة مستندة الى اليد وهذا غير مربوط بحجية البينة في مقام الترافع والخصومة اذ غاية ما يمكن ان يقال انه اذا جازت الشهادة لزم جواز القبول والالتفي ذلك - واما الثالث فيرد عليه مضافا الى ذلك انه من الجائز كونه في مقام بيان استحباب تصديق المدعى للمدعى عليه مع احتمال الصدق لا بدونه ولذا سلمه البغلة بلاينة ولا حلف وامتنع عن تسليم السرج .

واما ما اجاب به عن نصوص التفصيل فيرد عليه ان ظاهر تلك النصوص كونها في مقام بيان الوظيفة الفعلية و كونها في مقام بيان الوظيفة من حيث الحكم الوضعي والتوقيف لا في مقام بيان الحكم التكليفي كي يقال انها تدل على الجواز لا الوجوب - مع

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

انه قد عرفت انه لا يلزم المدعى بالبينه وان له ترك اقامتها واختيار احلاف الخصم كما ان للمنكر ترك الحلف ورده الى المدعى او النكول فليست النصوص في مقام بيان انه لا يلزم المنكر بالبينه والمدعى بالحلف - اصف الى ذلك ان لازم ما افاده جواز ان يحلف المدعى ابتداء - و بالجملة لا ينبغي التوقف في انه ليس للمنكر اقامة البينه ولو اقامها لا تسمع - نعم في غير باب الخصومة لذى اليد اقامة البينه وتكون حجة له كاليد - وعليه فما افاده المصنف ره في محكى القواعد وتبعه الشهيد من سماع بينة ذي اليد قبل المخاصمة للتسجيل - حسن .

ثم ان مقتضى القاعدة في تعارض البينتين هو التساقط على المشهور والتخير على المختار ولا فرق في ذلك بين وجود ما يوجب اقربية احدهما الى الواقع واقوائية الظن منها وعدمه .

وما في ملحقات العروة من ان اعتبار البينه ليس من باب السببية والموضوعية كالاصول العملية بل من حيث الامارية و الطريقة و من باب الظن النوعي فاذا كان احد المتعارضين ارجح و اقرب الى احراز الواقع يجب تقديمه لبناء العقلاء بعد فرض الحجية حتى حال المعارضة مضافا الى فحوى الاخبار الواردة في علاج الاخبار المتعارضة لعدم الفرق بين البينه والخبر في كون اعتبار كل منهما من باب الطريقة فيه مواقع للنظر - والا - ان ما ذكره من حجية البينه حتى حال المعارضة لا يتم على مسلك المشهور المختار عنده من ان مقتضى القاعدة هو التساقط في تعارض الامارتين فانه ان اراد ثبوت الحجية حتى في حال التساقط فهو تناقض - وان اراد انها تكون حجة آنا ما وتسقط - ويرده ان المحذور المترتب على بقائهما على حجيتهما موجود في ذلك الان فلا يصح البناء عليه - مع ان الحجية انما هي من المجعولات الشرعية فلا يعقل جعلها من دون ترتب اثر عليها ويلزم منه سقوطها - وثانيا ان تمام العلة في جعل الحجية للبينه ليس هو الظن ولذا تكون حجة وان لم تفد الظن ولا يكون الظن الحاصل من غيرها وان كان اقوى من الحاصل منها حجة - واما الاقربية الى الواقع فان اراد بها

اقوائية الظن الحاصل من واجدة المرجح - فيرد عليه ما ذكر والافهى غير محرزة - وعلى فرضها الترجيح بها يتوقف على دليل وبناء العقلاء بالنسبة الى الحجية المجعولة شرعاً لها غير ثابت - وثالثاً ان فحوى الاخبار العلاجية غير قطعية ولذا بنينا على عدم التعدى فى موردّها عن المرجحات المنصوصة الى غيرها - فالأظهر هو التساقط مطلقاً والتخيير كك على اختلاف المسلكين .

ثم ان هذا كله اذا كان تعارض بين البيئتين والا كما لو كان مستنداً أحدهما الاستصحاب ومستند الأخرى العلم - قدمت البيئة الثانية لان الاولى لا تكذب الثانية ولا الثانية مكذبة للأولى كما لا يخفى .

الاخبار الواردة فى تعارض البيئات

واما الموضوع الثانى فقد يقال ان الاخبار الواردة فى الباب تدل على خلاف ما تقتضيه القاعدة فى الجملة لاحظ - خبر (١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام عن الرجل ياتى القوم فيدعى داراً فى ايديهم ويقيم البيئة ويقيم الذى فى يده الدار البيئة انه ورثها من ابيه ولا يدري كيف امرها - فقال عليه السلام اكثرهم بيئة يستحلف ويدفع اليه وذكر ان علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البيئة لهؤلاء انهم اتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت البيئة لهؤلاء بمثل ذلك فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بيئة واستحلفهم قال فسأله ح فقلت ارأيت ان كان الذى ادعى الدار قال ان ابى هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بيئة الا انه ورثها عن ابيه قال عليه السلام اذا كان الامر هكذا فهى للذى ادعاها واقام البيئة عليها - وخبر (٢) اسحاق بن عمار عنه عليه السلام فى رجلين اختصما عند الامير عليه السلام فى دابة - فان كانت فى يد احدهما واقاما جميعاً بيئة قال عليه السلام اقضى بها للحالف الذى هو فى يده -

وخبر (١) غياث عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى في يده وقال لولم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين وقريب منه خبر (٢) جابر الحاكى لقضاء رسول الله ﷺ بذلك - وخبر (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام وكان (اي على عليه السلام) اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فرعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها فكانا اذا اقاما البينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده هذه هي تمام النصوص الواردة في المقام الدالة على خلاف القاعدة التي ذكرناها .

واما سائر النصوص التي ذكرها في ملحقات العروة فهي في غير الفرض لانها مطلقة قابلة للحمل على صورة التداعي بل هي في مقام بيان انه ان اقام كل من الذين لهما اقامة البينة تلك يقرع بينهما او تقدم البينة الواجدة للمزية ولا تدل على ان للمنكر ايضا اقامة البينة :

ثم انه يعارضها - خبر ان احدهما خبر (٤) منصور المتقدم قال عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذي في يده بينة لان الله تعالى امر ان يطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده هكذا امر الله عز وجل - ثانيهما المرسل (٥) عن امير المؤمنين عليه السلام في البيئتين تختلفان في الشيء الواحد - وان كان في يدا احدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه - وهذه تقدم على النصوص الاولى ان تمت دلالتها لفتوى جمع من فحول العلماء من القدماء وغيرهم وادعى عليه الاجماع مع انه يمكن الاشكال على الاستدلال بها في انفسها، اما الاخبار الثلاثة الوسطى فمع قطع النظر عن ضعف بعضها - انه ليس فيها الا انه بعد شهادتهما بالنتائج عنده ان قضى لذي اليد بعد الحلف كما في اثنين منها او مطلقا كما في الاخر المتعين حملة على المقيد وهذا كما يلائم مع كون الترجيح لبينة الداخل - يلائم مع كون بينة ذي اليد

(١-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣-١٥-١٤

(٢-٥) المستدرک باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٠٥

مطروحة لعدم التوظيف - وعدم فائدة لينة الخارج لكونها شهادة على الملك السابق وكونها مرجوحة بالنسبة الى اليد الحالية كما هو المشهور بينهم .

واما خبر ابن سنان فليس فيه ما يظهر منه كون الجارية تحت يد احدهما كما لا يخفى
واما صحيح ابي بصير فان كان الاستدلال بذيله فليس فيه تعرض لكون البغلة في يد احدهما - وان كان بصدده فيرد عليه اولاً انه لودل لدل على القول الثامن وعليه فلا عراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه - وثانياً - ان الظاهر من الدعوى المفروضة فيها كونها على الميت بقريئة قوله وقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها من ابيه ولا يدري كيف امرها اذ لو كانت الدعوى على الحي لما كان وجه لقوله لا يدري كيف امرها وعلى هذا فالبينة القائمة ودعوى ذي اليد تدلان على عدم امارية اليد وانها يدعمها معلومة الحال لا تكون حجة على الملكية - فيخرج مورده عن محل النزاع - فان قيل انه على هذا لزم تقديم بينة الخارج مع الحلف كما افاده في آخر الحديث - قلنا فليكن ذلك اشكالا آخر عليه لانه يصير سببا للحمله على ما استدل به له - فالمتحصل انه ليس في النصوص الخاصة ما يشهد بخلاف ما تقتضيه القاعدة - فالقول الاول اظهر .

و بما ذكرناه وان ظهر مدارك ساير الاقوال و ضعفها الا انه لا بأس بالاشارة

الاجمالية اليها .

فقد استدلل للثاني - بالاصل - والاستصحاب - وبان ذا اليد له حجتان اليد والبينة والاخر حجة واحدة فترجحان عليها وبان البينتين تتعارضان وتتساقطان فيبقى العين في يد ذي اليد بلاينة للمدعى - ويبعض الاخبار المطلقة الاتية - ولكن الاصل والاستصحاب لا يرجع اليهما مع الدليل - وعرفت ان بينة ذي اليد لا تسمع - والاخبار المطلقة تفيد بما مر لو سلم اطلاقها .

واستدل للثالث للجزء الاول بما تقدم في مدرك القول المختار - وللجزء الثاني بما تقدم من النصوص المتوهم دلالتها على تقديم بينة الداخل مع ذكر السبب ويرده مضافاً الى ما مر انها في مورد اشتغال البينتين على السبب فلا ربط لها بمدعاهم

- وما افاده الشهيد الثاني ره من التتميم بالاولوية مردود - بانه فرع قولهم بتقديم بينة الداخل في المسببين حتى يثبت في الفرع بالاولوية وهم غير ملتزمين به في الاصل ولكن الانصاف انه مع قطع النظر عما اورده على صدر صحيح ابي بصير دلالة على هذا القول ظاهرة لو الغى خصوصية السبب وهو الارث - الا انه لا دليل عليه واستدل للرابع - باخبار اسحاق - وجابر - وغياث - وقدمر مافيه .

واستدل للقول الخامس للجزء الاول منه بما مر - وللجزء الثاني ببعض النصوص الدال باطلاقه على تقديم الاكثر والاعدل - ويرده ما تقدم من انه اما في غير المورد او يقيد اطلاقه بما تقدم .

واستدل للقول السادس بصحيح ابي بصير المتقدم مع جوابه .

كما انه استدل به للثامن وظهر جوابه ايضا ما قدمناه .

واما السابع - فلم انظر بدليله

واما التاسع فقد استدل له بالنصوص الكثيرة الاتية - ولكنها مطلقة يقيد اطلاقها

بما قدمناه من الاخبار الدالة على القول الاول .

حكم تعارض البينتين في صورة كون العين في أيديهما

(٢) (ولو تشبها) اي كان المال المدعى به في يدهما واقام كل واحد منهما بينة

على الجميع (قضى به لكل بما في يد صاحبه فيكون بينهما بالسوية) بخلاف في اصل

الحكم اجمالا - وانما الخلاف في موارد .

منها اطلاق الحكم بالتنصيف فان المحكى عن جماعة من القدماء وبعض المتأخرين

انه يحكم به مع تساوى البينتين في الامور المرجحة من الاكثرية والاعدلية وذكر

السبب والافيدم قول من بينته ارجح - ثم انهم اختلفوا في المرجح - فبعضهم اعتبر

الاعدلية خاصة - والاخر الاكثرية كك - وثالث الاعدلية ثم الاكثرية - و رابع

الاعدلية او الاكثرية - وخامس اعتبر المرجح بلا بيان له .

ومنها - لزوم اليمين وعدمه فان المشهور كما قيل عدم اعتبار اليمين - وعن جماعة اعتبارها .

ومنها - سبب الحكم المذكور وانه هل هو تساقط البينتين فيكون كما لا يئنه فيه وان لكل واحدة منهما مرجح باليد على النصف فيئني على ترجيح بيئنه الداخل او ترجيح بيئنه الخارج ويظهر الثمرة في ثبوت اليمين كما لا يخفى والكلام تارة في ما يقتضيه القاعدة واخرى في مقتضى النصوص الخاصة .

اما الاول فبناء على ما قدمناه من ان المال اذا كان في يد المتخاصمين تكون يد كل منهما اماره على كونه مالكا للنصف تقبل بيئنه كل منهما بالنسبة الى النصف فانها بالاضافة الى النصف الذي يكون ملكاله بحكم اليد لا تكون ميزانا وحجة في باب الخصومة و النزاع فتختص حجيتها بالاضافة الى ما في يد الاخر فيثبت بكل من البينتين مالكية من اقامها لما في يد صاحبه - والى ذلك اشار المصنف ره حيث قال قضى به لكل بما في يد صاحبه فان قيل ان اعمال البينتين انما هو العمل بتمام مقتضاهما ولما لم يمكن ذلك في المتعارضتين فتكونان عن مدلول العمومات خارجتين - قلنا ان عدم العمل بمقتضاهما ان كان من جهة اقتران بعض المورد بمانع وقصوره لامن جهة النقص في البيئنه كما في المقام لا تكون البيئنه خارجة عن مدلول العمومات - ويترتب على ما ذكرناه عدم اعتبار الحلف فان السبب في الحكم بالملكية هو البيئنه ومعها لاجابة الى الحلف .

واما الثاني فما يمكن الاستدلال به أو استدلال به نصوص - منها مرسل (١) ابن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي و قال الاخر هما يئني و بينك فقال عليه السلام اما الذي قال هما يئني وبينك فقد اقر بان احدا الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما

وخبر (١) السكوني عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما قال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين دينارا أو يقسم الآخر بينهما نصفين - استدل بهما المحقق النراقي فده في المستند للقول بالتنصيف في المقام بدعوى انهما بترك الاستفصال عن اقامة البينة و عدمها يدلان عليه (وفيه) انهما في مقام بيان حكم القضية من حيث هي لامع اقامة كل منهما البينة كما هو واضح ومنها خبر (٢) غياث بن ابراهيم عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان في دابة و كلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذي في يده وقال لولم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين - واستدل به النراقي ايضا للقول بالتنصيف بدعوى انه اعم من ان يكون في يدهما (وفيه) ان عدم كون العين في يده غير كونها في يدهما كما لا يخفى.

ومنها خبر (٣) تميم بن طرفة ان رجلين عرفا (ادعيا) بعيرا فاقام كل واحد منهما بينة فجعله امير المؤمنين عليه السلام بينهما (ولكنه) ليس فيه اشارة الى كون المال في يدهما بل غايته الاطلاق فيختص بغير هذا المورد لما مر ويأتي.

ومنها خبر (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما واى الاخران يحلف فقضى بها للحالف - ومقتضى هذه الرواية عدم كون كل من البينتين في المقام حجة وميزانا وانما الميزان هو الحلف - وعليه فهي مخالفة لفتوى الاصحاب فتسقط بالاعراض عن الحجية.

ومنها المرسل (٥) المتقدم عن امير المؤمنين عليه السلام في البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان - فاما اذا كان في ايديهما فهو فيما بينهما نصفان - وهو

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الصلح حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣-٤-٢

(٥) المستدرک باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

موافق للقاعدة ولفتوى المشهور ولذلك قال المحقق العراقي ره انه ينبغي ضعفه بالعمل
فالمحصل مما ذكرناه عدم اعتبار اليمين وان السبب في الحكم بالتنصيف هو بينة
الخارج كما هو المشهور بينهم وصرح به الاساطين.

تعارض البينتين في صورة التداعى

٣- (ولو كان المال المتنازع فيه في يد ثالث) فالمشهور بينهم خصوصاً المتأخرين

بل عليه عامتهم كما في الرياض انه (قضى بالاعدل) اي بارجح البينتين
عدالة (فالاكثر) منهما شهودا ان تساويا في العدالة (وان تساويا) عدالة وكثرة
(اقرع) بينهما (فيحلف من تخرج القرعة) فيقضى له بتمام المدعى به (فان امتنع)
عن الحلف (احلف الاخر) وقضى له بتمامه (فان امتنع) معان الحلف (قسم) المدعى
به (بينهما) وعن الغنية الاجماع عليه - وفي المقام اقوال اخر ستقف عليها.

واما النصوص فهي مختلفة منها ما يدل على الترجيح بالاكثرية كصحيح (١)
ابي عبدالله عليه السلام في حديث ان عليا عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة
لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يهبو (وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك) فقضى
عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم - و خبر عبدالرحمان بن ابي عبدالله - وموثق
سماعة الاتيين .

و منها ما يدل على الترجيح بالاعدلية - كخبر (٢) البصري عن ابي عبدالله
عليه السلام قال كان علي عليه السلام اذا اتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم
سواء وعددهم اقرع بينهم على ايها تصير اليمين و كان يقول اللهم رب السموات
السبع (ورب الارضين السبع) ايهم كان له الحق فاده اليه ثم يجعل الحق للذي يصير
عليه اليمين اذا حلف - فان ذكر الاعدلية مع الاكثرية يقتضى كونها مثلها في الترجيح
المستفاد من دليله بالخصوص والا لم يكن ثمرة لذكرها معها بعد فرض معلومية

كونها بمجرد ما رجحة كما دل عليه صحيح ابي بصير .
ومنها ما يدل على الترجيح بالقرعة - كخبر البصرى المتقدم وموثق (١) سماعه
ان رجلين اختصما الى على عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده
واقام كل واحد منهما يئنة سواء في العدد فاقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد
منهما بعلامة ثم قال اللهم رب السماوات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ايهما كان صاحب الدابة وهو اولى بها فاسألك ان يقرع
ويخرج سهمه فخرج سهم احدهما فقضى له بها - وصحيح (٢) داود بن سرحان عن
ابي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امر واحد وجاء آخران فشهدا على غير
الذى شهد الاولان عليه واختلفوا قال عليه السلام يقرع بينهم فايهم قرع عليه اليمين وهو
اولى بالقضاء ونحوها غيرها .

والجمع بين النصوص يقتضى البناء على تاخر القرعة عن الاكثرية وذلك
لاختصاص جميع النصوص الدالة على القرعة بصورة التساوى في العدد - وتأخرها
عن الاعدية - لتاخر الاكثرية عنها ولخبر البصرى . واما تاخر الاكثرية عن الاعدية
فليس له دليل من النصوص الا ان الشهرة المعتمدة بدعوى الاجماع مكررا على
تاخرها عنها توجب البناء على ذلك - وان شئت قلت ان مقتضى دليل الترجيح
بالاكثرية الرجوع اليها ولومع الاعدية في الجانب الاخر - وكذا مقتضى اطلاق
دليل الترجيح بالاعدية - فيقع التعارض بينهما فيما لو كانت البينتان مختلفتين
بالاعدية في واحدة والاكثرية في الاخرى بالعموم من وجه - فيرجع الى
المرجحات فيقدم دليل الترجيح بالاعدية لفتوى الاصحاب التى هي اول المرجحات
لتقديم احد الخبرين المتعارضين على الاخر - فتحصل ان مقتضى الجمع بين النصوص
ما ذكره المشهور من تقديم الاعدل ثم الاكثر - ومع التساوى فيهما فالقرعة .

واما ما افادوه من لزوم الحلف على من خرجت القرعة باسمه - فيشهد له خبر

البصري وصحيح داود بن سرحان المتقدمان ونحوهما غيرهما .

ثم ان الظاهر من اقتصار المصنف ده وغيره على توجه اليمين الى من خرجت القرعة باسمه انه لا يمين على صاحب البينة المرجحة بغير القرعة من الاعدية والاكثرية - ولكن في الجواهر ان الظاهر كون تركه اعتمادا على ما ذكره في القرعة التي هي احدى المرجحات للبينة - وكيف كان فصحيح ابي بصير - شهد بثبوت اليمين في الاكثرية - وبعدم القول بالفصل يثبت في الاعدية ايضا .

ويمكن ان يقال ان بعض نصوص القرعة يتضمن اقراعه عليه السلام على من تصير اليمين منهما كخبر البصري وهذا كاشف عن ثبوت اليمين على احدهما في صورة تعارض البيهقيين مطلقا وقد اخرج الامام عليه السلام بالقرعة - وعلى اى حال لامجال للتشكيك فيه .

واما ما ذكره من انه ان امتنع عن الحلف حلف الاخر - فيشهد به انه يدل النصوص الدالة على حلف من خرج القرعة باسمه انه لاحق له بدون الحلف وهو صريح خبر البصري وحيث ان المفروض انحصاره فيهما فيثبت للاخر واحتمال ثبوته له من دون يمين مناف لقوله عليه السلام (١) انما اقضى بينكم بالبينات والايمان - اضاف الى ذلك ان ثبوته فيمن اخرجته القرعة يقتضى او لو يثبته بذلك - وقيل بل لعل اقراع الامام عليه السلام لاستخراج من يصير اليمين عليه يراد منه الاعم من الصيرورة ولو بالاخرة بل لعل اجماله بقوله ثم يجعل النخ اشارة الى ذلك - واما التنصيف بينهما على تقدير النكول - فيمكن ان يستدل له بعموم ما دل (٢) على ثبوت الحق للخصم في صورة النكول فانه يقتضى بنكول الاول كون المال تمامه للاخر وكك بنكول الثاني فمقتضى قاعدة العدل والانصاف ذلك - ويمكن الاستدلال بهذه القاعدة ابتداء بدعوى ان البيهقيين متعارضتان والمال مال ادعياء ولا يكون خارجا عنهما ولا حجة لاحدهما بالخصوص فمقتضى القاعدة المزبورة

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم

التنصيف بل على هذا التقريب يمكن الاستدلال بالتنصيف ح بمادل في مسألة ما لو تنازعا فيما لا يدل أحدهما عليه ولاينة على التنصيف المتقدم - فالمتحصل مما ذكرناه ان استفادة جميع ما ذكره المشهور من الاخبار ظاهرة لا اشكال فيها.

فما في المسالك من ان الحكم في هذا القسم لا يخلو عن اشكال لاختلاف الاخبار على وجه يعسر الجمع بينها وضعف ما ذكره من طريق الجمع وضعف سند أكثرها وعدم عمل الاصحاب بما اعتبر اسناده مقتصرين عليه ولاجل ما ذكرناه اقتصر الشهيد في الدروس على مجرد نقل الاقوال من غير ترجيح لاحدها انتهى - غير تام .

واما ساير الاقوال - من تقديم الاكثرية على الاعدية كما عن الحلبي - والاقتصار على الاولى كما عن الاسكا في والارديلي - و على الثانية كما عن المفيد - والرجوع اليهما من غير ذكر الترتيب كما عن سائر - والاقتصار على القرعة كما عن العماني - والقرعة ان شهدتا بالملك المطلق من الجانبين و بالقسمة نصفين ان كانتا مقيدتين بذكر السبب و القضاء بالمقيد ان كانتا مختلفتين كما عن المبسوط فقد ظهر ما يمكن ان يستدل به لكل واحد منها مع الجواب عنه فلا حاجة الى التكرار ولا فائدة فيه .

ثم ان الاكثر لم يتعرضوا لحكم تصديق الثالث الذي بيده العين لاحد المتداعيين هنا كما ذكره في صورة عدم البينة فعن التحرير توجيهه بان البينتين متطابقتان على عدم ملكية الثالث فلا يكون اقراره لانه انما يكون في ملك الشخص واقعا او ظاهرا او مع البينتين لا يكون كك - وفيه بعد النقص بالاقرار في صورة عدم البينة مع عدم كونها ملكا له اما للعلم به من الخارج او الثابت بالاقرار - ان مدرك ثبوت الحق للمقرب به باقرار ذي اليد ليس قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز فانها لا تدل على ان يد من نفى الملكية عن نفسه - بل امور اخر تقدمت في تلك المسألة وهي جارية في المقام وعن القواعد انه كاليد وعليه فترجع الى الصورة الاولى من بينة الداخل او الخارج اذا صدق احدهما - اقول الظاهر ان عدم ذكرهم له من جهة اطلاق الاخبار الخاصة كما ذكره بعض .

تنبيهات

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - الاول - ان هناك فرعا آخر لم يتعرض له المصنف وهو مالولم تكن العين في يد احد فالظاهر انه من جهة ان حكمه حكم مالو كانت في يد ثالث كما صرح به غير واحد - لاطلاق اكثر الاخبار لولا جميعها ولذلك لا تعرض لمدرك الحكم فيه والا يلزم التكرار بلا جهة .

الثاني ان عنوان المسألة في كلمات الاصحاب تعارض البينتين في النزاع في الاعيان - فهل الحكم في غيرها كما لو تنازعا في دين خاص من جميع الجهات او في منفعة ملك او في حق من الحقوق او في نكاح او طلاق وما شا كل هو ذلك - ام له حكم آخر كما في المستند - الظاهر هو الاول فان اكثر الاخبار وان كانت في الاعيان - الا ان جملة منها مطلقة كصحيح داود (١) وصحيح الحلبي (٢) وبعضها في الدين كخبر (٣) زرارة - وبعضها في الزوجية كخبر داود (٤) العطار - و عليه فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على ان ذكر الاعيان في اكثر الاخبار من باب المثالية - فلذلك ولاطلاق الصحيحين يثبت الحكم في جميع موارد التنازع ولا منافاة بين المطلق والمقيد كي يحمل عليه.

حكم تعارض البينتين فيما لا يمكن التنصيف

الثالث - في المواضع التي حكمنا فيها بالتنصيف كما اذا لم يحلف من خرجت القرعة باسمه و لم يحلف الاخر ايضاً - اذا كان المورد مما لا يمكن فيه التنصيف كالنزاع في زوجية امرأة فاللازم الرجوع الى القواعد والاصول والاخر - ففي المسالك والمستند انه يحكم بانه لمن اخرجته القرعة بلا حاجة الى الحلف بعدها .
واستدل له في المسالك بانه لا فائدة في الاحلاف بعد القرعة لان فائدته القضاء

للاخر مع نكوله وهو منفي هنا (وفيه) منع عدم الفائدة في الاحلاف لما عرفت من ان مقتضى الجمع بين الادلة انه لو حلف من اخرجته القرعة ثبت الحق والاف يحلف الاخر ويثبت له الحق فهذه فائدة مهمة.

واستدل له في المستند باطلاق مرسل (١) داود العطار عن الصادق عليه السلام في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود ان هذه المرأة امرأة فلان وجاء آخر ان فشهد انها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو اولى بها. قال ولا يردان مقتضى رواية البصري وداود بن سرحان وصحيفة الحلبي الاحلاف فانها عامة والمرسلة خاصة بالزوجية فتخصص بها. فان لوحظت جهة عموم للمرسلة ايضاً لدالاتها على الاولوية مطلقاً سواء كان بعد الحلف او قبله فيتساقطان ويبقى حكم القرعة بلا معارض (وفيه) انه قد عرفت ان الجمع بين النصوص يقتضي الغاء خصوصيات الامثلة المذكورة فيها وان ما فيها من الموارد الخاصة من قبيل المثال - وعليه فالجمع بين المرسل وسائر النصوص يقتضي تقييد اطلاقه بما بعد الحلف.

وقد يقال انه بعد سقوط البينتين بالنكول منهما ان لم تصدق المرأة احدهما يخلى سبيلها (وفيه) اولاً انه ربما يعلم بزوجيتها لاحدهما - وثانياً ان المختار في تعارض البينتين كتعارض سائر الامارات هو التخيير في المقام انما اعتبر الترجيح ثم الحلف فمع عدمهما - مقتضى الاصل هو التخيير - وحيث انه لا يصح في المقام لانه لو حكم بالتخيير يختار كل منهما بينته فيعود النزاع فلا يحكم به و لكن في الحكم بنفي الثالث وثبوت احدى الزوجيتين لا محذور في الاعتماد على احدى البينتين بنحو التخيير وعلى ذلك فيتعين الرجوع الى قرعة اخرى وتعيين الزوج بها لانها لكل امر مشكل ولا يكفي بالقرعة الاولى التي هي لتعيين من عليه اليمين فان هذه لتعيين من هي زوجته بلا احتياج الى حلف بعدها - نعم - ان صدقت المرأة احدهما يحكم بانها زوجته

لان المفروض سقوط البينتين فيكون الامر بيدها لما دل من النصوص (١) على انها مصدقة على نفسها - د لا يتوهم ان مقتضى ذلك هو تصديق المرئة لاحد المتنازعين قبل القرعة والاحلاف كما عن المحقق الاردبيلي ره الالتزام بذلك - فانه يرد عليه انه لا اعتبار بتصديقها بعد وجود البينتين وهذا بخلاف ما اذا تساقطتا.

الرابع- في خبر اسحاق (٢) تحليف الطرفين معا- حيث قال وان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين- وفي خبر (٣) السكوني فقضى لصاحب الخمسة خمسة اسهم و لصاحب الشاهدين سهمين- وحيث انه لم يعمل الاصحاب بشيء منهما الا عن ابي علي- وهما منافيان لسائر الاخبار- اما الاول فلان النصوص دلت على انه ان حلف من قدمت بينته بالمرجح او القرعة قضى له وان حلف الاخر- واما الثاني فللدلالة الاخبار على الترجيح بالاكثرية فيتعين طرحهما و ربما يحمل خبر السكوني على ارادة سهام القرعة لفائدة الاقربية الى الخروج - وهو مضافا على كونه خلاف الظاهر لاعامل به الا ما يحكى عن ابي علي .

تعارض البينتين المختلفتين في التاريخ

الخامس - اذ اشهدت احدى البينتين بالملك في الحال و اخرى بالملك منذ سنة أو شهدت احدهما بالملك منذ سنة و اخرى بالملك منذ سنتين فالمشهور بين الاصحاب تقديم السابق والسابق فمن المرجحات لاحدى البينتين المتعارضتين السابق في الزمان - وذكروا في وجهه ان البينتين تعارضتان في الوقت المشترك و تساقطان و تبقى الاخرى في الزيادة بالامعارض و مقتضى الاستصحاب بقاءه - وان السابق رجحان في نظر العرف فيرجح به بينة السابق - وان صحيح (٤) ابن سنان

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢-١٠

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٥

المتقدم يدل عليه حكى الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فرعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها فكافا اقاما البينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده .

اقول بعد التنبية على امر وهوان محل كلامهم ما اذا شهدت كل منهما بالملك في الحال والا فان شهدت احدهما بالملك في السابق فقط والاخرى بالملك في الحال فلا ينبغي التوقف في تقديم الثانية لعدم المعارضة بينهما و عدم صلاحية الاستصحاب لمعارضة البينة من الواضحات - ان شهادة من يشهد بالملك في السابق و بقاء تلك الملكية ان كانت في بقائها مستندة الى الاستصحاب ان جوزنا الشهادة مستندة اليه (وسياتي الكلام في المبني في كتاب الشهادات) تقدم بينة من يشهد بالملك في الحال لتقدم بينته على مدرك تلك الشهادة وتوجب العلم التعبدى بعدم بقاء الحالة السابقة ومعه لامجال لحجيتها فانه ح كمالو علم بعدم مطابقة البينة للواقع فانه لاشبهة في سقوطها عن الحجية بناء على ما هو الحق من كون حجيتها من باب الطريقة لا الموضوعية والسببية - وان كانت كل منهما مستندة الى العلم او ما يحكمه - فان قلنا بان الاصل في تعارض البينتين هو التخيير وان لم يمكن العمل بهذا الاصل في موارد التنازع لامجال للبناء على الترجيح بالسبق - فان الاستصحاب لا يجري مع وجود البينة كان موافقا لها او مخالفا و كون سبق مرجح عند العرف ممنوع - وخبر ابن سنان لا ظهور له في كون منشأ التقديم السابق ولعله يكون من جهة اخرى ولذلك يستدل به الاصحاب للترجيح به - وان قلنا بان الاصل في تعارضهما التساقط - فما ذكره من الرجوع الى الاستصحاب تام في غير ما اذا كانت العين بيد الاخر فان يده ح حجة على الملك وهي تقدم على الاستصحاب كما افاده الشهيد الثاني هذا ما يقتضيه القاعدة - واما مقتضى النصوص الخاصة الواردة في الصور المتقدمة فهو ما تقدم فيها لشمولها لهذا المورد .

معارضة البينة مع شاهد ويمين

السادس لاختلاف بين الاصحاب ظاهرا في انه كما تتحقق المعارضة بين شاهدين ومثلهما - كك تتحقق بين شاهدين وشاهد وامرأتين - و المشهور بينهم عدم تحققها بين الشاهدين او شاهد وامرأتين وبين شاهد واحد ويمين - والاصل فيه ما ذكره الشيخ ره في المبسوط في فصل الدعاوى والبيانات - وكيف كان فقد استدله بوجوه (١) ضعف الشاهد واليمين من جهة وقوع الخلاف في كونهما مثبتا ومن جهة ان الحالف يصدق نفسه بخلاف الشاهدين فانهما يصدقان غيرهما ذكره الشيخ ره في المبسوط (٢) ما افاده المحقق الاردبيلي ره وهو ان الشاهد واليمين ليسا بحجة مستقلة في جميع الاحكام بل الشاهد حجة مع انضمام يمين المدعى في بعض الاحكام مع تعذر الشاهدين (٣) ما افاده صاحب الجواهر والسيد في ملحقات العروة - وهو عدم صدق البينة على شاهد ويمين (ولكن) الوجه الاول اعتبارى لا يصلح مدركا للحكم الشرعى ويرد على الوجه الثانى ان الكلام في الاحكام التى يكون الشاهد واليمين حجة فيها - واما الثالث فلم افهم المراد منه اذ التعارض لا يتوقف على صدق البينة بل مقتضى اطلاق دليل كل منهما حجيته في المورد فيتعارضان - نعم ان اراد ابذلك ان الاحكام الخاصة المترتبة على تعارض البينتين لا ترتب على تعارضهما كان تاما - ولكن ذلك غير عدم التعارض بينهما.

والحق ان يقال ان المال ان كان بيد احدهما فما كان منهما من جانب خارج اليد كان هو الشاهدان او الشاهد واليمين - يقدم اذلا بينة على المنكر - وان كان بيدهما كان كل منهما حجة ومقدما بالنسبة الى النصف الذى يكون بيدهما الاخر - وفي هذين الفرضين لا يعتبر الحلف - وان كان بيد ثالث فان اقر هو لاحدهما كان هو منكرا فيقدم ما قام على مالكية الطرف الاخر - و الا فيتعارض الحجتان و تساقطان لعدم امكان البناء على التخيير و يرجع الى ما يقتضيه قاعدة العدل والانصاف من التنصيف - ومع الاغماض عنها فالى القرعة وعلى التقديرين لا يعتبر الحلف -

اللهم الا ان يرجع الى القرعة لتعيين المدعى والمنكرو ح فعلى من اخرجته القرعة اليمين .

ثم انه قد اشتهر بين المتأخرين ومتأخرى المتأخرين التعرض لجملة من مسائل الاختلاف في العقود و حيث ان كل واحدة من تلكم المسائل مذكورة في الكتاب المناسب لها من النكاح والاجارة والارث وما شا كل - ولارى كثير فائدة في اعادتها فصرف الوقت في المسائل الاخر اولى كما انهم قد تعرضوا لفروع اخر متفرعة على القواعد العامة المتقدمة ولارى حاجة الى التعرض لها .

ثم ان المذكور في كتب اكثر الاصحاب بيان احكام القسمة - مع انها بكتاب الشريعة انسب ولذا تعرضنا لها تبعا للمصنف ره في ذلك الكتاب فلا نعيدها - وقد تعرضوا عند بيان احكامها هنا لاستحباب كما عن الاكثر - او وجوب كما عن القواعد - ان يتخذ الامام عليه السلام قاسما و كان الاولى عدم التعرض لذلك - نعم - ما عن بعضهم من استحبابه للحاكم مطلقا لابس بالبحث فيه والاطهر عدمه لعدم الدليل عليه،

الشهادات

جمع شهادة - وهي لغة الحضور - ومنه قوله تعالى (١) «ومن شهد منكم الشهر فليصمه» او العلم الذي عبر عنه في المسالك بالاخبار عن اليقين ومنه قوله تعالى (٢) «نشهد انك لرسول الله» وقوله (٣) سبحانه «وما شهدنا الا بما علمنا».

وفي المسالك وشرعا اخبار جازم عن حق لازم لغيره واقع من غير حاكم وبالقيد الاخير يخرج اخبار الله تعالى ورسوله ﷺ والائمة عليهم السلام واخبار الحاكم حاكما آخر فان ذلك لا يسمى شهادة انتهى (وفيه) ان الظاهر عدم ثبوت حقيقة شرعية لها لعدم الدليل عليها ولا المتشرعية سيما وان المشهود في كلام الحجج استعمال لفظ الشهود

والشهادة وما يسبق منهما فى غير هذا المعنى - وعليه فاللازم حمل الشهادة الواقعة فى الايات والنصوص على ما هو المتفاهم منها عرفا ولا يهمنى البحث فى تعيين مفهومها بحسب المتفاهم العرفى سعة وضيقا بعد وضوح الحكم من الادلة فى الموارد الخاصة من حيث اعتبار التعدد وعدم جواز الاخبار الا عن علم وما شا كل فلا مورد لاطالة الكلام فى النقض والابرام الواردين على التعاريف التى ذكرها والاصل فيها الاجماع والكتاب والسنة وستمر عليك .

البلوغ من شرائط الشاهد

(الفصل الخامس فى صفات الشاهد وهى ستة) الاول (البلوغ) فلا تقبل شهادة

غير البالغ بلا خلاف فيه فى الجملة - وفى الجواهر اجماعا بقسميه - وتنقيح القول فيه فى طى مسائل .

الاولى - ان مقتضى عمومات الكتاب وطائفة من النصوص قبول شهادة الصبي ايضا لاحظ - قوله تعالى (١) « فاستشهدوا عليهن اربعة منكم » اللهم الا ان يقال ان المراد من ضمير الجمع هو المراد من الضمير فى نسائكم وفى امسكوهن وهو الرجال قطعا - ويؤيده الآية الاخرى وهى (٢) قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله (٣) سبحانه « ثم لم ياتوا باربعة شهداء » اللهم الا ان يقال ان هذه الآية فى مقام بيان وجوب جلد من رمى المحصنة ولم يقم الشهود على ما رمى وليست فى مقام بيان من يقبل شهادته كى يتمسك باطلاقه لقبول شهادة الصبي - وبذلك يتطرق الاشكال فى النصوص التى استدلت بها على قبول شهادته مثل - ماورد (٤) فى حد الرجم ان يشهد اربع انهم راوه يدخل ويخرج - و ما دل (٥) على جواز شهادة الولد لو ولد له والاخ

(١) النساء آية ١٥ (٢) البقرة آية ٢٨٢

(٣) النور آية ٤

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٥) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات

لاخيه وما شا كل - وعليه فمقتضى القاعدة الاولى عدم قبول شهادته وعدم نفوذه وعدم ترتيب الاثر عليه كما في ساير الشهادات .

ولكن ذلك بالنسبة الى ما تضمن من الايات والروايات على لفظ الشهادة - واما ما دل على حجية خبر الواحد بناء على ما حققناه من حججه في الموضوعات فبعض تلك الادلة باطلا فيه يشمل الصبي المميز .

وكيف كان فيشهد لعدم قبول شهادته جملة من النصوص كصحيح (١) محمد ابن مسلم عن احدهما عليه السلام في الصبي يشهد على الشهادة فقال عليه السلام ان عقله حين يدرك انه حق جازت شهادته - وقوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام ان شهادة الصبيان اذا شهدوهم صغار اجازت اذا كبروا ما لم ينسوها - ونحوه خبر (٣) اسماعيل بن ابي زياد المروى عن من اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه - دلت هذه النصوص بمقتضى مفهوم الشرط على عدم قبول شهادته في حال الصغر - وصحيح (٤) جميل قلت لابي عبدالله عليه السلام تجوز شهادة الصبيان قال عليه السلام نعم في القتل يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثاني منه - فان الجواب عن الخاص بعد السؤال عن العام بمنزلة التفصيل القاطع للشركة - وخبر (٥) محمد بن حمران عنه عليه السلام عن شهادة الصبي فقال عليه السلام لا الا في القتل يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثاني وموثق (٦) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال رسول الله صلوات الله عليه لم تجز شهادة الصبي ولا خصم ولا متهم ولا ظنين - وموثقه (٧) الاخر عنه عليه السلام قال رد رسول الله صلوات الله عليه شهادة السائل الذي يسأل في كفه قال ابو جعفر عليه السلام لانه لا يؤمن على الشهادة دل بعموم العلة على عدم قبول شهادة الصبي الى غير تلكم من النصوص - اصف اليها ان الماخوذ في من يقبل شهادته عناوين لا تصدق على

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢١ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٤

(٤-٥) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ١-٢

(٦) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٧) الوسائل باب ٣٥ من كتاب الشهادات حديث ٢

الصبي - كالدالة وكونه مرضيا - غير متهم وما شا كل .

وبازاء جميع ذلك خبر (١) اسماعيل بن جعفر فاذا كان للغلام عشرين جاز امره وجازت شهادته وخبر (٢) طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن آباءه عن علي عليه السلام شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرقوا او يرجعوا الى اهليهم - ولكن الاول مقطوع غير مسند الى الامام عليه السلام وظاهره كونه فتوى اسماعيل نفسه ولذا قال فى الوسائل قول اسماعيل ليس بحجة - واما الثانى فمضافا الى ان طلحة عامى انه مختص بشهادتهم بينهم ما لم يتفرقوا - مع انه شاذ ساقط عن الحجية - اصف الى ذلك انه لو سلم دلالاته وحجتيه فالنسبة بينه وبين ما دل على عدم قبول شهادة الصبي فى غير القتل عموم من وجه فيقدم تلکم النصوص لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات .

فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من النصوص الكثيرة عدم حجية قول الصبي وعدم قبول شهادته وبها يقيد اطلاق الايات والروايات الدالة على قبولها منه باطلاقها لو سلم وجودها - فالاصل فى الصبي عدم قبول شهادته .

الثانية لاختلاف ولا اشكال فى ان شهادة الصبي غير المميز لا تسمع ولا تكون حجة والادلة المتقدمة بضميمة الاجماع شاهدة به .

الثالثة الصبي المميز ان كان بالغا عشراً - فالمشهور بين الاصحاب قبول شهادته فى الجنایات فى الجملة وفى غيرها عدم القبول - والمميز غير البالغ عشراً لاختلاف بينهم فى عدم قبول شهادته فى غير الجنایات والمشهور بينهم ذلك فيها ايضاً - وعن جماعة القبول فيها .

اما عدم قبول شهادة المميز فى غير الجنایات فيشهد به الادلة المتقدمة ونسب جماعة الى قائل بقبولها منه فى غيرها ايضاً وقد صرح عميد الروساء بعدم الظفر به - وعلى اى حال فهو مردود بما مر - .

و اما قبولها منه اذا بلغ عشراً فى الجنایات فقد تكرر دعوى الاجماع عليه

ويشهد به - صحيح جميل وخبر محمد بن حمران المتقدمان - وصحيح (١) جميل ايضا عن الصادق عليه السلام عن الصبي تجوز شهادته في القتل قال عليه السلام يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثاني - وهذه النصوص كما تراها مختصة بالقتل - واما الجراح غير البالغ حد القتل فان ثبت اجماع على القبول فيه - والا فما افاده فخر المحققين من انه لا تقبل منه هو الصحيح - و من الغريب تخصيص الشهيد في محكي الدروس قبول الشهادة بالجراح غير البالغ النفس ويمكن توجيهه بطرحه الاخبار والاخذ بالاجماع.

واما قبولها منه اذا لم يبلغ عشرين فقد نسب الى الاسكافي والخلاف وظاهر السيد في الانتصار وابن زهرة في الغنية وقواء في المستند - و يشهد به اطلاق النصوص المتقدمة - ولكن عدم افتاء جل الاصحاب بذلك ومن افتى به فقد ذكر قبولها منه في الشحاح والجراح لافي القتل يكون كاشفا عن وجود حجة عليه - فتردد جماعة من متأخري المتأخرين فيه في محله - واماما اشتهر (٢) عن امير المؤمنين عليه السلام في حكم ستة غلمان غرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم على اثنين انهما غرقاه واثنان على الثلاثة انهم غرقوه ف قضى على عليه السلام بالدية اخماساً ثلاثة اخماس على الاثنين - و خمسين على الثلاثة - الذي استدله بعضهم فهو قضية في واقعة - مع ان استعمال الغلام في البالغ شائع .

ثم انه في مورد قبولها منه صرح جماعة منهم الشيخ في محكي الخلاف والمحقق في الشرايع والمصنف في جملة من كتبه - بانه يشترط فيه عدم تفرقهم اذا كانوا مجتمعين حذر أن يلقنوا - واستدل له بمفهوم خبر طلحة - ولكنه كما مر مختص بشهادتهم بينهم - و عليه فلا دليل على اعتباره الا الاجماع ان ثبت - و اولى بعدم الاعتبار ما صرح باعتباره من شرطين آخرين في المتن وسيجيء الكلام فيهما.

(١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات

من شرائط قبول الشهادة كون الشاهد عاقلاً

(و) الثاني (كمال العقل) فلا تقبل شهادة المجنون اجماعاً بقسميه بل ضرورة من المذهب او الدين على وجه لا يحسن من الفقيه ذكر ما دل على ذلك من الكتاب والسنة كذا في الجواهر - وفي المسالك هذا محل وفاق بين المسلمين - ويشهد به مضافاً الى ذلك ما دل على اعتبار العدالة في الشاهد وكونه مرضياً - والمجنون ليس كذلك قطعاً - وفي العلوي (١) في قوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ممن ترضون دينه وامانته وصلاحه وعفته و يقطعه فيما يشهد به وتحصيله وتمييزه فما كل صالح مميزاً ولا محصل مميز صالح - ويشهد به ايضاً عموم التعليل في موثق محمد المتقدم لانه لا يؤمن على الشهادة - واستدل له في الرياض - بما في صحيح جميل المتقدم في شهادة الصبي ان عقله حين يدرك انه حق جازت شهادته وبالجملة فالحكم من الواضحات .

ولافرق في الجنون بين الادوارى منه والمطبق - نعم لا باس بشهادته في حال افاقته لعموم الادلة وزوال المانع لكن بعد استظهار الحاكم بما يثق معه حضور ذهنه واستكمال فطنته - قال في الرياض و ذكر المتأخرون من غير خلاف بينهم ان في حكمه المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط ويدخل فيه التزوير والغلط وهو لا يشعر لعدم الوثوق بقوله وكذا من يكثر غلظه ونسيانه ومن لا يتنبه لمزايا الامور وتفصيلها الا ان يعلم عدم غفلته انتهى .

اقول ويشهد بذلك عموم العلة في موثق محمد المتقدم لانه لا يؤمن على الشهادة ومرسل (٢) يونس عن بعض رجاله عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته الحديث فان الظاهر من المأمونية اما المأمونية في

(١) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٢٣

(٢) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٣

جميع الحسنات اوفى خصوص الشهادة - وعلى التقديرين يثبت المطلوب - واحتمال ارادة المأمونية من تعمد الكذب خلاف الظاهر - وقوى (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عليه السلام ان شهادة الاخ لاخيه يجوز اذا كان مرضيا ومعه شاهد آخر - وقد مر تفسير الامام عليه السلام للمرض بما لايشمل الغفل - وموثق (٢) سماعة سألتها عما يرد من اليهود - قال عليه السلام المريب والخصم والشريك الحديث اذ لا يرب في كون المغفل داخلا في المريب .

من شرائط قبول الشهادة الايمان

(١) الثالث من الاوصاف المعبرة في الشاهد (الايمان) بالمعنى الاخص وهو الاقرار بامامة الائمة الاثنى عشر عليهم السلام بلا خلاف وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - فلا تقبل شهادة غير المؤمن وان اتصف بالاسلام - ولا شهادة غير المسلم . اما عدم قبول شهادة غير المسلم فيشهد به مضافا الى الاجماع وفي الجواهر بل لعله ضروري المذهب جملة من النصوص - كصحيح (٣) الحذاء عن ابي عبد الله عليه السلام تجوز شهادة المسلمين على جميع اهل الملل ولا تجوز شهادة اهل الملل على المسلمين - وموثق (٤) سماعة عنه عليه السلام عن شهادة اهل الملة قال عليه السلام لا تجوز الا على اهل ملتهم - ومثله (٥) موثق الاخر - والنصوص (٦) الدالة على ان الكافر اذا تحمل الشهادة في حال الكفر وشهد بعد اسلامه تقبل شهادته فانها من جهة ما فيها من الشرط تدل على عدم قبولها في حال الكفر - لاحظ قوى (٧)

(١) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٣

(٣-٤) الوسائل باب ٣٨ من كتاب الشهادات حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ٤٠ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٦-٧) الوسائل باب ٣٩ من كتاب الشهادات حديث ٨-١٠

السكوني عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام في حديث اليهود والنصارى اذا اسلموا جازت شهادتهم - وقوى (١) السكوني عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام كان لا يقبل شهادة فحاش ولاذى مخزية في دينه - ومثله خبر (٢) اسماعيل بن مسلم الى غير ذلك من النصوص الواردة بالسنة مختلفة - ويشهد به ايضاً ما دل على اعتبار العدالة وكون الشاهد مرضياً.

واما عدم قبول شهادة غير المقر بامامة الائمة الاثنى عشر عليه السلام - فقد قال صاحب الجواهر ره ولعله من ضروري المذهب في هذا الزمان - ويشهد به - خبر السكوني واسماعيل المتقدمان وما دل على (٣) عدم قبول شهادة الفاسق - واعتبار (٤) العدالة - فان المخالف ليس بعادل قطعاً وما دل (٥) على عدم قبول شهادة الظنين قال الصدوق الظنين هو المتهم في دينه - وقال (٦) الصادق عليه السلام في صحيح ابي بصير في جواب قوله فالفاسق والخائن فقال هذا يدخل في الظنين - ولا يعارضها ما دل (٧) على قبول شهادة المسلم لانه يقيد اطلاقه بما مر ولا - حسن (٨) البرنطى عن ابي الحسن عليه السلام عن ابي اشهد ناصبين على الطلاق ا يكون طلاقاً قال عليه السلام كل من ولد على الفطرة وعرف بصلاح في نفسه اجيزت شهادته على الطلاق بعد ان يعرف منه خير ونحوه - صحيح (٩) ابن المغيرة فانه عليه السلام في الجواب اقتصر على بيان الحكم الواقعي الكلي وهو انه تقبل شهادة من كان معروفاً بالخير وليس ذلك الا الايمان والجواب بما لا ينطبق على السؤال لعله من جهة التقية .

(٢-١) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٥-١

(٣-٥-٦) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات حديث ٥٠-٥٠

(٤-٨-٩) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٥-٢١

(٧) الوسائل باب ٣٨-٣٩ من كتاب الشهادات

من شرائط قبول الشهادة عدالة الشاهد

(و) الرابع (العدالة) فلا تقبل شهادة الفاسق كتابا وسنة مستفيضة او متواترة واجماعا بقسميه كما في الجواهر - واما ما في كلام بعض القدماء من كفاية ظاهر الاسلام مع عدم ظهور الفسق بل عن الخلاف دعوى الاجماع القولي والعملى عليه فليس مراده عدم اعتبار العدالة ولا ان ذلك هو العدالة بل مراده كون ذلك من طرق معرفة العدالة ولذا استدلل به - باصالة عدم الفسق - واصالة الصحة في اقوال المسلمين وافعالهم وبظاهر حال المسلم انه لا يترك الواجبات ولا يفعل المحرمات - وبقاعدة المقتضى والمانع بدعوى ان الاسلام مقتضى لفعل الواجبات وترك المحرمات فالموجب للفسق لامحالة يكون لمانع فاذا شك فيه يبنى على عدمه - وبانه لو لم يكتف بالاسلام وعدم ظهور الفسق لم ينظم الاحكام للحكام خصوصا في المدن الكبيرة والقاضي القادم اليها من بعيد - وهذه الوجوه كما ترى ظاهرة في انه يرى اعتبار العدالة وانما يكتفى بما ذكر لكونه من طرق معرفتها.

والاصل في اعتبارها - مضافا الى الاجماع - من الكتاب قوله تعالى (١) «ان جائنكم فاسق نبأ فتبينوا» والشهادة نبأ فيجب التبين عندها - وقوله (٢) «عز وجل واشهدوا ذوى عدل منكم» وقوله (٣) تعالى «يحكم به ذوا عدل منكم» وقوله (٤) سبحانه «اثنان ذوا عدل منكم» وقوله تعالى (٥) «ممن ترضون من الشهداء» والفاسق ليس بمرضى الحال ويتم المطلوب بالاجماع المركب - ومن السنة نصوص كثيرة - منها ما دل على عدم قبول شهادة الفاسق وقدم - ومنها - ما دل على عدم قبول شهادة غير المرضى تقدم ايضا - ومنها - ما تضمن اعتبارها - كمرسل (٦) يونس استخراج

(١) سورة الحجرات آية ٦ (٢) سورة الطلاق آية ٣

(٣-٤) سورة المائدة آية ٩٥ و١٠٦ (٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٦) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

الحقوق بأربعة وجوه شهادة رجلين عدلين الحديث - و صحيح (١) محمد بن مسلم
عن الصادق عليه السلام عن رسول الله ﷺ انه كان يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين
صاحب الدين ولم يجز في الهلال الا شاهد عدل - ونحوه صحيح حماد بن عثمان وخبر (٢)
ابي ضمرة عن امير المؤمنين عليه السلام احكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة أو يمين
قاطعة أو سنة ماضية من ائمة الهدى ، و مثله خبر (٣) اسمعيل ابن ابي اويس -
والنصوص (٤) الدالة على قبول شهادة المملوك اذا كان عادلا - وصحيح (٥) ابن ابي
يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قلت بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته
لهم وعليهم فقال عليه السلام ان تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج واليد واللسان
ويعرف باجتنب الكبائر الحديث الى غير ذلك من النصوص المتواترة التي يصعب حصرها
وقديتوهم دلالة جملة من النصوص على عدم اعتبار العدالة كصحيح (٦) حريز
عن الصادق عليه السلام في اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل
الاخران فقال عليه السلام اذا كانوا اربعة من المسلمين ليس يعرفون شهادة الزور اجيزت
شهادتهم جميعا واقيم الحد على الذي شهدوا عليه انما عليهم ان يشهدوا بما ابصروا
و علموا وعلى الوالى ان يجيز شهادتهم الا ان يكونوا معروفين بالفسق - و خبر (٧)
علقمة عن الصادق عليه السلام ممن يقبل شهادته ومن لا يقبل فقال عليه السلام يا علقمة لو لم تقبل
شهادة المقترفين للذنوب لما قبلت الشهادة الانبياء والاصياء ولا لانهم المعصومون
دون ساير الخلق فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا اولم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من
اهل العدالة والستر وشهادته مقبولة وان كان في نفسه مذنبا - وخبر (٨) العلاء بن
سيابة عنه عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام قال عليه السلام لا باس به اذا كان لا يعرف

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦

(٤-٥-٦-٧-٨) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ١١ - ١٨

بفسق والعلوى (١) انه قال للشريح واعلم ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الامجلوداً فى حد لم يتب منه او معروفاً بشهادة الزور او ظنين - و حسن (٢) (البرزطى عن ابي الحسن عليه السلام فى حديث من ولد على الفطرة اجيزت شهادته على الطلاق بعد ان يعرف منه خير - ونحوه صحيح (٣) ابن المغيرة .

وفيه - اولا انه لو تمت دلالتها تعين صرفها عن ظاهرها وحملها على اراده ما يجتمع مع اعتبار حسن الظاهر جمعا بين النصوص ، وثانيا انها لا تدل على ذلك - اما الاول فلان الظاهر ان المراد من عدم المعرفة بالفسق عدم معرفته حتى عند المعاشرين معه وهذا يلزم مع حسن الظاهر الذى هو من طرق معرفة العدالة - واما الثانى فلان صدره وان تضمن قبول شهادة المقترف بالذنب الا ان ذيله لقوله عليه السلام فهو من اهل العدالة والستر وشهادته مقبولة يدل على اعتبار حسن الظاهر ويوجب تقييد الصدر بما اذا كان ذنبه مستورا لا يعرفه اهله ومحلته - واما الثالث فلما ذكرناه فى الاول - واما الرابع فلانه مجمل وقد استثنى منه الظنين وهو كل فاسق - كما يشير اليه صحيح (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام قلت فالفاسق والخائن قال عليه السلام كل هذا يدخل فى الظنين - و اما الاخير ان فلانها يدل على قبول شهادة من كان معروفا بالخير والصالح وليس ذلك الاحسن الظاهر .

فالمتحصل مما ذكرناه انه لا شك فى اعتبار العدالة فى الشاهد وانه لا تقبل شهادة الفاسق - فان قيل انه يلزم من ذلك عدم نظم الاحكام للحكام خصوصا فى المدن الكبيرة والقاضى القادم اليها من بعيد - قلنا ان هذا يتم اذا اعتبرنا حصول العلم بها والوثوق واما لو اكتفينا بحسن الظاهر فلا يلزم ذلك كما لا يخفى .

ثم انه قد تقدم فى كتاب الصلاة فى الجزء الخامس من هذا الشرح فى رسالة

(١-٣) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٢٣ - ٢١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤

(٤) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات حديث ٣

العدالة لبيان المراد منها وطرق اثباتها - والبحث عن الكبائر والصغائر - واعتبار المروءة فيها وعدمه - والتوبة - وما يتعلق بها - وغير ذلك فلا نعيد ما ذكرناه فراجعها فانها رسالة نافعة متضمنة لمطالب هامة جدا .

يعتبر في الشاهد انتفاء التهمة

(و) الخامس (انتفاء التهمة) بالاخلاف اجده فيه - وفي المسالك شهادة المتهم مردودة اجماعا ويشهده نصوص - كصحيح (١) ابن سنان قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يرد من الشهود قال فقال عليه السلام الظنين والمتهم قلت فالفاسق والخائن قال عليه السلام ذلك يدخل في الظنين - وصحيح (٢) ابي بصير عنه عليه السلام وهو مثله الا انه قال الظنين والمتهم والخصم ونحوه - صحيح (٣) عبيد الله الحلبي - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال رسول الله ﷺ لم تجز شهادة الصبي ولا خصم ولا متهم ولا ظنين - وموثق (٥) سماعة سألته عما يرد من الشهود قال عليه السلام المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والاجير والعبد والتابع والمتهم كل هؤلاء ترد شهادتهم ونحوها غيرها .

و لكن الظاهر عدم افتاء الاصحاب بمانعية التهمة عن قبول الشهادة بما لهذه اللفظة من المفهوم فعن كشف اللثام وقع الاتفاق على انها لا ترد باي تهمة كانت - وعن الدروس ليس كل تهمة تدفع الشهادة بالاجماع - وقال المحقق الاردبيلي ره والظاهر انه ليس كل متهم مردود بل افراد من المتهم وليس لهم في رد شهادة المتهم ضابطة وعد مواضع كثيرة يقبل فيها الشهادة فقال لاشك ان التهمة هنا ايضا موجودة فقال وبالجمله العدالة مانعة من رد الشهادة وسبب لقبولها ومجرد التهمة واية تهمة كانت ليس سببا للرد فان العدالة تمنع الخيانة وان كان له فيها نفع انتهى - وبالجمله المستفاد من

كلمات الفقهاء ان التهمة من حيث هى ليست مانعة من قبول الشهادة وان بنائهم فى الرد والقبول على امر آخر ورائها وفى تلکم الموارد المنطبق عليها عناوين اخر - كجار النفع - والشريك - والوصى - وماشا كل - فى بعض افرادها لا يتحقق التهمة قطعاً و انما حكموا بعدم القبول فيها لاجل نصوص خاصة واردة فيها - وحصرها المصنف فى محكى القواعد فى ستة و ذكرها فى المقام و ستانى - وبهذا كله يظهر عدم كون التهمة بنفسها من الموانع .

ويمكن ان يقال ان المراد بالتهمة - من يحتمل فى حقه او يظن بشيء قبيح فى الدين من العقائد والفسق والمعاصى الخاصة والكذب وماشا كل و حيث ان ذلك منافع للعدالة فان ثبتت عدالة الشاهد يرتفع التهمة غاية الامر ان علم بها يرتفع وجدانا والاقتبدا بناء على ان المجموع فى الامارات الطريقية والوسطية فى الاثبات - وعلى ذلك فلا يكون هذه النصوص منافية ومعارضة لمادلى على قبول شهادة العادل - بل تكون الثانية حاكمة على الاولى - فمافى بعض الكلمات من اطالة البحث فى ذلك وملاحظة النسبة بينهما والحكم بالتساقط ثم الرجوع الى ادلة اخر - فى غير محلها - وعلى فرض تسليم التعارض حيث تكون النسبة عموماً من وجه فيرجع الى المرجحات والترجيح لنصوص قبول شهادة العادل - لفتوى الاصحاب - وموافقة الكتاب - فالمتحصل مما ذكرناه ان التهمة من حيث هى ليست من موانع القبول فى مقابل الفسق - واما الموارد الخاصة التى حكموا فيها بعدم قبول شهادة المتهم فسيأتى الكلام فيها ولها ادلة خاصة -

من شروط الشاهد طهارة المولد

(و) السابع مما يعتبر فى الشاهد - (طهارة المولد) اى عدم كونه ولد الزنا المعلوم كونه كك كما هو المشهور بين الاصحاب وعن السيد والشيخ وابن زهرة الاجماع عليه - ويشهد به خبر (١) ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أئجوز

شهادته فقال عليه السلام لا فقلت ان الحكم بن عتيبة يزعم انها تجوز فقال عليه السلام اللهم لا تغفر ذنبه الحديث - و اورد عليه في المسالك بان في طريقه ابان و ابا بصير وهما مشتركان بين الثقة وغيره - وفيه - اولا ان الراوى عنهما البنزطى و هو من اصحاب الاجماع وثانيا - ان الظاهر كون ابان الذى هو فى الطريق هو ابان بن عثمان الثقة لانه الغالب المنصرف اليه الاطلاق و للتصريح به فى الطريق الاخر المنقول عن رجال الكشى - وابو بصير ثقة على الاطلاق وفاقا لجماعة من المحققين كما حقق فى محله - وصحيح (١) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام عن شهادة ولد الزنا فقال عليه السلام لا ولا عبد - و اورد عليه فى المسالك بان دلالة لا تخلو من قصور - وهو كما ترى فان الظاهر كون السؤال عن قبول شهادته - و خبر (٢) محمد بن مسلم الذى عبر عنه المصنف ره وولده بالصحيح قال ابو عبد الله عليه السلام لا يجوز شهادة ولد الزنا و خبر (٣) عبيد بن زرارة عن ابيه عن الباقر عليه السلام لو ان اربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولد زنا لحددتهم جميعا لانه لا تجوز شهادته ولا يؤم الناس ونحوها غيرها وقيل - وان لم يعرف قائله فانه و ان نسب الى الشيخ فى المبسوط لكن ذيل كلامه يشهد بعدم قوله بذلك تقبل شهادته - واستدل له بخبر (٤) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن ولد الزنا هل تجوز شهادته قال نعم تجوز شهادته ولا يؤم - و خبر (٥) الحلبي عن الصادق عليه السلام ينبغي لولد الزنا ان لا تجوز له شهادته ولا يؤم بالناس بدعوى ظهوره فى الكراهة - ولكن الثانى غير ظاهر فى الكراهة غاية الاجمال فيبين بامام والاول ضعيف السند وقد رواه على فى كتابه الا انه قال لا يجوز شهادته ولا يؤم - مع انهما على فرض الدلالة مخالفان لمذهب الاصحاب فيطرحان او يحمل الاول على التقية لان الجواز مذهب اكثر العامة كما فى المسالك .

وعن الشيخ فى النهاية وابن حمزة انه يقبل شهادته فى الشئ اليسير استنادا -

الى رواية (١) عيسى بن عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام عن شهادة ولد الزنا فقال عليه السلام لا تجوز الا في الشيء اليسير اذا رأيت منه صلاحا (وفيه) ان الخبر لا عراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه لرجوع الشيخ الذي هو الاصل في العمل به عنه في الخلاف - وورد عليه المصنف ره في محكي المختلف بان قبول شهادته في الشيء اليسير يعطي المنع من قبول الكثير من حيث المفهوم ولا يسير الا وهو كثير بالنسبة الى مادونه فاذا لا يقبل شهادته الا في اقل الاشياء الذي ليس بكثير بالنسبة الى مادونه اذ لا دون له ومثله لا يملك انتهى - ويرد عليه مضافا الى ذلك كله ما ذكره السيد المرتضى دليلا لعدم قبول شهادته - وهو الخبر الذي ورد ان ولد الزنا لا ينبغي ان ينجب قال فاذا علمنا بدليل قاطع انه لا ينبغي لم يلتفت الى ما يظهر من الايمان والعدالة لانه يفيد ظن صدقه ونحن قاطعون بخبث باطنه وخبث سريره فلا تقبل شهادته - فلا اشكال في الحكم .

ثم انه قال في الرياض المنع يختص بمن علم كونه ولد الزنا امام من جهل فيقبل شهادته بعد اجتماعه الشرائط الاخر من العدالة وغيرها وان نسب الى الزنا ما لم يكن العلم بصدق النسبة حاصلًا وبه صرح جماعة من غير خلاف بينهم اجدده ولعله للعمومات واختصاص الاخبار المانعة بالصورة الاولى دون الثانية لكونها من الافراد الغير المتبادرة فلا تنصرف اليها الاطلاق كما مر غير مرة انتهى .

اقول ان كان هناك اصل شرعي كالفرأش ونحوه - يحكم بعدم كونه ولد الزنا فيقبل شهادته - والا فان قلنا بان الاصل طهارة مولد كل من لم يعلم انه ابن زنا فكك - والا فيشكل الحكم لمنع تبادر المعلوم كونه ابن زنا من النصوص - وما في الجواهر من ان النهي فيه حيث انه على طريق المانعة فيكون ظاهرا في اختصاص المعلوم دون المشكوك فيه الداخل في العمومات - يندفع بانه لا فرق بين ذلك وبين سائر الادلة المتضمنة لترتب الحكم على نفس العناوين من غير اخذ العلم فيها في ظهوره

(١) الوسائل باب ٣١ من كتاب الشهادات حديث ٥

(٢) المستدرک باب ٢٥ من الشهادات حديث ٥ ولسان الحديث ولد الزنا لا يفلح ابدا

في كون المانع هو الشيء بوجوده الواقعي - واما قاعدة المقتضى والمانع فقد ذكرنا غير مرة انه لا اصل لها - اللهم الا ان يقال ان الاجماع قائم على قبول شهادة من شك في انه ولد الزنا - وعليه فلا توقف في الحكم والله العالم .

شروط قبول شهادة الصبي في القتل

ثم ان تمام الكلام في هذا المقام في طي مسائل - الاولى قدمرانه لانقبل شهادة الصبي الا في الشهادة على القتل - (و) لكن صرح جماعة بانه (تقبل شهادة الصبيان في الجراح مع بلوغ العشر وعدم الاختلاف وعدم الاجتماع على الحرام) لغيرهم - قال في الشرايع تمسكا بموضع الوفاق - و ظاهر ذلك طرحهم للنصوص و الرجوع الى الاجماع اذ النصوص كما مرت متضمنة لقبولها في القتل وقبولها في الجراح غير المؤدى الى القتل لادليل له سوى الاجماع .

واما اعتبار بلوغ العشر فقد مرانه خلاف اطلاق النصوص الا ان الظاهر تسالمهم على اعتباره الاغن نادر - واما عدم الاختلاف فقد عرفت انه قد استدلل به بخبر طلحة - وقد اشكلنا عليه - فلا دليل له سوى الاجماع ان ثبت - و اما عدم الاجتماع على الحرام - واعتبار كونه على مباح لغيرهم كالرمي ونحوه فقد اعترف غير واحد بعدم معرفة دليله ومدركه الاقتصار على المتيقن من معقد الاجماع ويتم لو طرحنا النصوص والا فمقتضى الاطلاق عدم اعتباره في الشهادة على القتل وعلى هذا المسلك لا بد من اضافة قيدين آخرين الى القيود الثلاثة - بل لا بد من اضافتها حتى على التمسك بالنصوص وهما - ان لا يوجد غيرهم - والاخذ باول كلامهم - الذي حكاه كاشف اللثام عن الشيخين في المقنعة والنهاية والمرضى وسالار وبنى زهرة وحمزة وادريس ويحيى والمحقق في النافع وجعله في التحرير والدروس رواية - اما الثاني فللتصريح به في نصوص قبول شهادة الصبي في القتل المتقدمة - واما الاول فلخبر (١) محمد بن

سنان عن الرضا عليه السلام في حديث فلذلك لا تجوز شهادتهن الا في موضع ضرورة مثل شهادة القابلة وما لا يجوز للرجال ان ينظروا اليه كضرورة تجوز شهادة اهل الكتاب اذا لم يوجد غيرهم وفي كتاب الله عز وجل اثنان ذوا عدل منكم اي مسلمين او آخرا من غيركم كافرين ومثل شهادة الصبيان على القتل اذا لم يوجد غيرهم .

ثم ان صاحب الجواهر رده اضاف قيدين آخرين - احدهما كون الشهادة على الصبيان فلا تسمع شهادتهم على غيرهم - ثانيهما قبول شهادتهم في الدية خاصة - واستدل له بخبر السكوني (١) المتقدم المتضمن لقضاء امير المؤمنين عليه السلام في ستة غلمان كانوا في الفرات ففرق واحد منهم - ويرد عليه مضافا الى مخالفته للاجماع - والى ما عرفت من عدم ظهوره في كون الغلمان غير بالغين - انه لا مفهوم له فانه قضية في واقعة كي يقيد به اطلاق النصوص .

تقبل شهادة الذمي في الوصية

الثانية - قد عرفت انه من شرائط قبول الشهادة كون الشاهد مسلماً (و) لكن الاصحاب استثنوا من ذلك مورداً وقالوا انه (تقبل شهادة اهل الذمة في الوصية مع عدم المسلمين) اقول اما قبول شهادة الذمي في الوصية للمسلم وعليه في الجملة فمما لا خلاف فيه وقد استفاض نقل الاجماع عليه - ويشهد له مضافا الى ذلك قوله (٢) تعالى «ذوا عدل منكم او آخرا من غيركم» ونصوص كثيرة لاحظ - صحيح (٣) احمد ابن عمر سأله عن قول الله عز وجل ذوا عدل منكم او آخرا من غيركم قال اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب فان لم يجد من اهل الكتاب فمن المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا سنوابهم سنة اهل الكتاب وذلك اذا مات رجل

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات

(٢) سورة المائدة - آية ١٠٦

(٣) الوسائل باب ٤٠ من كتاب الشهادات حديث ٢

بارض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من اهل الكتاب - وصحيح (١) هشام ابن الحكم عن ابي عبدالله عليه السلام فى قول الله عز وجل او آخر ان من غيركم - فقال عليه السلام اذا كان الرجل فى ارض غربة ولا يوجد فيها مسلم جاز شهادة من ليس بمسلم على الوصية - وموثق (٢) سماعة عنه عليه السلام عن شهادة اهل الملة قال فقال لا تجوز الا على اهل ملتهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق احد الى غير ذلك من النصوص.

فان قيل انه يعارض هذه النصوص ما دل على (٣) عدم قبول شهادة الكافر على المسلم فان هذه النصوص لا تختص بالشهادة على المسلم والنسبة عموم من وجه - قلنا اولا انه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه - تقدم هذه النصوص لفتوى الاصحاب التى هى اول المرجحات - وثانياً انه فى صحيح (٤) ضريس لانه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم - وفى خبر (٥) حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام فى الآية الكريمة اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب فقال اذا مات الرجل فى ارض غربة وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مريضين عند اصحابهما - وحيث ان الكافر لا يرث من المسلم فالخبر مختص بالشهادة على المسلم فيكون اخص مطلق من النصوص المشار اليها فيقيد اطلاقها بهما.

ثم ان الاصحاب ذكروا لقبول شهادته شروطاً - ١ - عدم وجود المسلم وفى المستند والظاهر كونه اجماعياً ايضاً - ويشهد به اكثر النصوص لاحظ ما تقدم منها - وقد اختلف كلمات القوم فى التعبير عن هذا الشرط فجمع منهم بعدم وجود المسلم الشامل للواحد والمتعدد العادل والفاسق - وآخرون بعدم وجود المسلمين - وثالث

(٢-١) الوسائل باب ٤٠ من كتاب الشهادات حديث ٣-٤

(٣) الوسائل باب ٣٨ من كتاب الشهادات

(٤-٥) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الوصايا حديث ١-٧

بعدم وجود المسلمين العدلين- والذى يستفاد من مجموع الروايات بعد ضم بعضها الى بعض ان الشرط فقد المسلمين اللذين يصلحان لان يشهدا - وهما العدلان فان صحيحة احمد وغيرها متضمنة لذلك وبها يقيد اطلاق غيرها - وهل يكفى وجود مسلم عدل على القول بقبول شاهد عدل مع يمين ام لا - الظاهر عدم الكفاية لاطلاق ما دل على قبول شهادة الذميين مع عدم وجود المسلمين اللذين يقبل شهادتهما - وبه يظهر حكم ما لو كان هناك اربع مسلمات .

٢- الضرورة اعتبرها الشيخ فى محكى النهاية وتبعه جماعة - ولكن المراد بها ان كان عدم وجود المسلمين العدلين فالشرط الاول يغنى عن ذلك - وان كان عدم ما يثبت به الوصية حتى الشاهد الواحد ويمين - او اربع مسلمات - او لزوم الوصية كان يوصى بحق لازم - فلا دليل على اعتبارها - واطلاق النصوص المتقدمة يدفعه .

٣- ان يكونا اثنين فصاعدا - و الظاهر انه لاختلاف فى اعتبار ذلك والاية الكريمة والنصوص شاهدة بذلك - نعم لا يبعد القول بكفاية المسلم العدل مع ذمى واحد للاولوية - و لكن لا يكتفى باربعة ذميات اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع النص .

٤- ان يكون الموصى فى السفر عرفا اى فى ارض غربة اعتبره الشيخ فى محكى النهاية والاسكافى والحلبى وابن زهرة وفى الرياض وربما يفهم منهما (اى الشيخ والسيد) كونه اجماعيا بيننا - ونفى اعتباره جماعة كعامة المتأخرين وفاقا منهم لظاهر اكثر القدماء كالشيخين فى المقنعة والنهاية والعمانى وسالار والقاضى والحلى بل يظهر من المحقق والمصنف رده فى الشرايع والتحرير على ما حكى انعقاد الاجماع عليه - وجه الاول ظهور الشرط فى الاية الكريمة وما مائلها من النصوص - والتصريح بذلك فى جملة من الاخبار المتقدمة ووجه الثانى اطلاق كثير من النصوص والتعليل فى طائفة منها بانه لا يصلح ذهاب حق احد فانه يتعدى به الحكم الى غير مودده - والاظهر هو الاول اذا لاطلاق يقيد بمفهوم الشرط والحصر - والتعليل لو سلم دلالة على ذلك لا يصلح لمعارضة الكتاب بعد كون النسبة

عموما من وجه كما لا يخفى مع انه مجمل اذ ليس محل الكلام مالو حصل العلم من قول الشاهدين فان حجية العلم ذاتية من اى شىء حصل - بل مالو لم يحصل العلم وعليه فالحق غير ثابت - وان كان المراد به الحق المحتمل فيحتمل عدم تحقق الوصية وذهاب حق الوارث بالقبول .

٥- احلاف الذميين بالصورة المذكورة في الآية الكريمة (١) « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله » اعتبره المصنف ره في بعض كتبه وجعله في المسالك اولى وقواه في المستند ويشهد به الآية الكريمة - والايراد عليه بان الآية مختصة بصورة الارتياح - يدفعه انه ما لم يحصل العلم فالارتياح متحقق فالأظهر اعتباره :

٦- ان تكون الشهادة في الوصية اعتبارا ذلك متفق عليه - ووجه اختصاص الأدلة من الآية والنصوص بها .

٧- كون الوصية . بالمال خاصة فلا تثبت بشهادة الولاية على صغير وما شا كل اعتبره جماعة - واستدل له بالاقصار على المتيقن من مورد النصوص وعن المحقق الارديلي ان به رواية - ولكن الرواية لم تصل إلينا - والاقصار على المتيقن لا وجه له مع الاطلاق - فالأظهر عدم اعتباره .

في شهادة الفاسق بعد التوبة

الثالثة (ولا تقبل شهادة الفاسق الا مع التوبة) بلا خلاف - اما عدم قبول شهادته بدون التوبة فلما دل على اعتبار العدالة مضافا الى النصوص المصرحة بذلك المتقدمة واما قبولها معها - فلان التوبة موجبة لرجوع الفاسق عن الانحراف عن جادة الشرع الى الاستقامة فيها وهي كفارة الذنوب وبها تصير الفاسق عادلا والتوبة تجب ما قبلها والثائب من الذنب كمن لا ذنب له - كما تقدم الكلام في ذلك كله في رسالة العدالة

في كتاب الصلاة - ويشهد به مضافا الى ذلك والى الآية الكريمة جملة من النصوص كقوى (١) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قال ليس يصيب احد حدا فيقام عليه ثم يتوب الا جازت شهادته ونحوه خبره (٢) الاخر وخبر (٣) القاسم بن سليمان الصحيح عن يصح عنه عن الصادق عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدا ثم يتوب ولا يعلم منه الاخير أتجوز شهادته قال عليه السلام نعم ما يقال عندكم قلت يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهادته ابداً فقال بس ما قالوا كان ابي عليه السلام يقول اذا تاب ولم يعلم منه الاخير جازت شهادته ونحوها غيرها وقد تقدم الكلام في حقيقة التوبة وانها بماذا تحقق وحدها .

انما الكلام في المقام في خصوص توبة القاذف فانهم اختلفوا فيها ف قيل يعتبر فيها اكذاب نفسه فيما كان قذف به سواء كان صادقا في قذفه او كاذبا والى هذا ذهب الشيخ في محكي النهاية وجماعة بل نسب الى المشهور - وعن المبسوط والحلي والمصنف ان حدها ان يكذب نفسه ان كان كاذبا ويعترف بالخطأ ان كان صادقا - يشهد للاول النصوص - كصحيح (٤) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن المحدود اذا تاب اتقبل شهادته فقال اذا تاب وتوبته ان يرجع مما قال ويكذب نفسه عند الامام وعند المسلمين فاذا فعل فان على الامام ان يقبل شهادته بعد ذلك - وخبر (٥) الكنانى عنه عليه السلام عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته قال عليه السلام يكذب نفسه قلت ارأيت ان اكذب نفسه وتاب اتقبل شهادته قال عليه السلام نعم - ومرسل (٦) يونس عن احدهما عليه السلام في حديث القاذف وما توبته قال عليه السلام يجيء فيكذب نفسه عند الامام ويقول قد افترت على فلانة و يتوب مما قاله واورد على ذلك بان القاذف ان كان كاذبا فلا اشكال في تكذيبه نفسه والا فيكون التكذيب كذبا قبيحا فالجمع بين النصوص وهذا التعليل يقتضى البناء على القول الثانى - وفيه - اولاً ان الفرار عن الكذب يحصل بالتورية

واعتبارها اقرب الى النصوص مما ذكر وانسب بالحكمة المطلوبة للشارع من الستر لما في التصريح بالتخطئة من التعريض بالقذف ايضا فافساده اكثر من اصلاحه كما صرح بذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك والسيد في الرياض وعن الشهيد في الدروس - وثانيا انه لا مانع من تكذيبه نفسه بعد اطلاق النصوص - وتسمية الله القاذف كاذبا قال الله تعالى (١) «والذين يرمون المحضات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم» الى قوله (٢) تعالى «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فادلم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون» فيقصد بتكذيبه نفسه جعل الله تعالى اياه كاذبا - فالقول الاول اظهر .

ثم ان الظاهر كما افاده المشهور اعتبار كون التكذيب عند الحاكم وعند من قذف عنده فاذا تعذر ففي ملاءم الناس للتصريح بذلك في النصوص لاحظ صحيح ابن سنان المتقدم ومرسل يونس - لكن المرسل مختص بالتكذيب عند الامام والصحيح تضمن التكذيب عند المسلمين ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار التكذيب عند خصوص من قذفه عنده اللهم الا ان يبنى على ذلك بواسطة مناسبة الحكم والموضوع - فان حكمة اعتبار ذلك تبرئة المقذوف من ما قذف به وهذا يناسب تبرئته عند من قذف عنده او اطلع عليه والله العالم .

ثم ان بعض الاصحاب اشترط اصلاح العمل زيادة على التوبة في قبول شهادة القاذف للاية الكريمة المتقدمة - والظاهر هو ما في الشرايع والمسالك من الاكتفاء بالاستمرار على التوبة لتحقيق اصلاح بذلك - وفي الرواية السابقة ما يدل عليه

شهادة الشريك لشريكه

الرابعة (ولا) يقبل (شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه) بخلاف

فيه فى الجملة - وليس الوجه فى ذلك كونه متهما لما مر من عدم كون التهمة من حيث هى مالم تكن منافية للعدالة - مانعة عن قبول الشهادة - ولاجر النفع لانه ايضا ليس من الموانع اذا العادل لايجز النفع بغير حق - والنبوى (١) المتضمن للنهى عن جواز شهادة الجار الى نفسه منفعة - ضعيف السند ومجمل - مع ان الشريك فى شهادته بحق ثابت لشريكه لايجز النفع الى نفسه - ولا ما قيل كما عن بعض الاساطين من ان الشريك ان شهد لشريكه فيما هو شريك فيه لا يخلو الامر من انه اما ان تقبل شهادته بالنسبة الى الثابت لهما - او تقبل بالنسبة الى خصوص الحق الثابت لشريكه - او لا تقبل بالنسبة اليهما - ويلزم من الاول قبول شهادة الانسان لنفسه وهى لا تقبل قطعا للاجماع ولان المتبادر بل الظاهر من النصوص بل النصية فى كثير منها ارادة الاخبار للغير حتى صحيح ابن ابي يعفور المتقدم حيث قال حتى تقبل شهادة لهم وعليهم - ولان المجعول الحلف على المدعى عليه مع عدم البينة للمدعى فلو كان شهادة الانسان لنفسه مسموعة كان يكتفى بها مع يمينه لان الشاهد الواحد مع اليمين بمنزلة البينة - وبالجملة لاخلاف ولا كلام فى عدم قبول شهادة الانسان لنفسه - ولازم الثانى التفكيك بين المتلازمين - فيتعين الثالث - فانه يرد عليه انه لا محذور فى التفكيك بين المتلازمين بحسب الواقع عند قيام الحجة على احدهما دون الآخر فى الظاهر .

بل الوجه فى ذلك النصوص الخاصة وهى طوائف .

الاولى ما يدل على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه مطلقا كموثق (٢)

البصرى عن ابي عبد الله عليه السلام عن ثلاثة شر كاء شهد اثنان على واحد قال عليه السلام لا تجوز

(١) المستدرک باب ٢٤ من کتاب الشهادة حديث ٢

(٢-) الوسائل باب ٢٧ من کتاب الشهادات حديث ١-

شهادتهما بناء على ارادة معنى اللام من لفظ على وان المراد على امره وخبر (١) محمد بن الصلت عن ابي الحسن الرضا عليه السلام عن رفقة كانوا في طريق فقطع عليهم الطريق واخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض قال عليه السلام لا تقبل شهادتهم الا باقرار من اللصوص او شهادة من غيرهم عليهم.

الثانية ما يدل على قبولها كك خبر (٢) عبد الرحمن عن ابي عبدالله عليه السلام عن ثلاثة شركاء ادعى واحد وشهد الاثنان قال عليه السلام يجوز - ولا يرد عليه بان الظاهر كونه عين الموثق الاول رواه الكليني مع اضافة كلمة لا والشيخ بدونها - وحيث ان الكليني اضبط والاصل عند تعارض النقلين يقتضى البناء على وجود الزايد فالمتبع هو الاول ولا يعتمد على هذا الخبر - فان ذلك فيما اذا احتمل الخطاء في حذف الزايد وفي الخبر لا يحتمل ذلك لان الشيخ بعد نقله قال الوجه فيه ان نحمله على ما لو شهدا على شيء ليس لهما فيه شركة - اللهم الا ان يعمل الاصل المذكور بالنسبة الى القاسم الراوى عن ابان في نقل الشيخ واحمد بن الحسن الميثمي الراوى عنه في خبر الكليني ان ثبت وحدة الخبرين كما هو الظاهر من وحدة السائل والمسئول عنه ومورد السؤال الثالثة ما يدل على التفصيل - كمرسل (٣) ابان المجمع على تصحيح ما يصح عنه مع انه في الفقيه من غير ارسال عن ابي عبدالله عليه السلام عن شريكين شهد احدهما لصاحبه قال عليه السلام تجوز شهادته الا في شيء له فيه نصيب - وبهذا المرسل يقيد اطلاق كل من النصوص المتقدمة فتكون النتيجة عدم قبول شهادته له فيما هو شريك فيه وقبوله فيما لا يكون شريكاً فيه - فلا اشكال في الحكم .

شهادة الوصي والوكيل

الخامسة (و) المشهورين الاصحاب كما في المسالك - انه - (لا) تقبل شهادة (الوصي فيما له الولاية فيه وكذا) لا تقبل شهادة (الوكيل) فيما هو وكيل فيه - وفي الرياض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا كما هو ظاهر جماعة ربما توجب المصير الى ما هنا من المنع ولذا صار اليه اكثر من تأمل فيه بما ذكرناه انتهى - وعن الشيخ في النهاية قبول شهادة الوصي مطلقا .

وتنقيح القول في الوصي يقتضي ان يقال - انه تارة يكون مدعيان ادعى للصغير على الغير - واخرى يكون المدعى غيره - وعلى الثاني قد يكون المدعى به مما يرجع الى ولايته - وقد يكون مما لا يرجع اليه كما لو شهد بحق الوارث وكان وصيا على الثلث مثلا وفرض استيفائه له .

اما في الصورة الاولى فلا اشكال في عدم قبول شهادته لما دل على ان البينة على المدعى ولا يقبل شهادته وقد تقدم .

واما في الصورة الثالثة فلا ينبغي التوقف في القبول .

انما الكلام في الصورة الثانية - فقد يستدل لعدم القبول - بكونه متهما - واخرى بانه يجزئ النفع الى نفسه - وقد مر فافيهما - فالأظهر هو القبول لعدم الادلة - ويشهد له مضافا الى ذلك مكاتبة (١) الصفار الى ابي محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل فوقع عليه السلام اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين - وكتب أيجوز للوصي ان يشهد لو ارث الميت صغيرا او كبيرا او هو القابض للصغير وليس للكبير بقابض فوقع عليه السلام نعم وينبغي للوصي ان يشهد بالحق ولا يكتف

الشهادة وكتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل فوقع بشهادته نعم من بعد يمين .

وأورد عليها تارة بما عن كشف اللثام من أنها تدل على أن له الشهادة ولا تدل على قبولها - وأخرى بأنها تدل على اعتبار ضم اليمين ولعله من جهة عدم الاعتناء بشهادته والاكتفاء بشاهد آخر مع اليمين - وثالثة - بأن إطلاقها يشمل الصورة الأولى . ولكن يندفع الأول بأن السؤال إنما هو عن قبول شهادته لأن جوازها تكليفاً فإنه من الواضحات - والثاني بأن اعتبار اليمين لعله استجابي للاستظهار نحو ما ورد في غيره من وصايا أمير المؤمنين عليه السلام لشريح أو يفرض كون المدعى عليه بدين ميتاً فيكون اليمين للاستظهار - وعلى أي حال ليس الوجه فيه ما احتمل - فإن الاكتفاء بشاهد ويمين إنما هو مع عدم إمكان إقامة البينة على أن الاكتفاء بهما لا يعتبر فيه شهادة الوصي فلا يكون وجه لقوله إذا شهد معه آخر... الخ أضف إلى ذلك أنه حكم باعتباره حتى في الشهادة على الميت - والثالث يندفع بأن الظاهر كون الخبر بصدور بيان حكم شهادة الوصي من حيث هو مع قطع النظر عن العناوين الأخر المنطبقة عليه في بعض الأحيان كعنوان المدعى - ولذلك لا مجال للتمسك بإطلاقها والحكم بقبول شهادة الوصي وإن كان شريكاً أيضاً - مع أنه لو تم ما ادعى من الإطلاق يقيد إطلاقه بالأخبار الدالة على عدم قبول شهادة المدعى لنفسه بعد كون النسبة عموماً من وجه والترجيح معها . وبما ذكرناه يظهر حكم الوكيل فإنه إن كان مدعياً لا تقبل شهادته إلا فلا مانع من قبوله .

حكم شهادة العدو

السادسة (و) قالوا (لا) تقبل شهادة (العدو) الذي يؤى على عدوه و تقبل له و لغيره وعليه وفي المسالك دعوى الإجماع على الأول وفي الجواهر بل الإجماع بقسميه عليه .

داستدل للاول بان العداوة من اسباب التهمة - ولا تقبل شهادة المتهم - وبصدق الخصم على العدو وقد دلت النصوص (١) على عدم قبول شهادة الخصم وقد تقدمت وبخبر (٢) معاني الاخبار قال النبي ﷺ لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولاذى غمز على اخيه ولا ظنين الحديث قال الصدوق الغمز الشحنة والعداوة - وبخبر (٣) اسماعيل عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن آباءه قال لا تقبل شهادة ذى شحنة اذى مخزية فى الدين والشحنة العداوة.

ولكن الاول قد عرفت مافيه - مع ان للمنع عن كون العداوة من اسباب التهمة مطلقا مجال واسع فان سببها ان كانت توجيه ضرر اليه من قتل ولد وما شا كل وكان العدو فى غاية العدالة لانسلم صدق التهمة سيما اذا كان المدعى به شيئا قليلا - والثانى يندفع بان الخصم فى اللغة والعرف بمعنى المجادل والمنازع لا العدو والنسبة بينهما عموم من وجه فانه ربما يكون طرف النزاع والمخاصمة هو العدو وربما يكون غيره فتلكم النصوص تدل على عدم قبول شهادة المنكر على المدعى والمدعى على المنكر ولا ربط لها بالمقام - واما الثالث فيرد عليه ان الغمز ليس مطلق العداوة بل هو الطعن عليه والسعى به شر او اظهار مافيه من النقيصة وهذا بنفسه من اسباب الفسق - واما الرابع فلان الشحنة ليست مطلق العداوة قال فى المنجد الشحنة العداوة امتلات منها النفس فهو اخص من المدعى - مع انه اعم من وجه آخر فانه يشمل العداوة الديوية والدينية وايضا يشمل الشهادة له وعليه ولغيره وعليه وعلى هذا فان ثبت اجماع والا فللمنع عن عدم قبول شهادته ان كان عادلا مجال واسع.

ثم ان الشهيد الثانى ره فى المسالك وقبله غيره وكذا بعده اوردوا على اعتبار هذا الشرط بانه يشكل فرض العدالة مع العداوة الديوية فان عداوة المؤمن وبغضه لا امر

(١) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات

(٢) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٨

(٣) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٥

دينى والفرح بمسائته والحزن بمسرتة معصية موجبة بنفسها او بالاصرار عليها الفسق المانع من قبول الشهادة فهذا لا يكون شرطا آخر وراء اشتراط العدالة - و اجابوا عنه تارة بانها معصية صغيرة فاذا لم يصر عليها يكون عادلا وغير فاسق فيظهر ثمرة اعتبارها ذكره في المسالك - و اخرى بحمل العداوة على عداوة غير المؤمن وثالثة بان عداوة المؤمن حرام اذا كانت بغير موجب .

والتحقيق ان يقال ان العداوة القلبية غير اختيارية فلا يعقل توجه النهي اليها و كونها معصية وانما يكون المحرم اظهارها بما لا يجوز - ومن الغريب ما افاده سيد الرياض من كون العداوة المفسرة بالمسرة والفرح بالمسائة و المكروهات الواردة على صاحبه والمسائة والاغتمام بالمسرة والنعم الحاصلة له - عين الحسد الذى هو من الكبائر فان الحسد بمعنى كراهة النعمة عن المحسود التى هي امر قلبى لا يكون حراما و معصية فضلا عن كونه من الكبائر وعلى هذا يحمل ما فى حديث (١) الرفع المعروف من عدا الحسد احدا التسعة المرفوعة عن هذه الامة .

شهادة الولد على الوالد

السابعة (ولا) تقبل (شهادة الولد على الوالد) كما عن الصدوقين و الشيخين والقاضى وسلا رابن حمزة والحلى والمحقق والمصنف وولده والشهيد وغيرهم بل هو المشهور كما فى المسالك وعن غيرها و عن الخلاف الاجماع عليه و يشهد له مرسل (٢) الصدوق قال فى خبر آخر لا تقبل شهادة الولد على الوالد - المنجبر ضعفه بعمل الاصحاب - وقد يستدل له ايضا بقوله تعالى (٣) « وصاحبهما فى الدنيا معروفا » وليس من المعروف الشهادة عليه والرد لقوله و اظهار تكذيبه فيكون ارتكاب ذلك

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

(٢) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٣) سورة لقمان آية ١٦

عقوقا مانعا من قبول الشهادة - ويرده ما في المسالك من ان قول الحق ورده عن الباطل وتخليص ذمته من الحق عين المعروف كما نبه عليه قوله وَاللَّهُ شَدِيدُ الْعِقَابِ انصراخك ظالما او مظلوما فقل يا رسول الله كيف انصره ظالما قال عَلَيْكَ ترده عن ظلمه فذاك نصره اياه ولان اطلاق النهي عن عصيان الولد يستلزم وجوب طاعته عند امره له بارتكاب الفواحش وترك الواجبات وهو معلوم البطلان انتهى - اقول مع انه لو تم لاقتضى عدم قبول الشهادة على الوالدة ايضا ولم يقولوا به .

و عن السيد و جماعة قبول شهادته عليه كقبول شهادته له - و استدل لذلك بقوله تعالى (١) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين » وبقوله (٢) تعالى « واشهدوا ذوى عدل منكم » - وبخبر (٣) على بن سويد السائي عن ابي الحسن عليه السلام في حديث قال كتب الى في رسالته الى سالت عن الشهادات لهم فاقم الشهادة لله ولو على نفسك او الوالدين والاقربين ونحوه - خبر (٤) داود بن الحصين .

ولكن الاية الاولى ليست نصافي الشهادة على الحي ولا خلاف في قبولها على الميت مع ان الظاهر من الاية الكريمة كونها في مقام بيان تقديم حقوق الله تعالى على النفس او الوالدين لقوله تعالى شهداء لله ولم يقل شهداء لغيركم من الناس لا خصوص الشهادة بالمعنى الاخص - اضاف اليه ما قيل من ان وجوب تحمل الشهادة كذا اذا دأبها لا يستلزم القبول فانه يمكن ان يكون لفوائد اخر من صيرورته جزء للاستفاضة العلمية او قرينة لفائدة العلم فيما اذا حصلت امور اخر بل اظهار الحق في نفسه له فائدة جليلة من اعظم الفوائد كيف وقد امرنا بالانكار القلبي للمنكر وفائدة اظهار الحق ولو لم يقبل لا تكون اقل

(١) سورة النساء آية ١٣٥

(٢) سورة الطلاق آية ٣

(٣) الوسائل باب ٣ من كتاب الشهادات حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٩ من كتاب الشهادات حديث ٣

من فائدته - وبذلك كله يظهر ما فى الاستدلال بالخبرين - واما الآية الثانية فالخبر ان المتقدمان اخص مطلق منها فيقدمان عليها - فالأظهر عدم قبول شهادة الولد على الوالد .

ويجوز العكس أى تقبل شهادة الوالد على الولد (و) ايضا (تقبل شهادة كل منهما لصاحبه) أى تقبل شهادة الولد للوالد والعكس ويجوز شهادة بقية ذوى الارحام والقربات بعضهم على بعض - وعن الانتصار ان ذلك مما انفردت به الامامية - و فى المسالك ليس من اسباب التهمة عندنا العصبية فتقبل شهادة جميع الاقرباء لاقربائهم وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به مضافا الى الاطلاقات والعمومات صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة الولد لوالده والوالد لولده والاخ لاخته ونحوه صحيحا (٢) ابي بصير وعمار بن مروان - و موثق (٣) سماعة - وقوى (٤) السكوني .

وهل يشترط فى قبول شهادة القريب ضم شاهد آخر عدل اجنبى لكمال العدد فلا يكفى ضم قريب آخر مماثله او غير مماثله ولا ضم اليمين كما عن الشيخ فى النهاية - ام لا يعتبر ذلك كما هو المشهور بين الاصحاب - الظاهر هو الثانى لاطلاق الأدلة واستدل للاول بخبر (٥) السكوني عن جعفر عليه السلام عن ابيه (ع) ان شهادة الاخ لاخته تجوز اذا كان مرضيا ومعه شاهد آخر - و فيه مضافا الى عدم عمل الاصحاب به و اخصيته من المدعى انه يدل على لزوم ضم شاهد آخر الى الاخ وليس فيه تقييد بالاجنبى فالظاهر انه لاجل اكمال العدد .

الصدقة والزوجة لا تمنعان من قبول الشهادة

الثامنة الصعبة و الصداقة و ان كانتا مؤكدتين و الضيافة و الزوجية لا يمنع شئ منهما من قبول الشهادة - فتقبل شهادة كل من المصطحبين لصاحبه (وكذا الزوجان)

والصديقان والضيف - وعن غير واحد دعوى الاجماع في الجميع - ويشهد بذلك مضافا اليه والى اطلاق الادلة - نصوص خاصة في الزوجين والضيف - لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة الرجل لامرئته والمرئة لزوجها اذا كان معها غيرها - وصحيح (٢) عمار بن مروان عنه عليه السلام عن الرجل يشهد لامرئته قال عليه السلام اذا كان خيرا جازت شهادته معه لامرئته وموثق (٣) سماعة في حديث سئلته عن شهادة الرجل لامرأته قال عليه السلام نعم والمرئة لزوجها قال عليه السلام لا الا ان يكون معها غيرها وموثق (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام لا باس بشهادة الضيف اذا كان عفيفا صائنا الحديث .

وعن الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة انه يعتبر في قبول شهادة الزوج والزوجة ان يضم الى شهادة كل منهما شهادة غيرهما من اهل الشهادة وعن جماعة آخرين اعتبار ذلك في خصوص شهادة الزوجة وعن التحرير نسبتها الى اصحابنا والمدرک هو صحيح ابن مروان وموثق سماعة وهما مختصان بشهادة الزوجة فاسراء الحكم الى شهادة الزوج قياس مع الفارق - واما في الزوجة فغاية ما يدل عليه الخبران اعتبار انضمام آخر اليها ولا يدلان على ان للزوجة خصوصية ولعله من جهة انه لا تقبل شهادة المرأة الواحدة وهذا بخلاف شهادة الرجل فانه يكتفى بها اذا انضم اليها اليمين والظاهر انه لذلك لم يعتبر اصحاب هذا الشرط - لاما عن المصنف رده في المختلف بان المراد بذلك في الخبرين كمال البينة من غير يمين لانه لو كان المراد ما افاده لما كان له بالزوجة اختصاص وقد خصاه بها بل ظاهر الثاني منهما تخصيصه بها دونه .

شهادة الاجير - والسائل بكفه

التاسعة - المشهورين قديما واصحاب انه لا يقبل شهادة الاجير لمن استأجره

واكثر المتأخرين لولا عامتهم ذهبوا الى قبولها .

مدرك الاول جملة من النصوص منها موثق (١) سماعة سألته عما يرد من الشهود قال عليه السلام المريب و الخصم و الشريك ودافع مغرم و الاجير والعبد والتابع والمتهم كل هؤلاء ترد شهاداتهم - ونحوه مرسل (٢) الفقيه - ومنها النبوي (٣) المروي في معاني الاخبار لا تجوز شهادة خائن الى ان قال - ولا القانع مع اهل البيت بضميمة تفسير الصدوق القانع مع اهل البيت بالرجل يكون مع القوم في حاشيتهم كالخادم لهم والتابع والاجير - ومنها خبر (٤) العلابن سيابة عن ابي عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام لا يجوز شهادة الاجير . ومنها صحيح صفوان (٥) عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل اشهد اجيره على شهادة ثم فارقه ايجوز شهادته له بعد ان يفارقه قال عليه السلام نعم وكك العبد اذا اعتق جازت شهادته الظاهر بسبب التشبيه والتقرير في ذلك .

ومدرك الثاني العمومات والمطلقات - وموثق (٦) ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام ويكره شهادة الاجير لصاحبه ولا بأس بشهادته لغيره ولا بأس به له بعد مفارقه - بدعوى ارادة الكراهة بالمعنى المصطلح منها .

اقول قد يقال انه لو تمت النصوص السابقة سند او دلالة - لزم تقييد المطلقات والعمومات بها - ولكن يمكن ان يقال ان النسبة بينها وبين ما دل على قبول شهادة العادل عموم من وجه فيتعارضان ويرجع الى المرجحات وحيث ان من ادلة قبول شهادة العادل آيات من الكتاب فيقدم تلك الادلة وتختص هذه بالاجير غير العادل مع ان صحيح صفوان لا يدل على المنع من قبولها لعدم المفهوم له ولم يفرض في السؤال عدم القبول حتى يكون تقريره عليه السلام دالا عليه - واما خبر العلابن فضعيف السند لجهالته - واما النبوي فتفسير الصدوق قد غر حجة لنا - واما مرسل الفقيه فلا رساله لا يعتمد عليه - فلم يبق الا موثق سماعة - وحيث انه لا يمكن الالتزام باطلاق رد شهادة الاجير

ولو لغير من استأجره عليه وعلى من استأجره ولم يلتزم به أحد وتقييد إطلاقه بموثق أبي بصير وغيره مستلزم لتخصيص الأكثر المستهجن فيكون المراد به الأجير الخاص فهو مجمل لا يستند إليه - فالأظهر قبول شهادته .

وأما السائل بكفه - فالمشهور بين الأصحاب عدم قبول شهادته - والمراد به من جعل السؤال ديدناله ويسأل الخلق في أبواب الدور وفي الأسواق والدكاكين والحجرات لأنه المتبادر من هذا التركيب كما صرح به بعض المحققين فمن يسأل أحيانا لحاجة دعت إليه لا يصدق عليه هذا العنوان - فاستثناء الحلّي والمحقق والشهيد الثاني وغيرهم من المتأخرين ومتأخريهم من دعتهم الضرورة إلى ذلك استثناء عنقطع وكيف كان فيشهد للحكم نصوص - كصحيح (١) على بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن السائل الذي يسأل بكفه هل تقبل شهادته فقال عليه السلام كان أبي عليه السلام لا يقبل شهادته إذا سئل في كفه - وموثق (٢) محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام رد رسول الله ﷺ وشهادته السائل الذي يسأل في كفه قال أبو جعفر عليه السلام لأنه لا يؤمن على الشهادة وذلك لأنه إن أعطى رضى وإن منع سخط ونحوهما غيرهما فلا إشكال في الحكم .

ثم أنه قد يقال أنه من التعليل في الموثق لعدم قبول الشهادة يستفاد عدم حرمة السؤال بالكف من حيث هو والألا كان الأولى التعليل بكونه فاسقا وفيه نظر فإنه يمكن أن يكون وجه عدم التعليل بالحرمة لزوم حمل أفعال المسلمين وأقوالهم على الصحة لعدم اتصاف كل سؤال بالحرمة بل على القول بها الذي لا تدعو إليه حاجة ولا ضرورة . قال في الجواهر ولكن لا يخفى عليك أن هذا بعد فرض معلومية حرمة السؤال ولو بالكف مع فرض عدم التدليس به كما لو صرح بغناؤه عن ذلك وهو وإن كان مغرورا في الذهن والنصوص مستفيضة بالنهي عن سؤال الناس لكن كثيرا منها محمولة على بعض مراتب الأولياء وهو الغنى عن الناس والالتجاء إلى الله تعالى وآخر منها محمول على المدلس باظهار الحاجة والفقر لتحصيل المال من الناس بهذا العنوان

وهم الذين يسئلون الناس الحافا عكس الذين يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف واما حرمة السؤال من حيث كونه سؤالا ولو بالكف فلا دليل يطمئن به على حرمة وان كان ذلك مغرورا في الذهن فتأمل انتهى .

شهادة المتبرع

العاشرة (و) قد صرح غير واحد بانه (لا تقبل شهادة المتبرع) بان يؤدي الشهادة قبل الاستنطاق وطلب الحاكم اياه من الشاهد سواء كان قبل دعوى المدعى ام بعدها بالاخلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد .

واستدلوا له تارة بتطرق التهمة بذلك - و اخرى بالعلوى (١) تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير ان يستشهدوا مع ما ورد انها تقوم على شرار الخلق والنبي (٢) الوارد في مقام الذم ثم يفشوا للكذب حتى يعجل الرجل بالشهادة قبل ان يسئل عنها ولكن قد عرفت ان التهمة من حيث هي ليست من موانع القبول - مع انه يمكن منع التهمة في جميع الموارد وقد اطال البحث بعض المحققين في ذلك وبيان صور شهادة المتبرع واثبات منع التهمة في جملة من الموارد وانه ليس الغالب في شهادة المتبرع وجود التهمة لايهمنا التعرض له بعد عدم كونها من الموانع - وان كان ما افادته متينا جدا فان تطرق التهمة الى الشاهد الذي عينه المدعى واستدعى منه الشهادة اقرب من المتبرع اليها - مع ان عدالته مانعة عن تطرقها ، و اما الخبران فمضافا الى ضعف سنديهما - و معارضتهما بقوله رَبِّ الْوَسْطَى (٣) الا خبركم بخير الشهود قالوا بلى يا رسول الله وَاللَّيْلُ قال ان يشهد الرجل قبل ان يستشهد والجمع بينهما بحمل الاولين على الشهادة في حقوق الناس - والثالث على الشهادة في حقوق الله تعالى كما في المسالك تبرع لاشاهده - انهما انما يدلان على الذم

(١ - ٢) المستدرک باب ٤٦ من ابواب الشهادات حديث ٨٠٢

(٣) لم اظفر به في كتب الحديث وقد ذكره الفقهاء في كتب الفتوى كالمستند وكشف

اللثام وغيرهما وبمضمونه روايات في كتب انعامه راجع صحيح مسلم الجزء الثالث باب بيان

خير الشهود وسنن ابى داود ج ٣ ص ٣٠٥ -

والجرح والفتوى به غير مشهورة بل في المسالك انه ليس جرحا عندنا ولا يدلان على عدم القبول .

فالحق الاعتراف بعدم الدليل عليه سوى الاجماع الذي ادعوه في المقام ان ثبت وكان تعديا غير مستند الى ما ذكر وكلاهما محل تأمل - فالأظهر ما عن الحلّي والمحقق الأردبيلي وفي المستند من القبول ومال اليه صاحب الكفاية - ولكن مخالفة الاصحاب مشكلة والاحتياط طريق النجاة نعم لا إشكال في قبول شهادته لو أعاد الشهادة بعد طلب الحاكم كما لا ينبغي التوقف في قبول شهادته في حقوق الله تعالى كما هو المشهور بين الاصحاب - أضف الى ما ذكرناه ما في المسالك ان هذه الحقوق لا مدعى لها فلو لم يشرع فيها التبرع لتعطلت وهو غير جائز ولأنه نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو واجب وإداء الواجب لا يعد تبرعا انتهى .

ومما ذكرناه يظهر الحكم في الحق المشترك بين الله تعالى وبين الأدمي وان الوجه القبول في حق الله والتوقف في حق الأدمي فيقطع بالسرقة بشهادة المتبرع ويتوقف في التبريم .

شهادة النساء في الهلال والطلاق والحدود

الحادية عشر المشهور بين الاصحاب ان من شرائط الشهادة الذكورة في الجملة بمعنى انها تشترط في بعض الحقوق دون بعض - وتفصيل القول في ذلك ان شهادة النساء لا تقبل في جملة من الموارد لا منفردة ولا منضمة الى شهادة الرجال - وفي بعض الموارد تقبل منضمة الى شهادة الرجال ولا تقبل مع الانفراد - وفي بعض الموارد تقبل مطلقا - فالكلام في موارد .

(و) الاول ما (لا) تقبل فيه (شهادة النساء) والكلام فيه في ضمن فروع .

١- المشهور بينهم عدم قبول شهادة النساء (في الهلال) بل بخلاف بينهم وعليه الاجماع في كثير من الكلمات ولم يخالف فيه احد الا العماني حيث ذهب الى قبول

شهادتهن مع الرجال في كل شيء - ويشهد به نصوص كثيرة كصحيح (١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال - وصحيح (٢) محمد بن مسلم لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق - وصحيح (٣) العلاء عن أحدهما عليهما السلام لا تجوز شهادة النساء في الهلال - ونحوها غيرهما من النصوص المستفيضة - ولا يعارضها خبر (٤) داود بن الحصين في حديث طويل لا تجوز شهادة النساء في الفطر الا شهادة رجلين عدلين ولا بأس في الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة لما عن الشيخ من ان الوجه فيه ان يصوم الانسان بشهادتهن استظهارا واحتياطاً دون ان يكون ذلك واجباً وقد مر الكلام فيه في كتاب الصوم .

٢ - لا اشكال (و) لاختلاف يعتد به في انه لا تقبل شهادة النساء في (الطلاق) وقد مر الكلام فيه في كتاب الطلاق .

٣ - (و) المشهور انه يعتبر في شهود (الحدود) الذكورة فلا تقبل شهادة النساء فيها الا ما استثنى مما سيأتي الاشارة اليه وعن بعض متأخري المتأخرين الاتفاق عليه - ويشهد به - خبر (٥) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود - ومثله خبر (٦) اسماعيل - وصحيح (٧) جميل ومحمد بن حمران عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلنا اتجوز شهادة النساء في الحدود قال عليه السلام في القتل وحده ان عليا عليه السلام كان يقول لا يبطل دم امرئ مسلم - وخبر (٨) السكوني عنه عليه السلام عن ابيه عن امير المؤمنين عليه السلام شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود الا في الديون الحديث ونحوها غيرها - وقصور سند الاكثر والتضمن لما لا يقولون به مجبور بالعمل في ما هو محل البحث - مع ان جملة منها صحيح السند غير متضمنة لما لا يقول به الاكثر : واما خبر (٩) البصري عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال - فبالشذوذ خارج عن الحجة.

ثم انه قد يلحق بالحدود التعزيرات بل قيل انه المشهور بين الاصحاب بل ظاهر
المستند كونه مجمعا عليه - ولا دليل عليه سوى الاصل - والاجماع - واللاحق
بالحدود ولكن الاصل يخرج عنه بمادل على قبول شهادة النساء مطلقا كخبر (١) عبد الكريم
اخى عبدالله بن ابي يعفور عن ابي جعفر عليه السلام تقبل شهادة المرأة والنسوة اذا كن
مستورات من اهل البيوتات معروفات بالستر والعفاف مطيعات للازواج ناكحات للبداة
والتبرج الى الرجال في انديتهم واطلاق النصوص الدالة على قبول شهادة العدول
فانها غير مختصة بالرجال فالاصل الثانوى قبول شهادتهن - فان قيل ان خبر السكونى
المتقدم الذى هو قوى سندنا بمفهوم الحصر يدل على عدم قبول شهادتهن فى غير الديون
وما لا يستطيع الرجال النظر اليه - قلنا مع الاغماض عن تضمنه لعدم جواز الشهادة
على النكاح وقد دلت النصوص على جوازها كما ياتى - ان الاستثناء منقطع لامفهوم
له ولو كلف بما يجعله متصلا ينحصر مفهومه ح بمادل الدليل على عدم قبول شهادتهن
بالنسبة اليه وهى الحدود والطلاق والنكاح - واما الاجماع فمدرك المجمعين يحتمل ان
يكون ذلك - او اللاحق بالحدود - اما ما ذهب اليه جماعة من عدم قبول شهادتهن فى
حقوق الله تعالى مطلقا فستعرف عدم تماميته - واما اللاحق بالحدود فهو قياس فالأظهر
عدم اللاحق

ثم انه قد استثنى من الحدود الرجم وقيل انه تقبل شهادتهن مع الرجال فى الرجم
على تفصيل يأتى فى كتاب الحدود.

شهادة النساء فى النكاح والرضاع

٤ - اختلف الاصحاب فى قبول شهادة النساء مع الرجال فى النكاح - فعن
المفيد والخلاف وسلا رواين حمزة و الحلبي و ظاهر التحرير المنع و عن القديمين
والصدوقين والتهذيبين وابن زهرة والمحقق والمصنف فى اكثر كتبه وولده والشهيد

وغيرهم من المتأخرين القبول وقد نسب ذلك الى الأكثر وعن الغنية الاجماع عليه دليل المنع خبر السكوني المتقدم ودليل القبول صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن شهادة النساء في النكاح فقال عليه السلام تجوز اذا كان معهن رجل - ومثله اخبار (٢) زرارة - وايي الصباح - و ابن الفضيل - و ابي بصير - و ابن الحصين - والحارثي .

وفي المسالك يمكن الجمع بينهما بحمل اخبار المنع على ما اذا كان المدعي الزوج فانه لا يدعى مالا واخبار القبول على ما اذا كان المدعي المرأة لانها تتضمن المال من المهر والنفقة وهذا متجه انتهى (وفيه) انه جمع تبرعى لا شاهد له - فالأظهر تقييد اطلاق خبر السكوني باخبار القبول لانه يدل على عدم القبول مطلقا مع الانفراد او الانضمام الى الرجال ونصوص القبول تدل على ان شهادتهن تقبل مع الرجال - وان ابيت عن ذلك فهما متعارضان والترجيح لنصوص القبول فالمتجه ذلك .

٥ - في قبول شهادة النساء في الرضاع المحرم خلاف بين الاصحاب فبين مانع عنه كالشيخ في بعض كتبه والحلي والمصنف في التحرير على المحكي ونسب الى الأكثر وعن المبسوط نسبته اليهم مشعرا بالاجماع عليه - وبين من جعل القبول اظهر كالمفيد والعماني والاسكافي وسلاروا بن حمزة والمحقق والمصنف في كتبهما وكذا الشهيدان وغيرهم من المتأخرين .

واستدل للاول بالاجماع - والروايات التي نسب الشيخ في المبسوط القول بالمنع اليها - وبإصالة عدم القبول مع عدم وضوح مخصص لها من الأدلة (ولكن) الاجماع موهون بذهاب الأكثر الى خلافه حتى مدعيه في كتاب آخر - والروايات المشار اليها لم تصل اليها ولعل المراد بها ما توهم دلالة على عدم قبول شهادة النساء وانه الاصل فيرجع الى الوجه الثالث وقد تقدم ما فيه وعرفت ان الاصل في شهادتهن هو القبول لخبر عبد الكريم بن ابي يعفور ونصوص قبول شهادة العدول - فالأظهر هو القبول .

ويشهد به مضافا الى ذلك المرسل (١) كالموثق بابن بكير المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن ابي عبدالله عليه السلام فى امرأة ارضعت غلاما وجارية قال يعلم ذلك غيرها قلت لا قال عليه السلام لا تصدق ان لم يكن غيرها فان مفهوم الشرط انها تصدق اذا علم بذلك غيرها كان ذلك الغير ذكرا أو أنثى .

وقد استدل له مضافا الى ذلك كله فى الرياض وغيره بانه امر لا يطلع عليه الرجال غالبا فمست الحاجة الى قبول شهادتهن فيه كغيره من الامور الخفية على الرجال من عيوب النساء وغيرها للنصوص الكثيرة الدالة عليه الاثنية (وفيه) انه لم يقيد تلك النصوص بالرجال الاجانب ومن الواضح جواز ان ينظر اليه فى المقام زوج المرضعة واقربائها المحارم فالعمدة ما ذكرناه .

شهادة النساء فى حقوق الادمى غير المالية

(٤) صرح جماعة بعدم قبول شهادة النساء لامنفردات ولا منضلمات فيما كان من حقوق الادمى غير المالى ولا المقصود منه المال كالرجعة والعدة والوكالة والوصاية والجنابة الموجبة للقود والبلوغ والجرح والتعديل والعفو عن القصاص والاسلام واستدلوا له بالاجماع - وبخبر السكونى المتقدم الدال على حصر قبول شهادة النساء فى الديون وما لا يستطيع للرجال النظر اليه - ولكن الاجماع ممنوع وعلى فرضه كونه تعديدا غير ثابت - وخبر السكونى قد عرفت عدم دلالة على الحصر بل قد مر ان الاصل قبول شهادتهن الا ما خرج ولم يدل على هذه الكلية دليل من النصوص - والى ذلك نظر صاحب الجواهر حيث انه بعد ما نقل الكبرى الكلية عن الدروس - قال ولم اقف فى النصوص على ما يفيدها بل فيها ما ينافيها قال المحقق الاردبيلى بعد نقل ذلك لاعرفه و لا دليل على ثبوت القاعدة و الاصل قبول الشهادة فالأظهر عدم ثبوت القاعدة المشار اليها .

ثم انه قد وقع الخلاف بينهم في امثلة جعلها بعضهم من الحق المالى وآخر من غيره
وحيث ان الكبرى غير ثابتة فالبحث في الصغريات واثبات انها داخلتها أو عدم الدخول
لاحصل له فالصفح عنه اولى .

شهادة النساء في حقوق الله

(و) المورد الثاني فيما (تقبل) فيه شهادة النساء (مع الرجال) ولا تقبل منفردات
وقد ذكر المصنف رد لذلك موردين - احدهما اذا كانت الشهادة (في الحقوق) ونخبة
القول فيها ان الحق اما ان يكون من حقوق الله تعالى او يكون من حقوق الادمي - اما
القسم الاول فالمشهور بين الاصحاب الحاق جميع حقوق الله تعالى حتى المالية كالزكاة
والخمس والنذر والكفارة بالحدود فلا تقبل فيها شهادة النساء مطلقا وصرح بعضهم
بعدم الخلاف فيه وآخر بالاتفاق على انحصار قبول شهادة النساء في الحقوق المالية الانسانية
و لكن الظاهر من المتن هو القبول وكذا ما عن الدروس من التصريح بالقبول في
الحقوق المالية مطلقا بل يمكن استظهاره من النهاية والسرائر حيث لم يتعرضوا للاحاق
حقوق الله تعالى بالحدود ولعله لذلك اقتصر الشهيد الثاني في المسالك للاستدلال على
اللاحاق بالاصل .

وكيف - كان فقد استدلل للاحاق - بالاصل فان الاصل عدم قبول شهادة النساء
وبالاجماع - و بالنصوص المتقدم جملة منها والاية اخرى المتضمنة لقبول شهادتهن
في امور خاصة بدعوى انها ظاهرة في الاختصاص (ولكن) قد عرفت ان الاصل المشار
اليه لا اصل له - وان القاعدة المستفادة من نصوص قبول شهادة العادل - وخبر (١)
عبد الكريم - هي قبول شهادة النساء الا ما خرج بالدليل والاجماع قد مر حاله والاخبار الخاصة
لامفهوم لها كي تكون ظاهرة في الاختصاص الموجب لعدم القبول في غير تلك الموارد
الاعلى القول بمفهوم اللقب .

فالمتجه هو القبول - بل يمكن الاستدلال في الحقوق المالية للقبول بالنصوص الالئية في الديون لانها ايضا من الديون حقيقة ولذا استدلوها لوجوب اخراجها من اصل التركة - بالاية الكريمة (١) « من بعد وصية يوصى بها او دين » بل يمكن القول بذلك في مطلق حقوق الله تعالى نظرا الى ما دل (٢) على انها ديون وعلى ذلك بنينا على اخراج جميع الواجبات حتى البدنية عن اصل التركة راجع ما ذكرناه (٣) وربما يستدل له بما دل (٤) على قبول شهادة المرأة لزوجها مطلقا المتقدم - فلا ترد في القبول - ثم انه على المختار فهل يعتبر فيه ضم الرجال ام لافيه كلام سيأتي في الديون - واما حقوق الادمي فما كان مالا أو كان المقصود منه المال سيأتي حكمه في ذيل بيان حكم الديون وما كان غير مال ولا المقصود منه المال تقدم الكلام فيه في الفرع الخامس من المورد الادل .

شهادة النساء في الديون

(و) الثاني من الموردين اللذين ذكرهما المصنف ره (الاموال) ونخبة القول فيها انه تارة يقع الكلام في الديون - واخرى في الاعيان وسائر الحقوق المالية . اما الاولى فبعد ما اخلاف بينهم - بل عليه اتفاقهم انه تقبل شهادة النساء في الديون في الجملة والكتاب والسنة شاهدان به - قال الله تعالى (٥) « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » واما السنة فستمر عليك جملة من النصوص

(١) النساء آية ١٣

(٢) الوسائل باب ٦١ من ابواب المواقيت من كتاب الصلاة حديث ٩ - وباب ١٢ من ابواب قضاء الصلوة حديث ٢٥ - وباب ٢٥ و ٢٩ من ابواب وجوب الحج كتاب الحج والمستدرك باب ١٨ من ابواب وجوب الحج .

(٣) في ج ٤ ص ٤٩٦ - وج ٨ ص ١٦٤

(٤) الوسائل باب ٢٥ من ابواب الشهادات

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

وقع الخلاف بينهم فى انه هل تقبل شهادتهن منفردات عن الرجال كما عن الخلاف والمبسوط والنهاية والاسكافى ولقاضى وابن حمزة والشرائع والارشاد والقواعد والمختلف وشهادات التحرير والشهيد بن بل قيل الكلينى والصدوق وعن الخلاف الاجماع عليه - ام يعتبر ضم الرجال فلا تقبل بدونه كما عن السرائر والنافع وقضاء التحرير والفاضل المقداد - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص .

فان منها ما يدل على الاول كصحيح (١) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ان رسول الله ﷺ اجاز شهادة النساء فى الدين وليس معهن رجل - ومرسله (٢) ان رسول الله ﷺ اجاز شهادة النساء فى الدين مع يمين الطالب يحلف بالله ان حقه لحق وموثق (٣) منصور بن حازم حدثنى الثقة عن ابي الحسن عليه السلام اذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز - ونحوها غيرها المعتمدة باطلاق جملة اخرى من النصوص .

ومنها ما يدل على اعتبار الانضمام - كصحيح (٤) ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتب احمد بن هلال الى ابي الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها وفى الورثة من يصدقها وفيهم من يتهمها فكتب عليه السلام لا الا ان يكون رجل وامرأتان وليس بواجب ان تنفذ شهادتها - وصحيح (٥) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت تجوز شهادة النساء مع الرجل فى الدين قال عليه السلام نعم - ومرسل (٦) يونس المتقدم استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه حيث حصر الاستحقاق بالاربعة وليس منها النساء منفردات مضافا الى تصريحه بانه ان لم يكن رجل فيمين المدعى عليه - واستدل للقول الثانى مضافا الى ذلك بان اللازم هو الاقتصار على المنصوص فى الكتاب ومورد الاجماع .

اقول اما صحيح ابراهيم فهو معارض بالنصوص الكثيرة الاتية الدالة على قبول شهادتهن منفردات في الوصية بالمال - ومع ذلك فهو مخالف لفتوى الاصحاب - واما صحيح الحلبي فلا يدل على عدم قبول شهادتهن منفردات اذ المفهوم للوصف واللقب سيما والفيد في كلام السائل - واما المرسل فالمدكور فيه الشاهد وهو يطلق على الانثى ايضا - مع ان غايته كون دلالة بالاطلاق فيقيد بمامر - واما الاقتصار على المنصوص من الكتاب ومورد الاجماع فانما هو مع عدم الدليل - فتحصل مما ذكرناه ان الاقوى عدم اعتبار ضم الرجال .

واما الثانية فالمشهور بين الاصحاب الحاق جميع الدعاوى المالية او ما يكون المقصود منه المال بالدين - ولذلك حكموا بالقبول في دعوى الرهن والاجارة والمزارعة والمساقاة والاقالة والسرقة من جهة المال والخيار وغير تلكم بل قال بعضهم ان الحاقهم يشمل ما لو لم يكن هناك دين ايضا كما اذا توافقا على اصل الدين واختلفا في الرهن مثلا وعن المختلف دعوى الاجماع على الحاق العين بالدين وعلى هذا ففي الدعوى على العين لا اشكال في الالحاق - واما غيرها فمقتضى الاصل المتقدم الذي اسسناه هو القبول و الالحاق - فما عن الاردبيلي و في المستند من عدم الالحاق ضعيف - ثم انه قد عرفت ان الشهادة في النكاح من الموارد التي تقبل فيها شهادتهن مع الانضمام

شهادة النساء فيما يعسر الاطلاع عليه للرجال

المورد الثالث فيما يقبل فيه شهادة النساء منظمات مع الرجال ومنفردات (و) الكلام فيه في طي مسائل - الاولى (تقبل شهادتهن بانقرادهن) عن كل من اليمين والرجال (في العذرة) والبكة (و عيوب النساء الباطنة) كالرتق والقرن وغير ذلك من الامور الخفية التي لا يطلع عليها الرجال بلا خلاف اجده فيه كما صرح به غير واحد والصحيح المستفيضة ونحوها من المعبرة شاهدة بذلك .

لاحظ موثق (١) ابن بكير عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة النساء في العذرة وكل عيب لا يراه الرجل - وصحيح (٢) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام في حديث تجوز شهادة النساء وحدهن بلا رجال في كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه وتجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس - وموثق (٣) محمد بن مسلم عن النساء تجوز شهادتهن وحدهن قال نعم في العذرة والنفساء - وخبر (٤) داود بن سرحان بل صحيحه عن ابي عبدالله عليه السلام اجيز شهادة النساء في الصبي صاح اولم يصح وفي كل شيء لا ينظر اليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه الى غير تلكم من الاخبار الكثيرة

ثم انه صرح غير واحد بانه حيث تقبل شهادتهن منفردات يعتبر كونهن اربعاً وفي الجواهر كما هو المشهور للاصل بل يمكن دعوى القطع به من الكتاب والسنة ان المرئيتين تقومان مقام الرجل وهو ظاهر قوله تعالى (٥) « ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى » انتهى وقد استدلل له بذلك - و بان الاصل عدم قبول شهادتهن مطلقا خرج الاربع في محل البحث اتفاقا فتوى و نصا لان مورد هما النساء بصيغة الجمع غير الصادق حقيقة الاعلى ما زاد على اثنين وكل من قال بلزومه عين الاربع - وبالمروى (٦) عن تفسير الامام عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام في تفسير الآية المتقدمة اذا ضلت احداهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت احداهما الاخرى بها فاستقاما في اداء الشهادة عند الله تعالى شهادة امرأتين بشهادة رجل لنقصان عقولهن ودينهن - وبما (٧) ياتى في نصوص شهادتهن في الوصية فانه بعد ما حكم عليه السلام بنفوذ شهادة المرأة في الربع قال انه بحساب شهادتها حيث تدل على ان شهادتها المعبرة تامة مطلقا هي الاربع - وبما (٨) ما ورد في شهادة القابلة من انه يجوز شهادتها في الولد على

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٨-١٠-١٩-١٢

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٦) الوسائل باب ١٦ من كتاب الشهادات حديث ١

(٧-٨) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات حديث ١٦-٤٥

قدر شهادة امرأة واحدة

ولكن يمكن ان يقال ان الآية الكريمة متضمنة لبيان حكمة الحكم باعتبار امرأتين مع الرجل في الدين وليس ذلك علة يدور الحكم مدارها كما هو واضح - واما الاصل فقد مر انه قبول شهادتها كالرجل - واما ما ذكر في النصوص فيرده ان الاثني بالجمع انما هو في مقابلة القضايا فلا ينافي اعتبار الوحدة مثلا في بعضها كما يقال مثله فيما مر من النصوص من قبول شهادتهن مع الرجال في الديون - واما المروى عن تفسير الامام فسنده غير معتبر - مع ان ما فيه من التعليل محمول على الحكمة قطعا والافكم امرأة اعقل من رجل ثم اى ربط بقوة العقل وعدمها في الشهادة - واما الاخير ان وان كانا مشعرين بذلك لكن عدم دلالتهما واضح - اضاف الى ذلك كله ورود روايات خاصة بعدم الاعتبار - كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن شهادة القابلة في الولادة قال عليه السلام تجوز شهادة الواحدة وشهادة النساء في المنفوس والعذرة - وخبر (٢) ابي بصير عن لباقر عليه السلام تجوز شهادة امرأتين في استهلال ونحوهما غيرهما .

فالذى يتحصل من مجموع النصوص بعد رد بعضها الى بعض ان شهادة النساء في غير باب القضاء بحكم شهادة الرجال الاما دل الدليل الخاص على عدم قبول شهادتهن فيه وقد مر في كفى شهادة امرأة واحدة وعلى هذا تحمل ما دل من النصوص على الاكتفاء بها - واما في باب القضاء فما كان يعتبر فيه ضم الرجل بحسب امرأتين برجل للتصريح بذلك في نصوصه وكك فيما لا يعتبر الضم ولكن كان الرجل موجودا وشهد كما مر في كتاب القضاء - واما لو انفردن بالشهادة فالظاهر كفاية شهادة امرأتين والله العالم وان كان الاحوط رعاية الاربع بل لا يترك ذلك لان المستفاد من الكتاب ومجموع النصوص الواردة في الابواب المختلفة انه في باب القضاء يحتسب شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد .

ثم انهم اختلفوا في قبول شهادة الرجال في هذا المورد فالمشهور بينهم ذلك -

وعن القاضى عدم القبول معللا بانه لايجوز للرجال النظر الى ماذكر - ويرده مافى
الرياض من جواز اطلاعهم عليه اتفاقا او عمدا مع التوبة قبل الاقامة او مع الحلية
كما يتصور ولو فى بعض الفروض النادرة - مع ان ذلك لو صح علة لرد الشهادة لاستلزم
عدم قبول شهادة النسوة ايضا فى نحو البكارة مما يستلزم الشهادة عليه النظر الى
العورة المحرم حتى على النسوة .

شهادة القابلة

(و) الثانية تقبل (شهادة القابلة فى ربع ميراث المستهل) من الاستهلال

وهو ولادة الولد حيا بلا خلاف فيه - والاصل فيه صحيح (١) عمر بن يزيد عن ابى
عبدالله عليه السلام عن رجل مات وترك امرأته وهى حامل فوضعت بعد موته غلاما ثم مات
الغلام بعد ما وقع الى الارض فشهدت المرأة التى قبلتها انه استهل وصاح حين وقع
الى الارض ثم مات قال عليه السلام على الامام ان يجيز شهادتها فى ربع ميراث الغلام - قال
الصدوق (٢) ره بعد حكاية هذا الخبر وفى رواية اخرى ان كانت امرأتين تجوز
شهادتهما فى نصف الميراث وان كن ثلاث نسوة جازت شهادتهن فى ثلاثة ارباع الميراث
وان كن اربعا جازت شهادتهن فى الميراث كله - وصحيح (٣) ابن سنان عنه عليه السلام
تجوز شهادة القابلة فى المولود اذا استهل وصاح فى الميراث ويورث الربع من
الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة قلت فان كانت امرأتين قال عليه السلام تجوز شهادتهما
فى النصف من الميراث ونحوهما موثق (٣) سماعة .

(و) الثالثة تقبل شهادة (امرأة واحدة فى ربع الوصية) وشهادة امرأتين

فى نصفها وشهادة ثلاثة فى ثلاثة ارباعها واذا كملن اربعا ثبت تمام الوصية بلا خلاف

فى شىء من ذلك وعن الحلى وغيره الاجماع عليه - ويشهد به صحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى وصية لم يشهد بها المرأة فقضى ان تجاز شهادة المرأة فى ربع الوصية - وصحيح (٢) ربيع عن الصادق عليه السلام فى شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى فقال عليه السلام تجوز فى ربع ما وصى بحساب شهادتها ونحوهما غيرهما وهى وان كانت فى الربع الا انه يتعدى الى الربعين فما زاد بالاجماع المر كبقوله عليه السلام فى صحيح ربيع بحساب شهادتها - ولا يعارضها صحيح (٣) ابراهيم بن محمد الهمداني المتقدم فى امرأة شهدت بالوصية الدال على عدم قبولها ونحوه غيره لشذوذها - وموافقتها للعامة فلا تصلح لمعارضة ما تقدم .

ثم ان تمام الكلام فى هذه المسألة فى ضمن فروع ١- هل يجوز للمرأة ان تضعف الموصى به فى الشهادة حتى يثبت تمام الوصية فتشهد فيما وصى به بواحد باربعة كما عن كشف اللثام - ام ليس لها ذلك وجهان - يشهد للثاني مضافا الى انه كذب وتزوير وتدليس - مرسل (٤) يونس عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الحق فيجحد حقه ويحلف انه ليس له عليه شىء وليس لصاحب الحق على حقه بينة يجوز له احياء حقه بشهادات الزور اذا خشى ذهابه فقال عليه السلام لا يجوز ذلك لعله التدليس واستدل كاشف اللثام للاول بمرسل (٥) عثمان بن عيسى عنه عليه السلام قال قلت له يكون للرجل من اخواني عندى الشهادة ليس كلها تجيزها القضاة عندنا قال عليه السلام اذا علمت انها حق فصحتها بكل وجه حتى يصح له حقه - اقول وبمضمونه روايات اخر - كخبر (٦) داود بن الحصين عنه عليه السلام عن الرجل يكون عنده الشهادة وهؤلاء القضاة لا يقبلون الشهادات الاعلى تصحيح ما يرون فيه من مذهبه و انى اذا اقامت الشهادة احتجت الى ان اغيرها بخلاف ما اشهدت عليه وازيد فى الالفاظ ما لم اشهد عليه والا

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ١٥-٢٦-٣٤

(٤) الوسائل باب ١٨ من كتاب الشهادات حديث ١

(٥-٦) الوسائل باب ٣ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢

لم يصح فى قضائهم لصاحب الحق ما شهد عليه افيجل الى ذلك فقال ﷺ اى والله
و لك افضل الاجر و الثواب فصحيحها بكل ما قدرت عليه مما يرون التصحيح به فى
قضائهم و نحوه غيره و لكن ليس فى شىء منها ما يجوز الكذب و التدليس بل فى
خبر (١) آخر لداود - بعد ان لا تكون تشهد الابحقة ولا تزيد فى نفس الحق مالم يس
بحق - وعليه فان امكن التورية و ورت فلا اشكال والا فلا يجوز .

٢ - هل يثبت النصف بشهادة الرجل لمساواته لامرأتين فى المعنى كما عن
العلامة الطباطبائى او الربع للفحوى كما عن القواعد و الروضة والمسالك ام تسقط
شهادته رأسا كما عن الايضاح وفى المستند و الجواهر - وجوه اقواها الاخير فى
الشهادة عندالحاكم لعدم احراز المناط والنصوص لاشتمله - والاولوية ظنية
٣ - لا يختص قبول شهادة المرثة فى هذه المسألة وسابقتها بصورة تعذر الرجال
لاطلاق بعض نصوصهما لاحظها و كون الغالب فى مورد المسألة السابقة عدم وجود
الرجال لا يصلح موجبا للانصراف المقيد للاطلاق - كما ان كون مورد اكثر نصوص
المسألة الاخيرة صورة التعذر لا يوجب التقييد فماعن نهاية الشيخ والسرائر والقاضى
وابن حمزة من اشتراط ذلك ضعيف .

لايجل للمشاهدان يشهد الامع العلم

(الفصل السادس فى بقية مسائل الشهادات الاولى لايجل للشاهدان يشهد

الامع العلم) بالاخلاف ويشهد به مضافاً الى ان الشهادة اخبار فلا تجوز مع عدم ثبوت
المخبر عنه لديه - فان قيل ان المحرم هو الكذب وهو الاخبار عن المخالف للواقع
فلولم يحرز ذلك يشك فى كونه كذبا فمقتضى اصالة البرائة جوازه - قلنا انه من
شك فى المخالفة للواقع والموافقة يحصل له العلم الاجمالى بانه امان يكون اخباره
بذلك او بنقيضه كذبا وهذا العلم الاجمالى يمنع عن جريان البرائة فى شىء من

الطرفين ومقتضاه لزوم الاحتياط بترك الاخبار بكل منهما

جملة من النصوص - كخبر (١) على بن غياث عن الصادق عليه السلام لا تشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك ونحوه خبر (٢) على بن غراب عنه عليه السلام و مرسل (٣) الصدوق وروى انه لا تكون الشهادة الا بعلم - والنبوى (٤) المروى - فى الشرايع - وقد سئل عن الشهادة قال عليه السلام هل ترى الشمس على مثلها فاشهد اودع - وخبر (٥) الحسين بن سعيد كتب اليه جعفر بن عيسى جعلت فداك جائئني جيران لنا بكتاب زعموا انهم اشهدوني على ما فيه و فى الكتاب اسمى و خطى قد عرفته و لست اذكر الشهادة وقد دعوني اليها فاشهد لهم على معرفتى ان اسمى فى الكتاب و لست اذكر الشهادة او لا يجب الشهادة على حتى اذكرها كان اسمى بخطى فى الكتاب او لم يكن فكتب عليه السلام لا تشهد - وقوى (٦) السكونى عن الصادق عليه السلام قال رسول الله ﷺ لا تشهد بشهادة لا تذكرها - وما دل (٧) على انه يجوز شهادة الضير اذا حفظ الشهادة وحفظ الوقت - وما ورد (٨) فى الشهادة على المرئة الدال على انه لا بأس بالشهادة على اقرار المرئة ان عرفت بعينها او حضر من يعرفها والا لا يجوز ان يشهد عليها الا بان تسفر وينظر اليها الى غير تلكم من النصوص الواردة فى الابواب المختلفة وهذا مما لا اشكال فيه .

انما الكلام فى ان جمعا من الاصحاب اضافوا الى ذلك اعتبار ان يكون العلم حاصلًا من الرؤية او السماع - ثم لما رأوا ان بعض الاشياء لا يحصل العلم به من طريق السمع والبصر بل يكون ذلك بالذوق والشم كما ورد الذى يراد بالشهادة بكونه مفسودًا مثلاً اضاف اليه بعضهم او الحاصل من ساير الحواس - وايضاً توجهوا الى ان بعض الامور لا يحصل العلم

(١-٣-٢) الوسائل باب ٢٠ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٣

(٤-٥) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤

(٦) الوسائل باب ٤٢ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٨) الوسائل باب ٤٣ من كتاب الشهادات حديث ١

به من احد الحواس الظاهرية كالنسب والملك وما شا كل استثنوا تلکم الموارد وحكموا بالاكتفاء بالعلم الحاصل من الاستفاضة فى تلکم الموارد وانهى الشهيد تلکم الموارد الى تسعة-النسب والملك المطلق والوقف والنكاح والموت والولاية والولاء والعق والرق - والظاهر ان كل ذلك فى غير محلها فانه لادليل على شىء من ذلك ولا يعتبر فى الشهادة سوى العلم من اى طريق حصل وذلك فى جميع الموارد نعم - سيأتى الكلام فى الموارد التى لا يمكن حصول العلم فيها

ثم ان الاصحاب لما رأو ورود روايات بجواز الشهادة مع اخبار ثقتين بشىء او كون الشىء بيد الشخص أو ما شا كل - لاحظ خبر (١) عمر بن يزيد قلت لابی عبدالله عليه السلام الرجل يشهدنى على شهادة فاعرف خطى و خاتمى ولا اذكر من الباقي قليلا ولا كثيرا فقال لى عليه السلام اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهدله - وصحيح (٢) على بن يقطين عن ابي الحسن الاول عليه السلام لا بأس بالشهادة على اقرار المرأة و ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها او حضر من يعرفها - وخبر (٣) حفص بن غياث عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال له رجل ان رأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى ان اشهد انه له قال عليه السلام نعم قال الرجل اشهد انه فى يده ولا اشهد انه له فلعله لغيره فقال ابو عبدالله عليه السلام افيحل الشراء منه قال نعم فقال ابو عبدالله عليه السلام فلعله لغيره فمن اين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك الحديث

التزم بعضهم كالصدوق وغيره برد ما تضمن الشهادة باخبار عدلين لمنافاته مع مادل على اعتبار العلم فى الشهادة ، وقال بعض آخر بان الرواية ضعيفة لا يعتمد عليها - مع انها معتبرة وعمل بها قد ماء اصحابنا - و التزم ثالث بكفاية الظن و عدم اعتبار

(١) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤٣ من كتاب الشهادات حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ٢

العلم وفى الشهادة مستندة الى اليد التزموا بالتخصيص
ولكن الحق عدم تمامية شىء من ذلك ولا ينافى شىء من هذه النصوص مع ما دل
على اعتبار العلم فى الشهادة - توضيح ذلك ان للعلم جهات ثلاث - احداها كونه صفة
من صفات النفس قائمة بها قيام الوصف بالموصوف او قيام الفعل بالفاعل على اختلاف
المسلكين فى حقيقة العلم - ثانيها كونه طريقا الى الواقع ومبرزاً له و كاشفا عنه
وهذه الجهة ذاتية للعلم حتى قالوا ان حقيقة العلم حقيقة طريقية الى الواقع بل ليس
الا للعلم الا الطريق التام ولذلك يطلق عليه النور - ثالثها انه يوجب الجرى العملى
على طبق الواقع فان الوجودات الواقعية غير محركة للعضلات نحو الفعل ولذا يمكن
ان يموت الشخص عطشاً و عنده ماء لا يعلم به و هذا بخلاف ما لو علم به فانه بطبعه
يتصدى للشرب - وعلى ذلك فان اخذ العلم من الجهة الثانية فى الموضوع كما هو
الظاهر من اخذه فى الموضوع يقوم الامارات اعم من البيئة واليد وغيرهما مقامه -
فهذه النصوص لا تنافى مع ما دل على اعتبار العلم فى جواز الشهادة بل لولم يكن هذه الروايات
لكننا ملتزمين بذلك فهى مطابقة للقاعدة - وللبحث فى وجه قيام الامارات مقام العلم
الماخوذ فى الموضوع على وجه الطريقية محل آخر وقد حققناه فى الاصول .
وبما ذكرناه يظهر انه لودل دليل على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب
لم يكن ذلك منافياً لنصوص اعتبار العلم فى جواز الشهادة بل كان ذلك كاشفاً عن
اخذ العلم من الجهة الثالثة فى الموضوع فان المجعول فى باب الاستصحاب هو الجرى
العملى الذى هو وجهة ثالثة للعلم - نعم لولم يكن دليل على ذلك كان مقتضى القاعدة
عدم القيام اذاً بالظاهر من اخذ العلم فى الموضوع اخذه فيه بما انه طريق الى الواقع
وبما ذكرناه يظهر ما فى الجواهر وغيرها مما افيد فى المقام .

البناء فى الشهادة على الاستصحاب

بقى الكلام فى امور - ١ - انه هل تجوز الشهادة مستندة الى الاستصحاب وهل يدل

عليه دليل ام لا فيقال ان -صحيح (١) معاوية بن وهب يدل على ذلك قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلثين سنة ويدع فيها عياله ثم ياتيناها لا كه ونحن لا ندرى ما احدث في داره ولا ندرى ما احدث له من الولد الا انا لا نعلم انه احدث في داره شيئا ولا حدث له ولد ولا تقسيم هذه الدار على ورثته للذين تركوا في الدار حتى يشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان أو تشهد على هذا قال عليه السلام نعم - وجه الدلالة انه يدل على جواز الشهادة بكون الدار لفلان وانه لا وارث له غير من ترك في الدار وكلاهما ثابتان بالاستصحاب .

واجيب عنه تارة بما عن التحرير بانه يحمل على ارادة حصول العلم باعتبار خلطه واطلاعه - ويرده تصريح السائل باننا لا ندرى ما احدث في داره ولا ندرى ما احدث له من الولد .

واخرى بما في الجواهر بانه يحمل على ارادة الشهادة بما يعلم به اى كون الدار له قبل سنين ولم يكن له وارث غير الموجودين في الدار ثم الحاكم بنفسه يستصحب بقاء الملكية وعدم الوارث بشهادة خبره (٢) الاخر قلت له ان ابن ابي ليلى يسئلى الشهادة عن هذه الدار ما فلان وتركها ميراثا وانه ليس له وارث غير الذى شهدنا له قال عليه السلام اشهد بما هو علمك - قال في توضيح ما افاده ان المراد بالشهادة بالاستصحاب ان كان بالمستصحب فهى شهادة بعلم لا بالاستصحاب ولا مدخلية للاستصحاب فى ذلك وان اريد الشهادة بالاستصحاب بمعنى الشهادة الان بشغل النعمة وكونها زوجته وان لم يكن عالما بذلك بل كان مستند ذلك علمه السابق فلا ريب فى عدم صدق تعريف الشهادة عليه بل هو شاهد بما لا يعلم الى آخر ما افاده - وفيه ان الخبر الثانى انما يدل على الامر بالشهادة بالعلم فلو دل الدليل على جواز الشهادة بالاستصحاب كان ذلك حاكما عليه ودالا على ان المراد بالعلم فيه العلم بما انه مقتضى للجري العملى واما ما افاده من انه لو شهد بالاستصحاب كان شاهدا بما لا يعلم فقد مر جوابه .

وثالثة بانه ينافيه ذيله - قلت الرجل يكون له العبد والامة فيقول ابق غلامى
اوابقت امتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى البينة ان هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه
افتشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لا نعلم انه احدث شيئا فقال عليه السلام كلما غاب من
يد المرء المسلم غلامه او امته او غاب عنك لم تشهده به (وفيه) ان معاوية بنفسه روى (١) عن
ابى عبدالله عليه السلام رواية اخرى مصرحة بجواز الشهادة فى المورد ايضا - قال قلت له
الرجل يكون له العبد والامة قد عرف ذلك فيقول ابق غلامى او امتى فيكلفونه القضاة
شاهدين بان هذا غلامه او امته لم يبع ولم يهب أنشهد على هذا اذا كلفناه قال
عليه السلام نعم - والجمع بينهما يقتضى البناء على مرجوحية الشهادة فى المورد كما عن
المحدث الكاشانى ره الجمع بينهما بذلك وتبعه المحقق النراقى .

فان قيل ان الشهادة ان كانت جائزة تكون واجبة فلامعنى لمرجوحيتها - قلنا - ان
الواجب هو الشهادة بما عنده لا بالملك المطلق والشيء المستصحب مطلقا - فالمراد لم
يشهدانه كذا وكذا فعلا وان وجبت بانه كان كذا وكذا سابقا - فالأظهر تمامية دلالتهم وكذا
خبره الاخير ولكنه بالنسبة الى عدم الوارث غير الموجودين فى الدار واما بالنسبة
الى بقاء الملكية فيمكن ان يكون الوجه فيه يد المالك فان المفروض ان الدار
تحت تصرفه و سلطنته بالتسبيب ومثل هذا اليد ايضا كاشفة عن الملكية - فما نسب
الى المشهور من جواز الشهادة بالاستصحاب هو الاقوى .

٢- وقد ظهر مما ذكرناه ان الاكتفاء بالشهادة بالامارة والاستصحاب لا يستلزم جواز
الاكتفاء بكل ظن غير معتبر (و) عليه (لا يكفي رؤية الخط مع عدم الذكر) وعدم
قيام البينة على انه خطه - كما دل على ذلك خبر (٢) عمر بن يزيد قلت لابي عبدالله عليه السلام
الرجل يشهدنى على شهادة فاعرف خطى وخاتمى ولاذكر من الباقي قليلا ولا كثيرا
فقال عليه السلام لى اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهدله - فانه بالمفهوم يدل على

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب الشهادات حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ١

عدم جوازه من دون قيام البينة عليه وخبر (١) حسين بن سعيد كتب اليه جعفر بن عيسى جعلت فداك جاني جبر ان لنا بكتاب زعموا انهم اشهدوني على ما فيه وفي الكتاب اسمي بخطي قد عرفته ولست اذكر الشهادة وقد دعوني اليها فاشهد لهم على معرفتي ان اسمي في الكتاب ولست اذكر الشهادة اولاً لتجب الشهادة على حتى اذكرها كان اسمي بخطي في الكتاب اولاً لم يكن فكتب عليه السلام لا تشهد وقوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا تشهد بشهادة لا تذكرها فانه من شاء كتب كتاباً ونقش خاتماً .

ومن الخبر الاول يظهر جواز الشهادة مع قيام البينة بانه خطه وخاتمه وبذلك يظهر ما في كلامه قده حيث قال (وان اقام غيره).

٣ - (و) قد تقدم انه (يكفى في الشهادة بالملك مشاهدته متصرفاً فيه)
 ليد - وقد دل عليه النص (٣) واما الكلام في انه هل يكفى مجرد اليد ام يعتبر كونه متصرفاً فيه فمحرر في رسالة القواعد الثلاث كما ان كثيراً من احكام اليد مذكورة فيها - وللقوم كلمات في المقام يظهر ما فيها مما اسلفناه - واغرب من الجميع ما في النافع قال والاولى الشهادة بالتصرف لانه دلالة على الملك وليس بملك - اذ بعد تسليم الدلالة على الملك لا وجه لعدم الشهادة به وتوجيهه بان مراده انه لا تكون الملكية ثابتة بالرؤية والسماع ويعتبر في الشهادة ان يكون المشهود به ثابتاً باحد الطريقين - افسد فانه لا وجه لاعتبار ذلك سوى تصريح جماعة من الفقهاء به وهم بانفسهم قد صرحوا باستثناء امور منها الملكية وكيف كان فقد ظهر مما حققناه ما هو الحق في المقام .

(٢-١) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء حديث ٢

البناء في الشهادة على الشيع

٤- (و) قد صرح الاصحاب بانه (يثبت بالشيع) امور وان اختلفوا في تعداد تلك الامور - فمنهم من خصها بالنسب كالاسكافي - وفي المتن والنافع عدها اربعة (النسب والملك المطلق والوقف والزوجية) وعن الخلاف جعلها ستة بزيادة الولاء والعق - وعن القواعد سبعة بزيادة الموت والولاية للقاضي ونقص الولاء - وعن التحرير ثمانية بزيادة الولاء - وعن بعضهم تسعة بزيادة الرق والعدالة ونقص الولاية - وعن جمع من المتأخرين عدم حصرها في امور مخصوصة بل جوزوها في كل ما تعذر فيه المشاهدة في الاغلب - ثم انهم اختلفوا من جهة اخرى وهي ان الشيع الذي يجوز الاستناد اليه في الشهادة هل يعتبر فيه ايرائه العلم كما عن المحقق في الشرايع والنافع والمصنف ره في جملة من كتبه وغيرهما ام يكفي الظن المتأخر للعلم كما عن الارشاد واللمعتين والدروس والمسالك - ام يكفي مطلق الظن كما عن الخلاف والمبسوط .

اقول نخبه القول في المقام ان الشيع ان افاد العلم جاز الشهادة فيها وفي غيرها من الموارد لما تقدم من انه لا يعتبر في جواز الشهادة سوى العلم من اى سبب حصل ولا يعتبر الرؤية والسمع وما شاكل - وان لم يحصل العلم - فان حصل الظن المتأخر للعلم المعبر عنه بالاطمينان الذي هو علم عرفي فكذلك لانه حجة عند العقلاء ولم يردع الشارع الا قدس عنه وقد مر قيام الامارات مقام العلم المأخوذ في الموضوع وان لم يحصل منه ذلك ايضاً بل كان الحاصل هو الظن المطلق فمقتضى ما دل على اعتبار العلم او ما يقوم مقامه في جواز الشهادة عدم جوازها .

وقد استدلل على الجواز بوجوه بعضها يختص ببعض تلكم الموارد وبعضها يعم

الجميع .

منها مرسل (١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقيمت على الحق ايجل للقاضي ان يقضى بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة قال فقال عليه السلام خمسة اشياء يجب على الناس ان ياخذوا فيها بظاهر الحكم - الولايات - والتناكح - والمواريث - والذبايح - والشهادات - فاذا كان ظاهره ظاهرا مامونا جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه - بتقريب ان المراد بالحكم هي النسبة الخبرية وظهور هذه النسبة عبارة عن الشيوع والاستفاضة فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بهذا الظهور الخبري في هذه الامور الخمسة (وفيه) ان الظاهر ان المراد من الحكم النسبة لا الخبرية وظهور النسبة عبارة عن ظهور الحال وهو غير ظهور الخبر عنها وشيوعه - الا ترى انه ربما تكون عدالة زيد أو وليته لعمر وظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا - والشاهد على اعادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره في ذلك قوله عليه السلام في ذيل المرسل فاذا كان ظاهره .. الخ فانه صريح في ان الظاهر مقابل الباطن وعن بعض نسخ التهذيب - وفي مرفوع (٢) المقرئ - ظاهر الحال بدل ظاهر الحكم وعليه فالامر اوضح .

ومنها - صحيح (٣) حريز - المتضمن لقصة اسماعيل - وفيه فقال اسماعيل يا ابيه اني لم اراه يشرب الخمر اني سمعت الناس يقولون فقال عليه السلام يا بني ان الله يقول في كتابه يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تأمن شارب الخمر - بتقريب انه عليه السلام امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس الذي هو عبارة عن الشيعاء وجعل عليه السلام من يقول الناس انه يشرب الخمر شارب الخمر (وفيه) ان المأمور به ليس ترتيب آثار الواقع باجمعها بل خصوص ما ينفع المخبر اليه ولا يضر المخبر عنه وان شئت قلت انه لا ملازمة بين تصديق المخبر المأمور به في الخبر وبين العمل على طبقه - ويشهد لما ذكرناه قوله عليه السلام في خبر (٤) آخر

(١-٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الودعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥٧ من احكام العشرة كتاب الحج حديث ٢

كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال قولاً فصدقه وكذبهم - فانه عليه السلام امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق قول الواحد وليس ذلك الا لما ذكرناه .

ومنها ان الظن الحاصل من الشيع اقوى من الظن الحاصل من البينة العادلة فمادل على جواز الشهادة مستندة اليها يدل بالاولوية على جوازها مستندة الى الشيع (وفيه) انه لم يثبت كون ملاك حجية البينة افادتها الظن بل الثابت خلافه - فانه يجوز الشهادة لو قامت وان لم يحصل الظن

ومنها اجراء دليل الانسداد في كل ما يعسر اقامة البينة عليه كالنسب والوقف وما شا كل بتقريب ان تحصيل العلم فيها عسر وكك البينة العادلة ويلزم من اجراء الاصل من اصاله عدم النسب او عدم الوقف الوقوع في خلاف الواقع كثير او الاحتياط متعذر او متعسر فلا مناص عن التنزل الى الظن لقبح ترجيح المرجوح على الراجح (وفيه) اولاً ان ثبوت تلكم الامور بالامارات القائمة عليها - كقاعدة الفرائض واقرار من بيده المال وما شا كل ليس متعذراً ولا متعسراً - وثانياً - ان المقدمة الثانية لاتفيد ما لا ينضم اليها ان الوقوع في خلاف الواقع مناف لغرض الشارع اذ لو لم يحرز ذلك كما في باب الطهارة لما كان محذور في اجراء الاصل وحيث انه غير ثابت فلا يتم هذا الدليل.

فالمتحصل مما ذكرناه انه لا يجوز الشهادة مستندة الى الشيع في شيء من الموارد ما لم يحصل منه العلم او الاطمينان الذي هو حجة عقلائية .

لا يعتبر في جواز الشهادة استدعاء المشهود عليه

٥ - (و) يصير الشاهد متحماً للشهادة بما يكون مثبتاً لما يشهد به كما (لو سمع الاقرار) وان لم يستدعه المشهود على تحمل الشهادة فيجوز له ان يد (شهود) كذا (لوقيل له لا تشهد) ولا يتحمل الشهادة من غير فرق بين كون ما ثبت عندما يوجب

حكما عليه اوله بلا خلاف اجد فيه الامن الاسكافي فى الثانى وما ياتى وهو شاذ لا يعاب به كذا فى الرياض - ويشهد بذلك كله عمومات الادلة - اذ لم يدل دليل على اعتبار ازيد من العلم بما يشهد به أو ما يقوم مقامه وخصوص جملة من النصوص - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام - اذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت - ومثله صحيح (٢) هشام وزاد وقال اذا شهد لم يكن له الا ان يشهد ومثل صحيح محمد موثق (٣) مع زيادة الا اذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل له الا ان يشهد وصحيحه (٤) الاخر عنه عليه السلام فى الرجل يشهد حساب الرجلين ثم يدعى الى الشهادة قال عليه السلام ان شاء شهد وان شاء لم يشهد الى غير تلکم من النصوص الاية جملة اخرى منها .

وهذه النصوص تدل على جواز الشهادة مع عدم الاستدعاء فبالاملازمة تدل على تحقق التحمل بمجرد السماع مع عدم الاستدعاء - نعم فى انه هل يجوز للحاكم ان يحكم لمن شهدت البينة له مع عدم اقامة ذى الحق اياها او نهيها عن الشهادة كلام نظرا الى ان اقامتها حق له فله اسقاطها بل له رفع اليد عن الدعوى - وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى كتاب القضاء ولا نعيد .

فى حرمة كتمان الشهادة

(الثانية) فيما يتعلق بتحمل الشهادة وادائها - والكلام فيها فى طى فروع .

١- ان من تحمل الشهادة - تارة يكون ذلك باستدعاء صاحب الحق للتحمل -

واخرى يكون بدونه فان كان باستدعائه - فلا خلاف بينهم - فى انه (لا يجوز

للمشاهد كتمان الشهادة مع العلم) أو ما يقوم مقامه ويجب ادائها بل حكاية الاجماع عليه مستفيضة - ويشهد بقوله تعالى (٥) « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم

قلبه « وقوله تعالى (١) » كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولوعلى انفسكم او الوالدين والاقربين « والمروى (٢) بعدة طرق عن جابر عن الباقر عليه السلام قال رسول الله ﷺ من كتم شهادة أو شهد بها ليهدم ربها دم امرأ مسلم - اوليزوى بها - وعن الفقيه ليشوى بها - مال امرأ مسلم اتى يوم القيامة ولوجهه ظلمة مد البصر وفي وجهه كدوح يعرفه الخلائق باسمه ونسبه ومن شهد بشهادة حق ليحىي بها حق امرؤ مسلم اتى يوم القيامة ولوجهه نور مد البصر تعرفه الخلائق باسمه ونسبه - ثم قال ابو جعفر عليه السلام الا ترى ان الله عز وجل يقول واقموا الشهادة لله - وخبر (٣) الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي ﷺ في حديث المناهى انه نهى عن كتمان الشهادة قال ومن كتمها اطعمه الله لحمه على رؤوس الخلائق وهو قول الله عز وجل « ولا تكتموا الشهادة » الآية - وخبر (٤) يزيد بن سليط عن موسى بن جعفر عليه السلام في حديث النص على الرضا عليه السلام وان سئلت عن الشهادة فادها - فان الله تعالى يقول ان الله يامركم ان تؤدوا الامانة الى اهلها وقال ومن اظلم ممن كتم شهادة عند الله الى غير تلكم من النصوص الكثيرة .

وان لم يكن التحمل باستدعائه - فالمشهور بين المتأخرين بل في المسالك نسبته الى المشهورين الاصحاب حرمة الكتمان ووجوب الاداء ايضاً - وعن جماعة من القدماء منهم لشيخ وابن الجنيد وابو الصلاح بل نسب الى المشهور بينهم عدم الوجوب وانه بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد - ومنشأ الاختلاف ان اطلاق الايات والروايات المتقدمة دالة على الوجوب وحرمة الكتمان مطلقاً - وفي المسالك ولانها امانة جعلت عنده فوجب عليه الخروج منها كما ان الامانات المالية تارة تحصل عنده بقبولها كالوديعة وتارة بغيره كتطير الريح .

وجملة من النصوص الخاصة منها ما تقدم في المسألة السابقة تدل على انه بالخيار في الشهادة وعدمها .

وقد جمع بين الأدلة في الرياض بالبناء على انه مع الاستدعاء يكون وجوب الاداء عينيا وبدونه يكون واجبا كفايا - ويرده ان ظاهر النصوص الخاصة هو جواز الترك وان لم يكن شاهد آخر او كان ولم يشهد - مع ان الواجب الكفائي يصير عينيا مع ترك الباقي - اصف اليه ، ماسياتي من تسالم الاصحاب على كونه مع الاستدعاء ايضا كفايا .

وعن المختلف جعل النزاع لفظيا لامعنويا نظرا الى انه فرض كفاية فيجوز تركه اذا قام غيره مقامه ولولم يقم غيره مقامه وخاف لحوق ضرر بابطال الحق وجب عليه اقامة الشهادة ولا فرق بين ان يشهد من غير استدعاء وبين ان يشهد معه (وفيه) - انه في النصوص الخاصة فصل الامام عليه السلام بين ما لودعي الى الشهادة فحكم عليه السلام بوجوب الاداء - وبين ما لولم يدع الى ذلك فحكم بانه بالخيار فالنزع معنوي قطعا . وظاهر المسالك وصريح النافع التوقف في المسألة ولا وجه له فان تعين حمل المطلق على المقيد ولو كان المطلق الكتاب والمقيد الخبر ظاهر والنصوص الخاصة صحيحة الاسناد واضحة الدلالة - فلا وجه للتوقف في عدم الوجوب

ثم انه على المختار من عدم الوجوب انما هو فيما اذا لم يعلم الشاهد ذهاب حق المحق بسكوته كما صرح به جماعة منهم الصدوق في الفقيه والشيخ في النهاية على المحكي ويشهد به موثق (١) محمد المتقدم، ومرسل (٢) يونس عن الصادق عليه السلام اذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليه فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت الا اذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل له ان لا يشهد - وخبر (٣) علي بن احمد بن ابيهم عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرئته من حيضها فقال فلانة طالق وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم اشهدوا ايقع الطلاق عليها قال عليه السلام نعم هذه شهادة افتر كها

معلقة قال وقال الصادق عليه السلام العلم شهادة اذا كان صاحبه مظلوما
ثم ان ظاهر الادلة المتقدمة الدالة على وجوب اداء الشهادة كونه عينيا لان
ظاهر الاصحاب بل صريح جماعة منهم الاتفاق على انه على الكفاية وفي الجواهر
بل استفاض في عباراتهم نقل الاجماع ونفي الخلاف على ذلك مؤيدا بظهور كون
الحكمة في وجوب الاداء وحرمة الكتمان ضياع الحق ومن المعلوم عدم توقف ذلك
على شهادة الجميع وانه يكفي فيه ما يقوم به من الشهود دون ما زاد وهذا معنى
الكفائي انتهى- اقول ومرجع هذا الوجه الى انه بقرينة مناسبة الحكم والموضوع
يستفاد الكفاية من النصوص ويمكن ان يقال انه حيث يكون المقصود والغرض
من وجوب اداء الشهادة انما يحصل باداء شاهدين فالمأمور به هو ذلك فاذا وجه
الخطاب الى جماعة بفعل واحد قائم ببعضهم كان ذلك ظاهرا في كونه واجبا كفائيا
على الجميع - ويؤيده خبر جابر المتقدم ومن كتم شهادة او شهد بها ليهدر دم
امرأ مسلم او ليروى بها مال امرأ مسلم اتى يوم القيمة ولو جهه ظلمة مد البصر
حيث انه يدل بالمفهوم على ان من يؤد الشهادة لغير ذلك ومنه عدم الحاجة الى
شهادته لم يكن كك - فلا اشكال في الكفاية وبذلك ظهر ما في الرياض من جعل وجوبها
عينيا على تقدير الاستدعاء .

ولا يتوقف الوجوب الكفائي على توقف احقاق الحق عليها - بل لو علم بانه ان
لم يشهد لا يذهب الحق من جهة ان المنكر لا يحلف و يرد اليمين على المدعى وهو
يحلف يجب اداء الشهادة بل يجب ما لم يعلم بقيام الغير بذلك كما هو الشأن في
جميع الواجبات الكفائية - وبذلك يظهر الفرق بين القول بالوجوب الكفائي على
تقدير عدم الاستدعاء وعدمه الامع توقف احقاق الحق على شهادته .

ثم ان وجوب اداء الشهادة انما هو (مع انتفاء الضرر غير المستحق) المترتب بسبب
الشهادة على الشاهد أو المشهود عليه أو بعض المؤمنين والا فلا يجب بالاخلاف اجده فيه كذا

في الجواهر وفي الرياض اجماعا بل يحرم - ومدرك الحكم حديث (١) لا ضرر ولا ضرار - وخصوص خبر (٢) على بن سويد عن ابي الحسن عليه السلام فاقم الشهادة لله ولو على نفسك او الوالدين والاقربين فيما بينك وبينهم فان خفت على اخيك ضيما فلا - وخبر (٣) محمد بن القاسم بن الفضيل عن ابي الحسن عليه السلام الوارد في المعسر المديون قلت له وان كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه انه لا يقدر هل يجوز ان يشهدوا عليه قال عليه السلام لا يجوز ان يشهدوا عليه ولا ينوي ظلمه - وحسن (٤) داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام اقيموا الشهادة على الوالدين والولد ولا تقيموها على الاخ في الدين الضير قلت وما الضير قال عليه السلام اذا تعدى فيه صاحب الحق الذي يدعيه قبله خلاف ما امر الله به ورسوله ومثل ذلك ان يكون لآخر على آخر دين وهو معسر وقد امر الله تعالى بانظاره حتى ييسر فقال تعالى فنظرة الى ميسرة و يسألك ان تقيم الشهادة وانت تعرفه بالعسر فلا يحل لك ان تقيم الشهادة في حال العسر .

و يلحق بذلك ما لو كان اداء الشهادة موجبا للعسر و الحرج كما لو توقف على المسافرة الى بلد آخر يشق عليه تلك فان مقتضى قاعدة نفى الحرج و العسر الثابتة بالكتاب (٥) والسنة (٦) عدم وجوبه - نعم في هذه الصورة لو تحمل المشقة وشهد جاز وفي الصورة السابقة ظاهر النصوص الخاصة بعدم الجواز والله العالم .

ثم انه قال في الجواهر يمكن ان يكون محل كلامهم في المقام في خصوص الشهادة في صورة المخاصمة التي تقام عند الحاكم واما الشهادة في غيرها كالشهادة

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات وباب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الشهادات

(٣-٤) الوسائل باب ١٩ من كتاب الشهادات حديث ٣-١

(٥) الحج آية ٧٧ المائدة آية ٩ البقرة آية ١٨٥

(٦) الوسائل باب ٨ و ٩ من ابواب الماء المطلق - وباب ٩ من ابواب الماء المضاف

وباب ٣٩ من ابواب الموضوع وغير تلكم من الابواب

بالاجتهاد والعدالة ونحوها مما لا ترجع الى مخاصمة عند الحاكم ويراد اثباتها عنده فلا يبعد القول بوجوبها عينا على كل من كانت عنده ولا مدخلة لكيفية التحمل فيها لظهور الأدلة السالمة عن المعارض بالنسبة الى ذلك بعد تنزيل الاجماعات المزبورة على غير هذه الصورة التي لا غرض بمقدار مخصوص منها بل ربما كان الغرض تعدد الشهادة فيها لكونه اتم للمقصود انتهى (وفيه) انه بعد حمل الأدلة على الوجوب الكفائي كيف يبنى على وجوبها العيني - مع ان الوجه المذكور للوجوب الكفائي في غير هذه الصورة جار فيها ايضا - واما الاخبار (١) الدالة على عدم وجوب الشهادة في صورة عدم الاستدعاء فبعضها وان اختص بصورة المخاصمة الا ان بعضها الآخر المتقدم مطلق فلا وجه لعدم البناء عليه فالأظهر هو عدم الفرق .

وجوب تحمل الشهادة

٢ - (ولودعى للتحمل وجب على الكفاية) كما عن الشيخ في النهاية والمفيد والاسكافي والحلي والقاضي وابن زهرة والمحقق والمصنف والشهيد وغيرهم - وفي المسالك انه المشهور - وفي الجواهر انه المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة ويشهد به قوله تعالى (٢) « ولا ياب الشهداء اذا مادعوا » قال في المسالك في تقريب الاستدلال به انه شامل بعمومه الامرين او مختص بهذه الحالة .

و يشهد لارادة الخاص منه - صحيح (٣) هشام عن الصادق عليه السلام عن هذه الآية الكريمة قال عليه السلام قبل الشهادة وقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه قال عليه السلام بعد الشهادة - وصحيح (٤) ابي الصباح عنه عليه السلام في قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا مادعوا قال عليه السلام لا ينبغي لاحد اذا دعى الى شهادة ليشهد عليها ان يقول لا اشهد لكم عليها -

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب الشهادات

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٣-٤) الوسائل باب ١ من كتاب الشهادات حديث ١-٢

وصحيح (١) محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في الآية الكريمة قال عليه السلام اذا دعاك الرجل لتشهد له على دين أوحق لم ينبغ لك ان تقاعس - وموثق (٢) سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الآية - لا ينبغي لاحد اذا دعى الى شهادة ليشهد عليها ان يقول لا اشهد لكم - الى غير ذلك من النصوص الكثيرة .

وعن الحلبي عدم وجوب التحمل ونسب ذلك الى طائفة والى الشيخ في المبسوط - واستدل به بالآية الكريمة بدعوى ان الله تعالى سماهم شهداء ونهاهم عن الالباء اذا ما دعوا اليها وانما يسمى شاهدا بعد تحملها فالآية بالاداء اشبه واجاب عن النصوص المتقدمة بانها اخبار آحاد لا يعتمد عليها (وفيه) ان الآية في معرض الارشاد بالشهاد لانه تعالى امر بالكتابة حال المداينة ونهى الكاتب عن الالباء ثم امر بالشهاد ونهى الشاهد عن الالباء فسياق الآية يقتضى ارادة المعنى المذكور - مع انها فسرت في النصوص بذلك فما افاده اجتهاد في مقابل النص - ودعوى انها اخبار احاد يدفعها مضافا الى استفاضتها ان الخبر الواحد الصحيح أو الموثق حجة عندنا - وفي نصوص المقام طائفة من الصحاح والموثقات - ولذلك قال المصنف ره في محكي المختلف بعد نقل ما ذكر عن الحلبي ونسبة ذلك الى انه من اخبار الاحاد مع دلالة القرآن عليه واستفاضة الاخبار به وفقوى متقدمى علمائنا به جهل منه وقلة تأمل .

وفي الجواهر قرب دلالة الآية الكريمة على الاستحباب بانها على طولها مشتملة على الاداب بل ملاحظة ما قبلها وما بعدها وانها على مساق واحد خصوصا ما كان منها مثل اللفظ المزبور نحو قوله ولا ياب كاتب فضلا عن قوله ولا تسئموا الى آخرها فان ذلك كله يورث الظن القوي بكون ذلك منها انتهى (وفيه) اولا ما حقق في محله من ان الوجوب والاستحباب وكذا الحرمة والكراهة امران انتزاعيان من الترخيص في مخالفة ما تعلق به الامر او النهي وعدمه والا فالموضوع له والمستعمل فيه في الموردين واحد فلا مورد للتمسك بوحدة السياق وحيث ان التكليف توجه بالالباء عن التحمل

ولم يرخص في مخالفتيه فيتين البناء على انه لزومي - وثانيا - ان جملة من النصوص متضمنة للنهي عنه - لاحظ قوله عليه السلام في صحيح ابن فضيل لم يسع لك الخ وفي خبر داود (١) بن سرحان عن الصادق عليه السلام لا ياب الشاهد ان يجيب حين يدعى قبل الكتاب ولفظ لا ينبغي الموجود في جملة منها لا يدل على كون الحكم غير لزومي غايته الاجمال فيبين بغيرها من النصوص .

واما المروي (٢) عن تفسير الامام عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام في تفسير هذه الآية من كان في عنقه شهادة فلا ياب اذا دعى لاقامتها و ليقمها و لينصح فيها ولا تاخذ في الله لومة لائم وليامر بالمعروف و لينه عن المنكر فلا يصلح لمقاومة ما تقدم سيما وفيه قال وفي خبر (٣) آخر تزلت فيمن اذا دعى لسماع الشهادة و ابي و تزلت فيمن امتنع عن اداء الشهادة اذا كانت عنده ولا تكتموا الشهادة الآية .

واما صحيح (٤) القداح عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام جاء رجل من الانصار الى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال يا رسول الله احب ان تشهد لي على نحل نحلته ابني فقال لك مالك ولد سواء قال نعم - قال صلى الله عليه و آله و سلم فنحلتهم كما نحلته قال لا قال فانا معاشر الانبياء لا نشهد على الحيف الذي استدل به للقول بعدم الوجوب بتقريب ان المراد بالحيف ليس هو الحر او الاحكم صلى الله عليه و آله و سلم ببطالان نحلته بل خلاف الاولى ولا يجوز ترك الواجب لذلك وليس ذلك ايضا من الخصائص فيدل على عدم الوجوب (فيرده) اولان ظاهر الحيف الحرام وعدم حكمه ببطالان النحلة من جهة ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها - وثانيا - انه خص ذلك بالانبياء ولو كان الحكم عاما لما كان وجه للتخصيص - وثالثا - انه قضية في واقعة فلعله صلى الله عليه و آله و سلم رأى شهادة غيره بذلك فلم يكن يجب عليه التحمل - فالمتحصل مما ذكرناه وجوب التحمل .

(١) الوسائل باب ١ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من كتاب الشهادات حديث ٧-٨

(٤) الوسائل باب ٥٥ من كتاب الشهادات حديث ١

و هل وجوبه كفائي - كما عن اكثر المتأخرين ام عيني كما عن جماعة من القدماء - وجهان - ظاهر الآية والاخبار هو الثاني .

واستدل للاول - باطباق المتأخرين عليه - والاصل - واولويته بذلك من الاقامة التي قد عرفت ان وجوبها كفائي - وبجعل وجوبه مقابلا لوجوب الاداء الذي هو كفائي وبان الله سبحانه امر اولا باستشهاد رجلين وان لم يكونا فرجل وامرأتين ثم قال ولاياب الشهداء اذا ماعدوا واللام في ذلك للعهد الذكري فالمعنى ولاياب الرجالن والرجل والمرئتان من الاجابة فالنهي ليس متوجها الى كل احد بل الى الرجلين او الرجل وامرأتين فبعد اشهادهما لا امر بالشهادة ولا نهى عن الاجابة كما هو شأن الواجب على الكفاية والاصل عدم الوجوب على الغير .

ولكن اطباق المتأخرين لا وقع له في مقابل ظهور الآية والاخبار و فتوى الاساطين من القدماء - و الاصل لاصل له مع الدليل - والاولوية ممنوعة فانه لا اثر للشهادة بعد اداء الشاهدين اياها بخلاف التحمل فان فائدته ظاهرة لاحتمال الغفلة او النسيان او الغيبة او الفسق او الموت وما شا كل - وجعل وجوبه مقابلا لوجوب الاداء لا اشعار فيه بذلك فضلا عن الدلالة - وما ذكر اخيرا وان كان متينا وعلى ذلك بنينا كون وجوب الاداء كفايا الا انه لا يتم في جملة من النصوص - لاحظ صحيح ابن فضيل المتقدم وكذا خبر داود ونحوهما بعض آخر من الاخبار - فلا يظهر كون وجوبه عينا غاية الامر كساير التكاليف مشروط بعدم لزوم الضرر او العسر والخرج منه والا فلا يجب لقاعدتي لا ضرر ولا حرج .

ثم انه هل يجب التحمل على خصوص من له اهلية الشهادة كما عن الشيخ وجماعة - ام يعمه وغيره كما هو ظاهر اطلاق آخرين - ام يفصل بين من لا يتصور في حقه الاهلية كالولد على والده والمرثة في الطلاق وما شا كل فلا يجب عليه التحمل - وبين من يمكن في حقه الاهلية كالفاسق بتجدد العدالة فيجب كما اختاره بعض المحققين وجوه - والظاهر هو الثاني - لاطلاق الادلة واحتمال الفائدة بتحصيل الشيع المورث للعلم والاطمينان ورفع المانع فيمن يمكن في حقه ذلك .

يعتبر في الشهادة معرفة المشهود له أو عليه

٣- (و) اعلم انه قد ظهر مما قدمناه - من اشتراط العلم في الشهادة - انه -
(لا) يجوز (ان يشهد على من لا يعرفه) (ولاله) (الابمعرفة عدلين) (وانما اعاده في
المقام مع معلوميته مما سبق - لورود النص الخاص والرد على ما عن العامة من عدم
جواز الشهادة على اقرار المرءة دون ان تسفر فينظر اليها الشهود ولو عرفت بعينها
وكيف كان فيشهد لجواز الشهادة مع المعرفة - او معرفة من قوله حجة شرعية - وعدم
جوازها بدون ذلك مضافا الى ما مر - خبر (١) على بن يقطين عن ابي الحسن الاول
عليه السلام لا باس بالشهادة على اقرار المرءة * ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها او حضر من
يعرفها فاما اذا كانت لا تعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود ان يشهدوا
عليها وعلى اقرارها دون ان تسفر وينظرون اليها .

واما مكاتبة (٢) الصفار الصحيحة - الى الفقيه عليه السلام في رجل اراد ان يشهد
على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له ان يشهد عليها من وراء الستر ويسمع
كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك بهذا كلامه او لا تجوز
له الشهادة عليها حتى تبرز وتثبتها بعينها فوقع عليه السلام تنقيب وتظهر للشهادة انشاء الله تعالى
ورواه الصدوق باسناده عن الصفار وقال وهذا التوقيع عندي بخطه عليه السلام - فلا يعارضه -
فان المراد بظهورها للشهادة ان كان ظهورها للرجل الذي اراد ان يشهد عليها - فمع
التنقيب اى فائدة في ظهورها - وان كان ظهورها للشهود اللذين يعرفونها ويكون
المراد تظهر لهم و تنقب من هذا الرجل ويشهد بذلك ما في بعض النسخ - تنقب
وتظهر للشهود - فانه ظاهر في ذلك - فلا ينافي ما تقدم مع انه لو سلم المنافاة
يتعين طرحها لمخالفتها لفتوى الاصحاب وموافقتها المذهب العامة ويشعر به الصحيح
الاخر لا باس بالشهادة على اقرار المرءة و ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها ولا يجوز

عندهم ان يشهد الشهود على اقرار دون ان تسفر فينظر اليها فان الظاهر ان مرجع الضمير هو العامة - اصف الى جميع ذلك كونها مكاتبة والغالب فيها التقية فلا تصلح لمعارضة خبر ابن يقطين المعمول به بين الاصحاب المنجبر ضعفه لو كان بالعمل ٤- (ويجوز له النظر الى وجه امرأة للشهادة) كما يجوز ان تسفر المرأة

و يكشف عن وجهها ليعرفها الشاهد ان لها او عليها - اذا لم يمكن معرفتها - بشهادة العدلين - بلا خلاف بينهم كما صرح به غير واحد - ويشهد به خبر على بن يقطين المتقدم - بل والمكاتبة المتقدمة - بناء على ارادة الظهور للشهود - على مامر - هذا بناء على القول بعدم جواز النظر الى وجه المرأة بغير ريبة وجوب الستر عليها - واما على القول بجوازه - وعدم وجوب الستر عليها فلا يتوقفان على القيد المذكور كما لا يخفى وقد مر الكلام فى المبنى فى كتاب النكاح .

الشهادة على الشهادة

المسألة (الثالثة) فى الشهادة على الشهادة - لاخلاف ولا كلام فى انه (تقبل الشهادة على الشهادة فى الديون والاموال) كالقرض والقراض وعقود المعاوضات (والحقوق) المتعلقة بالادى سواء اكانت عقوبة كالقصاص او غيرها كالطلاق والنسب وعيوب النساء والولادة والاستهلال وما شاكل بلاخلاف اجمده و به صرح فى الرياض والجواهر وغيرهما - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل لعل المحكى منه على ذلك متواتر

و يشهد به مضافا الى ذلك و الى العمومات الدالة على قبول الشهادة جملة من النصوص كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام فى الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة فى البلد قال عليه السلام نعم و لو كان خلف سارية يجوز ذلك اذا

كان لا يمكنه ان يقيمها هو لعلته تمنعه من ان يحضره ويقيمها فلا بأس باقامة الشهادة على شهادة - وخبر (١) طلحة بن زيد عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل الا شهادة رجلين على رجل - وخبر (٢) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل قال وقال الصادق عليه السلام اذ شهد رجل على شهادة رجل فان شهادته تقبل و هي نصف شهادته و ان شهد رجلان عدلان على شهادة رجل فقد ثبت شهادته على شهادة رجل واحد - واما خبره (٣) الاخر عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام قال لا قبل شهادة رجل على رجل حي وان كان باليمين فمحمول على خبره السابق - او على التقية

و تمام الكلام بالبحث في جهات - الاولى لاختلاف في انه (لا) تقبل الشهادة على الشهادة في (الحدود) وما كان عقوبة لله تعالى وفي المسالك والرياض وغيرهما الاجماع عليه - ويشهد له خبر (٤) طلحة بن زيد عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان لا يجيز شهادة على شهادة في حد - ونحوه خبر (٥) غياث بن ابراهيم

وهل يختص عدم القبول بما اذا كان الحد لله محضا كحد الزنا والسحق كما عن المبسوط وابن حمزة وفخر الاسلام والشهيد في النكت واستجوده في المسالك - ام يعم ما كان مشتركا بينه تعالى وبين الادمي كحد السرقة والقذف كما هو المشهور بين الاصحاب كما في المسالك - الظاهر هو الثاني لاطلاق الخبرين واستدلال للاختصاص بعموم ما دل على قبولها قال في المسالك وهذا اجود لعدم دليل صالح للتخصيص فيهما ونظره قد ادى الى ما صرح به قبل ذلك من ضعف الطريق فيهما - ولكن يرد عليه انه لو سلم ضعف الخبرين لاشكال في ان يجازع فيهما بعمل الاصحاب .

الثانية الظاهر كما صرح به فى المسالك والجواهر جريانها فى حقوق الله غير الحد كالزكاة واوقاف المساجد والجهات العامة والاهلة لاطلاق الادلة المتقدمة - ولكن عن كشف اللثام وكذا لا ثبت فى سائر حقوق الله تعالى كما قطع به الاصحاب ومنه الاهلة ولذا قال فى التذكرة لا يثبت الهلال بالشهادة على الشهادة عند علمائنا واستدل به باصالة البرائة واختصاص ورود القبول بالاموال وحقوق الادميين - الا ان الاصل لا يرجع اليه مع عموم واطلاق الادلة العامة والخاصة - والاختصاص ممنوع لعدم القرينة .

الثالثة الظاهر انه فى الحدود المشتركة وان لم تقبل الشهادة على الشهادة الا انه يثبت بها غير الحد من الاحكام المترتبة على موضوع الحد كنشر الحرمة بام المؤطوء و اخته وبنته وبنت العممة والخالة بالزنا بهما وغير ذلك كما عن المحقق والمصنف والشهيد فى الشرايع والتحرير والقواعد والارشاد والدروس والمسالك واللمعة والروضة - لعموم الادلة (ودعوى) التلازم بين الامرين لكونهما معلولين لعل واحدة (ممنوع) فان تلازمهما شرعى فلا مانع من التفكيك بينهما مع الدليل وقد دل الدليل على ذلك فان مقتضى العمومات ثبوت الجميع بها خرج منها الحد بالاجماع والنص وبقي الباقي .

الرابعة (ولا يكفى) فى الشهادة (اقل من) شاهدين (عدلين على) شهادة (اصل) بالاخلاف ويشهد به مضافا الى الاجماع الذى ادعاه جماعة النصوص المتقدمة - نعم لا يشترط المغايرة لعدم الدليل عليه (و) عليه (لو شهد اثنان على كل واحد من الاصلين قبلت) وكذا شهادة احد الاصلين مع الآخر على شهادة الاصل الآخر ونحو ذلك بالاخلاف اجده فيه - ويشهد به مضافا الى الاجماع الذى ادعاه غير واحد اطلاق الادلة سيما الادلة العامة .

الخامسة لاخلاف فى ان شهادة الفرع تقبل كان شاهد الاصل رجلا او امرأة او رجلا و امرأة فيما يقبل فيه شهادة المرأة لاطلاق الادلة العامة وللاجماع وان

كانت النصوص الخاصة بمختصة بالشهادة على شهادة الرجل - وهل تقبل شهادة الفرع ان كان الشاهد امرأة ام لا نسب الى الاسكافي والشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والمصنف في المختلف اختيار الاول في الموضع الذي يقبل فيه شهادتهما منفردة ومنظمة وعن الخلاف اجماع الفرقة عليه - وعن السرائر والتحرير والقواعد والايضاح والنكت والمسالك والتنقيح وغيرها اختيار الثاني بل قيل لم اجد فيه مخالفا على المنع وحق القول في المقام يقتضى بيان ما يراد اثباته بشهادة الفرع ثم ملاحظة الادلة - اما الاول فلو شهد شاهد على ان الاصل شهد بذلك كان شهد زيدا بان عمر واشهد باشتغال ذمة بكر لخالد - فالمشهور بين الاصحاب وفي المسالك وهو مذهب الاصحاب ان المقصود اثبات شهادة شاهدا لاصل عند الحاكم واصر المحقق النراقي بان المقصود اثبات المشهود به الاصل وهو اشتغال الذمة في المثال لاشهادة عمر وو قد ذكر شواهد لان مراد الاصحاب ايضا ذلك فشاهد الفرع بحكم النائب عن شاهد الاصل فعلى الاول يجوز شهادة النساء على الشهادة بناء على ما اخترناه من ان الاصل قبول شهادتهن الا ما خرج بالدليل وليست شهادة الاصل مما خرج عنه - وعليه فيتم استدلال المصنف لقبولها بالاصل واطلاق الادلة - وما عن الخلاف من الاستدلال له باخبار الفرقة ولا ينافيها اختصاص النصوص الخاصة بشهادة الرجال فانه لامفهوم لها كي تدل على عدم قبول شهادة النساء - نعم على القول بان الاصل عدم قبول شهادتهن الا ما خرج بالدليل تعين البناء على عدم قبول شهادتهن في المقام (والاستدلال) للقبول - باجماع الخلاف - والاخبار التي اشار اليها فيه - وعموم قوله تعالى (١) « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وخبر السكوني المتقدم المتضمن لقبول شهادتهن في الديون - وفحوى ما دل على قبول شهادة الاصل في ما تقبل فيه - (مردود) اذا اجماع المنقول المخالف للشهرة المحققة ليس بحجة - والاخبار لم تصل إلينا - والاية الكريمة وخبر السكوني في الشهادة في الديون وشهادة الفرع ليست منها - والفحوى ممنوعة

وعلى الثاني الاظهر عدم القبول لان جميع ادلة قبول الشهادة مختصة بشهادة الاصل ولا تشمل شهادة الفرع في اثبات المشهود به الاصل وكون شاهد الفرع نائباً عن شاهد الاصل - ونصوص الباب مختصة بشهادة الرجل .

واما المبنى فالظاهر من الاخبار هو الاول - لاحظ مرسل (١) الفقيه قال الصادق عليه السلام اذا شهد رجل على شهادة رجل فان شهادته تقبل وهي نصف شهادة وان شهد رجلان عدلان على شهادة فقد ثبت شهادة رجل واحد - فانه كالصريح في ان المقصود بالاثبات هو شهادة الاصل - ومن الغريب استدلال المحقق النراقي بهذا الخبر للقول الاخر - وخبر (٢) غياث بن ابراهيم ان علياً عليه السلام كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل دل بمفهوم الاستثناء على جواز شهادة رجلين على شهادة رجل واحد لاعلى ما شهد به الرجل - واما صحيح (٣) محمد المتقدم المتضمن لقبول شهادة الفرع مع عدم امكان حضور شهود الاصل فلا يكون ظاهراً في ان المقصود اثبات المشهود به فضلاً عن النصوية التي ادعاها المحقق المزبور - فان قيل فعلى ما ذكرت يازم قبول شهادة النساء على الشهادة حتى فيما لا يقبل فيه شهادتهن كالهلال - قلنا انه لولا الاجماع لكننا ملتزمين بذلك وقد ادعوه على عدم القبول .

السادسة - قال الشيخ في محكي المبسوط وتبعه غيره بانه لتحمل شاهد الفرع مراتب .

الاولى الاسترعاء وهو ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا سمي استرعاء لالتماس شاهد الاصل رعاية شهادته والشهادة بها .

الثانية ان يسمع شاهد الفرع ان شاهد الاصل يشهد عند الحاكم فاذا سمع انه يشهد عنده صار متحماً للشهادة قالوا وهذه اخفض من الاولى مرتبة .

الثالثة ان يسمعه ان يقول انا اشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا

وكذا ويذكر السبب مثل ان يقول من ثمن ثوب او عقار وقد اتفقوا على جواز التحمل في الاولى والمشهور بينهم جوازه في الاخيرتين وخالفهم الاسكافي فيهما فحكم بعدم الجواز - والمحقق والمصنف ره فانهما ترددا فيه في الاخيرة - قيل وقد اتفقوا على عدم جواز التحمل في غير هذه الصور وهو ان يقول شاهد الاصل اني اشهدان عليه كذا وكذا من دون استرعاء ولا في مجلس الحكم ولا ذكر سبب .

وفي الشرايع والفرق بين هذه وبين ذكر السبب اشكال - ويمكن ان يكون نظره في الاشكال الى الحاق الاولى بالثانية في المنع من القبول ويمكن ان يكون الى الحاق الثانية بالاولى فيما هو وجه القبول في الاولى - وكيف كان فحيث لانس خاص في المسألة ولا اجماع تعبدى لاستناد المجمعين الى ماسيمر عليك بل لعله غير ثابت لانه لم ار من تعرض لذلك قبل الشيخ و الاسكافي فلا بد من ملاحظة القواعد العامة فيتم ما في الرياض حيث قال فينبغي الرجوع الى مقتضى الاصول - وعلى هذا فحيث عرفت ان المعتبر في الشهادة العلم بالمشهود به ولا يعتبر شيء آخر وراء ذلك - ففي الصورة الرابعة ان كان شهادة الاصل بنحو الجزم لا بصورة التردد او ما يقبل التسامح باحتمال ارادة الوعد بمعنى ان المشهود عليه كان قد وعد المشهود له بذلك فجعلها عليه لان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فينزله منزلة الدين كما لو قال ان فلان على فلان ديننا جزميا - فالأظهر هو القبول وجواز التحمل ولا فرق حينئذ بين ذلك وبين ذكر السبب - فان قيل انه لو شهد بالسبب يكون ذلك ظاهرا في المشاهدة ولو شهد بالحق من دون ذكره ولا عند الحاكم ولا بالاسترعاء فغاية ما هناك كونها عن علم وجزم ولا قرينة على حصول العلم من المشاهدة لاستعمال الشهادة في الاخبار الجزمي الحاصل من غير المشاهدة وهذا هو الفرق بين الصورتين وهو الوجه في عدم القبول في الصورة الرابعة - قلنا قد مر فساد المبنى وان الشهادة اذا كانت مستندة الى العلم والجزم تقبل من اى سبب حصل العلم والجزم - نعم اذا احتمل في شهادة الاصل التسامح بنحو لا ينافي عدالته ثم ما ذكره من عدم القبول وعدم جواز التحمل وهذا الاحتمال

لايجرى مع ذكر السبب وهو الفارق بين الصورتين وبما ذكرناه يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

السابعة لاختلاف (و) لاشكال فى انه (انما تقبل) شهادة الفرع (مع تعذر حضور شاهد الاصل) فلو تمكن منه كما لو كان حاضرا فى البلد او فى موضع يمكنه الحضور لا تقبل من الفرع وعن الخلاف دعوى الاجماع عليه - ويشهد به صحيح محمد المتقدم - ولو امكنه الحضور لكن مع مشقة رافعة للتكليف فهل تقبل شهادة الفرع الظاهر ذلك لان النص وان اختص بما اذا تعذر الحضور - ولكن بما ان مقتضى قاعدة نفى الحرج عدم وجوب الحضور على الاصل - فيدور الامر بين قبول شهادة الفرع وبين ابطال المشهود له والثانى باطل اجماعا فيتعين الاول .

الثامنة (ولو) شهد شاهد الفرع و(انكر الاصل) فعن الشيخ فى النهاية والقاضى والصدوقين العمل باعدلهما فان تساويا اطرح الفرع - وعن ابن حمزة والمصنف فى المختلف ذلك فيما اذا انكر بعد الحكم واما قبله فيطرح الفرع - وعن جماعة من الاصحاب منهم المصنف ره فى جملة من كتبه انه لا يلتفت الى شهادة الفرع بعد الحكم بل قال المصنف ان القائلين بالقول الاول انما يقولون به فيما اذا كان الانكار قبل الحكم واما بعده فلم يقل به احد منهم وظاهره كظاهر المسالك الاجماع عليه - وعن الاسكافى طرح شهادة الفرع مطلقا - وملخص القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين ١- فيما يقتضيه القواعد مع قطع النظر عن النصوص الخاصة ٢- فيما يقتضيه النص بعد الجمع بينه وبين القواعد .

اما المورد الاول فان كان ذلك قبل الحكم وحضر الاصل وانكر لا يعتنى بشاهد الفرع لما تقدم من اعتبار عدم حضور الاصل فى قبول شهادته - وان لم يحضر بل كان انكاره بانفاذ خبر مخفوف بالقرينة او اشهاد عدلين آخرين فقد يقال - انه يطرح شهادة الفرع اذا ما ان يكون هو كاذبا فشهادته مردودة او يكون الاصل كاذبا فلا تفيد شهادته لما عرفت من ان بهائى ثبت شهادة الاصل لا المشهود به الاصل فهى مطروحة على التقديرين

اما المانع عن القبول - اولعدم الفائدة والاثر - وفيه - انه من الجائز كون شاهدا الاصل كاذبا وكون الفسق عارضا وح فيثبت بشهادته في حال العدالة الحق ويصح الحكم بناء على ما مر من ان عروض الفسق لا يمنع عن الاستناد الى الشهادة والظاهر تقديم شهادة الفرع فان مورد التكاذب ليس ثبوت المشهود به الاصل بل شهادة الاصل - فالعيب له اثنان والنافي واحد - والاثنان حجة شرعية والواحد ليس بحجة في المقام ولا يصلح اللاحجة للمعارضة مع الحجة - وان كان بعد الحكم فلا توقف في عدم الالتفات الى الانكار - لما مر - وللإجماع المحكي - ولنفوذ الحكم فيستصحب .

واما المورد الثاني - فقد روى (١) البصري في الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال اني لم اشهد قال عليه السلام تجوز شهادة اعدلهما وان كانت عدالتهم واحدة لم تجز شهادته ونحوه صحيح (٢) ابن سنان - وهما مختصان بما قبل الحكم اذ بعد الحكم التعبير بجواز الشهادة وعدمه غير مستحسن - وعلى فرض الشمول فالنسبة بينهما وبين ما دل على نفوذ حكم الحاكم ما لم يعلم بطلانه عموم من وجه والترجيح له للشهرة العظيمة بل الاجماع على عدم الالتفات الى الانكار بعد الحكم فيختصان بما قبل الحكم - ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين صورة حضور الاصل مجلس الاداء أو انكاره بانفاذ الخبر المحفوف بالقرينة وما شا كل - بل لا يبعد القول بظهوره في صورة الحضور - فيعارضان ما دل على انه لا يلتفت الى شهادة الفرع مع حضور شاهد الاصل - وحيث انهما اخص منه اولاقل من التعارض بالعموم من وجه والترجيح لهما - من ناحية صفات الراوى التى هي ثانی المرجحات بعد عدم احراز ان المشهور رد شهادة الفرع في هذا المورد .

فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من النصوص الخاصة انه لا يلتفت الى انكار الاصل بعد الحكم وقبل الحكم يعمل باعدلهما ومع التساوى يطرح الفرع كما

هو المحكى عن الشيخ في النهاية والقاضى والصدوقين بعد تقييد ما افادوه بما قبل الحكم كما صرح به جماعة على ما مر - وبذلك يظهر ما فى المتن حيث قال - (ردت الشهادة مع عدم الحكم) وكذا ما فى سائر كلمات القوم فى المقام.

التاسعة قالوا - (ولا تسمع الشهادة الثالثة فى شيء اصلا) وهى الشهادة على الشهادة على الشهادة - والظاهر انه اجماعى ويشهد به خبر (١) عمر وبن جميع عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ولا تجوز شهادة على شهادة - المنجبر ضعفه بالاستناد والعمل -

رجوع الشهود عن الشهادة قبل الحكم

المسألة (الرابعة - اذا رجع الشاهدان) او احدهما (قبل الحكم بطل)

ولا يحكم بشهادتهما بالاخلاف كما صرح به غير واحد وفى المستند وعن كشف اللثام الاجماع عليه - ويشهد به مرسل (٢) جميل الصحيح لكونه المرسل ولرواية ابن ابي عمير عنه عن اخبره عن احدهما عليهما السلام قال عليه السلام فى الشهود اذا رجعا عن شهادتهما وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا وان لم يكن قضى طرحت شهادتهما ولم يغرموا الشهود شيئا - واما خبر (٣) السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من شهد عندنا باول وطرحنا الاخير - فان امكن حمله على ما بعد الحكم فهو المتعين والا فيطرح لانه لا يصلح للمقاومة مع المرسل من وجوه لا تخفى .

ثم ان اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقة - وان قالوا اخطأنا او غلطنا فلا فسق فهل تقبل شهادتهم لو اعادوها لعموم الادلة كما عن كشف اللثام ام لا تقبل تلك الشهادة

(١) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٢) الوسائل باب ١٠ من كتاب الشهادات حديث ١

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٤

كما عن القواعد والمسالك - لحسن (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضي امير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان انه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر وجهان لامن جهة ان الخبر المزبور يقصر عن معارضة العمومات كما عن الكشف فان الخاص يقدم على العام مطلقا بل لان الخبر فيما بعد الحكم ويحتمل الاختصاص - سيما وان المفروض فيه ليس اعادة الشهادة الاولى بل الشهادة على غير من شهدوا عليه اولا - فالأظهر هو القبول .

ولو كان المشهود به الزنا واعترفوا بتعمد الكذب حدوا للقتل - وان قالوا غلطنا فهل يحدون كما عن المبسوط وفي المسالك - لما فيه من التعيير وكان من حقهم التثبت والاحتياط - ولمرسل (٢) ابن محبوب عن ابي عبد الله عليه السلام في اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع احدهم بعد ما قتل الرجل قال عليه السلام ان قال الراجع او همت ضرب الحد واغرم الدية وان قال تعمدت قتل - ام لا يحدون لان الغالط معذور والحدود تدرأ بالشبهات فضلا عن الاشتباه والغلط - وكون حقهم التثبت والاحتياط لا يوجب الحد بعدما كونوا عاملين بوظيفتهم لفرض العدالة المانعة عن التساهل والتسامح - والمرسل فيما بعد الحكم وسياتي الكلام فيه وجهان اظهرهما الثاني .

ثم ان الشهيد الثاني رتب على القول بوجوب الحد انه ترد شهادتهم وانه لو قلنا لاحد فلا رد - واورد عليه في الجواهر بانه لا يكاد يظهر له معنى محصل موافق لما ذكره اولا - وفيه ان محل كلامه في السابق خصوص تلك الشهادة لو اعادوها ومدركه الحسن المتقدم - ومفروضه في المقام مطلق شهاداتهم نظرا الى ما دل على انه لا تقبل شهادة

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الشهادات حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب الشهادات حديث ١

المحدود الاذاتاب بعد الحد فلا يبراد عليه .

رجوع الشهود بعد القضاء والاستيفاء

(وان كان) الرجوع (بعده) اى بعد الحكم (لم ينقض الحكم وغرما)

اى ضمنا واغرمة المشهود عليه بالاخلاف فيه مع تلف العين - وعن التحرير والقواعد الاجماع عليه ويشهد به مرسل جميل المتقدم - والنبوى (١) (الخاصى من شهد عندنا بشهادة ثم غير اخذناه بالاولى وطرحنا الاخرى .

ولو كانت العين باقية فالمشهور بين الاصحاب انه لا ينقض الحكم ولاستعداد العين بل فى الرياض عليه عامة متأخرى اصحابنا بل وقدمائهم ايضا وعن الشيخ فى النهاية وابن حمزة والقاضى انه ترد العين على صاحبها ولاغرامة على الشهود.

وقال الماتن (ولو ثبت تزويرهما استعيدت العين فان تلفت او تعذر

الاستعادة ضمن الشهود) وحاصل مختاره انه مع ثبوت التزوير وكونهما شاهدى زور يستعاد العين ومع عدم ثبوته لا يستعاد العين وهو مختار المحقق فى النافع - والظاهر هو ذلك اما الاستعادة فى صورة ثبوت التزوير فلصحيح (٢) جميل عن الصادق عليه السلام فى شاهد الزور قال عليه السلام ان كان الشئ قائما بعينه رد على صاحبه وان لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما تلف من مال الرجل - واما عدمها فى صورة عدم ثبوته فلاطلاق مرسل جميل المتقدم والنبوى هذا فيما اذا كان المشهود به من الاموال .

(و لو قال شهود القتل بعد القصاص اخطأنا غرموا) الدية بالاخلاف

ويشهد به مضافا الى ذلك مرسل (٣) ابن محبوب عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام فى اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع احدهم بعدما قتل الرجل قال عليه السلام ان

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١٢ من كتاب الشهادات حديث ١

قال الراجع اوهمت ضرب الحدو اغرم الدية وان قال تعمدت قتل - ومثله في ثبوت الدية خبر (١) مسمع كردين .

وهل الدية على العاقلة من جهة اعترافهم بانه خطائي وحيث ان دعويهم دعوى لاتعرف الامن قبلهم تسمع كما اليه يميل صاحب الجواهر - ام تكون في اموالهم لانه شبهه عمد ولا يثبت باقرارهم الخطاء كما عن كشف اللثام وجهان اوجههما الاول (وان قالوا تعمدنا اقتص) الولي (منهم) جميعا (او من بعضهم) أو اخذ الدية في موضع لا يقتص فيه من المتعمد ان شاء (ويروى) هو تمام ما فضل عن جناية صاحبه على ورثة المقتص منهم ان كانوا جميعا الشهود - والا ف (على البعض) الباقي ان يردوا على ورثة المقتص منه بقدر (ما وجب عليهم) من الجناية (فان فضل شيء اتمه الولي) كما اذا اقتص من اكثر من واحد بالاخلاف في شيء من ذلك - اما جواز الاقتصاص فللنصوص المتقدمة - و اما لزوم الرد فلعدم كون كل واحد منهم تمام السبب بل جزئه فحكمهم حكم ما لو قتلوا جميعا واحدا - و مع ذلك فصحيح (٢) (الزدي شاهد به قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن اربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع احدهم عن شهادته قال فقال عليه السلام يقتل الرابع ويؤدى الثلاثة الى اهله ثلاثة ارباع الدية .

وان قال بعضهم تعمدنا وبعض اخطأنا فعلى المقر بالعمد القصاص وعلى المقر بالخطاء نصيبه من الدية بالاخلاف في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر وبما تقدم يظهر وجهه - كما يظهر انه لو اقتص من العاقد يرد الفاضل على دية صاحبه او يرد الباقي على قدر جانيته بالتفصيل المتقدم .

(ولو قال بعضهم ذلك رد عليه الولي ما يفضل عن جانيته واقتص منه ان كان عمدا او اخذ منه ما قابل فعله من الدية ان قال اخطأت) بالاخلاف بل عليه الاجماع ولا يكون اقراره ماضيا على غيره - والنصوص المتقدمة شاهدة بذلك - لا يقال ان

ظاهر تلك النصوص لزوم تمام الدية على المقر - فانه يقال ان التتبع في النصوص الالية جملة منها والمتقدمة اخرى بضميمة عدم كونه تمام السبب في القتل غاية انه جزء السبب يوجب القطع بان المراد نصيبه من الدية - بل في خبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في اربعة شهدوا على رجل انهم راوه مع امرئة يجامعها وهم ينظرون فرجم ثم رجع واحد منهم قال عليه السلام يغرم ربع الدية اذا قال شبه علي واذا رجع اثنان وقالوا شبه علينا غرما نصف الدية وان رجعوا كلهم وقالوا شبه علينا غرموا الدية فان قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعا التصريح بذلك .

وعن الشيخ في النهاية انه لو قال بعضهم تعمدت يقتل ويرد الباقيون من شهود الزنا ثلاثة ارباع الدية الى المقتصر به - واستدل به بصحيح الازدي المتقدم وهو مختص بخصوص الزنا ككلام الشيخ ره وسنده صحيح ولا مانع من تخصيص الادلة الاخر به - ولكن لا عراض الاصحاب عنه وعدم افتائهم به اذ لم ينقل العمل به عن غيره في النهاية والاسكافي والقاضي - وهو ايضا رجع عنه في كتبه المتأخرة عن النهاية - لا بد من طرحه او حمله ككلام العاملين به على ما ذكره المصنف ره في محكي المختلف على ما اذا رجعوا جميعا وقال احدهم تعمدت وقال الباقيون اخطانا .

(ولو شهدا) على رجل (بسرقه) فقطعت يد الشهود عليه (ثم) رجما (وقالوا همنا والسارق غيره) بان اتيا باخر قائلين ان السارق هذا (غرما دية اليد ولا يقبل قولهما على الثاني) كما هنا وفي النافع وعن القواعد والتحرير - ويشهد به صحيح (٢) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضي امير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بانه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهد ان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضي عليهما ان غرهما نصف الدية (اي الكاملة وهو تمام دية اليد) ولم يجز شهادتهما على الاخر - وقريب منه غيره .

رجوع الشهود قبل الاستيفاء وبعد القضاء

هذا كله فيما اذا كان الرجوع بعد الاستيفاء - ولو كان قبله وبعد الحكم - فالمشهور بين الاصحاب انه ينقض الحكم وتبطل الشهادة سواء كان المشهود به حقا لله تعالى كحد الزنا واللواط - او لادمي كقطع يد السارق وحد القاذف - او مشترك بينه وبين الله تعالى كحد السرقة وفي الجواهر بل لا جد في شيء من ذلك خلافا لمحققا - نعم في القواعد عبر بلفظ الاقرب مشعرا باحتمال عدم بل قال متصلا بذلك والاشكال في حدود ادمي اقوى - وما هو المشهور اظهر من جهة ان الحدود تدرأ بالشبهات وكون ما حكم به شرعا صادرا من اهله واقعا في محله لم يعلم له ناقض لا يصلح لرفع الشبهة - وبعبارة اخرى ان مادل (١) على درأ الحدود بالشبهة يدل على سقوطه في المقام - ومادل (٢) على عدم نقض الحكم يدل على بقاءه فيتعارضان بالعموم من وجه والترجيح الاول - وبذلك يظهر تمامية ما ذكره من بقاء حكم التوابع التي لم يثبت بالشرع سقوطها بالشبهة فيحرم اخت الغلام الموطوء وامه وبنته - واكل البهيمة الموطوءة المأكولة وما شا كل .

ولو شهد الشهود بالارتداد وحكم القاضي بالردة ثم رجع الشهود قبل القتل يسقط قتله لدرأ الحد بالشبهة ولكن يقسم امواله وتعتد زوجته - وفي محكي القواعد لو رجعا قبل استيفاء القصاص لم يستوف وهل ينتقل الى الدية اشكال فان اوجبناها رجع بها عليهما (وفيه) اولاً - ان كون القصاص من الحدود محل تأمل بل منع - وعلى فرض كونه منها فلا وجه للانتقال الى الدية - فالأظهر بقاء القصاص .

وبما ذكرناه يظهر ان الاظهر عدم نقض الحكم فيما عدا الحدود ويشهد به فيما

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي

يرجع الى المال اطلاق صحيح (١) جميل عن من اخبره عن احدهما ^{في الشهود} ^{في الشهود} اذ ارجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا الحديث فان اطلاقه يشمل مالو كان الرجوع قبل الاستيفاء - فمافي الشرايع بعد الحكم بالتقاضي الحكم في الحدود - وفي نقض الحكم فيما عدا ذلك من الحقوق تردد - في غير محله واما ما احتمله الشهيد الثاني ره - من الحاق القتل والجروح التي لا تدخل في الحدود عرفا والفروج بالحدود لعظم خطرهما وعدم استدرالكفائت البضع منها - فيندفع بالدليل

رجوع الشهود عن الشهادة بالطلاق

ثم ان في خصوص ان الشهادة بالطلاق روايتين توهم المحقق الاردبيلي جواز نقض الحكم في مسألة الرجوع في الطلاق مطلقا لاجلها كما ان لجماعة من القدماء والمتأخرين كلاما على طبق الخبرين توهم منه التزامهم بذلك - فلا باس بالتعرض لهما و بيان ما يستفاد منهما .

لاحظ صحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر ^{عليه السلام} في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته انه طلقها فاعتدت المرأة وتزوجت ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم انه لم يطلقها و ا كذب نفسه احد الشاهدين فقال لاسبيل للاخير عليها ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الاخير ويفرق بينهما وتعتمد من الاخير ولا يقر بها الاول حتى ينقض عدتها - ونحوه موثق (٣) ابراهيم بن عبد الحميد .

واما الاصحاب كالشيخ و الصدوق و الكليني والقاضي والحلي والمصنف في محكي المختلف - فقالوا انه لو شهدا بطلاق امرأة فتزوجت ثم رجعا ردت الزوجة الى الزوج الاول بعد الاعتداد من الثاني وغرم الشاهدان المهر كلاهما بعض الثاني .
واورد المتأخرون على الشيخ وموافقيه بان ما ذكره مخالف للقاعدة القطعية

(١) الوسائل باب ١٠ من كتاب الشهادات حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب الشهادات حديث ٣

المجمع عليها من عدم جواز نقض الحكم المبرم الثابت بالدليل ورفع اليد عنه بمجرد الاحتمال من غير استناد الى دليل شرعى آخر ولاجل ذلك بنوا على طرح الخبرين .

اقول اما الخبران فالظاهر كونهما اجنبيين عما هو محل الكلام والبحث وهو رجوع الشاهدين عما شهدا به بعد حكم الحاكم فانهما في رجوع الشهود الذين شهدوا عند المرأة نفسها اذ المفروض فيهما ليس هو الدعوى والمخاصمة بل شهادة العدلين بالطلاق وحيث ان البينة حجة شرعية عمل بها المرأة وتزوجت ثم رجع احدا الشاهدين فلا اشكال ولا كلام في ارتفاع الحجية بتكذيب الشاهد نفسه ورجوعه عما يشهد به بل عرفت انه كك ان كان ذلك بعد الرفع الى الحاكم وعدم حكمه وكذا كلام الاعلام فانه ايضا في المسألة المشار اليها .

ثم مع الاغماض عن ذلك وتسليم كون الخبرين في الرجوع بعد حكم الحاكم لاوجه لما ذكره من الايراد اذا القاعدة المشار اليها ليست قاعدة لا تقبل التخصيص ولذا خصصوا عمومها بما دل على درأ الحدود بالشبهات المتقدم فما المانع من تخصيصه بالخبرين المعترين وادى دليل شرعى اقوى من الخبر الصحيح الذى عمل به جمع من الفحول و بما ذكرناه ظهر ضعف ما افاده الاردبيلي ره - والمتحصل مما ذكرناه انه ان كان رجوع الشهود في غير مورد الرجوع الى الحاكم ترد الزوجة الى الزوج الاول بعد الاعتداد من الثانى وغرم الشاهدان المهر كلا او بعضا - كما مر في كتاب النكاح - وان كان بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم بل يحكم بالطلاق وصحة التزويج الثانى ان لم يثبت كونهما شاهدى زور لانه ثبت بالبينة وحكم به الحاكم بالقضاء المبرم فلا يبطل بمجرد رجوع الشهود المحتمل للصحة والفاء اد لما مر من ان الثابت بدليل شرعى لا ينقض الا بدليل شرعى آخر

وح فهل يغرم ان الصداق للاول - قال الشيخ والحلى والمصنف في اكثر كتبه واكثر من تاخر عنه بانه ان كان ذلك قبل دخول الزوج الاول غرما نصف المهر

المسمى له - و ان كان بعده لم يغرم ما شيئاً و استدلوا لغرامة النصف بانهما اتلفا عليه نصف المهر المسمى اللازم بالطلاق فيضمنه - و لعدم الغرامة في الثاني باصالة البرائة وعدم تحقق اتلاف لاستقرار المهر بالدخول و البضع لا يضمن بالتفويت كما حقق في محله - و يرد على ما ذكره في وجه الضمان ما تقدم في كتاب النكاح من ان نصف المهر يستقر بالعقد فلم يتلفه عليه الشاهد ان فلا وجه للضمان - و لو قالوا بانهما يغرمان نصف المهر للزوجة بناء على انها تملك تمام المهر بالعقد و بالطلاق قبل الدخول يعود نصفه الى الزوج كان اولى - فانه يصدق انهما بشهادتهما بالطلاق اتلفا عليها نصف المهر فيضمنان لها - وقد مر الكلام في المبني.

في شاهد الزور

الخامسة - لا اشكال ولا خلاف في انه يحرم شهادة الزور ويشهد به مضافاً الى الاجماع المحقق - وما دل على حرمة تفويت الحق - وما دل على حرمة الكذب جملة النصوص الخاصة كصحيح (١) هشام عن الصادق عليه السلام شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار - وخبر (٢) صالح بن ميثم عن الباقر عليه السلام ما من رجل يشهد بشهادة زور على مال رجل مسلم ليقطعه الا كتب الله له مكانه صكا الى النار - وقوى (٣) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال يا علي ان ملك الموت اذا نزل فقبض روح الكافر نزل معه بسفود من نار فينزع روحه فيصيح جهنم فقال علي عليه السلام هل يصيب ذلك احد امن امتك قال صلى الله عليه وآله وسلم نعم حاكم جائر و آكل مال اليتيم ظلماً و شاهد زور - وخبر (٤) ابن سنان عنه عليه السلام لا ينقض كلام شاهد الزور من بين يدي الحاكم حتى يتبوا مقعده في النار و كك من كتم الشهادة الى غير ذلك من النصوص الكثيرة .

(ويجب شهرة شاهد الزور) في بلدهم و ما حولها لتجنب شهادتهم و يرتدع

غيرهم (وتعزيرهم بما يراه الامام) والحاكم (رادعا) وحاسما للجرئة بلاخلاف فيه -
ويشهد به نصوص كثيرة - كموقوف (١) سماعة عن الصادق عليه السلام شهود الزور يجلدون
حدا وليس له وقت ذلك الى الامام ويطاف بهم حتى يعرفوا ولا يعودوا قال قلت فان تابوا
واصلحوا تقبل شهادتهم بعد قال عليه السلام اذا تابوا تاب الله عليهم وقبل شهادتهم بعد -
وموقوف (٢) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان اذا اخذ شاهد زور فان
كان غربيا بعث به الى حيه وان كان سوقيا بعث به الى سوقه فطيف به ثم يجبسه اياما
ثم يخلى سبيله ونحوهما غيرهما - والمراد بالاشتهار على ما ذكره الحلبي هو ان ينادى
في محلتهم ومجتمعهم وسوقهم فلان وفلان شهدا زورا قال ولا يجوز ان يركب احما را
ويخلق رؤوسهما ولا ان يناديا هما على نفسيهما ولا يمثل بهما .

ثم ان ذلك يختص بشاهد الزور ولا يثبت هذا الحكم فيمن ثبت غلظه اوردت
شهادته لمعارضة بينة اخرى او ظهور فسق بغير زور او ماشا كل ذلك كما هو واضح
ثم انه اذا ثبت كون الشاهد شاهدا زورا فان كان قبل الحكم فلا اشكال وان كان
بعده نقض الحكم و بطل واستعيدت العين ان كانت قائمة والا يضمن الشهود بغير
خلاف في شيء من ذلك كما تقدم ومما يدل عليه - تم مسائل القضاء والشهادات في
عشية الجمعة ٢٢ من شهر محرم الحرام سنة ١٣٨٩
.
. والحمد لله اولا و اخرا .

في الحدود والتعزيرات

جمع حد وتعزير - وهما لغة كما في المسالك - المنع - والتأديب - والحد شرعا
عقوبة خاصة تتعلق بايلام البدن بواسطة تلبس المكلف بمعصية خاصة عين الشارع
كميتها في جميع افراده - والتعزير عقوبة او اهانة لا تقدير لها باصل الشرع غالبا -

وقيد الغالب انما هو لاجل ما افاده في المسالك من انه قد وردت الروايات بتقدير بعض افراده وذلك في خمسة مواضع - الاول (١) تعزير المجامع زوجته في نهار رمضان مقدر خمسة وعشرين سوطا - الثاني (٢) من تزوج امة على حرة ودخل بها قبل الاذن ضرب اثني عشر سوطا ونصفان حد الزاني - الثالث (٣) المجتمعان تحت ازار واحد مجردين مقدر بثلثين الى تسعة وتسعين على قول - الرابع (٤) من افترض بكرا باصبعه قالوا - يعجل من ثلثين الى سبعة وسبعين او الى ثمانين - الخامس (٥) الرجل والمرأة يوجدان في لحاف واحد او ازار مجردين يعزران من عشرة الى تسعة وتسعين قاله المفيد - ولكنه كما اعترف به في المسالك انه لا تقدير في غير الاولين اذ الباقي يرجع فيما بين الطرفين الى رأى الحاكم كما يرجع اليه في تقدير غيره - ثم ان عد الاولين من التعزير لا الحد انما هو من جهة ما في دليليهما من اطلاقه عليه وكون المراد به ما يقابل الحد غير معلوم ولذا عده بعضهم في الحدود والامر سهل .

ثم ان الاصل في مشروعية الحد والتعزير ولزومهما - الكتاب والسنة (٦) والاجماع وتفصيلهما في الايات والخبار كثيرة لكثرة افرادهما .

ثم انه لا اشكال ولا كلام في ان اجراء الحدود والتعزيرات انما هو وظيفة الحاكم بمعنى انه ليس لكل احد اقامتها - وهل للحاكم الشرعي في زمان الغيبة ان يقيمها ام يختص اقامتها بالامام - المشهور بين الاصحاب هو الاول وقد استشكل المحقق القمي في جامع الشتات في ذلك والتزم بانها وظيفة الامام عليه السلام - يشهد الاول موثق (٧)

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب بقية الحدود

(٢) الوسائل باب ٤٩ من ابواب حد الزنا

(٣-٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا

(٤) راجع الوسائل باب ٣٩ من ابواب حد الزنا وباب ٤ من ابواب حد السحق

(٦) ستأتي الاشارة اليها في ضمن المسائل الآتية

(٧) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

حفص بن غياث اوصحيحه قال سألت ابا عبد الله عليه السلام من يقيم الحدود السلطان والقاضي فقال عليه السلام اقامة الحدود الى من اليه الحكم - وقدم في كتاب القضاء ان من اليه الحكم في زمان الغيبة هو المجتهد الجامع للشرائط وقد دلت النصوص (١) على انه المنسوب من قبله عليه السلام حاكما وقاضيا - وعايه فيمكن الاستدلال بنفس تلك النصوص ايضا فانها تدل على ان جميع ما هو من شئون ووظائف قضاء الجور انما هي للحاكم الشرعي ولا شك في ان من وظائفهم اقامة الحدود فهي للحاكم - قال المفيد (٢) في المقنعة فاما اقامة الحدود فهي الى سلطان الاسلام المنسوب من قبل الله وهم ائمة الهدى من آل محمد عليه السلام ومن تصبوه لذلك من الامراء والحكام وقد فوضوا النظر فيه الى فقهاء شيعتهم مع الامكان - فلا اشكال في الحكم - ثم ان تمام الكلام في هذا الكتاب في ضمن فصول تعرض لها المصنف في هذا الكتاب - اي كتاب القضاء والشهادات والحدود.

حد الزنا

قال (الفصل السابع في حد الزنا) وهو مما اجمع اهل الملل على تحريمه حفظا للنسب - بل من الاصول الخمسة التي يجب تقريرها في كل شريعة - قال الله تعالى (٣) «ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة» وقال (٤) «سبحانه» والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاما» وقال (٥) «عز شأنه» يا ايها النبي اذا جاءك المؤمنات يبائعينك على ان لا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن اولادهن النخ» واما النصوص فهي اكثر من ان تحصى في المقام .

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١-٦

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الحدود واحكامها العامة حديث ٢

(٣) سورة بنى اسرائيل آية ٣٣ (٤) سورة الفرقان آية ٦٩

(٥) سورة الممتحنة آية ١٣

ولا اشكال ولا كلام فى انه يجب الحد مع ثبوت الزنا بالشرائط الاتية بل هو من ضروريات الدين قال الله (١) تعالى «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رفقة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» وستمر عليك فى ضمن المباحث الاتية جملة من النصوص الدالة عليه .

ما يثبت به الزنا

(و) النظر فى هذا الفصل يقع فى امور ثلاثة - الموجب - والحد - واللواحق اما الاول - (هو يثبت بايلاج) الانسان وادخاله (فرج) . وذكره الاصل (فى فرج امرئة) محرمة عليه اصاله - لالحيض - او لاعتكاف - او نذر - وما شا كل (حتى تغيب الحشفة قبلا او دبرا) كما هو المشهور كما نص عليه المصنف فى محكى المختلف وفى الرياض بلا خلاف اجده به - و الظاهر انه كك اذ الذى اوجب حكاية بعض الفقهاء كون وطئها دبرا لواط لا الزنا ماعن المقنعة الزنا الموجب للحد وطء من حرم الله تعالى وطئه من النساء بغير عقد مشروع اذا كان الوطء فى الفرج خاصة ونحوه ماعن النهاية مع ان المراد بالفرج هو الاعم من القبل والدبر كما صرحوا فى غير المقام - وكيف كان فاطلاق النصوص (٢) المتضمنة انه اذا دخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم يدل على التعميم .

واما كفاية غيبوبة الحشفة - وعدم توقف الحد على ادخال تمام الذكر فيشهد لها مضافا الى الاجماع - والى النصوص المحددة للجماع المترتب عليه احكامه من الغسل والمهر والعدة وغيرها بالتقاء الختائين - خصوص صحيح (٣) ابى بصير قال ابو عبد الله عليه السلام

(١) سورة النور آية ٣

(٢) الوسائل باب ٥٤ من ابواب المهور من كتاب النكاح

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ١٧

اذا التقى الختانان فقد وجب الجلد - ولو كان مقطوع الحشفة ففيه وجوه - ١ - عدم وجوب الحد الا باذخال تمام الباقي - ٢ - ثبوته بغيوبة قدر الحشفة وهو المنسوب الى المشهور - ٣ - ثبوته بمجرد صدق الدخول - وجه الاول - ظهور الروايات المتضمنة انه اذا ادخله فان الضمير يرجع الى الذكر - وظاهره اعتبار دخول الجميع خرج عنه ذوالحشفة لما مر وبقي الباقي - وجه الثانى ان التحديد بالتقاء الختانين انما هو لبيان التحديد لما يصدق عليه دخول الذكر عرفا - ووجه الثالث صدق اسم الادخال - والاول اظهر كما لا يخفى .

ثم انه انما يثبت الحد بغيوبة الحشفة اذا كان ذلك (من غير عقد) نكاح ولو تمتع بينهما (ولاشبهة عقد) دائرة - وضابط الشبهة ما ستعرف من التحديد لها ما اوجب اعتقاد الاباحة (ولاملك) ولا شبهة ملك - وانما يجب الحد (بشرط بلوغه) اى بلوغ من يحد كان هو الزانى او الزانية فلو زنى الصبى او زنت الصبية لا يثبت الحد اجماعا - لحديث (١) رفع القلم - والنصوص (٢) الدالة على ان الغلام اذا زنى يعزر ولا يحد وفي صبية زنى بهارجل انها تعزروا لاتحد .

يعتبر فى ثبوت الحد العقل

(و) به يظهر انه يشترط (عقله) ايضا كما عن كافة المتأخرين بل عن الشيخين فى العريض والخلاف بل عن المبسوط ما يشعر بالاجماع عليه بل عن الغنية والسرائر دعوا صريحا - ويشهد به مضافا الى ذلك ما رواه (٣) العامة والخاصة على ما افاده المفيد ان مجنونة فجر بها رجل وقامت البينة عليها فامر عمر بجلدها الحد فمر بها على امير - المؤمنين فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ ما بال مجنونة آل فلان تقتل فليل له ان رجلا فجر بها وهرب

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص فى النفس

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب حد الزنا

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

وقامت البينة عليها فامر عمر بجلدها فقال لهم ردوها اليه وقولوا له اما علمت ان هذه مجنونة آل فلان وان النبي ﷺ قال رفع القلم عن المجنون حتى يفيق وانها مغلوبة على عقلها ونفسها فردوها اليه فدرأ عنها الحد - ومقتضى عموم العلة سقوط الحد عن المجنون الزاني - وصحيح (١) حماد بن عيسى عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام لاحد على مجنون حتى يفيق ولا على صبي حتى يدرك ولا على النائم حتى يستيقظ - وصحيح (٢) فضيل بن يسار عنه عليه السلام لاحد لمن لاحد عليه يعني لوان مجنون اقذف رجلا لم ار عليه شيئا ولو قذفه رجل فقال يا زان لم يكن عليه حد - ومرسل (٣) علي بن ابراهيم المتضمن لقضية ستة نفر اخذوا في الزنا واتوا به الى عمر فامر ان يقام على كل واحد منهم الحد وكان امير المؤمنين عليه السلام حاضرا فقال يا عمر ليس هذا حكمهم - ثم تصدى علي عليه السلام للحكم فيهم فرجم واحدا وضرب عنق آخر وضرب الثالث الحد الى ان قال واما السادس فمجنون مغلوب على عقله سقط عنه التكليف .

وعن الشيخين والصدوق والقاضي وابن سعيد انه لو وطئ المجنون عاقلة مثلا وجب عليه الحد - لخبر (٤) ابا بن تغلب قال ابو عبدالله عليه السلام اذا زنا المجنون او المعتوه جلد الحد وان كان محصنا رجم قلت وما الفرق بين المجنون والمعتوه والمعتوه والمعتوه فقال عليه السلام المرأة انما تؤتى والرجل ياتى وانما يزنى اذا عقل كيف ياتى اللذة وان المرأة انما تستكره ويفعل بها وهي لا تعقل ما يفعل بها - ولكنه لا يصلح لمعارضة ما تقدم من جهات فيتعين طرحه أو حمله على ما افاده المصنف ره على من يعتوره الجنون اذا زنى بعد عقله لان العلة تنطبق على ذلك أو على بقاء شعور له يصلح لثبوت

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث ١٧

(٤) الوسائل باب ٢١ من ابواب حد الزنا حديث ٢

التكليف كما فى الوسائل - بل ادعى فيها ان ذلك يفهم من الخبر نفسه فلا توقف فى اشتراط العقل .

فى اعتبار العلم بالتحريم

(و) مما يعتبر فى ثبوت الحد (علمه بالتحريم) حين الفعل أو ما يقوم مقامه من الاجتهاد أو التقليد بلا خلاف وفى الجواهر بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا عن محكيه - ويشهد به مضافا الى ما دل على ان الحدود تدرأ بالشبهات - كالنبوى (١) الخاصى ادرأ والحدود بالشبهات - صحيح (٢) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام لو ان رجلا دخل فى الاسلام واقربه ثم شرب الخمر وزنا واكل الربا ولم يتبين له شيء من الحلال والحرام لم اقم عليه الحد اذا كان جاهلا الا ان تقوم عليه البينة انه قرأ السورة التى فيها الزنا والخمر واكل الربا واذا جهل ذلك اعلمته واخبرته فان ركبته بعد ذلك جلده واقمت عليه الحد - ونحوه صحيحا (٣) محمد و الحذاء - ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كونه جاهلا بالحكم أو الموضوع - وفى الجاهل بالحكم بين القاصر والمقصر - والاجماع على ان الجاهل المقصر فى حكم العالم - المتيقن منه غير المقام - وان ثبت الاطلاق لمعقده كان معارضا مع نصوص الباب بالعموم من وجه والترجيح معها - ويشهد له فى الجهل بالموضوع - موثق (٤) سماعة سألته عن رجل ادخل جارية يتمتع بها ثم نسي حتى واقعها يجب عليه حد الزانى قال عليه السلام لا ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما اتى .

ثم انه قد يتوهم ان مقتضى اطلاق النصوص سقوط الحد مع عدم العلم بالجرم وان كان فى ظاهر الشرع لا يجوز له المجامعة - بل قال فى محكي القواعد ان الحد انما يثبت

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-٣

(٤) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

في المحرم بالاجماع كالخامسة وذات البعل دون المختلف فيه كالكتابية والمخلوقة من الزنا - وفي الجواهر الا ان جملة من عبارات الاصحاب مطلقة في الاكتفاء بالظن الشامل لما لا يعلم صاحبه الحل و ربما لا يكون متيقنا لذلك و لامتصورا لحكمه من هذه الجهة انتهى .

اقول اما ما دل على ان الحديد را بالشبهة فهو لا يشمل ما لو لم يكن في ظاهر الشرع يجوز له ذلك فانه محكوم عليه بعدم الجواز - واما موثق سماعة فهو كالصريح في الاختصاص بما لو اعتقد الجواز - واما ساير النصوص فهي ايضا مختصة بصورة اعتقاد الجواز لما في ذيل الصحيح واذا جهل ذلك اعلمته و اخبرته فان ركبته بعد ذلك جلدته و اقامت عليه الحد فانه من المعلوم ان اخبار المروءة لا يوجب العلم بالحرمة وبالجملة مع العلم بالحرمة ظاهرا يكون خارجا من مورد النصوص - ويشهد لثبوت الحد مع الجهالة غير المغتفرة صحيح الكناسي (١) عن ابي جعفر عليه السلام في امرئة تزوجت في عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة فان عليها الرجم - الى ان قال قلت ارأيت ان كان ذلك منها بجهالة قال فقال ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين الا وهى تعلم ان عليها عدة في طلاق أو موت ولقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك قلت فان كانت تعلم ان عليها عدة ولا تدري كم هي فقال عليه السلام اذا علمت ان عليها عدة لزمها الحجة فتسأل حتى تعلم .

واما ما افاده المصنف ره فالظاهر ان مراده جواز استناد الواطء مع الاختلاف الى القول بالحل وليس المراد انه يدركه وان علم منه خلاف ذلك .

واما ما في الجواهر فالظاهر ان مراد الاصحاب بالظن هو ما يجوز معه الوطء ولذلك في كتاب النكاح قال صاحب الجواهر يعرف من ملاحظة كلمات الفقهاء في الحدود انه لم يشترط احد منهم في الحد العلم بعدم الاستحقاق في تحقق الزنا وانتفائه وانما اعتبروا فيه العلم بالتحريم وبنوا عليه ثبوت الحد مع وجوده وسقوطه مع انتفائه في

جميع المسائل التي فرعوها على اعتبار العلم في حد الزنا انتهى - فان قيل انه مع عدم احراز الحرمة الواقعية يشك في صدق الزنا ومعه يشك في ثبوت الحد - قلنا ان الزنا ليس الا الوطء غير المستحق شرعا للصادق على غير المستحق ظاهرا وقد صرح بذلك الفقهاء قال سيد المدارك فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه وعلمنا بذلك فان الوطء يكون زنا ونحوه كلام غيره - مع انه لو سلم كونه عبارة عن وطء غير الزوجة نقول ان الدليل المثبت لعدم الجواز من الخبر او الاستصحاب يثبت به انها ليست زوجته - فبضم الوجدان اليه يتم الموضوع فالأظهر ثبوت الحد في كل وطء محرم بالاتصال بحسب ظاهر الشرع .

نعم لو اشتبهت زوجته بالاجنبية فوطئها ظاناً منه انها اجنبية فظهر انها زوجته لا يثبت الحد لعدم الحرمة و انما هو تجرم محض و على فرض ثبوت الحرمة بعنوان التجري فهي غير الحرمة الثابتة بعنوان المجامعة نفسها ولا توجب الاتصاف بكونها زنا قطعاً .

يسقط الحد مع الاكراه

(و) مما يعتبر في ثبوت الحد (اختياره) فيسقط الحد مع الاكراه - ويشهد به مضافاً الى ما دل (١) على رفع ما استكره عليه بناء على ما هو الحق من شموله لجميع الآثار - جملة من النصوص الخاصة - كصحيح (٢) الحذاء عن ابي جعفر عليه السلام ان علياً عليه السلام اتى بامرأة مع رجل فجر بها فقالت استكرهني والله يا امير المؤمنين فدرأ عنها الحد - وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام في امرئة اقرت على نفسها انه استكرهها رجل على نفسها قال عليه السلام هي مثل السائبة لا تملك نفسها فلو شاء قتلها ليس عليها جلد ولا نفي ولا رجم و نحوهما غيرهما - ولكن قال جماعة ان في تحقق الكراهة في طرف

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس - وباب ١٢ و ١٦ من الايمان

(٢-٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

الرجل تردد بل عن الغنية الجزم بعدمه لان الاكره يمنع من انتشار العضو وانبعث القوى لتوقفهما على الميل النفساني المنافي لانصراف النفس عن الفعل المتوقف عليه صدق الاكره - وعلمه في محكي الكشف بعدم انتشار الالة الا عن الشهوة المنافية للخوف - ويرد عليهما ان حقيقة الاكره حمل الغير على ما يكرهه - وهذا المعنى غير مستلزم للخوف المانع عن تأثير الشهوة في الانتشار - ولا ينافي مع الميل النفساني فان النفس تميل الى الزنا ولكن النهى الشرعي مانع عنه فلو توعدته على ترك الزنا واحتمل ان يترتب الضرر المتوعد به صدق الاكره وان كان بنفسه ما يلا الى ذلك وانما كان تركه له للنهى الشرعي - مع انه يمكن فرض ادخال الحشفة بدون الانتشار وفي المسالك بعد اختيار امكان تحقق الاكره في طرفه قال وعلى كل حال لاحد لانه شبهة والحديد رأ بالشبهة - وفيه انه على تقدير عدم امكان تحققه في طرفه لا وجه لسقوط الحد فان العمل كاشف عن عدم الاكره - اللهم الا ان يقال ان مراده على اى حال من ثبوت امكانه والشك فيه وله وجه شبهة والحديد رأ بها .

وكيف كان فيثبت للمكرهه على الواطىء مهر المثل كما هو المشهور بين الاصحاب بل لم يذكر كثير منهم خلافا كذا في المسالك - ويشهد به مضافا الى ان البضع اذا كان محترما عاريا عن المهر يضمن بالتقويت والاستيفاء - خبر (١) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام اذا اغتصب امة فاقترضها فعليه عشرين قيمتها وان كانت حرة فعليه الصداق - المنجبر ضعفه بالعمل المعتضد بانه لامهر لبغى المشعر بثبوت المهر لما اذا لم يكن لبغى بل صرح بذلك في العلوى (٢) كل جماع يدرأ عنه الحد فعليه الصداق كاملا - واختار الشيخ في موضع من الخلاف ثبوت المهر محتجا عليه بنهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم (٣) عن مهر البغى قال والبغى الزانية - وقد عرفت انه يصلح مؤيدا لادليلا .

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٢) المستدرک باب ٤٢ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٣) الخلاف ج ٣ ص ١٨٦

فروع

١- (و) لا يكفي العقد بانفراده شبهة دائرة للحدف (لو علم التحريم وعقد على المحرم ثبت) بالاخلاف فيه بيننا وعن غير واحد ان عليه اجماعنا - والتعرض له مع انه واضح لا يحتاج الى بيان - ان اباحيفة التزم بانه يوجب الشبهة وهي تدرا الحد - نعم لو توهم الحل به على وجه اعتقده سقط الحدح للشبهة الدائرة له كما لو انفردت عنه - وان كان ذلك لتقصير منه في المقدمات فان التقصير وان اوجب العقاب على الوطء - الا انه من جهة اعتقاده الجواز يكون وطئه شبهة وهي دائرة للحد وقد مر انه مالم يعتقد الجواز لا يصدق الشبهة .

٢- ولو اختلفت الشبهة باحدهما بان اعتقدا حدهما الجواز دون الاخر اختلف السقوط به كما سيمر عليك (و) عليه و (لو تشبهت الأجنبية عليه حدث دونه) بالاخلاف في وجوب الحد على المرأة - وعلى المشهور في سقوطه عن الرجل - وعن القاضي انه يقام عليها الحد جهرا وعليه سرا - ويشهد للمشهور ما دل على سقوط الحد بالشبهة المتقدم - ولما عن القاضي روايته وهي (١) رواية ابي روح ان امرأة تشبهت بامة لرجل وذلك ليلا فواقعها وهو يرى انها جاريتها فرفع الى عمر فارسل الى علي عليه السلام فقال اضرب الرجل حدا في السر واضرب المرأة حدا في العلانية - ولكنها رواية ضعيفة للارسال ولجهالة عدة رواياتها - ومع ذلك فهي معرض عنها عند الاصحاب فلا بد من طرحها - وفي الوسائل اقول حملة اكثر الاصحاب على شك الرجل او ظنه وتفریطه في التأمل وانه حينئذ يعزر لما تقدم في تزويج امرأة لها زوج وغير ذلك وقد رواه المفيد في المقنعة نحوه الا انه قال فوطأها من غير تحرز انتهى .

٣- (ولو ادعى الزوجية او ما يصلح شبهة) كما لو ادعى الاكراه (سقط الحد) بالنسبة الى المدعى خاصة ولا يكلف المدعى بينة ولا يميننا بالاخلاف وعن بعضهم

الاجماع عليه - ويشهد به صحيح (١) ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلام قال ان علياً عليه السلام اتى بامرأة مع رجل فجر بها فقالت استكرهني والله يا امير المؤمنين - فدرأ عنها الحد ولو سئل هؤلاء عن ذلك قالوا لا تصدق وقد والله فعله امير المؤمنين ونحوه غيره مما ورد في عدم الحد على المستكرهة فانها فيما لو اقرت هي بالاستكرهه وليس في شيء منها التكليف بالبينه او اليمين - وهي وان كانت في دعوى الاكراه الا انه يتم المطلوب - بالغاء خصوصية المورد - وبالاجماع المركب - وعدم القول بالفصل مع ان دعواه مالم يعلم كذبه شبهة في الحل والحديد رأياً بالشبهة - وفي المسالك ولا يسقط فيه من احكام الوطء سوى الحد فلو كانت امة فعليه لمولاه العقد او حرة مكرهة فمهر المثل ان لم يثبت استحقاق الوطء انتهى - وهو يتم فيما لا يقتضى الاصل سقوطه ايضاً .

٢- (ولو تزوج المعتقدة عالماً بحد مع الدخول) بها جلد او رجماً (وكذا المرثة)

تجدد لو تزوجت في عدتها مع علمها بالعدة والتحريم (ولو ادعى) احدهما (الجهالة المحتملة قبل) من المدعى وكذا ان ادعياه اذا كان ممكناً في حقهما كما عن الحلّى وعامة المتأخرين - وعن المقنعة والنهاية اطلاق عدم القبول وقد حمل كلاهما المصنف ره على ما لا يحتمل الشبهة قال فلا منازعة هنا في الحقيقة - ويشهد للمشهور مضافاً الى ما دل على ان الحدود تدراً بالشبهات ما دل (٢) من النصوص على ان من دخل في الاسلام وزنى يسقط عنه الحد مادام لم يثبت علمه بحرمة الزنا في الاسلام - واما النصوص (٣) الدالة على انه ان تزوجت ذات البعل او ذات عدة ودخل بها حدث ولا يقبل منها دعوى الجهالة فهي وان كانت تدل على ان من تزوج المعتقدة او دخل بها يحدو كذا المرثة وكك يجري عليهما الحدان ادعيا الجهالة غير المحتملة

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الحدود

(٣) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث

في حقهما - وبه يظهر الحال في كل جهالة لا تحتمل ولكن ما فيها من التعليل يدل على الاختصاص بتلك الجهالة وعدم الشمول للجهالة المحتملة لاحظ - قوله في خبر (١) الحذاء عن الصادق عليه السلام قلت فان كانت جاهلة بما صنعت قال فقال عليه السلام اليس هي في دار الهجرة قلت بلى قال عليه السلام ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين الا وهي تعلم ان المرأة المسلمة لا يحل لها ان تتزوج زوجين قال ولوان المرأة اذا فجرت قالت لم ادرأ وجهلت ان الذي فعلت حراما ولم يقم عليها الحد اذا لتعطلت الحدود - وقوله في صحيح (٢) الكناسي قلت ارأيت ان كان ذلك منها بجهالة فقال عليه السلام ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين الا وهي تعلم ان عليها عدة في طلاق او موت الحديث .

الاعمى يحد

٥- ويجب ان (يحد الاعمى) مطلقا جلدا كان او رجما (مع انتفاء الشبهة المحتملة)

بلا خلاف بل اجماعا ويشهد به عموم الأدلة.

و (لا) يحد (معها) كما عن الأكثر على ما في المسالك بل المشهور كما عن الصيمري وعليه عامة المتأخرين كما في الرياض - وعن الحلبي تقييده بما اذا شهد الحال بما ادعاه - واما لو شهدت الحال بخلاف ذلك لم يصدق والظاهر رجوعه الى ما افاده القوم - ونظره في ذلك الى ما في نصوص التزويج في العدة وتزويج ذات البعل المتقدمة - وعن التنقيح تقييد قبوله بكونه عدلا - وعن الشيخين والقاضي وسائر عدم القبول مطلقا - والاول اظهر لمادل على ان الحديد رأ بالشبهة - وفي المسالك الاستدلال له ايضا بانه مسلم والاصل في اخباره المطابقة - ويرده ان خبره حجة ان كان ثقة بناء على المختار من حجية خبر الواحد في الموضوعات والافلا ولعله الى ذلك نظر صاحب التنقيح - ويرد عليه انه وان لم يكن قوله حجة الا انه شبهة وهي تدرا الحد واستدل لما عن الشيخين بانه قد كان ينبغي له ان يتحرز ويتحفظ من الفجور وفيه

ان ذلك لا ينافي حصول الشبهة كما مروى تدرياً الحد .

الاقرار المثبت للزنا

(ويثبت) الزنا على كل من الرجل والمرأة (بالاقرار من اهله) فان اقرا ثبت عليهما الحد وان اقرا احدهما ثبت عليه خاصة بلاخلاف ولا اشكال لعموم ما دل (١) على الثبوت بالاقرار - وللنصوص (٢) الخاصة - ولكن يشترط في الثبوت به امور - ١ - بلوغ المقر فلا عبرة باقرار الصبي وان كان مراهما كساير اقراراته - ٢ - كمال عقله فلا عبرة باقرار المجنون حال جنونه - ٣ - الاختيار فلا يلتفت الى اقرار المكره عليه - ويشهد به مضافاً الى ما دل (٣) على رفع ما استكره عليه - قول امير المؤمنين عليه السلام في حسن (٤) ابي البختری من اقر عند تجريد او حبس او تخوف او تهديد فلا حد عليه - ولا عبرة ايضاً باقرار السكران والغافل والنائم .

٤ - تكرار الاقرار (اربعة مرات) بلاخلاف بل عليه اتفاق الاصحاب الاماعن ظاهراً ابن ابي عقيل من الاكتفاء بالمرة ويشهد له حسن (٥) جميل عن الصادق عليه السلام في حديث ولا يرجم الزاني حتى يقر اربع مرات - والمعتبرة (٦) المتضمنة لقضية امرأتين جائتا الى امير المؤمنين عليه السلام وقالتا انا قد زينا فطهرنا - وفي احداها كان يقول في كل واحدة اللهم انها شهادة وهذه ثنتان الى الاربعة فقال اللهم انه قد ثبت لك عليها اربع شهادات ثم رجمها - واما صحيح (٧) الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق من حدود الله تعالى مرة واحدة حراً

(١) الوسائل باب ٣ من الاقرار

(٢-٥-٦) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٣-٠-٠

(٣) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ و١٦ من الايمان

(٤) الوسائل باب ٧ - من ابواب حد السرفة حديث ٢

(٧) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

كان او عبدا حرة كانت اقامة فعلى الامام ان يقيم الحد عليه للذى اقر به على نفسه كائنا من كان الا الزانى المحصن فانه لا يرجمه حتى يشهد عليه اربعة شهداء الى ان قال فقال له بعض اصحابنا يا ابا عبد الله فما هذه الحدود التى اذا اقر بها عند الامام مرة واحدة على نفسه اقيم عليه الحد فيها فقال عليه السلام اذا اقر على نفسه عند الامام بسرة الى ان قال واذا اقر على نفسه بالزنا وهو غير محصن فهذا من حقوق الله الحديث فقد حمله بعضهم على غير حد الزانى جمعا على ما نقله فى الرياض وذكر فى الجواهر احتمالا وهو غريب لتصريحه عليه السلام بحد الزانى - ولكنه لا يصلح لمعارضة ما تقدم فيتعين طرحه فلو اقر دون الاربع لم يجب الحد وهل يجب التعزير عليه كما عن الشيخين وابن ادريس والمصنف فى القواعد - ام لا كما عن الازديلى الميل اليه وجهان - من عدم التعزير بالاقرار الواقع عند النبى صلى الله عليه وآله وسلم والوصى عليه السلام مع ما فى بعضها من (١) التراخي الطويل بين الاقارير - ومن عموم ما دل على الاخذ بالاقرار المقتصر فى الخروج عنه على الحد للدليل وبه يثبت المعصية عليه فيجب التعزير .

وهل يعتبر كون الاقرار اربعا فى اربع مجالس كما عن الخلاف والمبسوط وابن حمزة ام لا يعتبر ذلك بل لو اقر اربعا فى مجلس واحد كفى كما هو المشهور بين اصحاب بل عليه عامة من تاخر كما فى الرياض وجهان - اشهرهما الثانى لاطلاق النصوص - واستدل للاول بالاجماع المحكى عن الخلاف - وما وقع من (٢) تعداد الاقارير عند النبى صلى الله عليه وآله وسلم والوصى عليه السلام - ولكن الاجماع موهون بذهاب الاكثر الى خلافه - والوقوع عندهما كك لا يستلزم عدم الحد على التقدير الاخر لعدم المفهوم لما تضمن تلك القضايا فانها قضايا فى وقايح .

ثم انه لو اقر بالزنا بامرأة غفيفة معينة - فهل يثبت القذف للمرأة بذلك فيثبت عليه حد القذف ام لافيه قولان بل اقوال - والحق ان يقال انه ان قال قولا ظاهرا فى زنا المرأة ايضا وعدم الشبهة من ناحيتها ايضا ثبت القذف - والا فلا لاحتمال الاشتباه

والاكره فلا يكون اقراره بالزنا على نفسه قذفا لها بذلك - واما خبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ لاتسالوا الفاجرة من فجر بك فكما هان عليها الفجور يهون عليها ان ترمى البريء المسلم - والعلوي (٢) اذا سئلت الفاجرة من فجر بك فقالت فلان جلدتها حدين حد الفجور وحد الفريتها على الرجل المسلم - فلا ينافيان ما ذكرناه فانهما في ما لو قالت فجر بي فلان ولا يسملان ما لو كان اقراره غير ظاهر في فجور الطرف الاخر - واما صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل قال لامرأته يا زانية انا زيت بك قال عليه السلام عليه حد واحد لقذفه اياها واما قوله انا زيت بك فلا حد فيه الا ان يشهد على نفسه اربع شهادات بالزنا عند الامام فهو مشعر بما اخترناه من التفصيل - فما في المسالك من ان الوجه ثبوت القذف بالمرة مع الاطلاق لانه ظاهر فيه والاصل عدم الشبهة والاكره - غير تام كما ان ما عن الشيخين والحلي من انه يثبت القذف مع الاطلاق الا ان يفسر بالاشتباه او الاكره الذي اختاره في المسالك ايضا لا يتم .

لواقر بحد ولم يبينه

ولواقر بحد ولم يبينه لم يكلف البيان بلا خلاف كما في الرياض وخبر قيس الاتي شاهديه ومعه لا يصغى الى ما قيل من ان القرض اقراره بحق عليه فيكلف البيان لثلايلزم تعطيل الحدود .

وعن الشيخ والقاضي والمحقق في النافع وصاحب الجواهر انه يضرب حتى ينهي عن نفسه - وعن الحلي اختياره الا انه اضاف اليه انه لا ينقص عن ثمانين ولا يزداد على المائة - وعن المصنف في جملة من كتبه اختياره - وعن المحقق في الشرايع استصوابه

(٢-١) الوسائل باب ٤١ من ابواب حد الزنا حديث ٢-١

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد القذف حديث ١

فى طرف الكثرة دون طرف النقصان - والمستند خبر (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام فى رجل اقر على نفسه بحدولم بسم اى حد هو قال عليه السلام امر ان يجلد حتى يكون هو الذى ينهى عن نفسه فى الحد .

واورد عليه - قارة بضعف السند باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره كما فى المسالك - واخرى بان يعارضه خبر (٢) انس قال كنت عند النبى ﷺ فجاءه رجل فقال يا رسول الله انى اصبحت حدا فاقمه على ولم يسمه فحضرت الصلاة فصلى النبى ﷺ الصلاة فقام اليه الرجل فقال يا رسول الله انى اصبحت حدا فاقم فى حدا لله قال أليس قد صليت معنا قال نعم قال فان الله قد غفر لك ذنبك أو قال حدك - وثالثة بان الحديث يشمل الرجم والقتل بالسيف والاحراق بالنار ورمى الجدار عليه وما شا كل فهو مجمل .

ولكن السند صحيح على الاصح - لان المراد بمحمد بن قيس فيه الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه وغيرها - وبما عن الاردبيلي من تضعيفه لوجود سهل فى طريقه يدفعه ما مر غير مرة ان سهلا ثقة على الاظهر - وخبر انس ضعيف السند وليس من طرفنا بل هو من طرق العامة مع انه يحتمل صدور التوبة منه - والاخير اجتهد فى مقابل النص .

وبه يظهر ما فى المسالك قال ويشكل الخبر ايضا باستلزامه انه لو نهى فيما دون الحدود المعلومة قبل منه وليس هذا حكم الحد ولا التعزير وايضا فانه من الحدود ما يتوقف على الاقرار اربعا ومنها ما يتوقف على الاقرار مرتين ومنها ما يكفى فيه المرة فلا يتم اطلاق القول بجواز بلوغ المائة مع الاقرار دون الاربع وبلوغ الثمانين بدون الاقرار مرتين واشترط ذلك كله خروج عن مورد الرواية رأسا انتهى - اذ ذلك كله اجتهد فى مقابل النص الصحيح المعمول به عند جمع من الاصحاب .

واما ما عن الحلبي فقد استدل له بانه لاحد دون الثمانين وبما عن (٣) المقنع قضى

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٢) صحيح البخارى ج ٨ ص ٢٠٧ باب اذا اقر بالحد ولم يبين

(٣) المستدرک باب ٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

امير المؤمنين عليه السلام في رجل اقر على نفسه بحد ولم يبين اى حد هو ان يجلد حتى يبلغ ثمانين فجلد ثم قال لو اكملت جلدك مائة ما بتغيت عليه بينة غير نفسك - ويرد على الاول مضافا الى انه لا يعتنى به في مقابل النص - ان الحد في القيادة خمسة وسبعون فليس اقله الثمانين - ويرد الثاني انه مرسل لا يصلح لتقييد الصحيح - واستدل لماعن المصنف وفي الشرايع بان الحد لا يزيد على المائة - وبما قدمناه يظهر ما في ذلك ايضا .

وعن اللعة والروضة وكشف اللثام ان اطلاق النص وكلمة الاصحاب منزل على الحد الذي يقتضيه ما وقع من الاقرار فلا يحد مائة مالم يقر اربعا ولا ثمانين مالم يقر مرتين ولا يتعين المائة اذا اقر اربعا ولا الثمانون اذا اقر مرتين - وفي الرياض ولعل التنزيل للجمع بين الأدلة ولا باس به - وفيه ان مقتضى اطلاق النص الاكتفاء بالاقرار مرة وانه يضرب مالم ينه وان زاد على المائة وحيث انه حكم تعبدى وارد في مورد خاص ولا مقيد له من الأدلة فان النصوص المقدرة للحدود انما هي فيما لو اقر بالزنا او السرقة او ما شاكل وهذا الخبر فيما لو اقر بحد بنحو الاجمال - فلا سبيل الى دعوى ان الجمع بين الأدلة يقتضى ذلك - فالمتحصل ان الاظهر هو ما عن الشيخين والقاضى والله العالم .

البينة المثبتة للزنا

ثم انه لا اشكال في انه يثبت الزنا الموجب للحد بالبينة - انما الكلام في العدد المعترف فيها - وانه هل يكفى شهادة النساء منضات الى الرجال ام لا قال قده (او بشهادة اربعة رجال عدول او ثلاثة و امرأتين) ثبوته بالاولى مجمع عليه والكتاب (١) والسنة المستفيضة (٢) شاهدان به .

واما ثبوته بالثانية فهو الاشهر بل عليه عامة من تاخر عدا من سيد ذكر كما في

(١) النساء آية ١٥ النور آية ٣

(٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

الرياض ونفى عنه الخلاف بعضهم وادعى الآخر عليه الاجماع - ويشهده به نصوص كصحيح (١) ابن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام لا تجوز شهادة النساء في رؤية الهلال ولا يجوز في الرجم شهادة رجلين واربع نسوة ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وامرأتان الحديث - وحسن (٢) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال علي عليه السلام تجوز شهادة النساء في الرجم اذا كان ثلاثة رجال وامرأتان واذا كان اربع نسوة ورجلان فلا يجوز الرجم - وخبر (٣) زيد الشحام سألته عن شهادة النساء قال لا تجوز شهادة النساء في الرجم الا مع ثلاثة رجال وامرأتين فان كان رجلا واربعة نسوة فلا تجوز في الرجم - ونحوها غيرها وعن العماني والمفيد وسلا عدم ثبوته بها - لمادل من النصوص المتقدمة على عدم قبول شهادتهن في الحدود - وللنصوص (٤) الحاصرة لقبول الشهادة في الزنا باربعة شهود اذ ليس المراد بهم ما يعم النساء فان ما يحتمل انما هو ثبوته بثلاثة رجال وامرأتين - ولصحيح (٥) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام اذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم يجز في الرجم الحديث - وبان الحصر في الاول منصوص في الكتاب - وبالاصل .

ولكن نصوص عدم قبول شهادتهن في الحدود مطلقة يقيد اطلاقها بما مر من النصوص - والاخبار الحاصرة لو تمت دلالتها غايتها الاطلاق والمفيد مقدم على المطلق - والصحيح قاصر عن المعارضة للنصوص المتقدمة الموافقة لفتوى جل الاصحاب التي هي اول المرجحات - وليس في الكتاب ما يدل على الحصر هكذا اجيب عن الاستدلال بالاية - ويمكن ان يقال ان قوله تعالى (٦) «والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» يدل على ذلك فانه يدل بالاطلاق على وجوب حد القذف وان اتى بثلاثة رجال وامرأتين - فالحق في الجواب ان اطلاقه ايضا يقيد بالنصوص المتقدمة - فالأظهر انه يثبت بها ايضا - فما - عن المختلف من التوقف ضعيف

(١-٢-٣-٥) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ١٠-١١-١٢-٢٨

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٦) النور آية ٢

(ولو شهد رجلان واربعة نسوة ثبت الجلد دون الرجم) كما عن الشيخ في النهاية والاسكافي والحلي والمصنف هنا وفي التحرير والقواعد والشهيد في اللمعتين وعن العلامة المجلسي انه المشهور بين الاصحاب - وعن الصدوقين والقاضي والحلي والمصنف في المختلف عدم ثبوت الجلد وقال في المسالك وليس على ثبوت الجلد بشهادة رجلين واربع نساء دليل صالح فان جماعة من الاصحاب ذهبوا الى عدم وجوب شيء بهذه البينة لذلك وهو الوجه - وعن الشيخ في الخلاف ثبوت الرجم بها ايضا .

والاول اظهر لموثق (١) الحلبي كالصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليهم الرجم وان شهد عليه رجلان واربعة نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يجرم ولكن يضرب حد الزاني واستدل للثاني - بصحيح (٢) محمد بن الفضيل عن ابي الحسن الرضا عليه السلام في حديث وتجوز شهادتهن في حد الزنا اذا كان ثلاثة رجال وامرأتان ولا تجوز شهادة رجلين واربع نسوة في الزنا والرجم - اذ ليس في ذكر الزنا مع الرجم فائدة الا ببيان عدم ثبوت الجلد ايضا - المؤيد بعموم ما دل على عدم قبول شهادتهن في الحدود - ولكن الصحيح وان كان في نفسه ظاهرا في ذلك لما ذكر ولاطلاق قوله لا تجوز في الزنا الا ان الجمع بينه وبين الموثق يقتضي تقييد اطلاقه به - وحمل قوله في الزنا والرجم على ارادة الزنا المترتب عليه جميع احكامه منها الرجم فيكون قوله والرجم تفسيرا للزنا - وان ابيت عن كون ذلك جمعا عرفيا فالموثق يقدم للشهرة - واما عموم ما دل على عدم قبول شهادتهن في الحدود - فيخصص بالموثق ومعه لا يصلح للتأييد : واما ما عن الخلاف فلم اظفر بمستنده والنصوص المتقدمة تدل على خلافه - فما هو المشهور هو المنصور .

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٧

(و) بما ذكرناه ظهر انه (لا يقبل) شهادة (رجل واحد مع النساء وان كثرن)

كست نساء أو أكثر - ولا شهادة النساء منفردات عن الرجال كما هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف يعتد به - لما دل (١) على عدم قبول شهادتهن في الحدود المقيد اطلاقه بما مر - ولمفهوم صحيح محمد بن الفضيل المتقدم - واما عدم ثبوت الرجم بهما فالنصوص المتقدمة شاهدة به مضافا الى ذلك .

(و) وشهد اقل من اربعة (ومن في حكمهم لم يثبت الحد و) (حدو للفرية) اجماعا للاية الكريمة (٢) المتقدمة - ولتسميتهم الله تعالى كاذبين - قال سبحانه (٣) «لولا جاءوا عليه باربعة شهداء فاذلم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون» وللأخبار (٤) الكثيرة الا اني طرف منها .

بل لو اقام الشهادة بعض الشهود في وقت عدم حضور الباقيين على وجه لا يحصل به اتصال الشهادة عرفا حدوا للنفذ ولا ينتظر اتمام البينة بالاخلاف محقق اجد فيه الامايحكي عن جابر بن سعيد وهو شاذ كذا في الجواهر - ويشهد به خبر (٥) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في ثلاثة شهداء على رجل بالزنا فقال عليه السلام «واين الرابع قالوا الان يجيء» فقال علي عليه السلام «حدوهم فليس في الحدود نظر ساعة» وخبر (٦) عباد البصري عن الباقر عليه السلام عن ثلاثة شهداء على رجل بالزنا وقالوا الان ياتي بالرابع قال عليه السلام «يجلدون حد القاذف ثمانين جلدة كل رجل منهم» المنجبر ضعفهما لو كان بالعمل والاستناد .

وهل يقبل الشهادة اذا تكاملت الشهود بان حضر الرابع بعد الحد وشهد الظاهر ذلك كما عن الشيخ وغيره لاطلاق الادلة - وعدم الدليل على اعتبار حضور الجميع قبل الشهادة للاقامة بحيث لا يكفي لو تفرقوا في الحضور وان اجتمعوا في الاقامة كما

(١) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٢٩-٣٠-٣٢

(٢-٣) النور آية ٤-١٣

(٤-٥-٦) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ٠-٩-٨

عن المصنفه في القواعد وولده في الشرح - واما ما ذكره من اعتبار ايقاع الشهادة في مجلس واحد فان كان اجماعيا كما هو ظاهر المسالك وعن ظاهر المختلف والا فالظاهر عدم اعتباره ايضا - والظاهر عدم الاجماع - قال الشيخ في الخلاف اذا تكامل شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس وشهادتهم مفترقين احوط انتهى .

ثم انه لا فرق في ثبوت الحد على الشهود بين ما اذا لم يحضر بعضهم مجلس الشهادة او حضر ولم يشهد لصحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لا يجلد رجل ولا امرئة حتى يشهد عليهما اربعة شهود على الايلاج والاخراج وقال لا كون اول الشهود الاربعة اخشى الروعة ان ينكل بعضهم فاجلد - فماعن المصنفه في المختلف من عدم ثبوت حد القذف في الثاني - غريب واغرب منه ما استدل به لذلك من الوجوه الاعتبارية .

يعتبر في الشهادة اتفاقها والمشاهدة

(و يشترط في الشهادة اتفاقها من كل وجه) بتواردهم على الفعل الواحد فلو اختلفوا كان شهد بعضهم على وجه مخصوص والباقون على غيره اوشهد بعضهم في زاوية مخصوصة او بيت والاخرون في غيره اوشهد بعضهم في يوم الجمعة والباقون في يوم السبت وهكذا لم يحد المشهود عليه وحد الشهود للقرينة بالاخلاف بل ولا اشكال مع عدم اتفاق الشهود على شيء واحد كما في غير المقام من موارد الشهادة ومع ذلك يشهد به موثق (٢) عمار الساباطي عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل يشهد عليه ثلاثة رجال انه قد زنا بفلانة ويشهد الرابع انه لا يدري بمن زنى قال عليه السلام لا يحد ولا يرجم .

و هل يعتبر زايذا على ذلك انه لو تعرض بعضهم لخصوصية تعرض الباقيين لها ولا يكفي الاطلاق ولا قوله لا اعلم فيكون ذلك شرطا تعديا في المقام كما هو الظاهر من

عبارات الاصحاب على ما قيل - ام لا يعتبر ذلك كما هو صريح المسالك وغيرهما وجهان - من الموثق والتتميم في غير موردته بالاجماع المركب - ومن انه حكم تعبدى يقتصر على موردته ولا اجماع مركب وهذا هو الاظهر .

وعليه فلو اطلق الشهود بمعينة الادخال والاخراج على وجه الزنا من غير تعرض للزمان والمكان كفى ويحد المشهود عليه كما صرح به الاصحاب - قال الشيخ في محكي النهاية فالبينة بالزنا وهوان يشهد اربعة نفر عدول على رجل بانه وطى امرأة وليس بينه وبينها عقد ولا شبهة عقد شاهده وطئها في الفرج فاذا شهدوا كك قبلت شهادتهم وحكم عليه بالزنا وكان عليه ما على فاعله مما بينه انتهى وهذا صريح في عدم اعتبار التقييد بالزمان والمكان وقريب منه كلمات غيره .

(٥) كذا يعتبر فيها ذكر (المشاهدة عيانا) للولوج في الفرج (كالميل في المكحلة)

لصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال امير المؤمنين لا يرجم رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه اربعة شهود على الايلاج والاخراج - وصحيح (٢) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام حد الرجل ان يشهد اربع انهم راوه يدخل ويخرج - وموثق (٣) ابي بصير عنه عليه السلام لا يرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما اربعة شهداء على الجماع والايلاج والادخال كالميل في المكحلة ونحوها غيرها - هكذا استدلو في المقام .

والحق في المقام ان يقال ان في المقام امورا - ١ - انه هل يتوقف ثبوت الحد على كون الشهادة بخصوص الادخال والاخراج ام تكفى الشهادة بالمقدمات كالجلوس منها مجلس الرجل من امرأته - ٢ - هل يعتبر العلم بذلك ام يكفى الظن مثلا - ٣ - هل يعتبر زايدها على العلم الشهادة بالرؤية فلو علموا بذلك من غير ناحية الرؤية لا يكفى ام لا يعتبر ذلك - ٤ - هل يعتبر كون الشهادة نصاً ام يكفى الظهور والعرفي وقد وقع الكلام بينهم في كل واحد من هذه الامور مع الخلط بينها .

اما الاول فالظاهر اعتباره للنصوص المتقدمة ولما دل على ثبوت الحد للزنا وان

حقيقته ادخال الذكر فى فرج من تحرّم عليه - واما موثق (١) زرادة عن ابي جعفر عليه السلام اذا قال الشاهد انه قد جلس منها مجلس الرجل من امر أنه اقيم عليه الحد - ففى الجواهر انه قاصر عن مقاومة غيره سند او عدداً بل وعملاً - وعن الشيخ والعلامة المجلسى العمل به والجمع بينه وبين النصوص المتقدمة بانه فى الجلد وهى فى الرجم فلا تعارض قال المجلسى واما الاخبار الواردة فى اجتماع الرجل والمرأة فى لحاف واحد فمنها ما يدل على الحد وهو موافق للموثق ومنها ما يدل على النقيضة وهو يحمل على التقية - اقول اما اخبار المضاجعة فى لحاف واحد فسيأتى الكلام فيها عند تعرض المصنف رة لتلك المسألة - واما الموثق فالظاهر منه كون التعبير المذكور تعبيراً عن الزنا وليس المراد به جلوسه فى وسط رجلها من دون ان يدخل بها ويكون ذلك تعبيراً كنايةاً - وعليه فلا ينافى النصوص الدالة على اعتبار الادخال والاخراج .

واما الثانى فيشهد باعتباره جميع ما دل على اعتبار العلم بالمشهود به فى الشهادة واما النصوص المتقدمة فليس فيها ما يدل على ذلك سوى تضمن الشهادة بالرؤية ولكن العمومات كافية .

واما الثالث فقد يستدل لا اعتبار كون الشهادة بالرؤية بان الشهادة انما تسمع بما عوين او سمع ولا معنى للمزنا حقيقة الا ذلك فلا تسمع الشهادة به الا اذا عوين ك ذكره فى الرياض - ويرد عليه ما تقدم منا فى كتاب الشهادات من انه لا دليل على اعتبار السماع أو المعاينة فى الشهادة وانما المعتبر هو العلم خاصة .

وقد يستدل به بخبر (٢) ابي بصير المتضمنين لقوله عليه السلام حد الرجم فى الزنا ان يشهد اربعة انهم راوه يدخل ويخرج وقريب منهما غيرهما - ولكن بواسطة ما دل على اعتبار العلم فى الشهادة وبقية نصوص الباب المتضمنة لانه لا يرجم الا اذا شهد عليه اربعة شهداء بالايلاج والادخال بلا اعتبار شىء آخر وكون الرؤية طريقاً الى العلم بالمشهود به - يمكن ان يقال ان الرؤية الماخوذة فى الموضوع انما هى لاجل طريقيتها

الى ثبوت المشهود به الذى يكون من المبصرات لالخصوصية فيها وعليه فسييل الخبرين سبيل مادل على اعتبار العلم فى الشهادة ولا يدلان على اعتبار شيء زايداعليه ويترتب على هذا قيام الامارات الاخر مقامها - وكذا العلم الحاصل من طريق آخر وان ابنت عن ذلك فالمتعين تخصيصهما بموردهما وهو الرجم ولا دليل على اعتبار الرؤية و المشاهدة فى ثبوت الجلد - واطلاق ساير الادلة والاصل يدلان على عدم الاعتبار - والاجماع المركب التعبدى غير ثابت سيما وان جماعة اعتبر والمشاهدة لبنائهم على اعتبارها فى الشهادات مطلقا - فلا ينبغي التوقف فى عدم اعتبار المشاهدة فى ثبوت الجلد -

واما الرابع فالنصوص المتقدمة المصرحة بالشهادة بالايلاج والاخراج والجماع وان كانت مشعرة باعتبار الصراحة - ولكن الظاهر كفاية الظهور العرفى فانه اذا كان لكلامه ظهور فى الايلاج كان ذلك شهادة به ويشمله اطلاق الادلة المتقدمة (وما) فى الرياض من انه اذا شهد لابنحو الصراحة كما لو شهد بانه زنى بما ان الزنا يطلق على التفخيذ ونحوه فلولم يصرح بالشهود بالادخال والاخراج لم يكن الشهادة نصافى الموجب للحد - يدفعه - انه لا يضر عدم كونه نصافيه بعد كونه ظاهرا والظهور حجة عقلائية - وبما ذكرناه ظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

حد التقبيل والمضاجعة

(ولو شهدوا بالمضاجعة والمعانقة والتقبيل والتفخيذ) ونحو ذلك مما هو استمتاع بما دون الفرج ومحرم (ثبت التعزير) خاصة فينات بما يراه الحاكم بلا خلاف - للنصوص (١) الدالة على ان كل من خالف الشرع فعليه حد او تعزير - وخصوص النصوص الدالة على ثبوت التعزير فى هذا الباب فى الموارد الخارجة عما قدر فيها الحد - كزنا غير البالغ - والبالغة - وغيرهما - والتعزير انما فوض الى الحاكم

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمات الحدود

ولكن في خصوص ما لو وجد الرجل والمرأة في لحاف واحد روايتين -
 احدهما ثبوت الحد عليهما لاحظ - صحيح (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام حد الجلد
 ان يوجد في لحاف واحد الحديث - وحسن (٢) ابن سنان عنه عليه السلام حد الجلد في
 الزنا ان يوجد في لحاف واحد - وصحيح (٣) الحذاء عنه عليه السلام اذا وجد الرجل
 والمرأة في لحاف واحد جلدا مائة جلدة - ونحوه خبر (٤) ابي بصير - وموثق
 البصري (٥) عنه عليه السلام اذا وجد الرجل والمرأة في لحاف واحد قامت عليهما بذلك
 بيعة ولم يطلع منهما على سوى ذلك جلد كل واحد منهما مائة جلدة - وصحيح (٦) الكناني
 عنه عليه السلام في الرجل والمرأة يوجدان في لحاف واحد جلدا مائة مائة - ونحوها غيرها
 ثابتهما - ما دل على انه يجلد كل واحد منهما دون الحد كصحيح (٧) حريز عن الصادق
 عليه السلام ان عليا عليه السلام وجد رجلا وامراة في لحاف واحد ف ضرب كل واحد منهما مائة
 سوط الاسوطا - وخبر (٨) الشحام عنه عليه السلام في الرجل والمرأة يوجدان في اللحاف
 قال عليه السلام يجلدان مائة مائة غير سوط - ونحوهما غيرها .

وربما يجمع بينهما تارة بحمل نصوص المائة على التقية - واخرى على علم
 الامام بالزنا - وثالثة على من عزره الامام دفعتين - ولكن الحمل على التقية يتم مع
 عدم امكان الجمع وعدم وجود غيره من المرجحات السابقة على ذلك - والاخيرين
 جمعان تبرعان لاشاهد لهما بل موثق البصري يشهد بخلاف الاول .

والصحيح ان يقال ان نصوص المائة اعرض الاصحاب عنها فهي ساقطة عن
 الحجة ولا بأس بحملها على التقية - وقد ورد نظيرها في رجلين أو امرأتين يوجدان
 في لحاف واحد وفي الرجلين (٩) رواية مشعرة بكون ذلك للتقية - واما
 المائة الاسوط فلم اجد قائلا بتعينها بل المشهور بين الاصحاب عدم التقدير الا بما
 دون الحد - ولا بأس بحمل نصوصها على ارادة المائة الاسوط فمادون الحد بقرينة

فتوى الاصحاب - وامام اعن المقنعة والاسكافي من التحديد فى طرف الاقل بالعشرة
فلوجه له كما لاوجه لما عن بعضهم من التحديد بالثلاثين فمافوق -

لواقر بالزناثم انكر

(ولو اقر بما يوجب الرجم ثم انكر سقط) عنه بالاخلاف بل عليه الاجماع
له وللصحيح (١) عن ابي عبدالله عليه السلام من اقر على نفسه بحد اقمته عليه الا الرجم فانه
اذا اقر على نفسه ثم جحد لم يرجم - وصحيح (٢) الحلبي عنه عليه السلام فى رجل اقر
على نفسه بجحد ثم جحد بعد فقال اذا اقر على نفسه عند الامام انه سرق ثم جحد قطعت
يده وان رغم انفه وان اقر على نفسه انه شرب خمرا او بقرية فاجلدوه ثمانين جلدة
قلت فان اقر على نفسه بجديجب فيه الرجم اُكنت راجمه قال لا ولكن كنت ضاربه
الحد - ومثله صحيحا (٣) محمد والكناني - وصحيحه (٤) الاخر - ومرسلا (٥) جميل
(٦) منها يستفاد انه (لو كان) الاقرار (ب) موجب (حد) ثم جحد (لم يسقط)
(ولو اقر) بموجب حد (ثم تاب) عنه (تخير الامام) فى الاقامة عليه والعفو عنه
رجما كان او غيره بالاخلاف الاعن الحلبي فى الرجم - واستدل له بمرسل البرقي
وخبر تحف العقول الاثنيين - وهما وان كانا مطلقين شاملين لصورة الرجوع والتوبة
وعدمهما - لكنه يقيد اطلاقهما فى صورة الرجوع بالصراح المتقدمة وفى صورة عدم
التوبة بالاجماع فيختصان بصورة التوبة - وهما وان اختصا بالامام كظاهر الفتاوى الا ان
الظاهر بواسطة التعليل فى خبر تحف العقول كون المراد بالامام مطلق من يجرى
الحدود او يتعدى عنه الى غيره بعموم العلة وعدم القول بالفصل - فيثبت التخيير للحاكم
ايضا فى زمان الغيبة - ولا فرق فى ذلك بين حدود الله والحدود التى للناس وان كان
بينهما فرق من ناحية اخرى ٥ هى انه فى حق الناس لصاحب الحق ان يعفى عنه دون

الامام - كما يشهد به نصوص - كخبر (١) الكناسي عن الباقر عليه السلام لا يعفى عن الحدود التي لله دون الامام فاما ما كان من حق الناس في حد فلا بأس بان يعفى عنه دون الامام وسيأتي تمام الكلام فيه في حد السرقة .

(ولو تاب) عن موجب الحد (بعد) قيام (البينة تحتمت الافاء ولو كان

قبلها سقط الحد) على المشهور في الاول - وبالاخلاف في الثاني - يشهد الاول خبر (٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل اقيمت عليه البينة بانه زنى ثم هرب قبل ان يضرب - قال عليه السلام ان تاب فما عليه شيء وان وقع في يد الامام اقام عليه الحد وان علم مكانه بعث اليه والمراد من قوله فما عليه شيء بقرينة ما بعده فيما بينه وبين الله تعالى - ومادل على الفرق بين الاقرار والبينة - كمرسل (٣) البرقي عن بعض الصادقين عليه السلام في حديث اذا قامت البينة فليس للامام ان يعفو واذا اقر الرجل على نفسه فذاك الى الامام ان شاء عفى وان شاء قطع - وخبر (٤) تحف العقول عن ابي الحسن الثالث عليه السلام في حديث واما الرجل الذي اعترف بالانواط فانه لم يقم عليه البينة وانما تطوع بالاقرار من نفسه الحديث - ومادل على الرد الى الحفيرة لوقامت البينة وعدمه لواقر - كخبر (٥) الحسين بن خالد قلت لابي الحسن عليه السلام اخبرني عن المحصن اذا هو هرب من الحفيرة هل يرد حتى يقام عليه الحد قال عليه السلام يرد ولا يرد فقلت وكيف ذاك فقال ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيرة بعدما يصيبه شيء من الحجارة لم يرد وان كان انما قامت عليه البينة وهو يجحد ثم هرب رد وهو صاغر حتى يقام عليه الحد - الحديث ونحوه غيره فتأمل .

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

(٣-٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-٤

(٥) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

واما الثانى اى لو تاب قبل قيام البينة سقط الحد - فيشهدله - مرسل (١) جميل كالصحيح عن احدهما عليه السلام فى رجل سرق او شرب الخمر او زنا فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلاح فقال عليه السلام اذا صلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد قال ابن ابي عمير قلت فان كان امرئاً غريباً لم تقم قال لو كان خمسة اشهر او اقل وقد ظهر منه امر جميل لم تقم عليه الحدود روى ذلك بعض اصحابنا عن احدهما عليه السلام - ولو ادعى اذا اخذ التوبة قبل الثبوت قبل من غير يمين للشبهة .

حد من زنى باحدى المحارم

(و) اما الامر الثانى وهو بيان الحد - واقسامه - فاعلم انه انما (يقتل الزانى) اذا زنى (بامه او باحدى المحرمات نسبا) كالبنات والاخت والعمة والخالة ومن شاكل بالاخلاف اجده وبه صرح جماعة حد الاستفاضة كذا فى الرياض - وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به حسن (٢) ابن بكير بن اعين كالصحيح عن احدهما عليه السلام من زنا بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف اخذت منهما اخذت وان كانت تابعته ضربت بالسيف اخذت منها ما اخذت قيل فمن يضرب بهما وليس لهما خصم قال عليه السلام ذاك الى الامام عليه السلام اذا رفعوا اليه - وفى خبر (٣) جميل قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل ياتى ذات محرم ابن يضرب بالسيف قال رقبته ، وفى خبره (٤) الاخر تضرب عنقه او قال تضرب رقبته - ومرسل (٥) ابن بكير عن رجل قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل ياتى ذات محرم قال عليه السلام يضرب بالسيف قال ابن بكير حدثنى حريز عن بكير بذلك وخبر (٦) عامر بن السمط عن على بن الحسين عليه السلام فى الرجل يقع على اخته قال عليه السلام يضرب ضربة بالسيف بلغت منه ما بلغت فان عاش خلد فى السجن حتى يموت

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٢-٣-٥-١٠

ونحوها غير ها المنجبر ضعف بعضها بالعمل .

واما دلالتها فقد استشكل فيها في الرياض نظرا الى انها تدل على الاكتفاء بالضربة الواحدة مطلقا او في الرقبة وهي لا تستلزم القتل كما في صريح بعضها اى المشتمل على التخليد في الحبس مع فرض عدم اتيانها عليه - ولكنه يندفع بانه لو تم ما افاده في النصوص كفى للحكم بالقتل النبوى (١) المنجبر بالاجتماعات المحكية من ائى ذات محرم فاقتلوه مع انه في احداخبار جميل يضرب بالسيف رقبة وفي آخر يضرب عنقه وكلاهما ظاهران في القتل - وبذلك يظهر دلالة الحسن عليه وان المراد من الضربة فيه ذلك - واما خبر التخليد في السجن فلضعف سنده وعدم عمل الاصحاب به لا يصلح للمقاومة لما تقدم - وكذا خبر (٢) ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام اذا زنا الرجل بذات محرم حد حد الزانى الا انه اعظم ذنبا والاحوط ان يقتل بضربة بالسيف في عنقه .

ثم انه وقع الخلاف في انه هل تلحق المحرمات رضاعا بالمحرمات النسبية - فعن المبسوط والخلاف والجامع اللاحق - وهو صريح الماتن هنا قال (اورضاعا) وعن المختلف وبنى ادريس و زهرة و حمزة عدم اللاحق - وايضا وقع الخلاف في اللاحق المحرمات السببية كام الزوجة و بنتها بهن وعدمه قال في الرياض الحق الشيخ والحلى والقاضى والحلى وبنو زهرة و حمزة و جماعة من المتأخرين امرأة الاب وهو مختار الماتن قال (او بامرأة الاب) .

اقول قد يتوهم ان مقتضى اطلاق النصوص المتقدمة اللاحق في الموردين فان المحرم من يحرم نكاحها مؤبدا بنسب أو بسبب أوضاع - ولكن المنساق الى الذهن من من اخذ في النصوص وهو ذات محرم من تكون محرمة بقول مطلق وفي نفسها - فلا تشمل من صارت محرمة بالمصاهرة او الرضاع وما شا كل - قال في المسالك والمتبادر

(١) المستدرک باب ١٧ من ابواب حد الزنا حديث ٧

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٨

من ذات المحرم النسبية - وكذا كلام غيره - ومع التنزل فغاية ما هناك الاجمال - وعليه فلا دليل على جواز قتل من زنى بغير المحرمات النسبية - وما دل (١) على تنزيل الرضاع منزلة النسب يختص بالنكاح ولا يشمل المقام كما مر في محله - نعم في خصوص الزنا بزوجة الاب بدل النص (٢) على الرجم والاصحاب عملوا به فضعفه منجبر بالعمل فيعمل به .

بيان حد اليهودي او النصراني اذا زنى بمسلمة

(او بالمسلمة) يعنى انه يقتل الزاني بالمسلمة (اذا كان ذميا) بل مطلق الكافر كارهة كانت او مطاوعة (او بمن اكرهها عليه محصنا كان او غير محصن عبدا او حرا مسلما كان او كافرا) بلا خلاف في المقامين بل اجماعا فيهما على الظاهر المصرح به في كثير من العبار كالانتصار والغنية والرياض والجواهر وغيرها - ويشهد له في الاول موقوف (٣) حنان بن سدير عن ابي عبد الله عليه السلام عن يهودى فجر بمسلمة قال عليه السلام يقتل - بل الظاهر كما افتى به الشيخان والحلى والمصنف وغيرهم انه يقتل وان اسلم - لاطلاق الموقوف ولخبر (٣) جعفر وهو طويل في نصراني فجر بمسلمة ثم اسلم بعدما ريد اقامة الحد عليه فكتب عليه السلام يضرب حتى يموت ولما سئل عن وجهه كتب بسم الله الرحمن الرحيم فلما رأوا باسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفروا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا باسنا سنة الله التي قد خلت في عباده وخسر هنالك الكافرون فامر به المتوكل ف ضرب حتى مات .

وعن بعض الفقهاء ان الاسلام يجب ما قبله فيسقط الحد ايضا - واما الخبر فالمراد منه ما لو اسلم حين ارادة اقامة الحد وظاهر ذلك سيما مع تعليل الامام عليه السلام ان الاسلام

(١) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع كتاب النكاح

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٩

(٣-٤) الوسائل باب ٣٦ - من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

كان لا رادة التخلّص ولا يشمل مالو كان اسلم حقيقة وقواه في الجواهر - ويؤيده ان جواب الامام عليه السلام لا اطلاق له - بل انما كتب في تلك الواقعة الخاصة يضرب حتى يموت - وعلى ذلك فلا يشمل الخبر الاسلام الحقيقي وحديث الجب (١) حديث مشهور معمول به بين الاصحاب ولا يعارضه اطلاق الموثق لحكومته عليه - وما في الرياض من قياس اسلام الكافر بتوبة الفاسق - قياس مع الفارق لورود النص الخاص (٢) في التوبة دون الاسلام .

ثم ان الخبرين في الذمى ولكن ظاهر جمع من الاصحاب وصريح آخرين مساواة غيره من اقسام الكفار معه - ولعله للاولوية - اولان الكفر ملة واحدة .
واما الثاني وهو قتل من اكرهها عليه - فيشهد له صحيح (٣) العجلي عن ابي جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأة فرجها قال عليه السلام يقتل محصنا كان او غير محصن وصحيح (٤) زرارة قلت لابي جعفر عليه السلام الرجل يغتصب المرأة نفسها قال عليه السلام يقتل ونحوهما غيرهما .

ثم انه وقع الخلاف بينهم في انه في هذه الموارد هل يجلد الزاني اولاً ثم يقتل ان اتى بما يوجب الجلد كما عن جماعة منهم الحلّي والشهيدان في اللّمعّتين - ام يقتصر على القتل كما نسب الى المشهور - وهذا الاول انه مقتضى الجمع بين الأدلة الدالة على ان الزاني يحد وما دل على القتل في هذه الموارد - وايد ذلك بخبر ابي بصير المتقدم بدعوى انه ساواه مع الزاني اولاً ثم زاده عظماً - ومعلوم انه لا رجم على كل زان فلو رجمناه خاصة

(١) رواه ابو الفرج الاصبهاني - وابن هشام في سيرته في حكاية اسلام منيرة - وابن سعد في الطبقات الكبرى في قصة اسلام منيرة وغدره برفقائه - وعلى ابراهيم في تفسيره في ذيل الاية الكريمة وقالوا لم تؤمن كك الخ - وروى في السيرة الجلية ج ٣ ص ١٠٥ و ١٠٦ والخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ - وفي مجمع البحرين - باب حبس

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود

(٣-٤) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد الزنا حديث ٢٠١

لم تكن قد سويناه ببعض الزناة فيتعين اولا الجلد قضاء، للتسوية ثم القتل بالسيف لزيادته عظما - وبانه ربما يكون الزانى الشيخ المحصن الذى يجمع فيه بين الجلد والرجم اجماعا فلما اقتصرنا على القتل لزم كونه احسن حالامنه اذ انى باجنية مطاوعة - ولكن يرد على الاستدلال ان الظاهر من النصوص الواردة فيها كونها فى مقام بيان تمام ما يجب فتدل على عدم لزوم الجلد - واما خبر ابى بصير فقد مر ضعفه و تعين طرحه - وما ذكر اخيرا وجه استحسانى لا يصلح للتأييد ايضا - فالأظهر هو الاقتصار على القتل - نعم فى الزنا بزوجة الاب دل النصوص على الرجم وقدمت وفى الزنا بالمسلمة اذا كان الزانى ذميا يضرب حتى يموت ولا باس بالالتزام بهما فى مورد هما خاصة .

بيان حد الزانى المحصن والزانية المحصنة

(و اما الزانى بغير المحرمات نسبا او رضاعا) على فرض الحاق المحرمات الرضاعية بالمحرمات النسبية والافحكمهن حكم غير المحرمات بالنسب - (فان كان محصنا وهو الذى له فرج مملوك بالعقد الدائم او الملك يغدو اليه ويروح ويكون عاقلا جلد مائة جلدة ثم رجم ان رنى بمالغة عاقلة وان كان بصغيرة او مجنونة جلد خاصة وكذا المرأة المحصنة ترجم بعد الحد واحصانها كاحصان الرجل) فهيهنا احكام .

١ - لا خلاف ولا اشكال فى ان المحصن او المحصنة اذ انى اوزنت بمالغة عاقلة - او بالغ عاقل ثبت عليه الرجم بل عليه الاجماع و النصوص الاتية شاهدة به - وايضا لا خلاف ولا كلام فى انه ان كان شيخا او شيخة جلد ثم رجم - انما الكلام فى انه ان كان شابا او شابة فهل يقتصر على الرجم كما عن الشيخ فى كتابى الحديث وبنى زهرة وحمزة وسعيد - ام يجمع بين الحدين كما عن الشيخين و المرتضى والحلى وعامة المتأخرين بل عن الانتصار انه من متفردات الامامية وقريب منه ما عن الخلاف .

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها طائفتان .

الاولى ما دل على القول الاول - كخبر (١) عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام اذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبة لهما واذا زنى النصف من الرجال رجم ولم يجلد اذا كان قد احصن واذا زنى الشاب الحدث السن جلد ونفى سنة من مصره ونحوه خبر (٢) عبدالله بن سنان الا انه قال الشيخ والشيخة - وخبر (٣) ابي بصير عنه عليه السلام الرجم حد الله الاكبر والجلد حد الله الاصغر - فاذا زنى الرجل المحصن رجم ولم يجلد - وخبر (٣) ابي العباس عنه عليه السلام رجم رسول الله ﷺ ولم يجلد وذكروا ان عليا عليه السلام رجم بالكوفة وجلد فانكر ذلك ابو عبدالله وقال ما نعرف هذا اى لم يحد رجالا حدين جلدا ورجم في ذنب واحد .

الثانية ما يدل على الجمع بين الحدين - كصحيح (٥) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في المحصن والمحصنة جلد مائة ثم الرجم - وخبر (٦) زرارة عنه عليه السلام المحصن يجلد مائة ويرجم والذي لم يحصن يجلد مائة جلدة الحديث - وصحيح (٧) الفضيل عن الصادق عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق من حدود الله مرة واحدة الى ان قال الا الزانى المحصن فانه لا يرجمه حتى يشهد عليه اربعة شهداء فاذا شهد واضربه الحد مائة جلدة ثم ترجمه الحديث .

وفي المقام روايات اخر مشعرة ان لم تكن دالة بعدم وجوب الجلد - منها خبر (٨) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في امرئة ذات بعل زنت فحملت وقتلت ولدها تجلد مائة جلدة لقتلها ولدها وترجم لانها محصنة - فانها ظاهرة في ان على المحصنة الرجم خاصة - ومنها - صحيح (٩) البصري عن ابي عبدالله عليه السلام كان على عليه السلام يضرب الشيخ والشيخة مائة ويرجم المحصن والمحصنة ويجلد البكر والبكرة وينفيهما سنة

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث ١١-١٠-٩-٨-٧

(٧) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٨) الوسائل باب ٣٧ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٩) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث ١٢

فان التفصيل قاطع للشركة .

وحيث ان الجمع بين المتعارضين لا يمكن فيتعين الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم الطائفة الثانية لموافقتها لقتوى اكثر الاصحاب بل جلهم وهي اول المرجحات - فالأظهر هو الجمع بين الحدين .

٢ - اذ اننى المحصن البالغ بالصغيرة غير البالغة تسع سنين او بالمجنونة فعليه الحد خاصة لا الرجم كما ذهب اليه الشيخ في النهاية وابن سعيد كما حكى وعن الروضة دعوى الشهرة على عدم الرجم فى الثانى - واستدل له بنقص اللذة فى الصغيرة - وفحوى نفى الرجم عن المحصنة اذا زنى بهاصبى كما سيأتى - والاصل ونقص حرمتها بالنسبة الى الكاملة ولذا لم يحدقا فهما - ولكن الجميع كما ترى لا تصلح مقيدة لاطلاق ما دل على رجم المحصن - وما دل على ان البالغ اذا زنى بالصبية أو المجنونة عليه الحد الظاهر فى الحد الكامل - ففى موقوف (١) ابن بكير عن ابى مريم عن الصادق عليه السلام فى غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأة وفجر بامرأة اى شىء يصنع بهما قال عليه السلام يضرب الغلام دون الحد ويقام على المرأة الحد قلت جارية لم تبلغ وجدت مع رجل يفجر بها قال عليه السلام تضرب الجارية دون الحد ويقام على الرجل الحد ونحوه غيره - فان نقص اللذة ممنوع - وصلاحيته للتقييد ايضا ممنوع - والاولوية ليست قطعية - والاصل لا يجرى مع اطلاق الدليل - فالأظهر ما عن جماعة من ان عليه الرجم ايضا كالزانى بالبالغة العاقلة .

بيان موضوع الاحصان

٣ - لا يثبت الاحصان الا مع كونه عاقلا بالغاوله فرج مملوك بالعقد الدائم يغدو عليه ويروح اى يكون متمكنا من الوطء متى اراد بلا خلاف الا فى اعتبار العقل - وقدمر الكلام فى البلوغ والعقل - ويشهد لاعتبار ان يكون له فرج مملوك بالعقد الدائم

يغدو عليه ويروح ولا يكفى المتعة - جملة من النصوص - كصحيح (١) ابن سنان عن اسماعيل ابن جابر عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت ما المحصن يرحمك الله قال عليه السلام من كان له فرج يغدو ويروح فهو محصن - وموثق (٢) اسحاق عن ابي ابراهيم عليه السلام في حديث قلت فان كانت عنده امرأة متعة اتحصنه فقال لا انما هو على الشيء الدائم عنده - وصحيح (٣) هشام و حفص البخري عن من ذكره عن الصادق عليه السلام في رجل يتزوج المتعة تحصنه قال عليه السلام الا انما ذاك على الشيء الدائم عنده - ونحوها غيرها - ولا يهمننا البحث في ان الاحصان يثبت بالامة ام لا .

وهل يعتبر الدخول في الفرج المملوك له قبل الزنا لتحقيق الاحصان كما عن النهاية والمبسوط و السرائر والجامع والاصباح والغنية مدعيا عليه الاجماع وجمع من المتأخرين - ام لا يعتبر كما هو مقتضى اطلاق كلمات كثير من القدماء وان حملها سيد الرياض على الغالب - وجهان اظهرهما الاول - لصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الرجل يزني ولم يدخل باهله ايحصن قال عليه السلام لا ولا بالامة ونحوه غيره .

وهل يعتبر الدخول في القبل ام يكفي الدخول في الدبر ذهب سيد الرياض الى الاول قائلا انه صرح به جماعة من غير خلاف بينهم اجدد الامن اطلاق نحو عبارة المتن واستدل له بصحيح محمد بعد حمله على الغالب - ويرد عليه ما تكرر منا من ان الغلبة لاتصلح لتقييد الاطلاق و مقتضى اطلاق الدخول الشمول للوطء دبرا كساير الاحكام المتعلقة على الدخول .

ثم انه لا خلاف في اعتبار التمكن من الوطء على وجه يغدو عليه ويروح اذا

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب حد الزنا حديث ٢-٣

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب حد الزنا حديث ٩

شاء في تحقق الاحصان كما مر - فمن له زوجة غائبة في بلد آخر اذا زنى لا يكون محصنا كما صرح به في جملة من النصوص ففي - صحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام الغيب والغيبه ليس عليهما رجم الا ان يكون الرجل مع المراءة والمراءة مع الرجل - وحسن (٢) الحذاء عن ابي جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في الرجل الذي له امرأة بالبصرة ففجر بالكوفة ان يدرأ عنه الرجم يضرب حد الزاني وقضى في رجل محبوس في السجن وله امرأة حرة في بيته في المصر وهو لا يصل اليها فزنى في السجن فقال (ع) عليه الحد ويدراً عنه الرجم ونحوهما غيرهما - وبهما يظهر ان الميزان كونها معه بحيث يصل اليها فلا يكفي مجرد كونهما في بلد واحد .

وهل فرق بين الحيض والغيبة كما هو المنسوب الى الاصحاب ام لا - الظاهر ذلك لانه يتمتع من الحائض بمادون موضع الحيض بخلاف الغيبة سيما على المختار من جواز الوطء دبرا على كراهية - ثم ان الميزان في الغيبة هو العرف - وفي خبري (٣) عمر بن يزيد . ومحمد بن الحسين تحديد ذلك بمسافة القصر - لكن في الشرايع والجواهر وغيرهما انهما مهجور ان لا يصلحان لان يستند اليهما في الحكم ٤ - احصان المراءة كاحصان الرجل بالاخلاف وعن الغنية دعوى الاجماع عليه - والمراد من تمكنها من الزوج ارادته الفعل على الوجه المزبور لا ارادتها متى شئت ضرورة عدم كون ذلك حقالها - روى الحذاء (٤) في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام عن امرأة تزوجت برجل ولها زوج فقال عليه السلام ان كان زوجها الاول مقيما معها في المصر التي هي فيه تصل اليه و يصل اليها فان عليها ما على الزاني المحصن الرجم وان كان زوجها الاول غائبا ومقيما معها في المصر لا يصل اليها ولا تصل اليه فان عليها ما على الزانية غير المحصنة الحديث .

(١-٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث ١

٥ - لو طلق الرجل المرأة بالطلاق البائن يخرج كل منهما به عن الاحصان (و) عليه ف (لوراجع المخالعة لم يرجم حتى يطقاً) لأنها حينئذ بحكم الزوجة الجديدة وقد مر اعتبار الوطء في صدق الاحصان (وكذا العبد اذا اعتق والمكاتب اذا تحرر).

٦ - (ولو زنت المحصنة بصغير حدث) ولا رجم عليها - كما عليه جماعة واستدل له بصحيح (١) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة قال عليه السلام يجلد الغلام دون الحد وتجلد المرأة الحد كاملاً قيل فان كانت محصنة قال عليه السلام لا نرجم لان الذي نكحها ليس بمدرک ولو كان مدرکا رجمت (ولو كان بمجنون رجمت) لاطلاق الادلة - والقياس على الصبي مع الفارق

بيان حد الزاني غير المحصن

(وان كان) الزاني (غير محصن جلد مائة سوط) اجماعاً كتاباً وسنة مستفيضة

(وحلق رأسه) كما عن الشيخين وسالار وابني حمزة وسعيد والمصنف به بل لم يحك فيه خلاف وان حكى عن الصدوق والعماني والاسكافي والشيخ في الخلاف والمبسوط وابن زهرة عدم التعرض له - ويشهد به خبر (٢) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فزنى ما عليه قال عليه السلام يجلد الحد ويحلق رأسه ويفرق بينه وبين اهله وخبر (٣) حنان بن سدير عن الصادق عليه السلام عن البكري ففجر وقد تزوج ففجر قبل ان يدخل باهله فقال (ع) يضرب مائة ويجز شعره وينفى عن المصر حولاً ويفرق بينه وبين اهله - المنجبر ضعفهما بعمل الاصحاب - وجز الشعر في الثاني محمول على ما في الاول من الحلق - وظاهرهما حلق تمام الرأس - فما عن المقنعة والمراسم والوسيلة من تخصيصه بالناسية لا ادري له وجهها.

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٧ من ابواب حد الزنا حديث ٨-٧

ثم ان الخبرين يختصان بالزانى المملك وهو من له فرج مملوك ولم يدخل بها فاسراء الحكم الى غير المملك انما هو من جهة عدم القول بالفصل فتدبر -
ثم انه لاخلاف (و) لا اشكال فى انه مضافا الى الجلد والحلق يد (غرب عن البلد سنة) فى الجملة وفى المسالك هذه الثلاثة تجب على البكر اتفاقاً والنصوص تدل عليه - ففى صحيح (١) البصرى عن الصادق (ع) كان على عليه السلام يجلد البكر والبكرة وينفيهما سنة - وفى صحيح (٢) الحلبي عنه (ع) والبكر والبكرة جلد مائة ونفى سنة ونحوهما غيرهما .

انما الخلاف فى تفسير البكر - فقل من املك اى تزوج امرئة دواما ولم يدخل ذهب الى ذلك الشيخ فى النهاية واتباعه وجماعة واختاره العلامة فى المختلف والتحرير كذا فى المسالك - وعن الشيخ فى كتاب الفروع والحلى والمحقق والمصنف فى جملة من كتبه واكثر المتأخرين ان المراد بالبكر غير المحصن وقد ينسب ذلك الى الشهرة بل عن ظاهر السرائر وصريح الخلاف الاجماع عليه .

وجه الاول جملة من النصوص - كصحيح (٣) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام فى حديث وقضى (اى على عليه السلام) فى البكر والبكرة اذا زنيا جلد مائة ونفى سنة فى غير مصرهما وهما اللذان قد املكا ولم يدخل بها - وضعفه فى المسالك لاشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره - ويرده - ان المراد به فى الخبر بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة - واما النصوص الاخر المتضمنة لثبوت التغريب على المملك فلعدم المفهوم لها لاتصلح لان يستند اليها فى ذلك - ووجه الثانى اطلاق - خبر (٤) عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام فى حديث اذا زنى الشاب الحدث السن جلد ونفى سنة من مصره فانه عام خرج عنه المحصن بالاجماع والنص وبقى غيره - وخبر (٥) سماعة عنه عليه السلام اذا زنى

الرجل ينبغي للامام ان ينفيه من الارض التي جلد فيها الى غيرها وانما على الامام ان يخرج من مصر الذي جلد فيه ونحوهما - خبر (١) ابي بصير - وخبر (٢) مثنى الحنات .

ولكن النصوص الاخيرة على فرض الانغماس عن الايرادات الواردة عليها من ضعف السند و اختلاف النسخ تكون اعم مطلق من صحيح ابن قيس في قيد اطلاقها به - اللهم الا ان يقال انه لم يعلم كون التفسير فيه من الامام عليه السلام - اضاف اليه اشتماله على نفى المرأة ايضا ولم يقل به احد - وعليه فلا مقيد لاطلاق النصوص الاخيرة ولا اقل من التردد فتحصل الشبهة الدائرة وعلى ذلك فالظاهر اختصاص التغريب بالمملك .

ثم ان المراد بالمصر الذي ينفي عنه - هل هو المصر الذي زني فيه - او الذي جلد فيه - او هو الذي وطنه وجوم - قد يقال ان اوجهها الاخير كما هو ظاهر صحيح ابن قيس بل وخبر عبد الله - بل لا يبعد دعوى صراحة الصحيح لقوله عليه السلام ونفي سنة في غير مصرهما فان مصر اضيف اليهما - ولكن صريح اخبار سماعة و ابي بصير ومثنى الحنات هو الثاني وبقرينة تلكم النصوص يحمل صحيح ابن قيس عليه فهو الاظهر .

ثم ان المشهور بين الاصحاب بل قيل (و) لاختلاف فيه انه (ليس على المرأة والملوك جز ولا تغريب) وعن غير واحد دعوى الاجماع عليهما - اما الجز فلا اختصاص دليله بالرجل - واما التغريب فصحيح ابن قيس ظاهر في ثبوته عليها لكن الشهرة العظيمة والاجماع المحكى وما في كلماتهم من العلل من ان المرأة عورة يقصدها الصيانة ومنعها عن الاتيان بمثل ما فعلت و لا يؤمن عليها ذلك في الغربية وغير ذلك تصلح مقيدة للاطلاق خصوصا في مثل هذا الحكم الذي يكفى في نفيه الشبهة الدائرة .

ولو تكرار الزنا من غير المحصن

ولو تكرار الزنا (فان زنى بعد الحدث ثانية تكرار الحد) بخلاف لاطلاق الادلة (وان لم

يحد كفى حد واحد) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر و ادعى عليه الشهرة المطلقة جماعة ومنهم الفاضل في المختلف بل ظاهره بلوغها الاجماع كذا في الرياض .

و استدلو له بوجوه بينة الضعف - فالحق ان يقال انه بناء على المختار من اصالة عدم تعدد المسببات بتعدد الاسباب فالامر واضح .

واما على القول الاخر وهو اصالة التعدد - فقد يستدل له كما في الجواهر بان التامل الجيد في تعليق الحكم في الآية الشريفة على الزاني والزانية يقتضى ذلك ضرورة كون التعدد في اشخاص الزنا حينئذ كالتعدد في اسباب الحدث والنجاسة غير موجب لتعدد السبب - وفيه - انه في ذنبك الموردين انما يقال ان السبب للطهارة هو الحدث والنجاسة و كل منهما و احد لا تعدد فيه والاسباب المتكثرة لا توجب تعدد السبب و ليس الامر في المقام كك فان الآية الكريمة نظير النصوص كساير القضايا الشرعية انما تكون من قبيل القضايا الحقيقية متضمنة لترتب الحكم على كل فرد من افراد الموضوع اذا تحقق في الخارج فالزاني اذا زنى يصدق عليه هذا العنوان فيثبت له وجوب الجلد مائة ثم ان زنى ثانيا يصدق عليه فرد آخر من ذلك العنوان فالسبب متعدد - وان شئت قلت ان هذا البرهان لو تم لزم الالتزام باصالة عدم تعدد الاسباب في جميع الموارد بناء على ما هو الحق من رجوع القضايا الشرطية الى القضايا الحقيقية وان الشروط للموضوع تكون من قبيل عناوينه - فقولنا ان ظهرت فكفر مرجعه الى ان المظاهر يكفر فيلزم من البرهان المزبور القول بعدم تعدد الكفارة في المثال ايضا - وبالجمله المفروض في المقام البناء على اصالة تعدد الاسباب والمسببات فلا يتم ما افاده

وربما يستدل له كما في الرياض بان لازم التعدد مطلقا و لو كان المزنى بها

مكرراً واحدة ولم يقل به أحد من الطائفة و عليه فلا يمكن الأخذ بقاعدة التعدد فلا بد من البناء على المنع من التعدد مطلقاً أو التفصيل بين كون المزنى بها واحدة أو متعددة كما عن الاسكا في الصدوق والثاني غير ممكن لعدم الدليل عليه فيتعين الأول - وفيه انه لو سلم ان مقتضى القاعدة هو التعدد فنفس تلك القاعدة دليل على التفصيل بضميمة الاجماع فانه انما يوجب التقييد بالنسبة الى المقدار المتيقن فيبقى الزايد تحت القاعدة فالعمدة في وجه عدم التعدد ما ذكرناه.

ثم ان ذلك كله فيما يقتضيه القاعدة - وفي المقام رواية خاصة دالة على التفصيل وهي رواية (١) ابي بصير عن الباقر عليه السلام عن الرجل يزني في اليوم الواحد مراراً كثيرة فقال عليه السلام ان كان زنى بامرأة واحدة كذا وكذا مرة فانما عليه حد واحد وان هو زنى بنسوة شتى في يوم واحد في ساعة واحدة فان عليه في كل امرئه فجر بها حداً - واورد عليها في المسالك بان في طريقها ضعفاً - مع انها غير حاصرة لاقسام المسألة - والظاهر ان نظره الشريف في التضعيف الى وجود علي بن ابي حمزة في الطريق والمراد به البطائني وقد ضعفه جماعة بل هو المشهور بين الاصحاب وان وثقه جمع من الاواخر - الا انه بضميمة اعراض الاصحاب عنها في المقام سيما وان الحكم حكم يدرأ بالشبهة يكفي في طرح الخبر ومعه لا يهمل البحث في كونها حاصرة او غير حاصرة

ثم ان ما ذكرناه تبعاً للمشهور من عدم التعدد انما هو مع عدم اختلاف حكم الزنا - والا فلواقتضى حدوداً مختلفة كان زنى بكرائم زنى محصناً توجه عليه الحدان معاً - لاطلاق الأدلة ولا مورد لتداخل المسببات - ولا ينافية لاطلاق العبارات لانها منصرفه عن هذه الصورة فالأظهر حترتب كلا الحكمين .

ثم انه بعد ما عرفت من انه ان توسط الحد بين فردين من الزنا تكرّر الحد (ف) اعلم - انه (ان زنى ثالثة بعد الحدين قتل) كما عن الصدوقين والحلي

وفي المتن (وقيل) و القائل المشهور يقتل (في الرابعة) بل عن الانتصار والغنية
 الاجماع عليه واستدل للاول - بصحيح (١) يونس عن ابي الحسن الماضي عليه السلام اصحاب
 الكبائر كلها اذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة - وخبر (٢) محمد بن سنان
 عن الرضا (ع) فيما كتب اليه وعلة القتل بعد اقامة الحد في الثالثة على الزاني والزانية
 لاستحقاقهما وقلة مبالاتهما بالضرب الخ - ولكن الصحيح مطلق يقيد اطلاقه بموثق (٣)
 ابي بصير قال ابو عبدالله (ع) (الزاني اذا زنا يجلد ثلاثا ويقتل في الرابعة يعني جلد
 ثلاث مرات - وخبر ابن سنان ان لم يكن ظاهرا في القول الثاني من جهة رجوع الظرف
 الى اقامة الحد لا الى القتل لاقل من اجماله فيبين بالموثق فالظاهر هو القتل في الرابعة
 ولا فرق في ذلك بين الزانية والزاني لاطلاق الادلة والى ذلك اشار المصنف ره بقوله
 (وكذا المرأة) .

اقامة الحد على الذمي والحامل

واما الثالث وهو البحث في اللواحق - فالكلام فيه في طي (مسائل الاولى
 المحاكم اقامة الحد على اهل الذمة او رفعه الى اهل ملته) ونحلته (ليقيموه عليه)
 على معتقدهم الذي يزعمونه حقا بلا خلاف اجده كما صرح به غير واحد - ويشهد به
 قوله (٤) تعالى « فان جائوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم » - ولاينا فيه قوله (٥)
 عز وجل لنبيه ﷺ « وانزلنا اليك الكتاب مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمننا
 عليه فاحكم بينهم بما انزل الله » لان الجمع بين الايتين يقتضي البناء على ان ذلك احد
 فردى التخيير - مع انه يمكن الاستدلال له بانه مقتضى الجمع بين ادلة اجراء الحدود

الشاملة لاهل الذمة و بين خبر (١) الحارث عن ابيه فيما كتبه امير المؤمنين عليه السلام الى محمد بن ابي بكر في مسلم فجر بامرأة نصرانية - ان اقم الحد فيهم على المسلم الذي فجر بالنصرانية وادفع النصرانية الى النصراني يقضون فيها ما شائوا هو ذلك - وبه يظهر الجواب عن خبر (٢) قرب الاسناد المتضمن لاجراء حكم المسلم على الذمي الزاني .

ثم ان ظاهر الآية الكريمة وان كانت هوالتخير بين اجراء الحد والاعراض - ولكن بواسطة خبر الحارث الذي افتى الاصحاب على طبقه تحمل الآية على ارادة الاعراض بالدفع الى اهل ملته حتى يحكم فيه حاكمهم بما يرى .

(الثانية) فيمن لا يقيم عليه الحد - وفيها فروع - ١ - (لا يقيم الحد) رجما كان او جلدا (على حامل) و لومن زنا (حتى تضع) ولدها و تخرج من نفاسها (ويستغنى الولد) من الرضاع ان لم يوجد له مرضعة بالاخلاق - و يشهد به موثق (٣) الساباطي عن الصادق عليه السلام عن محصنة زنت و هي حبلى قال عليه السلام تقر حتى تضع ما في بطنها وترضع ولدها ثم ترجم - ومارواه (٤) المفيد في الارشاد عن امير المؤمنين (ع) انه قال لعمر وقد اتى بحامل قد زنت فامر برجمها فقال له علي عليه السلام هب لك سبيل عليها اي سبيل لك علي ما في بطنها و الله يقول ولا تزر وازرة وزر اخرى فقال عمر لاعتشت لمعضلة لا يكون لها ابو الحسن ثم قال فما اصنع بها يا ابالحسن قال عليه السلام احتط عليها حتى تلد فاذا ولدت و وجدت لولدها من يكفله فاقم الحد عليها وهو مروى (٥) من فعل الوصي مع المرأة التي اقرت عنده بالزنا فلم يرجمه حتى ولدت وارضعته حولين فاقام عليها الحد و كذا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم و مقتضى اطلاق الموثق و ان كان تاخير الحد الى بعد الرضاع و ان وجد

(١) الوسائل باب ٥٠ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٣ - ٤ - ٥) الوسائل باب ١٦ - من ابواب حد الزنا حديث ٤ - ٧ - ١

من يكفله الا ان الثاني يقيد بما اذا لم يوجد من يكفله والنصوص و ان اختصت بالرجم الا انه يثبت في الجلد ايضا بعدم القول بالفصل وبعموم التعليل في خبر الارشاد ولذلك قال في المسالك واطلاق المصنف المنع من اقامة الحد عليها بعد الوضع الى ان ترضع الولد يشمل الرجم والجلد و هو يتم في الاول دون الثاني الا بتقدير الخوف عليها من الجلد من الموت او ما يحصل معه الاذى على الولد - وفي التحرير صرح بعدم الفرق بين الجلد والرجم في انتظارها الى ان ترضع الولد اذا لم يحصل له من يكفله .

ثم انه في المرضوى (١) في المرأة التي اقرت عنده بالزنا بعد ما امهلها بالوضع و الارضاع ثم لما رضعته قال لها انطلقى فاكفليه حتى يعقل ان ياكل و يشرب ولا يتردى من سطح ولا يتهور في بئر - ولم ارمقيا به والظاهر ان وجه الامهال فيه عدم اكمال نصاب الاقرار قبله - والا فالظاهر انه ان لم يكن من يكفله يجب استيجار من يكفله من بيت المال ان لم يتبرع احد ولم يكن للولد مال اذ ليس في الحدود نظر ساعة اذ لا مانع .

٢- (ولا) يقام الحد اى الجلد على (المرضى ولا المستحاضة) حتى يبرأ كل

منهما بلا خلاف - ويشهد به قوى (٢) السكوني عن الصادق عليه السلام لا يقام الحد على المستحاضة حتى ينقطع الدم عنها - وخبره (٣) الاخر عنه عليه السلام اتي امير المؤمنين عليه السلام برجل اصاب حدا وبه قر ورح في جسده كثيرة فقال امير المؤمنين (ع) اقرره حتى يبرأ لا تنكؤها عليه فتقتلوه - وخبر (٤) مسمع بن عبد الملك عن ابي عبد الله (ع) ان امير المؤمنين (ع) اتي برجل اصاب حدا وبه قر ورح و مرض و اشبه ذلك فقال امير المؤمنين (ع) اخره حتى يبرأ لا تنكأ قر ورحه فيموت ولكن اذا برأ حددناه

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٣ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-٤-٦

هذا في الجلد (و) اما في الرجم فلا خلاف بينهم في انهما (يرجمان)
لاطلاق الادلة - ولما (١) دل على النهي عن تعطيل الحدود وانه ليس فيه نظر ساعه
والفرض ان نفسه مستوفاة - ونصوص التاخير مختصة بالجلد - اما ما ورد في المريض
فواضح - واما ما ورد في المستحاضة فبمناسبة الحكم والموضوع وفتوى الاصحاب
والمساق من لفظ الحد يحمل عليه .

ثم انه في الجلد طائفة اخرى من النصوص تدل على ان المريض يضرب بالصغث
المشتمل على العدد كخبر (٢) سماعة عن ابي عبدالله عن ابائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله
انه اتى برجل كبير البطن قد اصاب محر ما فدعا رسول الله صلى الله عليه وآله بعرجون فيه
مائة شمر اخ فضربه مرة واحدة فكان الحد - وخبر (٣) يحيى بن عباد المكي قال لي
سفيان الثوري اني ارى لك من ابي عبدالله (ع) منزلة فسله عن رجل زنى وهو مريض
ان اقيم عليه الحدمات ما تقول فيه الى ان قال فقال ابو عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله
اتى برجل احبب مستسقى البطن قد بدت عروق فخذه وقد زنى بامرأة مريضة فامر
رسول الله صلى الله عليه وآله بعذق فيه شمر اخ فضرب به الرجل ضربة وضربت به المرأة ثم خلى سبيلهما
ثم قرأ هذه الآية وخذ بيدك ضعفنا الخ ونحوهما اخبار اخر .

والاصحاب جمعوا بينها وبين ما دل على الامهال بحمل هذه على ما (لواقتضت
المصلحة تقديم حد المريض) قالوا في هذه الصورة (ضرب بضغث فيه مائة سوط
دفعه) ولعله من جهة ان اكثر النصوص الاخيرة قضايا في وقايح - فالمتيقن منها
ما ذكره - ومن المصلحة عدم رجاء البرء كالمسل والزمانة وضعف الخلقة
ثم ان المريض الذي يمهل في الجلد انما هو من يخاف عليه الموت لو جلد كما
في النصوص ولو لم يكن يخاف عليه ذلك فلا وجه لتاخير حده .

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الحدود

(٢-٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٧-١

لايقام الحد في شدة الحر والبرد ولا في ارض العدو

٣- (ولا يقام) الحد اي الجلد (في شدة الحر ولا البرد) خشية من الهلاك بتعاون الجلد والهواء ولكن يؤخر الى اعتدال الهواء وذلك في وسط نهار الشتاء وطر في نهار الصيف ونحو ذلك مما يراعى فيه السلامة- روى (١) هشام بن احمر عن العبد الصالح عليه السلام قال كان جالسا في المسجد وانا معه فسمع صوت رجل يضرب صلاة الغداة في يوم شديد البرد فقال ما هذا قالوا رجل يضرب فقال سبحان الله في هذه الساعة انه لا يضرب احد في شيء من الحدود في الشتاء الا في آخر ساعة من النهار ولا في الصيف الا في ابرد ما يكون من النهار- وفي خبر (٢) ابي داود المسترق عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام اذا كان في البرد ضرب في حر النهار واذا كان في الحر ضرب في برد النهار ونحوهما غيرهما - وظاهر النصوص والفتوى ان الحكم على وجه الوجوب لا الاستحباب فلو اقامه لا كك ضمن لتفريطه كما في المسالك .

٤- (ولا) يقام الحد ايضا (في ارض العدو) وهم الكفار مخافة ان تحمل المحدود الحمية فيلحق بهم - للخبر (٣) عن الباقر عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لا يقام على احد حد بارض العدو - وفي خبر (٤) غياث عنه عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام لاقيم على رجل حدا بارض العدو حتى يخرج منها مخافة ان تحمله الحمية فيلحق بالعدو والعلة مخصوصة بحد لا يوجب القتل - كما ان فتوى الاصحاب مختصة به .

٥- (ولا) يقام الحد (على الملتجئ الى الحرم) مراعاة لحرمه الحرم -

(و) لكن (يضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج فيقام عليه الحدود)

لقوله تعالى (٥) «ومن دخله كان امنا» ولصحيح (٦) هشام بن الحكم عن ابي عبد الله (ع)

(٢-١) الوسائل باب ٧ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-١

(٣-٤) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-١

(٥) سورة آل عمران آية ٩٨

(٦) الوسائل باب ٣٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

في الرجل يجنى في غير الحرم ثم يلجأ الى الحرم قال عليه السلام لا يقيم عليه الحد ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلم ولا يبايع فانه اذا فعل ذلك يوشك ان يخرج فيقام عليه الحد وان جنى في الحرم جنابة اقيم عليه الحد في الحرم فانه لم ير للحرم حرمة - وتقدم الكلام في ذلك وفروعه في كتاب الحج .

ثم انه من ذيل الصحيح يظهر تمامية ما افاده بقوله (ولو زنى في الحرم حذفيه) والمراد بالحرم مكة المشرفة - والحق بهافي محكي النهاية والتهذيب حرم النبي صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام وهي مشاهد هم المشرفة - ولم تنف له على مأخذ صالح كما في المسالك .

لواجتمع الجلد والرجم

(الثالثة لواجتمع الجلد والرجم) على احد (بدأ بالجلد) ثم رجم - وكذا لو

اجتمع على احد حدود بدأ بما لا يفوت معه الاخر بلا خلاف - لانه مقتضى العمل بالدليلين وامثال الحكمين - ولصحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام ايمار رجل اجتمعت عليه حدود فيها القتل يبدأ بالحدود التي هي دون القتل ثم يقتل بعد ذلك - ومثله حسنا (٢) حماد بن عثمان عن ابي عبد الله - وابني سنان وبكير جميعا عنه عليه السلام - وخبر (٣) محمد ابن مسلم عنه عليه السلام في الرجل يؤخذ وعليه حدود احدها القتل فقال كان على (ع) يقيم عليه الحدود ثم يقتله ولا تخالف عليا - وخبر (٤) سماعة عنه (ع) قضى امير المؤمنين عليه السلام فيمن قتل وشرب خمرأ وسرق فاقام عليه الحد فجلده لشر به الخمر وقطع يده في سرقته وقتله بقتله ونحوها غيرها .

وهل يجب تاخير الرجم عن الجلد حتى يبرأ منه كما عن الشيخين والحلي والقاضي وبني زهرة وحزمة وسعيد تاكيد اللزجر - ام يستحب ذلك كما عن الحلي ومال اليه جماعة من المتأخرين لان القصد الاتلاف فلا فائدة في التأخير وانما يصلح الوجه

المذكور سند الاستحباب دون اللزوم - ام لا يجوز التأخير لمادل (١) على عدم تأخير الحدود ساعة - ام يجب التأخير بيوم كما عن الاسكافي لمادل (٢) على ان الامير ^{عليه السلام} جلد شراحة يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة وجوه - اقواها بحسب الدليل الثالث - ولكن في الرياض دعوى اتفاق الاصحاب على جواز التأخير والله العالم (و) لا (يُدفن المرحوم) الا (الى حقويه) والحقو معقد الازار على الاشهر بل عليه عامة من تأخر كما في الرياض - ويشهده موثق (٣) سماعة عن ابي عبدالله (ع) تدفن المرأة الى وسطها ثم يرمى الامام ويرمى الناس باحجار صغار ولا يدفن الرجل اذا رجم الا الى حقويه ونحوه غيره .

(و) اما (المرأة) فتدفن (الى صدرها) على المشهور كما في الجواهر - ولكن الظاهر كفاية الدفن الى وسطها وجواز الدفن الى الاعلى من الصدر حتى الترقوة - لان ذلك هو مقتضى الجمع بين مادل (٣) على ان المرأة تدفن الى وسطها - وما دل على انها تدفن الى دون موضع الثديين كخبر (٥) ابي مريم عن الباقر (ع) في امرأة اتت الوصي (ع) الى ان قال فحفر لها حفيرة في الرحبة وخاط عليها ثوبا جديدا و ادخلها الحفيرة الى الحقوة دون موضع الثديين الحديث - ومادل على الحفر الى الصدر كالمرسل (٦) المتضمن لحفر النبي ^{صلوات الله عليه وآله وسلم} للعامة الى الصدر - ومادل (٧) على الحفر الى العنق .

وقد يقال ان المراد من الجميع هو الحفر الى الصدر - اما المرسل فواضح واما

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الحدود

(٢) الخلاف ج ٣ ص ١٧٥ المستدرک للحاكم ج ٤ ص ٣٦٥

(٣ - ٤) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٣ - ١

(٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٦) المبسوط كتاب الحدود

(٧) المستدرک باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ٥

خبر ابى مريم فلان دون التدين اول الصدر واما الموثقات المتضمنة للحفر الى الوسط فمن جهة التفصيل بينها وبين الرجل فى بعضها اذ لو لم يرد من الوسط الصدر لم يكن فرق بينها وبين الرجل ضرورة قرب الحقوة من السرة على وجه لا يظهر فى الدفن .
ولابأس به ثم ان ظاهر النصوص والفتاوى كون ذلك على وجه اللزوم وفى المسالك حملها على الاستحباب لان طريق الروايات غير نقية ولكنها كافية فى اقامة السنة - وفيه اولا ان جملة منها موثقات - وثانيا انه لو سلم الضعف فهو باسناد الاصحاب منجبر - ثم ان فى المقام اقوالا اخر غير ظاهر المآخذ لاحاجة الى ذكرها .

(فان فر احدهما) من الحفيرة (وقد ثبت) الحد (باليمين اعيد وان كان) ثابتا (بالاقرار لم يعد) على المشهور وعن كشف اللثام دعوى الاجماع على الاول - واما الثانى فهو المنسوب الى الاصحاب ولكن عن النهاية والوسيلة وفى المتن لم يعد (مع اصابة الحجر) والاعيد ايضا .

والمستند روايات كخبر (١) الحسين بن خالد عن ابى الحسن عليه السلام قال قلت اخبرنى عن المحصن اذا هرب من الحفيرة هل يرد حتى يقام عليه الحد فقال عليه السلام يرد ولا يرد فقلت وكيف ذاك فقال عليه السلام ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيرة بعدما يصيبه شئ من الحجارة لم يعد وان كان انما قامت عليه البينة وهو يجحد ثم هرب رد وهو صاغر - وخبر (٢) ابى بصير قلت له اى لابي عبدالله عليه السلام المرجوم يفر من الحفيرة فيطلب قال عليه السلام لا ولا يعرض له ان كان اصابه حجر واحد لم يطلب فان هرب قبل ان يصيبه الحجارة رد حتى يصيبه الم العذاب - ونحوه خبره (٣) الاخر - ومرسل (٤) الصدوق سئل الصادق عليه السلام عن المرجوم يفر قال (ع) ان كان اقر على نفسه فلا يرد وان كان شهد عليه الشهود يرد ونحوها - غيرها وهذه النصوص كما تراها مختلفة من حيث

المضمون مقتضى - اطلاق المرسل رد من اقيمت البينة عليه وعدمه ان كان اقر على نفسه اصابه حجر ام لا - ومقتضى خبرى ابي بصير ان من اصابه حجر لا يرد قامت البينة عليه او اقر على نفسه و من لم يصبه حجارة يرد من غير فرق بين الثبوت بالبينة او الاقرار فالنسبة بين الطائفتين عموم من وجه - ولكن خبر ابن خالدا خص منهما وهو يدل على ان المقر لا يرد ان اصابه حجارة ومن اقيمت عليه البينة يرد وظاهره الرد لو كان ذلك بعد اصابة الحجارة بقرينة التفصيل فصدره يقيد اطلاق المرسل وذيله يقيد اطلاق خبرى ابي بصير ويرفع التعارض بذلك - فما افاده الماتن مقتضى الجمع بين الاخبار .

بقي في المقام امور - ١ - ان ما ذكرنا هو في الرجم واما في الجلد فلا ينفع الفرار ولو كان ثبوت زناه بالاقرار وفر بعد حصول شيء منه بلا خلاف للاصل - بعد اختصاص النصوص بالرجم - والخبر (١) عيسى بن عبدالله - قلت لابي عبدالله عليه السلام الزاني يجلد فيهرب بعد ان اصابه بعض الحد أوجب عليه ان يخلاعه كما يجب للمحصن اذا رجم قال عليه السلام لا ولكن يرد حتى يضرب الحد كاملا الحديث .

٢ - (ويبدأ الشهود بالرجم) اذا كان الحد ثابتا بالبينة وجوبا كما هو ظاهر الاكثر (٢) لمرفوع عبدالله بن المغيرة وصفوان وغير واحد الى ابي عبدالله (ع) الذي هو كالصحيح والعمل على طبقه اذا قامت البينة كان اول من يرميه البينة ثم الامام ثم الناس ونحوه غيره .

(وفي الاقرار) يبدأ (الامام) كما صرح به غير واحد وفي صدر المرفوع المتقدم اذا اقر الزاني المحصن كان اول من يرميه الامام ثم الناس ولكن يعارضه ما تضمن (٣) قصة ما عز الذي لم يحضره النبي ﷺ فضلا عن بدئته - و الجمع يقتضي الحمل على

(١) الوسائل باب ٣٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

الاستحباب - اللهم الا ان يقال انها قضية في واقعة ولعل عدم حضوره (ص) كان لمانع - واما ذيله الدال على بدئية الشهود فلا صارف عن ظهوره في الوجوب فينبى عليه - ومادل (١) من النصوص على بدئية الامام مطلقا لا يصلح قرينة لذلك فانه مطلق - والجمع بينه وبين المرفوع يقتضى التقييد به - كما ان كون الصدر متضمنا لبيان حكم استحبابى لا يصلح قرينة لحمل الذيل عليه بناء على ما هو الحق من خروج الوجوب والاستحباب عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه فليس مورد الوحدة السياق - مع انه قد عرفت انه ايضا وجوبى فالظاهر كون الحكم على وجه الوجوب فى الموردين .

٣- ينبغى للحاكم اذا اراد استيفاء الحدان يعلم الناس ليتوفروا على حضوره تاسيا بالامير عليه السلام حيث كان يعلم الناس عند اقامة الحد - اصف اليه ان فى مثل ذلك زجراله ولغيره عن مثل فعله .

٤ - قال الشيخ وجماعة انه يستحب ان يحضر اقامة الحد طائفة - وعن الحلبي والمحقق فى النافع وجماعة انه يجب ذلك - والمستند الاية الكريمة (٢) «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» وظاهرها الوجوب واختلفوا فى تفسير الطائفة - فعن النهاية والجامع والقواعد والنافع وغيرها ان اقل الطائفة واحد - وعن عكرمة ان اقلها اثنان - وعن الحلبي اقلها ثلاثة وقيل اقلها اربعة - وعن الحسن والخلاف اقلها عشرة وعن المختلف وغيره احواله ذلك الى العرف - والاول حسن لخبر (٣) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن امير المؤمنين عليهم السلام فى الاية الكريمة الطائفة واحد الحديث - ويؤيده ان الطائفة بمعنى القطعة فتصدق على الواحد - وايضا يؤيده قوله تعالى (٤) «وان طائفتان من المؤمنين اقتتلا بدليل قوله فاصلحوا بين اخويكم» .

٥ - لا اشكال فى انه لا يقتل المرجوم بالسيف ولا بالرمى بصخرة واحدة

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٢) سورة النور آية ٣

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٤) الحجرات آية ١٠

لعدم صدق الرجم - وينبغى ان يكون الحجارة التى يرجم بها صفاراً كما فى النصوص
فى الموثق (١) المتقدم ثم يرمى الناس بعد باحجار صفار ونحوه غيره لئلا يسرع
التلف وعن كشف اللثام ولا يرجم بحصى صفار حدا يعذب بطول الضرب مع بقاء الحياة .
٦ - قالوا لا يرجمه من الله قبله حد - ولكن المشهور بينهم كونه على وجه
الكراهة - والمدرک الروايات (٢) الخاصة وفيها الصحيح وغيره - وظاهرها عدم الجواز
الا ان الظاهر قيام الاجماع على عدم الحرمة فيه يرفع اليد عن ظاهر الاخبار وتحمل
عليها - ولا اختصاص للحكم بمن عليه حد مماثل للذى اقيم على المحدود فان بعض
النصوص وان اقتص به الا ان بعضها الاخر مطلق وحيث انها مثبتان فلا يحمل احدهما
على الآخر .

ثم انه عرفت ان التوبة توجب سقوط الحد - وعليه فلو تاب ورجمه لامانع عنه
ومافى الصحيح (٣) انه لما نادى امير المؤمنين عليه السلام لا يقيم الحد من الله عليه حد فمن
كان الله عليه مثل ماله عليها فلا يقيم عليها الحد قال فانصرف الناس يومئذ كلهم ما خلا
امير المؤمنين والحسن والحسين عليه السلام فاقام هؤلاء الثلاثة عليها الحد يومئذ وما معهم
غيرهم - لا ينافى ذلك فانه وان كان من المستبعد جدا عدم توبتهم جميعا فى ذلك الوقت
الا انه من الجائز عدم علمهم بالحكم .

ثم ان الظاهر عدم الفرق فى الحكم المزبور بين ما لو ثبت الحد بالبينة او
الاقرار - وكون مورد النصوص خصوص صورة الاقرار لا يخصص الوارد - ووجوب
بدئة الشهود لا يصلح قرينة للاختصاص بمورد الاقرار فانه يجب عليهم التوبة فيما بينهم
وبين الله تعالى .

كيفية الجلد

(الرابعة يجرد) الرجل الزانى (للجلد) كما هو المشهور على ما عن غاية المرام لموثق (١) اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد قال عليه السلام اشد الجلد فقلت من فوق الثياب فقال بل يجرد - وفى موثق (٢) الاخر بل تخلع ثيابه - وعن الشيخ وجماعة بل عن جماعة دعوى الشهرة عليه وعن ظاهر الغنية ان عليه الاجماع انه يضرب على الحالة التى وجد عليها ان وجد عريانا ضرب عريانا وان وجد وعليه ثيابه ضرب وعليه ثيابه - و مدركه خبر (٣) طلحة بن زيد المنجبر ضعفه بالعمل - والجمع بينهما وبين الموثقين يقتضى البناء على ان المراد بهما مالو كان حين الزنا مجردا - وان ابيت عن ذلك فالمتعين العمل بخبر طلحة لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات .

وكيف كان فيجلد قائما - لموثق (٤) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام يضرب الرجل الحد قائما والمرئة قاعدة ويضرب على كل عضو ويترك الرأس والمذاكير .
(ويضرب اشد الضرب) كما هو الاشهر لموثق اسحاق المتقدم - ونحوه خبر محمد (٥) بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتب اليه وعلة ضرب الزانى على جسده باشد الضرب لمباشرته الزنا واستلذاد الجسد كله به الحديث - ومرسل (٦) حريز عن من اخبره عن ابي جعفر عليه السلام يفرق الحد على الجسد كله ويتقى الفرج والوجه ويضرب بين الضربين الذى قيل عمل به بعض ولم تتمحقه - لا يصلح ان يقاوم ما تقدم مضافا الى قصوره فى نفسه .

(ويتقى وجهه) ورأسه (وفرجه) كما فى النصوص المتقدمة - ويفرق الضرب على بقية جسده كله لانه كما فى الخبر (٧) استلذذ بجميع اعضائه - هذا كله فى الرجل

(وتضرب المرأة جالسة) بالاخلاف و موثق زرارة شاهد به .

(وقد ربطت عليه ثيابها) كما هو الأشهر - لأنها لا تهتك فتبدو جدها وهي

عورة و للامر به لما اريد رجمها في بعض (١) النصوص - في امرأة اقرت عند الوصي عليه السلام بالفجور قال فحفر لها حفيرة في الرحبة و خاط عليها ثوبا جديدا و ادخلها الحفيرة - وانه عليه السلام امر فشدت على الجهنمة ثيابها ثم رجمت .

وعن المقنع انه كالرجل في جلدها عريانا ان وجدت كك و مستنده اطلاق ما تقدم في الرجل لكن تلك النصوص مختصة بالزاني و الظاهر منه الرجل و ارادة الجنس منه بحيث يشمل الزانية تحتاج الى قرينة مفقودة - وقاعدة الاشتراك مع احتمال الخصوصية كما لا يخفى لا تجرى .

(الخامسة من تزوج بامة على حرة مسلمة فوطئها قبل الاذن كان عليه

ثمن حد الزاني) كما في النص (٢) (ومن زنى في زمان شريف) ك شهر رمضان

(او مكان شريف) كالمشاهد المشرفة والمساجد (ضرب زيادة على الحد) بالاخلاف

اجده فيه لمرفوع (٣) جابر عن ابي مريم قال اتى امير المؤمنين عليه السلام بالنجاشي

الشاعر قد شرب الخمر في شهر رمضان فضربه ثمانين ثم حبسه ليلة ثم دعا به من الغد

فضربه عشرين فقال له يا امير المؤمنين هذا ضربتني بثمانين في شرب الخمر وهذه

العشرون ما هي قال عليه السلام لتجرتك على شرب الخمر في شهر رمضان - وضعفه من جبر

بالعمل - وما فيه من العلة تدل على ثبوت الحكم في غير مورده .

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٤٩ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد المسكر حديث ١

من وجد رجلا يزني مع زوجته....

السادسة - اذا وجد الزوج رجلا يزني بزوجته وعلم بمطاوعتهاله فله قتلها ولا اثم عليه كما عن الشيخ وجماعة - وعن الحلبي تقييده باحصانها - ومقتضى اطلاق الاكثر عدم الفرق بين كون الفعل موجبا للرجم او الجلد كما لو كان الرجل غير محصن او كانا محصنين وسواء كان الزوج قد دخل ام لا - كان العقد دائما او متعة .

واستدل له بخبر (١) الفتح بن يزيد الجرجاني عن ابي الحسن عليه السلام في رجل دخل دار اخر المتلصص او للفقور فقتله صاحب الدار ايقتل به ام لا فقال عليه السلام اعلم ان من دخل دار غيره فقد اهدر دمه ولا يجب عليه شيء - والنبي (٢) من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية ولا قود - وبالنصوص (٣) الدالة على اهدار دم من اطلع على قوم ينظر الى عوراتهم - وما دل (٤) على اهدار دم من راود امرأة على نفسها حراما فقتلته - وبخبر (٥) ابي البختري عن جعفر عن ابيه انه قال اذا دخل عليك رجل يريد اهلك ومالك فاقتله فما تبعك منه من شيء فهو على - وبخبر (٦) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليه السلام اذا دخل عليك اللص يريد اهلك ومالك فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه وقال اللص محارب لله ولرسوله فاقتله فاما منك منه فهو على - وبمرسل (٧) الشهيد روى ان من رأى زوجته تزني فله قتلها - وبصحيح (٨) عبدالله بن سنان عن ابي

(١-٢) الوسائل باب ٢٧ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢-٣

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص في النفس

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب القصاص في النفس

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب الدفاع حديث ١

(٦) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المحارب حديث ٢

(٧) الوسائل باب ٤٥ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٨) الوسائل باب ٢١ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١

عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل تزوج امرأة فلما كان ليلة البناء عمدت المرأة الى رجل صديق لها فادخلته الحجلة فلما ذهب الرجل يباضع اهله ثار الصديق فاقتتلا في البيت فقتل الزوج الصديق وقامت المرأة فضربت الرجل فقتلته بالصديق قال عليه السلام تضمن المرأة دية الصديق وتقتل بالزوج .

ولكن شيئا من هذه النصوص غير مرسل الشهيد لا يدل على المطلوب - فان جملة منها تدل على جواز قتل من دخل داره بغير اذنه ولو كان ذلك للسرقة او ارادة الفجور وان لم يفجر - وجملة منها تدل على جواز ان تدفع المرأة عن نفسها وان استلزم القتل وبعضها يدل على ان لاشيء على من قتل من اقتتل معه في بيته - ثم انه ليس في شيء منها تعرض لحكم قتل الزوجة .

فالحق ان يستدل لجواز قتل الزاني بمرسل الشهيد - وبالصحيح (١) المتضمن لقول امير المؤمنين عليه السلام في جواب ما كتبه معوية الى ابي موسى من ان ابا الجسر بن وجد رجلا مع امرئته فقتله فاسئل لي عليا عليه السلام - ان جاء باربعة يشهدون على ما شهد والادفع برمته فانه يدل على جواز القتل له - غاية الامر لاثبات ان قتله اياه كان لرؤيته اياه مع زوجته لا لغير ذلك لا بد وان يقيم الشهود كما اشار الامام عليه السلام في خبر (٢) داود بن فرقد - انه ان استقام هذا ثم شاء ان يقول كل انسان لعدوه دخل بيتي فقتلته - وعلى ذلك فان لم يقدر على اثبات ذلك في ظاهر الشرع يحكم عليه بحكم القاتل ولكن لاشيء عليه بينه وبين ربه .

وبذلك يظهر انه لا منافاة بين فتوى الاصحاب وهذه النصوص وبين صحيح (٣) داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام ان اصحاب النبي صلى الله عليه وآله قالوا للسعد بن عباد لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به قال كنت اضربه بالسيف قال فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ماذا يا سعد قال سعد قالوا لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت

(١-٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢-٣

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

صانعا به فقلت اضربه بالسيف فقال يأسعد فكيف بالاربعة الشهود فقال يا رسول الله بعد رأى عيني وعلم الله ان قد فعل قال اى والله بعد رأى عينك وعلم الله ان قد فعل لان الله عز وجل قد جعل لكل شيء حدا وجعل لمن تعدى ذلك الحد حدا - وانه يحتمل ذلك على بيان الحكم الظاهري ويؤيده انه لم ينهه رسول الله ﷺ عن قتله ولو لم يكن يجوز قتله كان ذلك كسائر الحدود اقامته وظيفه الامام ونائبه - واما قتل المرأة فلا دليل عليه سوى المرسل المنجبر ضعفه بالعمل فان الظاهر ان الحكم مقطوع به بين الاصحاب - ومما ذكرناه ظهر مدرك ما افاده الاصحاب من انه في الظاهر عليه القود الا ان ياتي على دعواه بينة او يصدقه الولي .

ثم ان النصوص المختصة بمشاهدة الزوج فلو قامت البينة او اقر هو أو هي بذلك لا يثبت الحكم - اذ لم يظهر كون الرؤية والمشاهدة ما خوزة في الموضوع بعنوان الطريقة الى الواقع حتى تقوم الامارات مقامها ولعله للمشاهدة مدخلية في الحكم وبذلك ظهر انه لا وجه لاستشكال الشهيد الثاني في الحاق الاقرار بالمشاهدة بل الاظهر عدم اللاحاق - وكذا البينة .

ثم ان الحكم مختص بالزوجة فلا يشمل الام والاخت ومن شا كل .
السابعة اذا شهد اربعة عدول على امرأة بالزنا قبلا فادعت انها بكر فشهد لها اربع نساء عدول بذلك فلا حد عليها بالاخلاف وفي الرياض اجماعا على الظاهر المصرح به في التنقيح - لقوى (١) السكوني عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام انه اتي رجل بامرأة بكر زعم انها زنت فامر النساء فنظرن اليها فقلن هي عذراء فقال علي (ع) ما كنت لا ضرب من عليها خاتم من الله .

وهل يحد الرجل ان شهدوا عليه بالزنا بها ام لا كما في الجواهر - الظاهر هو الاول ان احتمل عود البكارة لاحتمال صدق الشهود وعود البكارة - وما في الجواهر

من الاستدلال الاول بالشبهة الدارئة - يدفعه ان الشبهة انما تدرأ مع عدم قيام البينة والافمع قيامها لا يعتنى بالشبهة ولا تلازم بين سقوط الحد عن المرتبة وسقوطه عن الرجل كى يستدل بالقوى لسقوط الحد عنه ايضاً - وبذلك يظهر انه لا يحد الشهود عليها للقرية كما عن المبسوط - اصف اليه انه يمكن ان يكون الحكم بالسقوط من جهة قبول الشهادتين والحكم بالتعارض و التساقط - ولذلك يمكن القول بسقوط الحد عن الزانى ايضاً ان لم يحتمل عود البكارة .

الثامنة اذا كان الزوج احدا الاربعة فيه روايتان - احدهما رواية (١) ابراهيم ابن نعيم عن الصادق (ع) الدالة على القبول وعمل بها الاصحاب - ثانيتهما رواية (٢) زرارة عن احدهما (ع) الدالة على عدم القبول - والثانية مضافا الى ضعف سندها لم يعمل بها الاصحاب فالظاهر هو القبول .

حد اللواط

(الفصل الثامن فى) حد (اللواط و السحق و القيامة) فالكلام فيه فى

مواضع - الاول فى اللواط و تمام الكلام فيه فى طى مسائل - الاولى اللواط وهو و طء الذكر ان بعضهم بعضا المشتق من فعل قوم لسوط حرمة من ضروريات الدين فضلا عما دل عليه من الكتاب (٣) والسنة المستفيضة (٤) وهو يوجب الحد اجماعاً - والنصوص الاتية دالة عليه .

الثانية (يثبت اللواط بما يثبت به الزنا) بلا خلاف - فيتوقف ثبوته على الاقرار به اربعا - او شهادة اربعة رجال بالمعينة .

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللعان حديث ١-٢

(٣) الشعراء آية ١٦٥ - الاعراف آية ٨٠

(٤) الوسائل باب ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ من ابواب النكاح المحرم كتاب النكاح

اما الاول فيشهد له صحيح (١) مالك بن عطية عن ابي عبدالله عليه السلام قال بينما امير المؤمنين عليه السلام في ملاء من اصحابه اذا اتاه رجل فقال يا امير المؤمنين اني اوقبت على غلام فطهرني فقال يا هذا امض الى منزل لك لعل مرار اهاج بك فلما كان من غد عاد اليه فقال يا امير المؤمنين اني اوقبت على غلام فطهرني فقال له اذهب الى منزل لك لعل مرارا اهاج بك حتى فعل ذلك ثلاثا بعد مرته الاولى فلما كان في الرابعة قال له يا هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم في مثلك بثلاثة احكام فاختر ايهن شئت قال وما هن يا امير المؤمنين قال ضربة بالسيف في عنقك بالغة ما بلغت واهداب من الجبل مشدود اليدين والرجلين او احراق بالنار قال يا امير المؤمنين ايهن اشد على قال عليه السلام الاحراق بالنار الحديث وسياتي باقيه .

واما الثاني فيشهد به مضافا الى تسالم الاصحاب عليه بل والمالكية - والحنابلة - والشافعية - والى ما دل (٢) على انه اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان - بضميمة ما تقدم من ما دل على توقف ثبوت الزنا على شهادة اربعة من الرجال - الاخبار الدالة على انه لا يرجم الرجل حتى يشهد عليه اربعة شهود على الايلاج والاخراج لا حظ صحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام حد الرجل ان يشهد اربع انهم رأوه يدخل ويخرج ونحوه غيره - وعلى ذلك فالكلام في ذلك و فروعه هو الكلام فيهما في الزنا - نعم الظاهر عدم ثبوته اذا شهد بذلك دون الاربع وان انضم اليهم النساء اذ لا تقبل شهادة النساء في الحدود كما دل على ذلك الاخبار (٤) وتقدم - و خروج الزنا على بعض الوجوه بدليل لا يقتضي التعدية لحرمة القياس - وتنزيل اللائط منزلة الزاني ليس في الخبر المعتبر كى يتمسك باطلاق التنزيل - و للحاكم ان يحكم فيه بعلمه كما مر

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب حد اللواط حديث ١

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ج ٥ ص ١٤٠

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الشهادات حديث ٢٩ - ٣٠ - ٣٢

الكلام فيه في كتاب القضاء .

بيان حد اللواط مع الايقاب

الثالثة (ثم) انه ان ثبت اللواط فتارة يكون ذلك مع الايقاب و اخرى بدونه

فـ (ان اوقب قتل او رجم او القى من الشاهق) بلا خلاف فيه كما عن السرائر وعن الانتصار والغنية الاجماع عليه الا انه في الاول لم يذكر الاحراق وهو ظاهر المسالك ويشهد به صحيح مالك المتقدم - وخبر (١) الحضرمي عن الصادق عليه السلام اني امير المؤمنين عليه السلام بامرأة وزوجها قد لاط زوجها بابنها من غيره وثقبه وشهد بذلك الشهود وامر به عليه السلام فضرب بالسيف حتى قتل و ضرب الغلام دون الحد وقال اما لو كنت مدركا لقتلتك لامكانك اياما من نفسك بثقبك ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الا انه ليس في شيء منها القاء الجدار عليه ولكن قيل ان فيه خبر امرؤيا عن مولينا الرضا عليه السلام وضعفه منجبر بالفتوى فلا اشكال فيه .

واما ما يظهر من جملة من النصوص من التفصيل بين المحصن وغيره فالرجم في الاول والحد في الثاني كخبر (٢) ابن ابي عمير عن عدة من اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في الذي يوقب ان عليه الرجم ان كان محصنا والجلد ان لم يكن محصنا ونحوه غيره فلا عراض الاصحاب عنها وسقوطها عن الحجية على فرض حجيتها في انفسها بالمعارضة مع النصوص الاولى التي عليها الفتوى تطرح بل (وللامام احراقه وقتله بغيره) بان يقتل بالسيف ثم يحرق كما هو المشهور بين الاصحاب بل بلا خلاف كما عن السرائر زيادة للرّدع وفي صحيح (٣) العزرمي عن الصادق عن ابيه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام امر بقتل الرجل الذي وجد مع رجل في زمان عمر ثم قال بعد قتله انه قد بقي من حدوده شيء قال عمر اى شيء بقي قال عليه السلام ادع بحطب فدعا عمر بحطب

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب حد اللواط حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٣ - من ابواب حد اللواط حديث ٨-٤

فامر به امير المؤمنين عليه السلام فاحرق بالنار.

ثم ان الظاهر كما عليه الاصحاب ان التخيير في القتل المزبور ثابت (وان كان) اللواط (بصغير او مجنون) كما صرح به في بعض النصوص المتقدمة.

(ولو لواط المجنون او الصغير بعاقل ادبا وقتل العاقل) بلا خلاف معتد به في شيء من ذلك - اما قتل العاقل فلما يأتي - واما ان اللاطي لا يحيد بل يؤدب فيشهد به ما تقدم في زناهما من الادلة - وعن جماعة ان الفاعل ان كان مجنوناً يحدو قدمه ما يمكن ان يستدل به له والجواب عنه.

(ولو لاط الذمي بمسلم قتل وان لم يوقب) بلا خلاف في الظاهر ويشهد به ما دل (١) على قتله بزناه بالمسلمة - بالفحوى - وللنصوص (٢) الدالة على ان حد اللواطى حدانزانى.

(و يقتل المفعول مع الايقاب) ان كان عاقلاً بالغاً بلا خلاف - ويشهد به النصوص الكثيرة المتقدم بعضها بل بعض النصوص الدالة على ان اللاطي ان لم يكن محصناً لا يقتل متضمن لقتله - كخبر (٣) حماد بن عثمان قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل اتى رجلاً قال عليه السلام عليه ان كان محصناً القتل وان لم يكن محصناً فعليه الجلد قال قلت فما على المؤتى به قال عليه السلام عليه القتل على كل حال محصناً كان او غير محصن والكلام في كيفية قتله هو الكلام في كيفية قتل اللاطي .

و يشهد لجواز رجمه قوى (٤) السكوني عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام اذا كان الرجل كلامه كلام النساء ومشيته مشية النساء ويمكن من نفسه ينكح كما تنكح المرأة فارجموه ولا تستحيوه .

(١) الوسائل باب ٣٦ من ابواب حد الزنا

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٤

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد اللواط حديث ٥

ولجواز احراقه بالنار خبر (١) القداح عنه عليه السلام كتب خالد الى ابي بكر انه اتى برجل يؤتى في دبره فاستشار امير المؤمنين (ع) فقال (ع) احرقه بالنار فان العرب لا ترى القتل شيئاً .

واما الالتقاء من شاهر والقاء الجدار عليه فام اظفر بما يدل عليهما - و لعل مدر كهما عموم التعليل في خبر القداح - واولويته بدينك من اللواطى - والاجماع المر كب . ولو كان المفعول غير بالغ او مجنون لا يحد بل يعزر - اما غير البالغ فللنصوص كخبر الحضرمي المتقدم وقريب منه غيره - واما المجنون فلرفع القلم عنه (٢) وقد مر في الزنا ما يظهر منه الحكم .

حد اللواط بغير الايقاب

(ولو) لاط الرجل بمثله و(لم يوقب) كالمنخذ والفاعل بين الاليتين (جلدهماثة

حرا كان او عبدا فاعلا او مفعولا) كما عن المفيد و سلال والحلبى و ابن زهرة والحلى وفي المسالك انه المشهور وعن صريح الانتصار وظاهر الغنية الاجماع عليه لخبر (٣) سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام في الرجل يفعل بالرجل قال فقال عليه السلام ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب اقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربة اخذ السيف منهما اخذ فقلت له هو القتل قال عليه السلام هو ذاك .

و عن الشيخ ره في اكثر كتبه والقاضى و جماعة انه يرجم ان كان محصنا ويجلدان لم يكن كك - واستدل له بانه مقتضى الجمع بين الخبر - وبين ما دل على الرجم بقول مطلق - وما دل على ان اللواطى ان كان محصنا رجم والاجلد - المتقدمين بتقريب ان الثانى يوجب تقييد اطلاق الاخير فيختص الاخير بغير الموقب فيقيد

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب حد اللواط حديث ٩

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٢

اطلاق خبر سليمان به .

ولكن يرد ان ذلك يتوقف على القول بانقلاب النسبة ولا نقول به - و عليه
فالنسبة بين الاخير والاول عموم من وجه لشمول الاخير للموقب وغيره و شمول
الاول للمحصن وغيره فيتعارضان في المحصن غير الموقب والترجيح للخبر لفتوى
الاكثر التي هي اول المرجحات هذا اذا لم نقل بظهور الاخير في الموقب والافسقط
الاستدلال رأسا والظاهر انه كك - واما مرسل (١) الحسين بن سعيد الدال على ان
حد رجلين نكح احدهما الاخر طوعا بين فخذيه القتل - فللارسال واعراض الاصحاب
لابد من طرحه و لعله مدرك الصدوقين والاسكا في حيث التزموا بان حد اللواط
مطلقا وان لم يكن ايقاب هو القتل - لاماد (٢) على ان اللواط ما بين الفخذين
والايقاب هو الكفر بما انزل الله تعالى على نبيه ﷺ الذي هو ضعيف السند وقاصر
الدلالة .

(و لو تكرر الحد) بان لاط بدون الايقاب فحد ثم لاط فحد - وهكذا
(قتل في الرابعة) على ما تقدم في الزنا - لاماد من (٣) النصوص على ان حد اللوطي
هو حد الزاني - وللاجماع على عدم الفرق بينه وبين ما هنا - وبذلك يخصص اطلاق
ما دل على (٤) ان اصحاب الكبائر اذا اقيم عليهم الحد مرتين يقتلون في الثالثة كما
مر - وبذلك يظهر ان افتاء المصنف في الزنا بانه يقتل في الثالثة او تردده فيه وافتائه
في المقام بانه يقتل في الرابعة لا يجتمعان .

(١ - ٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٥ - ٠

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب النكاح المحرم كتاب النكاح

(٤) الوسائل باب ٥ من ابواب مقدمات الحدود

حد اجتماع الاجنبيين في ازار واحد مجردين

الرابعة (ويعزر الاجنبيان المجتمعان في ازار واحد مجردين) بلا ضرورة تقضى ذلك (من ثلثين) سوط (الى تسعة و تسعين) كما عن النبيخ والحلي واكثر المتأخرين و يشهد بذلك - خبر (١) سليمان بن هلال سئل بعض اصحابنا ابا عبدالله عليه السلام فقال جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل في لحاف واحد فقال عليه السلام ذوا محرم فقال لا فقال من ضرورة قال لا قال عليه السلام يضربان ثلثين سوطا ثلثين سوطا وخبر (٢) ابن سنان عنه عليه السلام في رجلين يوجدان في لحاف واحد فقال يجلدن حدا غير سوط - و الجمع بينهما يقتضى البناء على ان الثلثين والمائة غير سبط غايتان والحكم فيهما و ما بينهما منوط بنظر الحاكم وضعفهما منجبر بالعمل - فمن الاول يستفاد اعتبار كونهما اجنبيين وعدم الضرورة فان الظاهر من الاستفصال و تعقب الحكم على احد الثقلين هو عدم ثبوته في الاخر (فما) في المسالك من الاشكال في اعتبار عدم الرحمة وعدم الضرورة في غير محله .

واما اعتبار التجرد فليس في هذه النصوص ما يشهد به - ولكنه اخوذ في بعض النصوص (٣) المتضمنة لثبوت الحد - وقد عرفت في الفصل السابق ان تلكم النصوص على كثرتها وصحة اسنادها لاتصلح للمقاومة مع ما عليه استناد الاحاب فهي تحمل على ارادة الحد الاسوطا كما عن المختلف او على غيره مما مر - ولي تقدير تمامية ما عن المختلف فما تضمن اعتبار التجرد يدل عليه في المقام .

ويمكن ان يستفاد من التقييد بعدم الرحمة والضرورة بالغاء الخصوصية كون الميزان هو الريبة والتهمة لامطلق الاجتماع وعليه ففي صورة كونهما مجردين يتحقق التهمة وفي غيرها لاتتحقق - وبه يظهر انه ليس المراد اعتبار كونهم عاريين

(٢-١) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢١-١٨

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ١٥

فلو كانا نازعين سراويلهما مع عدم كون الثوبين الذين لبستاهما ساترين للعورة فما دون ثبت التعزير - وعلى ذلك فلو كانا مجتمعين تحت لحاف واحد بنحو لاثمة ولا ريبة لا تعزير عليهما .

ثم انه ان تحقق موجب التعزير فان لم يتكرر التعزير لا يجب الاتعزير واحد كما تقدم في تكرر موجب الحد في الزنا .

(و) اما (لو تكرر التعزير) منهما و تخلل التعزير بين افراد الموجب (حد في المائنة) كما عن الشيخ و بنى ادريس والبراج وسعيد والمصنف في القواعد وهنا وغيرهم واستدل له بفحوى خبر (١) ابي خديجة لا ينبغي لامرأتين ان تذاما في لحاف واحد الاوينهما حاجز فان فعلتا نهيتا عن ذلك فان وجدتهما بعد النهي في لحاف واحد جلد كل واحدة منهما حدا حدا فان وجدتا ايضا في لحاف واحد حدتا فان وجدت الالثة حدتا فان وجدتا الرابعة قتلتا - بناء على ان المراد بالنهي الا لمجرد الامر بالتك ومن حدهما في الثانية التعزير - وفيه مضافا الى كونه اخص من المدعى ومتضمن لما لا يقولون به نمنع الفحوى فالظاهر عدم الدليل عليه .

اخامسة (ويعزر من قبل غلاما بشهوة) - لان تقبيله بشهوة حرام وفي الخبر (٢) من قبل غلاما بشهوة لعنته ملائكة السماء وملائكة الارضين وملائكة الرحمة وملائكة غضب وفي النبوى (٣) من قبل غلاما بشهوة الجمه الله تعالى يوم القيامة بلجام من نار وقد دلت النصوص على ثبوت التعزير في ارتكاب المحرم - ولا فرق بين المرحم وغيره لافي ان الغالب في المرحم كون التقبيل للشهوة - كما لا فرق بين المحرم وغيره واما (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن محرم قبل غلاما بشهوة قال (ع) يضرب مائة

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢٥

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب النکاح المحرم حديث ٣ فتأمل

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب النکاح المحرم حديث ١ کتاب النکاح

(٤) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد اللواط حديث ١

سوط فيمكن ان يكون تغليظا للاحرام - وقد مر الكلام فيه في محله .

حد السحق

الموضع الثاني في السحق وهو وطء المرأة امثلها - المكنى عنه في الاخبار باللواتي مع اللواتي وحرمة مجمع عليها - والنصوص الدالة عليها مستفيضة بل متواترة **(ويثبت السحق بما يثبت به الزنا) اجماعا** - وهل يثبت بغيره كالاقرار مرة واحدة او مرتين - وبشهادة رجلين كما هو مقتضى اطلاق ادلتها بناء على ما تقدم من عموم حجية شهادة رجلين ام لا - الظاهر هو الثاني لتسالم الاصحاب عليه وبعضه النبوي (١) السحق في النساء بمنزلة اللواط في الرجال فمن فعل ذلك شيئا فقتلوهما ثم اقلوهما فان اطلاق التنزيل يدل على ثبوت جميع احكام المنزل عليه للمنزل منها عدم ثبوته الا بشهادة اربعة رجال او الاقرار اربعا كما مر - وبه يظهر انه يثبت بما يثبت به اللواط فلا يثبت بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين .

(و) كيف كان فان ثبت (يجب فيه جلد مائة على الفاعلة والمفعولة والجرة

والامة سواء) بلا خلاف في شيء من ذلك الا في جلد المحصنة مائة - فان المشهور بين الاصحاب على ما في الرياض والمسالك انه كك وفي المسالك نسبتته الى عامة المتأخرين وعن الانتصار ان عليه اجماع الامامية - وعن الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة انها ترجع ومال اليه في المسالك وقواء في الرياض بحسب النصوص وانما لم يفت به لمخالفة الجماعة - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص .

منها ما يدل على الرجم كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في محصنة ساحقت بكرا فحملت - المتضمن لقضاة الحسن عليه السلام وفيه ثم ترجم المرأة لانها محصنة ونحوه اخبار (٣) اسحاق بن عمار - وعمر بن عثمان - والمعلّى بن خنيس

(١) الوسائل باب ١ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ٢٠١-٢-٣

فقد صرح في الجميع بان المساحقة المحصنة ترجم - وحسن (١) ابن حمزة وهشام وحفص عن الصادق عليه السلام انه دخل عليه نسوة فسألته امرأته منهن عن السحق فقال عليه السلام حدها حد الزاني وحد الزاني مشترك بين الجلد والرجم فيكون ذلك الحد مشتركا - وخبر (٢) الاحتجاج عن القائم ارواحنا فداه الفاحشة المبينة هي السحق دون الزنا الى ان قال و اذا سحقت وجب عليها الرجم والرجم خزي ومن قد امر الله عز وجل برجمه فقد اخزاه الحديث - وخبر (٣) سيف التمار عن ابي عبدالله عليه السلام اني امير المؤمنين عليه السلام بامرأتين وجدتا في لحاف واحد وقامت عليهما البينة انهما كانتا تساحقان فدعا بالنطع ثم امر بهما فاحرقنا بالنار .

ومنها ما دل على انها تجلد كموتق (٤) زرارة عن الباقر عليه السلام السحاقة تجلد وما عن الروضة من ان فيه اخبار صحيحة والمرسل (٥) عن امير المؤمنين عليه السلام السحق في النساء كاللواط في الرجال ولكن فيه جلد مائة لانه ليس فيه ايلاج - ولكن الموثق اعم من النصوص المتقدمة لان النصوص الاربعة الاولى بل الخامسة مختصة بالمحصنة في قيد اطلاقها بها والمرسل لم يثبت استناد اصحاب اليه - والاخبار الصحيحة التي ادعاها الشهيد الثاني غير واصله الينا ولا الى غيرنا ولا الى نفسه حين ما كان يؤلف المسالك - فالأظهر بحسب الأدلة هو الرجم اذا كانت محصنة الا ان مخالفة الاصحاب سيما في الحدود التي تدرأ بالشبهة في غاية الاشكال .

(ولو تكرر) السحق مع اقامة (الحد) ثلاثا (قتلت في الرابعة) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر كذا في الرياض كما هو الشأن في الزنا واللواط على ما تقدم (ويسقط الحد بالتوبة قبل البينة كاللواط ولا يسقط بعدها) ومع

(١-٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ١-٤-٢

(٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب العدد من كتاب الطلاق حديث ٤

(٥) المستدرک باب ١ من ابواب حد السحق حديث ٤

(٦) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢٥

الاقرار والتوبة يكون الامام مخيرا بالاخلاق يعتد به في شيء من ذلك ويظهر وجه الجميع مما اسلفناه في الزنا .

كما انه قد ظهر مما ذكرناه في اللواط (و) الزنا انه (تعذر المجتمعان تحت ازار واحد مجردتين) لان الدليل في المرأتين والرجلين واحد (و) عليه فما ذكره من انهما (تحدان لو تكررت التعزير مرتين) متين لما مر من دلالة خبر ابي خديجة (١) عليه المعمول به بين الاصحاب اذ الظاهر عدم الخلاف فيه في المقام .

حد القيادة

الموضع الثالث في حد القيادة - وهي الجمع بين الرجل والمرأة للزنا -
اوبين الرجال والرجال ولوصيانا للواط - بل عن الغنية والجامع والاصباح زيادة
اوبين النساء والنساء للسحق (و) قد اتفق الجميع على انه (يجلد القواد خمسا
وسبعين جلدة و) اختلفوا في ثبوت شيء آخر مع الجلد فعن الشيخ في النهاية
وابني ادريس وسعيد - انه (يحلق رأسه ويشهر وينفي) من مصره الى غيره من
الامصار - وعن المفيد وابني زهرة وحمزة والديلمي وغيرهم ينفي في الثانية ولا ينفي
في الاولى - وعن ابن الجنيद لاقتصار على النفي ومال اليه في المسالك .

والمستند خبر (٢) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت لابي عبدالله
عليه السلام اخبرني عن القواد ما حده قال لاحد على القواد أليس انما يعطى الاجر على
ان يقود قلت جعلت فداك انما يجمع بين الذكر والانثى حراما قال عليه السلام ذاك المؤلف
بين الذكر والانثى حراما فقلت هو ذاك قال عليه السلام يضرب ثلاثة ارباع حد الزاني
خمسة وسبعين سوطا وينفي من المصر الذي هو فيه - وحق القول في المقام يقتضي

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢٥

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ١

البحث في امور.

١- ان الخبر مختص بالجمع بين الرجل والمرأة للزنا - ويلحق به الجمع بين الرجل والرجل للمواط بالاجماع ولا وجه لاحاق الجمع بين النساء والنساء للسحق بهما لعدم الدليل - وليس موضوع الحكم هو القيادة كى يقال انها تصدق عليه ايضاً - فالأظهر عدم ثبوت الحد فيه .

٢- الخبر يدل على الجلد والنفي - ولكن تكرر منهم دعوى الاجماع على الحلق والشهرة - ومثل هذا الاجماع الذى لا مدرك له يكفى فى ثبوت الحكم قطعاً -
٣- ان ظاهر الخبر النفي فى المرة الاولى - وعن الغنية الاجماع على انه ينفى فى الثانية وهو يوجب صرف ظهور الخبر.

٤- مقتضى اطلاق الخبر ان هذا الحكم يثبت للقواد (حرا كان او عبدا مسلما او كافرا) كما هو المتفق عليه بين الاصحاب.

٥ - (ولا جز على المرأة ولا النفي) ولا شهرة بالاخلاف اجده بل عليه الاجماع فى الانتصار والغنية كذا فى الرياض - اما عدم الجز والشهرة فواضح - واما عدم النفي فلاختصاص الخبر بالرجل - ولا مورد لاجراء قاعدة الاشتراك بعد الفرق بينهما نظرا الى ان النفي بنا فى ستر المرأة المطلوب رعايته - فان قيل فعلى هذا لوجه لوجوب الجلد عليها - لانحصار المدرك بالخبر المختص على الفرض بالرجل قلنا ان الوجه فيه ح قاعدة الاشتراك والاجماع .

(ويثبت) القيادة (بشاهدين عدلين) بالاخلاف ولا اشكال لما عرفت من حجية شهادة العدلين مطلقا - فان قيل انه بناء على ما هو الحق من حجية خبر الواحد فى الموضوعات لا بد وان يبنى على ثبوتها بخبر الواحد ايضاً - قلنا - ان ذلك فى غير باب الحكومة والقضاة فان المثبت فى هذا المقام هو البينة كما مر فى كتاب القضاء - ولا تثبت بشهادة النساء لما مر فى كتاب الشهادات من انه لا تقبل شهادتهن فى الحدود - فالمثبت لهما اما شهادة عدلين .

(او الاقرار مرتين) اما ثبوتها بالاقرار فلعموم ما دل (١) على مثبتية الاقرار. واما اعتبار مرتين وعدم الاكتفاء بالمرة فلتسالم الاصحاب عليه قال في محكي المختلف كل ما يثبت شاهدان من الحدود فالاقرار فيه مرتان. وهذا الاتفاق في مقابل الدليل مع عدم وجود ما يصلح ان يكون مستند المجمعين يكون حجة قطعا وكاشفا عن الدليل المعتبر - نعم لو اقر مرة عزز كما عن التحرير - وبما ذكرناه في الزنا يظهر انه لاعبرة باقرار الصبي والمجنون والمكره .

حد القذف

(الفصل التاسع في حد القذف) وهولغة الرمي بالحجارة وشرعا قيل رمى المسلم الكامل المستتر بالزنا او اللواط - وهو حرام اجماعا وكتابا (٢) وسنة متواترة (٣) واحد الموبات السبع وهن كما قاله رسول الله ﷺ (٤) الشرك بالله - والسحر - وقتل النفس التي حرم الله - واكل الربا - واكل مال اليتيم - والتولي يوم الزحف - وقذف المحصنات .

وهو يوجب الحد بالاجماع و الكتاب قال الله (٥) تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون » والسنة ففي حسن (٦) عبدالله بن سنان قال ابو عبد الله عليه السلام قضى امير المؤمنين ان القرية ثلاث يعنى ثلاث وجوه اذا رمى الرجل الرجل بالزنا - واذا قال ان امه زانية - واذا دعى لغير ابيه فلذلك فيه حد ثمانون - ونحوه غيره من النصوص التي ستمر عليك جملة منها .

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٢-٥) النور آية ٥

(٣-٤) الوسائل باب ٤٦ من ابواب جهاد النفس حديث ٣٤-٠

(٤) الوسائل باب ٢ من ابواب حد القذف حديث ٢

ونخبة القول في المقام بالبحث في موارد - الاول في القاذف - لا اشكال ولا خلاف في انه يعتبر فيه البلوغ والعقل - والى ذلك اشار المصنف بقوله - (من قال من المكلفين) فلو قذف الصبي او المجنون لم يحد لرفع القلم عنهما (١) بناء على ما هو الصحيح من عموميه لجميع الاحكام - ويشهد به مضافا الى ذلك في الصبي - خبر (٢) ابي مريم عن ابي جعفر عليه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد قال عليه السلام لا وذلك لو ان رجلا قذف الغلام لم يجلد ونحوه غيره - وفي المجنون صحيح (٣) فضيل بن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام لاحد لمن لاحد عليه يعنى لو ان مجنونا قذف رجلا لم ار عليه شيئا ولو قذفه رجل فقال يا زان لم يكن عليه حد - ولا يهمننا البحث في اعتبار الحرية فيه .

الثاني في المقذوف وقد جمع المصنف رد ما يعتبر فيه في قوله قد (للمبالغ العاقل - الحر - المسلم - المحصن -) و المراد بالاحسان العفة و عدم النظاهر باللواط او الزنا - والظاهر انه لا خلاف في اعتبار شيء من تلكم الشرائط اى البلوغ والعقل والحرية والاسلام والاحسان وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه .

فلو قذف المكلف مجنونا لا يحد لصحيح فضيل - وكذا لو قذف الصبي لخبر ابي مريم - وصحيح (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يقذف الصبية يجلد قال عليه السلام لا حتى تبلغ ونحوه غيره - كما انه لو قذف كافرا لا يثبت عليه حد القذف ويشهد به خبر (٥) اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام عن الافتراء على اهل الذمة واهل الكتاب هل يجلد المسلم الحد في الافتراء عليهم قال عليه السلام لا ولكن يعزر . و ايضا لو كان متظاهرا باللواط او الزنا لاحد على قاذفه - لعدم صدق القذف

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص في النفس

(٢-٤) الوسائل باب ٥ - من ابواب حد القذف حديث ١ - ٤

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد القذف حديث ٤

على نسبته اليه ولما دل (١) على انه لاحرمة للمتظاهر بالفسق - وهل يحد قاذف المتظاهر بفسق آخر غير الزنا واللواط - الظاهر ذلك لاطلاق الادلة - ومعنى عدم الحرمة للمتظاهر بالفسق عدم الحرمة بالنسبة الى خصوص ذلك الفسق - ولذا يجوز غيبته فيه دون غيره من المعاصي .

ثم انه لو قذف المكلف الصبي - او المجنون - او الكافر - وان كان لا يحد الا انه يعزر - كما مر في النصوص - وهل يعزر قاذف المتظاهر باللواط او الزنا فيه قولان - اظهرهما الثاني كما اختاره الشهيد ان صاحبا الرياض والجواهر لعدم الدليل عليه بعد عدم حرمة .

الموجب للحد

الثالث في بيان الموجب للحد - وهو الرمي بالزنا او اللواط - وعن القواعد التردد في الحاق السحق بهما وعن المحقق اللاحق - ولكن حسن ابن سنان المتقدم الحاصر للفرية في ثلاث يرده وينفي التردد فيكون القذف ح ماعرفت - بان يقول (يا زاني - او يا لائط - او يا منكوحا في دبره او انت زان او لائط باي لغة كانت مع معرفة القائل بالفائدة) لاحظ حسن ابن سنان المتقدم - وخبر (٢)

عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام كان علي عليه السلام يقول اذا قال الرجل للرجل يا معفوج (مفتوح) يا منكوح في دبره فان عليه الحد حد القاذف - نعم يعتبر ان يكون اللفظ صريحا في الزنا او اللواط او ظاهرا في احدهما ولا يكفي التعريض - ففي خبر (٣) وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا عليه السلام لم يكن يحد في التعريض حتى ياتي بالفرية المصراحة يا زاني يا ابن الزانية او لست لايك - ونحوه خبر (٤) اسحاق بن عمار والظاهر كما فهمه الاصحاب ان المراد بالصراحة ليس ما يقول بل

(١) الوسائل باب ١٥٤ من ابواب احكام العشرة حديث ٤ - ٥ كتاب الحج

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد القذف حديث ٢

(٣-٤) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد القذف حديث ٩-٦

الظهور بل ما يقابل التعريض فيشمل الظاهر عرفا .

كمية حد القاذف و كيفيته

الرابع - في كمية الحد وقد اتفقت كلماتهم على انه يد (حد ثمانين جلدة حرا كان أو عبدا) والكتاب والسنة المستفيضة شاهدان به ولا خلاف بينهم في انه يجلد القاذف ثيابا ولا يجرد - ويشهد به خبر (١) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام المفترى يضرب بين الضريين يضرب جسده كله فوق ثيابه - وقوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام امر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لا ينزع شيء من ثياب القاذف الا الرداء - وخبر (٣) ابن عمار عنه عليه السلام في المفترى ضرب بين الضريين فوق الثياب يضرب جسده كله ونحوها غيرها - ومن هذه النصوص يستفاد انه يقتصر في ضربه على الضرب المتوسط ولا يبلغ به الضرب في الزنا - الخامس في جملة من الفروع .

١- (ولو قال لمن اعترف ببنوته لست بولدي او قال لغيره لست لابيك وجب الحد) بلا خلاف اجده فيه بيننا كذا في الجواهر - يشهد له في الاول مضافا الى ما في المسالك من ان هذه الصيغة عندنا من الفاظ القذف الصريحة لغة وعرفا فيثبت بها الحد لامة - قوى (٤) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام من اقر بولد ثم نفاه جلد الحد والزم الولد - ونحوه غيره - ولا يخفى ان ذلك فيما اذا كان قصده بذلك النفي - والا كما لو قال ذلك زجراله وازدراء من انه ليس مثله في الخصال التي كان يتوقعها منه على ما هو مستعمل في العرف كثيرا فلا اشكال في عدم كونه قذفا ورميا ولا يشمل الخبر - واما الثاني فيشهد به حسن ابن سنان المتقدم وغيره .

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد القذف حديث ٣-٤-٦

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب حد القذف حديث ١

٢- (ولو قال يا ابن الزانى - او الزانية - او يا ابن الزانيين فالحد ثابت للابوين اذا كانا مسلمين ولو كان المواجه كافرا) بخلاف - لان المقذوف ممن يجب له الحد - ولحسن ابن سنان المتقدم - وموثق (١) الساباطى عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل قال للرجل يا ابن الفاعلة يعنى الزنا فقال عليه السلام ان كانت امه شاهدة ثم جاءت تطلب حقها ضرب ثمانين جلدة الحديث .

٣ - (ويعزر ولو قال للمسلم ابن الكافرة امك زانية) كما عن الحلبي وعامة المتأخرين - لان المقذوف الام و هى كافرة وقد مر ان قذف غير المسلم لا يوجب الحد وانما يوجب التعزير - وعن الشيخ فى النهاية والقاضى انه يحد كاملا واستدل له بحرمة الابن - وبخبر (٢) البصرى عن الصادق عليه السلام النصرانية واليهودية تكون تحت المسلم فيقذف ابنها - يضرب القاذف لان المسلم قد حصنها - و لكن حرمة الولد لا تكفى فى ثبوت الحد بقذف الام - والخبر ضعيف السند لان فى احد طريقه بنان بن محمد المجهول - وفى الآخر معلى بن محمد - مع انه لو كان طريقه واضحا كما عن المصنف لما كان صالحا للمقاومة مع ما تقدم - واما الايراد عليه بان قذف الابن اعم من نسبة الزنا الى الام - وايضا ان القذف بذلك ليس قذفا للابن بل لها - مع ان ضرب القاذف اعم من الحد فمن الجائز ارادة التعزير منه - فيندفع الاولان بقوله ان المسلم قد حصنها ، و الاخير بانه مروي فى الكافى بدل يضرب القاذف يضرب حدا - فالعمدة ما ذكرناه .

٤ - (ولو قال يازوج الزانية يا اخ الزانية يا اب الزانية فالحد للمنسوبة الى الزنادون المخاطب) لانها المقذوفة دون المخاطب وهو الزوج أو الاخ أو الاب وهو واضح .

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب حد القذف حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد القذف حديث ٦

٥ - (ولو قال زنت بفلانة - او لواط بك فلان - او لوطت به - وجب حدان)

كما عن الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد وجماعة بل عن الخلاف والغنية الاجماع عليه - واستدل له بان الزنا واللواط فعل واحد متى كذب في احدهما كذب في الآخر اذ هو واقع بين اثنين نسبة احدهما اليه بالفاعلية كنسبة الاخر اليه بالمفعولية فهو قذف لهما - واورد عليه المحقق في الشرايع باننا لانسلم انه فعل واحد لان موجب الحد في الفاعل غير الموجب في المفعول وح يمكن ان يكون احدهما مختارا دون صاحبه .

ولذلك اختار هو قده وقبله الحلبي وبعده المصنف في التحرير على ما حكى انه يثبت حد واحد للمواجه ولاحد للمنسوب اليه وقواء صاحب الجواهر ره - وفيه اولا النقص بانه اذا كان احتمال ذلك مانعا عن صدق القذف وترتب حكمه لزم البناء على عدم ثبوته للمواجه ايضا لانه من الممكن كونه غير مختار ومكرها عليه - وثانيا بالحل وهو ان اللفظ ظاهر في الاختيار - فالأظهر ثبوت حدين .

٦ - (ويعزر في كل قول موجب للاستخفاف كقوله لا امرأته لم اجدك عذراء

او احتملت بامك البارحة أو يا فاسق أو يا شارب الخمر اذا لم يكن المقول له متظاهرا) بلا خلاف في ذلك - والنصوص الشاهدة بالكبرى الكلية وبخصوص بعض الموارد المشار اليها كثيرة لاحظ خبر (١) الحسين بن ابي العلا عن الصادق عليه السلام ان رجلا لقي رجلا على عهد امير المؤمنين عليه السلام فقال ان هذا افترى على قال وما قال لك قال انه احتمل بام الآخر قال عليه السلام ان في العدل ان شئت جلدت ظله فان الحلم انما هو مثل الظل ولكننا سنوجعه ضربا وجيعا حتى لا يؤذى المسلمين فضر به ضربا وجيعا ونحوه ما رواه (٢) الصدوق باسناده الى قضايا امير المؤمنين عليه السلام - وخبر (٣) ابي بصير عنه عليه السلام انه قال في رجل قال لا امرأته لم اجدك عذراء يضرب قلت فان عاد قال يضرب فانه يوشك ان

(٢-١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب حد القذف حديث ٢-١

(٣) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللعان حديث ٢

ينتهي - رواه (١) في الكافي عن علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى بن عبيد عن يونس وزاد قال يونس يضرب ضرب ادبليس بضرب الحد لئلا يؤذى امرئة مؤمنة بالتعريض وهو الذي يقتضيه الجمع بينه وبين خبر (٢) زرارة عنه عليه السلام في رجل قال لامرئته لم تاتني عذراء قال عليه السلام ليس بشيء لان العذرة تذهب بغير جماع - وما قاله الصدوق (٣) وفي خبر آخر ان العذرة قد تسقط من غير جماع قد تذهب بالنكبة والعثرة والسقطة .

واما صحيح (٤) ابن سنان عنه عليه السلام اذا قال الرجل لامرئته لم اجدك عذراء وليست له بينة يجلد الحد ويخلى بينه وبينها - فمحمول على ارادة التعزير بقرينة ما تقدم - او على ارادة القذف به ولعله يؤمى اليه قوله وليست له بينة .

وخبر (٥) جراح المدائني عن الصادق عليه السلام اذا قال الرجل انت خبيث اوانت خنزير فليس فيه حد ولكن فيه موعظة وبعض العقوبة - وخبر (٦) ابي مخلد السراج عنه عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل دعا آخر ابن المجنون فقال له الاخر انت ابن المجنون فامر الاول ان يجلد صاحبه عشرين جلدة وقال اعلم انه مستعقب مثلها فلما جلده اعطى المجلود السوط فجلده عشرين نكالا ينكل بهما - وخبر (٧) ابي حنيفة عنه عليه السلام عن رجل قال لآخر يا فاسق قال عليه السلام لاحد عليه ويعزر - وخبر (٨) ابي مريم عن الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في الهجاء التعزير الى غير ذلك من النصوص .

٧- (وكذا يعزر قاذف الصبي والمجنون والكافر والمملوك والمتظاهر بالزنا)

هكذا افاده جماعة وقد تقدم الكلام في ذلك في الموضع الثاني في بيان ما يعتبر في المقدوف وقد عرفت ان المتظاهر بالزنا اذا قذف لا يعزر قاذفه .

٨ - (والاب اذا قذف ولده) لا يحد بالاخلاق لصحيح (٩) محمد بن مسلم

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٥ من كتاب اللعان حديث ٢-١-٦-٤

(٥-٦-٧-٨) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد القذف حديث ٢-٣-٤-٥

(٩) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد القذف حديث ١

عن ابي جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا قال عليه السلام لو قتله ما قتل به وان قذفه لم يجلد له - الى ان قال وان كان قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة ولم يكن لها من ياخذ حقها منه الاولادها منه فانه لا يقام عليه الحد الحديث - ولكنه يعزر للحرمة .

حكم مالوقذف واحد جماعة

الموضع السادس في الاحكام وفيه مسائل - الاولى (ولو قذف) شخص (جماعة) واحدا بعد واحد فلكل واحد قذف - ولو قذفهم بلفظ واحد كيا زناة (فان جائوا به) وطالبوه (مجتمعين فعليه حد واحد وان جائوا به متفرقين) واقتروا في المطالبة (فلكل واحد حد) على المشهور كما في المسالك وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه - وعن ابن الجنيد انه ان كان بلفظ واحد يثبت حد واحد وان كان بلفظ متعدد فعليه حد واحد ان طالبوه مجتمعين وان جائوا به متفرقين فلكل واحد حد ونفى الباس عنه المصنف في محكي المختلف - وفي المتن التفصيل في الموردين ومال اليه في المسالك .

والمستند النصوص الخاصة لاحظ صحيح (١) جميل عن الصادق عليه السلام في رجل اقتري على قوم جماعة فقال عليه السلام ان اتوا به مجتمعين ضرب حدا واحدا وان اتوا به متفرقين ضرب لكل واحد حد - ونحوه خبر (٢) محمد بن حمران - والمشهور جعلوا قوله جماعة صفة مؤكدة للقوم وعليه فيكون الخبر عاما شاملا للصورتين - ولكنه جمعا بينه وبين الخبر الاتي الدال على انه ان كان بكلمة واحدة يضرب حدا واحدا خصوه بما اذا كان القذف بلفظ واحد وسياتي ما فيه - وخبر (٣) الحسن العطار عن الصادق عليه السلام عن رجل قذف قوما قال بكلمة واحدة قلت نعم قال يضرب حدا واحدا فان فرق بينهم في القذف ضرب كل واحد منهم حدا - واورد عليه في المسالك بانه ضعيف السند - لان في طريقه ابان وهو مشترك بين الثقة وغيره والحسن العطار

وهو ممدوح خاصة وتبع في ذلك المصنف ده في المختلف - وفيه ان ابان الراوى هو ابان بن عثمان كما صرح به وهو من اصحاب الاجماع فلا يضر عدم توثيق الحسن - مع ان الظاهر انه ثقة ونحوه خبر (١) بريد العجلي.

والحق في الجمع ان يقال ان جماعة كما يحتمل ان تكون صفة للقوم يحتمل ان تكون صفة للقذف المدلول عليه بالفعل وهو اقترى والمراد بالجماعة ح القذف المتعدد - وعليه - فالمتيقن من الخبر هو صورة تعدد اللفظ فانه اما مختص به او عام شامل له ولصورة الاتحاد فالمتيقن هذه الصورة - وفي تلك الصورة تدل على التفصيل المزبور - واما خبر الحسن فهو في صورة الاتحاد يدل على ثبوت حد واحد مطلقا ولا معارض له - وفي صورة التعدد يدل على ثبوت حدود متعددة وهو اعم مطلق من الصحيح فيقيد اطلاقه به فما ذكره الاسكا في اظهر .

وان ابيت عن احتمال كون لفظ جماعة في الصحيح صفة للقذف وقلت انها صفة للقوم فهو مطلق يدل على التفصيل في الصورتين والنسبة ح بينه وبين كل من الجملتين المذكورتين في خبر الحسن عموم من وجه - فيدور الامر بين تقديم الصحيح عليهما وتقديمهما عليه - وتقديمه على احدهما دون الاخرى - والاخير ترجيح بالمرجح - والاول مستلزم لبطالان ما في الخبر من التفصيل - والثاني يلزم منه طرح الصحيح - فهما متعارضان لابد من تقديم احدهما وطرح الاخر - وحيث ان القول بالتفصيل بين مطالبتهما مجتمعين ومتفرقين في الجملة مشهور بين الاصحاب فالشهرة التي هي اول المرجحات تقتضى تقديم الصحيح وكذا تقتضيه صفات الراوى التي هي الثانية من المرجحات - فتكون النتيجة هو القول بالتفصيل في الصورتين كما هو ظاهر المتن ولعل هذا اظهر فتدبر واغتم .

الثانية (ويثبت القذف بالاقرار مرتين من المكلف او بشهادة عدلين)

اجماعاً - لعموم ما دل (١) على حجية شهادة العدلين و ثبوت المشهود به بها -
ومادل (٢) على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز - انما الاشكال في عدم ثبوته بالاقرار
مرة مع ان مقتضى اطلاق دليله الثبوت - و لكن الظاهر انه اجماعى كما مر في
الفصل السابق .

الثالثة (ويعزى الصبى والمجنون اذا قذفوا) كما تقدم في الموضع الاول عند

بيان شرائط القاذف .

الحد موروث كالمال

الرابعة (و الحد موروث كالمال) من غير فرق بين حد القذف وغيره اذا
لم يكن قد استوفاه و لا عفى عنه بلا خلاف وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه
والاصل فيه مضافا الى ذلك والى العمومات - جملة من النصوص - كصحيح (٣)
محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في حديث وان كان قال لابنه يا بن الزانية
وامه ميتة ولم يكن لها من ياخذ بحققها منه الاولدها منه فانه لا يقام عليه الحد
لان حق الحد قد صار لولده منها فان كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له
وان لم يكن لها ولد من غيره و كان لها قرابة يقومون باخذ الحد جلد لهم - و
نحوه غيره الذى سيمر عليك ولا ينافيها خبر (٤) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام الحد
لا يورث لانه يحمل على ارادة عدم كونه موروثا على حسب المال كما صرح بذلك
في موثق (٥) الساباطي عنه عليه السلام ان الحد لا يورث كما تورث الدية والمال ولكن
من قام به من الورثة فهو وليه و من تركه فلم يطلبه فلا حق له وذلك مثل رجل

(١) الوسائل باب ٧٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد الاقرار

(٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد القذف حديث ١

(٤ - ٥) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حد القذف حديث ٢ - ٣

قذف وللمقذوف اخوان فان عفا عنه احدهما كان للآخر ان يطلبه بحقه الحديث - وبه يظهر ان المراد بكون حد القذف موروثا - ليس انه يرث كل من الورثة حصة منه - بل الثابت لكل منهم الولاية على استيفائه فللواحد من الجماعة المطالبة بتمام الحد وان عفى الباقيون .

(و لكن) لا ميراث للزوجين بل ولا لغيرهما من ذوي الاسباب اجماعا ادعاء غير واحد وهو الحجة فيه - وقد مر الكلام فيه في كتاب الميراث (ولو عفى احد الوراث كان للباقي الاستيفاء على التمام) بلا خلاف ولا اشكال وموثق الساباطي شاهد به .

الخامسة (ولو تكرر الحد) بتكرار القذف (ثلاثا قتل في الرابعة) وقيل في الثالثة - والصحيح المتقدم المتضمن لان اصحاب الكبائر يقتلون في الثالثة شاهد بالثاني - وقد مر الكلام فيه في حد اللواط وغيره فراجع - ثم ان ذلك فيما لو قذف فحد ثم قذف فحد وهكذا .

و اما لو قذف مرارا - فان كان المقذوف متعددا فقد مر حكمه في المسألة الاولى و ان كان واحدا - فالظاهر ثبوت حد واحد عليه من غير فرق بين تعدد المقذوف به كان قذفه مرة بالزنا واخرى بالواط وثالثة بانه ملوط - و وحدته كما لو قذفه بالزنا مرارا فالظاهر ثبوت حد واحد بناء على ما هو الحق من اصاله وحدة المسببات .

السادسة (ولو تفاذ اثنتان) سقط الحدو (عزرا) بلا خلاف لصحيح (١) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجلين افترى كل واحد منهما على صاحبه فقال عليه السلام يدراً عنهما الحد ويعزران - ونحوه صحيح (٢) ابي ولاد الحنظلة عنه عليه السلام

يجب قتل من سب النبي (ص)

الموضع السادس في اللواحق وفيه مسائل - الأولى (ويقتل من سب النبي (ص))
او واحدا من الأئمة عليهم السلام و يحل لكل سامع قتله مع أمن الضرر -
بلا خلاف في شيء من تلكم بل الإجماع بقسميه على الجميع كما في الجواهر -
وقد تكرر في كلماتهم دعوى الإجماع عليها - والمستند هو النصوص الخاصة
كالنَّبَوِي (١) الخاصي رواه علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في حديث من سمع احدا
يذكرني فالواجب عليه ان يقتل من شتمني ولا يرفع الى السلطان والواجب على
السلطان اذا دفع اليه ان يقتل من نال مني - وحسن (٢) محمد بن مسلم في حديث فقلت
لا ييجفر عليه السلام ارايت لو ان رجلا الان سب النبي ﷺ أيقول قال عليه السلام ان لم تخف
على نفسك فاقتله ونحوها غيرها - وصحيح (٣) هشام بن سالم قلت لابي عبدالله عليه السلام
ما تقول في رجل سبابة لعلی عليه السلام فقال لي حلال الدم والله لو ان نعم بريئا قال قلت
لاي شيء يعم به بريئا قال عليه السلام يقتل مؤمن بكافر ولم يزد على ذلك - وخبر (٤)
العامري عنه عليه السلام - قال له اي شيء تقول في رجل سمعته يشتم عليا عليه السلام ويبرأ منه
فقال لي والله هو حلال الدم ومالهم منهم برجل منكم دعه - وخبر (٥) علي بن حديد
عن ابي الحسن الاول عليه السلام فقال اني سمعت محمد بن شير يقول انك لست موسى بن
جعفر الذي هو امامنا وحجتنا - الى ان قال فقلت له اذا سمعت ذلك منه أو ليس حلال
لي دمه مباح كما ايح دم السباب لرسول الله ﷺ والامام قال عليه السلام نعم حل والله حل
دمه واباحه لك ولمن سمع ذلك منه الى ان قال فقلت ارايت اذا نالهم اخف ان اعم بذلك
بريئا ثم لم افعل ولم اقتله ما على من الوزر فقال عليه السلام يكون عليك وزره اضعافا مضاعفة

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حديث ٣-٤

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد القذف - حديث ١-٢-٣-٤-٥

من غير ان ينقص من وزره شيء الى غير ذلك من النصوص .

مضافا الى ما دل على حلية دم الناصب كخبر (١) داود بن فرقد قلت لابي عبدالله عليه السلام ما تقول في قتل الناصب فقال حلال الدم ولكن اتقى عليك فان قدرت ان تقلب عليه حائط او تغرقه في ماء لكيلا يشهده به عليك احد فافعل .

وتمام الكلام ببيان امور - ١ - قال في المسالك وفي الحاق باقي الانبياء عليهم السلام بذلك قوة لان كمالهم و تعظيمهم عام من دين الاسلام ضرورة فسبهم ارتداد ظاهر - ولكن في صدق الارتداد في جميع الموارد اشكالا - ثم ان المرتد لا يجوز قتله مطلقا - فالصحيح ان يستدل به بالنبوي (٢) الخاصي من سب نبيا قتل ومن سب صاحب نبى جلد المنجبر بالفتوى - ولا يعارضه ما عن الميسر روى عن علي عليه السلام انه قال اوتي برجل يذكر ان داود صادف المرتة الاجلدة مائة وستين الحديث كما لا يخفى .

٢ - الظاهر الحاق فاطمة عليها السلام بالاجماع على طهارتها بآية التطهير (٣) كما في الرياض وغيره بل لما علم بالضرورة انها في الاحترام كاولادها وعن التحريم الحاق الامام النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبنته به من غير تخصيص فاطمة عليها السلام مراعاة لقدره - وهو يتم ان كان بحيث يصدق سب النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشتمه والنيل منه والافى اطلاقه منع .

٣ - المشهور بين الاصحاب عدم توقف قتل الساب على اذن الامام عليه السلام وعن الغنية الاجماع عليه لاطلاق النصوص وخصوص النبوي الاول واما ما تضمن (٤) قول الصادق (ع) لعبدالله بن النجاشي الذي قتل ثلاثة عشر رجلا من المتبرئين من امير المؤمنين (ع) لو كنت قتلتهم بامر الامام لم يكن عليك شيء ولكنك سبقت الامام فعليك ثلاثة عشر شاة تذبحها بمنى وتصدق بلحمها لسبقك الامام وليس عليك غير ذلك ، فمضافا الى ضعف

(١) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد القذف حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حديث ٣

(٣) الاحزاب آية ٣٣

(٤) رواء العلامة المامقاني في رجاله ج ٢ ص ٢٢٠ عند ذكر عبدالله

سند انه لا يدل على عدم الجواز بدون اذن الامام بل ظاهره الجواز غاية الامر يدل على لزوم ذبح الشاة وحيث لا قائل بوجوده فيطرح او يحمل على النذب .

٣- يعتبر في وجوب القتل الامن من الضرر - لعموم ما دل (١) على نفى الضرر وفيما اذا كان الخوف على نفسه بان يقتل جملة من النصوص المتقدمة وبضمنة عدم القول بالفصل يتم المطلوب - ثم ان مقتضى النصوص عدم الجواز ح بل مقتضى حديث لاضرر ايضا ذلك بناء على ما هو الحق من انه ينفي كل حكم ضررى منه جواز قتل الساب .

الثانية (و كذا يقتل مدعى النبوة) بعد نبينا ﷺ بلا خلاف - ويشهد به جملة من الاخبار كمؤثق (٢) ابن ابي يعفور قلت لابي عبدالله (ع) ان بزيعا يزعم انه نبي فقال ان سمعته يقول ذلك فاقتله - وخبر (٣) يحيى بن ابي القاسم عن ابي جعفر (ع) في حديث قال النبي ﷺ ايها الناس انه لا نبي بعدى ولا سنة بعد سنتي فمن ادعى ذلك فدعواه وبدعته في النار فاقتلوه - ومؤثق (٤) ابن فضال عن الرضا (ع) فمن ادعى نبينا واتى بعده بكتاب فدمه مباح لكل من سمع منه ونحوها غيرها .

(و) كذا يقتل (من قال لا ادرى صدق محمد صلى الله عليه و كذبه مع تظاهره او لا بالاسلام) لانه يرتد بذلك ويجوز قتل المرتد الفطرى - وكذا الملى على بعض الوجوه ومع ذلك يشهد به - خبر (٥) الحارث بن المغيرة قلت لابي عبدالله (ع) لو ان رجلا اتى النبي ﷺ فقال والله ما ادرى انى انت ام لا كان يقبل منه قال (ع) لا ولكن كان يقتله انه لو قبل ذلك ما سلم منافق ابدا .

الثالثة (والساحر اذا كان مسلما) يقتل (ويعزر الكافر) منه بلا خلاف اجده فيه كذا في الجواهر وقد مر الكلام فيه مفصلا في المكاسب المحرمة في مبحث السحر في الجزء الحادى عشر من هذا الشرح.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجاره

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المرتد حديث ٢-٣-٤

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب حد المرتد حديث ٤

بيان حد من تناول المسكر

(الفصل العاشر في حد المسكر) وقد مر الكلام في حرمة شرب المسكر

وعرفت انه يدل عليها الكتاب والسنة والاجماع بل هي من ضروريات الدين ولا اشكال ولا كلام في ثبوت الحد بتناوله والنصوص المستفيضة شاهدة به وتستمر عليك طائفة منها - وانما الكلام في جهات - ونخبة القول في المقام بالنظر في هذا الفصل في امور ثلاثة .

الاول في بيان الموجب المحد وما يعتبر فيه فعلا وفعلا قال قده (من تناول

مسكرا - او فقا - او عصير اقدغلا قبل ذهاب ثلثيه اختيارا مع العلم بالتحريم والتكليف الخ) فبهنا فروع

١- ان شرب المسكر مطلقا ولو قطرة منه موجب للحد بالاخلاف ولا اشكال

والنصوص المستفيضة شاهدة به كصحيح (١) الكناني عن ابي عبد الله (ع) كل مسكر من الاشربة يجب فيه كما يجب في الخمر من الحد - وصحيح (٢) عمر بن يزيد عنه ^(عليه السلام) في كتاب علي (ع) يضرب شارب الخمر وشارب المسكر قلت كم؟ قال حدما واحد - وصحيح (٣) عبد الله بن سنان عنه (ع) الحد في الخمر ان يشرب منها قليلا او كثيرا ونحوها غيرها - ولا يعارضها صحيح (٤) الكناني عن الصادق (ع) في حديث قلت ارايت ان اخذ شارب النبيذ ولم يسكرا يجلد قال (ع) لا - ونحوه صحيح (٥) الحلبي فان ظاهرهما ارادة النبيذ الحلال الذي لا يكون كثيره مسكرا - كما هو واضح ويؤيده قوله (ع) في ذيل الثاني وكل مسكر حرام .

ثم انه هل يثبت الحد بتناول المسكر بغير الشرب كما لو جعله ممزوجا بالاغذية واكل الغذاء الظاهر تسالمهم على الثبوت وان الموضوع هو تناول لا الشرب خاصة - وفي

(٢-١) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المسكر حديث ٢-١

(٥-٣-٤) الوسائل باب ٤ من ابواب حد المسكر حديث ٣-٤-٥

المسالك ويخرج من ذلك استعماله بالاحتقان والسعوط حيث لا يدخل الحلق لانه لم يعد تناولا فلا يحده - وعن القواعد لو تسعط به حد وعلة بعضهم بانه يصل الى باطنه عن حلقه - وهو كما ترى .

وهل يثبت الحد بالشرب من ماء كثير قطرت فيه قطرة من المسكر صرح بذلك جماعة ام لا - اقول لا اشكال ولا كلام في حرمة الشرب من ذلك الماء والنصوص المستفيضة شاهدة به كما مر في كتاب الاطعمة والاشربة الا ان ثبوت الحد في الاخبار رتب على شرب المسكر وفي المفروض حيث يستهلك المسكر في الماء فلا يصدق انه شرب المسكر ولو قليلا منه فلا وجه لثبوت الحد - الا ان يثبت اجماع عليه ولم يثبت .

٢ - شرب الفقاع ولو قطرة منه يوجب الحد بالاخلاف وتكرر في كلماتهم دعوى اجماع عليه - لصحيح (١) ابن زريع عن ابي الحسن ^{عليه السلام} عن الفقاع فقال هو خمر وفيه حد شارب الخمر ونحوه غيره - ومقتضى اطلاق التنزيل ثبوت الحد في تناوله بغير الشرب ايضا .

٣ - العصير العنبى اذا غلا ولم يذهب ثلثاه يحرم شربه كما مر في محله ويوجب الحد لاتفاقهم على انه بمنزلة الخمر في الاحكام والظاهر ان العصير العنبى اذا غلا ولم يذهب ثلثاه يسرع اليه الاسكار - وكيف كان فالحكم مسلم ويمكن ان يستفاد التنزيل المزبور من النصوص (٢) الواردة في تحريمه .

٤ - يعتبر في ثبوت الحد ان يكون الشارب مكلفا فلو شرب الصبي او المجنون الخمر لا يحد لماد (٣) على رفع القلم عنهما - وللنصوص الدالة (٤) على انه لا حد على مجنون ولا على صبي المتقدمة في حد الزنا .

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد المسكر حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب الاشربة المجرمة

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص في النفس

(٤) الوسائل باب ٩ و ٢١ من ابواب حد الزنا

د - يعتبر في ثبوته ان يكون الشرب اختياريا فلوا كره عليه لم يحد بالاخلاق بل عليه الاجماع كما مر في حد الزنا - وما ورد (١) على نفى التقية في شرب الخمر تقدم الكلام فيه في كتاب الاطعمة والاشربة وعرفت ان المراد به عدم التقية في بيان حكمها لاعدم التقية في شربها - ويعتبر في الحد عدم جهل الشارب بالحرمة - او كونه مسكرا مع العلم بها كما في حد الزنا وقدمر تفصيل القول في ذلك في حد الزنا .

الحد وكيفية

الثاني في بيان الحد - فاعلم ان من تناول المسكر او الفقاع - او العصير العنبي - (حدثنا من جلد) اجماعا - والنصوص المتواترة المتقدم بعضها تدل عليه و ظاهر النصوص اعتبار الثمانين مترتبة وما (٢) تضمن من ضرب الامير عليه السلام ابن عمر - والوليد بن عقبة بسوط له شعبتان اربعين جلدة محمول على جواز ذلك لمصلحة .

ثم انه يضرب الشارب ومن في معناه (عاريا) مستورا العورة عن الناظر المحترم (على ظهره وكتفيه ويتقى وجهه وفرجه) ومقاتله بالاخلاق الا ما حكى عن المبسوط من انه لا يجرد عن ثيابه - ويشهد له صحيح (٣) ابي بصير في حديث سألته عن السكران والزاني قال يجلدان بالسياط مجردين بين الكتفين فاما الحد في القذف فيجلد على ثيابه ضربا بين الضربين - واستدل الشيخ لما اختاره بان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالضرب ولم يامر بالتجريد - وهو كما ترى - وفي الجواهر وينبغي ان يفرق على سائر بدنه ليدوق العقوبة ماسرى فيه المشروب كما روى عن علي عليه السلام من قوله للجلاد اعط كل عضو حقه .

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاشربة المحرمة

(٢) الوسائل باب ٥٠٣ من ابواب حد المسكر

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب حد المسكر حديث ١

و لا خلاف بينهم في انه يضرب (بعد الافاقة) لتحصل فائدة الحد التي هي
 الانزجار عنه ثانياً - ثم ان ما ذكرناه من انه يضرب عاريا انما هو في الرجل .
 واما في المرأة فالظاهر انها تحدد مربوطة عليها ثيابها لما مر في حد الزنا
 ثم انه يحد الشارب كما مر (حرا كان او عبداً او كافرا متظاهرا) اما العبد
 فلا يهملنا البحث عنه - واما الكافر فالظاهر عدم الخلاف في انه ان تظاهر بالشرب يحد
 كحد المسلم وان استتر فلا حد عليه - ويشهد به نصوص كصحيح (١) محمد بن
 قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضي امير المؤمنين عليه السلام ان يجلد اليهودي والنصراني
 في الخمر والنبيذ المسكر ثمانين جلدة اذا اظهر واشربه في مصر من امصار المسلمين
 و كك المجوس و لم يعرض لهم اذا شربوها في منازلهم و كنائسهم حتى يصير
 بين المسلمين .

(ولو تكرر الحد ثلاثا قتل في الرابعة) وفاقا للمشهور شهرة عظيمة بل عن
 الغنية الاجماع عليه كذا في الجواهر و هو مروى مستفيضا ان لم يكن متواترا
 لاحظ صحيح (٢) سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قال رسول الله ﷺ من شرب
 الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد الثالثة فاقتلوه ونحوه غيره .

وعن الصدوق في المقنع والشيخ في الخلاف والمبسوط والمصنف ره في القواعد
 وولده في الايضاح والشهيد في اللمعة انه يقتل في الرابعة - لان الزنا اعظم منه ذنباً
 وفاعله يقتل فيها كما مضى فهنا اولي - ولما روى (٣) مرسل انه يقتل في الرابعة -
 ولكن الاولوية انما تتم لولم يكن الدليل وهو هنا موجود والمرسل لم يظهر كونه
 عن الامام - لان جميلاً يقول روى (٤) عن بعض اصحابنا - والظاهر منه غير الامام -
 وفي الفقيه وان كان (٥) وروى انه يقتل في الرابعة الا انه يحتمل ان يكون نظره

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب حد المسكر حديث ٣

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١١ من ابواب حد المسكر حديث ١-٩-٢

(٥) ج ٤ ص ٤٠

الى ما ذكره جميل-اضف اليه انه لا يصلح للمقاومة مع النصوص الكثيرة وفيها الصحاح المفتى بها بين الاصحاب .

ولو شرب مراراً ولم يحد بعد كل شرب كفى عن الجميع حد واحد بخلاف كما مر في حد الزنا .

حكم من شرب الخمر مستحلاً

الثالث في بيان الاحكام وفيه مسائل الاولى (ولو شرب الخمر مستحلاً فهو مرتد) كما عن الحلبي والتقي والمحقق في الشرايع والمصنف هنا وفي المسالك نسبته الى المتأخرين فيفرق بين الملى منه والفطرى والذكر والائثى - لان حرمة شربها من الضرورى الذى حكمه ذلك - الا انه لا بد وان يقيد بما اذا لم يحتمل الشبهة فى حقه لم اقدمناه فى الجزء الاول من هذا الشرح من ان منكر الضرورى لشبهة لم يثبت كونه كافراً فراجع .

وعن الشيخين واتباعهما - انه يستتاب فان تاب اقيم عليه الحد ثمانون جلدة خاصة والقتل من غير فرق فى الاستتابة بين الملى والفطرى لامكان عروض شبهة فى الشرب فاستحلوه والحدود تدراً بالشبهات - ولما رواه المفيد فى ارشاده قال (١) روت الخاصة والعامة ان قد امة بن مظعون شرب الخمر فاراد عمر ان يجلده فقال لا يجب على الحدان الله تعالى يقول ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا فدرأ عنه عمر الحد فبلغ ذلك امير المؤمنين عليه السلام فمشى الى عمر فقال ليس قد امة من اهل هذه الاية ولا من سلك سبيله فى ارتكاب ما حرم الله سبحانه ان الذين آمنوا وعملوا الصالحات لا يستحلون حراماً فاراد قدامة فاستتبهم مما قال فان تاب اقم عليه الحد وان لم يتب فاقتله فقد خرج عن الملة .

ولكن الخبر لا ينافى القول الاول لاحتمال كون قدامة ارتداده عن ملة لاعن

فطرة فيتوجه ح القتل بعد الاستتابة - وما افاده لا يتم في صورة الشبهة فانه في تلك الصورة تكون الوظيفة رفع الشبهة عنه بحيث يصير ما انكره ضرورياً له فان استحل ايضاً كان ح مرتداً يستتاب ان كان ملياً ويقتل ان كان فطرياً - فما ذكره الشيخان وتابعوهما لا يتم في صورة العلم ولا في صورة الشبهة - وبما ذكرناه ظهر ان الحق انه ان لم يحتمل الشبهة فهو مرتد - والا فالمتعين رفع الشبهة ثم اجراء حكم المرتدان استحلّه بعد رفعها.

(ويحدد مستحل غيرها) من سائر المسكرات لعدم كون حرمة شربها من الضروريات لتحليل بعض المسلمين اياها ويكون ذلك كافياً في انتفاء الكفر باستحلالها .

الثانية (ولو باع الخمر مستحلاً) بيعها (استتيب) مطلقاً فطرياً كان ام ملياً اذ ليس تحريمه معلوماً ضرورة وقد يقع فيه الشبهة من حيث انه يسوغ تناوله على بعض وجوه الضرورات (فان تاب) قبل منه (والا قتل) وفي المسالك والرياض وكأنه موضع وفاق وما وقفت على نص يقتضيه - اقول الظاهر ان نظر الاصحاب الى انه حيث يكون حرمة بيعها مجتمعا عليها فان باعها مستحلاً - فان كان ذلك مع العلم بالحرمة فهو مرتد يلحقه حكم غيره من المرتدين والا عرف فان تاب والا قتل كما هو الحال في من انكر ما هو مجمع عليه بين المسلمين وانما اطلقوا فان تاب الخ من جهة ان عروض الشبهة فيه اظهر من عروضها في الشرب فتدبر.

(و يعزر بائع غيره) ولا يقتل وان لم يتب لعدم الاجماع من المسلمين على حرمة فلا يقتل وانما يؤدب لفعله المحرم قتالاً.

لو تاب الشارب قبل ان يحد

الثالثة (و لو تاب) الشارب عنه (قبل قيام البينة سقط الحد ولا يسقط بعدها)

بلا خلاف في الاول وعلى المشهور في الثاني ويشهد له في الاول - المرسل (١)

كالصحيح عن احدهما (ع) في رجل سرق او شرب الخمر او زنا فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلاح فقال عليه السلام اذا صلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد الحديث. وعلى عدم السقوط في الثاني الاصل مع عدم ظهور المسقط بالكلية. وعن الحلبي ان للامام العفو عنه كما اختاره في الزنا. وقد مر ما فيه في الزنا. مع ان مراده لو كان هو امام الاصل وليس وظيفتنا بيان حكمه.

(ولو اقر ثم تاب تخير الامام) في الاقامة للحد عليه او العفو عنه على الاشهر على ما صرح به غير واحد. واستدلوا به بانها مسقطه لتحتم اقوى العقوبات وهو الرجم او الحد مائة واقوى الذنوب وهو الزنا فاضعهما وهو الجلد ثمانين اولي. اقول والاولى الاستدلال له بعموم التعليل في بعض النصوص كخبر (١) تحف العقول عن ابي الحسن الثالث عليه السلام في حديث طويل قال واما الرجل الذي اعترف باللواط فانه لم يقم عليه البينة وانما تطوع بالاقرار من نفسه واذا كان للامام الذي من الله ان يعاقب عن الله كان له ان يمن عن الله الحديث. وان كان ما ذكر من الاولوية ايضا لا باس بها. فما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وفي الشرايع والمسالك من منع التخيير وتحتم الاستيفاء لثبوته بالاقرار فيستصحب غير تام.

الرابعة (و يثبت) هذا الفعل (بشهادة عدلين) ذكرين لعموم ما دل على (٢) حجيتها ومثبتيتها للحقوق. وانما اعتبرنا الذكورة لما دل على (٣) انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود. ويشهد لثبوته بها. الخبر (٤) المروي عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال في حق قدامة لما شهد عليه واحد بشر بها والاخر بقيتها. ما قائها حتى شربها (او بالاقرار مرتين من اهله) بالاخلاف فيه وفي عدم الثبوت بالاقرار مرة

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٧٥ وغيرهما من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات

(٤) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد المسكر حديث ١

بل على الثاني الاجماع عن ظاهر المبسوط وهو الحجة فيه وفي تقييد اطلاق ما دل على مثبتية الاقرار.

الخامسة (ولو شرب المسكر جاهلا به او بالتعزير سقط الحد) كما مر عند بيان شرائط الثبوت وايضا قدمران (من استحل ما اجمع على تحريمه كالميتة قتل ولو تناوله محرما عزز)

السادسة (ولا دية لمقتول الحد او التعزير) كما هو المشهور بين الاصحاب وعن الشيخ في الاستبصار ان ذلك في حدود الله - واما في الحد للناس فتجب على بيت المال - وعنه في المبسوط التفصيل بين من قتله الحد او التعزير فاختار عدم الدية في الاول وثبوتها في بيت المال في الثاني وعن خلافه القطع بان التعزير كالحد والمستند طائفتان من الاخبار - احدهما ما يدل على عدم الدية كصحيح (١) الكناني عن الصادق عليه السلام عن رجل قتله القصاص له دية فقال عليه السلام لو كان كك لم يقتص من احد وقال من قتله الحد فلا دية له - ونحوه خبر ازيد (٢) الشحام ومعلي بن عثمان وصحيح (٣) الحلبي - والحد فيها اما يشمل التعزير او يكون التعزير ملحقا به لعدم القول بالفصل كذا قيل - ومقتضاها عدم ثبوت الدية مطلقا - ثانيتهما خبر (٤) الحسن بن صالح الثوري عن الصادق عليه السلام من ضربناه حدا من حدود الله تعالى فمات فلا دية له علينا ومن ضربناه حدا من حدود الناس فمات فان دية علينا - ولكن الثانية ضعيفة السند لحسن بن صالح - وما عن الايضاح انه متواتر عنهم لم نتحققه - والراوى عنه وان كان ابن محبوب الا انه لم يثبت كونه من اصحاب الاجماع فتأمل - مع انه يمكن ان يكون ذلك مختصا بهم فالمتمتع هو النصوص الاولى .

ثم انه ينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يصل الخطاء لو كان من غير المعصوم بالتجاوز والا اتجه الضمان :

(و لو) اقام الحاكم الحد بالقتل او غيره بما يوجب الدية ثم (بان فسق

الشهود فالدية في بيت المال) كغيره مما يخطأ فيه الحاكم ولا يضمنها الحاكم ولا عاقلته بلا خلاف - ويشهد به خبر (١) الاصبغ بن نباتة قضي امير المؤمنين عليه السلام انما اخطات القضاة في دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين والمسألة محررة في كتاب القضاء بالتفصيل .

حد السرقة

(الفصل الحادى عشر فى حد السرقة) والكلام فيه فى مقامات - الاول فى بيان السارق الذى يجب قطعه - فاعلم انه (بشرط فى قطع السارق التكليف) بالبلوغ والعقل والاختيار .

اما البلوغ فقد اتفقت كلماتهم على اعتباره فى الجملة - والمشهور بين الاصحاب انه لو سرق الصبى لم يحد وان كان يؤدب بما يراه الحاكم ولو تكررت سرقة الخامسة فما فوق - وعن الشيخ فى النهاية والقاضى والمصنف فى المختلف انه يعفى عنه اولا فان عاد ادب فان عاد حكمت انامله حتى تدمى فان عاد قطعت انامله فان عاد قطع كما يقطع الرجل ونسبه المصنف الى الاكثر وان كان صاحب الجواهر رده لم يتحققه وعن يحيى بن سعيد انه يعفى عنه اولا فان عاد عزروا ان عاد قطع اطراف اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك - وعن الصدوق فى المقنع يعفى عنه مرة فان عاد قطعت انامله او حكمت حتى تدمى فان عاد قطعت اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك .

اما النصوص فهى مختلفة - منها ما يدل على العفو عنه مرتين فان عاد قطع بنائه فان عاد قطع اسفل من ذلك - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن الصبى يسرق قال عليه السلام اذا سرق مرة وهو صغير عفى عنه فان عاد عفى عنه فان عاد قطع بنائه فان عاد قطع اسفل بنائه فان عاد قطع اسفل من ذلك .

ومنها ما يقرب من ذلك كصحيح (٣) ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام عن الصبى

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب اداب القاضى حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢٨ - من ابواب حد السرقة حديث ٤ - ١

يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرة أو مرتين ويعزرفى الثالثة فان عاد قطع اطراف اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك .

ومنها ما يدل على ما ذهب اليه ابن سعيد - لاحظ حسن (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام اذا سرق الصبي عفى عنه فان عاد عزر فان عاد قطع اطراف الاصابع فان عاد قطع اسفل من ذلك وقد اتى على عليه السلام بعلام يشك في احتلامه فقطع اطراف الاصابع .
ومنها ما يدل على ما ذهب اليه الصدوق كصحيح (٢) ابن سنان عنه عليه السلام في الصبي يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرة فان عاد قطع انامله او حكت حتى تدمى فان عاد قطع اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك ،

ومنها ما يدل على العفو في الاول و التاديب بالحك حتى تدمى في الثانية وقطع اطراف انامله من المفصل الاول في الثالثة وقطع اطرافها من المفصل الثاني في الرابعة وقطعها من اصولها في الخامسة - قيل كخبر (٣) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن الصبي يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرتين فان عاد الثالثة قطع انامله فان عاد قطع المفصل الثاني فان عاد قطع المفصل الثالث و تركت راحته و ابهامه - و عن الغنية نسبتة الى رواية الاصحاب - ولكنه كما ترى حيث ان الخبر يدل على العفو مرتين .
ومنها ما يدل على انه يقطع من لحم اطراف اصابعه في المرة الاولى ويقطع اليد في الثانية كخبر (٤) سماعة قال ابو عبد الله عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام بعلام قد سرق ولم يبلغ الحلم فقطع من لحم اطراف اصابعه ثم قال ان عدت قطعت يدك .

ومنها ما يدل على قطع اطراف الاصابع مطلقا كخبر (٥) البصري عنه عليه السلام اذا سرق الصبي ولم يحتلم قطعت اطراف اصابعه وقال عليه السلام لم يصنعه الارسل الله وانا ومنها ما يدل على التاديب بالضرب كخبر (٦) السكوني .

ومنها يدل على العفو ان لم يعلم بان في السرقة عقوبة كخبر (٧) عبد الله القسري

ومنها ما يدل على العفو ان سرق قبل سبع سنين وان عاد بعدها قطعت بناه او حكت حتى تدمى فان عاد قطع من اسفل بناه فان عاد بعد ذلك وقد بلغ تسع سنين قطع يده - كصحيح (١) محمد بن مسلم .

والذى يقتضيه الجمع بين النصوص هو البناء على العفو عن القطع او الحك مرتين وان كان يعزر بالضرب وفي الثالثة يؤدب بالحك اى حك اطراف اصابعه حتى تدمى او يقطع من اطراف لحم اصابعه وفي الرابعة يقطع بناه وبعد الرابعة يعزر بما يراه الحاكم ولو بالقطع كما يقطع البالغ - ولا ينافيه اشتراط التعزير بعدم بلوغه الحد - لجواز تخصيص دليله بهذه النصوص - مع ان الحد للبالغ في المرتبة الاولى ذلك لافى المرتبة الخامسة - فهو غير بالغ الحد - ولكن بما ان المشهور اعرضوا عن هذه النصوص فالافق بالاحتياط الذى فى المقام يجب رعايته العفو عنه مرة بل مرتين ثم التاديب الذى منتهاه الادماء بالحك او قطع اللحم من الانامل شيئا فشيئا بمنقاش وشبهه - ولا يصل الى قطع الانملة فضلا عن القطع كما يقطع البالغ - واما العقل فيشهد لاعتباره حديث (٢) رفع القلم - وما دل (٣) على انه لاحد على المجنون المتقدم فى حد الزنا - وهل يعزر حسما لمادة الفساد ونظما لامور العباد - ام لالعدم الدليل عليه وعدم كون ما ذكر صالحا للاستناد اليه فى الحكم وجهان - وعلى اى حال ما ذكر فى الصبي لايجرى فى المجنون بعد حرمة القياس وعدم الدليل على التعدى - واما الاختيار فيشهد لاعتباره ما قدمناه من الاخبار (٤) (٥) مما يعتبر فى السارق (انتفاء الشبهة) لما مر من (٥) ان الحدود تدرأ بالشبهات والقطع منها .

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب حد السرقة حديث ١٢

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٠ - وباب ٣٦ من القصاص

فى النفس .

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-١

(٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث ٢-١

(٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

يعتبر كون المال محرزا

(و) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر فيه (هتك الحرز وهو المستور بقفل او غلق او دفن) فلو لم يكن المال محرزا لم يقطع بالاخلاف بل عليه الاجماع في الغنية كذا في الرياض - و في الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه و يشهد به طوائف من النصوص - منها خبر (١) السكوني عن امير المؤمنين عليه السلام لا يقطع الامن نقب بيتا او كسرفلا ونحوه مرسل (٣) جميل عن احدهما عليه السلام - وخبر (٢) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن امير المؤمنين (ع) ليس على السارق قطع حتى يخرج بالسرقة من البيت ومنها النصوص الواردة في الاجير والضيف والسرقة من المواضع المتناوبة كالحمامات ومن الجيب والكم الظاهرين وما شاكل الاية فلا اشكال في اعتبار كون المال محرزا وحيث لا تحديد شرعا للحرز فيتعين الرجوع فيه الى العرف .

وعن الشيخ في النهاية هو كل موضع ليس لغير مالكة الدخول عليه الا باذنه - وعن المبسوط والبيان والغنية و كنز العرفان نسبته الى اصحابنا وعن الاخير دعوى الاجماع عليه صريحا - ولكنه ينتقض بالسرقة من الدار التي لا تكون مغلقة فانه لا خلاف بينهم في عدم القطع بالسرقة منها كما عن الحلبي مع ان التعريف المذكور صادق عليه - ولذلك حكى عن ابن حمزة اضافة و كان مغلقا او مقفلا الى ما ذكره وتوجيه المصنفه اياه بارادة انه ليس لغير المالك الدخول فيه تكوينيا لاعدم الجواز الشرعي كما ترى - اضاف الى ذلك انه لا دليل على هذا الضابط .

وما افاده سيد الرياض من ان في النصوص ايماء اليه ، ففي خبر (٤) السكوني عن امير المؤمنين عليه السلام كل مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منه السارق فلا قطع فيه - وفي الصحيح الاثني (٥) المتضمن عدم قطع الرجل بسرقة مال ابيه و اخته و اخيه تعليله

(٣-١) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد السرقة حديث ٣-٥

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب حد السرقة حديث ٤

(٤-٥) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد السرقة حديث ١٠٢

بعدم حجبته عن الدخول الى منزلهم فمفهومه القطع مع عدم الاذن - و قريب منهما
النصوص المتضمنة (١) لعدم قطع الضيف والاجير معللة بالاستيمان وليس الامن حيث
الاذن في الدخول - فيه - انه ليس لشيء من تلك النصوص مفهوم كى تدل على القطع
في غير تلك الموارد - وعن الخلاف كل موضع حرز لشيء من الاشياء فهو حرز لجميع
الاشياء - وعن الحلبي والمصنف ره في التحرير اختياره - ولكنه ايضا مخالف للعرف
الا ترى ان حرز الذهب عرفا غير حرز الدابة - فالحق ما ذكرناه من ايكال ذلك الى العرف
ولو هتك الحرز شخص واخرج المال غيره لم يقطع احدهما وان جاتا معا بقصد
التعاون بالاخلاف اجده بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر - والوجه فيه
عدم صدق السرقة على الاول وعدم الاخذ من الحرز على الثاني نعم لو تعاونوا على النقب
مثلا وانفرد احدهما بالاخراج او تعاونوا في الاخراج وانفرد احدهما بالنقب - ثبت
القطع على المخرج في الاول والناقب في الثاني اصدق السارق والاخذ من الحرز .
ثم ان الاصحاب ذكروا انه يعتبر امور اخر في السارق غير مامر - منها - ان
ياخذ سرافا ولو هتك الحرز قهرا ظاهرا واخذ لم يقطع لكونه غاصبا عرفا لا سارقا -
والنصوص المتضمنة لعدم قطع المختلس علانية تشهد به لاحظ - موثق (٢) ابي بصير عن
احدهما (ع) عن امير المؤمنين عليه السلام لا قطع في الدغارة المعلننة وهي الخلصة ولكن اعززه
وصحيح (٣) محمد بن قيس عن الباقر (ع) قضى امير المؤمنين (ع) في رجل اختلس ثوبا من
السوق فقالوا قد سرق هذا الرجل فقال (ع) اني لا قطع في الدغارة المعلننة ولكن لا قطع
من ياخذ ثم يخفى - وخبر (٤) سماعة من سرق خلصة خلسها لم يقطع ولكن يضرب ضربا
شديدا الى غير تلكم من النصوص و كذا المستامن لو خان باخذه لعدم كونه سارقا
اذا المال في يده - ونصوص (٥) الاجير شاهدة به .

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة - حديث ١-٢-٥

(٥) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة

(و) منها (اخراج) المال بنفسه او بمشارك من الحرز والظاهر تسالم الاصحاب على اعتباره - ويشهد به خبر (١) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عن علي بن ابي حمزة لاقطع على السارق حتى يخرج بالنسبة من البيت ونحوه غيره - ويتحقق الاخراج بالمباشرة وبالتسبيب مثل ان يشده بجبل ثم يحد به من خارج او يضعه على دابة من الحرز ويخرجها بان ساقها وسارت لنفسها .

ومنها ان لا يكون والدمن ولده ولا خلاف فيه بل عليه الاجماع كما صرح به جماعة - بل فى معقد اجماع المسالك الاب وان على - وهو الحجة فيه مضافا الى فحوى ما دل (٢) على عدم قتله به - وما دل (٣) على انت ومالك لا ييك - والحق ابو الصلاح بالاب الام ونفى عنه فى محكسى المختلف البأس لانها احد الابوين ولاشتر اكهما فى وجوب الاعظام - وفيه تأمل .

المسروق وما يعتبر فيه

الثانى فى المسروق - لا خلاف ولا اشكال فى انه يعتبر (النصاب) لتوافق النص (و) الفتوى عليه - انما الكلام فى حده - فالمشهور بين الاصحاب (هو ما قيمته ربع دينار ذهباً خالصاً مضروباً عليه بسكة المعاملة) بل - ن الخلاف والاستبصار والغنية والسرائر وكنز العرفان الاجماع عليه - وعن الصدوق انه خمس دينار فما فوق - وعن العماني اعتبار بلوغ قيمته ديناراً - و قيل هو ما بلغ درهمين ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف .

الاولى ما يدل على المشهور - كصحيح (٤) محمد بن مسلم قلت لابي عبد الله

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب حد السرقة حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ٧٨ من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة

(٤) الوسائل باب ٢ من ابواب حد السرقة حديث ١

عَلَيْهِ السَّلَامُ في كم يقطع السارق قال عَلَيْهِ السَّلَامُ في ربع دينار قال قلت له في درهمين قال في ربع دينار بلغ الدينار ما بلغ قال قلت له ارايت من سرق اقل من ربع دينار هل يقع عليه حين سرق اسم السارق وهل هو عند الله سارق فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ كل من سرق من مسلم شيئا قد حواه واحرزه فهو يقع عليه اسم السارق وهو عند الله سارق ولكن لا يقطع الا في ربع دينار أو أكثر - وصحيح (١) عبدالله بن سنان عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ لا يقطع يد السارق الا في شيء تبلغ قيمته مجنا وهو ربع دينار ونحوهما غيرهما

الثانية ما يدل على ما ذهب اليه الصدوق كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عَلَيْهِ السَّلَامُ ادنى ما يقطع فيه يد السارق خمس دينار ونحوه اخبار (٣) اخر

الثالثة ما يدل على القول الاخير - كخبر (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ في رجل يسرق من بستان غدا قيمته درهمان قال عَلَيْهِ السَّلَامُ يقطع به .

الرابعة ما يدل على ما اختاره العماني - كصحيح (٥) الثمالي عن الباقر عَلَيْهِ السَّلَامُ في كم يقطع السارق فجمع كفيه ثم قال في عددها من الدراهم .

الخامسة ما يدل على اعتبار ثلث دينار وفي المقنع (٦) سئل امير المؤمنين عَلَيْهِ السَّلَامُ عن ادنى ما يقطع فيه السارق فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ ثلث دينار .

ولا يمكن الجمع بينها كما لا يخفى فيتعين الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم الاولى -

ثم انه لا فرق بين ان يكون المسروق ثوبا او طعاما او فاكهة ام غيرها - ولا بين ما كان اصله الاباحة لجميع المسلمين او الناس او لم يكن - وضابطه كله - ما يملكه المسلم - لاطلاق الادلة نعم قد وردت جملة من النصوص (٧) في الطير وتدل على انه

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٢ من ابواب حد السرقة حديث ٢-٣-٤-٥-٦-٧-٨-٩-١٠-١١-١٢

١٨-٩-١٤-١٣

(٧) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حد السرقة

لا يقطع سارقته كما ان جملة اخرى (١) منها وردت في حجارة الرخام وسرقة النخل والزرع قبل ان يصرم متضمنة لعدم قطع سارقها - ولكنها باجمعها متروكة عندنا فتطرح او تحمل على عدم الاخذ من الحرز .

واما الثمرة على شجرها فالمشهور بين الاصحاب على ما في المسالك انه لا يقطع سارقها لو سرق قبل احرازها والمستند جملة من النصوص - كقوى (٢) السكوني عن الصادق قال رسول الله ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر والكثير شحم النخل - وقويه (٣) الاخر عنه عليه السلام قضى النبي ﷺ فيمن سرق الثمار في كمره فما اكلوا منه فلا شيء عليه وما حمل فيعزرو ويغرم قيمته مرتين - وخبر (٤) الاصبغ عن الامير عليه السلام لا يقطع من سرق شيئاً من الفاكهة واذا مربها فليأكل ولا يفسد ونحوها غيرها - واطلاقها وان شمل صورة السرقة بعد الصرم و الاحراز الا انه يقيد بما قبلهما للاجماع - والخبر (٥) الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام اذا اخذ الرجل من النخل والزرع قبل ان يصرم فليس عليه قطع فاذا صرم النخل وحصد الزرع فاخذ قطع بل قيل ويمكن دعوى تبادر كون الثمرة على الشجرة من اطلاق الاخبار فيختص به ولا حاجة الى التقييد ثم ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الشجرة في موضع محرز كالدار - وبين كونها غير محرزة - وقيد المصنفه وولده والشهيد الثاني وصاحب الجواهر بالثاني - واستدلوا له تارة بان النصوص ضعيفة - ولا شهرة محققة جارية على وجه يخص بها اطلاق ما دل على القطع بسرقة المحروز - واخرى بانه مقتضى الجمع بين هذه النصوص وما دل على القطع مطلقا - كخبر اسحاق المتقدم المتضمن لقطع من سرق من بستان غذا قيمته درهمان - ولكن ضعف سند النصوص منجبر بالعمل والاستناد - والخبر ضعيف ومشتمل على ما هو مخالف للمشهور شهرة عظيمة - مع انه لا شاهد للجمع المذكور - فالمتجه هو البناء على الاطلاق - اللهم الا ان يقال باختصاص

الاخبار بصورة عدم الاحراز كما هو الغالب فتأمل - ثم انه قد مراعتبار كون المال محروراً وان يخرج السارق (بنفسه سرا) .

الحد وكيفية

الثالث فى بيان الحد وكيفية (و) اعلم انه (مع) اجتماع (الشرائط تقطع اصابعه الاربع من يده اليمنى) ويترك له الراحة والابهام (فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم ويترك له العقب فان عاد) وسرق (ثالثا - خلد فى السجن فان سرق فيه قتل) بلا خلاف فى شئ من ذلك الا فى موضع القطع من الرجل وسيمر عليك والمستند نصوص مستفيضة وحق القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد.

١- انه مع اجتماع الشرائط تقطع اصابعه الاربع من يده اليمنى - اما لزوم كون المقطوع اليد اليمنى فيشهد به نصوص - كصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى السارق اذا سرق قطعت يمينه واذا سرق مرة اخرى قطعت رجله اليسرى ثم اذا سرق مرة اخرى سجنه وتركت رجله اليمنى يمشى عليها الى الغائط ويده اليسرى يا كل بها ويستنجى بها الحديث - وصحيح (٢) زرارة عنه عليه السلام فى رجل سرق فقطعت يده اليمنى ثم سرق فقطعت رجله اليسرى ثم سرق الثالثة فقال كان امير المؤمنين عليه السلام يخلده فى السجن الحديث ونحوهما غيرهما .

واما لزوم كون القطع من اصول الاصابع وانه يترك الراحة والابهام - فيشهد به خبر (٣) هلال عن الصادق عليه السلام فى حديث قلت له من اين تقطع اليد قال عليه السلام تقطع الاربع اصابع ويترك الابهام يعتمد عليها فى الصلاة ويغسل بها وجهه الحديث وخبر (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام القطع من وسط الكف ولا يقطع الابهام واذا قطعت الرجل ترك العقب لم يقطع - و موثق (٥) اسحاق عن ابي ابراهيم عليه السلام تقطع

يد السارق ويترك ابهامه وصدر راحته - وخبر (١) ابراهيم بن عبد الحميد عن عامة اصحابه يرفعه الى امير المؤمنين عليه السلام انه كان اذا قطع السارق ترك الابهام والراحة وخبر (٢) معاوية بن عمار قال ابو عبد الله عليه السلام يقطع من السارق اربع اصابع ويترك الابهام وتقطع الرجل من المفصل ويترك العقب يطأ عليه الى غير ذلك من النصوص الكثيرة .

ثم انه ان كان له اصبع زائدة متميزة عن الاربع قالوا اثبتت - ومقتضى اطلاق اكثر الاخبار تعين قطعها لانها تدل على انه يقطع الاصابع من اصولها الا الابهام - وخبر معاوية لامفهوم له كي يدل على عدم قطع ما زاد عن الاربع ولكن الظاهر تسالمهم على عدم القطع ولعله من جهة حمل اطلاق النصوص على الغالب - وان لم يكن متميزة فعلى القول بحرمة قطع الزائدة الاظهر هو كونه بالخيار - فان الاستفادة من النصوص هولاء قطع الاربع اصابع من اليد غير الابهام فيتخير الحاكم .

ولو كانت له اصبع زائدة متصلة باحدى الاربع ولم يمكن قطع الاربع الابهام فعن القواعد قطع ثلاث - ولا يبعد القول بالجواز من جهة تراحم وجوب قطع الاربع مع حرمة قطع الزائدة على القول بها وحيث لا مرجح فيتخير .

٢ - ولو سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاخلاف والنصوص المتقدمة جملة منها شاهدة به - انما الكلام في موضع القطع فعن المصنف في كتبه عد التلخيص والمقنعة والنهاية والنافع ومجمع البيان والمراسم وغيرها انها تقطع من مفصل القدم ويترك له العقب اى من اصل الساق حتى لا يبقى من عظم القدم الا عظم العقب وما بينه وبين عظم الساق وعن الصدوق في المقنع انما يقطع من وسط القدم - ولعله اليه يرجع ما عن الخلاف والمبسوط والتلخيص انه يقطع من عند معقد الشراك من عند الناتي على ظهر القدم - كما ان الظاهر رجوع ما عن الكافي والغنية والاصباح انه من عند معقد الشراك ويترك له مؤخر القدم والعقب فان الظاهر ان موضع عقد الشراك هو الوسط في العرض

اي يقع عقد الشرايين فيه - وعن ابي حمزة والجامع انه يقطع من الكعب الذي فسر في كتاب الطهارة بقية القدم - و الظاهر رجوع ذلك ايضا الى ما افاده الصدوق اقول اما النصوص - فمنها ما ظاهره القطع من المفصل كخبر معاوية المتقدم ونحوه غيره - ومنها ما يدل على القطع من وسط القدم كخبر (١) سماعة قال قال اذا اخذ السارق قطعت يده من وسط الكف فان عاد قطعت رجله من وسط القدم - ومنها ما تضمن القطع من الكعب - كصحيح (٢) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث السرقة وكان اذا قطع اليد قطعها دون المفصل فاذا قطع الرجل قطعها من الكعب وخبر هلال المتقدم (٣) وانما يقطع الرجل من الكعب ونحوهما غيرهما - وهناك نصوص مطلقة دالة على انه يقطع الرجل ويترك العقب - و الظاهر رجوع الجميع الى معنى واحد الا ما تضمن القطع من وسط القدم - اما رجوع الاخرة الى الاولى فلان الظاهر من قطع الرجل وترك العقب عدم ابقاء شيء من عظام القدم الاعظم العقب وما بينه وبين عظم الساق .

واما رجوع ما تضمن القطع من الكعب فلما مر في كتاب الطهارة من ان الكعب هو العظم المائل الى الاستدارة الواقع في ملتقى الساق والقدم النائي في وسط القدم العرضي تتواغير محسوس اعلاه في حفرتي الساق له زائدتان في اعلاه يدخلان حفرتي قسبة الساق وزائدتان في اسفله يدخلان في حفرتي العقب وهو الذي يكون في رجل البقر والغنم ربما يلعب به الناس كما ذكره جمع من الفقهاء واللغويين قال المصنفه في محكي المنتهى بعد تفسيره بالعظم النائي الواقع في مجمع الساق والقدم انه المفصل دون عظم الساق ونسب من فهم غيره الى عدم التحصيل .

و اما ما تضمن القطع من وسط القدم فالمراد من الوسط ليس خصوص الوسط

(١-٢) الوسائل باب ٤ - من ابواب حد السرقة حديث ٥-٣

(٣) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ٨

الحقيقي بل ما بين المبدأ والمنتهى وهو يجتمع مع القطع من المفصل وبقاء عظم العقب فالمحصل مما ذكرناه ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على لقطع من المفصل دون الساق وترك العقب .

٣ - ان سرق ثالثا خلد في السجن وانفق عليه من بيت المال ان لم يكن له مال بالاخلاف في ذلك ولا اشكال فتوى ونصا - وقد تقدمت جملة من النصوص الدالة عليه وفي صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث في السرقة تقطع اليد والرجل ثم لا يقطع بعد ولكن ان عاد حبس وانفق عليه من بيت مال المسلمين - وفي صحيح (٢) محمد بن قيس المتقدم عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام اني لاستحي من الله ان اتركه لا يستفيع بشيء ولكن اسجنه حتى يموت في السجن - وفي خبر (٣) زرارة عنه عليه السلام قال سألته ان هو سرق بعد قطع اليد والرجل قال استودعه السجن ابد او اغنى عن الناس شره - الى غير ذلك من النصوص - ومقتضى اطلاق جملة منها وان كان هو الانفاق عليه من بيت المال وان كان له مال ولكن الظاهر تسالمهم على تقييده بان لا يكون له مال ويشعر به خبر زرارة - مع ان بيت المال لمصالح المسلمين والفقراء والانفاق عليه مع وجود المال له وعدم صدق الفقير عليه غير مشمول لادلته .

٤ - ولو سرق بعد ذلك فيه قتل بالاخلاف - وقدم خبر (٤) سماعة وفي ذيله فان سرق من السجن قتل - وفي مرسل المقنع (٥) روى انه ان سرق في السجن قتل ونحوهما غيرهما - المؤيدة بما دل (٦) على قتل اصحاب الكبائر في الرابعة .

حكم مالو تكررت السرقة

فروع الاول (ولو تكررت السرقة من غير) تخلل ال (حد) بينها (كفى حد واحد)

سواء اتحد المسروق منه واختلف بالاخلاف - ويشهد به مضافا الى ان ذلك مقتضى قاعدة

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ١-٢-٣-٤-٥

(٦) الوسائل باب ٢٠ من ابواب حد الزنا حديث ١

تداخل المسببات - حسن (١) بكير بن اعين اوصحيحه عن ابي جعفر عليه السلام في رجل سرق فلم يقدر عليه ثم سرق مرة اخرى ولم يقدر عليه وسرق مرة اخرى فاخذ - فجاءت البينة فشهدوا عليه بالسرقه الاولى و السرقة الاخيرة فقال عليه السلام تقطع يده بالسرقه الاولى ولا تقطع رجله بالسرقه الاخيرة ف قيل له وكيف ذلك قال عليه السلام لان الشهود شهدوا جميعا في مقام واحد بالسرقه الاولى والاخيرة قبل ان يقطع بالسرقه الاولى ولو ان الشهود شهدوا عليه بالسرقه الاولى ثم امسكوا حتى يقطع ثم شهدوا عليه بالسرقه الاخيرة قطعت رجله اليسرى - وهو يدل على ان القطع انما يكون بالاولى لا بالثانية ولا بهما معا - وعليه فلو عفى عنه صاحب الحق الاول لا يقطع .

ومافي المسالك من انه لو عفى احدهما قطع بالآخرى لان كل واحدة سبب تام في استحقاق القطع بعد فرض ثبوتها دفعة واحدة - تام على القاعدة - ولكنه اجتهد في مقابل النص الخاص - ومن النص يستفاد انه لو قامت الحجة بالسرقه ثم امسكت حتى قطع بها ثم شهدت هي أو غيرها عليه بسرقة اخرى تقطع يده بالاولى ورجله بالثانية كما عن الصدوق والشيخ وجماعة وعن الخلاف الاجماع عليه .

وعن الشيخ في المبسوط والحلى والمصنف في المختلف والتحرير انه لا يقطع رجله وتوقف فيه جماعة وجعله في الشرايع اولى - واستدلوا له بالاصل - والشبهة - وضعف الخبر - واختصاص دليل قطع الرجل بالسرقه بعد قطع اليد اليمنى - ولكن الخبر حسن كالصحيح ولا شك في اعتباره ومعه لا يصغى الى شيء مما ذكر .

الثاني - اذا كانت اليد اليمنى شلاء - او كانت اليسرى كك - او كانتا جميعا هكذا يقطع اليمين بالاخلاق وعليه الاجماع في جملة من الكتب - ويشهد به مضافا الى اطلاق الادلة - صحيح (٢) ابن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشل اليد اليمنى او اشل الشمال سرق قال عليه السلام تقطع يده اليمنى على كل حال - وصحيح (٣) الفاضلين عن

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١١ من ابواب حد السرقة حديث ١-٢

الصادقين (ع) ان الاشل اذا سرق قطعت يمينه على كل حال شلاء كانت او صحيحة -
وامام رسول (١) المفضل بن صالح عن بعض اصحابه قال ابو عبد الله عليه السلام اذا سرق الرجل
ويده اليسرى شلاء لم تقطع يمينه ولا رجله الحديث وان عمل به الاسكافي لكنه ضعيف
لم يعمل به الاصحاب فلا يصلح للمقاومة مع مامر .

ثم ان جماعة من الاساطين قيدوا ذلك بما اذا لم يخف معه على تلف النفس باخبار
اهل العلم من الطب بانها متى قطعت ابقيت افواه العروق مفتحة احتياطا لبقاء النفس
اذ ليس المقصود بالقطع هنا اتلافها فيختص الاخبار بالشلل المامون مع قطعه على النفس
ولا باس به .

الثالث ان لم يكن له يسار فهل تقطع اليمين كما عن المشهور للعمومات وخصوص
عموم صحيح ابن سنان المتقدم - ام لا تقطع بل يدخل في السجن كما عن الاسكافي -
لصحيح (٢) عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث في السرقة - قلت له
لو ان رجلا قطعت يده اليسرى في قصاص فسرق ما يصنع به فقال عليه السلام لا يقطع ولا يترك
بغير ساق الحديث - ام لا تقطع وتقطع رجله اليسرى ولولم يكن له رجل يسرى لم يكن
عليه اكثر من الحبس كما عن الشيخ في النهاية للصحيح ولان المعهود من حكمة
الشارع ابقاء احدي يديه وقد جعل الشارع قطع الرجل اليسرى للمرتبة اللاحقة لقطع
اليدين فينتقل اليها - ومع عدمها فالي الثالثة - وجوه .

اقواها الاول لان الصحيح لم يعمل به الاصحاب والحكمة المذكورة ليست
علة منصوبة بدور الحكم مدارها - مع ان غاية ما يستفاد من الوجهين عدم قطع اليد اليمنى
لا قطع الرجل اليسرى او التخليد في السجن وما ذكر في وجهه استحسان محض
فالمتمين على تقدير عدم القطع هو البناء على ثبوت التعزير الذي هو الاصل في ارتكاب
كل محرم لم يرد فيه نص بالخصوص .

ولكن الانصاف ان الحكمة المذكورة علة منصوبة في الاخبار لاحظ قول علي

عنه في صحيح (١) ابن قيس المتقدم وتركت رجله اليمنى يمشى عليها الى الغائط ويده اليسرى يا كل بها ويستنجى بها - وقوله عليه السلام في خبر (٢) زرارة انى لاستحى من ربى ان ادعه ليس له ما يستنجى به او يتطهر به ونحوهما غيرهما - فالبناء على عدم القطع متعين كما يشهد به الصحيح.

واما قطع رجله اليسرى - او التخليد فى السجن فليس له دليل شرعى - ولا يظهر ثبوت التعزير عليه والله العالم - وبما ذكرناه يظهر حكم من لم يكن له يمين فانه لا اشكال فى عدم قطع اليد اليسرى - بل ينتقل الحد الى التعزير -.

لا يقطع الاجير اذا سرق

الرابع فى بيان احكام غير مأمور - وفيه مسائل - الاولى (و لو سرق الطفل او المجنون عزرا) كما تقدم الثانية (ولا يقطع العبد بسرقة مال سيده)

الثالثة (و لا يقطع الاجير) الا اذا احرز المال دونه على الاشهر بل عليه عامة من تاخر كما فى الرياض بل هو المشهور بين الاصحاب كما فى المسالك - للمعمومات الدالة على ان المال المحروك اذا سرق يقطع السارق - وعن الشيخ فى النهاية لا قطع عليه وان كان المال محروكاً من دونه - لصحيح (٣) الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال فى رجل استاجر اجير او اقعده على متاعه فسرقه قال عليه السلام هو مؤتمن وصحيح (٤) سليمان بن خالد عنه عليه السلام عن الرجل يستاجر اجيراً فيسرق من بيته هل يقطع يده قال عليه السلام هذا مؤتمن وليس بسارق وهذا خائن - ونحوهما موثق (٥) سماعة - وقوى (٦) السكوني - ومرسل (٧) ابن ابي عمير الذى هو كالصحيح ولكن مافيهما من التعليل كالصريح فى الاختصاص بصورة عدم الاحراز - وعليه فالظاهر ما هو المشهور بينهم .

(٢-١) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ٢-١

(٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة حديث ١-٣-٤-٥-٦-٧

(و) كذا لا يقطع (الزوج) اذا سرق من مال زوجته (و) لا (الزوجة)

اذا سرقت من مال زوجها اذا لم يكن المال محرزا من دونهما واما مع الاحراز فيقطعان
بلا خلاف للعمومات - نعم لا بأس بسرقة الزوجة من مال الزوج بمقدار النفقة اذا
منعها منها كما تقدم في التقاص في آخر باب القضاء.

(و) كذا (الضيف) يقطع مع الاحراز عنه ولا يقطع مع عدمه على المشهور

بين الاصحاب لما مر - ونسب الى الشيخ في النهاية والاسكافي والصدوق والحلي انه
لا يقطع مطلقا - لصحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام الضيف اذا سرق لم يقطع واذا
اضاف الضيف ضيفا فسرق قطع بدضيف الضيف ونحوه غيره - ولكن بعد الاغماض عن
ما قيل من عدم القول بذلك غير الشيخ في النهاية ان مرسل (٢) ابن ابي عمير الذي
هو كالصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام لا يقطع الاجير والضيف اذا سرقا لانهما مؤتمنان
ونحوه موثق (٣) سماعة من جهة ما فيهما من العلة التي هي تخصص وتعمم بوجبان تخصيص
الحكم بصورة عدم الاحراز كما مر في الاجير - وفي المسالك وبنه عليه الحكم بقطع ضيف
الضيف لان المالك لم ياتممه - فتحصل مما ذكرناه انه يقطع الزوج والزوجة والاجير
والضيف ومن شا كل (مع الاحراز دونهم) .

الرابعة (و) يستعاد المال من السارق مع بقاءه - ومثله او قيمته مع تلفه -

من غير فرق بين القطع وعدمه - كما هو المتفق عليه بين اصحابنا لعموم ما دل على وجوب
رد المال الى صاحبه والضمان مع تلفه - ولخصوص النصوص الكثيرة السدالة عليه
كصحيح (٤) سليمان بن خالد قال ابو عبدالله عليه السلام اذا سرق السارق قطعت يده وغرم ما اخذ
ونحوه غيره .

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة حديث ٤-٥

(٤) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد السرقة حديث ١

حكم السارق من المواضع المتناوبة

الخامسة (ولا يقطع السارق من المواضع المتناوبة كالحمامات والمساجد)

والأرحية بلا خلاف فيه مع عدم مراعاة المالك - واختلفوا فيه مع مراعاة المالك فعن المفيد وابن حمزة والديلمي والمصنف في جملة من كتبه أنه لا يقطع - وعن الشيخ في المبسوط ومن تبعه أنه يقطع ويصير المال بذلك محرزا - وترد فيه في الشرايع واستدل لتحقيق الحرز بذلك بالنصوص المتضمنة لقضية صفوان المحكية بطرق عديدة منها - حسن (١) الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل يأخذ اللص يرفعه أو يتركه فقال إن صفوان بن أمية كان مضطجعا في المسجد الحرام فوضع ردائه وخرج بهريق الماء فوجد ردائه قد سرق حين رجع إليه فقال من ذهب بردائي فذهب يطلبه فاخذ صاحبه فرفعه إلى النبي ﷺ فقال النبي ﷺ اقطعوا يده فقال الرجل يقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله قال نعم قال فاني أهبه له فقال رسول الله ﷺ فهلا كان هذا قبل أن ترفعه إلى قلت فالامام بمنزلته إذا رفع إليه قال نعم .

ولكن هذا الحديث لودل على شيء لدل على ما ذهب إليه ابن أبي عقيل من قطع السارق في أي موضع سرق من بيت أو سوق أو مسجدا وغير ذلك وح لمخالفته للنصوص الآخر وفتوى الأصحاب يطرح وذلك لأنه صريح في غيبة صفوان لامرأاته بالنظر - فان قيل أنه قضية في واقعة ولعله كان غيبته بنحو لا تنافي النظر - قلنا فعليه يسقط الاستدلال به رأساً من جهة احتمال أنه من الممكن أنه كان قد أحزر دائه بشيء في المسجد من جعله في صندوق مقفل وما شاكل - أضف إليه أن المروي عن الصدوق أن صفوان كان نائما في المسجد فسرق ردائه ولعله كان قد افترشه ونام عليه وحصول الحرز بذلك غير حصوله بالنظر الذي قد فسر المراعاة في كلماتهم به - أضف إلى ذلك أن جعل المراعاة بمعنى النظر حرزا فيه محذور آخر وهو أنه إن سرق السارق مع نظر

المالك اليه كان ذلك فاقد الشرط من شروط القطع وهو الاخذ سرا بل هو يكون مستتباً غاصباً وهو لا يقطع وان كان مع الغفلة عنه لم يكن محرراً.
قال في المسالك وبعض العلماء فسر الحرز بما على سارقه خطر لكونه ملحوظاً غير مضيع اما بلحاظ دائم او بلحاظ معتادة وعلى هذا يتوجه الحكم في الرواية يقطع سارق الرداء لان سارقه في المسجد على خطر من ان يطلع عليه النخ - اقول لا ينبغي التوقف في بطلان ذلك فان هذا يعد مختلساً عرفاً لا سارقاً وقد دلت النصوص (١) على ان المختلس لا يقطع - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا يقطع السارق من المواضع المتناوبة مع النظر وبدونه.

(و) كذا (لا) يقطع السارق (من الجيب والكم الظاهرين ولو كانا باطنين قطع)

على المشهور بين الاصحاب وعن كشف اللثام انهم قاطعون بالتفصيل المزبور وعن الشيخ وابن زهرة الاجماع عليه - ويشهده قوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال اتى امير المؤمنين عليه السلام بطرار قد طر دراهم من كم رجل قال عليه السلام ان كان طر من قميصه الاعلا لم اقطعه وان كان طر من قميصه الداخل (النافل) قطعته - ونحوه خبر (٣) مسمع ابي سيار المنجبر ان على فرض الضعف بالشهرة مع ان الاول معتبر سنداً .

وبهما يقيد اطلاق ما دل على انه لا يقطع الطرار كالموثق (٤) عن ابي عبدالله ليس على الذى يستلب قطع وليس على الذى يطر الدراهم من ثوب قطع - ونحوه صحيح (٥) عيسى بن صبيح - كما ان بهما يقيد اطلاق ما دل على القطع كصحيح (٦) منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام يقطع النباش والطارار ولا يقطع المختلس - فتحمل الاولى على الطر من الثوب الظاهر - والثانية على الطر من الثوب الداخل -

ثم ان الظاهر من الخبرين المفصلين انه لا يقطع لو كانت السرقة من الثوب

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة

(٢) ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ (الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ٢ - ١ - ٣ - ٤)

الاعلا سواء كان باب في ظاهره أو باطنه وسواء كان الشد على تقديره من داخله أو من خارجه كما صرح به في المسالك والرياض بل عن المختلف انه المشهور بين الاصحاب (وما) في الجواهر من انه قد يقال ان معنى الخبرين ان طر الاعلى من قميصه فلا قطع وان طر الاسفل من قميصه قطع على جعل من الاعلى ومن الاسفل مفعولين لطر وربما يؤيد ذلك العرف انتهى (مندفع) بكونه خلاف الظاهر فان الظاهر كون الاعلا والداخل وصفان للقميص والاعتبار ايضاً موافق لذلك - فان الطر عبارة عن الشق والقطع - وفي ذلك لا يفرق بين كون باب الكفن ظاهراً أو باطناً.

ثم انه من الضروري عدم خصوصية للطر فلو ادخل الطر اريده في جيب انسان واخذ ما فيه جرى التفصيل المتقدم فيه كما هو واضح.

حكم سارق الكفن

السادسة (و يقطع سارق الكفن) من القبر اجماعاً - كما صرح به غير واحد لان القبر حرز له - ولجملة من النصوص كصحيح منصور المتقدم وصحيح (١) حفص ابن البخري عن الصادق عليه السلام حد النباش حد السارق - وخبر (٢) عبد الله بن محمد الجعفي في حديث قال كتب ابو جعفر عليه السلام ان حرمة الميت كحرمة الحي تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب الحديث - ومرسل (٣) الصدوق ان امير المؤمنين عليه السلام قطع نباش القبر فقيل له اقطع في الموتى فقال عليه السلام انا لنقطع لامواتنا كما نقطع لحيائنا - وخبر (٤) العزرمي عن الصادق عليه السلام ان علياً عليه السلام قطع نباشاً - وصحيح (٥) عيسى بن صبيح عنه عليه السلام يقطع الطرار والنباش - الى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

وبازائها طوائف من الاخبار منها ما يدل على عدم القطع مطلقاً كصحيح (٦) عيسى بن

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد السرقة حديث ١-٢-٣-٤-٥-٦-٧-٨-٩-١٠-١١

(٦) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ٤

صبيح عن ابي عبدالله عليه السلام عن الطرار والنباش والمختلس قال عليه السلام لا يقطع ونحوه خبر (١) الفضيل - ومنها ما يدل على التفصيل بين مالو كان نبش مراراً فالقطع وبين ما فعل ذلك مرة فلا يقطع كخبر (٢) علي بن سعيد عنه عليه السلام عن النباش قال عليه السلام اذا لم يكن النبش له بعادة لم يقطع ويعزرو نحوه غيره - ومنها ما تضمن انه يقتل - كمرسل (٣) ابي يحيى الواسطي عنه عليه السلام اني امير المؤمنين (ع) بنباش فاخر عذابه الى يوم الجمعة فلما كان يوم الجمعة الفاه تحت اقدام الناس فما زالوا يتوطئونه بارجلهم حتى مات ومثله خبران (٤) آخران .

ولكن الاخيرة متضمنة لقضايا في وقايح ومن الممكن انهم كانوا تكرر منهم ذلك واقم عليهم الحدو كان ذلك منهم في المرة الرابعة او الثالثة.

واما الاولى فالظاهر كونها اعم من النصوص المتقدمة الدالة على القطع فانها بواسطة ما فيها من القرائن مختصة بصورة النبش وسرقة الكفن كما يشير اليه قوله عليه السلام في خبر الجعفي تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب - وفي مرسل الصدوق لنقطع لامواتنا كما نقطع لاحيانا ومن المعلوم ان القطع للاحياء انما يكون في صورة السرقة - وعليه فيقيد اطلاقها بها.

واما الثانية - فقد عمل بها الصدوق والمحقق في النكت ولكن الاصحاب لم يعملوا بها - ويمكن ان يقال ان النسبة بينها وبين النصوص الاولى عموم من وجه لاعميتهما من حيث الشمول للنبش مرة واحدة - واعمية هذه من حيث الشمول لما اذا لم يسرق الكفن وانما يحدح لافساده - فتعارضان فتقدم تلك النصوص وتحمل هذه على مالو نبش ولم يأخذ ولعنه الى ذلك نظر الشهيد الثاني حيث قال في المسالك ويمكن حمل هذه الاخبار مع قطع النظر عن سندها على مالو نبش ولم يأخذ جمعا بين الأدلة - فالظاهر هو القطع مع اخذ الكفن والتعزير بدونه.

ثم انه وقع الخلاف بينهم في اعتبار بلوغ قيمة الكفن النصاب فعن المفيد وسلا

وابنى حمزة وزهرة بل نسب الى الاكثر اعتباره - وعن الشيخ والحلى في آخر كلامه والمصنف في القواعد عدم الاشتراط فيقطع مطلقا - وعن الحلى في اول كلامه اشترط اذ ذلك في المرة الاولى دون الثانية والثالثة - وجه الاول اطلاق ما دل عليه بعد كونه من السارقين من الحرز فيشترط فيه ح ما يشترط في سائر الموارد - ووجه الثاني اطلاق نصوص المقام ووجه الثالث انه انما يعتبر في المرة الاولى لاطلاق ادلة الاعتبار ولا يعتبر في الثانية والثالثة لانه مفسد.

والحق ان يقال اولان نصوص المقام بانفسها ظاهرة في الاعتبار للتشبيه بالسرقه من الاحياء في جملة منها وظاهر التشبيه يقتضى المساواة في الشرائط ولقوله في بعضها حد النباش حد السارق فيشترط فيه ما يشترط في السارق - وثانيا انها ليست في مقام البيان من جميع الجهات وانما هي في مقام البيان من ناحية ان القبر حرز فيجرى في اخذ الكفن ما يجرى في سرقة الاموال المحرزة الاخر - وثالثا انه تكون نصوص اعتبار بلوغ النصاب حاكمة على هذه النصوص فلا يظهر اعتبار بلوغه .

نعم ما افاده الحلى في اول كلامه له وجه فان جملة من النصوص المفصلة بين النباش مرة وبين ما صار ذلك عادة تدل بعد الجمع على القطع مع كون النباش عادة ولولم ياخذ الكفن كما مر فليس القطع ح للسرقه كي يعتبر فيه بلوغ النصاب بل للافساد - فما في الجواهر من انه غير ظاهر الوجه والمستند كما ترى - ولكن حيث لم يفت بذلك احد حتى الحلى نفسه قد رجح عنه في آخر كلامه فيصير ذلك منشأ للشبهة وهي تدراً الحد - فلا يظهر هو الاشتراط مطلقا.

(و) قد ظهر مما قدمناه انه (لو نبش ولم ياخذ عزرفان تكرر) منه النباش المجرد

(وفات السلطان) اى هرب النباش منه فلم يقدر عليه (جاز قتله) كما هو المشهور بين الاصحاب بل لا خلاف فيه الا عن الشيخ في كتابي الحديث فلم يفرع القتل على القوات من السلطان بل على اقامة الحد عليه ثلاث مرات ولم اقف لهم على مستند سوى ما تقدم من النصوص المتضمنة لامر الوصى عليه السلام الناس بوطء النباش حتى مات وقد مر انها من قبيل القضية في الواقعة فلا اطلاق لها والمتيقن منها ما افاده الشيخ رحمه.

ثم ان ظاهر العبارة عدم وجوب القتل وهو المنسوب الى الاكثر وعن الشيخ وجوبه
والحق وجوبه مع تخلل الحد ثلثا كسائر الحدود وعدم جوازه بدون ذلك .

لواشترك اثنان في السرقة

السابعة - لو سرق اثنان فان كان المسروق بالغانصابين فلا كلام في ان يقطع
يد كل منهما - واما ان بلغ نصابا واحدا او زائدا مع عدم بلوغ نصيب كل منهما نصابا
فان اخرج كل منهما اقل من نصاب على حدة فلا خلاف في عدم القطع كما في الجواهر
ولا اشكال فيه .

انما الكلام فيما لو اخرجاه معا بوضع ايديهما عليه بعد ان هتكا الحرز -
فعن الشيخ في النهاية والمفيد والمرضى وجميع اتباع الشيخ وجوب القطع بل عن
الانتصار والغنية الاجماع عليه - وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط والاسكافي والحلي
وعامة متأخري الاصحاب عدم القطع وعن الخلاف عليه الاجماع .

واستدل الاول بمرسل الشيخ روى اصحابنا انها اذا بلغت السرقة نصابا واخرجوها
باجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا - وباطلاق نصوص سرقة النصاب لصدقها على
مجموعهما - فيدور الامر بين عدم قطعهما - وقطعهما - وقطع احدهما دون الآخر -
والاول يستلزم منه سقوط الحد مع تحقق موضوعه وهو غير صحيح - والثالث مستلزم
للترجيح بالامرجح فيتعين الثاني - وبصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام
قضى امير المؤمنين عليه السلام في نفر نحرروا بعيرا فاكلوه فامتحنوا ايهم نحر فشهدوا
على انفسهم انهم نحرروه جميعا لم يقتصوا احدا دون احد فقضى عليه السلام ان تقطع ايما نهم
وبالاجماع -

ولكن المرسل لم تقف عليه ولا ذكره اصحاب الحديث في كتبهم ولا اشار اليه احد من الاصحاب كي يقال ان ضعفه منجبر بالعمل بل استدلل القائلون بذلك بالوجوه الاخر - واطلاق النصوص لا يشمل المجموع لظهورها بحكم التبادر بصورة انفراد به - وان شئت قلت انها وان سرقا شيئا واحدا ولكنهما سارقان لا سارق واحد ولذا كل منهما فعل محرما ويستحق العقوبة المستقلة والنصوص تدل على ان السارق الواحد لما يبلغ النصاب يقطع فلا تشمل المفروض - واما الصحيح فهو متضمن لقضية شخصية ولعله كان في موردده يبلغ حصة كل منهم النصاب - واما الاجماع فمضافا الى عدم ثبوت كونه تعديدا - يعارضه دعوى الاجماع على خلافه كما مر - وعلى هذا فما ذهب اليه المتأخرون اظهر سيما وان المقام يكفي فيه شبهة الدائرة .

حكم مالو هتك الحرز شخص واخرج المال الاخر

الثامنة - لو هتك الحرز شخص كما لو فتح الباب أو كسر القفل أو نقب نقبا ودخل آخر واخرج المال - فالظاهر ان لا يكون القطع عليهما - اما على الهاتك فلعدم الاخراج واما على المخرج فلعدم كون المال الذي اخرجه محرزا - فان قيل ان المعتبر هو اخراج المال الذي احرزه المالك وفي الفرض المخرج يخرج ذلك المال ولم يشترط فيه كون المخرج هاتكا بنفسه فالظاهر ثبوت القطع على المخرج قلنا ان السرقة من المحرز موجبة للقطع وفي الفرض السارق سرق المال من المنهتك لامن المحرز - فان قيل انه يلزم من ذلك الذريعة الى اسقاط الحد - قلنا لا يضر ذلك كما يحتال لاسقاط الحكم بغيره من الحيل - وعلى ذلك ففي المورد يجب على الاول ضمان ما افسده من جدار او غيره والتعزير وعلى الثاني ضمان المال والتعزير .

ولو هتك الحرز جماعة - واخرج المال بعضهم كان القطع على المخرج خاصة بلا كلام كما مر - لانفراده بالموجب وهو اخراج المال من الحرز بعد هتكه - وكذا لو قر به احدهم من النقب مثلا واخرجه الاخر - ولو اخرجه احدهم من الحرز الى خارج النقب واخذه الاخر كان القطع على الداخل المخرج .

ولو وضعه الداخل في وسط النقب واخرجه الخارج - ففيه اقوال - ١- انه يثبت القطع عليهما نسب ذلك الى المصنفه في القواعد وكاشف اللثام - ٢- وجوب القطع على الداخل - ٣- وجوب القطع على المخرج اخيرا وهو مختار الحلبي - ٤- هو الذي نقله المحقق عن المبسوط وتبعه القاضي وهو انتفائه عنهما (وجه) الاول انه تم الاخراج بتعاونهما فهما كمالوا اخرجه دفعة (وجه) الثاني ان الداخل اخرجه من الحرز فعليه القطع والخارج انما اخذ المال المخرج من حرزه فلا قطع عليه (وجه) الثالث ان الخارج اخرج المال من الحرز الذي هتكه فعليه القطع (وجه) الرابع ان كل واحد منهما لم يخرج عن كمال حرزه فان الاول اخرجه الى نصفه مثالا والثاني اكمل اخرجه فهو كما لو وضعه الاول في ذلك الموضع فاخذه غيره ممن لم يشارك في النقب .

والحق ان يقال ان الظاهر بحسب المتفاهم العرفي صدق كون المال في حرزه الذي هتكوه بعد، وضع المال في النقب وعليه فيتعين القطع على من هو خارج عن الدار واخذه من النقب - وبه يظهر اندفاع ما في المسالك بان الاخراج وان تحقق بفعل الخارج الا انه لكونه تمام السبب لا السبب التام - فانه يرد عليه اولا النقض بما لو اخرجه احدهما من حرزه الى نصف المسافة كوسط الدار مثالا واخرجه الآخر منه اذ لا شك ولا خلاف في ان القطع على المخرج مع ان فعله جزء السبب لا تمام السبب - وثانيا بالحل هو ان الموضوع هو الاخراج من الحرز وما فعله الداخل من المقدمات المعدة لفعل المخرج ففعله السبب التام لا تمام السبب .

بيان ما يثبت به السرقة

الخامس فيما يثبت به الموجب للقطع - لاختلاف (و) لا اشكال في انه (يثبت بشهادة عدلين) لاطلاق ما دل عليها وخصوص ما سيمر عليك (او الاقرار مرتين من اهله) - والمشهور بين الاصحاب انه لا يقطع بالاقرار مرة واحدة بل عن الخلاف الاجماع عليه - والنصوص الواردة فيه طوائف .

الاولى ما يدل على اعتبار الاقرار مرتين كخبر (١) جميل عن ابي عبد الله عليه السلام لا يقطع السارق حتى يقر بالسرقة مرتين ولا يرجع الزانى حتى يقر اربع مرات وليس فى سنده من يتوقف فيه سوى على بن السندى وقد قيل بحسنه - مع ان ضعفه لو كان منجبر بالعمل - ومرسله (٢) عن احدهما ^{سند} لا يقطع السارق حتى يقر بالسرقة مرتين فان رجع ضمن السرقة ولم يقطع اذا لم يكن شهود - وخبر (٣) ابان بن عثمان عن الصادق عليه السلام كنت عند عيسى بن موسى فأتى بسارق وعنده رجل من آل عمر فاقبل يسألنى فقلت ما تقول فى السارق اذا اقر على نفسه انه سرق قال يقطع قلت فما تقول فى الزنا اذا اقر على نفسه مرات قال ترجمه قلت وما يمنعكم من السارق اذا اقر على نفسه مرتين ان تقطعوه فيكون بمنزلة الزانى .

الثانية ما يدل على القطع بالاقرار مرة كصحيح (٤) الفضيل عن الصادق عليه السلام اقر الرجل الحر على نفسه بالسرقة مرة واحدة عند الامام قطع - واحتمال كون الظرف متعلقا بالسرقة فيكون لدفع توهم ان لا قطع مالم تتكرر السرقة فيكون مجمل فى عدد الاقرار - أو كون القطع بمعنى القطع عن الاقرار ثانيا - خلاف الظاهر جدا لا يصار اليه بالاقرينة والاجرى الاحتمال الاول فى النصوص الاولى .

الثالثة ما يدل على القطع بعد الاقرار ثلاث مرات - كخبر (٥) الاصمغ عن امير المؤمنين عليه السلام فى عبدا سودانى وقالوا انه سارق فقال له يا اسود انت سارق فقال نعم يامولاي ثم قال ثانية يا اسود انت سارق فقال نعم يامولاي قال ان قلتها ثالثة قطعت بيمينك يا اسود انت سارق قال نعم فقطع بيمين الاسود .

ولكن الاخيرة مضافا الى ضعف سندها لم يعمل بها احد - مع انها فى اقرار العبد الذى بنائهم على عدم حجتيه ولو عسرا - واما الاوليتان فربما يجمع بينهما بحمل

(١-٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ١-٤-٦

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ٣

(٥) المستدرک باب ٣٣ من ابواب حد السرقة حديث ١١

الثانية على الاقرار عند الامام - و الاولى على الاقرار عند غيره كما عن المختلف احتمالاه وهذا وان كان يشهد به التقييد بذلك فى صحيح الفضيل - لكن لعدم العامل بذلك حتى المصنف ره فانه احتمل ذلك و الاحتمال غير العمل لا يعنى به فالظاهر تعارض الطائفتين والترجيح للنصوص الاولى للشهرة التى هى اول المرجحات فتقدم فالظاهر اعتبار الاقرار مرتين هذا بالنسبة الى القطع .

(و) اما بالنسبة الى الضمان فالظاهر انه (يكفى فى غرم المال المرة) وكذا (شهادة

الواحد مع اليمين) لاختصاص النصوص بالقطع وفى غيره يرجع الى قواعد باب القضاء وهى تقتضى ما ذكرناه (ولو تاب) السارق (قبل) قيام (البينة) على السرقة (سقط الحد) (ولا) يسقط (بعدها) بلا خلاف فى الاول وعلى المشهور فى الثانى والمستند للنصوص - لاحظ صحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام فالسارق اذا جاء من قبل نفسه نائبا الى الله تعالى ورد سرقة على صاحبها فلا قطع عليه - ومرسل (٢) جميل كالصحيح عن احدهما (ع) فى رجل سرق أو شرب الخمر اوزنى فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلاح قال عليه السلام اذا صلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد - ودلالتهما على سقوط الحد قبل قيام البينة واضحة .

واما بعدها فقد يقال ان مقتضى اطلاعهما ذلك - ولكنه لو تم تعيين تقييده بمرسل (٣) البرقى عن بعض الصادقين (ع) فى حديث اذا قامت البينة فليس للامام ان يعفو واذا اقر الرجل على نفسه فذاك الى الامام ان شاء عفى وان شاء قطع - ومثله خبر طلحة وقريب منه خبر (٤) تحف العقول اذا النسبة على هذا التقدير بين الطائفتين وان كانت عموما من وجه الا انه يقدم الخبرين للشهرة التى هى اول المرجحات - اللهم الا ان يقال ان الخبرين انما هما فى العفو ولا ربط لهما بمسقطية التوبة والاولان يدلان على مسقطية

(١) الوسائل باب ٣١ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٣-٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-٤

التوبة - وعلى ذلك فالمتعين هو التقييد بالاجماع اذا ظاهر تسالمهم على ذلك ويمكن الاستدلال له بما (١) ورد في الزنا الدال على انه لا يسقط الحد بالتوبة بعد قيام البينة بدعوى الاولوية فان الحد في الزنا لله تعالى وهذا لحق الناس ايضا .
(ولو تاب) السارق (بعد الاقرار) (تخير الامام) كما عن النهاية و الجامع واطلاق الكافي والغنية وظاهرا اكثر القدماء - وعن ظاهر الاكثر و صريح جمع انه يتعتم الاقامة .

واستدل للقولين بالاخبار الواردة في الجحود بعد الاقرار - الدال جملة منها على التحتم - كصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث اذا اقر على نفسه عند الامام انه سرق ثم جحد قطعت يده وان رغم انفه - ونحوه صحيح (٣) محمد بن مسلم عنه عليه السلام - والدال طائفة منها على التخيير كخبري طلحة و البرقي المتقدمين - بدعوى ان ظاهر الاصحاب عدم القول بالفرق بين الجحود و التوبة في المقام فمن قال بالتخيير في الجحود قال به في التوبة و كذا من قال بتعتم الاقامة .

ولكن لو سلم عدم القول بالفصل الاظهر في تلك المسألة تقديم الصحيحين لاصحية السند واشهريتهما بين القدماء اللهم الا ان يقال ان غاية ما هناك ظهور الصحيحين في لزوم القطع - والخبر ان صريحان في جواز العفو و حمل الظاهر على النص يقتضي البناء على التخيير - فان قيل - ان الخبرين ليس فيهما التخيير بعد الرجوع بل ظاهرا ثبوته للامام مطلقا ولو لم يرجع ولا قائل به - قلنا انهما يقيدان بصورة الرجوع بالاجماع فالأظهر هو التخيير .

ويمكن ان يقال ان الخبرين يشملان صورة التوبة والصحيحان مختصان بصورة الجحود وعدم القول بالفصل غير ثابت - فالمستند في المقام خصوص الخبرين - وعليه فالصحيحان اخص مطلق منهما - والجمع الموضوعي مقدم على الجمع الحكمي فيقيد

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٣

اطلاق الخبرين بهما فيختص الخبران بصورة التوبة و الصحيحان بصورة الجحود بعد الانكار - فالأظهر في المقام التخيير وفي تلك المسألة تحتم الإقامة .

قطع السارق موقوف على المرافعة

بقي في المقام (مسائل الأولى) لو سرق اثنان نصاباً فالأقوى سقوط الحد عنهما حتى يبلغ نصيب كل واحد النصاب) كما مر في المسألة السابعة من المقام الرابع من هذا الفصل .

(الثانية قطع السارق) عندنا (موقوف على المرافعة) ومطالبة من سرق منه برفعه الى الحاكم (فلو لم يرافعه العسروق منه لم يقطع الامام) وان قامت البيينة عنده حسبة أو علم به الحاكم أو اقر به عنده مرتين .

والمستند النصوص - لاحظ خبر (١) الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام الواجب على الامام اذا نظر الى رجل يزني أو يشرب الخمر ان يقيم عليه الحد ولا يحتاج الى بيينة مع نظره لانه امين الله في خلقه واذا نظر الى رجل يسرق ان يزبره وينهاه ويمضى ويدعه قلت وكيف ذلك قال عليه السلام لان الحق اذا كان لله فالواجب على الامام اقامته واذا كان للناس فهو للناس - وصحيح (٢) الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق احد من حقوق المسلمين فليس على الامام ان يقيم عليه الحد الذي اقر به عنده حتى يحضر صاحب حق الحد او وليه ويطلبه بحقه - وعن الخلاف والمبسوط انه يقطع اذا ثبت بالاقرار لعموم النصوص المعتمد بوجوه استحسانية - ولا يصغى الى شيء منها بعد النص .

(ولو وهبه) المال (او عفى عن القطع سقط ان كان قبل المرافعة والافلا)

بلاخلاف - ويشهده حسن (١) الحلبي المتقدم المتضمن لقضية صفوان - فان صفوان بعدما رأى حكمه عليه السلام بقطع يد سارق ردائه قال فانا اهبه له فقار رسول الله ﷺ فهلا كان هذا قبل ان ترفعه الى - قلت فالامام بمنزلة اذا دفع اليه قال عليه السلام نعم - وسلمته عن العفو قبل ان ينتهي الى الامام فقال حسن - وخبر (٢) سماعة عن الصادق عليه السلام من اخذ سارقا فعفى عنه فذلك له فاذا رفع الى الامام قطعه فان قال الذي سرق منه انا اهبه له لم يدعه الامام حتى يقطعه اذا رفعه اليه وانما الهبة قبل ان يرفع الى الامام الحديث وبهما يقيد اطلاق صحيح (٣) ضريس عن الباقر عليه السلام لا يعفى عن الحدود التي لله دون الامام فاما ما كان من حق الناس فلا باس بان يعفى عنه دون الامام - ثم انه ان عفى فيما لذلك فليس له بعد ذلك اقامة الدعوى عليه بلاخلاف لفرض سقوط الحد فلا وجه لعوده - ولموثق (٤) سماعة عن الصادق عليه السلام فيمن عفى عن قاذفه ثم بداله ان يقدمه حتى يجلده - ليس له حد بعد العفو.

(الثالثة لو اخرج النصاب دفعة وجب القطع اجماعا) كما مر (وكذا لو اخرج

مرارا على الاقوى) عند المصنف هنا والمحقق في الشرايع وعن المبسوط والسرائر والجواهر - وعن المصنف في القواعد وابي الصلاح وغيرهما التفصيل بين قصر الزمان الفاصل بنحو يعد المجموع سرقة واحدة عرفا فالقطع وبين مالو طال بحيث لا يسمى سرقة واحدة فعنده وقواه الشهيد الثاني وصاحب الجواهر - واستدل الاول بانه اخرج نصابا واشترط المرة في الاخراج غير معلوم - واورد عليه بانه مع عدم صدق السرقة الواحدة على السرقات العديدة ليس هناك سرقة متصفة بكونها سرقة النصاب (وفيه) انه لا يعتبر في القطع اتصاف السرقة الواحدة بكونها سرقة النصاب بل الموضوع في النصوص كون السارق سارقا لشيء يبلغ النصاب وهذا يصدق مع تعدد السرقات فالقطع مطلقا اظهر .

(٢-١) الوسائل باب ١٧ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-٣

(٣-٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٢

(الرابعة لوسرق الوالد من مال ولده لم يقطع) اجماعا وهو الحجة فيه ويعضده ما دل (٣) على عدم قتل الوالد بالولد - وما دل (٤) على ان الولد وماله للاب - وفي المسالك جعل معقد الاجماع الاب وان علا - (و) كيف كان في (لوسرق الولد) من مال والده المعجز دونه (قطع) بلا خلاف لاطلاق الادلة .

(الخامسة يقطع اليمين وان كانت احدي يديه او هما شلاوين او لم يكن له يسار) على المشهور وقد مر الكلام في المسألة في تنبيهات المقام الثالث وبيننا ان الاظهر عدم قطع يمين من ليس له يسار كما انه بيناهناك انه (و) ان صرح بعض بانه (لو لم يكن له يمين قطعت يساره وقيل يقطع رجله اليسرى) لكنهما غير تامين وان الاظهر سقوط الحد والانتقال الى التعزير .

حد المحارب

(الفصل الثاني عشر في حد المحارب وغيره) فيه مسائل - الاولى في بيان المحارب موضوعا - فمن الاكثر انه (كل من جرد السلاح) كالسيف او غيره كالبحر وما شاكل (للاخافة في بر او بحر) ممر او غيره (ليلا او نهارا) وان لم يكن المحارب من اهل الاخافة بان كان ضعيفا عنها ولا من اهل الفتنة ولا ذكر او عن كنز العرفان نسبتة الى الفقهاء مشعرا بدعوى الاجماع عليه - وعن الشيخين اشتراط كونه من اهل الريبة - وعن الاسكافي اعتبار الذكورة ووافقه الحلبي في اول كلامه وطعن على الشيخ الملتزم بعدم اعتبارها وقال لم اجد لاصحابنا المصنفين قولاً في قتل النساء في المحاربة ولكنه في آخر كلامه قال قد قلنا ان احكام المحاربين تتعلق بالنساء والرجال واستدل بالاية الكريمة - وفي الجواهر ولعل ذلك ونحوه منه عقوبة على سوء ادبه مع الشيخ وغيره من اساطين الطائفة .

(١) الوسائل باب ٣٢ من ابواب القصاص في النفس

(٢) الوسائل باب ٧٨ من ابواب ما يكتسب به كتاب التجارة

وكيف كان فالأظهر ما هو المشهور بين الأصحاب - لاحظ - صحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام من شهر السلاح في مصر من الأمصار فعفر اقتنص منه ونفى من تلك البلد ومن شهر السلاح فسي مصر من الأمصار وضرب وعقر واخذ المال ولم يقتل فهو محارب فجزائه جزاء المحارب وأمره إلى الإمام أن شاء قتله وصلبه وإن شاء قطع يده ورجله قال وإن ضرب وقتل واخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يد اليمنى بالسرقة ثم يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه فقال له أبو عبيدة أريت أن عفى عنه أولياء المقتول فقال أبو جعفر عليه السلام إن عفوا عنه كان على الإمام أن يقتله لأنه قد حارب وقتل وسرق الحديث وقريب منه غيره - والصحيح كما ترى عام للذكر والأنثى لأن من من الفاظ العموم وشامل لمن كان من أهل الريبة أولم يكن - ولكون ذلك في الليل أو النهار - ومورده مصر فما عس بعضهم من اعتبار كونه في البر والمواضع البعيدة عن العمران لا وجه له - ويدفع احتمال اعتبار ذلك وكثير مما قيل باعتباره في المقام الآية الكريمة الآية .

وأما خبر (٢) ضريس عن أبي جعفر عليه السلام من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلا أن يكون رجلا ليس من أهل الريبة - فلا يدل على اعتبار كونه من أهل الريبة بحيث إذا جرد السلاح لاختافة الناس لا يكون محاربا فإن مفاده أن مجرد حمل السلاح بالليل لا يوجب صدق المحارب عليه إذا لم يكن من أهل الريبة بخلاف من كان من أهلها فإنه يحكم بذلك وإن لم يعلم أن قصده الاختافة - وبذلك يظهر وجه التقييد بالليل

كيفية حد المحارب

الثانية في كيفية حد المحارب - لا خلاف ولا إشكال في أن حد المحارب القتل أو الصلب أو القطع مخالفاً بأن تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كما في السارق .

(١) الوسائل باب ١ من أبواب حد المحارب حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب حد المحارب حديث ١

او النفي - والاصل فيه الكتاب والسنة : قال الله (١) تعالى «انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم » واما السنة فكثيرة ستمر عليك جملة منها .

وانما الخلاف بين الاصحاب في ان ذلك على نحو التخيير او الترتيب فعن المفيد والديلمي والحلي ما اختاره المصنف رهنا - قال (تخير الامام بين قتله وصلبه و قطعه مخالفا ونفيه) بل قيل عليه اكثر المتأخرين - وعن الشيخ والاسكافي والتقي وابن زهرة واتباع الشيخ ان ذلك بالترتيب بل عن كشف اللثام نسبته الى اكثر الكتب وعن نكت الارشاد عليه الاجماع .

ثم ان القائلين بالترتيب اختلفوا في كفيته - فعن النهاية والمهذب وفقه الراوندي والتلخيص انه يقتل ان قتل قصاصا ان كان المقتول مكافئاله ولم يعف الولي والا قتله الامام هذا - ولو قتل واخذ المال استعيد منه وقطع مخالفا ثم قتل وصلب - وان اخذ المال ولم يقتل قطع مخالفا ونفى - ولو جرح ولم يخذل المال اقتص منه ونفى ولو اقتصر على شهر السلاح نفى لا غير - وعن المبسوط والخلاف والبيان انه ان قتل قتل وان قتل واخذ المال قتل وصلب وان اقتصر على اخذ المال قطع من خلاف ولو اقتصر على الاخافة فانما عليه النفي - وعن الخلاف والمبسوط انه ينفي على الاخيرين وعن المبسوط انه يتحتم عليه القتل اذا قتل لاخذ المال واما ان قتل لغيره فالقود واجب غير متحتم اى يجوز لولي المقتول العفو مجانا وعلى مال - وعن الوسيلة تفصيل آخر قال في الرياض لم اجد حجة على شيء من هذه الكيفيات من النصوص .

والحق ان يقال - اما الآية الشريفة فهي ظاهرة في القول الاول لان الاصل في كلمة او التخيير - وقال الصادق عليه السلام او في القران للتخيير حيث وقع - واما النصوص

فطائفة منها صريحة فيه كحسن (١) جميل عن الصادق عليه السلام عن الآية اى شىء عليه من هذه الحدود التى سمي الله عز وجل قال عليه السلام ذلك الى الامام ان شاء قطع وان شاء نفى وان شاء صلب وان شاء قتل قلت النفى الى اين قال عليه السلام من مصر الى مصر آخر - ونحوه (٢) خبر سماعة عنه عليه السلام - وصحيح (٣) بريد بن معاوية قال سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام عن قوله تعالى انما جزاء الذين النخ قال ذاك الى الامام يفعل ما يشاء قلت فمفوض ذلك اليه قال عليه السلام لا ولكن لحق الجنابة .

وفى المقام نصوص اخر منها صحيح محمد بن مسلم المتقدم وهو يدل على التخيير بين الامور الاربعة مع عدم القتل وتحتم القتل معه وجعله فى محكى الاستبصار جامع بين الاخبار - وفى المسالك وهو اولى من القول بالترتيب الذى ذكره فى غيره ومنها ما يدل على الترتيب على ما افاده الاولون - كخبر (٤) عبيد بن بشر الخثعمي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قاطع الطريق وقلت ان الناس يقولون ان الامام فيه مخير اى شىء صنع قال عليه السلام ليس اى شىء صنع ولكنه يصنع بهم على قدر جنايتهم فقال من قطع الطريق فقتل واخذ المال قطعت يده ورجله وصلب ومن قطع الطريق وقتل ولم ياخذ المال قتل ومن قطع الطريق واخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله ومن قطع الطريق ولم ياخذ مالا ولم يقتل نفى من الارض - وهذا الخبر يدل على القول الاول من الترتيب - الامن جهة عدم التعرض لصورة الجرح ولعل مدرك الاقتصاص فيها عموم ادلة القصاص - ولكن عبيد امجهول واستناد الاصحاب الى ذلك غير ثابت .

وخبر (٥) احمد بن الفضل الخاقاني عن ابي جعفر الثانى عليه السلام فى حديث فان كانوا اخافوا السبيل فقط ولم يقتلوا احدا ولم ياخذوا مالا امر بايد اعهم الحبس فان ذلك معنى نفىهم من الارض باخافتهم السبيل وان كانوا اخافوا السبيل وقتلوا النفس امر بقتلهم وان كانوا اخافوا السبيل وقتلوا النفس واخذوا المال امر بقطع ايديهم

وارجلهم من خلاف وصلبهم بعد ذلك - وهذا الخبر مضافاً الى ضعف سنده مشتمل على ما لا يقاؤون به وهو الحبس فهذا القول لا وجه له .

واما القول الثاني من اقوال الترتيب فقد استدل له بما رواه (١) عبيد الله المدائني عن ابي الحسن الرضا عليه السلام - ورواه عبيد الله عن ابي عبد الله عليه السلام - ومحمد بن اسحاق عن ابي الحسن عليه السلام - قال سأل عن قول الله عز وجل - انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً الاية فقال اذا حارب الله ورسوله وسعى في الارض فساداً فقتل قتل به وان قتل واخذ المال قتل وصلب وان اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف وان شهر السيف وحارب الله ورسول الله وسعى في الارض فساداً ولم يقتل ولم يأخذ المال نفى من الارض الحديث - ونحوه في ذلك مرسل (٢) داود الطائفي عن ابي عبد الله عليه السلام - وخبر (٣) علي بن حسان عن ابي جعفر عليه السلام - ولكن الاول ضعيف لمحمد بن سليمان الديلمي فانه في الطريق بجميع طرق الخبر - ولعبيد الله والمرسل لارساله ليس بحجة - واما خبر علي بن حسان فهو وان كان على ما ذكره المصنف من وثاقته موثقاً لكنها غير ثابتة - هذا مع ان شيئاً منها لا يدل على ما عن الخلاف والمبسوط من النفي في الاخيرين كما لا دلالة في شيء منها على التفصيل الذي ذكره في المبسوط بين القتل لاخذ المال وغيره وفي المقام بعض نصوص اخر ضعيف لادلالة فيه على شيء من الاقوال المتقدمة .

فالمتحصل ان الاظهر هو القول بالتخير - ثم ما يستفاد من صحيح محمد بن مسلم فان قيل ان نصوص التخير معارضة مع الصحيح فلاي شيء تقدم تلك النصوص - قلنا لفتوى الاكثر ولموافقة الكتاب والله العالم ثم ان في المقام فروعاً .

١- (ولو تاب قبل القدرة عليه سقط الحد) قال الله تعالى (٤) والذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم ولكن يختص السقوط بالحد (دون حقوق الناس) لاختصاص

الاية بالحد. ولانه لامدخلية للتوبة في حق الناس المتوقف سقوطه على اسقاط المستحق (و لو تاب بعدها لم يسقط) بلا خلاف للاصل ولمفهوم الاية الكريمة.

٢ - (واذا نفى كتب الى كل بلد بالمنع من معاملته ومؤاكلته ومجالسته الى ان يتوب) فان لم يتب استمر النفي الى ان يموت كما هو المشهور بين الاصحاب وعن بعضهم الاجماع عليه وعن ابن سعيد التحديد بالسنة. وعن الصدوق في الفقيه ينبغي ان يكون نفيه نفياً شبيهاً بالصلب والقتل ثقلاً رجلاً ويرمى في البحر. ويشهد لما هو المشهور - الاية والنصوص الدالة على النفي من الارض الظاهرة في النفي الى الابد خرج ما لو تاب بالاجماع وبقي الباقي - وايضاً ظاهراً ما ذكره من اعلام كل بلد يصل اليه بالامتناع منه على الوجه المزبور لينتقل الى آخر لان النفي من الارض كناية عن ذلك اذ لا يخرج عن مجموع الارض ولكن لما لم يقر على ارض كان في معنى النفي من الارض.

وبدل على الاخير - موثق (١) حنان عن الصادق عليه السلام في الاية قال عليه السلام لا يبيع ولا يؤوى ولا يتصدق عليه - وخبر (٢) لمدائني عن الرضا عليه السلام في حديث المحارب قلت كيف ينفي وما حد نفيه قال عليه السلام ينفي من المصر الذي فعل فيه ما فعل الى مصر غيره ويكتب الى اهل ذلك المصر انه منفي فلا تجالسوه ولا تباعوه ولا تناكحوه ولا تؤاكلوه ولا تشاربوه في فعل ذلك به سنة فان خرج من ذلك المصر الى غيره كتب اليهم بمثل ذلك حتى تتم السنة. وهذا الخبر صريح في التحديد بالسنة - وضعفه منجبر بالعمل به بالنسبة الى اعلام كل بلد يصل اليه بالامتناع منه فتدبر - اللهم الا ان يقال ان مستند الاصحاب ليس هذا الخبر فانه مذيّل بانه ان دخل في ارض الشرك قوتل اهلها ولم يقت الاصحاب بذلك - فان قيل انه لا مانع من العمل ببعض الخبر المنجبر بالعمل دون بعض غير منجبر به - قلنا نلتزم به في التقييد بالسنة لعدم عمل الاصحاب به فالأظهر عدم التقييد.

واما ما عن الفقيه فيشهد به خبر (٣) عبدالله بن طلحة - لكن لمعارضته مع ما

تقدم و اعراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه ولا يصلح للمقاومة مع ما تقدم - واما ما دل على ان المراد بالنفي الحبس فقد عرفت ضعفه - فما هو المشهور بين الاصحاب هو المنصور .

٣- في حد الصلب لا اشكال في انه ان صلب بعد القتل - او صلب وهو حي على القول بالتخيير لانه احد افراده القسم للقتل - لا يترك على خشبة اكثر من ثلاثة ثم ينزل ويجهز عليه بما يجب - للنصوص لاحظ - خبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تدعوا المصلوب بعد ثلاثة ايام حتى ينزل فيدفن - وقويه (٢) الاخر عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام صلب رجلا بالحرّة ثلاثة ايام ثم انزله في اليوم الرابع فصلى عليه ودفنه ومرسل (٣) الصدوق قال الصادق عليه السلام المصلوب ينزل عن الخشبة بعد ثلاثة ايام ويغسل ويدفن ولا يجوز صلبه اكثر من ثلاثة ايام .
وان صلب حياً ولم يمت قبل ثلاثة ايام فقد يقال انه ينزل ويجهز عليه لاطلاق النصوص - ولكنها منصرفه الى صورة عدم الحياة - فيبقى حتى يموت ولا يترك بعده اكثر من ثلاثة ايام لما مر - والكلام في وجوب تغسيله محدد في كتاب الطهارة .

احكام اللص اذا دخل دارا

الثالثة (واللص) بالكسر وهو السارق وبالضم لغة - ان شهر سلاحا وما في معناه فهو (محارب) حقيقة لما مر في بيان حقيقة المحارب وان لم يكن معه سلاح بل يريد اختلاس المال والهرب فمقتضى اطلاق الفتاوى والنصوص كونه محارباً - لاحظ خبر (٤) منصور عن ابي عبد الله عليه السلام اللص محارب لله ولرسوله فاقتلوه فما دخل عليك فعلى وخبر (٥) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام اذا دخل عليك اللص يريد اهلك ومالك فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه و قال اللص محارب لله

(١-٢-٣) الوسائل باب ٥ من ابواب حد المحارب حديث ١-٢-٣

(٤-٥) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المحارب حديث ١-٣

ولرسوله فاقتله فامانك منه فهو على - ومقتضى عموم التنزيل في يادى النظر ان حكمه حكم المحارب مطلقا ويجرى عليه حكم المحارب - ولكن حيث انه من المعلوم بالبداهة انه ان رفع الى الحاكم لايجرى عليه حكم المحارب - فيعلم ان المراد بهما انه بحكم المحارب في انه يجوز دفعه ولو بالقتال وانه لو قتل بعد ذلك فدمه هدر وعلى ذلك فيتجه ما افادوه من انه لايجوز قتله ابتداء بل يراعى فيه مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيتدرج في الدفع من الادنى الى الاعلى .

وكيف كان في (يدفع) عن نفسه مطلقا وكذا عن ماله (مع غلبة السلامة) اذا تغلب عليه كما قال الاصحاب - بل قالوا يجب في الاول ولو ظن على نفسه التلف لاطلاق النصوص ولو جوب حفظ النفس وغايتها العطب وهو غاية عمل المفسد فيكون الدفاع ارجح - وفي المسالك نعم لو امكن السلامة بالهرب كان احد اسباب حفظ النفس فيجب عينا ان توقفت عليه وتخير ان امكنت به وبغيره انتهى .

وملخص القول في المقام ان اللص ان دخل دارا فتارة يشهر السلاح للاخافة لاشكال في ان حكمه حكم المحارب بل هو محارب حقيقة لما مر من ان المحارب يتحقق في العمران وغيرها - واخرى ليس معه سلاح - وح فقد يريد المال - وقد يريد النفس - وقد يريد العرض .

فان اراد المال فان كان لم يغلب على نفسه السلامة ان دفعه لايجوز له الدفع لعدم جواز التغرير بالنفس دون المال - واما المرسل (١) عن الرضا عليه السلام عن الرجل يكون في السفر ومعه جارية له فيجئ قوم يريدون اخذ جاريته ايمنع جاريته من ان تؤخذ وان خاف على نفسه القتل قال عليه السلام نعم - الى ان قال قلت و كك المال يريدون اخذه في سفره فيمنعه وان خاف القتل قال عليه السلام نعم - فلضعفه سنداً و معارضته مع ما دل على عدم وجوب الدفاع عن المال - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال رسول الله ﷺ من قتل دون ماله فهو شهيد وقال لو كنت انا لتركت المال ولم

(١) الوسائل باب ٤٦ من ابواب جهاد العدو حديث ١٢

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الدفاع حديث ١

اقتل - وخبر (١) ابي بصير عن الباقر عليه السلام عن الرجل يقاتل عن ماله فقال ان رسول الله (ص) قال من قتل دون ماله فهو بمنزلة شهيد فقلنا له افيقاتل افضل فقال عليه السلام ان لم يقاتل فلا بأس اما انا لو كنت لتركته ولم اقاتل - فانه اذا لم يجب القتال والدفاع عن المال لم يجزم مع خوف التلف .

وان اراد النفس وجب الدفاع وان ظن التلف - لاطلاق نصوص محاربة اللص ودفعه المتقدم جملة منها والاني بعضها الاخر - وقد عرفت ان ذلك فيما اذا لم يتمكن من حفظ نفسه بالهرب والا فيجب تعيينا او تخييراً ان امكن به وبغيره .

وان اراد العرض فان ظن الهلاك فالظاهر جواز الاستسلام كما عن التحرير وفي الرياض وغيره لاولوية حفظ النفس من حفظ العرض كما هو المستفاد من النصوص (٢) الواردة في المستكرهة على الزنا معللة بقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه .

ثم انه لو دافع في مورد يجوز له الدفاع او يجب مع مراعاة الموازين فتارة يقتل واخرى يقتل اللص (٣) ان قتل كان كالشهيد في الاجر - ويشهد به صحيح محمد وخبر ابي بصير المتقدمان وغيرهما - وان (قتل) الدافع اللص (٤) دمه (هذر) اجماعا والنصوص به مستفيضة لاحظ صحيح (٣) العنبري عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام اذا دخل عليك اللص المحارب فاقتله وما اصابك قدمه في عنقي - والخبر (٣) عن ابي - جعفر عليه السلام قال قلت له اللص يدخل على في بيتي يريد نفسي ومالي فقال عليه السلام اقتله فاشهد الله ومن سمعه ان دمه في عنقي - وخبر (٥) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه (ع)

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الدفاع حديث ٢

(٢) الوسائل - باب ١٨ - من ابواب حد الزنا حديث ٧-٨

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الدفاع حديث ١

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب الدفاع حديث ١

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب الدفاع حديث ١

انه قال اذا دخل عليك رجل يريد اهلك ومالك فابدره بالضربة ان استطعت فان اللص محارب لله ولو سوله فما تبعك منه من شيء فهو على - ونحوه خبر (١) ابي البخترى الى غير ذلك من النصوص - ولكن ذلك فيما بينه وبين ربه واما ان قدم الى الحاكم فلا بد وان يثبت ذلك باحد الموازين المثبتة كما صرح بذلك في طائفة من النصوص (٢).
ثم انه لا بد وان يعلم ان اللص اذا ادبر وفر لا يجوز قتله وان قتله ح ضمن بلا خلاف اذا لا يجوز الضرب الا للدفع ولا دفع مع الادبار -

من كابر امرأة على فرجها

الرابعة (ومن كابر امرأة على فرجها او غلاماً) ليفعل بهما محرماً (فلهما دفعه)

مراعياً في ذلك الموازين المتقدمة من الدفع من الأدنى الى الأعلى وغيره - (فان قتلاه فهدر) بلا خلاف في شيء من ذلك - والمستند مأمور - مضافاً الى روايات خاصة في المورد - لاحظ صحيح (٣) عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل اراد امرأة على نفسها حراماً فرمته بحجر فاصابت منه مقتلاً قال عليه السلام ليس عليها شيء فيما بينهما وبين الله عز وجل وان قدمت الى امام عادل هدر دمه - والنبوي (٤) الخاص من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له ولا قود ونحوهما غيرهما.

(و) كذا (من دخل دار قوم فزجروه فلم ينزجر) فادى الدفع والزجر بمراعاتهما المتقدمة الى التلف (ثم يضمن بتلفه او بقتل بعض اعضائه) وقد شهد بذلك نصوص كثيرة لاحظ خبر (٥) العلاء بن الفضيل عن ابي عبد الله عليه السلام اذا طلع رجل على قوم يشرف عليهم او ينظر من خلل شيء لهم فرموه فاصابوه فقتلوه او قفؤوا عينه فليس

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب الدفاع حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص في النفس

(٣-٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب القصاص في النفس حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص في النفس حديث ٦

عليهم غرم وقال ان رجلا اطلع من خلل حجرة رسول الله ﷺ فجاء رسول الله ﷺ بمشقص ليقتل عينه قد انطلق فقال رسول الله ﷺ اى خبيث اما والله لو ثبت لى لفقت عينك - وصحيح (١) الحلبي عنه عليه السلام ايما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم فقفوا واعينه او جر حوه فلا دية عليهم وقال من اعتدى فاعتدى عليه فلا قودله الى غير ذلك من النصوص.

ثم انه قد اشرنا فى المسألة المتقدمة الى ان ذلك حكمه فيما بينه وبين الله - واما لورفع الامر الى الحاكم فلا بد وان يثبت ذلك والا فحكمه حكم غيره من من قتل او جرح كما تدل عليه النصوص (٢).

يعزر المختلس والمستلب

الخامسة (و يعزر المختلس) وهو الذى ياخذ المال خفية من غير الحرز (والمستلب) وهو الذى ياخذ المال جهرا ويهرب مع كونه غير محارب (والمحتال) على اموال الناس (بشهادة الزور وغيرها) كالرسائل الكاذبة (والمنبج) وهو من اعطى المنج حتى خرج من العقل ثم اخذ منه شيئا ومن سقى غيره مرقد فاخذ منه شيئا (بما يردع به) غيرهم ويرجرهم لفعلمهم المحرم (و يستعاد منهم ما اخذوه) ولا يقطعون بلا خلاف فى شيء من تلكم بل عليها الاجماع كما فى بعض العباثر.

والمستند مضافا الى ما مر حيث انه يكون بعض شرائط القطع من اخذ المال من الحرز وغيره مفقودا فلا قطع وفعلوا المحرم فيعزرون واستعادة المال لا تحتاج الى اقامة الدليل عليها - جملة من النصوص فى الاولين - كموثق (٣) ابى بصير عن احدهما عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام لا قطع فى الذعارة المعلنة وهى الخلصة ولكن اعزره

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٧

(٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة حديث ١

وصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضي امير المؤمنين (ع) في رجل اختلس ثوبا من السوق فقالوا قد سرق هذا الرجل فقال عليه السلام اني لا اقطع في الذنابة المعلنة وموثق (٢) سماعة قال قال عليه السلام من سرق خلسة خلسهالم يقطع ولكن يضرب ضربا شديدا - وخبر (٣) البصري عن ابي عبدالله عليه السلام ليس على الذي يستلب قطع - ونحوها اخبار كثيرة - والمستفاد منها تفسير المختلس بما ذكرناه في تفسير المستلب قيل ولعله اريد به ما يعم المستلب .

واما صحيح (٤) الحلبي عن الصادق (ع) المتضمن قطع الكاذب في الرسالة فقد حملة الشيخ على كون القطع للافساد للسرقة - ويرده التصريح فيه بان القطع للسرقة - وفي الرياض والجواهر حملة على قضية في واقعة اقتضت المصلحة فيها ذلك ويرد عليها ان السؤال عن حكم كلي وليس فيه ما يشهد بكونه قضية في واقعة - فالحق ان يقال انه شان لاعامل به فيطرح .

حدوطة البهائم

(مسائل الاولى - اذا وطء العاقل البالغ بهيمة عزز) بلا خلاف . ويشهده

صحيح (٥) الفضيل ورعي عن الصادق (ع) في رجل يقع على البهيمة قال عليه السلام ليس عليه حد ولكن يضرب تعزيرا - والمروى (٦) عن قرب الاسناد في راكب البهيمة قال على عليه السلام لارجم عليه ولاحد ولكن يعاقب عقوبة موجعة - وخبر (٧) العلابن فضيل عن ابي عبدالله (ع) في رجل يقع على بهيمة فقال ليس عليه حد ولكن يضرب تعزيرا - وحسن (٨) سدير عن ابي جعفر (ع) في حديث - يجلدون الحد - وموثق (٩) سماعة عن

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة حديث ٥-٢

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٥-٦-٧-٨-٩) الوسائل باب ١ من ابواب فكاح البهائم حديث ٥-١١-٣-٤-٢

الصادق عليه السلام ان يجلد حدا غير الحد - ونحوها غيرها .

وبازاء هذه النصوص طائفتان من النصوص - احدهما ما يدل على انه يقتل كصحيح (١) جميل عن الصادق عليه السلام في رجل اتى بهيمة قال عليه السلام يقتل - وخبر (٢) سليمان بن هلال عنه عليه السلام عن الرجل ياتي البهيمة فقال عليه السلام يقام قائما ثم يضرب ضربة بالسيف اخذ السيف منه ما اخذ قال فقلت هو القتل قال هو ذاك - الثانية ما يدل على ان حده حد الزاني - كصحيح (٣) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل اتى بهيمة فاولج قال عليه حد الزاني - وخبر (٤) ابي فروة عن الباقر (ع) الذي ياتي بالفاحشة والذي ياتي البهيمة حده حد الزاني .

اما الطائفة الاولى فمحمولة على من تكرر منه الفعل وتدخل بينه التعزير وكان ذلك في المرة الثالثة والرابعة - واما الثانية فعن الشيخ احتمال حملها على ما اذا اعاد بعد التعزير - او حملها على ما اذا تحقق الايلاج ونصوص التعزير على الاتيان دون الايلاج - وكلاهما بقرعيان ولا شاهد لهما - فالحق ان يقال انها تعارض مع نصوص التعزير ويقدم تلكم النصوص للشهرة التي هي اول المرجحات .

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان تقدير التعزير الى الامام كغيره مما يثبت فيه التعزير لا لاطلاق نصوصه - ولكن في موثق (٥) اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم (ع) وصحيح (٦) ابن سنان عن ابي عبدالله (ع) - وخبر (٧) الحسين بن خالد عن ابي الحسن الرضا (ع) في الرجل ياتي البهيمة انهم قالوا جميعا وضرب هو خمسة وعشرون سوطا ربع حد الزاني - وحملها على كون ذلك احدا - الافراد خلاف الظاهر بل الجمع بينها وبين ما اطلق فيه التعزير يقتضي البناء على تقييد اطلاق تلك النصوص بهذه - وهذا هو الاظهر الان يثبت الاجماع على خلافه أو الشهرة الموجبة لو هن هذه - وكيف كان فالاحتياط بعدم الزيادة على هذا العدد لا بد من رعايته .

(ثم) ان البهيمه الموطوءه (ان كانت ماكولة اللحم) اى مقصوده بالاكل عاده كالشاء والبقره ونحوهما مما يسمى فى العرف بهيمه دون نحو الطير (حرم لحمها ولحم نسلها وتذبح وتحرق ويغرم قيمتها لصاحبها ولو اشتبهت قسم القطيع نصفين ثم اقرع ثم قسم الخارج بالقرعة الى ان يقع الى واحدة) فيعمل بها ما يعمل بالمعلومة ابتداء (ولو كانت غير ماكولة اللحم) اى كان المقصود منها ظهرها كالبلغل والحمار (اخرجت من البلد وبيعت فى غيره ويغرم قيمتها لصاحبها ان لم يكن له و يتصدق بالثمن على رأى) وقدر الكلام فى جميع تلكم فى كتاب الاطعمة والاشربة فلا نعيد .

(ويثبت) موجب التعزير (بشهادة عدلين) بالاخلاف الاماويل من اشعار كلام المبسوط باشرط اربعة رجال او ثلاثة مع امرأتين ويشهد لكفاية شهادة عدلين عموم مادل (١) على حجيتها وثبوت الحقوق وغيرها بها - فان الخارج خصوص الزنا كما دلت على ذلك النصوص (٢) وقياس ذلك بالزنا مع الفارق .

(او الاقرار مرتين) اجماعا انما الكلام فى كفاية الاقرار مرة واحدة قيل المشهور بين الاصحاب ذلك - وعن الحلى وابن حمزة وظاهر الماتن هنا عدم كفايته واشترط الاقرار مرتين وعن المختلف الميل اليه - وجه الاول عموم مادل على (٣) ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز - ووجه الثانى ما مرفى الحد من بنائهم على اعتبار الاقرار مرتين فى الحد فيما يعتبر فيه شهادة عدلين - ويمكن استفادته من (٤) ما تضمن توجيه الامام (ع) لاعتبار الاقرار مرتين فى ثبوت السرقة بالمقايسة بالزنا وانه كما ان الزنا حيث لا يثبت الا بشهادة اربعة رجال فيعتبر فى

(١) الوسائل باب ١٥٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب كيفية الحكم وباب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٣) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ٤

الاقرار به ان يكون اربع مرات كك السرقة لاثبت الا بشهادة عدلين فيعتبر في الاقرار المثبت لها ان يكون مرتين - اضع الى ذلك ما في الرياض بعد قوله ولم نعرف له مستندا الا ان يكون الاستقراء ولا باس به ان افادظنا معتمداو يحتمل مطلقا لا يراه الشبهة الدائرة لاقل منها .

ثم ان ذلك في العقوبة واما بالنسبة الى ساير الاحكام فان كانت الدابة لنفسه فلا ينبغي التوقف في ثبوته بالاقرار مرة لعموم دليله - وان كانت لغيره فقد يقال بعدم ثبوته بالاقرار ولو مرات لانه اقرار في حق الغير - ولي فيه تامل فانه اقرار على نفسه لفرض ثبوت الغرامة عليه والله العالم - ولا يثبت موجب التعزير بشهادة النساء ولو منضعات - لمادل على (١) عدم ثبوت الحدبها الشامل للتعزير (ولو تكرر التعزير قتل في الرابعة) أو الثالثة على الخلاف المتقدم اليه الاشارة غير مرة .

بيان حدوطة الميتة من بنات آدم

(الثانية من زنى بميتة) من بنات آدم (فهو كمن زنى بحية في الحدو واعتبار

الاحصان) وغير ذلك كما هو المشهور بين الاصحاب وفي الرياض بلاخلاف بل عليه الاجماع في ظاهر بعض العبارات وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع - ويشهد به مضافا الى ذلك والى ما عن الانتصار والسرائر من الاجماع على كونه زنا فيدخل في عموم مادل على احكامه - خبر (٢) عبدالله بن محمد الجعفي كنت عند ابي جعفر (ع) وجائه كتاب هشام بن عبد الملك في رجل نبش امرأة فسلبها ثيابها ونكحها فكتب اليه ابو جعفر عليه السلام ان حرمة الميت كحرمة الحي تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب ويقام عليه الحد في الزنا ان احصن رجم وان لم

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد السرقة حديث ٢

يكن احصن جلد مائة واما الخبر (١) عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل زنى بميثة قال عليه السلام لاحد عليه - فلعنعه في نفسه وعدم عمل الاصحاب به يطرح او يحمل على ارادة انه لاحد موظف مخصوص به وحده حد الزاني بحية - أو على من اتى زوجة نفسه بعد موتها - او يحمل على الانكار وبالجمل لا شبهة في ان حده حد من زنى بحية .

(ويغلف هيهنا العقوبة) زيادة على الحد بخلاف لان الفعل هنا افحش - ولمرسل (٢) ابن ابي عمير عن بعض اصحابنا عنه (ع) في الذي ياتي الميثة وهي ميثة قال عليه السلام وزره اعظم من ذلك الذي ياتيها وهي حية .

(ولو كانت الميثة زوجة عزز) بخلاف يوجد لانه ليس زنا كي يثبت عليه الحد ولا يكون جائزا لان ظاهرهم الاتفاق على حرمة وطئها بعد الموت فيثبت عليه التعزير كما في ساير المحرمات .

(ويثبت) الزنا بالميثة (باربعة) شهود ذكور عدول اجماعاً - انما الكلام في انه هل يعتبر الاربعة ام يكفي شهادة عدلين - فالمشهور هو الاول - وعن الشيخين وابن حمزة وجماعة اختيار الثاني - يشهد للاول عموم ما دل على توقف ثبوت الزنا على الاربعة .

واستدل للثاني بعموم التعليل في خبر (٣) اسماعيل بن ابي حنيفة قلت لابي عبدالله عليه السلام كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان والزنا لا يجوز فيه الاربعة شهود والقتل اشد من الزنا فقال عليه السلام لان القتل فعل واحد والزنا فعلان فمن ثم لا يجوز الاربعة شهود على الرجل شاهدان وعلى المرأة شاهدان وهو كالصحيح سنداً - لكون الراوى البرزطي - والظاهر انه الى ذلك نظر المحقق في النافع حيث قال - وفي رواية يكفي اثنان لانها شهادة على فعل واحد - والافلم نقف على رواية تدل على ذلك - وكيف كان فيرد على الاستدلال به ان الظاهر كونه من قبيل الحكمة لالعة

وذلك لان شهادة الاثنين تسمع على الالف فصا عدا - مع انه ينتقض بالزنا بالمكرهة
والمجنونة والنائمة وغيرهن فان الفعل فيها واحد ولاشك في اعتبار الاربعة - اصف الى
ذلك انه في بعض (١) النصوص استدلالا امام بذلك على بطلان القياس فالظاهر اعتبار
الاربعة - نعم الظاهر كفاية ثلاثة رجال مع امرأتين لعموم ادلتها - وعن القواعد
الاشكال في ذلك وفي الجواهر ولعله من ابتناء الحدود على التخفيف وان الاصل والنص
والفتوى عدم قبول شهادتهن في الحدود وخرج الزنا بالحية بالنص والاجماع ومن كونه
زنا واضعفا عنه - ولكن ابتناء الحدود على التخفيف لا يلزم عدم الثبوت بها بعد دلالة الدليل
عليه والخارج عماد على عدم قبول شهادتهن ليس خصوص الزنا بالحية بل مطلق الزنا -
هذا في وطء الاجنبية اما في وطء زوجته بعد الموت فالظاهر الثبوت بشهادة
عدلين لعموم دليل (٢) البينة واختصاص مادل (٣) على اعتبار الاربعة بالزنا غير الصادق
على المورد وبما قدمناه يظهر حكم الاقرار فانه يعتبر اربع مرات في وطء الاجنبية كساير
موارد الزنا وفي وطء الزوجة الخلاف المتقدم مراراً من كفاية الاقرار مرة واعتبار مرتين -
(وحكم اللائط بالميت حكم اللائط بالحي) لاطلاق ادلة اللواط (ويغلفظ
عق - وبته) بخلاف كما في سابقه - لان الفعل هنا فحش - ولنفحوى المرسل المتقدم.

الاستمناء موجب للتعزير

(الثالثة من استمنى يمينه) او غيرها من اعضاء المستمنى وغيره عدا الزوجة
(عذر) بلا خلاف لانه فعل مجرم اجماعاً كما في الرياض وفي الجواهر للاتفاق
ظاهر على الحرمة - والكلام فيه في موردين الاول في حرمة.
يشهد بها الآية الكريمة (٤) «والذين هم لفروجهم حافظون الاعلى ازواجهم او ما

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب صفات القاضي حديث ٢٥

(٢) الوسائل باب ٥ - و ١٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٣) الوسائل باب ١٢ - من ابواب حد الزنا

(٤) المؤمنون آية ٦

ملكتم ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون » وهذا الفعل مما وراغ ذلك .

وجملة من الاخبار - كخبر (١) احمد بن محمد بن عيسى عن ابيه سئل الصادق عليه السلام عن الخضضة فقال عليه السلام اثم عظيم قد نهى الله في كتابه وفاعله كنا كح نفسه ولو علمت بما يفعله ما اكلت معه فقال السائل فبين لى يا ابن رسول الله من كتاب الله فيه فقراً الآية المتقدمة فقال الرجل ايما كبر الزنا اوهى فقال عليه السلام هو ذنب عظيم الحديث - وموثق (٢) عمار بن موسى عن ابي عبدالله عليه السلام فى الرجل ينكح بهيمة او يدلك فقال عليه السلام كل ما انزل به الرجل مائه من هذا وشبهه فهو زنا - والمراد بحكمه اثماً - وخبر (٣) العلاب بن زرين عن رجل عن الصادق عليه السلام عن الخضضة فقال هى من الفواحش ونكاح الامة خير منه - وخبر (٤) ابي بصير عنه عليه السلام ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولا يزكهم ولهم عذاب اليم التاف شبيهه والناكح نفسه والمنكوح فى دبره .

وبازائها روايتان احدهما - رواية (٥) زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال عليه السلام نا كح نفسه لاشئ عليه - ثانيتهما صحيحة (٦) ثعلبة بن ميمون وحسين بن زرارة قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن رجل يعبت بيديه حتى ينزل قال عليه السلام لا بأس به ولم يبلغ به ذاك شيئاً - وقد حمل الاصحاب هذين الخبرين على محامل بعيدة . والحق ان يقال ان الخبر الاول ضعيف السند والثانى قاصر الدلالة فانه ليس فيه العبت بيديه مع ذكره ولعل المراد العبت بيديه مع زوجته - فتأمل فان ظاهره العبت بيديه مع ذكره وعليه فيتعين طرحه لعدم اقتناء الاصحاب بمضمونه ومعارضته مع النصوص المتقدمة سيما الموثق لان قوله فهو زنا يعارض مع قوله لا بأس به - فان قيل انه بعد ما لم يكن الحمل حقيقياً فلا محالة يكون المراد انه

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب نكاح البهائم حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب النكاح المحرم - كتاب النكاح حديث ١

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٨ من ابواب النكاح المحرم حديث ٥-٦-٧

(٦) الوسائل باب ٣ من ابواب نكاح البهائم حديث ٣

بحكمه في الحرمة - فغايتة الظهور فيها فالجمع بينهما يقتضى البناء على الكراهة والمرجوحية - واما سائر النصوص فمابين ضعيف ومجهول ومرسل واما الآية فيفيد اطلاقها به - قلنا لو اغمض عن ما في هذا الجمع حيث ان الاصحاب اعرضوا عن الخبر فهو ساقط عن الحجية.

الثاني في تعزير المستمنى لاختلاف بينهم ظاهرا في انه يعزر بما يراه الحاكم لانه فعل محرما - ويشهد به خبر (١) طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين (ع) اتى برجل عث بذكره فضرب يده حتى احمرت ثم زوجه من بيت المال - ونحوه خبر (٢) زرارة والخبران المتقدمان الدالان على عدم حرمة الاستمناء يعارضها - فلا بد وان يطرحان لاعراض الاصحاب عنهما لا غير - ثم ان ما في الخبرين من الضرب الى ان احمرت ليس على نحو التعيين لعدم وجود ما يدل عليه فانه حكاية فعل ولعله كان الامام عليه السلام رأى تعزيره بهذا النحو - فالأظهر انه لاحد لتعزيره بل ما يراه الحاكم (و يثبت بشهادة عدلين) لعموم ادلة (٣) حجيتها (او الاقرار مرة) لعموم دليhle (٤) - وفي اشراط الاقرار مرتين او الاكتفاء به مرة كلام مرة في نظائره والاحوط والاحوط رعاية مرتين.

(١) اربعة للانسان الدفع عن نفسه وحرime وماله ما استطاع ويجب الا - هل فان لم يندفع انتقل الى الاصعب ومن اطلع على دار قوم فزجره فلم ينزجر فرموه بحصاة او عود فجنى عليه فهو هدر) وقد مر الكلام في ذلك كله مفصلا في المسألة الثالثة من مسائل الفصل الثاني عشر فراجع - قدم كتاب الحدود في عصر يوم الجمعة غرة صفر - ١٣٨٩ والحمد لله اولا وآخرا -

(٢-١) الوسائل باب ٣ من ابواب نكاح البهائم حديث ٢-١

(٣) الوسائل باب ١٥٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٤) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

فهرس الجزء العشرين من كتاب فقه الصادق

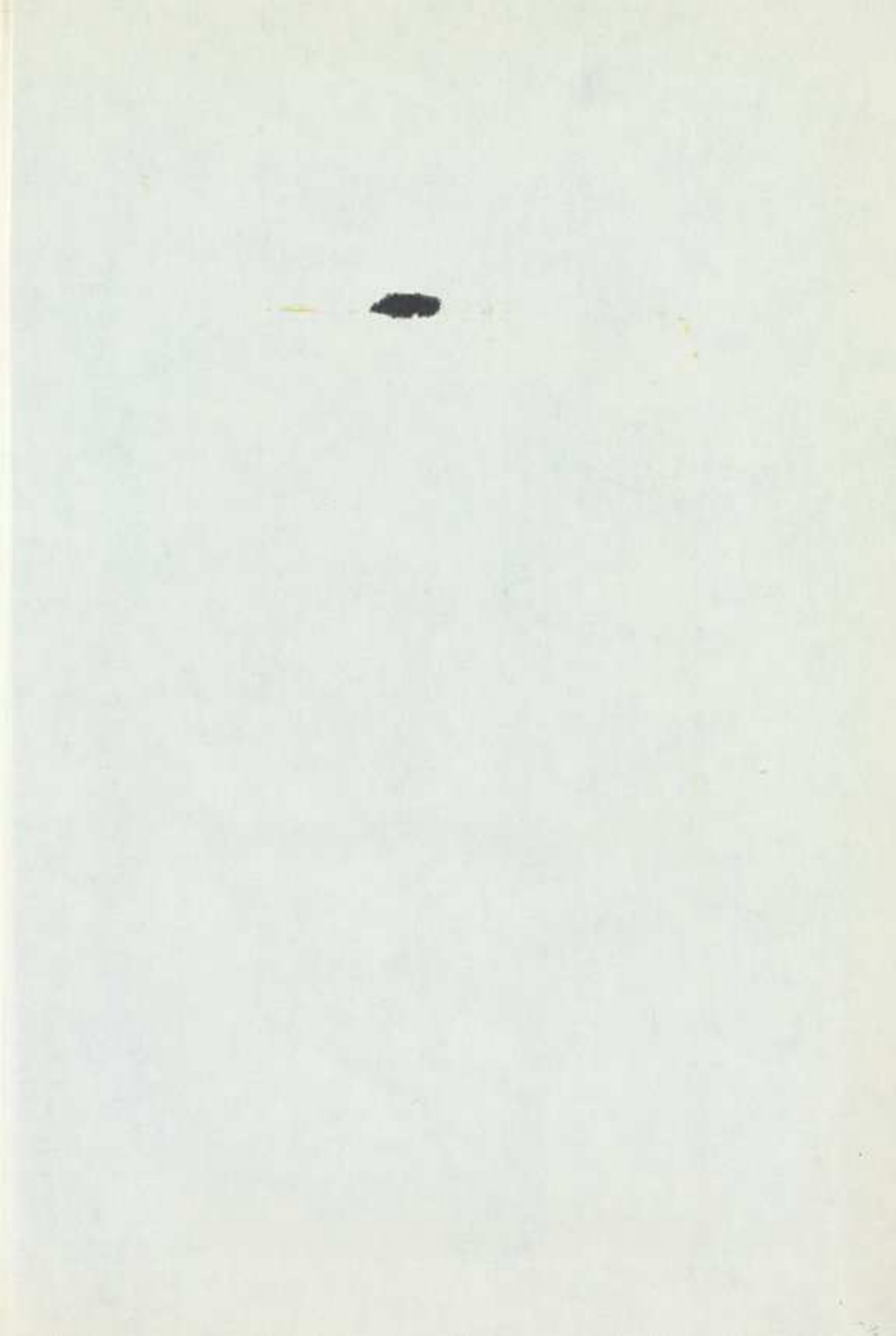
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
كتاب القضاء في تعريف القضاء	٣	في عدم جواز نقض الحكم	٤١
القضاء واجب كفاي	٥	بيان ما به يثبت الحكم	٤٣
في شرطية كون القاضي مكلفا	٨	حكم الحاكم على من لا يقبل شهادته عليه	٤٥
في اعتبار الايمان في القاضي	٩	حكم ما لو تبين خطأ الحاكم	٤٩
في اعتبار العدالة في القاضي	١٠	في ادعاء المحكوم عليه عدم اهلية	
في اعتبار العلم باحكام القضاء	١١	الحاكم	٥١
في اعتبار الذكورية في القاضي	١٢	في اداب القاضي	٥٣
في اعتبار الاجتهاد	١٤	قضاء القاضي بعلمه	٥٥
حكومة المتجزي	١٧	المدعى مخير بين اقامة البينة والاحلاف	٥٩
في تفويض القضاء الى المقلد	٢١	احكام الجرح والتعديل	٦٢
قاضي التحكيم	٢٢	ما به تثبت العدالة	٦٣
حكم ما لو تعدد المجتهد	٢٣	الاطلاق في الجرح والتعديل	٦٦
حكم اخذ الاجرة على القضاء	٢٧	تعارض الجرح والتعديل	٦٨
ارتزاق القاضي من بيت المال	٣١	التماس الغريم احضار الخصم	٧١
اخذ القاضي الهدية	٣٣	وظائف الحاكم	٧٣
حكم المعاملة المحاباة		فيما يتعلق بالمدعى عليه وجوابه	٧٦
مع القاضي	٣٥	في الفرق بين الاقرار والبينة	٧٧
حكم ما يؤخذ بحكم قاضي الجور	٣٧	وجوب الحكم بعد الاقرار	٧٩
ما يثبت به اجتهاد القاضي	٣٩	عقوبة الممتنع عن اداء الدين	٨١

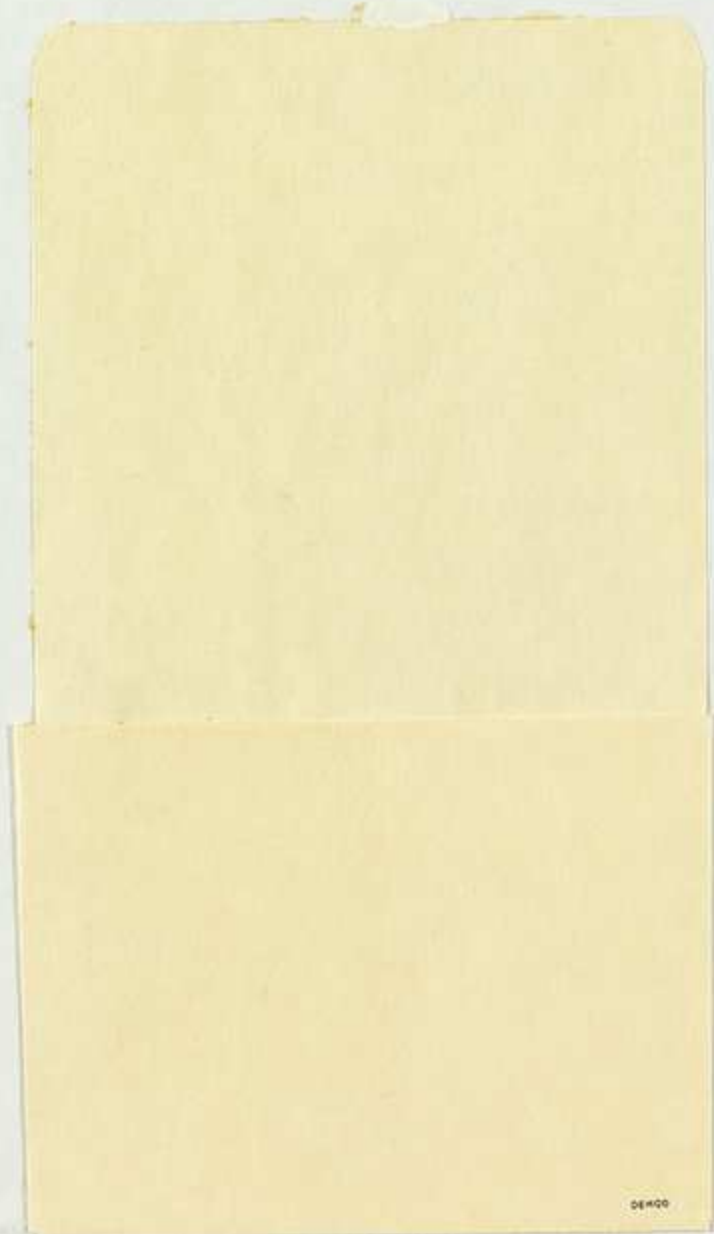
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حكم ما اذا كان الغريم معسرا	٨٤	كيفية التوصل الى الحق	١٥٨
انظار الحاكم من ادعى الاعسار	٨٦	في المقاصة ودليلها	١٥٩
البينة على المدعى واليمين على المنكر	٩١	فيما يعتبر في المقاصة وموردها	١٦٢
في الحكم بالبينة	٩٣	جواز المقاصة من الوديعة	١٦٥
في الحكم باليمين	٩٤	المقاصة بغير الجنس	١٦٧
نكول المنكر عن اليمين	٩٧	التقاص من مثنيتات الدين	١٧٠
رد اليمين	١٠١	حكم تنازع اثنين ما بيدهما او احدهما	١٧١
في المقاصة بعد اليمين	١٠٤	لو كانت العين بيد ثالث	١٧٤
ما يثبت به الدعوى على الميت	١٠٨	لو لم تكن العين بيد احد	١٧٧
في الحكم بالشاهد الواحد واليمين	١١٥	تنازع الزوجين في متاع البيت	١٧٨
حكم ما لو حلف احد الشر كاء	١١٨	حكم تعارض البينتين	١٨٢
حكم ما لو ادعى الوقفية	١٢٢	معارضة البينة مع شاهد ويمين	٢٠٠
سكوت المدعى عليه عن الجواب	١٢٥	الشهادات	٢٠١
جواب المدعى عليه بقوله لا ادري	١٢٨	بيان ما يعتبر في الشاهد	٢٠٢
جواب المدعى عليه بان العين ليست له	١٣١	شرائط قبول شهادة الصبي في القتل	٢١٦
في الحكم على الغائب	١٣٣	شهادة الذمي في الوصية	٢١٧
الاستحلاف	١٣٨	في شهادة الفاسق بعد التوبة	٢٢١
لا يمين في حد	١٣٩	شهادة الشريك لشريكه	٢٢٣
تعريف المدعى	١٤١	شهادة الوصى والوكيل	٢٢٥
شرائط سماع الدعوى	١٤٢	حكم شهادة العدو	٢٢٦
سماع الدعوى بلا معارض	١٥٢	شهادة الولد على الوالد	٢٢٨
من ملك شيئا ملك الاقرار به	١٥٦	الصداقة والزوجة لا تمنعان من القبول	٢٣٠
قبول دعوى ما لم يعلم الا من قبله	١٥٧	شهادة الاجير والسائل بكفه	٢٣١

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣٠٢	البينة المثبتة للزنا وما يعتبر فيها	٢٣٤	شهادة المتبرع
٣٠٩	حد التقييل والمضاجعة	٢٣٥	موارد قبول شهادة لنساء وعدم قبولها
٣١١	لو اقر بالزنا ثم انكر	٢٤٦	شهادة القابلة
٣١٣	حد الزنا بالمحارم	٢٤٨	عدم جواز الشهادة الامع العلم
٣٥	حد زنا اليهودي والنصراني	٢٥١	البناء في الشهادة على الاستصحاب
٣١٧	بيان حد الزاني المحصن والمحصنة	٢٥٥	البناء في الشهادة على الشياخ
٣١٩	موضوع الاحصان	٢٥٧	عدم اعتبار استدعاء المشهود عليه
٣٢٢	حد الزاني غير المحصن	٢٥٨	في حرمة كتمان الشهادة
٣٢٥	حكم تكرار الزنا	٢٦٣	في وجوب تحمل الشهادة
٣٢٧	فيمن يقام عليه الحد ومن لا يقام عليه	٢٦٧	في اعتبار معرفة المشهود له او عليه
	عدم اقامة الحد في ارض العدو وشدة	٢٦٨	في الشهادة على الشهادة
٣٣١	الحر والبرد	٢٧٦	في رجوع الشهود عن الشهادة
٣٣٢	لو اجتمع الجلد والرجم	٢٨٤	في شاهد الزور
٣٣٣	كيفية الرجم والجلد	٢٨٥	في الحدود والتعزيرات
٣٤١	من وجدر جلا يزني بزوجه	٢٨٧	حد الزنا
٣٤٣	حد اللواط مع الايقاب وبدونه	٢٨٨	ما يثبت به الزنا
٣٤٩	حد اجتماع الاجنبيين في ازار واحد	٢٨٩	في اعتبار العقل
٣٥١	حد السحق	٢٩١	في اعتبار العلم بالحرمة
٣٥٢	حد القيادة	٢٩٣	في سقوط الحد مع الاكراه
٣٥٥	حد القذف	٢٩٥	في ان الشبهة تدرك الحد
٣٥٧	بيان القذف الموجب للحد	٢٩٧	الاعمى يحد
٣٥٨	كمية حد القذف وكيفيته	٢٩٨	في الاقرار المثبت للزنا
٣٦٢	حكم مالو قذف واحد جماعة	٣٠٠	لو اقر بحد ولم يبينه

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
الحد موروث كالمال	٣٦٤	حكم السارق من المواضع المتناوبة	٣٩٣
فى وجوب قتل من سب النبى ﷺ	٣٦٦	حكم سارق الكفن والنباش	٣٩٥
فى وجوب قتل مدعى النبوة	٣٦٨	حكم اشترى الكائنين فى السرقة	٣٩٨
فى حد من تناول المسكر	٣٦٩	بيان ما يثبت به السرقة	٤٠٠
فى كيفية الحد	٣٧١	قطع السارق موقوف على المرافقة	٤٠٤
حكم من شرب الخمر مستحالا	٣٧٢	حد المحارب	٤٠٦
لو تاب الشارب قبل الحد	٣٧٤	كيفية حد المحارب	٤٠٧
حد السرقة	٣٧٧	احكام اللص	٤١٢
فى اعتبار كون المال محرزا	٣٨٠	من كابر امرأة على فرجها	٤١٥
فيما يعتبر فى المسروق	٣٨٣	يعزر المختلس والمستلب	٤١٦
فى كيفية هذا الحد	٣٨٥	حدو طء البهمة	٤١٧
حكم ما لو تكررت السرقة	٣٨٨	حدو ط الميتة	٤٢٠
حكم من له يد واحدة	٣٩٠	حرمة الاستمناء وتعزير فاعله	٤٢٣
فى عدم قطع الاجير و الضيف	٣٩١		







COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882630