

اعْدُوا لَهُمْ قُرْبًا لِلتَّقْوَىٰ ۗ

شرح مجلة الاحكام  
قسمت قضا

محمد طاہر اتاسی

مؤلف

محمد صدیق راشد سلجوقی

مترجم

سخت ۱۳۵۰



فروشگاه کتاب فرهاد انوری

Farhad Anwari Book Store

مکروریان سوم کابل

پست بکس ۵۴۱۵

AFGHANISTAN CENTRE AT KABUL UNIVERSITY



3 ACKU 00007362 6

اعدلوا هو اقرب للتقوی

# شرح محلة الاحكام



قسمت قضا

محمد طاهر اتاسی

مؤلف

محمد صدیق راشد سلجوقی

مترجم

۱۳۰۰



حوت

Farhad Anwari Book Agency  
Malik Nawaroz Market  
Arbab Road - Peshawar

## یادداشتی از مترجم

بنام خدای بخشاینده همهربان

خوشنودم ازینکه توفیق یافتم کتاب قضاء شرح مجله الاحکام را ترجمه نمایم .

کتابی که من آنرا ترجمه کرده ام شرحی است بر مجله الاحکام ، مجله الاحکام مجموعه ای است از قواعد کلیه فقه که طی (۱۸۵۰) قاعده تمام مسایل فقه را در بر گرفته و بصورت کلی و عمومی از پہلو های مختلف بر امور تعبسی و معاملات روشنی انداخته است .

در اول یکصد قاعده کلی مبتنی بر اساسات فقه اسلامی در ترکیه به زبان ترکی بادقتی کامل و بسروى احتیاجات عصر و زمان وضع گردید و بران قواعد دیگری تزیید شد و چون این قواعد گاهلا بر اساسات فقه و بر تخریج و استنباط امام ابو حنیفه (رح) منطبق بود در مهالك اسلامی و بخصوص در آن مهالکی که پیروان ابو حنیفه در آن زیاد بود — مورد استقبال بیشتر قرار گرفت و بزبان عربی ترجمه گردیده و بران شروح و تعلیقاتی نوشته شد که از جمله آن شرح علی حیدر افندی و شرح سلیم باز لبانی و شرح محمد ظاهر اناسی و محمد خالد اتاسی رامیتوان نام برد .

خوشبختانه طی سالهای اخیر که به اراده بهی خواهانۀ اعلیحضرت المتوکل علی الله محمد ظاهر شاه پادشاه شریعت پرور افغانستان قانون اساسی افغانستان نفاذ یافت و قوای ثلاثه دولت یعنی قوه اجرائیه قوه تقنینیه و قوه قضائیه از هم منفک گردیده و قوه قضائیه افغانستان نیز در قبال دو قوه دیگر بحیث یک رنگان مستقل به فعالیت آغاز کرد در راه تامین عدالت اجتماعی گامهای فراخی برداشته شد . به اساس این قانون برای اولین بار دیه و کراسی در افغانستان بیمان گذاری شد . از آن به بعد ستمه محکمه در چوکات ارگانهای ثلاثه دولت با تشکیلات مناسب رویکار آمد و در راه احقاق حقوق مردم و تامین عدالت اجتماعی فعالیت

های موثری بعمل آمد و بروی واقع بینی فصل تازه در حیات اجتماعی کشور عزیز افغانستان گشوده شده که اثرات آن در هر خانه و هر قریه و قشلاق چشم گیر است. این ارگان مهم که در راس آن جناب عالیقدر جلالتمآب محترم پوهاند عبدالحکیم ضیائی قرار دارد علاوه بر تنظیم امور اداری و مسلکی برای تعمیم واقعی عدالت اجتماعی در نظر گرفت کتب معتبره فقه حنفی را ترجمه و نشر کرده و بدسترس عموم قرار دهد. منظور ستره محکمه از ترجمه و نشر کتب علمی و تشریحی این بوده است تا طرفین دعوی پیش از اینکه به محکمه بیایند به حقوق خود واقف گردیده اگر یکی از آنها بر اساسات فقه، خود را بحق می داند بهتر بتواند در احقاق حقوق خود به استناد دلایل شرعی و قانونی مجاهدت ورزد و اگر خود را به روی معیار های شرعی و قانونی حقدار نداند از زحمت دادن طرف مقابل و ضیاع وقت محاکم پرهیز کرده بی مورد دست اندازی بر حقوق دیگران نکند ستره محکمه در راه ترجمه و نشر کتب مسلکی قدمهای موثری برداشته چنانچه کتاب هدایه و قسمت اول شرح مجله الاحکام را میتوان نمونه ازین نشرات معرفی کرد. دوماه قبل حینیکه شخصیت دانشمند و دیانت شعار جناب قاضی القضاة بمن امر کردند کتاب قضاء شرح مجله الاحکام را ترجمه کنم فکر نمی کردم باین زودی از عهد چنین مهملی بدرآیم که در پهلوی وظایف مسلکی تالیف و ترجمه بنظر من انجام یافتن این ما مول دشوار بود.

خدای را شکر گزارم که اکنون می بینم با محدودیت های علمی و مسلکی وبا عدم تسلط کامل بر زبانهای عربی و دری این آرزوی مهم برآورده شده است.

وقتی به موضوع کتاب متوجه میشویم زیر آن هیبتی فرو می رویم که قاضی برای اقامه حق و عدالت با کمال امعان نظر در دلایل و شواهد و قرائن و دور از همه شوائب و آلودگی ها بر مسند قضا نشسته، مدعی بادلی آگنده از امید و بیم بد ادخواهی می آید و مدعی علیه برای احقاق حقوق و جریان محاکمه حاضر میشود و شهود برای ادای واجب ذمه خویش می آیند و امر خدای دادگر جلت عظمته بین بندگان او تنفیذ میشود.



## حکایت سلطان مراد و معمار درباره مساوات اسلامی

درین جا شعری را که علامه اقبال دانشمند شهیر شرق طی آن دادگری بک قاضی مسلمان را تمثیل کرده از نظر خوانندگان عزیز این مقدمه می گزرانم:

بود معماری ز اقلیم خجند	در فن تعمیر نام او بلند
ساخت آن صنعتگر فرها دزاد	مسجدی از حکم سلطان مراد
خوش نیامد شاه راتعمیر او	خشمگین گردید از تقصیر او
آتش سوزنده از چشمش چکید	دست آن بیچاره از خنجر برید
جوی خون از ساعد معمار رفت	پیش قاضی ناتوان وزار رفت
آن هنر مندی که دستش سنگ سفت	داستان جور سلطان بازگفت
گفت ای بیغام حق گفتار تو	حفظ آئین محمد (ص) کار تو
سفته گوش سطوت شاهان نیم	قطع کن از روی قرآن دعویم!
قاضی عال بدنلان خست لب	کردش را در حضور خود طلب
رنگش از هیبت قرآن پرید	پیش قاضی چون خطا کاران رسید
از خجال دیده بر پا دوخته	عارض اولاله ها اندوخته
یکطرف فریاد بی دعوی گری	یکطرف شاهنشۀ گردون فری
گفت شه از کرده خجالت برده ام	اعتراف از جرم خود آورده ام
گفت قاضی فی القصاص آمد حیات	زندگی گیرد باین قانون نبات
عبد مسلم کمتر از احرار نیست	خون شه رنگینتر از معمار نیست
چون مراد این آیه محکم شنید	دست خویش از آستین بیرون کشید
مدعی راتاب خا مو شی نماند	آیه بالعدل والا حسان خواند
گفت از بهر خدا بخشیدش	از برای مصطفی بخشیدش
یافت موری بر سلیمانی ظفر	سطوت آئین پیغمبر نگر
پیش قرآن بنده مو لایکی است	بویا و مسندو دیا یکی است

شادمانم اگر بخوانندگان محترم خدمتی کرده باشم،

کابل کازته پروان ۱۶ حوت ۱۳۴۹ محمد صدیق راشد سلجو قی

## فهرست کتاب شرح مجلة الاحكام

- الف - یادداشتی از مترجم  
 ج - اسلام و اجتهاد  
 د - نیاز مندی به قضاء  
 ه - مساوات در اسلام (منظومه اقبال)  
 ۱ - معنی قضاء  
 ۲ - فرضیت قضاء  
 ۳ - حکمت قضاء  
 ۴ - چه کسی صلاحیت عهده قضاء را دارد ؟  
 ۵ - مکتوب عمر فاروق (رض) عنوانی ابوموسای اشعری درباره  
 قضاء و ترجمه آن  
 ۱۲ - ارکان قضاء  
 ۱۴ - حقوق به چهار قسم منقسم میشود .  
 ۱۵ - قضاء به حوادث و اشخاص و به اجتهاد يك مجتهد  
 اختصاص یافته می تواند  
 ۱۶ - قاضی کیست ؟  
 ۱۷ - قضاء الزام و قضاء ترك  
 ۱۷ - حکم چیست ؟  
 ۲۰ - حکم به اساس شهادت ناحق آیا ظاهراً نافذ است یا ظاهراً  
 و با طناً  
 ۲۵ - قضاء فعلی و قضاء ضمنی محتاج به سبق دعوی نیست  
 و قضا فولی محتاج به سبق دعوی است .  
 ۲۶ - مال مورد دعوی  
 ۲۸ - حکم کیست ؟ و حکمیت چیست ؟  
 ۳۱ - هدفه مسئله که در آن حکم و قاضی فرق دارد .  
 ۳۶ - وکیل مسخر  
 ۳۶ - قاضی چه او صافی باید داشته باشد ؟  
 ۳۷ - مراتب عقل  
 ۴۱ - خوب است قاضی مسائل فقهی را بداند و به اصول محاکمه وارد  
 باشد .

(ز)

- ۴۴ - قاضی شدن طفل خوردهسال و آدم ساده لوح (سفیه) و کور و آن گری که صدای بلند طرفین دعوی را نشنود صحیح نیست
- ۴۶ - آیا قاضی به رشوت و غیره معزول میشود ؟
- ۴۷ - آیا والیها قضات را مقرر کرده می توانند ؟
- ۴۹ - قاضی از آن حر کاتی که منافی شان او است دوری می جوید
- ۵۰ - مزاحی که متضمن توهین به مقدسات دینی باشد، کفر است.
- ۵۰ - قاضی از رفاقت با مردم بدکار دوری می جوید .
- ۵۰ - خوب است قاضی از علماء . مشورت بگیرد .
- ۵۱ - قاضی باید تحفه یکی از طرفین دعوی را نپذیرد .
- ۵۱ - تحفه را که (ازدی) گرفته بود حضرت رسول اکرم (ص) بدید انکار نگر یستند .
- ۵۲ - عمر فاروق (رض) تحفه را که ابو هریره به حیث متصلی صدقات از مردم گرفته بود به بیت المال تسلیم داد .
- ۵۲ - چطور تحفه را که قاضی گرفته مسترد کند ؟
- ۵۳ - آن تحفه که گرفتن آن برای قاضی حلال است .
- ۵۳ - اقسام رشوت .
- ۵۵ - توبه از رشوت .
- ۵۷ - مدارک حلال تحصیل دارائی .
- ۵۸ - کسیکه به وسیله رشوت به قضاء مقرر میشود حکمش نافذ نیست ، وهم اگر در مسئله رشوت خورده بود در آن موضوع حکمش نافذ ندارد .
- ۵۹ - قاضی به مهمانی یکی از طرفین دعوی اشتراک نمی کند .
- ۶۰ - در دعونهای خصوصی قاضی اشتراک نمی کند .
- ۶۱ - قاضی بایکی از طرفین دعوی خصوصیتی نباید نشان دهد .
- ۶۳ - قاضی عدالت و مساوات را در مجلس قضاء باید رعایت کند .
- ۶۵ - چگونه عمر فاروق (رض) بین علی (رض) و طرف مقابل شان در مجلس قضائی مساوات را رعایت کردند ؟
- ۶۶ - روش مفتی در مقابل مستفتی .

(ح)

- ۶۸ - وظایف قاضی .
- ۶۹ - پادشاه می تواند قاضی را معزول کند ، وقاضی هم میتواند استعفا کند .
- ۷۲ - قضاء موقت .
- ۷۴ - بعضی دعاوی نظر به خصوصیتی شنیده نمیشود .
- ۷۶ - اگر قاضی به شنیدن بعضی دعاوی موظف شد تنها همان قسم دعوی را شنیده می تواند .
- ۷۷ - اکثریت قاطع مسلمان های جهان پیرو چهار مجتهد هستند
- ۷۸ - اجتهاد و مراتب آن .
- ۸۰ - طبقه سوم در مراحل اجتهاد ، طبقه چهارم در مراحل اجتهاد
- ۸۱ - طبقه پنجم ، ششم و هفتم علماء .
- ۸۲ - ظاهر الروایه و نوادر چه معنی دارد ؟
- ۸۳ - فتوی و واقعات ، طبقات فقها و وجوه تسر جیح فتوی
- ۸۵ - مرجحات در فتوی .
- ۸۸ - اگر دو قاضی به شنیدن و حکم کردن به صورت مجموعی موظف بودند یکی شان به تنهایی دعوی را شنیده نمی تواند .
- ۸۹ - در اینکه دعوی نزد کدام قاضی دائر شود نظر مدعی علیه اعتبار دارد .
- ۹۳ - اگر قاضی معزول شدنا وقتیکه خبر عزلش باو نمیرسد حکمش نافذ است
- ۹۵ - قاضی میتواند نایب خود را مقرر و یا معزول کند .
- ۹۸ - نایب قاضی به اساس شهادتی که قاضی آن را استماع کرده وقاضی به اساس شهادتی که آن را نایب او استماع کرده وقاضی به اساس
- ۱۰۰ - شخصی که برای شنیدن شهادت از طرف قاضی موظف شده به استماع شهادت او قاضی نمی تواند حکم صادر کند . شنیدن شهادت قاضی معزول نمی تواند مبنای حکم قرار گیرد .

- ۱۰۴ - قاضی در چه وقت وصی بر اموال متوفی تعیین کرده می تواند ؟
- ۱۰۶ - قاضی به مفاد منسوبین خود حکم صادر کرده نمیتواند .
- ۱۰۹ - اگر خود قاضی با دیگری دعوی داشت چطور دعوی او فیصله شو د ؟
- ۲۲۲ - خوب است قاضی توبت را در دعاوی رعایت کند .
- ۱۱۳ - قاضی میتواند از دیگران فتوی بگیرد .
- ۱۱۴ - در وقت تشویش ذهنی قاضی به حکم مبادرت نوزد .
- ۱۲۵ - برای قاضی سزاوار است در اجراء دعاوی دقت کامل نماید و در عین حال کارها را بتعویق نیندازد .
- ۱۱۶ - قاضی دفتری برای ثبت سجلها در محکمه بکشا ید .
- ۱۱۷ - يك کاپی از اسناد را برای محکوم له وهم يك کاپی آنرا در وقت ضرورت به محکوم علیه می دهد . وقتی قاضی از محکمه تبدیل شد اسناد رابه خلف خود میسپارد .
- ۱۱۸ - قاضی محاکمه رابه صورت غلنی جریان دهد اما حکم خویش را قبل از صدور آن افشاء ننماید .
- ۱۱۹ - اولاً مدعی دعوی خویش را تقریر و با قرائت می کند ، بعد از آن در آن مورد از مدعی علیه سوال میشود .
- ۱۲۰ - دعوی صحیح ، فاسد و باطل
- ۱۲۱ - مالیکه مورد دعوی قرار می گیرد باید جنسیت و مقدار آن معلوم باشد .
- ۱۲۳ - دعوی طلاق چطور جریان می یابد و چطور فیصله میشود .
- ۱۲۴ - چه وقت مال مورد دعوی ذریعه شخص ثالثی زیر مراقبت گرفته میشود ؟
- اگر مدعی علیه اقرار کرد نظریه اقرارش حکم صادر شود و اگر انکار ورزید از مدعی شاهد خواسته شود .
- ۱۲۶ - رسول الله (ص) فرمودند (یا قسم مدعی علیه و یا شهادت شهود مدعی) .



(ی)

- ۱۲۷ - اگر اقرار و شهادت در موضوعی جمع شد ؟
- ۱۲۸ - کسیکه به چیزی اقرار بدهد که ادای آن برای او لازم نباشد و وقتی که از آن منکر شد قسم متوجه او نمی شود.
- ۱۲۹ - مکتوب قاضی به قاضی
- ۱۳۲ - شرایطی که در جانب فرستنده و شرایطی که در جانب گیرنده مکتوب قاضی به قاضی باید رعایت شود .
- ۱۳۵ - صورت مکتوب قاضی به قاضی .
- ۱۴۵ - اگر شخصی دعوی زیادی علیه دیگری داشت ، قاضی مدعی علیه را بصورت مجموعی قسم دهد. مسئله که در آن مدعی نیز بعد از مدعی علیه قسم داده میشود.
- ۱۴۷ - قسامه .
- ۱۴۸ - چطور عثمان (رض) از قسم فدیة دادند .
- ۱۴۹ - ایلاء .
- ۱۵۰ - اگر مدعی از قسم نکول آورد .
- ۱۵۲ - آیا قسم بذل مال است یا اقرار به دعوی مدعی ؟
- ۱۵۵ - اسناد محاکم اگر از شبهه دست بازی مصئون باشد بدون شهادت شهود مدار حکم است .
- ۱۵۷ - اگر مدعی علیه در قبال سوال قاضی خاموش ماند ؟
- ۱۵۸ - در دفع مدعی علیه نیز باید مقررات دعوی رعایت شود . چه کسانی اهل دفع هستند ؟
- ۱۵۹ - قاضی چه وقت از مدعی علیه طلب دفع را نکند ؟
- ۱۶۰ - آنهائیکه اهل دفع نیستند ؟
- ۱۶۲ - مسائل دفع ، دفع .
- ۱۶۴ - در محضر قضاء برای یکی از طرفین دعوی وقتی اجازه حرف زدن داده میشود که طرف مقابل حرف خود را تمام کرده باشد.
- ۱۶۵ - قاضی در محکمه مترجم قابل اعتمادی برای ترجمه بیان آن طرف دعوی که به زبان رسمی مملکت بلد نیستند بگمارد .
- ۱۶۷ - اگر امید صلح هو جوده د ، قاضی جریان محاکمه را معطل کرده می تواند .

(یا)

- ۱۶۹ - اجیر مشترك ا زمالیکه تلف کرده چطور تاوان میدهد؟
- ۱۷۳ - لازم است حکم محکمه قطعی باشد.
- ۱۷۶ - دو وقتیکه اسباب و شرایط حکم فراهم شد ، قاضی نباید حکم را به تعویق اندازد.
- ۱۸۲ - در وقت صدور حکم باید طرفین دعوی حاضر باشند .
- ۱۸۷ - در دعوی قرض اگر قرضخواه و یا قرضدار اشخاص متعددی بودند آیا یک نفر به جای رفقای خود خصم واقع شده میتواند؟
- ۱۸۸ - اگر مال متوفی به تصرف شخص بیگانه باشد آیا مدعی باهمین متصرف دعوی کند یا با وارث؟
- ۱۸۹ - اگر حکم بر حاضر سبب حکم بر غائب بود ، حاضر در حکم نائب غایب است .
- ۱۹۴ - قاضی می تواند بر مدعی علیه به اساس آن شهادت قی حکم کند ، که در حال حضور وکیل شخص اقامه شده است همچنین است عکس این موضوع .
- ۱۹۵ - کسیکه حکم قاضی متوجه او شد و او خود را پنهان کرد با او چگونه رفتار شود ؟
- ۱۹۵ - یک قسمت از شهادت در حال حضور وکیل و یک قسمت آن در حال حضور موکل شنیده شده میتواند .
- ۱۹۵ - یک نفر از ورثه به حیث خصم از جای رفقای خود ایستاده میشود .
- ۱۹۷ - آیدان غیاب شخصی علیه او ، یا به مفادش حکم صادر میشود ؟
- ۱۹۸ - حضرت رسول الله (ص) برای هند خانم ابوسفیان در جایکه خودش به سفر رفته بود فتوی دادند از مال ابوسفیان استفاده کند .
- ۱۹۹ - اگر حکم در باره غایبی از طرف محکمه صادر شد ؟
- ۲۰۰ - حکم به چهار قسم منقسم میشود .
- ۲۰۰ - در پنج مسئله به حکم در غیاب شخص ضرورت احتیاس میشود .
- ۲۰۱ - (یاورقی) خیارهای خرید و فروش
- ۲۰۳ - تلفیق چه معنی دارد ؟

(ب)

- ۲۰۴ اگر احضار مدعی علیه مصرفی ایجاب می‌کرد بر ذمه کیست ؟
- ۲۰۵ - اگر مدعی علیه از حاضر شدن به محکمه خود داری ورزیده قاضی در احضار شی از قوه اجرائیه کمک بخواند و اگر غیری داشت رعایت حال او بشود بر چه کسانی لازم است با محکمه در احضار مدعی علیه همراهی کنند؟
- ۲۰۶ - چه قسم مدعی علیه به محکمه احضار شود .
- ۲۰۷ - اگر خانه مدعی نزدیک بود به مجرد دعوی مدعی ، مدعی علیه خواسته شود .
- معیار نزدیکی و دوری خانه مدعی علیه ؟
- اگر مدعی علیه روی گیر یا مریض بود ؟
- اگر جای مدعی علیه دور بود به مجرد دعوی ، قاضی مدعی علیه را نخواهد بلکه از مدعی شهود بخواند .
- ۲۰۸ - اگر مدعی علیه خود را به خانه پنهان کرد ؟
- ۲۱۰ - اگر مدعی علیه به محکمه عنادا حاضر نشد از جای او و کیلی گرفته شود و حکم در غیاب او صادر شود .
- ۲۱۱ - حکم غیابی به مدعی علیه ابلاغ شود .
- ۲۱۱ - اگر در مورد حکم غیابی ، مدعی علیه دفعی داشت دفعش شنیده شود .
- ۲۱۱ - دعوی که در محکمه یکبار دایر شد به عین همان کیفیت بار دیگر شنیده نمی‌شود .
- ۲۱۴ - قاضی نمی‌تواند حکمی را که صادر کرده منتقض کند .
- ۲۱۵ - در کدام حالات حکم قاضی منتقض میشود ؟
- ۲۱۶ - چه وقت يك حکم قضائی استیناف میشود ؟
- ۲۲۰ - فرق بین خلاف و اختلاف .
- ۲۲۴ - حکم قاضی اول از چهار حالت بیرون نیست .
- ۲۲۵ - در وقت استیناف يك محاکمه ، حکم به وجود مطلق فساد فسخ میشود ، خواه مدعی علیه آن فساد را تذکر دهد و خواه تذکر ندهد .
- ۲۲۷ (باورقی) صلاحیت و تشکیلات قضائی در افغانستان .
- ۲۲۸ - دفع دعوی قبل از صدور حکم و بعد از آن ، در هر دو صورت صحیح است .
- ۲۳۱ - در بعضی موارد بعد از صدور حکم ، دفع شنیده نمی‌شود .
- ۲۳۳ - دفع دعوی .

- ۲۳۴ - حکمیت چیست؟ و حکم چه صفاتی را باید دارا باشد ؟
- ۲۳۵ - در مورد قصاص حکمیت اعتبار ندارد .
- ۲۳۶ - حکمیت به نص قرآن کریم به سنت رسول الله (ص) و به اجماع علمای اسلام ثابت شده است .
- ۲۳۷ - حکم (مکتوب به قاضی) نوشته نمی تواند .
- ۲۳۸ - حکم ، بر غیر طرفین دعوی ، یعنی بر غیر آن اشخاص صیقه اورا به حکمیت برگزیده اند و جز در موردی که برای حکمیت تعیین شده است، حکم صادر کرده نمی تواند .
- ۲۴۲ - شده می تواند که چندین نفر به حیث حکم تعیین شوند این هم شده میتواند که هر يك از طرفین دعوی ، برای خو د حکمی تعیین کند .
- ۲۴۳ - اگر حکم ها متعدد بودند ، باید رای شان متفق باشد .
- ۲۴۳ - اگر از طرف طرفین دعوی ، حکمها به گرفتن حکم دیگری مجاز بودند ، به این کار مبادرت ورزیده می توانند .
- ۲۴۴ - حکمیت به وقت نیز موقت شده می تواند .
- ۲۴۵ - اگر حکمیت حکم رآن قاضی که به مقرر کردن نائب مجاز است تأیید کرد ، طرفین دعوی اورا از حکمیت قبل از حکم نیز ، بر طرف کرده نمی توانند
- ۲۴۷ - یکی از طرفین دعوی نمی تواند از قبول حکم ، حکم بعد از صدور حکم خودداری کند .
- ۲۴۸ - اگر حکم ، حکم به قاضی پیش شد و موافق با اصول شرعی بود آن را تأیید کند ، ورنه آنرا منتقض سازد .
- ۲۴۸ - از صلحی که از طرف حکم صورت گرفته یکی از طرفین دعوی سرباز زده نمیتواند در صورتیکه با اصول شرعی صلح موافق باشد .
- ۲۴۹ - مسائلی که در آن وکیل ، سفیر محض است .
- ۲۵۰ - بعضی عقود وقتی به نفس وکیل نسبت داده شد لغو میشود بعضی عقود از جای موکل حساب میشود و بعضی هم به خود وکیل رجعت می کند .
- ۲۵۲ - خاتمه کتاب (تذکری از طرف مولف کتاب)
- ۲۵۳ - خاتمه کتاب (تذکری از طرف مترجم کتاب)
- ۲۵۴ - ابراز شکران
- ۲۵۵ - غلط نامه کتاب

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ای ذاتیکه سزاوار سپاس و ستایش هستی! ترا سپاس و ستایش میکنم ای ذاتیکه نعمت‌های تو بیکران است . به رسول تو سلام میگویم آنکه بirq دار راه راست و احراز کننده مقام محمود میباشد . همچنین بر اهل بیت و یار ان ادب یافته او سلام تقدیم میکنم .

### کتاب ۱۶

### درا حكام قضا

این کتاب دارای يك مقدمه و چهار باب می باشد

#### مقدمه

برای بیان بعضی اصطلاحات فقهی تخصیص یافته است .  
ماده : ۱۷۸۴ قضا بمعنی حکم و حاکم بودن می آید  
قضا بمعنی حکم می آید و این دو لفظ (قضا و حکم) مترادف آند .  
نفته میشود :  
قاضی برزید حکم کرد یعنی درباره او فیصله قضائی را صادر کرد . حاکمیت مصدر است مثل فاعلیت و جاهلیت ، خداوند متعال میفرماید: (اذجعل الذین کفروا فی قلوبهم الحمية حمية الجاهلیة) ترجمه : (وقتیکه گردانیدند کفار در دل‌های خود ننگ را ننگ جاهلیت را) در بیضاوی نیز چنین تذکر یافته است . من در بین حکم و حاکمیت فرقی را دیده نتوانستم شاید اینقدر فرق باشد که حکم اسم برای اصل فعل است که از آن در عربی به (حدث) تعبیر می کنند و حاکمیت عبارت است از اصل فعل بهمراه ملاحظه حکم کننده لذا درین گفته ما (حکم قاضی یا عدل است و یا ظلم است) معنی اول یعنی حکم اراده میشود و درین فرمان شاهی (وقتیکه فلان برج در رسید ترا به فلان جای قاضی مقرر کردم) معنی دوم یعنی حاکمیت مراد میشود .



در اینجا (مناسب بشمارم) در معنی قضا و درباره فرض بودن آن و هم در حکمت آن و هم در بعضی موضوعاتی مربوط به قبول آن و درباره کسانی که صلاحیت قضا را دارند و هم در بیان آن احکامی که از لحاظ قضا مورد تنفیذ قرار می‌گیرد و آنچه منتقل می‌شود برای شما توضیحاتی بعرض رسانم .

درباره اینکه کلمه قضا چه معنی دارد توضیح می‌شود که :

قضا در لغت بمعنی الزام می‌آید از باب قضی بقضی. گفته می‌شود قاضی بر فلانی به این چیز حکم کرد یعنی او را به این الزام کرد ، همچنین قضا بمعنی امر می‌آید خداوند میفر ما ید (و قضی ربک ان لاتعبد وا

الایاه) ترجمه : (و خداوند حکم کرده است باینکه جزوی دیگری را نپرستید یعنی خداوند بصورت قطعی امر کرده است. همچنین بمعنی رسیدن به مقصد می‌آید چنانچه در عربی گفته می‌شود (قضی فلان حاجته) یعنی فلانی به مقصد خود رسید .

در تفسیر کشاف آورده است: وقتی انسان به انطور مقصدی رسید که در راه وصول به آن مشقتی را متحمل می‌شد گفته می‌شود (قضی و طره) یعنی بجای خود رسید. همچنین قضا به معنی مرگ هم می‌آید چنانچه گفته می‌شود (مریض قضا کرد) یعنی مرد . قضا بمعنی خلق و ایجاد هم آمده است خداوند متعال میفرماید (فققضا هن سبع سموات) ترجمه : سپس آنها را هفت آسمان خلق کرد (یعنی آنها را خلق جدیدی بدون از سابقه خلق کرد) (بیضاوی) .

وقتی قضا با قدر یکجا ذکر می‌شود : نزد اشعری ها (شاقعی‌ها در امور عقید وی پیرو ابوالحسن اشعری هستند که وی در نسب خود به چند پشت به ابو موسی اشعری میرسد . (مترجم) مراد به آن ازلیت است (یعنی اشیاء بقرارت قدیر و حکم ازلی خداوند موجود هستند) . قدر عبارت است از پیدایش اشیاء به اندازه معینه بر

حسب اراده ذات کبریایی . جمع الجوامع از موافق .

اما قضا در (اصطلاح) شرع گفته‌ای است که بر کسی الزامی وارد میکند و از شخصیتی که دارای ولایت عامه است صادر می‌شود (هندیه -

## فرضیت قضا

مقرر کردن قاضی فرض است زیرا تقرر او برای برپای داشتن امر فرضی صورت میگیرد که آن عبارت است از قضاء خداوند متعال میفرماید: (یا داؤد انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق) ترجمه: (ای داؤد ما ترا در روی زمین خلیفه ساختیم پس بین مردم به حق حکم کن.)

همچنین خداوند متعال برای پیامبر برگزیده ما صلی الله علیه وسلم میفرماید:

(فاحکم بما انزاله) ترجمه: (پس مطابق به آنچه خداوند فرو فرستاده حکم کن) قضا عبارت است از حکم در بین مردم به حق و حکم به مقتضای شرع خداوند و نسی فرض میباید لذا مقرر کردن قاضی برای اقامه فرض مذکور بالضرور فرض میباید. این از جهتی است که در اقامه قضاء اظهار عدل میشود و زمین و آسمان به عدل و ازاله بیدادگری و تامین حقوق مظلوم از ظالم و رسیدن حق به مستحق استوار است. (بدایع)

## حکمت قضا

حکمت قضاء برطرف شدن خصومتها و بی نظمیها و قوای یافتن عدالت و امر به معروف (کارهای نیک) و نهی از منکر، (کارهای زشت)، و دیگر نیکو کاریها است.

اما احکام متعلق به قبول قضاء پنج چیز است :-

۱ - واجب است و آن در وقتی است که شخص متعین بوده و غیر او صلاحیت قضا را نداشته باشد.

۲ - مستحب است و آن وقتی است که شخص از دیگران به قضا مناسبت بیشتری داشته باشد اما غیر او هم صلاحیت تقرر را بعهدہ قضا داشته باشد.

۳ - تخیر و این در حالی است که آن شخص و غیرش در تقرر به عهدہ قضا مساوی باشند.

۴ - مکروه این در حالی است که شخص صلاحیت قضا را داشته

باشد اما غیرش از او در این امر مناسب تر باشد .

۵ - حرام این در حالی است که شخص عجز و بی انصافی خود را در اجرای احکام شرعی بطوری از باطن خویش درک کند که دیگران آن را درک نکنند درین حال قبول عهده قضا بر او حرام است (هدایة).

چه کسی صلاحیت عهده قضا را دارد ؟ کسیکه قاضی میشود باید دارای آن شرایطی باشد که در شهادت مراعات میشود علاوه بر آن لازم است که حلال را از حرام فرق کند و دیگر احکام شرعی را نیز بداند . اینکه به درجه اجتهاد رسیده باشد در قضا شرط نیست. شخصی که جاهل است به عهده قضا باید موظف نشود زیرا بسا میشود که به باطل حکم کند و نداند در حالیکه از رسول الله (ص) روایت شده است . قاضی ها به سه دسته تقسیم میشوند : یک قاضی به بهیشت و آن دوی دیگر به دوزخ اندراند . شخصی که میداند و حکم می کند و حکم او مطابق به حق است او در بهیشت است و آن شخصی که حکم میکند و می داند اما آنچه او دانسته موافق با حق نیست و هم شخصی که حکم می کند و نمیداند این هر دو به دوزخ اندراند . اما در نزد ما (حنفی ها) جاهل هم جواز دارد و موظف به امور قضا شود زیرا امکان دارد بوسیله گرفتن فتوی از علماء به حق حکم کند (بدایع) در کتاب بزایه آورده است (پادشاه کسی را که از لحاظ صلاح علم و پابندی به آثار و سنت و فقه قابل اعتماد نباشد باید به عهده قضا نگمارد) علم در تقرر به عهده قضا شرط اولویت است یعنی اگر قاضی به فتوای عالم دیگری حکم کرد حکم او صحیح میشود . شخصی که قاضی مقرر میکند باید کسی را به این وظیفه بگمارد که قدرت و لیاقت او بیشتر از دیگران باشد به دلیل این که رسول کریم صلی الله علیه وسلم میفرمایند :

من قلد انسانا عملا و فی رعیتہ من هوا ولی منه فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمین) ترجمه: کسیکه دیگری را بیک کاری مقرر میکند و در بین رعایای او کسی هست که از آن شخص به اجرای این کار بهتر و مناسب تر است حقیقتاً بخدا و رسول او و به همه ملت خیانت کرده است .

## آداب قاضی

آن آدابى كه رعایت آن برآی يك قاضى لازم است اصل آن از مکتوبى گرفته شده كه حضرت عمر ابن خطاب رضی الله عنه عنوان ابوسومسای اشعری نوشته و اینست اصل مکتوب : (سلام الله عليك ! فانی احمدالله الذى لاله الا هو . اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعه فافهم اذا ادلى اليك الخصمان فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له . اس بين الناس فى وجهك و مجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف من حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك . بينه على المدعى واليمين على من انكر . الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا حل حراما او حرم حلالا . ولا يمنحك قضاء قضية قضيتنه بالامس راجعت فيه نفسك و هديت فيه لرشدك آن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التماهى فى لباطل الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما لم يبلغك من القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الاشياء و الامثال وقس الامور عند ذلك فاعمل الى احبها و اقربها الى الله تعالى و اشبهها بالحق اجعل للمدعى امدا ينتهى اليه فاذا احضر بيئته اخذ بحقه والاوجب القضاء عليه (وفى رواية وآن عجز استحلكت عليه القضاء) فان ذلك ابلغ للعدو اجلى للمعى المسمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى القذف او ظنين في ولاء او قرابة او مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرا عنكم بالبيئات . اياك والغضب والضجر والقلق والتأذى بالناس و التنكر للخصوم فى مواطن الحق الذى يوجب سبحانه و تعالى به الاجر و يحسن به الذخرو ان من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه فى الحق يكيه الله فيما بينه وبين الناس ومن يزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شان الله عزوجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فلنك بثواب عن الله سبحانه و تعالى من عاجل رزقه و خزائن رحمته والسلام .

ترجمه : سلام (رحمت) خدا بر شما !

من آن خدائى را سپاس و ستایش میکنم كه جزوى معبودى نیست . اما بعد قضاء يك فريضه نابتى است و سنتى است كه سزاوار بيروى میباشد . بايد خود را بفهمانى وقتى دونفر خصم در موردى بتورجوع

کردند گفتن آن حتی که نفاذ نیابد ارزشی ندارد . در بین مردم به روی خود ، به مجلس خود ، به عدالت خود مساوات را رعایت کن تا زور مندان ( اشراف ) میلان ترا از حق طمع نکنند و ضعیف ها از عدالت تو مایوس نگردند . شاهد آوردن بر مدعی است و قسم خوردن بر کسی است که انکار می ورزد . صلح بین مسلمان ها جایز است بجز آنطور صلحی که حلالی را حرام بسازد و یا حرامی را حلال گرداند . آن حکمی که دیر روز کردی و بعد از آن درباره آن حکم با خود فکری کردی و راه صحیحی پیش تو درباره آن حکم ظاهر شد ترا باز ندارد ازینکه بحق رجوع کنی زیرا حق قدیم است که باطل نمی شود و بازگشت به حق بهتر است از مداومت به باطل .

باید در اموری که بدلت خدشه وارد می کند و در قرآن مجید و سنت رسول کریم صلی الله علیه و سلم درباره آن چیزی بتو نرسیده است کمال دقت نمائی خوب دقت کنی ، بعد از آن مسایل مشابه و همانند را بشناس و امور را درین حال بیک دیگر قیاس کن و آن حکمی را اختیار کن که به رضای خدای نزدیکتر و بحق پیوستگی بیشتر دارد . برای مدعی وقتی را تعیین کن که ادعای او در همان وقت معینه بسر رسد در همان وقت معین اگر حق خود را بدلیل اثبات کرد آنرا میگیرد ورنه حکم درباره او صادر میشود بروایت دیگر (اگر عاجز شد بر او حکم را صادر میکنی) زیرا در چنین حالتی عذر تو خواسته است و چنین روشی زوایای تاریک را خوب تر روشن می سازد . مسلمان ها همه عادل بحساب می روند مگر آنهاییکه حد قذف خورده باشند و یا به خویشاوندی و قومی متهم باشند و یا کسانی که از ایشان شهادت دروغین سرزده باشد . زیرا خداوند از چیز های که پوشیده است شما را مورد بخشایش قرار داده است و بوسیله شهادت ها از شما مدافع کرده است . از غضب ، نا آرامی و اضطراب و اذیت مردم و در هم کشیدن پیشانی با طرفین دعوی خوداری کن ! البته در راه احقاق حقوق مردم خداوند ترا مزد عنایت میکند و تحمل تو درین حال تو شش روز جزای تو میگردد به راستی کسیکه نیت خود را در آنچه بین او و خدای اوست گرچه بر نفس خودش هم باشد در امور حقه خالص برای رضای خدا میگرداند خداوند متعال رابطه بین او و مردم را نیکو میگرداند و آن کسیکه به مردم نیکو کاری خود



را جلوه میدهد در حالیکه بخداوند خلاف آنچه میکند معلوم است خداوند رابطه بین او و مردم را بد میسازد زیرا خداوند متعال عبادت را فقط درحالی مورد قبول ذات کبریائی خود میگرداند که خالصاً لوجه الله صورت گرفته باشد آیا چه فکر میکنی به جزای فوری که رزق و خزائن رحمت خداوند که درحال به بنده می رسد .

سلام بر شما !

(درینجا صاحب مجله بعضی از جملات بیان فوق را تحلیل کرده که ذیلاً عرض میشود : مترجم)

۱ - حضرت عمر رضی الله عنه میفرمایند : باید خود را بفهمانسی وقتیکه طرفین دعوی ، دعوی خود را بنویسند و اراده میکنند . کلمه ادلاء که در عبارت (عربی) ذکر شده معنی آن پیش کردن دعوی به قاضی است و فهم بمعنی رسیدن به حق است . معنی جمله مذکور اینطور است (لازم است تمام قدرت خود را در رسیدن به حق بذل نمائی) بعضی میگویند معنی جمله فوق اینست که : کلام طرفین دعوی را بشنو و خود را به معنی کلام ایشان بفهمان هر قاضی به اینکار موظف است زیرا فرق بین محق و مبطل جز به این کار میسر نیست . بسا میشود که بزبان یکی از طرفین دعوی آنطور جمله جاری شود که اقرار به حق طرف مقابل است وقتی قاضی خود را به بیان او بفهماند آنرا تنفیذ می کند و اگر خود را به بیان او نفهماند حق ضایع میشود و ازین جمله (بیان آن حقی که نفاذ نیابد بی فایده است) نیز همین مطلب مراد است . بعضی گفته اند مراد اینست که بیان شهادت شهود را بشنو . و خود را بر مراد شان واقف گردان زیرا ایشان پیش روی تو حقایق را بر زبان می آورند . این گفته شهود وقتی موثر میشود که آنرا نفاذ بخشی .

این گفته عمر رضی الله عنه که میفرمایند : بین مردم مساوات کن یعنی بین طرفین دعوی مساوات نما کلمه اس بمعنی تسویه است . این دلیلی است برای قاضی که در بین طرفین دعوی از مساوات کار بگیرد خواه پیرو یک دین و شریعت باشند و خواه نباشند اسم مردم همه اشخاص را دربر میگیرد درین بیان تذکر یافت که در روی خود و در مجلس خود ، و در عدالت خود مساوات نما یعنی وقتی یکی از دو طرف دعوی نظر کردی به آن دیگر هم نظر کن وقتی بسوی یکی از دو طرف دعوی روی

خود را گشتانندی به سوی آن دیگر نیز روی خود را بگردان وقتی یکی از دو طرف دعوی را به مجلس قضاء نشانندی آن دیگر را نیز نشان به طوریکه یکی بردیگر پیش نباشد .

همچنین قاضی موظف است که در بین طرفین دعوی به عدالت خود نیز مساوات نماید . میگویند امام ابو یوسف در حال نزاع بخدای خود راز و نیاز میکرد درین حال گفت (خدایا اگر تو میدانی که من عدالت را در بین طرفین دعوی در هیچ حالی ترک نکردم مگر در یک حادثه از آن درگذر) از وی پرسیدند آن کدام حادثه بود در جواب گفت : (نصرانی ای بر امیرالمومنین دعوی دایر کرد در مجلس دعوی به امیرالمومنین امر کرده نتوانستم که بپا ایستد و با خصم خود در ایستادن مساوات کند . من فقط همینقدر نتوانستم که تا اندازه آن نصرانی را هم بروی فرش بنشانم و دعوی او را پیش از اینکه در بین آن دو در مجلس مساوات را رعایت کرده باشم شنیدم این ظلمی بود که من آنرا مرتکب شدم) . این مطلب برای آن تذکریافت که قاضی بداند مساوات در مجلس از مهمترین چیز های است که بایست آنرا رعایت نماید .

این گفته عمر رضی الله عنه که میفرمایند (تأشرفی زور آوری) بطمع جانب داری تو نیفتند) درینجا حیف بمعنی ظلم است وقتی شخصی زورمندی در مجلس تو از خصم خود پیش تر ایستاد طمع جانب داری تو بدلت می افتد و اینکار او باعث دل شکسته گی طرف مقابلش شده می ترسد مبادا درباره اش ظلم نمائی شاید این پیش روی برای زورمند موقع چرب زبانی و تلبیس را دهنوکاری کند که طرف مقابل نتواند حق خود را به دلیل اثبات نماید درین بی دادگری البته قاضی سهم بزرگ دارد : زیرا هم اوست که یکی از طرفین دعوی موقع بیشتر داده و روی خود را جانب او کرده است و به این ترتیب در مجلس خود بین طرفین دعوی از مساوات کار نگرفته است .

عمر (رض) که میفرمایند : (شاهد آوردن برمدعی است) این بیان از حضرت رسول کریم صلی الله علیه وسلم روایت شده است و از جمله جوامع الکلم (جملاتی که به لفظ کم افاده معانی بسیاری را میکنند) بحساب می رود . این فرموده حضرت عمر رضی الله عنه (صلح در بین مسلمانها جائز است الی آخره) این بیان نیز از حضرت رسول الله علیه

و سلم روایت شده و دلیل جواز صلح میباشد و این گفته حضرت عمر (رض) (مگر آن صلحی که حرامی را حلال بسازد الی آخره) معنی آن اینست که صلح تا وقتی جواز دارد که حرام قطعی را حلال نسازد بطور مثال به شراب و گوشت خوک صلح واقع نشده باشد و یا در دعوی بین زن و شوهر اینطور واقع نشود که یکی از دو زن با شوهر خود مصالحه کند که شوهر وی با زن دیگر خود پیش نشود و یا زن با شوهر خود مصالحه کند که شوهرش به کنیز خود پیش نشود زیرا این هر سه صورت خلاف فرمایش حضرت رسول ص میباشد که در صورت اول صلح حرام را حلال و در صورت دیگر حلال را حرام گردانید و این طور صلحی جایز نیست این فرمایش حضرت عمر (رض) (ترا حکمی که دیروز کردی ، تا این گفته شان ، بهتر است از مداومت بر باطل) این گفته شان دلیل است بر اینکه اگر نزد قاضی خطای او در حکمش ثابت شد بر او است که حکم خود را بشکند و بواسطه حکم سابقش نباید از بیان حق حیا کند زیرا مراقبت خداوند بر او بهتر است . این حکم خاص متوجه قاضی نیست بلکه متوجه عموم کسانی است که برای غیر خود مطلبی را بیان میکنند خواه قاضی هستند خواه واعظ هستند و خواه مفتی اگر مطلبی را بکسی گفته بودند که غیر آن نردشان ثابت شد بایست از گفته سابق خود رجوع کنند زیرا لغزش عالم باعث فتنه و فساد میگردد اما این رجوع درباره قاضی بیشتر اهمیت دارد زیرا قضا الزام را در بردارد این گفته حضرت عمر فاروق (حق قدیم است) یعنی اصل و مطلوب است از طرفی لغزش هیچکس پوشیده نمی ماند (اگر یکنفر آنرا ببوشد کسی دیگر آنرا بیان می کند) لذا آن شخصی که لغزش از طرف او صورت گرفته اگر آنرا اظهار کند بروی استدلال و منطق بهتر و خوش آیند تر است از اینکه بر گمراهی خود مداومت کند و آنگاه دیگری حق را نمایان سازد . این گفته حضرت عمر (رض) (باید کمال دقت نمائی خوب دقت کنی در چیز های که بدلت خد شه وارد میکند ، تا این گفته شان ، و بحق پیوسته گی بیشتر دارد) این حکم در حق قاضی مجتهد است اما در زمانه ما قاضی را لازم است که بقول صحیح از مذهب امام ابو حنیفه (رح) حکم کند . به شرح این ماده رجوع شود . این گفته حضرت عمر (رض) برای مدعی وقتی را تعیین نما که ادعای او بهمان وقت معینه بسر

رسد . الی آخره (دلیل است بر اینکه) قاضی میتواند برای هر يك از دو طرف دعوی وقتی را برای اثبات حق او تعیین کند به این ترتیب که اگر مدعی میگوید من به ادعای خود شاهد دارم او را وقت بدهد تا شاهد های خود را بیاورد . شاید مدعی فکر کرده که حق او ظاهر و واضح بوده محتاج به آوردن شهود نخواهد شد و در مجلس قضا مدعی علیه از حقش منکر نخواهد گردید لذا از آوردن شهود خود داری کرده ازین رو قاضی برای او باید وقت بدهد تا شهود خود را بیاورد . اگر مدعی شهود خود را آورد و مدعی علیه ادعای دفع کرده باید قاضی به او مهلت بدهد تا دفع کند زیرا قاضی مأمور است که بین طرفین دعوی به عدالت خود مساوات نماید . باید این مهلت به قسمی بیکی از طرفین دعوی داده شود که باعث ضرر به هیچ يك از طرفین دعوی نگردد . اگر برای کسیکه طلب مهلت نموده مهلت کمی داده شود حق خود را اثبات کرده نمی تواند و اگر بسیار وقت طولانی را در بر گیرد به طرف مقابل که حق خود را به اثبات رسانیده ضرر است لذا بهترین کار اینست که در مهلت دادن نیز میانه روی نماید . بلی بهترین چیز ها میانه روی است .

این فرموده حضرت عمر (رض) (اگر حق خود را بدلیل اثبات کرد آنرا می گیرد الی آخره، اگر مراد به این دعوی دفع باشد واضح تر است زیرا وقتی که او از دعوی دفع عاجز شد حکم خود را در باره او به شهادت شهود مدعی صادر می کند تا عجز او از دفع به اثبات نرسد قاضی حکم خود را صادر نمی کند زیرا حجت وقتی بر مدعی علیه تمام میشود که از دفع و طعن و معارضه عجز او ظاهر گردد . اگر ازین گفته حضرت عمر رض جانب مدعی مراد باشد معنی اینکه حکم قضا را متوجه او میسازد اینست که او را بر جلوگیری از دعوی ناحق و دست اندازی بر مردم جلو گیری میکند . این قول حضرت عمر (رض) (درین صورت عذر تو خواسته است) یعنی اینکار برای قاضی از صادر کردن حکم بدون مهلت بهتر است زیرا اگر هر يك از طرفین دعوی را در اثبات حق شان مهلت میدهد و عجز او به اثبات نرسد از مجلس قضا با امتنان و خاموشانه بیرون میشوند و اگر ایشان را مهلت نمی دهد از مجلس قضا شکایت گنان بیرون میشوند . این گفته حضرت عمر (رض) (این روش زوایای تاریک را روشن میسازد) یعنی اشتباه را خوب ترزایل

میگرداند. حضرت عمر (رض) که میفرمایند : (مسلمانها عادل هستند) این لفظ نیز از رسول کریم صلی الله علیه وسلم روایت شده و برای امام ابوحنیفه (رح) نیز همین بیان دلیل می باشد که شهادت شخص مستور الحال در مذهب ایشان پیش از اینکه از حال او معلوماتی حاصل شود مورد قبول است تا وقتی که خصم او را مورد طعن قرار ندهد. و این گفته حضرت عمر (رض) (مگر آنها تیکه حد قذف خورده اند) برای پیروان مذهب امام ابوحنیفه دلیل است که اگر چه شخصی که حد قذف خورده توبه هم میکند شهادت او مقبول نیست. این گفته حضرت عمر (رض) (یا کسیکه به خویشاوندی و قومی متمم باشد) کسیکه به خویشاوندی و یا قومی متمم بود نیز شهادت او مورد قبول واقع نمی شود این حکم نیز برای ما پیروان حضرت امام ابوحنیفه (رح) دلیل است که شهادت پدر را برای بچه او و شهادت بچه را برای پدر او و هم شهادت یکی از زن و شوهر را برای آن دیگر مورد قبول نمی دانیم زیرا زن و شوهری از قویترین وسایل پیوستگی است. درین گفته این مطلب نیز توضیح شده که نفس خویشاوندی و قومی در عدالت مورد طعن نیست اما وقتی که تهمت طرفداری از قوم و خویش بمیان آمد درین حال به چنین شهادتی حکمی مرتب نمی شود. این گفته حضرت عمر (رض) (زیرا ندانند از چیزهای که پوشیده است شما را مورد بخشایش قرار داده است) یعنی قاضی به دریافتن واقعیت حق و باطل راهی ندارد زیرا حقیقت پوشیده است و جز خداوند هیچکسی را بر آن آگاهی نیست تنها راهی که پیش روی قاضی موجود است همین دلایل است و بس. این گفته حضرت عمر (رض) (از غضب و ناآرامی و اضطراب الی آخره) یعنی ازینکه به سبب بسیار شدن دعوی قاضی اظهار ملال و اضطراب کند منع شده است و از ناآرامی کردن بواسطه شنیدن عرایض طرفین دعوی باید خوداری کند اگر چه در ظاهر به شنیدن آن حاجتی هم نباشد گاهی میشود که گفته های یکی از دو طرف دعوی بد راز می کشد درین حال برای قاضی مناسب نیست که اظهار ملال و ناراحتی کند تا وقتی که گوینده از حد تجاوز نکرده باشد. اگر عارض آن طور جملاتی بزبان آورد که از آن نسبت بمقام قضا استخفافی احساس میشد و یا به شئون مجلس قضا مناقشات داشت درین حال بایست قاضی آن



شخص را از گفتن این جمادات نادرست جلو گیری کند و هم تا دیش  
 نماید و این گفته حضرت عمر (رض) (در هم کشیدن چهره با  
 طرفین دعوی)، این کار یعنی به زشتی بایکی از طرفین دعوی روبرو  
 شدن و چهره خود را در مقابل یکی از طرفین دعوی در هم کشیدن  
 ظلم است و در هم کشیدن چهره در مقابل هر دوی شان نیز در بسیار  
 وقتها سبب میشود که شخص حق بجانب نتواند حق خود را اظهار کند  
 و از دعوی خود بواسطه همین پیشانی ترشی بگذرد. خداوند متعال میفرماید  
 (ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك)

اگر تو (ای محمد ص) خشن و سخت دلی بودی از اطراف  
 تومی گریختند، این بیان حضرت عمر (رض) (در راه احقاق حقوق  
 مردم) یعنی در مجالس قضا البته حلم و خود داری از خشونت و اضطراب  
 و با مردم بشاش بودن در همه جا نیکو است مخصوصاً در مجلس قضا  
 که اگر اینکار برای رضای خدا صورت گرفته باشد نیکو تر و  
 سزاوارتر است. طوریکه حضرت عمر (رض) میفرماید: (کسیکه نیت  
 خود را خالص برای رضای خداوند بسازد. الی آخر مکتوب حضرت وی  
 رضی الله عنه).

### ارکان قضاء:

قضاء شش رکن دارد، ۱، حکم، ۲، محکوم به، ۳، محکوم  
 علیه، ۴، محکوم له، ۵، حاکم، ۶، طریق حکم.

فرضیت قضاء و شروط آن و روش قاضی و علم و اداب او همه به رکن اول  
 تعلق میگیرد. به رکن دوم این مطالب تعلق میگیرد:  
 قاضی اگر بدرجه اجتهاد رسیده باشد باید مطابق به احکام غیر  
 منسوخه قرآن مجید حکم کند و اگر در کتاب خدا به موضوع مورد دعوی  
 چیزی نیافت به سنت رسول ص حکم کند زیرا مابہ پیروی از رسول ص  
 مامور هستیم خداوند متعال میفرماید (ما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاکم  
 عنه فانتهوا) ترجمه: (آنچه را رسول ص برای شما آورد آنرا بگیریید  
 (به آن عمل کنید) و آنچه را منع کرده ازان خود داری کنید) اگر به  
 سنت رسول صلی الله علیه وسلم نیز چیزی نیافت به اجماع امت حکم  
 کند. زیرا رسول (ص) میفرماید

(علیکم بسنتی وسنت الخلفاء الراشدین)

ترجمه (روش من وروش خلفای راشدین را بر خود لازم بگیرید) اگر بین اصحاب در حکم مورد نظر اختلافی موجود بود وقاضی از اهل تمیز ونظر بود بین گفته‌های شان مقایسه کرده آن قولی را انتخاب کند که بحق نزدیکتر بوده واز همه اقوال ترجیح داشته باشد بدلیل این فرموده رسول (ص) که ترجمه اش عرض میشود . (یاران من همچون ستارگان هستند بهر یک شان که اقتدا کنید راهیاب می‌شوید)

اگر درباره حکم مورد نظر قاضی از اصحاب رضی الله عنه حکمی صادر نشده بود ودران باره تابعین اجماعی کرده بودند بر حسب اجماع تابعین حکم خود را صادر نماید زیرا اجماع هر عصری دلیل شده می‌تواند اگر در مسئله مورد نظر قاضی بین تابعین اختلافی موجود بود آن حکمی را که بحق وعداالت نزدیکتر است ترجیح داده به اساس آن حکم خود را صادر نماید.

اگر درباره مسئله مورد نظر قاضی از طرف تابعین هم کدام حکمی صادر نشده بود وقاضی بدرجه اجتهاد رسیده بود آن مسئله را به مانند های آن قیاس کرده به رای خود دران مورد اجتهاد کند و بهترین راه را دران مورد جستجو کند بعد ازان مطابق به رای خود حکم کند.

اگر قاضی بدرجه اجتهاد نرسیده بود فتوی بگیرد و به اساس فتوی حکم کند وتادر مورد مسئله که دران میخواهد حکم خود را صادر کند علم آوری صحیح ننماید حکمی را صادر ننماید مبدا تحت وعید حضرت رسول ص درایده که فرموده اند (قاضی هابه سه دسته تقسیم میشوند) و احوال شان مفصل ذکر شد . اگر مسئله را به مسئله دیگری قیاس کرد وبعد ازان خلاف آنچه حکم کرده بود ظاهر شد چون بدرجه اجتهاد نرسیده گنا هکار میشود

پس خصومت مدعی علیه در روز قیامت با قاضی خواهد بود . به بحث معرفت اجتهاد و اهل اجتهاد در شرح ما ده ۱۷۸۴ مر اجعه نماید .

حکم به چهار قسم منقسم میشود :

یکی حق الله محض است ما نند حدزنا و حد شراب و خواری و یا حق العبد محض است و این محتاج به مثال نیست و یا حق العبد و حق الله هر دو در یک حکم جمع میشوند اما جنبه حق الله آن زیاد است مانند حد قذف و دزدی و یا قسمت حق العبد آن بیشتر است ما نند قصاص تعزیر و غیره شرط این احکام اینست که معلوم باشد (رد المحتار از بحر الرائق)

رکن سوم که عبارت است از محکوم له به این رکن این مطلب تعلق میگیرد : برای قاضی جواز دارد که به مفاد کسیکه او را بوظیفه قضاء گماشته یعنی پادشاه و هم بضرر کسیکه او را به این وظیفه گماشته حکم کند. شما بیاد خواهید داشت که حضرت علی رضی الله عنه شریح راقاضی مقرر کردند و پیش او دعوی خود را دائر کر دند دلیل دیگر بر جواز این حکم اینست که گماشته شده نا ئب گما ر نده نیست بلکه به نمایندگی از عموم ملت این وظیفه را انجام میدهد و از نیست که بمرگ گما ر نده گما شته شده معزول نمی شود . اما اینکه قضاء شخص درباره خود او وهم درباره کسانی که شهادت او برای شان مورد قبول نیست صحیح نمی شو دلیلش اینست که اساس قضا بر شهادت استوار است و چون شخص برای این اشخاص شاهد شده نمی تواند لذا قضاء او بمفا داین هاهم صحیح نیست که محل تهمت جانب داری است اما اگر حکم او بضرر ایشان بود صحیح است زیرا اگر بضرر این مردم شهادت بدهد شهادتش صحیح است در باره رکن چهارم که محکوم علیه است به آن نیز انواعی از احکام تعلق میگیرد یکی آنست که بر حاضر حکم می کند و دیگر آنکه بر غایب در موارد خاصی که حکم بر غایب جایز است حکم می کند. یکی از این مسایل اینست که بر صغیر ممنوع از تصرف حکم می کند و یکی هم اینست که بر نادان (سفیه) که برای او ولی تعیین شده حکم می کند و یا بر ورثه مدعی علیه در مال میت حکم میکند و در بین ورثه صغیر و کبیر موجود اند . تمام این مطالب در کتاب دعوی بصورت مفصل ذکر شده . اما قاضی بردشمن خود حکم کرد نه می تواند و این بحق نزدیک تر است تمام این مطالب از معین الحکام اقتباس شده است .

رکن پنجم که حاکم است عبارت است از پادشاه و یا قاضی و شخصی که بین دو نفر بحیث حکم تعیین میشود .  
رکن ششم که طریق حکم است اشباه آنرا هفت چیز گفته است یکی آن شهادت است دیگری اقرار دیگری هم قسم خوردن و نکول از قسم و قسامه و علم قاضی که این مرجوح است . در جامع الفصولین آورده است مناسب اینست که علم قاضی بحیث طریق حکم فتوی داده نشود این گفته امام محمد است و براستی که او حال قضات زمان ما را دانسته است هفتمین این طریق قرینه قطعی است و دالمختار .

اگر قاضی بدرجه اجتهاد نرسیده بود و پادشاه او را ولایت داده بود که به مذهب معینی از مذاهب مجتهدین حکم کند و او مطابق به مذهب دیگری حکم خود را صادر کرد حکم او نافذ نمی شود خواه قاضی عالم باشد و خواه جاهل باشد . خواه مقلد باشد و خواه مجتهد باشد خواه در حال فراوانی این حکم را صادر کند و خواه بصورت عمدی . علما هم به این ترتیب تصریح کرده اند که :

قضای بر زمان و مکان و حوادث و اشخاص اختصاص یافته میتواند

وقتی پادشاه حکم قاضی را به زمان و مکان و یا حادثه و یا شخصی اختصاص داد مختص شده می تواند به ماده ۱۸۰۱ / مراجعه نماید

این از سببی است که ولایت قاضی از پادشاه استفاده شده لذا در آن چیزی که پادشاه او را منع کرده حکم او نافذ نیست خیرئیه از فتح القدیر نیز این مطلب را نقل کرده است درین عصر مدار حکم مذهب حنفی مطالبی است که درمجله آن نوانکر کرده و از آن تجاوز نمی کند اگر در کدام حادثه نص قاطعی درمجله موجود نشد بر قاضی لازم است که به صحیح ترین اقوال مفتی به از مذهب حنفی مراجعه کند .

ماده (۱۷۸۵)

قاضی آن شخصیتی است که از طرف پادشاه مقرر و معین اگر دیده است تا دعوی ها و مخاصمت ها را در

بین مردم مطابق به احکام شرع حل و فصل نمایند و  
انقطاع بخشند .

از این بیان مجله الاحکام که میگوید (قاضی آن شخصیتی است که  
از جانب پادشاه معین و مقرر شده است) استفاده میشود که اگر به  
پادشاه دعوی دونفر عرض شد و او موافق به احکام شرع بین شان فیصله صادر  
کرد حکم او بطریق اولی نافذ است زیرا قاضی وکیل او است و این گفته  
صاحب مجله (برای فصل و قطع دعوی الی آخره) احتراز است از کسانی که  
بایشان ولایت تصرف داده میشود اما نه برای فیصله دعاوی زیرا والی  
ها و متصرفین حکم و ولایت شان در امور شرعیه نافذ نیست بدلیل  
اینکه پادشاه ایشان را درین امور اجازه نداده است صاحب مجله الاحکام  
گفته است (موافق به احکام مشروعه) اگر حکم با احکام شرعی موافق  
نباشد ظلم و تجاوز است این فیصله که بخلاف احکام شرع صورت گرفت  
یابصورت عمدی است و یابقسم خطا . در هر صورت یا این  
حکم در حقوق العباد صادر شده و یا در حقوق الله . اگر این حکم  
بصورت خطا در حق العبد صادر شده بود یا تدارک ورد آن ممکن  
است و یا نیست اگر تدارک آن ممکن بود به این ترتیب که به مالی و یا  
صدقه و یا طلاق و یا عتاقی حکم کرده بود بعد از آن معلوم شد که شاهد  
ها غلام بوده اند و یا احد قذف خورده بودند حکم او باطل میشود یعنی آزاد  
شده دوباره غلام میشود و زن بخانه شوهرش باز میگردد و مال به آن کسی  
که از او گرفته شده واپس مسترد میشود . اگر امکان تدارک رانداشت  
به این ترتیب که قاضی به قصاص حکم کرده بود و محکوم علیه قصاص  
شده بود کسیکه برای او حکم شده بجزای آن قصاص گشته نمی شود  
و صورت ظاهری قضاء در گشتن او شبیه وارد می کند بلکه تنها در مال  
شخصی که برای او حکم صادر شده دیت لازم میشود . این هم در صورتی  
است که خطای حکم قضایی به شهادت شهود و یا اقرار خو کسیکه  
حکم برای او صادر شده به اثبات رسیده باشد .

اما اگر این خطابه بوسیله اقرار صورت گرفته بود دوباره کسیکه حکم  
برای او صادر شده اعتبار راندا رد اگر این خطا در  
حق الله صادر شده بود یعنی اگر حکم به حد زنا و یا زدی و یا شرا بخوری

صورت گرفته بود وحد هم زده شد بعد از آن فهمیده شد که قاضی در حکم خویش بخطا بوده است تاوان این حکم از بیت المال داده میشود. اما اگر قضا قاضی بظلم و بصورت عمدی بود و خودش نیز به خطای خود اقرار کرده بود در تمام این صورتهای تاوان بر مال خود اوست و قاضی نیز معزول میشود .

رد المختار

## ماده ۱۷۸۶

حکم عبارت است از اینکه قاضی خصومت وجدال را فیصله و قطع میکند این قطع کردن جدال بدو قسم است قسم اول عبارت است از الزام حاکم محکوم به راه بر محکوم علیه بصورت شفاهی مانند اینکه بگوید حکم کردم و یا بگوید فلان چیزی را که مدعی ادعا کرده برای او بوده این راقضاء الزام و یا قضاء استحقاق میگویند قسم دوم اینست که قاضی برای مدعی میگوید از دعوی بگذر و یا میگوید تو درین ادعای خود حق بجانب نیستی این راقضاء ترك میگویند .

حکم از روی لغت برای منع می آید ازینست که حکومت را برای جلوگیری از ظلم حکومت می گویند و هم بهمین مقصد حاکم را حاکم می گویند . احکم و حکم نیز ازین باب یعنی منع کرد می آید لذا درین جمله (حکم الیتیم کما تحکم ولدک)

بمعنی منع نقل کرده لذا ترجمه جمله فوق چنین میشود (از کار های بد و فساد یتیم را طوری منع کن جلوگیری نما که بچه خود را منع میکنی در عرف علمای فقه

(حکم عبارت است از اینکه حاکم (قاضی) جدال و دعوی راقطع و فیصله می کند )

زیرا وقتی دعوی مدعی نزد قاضی با اساس قواعد شرعی به اثبات رسید معلوم شد که مدعی علیه مانع حق مدعی است قاضی مدعی علیه را از سر

کشی او در قبول حق باز میدارد و حق را به مدعی میرساند. حکم بدو قسم است یکی قولی و دیگری فعلی حکم قولی هم بدو قسم است یکی آنست که حاکم محکوم به را بر محکوم علیه ازام می کند. یعنی مطلب مذکور را بر زبان می آورد مثل اینکه بگو ید (حکم کردم) (اگر بلفظ (حکم کردم) نگفت بلکه گفت آنچه می را که مدعی بر تو ادعا کرده برایش بده و یا بعد از شهادت شهود برای معتمد خو دگفت او را نگاه دارواز او زرمورد ادعا را بگیر و یا گفت (نزد من واضح شد که مال مورد ادعی از مدعی است و یا پیش من صحیح شد) (که مال مورد ادعی از مدعی است) و یا گفت (دانستم که مال مورد ادعی از مدعی است) همه اینها بنا به مذهب مختار حکم گفته میشود.

اگر قاضی گفت نزد من به اثبات رسیده (که مال مورد ادعی از مدعی است) درین مسئله اختلاف واقع شده است. بزای یه و خانیه این را حکم دانسته اند. تحقیق آنست که درینجا اختلاف واقعی نیست گسیکه میگوید جمله نزد من با اثبات رسیده حکم نیست در صورتی است که هنوز دعوی به اساس احکام شرعی پیش قاضی مراتب خود را طی نکرده باشد و کسی که میگوید جمله مذکور حکم است در صورتی است که با اساس احکام شرعی دعوی مذکور نزد قاضی مراتب خود را طی کرده باشد (بجر الرائق یا اختصار) در جامع الفصولین آورده است که جمله در نزد من ثابت شده بدون شک حکم است اما لازم است قاضی تصریح کند که این حکم بوسیله شهادت شهود به اثبات رسیده یا بوسیله اقرار زیرا اثبات بیکی از این دوازده اثبات دیگر آن فرق دارد.

بعد ازین در بحر الرائق گفته است: باید ملتفت بود که ثبوت درین مسایل طوریکه من به تحقیق آن موفق گردید ام حکم گفته نمیشود بالاتفاق ازین جمله است که در حال جریا ن بیع ما لکیت با یع به عین (مال مشخص) به اثبات میرسد که این را (بینه جریان) نیز گفته اند.

ابن وهبان در منظومه در شرح این گفته (حقابه زمین بدون ذکر آن در بیع زمین داخل است) گفته است وقتی شاهد هابه ملکیت زمین برای یک نفر شهادت دادند طوریکه در کتب بیع در سرزمین ما رواج دارد



خریدار و فروشنده هر دو ی‌شا هدمی آورند براینکه فرو شنده همیشه مالک متصرف تمام این زمین بوده است . همچنین است کسیکه چیزی وقف می نماید باید بهمین ترتیب برتصرف و ملکیت شاهدهی‌یاورد تابع و وقف صحیح شود اگر چنین شهادتی صورت نگرفت حکم به صحت بیع نمی شود بلکه حکم به آنچه که اقرار داده است صورت میگیرد . طوریکه در فتاوی قاری هدایه نیز ذکر شده است ازین است آن مطلبی که ابن‌الفرس به‌اساس این قول فقها تذکر داده در عقار (اموال غیر منقول ) دعوی صحیح نیست تا مدعی ثابت نکند که مال مورد ادعی نزد مدعی علیه بوده و به تصرف او است . این ثبوت تصرف ، حکم قطعی برای ملکیت مدعی نیست .

ازین جمله است گفته هو ثقی نزد او (قاضی) ثابت شده است که عین (مال مشخص) در نزد او شرعاً بصفقت استبدال است . ازین جمله است قول علما در خیا و عیب لازم است که مشتری وجود عیب را در حال به اثبات برساند زیرا دعوی متوجه بایع میا شد درینجا ثبوت محض بوده و حکمی را متضمن نمیباشد .

ازینست وقتی لازم می افتد عقار (اموال غیر منقول) صغیر را بفرو شند باید ثابت کنند او دارایی منقوله ندارد این اثبات حکم به بیع عقارا و شمرده نمی شود .

این قضاء قولی راقضا الزام میگویند

سبب این نام گذاری (وجه تسمیه) واضح است زیرا در این حکم الزام مدعی علیه به چیزی شده است که آن چیز عبارت است از تسلیم کردن عین مدعی بها برای مدعی در صورتیکه مال مورد دعوی عین باشد در فقه جائیکه عین ذکر میشود مراد به آن مقابل دین یعنی قرض است و ذریعه شهادت شهود و یا نکول مدعی علیه از قسم و یا به ادای آن دینی که مدعی آنرا دعوی دارد بعد از اینکه ذریعه یکی از وسایل مذکور به اثبات رسید درین حال قاضی می گوید الزام کردم ترا و یا میگوید بر تو چنین حکم کردم و یا از اقرار تو و یا از شهادت شهود و خصم تو چنین دانستم که این عینی (درینجا مقابل قرض است) که بدست تو است از او میباشد و یا از او بدمه تو اینقدر دین ثابت است اصل اینست که حجت مدعی در اثبات حکم اظهار شود باین ترتیب حقدار بودنش در دعوی او

واضح میگردد (حموی) اما اگر قاضی گفت به گمان من، به رای من یعنی الفاظی را استعمال کرد که از آن بوی شک می آمد چنین الفاظی مفید حکم شده نمیتواند. (خانیه).

این را قضاء استحقاق نیز می گویند همچنین قضاء ملك می نامند زیرا حقدار بودن مدعی رادر دعویش به ملکیت افاده میکند.

باید ملتفت بود این قسم حکم که قضاء استحقاق وقضاء التزام نامیده شده اگر مدعی در دعویش حقدار بود حکم هم ظاهراً به ثبوت تمکین و نفقه و غیره و باطناء به حلال شدن آن برای مدعی عندالله نافذ میا شد (عنايه) و اگر حقدار نبود و حکم قاضی برای او صورت گرفت ظاهراً حکم قاضی نافذ میشود ولی باجماع علماء حرام بودن آن از بین نمی رود.

اگر شخصی حقی را بر دیگری ادعا کرد و درین ادعای خود حقدار نبود و شهادت به دروغ شهادت دادند و قاضی بر حسب همین شهادت حکم کرد اگر محکوم به کنیزی بود مقاربت جنسی با آن کنیز برای مدعی حلال نیست و اگر پوشیدنی بود پوشیدن آن جایز ندارد و اگر خوردنی بود خوردن آن حلال نیست و خوردن آن خوردنی و پوشیدن آن لباس و مقاربت جنسی به آن کنیز عندالله برای محکوم علیه جایز دارد زیرا کنیز و لباس از املاک مطلقه است یعنی اثبات سبب ملکیت در آن لازم نیست به این ترتیب که مدعی سبب ملکیت را از قبیل خریداری یا اژوت و غیره به اثبات رساند و قضاء در املاک مطلقه باطناء نافذ نمی شود زیرا قضاء در حالی صورت میگیرد که سبب آن تشبیه شود و بعضی از اسباب از بعضی دیگر ترجیحی ندارد لذا حکم ملکیت بهتر است. البته در عقد ها و فسخ ها اگر دعوی به سبب خاص بود مانند نکاح و بیع و طلاق و عتاق چنین نیست. حقیقت مسئله اینست که حکم به اساس شهادت ناحق در عقد ها و فسخ ها در نزد امام اعظم ظاهراً و باطناً نافذ است و اما در قول اخیر امام ابو یوسف و امام محمد چنین حکمی ظاهراً نافذ بوده و باطناً نافذ نیست و در مبسوط قول امام اعظم صاحب ترجیح یافته است مثال حکم بر عقود رادر عنایه چنین تذکر داده: شخصی به زنی بدروغ ادعای نکاح کرد وزن انکار ورزید دو شاهد بناحق بر نکاح آن زن برای مرد مدعی شهادت دادند در نزد امام ابوسعید خدری (رح) برای آن مرد قرابت جنسی با آن زن و برای زن جای دادن آن مرد به قرابت جنسی جواز دارد.

همچنین اگر زنی بمرادی ادعای نکاح نمود و مرد منکر شد و زن دونفر شاهد آورد که آن دو بناحق بر نکاح بیسنان زن و شوهر شهادت دادند برای طرفین قرابت جنسی بنابه مذهب امام ابو حنیفه جواز دارد. همچنین است وقتی که قاضی به شهادت ناحق به بیع یک کنیز حکم میکند خواه دعوی از طرف مشتری باشد مثل اینکه بنویسد من از تو این کنیز را خریدم و یا از طرف بایع باشد مثل اینکه بنویسد تو از من این کنیز را خریدی در هر دو صورت برای خریدار قرابت جنسی با آن کنیز حلال است خواه این حکم در حال حضور دو نفریکه صلاحیت شهادت را داشته باشند صورت گیرد یا نه و خواه بیع به کمتر از پولی که در آن غبن حساب میشود صورت گیرد و خواه نه این نظر بعضی از مشایخ است زیرا شهادت برای آن عقد نکاح شرط است که از نو قصد اصورت میگیرد و عقد نکاح در اینجا به صورت اقتضایی است نه قصدی لذا شهادت شهود در وقت حکم قاضی شرط نیست در فتح القدر آورده است ثبوت نکاح در اینجا ضمنی است و شروطی که در چیزهای قصدی رعایت میشود در چیزهای ضمنی رعایت نمیگردد. بعضی گفته اند وقتی نکاح و بیع صحیح میشود که قضاء به معضر شهود صورت گیرد زیرا وجود شهود در اصل نکاح شرط است و هم باید در بیع غبن فاحش نباشد زیرا قاضی در حال شهادت ناحق گویا عقد نکاح و عقد بیع را از نو ایجاد میکند و قاضی چیزی را می تواند از نو ایجاد کند که ولایت آنرا داشته باشد و ولایت حکم بیع به غبن فاحش را ندارد زیرا این یک بخشش می باشد و قاضی نمی تواند از مال دیگری بخشش کند. مثال حکم فسخ اینست که یکی از دو طرف عقد ادعای فسخ عقد بیع کنیزی را بکند و بر این ادعای نژد قاضی شاهد ناحق بیاورد و قاضی مطابق به آن حکم کند برای فرو شنده قرابت جنسی با آن کنیز جواز دارد همچنین اگر زنی ادعا میکند که شوهرش او را سه طلاق داده و برین ادعایش شاهد ناحق می آورد و قاضی هم بر اساس شهادت شهود به فرقت بین زن شوهر حکم میکند و زن شوهر دیگری میگیرد برای شوهر جدید قرابت جنسی با این زن ظاهراً و باطناً حلال است خواه بداند که شوهر اولیش او را طلاق نداده به این ترتیب که خودش در طلاق شوهر شاهد بوده و یا نداند اما یاران (امام محمد و امام و امام یوسف) گفته اند که شوهر دوم اگر از طلاق ندادن شوهر اول اطلاع داشت قرابت جنسی او با آن زن حلال نیست زیرا نژد ایشان حقیقتاً طلاق واقع نشده است و اگر

شوهر دوم از طلاق ندادن شوهر اول خبر نداشت برای او قرابت جنسی به آن زن حلال است و اما قرابت جنسی شوهر اول با آن زن در نزد امام ابو یوسف حلال نیست زیرا مردم از حقیقت حال خبر ندارند لذا اورا زانی شناخته حد زنا را بر او جاری می کنند .

نفاذ حکم فاضی ظاهرا و باطنا در عقود در صورتی است که محل قابلیت حکم را داشته باشد یعنی فاضی از نو ایجاد آن حکم را در آن محل کرده بتواند اما اگر محل یکی از اسباب حرمت داشته باشد مثلا زن به عده غیر باشد و یا زن سه طلاق داده شده باشد و مرد ادعی کند من او را بعد از ازدواج با مرد دیگری گرفته ام و غیره زیرا قاضی درین صورتها که محل حکم موجود نیست از نو ایجاد حکم را کرده نمی تواند آیا مشاهده نمی فرمائید که قاضی اگر صریحا حتمی را مبنی بر این مطالب ایجاد کند حکم او نفاذ ندارد. ازینست که علما اجماع کرده اند بر اینکه مردی نکاح زنی را ادعی کرد و آن زن انکار و رزیده گفت من خواهر رضاعی این این مرد هستم و یا تحت عده مرد دیگری میباشم به اساس شهادت شهود قاضی به نکاح حکم کرد وزن میدانست که او تحت عده است و یا خواهر رضاعی مدعی است برای او جواز ندارد مرد را موقع دهد که با او مقاربت جنسی کند الی آخره (بدایع فتح القدیر و عنایه) حاصل مطلب اینکه قاضی صلاحیت ایجاد عقد ها و فسخ هاراعی الجملة دارا میباشد آیا مشا شده نمی فرمائید که وی می تواند دختر ضغیری را که سرپرستی ندارد به نکاح بد هد و هم می تواند عقد فاسدی را فسخ کند و وقتیکه ضرورتی احساس شود مال غیر را بفروش رسانید اما در اموال مرسله (چیز های که از اثبات سبب ملکیت آزاد باشند) چنین نیست یعنی قاضی ولایت ایجاد حکم را در آن ندارد . باید ملتفت بود که اثر حکم اموال مطلقه (مرسله) را دارد و قضاء به شهادت ناحق در آن به اتفاق علماء باطنا نفاذ نمی یابد (بجر الرائق) قسم دوم از قضاء قولی :

اینست که قاضی مدعی را از منازعه بگفته خود منع میکند مانند اینکه میگوید (تو حق منازعه و انداری) و یا میگوید (از منازعه ممنوع هستی) .

این راقضاء ترك میگویند

این در آن دعوی صدق میکند که مدعی از اثبات دعوی عاجز میشود

خواه آنچه مورد ادعی قرار گرفته عین باشد و یا دین باشد و قاضی او را از معارضه در دعوی دین و به باقی گذشتن مال مورد ادعی بدست مدعی علیه در دعوی عین از دعویش منع میکند و قیاساً بین قضا ترک و قضاء استحقاق اینست که در قضاء استحقاق شخصیکه حکم برای او صورت گرفته نمیشود که محکوم علیه واقع گردد اما در قضا ترک وقتی دلایل اثبات حکم به مفاد آنکه از دعوی ممنوع گردیده پیدا شد حکم برای او صورت میگیرد. همچنین در قضاء استحقاق وقتی برای کسی حکم شد دعوی شخص ثالث درباره مال مورد ادعی شنیده نمی شود تا وقتی که ادعای تلقی ملک را از طرف خرد مدعی علیه ننماید که درین حال شنیده میشود. در انقرویه - بحث دعوی خرید و فروش گفته است اگر دو نفر خارج (کسانیکه ملک به تصرف ایشان نیست) خریداری یک ملک را از یک شخص معین نمودند و تاریخ خریداری خود را توضیح نکردند و یا تاریخ را هم توضیح کردند اما تاریخ را بیک وقت گفتند مال مورد ادعی بین این دو نفر بدو حصه مساوی تقسیم میشود که هر دو از لحاظ حجت مساوی هستند اما اگر تاریخ یکی از دو مدعی از مدعی دیگر سابق تر بود مال برای آنکه ادعای ملکیت را به تاریخ پیشتر کرده داده میشود به اتفاق امار صوتیکه هر یک از دو مدعی ادعای خریداری ملک مورد دعوی را از یک نفر دیگری نمود (یعنی احمد ادعای خریداری این ملک را از محمود و سعید ادعای خریداری آنرا از مسعود نمود) چون این دو مدعی اثبات ملک را برای فروشنده های آن می کنند و در ملکیت فروشنده ها تاریخ تذکر نمی یابد لذا تاریخ درین دعوی مورد اعتبار نیست گویا این دو نفر آمدند و ملکی را بدون تاریخ ادعی کردند لذا این ملک در بین شان مساویانه تقسیم میشود.

اما درینجا هر دو مدعی اتفاق دارند بر اینکه این ملک ازین شخص است و در تلقی ملک از آن شخص اختلاف دارند و این شخص تلقی ملک را برای برای خودش در وقتی اثبات می کند که دیگری منازع او نیست لذا ملک به او تعلق میگیرد بعد ازین برای دیگری حکم ملکیت آن مال مورد دعوی نمی شود مگر وقتی که دیگری ملک را از او تلقی کند و درینجا کسی از او ملک را تلقی نکرده است (شاهد در اینجا است) اگر حکم فعلی باشد دعوی در آن شرط نیست و در حکم قولی دعوی شرط است.

اگر آنچه را مریضی که ازهما نمرض وفات یافت وقف کرده بود قاضی

بعد از وفات او فروخت و بسرقرضدار هایش تقسیم کرد بعد از آن کدام ملک دینار وقف کننده ظاهر شد درینحال فروش قاضی مورداعتبار است و به قیمت آن مالی که نو پیدا شده زمین خریداری شود و وقف برود. اما اثر وارث دو نلت مال وقف شده مریض به مرض مرگ را بعد از وفات او بدون اجازه قاضی فروخت و بعد از نابت سمداز میت دیگر مالی هم مانده بیع فسخ میشود و آن مال دیگر بین وارثین تقسیم مگردد زیرا کاری را که قاضی انجام داده حکم فعلی به حساب می رود و کاری را که غیر از قاضی انجام میدهد حکم نیست استیفاء از ظهیر به بحث وقف)

ازین حکم یک مسئله که در فصولین تذکر یافته استثنی شده است و آن اینست که قاضی برای ری از فقرا از مالیکه برای فقراء وقف شده چیزی میدهد این حکم نیست زیرا میتوانست این مال را برای فقیر دیگری بدهد.

در رد المحتار از بحر ارائق نقل کرده که فعل قاضی بدو قسم است یکی آنکه محل حکم نباشد مثل اینکه زنی مکلف او را اجازه به نکاح خود میدهد و او آن زن را به نکاح میدهد زیرا قاضی درین حال به ولایت و کالت این کار را کرده نه به ولایت قضاوت دوم اینست که محل حکم باشد مانند اینکه دختر صغیری را که سر پرستی ندارد به نکاح میدهد و یا اینکه قاضی مال یتیم را می خرد و یا میفروشد و یا عقار (مال غیر منقول) را تقسیم میکند و غیره (تجنیس) قطعا این مسئله را حکم می دانند همچنین است اگر دختر یتیمی را به بچه خود به نکاح داد اما در تبحر التذکر بحث نکاح حکم نبودن این مسئله را ترجیح داده است فتح التذکر افزوده است چون درین مسئله شرط حکم که دعوی صحیح باشد وجود ندارد و به ملحق ساختن قاضی به وکیل در منع خریداری از مال غنیمت و مال یتیم کافی است یعنی وکیل به نکاح، میتواند دختر را به بچه خود بدهد لذا قاضی هم بمنزله وکیل است پس او را ازین حکم باشد این مسئله بی نی از میسازد بنابراین قول فقها که میگویند قاضی نمیتواند مال یتیم یا مال غنیمت را برای خویش ببرد و برود زیرا این حکم به مفاد خود او است مرجوح است زیرا الحاق قاضی به وکیل برای منع از عین خریداری کافی است بدلیل اینکه وکالت قاضی را از ولایت قضایی او درین موضوع بی نیازی می سازد چه خریداری وکیل برای نفس خودش باطل است اما در کلام فقها بسیار ذکر شده که فعل قاضی حکم است بهتر اینست که برای

تصحیح قول فقهاء بگوئیم که حکم قولی محتاج به دعوی است که به محضر قضاء دایر شود و حکم فعلی به دایر شدن دعوی احتیاجی ندارد مثل قضاء ضمنی که به دایر شدن دعوی محتاج نیست بلکه حکم قصدی محتاج به دایر شدن دعوی است و حکم ضمنی به تبع حکم قصدی واقع میشود. این است بیانی که درین باب گفته آمد. خلاصه که از گفته اما م محمد رض در اصل درین مورد استفاده شده اینست که فعل قاضی حکم است بدلیل این قضیه فرعی که آنرا ذکر کرده است (اگر ورثه طلب تقسیم ملک عقار متوفی را نمودند و درین شان یک نفر غایب و یا صغیر بود اما م اعظم صاحب میفر ما یند عقار را درین ورثه تقسیم نمی گنم تا شاهد بر موت متوفی و بر حصر وارث ها نیاورند و بر غایب و صغیر حکم نمی گنم بدلیل اینکه تقسیم کردن قاضی حکم است و حکم بر غایب جایز نیست. یاران (امام ابو یوسف و امام محمد) میگویند عقار بین ورثه تقسیم میشود. پس علت جستن به عدم قسمت باینکه تقسیم مذکور حکم را بر غایب ایجاب می کند این مطلب را می رساند که فعل قاضی حکم است زیرا امکانی به الحاق قاضی بوکیل در منع از تقسیم موجود نیست پس رجوع به حق متعین گردید. و هم این بیان موافق به توضیحی شد که قبلاً تذکر یافته بود (قضاء فعلی محتاج به دعوی نیست ما نند قضاء ضمنی اما در قضاء قولی احتیاج به دایر شدن دعوی موجود است) و به این گفته مطالبی که در فتح القدیر آمده بود مبنی بر اقتضاء شرط قضا که دعوی باشد دفع گردید و هم این قول ابن الفرس که یاد کرده بود صحیح اینست که فعل حکم نیست نیز رفع گردید.

برای توضیح بیشتر عرض میشود :

در اشباه تذکر یافته در قضاء ضمنی دعوی و خصوصت شرط نیست وقتی دونفر شاهد بر مدعی علیه بحقی شهادت دادند و اسم مدعی علیه و اسم پدر و پسر و پدر کلانش را یاد کردند و به این حق حکم صادر شده نسب شخص هم ضمناً حکم صورت گرفته است اگر چه مستقیماً این حکم به نسب نبوده است. الی آخره

این در صورتی است که محکوم علیه به وسیله اشاره متعین نشده باشد اگر محکوم علیه ذریعه اشاره مشخص شده بود طوری که



حموی نیز به آن تصریح کرده حکم به نسب شمرده نمی شود.  
 حموی بر این مطلب علاوه کرده است ازینست اگر دو نفر شا همد  
 شهادت دادند به اینکه فلانی زن شوهر خود فلانی را وکیل ساخت  
 که با فلان خصم ازدعوی کند وقاضی حکم به وکالت او نمود در حقیقت به  
 زن وشوهری ایشان حکم کرده است. این يك حادثه فتوی است این  
 مسئله فروع بسیاری دارد که در رد المحتار تذکر یافته است .

ماده ۱۷۸۷ :-

محکوم به (مال مورد دعوی) چیزی است  
 که قاضی ادای آنرا بر محکوم علیه الزام کرده است یعنی  
 ایفاء محکوم علیه حق مدعی را در قضاء الزام و ترك  
 مدعی منازعه رادر قضاء ترك

(محکوم به) خواه از حقوق الله محض باشد مانند زنا شرابخواری و یا از حقوق  
 العبد باشد و یا چیزی باشد که در او هر دو حق موجود باشد اما حق الله  
 در آن غالب باشد مانند حد قذف و حد دزدی و یا حق العبد در آن غالب  
 باشد مانند قصاص و تعزیر در بیان فوق گفتیم (آن چیز که آنرا قاضی  
 بر محکوم علیه الزام کرده است و این عبارت است از رساندن مدعی علیه  
 حق مدعی رادر قضاء الزام) بایستگفت بود که هر چند قضاء الزام  
 در نظر وثیقه نگارها عبارت است از ان الزامی که قاضی آنرا بوسیله  
 اقرار شخص بر او جاری کند اما در اینجا مطلق الزام را داده میشود که مقابل  
 ترك باشد خواه این الزام بوسیله اقرار شخص از طرف قاضی صورت  
 گرفته باشد و خواه بوسیله شهادت شهود این مطلب هم قابل یاد آوری  
 است که باید محکوم به معلوم باشد زیرا هم او است که مورد ادعی قرار  
 گرفته است و شرط است که ما لمورد ادعی معلوم باشد طوریکه در  
 ماده (۱۶۱۹) این مطلب توضیح یافته است .

در بیان فوق تذکر یافت

ترك مدعی منازعه رادر قضا ترك یعنی حکم قاضی درین صورت امر است  
 بر مدعی به اینکه به مدعی علیه تعرض نکنند زیرا مدعی مذکور از انبئات  
 آنچه ادعی کرد عاجز آمده است .

محکوم علیه کسی است که حکم بر او واقع شده است.

محکوم علیه گاهی شخصی واحدی است و یا بیشتر است مانند جمعیتی که در يك قتل اشتراك داشته باشند و قاضی برایشان به قصاص حکم کند و یا اینکه ده نفر در غصب يك مال اشتراك کنند و قاضی برایشان بعد از دعوی و ثبوت حکم کند. همچنین است حکم در حقی از حقوق مجرد که محکوم علیه گاهی یکی است و گاهی متعدد است. اگر شخصی برده نفر اینطور ادعا کرد که من حق عبو در ازین راه خاص ده نفر مذکور دارم و این مطلب بوسیله شهادت شهود و یا به نکول مدعی علیهم به اثبات رسید بر همه ایشان حکم میشود.

یا محکوم علیه معین نیست مانند حکم به آزادی اصلی يك شخص. این در حقیقت حکم بر تمام مرد ماست خواه این آزادی به شهادت شهود ثابت شود و یا بگفته خود شخص که بگوید (من اصلا آزادم) در صورتیکه وی قبلا به غلامی خود اقرار نکرده باشد صورت مسئله ازین قرار است. شخصی ادعی میکند که این نفر غلام من است مدعی علیه میگوید (من اصلا آزادم) و این مدعی علیه قبلا به غلام بودن خود اقرار هم نکرده است مدعی هم از آوردن شهود عاجز شد قاضی به آزادی اصلی این شخص حکم می کند این حکم قاضی در حقیقت حکم بر همه مردم است یعنی اگر بعدا کدام کسی ادعا کرد که همین مدعی علیه غلام او است دعویش شنیده نمی شود (رد المحتار از حموی).

این مسئله بخلاف مسئله آزادی عارضی است که شخصی ادعای این را می کند که من غلام فلانی بودم مرا آزاد کرده است که درینصورت از تاریخ آزاد شدن حکم بر عا مه است بطور مثال محمود برای مقصود میگوید تو غلام من هستی از مدت پنج سال است که من مالک تو گشته ام مقصود در جواب میگوید من غلام يك آدمی بودم که از شش سال قبل مالک من شده بود و مرا آزاد کرده است و بر این ادعای خود شاهد آورد دعوی محمود دفع میشود و بعد ازین اگر محمود برای مقصود گفت از هشت سال به این طرف غلام من هستی و امروز هم به ملک من هستی و به این

ادعای خود دلیل آورد این دعویش قبول میشود و حکم به حریت که قبلا صورت گرفته بود فسخ میگردد و آن غلام مال محمود میگردد (درر) اما حکم به وقف صحیح تر اینست که مانند حکم به آزادی نیست یعنی بر آن دعوی ملک شخص دیگر و وقف شخص دیگر شنیده میشود.

ماده (۱۷۸۹)

محکوم له کسی است که حکم برای او صورت میگیرد. محکوم له در حقوق الله محض و یادران مسایلی که حقوق الله در آن غالب است شریعت میباشد درین مسایل لازم نیست دعوی صورت گیرد و شهادت شهود درین مسایل بدو ن دعوی نیز شنیده میشود بخلاف آن مسایلی که حقوق العبد محض باشد و یا دران حقوق العبد غالب باشد که درین مسایل باید دعوی صورت گیرد و مدعی درین جا (در مسایل که حقوق العبد محض است و یا حق العبد دران غالب میباشد) بنده است و به اجماع علمادر چنین دعوی حضور وی و یا حضور کسی که از او نیابت کند مانند وکیل و ولی و وصی شرط است و این هم شرط است که دعوی او صحیح باشد و هم لازم است از کسانی باشد که شهادت قاضی که این دعوی نزد او دایر میشود برای او مقبول باشد اما طلب حکم از قاضی بعد از وجود این شرایط نیست (طحاوی ورد المختار)

ماده (۱۷۹۰)

تحکیم عبرت است از اینکه هر دو خصم برای خود حاکمی را برضای خودها برای فیصله دعوی و مخاصمت خود خود تعیین کنند این شخص را (حکم) و محکم بضم میم و فتح حا و تشدید و فتح کاف نیز میگویند.

(تحکیم) از لحاظ لغت عبارت است از اینکه شخص حکمی را به شخص دیگری بسپارد و غیره. در مصباح آورده است (حکم ساختم شخصی را یعنی حکم را به او سپردم، و در صحاح آورده است.

احمد را در مال خود حکم ساختم یعنی حکم را در مال خود به او سپردم. عبارت مصباح این مطلب را می رساند که حکمیت لفظ خاص به مال نیست.

و در عرف شریعت عبارت است از:—

(اینکه دو نفر خصم بر ضای خود برای فیصله خصومت خویش شخصی دیگری را بحیث حاکم بگیرند) درین عبارت تذکر یافت که (دو نفر خصم) این عبارت عام است از ینکه طرفین دعوی (مدعی و مدعی علیه) یک یک نفر باشد و یا بیشتر از یک نفر باشند و یا یک طرف یک نفر و طرف دیگر بیشتر از یک نفر باشد.

در عبارت فوق تذکر یافت که (حاکمی بگیرند) این شخص را که بحیث حکم تعیین می کنند با یت صلاحیت قضا داشته باشد یعنی بچه خود سال و غلام نباشد و شخص فاسق چون صلاحیت قضا را دارد صلاحیت حکمیت را نیز دارد. اما بهتر اینست که طرفین دعوی آدم فاسق را بحیث حکم تعیین نکنند. (بحر الرایق) همچنین لازم است که صلاحیت حکمیت را از وقت موظف شدن به حکمیت تا وقتی که حکم صادر میشود داشته باشد اگر طرفین دعوی غلامی را حکم ساختند و آن غلام آزاد شد و یا بچه را حکم ساختند و آن بچه بالغ گردید و بعد ازان حکم صادر کرد حکم او نافذ نیست چنانچه در قاضی شدن عین همین حکم موجود است یعنی غلامی از طرف پادشاه به قضاء موظف میشود و بعد ازان آزاد میشود و یا بچه موظف به عهده قضاء میشود و بعد از این بالغ میگردد حکم هیچیک ازین دو نفر نافذ نمی باشد. همچنین این مطلب به سنت ثابت گردیده است نسایی روایت می کند (ابو شریح میسر سده: ای رسول خدا بعضی از اقوام من وقتی در موضعی با هم اختلاف داشته باشند پیش من می آیند من بین ایشان حکمیت میکنم و هر دو طرف دعوی از حکم من را ضعیف میشوند. حضرت رسول (ص) در جواب فرمودند این یک کار بسیار نیک است. همچنین روایت شده است که بین حضرت عمر و ابی پسر کعب در یک نخلستانی منازعه رخداد زید پسر ثابت را بین خود ها حکم قرار دادند حضرت عمر و ابی بن کعب پیش حضرت زید پسر ثابت آمدند. زید گفت ای امیر المؤمنین چرا مرا پیش خود نخواستید حضرت عمر فرمودند باید طرفین دعوی بخانه که حکمیت در آن صورت میگیرد حاضر شوند. بعد ازان حضرت عمر و ابی پسر کعب بخانه داخل شدند حضرت زید برای حضرت عمر تکیه گذاشت که به آن خود را تکیه دهد حضرت عمر فرمود این او لاین ظلمی

است که کردی قسم متوجه حضرت عمر بود زید به ابی پسر کعب گفت اگر امیر المو منین را عفو کنی خوب میشود. حضرت عمر فرمودند قسمی است که متوجه من شده ابی گفت من امیر المو منین را عفو کرده وهم اور تصدیق کردم باید به این مطلب یقین حاصل کرد که هیچ يك از این دونفر اراده تلبیس را نداشته اند بلکه مو ضوع پیش ایشان مشتبه بوده و خواسته اند اشتباه خود رارفع نمایند ازین رو پیش حکم رفته اند.

در بیان فوق تذکر یافته بود (طرفین دعوی برای فیصله دعوی خود برضایت خویش پیش حکم می روند) یعنی لازم است که طرفین از وقتیکه حکم تعیین می کنند تا وقتیکه حکم صادر میشود بحکمیت حکم راضی باشند اگر یکی از طرفین راضی نباشد و خواسته باشد پیش از صدور حکم حکم را عزل کند این کار را کرده می تواند. در کتاب تنویر تذکر یافته است یکی از طرفین دعوی هم میتواند پیش از حکم حکمیت را منتقض کند اما اگر حکم از طرف حکم صادر شد لازم است به حکم او عمل کنند و به عزل ایشان حکمیت او باطل نمی شود زیرا این حکم از ولایت شرعی صادر شده لذا بعزل طرفین دعوی بعد از صدور حکم باطل نمی شود.

رکن حکمیت لفظی است که از طرف مدعی ومدعی علیه افاده میشود و دلالت بر حکمیت می کند و از طرف حکم نیز قبول میشود اگر طرفین دعوی شخصی را به حکمیت برگزیدند و آن شخص این حکمیت را قبول نکرد حکم او نافذ نیست مگر اینکه با دیگر این حکمیت تجدید شود این شخص که در حکم بین طرفین دعوی مورد قبول واقع میشود بنام (حکم) یاد میشود. ومحکم (به ضم میم وفتح حاء وتشدید کاف مفتوحه) اسم مفعول است از باب حکم به تشدید.

نوت:

فیصله که از طرف حکم بعمل می آید اگر به قاضی پیش شد و موافق به مذهب او بود آن را مدار حکم قرا میدهد و فایده این حکم قاضی اینست که حکم مذکور را قاضی دیگری شکستنا نده نمی تواند هر چند خلاف مذهب او باشد و اگر این فیصله حکم مخالف مذهب قاضی باشد

آنرا مدار حکم قرار نداده باطل می گرداند و معنی ابطال هم اینست .  
دلیل اینکه قاضی میتواند آنرا مدار حکم قرار ندهد اینست که حکم از  
شخصی صادر شده که ولایت عامه نداشته لذا وقتی بارای قاضی  
موافقت نکرد لازم نیست مدار حکم قرار دهد اما در زمانه ما چون همه  
قضات موظف اند موافق به صحیح ترین و مناسب ترین اقوال حضرت  
امام ابی حنیفه که در مجله تذکر یافته حکم کنند به حکمی که از طرف  
حکم صادر شده نظر می شود که آیا با صحیح ترین و مناسب ترین اقوال  
حضرت امام ابو حنیفه موافق است یا نه اگر بامذهب موافق بود مدار  
حکم قرار داده میشود و اگر نبود مدار حکم نیست ، در اینجا رای قاضی  
مورد اعتبار نیست .

اگر طرفین دعوی دو نفر را حکم قرار دادند لازم است هر دو حکم  
در حکمی که صادر می کنند اتفاق ورزند اگر یکی از این دو نفر حکم

کرد و یا در حکم اختلاف کردند چنین حکمی مدار اعتبار نیست (تنبیه)  
در بحر الرائق هفده مسئله تذکر یافته که درین مسایل  
حکم حکم با حکم قاضی فرق میکنند .  
اول :-

در عنایه شرح هدایه تذکر یافته است ، شخصی را طرفین دعوی  
در قتل خطا حکم می سازند و او بدیت بر عاقله حکم می کند حکم او نافذ  
نیست زیرا او بر عاقله ولایتی ندارد بدلیل اینکه از طرف عاقله این  
شخص به حکمیت برگزیده نشده است اگر بر قاتل در مال او به تادیت دبت  
حکم کرد باید قاضی آنرا رد کند و بدیت بر عاقله حکم کند زیرا این حکم  
هم مخالف رای اوست و هم مخالف نص صریح است مگر اینکه قتل به  
اقرار او صورت گرفته باشد زیرا درین صورت عاقله این بار را  
برداشته نمی تواند .

دوم :-

حکم بر ضای طرفین دعوی تعیین میشود اما در تعیین  
قاضی رضائیت طرفین دعوی شرط نیست .

## سوم :-

به نظر امام ابو یوسف (رح) تعلیق و اضافت حکمیت جایز نیست و تعلیق و اضافت قضاء جواز دارد اما اگر طرفین دعوی شخصی را حکم ساختند بر اینکه از فلانی فتوی بگیرد و مطابق به فتوای مذکور حکم کند جواز دارد ، مثل اینکه برای قاضی جواز داشت به فتوای غیر خود حکم کند همچنین اگر طرفین دعوی حکمیت او را موقت به همان روز یا به همان مجلس کردند به زمان و مکان موصوف مشروط شده میتواند .

## چهارم :

تحکیم در قصاص و حدود جایز نیست این مطلب در بحر الرائق نیز تذکر یافته است در عنایه ذکر شده که حدودی که حق الله محض است در آن تحکیم بالاتفاق روا نیست زیرا پادشاه به نفاذ این احکام متعین است ، اما در حد قذف و قصاص علماء فقه اختلاف نظر دارند شمس الایمه از علمای حنفی به جواز تحکیم درین دو مورد حکم کرده است زیرا هر دوی این احکام از حقوق العباد می باشند لذا مثل اموال دیگر قابل حکمیت است خصاص متذکر شده است که تحکیم درین دو حکم جواز ندارد مصنف هم این حکم را ترجیح داده دلیلش هم اینست که حکم محکم برای غیر طرفین دعوی دلیل شده نمی تواند ، لذا درین شبه وارد شد ، و حدود و قصاص به شبهه دفع می شود .

## پنجم :

مفتی به جواز تحکیم در فسخ قسم وقتی که به چیزی نسبت داده شده باشد فتوی نمی دهد اما در قضاء چنین نیست در فتح القدیر و فتاوی صغری حکم محکم را در طلاق معلق نافذ شمرده اما به آن فتوی نداده است و در عنایه مطلبی تذکر داده که خلاصه آن اینست :

علماء می گویند تخصیص حدود و قصاص در عدم جواز حکمیت دلالت بر این می کند که در دیگر امور مورد اجتهاد حکمیت جواز دارد اما به آن فتوی داده نمیشود ، تا مردم نادان به این کار راه پیدا نکنند و اصول مذهب منهدم نشود .



## ششم :

حکم حکمیت به غایب نجاورنمی کند اگرچه مدعی آنطور دعوی کرد که دعوی او بر حاضر سبب دعوی او بر غایب نیز میشد ، در کتاب قضاء تنویر نیز این مطلب ذکر شده است ، این مطلب صورت های بسیاری دارد که به ۲۹ مسئله میرسد و در ردالمحتار این مسایل به تفصیل ذکر شده است از آن جمله است ، شخص چیزی را که بدست دیگر است ادعاء میکند که از فلانی خریداری کرده است و بر این دعوی

خود شاهد هم می آورد حکم بر ملکیت او و به خریداری او از همان شخص میشود حتی اگر آن نفر حاضر شد و ازین خریداری انکار ورزید همین شهادت کافی شمرده شده ایجاب شهادت جدیدی رانمی کند اما در حکمیت چنین نیست یعنی اگر این حکم را محکم صادر کرده بود باید به حضور بایع دوباره شاهد آورده شود زیرا حکم او به غایب سراسر ایت نمی کند .

## هفتم :

محکم به قاضی مکتوب فرستاده نمی تواند طوریکه قاضی به محکم مکتوب نوشته نمی تواند (مکتوب قاضی به سوی قاضی اینست که نزدیکی از قاضی ها دعوی دائر شده و دعوی به شهادت شهودیا به اقرار و یا نکول فیصله میشود قاضی می تواند این مطلب را به قاضی دیگر

بنویسد و آن قاضی در آن باره حکم خود را بحضور طرفین دعوی صادر کند یعنی محتاج باین نیست که نزد قاضی دوم شاهد ها دوباره شهادت بدهند ، این مطلب بعدا به تفصیل ذکر میشود ، مترجم .

## هشتم :

محکم به مکتوب قاضی حکم کرده نمی تواند مگر اینکه طرفین دعوی به آن حکم راضی باشند .

نهم:

محکم اگر مرتد شود (العیاذ بالله من ذلك) معزول میشود و باز چون مسلمان شود ایجاب تحکیم جدیدی را می کند اما قاضی چنین نیست .

دهم:

اگر محکم شهادت شهود را به واسطه تهمت رد کرد دعوی مذکور نزدیکی از قضات دایر شلو شاهد ها تزکیه شدند قاضی می تواند به اساس شهادت آنها حکم کند زیرا حکم در باره شخص دیگری غیر از طرفین دعوی قاضی گفته نمی شود و به این شهادت رد کدام قاضی پیوست نشده است بلکه یکی از رعایای مسلمین شهادت شهود را رد کرده است قاضی این رد را باطل کرده می تواند ، اما اگر یکی از قاضی های مسلمانان شهادت شهود را بواسطه تهمت ، رد کند قاضی دیگری شهادت شهود را شنیده نمی تواند زیرا حکم به رد شهادت بر عموم مردم نافذ است .

یازدهم:

خلاصه آنچه در تلخیص تذکریافته است اینست که حکم محکم بر یکی از وارثین به قرضداری متوفی به دیگر ورثه تجاوز نمی کند زیرا دیگران به حکمیت او راضی نیستند اما قاضی اگر بر یکی از وارثین به قرضداری متوفی حکم کرد این حکم بر همه ورثه تجاوز میکند .

دوازدهم:

حکم محکم بر عیب مبیعه وقتی نافذ میشود که فروشنده به حکمیت او راضی باشد .

سیزدهم:

حکم محکم بر وکیل که مبیعه را به واسطه کدام عیبی به موکل خود رد می کند تجاوز نمی کند این دو مطلب در فتح القدر تذکر یافته است ، به نظر من همینکه در ماده ششم تذکر یافت (حکم محکم بر حاضر به غایب تجاوز نمی کند هر چند حکم بر حاضر سبب حکم بر غایب شود ) از ذکر سه مسئله فوق ما را بی نیاز میسازد .

چهاردهم:

حکم محکم بر صغیر در آن چیزیکه باو ضرر وارد کند نافذ

نیست و فقط و قتی حکم او بر صغیر است که برای او درین حکم نفعی مقصود باشد اما حکم قاضی در فائده و ضرر صغیر نفاذ دارد اما آخره باید ملتفت بود که حکم محکم بر محکم علیه فقط در یک مسئله تجاوز میکند و آن مسئله اینست که بکنفر از دو شریک به همراه قرضدا رش شخصی را حکم ساخته و آن حکم بر همین شریک چیزی را از مال مشترک لازم گردانید حکم او بر شریک دیگر که غایب می باشد هم نافذ است زیرا حکم او در باره شریک غایب بمنزله صلح بوده و صلح از امور تجار است لذا هر یک از دو شریک به صلح و آنچه بمعنی صلح است را ضعی می باشند .

### پانزدهم

حکمیت به آن شهریکه موظف شده اختصاص ندارد و حکم می تواند بهر جا که خواسته باشد حکمیت کند .

### شانزدهم :

از چیز های که حکم قاضی و حکم محکم فرق می کند یکی هم اینست که اگر دو نفر شاهد به وضوئی شهادت دادند یکی از دو شاهد گفت من شهادت میدهم بر اینکه فلان فلان شخص را و کیل ساخت تا دعوی خود را به نزد قاضی جلال آباد دائر کند و دیگری گفت : من شهادت میدهم بر اینکه فلانی فلانی را و کیل ساخت تا دعوی خود را به محکمه فراه دائر کند. شهادت این شهود مقبول است اما اگر این اختلاف در محکم واقع شد به این معنی که یکی از شهود شهادت بر این ادا کرد که فلانی فلانی را و کیل ساخت تا نزد فلان محکم دعوی خود را دائر کند و شاهد دیگر شخصی دیگری را بحیث محکم تعیین کرد چنین شهادت مقبول نیست دلیلش هم اینست که در باره قضات فرق نمی کند همه قاضی هستند و همه حکم شان نافذ است اما رضای طرفین دعوی بیک محکم و محکم دیگر فرق می کند زیرا حکم و سطره است بین مدعی و مدعی علیه و آن واسطه که از قضیه مورد دعوی خبر داشته باشد بهتر فیصله کرده می تواند نسبت به آنکه خبر نداشته باشد لذا در تحکیم اختلاف شهداء باعث عدم قبول شهادت میشود . (۱)

(۱) ۱۷ مسئله در اول تذکر یا فت و ۱۶ مسئله به تفصیل ذکر شد معلوم نیست که اصلا فرق بین قاضی و محکم در ۱۶ مسئله است که به تفصیل ذکر شد یا یک مسئله که ذکر نگردیده از قلم مانده است . ( مترجم )

ماده ۱۷۹۱ : -

وکیل مسخر کسی است که اورا قاضی برای آن مدعی علیه که برضای خود حاضر محکمه نشده و باحضار او محکمه مجبور نبوده اسبت مقرر میکند

وکیل مسخر کسی است که اورا قاضی از جای یکنفر غایب مقرر می کند تا دعوی را علیه او بشنود. این در صورتی است که موکل در خانه خویش پنهان شود بعد از اینکه امین قاضی بدروازه خانه احضارش را از طرف قاضی چندین بار اعلام نماید اما در این عصر سهل تر اینست که بوسیله او را ق دعوی سه بار موکل را به محکمه دعوت کنند و همینکه یکبار به او میرسد کافی شمرده شود این در صورتی است که بواسطه ارسال اوراق دعوتی ضرورتی که محسوس است فوت نشود. درین موضوع توضیح بیشتر در بحث حکم بر غایب ضمن شرح ماده ۱۳۸۴ تذکر می یابد. انشا عاالله تعالی .

## باب اول

### احوال قاضی

این باب دارای چهار فصل است

### فصل اول

قاضی چه اوصافی را باید دارا باشد ؟

ماده ۱۷۹۲ : -

سزاوار قاضی اینست که حکیم (باتدبیر) دانشمند بااستقامت امانت دار باکر کتر و متین باشد :

در بحرا لرائق و هندیه و غیره آورده است : قضاء از مهمترین کار های مسلمان ها است هر کس از همه مردم شنا سزا تر در ای قدری بیشتر آبروی بیشتر هیبت و وقاری بیشتر و صبری کا ملتر در مصائب باشد به گما شتن و وظیفه قضاء سزا و اتر است و پادشاه را می سزد که در بین مردم تفحص کند و کسی را باین مقام برگزیند که از همه مردم به

اینکار مناسب تر باشد. بدلیل اینکه رسول کریم صلی الله علیه و سلم میفرماید ( کسیکه برای شخصی وظیفه تعیین کرد و در بین رعایای او شخصیتی موجود بود که از او به اینکار سزاوارتر بود در حقیقت (گمراه) بخدا و رسول و جمعیت مسلمانان خیانت کرده است (بحر الرائق). ازینست که مجله تذکر داده است: (برای قاضی سزاوار است که حکیم (باتدبیر باشد) .

حکیم صفت مشابه است از باب حکم (به ضم کاف) یعنی حکیم گردید. حکمت به معنی فهم و علم و دانشمندی می آید خداوند متعال میفرماید (وآتینا الحکم صبیا) (ما او را دانشمندی دادیم در حالیکه طفل بود) . بمعنی رسا بودن در کردار و گفتار می آید که عدل درین معنی

داخل است. و با این همه خصال حمیده فقط کسانی آراسته اند که هو شمنند بوده از خرافات بر کران باشند و هوای نفس ایشان را آلوده نکرده باشند و در نیست که در کلمه حکمت همه این معانی مضموم باشند. حکمت از عقل سرچشمه می گیرد و عقل دارای چهار درجه است .

اول استعداد محض که آنرا عقل هیولانی نیز گفته اند این قوه است که باعمل هیچ رابطه ندارد طوریکه در ابتدای خلقت و خورد سالی انسان دارای استعداد محض بوده و با او هیچ نوع ادراکی همراهی ندارد. درجه دوم عقلی است که از آن به ملکه تعبیر میشود و آن عبارت است از علم به چیزهای ضروری برای اکتساب نظرات. و این از درجه اول بلندتر است .

درجه سوم عقل بالفعل است و آن ملکه (کیفیت راسخه) ایست که نظرات را از مقدمات ضروری استخراج می کند به این قسم که دارند چنین عقلی هر وقت خواسته باشد - ضروریات را ملاحظه کرده و از آن نظرات را استخراج می کند. بدون شبهه این درجه از درجه های که قبلا ذکر شده بلندتر است .

درجه چهارم به (عقل مستفاد) تعبیر شده است و آن حالتی است که نظرات پیش دارند - چنین عقلی حاضر است که از آن غایب نمیشود

آیا این حالت برای انسان درحالیکه به حجاب بدن محتجب باشد میسر است؟ (مواقف) وقتی حکیم را به معنی عاقل استعمال کنند درجات دومی و سومی عقل از آن مراد است.

وقتی این مطالب را مطالعه فرمودید خوب است بدانید که برای قاضی شایسته است که دارای کمال عقل باشد لذا احمق یعنی کسیکه دارای عقل ناقص باشد به این وظیفه گماشته نمی شود در کتاب مستظرف تذکر یافته حمق عبارت است از سبکی و آن غریزه است که در آن تهیه وسائل مفید نمی شود. این یک مرضی است که دوی آن مرگ است در حدیث مبارک آمده است احمق از همه کس بخدای متعال

بیشتر بغض دارد زیرا خداوند متعال او را از عزیزترین چیزها محروم گردانیده است که عبارت است از عقل از دلایلی که صورتاً از آن حمق دانسته میشود در ازی ریش است زیرا مثبت ریش دماغ است کسیکه در درازنگهداشتن ریش افراط می کند قوه دماغی او کم میشود و به این ترتیب عقل او کم شده و حماقت بر او چیره میگردد. اما دلایل عملی حمق اینست که آخر کارها را زهی سنجد و به مردم ناشناس اعتماد می ورزد خود بین است بسیار حرف میزند. زود جواب میدهد و به این سووان سوسرا سیمه نظر می کند از علم بسی بهره است، در کارها اشتباه می ورزد، سبک و نادان است ظلم می ورزد غفلت دارد سهو می کند غرور می ورزد. اگر بی نیاز شد سرکش میشود و اگر نادار شد ناامید می گردد و چون حرف زنده فحاشی می کند و وقتی از او چیزی خواسته شد بخل می ورزد و چون سوال کند الحاح وزاری می کند. وقتی حرف زنده خوب حرف نمی زند و قتی با او گفته شود خوب نمی فهمد و قتی بخندد بقیقه می خندد و قتی گریه کند چپق می زند اگر همه این صفات را اعتبار دهیم در بسیاری از مردم این صفات را در می یابیم لذا عاقل را از احمق تفریق کردن کاری است بس مشکل حضرت عیسی علیه السلام میفرماید: گنگ و پیس را تداوی کردم و به معالجه شان موفق گردیدیم ولی احمق را هر قدر تداوی کردم مفید نیفتاد همچنین لازم است که قاضی فہیم باشد در تاج العروس شرح قاموس تذکر یافته است فرق بین فہم و علم اینست که علم مطلق

است ولی فهم سر عه انتقال ذ هنی است از امور خارجی به امور معنوی در احکام آمدی تذکر یافته فهم عبارت است از تیزی ذ هن یعنی اما دگی آن به در یافتن مطالبی که وارد ذهن میشود از نیست که صاحب مجله الاحکام کلمه فهم را انتخاب کرده و به لفظ حکیم اکتفا نورزیده است یعنی بر علاوه علمیت شایسته یک قاضی اینست که دهنش سر عت انتقال نیز داشته باشد و هم مطالبی را که طرفین دعوی بحضور او توضیح می کنند حفظ و درک کرده بتواند بسا میشود که در افاده یکی از طرفین دعوی آنطور مطلبی تذکر می یابد که مفید اقرار است اگر ذ هن قاضی سر عت انتقال نداشته باشد حق ضایع میکرد از نیست که در توصیه عمر رض تذکر یافت (باید بفهمی بید بفرمی) همچنین شایسته یک قاضی اینست که بیدار باشد و از حیل هابیر هیزد

و از غفلت و سهل انگاری بر کران باشد. همچنین لازم است ذ کی و دانا باشد و در اختلاف معانی عبارت مطالع داشته باشد زیرا اختلاف عبارات مطالب را در شهادت دعوی و اقرار و غیره تغییر میدهد همچنین شایسته یک قاضی اینست که از مشوره همکاران علمی خود استغنی نورزد و هم مناسبت که پر هیز کار دانا و از زندگی خود راضی بوده در راه رضای خدا جاز ملامت مردم هر اسی نداشته به علم فقه و حدیث معلومات داشته در اصول فقه که احکام از آن گرفته میشود و غیره با خبری داشته باشد و مکتوب حضرت عمر رضی الله عنه که در شرح ماده (۱۷۸۴) تذکر یافت همه این مطالب را احتوای می کند

در عبارت فوق تذکر یافت که (قاضی بایست با استقامت باشد) میگویند (قوم العود) یعنی راست کرد چوب را در اصطلاح مجازاً برای آنکسی این کلمه استعمال شده که در همه کارها بخدا متوجه باشد خداوند متعال میفرماید (فاستقیموا الیه و استغفروا) .

ترجمه: (در همه کارهای خود پایدار بوده و بخدای خود متوجه باشید و از وی آمرزش بخواهید و از ریانتظار هر در کارها پر هیز کنید. این همان مطلبی را که در اخیر مکتوب از طرف حضرت عمر رض عنوانی ابو موسی اشعری نوشته شده می رساند حضرت عمر در آخر آن مکتوب



فرموده بودند (کسیکه بین خو دوخداى خود را اصلاح میکند الى آخره).

همچنين از او صاف قاضى يكى هم اين بود كه (قاضى بايد امين باشد) يعنى از خدا ترسد و بحق حكم كند نه بهواى نفس كه او را همراه ميسازد و ميل نفسانى و ترس او را از حق و عدالت باز ندارد و هم بايد قاضى بوظيفه خود پشت نارد و تشبث داشته باشد نه آن تشبثى كه استبداد و رزد و نرم باشد نه آن نرمى كه از اجراى حق او را باز داشته ضعيف نشان بدهد.

توضيح: اگر قاضى غضبناك ر سخت دل باشد و دردل او رحم وجود نداشته باشد به غمخوارى و بيچارگان و مظلومان رسيدگى كرده نمى تواند و اين سزاوار يك قاضى نيست و هم بايست قاضى عادل باشد. اگر قاضى عادل بود و به وظيفه قضا عكاس شده شد و بعد از آن فاسق گرديد عزل نمى شود بلكه حكم او نافذ باقى نگهداشته ميشود اما مستحق عزل ميشود مگر اينكه عزل او به فسق مشروط شده باشد كه درين صورت معزول ميشود بجز ارايق و غيره).

اين ظاهر مذهب است طوريكه هر هدايه آمده است. گفتيم قاضى بايد (داراى مقام عالى باشد) يعنى در نزد مردم منزلت بلندي داشته باشد لذا بايد فرومايه نباشد و هم گفتيم (قاضى بايد متين باشد) كلمه متانت به معنى قوت و صلاح است و مجازاً راي راهم متين مى گويند و شعر راهم متين ميگويند درينجا نيز قوت معنوي مراد است نه قوت جسمي درين جملات لفظ سزاوار ذكر شده از اين جمله اين مطلب فهميده ميشود كه اگر پادشاه بروى مودت و محبت كسى را كه صلاحيت قضاء رانداشته به اين وظيفه مؤظف ساخت جائز است و حكمش هم در صورتيكه باشرعيت موافق باشد نافذ است اما مسؤليت در نزد خداوند متعال بر خود پادشاه و هم بر شخصى است كه باين وظيفه مؤظف شده است حضرت عمر رضى الله عنه ميفرمايد هيچ مامورى نيست كه مامور ديگرى و يا قاضى را بروى محبت و مودت شخصى خود مقرر كرده مگر اينكه نيم آن حق تلفى ها و گناها نش

بر ذمه او است اما اگر قاضی و یا مامور را بروی خیر خواهی مردم مقرر کرد، هر کار نیکی که آن قاضی و یا مامور انجام داده به آن نصفاً نصف شریک است و اگر کدام گناهی از طرف چنین قاضی و یا ماموری که بروی حسن نیت گماشته شده سر زد گنااهش بگردن گما رنده او نیست .

ماده ۱۷۹۳ : -

برای قاضی سزاوار است که به مسائل فقهی وارد باشد و هم اصول محاکمه را بداند و هم بر فیصله دعاوی و خصوصت با تطبیق مسایل فقهی و اصول محاکمه اقتدار داشته باشد .

در بیان فوق تذکر یافت (برای قاضی سزاوار است که به مسایل فقهی وارد باشد) از این عبارت فهمیده میشود که اگر شخصی عالم نبود جواز دارد پادشاه او را به قضاء بگمارد به این ترتیب که در حکم خود از دیگری فتوی بگیرد هر چند بقول راجح در مذهب ( ما ) ابو حنیفه گناه تفویض منصب قضا به چنین شخصی که عالم نیست بر ذمه کسی است که او را گماشته است . اما بنظر حضرت امام شافعی رح چنین نیست .

علم فقه بربیک شعبه خاصی از علوم اسلامی که نزد همه گمان معروف است اطلاق میشود و این دو قسمت دارد یک قسمت آن عبارت است از استخراج مسائل از ارکان چهارگانه کتاب سنت اجتماع و قیاس (که این را اصول فقه میگویند) قسمت دیگر عبارت است از مسائل فرعی که از ارکان مذکور استخراج میشود (که این را فقه میگویند) در اینجا مراد به مسائل فقهی همین مسائل فرعی است که از ارکان مذکور استخراج شده است چنانچه تحقیق این موضوع در اول این کتاب (جلد اول مجله الاحکام قواعد کلیه) تحت عنوان ماده او ل تفصیل تذکر یافته است .

استخراج مسائل از ارکان مذکور و رعایت مقتضیات اشارت آن وظیفه مجتهد است و چون شروط اجتهاد درین عصر دشوار است زیرا یکی از شروط آن وارد بودن آن به مسائلی است که در آن اجماع صورت میگیرد یعنی مجتهد را لازم است که این موضوعات را بداند .

طوری که لازم است بر نصوص علم داشته ناسخ و منسوخ را بشناسد تا بر خلاف آن حکم نکند لذا دفعه به معنی دوم خود که عبارت از مسایل فرعی باشد منحصر گردیده ازین رو در واژه اجتهاد بسته شده نیست بلکه بسته است یعنی دیگر کسی در واژه اجتهاد را بسته بلکه از کم همتی وعدم اعتناء به تحصیل مباحث اجتهادی این دروازه خود بخود بسته شده است (بلکه آنطور فقیهایی که براستی فروع مسایل اجتهادی را کاملاً بدانند و در آن تخصص داشته باشند درین عصر از (کبریت احمر) نایاب تر است (فلاحول و لا قوه الا بالله) وقتی که وسیله سوار بی غیر از سر نیزه نباشد کسیکه چاره بر او حصر است باید بر آن سوار شود) به بحثیکه قبلاً در شرح ماده مذکور تذکر یافته وهم به بحث اجتهاد در کتب اصول مرا جمع فرمایند .

در بیان فوق تذکر یافت ( برای قاضی شایسته است که بر اصول محاکمه وارد باشد) ظاهراً مراد به اصول محاکمه مقدمات حکم است مثل اینکه برای مدعی علیه بر حسب عرف ورق دعوی فرستاده شود و نظر در کیفیت ابلاغ بر حکم و تشخیص طرفین دعوی و شناسختن این مطلب که کدام شخص خصم شمرده میشود و کدام شخص خصم گفته نمی شود و برای هر یک از حقداران به انداز حقش موقع حرف زدن رادادنی وهم کسی را که در حرف زدن زیاده روی میکند از حرف های زیادنی

منع کردن و برای شنیدن دفع دعوی ای که غیباً صورت گرفته باشد وقتی را تعیین کردن و فهمیدن این موضوع که چه وقت مناسب است که حکم غیبی را برای اوصاف رکنیم و چه وقت مناسب است که شهادت شهود شنیده شود و چه وقت مناسب است که تحلیف صورت گیرد و احکام هر یک ازین چیزها را رعایت کردن و در صورت احتیاج تحقیقات سری در باره مال مورد دعوی بعمل آوردن و غیره یعنی لازم است قاضی همه آن احوال و اصولی را که اگر آنرا در حکم خود رعایت نکند باعث نقض حکم میگردد بداند تا صاحب حق بواسطه نرسیدن بحق خود متضرر نگردد .

باید توجه ورزید که شناسائی مسایل فقهی فنی است و تطبیق

حادثات دعاوی فن علیحدہ میا شد و لازم نیست هر کس به مسائل فقہی وارد باشد در تطبیق حادثه ها به آن نیز مو فق باشد بسا میشود که بکنفر در مسائل فقہی وارد است و لی شریک را از مزدور فرق نمی کند و دست امانت را از دست تاوان تفریق نمی تواند حتی بسیار میشود که مدعی را از مدعی علیه فرق نمی کند .

در فتاوی کا ملیه آورده است شخصی نزد ابو حنیفه (رح) آمده گفت من قسم یاد کرده ام که با زن خود حرف نزنم تا او بامن حرف نزند وزن من هم قسم خورده است که تمام دارائی خود را صدقه بدهد اگر بامن پیش ازینکه من با او حرف زدم حرف بزند . سفیان برای من گفته است هر یک از شما که با دیگری حرف بزند حانت میشود درین مورد مرا رهنمائی کنید .

حضرت امام ابو حنیفه فرمودند برو با او حرف بزن و هیچ يك از شما حانت نمی شوید آن شخص دو باره پیش سفیان رفته موضوع را به ایشان گفت سفیان غضبناك پیش امام ابو حنیفه آمدند و گفتند آیا حکم با باحت روابط جنسی را صادر میکنی امام ابو حنیفه پرسید این گفته شما روی کدام دلیل است . سفیان اشاره به سایل گفت سوال خود را تکرار کن چون او سوال خود را تکرار کرد امام ابو حنیفه باز فتوای مذکور را تکرار کرد سفیان گفت این فتوی را بچه دلیل داده ای امام فرمود در آن لحظه که مرد قسم خورده بهمین جمله قسمیه زن خود را مخاطب ساخته گویا بعد از قسم با او حرف زده است ازین رو حانت نمی شود وزن هم چون مورد خطا ب مرد بوده گو یا بامرد مخاطب کرده است لذا هر دوی شان بصورت غیر عمدی با هم بعد از قسم مکالمه کرده اند . لذا قسم از هر دوی شان ساقط شد . سفیان گفت حقیقتا برای تو آنطور مسائلی کشف میشود که همه ما ازان غافل هستیم .

در بیان فوق تذکر یافت (برای قاضی سزاوار است که به فیصله های که بین مردم واقع میشود بروی تطبیق مسائل فقہی و اصول محاکمه وارد باشد ) .

اینکه گفتیم به مسائل فقہی و اصول محاکمه وارد باشد بهتر است ازینکه در بعضی عبارات بروی تطبیق آن ( به افراد ضمیر ) آمده است .

واضح است که مسایل فقهی و اصول محاکمه معیار و مورد تطبیق قرار می گیرند یعنی در دعاوی بین مردم چیزیکه دعاوی به آن تطبیق میشوند مسائل فقهی و اصول محاکمه است زیرا مسائل فقهی و اصول محاکمه اصل هستند . لذا ادعاوی بر آنها تطبیق میشوند ازین رو در عبارت متن عوض (تطبیقا لهما) بهتر بود ( تطبیقا علیهما ) تذکر می یافت . این مطلب را اصل عبارت ترکی این کتاب که ازان به عربی ترجمه شده است نیز تأیید می کند در عبارت ترکی چنین آورده است ( و دعاوی واقع ای ) به کلمه مفعول به ( انلره تطبیقا فصل و حسم او لمیلدر) شاید هم که قصور از ترجمه باشد .

ماده ۱۷۹۴ : -

**لازم است که قاضی بصورت صحیح مطالب را درک کند لذا قاضی شدن خورد سال و آدم ساده لوح و کور و آن گری که صدای بلند طرفین دعوی را نشنود جایز نیست .**

باید ملتفت بود کسانی صلاحیت عهده قضا را دارند که صلاحیت شهادت را داشته باشند در کتاب درامختار آورده است ( زیرا هر دو اینها از باب ولایت است ) اما شهادت قوی تر است زیرا شهادت بر قاضی الزام می کند و قاضی بر خصم الزام می کند و کسیکه شهادت او صحیح نباشد قضاوت او هم صحیح نیست ازین است که گفته اند حکم قضا از حکم شهادت آب می خورد و چو شهادت دشمن در امور دنیوی بردشمن صحیح نیست قضاء دشمن بردشمن هم صحیح نیست دشمنی به این چیزها و مانند آنها تثبیت میشود : قذف ، کشتن ولی خصم را ، یا زخمی کردن خصم را اما مجرد دعوی مانع شنیدن شهادت شده نمی تواند مگر در صورتیکه در همان دعوی مورد بحث واقع شده باشد . (تئویر و درالمختار و غیره) ازینست که صاحب مجله گفته است ( لازم است که قاضی بصورت صحیح مطالب را درک و تمیز کرده بتواند ) یعنی به عقل و چشم و گوش خود مطالب را درک کند زیرا کسیکه فاقد این چیزها باشد شهادت او شنیده نمی شود لذا چنین کسی قاضی هم شده نمی تواند .

ازین رو طفل خوردسال و آدم ساده لوح (معتوه) و غلام و گنگ و کور و کوری که آواز بلند طرفین دعوی را نشنود قضاوت ایشان جایز نیست .

اما اطرش ( شخصی که آواز بلند طرفین دعوی را شنیده بتواند در ردالمختار تذکر یافته که بقول اصح قضاوت او صحت دارد . و در ردالمختار آورده است : مناسب است که حکم در مفتی نیز همچنین باشد . اگر گفته شود که بین مفتی و قاضی این فرق موجود است که مفتی صورت افتاء را می خواند و جواب آنرا می نویسد لذا محتاج به شنیدن نیست در جواب باید یادآوری شود که از ظاهر گفته فقها چنین بر می آید که در باره قاضی به این نوشتن و خواندن اکتفا نشده است با اینکه شده می تواند برای او نیز جواب طرفین دعوی نوشته شود و قتی در باره قاضی به نوشتن و خواندن اکتفا نشد در مفتی نیز اکتفا به نوشتن و خواندن شده نمی تواند . اینچنانکه فرق نیز موجود است به این ترتیب که قضاء بیک صیغه مخصوص ( حکمت و قضیت ) بعد از دعوی صحیح صورت می گیرد لذا در احتیاط بیشتری بکار است اما در افتاء چنین نیست زیرا فتوی عبارت است از افاده یک حکم شرعی گرچه به اشاره هم باشد دران شنیدن شرط نیست الی آخره . (حموی با تلخیص در کتاب ردالمختار برین علاوه کرده است : بنظر من اگر شخصی به فتوی دادن مقرر شد که همه مردم از مرد و زن و باسواد و بی سواد پیش او برای حل مطالب و گرفتن فتوی می آمدند لازم است که شنوائی کامل داشته باشد زیرا شده نمی تواند که هر کس سوال خود را بنویسد و جواب بدهد . و چون همیشه طرفین دعوی پیش او می آیند شاید در گفته یکی از طرفین دعوی آن طور مطلبی تذکر یابد که مفتی به ضرر او فتوی بدهد . اگر همه مطالب را نشنود حقوق طرف مقابل ضایع میشود ( بالاخره ) درین هیچ تردیدی نیست که آدم کسری صلاحیت این را ندارد که بحیث یک مفتی عمومی ایفای وظیفه نماید و قاضی انتظار فتوی او را داشته باشد تا به اساس آن حکم کند زیرا ضرر چنین وظیفه داری از فائده آن بیشتر است .

این مطلب هم باید تذکر یابد که نفی متوجه هر یک از قضاء و قضاوت

شده می تواند به ما ده ( ۱۷۸۴ ) مراجعه شود . بنا بر این اگر کسی مدتی قضاوت کرد بعدا معلوم شد که او ساده لوح ( معتوه ) یا غلام بوده و یا حد قذف خورده بوده نه قضاوت او صحیح است و نه هم حکمهای که در سابق کرده مورد قبول می باشد زیرا شهادت این اشخاص صحیح نیست به ماده ( ۱۶۸۴ ) مراجعه شود در فتح القدر آورده است ( ۱ ) اگر غلام بعهده قضاء مقرر شد بعد از آن آزاد گردید عهده داری او باین وظیفه صحیح است و محتاج به تجدید نمی باشد اما اگر بچه خورد سالی موظف به عهده قضا گردید و بعد از آن بد رجه رشد رسید و یا دیوانه موظف به عهده قضاء گردید و بعد از آن هوشیار شد تجدید عهده داری او ضرور است . اگر شخصی وظیفه دار قضاء بود و بر او کوری یا کوری یا جنون عارض شد معزول نمی شود اما مستحق این هست که معزول گردد . اگر این عوارض از او دور شد و بعد از آن حکم کرد حکم او نافذ است زیرا این عوارض مانع حکمش بود و چون عوارض رفع شد آنچه ممنوع شده بود دوباره عود میکند . به ماده ( ۲۴ ) مراجعه شود .

باید بخاطر داشت که عدالت شرط قضاء نیست فاسق هم اهل قضاء شده می تواند مگر شایسته نیست که فاسقی قاضی مقرر گردد . طوریکه شهادت یک فاسق شایسته نیست که از طرف قاضی قبول گردد اما اگر قاضی قبولش کرد در نزد حنفیها جایز است و در عین حال قاضی گنا هکار میشود .

اگر قاضی عادل بود و بر شو ت خوردن و غیره فاسق شد عزل نمی شود اما استحقاق عزل شدن را دارد . این ظاهر مذ هب است و مشایخ هم به این رفته اند بعضی از علما درین مورد تفصیلی را قایل شده اند به این ترتیب که اگر ابتداء فاسقی به وظیفه قضا تعیین شد جواز دارد اما اگر شخصی عادل بود وظیفه قضاء گماشته شد و بعد از آن فاسق گردید معزول میشود زیرا کسیکه او را مقرر کرده به عدالت او اعتماد کرده ازین رو به عهده داری او در حال فسق رضایت ندارد ( هدایه ) در فتح القدر تذکر یافته است که علماء اتفاق کرده اند بر اینکه والی و پادشاه به فسق معزول نمی شوند زیرا این وظایف به قهر و غلبه مبتنی است و فاسق صلاحیت مفتی بودن را ندارد زیرا فتوی از امور دینی



است و گفته فاسق مورد قبول شده نمی تواند (ردالمحتار از ابن مالک عینی گفته است بسیاری از علماء متأخر این گفته را قبول کرده اند و این است قول امام های ثلاثه. بعضی گفته اند مفتی فاسق هم شده میتواند. در کتبی این مطلب را ذکر کرده است وی علاوه کرده مفتی فاسق از ترس اینکه مبادا به غلط منسوب گردد در فتوای خود جهد و کوشش می نماید. در هندیه ذکر شده است ضرورتی نیست که مفتی آزاد و مرد و گویا باشد زیرا فتوی از قبیل روایت است و مفتی مثل راوی است نه مثل شاهد و قاضی. ازینست که فتوایش برای آنکسی که شهادت و قضاء او مورد قبول نیست هم مقبول می باشد و ازینست که فتوای آدم گنک اگر از اشاره او بطور رمعین چیزی فهمیده میشود صحیح است و هم فتوای گویا اگر کسی از او چیزی پرسید او و به اشاره سر (ها) و یا (نه) گفت فتوایش صحیح است. همچنین سزاوار است که مفتی از آن چیزهای که منافی مروت و مردمی است بر کنار باشد پاکفیس و صاحب ذهن سلیم باشد و در امور محوله تصرف نیک کند. همچنین کسانی را که پادشاه موظف به امور قسمتی از مملکت می نماید و جمع آوری مالیات و تهیه وسایل زندگی مردم این منطقه بایشان تفویض شده است (والیها) چون تقرر و عزل قضات به ایشان مفوض شده است با یست ایشان نیز به اخلاق ستوده متصف باشند (این است نظر علماء) والیها وقتی می توانند قضات را مقرر کنند که عزل و نصب قضات صریحا از صلاحیت شان بیرون نشده باشد و یا بروی عرف و عادت تقرر و عزل قضات از حوزة قدرت شان بیرون نباشد طوریکه در سوریه عاد تاوالی حلب و شام عهده دار تقرر و عزل قضات آن ناحیه نمی باشند ولی جمع آوری مالیات و دیگر مصالح رعایا از وظایف ایشان میباشد (درافغانستان نیز بعد از زلفاؤ قانون اساسی استقلال قوه قضائیه بوجود آمد و والیها که از دستگاه قوه اجرائی هستند عزل و نصب قضات از دست ایشان کشیده شده است: مترجم).

اگر پادشاه کسی را والی مقرر کرد و والی در کدام موردی حکم قضائی خود را صادر کرد بعد از آن فرمانی از پادشاه آورد این فرمان دلیل بر حکم قضائی او شده نمی تواند.

آزاد بودن ، در سلطنت و در قضاء مستقیماً شرط است اما کسی که از پادشاه در تقرر قضات نیابت می‌کند شرط نیست .  
 بطور مثال اگر پادشاه غلام خود را در یک منطقه والی مقرر کرد و به او تقرر قاضی هارا در آن منطقه اجازه داد غلام مذکور میتواند قاضی مقرر کند. زیرا او به نیابت از پادشاه قاضی را مقرر می‌کند لذا اینکه والی قاضی مقرر می‌کند در حقیقت پادشاه قاضی مقرر کرده است .

## فصل دوم

### دربیان آداب قاضی

آداب جمع ، ادب است مصباح می‌گوید این لغت بر هر کار تکلیف دهنده که مال نیکی داشته باشد و انسان را به فضیلتی برساند اطلاق میشود .

جو الیقی در شرح ادب الکا تب می‌گوید . ادب در لغت عبارت است از حسن اخلاق و انجاءم دادن کار های نیک و اطلاق آن بر علوم عربیه چیزی است که در اسلام سابقه ندارد و از اصطلاحات جدید میباشد .  
 گفته میشود ادب الرجل ما نده حسن یا داب ادبا و برای کسیکه به ادب متصف است ادیب گفته میشود و جمع آن ادباء است .

همچنین به صیغه متعدی بوزن ضرب یضرب استعمال میشود ادب یابد و ادبه و مادیه (بضم دال) بر آن خوردنی اطلاق میشود که برای یک دعوت و یایک عروسی تهیه شده باشد و ادب ( به فتح همزه و سکون دال ) مصدر است از ادبه یا دبه یعنی او را به خوردنی دعوت کرد و ادب میزبان ( کسی که دیگری را به خوردنی دعوت میکند ) است طرفه شاعر معروف می‌گوید :

( نحن فی المہمتة ندعو الجفلی ما تری الادب فینا ینتقر )  
 مادر مهمانخانه های زمستان خود نی خود یاد ایام زمستانی خود یا در ایام سرد زمستان مهمانی های عمومی میدهم . مهماندار ما را نخواهی یافت که دعوت خاص بدهد یعنی باین عیب آلوده باشد ، درینجا شما هد لفظ ادب است که بمعنی میزبان آمده است . مترجم .

چون خصا ل نيك به نيكو ئى انسان را مى خواند ازین سبب اخلاق حسنه را بنام ادب یاد کرده اند .

آداب از روی عقل شرع از کمالات محموده است که هوانسانی بایست به آن آراسته باشد این صفات حمیده در قاضی باید بهتر و بیشتر تبارز داشته باشد زیرا چشم همه مردم باودو خسته است . ازین است که صاحب مجله الاحکام گفته است .

ماده ۱۷۹۵ : —

**قاضی از آن کارها و حرکت های که مهابت و وقار او را از بین می برد مانند خرید و فروش و دیگر حرکاتی که منافی شأن او است دوری می جوید .**

یعنی از همه آن اعمالی که مهابتش را زائل می کند برکران است اینجا قاضی بصورت مطلق ذکر شده یعنی تمام افراد قاضی این صفت را دارا میباشند در این عبارت تصریح است به تعمیم حکم برای تمام افراد قوه قضائیه .

مثل این فرموده خداوند متعال جل و علی شانه :

وما من دابة فی الارض ولا طائر یطیر یخافیه

ترجمه (نیست هیچ خزنده در روی زمین و نه هم پرنده که به بالهای خود پرواز میکند) .

کار های که منافی شئون قاضی است بسیار است که بعضی از آن درینجا بطریق مثال ذکر می شو در مانند خرید و فروش ، یعنی اگر قاضی برای خود در مجلس قضاء چیزی میخرد و یا بفروش می رساند این از جمله چیز های است که وقارش را از بین می برد اما اگر برای خودش اینکار صورت نگیرد بلکه برای یک یتیم و یا یک یتیم و غیره اینکار را انجام دهد ضرری ندارد .

و قتی که خرید و فروش در ازاله و قار مجلس قضاء اثر دارد چیز یرا خوردن و به آواز بلند حرف زدن و دشنام دادن و حرفهای رکیک استعمال کردن و جمله های لا یعنی بزبان آوردن بصورت اولی باعث از بین رفتن وقار مجلس قضاء میباشد همچنین مزاح و شوخی کردن بصورت عمومی خواه در مجلس قضاء صورت گیرد و خواه در دیگر مجالس باعث از بین رفتن وقار قاضی است مگر در مجلس قضاء قباح

بیشتری دارد اما آن مزا حی که مقصود اذان ا نبطا و خو ش طبعی بوده باعث ذلتی به مردم نشود هر چند ممنوع نیست اما در مجا لس قضاء بهتر است اذان خود داری شود .

باید تذکر یابد که آن مزاحی که بزبان آید و به قصد تمسخر و اهانت نباشد اگر چه شرعا ممنوع نیست مگر برای قاضی سزاوار است اذان خود داری ورزد تا و قار و شئون قاضی محفوظ بماند بسا میشود که زیاده روی در مزاح باعث اذیت دیگران شده د شمنی مردم را جلب کند اما آن مزا حی که تمسخر آمیز و باعث تو هین باشد بصورت قطعی حرام است و حتی اگر این مزاح با استخفاف در امور دینی صورت گیرد به کفر می کشد ( العیاذ باللّه من ذلک ) .

در کتاب بزازی تذکر یا فته ( شخصی بر یک تپه بلندی نشست است و یک جمعیتی از او به قسم تمسخر بعضی سوالات دینی میکنند و بهر قسمی که میخواهند او را توهین میکنند و می خندند همه کافر میشوند . اگر یک جمعیتی بیک جای جمع شدند یکی از آنها گفت ( فجمعنا هم جمعا ) ترجمه ( جمع کردیم ایشان را بجمع کردنی ) و یا گفت ( فحشرنا هم فلم نغا در منهم احدا ) . ترجمه ( پس ایشان را جمع کردیم و هیچ یک را ترک نکردیم ) کافر میشود همچنین اگر کسی بدیگر میگوید ( والنار عات نزعا او تزعا ) کافر میشود همچنین اگر شراب می آشامد و میگوید : بسم الله و یادر و وقت زنا کاری این کلمه را بر زبان می آورد و یادر و وقت خوردن چیزی که قطعی حرام است این کلمه را بر زبان می آورد کافر میشود در وقت گرفتن دانه های نردهم اگر بسم الله بگوید کافر میشود همچنین قاضی را می سزد که از رفاقت با مردم بدکار خود داری ورزد باید خنده او لبخند باشد و نظر او برای دریافتن احوال مراجعین و آشنا شدن به احوال مردم باشد و درنگ کردن او برای درک مسائل باشد . برای قاضی شایسته است که با علما هم صحبت باشد و قتی در امور محوله به مشکلی برخورد با ایشان مشورت کند . اما م شافعی ( رح ) در کتاب امام به سند آن میفر ما ید . ابو هریره رضی عنه گفت من هیچ کسی را ندیدم که بیشتر از رسول الله صلی الله علیه و سلم از یا را ن خویش مشوره بگیرد . خداوند متعال میفر ما ید ( و امرهم شوری بینهم )

ترجمه : ( و کار ایشان بمشوره بین شان صورت می گیرد ) اما م شافعی (رح) میفرماید : **حسن رضی الله عنه** گفت : هر چند رسول خدا صلی الله علیه وسلم از مشوره یاران خویش بی نیاز بود اما میخواست این کار بحیث یک روش نیک برای کسانی که امور رعایا به ایشان تفویض میشود باقی بماند تا اگر به آنطور کاری برسورند که به چندین راه حل شده بتواند و یامشکلی پیش روی شان بیاید به ایشان شایسته است که مشورت کنند و این هم درست نیست که بامردم نادان مشورت کنند و نه هم مناسب است که با آنطور عالمی مشورت کنند که اما نت دار نباشد زیرا چنین مردمی بسیار میشود که مشورت گیرنده را گمراه کنند .

باید با آنطور شخصی مشورت بعمل آید که هم عالم باشد و هم مورد اعتماد باشد همچنین رضایت خصم نیز بمشوره حاصل میشود و براو دلیل می گردد .

پرسونل اداری قضائی هم باید به امانت داری و صلاح آراسته بوده در تنظیم اسناد شرعی موافق باشند و بین بعضی از اسناد از بعضی دیگر فرق بگذارند . تمام این مطالب در لایحه اصول محاکمات شرعی درج است به آن مراجعه شود .

ماده ۱۷۹۶ : -

### قاضی باید تحفه هیچ یکی از طرفین دعوی را نگیرد

اصل درین موضوع حدیثی است که بخاری آنرا روایت کرده است در کتاب صحیح البخاری اینطور تذکر یافته : رسول الله صلی الله علیه وسلم شخصی را از ( ازد ) به جمع آوری صدقه موظف ساختند وقتی بازگشت گفت این از شما است و این از من است . رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمودند چرادر خانه خود و یادار خانه پدر خود ( اختلاف در روایت است ) نمی نشست تا میدید که آیا برای او تحفه میدهند یا نه ؟

عمر بن عبدالعزیز رضی الله عنه می فرماید : در عصر حضرت رسول اکرم صلی الله علیه وسلم چیزی را که یکی از موظفین مالیه و دیگری منسو بین حکومت میدادند تحفه بود اما امروز رشوت است .

عمر بن الخطاب رضى الله عنه باهریره (رض) را برای جمع آوردی صدقات در ناحیه مو ظف ساخت ابو هریره با دارائی بر گشت عمر رضى الله عنه برای او گفت این دارائی را از کجا آوردی ابو هریره گفت تحفه ها از هر طرف بسرم ر یخت عمر رضى الله عنه برایش گفت چرا در خانه خود ننشستی که میدیدی آیا برای تو تحفه می دادند یا نه؟ سپس تمام دارائی را که ابو هریره با خود آورده بود عمر رضى الله عنه گرفته به بیت المال تسلیم دادند. اینکه رسول کریم صلی الله علیه و سلم علت تحفه را وظیفه داری او وانمود کرده ندلیل بر اینست که تحفه اگر بواسطه وظیفه داری شخص باو داده میشود حرام است (ردالمحتار از فتح القدیر) اما در اجتهاد ابو هریره رضى الله عنه گرفتن تحفه برای مو ظف او مالیات حلال بوده است در کتاب بحر الرائق آورده است. قید تحفه قید احترازی نیست زیرا از کسیکه تحفه گرفتن حرام است قرض گرفتن و عاریت گرفتن حرام است در کتاب (خانیه) نیز این مطلب تذکر یافته است. بنظر من بمقتضای بیان فوق قبول دیگر بخشش ها نیز به قاضی حرام است لذا محابات (اظهار محبت قاضی به یکی از طرفین دعوی) نیز حرام میباشد ازینست که گفته اند قاضی به اندازه قیمت عادتی و ثیقه باید پول بگیرد یعنی زیادتی بر اصل قیمت و ثیقه گرفته نمیتواند که این محابات است ازین رو خریداری هدیه از طرف قاضی به پول کمتر از نرخ معینه آن و هم از قیمت و ثیقه پول بیشتری را گرفتن طوری که بعضی از قاضی ها اینکارها را می کنند این نیز حرام است زیرا وقتی قرض گرفتن و عاریت گرفتن حرام باشد این بطریق اولی حرام است. به اساس مذکور این کاری را که بعضی از منسوبین دولت می کنند که تحفه را بقیمت ارزان می خرند و یا و ثیقه را به قیمت گزاف می فروشند نیز حرام است زیرا وقتی عاریت و قرض حرام باشد این زیادت بطریق اولی باید حرام باشد. اگر تحفه دهنده به رد تحفه متاثری میشد خوب است که قیمت تحفه اش باو پرداخته شود. (ردالمحتار) اگر رد تحفه مشکل بود به اینکه تحفه دهنده شناخته نمی شد و یا جای تحفه دهنده بسیار دور بود مال تحفه شده را به بیت المال تسلیم دهد تا از طرف بیت المال چنینیکه ممکن شد بصاحبش

پرداخته شود .

ازین حکم چهار نوع تحفه استثنی میشود ، تحفه که از طرف پادشاه داده میشود و یا از آن والی که تحفه گیرنده بوظیفه از طرف او مقرر شده است و یا از طرف اقوام قریب که محرم شرعی او به حساب میروند البته ازین بچه کا کا بیرون است ، و یا تحفه کسیکه همیشه قبل از تقرر خود به این وظیفه به گرفتن تحفه از آن عادت داشته است این هم به اندازه عادت همیشه گی او است نه بیشتر اما اگر تحفه دهنده مال بیشتری بدست آورده بود تحفه گیرنده می تواند به اندازه زیادت مال او از او تحفه بیشتر قبول کند (فتح القدیر).

این هم در صورتی است که از قوم او و یا از آن کسی که قبل از وظیفه داری از او تحفه قبول میکرد دعوی در محکمه پیش او دائر نباشد اگر بعد از فیصله دعویش تحفه او را قبول کرد صحیح است .

در طحاوی آورده است مردمی که همیشه دعوی شان دوام دارد در صورتیکه از اقوام قریب تحفه گیرنده باشند ، که عادتاً قبل از ماموریت خود نیز تحفه گیرنده تحفه شان را قبول می کرده است مانند اینکه متولی اوقاف و یا سرپرست امور اوقاف باشند درعین جریان دعوی نیز جواز دارد که تحفه شان را بگیرد .

این درباره تحفه است پس رشوت بطریق اولی حرام است فرق بین رشوت و تحفه اینست که رشوت دهنده همکاری رشوت گیرنده را شرط می کند و لی در تحفه این شرط نیست .

در کتاب خانیه رشوت را به چهار قسم تقسیم کرده است .

۱- اول آنکه برای طرفین (رشوت گیرنده و رشوت دهنده هر دو ، حرام است . این در دو جای است اگر وظیفه قضا را به رشوت گرفت هم بر قاضی حرام است و هم برای کسیکه قاضی را مقرر کرده است . در صلح المعراج تذکر یافته که برای حفظ اموال یتیم ها جواز دارد که وصی های شان رشوت بدهند ، باین نظر فتوی نیز صادر شده است وی ادامه میدهد از جمله رشوت های که بر گیرنده حرام است و بر دهنده حرام نیست رشوتی است که برای شاعر از ترس هجو او داده میشود .



۲ - آنکه شخصی به قاضی پول به رشوت بدهد تا به مفاد او حکم کند خواه این حکم به حق صورت گیرد خواه به باطل این رشوت برای رشوت دهنده و رشوت گیرنده هر دو حرام است .

۳ - آنکه رشوت را از ترس جان خود و یا از ترس مال خود بدهد این قسم رشوت بر رشوت گیرنده حرام است اما به رشوت دهنده حرام نیست همچنین اگر کسی به مال دیگری چشم دوخته بود صاحب مال یک قسمت از مال خود را به قسم رشوت به همان شخصی که می خواهد مال او را تصاحب کند بدهد این هم برای گیرنده حرام است و برای دهنده حرام نیست .

۴ - آنکه رشوت بدهد تا کار او را پیش حکومت برابر کند «ورقه عرض او را به حکومت برساند» برای دهنده رشوت اینکار حلال است و برای گیرنده حلال نیست ، اگر می خواهد برای گیرنده نیز حلال شود پول گیرنده را در ظرف یک روز به مبلغی که آرزو دارد آنرا بدهد مزدور سازد (۱) ، این عقد اجاره صحیح است بعد از آن اجاره گیرنده می تواند از آن شخص در طول همان روز همان کار را بگیرد یا او را بکار دیگری بگمارد این در صورتی است که اولاً پول را به همین نیت میدهد که کارش را پیش حکومت درست کند ، اگر از کسی خواست که کار او را پیش حکومت درست کند از دادن رشوت تذکری نداد و بعد از آنکه کارش را درست کرده به او پول داد درین مسئله اختلاف است صحیح اینست که این قسم پولی حلال است زیرا خواسته است نیکی را به نیکی مکافات بدهد .

اینطور قسمی به نظرم نحو رد که برای گیرنده رشوت حلال و برای دهنده آن حرام باشد .

از چیزهای که برای طرفین (گیرنده و دهنده) حلال است یکی تحفه های دوستانه برای تشییع روابط دوستی و محبت است ، در سیر الکبیر تذکره یافته است (رشوت به ملک رشوت گیرنده داخل نمیشود) . تا اینکه گفته است (شخصی را از قرض که بر او داشت ابراء داد برای آنکه کارش را پیش حکومت انجام دهد ، این ابراء صحیح نمی شود این رشوت است اگر مرد از هم خوابگی با زن خود امتناع ورزید و گفت مهر خود را به من ببخش و من با تو هم خوابگی میکنم و زن مرد را از مهر خود ابراء داد گفته اند که این ابراء صحیح است زیرا ابراء

(۱) به نظر من این کار در صورتی صحیح است که پولی را که در مقابل یکروزه کار برای شخص میدهد از حق الزحمه روزانه او زیاد نباشد .

برای دوستی و محبت است که دوستی بین زن و شوهر بهمخوابگی می‌کشاند اما ابراء.

برای اینکه کار او را به پیش‌حکومت درست کند چنین نیست زیرا وی از قرض بواسطه اجرا کار خود ابراء داده است و این از وظایف دینی همه ما است که اگر مشکل کسی بدست‌ما حل میشود از همکاری دریغ نکنیم و دادن پول در جای که بدون آن پول به اجرا کار مستحق هستیم رشوت می‌باشد .

باید ملتفت بود که تو به ا رشوت جز به آن قسم که مالی را که به رشوت گرفته است به صاحبش رد کند به‌دیگر قسم صورت گرفته نمی‌تواند و در قرآن مجید صریحاً حرمت رشوت تذکر یافته خداوند متعال می‌فرماید (یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل) سوره نساء ، ترجمه (ای مسلمانان مال خود را در بین خود به باطل نخورید) همچنین خداوند متعال - می‌فرماید:

(ولا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل وتدلوا بها الی الحکام) سوره بقره .

ترجمه : (مالهای خود را در بین خود به باطل نخورید به این ترتیب که آن را به حکام بدهید) .

این طریق باطل تحصیل مال عبارت است از رشوت دزدی غصب و غیره و راهیکه تحصیل مال از آن حلال است عبارت است از تجارت و بخشش و غیره ، کلمه ادلا اصل آن از این عبارت عربی گرفته شده که می‌گویند (ادلیت دلوی) در وقتی که دلو را برای گرفتن آب به چاه رها می‌کنند ، بعد از آن برای رها کردن هر فعل و قولی ادلا استعمال کرده اند از نیست برای کسیکه حجت خود را ارائه می‌کند عربها می‌گویند (ادلی بحجته) یعنی دلیل خود را ارائه کرد ، گویا او دلیل خود را رها میکند تا به مرادش برسد و هم گفته میشود (یدلی الی البیت بقراة اورحم) یعنی به فالان خانواده نسبت و قومی خویش را رها کرد این در وقتی گفته میشود که خود را به یک خانواده نسبت دهد و از آن فامیل به واسطه این نسبت خود میراث بخواهد در آیه مذکور ادلا هم به تحت حکم نمی‌داخل است یعنی به طرف حکام مال خود را رها نکنید و معنی جمله این میشود که به حکام رشوت ندهید و اختیار و حکومت مال خود را به ایشان واگذار نکنید تا قسمتی از مال مردم را بوسیله شهادت ناحق و یا قسم نا حق و یا به نام صلح بخورید در حالیکه می‌دانید آن کسی که مال را برای او حکم کرده اند ظالم است فرق

بین دو طریقه استفاده ناجائز از مال مردم که در بالا ذکر شد اینست که در قسمت اول مال را بروی احتیاجی که دارد برای قاضی به قسم رشوت میدهد تا مقصدی را که دور بوده نزدیک بسازد و وقتی قاضی بدبخت رشوت گرفت حکم خود را آن طورها می کند که دلو را به چاه رها می کند و چه خوب گفته اند وقتی رشوت از دروازه به خانه داخل شد امانت و حقانیت از کلکین می گریزد .

— — — — —

در صورت دوم گاهی اینطور میشود که قاضی عادل باشد اما به نظر او حق پوشیده بماند - پس با خدای متعال در هنگامی ملاقات

میکند که ظالم بوده است در تفسیر طبری از ابن عباس (رض) روایت شده است، این آیه در باره کسی است که دیگری از او چیزی طلب

دارد و شاهدی هم موجود نیست و او از آن مال منکر میشود لذا بحضور قاضی دعوی او دائر میشود و قاضی هم میدانند که انکارش ناحق است

و خوردن این مال برای او حرام است اما باید ملتفت بود که اگر بمقاد کسی حکمی از طرف قاضی صورت گرفت و آن شخص مستحق نبود دعوی او خاتمه نمی یابد تا وقتی که خداوند بین مدعی و مدعی علیه در

روز قیامت جمع کند و حق شخصی را که حقدار بوده از آن کسی که حق او را خورده بگیرد و به کسی که مستحق است بدهد .

خداوند متعال می فرماید (یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق ولا تتبع الهوی فیضلک عن سبیل الله) ترجمه :-

(ای داود ترا در روی زمین خلیفه ساختیم پس بین مردم به عدالت حکم کن و خواهشات نفسانی را پیروی منها تا ترا از راه حق منحرف نسازد) .

درینجا امر برای وجوب استطوری که نهی برای تحریم آمده است .

جامع الصغیر از رسول الله صلی الله علیه وسلم روایت کرده است که فرمودند: خداوند بر رشوت دهنده و رشوت خورنده هردو لعنت می کند: مطالبی که در کتب فقه در مورد حلال و حرام ذکر شده بطور خلاصه عرض میشود .

مدارک حلال ازین چیزها بیرون نیست یا به اختیار مالک داخل ملک اوشده و یا بدون اختیارش بجمع دارائی اوشده است آنچه بدون اختیار داخل ملکیت شخص میشود میراث و مانند آن است و آنچه به اختیار مالک به ملکش داخل میشود یا از مالک دیگری گرفته نمی شود همانند معادن . یا از مالک دیگری بدست این مالک می افتد و این نیز از دو حال بیرون نیست یا قهرا بدست این شخص می افتد و یا برضایت مالک سابقه بدست مالک جدید می افتد و آنچه قهرا بدست شخصی می آید یا بواسطه اینست که مسئولیت مالکیت از مالک سابقه زائل میشود مانند اموال غنیمت و یا بواسطه اینکه مستحق گرفتن آن مال هست مانند گرفتن زکوة از آنها بیکه از پرداخت آن امتناع می ورزند و مانند پول قیمت آن مصارفی که بر بعضی اشخاص قرض است .

گفتیم یا بروی رضایت مالکی به ملک شخصی در می آید این ملک با عوض بدست مالک می آید مانند خرید و فروش و مهر و مویز دوری و یا بدون عوض بملک شخصی داخل میشود مانند بخشش گدا انواع ملکیت به شش قسم رسید.

اول آنچه از مالکی گرفته نمیشود مانند اینکه از معادن چیزی بدست کسی می آید و یا زمین را از نو احیاء میکند و یا شکاری بدست شکارچی می افتد و یا از زمین های بی صاحب چوب بدست می آورد و از جوی ها آبیاری میکند و یا بونه می چیند این ها همه حلال است بشرطیکه این چیزها به منظور شخصی که دارای مصونیت حقوقی باشد متعلق نگردیده باشد .

آن مالکی که بصورت قهر و غلبه از تصرف کسی که مصونیت حقوقی او زائل شده بدست کسی آمده باشد این عبارت است از مال غنیمت و آنچه که از طرف کفاری که با مادر حال جنگ هستند بدست می آوریم این برای مسلمانها حلال است اگر خمس آنها از آن جدا کرده باشند

و در بین مستحقین آنرا به عدالت تقسیم کرده باشند و از آن کسی نباشد که بوسیله عهد و امان مصونیت حاصل کرده است .

آن ملکی که بصورت قهرو غلبه بر روی استحقاق بدست کسی می آید از کسیکه از ادای حق امتناع می ورزد لذا بدون رضایت او از او گرفته میشود این نیز حلال است بشرطیکه سبب استحقاق تمام باشد و سبب مستحق بودن گیرنده تمام باشد و هم زیاد تر از اندازه استحقاق گرفته نشود .

آن ملکی که بصورت رضایت از شخصی بقسم معاوضه گرفته میشود این در صورتی است که شروط طرفین مبادله و شروط ما لهای مورد مبادله رعایت شده باشد و لفظ ایجاب و قبول که شرط بیع است نیز مراعات شده باشد و در عین حال از شروط طیکه مفسد عقد است خود داری بعمل آمده باشد .

آن مالی که بر ضایعیت و بدون عوض بملک انسان داخل میشود مثل اینکه کسی برای انسان چیزی می بخشد و یا خیرات میدهد در آن به میراث برها و غیره ضری وارد نمیشود .

آن مالی که بر ضایعیت و اختیار کسی بملک او داخل میشود مانند میراث این در صورتی است که متوفی مال را بیکی از وجوه حلال و مشروع پنجگانه که ذکر شد بدست آورده باشد و بعد از ادای دین و نفاذ وصیت متوفی به میراث برها رسیده باشد و در قسمت نیز عدالت رعایت شده باشد و از آن زکات و حج و کفاره در صورت وجوب ادا شده باشد .

این است راه های درآمد حلال بنا بر این اگر از دیگر راهی پولی بدست کسی می آید حرام بوده خوردن آن جواز ندارد . همچنین اگر پول از راه حلال یعنی بیکی از راه های که گفتیم بدست آمد اما در راه های غیر مشروع صرف شد ما نند اینکه به شراب یا به آلات لهو یا زنا و یا کواحت و یا قمار و یا اسراف حرام بمصرف رسید تمام اینها تحت این فرمایش خداوند فرموده است :

ولا تأکلو اموالکم بینکم بالباطل (داخل است اگر شخصی وظیفه قضا را بر شمت بدست آورد که پول را به آن کسی که او را مقرر کرده است

داد و یا به مردم داد تا او را به اینکار انتخاب کردند و او به این موضوع اطلاع داشت در کتب و بعضی کتب دیگر تذکر یافته که او قاضی شمرده نمی شود و حکمش صحیح نیست و این مطلب بصحت رسیده است. اما اگر به رشوت حکم کرد در آن اختلاف است بعضی گفته اند در آن موضوعی که از آن رشوت گرفته حکم او نافذ نیست و در غیر آن حکمش نافذ است این نظر را شمس الایمه داده است بعضی گفته اند اگر قاضی رشوت گرفت حکمش در آن دعوی ای که از آن رشوت گرفته و هم در غیر آن صحیح نیست و فتح القدیر این قول را ترجیح داده است، زیرا نهایت امر اینست که رشوت درین چیزی که بحق حکم کرده فسق او را ایجاد می کند و تحقیق اینست که فسق عزل را موجب نمی شود، پس ولایت او باقی است و حکمش هم بحق است چه دلیلی موجود است که حکم او نافذ نگردد؟ مخصوصاً درین زمان که به حکم قاضی باید اعتماد شود ورنه همه احکام قضائی که امروز واقع میشود باید باطل پنداشته شود (۱) این مسئله به تفصیل در فتح القدیر تذکر یافته است.

ماده ۱۷۹۷ : -

### قاضی به صورت قطعی به مهمانی یکی از طرفین دعوی اشتراک نمی کند .

خصوصاً بصورت مطلق منافی اشتراک قاضی به مهمانی میباشد خواه بین میزبان و قاضی روا بطخویشا وندی باشد و یا نباشد خواه پیش از عهده داری قضاء بین شان رفاقت بوده و خواه نبوده خواه این دعوت عامه باشد و خواه دعوت خصوصاً ازین است که بصورت قطعی حکم به عدم اشتراک قاضی در دعوتها شده زیرا اشتراک در دعوت یکی از طرفین دعوی هم برای قاضی محل تهمت است و هم سبب دلشکستگی طرف مقابل مهمانندار میشود اما در دعوت های غیر متخاصمین اگر عمومی باشد قاضی اشتراک کرده می تواند زیرا اشتراک درین محافل سبب تهمتی نمی شود بصورت عملی. عملاً هم به این مطلب

(۱) ظاهراً مطلب فوق به نظری که شمس الایمه داد است. دلیل

میشود .

اما در دعوت‌های خصوصی چون محل تهمت است باید قاضی اشتراك نكند زیرا قاضی حق ندا رد از مال مردم بدون بدل استفاده‌كند دعوت عمومی را اینطور تفریق کرده می‌توانیم كه میزبان مهمانی ترتیب می‌دهد خواه قاضی بیايد و خواه نیاید و دعوت خصوصی آنست كه تا قاضی اشتراك نكند انعقاد نمی‌یابد این مطلب در هدایه نیز تذکر یافته است قاضی ابوعلی نسفی تذکر داده است كه دعوت عامه مثل عروسی ختنه سوری (سنتی) است و غیر از آن همه دعوت‌ها به جمع خصوصی می‌رود، فتح‌القدر این نظر را ترجیح داده است وی افزوده است عادت بر این شده است كه دعوت عامه همین دو دعوت باشد بسیار می‌شود كه يك عمر می‌گذرد و کسی دعوت عمومی بدون سابقه جز به همین دو مقصد برپا نمی‌كند و اگر به این دو نسام نباشد البته این دعوت برای جمعیت خاص است، از طرفی این تقسیم قاطع تراست زیرا اینکه اگر قاضی حاضر نشود دعوت برپا میشود یا نمی‌شود پوشیده است هر چند قرآنی برای این مطلب هو جود است اما آنقدر واضح نیست.

درین موضوع فقط عادت و رواج می‌تواند فرق گذار بین دعوت‌های خصوصی و عمومی باشد و رواج همان است كه نسفی تذکر داده است.

بحر الرائق این تقسیم نسفی را مستوعب (در بر گیرنده) نمی‌داند وی می‌گوید عقیقه و مهمانی حاجی‌ها كه از سفر می‌آیند و هم در زمان مامهمانی اعیاد از مهمانی‌های عمومی به حساب می‌رود لذا گفته صاحب هدایه درین مورد قابل اعتماد می‌باشد، در سراج الوهاج این نظر را اصح گفته است الی آخره این مطلب را شمس‌الایه سر خسی نیز ترجیح داده است.

به نظر من نیز قول صاحب هدایه ترجیح دارد بدلیل اینکه در مملکت ما به نام افطار در ماه رمضان و هم به آمین يك دوست از سفر و یا به واسطه مقرر شدن يك همكار دعوت‌های برپا میشود كه میزبان دوستان خویش را جمع می‌كنند این دعوت‌ها برای قاضی نیست اما قاضی در دو مورد می‌تواند دعوت خصوصی را هم اجابت كند یکی دعوت اقوامی را كه شرعاً عامحرم قاضی باشند و دیگری دعوت خصوصی آن کسی را كه قبل از قضاوت نیز می‌پذیرفته است، این هم در صورتی است كه این اشخاص دعوی نزد قاضی نداشته باشند و هم از قدر عادت همیشه‌گی زیاد نكرده باشند، اگر



قاضی دوستی داشت که قبل از قضاوت او را در همراه یک دفعه دعوت می کرد و بعد از قضاوت در هر هفته یکبار دعوت می کرد دعوت او را نپذیرد و هم اگر رفیق او در دعوت و تشریح های دوره قضاوت نسبت به دعوت های قبل از قضاوت تکلیف بیشتری می کشید این قسم دعوت را هم قاضی قبول نکند، مگر اینکه مال رفیق قاضی زیاد شده باشد در این صورت به اندازه زیادت مالش جواز دارد تکلیف در دعوت ویا تکرار در دعوت مورد قبول واقع شود، (بحر الرایق) به روایت از تمار خانیه .

مطالیه که تذکر یافت در باره ضیافت بود اما در جنازه و عیادت مریض قاضی هم به حیث یک مسلمان مکلف است حضور بهم رساند در حدیث مبارکی که توصیه شده است مسلمان بر مسلمان حق دارد وقتی او را دعوت می کند باید دعوتش را اجابت کند و وقتی مریض میشود او را عیادت کند و وقتی بمیرد جنازه او را مشایعت کند و وقتی با او روبرو میشود او را سلام بدهد و وقتی از او نصیحت خواست او را نصیحت کند و وقتی عطسه زد باو یرحمک الله بنویسد این حقوق در حال قضاء ساقط نمی شود اما در خانه مریض زیاد نشینید و در صورتی به عیادتش حاضر شود که مریض دعوی نزدا نداشته باشد .

برای قاضی ما نمی نیست که مهمانی کند اما یکی از طرفین دعوی را به تنهایی باید دعوت ندهد زیرا حضرت رسول (ص) ازین کار نهی کرده اند و هم ازین سبب که محل تهمت است (عنایه در فتح القدر) تذکر یافته شخصی به خانه علی (رض) آمد علی (رض) او را دعوت دادند ، وقتی شروع به عرض دعوی خود کرد فرمودند خانه مرا ترک گوئید زیرا رسول الله (ص) ما را منع کرده اند از اینکه تنها یک نفر از طرفین دعوی را دعوت بدهیم مگر آنکه طرف مقابلش نیز حضور داشته باشد .

ماده (۱۷۹۸)

قاضی باید هیچ حرکت و وضعی نکند که باعث تهمت و بدگمانی شود مثل اینکه یکی از طرفین دعوی را بخانه خود بپذیرد و یا با او در مجلس خلوت کند و یا بچشم و دست و سروا بر و بطرف یکی از طرفین دعوی اشارت

کند و یا آهسته حرف زند و یا با او به زبانی که دیگران به آن نفهمند صحبت کند .

در عبارت فوق تذکر یافت که قاضی هیچ وضع و حرکتی نکند که باعث تهمت و بدگمانی شود یعنی از همه کارهای که چنین شبهه وارد کند باید خودداری ورزد ، چون این کارها تحت حصر نمی آید مطلب را ذریعۀ دو مثال ذیل توضیح کرده است .

(مثال اینکه یکی از طرفین دعوی را بخانه خود بپذیرد و یا در مجلس با او خلوت کند) خواه در مجلس قضا این کار صورت گیرد و خواه در غیر آن .

گفتیم در مجلس با او خلوت نکند ما را از بیان اینکه یکی از طرفین دعوی را به خانه خود بپذیرد بی نیاز می سازد زیرا به خانه پذیرفتن یکی از طرفین دعوی بیشتر تهمت را جلب می کند لذا وقتی مجلس با او جواز ندارد خواستن او به خانه از طرف قاضی بیشتر قابل اجتناب است .

اصل درین موضوع بیانی است که جامع الصغیر از عبدالله پسر عدی جرجانی نقل قول کرده که محمد بن رسول الله (ص) می فرمایند وقتی یکی از شما به عهده قضا در بین مسلمانان مقرر شد ، پسوی در حالیکه غضب آلود است حکم نکند و باید در بین مردم در اشاره مساوات کند (لفظ مسلمان که در حدیث یاد شده به واسطه اصالت است ورنه اگر دو نفر غیر دین هم دعوی خود را به او پیش می کنند باید عدالت ورزد ، مساوات در مجلس اینست که یکی را از دیگر بلندتر ننشاند و مساوات در اشاره اینست که به سوی یکی اشارت نکند در حالیکه آن دیگر را محروم گذارد در اینجا امر برای و جوب است و لفظ حدیث این بیان صاحب مجله را شامل است که تذکر داده است و به چشم و سر و دست به سوی یکی اشاره نکند .

درین عبارت خنده را بسوی یکی از طرفین دعوی نیز شامل میشود زیرا وقتی قاضی بروی یکی از طرفین دعوی خندید او را در مقابل خصمش جرئت میدهد ، و به طریق اولی بر خواستن قاضی را به جلو یکی از طرفین نیز دربرمی گیرد . صاحب مجله گفت : .

(همچنین باید بایکی از طرفین دعوی به آهسته گی حرف نزند).  
 زیرا این کار باعث دلشکسته گی طرف مقابل میشود و این عبارت  
 افاده آن جمله رامی کند که در بیان عمر فاروق (رض) آمده بود ایشان  
 برای ابو موسای اشعری فرموده بودند: «بین مردم در روی خود در  
 عدالت خود و در مجلس خود مساوات کن».

همچنین صاحب مجله الاحکام گفته است (قاضی بایکی از طرفین  
 دعوی به آن زبانی صحبت نکند که طرف مقابل آن را نداند).

همه این کارها به تهمت منجر میشود اینست توضیحی که درین مورد  
 باید گفته آید، امام بخاری «رض» در بحث ادب از عبدالله (رض) روایت  
 می کند که رسول الله (ص) فرموده (وقتی سه نفر در یکجا بودند دونفر  
 شان باهم سرگوشی نکنند) که نفر سوم از آن محروم باشد و قتی سر  
 گوشی دونفر نزد شخص سوم شرعا ناخوش آیند باشد درباره سرگوشی  
 کردن قاضی بایکی از طرفین دعوی چه نظر خواهید داشت؟ هدایه  
 تذکر داده است (قاضی با یکی از طرفین دعوی سرگوشی نکند  
 و هم دلایل او را به او تلقین ننماید یعنی بایکی از خصمین به و سیله  
 تلقین دلایلش معاونت نکند) از امام ابو یوسف (رح) روایت شده که به  
 این باکی نیست (درالاجتناب عینی) تعبیر به (باکی نیست) دلالت بر  
 ضعف این روایت می کند درالاجتناب نیز این روایت را صحیح دانسته  
 در کتاب بحرالرائق از خانبه تذکر یافته اگر قاضی دو نفر را موظف  
 ساخت تا برای یکی از طرفین دعوی دعویش را تعلیم دهند مخصوصا  
 به نظر امام ابو یوسف باین باکی نیست بلی چون ساحه قضا و تاجرو  
 یوسف (رح) بسیار وسیع بود این رو در مورد قضا تجربه کافی  
 اندوخته بود و عملا به موضوعات قضائی بیشتر وارد بود، به نظر  
 من هم این کار مخصوصا بآن طور شخصی که خودش بیسواد و بی  
 تجربه باشد و دعوی خود را عرض کرده نتواند و طرف مقابلش حيله  
 گر و دعوی جلاب باشد کار نیکی است اما تلقین شاهد به این ترتیب  
 که قاضی به شاهد چیزهای بگوید که به شهادتش تعلق داشته باشد  
 مثل اینکه به شاهد بگوید آیا اینطور شهادت میدهی و اینطور شهادت  
 میدهی این کار شرعا خوش آیند نیست زیرا این بایکی از طرفین  
 دعوی معاونت است مانند تلقین یکی از طرفین دعوی که در اول  
 ابو یوسف هم این کار را نادرست میدانست و بعد ازین

رجوع کرد و تلقین رابه آن کسی که هیبت مجلس قضا براو چیره شده و او را به حیرت انداخته است و ازین رو بعضی از شروط شهادت را ترك کرده درین حال قاضی با او همکاری کرده می پرسد آیا این طور شهادت میدهی ؟ جواز داده است البته این جواز در جای است که تهمتی متوجه قاضی نشود .

اما در جائیکه تهمت متوجه قاضی میشود به این ترتیب که مدعی بیکهزار و پنچصد افغانی دعوی می کند و مدعی علیه پنچصد افغانی را منکر میشود و شاهد به هزار افغانی شهادت میدهد درین حال قاضی او راتلقین کرده می گوید احتمال دارد مدعی ، مدعی علیه را از پنچصد افغانی ابراء داده باشد و شاهد ازین گفته قاضی استفاده می کند پس شهادت خود را بادعوی مدعی موافق می سازد طوریکه قاضی موافقت داده است اینکار به اتفاق علما جواز ندارد مثلیکه تلقین یکی از طرفین دعوی جوا زنده را در مسبو ط تذکر یافته که آنچه امام ها ( ابو حنیفه و امام محمد ) گفته اند عزیمت است ( عزیمت مقابل رخصت استعمال میشود و اصل عزیمت است و در صورتیکه انجام دادن عزیمت دشوار باشد رخصت داده میشود زیرا قاضی از آن کاری که به تهمت می کشاند ممنوع است و تلقین شاهد ازین خالی نیست و قول ابو یوسف (رح) رخصت است زیرا وی قاضی بوده و دیده که در بسا اوقات شاهد تحت تاثیر هیبت مجلس قضا در آمده و در ادای شهادت حصر شده و به این ترتیب حق ضایع گردیده است لذا درین صورت تلقین قاضی به شاهد در حقیقت برای احیای حق است ، همچنین همکاران قاضی یعنی محرر ها و ملازمین از آهسته صحبت کردن با یکی از طرفین دعوی باید جلوگیری شوند ، ومن الله التوفیق .

ماده ۱۷۹۹ : -

قاضی به عدالت بین طرفین دعوی ما مور است بنا بر آن لازم است که عدالت و مساوات را بین طرفین دعوی دران اموری که به مجلس قضائی مربوط است رعایت کند مانند نشان دادن طرفین دعوی در مجلس و نظر کردن بسوی شان و هم مخاطب ساختن شان . اگر

چه یکی از ایشبان از اشراف وان دیگر از مردم عادی باشد .

عدل از آن مصالح علیای است که دنیا و دین به آن مبتنی است و به وسیله آن دارائی آبرو خون و نا موس مردم حفظ میشود و به وسیله آن فساد قلع گردیده احوال فردی اجتماعی و بین المللی جهان بشریت را انتظام می بخشد ، آیات قرآنی و واحادیث نبوی به تر غیب عدالت مشحون بوده مردم را به در آمله ن از دروازه آن رهنمائی کرده است لذا بر کسیکه در بین مردم عهده داروظیفه قضا میشود لازم است که به لباس زیننده عدالت ملبس بوده باین مطلب ملتفت باشد که عذاب خداوند شدید است (وما یلفظ من قول الا لیه رقیب عتید) تر جمه انسان هیچ لفظی بر زبان نمی آورد مگر اینکه با او دو مراقبت کننده آماده است) و باید از حساب و برشش در آن روزی که عمل انسان را او عرضه میشود فراموش نکند (ومن یعمل مثقال ذره خیرا یره و من یعمل مثقال ذره شریره) کسیکه به اندازه يك مثقال نیکو کاری کند (جزای آنرا می بیند و هم کسیکه به اندازه يك مثقال کار نا شایسته انجام دهد (جزای آنرا می بیند .

بایست قاضی به نیکو کاران گذشته اقتداور زدو کیفیت روش و عدالت و باز گشت شان را بسوی خدا در یابد .

روایت شده که یهودی از علی (رض) به عمر (رض) شکایت کرد و طوریکه میدانید علی (رض) پسر کاکا و داماد رسول الله (ص) بوده یکی از کاندید های خلافت بود عمر (رض) روی به علی (رض) آورد گفت ای ابوالحسن بر خیز به پهلوی خصم خود ایستاده شو. علی (رض) در حالیکه آنها را حتی به چهره اش نما یان شد رفت و پهلوی آن یهودی ایستاد و قتی دعوی شان فیصله شد عمر (رض) از علی (رض) پرسید آیا از این که گفتم برخیز و به پهلوی خصمت ایستاده شو نا راحت شدی؟ علی (رض) گفت نه ، اما از اینکه مرا

به کنیه ام یاد کردی (وقتی کسی را به اسم بجه اش یاد کنند در عربی این را کنیه می گویند) متا ترشدم زیرا تو رعایت مساوات را بین من و یهودی نکردی و مرا به اسم من یاد کرده به کنیتم یاد کردی که دلالت بر تعظیم می کند ، درین موضوع مکتوبی که عمر (رض) عنوانی ابو موسای اشعری نوشته اند برای يك قاضی در رهنما ئی عدالت

و مساوات کافی است .

بعد از آن باید متذکر شد که این ماده و جوب عدل را در معاملات متعلق به محاکمه طرفین دعوی قبل از حکم قضائی در بر دارد و این مقدمه حکم است آیا در باره اصل حکم چه فکر خواهید کرد؟ باید مطالب ایات ثلاثه را که درین مورد تا زل شده از نظر دور ندرید .

(ومن لم يحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون ومن لم يحکم بما انزل الله فاولئك هم الظالمون، لم يحکم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون).

ترجمه : کسیکه مطابق به آنچه خدا نازل کرده حکم نکند پس ایشان کافرانند ، کسیکه به آنچه خدا نازل کرده حکم نکند پس ایشان ظالم اند کسیکه مطابق به آنچه خدا نازل کرده حکم نکند پس ایشان فاسق اند . در فتح القدر تذکر یافته ، وقتی طرفین دعوی به حضور قاضی رسیدند شایسته است که به او سلام نکنند و اگر سلام کردند بر قاضی رد سلام شان واجب نیست اگر سلام شان را جواب داد فقط بگوید وعلیکم همچنین لازم است بپای کسی که نا فی صلاحیت مفتی و هم به فهم او اعتماد داشته به وارد بودن او به سنت و آثار و اصول فقه و ثوق داشته باشند (تنویر) .

اما چون درین عصر اجتهاد دشوار است لذا رسیدن به این درجه در عهده داری قضا شرط اولویت به حساب می رود .

باید متذکر شد که برای قاضی شایسته است که در فتوای خویش دلیل حکم قضائی و ماخذ آن را تا جایکه میسر است ذکر کند و اگر حکم نا ما نوس بود مفتی آن مطالبی را که تجویز این فتوی را کرده به حیث تهداب و اساس حکم پیش از حکم باآوری کند بعضی از مفتی ها از فتوی دادن گرچه به حق مقرون باشد هم برای اینکه با مقصد سوال کننده موافق نیست خود داری می ورزند و بعضی از مفتی ها فتوی گیرنده را به آن مفتی و یا آن مذهبی رهنمائی می کنند که با هدفش موافق است این کار مطلقا جواز ندارد بلکه به مسئله نظر میشود اگر ازین مسایل بود که نص صریحی از کتاب خدا و یا سنت رسول در آن مورد موجود بود هر چند به مقصد فتوی گیرنده موافقت نداشته باشد مفتی نمیتواند از فتوی بواسطه اینکه با هدف فتوی گیرنده موافق نیست صرف نظر کند اگر مسئله مورد بحث از آن مسایلی بود که درباره آن اجتهاد ها و قیاس

های متعددی صورت گرفته بود اگر پیش مفتی کدام يك از این اجتهادها ترجیح نیافته بود نمیتواند بواسطه هدف سوال کننده یکی از آنها را ترجیح دهد ، اگر یکی از این اقوال نزد او ترجیح یافت بآن فتوی دهد زیرا سایل می خواهد در مسئله مورد نیاز خویش حکمی را که لازم گردانیده شده و یا برای او شرعا گنجایش داده شده بداند ، اگر مفتی آن حکم را میداند باید او را فتوی بدهد خواه باهدف سایل موافق بیفتد و خواه مخالف هدفش باشد همچنین اگر پیش مفتی آنطور مسئله آمد که برای ساقط گردانیدن حقوق یا حلال گردانیدن حرامی در آن ساخته کاری به عمل آمده بود برای او حرام است که سائل را به راه مطلوب او راهنمایی کرده و یا به حسب ظاهر به او آن طور فتوی بتوانی بدهد که او را به همان مقصد نادرستش پیوست گردانند ، بلکه مناسب است که مفتی به فریبکاری مردم ، بینا بوده احوالشانرا در یابد

بسیار مسایلی هست که ظاهر آن نیک بوده اما باطن آن با مکر و فریب توأم است و بسیار وقتها شخصی يك مطلب نادرست را به زبان و عبارت خود صحیح و درست جلوه میدهد و هم آنطور مسائلی وجود دارد که حق و صحیح است اما بواسطه سوء تعبیر و نارسائی افاده بصورت باطل جلوه می کند این مطلب برای آنهاست که از دانش بر خور دار اندروشن می باشد (الی آخره) این مطلب از اعلام الموقعین ابن قیم جوزی با اندک اختصار گرفته شده و با قواعد مذهبی نیز مخالفتی ندارد



## فصل سوم

### وظایف قاضی

ماده ۱۸۰۰ : -

قاضی از طرف پادشاه در اجراء محاکمه و اصدار حکم و کالت میکند .

اصلا قضا و اداره شئون آن باید از طرف پادشاه صورت گیرد زیرا هم او است که دارای امامت کبری می باشد و جمیع کسانی که مصروف خدمات اجتماعی هستند از وی وکالت می کنند مگر وکالت گاهی بدون واسطه می باشد مثل اینکه پادشاه برای (زید) بگوید توبه فیصله قضایای مردم از طرف من وکیل هستی و برای (مسعود) بگوید توبه حفظ امنیت مردم از طرف من وکیل هستی و به (سعید) بگوید تو به حفظ سرحدات مملکت از طرف من وکیل هستی و به دیگر بگوید تو به تنبیه و جزا دادن جنایت کارها از طرف من وکیل هستی و غیره طوریکه این مطلب در ماده (۱۴۵۹) صریحا تذکر یافته است ، گاهی این وکالت با واسطه است مانند اینکه پادشاه کاری را تقرر و عزل و تبدیل را به او تفویض کند ، پس آنکس که از طرف همین وکیل مقرر و یا معزول می شود در حقیقت از طرف پادشاه مقرر و معزول شده است نه از طرف وکیل ، این مطلب در ماده (۱۴۶۶) به صراحت تذکر یافته است .

در کتاب تنویر تذکر یافته است کسیکه از طرف پادشاه وکیل شد وکیل مذکور بدون اذن پادشاه برای خود وکیل گرفته نمی تواند و اگر شخصی باذن و یا تفویض پادشاه وکیل شد وکیل هم وکیل خود پادشاه است اگر موکلش بمیرد هم او از وکالت معزول نمی شود اما اگر پادشاه وفات یابد وکیل و وکیل و کیلش ازین جهت معزول نمی شوند که

پادشاه این اشخاص را برای شخص خود وکالت نمیدهد بلکه برای مصالح علیای مملکت این اشخاص را وظیفه میدهد هر چند در وکالت های عادی و قتی موکل فوت شد و کالت از بین می رود زیرا در کتاب هندیه تذکر یافته اگر خلیفه (پادشاه) و فات یافت ، قاضی ها و والیهای که مقرر کرده به حال خود باقی میمانند و این مانند وکالت دیگر نیست .

اینکه گفتیم و کیل پادشاه می تواند وکیل خود را معزول کند با اینکه و کیل وکیل پادشاه هم وکیل خود پادشاه است به دلیل اینکه همینکه پادشاه برای وکیل خود مقرر کردن و کیل را تجویز کرد در ضمن آن به برطرفی و عزل او نیز اجازه داده است به ماده (۱۸۰۵) مراجعه فرمایند ازینکه قاضی و کیل پادشاه است دانسته می شود که قضاء ما نند وکالت است یعنی جواز دارد که مطلق باشد و جواز دارد که به شرطی معلق گردد و یا به و قتی موقت شود به ماده (۱۴۵۶) مراجعه شود و هم جواز دارد که پادشاه او را معزول کند خواه موجب داشته باشد ما نند اینکه قاضی فاسق شود رشوت بگیرد و یا ظلم کند و یا بدون موجب باشد و طوریکه در ماده (۱۵۲۱) تذکر یافته قاضی هم می تواند استعفا کند اما مجرد استعفا انفصال او را از حکم قضا موجب نمیشود تا به پادشاه یا کسی که موظف به عزل و نصب قضات است این استعفا نرسد اگر پیش از وصول استعفایش به مقام مذکور کدام حکمی صادر کرد حکمش نافذ است در تنویر تذکر یافته و کیل می تواند خود را از وکالت معزول کند به شرط اینکه موکلش را آگاه بسازد همچنین اگر قاضی خود را معزول می کرد و یا والی خود را معزول می کرد باید موضوع به پادشاه برسد اگر به پادشاه موضوع نرسید این اشخاص معزول شمرده نمی شوند .

ماده ۱۸۰۱ : -

قضاء به وقت و جای و بعضی خصوصیات دیگر مقید و خاص میشود . یعنی قاضی که به حکم در یکسال

معین مامور میشود فقط در ظرف همان سال حکم او نافذ است قبل از حلول همان سال و بعد از تیر شدن همان سال حکم او نافذ نیست و قاضی که بحکم در یک موضوع خاص مامور شده باشد در دیگر موضوعات

حکم او نافذ نیست و قاضی که بیک محکمه معین مامور شده حکم او در دیگر محاکم نافذ نیست همچنین اگر فرمان پادشاهی مبنی بر اینکه دعوی فلانی در فلان محکمه شنیده نشود برای مصلحت حال مردم

صادر شد قاضی نمیتواند آن دعوی را بشنود و یا در خصوص آن حکمی صادر کند. همچنین اگر قاضی موظف شد که بعضی از دعاوی همان محکمه را بشنود برای او جواز ندارد و رای مسائلی که به او سپرده شده بشنود و یا در آن مورد حکمی صادر کند. همچنین اگر

فرمان پادشاهی مبنی بر عمل به رای یکی از علمای مجتهد درباره یک موضوع خاص به نسبت اینکه رای

وی مناسب تر و به مصلحت عصر نزدیک تر است صادر شد قاضی نمیتواند برای مجتهد دیگری که منافق با

رای آن مجتهد است حکم کند و اگر حکم کرد حکمش نافذ نیست.

درماده متقدم ذکر شد که قاضی وکیل پادشاه است، و وکالت هم منجز (بدون تعلیق) شده میتواند هم معاق شده می تواند و هم مطلق و هم مقید ازین رو صاحب مجله گفته است :-

قضا به زمان ، مکان ، استثنا و بعضی خصوصیات مقید و خاص شده می تواند ) استثنا به این ترتیب که به بعضی موضوعات حکم نکند و یا بین بعضی از اشخاص قضاوت ننماید .

باید ملتفت بود گرچه این چیزها ظاهراً متعدد است مگر در واقع همه این مطالب به یک معنی (واحد) مقید میشوند یعنی عمل قاضی مقید است به آنچه شرط شده و در آن موضوعاتی که خارج حوزه اقتدار او تعیین شده حکم او نفاذ ندارد . لذا در عبارت مذکور که لفظ مقید و لفظ خاص هر دو ذکر شده عطف تفسیر بوده که کلمه اول (مقید) مؤید کلمه دوم (خاص) می باشد و ذکر یکی از این دو کلمه سه از ذکر کلمه دیگر بی نیازی می بخشد . زیرا مقید بچیزی بجهت آن چیز خاص است لذا حکم بهمان چیز نفاذ داشته و به ورا آن نفاذ ندارد همچنین در جمله که بعد از آن همیشه در وقت پادشاه به قاضی امر کند که به رای یک مجتهد معین حکم کند و حکم او را به رای همان مجتهد خاص بسازد حکم قاضی به رای همان مجتهد مقید شده برای قاضی جواز ندارد که بخلاف آن حکم کند) بطور مثال قاضی که با حکم قضا در مدت یک سال تفویض شد خاص در همان سال حکم کرده می تواند و پیش از حلول آن سال حکم کرده نمی تواند .

بدلیل اینکه تعیین او به وظیفه قضا به اول سال آینده مفوض شده لذا پیش از حلول سال نو قاضی محسوب نمی شود همچنین بعد از گذشتن همان سال به حیث قاضی محسوب نمی شود ) زیرا به گذشته همان سال معزول شمرده میشود لذا حکم او بعد از انقضای همان سال نافذ نیست .

اما اگر قضاوت او به حلول سال نو مفوض شد و برای قضاوت او انتهای تعیین نگردید تا وقتی که معزول نشود حکم او نافذ است در حکومت عثمانی ها (ترکهای عثمانی) نیز عادت برین بوده است ، حکمش هم اینست که وظیفه قضا از دیرباز به شخصیت های برازنده و دانشمندان در چه اول مملکت که در رشته های علمی بصورت دوام دار و مشغول تشریح و تدریس علوم بوده اند سپرده میشده است در کتاب هندیه

تذکر یافته است (پادشاه و وظیفه دارنده حال قاضی ها متوجه بوده و به آن قاضی که يك ساله وظیفه قضا را انجام داده بگوید : تو عهده را بدرستی انجام دادی اما من می ترسم مبادا از پیشرفت علوم و مطالب ارزنده علمی دور بما نی بروو به تدریس مشغول شوو بعد از اینکه مطالب علمی برای تو تجدید شد دوباره ترابه وظیفه قضا خواهم گماشت ، در نهایت نیز این مطلب تذکر یافته است ) .

شاید هم دوام دادن يك عالم به وظیفه قضا تنها رشته فقه را پیش برداماد دیگر علوم باعث پسمانی و عدم انکشاف میگردد لذا برای اینکه در انکشاف و احیای سایر علوم نیز توجه جدی بعمل آمده باشد در حرمین شریف (مکه معظمه و مدینه منوره) مدت عهده داری يك قاضی فقط يك سال تعیین شده بود بعد از انقضای این مدت قاضی به تدریس علوم اشتغال می ورزید .

آری روش همچنین بود تا اینکه در حدود نیم قرن پیش و ضع دیگر تون شد و به همین منظور در آستانه برای قضات مکتبی تاسیس یافت که فارغان آن برای اشتغال امور قضائی اختصاص یافته بودند ولی از آن مکتب لایق و نالایق (عش و سمن) به حیث فارغ التحصیل رشته قضا به جامعه تقدیم می شدو علاوه بر این بسیاری از مردم نا دان بیسواد) بو سیله رو داری و یا رشوت به این رشته منسلک شدند ، بعد از این گوشه بر این مبدول میشد که عهده قضا مو قت باشد ، دلیلش هم این بود که قاضی القضاة که در آن وقت به نام شیخ الاسلام یاد میشد و کسانی که با او در تقرر و عزل و نصب قضات همکاری داشتند این قاعده (قضاء مو فت بوقت) را که در آن عصر بزرگترین گناه بود و در دوره های پیشتر از جمله کار های مفید و خیر حساب می شد از دل و جان تعقیب می کردند زیرا تبدیل قضات و زود به سر رسیدن عهده داری قضا و کثرت مرا جعین بدر وازه های خانه های شان منافع بزرگ و تحفه های بیکران و بهر ه بر داری زیادی را از هر گوشه و کنار مملکت در برداشت ، این ها هیچ قاضی را تعیین نمی کردند مگر آنکه از او پول معینی می گرفتند و این پول را هم به نام مصارف سفریه و کرایه می گرفتند (خو شبختانه) این دوران با مردم آن گلشت و از آن جز رویای باقی نماند) از این قاضی ها بدبخت تری را نمی توان سراغ

کرد این بیچاره ها روزی عمارت خود را به (جنوی) و روزی به (عقیق) (۱) می ساختند و ایشان از راه های دور دسته دسته می آمدند و (با جیب های پر، به خانه شیخ الا سلام داخل می شدند و (با جیب های خالی) از آنجا بیرون می شدند .

بنا به این اساس اگر پادشاه قاضی را یکروزه به وظیفه قضاء بگمارد به همان یکروز موقت شده می تواند ، (هندیه) .

صاحب مجله تقیید قضا را به مکان به این جمله افاده کرده است .  
 (همچنین قاضی که به یک قضا معین موظف شده باشد بجهت اطراف آن قضا حکم کرده می تواند) ازین گفته چنین برمی آید که شهر بودن برای نفاذ حکم قضاء شرط نمی باشد این از روایات نادره است که مجله نیز از آن پیروی کرده است قاضی می تواند در یک دیوبند که از مر بوطات قلمرو قضائی او است نیز حکم صادر کند بنا به روایت ظاهرالروایه شهر بودن برای نفاذ قضا شرط است اگر پادشاه شخصی را به قضاء فلان ولسوالی موظف کند به تمام سناحه که آن ولسوالی احتوی دارد حکم کرده نمی تواند تا حکم برای او در آن ولسوالی و مربوطات آن تفویض نشده باشد (هندیه) لذا قاضی شام (۲) به حلب و توابع آن وهم بمنطقه حمص و توابع آن حکم کرده نمیتواند .

در بیان فوق تذکر یافت ( قاضی که موظف به صدور حکم در یک محکمه معین است ) یعنی در یک جای مخصوص و یک ولسوالی معین بوده و پادشاه او را موظف ساخته بود که به دیگر جای حکم نکند خاص در همان محکمه حکم کرده می تواند و صلاحیت حکم را در جای دیگر ندارد ) .

در کتاب هندیه تذکر یافته وقتی پادشاه قاضی را به جای معین مقید ساخت به همان جای حکم او مقید می شود ازین رو اگر قاضی

(۱) جنوی و عقیق نام دو جای است و در عربی کنایه از بعد و دوری است در ادبیات دری ازین مفهوم به مشرق و مغرب افاده میشود .

(۲) در اینجا منظور مثال آورده می شود، قاضی شکر دره به مربوطات ولسوالی بگرام وهم به قریه دولت شاهی حکم کرده نمی تواند «منرجم»

نیابت نائب خویش را بیک مسجد معین کرد نائب او نمی تواند و رای آن مسجد در جای دیگری حکم کند اما درین عصر قضا به این قسم تقییدات عاداتا مقید نمی شود (همچنین اگر فرمان پادشاهی در باره عدم سمع دعوی که بر یک شخص معین صورت می گیرد صادر شود برای رعایت مصلحت عامه چون پادشاه موظف است که دروازه ه فریب کاری و دعوی جلبی ها را به بندد قاضی نمی تواند آن دعوی را بشنود و نه هم می تواند در آن باره حکمی صادر نماید .)

اینکه بعضی از امور مورد استثناء قرار می گیرد که در آن باره دعوی شنیده نمی شود این هم از جمله تقیید قضا است یعنی قاضی در آن مورد قاضی نیست زیرا او را پادشاه از صدور حکم در آن مورد ممانعت کرده است اگر آن دعوی پیش او دایر شد او حکمی صادر کرد حکمش مدار اعتبار نیست .

این خصوصیت ها (استثنائات) بدو قسم اند :

یکی آنکه در مورد عموم مردم مدار اعتبار قرار داده میشود، و ازین جمله است آنچه در ماده (۱۶۶۰) و مواد متعاقبه آن تذکر یافت آن دعاوی که مدتی بر آن گذشته به صورت عموم شنیدن آن جواز ندارد خواه مدعی به گذشتن وقت دعوی را دفع کند و خواه سکوت کند قاضی باید آنرا رد کند مگر اینکه بروی اقرار صورت گرفته باشد از اینست که اگر قرضدار مال خود را برای فرار از ادای قرض وقف کرد اگر در حال صحتش هم باشد قاضی ها از سچل کردن این وقف ممنوع هستند که به فرمان پادشاهی شنیدن این قسم وقف ممنوع قرار داده شده است .

اگر قرضدار به همین مقصد مال خود را وقف کرد و دارائی دیگری هم نداشت که تلافی قرضهای او را بکند و قرض خواهان به قاضی مراجعه کردند و وقف کردن او باطل می شود .

ازینست که (در سوریه) به موجب فرمان پادشاهی قاضی ها آن دعوی را شنیده نمی توانند که بعد از فراغ (تسلیم شدن) مال مدعی در املاک شخصی و اموال وقف صورت گرفته باشد مثلاً بدو اجازه به دلیل اینکه شاید فراغ (تسلیم شدن و قبض کردن) بروی زمانه سازی و به قسم مصلحتی بصورت مستعار نامش در چسند شده باشد، اگر قاضی در آن مورد



دعوی را بشنود و یابه موجب شهادت شهود تزکیه شده  
و یا بموجب نکول حکمی صا در کند حکمش نافذ نیست .

همچنین به موجب فرمان پادشاهی مورخ ۲۶ ماه صفر ۱۲۷۸  
(در سوریه) آن دعوی که بعد از فراغ صورت می گیرد و با مندرجات  
سند مخالف است شنیده نمی شود و یا آن ملکی که به صورت نادرست  
وقف شده باین ترتیب که حاصلات یک قطعه زمین از طرف پادشاه برای  
مصلحت عامه و وقف شده است شنیده نمی شود ، به این دلیل که  
فراغ (تسلیم شدن) به طریق و فا (گروی) بوده نه قطعی ، همچنین  
اگر شخصی زمین خود را بدیگری بصورت مجانی تسلیم می کند بعد از  
آن تسلیم کننده ادعا می کند که زمین خود را به این شرط تسلیم کرده  
ام که تسلیم گیرنده مدت حیاتم خرج مرا بدهد و این شرط در سند  
مندرج نباشد چنین دعوی هم شنیده نمی شود طوری که اگر بعد از تسلیم  
کردن ادعا کرد که زمین را به قسم و فا (گروی) تسلیم کرده  
بودم و یا پیش از این تسلیمی او را کرده ام این قسم دعاوی شنیده نمی  
شود .

قسم دوم آنست که در عدم سماع دعوی خصوصیات شخصی  
موجود باشد مثل اینکه پادشاه قاضی را از شنیدن دعوی یک نفر مثلاً  
احمد ممنوع قرار داده باشد یا تا وقت معین شنیدن دعوی او را منع  
کرده باشد ، این چنین دعوی را قاضی شنیده نمی تواند اگر دعوی  
را شنید و در آن باره حکم صادر کرد آن حکم نافذ نیست  
همچنین اگر پادشاه فرمانی مبنی بر عدم نیابت مثلاً محمود صادر کرد  
قاضی منطقه محمود را نائب خود تعیین کرد این حکم قاضی نفاذ ندارد  
و حکمی که محمود صادر کرده مدار اعتبار شرعی نیست همچنین اگر پادشاه  
کسی را موظف ساخت که بین مسعود و سعید در یک مورد خاص  
حکمی صادر کند برای آن شخص جواز ندارد بین دو نفر دیگر حکمی  
صادر کند و هم بین آن دو نفر در غیر آن موضوعی که از طرف  
پادشاه معین شده حکمی صادر کرده نمی تواند .

نوت : درین شبهه نیست که حکم قاضی در آن موردی که بروی  
یک خصوصیت پادشاه آنرا مورد استثناء قرار داده نافذ نیست زیرا

قاضی در حکم بر آن مجاز نیست بدلیل اینکه قاضی از پادشاه نیابت می‌کند اما باید درین تخصیص رعایت مصلحت عامه شده باشد اگر پادشاه درین خصوصیت واستثنای رعایت مصلحت عموم را در نظر نداشت باید علماء او را نصیحت کنند .  
از جمله استثنائات این مطلب است که صاحب مجله آنرا تذکر داده می‌گوید .

(اگر قاضی در محکمه به شنیدن بعضی دعوی های مخصوص مو ظف شده باشد که برای او در آن مورد اجازه داده شده است برای اوجواز ندارد که غیر از همان دعوی های معینه را بشنود و نه هم می تواند در غیر آن دعاوی حکم صادر کند).

مانند محکمه تقسیم (۱) که در دائرہ شیخ الاسلام تاسیس یافته و هم محکمه او قاف که تحت نظراداره شئون اوقاف ایفای وظیفه می‌کند هر یک از قضات این محکمه‌ها موظف هستند در آن موارد مشخص دعوی بشنوند و یا حکم صادر کنند و جز آن دعوی دیگری را شنیده و یا در آن باره حکمی صادر کرده نمی‌توانند .

همچنین محاکم شرعی درین عصر به قسامه ارث دیة ارش قصاص تاوان موضوعات حقوقی طلاق نکاح نفقه حضانت و قف حکم صادر می‌کنند لذا در غیر این موضوعات حکم محاکم نفاذ ندارد . صاحب مجله الاحکام می‌گوید (همچنین است اگر فرمان پادشاهی در باره عمل کردن به رای یکی از مجتهدین در یک مورد صادر شد بواسطه آنکه این رای مناسب تر بوده و تسهیل بیشتری را فراهم می‌کند قاضی نمی‌تواند برای مجتهد دیگری که مخالف رای آن مجتهد باشد حکم صادر کند اگر برای مجتهد دیگری حکم صادر کرد آن حکم نافذ نیست) این پہلوی دیگر آن استثنائات است که قضاء به آن مقید میشود زیرا اینجا به چیزی قاضی عمل نمود که به آن ماذون نبوده است ازین رو حکم او نفاذ ندارد در قواعد کلی مجله در اول کتاب به این مطلب تصریح شده است .

(۱) در افغانستان این دو نوع محاکم فعلا وجود ندارد اما محکمه تراقیک و محکمه تجارت را می‌توان درین جمله شمرد (مترجم)

باید ملتفت بود که اکثریت قاطع مسلمانان جهان امروز پیرو چهار مجتهد هستند که آنها عبارتند از ابی حنیفه ، شافعی مالک و احمد پسر حنبل (رض) به دلیل اینکه دیگر مذاهب و پیروان مجتهدین دیگر مندرس گردیده و از بین رفته اند، و هم ازین سبب که نظریات این مذاهب چهارگانه تدوین و تحریر گردیده و سر تا سر روی زمین راطی کرده است و بعد از این شخصیت های علمی در راه رسیدن به درجه اجتهاد نظر به اینکه مردم در علوم دینی قصور می ورزند مشکلاتی به وجود آمده لذا کسانی که درین عصر مدعی رسیدن بدرجه اجتهاد هستند مورد قبول شده نمی توانند و پیروی ایشان جایز نیست زیرا اگر هر کسی (بدون رسیدن بدرجه اجتهاد) در امور دینی نظر بدهد دین بازیچه میشود و شرایط رسیدن بدرجه اجتهاد دشوار است لذا جز پیروی کردن این چهار مذهب راهی باقی نمی ماند ، اکنون در دنیا اکثریت قاطع مردم عراق ، پاکستان و مسلمانان هند و چین ملت ترك و شام پیرو مذهب امام ابوحنفیه (۱) میباشند و بیشتر مردم المغرب اندلس پیرو مذهب امام مالک و يك عده از مردم شام و عراق پیرو مذهب احمد بن حنبل بوده پیروان امام شافعی در دیگر ممالک میباشند و معاملات امروز در ممالک ما (سوریه) به مذهب امام ابوحنفیه صورت میگیرد. اگر در بین مردم که پیرو امام ابوحنفیه نیستند کدام حادثه به وجود آمد و اراده داشتند که مطابق رای آن مجتهد یکه پیرواوند در باره شان حکم صادر شو داز علماء مذهب خود حکمیت می جویند و چون حکم خود را در آن مورد صادر کرد آنرا بحضور قاضی محکم که ماذون به حکم مطابق به مذهب امام ابوحنفیه می باشد

(۱) در افغانستان نیز تمام احکام شرعی مطابق به مذهب امام ابوحنفیه (رض) جریان دارد و حتی در قوانین موضوعه که آن نیزماً خود از فقه حنفی است اگر در موردی به صراحت حکمی موجود نباشد در آن موضوع نیز به مذهب حنفی رجوع میشود . (مترجم)

پیش می کنند و او حکم مذکور را تأیید می کند .  
 درین جا خوب است ملاحظه کردیم که مجتهدین به سه طبقه  
 تقسیم می شوند .  
 یکی از آنها مجتهد مطلق است و او کسی است که در امور شرعی  
 بدرجه اجتهاد میرسد ، مثل چهار امام بزرگ که قبلاً نام ایشان را ذکر  
 کردیم .

دوم مجتهد در مذهب است مانند امام ابو یوسف و محمد و دیگر  
 یاران امام ابو حنیفه که ایشان قدرت دارند مسائل فقهی را از منابع آن بر  
 اساس و قواعدیکه استادشان امام ابو حنیفه (رح) وضع کرده  
 است استخراج کنند ، هر چند در بعضی احکام شرعی با استاد خود  
 اختلاف نظر دارند اما در قضا و عدا و صول و پیرو او می آیند و این علماء به  
 این ترتیب از معاصرین مذهب حنفی مانند شافعی و دیگر مجتهدین  
 که با ابو حنیفه نه در احکام فروعی و نه در اصول قواعد کلی در هیچ  
 یک موافقت ندارند فرق می شود .

در انتخاب می گوید شاید حکمت در اینکه شاگردان امام ابو  
 حنیفه با او در بعضی مسائل مخالفت می ورزند این باشد که ابو حنیفه  
 (رح) روزی طفلی را دید که گول بازی میکند و او را از لغزش بر حذر  
 ساخت طفل در جوابش گفت : تو باید از لغزش بر حذر باشی زیرا لغزش  
 عالم باعث لغزش عالم است درین حال امام روی به یاران خویش  
 کرده فرمودند اگر برای شما در کدام مسئله دلیلی پیدا شد که به  
 اساس آن ، حکمی را بخلاف نظر من بدهید بر شما لازم است که مطابق  
 دلیلی که نزد شما ثابت شده حکم کنید ازینست که هر یک  
 از شاگردان یکی از روایات که از استاد خود شنیده بودند ، مطابق  
 ترجیحی که نزد ایشان برای یکی از نظرات موجود بود ، حکم  
 می کردند درو نوانچه از امام ابویوسف نقل شده است که وی گفته  
 من در هیچ گفته خود با ابو حنیفه مخالفت نکرده ام و اگر بالفرض گفته  
 من مخالف با گفته او است ازینست که وقتی ابو حنیفه در یک مورد حکمی  
 کرده و باز از آن بازگشته و من آن حکم اولی او را ترجیح داده ام ، این  
 گفته می رساند که شاگردان ابو حنیفه با وی در هیچ مسئله مخالفت  
 نورزیده اند بلکه آنچه را گفته اند با اساس اجتهاد و نظر ی بوده

که به پیروی از استاد شان صورت گرفته است در آخر حاوی قدس تذکر یافته وقتی یکی از علماء به قول یکی از یاران ابو حنیفه تمسک کند قطعا شهیده میشود که به قول ابو حنیفه تمسک ورزیده است زیرا از هر يك از یاران ابو حنیفه (بو یوسف ، امام محمد ، زفر حسن وغیره) روایت شده که ایشان متذکر شده اند ، ما در هیچ مسئله چیزی نگفته ایم مگر آنکه آن روایتی بوده است از امام ابو حنیفه پس درین حال هیچ جواب و هیچ مذهبی از یاران امام ابو حنیفه بهر قسمی که تصور شود و بهر کس که نسبت داده شود متحقق نیست مگر اینکه از امام ابو حنیفه نقل شده است اینکه بعضی از اقوال در مذهب امام ابو حنیفه بیکی از یارانش نسبت داده شده مجازا صورت گرفته و سبب آن هم اینست که بین امام ابو حنیفه و آن شخصیکه این قول باو نسبت داده شده موافقت بوجود آمده است .

اگر گفته شود که وقتی مجتهد از قولی باز گشت دیگر آن قول مذهب او نیست و مذهب کسی است که به آن قول باقی بوده و آنرا برای خود مورد قبول میدانند درین حال نظر این که امام ابو حنیفه از آن باز گشته و یاران او به پیروی از آن نظر باقی ماندند در حقیقت نظر آنها است نه نظر استاد شان در حالیکه ما پیرو مذهب حنفی هستیم نه پیرو مذهب یوسفی و غیره باید در جواب گفت که وقتی امام برای شاگردان خود میگوید در صورت پیدا شدن دلیل ترجیح بیکی از اقوال من تمسک کرده می توانید در حقیقت باز گشت او از آن قول حقیقتا باز گشت نیست و شاگردان او که بیکی از اقوالش تمسک می کنند در واقع به قول او موافقت کرده اند زیرا گفته شان بر آن اساسهای استوار است که او پی ریزی کرده است لذا در واقع رجوع از مذهب او نیست این بگفته علامه بیری می ماند که در شرح خود بر اتنباه از شرح هدایه مو لفه شحنة تذکر داده و این است معنی آن .

وقتی حدیثی مخالف با نظر امام ابو حنیفه (رح) رسید به حدیث عمل میشود و این مذهب او است این کار با تقلید از مذهب حنفی منافات ندارد زیرا از امام ابو حنیفه (رض) به صحت رسیده که فرموده است ، وقتی حدیث به صحت رسید آن مذهب نیست ، باید ملتفت بود این نظر وقتی مورد اعتبار است که واقعا از طرف شخصیتی که به

نصوص وارد بوده محکم و منسوخ را از هم فرق بگذارد صورت گرفته باشد وقتی یکی از پیروان مذهب دودلیل نظر کند و به آن عمل نماید عمل باین دلیل در واقع از اصل مذهب سرچشمه گرفته است زیرا این کاریرو مذهب به اجازه صاحب مذهب صورت گرفته است ، آری اگر صاحب مذهب ضعف دلیل خود را در مقابل دلیل قوی که این مقلد در یافته میدید از نظر خود بالضرور در می گذشت و پیرو آن نظری میشد که دلیلش قوت دارد ، ازینست که علامه ابن همام بر آنها نیکه گفته بودند قول یاران ابو حنیفه از گفته او تجاوز زنی کند مگر در آنجای که دلیل امام ضعیف بوده است بدیده انکار نگریسته است این قول ابن همام معنی این را میدهد که اصلا وقتی دلیل برای یکی از پیروان امام ابو حنیفه در کدام مورد پیدا شد بطبع این دلیل از اشارات و عبارات نصوص می باشد همان دلیل مبین این است که این مدلول عین مذهب ابو حنیفه بوده است (زیرا ابو حنیفه (رح) گفته بود وقتی پیش شما دلیلی برای تمسک به یک را ی پیدا شد به آن عمل کنید مترجم)

الی آخره باختصار از ردالمحتار .

طبقه سوم در آن مسایل مجتهد می باشند که از صاحب مذهب در آن مورد نص قاطعی نرسیده است ، مانند خصاف و ابو جعفر طحاوی و ابوالحسن کرخی و شمس الایمه حلوی و شمس الایمه سر خسی و فخرالاسلام بزدوی و فخر الدین قاضی خان و امثال شان ، این طبقه با هیچیک از مسایل مذهبی نه در اصول و نه هم در فروع مخالفت کرده نمی توانند مگر در آن مسائلی که در آن نصی موجود نیست آنرا مطابق به اساسات مذهب استخراج می کنند اینست مراتب اجتهاد اگر می خواهید طبقات فقها را اعم از مجتهد و غیر مجتهد بدانید علماء فقه را به هفت درجه تقسیم کنید .

طبقه چهارم کسانی اند که پیرو مجتهد هستند اما اهل ترجیح می باشند مانند رازی و غیره این طبقه دارای قدرت اجتهاد نیستند اما چون به اساسات و قواعد کلی و مآخذ مذهب احاطه و اطلاع کامل دارند می توانند بعضی اقوال مجمل و یا مبهم صاحب مذهب و یا یکی از یارانش را به نظر و رای خویش به روی مقایسه بر همانند های آن تفصیل دهند و یا به یک معنی مختص بسازند

در هدایه هم جائیکه می گوید در تخریح کرخی و یا در تخریح

رازی چنین می‌باشد، از همین قبیل محسوب می‌شود .  
 پنجم طبقه کسانی است که پیرو مجتهد اند و لی قدرت  
 ترجیح را دارند مانند ابوالحسن قدوری و صاحب هدایه و غیره و طبقه  
 این طبقه از علماء اینست که بعضی از روایات را از بعضی دیگر ترجیح  
 میدهند، مانند اینکه می‌گویند، این بهتر است این صحیح تر است و این  
 به حال مردم مناسبتر است .

ششم طبقه کسانی است که پیرو مجتهد هستند و لی قدرت  
 تمیز بین قول قوی و قول ضعیف را دارند و ظاهر مذهب را از روایات نادر فرق می  
 گذارند اینان از علمای متأخر - کسانی اند که کتب (متن) معتبر را  
 در فقه نوشته اند مانند نویسنده کتاب کنز و نویسنده کتاب و قایه  
 و نویسنده کتاب مجمع ، و طبقه اینان اینست که اقوال ضعیف و  
 مردود را در کتابهای خویش ذکر نمی‌کنند .

طبقه هفتم کسانی اند که پیرو مجتهد اند و بین (غث و سمین)  
 صحیح و نادرست فرق نمی‌کنند (رد المحتار ، با اختصار )  
 و چون مطالب فوق را در یافتیم باید عرض شود که در ماده اخیر جائیکه مجتهد  
 ذکر میشود طبقات ثلاثه اول مراد است وقتی پادشاه امر می‌کند که قضات  
 برای یکی از مجتهدین چهار گانه باید حکم کنند امر او صحیح است و  
 لازم است قضات به آن عمل کنند خواه مجتهد مطلق باشد و خواه  
 مجتهد در مذهب باشد و خواه مجتهد در مسایل .

و چون مسایل مجله از مذهب امام اعظم گرفته شده و باران امام اعظم  
 صاحب که ایشان نیز مجتهد د و مذهب هستند بعضی اقوالی در ظاهر  
 مخالف با امام اعظم صاحب دارند و در کتب فقه این مطلب به  
 خوبی واضح می‌شود و پادشاه امر کرده باشد که از این اقوال به قولی  
 عمل شود که مناسب تر و موافق تر به مصلحت عصر است و قسی  
 کتب فقه را مورد مطالعه قرار دهد و به مواد ۵۹۶ - ۵۰۶ - ۱۷۹ -  
 ۳۰۰ - ۱۹۱ - ۳۹۲ - ۶۹۲ - ۱۴۹۷۱۷۰۷ - ۱۰۳۴ - ۴۴۷ - ۶۹۲ نظر  
 اندازید مشاهده خواهید فرمود که مجله به هدیفیکه در بالا ذکر شد به  
 قول یکی از یا ران امام ابو حنیفه (امام ابویوسف و اما محمد) و یا  
 به قول زفر رفته است لذا هر حکمی که موافق به رای کدام فقیه صادر شده که  
 مخالف احکام مجله الاحکام بود از طرف پادشاه ماذون نیست و بدلیل



فوق نفاذ ندارد (۱)

توضیح : سوتی آنطو ر واقعه پدیدار گر دید که از مسائلی که در آن پادشاه فرمان صادر کرده بود مغایرت داشت اگر (بیکى از اقوال مجتهدین در مذهب حنفی قاضی حکم کند یا مفتی فتوی بدهد صحیح است باید ملتفت بود مسایل ما مردمیکه پیرو مذهب امام اعظم (رض) می باشیم به سه دسته تقسیم می شود .

اول اصول مسایل است که آنرا ظاهر الروایه نیز می گویند اینها مسایلی اند که از اصحاب حدیث روایت شده است که عبارتند از امام ابو حنیفه امام ابو یوسف و امام محمد (رض) اینهارا علماء ثلاثه نیز میگویند گاهی به این سه نفر زفر و حسن (رض) نیز پیوست می شوند ، یعنی مجموع کسانی که فقه را از امام ابو حنیفه گرفته اند .

اما بصورت غالب و شایع ظاهر الروایه قولی است که از علمای ثلاثه مذکور و یا یکی از ایشان روایت شده باشد علاوه بر این مسایل از یکی از کتب امام محمد یعنی در کتاب مبسوط و یا زیادات و جامع مع الکبیر و جامع الکبیر تذکر یافته باشند این کتب را ازین جهت ظاهر الروایه می گویند که از امام محمد (رض) به روایت مردم مورد اعتمادی روایت شده است خواه این مطالب به طریق تواتر روایت شده باشد خواه به طریق مشهور .

دوم مسایل نا در ست این مسایل از یکی از صا حبان مذهب مذکور روایت شده است اما در کتب مذکور نبوده بلکه در کتب دیگر امام محمد صاحب تذکر یافته باشد مانند کتاب کیسا نیات کتاب هارونیات ، کتاب جر جا نیات کتاب رقیات چرا اینان را غیر ظاهر الروایه می گویند برای اینکه اینها از امام محمد صاحب به روایت ظاهر و ثابت و صحیح مانند روایت اولی ذکر نشده است ، اما در کتبى که غیر از محمد نوشته اند مانند کتاب مجرد که آنرا حسن بن زیاد نوشته و کتاب امالی که آن را ابو یوسف نوشته (امالی جمع املاء است و آن اینست که يك عالم می نشیند و دور اوشاگر دانش باقلم و کاغذ می نشینند و آن عالم درمطالبی که مورد بحث و مناقشه است تا جائیکه خداوند او را یاری کرده از معلوماتی که در سینه خود دارد

(۱) این موضوع مربوط به مملکتی است که اصل عربی کتاب برای آن

«مترجم»

نوشته شده است .

صحبت می کند و شاگردانش می نویسند .

طبقه سوم فتوی در واقعات است و آن مسایلی است که مردم به آن مبتلی شده و از علماء متأخر پرسیده اند و چون از علماء و مجتهدین متقدم درین باره کدام فتوای صادر نشده بود و مجتهد در مسایل مطابق سوال مردم و حالات مخصوصه که ایشان را احتوی داشته جواب داده است ، اینان یاران ابو یوسف و محمد و یا ران یا ران ایشان می باشند مثل عصام پسر یوسف و ابن رستم و محمد پسر سماعه و ابو حفص بخاری و کسانی که بعد از او یند گاهی اینطور اتفاق افتاده که اینان با امامهای مذهب نیز به سبب دلایل و اسبابی که نزد شان موجود شده مخالفت ورزیده اند طوری که این مطلب در آینده توضیح خواهد یافت . اولین کتابی که فتاوی علماء را جمع کرد کتاب نوازل است که آنرا فقیه ابو اللیث سمرقندی نوشته است ، بعد از وی علماء کتب دیگری درین مورد نوشتند که که یکی از آن مجموع نوازل و واقعات مولفه ناطفی و دیگری واقعات مولفه صدر شمیم میباشد ، بعد از آن علمای متأخر این مسایل را به صورت مختلط و بدون تمایز نوشتند که از آن جمله فتاوی قاضی خان و خلاصه و غیره را می توان نام برد بعضی از این مو لفین کتب فتوی را بصورت صحیح تنظیم کردند مثل کتاب محیط مولفه (رضی اللہ عنہ) سر خسی زبیرا و ی اول اصول و بعد از آن نوادرو بعد از آن فتاوی و وقایع را ذکر کرده است اینست طبقات کتب که بعضی از بعضی دیگر در مراحل قضا و فتوی ترجیح دارد اگر مسائل در کتبی ذکر شده باشد که از محمد پسر حسن به ظاهر الر و ابیه روایت شده باشد اگرچه به صحت رسیدن او تصریح نشده باشد به آن فتوی داده میشود ، اما اگر روایت دیگری را که غیر از کتب ظاهر الر و ابیه نقل کرده باشد به صحت برسانند آنچه به صحت رسیده مورد فتوی قرار می گیرد .

باید تذکر داده شود اقوالی که در کتاب مذکور تذکر یا فته آنچه در آن هر سه امام متفق باشند جواز ندارد حتی مجتهد در مذهب هم از آن عدول کند تا چه رسد به دیگران ، اگر امامها در آن اختلاف داشتند آنچه را امام ابو حنیفه اختیار کرده اند ترجیح دارد خواه یکی از یاران با او متفق باشند و خواه نباشند اگر نظر امام ابو حنیفه در مسئله واضح نبود به آن قولی رجحان داده می شود که موافق با نظر

امام ابو یوسف باشد ، بعد از آن قول امام محمد بن حسن و بعد از آن قول زفر و قول حسن پسر زیاد مورد ترجیح است که این دوی آخر الذکر در یک در جهانند .

بعضی گفته اند وقتی در یک طرف امام ابو حنیفه و در طرف دیگر ابو یوسف و محمد (رح) واقع شوند و مفتی پیرو محض بوده و از اصحاب ترجیح نبود مخیر است هر کدام از این گفته ها را مورد فتوی قرار میدهد داده می تواند از این ترتیب آن مسائلی که در آن اهل تخریح و اهل ترجیح از علماء متأخر بواسطه تغییر زمان و بضرورت عصر و غیره برخلاف گفته امام خود به قول یاران او ( ابو یوسف و محمد ) و یا به گفته یکی از این دو گرچه قول آن دیگر با ابو حنیفه (رح) موافق باشد و باین قول زفر در مقابل گفته که هر سه امام اجتماع کرده اند فتوی داده اند ، البته این فتوی مستثنی بوده و این تو جیها تو تصحیحات شان باقی است و بر مالازم است که قول راجح را اختیار کنیم و به آن عمل نمائیم ، این گفته هر چند از گفته صاحب مذهب پیرون است اما اگر صاحب مذهب به این زمان حاضر می بود حتی چنین می گفت و اگر این تغییر در زمانه او و پدیدار می شد برخلاف آن حکم نمی کرد این است که علمای مجتهد در مذهب و فقهای صاحب نظر متأخر را جرئت بخشیده که مخالف بقول صریح صاحب مذهب که در کتب ظاهر الروایه تذکر یافته فتوی بدهند ، ازین جمله است قول یاران ( امام ابو یوسف و امام محمد ) در باب مزارعت و معامله که به آن فتوی داده میشود و هم در امور قضائی و شهادت به قول امام ابو یوسف که تجربه بیشتری درین مورد دارد فتوی میدهند و هم اگر زن بر نکاح شاهد آورد به قول زفر که بر وجوب نفقه با لای مرد حکم کرده فتوی داده شده است اگرچه مرد غایب باشد همچنین در صورتی که یکی از اقارب و لادی متوقفا بر نسب خود شاهد می آورد باینکه ورثه غایب اند حکم به ثبوت نسب اومی شود این یکی از مسائلی است که به قول زفر فتوی داده شده است این موضوع در بحث نفقه در المختار به تفصیل آمده است .

همچنین به صلح بر نصف قیمت در وقتیکه از طرف مزدور مشترك ( کسیکه برای همه مردم کار می کند مثلا کسیکه بوت ترمیم میکند و یا باسی می دوزد و غیره مالی را تلف می کند ) حکم کرده اند برای

اینکه مال مردم از غضب و دزدی محفوظ بماند باینکه امام ابو حنیفه گفته اند مزدور مشترك اگر مالی از دست او تلف شد تاوان ندهد و یاران گفته اند تاوان بدهد در کتاب تبیین گفته است به قول یاران فتوی داده می شود زیرا احوال مردم تغییر کرده است (در المختار ورد المحتار) در شرح منظومه رسم المفتی بحثی است که خلاصه آن اینست: اینکه علما گفته اند اگر در مسئله دو قول صحیح بود مفتی مخیر است هر کدام از آن دو قول را که می خواهد اختیار کند، این گفته بصورت اطلاق نیست بلکه در حالی مقبول است که بین دو قول هیچ نوع ترجیحی قبل از تصحیح و هم بعد از آن موجود نباشد.

۱ - یکی از مرجحات اینست که تصحیح یکی از دو قول به نفع صحیح و دیگری به لفظ اصح باشد.

۲ - اینست که یکی از دو قول به لفظ فتوی و دیگری به لفظی غیر از فتوی ذکر شده باشد.

۳ - اینست که یکی از دو قول به کتب متن فقه و دیگری آن به کتب شرح آمده باشد زیرا کتب متن برای نقل مذاهب تدوین شده است.

۴ - اینست که یکی از دو قول از امام اعظم رح نقل شده باشد و قول دیگر از یارانش نقل شده باشد زیرا در حالیکه دیگر ترجیحی موجود نباشد قول امام اعظم (رح) بر قول یارانش مقدم است.

۵ - آنست که یکی از دو قول در ظاهر الروایه آمده باشد.

۶ - آنست که یک قول از اکثریت علماء عظام و قول دیگر از اقلیتی از علماء عظام نقل شده باشد درین وقت قولیکه با اکثریت نسبت داده شده ترجیح دارد.

۷ - آنست که یک قول بروی استحسان (قیاس خفی) دیگری بروی قیاس (قیاس جلی) نقل شده باشد که درین مورد استحسان از قیاس جز در مسایل محدودی ترجیح دارد برای توضیح مطلب دو مثال از استحسان و قیاس در اینجا به نقل قول از تنویر و شرح آن ذکر می شود.

(الف) شخصی به نیت ادای حج از خانه بیرون میشود و در راه وفات می یابد و وصیت می کند از جای او حج کرده شود، اگر اندازه مالی را که به آن حج صورت گیرد و یا جائی را که از آن جای برای ادای حج و کیل گرفته شود تصریح کرده مطابق تصریحش امر او اجرا شود

و اگر تصریح نکرده بود از شهر خواو از جایش حج کرده شود این به روی قیاس است نه استحسان، قیاس مذکور قول امام اعظم رح میباشد در اینجا قیاس بر استحسان ترجیح یافت .

(ب) در بحث شرکت درالمختار و غیره تذکر یافته که شرکت درهیزم و بونه زدن و امثال آن صحیح نیست یعنی آنچه را که یک نفر از گروه هیزم می چینه از او است و اگر دو نفر با هم به هیزم کنند از گروه ودشت اشتغال می ورزند از هر دو نفر بالمناصفه است و اگر یک نفر به معاونت رفیق خود به هیزم کردن مشغول شد هیزم از او است و لی برای رفیق او مزد بر حسب رواج داده میشود هر قدر که مزدش می شود فرق نمی کند این نظر امام محمد است اما امام ابو یوسف میگوید در صورتی برای رفیق او مزد بر حسب مروج داده میشود که مزد او از قیمت نیمه هیزم بیشتر نشود، در طحاوی به نقل قول از حموی با استناد مفتاح تذکر یافته که به قول محمد (رح) فتوی داده شده است، وی افزوده است، اگر این نفر که به کمک رفیق خود بهیزم کنی مشغول است هیچ هیزم بدست نیاورد، هم لازم است برای رفیق خود مزد او را بر حسب رواج بپردازد از این رومزد همکار او بهر مبلغی که برسد باید باو پرداخته شود درین دو مسئله قیاس بر استحسان ترجیح یافت .

۸ - یکی ازین مسایل آنست که یکی از دو قول به حال و وقف بیشتر مفید است و قول دیگر به این اندازه مفید نیست در مورد وقف اگر بین علماء اختلاف صورت گرفت آن قولی ترجیح می یابد که به نفع بیشتر وقف باشد.

۹ - وقتی یکی از اقوال به حال مردم در عصر حاضر نسبت به قول دیگر مفید تر باشد درین حال آن قولی ترجیح می یابد که مفید تر است .

۱۰ - اینست که دلیل یکی از اقوال روشنتر و واضح تر باشد اما قدرت ترجیح درین حال برای کسی است که در دلایل فقهی صاحب نظر باشد علاوه متاخر در ترجیح یکی از اقوال لفظهای به کار میبرند از قبیل ، فتوی بر اینست به این فتوی داده شده است ، به این تسک می کنم اعتماد بر اینست عمل امروز بر اینست ، عمل امت بر اینست ، و اینست صحیح ، و این صحیح تر است و این اوجه است و این به نص همانندی کاملتر و از روی عقل تر جیح بیشتر دارد و لذا فتوی برین

است و این روشنتر است و این است اختیار کرده شده به این عرف جاری شده است علما به این تمسک کرده اند.

در رسم المفتی تذکر یا فته است، به نظر من حاصل این بیان اینست که اگر هر دو قول بیک لفظ صحت یافت به این ترتیب که در هر یک از دو قول گفته شد (اینست صحیح و یا گفته شد این صحیح تر است و یا گفته شده این فتوی داد شده است درین حال مفتی مخیر است هر کدام ازین دو قول را که می خواهد اختیار کند.

اما اگر لفظ های دو قول فرق داشت آن قولیکه مورد فتوی قرار گرفته تر جیح دارد زیرا بهر قول صحیح فتوی داده نمی شود اینطور می شود که یک قول به ذات خود صحیح باشد ولی به آن فتوی داده نشود به سبب اینکه قول دیگر نسبت به تغییر زمان و ضرورت عصر به حال مردم موافق تر باشد آنچه در اول لفظ فتوی است دومعنی را بر دارد یکی اذن به فتوای آن دیگری به صحت آن به دلیل اینکه فتوی به یک قول دلیل است بر صحت آن به خلاف آن قولیکه در آن لفظ صحیح و یا اصح ذکر شده که از آن به فتوی توضیح نگردیده است)

اگر در هر دو قول لفظ فتوی تذکر یافته بود آن قولی تر جیح دارد که فائده حصر را بدهد مانند اینکه گفته شود (به این فتوی داده شده است) و یا گفته شود (فتوی بر اینست) و مثل این و بلکه ازین بهتر آن قولی است که در آن گفته شده باشد (بر این است امت) زیرا درین جمله افاده اجماع نیز شده است، اگر لفظ فتوی در هیچیک از دو قول تذکر نیافته باشد در صورتی که یکی از دو قول به لفظ (اصح) و آن دیگر به لفظ (صحیح) تذکر یافته بود و هر دو قول در یک کتاب تذکر یافته و از یک امام نقل شده بود آن قولی که با لفظ اصح مقرون است تر جیح دارد، اگر از دو کتاب نقل شده بود درین اختلاف است زیرا در شرح منیه بحث (مساس کردن قرآن مجید) تذکر یافته، آنچه از مشایخ در یافتیم اینست که اگر قول دو امام معتبر با هم در تصحیح تعارض داشت قول آن کسی که گفته (اینست صحیح تر جیح دارد، زیرا مقابل صحیح فاسد است و مقابل اصح صحیح است پس آن که گفته این قول صحیح است به فساد قول دیگر حکم کرده و آنکه گفته این اصح است به صحت قول مقابل حکم کرده و لی قول خود را صحیح تر دانسته است ازین رو گفته که با (صحیح است) مقرون

گردیده در صحت آن دو امام اتفاق دارند و قولی که درباره آن اصح یاد شده يك امام بصحت آن حکم کرده و امام دیگر به فساد آن و آن قولی که در آن دو امام به صحت حکم کنند از آن قولی که يك نفر امام آن را صحیح و امام دیگر آنرا فاسد داند ترجیح دارد ، ولی علامه ابن عبدالرزاق در شرح خویش بر رد المختار تذکر داده که در نزد جمهور به شهرت رسیده که اصح از صحیح موکد تراست .

اگر هر دو قول به لفظ اصح و یا به لفظ صحیح مقرون شده بود و هر دو امامی که از ایشان این دو قول به صحت رسیده به يك درجه بودند بی شبهه مفتی مخیر است هر کدام را که می خواهد اختیار کند اما اگر یکی از آن دو امامی که آن دو قول از ایشان به صحت رسیده در يك درجه علمی نبودند تصحیح آن امامی اعتبار دارد که عالم تر باشد مثلا اگر يك تصحیح از طرف صاحب کتاب خانیه و تصحیح دیگر از طرف صاحب کتاب بزازی صورت گرفته بود تصحیح قاضی خان ترجیح دارد همچنین اگر در تصحیح قولی بین متون و فتاوی اختلاف واقع شد تصحیح متون از تصحیح فتاوی ترجیح دارد همچنین تصحیح شروع بر تصحیح فتاوی ترجیح دارد اما این در صورتی است که در هر دو کتاب به تصحیح تصریح شده باشد یا اصلا در هیچ یک از كتب تصحیح نشده باشد اما اگر در فتاوی و یا شروع به تصحیح تصریح شده بود و در متون تصریح نشده بود چون متون گرفتن قول صحیح را بر خود لازم گرفته اند این تصحیح التزامی است و تصحیح صریحی بر تصحیح التزامی رجحان دارد .

متون معتبره فقه عبار تند از بدایه مختصر القدوری مختار نقایه و قایه کنز و ملتقی (خیریه) .

### ماده / ۱۸۰۲ /

اگر دو قاضی با هم به شنیدن دعوی مؤظف بودند یکی از آنها به تنهایی نمیتواند دعوی را بشنود و یا در آن باره حکم کند و اگر حکم کرد حکمش نافذ نیست به ماده ۱۴۶۵ مراجعه فرمایند .

بدلیل اینکه آن دو قاضی از طرف پادشاه و کیل هستند طوری که در ماده (۱۸۰۰) تذکر یافت و یکی از دو و کیل تصریفش در آنچه دو



نفر متفقا در اجرای آن و کیل گردیده اند نافذ نیست زیرا پادشاه به اجتماع رای ایشان برای رسیدن به حق راضی شده است ، نه به رای يك نفر شان اما به مقتضای اینکه هر دو ی شان وکیل اند اگر یکی از ایشان دعوی را شنید و حکم کرد وقاضی دیگر نیز حاضر بود ومی شنید او را اجازه داد سزاوارا این است که حکم او نافذ باشد زیرا قصد از تقرر شان باهم این بوده که هر دو دعوی را بشنوند و رای شان را در مورد دعوی متفق سازند و اینکار متحقق شده است این در صورتی است که پادشاه انو قاضی را باهم مقرر کرده باشد ، اگر یکی از قاضی ها را بعد از دیگری مقرر کرده بود ایجاب می کند که حکم یکی شان نافذ باشد مانند وکیل های که متعاقبا مقرر می شوند ، در اینجا باید یاد آوری کرد که تقیید به اینکه هر دو قاضی موظف باهم دعوی را بشنوند و باهم حکم کنند اینکار را بالصراحة صورت گرفته است مثل اینکه پادشاه برای هر دو قاضی به صراحت بگوید من شما دو نفر را در فلان شهر به حیث قاضی مقرر کردم برای آنکه هر دو شما با یکدیگر مجمو تا دعاوی را بشنویید و حکم کنید و یا ضمنا این مطلب را بگوید مثل اینکه می گوید قضا فلان شهر را متوجه شما ساختم زیرا درین جا وکالت به صورت ضمنی فهمیده می شود که حکم يك نفر شان به تنهایی نافذ نیست مگر اینکه به انفراد در حکم و سماع دعوی تصریح شده باشد زیرا صریح از دلالت قوی تراست ، در محاکم عدلی (سو ریه) حکم به يك قاضی تفویض میشود اما اگر بد و نفر مجتمعا حکم قضاء تفویض شود حکم چنانست که تذکر یافت .

### ماده / ۱۸۰۳ /

وقتی یکی از طرفین دعوی خواهش کرد دعوی او پیش يك قاضی دایر شود و دیگری خواهش کرد دعوی پیش قاضی دیگری دایر شود و در آن شهر دو قاضی مؤظف به شنیدن دعاوی بودند آن قاضی ترجیح داده میشود که مدعی علیه آنرا خواهش کرده است .

یعنی اگر چه مدعی علیه به دعوی مجبور می شود اما در تعیین مرجع حکم اختیار برای او داده می شود نه به مدعی این مسئله مورد اختلاف است ، در خانه تذکر یافته (اگر در يك شهر دو قاضی بودند که هر

يك در يك محله معين موظف به شنيدن دعوى بود و در بين دو نفرى دعوى افتاد كه يكي از يك محله و آن ديگرى از محله ديگر بودند مدعى مى خواست آن دعوى پيش قاضى محله خودش دائر شود و طرف مقابل از اين كار ابا مى و رزيد ابو يوسف و امام محمد درين موضوع اختلاف نظر دارند صحيح اينست كه جاى مدعى عليه مورد اعتبار است اين نظر امام محمد است (رح) همچنين اگر يكي از طرفين دعوى عسكرى و آن ديگر از مردم ملكى باشد ان عسكرى خواسته باشد كه دعوى او به محكمه عسكرى فيصله شود حكم همچنين است الی آخره در تعليقات علامه ابن عابدین بر بحرالرائق از علامه رملی تذكر یافته در نزد ابو یوسف (رح) چون مدعى كسى است كه وقتى دعوى را ترك كرد ترك ميشود زيرا هم او است كه منشاء دعوى مى باشد از يتر و اگر خواست دعوى را پيش قاضى محله خود دابر كند و اگر خواست پيش قاضى محله طرف مقابل خود پس نزد هر قاضى كه خواست دعوى خود را دابر كند مى تواند .

دليل امام محمد (رح) اينست كه مدعى عليه دافع است و كسيكه از خود دفاع مى كند برائت خود را مى خواهد و اصل اينست كه انسان برى الذمه باشد لذا شخصى را پيش قاضى بردن كه در دالش نيست و به عدالت آن قاضى شبه دارد و يا تهمتى نسبت به او موجود است و از اين رو از رفتن پيش آن قاضى ابرامى و رزد مناسب نبوده و بايد نظر او اعتبار داده شود زيرا مدعى عليه مى خواهد از خود دفاع كند و مدعى مى خواهد مال مورد دعوى را به وسيله حكم محكمه از او باز گيرد . و كسيكه از خود دفاع مى كند مورد رعايت بيستمرى است اين مسئله قابل دقت بيستمرى مى باشد الی آخره گفته علامه رملی به هين جا ختم شد در كتاب خانیه دو قاضى را كه در يك شهر هستند به اين مقيد كرده كه هر يك از ايشان موظف باشد دعوى يك محله را بشنود ، اما اگر هر يك از دو قاضى موظف بود كه دعاوى هر يك از رعاياى همان شهر را به صورت عموم بشنود درين صورت امام ابو يوسف و امام محمد هر دو متفق اند براينكه نظر مدعى اعتبار دارد .

علامه مقدسى بر صاحب بحرالرائق رد كرده است در جائيكه عبارت بزازى را بر اطلاق حمل كرده و بر آن فتوى داده است ، با اينكه در كتاب فصول عماديه اين مسئله را به صورت مقيد ذكر كرده و

به تعقیب آن دلیل واضحی آورده و آن اینست، همچنین اگر یکی از طرفین دعوی عسکر باشد و دومی از مردم ملکی باشد عسکر خواسته باشد با او نزد قاضی عسکری دعوی کند این هم به همین قسم است و قاضی عسکری بر غیر عسکری ولایت ندارد اما در زمان ما (در سوریه) برای عسکری محکمه خاصی نیست عسکرها و غیرشان در رجوع به نزد قضات محاکم مساوی اند (۱) بنابراین قیدی که ذکر شد اگر حالا در بعضی ممالک اسلامی مانند قاهره تعدد قضا بر اساس مذاهب چهارگانه (حنفی، شافعی، حنبلی، و مالکی) موجود شود که حکمشان محدود به محله و یا ناحیه علیحده نبوده بلکه ولایت هر یک از قضات عام باشد و هر یک از مراجعین خواه از همان شهر باشند و خواه از جاههای دیگر مانند حلبی و شامی و غیره نزد هر یک از قاضیها که خواسته باشند دعوی کرده می توانند درین حال مدعی به اتفاق علماء مخیر است نزد هر یک از قاضیها که بخوهد دعوی خود را دایر می کند زیرا درین حال خیار را به مدعی علیه دادن فایده ندارد، فاضل محترم علی حیدر افندی نیز در اول و آخر کلام خویش به این قید اشاره کرده و آنرا اعتبار داده است ولی در اثنا بیان مذکور چیزهای گفته که منافی اعتبار این قید است یعنی اعتراضی را که بحجرات برین قید کرده طوریکه قبلاً گفتیم وارد دانسته است باصل مطلب باز میگردیم، گفتیم که ابو یوسف تخمیر را برای مدعی قایل بوده این دلیل که: مدعی دعوی را دایر می آورد و امام محمد (رح) اختیار مدعی علیه را اعتبار میداد به این دلیل که از خود دفاع می کند الی آخره به نظر من هر یک از این دلایل بدقت محتاج است زیرا مدعی اگر دعوی را به حق دایر می کند پس رعایت حال او به عدالت نزدیکتر است و اگر بدون حق دعوی دایر می کند رعایت طرف مدعی علیه هر چند در ظاهر حال به عدالت نزدیکتر است مخصوصاً که این حقیقت (اصل اینست که ذمه انسان بری باشد) نیز آن را تأیید می کند بیان مذکور باین حقیقت که (اصل اینست که انسان راست بگوید و به حق نزد قاضی دعوی دایر کند) معارض است پس دایر کردن دعوی

---

(۱) در افغانستان برای محاکم عسکری دیوان محاکمات علیحده موجود است اما در آن دیوان خاص مسائلی مورد حکم قرار می گیرد که به امور عسکری رابطه داشته باشد. (مترجم)

به صورت اطلاق علت تر جمیع شد ه نمی تواند و نیز باید گفت که این تعلیل هر دو صورت را در بر میگیرد یعنی صورتی را که مدعی در تعیین قاضی مخیر بود (این اتفاق در حالی بود که هر يك از قاضی های شهر شنیدن دعوی عموم اهالی آن شهر به ایشان مفوض شده بود و صورت اختلاف را و آن اینکه حکم هر يك از قضات در ناحیه معین نافذ بود این بیان اقتضای کند که ابو یوسف (رح) با محمد (رح) در صورت دوم مخالف نباشد بنا بر این تعلیل قول امام محمد (رح) به اینکه مدعی علیه از خود دفاع میکندالی آخره چه توجیهی خواهد داشت.

زیرا اگر مدعی علیه به حق نباشد ترجیح جانب او چه معنی خواهد داشت و اگر مدعی علیه به حق باشد اقتضای آنرا دارد که امام محمد با ابو یوسف (رح) در هر دو صورت (در صورتیکه قضات به صورت عمومی موظف به شنیدن و فیصله دعاوی رعایای شهر باشند و یا هر يك از قضات در ناحیه معینی حکم کنند) مخالف باشد و من کسی را ندیدم که به این اشاره کرده باشد شاید علامه رملی به همین سبب به این اشاره کرده که موضوع قابل تامل است.

در اینجا باید گفت ظاهر عبارت مجله بر این دلالت می کند که مدعی علیه به صورت مطلق مخیر است لذا هر دو صورت مذکور را در بر می گیرد پس به اعتبار صورت دومی به قول امام محمد (رح) رفته است و به اعتبار صورت اولی یعنی در حالیکه برای هر دو قاضی شنیدن دعوی و صدور حکم تمام رعایای همان شهر داده شده باشد برای مدعی علیه اختیار را دادن بنابه قول امام ابو یوسف و حتی بنا به قول امام محمد (رح) نیز منطبق نمی شود زیرا در اختیار مدعی علیه شرط اینست که هر يك از قضات موظف به شنیدن دعوی از مجله علیحده باشند اما این صحیح است به اعتبار اینکه قاضی از جانب پادشاه وکیل است و قضا طوریکه قبلا متذکر شدیم به وقت و جای و اشخاص و دعوی ها مقید شده می تواند و در تخصیص خیار به مدعی علیه قاضی دیگر از شنیدن دعوی در هر حال ممنوع است زیرا مدعی علیه او را برای دائر شدن دعوی اختیار نکرده است ازینست که در او ایل بحث دعوی کتاب در المختار تذکر یافته است (اگر ولایت مساویانه بود قاضی و یا بیشتر داده شده بود اعتبار برای مدعی است بلی اگر

پادشاه به اجابت (تعیین) مدعی علیه امر کرده بود اعتبار امر او و عمل به آن لازم است زیرا کسی را که مدعی تعیین کرده درین دعوی معزول شناخته میشود) و قتی این مطلب توضیح شد پس باقی گذاشتن این ماده مجله به اطلاق آن بهتر است از اینکه شارح محترم (علی حیدر افندی) آن را بر مقید حمل کرده است زیرا مطلق طوریکه در اصول تذکر یافته و قتی کدام قرینه و علامه به تقیید آن موجود نباشد با اطلاق خویش باقی است .

### ماده / ۱۸۰۴ /

اگر قاضی معزول شد و بواسطه اینکه از معزول شدن خود بیخبر مانده بود در همین وقت به شنیدن و فیصله بعضی دعاوی پرداخت حکمش نافذ است اما اگر از معزول بودن خود اطلاع حاصل کرد و بعد از آن بفیصله دعاوی پرداخت حکمش نافذ نیست

چون وظیفه قضاء و کالت از پادشاه است .

اگر قاضی معزول شد و بواسطه اینکه از معزول شدنش بی اطلاع مانده بود در همین فرصت به شنیدن و فیصله بعضی دعاوی پرداخت حکمش نافذ است .

اما اگر از معزول بودنش اطلاع حاصل کرد و بعد از آن بفیصله دعاوی پرداخت حکمش نافذ نیست .

چون قضا و فیصله دعاوی از ضرورت های اولی مردم است و هم چون قاضی پیش از رسیدن خبر عزل از معزول شدن خود اطلاع ندارد لذا از قدرتش نیست که خود را از وظیفه برکنار نماید باین دلیل اطلاع یافتن به عزل شرط صحت عزلش گردیده است ازینرو قبل از علم آوری معزول شمرده نمیشود -

و هم تاروز وصول خبر عزل مستحق معاش خویش نیز میباشد این از قوانین شرعی است ، آیا نمی بینید کسانی که به ایشان احکام اسلام تبلیغ

نشده تا وقتی که به ایشان تسلیغ نشود خطاب شرع متوجه ایشان  
نمی گردد در تحریر نیز این چنین تذکر یافته است به ماده ( ۱۵۲۳ )  
مراجعه فرمایند .

ازینست که در کتاب هندیه به نقل قول از کتاب محیط تذکر یافته  
اگر وکیل و کالت را رد کرد وقتی مسترد می شود که به موکل اطلاع  
اگر به موکلش اطلاع نرساند اعتبار ندارد .

حتی اگر کسی شخص غایب را وکیل ساخت چون خبر و کالت  
را قبول کرد و کالتش صحیح است در بیان فوق تذکر یافت .  
( اما اگر از معزول بودن خود اطلاع حاصل کرد و بعد از آن به  
فیصله دعاوی پرداخت حکمش نافذ نیست ) زیرا در وقتیکه خبر عزل  
برایش میرسد مانند یکی از افسرادعادی رعیت است لذا حکمش نافذ  
نیست این نظری است که مجله آنرا اختیار کرده است .

بعضی گفته اند تا وقت رسیدن قاضی دیگری که به عوض او ایفای  
و وظیفه می کند حکمش نافذ است و طوریکه تعیین به وظیفه قضاء به  
صورت منجز ( در حال بدون تعلیق ) و به صورت معلق در هر دو صورت  
صحیح میشود عزل نیز چنین است اگر عزل از قضا و یا تقرر به وظیفه  
قضا به شرطی مناسب معلق شده باشد طوریکه در شرح ماده ( ۸۲ )  
تذکر یافت .

از ماده مذکور این چنین استفاده شد که پادشاه قاضی را بدون ارتکاب  
کدام جرم که ایجاب عزل او را نماید مانند فسق و جنایت و غیره هم  
می تواند معزول کند در کتاب در المختار به نقل قول از کتاب  
بزازیه تذکر یافته است ، اگر قاضی را پادشاه به شرطی موظف بوظیفه  
قضاء نمود که رشوت نخورد و شراب نیاشامد و قول کسی را ( در امور  
قضائی ) به مفاد یکی از طرفین نپذیرد و یادعوی محمود را مثلا  
نشنود تقید به شروط مذکوره صحیح است اگر قاضی یکی از کارهای  
مذکور انجام داد معزول می شود اما این کارها حکمش را که در سابق  
صورت گرفته باطل نمی سازد ، همچنین حکمش در باره محمود نافذ  
نیست ، در کتاب ردالمحتار تذکر یافته ، و اگر در حکم پادشاه خفائی  
به مشاهده میرسد بر پادشاه لازم است آنرا تفصیل بدهد و چون  
قاضی تا معزول کرده نشود معزول شناخته نمیشود اگر پادشاه در یک  
منطقه یک قاضی را مقرر کرد و بعد از آن به قضاء همان منطقه قاضی

دیگری را مقرر نمود قاضی او ل معزول شمرده نمی شود و هر يك از آن دو قاضی مستقلانه در همان منطقه حکم شان نافذ است ، این مطلب را در کتاب تبصرة الحکام نیز ذکر کرده است .

در بحث قضاء جامع الفصولین تذکر یافته اگر پادشاه کسی را به قضاء در يك منطقه موظف ساخت بعد از چند وقتی شخصی دیگری را به همان منطقه به حیث قاضی مقرر کرد و قاضی او لی را صریحا عزل ننمود آیا قاضی اولی معزول پنداشته شود و یا نه ، هر يك ازین دومی چه به نظر می خورد ولی این مطلب روشن تر است که قاضی او لی نیز معزول نباشد .

به نظر من ( شارح مجله ) این مطلب بر هیچکسی پوشیده نیست که باقی ماندن قاضی اول به حیث قاضی منطقه برخلاف رواج امروز است لذا قاضی اول به قرینه ( تعامل عصر حاضر ) معزول شمرده می شود .

### ماده / ۱۸۰۵ /

قاضی میتواند نایب خود را مقرر و یا معزول کند اگر صلاحیت اینکار با او داده شده بود ورنه تقرر و عزل نایب خود را کرده نمیتواند . همچنین نایب او به عزل و یا وفات او معزول شمرده نمی شود . به ماده ۱۴۶۶ مراجعه شود . بنابراین وقتی حاکمی وفات یافت نایب او میتواند دعاوی را بشنود و در آن باره حکم صادر کند تا قاضی دیگری مقرر گردد .

( قاضی می تواند برای خود نایبی مقرر کند ) و بعد از تقررش او را معزول هم کرده می تواند ( اگر صلاحیت اینکار با او داده شده بود ) یعنی صلاحیت عزل و نصب و اگر صلاحیت تنها تقرر نایب با او داده شده بود تنها مقرر کرده می تواند و معزول کرده نمی تواند . طوریکه توضیح این مطلب در آینده می آید .

( ورنه یعنی اگر اصلا به او صلاحیت داده نشده بود ) تقرر و عزل نایب خود را کرده نمی تواند ) نه در حال عذر و نه هم در غیر آن نه در حال صحت و نه هم در حال مرضی ( فتح القدیر ) در اینجا باید



تذکر داد که این صلاحیت یا به صورت صریح برای قاضی داده می شود مانند اینکه پادشاه برای قاضی می گوید هر کرا بخواهی مقرر کن ، و هر کرا بخواهی معزول کن و یا ضمناً این صلاحیت با و سپرده می شود مانند اینکه پادشاه کسی را به حیث قاضی القضاة مقرر میکند زیرا از وظایف قاضی القضاة این است که قاضی هارا مقرر و معزول کند، اما اگر کسی دیگر از قاضی القضاة نیابت می کرد و قاضی القضاة مجاز نبود عوض خود را نبی رانعیین کند و آن شخص که از قاضی القضاة نیابت می کرد به حضور خودش دعاوی را می شنید و حکم صادر می کرد و قاضی القضاة او را اجازه می داد این حکم را نب او نیز صحیح است بشرطیکه نایب او از کسانی باشد که صلاحیت قضا را دارند یعنی غلام و طفل خورده سال نباشد ، چنانچه اگر شخصی به حیث وکیل به اجرای کاری موظف بود و برای او اجازه داده نشده بود که دیگری را از جای خود وکیل بگیرد و او وکیل گرفت و لی وکیل او بحضور خود او آن کار را کرد و او هم اجازه داد این تصرفی که وکیل وکیل در امور موکل نموده صحیح است ، زیرا در اینجا رای وکیل در تصرف وکیل وکیل دخیل بوده است ، همچنین پادشاه به آن حکمی که در حال حضور قاضی القضاة و به اجازه او صورت بگیرد راضی است زیرا پادشاه به نظر و علم و عمل و حکم قاضی القضاة اعتماد کامل دارد و چون حکم در حال حضور او شده لذا خود او راضی بوده است .

اگر اعتراض وارد شود که اذن در ابتدا مانند اجازه در انتهای است چرا در اینجا بین اذن ابتدائی و اجازه انتهایی فرق بوجود آمد ؟ در جواب باید گفت بین اذن ابتدائی و اجازه انتهایی فرق موجود است زیرا بقاء از ابتدا آسان تر است (عنایه) .

در فتح القدر تذکر یا فته این حکم برخلاف عاریت گیرنده است زیرا عاریت گیرنده می تواند مالی را که به عاریت گرفته بدیگری بعاریت بدهد این در صورتی است که مال از چیزهای نباشد که بین مردم در استعمال آن فرق باشد زیرا عاریت گیرنده منافع مال عاریت را برای نفس خود به کار می برد این را هم می تواند که منافع آن را بملك دیگری داخل کند .

اما در ولایت قضا چون اذن برای خدمت به دیگران است حکم آن مانند حکم عاریت گیرنده نمی باشد ازینست که گفته اند کسیکه

از جای دیگری برای دیگران موظف میشود نمی تواند دیگری را به جای خود موظف کند و کسیکه از جای دیگری برای خود موظف می شود می تواند دیگری را هم به جای خود بر گزیند، همچنین مسئله و صایت از نیابت قضاء فرق دارد که وصی می تواند دیگری را و وصی بسازد و هم می تواند از جای خود و کیل بسازد باینکه و وصی از جای غیر برای انجام کار غیر موظف است در اینجا از لحاظ این برای و وصی اجازه داده شده که تصرف او بعد از فوت و وصیت کننده صورت می گیرد در آن وقت نظر و حکم وصیت کننده مو جود نیست لذا این تصرف برای او بروی مجبوریت جواز یافته است .  
صاحب مجلة الاحکام گفته است .

رئایب قاضی به معزول شدن قاضی و به وفات او معزول نمی شود ( درین مورد در ماده (۱۴۶۶) به تفصیل توضیح داده شده به آن مراجعه شود .

(نایب قاضی به فوت شدن و یا عزل شدن قاضی معزول نمی شود) فلپذا (اگر قاضی يك محکمه و فات کند و یا معزول شود نایب او می تواند دعاوی آن محکمه را بشنود و در آن باره حکم صادر کند تا قاضی دیگری مقرر میشود) بلکه بعد از آمدن قاضی دیگر نیز حکم نایب او نفاذ دارد تا وقتی که معزول شود زیرا نایب قاضی نیز از طرف پادشاه موظف شده است نه از جای قاضی سلف خویش مگر در صورتیکه پادشاه تصریح کرده باشد که وقتی يك قاضی معزول و یا فوت شد نایب او نیز معزول است که درین صورت نایب قاضی نیز معزول پنداشته میشود .  
در کتاب اشبا به نقل قول از محیط تذکر یافته و قتی پادشاه قاضی را معزول کرد نایبش هم معزول میشود اما اگر قاضی وفات یافت نایب او معزول نیست و لی در حوی بین فوت و معزول شدن قاضی فرق نگذاشته و صاحب مجله نیز این قول را اختیار کرده است .

زیلعی در بحث وکالت شرح کنز گفته است صحیح اینست که قاضی نمی تواند برای خود نایبی تعیین کند مگر به اجازه پادشاه درین صورت به معزول شدن قاضی اول نایب او معزول شمرده نمی شود و هیچیک از این دو شخص (قاضی و نایبش) به وفات پادشاه معزول نمی شوند

اگر قاضی به تقرر نائب خود صلاحیت داشت نه به عزلش نائب خود را معزول کرده نمی تواند بلکه این صلاحیت را پادشاه دارد زیرا نائب قاضی در حقیقت از پادشاه وکالت دارد نه از قاضی .

### ماده / ۱۸۰۶ /

نائب قاضی می تواند به شهادت شهودیکه قاضی انرا استماع کرده حکم کند و قاضی هم می تواند به شهادت شهودیکه انرا نائب او استماع کرده حکم کند صورت آن اینست که وقتی قاضی شهادت شهود را در يك دعوی شنید و به نائب خود خبر داد نائب او می تواند مطابق به خبر قاضی حکم کند بدون اینکه شهادت شهود را اعاده نماید و آن نائبی که صلاحیت حکم را دارد وقتی شهادت شهود را در خصوص يك دعوی شنید و آنرا به قاضی رساند قاضی می تواند با اساس آن شهادت حکم کند بدون اینکه شهادت را اعاده نماید. اما آن نائبی که صلاحیت صدور حکم را ندارد و برای تدقیق شهادت شهود به استماع آن مؤظف شده اگر شهادت شهود را شنید قاضی به شنیدن او حکم صادر کرده نمی تواند بلکه باید خودش شخصا شهادت شهود را بشنود و آنگاه حکم صادر کند .

گفتیم (نائب قاضی میتواند) نائب قاضی را خلیفه او نیز گفته می توانیم و آن نائبی است که او را قاضی بروی صلاحیتیکه باو سپرده شده مقرر می کند . (به آن شهادت شهودی که قاضی آنرا شنیده حکم کند و قاضی هم می تواند به آن شهادت شهودی که آنرا نائیش شنیده حکم کند) آن نائبی که صلاحیت حکم را دارد .

(صورت آن اینست که وقتی شهادت شهود را در مورد يك دعوی قاضی شنید و به نائب خود از صورت استماع خود خبر داد نائب قاضی می تواند مطابق به خبر قاضی حکم کند بدون اینکه شهادت

را اعاده نماید، همچنین آن نائبی که صلاحیت حکم را دارد وقتی شهادت شهود را در مورد يك دعوی شنید و به قاضی آن را رساند قاضی می تواند به اساس آن شهادت حکم خود را در مورد آن دعوی بدون اعاده شهادت صادر کند .

این به (کتاب قاضی به سوی قاضی) شباهت دارد زیرا در هر دو عمل به چیزی میشود که در نزد دیگری به اثبات رسیده است فاضل محترم علی حیدر افندی به نقل قول از کتاب واقعات المفتیین تذکر داده که به گفته بعضی از علماء لازم است شهادت شهود اعاده شود اما اینطور يك اختلاف به نظر نخورده است و اینطور کتابی بدسترسم هم نیست (مسئولیت آن به عهده راوی) در کتاب بحرالرائق به نقل قول از ادب القاضی مؤلفه صدر الشیعه تذکر یافته که نایب به اساس شهادتی که شهود نزد قاضی داده اند حکم کند و هم قاضی به اساس شهادتی که شهود نزد نایب او داده اند حکم کند ، اگر قاضی در موردی به مفاد نایب خود و یا نایب قاضی به مفاد قاضی حکم کرد آیا این حکم شان نافذ است ، بحرالرائق به نقل قول از ملقط تذکر داده : قاضی اگر برای خود نائبی تعیین کرد و آن نایب به مفاد قاضی حکم کرد اینطور حکمی صحیح نیست ، راه صحیح اینست که وقتی بین قاضی و شخصی دیگری در کدام مسئله دعوی پیدا شد طرفین شخص سومی را بحیث حکم تعیین کنند و یا پادشاه در بین شان قاضی دیگری را برای فیصله این مسئله مقرر کند . در کتاب سراجی تذکر یافته که وقتی برای قاضی و یا برای بچه او کدام حادثه پیش آمد دیگری را از جای خود نایب ساخت و آن شخص صلاحیت نیابت را هم داشت و نزد آن نایب دعوی خود را پیش کردند و آن نایب به مفاد قاضی و یا بچه او حکم کرد این حکمش صحیح است .

در انقروبه نیز این چنین حکم شده است علامه رملی متذکر شده که به این اساس ثابت گردید که درین مسئله دو قول است و چه گفته سراجی اینست که جانشین (نائب) از خود قاضی نیابت نمی کند بلکه از پادشاه و از عموم ملت نیابت می کند لذا نسبت بین او و قاضی قطع شده و اما در تعلیمات ابن عابدین به نقل قول از (الاشباه والنظائر) تذکر یافته که اینان در عصر حاضر به تمام معنی جا نشینان قاضی اند

لذا گفته ملتقط باید ترجیح یابد زیرا حکم هر يك از قاضی و نائب او برای اندیگر شان از تهمت خالی نیست بدلیل اینکه کاریکه نایب قاضی می کند عینا حکم کاری را دارد که خودش برای خود حکم کرده است و من اینطور يك بیانی از هیچکس نیافتیم که یکی از این دو گفته را ترجیح بدهد، در کتاب مذکور تذکر یافته اما اگر قاضی به مفاد آن پادشاهی که او را به وظیفه قضاء گماشته است و یا برای شاهزاده حکمی کرد این حکمش صحیح است، علامه رملی افزوده است دلیلش هم اینست که قاضی از عموم مردم نیابت می کند طوری که در محیط نیز این مطلب تذکر یافته وقتی این چنین باشد کار قاضی به پادشاه نسبتی ندارد و کسیه می گوید قاضی نماینده پادشاه است شاید مرادش این باشد که خاص پادشاه قاضی را مقرر می کند نه اینکه نماینده شخصی او است زیرا کسی را که پادشاه حکم می سازد نیز حکم او مثل حکم قاضی با صلاحیت است، لذا راه به حکمیت باقی نماند این حکم قاضی در باره پادشاه از این سبب صحیح است که در واژه حکم در باره پادشاه (در امور شخصی او) بسته نباشد در مباحث بعدی این مطلب نیز تذکر می یابد که حکمی که از طرف پادشاه صادر می شود بمنزله حکمی است که از طرف قاضی صادر می شود ولی من چنین چیزی ندیده ام قابل دقت است اما اگر برای نایب از طرف قاضی (صلاحیت صدور حکم داده نشده بود).

بلکه برای تدقیق و علم آوری خاص مأمور شنیدن شهادت بود قاضی نمی تواند به خبر دادن او از استماع شهادت حکم کند بلکه باید شخصا خودش شهادت شهود را بشنود.

در کتاب هندیه به نقل قول از کتاب خانیه تذکر یافته: اگر پادشاه شخصی را به امور قضاء موظف ساخت و برایش اجازه مقرر کردن نایب را هم داد آن قاضی شخصی دیگری را در يك حادثه معینی موظف ساخت که شهادت شهود و اقرار را بشنود اما حکم نکند بلکه به قاضی این موضوع را بنویسد تا قاضی شخصا درین باره فیصله صادر کند این نایب نمی تواند حکمی صادر کند، زیرا او فقط صلاحیت شنیدن را دارد نه صلاحیت حکم را ازین رو و قاضی نبوده که حکمش نفاذ داشته باشد بلکه هر آنچه را قاضی امر کرده است او اجرا می کند و قتی

این موضوع به قاضی پیش شد قاضی به اساس این شهادت و به این اقرار نباید حکم کند بلکه مدعی و مدعی علیه را جمع کند و به اعاده شهادت شهود امردهه ، وقتی شهود پیش خودش بحضور طرفین دعوی شهادت دادند در آن وقت قاضی به مقتضای شهادت شهود حکم کند به راستی این موضوع باعث لغزش بسیاری از قاضی ها می شود زیرا قاضی يك فرد عادی را مکلف به شنیدن شهادت شهود کرده است و آن شخص شهادت شهود را شنیده و کیفیت رابه قاضی نوشته و قاضی به اساس شنیدن او حکم می کند و شهادت شهود را اعاده نمی نماید این حکم صحیح نیست زیرا قاضی اقرار را شنیده (بلکه شخصی شنیده که صلاحیت حکم رانداشته و قاضی نبوده است) چطور به این شهادت و به این اقرار به اخبار يك نفری که در شنیدن شهادت شهود از قاضی نیابت کند حکم صادر شده می تواند بلی در صورتی که با همین نائب يك نفر دیگر هم به اقرار و یا شهادت شهود شهادت بدهد حکم قاضی صحیح است فایده که از این استماع نائب قاضی عاید است اینست که به این وسیله دیده می شود آیا بر راستی مدعی شاهدی دارد ؛ و یا در اینکه میگویند بدعوی خود شاهد های دارم دروغ میگویند شاید شهودی داشته باشد اما عادل نباشند و یا شاید شهودی باشد ولی الفاظ ایشان با هم مواقت نداشته باشد و قاضی این تطبیق بین لفظهای شاهد هارابه نائب خود واگذار کرده باشد .

باید ملتفت بود این مطلبی که مجله آن را ذکر کرده بین قاضی و نائب او است نه بین دو قاضی که یکی از آنها معزول و دیگری بر حال است .

اگر بین دو قاضی که یکی شان معزول شده بود و اندیگر بر حال بود این اتفاق افتاد که قاضی معزول شهادت شهود را شنیده بود این شنیدن برای قاضی بر حال بهیچ صورت مدار اعتبار نمی باشد بلکه باید خودش شخصا طرفین دعوی رابه حضور بخواهد و شهود شهادت خود را ادا کنند آنوقت مطابق به شهادت شان حکم صادر کند .

ماده ۱۸۰۷ : -

قاضی که مؤظف به حکم در يك محکمه می باشد دعوی آن اموال و اراضی که مربوط به حوزة قضایی

دیگری است می تواند بشنود مشروط بر اینکه حدود شرعی اراضی مذکور بطریقیکه در کتاب دعوی تذکر یافته توضیح شده باشد .

گفتیم قاضی که موظف به حکم در یک محکمه است ، مثلاً و لسولی شکر دره ومدعی در آنجا بدست می آید خواه کابل باشد و خواه از هرات باشد که در آنجا مسافر باشد

(اینکه دعوی زمین را که به محکمه دیگر مربوط است به شنود) یعنی مربوط به و لسوالی دیگری غیر از شکر دره که در آنجا حکم

صورت می گیرد زیرا قاضی که صلاحیت قضا را در یک محکمه دارد به همه آنها یک درین محکمه می آید خواه از مردم اصلی همان منطقه

باشند و خواه مسافر باشند حکم صادر کرده می تواند مراد به زمینها آن اموالی است که در فقه از آن به نام غیر منقول تعبیر میشود خواه زمین باشد خواه کاروان سرای باشد خواه دکان باشد و خواه منزل رهایش .

این صحیح ترین دو قول است که صاحب مجله الاحکام نیز آن را اختیار کرده است در بحث چیزهای که برای قاضی جواز دارد و چیزهای که جواز ندارد از کتاب هندی چنین تذکر یافته (وقتی قاضی به

مال مشخصی (عینی) که به تصریف شخصی بود و مال مورد حکم قضا در ولایت او نبود حکم کرد حکمش صحیح است اما تسلیم دادن او صحیح نیست )

صورت مسئله ازین قرار است شخصی است از تبعه بخاری بحضور قاضی بخاری درباره یک خانه بر یکی از مردم سمرقند دعوی خود را دایر می کند و می گوید که خانه که الان به تصرف این سمرقندی در فلان شهر و فلان محله واقع است از من می باشد و حق منست و بدست این سمرقندی بدون استحقاق است و براین دعوی خویش شاهد هم آورد و قاضی حکم کرد که آن خانه از مدعی است این حکمش صحیح است زیرا طرفین دعوی نزد او حاضر اند مگر تسلیمی درینجا صحیح نیست



بلکه باید قاضی بخارا حکم خود را به قاضی سمرقند بنویسد تا قاضی سمرقند خانه را به این بخارا تسلیم بدهد الی آخره.

به نظر من (شارح مجله الاحکام) این تعلیل ضعیف است زیرا و قتی ملکیت بخارائی ثابت شد و به صحت حکم تقریر یافت تسلیم هر چند دشوار

است چرا به این صورت صحیح نشود که مدعی علیه به حکم راضی شود، بلی ازین پہلو اگر بگوئیم برای این به قاضی سمرقند بنویسد

که قاضی از لحاظ قضاوت خود جز صدور فیصله دیگر قدرتی ندارد اما قوه اجراء این حکم کاری است زائد بر اصل قضاوت و بالاتر از قدرتش مخصوصا که مال مورد دعوی تحت تصرف حکومت دیگری است ناچار باید به قاضی سمرقند بنویسد زیرا تسلیم کردن دشوار است نه از واسطه صحت او بلکه ازین واسطه که از قدرت قاضی تسلیم کردن آن خانه بیرون است باید که مال دقت را مرعی داشت (مگر) در شنیدن دعوی

خارج ولایتش به طریق اولی (لازم می آید). (که حدود شرعی آن خانه به طریقی که در کتب دعوی و شہادت تذکر یافته تو ضیح یابد) به شرح ماده (۱۶۲۳) مراجعه فرمائید، و قتی برای قاضی جواز دارد که دعوی اموال

غیر معقول منطقه را که تحت ولایتش نیست بشنود پس دعوی دین و اموال منقوله را به طریق اولی شنید می تواند. طوریکه اگر یک نفر از مردم حلب دمشقی را که طی مسافرتی به

حلب آمده دستگیر کرد و بر او نزد قاضی ادعا کرد که مال سواری که حالا بدست اوست از منست و یا ادعا کرد که از من بر ذمه این دمشقی این قدر پول قرض است، این دعوی صحیح است و حکم قاضی نافذ می باشد کتاب ہندیہ در باب (۳۰) خویش تحت عنوان (تقرر قاضی) تذکر داده است شخصی به یک شہر می میرد و از او مالی می ماند و ورثہ اش به شہر دیگری هستند درین حال یک عدہ از مردمیکہ متوفی در آن شہر وفات یافته حقوق و اموالی را بر متوفای مذکور ادعا می کنند آیا قاضی از جای متوفی وصی تعیین کند تا قرض خواهان حقوق خود را بر متوفی اثبات کنند؟

خصاف در بحث حقوق بر میت در کتاب ادب القاضی تذکر داده اگر بین شهر اقارب متوفی و شهریکه متوفی در آن وفات یافته فا صله زیاد بود و قافله بین این دو شهر غالباً تردد نداشت (روابط ترانزیتی

بین دو شهر و چو نداشت) قاضی از جای متوفای مذکور و وصی تعیین کند در کتاب ذخیره نیز چنین توضیح شده است و اگر بین دو شهر رفت و آمد قطع نبود حاجت به تعیین وصی نیست در کتاب بزایه نیز این

چنین گفته شده است خصاف رح در بحث نفقه زن «مصارفی که به آن اعاشیه صورت می گیرد) از کتاب نفقات تذکر داده (وقتی مردی فوت شد و به هیچکس وصیت نکرد و از خود بچه های خورد و بزرگ را باقی گذاشت قاضی وصی را در مالش مقرر می کند).

شمس الایمه حلوانی گفته است قاضی وصی را در مال متوفی در سه حال مقرر کرده می تواند (۱) آنکه متوفی قرضدار باشد . (۲) از متوفی ورثه خورد سالی باقی مانده باشد (۳) متوفی وصیت های کرده باشد درین احوال وصی مقرر می شود که آن وصیت ها را انجام دهد.

فقط درین سه مورد قاضی وصی مقرر می کند نه در غیر آن ، آنچه را خصاف (رح) در کتاب ادب القاضی تذکر داده با قول شمس الایمه حلوانی مخالف نیست زیرا مراد در جائیکه شمس الایمه بیان کرده مقرر کردن وصی است برای ادای قرض و مراد از بیانیکه خصاف نموده مقرر کردن وصی برای اثبات دین است وقتی قاضی برای تصرف در ترکه متوفی

برای یتیم ها وصی مقرر کند و یتیم هادر منطقه باشند که به محکمه قاضی مذکور مربوط است و مال مترو که از مربوطات محکمه مذکور نباشد یا ترکه از مربوطات محکمه اش باشد ولی یتیم ها خارج از منطقه آن محکمه باشند و یا بعضی از اموال مترو که مربوط به آن محکمه باشد و بعضی

دیگر نباشد شمس الایمه می گوید در همه این احوال مقرر کردن وصی از طرف قاضی صحیح است و شخص مذکور در همه اموال مترو که وصی شمرده میشود مال مترو که بهر جا که باشند قاضی رکن الاسلام در شرحیکه سفلی نوشته آن قسمت از اموال

که مربوط به آن محکمه نیست تحت وصایتش نمی آیند در محیط نیز این موضوع تذکر یافته است .

قاضی اگر برای سر پرستی امور وقف متولی مقرر کرد و مال وقف شده و آنچه این مال برای آن وقف شده از مربوطات محکمه او نبود از شمس الایمه حکایت شد است که اگر مطالبه در مجلس قضا صورت گرفت مقرر کردن او صحیح است و قاضی رکن اسلام در شرح سفلی حکم به عدم جواز آن کرده است اگر آنهاییکه وقف برای ایشان صورت گرفته در ولایت او نبودند (از مربوطات محکمه دیگری بودند) اگر مردم طالب العلم و یا اهالی یک قریه و یا مردم معدودی بودند و مال وقف شده یک هو تلی و یارباطی و یا مسجدی بود و از مربوطات آن محکمه نبود و متولی مقرر کرد، شمس الایمه (رح) گفته است صحیح است و هم شنیدن شکایات و مرا فعه دعاوی در مورد وقف مذکور مدار اعتبار می باشد .

رکن الاسلام گفته است آن مالیکه در باره اش حکم صادر شده اگر حاضر نباشد مقرر کردن وصی صحیح نیست و اگر حاضر بود صحیح است، در ذخیره نیز اینچنین تذکر یافته است در فصل اول فصولین نیز بیانی مشابه این تذکر یافته باین ترتیب که گفته است اگر قاضی وصیی در مال متروکه یتیم ها مقرر کرد و یتیم ها مربوط محکمه آن قاضی بودند ولی، مال متروکه مربوط آن محکمه نبود و یا بر عکس بود یعنی مال مترو که یتیم ها به همان محکمه مربوط بود ولی خود یتیم ها مربوط آن محکمه نبودند و یا بعضی از اموال مربوط آن محکمه بود ولی بعضی دیگر مربوط محکمه دیگری بود یک عده از علماء گفته اند به همه حال مقرر کردن وصی صحیح است نظلم و استعداء (شنیدن شکایات مالی و تجاوزات) معتبر می باشد باین معنی که بعضی اشخاص قرض های داشتند که به مال مترو که متوفی تعلق داشت و برای اثبات حقوق خود ها به قاضی مراجعه کردند و یا پای شخص دیگری راپیش آورده و به قاضی عرض کردند که این قرض را متوفی است (متوفی ازین شخص این قدر طلب دارد) و از قاضی خواستند وصیی را مقرر کند اینست معنی نظلم و استعداء و آن عبارت است از مراجعه و طلب در ضمن دعوی که حقی را برای خود طلب می کنند و به این صورت در جمیع اموال مترو که بهر جائیکه می باشد و بیهه یتیم ها قرض حساب می شود، اگر

قاضی شخصی را به حیث متولی وقف مقرر کرد در صورتیکه در مجلس قضا مطالبه صورت گیرد و متولی وقف و مال و قف هیچکدام مربوط محکمه او نباشند بعضی گفته اند حکمش صحیح نیست اگر آن شخصی که برای او وقف صورت گرفته مربوط آن محکمه بود به این ترتیب که اشخاصیکه وقف برای آنها صورت گرفته بود طالب العلم بودند و یارب (در سابق که مردم ذریعه قافلله های شتر و یا اسپ از شهری به شهری می رفتند در راه جای برای شب باش مسافرین ساخته می شد که این عمارات برای مسافرین جای بود و باش و هم برای حیوانات شان جای مناسبی به حساب می رفت این عمارات به نام رباط یاد میشود) و یا مسجد بود و لی مال و قف شده مر بوط محکمه او نبود تظلم و استعلاء به قول بعضی از علما صحیح است و بعضی گفته اند در صورتیکه آنچه برای او وقف صورت گرفته حاضر باشد صحیح است .

#### ماده ۱۸۰۸ : -

باید محکوم له (آن کسیکه حکم به مفاد او است) از اصول قاضی و هم از فروع وی (یعنی پدر و پدر کلان الی آخره و بچه و نواسه الی آخره) و خانم او، و شریک مال او و خد متگار مخصوص او، و هم کسیکه به نفقه قاضی امر ارحیات می کند نباشد. بنابراین قاضی دعوی این اشخاص را هم شنیده نمی تواند و نه هم برای ایشان حکم کرده می تواند

زیرا حکم درین مورد محل تهمت است خواه شریک بطریق مفاوضه باشد خواه بطریق عنان. البته باید ملتفت بود که قضا مبنی بر شهادت است و طوریکه در ماده (۱۸۰۰) تذکر یافت برای این اشخاص شهادت صحیح نیست فلذا حکمش هم برای اینها صحیح نیست اما اگر بضرر اینها حکمی صادر کرد حکمش صحیح است طوریکه بضرر اینها شهادت داده می تواند (معین الحکام) پس نفی در گفته صاحب مجله الاحکام که گفته است (قاضی نمی تواند اکی آخره) معینش اینست که دعوی این مردم را به این ترتیب که بمفاد شان حکم کند شنیده نمی

نواند اما اگر دعوی را شنید و به ضرر شان حکم کرد چنین شنیدن  
مما نعتی ندارد.

از این بیان فهمیده شد که قاضی بمفاد خود بطریق اولی حکم کرده  
نمی تواند. در تبصره الحکام تذکر یافته: اگر قاضی بر شخص دیگری  
حقی داشت و یا دیگری بر قاضی حقی داشت قاضی میتواند وکیل بگیرد  
و پیش قاضی دیگری دعوی خود را دائر کند و یا خودش شخصا دعوی  
خود را به حضور قاضی دیگر عرض کند.

در باب بیستم از کتاب قضاء هندیه به نقل قول از محیط تذکر  
یافته: برای قاضی جواز ندارد که به مفاد غلام و یا به مفاد مکاتب خود  
حکم کند و نه هم به مفاد غلام آن کسی که حکمش بمفاد خود او نافذ نباشد  
و نه هم برای مکاتب های چنین مردمی، برای هیچ یک از اینها  
که تذکر یافت حکم قاضی نافذ نیست.

همچنین قاضی به مفاد شریک خود در شرکت مفاد و نه وی را شرکت  
عنان در امریکه به شرکت مذکور تعلق دارد حکم کرده نمی تواند.

در کتاب مذکور تذکر یافته، اگر شخصی وفات یافت و برای  
قاضی ثلث مال خود را وصیت کرد و برای شخص دیگری هم وصیت  
کرد حکمش درباره مال متوفی به هیچ یک از این وصیت ها نافذ ندارد،  
همچنین اگر قاضی یکی از وارثین متوفی باشد به مفاد متوفی هیچ حکمی  
کرده نمی تواند همچنین اگر شخصی که برای او وصیت شده بود بچه  
قاضی و یا خانمش و یا از کسانی بود که شهادتش به مفاد آنها نافذ نیست  
و یا غلام این اشخاص بود در هیچ یک از این صورتها حکم قاضی نافذ  
نیست.

همچنین اگر قاضی وکیل وصی در میراث متوفی باشد حکمش درباره  
مال آن متوفی صحیح نیست زیرا ادر ظاهر حکم به مفاد او صورت می  
گیرد، همچنین اگر قاضی از متوفی طلبی داشت حکمش درباره آن  
متوفی به هیچ چیزی صحیح نیست.

اگر یکی از طرفین دعوی غلام قاضی و یا یک نفر از آن اشخاصی  
را که شهادت قاضی به مفاد شان شنیده نمی شد وکیل خود ساخت  
قاضی نمی تواند به مفاد آن وکیل و به ضرر طرف مقابلش حکمی صادر  
کند زیرا ظاهرا این حکم به مفاد وکیل است.

اگر قاضی شخصی را به دعوی کردن وکیل ساخت سپس او را

قاضی گردانید و کیل نمی تواند در آن مورد حکم صادر کند زیرا حکم در ظاهر حال به مفاد و کیل است (۱) همچنین قاضی نمی تواند از جای موکل خود و کیلی بگیرد زیرا اگر اینکار را به حکم قضاء کرده باشد این قضا بر غایب است و بر غایب قضاء قاضی صحیح نیست و اگر به حکم و کالت خود این کار را کرده است چون موکلش با او اجازه تصرف را در این مورد نداده که هر چه میخواهد بکند لذا این و کیل گرفتن او جایز نیست اما اگر وکیلش برای او گفته بود درین کار هر طور میخواهی تصرف کن و قاضی برای دعوی کردن از جای موکل خود و کیل گرفت و کیل گرفتن او جواز دارد، ولی قاضی به مفاد آن و کیل حکم کرده نمی تواند. در کتاب هندیه نیز این مطلب با نوعی اختصار تذکر یافته است در کتاب جامع الکبیر تذکر یافته وقتی شخصی وفات یافت و بر او قرضهای بود و هم از مردم طلبهای داشت که بعضی ازین قرضها بر قاضی و بعضی دیگر آن بر ذمه کسانی بود که شهادت قاضی به مفادشان صحیح نمی شد مانند اینکه متوفی از خانم قاضی و یا بچه او و غیره طلب داشت شخصی پیش همین قاضی دعوی کرد که متوفی او را وصی ساخته است باید ملتفت شد که اینجا سه مسئله است یکی ازین مسایل همانست که ذکر شد و درین مورد قاضی وقتی بر صایت او حکم صادر کرد حکمش درباره وصایت آن شخص صحیح نیست حتی ورثه می توانند از قاضی مذکور مطالبه دین را بکنند.

مسئله دوم اینست که اگر بجای وصایت کسی ادعای نسب را از متوفی کرد باین ترتیب که گفت من بچه متوفی هستم و میراث او به من میرسد و برین دعوی شاهد تیر کرد اگر قاضی قبل از اینکه حکم به نسبش بکند طلبی را که متوفی از او داشت برای آن شخصی ادا کرده پس از ادای دین، حکم کرد، حکمش صحیح است.

مسئله سوم اینست که اگر به جای دعوی وصایت و نسبت دعوی و کالت بود باین ترتیب که قرض خواه ناپدید شد بعد از آن شخصی آمد و ادعا کرد که قرض خواه او را به گرفتن قرضهای که بر ذمه قاضی است و یا بر ذمه اشخاص است که شهادت قاضی به مفادشان صحیح نیست و کیل ساخته قاضی به وکالت او حکم کرد حکم قاضی نافذ

(۱) به نظر من عوض و کیل باید می گفت به مفاد قاضی است زیرا قاضی او را بدعوی کردن و کیل ساخته است (مترجم)

نیست خواه پیش از ادای دین حکم کرده باشد و خواه بعد از ادای آن  
الی آخره زیرا و کالت قصدا ثابت نمی شود، بلکه در ضمن دعوی صحیحی  
ثابت می شود.

همچنین اگر قاضی در غله زمین وقف و یا در اصل مال و وقف  
حکمی صادر کرد و یک حصه از وقف و یا غله آن شرط شده بود که به او  
داده شود حکمش نافذ نیست، زیرا در کتاب هندیه تذکر یافته اگر دو نفر  
شهادت دادند بر اینکه این مال را برای مادو نفر و یا برای یکی از ما و یا بر  
اولاد ما و یا به خانمهای ما و یا به پدر و مادر ما و یا به خویش های خود وقف  
کرده و شاهد ها از قریبهای و وقف کننده بودند و یا شهادت دادند که  
برای سادات وقف کرده و خودشان هم سید بودند و یا گفتند به  
موالی خود وقف کرده و ایشان ا ز موالی او بودند (موالی به کسی نی  
که یک غلام را آزاد می کنند و یا کسانی که ایشان از طرف کسی آزاد  
می شوند بهر دو طبقه اطلاق میشود) درین صورت ها همه شهادت باطل  
است همچنین است اگر برای قاضی وقف شده بود و یا برای کسی که  
شهادت قاضی به مفاد او صحیح نمی شود وقف شده بود و قاضی حکم به  
وقف این اموال کرد حکمش باطل است اگر درین شهر غیر از وی قاضی  
دیگری نبود که به قاضی مذکور رجوع شود محتویات ماده ذیل بکار  
بسته میشود.

ماده ۱۸۰۹ :-

وقتی کسی با قاضی شهر خویش و یا یکی از منسوبین  
محکمه که در ماده گذشته تذکر یافت دعوی داشت اگر  
غیر از قاضی مذکور در آن شهر قاضی دیگری هم بود  
او را حکم بسازد و اگر قاضی دیگری در آن شهر وجود  
نداشت شخص دیگری را برضای خود ها حکم بسازند  
و یا در صورتیکه قاضی صلاحیت مقرر کردن نایبی را  
برای خود داشت بحضور نایب قاضی دعوی خود را  
عرض کنند و یا نزد قاضی شهر مجاور دعوی کنند. اگر  
طرفین دعوی به هیچ یک ازین صورتها رضی نبودند.



از پادشاه درین مورد درخواست کنند که برای شان شخصی را بحیث قاضی تعیین کند.

در عبارت فوق تذکر یافت: وقتی کسی با قاضی شهر خود و یا یکی از منسوبین محکمه که از ایشان در ماده گذشته تذکر یافت دعوی داشت اگر قاضی دیگری در آن شهر بود دعوی خود را به نزد آن قاضی عرض کنند)

این است یکی از راههای محاکمه که با قاضی شهر خویش و یا یکی از منسوبین او انجام دهند. درین صورت برای یکی از طرفین دعوی اختیاری نیست بلکه مدعی علیه را جبرا قاضی مذکور می خواهد و اگر حاضر نشد در غیابش فیصله صادر می کند.

(اگر در آن شهر قاضی نبود که دعوی خود را به حضور او عرض کنند به حضور قاضی که خود شان به رضای خود ها مقرر می کنند دعوی خود را عرض کنند).

حکمی که درین پارا گراف مجله الحکام توضیح شده در آن مجبور یتنی وجود ندارد، بلکه رضایت طرفین دعوی، در مقرر کردن حکم شرط است همچنین تذکر یافت:

(با دعوی خود هارا به حضور نائب قاضی دایر کنند اگر قاضی مذکور صلاحیت مقرر کردن نائب را برای خود داشت) (هندیه وانقرویه) این صورت سوم نیز در آن رضایت طرفین دعوی شرط نیست زیرا قاضی که به گرفتن نائب ماذون است در واقع نائبش هم از طرف پادشاه مقرر شده است به ماده (۱۸۰۵) و شرح آن مراجعه فرمائید.

همچنین در آن بیان تذکر یافت.

(یا به حضور قاضی شهر مجاور خویش دعوی خود را دایر کنند). این صورت نیز بر رضایت طرفین دعوی است اگر یکی از طرفین دعوی به حضور قاضی عرض کردو آن دیگر ابا ورزید مجبور ساخته نمی شود و قاضی در غیاب او حکم صادر کرده نمی تواند به ماده (۱۸۰۱) مراجعه فرمائید.

بعداز آن اگر هر دو نفر (طرفین دعوی) به حضور قاضی مجاور شهر خویش عرض خود هارا پیش کردند آن قاضی نمی تواند بگوید شما به محکمه دیگری رابطه دارید و تحت ولایت من نیستند، بلکه در بین شان با ید

حکم کند، به شرح ماده (۱۸۰۷) مراجعه فرمائید .  
همچنین در آن عبارت تذکر یافت .

اگر طرفین دعوی به هیچ یک از این صورتها راضی نبودند، از پادشاه خواهش کنند در بینشان شخصی را به حیث قاضی تعیین کنند، به طور خلاصه درین ماده پنج صورت تذکر یافت در صورت اول و سوم رضایت طرفین دعوی شرط نیست و در غیر این دو رضایت طرفین شرط است از بیان فوق دانسته می شود که با وجود قاضی در یک شهر شده می تواند که پادشاه در بعضی قضایا قاضی دیگری را تعیین کند تقرر قاضی جدید یا بوا سطره اینست که به اثر حکم قاضی که برای عموم تعیین شده کار نامشروعی صورت بگیرد و یا بواسطره اینست که مانع شرعی، قاضی را از صدور حکم منع می کند، مانع عبارت است از اینکه آن کسی که قاضی برای او حکم می کند از کسانی است که شهادت او به نفع ایشان جواز ندارد بطوریکه در همین ماده این موضوع به تفصیل ذکر شد .

ماده ۱۸۱۰ : -

مناسب است که قاضی دعاوی را از روی تاریخ مورد نظر قرار بدهد یعنی آن دعوی را که پیشتر بحضور او عرض شده زودتر دایر کند و آن دعوی را که دیرتر عرض شده دیرتر دایر کند. اما اگر بروی بعضی مصالح و ایجابات، آن دعوی را که دیرتر به محکمه رسیده زودتر دایر کند این صلاحیت را دارد.

در مراعات نوبت بین طبقات مختلف مردم فرقی نیست اما اگر دعوی از طرف یک نفر غریب و یا مسافر بود برای او زودتر موقع داده میشود زیرا باین اشخاص اذیت و ناراحتی بیشتر از دیگران عاید می شود .

ذیل می گفته است نوبت در فیصله دعاوی به ترتیب آملنشان در محکمه داده می شود یعنی هر یک که پیشتر دعوی خود را عرض کرده بود پیشتر فیصله دعوی او صورت بگیرد و برای اینکه نوبت رعایت شده بتواند قاضی یک نفر را از منسوبین محکمه تعیین کند تا مردم

را به نوبت بحضور قاضی بر سا ندودربین مردها و زنها دريك مجلس جمع نكند بلكه برای زنها جای علیحده و برای مرد ها جای علیحده تعیین کند مگر آنکه دريك مورد یکی ازین دو طبقه بر یکی از طبقه دیگر دعوی داشته باشد که درین صورت زن و مرد به محضر قضا یکجا حضور می یابند ..

این در صورتی است که دعاوی زیاد باشد و همه آن در يك روز دیده شده نتواند اگر يك نفر دعوی های بسیاری داشت و به دیدن همه آن دعاوی برای مردم دیگر در آن روز وقت نمی رسد مناسب نیست که تمام وقت صرف شنیدن دعا وی همان يك نفر شود .

در کتاب هندی به نقل قول از حاوی تذکر یافته ، زنها علیحده به حضور قاضی برسند و مرد ها علیحده و اگر برای هر يك شان روز علیحده تعیین شود برای حجاب زن ها بهتر است درین کتاب به نقل قول از محمد (رح) گفته شده آنکه شب به خانه و فامیلش خود را رسانیده می تواند مسافر نیست و آنکه خود را شب به خانه و فامیلش رسانده نمی تواند مسافر است و آنکه شب رابه خانه غیر از فامیلش می گذراند نیز به جمله مسافر است اما مسافر حقیقی (کسیکه سه شبانه روز از خانه خود دور باشد ) قابل رعایت بیشتر است وقتی که قاضی بواسطه مسافرت دعوی کسی را زود تر می خواست بشنود به مجرد اینکه مدعی میگوید من غریبم و به خانه خود می خواهم برگردم دعویش مورد قبول واقع نمی شود بلكه باید به این گفته خود شاهد نیز بیاورد از محمد (رح) این چنین روایت شده است اما درین شهادت عدالت شرط نبوده شهادت مستور الحال نیز کافی است .

بعضی از علماء حنفی گفته اند به این هم اکتفاء نمی شود بلكه باید از او پرسیده شود رفقای تو درین سفر کیانند؟ وقتی اورتقای خود را تعیین کرد از آنها نیز پرسیده شود که آیا این شخص باشما حرکت می کند؟ و تاریخ حرکت شما چه وقت است؟ اگر رفقا او را تصدیق کردند درین حال عذرش مقبول است .

اگر به دروازه محکمه کسانی که شاهد می گزرانند و کسانی که قسم می خورند و غربا و زنها جمع شده بودند اگر قاضی کسانی را که شاهد می گزرانند مقدم ساخت می تواند و هم اگر زنها را مقدم ساخت میتواند .

قاضی می تواند در وقت ضرورت از دیگران فتوی بگیرد .

در کتاب درالمختار وردالمختار مطالبی تذکر یافته که آنرا باختصار در اینجا نقل می کنیم اگر قاضی به درجه اجتهاد رسیده بود و برای او در بعضی مسائل مشکلاتی رونما شد و خودش نتوانست درین مورد حکم قاطعی بکند، از علمای همانند خود مشوره بگیرد، اگر علماء در آن مورد بیک رأی متفق شدند مطابق رأی ایشان حکم کند، و اگر اختلاف نظر داشتند به آن گفته که بنظرش از همه بهتر جلوه می کند، حکم کند. و اگر پیش از حکم برای ایشان، نزد خودش نظری پیدا شد، مطابق به رأی خود حکم کند.

زیرا مجتهد از دیگری پیروی کرده نمی تواند. مگر آنکه رأی خودش نزد او مورد اتمام بوده آن عالمیکه از او فتوی میگرفت در نظرش از خود او فقیه تر و بر هیز گار ترمی نمود درین حال می تواند از رأی خود بگذرد، این حکم از قضات مجتهد بود .

همچنین است حال قاضی ها و علمائیکه مقلد اند در آن امور یکه ترجیح آن در کتب ذکر نشده بود و یا در ترجیح یک حکم اختلاف واقع شد و نه لازم است به آن قول حکم کند که بر ترجیح آن علماء اتفاق کرده اند و یا به قول ظاهر الروایه و یا به قول امام و غیره به اساس ترجیحاتی که در شرح ماده (۱۸۰۱) ذکر شد حکم صادر کند .

در شرح ماده های ۱۷۹۹ و ۱۷۹۴ بیان آداب مفتی تذکر یا فت محتاج به اعاده نیست در کتاب مجمع الانهر تذکر یافته علماء اصول فقه این مطلب را تثبیت کرده اند که مفتی در حقیقت همان مجتهد است اما غیر از مجتهد از کسانیکه که اقوال مجتهدین را حفظ می کنند در واقع مفتی نیستند و بر چنین مردمی لازم است وقتی فتوای را ذکر می کنند قول مجتهد مثلا امام ابو حنیفه را به طریق و کالت ذکر کنند ازین بیان در یافتیم که درین عصر فتوی های که ذکر میشود در واقع فتوی نیست بلکه نقل حکم مفتی است تافتوی گیرنده آن را به کار بندد . طرقی که از مجتهدین فتوی نقل میشود ازین دو طریق بیرون نیست یا سندی درین مورد برای نقل کننده موجود است و یا از جای معروفی این

فتوی گرفته میشود که بصورت عنعنہ بدست ما رسیده است مانند کتب محمد پسر حسن (رح) و غیره از تصانیف مشهور مجتهدین زیرا این کتب به منزله خبر متواتر محسوب میشود .

تمام این موضوع در کتاب بحرالرائق ذکر شده به آن رجوع شود در کتاب سراج این مطلب به صحت رسیده که مقتی بصورت مطلق به قول امام (ابوحنیفه) فتوی میدهد بعد از آن به قول امام ابو یوسف (رح) و بعد از آن به قول امام محمد بعد از آن به قول زفر (رح) و حسن پسر زیاد. اگر بدرجه اجتهاد نرسیده بود درین مورد اختیاری ندارد و اگر مقتی ها اختلاف داشتند به قول آن کس حکم میشود که در علم فقه بیشتر وارد باشد .

در کتاب منج تذکر یافته اگر امام ابوحنیفه با یاران خویش ( امام ابو یوسف و امام محمد ) اختلاف نظر داشتند در صورتیکه این اختلاف نظر از اختلاف عصر و زمان نشئت کرده بود مانند حکم به ظاهر عدالت قول یاران ترجیح دارد زیرا احوال مردم تغییر کرده است و در امور مزاحمت و معاملات و همانند های این ها نیز به قول یاران حکم میشود ، برای يك جوان نیز جواز دارد فتوی صا در کتبه شرط اینکه روایات را حفظ کرده باشد و بردلایل عقلی واجتہا دی واقف باشد و طاعات خدائی را به جای آورده و از شهوت طلبی برکوان باشد ، زیرا عالم بزرگ است هر چند خورد سن باشد و جاهل کوچک است هر چند بزرگ سن باشد .

## ماده ۱۸۱۲ :-

قاضی را شایسته است که در وقت تشبویش ذهنی که مانع سنجش و تفکر سالم میشود به صدور حکمی اقدام نکند مثلاً در وقتیکه دلش غمگین است و یا غصه دارد و یا بسیار گرسنه است و یا بسیار خواب آلود است . درین احوال به حکم کردن مبادرت نورزد .

حالات نفسی سه درجه دارد تهور و میانه روی و جبن دو طرف آن از صفات مذموم است و میانه روی در جای مناسب و مشروع قابل ستایش می باشد ، ازینست که امام شافعی (رح) می فرماید کسیکه او را بر افرورخته سازند و بر افرورخته نشود . خری بیش نیست . محل غضب دل است

که در حال غضب به جوش می آید تا انتقام بگیرد .  
 اصل درین مورد حدیثی است که آن را جامع الصغیر از عبد الله  
 پسر عبدی جرجانی (رح) روایت کرده که رسول کریم (ص) فرمودند و  
 ترجمه اش اینست: وقتیکه یکی از شما به دشمنان و صدور فیصله) بین مسلمانها  
 مبتلا شد در حال غضبناکی حکم نکند و در نظر و اشاره بین ایشان  
 مساوات نماید (علمای اصول فقه به حدیث مذکور تمسک و رزیده اند  
 غضب آلودی به ذات خود علت خودداری از حکم نیست بلکه چون دهشت  
 و نا آرامی او را از تفکر سالم و امعان نظر در صدور حکم باز میدارد لذا  
 شخص گرسنه و خواب آلوده و آن کسی که از سیری بیخود شده است  
 به غضب آلود ملحق ساخته شده است.

ماده ۱۸۱۳ : -

برای قاضی سزاوار است در اجراء دعاوی که باو عرض  
 شده دقت کامل نماید و هم کارها را به تعویق نیندازد.  
 تدقیق در دعوی اینست که از مدعی درباره قیود و شروط آن  
 استفسار نماید وقتی صحت دعوی برای او واضح گردید از مدعی علیه  
 جواب بخواهد اگر مدعی علیه اقرار کرد بر او الزام میشود ورنه از مدعی  
 اسباب ثبوت دعوی خواسته میشود و حکم به تعویق انداخته نمیشود  
 به ماده (۱۸۲۸) مراجعه فرمائید .

در کتاب در المختار به نقل قول از اشباه تذکر یافته قاضی  
 نمی تواند حکم را بعد از فراهم شدن شرایط آن به تاخیر اندازد اگر قاضی  
 حکم را به تاخیر انداخت گنه کار می شود و هم استحقاق معزول شدن  
 را دارد مگر در سه حالت یکی آنکه شاهد در موضوعی بحضور او  
 شهادت بدهند بعد از آن یکی از آنها قبل از صدور حکم بگویند من از  
 خدای آمرزش می طلبم که در شهادت خود دروغ گفتم و قاضی آن گفته را  
 بشنود و لی گویند ران شناسد بعد از آن از شهود پیرسد ، شهود بگویند  
 ما همه بشهادت خود ثابت هستیم درین حال قاضی بهو جب شهادت  
 این شهود حکم کرده نمی تواند . باید شهود را از محضر قضا بیرون  
 کند تا درین مورد فکر کند .

دوم آنکه طرفین دعوی از اقارب یکدیگر باشند ، و بین شان امید  
 صلح موجود باشد در کتاب طحاوی تذکر یافته همچنین اگر

طرفین دعوی با هم بیگانه باشند در وقتیکه امید صلح موجود باشد صدور حکم را درین شان معطل کرده می تواند زیرا صدور حکم قضائی باعث کینه توزی می شود لذا تا حد امکان از آن باید خودداری گردد .

در کتاب بیری به نقل قول از خزانه الاکمل تذکر یافته وقتی قاضی رضایت طرفین دعوی را به صلح امید وار بود رد کردن دعوی شان هم جواز دارد و انفاذ حکم بین ایشان هم جایز است ، اما بیشتر از دو بار رد کردن دعوی شان جواز ندارد . اگر امید صلح موجود نبود ، حکم را بین شان نافذ بسازد .

سوم آنکه اگر مدعی برای حاضر کردن شهسود از قاضی مهلت خواست او را مهلت دهد .

همچنین وقتیکه مدعی شهسود خود را به حضور قاضی گذشتاند بعد از آن مدعی علیه برای دفع مهلت خواست قاضی او را مهلت دهد و به حکم شتاب ننماید . الی آخره . این در صورتی است که دفع او صحیح باشد اما اگر دفع او فاسد باشد به آن التفات ننماید . بیری به نقل قول از خلاصه مسئله را در بنمورد زیاد می کند که در آن نیز قاضی دعوی را به تاخیر انداخته می تواند ، وقتی قاضی به فتوای علمای شهر خود اعتماد نداشت و از علمای شهر دیگری فتوی خواست به تاخیر صدور حکم قضائی تا رسیدن فتوای گنبدکار نمی شود .

#### ماده ۱۸۱۴ :-

قاضی در محکمه دفتری را برای (ثبت) سبج ها میگذشاید و درین دفتر اعلانات (صورت فیصله ها) و اسنادی را که برای طرفین دعوی میسازد در آن تحریر این دفتر بصورت منظم و بقسمیکه از هر حیل و تزویری محفوظ باشد ترتیب میگردد و در حفظ این دفتر باید دقت کامل بعمل آید و وقتی قاضی معزول شد آن دفتر را به خلف خود شخصاً خودش و یا نماینده اش بسپارد .

این سبج هایکه ثبت دفتر می شود به چهار قسم منقسم می میگردد یکی از آنصورت فیصله است که متضمن دعوی مدعی و اثبات او و



جواب مدعی علیه و دفع او و اسباب ثبوت حکم در ج می کر دد. دوم مقرر کردن و صی ها است، سوم مقرر کردن متولی های وقف است و چهارم اندازه مصارف (نققات) است، مراد به سندها حجت ها است که این غیر از صورت فیصله می باشد که متضمن حکم است، ازین است که آن رابه صورت فیصله عطف کرده است این سندها دارای انواع مختلفی است که از آن جمله معاملاتیکه بین مردم رواج دارد مانند کفالت حواله، قرض خریداری، قطعی، بیع و نای و فسخ آن اجاره، قرضداری، بخشش و کالت صلح دیات، اثبات رشد (بلوغ) عقد گشتمندی، عقد باغبانی، مضاربت مقرر کردن وصی، ابراء، نفی ملک وهما نندهای آن اینهارا ازین سبب سند می گویند که در وقت حاجت به آن استناد میشود و از آن به حجت نیز تعبیر میگردد.

با استفاده از تجارب علما عددر کتابهای و نایق نمونه های درج شده است که جداول آن از جرح و انتقاد محفوظ باشد و در صورت فیصله نادت بر اینست که مهر و امضای قاضی در ختم نوشته صورت میگیرد و در حجت های دیگر مهر و امضاء به سر صفحه صورت می گیرد، و هر یک ازین سندها و صورت های فیصله برای اینکه در وقت ضرورت به آسانی به آن مراجعه شود نزد قاضی محفوظ نگه داشته میشود.

در کتاب زیلعی تذکر یافته که یک کاپی از اسناد مذکور برای خصم داده میشود تا برای او در وقت حاجت مورد استناد باشد ولی کاپی که بدست خصم است از لحاظ زیادت و نقصان مورد اعتماد نمی باشد اگر این ورقه ها از پول دولت (بیت المال) تهیه شده بود درین شبهه نیست که بایست وقتی قاضی از محکمه بر طرف میشود آنرا به قاضی جدید بسپارد زیرا این ورقهها بواسطه تصدی امور قضایا به او تفویض شده بود و حالا در قضا دیگری سپرده شده لذا باقی گذاشتن این ورقه ها بدست او معنی ندارد.

همچنین اگر این ورقهها به پول یکی از طرفین دعوی تهیه شده بود و یا از پول شخصی قاضی تهیه شده بود به قول صحیح باید برای قاضی جدید سپرده شود زیرا طرفین دعوی بواسطه تصدی امور این ورقهها را به قاضی داده اند همچنین قاضی از لحاظ دیانت (برای رضای خدا) این ورقهها را خریداری کرده مقصدش این نبود که اینها را به حیث دارائی نزد خود نگه دارد، لذا لازم است که آنها را به قاضی

جدید بسیاری وقاضی جدید را لا زم است این ورقها را یا شخصا خودش تسلیم گیرد و یا به وسیله نماینده خود تسلیم گیرد در تسلیمی این ورقها يك نفر عادل کافی است اما اگر دو نفر باشند به احتیاط نز ديك تر است .

قاضی اگر بگوید من در دوره تضاموت خود چنین حکم کردم به قول او عمل نمیشود زیرا بعد از اینکه قاضی معزول شد به مثل يك نفر عادی رعیت است لذا قول او درباره احکام قضائی اعتبار ندارد شهادت او با يك نفر دیگر بر اینکه در دو ره تضاموت خود چنین فیصله صادر کرده نیز اعتبار ندارد زیرا این شهادتی است بر فعل خودش طوریکه این مطلب از ماده (۱۷۰۹) استفاده می شود .

نوت - مفاد گفته زبلی جاتیکه سه است (تادر و قت حاجت مورد استناد باشد) و در فتح القدر نیز چنین تذکر یافته ایست که برای قاضی جدید بر سبجل قاضی معزول اعتماد است الی آخره (ردالمحتار) اما درین مورد تذکر یافت که باید سبجل قاضی معزول با تعلیماتنا مه که (در سوریه) به تاریخ چهار جهادی اول سال ۱۲۹۶ نشر گردیده موافق باشد تا از شبیه ساخته کار و رعیت بازی در امان باشد .

### ماده ۱۸۱۵ :-

قاضی محاکمه را بصورت علنی جریان دهد اما حکم خویش را قبل از صدور آن افشاء ننماید .

صاحب مجله الاحکام گفت قاضی محاکمه را به صورت علنی جریان دهد ( یعنی هیچکس را از حضور در محضر قضا و استماع محاکمه که بین طرفین دعوی صورت می گیرد منع ننماید زیرا محاکمه علنی متقاضی عدالت بیشتری بوده و از تهمت دور تراست ، همچنین گاهی ضرورت احساس میشود که مدعی حکم قاضی را اثبات کند در وقتیکه قاضی و یا معکوم علیه از آن انکار می ور زد لذا درین حال از بین مردم کسی پیدا میشود که به حکم او شهادت بدهد . وی گفت (مگر حکم خویش را پیش از صدور آن افشاء نکند .) زیرا وقتیکه شرا یط و اسباب محاکمه تمام شد قاضی نمی تواند حکمش را به تعویق اندازد طور بکه در ماده (۱۸۲۸)

تذکره می یابد لذا امکان دارد بعد از اقسامی حکم اسباب و شرایطی فراهم شود که شکل حکم تغییر یابد و غیر از آن حکمی که افشا شده صا در گردد ، لذا این ذهنیت مردم را متعجب کرده باعث تهمت میشود به همین دلیل باید از چنین کاری خودداری شود . مشاوره و مذاکره هیئت قضائی نیز باید مخفیانه صورت گیرد که مردم از صالون محاکمه اخراج شوند و به جای دیگری برده شوند . زیرا مذاکره علنی در صورتیکه قاضی دیگری هم باین قاضی در امور قضائی اشتراک داشته باشد (طوری که در مملکت افغان نستان اعضای یک هیئت با قاضی اشتراک دارند مترجم) و یا در یک قضیه مشکل ایجاد بشود و در با علماء میکند مهابت محضر قضا را از بین برده باعث این میشود که قاضی به جهالت متهم گردد . (بدایع)

### ماده ۱۸۱۶

وقتی طرفین دعوی بحضور قاضی برای محاکمه حاضر شوند اولاً بمدعی امر میشود که صورت دعوی خویش را تقریر کند و اگر قبلاً صورت دعوی خویش تحریر شده بود صورت دعوی خوانده شود و از طرف مدعی مضمون صورت دعوی تصدیق گردد . بعد از آن برای بار دوم جواب مدعی علیه خواسته شود باین ترتیب که برای مدعی علیه گرفته شود . مدعی بر تو چنین ادعا کرده توجه میگوئی ؟

در بیان فوق تذکر یافت (وقتی طرفین دعوی به حضور قاضی برای محاکمه حاضر شوند اولاً بمدعی امر شود که صورت دعوی خویش را تقریر کند .

یعنی بیان دعوی را این یکی از دو طریق اقامه دعوی است این در صورتیست که طرفین دعوی بحضور قاضی حاضر شوند و وقتی طرفین دعوی به محکمه آمدند لازم نیست به قاضی سلام بدهند اگر سلام دادند جواب سلام به قاضی لازم نیست اما شهود به قاضی سلام میدهند و قاضی سلام شما را جواب میدهد ، (خانیه) مدعی را لازم است خودش شخصا به محضر حاضر شده دعوی کند ، و یا وکیل

شرعی او که و کالتش به حضور قاضی تشبیه شده باشد و یا حجتی رامبنی برو کالتش از یک مرجع صلاحیتدار به حضور قاضی حاضر بسازد ، به حضور قاضی ادعا کند .

اگر مدعی شخصی را به محضر قضاة حاضر آورد و گفت و کیل فلانی است که مو کلتش غایب است و من از موکل این و کیل اینقدر افغانستانی طلب دارم و آن شخص هم اقرار داد ان اقرارش صحیح نیست همچنین اثر به حضور و کیل در محضر قضاة شهودی را حاضر آورد که بر این طلبش شهادت دادند این شهادت نیز مقبول نیست زیرا این حکم بر غایب است (خانه) .

اگر قاضی مدعی را امر کرد که دعویش را تقریر کند ، درین جا سه حالت و جود دارد اول آنکه: دعویش را تجدید کند که اصلا آن دعوی باطل بوده و به هیچ صورت قابل تصحیح نمی باشد فاعده اش اینست که بدعویش بر خصم هیچ چیزی لازم نمی شود درین حال دعوی را قاضی رد کند و بر مدعی علیه هیچ چیزی را لازم نکرده ، مثل اینکه شخصی به محضر قضاة حاضر شده بگوید فلانی که از وابستگان من است فلانی را که به او هیچ کاره نیست (قرابتی ندارد) و کیل خود ساخته و من به و کالتش مستحق تر هستم از حضور قاضی خواهش می کنم باو امر کند تا مرا و کیل خود بسازد . و یا کسی ادعا می کند که فلانی به من حیوانی را فروخته و آن حیوان عیبی داشته و من بعد از اینکه به عیب اطلاع یافته ام آن حیوان را قبول کردم و از آن استفاده نمودم حالا از رضای خود رجوع کردم خواهش میکنم پول مرا از فرو شده بگیرد و حیوان را به صاحبش مسترد کنید

یا کسی ادعی می کند که فلانی به من چیزی بخشیده و پیش از آنکه آن را بمن تسلیم دهد از آن رجوع کرد خواهش می کنم مال بخشش شده را از او بگیرد و به من تسلیم کنید ، چنین دعا وی را پیش از آنکه از مدعی علیه جواب بخواد باید رد کند .

دوم آنکه قاضی دعوی مدعی را صحیح و موافق به شرایطی یا بلکه در کتاب دعوی تذکر یافته است درین حال از مدعی علیه جواب نخواهد به این ترتیب که برایش بگوید فلانی بر تو چنین ادعا کرد تو چه می گوئی و از مدعی اسباب ثبوت دعوی را قبل از استجواب نخواهد زیرا امکان این موجود است که مدعی علیه اقرار کند و به واسطه اقرارش بر او حکم صادر شود و هم ممکن است که منکر شود و درین حال مدعی

دعویش را بوسیله شهادت شهود به اثبات رساند و برای او حکم نماید. و بین حکم بوسیله اقرا و مدعی علیه و به وسیله شهادت شهود فرقی است که برای همه کس واضح است. طوریکه در کتاب در المختار بحث استحقاق تذکر یافته است .

سوم آنکه در دعوی مدعی فساد موجود باشد که قابلیت تصحیح راداشته باشد . این فساد اگر از تساهل مدعی نشئت گرفته باشد باین معنی که بعضی از قیود و شروط را طوریکه لازم است ذکر نکرده باشد. قاضی از مدعی در باره قیود و شرایط مذکور سوال کند مثلا اگر مال مورد دعوی عقار باشد و مدعی حدود آن را تذکر ندهد و یا اگر طالب رجوع را در همه خویش نمود و لی اینرا نگفت که مال بخشش شده همیشه بدست موهوب له بوده است اگر بیان خویش را تمام کرد از مدعی علیه پرسیده می شود .

اما اگر دعوی ازین قبیل نبود نند اینکه دعوی کرد که فلانی از من يك مبلغی طلا قرض گرفته ولی نمی دانم مقدار آن چند بوده درینصورت قاضی از این دعوی صرف نظر کند تا مبلغ معین شود زیرا دعوی به يك چیز مجهول صحیح نمی شود بدلیل اینکه فائده دعوی اینست که در آن باره حکمی صادر شود و به چیز مجهول حکمی صادر شده نمیتواند لذا این چنین دعوی صحیح نیست . از این موضوع دعوی غصب و گرو و و وصیت و اقرار و ابراء مستثنی است . به کتاب دعوی مراجعه فرمائید قسم دوم از اقامه دعوی طریقی است که در عصر حاضر رواج دارد و آن عبارت است از نوشتن صورت دعوی به همین مطلب صاحب مجلة الاحکام اشاره کرده است جائیکه گفته است . (اگر دعوی مدعی پیش از حاضر شدن به محضر قضا نوشته شده بود) یعنی پیش از حاضر شدن مدعی و مدعی علیه به محضر قضا . این دعوی به صورت تحریری است نه شفاهی .

صاحب مجلة الاحکام افزوده است صورت دعوی (خوا نده شود و مدعی مضمون آن را تصدیق کند) .

یعنی در ختم صورت دعوی به امضاء و یا مهر خود طوریکه را فح است تصدیق نماید در اینجا نیز دعوی از سه صورت که قبلا تذکر یافت بیرون نیست . و در صورت دوم باید قاضی دقت کامل نماید ، وی در بیان خویش افزود . (بعد از آن جواب مدعی علیه خواسته شود) . این در هر حله دوم است یعنی بعد از خواندن صورت دعوی و

تصدیق مدعی (باین تر تیب که از مدعی علیه سوال شود) یعنی  
برایش اینطور گفته شود (مدعی بر تو چنین ادعای کرد، تو چه می  
گویی؟)

باید ملتفت بود برای حفظ حقوق مردم یکی از اهم وظایف قاضی این  
است که به گفته های مدعی و مدعی علیه که مال دقت به خرج دهد و  
خلاصه آن را مطابق به اصلش (از صورت دعوی مدعی و جرح مدعی  
علیه طوری در صورت فیصله خویش بگیرد) که مطالب بیان شده  
مغشوش نشود یعنی طوری مطالب شمان گرفته نشود که از آن معنی  
دیگری غیر از افاده خودشان استفاده شود و به یکی از طرفین دعوی ضرر  
برساند بسیار فرقی است بین يك کلمه و کلمه دیگر و يك معنی و  
معنی دیگر مخصوصا وقتیکه طرفین دعوی از مردم بیسواد و یا کم سواد  
باشند که به دقائق الفاظ و معانی بی نیرندوبه تحریف يك کلمه و تبدیل  
آن نفهمند که روح دعوی شان را از بین ببرد.

قاضی باید به عرف و عادات مردم (عوام الناس) در استعمال الفاظ  
نظر کند و این (سوء تفاهم ها) بسیار واقع میشود.

بطور مثال کسی بر دیگری ادعا می کند من در فلان جای فلان  
چیز را که از فلانی است بگو به قسم اما نت سپردم اکنون میخواهم آنرا  
سپرد از ای مدعی علیه می گوید اصلا تو هیچ چیزی  
را نزد من بودیعت نگذاشتی کا تب انکار و دیعت گذاشتن را تحریف  
کرده چنین می نویسد (مدعی منکر و دیعت شده است) درین حال این  
گفته مدعی علیه به ضرر مدعی است زیرا اگر مدعی بر این مطلب که مال  
را نزد مدعی به ودیعت گذاشت شاهد بیاورد شهود مدعی علیه به رد  
مال امانت برای مدعی نزد قاضی قبول می شود، این قبول شدن  
شهادت شهود مدعی علیه بوا سطره غلطی و سهو کاتب صورت گرفته  
است زیرا در بین انکار از وجود مال و دیعت نزد مدعی علیه و رد آن  
به مدعی تناقضی وجود ندارد اما اگر اولاً مدعی علیه از و دیعت  
گذاشتن مال نزد وی انکار و زید بعد از آن به رد اما نت برای مدعی  
شاهد آورده نمی تواند زیرا بین این دو کلام یعنی عدم امانت گذاشتن و  
رد کردن امانت برای صاحب آن تناقض و جود دارد.

همچنان اگر جواب مدعی علیه انکار اما نت باشد به این تر تیب  
که بگوید تو اصلا نزد من اما نستی ندادی کاتب آنرا تحریف کند و چنین

بنویسد ، مدعی علیه منکرو دبعث گذاشتن شد) درین حال شهادت شهود او بر رد امانت شنیده نمی شود زیرا بین انکار او و دبعث گذاشتن با ادعای رد آن تناقض وجود دارد لذا این تحریف به مدعی علیه ضرر وارد کرد ، همچنین قاضی را لازم است شهادت شهود را بدقت ضبط کند .

نوت : - و قتی دعوی دربار هر روابط زناشویی واقع شد تا دلیلی قطعی نزد محکمه به اثبات نرسد این دعوی یک طرفه شده نمی تواند .  
در کتاب هندیبه تذکر یافته اگر زن بر شوهر خود ادعای طلاق را کرد و از قاضی خواهش نمود او را نزد یک آدم عادل بگذارد تا بر این ادعای خویش شاهد بیاورد و در بین زن و شوهر جدائی انداخته نمیشود زیرا طلاق رجعی نکاح را از بین نمی برد ، اگر طلاق بائن بود اگر زن گفت شاهد دیگرم غایب بوده و درین شهر نمی باشد درین حال نیز جواب چنانست که گذشت یعنی از شوهرش جدا ساخته نشود و اگر گفت شاهد دیگرم در همین شهر است و شاهدی که در محضر قضا حاضر شده فاسق بود نیز بین زن و شوهر جدائی صورت نمی گیرد زیرا شهادت آدم فاسق به هیچ صورتی حجت شمرده نمی شود نه در حقوق الله و نه در حقوق العبد پس وجود عدم شاهد فاسق مساوی است ، اگر شاهد حاضر عادل بود تا سه روز برای زن مهلت داده شود درین صورت خوب است بین زن و شوهر جدائی صورت گیرد دراصل نیز چنین تذکر یافته ، در کتاب جامع به خلاف این مضمون تذکر یافته است . در کتاب مذکور گفته شده : اگر یک شاهد عادل بر طلاق شهادت داد قاضی شوهر را از رفتن پیش آن زن مانع گردد این حکم به روی استحسان است ، اما اگر دو شاهد بر طلاق بائن و یا ثلاثه شهادت دادند دراصل این بحث تذکر نیافته در کتاب جامع تذکر یافته که قاضی از رفتن شوهر به پیش زن و خلوت با او تا وقتی که شهود تزکیه می شوند ممانعت کند این بروی استحسان است ولی آن را قاضی از خانه شوهر نکشد اما یکنونی را به حیث امین با آن زن مقرر کند که مراقبت کرده نگذارد شوهران زن به پیش او بیایند اگر چه شوهر عادل هم باشد ، مصارف این زن که از طرف قاضی برای مراقبت تعیین شده از بیت المال پرداخته شود ، بعد از آنکه شهود تزکیه شدند بین زن و شوهر تفریق شود و اگر شهود تزکیه نشدند زن دوباره به شوهرش سپرده شود



اگر مدت تزکیه شهود طولانی شود زن از قاضی خواست برای او  
 مصارفش تعیین شود و یا اگر اندازه مصارف ماهوارش معین بود قاضی  
 اندازه معینه را به شوهرش امر کند که بپردازد. اما به اندازه مدت عده  
 بر مرد پرداخت مصارف زن لازم می گردد نه بیشتر و قتی  
 به اندازه مصارف عده زن شوهر خود گرفت اگر  
 شهود عادل بودند آنچه را زن بابت مصارف خویش گرفته به خود  
 زن تعلق دارد، اگر شهادت رد شد و زن به شوهرش دوباره تعلق  
 گرفت پولی را که زن بابت مصارف خویش گرفته با ید به  
 شوهر خود مسترد کند. در کتاب ذخیره نیز چنین تذکر یافته است.  
 در کتاب مذکور این مطلب نیز تذکر یافته که اگر مال مورد ادعا  
 از اموال منقوله بود و مدعی از قاضی خواست آن مال را نزد شخصی  
 عادل غیر از طرفین دعوی بگذارد و به این که مدعی علیه از نفس خود  
 و یا از آن مال کفیل بدهد اکتفا ننهد، اگر مدعی علیه عادل بود قول مدعی  
 را قبول نکند و اگر مدعی علیه فاسق بود قول مدعی را قبول کند. در محیط  
 نیز چنین تذکر یافته است.

اگر شخصی ادعای عقاری را نمود که بدست دیگری است و بر این ادعای  
 خویش شاهد هم آورد مدعی علیه را قاضی امر نکند که مال را بدست آدم عادل  
 غیر از طرفین دعوی بگذارد و نه هم او را بدادن کفیل مأمور کند، مگر  
 آنکه مال مورد ادعا زمین باشد که در خت های داشته باشد و آن درخت  
 ها میوه رسیده داشته باشد درین حال بدست آدم عادل سپرده می  
 شود.

### ماده (۱۸۱۷)

اگر مدعی علیه اقرار کرد قاضی بر او نظر با قرارش  
 الزام کند و اگر منکر شد از مدعی شاهد خواسته شود  
 باید ملتفت بود که اقرار به ذات خود حجتی است که محتاج به  
 تأیید حکم قاضی نمی باشد بلکه قاضی بر اقرار کننده آنچه را اقرار  
 کرده الزام میکند و اقرار کننده بر نفس خویش و لایت دارد لذا اقرارش  
 بر خود او منحصر می گردد، اما مطالبی که در ماده بعدی ذکر میشود  
 با مطالبی که ذکر کردیم اختلاف دارد زیرا حق و قتی بوسیله شهادت  
 شهود ظاهر شد با ضرورت با ید به حکم قاضی تقویت گردد زیرا

شهادت شهود به ذات خود حجت نیست بدلیل اینکه شهادت یاک خیری است که احتمال صدق و کذب را دارد لذا تا حکم در آن با ره صادر نشود حجت گفته نمیشود و احتمال کذب آن از بین نمیرود، قاضی هم ولایت عامه دارد لذا حکم او در باره عموم نافذ است. ردالمحتار به نقل قول از زیلعی، و چون اقرار به ذات خود حجت شمرده میشود و شهادت چنین نیست برای ادای شهادت محضر قضاء شرط گردیده نه برای اقرار لذا اگر شهود بر اقرار شخصی شهادت دادند اگر چه آن اقرار در

محضر قضاء هم صورت نگرفته باشد اقرار ثابت میشود اما اگر بر ادای شهادت در غیر محضر قضاء شهادت صورت گرفت یعنی دو نفر شاهد شهادت دادند برای اینکه دو نفر شاهد بر ادای مدعی شهادت داده اند، وقتی این شهادت مقبول است که شهود بر ادای شهادت در محضر قضاء شهادت بدهند مگر آنکه شهود شهود دیگری را از جای خود نائیب گردانند و بر آنها شهادت خویش را تحمیل کنند تا در وقت ناتوانی و یا عذر دیگرها نمانند مریضی و غیبت و یا فوت شهود به آن شهادت نزد قاضی شهادت بدهند (مبسوط) زیرا ایشان به تحمل شهادت نائیب های شهود اصلی شدند.

همچنین است در کتاب قاضی بسوی قاضی) طوریکه در آینده درین موضوع بحث خواهیم کرد فاضل محترم علی حیدر افندی در ین موضوع تذکر داده است که اگر مدعی علیه در محضر قضاء اقرار کرد و حکم قضائی بر او بر الزامش صادر شد بعد از ین ادعا کرد که در اقرار خویش دروغگویی بوده است به ین ادعایش اعتبار داده نمیشود، ولی اگر قبل از حکم بر الزامش ین ادعا را کرد مدعی را قسم داده می توانند بر اینکه در اقرار خویش کاذب نیست

دلیل ین مطلب را هم چنین یاد کرده که اقرار طوریکه در غیر محضر قضا احتمال صدق و کذب را دارد در محضر قضای نیز ین احتمال به آن موجود است و ین مطلب را به کتاب خیریه نسبت داده و لسی در کتاب مذکور ین تعلیل نیست بلکه در آن کتاب بعد از اینکه به سه تحلیف فتوی داده گفته است که ین قول امام ابو یوسف (رح) است و علماء متاخر نیز آن را اختیار کرده اند و ماده (۱۵۸۹) نیز بر آن بنا یافته

است نه باین دلیل که اقرار به ذات خود حجت نیست بلکه از این سبب که بسیار دیده شده مخصوصا از طرف کسانی که به قضاء مبتلا هستند که قرض دار اولاً بقرض اقرار میدهد تا از قرض خواه قرض بگیرد بعد از آن که اقرار هم داد باز قرض نمی گیرد ، علماء به این مطلب تصریح کرده اند که قول امام ابو یوسف بروی استحسان است و قیاس آنست که باز گشت از اقرار شنیده نشود و مدعی هم قسم داده نشود زیرا در گفته مدعی علیه تناقض آمده است .

و مناسب چنین است که علت آورده شود حتی درین تعلیل نیز کلام مو صوف با تفته که در سه سطر پیش تذکر یافت متناقض است زیرا قبلاً تذکر یافته بود که اقرار به ذات خود حجت بوده و به قضاء قاضی محتاج نیست و شهادت شهود چنین نیست و حقیقت این چنین است زیرا از شخص عاقل و بالغ و مکلف عاقل تا دور به نظر می خورد که به دروغ به چیزی اقرار کند که به ضرر او است .

صاحب مجله الاحکام گفت :

(وقتی مدعی علیه منکر شد قاضی از مدعی شاهد بخواهد )

درین گفته اشاره است به اینکه جنس شهود به مدعی ها و جنس قسم به مدعی علیه هم تعلق دارد لذا در وقت نکول مدعی علیه در نزد امام های حنفی قسم به مدعی رجوع نمی کنند دلیل شان این گفته رسول الله (ص) است که برای حضرمی و کندی خطاب به مدعی ازین دو نفر فرمودند :

آیا شاهد داری ؟ گفت نه . رسول الله (ص) فرمودند : مدعی علیه را قسم داده می توانی . مدعی گفت مدعی علیه قسم می خورد و باکی ندارد . رسول الله (ص) فرمودند برای تو جز این راهی نیست ، یا شاهد های تو ، و یا قسم او . درین موضوع که ذکر کردیم انواع ملک ها و اقسام مدعی ها خواه آزاد باشند خواه غلام خواه مسلمان باشند خواه ذمی و خواه کسانی که امان میگیرند و به مملکت اسلامی داخل میشوند و خواه مرتد هستند (مبسوط) و تمام مطلب در آنجا است و چون قسم وقتی متوجه مدعی علیه میشود که مدعی از آوردن شهود عاجز گردد اگر مدعی گفت من شهودی دارم که در مجلس حاضر اند به اتفاق علماء مدعی علیه قسم داده نمی شود ، و شهادت شهود شنیده میشود و اگر

گفت شهود من بیرون از شهر است و آوردن شهود مدت سفر را در بر می گرفت، به اتفاق علماء مدعی علیه قسم داده میشود، و اگر شهود در همان شهر بودند و در مجلس حاضر نبودند امام اعظم (رح) می فرماید مدعی علیه قسم داده نمیشود و شهادت شهود شنیده میشود و لی امام ابو یوسف (رح) می فرماید مدعی علیه قسم داده می شود خصاف امام محمد را (رح) بابو حنیفه (رح) و طحاوی و ی را بابو یوسف متفق دانسته اما اگر شهود مدعی مریض بودند ظاهراً مطلبی که از بیان خزانه المفتین استنباط میشود اینست که مدعی علیه قسم داده میشود زیرا در آن کتاب تذکر یافته قسم دادن در آن دعاوی جریان می یابد که مدعی علیه منکر شود و مدعی بگوید من بر ادعای خود شهادی ندارم و بگوید شاهد دارم اما شاهد هایم مریضند و یا غایبند (بحر الرائق کتاب دعوی) بعد از آن این گفته مجله را اگر منکر شدالی آخره، طریقہ اجراءات قضائی را توضیح می کند به این معنی که برای مدعی علیه مطلقاً جایز نیست که در آن دعوی که بر او به حق صورت می گیرد انکار ورزد بلکه بر او واجب است که اقرار نماید و از آن دعوی که به ناحق صورت گرفته انکار ورزد، اگر اقرار و شهادت شهود هر دو در یک دعوی جمع شد قاضی بروی کدام یک از آنها حکم کند؟ درین مسئله علماء اختلاف دارند ولی به اساس اقرار حکم کردن روشنتر می نماید زیرا در بحر الرائق به نقل قول از جامع الفصولین تذکر یافته اگر مدعی شهود خود را آورد و ادای شهادت کردند بعد از آن مدعی علیه به ملکیت مدعی اقرار کرد قاضی به اساس اقرار حکم کند نه به اساسی شهادت شهود مگر در وقتیکه یکی از طرفین دعوی به حکم بر اساس شهادت شهود احتیاج احساس میکردند که درین حال، برای دفع ضرر به اساس شهادت شهود حکم میشود، ازین جمله است دعوی رد به عیب چنانچه اگر مشتری اراده کند مال خریداری شده را به واسطه عیبیکه در سابق در آن موجود بوده مسترد کند، فروشنده هر چند اینرا میداند که مال خریداری شده عیبناک است اما از عیب انکاری ورزد برای اینکه اگر به شهادت شهود عیب آن مال به اثبات رسید فروشنده مذکور میتواند مال خریداری شده را به فروشنده خود مسترد کند ازین جمله است اگر شخصی بر یکی از ورثه ادعا کرد که من بر فلانی متوفی، مورث این وارث این قدر پول طلب دارم اگر خود وارث اقرار کرد تنها به اندازه حق الارث او بر او لازم میشود و ویکه در ماده (۱۲۴۲) تذکر یافته، اما

اگر مدعی علیه ازین ادعا منکر شدو مدعی شاهد آورد این اثبات به همه ورته سرایت کرده و به همه شسان ادای این دین لازم میشود درین جا مدعی علیه برای دفع ضرر مدعی ازین طلب منکر میشود مسایلی هم موجود می شود که در آن اصلا اقرار عملی نمیشود و خواه مخواه باید شاهد آورده شود این مسایل به قاعده ذیل مربوط است .  
(گسیکه به چیزی اقرار بدهد که ادای آن براو لازم نباشد وقتیکه از آن منکر شد قسم متوجه او نمی شود ) .

این قاعده فروع زیادی دارد که علانی در آخر کتاب وقف آنرا ذکر کرده و مادر شرح ماده ۱۹۳۴ آنرا توضیح کرده ایم درین مسایل لازم است به شهادت شهود حکم شود و به اقرار حکم نمی شود این از آن مسایلیست که مادر باره آن بحث کردیم به طور مثال به قرضدار صغیر و صغیره و دیوانه و سفیه رساده لوح اقرار ولیها و وصیهای شان صحیح نمیشود بلکه لازم است شاهد آورده شود زیرا این اقرار بغیر است به ماده (۱۵۷۴) مراجعه فرمائید این مسئله و همانند های آنرا حیدر افندی با مسایل استحقاق ورد عیب ذکر کرده یعنی آن مسالی که اگر برای دفع ضرر یکی از طرفین دعوی حاجتی احساس نمی شد به اساس اقرار حکم محکمه صادر میگردد باینکه درین مسایل اقرار در حکم هیچ است که به اساس آن حکم کردن جواز ندارد .

چون مسائلی که ما تا حال ذکر کردیم یعنی ادای شهادت شهود شینین شهادت شهود و قبول آن و حکم قاضی به اساس آن تمام اینها بیک قاضی و یا قضات یک محضر قضا تعلق داشت که در محضر قضا آنرا می شنید و بر اساس آن به حضور طرفین دعوی حکم می کرد و این همه مسایل بیک قضاء رابطه داشت خواه ستم درینجا آن مسائلی را ذکر کنیم که بیک قاضی متحقق نشده و دو قاضی به کار دارد و آن عبارت است از (مکتوب قاضی به سوی قاضی) این مطالب را برای تکمیل معلومات خوانندگان گرامی درینجا تذکر میدهم ، در کتاب فتح القدر تذکر یافته مطالب (مکتوب قاضی به سوی قاضی) نظر بمطالعی که بیک قاضی مربوط است به منزله مرکب و مفرد است یعنی مطالبی که بدو قاضی مربوط است مرکب و مطالبیکه به یک قاضی مربوط است مفرد است، لهذا اول موضوعاتیکه بیک قاضی رابطه دارد تذکر یافت و اکنون موضوعات (مکتوب قاضی به سوی قاضی) تذکر می یابد .

## مکتوب قاضی بسوی قاضی

مطالبیکه تحت عنوان فوق تذکر می یابد دارای یک مقدمه بوده وهم در آن شروطی که مربوط به قاضی فرستنده مکتوب وقاضی دریافت کننده مکتوب است توضیح اگردیده وهم وجه مشروعیت اینکار تذکر یافته است .

باید در اول ملتفت بود که حکم بر غایب در نزد علمای حنفی قطعا جواز ندارد لذا لازم است که غایب شخصا به محضر قضا حاضر گردد و یا وکیل او حضور یابد اگر چه وکیل مسخر باشد، در وقتی که خود شخص خود را بنهان می کند، در عین حالیکه آن شخص در همان ولایتی است که حکم قاضی در آن نفاذ دارد، و یا قاضی لازم نمی بیند که او را احضار کند و یا احضار او دشوار است طوریکه در ماده (۱۸۳۴) تذکر خواهد یافت درین وقت قاضی شخص دیگری را به حیث وکیل همان شخص غایب تعیین می کند که این شخص به نام وکیل مسخر یاد میشود .

غایب بدو قسم است یا همین است که ذکر شد و یا شخصی است که از وطن خویش غیبت گزیده و به جایی دیگری اقامت نموده که حکم همین قاضی در آن ولایت نفاذ ندارد و تحت ولایت قاضی دیگری است این غربت گزیدن یا برای فرار از دعوی است و یا برای مصالح امور حیاتی اگر برای فرار از دعوی باشد ، قاضی می تواند شهادت را علیه او در حضور و کیلش و یا وکیل مسخرش بشنود و بر او حکم کند طوریکه در ماده (۱۸۳۲) تذکر خواهد یافت. و اگر ضرورتی احساس شود قاضی می تواند این حکم خود را به همان قاضی که آن شخص در آن منطقه رفته طی مکتوبی بنویسد تا آن قاضی حکم او را نفاذ بخشد این را سجل نیز می گویند زیرا سجل گفته نمی شود مگر در حالیکه حکم صادر شده باشد در عصر حاضر این مکتوب به نام اعلان یاد می شود اگر غربت گزیدن شخص از یک منطقه برای مصالح امور حیاتی اش باشد مدعی شهود خویش را به حضور قاضی احضار کند اگر مطابق بر ادعایش شهادت دادند و بعد از تزکیه عدالتشان نزد قاضی به اثبات رسید مدعی از قاضی درخواست کند که به قاضی آن

منطقه که مدعی علیه در آنجا ست مکتوبی مبنی بر ادعای او و شهادت شهود بنویسد تا آن قاضی مطابق به شهادت شهود به حضور مدعی علیه حکم کند قاضی که شهادت شهود را شنیده مکتوبی با رعایت شرایطی که ذیلا تذکراتی یابد به قاضی که محکوم علیه در منطقه او است بنویسد این را مکتوب حکمی می گویند به اعتبار مایول الیه (یعنی آن مکتوب در آینده باعث الزام حکم قاضی میشود) فرق بین این دو مکتوب آنست که در مکتوب اول چون حکم قاضی نیز موجود است برای آن قاضی که مکتوب برای او فرستاده می شود (قاضی مرسل الیه) راهی جز این نیست که آن حکم را نفاذ بخشد خواه برای او موافق باشد و خواه مخالف باشد اما مکتوب دوم چون متضمن حکم قضائی نبوده خاص از استماع شهادت شهود در آن تذکر رفته اگر قاضی بدرجه اجتهاد رسیده باشد در صورتیکه با رای او موافق باشد و اگر بدرجه اجتهاد نرسیده باشد در صورتیکه با مذهب او موافق باشد آنرا نفاذ نمی بخشد و اگر برای او یا مذهب او موافق نبود آنرا دادند لازم نیست و در موضوع شهادت بر شهادت تبدیل شهادت لازم است (عبدالحلیم و شرنبلالی به نقل قول از تبیین).

در مکتوب حکمی نقل شهادت بشاهد بلکه نقل شهادت بر مکتوب و یا شهادت بر شهادت جواز دارد زیرا گاهی میشود که بعضی از شهود یک حادثه در یک منطقه و بعضی دیگر شان در منطقه دیگر می باشند. لذا درین هنگام که بین طرفین دعوی جمع شدن متعذر است امکان این موجود است که به یک جزو شهادت و یا یک وصف آن حاجت احساس شود، لذا مکتوب بر حسب شرایط و ظروفی که میسر شده صحیح است تا وقتیکه بدرجه کمال برسد (و به اساس آن صدور حکم شرعی مجوز گردد) (عبدالحکیم بر در).

## طریقه ثبوت

### مکتوب قاضی بسوی قاضی

در باب فتح القدر تذکر یافته عمل به مکتوب قاضی به سوی قاضی (بروی استحسان است بر خلاف قیاس زیرا) مکتوب قاضی به سوی قاضی از اخباریکه شخصایک قاضی به قاضی دیگر در باره



این اشخاص که تحت حوزه قضائی او است می‌دهد باید اثر بیشتر نداشته باشد اگر قاضی به قاضی دیگری خبر بدهد که نزد من به شهادت شهود به اثبات رسیده که فلانی که تحت حوزه قضائی شماست این قدر طلب دارد برای قاضی شتونده لازم نیشود باین عمل کند، لذا مکتوب او به طریق اولی باید مورد عمل قرار نگیرد، زیرا در مکتوب شبهه ساخته کاری موجود است به دلیل اینکه یک خط به خط دیگر مشابهت دارد یک مهر به مهر دیگر شبیه است، اما بروی اجماع اصحاب بزرگوار رضوان الله علیهم به اجماع تابعین ابرار رحیم الله به نسبت احتیاج مردم این کار جواز یافته است. الی آخره.

و حاجت نیز منزلت ضرورت را دارد طوری که در ماده (۳۲) تذکر یافت در اینجا این طور گفته نشود که احساس احتیاج در مورد مکتوب قاضی به سوی قاضی مقبول نیست زیرا همین دونه که بر مکتوب نزد قاضی مرسل الیه شهادت میدهند امکان دارد به اصل شهادت شهادت بدهند و در این صورت حاجت رفع میشود زیرا در شهادت بر اصل شهادت بر قاضی مرسل الیه تزکیه شهود اصل لازم است اما در این شهادت (شهادت بر مکتوب نزد قاضی مرسل الیه) لازم نیست که شهود اصل تذکیه شود.

گاهی هم اینطور اتفاق می افتد که تزکیه شهود اصلی برای قاضی مرسل الیه دشوار است زیرا امکان دارد کسانی که شهود را بشناسند در حوزه قضائی قاضی مرسل الیه هیچ وجود نداشته باشند و به مکتوب قاضی به سوی قاضی این مشکل رفع می شود زیرا قاضی نویسنده مکتوب، عدالت شهود را در مکتوب خویش متذکر می شود

اینکه گفتیم بروی استحضار عمل به این مکتوب جواز یافته دلیلش اینست که مکتوب از قاضی برای قاضی مانند شهادت بر شهادت است که مناط هر دو یکی است یعنی وقتی در محضر قضاء به شهادت بر شهادت شهود حکم می شود که بین شهود اصلی و طرفین دعوی جمع شدن مشکل باشد حکم به اساس شهادت بر شهادت شهود اصلی بروی همین ضرورت برای حفظ مردم جواز یافت عمل به

(مکتوب قاضی به سوی قاضی) نیز به همین دلیل جواز می یابد اینطور فکر نشود که عمل به مکتوب قاضی به سوی قاضی به شهادت شهود اصلی بر وی استحضان است و قیاس شد چه اصلاً جواز عمل به شهادت شهود اصلی بر وی استحضان است و قیاس با آن مخالف می باشد، زیرا ادای شهادت یک عبادت بدنی است که بنده آن را انجام میدهد و در عبادت بدانی قیامت قبول شده نمی تواند چیزی که به خلاف قیاس ثابت شد دیگری به آن قیاس شده نمی تواند. ندان این رو مراد از بیان مذکور اتحاد در مناط است (یعنی در هر دو استحضان مقصود این بوده که حقوق مردم محفوظ بماند). بنا به شرح هدایه این شروطی است که نفاذ یافتن مکتوب قاضی بسوی قاضی به آن متوقف میباشد. بعضی از این شرایط به کاتب و بعضی از آن به مکتوب الیه مربوط است.

اولاً درین مکتوب شرط است که پنج چیز معلوم باشد. باید مرسل و مرسل الیه هر دو هویت معلوم داشته باشند و هم مطلبیکه در مکتوب تذکر می یابد باید مشخص و واضح باشد یعنی جنس و نوع و اندازه و وصفش در مکتوب بیان شود به ماده (۱۶۳۳) نظر انداخته شود اگر مال مورد دعوی عقار باشد موقعیت و حدود آن نیز تذکر یابد فرق نمی کند که مال مورد دعوی در حوزه قضائی قاضی مرسل باشد و یا در حوزه قضائی قاضی مرسل الیه و یادر منطقه و رای این دو منطقه به ماده (۱۸۰۷) مراجعه شود.

همچنین باید در مکتوب هویت و شهرت کامل مدعی و مدعی علیه ذکر یابد و شهرت مکمله شهود اصلی نیز تذکر یابد یعنی اسم خود شاهد ها با اسم پدر شان و پدر کلان شان و هم قبیله که اینها به آن مربوط اند (این موضوع در سوریه متعارف است در افغانستان بعد از نفاذ قانون اساسی همه مردمی که در افغانستان و یادر خارج افغانستان از پدر و مادر افغان متولد میشوند افغان هستند و هم تمام کسانی که در افغانستان زندگی می کنند و تذکره تابعیت افغانستان را دارند افغان می باشند و بین اقوام مختلفه هیچ فرقی نیست لذا موضوع اینکه شخص به کدام قبیله و یا قوم مربوط است از گسست شهرت مکمله در افغانستان افتاده است مترجم)

زیرا وقتی که خود شخص حاضر نباشد شهرت مکمله او

همین چیزها است، اگر اسم پدر و پدر کلان شخص تذکر نیا بد به اتفاق علماء از غیر خود به صورت صحیح تمیز شده نمی تواند (بنا به شرح هدایه) اگر اسم خود شخص تذکر یافت و اسم پدرش ذکر نشد مگر رابطه و با قبیله و قومش تذکر یافت یعنی گفته شد فلانی طاهری و یا فلانی غزنوی و مانند آن این نیز به اتفاق شهرت مکمله نمیباشد اما اگر شخصی معروف بود بهیچ یک از اینها احتیاج ندارد .

دوم اینکه مسافه بین دو قاضی مسافه باشد که شرعا پیمودن آن مدت سفر را در بر گیرد، در غیر آن یعنی اگر کمتر از این مسافه بین دو قاضی بوده مکتوب قاضی بسوی قاضی عمل نمی شود .

طحاوی به نقل قول از امام ابوحنیفه (رح) و یارانش (رح) می فرماید که در مسافه کمتر از مدت قصر نماز (مدت سفر شرعی) نیز به مکتوب قاضی بسوی قاضی عمل شده می تواند امام ابویوسف در مکتوب حکمی مسافه را که در آن مکتوب قاضی بسوی قاضی جواز دارد اینطور تحدید کرده که شاهدوقتی صبح برای ادای شهادت از خانه اش بیرون میشود در آخر روز به خانه برگشته نتواند، امام محمد نیز به همین شرایط مکتوب قاضی به سوی قاضی را جواز داده اگرچه هر دو قاضی در یک شهر باشند در صورتیکه برای یک قاضی یک منطقه از آن شهر و برای قاضی دیگر منطقه دیگر آن شهر به حیث حوزه قضائی تعیین شده باشد . سوم - آنکه قاضی از یک مرجع صلاحیت دار به و وظیفه قضا گماشته شده باشد .

چهارم - آنکه قاضی فرستنده مکتوب تا وقت وصول مکتوب به قاضی مرسل الیه به وظیفه خود بر حال باشد، اگر قاضی مرسل مکتوب قبل از وصول مکتوب وفات یافت یا معزول شد یا از اهلیت قضاء بواسطه دیوانگی یا کوری بر آمده به آن مکتوب عمل نمیشود .

پنجم - در داخل مکتوب نام قاضی که مکتوب به او ارسال می شود وهم نام قاضی فرستنده با تعیین وظایف هر یک که در کجا قاضی هستند ذکر یابد .

در کتاب درالمختار تذکر یافته: اگر در آن شهر یکه این قاضی (مرسل یا مرسل الیه) بحیث قاضی کاری کرد جز، وی دیگر قاضی نبود به محض نوشتن قاضی فلان جای اکتفا شده می تواند .

ششم - باید تاریخ مکتوب نیز تذکر یابد تا مرسل الیه بداند درین وقتیکه قاضی مرسل این مکتوب را فرستاده آیا قاضی بوده یا نبوده ؟  
هفتم - این مکتوب در صورتی نزد مرسل الیه مورد قبول است که دو نفر شاهد مرد و یا دو نفر شاهد زن و یک نفر شاهد مرد بر این مطلب شهادت بدهند که این مکتوب را فلان قاضی از فلان منطقه برای شما نوشته است ، زیرا خط به خط شبیه است ، لذا وقتی این مکتوب مدار حکم قرار می گیرد که حجت بودن آن کامل باشد بدلیل اینکه این مکتوب حقی را بر غیر الزام می کند .

هشتم - وقتیکه مکتوب به قاضی مرسل الیه تسلیم داده شد قاضی باید مضمون آن مکتوب را به حضور شهرد حامل مکتوب بخواند و شهرد شهادت بدهند که مضمون آن را فلانی قاضی فلان منطقه برای شما نوشته است ، و یا مضمون آن توضیح شود باین معنی که شهرد بگویند این وثیقه را فلان قاضی به شما نوشته بدون اینکه به مضمون مکتوب عم آوری شود کافی نیست .

امام ابو یوسف عنوان را در داخل مکتوب لازم نشمرده و این که مضمون مکتوب به شاهد ها خوانده شود نیز نزد وی از شرایط قبول مکتوب شمرده نشده است . وی گفته همیکنکه شهرد بگویند: این مکتوب مکتوب فلان قاضی ، فلان جای است . و این مهریکه در آن شده نیز مهر او است کافی شمرده میشود . وی همچنین گفته است لازم نیست مکتوب مهر داشته باشد ، این مطلب را امام ابو یوسف از آن جهت رخصت داده که خودش شخصا عهده دار وظیفه قضاء بوده و به این کارها مینالانگزیده است ، شمس الایمه سرخی این قول را ترجیح داده است .  
در کتاب فتح القدر نیز یاد شده که به نظر من این قول بدون شبیه صحت دارد زیرا وقتی در ادای شهادت عدالت شرط باشد و بر این مطلب که فلانی قاضی فلان محکمه این مکتوب را نوشته شهادت عادلانه بحضور قاضی مرسل الیه ادای شهادت کنند فرقی نمی کند که آخر مکتوب مهر داشته باشد یا نداشته باشد ، بلی اگر مکتوب بدست مدعی باشد مناسب است که مهر در آن شرط باشد زیرا در اینجا احتمال تغییر موجود است ، مگر در صورتیکه مکتوب با مدعی باشد ولی شهرد مضمون مکتوب را بحضور قاضی مرسل الیه بیان کنند و بر مضمون آن ادای شهادت نمایند که در این صورت اگر مهری هم نداشته باشد مورد عمل قرار می گیرد چیزی را که امام ابو

حقیقه و امام محمد (رح) گفته اند بروی احتیاط است ولی قول ابو یوسف (رح) بروی تسهیل است قاضی این مکتوب را چنین بنویسد خدای راسپاسگزارم و به شما سلام تقدیم می کنم .

بعدا متذکر می شوم شخصی که نام او فلان است و نام پدرش فلان است و نام پدر کلانش فلان است ادعا کرده است که بر فلان ولد فلان و لد فلانی مبلغ این قدر افغانی طلب دارد و از من خواسته است که من او را به خدا قسم بدهم بر اینکه نه خود او و نه هم وکیلش این پول را از قرضدار خویش نگرفته و به هیچ حالی و احتمالی این پول از طرف قرضدارش برای او پرداخته نشده و نه هم او را حواله داده و نه هم دیگر کسی از طرف او این پول را گرفته و حالانیز همین پول بر ذمه او میباشند و من او را قسم دادم و او هم قسم یاد کرد بر اینکه قسم است به آن خدائیکه جز وی هیچ معبودی برحق نیست که ازین مالی که در نزد من به شهادت شهود بر ذمه مدعی علیه ثابت شده نگرفته است و نه هم وکیلش این مال را گرفته و نه هم هیچکس دیگر از طرف او این مال را گرفته و الا نیز این مال بر ذمه او باقی است من این مکتوب را برای او (عنوانی شما) نوشتم و دو نفر را بر این نوشته خود شاهد گرفتم که این مکتوب را من نوشتم و آن را من مهر کردم و به حضور شهود نیز این مکتوب را خواندم بعد از آن قاضی این مکتوب را به لفافه آن به پیچد و بالای آن مهر کند ، اگر شهود نیز بر آن مهر کنند مورد اعتماد بیشتری است ، بعد از آن بالای آن عنوان مکتوب را بنویسد به این ترتیب که این مکتوب از قاضی فلان منطقه به قاضی فلان منطقه فرستاده می شود بعد از آن مکتوب را به مدعی بسپارد ، در حال حاضر عادت بر اینست که عنوان مکتوب بالای آن کاغذی نوشته می شود که به حیث ظرف از آن استفاده می شود و آنرا پاکت می گویند .

در این حال نظر امام ابو یوسف که گفته بود همینقدر کافی است که شهود بگویند شهادت میدهم بر اینکه این مکتوب را قاضی فلان منطقه برای شما فرستاده است کافی است نیز فراموش نباید شد . نهم - این مکتوب جز در حقوق العباد مدار عمل قرار نمیگیرد زیرا حقوق العباد طوریکه می دانیم به شبهه ساقط نمی شود . در کتاب عنایه تذکر یافته در حقوق العباد یعنی قرض نکاح نسب

مال غصب شده و امانت انکار شده مندرج است و در شرح ملتقی شفعه و کالت سفارش (وصیت)، و فات، و رانت و آن قتل که موجب گرفتن پولی برای وارثین می شود بیز زیاد شده است، یعنی هر حقیکه به معنی فعل بوده و بوصف خویش متمایز میگرد و به اشاره محتاج نیست. لذا مکتوب قاضی در چیزهای مشخص و معین مدار عمل قرار نمی گیرد، مانند یک لباس معین و غیره یعنی مکتوب قاضی در چیزهای مشخص و معین لباس معین و غیره یعنی مکتوب قاضی بسوی قاضی درین چیز هامورد عمل قرار می گیرد :-

مردی بر زنی ادعای نوح می کند و یا بالعکس. و یا شخصی از دیگری که و فات یافته ادعای نسبی می کند تا از او میراث بگیرد، یا بر شخصی ادعای غصب می کند و یا امانت انکار شده را ادعا دارد به این ترتیب که شخصی بر دیگری ادعای غصب می کند که چیزی به او امانت داده و امانت گیرنده منکر است.

همچنین است مضاربت انکار کرده شده، ما در اینجا امانت و مضاربت را به انکار شده مقید کردیم زیرا مدعی علیه غایب اگر به ادعای مدعی اقرار داشته باشد محتاج به (مکتوب قاضی به سوی قاضی) نیست. همچنین است طلاق به این معنی که اگر زن بر شوهر غایب خویش ادعای طلاق کرد همه این چیزها به منزله قرض است که به و صف شناخته می شود. و به اشاره محتاج نیست اگر اینطور اعتراض شود ماقبول نمی توانیم کرد که در چیزهای مذکور بقیر از قرض به اشاره حاجتی نیست زیرا شاهد محتاج است در دعوی نکاح بسوی مرد یا زن اشاره کننده همچنین در غصب امانت بسوی شخص غاصب و امانت گیرنده باید اشاره کند درین دعاوی چطور (مکتوب قاضی به سوی قاضی) صحیح می شود در حالیکه در دعوی باید به این اشخاص اشاره صورت گیرد؟

ما می گوئیم در نکاح و نظائر آن به اشاره حاجتی احساس نمی شود یعنی مقصود فعل غصب و فعل امانت است نه اشخاص صیقه مرتکب این کارها می شوند، هر چند در ضمن اشاره به طرفین دعوی نیز میشود، (بنایه، عنایه باختصار) از امام محمد (رح) روایت شده که ایشان (مکتوب قاضی بسوی قاضی) را در تمام آن مسائلی که نقل می خورد و دوران پیدا می کند جایز میدانند، علمای متأخر نیز بجواز آن فتوی داده اند و جریانات قضائی معاصر نیز به همین تیره است به همه اقسام آن.

دهم به مکتوب قاضی به سوی قاضی در آن مسائلیکه دعوی متوجه مدعی علیه نیست عمل نمی شود مثل اینکه شخص به حضور قاضی بیاید و بگوید فلان بچه فلانی که این طور وظیفه دارد و در فلان شهر سکونت دارد بر من اینقدر طلب داشت و من پول او را تماما و کاملا پرداخته ام و یا مرا از پول مذکور ابراء داده است من می خواهم به همان شهریکه او سکونت دارد بروم و احتمال دارد به من تعرض کند چون به این دعوی خود شهودی هم دارم از شما می خواهم شهادت شهودم را بشنوید و مکتوب حکمی به سوی قاضی آن منطقه بنویسید قاضی این چنین دعوی را باید نشنود زیرا درین جادعوی صحت ندارد، اگر در صورت دعوی خود گفت که شخص مذکور از اینکه من پول او را رسانده ام و یا از اینکه بمن ابراء داده منکر است و از من پول مذکور را طلب می کند من می خواهم دفع دعوی او را اثبات کنم، قاضی شهود او را به اجماع علماء بشنود.

همچنین اگر ادعا کرد که شفیع غایب از دعوی شفیع در گذشته و شهود را نزد قاضی حاضر آورد و خواهش کرد که مکتوب حکمی بسوی قاضی آن محکمه که شفیع که در حوزه قضائی آن می باشد بنویسد در جواز نوشتن چنین مکتوبی بین امام ابو یوسف و امام محمد (رح) اختلاف است.

همچنین زن به شوهر غائبش ادعای طلاق می کند و برین ادعایش شاهد می آورد و از قاضی خواهش میکند که برای آن قاضی که شوهرش در حوزه قضائی او است مکتوب حکمی بنویسد بین امام محمد (رح) و امام ابو یوسف درین مورد اختلاف نظر وجود دارد اگر زن گفت مرا شوهرم سه طلاق داده و وعده ام هم گذشته و با شوهر دیگری ازدواج کرده ام می ترسم مبادا شهر سابقه ام از طلاق منکر شود ازین رو شوهر خود را آورده ام از او سوال کن اگر منکر است بر او شاهد بیاورم قاضی بدون خلاف زاو سوال کند همه این مسائل از روی قیاس مساوی هستند، و اینست احتیاط همچنین است اگر محمود به اجازه احمد بر قرضیکه بر ذمه اش از مسعود بود اکتفا شد و پول را که بر ذمه احمد بود ادا کرد و قبل از اینکه محمود از احمد پول خود را که در بدل قرضش ادا کرده پس بگیرد احمد غائب گردیده به جائی رفت که مدت سفر محسوب می شد محمود نزد قاضی آملو شهود خود را مبنی بر ادای پول مذکور به کفالت از احمد تیر کرد و قاضی



خواست به آن قاضی که احمد د رحوزه قضائی او است مکتوب بنویسد ، تا از قرضدار خویش این پول را تحصیل کند قاضی خواهش او را اجابت کند .

یازدهم : باید مکتوب از محضر قضائی او صادر شود ، زیرا مکتوب او از غیر محضر قضائی مانند مکتوب یکی از افراد عادی است از اینست که در کتاب هدایه بین مکتوب قاضی به سوی قاضی و فرستاده شده قاضی به سوی قاضی فرق گذاشته بدلیل اینکه مکتوب قاضی حکم خطاب شفاهی او را دارد و چون از محضر قضائی صدور یافته در آن محضر گفته شفاهی او مدار حکم است ، لذا مکتوبش نیز عین حیثیت را داشته مدار حکم می باشد ، اما شخصی را که قاضی بسوی قاضی دیگری می فرستد به جای خود قاضی قرار می گیرد ، اگر خود قاضی به آن محکمه که قاضی دیگری در آن ایفای وظیفه قضا را مینماید برود قول و حکم خودش نفاذ ندارد بدلیل اینکه حکم قاضی در جای غیر محضر قضائی او مدار اعتبار نیست ، لذا گفته فرستاده شده اش هم مدار حکم شده نمی تواند و مانند گفته یکی از افراد عادی است .

شهرود هم وقتی بر مکتوب قاضی شهادت میدهند باید بگویند این مکتوب را قاضی در محضر قضاء نوشت و برای ما خواند . اما مطالبی که مربوط به قاضی مرسل الیه است در کتاب شرح عنایه به نقل قول از محیط اینطور تذکر یافته اگر مرسل الیه مکتوب را بدون حضور طرف مقابل تسلیم شد صحیح است اما شهادت شهرود را بر اینکه این مکتوب از فلان قاضی است وقتی شنیده می تواند که طرف مقابل حاضر باشد ، لذا حضور طرف مقابل شرط شنیدن شهادت شهرود بر مکتوب است نه شرط تسلیم شدن مکتوب ، الی آخر زیرا مکتوب در واقع به منزله شهادت بر شهادت است بدلیل اینکه شهادت بر آن مکتوب باید به حضور خصم شنیده شود .

در کتاب مذکور این مطلب نیز تذکر یافته که باز کردن مکتوب نیز باید به حضور خصم صورت گیرد ، اما در حال عدم حضور خصم هم مکتوب را باز کرده میتواند در کتاب فتح القدر تذکر یافته که صورت حال از این قرار است که وقتی مکتوب به قاضی مرسل الیه رسید قاضی طرفین دعوی را جمعاً بحضور خود بخواند ، اگر مدعی علیه بر مال مورد ادعا برای مدعی اقرار کرد به مکتوب نیازی باقی نمی ماند ، اگر مدعی علیه منکر شد ، قاضی برای مدعی می

گوید آیا دلیلی بر این ادعای خویش داری ، اگر مدعی گفت من مکتوبی  
 از قاضی فلان منطقه برای شما آورده ام ، از مدعی مبنی بر اینکه  
 آیا این مکتوب به راستی از همان قاضی است شاهد بخواید و قتی  
 شهود حاضر شد ند طرف مقابلش را در صورتیکه حاضر نبود بخواید  
 و شهود مذکور بنا بر رای امام ابوحنیفه و امام محمد (رح) بحضور  
 او ادای شهادت کنند بر اینکه این مکتوب از فلان قاضی است که  
 برای مادر محضر قضائی خویش آن را تسلیم داده و برای مامضون  
 آن را خوانده است بعد از آن قاضی آن مکتوب را باز کند و برای مدعی  
 علیه بخواند آیا در وقت باز کردن مکتوب شهود تعدیل شوند یا نه؟  
 درین موضوع نیز اختلاف است در کتاب هدایه تذکر یافته که امام  
 محمد (رح) ظهیر عدالت را در باز کردن مکتوب شرط ندانسته اند  
 و لی صحیح اینست که مکتوب بعد از ثبوت عدالت شهود باز میشود .  
 بعد از این قاضی برای مدعی علیه بگوید ، اگر دفعی بر این دعوی  
 داری خوب ورنه علیه تو حکم می شود ، اگر مدعی علیه دفع نداشت  
 علیه او حکم می شود و اگر دفعی داشت دفعش شنیده میشود ، اگر  
 مدعی علیه گفت من این شخص نیستم که مدعی براو ادعای دارم  
 یعنی من فلان بچه فلان نیستم بلکه فلانی است قاضی از او شاهد بخواید  
 بر اینکه به همین شهرت مکمله کسی دیگر هست اگر مدعی علیه  
 بر این مطلب شاهد آورد یعنی بر اینکه به همین اسم ولادت و دیگر  
 علامات فارقه شخص دیگری هم هست مکتوب باطل میشود اگر  
 کسی دیگر به همین شهرت مکمله موجود نبود براو حکم کند .  
 به نظر من جمیع این مرا تبی که در باره شهود بر مکتوب تذکر  
 یافته در دوره قبل از زمان مامورد نیاز بوده است ، اما امروز پسته  
 خانه این وظیفه را بدرستی انجام میدهد ، یعنی یک مکتوب رسمی  
 و قتی سر به مهر و نشانی شده به دفتر پسته تسلیم داده میشود  
 و رسماً از او رسید گرفته می شود و او مکتوب را رسماً به محکمه  
 مرسل الیه می رساند و رسید می گیرد درین حال حاجتی به شهادت  
 شهود بر مکتوب باقی نمی ماند و از شبهه ساخته کاری و تزویر به کلی  
 خلاص می باشد ، آری هیچکسی از این انکار ندارد که احکام نظریه  
 تغییر زمان و احوال تغییر می یابد طوریکه در ماده (۳۹) تذکر یافت .  
 نوت : در کتاب فتح القدر تذکر یافته اگر مدعی علیه شنید  
 که در باره او مکتوب به محکمه مربوطه واصل شده و بلا معطل

به جای دیگری فرار کرد قاضی می‌تواند به آن محکمه که مدعی علیه به حوزه قضائی آن فرار کرده به‌اثر مکتوب قاضی اولی بنویسد و آنچه را نزد او ثابت شده در آن مکتوب ذکر کند، طوری که مابرای قاضی اول این صلاحیت را قائل شدیم برای قاضی دومی و سومی و بهر اندازه که این سلسله دوام کند نظر به احتیاج جلوگیری از حقوق تلفی این صلاحیت موجود است .

اگر قاضی دوم مکتوب را به قاضی سوم نوشت و هنوز مکتوب را نفرستاده بود که مدعی علیه واپس به حوزه قضائی او آمد به همان شهادتیکه شهود در وقت غیاب مدعی علیه مبنی بر اینکه این مکتوب را فلان قاضی نوشته حکم نکند بلکه دوباره شهود را بخواهد و طرفین دعوی را احضا ر کند و شهادت شهود را بشنود . زیرا استماع شهادت قبلا در غیاب مدعی علیه برای این بود که آنرا به قاضی دیگری نقل بدهد، نه برای اینکه حکمی در زمینه صادر کند لذا بار دوم به حیث قاضی آن را باید بشنود و به‌اساس آن حکم صادر کند .

شرط دیگر در قبول این مکتوب آنست که در وقت وصول و قرائت مکتوب به قاضی مرسل الیه باید قاضی فرستنده به‌وظیفه خود بر حال باشد یعنی اگر در وقت رسیدن و قرائت مکتوب به محضر قضائی مرسل الیه قاضی نویسنده مکتوب وفات کرده بود یا معزول شده بود و یاد یوانه شده بود ، یا نعوذ بالله مرتد شده بود و یا ترک تا بیعت کرده به مملکت غیر اسلامی قبول تابعیت کرده بود و یا از اهلیت قضا بواسطه فسق بر آمده بود در حالی که در حین قاضی شدن خود عادل بود. درین همه احوال آن آن مکتوب باطل است ، اما امام ابو یوسف می‌گویند به آن مکتوب درین همه احوال عمل میشود دلیل‌شان اینست که مکتوب قاضی به سوی قاضی مثل شهادت است زیرا قاضی بو سیله مکتوب خویش شهادت کسانی را که به‌حضور او ادای شهادت کرده‌اند به قاضی مرسل الیه انتقال میدهد و نقل به مجرد نوشتن تمام میشود این هم مانند شهود فرع ( شهودیکه بر شهادت شهود اصلی شهادت میدهند ) می‌باشد زیرا اگر شهود اصلی فوت شدند و یا به احوالیکه در باره قاضی مرسل تذکر یافت گرفتار شدند مانع حکم قضائی براساس شهادت شهود فرع نمی‌شود. در کتاب ذخیره

حاصل جواب امام ابو حنیفه درین مورد اما م ابو یوسف چنین تذکر یافته است که نقل به مجرد نو شتمن مکتوب تمام نمیشود وقتی این نقل تمام میشود که به قاضی مرسل الیه مکتوب برسد و او مکتوب را بخواند زیرا نقل به منزله حکم قضائی است ازین رو مکتوب از شخصی دیگری غیر قاضی مورد حکم شده نمیتواند و تا وقتی که حکم واجب نمی شود نقل تمام نمیشود و حکم و قتی واجب میشود که در محضر قضاء قاضی مرسل الیه این مکتوب خوانده شود.

همچنین اگر قاضی مرسل الیه وفات یافت نیز مکتوب باطل می شود مگر اینکه در مکتوب تذکر یافته باشد این مکتوب برای فلان و لد فلان قاضی فلان محکمه فرستاده شده است و یا هر قاضی از قضات مسلمانان که این مکتوب به او میرسد که درین حال قاضیهای دیگر نیز به تبع آن قاضی در تحت این خطاب می آیند یعنی کسیکه بعد از آن قاضی بحیث قاضی مقرر می شود هم در ضمن این خطاب می آید و به معلوم بودن قاضی اصل معلوم میشود، اما اگر در مکتوب نوشت این مکتوب به هر یک از قاضی های مسلمانان که برسد چنین عنوان مدار حکم شده نمی تواند زیرا مرسل الیه مجهول است، امام ابو یوسف این چنین مکتوبی را هم مدار حکم میدانند، مذهب شافعی نیز چنین است زیرا گرچه لازم است مرسل الیه مشخص باشد درین جا طوریکه شخص معین و مشخص است عموم مرسل الیه نیز مشخص است، این عمومیت از قبیل اجمال و مجهولیت نیست، لذا اینکه قصداً به نام عموم قاضیهای مسلمانان نوشته شود و یا تبعاتاً م قضات مسلمان را در بر گیرد هر دو مساوی است، در کتاب فتح القدر نیز این حکم را مواجه دانسته است زیرا وقتیکه امام ابو یوسف بتصدی قضاء مبتلا شد تسهیلات زیادی را در امور مردم برای آسانی کارشان قایل شد، اگر خود مدعی علیه وفات یافت مکتوب در باره ورثه اش اجراء میشود زیرا ایشان قایم مقام مورث خود هستند.

نوت: در کتاب درر تذکر یافته شخصی بر غائبین ادعا می کند و می خواهد و کیلش را بفرستند تا او را حاضر کند قاضی او را قسم بدهد به این ترتیب که آیا تو طلب خود را و یا بعضی آنرا از مدعی علیه نگرفته ای؟ آیا او را ابراء ندادی این را نمیدانی که فرستاده شده تو یا وکیل تو پول را از او تحصیل کرده باشد؟ زیرا امکان دارد همین شخص غایب وقتی مکتوب به او برسد ادعا کند که من مال

مورد دعوی را ادا کرده ام و شهودی هم بر این ادعایش نداشته باشد درین حال قسم متوجه مدعی می شود وقتی بیشتر قسم بخورد بقول بعضی از علماء ادعای مدعی علیه رفع میشود و مسافت کوتاه می گردد. خلاصه بیان اینکه : - از توضیحاتیکه گذشت برمی آید که عنوان بر چهار قسم است .

یکی اینکه عنوان خاص باشد به اینکه در عنوان مکتوب بنویسد به قاضی فلان محکمه و یا آنکه عنوان عام باشد به این ترتیب که بنویسد بهر قاضی از قاضیهای مسلمانان که این مکتوب برسد یا اولاً تخصیص داشته باشد به این ترتیب که در عنوان بنویسد به قاضی فلان محکمه و هر يك از قاضی های مسلمانان که این مکتوب به او برسد و یا اولاً عام باشد بعد از آن خاص شود به این ترتیب که در عنوان بنویسد بهر يك از قاضیهای مسلمانان که این مکتوب باو میرسد و یا قاضی فلان محکمه در سه طریق یعنی طرق اول ، دوم و سوم به اتفاق علماء مدار حکم است اما در طریق چهارم خاص به مذهب امام ابو یوسف این مکتوب مدار حکم است (۱).

ماده ۱۸۱۸ :

وقتیکه مدعی دعوی خویش را ذریعه شهادت شهود اثبات کرد قاضی به آن حکم کند و اگر ثابت نکرد حق قسم دادن مدعی علیه را برای مدعی باقی گذارد. اگر مدعی از قاضی خواست که مدعی علیه را قسم بدهد قاضی مدعی علیه را به قسم خوردن مکلف سازد .

در بیان فوق تذکر یافت ( اگر مدعی دعوی خویش را ذریعه شهادت شهود به اثبات رساند ) یعنی بعد از اینکه مدعی علیه از آن انکار ورزید خواه به صراحت انکار صورت گرفته باشد و خواه ضمنی باشد مثل اینکه بگوید به آنچه مدعی دعوی کرده اقرار نمی کنم و یا بگوید انکار می ورزم و یا از جواب دادن سکوت کند ، کلمه یتسه از لحاظ گرامر عربی بر وزن فیصله) است و از ماده بیان اخذ گردیده

(۱) به نظر من طریق دوم مورد اختلاف است طوریکه قبلاً نیز تذکر یافت نه طریق چهارم . (مترجم)

است زیرا بوسیلهٔ بینة یعنی شهادت شهود یا قرینه قاطعه حق ظاهر میشود به ماده (۱۷۴۰) مراجعه شود .

در بیان فوق تذکر یافت . (قاضی به آن حکم کند )

یعنی بعد از تزکیهٔ سری و علنی شهود زیرا مدعی دعوی خود را به وسیلهٔ حجت روشن گردانیده است به ماده (۱۷۱۶) مراجعه شود و چون درین دنیائیکه زندگی میکنیم فقط از دید ظاهر بهره‌وریم و شهود هر چند گاهی احتمال دروغگوئی شان موجود است مگر درک این حقیقت و قوف بر حقائق از مغیبات است که جز خداوند متعال جل و علی شان هیچ کسی بر آن واقف نیست ازین رو شهادت شهود مشروع گردید و در عین حال جانب احتیاط مورد نظر قرار گرفت یعنی باید قاضی احوال شهود را بصورت سری و بصورت علنی بخود معلوم کند و هم برای کسانیکه به شهادت ناحق مبادرت می‌ورزند از طرف شریعت اسلام و عیدها (اخطارها) ثنی داده شده و به این ترتیب بر حسب طاقت بشری در اثبات حقوق اهتمام بعمل آمده است .

صاحب مجلهٔ الاحکام درین گفته خویش (حق قسم‌دا دن مدعی علیه را برای مدعی باقی‌گذارد) باین مطلب اشاره کرده است که قسم متوجه مدعی نمی‌شود ، بدلیل اینکه در حدیث مشهور تذکر یافته که قسم جز مدعی علیه که منکر است متوجه دیگری نمی‌شود به حدیقه اگر طرفین دعوی بر این صلح کردند که اگر مدعی قسم یاد کند مدعی علیه ضامن پرداخت مال مورد دعوی است و مدعی قسم یاد کرد این صلح باطل است زیرا درین تغییر حکم شرعی است . (در منتقی)

وهم در عبارت فوق مجلهٔ الاحکام اشاره به این شده است که قسم دادن مدعی علیه حق مدعی است لذا مدعی درین مورد اختیار دارد میخواهد مدعی علیه را قسم بدهد و یا میخواهد ندهد کیفیت قسم دادن طوری است که در ماده های (۱۷۴۸) و (۱۷۴۹) شرح این دو ماده قبلا تذکر یافت .

صاحب مجلهٔ الاحکام در بیان فوق وقتی گفت (قاضی مدعی علیه را مکلف به قسم خوردن کند ) اشاره به این کرده است که قسم دادن حق قاضی است ، اگر مدعی علیه به حضور قاضی و مدعی قسم یاد کرد و قاضی او را مامور به قسم نکرده بود این قسم گفته نمیشود زیرا کسی که حقدار مدعی علیه را قسم بدهد قاضی است اگر مدعی

بر دعوی خویش شاهد آورد شنیده میشود ورنه باردوم مدعی علیه قسم داده می شود همچنین اگر قاضی مدعی علیه را پیش از در خواست مدعی قسم داد بار دوم قسم داده میشود اگر مدعی و مدعی علیه بر این صلح کردند که مدعی علیه پیش شخص دیگری غیر از قاضی قسم یاد کند و او از دعوی بری الذمه حساب شود این صلح باطل است بعضی از مسایل ازین قاعده مستثنی میشود که در آن قاضی بدون در خواست مدعی ، مدعی علیه را قسم داده می تواند یکی از این مسائل رد بعیب است درین مورد مشتری را قاضی به خدا قسم میدهد بر اینکه آیا به عیب راضی نشدی ، و شفیع را به خدا قسم میدهد که آیا شفعه خود را ساقط نگردانیدی ، و اگر زن مصارف خود را بر شوهر خویش که غایب است دعوی میکند قاضی او را به خدا قسم میدهد بر اینکه آیا شوهر غایب تو چیزی به خانه نگذاشته است ، و به تو مصارف را نپرداخته است ، و کسی که دعوی استحقاق مال را می کند قاضی او را به خدا قسم میدهد که آیا این مال را نفروختی . و از ملک تو به هیچ قسمی بیرون نگردیده است .

همچنین علماء بر این اجماع کرده اند که اگر شخصی بر متوفائی ادعای قرضی را نمود قاضی او را بدون اینکه وارث و یا وصی در خواست کنند قسم دهد بر اینکه آیا حق خود را دریافت نکرده است . این مانند حقوق الله است که بدون دعوی قسم داده می شود (بحر الرائق).

در تعلیقات کتاب مذکور تذکر یافته ، شخصی به طلاق و یا عتق قسم می خورد که بر ذمه اش چیزی نیست (اینطور می گوید اگر فلانی از من طلبی داشته باشد زن من طلاق باشد یا اگر فلانی از من چیزی طلب گار باشد غلام من آزاد باشد) بعد از آن شهود بر او به قرض داری شهادت میدهند و قاضی ادای آن قرض را بر او الزام میکند و درین حال نیز منکر است اما مابو یوسف او را حانث می شمارد یعنی زن او را طلاق و یا غلام او را آزاد می شمارد ، امام محمد (رح) او را حانث نمی شمارد ، زیرا او نمیداند شاید او راست گفته باشد و شهادت شهود از لحاظ ظاهر حجت است لذا کذب او را در قسمش اثبات کرده نمی تواند ، در مسئله قرض فتوی بر اینست که اگر بدون سبب آنرا ادعا کرد و مدعی علیه قسم یاد کرد بعد از آن مدعی بر آن شاهد آورد دروغ او به اثبات می رسد و اگر با ذکر سبب ادعا کرد و مدعی



علیه قسم خورد که بر او قرض نیست بعد از آن مدعی بر سبب شاهد آورد دروغ او به اثبات نمی رسد زیرا امکان دارد قرض موجود بوده و بعد از آن اداء شده و یا از آن برای مدعی ابراء داده است .

اگر شخصی دعوی های متفرقه داشت قاضی مدعی علیه او را بهر يك از دعاویش علیحده قسم ندهد بلکه همه دعاویش را جمع کرده و مدعی علیه او را به حیث مجموع قسم بدهد . (مجمع الانهرودرمنتقی) درین کتب تذکر یافته اگر مدعی علیه قسم یاد کرد دعوی قطع می شود تا اینکه بر او شاهد آورده شود یعنی شهادت شاهد های مدعی به قول صحیح بعد از قسم طر ف مقابل نیز شنیده می شود .

به نظر من شهادت شهرد مدعی دروغگوی بودن مدعی علیه را در انکارش ظاهر نمی سازد و به همین سبب کسیکه قسم ناقص خورده مثل شاهد ناحق مجازات نمیشود اگر مدعی گفت من در این شهر شاهد دارم و در عین حال طلب قسم دادن مدعی علیه را از قاضی نمود در نزد امام ابو حنیفه و به یکی از دو قولیکه از امام محمد (رح) روایت شده قسم داده نمیشود اما در نزد امام ابو یوسف قسم داده میشود دلیل امام ابو حنیفه اینست که ثبوت قسم مرتب بر عجز از اقامه شهود است لذا در صورت عدم عجز برای مدعی این حق باقی نمی ماند ، اما در صورتیکه شهود به همان شهر که دعوی در آن صورت گرفته حاضر نباشند و یا در آن شهر باشند ولی حاضر نشوند و یا مدعی بگوید که مریض هستند به اتفاق مدعی علیه را قسم داده می تواند ، و اگر شهود در همان مجلس حاضر باشند مدعی ، مدعی علیه را به اتفاق قسم داد نمی تواند .

نوت : در کتاب درالمختار و آخر بحث دعوی نسب تذکر یافته وقتیکه مدعی علیه قسم خورد مدعی جز در يك مسئله قسم داده نمیشود که آنرا در کتاب دعوی بحر الرائق ذکر کرده است و ی افزوده است این مسئله نادر می باشد و لازم است آنرا حفظ کرد و از بنقرار است اگر صاحب مال غصب شده گفت مالیکه از من غصب شده صد افغانی نیست و قتی بر ادعای خویش قسم یاد کرد تصدیق می شود و به بیان اندازه قیمت مال مجبور ساخته شود زیرا او به قیمت مجهول اقرار کرده است اگر قیمت را خودش تعیین نکند بر نفی زیادت قسم داده میشود و آن است که صاحب مال آنرا ادعا دارد که صد

افغانی است اگر غاصب قسم خورد ادعای صاحب مال اثبات نمیشود  
 و اگر نکول آورد نیز ادعای صاحب مال اثبات نمی شود تا خودش قسم  
 نخورد بر اینکه قیمت مال من صد افغانی بوده است مثالش اینست که  
 شخصی لباسی را غصب می کند و آن را مستهلک می سازد صاحب  
 مال می گوید قیمت آن صد افغانی بوده و غاصب می گوید قیمت آن را  
 به صورت دقیق نمی دانم اما اینقدر میدانم که صد افغانی ارزش ندارد  
 وقتی قسم خورد تصدیق میشود و مجبور ساخته شود که اندازه قیمت  
 مال غصب شده را بیان کند ، اگر مثلاً گفت هفتاد افغانی قیمت داشته  
 غاصب قسم داده شود که آیا راستی به صد افغانی نمی ارزید؟ اثر قسم  
 خورد ادعای صاحب مال تثبیت نمی شود و اگر نکول آورد نیز  
 ادعای صاحب مال تثبیت نمی شود تا وقتی که خود صاحب مال قسم  
 داده نشود که قیمت آن صد افغانی بوده است ، مدعی بر این قول  
 صاحب بحر الرائق ( اگر بیان نکرد ) انگشت اعتراض گذاشته و  
 گفته است ظاهراً در این عبارات خلل موجود است و صحیح این  
 است که بجای ( اگر بیان نکرد ) گفته شود ( اگر بیان کرد ) زیرا  
 وقتی که غاصب قیمت مال مقصوبه را تعیین نکرد آن زیادتی که بر  
 نفی آن قسم داده میشود چطو تعیین شده می تواند ؟ ثمره خلاف  
 ( وقتی در یک مورد دو قول ذکر شد که آن دو از هم فرق داشت  
 چیزی را که به آن فرق فهمیده می شود در عربی به نام ثمره خلاف  
 یاد میکنند و ما می توانیم از آن به نتیجه تعبیر کنیم مترجم ) اینست  
 که وقتی مال مقصوبه جنسا به دست آمد مالک اختیار دارد که  
 مال را بگیرد و یا قیمتش را بگیرد.

ماده ۱۸۱۹ :

اگر مدعی علیه قسم خورد و یا مدعی او را قسم نداد  
 قاضی مدعی را از معارضه بامدعی علیه باز دارد.

ازین ماده و ماده قبلی آن فهمیده شد که راه های که باساس آن  
 قاضی حکم صادر می کند عبارت است از شهادت شهود ، اقرار  
 قسم و نکول و کتاب اشباه این طریق هارا به هفت رسانده است که

یکی قسامه (۱) و دیگری بنا بر قول مرجوح علم قاضی و هفتمین آن قرینه قاطعه است (درالمختار).

اگر مدعی علیه در آنچه بر او ادعا شده به شك بود اگر بیشتر رایش بر این بوده که مدعی به حق است قسم نخورد و اگر بیشتر گمانش بر این بود که مدعی بر باطل است برایش قسم خوردن جواز دارد مدعی علیه در دو حالت قسم نخورد یکی آنکه بیشتر گمانش بر این باشد که مدعی به حق است و یا متردد بوده و طرفین حق و باطل دعوی مدعی به نظر او یکسان است درین دو حالت برایش جواز دارد قسم بخورد یکی آنکه مدعی را بروی تحقیق بر باطل بداند و دیگر آنکه گمانش به بطلان دعوی مدعی باشد زیرا اگر مدعی علیه به حقانیت خویش یقین داشته باشد به تعظیم ذکر نام خداوند متعال جل و علی شانۀ علاوه بر اینکه باو ضرری نمی رسد ثواب و مزد هم برایش داده می شود و اگر به حقانیت خویش یقین ندارد از قسم ناحق باید پرهیزد که آنرا غموص (در گناه غم و شور شدن) می گویند و گفته اند که قسم ناحق باعث خانه خرابی گردیده و خانه هارا ویران می سازد اینست مجملی از بیان تنویر .

اگر در مورد دعوی مدعی علیه به شك بود خوب است که طرف مقابل را راضی بسازد و قسم نخورد اگر طرف مقابل جز به قسم به هیچ چیز راضی نمی شد. اگر بیشتر گمانش درین بود که درین قسم خوردن خود به حق است قسم بخورد و اگر بیشتر گمانش به محققت خودش نبود قسم نخورد راضی ساختن طرف مقابل یا به پرداخت

(۱) قسامه به معنی زیبا و حسین و هم به معنی (حلف و قسم) استعمال می شود .

هر گاه انسانی (اعم از مرد و یا زن خورد سال یا کلان سال غلام یا آزاد) در جائیکه مالکی نداشته باشد کشته شده دیده شود و قاتل آن معلوم نباشد و دعوی از طرف او لیاقت مقتول صورت گیرد و مدعی علیه منکر باشند و آثار قتل در بدن مقتول مشاهده شود ، پنجاه نفر از مرد های آن قریه یا محله که مقتول در آنجا یافت شده اینطور قسم داده میشوند که ما علم نداریم که این را کدام شخص کشته بعد از آن دیت او براهل همان محله لازم میشود اگر مرد های همان محله پنجاه نفر نبودند برایشان برگردانیده میشود تا پنجاه قسم پوره شود .

مترجم

مثل مال مورد دعوی است یا به پرداخت کمتر آن این مال را برای مدعی به حیث فدیة قسم بدهد و باین وسیله از قسم خوردن خود را بر هاند، و یابہ قسم مصالحہ طوری کہ رایج است مبلغی را بپیر دازد. (در الہختار در المنتقی وغیرہ) و برای گیرندہ در صورتیکہ در دعوی خویش بہ حق باشد گرفتن این مال جایز است و اگر بہ حق نبود جایز نیست. (عبدالحکیم ا زبحرالرائق).

اگر شخصی بر شخص دیگری ادعای یک مالی را می کند طرف مقابل منکر میشود او قسم متوجہ میشود او از قسم خویش فدیہ می دہد (یعنی مبلغی معادل مال مورد ددعوی یا کمتر از آن برای مدعی می پردازد) و یا بر مبلغی صلح می کنند این کار صحیح است بدلیل اینکه شخصی بر عثمان بن عفان (رض) بہ چہل درہم (چہل مثقال نقرہ مروج آنوقت) ادعا کرد عثمان (رض) چیزی بہ مدعی برای اینکه از قسم خود را رھائی بخشہ داد و قسم یاد نکرد از وی (رض) سوال شد چرا قسم نمی خوری در حالیکہ تو درین قسم خویش بہ حق هستی جواب داد (میتروسم مبادا این قسم را تقدیر مہدافت کند) (انفا قا درہمین وقتہا مرگ من بہ تقدیر خدائی فرارسد) و گفته شود این (مرگ او) بہ سبب قسم ناحقش بود.

قسم شخصیکہ گنگ است بہ اشارہ سر او است بہ آن اشارہ کہ از آن معنی بلی و تصدیق فہمید میشود و نکول او بہ اشارہ سر او است بہ آن اشارہ کہ از آن معنی (نہ) فہمیدہ شود زیرا اشارہ گنگ وقتیکہ بہ نفی واثبات معروف باشد بہ جای عبارت مردم گو یا در دیگر احکام می ایستد در قسم نیز این چنین است قاضی اگر آدم گویا را قسم دہد و آن شخص بگوید بلی قسم نیست زیرا معنی بلی این است کہ قسم می خوردم و قسم می خورم قسم نیست (عبدالحکیم از تکملہ دیری) در (درر) تذکر یافته اما اگر قسم خوردن را بدہ درہم (دہ مثقال نقرہ) بخرد چنین نیست زیرا این کار جواز ندارد و باز مدعی می تواند مدعی علیہ را قسم بدهد، زیرا خریداری عقدی است کہ مال را ملک شخص می سازد و قسم مالی نیست کہ خریدہ شود (در کتاب عنایہ اینچنین ذکر رفته است).

صاحب مجلۃ الاحکام کہد ربیان خویش گفته (قاضی مدعی را از معارضہ بامدعی علیہ باز دارد) معنیش اینست کہ مدعی بر دعوی خود هست اما مزاحم مدعی علیہ شدہ نمی تواند تادعوی خویش را بہ شہادت شہود بہ اثبات نرساند اگر اقامہ شہود کرد قاضی بمفاد

او حکم می کند اینست صحیح بعضی از قاضی ها در گذشته بعد از قسم خوردن مدعی علیه دعوی مدعی را نمی شنیدند و تصدیق جا نب قسم را ترجیح داده می گفتند شهادت شهود شنیده نمی شود این گفته شان اصلی ندارد زیرا عمر (رض) شهادت شهود مدعی را بعد از قسم منکر شونده پذیرفتند ، قاضی شریح (رض) همیشه می گفت قسم ناحق به رد کردن سزاوار تر است از شهادت شهود عادل وهم چون قسم جایگزین شهادت شهود است وقتی به اصل دسترس پیدا شد حکم بدل باطل میگردد.

بنا به قول ابو حنیفه از قاعده همیشه گمی (قسم بر منکر است) هفت مسئله استثنی میشود یکی از آن دعوی نکاح و دعوی رضا یت به نکاح است و یا امر به نکاح است خواه زن منکر نکاح باشد و خواه مرد و دعوی رجوع در طلاق رجعی بعد از انقضای عده خواه زن منکر رجوع باشد و خواه مرد ، دعوی ایلاء (۱) که یکی از زن و یا شوهر منکر آن شوند و یا استیلاء است که آنرا کنیز دعوی کند و عکس این شده نمیتواند زیرا این به اقرار با دار صورت میگیرد لا غیر .

و دعوی غلام بودن و ادعای نسب بر مجهول النسب (به طور مثال بر مجهول النسبی شخصی ادعا کند که این غلام من بوده در صورتیکه مرد باشد و یا کنیز من بود در صورتیکه زن باشد و یا ادعا کند این بچه من بوده و یا دخترم بوده . مترجم) و یا بالعکس (به) طور مثال شخصی مجهول النسب ادعا می کند من غلام و یا کنیز و یا بچه و یا دختر این شخصم مترجم) در نزد یا ران

(۱) ایلاء در شروع عبارت است ازین که مردی قسم خورد که چهار ماه یا بیشتر از آن یا به طور مطلق (بدون قید مدت با زوجة خود جماع نمی نماید ، ایلاء کم از چهار ماه نمی باشد، اگر در هر سه صورت در میان چهار ماه با زن خود جماع نماید کفاره قسم بروی لازم می شود و اگر چهار ماه منقضی شود زن مذکور بلاطلاق طلاق باین میشود هر گاه مردی برای مدتی کمتر از چهار ماه سوگند کند مثلا سوگند کند که تا سه ماه به زن خود نزدیک نمی شوم این در حکم ایلاء شرعی داخل نمی باشد حکم آن اینست که هر گاه قسم خود را نقض نماید و در حین مدت سه ماه با زن خود نزدیک شود کفاره قسم بروی لازم می گردد و اگر قسم خود را تکمیل نمود یعنی سه ماه به وی نزدیک نشد نه طلاق واقع میشود نه کفاره لازم می شود. (مترجم)

امام ابو یوسف و امام محمد (رح) درین دعاوی قسم داده میشوند و به این قول فتوی داده شده است در کتاب درالمنقی و درر چنین یاد شده دلیل هر یک شان در مجلس بطور مفصل تذکر یافته و این موضوع قبلاً توضیح گردیده است .

### ماده ۱۸۳۰ :

وقتی مدعی علیه از قسم نکول آورد قاضی با اساس نکولش حکم کند. اگر بعد از آن گفت . قسم میخورم . به آن التفاتی نشود .

در بیان مذکور تذکر یافت وقتی مدعی علیه از قسم نکول آورد قاضی به اساس نکولش حکم کند اگر چه بعد از عرض قسم برای یک بار هم نکول صورت بگیرد به ماده (۱۷۵۱) در اجراء میشود . اینست صحیح در کتاب کافی تذکر یافته برای قاضی مناسب است که سه بار بگوید من بر تو قسم را عرض می کنم اگر قسم یاد روی خوب و اگر قسم یاد نکردی بر ضررتو و مطابق به ادعای مدعی تو قسم می کنم این اخطار قاضی برای ابلاغ حکم است زیرا ناضی در حکم پیش مجتهد است لذا شبهه پوشیده شدن حکم برای مدعی علیه پیشی است زیرا بروایتی از امام ابو یوسف و امام محمد (رح) تکرار قسمی پنداشته شده است . (شرنبلالی) در کتاب بحرالرائق تذکر یافته باید ملتفت بود که حکم به اساس نکول آن شخصی را که حکم به ضررش صادر شده از اقامه شهود به آن دعوی که حکم مذکور را باطل سازد مانع نمیشود زیرا در کتاب خانیه در بحث چیز های که دعوی مدعی را باطل می سازد تذکر یافته ، شخصی از یک نفر دیگر اسپ خریداری میکنند در آن اسپ عیبی می بیند بر فرو شنده دعوی میکند و فروشنده از اینکه عیب در وقتی بر اسپ عارض بوده که اسپ به دست او بوده منکر می شود باو قسم متوجه میشود و او نکول می آورد قاضی حکم می کند که اسپ در زمانیکه بدست با یع بوده همین عیب را داشته بعد از آن فروشنده می گوید من از و جو د این عیب در اسپ مذکور از خریدار ابراء گرفته بودم و شهود خویش را حاضر می آورد که بر این ادعایش شهودش - شها دت ادا میکنند ، شها دت شهودش پذیرفته میشود الی آخره .

اینست مطالبی که درین مو رد باید تذکر یابد ، اگر قسم راترك

کرد در حالیکه به موجب حدیث مبارک در آن توضیح شده ( قسم بر کسی است که انکار می ورزد) دلیل اینست که آن شخص بنا به قول امام ابو حنیفه بذل کننده مال خویش است و بنا به قول یاران (امام ابو یوسف و امام محمد نکول او اقرار بدعوی مدعی محسوب میشود ورنه برای اینکه واجب ذمه خویش را ادا کند باید به قسم خوردن اقدام می ورزید امام ابو حنیفه نکول از قسم را بذل می شمارند گویا مدعی علیه برای مدعی گفته است من آنچه را بر من ادعا کرده ای بتو از مال خویش میدهم و بخشش میکنم اما قسم نمی خورم اگرچه در انکار خویش راست گوی هستم حال يك مسلمان وقتی از چیزی انکار می کند به این حمل میشود که از دروغگوئی بدور باشد ، یاران نکول را اقرار کرده اند زیرا شریعت مسلمان را مأمور می سازد که از قسم نا حق پرهیزد نه اینکه از قسم راست تر رفع نماید و هم از این سبب که دوری جستن از قسم راست بسیار به ندرت اتفاق می افتد زیرا به ظاهر حال انسان از انجام دادن يك کاریکه شرعاً جواز دارد و نکردن آن باعث اتلاف حقوقش می شود خود داری نمی کند و مانند این اعتبار از اعتبار بیرون است .

نظر امام شافعی (رح) بانظر امام های ما در طرف مقابل قرارداد باین معنی قاضی بنا بر مذهب شافعی صاحب بر اساس نکول حکم نمیکند بلکه قسم را متوجه مدعی میسازد اگر او قسم یاد کرد به اساس این قسم قاضی به مفاد او حکم می کند و اگر آنهم از قسم نکول آورد منازعه قطع میشود طوریکه شافعی صاحب قسم را متوجه مدعی می کند وقتی که بر دعوی خویش يك شاهد داشت لذا امام شافعی صاحب نکول را برای حکم قضائی به حیث يك حجت قبول نکرده اند ، جواب از طرف امام های حنفی چیزی است که قبلاً آنرا شنیدیم (اینست خلاصه آنچه در کتاب عنایه و کتاب درر و غیره تذکر یافته است ) اگر پرسیده شود که ما نکول را بنا به رای امام ابو حنیفه بذل و بخشش مال نکول کننده دانستیم لذا مال مورد دعوی به اساس ماده (۵۷) تا قبض صورت نگیرد باید ملك مدعی نشود باینکه مدعی علیه نمی تواند مدعی را از تصرف در آن مال جلوگیری کند بلکه به اساس حکم محکمه مجبور است آن مال را به مدعی بپردازد ما اینطور جواب میدهیم که امام ابو حنیفه این مال را به تمام معنی بخشش نمی پندارند بلکه این را بخششی می پندارند که در آن شائبه از اقرار موجود است ، لذا به مقتضای ماده (۷۹) به آن رفتار می شود .



به صورت خلاصه باید گفت که امام ابو حنیفه جانب ترفع از قسم راست را بر جانب پرهیز از قسم ناحق ترجیح داده اند نه بصورت قطع بلکه می فرمایند نکول از قسم بخشش مال است از طرف مدعی علیه که در آن شائبه از اقرار موجود است طوریکه یاران می گویند نکول اقراری است که در آن شائبه بخشش مال از طرف مدعی علیه صورت میگیرد ازینست که در کتاب بحرالرائق گفته است نکول به ذات خود موجب ادای مال مورد دعوی نمیشود تا با حکم

قضائی پیوست نشود ، این گفته از پهلوی اینکه از طرف نکول کننده بدل و بخشش مال است در آن هیچ اشکالی نیست و از پهلوی اینکه اقرار است چون در آن شبهه از بخشش موجود است لذا به تنبائی خود موجب ادای مال نمی شود معراج تذکر داده است ، اقرار به ذات خود موجب بوده و به حکم قضائی در آن نیازی نیست وقتی حکم قضائی به آن نسبت داده می شود مجاز است ، مولف مجله الاحکام که تذکر میدهد (وقتی که مدعی علیه از قسم نکول آورد. اسی آخره اراده دارد که باید نکول در مجلس قضائی صورت بگیرد زیرا آن قسمی معتبر است که دعوی را خاتمه دهد و قسم در غیر محضر قضائی مورد اعتبار نیست .

همچنین گفته است. ( اگر مدعی علیه بعد از نکول گفت من قسم یاد می کنم به این گفته او التفات نمیشود) زیرا خودش حق خود را باطل کرده لذا حکم قضائی آن را رادو باره باو نمیدهد.

نوت : اگر حکم قاضی علیه مدعی علیه به اساس نکولش صادر شد بعد از آن حکم فسخ شد و یا بعد از ابلاغ حکم منتقض گردید دیده شود، اگر فسخ و یا نقض با ین اساس بود که تحلیفش به خلاف امر شرع صورت گرفته بود مانند اینکه مدعی مدعی علیه را بدون امر قاضی قسم داده بود و یا قاضی مدعی علیه را بدون خواهش مدعی قسم داده بود بار دیگر قسم داده میشود اگر فسخ حکم و یا انتقاض آن به سببی غیر از این اسباب صورت گرفته بود آیا به اساس نکول سابقه

بر او حکم صادر شود یا اینکه تحلیف تجدید شود . من (شارح مجله) درین مورد به یاد ندارم از علماء توضیحی نقل شده باشد در صورتی که نقض حکم بواسطه این صورت گرفته بوده که پیش از تحلیف حکم

صادر شده بود ظاهراً اگر قسم بار دیگر به او عرض شود به احتیاط نزدیکتر است زیرا نکول یکی از اسباب حکم است و در اینجا بعضی از شروط صحت حکم از بین رفته است و سبب طوریکه در کتاب بدایع تذکر یافته تا شرایط آن صحیح نباشد مفید حکم نمی شود درین مورد مطالعین محترم دقت می کنند و به کتب فقه مراجعه می فرمایند باید ملتفت بود، در کتاب خانیه جائیکه درباره دعاوی باطله بحث میکند تذکر یافته که دعوی بعد از حکم به اساس نکول نیز شنیده می شود بنظر من این قاعده بسیار روشن است که بر آن غباری ننشسته است زیرا ثابت است که دفع طوریکه قبل اقامه دلیل صحیح میشود بعد از اقامه دلیل نیز صحیح میشود و هم طوریکه قبل از حکم دفع صحیح میشود بعد از صدور حکم نیز صحیح میشود همچنین دفع و دفع الی دفع نیز صحیح میشود، در کتاب مذکور دو مسئله فرعی را ذکر کرده است که مربوط بدعوی بعد از صدور فیصله قضائی است یکی از دیگری به حسب ظاهر فرق دارد یکی از این دو مسئله اینست شخص ادعای یک چار پای (حیوان اهلی) را می کند که بدست دیگری است مدعی علیه ازین انکار دارد و چون قسم متوجه او شد نکول می آورد قاضی هم به اساس نکول حکم می کند بعد از آن مدعی علیه شهادت شهود را اقامه می کند بر اینکه این حیوان را از مدعی قبل از دعویش خریده است این شهادت مقبول نیست، دلیل عدم قبول این شهادت اینست که نکول اقرار است نه بخشش، مگر آنکه شهود شهادت بدهند بر اینکه مدعی علیه مال مذکور را از مدعی بعد از صدور حکم قضائی خریداری کرده است، در جای دیگری از کتاب موصوف تذکر یافته که اگر مدعی علیه گفت من قبل از دعوی این حیوان اهلی را خریده ام و اقامه شهادت نمود شهادت شهود او پذیرفته شود و مطابق به آن حکم شود.

دیگر اینکه شخصی از دیگری حیوان اهلی خرید و آن حیوان را عیب ناک یافت با فروشنده دعوی کرد فروشنده از اینکه حیوان نزد او عیبناک بوده انکار ورزید قسم متوجه او گردید و او نکول آورد قاضی بر اساس نکول حکم بر ضررش صادر کرد خریدار حیران را با فروشنده الزام کرد فروشنده درین حال گفت من از خریدار باره این عیب ابراء گرفته بودم و شاهد آورد شهادت شهودش پذیرفته شود.

در کتاب اشباه قاعده را که در خانیه تذکر یافته نقل کرده و آن اینست (بعد از صدور حکم قضائی به اساس نکول دعوی شنیده نمی شود) و بر این گفته حموی اعتراض کرده و متذکر شده که در کتاب خانیه مطلبی مخالف این بیان تذکر یافته و مسئله فرعی اول را ذکر کرده است در بحر الرائق نیز قاعده مذکور کتاب خانیه تذکر یافته و مسئله فرعی دوم را بر آن شاهد آورده است علامه ابن عابدین (در تعلیقات خویش بر کتاب بحر الرائق) آنچه را حموی نقل کرده متذکر شده و این اعتراض را که بحر الرائق بر مو صوف کرده نیز با مسئله فرعی اول نقل کرده و لی بعد از آن جملاتی چند را افزوده که بیان مذکور نه دردی را مداوی میکند و نه ا ز رازی پرده بر میدارد .

به نظر من قاعده خانیه در ست است و آن دو مسئله فرعی که ذکر یافته در بین شان مخالفتی نیست و آنچه در اشباه ذکر شده نیز صحیح است و لی آنچه را حموی تذکر داده و گفته (از آن بسوی مخالفت می آید) سهو قلم است

برای توضیح مطلب عرض میشود هر دفعی خواه بعد از حکم به اساس نکول صورت گیرد و یا به غیر آن شنیده میشود ، اما وقتی شنیده میشود که در دفع تناقضی نباشد و درین نیز شبه نیست که در مسئله فرعی دوم یعنی دعوی برائت دادن از عیب تناقضی موجود نیست زیرا اینکه فرو شنده از وجود عیب در وقتیکه آن حیوان اهلی نزد او بود انکار می کند با این دعوی که فرو شنده می گوید خریدار در خصوص این عیب (که در حال فروش به نظر فرو شنده و خریدار نرسیده اگر بالفرض د حیوان مذکور موجود باشد) ابراء داده منافاتی ندارد ، لہذا شنیدن دعوی درین مسئله بعد از صدور حکم به اساس نکول به اتفاق علماء مقبول است و هیچکسی بر خلاف آن حکم نکرده است ، از اینست که در خانیه این مسئله را بدون ذکر اختلاف آورده است .

اما فرع اول و همانند های آن در اختلافیکه در باره آن بین علماء وجود دارد قاعده مذکور در انهمی شکند طوریکه اشباه آن را از خانیه نقل کرده است بلکه منشا این خلاف اختلاف نظری است درین که آیا پذیرفتن دفع بعد از صدور حکم به اساس نکول تناقض به حساب میرود یا خیر ؟ سبب این هم دلایلی است که قبلا آن را

تذکره دادیم و آن این بود که آیا نکول بخشش است که از طرف نکول  
 گفته شده صورت میگیرد طوری که امام ابوحنیفه گفته اند و درین صورت  
 دفع پذیرفته می شود زیرا درین صورت بین دفع و نکول تناقضی  
 وجود ندارد، و یا اقرار است طوری که (یاران امام ابو یوسف و  
 امام محمد) می گویند و درین حال دعوی دفع پذیرفته نمیشود زیرا  
 بین اقرار مدعی علیه و دعوی او تناقض موجود است علامه ابن  
 عابدین از روش حموی پیروی کرده و حاصلی ازین بیانش بر  
 نداشته و حیدرافندی نیز حکم حموی را با احساس عصبیتی که مشعر به  
 نقضی قاعده مذکور است نقل کرده است.

اینست آنچه ذهن قاصر من در تحریر این مقام مجال یافت.

### ماده ۱۸۲۱ :

حکم و عمل به مضمون ابلاغ حکم و اسناد بیکه از طرف  
 محکمه داده میشود جواز دارد بدون اینکه بران گواهی  
 ادای شهادت کند در صورتیکه این اوراق از شبیهه  
 دستبازی و ساخته کاری بر کنار بوده و با اصول موضوع  
 موافق باشد.

موافق بودن ابلاغ حکم در اسنادها و حجتها با اصول به آن  
 ترتیب است که با تعلیمات نامه ها و لواحقیکه نویسنده مجله دلا حکام  
 ترتیب داده موافق باشد (۱) و ذریعه فرمان دولتی مورخ چهار  
 جمادی الاول سال ۱۲۹۶ تصدیق شده باشد و این فرمان محتوی (۲۵)  
 ماده است و قتی اسناد مذکور با همه شروطی که درین لایحه ذکر شده  
 موافق باشد بدون گواهی شهود به آن عمل میشود و به اساس آن حکم  
 میشود اما به شرط اینکه با احکام شرعی اسلامی موافق  
 باشد ورنه با آن عمل نشده و مدار حکم قرار گرفته  
 نمی تواند اگرچه با تعلیمات مذکور موافق هم باشد به طور مثال اگر

(۱) این حکم درباره قضاء سوریه است در افغانستان و قتی  
 این اسناد مورد قبول است که با قانون اساسی افغانستان و قوانین  
 موضوعه دولتی و ستره محکمه موافق باشد و با احکام مذهب حنفی  
 مخالفتی نداشته باشد. (مترجم)

ابلاغ حکم متضمن حکمی باشد که بر متوفای به قرضداری او صورت گرفته باشد بدون اینکه مدعی او از طرف قاضی سوگند داده شود (که این را یمین استظهار گویند) و یا به اساس شهادتی حکمی صورت گرفته باشد و شهود تزکیه نشده باشند یا قاضی مثلا و قف زمین را که از طرف احمد در ملک مقصود صورت گرفته سجل کرده باشد و یا این تقریر شخص را که میگوید از آن امانتی که نزد محمود گذاشته شده من کفیل هستم و یادر نزد قاضی تذکر میدهد که زمین خالصه رابه این قدر افغانی تحت تصرف فلانی در آوردم و یا اقرار میکند که من این زمین حاصل خیز بد و اجاره را و فروختم بدون اینکه صاحب زمین یا متولی آن اجازه داده باشد و قاضی به اساس بیانات فوق حجت می نویسد همه اینها باطل است و به آن عمل نمیشود حتی اگر شهودی را حاضر کند که به حضور يك قاضی بر این ادعاها گواهی بدهند بر اینکه قاضی فلان محکمه به مفاد من و علیه فلان به اینقدر رها حکم صادر کرده و یا تقریر مرا شنیده و آنرا پذیرفته و سجل کرده هیچیک ازین دعاوی شنیده نشود زیرا این دعاوی فاسد است .

باید ملتفت بود طوریکه به ورق های ابلاغ حکم و دیگر اسناد وقتی با اصول موضوعه قضائی و شرعی موافق بود عمل میشود و به اساس آن حکم میشود بر حکم قاضی وقتی شهود شهادت دادند و موافق به اساسات و قواعد قضائی دولت و احکام شرعی بود نیز حکم میشود در کتاب بجهت الفتاوی تذکر یا فته حمیده بر نفیسه ادعا کرد که من از تراز فلان درک این قدر ها طلب دارم و من این مبلغ را علیه تو نزد فلان قاضی ادعا کردم و این ادعای خویش را به حضور قاضی مذکور بر اساس شهادت شهود به اثبات رساندم و قاضی به مفاد من حکم صادر کرد نفیسه از همه این مطالب انکار و زید حمیده خواست اقامه شهادت کند نفیسه گفت آن شهودی را که بر حکم قاضی شهادت دهند قبول ندارم بلکه لازم است ابلاغ حکمی (صورت فیصله) قاضی را نشان بدهی آیا شهادت شهود حمیده بر حکم قاضی قبول میشود ، جواب اینست ، بلی قبول میشود بجهت الفتاوی حکم مذکور را به (منح الغفار) نسبت داده که در آن کتاب تذکر یافته ( کسیکه به حق اقرار کرد و یا براو شهود شهادت دادند حکم براو الزام می شود ) این گفته او (یا برو شهود شهادت دهند ) شهود به اصل دعوی و شهود بر حکم قاضی هر دو را در

بر می گیرد اما درین فرصت که ما زندگی می کنیم لازم است همه محاکم بر حسب اصول موضوعه اجراءات بدارند همه صورت های فیصله وهم، حجت ها در سجل مخصوص محکمه (درته چک) ثبت میشود وقتی که شخصی بر یک محکومی که از ادای حق عنو دانه خود داری می ورزد به محکمه عرض نمود باینکه صورت فیصله مطابق ادعای من از فلان محکمه در باره فلانی صادر شده اما مال مورد دعوی را بمن نمی سپارد اولاً لازم است از آن محکمه که فیصله صادر کرده سوال شود تا دیده شود چه جواب میدهد در کتاب بهجة الفتاوی به نقل قول از ننف تذکر یافته اگر قاضی بر حکم خویش بعد از عزل شهادت دهد شهادتش در نزد امام ابو حنیفه و یارانش مقبول نیست اما اگر همراه یک نفر دیگر بر این شهادت داد که فلانی نزد من در حالیکه قاضی بودم اقرار کرده است که فلانی از او اینقدر طلب دارد این صحیح است و به آن فتوی داده شده است .

#### ماده ۱۸۲۲ :

اگر مدعی علیه در وقتیکه قاضی از او سؤال میکند طوری که قبلاً ذکر شد به خاموشی خویش اصرار ورزید و نگفت بلی ! یا نه ! سکوتش بحکم انکار دعوی محسوب میشود همچنین اگر در جواب گفت من به آنچه مدعی دعوی کرده اقرار نمیکنم و انکار هم نمیکنم این جوابش نیز در حکم انکار است و از مدعی در هر دو صورت شهود خواسته میشود طوری که قبلاً ذکر شد .

در کتاب بدایع آورده است انکار بدو قسم است یکی انکار صریح است و دیگری انکار دلالتی انکار صریح آنست که به صورت واضح بگوید من منکر هستم و انکار دلالتی آنست بدون اینکه شخص گنک باشد از دادن جواب خود داری کند باید این سکوت را حمل به اقرار و یا انکار کنیم لذا حمل بر انکار بهتر است زیرا آدم متدین و هوشیار از اظهار حق غیر باینکه قدرت اظهار آن را داشته باشد خاموش نمی ماند گاهی انسان از اظهار حق خویش باینکه قدرت هم دارد خود داری میکند لذا حمل سکوت او بر انکار نسبت به اقرار مناسب تر است اگر مدعی علیه نه سکوت کرده اقرار کرد و نه هم

انکار و وزید به این ترتیب که گفت: نه اقرار میدهم و نه انکار میکنم  
و هر چند قاضی از او پرسید برین گفته اش اصرار ورزید علماء درین  
دورد اختلاف دارند بعضی شان گفته اند:

انکار است و بعضی گفته اند اقرار است اینکه این گفته  
به جمع انکار حسماً ب شمرده به حق نزدیک تر است زیرا این گفته  
اش (انکار نمی کنم) به معنی اینست که سکوت می کنم و سکوت طوری  
که گذشت انکار محسوب میشودائی آخره این در صورتی است که  
سکوت بدون عذری صورت گرفته باشد اما اگر عذری موجود باشد  
به این ترتیب که در زبانش قصوری باشد که او را از حرف زدن بازدارد  
و یاد رکوش او قصوری باشد که سوال قاضی را نشنود این به جمله  
انکار نمی رود. صاحب محله به قول امام ابو حنیفه و امام محمد  
(رح) گفته است که می گویند ( نه اقرار میکنم و نه انکار می ورزم)  
به جمع انکار است امام ابو یوسف (رح) می گوید این جمله نه اقرار  
است و نه انکار اما باید مدعی علیه مجبور ساخته شود تا صراحتاً اقرار یا  
انکار خود را ابراز کند در کتاب بحواله اوراق تذکر یافته اگر شخصی  
دیگری را در دعوی خویش وکیل کرد به این شرط که وکیلش نه اقرار  
بدهد و نه انکار کند بعضی گفته اند این قسم و کالت جایز نیست زیرا  
هیچ فردی از افراد تحت آن باقی نمانده و بعضی گفته اند صحیح  
است زیرا سکوت باقی مانده است لذا طوریکه اگر شخصی در وقتی  
که قاضی از او می پرسید در مقابل دعوی مدعی علیه چه می گوئی، در  
جواب سکوت می کرد شهود مدعی شنیده می شد درینجا نیز شهود  
مدعی شنیده میشود.

### ماده ۱۸۲۳ :

اگر مدعی علیه در مقام اقرار و یا انکار بر آید به آن  
طوری که دعوی که دعوی مدعی را دفع کند با اینچنین دعوی  
بر وفق آن مسائلی معامله میشود که در کتاب دعوی  
ذکر شده است.

این موضوع را باید از چندین پہلو تحلیل کرد، یکی آنکه اهل  
دفع چه کسانی هستند؟ و چه کسانی اهل دفع نیستند؟ و اگر کسی اهل  
دفع باشد چه وقت می تواند دعوی را دفع کند؟ و چه وقتی دفع کرده



نهی تواند و بیان اینکه وقتی دفع صحیح شد چه قسم با آن معامله میشود؟ وهم اگر شخصی صلاحیت دفع را داشت و دفع هم صحیح بود چه وقت فاضی مطالبه دفع را بکنند؟ در قسمت اول میگوئیم: دفع دعوی یعنی انطور دعوی از طرف مدعی به قاضی عرض کردن که دعوی مدعی را دفع کند جزا از مدعی علیه و آن کسیکه از خود ضرر را دفع می کند صحیح نیست کسیکه از خود ضرری رادفع می کند نیز در حکم مدعی علیه می باشد در انقروبه و حاشیه آن نیز چنین ذکر شده است، مثال دفع از طرف مدعی علیه: فروشنده بر خریداری ادعای کند که بیع جبراً صورت گرفته و ازین رو من فسخ بیع را می خواهم زیرا این بیع فاسد است خریدار دعوی فروشنده را اینطور دفع کرد که فروشنده این مال را بمن به رضای خود تسلیم کرده و یا پول آنرا به رغبت و میل خود گرفته و براین ادعای خود شهودی حاضر آورد دعوی مدعی دفع میشود.

همچنین اگر شخصی مال شخصی (یعنی) را که بدست دیگری بود به حضور قاضی دعوی کرد که این ملک به این سبب (به طور مثال که این را خریده ام) از من است و اثبات آن را نتوانست بعد از آن مدعی علیه این مال را بدیگری فروخت و به او تسلیم کرد و مدتی از این گذشت بعد از آن همان مدعی اول ادعا کرد که همین مال مشخص که نزد همین مشتری جدید است ملک من است مطلقاً بدون اینکه سبب ملکیت را ذکر کند خواه نزد همان قاضی دعوی خویش را دائر کند خواه نزد قاضی دیگری در دفع دعوی خویش گفت که مدعی درین دعوی خویش ناحق است زیرا او همین چیز مشخص را بـ فروشنده من به سبب خریداری ادعا کرد و حالا ادعای ملکیت آن را به صورت اطلاق می کند، این دفع صحیح است در کتاب هندیه از ذخیره نیز این چنین نقل شده است، هم چنین اگر شخصی بر دیگری در باره یک زمین اینطور ادعا کرد. این زمین را فلانی که فوت شد به دختر خویش میراث گذاشت و من وارث دختر اویم و شهود خویش را نیز بر این دعوی گذرانید دعوی شما شنیده شود اگر مدعی علیه در دفع خویش گفت که فلان زن که مدعی او را وارث مال شمرده پیش از پدرش وفات یافته این دفع صحیح است همچنین اگر شخصی قرضی را بر

دیگری ادعا کرد و قرضدارش براین که آن قرض را به فلانی حواله داده شاهد آورد زیرا مدعی علیه دعوی تاخیر مطالبه و اسقاط دعوی را از شخص خود کرده و اثبات این دعوی برمدعی شده نمی تواند مگر آنکه مدعی علیه از طرف شخصی که بر او حواله شده خصم مدعی شود اگر مدعی علیه براین دفع خویش شاهد نداشت می تواند مدعی را قسم دهد به این ترتیبیکه آیا آنچه او بر من دعوی کرده حق است (فصولین فصل دهم) مثال آن شخصی که در معنی مدعی علیه است به اعتبار اینکه از خود ضرر را دفع می کند اینست که اگر مال فروش شده بدست خریدار در کی شد (برای او صاحبی پیدا شد) فروشنده ادعا کرد که این مال را هنوز که من نفروخته بودم از همین شخصی که دعوی استحقاق کرده خریده بودم (فصولین فصل دهم) و یا فروشنده ادعای کرد که این مال بدست خودش و یا بدست کسیکه از او این مال را خریدم زائیده شده و براین گفته شهود او شهادت دادند این دعوی شنیده می شود و حکم استحقاق باطل می گردد .

همچنین اگر مدعی علیه یکی از ورثه باشند و مدعی قرض خود را بر متوفی به اثبات رسانیده باشد و وارث دیگر ادعا کنند که مدعی خودش گفته که من درین دعوی ناحق هستم این دعوی وارث صحیح می شود ، زیرا او می خواهد در قسمت متروکات حصه ارث خود از خود دفاع کند .

اما آنها نیکه اهل دفع نیستند کسانی هستند که نه مدعی علیه باشند و نه هم در معنی مدعی علیه یعنی شرعا خصم شمرده نشوند و این مطلب روشن است ، اما شرط صحت دفع اینست که در دفع تناقضی نباشد ، زیرا دفع در واقع دعوی است بر مدعی و تناقض در دعوی باعث میشود که آن دعوی شنیده نشود .

اگر شخصی هزار افغانی را بر دیگری ادعا کرد مدعی علیه گفت از تو بر من هیچ پول قطعا نبوده بعد از این مدعی شهادت شهود خود را مبنی بر ادعای خویش بحضور قاضی گزارش داد بعد از آن مدعی علیه ادعا کرد که این پول را به او مسترد کرده و براین ادعای خویش شاهد آورد این دعوی قبول شود و اگر اولاً مدعی علیه گفت قطعا بین من و تو معامله نشده بعد از آن که مدعی دعوی خود را به شهادت شهود اثبات کرد مدعی علیه ادعا کرد که آن پول را برای مدعی پرداخته

چنین دعوی شنیده نشود زیرا در آن تناقض و جود دارد و در دعوی اول تناقض نیست .

در صورتیکه دفع دعوی از طرف مدعی علیه نزد قاضی مورد قبول واقع شد در واقع مدعی مدعی علیه می شود و مدعی علیه مدعی اگر مدعی به دفع مدعی علیه اقرار کرد بنا به اقرارش بر او الزام میشود و از معارضه با مدعی علیه باز داشته می شود و اگر انکار ورزید از مدعی شاهد خواسته میشود اگر شاهد آورد حکم بمفاد او و ضرر مدعی صادر میشود و مدعی از معارضه جلوگیری میشود اگر به شهادت شهرد مدعی علیه دفع خود را اثبات کرده نتوانست و خواست مدعی قسم داده شود قسم متوجه مدعی میشود اگر قسم خورد دفع باطل میشود و مدعی بر دعوی خویش باقی گذاشته میشود و اگر نکول آورد دفع مدعی علیه به اثبات می رسد و مدعی از معارضه جلوگیری میشود اینست معنی این گفته صاحب مجله (با او طوری معامله میشود که در کتاب دعوی و شهادت تذکر یافته).

به طور مثال شخصی بردیگری يك مبلغی را ادعا می کند که آن را از او قرض می خواهد ، مدعی علیه میگوید: من آن پول را بتو پردا ختم و بانو به من از این پول ابراء دادی اگر مدعی بر این دعوی مدعی علیه اقرار کرد از دعوی باز داشته می شود و خصومت قطع میگردد اگر منکر شد و یا سکوت کرد و مدعی علیه این دفع خویش را اثبات نمود مدعی از دعویش درین صورت نیز باز داشته می شود اگر مدعی علیه از آوردن شهرد عاجز شد و قسم خوردن مدعی را خواست و مدعی نکول آورد مدعی از دعویش باز داشته میشود و اگر قسم یاد کرد درین صورت دفع مدعی علیه باطل میشود و مدعی بر دعوی خویش باقی میماند درین حال یاد دعوی خود را ذریعه شهادت شهرد به اثبات میرساند و یا مدعی علیه را در صورت انکارش قسم میدهد .

گاهی اینطور میشود که مدعی علیه دفع خود را اثبات کرده نمی تواند این عدم اثبات دفع در واقع اقرار به دعوی مدعی شهرد میشود به طور مثال شخصی بر حیوان اهلی که بدست دیگری است ادعای ملکیت می کند مدعی علیه میگوید من این را از تو خریده ام

ودر اینجا از اثبات دعوی خویش عاجز گردیده قسم خوردن مدعی را طلب می کنند مدعی قسم بخورد دفع باطل نگردد. آن حیوان اهلی به مدعی تعلق میگیرد، زیرا دعوی خریداری که از طرف مدعی علیه صورت میگیرد و آنرا اثبات کرده هم نمی تواند در واقع اقرار به ملکیت مدعی است، اگر مدعی علیه به جای دعوی خریداری ادعای این را کرد که مدعی او را ازین دعوی ابراء داده و مدعی قسم یاد کرد که من او را ابراء نداده ام، دعوی بحال خود باقی مانده مدعی یاد دعوی خویش را اثبات می کند و با مدعی علیه را قسم میدهد زیرا اینکه مدعی علیه دعوی ابراء می کند این دعوی اقرار به ملکیت مدعی محسوب نمی شود، و طوریکه دفع صحیح است دفع نیز صحیح است.

مثال دفع، دفع در کتاب هندیه تحت عنوان (چیزهای که دعوی را دفع می کند و چیزهای که دعوی را دفع نمی کند) اینطور ذکر شده شخصی خانه را ادعا می کند که ملک من است زیرا من آنرا از فلانی خریده ام شخصیکه آن خانه به تصرف او است در دفع خویش می گوید: نه بلکه این ملک منست که از فلانی (همان شخص که مدعی ذکر کرده) خریده ام مدعی بدفع دفع او برداخته می گوید در بین شما عقد خریداری فسخ شد و بعد ازین من آنرا خریدم و شهودی را بر این ادعای خویش حاضر آورد دعویش شنیده میشود اگر این دعوی در اموال منقوله رخ داد این نیز شرط است که بعد از فسخ تسلیم شدن صاحب مال را نیز اثبات نماید تابع صحیح شود همچنین اگر مال مشخص (عینی) را دعوی میکند که بدست دیگری است به این قسم که می گوید من این مال را از فلانی قبل از این بیک هفته خریده ام متصرف مال در دفع خویش می گوید نه این مال منست من آن را از آن کسیکه تو ادعای خریداری را از او کرده ای مدت ده روز قبل خریده ام و شهود خویش را منی بر این دعوی به حضور قاضی گزارش میدهد مال به آنکسی تعلق می گیرد که خریداری را از تاریخ بیشتر ادعا کرده است بازاگر کسی که بتاریخ بعدی دعوی خرید کرده بگوید خریداری تو اجباری بود و طرف مقابل انکار ورزیده می تواند طرف مقابل را قسم دهد.

اگر شخصی خانه را ادعا کرد که بدست دیگری است باین ترتیب

که بهمن این خانه میراث ما ندهد با بخشیده شده مدعی علیه به این شاهد آورد که خانه را از او خریده درین حال مدعی شاهد آورد بر اینکه پس از خریدار یا قائله کردی (۱) این دفع دفع صحیح است و به همین طریق است صحت دفع ، دفع دفع خواه قبل از صدور حکم صورت گیرد و خواه بعد از آن طوری که در مسئله استحقاق قبلا تذکر یافت در فصل دهم از فصولین بر این مطلب روشنی انداخته شده است .

شخصی مال مشخصی (عینی) را که به تصرف دیگری است ادعا می کند مدعی علیه این دعوی را دفع کرده میگوید مال را فلانی که غایب است نزد من به امانت گذاشته و اثبات این دفع را کرده نتوانست تا اینکه قاضی به مفاد مدعی حکم خود را صادر نمود حکمش نافذ می شود بعد از صدور حکم اگر مدعی علیه بر امانت بودن آن مال شاهد آورد پذیرفته نمی شود زیرا او از جای صاحب مال که غایب است برای مدعی خصم گفته نمی شود بعد از آن اگر صاحب مال حاضر شد و بر امانت بودن آن مال بدست منصرف شاهد آورده شود او پذیرفته شود و حکم اول باطل شناخته شود ، اگر متصرف مال مذکور بر امانت بودن مال شاهد نیابد تا خصم مدعی گردید و مدعی بر مالکیت مال مذکور شاهد آورد و پیش از اینکه درباره ملکیت مدعی حکم قاضی صادر شود متصرف مال بر امانت بودن مال مذکور شاهد آورد این شهود او پذیرفته میشود زیرا درین حال واضح گردیده که پیش از توجه حکم خصم مدعی نبوده است .

اینکه از دفع کننده دعوی چه وقت خواسته شود که دعوی را دفع کند در کتاب انقرویه به نقل قول از نسفی ذکر شده ، از یک دعوی غیر صحیح به صورت مطلق سوال شد و درین دعاوی نقایص از چندین پہلو وجود داشت در حالیکه اساس دعوی صحیح بود مدعی علیه دفع آن دعوی را ادعا کرد آیا از مدعی علیه خواسته شود که دفع دعوی مذکور را اثبات کند؟ یا اولاً از مدعی خواسته شود که دعوی خود را صحیح بسازد ، در

---

(۱) اقاله ازاله قول است یعنی کسی عقدی با دیگری دریک مورد می کند و بعد از آن طرفین از آن عقد صرف نظر می کنند این را اقاله میگویند .  
( مترجم )

کتاب مذکور یاد شده که درین مورد بین علماء اختلاف نظر موجود است در بحث رجوع از شهادت کتاب مذکور مطالبی ذکر شده مبنی بر اینکه اولاً از مدعی دفع خواسته شود که دفع خود را اثبات کند و از مدعی خواسته نشود که دعوی را صحیح بسازد این گفته مدار فتوی و مورد اعتماد است .

این منافی آن مطلبی نیست که امام زلیعی آن را در شرح کنز تذکر داده امام زلیعی گفته است :

جواب خواستن از مدعی علیه صورت نمی گیرد مگر بعد از دعوی صحیح مطلقاً زیرا این در صورتی است که مدعی علیه دعوی دفع را نکند طوری که درین جا یاد شده است ازینست که برای شنیدن دفع صحت دعوی را مطلقاً شرط نکرده است باید این موضوع به کمال دقت مطالعه شود بنا بر بیانیکه گذشت قاضی از مدعی دفع از دفعش سوال می کند اگر دفعش را صحیح یافت او را تا مجلس دوم مهلت میدهد و در حکم خویش شتاب نمی کند تا حکم قضائی را از باطل ساختن نگذارد و اگر دفعش را قائل یافت به آن التفاتی نکرده به اساس شرعی به صدور حکم در مورد دعوی مدعی مبادرت میورزد .

### ماده ۱۸۲۴ :

برای یکی از طرفین دعوی اجازه حرف زدن داده نمیشود مگر در وقتیکه افاده طرف مقابل تمام شده باشد و اگر یکی از طرفین دعوی در بین گفته طرف مقابل به حرف زدن شروع کرد قاضی او را بازدارد .

زلیعی در کتاب تبیین گفته است وقتی یکی از طرفین دعوی حرف میزند طرف مقابل خاموش ساخته شود و حرف او را بشنود تا مطالبی را که او بیان می کند بفهمد وقتی مدعی از دعوی خویش فارغ شد باو امر شود که خاموش باشد و از مقابلش خواسته شود که حرف بزند این در صورتی است که مدعی خواهش کند که مدعی علیه جواب بگوید ، بعضی گفته اند اگر مدعی این خواهش را هم نکند قاضی از مدعی علیه بخواهد که او حرف بزند زیرا اگر طرفین دعوی هر دوی شان در یک وقت حرف بزنند مطلبی را که بیان می کنند فهمیده نمیشود و هم این کار با اداب معاشرت مخالف بوده هیبت و وقار محضر قضا را از بین می برد ازین رو تا بنگ نفر بحرف زدن مشغول است طرف مقابل از

حرف زدن باز داشته شود، و اگر در دعوی مدعی نقصانی دید یعنی شرطی و یا قیدی که لازم بود ترک شده بود، از طرف مقابل جواب نخواهد داد. تادرباره آن نقصی از مدعی توضیح نخواهد به طور مثال یکی از دوشریک در شرکت مفاوضه اگر به او توانی از حقوق تجارت به سبب کفالت و یا غصب و یا استهلاك لازم گردید او این مال را پرداخت و به شریک خود بحضور قاضی ادعای مشارکت را درین تاوان نمودولی او نوع شرکت را یاد نکرد قاضی از مدعی بپرسد که این شرکت آیا مفاوضه بوده است و یاد دیگر شرکتهای است تا براو و شریک او متفقا تاوان را لازم گرداند زیرا مفاوضه معنی کفالت را در بردارد.

یا شخصی طلب ادای بدل الا جاره عقار فـ لـ ا نـ ی را نمود و این را یاد نکرد که آیا این بدل الاجاره را تسلیم کرده و یا حاصل آن را گرفته ازین موضوع بپرسد تا وجوب ادای بدل الا جاره متوجه اجاره گیرنده شود یا شخصی دعوی تاوان یک مال عاریت را نمود که در نزد عاریت گیرنده تلف شده و کیفیت تلف شدن آنرا یاد نکرد از او پرسیده شود که آیا این تلف شدن مال به اثر تجاوز عاریت گیرنده صورت گرفته یا نه ، تا ادای تاوان بر عاریت گیرنده لازم گردد .

یا شخصی بردیگری ادعا کرد که برای او پنجمند افغانی داده تا آن شخص در مقابل برایش ده سیر از گندم نوع (مکسیک) بدهد و در خواست کرد که گندم را با و تسلیم کند قاضی از مدعی بپرسد که وعده تسلیم دادن گندم کجا بود ، و تسلیم دادن آن به کدام وقت تعیین شده بود تا بر خصم ادای این مال واجب گردد، و یا شخصی ادعای شفعه را در یک حویلی نمود اما موقعیت آن حویلی و حدود آنرا بیان نکرد و این را هم یاد نکرد که مدعی آن را تسلیم شده است از مدعی موقعیت و حدود خانه و هم اینکه آیا خریدار آن را تسلیم شده یا نه ، پرسیده شود و به همین ترتیب دعوی باید و بعد از تصحیح و تکمیل دعوی از مدعی علیه جواب خواسته شود .. (مجمع الانهر و غیره)

ماده ۱۸۲۵ :

قاضی در محکمه مترجم قابل اعتماد و امینی را برای ترجمه گفته های آن طرفین دعوی که بازبان رسمی مملکت آشنا نیستند بگمارد.



بنا به قول امام اعظم و امام ابو یوسف (رح) يك نفر به حیث مترجم کافی است اما امام محمد می فرمایند اگر دو نفر به حیث مترجم ایفای وظیفه نمایند به احتیاط نزدیکتر است در شرح ماده (۷۱) این موضوع رابه تفصیل توضیح کردیم به آنجا مراجعه نمائید این هم یکی از آن جای های است که به گفته يك نفر در آن اکتفا میشود این مطلب در کتاب درالمختار به نقل قول از بن وهبان تذکر یافته و هم کتاب اشباه در بحث قیمت کردن مال تلف شده یاد کرده اگر شخصی مالی را از شخصی دیگری تلف کرد و صاحب مال ادعا کرد که قیمت این مال اینقدر بود مدعی علیه از اندازه قیمتی که مدعی برای مالش تعیین کرده منکر شد قول يك نفر عادل در تعیین قیمت مال مذکور پذیرفته میشود .

حموی گفته است مصنف در کتاب بحرالرائق بحث خیار عیب به نقل قول از بزازیه یاد کرده که بدو نفر عادل برای فهمیدن اندازه نقصان احتیاج دارد لذا باید بین این دو گفته فرقی را قائل شد ، بعد از آن از قیمت گذاری ، قیمت گذاری نصاب مال دزدی استثنای شده است که در آن محتاج به دو نفر می باشد .

در تعیین خوبی و خرابی در جنسیکه مورد سلم واقع شده به این ترتیب که فروشنده مال ادعای خوبی جنس را بکند و خریدار منکر خوبی شود نیز به گفته يك نفر عادل اکتفا می شود .  
همچنین اگر شخصی به واسطه ادا نکردن قرض بندی شده بود درین حال برای قاضی یکنفر عادل خبرداد که او ندارد شده بهمین خبر اکتفا شده آن قرضدار از محبس رها میشود همچنین شخصی که برای تزکیه شهود از طرف قاضی به جانی فرستاده میشود همینکه بگوید من فرستاده قاضی هستم قولش پذیرفته شود ، در اثبات عیب وقتیکه بین خریدار و فروشنده اختلاف پدید آید نیز به قول يك نفر اکتفا میشود در دیدن ماه رمضان اگر در آسمان ابری نمایان بود قول يك نفر مورد قبول است .

در خبر دادن از مرگ کسی و یا از نسب کسی و یا از نکاح نیز گفته يك نفر عادل پذیرفته می شود درین موارد اگر يك نفر عادل برای او خبر میدهد به اساس آن شهادت داده می تواند .  
ظاهرا از گفته زبلی چنین برمی آید که در موارد مذکور به دو نفر عادل

نیاز مندی موجود است در مورد ترجمان امام ابوحنیفه رح میفرمایند که باید ترجمان بینا باشد امام ابو یوسف بینائی را شرط نمیداند همچنین ترجمان زن عادل می شده می تواند امادر جائیکه جز شهادت زنان پذیرفته نمی شود و در امادر آنجا نیکه آنچه > خبهككچ نیست در آنجا زن ترجمان هم شده نمی تواند .

### ماده ۱۸۲۶:

قاضی طرفین دعوی را که با هم پیوستگی و قرابت دارند و یا آنهایی را که امید رغبت به صلح در بین شان موجود است یکی دو بار به صلح سفارش و توصیه کند و فایده صلح را برایشان توضیح نماید اگر راضی شدند بین شان طوری که در کتاب صلح تذکر یافته مصالحه نماید و اگر به صلح راضی نشدند بین شان محاکمه را جریان دهد.

### مجله الاحکام گفت !

قاضی آن طرفین دعوی را که با هم پیوستگی و قرابت دارند و یا آنهایی را که امید رغبت صلح در بین شان موجود است یکی دو بار به صلح سفارش (توصیه) کرده و فایده آن را برایشان توضیح نماید ( در کتاب خیریه تذکر یافته صلح در کتاب خدای عزیز حکیم تذکر یافته خداوند متعال میفرماید (والصلح خیر) ترجمه : صلح بهتر است روایت است که رسول الله (ص) به مسجد در آمدند دیدند دو نفر بسر يك لباس دعوی دارند روی بیکدیگر از آن دونفر کرده فرمودند آیا میل داری يك حصه ازین لباس بتو داده شود ، آیا میل داری دوی بر سه حصه این لباس بتو داده شود. به این بیان خویش اندونفر را به صلح و ترک مجادله دعوت کردند زیرا در ادامه دعوی فساد های مضمراست. از عمر پسر خطاب (رض) روایت شده که فرمودند طرفین دعوی را مسترد ننمائید تا باهم مصالحه کنند زیرا فیصله قضائی بین شان باعث کینه توزی میشود. لذا فیصله که از راه صلح میسر میگردد دوستی ، هارا محفوظ داشته مسلمانها را از دشمنی با یکدیگر برکنار می سازد الی آخره (مبسوط) صلح اولاد در بین کسانی به کار بسته می شود که باهم وابستگی دارند مانند برادر ها پسر کا کا

ها و غیره وهم در بین کسانی که به صلح روی خوش نشان دهند این در صورتی است که هنوز حکم قضائی صادر نشده باشد اما بعد از اینکه حقدار از نا حق بروی حکم قضائی واضح شد صلح جاری شده نمی تواند مگر آنکه طرفین به آن رضایت ابراز کنند و هم صلح رایجی دو بار به عمل آورده می تواند بیشتر از آن ، زیرا دوام یافتن این کار برای کسیکه استحقاق او ثابت میشود باعث ضرر است .  
در بیان فوق مجله الاحکام تذکر یافت .

(اگر طرفین دعوی موافقت کردند ) و باید هم که موافقت کنند زیرا صلح به رضایت طرفین متوقف می باشد ، و طرفین بر صلح مجبور ساخته نمی شوند .

همچنین تذکر یافت ( قاضی بین شان بروی مسایل مندرجه کتاب صلح مصالحه کند ) به طور مثال زنی بادیگر ورثه به اندازه استحقاق میراث خویش یعنی یک بر هشت حصه از مال متر و کات شوهر خود مصالحه کرد و بعضی از اموال متروکه شوهرش را قرض های تشکیل میداد که بر مردم بود و میراث بران با آن زن از تمام مال مصالحه کرده بودند این مصالحه صحیح نیست زیرا زن مذکور نیز به اندازه حصه خود از قرضیکه شوهرش بر مردم داشته حصه می برد و عوض آنکه قرض را از مردم بگیرد اموالی را که حق دیگر وارثین است از ایشان می گیرد اینکار صحیح نیست زیرا او از کسی این قرض را تحصیل کرده که واقعا قرض دار نبوده است ازین رو این مصالحه فاسد است و قتیکه عقد مصالحه در قسمت قرض فاسد شد به همه قسمت ها سرایت می کند لذا این عقد به تمام آن فاسد محسوب میشود .

همچنین اگر بدل الصلح شراب یا خوک باشد و یا مالیکه از آن مصالحه صورت گرفته بیست مثقال طلا باشد و مالیکه بدل الصلح قرار گرفته سی مثقال طلا باشد زیرا این زیادت سود محسوب می شود ، یا زمینیکه به حیث بدل الصلح تعیین شده زمین خالصه باشد که این صلح بدون اجازت صاحب زمین صورت گرفته باشد (ور نه) یعنی اگر طرفین دعوی به صلح رضایت نداشته باشند نباید اصلا صلحی در بین شان به عمل آید نه یکبار و نه هم دوبار بلکه (محاكمه راتمام کند) .

یعنی حکم را به مفاد آن کسی که اقامه حجت کرده است صادر نماید

قاضی به صلح بین طرفین دعوی الحاح نکند اگر اعتراض شود که در تاوان مزدور مشترك (مثلاً نجاری که برای همه مردم سامان جور میکنند) وقتیکه سامانیرا که برای اصلاح باو می سپارند به آن کاری که امکان خود داری از آن بود تلف ساخت امام اعظم (رح) و شاگردانش اختلاف دارند و درین مورد چهار نظر موجود است که در کتاب ردالمحتار و غیره این مطلب تذکر یافته است امام اعظم (رح) میفرماید به هیچ صورتی مزدور مذکور تاوان دار نمیشود خواه به نیت اصلاح این کار را کرده باشد و یا به نیتی غیر از اصلاح زیرا مال مذکور نزد مزدور به قسم امانت گذاشته شده بود و یاران می گویند بهر حال خواه نیت اصلاح را داشته و خواه نداشته تاواندار می شود برای اینکه اموال مردم محفوظ بماند زیرا وقتیکه مزدور مذکور بداند که اموال مردم اگر تلف هم می شود تاوان ندارد بسا میشود که مال مردم را دزدی کند یا به قصد ضائع سازد، گفته امام اعظم (رح) بر اساس قیاس و گفته یاران (رح) بر اساس استحسان است در صورت تلف شدن مال علمای متاخر به صلح به نیت قیمت مال فتوی داده اند خواه عملیه که بوسیله آن مال تلف شده به مقصد اصلاح بوده و یا مزدور مذکور قصدی غیر اصلاح داشته بعضی از علمای متاخر که گفته اند اگر عملیه که در اثر آن تلف صورت گرفته به سبب اصلاح بوده گفته امام اعظم رحمه الله علیه اعتبار داده میشود و تاوان گرفته نمیشود و اگر به نیتی غیر از اصلاح بود، درین حال گفته یاران (رح) اعتبار داده میشود یعنی تاوان گرفته می شود و اگر حال پوشیده بود یعنی فهمیده نشد که به نیت اصلاح آن مال بوده و یا به نیتی غیر از اصلاح بوده در این حال به اساس گفته علمای متاخر به اصلاح فتوی داده شده است همه اینها گفته های است که به صحت رسیده و به آن فتوی داده شده است ولی تفصیلی که در گفته آخر بیان شده بسیار دلنشین است بنابراین گفته سوم اصلاح اجباری است محل اعتراض همین نکته است در حالیکه بنا به گفته صاحب مجله که تذکر داد (اگر طرفین دعوی موافقه کردند) باید صلح به جبر بر یکی از طرفین دعوی و یا هر دویشان تحمیل نشود

جواب میدهیم که معنی گفته مذکور علمای متاخر اینست که در هر قسمت از این موضوع به گفته یکی از ائمه عمل میشود یعنی در جائیکه نیمی از تاوان گرفته میشود به قول امام اعظم صاحب و در

جائیکه نصف تاوان کم می شود به قول یاران عمل می شود. (۱) لذا صلح که در بیان سوم (فتوی علمای متاخر) ذکر شده مراد به آن پایان آوردن تاوان به نصف قیمت است و صلح حقیقی مراد نیست درینجا مجبور ساختن بر صلح مانند مجبور ساختن بر بقای اجاره در میان بحراست (گشتی را شخصی يك سال به اجاره گرفته و اتفاقا در حالیکه در وسط بحر در حرکت است در آن حال مدت اجاره به سر رسیده مترجم) طوریکه در آنجا اجاره به اعتبار باقی گذاشتن آن به سه جبر جاری می شود درینجا نیز صلح به صورت مجبوریت به اعتبار بقاء جاری می شود لذا این اعتراض که آنرا فاضل محترم علی حیدرافندی ذکر کرده وارد نمی باشد زیرا تاوان نیمه مال مجازا صلح نام گذاشته شده است چنانچه گفته مذکور (علمای متاخر بر این فتوی داده اند) نیز بر این مطلب دلالت دارد زیرا ایشان برای این فتوی داده اند که فتوای شان اختیار طرفین دعوی را از بین بردارد و در رضایت طرفین دعوی بهر اندازه از قیمت مال که باشد در آن بدون فتوی و بدون محکمه صلح صورت می گیرد و به فتوای متاخرین نیازی باقی نیست.

### ماده ۱۸۲۷:

بعد از اینکه قاضی محاکمه را تمام کرد به مقتضای آن حکم صادر می کند و طرفین دعوی را بحکم خویش آگاه می سازد و يك فیصله که حکم مذکور را و ابلاغ آنرا در بر داشته باشد ترتیب میدهد درین فیصله اسباب و موجبات حکم خویش را نیز بیان میکند و آنرا برای شخصی که حکم بمفاد او صورت گرفته میدهد و اگر ضرورتی محسوس بود يك نقل آنرا به شخصی که حکم بضررش تمام شده نیز می سپارد.

(۱) به نظر من نصف تاوان بنا به قول امام اعظم (رح) کم میشود و نصف تاوان بنا به قول یاران گرفته میشود زیرا این موضوع در چند سطر پیش به تفصیل ذکر شد شاید سهو از کسی باشد که این کتاب را دست نویس کرده و یا از چاپ این غلطی رخ داده است. مترجم

در بیان فوق تذکر یافت : (بعد از اینکه قاضی محاکمه را تمام کرد ، به مقتضای آن حکم صادر کند)

این يك امر لازمی است زیرا در کتاب حموی به نقل قول از جامع الفصولین در جا ئیکه اشباه گفته است قاضی می تواند در وقت وجود شرایط صدور حکم را به تعویق اندازد تذکر یافته ، باید ملتفت بود که بر قاضی واجب است که به مقتضای دعوی در وقت اقامه بینه (شهادت شهود و غیره) فوراً حکم خویش را صادر نماید . اگر حکم خویش را به تعویق انداخت چون واجبی را که بر ذمه او است ترک کرده گنہگار میشود اما ازین حکم سه مسئله مستثنی است .

اول آنکه در بین طرفین دعوی که از وابستگان یکدیگر اند امید صلح موجود باشد در کتاب ردالمحتار به نقل قول از طحاوی این هم زیاد شده که (همچنین در بین کسانیکه باهم بیگانه باشند) زیرا صلور حکم قضائی باعث کینه توزی و دشمنی می گردد و نامی توانیم باید از چیزهای که سبب کینه توزی و دشمنی است جلوگیری به عمل آوریم در کتاب بیری به نقل قول از خزانه الاكمل تذکر یافته و قتی که قاضی امید رضائیت طرفین را به صلح داشت اگر آنها را از محکمه بیرون کند باکی نیست و حکم رابین ایشان صادر نکند شاید که بین خود صلح کنند اما بیشتر از دو بار ایشان را از محکمه نراند و اگر امیدی برای صلح موجود نبود حکم خویش را نفاذ بخشد .

دوم آنکه اگر مدعی مهلت خواست که شهود خود را حاضر دارد قاضی او را مهلت دهد همچنین اگر اقامه شهود کرد بعد از آن مدعی علیه مهلت خواست که صورت دفع خویش را به محضر قضا حاضر آورد قاضی عرض او را بپذیرد و در صلور حکم شتاب نورزد الی آخره این در صورتی است که از مدعی علیه دفعش را بپرسد و دفعش به نظر قاضی صحیح باشد اگر دفعش فاسد به نظر خورد به او مهلت نهد و به دفعش التفاتی نرزد در کتاب قاضی خان نیز این مطلب تذکر یافته است (بیری) در کتاب مذکور به نقل قول از خلاصه يك مسئله دیگری را که در آن نیز حکم قاضی به تعویق افتد بر آن افزوده است و آن اینست که اگر قاضی به فتوای علمای هم شهر خویش اعتماد نداشته باشد و از علمای شهری دیگر فتوی بخواهد و حکم خویش را تا رسیدن فتوای مذکور موخر سازد گناهگار نمی شود .

سوم آنکه - اگر بر شهود کدام اشتباهی داشت از آنجمله مسئله ای است که آنرا قبلا ذکر کردیم و آن اینست سه نفر در محضر قضا بر موضوعی ادای شهادت می کنند بعد از آن یکی از آن سه نفر میگوید : (از خدای آموزش می خواهم درین شهادت خود دروغگوی بودم) این گفته را می شنود ولی یقین کرده نمی تواند که کدام يك این گفته را بر زبان آورد و از هر سه نفر می پرسد می گویند ما بر شهادت خود باقی هستیم قاضی به اساس شهادت شان حکم نکند و آنها را از محضر قضا بیرون کند تا درین موضوع علم آوری کند (بیری) .

به نظر من راه صدور حکم و ازاله اشتباه اینست که دو نفر از آنها را دو باره به حضور قاضی بیاورند و بگویند و نفر بگویند ما شهادت میدهیم و همیشه بر شهادت خود باقی هستیم بعد از آن آندو نفر را قاضی تزکیه کند و به اساس شهادت آندو نفر حکم صادر کند زیرا درین صورت شبهه متوجه شخص سوم که قبلا شهادت داده بود می گردد و به شهادت این دو نفر شبهه ای باقی نمی ماند و ریاض صاحب مجله تذکر یافت .

(و طرفین دعوی را به حکم خویش آگاه سازد) به زبان نرم در فتح القدر و مسبوط مطالبی ذکر شده که خلاصه آن اینست (برای قاضی شایسته است که از آنکسی که بر ضررش حکم صادر کرده عذر بخواهد و دلایلی را که به اساس آن حکم صادر کرده برایش بیان کند و بگوید (من دلیل شمارا دانستم اما دلایل شرعی چنین است که باید به مقتضای آن حکم صادر شود و من جز این راهی نداشتم که مطابق به آن حکم صادر میگردم) این کار بهتر می تواند شکایت آن کسی را که بر او حکم صادر شده در بین مردم دفع کند و هم از نسبت شدن جوړوظلم به قاضی جلوگیری به عمل آورد و هم کسی که این دلایل را بشنود از نیت بد در باره قاضی خلاص میشود بسیار می شود که مردم عامه آبروی شخص را می ریزند و او از آنچه باو نسبت داده شده پاک است و وقتی امکانی موجود باشد که اقامه حق به عمل آید و به دل کسی هم غباری از قاضی نباشد این بهتر است .

وقتی قاضی طرفین دعوی را به حکم خویش آگاه ساخت حکمش تمام می شود اما ترتیب صورت فیصله از متهمات حکم به حساب نمی رود این هم صحیح است که مال مورد دعوی از محکوم علیه



(شخصی که حکم به ضررش صا در شده) گرفته شود و به محکوم له (شخصی که حکم به مفادش صادر شده) داده شود پیش از آنکه صورت فیصله صادر می شود درین عصریکه ما زندگی می کنیم قبل از صدور صورت فیصله حکم تنفیذ نمی شود و صدور فیصله اجرای حکم را ایجاب می کند .

همچنین لازم است که حکم محکمه قطعی بوده در آن تردیدی موجود نباشد یعنی اینطور حکم نشود که اگر کار این طور بود حکم این طور است و اگر کار این طور بود حکم من این چنین است زیرا تردید در حکم میرساند که در محاکمه نقصی موجود بوده یعنی اگر مدعی دعوی خود را واضح بیان کند در حکم تردیدی پدید نمی آید بنابراین اگر شخصی ادعا کرد که فلانی مال مرا غصب کرده اگر مال من موجود باشد اصل مال را بدهد و اگر تلف شده باشد تاوان آن را بدهد و قاضی نیز به همین قسم فیصله صادر کرد صحیح نیست بلکه باید مدعی دعوی خویش را به صورت قطعی بیان کند به اینکه در محکمه حاضر شده بگوید مال مرا که فلانی غصب کرده والان همان مال بدستش موجود است به من مسترد کند قاضی مدعی علیه را وادار کند که مال مورد دعوی را جنس حاضر کند و مدعی به آن اشاره کند و یا قاضی نماینده خود را بفرستد که به حضور نماینده اش مدعی به همان مال مقصوبه اشاره کند و دعوی خود را دایر نماید و اگر مال تلف شده بود صریحاً مدعی به مال مقصوبه ادعا کرده و بگوید که مال مذکور تلف شده و من تاوان آن را می خواهم تا حکم قاضی صریحاً به استرداد اصل مال و یا پرداختن قیمت آن صادر شود. صاحب مجله الاحکام در بیان فوق گفت :

(صورت فیصله را صادر کند که در آن ابلاغ حکم با اسباب موجب آن ثبت شده باشد) خواه این اسباب موجب شهادت شهود باشد خواه اقرار باشد خواه قسم باشد خواه تکول و یا قرینه قطعی .

وی گفت :

(این صورت فیصله را برای شخصی بدهد که حکم به مفاد او صادر شده (محکوم له) و اگر ضرورت ایجاب کرد یک نقل برای شخصی که حکم به ضررش صادر شده (محکوم علیه) نیز بسپارد) . این است روش همه محاکم در عصر حاضر .

اینکه گفتیم يك نقل از صورت فیصله را برای محکوم له بدهد در آن دو فایده متصور است اول آنکه حکم مذکور بهرور زمان فراموش نمی شود .

دوم آنکه در وقت لزوم آن را به دوائر مربوطه ارائه می کند تا به مقتضای آن اجراءات گردد گاهی میشود که شخصی که حکم بر ضررش صادر شده (محکوم علیه) به منطقه می رود که در آن محکمه دیگری است و یا جایش در حوزة قضائی دیگری است و وکیلش بخوزه محکوم له (شخصی که حکم به مفاد او صورت گرفته) است و چون حکم بر ضرر او صادر شده لازم است آن حکم به وسیله قاضی آن محکمه که محکوم علیه در آنجا است اجراء گردد لذا لازم است که صورت فیصله را به حضور قاضی حاضر کند تا حکم صادر شده مورد اجراء قرار بگیرد همچنین برای محکوم علیه (تسبیح حکم به ضررش صورت گرفته) نیز يك نقل از صورت فیصله اگر ایجاب کرد داده می شود تا اگر بدیش می رسد که حکم قاضی بر عدالت استوار نیست آن را به علما بدهد و در آن باره غور کنند و در صورتی که نزد علماء ثابت شود که مطابق به قوانین مملکت و به اساس شرعی حکم صادر شده بهدگمانی او نسبت به قاضی از دانش بیرون میشود .

در کتاب درال مختار به نقل قول از جواهر الفتاوی تذکری افتاده اگر محکوم علیه خواست محکوم له برایش يك نقل از صورت فیصله بدهد تا آنرا به علماء پیش کند و در آن باره غور شود که صحیح است یا غلط محکوم له از دادن نقل فیصله ابا و رزید قاضی او را مجبور سازد که صورت فیصله را برای محکوم علیه بدهد ، بعد از آن اگر حکم به اساس اقرار صورت گرفت (باید لفظی راکه به آن اقرار کرده در صورت فیصله بنویسد (مترجم)

شاید یکی از طرفین دعوی آنطور بیانی کرده باشد که از آن قاضی معنی اقرار را فهمیده باشد و در واقع اقرار نباشد همچنین اگر به اساس شهادت شهود فیصله صادر شده بود باید نام هر یک از شهود و هویت شان را بالفاظی که به آن ادای شهادت کرده اند در آن ورق درج کند تا اگر دعوی مدعی مذکور به معرض استتفاف یا تمیز قرار داده میشود آیا شهادت شهود بادعوی مدعی موافقت دارد یا نه ، بسا می شود خیال میکند شهادت شهود بادعوی مدعی مطابق است ولی واقعا مطابق نیست وهم کیفیت تزکیه سری و علنی شهود را در صورت

فیصله تذکردهد و این را متذکر شود که شهود علنا به حضور طرفین دعوی و خود شهود تزکیه شدند و اگر حکم به اساس او راق و اسناد دست داشته یکی از طرفین دعوی صورت گرفت عینا باید آن او راق و اسناد درج صورت فیصله شود و تاریخ آن اسناد نیز ذکر یابد مگر آن عباراتی که به دعوی رابطه ندارد که درین صورت لازم نیست آن عبارات درج صورت فیصله شود و اگر حکم به اساس قسم و یا نکول صورت گرفته بود باید بیا کیفیت قسم و نکول توضیح گردد که یا به صورت قطعی قسم خورده و یا به عدم علم و یا قسم به صورت قطعی متوجه او شده و او نکول آورده یا به عدم علم قسم متوجه او شده است، بسا میشود که قسم بر غیر اصول آن متوجه شخصی شود لذا نکولش درین حال نکول واقعی نبوده موجب حکم نمی شود درین موقع باید یادآوری شود که قاضی پیش از ترتیب صورت فیصله بایست به جریان محاکمه دقت کامل نماید تا در صورت فیصله چیزی را مغایر جریان محاکمه ثبت نکند قاضی را لازم است در دعوی مدعی غور کند و اگر مدعی به او راق و اسنادی استناد جسته بود به چیزها که مدعی در دعوی خویش به آن استناد جسته توجه نماید و او راقی را که در محاکمه از آن استفاده شده خوب بسنجد و در تاریخ آن و دیگر موجبات حکم خوب غور کند همچنین به گفته مدعی علیه خوب دقت کند خواه اقرار باشد و خواه دفع و در دلایل دفعش امان نظر نماید و اگر در چیزهای که مدعی علیه در دفع خویش ادعا کرده بود تکراری باشد مشاهده رسید آن را حفظ کنند زیرا تکرار فایده ندارد و هم در موقع استیناف و تمیز از ضیاع وقت جلوگیری بعمل آمده و درین مورد تسهیل فراهم میشود و اگر در افاده هر یک ازین دو بیان فرقی محسوس بود آن را در یک افاده جمع کرده قسمت تکراری بیانات مذکور را با آن مطالبی که به دعوی رابطه ندارد بردارد در (صورت فیصله) الزام مدعی علیه را که به اساس اقرارش و یا به اساس شهادت شهود مدعی به اثبات رسیده ثبت کند یعنی در صورت اقرار بگوید بر مدعی علیه ادای این قدر افغانی را مثلا الزام کردم و در صورت انکار و اثبات دعوی مدعی بو سیله شهود قاضی در صورت فیصله خویش بگوید بر مدعی علیه ادای مبلغ صد افغانی را برای مدعی ابلاغ کردم طوری که در ماده (۱۸۱۴) این مطلب تذکر یافت و هم در شرح ماده (۱۷۸۶) درین باره بحث شد.

اگر قاضی به اساس شهادت ناحق حکم خویش را صادر کرد در جائیکه محل حکم قابلیت نفاذ حکم مذکور را داشت و قاضی از اینکه شهادت به ناحق شهادت دادند بی اطلاع بود حکمش ظاهراً و باطنا نافذ است این حکم در عقود و فسخ عقود مدار اعتبار است نه در املاک مطلقه و بر اساس اجتهاد امام ابو حنیفه (رح) مبتنی می باشد اما یاران (رح) به این نظر موافق نیستند در کتاب درالکفای تذکر یافته که فتوی به قول یاران است و در مبسوط قول امام ابو حنیفه قوت دارد و در کتاب فتح القدر بحث نکاح تذکر یافته که قول امام ابو حنیفه موجه است .

### ماده ۱۸۲۸:

در وقتیکه اسباب و شرایط حکم به تمامها فراهم شد برای قاضی جایز نیست که حکم را به تعویق اندازد.

یعنی قاضی به تاخیر حکم گنهار میشود مگر در آن جاهای که در شرح ماده متقدم تذکر یافت حتی اگر قاضی از ترس مدعی علیه و یا به سبب الحاح مدعی حکم را به تعویق اندازد برای اینکه مدعی علیه از انتظار کسل شده مجبوراً او را در به مصالحه گردد قاضی به چنین کارها گنهار میشود .

در کتاب معینا احکام تذکر یافته بعضی از علماء گفته اند برای قاضی در صورتی جواز دارد که طرفین دعوی را به صلح بخوانند که بین حجت های طرفین چندا ن فرقی محسوس نشود و لسی یکی ازین دو طرف در بیان حجت خود چرب زبانتر باشد و یا در صورتی که دعوی کهنه شده مدتی از آن سپری گردیده باشد لهذا حق و باطل در آن بهم همانند گردیده باشد اما در آن اموری که برای قاضی ظالم و مظلوم هر دو واضح بود از طرف خداوند برای او جز این راهی نیست که بین شان فیصله خود را صادر کند و حکم اسبابی دارد که در ماده های (۱۷۴۰)، (۱۷۴۱) و (۱۷۴۲) تذکر یافت و هم شروطی دارد که در دو ماده بعدی تذکر می یابد .

## باب دوم

تحت عنوان فوق حکم توضیح میشود و این باب دارای دو فصل است .

### فصل اول

تحت عنوان این فصل شروط حکم توضیح میگردد .

#### ماده ۱۸۲۹ :

در حکم شرط است که قبلا دعوی صورت گرفته باشد یعنی در آن حکمی که از طرف قاضی در مورد حقوق الناس صورت میگیرد شرط است که یک نفر بردیگری قبلا دعوی کرده باشد و اگر دعوی قبلا صورت نگرفته باشد حکم صحیح نمیشود .

در شرح ماده های (۱۷۸۷) و (۱۷۸۸) و (۱۷۸۹) قبلا از کان قضاء تذکر یافت و همه این ارکان را شاعری در يك فرد جمع کرده است و آن اینست .

(حکم و محکوم به و له و محکوم و حاکم و طریق )  
درینجا شرط حکم تذکر یافت و آن اینست که در حقوق العباد پیش از صدور حکم باید دعوی صورت گرفته باشد و هم دعوی باید به حضور خصم صورت گیرد .

پارا گراف اول را مطلبی که در متن این ماده تذکر یافت افاده می کند زیرا درین ماده گفته شد صدور حکم بدون اینکه دعوی قبلا صورت گرفته باشد باطل است ، مراد به دعوی هم که درین عبارت ذکر شد دعوی صحیح است ، طوریکه قبلا در کتاب دعوی تذکر یافته است برای اینکه حکم صادر شود لازم است که مدعی موجود باشد که حق خویش را مطالبه کند زیرا قاضی بر حقوق مردم اطلاعی ندارد و مردم را به دریافت حق شان نیز مجبور نمی کند ، اما در حقوق الله

تعالی چنین نیست زیرا درین حقوق لازم نیست قبلاً دعوی صورت گرفته باشد به دلیل اینکه خداوند متعال ما را به اقامه این حقوق مأمور ساخته حق جل و علی شانه خودش طالب این حقوق می باشد، لذا بر هر مسلمان لازم است اقامه این حقوق را بکند و شاهد نیز از جمله همین مردم است که بر او لازم است حقوق الله را اثبات کند لذا به اساس همین و جوپ که عرض شد به اقامه دعوی می پردازد و چون شهادت را به اساس و جوپ اقامه حقوق الله تحمل کرده بر او ادای شهادت نیز واجب گردیده است. لذا در اینجا محتاج به خصم دیگری نیست، الی آخره (زیلعی و چلبسی با کمی اختصار) حقوق الله عبارت است از طلاق زن و تعلیق طلاق او، آزادی غلام مدبر ساختن غلام (۱) خلع (۲) نو کردن ماه رمضان، شیر خواری، حد زنا، حد شراب خواری ایلاء ظهار (۳) حرمت مصاهره (۴) شهادت بر ادعای ابا دادر نسب غلامش را بدون اینکه در محکمه دعوی صورت بگیرد، در رد المختار نیز به همین تفصیل ذکر شده است.

پاراگراف دوم بیان مذکور (دعوی باید بر خصم حاضری صورت بگیرد) از متن ماده متعاقب این ماده که عنقریب تذکر می یابد استفاده میشود و درباره آن در موقعش حرف خواهیم زد در اینجا باید تذکر یابد که آن دعوی شرط صحت حکم است که هم در ظاهر و هم در واقع و نفس الامر دعوی باشد، اگر در ظاهر هر کسی بردیگری دعوی کرد و در واقع بین آنها دعوی نبود (زمانه سازی و ساخته کاری بود) قاضی

(۱) مدبر ساختن غلام عبارت از نیست که شخصی به غلام خود میگوید تو بعد از سرمن آزادی.

(۲) خلع آنست که شوهر به زن خود می گوید اگر این قد را فغانی

بمن بدهی ترا طلاق می کنم.

(۳) ظهار عبارت از نیست که شوهر بزنی خود بگوید پشت تو

مثل پشت مادر من است این گفته را اگر به نیت طلاق گفت زنش طلاق میشود.

(۴) حرمت مصاهره عبارت است از حرام بودن خسر دامادی

به طور مثال اگر کسی با زنی جماع کند خواه او را به نکاح شرعی گرفته باشد خواه نعوذ بالله به قسم نامشروع باشد خواهر و

مادر آن زن بر او حرام است. (مترجم)

آن را نشنود و در آن باره حکم صادر نکند ، زیرا این حيله گری و فریب کاری است و به طرق مختلفی صورت می گیرد .  
 به طور مثال :- مال مشخصی (عینی) از شخصی غایبی به دست کسی است آن شخص خواست تا بت کند این مال را مالک آن نزدش به گرو گذاشته است ، با شخصی دیگری موافقت می کند که او برین مال ادعای مالکیت کند بعد از اقامه دعوی آن شخصیکه مال به قسم گروی بدست او است (برای دفع دعوی ) ادعای کند که این مال از فلانی است که خودش غایب است و برای من به قسم گرو گذاشته شده است ، اگر قاضی از ظاهر سازی شان خبر نداشت و به جلو گیری از دعوی حکم صادر کرد حکمش نافذ است حتی اگر همان شخص صاحب مال حاضر شد و آن شخصیکه مال بدست او به گرو است منکر مالش شد محتاج به اعاده بینه (شهادت شهود) در اثبات گروی آن مال نیست و اگر خبر داشت که این دعوی بر وی زمانه سازی صورت گرفته آن را نشنود .

در فصل پنجم جامع الفصولین تذکر یافته اگر قاضی دانست که شخص حاضر شده مدعی خصم نیست دعویش شنیده نشود در بحر الرائق و اشباه نیز چنین تذکر یافته است بنا بر این هر مال مورد دعوی که اثبات آن جز در ضمن دعوی نمی شد لازم است که خصم در آن خصم واقعی باشد نه خصم بصورت ظاهری مثال آن را در فصل پنجم جامع الفصولین چنین آورده است در بحث قضاء بحر الرائق نیز این مطلب تذکر یافته : شخصیکه به خریداری و کیل است خواست و کالتش رابه اثبات رساند تا اگر موکلش انکار کند نتواند برای این کار دو طریقه موجود است یکی آنکه وکیل مال مشخصی (عینی) را به شخصی تسلیم کند بعد از آن ادعا کند او از جانب صاحب مال به تسلیم شدن و فروش آن و کیل است و از همان متصرف تسلیم شدن آن را بخواهد متصرف بگوید من ازین و کالت اطلاعی ندارم و کیل به و کالت خود شاهد بیاورد قاضی متصرف را امر کند مال را بو کیل مذکور بسپارد تا آن را بفروشد .

طریقه دوم اینکه وکیل برای شخصیکه مال را به او میفروشد بگوید این مال از فلانی است من آن را به شما می فروشم ، وقتیکه وکیل آن را فروخت و پول آن را مشتری تسلیم شد مشتری بگوید من این مال فروخته شده را تسلیم نمی گیرم زیرا می ترسم



صاحب مال از وکالت شما انکار ورزد و درین حال اتفاقاً مال فروخته شده در حالیکه بتصرف من است هلاک گردد و یا از آن چیزی کم شود و مرا تاوان دار سازد درین حال وکیل بر و کالت خویش شاهد می آورد و خریدار را مجبور به تسلیم شدن مال میکند و بذریعۀ شهادت شهود و لایت جبر را بر تسلیم شدن اثبات می کند، درینجا طریقه دیگری نیز وجود دارد و آن اینست وکیل مال را میفروشد و می گوید من این کار را بصورت قرضولی انجام میدهم و میباید را به خریدار تسلیم نمی کنم درین وقت خریدار بر اینکه آن فرو شده از جای صاحب مال به فروش آن وکیل است شاهد می آورد و چون واقعا خریدار خصم است و کالت فروشنده اثبات میشود.

در اینگونه مسائل قاضی دعوی را می شنود و حکمش نافذ است به شرطیکه نداند که مدعی در واقع غلب کننده نیست، و اگر اطلاع یافت که مدعی به ظاهر حال ادعا کرده محض برای اینکه به مقصد خویش برسد نمی تواند چنین دعوی را بشنود یا در بازه آن فیصله صادر کند.

باید ملتفت بود آن حکمی که در آن دعوی باید قبلاً به صورت صحیح به قاضی عرض شده باشد حکمی است که به صورت صریح صادر شود و قولی باشد اما حکم ضمنی و یا فعلی محتاج به دعوی قبلی نمی باشد و قاضی در حکم ضمنی و قولی محتاج بر سبق دعوی است و حکم ضمنی تبعاً مشمول حکم اصلی میشود.

در کتاب رد المختار به نقل قول از اشباه ذکر شده و قتیکه دو نفر شاهد بر خصمی اقامه شهادت کردند و اسم آن شخص و اسم پدرش و اسم جدش مذکور شد و قاضی به اساس این شهادت حکم صادر کرد ضمناً حکم به نسب آن شخص نیز شده است این در صورتی است که در حین ادای شهادت آن شخصی که علیه او شهادت صورت گرفته مورد اشاره قرار نگرفته باشد، اگر مورد اشاره قرار گرفته بود به این شهادت نسبش ثابت نمی شود.

به طور مثال شخصی ادعای کند که از احمد پسر محمود پسر محمد این قدر افغانی طلب دارد و شهود شهادت دادند بر اینکه این احمد پسر محمود و پسر محمد است و ازین مدعی نیز بر همین مدعی علیه این پول ثابت است این شهادت طلب مدعی را ثابت می کند ولی نسب مدعی علیه را ثابت نمیکند.

اما اگر شخصی ادعا کرد که از فلانی اینقدر افغانی طلب دارد و آن شخص و فات یافته و تو پسر کاکایش هستی واسم پدرت این چنین است و اسم پدر کلان شما این چنین است هم مال بر آن شخص ثابت میشود و هم نسب مدعی علیه به اثبات میرسد فرق بین این دو دعوی اینست که اشاره از اثبات اوصاف به شمول نسب بی نیاز است زیرا اگر نسب هم ثابت نشود طلب شخص به اثبات می رسد اما در دعوی دوم تناسب شخص به اثبات نرسد حق و ثابت شده نمی تواند در کتاب جامع الفصولین بین این دو دعوی بر حسب فوق فرق کرده است لذا اعتراض بر اختلاف حکم دو مسئله فرعی وارد نمی شود .

بنابراین اگر دو نفر شما هد بر این ادای شهادت کردند که فلان زن خانم فلانی شوهر خود را درین موضوع و کیل ساخت که علیه فلان خصمیش که انکار دارد اقامه دعوی کند و قاضی به و کالت شوهر برای زنش حکم کرد این حکم در باره زن و شوهری آندو نفر نیز مدار اعتبار است و همین نکته در ذکر این مسئله مقصود ما است. (اشباه).

باین مطلب تذکری که در اشباه دو صفحه بعد از بیان مذکور صورت گرفته منافی نیست .

در آنجا گفته شده از نیست که شهادت دیدن ماه رمضان بدون سبق دعوی شنیده میشود لذا به بیانیکه درینجا شده نیازی محسوس نیست زیرا مراد به قبول شهادت مجرد ثبوت ماه رمضان است نه صدور حکم .

اصلا حکم قضائی ضمنی طوریکه از طرف نو یسند گان متون فقه تو ضیح شده ازین قرار است اگر شخصی از ج ای دیگری ادعا کرد که به تادیه مالی کفیل او است و گفت خود کفیل گیرنده او را به اجازه خود کفیل ساخته و کفیل گیرنده به کفالت اقرار کرد و لی از قرضداری خویش انکار و رزید قرض خواه ، بر کفیل به قرض داری کفیل گیرنده شاهد آورد و قاضی بر کفیل به ادای قرض مذکور حکم کرد این حکم بر کفیل قصدی و بر کفیل گیرنده که غایب است ضمنی می باشد ، همچنین است قضاء فعلی که بدون سبق دعوی صحیح بوده به سابقه دعوی نیازی ندارد، از نیست که قاضی نمی تواند دختر یتیمی را که و لی ندارد برای خود و یا برای بچه خود

و یا برای آنکسی که شهادت او به مفاد آن شخص مقبول نیست به نکاح بدهد زیرا فعل قاضی درین جا حکم قضائی است و حکم قاضی به مفاد او و به مفاد کسانی که شهادتشان به نفع شان مقبول نیست نفاذ ندارد، به همین دلیل وقتی حکمش به قاضی دیگری پیش شد که صلاحیت نکاح دادن دختر خود سال (صغیر) را نداشت آن حکم را نقض نمی تواند اما اگر ولی دختر خورد سال (صغیر) برای قاضی اجازه داد این کارش به اساس و کانت نفاذ می یابد و از حکم بودن بیرون نمی شود.

ماده ۱۸۲۰ :

در وقت صدور حکم باید طرفین دعوی حاضر باشند یعنی بعد از محاکمه و مواجهه طرفین در وقتیکه قاضی حکم قضایی خویش را بین مدعی و مدعی علیه صادر می کند در همین مجلس قضایی باید هر دو طرف مذکور حاضر باشند. اما اگر بعد از دعوی مدعی، مدعی علیه به آنچه مدعی ادعا کرده اقرار کرد و بعد از آن از مجلس بیرون شد قاضی میتواند به اساس اقرارش در غیاب او نیز حکم خویش را صادر کند. همچنین اگر مدعی علیه انکار ورزید و مدعی به شهادت شهود حکم خویش را اثبات کرد و تا هنوز که شهود تزکیه نشده بودند و حکم قضایی صدور نیافته بود مدعی علیه از مجلس قضایی بیرون شد و غایب گردید قاضی میتواند در غیاب مدعی علیه شهود را تزکیه و حکم قضایی خویش را صادر کند.

در بیان فوق تذکر یافت .

(در وقت صدور حکم باید طرفین دعوی حاضر باشند یعنی بعد از محاکمه و مواجهه طرفین در وقتیکه قاضی حکم قضایی خویش را بین مدعی و مدعی علیه صادر می کند در همین مجلس قضایی باید هر دو طرف مذکور حاضر باشند اما اگر بعد از دعوی مدعی علیه به آنچه مدعی دعوی کرده اقرار نمود و از مجلس غایب شد قاضی می

تواند به اساس اقرارش حکم قضایی خویش را در غیاب او نیز صادر نماید .

در ماده قبلی تذکر یا فت کاسه در صدور حکم در حقوق العباد (حقوق مردم) سبق دعوی شرط است درین ماده بر آن یک شرط دیگری نیز علاوه شده که در عین حال باید در وقت صدور حکم خصم نیز حاضر باشد یعنی بدون حضور شخص علیه او حکم کردن جایز نیست به این اساس و جود خصم در وقت صدور حکم بعد از محاکمه و مواجهه طرفین دعوی شرط است ازینرو دعوی علیه آن شخصیکه خصم نیست شنیده نمی شود و هم علیه آن خصمی که حاضر نیست نیز دعوی شنیده نمی شود، لذا اگر قاضی بر شخص حاضر که خصم نبود و یا بر خصمی که حاضر نبود حکم کرد حکمش صحیح نیست بنا به این توضیح از پاراگراف اول آن طور حکمی بیرون شد که بر طرف گیرنده در غیاب طرف دهنده و یا بالعکس صورت گرفته باشد حکم عاریت دهنده و عاریت گیرنده و اجازه دهند و اجازه گیرنده نیز این چنین است و از پاراگراف دوم آن دعوی بیرون شد که بر یک شخص معین صورت گرفته و خود شخص غایب است یعنی حکم بر غایب و به مفادش هیچ کدام صحیح نیست در پاراگراف استنادی (وقتی جمله برای تکمیل افاده جمله قبلی و اکمال خالیگاه های آن ذکر گردد جمله استنادی گفته میشود (مترجم) دو مسئله ذکر می شود که و جود مدعی علیه در عین صدور حکم شرط نیست .

یکی آنکه مدعی علیه بر مال مورد دعوی اقرار میکند و پیش از آنکه از طرف قاضی حکمی صادر شود مدعی علیه از مجلس قضا بیرون شده و غایب می گردد الی آخره این حکم به اتفاق علماء مورد قبول است و این هم چندین بار تذکر یافت که اقرار به ذات خود حجت شمرده شده و برای حجت گردیدن محتاج به حکم قاضی نیست در اینجا قاضی در تحصیل حق مدعی به منزله یک همکار است ( بحر الرائق) این در صورتی است که مدعی علیه به حضور قاضی اقرار دهد اما اگر نزد شخص دیگری غیر از قاضی اقرار داد و بعد از آن منکر شد و شهود بر اقرارش بحضور قاضی شهادت دادند این به منزله شهادت شهود به اصل موضوع است (انقرویه) همچنین خواه به مال مشخص (یعنی) اقرار کند و خواه به قرضی که در اول اقرار کننده نامور میشود که مال مشخص را اگر باقی بود به مدعی تسلیم بدهد

و در صورت دوم همان جنسی را که شخص مذکور اقرار کرده که از فائزنی شایب است و آن غایب هم به ملکیت این مال برای مدعی اقرار کرده بود بپردازد در چنین حالتی اگر کسی اقرار کرد که زمین و یا دیگر اموال غیر منقوله از فلا نی که برای مدعی این مال را اقرار کرده است نزد موجود است اموال غیر منقوله برای ادای قرض مذکور در غیاب صاحبش فروخته نمیشود زیرا حکم به فروش اموال غیر منقول در وقوع حکم بر غایب است و آن جواز ندارد .

اگر مدعی برای مدعی علیه به حضور قاضی ابراهیم داد و یا مدعی علیه بر برائت دادن مدعی به حضور خود مدعی شاهد آ و رد و درین حال (پیش از صدور حکم) مدعی غایب شد مدعی علیه از قاضی خواست که به برائت او طوریکه قاضی شنیده است مکتوب بنویسد (انقرویه به نقل قول از جامع الفصولین) درینجا حکم بر او به غیابش از اقرار و یا نبوت برائت صحیح بوده و به منزله حکم در حضور او است .

اگر بعد از صدور حکم اقرارکننده به محکمه آمد و گفت درین اقرار خویش دروغگویی بادم حکم محکمه منتقض نگردیده و به تکذیب مذکور التفاتی نمی شود بلی اگر قبل از حکم قضائی اقرار کننده از اقرارش رجوع کرد و جو عیش پذیرفته میشود طوریکه در ماده (۱۵۸۹) تذکر یافته است .

و اگر بعد از اقرار و صدور حکم ادعا کرد که من مال مورث دعوی را بعد از اقرار خویش به آن کسی که برای او اقرار کرده بودم دادم این گفته اش شنیده می شود و بعد از صدور حکم جز این راهی برای جلوگیری از انفاذ حکم و جود ندارد اگر اقرار کننده و یا ابراء دهنده ادعاء کرد که اقرار و یا ابراء بروی زمانه سازی و ساخنه کاری بوده آیا این دفع شنیده شو یا نشود .

ظاهرا این چنین ادعای پذیرفته می شود و قول مدعی مورد اعتبار است زیرا او به ظاهر حال تمسک ورزیده و شهود مدعی علیه پذیرفته شود که او به خلاف ظاهر تمسک ورزیده است . از شرح مناز این مالک نیز این چنین استفاده میشود که در بحث عوارض مکتسبه ذکر کرده است .

مسئله دوم بیانی است که صاحب مجله درین ماده ذکر کرده

است .

(همچنین است اگر مدعی علیه از دعوی مدعی انکار و ر زد و مدعی شهرد خود را به حضور قاضی بر ادعای خویش بگذراند، و قسی که مدعی علیه از مجلس قضا ئی پیش از تزکیه شهرد و صدور حکم غایب شد قاضی می تواند در غیاب مدعی علیه شهرد را تزکیه کند و به اساس آن حکم صادر کند).

این حکم به منزله حکم در حضور است این روایتی است از امام ابو یوسف (رح) و این به حال مردم مناسب تر است مجله نیز این نظر را پسندیده است لذا بکار بستن آن واجب است اما امام ابو حنیفه و امام محمد (رح) باین نظر موافق نیستند به ماده (۱۸۰۱) مرا جمع شود. در مسئله فوق مدعی علیه بعد از تبلیغ حکم می تواند بر شهرد اعتراض کند و با دعوی مدعی رادفع نماید حاضر هم آنکسی را که خودش حاضر محکمه شود و هم آن کس را که به نیابت از جای خصم به محکمه آمده باشد هر دو را شامل می شود، و این انواع زیادی دارد. از آن جمله است حضور وکیل یعنی بعد از اینکه شهادت شهرد شخصی اقامه شد و خودش غایب گردید و وکیل حاضر شد و یا بر عکس یعنی وکیل حاضر بود و شهرد علیه موکلش اقامه شد بعد از آن وکیل غایب گردید و موکل حاضر شد بر هر يك شان که حاضر بودند به اساس همان شهادت شهرد حکم صادر شود خواه و کالت در دعوی باشد و یا و کالت در حکم باشد به این ترتیب که مدعی علیه به محکمه حاضر شود تا شهرد بر او اقامه شود بعد از آن و کیلی برای صدور حکم بگیرد و خودش غایب گردد تا حکم به حضور و کیلیش صدور یا بد (بحر الرائق)

از آن جمله است اگر شهادت شهرد در حال حضور شخصی اقامه شد بعد از آن همان شخص وفات یافت و وارثش حاضر محکمه گردید و یا یکی از ورثه حاضر محکمه شد و شهرد در حال حضورش ادای شهادت کردند بعد از آن او رفت و وارث دیگری حاضر شد به اساس همان شهادت شهرد بر همان کسیکه حاضر شده حکم صادر میشود از آن جمله است و صی خواه از طرف متوفی تعیین شده باشد که درین حال بر حسب امر خود متوفی نائب او است یا او را قاضی و صی ساخته باشد که درین حال به امر شرع نائب متوفی است به حضور همین و صی به اساس شهادت شهرد که در حال حیات متوفی و به حضور او ادای شهادت کرده باشند حکم قضائی صادر می

شود ، ولی صغیر ووصی و وصی نیز از همین قبیل است در همه این احوال واضح است که حکم بر موکل و متوفی و صغیر صادر شده نه بر وکیل ووصی و وصی و وصی از همین قبیل است اگر متولی وقف بیشتر از یک نفر باشد با شد يك نفر شان از دیگران نیا بت میکنند اگر یکی ازین متولیان بعد از اینکه شهود به حضورش اقامه شهادت کردند غائب شده به اساس همان شهادت بر غیرش نیز و قتیکه به محکم حاضر شد حکم صادر می شود زیرا در کتاب رد المختار به نقل قول از تناد خانیه تذکر یافته شخصی زمین خود را بر سرای خویشاوندان خود وقف کرد شخص دیگر ادعا کرد که او هم از خویشاوندانش است و وقف کننده زنده بود او خصم مدعی است و اگر خودش زنده نبود قیمت خصم مدعی است اگر چه قیمت ها متعدد هم باشند ، و اگر ادعا بر يك شخص هم کرد صحیح است و اجتماع ایشان شرط نیست درین حال وادین متوفی خصم مدعی محسوب نمی شوند و نه هم کسانی که وقف به ایشان تعلق گرفته است . از همین قبیل است که یکی از کسانی که استحقاق حاصل می کند عوض همه شان خصم محسوب میشود یعنی قاضی به اساس همان شهادتی که به حضور حاضرین صورت گرفته بر غائبین نیز حکم صادر می کند زیرا در کتاب رد المختار به نقل قول از محیط وقینه تذکر یافته شخصی مالی را برای دو برادر و قف کرد یکی ازین دو برادر و فات یافت و مال بدست همان برادر و برادرزاده هایش افتاد بعد از آن همین برادریکه زنده است اقامه شهادت کرد بر اینکه ما آن به آن دو برادر طوری داده شده بود که در صورت وجود قریب بعید از آن محروم باشد ( یعنی منکه زنده ام تمام مان از منست و بعد از آنکه من و فات یافتیم مال بین بچه های من و برادر زاده هایم مساویانه تقسیم میشود ) اگر شهود او در حالی گذارش یافت که یکی از برادر زاده هایش حاضر بود و وقف کننده يك نفر بود این شهادت پذیرفته میشود و همین يك نفر که حاضر است نایب دیگران نیز محسوب میشود اگر او لاد برادرش شاهد آوردنه بر اینکه و قف برای ما و شما به صورت مطلق بوده پذیرفتن شهادت شهود اول رجحان دارد ، آن دعاوی که بر ناظر های وقف اقامه میشود اگر متعلق به وقف کننده بود مانند اینکه در دعوی گفته شود که فلان محل را وقف کرده است و او این محل را مالک نموده و یا زمین مذکور ملک دولت



بوده که او را بدون اجازه دولت وقف کرده حکم در آن بر او قف است اگر تعلق به وقف داشته باشند قرضیکه برای اعمار و قف گرفته شده این دعوی بر نفس و قف می باشد رد المحتار

از همین جمله است و قتی دعوی در باره قرض صورت گرفت خواه قرضخواه چند نفر باشند و قرضدار یک نفر یا بالعکس یعنی قرضدار چندین نفر باشند. و قرضخواه یک نفر شخص حاضر در دعوی به قول امام ابو یوسف و امام محمد (رح) وکیل غائبین محسوب میشود در مسئله اول که قرضخواه متعدد و قرضدار یک نفر است خواه از درک قرض باشد و خواه از درک قیمت یک هالی که خریداری شده به طور مثال محمود بر شخص دیگری ادعا می کند که از من و از احمد که غایب است بر ذمه توده مثقال طلا است که بین من و احمد این طلاها مشترک می باشد و این مطلب را به شهادت شهود به اثبات می رساند بهمان ده مثقال طلا بر همان شخص حکم می شود اما برای مدعی پنج مثقال طلا داده می شود بعد از آن اگر شریکش آمد و همین ادعا را تایید کرد مطابق به ماده های (۱۱۰۷) و (۱۱۰۵) رفتار می شود.

اما به اساس قول امام اعظم (رح) یکی از شرکاء در قرض به سببی غیر از ارث در حصه غیر خود خصم واقع نمی شود لذا بر حاضر فقط در حصه خودش حکم میشود و قتیکه غایب حاضر محکمه شد شهادت شهود باید اعاده شود بعد از آن ماده های مذکور به کار بسته می شود و قول یا ران به اساس استحضار است.

مسئله دوم به عکس مسئله اول است یعنی قرض از یک نفر است ولی قرضداران متعدد اند به طور مثال یک نفر از محمود و احمد ده مثقال طلا طلب دارد این دعوی خود را در حال حضور محمود و در غیاب احمد به محکمه اثبات می کند بر محمود به تادیبه پنج مثقال طلا حکم میشود و این حکم به احمد تجا و ز نمی کند، بعد از آن و قتیکه احمد حاضر شد بنا به قول امام ابو حنیفه شهادت شهود بحضور او اعاده شود طوریکه در شرکت مال مشخص (عین) در صورتیکه به سببی غیر از ارث به ملک آنلوشریک در آمده باشد نیز حکم چنین است صورت مسئله این طور است،

شخصی به محکمه ادعا می کند من و فلانی این حویلی را از این شخص باین مبلغ مشترکا خریدیم و پول را هم با و نقدا تادیبه کردیم و شهود نیز بر این دعوی ادای شهادت نمودند برای شخص حاضر به نیم

آن حویلی حکم میشود، و قتیکه شخص غایب نیز حاضر شد با ید شهادت شهود را اعاده کند .  
هئدیه :

نوت :- اگر مال متوفی به تصرف يك نفر بیگانه باشد مثل اینکه شخص همه مال خود را در حال مریضیکه بمرگش منجر شود به بیگانه به بخشد و یا تمام مالش را به او وصیت کند درین حال شخصی به حضور همین کسیکه مال متوفی بدست او ست ادعا کند که این مال مشخص (عین) از او ست و یا این طور ادعا می کند که من از متوفی این قدر ها طلب دارم آیا این شخص بیگانه به نیابت متوفی خصم شده می تواند ؟ یا باینوارث و وصی حاضر شوند ؟

بعضی از علما گفته اند این طور دعوی شنیده شود زیرا اگر مال مورد دعوی مال مشخصی - (عینی) باشد آن مال بدست همین شخص است که اکنون به محکمه حاضر شده است و دعوی هم بر متصرف مال صورت می گیرد و اگر قرض باشد در جمله متروکات است و متروکات هم به تصرف همین شخص است بعضی گفته اند باید وارث و یا وصی حاضر باشند.

اما قرضدار متوفی یا قرض خواهش و یا شخصیکه متوفی برای او وصیت کرده اگر حاضر بودند و جمعینی بر متوفی دعوی قرضهای را کردند که از او طلب دارند و خواستند این دعوی خود هارا به حضور یکی ازین اشخاصی که تذکر یافت به اثبات برسانند این کار صحیح نیست بلکه لازم است که وارثها و یا وصی متوفی حاضر باشند الی آخره (در المختار و حواشی آن با اختصار) .

باید ملتفت بود که دو شریک در قرض وقتی می توانند پولی را که باثر حکم قضائی بدست می آورند بین خود مساویانه تقسیم کنند که در وقت دعوی در سبب قرض اختلاف نداشته باشند ، زیرا در کتاب انقرویه به نقل قول از تترخانیه پس از اینکه درباره دعوی قرض در ترکه متوفی بحث می کند تذکر یافته شخصی و فات یافت از او دو بچه باقی ماند یکی ازین دو بچه ادعا کرد که پدرم ازین شخص هزار افغانی از درک مالی که باو فروخته طلب دارد و برادرش دعوی کرد، که پدرم ازین شخص هزار افغانی قرض میخواهد و هر يك شان مطابق به ادعای خویش اقامه شهادت نمودند برای هر يك شان به پنجصد افغانی حکم می شود یعنی هیچیک شان شریک

آن پولیکه برادرش تسلیم شده نمی‌گردد در ین موضوع باید کمال دقت بعمل آید .

باید متذکر شویم که چون در هر دعوی حضور خصم برای صحت حکم قضائی بنابه مذهب ما شرط است و مسائلی زیادی دیدیم که در آن بر غائب حکم صادر شد لازم افتاد که رابطه اینطور حکمها توضیح شود تا اگر اشکالی در بعضی جایها واقع شود بر طرف گردیده باشد ما به صورت عمومی یک قاعده وضع میکنیم که در جائیکه بر حاضر ایجاب حکم را بر غایب می‌کرد به طوریکه این دو حکم از یکدیگر منفک نمی‌گردید حکم بر غائب در ضمن حکم بر حاضر جایز است بشرطیکه این تلازم بین دو حکم مذکور به تمام معنی باشد نه اینکه در بعضی جای ها حکم بر حاضر سبب حکم بر غایب بشود و در بعضی جای ها سبب نشود ، زیرا اگر حکم بر حاضر سبب حکم بر غایب باشد حاضر در حکم نائب غائب است پس بر حاضر و غائب مجتعا حکم صورت می‌گیرد ، به حدیکه اگر غایب حاضر شود و انکار ورزد به انکارش التفات نمی‌شود .

این حکمها شامل آن مسائلی است که در آن مال مورد دعوی یک چیز باشد و دعوی که بر غایب شود خواه سبب دعوی بر حاضر نیز باشد و یا اگر مال مورد دعوی دو چیز مختلف باشد و آنچه بر غایب ادعا شده سبب ادعا بر حاضر گردد در همه این احوال حکم بر غایب نیز نافذ است (بحر الرائق) یعنی طوریکه در فتح القدر تذکریا فته آنچه در باره اش حکم صادر شده خواه یک چیز بود و خواه دو چیز حکم بر غایب نیز در ضمن حکم بر حاضر نافذ است برای هر یک از این مطالب سه مثال می‌آوریم که این امثله در بحر الرائق و فتح القدر تذکر یافته است .

مسئله اول برای نوع اول از این قرار است : شخصی حویلی را که به تصرف دیگری است ادعا کرده می‌گوید این ملک منست . متصرف ازین دعوی انکار می‌ورزد مدعی مطابق به ادعایش اقامه شهادت می‌کند که این ملک اوست و آن را از فلان شخص که غایب است خریده مدعی مالک این ملک می‌شود در اینجا قاضی برای او در حق حاضر و غایب حکم می‌کند زیرا خریداری سبب ادعایش بر حاضر می‌باشد و خریداری از مالک خواه مغواه سبب ملکیت است و چیزی را که بر حاضر و غایب ادعا کرده یک چیز است و آن ملکیت می‌باشد .

مسئله دوم برای نوع اول: شخصی ادعا می کند که من از فلان غایب در آنچه برای او اثبات شد کفیلیم ، مدعی علیه به کفالتش اقرار کرد ولی از این منکر شد که برای چیزی ثابت شده است مدعی بر این که آن شخص از دلالی غایب سرزرافغانی می خواهد اقامه شهادت نمود بر کفیل و بر غایب به ادای عسر از افغانی حکم صادر می شود حتی اگر غایب حاضر شود و ازین منصب انکار ورزد به انکارش التفاتی نمی شود ادعا در اینجا بی اثر است و آن هزار افغانی است .

مسئله سوم شخصی ادعای شفع بر حویلی می کند که بتصرف دیگری است منصرف می نویسد به خانه خود منست من آن را از کسی نخریده ام تنفیح بر اینده منصرف این حویلی را از فلانی غایب به هزار انعامی خریده و ازین منکر او است و من شفع این حویلی هستم شاهد می آورد بر شفع بودن شفع و فروش غایب و خریداری منصرف حکم صادر می شود و آن حکم عبارت است از خریداری حویلی .

مثال نوع دوم از مسائل بزرگ: مسئله اول: شخصی محضنی را قذف کرد آن شخص بر قذف شده ادعای حد قذف را نمود قذف کننده گفت من غلام هستم و حد عام بر من واجب است شخصی که مورد قذف واقع شده ادعا کرد که ترا بدارت اراد کرده و بر این گفته خود شاهد آورد این شهادت در حق ماتم غلام که غایب است و در حق حاضر هر دو پذیرفته میشود یعنی آن غلام از ادم محسوب میشود و بر او حد آزادگان جاری می شود حتی اگر ما نیک غلام آمد و از آزادی غلام انکار ورزید به آن التفات نمی شود در اینجا مدعی کمال حد است بر حاضر و عتق سبب آنست بنا بر حاضر به کمال حد و بر غایب به عتق غلامش حکم میشود که دو چیز معا یر هستند .

مسئله دوم : دو نفر شاهد بر یک شخص به مالی شهادت دادند شخصیکه شهادت برای او واقع شده گفت این دو شاهد غلام فلانی غایب اند شخصیکه شهادت به مفاد او صورت گرفته بر این شاهد آورد که این دو نفر را بدار شان پس از ادای شهادت آزاد کرده و او ما نیک این دو غلام بوده است این شهادت پذیرفته میشود و آزادی در حق بدار غلام ها و در حق کسیکه به مفادش ادای شهادت صورت گرفته در هر دو مورد مقبول است و رعایت و ولایت شهادت از هم جدا نمیشوند .

مدعی در اینجا دو چیز است یکی آزادی غلامها و دیگری ولایت

## شهادت .

مسئله سوم : شخصی دیگری را عمداً می کشد مقتول دو نفر ولی دارد یکی حاضر و دیگری غایب حاضر بر قاتل ادعا می کند که چون غایب در قسمت خود عفو کرده قصاص در قسمت من به پول تبدیل شده و قاتل منکر است مدعی مطابق به دعوی خویش شاهد می آورد این شهادت مقبول است و به همین شهادت بر حاضر و غایب حکم صادر میشود. مدعی در اینجا دو چیز است یکی عفو و دیگری مال . در قاعده که قبلاً طرح شد تذکریافت (حکمی که بر غایب می شود باید خواه میخواه سبب حکم بر حاضر باشد) در بیان فوق که تذکر یافت خواه میخواه سبب باشد تا ازین جمله آن مسئله که در آن گاهی حکم بر غایب سبب حکم بر حاضر میشود و گاهی نمی شود و هم آن مسئله که حکم بر غایب بقاء سبب حکم بر حاضر میشود بیرون شود .

اینکه حکم بر غایب گاهی سبب حکم بر حاضر است و گاهی نیست در دو مسئله توضیح می شود. اول آنکه شخصی بر غلامی ادعا می کند که من از طرف با داتو و کیل هستم که ترا به او بر سانم آن غلام ادعا میکند که مرا با دارم آزاد کرده ، در باره کو تاه ساختن دست نفر حاضر این شهادت پذیرفته میشود و در باره آزاد گردانیدن غلام بر غایب پذیرفته نمی شود حتی اگر غایب حاضر شد و از آزادی غلام خود انکار و رزید باید آن غلام بار دیگر اقامه شهادت کند.

دو مانکه شخصی برای زنی که شوهرش غایب است می گوید شوهرت مرا وکیل ساخته که ترا نزد او ببرم زن بر اینکه شوهرش او را سه طلاق داده شاهد می آورد در اینجا قاضی بر کوتاه ساختن دست مدعی بر زن حکم صادر کند نه بر طلاق ، اگر شوهر حاضر شد و از طلاق منکر شد به عدالت زن و یا تجدید اقامه شهادت نیاز می افتد ، در اینجا دو چیز مورد ادعا قرار گرفته است در مسئله اول کوتاه ساختن دست شخصیکه ادعای وکالت کرده و آزادی غلام و در مسئله دوم کوتاه ساختن دست کسیکه ادعای وکالت کرده ، و طلاق زن و چون آزادی غلام و طلاق زن گاهی متحقق میشود و عزل و کیل را موجب نمی گردد زیرا امکان دارد اصلاً وکالتی نباشد و گاهی موجب عزل و کیل میشود به این طریق که طلاق و عتاق بعد از وکالت صورت بگیرد لهذا عزل شدن وکیل حکم اصلی برای عتاق و طلاق نمی باشد ، بنابراین از پهلوی اینکه وکالت فی الجمله سبب برای حق حاضر نیست حاضر از جای غایب درین موضوع خصم نمی باشد

واژ پهلوی اینکه، گاهی و کالت سبب طلاق و عتاق می شود شهادت شهود را از پهلر نیکه به وکیل تعلق می گیرد قبول کردیم یعنی این شهادت دست او را از غلام د و مسئله اول واژ زن در مسئله دوم کوتاه می سازد و عزل و کالت نیز ثابت می گردد زیرا ضرور نیست که به عزل وکیل از وکالت طلاق و عتاق متحقق شود و نه به تحقق عتاق و طلاق وکیل با ضرور عزل میشود لذا به طلاق و عتاق به موجب شهادت مذکور حکم شده نمی تواند و اینکه گفتیم بعضی چیزها به اعتبار بقا سبب میشوند در یکعه مسائل مثالهای آن را مشاهده کرده می توانیم از آن جمله این گفته علماء است که شخصی کنیزی می خرد بعد از آن خریدار به فروشنده می گوید این زن منست که من او را در حالیکه تحت ملک فلانی غایب بود به نکاح گرفتم من خبر نداشتم و خریدار میخواست به همین عیب آن کنیز را به صاحبش رد کند و فروشنده از این که این کنیز زن خریدار بوده انکار و رزید خریدار مطابق بدعوی خویش شاهد آورد، باساس این شهادت نه حکم بر حاضر میشود و نه حکم بر غائب زیرا ادعا بر دو چیز شده یکی رده عیب بر حاضر و دیگری به نکاح بر غایب و نکاح که بر غایب ادعا شده سبب آن چیزی نیست که بر حاضر ادعا شده مگر به اعتبار بقاء زیرا ممکن است که این کنیز زن این شخص یعنی خریدار بوده و او را بعد طلاق داده است اگر مدعی به بقاء نکاح فیما بین خود و آن کنیز شاهد آورد به این ترتیب که شهود ادای شهادت کردند بر اینکه الان این کنیز زن این مرد است این شهادت نیز مورد قبول شده نمی تواند زیرا بقا تابع ابتداء است .

دوم آنکه :- در آن مالیکه به بیع فاسد خریداری شده اگر فروشنده خواست آن مال را مسترد کند خریدار اقامه شهادت کرد بر اینکه این ما لرا برای فلانی غایب فروخته این شهادت حق استرداد فرو شده را باطل می سازد لذا این شهادت نه در حق حاضر و نه هم در حق غایب در حق هیچکدام مورد قبول نمی باشد، بدلیل اینکه فروش به ذات خود سبب ابطال حق استرداد نمی شود و قتیکه خریدار د و اثبات اصل فروش خصم شده نتواند در اثبات بقای بیع نیز خصم محسوب شده نمی تواند زیرا بقا تابع ابتداء است .

سوم آنکه : شخصی حویلی را تحت تصرف خود دارد به پهلوی حویلی د دیگری فروش می کند متصرف خانه میخواهد این خانه را که تازه فروخته شده به شفعه بگیرد خریدار خانه میگوید این خانه که تحت تصرف تو است از تو نیست این خانه از فلانی

است شفیع بر اینکه خانه تحت تصرفش از خود او است و آن را از فلانی غایب خریداری کرده اقامه شهادت می کند به خریداری حکم نمی شود نه در حق حاضر و نه در حق غایب زیرا دو چیز مورد اقرار گرفته (یکی خریداری خانه در حق غایب و دیگری متصرف شدن خانه به شفیع در حق حاضر) و آنچه را شفیع بر غایب ادعا کرده که خریداری آن خانه است سبب ثبوت حق او در شفیع نمی شود تا بقاء آن مالکیت رافی الحال اثبات نکند زیرا می شود اولاً آن خانه را خریده و بعداً بیع را فسخ کرده و یا بدیگر سببی ملکیت خانه را زائل ساخته درین حال شفیع بودن او ثابت نیست و شفیع بودن او وقتی ثابت می شود که بقاء ملکیت خانه را که به تصرف او است اثبات کند و شهادت شهود بر این اقامه نشده است اگر بر بقای مالکیت خود اقامه شهود کند نیز این شهادت پذیرفته نمی شود به دلیلکه قبلاً ذکر شد. (یعنی ثبوت بقاء ملکیت فرع ثبوت ابتدای آنست و چون ثبوت ملکیت در ابتدا صحیح نشد در بقاء نیز صحیح نمی شود) اینجا گفتیم آنچه به اعتبار بقا سبب میشود تا از شرط احتراز به عمل آید.

خلاصه کلام درین مورد طوری که در بحر الرائق و فتح القدر و تعلیقات این کتب تذکر یافته اینست که آنچه بر غایب ادعا می شود اگر شرط برای ادعا بر حاضر باشد شرط مذکور مطالعه میشود اگر از آن شرایطی بسوزد که غایب به آن متضرر می شد بطور مثال کسی به زن خود گفت اگر فلانی زن خود را طلاق داد تو هم طلاق هستی زنش اقامه شهادت کرد بر اینکه فلانی زن خود را طلاق داده چنین شهادتی را قاضی نپذیرد و نه هم به اساس آن حکم صادر کند اگر غایب به آن متضرر نمی شد آن شهادت را بپذیرد و به طلاق به اساس آن حکم کند. مثلاً مردی به زن خود گفت اگر فلانی به خانه داخل شد تو طلاق هستی و زن بر اینکه آن شخص به خانه داخل شده اقامه شهادت کرد. به اساس این شهادت قاضی حکم طلاق را صادر کند. در کتاب بحر الرائق به نقل قول از جامع الفصولین تذکر یافته اینکه در کلام خویش سبب رابه غایب مقید کرده و گفته است اگر آنچه بر غایب ادعا می کرد سبب حکم بر حاضر می شد برای ایست که اگر بعکس آن بود یعنی ادعا بر حاضر سبب ادعا بر غایب میشد بر غایب حکم نمی شود مثلاً اصیل حاضر بود و کفیل غایب بود زیرا امکان دارد که مال بر ذمه اصیل باشد نه بر ذمه کفیل طوریکه



تفاوت بر این حقیقت استوار است اما عکس آن مجوز نیست زیرا جواز  
ندارد که بگوئیم: مال بر کفیل است نه بر اصیل .  
ماده ۱۸۳۱ :

قاضی میتواند بر مدعی علیه به اساس آن شهادتی  
حکم کند که در حال حضور و کیل شخص اقامه شده است  
و قتیکه خود موکل در مجلس صدور حکم به شخص خود  
حاضر شد و همچنین است بالعکس یعنی قاضی میتواند  
بر وکیل مدعی به اساس شهادت آن شهودی که بحضور  
مدعی اقامه شده است حکم کند و قتیکه مدعی به مجلس  
صدور حکم حاضر شد.

زیرا وکیل مانند اصیل است لذا به اعاده شهادت شهود نیازی  
نیست همچنین است عکس آن به ماده (۱۸۳۰) مراجعه شود در فصل  
پنجم کتاب جامع الفصولین تذکر یافته اگر موکل بعد از آنکه بر او  
اقامه شهادت شد غایب گردید و وکیلش حاضر شد یا (بر عکس  
یعنی) وکیل بعد از اینکه بر او اقامه شهادت شد غایب گردید و موکلش  
حاضر شد بر هر یک شان به آن شهادتی که در حضور آن دیگر اقامه  
شده حکم صادر میشود همچنین بر وارث به اساس آن شهادتی که به  
حضور متوفی در حال حیاتش اقامه شده حکم صادر میشود اگر وارث  
غایب شد به قسمیکه علایق او از آن جای که بودو باش داشت قطع  
شده بود قاضی از جای وارث وکیل تعیین کند و به حضور وکیلش به  
اساس شهادتی که در حال حیات متوفی به حضور خود متوفی اقامه  
شده بر آن وارث حکم صادر کند .

همچنین اگر بر یکی از ورثه شهادت شهود اقامه گردید و بعدا  
آن وارث غایب شد و وارث دیگر حاضر شد به اساس همان شهادت  
بر این وارث حکم صادر شده میتواند.

همچنین اگر به حضور نائب بچه خورد سال علیه او شهود  
شهادت دادند، بعد ازان نائب اورفت ، و خود او بالغ گردید و به  
محکمه حاضر شد، به اساس همان شهادت بر خود و حکم صادر  
می شود همچنین است حال هر یک از اشخاصی که شریعت ایشان را

به جای خصم شان ایستاده کرده است در کتاب انقر و به تذکر یافته است اگر قاضی در مال شخصی که از منطقه خود قطع علایق کرده و غایب شده بود قیمی (سر پرستی) تعیین کرد آیا در قرضهای صاحب مال می تواند خصم واقع شود؟ بعضی گفته اند بلی و بعضی گفته اند نه، در حاشیه کتاب مذکور به نقل قول از محیط البرها نی در مال شخصیکه گم شده مناسبت شمرده که بچه او در طلب حقوقش وکیل شود زیرا شخصیکه گم شده در بعضی احکام مانند شخصی است که وفات یافته و در مثل این حالات قاضی صلاحیت دارد قیمی (سر پرستی) موظف کند اما اگر شخصی غایب بود بر مال او از طرف قاضی قیم (سر پرست) مقرر نمی شود.

کسی که حکم قاضی متوجه او شد و او خود را پنهان کرد بنا به قول امام ابوحنیفه (رح) علیه او حکم صادر نمی شود امام محمد (رح) می فرمایند که به دروازه خانه اش سه روز اعلام شود اگر بیرون نشد و به محکمه حاضر شد به حضور خودش حکم صادر شود و اگر حاضر محکمه نشد در غیابش حکم صادر شود این بحال مردم مناسبت تر است و رای صاحب مجله نیز به این حکم موافق است (امروز عادت بر این جاری است که ذریعه رادیو و جراید اعلان میشود که به اطلاع فلانی و لد فلانی ساکن فلان جای موظف فلان و وظیفه رسانده میشود که بروز چندم فلان برج اگر به محکمه حاضر نشد علیه او هر حکمی که صادر گردید حق شکایت را ندارد. مترجم)

يك قسمت از شهادت شهود نیز حکم شهادت کامل را داد اگر يك شاهد به حضور موکل ادای شهادت کرد شهادت شاهد دیگر بحضور وکیل پذیرفته شود و همچنین است عکس این موضوع در بقیه نیز حکم این چنین است.

### ماده ۱۸۳۲:

قاضی در آن احکامی که متوجه همه ورثه است میتواند به اساس شهادت شهود که بحضور یکی از وارثین اقامه شده وقتی از محضر قضا غایب شد بروارث دیگر که به محضر قضا حاضر شده حکم صادر کند و لازم نیست که شهادت شهود را اعاده نماید.

در بیان فوق تذکر یافت :

(قاضی می تواند به اساس شهادت شهودیکه به حضور یکی از وارثین اقامه شده و قتی از محضر قضا غایب شد بر وارث دیگر که حاضر محکمه شده حکم صادر کند) اما در همه دعاوی چنین نیست بلکه (در آن دعاوی که متوجه همه ورثه است) مانند اینکه بر قرضداری و یا قرضخواهی متوفی دعوی صورت می گیرد گرچه بدست وارث هیچ چیزی از متروکه موجود نباشد و در مال مشخص (عین) اگر يك قسمتی بدست وارث باقی باشد و یا کسی برورثه دعوی ارث کند. زیرا دین صورت نیز دعوی بر متوفی اقامه شده است و هر يك از ورثه از خود متوفی نیابت می کند بدلیل اینکه هر يك از وارثین به جای متوفی ایستاده شده است، اما در دعاوی مشترکه که بر اساس ارث نباشد چنین نیست یعنی یکی از شرکاء قائم مقام دیگران محسوب نمیشود به ماده (۱۶۴۳) مراجعه شود در قرضیکه بین دو نفر مشترك است به اساس نظر یاران (اما ابو یوسف و امام محمد رح) یکی از دو شریک به جای آندیکر ایستاده می شود و لی به اساس نظر امام ابوحنیفه (رح) چنین نیست طوریکه در شرح نلاده (۱۸۳۰) تذکر یافت در آنجا مسائلی را که حاضر به جای غایب ایستاده میشود و بر حاضر به اساس شهادتی که بر غایب اقامه شده حکم می گردد یاد آور شده ایم.

## فصل دوم

زیر عنوان فوق حکمی را که در غیاب شخصی صادر

میشود مورد بحث قرار میدهیم

اولا باید ملتفت بود که حکم بر غایب و هم به مفادش در مذهب امام ابو حنیفه (رح) جائز نیست مگر در وقتیکه در حضور کسی این حکم صادر شود که با ثبوت او باشد خواه حقیقتا قائم مقام شخص باشد و یا حکما .

امام شافعی (رح) میفرماید در دو حال جائز است که بر ضرر غایب یا به مفادش حکم صادر شود در صورتیکه از شهر غایب باشد و یا در شهر باشد ولی خود را پنهان کرده باشد این حکم بنا بر يك قول روایت شده و اینست نظر امام مالک و امام احمد حنبل (رح) اگر در شهر حاضر بود و خود را پنهان نکرده بود درین مورد از امام شافعی صاحب دو قول روایت شده که صحیح ترین این دو قول اینست که تا شخص حاضر نشود به ضررش حکم صادر نمی شود و این است قول امام مالک (رح) فرق بین اینکه شخص خود را مخفی ساخته و کسی که خود را مخفی نساخته اینست که در حال پنهان شدن به حال طرف مقابل ضرر عاید میشود و در وقتیکه خود را پنهان نکرده باشد چنین نیست شوافع به گفته حضرت رسول الله (ص) تهمسك و رزیده اند که میفرمایند شهادت شهود بر مدعی است و قسم بر کسی است که انکار و رزیده است (درینجا بر مدلول حدیث مبارك حضور خصم را هم زیاد کردن دلیلی ندارد دلیل حنفی ها این ارشاد رسول کریم است (ص) که برای علی (رض) میفرمایند وقتی که او رابه خواستن قسم رهنمائی می کنند (بر هیچ چیز بر یکی از طرفین دعوی حکم مکن تا گفته آند یگورا نشنوی) درینجا معلوم شد که اگر یکی از طرفین دعوی غایب بود و به اثر غیاب خود از حکم قاضی بی خبر ماند و کسی که بجایش با یستند هم در محضر قضاء حاضر نبود جایز نیست بر او حکم قضائی صادر شود و هم چون شهادت شهود در وقتی حجت شمرده میشود که طرف مقابل انکار و رزد ازین سبب بر اقرار کننده اقامه شهادت نمی شود و وقتی شهادت به کار بسته میشود که طرف مقابل از دفع و طعن عا جز

شود و این دانسته نمی شود مگر در وقتی که یا خود طرف مقابل و یا نا ییش به محضر قضائی حاضر باشد و هم طریقه حکم در صورتیکه طرف مقابل حاضر نباشد پوشیده می ماند زیرا این احتمال موجود است که خصم اقرار کند و یا انکار ورزد و حکم هر یک از این دو فرق دارد زیرا در صورت اقرار حکم خاص بر اقرار کننده صادر میشود و در صورت صدور حکم به اساس شهادت شهود حکم قاضی بر غیر نیز تعدی می کند لذا با وجود اشتباه، صدور حکم صحیح نیست و هم چون شرط اقامه شهادت انکار خصم است و در صورتیکه غایب باشد و وجود شرط اقامه شهود که انکار باشد معلوم شده نمیتواند و تا به وجود شرط علم حاصل نشود به ثبوت مشروط حکم شده نمی تواند که صحت حکم قضائی باشد اینک: بگوئیم اصل در خصم اینست که منکر مال مورد دعوی باشد برای ثبوت شرط که انکار است کافی شمرده نمی شود زیرا بر این شرط وجود امر دیگری که حکم قضائی باشد مرتب است لذا لازم است که وجود شرط مذکور اثبات شود از اینست: کسی به غلام خود گفت: اگر امروز بخانه داخل نشدی آزادی و آن روز گذشت پادارش ادعا کرد که تو به خانه داخل نشدی ولی غلام از داخل شدن به خانه انکار ورزید امامهای ما اتفاق دارند بر اینکه غلام آزاد است زیرا شرط آن یعنی داخل نشدن بخانه موجود شده باین دلیل که اصل اینست که به خانه داخل نشده باشد و ما دلیلش را قبلاً ذکر کردیم الی آخره مطلب فوق از فتح القدیر باختصار اقتباس شده و تمام موضوع در آن کتاب تذکر یافته است .

اینکه رسول کریم (ص) برای هند خانم ابی سفیان در حالیکه خودش به سفر رفته و غایب بود حکم به تعیین مصارف او کردند ایشان فرمودند از مال ابو سفیان به اندازه که مصارف خودت و بچهات را کفایت کند بگیر، دلیل برای شافعی و مالک (رح) شده نمیتواند زیرا این حکم قضائی نبوده بلکه رسول الله (ص) برای هند فتوی داده اند و بروی معاونت برای وی این ارشاد را فرموده اند تا او از مال ابو سفیان استفاده کرده بتواند آیا مشاهده نمی فرمایند که هند ادعای این را نکرد که من زن ابوسفیان هستم و نه هم بر این دعوی اقامه شهود نمود و رسول الله (ص) باین موضوع که او خانم ابو سفیان است اطلاع داشته اند لذا این حکم شان اصلاً به اساس حکم قضائی صادر

نشده است از دلایلی که طرف فتوای این حکم را ترجیح میدهد اینست که هندی از رسول الله (ص) می پرسد آیا برهن گناه است اگر از مال ابو سفیان استفاده کنیم؟ و هم اینکه رسول الله (ص) تعیین اندازه مصارف را به خود هندی موقوف کرده اند و اگر این حکم قضائی می بود به مدعی تعیین اندازه مصارف را موقوف نمی کردند و هم اینکه هندی را رسول الله (ص) بر ادعایش قسم ندادند (یعنی او را قسم ندادند که آیا ابوسفیان برای تو مصارف را نگذاشته است) و هم اینکه او را به اقامه شهود مکلف نساخته اند (زیلعی و چلبی) . چون این مطلب توضیح یافت، باید یادآوری شود که حکم بر ضرر غایب و هم به مفاد او در غیابش بر اساس مذهب حنفی جواز ندارد اگر در غیاب شخصی علیه او یا به مفادش حکم صادر شد آیا نافذ می شود یا نه؟

در تنویر و شرح آن از علائی تذکر یافته : اگر قاضی بر غایبی حکم کرد، و نا نبی هم از طرف غایب حاضر نبود ، این حکم قاضی نافذ است یعنی حکم از طرف کسی صادر شد که جواز آن را قبول داشت مانند اینکه قاضی پیرو مذهب شافعی بود زیرا علمای حنفی بر این اجماع کرده اند که حکم در باره غایب نه به مفادش و نه هم به ضررش صادر شده نمی تواند لذا این قول تنویر با قولیکه قبلا تذکر یافت منافی نیست زیرا قولیکه قبلا تذکر یافت درباره قاضی حنفی است باین دلیل که (حکم بر غایب نیز مجتهد فیه است) (آن قولی را که یکی از علمای مجتهد چهارگانه امام حنیفه امام شافعی ، امام مالک و امام احمد حنبل به آن رای داده باشند قول مجتهد فیه میگویند) بعضی گفته اند اگر حکم (از طرف قاضی شافعی هم صادر شد نافذ نیست) این مطلب را نیز چند نفری از علماء ترجیح داده اند .

در کتاب منیه و جمع الفتاوی و بزایه تذکر یافته که فتوی بر اینست و در فتح القدر گفته است نفاذ این حکم موقوف به تایید قاضی دیگر ( محکمه که صلاحیت آن به حیث مرافعه بالاتر از صلاحیت این محکمه است ) مربوط می باشد وقتی این حکم به محکمه نانی رسید و آن محکمه حکم مذکور را تأیید کرد آن حکم نافذ میشود و محکمه دیگری آن را نقض کرده نمیتواند اما اگر محکمه نانی آن را نقض کرد حکم محکمه اول باطل میشود و دیگر قاضی نمی تواند آنرا نفاذ بخشد زیرا اصل حکم مورد اختلاف است بدلیل اینکه زیلعی میگوید اقسام

حکم از چهار قسم بیرون نیست یا مطابق به احکام شرعی است یعنی با کتاب خدا و سنت رسول الله (ص) و اجماع موافق است؟ در نفاذ چنین حکمی هیچ شبهه‌ای نیست اگر در حکم قاضی اختلافی بین علماء موجود بود و هر يك از علماء به دلیلی استناد می جست نیز وقتیکه قاضی حکم را به اساس نظر یکی از علماء صادر کرد بعد از صدور حکم منتقص شده نمی تواند بطورمثال اگر قاضی شافعی به شهادت آن شهرویکه حد قذف خورده بودند و بعد از آن توبه کرده بودند حکم صادر کرد وقتی این حکم به قاضی حنفی پیش شد گرچه به این حکم رای او موافق هم نبود او را تایید کند و باطل نسازد یا اختلاف در ذات حکم است نه در مسئله که سبب حکم شده. درین قسم حکم دو روایت موجود است که آنرا به نقل قول از تئویر و شرح آن ذکر کردیم یا حکم قاضی بادلایل شرعی مخالف است این نوع چهارم حکم است چنین حکمی نافذ نیست و به نائید قاضی دیگری نیز نافذ شده نمی تواند به طور مثال اگر یکی از قضات به صحت نکاح متعه (۱) حکم صادر کند همچنین زنیکه شوهرش او را به سه طلاق، طلاق کرده است پیش از اینکه شخص دیگر آن زن را نکاح کرده و با او جماع کند به حلال بودن نکاح او به شوهرش اگر حکم صادر کند این حکم نفاذ ندارد درینجا باید عرض شود که حکم بر غایب در آن مسائل مورد اختلاف است که استثنا در آن صورت نگرفته است اما در مسائل استثنا شد به اتفاق همه علماء حکم بر غایب و به مفاد آن نافذ است (حاشیه عبدالعلیم بردور).

در کتاب علائی و معتمد تذکر یافته که حکم بر و کیل مسخر (و کیلی که قاضی آنرا از جای خصم غایب مقرر می کند) جائز نیست مگر در جائیکه به این قسم حکمی ضرورتی احساس شود و این ضرورت در پنج مسئله محسوس شده است مسائل مذکور در کتاب در المختار تذکر یافته است یکی از این مسائل اینست که: شخصی

---

(۱) نکاح متعه عبارت از نکاح موقت است مثلا نکاح یکماهه يك روزه یکساعه و غیره این نکاح در اول بین مسلمانها جائز بود ولی بعدا ممنوع شد (مترجم)



به خیار شرط (۱) مالی را خرید و در همان مدت شرط شده خواست آن مال را به مالکش مسترد کند فروشنده خود را پنهان کرد. خریدار از قاضی خواست از طرف فروشنده و کیلی تعیین شود تا مال به و کیلی فروشنده مسترد گردد این یکی از دو قولی است که آنرا جامع الفصولین به کتاب خانیه نسبت داده است اما این گفته دیگری را که باونسبت داده است مقدم ذکر کرده است. فرا هو شیئ نشود که قاضی خان عادت دارد که قول مشهور تر را اول ذکر میکند.

مسئله دوم شخصی از جای دیگری کفیل شده است بر اینکه اگر مکفول عنه را (مکفول عنه شخص است که دیگری از جایش کفیل شده است) فردا حاضر نکند آن مبلغی را که قرض خواه بر مکفول عنه دارد، باید کفیل پردازد، چون فردا فراراسید، قرض خواه خود را پنهان کرد. کفیل از قاضی خواست از جای قرض خواه و کیلی تعیین کند تا مکفول عنه را به و کیلی بسپارد و خودش از ادای قرض خلاص شود به این ترتیب کفیل برائت حاصل می کند.

مسئله سوم آنکه شخصی از دیگری مبلغی را قرضدار است می گوید اگر من این پول را امروز ادا نکردم زنم طلاق باشد یا غلام آزاد باشد درین حال قرض خواه خود را پنهان می کند قرضدار برای اینکه حائث نشود (زنش طلاق نشود یا غلامش آزاد نگردد) از قاضی می خواهد برای قرض خواهش و کیلی تعیین کند تا آن پول را به و کیلی پرداخته از حائث (طلاق یا عناق) خلاص شود، بنابه قول مفتی به این

(۱) در خرید و فروش سه خیار موجود است که دو خیار برای خریدار و یک خیار برای فروشنده و خریدار هر دو آن را مالک اند خیار شرط است و آن اینست که یکی از بیع کارها (مشتری و بائع) و یا هر دوی شان می گویند این را می فروشم و یا می خریدم به شرط اینکه تا یک روز، دو روز یا سه روز در فسخ آن اختیار داریم دو خیاریکه خاص از طرف خریدار است یک خیار دیدن است اگر خریدار مال خریدنی را ندیده باشد و ببیند می تواند بدون هیچ دلیلی آنرا رد کند و دوم خیار عیب است که اگر ظاهر شد که مال خریداری شده پیش فروشنده عیبی داشته و آن عیب را به خریدار واضح نکرده بود خریدار همینکه عیب را دریافت می تواند مال خریده شده را به صاحبش مسترد کند. (مترجم)

شخص از حثت خلاص می شود در حاشیه که شرف الدین غزی بر کتاب مسکین نوشته تذکر یافته که به تعیین وکیل نیازی نیست همینکه قرضدار به قاضی عرض کرد و پول را حاضر آورد از حثت خلاص است این است قولیکه ترجیح یافته ومدار فتوی قرار گرفته است این مطلب در بسیاری از کتب مورد ائتماد مذهب حنفی ذکر شده ، اما اگر در آن جای قاضی نبود بنابه قول مفتی به شخص مذکور حثت می شود .

در کتاب ردالمحتار و حاشیه دربره نقل قول از جامع الفصولین تذکر یافته :

نظر علماء در مسایل (حکم به مفاد غایب و یا علیه آن) دارای يك اضطراب و نوسان است و از ایشان يك اصل ثابتی که به اساس آن در باره فروع فیصله قطعی بعمل آید نقل نشده است و این موضوع اشکالی ندارد ، ظاهراً به نظر من باید درین قسم موضوعات تامل و دقت صورت گیرد و از لحاظ احتیاج مردم و ضرورتی که محسوس می شود جانب احتیاط ترجیح داده شود بر حسب این دو اصل یعنی احتیاج و ضرورت بر صحت و فساد احکام فتوی داده شود .

به طور مثال : اگر شخصی زن خود را به حضور يك نفر عادل طلاق داد و خودش از آن شهر غایب شد و معلوم نبود کجا رفته است یا معلوم بود کجا رفته اما از احضارش عاجز بودند و زنش و یا وکیل زنش نمی توانستند نزاد و پرونده که راه دور بود و یا مانع دیگری موجود بود همچنین اگر قرضدار غایب شد و پول نقدی در شهر داشت و مانند اینها ، در مثل این مسائل اگر مدعی بر غایب اقامه شهود کرد و گمان غالب بر این بود که دعویش حق است و در آن ساخته کاری و تزویج وجود ندارد برای قاضی شایسته است هم به مفاد غایب و هم بر ضررش به اساس شهادت شهود حکم صادر نماید و هم برای مفتی شایسته است که به چنین حکمی فتوی بدهد تا نیاز مندی مردم رفع شده ضرورتها تکافو گردد و حقوق مردم از ضیاع در امان گردد این حکم مجتهد فیه نیز می باشد که امام های ثلاثه شافعی ، مالک و احمد حنبل (رح) به آن اتفاق دارند و در آن از علمای مذهب حنفی نیز دو روایت موجود است کسیکه به حثت وکیل از جانب غایب تعیین میشود خوب است شخصی باشد که به گمان غالب رعایت حال غایب را داشته باشد و بر ضرر او زیاده روی ننماید الی آخره این مطلب در کتاب نورالعین نیز تثبیت یافته است .

مطالبی که بعداً در مورد وکیل مسخر تذکر می یابد نیز به نظر من این مقصد را تأیید می کند، همچنین بحثی که در باره مفقود (شخص گم شده، در کتاب رد المحتار ذکر شده نیز موید این مطلب است در کتاب مذکور تذکر یافته، بر غایب حکم شده نمی تواند مگر آنکه قاضی مصلحتی را در حکم به مفاد او و یا علیه او احساس کند که درین حال حکم کرده میتواند و حکمش نافذ است زیرا حکم بر غایب مجتهد فیه می باشد، ظاهراً اگر قاضی حنفی هم باشد به نظر من چنین حکمی را صادر کرده میتواند و در این عصریکه ما زندگی میکنیم نیز چنین حکمی مجوز است، این بیان با مطالبی که قبلاً ذکر شد منافاتی ندارد زیرا جواز این حکم بروی ضرورت و مصلحت است.

نوت: درین شبهه ای نیست که حکم بر وکیل مسخر در جای مجاز است که به آن ضرورتی احساس شود زیرا درین مورد از علمای مذهب ما دو قول روایت شده و جواز چنین حکمی را ترجیح داده اند طوری که قبلاً این موضوع به نظر شما خورده است، مگر چون درین عصریکه ما زندگی می کنیم چنین مروج است که از جای شخصیکه خود را پنهان نکرده نیز وکیل مسخر تعیین می کنند این موضوع به اساس یکی از دو قولی است که از امام شافعی (رح) روایت شده است، این در حالی است که شخص خواهش قاضی را اجابت نمی کند و به دعوت او به محکمه حاضر نمی شود و در عین حال پنهان نبوده در شهر گشت و گزارد می کند و به کارهای خویش می پردازد و در امور تجارت و یا ماوریت خویش رسیدگی می نماید با این هم بر خلاف ماده ۱۸۳۳ که در آینده از نظر ما خواهد گذشت قاضی از جای چنین شخصی وکیل مسخری تعیین می کند و دعوی در حق او غیاباً شنیده می شود و حکم بر او جاری می شود و قتیکه مدت اعتراض بران سپری شد چنین حکمی خاص به اساس یکی از دو قولی که از امام شافعی (رح) روایت شده صادر میشود.

درینجا به نظر می رسد که وقتی به تقلید از امام شافعی این حکم جواز یافت باید به تمام آنچه درین مورد امام شافعی رای داده اند عمل شود یعنی در عین حالیکه به اساس شهادت شهود حکم صادر می شود مدعی نیز برای غلبه حق قسم داده شود (طوری که شافعی صاحب به این رای هستند) و رنه ما حکم به تلفیق کرده ایم (تلفیق عبارات است از گرفتن بعضی از احکام را در یک مسئله از یک مجتهد و بعضی

دیگر احکام رادرهمان مسئله از مجتهد دیگر مترجم یعنی حکم بروکیل مسخر علیه شخصیکه خودرا پنهان نکرده به اساس مذهب امام شافعی صورت گرفته و بنابه قول امام اعظم (رح) مدعی قسم داده نشده است .  
 و آن حکمی که ملفق از دو مذهب باشد به اجماع علمای اسلام باطل است طوریکه در کتاب ردالمحتار و حواشی آن تذکر یافته است مثال قول ملفق اینست ، شخصی که و ضوع کرده و بعدا از بدن او خون جاری شده و بازنی تماس گرفته بدون اینکه و ضوع خودرا تجدید کند به همان و ضوع سابق نماز می خواند نماز او صحیح نیست .  
 در اینجا ناگزیریم آن جوابی را متذکر شویم که ردالمحتار از حموی نقل کرده و گفته است مراد به حکم درین قول علماء که گفتند آن حکمی که به صورت ملفق از دو مذهب گرفته شده باطل است حکم وصفی است مانند صحت و یا فساد و آن حکمی که در اینجا تذکر یافته حکم قضائی است .

### ماده ۱۸۳۳ :

مدعی علیه به خواهش مدعی از طرف قاضی به محکمه خواسته شود اگر از آمدن و ارسال و کیل به محکمه امتناع ورزید و عذر شرعی نداشت به محکمه جبراً احضار گردد .

به مطالبی که در شرح ماده قبلی در چند سطر پیشتر توضیح کردیم مراجعه فرمائید ، دعوت در عصر حاضر عبارت است از و رقه که آنرا قاضی می نویسد و به مدعی علیه به ذریعه محصل (حاضرکننده) می فرستد در کتاب تنقیح حامدیه به نقل قول از بحرالرائق و بزایه تذکر یافته اگر مدعی علیه از آمدن به محکمه تمرد نورزید مزد و مصارف خواستن او بر مدعی است و اگر از آمدن خود داری می کرد مزد و مصارف خواستن او بر خود او است اینست گفته صحیح طوریکه در کتاب خانیه یاد شده است ، در کتاب نتیجه نیز به این حکم فتوی داده و آنرا به بحث قضائیه به نقل قول از مختصر الزیادات نسبت داده است .

وی گفته است :- حاصل مطلب اینکه مصارف مردم (که به محکمه احضار میشوند) ابتداءً بر مدعی است اگر مدعی علیه از آمدن

به محکمه امتناع ورزید باید مصارف خواستن خود را خودش بپردازد  
گویا این حکم به اساس استحصان است و زجراً بر مدعی علیه تحمیل  
شده است قیاس این بود که در حالات عادی و حالات تهرده مصارف بر  
مدعی باشد .

تهرده (از آمدن به محکمه سرگشی کردن) طوریکه در حاشیه  
کتاب انقرویه به نقل قول از خزانه المفتین ذکر شده عبارت است از  
اینکه مدعی علیه (در مقابل ورده احضارش) بگوید من حاضر نمی  
شوم و یا (حینیکه ورده اطلاعیه احضارش به او رسید) خاموش بماند  
و یا بگوید در فلان وقت که مرا به محکمه خواسته آمد حاضر نمی شوم  
و این تهرده به حضور قاضی به اثبات برسد حینیکه به محکمه حاضر  
شد قاضی او را مطابق حالش تعزیر (سرزنش) کند و مصارف خواستن  
نیز بر ذمه او است ، اگر قاضی از احضار مدعی علیه عاجز شد از  
یاوران والی (قوه اجرائیه و پولیس) کمک بخواهد ، ردالمحتار اگر خود  
داری مدعی علیه از حضور به محکمه به سبب عذری بود مانند مریضی  
و یا روی پوشی زن ، قاضی او را جبراً احضار نکند درین حال خود  
قاضی و یا نائب او اگر به گرفتن نائب ماذون بود به محلی که مدعی  
علیه حاضر است برود و دعوی را در آنجا فیصله کند .

در کتاب انقرویه تذکره بر هیچکسی لازم نیست کسی دیگر  
را به محکمه حاضر بسازد مثلاً بر شوهر لازم نیست زن خود را برای  
دوران دعوی به محکمه حاضر بسازد و نه هم او را از رفتن به محکمه باز  
دارد مگر در چهار مسئله ذیل (که بر این اشخاص لازم است نفری را  
که به ایشان تعلق دارد به محکمه حاضر سازند) اول کسیکه از جای  
دیگری کفیل بالنفس است (تعهد کرده که او را شخصاً به محکمه حاضر  
می سازد) در وقتیکه قدرت احضار او را داشت .

دوم - پدر اگر کسی را به احضار بچه خویش ضامن ساخته  
بود و ضامن بچه را از پدر طلب کرد پدر باید بچه را به محکمه احضار  
کند زیرا بچه تحت سرپرستی پدر می باشد طوریکه در کتاب  
جامع الفصولین تذکره بر این است .

سوم - اگر بهره داران توقیف گاه کسی را که از دادن قرض خود  
داری کرده به توقیف گاه برده بودند وقتی قرض خواها را ایشان خواست  
که او را به محکمه حاضر کنند باید اینکار را بکنند طوریکه در قنیه ذکر  
شده است .

چهارم :- اینکه اگر پدرمهر دختر خود را از داماد خواست . داماد داد عا کرد که من با او هم خوابه شده ام (جماع کرده ام) و از پدرش خواست او را به محکمه حاضر سازد اگر زن از آن ز نانی بود که برای رفع حواجیح خود به بیرون میرفت قاضی امر کند که پدر دختر خود را به محکمه حاضر کند ، همچنین است اگر دامادش بردختر او ادعای دیگری داشت . اما اگر دختر برای حواجیح شخصی خود بیرون نمی شد قاضی یکی از معتمدین محکمه را به خانه پیش او بفرستد و او را به محکمه احضار نکند .

### ماده ۱۸۳۴ :

اگر مدعی علیه از آمدن به محکمه و هم از فرستادن و کیل خویش به آنجا خودداری کرد و احضارش میسر نشد به محکمه خواسته شود . باین ترتیب که تاسه بار ورقه اطلاعیه مخصوص به او فرستاده شود و از او خواسته شود که به محکمه حاضر گردد . این اطلاعیه در وقت های مختلف به او فرستاده شود . اگر باز هم حاضر نشد به او تفهیم شود نه اگر نیاید و و کیل خود را نفرستد محکمه از جای او و کیلی تعیین میکند و دعوی مدعی را می شنود و به همین ترتیب اگر باز هم حاضر نشد و و کیل خود را هم نفرستاد قاضی از جای مدعی علیه و کیلی تعیین کند تا حقوق او را حفظ نماید و دعوی و شهادت شهود را به حضور آن و کیل بشنود بعد از تدقیق اگر برای قاضی ثابت شد که این دعوی واقعه شهود بحقیقت پیوسته است و حق ثابت گردید باسناد آن حکم صادر کند .

در بیان فوق تذکار یافت که :

اگر مدعی علیه از آمدن و از فرستادن و کیل به محکمه خودداری کرد و احضار او میسر نشد (به این که خصم از چشم مردم خود را پنهان کرده بود .

وی افزود .

(به محکمه خواسته شود باین ترتیب که تاسه بار ورقه اطلاعیه

مخصوص به او فرستاده شود و از او خواسته شود که به محکمه حاضر گردد.)

این کار به اصطلاح فقها بنام طلب اعداء (به کسر همزه) یاد شده یعنی مدعی از قاضی خواسته است که بر خصم خویش تعرض کند و او را به مجلس قضا احضار نماید.

قاضی به بیند که مدعی علیه در شهر است و یاد خارج شهر و نزدیک شهر میباشد به این ترتیب که اگر صبح به او ل وقت از خانه بیرون شود و به محکمه بیاید و خصم خود را جوابگوئی کند شام بتواند به خانه خود برگردد درین حال قاضی به مجرد دعوی مدعی علیه را بخواهد مگر آنکه خصم مریض و یا رویگیر باشد که درین صورت خود قاضی و یا نائب او اگر بگیرتن نائب ما ذون بود طوریکه قبلا تذکر یافت به جائیکه مدعی علیه است میروند و در آنجا دعوی را فیصله می کنند و اگر اجازه به نائب گرفتن نداشت و خودش هم نرفت یکی از معتمدین محکمه را که به فقه وارد باشد با دوق نفر شاهد عادل به جای او میفرستند تا جریان را بحضور قاضی شهادت بدهند دو نفر شاهدیکه تعیین میشوند با ید آن مریض یا زن را بشناسند . شخص معتمد از مدعی علیه می پرسد اگر اقرار کرد دو نفر شاهد بر او گرفته میشود و او موظف ساخته میشود که وکیل تعیین کند تا در محضر قضا به حضور وکیلش آن شهود اقامه شهادت کنند و قاضی با اساس شهادت حکم خود را صادر کند و اگر مدعی علیه انکار ورزید همان شخص برای مدعی بگوید آیا تو بر این ادعای خود شاهد داری اگر گفت بلی شاهد دارم مدعی علیه موظف ساخته شود که از جای خود وکیل تعیین کند که با خصم او به مجلس قضا حاضر شود تا بحضور وکیل و مدعی قاضی شهادت شهود را بشنود اگر مدعی گفت من شاهد ندارم همان شخص معتمد مدعی علیه را قسم دهد اگر قسم یاد کرد دو نفر شاهد به حضور قاضی ادای شهادت کنند ، براینکه مدعی علیه قسم یاد کرده است و قاضی مدعی را از دعوی تاوقت یافتن شهودیکه بر دعویش ادای شهادت کنند باز دارد و اگر مدعی علیه از قسم سه بار نگوید آورد هما معتمد قاضی او را موظف بسازد که از جای خود وکیل بگیرد تا با خصم او به مجلس قضا حاضر شود و هم به نکولش شاهد بگیرد تا به محضر قضا شاهد ها ادای شهادت کنند و به اساس نکول قاضی حکم خود را صادر کند، این در صورتی است که مدعی علیه در شهر و یاد خارج شهر ولی نزدیک آن باشد اگر مدعی علیه از شهر دور بود قاضی او را در وهله



اول نخواهد بلکه از مدعی مظا بق بدعویش طلب اقامه شهادت کند ، این شهادت برای صدور حکم نیست بلکه برای اینست که قاضی به اثر آن مدعی علیه را احضار کند . شهادت اشخاص مستور الحال نیز درین مورد کافی است ، اگر مدعی بر ادعای خویش اقامه شهادت نمود قاضی امر دهد که خصمش احضار گردد وقتی که خصمش حاضر شد از مدعی بخواید شهادت مذکور اعاده شود اگر شهادت اعاده شد و شهود تزکیه شدند به اساس آن شهادت بر مدعی علیه حکم صادر کند .

هستند کسانی از علماء که گفته اند قاضی مدعی را قسم دهد اگر نکول آورد او را از مجلس خود بیرون کند و اگر قسم یاد کرد خصمش احضار گردد و قول اول صحیح تر است .

اگر قاضی کسی را به سوی مدعی علیه فرستاده تا او را به محکمه حاضر کند شخصیکه ر فته بود مدعی علیه را نیافت درین حال مدعی به قاضی عرض کرد که مدعی علیه به خانه خود خود را پنهان کرده و از قاضی خواست در واژه خانه اش مسدود شود و مهر گردد قاضی مدعی را به اقامه شهادت بر اینکه مدعی علیه به خانه است و خود را پنهان کرده مکلف بسازد اگر این مطلب را بشهادت شهود اثبات کرد قاضی از شهود بپرسد اگر شهود شهادت دادند بر اینکه مدعی علیه را امروز یادیروز و یادیر عرصه سه روز به خانه اش دیدیم قاضی این خوا هس مدعی را بپذیرد و دروازه خانه اش را میخ کوب کرده مهر نماید و راه های فوقانی و تحتانی را نیز بر او ببندد و خانه را بر او زندان سازد تا مجبور گردیده و چاره بر او حصر شود و بمحکمه آید اما اگر شهود او را بیشتر ازین مدت دیده بودند این شهادت شان پذیرفته نشود .

در کتاب خانیه قسمت دعوی و بیعت تحت عنوان ( آنچه بر قاضی لازم است و آنچه برای او شایسته است که انجام دهد و آنچه برای او سزاوار نیست که انجام دهد ) تذکری افتد زیرا مدعی علیه و قتی که مدت زیاد شد غایب میشود و این مدت به سه روز اندازه شده بعد از اینکه دروازه خانه مدعی علیه مهر و میخکوب شد و چون روزی گذشت اگر مدعی گفت مدعی علیه به خانه خود نشسته و بیرون نمی شود و کیلی از جانب مدعی علیه بگیری و شهادت شهود را علیه او بشنود به نظر من این مال همین ماده است زیرا امام ابو یوسف میگوید قاضی شخصی را به در واژه خانه مدعی بادو نفر شاهد بفرستد که آن شخص را سه روز و هر روز سه بار به آواز بلند بگوید ای فلانی

بچه فلانی! قاضی به تو ابلاغ میکند که با خصم خود فلانی بچه فلانی به محکمه حاضر شو ورنه از جای تو وکیل تعیین می کنم و شهادت شهود را علیه تو بحضور وکیل می پذیرم وقتی فرستاده قاضی این کار را کردو با این هم مدعی علیه حاضر نشد قاضی به جای مدعی علیه وکیل تعیین کند و شهادت شهود را علیه او به حضور همان وکیل بشنود وهم به حضور وکیل حکم خویش را صادر نماید الی آخره از هندیه بااختصار .

نوت : ابلاغ به این کیفیت در زمانه سابق بوده است اما در عصر حاضر ابلاغ بو سیله مکاتبه صورت می گیرد و مانعی نیست اگر سه روز بیایی این مکتوبها فرستاده نشود یا هر چند روز بعد یا در هر دو روز و یا در هر سه روز این ابلاغیه ها برای یاد دهانی فرستاده شود مجله روایتی را که از ابو یوسف (رح) نقل شده پیروی کرده و فرستادن و رقه اطلاعیه را به سه روز مقید داشته آیا این به قسم حتمی است یا به روی احتیاط است و یا به طور اولویت؟ وقتی دقت می کنیم می بینیم شریعت تکرار را به سه بار برای رفع معاذیر و بروی احتیاط جواز داده و نه بروی حتمیت و وجوب . بطور مثال سه بار قسم را به منکر عرض کردن و مرتد را سه شبانه روز مهلت دادن و همانند های این و مسئله ابلاغ احضاریه قاضی رانیز از همین قبیل می بینیم چنانچه اگر بعد از یکبار ابلاغ برای مدعی هم به صدور حکم مبادرت شود کافی است بلکه در عصر حاضر که مردم متمرد (کسانی که حقوق دیگران را به تعویق می اندازند) بسیا رند ابلاغ یکبارگی به حق نزدیک تر است و درین مورد فرمان دو لسی نیز درین او آخر صادر شده و در محاکم (سوریه) به همین ترتیب رفتار میشود .

فاضل محترم افندی که ازین بیان خانیه تحت عنوان (آن احکام دجتهد نیه که مورد حکم قرار میگیرد) در ابلاغ اطلاعیه قاضی اکتفا به کمتر از سه بار را گمان کرده به خطا رفته است و اینست اصل عبارتی که آن را در شرح خویش ترجمه کرده است (اگر شخصی بر غایبی بهالی ادعا کرد محمد (رح) در باره گمشده می گویند قاضی نمی تواند و کیلی از غایب تعیین کند اگر رای قاضی بر این شد که شهادت شهود را بر غایب بشنود بدون اینکه خود خصم و یا وکیل او حاضر باشد و بر او حکم صادر کند در باره نفاذ حکمش بر غایب دو روایت موجود است شمس الایمه سرخسی و شیخ امام معروف به خواهر زاده می گویند

حکمش نافذ است و مشایخ دیگر میگویند حکمش نافذ نیست (عبارتی که حیدر افندی ذکر کرده طوری که مشاهده شد برای ترجیح نفاذ حکم بر غایب است نه برای بیان اکتفاء به ابلاغ اطلاعیه به کمتر از سه بار لذا طوریکه عبارت مذکور در مورد اکتفا به کمتر از سه بار در ابلاغ اطلاعیه قضایی واضح نیست اصلابرای این مقصد نیز افاده نشده است .

صاحب مجله الاحکام گفته است:

(اگر از آمدن باز هم خود داری کرد باو ابلاغ شود که از جای او وکیل تهمین میشود و دعوی و شهادت شهود را به حضور همان وکیل می شنود و بعد از تدقیق اگر ثابت شد که دعوی و شهادت حق است به اساس آن حکم صادر شود) و جزاین برای وکیل مجالی نیست زیرا او برای احقاق حقوق موکلش به وکالت تعیین شده و این از ضروریات او است و هم او از طرف شرع وکیل مدعی علیه تعیین شده نه از طرف خود او لذا جز انکار وظیفه ندارد تا بر آن شهادت شهود اقامه گردد اگر دعوی مدعی را اینطور دفع کرد که مال مورد دعوی را غایب پرداخته است و یا مدعی برای او ابراء داده است و در جستجوی اثبات و یا به صدد قسم دادن مدعی برآمد این دعا و بیس شنیده نمی شود و هم اقرارش مدار اعتبار نیست لذا خاص انکارش مورد نظر است، اگر وکیل در باره طلب مذکور هیچ اطلاعی هم نداشت که آیا غایب قرضدار است یا بری الذمه می باشد نیز انکار و رد بدلیل اینکه برائت ذمه حالت اصلی است طوریکه در ماده (۸) نیز تذکر یافته است بعد از آنکه مدعی دعوی خویش را به اساس شهادت شهود دیکه سرا و علنا تزکیه شده اند به اثبات رسانید و حکم محکمه علیه غایب صادر شد و قتیکه غایب بمحکمه حاضر شد می تواند شهود را مورد طعن قرار دهد به اینکه شهود برای جلب منفعت شخصی خود و یا برای دفع ضرر مدعی شهادت داده اند و یا دعوی مدعی را دفع کند باینتر تیب که طلبش را رسانیده ام و یا اینکه برای من ابراء داده است اگر این دفع را قضایی مقبول یافت بمقتضای آن عمل کند و اگر مدعی علیه از اثبات آن عاجز شد و یا گفت بر این ادعاء خود شاهد ندارم و مدعی را قسم میدهم و می خواهم علیه او حکم معلق صادر شود بنابر مذهب امام ابو حنیفه این خواهش او پذیرفته نمیشود. ماده ایکه ما الان به صدد (شرح آن می باشیم) نیز به این مطلب اشاره کرده است زیرا حکم معلق بر قسم یکی از اسباب

حکم محسوب نشده چه) اسباب حکم چهار چیز یاد شده یکی شهادت شهود دیگری اقرار دیگری قسم و دیگر نکول و نظر به این گفته ماده مذکور (و دعوی و شهادت شهود را بشنود) حکم غیابی مذکور مدار اعتبار شناخته نشده اما برای تسهیل و مصالح امور مردم و نظر به خصوصیات عصر حاضر طی فرمان دولتی (درسوریه) به اساس تعلیمات شرعی بقضات ابلاغ شده که عمل یکی از دو قول شافعی (رح) مورد تطبیق قرار گیرد این قول شافعی (رح) عبارت است از صدور حکم بر غایب بدون تعیین وکیل مسخر معلق بر قسم بعد از اینکه استنظها را ( برای غلبه حق) قسم یاد کرد اگر چه شاهد هم نداشته باشد .

### ماده ۱۸۳۵ :

وقتی که حکم غیابی طوریکه توضیح بعمل آمده است صادر شد قاضی آنرا بمدعی علیه ابلاغ کند و این واضح است .

### ماده ۱۸۳۶ :

وقتی که محکوم علیه در حکم غیابی به محکمه حاضر شد و به آن طور دعوی تشبث کرد که صلاحیت دفع دعوی مدعی را داشت دعویش شنیده شود و طوری تفصیل شود که موجب دفع باشد و اگر بدعوی دفع متشبث نشد و یا به آنطور دعوی متشبث شد که صلاحیت دفع را نداشت حکمیکه غیابا صادر شده نفاذ داده میشود .

### ماده ۱۸۳۷ :

آندعوی که به آن موافق به اصول شرعی حکم صادر شد و حکم آن اعلام شد یعنی در صورت فیصله اسباب و شروط حکم موجود بود تجدید نظر بر آن و شنیدن آن بار دیگر جواز ندارد .

برای دوباره نشینیدن دعوی و تجدید نظر نکردن آن دو قید را ذکر کرده است یکی آنکه در آن مورد حکم صادر شده و حکم مذکور اعلام شده باشد دیگری آنکه با اصول مشروعه آن موافق باشد، به طور مثال: محمود بر احمد ادعا میکند که این خانه که به تصرف تست از من است و از آوردن شاهد عاجز گردیده ادعای قسم دادن مدعی علیه را نمود و مدعی علیه نکول او و در دین حال قاضی بر مدعی علیه حکم صادر کرد بعد از صدور حکم مدعی علیه به محکمه آمد و گفت: این خانه را که درباره آن علیه من حکم صادر شده من خریدم بودم و تار یخ خریداری را به قبل از نکول وصول و حکم نسبت داد این دعوی همان دعوی اولی است شکل آن نیز تغییر نخورده شخصیت های طرفین دعوی نیز عین همان شخصیت ها است و درین باره به اساس نکول حکم صادر شده لذا این دعوی دوباره شنیده نمی شود زیرا مشغول شدن به چنین دعوی جز ضیاع وقت اثری ندارد.

با توضیحی که گذشت قید اول عبارت است از (آن دعوی که حکمی در باره آن صادر شد). از نشینیدن چنین دعوی محکمه را باز می دارد اما اگر مدعی علیه به دفع مقبولی اقدام ورزید که در دعوی اول از آن تذکر بعمل نیامده بود دعوی اعاده گردیده و آن دفع شنیده میشود خواه قبل از صدور حکم این کار شده باشد و خواه بعد از آن طوریکه در ماده (۱۸۴۰) تذکر خواهد یافت.

همچنین اگر حکم از طرف محکمه تمیز شرعی منتقض شد وقتیکه محکوم علیه تمیز طلب شده بود اگر محکوم علیه گفت این مال را بعد از صدور حکم قضائی خریدم این دعوی شنیده شود زیرا این یک دعوی جدید است.

اما اگر بعد از نکول و قبل از صدور حکم گفت من قسم می خورم درین حال مانعی به بازگشت او از نکول وجود ندارد زیرا هنوز دعوی به صدور حکم ختم نشده است. اگر به اساس یک نفر شاهد و قسم و یا به حلال بودن نکاح زنی که او را شوهرش سه طلاق داده به مجرد نکاح به دیگری پیش از آنکه شوهر دومی با او جماع کرده باشد حکم صادر کرد چون حکم اول با آیه مبارکه که ترجمه اش اینست (دو نفر از مردهای خویش را شاهد بگیرند) و حکم مردم با حدیث عسیله مشهور مخالفت دارد بر قاضی لازم است که از چنین حکمی صرف نظر کرده به حکم صحیح باز گردد لذا قید دوم که در آن یاد شده (حکم با

اصول شرعی باید موافق باشد) برای جلوگیری از صدور چنین حکمی توضیح شده است.

باید تذکر یابد که مجرد حکم اعتبار دارد خواه در آن ابلاغ حکم تحریر شود و یا نشود و طوریکه بعد از ابلاغ حکم دعوی محكوم علیه در همان مورد شنیده نمیشود دعوی کسیکه ملکیت همان مال مورد دعوی را از محكوم علیه بدست آورده باشد نیز شنیده نمی شود به این دلیل: اگر محمود لباس را از احمد و احمد از سعید و سعید از مسعود خریداری کرد حامد بر مسعود دعوی کرد که این لباس از منست محمود منکر شد و گفت این ملك منست زیرا آن را از سعید خریده ام و سعید آن را از احمد و احمد از محمود خریده است حامد ادعای خود را به شهادت شهود اثبات کرد این حکم بر فروشنده و فروشنده فروشنده الی آخره سرایت می کند اگر یکی از این فروشنده ها آمد و ادعا کرد که این ملك او است این دعوی شنیده نمی شود و مدعی اولی (حامد) در مقابل ادعای این شخص به اعاده شهادت شهود دنیازی ندارد زیرا يك دعوی دوبا شنیده نمی شود این عدم سمع دعوی فروشنده های مال مورد دعوی در صورتی است که خریدار آخری در محکمه این طلب را در دعوی خویش بگوید که من این مال را از فلانی و فلانی از فلانی و فلانی از فلانی خریده است اما اگر به صورت مطلق مدعی علیه بگوید این مال ملك منست درین حال فروشنده محكوم علیه واقع نگردیده و ازین رو دعوی شنیده میشود خواه دعوی ملکیت را بکند و خواه دعوی ارث را و خواه دعوی خریداری را (تنویر و تفصیل این موضوع نیز در آن کتاب است به آن مراجعه شود)،

در کتاب بزایه بحث قضای تحت عنوان (مقام علمی قاضی) می نویسد: وقتیکه مورث در يك ملك محدودی محكوم علیه واقع شد بعد از آن وارثش ادعا کرد اگر ادعای ارث کرد ادعایش شنیده نمی شود و اگر به صورت مطلق ادعا کرد دعوی شنیده میشود و اگر برعکس مدعی مورث بود و کسیکه حکم بر او واقع شده بیگانه بود و قتیکه مورث فوت شد، محكوم علیه همان محدودها وارثش ادعا کرد این دعوی شنیده نمیشود.

اگر کسیکه مال از تصرفش بیرون است ادعا نمود آن مال از پدرش برای او به ارث مانده و متصرف مال گفت آن مال از او است شخصی که مال از تصرفش بیرون است اقامه شهادت کرد، و به حکم محکمه مال به

او تعلق گرفت بعد از آن برادر محکوم علیه ادعا کرد که این مال برای او از پدرش که پدر شخصی محکوم علیه نیز هست به ارث مانده است و بر این دعوی خویش شاهد آورد نیمه آن مال برای مدعی داده میشود این از سببی است که محکوم علیه اولی دعوی میراث را نکرده است لذا حکم علیه او به خودش محصور مانده است .

حاصل مطلب اینست که دعوی بعد از صدور فیصله دوباره شنیده نمی شود مگر در وقتیکه شکل آن تغییر خورد باین ترتیب که بران دعوی زیاد شود که در سابق نبوده است طوریکه این مطلب در ماده (۱۶۳۱) تذکر یافته است و در ماده (۱۸۴۰) به آن تماس خواهیم گرفت . و یا اینکه خصم تبدیل شده باشد بطور مثال شخصی دعوی استحقاق یک مالی را میکند قاضی حکم می کند که مال از خریدار گرفته شود و به مدعی مذکور سپرده شود و مال هم به او سپرده میشود، بعد از آن شخصی دیگری دعوی استحقاق میکند که از فروشنده مال مذکور نبوده است دعوی او بر شخصی که سابق دعوی استحقاق را کرده شنیده میشود زیرا حکم به این شخصیکه جدیداً دعوی استحقاق را کرده سزاوارت نکرده است بدلیل اینکه این مدعی از فروشنده مال مذکور نیست .

اینکه یک دعوی به عین شرایط بیشتر از یک بار شنیده نمی شود دلیلش اینست که شنیدن دو باره دعوی به عین شرایط و خصوصیات ، باصیانت حکم محکمه منافات دارد در حالیکه حکم قاضی باید از بطلان محفوظ باشد حتی خود قاضی هم نمی تواند حکم خود را باطل گرداند .

در کتاب هندیه باب دهم احکام قطعی تصریح شده اگر یک قاضی بعد از اینکه در موردی حکم قضا نسی خویش را صادر کرده بود گفت من از حکم خویش رجوع کردم و یا برای من ظاهر شد که حکم من صحیح نبوده و یا به نظر من حکمی که نموده ام صحیح نبوده و حکم دیگری صحیح است و یا قاضی گفت من حکم سابق خویش را باطل کردم و یا گفت بر ساخته کاری شهود اطلاع یا فتم و خواست حکم خویش را باطل کند این گفته هایش اعتبار ندارد و حکم در صورتیکه بعد از دعوی صحیح و شهادت به حق صورت گرفته باشد و شهود هم ظاهر عادل باشند به همان حال خویش نفاذ دارد اما اگر این ابطال حکم به اثر اقرار شهود یا شخصیکه حکم به مفادش صادر شده صورت گرفت حکم قضائی باطل میشود زیرا در کتاب هندیه به نقل قول از فتاوی



نسفی تذکریافته: غلامی ادعای آزادی خویش را کرد قاضی به اساسی شهادت شهودی که غلام اقامه کرده آزادی او حکم صادر کرد بعد از آن همان غلام گفت من دروغ گفته بودم من غلام این شخصم آیا حکم به آزادی باطل شود؟ در هیچ یک از کتب درین موضوع توضیحی صورت نگرفته است در کتاب مذکور گفته شده مناسب اینست که حکم قضائی باطل نشود.

اما اگر شخصی بر دیگری ادعای مالی را کرد و قاضی بداد ن مال برای مدعی به اساس شهادت شهود حکم صادر کرد بعد از آن مدعی گفت من در آنچه ادعا کردم دروغگوی هستم حکم قضائی باطل میشود ولی اگر مدعی بعد از صدور حکم گفت مال مورد دعوی ملك من نیست درین حال حکم قضائی باطل نمی شود، زیرا اینکه گفته ملك من نیست حال را در برمی گیرد و وقتی ملکیت مدعی در حال منتفی شد لازم ندارد که اصلا ملکیت او منتفی شده باشد، اما اگر گفت ملك من نبوده حکم قضائی باطل میشود.

اگر شخصی که ملك به اثر حکم قاضی باو تعلق گرفته گفت آن مالی که به اثر حکم قضائی بمن متعلق شده بر من حرام است و یا کسی را امر کرد آن ملك را از کسیکه حکم قضائی علیه او صادر شده براهش خریداری کند اینکارش حکم قضائی را باطل می سازد در کتاب تنا خانیه نیز چنین تذکر یافته است.

اگر شخصیکه شهادت به مفاد او اقامه شده بعد از اینکه حکم در باره اش صادر شد شهادت را فاسق و یا دروغگوی خواند طور ی که در کتابهای اصل و جامع الفصولین باین اشاره شده است حکم باطل میشود و لی قاضی اما مابو علی نسفی میگفت: شخصی که شهادت به مفاد او اقامه شده اگر شهود را به فسق نسبت داد حکم قضائی باطل نمی شود بعضی از علمای ما گمان برده اند که نظر امام نسفی با اشاراتی که در کتاب جامع الفصولین به عمل آمده مخالف است ولی چنین نیست زیرا چیزیکه در جامع الفصولین تذکر یافته نسبت دادن به آنطور فسقی است که شخصی را که برای او شهادت اقامه شده تکذیب کند البته در چنین حالی بطلان حکم را ایجاب می کند طوری که از جواز حکم جلو گیری می نماید و آنچه را قاضی امام گفته نفس نسبت دادن به فسق است مثل اینکه بگوید شاهد ها زناکار و شراب خوار اند نه نسبت به آن طور فسقی که موجب تکذیب آن شخصی شود

که شهادت برای او صورت گرفته است و نسبت فسق دادن شهود به ذات خود مانع حکم قضائی نیست طوری که حکم قضائی را باطل نمی سازد، این بحث در کتاب هندیه به تفصیل تذکر یافته است .

ماده: ۱۸۳۸ :

اگر آن شخصیکه حکم علیه او صادر شده ادعا کرد که آن حکمی که در باره مدعی صادر شده با اصول شرعی موافق نیست وجهاتی را که از آن جهات حکم با اصول شرعی موافق نیست نیز توضیح کرد و خواهش کرد دعویش استیناف شود حکم مذکور مورد تحقیق قرار گیرد اگر با اصول شرعی موافق بود تأیید شود و اگر نبود استیناف شود .

در بیان فوق تذکر یافت .

(اگر شخصیکه حکم علیه او صادر شده ادعا کرد که آن حکمی

که در باره مدعی صادر شده با اصول شرعی موافق نیست ) .

او لا باید ملتفت بود که اگر قاضی مقلد (پیرو مذهبی) بود و پادشاه او را موظف کرد مطابق به اجتهاد یکی از علمای مجتهد مثلا امام ابو حنیفه حکم صادر کند قاضی موظف است که مطابق به آن مذهب حکم صادر کند و صلاحیت اثر ندارد از آن مذهب مخالفت ورزد لذا در باره صدور فیصله مطابق به اجتهاد دیگری معزول

شمرده میشود (هندیه به نقل قول از فتح القدير) .

و چون همه قضاوت عصر حاضر موظف اند مطابق به صحیح ترین اقوال مذهب امام ابو حنیفه حکم کنند لذا وقتیکه در يك حادثه بحضور قاضی محاکمه صورت گرفت و حکم قضائی صادر شد و شخصیکه حکم به ضرر او صادر شده استیناف محاکمه را در خواست نمود بر حکم مذکور غور شود که آیا با اساسات شرعی مذهبی که در آن محکمه مدان حکم است موافق می باشد یا نه ؟

اگر قاضی بدرجه اجتهاد رسیده بود و مطابق برای خود

در آن مورد فیصله صادر کرد و قاضی دیگری بعد از او در آن محکمه وظیفه دار امور قضائی گردید که او نیز بدرجه اجتهاد رسیده بود ،

حکم قاضی اول به او پیش شد دیده شود اگر حکم در آن مورد به اساس رای یکی از چهار مجتهد بزرگوار صادر شده بود آنرا تأیید کند خواه به رای واجتهدا او موافق باشد و خواه مخالف زیرا هر يك از این دو قاضی نظر خود را مقرون به صواب میدانند و رای رفیق خود را بر عکس یعنی به خطا حمل میکند لذا هیچیک از این دو اجتهاد از آن دیگر بر تری ندارد و رای او لی ترجیح دارد به نسبت اینکه فیصله محکمه به اساس آن رای صادر شده لذا به رای دیگری که از آن در درجه خود پایان تراست این رای اجتهادی اولی منتقض شده نمی تواند حتی اگر قاضی دوم می به ابطال حکم قاضی او لی فیصله صادر کرد و این موضوع نزد قاضی سومی رفت قاضی سومی حکم اولی را تأیید کند و حکم دومی را منتقض گرداند زیرا حکم قاضی اولی در محل اجتهاد واقع شده و حکم در يك مسئله که مجتهد فیه باشد (یکی از چهار مجتهد بزرگوار به آن رای داده باشند) به اساس اجماع علمای اسلام نافذ است لذا حکم قاضی دومی مخالف اجماع صورت گرفته است از این رو حکم دومی باطل است (زیلعی و چلبی به نقل قول از محیط) در کتابهای تئویر و کنز و هدایه و غیره تذکر یافته که آن احکامی که در آن اجتهادی صورت گرفته بود و لی مخالف افاده صریح قرآن مجید و یا سنت مشهور نبوی یا اجماع علمای اسلام بود از این حکم مستثنی است (اگر چنین حکمی به قاضی دیگری رسید باید آنرا منتقض بسازد)

زیلعی علاوه میکند: در بیان فوق تذکر یافته (اگر مخالف سنت مشهور بود) یعنی اگر مخالف حدیث غریب بود استثنی نمیشود. مراد به افاده صریح قرآن مجید آن افاده است که در تاویل آن علماء سلف راه اختلاف رانه پیموده باشند.

به طور مثال درین آیه مبارکه (ولانکحو مانکح اباء کم من النساء) نکاح نکنید آن زنیهای را که پدر های شما نکاح کردند درین باره علماء متقدم همه متفقند که آن زنیکه پدر شخص او را به نکاح گرفت یا به حیث يك کنیز از او بهره برداری جنسی کرد و یا به صورت غیر مشروع از او بهره برداری جنسی کرد این قسم زنها برای بچه آن پدر حرام است.

اگر یکی از قضات به صحت نکاح آن زنیکه شخصی با او بیکی از این طریقها رابطه جنسی داشته برای بچه او حکم گرد این موضوع نزد قاضی دیگری رفت قاضی دومی این حکم را منتقض بسازد زیرا در

موردی که نص صریحی موجود باشد برای اجتهاد مجالی نیست  
طوریکه در ماده (۱۴) تذکر یافته است .

مثال حکم برخلاف سنت مشهور اینست که شخصی زن خود را به  
سه طلاق، طلاق می دهد نزد قاضی میرود و می گوید میخواهم  
به همان زن که او را طلاق داده ام تجدید نکاح کنم و به آن زن مرد  
دیگری بعد از طلاق من نکاح کرده است ، قاضی نکاح آن مرد را با آن  
زن به حکم قضائی تثبیت می کند چنان حکمی نافذ نیست زیرا در حدیث  
عسیله صریحا تذکر یافته ( نکاح آن زن طلاق شده به سه طلاق با آن  
مرد طلاق دهنده جایز نیست تا وقتیکه مرد دیگری با آن زن نکاح  
نکند و زن از شیرینی مرد نچشند و مرد از شیرینی زن) (مرد دومی با آن  
زن جماع نکند .)

مثال عدم جواز حکم قضائی وقتیکه با اجماع علمای اسلام مخالف  
باشد حکم به حلال بودن نکاح متعه است (۱) .

همچنین فروختن ام ولد (کنیزی که با دارش از او بهره برداری جنسی  
می کند و از با دار خود صاحب فرزندی می شود) اگر قاضی حکم بفروش  
چنین کنیزی صادر کرد و حکمش نزد قاضی دیگری رفت این حکم  
منتقض نشود زیرا علمای تا بعین و علمای که بعد از  
ایشان بودند بعدم جواز فروش چنین کنیزی اجماع کرده اند ، به  
اساس مذهب امام محمد (رح) این مطلب واضح است زیرا ایشان  
براین اند که اجماع علمای متاخر اختلاف علمای متقدم را از بین می  
برد و امام ابو حنیفه و امام ابو یوسف (رح) هر چند به این نظر  
موافق نیستند که اجماع علمای متاخر اختلاف متقدمین را از بین  
می برد اما به مذهب ایشان نیز فروش چنین کنیزی جواز ندارد به  
دلیل اینکه در کتاب ردالمحتا و تذکر یافته ، قاضی ابو زید در کتاب  
تقویم خویش این مطلب را توضیح کرده که امام محمد (رح) از ابو حنیفه

---

(۱) قبلا نیز درین موضوع توضیحی به عمل آمد ، نکاح متعه  
یا نکاح موقت آنست که زن و شوهر برای مدت معینی مثلا یک هفته یا  
روز یک ساعت یک سال و غیره یک دیگر را به نکاح می گیرند این  
نکاح در اول اسلام جواز داشت اما بعدا به حدیث نبوی ممنوع شد و  
اجماع اصحاب بزرگوار نیز بر ممنوعیت آن صادر شده است .  
(مترجم)

و ابو یوسف (رح) روایت کرده اند که حکم به فروش چنین کنیزی جواز ندارد و زیلعی به نقل قول ا شمس الایمه تذکر داده که اختلاف متقدم به اجماع متاخر بدون خلاف مر تفع میشود بنابر این حکم قاضی در موردیکه تذکر یافت به اساس نظر امام ابوحنیفه و امام ابو یوسف (رح) باین دلیل نافذ است که این قسم يك اجماع که متقدمین در مورد حکم اجماع شده اختلاف داشته با سند ضعیف است لذا حکم قاضی در ین مورد نافذ است اما حکم برخلاف آن اجماعی که اکثر علما و بلکه شخصیت های بزرگ علمی در آن مو و د اتفاق دارند صحیح نیست زیرا در مقابل نظر جمعیت بزرگ علماء گفته بعضی شان اعتبار ندارد.

در کتاب فتح القدر تذکر یافته که برای جوا ز اجتهاد حکم مذکور مور داعبا ر نیست مقصد ما از بیان مذکور این نیست که برای انعقاد اجماع حکم مذکور مدار اعتبار نیست زیرا فرق است بین اجماع که یکی از ارکان چهارگانه فقه اسلامی است و اجتهاد که به اساس رای یکی دو نفر از علمای اسلام در مسئله که با نظر اکثر علمای پیشین مخالف است صو رت می گیرد در ینجا تذکر داده است مراد به بعضی کمتر از نصف یا کمتر از کل نیست بلکه یکی دو نفر مراد است و نه لازم می آید که در محل مجتهد فیه هم حکم قضائی مو رد اعتبار نباشد زیرا هیچ محل اجتهادی نیست مگر اینکه یکی از دو فر یقه که در موردی اجتهاد کرده اند از طرف دیگر کمتر اند چه، تساوی هر دو فریق در اجتهاد اصلا مو رد نظر نمی باشد، ازینست که اختلاف راهمیشمه به این طریق تمثیل کرده اند (این حکم به خلاف نظر عبدالله ابن عباس (رض) است) و غیره .

اجتهادی که عبدالله ابن عباس کرده و مخالف نظر جمهو ر اصحاب است اینست که وی (رض) فروش يك درهم (يك مثقال) نقره را بدو درهم جواز میداد این نظر اجتهادی خاص برای عبدا لله بن عباس بود و دیگر اصحاب با آن مخالفت نمودند در ینجا خلاف از يك نفر است مراد اینست که وقتی همه اهل اجماع در مسئله اتفاق کردند مخالفت يك نفر می تواند برای اجتهاد در آن مسئله زمینه را مساعد سا زد حتی درین مورد برای قاضی جوا ز ندارد به رای همین نفر بر خلاف اجماع حکم صادر کند در ینجا باید گفت خواه این اجتهاد را دیگر علماء تجویز کنند یا نه مگر شمس الایمه مطلبی را که درین موضوع صحیح دانسته اینست که اگر علمای دیگر اجتهاد این مجتهد را جواز بد هند

اجماعی باقی نمی ماند و اگر دیگران آنرا جواز دهند این موضوع محض به همین دلیل که یکی از علماء به خلاف اجماع نظری ابراز کرده مجتهد فیہ گفته نمی شود ( یعنی مجالی برای قاضی نمی ماند که مطابق به نظر یک نفر در مقابل اجماع علماء حکم صادر کند ) زیرا این خلاف است نه اختلاف .

فرق بین خلاف و اختلاف طوری که در کتاب عینی شرح هدایه تذکر یافته اینست که خلاف به آن مطلبی اطلاق میشود که طریقه/ هم مختلف باشد و مقصد هم مختلف باشد این موضوع دقیق و قابل توجه می باشد .

در کتاب فتح القدیر مطلبی تذکر یافته که خلاصه آن عرض میشود : مراد به قرآن مجید آن است که بدان اجماع شده است و یا مراد مدلول لفظ آن است در عین حالیکه منسوخ نشده باشد و تاویل آن به دلیلی که به اجماع علماء مورد قبول باشد صورت نگرفته باشد مثال اول این آیه مبارکه است حرمت علیکم امهاتکم) ترجمه بر شما گرفتن مادر های شما حرام شده است الی آخره ، اگر قاضی به حلال بودن مادر زن شخص به او حکم کرد این حکمش باطل است که نافذ نمیشود زیرا بر حرام بودن نکاح وی عماء اسلام اجماع کرده اند خواه با دخترش جماع کرده باشد و خواه محض دخترش را نکاح کرده باشد ، مثال دوم این گفته خداوند متعال است (ولا تاکلوا مما ام یذکر اسم الله علیه) ترجمه و نخورید از آن گشته شده که در وقت کشتن آن اسم خداوند بر آن ذکر نشده باشد .

لذا قاضی به حلال بودن آن حیوان کشته شده ای که قصد اسم خداوند در وقت ذبح آن ترک شده باشد حکم کرده نمی تواند و همانند های این موضوع زیاد است .

شافعی (رح) اگر چه آیه متبرکه فوق رابه آن حیوانی تاویل می کند که برای بتها در زمان جاهلیت ذبح میشد مگر حنفی ها با امام شافعی (رح) درین تاویل اختلاف دارند

این اختلاف که یکی از طرفین طرف مقابل را مسئول بگوید برای یکی از طرفین اختلاف این زمینه را میسر نمی سازد که خود را از تاویل برهاند و طرف مقابل را از اجتهاد باز دارد .

بلدی در صورتی ترجیح متصور است که یکی از طرفین ذریعه دلیلی تاویل طرف مقابل را اثبات کند ، لذا در بعضی افراد این قسم اجتهاد

صورت گرفته می‌تواند خواه در آن اجتهاد مجاز باشد و خواه نباشد .  
از اینست که حنفی‌ها نفاذ حکم را در بعضی اشیاء مانند مسئله  
مذکور ممنوع قرار داده اند و طرف مقابل (شافعی‌ها) جایز دانسته‌اند  
خلاف در نزد حنفی‌ها در حلال بودن نقل شده اگر چه بسیاری  
خلاف را تذکر نداده اند .

برای اینکه مطلب ما صحیح توضیح شده بتواند عبارتی را که  
درجرا ائراق از امام خصاص نقل قول شده درینجا ، عرض می‌کنیم  
یکی از جاهای که علمای مذهب حکم قضائی را در آن نفاذ نداده  
اند اینست که اگر قاضی به عدم سماع در دعوی که چندین سال  
از آن گذشته بود حکم صادر کرد (۱) و یادر وقتیکه شوهر ناپدید است  
و از دادن مصارف زن خویش عاجز می‌باشد بین زن و شوهر حکم به تفریق  
کرد و یادر حالیکه شخص با زنی زنا کرده بود برای پدر و یا بچه آن شخص به  
صحت نکاح با آن زن حکم کرد و یا به صحت نکاح مادر و یا دختر آن  
زنی که شخص با او زنا کرده بود حکم کرد و یا به صحت نکاح متعه حکم کرد  
و یا به سقوط مهر بدون اینکه شهادت شهود یا اقراری صورت  
بگیرد (به اساس گفته بعضی از علماء که اگر نکاح پیشتر صورت گرفت  
موجب سقوط مهر می‌گردد) حکم کرد .

یا اینکه قاضی به عدم مهلت عین (کسی که وقتی به زنی  
می‌خواهد پیش شود بر او سستی عارض شود که با زن جماع کرده  
نتواند) حکم کرد و یادر وقتی که زن بر رجوع راضی نبود به عدم صحت  
رجوع حکم کرد و یا به واقع نشدن طلاق ثلاثه بر حامله حکم کرد و یا  
به واقع نشدن طلاق ثلاثه بر آن زنیکه با او شوهرش جماع نکرده حکم کرد  
و یا به واقع نشدن طلاق در آن طهری (دیره پاکی از حیض را طهر می‌گویند)  
که شوهر با زن خود جماع کرده حکم کرد و یا به دادن نصف جهیزیه برای  
آن زنیکه شوهرش با او جماع نکرده و او را طلاق داده بعد از

(۱) بعضی از علماء گفته‌اند : وقتی شخصی دریک موضوع حقی

داشت و در همان شهریکه حقیش به اثبات میرسید حاضر بود و ادعائی در مورد  
حقیش نکرد چنین دعوی باید بعد از گذشت سه سال شنیده نشود، اگر  
قاضی به اساس نظر مذکور در چنین موردی بعدم سمع دعوی فیصله  
صادر کرد این حکمش مدار اعتبار نیست بلکه اگر مدعی حقی داشت  
باید قاضی او را به حقیش بعد ازین مدت نیز برساند چنین حکمی اگر  
به قاضی دیگری شرعا رسید و بایه آن را منتقض ساخته حق را به حق  
دار بسپارد .



تسلیم شدن مهر و جہیز حکم کردو یا بہ قبول شہادت شخص بر خط پدرش حکم کرد و یا براساس یک شہاد و قسم حکم کردو یا باساس شہادت یک مرد و دوزن در حدود و قصاص حکم صادر کرد و یا بہ اساس سندی کہ آن را در دیوان خویش یافت در حالیکہ از قضیہ و صورت محاکمہ فراموش کردہ بود حکم صادر کرد و یا بہ شہادت یک شہاد بر حجتی کہ مطالب آن را بیاد نداشت مگر خط و مهر آن حجت را می شناخت (۱) حکم کرد.

و یا بہ اساس شہادت کسی بر یک موضوعیکہ مهر کردہ ( سر بسته) بود حکم کرد بدون اینکہ برای اود وقت شہادت خواندہ شدہ باشد و یا بہ اساس شہادت یک زن بر شیر خواری بین زن و شوهر حکم بہ جدائی کرد و یا بہ اساس شہادت بیگانہ ہا برای خود حکم کرد یا قاضی بر شخصیکہ در تصرف اموال خویش زیان کار است و مستحق ممنوعیت از تصرف میباشد حکم بر ممنوعیت از تصرف کرد (۲) و یا غلامی است بین دو نفر مشترک است یکی از دو شریک در

(۱) یعنی بہ مجرد خط عمل شدہ نمی تواند لذا برای شہود جز بہ یکی از طریقہ های ذیل جواز ندارد بر قضیہ شہادت بدهند یا آنکہ شخصیکہ بر ضررش شہادت میدهند آن مکتوب را برای شان بخواند در حالیکہ دیگری آن آن مکتوب را نوشته باشد و یا مکتوب بہ حضور او خواندہ شود و او برای شہود بگوید مطلبی را کہ درین مکتوب نوشتہ شدہ بر من شہادت بدهید در تکلّمہ در جملہ روایات نادرہ از امام ابو حنیفہ چنین تذکر یافتہ ازین مسئلہ استثنائی میشود آن صورتی کہ قاضی مکتوب را بہ دست قاضی های سابقہ بہ بیند و در دفاتر ایشان ثبتی نیز داشته باشد در اسعاف نیز اشارہ کردہ است. و حکم بہ اساس چنین فیصلہ را استحسان گفته است همچنین خط های دلالہا . سیم سارہا صرافہا ازین قاعدہ مستثنی است .

(۲) در کتاب منحة الخلق بہ نقل از کتاب بحر الرائق باستناد شرح ادب القاضی تذکر یافتہ اگر قاضی شخصی را از تصرف در اموالش منع کرد کہ وی این استحقاق را داشت قاضی دیگری آمد و آن شخص را در تصرفاتش آزاد گذاشت و برای او اجازہ داد ہر چہ میخواہد بکند این آزاد گذاشتن قاضی دو می جایز است و آنچه را شخص در مال خویش تصرف کردہ قبل از آزاد گذاشتن و بعد از آن یعنی چیزی را فروخت و یا خرید و غیرہ ہمہ تصرفاتش صحیح می باشد بہ

حالیکه دست تنگ است حصه خود را از همان غلام آزاد میکند شریک دیگرش می خواهد حصه خود را ز همان غلام بفروشد و قاضی به صحیح بودن فروش این حصه غلام حکم صادر کرد و یا حیوا نیکه در وقت ذبح قصدا کشته آن بسم الله راترك کرده قاضی حکم بجواز فروش آن کرد و یابه جواز فروش ام ولد ( کنیز یکیه از بآدار خود بچه آورده است حکم کرد و یابنا به قول بعضی از علماء که می گویند زن در قودح عفو ندارد اگر قاضی به ابطال عفو زن از قود حکم کرد و یا به صحت ضمانت خلاص کردن خانه از دست مستحق

دو دلیل: یکی آنکه حکم قاضی اول حکم قاضی نبوده است زیرا در این دعوی مدعی و مدعی علیه وجود ندارد و در حکم قضائی باید طرفین دعوی موجود باشد درینجا حکم قاضی در واقع فتوائی است ، لذا برای قاضی دومی جائز است به اساس آن فتوی حکم نکرده و اجازه تصرف برای شخص مذکور بدهد دیگری، آنکه اگر حکم قاضی اولی حکم قضائی محسوب شود اصل حکم مجتهد فیه است لذا این ممنوعیت از تصرف از طرف قاضی صادر نشده بلکه متوقف است به تأیید قاضی دیگر اگر قاضی دیگر آن را تأیید کرد نافذ است و این توضیحی است که در محل مجتهد فیه صورت گرفته و بیان قاضی دومی که در محل مجتهد فیه وارد شده به منزله حکمی است که در محل مجتهد فیه وارد شده باشد و اگر در مسئله مجتهد فیه قاضی حکم صادر کرد حکمش نافذ است ، قاضی دومی حکم قاضی اولی را رد کرده نمی تواند، همچنین وقتی قاضی دو می حکم قاضی اولی را توضیح کرد قاضی سوم نمی تواند آن را منتقض سازد اما اگر قاضی دو می حکم قاضی اولی را رد کرد آن حکم باطل میشود و قاضی سومی آنرا نفاذ بخشیده نمی تواند این به آن حکم می ماند که يك قاضی خودش محدود در قذف است حکمی در يك حادثه صادر می کند زیرا این حکم صحت نمی یابد تا تأیید قاضی دومی به آن متصل نشود ، الی آخره البته روشن است که گفته مادر مورد آن قضیه است که حکم قاضی در آن باره نافذ نیست و حکم بر ممنوع بودن از تصرف طوریکه برای همه کس واضح است از همین جمله می باشد که این يك فتوائی است اما اگر قاضی دو می آنرا تأیید کند نافذ میشود .

حکم کرد (۱) و یابہ زیادت در مصارف معینہ امام از اوقاف مساجد حکم کرد و یا بنا بہ قول سعید بہ حلال بو دن نکاح آن زنی حکم کرد کہ شوہرش او را بہ سہ طلاق ، طلاق مید ہد بہ مجرد نکاح بدون اینکہ شو ہر دومی بہ آن زن جماع کردہ با شد و یابہ با اینکہ کفار مال مسلمان را کہ تحت حرز خویش آورده باشند در سر زمین خود مالک نمیشوند حکم کرد و یا بنا بہ قول عبداللہ ابن عباس بہ صحیح بودن خریداری یک درہم (یک مثقال نقرہ) بہ دودر ہم و یا بہ صحیح بودن طلاق بہ مجرد اینکہ آن را بہ خاطر خود گذشتانده باشد و یابہ قسامہ حکم کرد در وقتیکہ مال در یک محلہ تلف می شود و تلف کنندہ معلوم نیست کہ آن را قیاس بہ تلف انسان میکنند و یا حکم بہ حد قذف کرد در صور تیکہ کلمات تعریض آمیزی یک نفر برای دیگری گفتہ باشد و یا بین غلام های یک نفر کہ خودش مردہ و یکی از آنها را بصورت غیر معین آزاد کردہ بہ انداختن قرعہ حکم کرد و یا حکم بہ عدم تصرف زن در مائش بدون اجازہ شوہرش کرد زلیعی میگوید حاصل مطلب اینکہ آنچه بہ آن قاضی اول حکم کرد، ازین اچہار حالت بیرون نیست یا با دلیل شرعی یعنی بہ کتاب و سنت و اجماع موافق است در آن هیچ گفتگوئی

(۱) مقصد ازین ضمانت آنست کہ کسی خانہ را برای دیگری می فروشد و این را ہم ضمانت میکنند کہ اگر خانہ ام درکی شد (مالک دیگری برای خانہ پیدا شد) من آنرا خلاص میکنم و یا غیر از فر و شتہ مذکور کسی دیگر این چنین ضمانت می کند خواه آنرا بخرد خواه آن را بہ قسم بخشش از مالک دیگر آن بگیرد و یا بہ قسمی از قسمها اگر شخص چنین ضمانتی کرد و بعد از آن خانہ مذکور درکی شد و بہ قاضی دیگری این موضوع عرض شد کہ این ضمانت را صحیح می پنداشت و حکم کرد کہ ضامن خانہ را بہ خریدار بسپارد بعد از آن این موضوع بہ قاضی دیگری عرض شد قاضی دیگر باید این حکم قاضی سابق را باطل سازد زیرا این شرطی است کہ قبول کنندہ شرط بہ وفای آن قدرت ندارد این توضیح گفتہ امام ابو حنیفہ (رح) است و خصاف نیز آن را اختیار کردہ است اما در نزد یاران این مسئلہ و مسئلہ کہ در آن شخصی عہدہ دار میشود و یا مال درکی میشود بدون اینکہ ضمانتی در بین باشد ہمہ اینہا یکی است کہ در ہمہ این صورتها باید بر فروشنده رجوع شود این بحث در شرح ادب القضا بہ تفصیل آملہ است .

نیست و یاد رین حکم اختلاف موجود است و هر طرف از اختلاف کنندگان به دلیل شرعی استناد جسته است حکم درین جا نیز چنانست که بعد از صدور فیصله به منتقض شدن فیصله مذکور حکم نمی شود و یا اختلاف در حکم است نه در سبب حکم و نفس مسئله ، در اینجا دو روایت است به اساس يك روایت حکم قاضی نافذ نیست که خصاف این مطلب را ذکر کرده و اینست صحیح زیرا پیش از صدور حکم قضائی محل خلاف وجود ندارد و بعد از آنکه حکم صادر شد درین حال محل اختلاف و اجتهاد واضح می شود لذا حکم دیگری به کار است تا یکی از طرفین را ترجیح دهد مثال این حکم بر غایب و یا برای غایب است و قاضی شدن شخصی که محدود به قذف است و شهادت محدود به قذف بعد از توبه (محدود به قذف کسی است سببه شخص محصنی نسبت زنا را میکند و قاضی او را به دره زدن محکوم میکند و دره زده میشود) و قاضی شدن فاسق و شهادت او پیش از توبه حتی اگر بر غایب حکم کرد و یا فاسقی و یا کسیکه باثر قذف دره خورده حکم کرد صحیح اینست که حکم چنین اشخاص نافذ ندارد مگر آنکه به قاضی دیگری این حکم پیش شود و او آن را تأیید کند ، اگر قاضی دوم این حکم را تأیید کرد نافذ میشود و اگر رد کرد فسخ میشود زیرا اختلاف در خود حکم است و هنوز حکمی صورت نگیرد مگر اختلاف موجود نشده است .

باید ملتفت شد که جایز شدن اجتهاد در آن مسئله که مخالف

اجماع است شامل آن اجماعی می شود که بريك حکم از احکام شرعی به عمل آمده باشد و یا بريك تاویلی که به صورت شرعی روایت شده باشد و هم شامل آن طور حکمی می شود که علمای عصر اجتهاد مذکور را جواز نداده اند و این مانند اجتهاد ابن عباس است (رح) که فروختن يك در هم رابه دو درهم حایز شمرد این اجتهاد را اصحاب بزرگوار نپذیرفته اند بلکه روایت شده است که او از گفته خود رجوع کرده است «فتح» القدير

و اینکه در مجله تذکر یافت

(ووجه عدم موافقتش نیز بیان شده باشد الی آخره) این توضیح برای تجدید نظر بر حکم قضائی است که آن رابه استیناف تعبیر می کنیم نه برای اینکه آن فسادی را که محکوم علیه بیان نکرده به آن نظر نمیشود بلکه در وقت استیناف، حکم بوجوه مطلق فساد فسخ میشود خواه آن فساد را محکوم علیه ذکر کرده باشد و خواه ذکر نکرده باشد طوری که

اگر محکوم علیه اعتراضات غیر وارده را بر حکم قاضی ابراز کرد به آن التفات نمی شود (ورنه) یعنی اگر (حکم) موافق با اصول شرعی نبود (استیناف میشود) یعنی محاکمه از اول خود برای بار دوم در همان محکمه که حکم او لی را صادر کرده است اعاده میشود  
بالاخره باید گفت:

اگر قاضی به خلاف رای خود در مسئله مجتهد فیه حکم کرد در حالیکه مذهب خود را فراموش کرد در نزد امام ابوحنیفه حکمش نافذ است و در صورتیکه قصداً مذهب خود را ترک کرده بود درین مورد از امام ابوحنیفه (رح) دورایت است و در نزد یاران در هر دو صورت حکمش نافذ نیست و بر اینست فتوی

### ماده ۱۸۳۹ :

اگر محکوم علیه به حکمیکه در دعوی واقع شده قناعت نکرد و طلب تمیز فیصله را که حاوی حکم بود نمود. فیصله مذکور مورد تدقیق قرار داده شود اگر با اصول شرعی موافق بود تصدیق شود و اگر نبود منتقض گردد.

وارد است اگر گفته شود که این ماده و ماده سابق به اعتبار مفاد و روح مطلب خود يك چیز اند، این دلیل که در فیصله های شرعی بالاتر ازین محاکم فقط يك محکمه و جود دارد آن تمیز می باشد اما صورت فیصله عسکری چنین نیست پس استیناف و تمیز از نظر قانون دارای معانی مختلفی اند لاغیر زیرا برای هر يك از این دو در وقتیکه اقتضائی باشد مراجع علیحده موجود است ولی در صورت فیصله عسکری تا از استیناف خلاص نشود و مدت استیناف تکمیل نگردد به تمیز نمی رود شاید به بعضی ملحوظات ضروری در جلب فتوی فرقی را بین استیناف شرعی و تمیز آن قائل شده اند و آن اینکه اگر محکوم علیه اعاده محاکمه را طلب کرد بنابر اینکه پیش او دلیلی موجود شد بر اینکه حکم مذکور با اصول شرعی موافقت ندارد که این توضیح را در ورقه استیناف طلبی خود توضیح کرد برای این شخص (مستأنف) میگویند یعنی او خواهند اعاده محاکمه و ابطال حکم است و اگر در ورقه اعتراضیه خود تذکر داد که صورت فیصله که متضمن افاده طرفین و مدافعات شان است مخالف مندرجات جریده ضبط است بنابران

ورقة اعتراضیه اش با صورت فیصله به مجلس تدقیق شرعی رویت داده میشود طوری که در عهد حکومت ترکی (عثمانی) مروج بود این را ازین لحاظ تمیز می گویند ورنه در صورتیکه عملیه یکی است مرجع یکی است و نتیجه یکی است در صورت تصدیق حکم سابق و یا ابطال آن معنی لفظ چیست؟ تمیز و استیناف و معنی نقض و فسخ در صورت تسهیل فیصله شرعی چه می باشد مگر اینکه اینها را الفاظ مترادفی بشماریم که از موضوع شرعی خود نقل نموده است (۱)

(۱) در مملکت عزیز ما افغانستان صلاحیت و تشکیلات قوه قضائی باین قسم است به اساس ماده (۹۷) قانون اساسی قوه قضائیه یک مرکز مستقل دولت بوده و توسط ستره محکمه تحت اثر قاضی القضاة اداره، رهبری و تمثیل می شود.

قوه قضائی افغانستان مرکب از محاکم آتی است:

الف - محاکم عمومی که اینها عبارتند از ستره محکمه، محکمه عالی، تمیز محکمه استیناف مرکزی محاکم ولایات و محاکم ابتدائیه، ستره محکمه می تواند بر حسب ایجابات وقت محاکم دیگری را نیز دایر کند.

ب - محاکم اختصاصی. این محاکم عبارت است از محاکم اطفال محاکم کارگر و سایر محاکمیکه از طرف ستره محکمه تا سیس می گردد، ستره محکمه دارای یک رئیس به حیث قاضی القضاة و هشت نفر قاضی به حیث عضو می باشد.

ستره محکمه دارای آمریت قوه قضائیه، شعبات اداری دیوان محاکمه قضات، دیوان حل و فصل بوده و هم قضات ستره محکمه عندالایجاب به حیث شورای عالی اداری قوه قضائی تحت اثر قاضی القضاة تشکیل جلسه داده مسائل ادا ری را مطالعه و مطابق لایحه داخلی خود اجراءات میکند.

مقام عالی تمیز که مرکز آن ستره محکمه است دارای دیوانهای معاملات و جزا، تجارت و حقوق عامه می باشد.

مقام عالی تمیز صلاحیت رسیدگی و صدور حکم رادر تمام قضایا نیکه از محاکم ولایات در اثر تمیز خواهی طرفین دعوی و یا یکی از طرفین و یا به موجب قانون برایش ارجاع میشود را می باشد مقام عالی تمیز بعد از مطالعه قضا یا یی وارده احکام و فیصله های محاکم

دفع دعوی قبل از حکم و بعد از حکم در هر دو صورت صحیح است بنا بر آن اگر محکوم علیه سببی را که صلاحیت دفع دعوی را داشته باشد بیان کرده و آنرا عرض کرد و طلب دفع دعوی و اعاده محاکمه را نمود این ادعایش در حضور محکوم له شنیده میشود و محاکمه جریان می یابد به طور مثال اگر شخصی خانه را که بتصرف دیگری بود ادعا کرد باینکه این خانه از پدرم برایم بمیراث مانده و این را اثبات کرد و پس از آنکه حکم صادر شد سندی بر حسب معمول بدست افتاد که پدر مدعی همین خانه را به پدر متصرف فروخته بود دعوی متصرف درین مورد شنیده میشود و وقتی متصرف این دعوی خویش را اثبات کرد حکم اولی منتقض میشود و دعوی مدعی دفع میگردد.

تحتانی صلاحیت دار را نفی و یا برام می نماید .

استیناف عالی مرکزی : که مقرر آن شهر کابل است دارای دیوان های جزا ، حقوق عامه ، تجارت بوده و اعضاء آن به شمول رئیس از شش نفر کمتر بوده نمی تواند صلاحیت محکمه عالی استیناف مرکزی شامل رسیدگی به تمامی دعاوی است که دیوانهای مربوط محکمه و لایت به حیث محکمه ابتدا ائیده در آن صدور حکم نموده باشد و راجع به آن قانونا استیناف طلبی مجاز بوده و صورت گرفته باشد .

محکمه استیناف می تواند تمام حالات و کوائف دعوی را مجددا تحت غور گرفته فیصله محاکم تحتانی را تأیید و یا تعدیل کند . محاکم ولایات : در هر مرکز ولایت یک محکمه به نام محکمه ولایت وجود دارد ، محکمه ولایت متشکل از یک نفر رئیس و اقل سه عضو می باشد و در آن دیوانهای معاملات و جزای عادی ، جزای مامورین حقوق عامه



در بیان فوق تذکر یافت .

(دفع دعوی قبل از حکم و هم بعد از حکم صحیح است )  
وقتی که بعد از حکم دفع دعوی صحیح باشد قبل از حکم بطریق  
اولی باید صحیح باشد زیرا بعد از حکم ، حکم را مرفوع می سازد و قبل  
از حکم . حکم را دفع میکند و دفع از رفع آسانتر است .

این گفته مخالف آن بیان علماء نیست که گفته اند وقتی يك دعوی  
به اساس مشروع خویش بارعایت شمرایط شرعی فیصله  
شد ، منتقض نمی شود و اعاد هم نمی گردد . زیرا این حکم به  
اطلاق خویش باقی نبوده فقط آن مسائلی را احتوی میکند که مدعی در  
دعوی خویش از آن چیزی که اولاً گفته هیچ چیزی را زیاد نکرده باشد  
اما اگر دفع صحیح را آورد که او لآنرا ذکر نکرده بود و یا شهادت  
شهودی را اقامه کرد که در اول آن عاجز بود در این حال دعوی  
شنیده میشود .

در کتاب جامع الفصولین به نقل قول از ذخیره البرهانیه تذکر  
یافته طوریکه دفع صحیح است دفع المدفع نیز صحیح است همچنین  
دفع المدفع المدفع نیز صحت دارد و به همین قیاس میشود الی آخر هوائین  
گفته مدار اعتبار است و طوریکه دفع پیش از اقامه شهادت شهود  
صحیح است بعد از اقامه شهادت نیز صحیح است و طوریکه قبل از  
صدور حکم صحیح است بعد از صدور حکم نیز صحیح است حتی  
اگر به يك مالی اقامه شهادت کرده باشد تا به آن مال برایش حکم شد

و تجارت می باشد .

رئیس محکمه تا زمان تشکیل محاکم اطفال در ولایات يك نفر از  
اعضاء را برای رسیدگی بقضایای اطفال تعیین میکند فیصله صادره  
قاضی اطفال نهائی است .

محکمه ولایت در حالیکه قضیه را استینافاً دا بر می کند تمام حالات  
و کوائف دعوی را مجدداً تحت غورقواء دا ده می تواند و فیصله محاکم  
ابتدائی را تأیید نقض ، تردید یا تبدیل کرده می تواند .

محاکم ابتدائی : در داخل حوزهریک از محاکم و ولایات چندین محکمه  
ابتدائی وجود دارد که تعداد آن بادر نظر گرفتن احتیاجات توسط  
قاضی القضاة تعیین می گردد .

به استثنای موضوعاتی که رسیدگی به آن در ابتدا از صلاحیت دیوان  
های محاکم ولایات است صلاحیت محاکم ابتدائی شامل رسیدگی

بعد از آن خصمش اقامه شهادت کرد بر اینکه مدعی قبل از صدور حکم اقرار کرد بر اینکه این مال از من نیست این حکم باطل میشود .  
 درین مورد بنظر من باید تذکر یابد که تا حدیکه امکان توفیق نو پیدا شدن مال بعد از اقرار میسر باشد خوب است که حکم از ابطال محفوظ بماند . طوریکه این مطلب در فتاوی رشیدالدین نیز یاد شده است در آنجا گفته شده که حکم جا نزبه شک باطل نمیشود دلیل صحت دفع اینست که قاضی ها در سچل های خویش بعد از ذکر حکم این جملات را می نویسند «وهرمده عی دفع و یادارنده حقی را بر حقیق و بر دفعش باقی گذاشتم که اگر در آینده آن حق و یا دعوی را به اثبات برساند این کاربرد ای او مجاز است .»

اگر بعد از صدور حکم دفع شنیده نمیشد قاضی ها این نوشته را نباید می کردند این گفته شان لغو شمرده می شد .

در فتاوی قاضی ظهیر الدین تذکر یافته علماء متقدم دفع و دفع را جواز داده اند و بعضی از علماء متأخر دفع را صحیح دانسته اند اما دفع دفع را جواز نداده اند بعضی گفته اند که دفع دفع در صورتی صحیح است که هر آن ساخته کاری و تلبیس به کار برده نشده باشد . (بنابران) یعنی بر عدم صحت دفع (وقتیکه محکوم علیه در دعوی سبب صالحی) یعنی مورد قبول و مشروعی (برای دفع دعوی پیش کرد و توضیح نمود) اگر دعوی صلاحیت دفع را نداشت قبول نمی شود ، این عدم صلاحیت یا از این است که دفع با آن بیانی که قبلا از طرف محکوم علیه ذکر شده منافی است و یادارین دفع و آنچه مدعی دعوی کرده تعارض موجود است و هر یک ازینها احتمال حقانیت دارد (یعنی وقتی بین دعوی

به کلیه دعاوی معاملات و جزائی می باشد که در پیشگاه آن مطابق به احکام اقامه می گردد .

فیصله محاکم ابتدائی در موارد آتی قطعی است .

۱ - در صورت قناعت طرفین به حکم محکمه ابتدائیه و یاد در صورت انقضای مدتی که قانونا جهت استیناف خواهی تعیین گردیده .  
 ۲ - در صورتیکه ارزش مال مورد دعوی از پنج هزار افغانی بیشتر نباشد .

۳ - هرگاه در مورد قبا حاکم به عدم سمع فیصله شده باشد تفصیل بیشتر موضوع در کتاب صلاحیت و تشکیلات قوه قضائیه به چاپ رسیده به آن رجوع شود.

مترجم

مدعی و دفع مدعی علیه، تعارض وجود داشت حق در بین هردو دائر است) اما دعوی او لی به حکم پیوست شده است لذا معا رضه رفع گردید .

مثال اول: شخصی در مهربک دختر و یا قیمت چیزی ضامن شد بعد از این همان ضامن اقامه شهادت کرد که این فروش یا این نکاح فاسد بوده این ادعایش شنیده نمیشود و بر اقدام بر ضمانت که در اول بار صورت گرفته اقرار به صحت سبب و جوب مال است که فروش و نکاح باشد لذا از او بعدا دعوی فساد عقد های مذکور شنیده نمیشود اما اگر اقامه شهادت کرد بر اینکه اصیل این پول را پرداخته و یا این ها به اصیل برائت داده اند این دعوی شنیده نمیشود زیرا این موید وجوب سابق است همچنین اگر شخصی ادعای قیمت یک چارپائی را نمود خصمش از خرید این حیوان منکر شد مدعی بر این دعوی خویش شاهد آورد بعد از آن خصمش بر رساندن قیمت آن حیوان شاهد آورد، این دعوی خصمش شنیده نشود در زیر اولاً از فروش انکار ورزیده بود .

مثال دوم : اگر بعد از حکم بدفع پرداخت در بعضی جای ها این دفع شنیده نمیشود مثلا اگر شخصی بر دیگری ادعای حویلی نمود و شاهد آورد قاضی حکم کرده که خانه به او داده شود بعد از آنکه حکم صادر شد محکوم علیه گفت که مدعی قبل از حکم اقرار کرده است که به حویلی مذکور هیچ حقی ندارد این دفع او حکم را باطل نمی سازد زیرا امکان دارد که در بین دعوی او و اقرارش توفیق صورت گیرد به اینکه این حویلی را در همان وقت به خیار خریده باشد و در همان وقتیکه هنوز خیار باقی بوده اقرار کرده است و بر استیقا و قوت خیار نگذرد ملکیت لفظی ثابت نمیشود بعد از آن در وقت صدور حکم مدت خیار گذشته باشد و مالک آن خانه شده باشد و قتیکه این احتمال موجود است حکم جایز به واسطه این شک باطل نمیشود و اگر قبل از صدور حکم چنین ادعای کرد این ادعایش مقبول است و حکم صادر نمیشود زیرا شک دفع حکم را می کند اما آن را مرفوع نمی سازد، بنابراین وقتیکه سبب صالحی برای دفع بیان شد .

(و دفع دعوی و اعاده محاکمه را ادعا کرد این ادعایش بحضو ر محکوم له آن شنیده میشود و محاکمه آنها نیز جریان می یابد به طور مثال اگر شخصی حویلی را که به تصرف دیگری است ادعا کرد به اینکه این حویلی از پدرم برایم بارت ما نده و این را اثبات کرد بعد از اینکه حکم

درین باره صادر شد سنہی بر حسب معمول یافته شد .  
 ویا شہادت شہود عا دلی درین مورد اقامہ شد کہ ہر یک  
 ازین دو (توضیح می کرد) کہ (پدر مدعی حویلی مذکور را بہ پدر متصرف  
 فروخته دعوی متصرف شنیدہ شود و وقتی این دعوی بہ اثبات رسید حکم  
 سابق منتقض می شود و دعوی اولی دفع می گردد ) .  
 بمادہ (۱۸۲۰) مراجعہ شود ازین، مسائل پنجگانہ دعوی مستثنی  
 است بمادہ (۱۶۷۳) و شرح آن مراجعہ شود .

اگر شخصی مال مشخصی (عینی) را کہ بہ تصرف دیگری است  
 ادعا کرد و براین ادعای خویش شاهد آورد و بعد از اینکہ حکم  
 صادر شد محتوم علیہ گفت این مال را فلان بدستم امانت و یا عاریت  
 و یا گرو و یا بہ اجارہ دادہ است بعد از صدور حکم دعویش شنیدہ  
 نمیشود اما قبل از صدور حکم حکم را دفع میکند .

ہمچنین اگر شخصی شاہد آورد براینکہ پسر کاکای متوفی  
 است و نسب خود را ہم ذکر کرد خصمش شاہد آورد براینکہ پسر  
 کلان متوفی فلانی است غیر از آن شخصیکہ مدعی ادعا کردہ بہ  
 دعوی اول حکم صادر نشدہ بود بہ ہیچ یک ازین دو دعوی حکم نمی  
 شود کہ معارضہ موجود است و اگر بہ دعوی اول حکم صادر شدہ بود بہ  
 دعوی دوم حکم صادر نمی شود مثل اینکہ کسی ادعا می کند کہ فلانی  
 زن خورا در مزار اسمال بروز اول عید اضحی طلاق دادہ است ، اگر  
 این ہردو شہادت قبل از حکم صورت گرفت بہ ہیچ یک از طرفین  
 حکم صادر نمی شود و اگر بدعوی اول حکم پیوست شدہ بود دعوی  
 دوم شنیدہ نمی شود ، اگر بعد از صدور حکم ادعا کرد کہ قاضی دیگری  
 علیہ آنچه خصم او ادعا کردہ حکم صادر کردہ است مناسب آنست  
 کہ حکم مذکور منتقض شود و بر حکم اول بیشتر صورت گرفته است .  
 اگر شخصی ادعا کرد کہ از پدر و مادر پسر کاکای متوفی است  
 و مطابق بہ ادعای خود شاہد آورد ولی پیش از اینکہ بہ اساس این شہادت  
 حکم صادر شود دافع شاہد او رد براینکہ مدعی از طرف مادر خود پسر  
 کاکای متوفی است دعوی او لای دفع میشود ، اگر محکوم علیہ دعوی  
 را این چنین دفع کرد کہ متوفی براینکہ مدعی از طرف مادر بچہ  
 کاکایش می باشد اقرار کردہ درین حال نیز دعوی دفع میشود مطلبی  
 را کہ در شرح مادہ (۱۷۵۶) توضیح کردیم مطالعہ فرمائید .

برای تکمیل افادہ عرض میشود :-

در کتاب جامع الفصولین بہ نقل قول از فتاویٰ ظہیر الدین تذکر

یا فته اگر شخصی ادعای نکاح زنی را نمود شخصی دیگر به دعوی طلاق و یا اقرار به حرمت مصا هره یا به شیر خواری دعوی نکاح مذکور را دفع کرد و یا شخصی ادعای رجوع رادر بخشش کرد مدعی علیه به عوض دادن در مقابل بخشش و یا به زیادت متصله و یا به اینکه او از ذوی الارحام بخشش کننده است دعوی بخشش کننده را دفع کرد . و یا شخصی ادعای خریداری حویلی را که به تصرف دیگری است از شخص معینی نمود متصرف در دفع خویش گفت من این حویلی را از همان شخصیکه تو ادعای خریداری از او داری پیش از تو خریده ام و به این ترتیب دعوی مذکور را دفع کرد ( به طور مثال حویلی است که فعلا به تصرف احمد است محمود به محکمه حاضر آمده میگوید این حویلی را من از سعید خریده ام احمد می گوید این دعوی محمود صحیح نیست زیرا من این خانه را از سعید پیش از اینکه محمود بخرد خریده ام مترجم شخصی شاهد آورد بر اینکه این خانه را از فلانی در فلانی روز فلان برج به فلان سال خریده ام متصرف این دعوی او را دفع کرد بر اینکه فلانی همین شخصیکه مدعی ادعای خریداری از او کرده خودش قبل از اینکه خانه را تو خریداری کنی و یا قبل از تاریخیکه تو خریداری کنی اقرار کرده که این خانه ملک برادرش می باشد و برادرش فلانی هم او را تصدیق کرده و من این خانه را از برادرش که اقرار برای او صورت گرفته خریده ام همه مفتی هابراین متفق اند که چنین دفع های صحیح است .

بعد از آن سوال شد که آیا اگر شخصی از متصرف بخواهد برای او بیان کند در چه روزی و در کدام وقت و در کدام سال این اقرار صورت گرفته آیا متصرف باین موضوع مکلف ساخته میشود یا نه ؟ مفتیها برین هم متفق اند که به تعیین وقت دقیق این اقرار مکلف ساخته نمی شود زیرا به اندازه که حاجت دفع شود وقت را تعیین کرده است چه وی گفته است پیش از خریداری شما و یا پیش از تاریخ خریداری شما .

شخصی دعوی ملک مطلق را میکند و یا ادعا میکند که این حیوان از نتاج حیوان منست (مادرش آن را به خانه من در تصرف من زائیده) بر این دعوی خود شاهد می آورد دعوی او را متصرف دفع میکند به اینکه نتاج حیوان منست مادرش آن حیوان را در حالی زائیده که به ملک و خانه من بوده است ( این دفع نیز شنیده شود .

## باب چهارم

(تحت عنوان فوق مسائل متعلق به تحکیم حکمیت) توضیح میگردد)

ماده ۱۸۴۱ :

حکمیت به دعوی های مالی متعلق به حقوق الناس جایز است.

از لحاظ گرامر عربی تحکیم مصدر است از باب حکم به تشدید کاف گفته میشود (حکمه) یعنی او را مقرر کرد و به او حکم را تفویض کرد، در اصطلاح عبارت است از اینکه طرفین دعوی شخصی را صلاحیت میدهند تا در بین شان حکم صادر کند رکن حکمیت عبارت است از لفظیکه دلالت بر حکم ساختن میکند و بر لفظیکه دلالت بر قبول این وظیفه از طرف خود حکم می کند، اگر دو نفر در دعوی که بین شان واقع است شخصی را حکم ساختند و او قبول نکرد حکم این شخص ناوقتیکه حکمیت تجدید نشود جواز ندارد، بحرالرائق به نقل قول از محیط شرط حکمیت از طرف حکم گرداننده عاقل بودن است نه آزاد بودن لذا اگر مکاتب (شخصی غلامی دارد به غلام خود می گوید اگر این قدر پول به من بدهی آزاد هستی این غلام را مکاتب می گویند) و یا غلامیکه اجازه تجارت را داشت دیگری را به حکمیت برگزیدند جواز دارد همچنین مسلمان بودن در حکم گرداننده شرط نیست یعنی اگر ذمی (شخصیکه از مملکت غیر اسلامی در مقابل پرداختن مبلغی سالانه به نام جزیه به مملکت اسلامی متوطن می شود و یا بعد از اینکه یک مملکت از طرف مسلمین فتح میشود یک عده از اهالی آن جزیره را قبول می کنند و از مسلمان شدن ابا می و رزند. چنین مردمی به نام ذمی یاد میشوند) (مترجم) ذمی دیگری را حکم ساخت این حکمیت صحیح است.

در باره اینکه آیا مرد می تواند شخصی را حکم بسازد امام ابو حنیفه این حکمیت را موقوف می دانند به این معنی که اگر مرد مذکور بعد از صدور حکم در مورد متاخره گذشته شد یا به سر زمین کفار بربست حکم باطل میشود و اگر مسلمان شد حکم درباره اش نافذ است اما یاران در همه احوال حکم را نافذ می شمارند.

ولی آن شخصیکه حکم مقرر شده شرط است که اهلیت قضا را داشته باشد یعنی اهلیت شهادت را داشته باشد، اگر طرفین دعوی شخصی را به حیث حکم تعیین کردند که غلام بود یا بچه خورد

سالی بود یادره قذف را خورده بود حکمیت او صحیح نیست این اهلیت در وقت مقرر شدن به حیث حکم و در وقت صدور حکم در هر دو حال شرط است اگر طرفین دعوی غلامی را حکم ساختند بعد از آن آزاد شد یا بچه را حکم ساختند بعد از آن بالغ شد و یا ذمی را حکم ساختند و بعد از آن مسلمان شد و حکم خود را در آن منازعه صادر کرد حکمش نافذ نیست طوریکه در باره قاضی حکم چنین است .

اگر طرفین دعوی دو نفر را حکم ساختند یکی غلام و دیگری آزاد و تنها همان آزاد حکم صادر کرد حکمش نافذ نیست همچنین اگر هر دو طرفی همان حکم صادر کردند نیز حکمشان نافذ نیست همچنین اگر شخصی که حکم مقرر شده در وقت تعیین شدن باین وظیفه مسلمان بود و بعد از آن مرتد شد حکمش نافذ نیست همچنین اگر ذمی در بین دو نفر مسلمان حکم تعیین شد بعد از آن مسلمان شد حکمش نافذ نیست طوریکه ابتدا پیش از اینکه مسلمان شده حکمش نافذ نبود از نیست که گفته اند وقتی يك نفر حکم تعیین شده می تواند که صلاحیت قضا را داشته باشد و گفته اند صلاحیت شهادت را داشته باشد زیرا شاهد در وقت تحمل شهادت خود اگر صلاحیت ادای شهادت را هم نداشته باشد تحمل شهادت را کرده میتواند اما قاضی در وقت مقرر شدن خود و در وقت حکم کردن خود و در وقت تعیین خود بحیث حکم و هم در وقت صادر کردن حکم در هر دو حال باید صلاحیت حکم را داشته باشد و طوریکه این مطلب برای همه کس واضح است .

در مورد اینکه کدام دعوی به وسیله حکمیت فیصله شده میتواند باید گفت اگر دعوی در باره قصاص و یادیت بود این چنین دعوی به حکمیت فیصله شده نمی تواند طوری که بعدا بر این موضوع روشنی خواهیم افکند .

وصف حکمیت قبل از صدور حکم و بعد از آن لزوم است ( یعنی وقتی که طرفین دعوی شخصی را به حکمیت برگزیدند نمی توانند از فیصله خود باز گردند. نه قبل از حکم و نه هم بعد از آن ) (۱) .

(۱) درینجا قبل از حکم و بعد از حکم یاد شده و تحت ماده (۱۸۴۷) یاد شده که هر يك از تعیین کنندگان حکم می توانند او را عزل کنند شاید مراد این باشد که اگر عزل نکردند و او حکم صادر کرد حکمیت او لازمی است و اگر پیش از صدور حکم را عزل کردند عزل می شود .

(مترجم)



جواز حکمیت به نص قرآنی ثابت شده است خداوند متعال می فرماید (فابعثوا حکمان اهلوهو حکمان اهلها) ترجمه (وقتیکه بین زن و شوهر نا خواهانی واقع شد) پس حکمی از طرف مرد و حکمی از طرف زن بفرستید .

در کتاب فتح القدر تذکریا فته که بر این استدلال اعتراض وارد است اما اصل اعتراض را بیان نکرده ، در کتاب بحر الرائق گفته است اعتراض از این پہلو وارد است که حکمیت حکمها درین آیه مبارکه بروی رضائیت طرفین دعوی نیست مخصوصا در کلمه بفرستید مخاطب حکام هستند نه طرفین دعوی و هم به اساس مذهب حنفی شخصیت های که به حیث حکم تعیین می شوند درین مورد فقط حق دارند بین زن و شوهر اصلاح کنند و حق تفریق را ندارند لذا اینان وکیل اندوبا حکمی که مادرین جا ذکر کردیم مناسبتی ندارند به نظر من (شارح مجله الاحکام) برای دفع اعتراض مذکور گفته شده می تواند که امر خداوند برای حکام به وسیله کسانی است که در بین مردم اصلاح می کنند دلالت بر این دارد که از طرف شان تعیین حکم مقبول است زیرا همین زن و شوهرانند که حکم تعیین می کنند بلکه اینکه خداوند ایشان را حکم نام گذاشته و این را نیز ارشاد فرموده که (اگر اراده دارند) در استدلال شمرده میشود زیرا ادر حکم هم معنی مصالحت است .

همچنین جواز تعیین حکم به سنت اثبات شده است و آن روایتی است از نسائی که ابو شریح به حضور رسول کریم (ص) عرض کرد (ای پیغمبر (ص) وقتی قوم من بین خود درمو ضوعی اختلاف کنند و پیش من بیایند و من بین شان حکم کنم و از من طرفین دعوی راضی شوند (درین مورد چه میفرمایند) حضرت رسول (ص) فرمودند چقدر کار نیکی است، دیگر احادیثی نیز درین مورد آمده است .

درین مورد اصحاب بزرگوار نیز اجماع کرده اند .  
حکمیت نوعی است از انواع قضا یعنی که در آخر بحث قضا از آن تذکار شده است سبب آن اینست که نسبت باصل قضا درجه حکمیت پایا نتر است بدلالی که ذیلا تذکر می یابد یکی آنکه حکم ، حکم و قتی به قاضی پیش شود وبا مذهب او مخالف باشد آن را منتقض می سازد اما اگر حکم قاضی بقاضی دیگری پیش شود اگر چه مخالف مذهب او هم باشد تا بانص صریح و یا حدیث مشهور و یا اجماع مخالف نباشد قاضی

آن را منتقض نمی سازد .

دیگر آنکه قاضی ولایت عامه دارد لذا بهر چیز حکم کرده می تواند زیرا کسی که او را مقرر کرده یعنی پادشاه و ولایت عامه دارد و او نائب پادشاه است ازین رو ولایت قاضی نیز عام است .

دیگر آنکه حکم در حقوق الله محض مثل حدود یعنی حد زنا حد شراب خواری و حد سرفه به انفاق حکم صادر کرده نمی تواند و در آن مسائلی که در آن حقوق الله و حقوق العبد هر دو موجود است مانند قصاص و حد کذف نیز به قول صحیح حکم او جواز ندارد کتب متن فقهی نیز به همین نظر اند و خصاف نیز این نظر را بر گزیده است .

فرقیکه بین حکم ، حکم و حکم قاضی موجود است اینست که حکم حکم بر غیر طرفین دعوی حجت شمرده نمی شود لذا در آن شبهه موجود است و حدود و قصاص به شبهه دفع میشود ، در قصاص این علت نیز موجود است که در تحکیم معنی صلح است و طرفین دعوی در خون خویش صلاحیتی ندارند ازینست که کسی خون خود را مباح ساخته نمیتواند اما اینکه حکم در دیت حکم صادر کرده نمیتواند دلیلش اینست که «آیا بر عاقله حکم می کند ؟ این کار را کرده نمی تواند زیرا در غیر طرفین دعوی و لایبی ندارد یا بر مال قاتل حکم به نادیت دیت میکند؟ این راهم قاضی قبول نمی کند به دلیل حدیث مبارک به روایت از پسر مالک که فرموده اند (قوموا قلدوه) (بروید از جای او فدیة بدهید) مگر در صورتیکه قتل به اقرار خود قاتل تثبیت شده باشد که درین حال حکم به دیت در مال خود قاتل صحیح است زیرا عاقله ها قتلی را که به اقرار خود قاتل به اثبات رسیده باشد دیت نمی دهند ، دلیل دیگر اینکه حکم حکم خاص بر طرفین دعوی نافذ است بر غیرشان تجاوز نمی کند حتی اگر خریدار و فروشنده شخصی را به عیب مال فروخته شده حکم ساختند حکم مذکور به رد کردن مال برای فروشنده حکم کرد فروشنده به استناد این حکم نمی تواند مال مذکور را به فروشنده خود رد کند مگر اینکه خریدار و فروشنده اول و فروشنده دوم همه برد مال راضی بود ند که درین حال بروی استحسان مال را فروشنده برای فروشنده خود دسترد کرده می تواند اگر شخصی به و کالت از دیگری مالی را فروخت و با خریدار در عیب مال فروخته شده منازعه کردند شخصیکه به حکمیت بر گزیده شده به رد مال برای و کیل حکم صادر کرد بنا به یک روایت در صورتیکه عادتاً مثل

آن عیب به آن مال گاهی عار ضمی شد لازم نمی شود که برو کیل مال مسترد شود مگر آنکه موکل نیز باین حکمیت راضی باشد و اگر عیب از آن عیوبی بود که عادتاً مثل آن بر آن مال عارض نمی شد و موکل به تعیین حکم رضا نیت ابراز نکرده بود در لزوم پرداخت آن و خساره بر موکل دورو ایت است به دلیل اینکه حکم ، حکم محصور بر کسانی است که حکمیت او را پذیرفته اند و از آن تجاوز نمی کند زیرا حکمیت مانند مصالحه است طوری که قبلاً تذکر یافت .

حکم (مکتوب به قاضی) نوشته نمی تواند و قاضی هم به حکم مکتوب نوشته نمی تواند اگر قاضی برای حکم مکتوب نوشت و طرفین دعوی نیز به حکمیت او راضی بودند درین حال به مقتضای مکتوب حکم کرده می تواند و اینکه صاحب مجله گفت ( درد عاوی مالی) قیودی است که اشیای متقدمه را از حکمیت او بیرون میکند الی آخره .

(اینست خلاصه بیانی که در بحر الرائق فتح القدر و غیره تذکر یافته )

## ماده ۱۸۴۲ :

حکم حکم جز در حق همان شخصیت های که باهم دعوی دارند و او را بحیث حکم بر گزیده اند و جز در همان خصوصی که او را برای صدور حکم در آن مورد تعیین کرده اند جواز نداشته نفاذ نمی یابد (یعنی) بغیر آن دو نفر و در سایر موضوعات سرایت نمی کند .

(حکم حکم جواز نداشته و نفاذ نمی یابد )

این دو کلمه باهم لازم و ملزوم اند زیرا وقتی حکمی جواز نداشته نفاذ نمی یابد ، (مگر در مورد همان شخصیت های که باهم دعوی دارند ) .

این استثنا مفرغ است ( در گرامر عربی استثنا سه قسم است استثنای متصل و آن اینست که مستثنی در جمله مستثنی منه باشد استثنای منفصل و آن اینست که مستثنی در جمله مستثنی منه نباشد

و استثنای مفرغ آنست که اصلا مستثنی منه محذوف شده و مستثنی به جای مستثنی منه واقع گردیده لذا باید خود ما مستثنی منه را تقدیر کنیم. مترجم یعنی حکم حکم وقتی با قواعد شرعی موافق باشد دربار هیچ يك از مردم جز در مورد یکی از طرفین دعوی نفاذ ندارد ازین پاراگراف چنین فهمیده شد که حکم حکم محصور بر طرفین دعوی است که ایشان حکم را تعیین کرده اند و به دیگری سرایت نمی کند حتی در آن مسائلی که حکم بر حاضر متضمن حکم بر غایب است نیز حکم و ی نفاذ نیست به ماده (۱۸۳۲) مراجعه شود و بنابراین که حکم وی محصور بر طرفین دعوی است. ذیلی گفته است اگر حکم مذکور به اساس اقرار یکی از طرفین دعوی و یا به عدالت شهود خبر داد و او به حکمیت خود باقی بود گفته اش مدار اعتبار است زیرا صلاحیت او باقی است و اگر از حکم خود وقتی خبر داد که از حکمیت معزول شده بود این خبرش مدار اعتبار نیست زیرا ولایت او منتقض گردیده است، در نهایت موضوع را اینطور تفصیل داده است یعنی اگر آن شخص که بین طرفین دعوی به حکمیت برگزیده شده برای یکی از طرفین دعوی گفت تو به حضور من برای این شخص باین قدر و این قدر اقرار کردی و یا گفت: به حضور من شهادت می اقامه شد بر اینکه این قدر و این قدر بر ذمه تو ثابت است و شاهد هاهم تزکیه شدند و من ادای آن را بر تو لازم گردانیدم و بر تو حکم کردم که آنرا بر دازی و شخصی که به ضررش حکم شده انکار و رزید که نزدش اقرار داده باشد و یا بر او بحضور حکم شهادتی اقامه شده باشد حکم بر او نفاذ است زیرا حکم انشاء حکم رادر مورد همان دعوی کرده می تواند لذا مالک اقرار است طوریکه قاضی موظف وقتی که در حال وظیفه داری قضاء برای شخصی میگوید. من بر تو به اساس اقرار تو و یا به اساس شهادت شهود حکم کردم که این قدر برای فلانی بپردازی گفته او مدار اعتبار بوده انکار محکوم علیه اعتبار ندارد.

در کتاب محیط تذکر یا فته شخصی را طرفین دعوی بین خود حکم ساختند که تا به همان مجلس حاضر است بین شان فیصله کنند طرفین دعوی گفتند بین ما حکمی صادر نکردی و حکم گفت من حکم خود را بین شما صادر کردم گفته حکم تا وقتیکه در آن مجلس حاضر میباشد مدار اعتبار است زیرا او از موضوعی حکایت می کند که آن را استیناف کرده می تواند لذا مالک اقرار در آن موضوع هست و این اقرارش به منزله انشاء حکم می باشد، اما بعد از انقضای مجلس مذکور

گفته او تصدیق نمیشود زیرا در آن حال انشاء حکم را کرده نمی تواند وهم به آن اقرار کرده نمی تواند در آن کتاب افزوده است ، حکم به یکی از این حالات ثلاثه از حکمیت اخراج میشود یکی آنکه طرفین دعوی او را از وظیفه اش معزول سازند ، یا مدت خصومت منقضی گردد ، به اینکه برای انقضای آن مدتی تعیین شده باشد و آن مدت بگذرد و یا خود حکم صلاحیت شهادت را نداشته باشد .

در کتاب هندیه تذکر یافته وقتی دو نفر بر این صلح کردند که شخصی بین شان حکمیت کند بر یکی از طرفین دعوی برای طرف مقابل در بعضی از دعاوی حکم صادر کرد بعد از آن محکوم علیه از حکمیت این شخص در باقی دعاوی رجوع کرد حکم اولی نافذ است و آنچه بعد از این حکم کند نافذ نیست .

در بیان خویش مجله الاحکام طرفین دعوی را ، این قید مفید ساخته که ( آن طرفین دعوی که او را حکم ساخته اند ) .

زیرا صلاحیت حکم خاص در مورد کسانی است که او را حکم ساخته اند اما قاضی صلاحیت عام دارد .

باین اساس اگر شخصی در حال حضور دو نفر دعوی کرد که اینان لباسش را غصب کردند و یا چیزی از اموال پیمانگی و یا وزنی اش را بردند ولی یک نفر از همین اشخاص که دعوی برایشان صورت گرفته غایب شد نفر دیگری مدعی راضی شدند که شخصی بین شان حکمیت کند این شخص به ادای مال غصب شده بر دو نفر غاصب حکم صادر کرد حکمش در نیمه مال مورد دعوی بر همان غاصب حاضر نفاذ دارد و بر غایب چیزی لازم نمی شود .

به همین منوال است اگر شخصی بر متوفای دعوی قرض را می کند و او را غایب اند مگر یک نفر شان که حاضر است این وارث حاضر بامدعی باین صلح کردند که شخصی بین شان حکمیت کند مدعی اقامه شهادت بر قرضداری متوفی نمود این حکم در حق ورثه غایب اعتبار دارد اما این وارث حاضر باید از مالیکه بدست او است تمام آن قرض را ایفا کند ولی در مسئله غصب تنها نصف را باید بپردازد اگر شخصی از دیگری چارپائی را خرید ، و آن را تسلیم شد و پولش را هم نقد پرداخت بعد از آن آن چارپای را عیناً خواند و خریدار فروشنده بر این صلح کردند که حکمی تعیین کنند حکم بر مال مذکور بر فروشنده حکم کرد این حکمش نافذ است اگر فروشنده

خواست چار پای مذکور را به فرو شنده خود مسترد کند این کار را به اساس قیاس کرده نمی تواند اما استحسانا برایش جایز است .

از روی قیاس که این کار را کرده نمی تواند دلیلش اینست که فروشنده اولی فی الحال خصم گفته نمی شود زیرا تا وقتی که مال مذکور به واسطه عیب به فرو شنده دومی مسترد نشود خصوصاً متی با فروشنده دومی صورت نمیگیرد الا در حق فروشنده اولی وجود و عدم این حکمیت مساوی شد اگر فروشنده اولی این حکمیت را بعد از اینکه مال به فروشنده دومی مسترد گردید منتقض گردانید پیش از آنکه مال به او مسترد شود این منتقض گردانیدن حکمیت صحیح است، و چون عزل حکم صحیح شد حکم نمی تواند مال عیناً مذکور را به فروشنده اولی رد کند اگر فرو شنده دومی نزد قاضی نسبت به عیب مال مذکور شکایت کرد قاضی به اساس قیاس نمیتواند مال عیناً را به فروشنده اولی به اساس حکم مسترد کند اما بروی استحسان این کار را کرده می تواند، اگر شخصی تکه جنسی را از دیگری به امر خودش فروخت خریدار مال را عیناً یافت این دونفر بر رضای صاحب مال بین خود شخصی را به حیث حکم تعیین کردند حکم مال را به فروشنده بواسطه همان عیب به اساس اقرار فروشنده یا نکولش و با به اساس شهادت شهود مسترد کرد، اگر این استرداد به اساس شهادت شهود و یا نکول صورت گرفت و کیل می تواند مال را به موکل خود رد کند و اگر به اساس اقرار مسترد شد و آن از عیوبی بود که عادتاً مثل آن بر این قسم اموال عارض نمی شد و کیل آن را به موکل مسترد کند و اگر عیب از عیوبی بود که بر مال مذکور عادتاً عارض میشد تا وکیل ذریعه شهادت شهود اثبات نکند که این عیب بر مال مذکور در وقت وجود آن مال نزد موکل عارض شده بود باو مسترد کرده نمی تواند اگر حکمیت بدون رضای آمر صورت گرفته بود بر آمر ازین حکم چیزی لازم نمی شود مگر به ثبوت عیب ذریعه شهادت شهود اگر چه عیبی بود که مثل آن عادتاً بر آن اموال عارض نمی شد .

اگر این شخص چهار پائی را برای شخصی به امر خودش خرید خریدار مال را بواسطه عیبی ناقص خواند و ایندو شخص دیگری را به رضای آمر بین خود حکم قراردادندو به واسطه همان عیب مال مذکور



را به اساس شهادت شهود یا اقرار او یا نکول حکم مذکور مسترد کرد  
 این حکم بر آمر نیز نفاذ می یا بدو این مطلب واضح است .  
 اگر حکمیت بدون رضای آمر بود و بوا سطره یکی ازدلایلی که عرض  
 شد یعنی به شهادت شهود مال مذکور مسترد گردید . جواب چنانست  
 که عرض شد وهم جواز دارد که مال به آمر مسترد شود (هندیه به نقل  
 قول از محیط) ازین مسئله آن صورتی استثنای می شود که یکی از دو شریک  
 و قتی با قرضدار خود شخصی را حکم ساختند آن شخص بین شان حکم  
 کرد و بر شریک چیزی را لازم گردانید این حکم بر شریک دیگرش نیز  
 تجاوز می کند زیرا این حکم بمنزله مصالحه است و صلح از معاملات  
 تجارت است لذا هر یک از دو شریک به صلح راضی هستند و اینکه مجله  
 گفته است (خاص) یعنی در آن خصوصیات که بین طرفین دعوی  
 شخصی را بخصوص قرضی حکم ساختند او می تواند در همان مورد  
 حکم کند بدعوی دیگری که بین طرفین دعوی درموضوع حویلیسی  
 یا چهار پائی موجود است که او را حکم نساخته اند حکمش نافذ نیست  
 و این گفته صاحب مجله الاحکام:

(به غیر آن حکم سرایت نمی کند و دیگر خصوصیات دیگر بین  
 طرفین دعوی موجود است شامل نمی شود .)  
 لف و نشر مرتب است .

### ماده ۱۸۴۳:

شده میتواند که چند نفر بحیث حکم تعیین شوند یعنی دو  
 یا سه نفر و یا بیشتر ازین در مورد دعوی حکم مقرر  
 شوند و این هم شده میتواند که هر یک از طرفین دعوی  
 برای خود حکمی تعیین کنند.

یعنی طوریکه برای پادشاه جایز است که در یک منطقه چندین قاضی  
 مقرر کند برای طرفین دعوی نیز چنین کاری جواز دارد به ماده  
 (۱۸۰۲) مراجعه شود .

در کتاب هندیه تذکر یافته اگر دو نفر بر این صلح کردند که حکمی  
 بین شان فیصله کند ولی به طور مشخص کسی را تعیین نکردند مگر  
 نزدیک نفر دعوی خود را پیش کردند جواز دارد زیرا همینقدر کافی است  
 که در وقت جریان محاکمه او را می شناسند و اگر شخصی را که  
 غایب بود بین خود حکم ساختند او حاضر شد و حکم خود را بین شان



صادر کرد این نیز جواز دارد و وقتی دو نفر رفتند و دعوی خود را به یکی از آنها پیش کردند همان شخص به حیث حکم تعیین میشود و آن شخص دیگر به حیث حکم باقی نمی ماند اما اگر بین خود اینطور فیصله کردند که به طور مثال هر کسی که اول به مسجد داخل شد بین ما حکم است این صلح شان باطل است زیرا شخص حکم درین حال مجهول است .

### ماده ۱۸۴۴ :

وقتی که حکم ها طوریکه قبلا تذکر یافت متعدد بودند لازم است رای همه شان متفق باشد و یکی از ایشان به تنهایی خود حکم کرده نمیتواند .

بدلیل اینکه حکم گیرنده به رائی همه شان اعتماد کرده نه به رای بعضی از آنها لذا به حکم یک نفر راضی نیست از این رو حکمش نافذ نیست مگر آنکه حکم ها از طرف حکم گیرنده مجاز باشند که به اکثریت آراء حکم کنند که درین صورت اختلاف رای شان جواز داشته و حکم به اساس اکثریت آراء صورت می گیرد طوری که اکنون در محاکم عدلیه رواج دارد این قضیه به آن می ماند که شخصی اجرا مصالحه را که می خواهد با طرف مقابل خود انجام دهد به یک عده اشخاص می سپارد و می گوید اگر درین مورد اختلاف ورزیدید من به آن نظری که اکثریت رای دهند راضی هستم که این صحیح است اینکه علی حیدر افندی حکم را به اساس نظر اکثر حکم ها غیر مجوز شمرده و به این دلیل استناد چسسته که حکم باید معلوم باشد و درین صورت مجهول می شود این تعلیلش موجه به نظر نمی خورد زیرا شخصیت های که به حیث حکم تعیین شده اند مجهول نظر ایشان است که اینهم در وقت حکم معلوم میشود و این چیز دیگری است غیر از جهالت شخصیت حکم ها که این جهالت طبیعی بوده در هر حکمیتی خواه یک نفر حکم باشد و خواه بیشتر ظهور میکند .

### ماده ۱۸۴۵ :

حکم ها میتوانند که شخص دیگری را به حکمیت براگزینند اگر به این کار از جانب طرفین دعوی مجاز

بودند و اگر برای شان اجازه داده نشده بود این کار را کرده نمی توانند.

اینکه گفتیم حکمها مراد به آن جنس حکم است زیرا يك حکم هم برایش جواز ندارد بدون اجازه حکم گیرنده خود حکم دیگری را تعیین کند قاضی هم نمی تواند برای خود نائبی تعیین کند تا برایش پادشاه مقرر کردن نائبا را اجازه ندهد طوریکه این طلب در ماده (۱۸۰۵) تذکریا فته و وقتی بدون اجازه پادشاه قاضی نتواند نائبی برای خود تعیین کند برای حکم که مرتبه اش از قاضی پائینتر است به طریق اولی این اجازه موجود نیست .

در کتاب فتح القدير تذکریافته اگر پادشاه شخصی را بحیث حکم بین مردم تعیین کرد و آن شخص صلاحیت ادای شهادت را داشت این کار جواز دارد و آن شخص حیثیت قاضی را دارد، ولی اگر قاضی شخصی را به حیث حکم بین مردم تعیین کرد بدون اجازه پادشاه تفرش صحیح نیست مگر در صورتیکه بعد از صدور حکم همین حکم را تایید کند و یا طرفین دعوی بعد از صدور حکم بر آن راضی باشند. اگر شخصی را طرفین دعوی به حیث حکم تعیین کردند و قاضی او را از صدور حکم ممنوع ساخت و طرفین دعوی بدون اینکه به حکمیت او رضایت داده باشند حکم صادر کرد این حکم جواز ندارد و اگر به حکمش اجازه دادند حکم صحیح است، بعضی گفته اند مناسب است که حکم، حکم دوم باشد و کیل باشد که و کیل اولی او را در کارش اجازه میدهد .

### ماده ۱۸۴۶ :

وقتیکه حکمیت بوقتی مقید شد به گذشته آن وقت حکمیت نیز از بین میرود. بطور مثال آن شخصیکه به حکمیت موظف شد که از فلان روز تا مدت يك ماه حکمیت کند اگر از وقت مذکور گذشت در آن مورد حکمش نفاذ ندارد .

اصل درین موضوع بیا نی است که در ماده (۱۸۰۱) تذکری یافته که حکم قضائی به زمان و مکان و استثناء و بعضی خصوصیات مقید

میشود به آن مراجعه شود و حکمیت هم از فروغ قضاوت است طوریکه این مطلب در کتاب فتح القدير نیز یاد شده است .  
در بیان فوق تذکر یافت، نافذ نیست) اشاره به این می کند که اگر طرفین دعوی حکمیت او را مقید ساختند در روز شنبه هفتم فلان برج حکم کند و او پیش از آنروز و یا بعد از آن حکم کرد و طرفین دعوی حکمش را اجازه دادند حتمش نافذ است زیرا این مطلب در ماده (۱۴۵۳) تذکر یافته که اجازه بعدی به منزله وکالت سابقه است .

## ماده ۱۸۴۷ :

هر يك از طرفين دعوى ميتوانند حكم را پيش از صدور حكم بر طرف كنند اما اگر حكم را قاضی که به گرفتن نایب از طرف پادشاه مجاز بود بعد از اینکه طرفین او را بحکمیت برگزیدند بصورت حکم اجازه داد این حکم بمنزله نایب قاضی است زیرا قاضی او را جایگزین خود ساخته است .

در بیان فوق تذکر یافت (هریک از طرفین دعوی می تواند قبل از صدور حکم حکم را معزول کند) .

این نیز از سببی است که حکم از جانب طرفین دعوی مقرر شده است و صلاحیت او از جانب ایشان داده شده است لذا او را نمیتوانند معزول کنند طوری که پادشاه می تواند قاضی را که مقرر کرده معزول کند ، لذا حکمیت هم مثل وکالت بوده و از عقود غیر لازمه می باشد خیار شرط هم به آن تا تیری ندارد اگر شخصی را طرفین دعوی به حکمیت برگزیدند و شرط کردند که او را معزول نکنند این شرط مدار اعتبار نیست و هر يك شان میتوانند او را معزول کنند ، مانند عاریت و مضاربت و شرکتها که به فسخ یکی از طرفین عقد فسخ شده میتواند اما جز در رضایت طرفین عقد منعقد نمی شود .

اینکه گفتیم به فسخ یکی از طرفین عقد فسخ میشود دلیلش اینست که طوری که قبلا هم توضیح کردیم اینها از عقود هستند که لازم نمی باشند .

واینکه گفتیم به جز رضائیت طرفین عقد منعقد نمیشود .  
 دلیلش اینست که رضای طرفین درین عقود رکن است و هیچ  
 چیز بدون وجود رکن خود موجود نشده نمی تواند .  
 بر جواز عزل قبل از صدور حکم این مطلب تفریع میشود که اگر در  
 انشاء محاکمه یکی از طرفین دعوی گمان کرد که حکم به ضرر او حکم  
 صادر خواهد کرد و او را از حکمیت بر طرف کرد بعد از آن حکم حکم  
 خود را صادر کرد این حکم نافذ نیست زیرا به عزل یکی  
 از طرفین دعوی از حکمیت بر طرف میشود ، اینکه گفتیم قبل از  
 حکم ازین فهمیده شد که اگر بعد از حکم او را از حکمیت بر طرف  
 کردند بر طرف نمی شود و حکم او به نفاذ خود باقی است زیرا از یک  
 صلاحیت شرعی این حکم صادر شده است .

اگر بین دو نفر دعاوی متعددی بود و شخصی را به حکمیت درین  
 دعاوی برگزیدند او در بعضی ازین دعاوی حکم خویش را صادر کرد  
 بعد از او را معزول ساختند در آن دعاوی که قبل از عزل شدن حکم  
 صادر کرده حکمش نافذ است و در آن دعاوی که بعد از معزول شدن  
 حکم صادر کرده حکمش نافذ نیست .

در بیان فوق تذکر یافت .  
 (اما اگر قاضی که از طرف پادشاه به تقرر نائب مجاز بود  
 شخصی را که طرفین دعوی به حکمیت تعیین کرده بودند به صدور  
 حکم اجازه داد .)

یکی از طرفین دعوی و هر دویشان او را عزل کرده نمی توانند بلکه  
 «حکم» وی به منزله حکم قاضی است طوری که طرفین دعوی و یا یکی از  
 ایشان نمی تواند قاضی را از صدور حکم در دعوی خویش بازدارد .  
 نائب اورا هم که عین او قیامت را دراز صدور حکم در باره خویش باز  
 گردانیده نمی تواند زیرا او به اجازه قاضی به منزله نائب او شده است .

## ماده ۱۸۴۸ :

طوری که حکم قاضی ها باید در حق همه اهالی که داخل  
 حوزه قضایی شان است اجرا شود .  
 که صلاحیت عام دارند .

همچنین است حکم حکم هادر باره کسانیکه ایشان را به حکمیت برگزیده اند.

خاص در مورد ایشان که صلاحیت شان بر حکم گزیده های شان محصور است طوریکه در ماده (۱۸۴۲) تذکر یافته است .

بنا بر این یکی از طرفین دعوی نمیتواند از قبول حکم

حکم خودداری کند.

زیرا این حکم به روی صلاحیت شرعی صادر شده طوریکه قبلا تذکر یافت .

بر لزوم حکم مذکور این مطلب که آن را کتاب هندیه ندر کرده و ذیلا بیان میشود مبثی است وقتی قسم متوجه یکی از طرفین دعوی میشود و آن نکول می آورد و به اساس نکول بر او حکم میشود بعد از آن همین شخصی که به ضرر او حکم صادر شده می گوید حکمش را بر خود جاری نمی سازم و قسم یاد میکنم این عدم قبول اعتبار نداشته و حکم ، حکم نافذ است .

اگر ابتدا طرفین دعوی نزد قاضی رفتند و مدعی مطابق به ادعای خود شاهد آورد و شهود تزکیه شد و قاضی به اساس شهادت شهود حکم کرد جائز است اگر شخصیکه حکم به ضررش صادر شده از صدور حکم و از تقرر حکم انکار و رزید و مدعی ادعا داشت که ما و تو متفقا حکمی تعیین کردیم و حکم بضرر تو و فائده من حکم کرده مدعی میتواند مدعی علیه را قسم بدهد ، اگر مدعی علیه نکول آورد دعوی طرف مقابل اثبات میشود و اگر مدعی اقامه شهادت کرد بر آنچه دعوی کرده از تعیین حکم و صدور حکم دید، میشود اگر شهود دیکه به تعیین حکم و صدور حکم شهادت دادند صدور حکم هم به اساس شهادت ایشان صورت گرفته بود شهادت شان قبول نشود ، الی آخره ، زیرا اینجا محل تهمت است اما شرط است که شخصیکه حکم به مفاد او صادر شده از اصول حکم مثل پدر و پدر کلان و هم از فروع او مثل بچه و نواسه او نباشد و نه هم خانم او باشد، اما اگر حکم به ضرر یکی از اینها صادر کرد جائز است .

## ماده ۱۸۴۹:

وقتیکه حکم حکم به قاضی که از طرف پادشاه مقرر شده پیش شد اگر حکم او با اصول شرعی موافق بود آنرا تأیید کند و در صورتی که آنرا منتقض سازد.

در بیان فوق تذکر یافت .

( و وقتیکه حکم ، حکم بقاضی که از طرف پادشاه مقرر شده پیش شد در صورتیکه با اصول شرعی موافق بود آنرا تأیید کند ) .  
زیرا در منتقض ساختن حکم و در دادن دعوی باز دیگر فائده نیست در حالیکه حکم مطابق به اصول شرعی می باشد .

فائده تأیید قاضی آنست که قاضی دیگری آن حکم را منتقض ساخته نمی تواند اما اثر حکم دیگر حکم ، حکم اولی را تأیید کرد و آن حکم به قاضی عرض شد که برای او یا به مذهب او آن حکم موافق نبود می تواند آنرا منتقض سازد زیرا حکم ، حکم خلافی را که در حکم مجتهد فیه واقع است رفع نمی کند که صلاحیت او محصور بر کسائی است که او را حکم ساخته اند خالصتاً قاضی و وقتیکه در مسئله مجتهد فیه حکمی صادر کرد و حکمش به قاضی دیگری پیش شد قاضی دو می آن را منتقض ساخته نمی تواند زیرا قاضی ولایت عامه دارد وقتی حکمش به محل خود تصادف کرد برای همه مردم حجت شمرده میشود ( در رو طحاوی ) .

## ماده ۱۸۵۰:

وقتیکه طرفین دعوی حکم هارا به آنطور صلحی که موافق با اصول شرعی بود اجازه دادند که بصدور حکم آنها را مجاز گردانیده بودند این صلح شان اعتبار دارد صورت آن اینست که یکی از طرفین دعوی یکی از حکم ها را و آن دیگر حکم دیگر را به صلح در دعوی خویش و کیسل ساختند و حکم ها مطابق اصول لیکه در کتاب صلح مندرج است صلح کردند یکی از طرفین دعوی نمیتواند از قبول صلح سرباز زند .

زیرا در شرح ماده ( ۱۸۴۱ ) تذکر یافته که حکمیت ذاتا معنی صلح رادا ردو صلح از جانب طرفین دعوی شخصا صورت گرفته می تواند از جانب وکیل نیز صورت گرفته می تواند طوریکه در ماده (۱۴۵۹) نیز این موضوع توضیح شده اما در جای های که وکیل سفیر محض است بر حکم لازم است که حکم را بهو کل نسبت بدهد .

ماده (۱۴۶۰) به ذکر بعضی از این مسایل اختصا صیافته بود بشرح آن ماده مراجعه شود مسائلی که در آن وکیل سفیر محض است عبارت است از بخشش ، عاریت ، گروقرض ، شرکت ، مضاربت ، صلح از انکار ، تمویر الابصار و شرح آن بر مسائل مذکور صلح ، نکاح ، صلح از قتل نفس و آزاد ساختن در مقابل بول و کتابت را نیز افزوده است .

در کتاب درر بعد از این گفته متن (به موکل تعلق دارد) افزوده است راز مطلب مذکور اینست که حکم درین موارد از سبب جدا شده نمی تواند زیرا اینها از قبیل اسقاط هستند و وکیل نظر به صلور حکم بیگانه محسوب میشود لذا لازم است عقد بر موکل نسبت داده شود تا حکم به سببش پیوست باشد ، و چون اصل (در موضع مخصوص ز ن ا ن) اینست که حرام باشد لذا نکاح برای حرمت مذکور در واقع اسقاط است و چیزیکه اسقاط شده متلاشی میشود لذا متصور نیست که سبب از یک شخص به قسم اصالت صادر شود و حکم برای غیر صورت گیرد ازین رو وکالت درین مورد حکم سفارت محض را دارد تا حکم به سبب خود پیوست شود وکیل در واقع سفیر محض است حتی اگر نکاح را به نفس خود نسبت دهد نکاح برای خودش واقع میشود اما در خریداری چنین نیست یعنی جدائی را بین سبب و حکم قبول می کند مثل خیار عیب لذا شده می تواند که سبب از جانب یک نفر بالا صاله صورت گیرد و حکم برای دیگری به قسم جای نشین او واقع شود ولی خلع چون اسقاط نکاح است و در اینجا نکاح مرد و منکوحه زن است و وکیل یا از جانب مرد است و یا از جانب زن بنابراین دو حال وکیل سفیر محض بوده لازم است که نسبت عقد را به موکل کند .

اما در صلح از انکار نیز شبهه معاوضه وجود ندارد لذا نسبت عقد مذکور رانیز باید به موکل بدهد صلح از قتل عمد نیز اسقاط محض است و درین مورد وکیل بیگانه بوده و سفیر محض است لذا این عقد هم باید به موکل نسبت داده شود .

در عقود دیگر نیز حال به همین منوال است ، اینست مختصر آنچه



علمای فقه درین مورد تذکر داده اند درین جا باید عرض شود که در موارد مذکور احکام مختلفی به مشاهده می رسد در بعضی از این موارد وقتی اگر وکیل نسبت عقد را بخود بدهد لغو بوده بران حکمی مبتنی نمیشود و در بعضی ازین موارد اگر نسبت عقد را به خود بدهد صحیح بوده عقد به خودش متعلق می شود و در بعضی بحق موکلش صحیح می شود اگر چه نسبت عقد را به خود می دهد .

مثال اول : اگر آن شخصی که از جای زن به حیث وکیل برای خلع تعیین شده برای شوهر زن گفت زن خود را برای من در مقابل پول طلاق بده و یا وکیل غلام برای با دارش گفت او را از جای من در مقابل پول آزاد کن و یا وکیل به صلح در قتل عمد و یا وکیل از انکار برای طرف مقابل گفت این موضوع را برای من به اینقدر افغانی مصالحه کن و طرف مقابل درین صورتها گفت قبول کردم هیچک ازین عقد ها واقع نمی شود .

مثال دوم :- اگر وکیل نسبت نکاح را به خود داد مثل اینکه وکیل شوهر برای زن گفت خود را بمن به نکاح بده و زن گفت خود را به تو دادم نکاح برای وکیل واقع میشود نه برای موکل .

مثال سوم :- اینست .

وکیل زن برای شوهر میگوید فلانی (زن خود را در مقابل هزار افغانی طلاق بده و یا به هزار افغانی خلع کن و یا شخصی که از جای نب غلام و کالت دارد برای با دار غلامی گوید غلام خود را به این مبلغ آزاد کن و یا او را به این مبلغ مکاتب بساز درین حال وکیل زن و یا وکیل با دار می گوید این کار را کردم و نسبت آن را به نفس خود میدهد این عقد ها از جای موکلشان واقع نمیشود .

خلاصه مطلبی که آنرا علامه ابن عابدین در حاشیه که بر بحرالرائق نوشته تذکر داده اینست که ممکن است بر این اختلاف احوال تطبیق بدیم به این معنی که نسبت این عقدها به موکل اینست که نام موکل خود را در آن صحبت بر زبان آورد خواه وکیل این عقد ها را به نفس خود نسبت دهد و خواه به موکل خود مثلا اگر شخصی از جانب زنی وکیل شده برای شوهرش میگوید زن خود فلانی را در مقابل این هزار افغانی خلع کن و شوهر زن خود را خلع کرد به قبول وکیل این عقد

تمام میشود طوری که در احکام خلع باین تصریح شده است اما اگر وکیل گفت زن خود را خلع کن واسم موکل خود را نبرد این عقد صحیح نمیشود

درین جا باید عرض کرد آنچه از گفته فقها برمی آید اینست که مراد به وکیل که نسبت عقد را باید به خود بکند آن وکیل است که از جای مستحق ملکیت و کالت میکند آن وکیل که چیزی را به ملک کسی دیگر داخل میکند بقرینه علت آوردن باینکه حکم منفصل نمیشود .

ازین رو در حق نکاح وقتی وکیل شوهر می گوید دختر خود را به فلانی بده یعنی حتما نسبت عقد را به موکل خود میکند زیرا او وکیل است از جای کسی که ملک برای او ثابت میشود ازین رو اگر بگوید دختر خود را بمن بده نکاح بین وکیل و آن دختر ثابت می شود نه بین موکل و دختر اما وکیل زن همینکه می گوید به نکاح دادم صحیح است ولی در آن عقودیکه از طرفین مالک شدن و به ملک کسی دیگر داخل کردن هر دو صحیح شود مانند طلاق وکیل شوهر میگوید فلانی را طلاق دادم و در خلع وکیل شوهر میگوید زن را به هزار افغانی خلع کردم ، اما وکیل زن میگوید قبول کردم بدون اینکه نسبت آن را به زن بدهد این عقد نیز صحیح است ، همچنین است آزاد کردن بهمال و کتابت ، اگر طلب از طرف وکیل زن و یا وکیل غلام بود وکیل میگوید فلانی را به هزار افغانی طلاق بده و با او را به هزار افغانی خلع کن و یا غلام خود را به این قدر طلا آزاد کن وکیل شوهر و یا با دار میگوید ساختم لذا از جانب یکی از طرفین که نسبت داده شد کافی است زیرا ملکیت از جانب هر دو است ، به دلیل اینکه زن نفس خود را مالک میشود و هم غلام مالک نفس خود میشود طوری که شوهر زن و با دار غلام عوضی را که درین عقود تعیین شده بدست می آورند در صلح از انکار و قتل عمدی وکیل میگوید با فلانی ازین دعوی خویش درمورد این قتل عمدی یادر مقابل این پول مصالحه کن و مدعی قبول میکند ، اما اگر وکیل درین مواضع گفت برای من آزاد کن یا برای من طلاق بده یا برای من مکاتب بسا از صحیح نیست و این گفته اش لغو است ، اما اگر گفت برای من بفروش یا برای من با چاره بده یعنی نسبت عقود را به شخص خود کرد نیز صحیح است طوری که قبلا توضیح یافت همچنین است حالات دیگر که ذیلا تذکر می یابد .

وکیل از جای خواهش کننده بخشش میگوید این مال را به فلانی بخش و یا به او صدقه بده یا باو عاریت بده یا باو گرو بده و یا بفلانی قرض بده که همه این صورتها صحیح است اما اگر گفت بمن به بخش بمن صدقه بده و یا بمن عاریت بده برای خود وکیل میرسد نه برای موکل ولی وکیلکه از جانب دهنده است وکیل میگوید بتو بخشیدم به تو امانت دادم به تو عاریت دادم و نمی گوید این مال را که از فلانی است بتو بخشیدم ، فلذا در جائی که مراد به نسبت آن به سوی موکل بود همیشه مراد است که موکل در آنای صحبت ذکر شود البته فرق بین وکیل از جای گیرنده و وکیل از جانب دهنده توضیح شده و هم فرق بین افراد این موضوع روشن گردیده که بعضی اسقاط محض است در این مواقع نسبت عقد را به خود میدهد و در عین حال به موکل تصریح می کند یعنی میگوید فلانی زن را به تو نکاح دادم و یا اینکه وکیل مال شخصی را میخواهد به ملک موکلش داخل شود و یا منفعتی را میخواهد به ملک موکلش داخل شود و یا میخواهد حقی از موکلش محفوظ بماند لذا وکیل در این صورت هائسبت عقد را به خود نمی کند بلکه خاص به موکل نسبت میدهد و گفته خود را به قسم رسالت افاده می کند که گفته دیگری را حکایه کند مثل اینکه بگوید برای فلانی اینقدر به بخش و یا برای او امانت بده و یا اینقدر باو قرض بده الی آخره نظریه توضیحی که عرض شد واضح گردید در کدام صورت عقد لغو میشود و یا صحیح میشود در حق وکیل نه در حق موکل و یا در حق موکل نه در حق وکیل .

این بود آخرین قسمت مطالبیکه خداوند مرا به نوشتن آن برای اكمال شرح مجله الاحکام توفیق داد .

اصل شرح مذکور که از کتاب بیوع شروع گردیده و بهمانه (۱۷۰۰) خاتمه می یابد به قلم پدر بزرگوارم مرحوم محمد خالد اتاسی نوشته شده بود من بر کتاب مذکور شرح یکصدقه علمه فقهی را در اول و یکصد و پنجاه قاعده باقیمانده را در آخر بر اصل کتاب مذکور طفیلی ساختم .

بار خدایا! بمن و دیگر مسلمانان توفیقی نصیب کن تا به طریقه محمدی (ص) و شریعت پایدار اسلام رفتار کنیم ، خدای راتبارک و تعالی بر اینکه به ختم این کتاب توفیق یا قسم سپاسگزارم و او را بر نعمت های بیکرانش شکر می گویم .

برای من ختم کتاب در فرصتی میسر شد که روز هفدهم شعبان

سال ۱۳۴۱ است از هجرت کسی که افتخارات جاوید و شرف پایدار  
از آن او است .

خداوند متعال بر حضرت محمد (ص) و بر آل و اصحابش و بر  
پیروانشان و پیروان پیروانشان به احسان خویش تاروز جزا درود  
بفرستد والحمد لله رب العلمین محمد طاهر اتاسی

خدای را جل جلاله و عم نواله شکر گزارم که بسماعت سه بعد از  
ظهر روز یکشنبه شانزده برج حوت ۱۳۴۹ هـ شمسی مطابق دهم  
محرم الحرام سال ۱۳۹۱ هـ ق به تکمیل ترجمه این اثر براننده توفیق  
یافتم .

از خداوند متعال جلالت عظمت مستدعیم که همه پیروان اسلام را  
توفیق مزید عنایت کند تا روش ستود، شریعت اسلام را در همه انحاء زندگی  
فردی و اجتماعی و بین المللی سر مشق کار و فعالیت خویش قرار داده  
و از این راه به سعادت دنیا و آخرت نائل آئیم .

ربنا هب لنا من لدنك رحمة و هیئ لنا من امرنا رشدا .  
افغانستان - کابل حصه دوم کارته پروان  
محمد صدیق (راشد) سلجوقی .

## ابراز شکران

خوشنودم ازینکه قسمت قضاءشرح مجله الاحکام بزبور طبع  
آراسته گردید .

کسانیکه یگروز رادرمطبعه بحیث کارگر و یاهمکار کارگر گذشتانده  
اند میدانند درشرایط فعلی طبع یک کتاب از لحاظ تصحیح و غیره  
چقدر دشوار است .

در اینجا لازم می بینیم از همکاری جلالتمآب محترم شاغلی  
کندهاری رئیس مطابع دولتی و عالیقدر محترم عزیز  
رئیس دارالانشای قوه قضایی ستره محکمه که رهنمای های شان در طبع  
ابن کتاب مشوق کار و فعالیت من بوده است ابراز قدردانی کنم .  
همچنان از محترم کاظم علی آفریننده لیبوتایب محترم محمد کبیر  
آبریتو محترم حاجی جمعه خان مرتب صفحات محترم سید محبوب الله  
هاشمی خطاط شعبه ارت

محترم محمد ایوب مدیر تصحیح محترم محمد رفیق باشی طباعتی ، محترم  
مستری فیض محمد معاون امو و صحافت که هر یک شان به نوبه خود  
در قسمت طبع این کتاب همکاری فرموده و بر من منت گذاشته اند ابراز  
امتنان میکنم .

با احترام

محمد صدیق راشد سلجوقی

لطفا پیش ازینکہ این کتاب را مطالعه میفرمائید. اغلاط  
ذیل را تصحیح کنید

صفحه	سطر	غلط	صحیح
۳	۳	فضا	قضاء
۵	۶	حضمان	خصمان
۵	۱۶	مسمون	مسلمون
۶	۲۶	خودداری	خود داری
۹	۱	وسلم	والسلام
۹	۹	صورت	دو صورت
۹	۱۷	نرد	نزد
۱۴	۲۶	تعین	تعیین
۱۵	۸	طریق	طرق
۱۵	۸	ردالمختار	ردالمختار
۱۵	۱۵	بر	به
۱۷	۵	ردالمختار	ردالمختار
۱۷	۲۱	کن	کن و
۲۲	۲۱	رسانید	رساند
۲۴	۶	رد الممتار	رد المختار
۲۸	۱۹	عبرت	عبارت
۲۸	۲۱	تعین	تعیین
۲۹	۱۱	نعین	تعیین
۳۰	۴	اور	اورا
۳۱	۸	مذهب	مذهب او
۳۱	۲۷	تعین	تعیین
۳۴	۱۷	اماو	اما
۳۵	۱	صغیر است	صغیر جایز است
۳۵	۲۲	تعین	تعیین
۳۷	۹	اتینا	آتیناه
۳۹	۱۳	عبارت	عبارات
۴۱	۲۵	تفصیل	به تفصیل
۴۱	۲۶	اشارت	اشارات

صفحه	سطر	غلام	صحیح
۴۳	۱	دعاوی	بادعاوی
۴۸	۱۰	مال	مال
۴۸	۱۳	دادان	دادن
۴۹	۳	شرع	وشرع
۴۹	۱۶	می الارض	فی الارض
۵۲	۱۳	گرفتن	گرفتن نیز
۶۰	۲۷	شرعاً	شرعاً
۶۱	۱۰	حدیث	حدیث
۶۳	۱۷	درالمختار	درالمختار
۶۵	۱	ایشبان	ایشبان
۶۵	۲	باشید	باشد
۶۵	۶	وواحا یث	واحا دیت
۶۶	۷	لم یحکم	ومن لم یحکم
۶۷	۱۰	طوری	طور
۶۸	۱۵	کاری را تقرر و عزل	کسی را به تقرر و تبدیل را با و تفویض و تبدیل و عزل موظف بسازد.
۷۱	۲۵	حکمش	حکمتش
۷۳	۲۸	منرجم	مترجم
۸۴	۱۱	اجتماع	اجماع
۸۶	۱	خو	خود
۸۶	۳۱	صحیح تر تر	صحیح تر
۹۰	۴	مام	امام
۹۴	۵	اطلاع	اطلاع برسد
۹۴	۲۵	تقید	تقید
۹۴	۲۵	مذکور	مذکور
۹۴	۲۶	مذکور	مذکور را
۹۷	۲۸	تعین	تعین
۱۰۰	۱۰	کسیه	کسیکه
۱۰۲	۵	کابل	از کابل
۱۰۲	۷	به شنود	بشنود
۱۰۳	۱۶	معقول	منقول



صفحه	سطر	غلط	صحیح
۱۰۴	۱	حضاف	خضاف
۱۰۴	۴	تعین	تعیین
۱۰۴	۲۷	سغدی	برسغدی
۱۰۸	۱۷	رضایت	وصایت
۱۰۸	۲۵	نسبت	نسب
۱۰۸	۲۸	اشخاص	اشخاصی
۱۱۴	۴	ذکر	ذکر
۱۱۵	۲۲	شاهد	سه نفر شاهد
۱۱۶	۱۹	فتوای	فتوی
۱۱۶	۲۳	تحریر	تحریرشود
۱۱۷	۱۳	صورصورت	صورت
۱۱۸	۲۹	طوریکه	طوریکه
۱۲۱	۱۳	نند	مانند
۱۲۵	۹	فضاء	قضاء
۱۲۷	۹	یافته	یافته
۱۲۷	۲۲	اساسی	اساس
۱۲۸	۱۲	لوح	لوح (لوح)
۱۳۰	۵	یول	یؤل
۱۳۱	۱۷	تذکیه	تزکیه
۱۳۲	۶	مدانی قبابت	بدنی نیابت
۱۳۲	۱۲	مربوط	مربوط
۱۳۳	۲۹	درالمختار	درالمختار
۱۳۶	۱۴	درابنجا	درینجا
۱۳۷	۲۴	شهر سابقه	شهر سابقه
۱۴۰	۲۳	آن آن	آن
۱۴۱	۱	مورد	مورد از جانب
۱۴۱	۲۳	مواجهه	مواجهه
۱۴۳	۲۵	ماه	ماده
۱۴۸	۱۵	مدافقت	موافقت
۱۴۸	۲۴	می خوردم	می خورم
۱۶۱	۷	ضرر	ضرر



صحيح	غلط		
نیست	نیست	٦	١٦٤
نقص	نقصی	٣	١٦٥
یا	یاد	٨	١٦٥
شهادت زنان مقبول	لجج خب ...	٤	١٦٧
می افتد	افتد	٢٨	١٧١
ردالمختار	ردالمختار	١٣	١٧٨
اجاره	اجازه	١٤	١٨٣
شود	شو	٢٥	١٨٤
ردالمختار	ردالمختار	٨	١٨٦
ردالمختار	ردالمختار	١٨	١٨٦
حکم بر	بر	٧	١٨٩
خواه	حواه	١٠	١٩١
پهلوی	پهلر	٢	١٩٢
پهلوی آن	پهلوی	٣٠	١٩٢
برخوداو	برخودو	٢٨	١٩٤
می فروشیم	می فروشم	٥ (پاورقی)	٢٠١
کرده	کره	٣	٢٠٦
مال	مال	٣٠	٢٠٨
دوم	مردم	٣٠	٢١٢
برواریش	وارشش	٢٨	٢١٣
تتار	تتا	١٨	٢١٥
هنوزکه	هنوز	١٨	٢٢٥
غلط : لفظ چیست؟ تمیز واستیناف	غلط : لفظ چیست؟	٤	٢٢٧
صحيح : لفظ تمیز واستیناف چیست؟	صحيح : لفظ تمیز واستیناف چیست؟		
الدفع	الدفع	١٦	٢٢٩
مترجم)	مترجم	١٢	٢٣٣
استدلال کافی	استدلال	١٨	٢٣٦
تعیین	تعیین	٦	٢٣٩
فروع	فروع	١	٢٤٥

(٢٥٨)



B

4.70

ATA

7362

v.1

از: نشرات ستاره محکمه

ACKU



طبع اول

۳۰۰۰۰ نسخه

تعداد طبع

حقوق طبع مطبوعه است

دولتی مطبعه